

שו"ת אגרות משה אבן העזר חלק ג סימן מו

בנודע שהיה שוטה גם קודם הקידושין ז' ניסן תש"ל. מע"כ ידידי הרב הגאון המפורסם מהר"ר יהודה לעווין שליט"א הגאב"ד מאסקווא.

הנה בדבר האשה בת עניים שהטעה אביו של אחד שהוא שוטה מקטנותו כל הזמן, את אביה ואמה של האשה ואת האשה עצמה שהביא את הבחור לפנייהם בבגדים נאים והביא מתנות גדולות שלכן לא דקדקו כל כך ולא הכירו לפי שעה איך שהוא שוטה ועשו תיכף חו"ק, ואחרי זה תיכף התחיל להראות מעשה השטות שלו לשבור כלי הבית ולהכות אותה ונפרדו תיכף ע"י המלכות בהגישה קובלנא לפנייהם, ואירע שנהרג כי רדף בשגעונו אחר אחד באבן גדולה והנרדף הכהו בעץ ומת, אבל יש לו אח ואינו רוצה בשום אופן ליתן חליצה, ושלחו גב"ע איך שהוא אמת שהיה משוגע כל הימים וכפי הנראה לא היה שפוי בדעתו גם בשעת הקידושין רק שהיה במצב ששייך להטעות במקום שאין מכירין לפי שעה, ואף אם היה שפוי בדעתו נמי ודאי אם היתה יודעת שהוא שוטה ברוב הזמן לא היתה מתרצה, הרי נמצא שהנידון הוא בשנים, חדא מעצם הקידושין מאחר שיותר נוטה שגם בשעת הקידושין היה שוטה ולא חלו הקידושין, ואף אם נימא שהיה שוטה רק לדבר אחד שהוא לשבור כלים ולרדוף אחרי אנשים לזרוק בהם אבנים וכדומה, הרי לשיטת התורה גיטין סימן קכ"א סק"ה בסופו גם שוטה לדבר אחד הוא בדין שוטה שאין קידושיו קידושין עיי"ש, אבל אני בארתי בתשובתי בספר אגרות משה חלק אבה"ע סימן ק"כ שאם לענין קידושין הוא פקח דינו כפקח לזה שקידושיו קידושין דלא כתו"ג עיי"ש, אבל הרי מהנהגתו ניכר שהוא שוטה גם לענין אישות דהרי תיכף התחיל להכותה כמו שעושה לאחרים ונמצא שאינו יודע מה היא אשתו לו, אף בשעת עיקר החביבות דבעל לאשתו, ונמצא שלא היו קידושיו קידושין אף למאי שכתבתי דלא כתו"ג. ועוד אף אם נימא שאיכא ספק קצת שמא היה שפוי בשעת הקידושין ותיכף נשתטה עוד הפעם נמי הוא מום גדול שלא ידעה מזה ותיכף כשנודעה נפרדה ממנו ובאת בקובלנא לפני המלכות שיפרידו אותם, ובארתי בתשובתי שם בסימן פ' ולעיל מזה בסימן ע"ט שבממין גדולין כאלו הוא טעות אף לאשה שיש בה ענין טב למיתב טן דו עיי"ש, ויש לסמוך ע"ז למעשה כשא"א להשיג גט, וכ"ש בעובדא זו שהוא רק לענין איסור יבמה לשוק שיש לסמוך על זה, ובפרט שיותר נוטה שלא היו קידושיו קידושין כלל, ולתו"ג הא ודאי אינם קידושין ולכן יש להתירה לעלמא לע"ד.

2. The importance of halacha lma'aseh

שו"ת משיב דבר חלק א סימן כד

וע"ד אשר הציע מע"כ נ"י דעת אביו הגאון זצ"ל שלא להדפיס תשובותיו אשר השיב הלכה למעשה מטעם שאין לסמוך כ"כ על התשובה כמו על מש"כ בדרך לימוד אותו ענין, והקיף הסוגיא על בוריה יותר ממה שמקיף הענין בעת שבא לשואלו דבר וסמך דבריו על מה שהסכימו הפוסקים לסמוך על פסקי הרא"ש יותר מעל תשובותיו, וסיים עוד מה שאמרו חז"ל אין למדין הלכה מפי מעשה זה תורף דברי מע"כ נ"י בשם אביו זצ"ל:

אולם לדעתי הדלה אין הדברים נכונים כלל בטעמים ואדרבה בשעה שמשיבים הלכה למעשה באים לעומק הענין יותר ממה שבא הענין בדרך לימוד וגם סייעתא דשמיא עדיף בשעת מעשה וכבר אמרו חז"ל במס' כתובות (דף ס ע"ב) דסייעתא דשמיא מהניא טובא להוציא הוראה כהלכה, והכי אי' בב"ב (דף קל ע"ב) אין למדין הלכה לא מפי לימוד ולא מפי מעשה עד שיאמר לו הלכה למעשה ועי' בפ"י רשב"ם, וכן בסנהדרין (דף פו ב') לענין זקן ממרא שנה ולמד כדרך שהיה לומד פטור ואם הורה לעשות חייב אלמא היכא דהורה לעשות עדיף. והא דהסכימו הפוסקים דסומכין על פסקי הרא"ש ז"ל יותר מעל תשובותיו במקום שמחולקין אין זה מסברא אלא מגמרא מפי בנו רבינו יהודה ז"ל ומסתמא ידע בנו זצ"ל דהפסקים היו מאוחרים לתשובותיו וחזרו בו רבינו הרא"ש ז"ל לדע שהראנ"ח בתשובה ח"א (סי' מ"ו) כתב שאם יודעים שחזר מפסקיו לתשובה עיקר אלמא דעיקר הטעם דמסתמא הענין להיפך דחזר מתשובה לפסקים:

הא מיהא דתורה היוצא בשעת תשובה למעשה עדיף ומכוון יותר לאמת ממה שיוצא בדעת האדם בשעת הלימוד, וכמה גאונים שלא רצו להדפיס תשובותיהם שהשיבו, הוא מטעם אחר. דבשביל שיש לסמוך על התשובות ביותר והם לא רצו שייסמכו על דעתם, משא"כ ח"י הלכות ידעו שלא יסמכו עליו לכך לא חששו מלהדפיסם:

ואחר שכן יש לנו לחקור אם יש בכח המצוה להזהיר שלא ללמד לאחרים תורתו והוראותיו או לא, ובזה תליא הזהרת אביהם ז"ל לענין ההדפסה, ולכאורה היה נראה שיכול האדם לעשות בהוראותיו כאדם העושה בתוך שלו, וכדאיתא בע"ז (דף יט א') שלבסוף נקראת על שמו שנאמר ובתורתו יהגה וגו' והיינו דאיתא בעירובין (דף נד א') וכיון דניתן לו במתנה נחלו אל שנאמר וממתנה נחליאל פי' מתחלה ניתנה לו התורה במתנה שלא ישכח מה שלמד תורת ה' וזה נקרא מתנה כדאיתא בנדרים (דף לח א') מתחלה היה משה למד תורה ומשכחה עד שנתנה לו במתנה כו' ואח"כ נחלו אל היינו שמסייעים אותו לחדש בתורה שהוא נחלה שלו, שאין לו הפסק כדאיתא במס' ר"ה (דף יב ב') מה נחלה אין לה הפסק, וא"כ יכול להוריש וליתן זכות חידושיו למי שירצה, וה"נ יכול לאבדם לגמרי כאדם העושה בתוך שלו:

אבל לאחר העיון אינו כן, ואינה נקראת שלו אלא ליתנם למי שירצה, אבל מ"מ אין בכחו ורשותו לאבד אותם לגמרי מצוה הוא ללמוד וללמד לאחרים, ולא לכבשם לעצמו, וה"ז דומה לתרומה של בעלים שהן שלו ליתן לכל כהן שירצה ומ"מ לאבד לגמרי אין לו רשות, ורבינו השאלות פ' קרח (סי' קל"ב) מפרש הא דאיתא בנדרים (דף פד א') וכיון דקא אתי למיסרא עלייהו שויה

כעפרא בעלמא, לא כפי' הרשב"א והר"ן שעליו הם כעפרא בעלמא אלא שויא על הכהנים עפרא, ולישוויא עפרא לא קני ליה, פי' התורה לא נתנה לבעלים התרומה אלא ליתן לכל כהן שירצה, אבל לא לאסור על כל הכהנים דלזה אין התרומה של בעלים (ע"ש בהע"ש אות י') וה"נ קדושת התורה דאע"ג דנקראת על שמו של המחזש והיא נחלתו להנחיל לכל מי שירצה, אבל דוקא שלא ילכו לאיבוד ולא יהיה בטל חלק הקדושה שבהם ואם רוצה שיאבדו לגמרי אין לו רשות, שהוא נגד דעת התורה ללמד לאחרים. ואף שהרבה חידושי תורה מגאוני הדור נאבדים מן העולם הוא משום שלא זכו שילמדו מהם הלכה לדורות, והרי אפילו נביאים איתא במגלה (דף יד א') דהרבה נביאים לא זכו שיאמרו מנבואתם ענין לדורות, וה"נ כמה תנאים ואמוראים שלא זכו שיהא נקבע משמם הלכה לדורות, אבל שיהא האדם רשאי לצוות לאבד את הוראותיו וחידושויו אין לנו: זאת הנלענ"ד, ודעתי שיהיה מע"כ ואחיו יעמיסו על עצמם עסק ההדפסה של שו"ת אביהם, והמקום ית' יהיה בעזרם. דברי העמוס בעבודה:

ש"ך יורה דעה סימן קצו סעיף קטן כ
דהלא נודע שהשאלות שבת"ה עשה מהרא"י בעל התשובות עצמו ולא ששאלוהו אחרים כמו בפסקי כתביו...

חידושי תורה

הרב שלמה זלמן אייזנבאך
ראש ישיבת „קול תורה“, ירושלים

בענין אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה

עכ"ל, וגם הוסיף לומר דאין לחשוש לזה שעושה כל בעילותיו בעילות זנות כמבואר בב"ש סי' קנ"ו סוף סק"ו דבכה"ג ליכא משום בעילת זנות כיון שהוא בעל בהיתר ולא היה לו לחוש שמא יודמן אח"כ סיבה לבטל הקדושין עכתו"ד, ושמעתי כמה פעמים מהיושבים על מדין באה"ק שרצו לסמוך על עצה זו של גאון ההוראה המהרש"ם ז"ל ולעשות כן הלכה למעשה, אך הואיל ומפורש כתב האי גאון ז"ל שדבריו הם לא למעשה, נתתי אל לבי לעיין בדבר ולומר בזה את אשר נלענ"ד.

בתחלה הנני להקדים דאף שהרמב"ן ז"ל כתב בכתובות ג' ע"א וכי אשה כזו שניתרת ע"י הפקעת קידושין אינה אסורה לקרובים ולכהן? וכתב משום כך „ואפשר דקדושין מעקרי לגמרי וממזרים אינם נטהרים ואסורים לכהן וקרובים מדבריהם“. ולפי זה לא הרוחנו כלום בעצתו של המהרש"ם כיון שהוא עכ"פ ממזר מדבריהם, דמ"מ נראה כיון שגם להרמב"ן אינו אלא ממזר דרבנן שפיר סובר המהרש"ם דברבנן אפשר לסמוך אכללא דספיקא דרבנן לקולא ולטהרו לגמרי, כיון דמפשטות דברי התוס' ועוד ראשונים משמע דאפי' מדרבנן אין הולד ממזר, גם מסיום דברי הרשב"א בגיטין ל"ג שכתב „ומתוך כך אתרמי דנטהרו ממזרין דידה“ משמע שטהורין גם מדרבנן. אך ראיתי בשו"ת עונג יו"ט סי' קס"ט בענין אשת כהן שאמרה שנאנסה תחת בעלה שהביא מתכם אחד שנתן עצה זו של המהרש"ם שיתן לה הבעל גט על ידי שליח ויבטלנו אח"כ שלא בפניו

מעשה באשה שהעידו עליה עדים שבעלה מת וניסת לאחר וילדה לו בן ואח"כ נודע שזה היה טעות והדין הוא שתצא מזה ומזה והולד ודאי ממזר, אולם מפני גדול הצער של האשה ובצירוף עוד כמה חששות יגעו גדולי תורה לטכס עצה לרחם על האשה ולטהר את הולד, וכתב על זה גאון ישראל מוהרש"ם ז"ל בח"א סי' ט', „עצה ותושיה להלכה ולא למעשה עפ"י דברי התוס' גיטין ל"ג ע"א ד"ה ואפקעינהו, שהקשה הר"ש אם כן יחפה על בת אחותו דכשיבואו עדים שזינתה ישלח לה גט על ידי שליח ויבטלנו שלא בפני השליח ופקעו קדושין (וע"ש בתוס' ל"ב ע"ב ד"ה ור"ג וכי דגם לרבי מודה בביטלו בפני אחד לרב נחמן אינו מבוטל לכו"ע) ותירץ הר"י דכיון דכדין מחפה אין לחוש, ושם בסוה"ד תירצו עוד דהיכא דידעינן דלכך מתכוין לא מפקעינן קדושין, דלתקנה עשו חכמים ולא לתקלה שמתוך כך יהיו בנות ישראל פרוצין בעריות ע"ש, וא"כ לא מיבעיא לתירוץ ראשון פשיטא שהי' מועיל בנד"ד להכשיר הממזר למפרע באופן זה שישלח לה הבעל גט על ידי שליח ויבטלנו בפני עד אחד, וגם לתירוץ ב' י"ל דבכה"ג שעשתה בטעות עפ"י בית דין אין בזה חשש תקלה ושפיר הפקיעו הקדושין למפרע, ועיין שם ברשב"א ובאס"ז בתחילת כתובות דף ג' שתירצו עוד דע"י הפקעת קדושין גמיר ויהיב גיטא, אבל יש מקום לסמוך על דברי התוס' ושאר פוסקים שלא תירצו כן, ועוד די"ל דבנ"ד שיעשה כן בעצת בי"ד גם הרשב"א מודה!"

שאסורה לכהן אלא אף בדיעבד אם ניסת תצא, ומסתבר שלפי"ז גם הבן ממזר מדבריהם. אבל מ"מ חושבני שהמהרש"ם ודאי סובר כדאמרן שלענין ממזרות דרבנן יכולים שפיר לסמוך בשעת הדחק על פשטות דברי התוס' שאפי' מדרבנן אין הולד ממזר.

גם מ"ש המהרש"ם מהב"ש סי' קנ"ז סק"ו דאין לחשוש לזה שעושה למפרע כל בעילותיו בעילות זנות, כיון דבשעה שבעל היה בהיתר ולא היה לו לחוש שמא יזדמן אח"כ סיבה לבטל הקדושין, הן אמנם דמצינן הכי בשטמ"ק ריש מס' כתובות בד"ה עוד שכתב כע"ז אהא דאמרו שם שויהו רבנן לבעילתו בעילת זנות וז"ל, "והוא אין בו עוון אשר חטא דחכמים הוא דשוויהו לבעילתו בעילת זנות והוא לא חשב כלל", וכן כתב שם בסוף דבריו, "ומעיקרא נמי לא עביד עבירה, דרבנן הוא דשוויהו בעילתו בעילת זנות, והוא לא לכך כוון אלא דתלה דעתו בדעת ורצון חכמים, מצוה היא ולא

בפחות משגים וכיון דפקע קדושין למפרע תו לא איכפת לן בזנות דידה אם נבעלה לכשר*).

וכתב שם העונג יו"ט בסיום הדברים, "מיהו בלא"ה אין זה תקנה שהרמב"ן בחדושו כתב דמדרבנן אסורה לכהן אף היכי דאפקעינהו רבנן לקידושין מיניה — ומהאי טעמא לא מוזכר תקנה זו בשום פוסק ולא חזינן לרבנן קשישאי דעבדי הכי" עכ"ל, ורואים דלא רצה לסמוך בזה אכללא דספיקא דרבנן לקולא, או שהוא סובר שגם בדעת התוס' אפשר לפרש כהרמב"ן דמדרבנן מיהא אסור. גם במאירי ריש מס' כתובות מבואר דסובר נמי שאף לאחר ההפקעה מ"מ מדברי סופרים אסורה לכהן ובניה ממזרים, וכן ראיתי בשו"ת כת"ס חאה"ע סי' נ"א דאסיק לדינא שלכו"ע אסורה מדרבנן לכהן ולקרובים. גם הגאון מוהר"ש קלוגר כתב בשו"ת, "האלף לך שלמה" אבה"ע סי' ל"ד לזנין הפקעת קדושין בביטול הגט דל"ט שלכתחלה ודאי

הנתינה תהא לשמה, ולא אמרו דבעינן שיהא נכתב לשם גירושין אלא לאפוקי מעל דעת להתלמד או שעדיין לא נתקדשה ולא שייכי כלל בגירושין, ואף שאם נכתב על דעת לבטל השליחות אפשר דגרע טפי משום דחשיב כנכתב על דעת שאיש אחר יגרש בו ולא הבעל, מ"מ נראה דכיון שנכתב עכ"פ על דעת נתוק האישות שביניהם ה"ז חשיב כנכתב לשם גירושין והגט עצמו כשר לגרש בו אם אח"כ יתחרט הבעל וירצה לגרש בו כדין, וכיון שכן שפיר אמרו חכמים דכל גט שהוא כשר לגרש בו מהני נמי להפקיע הקדושין אם הבעל ביטל שליחותו שלא בפניי ב"ד, אך יתכן דחוזר חלילה ולא אמרו חכמים דנפקעין הקדושין אלא א"כ הגט נכתב כדין וראוי לגרש בו משא"כ אם נכתב על דעת שינתן ע"י שליח שביטלו אפשר דאינו גט כלל וממילא חשיב נמי כנכתב שלא לשם גירושין וצ"ע.

