

861974/2

לפני כבוד הדיינים:

הרב אוריאל לביא - אב"ד

הרב חיים בזק

הרב יוסף יגודה

התובעת:

פלונית

נגד

הנתבע:

פלוני (חסוי)

פסק-דין

בפני בית הדין בקשת האשה למצוא את הדרך להתירה מעגינותה.

לפני קרוב לשבע שנים אירעה תאונת דרכים שבה בעלה נפצע קשה לרבות פגיעת ראש חמורה, ומאז הוא מאושפז בבית החולים ומצבו קשה ביותר. עקב פגיעה זו, הבעל אינו יכול לתפקד לחלוטין, וגם אין דרך לתקשר עמו.

לפני כשנה התקיים ביקור של הדיינים בבית החולים כדי להתרשם בדרך בלתי אמצעית ממצבו, וכן התקיים ביקור נוסף בחודש אדר ב' השנה. שמענו את חוות הדעת הרפואית המוסמכת ביחס למצבו הרפואי, כשמנהל המחלקה והמנהל הרפואי של בית החולים שוחחו עם הדיינים והעבירו דיווח מפורט על אודות מצבו של הבעל, וכן ניתנה הערכה רפואית ביחס לצפוי בעתיד.

עו"ד רן ארנון, שהתמנה כאפוטרופוס לדין עבור הבעל, התבקש להודיע לבית הדין מהי עמדתו כאפוטרופוס, והאם קיימת התנגדות להיעתר לבקשת האשה למצוא דרך להתירה מעגינותה, ולהתיר את הנישואין בכל דרך שניתן על פי ההלכה. בתגובה, התקבלה הודעתו של עו"ד רן ארנון, שבנסיבות המיוחדות של מקרה זה, אינו מוצא מקום להתנגד.

בפסק הדין שניתן ביום י"ב אדר ב' תשע"ד (14/03/2014) נכתב שלאחר התייעצות עם גדולי תורה מהמעלה הראשונה, נמצאה הדרך להתירה מעגינותה. להלן נימוקים הלכתיים לפסק הדין.

האשה ילידת תש"ם נישאה לבעלה בחו"ק בשנת תשס"ב. בשנת תשס"ז בעלה נפגע קשה בראשו, מאז מאושפז בבית החולים אינו מתפקד לחלוטין, ואינו יכול לתת גט. לפי חוות הדעת הרפואית המוסמכת אין שינוי חיובי במצבו, ואין צפוי שינוי, ובכך אשתו נותרה עגונה.

כידוע, שקדו חכמים על תקנת בנות ישראל ומצווה גדולה להתיר עגונה, מן ההכרח שנחזור על כל הצדדים כדי לברר עד מקום שידינו מגעת, האם ניתן להציל את האשה מעיגון. ויהי רצון שלא נכשל בדבר הלכה.

נקדים מדברי הגאון רבי אליעזר יצחק ז"ל, מראשי ישיבת וואלאז'ין, בספר חוט המשולש ח"ג סי' ד' בפתיחת בירור הלכה בשאלת עגונה, המתאימים מאוד לענייננו:

"הנה העלובה הזו בוכה ומבכה על בעל נעוריה, ולאשר היא מפה קהלתנו שמה פניה עלינו, לשום לב אולי נוכל להמציא מזור למכתה להתירה מכבלי העיגון. והנה דבר זה מוטל על כל חכמי ישראל וגדוליהם לעיין ולפקח בשריותא דהאי איתתא, כאשר חשו חז"ל מאוד בתקנת בנות ישראל שלא יהיו עגונות. ועניה זו רכה בשנים, ערך בת כ' שנה, לשוא שמרה, ח"ו, לא תהא כזאת בישראל. והנה יצאתי לעורר בשריותא דהאי איתתא כיד ד' הטובה עלי, וד' הטוב יורנו הדרך הישר אשר נלך בה לבל אכשל בדבר הלכה ח"ו. הדריכני בנתיב מצותיך כי בו חפצתי ואל אלקים אמת ינחני בדרך אמת בא"י למדני חוקיך".

פסק הדין המפורט להלן, הגם שהוא חידוש גדול, אך מבוסס כראוי על אדני ההלכה, ונכון לדינא במקום עיגון גמור. עיקרי הדברים דלהלן ביחס לזיכוי גט לשוטה, קיבלו את הסכמתו ותמיכתו המפורשת של אחד מגדולי הדור, דיין בית הדין הגדול בדימוס, מו"ר הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג שליט"א. לאחר שעייין בתמצית הדברים כפי שעלו על הכתב בתחילה לבסס זיכוי הגט בנסיבות המיוחדות הללו, כתב בלשון זו:

"אחר שקראתי מה שכתב והאריך הגאון ר' אוריאל לביא ודבריו נכונים מאוד ואני מצטרף לדעתו להתיר במקרה המיוחד שלפנינו. זלמן נחמיה גולדברג".

ולאחר מכן הוספנו יסודות נוספים לביסוס פסק הדין, וכפי שיבואר להלן.

יובהר: אמנם בחלק מהיסודות של פסק הדין, ההלכה שנויה במחלוקת, אך לאחר שבכל אחת מהסוגיות השנויות במחלוקת קיימת הכרעה כמפורט להלן, במקום עיגון אנו נוקטים כדעה העיקרית לדינא, ושלא לחוש לכל הדעות. עיין בט"ז אה"ע סי' טז ס"ק טו שבפלוגת הפוסקים במקום עיגון אפשר לפסוק כדעת המקילים. ובספר ערוך השלחן סי' יז סעיף קלט כתב:

"נ"ל דזהו דווקא כשנראה להחכם דעת מתירים עיקר לדינא מראיות שיש לו, לכן יכול לילך אחר דעת המקילים... אמנם דבר ברור שאין לחכם להעמיד על דעת עצמו אלא בצירוף חכמים יראי ה' ואם נראה בעיניהם שהעניין נוטה להיתר יתירו, ואם החכם סומך רק על דעתו, נוף הוא מן השמים".

ואכן נהגנו עפ"י הדרכה זו שלא לסמוך על דעתנו בלבד. בטרם ניתן פסק הדין התייעצנו עם תלמידי חכמים מופלגים, ויש מהם שהביעו הסכמה ותמיכה מפורשת במסקנת פסק הדין. וכן יצוין כי בתחילת חודש אלול תשע"ג העברנו טיוטת פסק הדין לעיונו ולחוות דעתו של פוסק הדור מרן הראש"ל צ"ג הגאון רבי עובדיה יוסף זצ"ל, אך עקב מצבו הרפואי הקשה באותם ימים לא זכינו לחוות דעתו הגדולה, ולאחר כחודשיים נתבקש לישיבה של מעלה.

על כן כשבית הדין הדין בשאלה זו נכנס לעומקה של סוגיא והעלה לקולא, וגם התייעץ עם תלמידי חכמים מובהקים וכאמור התקבלה הסכמה בכתב של אחד מגדולי הדור, ולאחר משא ומתן והעיון היטב בחוות הדעת השונות שנכתבו בנידון זה, לא נמצאה פירכא לאחד מהיסודות דלהלן, במקום עיגון גמור מצאנו לנכון לפסוק כאמור להלן.

עוד יצוין למש"כ החתם סופר בתשובה אה"ע ח"א סי' י' הטעם שהקלו חכמים במקום עיגון, אף שאשה אינה מצווה על פו"ר, וז"ל:

"משום מעלת יוחסין אין להחמיר כ"כ היכי דאיכא למיחש לתקלה אחרת, ולוקח נפשות חכם (משלי יא, ל), וכל קולא דתקנת עגונות, אע"ג דאשה לא מיפקדא אפריה ורביה הוא משום דלא תצאנה בנות ישראל לתרבות רעה ח"ו, ע"כ יש להקל לכאורה".

כמובן, טעם זה שייך גם בנידון זה.

יובהר באופן שאינו משתמע לשתי פנים, פסק הדין הנוכחי מתייחס לנידון המיוחד שבפנינו, ואין להקיש ממנו למקרים אחרים ושונים, שאין בהם את היסודות להיתר המפורטים להלן.

המקרה

כאמור הבעל נפגע פגיעת ראש קשה, אינו מתפקד לחלוטין, ואף אינו מסוגל לנשום ללא סיוע רפואי וניזון באמצעות הזנה מלאכותית. על יסוד החומר שבפנינו ובעקבות הביקורים בבית החולים ושמיעת חוות הדעת הרפואית, הגענו למסקנה ברורה שאין בה ספק - הבעל במצבו הנוכחי אינו כשיר לחלוטין לכל סוג של תקשורת עם הסובב אותו, ולא ניתן להסדיר גט בדרך המקובלת.

אמנם מבחינה רפואית, הבעל מוגדר כחולה המצוי בהכרה, אך אין כל אפשרות לתקשורת עם הבעל, כגון באמצעות שיחה עמו או העברת הודעה כתובה וכיוצ"ב.

כל השנים הללו הבעל מצוי בעולם פנימי וסגור משלו, דל ורדוד ביותר. גם לאחר בדיקות כאלו או אחרות, אין דרך לחשוף את מידת הבנתו ביחס לכל הסובב אותו, ואין דרך לתקשר עמו ולעמוד על מידת הבנתו במושגים הבסיסיים עבורו. לפי חוות הדעת הרפואית המוסמכת, הבעל אינו מודע ואינו מבין ברמה המינימאלית והבסיסית ביותר, אף את הצרכים בסיסיים שלו.

בשנים האחרונות אין שיפור במצבו, הרופאים סבורים שאין סיכוי לשיפור. אמנם במקרים נדירים ביותר ייתכן "נס רפואי" חריג במיוחד, שאינו מצוי כלל, אך כעת הרופאים סבורים שבמקרה הנוכחי, לאחר קרוב לשבע שנים שהבעל במצבו הנוכחי ולא חל שיפור כלשהוא, אין לכך סיכוי.

עוד יצוין, האשה נישאה בחו"ק ברבנות קרית שמונה, כשהרב שלום לוי, רב העיר, וכן הרב מאיר אוחנה, רב כפר יובל, היו עדי הקידושין, ולא נמצא ליקוי בתוקף הקידושין ובכשרות העדים.

ראוי לציין כי כפי הנראה בעבר הרחוק ובדורות קודמים לא הייתה מוכרת תופעה של אנשים שנפגעו פגיעות ראש קשות ונשארו בחיים שנים רבות במעמד של "צמח". בהעדר הטיפול הרפואי החדשני, שלא היה קיים בעבר, תוך זמן קצר הללו הלכו לעולמם, ובשל כך לא מציינו בפוסקים שדנו בשאלת הצלת האשה מעיגון כשבעלה במצבו של בעל כזה.

מעמדו של הבעל

עקב פגיעת הראש שהבעל סובל ממנה, מצבו הוא כפי המתואר לעיל, ויש לדון את מעמדו כשוטה.

בשו"ת זכרון יוסף סי' יב (טעם ו') כתב ביחס לאדם המוגדר כ"פתי", שבנסיבות מסוימות דינו כשוטה, וז"ל:

"ישנם מקצת שדעתם דלה וחלושה או רזה מדעת השכל האנושי הטבעי... בוודאי צריך הבחנה עצומה לדעת האם דעתו צלולה".

במקרה הנוכחי, אמנם אין כל דרך לתקשורת עם הבעל, אך ברור מאוד שבהבנתו הפנימית, שאינה גלויה לנו, הבעל אינו מגיע אף לגדר של "צרור וזורקו אגוז ונוטלו", ומעמדו האישי הוא כשוטה.

הרמב"ם בפ"ט מהלכות עדות ה"ט כתב:

"הפתאים ביותר שאין מכירין דברים שסותרים זה את זה, ולא יבינו ענייני הדבר כדרך שמבינים שאר עם הארץ... הרי אלו בכלל השוטים".

ועיין בתשובת מהרי"ט אה"ע סי' טז שאם הבעל "מבין דברים שסותרים זה את זה, על הן הן ועל לאו לאו", ייתכן לדנו כפקח אף שיש בו טפשות, אך במקרה שבפנינו, כפי שאנו יכולים להתרשם, הבעל רחוק מאוד ממצב של הבנה מינימאלית.

אמנם הפיקח שנשתתק אינו בהכרח כשוטה, אך כאן שהבעל השתתק עקב פגיעת ראש קשה ונוק מוחי קשה, וכל הבדיקות אינן מעלות רמת פקחות מינימאלית, יש מקום לקבוע שהבעל שהשתתק נבדק ונמצא כשוטה. אמנם אין דינו כפתי לכל דבר, מפני שהפתי מעצם טבעו אינו יכול להתרפא כלל, ואילו הבעל דנן, מצוי בבית חולים המשקיע מאמץ רב להביאו לידי רפואה, אף שאין צפוי שהרופאים יצליחו במלאכתם ויחול שיפור במצבו.

הקדמה

פסק הדין דלהלן נכתב באריכות רבה, כמתחייב ביחס לחידוש גדול לדינא באיסור אשת איש. אך למען הבנת יסודות פסק הדין, נקדים ונבהיר כי פסק דין זה, מיוסד על תורתם של שני גדולי הפוסקים בדור האחרון, החזו"א (אה"ע סי' מט וסי' פו) והגאון רבי צבי פסח פראנק ז"ל (הר צבי אה"ע סי' קלג). מדברי החזו"א התבררה האפשרות לזיכוי הגט בכתיבה ונתינה עבור בעל שוטה בנסיבות שהגירושין הן זכות גמורה עבורו. ומדברי תשובת הר צבי העלנו את הקביעה שבנידון זה, זכות היא לבעל לזכות עבורו את הגירושין. מצירוף דבריהם עולה שבמקרה המיוחד שבפנינו אין מניעה לכתוב גט לחתום וליתנו לאשה באמצעות זכיה לבעל. פשיטא שבמקום עיגון אפשר לסמוך על עמודי הוראה אלו שכל בית ישראל נשען עליהם, ודבריהם אינן צריכם חיזוק. אך מצאנו לנכון להאריך ולבסס הלכה זו, על מנת להסיר את הספקות והקושיות שעלו ביחס לדבריהם.

נקדים בבירור שיטת הגאון רבי צבי פסח פראנק ז"ל.

מעמדה של האשה

בנידון זה הבעל הפך להיות "צמח", מצוי באשפוז ארוך וקבוע, ואינו מתפקד לחלוטין, ואין נראה סיכוי להחלמתו. מאחר שבבית החולים מחויבים לטפל בו ולשמר את מצבו הנוכחי לאורך ימים ושנים, צפוי שימשיך לחיות עוד שנים, ובכך זהו עיגון גמור. בנסיבות אלו ובתנאים אלו, יש מקום לדון ביטול הקידושין מעיקרא.

להסיר כל ספק יודגש ויובהר, למרות דברי הפוסקים שיובאו להלן באריכות, אין עולה על הדעת להתיר אשת איש על יסוד זה בלבד, אך מצאנו לנכון לברר סוגיא זו של ביטול קידושין על יסוד אומדנא ולהביא את דברי הפוסקים דלהלן, רק מפני שמבירור הלכה זו עולה שאשה זו הנצבת בפנינו אינה יותר מספק אשת איש, ובכך התבררה הקביעה שבנסיבות אלו הגירושין הן זכות גמורה עבור הבעל. קביעה זו מיוסדת על טעם זה בצירוף טעמים נוספים שיתבארו בהמשך הדברים, על כן אין מניעה לזיכוי הגט בנסיבות המיוחדות שבפנינו.

נפתח בתשובה של הגאון רבי צבי פסח פראנק ז"ל בספר הר צבי חלק אה"ע סי' קלג שהשיב אודות אשה עגונה שבעלה חולה נפש במצב קשה המחייב אשפוז קבוע בבית חולים לחולי נפש. כמובן שמההיבט העקרוני, נידון דנן דומה לנידון שבתשובה זו.

באותה תשובה בתחילה הבעל נתן גט לאשתו, אך לאחר מכן התברר כי אירעה טעות חמורה בכתיבת שם הבעל בגט, מפני שנכתב שם אחר שאינו שמו של הבעל, אך בעת שהטעות התבררה כבר לא היה ניתן לחזור ולכתוב גט חדש, מאחר שהבעל הפך להיות שוטה ואושפז בבית חולים לחולי נפש במחלקה סגורה.

בלשון השאלה נכתב כדלהלן:

"בדבר הגט שנכתב בו שם הבעל אויגען בן מקס, ואחרי זה אמר הבעל כי שמו עגאן, ואחרי שקיבלה את הגט נטרפה דעתו של הבעל, וזה מוזמן רב שהוא נמצא בבית חולי רוח בעיר עכו. ובהיות שיש כאן עניין של עיגון גדול, זה מחייב להיכנס ולחתור ולמצוא צד היתר לעגונה".

בתחילה דן הגאון רבי צ"פ פראנק ז"ל ביחס לשאלת שינוי השם הפוסל את הגט. אך ביחס לאותו נדון נמצאה תשובה אחרת שבה כתב:

"עוד ראיתי בחסד לאברהם תנינא בסוף סימן נ"ה שכותב לענייננו, דבעל שהמיר מכל שכן די"ל דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה. וכן נראה דבנידון דידן שנשתגע ואין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת, שזה ג"כ גרוע ממוכה שחזין ויש לנו לומר דאדעתא דהכי לא קידשה, ויש לדון דנתבטלו הקידושין למפרע, וכמו שכתב הרד"ך [בית ט'] דאף רש"י [בתשובה, הובאה במרדכי פ' החולץ סי' כ"ח – כ"ט] דפליג עם מהר"ם להתיר בכה"ג דהיבם מומר, היינו דווקא שישנו כאן ואפשר להם לדור יחד, אבל במשוגע אי אפשר לדור והוי כמומר שאינו כאן כלל, ולכן יש להתירה".

בתשובת הר צבי סי' צט חזר על הדברים בדרך שונה, בתוך דבריו הביא מתשובת מהר"ם, שתובא להלן בהרחבה, ביחס לנפלה ליבם מומר. וכתב:

"דבמומר לא שייך לומר דניחא לה למיטב טן דו דאנן סהדי דבמומר לא ניחא לה. וא"כ יש לומר דבנידון דידן יש להתירה מכוח קל וחומר. דביבם מומר דבשעת קידושין אין כאן מקח טעות והמום נעשה אחר כך ואפילו הכי פטורה מחליצה, ק"ו בנ"ד שהמום היה בשעת מעשה הקידושין... היום ערש"ק ט' אייר תשי"ז ראיתי בתשובת חסד לאברהם [תנינא אהע"ז סי' נ"ה, ד"ה וגם] שכתב, וקל וחומר בנ"ד שהבעל עצמו המיר דתו דודאי לא ניחא

לה לשבת תחתיו. ושם מביא ג"כ מה שכתבו תוס' [כתובות מ"ז ע"ב ד"ה שלא כתב] דהיכי דהדבר תלוי בדעת אחרים גם כן, לא אמרינן אומדנא. וה"ה בזה דהקידושין תלי גם בדעת הבעל, וי"ל שלא היה רוצה לבטל הקידושין שלא תהיה בעילתו בעילת זנות. עוד כתבו התוס' שם דה"ט דלא פריך בהגוזל שם דאשה שנעשה בעלה בעל מום תצא בלא גט, משום דתלוי בדעת המקדש. וכל זה לא שייך בנידון דידן שהבעל עצמו המיר דתו, דמה אכפת ליה בזה שיתבטלו הקידושין, כיוון שהוא מומר אינו חושש לכל זה".

תשובות אלו נכתבו כהמשך לשיטתו בספר הר צבי חלק אבן העזר סי' רא שבה כתב בלשון זו:

"אפילו לטעמו של מהר"ם דמשום ביטול קדושין נגעו בה דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה, ובוזה פליגי רש"י [בתשובה, הו"ד במרדכי] וסייעתו דלא סמכינן על הך אומדנא, ראיתי בתשובת רד"ך [סי' ט'] מחדש ואומר דרש"י דס"ל דביבם מומר לא אמרינן דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה, זהו בסתם מומר, אבל במומר שהלך למרחקים והוא לא יחזור לכאן וגם אינה יכולה לנסוע אליו, גם רש"י מודה דאמרינן דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה, דלית לן לאיפלוגא כולי האי בין רש"י ובין תלמידו בעל מחזור ויטרי ומהר"ם ז"ל. הנה לסברת רד"ך בנידון דידן נמי יש טעם דידיה להתירה גם בלי חליצה, שהרי כאן נמי אי אפשר שתדור עמו יחד, שהרי המומר יש לו אשה נכרית ואין בידו לפוטרה, ועל פי חק הממשלה אי אפשר לו לישא אשה שניה, ודמאי להיא דנסע למרחקים, דכאן נמי לא שייך לומר בכל דהו ניהא לה, דגם כל דהו לית לה, וכו"ע מודים באומדנא שכחו דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה".

דהיינו, בתשובה סי' רא נקט הגאון רבי צ"פ פראנק ז"ל שהעיקר לדינא הוא שאם היבם אינו יכול להיות אפילו בעל כל דהו, כגון בנידון הרד"ך (שיובאו בהרחבה להלן), נאמרה סברא זו דמעיקרא אדעתא דהכי לא התקדשה. ובתשובה קל"ג הוסיף שכך דינה של אותה אשה המעוגנת לאחר שבעלה שאושפז במחלקה סגורה לאחר שנטרפה דעתו, ואין צפוי שיתרפא.

דברי הגאון רבי צ"פ פראנק ז"ל נכתבו בקצרה, ומן ההכרח שנאריך בביאור שיטתו, ונבסס דבריו במקורות ההלכה.

בגמ' במסכת בבא קמא דף קי:

"אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה, דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה התם אנן סהדי דמינח ניהא לה בכל דהו, כריש לקיש, דאמר ר"ל טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו".

ידועה מחלוקת הגאונים שהביא הטור אה"ע סי' קנז, האם אח מומר זוקק ליבום וחליצה. ובהגהות מיימוניות לספר נשים סי' כט כתב בלשון זו:

"לשון רש"י, יבמה שנפלה לפני יבם משומד צריכה חליצה, ואין לנו חילוק להתיר בין שקידשה הבעל ואח"כ נשתמד בין נשתמד לפני קידושיה. שהמשומד הרי הוא כישראל לכל דבריו, שנאמר חטא ישראל אף על פי שחטא ישראל הוא. ואין לנו לחלקו מדת ישראל, אלא שאינו נאמן באיסורין הואיל ונחשד עליהן, ויינו יין נסך הואיל וחשוד לע"ז. אבל קידושיו קידושין וגיטו גט וחליצתו חליצה. כללו של דבר הרי הוא כישראל חשוד. והתשובה הנמצאת בתשובת הגאונים שאם נשתמד בשעה שקידשה אינה צריכה חליצה דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה, אין לסמוך על זה ודבריהם סותרים זה את זה שאם זיקתו זיקה וחליצתו חליצה לאחר שנשתמד, מה לי קידשה קודם לכן מה לי קידשה אחרי כן הרי הוא מוחזק כישראל להיות חליצתו חליצה, ע"כ אין לה תקנה בלא חליצה, וצור ישראל יאיר עינינו במאור תורתו. שלמה ב"ר יצחק. ע"כ תשובת רש"י. ומורי רבינו מאיר הביא ראיה לדברי הגאונים דהיכא דליכא יבם אחר אלא המשומד פטורה מן החליצה מדפריך סוף פרק הגוזל קמא (ק) ב) אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה מעיקרא ומשני ניהא לה דטב למיתב טן דו וכו', א"כ לגבי משומד דליכא למימר הכי דאנן סהדי דלא ניהא לה להתיבם לו כי

יעבירנה על דת, אדעתא דהכי לא קידשה נפשה מעיקרא היכא דמשומד היה בשעה שנתקדשה לאחיו, דאסקה אדעתא, והו"ל כאילו התנתה ע"מ שלא תתייבם לו. עכ"ל מורי רבינו בחידושי פרק הגוזל קמא".

וגם המרדכי במסכת יבמות פרק החולץ [רמז יח] הביא מחלוקת רש"י ומהר"ם, בלשון זו:

"כתוב בתשובת הגאונים, יבמה שנפלה לפני מומר דפטורה מן החליצה ומן היבום היכא דליכא יבם אחר אלא הוא, ולא הביאו שום ראיה לדבריהם. וכתב רש"י בתשובה אחת דלא סמכינן עלייהו כלל, ואף על פי שחטא ישראל הוא לכל דבר ואם קידש קדושו קדושין, וחולץ ולא מיבם. ונראה להר"ם להביא ראיה לדברי הגאונים מדפריך פרק הגוזל אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה מעיקרא ומשני מינח ניחא לה טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו, פי' ניחא לה בבעל כל דהו. א"כ לגבי מומר דליכא למימר הכי, דאנן סהדי דלא ניחא לה להתיבם לו כי יעבירנה על דת לבא עליה בגיות וכל זמן שהיא נדה, ודאי אנן סהדי דלא ניחא לה, וא"כ נפקא אף בלא חליצה אם אין שם יבם אלא הוא. וכתב הר"ם אף על פי שהבאתי ראיה לדברי הגאונים, לא מלאני לבי לעבור על דברי רש"י, כאשר בא מזה מעשה לידי".

והנה בתשובת מהר"ם שבהגהות מיימוניות מפורש שדברי מהר"ם בחידושו מתייחסים לנסיבות בהן לבעל אח מומר כבר בעת הנישואין. אך בהגהות מרדכי פרק החולץ [רמז קה] כתב:

"נראה דמהר"ם המביא ראיה משום אדעתא דהכי לא קדשה נפשה כו', לא שייך לחלק בין מיתה או נישואין מפילין, דבכל עניין אדעתא דהכי לא קדשה עצמה".

ויצוין שכן הוא בספר תשובות מהר"ם מרוטנבורג חלק ד' (דפוס פראג) סי' אלף כב, בשו"ת מהר"ל סי' רה ובשו"ת מהר"ם מיניץ סי' קה. בכל אלו לאחר שהובאה תשובת מהר"ם נכתב:

"גם לא חזינו בדברי מהר"ם שחילק בדבריו להדיא בין היכא דהוי משומד בשעת קדושו ולאחרי כן, אלא התיר אפילו לכתחלה. ומצינו למימר דדעתו בכל עניין מותרת אפילו לכתחילה, או נוכל לומר לכל הפחות דמתיר דיעבד כי הכא".

וכן הרד"ך (בית ט') כתב:

"לפי משמעות הגמרא התם, יראה דאין לחלק בין היכא שהיה הייבם משומד כשנתקדשה לבעלה לבין היכא שנעשה משומד אחרי שנתקדשה לבעלה, דבתרויהוה חד דינא אית בהו".

ובתשובות רבינו אליהו מזרחי סי' סח כתב:

"הא דפריך בגמרא אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה, ה"ל למימר אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין בעת שנתקדשה לאחיו תפוק בלא חליצה, דכיוון דאסקה אדעתה אנן סהדי דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה. אבל השתא דפריך סתמא, ש"מ לא שנא היה מוכה שחין בעת שנתקדשה לאחיו ל"ש לאחר שנתקדשה לאחיו נפקא בלא חליצה. ואם כן מהכא משמע דאע"ג דלא הוה משומד בעת שקדשה עצמה, שייך לומר אדעתא דהכי לא קדשה עצמה. וה"ה גבי יבם משומד. ועוד אדרבה איפכא מסתברא דהיכא דנשתמד קודם שנתקדשה לאחיו דאסקא אדעתא ואיבעי ליה לאתנויי ולא אתנייה, איהי היא דאפסידא אנפשה. אבל היכא דלא הוה משומד בשעה שנתקדשה לאחיו דלא אסקא אדעתה שישתמד, ולא הוה לה לאתנויי עליה, איכא למימר דאנן סהדי דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה, דסתם נשים אינן מתרצות בכך. והוא דלא אתנייה משום דמלתא דלא שכיחא היא, ומילתא דלא שכיחא לא מסקי אדעתיה לאתנויי עליה".

ובשו"ת תורת חסד (להגאון מלובלין) חלק אה"ע סי' כ' אות ו' ציין לדברי התוספות במסכת כתובות דף מז: (ד"ה שלא), שכתבו בלשון זו:

"פריך שפיר מיבמה שנפלה לפני מוכה שחין... ולהכי לא פריך מאשה שנעשה בעלה בעל מום, תיפוק בלא גט דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, כיוון דתלוי נמי בדעת המקדש".

וכתב התורת חסד:

"מוכח מדברי התוספות דאף כשנעשה מוכה שחין אחר כך, ג"כ שייך לומר דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה. ולפי זה י"ל אליבא דאמת לפי דעת מהר"ם דביבם מומר אמרינן דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, דהיינו אפילו בהמיר אחר הנישואין"

וגוף דברי התוספות, יתבארו להלן. וכן בספר שרידי אש חלק א' סי' צ' (עמוד רעא) כתב:

"מדברי התוספות בב"ק ובכתובות, שהקשו, א"כ כל אדם שקנה מחברו שום דבר ונתקלקל יבטל המקח, דאדעתא דהכי לא קנה, משמע דמפרשי דקושית הגמ' אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין וכו', מיירי אפילו נעשה מוכה שחין אח"כ, שאל"כ אין התחלה לקושיתם, דבמקח וודאי שאם הי' קלקול בשעת הקנ' בטל המקח".

אמנם למעשה, כתב החזו"א אה"ע סי' קיח סק"ה:

"אף שבהגהמ"ר כתב דלדעת מהר"ם אין חילוק בין מומר בשעת נישואין לנעשה מומר אח"כ, מ"מ יש להחמיר כמש"כ בתשובת מיימוני".

היינו מפני חומר איסור יבמה לשוק, אך מעיקר הדין, כאמור, רבים הסכימו שלא לחלק בכך וכן עולה מדברי התוספות.

ראינו כי לשיטת הגרצ"פ פראנק ז"ל, כשהיבם אינו יכול להיות אפילו בעל כל דהו, נאמרה הסברא דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה. אמנם בספר אגרות משה חלק אה"ע ח"א סי' קסב, חלק על שיטה זו של הגרצ"פ פראנק ז"ל, וביחס לנידון אחר, וכתב בלשון זו:

"ראיתי מה שהשיב הגאון ר' פסח צבי פראנק שליט"א מירושלים שהחשיבו לספק סריס ומ"מ התיר מצד דלסברת מהר"ם אליבא דתשובת הגאונים ביבם מומר שאינה צריכה חליצה משום דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה, וא"כ כ"ש דלא קדשה נפשה לשבת עגונה כיוון דהוא חרש שלא יכול לחלוץ וגם לא נניח לייבם משום ספק סריס.

אבל לע"ד זה אינו כלום, דמוכה שחין ודאי ליכא ספק כלל שמא ניחא לה להתייבם למוכה שחין, שבכל מקום אמרינן דרק מאיבה יקדשנה למוכה שחין, דלכן תקנו שמציאתה לאביה, ואיך שייך שיהיה עוד ניחא לה במוכה שחין. וגם הא תשמיש סכנה לו, כדאיתא בכתובות דף ע"ז. אלא ברור שהפירוש הוא כדפרש"י בב"ק דף קי"א דניחא לה להתקדש לראשון על ספק זה. ואף להגאונים הוא רק פירוש זה. ומה שבמומר לא קדשה הוא כדפי' בב"ח סי' קנ"ז דלמומר לא הייתה נכנסת אף לספק עיין שם. לא משום דהמומר לא ירצה לא לייבם ולא לחלוץ, דבשביל זה אפשר הייתה נכנסת לספק, אלא דווקא מחמת דתחוש שמא יכופנה לייבמה ותעבור על דת, שלזה חוששת ביותר. וא"כ בחרש ובעובדה דידן, אף שאין יכול לא לייבם ולא לחלוץ, נמי אפשר הייתה נכנסת לספק זה. ואף שיש מקום לומר דבמוכה שחין נכנסה לספק מחמת שסוברת שיכופו אותו לחלוץ שהוא מאלו שכופין לחלוץ, והכא שתשאר עגונה לא נכנסה לספק, אבל מנלן דבר כזה, לכן טעם זה אינו כלום לסמוך עליו".

ביחס לדרכו של האגרות משה שלא הסכים ששיקול זה שנשארה עגונה לעולם ללא פתרון אינו טעם מספיק לומר "אדעתא דהכי לא התקדשה", וכתב "מנלן דבר כזה", יש לציין שרבו הפוסקים שהסכימו לדרכו של הגאון רצ"פ פראנק ז"ל, שככל שהיבם אינו יכול להיחשב אפילו "בעל כל דהו", אדעתא דהכי לא התקדשה,

גם כשאין חשש שיכפה עליה לעבור על דת. ונפתח בעמוד החזק עליו נשענת שיטתו של הגאון רצ"פ פראנק ז"ל, שהוא הרד"ך בתשובה בית ט', ולהלן עיקרי דבריו. הנידון בתשובת הרד"ך הוא כדלהלן:

"יבמה שנפלה לפני יבם משומד שנאנס בשעת השמד המר והמפורסם אשר היה במלכות פורטוגאל ונטמע בין הגוים ולא חזר לדת ישראל זה לו עשרים שנה ויותר, ויש לו רשות לצאת ולבא ואינו רוצה, וכן בשעת הקידושין והנישואין היה משומד והיה לו רשות לצאת ולבא ולא רצה. זקוקה היא לו או לאו".

בתשובתו הארוכה התבאר יסודות הלכה זו, ולפי דרכו אם היבמה תשאר עגונה מאחר שהנסיבות הן כמתואר בדבריו, גם לשיטת רש"י קיימת הסברה שאדעתא דהרי לא התקדשה, ומפורש בדבריו דלא כאגרות משה.

להלן ציטוט מהיסודות העיקריים שכתב הרד"ך:

א. המרדכי כתב עוד בשם בעל מחזור ויטרי, שיסדו תלמידו של רש"י, וז"ל בוודאי אי כשנשאה בעלה, ההוא יבם הוה משומד קודם לכן, אינה צריכה חליצה, ולא שייך לומר סברא וקבילא ע"כ. הרי שבעל מחזור ויטרי תלמידו של רש"י כתב כדעת הגאונים ז"ל האומרים דכשהיה היבם משומד קודם שנשאת, דאינה צריכה חליצה. וטעמיה דאע"ג דישאל הוא, מ"מ אנו סהדי דאדעתא דהכי לא נשאת, וכההיא דהגוזל שהביא מהר"ם רביה לדברי הגאונים ז"ל. ולא שייך לומר סברא וקבילה, וכההיא דפ"ק דכתובות וכן בפרק מי שאחזו דאמרין התם דבאונסא דשכיחא לא שייך לומר אנוס הייתי, דאבעי ליה לאתנויי וכיון דלא איתני סבר וקביל, דהתם במילי דאי בעי דלהוי על תנאי צריך להתנות, הוא דאמרין הכי דהואיל ואי בעי ליה לאתנויי ולא אתני סבר וקביל. אבל במלתא דמסתמא על תנאי היא ואין צריך בה תנאי, דאע"ג שאינו מתנה כמתנה דמי, וכדכתבו התוספות בפרק האיך מקדש ובפרק מי שאחזו דיש מקומות דאפילו גלויי דעת לא בעינן, פשיטא דלא שייך לומר סבר וקביל דאנו סהדי דמותנים ועומדים הם".

ב. אף על גב דרש"י לית ליה סברת מהר"ם ז"ל דסבר דאף על גב דביבם משומד מינח ניחא לה כדאמרין התם בהגוזל... נראה דדוקא גבי משומד שבעירה, או שהוא בעיר שיכולה היא ללכת לדור שם עמו ולעמוד ביהדות, וגם כי הוא משומד ולא ישוב בתשובה, ניחא דגופא עדיף לה, וטב למיתב טן דו דרוצה אשה בקב ותפלות וכו'. אבל בנדון דידן דאיכא תרתי לריעותא שהוא משומד ובידו היה לצאת משם בכל פעם שהיה רוצה ככתוב בשאלה, ועם כל זה עמד ועומד הוא בשמדותו, ואומר מה בצע לי להדבק בישראל שהם שפלים ונרדפים טוב לי שאדבק באלו שידם תקיפה. והחזק שאין דעתו לחזור... גורת המלך הרשע, מלך המדינה ההיא היא, שכל יהודי ויהודית ההולכים שם יהרגו, ומי שילך שם דמו בראשו... אלא יעמוד בחזקת רשעו אשר נשקע בו מקטנותו למלאת תאות לבו, כאשר כבר הרגיל עצמו ללכת בשרירות לבו הרע... ותעמוד עגונה כל ימיה ואין כאן טן דו, פשיטא דאנו סהדי דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה. דהא טעמא דטן דו הוא דאמרין גבי משומד דמינח ניחא לה, ולא שייך לומר סברא וקבילה, דפשיטא לעניות דעתי שהוא מהדברים שאינם צריכים אפילו גלוי דעת, והוה ליה כאלו פירש בהדיא שעל תנאי זה היא נשאת לבעלה... וא"כ זכינו לדין דנראה לומר דדוקא במוכה שחין, שהוא לה לצוות בעלמא, וניחא לה בההוא כל דהו דאית לה אחרי מיתת בעלה, וכן במשומד שיכולה היא להיות אצלו, הוא דאמר רש"י ז"ל דלא נפקא בלא חליצה. אבל כבנידון דידן שנוסף על השמד שהוא בארץ מרחקים ולא יהיה לה ממנו אפילו צוות בעלמא, אלא תשב עגונה כל ימיה וכדפירשתי, פשיטא לענ"ד דאפילו רש"י ז"ל מודה דאנו סהדי דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה מעיקרא".

ג. מאי דאמרין דבכל דהו ניחא לה הוא משום דבתשמיש ניחא לה, וכדאמרין בפרק האשה שלום ובפרק המדיר תנא וכולן מזנות וכו' כמו שכבר כתבתי למעלה. אבל באשה שנשתמד בעלה הואיל והוא בא עליה כדרכו וכמנהגו, והיא ממלאה תאוותה ורצון נפשה, שמא ניחא לה טפי. דאע"ג שהוא בא עליה באיסור, ניחא דגופא עדיף לה, ואינה חוששת לא לאסור ולא לשום דבר... אפילו אם נדחק לפרש ולומר דההיא דהגוזל דקאמר דמינח ניחא לה בכל דהו אבעלה אשלם קאי... דוקא גבי מוכה שחין הוא דאשכחן ליה לתלמודא דקאמר דמכנסת עצמה בספק שתפול לפניו כדי שתתקדש לכתחלה לאחיו השלם, דאע"ג דשנוי הוא לה, אין שנוי לה אלא מטעם אחד דהיינו מפני שהוא מוכה שחין, אבל לכל הפחות יהיה לה ממנו ניחא דגופא שזוהו עיקר הקפדת האשה, גם כי לא

יהיה לה כרצונה הגמור כמו שכבר כתבתי. אבל בנדון דידן ששנוי הוא לה משני טעמים, חדא שהוא משומד ומזה הטעם שנוי הוא לה ביותר, ונוספה עליה רעת העיגון אם תפול לפניו שלא יהיה לה ממנו אפילו צוות בעלמא, שגם מזה הטעם שנוי הוא לה יותר ויותר, אנן סהדי שאינה מכנסת עצמה בספק שתפול לפניו מצד חיבת בעלה הכשר".

ד". אפילו לדעת התוספות שפירשו שם בהגוזל דבנשואה לא קאמר התם דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה, דמשום אחר מיתת בעלה לא מסקה נפשה מלהיותה נשואה, אלא מן הארוסין איירי, דמקדושין אין לה שום טובה עד כאן. היינו דוקא גבי משומד הוא דקאמרינן הכי משום דלאחר מיתת בעלה אכתי אית לה טיבותא פורתא בהדי' כדפרשתי. אבל כבנידון דידן שאם ימות בעלה ותפול לפני המשומד תתעגן כל ימיה, ולא להוי לה מיניה אפילו טיבותא פורתא, ונוסף על שמדתו רעת העיגון וכדפירשתי, פשיטא דמשום חיבת חופה אינה מכנסת עצמה בספק כזה, שאם ימות בעלה שתפול לפני מי שאין לה ממנו שום טובה בעולם אלא רעה רבה ואין לה שום תקומה".

ה". ואם לחשך אדם לומר דהכא תלוי הדבר בדעת הבעל נמי, ולפי החילוק שכתבו התוספות ז"ל בפרק נערה וכן בפרק הגוזל. יראה לפום ריהטא דיבמה שנפלה לפני יבם משומדהיא זקוקה לכל הפחות כשנפלה מן הנשואין, ואף על פי שאין לאותו משומד שום טובה בעולם. שכתבו שם דכל הני דאמרינן בהגוזל דהוה לן למיזל בתר אומדנא, דדעתיהו אי לאו טעמיה דמפרש התם, אין הדבר תלוי אלא בדעת, דהיינו בדעתו של אותו שדעתו לכך, אבל היכא שתלוי הדבר בדעת שנים כגון הלוקח פרה מחברו ונטרפה או מתה, או הלוקח חפץ מחברו ואירע בו אונס, לא אמרינן דבטל המקח. והיינו משום דאין הדבר תלוי בדעת הקונה לבדו, אלא גם בדעת המקנה, והמקנה דעתו להקנותו בכל ענין. ואם כן יאמר האומר דלפי סברא זו יש לחוש דהכא נמי תלויין הקידושין גם בדעתו של הבעל, והבעל דעתו לקדשה בכל ענין. נשיב לו דלא היא דתשובתו בצדו מתרי אנפי חדא דהא התוספות ז"ל כתבו שם בפרק נערה וז"ל ולהכי פריך שפיר מיבמה שנפלה לפני מוכה שחין משום דבדידה תלויין הקדושין שברור לנו שהוא לא יעכב בשביל שום דבר שיארע אחר מיתתו כי אינו חושש במה שיארע אחריו, ולהכי לא פריך אשה שנעשה בעלה בעל מום תיפוק בלא גט דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה כיון דתלוי נמי בדעת המקדש עכ"ל שם... אבל הוא אינו חושש היאך דעתה להתקדש לו כדכתבו התוספות ז"ל פרק הגוזל כדכתיבנא לעיל, אבל מן הנשואין, שיש לה טובה עם בעלה, לא מסקה נפשה ממנו מלהנשא לו ואפילו אם אומר לה על תנאי שאם ימות בעלה שתפול לפני אחיו המשומד, דרוצה היא להכניס עצמה בספק שאם ימות בעלה בלא בנין שתפול לפני אחיו המשומד, אף על פי שאין לו אלא טיבותא פורתא, וכל זה מצד הטובה שיש לה עם בעלה הנשאת לו. ואם כן ביבם משומד כבנדון דידן דגרע טפי מיבם משומד סתם כדכתיבנא, אנן סהדי שמצד הטובה שיש לה עם בעלה הנשאת לו, אינה מכנסת עצמה בספק זה, דהא לית ליה למשומד שום טובה בעולם דאפילו לצוות בעלמא לא להוי לה, ואם נפקא בלא חליצה, דאדעתא דהכי לא נשאת לו וכדכתיבנא. ותדע לך דמטעמא דתלויין הקידושין גם בדעת הבעל, אין לחלק כלל בין ארוסין לנשואין. דהא מהר"ם ז"ל ובעל מחזור ויטרי בכל יבמה שנפלה לפני משומד, בין מן הנשואין ובין מן הארוסין אמרו דתפוק בלא חליצה, שהרי לא חלקו בדבריהם כלל ופשיטא לע"ד שאין לנו לומר דלית להו סברת התוספות ז"ל, וסברו דבין מן הארוסין ובין מן הנשואין פריך התם בהגוזל, הואיל ולא מצאנו לומר כן אלא יש לנו לומר דהיינו טעמייהו דסברו דאפילו ביבם משומד סתם ואפילו מן הנשואין דתפוק בלא חליצה, משום דסברו דדוקא במוכה שחין יש לנו לעשות סברת התוספות. אבל במשומד ששנוי הוא ביותר אינה מכנסת עצמה בספק שתפול לפניו אם ימות בעלה תחלה מחמת חיבת בעלה השלם. ואף על גב שיהיה לה קצת טובה ממנו שיהיה לה ניחא דגופא, שהדיעות מכריעות אותה לשנוא בו ביותר".

ו". תו דנראה, דעדיפא טפי האי אומדנא מההיא דתנן אף על פי דתנן התם אף על פי שאמרו וכו' עד אם רצה להוסיף מאה מנה יוסיף נתארמלה או נתגרשה וכו' עד רבי אלעזר בן עזריה וכו' עד מן הארוסין בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה, שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה. ואף על גב שמה שכתב לה תלוי בדעתו ובדעת אשתו ודעת אשתו היא שאפילו אם נתגרשה ממנו לתת לה מה שכתב לה, אפילו הכי אמרינן שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה, והיינו דאומדנא רבה איכא הכא טפי משאר אומדני דאנן סהדי שאין דעתו להכניס עצמו כלל בספק זה, ואף על גב שגם בדעת אשתו היה תלוי הדבר, ודעתה היתה שאפילו אם תתגרש לתת לה מה שכתב לה כדכתיבנא. וכן ההיא דזבין ולא אצטריכו ליה זווי דאלמנת נוונת דזבין וכן ההיא דזבין נכסי אדעתא למיסק לארעא דישראל דפ"ק דקדושין, וכדכתבו התוספות בפרק נערה. הכי נמי במשומד כבנידון דידן אף על גב דתלויין

הקידושין גם בדעת הבעל נמי, אגן סהדי שאינה מכנסת עצמה בספק זה שכל עיקרה של אישה להיות לה לפחות צוות בעלמא, ובמשומד כבנידון דידן אין לה שום צוות".

עד כאן קטעים מתשובת הרד"ך.

לפי דרכו של הרד"ך, קבע הגאון רצ"פ פראנק ז"ל שגם בנסיבות שיד ה' נגעה בבעל והוא חסר כל יכולת תפקוד ומאושפז אשפוז קבע, מאחר שלא נותר בו אפילו כל שהוא שוב כבר אין סברת טב למיטב טן דו, וכאמור אליבא דמהר"ם כפי שפרשוהו בהגהות מרדכי ועוד גדולים, גם כשהיבם נעשה מומר לאחר הנישואין אומרים דאדעתא דהכי לא נישאה לו.

בספר בית הלוי חלק ג' סי' ג' האריך בביאור סוגיא זו, ואמנם בתחילת דבריו נטה משיטת הרד"ך, אך במסקנתו העלה כרד"ך. וז"ל:

"הנה בב"ק דף ק"י פריך יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה. ומשני התם אגן סהדי דמינח ניהא לה בכל דהו... עיין במרדכי פרק החולץ שהביא תשובת הגאונים ביבמה שנפלה לפני מומר דא"צ חליצה מיניה, וכתב המרדכי דמהר"ם הביא ראיה לדבריהם מהך סוגיא דב"ק דאי לאו סברא דניחא לה בכל דהו היינו אומרים דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, ומשו"ה במומר דאין לה אפילו כל דהו דאסורה לו פטורה. ושוב הביא המרדכי תשובת רש"י שחלק על הגאונים וכתב דצריכה חליצה. ולכאורה, נראה בפשיטות דמש"ה לא חשש רש"י לראיה של מהר"ם, דאזל לשיטתו שכתב בב"ק שם וז"ל דמינח ניהא לה להתקדש לראשון שהוא שלם על ספק שאם ימות תזקק לאחיו, הרי משמע להדיא דמפרש דהכול דהו דאמרה הגמרא היינו הבעל הראשון שהוא שלם, אבל המוכה שחין ס"ל לרש"י דאינו אפילו כל דהו, ובו לחודא ודאי דלא היה מתרצית, ואפ"ה צריכה חליצה דניחא לה בבעל הראשון, ומשו"ה ס"ל לרש"י דגם במומר אף על גב דליכא גם כל דהו צריכה חליצה. ומהר"ם מפרש דהכול דהו קאי על היבם המוכה שחין ומשו"ה ס"ל דביבם מומר דאינו אפילו כל דהו א"צ חליצה, כן היה נראה לפום רהיטא. ומצאתי כתוב כן בכמה חיבורים מגדולי רבותינו, כל זה הוא דלא כמו שראיתי הובא דברי תשובת רד"ך בית ט' שכתב דאם היבם אינו אפילו כל דהו גם רש"י מודה דא"צ חליצה. וכתב דהא דהחמיר רש"י במומר טעמו משום דס"ל דגם במומר איכא כל דהו. ואין בידי ספר הרד"ך לעיין בו. ובוודאי כיוון דחזינן דרש"י מפרש להדי' בגמ' זו דהניחא לה הוא בבעל הראשון, א"כ אין לנו לעשות מחלוקת בזה בסברא ולומר דרש"י ס"ל דגם מומר איכא כל דהו, כן נראה לכאורה.

אמנם יעויין בב"י סי' ק"מ הביא בדין בעל שהמיר אם יכולים אחרים לקבל ממנו גט עבודה שלא מדעתה והביא שם תשובת מהר"ם מרוטנבורג שכתב דלדעת רש"י דיבם מומר זוקק הרי דס"ל דגם מומר חשוב לה כל דהו וי"ל דניחא לה בו א"כ אין יכולין לזכות לה שלא מדעתה. הרי כתב להדיא דטעמו של רש"י הוא משום דס"ל דגם במומר איכא כל דהו, וזהו להדיא כהרד"ך, וס"ל בפשיטות דאם ליכא ביבם גם כל דהו גם רש"י היה מודה דאינה צריכה חליצה. ובוודאי דקשה עליו טובא, דהא רש"י כתב להדיא דניחא לה להתקדש לבעל השלם, והבעל הוא הכול דהו, ומהיכן דקדק דלרש"י גם במומר איכא כל דהו. וכבר הקשה כן התה"ד בסי' רל"ז יעו"ש. והברור דס"ל למהר"ם דזהו אין סברא כלל לומר דרש"י יפרש דניחא לה להתקדש לראשון על הספק, דגם אם אח"כ לא יהיה לה גם כל דהו. דהא הלשון דאמר בגמרא טב למיתב טן דו, משמעו דמרוצית גם לבעל גרוע, והראשון הרי הוא שלם. וגם רש"י מודה דהא דאמר דניחא לה בכל דהו קאי על היבם המוכה שחין. ואם היבם אינו אפילו כל דהו אינה צריכה חליצה גם לרש"י. והא דהוסיף רש"י דניחא לה להתקדש לראשון שהוא שלם על ספק שתהי' זקוקה לזה, כוונתו דמצד הסברא למה לה להתרצות להתקדש למוכה שחין או לבעל מום, וכי חסרת אנשים היא לברור לה בעל טוב ושלם ותבחר בבעל מום. ומשו"ה כתב רש"י שמרוצית להינשא לשלם, ומכנסת עצמה בספק זקוקה למוכה שחין, כיוון דגם אח"כ יהיה לה על כל פנים כל דהו... אבל אם לא יהיה לה אח"כ גם כל דהו, גם לרש"י לא ניהא לה, והוא ברור דכן הבין מהר"ם בדעת רש"י... ועל כל פנים הא נתברר מדברי מהר"ם דבנפלה לפני יבם שאינו אפילו כל דהו, גם לרש"י אינה צריכה חליצה, וכהרד"ך".

ועיין בספר זקן אהרן תניינא סי' קכד שהביא מדברי בית הלוי, והסכים עמו.

הרי עולה מדברי בית הלוי להדיא דלא כסברת האגרות משה הנזכרת. וגם לפי דרכו קיים יסוד לומר שאם הבעל נהפך למומר, מאחר שהוא עדיין בגדר בעל כל דהוא, לדעת רש"י אין מועילה זכיית הגט עבור האשה, וכן אין מקום לסברא שעל דעת כן לא התקדשה. משא"כ כשהיא מעוגנת ואגודה בבעל שאין בו אפילו כל דהוא, וכנידון דנן.

וכן בתשובת חתם סופר חלק אה"ע ח"ב סי' קנ (ד"ה אמנם במרדכי) ובספר משיבת נפש אה"ע סי' עג, מפורש להדיא דלא כבביאור האגרות משה בסוגיא, עי"ש.

ביטול הקידושין אינו מפני מקח טעות אלא על יסוד אומדנא

בספר בית הלוי (שם) באר, שבסוגיא בב"ק ביטול הקידושין אינו מפני טענת מקח טעות, הנאמרת רק בנסיבות בהן נמצא מום גדול שהיה בעת הקידושין אך התגלה רק אחר הקידושין. אלא בנידון כזה שהריעותא נולדה יותר מאוחר, מכוה אומדנא דמוכח אתינן. וז"ל:

"מעיקרא פריך דבנפלה לפני מוכה שחין נימא דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, ולכאורה, קשה הרי האשה לא התנתה שום תנאי בעת הקידושין, רק דפריך דנאמר אנן דאדעתא דהכי לא קידשה, ולכאורה, הרי הם דברים שבלב בעלמא ואינם דברים כלל. ואפילו אם הייתה מתנה מקודם בתנאי גמור דאם תפול להיבם לא יהיה קידושין, לא היה מועיל אם לא שיהיה תנאי כפול וכל הפרטים הנצרכים בדיני תנאי, וכ"ש הכא שלא התנתה כלל. וצ"ל דקושיית הגמרא הוא, דהוא אומדנא דמוכח דלא נתקדשה אדעתא דהכי, וכמו שכתבו התוס' בכמה דוכתא דהיכא דמוכח טובא גם תנאי אינו צריך, ועל זה שפיר משני כיוון דאשה ניחא לה בכל דהו, פי' דאינו אומדנא דמוכח מעצמו כלל, ואפשר להיות דניחא לה בכל דהוא ושוב הדרינן לכללא דבעי תנאי גמור ככל משפטי התנאים, ובפרט כשלא התנתה כלל, דהוא דברים שבלב, ומשו"ה מקודשת גמורה בוודאי. והא דקאמר התם אנן סהדי דמינח ניחא לה בכל דהוא כדר"ל דאמר טב למיתב טן דו, רק אנן סהדי דקאמר הוא משום דכיוון דלא התנתה שאם תפול לפני המוכה שחין לא תהיה זקוקה לו, הא פשיטא דניחא לה, וכמו בכל דבר שאדם עושה בלא תנאי, דאז אנן סהדי דעשה כן על כל האופנים בלא שום תנאי, כיוון דליכא אומדנא דמוכח והדברים ברורים ונכונים, והנה כל זה שייך בדבר אחר שחין להקידושין וכמו בנפלה לפני מוכה שחין, דבעצם המקדש לא היה שום טעות דהוא שלם בלא מום רק נבא לבטל הקידושין משום דבר שנתחדש אח"כ ולומר דעל זה האופן לא נתרצית, ובכה"ג הביטול הוא בגדר תנאי וצריך בו משפטי התנאים, וגם שייך בזה הסברא בדברים שבלב דאינם דברים, בלא תנאי מפורש. וכן בהא דקידושין דף נ' בשמע שמת בנו וכתב נכסיו לאחר דכתבו התוס' והרא"ש דאינם דברים שבלב, משום דאיכא אומדנא דמוכח, דשם עצם הקניין שהקנה להאחר הרי היה כהוגן ומטעם אחר צריך לבטלו, משו"ה אם לא היה אומדנא דמוכח היה נקרא דברים שבלב".

עוד ראוי לציין כי בהלכה זו של אומדנא לביטול מקח או קידושין מעיקרא, כתב החזו"א חלק אה"ע סי' עט ס"ק טז:

"מצינו כן ב"ק ק"י ב' ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין משום דאשה בכל דהו ניחא לה, ופרש"י דניחא לה להתקדש לראשון אף בספק שתזקק לאחיו, ואע"ג שאין צורך לה להכנס בספק זה שאם מתקדשת בתנאי נמי אינו חסירה כלום בחיי בעלה, אלא משום שניחא לה בהאי, לא חשיב כמעלה על לבה תנאים... ואע"ג דבאמת כל האומדנות אינו מחשבת הקונה והמקנה בשעת הקנין והמעשה, מ"מ מידת סתמא שתלוי במשפט החכמים מה חשיב תנאי ומה לא חשיב תנאי, תלוי בחוזק החשק של הענין שעושה ובחוזק ההפסד של החשיש העתיד המסופק".

לפי דרכו בנסיבות שבהן בני הזוג חיו יחד חמש שנים וקרוב לשבע שנים כבר עגונה עקב מצבו המתואר, ואין צפוי שיחול שינוי, הרי ההפסד העתידי, של עיגון לשנים נוספות וללא שידוע גבול לעיגון, הוא חזק ביותר,

הפסד זה גובר על הרווח של פרק זמן שבשנות נישואין ספורות שבהן האשה הצליחה לחיות עם בעלה עד שנפגע, וקיימת אומדנא לתנאי בעת הנישואין, למרות שהתנאי לא נאמר בפירוש ולא חשבו עליו באותו מעמד.

האם דינו של בעל כדין יבם

המהר"ם והרד"ך התייחסו לנסיבות בהן הבעל מת והאשה זקוקה ליבם. אך קבע בתשובת הר צבי הנזכרת שהוא הדין כשהבעל עצמו באשפוז קבע לאחר שנטרפה דעתו, ואינו אפילו בעל כל דהו.

וסברא זו שלעניין השיקול "אדעתא דהכי" וכו' דין הבעל כדין יבם, כבר נמצאת בדברי הב"ח אבן העזר סי' קנז שכתב:

"אבל לפי עניות דעתי נראה דאיפכא מסתברא. דבקידשה אחר שהמיר ודאי דקידושי קידושין דכיוון דאין אשה מתקדשת אלא לדעתה, והיא פשטה ידה וקיבלה קידושין מן המומר, א"כ רצונה בכך ומקודשת. דאע"פ שחטא, ישראל הוא. אבל היכא דקידשה ואח"כ נשתמד, אנו סהדי דלא קיבלה קידושין ממנו ולא נישאת לו אלא על דעת שיחזיק בדת ישראל. אבל היכא שיהפוך דתו, על זה לא היה רצונה ולא היה דעתה שיהיו קידושין, אלא המעות יהיו מתנה, ונמשך שכל בעילותיו למפרע היו בעילות זנות".

אמנם הב"ח לא כתב זאת כפסיקת הלכה, אלא כמו"מ בדברי הבית יוסף, ואין לכך מקום כהוראה להלכה, כפי המבואר בנודע ביהודה קמא אה"ע סי' פח, שיובא להלן.

אך בעיקר הענין כבר בתוספות ראינו שלא מצא מניעה להקיש מדין נפלה לייבום לדינו של בעל. התוספות במסכת כתובות דף מז: (ד"ה שלא), כתבו בלשון זו:

"ולא דמי ללוקח חפץ ואירע בו אונס דלא אמרינן דאדעתא דהכי לא קנה ומבטל המקח, דאינו תלוי בדעת הקונה לבדו, דהא איכא נמי דעת מקנה שלא היה מקנה לו לדעתו אם לא יפרש. להכי פריך שפיר מיבמה שנפלה לפני מוכה שחין, משום דבדידה תלוין הקידושין, שברור לנו שהוא לא יעכב בשביל שום דבר שאירע אחר מיתתו כי אינו חושש במה שאירע אחריו. ולהכי לא פריך מאשה שנעשה בעלה בעל מום, תיפוק בלא גט דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, כיוון דתלוי נמי בדעת המקדש, וכן כל הנהו דמייתי התם אין תלוי אלא בדעתו".

לפי סברת התוספות נראה כשם שכתבו "כי אינו חושש במה שאירע אחריו" הוא הדין בנידון דנן שהבעל מוגדר כ"צמח" אינו מתפקד כלל, ואין לו כל הכרה ביחס לסובב אותו, גם קיימת הסברא שאינו חושש במה שקורה מאז שנפגע, אם יישאר נשוי או יבוטלו נישואיו, דלא חלי ולא מרגיש אף שהוא בגדר אדם חי.

וכן עולה ממש"כ בספר נודע ביהודה קמא אה"ע סי' פח, וז"ל:

"הנה בכתובות דף מ"ז ע"ב בד"ה שלא כתב לה וכו', כתבו דלהכי לא אמרינן אשה שנעשה בעלה מוכה שחין תיפוק בלא גט, משום דלא בדידה לחוד תליין הקידושין אלא גם לגבי דידיה אבל לענין יבמה בדידה לחוד תליין הקידושין, דברור לן שהבעל לא יעכב משום דבר שאירע אחר מיתתו. ולפ"ז אם נצרף דברי הגאונים יחד, ונימא דביאת מומר היא כעריות ומיד שהמיר נאסרה אשתו עליו, וכיון דאסורה לדידיה, ממילא מאי נ"מ לדידיה אם הקידושין חלו או לא, ואז שפיר אמרינן אדעתא דהכי לא נתקדשה שתהיה אגידא במומר ותיפוק בלא גט... ומה שכתבתי כיון שכבר המיר והרי אסורה להבעל לו, שוב לא איכפת ליה לדידיה והוי כמו לענין יבום, זה אינו דבשלמא מה ששייך אחר מותו לא איכפת לו, אבל בעודו בחיים, אף שהוא מומר, מ"מ אינה אסורה לו לחלוטין, ואם יחזור הרי היא מותרת לו, וא"כ בודאי לא ניחא ליה שיתבטלו הקידושין. ועוד כיון שהיא אגידא ביה צריכה היא לרצות בתקבא דדינרי, וממילא לא ניחא לדידיה שיתבטלו הקידושין".

לפי דרכו של הנודע ביהודה, מדברי התוספות שכתבו "כי אינו חושש במה שאירע אחריו" יש לקבוע את הכלל בהלכה זו. אמנם כשנעשה הבעל מומר, אין שייכת סברת התוספות, ולכן אין עולה על הדעת לדון ביטול קידושין, וזאת מפני הטעמים המבוארים בדברי הנודע ביהודה. אך לפי דרכו נידון דנן אינו דומה למומר, מאחר שאין סיכוי שיחזור למצב טוב ממצבו הנוכחי, אין לו עניין לבקש ממנה דבר ואין בנישואין או בגירושין משמעות מעשית עבורו, ובכך אינו כדין אותו בעל שהפך להיות מומר.

ההבחנה בין דרגות האומדנא

הבית מאיר בתשובה (צלעות הבית סי' ו') התייחס לשאלת האומדנא דאדעתא דהכי וכו' בהקשר לביטול קידושין, כשהדיון הוא ביחס לבעל, וכתב שיש מקום להבחין בין סוגי האומדנות. וז"ל:

"חילוק יש בין מום גדול לבינוני, דדוקא באונס או מום בינוני הנוולד, בזה כולי עלמא מודו לסברת התוספות שהוכיחו בטוב ממסכת בבא קמא (ק"י ע"ב) דבמכר לא שייך אומד, דיש לומר הצד שכנגדו לא היה מתרצה אם לא באופן שאין הדבר נוגע בו. והיינו בבעל שנעשה מוכה שחין, אף דמום גדול הוא, מכל מקום יש לה תקנה בגט שכופין אותו (כבסי' קנ"ד ס"א), לא נחשב אלא מום בינוני, ולא שייך אומד דנימא כאילו התנה, דמי יודע אם היה הבעל מתרצה כדי שתהא אגידא בו לקבל גט ומתוך כך אולי תתרצה לשבת איתו כסהדי (כמ"ש בכתובות ע"ז ע"ב). והיא נמי אפשר היתה מתרצה לקבל עליה מום כזה, כי לא שכיח להיפך מי שיתרצה לדעתה. דומיא דהכי גבי קושית הגמרא בשנפלה לפני מוכה שחין, דלא הוה אלא מום בינוני, דהא אין חוסמין אותה (יבמות ד' ע"א). אך הואיל ואין הדבר נוגע בו, שפיר שייך אומד לולי תירון הגמרא סברת טן דו. מה שאין כן באונס גדול... דומיא דהכי למד הרא"ש לאונס גדול שהשתמדה אחות המשודכת, שלולי שלא עלה על רוחם אונס כזה ודאי היו מתרצים לתנאי זה שני הצדדים, כי אונס גדול הוא ואין דרך העולם כלל שלא יתרצה הצד שכנגדו בתנאי זה, ובפרט שהתנאי הוא לתועלת שניהם דמי יודע מה יולד יום. וגם אנן סהדי דלא היה נכנס כלל לספק זה ואפילו הצד השני היה ממאן בתנאי זה, לא היה עושה השידוך".

העולה מדברי הבית מאיר, שבמום גדול, כגון מי שנשתטה ונטרפה דעתו בדרך שללא ספק לא יוכל להירפא, כגון הנידון בתשובת הר צבי סי' קלג, או כגון נידון דנן, מאחר שאינו יכול לתת גט ואינו בר כפיית גט ומצבו בלתי הפיך, זהו מום גדול בלתי ניתן לפתרון, וביחס אליו קיימת אומדנא גדולה שאדעתא דהכי לא קידשה עצמה.

בספר אבן שהם, בקונטרס עגונות שבסוף הספר, הסכים עם דברי הבית מאיר, וכתב:

"עיינ בשו"ת עזרת ישראל סי' כ' שמפקפק בזה על הבית מאיר, אבל לענ"ד דברי הבית מאיר מסתברים מאד, והוא לא ראה כי אין הבית מאיר יחיד בחילוק זה, כמוכא כאן בשם הגאון בעל מראות הצובאות, ועיין בתשובת משיבת נפש בחלק אה"ע מן סי' ע"ג עד סי' ע"ז מה שנו"נ עם הגאון רבי צבי הירש ז"ל מגלונא, והוכיח בכמה ראיות דגם בנישואין אמרינן אדעתא דהכי לא קדשה נפשה, כדעת מהר"ם ולא כדעת התוספות"

בעיקר סברת הבית מאיר לחלק בין מום גדול לבינוני, יצוין שבהגהות הבית מאיר לאותה תשובה (בהוצאת ראש פינה) הבית מאיר ציין לדברי המל"מ. המשנה למלך הלכות זכיה ומתנה פרק ו' כתב:

"שוב ראיתי להרב בעל פני משה ז"ל שם שכתב... שוב ראיתי להרב שאמר שלא נחה דעתו בחילוק זה, וכתב דרך אחרת ליישב דברי הרא"ש והוא בשיקול האומדנות דהיכא דהאומדנא היא גדולה עד מאד, אנן סהדי לא יבטלנה המתחייב ואף אם דעת שכנגדו לא יתרצה בכך, מ"מ אנן סהדי דלא יחוש לדעת שכנגדו ולא נתחייב אלא לדעתו, יע"ש שהאריך בזה. ולפי דברי הרב הללו אפשר ליישב דברי מהר"ם, דאף איהו מודה לסברת התוס'

דהיכא דאיכא דעת אחרת לא אוליגן בתר אומדנא, אך ההיא דנפלה קמי יבם מומר דהאומדנא היא גרועה עד מאוד שיעבירנה על דת, אז אמרינן דלא נתקדשה אדעתא דהכי אף דאיכא דעתיה דבעל, וכמ"ש ז"ל".

וכן הוא בתשובת חכם צבי סי' מא, וכן בנודע ביהודה קמא חיו"ד סי' סט (ד"ה נמצא) כתב כסברה זו שאם האומדנא גדולה מאד, היא נאמרת אף בדבר התלוי בשני צדדים, וכן בשו"ת דברי חיים ח"א חאה"ע סי' ג' כתב: "רבים ושלמים ס"ל דבאומדנא גדולה, אפילו בדבר התלוי בדעת שניהם אמרינן אומדנא." וכן הסכים בשו"ת ברית אברהם החו"מ סי' כט סק"י. ולעיל ראינו שגם הרד"ך מסכים לסברא זו.

על כן לפי דרכו של הבית מאיר המיוסדת על שיטה זו דבאומדנא גדולה, אפילו בדבר התלוי בדעת שניהם אמרינן אומדנא, אם הבעל הוא בעל מום, שניתן להביא לפתרון הבעיה באמצעות גט, עדיין לענין האומדנא דאדעתא וכו' יחשב כמום בינוני, משא"כ בנידון דנן הוי אומדנא גדולה.

ובספר שו"ת זכרון יהונתן סי' ה' כתב:

"לא אמרינן אומדנא, אלא היכא שבלעדי האומדנא אין בידו לבטל המעשה בשום אופן. אבל היכא שגם בלעדי האומדנא יש בידו לבטל המעשה, לא הוזה אלא אומדנא אמצעית, ובכה"ג לא אמרינן כאן אומדנא כלל. ומשו"ה כיון שבידו לגרשה לא אמרינן בזה אומדנא לעקור המעשה למפרע כמ"ש, ואפילו היכא שא"א לגרשה כגון שברחה ואינה לפנינו מ"מ יכול לזכות לה גט כמבואר ברמ"א סי' ק"מ סעיף ה'".

על כן בכל מקרה של סרבן גט, שחייבוהו ואינו נותן גט והאשה עגונה, מאחר שניתן בדרך כזו או אחרת לאכוף את הגירושין, היום או לאחר זמן, אין מקום לאומדנא זו, אלא רק בנידון דנן, יש מקום לסברא זו.

וכן בספר דברי מלכיאל כתב לדון אומדנא זו דאדעתא וכו' ביחס לבעל, ונראה שהלך בדרכו של הבית מאיר. בתשובה חלק ד' סי' ק' השיב הדברי מלכיאל אודות עגונה שבעלה היה באניה בלב ים ונעלם, אך אף אחד לא ראה אותו נופל למים ולא נמצא ממנו דבר, ולאחר שהדברי מלכיאל סבר שאין היתר מפני שאין עדות על מותו, כתב:

"הנלע"ד בזה דהנה איתא בב"ק (דף ק"י) ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין שי"ל דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה. וכתבו התוס' שם הסברא משום דלאחר מיתה אין נ"מ לבעלה אם יבטלו הקדושין למפרע. ולזה אוליגן רק בתר אומדן דעתה בזה. וכ"כ התוס' בכתובות (דף מ"ז ע"ב). וא"כ בכל אדם כשמת אין נ"מ לו אם יבטלו הקדושין למפרע. וי"ל דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה שימות הבעל במקום רחוק והיא תשאיר עגונה כל ימי חייה. ואף דהש"ס מסיק בב"ק שם דמ"מ מתרצית להתקדש משום דניחא לה בכל דהו דטב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו. היינו רק כשאפשר לה לינשא עכ"פ למוכה שחין וניחא לה בכל דהו, וכדאיתא ביבמות (דף קי"ח ע"ב). אבל היכא שתשאיר עגונה כל ימיה. הרי תיתב ארמלא ובודאי לא ניחא לה. והתוס' כתבו בב"ק שם דסברא זו שייך רק בנפלה מן האירוסין שלא הי' לה שום טובה מהקידושין. אבל מן הנישואין לא אמרינן סברא זו. וזה צ"ע דכיון שאנו אומרים שהבעל מרוצה שיהיו הקדושין על אופן זה שיתחדש מזה ביטול הקדושין לאחר מיתתו. א"כ נימא דאדעתא דהכי לא נתקדשה וא"ל דלא ניחא לבעל שיהיו בעילותיו בעילות זנות. דא"כ הו"ל להתוס' לומר טעם זה. ולא בשביל שהיא מתרצית. ובשטמ"ק שם כתב באמת בשם הרא"ש הטעם שאינו רוצה שיהיו בעילותיו של זנות. אבל זה דוחק דהא עכ"פ יהיו בהיתר כיון שהיתה נשואה לו כדין רק שהי' על תנאי. ואף במיוחדת לו אין איסור מעיקר הדין. וכן קי"ל בסי' קנ"ז ס"ד שמוותר לכתחילה לישא על תנאי. וכבר האריכו האחרונים בענין זה ולא חששו לזה שיהיו למפרע בעילות זנות. וכ"כ כמה ראשונים גבי יבם מומר לעכו"ם לצדד לבטל הקדושין מסברא זו ואף ביבמה מן הנישואין. ולא חששו לסברת התוס' ורא"ש הנ"ל. וכ"כ הב"ח באה"ע סי' קנ"ז דבכה"ג לא מיקרי בעילת זנות. רק דשם חלקו הרבה פוסקים על סברא זו מצד דס"ל דאף במומר אמרינן דניחא לה בכל דהו. ורש"י פירש בב"ק שם דניחא לה להתקדש לראשון שהוא שלם על ספק זה שאם ימות תזקק לאחיו. נראה דמפרש דקאי על הבעל. וזה קשה דתיפוק ליה שי"ל דגם ביבם ניחא לה כדאיתא ביבמות (דף קי"ח) דנפצא גברא וכו'. ואפשר משמע לרש"י דמ"מ מוכה שחין לא ניחא לה. ורק כשבעלה כעת שלם ואח"כ אפשר תזקק לאחיו.

ניחא לה ליכנס בספק זה. דהא אפשר ג"כ שיחלוץ לה. ואף אם ישא אותה אינה מקפדת ליכנס בספק זה. אכן המרדכי פרק החולץ הביא דעת הר"מ דמפרש דקאי על מוכה שחין. ולזה כתב שם דבמומר לא שייך זה וכ"כ כמה פוסקים. ורש"י חולק שם ואוסר בנפלה לפני יבם מומר. ונראה דבנ"ד אף לרש"י י"ל שבטלו הקדושין. דרך ביבם מוכה שחין שאפשר שיחלוץ לה, וגם דהא כופין אותו לחלוץ כדאיתא ביבמות (דף ד'), וגם דעכ"פ יהי' לה בעל. אבל כשמת ואין עליו עדים הרי מתענגת לעולם, אדעתא דהכי ודאי לא נתקדשה דתיבת ארמלו".

אמנם בנידון של הדברי מלכיאל עדיין דבריו קשים להיאמר, שהרי לא התרנוה מחשש שהבעל מצא דרך להינצל, ואם כך מנלן שהיא אכן מעוגנת ושהאומדנא קיימת, אך על כל פנים דבריו יכולים להתקבל בנידון של בעל שהפך להיות "צמח" כשעפ"י דרכי הרפואה הידועים האפשרות לריפוי אינה צפויה לחלוטין, וכבר לא יהיה כאן טן דו, והיא עלולה להישאר עגונה לעולם, לכן יש מקום לאומדנא זו.

עוד ראוי לציין למש"כ מהרש"ם חלק ז' סי' צה אודות ביטול קידושין של אשה שנשתתית, על יסוד סברת אדעתא דהרי לא קידשה, (ודבריו קרובים למש"כ בספר דברי חיים חלק א' אה"ע סי' ג'), וז"ל:

"הנה זה כמה שנים העירותי בתשובה אחת בדבר חדש, דודאי בנשתתית ואין לה תרופה אין לאסור עליו משום חדר"ג מלישא אשה, ובפרט במקום מצוה דפו"ר. דהא בב"ק ק"י פריך בהא דיבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה, ומשני התם אנן סהדי דניחא לה דטב למיתב טן דו וכו'. וא"כ הכא אם באנו לאסור על הבעל לאבד ימי חייו ולא לקיים מצות פו"ר, האיכא אומדנא דאדעתא דהכי לא קידשה, ולמפרע בטלו הקידושין. ולגבי בעל לא שייכת סברת טב למיתב, וגם אין לומר דהוי אומדנא התלוי בדעת שניהם דהיא לא היתה מרוצית להתקדש בתנאי זה, דזה אינו, דכשנשתתית הא בלא"ה אין אדם דר וכו', אלא שיתן לה מזונות וכדומה, והרי הוא נותן לה באמת כפי ראות עיני בית הדין בסיפוק לכל ימי חייה, וא"כ איכא אומדנא".

לפי דרכו, הוא הדין בבעל שלפי מצבו אינו בגדר "בעל כל דהו" וביחס אליו כבר לא תאמר סברת "טב למיטב טן דו", ובנוסף, בכל מקרה הבעל מקבל כל צרכיו בבית החולים, ואין עבורו משמעות להיותו נשוי.

והנה הלכה זו לדון ביטול קידושין ביחס לבעל עצמו, בדרך המבוארת בתשובת הר צבי סי' קלג, לכאורה, נסתרת מהמשנה במסכת יבמות פרק חרש (דף קיב:): "נתחרש הוא או נשתטה אינו מוציאה עולמית", ולא מצאו לדון היתר על יסוד הסברא דאדעתא דהכי לא נישאה לו. ואמנם הערה זו כבר העלה בספר צבי תפארת (להגרצ"ה שפירא ז"ל אב"ד מונקאטש, מח"ס דרכי תשובה) בסי' ד', וז"ל:

"באמת קשה... אם אירע שנשתטה הבעל מדוע לא נתיר לאשה לישא אחר, כיון דהוי אומדנא גדולה דאדעתא דהכי לא נישאה לו, ובאומדנא גדולה קי"ל דמהני אפילו איכא דעת אחרת... הא דפריך הגמרא שם רק מנפלה לפני יבם מוכה שחין, ולא פריך מנולד מום בבעלה. דבשלמא נולד מום בבעלה לא עלה על דעת המקשה דהוי אומדנא דאדעתא דהכי לא אינסבית ליה, דהא גם היא בהאי פחדא יתיב פן יוולד מום בגופה או תשתטה, ויאמר גם הוא דאדעתא דהכי לא נישאה ויוציאה בלא כתובה או שישא עליה אשה אחרת אע"פ דלא אפשר למיקם בסיפוקיהו. משום הכי שפיר יש לומר דגמרה ומקנה נפשה לספיקא, כדי שגם הבעל יקבל על עצמו אחריות זו כאמור. משא"כ בהא דנפלה לפני יבם מוכה שחין דהוא דבר שאין שייך בבעלה, דלאחר מיתתה לא אגיד בה כלום, וא"כ בוודאי שייך לומר דאדעתא דהכי לא אינסבית ליה, כיון שהוא דבר שאינו שייך רק בה, והוא אינו מתחייב לה כנגד זה כלום. פריך שפיר דנימא אומדנא... במה שהקשנו מדוע לא נימא גם להיפך בנשתטה הבעל שנתיר לה לינשא לאיש אחר, דהוי אומדנא דאדעתא דהכי לא נישאה לו, כנ"ל. דלא קשה מידי. דהא גם בזה שייך לומר דאטו בשופטני עסקינן שהאשה תתרצה שאם תשתטה היא יתבטלו הנישואין. ולא יצטרך לתת לה כתובתה והיא תהיה אגודה בו ולא יצטרך לגרשה, והוא לא יהיה אגוד בה ויוכל לישא אשה אחרת באין מפריע. ואם הוא ישתטה יהיו הנישואין קיימים. והיה לו לחוש שמא יהיה להיפך שהוא ישתטה ואם יתבטלו הנישואין לא יהיה גם לו מי שישגיח עליו".

אך גם לפי דרכו, לא ניתן להתעלם מדברי התוספות במש"כ הטעם כשהבעל מת ונפלה לפני מוכה שחין "כי אינו חושש במה שאירע אחריו", ולפי זה ה"ה אינו חושש במה שיקרה כשיהיה במצב של צמח, מה עוד

שבנסיבות דומות אצל אשתו, ודאי הבעל יקבל היתר לישא אחרת. לכן לפי דרכו של תשובת צבי תפארת, אינו דומה נעשה הבעל בעל מום או שוטה שעדיין אשתו יכולה לסייע לו ולטפל בו, ואינו רוצה שיבוטלו הקידושין ואשתו תעזוב אותו ולא יהיה מי שיטפל בו, למקרה שנעשה צמח שבהן כבר קיימות נסיבות מיוחדות, שהבעל מקבל כל צרכיו מבית החולים ולא ניתן כלל לטפל בו מחוץ לבית החולים, מכיוון שאינו יכול לנשום או לאכול ללא סיוע רפואי. ומשום כך אין לו נפקא מינה בטיפול של אשתו, או כגון הנידון בתשובת הר צבי סי' קלג. בכגון אלו בלבד, קיימת האומדנא הנזכרת, דאדעתא הכי לא נישא, וכפי הסברא המבוארת בתשובת מהרש"ם הנזכרת. לפי דרך זו, דברי המשנה ביבמות נאמרו בכל שוטה מכל סוג, שבדרך כלל יש לו תועלת מכך שאשתו תטפל בו, וקיימת סברת התוספות שהבעל חושש במה שיארע בעת היותו שוטה, משא"כ במקרה חריג ביותר כנידון דנן.

מסקנת הדברים: בנידון זה, מצד אחד קיים יסוד גדול לקבוע שקיימת אומדנא דמוכח שעל דעת כן שלאחר מספר שנים ספורות מיום חתונתה יהפך להיות צמח ותשאר בעיגון גמור. וכאמור ראינו שלדעת הב"ה הדברי מלכיאל המשיבת נפש והר צבי, גם בבעל שלאחר הנישואין התחדש אצלו מצב שאין בו אפילו "כל דהו" והבעיה בלתי הפיכה, נאמרה אומדנא כזו. מאידך, יש להתחשב שהמרדכי סיים את דבריו בלשון זו – "כתב הר"ם אף על פי שהבאתי ראייה לדברי הגאונים, לא מלאני לבי לעבור על דברי רש"י, כאשר בא מזה מעשה לידי". והנצי"ב בתשובה, בספר משיב דבר ח"ד סי' עה כתב "אחר שמהר"ם מרוטנבורג בעצמו שהמציא זה ההיתר, לא היה לביה כשמעתי, ולא סמך על זה למעשה, כמבואר במרדכי פרק החולץ, והאיך ניקום אנן למסמך על זה". ואמנם מפסיקת האחרונים הנזכרים עולה, שככל שהדבר נוגע לפסיקה הלכה למעשה אין טעם זה יכול להיות טעם בלעדי להיתר אשת איש. לכן הגם שמכמה טעמים נידון זה עדיף יותר מהנידון עליו השיב מהר"ם, וזאת על יסוד סברת הרד"ך וסיעתו, מ"מ הלכה למעשה אין עולה על הדעת להתירה על יסוד סברא זו, אך נוכל ללכת בדרכם של גדולי הפוסקים שצירפו סברא זו לטעם נוסף.

נציין לתשובת הר צבי חלק אבן העזר סי' צח שהורה על צירוף של זיכוי גט לפסיקת ביטול קידושין עקב ליקוי שנמצא בתוקף הקידושין, ולאחר שביסס את ההיתר של ביטול הקידושין, כתב:

"ומהיות טוב יש לסדר גם גט, שהסופר יכתוב בתורת שליחות וזכיה בעד הבעל, וכן העדים יחתמו בתורת שליחות וזכיה בעד הבעל, ויבחרו שליח שימסור את הגט בתורת שליחות וזכיה של הבעל ליד האשה, וכן השליח קודם הכתיבה יזכה בנייר ובדיו וכלי הכתיבה בעד הבעל, כדי שיהיה הגט של הבעל כנהוג".

גם בנידון זה, השונה במהותו מהתשובה הנזכרת, מצאנו לנכון שצירוף שני היסודות הללו יש בו כדי להביא להיתר העגונה. אך זאת נבהיר, לפי דרכו של ספר הר צבי בתשובותיו הנזכרות, הרי מעיקר הדין קיים יסוד לביטול הקידושין, ואילו ביחס לחומרא הנכונה שלא לסמוך על כך, יבוצע הזיכוי. גם אם תשובת הר צבי סי' קלג לא תתקבל ביחס להיתר מעיקר הדין, ונחוש גם לשיטת האגרות משה, אין לדונה יותר מספק אשת איש מפני שיטות הפוסקים הנזכרים. מטעם זה ומטעמים נוספים שיתבארו להלן, זו זכות גמורה לבעל שתתגרש ממנו כשאינה אלא ספק אשתו, ויועיל כטעם חשוב לבסס שזיכוי הגט אכן זכות ברורה עבורו, וכן התחזקה הקביעה שאשה זו "סתמא לגירושין קיימא", ולהלן תתבאר הנ"מ מקביעה זו.

שיטת החזון איש בזכיית כתיבת הגט ונתינתו עבור בעל שוטה

בנידון דנן שהבעל הוגדר כשוטה, מאחר והגירושין הן זכות גמורה עבורו, ניתן להציל את האשה מעיגון באמצעות זיכוי הגירושין עבור הבעל, במתכונת המבוארת בתשובת הר צבי אה"ע סי' צח, הנזכרת לעיל. וזאת על יסוד שיטת החזון איש שניתן לזכות עבור הבעל את כתיבת הגט וחתימתו ואת נתינת הגט, גם כשהבעל שוטה, ובכפוף לכך שהגירושין הן זכות גמורה לבעל.

בגמרא במסכת גיטין דף ע, ב:

"אמר כתבו גט לאשתי ואחזו קורדייקוס, וחזר ואמר אל תכתבו, אין דבריו האחרונים כלום. אר"ש בן לקיש כותבין ונותנין גט לאלתר, ורבי יוחנן אמר אין כותבין אלא לכשישתפה. מ"ט דר"ל דקתני אין בדבריו האחרונים כלום. ורבי יוחנן, אמר לך אין בדבריו האחרונים כלום, דלכי מתציל לא צריך למיהדר אימלוכי ביה, ולעולם אין כותבין אלא לכשישתפה. במאי קמיפלגי ר"ל מדמי ליה לישן, ורבי יוחנן מדמי ליה לשוטה. ורבי יוחנן נמי לידמיה לישן ישן לא מחוסר מעשה, האי מחוסר מעשה. ור"ל נמי נידמיה לשוטה שוטה לא סמיה בידן, האי סמיה בידן".

כתב החזו"א בחלק אה"ע סי' פו סק"א וסק"ב בביאור מחלוקת רבי יוחנן וריש לקיש:

"ענין פלוגתתן... כשאינו השתא בר דעת ובר קנין, י"ל דלא מהני קנין של אמש, דסוף סוף לא פעל עדיין קנין של אמש כלום, והוצאת החפץ מיד בעליו הוא היום שאינו בר דעת, וגם אפשר לחשוב את שטותו כמחאה בפני עדים שאינו מסכים על ההקנאה התמולית, שהרי שטותו קמן וצווחת עליו שאינו בר קנין. אבל י"ל כיון דזכין לשוטה ומעמידין לו אפטרופוס, הכי נמי מהני מעשיו של אתמול, ושטותו הוא רק כשולל ממנו דעתו וכאילו אינו מתערב במה שעשה אתמול... אמנם בירושלמי אמר שפליגי גם בנשתטה, דגם שטותו הוי כאילו אינו מתערב, וכשם שזכין לו דחשבינן לו כדין זכין לאדם שלא בפניו, ה"נ מעשה של אמש מקיימת את קנין היום. ואף לפום גמ' דילן דאין עושין גמר הקנין היום ע"פ מעשיו של אתמול, מ"מ לכשישתפה אין צריך לאימלוכי בו, דודאי אין זמן השטות הפסק, שהרי זכין לו בזמן שטותו, וכיון ששב לחלומות, הוא זקוק ואחראי לכל מה שעשה ביום אמש ככל (אנשים) ". כמוכן שההדגשות אינן במקור.

הרי מבואר שפשיטא ליה לחזו"א כהנחת יסוד מוסכמת "דזכין לשוטה ומעמידין לו אפטרופוס" גם בגירושין, וא"כ בין לרבי יוחנן ובין לריש לקיש אין מניעה לכתוב ולחתום וליתן גט עבור הבעל השוטה באמצעות זכיה, כשהגירושין הן זכות גמורה עבורו, וכי אין חילוק בין זכיית ממון עבור שוטה לזכיית הגירושין עבורו. על יסוד הנחה מוסכמת זו, באר החזו"א את מחלוקתם.

לפי דרכו של החזו"א, שיטת ריש לקיש תבאר כדלהלן, כשם שבאמצעות זכיה ניתן לכתוב לחתום וליתן את הגט עבור הבעל השוטה, ובכך התוצאה היא שאשתו מתגרשת בעת היותו שוטה. ה"ה בנסיבות הרגילות שהגירושין אינם זכות עבורו, והבעל מינה סופר עדים ושליח הולכה בהיותו פקח ונשתטה, ניתן לכתוב לחתום וליתן גט עבור הבעל השוטה, ומגיעים לאותה תוצאה, שאשתו מתגרשת בעת היותו שוטה. גם רבי יוחנן מסכים שאין מניעה לזכות בגירושין עבור הבעל השוטה כשהגירושין הן עבורו זכות גמורה, ולכן גם אליבא דרבי יוחנן כתב החזו"א את ביאורו כיצד ניתן לכתוב וליתן גט לאחר שחזר ונהיה פקח, על יסוד ציווי שניתן קודם שנשתטה, בלא ציווי מחדש, ובאר החזו"א – "לכשישתפה אין צריך לאימלוכי בו, דודאי אין זמן השטות הפסק, שהרי זכין לו בזמן שטותו".

לפי דרכו של החזו"א, בסתם גירושין שהן חובה לבעל, לא ניתן לכתוב וליתן לאחר שנשתטה, אליבא דרבי יוחנן, מפני שאין אפשרות שהכתיבה החתימה והנתינה יעשו בעת שהבעל שוטה בהסתמך על אותו ציווי שציווה בעת היותו פקח קודם שנשתטה. והטעם לכך, מפני שהציווי טרם פעל וכעת אינו בר קנין, ובסק"ג הוסיף החזו"א לבאר את שיטת רבי יוחנן:

"כשנשתטה אין הסכמתו הקודמת מועלת על זמן שטותו ואין זמן שטותו אחראי בעד מעשיו הקודמים למחשב לשמה... אין צוואתו הראשונה כלום".

ויצוין שגם בספר גט פשוט סי' קכ"א וסי' קכ"ב באר הריעותא בנשתטה – שפסק כח המינוי של הבעל.

על פי דרכו, החזו"א בהלכות קדושין סי' מט סק"י כתב, שזיכוי כתיבת הגט ונתינתו עבור בעל שוטה אינה אפשרית, אם אנו נוכחים שהגירושין הן חובה עבורו, ומבואר דבלא"ה לית לן בה, וז"ל:

"במידי דאין לו טובה מוחלטת כמו שאמר לשלוחו... לגרש... שאין הדבר מוכרע שהוא טובה, והרבה פעמים אדם עושה ומתחרט בענין שליחות, ואין אחר שלא עשאו שליח יכול לעשות, ולא מהני בזה גילוי דעתא כיון שאין כאן זכות בעצם. ולכן אמרו בגיטין ע' ב' דאם נשתטה אין כותבין ולא דיינינן לזכות אע"ג דגילה דעתו כשהיה בריא... ועי' ב"י אה"ע סי' קכ"א שהביא דברי בעל העיטור בחולה שאמר כתבו גט ונשתתק... אם היינו חוששין לנשתטה אין נותנין הגט, ואע"ג דציוה ליתן, לא דיינינן לי' זכות כיון שאין כאן זכות לבעל, ואדרבה חובה הוא לו שיהא אסור להתייחד עמה מיד והוא צריך לשימושה, וגם כבודו שתתאבל עליו ואולי יבוא אחיו וייבמה, וגם זכרון הגירושין מעוררת לו דאגה".

מכאן נובע להדיא, שאם אין את אותם גורמים המביאים אותנו להניח שהגירושין הם חובה לבעל, אלא אנו קובעים שהגירושין הם זכות גמורה עבור הבעל, אין מניעה לזיכוי הגט עבור הבעל בכתיבה חתימה ונתינה, והיינו כשיטתו הנזכרת בסי' פו.

אמנם באותו נידון שבחזו"א סי' מט, הבעל ציווה קודם שנשתטה, אך להסיר ספק יובהר, לאחר שהבעל נשתטה, כבר אין ממש בציווי זה, ואליבא דרבי יוחנן ציווי זה אינו יכול להיות גורם שניתן להתחשב בו. כמפורש בדברי החזו"א בסי' מט שם: "הלכך אף שנתרצה, אין ריצויו מועיל כלום ליתן כשנשתטה". וזאת כפי דרכו המבוארת בדבריו בסי' פו הנזכרים לעיל. ובהכרח שגם בסי' מט סבר החזו"א שאם הגירושין היו זכות גמורה לבעל, הזכיה עבורו אינה יכולה להיות מיוסדת בשום אופן על אותו ציווי שהבעל ציווה קודם שנשתטה, ויש מקום לזכיה זו גם בלא ציווי זה.

ושם בס"ק יא כתב החזו"א ביחס לשטר שחרור, שגם בו נאמרו ההלכות של כתיבה לשמה כמו בגט אשה:

"ומיני' שמעינן דכל שהוא זכותו של יתום לשחרר, חשיב שליחות לענין כתיבת השטר, וחשיב לשמה, וחשיב נתינה מיד האדון".

וכן להלן הבאנו מדברי החזו"א סי' קמז שאין מועיל זכין לאדם וכו' בגירושין רק מפני שאין הגירושין זכות עבור הבעל, והיינו כשיטתו הנזכרת.

העולה מדברינו, שיטת החזו"א היא דבכה"ג שהבעל השוטה לא ציווה לכתוב וליתן גט בהיותו פקח, אם אין ספק שזו זכות גמורה לבעל שיתגרש, ניתן לכתוב לחתום וליתן הגט מכח זכיה עבורו, אף בעת היותו שוטה. ואינו דומה למי ציווה לכתוב וליתן גט ואח"כ נשתטה, כשאין בגירושין זכות עבורו, דלא מהני, מפני שאין הסכמת הבעל בהיותו פקח יכולה להועיל ביחס לזמן שהוא כבר שוטה. נראה שהחזו"א לא מצא מקום להאריך בביסוס שיטתו זו ביחס לזיכוי גט לבעל שוטה, לאחר שאין זו הלכה מעשית, כאמור בדבריו בסי' מט, שקשה מאד למצוא נסיבות שבהן הגירושין הן זכות גמורה עבור הבעל השוטה, ובעלמא ובסתמא כל גירושין הן חובה לבעל. אך מתוך דברי החזו"א עולה בבירור שאם ימצא מקרה חריג מאד שבו בית הדין יקבע שהגירושין הן זכות גמורה עבור הבעל השוטה, ניתן ליישם את ההלכה שמזכין לשוטה על ידי אחר, גם ביחס לגירושין.

והנה החזו"א אה"ע סי' פג ס"ק טו כתב בדעת הרמב"ן דלא מהני ציווי בכתב ידו של הבעל ששלח לסופר הנמצא במקום אחר, ובאר החזו"א:

"דלא הוי רק כממנה שלוחים שלא בפניהם, דלעולם בעינן שיתאחדו רצון הבעל ורצון הסופר והעדים בשעה אחת ושידע הבעל מרצון הסופר והסופר ידע מרצון הבעל והכל יהיה ברגע אחד, ובלא"ה לא חשיב לשמה".

לפי המבואר, דברי החזו"א בביאור גדר לשמה, יתפרשו בכה"ג שהסופר מקבל את כחו מהבעל כפי שהדבר נעשה בכל כתיבת גט בעלמא, אך לא כשהגירושין הם זכות גמורה, והמזכה לבעל את כתיבת הגט יכול לקבל את כוחו שלא מכח ציווי הבעל, אלא על יסוד ההלכה "זכין לאדם שלא בפניו."

מלבד זאת, יצוין כי החזו"א עצמו הסכים שדבריו בסי' פג אינם מתיישבים עם מש"כ האחרונים לסמוך במקום עיגון על שיטת הרד"ך שהביא הב"ש באה"ע סי' קכ סוף סק"ח, ומאחר ולהלכה למעשה במקום עיגון אנו נוהגים לסמוך על השיטה שמועיל ציווי בכתב, הרי שבמקום עיגון נקטינן למעשה שאין הכרח שהבעל והסופר יתאחדו לכתיבת הגט לשמה.

החזו"א בסי' פו סק"ד הביא מדברי הירושלמי מסכת גיטין פרק ז' הלכה א':

"נתן לה את גיטה ואמר לא יהא גט אלא למחר ונעשה קורדייקוס, תפלוגתא דר' יוחנן וריש לקיש... ר' אלעזר אמר ר' אבין בעי תרם את כיריו ואמר לא יהא תרומה אלא למחר ונעשה קורדייקוס, תפלוגתא דר' יוחנן ודריש לקיש".

לכאורה, אם גרש בלא שליח וקבע שהגירושין יחולו לאחר זמן, ונשתטה קודם שהגט אמור לחול, שאינה מגורשת לדעת רבי יוחנן, הרי מוכח שבעת חלות הגירושין הבעל חייב להיות בר דעת, וכיצד יועיל זיכוי לשוטה. אך ביאור הדברים הוא מאחר שהמזכה לשוטה על ידי אחר מהני (כפי שיבואר להלן באריכות רבה), אף שהשוטה אינו ראוי לקנות בעצמו, וה"ה בתורם את תרומתו משלו על של חבירו בכה"ג שזו זכות עבור בעל התבואה, וכמו שג"כ יבואר להלן, ואעפ"כ מבואר בירושלמי שאם תרם את כיריו ואמר לא יהא תרומה אלא למחר ונשתטה, לא מהני אליבא דרבי יוחנן. ובהכרח שהלכה זו המבוארת בירושלמי מתייחסת לנסיבות בהן תוקף הגט או התרומה נובע ממעשיו של הבעל או בעל הכרי התורם, לכן לא יוכל להינתן תוקף למעשיו אם לא חלו קודם שנשתטה, מאחר שבעת החלות בעל המעשה כבר נשתטה. וכמו שהתבאר לעיל, שאין הסכמת הבעל בהיותו פקח מועילה ביחס לזמן שהוא כבר שוטה. משא"כ בזיכוי עבורו, לא ניתן תוקף לגירושין או לקנין על יסוד מעשיו של השוטה קודם שנשתטה.

וכן בספר קובץ הערות עמ"ס יבמות סימן כט סק"ב כתב לבאר הלכה זו:

"בירושלמי פרק מי שאחזו [גיטין פ"ז ה"א] אפליגו ר' יוחנן ור"ל בעושה שליח לגרש ונשתטה המשלח, אם יכול השליח לגרש. וכן בנותן לה גט שתתגרש לאחר ל' יום, ונשתטה בתוך ל' יום, פליגי התם... ולמה לא תתגרש כשנשתטה בתוך ל'. ומוכרח מזה, דאין כח לשוטה שיחולו הגירושין בשבילו, אפילו היכא דליכא גריעותא בהמעשה. וקשה לכאורה מהא דחרש ושוטה קונין ביבמה [רמב"ם יב"ח פ"ו ה"ג] משום דיבום אין צריך דעת, דמ"מ איך יחול הקנין בשביל השוטה. וצ"ל דשאני יבום, דהיבמה נקנית לו ממילא, דאשה הקנו לו מן השמים [ל"ט ע"א], אבל בקדושין וגירושין, דהחלות הוא מכח האדם, אין כח לשוטה וקטן שיחול הקנין ע"י מעשיהן אפילו היכא שאין חסרון דעת בהמעשה, והוא דין תורה שאין כח במעשה חש"ו לפעול חלות קנין, אפילו אם המעשה נעשית כהוגן".