(* ועיי"ש בעונג יו"ט שכתב דצריכים דוקא שבשעת כתיבת הגט לא ידע הבעל שיצטרך אח"כ לבטלו, ורק לאחר שימסרנו לשליח יגידו לו לבטל שלא בפני השליח משום דאם יודע מראש שכותבו על דעת לבטלו אח"כ נמצא שאינו כותבו לשם גירושין, ולענ"ד נראה כיון שהראשונים הקשו שיוכל כל אדם לחפות על אשתו באופן זה שיכתוב גט ויבטלנו אח"כ וגם כתבו בתוס' וברא"ה דבכה"ג החפוי הוא כדין אפשר לומר דאפילו אם הבעל והסופר טועים והושבים דגירושין היינו הפקעת קדושין למפרע, ואפילו אם הבעל טועה וחושב כן גם בשעת נתינה אפי"ה הגט כשר והיא מגורשת מכאן ולהבא הואיל ונכתב ונמסר לשם כריתות, כלומר לנתק קשר האישות שביניהם ואין צריכים כלל שידעו הבעל והסופר דגירושין הם רק מכאן ולהבא ולא למפרע, אפילו אם היינו מצריכים שגם

כיון שזה במקום צער ועיגון, ורק לענין זה שלא נאמר דמסתמא ביטל אח"כ בשעת ביאה את התנאי משום טעמא דאין אדם עושה בעילותיו ב"ז ויצטרך לפי"ז להתנות כן בכל ביאה, לענין זה שפיר כתב שאין צריך לחוש למה שיודמן אח"כ ולא אמרינן בכה"ג דמסתמא מבטל תנאו משום חששא דביאת זנות. וכן נראה מהרעק"א בדוח"ד שכתב בכתובות מ"ז ע"ב על הגמ' בב"ק ק"י ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין דכל זה דוקא בארוסה אבל בנשואה אינו רוצה שתהא ביאתו למפרע ב"ז ולא הזכיר כלל מהב"ש דלא סובר הכי ובפרט שדבריו שם הם לא כהתוס' [ומה שהתוס' לא כתבו כהרעק"א היינו מפני שסוברים דגם בלפני שנבעלה לא פריך הגמ'], וכן כתב נמי הרעק"א במשניות גיטין פ"ד אות ל"ח אהא דרב מנגיד אמאן דמבטל גיטא דאפי' לרשב"ג דאינו מבטל מ"מ מנגיד מפני שגורם בביטולו להפקעת קדושין ולעשות את בעילותיו לב"ז, והיינו כדאמרן שדברי הב"ש הם רק לענין זה שאם התנה בשעת קדושין דלא נחוש אח"כ לביטול התנאי משום טעמא דא"א עושה בעילותיו ב"ז משא"כ בלא התנה, ועיי"ש במה שכתב הב"ח ודו"ק. אבל עכ"פ מבואר דאיכא דאי עבירה כשאדם גורם במעשהו לעשות למפרע בעילותיו לזנות אפילו בכה"ג שהחכמים עושים כן כיון שמדברי הראשונים מבואר דהוי עבירה ודלא כהשטמ"ק הג"ל, ולפי"ז יש לתמוה על המהרש"ם איך הסתמך על הב"ש לומר שגם בכגון דא ליכא שום עבירה, אך אעפ"י"כ נראה דאף שאין הגדון דומה להב"ש מ"מ יכולים שפיר לומר, דכמו שרואים בש"ס שבמקום שיש צורך גדול לא חשו חכמים לעשות למפרע כל בעילותיו ב"ז, כך אפשר דבמקום שיש צורך גדול להציל אשה ולטהר ולדה ממזרות יכולים גם אנו לעשות כן לכתחלה לשלוח גט ולבטלו ולסמוך על חכמי הש"ס שהפקיעו את הקדושין, ואפילו

עבירה". אך כל זה דוקא כשהחכמים בתקנתם עושים את בעילותיו לבעילות זנות, אבל לא כשהוא עצמו עושה כן, וכמו בנדון של הב"ש שהבעל עשה תנאי לעקור את הקדושין אם ימות ותודקק ליבם שהוא מומר. אך מבואר שם דעיקר טעמו של הב"ש הוא מפני דבשעה שבעל לא היה צריך לחוש שיודמן אח"כ סיבה לבטל הקדושין ואילו אח"כ הרי ממילא הוא דהוי בעילות זנות מחמת התנאי שכבר נעשה קודם, משא"כ בכה"ג שהבעל עצמו עושה למפרע ע"י ביטול הגט כל בעילותיו לבעילות זנות מגלן דשרי, ואדרבה להדיא מבואר ברמב"ן וברא"ה וברשב"א שפירשו בכוונת הגמ' בגיטין ל"ג ע"א דכיון שאם ביטולו יועיל יפקיעו חכמים את הקדושין תו לא ניחא לי' כלל לבטל וגמר ויהיב גיטא בכדי שכל בעילותיו לא יהיו למפרע בעילות זנות, וכן פירשו בריש מס' כתובות לענין אונס בגיטין עיי"ש, ואי אמרינן דכיון שבתחלה בעל בהיתר אין זה חשיב עבירה מהיכ"ת נימא דגמר ויהיב גיטא ולא ניחא לי' בביטולו וכמו כן אינו רוצה בטענת אונס, וגם רואים מזה דלא כדעת השטמ"ק שהזכרנו קודם, גם מפורש כתבו התוס' בכתובות דף ג' ע"א ובעוד מקומות אהא דאמרו בגמ' תינח דקדיש בכספא קדיש בביאה מאי איכא למימר, דדוקא בכסף שההפקעה היא מדין הפקר ב"ד, ממילא הוא דאמרינן דהוי אח"כ בעילותיו ב"ז, משא"כ בקדיש בביאה איך עושים חכמים את ביאתו לעבירה של ב"ז, ומוכח דאי מהכא דסברי דמה שנעשה למפרע ב"ז הוי דאי עבירה, וכיון שכן גם צ"ע בכוונת דברי הב"ש.

וגלענ"ד דאפשר שגם הב"ש שפיר סובר דאיכא עבירה לעשות למפרע בעילותיו לזנות, וכל דבריו הם רק שם משום דפשיט לי' טובא דמי שיש לו אח מומר ובא לקדש אשה שמותר מצד הדין לעשות תנאי שאם תפול לפני המומר ליבום שלא תהא מקודשת

ועיי"ש שכתב שכן סובר גם ה"חכם צבי" בס"י קכ"ד, וכיון שכן כ"ש דצ"ע טובא אם שייד בגד"ד לומר שהפקיעו חכמים את הקדושין אף כשהביטול נעשה עפ"י הוראת בית דין.

גם צ"ע דבמס' גיטין ל"ב ע"א כתבו התוס' בד"ה מהו דטעמא דלא מהני ביטול הבעל לאחר שהגיע הגט ליד האשה אף בכה"ג דרהיט בתר שליח לבטוליה ואגלאי מלתא למפרע דבטולי בטלי מעיקרא הוא מפני שעשאו חכמים כדברים שבלב, וחזרו והקשו על זה, דמי איכא מידי דמדאורייתא לא הוי גט ומדרבנן הוה גט" ותיירצו, דכיון שקצת דומה לדברים שבלב לא חשיבא עקירת דבר מן התורה, ועדיפא מיניה אמרינן בביטול שלא בבית דין בלא ידיעת שליח ואשה דמשמע פשט הלכה דלא הוי ביטול" עכ"ל, ועיי"ש בתדושי רעק"א שכתב לבאר דבריהם, דכמו בביטול שלא בבית דין דמודה רבי דביטלו אינו מבוטל ואפי"ה לא פריך הש"ס עלה ומי איכא מידי כמו דפריך לרשב"ג, אלא ע"כ דבביטול שלא בבית דין דעלה התקנה טובה יש כת ביד חכמים לעקור". [ולא כהפ"י בדף ל"ג ע"א שכתב בפשיטות דקושית הגמ' מי איכא מידי וכו' שייד גם לרבי קודם התקנה כשביטל בפני פחות משנים, ומשמע שהבין גם בדעת התוס' דהטעם הוא משום אפקעינהו וצ"ע]. הרי מבואר שרק לרשב"ג דלא מהני ביטול שלא בפניו אפילו בפני בית דין הוצרכו בגמ' לטעמא דאפקעינהו רבנן לקדושין, אבל להלכה דקיי"ל כרבי יכולים שפיר לומר דבבטלו שלא בפני בי"ד לא הפקיעו כלל חכמים את הקדושין כיון דבכגון דא יש כח ביד חכמים לעקור ולבטל את הקדושין רק :אן ולהבא ואם זינתה לפני הביטול חייבת מיתה ובניה ממזרים גמורים.

אך לכאורה י"ל דלא כתבו כן בתוס' אלא ליתן טעם אהא דהגמ' פריך רק לרשב"ג ולא לרבי ולהוכיח מזה דהיכא דיש סברא

להרמב"ן וסיעתי" שכתבו דכיון שאם ביטולו יועיל יפקיעו רבנן את הקדושין אנן סהדי דגמיר ויהיב גיטא ולא ניהא לי כלל בביטול הגט מפני שאינו רוצה לעשות כל בעילותיו למפרע לב"ז, מ"מ כשעושה את הביטול בעצת בי"ד יכולים שפיר לומר כהמהרש"ם שהמצוה להציל את האשה והולד שקול כנגד העבירה שבעילותיו יהיו למפרע ב"ז ושפיר שרי לעשות כן גם לכתחלה.

אך צ"ע הרי ברור הדבר דאנן לא מצינן כלל להפקיע קדושין, אלא שאנן סומכים בביטול גט שלא בפני השליח רק על זה שמבואר בש"ס שהחכמים הפקיעו בכגון דא את הקדושין, ומעתה כיון דבגמ' לא מצינן שהפקיעו אלא במי שעשה שלא כהוגן וביטל את השליח שלא בפניו, וא"כ הרי יתכן שאם ביטל את השליחות על פי הוראת בית דין ששגו וטעו ואמרו לו לבטל השליחות שלא בפני השליח הרי אפשר דבכגון דא לא מצינן כלל בש"ס שעקרו חכמים את הקדושין, ואם כן כ"ש בגד"ד שהביטול נעשה ממש על פי בית דין כשרים שאינם טועים אלא שהם סוברים שמותר מן הדין לעשות כן לכתחלה, וא"כ מנין לנו לחדש שגם בכה"ג תיקנו חכמי הש"ס להפקיע הקדושין, כיון דבגמרא לא מצינן שהפקיעו אלא במי שעשה שלא כהוגן. ולפי"ז ממנ"פ קשה אם זו עבירה איך בית דין מתירין לו לבטל, ואם אין זו עבירה מנלן שגם בכגון דא הפקיעו חכמים את הקדושין, הרי חששא דממזרות אשר בגלל זה הפקיעו חכמים את הקדושין ליתא כלל בכה"ג שנעשה על פי בית דין [ועיין גם להלן בסוף הקונט' שהוספנו להקשות אהא דכתב המהרש"ם שאם הביטול נעשה על פי בית דין מודה גם הרשב"א שיש הפקעת קדושין, עיין שם בסוף ד"ה אך]. ועיין גם בפנ"י בריש מס' כתובות ובקו"א שם שכתב שכמו זר נחשב בעיניו לומר במי שלא פשע כלום שחכמים יפקיעו קדושיו וכל בעילותיו יהיו ב"ז,

מבוטל ולא בפחות משנים, משא"כ אם נאמר דהלכה כרשב"ג שגם בביטלו בפני בית דין אינו מבוטל הרי אין לנו שום נפקותא בהא דשנים הוי בי"ד כיון שאף אם ביטלו בפני שלשה גם כן אינו בטיל, הרי להדיא שהרעק"א עצמו לא רצה לומר דמ"מ איכא ג"מ בהא דשנים הוי בי"ד לענין זה שצריכים לטעמא דהפקעת קדושין ולא על ידי עקירת דבר מן התורה, וג"מ לענין זה שאם זינתה אם נהרגת וכן אם הבנים ממזרים או לא, ומוכח מזה שהרעק"א כתב דבריו הקודמים רק בדרך לכאורה מה שהי' נראה לו לומר מצד הסברא לולא דברי התוס' אבל מ"מ בדעת התוס' ודאי לא סובר הכי.

ברם נראה דעל כל פנים שמעינן מהרע"א שסובר דעדיף טפי לעקור הקדושין מכאן ולהבא מלהפקיע אותם לגמרי, ואפשר שהוא מפני שע"י הפקעה הרי עושין כל בעילותיו בעילת זנות, וגם אם קידש לפני הגירושין את אחותה ואמרנו שאין הקדושין תופסין וניסת לאחר ונמצא דעכשו שמחמת הביטול אנו מפקיעים את הקדושין צריכים גם להפקיע את הקדושין של אחותה אף שנתברר דמן הדין תפסו קדושיה, כי אם לא נפקיע גם אותן הקדושין הרי יהיו בניה ממזרים, [וכן במי שכנס יבמתו וביטל אח"כ הגט שלא בפני השליח דלא שייך טעמא דשוויה לבעילתו בעילת זנות, שהרי ביאת זנות גם כן קונה ביבמה וכמו שעמדו על כך הפנ"י בקו"א וההפלאה בריש מס' כתובות והובא גם בפת"ש סי' קמ"ד סק"א עיי"ש] ולכן עדיף טפי לבטל רק מכאן ולהבא ולא להפקיע מלמפרע, וכיון שכן נראה דאף אם ננקוט בדעת התוס' שגם בביטול שלא בפני בית דין סובר רשב"ג דאפקעינהו רבנן לקדושין מיניה, וכמו שמבואר כן גם ברשב"א ל"ג ע"א דאף משום תקנת ממזרות דהיינו שלא בפני בית דין גם כן הפקיעו חכמים את הקדושין למפרע, שהרי כתב דלא הפקיעו חכמים קדושיו אלא משום תקנת עגונות או

חשובה יש כח ביד חכמים לעקור ולבטל הקדושין מכאן ולהבא עיי"ש. [וכמו שכתבו גם ביבמות פ"ט ע"ב ד"ה כיון ובדף פ"ח ע"א תוס' ד"ה מתוך,, דבדבר שיש קצת טעם וסמך לא חשיב כעוקר דבר מן התורה,, ועיי"ש בנה"ש שמציין עוד כמה מקומות שהתוס' כתבו הכי], אבל לבתר שתרצו בגמ' דלרשב"ג אמרינן אפקעינהו, יכולים שפיר לומר כן גם לרבי דלא השתמשו חכמים בכוחם לעקור דבר מן התורה כי אם על ידי תקנה של הפקעת קדושין, משום דיתכן שיותר טוב להפקיע למפרע את הקדושין מלעקור דבר מן התורה אפילו בכה"ג שיש טעם חשוב, אולם שם בדף ל"ב ע"ב בתוס' ד"ה ור"ג כתב הרעק"א דרב נחמן ורב ששת פליגי גם לרשב"ג דאם ביטל הגט בפני שנים ולא בפני בית דין של שלשה וזינתה קודם הביטול, דאם שנים הוי בי"ד הרי צ"ל דהא דביטלו אינו מבוטל הוא מדין אפקעינהו והיא למפרע פנויה ואין הולד ממזר, אבל לרב ששת דשנים לא הוי בית דין לא הוצרכו בכגון דא להפקיע הקדושין דהא בלא בי"ד גם לרבי אינו מבוטל, משום דכיון דאיכא טעם חשוב יש כח לעקור דבר מה"ת ממילא גם לרשב"ג בכה"ג שביטל רק בפני שנים לא אתינן עלה משום אפקעינהו והולד ממזר, הרי מבואר, שסובר דעדיף טפי לבטל את הקדושין מכאן ולהבא מלעקור אותם למפרע, הן אמנם דמדברי התוס' משמע קצת דלא סברי הכי שהרי כתבו דר"ג ורב ששת פליגי רק אליבא דרבי ולא לרשב"ג [ודוחק לומר דכיון שבתירוצם כווננו רק לומר דבפלוגתא דר"ג ור"ש איכא ג"מ גם להלכה לכן סגי להו במה שכתבו בפשיטות דאתי שפיר אליבא דרבין]. וחזינו נמי לקמן דף ל"ד שהרעק"א עצמו הקשה דאם יאמרו בגמ' דהלכתא כרב נחמן דבפני שנים הוי בי"ד ממילא מוכח נמי דהלכה כרבי דביטלו מבוטל משום דאיכא שפיר ג"מ בזה ששנים הם בי"ד לענין זה שאם ביטלו בפני שנים

שרק לרשב"ג אמרינן טעמא דאפקעינהו ולא לרבי עיי"ש, ונמצא לפי"ז דקושית התוס' שיכול כל אדם לחפות על אשתו הוא רק לרשב"ג ולא להלכה דקיי"ל כרבי וכתב נחמן.