על כן דוקא כשמעשיו של הבעל או הקונה פועלים את חלות הגירושין או הקנין מכח מעשיהם, לא יועיל אם נעשה שוטה בעת החלות, משא"כ כשהחלות אינן מכח מעשיו, אלא באמצעות זכיה על ידי אחר.

והנה, הלכה זו המבוארת בחזו"א שאם הגירושין הם זכות גמורה ללא ספק, אין מניעה לזכות עבור הבעל את כתיבת הגט חתימתו ומתן הגט, מיוסדת על רצף של שלשה חידושי הלכה, וכל אחד מהם טעון ביאור רחב:

א. ההלכה של "זכין לאדם שלא בפניו" נאמרה גם ביחס לבעל המגרש את אשתו, כשהזכיה היא עבור הבעל, למרות שהבעל אינו חלק מהמעשה ואינו מודע לו. וכי אין מניעה בזכיה זו, למרות שהיא לא באה להכניס דבר לרשותו, אלא להפקיע ממנו את אשתו.

ב. הלכה זו נאמרה, לא רק ביחס לגירושין באמצעות זכיה במתן הגט, אלא גם ביחס לכתיבת הגט, ובנסיבות אלו ניתן לכתוב גט בהעדר ציווי מהבעל.

ג. כל הנ"ל נכון גם כשהבעל שוטה שאינו ראוי לצוות על כתיבת הגט ואינו ראוי לתת את הגט בעצמו.

להלן נאריך בביאור כל אחת מהלכות אלו, וכן נבהיר בעז"ה מהי הזכות עבור הבעל בגירושין בנד"ד.

זיכוי גט לאשה

בטרם נברר את ההלכה של זיכוי הגט לבעל דנן, מן ההכרח להקדים ולברר הלכה אחרת המתייחסת לזיכוי גט לאשה, המבוארת בש"ס ופוסקים, וכן זיכוי גט לאשה שוטה, כשבאמצעות הליך זיכוי הגט, האשה השוטה מקבלת מעמד של גרושה, למרות שלא קבלה את הגט בידה, ומצבה האישי אינו מאפשר לה לדעת ולהבין את הליך הגירושין.

מאחר והלכה זו של זיכוי הגירושין לאשה שוטה התבררה בכמה מהאחרונים, מצאנו לנכון להקדים בירור זה, שישליך על הבהרת זיכוי הגירושין לבעל שוטה.

במסכת גיטין במשנה דף יא: ודף סב: מבואר ששליח הולכה של הבעל אינו יכול לזכות גט עבור האשה "לפי שזכין לאדם שלא כפניו ואין חבין לו אלא כפניו". וכן במסכת יבמות דף קיח: במזכה גט לאשתו "במקום יבם" או "במקום קטטה", העלו בגמ' דלא מהני, מאחר שאין הכרח שזו זכות גמורה. והראשונים הביא מהירושלמי רפ"ו דגיטין שגם אם הייתה צווחת שברצונה להתגרש, "אני אומר שמא חזרה בה".

אבל בכה"ג שזו זכות גמורה, כגון אשה שהמירה דתה, מועיל זיכוי הגט לאשה, וכמו שכתב תרומת הדשן שהביא הרמ"א אה"ע סי' א' סעיף י'. הגר"א בביאורו לסי' א', בס"ק לג, כתב דבכה"ג שזוהי זכות גמורה, יועיל זיכוי הגט לאשה, וכן הרמ"א סי' ק"מ סעיף ה' פסק שהאשה שנאסרה על בעלה, מזכה לה גט על ידי אחר. אמנם הרמ"א סי' ק"מ סיים "ויש מחמירים בזה", לחוש לדעת הרי"ף שאינה מגורשת עד שיגיע הגט לידה. אך רבו הראשונים שלא הסכימו עם דעת הרי"ף בזה, עיין ברש"י ביבמות (שם) ד"ה המזכה, שהאשה מגורשת מיד עם הזיכוי ועוד קודם שיגיע הגט לידה, וכן ברמב"ם פ"ט מגירושין הכ"א וברמב"ן במלחמות גיטין יא: ובר"ן שם. וכן מסקנת הט"ז בסי' ק"מ סק"ו שהעיקר לדינא, שמתגרשת מיד בעת הזיכוי, ואכמ"ל.

זיכוי גט לאשה שוטה

באחרונים דנו האם יועיל זיכוי הגט ע"י אחר עבור אשה שנשתתית. אך בטרם נביא את הדעות בהלכה זו, נקדים את סוגיית הגמרא במסכת יבמות פרק חרש (דף קיג ב):

"א"ר יצחק דבר תורה שוטה מתגרשת, מידי דהוה אפקחת בעל כרחה, ומה טעם אמרו אינה מגורשת, שלא ינהגו בה מנהג הפקר. היכי דמי? אילימא דיודעת לשמור גיטה ויודעת לשמור עצמה, מי נהגו בה מנהג הפקר אלא דאין יודעת לשמור לא גיטה ולא עצמה, דבר תורה שוטה מתגרשת, והא אמר דבי רבי ינאי ונתן בידה מי שיש לה יד לגרש עצמה, יצתה זו שאין לה יד לגרש עצמה. ותנא דבי רבי ישמעאל ושלחה מביתו מי שמשלחה ואינה חוזרת, יצתה זו שמשלחה וחוזרת. לא צריכא, דיודעת לשמור גיטה ואינה יודעת לשמור עצמה, דבר תורה שוטה מתגרשת, דהא יודעת לשמור גיטה, ואמור רבנן לא ליפקא, שלא ינהגו בה מנהג הפקר".

ושם בתוספות כתב ר"ת:

"ר' ינאי מפי' לה הכא מונתן בידה מי שיש לה יד לגרש את עצמה יצתה זו שאין לה יד, וכיון שיש לה אב הרי יש לה יד, דאפילו נערה בין היא בין אביה מקבל גיטה ולרבי יהודה אביה ולא היא. ור' ישמעאל נמי דדריש מושלחה משמע דלא פליג ארבי ינאי אלא דדריש מקרא אחרנא. וטעמא דיש לה אב משלחה ואינה חוזרת היא, שאביה משמרה מלחזור. ועוד הביא ר"ת ראייה מירושלמי דפירקין... אבל למ"ד שאינה יכולה לשמור את גיטה יש לה אב יכול לשמור את גיטה".

על יסוד סוגיא זו יש מהפוסקים שכתבו שרק כשהאשה שוטה מקבלת את הגט בעצמה, אינה יכולה להתגרש משני הטעמים המבוארים בגמרא, אך בכה"ג שהגירושין הן זכות עבודה, מתגרשת באמצעות אדם אחר הזוכה עבודה את הגט. ויש שלא מצאו מקום לחלק בזה, וכפי שיבואר.

בספר פרי תבואה סי' כז פסק שאם אשתו שוטה והתירו לו חרם דר"ג לשאת אשה אחרת, בכה"ג זו זכות גמורה עבודה להתגרש, ויכול לכתוב לה גט ולזכות לה הגט על ידי אחד, עפ"י מאי דקיי"ל דזוכין לשוטה על ידי בן דעת. וז"ל:

"הנה הרשב"א והריטב"א כתבו בריש פרק האיש מקדש דזכיה אינו מטעם שליחות כלל, וכן מוהרי"ק בשורש ל' כתב בשם ר"י ברצלוני בקטן שקדש לו אביו אשה דצריכה גט, אף דאין שליחות לקטן, מ"מ זכין לאדם שלא בפניו, ויש לדבריו עיקר בש"ס בקדושין מ"ד היכא דארצוי ארצי קמי' פי' שגילה הבן דעתו לאביו שחפץ באשה זו וקידשה האב מקודשת אע"פ שלא עשאו שליח, מטעם דזכות היא לו. וקיי"ל בח"מ סי' רמ"ג סעיף ט"ו דיש זכיה לבן דעת במה שזוכה לצורך השוטה. והנה בנ"ד הוי הגט זכות לאשה זו, מאחר דכבר התירוהו בית דין לישא אשה אחרת... מטעם זכיה קא אתינא עלה, דהשליח זכה לה הגט מעצמו גם בלי שליחות הבעל כמו בחשן משפט רס"ט מגביה מציאה אעפ"י שלא ציוהו חבריו קנה. והנה התוס' ביבמות ק"ג ע"ב ד"ה רצתה היא כתבו בנשתתית שיש לה אב שיזכה הוא בגיטה, יש לה יד קרינן ביה. ומעתה אף אנו נימא בזה, דיש לה שליח הבעל שרוצה לזכות הגט בעבורה, הוי כאית לה יד".

וכן בשו"ת צבי תפארת (להגרצ"ה שפירא ז"ל אב"ד מונקאטש, מח"ס דרכי תשובה) סי' ה' הביא מתשובת אביו הגאון רבי שלמה שפירא אב"ד מונקאטש שהעלה שבאותם מקרים שאנו קובעים שהגירושין הן זכות עבודה יכולים לזכות לה גט ותידון כפנויה, ולהלן נביא מדבריו.

וכן בשו"ת פנים מאירות ח"א סי' ד' הביא ממה שכתב "גדול אחד מרבני אשכנז" (שלא הוזכר בשמו), אודות אשה שנשתתית ואינה יודעת לשמור גיטה, וגם יש חשש שינהגו בה מנהג הפקר, וז"ל:

"יש לזכות לה גט על ידי אחר עפ"י דת ודין תורתנו הקדושה שתהי' נידונת כפנויה ולא כאשת איש, ובזה נוח לי לזכות לה גט דווקא, כי אין אפוטרופוס לעריות, והרבה יש לחוש לקילקולא, ובפרט שהיא מבולבלת בדעתה ואינה יודעת לשמור עצמה, וכבר נתהוו קילקולים כאלו כמה פעמים, על כן ראוי לעשות משמרת למשמרת בנידון זה".

אמנם הרב פנים מאירות לא פרש את שמו של אותו גדול מרבני אשכנז, אך בשנים האחרונות יצא לאור ספר נשאל דוד, להגאון רבי דוד אפנהיים ז"ל, ובחלק אה"ע סי' לג בתשובת הגאון רבי נפתלי כ"ץ ז"ל אב"ד פוזנא ופרנקפורט מחבר ספר סמיכת חכמים, נמצאו הדברים שהועתקו בתשובת הפנים מאירות, ומפורש באותה תשובה שהנידון הוא באשה שהיא שוטה גמורה, והגאון רבי נפתלי כ"ץ ז"ל קבע כי זכות הוא לה להתגרש, ולכן ראוי לזכות את הגט עבודה כדי שתהיה נידונת כפנויה.

הרב פנים מאירות לא הסכים עם הוראת אותו גדול מרבני אשכנז, מאחר שבאותו נידון לא היה ברור שזכות היא לאשה להתגרש. וכתב הפנים מאירות:

"התקנה שרוצה לזכות לה גט על ידי שליח שתהיה מגורשת בקבלת השליח משום דזכות הוא לה שתהיה כפנויה, אדרבא זוהי חובתה שכל זמן שאגידה בבעלה לא ינהגו בה מנהג הפקר, שכל אחד פורש מאשת איש, ואם יזכה לה גט תהיה מופקרת לכל כיון שאינה יודעת לשמור עצמה. ואם בשביל שכתב הרב שכבר נתהוו קילקולים כאלו כמה פעמים, אין זה כדאי לעקור תקנתא דרבנן המפורש במשנה להיפך".

וגם נראה שחשש לשיטת הרי"ף שאין דינה כגרושה עד שיגיע הגט לידה, דבר שאינו אפשרי בשוטה.

וכן הגאון רבי דוד אופנהיים ז"ל בתשובתו שם לא הסכים עם הגאון רבי נפתלי כ"ץ, וכתב:

"באינה יכולה לשמור את גיטה ולא את עצמה והיא שוטה תמידית... אינה מתגרשת דבר תורה כיון שאין לה שום זכיה ויד כלל ומשלחה והיא חוזרת, וכ"ש דאיכא למיחש לגרירה שלא ינהגו בה מנהג הפקר. ולפי זה תמיה נשגב בעיני על... שכתב... יש לזכות לה גט... אדרבא איפכא מסתברא דעכשיו יותר יש לחוש למנהג הפקר שיסברו שהיא כפנויה והיא אשת איש גמורה. ותקנתה קלקלתה כי הגט אינו מועיל דבר תורה כלל כאשר כתבתי ואין כתב רום מעכ"ת שתהא נידונית כפנויה, והלא זכות זה לא מהני לה כלום, כי עיקר דין זיכוי נאמר אצל מומרת שהיא בת דעה ויש לה זכות ויד לקבל גיטה, משא"כ בנידון דין דלית לה זכיה בגט כלל".

אך בהמשך דבריו כתב הגאון רבי דוד אופנהיים ז"ל שאינו מפקפק בדבריו מאחר ובוודאי יש סמך לדבריו שלא מלבו ענה זאת אלא על יסוד תשובה מקדמאי או בתראי, כי הכל מוכן ומזומן לפניו איש אשר כמוהו נח'ת ונח'ת בספרים ועיניו משוטטות בכל".

לפי המבואר בתשובת פרי תבואה הנזכרת, היסוד להלכה זו הוא שיטת ר"ת ששוטה שיש לה אב, אביה מקבל גיטה, אף שהיא אין לה יד ומשלחה וחוזרת, על כל פנים מהני קבלת אביה. ולפי זה ה"ה כשהגירושין הן זכות לאשה ואחר זוכה עבורה, מהני ידו לזכות עבורה, ודינו כדין אביה.

וכן בשו"ת מאמר מרדכי סי' כב הובאה דעת הרב השואל, הגאון רבי יוסף יואל דייטש ז"ל מחבר ספר יד יוסף שסבר להתיר זיכוי גט לאשה שוטה כשהדבר נעשה באמצעות בית דין וזאת על יסוד שיטת הש"ך בנקודות הכסף יו"ד סי' ש"ה שיובא בהמשך דברינו. בתשובתו המאמר מרדכי לא הסכים לסמוך על שיטת הש"ך, (וכבר הארכנו להלן בביסוס שיטת הש"ך), אך בעיקר דחה את דעת הרב השואל וטען שאין כאן זכות לאשה להתגרש. וכתב:

"כאן בשוטה, מה זכות יש לשוטה זו להתגרש מבעלה, ואף בגדולה ובת דעת אמרינן דבגט חובה הוא ואין חבין לו לאדם שלא בפניו, כ"ש שוטה. ומה ענין זה להך דר"ת דבייש לה אב מקבל את גיטה, הא שם לאו מתורת זכות אתינן עלה רק מתורת יד, דאף דאימעטה שאינה יודעת לשמור את גטה מדכתיב ונתן בידה... שאין לה יד לגרש עצמה, מ"מ כיון דהתורה נתנה כח לאב לקבל גיטה בקטנה... הרי יש לה עדיין יד לגרש את עצמה, כמבואר ביבמות דף קי"ג, וא"כ ממילא מתגרשת בהגיע גט ליד אביה בעל כרחא, כדין אשה המתגרשת בע"כ מן התורה, דד"ת שוטה מתגרשת, אבל כאן יד בית הדין אינו אלא מכח טובת הקטנים, וכל שאין טובה הרי הב"ד כאנשים אחרים דאין לקטן ולשוטה זכיה ושליחות כלל... האיך נימא דבית דין יקבלו לה גיטה ומה כח יש להם עלה לחוב לה".

וכן בספר תשובות רבי אליעזר (גורדון) ח"א סי' כא הורה לזכות גט לאשה שוטה, בכה"ג שמוספים תנאי (המבואר בדבריו שם), שבכך הזיכוי הוא זכות גמורה עבורה. ונראה מדבריו שמדינא האשה מתגרשת בעת הזיכוי, אלא לצאת ידי כל הדעות (דעת הרמ"ה שלא מועיל זיכוי לשוטה) הורה שבנוסף לזיכוי, יינתן הגט לשליח הולכה שייתן לה הגט כשתתפה.

וכן בספר תשובות יהודה, להג"ר יהודה ליב גארדין ז"ל אב"ד סמרגאן, חלק אה"ע סי' מט כתב:

"לפמש" כ למעלה דהמוכה לשוטה וקטן בן יומו שלא מצי למיעבד השתא כלל, מ"מ מהני הזכיה אף השתא קודם שנשתפה, כחז"מ סי' רמ"ג סע' ט"ז הנ"ל. והטעם בזה משום דזכיה עדיפא משליחות ולא בעינן בזכיה שיהיה המשלח מצי עביד השתא. וא"כ בהאי שוטה דזכות הוא לה שתתגרש מיד ותהיה פנויה ואולי יזנה איש עמה לא תהיה אשת איש ולא ליעבדו בה אינשי איסורא כגיטין ל"ח סוף ע"א, ואם תוליד ולד לא יהיה ממזר שלא יבא בקהל, וכיוון שזכות הוא לה לשוטה, מהני שוב זכות השליח בגט עבודה, והשוטה מתגרשת מיד בקבלת הגט הזה בידי שליח".

אמנם לאחר מכן חזר הג"ר יהודה ליב גארדין ז"ל ופקפק אם אכן זו זכות עבור האשה השוטה, ולסמוך על סברא זו "שתתגרש תכף ומיד בקבלת הגט בידי השליח, דאולי לא הוה זה זכות גמור לאשה, דהא אפילו אם יזנה איש עמה היא פטורה ע"ז מטעם ששוטה היא. וזה דומה למה שהבאנו שם רש"י והר"ן דגירות ג"כ אינו נחשב לזכות גמור מהאי טעמא שהעכו"ם אינו מצווה כלל שיתגייר, משו"ה אינו מספיק טעם הראשון שתתגרש מיד".

אך לפי מה שיתבאר בדברינו להלן, הגם ששוטה אינו מחויב במצוות על כל פנים זכות היא לו שלא יעבור עבירות, ובזה אינו דומה לגוי. אמנם יש מהאחרונים שלא מצאו מקום ללמוד את דינו של הזיכוי על ידי אחר, מאותה הלכה שנאמרה לגבי אבי אשה שוטה כשהיא קטנה, ודחו את דעת הסוברים שיועיל זיכוי הגט לאשה שוטה, גם כשזו זכות גמורה עבורה.

בשו"ת ספר יהושע סי' צא בהתייחסו לסברת אותו גדול מרבני אשכנז כתב:

"גט זה מה טיבו, הלא עתה אינה מגורשת כלל אפילו ע"י זכיה. דמאי מהני זכיה, סוף סוף היא משלחת וחוזרת, וכה"ג אמרה תורה שאינה מגורשת כלל. וכן מטעם דאינה יכולה לשמור את גיטה דממעטינן מונתן בידה וכיון שאין לה יד מיעטה התורה שלא תהי' מגורשת. א"כ מאי מהני הזיכוי ע"י אחר. וע"כ לא כתבו הפוסקים בפרק חרש דף קי"ג דקטנה שוטה מתגרשת בכה"ג היינו דוקא ארוסה וביש לה אב דאז יש לה יד, ואינה משלחה וחוזרת, אבל אחר דאינו מטעם יד רק מטעם זכיה. וכיון שהתורה מיעטה שאינה בת גירושין כלל, הזיכוי של אחרים מאי מהני".

אמנם ביחס לטענה שאין לשוטה יד, נראה דהיינו אם נחוש לשיטות שאין מזכין לשוטה על ידי אחר, אך למאי דנקטינן להלכה דמזכין לשוטה על ידי אחר, הרי שידו של האחר מהניא לשוטה. ואילו הטענה שלא יועיל הזיכוי לאשה שהיא במציאות של משלחה וחוזרת שאינה ראויה לגירושין היא קושיא חזקה, שלעניין ריעותא זו אין מרפא בזכיית אחר עבורה את הגט. אמנם לדעת הפרי תבואה והרב סמיכת חכמים, רק כשהיא בעצמה מקבלת את הגט יש לחוש ולא כשאחר זוכה עבורה בגט.

העולה מדברינו: מצינו בש"ס ופוסקים זיכוי גט לאשה שתתגרש באמצעות ההלכה של "זכין לאדם שלא בפניו", כשהגירושין הן זכות גמורה עבורה. ולהלן הבאנו מדברי החזו"א אה"ע סי' מט סק"י שהזיכוי אינו בנייר הגט גופו "שאין הזכות מה שזוקה בגט, אלא מה שמתגרשת".

אשה שנשתטית, אם אינה יכולה לשמור את גיטה ומשלחה וחוזרת אינה מתגרשת מהתורה, ואם יכולה לשמור גיטה ומשלחה ואינה חוזרת, עדיין תיקנו חכמים שלא תתגרש כדי שלא ינהגו בה מנהג הפקר. אך יש אומרים שכל זה כשהאשה מקבלת את הגט בעצמה. אך אם הגירושין הן זכות עבורה ומזכין לה את הגט על ידי אחר, היא גרושה גמורה בכך, ואין בה את הריעותא שאין לה יד ומשלחה וחוזרת, כיוון שהגירושין נעשו על ידי אחר. ויש חולקים מפני שהריעותא שמשלחה וחוזרת שייכת גם אם מתגרשת באמצעות זיכוי, ויש שחששו מפני שעדיין בכה"ג נאמרה תקנת חז"ל שלא לגרש אשה שוטה, שמא ינהגו בה מנהג הפקר בהיותה פנויה כשאינן בעלה משמרה.

על כל פנים, היה פשוט לפוסקים ההנזכרים, שזיכוי גט לאשה שוטה יועיל מהתורה לדונה כגרושה. וגם החולקים לא חלקו אלא מפני שפקפקו ביחס לקביעה שזו זכות עבודה להתגרש או מפני שדנו שלא יועיל זיכוי, כי אשה זו בעצמותה אינה ראויה לגירושין כשמשלחה וחוזרת, אך כמובן שריעותא זו אינה אלא ביחס לאשה המתגרשת, ואילו ביחס לבעל המגרש, יבואר להלן. אמנם עיקר הדין של זיכוי הגט לאשה שוטה, שבאמצעות הזיכוי תהיה פנויה, כיצד יועיל מדאורייתא, יבואר להלן.

האם מועילה זכיה לשוטה ע"י אחר והאם הזכיה היא מהתורה

כאמור, תוקף זיכוי הגט לאשה שוטה שתידון בכך כגרושה, מיוסד על הקביעה שהזכיה לשוטה היא זכיה גמורה מהתורה, לא רק בממון אלא גם באיסור והיתר, ובאמצעות זכיית הגט עבור האשה השוטה, היא תידון כפנויה ולא כאשת איש, ויש להאריך בביאור הלכה זו.

הרמב"ם בפרק ד' מהלכות זכיה ומתנה ה"ז כתב: "השוטה אינו זוכה לא לעצמו ולא לאחרים. והמזכה לשוטה על יד בן דעת זכה". וכן בשטמ"ק כתובות דף כ': בשם תלמידי רבינו יונה. וכן פסק בשו"ע חו"מ סי' רמג ס"ט: "המזכה לשוטה על ידי בן דעת זכה". ובבית יוסף כתב: "דין השוטה פשוט הוא, דאע"ג דאין לו דעת והוי כשלא בפניו, הא קיי"ל זכין לאדם שלא בפניו". ובביאור הגר"א ס"ק כח הביא מקור להלכה זו מגמ' ב"מ דף ח' ע"א בשלמא חרש כו'. וע"ע בקצות החושן סי' רמג סק"ו שחשש לדעת הרא"ש שאין מזכין לשוטה דלא אתי לידי דעת, ועיין בנתיבות סק"י שבאר דעת הרמב"ם.

על כל פנים, בשו"ע פסק שמזכין לשוטה ע"י אחר, וכן בשואל ומשיב תניינא ח"ג סי' סח כתב שלמרות קושיית קצות החושן אי אפשר לדחות דברי הרמב"ם מהלכה. וכן פסק בערוה"ש סי' רמ"ג סעיף יח. וע"ע בספר נחל יצחק סי' צו סעיף ב' ענף ד' שהאריך לבסס פסק הרמב"ם והשו"ע.

וכן בשו"ת צבי תפארת (להגרצ"ה שפירא ז"ל אב"ד מונקאטש, מח"ס דרכי תשובה) סי' ה' הביא תשובת אביו הגאון רבי שלמה שפירא ז"ל אב"ד מונקאטש שדחה דברי הסובר שלא ניתן לזכות לאשה שוטה מפני החשש לדעת הסוברים שאין מועילה זכיה לשוטה גם ע"י אחר, וכתב:

"אמנם באמת לא כן הוא, דמבואר במחבר סי' רמ"ג סעי' ט"ז וז"ל והמזכה לשוטה ע"י בן דעת זכה, וכן פסק הטור והוא מדברי הרמב"ם פ"ד מהלכות זכיה וכן פסק שם הסמ"ע, וכן הש"ך שתק דמשמע שמודה לשו"ע. ואף שקצות החושן כתב דמשמע מהרא"ש דשוטה שאינו עתים חלים אין לו זכיה, והניח בצ"ע. מיהו הנתיבות שם פסק כהרמב"ם והשו"ע, והביא דברי המחנה אפרים שכתב טעם לפסק זה. א"כ בודאי הדין להלכה דיש לו זכיה אם מזכה לו ע"י בן דעת. א"כ כאן שהבעל מזכה לה הגט ע"י אחר, י"ל שתזכה בו. אמנם אם נימא שחוב הוא לה, בודאי לא תזכה בו דאין חבין לאדם שלא בפניו".

וע"ע בספר מלאכת חרש (חלק ב' ס"ק סח – ס"ק עב, הובא בשדי חמד מערכת ח' כלל קטו, דף רב): שהאריך לדחות את דברי קצות החושן, והעלה שגם דעת הרא"ש כרמב"ם, ועפ"י דרכו הורה בגט הנכתב עבור בעל חרש, להקנות לחרש את הנזיר הדיו וכלי הכתיבה על ידי אחר.

כאמור האחרונים שהסכימו שבמקום שהזיכוי הוא זכות גמורה לאשה, בהכרח נקטו שהזכייה לשוטה היא זכיה גמורה מהתורה לרבות בענייני איסור והיתר, ולהלן נוסף ונרחיב בנקודה זו.

בשו"ת הרי בשמים ח"א סי' כה העיר על דברי הפנים מאירות:

"לכאורה בלא"ה אי אפשר לזכות לה גט, דהרי קיי"ל דזכייה היא מטעם שליחות כדאיתא בתוס' ב"מ ע"א ע"ב ד"ה בשלמא ובתוס' כתובות י"א ע"א ד"ה מטבילין וברש"י גיטין ט' ד"ה יחזיר, וקיי"ל דשוטה לאו בר שליחות הוא, כדפרכינן בגיטין ובכ"ד על חש"ו והא לאו בני שליחות ניהו... ובאמת נלפענ"ד להביא ראיה דמהני זכיי' לחרש ושוטה מש"ס סוטה כ"ה ע"א דמיבעיא לן שם בעוברת על דת ורצה בעלה לקיימה מקיימה או אין מקיימה, וקאמר ת"ש ואלו שבי"ד מקנין להן מי שנתחרש בעלה או נשתטה כו' ואי אמרת רצה בעלה לקיימה מקיימה, עבדינן בי"ד מידי דדילמא לא ניתא לבעל. ופרש"י והאיך אנו נעשים שלוחים לו בדבר שהוא חוב לו שאינו חפץ בו, וקיי"ל דאין חבין לאדם שלא בפניו. ומשני סתמא דמילתא כיון דעוברת על דת היא מינח ניתא ליה. ומשמע דכיון דמינח ניתא ליה זכות היא לו ומקנין לו מטעם זכיי' דזכין לאדם שלא בפניו, הרי דמהני זכיי' לחרש ושוטה".

וכן בספר באר יצחק (להגרי"א ז"ל מקאוונא) או"ח סי' א' בהשיבו ביחס למכירת חמץ עבור בעל החמץ שאינו נמצא בביתו ומדין זכיה, כתב:

"מסוגיא זו דסוטה דף כה א' דאמרו שם דמי שנתחרש ונשתטה דב"ד מקנין לאשתו יש להביא ראיה לשיטת הרמב"ם בפ"ד דזכייה ה"ז והובא בח"מ סימן רמ"ג סעיף טז דהמזכה לשוטה ע"י בן דעת זכה, והרא"ש חולק עליו כמבואר בפ"ב דכתובות סימן י"ד דדווקא בעיתים חלים יכולים לזכות עבורו משום שאתי לכלל דעת בעת שיהיה חלים, ומשמע דלשוטה שאינו עתים חלים אינן יכולין לזכות עבורו משום שלא אתי לכלל דעת... והרמב"ם לא ס"ל כן, וסברתו דאף חרש ושוטה מיקרי אתי לכלל זכיייה אם יתפקח וישתפה, וכמש"כ התוס' בגיטין דף כ"ב ע"ב בד"ה והא לאו בני דיעה ניהו כו' דחרש ושוטה מיקרי בני כריתות לפי שכשישתפה השוטה היא בן כריתות וזהו כסברת הרמב"ם הנ"ל".

ועיי"ש שנטה לומר שמהסוגיא במסכת סוטה משמע שהזכיייה עבור השוטה היא מהתורה.

וכן בספר אהל משה (לרבי חיים רויזמן ז"ל) חלק אה"ע סי' ב' סק"ז יישב דעת הגאון האשכנזי שהביא הפנים מאירות, ובתוך דבריו כתב שהדברים מבוארים עפ"י שיטת הרמב"ם בפ"ד מזכיה ה"ז והשו"ע חו"מ סי' רמג שמועילה זכיה לשוטה. ובתשובה נוספת (שם סי' ג') הוסיף ביאור והשיב על רב אחד שהשיג עליו, וז"ל:

"מה שתמה כת"ר על הפנים מאירות ועלי שלא הרגשנו על הגאון אשכנזי דזכיייה הוא מטעם שליחות וכיון דשוטה אין יכול לעשות שליח אין זוכין עבורו. יאמין לי כי בהשקפה ראשונה תמהתי בזה ונתיישב לי כמו שאבאר... דהנה התוס' כתובות (דף י"א) הקשו דאם רק מדרבנן זוכין לקטן היכי שרינן ליה בבת ישראל וקידושיה הן מהתורה אף לקולא דאם קידשה אחר אין צריכה ממנו... ותרצו דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה... איכא למידק לפי מה דאסיק הש"ס ביבמות שם דאין כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום עשה רק בממון דהפקר בי"ד הפקר, ועכ"ז פסקו הטור והמחבר ביו"ד סי' רס"ח ס"ז דאף בבא להתגייר בלא אמו מגיירין אותו, וכן משמע סתימת הרמב"ם, וא"כ הוי להרמב"ם והטור והמחבר לבאר דלכשיגדיל לא הוי קידושין מהתורה ואם לכשיגדיל קידשה אחר צריכה ממנו גט לחומרא, וגם גיורת נקבה צריכה טבילה מחדש לדעתם. אלא בע"כ משמע דדעתם הוא כהגירסא שמביאים התוס' בסוף דבריהם דהיכי דהוי זכות גמור אית לקטן זכיייה גמורה על ידי אחרים אף מדאורייתא. וה"ה שוטה הואיל דאתי לכלל דעת לכי ישתפה, וכמ"ש התוס' גיטין דף כ"ב הואיל ואם הגדיל הקטן ונשתפה, הוי בני כריתות... שוטה דאתי ממילא ורוב שוטים מתרפאים בכדרי להו סמא משא"כ עכו"ם... ולפי זה מה שפסקו הטור והמחבר בחו"מ סי' רמ"ג דקטן ושוטה אית להו זכיייה על ידי אחרים, מדסתמו משמע אף מדאורייתא, כמו שמוכרח מדברים בסי' רס"ח ביו"ד. וכן משמע מדברי הב"י בחו"מ סי' רמ"ג דכתב על מה שכתב הטור דלשוטה זוכין על ידי אחרים, וכתב הב"י דפשוט הוא דזוכין לאדם שלא בפניו, ואי ס"ד דהב"י סובר דאין זוכין לקטן ולשוטה רק מדרבנן, א"כ לאו דבר פשוט הוא כל כך, דהא שפיר איכא לחלק דדוקא קטן דאתי לכלל דעת בודאי תקנו רבנן דזוכין לו אבל שוטה דלאו דבר ברור דאתי לכלל דעת לא תקנו רבנן דזוכין לו, אלא בע"כ משמע דהב"י סובר דהא דזוכין לקטן הוא מדאורייתא, ובדאורייתא אין לחלק כלל בין קטן לשוטה. ואין לומר דדעת הרמב"ם והטור והמחבר הוא דהבית דין יכולין לזכות אף מדאורייתא משא"כ בעלמא, דהא גם בגט הדבר נעשה על ידי הבית דין".

עכ"ל מתשובת האהל משה. ובהמשך לדבריו, יצוין לריטב"א והנימוקי יוסף ביבמות דף קי"ג. שבית הדין הוא אביהן של חרשין, וממילא ה"ה של שוטים, ולהלן הארכנו ביתרון שיש לזכיה באמצעות בית הדין.

המקור שזכייה לשוטה ע"י אחר מועילה מהתורה

על הסוגיא בב"מ דף עא: שקטן אית ליה זכיה דאתי לכלל שליחות, ואילו לנכרי, דלא אתי לידי שליחות, אין זכיה, בחז' הרשב"א (הובא בשטמ"ק) כתב:

"אני תמה מנין לנו שאין זכייה לנכרי מדאורייתא, דהיכא אימעטי, אי משום דילפינן לה משליחות והא זכייה לאו מדין שליחות הוא כדמוכח התם בקדושין, וכי תימא כל דלא אשכחן דאית ליה זכייה ממילא לית ליה, והא שליחות גופיה אי לאו דכתיב אתם גם אתם מה אתם בני ברית אף שלוחכם בני ברית דמעטיה קרא בהדיא, הוה אמרינן דיש שליחות אפי' לנכרי. וניחא לי דודאי כל דלא רבייה קרא בהדיא לזכייה, לית ליה. ותדע לך דהא אפי' בישראל נמי הא אמרינן התם בקדושין מנין שזכין לאדם שלא בפניו שנאמר נשיא אחד נשיא אחד וגו', אלמא אי לאו דגלי קרא הוה אמרינן דאין זכין לו לאדם ואפילו לישראל, והדין נותן דאיזה זכות או שעבוד יש לו לאדם על חברו שיזכה על ידו, אלא דרבייה רחמנא, וכיון דנכרי לא אשכחן דרבייה רחמנא לזכייה ש"מ לישראל דרבי קרא אית ליה, נכרי דלא רבייה קרא לית ליה. וא"ת א"כ למה הוצרך הכתוב למעטו משליחות, י"ל דכיון דרבי בהדיא בתרומה להיות שלוחו כמותו מיעט נכרי, אבל בזכייה לא רבייה בהדיא דלצטריך למעוטי נכרי אלא גלויי מילתא בעלמא דגלי קרא דאית ליה זכייה לישראל מדכתיב נשיא אחד נשיא אחד, והיכא דגלי גלי דהיינו בישראל ממש כחלוקת הארץ, בעלמא לא גלי, אלא אדרבה מכיון דאשכחן בשליחות דחילק הכתוב בין ישראל לנכרי אף בזכייה כן, כנ"ל".

עפ"י דרך זו כתבו כמה אחרונים, דמכיוון דילפינן זכיה מחלוקת הארץ, ומסתמא היו שם כמה שוטים שגם זכו בחלקם מכוח זכיה, הרי שזכייה לשוטה מועילה מדאורייתא.

בספר בית אפרים חלק חו"מ סי' ח' כתב:

"ואפשר לומר דנהי דלא דמי לקטן דודאי סופו ליגדל, מ"מ גם לעכו"ם לא דמי דאף לכשיתגייר, השתא מיהא מחוסר מעשה. משא"כ שוטה אם ישתפה ממילא הוא. ולפי"ז י"ל דגם שוטה הוא בכלל ההיא דר"ג דיליף דזכין לא בפניו מנשיא אחד למטה, שהרי הם זיכו לכל ישראל באי הארץ ומי לא עסקינן שהיו ביניהן חרשין ושוטים ג"כ, דהא אינהו נמי בני ירושה נינהו, משא"כ עכו"ם מה"ת לומר שיהא בר זכיה כיון דלא אתי לכלל שליחות בלא מעשה, וגם י"ל דמה יתגייר אין זה אתי לכלל שליחות דלכי מתגייר גופא אחרינא הוא משא"כ בשוטה שנסתפה".

וכן בספר אמרי בינה חו"מ קונטרס הקניינים סי' כד כתב:

"להסוברים דזכיה בעד קטן הוא דאורייתא מדכתיב נשיא אחד, אם כן כמו דהיו אז קטנים, ג"כ לא יבצר שהיו אז בישראל חרשין".

וכן בספר ונגש הכהן (להג"ר הלל דוד הכהן ז"ל מווילנא) כלל יא כתב:

"כבר הוכיח מהרי"ט חלק אה"ע (סי' מא) להרמב"ם דע"כ ס"ל דזכיה קנין בפני עצמו הוא יעו"ש. ולפי"ז א"ש בפשיטות דודאי המזכה לשוטה על ידי בית דין, זכה השוטה מהתורה כמו קטן, דהא בחלוקת הארץ ע"י יהושע הוו נמי שוטים וחרשים".

וכן בספר קהלת יעקב תוספת דרבנן להגאון רבי ישראל יעקב אלגאזי ז"ל אות קי"ט האריך בעניין זכיה לשוטה על ידי אחר, ונראה שייסד דבריו על יסוד סברת הרשב"א. תחילת דבריו נסובו על הסוגיא בב"מ דף עא: הנזכרת, וכתב בלשון זו:

"ודע דלכאורה נראה דנפקא מינה עוד ממחלוקת זה אי זכיה לקטן מן התורה או לא, לענין אי אית להו זכיה לחרש ולשוטה ע"י אחר. דלמאן דאמר דאינו אלא מדרבנן נמצא דגירסתו בההיא דאיזהו נשך – נהי דשליחות לנכרי לית ליה זכיה מדרבנן אית ליה מידי דהוי אקטן לאו אע"ג דלית ליה זכיה מדרבנן הכא נמי לא שנא. ודחי – ולא היא, קטן אתי לכלל שליחות נכרי לא אתי לכלל שליחות. דנראה בהדיא דדוקא קטן משום דאתי לכלל שליחות תקנו לו רבנן זכיה, אבל בחרש ושוטה דלא אתי לכלל שליחות לא תקנו להם זכיה דומיא דגוי. אבל למאן דאמר זכיה לאו מדין שליחות, אפשר דאפילו חרש ושוטה אית להו זכיה מן התורה, דמסתמא אמרינן דלא יבצר מלהיות איזה חרש ושוטה בחלוקת הארץ וזיכו להם בבירור חלקם. ואף דלמאן דאמר זכיה לקטן מן התורה, יש לדקדק מדאמרינן ולא היא קטן אתי לכלל שליחות וכו' דמשמע דוקא משום דאתי לכלל שליחות לאפוקי חרש ושוטה. י"ל דמאי דאמרינן הכי, לאו לאפוקי חרש ושוטה, אלא ליתן טעם דאף דגוים לא היו בכלל חלוקת הארץ מ"מ אמאי אין להם זכיה מן התורה, נילף מישראל דיש לו זכיה, שהרי לענין שליחות אי לאו דמעטיה קרא דאתם גם אתם מה אתם בני ברית וכתבו הוה אמינא דיש שליחות לגוי דילפינן מישראל... ונמצא לפי זה דהאי טעמא דאתי לכלל שליחות, אינו אלא למיהב טעמא למאי דלא ילפינן מישראל לגוי אפילו דליתיה בכלל חלוקת הארץ, אבל לכל מי שהיה בכלל חלוקת הארץ כמו חרש ושוטה דלא יבצר שהיה בכלל חלוקת הארץ, פשיטא דילפינן מחלוקת הארץ דיש להם זכיה, כיון דאינו ילפותא כי אם בעצמם גילה קרא דיש להם זכיה".

וכן בספר אור שמח הלכות גירושין פ"ב הט"ו כתב בדעת הרמב"ם:

"דשוטה אית ליה זכיה כמו קטן, דאף יונקי שדים אית להו זכיה מה"ת כדילפינן מנשיא אחד למטה כו' (קידושין מב, א), שכמה יונקי שדים היו שם, אף על פי דלעצמן לאו בר זכיה, ושנינו (עיין ב"ב קמב, א) קטן בן יום אחד זכין לו, וכמוש"כ התוספות פרק המביא תנינא (גיטין דף כב, ב) בד"ה והא לאו בני דעה נינהו. וי"ל דחשיבי בני כריתות, הואיל ואם הגדיל הקטן ונשתפה השוטה הוה בני כריתות, כן חשיב שוטה דאתי לכלל דעת, ומש"ה אית ליה זכיה ודוק".

וכן בשו"ת רידב"ז סי' א' הביא מהירושלמי פ"ק דקידושין ה"ג שבו נאמר:

"ר' ירמיה בעי קומי ר' זעירא הילך כסף זה שתצא עבדך לחירות א"ל יצאת, שתצא שדך להבקר א"ל לא יצאת, מה בין זה לזה, זה זוכה לבן דעת וזה לא זוכה לבן דעת. הגע עצמך שהיה חרש, א"ל איש, הגע עצמך שהיה קטן, א"ל דרכו להגדיל".

וכתב הרידב"ז:

"לפי הירושלמי הזה מתורץ היטב באין פקפוק פסק בשו"ע ח"מ סי' רמ"ג סט"ז דהמזכה לשוטה ע"י דעת זכה, וכתב הב"י ז"ל פשוט בכמה מקומות, והחרש דינו כקטן, ודין השוטה פשוט דאע"ג דאין לו דעת והוי שלא בפניו הא קי"ל דזכין לאדם שלא בפניו... לפי הירושלמי הזה מבואר בהדיא כפסק השו"ע דישנו לחרש ולקטן בזכיה, קטן משום דאתא לכלל שליחות דדרכו להגדיל, ובחרש משום דהוא בכלל איש, וז"ב עכ"פ חזונו בהדיא דחרש שוטה וקטן איתנהו בזכיה אע"ג דליתנהו בשליחות, וע"כ דישנם בזכיה מדאורייתא, דל"ל מדרבנן דא"כ האיק יוצא העבד לחירות ונפקע ממנו איסור תורה, אלא ע"כ מדאורייתא ישנו בזכיה וכיון דישנו בזכיה אע"ג דליתנהו בשליחות".

ובספר משנת רבי אלעזר (להג"ר אלעזר ברכהו ז"ל אב"ד פאלאצק) חלק חו"מ סי' ז' ס"ק יט כתב לבאר זכיה לשוטה, וז"ל:

"לענין זכיה לשוטה, דלהריטב"א והרשב"א דס"ל זכיה לאו מטעם שליחות הוא, אתי שפיר מאי דאית לה זכיה לשוטה, דלא בעינן בזה מלתא דמצי עביד השתא, כיון דזכיה לאו מטעם שליחות. אבל לתוס' דזכיה מטעם שליחות איך מצי לזכות לשוטה כיון דאיהו לא מצי עביד... והנראה לי בזה הוא כך, דלא דמי ענין זכיה לקטן או שוטה לכל שאר מילי דלא מצי עביד השתא ולא מצי משוי שליחא. דגבי קטן ושוטה אנן סהדי דאלו היה להם דעת בוודאי היו עושין שליח לקבל הזכות הזו, אלא דאין להם דעת, מ"מ הרי אנו מבינים שזו טובתם ויכולים לזכותם אף שלא מצי עביד שליחא, דהוי כמו פומא הוא דכאיב להון. אבל נכרי דאינו בתורת שליחות כלל, אין לו גם זכיה, דהוא בעצם נחסר לו הכח לזכות על ידי זולתו".

בספר נזר הקודש סי' נו כתב:

"מה שכתב הקצה"ח לדמות שוטה לנכרי אינו דומה, כי מעשה הגירות באמת נחשב מעשה, משום דאינו נעשה גר עד שיעשה מעשה ממש מילה וטבילה עפ"י בי"ד של שלושה, ודבר זה אינו בא ממילא. אבל קטן דאתי ממילא לגדלות, וכמו כן שוטה יכול להתרפאות ממילא, רק חלוק שוטה מקטן דאינו ברור דאתי לכלל שליחות וזכיה... ובשוטה אמרינן דבר כריתות הוא מטעם דהוי בר כריתות לכשישתפה. ובאמת טעמא בעי דאע"ג דשוטה אפשר שיתרפא בלא מעשה, אבל עכ"פ הלא אין רפואתו ברורה לפנינו... ונראה דהסברא בזה דחרש ושוטה באמת בני ישראל נינהו והמה בדיני כריתות, רק פומייהו הוא דכאיב להו, והיינו דרק סיבה מונעת מזה, ולכן אין זה נחשב לחסרון עצמי, רק חסרון מצד אחר. והביאור בזה כי כל פועל יש בו שתים, אחד הכח הפנימי, השני הכח החיצוני, והיינו ע"י מה שמוציא מכח אל הפועל. והנה ע"כ בהא דחרש ושוטה חסר להם הכח החיצוני, אבל כח הפנימי יש להם, ולכן שפיר נקראו בני כריתות בשביל הכח הפנימי שלהם. משא"כ נכרי שאין לו כלל בעצם הענין דכריתות... גם בהא דזכיי' דשאני שוטה מנכרי דנכרי אין לו עצם הזכיה, אבל שוטה בכח יש לו להיות זוכה ורק אין בכחו להוציא אל הפועל מפני חסרון דעת".

העולה מדברינו: קיי"ל כפסק הרמב"ם והשו"ע שהמזכה לשוטה על ידי אחר, קנה השוטה, וזו זכיה גמורה מהתורה. מפשטות לשון הרמב"ם והשו"ע נראה שאין חילוק בין סוגי השוטים וכמ"ש האמרי בינה הנזכר. הגם שהאמרי בינה (שם) דן ביחס לפתי שבטבעו אינו יכול להתרפא שלא תועיל זכיה מפני שאינו יכול לבוא לידי דעה, אך מלבד שזוהו כנגד משמעות הרמב"ם והשו"ע שפסקו דין זכיה בשוטה בסתמא, ולא חילוק בין סוגי השוטים, הרי גם האמרי בינה הסכים שביחס לשוטה שהבעיה ביסודה היא רפואית ובאופן תיאורטי קיימת האפשרות שישווב יתרפא, די בכך שאותו שוטה יהיה נידון כ"אתי לכלל דעה", ואין דינו כגוי שאינו יכול להיות בר שליחות ובר כריתות כלל בעת היותו נכרי, אא"כ יתגייר ואז הוא כקטן שנוולד.

וכעין זה בספר מלאכת חרש הנזכר במחלוקתו על דברי קצות החושן הנזכרים, באר את החילוק בין שוטה לנכרי, וכתב:

"כמו שהקטן אתי ממילא לכלל שליחות בידי שמים בלי שום מעשה, כמו כן החרש והשוטה יוכלו להתפקח ולהשתפות ממילא בידי שמים בלי שום מעשה. משא"כ מי שמחוסר מעשה התלוי בידי אדם, ולכן לא חשיב אתי לכלל שליחות".

על כן די בעצם האפשרות העקרונית לריפוי בידי שמים.

על כן בכה"ג שזיכוי הגט לאשה השוטה מתברר כזכות גמורה עבורה, הזיכוי מועיל לדונה כפנויה. אמנם הלכה למעשה, כמה מהפוסקים הורו שלא לזכות גט לכל אשה שוטה, וזאת בנסיבות שחששו שאינה זכות גמורה לאותה אשה, אבל גם הם הסכימו שאם אכן זו זכיה גמורה, כגון במומרת או אשה שנאסרה על בעלה ונשתתית, לכו"ע יזכו לה גט ע"י אחר, ובאמצעות זכוי זה היא תידון כפנויה. אמנם יש שהורו שאין לזכות גט לאשה שוטה מפני הריעותא שאינה יכולה לשמור גיטה ומשלחה וחוזרת שהיא דאורייתא או מפני תקנת חכמים שלא ינהגו בה מנהג הפקר, אך סברות אלו אינן אלא באשה המתגרשת ולא בבעל המגרש.

זיכוי הגט לבעל

אם ביחס לזיכוי גט עבור האשה, כאמור הלכה זו התבררה בש"ס ופוסקים, הרי שרק בגדולי הפוסקים האחרונים נמצאה התייחסות לזיכוי גט עבור הבעל.

אותם פוסקים דנו אודות גט שנכתב כהלכה, לאחר שהבעל ציווה לסופר ולעדים כראוי, אך מאחר שהאשה הייתה שוטה שאינה ראויה לקבל גט, וגם לא זיכו עבורה את הגט, מאחר שהגירושין לא היו זכות גמורה עבורה, לא היה ניתן למנות שליח הולכה, וזאת עפ"י המבואר בסוגיא במסכת נזיר דף יב שאין בכוח הבעל למנות שליח אם אינו יכול לגרשה כעת, וכמ"ש בגמ' "לא משוי איניש שליח אלא במלתא דמצי עביד השתא, במלתא דלא מצי עביד ליה השתא לא משוי", ועיין במשנה למלך פ"ו ה"ג בהגהה ובפתי"ש אה"ע סי' א' ס"ק טז.

עיין בספר מרכבת המשנה על הרמב"ם, בפ"ו מגירושין ה"ג, שהביא מנהג הראשונים להתיר לבעל שאשתו נשתתית להשליש גט ולישא אחרת, ולמסור לה את הגט בעת שחזרה והבריאה. וחכמי ליסא פקפקו על המנהג, והורו להתיר לבעל להינשא מחדש גם בלא השלשה, מפני חששו שלא ניתן להתירה בגט שנכתב בעת שהאשה שוטה ואינה ראויה לקבל את הגט.

המרכבת המשנה הביא שהרב מקראטשין יצא כנגדם כדי לחזק את המנהג של השלשת הגט.

לאחר אריכות דבריו שלא חש לכתובת הגט בעת שהאשה שוטה, סיים וכתב בלשון זו:

"בנדון דידן שהשליח מגרש אחר שתשתפה, אף בלא שליחות הבעל, יכול לגרש רק בגילוי מלתא בעלמא. דודאי שליחות הולכה דמי לשליחות קבלה דבעינן שתמנה האשה שליח, ואפ"ה מוסכם מכל הפוסקים במומר, דאם אחר מקבל הגט, האשה מתגרשת מיד מטעם זכין לאדם שלא בפניו, ואין מועיל ביטול המומר. ואפילו הר"ן שחולק על זה היינו מטעם איתתא בכל דהו ניחא לה ולא הוי זכיי'. אבל בנדון דידן אף אם לא עשה הבעל שליח הולכה רק ציוה לסופר לכתוב, ונתן איש אחר הגט לידה, מהני, דזכות הוא לו להפטר מחרם רגמ"ה, כמו בחלוקת הארץ דקס"ד בקדושין דף מ"ב דהנשיאים זכו להם מתורת זכייה ולא מתורת שליחות, הילכך אין לזוז ממנהג הראשונים, אע"ג שאין ההיתר תלוי במסירת הגט ליד שליח כדי שתכפף כשתשתפה תגרש ולא יעבור על חרם רגמ"ה בענין ב' נשים".

הרי שהרב מקראטשין הוסיף בדבריו חידוש גדול, והוא – אם הבעל לא עשה שליח להולכה, ובעת שהאשה הבריאה הבעל הלך לדרכו והקשר עמו אבד, אפשר לזכות עבורו את נתינת הגט לאשה.

אמנם המרכבת המשנה חלק על דבריו וכתב:

"מ"ש הרב הנ"ל דבנדון דידן לא בעינן שליחות, דזכות הוא לו, טעות גדול הוא. דגבי אשה שייך לומר זכין לאדם שלא בפניו, שתקנה הגט. אבל אין שייכות לומר זכין לאדם בבחינת הנותן. והרי שלקח ממונו של אדם ונתן צדקה מהני מתורת זכיי', ולא אמרו חז"ל אלא זכין לאדם ולא אמרו זכין מאדם, ואנן בעינן דעתו ושלוחו כמותו. ישתקע הדבר ולא יאמר".

אך מצינו בגדולי הפוסקים שהסכימו שניתן למסור את הגט לידי האשה באמצעות זיכוי המסירה עבור הבעל.

בתשובת נודע ביהודה תניינא סי' קכו, הרב השואל מהור"ר גרשון ז"ל אב"ד נ"ש, שהנודע ביהודה מאריך בשבחיו, סבר לנהוג בזיכוי גט עבור הבעל, באשה שוטה אם בעת שחזרה ונרפאה היא מבקשת לקבל את הגט

אך הבעל אינו כאן. והנודע ביהודה הסכים עמו מבחינה עקרונית, שמועיל זיכוי כזה, אלא סבר שבאותו נידון שם, לא הייתה לבעל זכות במתן הגט. וז"ל הנודע ביהודה:

"אמנם בשליחות הנתונה אשר ג"כ רצה מעלתו ללמוד זכות על הראשונים, שאף שאין השליחות שמשוי עתה שליח להולכה מועיל, מ"מ אחר שחזרה לדעתה, זכות הוא לבעל לגרשה שלא יהיה נלכד במצודת חרגמ"ה, וזכין לאדם שלא בפניו, ודומה זה למומרת דמוכין לה גט ע"י אחר. ואני בעניי יש לי להשיב דהגילוי דעת שמגלה עתה אינו ראייה על העתיד, וזכות ג"כ לא מיחשב, דבשלמא מומרת כבר אבודה מבעלה ואסורה לו עולמית א"כ זכות הוא לה. אבל הבעל אולי כשחזרה אשתו הראשונה לאיתנה, רוצה יותר בה מבחברתה, ותרצה השניה לקבל גט וישאר עם הראשונה. וגם בלא"ה אמאי פשיטא ליה כולי האי שכשחזרה לאיתנה שיהיה הבעל אז עובר על חרגמ"ה, והרי אפילו העובר בזדון ולוקח אשה על אשתו, יש הרבה פוסקים ששוב אין כופין אותו שחרגמ"ה לא היה רק על תחלת הנישואין, ועיין בכה"ג אהע"ז סי' א' בהגהותיו לב"י אות ט', ואף שדעת כל האחרונים שלנו אינו כן, אבל איך נסמוך להתיר אשת איש לעלמא, ולכן אין דברים הללו מוחלטים".

הרי שהפקפוק היחיד שהיה לנודע ביהודה, היה בשאלת היות הגירושין זכות לבעל, אך לא ביחס לעצם החידוש שניתן לזכות גט עבור הבעל באמצעות נתינתו לאשה באותן נסיבות שאין ספק שהגירושין זכות לבעל. וכבר ציין בספר מנחת יצחק ח"א סי' מה לדברי הנודע ביהודה, וכתב:

"אף דהנוב"י כתב ע"ז דיש לו להשיב, דהגילוי דעת שמגלה עתה אינו ראי' על העתיד, וזכות ג"כ לא מיחשב דבשלמא מומרת כבר אבודה מבעלה ואסורה לו עולמית, א"כ זכות הוא לה, אבל הבעל, אולי כשחזרה אשתו הראשונה לאיתנה, רוצה בה יותר מבחברתה, ותרצה השני' לקבל גט וישאר עם הראשונה, עיין שם. מ"מ על כל פנים מוכח דהיכא דכבר נאסרת על בעלה, שייך זכות גם להבעל וזכין לאדם וכו'".

וכן החתם סופר בתשובה חלק אה"ע ח"א סי' יא כתב:

"עכ"פ מוכח היכי דפירש בהדיא כגון בנדון דידן שגילה דעתו שרוצה לגרש אשתו השוטה לכשתשתפה, ונהי דהשליחות של עתה לא מהני משום דאיהו לא מצי עביד, מ"מ מועיל מטעם זכיה, שהרי גילה דעתו דזכות הוא לו. ועוד ודאי זכות הוא לו להצילו מחרם דרגמ"ה להיות עם שתי נשים, ע"כ נראה לכאורה בלי שום פקפוק כהנ"ל. וראיתי שכבר עמד בסברא ישרה זו הגאון מקראטשין, הובא בספר מרכבת המשנה, אלא שלא הביא עליו שום ראייה. והמחבר מרכבת המשנה כתב עליו דזכין לאדם שמענו אבל זכין מאדם לא שמענו, כי הזכות בעבור הבעל לגרש אשתו הוי זכ' מאדם. ולפענ"ד דבריו ברורים הם. הרי זכיה ילפינן רפ"ב דקדושין מ"ב ע"א מנשיא אחד למטה והתם לחוב ע"מ לזכות היא כמבואר שם וכן הלכה רווחת סי' תמ"ג ס"ב למכור חמצו של חבירו בשעה חמישית מטעם זכיה לאדם, אעפ"י דהוה זכיה ממנו לאחר, והדבר פשוט ומובן והאורך שלא לצורך".

החתם סופר בתשובה נוספת, אה"ע ח"ב סי' מג, חזר וחזק דבריו, וכתב:

"ואען ואומר, הנה בספר מרכבת המשנה בהלכות גירושין פ"ו ה"ג מייתי מחלוקת חכמי ליסא, והגאון מקראטשין בעניין בעל שגשתמית אשתו וכתב לה גט בעת שטותה ומסרו לשליח ליתן לה לכשתחלים ותתפא, שחכמי ליסא חשו ליה מטעם המבואר בנזיר י"ב ע"ב דבמידי דלא אפשר למיעבד האידינא לא מצי לשוי' שליח. והגאון הנ"ל העלה נהי דשליח לא הוי עתה, מ"מ גילוי דעת הוי דניחא ליה לגרש אשתו, וה"ל זכ'. ואז אחר שגשתפה יעשה אז שלוחו מטעם זכין לאדם שלא בפניו. ויען כי דברי הגאון ז"ל אמתיים בלי ספק לקיים דברי חכמים הראשונים, אשר מעולם הנהיגו להתיר ע"י מאה רבנים לישא אשה על אשתו שטיא, ולא רפרף אדם מעולם, וע"כ כנ"ל מטעם זכיה מועיל".

המעין בדברי החתם סופר יודה שלפי דרכו גילוי הדעת של הבעל בעת שהשליש את הגט, מועיל רק כדי לבסס את הקביעה שהגט הוא זכות עבור הבעל. אך בכה"ג שגם בלא"ה הגירושין הם זכות עבורו, גם בלא

גילוי הדעת אפשר לזכות עבורו את הגירושין. וזאת מאחר שביחס לתוקף שליחות אין ממש בעצם גילוי הדעת, ותמיד קיים חשש שמא חזר בו, ובהכרח שלעצם תוקף הגירושין די בזיכוי בלבד.

וכן בספר פתח הבית (להגאון רבי אברהם טיקטין ז"ל) סי' כא אות ו' הביא דברי מרכבת המשנה, והוכיח מהפרשת חלה דמהני זכיה, גם כשהזכיה היא ליטול מהאדם כדי לזכותו. והוסיף וכתב:

"מכאן כתבתי במק"א תשובה על המרכבת משנה שכתב בפשיטות על הרב מקראטשין שצידד לומר בנשתתית אשתו דנהי דיש מקום פקפוק קצת בנתינת הגט ליד שליח בעת שטותה, דכל מידי דאיהו לא מצי למיעבד השתא שלוחו לא מצי עביד אחר זמן, מ"מ יכול השליח ליתן לה הגט לכשתשתפה, דזכות הוא לו לבעלה דניחא לי'. וכתב המרכבת המשנה ע"ז דברים אלו לא ניתנו להיאמר דזכין לאדם וכו' אמרינן ולא זכין מאדם ע"ש. וז"א, דהרי חזינן בדבר שבזכות ודאי, אף זכין מאדם כמו חלה כנ"ל. ונהי דודאי אין נכון לסמוך על סברת הרב הנ"ל דזכות הוא לו בנידון חמור כזה, ומ"מ לא שייך ע"ז לומר לא ניתן להיאמר, דאילו הוי ידעינן בודאי שזכות הוא לו, היתה סברתו נכונה מאד. אבל בודאי לומר דאם נתן לה השליח שלא מדעת הבעל, ואח"כ כשנודע לו ניחא לי', זה ודאי לא מהני כיון דעכ"פ אם היה שלא מדעת כמו שכתב התרומת הדשן הנ"ל".

הרי שהג"ר אברהם טיקטין ז"ל בספרו פתח הבית הסכים עם הרב מקראטשין בכה"ג שאין כל פקפוק שהזיכוי היא זכות גמורה עבור הבעל. וידוע שהגאון רבי אברהם טיקטין אב"ד דק"ק ברעסלוי היה מגדולי דורו, והגאון רע"א ז"ל התייחס אליו בכבוד ובהערכה רבה.

וכן דעת הגרי"א מקאוונא ז"ל בספרו באר יצחק או"ח סי' א' ובתשובה נוספת שבספר תשובות רבינו יצחק אלחנן (מהדורת מכון ירושלים) סי' קמח (עמ' קפט) שמועיל זיכוי גט עבור הבעל. אלא רק חידש הגרי"א ז"ל שאם הבעל הקפיד על גירושין באמצעות שליח אי אפשר לגרשה באמצעות זיכוי. וביחס לטענת קצות החשן שהזיכוי הוא בזיכוי חפץ או ממון, ולא כשבעינן רק ניהוחתא של הבעל, ובזיכוי אינו מהני להיחשב לדעתכם, כתב בתשובת באר יצחק (שם ענף ג') שמסוגית גר קטן (כתובות יא.) "מוכח דגם היכא דלא מזכין לו איזה חפץ ג"כ שייך זכות לזכות שלא בפניו, ולא שייך לומר בזה דבעי לדעתכם, משום דכיוון דאמדינן דעתו דודאי יתרצה, הוי כמו לדעתכם ממש".

וכן האחיעזר ז"א סי' כח ס"ק טז כתב:

"בזכות גמור דעת האחרונים דמהני גם בזכין מאדם וגם בגירושין מהני בזכות ודאי, דלא כמש"כ הקצוה"ח בסי' רמ"ג וסי' שפ"ב דלא מהני בגט תורת זכי, וכ"כ החת"ס אהע"ז סי' י"א דהלכה רוחת בישראל למכור חמצו של חברו בתורת זכי, וכ"כ הברית אברהם בסוסי"ק א".

ועיי"ש באחיעזר סק"ז שהביא שכן דעת הגאון רבי שלמה הכהן ז"ל מווילנא.

וכן בשו"ת מהר"ש ענגיל חלק ז' סי' קפו הביא את תשובת הגאון ר"א קלאצקין ז"ל שהורה כסברת החתם סופר, וכתב ז"ל:

"עיינן בספרו של הגאון מלובלין שרוצה להתיר בשעת המלחמה שמינה שליח להוליך גט לאשתו ומת השליח, שיוכל אחר לקבל הגט מהסופר וליתנו בתורת זכיה... עכ"פ אף שנימא דלא כסברת הגאון מלובלין דיש לומר דלא רצה רק בשליח זה, וגם דיש לומר דלא חשיב זכות ברורה דשמא נמלך אח"כ ורוצה לשוב לביתו ולדור עם אשתו, ונהי דכל זמן שהשליח קיים אין חוששין שמא ביטל את השליחות, מ"מ באם שלוחו מת ורק אחר רוצה ליתן הגט בתורת זכיה, יש לומר שמא רצונו עתה לדור עמה ולא חשיב זכות ברורה. אבל הכא שיש לו אשה אחרת ועובר אחר"ג, שוב חשיב זכות ברורה, ושוב יוכל עכ"פ שליח ראשון ליתן לה גט שני בתורת זכיה".

וכן בספר משנת רבי אלעזר בתשובתו הנזכרת בהמשך לביאורו בדין זכיה לשוטה כתב לחזק דברי הרב מקראטשין ודחה מה שהשיג עליו המרכבת המשנה, וז"ל:

"ואני אומר כי יפה דיבר הרב מקראטשין וחלילה שישתקע אפילו סברא אחת מסברות התורה, כי תורה שלמה היא ויסודתה בדברי התוס' כתובות (יא.) ד"ה מטבילין בסוף דבריהם שכתבו ואע"ג דזכיה הוי מטעם שליחות ואין לו שליחות מן התורה, ה"מ בדבר שיש בו קצת חובה כגון להפריש תרומתו דשמא היה רוצה לפוטרה בחיטה אחת כו'. משמע להדיא דאילו הי' בתרומה זכות גמורה היה יכול להפריש בשבילו מטעם זכיה. והלא הכא הוי זכין לאדם בנתינה מהאדם משום שמתקן הכרי והיינו הזכות. וה"נ בנתינת הגט שייך זכין שמזכהו לצאת מחרם רגמ"ה".

ולהלן הבאנו מדברי ספר ערך שי אה"ע סי' לה, שדן בהלכה זו שכתבו הרב מקארטשין והחת"ס, ולמסקנת דבריו שהעלה דאמרינן "זכין מאדם" גם כשמוציאים ממנו ואינו מקבל מחיר בתמורה, הלכה זו של הרב מקארטשין והחת"ס נותרה ללא פירכא.

וכן הסכימו לזיכוי גט לבעל כאמור, כשברור שזוהי זכות לבעל, בשו"ת בית אבי חלק אה"ע סי' קנז. ובספר אמירה נעימה קמא (להגאון רבי יוסף צבי הלוי ז"ל אב"ד יפו ותל אביב) מאמר קכה עמ' תקצב.

וכן הגאון רבי יוסף שלום אלישיב ז"ל בתשובה, בקובץ תשובות ח"א סי' קעז, פסק אודות שליח הולכה שמת בטרם נתן את הגט, שאם יתברר שאכן זו זכות גמורה לבעל, אין מניעה לזכות את הגט עבור הבעל, למרות שהמזכה לא התמנה כשליח להולכת הגט. והלכה למעשה הסכים עמו הגרצ"פ פראנק ז"ל בספרו הר צבי אה"ע ח"ב סי' קנה, (ולא חשו לסברת הגרי"א ז"ל שאם מינה שליח לא יועיל זיכוי מפני הקפדת הבעל על שליחות דווקא). וכתב בתשובת הר צבי בסיום תשובתו:

"בנ"ד אין קפידא של שליחות, שהרי אם נאמר שהבי"ד ימנו שליח מטעם זכיה, הרי שוב נעשה שלוחו של הבעל, דזכיה מטעם שליחות. ולמעשה פסקו הגאון ר' אלי' קלאצקין מלובלין וכן הגאון ר' מאיר אריק שהבי"ד ממנים שליח בעד הבעל למסירת הגט ליד האשה, לכן יש להתירה בגט".

ובספר ציץ אליעזר חלק ה' סי' כג כתב:

"בעצם יסוד הדברים לבוא עלה בכגון דא מתורת זכיה מצינו שכבר איתאמר בבי מדרשא ע"י כמה מגדולי הפוסקים שבדור הקודם וכן מהגדולים בדור שלפנינו.

בראשונה מצינו במרכבת המשנה בפ"ו מה' גירושין ה"ג בדונו ע"ד המנהג הפשוט מימי קדם במי שנשתתית אשתו שמוסר הבעל גט ליד השליח שכשתשתפה יתנה השליח לידה, ולפי דעת חכמי קונשטנדינא בנים אשר יולדו להם הם חושש ממזרים מאחר דקיי"ל דכל מלתא דלא מצי למעביד השתא שלוחו לא מצי למיעבד, מביא בתוך הדברים בשם הרב מקראטשין... אבל בנידון דידן אף אם לא עשה הבעל שליח הולכה רק ציוה לסופר לכתוב ונתן איש אחר הגט לידה מהני דזכות הוא לו להפטר מחרם רגמ"ה, כמו בחלוקת הארץ דקס"ד בקדושין מ"ב דהנשיאים זכו להם מתורת זכיה ולא מתורת שליחות ע"כ. הרי מצאנו שהגאון מקראטשין כבר עמד על יסוד עיקרן של דברים אלו לא להצריך שליחות גמורה בכגון היכא שנתינת הגט ליד האשה הוא זכות לבעל מצד זה כדי להפטר מחרם רגמ"ה, ומספיק בזה גילוי מילתא בלבד ותו אתינג עליה מתורת זכיה.

אמנם המרכבת המשנה מתקיף בחריפות סברא זאת וכותב עלה דישתקע הדבר ולא יאמר משום דטעות גדול הוא, דגבי אשה שייך לומר זכין לאדם שלא בפניו שתקנה הגט, אבל אין שייכות לומר זכין לאדם בבחינת הנותן, והרי שלקח ממונו של אדם ונתן צדקה מהני מתורת זכיה, ולא אמרו חז"ל אלא זכין לאדם ולא אמרו זכין מאדם ע"כ. ועיין גם בקצוה"ח סי' רמ"ג סק"ח ומ"ש עליו בספרי דבר אליעזר סי' ג' אות ט' ע"ש.

אבל מצינו להגאון החתם סופר ז"ל בתשובותיו בחאה"ע ח"א סי' י"א ד"ה נחזור להנ"ל שמריש כתב מדעת עצמו לומר כנ"ל דבכגון שגילה דעתו שרוצה לגרש אשתו השוטית לכשתשתפה נהי דהשליחות של עתה לא מהני משום דאיהו לא מצי עביד מ"מ מועיל מטעם זכיה שהרי גילה דעתו דזכות הוא לו ועוד ודאי זכות הוא לו להצילו

מחרם דרגמ"ה, ושוב מזכיר שראה שכבר עמד בסברא זאת הגאון מקראטשין, ועומד לימינו ודוחה דבר ההשגה של המרכבת המשנה עליו וכותב בלשון זה ולפענ"ד דבריו ברורים הם הרי זכיה ילפי' רפ"ב דקדושין מגשיא א' למטה והתם לחוב ע"מ לזכות היא כמבואר שם וכן הלכה רווחת למכור חמצו של חבירו בשעה חמישית מטעם זכיה לאדם אף על פי דהיה זכיה ממנו לאחר והדבר פשוט ומובן והאורך שלא לצורך עיין שם.

ואם כי יש לדון הרבה לפענ"ד על דברי הח"ס הנ"ל ולחלק בין הנידונים, ובפרט מהראיה מחמץ ששם הרי חבירו יפסיד לגמרי חמצו ועל ידי המכירה הרי מרויח הדמים תמורת החמץ, אבל מלבד חשיבות עצם הדבר מה שמצינו שגם הגאון הח"ס עמד בתוקף בסברתו ודעתו של הגאון מקראטשין, וכן בח"ב סי' מ"ג כותב כי דברי הגאון ז"ל אמיתים בלי ספק דמועיל מטעם זכיה ע"ש. הנה מצינו שגם הגאון רי"א מקאוונא ז"ל בספרו באר יצחק חאו"ח סי' א' הרבה להוכיח הוכחות חזקות מדברי הראשונים דלא כדברי המרכבת המשנה [וכן הקצוה"ח שם] אלא דאף היכא שמוציאין הממון מרשות בעל הממון שייך ג"כ זכות היכא שהוי אומדנא דאנן סהדי שרוצה בזה, ובפרט היכי דנעשה הזכות ע"י בית דין דיותר אלים זכות הנעשה בב"ד מזכות הנעשה שלא ע"י כ"ד דסתמא דמילתא אדם מסכים ע"ד הב"ד עיין שם בדבריו הארוכים הנאמרים בטוטו"ד.

ומינה נדון בק"ו די"ל שמהני מתורת זכות ע"י הב"ד היכא שלא בלבד שהיה אומדנא על כך שהבעל רוצה בזה, אלא שקדם לכך מעשה רב ע"י הבעל לרצונו זאת בזה שעשה שליח לכך, [ע"ש בח"ס בח"ב], ולכן נהי דכלתה אח"כ השליחות, מהני עכ"פ מה דניחא ליה שיועיל מתורת זכיה".

ולהלן נוסף ביסוס וחיזוק לעדיפות שיש לזכיה הנעשית באמצעות בית הדין.

וע"ע מנחת יצחק ח"א סי' מח—מט.

והנה הגאון הרב שלמה זלמן אויערבך ז"ל בספרו מנחת שלמה ח"א סי' עט העיר על חידוש זה דמהני זכיית הגט לבעל וכתב:

"נלענ"ד להעיר על עיקר דברי הנו"ב והחת"ס שסוברים בפשיטות דאפשר לזכות את הבעל וליתן עבורו גט לאשתו מדין זכיה. דנהי דס"ל דלא רק זכין "לאדם" שמענו אלא גם זכין "מאדם" שמענו, וכמו שהוכיח החת"ס ממכירת חמצו של חברו בשעה חמישית דמהני מטעם זכין לאדם. מ"מ הלא ידוע שכמה ראשונים ס"ל לזכיה לא הוי מטעם שליחות, רק גזירת הכתוב הוא שיכולים לזכות גם שלא מדעת הזוכה. וא"כ נראה דהתינה לזכות גט עבור האשה שפיר יכולים לומר דמהני מדין זכיה כיון דצריכים רק שתזכה בגט, ולכן שפיר מהני מה שאחרים זוכים עבורה, וכמו כן יכולים ג"כ למכור חמץ של אחרים בשעה חמישית, משום דהוי כאילו בעל החמץ רוצה ומסכים להקנות וכמו שיכולים לקנות מדין זכיה כך יכולים גם להקנות. משא"כ בנתינת גט דלא סגי כלל בהקנאה גרידא של הספר כריתות, דהא בעינן דוקא נתינה מיד ליד, ואי אמר לה טלי גיטך מע"ג קרקע לא מהני. וכיון שכן נראה דהתינה להסוברים לזכיה מטעם שליחות שפיר אמרינן שהמזכה חשיב כשלוחו דהוי כמותו של הבעל, ומה שהוא נותן הוי כאילו הבעל בעצמו נותן, אבל לסוברים לזכיה לאו מטעם שליחות, נהי נמי דיכולים שפיר גם להקנות מדין זכיה, אבל מגלן לחדש שגם מעשה הנתינה של המזכה חשיב ממש כנתינת הבעל".

אך הערה זו כבר זכתה להתייחסות בתשובת אחיעזר ח"א סי' כט. בתשובה זו הגאון רח"ע ז"ל משיב להשגת רב גדול אחד שהשיג על דבריו בסי' כ"ה, שצויינו לעיל, דמהני זכיית גט עבור הבעל, ואף מהני זכיה לשוטה כפי שיובא להלן, והקשה אותו רב גדול איך זכייה זו תוכל להיחשב כידו של הבעל.

ולהלן מדברי האחיעזר סי' כט סק"ד:

"מש" כ עמש"כ לדון משום כיון דזכין לשוטה יכולים ג"כ ליתן גט עבורו במקום דזכות הוא לו מצד זכין מאדם, וע"ז כתב מעכ"ת דאף למ"ד זכי' מהני אף במקום דלא מצוי משוי שליח, אין על זה אלא תורת קנין וזכות, אבל לא תורת יד ושליחות, ובגט שצריך נתינה, וטלי גיטך מע"ג קרקע לא מהני, ואם שוטה אינו עושה שליח ל"ש כאן זכי' עכ"ד. המעין בלשון התוס' כתובות דף י"א שכתבו בסוף דבריהם ואף על גב דזכי' הוא מטעם שליחות ואין לו שליחות מהתורה, הנ"מ בדבר שהוא קצת חובה כגון להפריש תרומתו כו' אבל הכא שזכות גמור הוא לו יש לו שליחות עכ"ל, וכ"כ בכמה דוכתי וכן הוא בכמה ראשונים. ומבואר מדבריהם דגם בקטן זכי' מטעם שליחות, אלא דזכות גמור מועיל מן הדין מטעם שליחות, אף שאין בו שליחות לשארי דברים. וא"כ גם בשוטה כן הוא, דזכי' מטעם שליחות. ועוד דהא לשיטת הרמב"ן והרשב"א דזכי' אינה מטעם שליחות אפילו בבר שליחות, אלא גזיה"כ הוא, וא"כ איך מהני זכי' בגט, דהמזכה לגט במקום יבם. ודוחק לומר דס"ל כשי' רש"י דקנין אגב מועיל, דהא דחו שי' רש"י מהלכה. אלא דבגט נתינה ויד בעינן ואפי"ה הא מהני מזכה גט במקום יבם. וע"כ צ"ל דכמו דשליחות מהני מצד שליחות לקבלה, כמו כן מצד גזיה"כ הוא דמהני זכי', ואף שזכי' אינה מטעם שליחות, מ"מ עכ"פ חשוב יד הזוכה כיד המקבל גם בגט. א"כ ה"ה דחשוב יד הזוכה כיד הנותן הבעל, לפי מה שהחליטו דאמרינן זכין מאדם... אבל הא עכ"פ הדין דין אמת לשיטת הראשונים דס"ל דזכי' לאו מטעם שליחות וגם קנין לא מהני בגט, מ"מ מהני זכי' בעבד ואשה במזכה גט במקום יבם".

ונציין שכעין דברים אלו כתב האמרי בינה חו"מ הלכות גביית חוב סי' כט סק"ד שיובאו להלן. וכן כבר הבאנו לעיל מדברי החזו"א אה"ע סי' מט סק"י שהזיכוי לאשה אינו בגט גופו "שאינן הזכות מה שזוכה בגט, אלא מה שמתגרשת".

האם הזכיה עבור הבעל בגירושין היא "זכין מאדם"

ביחס לטענה שהעלה בספר מרכבת המשנה על זכיית גט עבור הבעל, שאין אומרים אלא "זכין לאדם" ולא "זכין מאדם", גם אם נניח שזכיה מהסוג הזה היא אכן בגדר "זכין מאדם", להלן בהמשך הדברים הארכנו שהעיקר לדינא דלא כשיטת מרכבת המשנה וקצות החשן, אלא אין חילוק בין "זכין לאדם" ל"זכין מאדם". מלבד זאת, קיים יסוד לקבוע שזכיה כזו אינה נכנסת לגדר "זכין מאדם". להלן מש"כ האגרות משה חלק אה"ע ח"א סי' קיז אודות זכין גט לאדם שלא בפניו בגירושין (ועיקרי דבריו יובאו להלן) שבאר הטעם שאינו בגדר זכיה מאדם, וז"ל:

"אין להקשות דהוא כמו זכין מאדם שהרבה סוברין דלא אמרינן, דהא עניני אישות אינו קנין ממש לאיש באשתו. וראיה דהא רק מצד אין קידושין תופסין בחייבי כריתות אין תופסין קידושין באשת איש כמפורש בקידושין סוף דף ס"ז, ולא מצד שהיא כבר של אחר. אלא ודאי דאין ענין אישות כזכות ממון, אלא איסור והיתר בעלמא שעושה בקידושין והגירושין, ולכן שייך בזה ענין זכיה מטעם שליחות כדאשכחן בשליח לקבלה".

ואמנם ביסוד זה שכתב האגרות משה, שאין כאן גדרי קניין של האשה, שהיא כקנויה לבעלה, כבר קדמו באבני נזר חלק אה"ע סי' קכג סק"ט. האבני נזר כתב בעדים הבאים להעיד לבטל הקידושין שאינם צריכים להעיד בפניו. ובתוך דבריו כתב:

"אבל לאחר העיון נראה, דהעדים הבאים לבטל הקידושין אינן צריכים להעיד בפני המקדש. ואמינא בזה סברא וראיה. סברא, דאין האשה ממונו של בעל, כמ"ש הר"ן פ"ק דגיטין דמהאי טעמא לא טענינן לבעל מזויף. וכן משמע סוף פ"ג דקידושין (סז:). דהא דאין קידושין תופסין באשת איש יליף לה מהקישא דרבי יונה דאין קידושין תופסין בחייבי כריתות, ולא קאמר בפשיטות שהרי היא של בעל והאיך תוכל להקנות עצמה לאחר, מוכח דלא חשובה שלו, רק איסורא רכיב עלה. וא"כ כשבאין לבטל הקידושין, אין העדות נגד המקדש, רק על האשה".

בדרכו של האבני נזר הלך החלקת יואב ח"א אה"ע סי' ד'. בתחילת דבריו דן לומר דכשם דאמרינן בסנהדרין דף יט בעובדה דעבדא דינאי קטל נפשא דבעינן להעיד בפני ינאי מכיוון שהעבד ממונו, ה"ה י"ל באשה, על פי המבואר בכתובות דף ב. דאמרינן גבי בעל נסתחפה שדהו, ועיי"ש בתוס' (ב: ד"ה מציא) שהאשה שדה של הבעל ואין הבעל שדה של האשה. אך בהמשך דבריו לאחר שהוכיח שבאשה אין צריכים להעיד בפני בעלה כשמעידים עליה שעשתה מעשה המחייבה מיתה, ולא דמיא לעבד, כתב:

"ואך דכתבתי דאשה היא שדה הבעל, אבל י"ל דאין דבר זה מהתורה, דמהתורה אין לו להבעל על האשה כלום, רק איסור גרידא, כדאמר בש"ס גיטין דף לט: "מה אשה איסורא ולא ממונא", וכן הוא בר"ן נדרים דף פו. ד"ה אמר רב אילא, וכן הוא בר"ן ריש גיטין וברשב"א קידושין (דף ו). והא דאשה אוכלת בתרומה דמיקרי קניין כספו, כבר כתב השיטה מקובצת הובא באבני מילואים בתשובה סי' יז, דהפירוש שקנאה בכספא. ואף דמבואר ברש"י סנהדרין דף נו גבי יפת תואר דהוא גול שגוזלין את אשתו במלחמה, היינו כעין גול, אבל קניין בגופו אין לו לבעל על אשתו, ואין לו זכיה בגוף האשה מדין תורה. וכן כתב האבני מילואים סי' מב סוף סק"א". וע"ע מש"כ בזה בספר עטרת דבורה ח"א סי' כג.

העולה מדברינו: הרבה פוסקים ובראשם מגדולי הפוסקים האחרונים, הסכימו שבמקום עיגון יש מקום להכשיר מתן הגט לאשה בדרך של זכייה עבור הבעל, בנסיבות בהן הגירושין הן זכות גמורה עבור הבעל, גם כשהנותן לאשה אינו פועל מכוח מינוי שליחות מטעם הבעל, ולדעתם מסירת הגט לאשה באמצעות זכייה, תיחשב כנתינת הבעל גופו ומתייחסת אליו. כתבו כן – הנודע ביהודה ומוהר"ר גרשון ז"ל אב"ד נ"ש, הרב מקראטשין שבמרכבת המשנה, החת"ס, הג"ר אברהם טיקטין ז"ל מח"ס פתח הבית, מהר"ש ענגיל, הגרי"א מקאוונא ז"ל, בספר משנת רבי אלעזר, האחיעזר, בספר ערך שי, הג"ר יוסף צבי הלוי ז"ל אב"ד יפו, הר צבי והגאון רי"ש אלישיב ז"ל וכן בספר ציץ אליעזר.

זכיית הגט לידי האשה עבור בעלה השוטה

אם הגט נכתב כראוי בציווי הבעל, ולאחר מכן נשתטה ומבקשים לזכות עבורו את הגט, נראה, כשם שכתבו גדולי הפוסקים שמועיל זיכוי הגט לאשה בעת שהיא שוטה, יועיל הזיכוי גם עבור הבעל השוטה, דלאחר שזכין לשוטה על ידי אחר ומהני מהתורה, כמבואר לעיל, מאי שנא, ובלבד שזוהי זכות גמורה עבורו. ואכן בספר אחיעזר ח"א סי' כח ס"ק יד כתב:

"נראה דיש לדון בזה דגם אם אינו שפוי בדעת, מ"מ מזכין לו ע"י זכיה גמורה לפמ"ש הרמב"ם וכן בחו"מ מ"י רמ"ג הל' ט"ז דהמזכה לשוטה ע"י בן דעת זכה. והקצוה"ח שם שדא נרגא בדברי הבי"ע עפ"י המבואר דקטן דאתי לכלל שליחות אית לי' זכי' וה"נ בשוטה לא אתי לכלל זכי' ודמי לנכרי עיי"ש. אבל באמת לא דמי וכמש"כ התוס' בגיטין דף כ"ב דשוטה חשיב בר כריתות הואיל ולכשישתפה ראוי לזה ורק פומייהו הוא דכאיב להו... אלא דדבר זה תלוי באשלי ררבי מחלוקת הקדמונים אם זכי' מטעם שליחות ואם יש זכי' לקטן מן התורה... אבל מדברי התוספות גבי גר קטן ובכמה דוכתי מבואר דס"ל דזכי' מטעם שליחות ואעפ"י דשליחות לית להו מ"מ זכי' אית להו מהתורה יעו"ש, ומבואר דאעפ"י שאינם מזכים לו חפץ, שייך זכין לקטן מהתורה".

ובסי' כט סק"ד, האחיעזר השיב לרב אחד שהשיג עליו, וכתב:

"מש"כ עמש"כ לדון משום כיון דזכין לשוטה יכולים ג"כ ליתן גט עבורו במקום דזכות הוא לו מצד זכין מאדם, וע"ז כתב מעכ"ת דאף למ"ד זכי' מהני אף במקום דלא מצי משוי שליח, אין על זה אלא תורת קנין וזכות אבל לא תורת יד ושליחות, ובגט שצריך נתינה וטלי גיטך מע"ג קרקע לא מהני, ואם שוטה אינו עושה שליח ל"ש כאן זכי'... אלא דזכות גמור מועיל מן הדין מטעם שליחות אף שאין בו שליחות לשארי דברים, וא"כ גם בשוטה כן הוא דזכי' מטעם שליחות. ועוד דהא לשיטת הרמב"ן והרשב"א דזכי' אינה מטעם שליחות אפילו בבר שליחות,

אלא גזיה"כ הוא... ואף שזכי' אינה מטעם שליחות, מ"מ עכ"פ חשוב יד הזוכה כיד המקבל גם בגט, א"כ ה"ה דחשוב יד הזוכה כיד הנותן הבעל, לפי"מ שהחליטו דאמרינן זכין מאדם... אבל הא עכ"פ הדין דין אמת לשיטת הראשונים דס"ל דזכי' לאו מטעם שליחות וגם קנין לא מהני בגט, מ"מ מהני זכי' בעבד ואשה במזכה גט במקום יבם".

ובסק"ו הוסיף האחיעזר לבאר גדר זה של זכיה המועילה למתן גט במקומו של הבעל:

"באומר מפורש כל הרוצה לכתוב גט לאשתי יהי' שלוחי ה' מועיל, וא"כ בזכי' אנן סהדי דהוי כמו שאמר מפורש".

וכבר הבאנו מדברי החזו"א אה"ע סי' מט סק"י וסי' פו סק"א וסק"ב שנקט בפשיטות שמועיל זיכוי גט עבור הבעל השוטה, בכה"ג שאין ספק שזו זכות עבורו, ונראה מדבריו שזו הלכה ברורה, וכך עולה מדברי האבני נזר אה"ע סי' ח' שיובא להלן.

אמנם עיקר הלכה זו טעונה ביאור נוסף, אמנם כאמור המזכה לשוטה על ידי בן דעת, זכה השוטה, אך אם הבעל שוטה כיצד ניתן לזכות עבורו בזמן שהוא בעצמו אינו יכול לתת גט. נראה שהלכה זו תתבאר עפ"י מש"כ בספר שערי חיים (להג"ר חיים שמואלביץ ז"ל) עמ"ס קידושין סי' מד, וז"ל:

"והנראה לבאר ביסוד דינא דזכין לאדם שלא בפניו, דהנה כתב בקצוה"ח סי' ק"ה ס"ק א' דהא דזכיה מטעם שליחות אינו מסברא בעלמא, אלא הוא גזה"כ שתועיל זכיה לאחר ורק שיש לזכיה זו גדרי שליחות יעו"ש. ונראה לפ"ז דאף דזכיה מטעם שליחות ומי שאין לו שליחות לית ליה זכיה, מ"מ חלוקים הן שליחות וזכיה בעיקר יסוד דינא. דשליחות גדרה הוא דהשליח פועל מכח שהוא מקבל מאת המשלח, משא"כ בזכיה פועל הזוכה מכח ידידה, דנתנה לו תורה כח עצמי לפעול במידי זכות לחבריה".

על כן נתינת אותו אדם, המזכה את הגט עבור הבעל, מתייחסת לבעל, ומסירת הגט לאשה באמצעות המזכה, כנתינת הבעל, ודי בכך שאותו אדם המזכה הוא בר דעת, ובכך יכול לפעול מכח ההלכה שחידשה תורה "זכין לאדם", ולזכות עבור השוטה. ולהלן בהמשך הדברים הוספנו ביאור רחב בהלכה זו.

זיכוי בכתיבת הגט וחתימתו

ההלכה מבוארת במסכת גיטין דף עב':. כתב סופר לשמה וחתימו עדים לשמה... הרי זה גט בטל עד שישמעו קולו שיאמר לסופר כתוב ולעדים חתומו. "ולפי זה בלא שהסופר שומע את הבעל מצווה לכתוב גט, הרי זה גט בטל. אך הגאון ר"א קלאצקין ז"ל אב"ד לובלין, בספרו דבר הלכה, מלואים, סי' קכ"ג הביא מדברי המגיד מקוז'ניץ בספרו בית ישראל שכתב שבאשה שסתמא עומדת לגירושין, סמכי דעתייהו דהסופר והעדים לכתוב ולהחתום לשמה. ולפי דרכו כשודאי האשה עומדת לגירושין, רשאים לכתוב ולהחתום בזיכוי עבור הבעל. ובספרו מלואי אבן סי' כט חזר הגאון ר"א קלאצקין ז"ל על שיטתו וכתב בלשון זו:

"לענ"ד יש מקום הצלה מכבלי העיגון לפי מה שביארתי בספרי מלואים סי' צג וסי' קכב דהיכי שיש לאשה אמתלא מבוררת להפקיע שעבודו מעליה, דתו אינו מפסיד כלום בגירושין של האשה ושאין לו שום תועלת במה שקשורה בו ושמביא לידי מכשולים, היכולת ביד בית הדין לומר לסופר לכתוב לה גט משום דשליחותא דבעל קעבדו, ומשום דבכה"ג מוטל חיוב על הבעל שייגרשנה, כעין מש"כ התוס' גבי חציה שפחה... דהגם דקיי"ל דכל שאין הסופר שומע מפי הבעל אינו כותב לשמה, שאני היכי דסתמא לגירושין עומדת, דכה"ג סמכי דעתייהו של הסופר והעדים לכתוב ולהחתום לשמה, וכמבואר בספר בית ישראל להגה"צ המגיד מקאז'ניץ זצ"ל ובחתם סופר ח"א סי' א' וח"ב סמ"ג דמהני מה שיש אומדנא שהוא זכות הבעל".

חידוש זה דבכה"ג שזו זכות גמורה לבעל, אפשר לכתוב גט על יסוד זיכוי, כשהבעל אינו יכול לצוות, טעון ביאור ועיון רב. אך נקדים כי בספר שארית ישראל (להגרי"ז מינצברג ז"ל) חלק אה"ע סי' ה' האריך לדחות בתוקף את פסק דינו של הגאון ר"א קלאצקין ז"ל, ובסוף דבריו כתב שגם הגאון ר"א קלאצקין ביקש ממנו לפרסם את דבריו כדי שלא יבואו לסמוך על היתר זה.

עיקרי טענותיו של הגרי"ז מינצברג ז"ל הן שאין הכרח שכתובת הגט באותו נידון היתה זכות ברורה לבעל, והרי בירושלמי אמרו ביחס לאשה שצווחת שרוצה להתגרש, "אני אומר שמא חזרה בה". לכן לא מהני שבטרם הבעל יצא לדרכו ביקש להתגרש. אך הגרי"ז מינצברג ז"ל לא הביא ראיה לשלול את הזיכוי כשאין כל ספק שגם כעת זו זכות גמורה לבעל.

גם הגרי"א הרצוג ז"ל בספרו היכל יצחק אה"ע סי' סד כתב ביחס ליישום דינו של הרב קלאצקין ז"ל:

"לא ח"ו להכריע לזכות גט לבעל, כדברי הרב מלובלין ז"ל, במסיבות ידועות חלילה וחלילה! לא יעלה על הדעת!"

למרות זאת הגרי"א הרצוג ז"ל נתן מקום לכך שאם הזיכוי הוא אכן זכות גמורה וברורה עבור הבעל, שהזיכוי יכול להועיל. וז"ל:

"הנה הרב מינצברג נ"י עושה את הגרא"ק ז"ל טועה גמור, כאילו לא ידע דברים שתינוקות של בית רבן יודעים אותו, שצריך ציווי הבעל בפיו, וכו'. אבל כבר נהגנו למנות שלוחין לכתובה וכו' בכתב, ובצירוף אמירה בפה, והשלוחין במרחק רב מהממנה. וכבר היו ראשונים שהכשירו מינוי שלא בפני השליח אף לכתובה. שהעיקר הוא שבגט א"צ הגדה בפה אלא בירור רצונו המוחלט של הבעל [ומילי לא מימסרי לשליח אינו מפני שהשליח השני לא נצטווה מפי הבעל ישיר, אלא ענין אחר. ואומר אמרו ג"כ ענין אחר]. אבל אם נניח שיש אפשרות של זיכוי גט לבעל, היות זכות ברורה היא לו, לא יבטל הגט משום שלא ציווה הבעל ישיר. שלא מצינו תורת שליחות מיוחדת לגט בתור שכך, אלא הגורם המיוחד של לשמה. ואם זהו זכות גמור ללא צל של ספק, אין זה כ"כ מופרך מעיקרא שאין זו כתיבה לשמו ולשם גירושין, לשם כריתות, שהרי זה כאילו הבעל עומד לפנינו ומצווה ואומר. אלא שגט שונה מצד טבע הענין, שאשה בסתמא אינה עומדת לגירושין, ואין זה כשוחט פסחו של חברו, אף על פי שלשם בעלים מעכב אבל סתמא כשר הואיל ולשם כך הוא עומד. וגם קשה למאד לצייר מצב שיהא בגרושין ודאי לגמרי נקי מצל של חוב, היינו חוב מצד המסיבות, כי שמא בעל במצב שהוא נמצא רוצה לצער את אשתו שתצטער עמו, וכהנה וכהנה, עקוב הלב מכל ואנוש הוא מי ידענו, ואם כי אלו הן מציאות רחוקות, מכ"מ לא יעלה הדבר על הלב למעשה, מפני החומר של אשת איש ר"ל. ואינני אפילו חולם על זיכוי גט בדרך שהציע הגאון הרב דלובלין ז"ל, כנ"ל. והיינו למעשה. אבל עצם הרעיון מבחינת המחשבה ההלכותית, איננו כ"כ בורכא כמו שמדמה הרב מינצברג נ"י. תדע, שנסתפקו כבר חכמי התלמוד ז"ל בבבלי (וידוע מה שבירושלמי שיש לדון בו, ואכ"מ) במזכה גט לאשה במקום יבם, ואילולא הספק שמא ברצונה להתיבם, זימנין דרחמה ליה, היה זה גט גמור, אעפ"י שהאשה בריחוק מקום ואינה יודעת מזה כלום, ושליח לקבלה אינו מתמנה אלא על פיה, ובוה כחה יפה ככה הבעל בענין הגירושין עצמן, והרמ"ה ז"ל פוסק שאין שליח לקבלה עושה שליח אחר מפני שמילי לא מימסרי לשליח, ואעפ"י כ אילולא הספק משום צד חובה לה, היה הזיכוי מועיל, ואין אומרים שצריך שהצווי יבוא ממנה ישיר אל השליח. אעפ"י שדנים בזה מילי לא מימסרי לשליח, אלא שכל שלנו ברור הזכות לה, הרי זו כאילו היא מדברת ומצווה את השליח ואומרת לו היה שלוחי לקבל גטי מיד בעלי".

דברי הגרי"א הרצוג ז"ל ברורים בנסיבות בהן עולים ספקות, ואפילו ספקות רחוקים ביחס לשאלת הזכות הגמורה שבעצם הגירושין. אך כשהזכות היא חלוטה, והזיכוי מצטרף לטעם נוסף, הרי במקום עיגון ניתן לסמוך על הזיכוי. וכמו שהבאנו בפסק הדין הנוכחי מכמה מגדולי הפוסקים.

גם בשו"ת חבצלת השרון תניינא סי' עב כתב להתיר לכתוב ולחתום ולמסור את הגט באמצעות זיכוי לבעל, בנסיבות שהגירושין זכות ברורה לבעל. בנידון שם היה ציווי של הבעל ונשלח גט כדין, אך הגט אבד בדרך,

וכתבו גט חדש בלא ציווי מחדש של הבעל. עיקר הקולא היתה מיוסדת שהכתיבה המחודשת תועיל על יסוד דין זכין לבעל את הכתיבה וכדלהלן, וז"ל חבצלת השרון:

"ברם נ"ל להעיר בזה דבר חדש, דלכאורה צריך לחקור בהא דמביעיא לי' להש"ס ביבמות (ק"ח ע"ב) אם יכול לזכות גט לאשתו במקום יבום ובמקום קטטה משום דזכין לאדם שלא בפניו אי אמרינן איתתא בכל דהוא ניהא לה דטב למיתב וכו', האיך הדין באיש כה"ג היכא דידעינן דזכות הוא לו, אם יכולין לכתוב ולחתום גט שלא מדעתו משום דזכין לאדם שלא בפניו. דבקיודושין מצינו כה"ג דמהני כמ"ש רש"י בקיודושין דף מ"ה ע"ב ד"ה ודילמא ארצויי וז"ל דכיון דהבן גילה דעתו שחפץ בה האב נעשה לו שליח מאליו וזכין לאדם שלא בפניו עיי"ש וכיון דאיתקש יציאה להווי', לכאורה הי' הדין נותן גם היכא דידעינן דזכות הוא לו וגם גילה דעתו דחפץ לגרשה דנהיה יכולין לכתוב ולחתום אח"כ שלא מדעתו משום דזכין לאדם... בקיודושין מצינו כה"ג דמהני, כמ"ש רש"י בקיודושין דף מ"ה ע"ב ד"ה ודילמא ארצויי וז"ל דכיון דהבן גילה דעתו שחפץ בה, האב נעשה לו שליח מאליו וזכין לאדם שלא בפניו עיי"ש. וכיון דאיתקש יציאה להווי', לכאורה הי' הדין נותן גם בגט היכא דידעינן דזכות הוא לו וגם גילה דעתו דחפץ לגרשה דנהיה יכולין לכתוב ולחתום אח"כ שלא מדעתו... מה שכתבו התוספות דכשכותבין שלא בציווי הבעל לא חשיב לשמה, משום דסתם אשה לאו לגירושין קיימא, היינו אף דהם כותבין בפירוש לשמה, מ"מ כיון דלאו בדידהו תליא מילתא, דאם לא ירצה הבעל לא יגרש, מחשבתם לאו מחשבה הוא. ואמנם הבעל מעצמו דבידו תליא מילתא ומחשבתו מחשבה מעלייתא היא, כשמצווה הוא לכתוב לשמה, שליחותו עבדי במחשבתו לשמה ובמקומו הם עומדים, והוי כאילו הוא עומד בשעת כתיבת הגט וחתומתו ומחשב לשמה... וא"כ לפי"ז בנ"ד שכבר כתבתי שכיון דזכות הוא לו, נעשים שלוחו שלא מדעתו, משום דזכין לאדם שלא בפניו, ולא שייך בהא עשו שליחותם. א"כ גם לדברי התוספות יכולים כאן לכתוב גט אחר ואין צריך דעת הבעל".