וכאשר בינותי בזה באחרונים ראיתי שאין זה פשוט ולדינא הוא ספק. דהנה בנוב"ק אר"ח סי' ל"ה כתב בד"ה ואומר אני „דאפילו לרבי אם ביטלו בפני שנים לרב ששת או בפני אחד לרב נחמן אמרינן מה כח בי"ד יפה ואינו מבוטל וא"כ ג"כ צריכים לומר דאפקעינהו רבנן לקידושין, וחזינן דפשיט ל"י טובא שגם לרבי הטעם הוא משום דאפקעינהו וכו', ולעומת זה ראיתי באב"מ סי' קמ"א סק"ח ד"ה אלא שכתב דבביטלו שלא בפני בי"ד כיון דבוה יכולים חכמים לעקור דבר מן התורה „לא הפקיעו רבנן לקדושין למפרע אלא מכאן ולהבא, גם ראיתי בחדושי כת"ס בדף ל"ג ע"א בד"ה ואפקעינהו שסובר דלפי המסקנא שחדשו בגמ' דלרשב"ג אמרינן טעמא דהפקעה שפיר אמרינן הכי גם לרבי בפחות משנים, אולם המעיין שם (דף נ"ג טור ד' ד"ה והנה) יראה שגם הוא ז"ל סובר דאם יש טעם וסברא עדיף טפי לעקור הקדושין מכאן ולהבא מלומר אפקעינהו, ולא כתב כדברים הנ"ל אלא לפי מה שחידש שם דלרשב"ג לא חיישינן לחיפוי, ולכן הוכרח לפרש דקושית התוס' רק לרבי ולא לרשב"ג, אבל המעיין היטב יראה שהחדוש הנ"ל אינו מוכרח ויכולים שפיר לומר דקושית התוס' רק לרשב"ג ולא לרבי וכדעת אביו החת"ס שכתב בחדושו למס' גיטין בר"פ השולח בד"ה לא צריכא וכן בד"ה וחזר רבי דבביטלו שלא בפני בי"ד טעמא דרבי הוא משום דהיכא דאיכא טעם וסברא יש כח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת ולא משום הפקעה. אולם בחדושי הרי"מ על התוס' בדף ל"ג ראיתי שהבין בדעת התוס' שגם לדידן דקיי"ל כרבי טעמא דבפחות משנים

משום תקנת ממזרין, מכל מקום נראה דאפשר שכל זה דוקא לרשב"ג דהואיל וזקוקים אנו להפקיע את הקדושין כשביטל בפני בי"ד לכן יתכן דלא מסתבר לומר שאם ביטל בפני בי"ד נעקרו הקדושין למפרע משום טעמא דאין זה כדת משה וישראל הואיל ועבר על דברי חכמים, ואילו שלא בפני בית דין דחמיר טפי הקדושין קיימים ואינם מתבטלים בגלל זה שאמר כדת משה וישראל, וכיון שכן אפשר דאין זה טעם יפה ולכן הפקיעו חכמים את הקדושין בכל ענין גם אם ביטל שלא בפני בית דין, [ואע"ג שלפני תקנת ר"ג כבר עשו חכמים את ביטולו כדברים שבלב ואמרו שאינו כלום, מ"מ אפשר דלאחר שהוצרכו לטעמא דהפקעה בביטלו בפני בית דין חזרו מתקנתם הקדומה וכללו אותם יחד]. אך כל זה דוקא לרשב"ג משא"כ להלכה דקיי"ל כרבי דאם ביטלו בפני בי"ד מבוטל, יכולים שפיר לומר דבביטול שלא בפני בי"ד כיון שיש טעם חשוב לעקור דבר מן התורה ולבטל הקדושין מכאן ולהבא הרי זה עדיף טפי מלומר אפקעינהו ולעקור אותם למפרע כיון דמבואר ברעק"א שסובר דהא עדיף טפי. [וגם רואים מהרעק"א בגליון המשניות פ"ד גיטין אות ל"ה שסובר כן לדינא אליבא לרבי עיי"ש]. גם ראיתי במאירי בדף ל"ג ע"א בד"ה כבר ביארנו דמפורש נשמע מדבריו שרק לרשב"ג יש הפקעת קדושין ולא לרבי, וכן כתב גם המאירי ביבמות דף צ"ב אהא דפריך הגמרא דאיך יכולים חכמים לעקור דבר מן התורה ולומר דביטלו אינו מבוטל, וזה לשונו „ולא הוקשה ממנה כאן אלא לדעת רשב"ג ואין הלכה כמותו" (ראה להלן מ"ש מהמגיה במל"מ) הרי מבואר דלרבי ליכא כלל תקנה של הפקעת קדושין [אך גם מבואר שם שסובר דלרבי אין צריכים בי"ד אלא עדים ואפי"ה קורא אותם התנא בלשון בי"ד עיי"ש], ועיין גם בפת"ש סי' קמ"ד סק"א מ"ש בסוגריים

לפניו דחוק ממה שר"נ ורב ששת פליגי אם בפני שנים או שלשה, פליגי נמי בהא דלרב ששת הטעם הוא משום דאפקעינהו רבנן לקדושין מיניה ולרב נחמן ביטלוהו מכאן ולהבא ולא עקרוהו למפרע. ואיך שהוא נראה שמדברי הרעק"א ז"ל ודאי מוכח שסובר דהיכא דאיכא טעם וסברא עדיף לעקור דבר מה"ת ולבטל הקדושין מכאן ולהבא מלהפקיע את הקדושין למפרע, וכיון שכן מסתבר שיש לחוש דלרבי ולרב נחמן דקיי"ל כוותיה ליכא כלל שום הפקעה.

[ועפ"י רחש לבי לחדש דיתכן שגם לרשב"ג יש טעם יפה לא להתחשב עם הביטול ולראות אותו כמי שאינו ולומר שהגירושין הם רק מכאן ולהבא ע"י הגט מבלי שנצטרך להפקיע את הקידושין למפרע, שהרי הביטול הוא באיסור וכמו"ש דרב מנגיד אמאן דמבטל גיטא, וכיון שכן יכולים לומר דהואיל והביטול הוא באיסור אמרינן דאי עביד לא מהני ואין ביטולו ביטול, ואף להסוברים שבדרבנן מודו כו"ע דמהני, וגם מבואר באחרונים דכיון שאם ביטל בפני השליח או האשה מהני לכן גם שלא בפני השליח אפשר דחשיב כאיסור שאינו נוהג תמיד ורק יומא הוא דקגרים כמו שוחט בשבת וכדומה דלא אמרינן הך כללא דאי עביד לא מהני, אבל מ"מ הרי גם ברהיט בתריה מפורש כתבו התוס' דאע"ג שאין זה ממש דברים שבלב ומה"ת הגט בטל אפי"ה כיון שנראה כדברים שבלב עשאום חכמים כדברים שבלב, וכן גם בביטול בפני שנים זה שלא בפני זה ג"כ יתבאר להלן שכתבו הראשונים דאע"ג שמה"ת מהני הביטול אפי"ה עשו אותו חכמים כביטול גרוע דלא אלים לבטל השליחות, וכיון שכן ה"נ גם כאן אפשר דעשאום חכמים כדבר שנעשה בעבירה דאמרינן אי עביד לא מהני, ונאמר לפי"ז דמה שהוצרכו בגמ' לטעמא דהפקעת קדושין הוא רק

לא מהני ביטול הוא מחמת אפקעינהו עיי"ש. [שוב ראיתי בשו"ת כת"ס אבה"ע סי' ג"א שכתב, מאחר דאסיקנא דיש כח בידם להפקיע הקדושין משום כל דמקדש וכו' מה להו לעקור דבר תורה הגם שאפשר להם בטעם חשוב, אבל כל שאפשר להם שלא לעקור בודאי עדיף טפי ובודאי לא אמרו דמבטל שלא בפני בי"ד דלא מהני רק משום דאפקעינהו, וגם במסקנת דבריו כתב שם להלכה באות ב', "אם ביטלו בפני שנים זה שלא בפני זה רק מדרבנן לא מהני משום דאפקעינהו וזה שיטת רוב הראשונים" וזה מתאים להמהרש"ם ולהעונג יו"ט בסי' קס"ט שזכרנו קודם, אך לעומת זה כתב שם בפשיטות דאף אם הפקיעו את הקדושין מ"מ הולד ממזר מדרבנן וזה ודאי לא כהמהרש"ם], ועיי' במל"מ פ"ו מגירושין סוף הי"ח שכתב המגיה אהא דהגמ' ביבמות דף צ' ע"א בעי למיפשט דיש כח ביד בי"ד לעקור דבר מה"ת, מהא דאמר רשב"ג ביטלו אינו מבטל, והדבר קשה דהא איפסקא הלכתא כרבי אבל לפי דברי התוס' אתי שפיר והיינו שגם לרבי היתה תקנה קדומה שלא יועיל אלא בפני בי"ד עיי"ש, וא"כ לבתר דתרצו שם בגמ' דהוא משום אפקעינהו הרי מוכח שגם לרבי הפקיעו חכמים הקדושין, אך נראה דקאי התם לרב ששת שסובר דרבי מצריך ג' ולדידיה שפיר אמרינן טעמא דהפקעה גם לרבי, משא"כ להלכה דקיי"ל כרב נחמן דסגי בפני ב' אדרבה מבואר שם בתחלת דבריו דהוא מדינא ואפי' אם ביטל בפני שנים זה שלא בפני זה אפשר שרק ביטלו את הקדושין מכאן ולהבא ולא הפקיעו את הקדושין למפרע [כן צ"ל בכוונתו דאיל"ה קשה איך כתב דלרב נחמן הוא מדינא והרי מפורש כתבו שם בתוס' דהוא משום מה כח בי"ד יפה, ועיי' גם בשו"ת "בית אפרים" חאה"ע סי' קכ"ז—קכ"ט] והסוגיא ביבמות אויל לרב ששת ושפיר קאי גם לרבי, ונמצא

הדאורייתא והשאירו עכ"פ קדושין דרבנן, [וכן נראה לכאורה מהשטמ"ק בכתובות דף ג' בד"ה אין, "דמכל מקום לא מפקעי רבנן הקדושין בכדי אלא דבעי גיטא לאפקעינהו וגט כי האי מדאורייתא לא מהני ואתו רבנן ומתקני דלהני" עכ"ל, אך יותר נראה שכוונתו למ"ש שם להלן מהרשב"א דבמים שאין להם סוף לא רצו חכמים להתירה ע"י הפקעת קדושין משום דבלא גיטא כלל לא הפקיעו חכמים קדושין והיינו דכתב הכא דבעי גיטא לאפקעינהו, אבל אין ה"ג שמעיקר הדין אין זה גט כי מעולם לא היתה מקודשת]. ועיי"ש דמפרש דמה שהק' בתוס' שיחפה על בת אחותו היינו משום דבקדושין דרבנן ליכא מיתה, ולפי"ו הרי נמצא דלא הועיל כלום המהרש"ם בעצתו כיון שעדיין יהיו הבנים ממזרים מדרבנן, גם אמרתי דלפי סברא זו של ה"ה, ברית אברהם" יכולים שפיר לומר שאף לרשב"ג לא הפקיעו חכמים את הקדושין אלא כשביטלו בפני בי"ד, מה שאין כן אם ביטלו שלא בפני בי"ד כיון שיש טעם וסברא לעקור דבר מן התורה ולבטל הקדושין רק מכאן ולהבא עדיף טפי כיון שגם במקום שהפקיעו הרי אמרינן דלא הפקיעו אלא את האישות דאורייתא, מה שאין כן לגבי האישות דרבנן אמרינן שפיר שהיא מגורשת רק מכאן ולהבא, וכיון שכן מסתבר דבמקום שיש טעם וסברא ויכולים לבטל מכאן ולהבא גם את הדאורייתא מהיכי תיתי יצטרכו לב' תקנות, אבל על כל פנים אם נאמר כה"ה, ברית אברהם" אין שום מקום לדברי המהרש"ם.

ברם נראה דאף דמ"ש הבר"א הם דברי סברא מכל מקום כיון שבתוס' ובראשונים מפורש הקשו, "שיכולין ממזרים להטהר" משמע יותר דסברי שעל ידי ההפקעה הם טהורים גם מדרבנן, כי אין לפרש שכוונתם רק לענין דאורייתא דמה ירויחו בכך כיון שעדיין אסורים הם מדרבנן [וכמו שבאמת תירץ כן הרמב"ן], וגם משמע דעיקר קושית התוס'

לאביי דלא סובר כלל הך כללא וסובר דאי עביד מהני, משא"כ לרבא יכולים שפיר לומר שגם בכגון דא אמרינן דלא מהני, אך כיון שמכל דברי הראשונים לא משמע הכי נראה דהוא מפני שגם לאביי דסובר דמהני מ"מ מבואר במס' תמורה דיש לפעמים שגם הוא מודה מכח דרשא דאי עביד לא מהני, וכיון שכן נמצא שגם לאביי הי' יכולים לומר בגמ' דבכגון דא שיש טעם וסברא אמרו חכמים דאי עביד לא מהני, וכיון דלא תירצו הכי בגמ' מוכח דאין הגמ' סובר כלל טעם זה של אי עביד לא מהני לטעם חזק לעקור משום כך דבר מה"ת, ואפשר דהוא מפני שביטול השליחות הוא ענין של מציאות דהפה שעשה אותו שליח הוא הפה שמבטלו אח"כ ואינו רוצה בשליחותו ולכן אין זה חשוב כדבר שעושה איוה, "חלות" אשר שייך לומר בו אי עביד לא מהני, אלא ה"ז דומה לצורם אוזן בכור שמבואר דכיון שסו"ס יש בו מום לא שייך לומר בו דלא מהני, וגם יש מהאחרונים שהשתמשו בסברא זו אף על שוחט בשבת דכיון שא"צ כוונה לא שייך לומר בזה אי עביד לא מהני וה"ג גם כאן, ועיין גם בפת"ש סי' קמ"א ס"ק ג"ט].

ולכאורה יש גם לפקפק על עצתו של המהרש"ם מ"ש בשו"ת ברית אברהם חאה"ע סי' ג"ט אות ה' (בפת"ש סי' קמ"ד סק"א מציין לעיין בו) דכיון דעיקר הטעם שצריכים להפקיע הקדושין הוא רק משום דמי איכא מידי דמאורייתא אסורה ומדרבנן שרו אשת איש לעלמא מסתבר דלא הפקיעו רבנן לגמרי הקדושין לחושבה ממש כפגויה גמורה, רק הפקיעו את האישות דאורייתא והשאירו אותה עכ"פ כמקודשת רק מדרבנן כי מהיכא תיתי יפקיעו חכמים לגמרי הקדושין ללא צורך ולומר שהיתה אצלו כל ימיו באיסור כיון דלא הוצרכו לתחבולה זו רק מחמת ההכרח שלא לעקור דבר מן התורה וכיון שכן מסתבר דהפקיעו רק את

שההפקעה אינה נגמרת אלא בשעה שהיא נעשית לגמרי פנויה גם מדרבנן.

ואף דאפשר גם לומר איפכא, דכיון שאינה ניתרת כלל על ידי הביטול אא"כ גם ניתן לה אחר כן הגט, יתכן שיותר טוב לומר דחשיבות של נתינת הגט הוא להתיר אותה על כל פנים מקדושי דרבנן ולא לומר שהגט אין לו שום ערך ואינו גט כלל אפילו מדרבנן ואפי"ה הפקיעו חכמים את הקדושין למפרע מכל וכל גם מדרבנן, וחזינן גמי הכי לענין ד' אמות בגט דאף שהרמב"ן והריטב"א והרא"ש בגיטין ע"ח סברי דטעמא דהוי גט הוא רק משום דאפקעינהו רבנן לקידושין מיניה וכמבואר בקצה"ח סי' ר"ב ס"ט ובאב"מ סי' ל' ואפילו הכי פשוט וברור שאסורה לכהן וגם לקרובים והבנים שגולדו לה בזנות לפני שנחגרשה הם ממזרים מדרבנן, משום דפשוט הוא שמדרבנן היא אשתו והיא גרושה דרבנן, הרי חזינן דכיון שהתקנה היתה רק כדי שתהא מגורשת, אמרינן שפיר שהפקיעו רק את הדאורייתא והשאירו אותם בקידושין דרבנן, וה"נ גם כאן היתה תקנתם דאף שביטל את הגט אפי"ה מהני הגט לאישות דרבנן שביניהם, אבל כיון דלא משמע הכי מהתוס' וכמו"ש קודם, וגם חזינן דלא רצו כלל לעקור את הדאורייתא מיד כשביטל שלא בפני בי"ד אף אם אחר כך לא נתנו לה את הגט, לכן נראה דשאני התם שתקנתם היתה בעצם הקנין והנתינה של הגט שחידשו דכמו דמהני ד' אמות במציאה כך גם בגט, ולכן לא מסתבר לומר שתקנתם היתה רק שיהא נראה כגט אבל באמת אינו גט כלל אלא רק הפקעת קדושין גרידא, מה שאין כן הכא שעיקר תקנתם היתה שאם ניתן לה הגט שלא יועיל הביטול דמעיקרא שהי' שלא בפני השליח שפיר אמרינן דאף שביטלו ואין זה גט כלל מכל מקום רבנן שפיר הפקיעו את הקדושין והיא משוחררת מבעלה, וכיון שכן שפיר אמרינן שגם מדרבנן רואין

הוא דאם אפשר להטהר איך לא נזכר בש"ס עצה זו, ואי מדרבנן הם אסורים לאו קושיא היא כלל, וכן מוכח גמי ממה שכתבו התוס' בריש מס' כתובות ובעוד מקומות אהא דאמרינן, תיגה דקדיש בכספא וכו' דמכל מקום בעילותיו הן בעבירה ומיקרי ביאת זנות, ואי אמרינן שמדרבנן עדיין היא מקודשת לו, אמאי קרי ליה בעילת זנות והא לכתחלה תיקנו רבנן קדושין ליתומה קטנה, והן אמנם שגם ביתומה לאחר שגדלה אף שהקדושין דרבנן ודאי לא פקעי בלי מיאון אפילו הכי אסורה היא עליו ואם אינו מתכוין לקדושין קרי ל' בגמ' בעילת זנות, היינו משום דנהי דלא פקעו הקדושין מ"מ הוא נגד רצון חכמים שימשיכו לחיות גם בגדלותה מחמת הקדושין שתיקנו לה רבנן קודם בהיותה קטנה, אבל מכל מקום בנדון דידן וכן לענין אונס בגיטין אם נאמר דאיכא קדושין דרבנן אי אפשר כלל לומר דחשיב כבעילת זנות, ולכן נראה דבשלמא אם היו מתקנים להפקיע הקדושין מיד כשהבעל ביטל את השליחות שלא בפני בי"ד שפיר מסתבר כדברי הברית אברהם שיש להם להפקיע רק את האישות דאורייתא ולהשאיר אותה מקודשת מדרבנן ושפיר מהגי אח"כ הגט לענין קדושין דרבנן, וכמו באומרת טמאה אני לך שכתב הר"ן בסוף גדרים דמשום חששא דשמא נתנה עיניה באחר הפקיעו חכמים את הקדושין, דהתם ודאי אמרינן שהפקיעו רק את הדאורייתא ועדיין היא אשתו גמורה מדרבנן, משא"כ בנידון דידן הרי ברור הדבר דאם השליח לא נתן אחר כך את הגט ודאי דבכגון דא לאו כלום הוא והרי היא אשתו גמורה מדאורייתא ומדרבנן, ונמצא דעקירת הקדושין מחמת הביטול שנעשה שלא בפני השליח עדיין תלויה בנתינת הגט שלאחר כן ורק מאז היא מגורשת גמורה גם מדרבנן, ולכן בכה"ג אפשר דלא רצו חכמים להפקיע רק את הדאורייתא ולהשאיר אישות דרבנן כיון

תחבולה של הפקעת קדושין, כי החכמים ברוח קדשם וחכמתם ידעו שכל תחבולה הנעשית בכוונה להפקעת קדושין של איש מסוים אפילו במקום עיגון וצער גדול היא פירצה חמורה עד מאד בגדרי האישות וגם ביטול תוקף הקדושין וקדושתן, והא דמצינו שבעת צרה הפקיעו חכמים קדושין כמובא בדרכי משה אה"ע סי' ז' ובעוד מקומות, היינו בשעת זעם והרג רב והדבר נוגע לרבים אבל לא לעשות טצדקי של הפקעת קדושין להצלת יחיד. ועיין גם ב,שיטה מקובצת" לכתובות דף ג' שכתב בסוף ד"ה ועוד היה לי וכו' שלא היה ולא נברא דרך איך להכשיר ממזר שגולד מאשת איש.