אמנם הנסיבות בתשובת חבצלת השרון שונות מבניד"ד, אך בלא היסוד המוסכם על הרב חבצלת השרון שמועיל זיכוי כתיבת הגט לבעל, לא היה מקום להורות על כתיבת גט מחדש בנידון שלו, לאחר שהמינוי הראשון כבר אינו בתוקף ועשו העדים שליחותם. שיטת רבי עקיבא איגר והחזו"א בביאור דעת הרמב"ן

הר"ן בחי' על הרי"ף במסכת גיטין פרק התקבל (דף לב: בדפי הרי"ף) הביא מדברי הרמב"ן שבציווי לכתוב הגט, לא מהני אם הבעל יאמר "כל הרוצה לכתוב גט יבוא ויכתוב", שבכך גילוי דעת בלבד, אך אין בלשון זה מינוי הסופר לכתוב הגט, ואם הבעל יאמר "כל השומע קולי יכתוב גט", מהני. והר"ן נחלק וסובר שגם בציווי לכתוב הגט בלשון כל הרוצה וכו' מועיל. ולהלן לשון הר"ן:

"מתני' מי שהיה מושלך בבור ואמר כל השומע קולי וכו'. ופירש שמו ושם עירו וכו': הרי אלו יכתבו ויתנו. ופרש"י טעמא בריש פרק המדיר (דף ע: ע:) דכיון דאמר יכתוב שליחותיה קא עביד. וא"ת דהא תנן בפרק אין בין המודר (דף לה:): ותורם את תרומותיו ואת מעשרותיו לדעתו ופרכינן אי תורם משל בעל הכרי [ולדעתו של בעל הכרי] הא קא מהני ליה דקא עביד שליחותיה, ומפרקינן באומר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום, אלמא כה"ג לא הוי שליחות, דאי הוי מאי מפרקינן הא קא מהני ליה. ואינה קושיא, דהתם כל הרוצה לתרום קאמר מדעתו, ואינו אלא כנותן רשות, אבל לאו שליחותיה הוא, וגבי תרומה אפילו גלוי דעתא נמי מהני, כדאמר' בפרק ואלו מציאות (דף כב.). כלך אצל יפות אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה, כך כתוב בחידושי הרמב"ן ז"ל. ולפי זה בגט אי אמר כל הרוצה לכתוב יכתוב לא מהני".

הר"ן תמה על ראיית הרמב"ן מהסוגיא בב"מ, שבתרומה מועיל גילוי דעת בלבד. וז"ל הר"ן:

"ותמהני, דהתם בפרק ואלו מציאות (שם) קא אמינא דההיא דכלך אצל יפות דוקא דשווייה שליח דאמרינן התם [תרגמה אביי] אליבא דרבא דשווייה שליח, וה"נ מסתברא דאי לא שווייה שליח מי הוי תרומתו תרומה אתם גם אתם לרבות שלוחכם מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, אלא כגון דשווייה שליח וא"ל זיל תרום ולא אמר מהני תרום, וסתמיה דבעל הבית כי תרים מבינונית תרים, ואזל איהו ותרים מיפות, ובא בעל הבית ומצאו וא"ל כלך אצל יפות, אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה, וכי איתמר התם לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה

בלבד, משמע דאהך גוונא נמי קאי, והדרא קושין לדוכתיה, ולפיכך נראה כמו שתירצו בתוס' דנהי דבאומר כל הרוצה שלוחיה הוי, אפ"ה כיון שלא יחדו, לא חשיב מהני ליה כדי שיהא אסור במודר הנאה".

דעת הרמב"ן ודעת הר"ן הובאו בב"ש סי' קמא ס"ק כז.

ביישוב דברי הרמב"ן מקושיית הר"ן מהסוגיא בב"מ, מצינו שתי דרכים, דרכו של הגאון רבי עקיבא איגר ז"ל בחי' עמ"ס ב"מ שם והחזו"א, ודרכו של המרחשת ח"ב סי' י'. ונפקא מינה בין שתי הדרכים היא שאלת זכין לבעל בכתובת הגט. וז"ל הגרע"א ז"ל:

"נלע"ד דלכאורה יש לעיין בסוגיין דמדמה הש"ס ההיא דתרומה לרבא. וע"כ דאמרינן כיון דהשתא ניחא דמתחילה גם כן ניחא ליה והיה עומד לכך לתרום מן היפות כיון דמצוה קעביד וכמ"ש תוס', ואף דאסור לתרום שלא מדעת חבירו, דלאו זכות הוא דניחא ליה לאינש למיעבד המצוה בעצמו [ע' נדרים דף ל"ו], מ"מ אם חזינן דהשתא ניחא ליה ולא קפיד לעשות המצוה בעצמו אמרינן דמעיקרא נמי ניחא. א"כ היכי פריך הש"ס והא אתם גם אתם וכו', הא כיון שאנו דנין דניחא ליה וזכין לאדם שלא בפניו, הוי כמו שלוחו, דזכיה מטעם שליחות אתרבאי.

ולזה נ"ל דפירכת הש"ס דמקרא אתם גם אתם נשמע דבעינן דידענן דבשעת שליחות ניחא ליה וכמו כל זכות דעלמא, אבל הכא דבשעת מעשה היה אפשר לומר דחוב הוא לו, דניחא ליה למעבד מצוה בעצמו רק עכשיו ידעינן כיון דהשתא ניחא, בזה לא מהני ואינו דומה לשאר שליחות וזכיה, וכן מצאתי כדברי בתה"ד (סימן קפ"ח) בסופו.

עכ"פ י"ל דסברת המקשן קיימא במסקנא דלרבא יש לנו לומר מכח הגילוי דעת של עכשיו דמעיקרא נמי ניחא ליה ולא משוינן לחוב גמור מכח הך סברא דניחא ליה למעבד מצוה וכו', רק דלא מהני דבעינן דידעינן דניחא ליה בשעת השליחות, ממילא אם גילה דעתו מקודם דלא מקפיד על הניחותא למעבד מצוה בגופי', אף דלא שווי בפירוש שליח, ממילא להעשות מעצמו שליח כיון דגוף הדבר זכות הוא לו שיתרם התבואה, רק שהוא קצת חוב מצד אחר דניחא לאינש וכו', בזה מהני גילוי דעת דאין זה חובה לו. ולא דמי לההיא דירושלמי שהובא בראשונים ר"פ התקבל באשה שהיתה מחזרת לקבל גט, דלא מהני לקבל גט עבודה דשמא חזרה בה, ובעינן שתעשה שליח לקבלה בפירוש ע"ש, דהתם הדבר בעצמו חוב, משא"כ הכא בתרומה דהדבר בעצמו לזכות, רק שי"ל דניחא לאינש, בזה מהני גילוי דעת, וזה מוכח ממה דחזינן בדעת המקשן דאפילו גילוי דעת לבסוף מהני ומשוינן ליה לדבר שאין בו סי' שעומד להתייאש, וזה לא נסתר להמסקנא וכו"ל.

וא"כ י"ל דזהו כוונת הרמב"ן דבתרומה מהני כל הרוצה לתרום, דבתרומה לא בעי שליחות רק ג"ד, רצונו לומר כיון דזכות הוא מהני ג"ד שאינו מקפיד לעשות המצוה דוקא בעצמו, וכל הרוצה לתרום הוי ג"ד ורשאי זה לתרום מטעם זכין לאדם. משא"כ בגט דהדבר בעצמו חובה, לא מהני כל הרוצה לכתוב, דשמא עכשיו חוזר כיון דלא עשה שליח בפירוש, ובעינן כל השומע, והראיה שהביא הרמב"ן מסוגייתו היינו מסברת המקשן, דזה לא נסתר במסקנא וכו"ל, כנלע"ד".

הרי עפ"י דרכו של הגרע"א ז"ל החילוק בין תרומה לכתובת הגט הוא, שבתרומה אין צריך שליחות ומועיל גילוי דעת מהבעלים שזוהי זכות עבורם, גילוי דעת המאפשר לאחר לתרום מדין זכין לאדם, ועל כן מהני שיאמר "כל הרוצה" וכו' ובכך גילה דעתו שבמקרה זה הפרשת האחר אין בה חובה אלא זכות בלבד. משא"כ בכתובת הגט שהדבר חוב הוא לבעל, בלא ציווי מפורש לא מהני זכין לאדם, גם אם היה גילוי דעת מוקדם, שמא חוזר בו. על כן בהכרח שימנה את הסופר בפירוש בציווי של "כל השומע קולי יכתוב" וכו'.

וכן החזו"א אה"ע סי' קמ"ז (בחי' על פרק האומר ד"ה דף ס"ו), באר את שיטת הרמב"ן עפ"י דרכו של הגרע"א ז"ל וכתב:

"בתרומה עיקרו זכות שהרי צריך לתקן כריו, אלא משום דמצוה בו יותר מבשלוחו לא חשיבא סתמא זכות. אבל באומר כל הרוצה לתרום יבוא ויתרום י"ל דחשיב עכשיו זכות, אף שאין בלשון זה שליחות ממש, מ"מ גילוי דעת שהוא זכות יש בזה. אבל בגט בעינן שליחות ממש, אבל אין חבירו יכול להיעשות שליח מדין זכין לאדם, כיון שאין גירושין זכות לבעל, אף בגילה דעתו שרוצה לגרש, ואינו אלא כרוצה לחוב בעצמו, והלכך לא מהני כל הרוצה, ונראה דזו כונת הרמב"ן".

בעת בירור הלכה זו שמענו ממו"ר הגאון רבי זלמן נחמיה גולדברג שליט"א, שבדברי הגרע"א ז"ל (וכן בדברי החזו"א) מפורש שהמניעה לכתוב גט בהעדר ציווי אלא רק על יסוד "זכין לאדם" בלבד, הוא מפני שהדבר חוב לבעל. וגם אם גילה דעתו שמבקש להתגרש, שמא חזר בו. הרי עולה, שבנסיבות בהן ללא ספק הגירושין אינם חוב עבור הבעל, כמו בנידון דנן, יכולים לכתוב את הגט על יסוד ההלכה של "זכין לאדם שלא בפניו". שאם גם לולי היות הגירושין חוב, בלא שהסופר שומע קולו של הבעל המצוה לכתוב גט אינו גט, ולא ניתן לכתוב גט על יסוד ההלכה של "זכין לאדם", לא היה הגרע"א ז"ל תולה את הריעותא רק בכך שהגירושין חוב עבור הבעל ושמא חזר בו.

וכן יצויין לדיוק דברי החזו"א שכתב:

"אין חבירו יכול להיעשות שליח מדין זכין לאדם, כיון שאין גירושין זכות לבעל", ממה שתלה הדבר בשאלת הזכות או החובה, ולא בהעדר שמיעת קולו של הבעל, הרי מבואר כאמור. וכבר הבאנו לעיל מספר אחיעזר ח"א סי' כט סק"ו, דבכה"ג שהגירושין הן זכות גמורה יועיל מדין זכין לאדם, והטעם מבואר בדבריו: "בזכיה אנו סהדי, דהוי כמו שאמר מפורש".

לעומת זאת, בספר מרחשת ח"ב סי' י', הגם שהוכיח שמועילה זכיה עבור הבעל ביחס לנתינת הגט, אך כתב שלא תועיל זכיה בכתיבת הגט לבעל. המרחשת הביא את שיטת הרמב"ן דלא מהני אם הבעל יאמר כל הרוצה לכתוב יכתוב גט לאשתי, וכתב בלשון זו:

"כוונת הרמב"ן ז"ל בהא דכל הרוצה, דהיה ראוי לומר גם בגט כיון ששמענו ממנו שרוצה שיכתבו גט לאשתו, שוב היה כל אחד יכול להעשות לו שליח לכתוב גט, דבמידי דזכות הוא לו, כל אדם יכול להעשות שליח לחבירו כמ"ש הר"ן פ"ק דגיטין. לזה כתב הרמב"ן דבגט לא מהני כל הרוצה, אף דזה מדעת הבעל, מ"מ אין זה ציווי מפיו כיון שאין כאן לשון שליחות. ואף שזה עושה עצמו שליח לבעל לכתוב גט, אין זה עפ"י ציווי של שליחות רק עפ"י עצמו, והוי כמו נעשה שליח שלא בפניו, ובגט כיון דבעינן לשמה ובעינן שליחות לכתוב הגט, א"כ צריך לשמה גם בשליחות הכתיבה, וכל שלא נצטווה מפי הבעל אין זה לשמה בשליחות. ואף שעושה עצמו שליח לבעל, כל שלא שמעו מפי הבעל שליחות מפורשת, יש חסרון לשמה בשליחות, ואין זה אלא כנעשה שליח שלא בפניו דלא מהני בגט. אבל בתרומה דלא בעינן לשמה, כיון דגלי דעתיה דניחא ליה, שוב זה עושה עושה עצמו שליח לזה, דכל אדם יכול לעשות עצמו שליח לחבירו, וגם הוי זה מדעת הבעלים דהא גילה דעתו מקודם והוי זה שליחות לדעת בתרומה ומהני, זהו ביאור דברי הרמב"ן ז"ל, ומתורצת קושיית הר"ן מהא דב"מ, דבאמת הוי זה שליחות מדעת בתרומה, וכמבואר".

ונראה שקיימות ראיות ברורות שהעיקר כדעת הגרע"א ז"ל והחזו"א, ושלא כמרחשת, וגם מפשטות לשונם של כמה פוסקים נראה שסברו כן. עיין בספר עונג יו"ט סי' קח בהגהה, שכתב להדיא שגילוי דעת גרידא אינו מועיל שיכתבו את הגט על סמך גילוי הדעת, אלא בעינן ציווי מפורש מהבעל, כי בלא ציווי לא ברור שזו זכות עבור הבעל. וז"ל העונג יו"ט:

"דוקא גבי זכיית גט לאשה היכא דזכות גמור הוא לה כמו במקום יבום או בגט שחרור בזה אדם נעשה שלוחו של חבירו שלא מדעתו וכן בתרומה כיון שהכרי עומד לתרום בלא"ה והוא גילה דעתו דניחא ליה שיתרום, מהני אפילו בלא ציווה לו בהדיא. אבל בכתיבת הגט בעינן ציווי ממש שיאמר לסופר לכתוב, ואם לא אמר ציווי ממש

אינו נעשה שלוחו, דהא לא הוי זכות לגרש את אשתו, ובמידי דלא הוי זכות וגם אין סתמו עומד לזה, בעינן ציווי ממש וק"ל".

משמע מדברי העונג יו"ט שבכה"ג שאין כל ספק שזו זכות גמורה עבור הבעל לגרש את אשתו, גם בכתיבת הגט יועיל זיכוי עבורו, ולהלן נוסף בעז"ה לבסס קביעה זו.

הביאור בהלכה המחייבת את הסופר לשמוע את קולו של הבעל המצווה לכתוב גט

למרות האמור, עדיין יש לבאר הטעם ביסודות הלכה זו.

בהלכה זו ש"אינו גט עד ישמעו קולו שיאמר לסופר כתוב ולעדים חתומו", מצינו שלוש דעות בראשונים, ולהלן מדברי התוספות בשלושה מקומות.

א. בתוספות מסכת גיטין דף ט: כתבו: "ומדבעינן שיאמר לסופר לכתוב ולעדים חתומו, משמע דבעי שליחות".

ב. בדף כב: כתבו התוספות: "דלא בעינן שליחות בכתיבה, דוכתב לאו אבעל קאי אלא אסופר. והא דאמרינן לקמן (דף עא:) צריך שיאמר לסופר כתוב ולעדים חתומו, לאו משום שליחות, אלא משום דכשלא צוה הבעל לא חשיב לשמה, אלא חשיב סתמא ופסול, דאשה לאו לגירושין קיימא, כדאמרינן בריש זבחים (דף ב:)."

ג. בתוספות במסכת עירובין דף יג: כתבו:

"דלגבי גט... אפילו כתבו הסופר לשמה בלא צווי הבעל פסול לגרש בו, דהא תניא במי שאחזו (שם ד' עב.) כתב סופר לשמה וחתמו עדים לשמה ונתנו לה הרי הוא פסול עד שישמעו קולו שאמר לסופר כתוב ולעדים חתמו, והתם פסול משום דלא חשיב לשמה, ולא משום דבעינן שליחות בכתיבה, דהא סוף פ"ב דגיטין (ד' כב:) מכשירים כתיבת חש"ו בגדול עומד על גביו אף על גב דלאו בני שליחות נינהו וי"ל דלעולם חשיב לשמה והתם פסול מדרבנן".

לדעת הסוברים דבעינן שליחות בכתיבת הגט, מיושב יותר שתיאמר ההלכה "זכין לאדם" בכתיבת הגט, כשהגירושין הן זכות גמורה. אך הרבה ראשונים הסכימו כדעת התוספות בדף כב:, ולפי דרכם אין צורך בשליחות בכתיבת הגט, אלא "וכתב, לאו אבעל קאי אלא אסופר". ביחס לשיטה זו מצינו בדעת הרמב"ן כדלהלן: הר"ן במסכת גיטין פרק התקבל הביא מהרמב"ן שכתב:

"שאני גט דכיון דבעינן לשמה ובעינן נמי וכתב לה כלומר שיכתבו לה הבעל אין הסופר והעדים [חותמים] במקום הבעל אלא כששמעו הם מפיו, אבל בשאר הדברים עושה אדם שליח שלא בפניו לפיכך יכולה אשה לומר פלוני שהוא במדינת הים הריני עושה אותו שליח לקבל לי גיטי".

ומשמע שבלא שהסופר שומע מפיו של הבעל לא תיחשב כתיבת הגט לשמה. אך בהכרח שהגדר בהלכה זו יתבאר מתוך מדברי הרמב"ן ועוד ראשונים שיובאו להלן, שהלכו בדרכם של בעלי התוספות (בדף כב:), שכתבו: "משום דכשלא צוה הבעל לא חשיב לשמה, אלא חשיב סתמא ופסול, דאשה לאו לגירושין קיימא, כדאמרינן בריש זבחים (דף ב:). ולפי דרכם כשזו זכות גמורה, בסתמא האשה לגירושין קיימא, וגם בלא שיתוף הבעל בעת כתיבת הגט יחשב ככותב גט לשמה.

בחי' הרמב"ן עמ"ס גיטין דף כג. (בהשמטות) כתב:

"איכא למימר כולהו לאו דוקא משום שליחות אלא משום שאינו לשמה עד שיאמר הוא להם כתובו שאני רוצה לגרשה, אבל אם כתבו מעצמן אין זו כתיבה לשם גירושין כלל שהרי אין יודעין אם יגרשנה, וה"נ משמע

בשמעתא קמייתא דשחיטת קדשים (ב' ב') דקאמר שצריך להניח בטופסי גיטין מקום התורף משום דאתתא לאו לגירושין קיימא, ולא פסול משום דבעינן וכתב הוא או שלוחו".

וכן בח' הרמב"ן שם בדף כד:

"וא"ת הכותב טופסי גיטין למה הוצרך להניח מקום התורף הרי הוא כותב סתם לאיזו שתבא ראשונה וכתיבת פרשת סוטה של ס"ת, איכא למימר שאני הכא דכתיב וכתב לה ספר כריתות בעינן שיהא ספר כריתות לשמה, וזה אף על פי שהוא כותב לשם מי שתבא אצלו תחילה כיון דלא אמר ליה בעל לאו לשום כריתות איכתוב, וזו היא שפירשו בשמועה ראשונה שבמס' שחיטת קדשים (ב' ב') משום דאיתתא לאו לגירושין קיימא, וכבר פירשתי (כ"ג א') שמפני טעם זה אמרו שצריך לומר לסופר כתוב ולעדים חתומו, שאע"פ שהם כותבין לשם אשה פלונית כל זמן שלא אמר להם בעל לאו ספר כריתות לשמה הוא, והא דאמרינן בגמרא דלאו איהו קא כתיב ליה, הכי נמי קאמר כיון דלאו איהו כתב לאו ספר כריתות הוא לגבי ידיה, ולא משום דבעינן וכתב ממש, אי נמי אי כתב רחמנא וכתב בלחוד הו"א לאו משום לשמה אלא בעינן כתיבת בעל או שלוחו, אבל השתא דכתב לה, גלי על וכתב, דלאו משום כתיבתו קפיד, אלא משום שאינו כרות לשמה אא"כ בשכתבו בעל או אחר ברשותו אף על פי שאינו שליח ממש".

הרי שגם אליבא דהרמב"ן הציווי של הבעל נועד להוציא את האשה ממעמד של סתמא דלאו לגירושין קיימא.

וכן כתב בחידושי הרשב"א מסכת גיטין דף כג.:

"כולא מלתא לאו משום שליחות הוא אלא משום לשמה שאם יכתבו בלא צואת הבעל לא יתנו לב כל כך לכתוב לשמה ויכתבו סתם וקי"ל דסתמו כשלא לשמו משום דסתם אשה לאו לגירושין קיימא, ותדע דבריש זבחים דייק ממתני' דהכותב טופסי גיטין צריך שיניח מקום האיש דסתמו שלא לשמו קאי דמקשה התם אהא דתנן התם כל הזבחים שנזבחו שלא לשמן כשרים אלא שלא עלו לבעלים לשם חובה טעמא דנזבחו שלא לשמן הא סתמא כלשמן הוי ורמינהי הכותב טופסי גיטין צריך שיניח וכו' אלמא סתמיה לאו כלשמה הוי ומשני זבחים בסתמא לשמן קאי אשה בסתמא לגירושין קיימא בתמיהא, דאלמא שמעי' מינה דאי אשה לגירושין קיימא טופסי גיטין כשרים אף על פי שלא עשאו בעל לסופר שליח, ומאי דפסלינן ליה במתני' לטופסי גיטין בלא צואת הבעל משום דבלא צואת הבעל לא חשבינן לכוונתן לשמה כונה מעליא אף על פי שמתכונינן לשמו ולשמה, דסתמא בכל ענין פסיל ליה ואף על פי שמתכוון הוא לשם אשה זו, דכיון שלא צוה הבעל והיא אינה עומדת להתגרש כשלא לשמה חשבינן ליה".

וכן בתוספות הרא"ש מסכת גיטין דף כ. כתב:

"יש לחלק בין לשמה דגט בין לשמה דמגילת סוטה. דבגט אפילו עשאו הסופר לשמה בלא צווי הבעל פסול כדדייקינן בזבחים ממתני' דפרק כל הגט דלקמן משום דסתם אשה לאו לגירושין קיימא, אבל גבי סוטה לא צריך דעת הבעל כיון שכתבו הכהן לשמה".

וכן בר"ן (על הרי"ף) במסכת גיטין (דף יא. בדפי הרי"ף) כתב:

"כל הני לאו דוקא משום שליחות אלא משום דבעינן לשמה, וכל שלא נכתב בצוואת הבעל לא מיקרי לשמה. והכי משמע בריש שחיטת קדשים, דאמרינן שצריך להניח בטופסי גיטין תורפו של גט משום דאיתתא לאו לגירושין קיימא ולא הוי לשמה, ולא פסיל ליה משום דבעינן וכתב הוא או שלוחו".

ובמאירי במסכת גיטין דף כב: כתב:

"שמא תאמר תפוק לי' דחרש שוטה וקטן ונכרי לאו בני שליחות נינהו וכתיבת הגט צריך שתעשה על יד הבעל או שלוחו, מ"מ כל עיקרו של זה אינו אלא משום לשמה, ומעתה אין אנו אחראין אלא שיעשה לדעתו, שכל שכתבו מעצמו אין זו כתיבה לשמה, והוא שאמרו בראשון של זבחים סתמא שלא לשמה משום דאיתתא לאו לגירושין קיימא, ולא באו בה מטעם וכתב הוא או שלוחו".

וכן כתב בספר תורת גיטין עמ"ס גיטין בתחילת פרק שלישי שאחר שהבעל ציווה "סתמא לשמה קאי". וכן בתו"ג בדף לב::

"למאן דס"ל דוכתב אסופר קאי ולא בעינן שליחות רק דכל זמן שאין הסופר שומע מפי הבעל לא חשיב לשמה משום דסתם אשה לאו לגירושין קיימא".

במאמר מוסגר נציין כי התורת גיטין לשיטתו, גם בפרק השולח דף לב: כתב וזה לשונו:

"למאן דס"ל דוכתב דקרא אבעל קאי ובעינן שליחות בכתיבה, ממילא יכול לבטל אף לאחר שנכתב, דאתי דיבור ומבטל דיבור השליחות דעד שלא ניתן הגט לא חשיב מעשה והוי כאילו נכתב שלא בשליחות. ולמאן דס"ל דוכתב אסופר קאי ולא בעינן שליחות, רק כל זמן שאין הסופר שומע מפי הבעל לא חשיב לשמה משום דסתם אשה לאו לגירושין קיימא, וכיון שבאמת שמע מפי הבעל ובודאי כתב לשמה א"א לבעל לבטל הכתיבה של הסופר שהיה לשמה, דע"כ נכתב הגט לשמה, כיון שאחר שציווה הבעל, סתם אשה לגירושין קיימא".

וכעין זה במחנה אפרים בפ"ג מגירושין.

אמנם מגדולי האחרונים חולקים וסוברים שגם אליבא דמ"ד דוכתב אסופר קאי, מועיל ביטול הגט של הבעל, עיין בספרי עטרת דבורה ח"א סי' עד עמ' 434-435, דהטעם שלאחר כתיבת הגט הבעל יכול לבטל את הגט, באר האור שמח פ"ג מגירושין הט"ו:

"בגט הלא כריתות בעי שיהיה ענין הספר לשם כריתות שתהיה הוראתו לכרות הנישואין ולהפריש אגד אישות ממנה... וזה נקרא ספר כריתות ונכתב לשם ענין כריתות שמתהווה רק בנתינתו ולא בעת הכתיבה, ומשום זה חלה עליו שם ספר כריתות, נמצא דהענין דלשמה היינו שיהיה נכתב לשם כריתות שמתהווה אח"כ בעת הנתינה... לכן בזה מהני ביטול שיבטל הכנתם לשם כריתות הבאה אח"כ, אתי דיבור ומבטל להו".

וכן כתבו עוד אחרונים, אך אין בכך לסתור את עיקר היסוד שלאחר ציווי הבעל, מהני כתיבה לשמה מפני שכבר יצאה מכלל סתמא אשה לאו לגירושין קיימא, וכי כל עד לא בוטלה הכנת הגט לכריתות, הגט נשאר במעמד של ספר כריתות הראוי לגרש בו.

וכן הרידב"ז בתשובה (שו"ת בית רידב"ז סי' ב') באר הלכה זו של כתיבת גט לשמה:

"כוונת הרמב"ן ז"ל דפוסל במינוי שלא בפניו את השליח בגט על כתיבת הוא לאו משום דמחוסר שליחות, ז"א דהא הרמב"ן הוא מהסוברין דלא בעינן שליחות בכתיבה אלא פירש עומק כונתו הוא כך. דהנה בריש מס' זבחים גרסינן גבי הכותב טופסי גטין לשם כריתות דפוסל משום דהוי סתמא, וסתמא לא חשיב גבי אשה לשמה אף דבקרוב חשיב לשמה וכשר, שאני בגט דאשה לאו לגירושין קיימא עיין שם... וזה ג"כ סברת הרמב"ן ז"ל דהא דבעינן שישמעו את קולו לסופר כתוב ולעדים חתומו הוא ג"כ משום סברת התוס' ז"ל הנ"ל דבלא צווי הבעל חשיב סתמא, והוסיף עוד הרמב"ן ז"ל אפילו כשצוה הבעל אך לא שמעו את קולו של המצוה חשיב ג"כ כסתמא. והפירוש, דהרמב"ן ז"ל דשאני גט כיון דבעינן לשמה ובעינן נמי וכתב לה כלומר שייכתבנו הבעל ר"ל דהכתבה דהלשמה האמיתית והלשמה הגמור הוא כשכותב הבעל דהוא המגרש ובידו לגרש, וע"כ כשכותב לגרש את אשתו הוא הלשמה הגמור, ואין הסופר והעדים במקום הבעל אלא כששמעו מפיו ר"ל דאין יכולין לעשות הלשמה הגמור כמו הבעל, אלא דווקא בששמעו מפיו, אבל כשלא שמעו מפיו הוא חשיב סתמא משום דאשה לאו לגירושין קיימי, והם אינן יודעין אם יבוא לידי מעשה הגירושין בפועל, וע"כ כשצוה להם שלא בפניהם לכתוב

ולחתום הוי לענין לשמה כמו שנכתב בלא צוואת הבעל דחשיב סתמא. דאין הכתיבה שלהם לשמה גמור לשם גירושין כמו כתיבת הבעל, דהגם דהוי שלוחים של הבעל אבל מכיון דסתם אשה לאו לגירושין קיימא, ע"כ כל זמן שלא שמעו מפיו הרי הוא ג"כ בחזקת שלא יגרש וע"כ חשיב סתמא. ואפילו דאדם עושה שליח שלא בפניו וחשיב שלוחו אבל לא הוי שליח על לשמה... ואח"כ מצאתי בספר הזכות להרמב"ן ז"ל בפ"ב דמס' גטין וז"ל "ז"ל שכל עיקר אינה נפסלה כתיבת אחרים מעצמן אלא דאין כתיבה שלהם לשם גירושין לפי דאין האשה מצויה להתגרש ובגט שלהם, ומחשבה שלהם שמא תתגרש זה אינו כלום, דבעינן כתיבה כריתות לה לשמה עכ"ל ז"ל, הרי מפורש כונת הרמב"ן ז"ל כמו שכתבתי".

על יסוד סברא זו, הב"ח סי' קכג אף חידש שאם האשה בעצמה כותבת גיטה, הגט כשר למרות שהבעל לא ציווה לה לכתוב גט, וז"ל הב"ח:

"אפילו לרבי אלעזר דעדי מסירה כרתי וכתיבה לשמה בעינן, אפילו הכי לא בעינן שליחות הבעל בכתיבה, דוכתב לאו אבעל קאי אלא אסופר. והא דצריך שיאמר לסופר כתוב ולעדים חתמו לאו משום שליחות, אלא משום דכשלא ציוה הבעל לא חשיב לשמה, אלא חשיב סתמא ופסול, דאשה לאו לגירושין קיימא וכו', כמו שכתבו כל זה התוספות לשם (כב ב) בד"ה והא לאו בני דעה דבזה מתיישב דחרש שוטה וקטן כותבין כשגדול עומד על גביהם אף על גב דלאו בני שליחות ניהו וכן כתבו הרא"ש (סי' כה) והר"ן (יא א ד"ה והא לאו בני דעה) והרשב"א בחידושי (כב ב ד"ה והא לאו בני דעה). השתא לפי זה כשהאשה כותבת את גיטה דידעה בבעלה דרוצה לגרשה וכותבתו לשמה, אפילו לא אמר לה הבעל לכתוב כשר, כיון שנכתב לשמה. וצ"ל דסבירא ליה להרמ"ה דכיון דאמרו רבנן דצריך שיאמר לסופר כתוב ולעדים חתמו כדי שיהא מפורסם שהגט נכתב לשמה, לא סגי בלאו הכי, ואפילו כשהאשה עצמה כותבת גיטה אינו אפילו ריח הגט, כיון שלא אמר לה הבעל לכתוב איכא למיחש דלא כתבתו לשמה, דאשה סתמא לאו לגירושין קיימא כשלא ציוה לה הבעל לכתוב. מיהו לפי זה אם אמרה האשה בפני עדים שכותבתו לשמה, היה נראה דכשר אפילו לא אמר לה הבעל לכתוב".

עיין בב"ש סי' קכג סק"א החולק על הב"ח, וכן עוד פוסקים חלקו על הב"ח, והיינו שלא הסכימו שבמקרה שבו אשה כותבת את גיטה אכן "סתמא לגירושין קיימא" בלא ציווי הבעל, עכ"פ דינו של הב"ח מיוסד על הסברא הנזכרת, שהריעותא בלא ציווי הבעל היא מפני שבלא ציווי סתמא לא לגירושין קיימא.

כאמור כתב הרשב"א "שמעתי מינה דאי אשה לגירושין קיימא, טופסי גיטין כשרים אף על פי שלא עשאו בעל לסופר שליח", ועל פי יסוד זה, המוסכם על הרבה ראשונים, כתבו כמה מהפוסקים (מהנזכרים לעיל ולהלן) להקל בנסיבות שנקבע שהאשה "סתמא לגירושין קיימא", ובנידון שבפנינו לפי האמור לעיל, שהאשה אינה יותר מספק אשת איש, ובנסיבות אלו היא ודאי לגירושין קיימא, מאחר ובדרך כלל בנסיבות של ספק אשת איש כופין את הבעל שיתן גט ויסיר את הספק. וזאת בנוסף שנידון דגן הבעל אינו ראוי להיחשב "בעל כל דהו" כפי שהתבאר לעיל, וכל זה מחזק את הקביעה שבנידון זה האשה "סתמא לגירושין קיימא". אמנם בעלמא באשה שהיא ספק אשת איש, לא יוכלו לכתוב גט בלא ציווי הבעל לסופר לכתוב ולעדים לחתום, היינו מפני שהבעל מסוגל לצוות על כתיבה ומסירה, ובלא שהבעל יצווה, ובוודאי אם הבעל מסרב לתת גט, האשה לאו לגירושין קיימא. משא"כ בנידון דגן, ובנסיבות המתוארות.

על פי דרך זו שהריעותא בכתיבת גט שלא לשמה מיוסדת על כך שהאשה בסתמא לא לגירושין קיימא, כתב מהרש"ם חידוש גדול. מהרש"ם בתשובה חלק ב' סי' קמו השיב אודות אשה עגונה עשר שנים שבעלה שלח מכתב שבו הוא מבקש לכתוב גט ולתת לאשה, ובתוך דבריו כתב מהרש"ם:

"בפרט דלפמ"ש הרמב"ן והר"ן פרק ו' דגיטין בסוגיא דאומר אמרו, דבעלמא אדם עושה שליח שלא בפניו וטעמא דאמר אמרו פסול משום דכתי' וכתב לה לשמה, א"כ בעינן שהבעל בעצמו יצוה ובתוס' גיטין (דף כ"ב ע"ב) ד"ה והא לאו בני דיעה ניהו וכו' דלא בעינן שליחות בכתיבה דוכתב לאו אבעל קאי אלא אסופר והא דאמרינן לקמן (ד' ע"א) צריך שיאמר לסופר כתוב ולעדים חתמו לאו משום שליחות הוא אלא משום דכשלא צוה הבעל לא חשוב לשמה אלא חשוב סתמא ופסול דאשה לאו לגירושין קיימא כדאיתא ריש זבחים ע"ש. א"כ בנ"ד דעומדת להתגרש שהרי צרורה בעיגון זה עשר שנים וכפי מכתבו נוסע עוד למרחקים יותר ותשאר עגונה

עולמית, א"כ בכה"ג ודאי דסתמא כשר ומהני גם בלא ציווי של הבעל. אך דלהסוכרים דבעינן שליחות בגט אין מדברי התוס' ראי' אבל הרי הבאתי מדברי הרמב"ן והר"ן דבעלמא אדם עושה שליח שלא בפניו ורק בגט משום דבעינן וכתב הבעל לשמה ל"מ השליחות שלא בפניו, א"כ בנ"ד דסתמא כשר מהני שפיר לכ"ע השליחות שלא בפניו".

אמנם בשו"ת מהרש"ג ח"ג סי' פה תמה מאד על דברי המהרש"ם ולא הסכים שאשה שבעלה עזב אותה ונשארה עגונה, תיחשב כאשה שסתמא לגירושין קיימא. אך המקום לתמיהתו על מהרש"ם הוא בנידון שבתשובת מהרש"ם, והיינו ביחס לאשה שבעלה עזבה ונטש אותה ומעגן אותה, מאחר ויתכן ויחזור בתשובה וישוב לאשתו, ולא בהכרח שבסתמא לגירושין קיימא. אך נראה שביחס לבעל פגוע ראש שהוא "צמח", שאין הדבר תלוי בו לשוב לאשתו ולדור עמה כדרך כל הארץ, נראה שגם מהרש"ג יסכים שהאשה סתמא לגירושין קיימא, ק"ו לפי המבואר לעיל שאינו בגדר "בעל כל דהו", ואינה יותר מספק נשואה.

ויצוין לספר אפרקסתא דעניא ח"ג חלק אבן העזר סי' רעג שהסכים לסברת מהרש"ם, וכתב:

"אלא דבלא"ה שפיר יש לומר דאפילו לרשב"א ורמב"ן ז"ל, בנידון דידן מהני אפילו בלא עדות כנ"ל, דמידי הוא טעמא אלא משום דסתמא דאשה לאו לגירושין קיימא כמ"ש הפוסקים. ובנידון דידן ודאי לגירושין קיימא כמ"ש בשו"ת מהרש"ם ח"ג סי' שנ"ב אות ד', ה' ו'. ונד"ד עדיף לענין זה כתבתי. חדא, דכבר נתדבק באחרת, ועוד דכבר נתגרשו בערכאותיהם".

ביאור שיטת בעל השרידי אש בהלכה זו

דרך זו שהתבארה לעיל, זכתה לביסוס רחב בספר שרידי אש, וכך כתב (גיטין סי' ט'):

"שגור בפי ספרי אחרוני זמננו להסביר דברי הרמב"ן, לא שהחיסרון מצד שהסופר איננו יודע לכוון לשמה כשלא שמע מפי הבעל, אלא שהוא סובר שענין לשמה בגט אינו דומה לענין לשמה בספר תורה, דגבי ס"ת הוא מעשה שיש עמה מחשבה, וכיון שהסופר כותב לשמה הקדושה חלה מאליה, ולא הסופר הוא שמתפיס את הקדושה, משא"כ בגט, דלא סגי במחשבת הסופר לבד, אלא שהדין של לשמה הוא על עצם הנייר של הגט, שיהא על הנייר שם של ספר כריתות (לשונו של הגרי"צ אפענהיים, אב"ד קלם, בספרו גאון צבי יעקב סי' כ') ולפיכך בעינן שבעל באמירתו יתפיס על הגט החלות של לשמה, שרק הוא יכול להתפיס חלות זו ולא אחר.

וכן חוקר הגה"ק ר"א ווסרמן זצולה"ה, בהערותיו ליבמות [בקובץ הערות סי' ע"ו, סק"י, אות תשי"ג], אם הכשר הגט חל מאליו ע"י כתיבה כהלכתה, או שהבעל פועל הכשר הגט כשם שהוא פועל חלות הגירושין. ונ"מ אם יכול להטיל תנאי בכתיבת הגט ובהכשרו, עיין שם, ולפיכך צריך שהבעל עצמו יאמר לסופר לכתוב, שעל ידי זה הוא קובע את חלות הלשמה בגט, ולא מהני אם מצווה הבעל שלא בפניו, דאז לא יוכל להצטרף צווי הבעל למעשה כתיבה של הסופר (עי' בספר אבי עזרי, שכ"כ בהלכות אישות פ"ג הל' י"ח).

אך השרידי אש דחה דרך זו, בסוף דבריו כתב:

"מסקנת הדברים, שאין הטעם בדין שהסופר צריך לשמוע מפי הבעל כמו שכתבו האחרונים שהבעל הוא שעושה באמירתו חלות של לשמה בהכשר הגט, אלא הטעם הוא כמו שהוכחתי, שאמירת הבעל עושה את האשה לעומדת לגירושין, ובלא אמירה זו אין כוונת הסופר מועילה, משום דאינו מתכוין כוונה גמורה וכותב סתמא. ויוצא, שאם ברי לנו שהגט הוא זכות לבעל ולאשה, הרי היא עומדת לגירושין וממילא כוונת הסופר היא כוונה טובה ושפיר הוי לשמה וגדולה מזו כתב התורת גיטין, שאם הבעל ציווה לכתוב מהני כתיבת הסופר סתם, לפי שע"י ציווי זה עומדת האשה לגירושין, כמשכ"ל".

וכן חזר על משנתו בספר שרידי אש חלק ג' סי' כה פרק שני. ובסיום דבריו כתב:

"מסקנת כל הברורים הנ"ל שאין הטעם בדין שהסופר צריך לשמוע מפי הבעל כמו שכתבו האחרונים שהבעל הוא שעושה באמירתו חלות של לשמה בהכשר הגט, אלא הטעם הוא כמו שהוכחתי שאמירת הבעל עושה את האשה לעומדת לגירושין, ובלא אמירה זו אין כוונת הסופר מועילה משום דאינו מתכוין כוונה גמורה וכותב סתמא. ויוצא שאם ברי לנו שהגט הוא זכות לבעל ולאשה הרי היא עומדת לגירושין, וממילא כוונת הסופר היא כוונה טובה ושפיר הוי לשמה. וגדולה מזו כתב התורת גיטין שאם הבעל ציווה לכתוב, מהני כתיבת הסופר סתם, לפי שע"י ציווי זה עומדת האשה לגירושין כמו שכתבתי לעיל. ומיהו כל זה הוא רק אם אנו יודעים בבירור גמור שזו היא זכות לבעל, כגון שנאסר במאסר עולמי והוא ירא שמים ואינו רוצה לעגן את אשתו... משא"כ בנידון דידן שהבעל השתמד ואשתו ברחה והוא אינו רוצה לגרשה, מי יאמר שזו זכות היא לו. ומכ"ש אם הבעל מוחה ואומר שאינו רוצה בגירושין. ואפילו להרשב"א שסובר דבמקום זכות גמורה לא מהני צווח, מ"מ מנא ידעי שזו היא זכות גמורה. ואף בזכות גמורה, חולקים כל הראשונים על הרשב"א, וסוברים שאם צווח לא מהני זכיה אף בזכות גמורה".

עפ"י דרכו בביאור הלכה זו של כתיבת הגט לשמה, כאמור, דן השרידי אש בשאלת זיכוי גט לבעל, וכתב:

"יש לחקור האם מהני כתיבת גט לשמה מטעם זכיה, במקום שאנו יודעים בבירור גמור שזו היא זכות לבעל לגרש את אשתו (כגון שנאסר במאסר עולמי והוא ירא שמים ואינו רוצה לעגן את אשתו, או, למשל, אם הלך למדינה שאין לו אפשרות לחזור משם וגם אין אפשרות לאשתו לבוא אליו, או מי שנשתתה אשתו והוא נשא כבר אשה אחרת וכדומה). והנה להנך ראשונים דגם בכתיבה בעי שליחות, והטעם דאומר אמרו פסול משום דמילי לא מימסרי לשליח, אפשר דמהני אף בנעשה שליח ע"י זכיה, דהנה העונג יום טוב בסוף סי' ק"ח בהג"ה כתב הטעם דלא מהני זכיה בכתיבת גט משום דאין זה זכות לגרש את אשתו ובמידה דלא הוי זכות וגם אין סתמא עומד לכך בעיני ציווי ממש, עיין שם שזו לשונו.

ולכאורה יש להעיר על מה שכתב דלא מהני גם גילוי דעת שרוצה לגרש, כגון באומר כל הרוצה, דלא הוי שליחות לדעת הרמב"ן, גיטין ס"ו, א – על המשנה מי שהיה מושלך לבור ואמר כל השומע קולו יכתוב גט לאשתו וכו' – והא גילה דעתו שרוצה והוי זכות לו. וצ"ל שהעונג יום טוב סובר שזכות לא הוי אלא אם היא זכות בעצמותה, אבל לא במקום שאין זו זכות בעצמותה אלא שגילה רצונו. וסברא זו מצאתי גם בספר תפארת יעקב בריש פרק האומר, עיין שם שמתרץ קושיית הר"ן, אמאי בהתקבל גט זה לאשתי לא מהני זכיה אפילו היא צווחת שרוצה להתגרש כדאיתא בירושלמי, וביבמות קי"ח, ב מבעי לן אי מזכה גט לאשתו במקום יבם ובמקום קטטה – דזכות הוא לה – מהני. וכתב בתפארת יעקב, דהתם היא זכות בעצמותה, להכי מהני זכיה, משא"כ במחזורת להתגרש, דהוי חוב בעצמותו אלא שהיא רוצה בכך, לא מהני זכיה, שאין אדם נעשה שליח מעצמו בדבר חוב אף שחברו מתרצה בכך אלא אם עשהו שליח.

ואולם הגאון רע"א בחידושיו לבבא מציעא כ"ב, א, כתב לתרץ דברי הרמב"ן, שכתב דבתרומה מהני גילוי דעת ולא בעי שליחות משא"כ בגט בעינן שתעשה שליח ממש, והקשה עליו הר"ן, דבגמ' בבא מציעא מפורש דשוויה שליח. ותירץ הגאון רע"א, שהרמב"ן סובר, כמו התרומת הדשן, סי' קפ"ח דבעי שליחות בתרומה רק משום שאינו ידוע בשעת הפרשה אי נוחא ליה, אבל אי ידוע שניחא ליה לא בעי שליחות, כיון דעצם הדבר הוא זכות לו ורק יש קצת חוב במה דבעי אינש למעבד מצוה וזוהי מהני גילוי דעת דאין זה חובה לו, משא"כ בההיא דירושלמי שהאשה מחזרת לקבל גט, דהתם בעצמותו הוא חוב לה, אלא שהיא רוצה, להכי חיישינן שמא חזרה ובעינן שתעשה שליח בפירוש.

ולפי הגאון רע"א אפשר לומר, שאם האשה מחזרת להתגרש בשעת הגירושין ממש שפיר מתגרשת, ולא כמו שכתב בתפארת יעקב הנ"ל, שאפילו אם היתה מחזרת בשעת הגירושין לא מהני זכיה, מטעם שכתבנו לעיל. ולפי זה יש לומר דבמקום שברור שזו זכות לבעל, יכול אחר להעשות שליח מטעם זכיה, דבזכות גמורה לא שייך חזרה, כמו שכתב הגאון רע"א.

וגם לשיטת הרא"ה והר"ן בסוף פרק האומר, שסוברים דבאם עשה שליח לכתיבה, יכול לכתוב לשמה אף בלא שמע מפי הבעל, ורק אם אמר להם עשו שליח מדעתכם לא מהני, מטעם מילי לא מימסרי לשליח, ולפי שיטה זו אפשר לומר, שאפילו אם נעשה שליח מעצמו ע"י זכיה ג"כ יכול לכתוב לשמה.

אבל לשיטת הרמב"ן, שסובר דלא מהני שליחות לגבי לשמה, ורק בעינן שישמע הסופר מפי הבעל עצמו, אם כן לא מהני שליחות מטעם זכיה, דאפילו אי נימא דשליחות כזו מהני לענין נתינת הגט, כמו שכתב בעל פתח הבית סי' כ"א ענף ו' (עי' בסוגיית "התורם שלא מדעת") מ"מ לענין כתיבה לא מהני משום דבעינן שישמע הסופר מפי הבעל דווקא. ובעל פתח הבית, שכתב דיכול אחר להעשות שליח לנתינת גט מטעם זכיה ולא בעינן מינוי מצד הבעל, מיירי בנתינה היכא דברור שזכות היא לו, אבל לגבי כתיבה יודה דלא מהני זכיה, משום דבעינן מפי הבעל דווקא.

ואמנם עפ"י מה שביארתי שיטת הרמב"ן דבעינן שישמע מפי הבעל דעי"ז האשה עומדת לגירושין, ואז לא הוי כתיבתו סתמא, לפי"ז במקום שברי לנו שהיא זכות לבעל ולאשה להתגרש אפשר דבכה"ג גם בגירושין סתמא לגירושין קיימא ומהני כתיבת הסופר לשמו ולשמה, אף בלא שמע מפי הבעל עצמו.

ואף שכתבו התוס' זבחים ב', ב ד"ה סתם אשה לאו לגירושין עומדת, דאפילו אשה "שזינתה תחת בעלה, מ"מ לאו להתגרש בגט זה עומדת וגם אם לא ירצה הבעל לא יגרשנה אלא שלא תשמשנו", עיין שם, מ"מ בנידון דידן שזכות לבעל ולאשה להתגרש בהקדם היותר אפשרי, אפשר לומר שהיא עומדת להתגרש ולא סתמא מיקרי, ואף הסופר נותן לב לכוון לשמו ולשמה ולשם גירושין, ומתורצת קושייתי הנ"ל על הגרע"א, שמשמע מדבריו דבאם ברי שזכות היא לבעל יכולים לכתוב אף בלא ציווי, כמשכ"ל.

ולפי מה שכתבו התוס' בעירובין י"ג, א ד"ה אבל תורה, שמעיקר הדין אם כתב סופר לשמה וחתמו עדים לשמה בלא צווי הבעל ג"כ חשיב לשמה אלא שהוא פסול מדרבנן. ועוד כתבו: "בסוטה אין הכהן שעליו לכתוב מקפיד אם יכתוב שום אדם לשמה שלא ברשותו ומסתמא ניחא ליה, אבל גבי גט מסתמא לא ניחא ליה לבעל", א"כ בזכיה לא שייך האי טעמא, ועיין בב"ש סי' ק"כ ס"ק ז' ובהגהות רע"א שם.

וגם לפי הרמב"ם, הל' גירושין פ"ב ה"ו שהפסול באומר אמרו אינו אלא מדרבנן משום שמא יבואו להכשיר בלא אמר אמרו, א"כ כל זה שייך באומר אמרו, משא"כ במקום שהיא זכות לבעל והסופר נעשה שליח מטעם זכיה, אפשר שהוא שכשר מן התורה דלא שייכא גזירה זו".

עכ"ל השרידי אש.

שיטת הגאון רבי שלמה דוד כהנא ז"ל, ראב"ד ווארשא, והאגרות משה

בספר אגרות משה חלק אה"ע סי' קיז השיב אודות אדם שנשלח על ידי השלטון הסובייטי לגלות רחוקה, וקודם שיצא נתן לרב אחד, הר"ר ישראל, ייפוי כח שיכתוב גט ויתן לאשתו כדין, אותו רב שבק חיים בטרם הספיק למלא את שליחותו.

בנידון זה נכתבו שלש תשובות. בתחילה האגרות משה השיב וכתב שיש לכתוב ולתת גט מכח זכין לשליח, הגאון רבי שלמה דוד כהנא ז"ל השיג עליו, והורה שניתן להסדיר זיכוי לבעל, ולאחר מכן האגרות משה השיב על דבריו. מדברי שניהם עולה שהסכימו שעקרונית ניתן לכתוב גט וליתנו על יסוד "זכין לאדם" וכו', כאמור.

אלא רק דנו ביחס לאותו נידון, האם הזכיה היא עבור הבעל או מאחר שהזכות לבעל אינה ברורה, הזכיה תהיה לשליח.

בתשובתו הראשונה כתב האגרות משה:

"נמצא שהר"ר ישראל היה יכול לכתוב הגט גם ע"י סופר ועדים ושליח להולכה אחר, וממילא מדין זכיה להר"ר ישראל הוי כאילו עבד שלוחים לכתוב ולחתום וליתן לידה את כל מי שיראה הכתב. ולכן יכולין גם עתה אף שעברו איזה שנים אבל הרי הוא בחזקת חי ממש."

וקודם לכן באר האג"מ שלא ניתן לומר שזוהי זכות לבעל להיעשות שלוחיו לכתיבת הגט ונתינתו,

"כי אף שלהיעשות שלוחים של הבעל ודאי אי אפשר, משום דגט אינו דבר זכות לבעל, ואף שגלה דעתו שרוצה שלא לעגנה, מ"מ אפשר עתה לא היה רוצה מחמת שמקוה לצאת לחפשי בקרוב, או שגם כבר יצא לחפשי ומקוה שימצאנה, ואילו היה יודע שלא נתגרשה עדין לא היה מגרשה עתה. אבל הוא רק לענין הבעל, אבל לענין הר"ר ישראל השליח, שודאי ככל רב בישראל רוצה בתקנת בנות ישראל ויודע גדול המצוה להתירה מעיגון והאיסור הגדול לעגן כשהיה בידו לתקן ולא תיקן, ודאי הוא זכות להר"ר ישראל, ואנן סהדי דאם לא היה טרוד במחלתו והיה עולה על דעתו, היה עושה שליח לכל מי שישמע לו לכתוב על הגט ולחתום על הגט ולהיות שליח שני במקומו למסור הגט לידה. ולכן יכול כל אדם להעשות שליח של הר"ר ישראל לזה. ואף שכבר מת הר"ר ישראל, אבל הא הוא הוי כאנן סהדי שעביד לכל השומע לו שליח כשהיה חי קודם מיתתו, דאם היה ממש אומר כן היה ודאי מועיל אף שהשליח נודע אחר שמת, כמו בעשה לאחד שליח שהוא שליח אף שמת שליח ראשון קודם שנודע. וכיון שבזכיה מצד אנן סהדי נחשב כאמר כן לפני מיתתו, עיין בתוס' כתובות דף י"א שכתבו כן בזכיה מטעם שליחות דכיון דזכות הוא לו אנן סהדי דעביד ליה שליח עיין שם, וזה שייך בכאן להחשיב כאמר לפני מיתתו, והוי הרוצה עתה להיות שלוחו כנעשה בחייו שלא בפניו, רק שנודע לו עתה שיכול להיות שלוחו".

אמנם זהו חידוש מרחיק לכת שחידש האגרות משה לקבוע זכיה למפרע משליח הולכה שכבר מת שיחול מעת היותו בחיים, אך מתוך דבריו נראה ברור שהיה מסכים להורות על זיכוי בכתיבת הגט ובנתינתו בשליחות הבעל, אילו היה ברור שזו זכות גמורה עבורו. שהרי בנידון האגרות משה, כעת לאחר פטירת השליח, כבר אין תוקף למינוי שהבעל מינה את שליח, ולגילוי הדעת של הבעל בזמנו, וכמ"ש בירושלמי פ"ג דגיטין "שאני אומר שמא חזר בו", ומידי ספק לא יצאנו. האג"מ דן את הזיכוי רק ביחס לשליח, אך ק"ו שהאג"מ היה דן כן ביחס לבעל, אילו היה יודע כעת שהגירושין הן זכות גמורה עבורו ללא ספק.

העולה מדברינו ששיטת האגרות משה כי בזיכוי גט לבעל, בנסיבות בהן ללא ספק זו זכות גמורה עבור הבעל, עכ"פ במקום עיגון מהני כתיבה וחתימה באמצעות זיכוי ובלא שקבלו ציווי מהבעל.

הגאון רבי שלמה דוד כהנא ז"ל אב"ד ווארשא שהתמנה לעסוק בענייני העגונות של מלחמת העולם השנייה, דן בתשובתו זו של האגרות משה, ודבריו התפרסמו בספר היובל שיצא בזמנו לכבודו של הרבי מליובאוויטש בהגיעו לגיל תשעים והנקרא "קרנות צדיק". וז"ל בעמ' רנ"ג:

"בגמ' זבחים דגבי גירושין סתמא לאו לשמה, משום דסתם אשה לאו לגירושין עומדת, והתוספות כתבו דאפילו זנתה לא הוי סתמא לשמה משום דיכול לגרשה בגט אחר או שאינו מחויב כלל לגרשה, ומשמע דלתירוץ השני אפילו כיון לגרשה בגט אחר ג"כ אם סתמא כשר דהוי לשמה. ולכן כיוון דכל היוצא למלחמת בית דוד ג"כ כותב לאשתו וגם בזמננו נוהגים כן והרבנים הכריזו בהמלחמה שכל החיילים ישאירו גיטין לנשותיהם, שפיר נוכל לומר דכל היוצא למלחמה או למקום סכנה יותר, סתמא לשמה קאי. ולכן גם בנידוננו כיון שנשלח למקום סכנה, סתם אשתו לגירושין עומדת, ואפילו אם לא כיון לגרשה במכתבו, מכל מקום סתמא מקרי, ויש מקום לומר שתתגרש בגט זה לכל הפחות מדאורייתא... ומה שאנחנו מסכימים לסדר גט שני דעתינו שהסופר והעדים יהיו השלוחים של הבעל מטעם זכיה, דבדאי זכות הוא להבעל מצד עצמו שלא יהי' עליו החרם לישא אחרת ולפטור ממזונותיה

ושאר החיובים של הבעל, ואין מפסיד בגירושין כלל כיון שאין לו שום תועלת במה שהיא קשורה בו. ועיין בספר בית ישראל להגאון הקדוש מקאזניץ שהעלה דבאשת מומר או מי שעייגן את אשתו אמרינן סתמא לגירושין עומדת ויכולים הב"ד לזכות לה גט דלהבעל הוי זכות שיגרש את אשתו הרחוקה ממנו והחתם סופר באה"ע סי' יא חזק דברי הגאון מקראטאשין שכתב ליישב קושיית האחרונים דהאיך מועיל השלישת גט לנשתתית הלא לא מצי עביד והיאך משוי לשליח, וכתב שמועיל שליחותו מטעם זכיה והחתם סופר האריך בפלפול גדול ומסכים עמו. ויעיין בספרי הגאון ר"א קלצקין במלואים סי' קכ"ב ובדברים אחרים סי' מ"ד במעשה שבא לידו שהיה גילוי דעת מצד הבעל שהלך למלחמה שרוצה לגרש את אשתו והורה בצירופו של הגאון ר' מאיר אריק הלכה למעשה לזכות לה גט". עכ"ל הגאון רבי שלמה דוד כהנא ז"ל.

יצוין כי חכמי הדור התייחסו בהערצה יתירה להגאון רבי שלמה דוד כהנא, לדוגמא עיין שו"ת חלקת יעקב חלק אבן העזר סי' נג שכתב עליו תארים נדירים ממש, וכתב בלשון זו:

"כבוד הרב הגאון המובהק זקן הרבנים הגדולים המאיר לארץ ולדרים בתורתו והוראתו הנאמנה וכו' וכו' מרנא ורבנא ר' שלמה דוד כהנא שליט"א הראב"ד דק"ק ורשא וכעת כבי דינא רבה בירושלים תובב"א. אחדשכתה"ר בכבוד והערצה מרובה כערכו הרם".

וגם הגאון רבי משה פיינשטיין ז"ל בתשובתו דלהלן כתב אליו "מע"כ ידידי הרב הגאון הגדול", ומעיון בספרי האגרות משה עולה שכמעט אף אחד מחכמי הדור לא זכה לתואר כזה אצל הגאון רבי משה פיינשטיין ז"ל.

כאמור, דברי הגאון רבי שלמה דוד כהנא ז"ל נכתבו להגאון רבי משה פיינשטיין ז"ל ובתשובת אגרות משה חלק אה"ע ח"א סי' קיח הסכים עמו ביסוד דבריו, ואף הגאון רבי משה פיינשטיין ז"ל משבח והסכים עמו ביסוד הענין של זיכוי גט, אלא רק התווכח עמו באותו נידון, האם אכן הגירושין הם זכות לבעל. ולהלן מדברי האגרות משה:

"מע"כ ידידי הרב הגאון הגדול כש"ת מהר"ר שלמה דוד כהנא שליט"א מנהל עניני עגונות בירושלים תובב"א ומלפנים ראב"ד ווארשא. את מכתב כ"ג בדבר הענין מקאלאמביא הראה לי ידידנו הגר"מ מרדכי שוחטמן שליט"א, ונהייתו שבעיקר הענין לסדר גט בתורת זכיה הסכים גם כ"ג. ולמעשה אין חלוק אם מצד זכיה להבעל או זכיה לשליח ראשון... ומה שהעלה כ"ג שהוא זכות להבעל. לע"ד יש לפקפק טובא כיון שבעיני שיהיה זכות גמור וא"כ אולי זמנין דרחים לה טובא שהיה רוצה לחכות עליה עד שימצאנה. ומה שהביא כ"ג מספר בית ישראל להגה"ק מקאזניץ דבמי שעגן את אשתו ובמומר יכולים לזכות לה גט בלא הבעל, משום דגם להבעל הוא זכות לגרש אשתו הרחוקה ממנו, הוא דבר תמוה אצלי, והספר אין בידי לעיין בו. והחת"ס שהביא כ"ג לא אמר אלא ביש לו אשה אחרת כשתשתפה, שזה ודאי זכות הוא לו כדי שלא יהיה עליו חרם רגמ"ה. אבל במתה או נתגרשה אשתו השניה כשתשתפה שאין עליו אחרים ואין כאן זכיה, לא יתן לה השליח כשליח שם הבעל. וסתמא כתב החת"ס שמשמע אף אם הוא במקום רחוק מטעם דעכ"פ אינו זכות גמור. וא"כ אדרבה ראייה קצת מהחת"ס שלא נחשב זכות אך ראייה גמורה ליכא, דאפשר איירי דוקא כשהבעל הוא במקום קרוב רק אינו בפנינו, אבל יותר משמע שבכל אופן אמר זה החת"ס, וא"כ ראייה שלא נחשב זכות גמור כל זמן שאין לו אשה אחרת. וא"כ בעובדא דידן אפשר שלא נשא אשה אחרת עדין ולכן אין ברור שהוא זכות לבעל.

ומצד הגלוי דעת של הבעל שהביא כ"ג מהגאון ר"א קלצקין ומהגאון ר' מאיר אריק שיש לזכות לה גט, הנה בעובדא דידן שכבר עברו איזה שנים הא אפשר שכבר עבר הטעם שרצה לגרשה, דאולי כבר יצא לחפשי או שנשאר רק זמן מועט שע"ז לא גילה דעתו, ול"ד לעובדא דידהו שעדין הוא במלחמה שבשביל זה גילה דעתו. ולכן יש לסדר הגט מצד זכיה להר' ישראל שאותו עשה הבעל שליח שלו ודאי הוא זכות גמור כדבארתי".

העולה מדברינו, ששני גדולי הדור הללו הסכימו שניתן לכתוב ולתת גט, בלא ציווי מהבעל לסופר ובלא מינוי שליח למתן הגט, כשזו זכות גמורה לבעל. גילוי הדעת של הבעל בזמנו רק מחזק את הקביעה שזו זכות עבורו לגרשה, אך ה"ה כשיש יסוד אחר לקביעה זו, די בכך.

עוד יצויין לדברי הגרי"א הרצוג ז"ל בשאלתו לבעל השרידי אש, המצויה בשרידי אש ח"ג סי' כה (ובמהדורה החדשה בסי' צ'). שהביא עדותו של הגאון רבי שלמה דוד כהנא ז"ל שעשו מעשה בווארשא לזכות גט בלא מינוי מפורש מצד הבעל (אף שלא הובהר מה היו הנסיבות). ומאחר שהגאון רבי שלמה דוד כהנא ז"ל היה אותה עת הראב"ד של ווארשא, עיר שבה קרוב ל-400,000 יהודים קודם למלחמה ובהם גדולי תורה רבים, מעיד כך, אין ספק שמעשה זה הוסכם על בית הדין של ווארשא בזמנו ובראשם הראב"ד, כשהגירושין הן זכות גמורה עבור הבעל.

שיטת התוספות

בתוספות גיטין דף עב. ד"ה קולו, כתבו דמהני ציווי באמצעות הרכנה, מכיון "דקים לן שמתרצה, לא בעינן שמיעת הקול, כמו תן גט זה לאשתי, אם היה זכות לה לא היה יכול לחזור בו, אע"פ שהיא אינה אומרת כלום, כיון שהיא מתרצה, בלא שמיעת קולה הוי שלוחה". אמנם היה מקום לבאר הטעם מפני שהרכנה הוא מעשה שמראה בגופו את הציווי, כמבואר ברא"ש פ"ז סי' יט. אך התוספות עצמם הוכיחו שההרכנה מועילה מדין זיכוי גט לאשה, ומשמע כוונתם במש"כ "קים לן שמתרצה" היינו סברת "זכין לאדם" וכו', דומיא דזכין לאשה שהזכירו התוס'. ולכאורה קשה, הרי בכתבת גט בעינן לשמה משא"כ בשליחות לקבלת הגט, וכיצד למדו התוספות דין כתיבת הגט מנתינתו לאשה.

ובספר אחיעזר ח"א סי' כח ס"ק טז כתב בביאור שיטת התוספות:

"מבואר מדברי התוס' דריצוי גמור מהני כמו בדידה. ואף שדבריהם צ"ע ממה שהוכיחו ממוכה גט במקום יבם, דהא בנתינה לא בעינן לשמה וגם לר' ירמי' דס"ל דבעי נתינה לשמה, מ"מ כיון דמתגרשת בע"כ ולא בעינן דעתה ורצונה ממילא הוי לשמה. משא"כ בכתובה הא בעינן לשמה וכל זמן שלא שמע מהבעל הוי שלא לשמה, וכמש"כ הרמב"ן והר"ן באומר אמרו לחלק בין גט למתנה, וכ"כ הרשב"א בתשובה בח"ד. וצ"ל בשיטת התוס' דלא ס"ל חילוקם, והעיקר תלוי ברצוי גמור, וכיון דקים לן שמתרצה דמי לשמיעת קול והוי לשמה. והא דאומר אמרו פסול לשיטת התוס' שאינו מחלק בין כתיבה לנתינה ליהני מתורת זכי' משום דבסתם גט דחוב הוא, לא מהני גילוי דעת כמש"כ"ל, ועוד כיון שמקפיד בתורת שליחות, לא מהני בתורת זכיה".

וכן כתב בביאור דברי התוספות בספר אבני נזר חלק אה"ע סי' קנו סק"ט:

"הרכנה מהני מטעם דקים לן דניחא לי' ומהני מטעם זכיה דהוא מטעם שליחות, וממילא ה"ה כתיבה מהני מטעם זכיה, ולא ממועט אלא חרש דכיון דלאו כדיבור דמי ונשאר חרש אין מעשיו כלום, וכן כתבו הפוסקים בשם התוספות, ומ"מ הנך רואה שגם התוספות לא אתי עלה רק מטעם זכיה, ולא משום דהוי דברים שבלב מוכיחים".

ועי"ש שבאר דעת החולקים על התוספות דס"ל דלא מהני זכיה בגט דהוי זכיה מאדם, או מכיון שבעת כתיבת הגט, הסופר אינו יודע בבירור שהבעל לא יחזור בו ותתבטל הזכיה.

הרי אליבא דרכו של האבני נזר, לפי מאי דנקטינן במקום עיגון כשיטת התוספות, שהובאה בראשונים, מהאי טעמא מהני זיכוי גט בכתבת הגט. ובנידון דנן שהחשש שיתרפא ויחזור בו אינו מעשי, מסתבר שגם אליבא החולקים, שטעמם התבאר באבני נזר שם ס"ק יא, אין לחוש וגם לדינא אין חילוק בין זכין לאדם וזכין מאדם, כמו שיתבאר להלן.

מעמדו של השוטה

מהסוגיא בגיטין דף כב: ודף כג. עולה שנכרי' לאו בר היתרא "לעומת שוטה ש"אינו בר דעת, "אך שוטה אינו נכנס לגדר "לאו בר היתרא". ועיי"ש בתוס' דף כב: (ד"ה והא) ששוטה נידון כאינו בר שליחות, אבל נחשב כבן כריתות. וכבר הבאנו לעיל הבאנו מהאחיזרזר ח"א סי' כח ס"ק יד שכתב: "כתבו התוס' בגיטין דף כ"ב דשוטה חשיב בר כריתות, הואיל ולכשישתפה ראוי לזה, ורק פומייהו הוא דכאיב להו. "והחזו"א אה"ע סי' פו סק"ו כתב ביחס למי שציווה לכתוב גט ונשתטה בין כתיבה לנתינה, שכתב הב"י שנותנים את הגט בעת שהוא פקח:

"והט"ז פקפק דכבר נתבטל הגט כשנשתטה כיון שאין כאן מגרש בעולם. ונראה כיון דהוא בר גירושין, אלא שאין הסכמתו הסכמה, לא מיבטל גיטא, והדבר מבואר להדיא ברשב"א... וכן הסכימו אחרונים ז"ל כדעת ב"י".

הרי ששוטה הוגדר "בר גירושין", והחסרון הוא בתוקף שיש להסכמתו. יתירה מזו בתוספתא סוף פי"א מיבמות ובירושלמי יבמות פ"ו הלכה א' מבואר שהחרש והשוטה שיבמו, קנו, ובירושלמי למדים זאת מדרשת הפסוקים שהיבום בר תוקף, למרות שהיבם אינו בר דעת, והובא להלכה ברמב"ם הלכות יבום וחליצה פ"ו ה"ג ובמ"מ.

ובספר אמרי בינה הלכות שבת סי' ט' הביא מהפמ"ג שהסתפק בחרש ושוטה שבאו על אשת איש אם הולד ממזר הואיל ולא בני קידושין, וכתב עליו האמרי בינה:

"הדברים מבוארים ברשב"א יבמות שם משם ר"ה גאון דהטעם משום דאינו קרוי בנו ואין זרעו מיוחס אחריו, א"כ זרע של חרש ושוטה ודאי מיוחס אחריו וממזר הוא. גם אם בא על יבמה קונה אותה, א"כ בני אישות ניהו, אף דלא תפסו קידושין שלהן, אבל בני הוי' הן במה דמשמיא זכו להון אשת אחיו, רק דעתו קלישתא לקנות, א"כ ודאי הולד ממזר אם באו על אשת איש".

ובשו"ת בית יצחק חלק אה"ע ח"ב סי' פה סק"ו כתב על דברי הפמ"ג:

"ובאמת אין כאן ספק דהולד ממזר, דבני קידושין ניהו, רק דפומי' כאיב להו הואיל ואין להם יד לקנות. ועוד משכחת בהו אישות באחי שוטה שקידש ומת ובני יבום ניהו והו"ל אשתו מהתורה, כמ"ש לעיל בשם התוספתא".

(אך עיי"ש שהוכיח מדברי התוס' ביבמות שטיבו של היבום אינו מוכיח גדר של "בר קידושין", ואין ראייה מיבם השוטה, שהשוטה בר קידושין.)

וכן נראה, מאחר שמצינו דעת כמה מהפוסקים שהובאו לעיל הסוברים שהאשה השוטה מתגרשת באמצעות זיכוי גט, ונידונת כפנויה, מוכח שהיא בת גירושין כשהכל נעשה עבורה באמצעות זיכוי הגט ובהעדר שליח לקבלת הגט.

כשירותו של השוטה להתגרש באמצעות זיכוי הגט

הנה הרמב"ם בהלכות גירושין פרק ב' הלכה טו פסק:

"אמר כשהוא בריא כתבו גט ותנו לאשתי ואחר כך נבעת, ממתינין עד שיבריא וכותבין ונותנין לה, ואין צריך לחזור ולהימלך בו אחר שהבריא, ואם כתבו ונתנו קודם שיבריא הרי זה פסול".

והטור אה"ע סי' קכא כתב: "אם כתבוהו ונתנהו בחוליו, אינו כלום". אמנם בשו"ע סעיף ב' חילק בין סמיא בידן שפסול מדרבנן לאין סמיא בידן שאינו גט, אך האחרונים לא הסכימו לפסיקת השו"ע.

וע"ע בפר"ח שם, שטעמו של הרמב"ם הוא שפסול מדרבנן שלא יאמרו שהשוטה יכול לגרש, ובספר גט פשוט סק"י כתב שהגזרה היא, "שמא יכתבו על פי מה שציווה בעודו שוטה".

ומצינו בתוס' ר"י הזקן עמ"ס קידושין דף עח. שדעתו כדעת הרמב"ם וכסברת הגט פשוט. (אמנם האבני נזר שהובא להלן סבר שאלו הן תוספות מהר"י הזקן, כפי המודפס בש"ס, אך בהקדמה לספר קובץ הערות עמ"ס יבמות פקפק אם אכן תוספות אלו הן של הר"י הזקן, וכבר כתבו כמה מלומדים שתוספות אלו הן מרבי אברהם מן ההר).

בתוס' ר"י הזקן כתב על מי שציווה לכתוב גט ואחזו קורדייקוס, דקיי"ל שלא יכתבו ויתנו את הגט, וז"ל (עפ"י ההגה שם):

"טעמא, הואיל והוא שוטה ומדבר, אי שרית למהיבת ליה כשהוא שוטה, הואיל ואמר כתבו ותנו כשהוא פקח, אתי למשרא למיתן גיטא כי אמר כתבו ותנו כשהוא שוטה, דלא הוי גט כלל, משום הכי בהך אנפה פסיל ליה רבי יוחנן מדרבנן כדברירנא התם, אבל מדאורייתא הוי גיטא".

וע"ע חזו"א אה"ע סי' פו ס"ק ד' ה' ח', שלא הסכים לבאר בדעת הרמב"ם שפסול מדרבנן, וכתב שיש מקום להגיה ברמב"ם. אך דבריו הם בניגוד למפורש בתוס' הר"י הזקן בדעת הרמב"ם, ובניגוד לכל האחרונים שקבעו בפשיטות שאליבא דהרמב"ם הגט פסול מדרבנן, כמפורש ברמב"ם, ולא סברו להגיה בדברי הרמב"ם. ועיין ברמב"ם מהדורת פרנקל שבכל כתבי היד והדפוסים כתוב "פסול", וכי לא נמצא חבר להגהת החזו"א.

והנה ביחס להכרעת ההלכה במחלוקת זו של הרמב"ם והטור, כתב הגט פשוט סי' קכא סק"י שלהלכה נשאר ספקא דדינא ודין האשה כספק מגורשת. ואילו האבני נזר חלק אה"ע סי' קצט כתב:

"לענין הלכה הנה הפר"ח [אה"ע סי' קכ"א ס"ב] דעתו לפסוק כהרמב"ם נגד הטור מחמת הראיות שכתב, אך מחמת שגם הרי"א פוסק כטור ואינהו רוב, על כן פסק דהוי ספק מגורשת, ואנו שזכינו לדברי ר"י הזקן הוי תרי נגד תרי ושוב הלכה כהרמב"ם מחמת הראיות שהביא, וגם מחמת הראי' שהבאנו מירושלמי... ואף שהפר"ח כתב שגם מתשובת הרא"ש [כלל מ"ה סי' י"ח] משמע דמדאורייתא מדכתב אינו גט וזקוקה ליבם, לדידי אין זה דיוק... העולה מזה דלדין שנתגלה לנו תוס' מהר"י הזקן יש לנו לפסוק כותיהו, וכיון שיש כאן עוד ספיקות שמא תונבא, ושמא לא הי' אז בשעת שינה דעתו משובשת יש להתיר במקום עיגון".

הבאנו את מחלוקת הרמב"ם והטור, ויש לדון האם ניתן לזכות הגט עבור הבעל כשהוא שוטה, הן אליבא דשיטת הרמב"ם והן אליבא דהטור.

והנה בספר שרידי אש מסכת גיטין סי' י' כתב:

"מחלוקת הרמב"ם והטור לענין נשתטה היא אם שוטה מחשיב לבר גירושין, שהרמב"ם סובר כשיטת התוס' בגיטין כ"ב, ב, ד"ה והא לאו בני דיעה נינהו, דקטן ושוטה חשיבי בני כריתות הואיל ואם הגדיל הקטן ונשתפה השוטה הווי בני כריתות. והטור יסבור כהרא"ש בפ"ב דכתובות, לגבי בר שטיא (כתובות כ', א), שכתב בשם הר"ר מאיר הלוי ז"ל, דבכה"ג דבר שטיא דאתי לכלל דעת כיון שהיה עיתים חלים, אית ליה זכייה, כלומר שזוכין לו מתנה שלא בפניו, ומכאן דשוטה סתם אינו בר זכי', הואיל ולא אתי לכלל דעת".

ולפי דרכו, הלכה זו של זיכוי גט לבעל השוטה, תלויה במחלוקת הרמב"ם והטור. אך דברי השרידי אש בביאור שיטת הטור אינם מתיישבים, שהרי הטור בחו"מ סי' רמג פסק בסתמא כהרמב"ם דמהני זכיה לשוטה על ידי אחר, ולא הביא כלל מדברי הרא"ש. על כן קשה לומר שהטור נטה מפשטות הגמ' ומדברי התוספות המפורשים שהשוטה נידון כ"בר כריתות". אלא אליבא שיטת הטור, הריעותא היא שכתבת הגט ונתינתו מיוסדת על מינוי הבעל בעת היותו פקח, וכשנשתטה בטל כח המינוי. וכן כתב האבני נזר (שם):

"טעם הדבר למה פסול מדאורייתא בשעת כתיבה, להסוברים דלא בעי שליחות בכתיבה, משום שדעתו שמתחילה אינה מועילה לשעת שטותו, וכמו שמדמה ירושלמי במגרש לאחר שלשים ונעשה קורדייקוס בתוך שלשים, שדעתו הראשונה אינו מועלת לאחר שנעשה שוטה".

וכן הגר"ע איגר ז"ל בתשובה, תניינא סי' פד, באר שיטת הטור:

"עיקר הטעם דבשעת עשיית השליחות בעי' שיהא המשלח בר גירושין, ואם נשתטה בטל השליחות, כיון דבשעת מעשה איהו לא מצי עביד".

וכן בספר קצות החושן סי' קפ"ח סק"ב באר שלשיטת הטור הריעותא היא ביטול השליחות בעת שהבעל נשתטה. לעומת זאת בשיטת הרמב"ם כתב קצות החושן:

"דלא מיבטל שליחותיה אפילו נשתטה בשעת גמר השליחות ומשום דכבר עמד השליח במקום המשלח בשעה שעשאו... בנשתטה או בגוסס כיון דאכתי... זו אשתו אלא שמחוסר דעת ויד לגרש, ולכן השליח שכבר נעשה במקומו, והשליח בר דעת ושלוחו כמותו".

עוד ראוי להביא את ביאורו של הגאון רבי שמואל רוזובסקי ז"ל בספר שיעורי רבי שמואל עמ"ס גיטין דף ט' סי' קנב:

"סברת הרמב"ם היא משום דס"ל דשוטה הוי בר גירושין, דלא חסר לו הכח לגרש, דיש לו יד לגירושין, אלא שאינו בר דעת. וכשיעשה מעשה גירושין הרי זה מעשה בלי דעת, כברייתא שעושה מעשה בלי דעת. וממילא כשמינה שליח בשעה שהיה בריא, כיון דהשתא שוב אין צריך את דעת המשלח וסגי בדעת השליח אמאי תתבטל השליחות. והטור ס"ל דאע"פ דגם שוטה הוי בר כריתות, מ"מ אינו בר מעשה גירושין. דכיון שאינו בר דעת הרי הוא מופקע מדין מעשה ולהכי גם לשליח אין כח מעשה עבורו... כשהמשלח עצמו אינו יכול לעשות עכשיו את המעשה, גם השליח אינו יכול".

לפי זה המבואר לעיל במש"כ בביאור שיטת החזו"א, מחלוקת הרמב"ם והטור אינה מתייחסת לנידון דנן. מפני הרמב"ם והטור התייחסו לנסיבות שציווי הבעל בעת היותו פקח אמור לאפשר את מתן הגט, משא"כ בזיכוי הגט לבעל שוטה, כח הזיכוי אינו מפני מינוי הבעל, ובהליך זה המזכה אינו מקבל את כוחו מהבעל. כשם שלהלכה מזכים גט לאשה שוטה, כשהגירושין הן זכות גמורה עבורה, למרות שאינה יכולה למנות שליח קבלה, ה"ה יועיל הזיכוי לבעל השוטה, מאחר שהזיכוי אינו מכח מעשה של הבעל.

וכבר הבאנו מספר שערי חיים שבאר:

"חלוקים הן שליחות וזכיה בעיקר יסוד דינם. דשליחות גדרה הוא דהשליח פועל מכח שהוא מקבל מאת המשלח, משא"כ בזכיה פועל הזוכה מכח דידיה דנתנה לו תורה כח עצמי לפעול במידי זכות לחבריה".

על כן לפי דרך זו, כשם שמצינו זכיית הגט עבור אשה שוטה, למרות שאינה יכולה למנות שליח ואין לה יד לקבל גיטה, וזאת מפני שבזכיה אין הזוכה פועל מכח שקבל מהמשלח, כך בזכיית כתיבת וחתימת הגט ונתינתו

עבור הבעל. על כה"ג לא נאמרה הסוגיא בפרק מי שאחזו ומחלוקת הרמב"ם והטור, מאחר שהכח לכתובת הגט ונתינתו אינו מיוסד על מינוי הבעל, אלא זהו כח עצמי של האדם הזוכה, לפעול במידי דזכות היא לבעל.

וכן מדברי האמרי בינה, חו"מ הלכות גביית חוב סי' כט סק"ד, עולה שגם אליבא דשיטת הטור, הגט בטל רק כשנעשה על יסוד כח שליחות הבעל שנשתטה, ולא כשנעשה באמצעות זיכוי. וז"ל:

"יותר מסתבר לומר דגם הטור סובר דשליח כמותו, היינו דבא בחריקא ובכחו של משלח. ומ"מ סובר אם נשתטה המשלח אף דאכתי אגידה ביה בבעל מ"מ אין השליח יכול לגרש, דסובר כל מידי דמשלח לא מצי עביד שליח לא מצי עביד, בעינן שיהיה המשלח יכול לעשות בשעת מעשה שליח עושה. וי"ל דזאת הוא הבחינה המחלקת בין כח זכיה לכח שליחות. דלכאורה יקשה לסוברים זכיה לאו מטעם שליחות הוא, אמאי יועיל בגט אשה. ובש"ס סוף יבמות איבעיא לן במזכה גט לאשה במקום יבם אם זכות הוא לה או חוב, הא לו יהיה זכות הוא לה, הא בגט אשה קרא כתיב ונתן בידה, ושליחות גלי לן קרא דמהני שליח של אדם כמותו ויד שליח כמשלח. אבל זכיה הוא רק קנין בפני עצמו דגלי קרא דיכול כל אחד לעשות קנין בעד אחר, בדבר דזכות הוא לו, לפי דעת בני אדם דדבר זה זכות הוא לאחר, אז כשיתרצה כשיודע לו מהני למפרע... ומ"מ עכשיו לא הוי רק כמו קנין בלבד, ומה מועיל לגבי גט אשה דכתיב ונתן בידה. וכמו דלא מהני לגבי גט ברצון המתגרשת קנין סודר או אגב שתזכה בגט... אם כן אף זכיה לא עדיף משאר קנין... ולמ"ש י"ל דההבדל בין שליחות לזכיה הוא דשליחות רבי לן הקרא שהוא כמותו, דהמשלח מוסר לו הכח ונעשה במקומו ובחריקא על אותו שמרשה לו וממנה אותו לשליח ועשייתו כעשייתו של המשלח, לא שהשליח ימסור כחו ושיהיה ידו של המשלח. מה שאין כן זכיה רבי לן רחמנא שזיה שעושה מעשה הזכיה ועומד במקום הזוכה ומכוין לזכות בעדו, מהני מטעם דזה שעושה מעשה הזכיה מוסר ומזכה רשותו וידו להבעלים שרוצה לזכות בעדו. ולכך סברו דמהני אף בקטן דיכול לקנות בדעת אחרת מקנה, ויכול הזוכה לזכות בעדו דמוסר לזכותו רשותו. ולפי זה בגט נמי, אם זכות הוא לה, מהני, כיון דזה שזוכה הגט בעדה מקנה ידו ורשותו למעשה הזכיה הזאת לאשה והוי כאלו בא הגט לרשותה".

הרי שהאמרי בינה נקט ששיטת הטור נאמרה רק ביחס לבעל שמינה שליח ונשתטה, דבטל כח השליחות מפני דבעינן שהשליח מצי עביד גם בעת שהשליח ממלא את שליחותו. אך אין כך ביחס לזיכוי שהמזכה שאינו מקבל את כוחו מהבעל, ואין ריעותא בהיות הבעל שוטה. ועפ"י דרכו באר את ההלכה של זיכוי גט לאשה, כשכל דבריו מיוסדים על החילוק היסודי בין שליחות לזיכוי.

על כן נראה שבין לשיטת הרמב"ם ובין לשיטת הטור מועיל זיכוי גט לבעל בכה"ג שזו זכות גמורה עבורו, וכמו שהבאנו להלן מהחזו"א סי' מט וסי' פו. וכן הבאנו מדברי האבני נזר ביחס לזיכוי בכתובת הגט, ובהמשך לדברים אלו עיין באבני נזר אה"ע סי' ח' ס"ק טו' יח שנקט בפשיטות דלאחר שיש זכיה מהתורה לשוטה, לזכות עבור אשה שוטה גט וה"ה ביחס לכתובת הגט לרבות כשהבעל השתטה בטרם כתיבת הגט, ולפי דרכו כתב בשיטת הטור, וז"ל:

"אפילו לדעת הטור והרי"א ז' דעשה שליח לגרש ונשתטה הגט בטל מהתורה לאו משום דכשעת נתינה לאו בר שליחות הוא, אלא משום דאי לאו בר גירושין הוא, אף שלוחו כמותו... אבל במידי דזכות... דהרי שוטה מתגרשת מהתורה רק שאין לה רצון, ובזכיה הא חשיב כאילו נתרצית משום אילו הוי ידע".

אמנם בס"ק לג כתב האבני נזר דבסתמא לא יועיל זיכוי בכתובה וחתימה עבור הבעל מכיון שהבעל יוכל לומר לאחר זמן לא בעינא ואין הדבר ברור בשעת כתיבה, משום הכי לא חשיב לשמה. עכ"פ כתבנו לעיל שנראה שבנסיבות המיוחדות שבמקרה דנן שאין סיכוי שיתעורר ובצירוף היותה ספק אשת איש והוא אינו בעל כל דהו, לא יאמר האבני נזר כן, וכמו שכתב שם בס"ק טז וס"ק יז בנשתטה. ואמנם גם אליבא דשיטת הרמב"ם קיים פסול דרבנן במקרה שהבעל ציווה לכתוב גט ונשתטה. אך כאמור בתוס' ר"י הזקן ובספר גט פשוט, הפסול דרבנן אינו גזרה כללית שמא יאמרו השוטה יכול לגרש כמ"ש הפר"ח, אלא הגזרה מתייחסת רק לבעל המצווה, גזירה שמא הבעל בעצמו ימנה בהיותו שוטה, וכמ"ש בפירוש בתוספות ר"י הזקן – "טעמא, הואיל והוא שוטה ומדבר, אי שרית למיהבת ליה כשהוא שוטה, הואיל

ואמר כתבו ותנו כשהוא פקח, אתי למשרא למיתן גיטא כי אמר כתבו ותנו כשהוא שוטה, דלא הוי גט כלל",
דהיינו הגזרה מתייחסת לנסיבות בהן מתן הגט מיוסד על ציווי הבעל בהיותו פקח כשלאחר הציווי השתטה,
שמא יתירו גם כשציווה בעת שטותו. אך לא כשהגט ניתן על יסוד זיכוי, באמצעות מעשיו של אדם אחר שהיה
פקח מתחילה ועד סוף, ק"ו בעת היות הבעל במצב שאינו יכול למנות בעצמו. על כן הפסול דרבנן לא יאמר
ביחס לנידון דגן.

האם בגירושין צריך רצון חזק יותר מקניינים ולכן לא יועיל הזיכוי לבעל

בספר בעקבי הצאן, להג"ר צבי שכטר שליט"א ר"מ ישיבת רבי יצחק אלחנן בארה"ב, סי' ל' הביא בשם רבו
הגרי"ד סולוביצ'יק ז"ל את שיטת זקנו הגאון רבי חיים סולוביצ'יק ז"ל בדעת הרמב"ם, בלשון זו:

*"דוקא בשתי הלכות, בכפי' על הקרבנות ובכפייה על הגט, הוא דבעינן שיאמר רוצה אני, ולא בשאר כל התורה
כולה, וה"ט דבשתי הלכות אלו ילפינן מגזיה"כ מיוחדת דבעינן בהו דעת אלימתא. דבקרבות כבר נזכר במשנה
הנ"ל שנאמר לרצונו, ובגט מבואר ברמב"ם ריש הלכות גירושין דעשרה דברים הם עיקר הגירושין מן התורה,
ואלו הן א' שלא יגרש האיש אלא ברצונו וכו', ומנין שעשרה דברים אלו מן התורה שנאמר והי' אם לא תמצא חן
בעיניו וכתב לה ספר כריתות וכו' אם לא תמצא חן בעיניו מלמד שאינו מגרש אלא ברצונו וכו'. ובפשוטו יפלא
למה לן ילפותא מיוחדת לכך דהלא גירושין הוא תמיד ע"י קנין שטר, ובכל הקנינים פשיטא דבעינן דעת בעל
הקנין, אלא ודאי מן ההכרח שצריכים לומר דמהך קרא הוא דילפינן דבעינן בגט דעת יותר חזקה מאשר בשאר
קנינים. וי"ל דנפק"מ בזה לענין רוצה אני".*

ולפי דרך זו, ולאחר שקודם לכן הביא הג"ר צבי שכטר שליט"א מדברי הרמב"ן שלא מועילה זכיה לבעל
בקידושין, כתב:

"מעתה הדברים ק"ו, אם בדעת הבעל בקידושין ס"ל להרמב"ן דא"א לומר זכין, כ"ש בדעת הבעל לגירושין".

וע"ע בספר שיעורי הגר"ח הלוי (סטנסיל) עמ' רלט "בענין זכיה ושליחות", שבקידושין לא מועילה זכיה עבור
הבעל, דבפירוש גילתה רחמנא "כי יקח" וכו' דהמעשה תלוי בבעל, וכן בספר ברכת שמואל עמ"ס קידושין סי'
י' בשם הגר"ח. ומסתבר שלפי דרכו של הגר"ח ה"ה בגירושין, כאמור בדברי הג"ר צבי שכטר שליט"א.

ואמנם אין זה חידוש של הגר"ח שאין מועילה זכיה בקידושין, וכבר מצינו דעה בראשונים השוללת זיכוי
קידושין לבעל גם כשזו זכות גמורה ללא כל ספק. בתוס' ר"י הזקן עמ"ס קידושין דף מה: (שכאמור כפי
הנראה אלו תוספות שנכתבו ע"י רבי אברהם מן ההר) כתב:

*"דבשלמא גבי ממון הכל תלוי בדעת הנותן ואין במקבל אלא לזכות במתנה, ואם יזכה לו אחר, זכה במתנה
המקבל דזכין לאדם שלא בפניו. אבל גבי קידושין, הוא צריך שיאמר דברים שיקנה בהם האשה. וטעמא שאחד
מקדש לאשה לאחר הוא דשלוחו של אדם כמותו, ואם לא עשהו שליח מה יועיל".*

וכן בספר חלקת יואב כרך ב' שיצא לאור לאחרונה, בסי' סו-סח כתב שלא מועיל זכיה בקידושין, מפני
שבקידושין בהכרח שהן יבואו מצד הבעל ולא שיתקיימו מכח האשה או מכח אדם אחר הזוכה את הקידושין
עבור הבעל.

אך דעה זו של הר"א מן ההר, הגר"ח וחלקת יואב לא התקבלה בראשונים ובפוסקים.

החלקת יואב בעצמו מציין לרשב"א בחי' עמ"ס קידושין דף ז' (ד"ה הילך) שכתב להדיא דמהני זכין לאדם וכו' בקידושין, בכה"ג שאין כלל חובה בקידושין אלו. וכן פשטות לשון רש"י קידושין מה: (ד"ה ודלמא ארצויי ארצי), וכן מבואר בחי' הריטב"א בקידושין דף מה: (ד"ה ופרכינן ודלמא וכו') ובמאירי דף מא. וכן הרא"ש בקידושין פ"ב סי' ז' כתב:

"אם גילה בדעתו לשדכן שהוא חפץ באשה פלונית ואמר לשדכה לו לקדשה בלא מינוי שליחות שהיא מקודשת לו. ולא מסתבר לחלק בין אביו לאיניש דעלמא, כיון דזכיה מטעם שליחות".

משמע שמכח ההלכה של זכין לאדם שלא בפניו אתינן, אע"פ שאין מינוי שליחות. וכן עולה מלשון שלחן ערוך אה"ע סי' לה ס"ד שפסק להלכה את דברי הרא"ש בלשון יש מי שאומר, בלא חולק, ומפורש בשו"ע "וקדשה לו בלא מינוי שליחות", ובפשיטות היינו מכח ההלכה של "זכין לאדם שלא בפניו", ובלא כח של מינוי שליחות. וכן במהרי"ק סי' ל' מתשובת רבי יצחק בר יהודה שאב שקידש עבור בו קטן מקודשת מדין זכין לאדם שלא בפניו, ומה שנחלקו עליו היינו על יסוד הטענה שאין זו זכות וטענות אחרות, עיין אוצר הפוסקים סי' מג סק"א אות ו' באריכות, עכ"פ לולי טענות אלו, לא נחלקו על דין "זכין לאדם" בקידושין.

ובכל מקרה גם אם אכן מסתבר ששיטת הגר"ח ס"ז ל' תיאמר גם ביחס לגירושין, ולפי דרכו אין בגירושין מקום לדין "זכין לאדם" עבור הבעל, הרי שיטה זו אינה יכולה להתקבל הלכה למעשה, עכ"פ במקום עיגון, לאחר שכאמור מצינו בגדולי הפוסקים, ובראשם הנודע ביהודה והחתם סופר, שהסכימו שניתן לזכות גט עבור הבעל, ובזיכוי זה האשה מתגרשת. הרי שאפשר לעשות את מעשה גירושין עבור הבעל, באמצעות זכיה בלבד, למרות שמעשה זה דורש את אותה "דעת אלימתא", הנחוצה בגירושין. ובנידונם של אותם פוסקים, כבר אין ממש בציווי של הבעל לשליח שנעשה בזמנו, שהרי קיים ספק שמא חזר בו כמבואר ירושלמי, ביחס לאשה.

ביחס להנחה שהניח הג"ר צבי שכטר שליט"א שאין אפשרות להתגרש באמצעות זיכוי, מפני ההכרח ברצון גמור של הבעל בעת הגירושין, הבא לידי ביטוי באמירת "רוצה אני", ועל יסוד דברי הרמב"ם בתחילת הלכות גירושין, יש מקום להרחיב בנקודה זו. הרמב"ם בתחילה הלכות גירושין (פרק א' הלכה ב') כתב:

"ומנין שעשרה דברים אלו מן התורה שנאמר והיה אם לא תמצא חן בעיני וגו' וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה ושלחה מביתו, אם לא תמצא חן בעיניו, מלמד שאינו מגרש אלא ברצונו, ואם נתגרשה שלא ברצונו אינה מגרשת, אבל האשה מתגרשת ברצונה ושלא ברצונה".

ובסוף פרק ב' כתב הרמב"ם:

"מי שהדין נותן שכופין אותו לגרש את אשתו ולא רצה לגרש, בית דין של ישראל בכל מקום ובכל זמן מכין אותו עד שיאמר רוצה אני ויכתוב הגט והוא גט כשר".

והדברים טעונים ביאור מדוע בגירושין צריך שיאמר "רוצה אני", דבר שאינו נחוץ בתליוהו וזבין, דזביני' זביני גם בלא אמירת "רוצה אני". וכן הילפותא של הרמב"ם בתחילת פ"א ביחס למקור ההלכה דבעינן רצונו, צריכה ביאור מדוע אין דין גירושין כשאר קניינים שאין בהן ממש כשלא נעשו מרצונו.

אך כבר מעיון בדברי הרמב"ם על אתר, הדברים מתבארים. בפתיחת הלכות גירושין הרמב"ם קבע שהדבר הראשון בגירושין הוא: "שלא יגרש האישה אלא מרצונו". כאן הרמב"ם לא כתב דבר ביחס להכרח שיאמר "רוצה אני". רק בהמשך דבריו בפרק ב' הלכה כ' שבה הרמב"ם מתייחס לגירושין שבי"ד כופין על הבעל בכפיה שהיא כדין, כתב הרמב"ם את ההכרח באמירת "רוצה אני", והדברים מתבארים בהמשך דברי הרמב"ם:

"לפיכך זה שאינו רוצה לגרש מאחר שהוא רוצה להיות מישראל רוצה הוא לעשות כל המצות ולהתרחק מן העבירות ויצרו הוא שתקפו וכיון שהוכה עד שתשיש יצרו ואמר רוצה אני כבר גרש לרצונו."

הרי שאמירת "רוצה אני" נועדה לבטא ולוודא שאכן כבר תשש יצרו, וחזר לרצות לעשות את המוטל עליו על פי הדין. אבל בגירושין שאינן בכפייה, די בכך שנעשו באמצעות ציווי ומסירת הגט ומדינא גם ללא אמירת "רוצה אני כשר".

ונראה ברור שהילפותא של הרמב"ם בריש הלכות גירושין מהפסוק "אם לא תמצא חן בעיניו", נועדה להורות לנו שדין גירושין בישראל אינו כדין הגירושין אצל בן נח, שבהם פסק הרמב"ם מהלכות מלכים פ"ט ה"ח שגם אם האשה עוזבת את הבעל שלא מרצונו, היא במעמד של גרושה, ואין הדבר תלוי בו בלבד, אלא כל זמן שירצה הוא או היא לפרוש זה מזה פורשין. "יתירה מזו, מאחר שאליבא דשיטת הרמב"ם בפ"ד מאישות ה"א אם אנסו את האיש לקדש, האשה מקודשת, ולעניין זה אין מקישים יציאה להוייה, על כן נזקק הרמב"ם לבאר את המקור לחלק בין קידושין וגירושין.