ובעיקר דברי המהרש"ם נראה לי להעיר דמה שכתב „ויבטלנו בפני עד אחד" לענ"ד צ"ע [אף שגם ב,עונג יו"ט" סי' קס"ט כתוב כן], דהא כיון שהוא דבר שבערוה אין עד אחד נאמן להעיד שביטלו, והנה דעת הריטב"א והר"ן בר"פ השולח דכל שביטלו שלא בפני שנים לא מהגי כלל הביטול מעיקר הדין ולא מחמת תקנה, ואף גם התוס' בדף ל"ג ע"א ד"ה רבי הסתפקו דאפילו אם ביטל בפני השליח אפשר דלא מהגי בלא שנים עיי"ש ובפנ"י, ואף שבדף ל"ב ע"ב בסוף ד"ה ור"נ כתבו אהא דבפחות משנים לא מהגי דהוא רק משום מה כת בית דין יפה ולא מעיקר הדין עיי"ש במהרש"א ובחדושי רעק"א וב,קרני ראם" דכוונת התוס' לענין זה שאם הביטול הי' בפני שנים זה שלא בפני זה דאו מעיקר הדין שפיר מהגי הביטול ורק משום חשש ממזרות היתה תקנה קדומה שלא יועיל הביטול משום דכיון שהעדים אינם ביחד ליכא קלא עיי"ש, ומה שהתוס' הוצרכו לפרש באופן זה ולא כתבו בפשיטות דפלוגתא דרב נחמן ורב ששת יכול להיות גם לרבי לענין זה דלרב נחמן בפחות משנים לא מהגי מן הדין משום טעמא דאין דבר שבערוה פחות משנים, ורק לרב ששת דמצריך שלשה מהגי

אותה כאילו מעולם לא נתקדשה לו, וכן נראה ממה שהקשו התוס' בכתובות דף ג' ע"א בד"ה וסברה שגם אם מת תוך י"ב חודש יהא גט משום טעמא דזימנין דלא מת וסברה דמת עיי"ש, והיינו שגם בזה יפקיעו חכמים את הקדושין ויאמרו דיך גט גם לאחר מיתה, ואם נאמר שחכמים הפקיעו רק את הדאורייתא, מה שאין כן לענין קדושין דרבנן צריכים עדיין לגט, קשה להבין קושית התוס' דהא יתכן דדוקא לענין אונס בגיטין שפיר תיקנו חכמים שלענין קדושין דרבנן מהני נמי הך גיטא מה שאין כן לאחר מיתה הרי אפשר שגם מדרבנן אין טעם לומר שיועיל גט לאחר מיתה כיון שהבעל מת ואין מי שמגרש, ומוכח מזה שהם סוברים דהגט בלאו הכי אינו כלום וכל עיקר ההיתר הוא רק משום הפקעה.

וכיון דאתיגן להכא נראה דמקושית התוס' משמע נמי דלא כמהרש"ם, דנראה שעיקר קושיתם הוא דאם היה אפשר לטהר ממזרים אי אפשר שלא הי' נזכר דבר זה בש"ס כיון שיש הרבה פעמים שהאשה היא במצב כזה שמצוה גדולה היא לרחם עליה ועל בניה שלא יהיו ממזרים, ולכן לא יתכן שלא יזכירו כלל חז"ל דבר זה, ומעתה כיון שהתוס' תירצו דבכה"ג שכוונתו להפקיע לא תיקנו רבנן, נמצא דמוכח נמי מדבריהם שאפילו בכה"ג שעושים את ההפקעה בהיתר על ידי בית דין גם כן לא רצו חכמים להפקיע, דאם לא כן תיהדר קושית התוס' לדוכתה, דאיך לא נזכר בשום מקום דאשת כהן שנאנסה או אשה שניסת בטעות לאיש אחר על ידי שני עדים שהטעה שיש לחוס ולרחם עליה ועל הולד ולעשות תקנה זו של הפקעת קדושין, ומוכח מזה דלא רצו חכמים בשום אופן וענין לעשות פעולה מיוחדת של הפקעת קדושין לאשה מסוימת אפי' במקום צער גדול אשר מצד המוסר האנושי הי' נראה שוהי מצוה גדולה עד מאד להמציא לה תרופה על ידי

שלא יועיל הביטול שנעשה שלא בפני ב"ד והפקיעו בכה"ג את הקדושין למפרע. אך צ"ע דמבואר שם ברעק"א דהטעם שאם הודיע בפני עדים שביטלו תחלה שלא בפני השליח הוא נאמן, היינו מפני שיש לו מגו שהרי בידו גם עכשיו לבטלו עיי"ש, ואם כן בנד"ד הרי ליכא כלל מגו, שהרי אם יבטלנו עכשו בפני שנים, קיי"ל כרבי דביטולו מבוטל והרי הבעל רוצה רק בהפקעה ולא בביטול הגט, ואף שאם הבעל אינו יודע מכל זה אפשר דשפיר נאמן במגו, אבל מ"מ למעשה קשה לסמוך על זה כיון דאפשר שהוא כן יודע וליכא כלל מגו וצ"ע].

אולם אפילו בביטול בפני שנים זה שלא בפני זה גם כן צ"ע טובא, דהנה הרמב"ן ז"ל כתב בריש פ"ד דגיטין, "שהדין נותן — דלא אתי דבור שלא בפניו שהוא גרוע ומבטל דבור שהוא בפניו, כענין שאמרו מלתא דעבידא באפי עשרה צריכי בי עשרה למשלפה", ומשמע מהך לישנא דאין זה משום תקנה, רק דינא הוא דאין ביטולו ביטול, אך גם הוסיף שם הרמב"ן לומר, "ואפשר דמ"ד בפני ב' דינא קאמר, דלא הוי ביטול כדפרישית דהויא דבר שבערוה ואינה פחות מב' אבל מ"ד בפני ג' סובר (לומר) דמעיקרא היו מנוהגין בג' דחוששין לתקנת ממזרים ובא ר"ג וחשש נמי לתקנת עגונות". ומזה שנותן טעם משום דהוי דבר שבערוה שהוא רק דין בעדות הי' נראה דמהני גם בזה שלא בפני זה, אבל כיון שכתב, "כדפרישית" משמע דכמו שלטעם הראשון בעינן דוקא זה בפני זה כך גם לטעם השני, ואפשר דהוא מפני שסובר שגם בביטול הגט צריכים שני עדים לקיום הדבר, או משום דהואיל ומה שביטל קודם בפני אחד לאו כלום הוא תו לא הוי להצטרף עם הביטול שנעשה אח"כ עוד פעם בפני עד אחד, אבל מכל מקום משמע דמדינא הוא דלא מהני ולא משום תקנת חכמים, ועיי' גם בריטב"א ובר"ן שכתבו דבפרוזובול

שפיר הביטול מעיקר הדין גם בפני שנים ורק משום חשש ממורות היתה תקנה קדומה שלא יועיל אלא בפני ג' ולמה הוצרכו להזכיר כאן שגם לרב נחמן היתה תקנה קדומה להצריך ששני העדים יהיו דוקא זה בפני זה, נראה פשוט דהוא כמו שמבואר בראשונים דכיון שהתנא קורא אותם בשם "בית דין" מוכח שלכו"ע צ"ל דהיתה תקנה קדומה לפני תקנת ר"ג להצריך דוקא ב"ד ולא סגי בעדות גרידא, ולפיכך פירשו דתרווייהו שפיר סברי שהיתה תקנה להצריך ב"ד, אלא שלרב נחמן היתה התקנה להצריך שהשנים יהיו זה בפני זה דחשיב נמי בית דין כמו בפרוזובול ולרב ששת היתה התקנה להצריך ממש בית דין של שלשה, וכן מבואר בריב"ש סי' רל"ב עיי"ש, והן אמנם שגם יש מהראשונים דס"ל דטעמא דלא מהני ביטול בפני אחד הוא רק מתקנתא, ועיין בזה בפת"ש סי' קמ"א ס"ק ס' מ"ש מהמשכנ"י ועוד, ועיין גם בס', "אור גדול" סי' ט' שהאריך בזה ואסיק לדינא שאין להקל בביטול בפני אחד, נראה דכל זה רק להחמיר אבל לא להקל ולסמוך לכתחלה על ביטול בפני אחד, ולכן נראה שגם כוונת העונג יו"ט והמהרש"ם ז"ל היתה לבטל בפני שנים זה שלא בפני זה ולא ממש בפני עד אחד בלבד אלא שקצרו בדבריהם כיון שלא היה למעשה.

[ורחש לבי דאולי יש לפרש בדברי המהרש"ם שכוונתו ממש לבטל בפני עד אחד שלא בפני השליח, אך מיירי באופן כזה שמודיע מיד לשני עדים ובפני השליח שביטלו תחלה בפני עד אחד שלא בפניו וכמו שכתב הב"ש בס"ק צ"א והרעק"א ז"ל בר"פ השולח דאל"כ לא יהא נאמן אחר כך הבעל וכן העד אחד לומר שהבעל ביטל כיון שהוא דבר שבערוה, ומכל מקום כיון שעצם הביטול היה רק בפני עד אחד דינו כביטול שלא בפני בית דין דאין ביטולו ביטול, וננקוט נמי שהיתה תקנה קדומה

הר"ן בפ"ו דגיטין דעדות באישות הוי כדיני נפשות דלא מהני עדות מיוחדת וצריכים דוקא בבת אחת, כבר הרבו לתמוה על זה, ועיין גם בשו"ת רעק"א רכ"ב אות י"ח ובשו"ת עין יצחק אבה"ע ח"ב סי' מ"ב דסובר משום כך בדעת הר"ן שמעיקר הדין צריך להיות דוקא ביטול השליחות זה בפני זה עיי"ש] ומוכח שגם זה הם סוברים דמעיקר הדין צריכים שיהיו השנים דוקא זה בפני זה [וצ"ע איך יהי בכה"ג בביטול שליחות של קדושין, ועיין בזה באבה"ע סי' ל"ה סי"ד ובנו"כ] ולא כהתוס' שכתבו בסוף ד"ה ור"ג גם אליבא דרב נחמן שהוא רק משום טעמא דמה כח בי"ד יפה. ואין לומר איפכא דאף שהם סוברים דלרב נחמן לא היתה כלל שום תקנה קדומה לפני תקנת ר"ג אבל מ"מ עדיין יכולים לומר שהם סוברים דלר"ג שמצריך שנים ולהלכה דקיי"ל כרבי שאם ביטלו מבוטל שפיר מהני אף אם ביטל בפני שנים זה שלא בפני זה, ונדחוק לומר שקורא אותם בשם בי"ד אע"פ שהם זה שלא בפני זה, חדא דאין זה מסתבר, ותו דכיון דקשיא להו איך משהו אותם לפרוזבול למה לא אמרו דלפיכך קרי ל"י בי"ד משום דבעינן שיהי' דוקא ביחד זה בפני זה, וכן הוא להדיא בב"ש סי' קמ"א ס"ק צ"ג במ"ש הרמ"א דין זה דלא מהני ביטול השליחות אלא זה בפני זה בשם יש אומרים דקאי רק אסיום דבריו על דין של ביטול הגט, אבל בהאי דינא שצריכים להיות ביחד בביטול השליחות ליכא שום פלוגתא דכיון שלהדיא תנן שצריך בית דין צריכים ודאי השנים להיות יחד זה בפני זה. ועיין בזה בפנ"י בתוד"ה רבי ובמשכנ"י חאה"ע סי' ל"ח ובשו"ת כת"ס סי' נ"א ובעין יצחק אבה"ע ח"ב סי' מ"ב אות ב' ה' שכתבו בדעת הרמב"ן והר"ן כדברינו, ולהדיא מבואר כן בריב"ש הנ"ל שהובא בב"ש שהוא תלמידו של הר"ן שהביטול צריך להיות דוקא זה בפני זה, ולכן נראה לענ"ד

בעינן שנים מתורת בי"ד וגבי ביטול גט מה שצריכים שנים הוא משום עדות דאין דבר שבערוה פחות משנים ובהכי סגי, ור' נחמן לא מייתי ראי' ממתני' דפרוזבול, אלא דלשנים בית דין קרי להו" ולא הזכירו כלל דלפיכך קורא אותם התנא בשם בי"ד מפני שהיתה תקנה קדומה להצריך שהשנים יהיו דוקא יחד זה בפני זה, אך אם נאמר שצריכים עדים לקיום הדבר אתי שפיר משום דממילא הוא דבעינן מעיקר הדין שהשנים יהיו ביחד זה בפני זה מדין עדות כמו בקדושין וגירושין, וגם תושבני דמה שהוסיף הר"ן לומר, והיינו דאמרינן לקמן בגמ' אותיבו קרי באודניכו דאע"ג דמוכחא מלתא שהוא הי' מבטלו כיון דליכא עדים לא חשיב ביטול" כוונתו גם כן מפני שצריכים עדים לקיום הדבר וכמו שכתבו שם בתוס' רי"ד דף ל"ד ע"א בתחלת דבריו, שהביטול בלי עדים אינו מועיל ואף על פי ששניהם מודים, גם נראה לענ"ד דממ"ש שם הר"ן, הכא איסורא דאשת איש ומשום מה כח בי"ד יפה לא אפקיעו רבנן קדושין" ולא זכר כלל שהיתה עכ"פ תקנה קדומה לפני תקנת ר"ג שאם ביטל בפני שנים זה שלא בפני זה דבכה"ג שפיר ראו חכמים צורך להפקיע הקדושין, משמע גמי דלרב נחמן שסובר בפני שנים לא היו כלל שתי תקנות, ומה שאמרו בראשונה היה עושה בי"ד ומבטלו היינו מפני שמעיקר הדין צריך הביטול להיות דוקא בפני שני עדים ביחד.

וכן מוכח גמי ממה שהרמב"ן והריטב"א והר"ן בחדושי' הק' בריש פ"ד דגיטין, ומיהו תמיה לן מלתא אליבא דרב ששת למה לי ג', וי"ל דאיהו סבר דמעיקרא תקנו ג' משום ממזרים ולבסוף בטלוה לגמרי משום תקנת עגונות" עכ"ל, ולא הקשו כלל גם על רב נחמן דלמה צריכים דוקא בי"ד, והיינו שיהיו זה בפני זה ולא סגי בעדות דמהני אפילו זה שלא בפני זה [ומה שכתב

בפני זה ורק מתקנת חכמים הוא דלא מהני, וסברי נמי שהוא רק בגלל הפקעת הקדושין. ולכן אף שלענין עצם הגירושין כיון שמפורש פסק השו"ע דבזה שלא בפני זה לא מהני הביטול אפשר ודאי לסמוך ע"ז והאשה ודאי מגורשת [אף שהאב"מ הנזכר להלן מפקפק בזה] אבל מ"מ לענין ממזרות מסתבר שגם בשעת הדחק א"א כלל להקל ולסמוך רק על הסוברים דטעמא דלא מהני ביטול הוא משום הפקעת קדושין, ובפרט שגם בדעת התוס' אין זה ברור וכמו"ש לעיל, והן אמנם שהכת"ס הנ"ל בסי' ג"א כתב דלדעת רוב הראשונים אמרינן דבזה שלא בפני זה אין ביטול ביטול משום טעמא דאפקעינהו רבנן לקדושין מיניה, מ"מ אין הדברים מוכרחים וחושבני שגם הכת"ס נתכוין בדבריו רק להחמיר ולא להקל.

ומיהו נראה דאף אם נאמר שלענין ביטול השליחות צריכים דוקא שני עדים לקיום הדבר, מ"מ ידוע שיש עוד הרבה דרכים איך שהבעל יכול לבטל הגירושין. א) ע"י זה שיקדיש את הנייר ואף שאסור לעשות כן לכתחלה משום טעמא דאין מקדישין בזמן הזה מ"מ יכול הוא להקנות הנייר לאיש אחר או להפקירו, ואינו חשוב כמפקיר או מקנה לאחרים דבר שאינו ברשותו, כיון שרק פקדון הוא ביד השליח ובכל שעה שירצה יוכל לבוא אל השליח ולבקש ממנו שיחזיר לו הגט וכיון שכן שפיר מהני הקנאה או הפקר. ב) לא ע"י ביטול כח השליחות אלא יבטל גופו של גט, ואף דפליגי בה רבוואתי מ"מ הרי ידוע שהרמב"ם פסק דשפיר מהני ביטול, וכן גפסק להלכה בשו"ע סוף סי' קמ"א עיי"ש. ג) לא שיבטל השליחות אלא יאמר בפירוש שהוא חוזר מעיקר הגירושין שאיננו כלל לרצוננו, ואף שבמקום אחר הארכנו בזה להראות פנים לכאן ולכאן מ"מ בס' "אמרי משה" סוף סי' כ"א כתב בפשיטות דיכול לחזור ואינו גט, וכמו שנראה פשוט מהא דאם נשתטה הבעל די"א שאינו גט

דכיון שמפשטות הדברים דתנן שמבטלו בפני "בית דין" משמע דוקא זה בפני זה כהריב"ש והב"ש הנ"ל, ומכיון שאין זכר ברמב"ן ובריטב"א ובר"ן שגם לרב נחמן היתה תקנה להצריך דוקא זה בפני זה, יש לחוש טובא דמדינא הם מצריכים דוקא זה בפני זה ולא משום תקנת חכמים וע"י הפקעת קדושין. גם איתא בירושלמי ר"פ השולח, דטעמא דרבי שאם בטלו מבטל הוא משום דאי אפשר לעקור דבר מן התורה ולהתיר אשת איש לעלמא, ומעתה כיון דפלוגתא דרבי ורשב"ג הוא רק בעבר וביטל בפני ב"ד, אבל שלא בפני ב"ד מודה גם רבי דאינו מבטל, הרי חזינן דלהירושלמי צריכים ודאי לומר דהא דבראשונה היה עושה ב"ד ומבטלו דהוא מדינא, והיינו או משום דבעינן עדים לקיום הדבר, או משום דלא אלים דיבורא דשלא בפניו לבטולי שליחות כי אם דוקא בפני ב"ד, או מטעמים אחרים, וכיון שכן מהיכ"ת לא נפרש כן גם בדעת הרמב"ן והר"ן שהוא ממש מדינא, וע"י גם בפנ"י דף ל"ג ע"א ד"ה גמרא שסובר בדעת הר"ן שאף להטעם משום דבעינן עדות של דבר שבערוה גם כן צריכים להיות שני העדים יחד זה בפני זה, ואף שיש הרבה ראשונים שאינם מצריכים כלל בזה עדים לקיום הדבר וכתבו בפשיטות דמהני ביטול בפני השליח או האשה גם שלא בפני עדים כמבואר בב"י, ואפי' בדעת הר"ן ראיתי ב"מכתב מאלהור"ו שער ז' אות ב' וכן באבנ"ז אה"ע סי' קמ"ט ובחלקת יואב סי' כ"א שפירשו לא כדברינו וסוברים כדעת הר"ן דמהני ביטול בפני שנים גם זה שלא בפני זה וכדעת הרשב"א והמאירי בריש פ"ד דגיטין, מ"מ לדידהו הרי פשוט הדבר דלא אפשר כלל להתיר את האשה ע"י ביטול של זה שלא בפני זה, כיון שהביטול באמת מועיל ועדיין היא אשת איש גמורה, ונמצא דלא אפשר להשתמש בעצתו של המהרש"ם אלא להסוברים שמעיקר הדין שפיר מהני ביטול של זה לא

וכתב שם בפשיטות דמה שצריך להיות זה בפני זה אין זה אלא תקנת חכמים דכיון שהוא דיבור גרוע שלא בפני בי"ד לא אלים לבטולי שליחות ועשאו חכמים כאילו לא ביטל, וכתב נמי דאף שהר"ן [הרמב"ן] כתב שהדין גותן דלא אתי דיבור שלא בפניו ומבטל דיבור שהיה בפניו, לאו דינא דאורייתא קאמר אלא דהוי דינא דדבריהם ולא הוי עקירת דבר מן התורה, כיון דדומה קצת לדברים שבלב, והיינו נמי טעמא דהריב"ש דהיכא דמבטל שליחות בהא בעינן בפניו או בפני בי"ד, דעשאו כדיבור גרוע נגד הדיבור הראשון אבל מוסר מודעא על הגט שלא יתן אותו — כיון דלא שייך הכא. ומר לא אתי דיבור גרוע ומבטל דיבור יפה — אין צריך בי"ד כלל דלרבי לא חיישינן לתקנת ממזרים כלל. ואסיק משום כך, דהאי דינא דהריב"ש לא נפקא מידי ספיקא דלשטת הר"ן והתוס' ר"פ השולח ד"ה מהו דתימא לא בעי שנים במסירת מודעא ולשטת התוס' ד"ה ורב נחמן בעי שנים גם במוסר מודעא עכ"ל, אולם לענ"ד צ"ע טובא דמהיכ"ת נימא דביטול שלא בפני בי"ד שהוא מה"ת ביטול גמור אפי"ה עשו אותו חכמים לבטול גרוע וכדברים שבלב ולהתיר אשת איש לשוק, וע"כ דהוא רק משום חששא דממזרות וכמו שמבואר בתוס' שגם לפני תקנת ר"ג כבר חששו בביטול גרוע לממזרות, וכיון שכן אם נאמר דביטול הגט או הקנאתו לאחרים וכדומה מהדברים שהזכרנו קודם מועיל גם שלא בפניו ועל כל פנים שלא בפני בי"ד נמצא שלא הועילו חכמים כלום בתקנתם כיון שעדיין יכול הוא לבטל הגירושין ונפיק מיניה חורבא.

ולכן יותר נראה כמו שמבואר בתורת גיטין ס"י קמ"א סעיף ס' בד"ה אבל שכתב על פסק הרמ"א שם דביטול גט עצמו אפשר גם על ידי שנים זה שלא בפני זה, וכן אהא דמהני מסירת מודעא לבטל גט, דכל זה

מה"ת, וכ"ש כשהוא פקח ועומד וצווה שאינו רוצה דאין זה גט כיון שזה נגד רצונו. אולם ברור הדבר דכמו דחשו רבנן לממזרות ולתקנת עגונות לענין ביטול השליחות ה"ה נמי דאמרינן הכי גם לענין אותן ג' דרכי ביטול הגירושין שהזכרנו, דאילת"ה מה הועילו חכמים בתקנתם אם הבעל יכול עדיין להשתמש באחד מג' האופנים האמורים לעיל, וגם מוכח נמי הכי מהא דמבואר בש"ס גבי „ולבדור אבדורי“, וכן מהא דאותיבו קרי באודגייכו דלא משכחת כלל בשום אופן ביטול הגירושין אלא בפניו דוקא, זולת אם נאמר כהרשב"א שכתב שם דהגמ' קאי לרשב"ג ולא לרבי ע"ש. [ומשום כך צ"ע במ"ש הב"ח בס"י קמ"א בד"ה ול"ש בדעת הרמב"ם דשליחות שבטלה מקצתה לא בטלה כולה, ואם שלח גט ע"י עשרה שלוחים וביטל אחד מהם לא בטלו כולם, ומ"ש הרמב"ם, „שלח הגט ביד שנים הרי זה יכול לבטל זה שלא בפני זה אפילו היו עשרה משביטלו בפני אחד מהם בטל הגט“, היינו מפני שביטול גופו של גט ומשמע מלשונו שיכול לעשות כן גם לכתחלה, שהרי לענין ביטול הגט לא הזכיר כלל הרמב"ם בהל' כ"ו דאסור, וא"כ קשה והא תפ"ל שאם ביטל הגט בפני אחד מהשלוחים אכתי נפיק מיניה חורבא ואיכא חשש ממזרות ואיך מותר לעשות כן גם לכתחלה].

והנה אהא דכתב הרמ"א בס"י קמ"א סעיף ס' דביטול הגט מהני גם בפני שנים זה שלא בפני זה כתב הב"ש בס"ק צ"ד דדוקא כשרוצה לבטל מה שכבר נעשה צריך להיות ביחד, אבל לבטל הגט הוי כאילו מוסר מודעא על להבא ולכן אין צריך להיות ביחד, וכתב על זה ה"ב בית מאיר דאין זה עיקר, אלא הטעם הוא משום דדוקא לענין ביטול השליחות נזכר במשנה שצריכים דוקא בית דין, וגם האב"מ בסק"ו אע"ג שהביא את הריב"ש אשר מדבריו רואים כהב"ש אפי"ה כתב שהדין הוה לאו דכו"ע היא,

בכה"ג דאינו מבוטל עי"ש, וכיון שכן בכה"ג שאמר להם בפירוש לא תיפוק לכו שותא יש לחוש טובא דלא תיפוק מיני' חורבא של ממזרות ומודה דבכה"ג אינו מבוטל, וכע"ז כתב בשו"ת ברית אברהם סי' קכ"ד בנשבע לא לבטל דכיון שאם יבטל יתבייש מלפרסם מודה רבי דלא מבוטל ועיי"ש שחזר מזה, אבל מ"מ באופן זה שאמרנו שמבקש אותם לא לגלות שפיר נראה לכאורה כדאמרן, אולם בהתבונני נראה דלרבי כיון שאם רוצה באמת לחזור מהגירושין הרי יכול שפיר לבטל בפני שנים או שלשה והגט יהי בטל כדין וכדת, ולכן אף להתוס' דמודה רבי שאם ביטלו בפחות מב' או בזה שלא בפני זה שאינו בטל, אפשר שהוא מפני שיש הרבה פעמים שאין הבעל רוצה לטרוח הרבה ולכן כשחוזר מהגירושין הוא מבטל בכה"ג, וכיון דנפיק מיניה חורבא תיקנו חכמים שביטולו לא יהא ביטול וממילא לא יעשה כן אלא ישתדל לבטל דוקא בפני ב' או ג', ואע"פ שלכתחלה גם זה אסור לעשות מ"מ ע"י זה לא תצא עכ"פ שום תקלה, וכיון שכן אפשר דלרבי אף בכה"ג דנפיק מיני' חורבא מ"מ לא מצינו שסובר דתיקנו חכמים לעקור דבר מה"ת או להפקיע הקדושין בכדי למנוע מאנשים שאינם מהוגנים לעשות בודון טצדקי של ביטול הגט ולהביא לידי ממזרות, ולכן אף אם אמר להם בפירוש לא לגלות מ"מ לרבי לא מצינו כלל בשום מקום שתיקנו חכמים בכה"ג לבטל את ביטולו, כיון דלא מצינו לדידיה דחשו רבנן שיעשה בודון כדי לקלקלה בו בזמן שאם באמת אינו רוצה לגרשה יכול לבטל בפני ב' או ג' ובדיעבד אם ביטלו מבוטל, וכיון שכן נראה נמי דיכולים שפיר ללמוד בשו"ע בסעיף ס' בדברי הרמ"א כהב"מ והאב"מ דביטול גופו של גט שפיר מהני גם בזה שלא בפני זה, ואפי"ה לא קשה דא"כ נפיק מיני' חורבא של ממזרות כיון שנתבאר דלרבי לא דאגו חכמים למנוע

דוקא כשהגט הוא עדיין בידי הבעל ולא עשה שליח להולכה, אבל „לאחר שכבר עשה שליח להולכה אפילו עדיין לא נכתב הגט דין ביטול שליחות יש לו, ובעינן דוקא שיבטל זה בפני זה“, ומסוף דברי הריב"ש בתשו' הנ"ל שבסי' רל"ב ג"כ נראה כדבריו עיי"ש, ומסתבר דלפי זה הוא הדין נמי אם מקנה לאחרים או מפקיע את הגייר, שגם כן צריך להיות רק בפני שנים זה בפני זה שהרי עיקר הטעם הוא משום דלאחר שכבר עשה שליח לגרש תו לא יכול לבטלו בשום טצדקי דאית לי' אלא בפני שנים זה בפני זה, אבל מכל מקום חושבני דאף אם נאמר דכשמבטל את השליחות צריכים דוקא שנים לקיום הדבר, מכל מקום אם הקנה את הגט לאחרים או צווח שאינו רוצה כלל לגרש את אשתו דבכה"ג אע"ג דחשיב כדבר שבערוה ובעינן דוקא תרי סהדי לאסהודי על כך מ"מ אין זה אלא עדות גרידא ומשום טעמא דלא איברי סהדי אלא לשקרי אבל לא לקיום הדבר, ואם כן אפשר דבכגון זה צריכים שפיר להטעם של הפקעת קדושין, ונמצא שאף אם נקוט דאין לסמוך על עצתו של המהרש"ם על ידי ביטול הגט, עדיין יש לדון דאולי אפשר על ידי אותן הדרכים שהזכרנו. אך צ"ע כיון שלפי דברינו לא נזכר כלל בגמ' שלרבי ואלבא דרב נחמן יש ענין של הפקעת קדושין, וכיון שכן מגין לנו לחדש הפקעה זו וצ"ע.

עוד גלענ"ד דאף אם נאמר שמעיקר הדין צריך להיות הביטול דוקא בפני שנים זה בפני זה, מ"מ אפשר שאם ביטל בפני שנים או אפי' בפני ג' אלא שבפירוש בקש אותם לא לגלות כלל הדבר לשום איש עד שיתן להם רשות דבכה"ג מודה רבי דאינו מבוטל, וכדחזינן בתוס' דף ל"ג ע"א ד"ה ורבי דאי הוה סובר רבי דבטלה כולה היה מודה שגם בדיעבד לא מבוטל משום דגם אם יתודע לשליח או לאשה עדיין יטעו ויחשבו דלא בטלה כולה ונפיק מיניה חורבא ומודה

לעיל מהתו"ג דמסתבר דלאחר שכבר עשה שליח לגרש אין לו שום אפשרות לבטל שליחותו כי אם ע"י בי"ד מבלי לחלק כלל אם מבטל השליחות או משתמש בכל הדרכים שהזכרנו, וא"כ קשה דאף שלענין ביטול השליחות סובר הרשב"א דכיון שביטול השליחות היינו מפני שהוא רוצה שתשאר אשתו ולכן כיון שחכמים הפקיעו אותה ממנו תו לא ניהא לי' כלל בביטולו ולעשות כל בעילותיו בעילת זנות וממילא גמיר ויהיב גיטא והיא מגורשת גמורה מה"ת, אבל בכה"ג שמקנה את הנזיר לאחרים או מקדיש אותו מסתבר דא"א כלל לבטל את ההקדש, וכיון שכן אכתי נפיק מיני' חורבא ע"י זה שיקדיש את הנזיר, והי' נראה לכאורה לומר שהרשב"א רק פירש כן בכוונת הגמ' אבל אין ה"ג שגם הוא מודה דבכה"ג שהקדיש את הנזיר שלא בפני בי"ד אמרינן שפיר דהפקיעו חכמים את הקדושין, וכיון שכן עדיין יש תקנה גם להרשב"א להקנות הנזיר לאחרים בפני שנים זה שלא בפני זה, אך אין זה נכון שהרי הרמב"ן והרשב"א כתבו כך לתרץ את הקושיא דא"כ כל אדם יחפה על אשתו או יטהר ממזורים, ואם כדברינו הרי הקושיא תישאר במקומה, דכל בעל יכול לחפות על אשתו ולטהר ממזורים ע"י זה שיקנה את הגט לאיש אחר בפני שנים זה שלא בפני זה, ולכן שפיר כתב המהרש"ם שדבריו אינם אליבא דהרשב"א [צ"ע במ"ש הרמב"ן ריש מס' כתובות אהא דהקשה שיכול כל אדם לחפות על אשתו שזינתה ע"י זה שישלח גט ויבטל, דתקנת עגונות שכיחא להו ועדיפא, ואע"ג דגבי זמן חששו, היכא דאפשר אפשר היכא דלא אפשר לא אפשר" דמ"מ מה הועילו חכמים בתקנתם להצריך זמן בגיטין, כיון שבלא"ה אפשר לחפות על ידי ביטול גט, וכן צ"ע במה שכתב שם הרא"ה, ורבי מורי אמר דהא לא איכפת לן אם יכולים ממזורים להטהר ולואי שיטהרו" דמ"מ קשה דאמאי

ביטול הגט מהבעל וכל תקנתם היתה רק לחוש דשמא מבלי דעת יגרום לחורבא דנפיק מיני' ממזרות, [אך מסתבר שלענין האיסור לבטל לכתחלה שפיר אסור גם זה וכן בכל הנך טעדיקי שהזכרנו] וכיון שכן נראה דכל זה שייך לענין ביטול השליחות ולא לענין ביטול גופו של גט שאין זה כ"כ דבר הרגיל ומי שרוצה באמת לחזור מהגירושין הרי יש לו האפשרות לבטל בפני ב' או ג', והשתא דאתינן להכא נראה דה"ה נמי לענין ג' האופנים הקודמים שהזכרנו הן אמנם דלרשב"ג שסובר דגם בפני ג' אם ביטלו אינו מבוטל שפיר מסתבר דאין זה דוקא בביטול שליחות כיון שחכמים רצו לנטל ממנו כל טעדיקי דאית לי' לבטל הגירושין שלא בפני האשה והשליח, משא"כ לרבי שסובר דביטול מבוטל שפיר נראה דאף אם נאמר שגם לרב נחמן הפקיעו הקדושין בזה שלא בפני זה היינו דוקא בביטול שליחות וכדאמרן שהוא כדי להציל מתקלה שתיעשה בשגגה, אבל לא בשאר האופנים שהזכרנו כיון דלא תיקנו כלל חכמים למונעו מביטול הגירושין וכיון שאין זה מצוי לא חיישינן כלל לחורבא דממזרות בכה"ג [ועיין בחלקת יואב הנ"ל שכתב בסי' כ"א דאם הפקיר את הגט שלא בפני בי"ד דאינו הפקר, ולענ"ד נראה דאפשר שכל זה רק לרשב"ג ולא לרבי וכדאמרן].

והנה על זה שכתב המהרש"ם דלדעת הרשב"א שפירש בגמ' דכיון שבלא"ה הפקיעו חכמים את הקדושין שוב אינו מתכוין כלל לבטל הגט וממילא גמיר ויהיב גיטא א"א כלל להשתמש בעצה זו של ביטול, לכאורה צ"ע דנהי דמשום חששא דממזרות תיקנו חכמים להפקיע הקדושין כדי שביטולו לא יהי' ביטול, אבל מ"מ עדיין יכול הוא לחזור מהגירושין ע"י מסירת מודעא שאינו רוצה כלל לגרשה, או ע"י הפקר והקנאת הנזיר של הגט לאחרים או ע"י ביטול גופו של גט להסוברים שהגט בטל, והרי כתבנו

תיקנו זמן בגיטין אם בלא"ה אפשר לחפות ולטהר ממזרים, ואף שגדולי האחרונים הקשו כן גם על התוס' מ"מ עיין ברעק"א שכתב דאולי לא ירצה לעשות למפרע כל בעילותיו לזנות, אולם על הרא"ה שכתב ולואי שיטהרו צ"ע].

ומאי דקשיא לן דמ"מ עדיין אפשר להפקיע הקדושין על ידי הקנאת הגט לאחרים גראה דהן אמנם דלרשב"ג שפיר קשה אבל יתכן שדבריהם הם להלכה דקיי"ל כרבי וסברי נמי דבביטול שלא בפני בי"ד ג"כ צריכים לטעמא דהפקעת קדושין ולכן שפיר הקשו דלפי זה יכול כל אדם לחפות על בת אחותו ולטהר ממזרים, ולענין זה שפיר תירצו במה שפירשו בכוונת הגמ' דכיון שיש הפקעת קדושין שוב אינו רוצה כלל את הביטול, ומאי דקשיא מהנך אופנים שהזכרנו, הרי אמרן דלרבי שפיר מהני ואינה מגורשת בכה"ג וממילא לא משכחת כלל שום הפקעת קדושין.