וכעין זה בספר מנחת אשר (להגאון רבי אשר וייס שליט"א) על ספר ויקרא בפרשת ויקרא סי' ה', שכתב ביחס לעניין זה, וז"ל:

"כתבו הזכר יצחק ח"א סי' כ"ג והאבי עזרי (רמב"ם שם) דבגט יש דין מיוחד שצריך רצון, מלבד גדר כוונה שצריך בכל חלות. ואף דכל מקום מהני רוצה אני לדין כוונה, בגט בעינן אומדנא שאכן רוצה הוא לגרשה. ויסוד לעצם הנחה זו דבגט צריך רצון הביאו מדברי הרמב"ם בפ"א מגירושין ה"א עשרה דברים הצריכין בגט שיגרש ברצונו, ושם בה"ב כתב דילפינן מהכתוב אם לא תמצא חן בעיניו וכו' דאינו מגרש אלא ברצונו, הרי שיש דין רצון בגט מלבד דין כוונה עי"ש. ולא הבנתי מה ראו בדברי הרמב"ם, ולכאורה נראה דהו"א דכשם שהאשה מתגרשת בע"כ, כך גם האיש מגרש בע"כ, ואין דין רצון בגירושין. ולכן כתב הרמב"ם ראייה מלישנא דקרא דאין האיש מגרש אלא ברצונו, אבל אין מזה כל ראייה דיש גדר מסוים של רצון מלבד דין כוונה בגירושין. ובאמת לא ידעתי כלל מה קושי יש בהבנת דברי הרמב"ם בפ"ב מגירושין הלא כל כוונתו לבאר למה מהני בכופין אותו עד שיאמר רוצה אני, והלא כל אמירתו רוצה אני הוי נמי בכפייה, וכשם שהכפייה שוללת את עצם המעשה כך גם נשללת אמירתו רוצה אני. אלא דבאמת רוצה הוא בשמירת המצוות, וכשאומר רוצה אני, באמת מניחים אנו שאכן זה רצונו הפנימי והאמיתי, וכך גם בקרבן. אבל בתלוהו וזבין באמת טעם אחר יש בו דאגב אונסא דזווי גמר ומקנה, ולהכי לא צריך שם כפיית בי"ד וגם לא בעינן שיאמר רוצה אני, ולכאורה כל זה ברור ופשוט".

ועיין בלחם משנה פ"ד מאישות ה"א שבגט וקרבן בסתמא אינו רוצה, עד שיאמר רוצה אני, שבסתמא הוא רוצה, וגם אם יחשוב בלבו אחרת, ייחשב דברים שבלב.

ולכן הגם שמתקני סדר הגט הנהיגו בנוסח סדר הגט הקבוע, שהבעל יאמר "רוצה אני", אך מעיקר הדין אינו לעיכובא, כמו שכתב לנכון בספר שו"ת בגדי ישע סי' לו סק"ח-ד סק"ט, שאם אמר רק הרי זה גיטך וכו' כשר. לכן לא נכון לומר שכל מגרש חייב לומר "רוצה אני". וכן מוכח מפשטי הסוגיות, כגון מי שהיה מושלך בבור ואמר כתבו גט לאשתו, שלא נזכר שם שיאמר "רוצה אני".

בספר נתיבות המשפט סי' רה סק"א כתב שבגירושין בעינן "ריצוי בלב", היינו לחלק בין מכר דסגי בהסכמה למכור, אף שבלבו אינו רוצה את המכירה, אך מסכים למכור אגב אונסא דזווי גמר ומגרש, ואילו בגירושין לא סגי בהסכמה, ובעינן שירצה בלבו. וכאמור מדברי הלחם משנה, לאחר שיאמר "רוצה אני" אנו מניחים שיש ריצוי בלב. אך כל זה עקב כך שהוא מגרש כתוצאה מכפייה, אף שהיא כדין. אבל ביחס למי שמגרש באמצעות זיכוי, הרי שדי בכך שהמזכה יודע שזוהי זכות גמורה עבור הבעל, מעשה הזיכוי מתייחס לבעל, ודינו של הבעל כאומר "רוצה אני". וכפי שהבאנו לעיל מדברי האחיעזר ח"א סי' כט סק"ו בביאור גדר זה של זכיה המועילה למתן גט במקומו של הבעל:

"באומר מפורש כל הרוצה לכתוב גט לאשתי יהי' שלוחי ה' מועיל, וא"כ בזכ"י אנן סהדי דהוי כמו שאמר מפורש".

ובהכרח שעלינו לומר כן, שהרי כאמור מצינו פוסקים רבים שהסכימו שניתן לזכות מסירת הגט עבור הבעל, ואילו סברו שבגירושין אין מקום לתת תוקף לגירושין בלא שהבעל ירצה בכך בעת מתן הגט, לא היה עולה על דעתם להכשיר את הגירושין שנעשו באמצעות זיכוי הגט לבעל כשבעת הגירושין הבעל אינו מביע את רצונו להתגרש.

אמנם יש המבקשים לחלק בין הנידון באותם פוסקים שלאחר שהושלמה כתיבת הגט ובעת השלשת הגט הבעל ביקש להתגרש, אלא שעקב בעיה הלכתית לא היה ניתן למנות שליח להולכה, בהיות האשה אינה ראויה לקבלת הגט. משא"כ בנידון דנן, שהבעל מעולם לא הביע את דעתו שברצונו להתגרש.

אך כאמור אין מקום לחילוק זה, וזאת עפ"י מה שהבאנו מדברי הירושלמי, שהובא בראשונים, שקבע ביחס לאשה שהיתה צווחת שברצונה להתגרש, "אני אומר שמא חזרה בה". הרי שכל עוד שלא התמנה שליח שיקבל את כוחה של המשלחת והעומד במקומה, ובלא שהדבר זכות גמורה, אין ערך לרצון האשה שבא לידי ביטוי קודם לשעת הזיכוי, והטעם – שמא חזרה בה. על כן ה"ה ביחס לזיכוי הגט שכתבו גדולי הפוסקים, אם תוקף הגירושין מיוסד על גילוי דעת מצד הבעל בעת השלשת הגט, אין ערך לגילוי דעת זה לאחר זמן, שמא חזר בו. ובהכרח שהכל מיוסד על כח הזיכוי בלבד, וכן עפ"י סברת האחיעזר ח"א סי' כט סק"ו הנזכרת.

וכבר הבאנו מדברי החזו"א בס"י פ"ו סק"ג שקבע שאין הסכמת הבעל בהיותו פקח מועילה ביחס לזמן שהוא שוטה, ובלשון החזו"א: "כשנשתטה, אין הסכמתו הקודמת מועלת על זמן שטותו". ואפ"ה סובר החזו"א בס"י מט ובס"י פו סק"א וסק"ב דמהני זיכוי גט לשוטה אילו הוי זכות גמורה, ובהכרח כדאמרן.

אמנם יש שהעירו שלא מצינו בפוסקים הוראה קבועה לאפשר זיכוי גט באמצעות נתינת הגט לבעל כשנמצאה ליקוי בתוקף השליחות של השליח להולכה וכיוצ"ב. בספר שו"ת ציוני (להג"ר אהרן זעליג ז"ל אב"ד לוצין) בסוף סי' ט' באר עניין זה, וכתב בתשובה שנשלחה להגרי"א מקאוונא ז"ל:

"אמרין ר"פ התקבל בירושלמי הרי שהיא צווחת להתגרש אמרינן שמא חזרה בה, והביאו הר"ן וכל הראשונים ובטור וש"ע סי' קמ"א, כיון דגט חוב הוא לה, אמרינן אע"פ שגלתה דעתה שזכות הוא לה הגירושין חיישינן שמא חזרה בה. ועיין בר"ן ר"פ התקבל במתניתין רבותא יותר שמפרש לפיכך אם אמר לו הבעל אי אפשר שתקבלני בשליחותה אלא הריני מזכה לה על ידך כו' אפ"ה אם רצה לחזור יחזור, מטעם הנ"ל כיון שנסתלק תורת שליחותו לא מהני מצד זכיה, דאמרינן שמא חזרה בה, כן אמרינן גבי בעל, דחוב הוא לו הגירושין שאינו רוצה להיפרד מאשתו ולהפקיע קנינו שהיא קנויה לו לכמה דברים. לפ"ז אף ע"פ שגילה דעתו ועשאו שליח, אפ"ה בשלמא כל זמן שהשליחות קיים, כי היכי דאמרינן שליח עושה שליחותו ה"נ חזקה המשלח עומד בדיבורו וגם הוא גזירת הכתוב בשליחות מהני. אבל היכא דהשליחות בטלה מצד חוקי התורה ואתינן עלה מצד זכיה, חיישינן שמא חזר בו. והיינו דלא הזכירו הפוסקים בשום דוכתא דבגירושין מהני תורת זכיה כגון אם הבעל הכין גט כתוב וחתום לשמו ולשמה וגילה דעתו שרוצה לגרש את אשתו רק שלא עשה עדיין שליח, לא נזכר בשום דוכתא אם אחד לקח הגט וגירש מנפשו לאשה בתורת זכיה, שהיא מגורשת, אע"ג שכבר הוכיח הגאון יחי' בספרו באר יצחק בסימן א' בראיות ברורות דמהני זכיה אפילו להוציא קנין מת"י. ואף ע"ג דגבי קידושין אם גלה דעתו לשדכן שחפץ בה והלך אחד וקדשה בשבילו מקודשת לדעת רש"י קידושין מ"ה ע"ב גבי ארצוי ארצי קמיה וכ"כ הרא"ש להדיא שם פ"ב סי' ז' וכן פסק בש"ע סי' ל"ה סעיף ד'. אבל לגבי גירושין אין הדין כן".

הרי מבואר בדבריו, שהעיכוב היחיד המונע מאתנו לפעול באמצעות זיכוי הגירושין עבור הבעל, הוא "שמא חזר בו", וגם אם קודם לכן הבעל רצה להתגרש ואף ציווה לכתוב ולחתום וליתן גט כמקובל בסדר הגט, אם השליחות בטלה, בסתמא קיים כעת ספק, האם עדיין הבעל עומד ברצונו לגרשה. על כן בנסיבות שאין מקום לכל ספק מסוג זה, כגון בנידון דנן, מהני זיכוי.

כמובן שהספק שמא חזר בו, האמור בירושלמי בראשונים ובכל הפוסקים, קובע שכעת אין אפשרות לתת מעמד לרצונו שהביע בזמנו לתת גט. וכיון שכן בהכרח, כל גדולי הפוסקים שהורו על זיכוי מתן הגט לבעל או אף כתיבת הגט ונתינתו, קבעו שהזיכוי הינו אכן זכות לבעל על יסוד הנסיבות המיוחדות שבאותו נידון לרבות גילוי הדעת של הבעל בזמנו. אך אם היה הכרח בגילוי הדעת המוקדם של הבעל ולצרפו למעשה הזיכוי, ורק על יסוד שני מרכיבים אלו יוכל להיקבע תוקף הגירושין, לא היה מקום להלכה זו, שהרי כעת בעת הזיכוי, הדבר ספק אם אכן הבעל נותר בדעתו שהוא רוצה בגירושין. וכמו שכתב הג"ר א"ז ציוני ז"ל בתשובה הנזכרת: "כיון שנסתלק תורת שליחות תו לא מהני מצד זכיה, דאמרינן שמא חזרה בה, כן אמרינן גבי בעל".

האם ההלכה שאין מעידין על הקטן שייכת בנידון זה

כתב הרמב"ם בהלכות גירושין פרק ו' ה"ט:

"קטנה אינה עושה שליח לקבלה, אעפ"י שחצרה קונה לה גיטה כגדולה מפני ששליח קבלה צריך עדים ואין מעידין על הקטן שאינו בן דעה גמורה".

לכאורה לפי דברי הרמב"ם, הוא הדין שאין מעידין על השוטה, ובנידון שבפנינו שיש הכרח בעידי מסירה שיעידו על זיכוי הגט, הרי שבכך העדים מעידים על השוטה שגירש את אשתו.

בספר נודע ביהודה תניינא חלק אבן העזר סי' נד כתב ביחס לדברי הרמב"ם:

"באמת אף דברי הרמב"ם בפ"ו מהלכות גירושין בטעם שנתן לקטנה שאינה עושה שליח נאחזים בסבך, ונלאו מפרשי דבריו לפרש בהם פירוש נכון, ולכן אין להרחיב בהם הפלפול או לדמות מלתא למלתא. ואעפ"כ הנלענ"ד בדבר שהוא חוב לקטן אין מעידין בזה עליו, אבל בדבר שאינו חוב לו שפיר מעידין עליו. ולכן לא קשיא מקידושי יתומה קטנה שאין כאן שום חוב לה כל זמן שהיא בקטנותה, שהרי יכולה למאן וכשמתגדלת נעשים קידושי תורה שכיון שמתרצית, אז הוה למפרע קידושין. אבל שליח לקבל גיטה הגט הוא חוב לה, ואף שהיא מתרצית אין בה דעת שלימה, ולכך אין מעידין על מעשיה".

ולפי דרכו של הנוב"י, בנידון דנן שזיכוי הגט הוא זכות גמורה לבעל, אין מניעה שהעדים יעידו על מעשה זה.

הגר"ח סולוביצ'יק ז"ל בפ"ו מגירושין ובפ"ד מיבום דהחסרון כתב לבאר שאין מעידין על הקטן שייך רק כשמעידים על מעשה של הקטן, כגון כשהקטנה ממנה שליח קבלה, דכיון שזה חלק מעשיית הגירושין ונחוצה עדות לקיום השליחות, אין מעידין על הקטן, והטעם כי העדים לא יהיו ראויים להגדה. משא"כ כשמעידים על מציאות שנעשתה בקטן לא שייך חסרון זה. כגון עדים שנתגרשה, דהיא לא פעלה כלום, וכגון בייעוד דהוי חלות שעושים האב והאדון בקטנה ולא היא עושה, וכן ביבום קטנה או קטנה שזינתה.

ובאור שמח פ"א מהלכות יבום הי"ז כתב:

"וזה אין לומר דלפי מש"כ רבינו בהלכות גירושין (פ"ו ה"ט) דמשו"ה אין קטנה עושה שליח לקבלה משום דשליח קבלה צריך עדים, ואין מעידין לקטן, דהוי כמו שלא בפניו, וא"כ לשיטת הפוסקים דיבום צריך עדים, א"כ איך קטן מיבם, דהא בעי עדים, ואין מעידין לקטן, דכשלא בפניו דמי. אמנם לפ"ז גם ביבום קטנה, דלכו"ע קנאה לגמרי, הלא קשה איך מעידין על הקטנה. וכן יקשה איך קטנה מתגרשת בעידי מסירה, איך מעידין על הקטנה, וכן איך מעידין על קטנה שזינתה לאוסרה לבעלה כהן. אך באמת זה הבל, דכיוון דלא בעי דעתה ורצונה, שכן מתגרשת בע"כ, א"כ איך שייך שאין העדים יכולים להעיד לחובתה, הלא היא אינה בת דעת בזה, ומעידין על מעשה שראו, ורק בשליחות קבלה שעושה הקטנה מדעתה ורצונה, שברצונה תליא, לכן אם יעידו עדים שעשתה

שליח הוי כמעידין על אדם לחובתו שלא בפניו דקטן כשלא בפניו דמי, וא"כ ביבום שאפילו שניהם אנוסים ג"כ קנה ביבמתו, א"כ לא שייך לומר איך מעידין לקטן דהוי שלא בפניו, דאין זה דבר התלוי ברצון שניהם, והוי כמעידין על מעשה שהיה, וכאלו הם מעידין על ענין שאינו של בן דעת, כיון דלא בעי דעת דילהו, ולכן בין שהיא קטנה בין שהוא קטן, קנו שניהם מדין תורה, ודוק".

על כן בנידון זיכוי גט לבעל השוטה, המבוצע באמצעות עידי חתימה ומסירה, מאחר שהעדים אינם אמורים להעיד על מעשה של הבעל ועל דעתו למעשה זה, אין לחוש מפני דברי הרמב"ם הנזכרים.

האם במקרה הנוכחי זיכוי הגט אכן יחשב כזכייה עבור הבעל

כל האמור מיוסד על ההנחה שבמקרה הנוכחי זיכוי גט הוא זכות גמורה עבור הבעל, וזאת בהיות הבעל מאושפז ומקבל את כל צרכיו ואת כל הטיפול הנחוץ בבית החולים ללא הגבלה ובדרך הטובה ביותר, ואין לבעל שום נפקא מינה אם הוא נשוי או גרוש, ומאידך בהסדרת הגירושין מסירים בעיות קשות מהבעל שאינו ממלא חובותיו לאשתו והיה בר חיוב גירושין אילו היה ראוי לעמוד לדיון בתביעת הגירושין, וכן את החשש שהמציאות הנוכחית בלא גירושין עלולה להוות תקלה חמורה. ובלאו הכי, כאמור לעיל, האשה אינה יותר מספק אשתו, ובכך וודאי שכבר אינה מחוייבת לו דבר.

ונרחיב בביאור הדברים.

החזו"א בדבריו הנזכרים לעיל, בחלק אה"ע סי' מט סק"י, כתב ביחס לזיכוי גט לבעל שנשתטה, שלא יועיל מאחר שאין זו זכות עבורו שיתגרש. ובאר החזו"א טעמו:

"לא דיינינן לי' לזכות, כיון שאין כאן זכות לבעל, ואדרבה חובה הוא לו שיהא אסור להתייחד עמה מיד והוא צריך לשימושה, וגם כבודו שתתאבל עליו ואולי יבוא אחיו וייבמה, וגם זכרון הגירושין מעוררת לו דאגה".

אך במקרה הנוכחי שמדובר בבעל הקרוב להיות "צמח", מצבו הרפואי מחייב שהותו בבית החולים ואין כל אפשרות להחזירו לביתו, ובכל מקרה הוא מקבל את כל צרכיו בבית החולים. האשה אינה מחוייבת לטפל בבעלה, הן מפני שהיא כבר בגדר ספק אשת איש בלבד. וגם בלא"ה יצוין למש"כ הב"י אה"ע סי' עז בשם תשובת הר"ן: "אבל האומרת מאיס עלי... הרי היא מבטלת תנאי האישות מיד". ובנידון זה לאחר שהאשה הגישה תביעת גירושין ומאסה בבעל שאינו מסוגל לשום תפקוד, גם דינה כן ועל פי דין אינה מחוייבת לטפל בו.

הסברא שזכרון הגירושין תעורר אצלו דאגה, אינה שייכת בנסיבות הנוכחיות, וגם יבום וחליצה לא שייכים מאחר שיש להם בת אחת. וכמו כן אינו יורש אשתו מפני היותה רק ספק אשת איש, ובנוסף בנידון זה הוסדרה צוואה שהיא מורישה את כל רכושה לבתה, שעה אחת קודם למותה, ובנסיבות הנוכחיות הצוואה בתוקף, (עיין בתשובת המהרלב"ח סי' ל"ו, שכתב בדעת הרא"ש, וז"ל: "דכיון דלאחר י"ב חודש נעקר האישות ביניהם לענין שאין לה עליו עוד וכו', הכי נמי אין לו עליה בחייה ועל נכסיה רשות כלל". והיינו, שכל עניני האישות ביניהם בטלים. ולכן אין הבעל אוכל פירות. ולפי"ז אינו יכול למחות בה שלא תמכור הנכסים. וכ"כ הב"ש בשמו בס"י עז ס"ק יז וס"ק כט.)

וביחס לאבלות עליו, אילו היה נלב"ע, מלבד שבני משפחתו יתאבלו עליו, אך ביחס לאשתו לא היינו מחייבים אותה באבלות. בספר יש"ש גיטין פ"ב סי' ד' כתב: "ומעשה בא לידי באחד שהיה בקטט עם אשתו והיה לו דעת ברורה לגרשה ובתוך אותו הקטט מתה, והוריתי לו שלא לישב שבעה ימי אבילות ושלא להתאבל עליה". "עי"ש

שהביא מדברי הרשב"ם שאם מתה מתוך קטטה לאחר שנתן עיניו לגרשה אינו יורש, ודן מכך מהרש"ל דה"ה לענין אבילות. ועוד הוסיף מהרש"ל:

"ועוד, איך יעלה על דעת האדם להאבילו מה שאין לבו אבל ואין יום מר לפניו. ונהי דבאבל ממש לא חילקו רבותינו בין אוהב לשונא הכא יש ויש לחלק... כה"ג כולי עלמא מודו דחשיב לי' בלביה כאלו אזלה מיני', ואין כאן אבילות ומרירות הלב. והנה תמהו העם על ככה, ושלחתי דברי לזקני ירושלים, וכתב לי זקן אחד וחכם מופלא שחכמי ירושלים הסכימו לק"ו שדנתי מדברי הרשב"ם".

ובספר ישועות יעקב אה"ע סי' צ' סק"ח הביא מדברי מהרש"ל. אמנם הבית מאיר סי' צ' חולק על מהרש"ל, וכן כמה אחרונים, עיין תשורת שי תניינא סי' קנח, אך כאן שהבעל בר חיובא בגירושין, אילו היה ראוי לעמוד לדיון, וזאת בהיותו חסר יכולת מילוי חובותיו לאשתו, מסתבר שאם ימות כעת, למעשה יורו לאשה שאינה חייבת באבלות ומהטעם המבואר במהרש"ל. אך מלבד זאת, מאחר ועל יסוד האמור לעיל האשה אינה יותר מספק אשת איש, הרי שמספק אינה מחוייבת באבלות.

בנוסף, עקב מצבו האשה מעוגנת עיגון גמור קרוב לשבע שנים ללא מוצא ויש חשש שהיא תיכשל ותכשיל, עיין מסכת גיטין דף לח. גבי חציה שפחה וחציה ב"ח, ובתוס' מסכת שבת דף ד. ד"ה וכי, שבנסיבות מסויימות אף אומרים חטוא כדי שיזכה חברך להסיר מכשול מהסוג הזה. לכן אילו היה ניתן לדון בתביעת האשה לגירושין כנגד הבעל (שבנד"ד כבר הוגשה לבית הדין), היינו פוסקים לחייבו בגירושין, מאחר ואינו יכול למלא כל חובה שהתחייב לאשתו, אך בהעדר יכולת לקיים "שמוע בין אחיכם" אין מתקיים דיון בתביעת הגירושין. אך כאמור במקרה זה אין בגירושין עצמן כל חובה לבעל רק זכות גמורה, שהרי כאמור הסיכוי שיתרפא אינו עומד על הפרק לפי חוות דעת מקצועית של הרופאים. כמו כן לאחר שהוסדר ויתור האשה על הכתובה ואין אפשרות לירושת הבעל את אשתו, אין בגירושין עצמן כדי לחייבו בחובה ממונית כזו או אחרת.

זכין לאדם בזכות שהיא זכות רוחנית בלבד

היו שטענו שאין יסוד לזיכוי הנידון, מאחר ואין לבעל כל זכות גשמית לגופו אלא רק לנפשו, ואין זכות כזו יכולה להוות בסיס ראוי ל"זכין לאדם" וכו'. אך אין הדברים יכולים להתקבל.

הנה ביחס לזיכוי גט בעל כרחה של האשה כשהזיכוי הוא "זכות הנפש" בלבד, ולא "זכות הגוף", נחלקו האחרונים בדור שלפני מרן הב"י. הר"א מזרחי בתשובה סי' סח כתב שאם אנו יודעים שזו זכות עבור הנפש של הזוכה, די בכך כדי לזכות את הגט עבורה, גם אם האשה הזוכה עומדת וצווחת שאינה רוצה את הזיכוי. לעומת זאת הרד"ך (בסוף בית ט') חלק עליו וקבע שאין להתחשב בזכות הנפש כשהזוכה אינו רוצה בזיכוי.

והנה הרד"ך הוכיח את סברתו מהסוגיא בכתובות דף יא. שאין אומרים זכין וכו' אלא בגר קטן, אך לא בגדול שכבר טעם טעם איסורא, ובהפקירא ניחא ליה, אף שזוהי זכות הנפש עבורו להתגייר כמו שזוהי זכות לגר קטן. אלא לא די בכך, ולכן רק בקטן שעדיין לא טעם טעם איסור אנו מניחים שזהו רצונו להתגייר מפני הזכות הרוחנית שבגירור.

ובספר גליוני הש"ס (להג"ר יוסף אנגיל ז"ל), עמ"ס כתובות (שם) דחה את ראיית הרד"ך, וכתב:

"וי"ל דרק בעכו"ם ועבד דאינן מצוין להתגייר ולהשתחרר, הוא דאמרי' בהפקירא כו' ולא אזלינן בתר זכות הנפש רק בתר רצונו. משא"כ בישראל שכבר מחוייב במצוות, י"ל שפיר דבתר זכות הנפש הוא דאזלינן".

אך מחלוקת הרא"מ והרד"ך היא בכה"ג שאנו יודעים או עכ"פ מניחים שאותה אשה אינה רוצה בגירושיה, וע"ע בשו"ת פני משה ח"א סי' לג שהביא מחלוקת זו, וכן בספר זכות למה (להג"ר משה בולה ז"ל) סי' ז', אך אם אין הדבר כן, אין ידועה לנו התנגדות, ואין יסוד להניח שאין זה רצונה. שהרי בשו"ע סי' א' סעיף י' ברמ"א וכן בסי' ק"מ קיימת פסיקה ביחס לזיכוי גט לאשה מומרת או שנאסרה על בעלה. ויסוד הדין בתרומת הדשן (פסקי מהרא"י) סי' רנ"ו ושם באר טעם הזכות: "דודאי מזנה היא בין הנכרים ומוטב לה תזנה פנויה ולא תזנה אשת איש", וכן בט"ז ובביאור הגר"א על דברי הרמ"א שם. וכן בלבוש סי' א': "נוהגין לזכות לה גט על ידי אחר, שזכות הוא לה וזכין לאדם שלא בפניו, דמוטב לה שתזנה פנויה משתזנה אשת איש". וכן בדברי הפוסקים הנזכרים לעיל, שהורו על זיכוי גט לאשה שוטה. הרי שהיה פשוט לפוסקים לזכות גט לאשה לצורך זכות רוחנית בלבד. אף שהאשה כלל אינה יודעת דבר, כמו בנידון דנן שהבעל אינו יודע דבר.

ובספר אמירה נעימה קמא (להגאון רבי יוסף צבי הלוי ז"ל אב"ד יפו ותל אביב) מאמר קכה עמ' תקצב, בדין מינוי שליח שני מחדש לאחר שהשליח שני מת, ובנסיבות שלא ניתן למצוא את השליח הראשון שימנה בשנית שליח שני, והורה למנות שליח שני אחר באמצעות זיכוי מינוי השליחות עבור הראשון, כתב שיש מקום לזיכוי כזה, למרות שאין לשליח הראשון כל תועלת אישית ממינוי השליח השני החדש, אך הורה כן מאחר שבכך –

"תהיה זכות ומצוה חשובה שהאשה תנצל מעיגונה שזו היא מצוה גדולה. ומצינו דמחמת זכות מצוה אמרינן זכיה בתורת שליחות, כמו שמזכין אותו הון גדול, מהא דאיתא בכתובות דף י"א אמר רב הונא גר קטן מטבילין אותו על דעת בי"ד מאי קמ"ל... הרי דזכיה בתורת שליחות לא דוקא בזכיית רכוש ממון, אלא אפילו זכות מצוות נמי אמרינן זכיה בתורת שליחות. א"כ בשליח ראשון כיון דזכות הוא לו שע"י השליח שני בהסכמתו תנצל האשה עלובתא מעיגונא, השליח שני שיתמנה ע"י בי"ד לשליח של ראשון יחשב, ויכול למסור הגט ליד האשה ותהיה מותרת לעלמא".

וכעין זה בתשובת אגרות משה חלק אה"ע סי' קיז, הנזכרת לעיל. וכן בתשובת החתם סופר הנזכרת ותשובת הגרי"ש אלישיב ז"ל הנזכרת לקחו בחשבון את הזכות לבעל שלא לעבור על חרם דר"ג שהיא זכות רוחנית בלבד, גם כשאותו אדם רחוק משמירת מצוות וגם אם היה חרם דר"ג לא היה נמנע מלשאת אשה אחרת, כבנידון שם שבספר קובץ תשובות ח"א סי' קעז.

בעת שהתייעצנו בסוגיא זו עם דיין בית הדין הגדול בדימוס, הגאון רבי שלמה דיכובסקי שליט"א, שמענו תמיכה במסקנת פסק הדין, והביא ראיה ביחס לשאלת הזכות, וכדלהלן:

בספרי (סוף פרשת שופטים) על הפסוק "כפר לעמך ישראל אשר פדית" נאמר: כפר לעמך – אלו החיים, אשר פדית – אלו המתים, מלבד שהמתים צריכים כפרה. מכח האמור בספרי, פסק השו"ע והרמ"א בהלכות יום הכפורים (או"ח תרכ"א ו) על פי דברי המרדכי: נהגו לידור צדקות ביום הכפורים בעד המתים, ומזכירים נשמותיהם, דהמתים גם כן יש להם כפרה ביום הכפורים". הרי לנו שגם אחרי פטירתו של אדם, זקוק הוא לצבור זכויות נוספות בכדי שלא להענש על עוונות שעשה בחייו. כל שכן, שגם בתקופת היותו "צמח" זקוק הוא לזכויות גדולות, ואולי יחוס עליו הקב"ה וירפאהו. כאמור אין לך זכות גדולה יותר מאשר התרת אשתו מעגינותה".

מכל האמור עולה, שזכות רוחנית מספיקה להיות בסיס ראוי ל"זכין לאדם שלא בפניו".

מהות ה"זכות" עבור אדם שוטה

לכאורה בשוטה הפטור מכל המצוות, לא שייך לייחס לו זכות בקיום חובה להתגרש ובמניעת תקלה ועיגון אשתו. אך אין הדבר כן, עיין בשו"ת מהרי"ל שדן ביחס למי שהוליד בן שוטה אם קיים פו"ר ובתוך דבריו כתב "אי משום דרב אסי דמייתי התם עד שיכלו כל הנשמות שבגוף, האי נמי נשמה יש לו ובר מצות הוא

ופקחים מוזהרין עליו... וכן לענין מצוה וגט הוי מהני שליחותיהו אלא דאין להם דעת וכן לענין חליצה פירשו בתוספות משום דפומייהו כאיב להו". והובאו דבריו בבית יוסף אבן העזר סי' א' בשם מ"כ.

ובספר שו"ת בית שערים חיו"ד סי' שפה כתב:

"בשוטה מוכח בנדדים ל"ו דבת כפרה היא, והביא בשם תשובת מהרי"ל דחרש ושוטה בני מצוה ופקחין מוזהרין עליהם וז"ל דאי הוי כבהמה יחשב שחיטתו אפי' אחרים עומדים על גבו כשחיטת גוי וקוף וכו' ע"ש. וקרוב בעיני דזהו המ"כ שהביא ב"י באה"ע סי' א' שכתב על בן חרש ושוטה לא ידענא אמאי לא קיים פו"ר וכי גרע מגר שנתגייר דקי"ל כר"י דאמר קיים והאי נמי אי משום שבת יצרה איכא שבת ויכול לישא אשה ולהוליד בנים בן חכם ואי משום דר"א עד שיכלו נשמות שבגוף האי נמי נשמה יש לו ובר מצוה הוא ופקחין מוזהרין עליו וכו' כנ"ל. מבואר מזה דבר מצוה הוא ובר חיובא, אלא דבמצות ל"ת אסור למספי ליה בידיה ובמ"ע ל"ש ספי ליה בידיה, והא דאמרין בתגיגה ב' הואיל ופטורין מכל המצות היינו נמי משום דחס רחמנא עליהו כבגמרא סנהדרין הנ"ל, או כמ"ש טורי אבן בר"ה כ"ח... כיון דהוי רק מתעסק בעלמא והמתעסק לא יצא ע"ש, וכיון שכן שפיר מהני מה שפודין אותו ב"ד דשפיר הוי בזמן חיובא".

ועיין בספר תבואות שור סי' א' (שמ"ח סעיף כח) שכתב שהשוטים: "איתנהו בזביחה, דהא מוזהרים עליהם שלא להאכילם נבילות".

ובפמ"ג (פתיחה כוללת חלק ב' אות ג') כתב לגבי שוטים: "לאו בני דעה נינהו ומקרי אין מחויבין בדבר, מ"מ בני מצוות הויין. "ואכן, הגר"ח הלוי ז"ל בחידושו על הרמב"ם הלכות קרבן פסח פ"ה ה"ז כתב יסוד עקרוני בעניין זה ומחלק בין מצוות "גברא" למצוות "חפצא", ובכך מיישב מדוע פסק הרמב"ם שהאוכל מצה בעת שטותו ונשתפה, לא יצא ידי חובתו, ואילו אם הקריבו עליו קרבן פסח בעת שטותו ונשתפה, עלה לו קרבנו, וכתב שמצוות אכילה הינה מצוות גברא, כלומר, המחויבות של הגברא לאכול מצה, קובעת על אכילה זו שם של קיום מצוה. משא"כ הקרבת קרבן, הינה מעשה מצוה בעצם, מצוות חפצא, ובה שהקרבן עולה לשם בעליו מתקיימה המצוה ממילא, לכן ניתן לזכות בה אף את השוטה. בהתאם ליסוד זה כתב: "בכה"ג שקיום המצוה נעשה ממילא, הדר דינא דחייל דין קיום המצוה, גם בחרש שוטה וקטן, כיוון דמעיקר הדינים לא הופקעו". הרי מדבריו עולה כי ניתן לקיים מצוות חפצא ולזכות בהן את השוטה. וכ"כ בשו"ת שואל ומשיב (מהדורה תליתאה ח"א סי' ל'), שבכור שוטה שלא פדאו אביו, חיוב פדייתו מוטל על בי"ד לפדותו לזכותו במצוות פדיון הבן, "שאף שהם פטורין אבל לא שאינן רשאיין, והרי הם בני מצוות כממש"כ מהרי"ל (סימן קצו), א"כ למה לא יזכו אותו בי"ד במצווה זו", שהרי היא גם מצוות חפצא כאמור.

והרמב"ם בהלכות נחלות פי"א הי"א פסק: "מי שנשתטה או נתחרש בית דין פוסקין עליו צדקה אם הוא ראוי", ובכסף משנה בתוך דבריו כתב: "טעם רבינו משום דמסתמא כל אדם ניחא ליה למעבד ממוניה". הרי שבי"ד יורדים לנכסי השוטה ונותנים צדקה מממונו, מתוך אומדנא שמן הסתם היה ברצונו שיעשו כן. (אמנם בכס"מ כתב טעם נוסף שממונו של כל אדם משועבד לעשות ממנו צדקה, ואכמ"ל ביחס שבין שני הטעמים).

והחתם סופר חלק או"ח סי' ב' כתב שאם מפרישים צדקה עבור שוטה, יש לו את הזכות של מצוות הצדקה המצילה ממות, וכתב: "אע"פ שאינו מצווה ועושה, מ"מ ממונו מגן עליו להחיותו, והוה ליה כאילו קנו לו סם חיים לרפואתו". עכ"ל, ועי"ש שבדרך זו באר החת"ס דברי הכסף משנה.

בספר תרועת מלך סי' ב', הובא בפד"ר ח"ה עמ' 302, כתב לבאר הלכה זו שיורדין לנכסי שוטה לפסוק צדקה ולפרנס אשתו וילדיו:

"לכן נלע"ד פשוט דהנה טעם מה שוטה פטור מכל המצוות, שאין לו דעת ואין עליו חיוב גברא לעשות. אם כן זה שייך רק בדבר שהוא צריך לעשות, אבל דבר שיכולים לעשות בלעדיו, פשוט הוא דכן גם לשוטה עושין עבורו המצוה, ושפיר נחתנין לנכסיה".

אמנם שם בפד"ר, הגאון רי"ש אלישיב ז"ל תמה עליו שהרי נכסיו נידונים כערבים לחיובו, וכשהוא אישית פטור מדוע הערב חייב. אך לולי קושיא זו נראה שהסכים ליסוד שכתב בתרועת מלך, ולפי זה יובן זיכוי הגט על ידי אחר לאשה שוטה ולבעל שוטה, מפני שככל שהדבר נעשה על ידי אחר עבורו, חשיב זכות עבורו.

העולה מהאמור שיש מושגי זכות וחובה לשוטה, למרות שאינו בר חיוב במצוות. והדברים מוכחים ממה שמצינו זיכוי גט לאשה שוטה, מפני שזו זכות עבורה שתידון כפנויה ולא כאשת איש, וכמו שנתבאר לעיל, הרי שמושג זה של זכות רוחנית מתייחס גם לשוטה. עוד נציין לדברי העונג יו"ט סי' ק"י בהגהה שבזכות גמורה, אם הזוכה מת קודם ששמע והסכים, לית לן בה, והיא בתוקף למרות שמעולם לא ידע שזיכו לו.

ביחס לחשש שלאחר זמן הבעל יתרפא ויחזור בו, מלבד שבנסיבות נידון דגן כפי המתואר לעיל, אין זה חשש מעשי בנידון זה, ובכל מקרה נידון זה עדיף על אותם מקרים שזיכו את גירושין עבור הבעל, כגון כשאשתו נשתטית וקיבל היתר לשאת אשה אחרת, נידונו של החתם סופר, שראינו שלא חשו שמא כשתחזור לבריאותה הבעל יחזור בו, או בנידון הנזכר לעיל שמת השליח השני, או בנידון הנזכר שדנו עליו האגרות משה והגאון רבי שלמה דוד כהנא ז"ל. באותם מקרים לאחר שהפוסקים קבעו שהגירושין זכות היא לבעל, זיכו עבורו נתינת הגט ולא חששו שמא יום אחד הבעל יגיע ויודיע על חזרה. וגם החזו"א בסי' מט, לא שלל את זיכוי הגט אלא מהטעמים הנזכרים, אך לא על יסוד החשש שהבעל יתרפא ויתברר שהוא מתנגד לזיכוי. וע"ע מנחת יצחק ח"א סי' מה סק"ו שבזיכוי הנעשה ע"י ב"ד, מסתמא אדם מסכים למעשי ביה"ד ואין חוששין שיחזור בו כשיתברר לו.

מסקנה

מכל הנ"ל נראה בנידון שבפנינו, מאחר ובעיגון גמור עסקינן, והבעל הוא במצב המתואר לעיל שהפוסקים הגדירו מעמדו שאינו אף "בעל כל דהו", ואינה יותר מספק אשת איש, וסתמא ודאי לגירושין קיימא, וזו זכות גמורה עבור הבעל שלא לעגן אשה שהיא ספק אשתו כשאין לו כל תועלת בנישואין אלו, בית הדין רשאי לזכות לבעל את כתיבת הגט וחתימתו ומסירתו לאשה.

בשום פנים ואופן אין ללמוד מכאן לנידון אחר שהבעל נתבע להתגרש ומסרב לתת גט, גם אם ללא ספק הגירושין הן זכות עבורו, וכמו ששללו בתוקף בספר שרידי אש ח"ג סי' כה הנזכר ובספר בעקבי הצאן הנזכר (בסוף סי' ל') זיכוי גט בנסיבות אלו, וקבעו שאין בו ממש. כמו כן אם הבעל הודיע שמסכים לתת גט וכיוצ"ב, אך לא הוסדר ציווי למתן גט כדין, ואבד הקשר עם הבעל, בנסיבות אלו דינו כדין אותה אשה שביקשה להתגרש אך כעת אינה בפנינו, שאין מועיל זיכוי הגט עבורה שמא חזרה בה. ביחס למקרה מסוג זה, לא ניתן לקבוע שכעת קיימת זכות לבעל בזיכוי הגט, ועל כן שלל הגרי"א הרצוג ז"ל בתוקף להסתמך על זיכוי הגט בנסיבות מהסוג הזה.

רק כשהבעל בפנינו, ומצבו ידוע וברור שהוא חסר כל תיפקוד לחלוטין, כגון שהוא במצב המכונה "צמח" וכיוצ"ב, וללא תקווה לריפוי, הרי שמהטעמים המפורטים לעיל, ובנוסף אשתו רק ספק אשת איש, הגירושין מצד עצמן הן עבורו זכות בלבד, ואין בגירושין להביא לחיובו בממון, לאחר שהאשה כבר ויתרה על הכתובה, וגם הוסדרה צוואה שלאחריה כבר אינו יכול לירש את אשתו, על כן כדי להציל את האשה מעיגון גמור, יש מקום לזיכוי הגט עבורו, בהסתמך על גדולי הפוסקים שנתנו מקום לזיכוי ע"י אחר גם בכתיבה, ולרבות בבעל שוטה.

זכין לאדם שלא בפניו

כאמור, אחד מהיסודות עליו מושתת פסק דין זה, היא ההלכה דקיי"ל "זכין לאדם שלא בפניו", ועלינו להרחיב ולברר גדרי הלכה זו, כהשלמה לכל האמור לעיל.

בגמרא מסכת קידושין דף מב עמוד א' נאמר:

"ואלא הא דאמר רב גידל אמר רב מנין ששלוחו של אדם כמותו, שנאמר ונשיא אחד נשיא אחד ממטה, תיפוק ליה שליחות מהכא. ותיסברא דהא שליחות הוא, והא קטנים לאו בני שליחות ניהו. אלא, כי הא דרבא בר רב הונא, דאמר רבא בר רב הונא אמר רב גידל אמר רב מנין שזכין לאדם שלא בפניו שנאמר ונשיא אחד נשיא אחד. ותיסברא זכות היא הא חובה נמי איכא, דאיכא דניחא ליה בהר ולא ניחא ליה בבקעה, ואיכא דניחא ליה בבקעה ולא ניחא ליה בהר. ואלא כדרבא בר רב הונא, דאמר רבא בר רב הונא אמר רב גידל א"ר מנין ליתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהן, שבית דין מעמידין להם אפוטרופוס לחוב ולזכות לחוב אמאי, אלא לחוב ע"מ לזכות, ת"ל ונשיא אחד נשיא אחד ממטה תקחו".

ונחלקו ראשונים אם זכיה מטעם שליחות או לא. בחי' הרשב"א במסכת קידושין שם כתב:

"אמר רב גידל א"ר מנין שזכין לאדם שלא בפניו, משמע דזכיה לאו מדין שליחות הוא, וזכין לקטן דבר תורה. דאלת"ה כי אקשינן ותסברא א"כ מצינו שליחות לקטן, מאי קא משני מנין שזכין לאדם, אכתי תיקשי לן ותסברא הא משום זכיה הוא א"כ מצינו שליחות לקטן".

וכן הוא בחי' הריטב"א שם.

ויש מהראשונים שכתבו דזכיה מטעם שליחות – כן כתבו בתוספות במסכת כתובות דף יא. ד"ה מטבילין, וז"ל התוספות:

"תימה דהא זכיה הוי מטעם שליחות, דכיון דזכות הוא לו אנן סהדי דעביד ליה שליח... וא"כ איך זכין לקטן והלא אין שליחות לקטן... ונראה לר"י דהכא נמי דזכין לו מדרבנן".

במחלוקת זו אם זכיה מטעם שליחות, הש"ך בספרו נקודות הכסף יו"ד סי' ש"ה שכתב דהעיקר כדעת הסוברים שאינו מטעם שליחות. הש"ך דן בבכור שאביו אינו כאן לפדותו, וכתב: "הכא כשבית דין פודין אותו הרי הן מזכין המעות לקטן, דזכין לאדם שלא בפניו, וא"כ הרי הם פודים אותו במעותיו של הקטן". הש"ך הקשה על דברי התוספות בכתובות (הנזכרים לעיל), מהסוגיא בקידושין, וכתב:

"קשיא לי אמה שתירצו התוספות שם דהא דמטבילין אותו היינו מדרבנן, אפילו היכא דהוי זכות גמור לית ליה זכיה מדאורייתא, דהא גר זכות גמור הוא... והוא ודאי ליתא כמבואר בש"ס דקידושין הנ"ל... בש"ס הנ"ל משמע דהיכא דהוי זכות גמור זכין ליה אפילו לית ליה שליחות, וכן הוא לפענ"ד העיקר, ובהכי ניחא נמי דמטבילין אותו, אע"ג דאין שליחות לקטן, מ"מ זכיה אית ליה אפילו מדאורייתא, והעיקר כהספרים שהביאו תוספות שם דלא גרסינן באיזהו נשך זכיה מדרבנן אית ליה, וכן מצאתי בש"ס של קלף כתובה ישן נושן. ואפילו לספרים דגרסי התם מדרבנן, היינו במקום דהוי חובה קצת. סוף דבר לא ירדתי לסוף דברי התוספות בזה".

ועיי"ש בסיום דברי הש"ך שכתב שכדבריו כתבו בתוספות בסנהדרין בפרק בן סורר ומורה, הרשב"א והריטב"א.

גם אם זכיה מטעם שליחות, יצויין לספר דרוש וחדוש מהגרע"א במסכת כתובות דף י"א. שכתב דמה דקיי"ל אין שליחות לקטן הוא רק היכא דצריך מינוי, דאמרינן דכיוון דאינו בר דעת לכן אינו יכול למנות שליח, אבל

במקום שאין צריך מינוי, גם לקטן יש שליח, דקטן אינו מופקע מתורת שליחות. ומה"ט לא הסכים הגרע"א ז"ל עם הראשונים שכתבו שאם זכיה מטעם שליחות אין זכין לקטן, וכתב ע"ז הגרע"א ז"ל מכיוון שבזכיה אין צריך מינוי, שפיר יש זכיה לקטן, אפילו אם זכיה מטעם שליחות. ומה שהעיר עליו שם בנו הגרש"א ז"ל מחצר, שהקטן אינו זוכה אם חצר משום שליחות, אף שאין צריך מינוי. בהכרח שסבר הגרע"א ז"ל שזכיה על ידי אדם אחר עדיפה מזכיית חצר, שהקטן זוכה באמצעות החצר, וכשהיא חצר המשתמרת יש לו מעמד כאילו הוא ממנה את החצר לזכות עבורו ולכן זכייה באמצעות אחר עדיפה. ועיין בספר קהלות יעקב עמ"ס כתובות סי' יב שבאר הלכה זו.

זכיה באמצעות בית דין

הש"ך בספרו נקודות הכסף יו"ד סי' שה סעיף י' כתב:

"עוד נראה ברור, דבית דין יכול לזכות לקטן אפילו במקום דהוי חובה קצת, כדמוכח להדיא בריש פרק האיש מקדש דף מ"ב. דגרסינן התם ואלא הא דאמר רב גידל אמר רב מנין ששלוחו של אדם כמותו שנאמר ונשיא אחר... אלא כדרבא בר רב יהודה אמר רב גידל אמר רב מנין ליתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהן שבית דין מעמידין להם אפוטרופסין לחוב ולזכות, לחוב אמאי, אלא לחוב על מנת לזכות, ת"ל ונשיא אחד ממטה תקחו עכ"ל הש"ס. ופרש"י כדרבא, כלומר לא זכות שלא בפניו גרידא איכא למשמע מניה לגדולים, אלא לאורויי נמי דלקטנים אפילו חובה הבאה מחמת זכות, רשאיין בית דין לעשות להו כו' עכ"ל. הרי להדיא דבית דין יכול לזכות לקטן אפילו במקום דהוי נמי חובה. ומכאן קשה לי ג"כ על התוס' דפרק קמא דכתובות דף י"א ע"א שהקשו על הא דאמרין התם גר קטן מטבילין אותו על דעת בית דין... דהא זכיה הוי מטעם שליחות... האיך זכין לקטן, והלא אין שליחות לקטן... ונכנסו שם בדחוקים כמבואר מדבריהם שם. ולדידי לא קשיא מידי, דבית דין שאני, דאפילו במקום שאין שליחות וזכיה לקטן, יכולים בית דין לזכות לקטן".

אמנם בספר קצות החושן סי' רמג סק"ז חלק על הש"ך, אך מצינו שהפני יהושע כתב כסברת הש"ך, ולהלן נביא ראייה ברורה לשיטת הש"ך.

בספר פני יהושע על מסכת כתובות דף יא. על דברי התוספות שם כתב:

"מיהו בפרק האיש מקדש כתבתי דנהי דזכיית הקטן ע"י אחר מדרבנן, מ"מ ע"י בית דין הוי מדאורייתא, כדמיייתי התם מקרא דנשיא אחד למטה ע"ש בחידושינו".

ובמסכת קידושין דף מב. כתב הפני יהושע:

"מנין ליתומים שבאין לחלוק בנכסי אביהן שבית דין מעמידין להם אפוטרופוס כו' ת"ל נשיא אחד. וכתבתי לפרש דמשמע הכא דאפילו לשיטת הרמב"ם [פרק כ"ט מהל' מכירה ה"י] דקטן לית ליה זכיה מדאורייתא אף ע"י אחרים, כיון דלית להו שליחות, אפ"ה ע"י הב"ד שפיר יכולין לזכות בשביל הקטן, ואפילו לחוב על מנת לזכות. וכבר כתבתי בזה ג"כ בכתובות (דף י"א ע"א) גבי גר קטן דמטבילין ע"י ב"ד, ליישב שם קושית התוספות... ולענ"ד סברא פשוטה היא דכו"ע מודו בכה"ג. דכיון דעיקר הטעם דאין יכולין לזכות לו ע"י אחר, היינו משום דזכייה מטעם שליחות, ואין שליחות לקטן לפי שאינו בן דעת, א"כ נראה דהיינו דוקא ע"י איניש דעלמא, משא"כ בב"ד שאין צריכין להימנות מדעתו, אלא שלוחי דרחמנא נינהו, דב"ד אבוהון דיתמי קטנים נינהו".