אך צ"ע טובא דכדברי הרשב"א הנ"ל כתבו שם גם הרמב"ן והריטב"א, והרי נתבאר שהם אינם סוברים כלל דלרבי יש הפקעת קדושין וממילא צריכים לפרש שכל דבריהם כתבו רק אליבא דרשב"ג וא"כ קשה דאכתי משכחת הפקעה וחיפוי ע"י כל אותם האופנים שהזכרנו, וגם צ"ע דהרמב"ן והרשב"א והרא"ה שהובאו בשטמ"ק ריש מס' כתובות חזרו והקשו על דבריהם דהא בכה"ג שעיקר כוונתו לחפות על אשתו שלא תהרג או לטהר ממזרות תו לא גמיר ויהיב גיטא, כיון דבהכי ניהא לי טפי וממילא משכחת שפיר חיפוי והפקעה, ותרצו דמ"מ כיון דביטולי' הוא לא אדעתא דתיהדר לי איתתי' אלא משום אפקועי קדושין ביטולי' לאו ביטול ולא כלום הוא [צ"ע דמ"מ אם הבעל אומר בפירוש דאינו רוצה שהשליח ימסור לה הגט וכל רצונו הוא שתישאר אשתו גמורה או שבגלל זה יבואו החכמים ויפקיעו את הקדושין למפרע אבל אינו

רוצה שתתגרש נמצא דבכה"ג איכא שפיר הפקעה וחיפוי]. ואהא דאי קשה דהתינח לענין ביטול שליחות אמרינן שפיר דכיון שעכ"פ אינו רוצה שתישאר לו לאשה אין זה חשיב ביטול, ולכן היא מגורשת מעיקר הדין, אבל אם יפקיר הגט או יקנה אותו לאחרים דאין זה שייך כלל לעניני ביטול, ואם נאמר דגם בכה"ג הפקיעו חכמים הקדושין תיהדר קושיא לדוכתי' דכל אדם יכול לחפות על אשתו ולטהר ממזרים, ואף לדברינו דלהלכה דקיי"ל כרבי לא קשה, אבל מ"מ לרשב"ג נשאר קשה מהא דיכול כל אדם לחפות על בת אחותו, וכמו"כ קשה להסוברים דמה שאשה מתגרשת בד' אמות הוא רק משום הפקעה דלפי זה יכול כל אדם לחפות על בת אחותו שזינתה ע"י זה שיזרוק לה גט לד' אמות, ובזה לא שייך לומר דבכה"ג שמתכוין לחפות לא תיקנו חכמים דתיהוי גיטא, וגם התירוץ של הרמב"ן והרשב"א לא שייך בכגון דא, וצ"ע. וכן קשה לי טובא על המהרש"ם שכתב בנוגע לעצתו שגם להרשב"א אפשר דבכה"ג שנעשה בעצת בי"ד גם הרשב"א מודה, דמה סברא יש בדבר, דהא אף כשהבעל עצמו רוצה בביטול השליחות אך ורק כדי לחפות על אשתו אפי"ה אמרינן דמ"מ אין זה חשיב ביטול כיון שהיא סו"ס נפקעת ממנו, ואם כן מה יתן ומה יוסיף במה שהדבר נעשה בעצת בי"ד, וצ"ע.

ובהך ענינא דביטול גט צ"ע במ"ש התוס' בר"פ השולח בד"ה מהו,, וצ"ע כי שמא ביטול שלא בב"ד אינו מועיל להקל אבל יועיל להחמיר,, וחזינו דמספקי להו להתוס' דאפשר שלרבי שסובר ביטול מבוטל אף שהיתה תקנה קדומה שהביטול לא יועיל אלא בפני בי"ד אפי"ה רק ספק הוא, וקשה דאם נאמר שאם עבר וביטל שפיר מועיל להחמיר עדיין לא הועילו כלום חכמים בתקנתם, כיון שאם עבר וביטל עדיין תישאר האשה מקולקלת, ואם לא תדע ותינשא לאחר

מועיל גם גט דרבנן שניתן לה בתוך ד' אמות, וכיון שכן הרי היא מגורשת ואסורה לכהן מדרבנן וגם בניה ממזרים גמורים מדרבנן, וכן אם נתגרשה בגט שאין בו זמן אשר כתב הנמ"י בסנהדרין דהו"ל עדות שא"א יכול להזימה ומהני רק משום דאפקעינהו רבנן לקידושין מיניה, מכל מקום ברור הדבר שאסורה לכהן ואם זינתה בניה ממזרים מדרבנן, גם מפורש הוא בשטמ"ק כתובות דף ג' דבכה"ג פשוט הדבר שהיא גרושה דרבנן ואסורה לכהן עיין שם.

גם ראיתי למי שכתב דאפשר נמי בשעת הדחק להפקיע האישות ולהתיר ממזרות ע"י זה שתאמר האשה לבעלה, „נטמאתי“ ועיין בר"ן גדרים דף צ' דמה שמותרת לבעלה הוא רק מטעם דאפקעינהו רבנן לקידושין מינה, ולע"ד הוא טעות, דהא פשוט הוא שרק אם אמת הוא שזינתה מצאו חכמים תקנה להציל אותם מאיסור ע"י הפקעת הקדושין, אבל אם לא נטמאה והיא טהורה, מהיכ"ת נימא דהפקיעו חכמים את הקדושין ועשו כל בעילותיהם לב"ז, וגם ברור הדבר דבכגון דא לא הפקיעו רבנן אלא את האישות דאורייתא, אבל מדרבנן עדיין היא אשתו לכל דבר, דאם לא כן כשנתנה עיניה באחר הרי תוכל לעזוב את בעלה בלא גט בגלל הפקעת הקדושין ולא הועילו כלום חכמים בתקנתם, ועל כרחך דמדרבנן היא אשת איש, וכיון שכן תו לא תרויח כלל האשה בלעז זה שתוציא על עצמה לומר לבעלה נטמאתי כיון שמדרבנן היא עדיין אשת איש וגם הולד ממזר מדרבנן, וכמו כן אי אפשר לעשות הפקעת קדושין ע"י אונס בגיטין וכגון שיתן לה גט ויסע לעיר אחרת ויאמר לה אי לא אתינא עד למחר להוי גט, ובי"ד ילמדו לאנשים אחרים שיעכבוהו מלבוא וממילא תהא הפקעת קדושין כמו"ש בגמ' כתובות דף ג' ע"א [ועיי"ש ברמב"ן בריש כתובות שהק' כע"ז וכתב, „ולא חששו למאן דמחפה על בת אחותו דאונס לאו

יהיו בניה ספק ממזרים, אך אפשר דכיון שהבעל יודע שלהחמיר אין רואים אותה כאשתו שוב לא יבטל את הגט אלא בפני בי"ד, אך עדיין צ"ע קצת כיון שיודע שהאשה תשאר מעוגנת שוב לא יחשוש ויבטל גם שלא בפני בי"ד כיון שאז תתרצה להתקדש לו שנית ויש ליישב, אבל מ"מ לטטה זו שבתוס' לא משכחת כלל לרבי הפקעת קדושין, אולם להלכה לא נזכר כלל ספק זה של התוס', ועיין ב„בית מאיר“ בס"י קמ"א סעיף ס' שהק' על הרמ"א למה לא הזכיר כלל שטה זו שבתוס' ונשאר בצ"ע, אך מצאתי ב„עין יצחק“ ח"ב אה"ע ס"י מ"ב שכתב דאין לחוש כלל להלכה לספק זה שבתוס', וגם ראיתי שם שתמה באות י"ז על שטה זו שבתוס' דאכתי תישאר האשה מקולקלת, אך כבר כתבנו קודם דאפשר קצת ליישב תמיהה זו, שוב ראיתי במשכנ"י הנ"ל שחושש לשטה זו שבתוס' וכתב שרבנן ירוחם כן מביא שטה זו שבתוס'. ועיין גם ב„אור גדול“ ס"י ט' מ"ש בזה.

עוד ראיתי שם במהרש"ם שכתב „עוד עלה בלבי שבאם לא רצה הבעל הראשון לגרשה מרצונו והבי"ד כפוהו הרי מדינא בעינן שיהי' העישויי בבי"ד סמוכין — וכיון דבזמן הזה ליכא סמוכין — מבואר ברשב"א דהיינו משום תקנת עגונות ומדרבנן וצ"ל משום דאפקעינהו חו"ל לקידושין, וכ"ה בנתיה"מ ריש ס"י א' בשם רמב"ן ורשב"א שכתבו כן להדיא, אם כן שוב י"ל דמה"ט אין הולד ממזר — ואף דמדרבנן אסורה מכל מקום אין הולד ממזר“ עכ"ל. ולענ"ד הוא תמוה, דהא נפיש רבוואתי דסברי דמה שאשה מתגרשת על ידי זה שנותנין גט לתוך ד' אמות שלה דאין זה אלא משום הפקעת קדושין למפרע, ואם כן אטו בניה שנולדו לה בזנות לא יהיו ממזרים, וע"כ דרבנן רק הפקיעו לענין זה שלא תהא אשת איש דאורייתא, אבל לענין דרבנן ודאי רואין אותה כאשת איש מדבריהם, אלא שלענין זה

ומה שלא בא אין זה בירור לקיים הגט לא חל הגט אף אם גם לולא האונס לא היה בא וזה לא כהפנ"י.

עם סיום הדברים אפרש בקיצור גמרץ את הפקפוקים על עצתו של הגאון מוהרש"ם ז"ל, א) אף אם הפקיעו חכמים את הקדושין עדיין הולד ממזר מדבריהם, כמבואר בראשונים, וכן כתבו לדינא הגאון מוהר"ש קלוגר ז"ל והכת"ס והעונג יו"ט. ב) יתכן שאסור עכ"פ לעשות למפרע כל בעילותיו ב"ז. ג) אם יבטל הבעל רק בפני עד אחד, רבו הסוברים שמה"ת אין הביטול כלום וממילא לא הוצרכו חכמים להפקעת קדושין, ואם הביטול יהי בפני שנים זה שלא בפני זה, ג"כ יש סוברים שהביטול אינו כלום מה"ת, ולעומת זה גם יש סוברים שהביטול מועיל אפילו מדרבנן, ונמצא שעצתו היא רק אם נקוט כהסוברים שמה"ת מהני הביטול אלא שחכמים הפקיעו הקדושין. ד) אפשר דמה שאמרו בגמ' שהפקיעו חכמים את הקדושין הוא רק לרשב"ג ולא לרבי וכתב גחמן דקיי"ל כוותיה דמהני ביטול בפני שנים וכן דעת הגרעק"א ז"ל. ה) עצתו אינה להרמב"ן והרא"ה והרשב"א והחכם צבי והפנ"י שפירשו דלמעשה לא הפקיעו כלל חכמים את הקדושין. ו) לא מצינו שהפקיעו חכמים את הקדושין אלא כשהביטול הוא בעבירה ושלא כהוגן ולא כשנעשה בהיתר על פי הוראת בית דין, ולכן נלענ"ד דיש לחוש טובא בהא מלתא לספק איסור תורה*.

בידיה הוא, אבל מ"מ בכה"ג שבי"ד רוצים בכך אפשר שפיר לעשות כן ע"י זה שיכריחוהו אחרים שלא מדעתו והוא יהי באמת אנוס], ובדרך זו גם נרויח שאפילו להרמב"ן והרשב"א שפירשו בגמ' גיטין דכיון שבלא"ה יפקיעו הקדושין לכן גמיר ויהיב גיטא ולא ניתא לי' בביטולו אשר לפי דבריהם אי אפשר להשתמש בעצתו של המהרש"ם, דמכל מקום לענין אונס בגיטין אף שגם שם פירשו דכיון שחכמים יפקיעו הקדושין דעתו נמי שלא יועיל שום אונס לבטל התנאי, אבל מ"מ נלענ"ד שאם התנה בפירוש שלא יהא גט אלא א"כ לא אתינא ע"י פשיעה מסתבר דבכה"ג גם הם מודים דמשום טעמא דצנועות ופרוצות הפקיעו חכמים את הקדושין, אך אפשר דאונס כזה שנעשה על פי בית דין לעכב אותו מלבוא קלא אית לי' ולא שייך בכגון דא טעמא דצנועות ופרוצות וכמו"ש שם בתד"ה וסברה לענין מיתה דקלא אית ליה, וגם אפשר דחשיב נמי בכה"ג כאונס דלא שכיח אשר לכו"ע יש אונס בגיטין ואינה מגורשת, וגם צ"ע ממ"ש הפנ"י שאף אם הוא אנוס מחמת חולי מכל מקום מידי ספיקא מיהו לא נפקא דשמא אף אם לא אירע אונס נמי לא היה בדעתו לקיים התנאי ונמצא שהיא ספק מגורשת ספק הפקעת קדושין, אולם מהראשונים לא משמע כהפנ"י ועיין גם באו"ש פ"ט מגירושין הי"ד שכתב דכוונת התנאי היינו שרק אם יתברר שהי' יכול לבוא ולא בא יהא גט אבל באופן דאניס

* שליט"א ב, סיני" כרך מ"ח, ולאחר העיון אין אני רואה שום נימוק לחזור או לשנות מסקנת הדברים.

* לאחר שהקונטרס נמסר לדפוס הראו לי מ"ש בזה בשו"ת ציץ אליעזר לידידי הגאון מוהרא"י וולדנברג שליט"א בח"א סי' כ"ד, וכן מ"ש בזה ידידי הגאון מוה"ר עובדי' יוסף

הפסק והתשובה *

שני סוגי יצירות קיימים בספרות ההלכה: הפסק והתשובה, או שאלות ותשובות (לשם הקיצור: ספרות השו"ת). לכאורה אין הבדל ביניהם, שכן גם התשובה תעודתה לפסוק את הדין, כלומר הפסק, ובכל זאת יש הבדל גדול לא רק בצורתם של שני סוגי יצירה אלה, בעריכתם ובהתהוותם אלא גם בערך תוקפם וסמכותם.

הפסק

תחילה נעסוק בהגדרת הפסק, כי סוג זה של ספרות ההלכה קדם לספרות השו"ת, ולא עוד אלא שהוא התכלית העליונה של כל סוגי היצירה בתחום ספרות ההלכה, כפי שאני עומד לברר במקום אחר.

במלכים"א כ', מ נאמר: ויאמר אליו מלך ישראל: כן משפטך אתה תרצת. התרגום שם מתרגם: דנת דינך ופסקת: התלמוד אומר²: מאי פסקא, במובן של הכרעה וחריצת דין. כותבי ספרי פסקים מוזכרים לרוב על הראשונים בתקופת הספרות הרבנית. והרי דוגמאות אחדות:

רבינו אליעזר בן רבי יואל הלוי (ראבי"ה) מבליט בהרבה מקומות שספרו כולל פסקים³, והוא מזכיר הלכות שונות בשם זה: "ופסקי נטילת ידים ומים אחרונים כתבתי בפרק כל הבשר"; "סליק פסקות דיוס הכיפורים; אני אבי העזרי חברתי פסקים של הלכות תענית על סדר מסכת תענית"⁴; "ושאר דיני חסר ויתר אכתוב בסוף פסקי הלכות טריפות" ועוד. רבינו מאיר ב"ר ברוך מרוטנבורג מסיים את תשובתו⁵, שכתב ממקום מאסרו במגדל אינווגסטיים, לתלמידו רבינו אשר (הרא"ש) באומרו: "כופסי גיטין אין בידי ולא ספר הפסקים" בארץ הנגב. המהר"ם מזכיר⁶ גם את "פסקי צרפתים ופסקי רבינו שמחה". רבינו אשר בן רבי יחיאל (הרא"ש) מדגיש גם את תפקידו של הפוסק: על הרי"ף הוא

- * מאמר זה עניינו ספרות הפסק והתשובה עם התחלת תקופת הספרות הרבנית שבאה אחרי תקופת הגאונים במאה האחת-עשרה.
- 1 ראה גם ויקרא כ"ב, כב: עורת או שכור או חרוץ. והתרגום תרגם: עויר, או תביר או פסיק. ראה ערוך השלם בערכו.
 - 2 כתובות עו, ב ועוד. ראה גם בבא בתרא קל, ב: כי אתא פסקא דדינא.
 - 3 ראה ר"א אשטוביצר, מבוא לספר ראבי"ה, עמ' 81-83.
 - 4 וכן גם למסכת חולין: "אני אבי תעזרי סדרתי פסקים אלה על סדר מסכת חולין".
 - 5 תשובות מיימוניות, הלכות אישות, סימן ל.
 - 6 ראה גם ספר רבי מאיר ב"ר ברוך מרוטנבורג, מהדורת י"ז כהנא, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תש"ך, חלק שני — התשובות, עמ' צב, סוף סימן ק האומר: "סוף דבר... איני אומר בה לא איסור ולא היתר, איסור איני אומר בה שמחוך ספר הפסקים דלא פלוג".
 - 7 תשובות מהר"ם ב"ר ברוך דפוס קרימונא, סימן קנד. ראה גם "סיג" תש"ד (טבת—שבט); שו"ת אור זרוע — מהר"ם ב"ר ברוך, עה, עמ' קיט, בסיום הסימן: פסק.

כותב⁸: "הא דכתב הרב אלפסי... גם כי היה ראוי למחבר פסקים שיברר דבריו ולא יסתום".

מחברי ספרי פסקים נזכרים לפעמים גם בשם פסקנים. רבינו ירוחם אומר: "כתבו הפסקנים"⁹.

התהוותו של הפסק אנו מבחינים צורות שונות:

(א) פסקים בודדים. הרבה פעמים מוסיף הפרשן בסוף פירושו לקטעים שונים בגמרא את הפסק, אף-על-פי שאין הוא צריך לכך. פעמים שפסק זה מבוסס על פירושו לגמרא שם, ופעמים גם בלא שום קשר לפירושו אלא לעניין הגדון בגמרא. שיטה זו אנו מוצאים גם אצל המחברים. המפרשים הטיפוסים שהלכו בדרך זו הם רש"י ותוספות¹⁰. הם שימשו דוגמה למחברי ספרי-הלכה שבאו אהריהם שבתרו בשיטה זו.

רבים מן הפוסקים ראו אף בפירוש או בחידוש, הנמצאים בספרי הראשונים, פסק, כלומר גם אם הפרשן או המחבר לא הזכירו בדבריהם במפורש כל פסק. גם אם הם אינם מביאים כל מסקנה הלכה למעשה, מוכח מן הפירוש שיש לפסוק כך הלכה למעשה, מכיוון שאין הם מביאים את הדעה המנוגדת לחידושם ואין הם מכריעים בעניין. ברם בעיה זו לא נפתרה והיא טעונה עוד בירור¹¹.

(ב) פסקים בעניינים מסוימים. הכוונה לפסקים שנכתבו להלכות מסוימות, כגון הלכות טריפות מאת רבינו גרשום מאור הגולה¹². לסוג-יצירה זה שייכים גם ספרי הפסקים מאת רבינו שלמה יצחקי (רש"י) ואלה שיצאו מבית-מדרשו, כגון ספר הפרדס, ספר האורה, מחזור ויטרי ועוד; ספר התרומה מאת רבי ברוך מגרמייזה; תורת האדם מאת רבינו משה בן רבי נחמן (רמב"ן) על הלכות אבילות; הלכות שמחות מאת רבינו מאיר בן רבי ברוך מרוטנבורג; תורת הבית הארוך והקצר על דיני איסור והיתר; ספר עבודת הקודש על הלכות שבת, יום טוב ועוד מאת רבינו שלמה בן אדרת (רשב"א), ועוד.

(ג) ספרי קודכסים. ספרי חוקים שכלולים בהם כל דיני ההלכה הנוהגים בזמן הזה. יוצא מן-הכלל הוא ספר משנה תורה לרבינו משה בן מימון, שהלך בעקבות רבינו הקדוש, רבי, בסדר המשנה¹³.