ראיה ברורה לשיטת הש"ך והפני יהושע, מתוספתא במסכת יבמות פרק ט' הלכה ד':

"חרש שוטה וקטן שקנו עבדים אין אוכלין בתרומה, אבל אם קנו להן בית דין או שמינו בית דין להן אפטרופין או שנפלו להם בירושה ממקום אחר הרי אלו אוכלין בתרומה".

וכן פסק הרמב"ם בהלכות תרומות פ"ז הט"ו.

בספר נחל יצחק סי' צו באר הלכה זו:

"פסק הרמב"ם בקטן וחרש שקנו עבדים אינן אוכלין בתרומה, משום דס"ל דקנין דרבנן לא מהני בדאורייתא, ודוקא בקנו להם ב"ד ואפטרופוס אוכלין בתרומה, משום דס"ל דכח אפטרופוס אלים מהתורה, וכשיטת הרשב"א גיטין דף נ"ב הובא בספרי באר יצחק חלק או"ח סי' א' ענף ד'".

הרי מבואר בתוספתא וברמב"ם שבית דין שקנו להם, לחרש שוטה וקטן, הוא קנין גמור מהתורה להאכילם בתרומה.

מכח הלכה זו כתב בספר יד דוד, להג"ר יוסף דוד זינצהיים ז"ל עמ"ס כתובות דף יא (הובא בקובץ "אהל אברהם" על מסכת כתובות), ראייה לדעת הש"ך בנקודות הכסף. וז"ל:

"הרמב"ם בפ"ז מהלכות תרומות הט"ו כתב חרש שוטה וקטן שקנו להם עבדים אין אוכלים בתרומה, אבל אם קנו להם ב"ד או אפטרופסים הרי אלו אוכלים, וכתב הכ"מ שהוא מהתוספתא דיבמות, וא"כ מוכח להדיא דיש להם זכיה ע"י ב"ד מדאורייתא, דאם לא כן למה עבדים אוכלים בתרומה, והרי זה מבואר כדברי הש"ך".

ועיין שם ביד דוד שכתב בדעת הש"ך "דב"ד ממש בעינן, היינו אותו שהציבור המחוסם עליהם לב"ד".

ייתכן שהביאור בדברי הש"ך הוא ע"פ מש"כ החזו"א בחו"מ ס' ג' סק"ה בביאור הא דילפינן הכא דמעמידים אפטרופוס וז"ל ודין אפטרופוס הוא דאורייתא, כדילפינן קידושין מב. וכל שקצרה ידו להגן על עצמו, מינוי אפטרופוס לחוב ע"מ לזכות זכות הוא לו עכ"ל. דהיינו שבמצב כזה שהקטן אינו יכול לדאוג לעצמו זו זכות עבורו שהאפטרופוס יטפל בענייניו אף שיש בזה צד חובה, אלא שהש"ך קבע שאם הדבר נעשה ע"י בית דין, זו זכות בשבילו שבית הדין יטפלו בענייניו. וכעין זה מצינו במסכת סוטה דף כה.: "ואלו שבית דין מקנין להן, מי שנתחרש בעלה או נשתטה או שהיה חבוש בבית האסורין... סתמא דמילתא אדם מסכים על דעת בית דין". ועיין בספר עין יצחק קמא אה"ע סי' א' ובאר יצחק סי' א' ענף ה', דפשיטא ליה שהלכה זו במסכת סוטה היא מכח ההלכה שזכין לאדם שלא בפניו.

וכן בספר פסקי הלכות יד דוד להגאון רבי דוד פרידמן ז"ל (ח"א, הלכות אישות דף נג: בהגה"ה סק"א) הביא מדברי הש"ך בנקודות הכסף, וכתב:

"אף שכל ראיות הש"ך דחה הקצות החושן, אבל העיקר כהש"ך בזה. וראיה מפורשת כבר הבאתי לזה... מהתוספתא דיבמות פ"ט. וז"ל התוספתא... ומשמע דומיא דנפלו להם בירושה דאוכלין מהתורה, ודוחק לאוקמה כמאן דסובר תרומה בזמן הזה דרבנן... מזה נוכל לדון שאפטרופוס של יתומים שתורם תבואתם להאכיל הוי ג"כ דבר תורה. דבית דין יש ביכולתן למנות אפטרופוס על כל נכסיהם וידם נחשב כיד יתומים כמו גדולים בשלהם, ויליף לה מקרא בקידושין דף מב. ובגיטין דף לו. ודוק כי העיקר כמ"ש בזה. ועיין בגיטין דף נב. דיכולין אפטרופוסין למכור עבדים, והקונה קונה אותם לגמרי אף גופם, דהא מוציאם לחירות, א"כ מוכרח דלאו מדין הפקר ב"ד נגעו בה, אלא בית דין ידן של יתומים מהתורה. וראיה זו יש לדחות... אבל הראיה הראשונה מן התוספתא שרירה וקיימת דאיך יקנו בית דין ליתומים כיון שאין להם יד לזכות כלל, אלא דהעיקר כמ"ש דבית דין ידן של יתומים".

וכן בספר יד אברהם שעל גיליון שו"ע יו"ד סי' שה סעיף י' הסכים עם שיטת הש"ך ודחה קושיות קצות החושן. היד אברהם הביא את שיטת הש"ך והפני יהושע, וכתב בלשון זו:

"בקצות החושן סי' רמ"ג דחה ראייה זו דשאני חלוקה דיש לו בה חלק ואינו אלא גילוי מלתא, אבל בעלמא א"י לעשות להן מצוה הצריך שליחות בלא דעתו... וה"ה בית דין אינם יכולים לעשות שליח לקטן... ויש להביא ראייה לנקודות הכסף ממ"ש בתוספתא והעתיקה הרמב"ם... חש"ו שקנו להם בית דין עבדים, אוכלין בתרומה, וזה לא הוי זכות גמור כדמוכח בגיטין נ"ב וע"י אחר ל"מ שלא בפניו אף בגדול, דחשוב חוב כדאיתא בחו"מ סי' קצ"ה. וכן חרש ושוטה ודאי לא עדיפי מקטן וזכין להן בי"ד לקנאות לנשותיהן, אף שיש בזה חוב לאסור נשותיהן עליהן, אמרינן מסתמא ניחא להו, משום זכות דמצוה להוציא פרוצה. וכן זכו להשיאו אשה כדאמר בר"פ חרש ואע"פ שיש בזה גם חוב שאוסרים אותו בקרובותיה ונתחייב בשאר וכסות, וכ"ש בזמנינו שנאסר בכל הנשים, כדמה"ט ל"מ בקטן שיקדש לו אחר אשה, כמ"ש הנודע ביהודה חלק אה"ע סי' ס"ב, אלא ש"מ דבבית דין מהני. גם מש"כ קצות החושן לדחות ראית נקודות הכסף מהא דיש רשות לאפוטרופוס לתרום מנכסי יתומים ולא אמרינן אפשר דלא ניחא להו, דשאני תרומה דיש לכהן חלק בה ואינו אלא כחלוקה דהוי גילוי מלתא, מ"מ יש להביא ראייה ממ"ש תוס' גבי מעשר בהמה בשבת דף נ"ג דאפוטרופוס מעשר".

העולה מדברינו: שיטת הש"ך והפני יהושע שזכיה הנעשית לחרש שוטה וקטן באמצעות בית הדין מועילה מהתורה גם כשאינה זכות גמורה, ויש ראייה ברורה לדבריהם מבי"ד שקנו להם עבדים שאוכלים בתרומה דאורייתא. ואף שקצות החושן חולק על הש"ך, אך בספר פסקי הלכות יד דוד להג"ר דוד פרידמן ז"ל כתב שהעיקר כשיטת הש"ך, מכח הראיה הנזכרת וכן בספר יד דוד להג"ר יוסף דוד זינצהיים ז"ל ובספר יד אברהם.

כאמור, בספר ציץ אליעזר חלק ה' סי' כג, כתב לחזק הלכה זו של זכיה בנתינת הגט עבור הבעל על יסוד ההלכה דזכין לאדם שלא בפניו, וכתב:

"ובפרט היכי דנעשה הזכות ע"י בית דין, דיותר אלים זכות הנעשה בב"ד מזכות הנעשה שלא ע"י ב"ד, דסתמא דמילתא אדם מסכים ע"ד הב"ד".

הדברים מקבלים סיוע וחזוק משיטת הש"ך והפני יהושע, שכאמור היא השיטה העיקרית לדינא, ולשיטת הש"ך בית הדין מזכין אף אם הזכות אינה גמורה מכל צד.

האם רק "זכין לאדם" וכו' או אף זכין מאדם

לעיל הבאנו מדברי האגרות משה ששלל את הטענה שהזכיה בגט עבור הבעל היא בגדר "זכין מאדם" ולא "זכין לאדם". אך גם לולי סברת האג"מ וגם אם נדון זאת כ"זכין מאדם", להלן נראה כי אמנם דנו קדמאי בשאלה האם רק "זכין לאדם" וכו' או אף "זכין מאדם", אך לדינא נקטינן שאין חילוק, ובוודאי שכן ההלכה במקום עיגון.

נפתח בשיטת הסוברים שדוקא זכין לאדם. בספר מרכבת המשנה (שכבר הובא לעיל) בפרק ו' מגירושין כתב לחלוק על הסוברים שניתן לזכות מתן הגט עבור הבעל וכתב: "לא אמרו חז"ל אלא זכין לאדם ולא אמרו זכין מאדם, ואנן בעינן דעתו ושלוחו כמותו". וכן בקצות החושן סי' רמג סק"ח כתב:

"דלא אמרינן זכין לאדם שלא בפניו אלא היכא דזוכה המקבל באיזו דבר כמו במזכה חפץ לפלוני, או במזכה גט לאשתו דזוכה האשה בגט, או במפריש משלו. אבל מפריש משל בעה"ב אין זה זכות אלא ניחותא איכא, ושליחות לאו מתורת ניחותא הוא, ובעינן לדעתכם דוקא".

ועיין בספר עמק יהושע סי' כא שנטה כשיטה זו. ולשיטה זו נמצא יסוד בראשונים. בספר אור זרוע ח"ב הלכות פסחים סי' רכז שכתב בלשון זו:

"גבי שחיטת פסח, אחרי דגלי רחמנא שלוחו של אדם כמותו, מצי למישחט אפילו שלא מדעתו דהא זכות הוא לו. והכי אמרינן בירושלמי בפ"ב דקידושין אמר ר' זעירא א"ר אלעזר אדם שוחט פסחו של חבירו שלא מדעתו ואינו מפריש שלא מדעתו. אפילו לשמואל דאמר חטה אחת פוטרת את הכרי, אפ"ה יש לחלק היטב בין שחיטת הפסח להפרשת תרומה דאין אדם אוסר את שאינו שלו שלא מדעת בעלים. הלכך אינו תורם ואינו מפריש פסחו של חבירו שלא מדעתו, שאין בידו להוציא ממון חבירו מרשותו שלא מדעתו. אבל היכא שכבר הופרש לשם פסח מצי למישחט שלא מדעתו, שאינו מפקיע ממוניה בכך אלא זכות הוא לו ושפיר דמי".

לעיל הבאנו מתשובות הפוסקים שהסכימו להוראת החתם סופר לזיכוי גט עבור הבעל, ויסוד פסק דינם מיוסד על הלכה זו שאין חילוק בין זכין לאדם או זכין מאדם, ודלא כסברת מרכבת המשנה וקצות החשן. וכעת נברר בעז"ה, שרבו הסוברים שאין חילוק בין זכיה לאדם וזכיה מאדם, וכי זו השיטה העיקרית לדינא.

ראשית נציין שבעל קצות החושן גופיה כתב שדבריו הם בניגוד לדברי תרומת הדשן סי' קפח ופסק הרמ"א יו"ד סי' שכח סעיף ג' והט"ז שם שכתבו ביחס להפרשת חלה, שהגם שאין מפרישין חלה בלא רשות בעל העיסה, מיהו אם ידעין דזכות הוא לבעל העיסה, כגון שהיתה העיסה מתקלקלת, מותר ליטול חלה בלא רשותו, דזכין לאדם שלא בפניו".

בנוסף, בהגהות אמרי ברוך על ספר קצות החשן (שם) כתב על חידושו של קצות החשן: "אישתמיטן ליה דברי הרמב"ן בחידושו לגיטין דף נ"ב ע"א שמסיק התם שמדאורייתא ביד אפוטרופוס לעשר פירות היתומים מטעם זכין לאדם שלא בפניו, והמעין היטב בדבריו יראה שדעתו לאו דוקא אפוטרופוס אלא אף מי שאינו אפוטרופוס יכול לעשר מדאורייתא פירות היתומים מטעם זכין, "עי"ש שהאריך בשיטת הר"ן והרשב"א). וז"ל חידושי הרמב"ן מסכת גיטין דף נב עמוד א':

"הא דתנן יתומים שסמכו אצל בע"ה או שמנה להן אביהן אפטרופוס חייב לעשר פירותיהן, ואוקימנא להאכיל, י"ל דתקנת חכמים היא שהעמידו הפירות ברשות האפטרופוס כדי שיוכל לעשר ויאכילם והפקר ב"ד הפקר, דאי לא כיון דרחמנא מיעט כל תורם שאינו שלו היאך אוכלים יתומים טבל, וכן ממכרן להאכיל ממכר מתקנה זו, לפיכך מוכרין עבדים לאחרים ושחרורן שחרור, ולי נראה שכל מה שעושה האפטרופוס לטובת יתומים מה שעשה עשוי מן התורה דזכין לאדם שלא בפניו הוא, כדאמרינן בפרק האיש מקדש בלישנא קמא מנין שזכין לאדם שלא בפניו שנאמר נשיא אחד ונתם קטנים הו, ואקשינן ותסברא והא זכות הוא חובה הוא דאיכא דניחא ליה בהר ואיכא דניחא ליה בבקעה וכו', הא בזכות ודאי זוכין לו, ובלישנא בתרא אוקימנא מנין ליתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהן שב"ד מעמידין להן אפטרופוס שנאמר ונשיא אחד וחלוקה גופה מדין זכות הוא שזוכין להם לקטנים בחלוקה זו שלא בפניהם זוכין לאדם שלא בפניו נמי שמעת מינה, אלא דמפרש דכה"ג הוא חלוקה זכות, הלכך כל מה שצוו חכמים לאפטרופוסין לעשות זכות הוא, ומעשיהם קיימים מדין תורה, וכל שאין להם לעשות אין מעשיהם בו כלום".

וכן בחי' הר"ן במסכת גיטין דף (שם):

"ומוכרין בהמה עבדים ושפחות להאכיל, פי' כל מה שהוא לתועלתן של יתומים רשאי אפוטרופוס לעשותו, שמן התורה זכין לאדם שלא בפניו, כדאמרינן בפרק האיש מקדש בלישנא קמא מנין שזכין לאדם שלא בפניו שנאמר נשיא אחד וגו'".

מלבד זאת, הקשו על שיטת מרכבת המשנה וקצות החושן מדברי מהגמרא במסכת פסחים דף י"ג: מעשה באדם אחד שהפקיד דיסקיא מלאה חמץ אצל יוחנן חקוקא, ונקבה עכברים והיה חמץ מבצבץ ויוצא, ובא לפני רבי. שעה ראשונה אמר לו המתן, שניה אמר לו המתן, שלישית אמר לו: המתן, רביעית אמר לו המתן, חמישית אמר לו צא ומוכרה בשוק. מאי לאו לנכרים".

וכן בשולחן ערוך אורח חיים סי' תמג סעיף ב' כתב:

"ישראל שהיה בידו חמצו של ישראל אחר בפקדון, יעכבנו עד שעה חמישית, ואם לא בא בעליו ימכרנו לא"י".

ולפי שיטת מרכבת המשנה וקצות החשן כיצד השומר רשאי למכור את חמץ לגוי, אף שלא קבל הרשאה ויפוי כח למכירה זו. ודוחק לפרש שמלכתחילה על דעת כן נעשה שומר, כדי שימכור את החמץ בשעה חמישית.

ואמנם, עפ"י הלכה זו כתב החתם סופר חלק אה"ע ח"א סי' יא להסכים עם שיטת הרב מקארטשין שהביא מרכבת המשנה, (והובא לעיל), וכתב החתם סופר:

"המחבר מרכבת המשנה כתב עליו דזכין לאדם שמענו אבל זכין מאדם לא שמענו, כי הזכות בעבור הבעל לגרש אשתו הוי זכי' מאדם. ולפע"ד דבריו ברורים הם, הרי זכי' ילפי' רפ"ב דקדושין מנשיא א' למטה והתם לחוב ע"מ לזכות היא כמבואר שם. וכן הלכה רווחת למכור חמצו של חברו בשעה חמישית מטעם זכי' לאדם, אעפ"י דהוה זכי' ממנו לאחר והדבר פשוט ומוכן והאורך שלא לצורך".

הרי שהיה פשוט להחתם סופר שלא דוקא השומר יכול למכור את חמצו של המפקיד, אלא כל אדם יכול למכור את חמצו של חברו בשעה חמישית. וכן כתב בפשיטות בשו"ת פנים מאירות חלק ב' סי' נב, וז"ל:

"פעם אחת מכרה אם של בעל בית פרה מעוברת שלו לכותי בלתי ידיעתו. נראה דהוי מכירה משום דזכין לאדם שלא בפניו, ודומה לזה כתבו התוס' ב"ק דף ס"ט ע"ב בד"ה והצנועין דמחללין נטע רבעי ומעשר שני של חברו שלא מדעתו, דזכות היא לו, יעיון שם. וכן לענין חלה דאיתא ביו"ד סי' שכ"ה דאם זכות לבעל העיסה כגון שהיתה עיסה מתקלקלת מותר ליטול חלה בלא רשותו אף שאינו נעשה שליח בלתי רשותו לענין תרומה כמו דאיתא במסכת תרומות דף ל"ו ע"ב, ואפ"ה היכי דזכות הוא לו נעשה שליח שלא מדעתו. א"כ הכי נמי גבי בכור כמו כן גבי חמץ, אם לא היה בעל הבית בביתו ומכר איש אחר חמצו הוי כשלוחו כיון דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו. ועיין בט"ז ובי"ד סי' שנ"ב סי' ל"א ס"ק ט"ו מה שחידש שם על הרמב"ן. וכן כל זכי' מטעם שליחות, כמו שכתבו התוס' בפ"ק דגיטין דף י"א ע"ב ד"ה התופס לבעל חוב עיין שם".

וכן במהרש"ם ח"ב סי' קג כתב:

"בגוף הדבר כיון שהוא הפסד מרובה אצל הרבה אנשים יש לצדד לפמ"ש הפנים מאירות סוף סי' נ"ב דגם במוכר חמץ של אחרים מועיל משום דזכין לאדם שלב"פ, והביא כמה ראיות מהתוס' ב"ק (דף ס"ט ע"ב) בהא דמחללין נטע רבעי ומעשר שני של חברו שלא מדעתו, וגם מהא דיו"ד סי' שכ"ה ונדרים (דף ל"ו) וכמה דוכתי ע"ש, וה"נ בזה. ואף דיש לדון בזה ע"פ דברי הקצה"ח סי' רמ"ג סק"ח וסי' שפ"ב סק"ב, וכבר הבאתי בתשובה אחת בענין זה מדברי תשובת ברית אברהם אבן העזר סי' ק"א ונאות דשא סי' ל"ט ושו"ת דברי חכמים סי' ק"ט. ועכ"פ לדינא בשעה"ד כזה יש לסמוך על דברי הפנים מאירות".

אמנם, ביחס להערה על דינו של הקצות מהסוגיא בפסחים דף יג: ניתן לישב בדרך המבוארת בחזו"א אה"ע סי' מט ס"ק יא שכתב:

"ראיתי בשם ספר ברית אברהם שחולק על הקצה"ח מהא דמוכרין חמצו פסחים י"ג א', ומיהו התם מודה הקצה"ח דאיכא זכית מעות עבורו".

דהיינו מתוך שזכין לאדם שלא בפניו את המעות שהתקבלו ממכירת החמץ לגוי, נקנה החמץ ויוצא מרשותו של המוכר שלא בפניו. אך עדיין ראיית החת"ס שרירה וקיימת מההלכה הרווחת למכור חמצו של חברו בשעה חמישית מטעם זכיה לאדם, אעפ"י דהוה זכיה ממנו לאחר, וכידוע במכירת חמץ הנהוגה, בעל החמץ אינו זוכה בדמי החמץ. ועיין במג"א סי' תלו ס"ק יא שאפשר למכור חמצו במכירה הנהוגת גם שלא בידיעת בעל החמץ, ועיין בספר אמרי יושר ח"ב סי' כג שציין לדברי המג"א הללו.

וכן בספר ח"י רבי שמעון שקאפ עמ"ס קידושין סי' יט דחה את דברי קצות החושן. לאחר שדחה ראיותיו, כתב:

"מניין לנו לבדות מעצמנו כללים מחודשים כאלה, דהרי גם בגר קטן מטבילין אותו על דעת בי"ד משום דין זכי', אלא ודאי דליכא שום חילוק בדיני זכיות אם רק יש לנו אומדנא שהדבר זכות למי שעושים בעבורו, מהני דין זכי' בכל מקום, בין זכין מאדם או לאדם".

והנה המג"א סי' תרנח סק"ג כתב: "אין אדם יוצא כו' – אם אין האיש בביתו ונתנה האשה הלולב לאחד מאוהביו או קרוביו במתנה, נ"ל דלא יצא דשמא ניחא ליה למוכרו על יום אחד. ולמוכרו נ"ל דשרי דזכין לאדם שלא בפניו", ובספר חיי אדם כלל קנב ס"ז העתיק דבריו להלכה, וכן הובא במשנה ברורה בשער הציון סק"ט. ועיין בספר ערך שי חלק חו"מ סי' שנה להוכיח מדברי המג"א דאמרינן זכין וכו' אף להקנות מרכושו שלא מדעתו כשזוהי זכות עבורו. והדברים עולים בבירור מדברי המג"א שלא תלה ההיתר בכך שלאשה רשות למכור כדין נושאת ונותנת בתוך הבית וכיוצ"ב כמו שכתבו כמה אחרונים, אלא המג"א קבע הלכה זו על דין "זכין לאדם שלא בפניו. ועיין בספר ערך שי חלק אה"ע סי' לה שהביא מדברי המג"א והחתם סופר, וכתב שהיה מקום לחלק בין זכין מאדם בדרך המבוארת במג"א, לזכין בגט עבור הבעל בדרך המבוארת בחתם סופר, על יסוד ההבחנה דשבמכירת חפץ של אדם אחר בלא ידיעתו, מאחר שבעל החפץ זוכה בכסף שהוא ערכו של החפץ, מיגו דזכי בכסף מהני זכיה להוציא ממנו את החפץ, (ולעיל ראינו שבדרך זו יישב החזו"א קושית הברית אברהם על קצות החושן מהסוגיא בפסחים דף יג). משא"כ בזכיה בגט שזו זכיה שהבעל רק מוציא מרשותו בלבד בלא לקבל תמורה. אך הוסיף הערך שי:

"בערך שי לחו"מ סי' שנ"ח הוכחתי דכמו דזכין לאדם שלא בפניו שיקנה, ה"נ זכין לו לקנות משלו אף דלא מקבל מחיר. וכן מוכח מקידושין דף מ"ו בהא דפיתה לשם קידושין דס"ל לרב יוסף דא"צ קידושין אחרים כשנתרצה האב כששמע, וחלו קידושי ביאה למפרע, וכמ"ש אבני מילואים לקמן סי' ל"ז סק"ב. והרי בכיאה אין זוכה האב כלום, מ"מ קונה המפתה אותה כיון דנתרצה האב כששמע והוכיח סופו על תחילתו דזכות הוא לו".

ולפי דרכו מאחר ולדינא בכל גיוני זכין מאדם גם כשאינו מקבל תמורה באותה עת, על כן זהו היסוד לדינו של החת"ס גם ביחס לזיכוי גט עבור הבעל, הלכה שהתבארה לעיל בהרחבה.

וכן בחזו"א אה"ע סי' מט סק"י האריך לתמוה על שיטת קצות החושן, ובאר שבתורם משל חבירו על חבירו לא מהני שאין זו זכות "דבירו להפריש בכל שעה ע"י עצמו או ע"י שלוחו, ולא ניחא ליה לבעל הבית בסתמא שיהיו אחרים עושין בשלו שלא מדעתו". משא"כ בתורם משלו על של חבירו, מסתמא לחבירו ניחא.

החזו"א הביא כמה ראיות להוכיח שאין חילוק בהלכה זו של זכין לאדם בין זכין לאדם או זכין מאדם. ובתוך דבריו כתב: "גם מש"כ קצות החושן שם דבגט משום שזוכה בגט, תמוה, שאין הזכות מה שזוכה בגט אלא מה שמתגרשת".

הרי מאחר ולדעת הרבה ראשונים שחלקו על שיטת רש"י במסכת גיטין דף עז לא מהני שהאשה תזכה בגט בקנין אגב, אלא מתגרשת דוקא כשנתן בידה או בחצרה או ביד שלוחה, ואפ"ה מהני זכיה בגט עבורה, במקום שהגירושין הן זכות גמורה עבורה, גם אליבא דהסוברים דזכיה אינה מטעם שליחות. הרי בהכרח כמ"ש החזו"א שהזכיה אינה בגט גופו, אלא בגירושין, למרות שאינה זוכה בדבר ממש. אלא שבמקום שהדבר זכות הוא לה, ניתן להסדירו על ידי אחר מכח ההלכה של זכין לאדם וכו' למרות שבכך מוציאין אותה מבעלה.

וכן עיין בספר באר יצחק (או"ח סי' א') שהאריך לדחות את דברי מרכבת המשנה, וכן בספר חלקת יואב אה"ע סי' יא סק"ה. ועיין בספר מעדני ארץ על שביעית בקונטרס אפרושי מאיסורא סי' א' סק"א הביא דעות הפוסקים המסכימים שלא כדעת מרכבת המשנה. וכן בשו"ת ברית יעקב חלק אה"ע סי' סז דחה דברי מרכבת המשנה והוכיח שבמקום שזו זכות גמורה יכולים

לפעול עבורו מדין "זכין" וכו', גם כשאינו מקבל דבר. וכן כל הפוסקים שהובאו לעיל והסכימו לזיכוי גט עבור הבעל, פסקו כן לאחר שלא הסכימו עם סברת מרכבת המשנה.

ובספר אמרי בינה דיני תרומות ומעשרות סי' ו', לאחר שדן בשיטת קצות החשן, כתב:

"לענ"ד מוכח דגם דעת הרשב"א דזכות גמור אף אם אינו מוכה לו שום דבר, מהני מטעם דהוי כמו שליח מדעת. דהא הרשב"א רפ"ב דקידושין כתב להוכיח מהך דנדרים להך צד ואין צריך דעת זכין לאדם שלא בפניו ע"כ דזכיה הוא מטעם שליחות, דבתרומה שליחות כתיבא בה, ואי לאו דחשיב שלוחו לא היה יכול לתרום אף דזכות הוא לו, ע"ש. ולכאורה סותרין דבריו למ"ש בנדרים דתורם משלו על חבירו לא בעי שלוחו לדעתו, אלא בתורם משל בעל הכרי על של בעל הכרי... א"ו מוכרח דדעת הרשב"א דכיון דכתיב בתרומה גם אתם בעי שליחות לדעת, בין אם תורם משל בעל הכרי בין אם תורם משלו על של בעל הכרי, דהא לא מוכה ליה שום דבר רק זכות הוא לו להפקיע כריו מידי טבלו ואינו נפקע רק מתורת שליחות... ואם ידענו בבירור ואנן סהדי דלית ביה שום צד חוב וניחא ליה בעת שתורם, כמו אם תורם משלו, הוי כשליחות מדעת דאנן סהדי... וממילא בנידון דתרומת הדשן דמפני חשש שלא תתקלקל העיסה, כיון דאנן סהדי דניחא ליה לבעל הבית, מהני אף שתורם משל בעל הבית, דזכיה אף דלא מוכה שום דבר רק מידי דזכות מצינו דמהני אף במקום דאינו מוכה לו בשום דבר חדש, כמו בסוטה דף כ"ה דבית דין מקנאין שלא מדעת הבעל דאנו סהדי דניחא ליה... הרי אף דניחא ליה לחוד, מהני בתורת שליחות. וכן אף בתורם משלו על של בעל הכרי אינו מוכה לו בשם דבר חדש, מדמותו במודר הנאה, ועי"ש בר"ן דהוי רק כפורע חובו. רק כיון דאנו סהדי דניחא ליה נעשה ממילא שליח... היכא דהוי זכות גמור גם הרשב"א מודה דמהני בתורת שליחות דהוי כשליח מדעת, וכמבאר מדברי הרשב"א קידושין הנוכח, וזה פשוט וברור".

וכן בספר שרידי אש ח"ג סימן כה אות ג' כתב שכן היא דעת התוספת ביבמות דף קיג ע"א לגבי חרש שהיה בשכנותו של רב מלכיו והשיאו אשה וכתב לה ארבע מאה זוזי מנכסיה, והעירו בתוספות שם מה ששיעבד בכתובה שעבוד קרקע, למרות שהחרש אינו רומז ונרמז בקרקעות, משום שהיה לו אפוטרופוס וגם זכין לאדם שלא בפניו, הרי שמטעם זכיה יכולים גם לזכות מאדם לאחרים, וכתב שמצא ראיה זו בספר עמק יהושע.

ובספר יד אליהו (להג"ר אליהו האנעליש ז"ל) סי' יב כתב:

"סובר הקצות החושן דיש חילוק אם על ידי הפעולה שעושה חבירו, זוכה הלה באיזה חפץ או האשה בגט, אמרינן זכין שלא בפניו. אבל אם אינו זוכה בשום דבר רק ניחא לי', בזה לא שייך זכין ובעיני שליחות גמורה, דשליחות לאו בתורת ניחואתא הוא ובעיני לדעתכם. וסברא זו הוה כעין הסברא שבמרכבת המשנה שדחאה החתם סופר דלא אמרינן רק זכין לאדם כו'. אך אנו עניי הדעת החובה עלינו לילך בדרך השו"ע ומפרשיו שפסקו כתרומת הדשן... ויש להביא ראיות דמהני זכיה אף בדבר שמפקיע מרשותו. עיין אבן העזר סי' ל"ז סעיף י"א לענין קטנה או נערה שקידשה עצמה שלא לדעת אביה, ואח"כ כששמע נתרצה הוה קידושין לדעת הר"ן למפרע. ואיתא בר"ן הטעם דכל אדם רוצה להשיא את בתו ומצוה או דרמיא עלי' וזכין לאדם שלא בפניו. ושיטת הרא"ש נמי דמקודשת למפרע מטעם זכות, ושיטת הריטב"א בנערה כן, ועיין באבני מילואים הקשה על שיטתם מדברי והרשב"א הנ"ל ואזיל לשיטתו בפירושו בדבריהם בקצה"ח כמציין שם לעיין בקצה"ח, ולכן הניח הדבר בצ"ע. ולפי המבואר לעיל הפי' בדבריהם דבעיני זכות גמור. ה"נ י"ל הואיל ומצוה רמיא והיא חפיצה בו הו"ל זכות לגבי'. ונמצא העולה מכל הנ"ל דגם זכין מאדם אמרינן. ועי' רמב"ן במס' גיטין דף נ"ב דכתב לענין יתומים שסמכו אצל בעל הבית דחייב לעשר פירותיהם להאכיל, כתב הטעם שכל מה שעושה האפוטרופוס לטובת יתומים מה שעשה עשוי מן התורה, דזכין לאדם שלא בפניו, וזהו גם כן שלא כדברי הקצה"ח הנ"ל,.... זהו מה שהעלתה דעתי העני' להסכים בהיתרא דהאי גברא בהשלת הגט".

וכן בספר מנחת אשר (להגאון רבי אשר וייס שליט"א) עה"ת במדבר סי' מ' כתב להוכיח דלא כדעת קצות החושן וז"ל:

"ועוד יש להוכיח דמהני זכין מאדם מהמבואר בתוספתא פי"א מב"ב דכותבין פרוזבול שלא מדעת מלוה לכו"ע, ולא נחלקו אלא אם צריך דעת לזה, הרי דמדין זכיה מוסרין שטרות המלוה לכו"ד והוי זכין מאדם... דעת רוב הראשונים והאחרונים דכל דין פרוזבול מסירת השטרות לכו"ד הוא, ולפי"ז יש ראייה ברורה דמהני זכין מאדם שלא בפניו... ועוד ראייה דמהני זכין מאדם יש להביא מב"ב ל"ט ע"ב דכותבין שטר מודעא ומחאה ואין צריך לשאול, וברשב"ם שם דהוי משום דזכין לאדם שלא בפניו, עי"ש".

ובספר שמיטת כספים כהלכתה (להגאון רבי ש.א. שטרן שליט"א) עמ' עז הביא הוראת החזו"א שאם אין המלוה יכול לעשות פרוזבול בעצמו, אדם אחר יכול לעשות עבורו פרוזבול שלא מדעתו, מדין זכין לאדם שלא בפניו. וכן בספר שבט הלוי חלק ז' סי' ריח כתב שאפשר לכתוב פרוזבול עבור אדם שלא עשה פרוזבול מדין זכין. וז"ל:

"אשר שאלתם עבור אלה שבודאי לא יכתבו פרוזבול שהם רחוקים מיהדות ויש להם בנים שנתקרבו ליהדות ורוצים להצילם מלא יגוש באיסור, אם מותר לכתוב פרוזבול עבורם שלא מדעתם, מדין זכין שלא בפניו או דילמא שמא זכי' לא מהני להקנות ממון חבירו ממנו. אומר בקיצור בספרי אחרונים רמזו ע"ז על תוספתא פי"א מבבא בתרא וז"ל האו"ז הגדול בפסקי ע"ז סי' ק"כ, ותניא בתוספתא ב"ב גורי דיינין ופרוזבולין שלא מדעת שניהם רבי אומר אומר אני שאין כותבין פרוזבול אלא מדעת המלוה וכו' וכתב באו"ז דעת הלוח לכו"ע לא בעינן כי פליגי בדעת המלוה, דדילמא דעתו שתהא שביעית משמטת כדי לקיים מצות עשה וכו' ע"כ, הרי מוכח דעת האו"ז דכל עיקר דאין כותבין מדין זכין החסרון אינו מדין הקנאה רק דדילמא לא הוי זכי' גמורה, דברצונו לקיים מצות שמיטה כהלכה ולוותר על המלוה, ולפי"ז יוצא באלו הרחוקים מהדת דדבר פשוט שאין להם שייכות והשגה למצוה ובודאי יעבור אז מותר לעשות פרוזבול להם דרך זכי'. וכיו"ב מצינו בהל' גיטין לענין זכוי גט לבעלת עבירה דאעפ"י דבעלמא לא מהני מדין זכי' מ"מ במקרה כזה מהני, ואעפ"י שעדיין צלע"ק מ"מ הכי נוטה".

יצוין, כאמור בדעת האו"ז, משמע דלא כקצות החושן, ואינו מתיישב עם דברי או"ז הנזכרים לעיל.

ובספר משפט כהן סי' קנ עמ' שס כתב הרצ"י הכהן קוק ז"ל:

"בנוסח שטר המכירה לנכרי, שסודר ע"י הרבנות הראשית לא"י ביום י"ג מנ"א תר"ץ, וחתמו עליו אאמו"ר הרב זצ"ל ויבל"ח הרבנים ר' צבי פסח פרנק ור' בנימין אלקוצ'ר, נוספו עוד דברים אלה: וגם זאת החלטנו ופסקנו עם הקונה הנ"ל, שבכלל המכירה והשכירות ומסירת השעבודים הנ"ל נכללים ג"כ כל הקרקעות והצמחים וכל גידולי הקרקע והעציצים הנ"ל של כל בני ישראל שבאר"י, בין אותם שחתמו בעצמם על ההרשאות הנ"ל, בין ע"י ב"כ ושלוחיהם ושלוחי שלוחיהם כנ"ל, ובין אותם שלא חתמו על ההרשאות הנ"ל, והם יצטרכו מאיזו סיבה שהיא לעשות איזו עבודה האסורה ע"פ ד"ת בשביעית, או שיצטרכו להתנהג עם הפירות והגידולי קרקע הנ"ל באיזו הנהגה האסורה ע"פ דת תוה"ק בפירות שביעית, הננו בזה מזכין אותם שלא בפניהם, כדין זכין לאדם שלא בפניו, להצילם מאיסורי שביעית, ומוכרים אנחנו ומשכירים ומוסרים את כל עניני הזכויות של השעבודים שתחת ידי האנשים הנ"ל להקונה הנ"ל, בכל תוקף דרכי המכירה וההקנאה הנ"ל, וכל זמן שלא ימחו אלה האנשים שלא חתמו על ההרשאות הנ"ל, כל מעשינו בעדם בכל עניני המכירה, השכירות והמסירה הנ"ל, קיימים בכל תוקף".

הרי שלמנסחי שטר המכירה לגוי, היה פשוט שהלכה למעשה נקטינן שלא כדעת קצות החושן.

מסקנת הדברים: רבו מאד הפוסקים שלא הסכימו לשיטת מרכבת המשנה וקצות החושן, וקבעו שכלל שהמעשה הוא זכות עבור אותו אדם ניתן לעשותו עבורו, בין אם מכניסים דבר לרשותו או להיפך. שיטה זו מיוסדת על שיטת הרמב"ן והר"ן, תוספות והרא"ש, וכן תרומת הדשן שהביאה הרמ"א להלכה. כאמור כך היא סוגיא דעלמא במכירת חמץ ובשטר מכירה בערב שביעית ובפרוזבול. וראיית קצות החושן מדברי הרשב"א, לא התקבלה על ידי האחרונים מאחר והחילוק בין מפריש משלו על של חבירו או משל חבירו על של חבירו הוא החילוק בין זכות או חובה, ולא בין זכין לאדם לעומת זכין מאדם.

על כן הלכה למעשה ובוודאי במקום עיגון, אין פירכא על הלכה זו של זיכוי גט לבעל מפני שיטת מרכבת המשנה וקצות החשן.

סיכומו של דבר, לפי דרכו של הגאון רבי צבי פסח פראנק ז"ל בכמה ממשניותיו בספר הר צבי, היסוד העיקרי להיתר הוא ביטול הקידושין מפני שבנסיבות אלו שבעל נפגע והפך ל"צמח" ואינו יכול להיחשב "בעל כל דהו", ובהעדר יכולתו לתת גט האשה מעוגנת עיגון גמור, כמבואר בתשובה סי' קלג. אך אין זה היתר הלכה למעשה באיסור החמור של אשת איש, ובצירוף האמור בתשובה סי' צח, זיכוי הגט משלים את ההיתר במקום עיגון.

גם אם דרכו של הגאון רבי צבי פסח פראנק ז"ל בסי' קלג אינה מוסכמת, עכ"פ אינה יותר מספק אשת איש, מפני ספיקא דדינא של מחלוקת מהר"ם (כפי שהובא בהגמ"ר) ורש"י, ועכ"פ שיטות גדולי הפוסקים מתשובת הרד"ך עד לתשובת הר צבי, וכמפורט לעיל, מותרות אותה במצב שאינה יותר מספק אשת איש. וביחס לספק אשת איש קיים יסוד ברור לזיכוי גט לבעל שוטה עפ"י שיטת החזו"א שקבלה סיוע רחב כאמור. מה עוד שנסיונות דנן הבעל מאושפז ומקבל כל צרכיו מבית החולים ואין לו כל נפקא מינה בהיותו נשוי לאשתו. בכל מקרה, עקב הספק אשתו אינו מחוייבת לו בכל חובה שאשה מחוייבת לבעלה, ואינה מחוייבת להתאבל עליו לאחר מותו. ובנוסף היא ויתרה על הכתובה, וכאמור גם הוסדרה צוואה כך שאין לבעל כל נ"מ ממונית מהגירושו.

התייחסות להשגות תלמידי חכמים שהעירו על פסק הדין

טיטת פסק הדין הנוכחי היתה לעיני כמה תלמידי חכמים מופלגים שהתבקשו לעיין ולהציג את חוות דעתם. חלקם הביעו הסכמה בכתב או בעל פה, וחלקם העלו השגות, ומתוך דברינו הנזכרים התיישבו השגותיהם. למרות זאת, להלן נתייחס במישורין לכמה מההשגות שהציגו על האמור לעיל.

הערה ראשונה, טענו כי מאחר ובמשנה במסכת יבמות פרק חרש (דף קיב:) נקבע "נתחרש הוא או נשתטה אינו מוציאה עולמית", ולא מצאו לדון היתר זיכוי גט, אין מקום לזיכוי בנידון דנן.

אך אין יסוד להנחה שבכל שוטה בעלמא זוהי זכות עבורו להתגרש וניתן להסדיר גט עבורו באמצעות זיכוי הגט. אדרבה להיפך, בכל שוטה מכל סוג, טובתו היא שאשתו לא תיטוש אותו במצבו זה שהוא זקוק לטיפול ותמיכה, ויש לו תועלת בטיפול ותמיכה. ואינו דומה לנידון דנן שהבעל מאושפז בקביעות בבית חולים שבו הוא מקבל את כל צרכיו וגם מצוי במצב שלא חלי ולא מרגיש אם אשתו נשואה לו או לא, וכל קיומה אינו משמעותי עבורו, ולפי המבואר, גם אשתו כבר אינה ודאי אשת איש.

ואינו רחוק לפרש המשנה בסתם שוטה ולא במקרה חריג כאמור, שבעבר הרחוק כלל לא היה מצוי. ועיין ירושלמי פ"ז דגיטין "אם היה פקח ונתחרש כותב ואחרים מקיימין כתב ידו... והא מתני פליגא נתחרש הוא או נשתטה אינו מוציא עולמית, ויכתוב ויקיימו אחרים כתב ידו. קיימניה בשאינו יודע לכתוב." וע"ע בבית מאיר אה"ע סי' קכא ס"ו וחת"ס אה"ע ח"ב סי' קנ שעל יסוד דברי המשנה הנזכרת דחו שיטת הנודע ביהודה (שהביא הפת"ש אה"ע סי' קכא סק"ה) שגדול עומד על גביו יועיל לאפשר לשוטה לגרש אשתו, אך היינו מפני שלפי דרכו של הנודע ביהודה, בסתמא כל שוטה יוכל לגרש בדרך זו של גדול עומד על גביו, ודבר זה נסתר מדברי המשנה, אך אינו דומה למקרה חריג כנידון דנן ובנסיבות שזוהי זכות עבורו להתגרש. על כן האחיעזר בתשובתו הנזכרת לא חשש לדון דין זכיה בגירושו עבור בעל שוטה, וכן עולה מדברי החזו"א אה"ע סי' מט וסי' פו הנזכרים לעיל.

כמו כן העירו על פסק דין זה מדינו של מגוייד או צלוב וכיוצ"ב שבלא ציווי לכתיבת גט אין כותבים ונותנים, אך כמובן שגם באדם המצוי במצב כזה, אין הצדקה שייקבע כי באותו רגע זוהי זכות עבורו להיות גרוש,

מאשתו. אדרבה אם אשתו תהיה לידו בשעתו הקשה הזו, ולא תתגרש, יש בכך סיוע ותמיכה רבה עבורו. וכן בסתמא בבעל שהלך למדינת הים ודנו הפוסקים אם יועיל שיכתוב כתבו ותנו, אין כל יסוד לקבוע שהגירושין מצד עצמם הם זכות עבורו.

עלתה השגה שעל פי שיטת מרכבת המשנה וקצות החושן אין אומרים זכין להוציא מאדם אלא להקנות לו. וכבר התבאר כי רבו מאד החולקים על שיטה זו וכתב החת"ס שהלכה רווחת למבצע מכירת חמץ ללא הרשאה מפורשת, וכך היא סוגיא דעלמא ובוודאי שכן הלכה למעשה במקום עיגון.

עלתה השגה שאין יסוד לזיכוי גט עבור הבעל אלא לאחר שהבעל גילה דעתו שברצונו לתת גט וכי הביאור בדברי החתם סופר בתשובה חלק אה"ע ח"א סי' יא הוא שגילוי הדעת מצטרף לעצם הזכות. אך זכות בלבד בלא שהיה גילוי דעת מפורש, אינה יכולה לאפשר זיכוי מתן הגט עבור הבעל. אך אין יסוד לביאור זה. בנידון החת"ס נאמר חידוש גדול לקבוע שזוהי זכות עבור הבעל לתת גט כשהוא אינו לפנינו ואין ידוע מה דעתו, על כן קבע החת"ס שזוהי זכות, קביעה המיוסדת מתוך צירוף כמה נימוקים, גילוי הדעת ואי רצונו של הבעל לעבור על חרם דר"ג. אך מקומו של גילוי הדעת הוא רק כדי לבסס את הקביעה שזכות היא לבעל להתגרש. שהרי בבעל שוטה אין כל ערך בגילוי הדעת שהביע הבעל בטרם היה שוטה, כמ"ש החזו"א באה"ע סי' פ"ו סק"ג וסי' מט סק"י שאין הסכמת הבעל בהיותו פקח מועילה ביחס לזמן שהוא כבר שוטה. אע"פ כן הבאנו מדבריו שאם זו זכות גמורה יועיל זיכוי, וכן קבע האחיעזר ח"א סי' כט סק"ו הנזכר לעיל שמועיל זיכוי גט עבור הבעל השוטה, ובאר – "באומר מפורש כל הרצאה לכתוב גט לאשתי יהי' שלוחי ה' מועיל, וא"כ בזכי' אנן סהדי דהוי כמו שאמר מפורש.", ולעיל בארנו שציווי פקח שנשתטה, בעת היותו שוטה כבר אין ממש בציווי זה.

ואכן זוהי טיבה של ההלכה זכין לאדם שלא בפניו, מכוח הזכות וגם ללא גילוי דעת יחשב כאילו ציווה בפירוש. אמנם גילוי דעת מפורש אך בהעדר מינוי סופר עדים ושליח למתן הגט ובלא שהדבר זכות בעצם הדבר, אינו יכול להועיל, כי בלא שניתן הכח המועיל לסופר לעדים ולשליח, לא יוכלו לכתוב לחתום ולתת. וגם לאחר גילוי דעת גרידא אין כל יסוד להניח שזו זכות עבור הבעל בעת כתיבת הגט ונתינתו. וכמו שכתב הג"ר א"ז ציוני ז"ל בתשובה הנזכרת לעיל: "כיון שנסתלק תורת שליחות תו לא מהני מצד זכיה, דאמרינן שמא חזרה בה, כן אמרינן גבי בעל". לכן גם בנידון הגט בבית הדין בחיפה הנזכר לעיל שדנו בזמנו גדולי הפוסקים, לא יכלו לקבוע את הזיכוי רק על יסוד גילוי הדעת, אלא גילוי הדעת חיזק את הקביעה שזוהי זכות עבורו. והדברים מבוארים ומפורשים בדברי הגרי"ש אלישיב ז"ל בספר קובץ תשובות ח"א סי' קעז, עי"ש סק"ט שקבע שגילוי דעת אינו יכול להועיל בלא שתבסס הקביעה שהגירושין הם זכות ברורה עבור הבעל.

ובעיקר הענין שכתב הגרי"א הרצוג ז"ל שאין מקום לחידוש זה של זכיית גט בכתיבה וחתומה עבור הבעל, היינו באותם נסיבות שהזכות אינה חלוטה וברורה ויש בה ספקות. ואכן אין זו הדרך במקרים רבים העולים תדיר על שלחן בתי הדין. אך בנידון דנן, שהנסיבות הן כמתואר לעיל, מאחר ובית הדין הגיע למסקנה שנמצא היתר נכון על פי ההלכה לעגונה שכבר ישבה בעיגונה קרוב לשבע שנים, הדרישה להתעלם מהיתר זה, ולהותירה בעיגונה, אינה יכולה להתקבל, ויש בה סכנה גדולה יותר מאשר הסכנה הנטענת ביחס לפסיקה הנוכחית, עם כל החידוש שבה, ועיין באגרות משה חלק אה"ע ח"א סי' קיח בתחילת התשובה במה שהביא מירושלמי פרק בתרא דיבמות.

מסקנה

עפ"י האמור ובצירוף כל האמור לעיל, ביום תענית אסתר תשע"ד, שהוא יום צום הראוי למתן גט מסוג זה, מתוך תפילה לסייעתא

**דשמיא שלא תצא תקלה תחת ידינו, האשה זומנה לבית הדין
ובאמצעות בית הדין זיכינו עבור הבעל את הגט בכתיבה חתימה
ומסירה לאשה.**

ניתן ביום כ' באייר התשע"ד. (20/05/2014)