מהותו ותכליתו. אנו נייחד אחדברינו בעיקר על הפסקים מסוג ב ו-ג. האופי העיקרי של סוג-ספרות זה הוא, שהמקרים הנדונים לא נלקחו מן החיים. כלומר, כותבי

8 רא"ש, הלכות קטנות — הלכות טומאה, אות ז.

9 בסוף ספר מישורים. מובא גם בבית יוסף — בדק הבית, יורה דעה, סימן קנז ד"ה והרמב"ם. אצל האחרונים מדובר על "פסקי בעלי בתים" ו"פסקי הלומדים". ראה סמ"ע חושן משפט, סימן ג, אות יג; שו"ת חיים ושלום, חלק שני, סימן קס, קלז ע"ג.

10 ראה רא"ה וויס "בית תלמוד", שנה שניה, וינא תרמ"ב, עמ' 28; דור דור ודורשיו, ח"ג, וילנא תרס"ד, עמ' 288; הרב טשרנוביץ, תולדות הפוסקים, ח"ב, עמ' 7 ואילך. עמ' 38, שהעמידו כללים במהותם של פסקים אלה.

11 ראה בעניין זה הספרות מסביב לבעיה, אם רש"י ותוספות הם פרשנים ומחדשים או גם פוסקים. ראה שו"ת תעלומה לב, ח"ג, עמ' קטו. שם מצוינת גם הספרות. הרב טשרנוביץ במקום הנ"ל, עמ' 8 בהערות. בנוגע לתוספות ראה שיטה מקובצת לכתובות, עמ' ד, א; עט, א; ראה א. א. אורבך, בעלי התוספות, עמ' 523, 525, 566 ואילך.

12 ראה תוספות חולין מז, א ד"ה ואי לאו; שם מז, א ד"ה אמר רבינא.

13 ראה רא"ח פרימן בספר השנה, Jahrbuch f. jüd. Gesch. u. Lit., פרנקפורט א. מ., כרך וו א (1920), עמ' 171 ואילך; עין משפט מאת ש. איזנשטדט, עמ' 87 ואילך, שם מצוינת רשימת ספרי הקודכסים.

ספרים אלו לא נשאלו בענייני החוקים האלה אלא בקשו לכתוב ספרי חוקים ודינים על יסוד המקורות התלמודיים. תכליתם היתה להסדיר את כל אורח-החיים של היהודי על-פי ההלכה, ספרים אלו נועדו ליהודי הפשוט, שידע איך להתנהג במקרים אלה כשייתקל בהם. מאידך, ניסא נועדו הספרים גם לחכם או לרוב להורותם כיצד לפסוק אם יפנו אליהם בשאלות. צורת הפסק. צרכים אלה באו לידי ביטוי בצורת גסוח הפסק, שנכתב בדרך-כלל בקיצור ובהשמטת השקלא-וטריא והמשא-ומתן.

וכך מגדיר את כתיבת הפסק רבינו משה בן רבי מיימון בתשובתו לרבי פנחס דין באלכסנדריא¹⁴: "דע שכל מי שכתב ספר בין בדברי תורה בין בדברי שאר החכמות בין מן הגוים הקדמונים בעלי החכמות, בין מן הרופאים, אחד משני הדרכים הוא אוחז: או דרך היבור¹⁵, או דרך פירוש; דרך התיבור הוא לתזכיר הדברים הענינים לבד — בלא קושיא ובלא פירוק ובלא שום ראייה בעולם כמו שעשה רבינו הקדוש בחיבור המשנה. ודרך הפירוש לתזכיר הדברים הנכונים ודברים אחרים סותרין אותן והקושיות על כל דבר, והפירוק והראייה שזה דבר אמת וזה דבר שקר, או שזה ראוי וזה אינו ראוי. וזו דרך התלמוד, שהתלמוד הוא פירוש המשנה, ואני לא עשיתי פירוש אלא חיבור על דרך המשנה"¹⁶. ההנמקה לפסק ניתנת במלים ספורות ובצדה מראה-מקומות, למקורות שעליהם מבוסס הפסק. הדוגמאות הקלאסיות לסוג-ספרות זה הם המשנה תורה של הרמב"ם והשלחן ערוך של רבי יוסף קארו. ברם במשנה תורה של הרמב"ם חסרים הציונים למקורות, דבר שעורר אצל הרבה מגדולי הפוסקים התנגדות לספר זה¹⁷.

ה ת ש ו ב ה

שלא כפסק שאופיו תיאורטי, כלומר שהעניין הנדון בו לא עוררה אותו המציאות היום-יומית, מיוחדת התשובה בקונקרטיזם שבה, בהיותה לקוחה מהמציאות. התהוותו של סוג-ספרות זה מבוססת בעצם על השאלות והתשובות שעליהן. הוא גם מתקיים רק בגינן. כותבי ספרי השו"ת נשאלו בעניינים הנדונים בהם, והנושאים הם ברובם ריאליים, כאלה שהחיים היום-יומיים העלו אותם על הפרק. הנשאלים הם על-פי רוב חכמים שתורתם אומנתם, דיינים ורבנים היושבים על מדין. הם נשאלו בעניינים אלו על-ידי פרטים או ראשי קהילות. היו שאלות שהחכמים הנזכרים לא ידעו להכריע ולפסוק בהן, — במיוחד כשמדובר היה בבעיות שעלו על הפרק בעקבות המצאות הטכניקה, או מאורע היסטורי איזה שהוא, או שינוי המצב הכלכלי וכדומה. העניינים האלה היו טעונים פתרון ברוח התורה, אבל מאחר שלא נזכרו במפורש במקורות ההלכה, וניתן היה לפתור אותם רק על יסוד השוואתם לעניינים אחרים דומים להם המובאים בספרות ההלכה, פנו אפוא לגדולי התורה, שהתמחו בפתרון בעיות הלכיות קשות הידועים בבקיאותם בים התלמוד. לרוב גם קורה, שהרב השואל פונה בשאלתו אל חכם מפורסם ומציע גם התשובה ומצפה מהנשאל לקבל את הסכמתו, כלומר: יותר משהוא פונה אליו לשם בירור העניין ההלכי הוא פונה אליו שישתתף

14 קובץ תשובות הרמב"ם, ליפסיא, סימן קמ.

15 במובן של קודמם; כן מפרש צימליך בקובץ: Moses Ben Maimon, לייצוג 1908, חלק ראשון, עמ' 260.

16 ראה הרב טשרנוביץ במקום הנ"ל, ח"א, עמ' 243.

17 בהקדמתו של רבי משה מקוצי (הסמ"ג) נאמר: "וכל אדם שיורה מתוך ספריי ויבקשו ממנו כתב ראייה... יא לו תרבר הווא כתלום בלא פתרון", שו"ת הרא"ש כלל לא, ט ועוד.

עמו באחריות לפסק־הדין, כפי שמתבטאים שואלים אלה: "כי היכי דלימטיה שיבא מכשורא" (סנהדרין ז ע"ב). אם הצעת השואל ומסקנתו מנוסחים כראוי, באה עובדה זו לידי ביטוי בדברי המשיב בסגנון דברים כגון זה: שאלת חכם חצי תשובה, או: לא לדידי הוא צריך, וכדומה.

צורת התשובה. השוני המהותי שבין הפסק לבין התשובה נתן את אותותיו גם בצורתם של שני סוגי ספרות אלה. מפני שהשאלות המובאות בספרות השו"ת לקוחות מן המציאות והן דנות בעניינים הלכה למעשה, הרי שהחכם המשיב חייב לנתח את המקורות ההלכיים מכל הבחינות: עליו לעסוק בפירוש המקורות, ופעמים אף לחדש פירוש חדש ולסטות מן הפירוש המקובל, לתמוך דעתו בסוגיות שונות המפורזות בים התלמוד, והכל כדי לברר את השיטות השונות שיש להביאן בחשבון לנושא הנדון ושמתפקידו להכריע ביניהן.

שוני זה שבין הפסק לבין התשובה, הבא לידי ביטוי גם מבחינת הצורה, ניתן להגדירו במלים ספורות: ספרי הפוסקים אוצרים בתוכם פסקים הכתובים בדרך קצרה ומתוך השמטת השקלא־וטריא; וזו רואים רק את פרי היצירה ולא את דרך היצירה. ואילו בספרות השו"ת אנו רואים גם את "בית היוצר", את הקשיים שעל המשיב להתגבר עליהם עד שהוא בא לידי מסקנה סופית, את כל המשא־ומתן של ההלכה, את הנימוקים וההוכחות שהניעו את המשיב לפסוק כפי שפסק ולא אחרת. ספרות השו"ת מאפשרת לנו להציץ לתוך בית־היצירה של היוצר ולתהות על חכמת היצירה שלו. בספרות השו"ת נשתמרו לנו כל סוגי היצירה של ספרות ההלכה, החידוש, הפירוש והפסק. אנו רואים לרוב גם את השתלשלות ההלכה מן הראשונים עד לזמנו של המשיב.

מובן, שכאלה הם פני הדברים בדרך־כלל, אבל יש בשני סוגי היצירות ההלכיות גם תופעות יוצאות מן־הכלל¹⁸.

עדיפות התשובה מהפסק או להפך

בספרות הפוסקים עלתה על הפרק השאלה, אם מבחינת הסמכות יש להעדיף את התשובה מהפסק, או להפך.

שאלה זו שני פנים לה:

(א) כשהמדובר בשני מחברים, כלומר אם יש חילוקי־דעות ביחס לפסק־דין אחד בין תשובה שנמצאת בספר תשובות של מחבר פלוני לבין פסק שנמצא בתוך ספרי־פוסקים של מחבר אחר. מובן, שמדובר במחברים השווים בערכם¹⁹.

(ב) כשהמדובר במחבר אחד. אם יש סתירה ביחס לפסק דין, הנמצא בספר תשובות

18 לפעמים אין הפוסקים מבדילים בין פסק לתשובה. לדוגמה: רבי מאיר ב"ר ברוך מרוטנבורג הג"ל חלק שני בחלק התשובות סימן צב: נשאל לר"מ – המהרש"ל בביאורו על הסמ"ג מביא זאת כפסק: נשאל לר"מ... עכ"ל הפסק, הראבי"ה קורא גם חקירות בשם תשובות (ר"א אפסוביצר, מבוא לראבי"ה, עמ' 84).

19 רבי משה בן חביב בכלליו בגט פשוט, כלל ב, מגדיר את המושג פוסקים שווים בערכם: "וכי תימא מי יוכל לומר ולהבחין: זהו פוסק גדול ומפורסם, וזה אינו גדול ומפורסם. יראה לי דכל פוסק שזכה שנתפשט ספרו, או דבריו והוראותיו בכמה מקומות חשוב גדול ומפורסם, משום דמימיו אנו שותים, והרי הוא מכלל פוסקים אבות העולם. אמנם הפוסק שלא נתפשט ספרו או הוראותיו ולא הוזכרו דבריו בספרי הפוסקים תדיר אלא במקצת מקומות הוזכרו דבריו, לא חשוב גדול ומפורסם".

של מחבר פלוני, בפסק שנמצא בספר הפוסקים של אותו מחבר. לעניין זה יש ליתן את הדעת על זמנם של הספרים, כלומר איזה ספר נכתב תחילה, כי יש גם להגות שהמחבר חזר בו בספר שכתב לאחרונה ממה שכתב בספרו הראשון.

הראשון בין הפוסקים שמעורר שאלה זו, באופן כללי כשהמדובר הוא במחבר אחד, הוא רבינו יעקב בן רבי משה פולין (המהרי"ל), אשכנז, תחילת המאה החמש-עשרה, בתשובה לשאל²⁰: "ומה שכתבת שאין לסמוך על התשובה, אדרבא הלכה למעשה הוא וילפינן מינייהו טפי מדברי הפוסקים שלא היו בשעת הוראה, כדאיתא ביש נוחלין²¹. ומשום הכי גרסינן בתלמודא בכמה דוכתין²² והלכה למעשה. וכן בא"ז כמה זימנין, להודיע שאין כאן ספק וגימגום ותתשובות שפסקו על המעשה, היינו הלכה למעשה, וכל רבותי שאחר התלמוד כולו מיייתי מתשובות דקדמאי; ואנן יתמי דיתמי כ"ש וכ"ש".

וכן מדגיש גם רבי משה שמשון בכרך²³, שיש לפסוק כהרא"ש וכרשב"א בתשובותיהם "לפי שהם פסקו כן הלכה למעשה ומעשה רב²⁴. כל שכן בתשובות מהר"ם, שיש לסמוך על התשובות יותר מעל הפוסקים"²⁵.

מעטות הן השאלות שעלו על הפרק בספרות הפוסקים בקשר לעדיפות מסוג א. לעומת זאת תופס מקום רחב הדיון בבעיה מן הסוג השני, כלומר בסתירה שבפסק הדין בין ספר התשובות לבין ספר הפוסקים של מחבר אחד. אולם מסקנת הפוסקים שנקבעה על יסוד הדיון והנימוקים בהקשר לשאלה מסוג ב, כוחה יפה במובן מסוים גם לבעיה מסוג א. בחומר הרב בתחום זה הנמצא בספרות הפוסקים הלכה למעשה דנים הפוסקים במיוחד עד כמה שבעיה זו נוגעת לשני הפוסקים החשובים ביותר, שעיצבו את אורח החיים היהודיים בכל התחומים ובכל אתר ואתר והם: רבינו אשר בן רבינו יהואל הרא"ש (אשכנז-ספרד, סוף המאה השלוש-עשרה) ורבינו יוסף בן רבי אפרים קארו (צפת, המאה השש-עשרה). הרא"ש. ספרי רבינו אשר שימשו יסודות, שעליהם בנה בנו, רבינו יעקב "בעל הטורים", את ספרו ("ואין רצוני להאריך בראיות אלא להביא דברים פסוקים. ובמקום שיש דעות שונות אכתבם, ואכתוב אחרי כן מסקנת א"א הרא"ש ז"ל". הקדמת הטור לאורח חיים, ועוד). גם רבינו יוסף קארו מונה אותו כאחד מ"שלושת עמודי הוראה", שעליהם קבע את הפוסקים בספרו בית-יוסף. שני הספרים החשובים ביותר של הרא"ש הם: פסקי הרא"ש²⁶ — כולל פסקים בדברים הנוהגים בזמן הזה, וספר תשובות. יש פסקי-דין רבים בפסקי הרא"ש, המנוגדים לאלה הנמצאים בספר תשובותיו, ונתפוררו ספקות איך לפסוק במקרים אלה. לראשונה העלו שאלה זו על הפרק בניו של הרא"ש, רבינו יעקב בעל הטורים ורבינו יהודה. רבינו יהודה בן הרא"ש נשאל²⁷ במפורש בעניין זה על-ידי בן-אחיו, רבי

20 תשובות מהרי"ל, סימן עב.

21 בבא בתרא קל, ב.

22 ברכות כד, א וש"ג.

23 שו"ת חוט השני, סימן ה'.

24 ראה שו"ת לבושי מרדכי (לרמ"ל וינקלר) מהד"ת אה"צ, סימן יב. האומר שגם בתשובה "ראין לסמוך על דברי התשובה, כי אם יש כל צדדי התיירא שהוזכרו בתשובה דדילמא לא היה לענין מעשה".

25 כנראה שגם שם מדובר בפוסקים של שני מחברים.

26 ראה תוספות יום טוב כלאים פרק ט משנה ב האומר "שממה שכתב הרא"ש בענין שנת השמיטה בפרק קמא דעבודה זרה מבואר שעשה חיבורו (פסקי הרא"ש) בשנת [ה' אלפים] ע"ג".

27 שו"ת זכרון יהודה, סימן טו.

אשר בן רבי שלמה בתשובתו כייל רבינו יהודה את הכלל: "במקום שאני מוצא אצל הרא"ש דברי פסקים להשוות סותרין זה את זה, אני הולך אחרי הפסקים שהם בין אחרונים". רבינו יעקב קובע²⁸: "אף על פי שכתב הרא"ש בתשובה²⁹ שהמלוה על המשכון שומר שטר, בפסקיו כתב³⁰ שהוא שומר חנם... ודאחרונה היא, ולא כתבתי תשובה זו אלא ללמד ממנו חילוק זה למי שפוסק שהוא שומר שטר".

דברי הטור "ודאחרונה היא" ניתן לפרש בשני אופנים:

(א) "פירוש דפסקיו עשה בסוף ימיו"³¹ שאת כל ספרי פסקיו חיבר הרא"ש אחר שגמר את ספר התשובות שלו. כך תפס את דברי הטור גם רבינו יוסף קולון בתשובותיו³², בדונו הלכה למעשה בעניין גדר, אם מועילה קבלת הלב ללא הוצאת שפתים, מסתמך המהר"ק על דברי הטור האלה לפי פירושו הוא: "ואל תחמה אם פסק הרא"ש בספרו בהפך מתשובתו, שכן תמצא גם לעניין מלוה על המשכון בטור חשן משפט עצמו".

כן היא גם דעתו של רבינו יהודה ליווא בן רבי בצלאל (המהר"ל מפראג) בתשובתו בעניין היתר עגונה³³: "ואף אם היה — נראה — דמתשובותיו של הרא"ש משמע דחייש לשאלה, הלא בפסקיו לא נמצא זה כלל. ואדרבה מוכח מתוך פסקיו דלא חיישינן לשאלה. וזה נמצא הרבה שחזר בפסקיו ממה שנמצא בתשובותיו". לפירוש זה מסכים אמנם גם רבינו יוסף קארו³⁴, בהסתמכו על תשובת רבינו יהודה, בנו של הרא"ש הנ"ל: "וכן נראה עוד מדברי רבינו בטור חושן משפט סוף סימן ע"ב". וכן גם בחושן משפט סימן ק' (מהודש יא ד"ה שאלה לא"א הרא"ש ז"ל) מציין הבית יוסף את תשובת רבינו יהודה בן הרא"ש שנשאל על סתירה זו, ובתשובתו קבע את הכלל הנזכר לעיל, אלא שהבית יוסף מעיר: "ועל דברי ה"ר יהודה יש לתמוה דמשוי ליה להרא"ש בתשובה טועה בדבר פשוט"³⁵.

לעומת זאת תופס רבינו יוסף קארו בשני מקומות את הפירוש השני בדברי הטור כעיקר, הרא"ש בתשובותיו³⁶ מתיר לקבל ריבית מיהודי על משכונו של לא־יהודי הנמצא בידיו. ברם היתר זה עומד בניגוד למה שכתב בפסקיו. הבית יוסף מעיר על זה³⁷: "ומשמע מדברי רבינו — הטור — שהוא תופס דברי הרא"ש בתשובה עיקר יותר מדבריו בפסקיו, מדהביא דבריו בתשובה לבסוף. ואף־על־פי שכחושן משפט סוף סימן ע"ב כתב: ואע"פ שבתשובה כתב הרא"ש שהמלוה על המשכון שומר שטר בפסקיו כתב שהוא שומר חנם ודא — הפסקים — אחרונה היא, עכ"ל משמע שתפס דבריו בפסקים יותר עיקר מדבריו בתשובה. יש לומר דלאו כללא כייל ובאותה תשובה בלבד הוא דקאמר, דהוה קים ליה דדבריו דפסקים היה אחר אותה תשובה, ואין למדין משם למקומות אחרים".

28 חושן משפט, סוף סימן עב.

29 ראה בית יוסף שם, ד"ה ומ"ש רבינו אע"פ.

30 ראה רא"ש שבועות פרק שישי, אות כט; טור שם תחלת הסימן ובג"כ שם.

31 הציטאט לקוח מפרישה חושן משפט, שם, אות לה.

32 שורש קסא, ענף ז.

33 "פסק על עגונה" (תשובות הגאונים), אונגוואר 1865, עמ' יד.

34 בית יוסף יורה דעה סימן שמא, ד"ה וכעניין הבדלה. ראה גם שו"ת פנים מאירות, חלק שני, סימן קב.

35 כן גם בשו"ת משפט צדק (מאת ר"מ מלמד) חלק ראשון, סימן עד. ראה דרישה ח"מ שם, אות יא; בית ד"ה שאלה לא"א הרא"ש.

36 כלל מאה ושמונה, סימן ד, מובא גם בטור יורה דעה, הלכות רבית, סימן קסח, קסט.

37 הלכות רבית, שם ד"ה וא"א ז"ל כתב. ראה גם בית שם.

(ב) על העיקרון הזה, שיש לתעדיף את התשובות מהפסקים — והטור מדבר רק במקרה מיוחד — חוזר הבית יוסף גם במקום אחר ביורה דעה³⁸. בהסתמכו על פירושו הנוכח על דברי הטור "ודא אתרונה היא", הוא מסכם ואומר³⁹: "אינו רצה לומר שפסקיו עשה אחר כל תשובותיו — וממילא בכל מקום הם עיקר נגד תשובותיו, אלא כוונתו תשובה זו דכתב בה דהמלוה על המשכון הוא שומר שכר אותה השיב קודם כתיבת חיבור פסקיו. אבל ודאי השיב כמה תשובות אחר גמר חיבור פסקיו. ומשום הכי פסק הבית יוסף שם ביורה דעה (ראה לעיל), שהתשובה שידוע שהשיבה אחר גמר חיבור פסקיו, כל העולם הולכין אחר זה שהשיב או כתב באחרונה".

באופן עקרוני (ראה לקמן) סובר גם רבינו יוסף מטראני⁴⁰, שאין לקבל את כללו של רבינו יהודה, שאת כל הפסקים כתב הרא"ש לאחרונה, "דאטו כל אותם השנים שהיה הרא"ש עוסק בפסקי ההלכות העמיד שוער על פתח בית המדרש שלא ישאלו ממנו דבר ההלכה" ? הוא מסתייע גם בעובדה: "ובכמה תשובות כתב שכתב בפסקיו". כן סובר גם רבי משה בנבנשתי⁴¹.

הנימוקים להעדפה. בפתרון בעיית העדיפות של שני סוגי יצירות אלה יש חילוקי-דעות. וכל אחת מן הדעות נימוקה עמה. דעתו של המהרי"ל היא, שיש להעדיף את התשובות מהפסקים. נימוקו הובא לעיל. כן סובר גם רבינו דוד בן אבי זמרא⁴² בשאלת עגונה בעניין אמירת קברתיו: "והוי יודע שאפילו אם תרצה לומר שהתשובה ההיא הלוקה על הפסק, על התשובה יש לנו לסמוך שהיא הלכה למעשה". רבי יוסף זאמירו מנמק⁴³ את דברי הרדב"ז ואומר: "וטעם נכון יש בדבר, היותו נדרש ללו' שאלוהו"⁴⁴ לדעת מה יעשה ישראל, ולהורות נתן, גדולה תשובה כדת מה לעשות, מה שאינו כן בפסקים". כן הוא גם דעתו של רבינו יוסף קארו, המובאת לעיל בהשמטת כל נימוק⁴⁵.

- 38 בית יוסף יורה דעה הלכות מקואות, סימן נא ד"ה אבל רבינו; ראה גם בית יוסף חושן משפט סימן קכו, מחודש ח; שו"ת אבקת רוכל, סימן פח האומר: "יעוד שהוא — הטור — כתב תשובה זו של הרא"ש ז"ל בסימן התשובות שהן לענין מעשה, כנראה שהוא רוצה שלענין מעשה נסמוך עליו"; תשובות בית יוסף אבן העזר, דין יבום והליצה, סימן ב.
- 39 חושן משפט, סימן עב, אות לה. ראה גם דרישה יורה דעה, סימן שלד, אות ט (הוא מפקפק שם בעיקרון זה של הבית יוסף); שמא; אות ה.
- 40 שו"ת מהרי"ט חלק ראשון חושן משפט, סימן ז.
- 41 שו"ת פני משה, חלק ראשון, סימן יב, מובאת לקמן.
- 42 שו"ת דברי דוד הלכות אישות סימן כה. הרדב"ז מדבר שם על הסתירה שברמב"ם, אולם כוח הדברים יפה לגבי כל פוסק ופוסק. ראה ההערה הבאה.
- 43 בהערותו לשו"ת דברי דוד הנ"ל ובספרו הון יוסף (ליוורנו תקפ"ח—פ"ט), סימן ח, עמ' לט (שם מצוינת גם הספרות). רבי יוסף זאמירו מסיק את המסקנה מדברי הרדב"ז. ואומר: שמעינו מן הדא זה כלל גדול בתורה, להיכא דהרא"ש ז"ל נמי בתשובה מורה ושם בסת"ר (דברים כז, טו. כאן משחק מלים במובן סתירה) למה שכתב בפסקיו, כמו שכתב בתשובה נקטינו להורות תשובה לרבים. ברם בעל הון יוסף מצייין גם את העובדה שהרא"ש כתב את פסקיו לאחרונה, ומוסיף: "יש שסוברים שגם המהרי"ל שכייל כללא שהתשובות הן עדיפות לא אמר זה על הרא"ש רק על פוסקים אחרים, כי הרא"ש כתב את הפסקים לאחרונה".
- 44 מליצה על פי ישעיה סה, א.
- 45 הסבר לדברי הבית יוסף ראה בשו"ת ויוסף אברהם (מאת רבי אברהם דיין בארם צובה) סימן כז. גם הוא מסכים לסברא זו שיש להעדיף את הפסק בתשובה מזה שבספרי פסקים. ראה שו"ת ראנ"ח חלק א, סימן מו.

את העיקרון הזה מקבל גם רבי משה בנבנשתי⁴⁶ האומר: "ולוי גראה כי אף-על-פי שיראה סתירה מפסקיו [של הרא"ש] לתשובה, יש לנו לילך ליקח למעשה דבריו בתשובה, כיון דהיא תשובה לשואל היאך יעשה, אבל בפסקיו איפשר דכתב דהכי ראוי לפסוק להלכה ולא למעשה. אבל בתשובה דייק הרבה לכתוב סברתו בדקדוק להשיב תשובה לשואל שיעשה מעשה. אף על פי דהטור בנו כתב בסוף סימן ע"ב היפך דברי אלה מפני דבריו בפסקיו הם אחרונים. ולי אין ראיה זו מכרעת מפני תרי טעמי, חד מה שכתבתי כי כיון דבתשובה בא להשיב שואלו, ודאי דמאי דסבירא ליה בדקדוק משיב לשואל. זאת ועוד כי איפשר כי תשובה זו היתה אחרונה לפסקיו, כי יש הרבה תשובות—מאת הרא"ש—שמביא בתוכן ראיה ממה שכתב בפסקיו"⁴⁷.

לעומת זאת סובר⁴⁸ רבינו יוסף מטראני, שהפסקים הם העיקריים. והרי נימוקו: "מסתברא דכל רב ופוסק שעשה חיבור כולל בין שעשאו בתחילת ימיו בין בסוף, יש לתפוס דברי החיבור [הפסקים] עיקר מדברי התשובה, דאם איתא דהדר ביה הוה ליה לתקן הדברים במקומן בחיבורו בשעה שהוא מעיין בתשובה, דמסתמא אינו משיב אלא אם כן עמד על שרשן של דברים מתוך חיבורו. אפילו אם נזדקנו דברי תורה בפיו חוזר ומסתכל בהם בשעת מעשה"⁴⁹. דברים אלה של הרימ"ט קשה להבינם. שכן אם "בתחילת ימיו כתב הפסקים ואחרי זה באה אליו שאלה ופסק להיפך ממה שכתב בפסקים, היאך נוכל לומר דהפסקים עיקר אחר שראה אותם ולא נראו בעיניו ופסק בתשובה להיפך"⁵⁰. נימוק אחר לעדיפות הפסק על התשובה מביא רבי יונה גבון, בסתירה שבין הפסק בקונטרס העגונות לרבי חיים שבתי (מהרח"ש, שאלוניקי, המאה השבע-עשרה) לבין הפסק הנמצא בתשובותיו, מכריע⁵¹ רבי יונה גבון הלכה למעשה כפסק הנזכר (בספר התשובות) ונימוקו: "נלע"ד שדבריו בקונטרס הם יותר עיקר מהתשובה לפי שהם דבריו—שנכתבו—יותר בירושלם בשרשי הדינים, ואין מי שיעמוס עליו ליקח התשובה, דלפעמים האדם לא יוכל להעמיק כראוי מסיבת המהירות להשיב שואלו דבר. ומצינו כיוצא בזה שאנו עושים

46 שו"ת פני משה חלק ראשון, סימן יב.

47 ראה תשובה חוט השני הנזכרת לעיל. בתשובות שבות יעקב חלק שלישי, סימן מ (מובאת גם בשערי תשובה אורח חיים סימן תרלט אות ו) מעדיף גם כן את הפסק המובא בתשובות מהרי"ל העומד בסתירה לפסק המובא בפסקיו בהסתמכו על העיקרון שהמהרי"ל בעצמו קבע.

48 שו"ת מהרי"ט ז"א חושן משפט, סימן ז.

49 שו"ת ויוסף אברהם הג"ל, עמ' קפב, שם נמצא עוד קשיים בדברי מהרימ"ט. רבי אברהם דין נדחק לתרץ את דברי מהרימ"ט באומרו: "ונראה לומר שמה שכתב מהרימ"ט דהפסקים עיקר, היינו לגבי דין שלומדים בספרים ורואים שיש מהם כותבין כמו שכתוב בפסקים; ויש מהם שכותבין כמו שכתוב בתשובות ועל אופן זה כתב שיש לילך אחר הפסקים, כי יותר הם מדקדקין".

50 בשו"ת בעי חיי חלק ראשון חושן משפט, סימן סא, מסביר הברל זה: "כשהפוסק עוסק בתשובה שמשיב לשואלו ופוסק הלכה אינו נמנע מלבקש אחר פסקיו והלכותיו איך פסק. ואם פסק בהיפך ממה שכתב בתשובה או מוחק מה שכתב בהלכות, או חוזר בתשובה. אבל כשאדם עוסק בחבור אינו חוזר אחר תשובותיו לראות איך פסק, מפני שטורח הוא לו לבקש בתשובותיו היכן כתב זה שאין סדורות כמו בחבור שהוא סבור ומוכן לפניו וכל זמן שהוא רוצה לראות מה דעתו בחבור פותח המסכתא שבה דין זה מוזכר".

51 שו"ת נחפה בכסף חלק שני אבן העזר סימן כז, עמ' קפ"ב. ראה מטה שמשון חושן משפט, סוף סימן עב, בהגהות הטור.

עיקר מפסקי הרא"ש יותר מתשובות במקום דסתרי אהודי, כידוע. והוא הדין הכא שיש לעשות עיקר ממה שכתוב בקונטרס העיוגוא יותר ממה שכתב בתשובה".

רבינו יוסף קארו. בעיית עדיפות הפסק שבפסקי הרא"ש מזה שנקבע בתשובותיו, בעיה שעסק בה גם רבינו יוסף קארו, עלתה בספרות הפוסקים גם בקשר לספריו של קארו. מלבד ספריו העיקריים: בית יוסף על ארבעת חלקי הטור מאת רבינו יעקב בעל הטורים: ד' חלקי השלחן ערוך; כסף משנה (= פירוש על הרמב"ם) ועוד, ניתנו לנו משל רבינו יוסף קארו גם ספרי תשובות בדיני אבן העזר וחלק אחר בשאר עניינים בשם אבן עזר רובל. שאלת העדיפות שנתעוררה בספרות הפוסקים ביחס לספרי התשובות של רבינו יוסף קארו היא בעיה כפולה:

(א) הפוסקים הספרדיים בארץ-ישראל ובארצות הסמוכות וגם באפריקה קיבלו⁵³ את רבינו יוסף קארו כמרא דאתרא, על כן אין לבוא בארצות אלה כנגד הוראותיו בטענת קים לי. השאלה המתעוררת: "אם היינו דוקא מה שכתוב בבית יוסף ובשלחן ערוך אבל מה שכתוב בתשובותיו לא קבלנו, או דילמא דקבלנו הוראותיו בכל מקום, בין מה שכתוב בבית יוסף ובין מה שכתוב בתשובה הכל שוים. ואדרבה יש מקום לומר, דאדרבה מה שכתוב בתשובה הוא עדיף, שהם הלכה למעשה ויותר מדקדק בהם. ועוד דבתשובה מאריך בהרבה ראיות ויותר יש לסמוך על דבריו שבתשובה"⁵⁴. רבי חיים יוסף דוד אזולאי (חיד"א) קובע⁵⁵: "והגם דברי מרן הם בתשובה וליתנהו בשלחן ערוך. מוכח מדבר מורי הרב... דגם דברי מרן בתשובה אהניא לן שלא לומר קים לי, והם דברי טעם, אכן קבלנו הוראות מרן ז"ל, ודבריו בתשובה הם הלכה למעשה בפרטות ועדיף מהשלחן ערוך".

לסברה זו הסכימו הרבה פוסקים⁵⁶. לעומת זאת מוסר רבי מרדכי יוסף מיוחס⁵⁷ מפי השמועה, שאף-על-פי שקבלו את הוראותיו של רבי יוסף קארו בשלחן ערוך "ורבו גדולי המורים שהסכימו על ספרו, אמנם בפסקים דיני מרן כמו הפוסקים שבזמנינו"⁵⁸. גם החיד"א חזר בו ממה שכתב בתשובותיו (ראה לעיל), ובהשמטותיו⁵⁹ הוא סובר: "ולא אכחד דיש לצדד דדוקא דיניו בשלחן ערוך קבלו"⁶⁰.

(ב) גם אלו שסוברים שהקבלה היא לפסק כהוראותיו של רבינו יוסף קארו גם בתשובותיו, גם אצלם מתעוררת השאלה אם יש להעדיף את הפסק הנמצא בתשובותיו, ואפילו הוא בסתירה לפסק המובא בשלחן ערוך. פתרונה של בעיה זו שנוי גם הוא במחלוקת. רבי חיים פאלאג'י סובר⁶¹, "דתשובה עדיפה משלחן ערוך... וכל שכן כשסותר מבית יוסף לתשובה, שהתשובה עיקר". כן סובר גם רבי אליהו שמאע הלוי⁶²: "וכבר

53 שו"ת ראני"ח חלק ראשון סימן קט אומר: "וכבר נתקבל הרב רבינו יוסף קארו ז"ל עלינו במקומנו לרב, ללכת אחר הוראותיו". ראה ישרי לב חושן משפט מערכת ק, אות כד.

54 לשונו של השואל בשו"ת ויוסף אברהם, סימן כז.

54 שו"ת חיים שאל, חלק ראשון, סימן עד, אות יא.

55 ראה שו"ת ויוסף אברהם הנ"ל הדין באריכות בכך שיש להעדיף את התשובות: שדי חמד כללי הפוסקים סימן יג, אות לא, עמ' 3652. שם מצוינת גם הספרות.

56 שו"ת שער המים, סוף סימן ט.

57 אני מצטט עליפי תשובת ויוסף אברהם הנזכרת.

58 בסוף התשובות חיים שאל הנ"ל, כתוב לחיים קיט ע"ד.

59 ראה שדי חמד הנ"ל בהערה 55. שם מצוינת גם הספרות.

60 כל החיים מערכת י, אות נז.

61 קרבן אש"ה אבן העזר סימן כ, עמ' לט.

כתבתי לעיל בשם הפוסקים דטפי לן למיזל בתר פסקי מרן בתשובה יותר מפסקי השלחן ערוך". לעומת זאת סוברים רבי אברהם ענתיבי⁶² ורבי אברהם חיים אדאדי⁶³, "דהפסקים הם עיקר נגד התשובות".

רבי נפתלי צבי יהודה ברלין (הנצי"ב, הר"מ וראש ישיבת וולאזין) נשאל⁶⁴ ע"י בניו של רבי יצחק דוד הלוי במברגר, רבה של וירצבורג⁶⁵, בעניין הדפסת ספר שו"ת של אביהם. הרב הנזכר כתב ספר שאלות-ותשובות, הלכה למעשה, ששאלותיו רבנים ותכמים חשובים. ברם לפני מותו ציווה הרב הנזכר שלא ידפיסו ספר זה. ונימוקו "שאין לסמוך כל כך על התשובה, כמו על מה שכתב בדרך לימוד אותו ענין". שבשעה שאדם כותב ספר פסקים הוא עוסק בעניינים כשקט, בלא שום לחץ, ואינו מוגבל בזמן שעליו לגמור את ספרו. על כן "הקיף את הענין על בוריה יותר ממה שמקיף בעת שבא לשואלו דבר". אבל בתשובות שאדם נשאל עליהם, לרוב אין הן ניתנות לדיחוי שכן הן הלכה למעשה, ובנסיבות אלה נעשית העבודה במהירות, המשיב נחפו בתשובתו, ועל כן אין להסתמך על המסקנות שבספרי התשובות. מלבד זאת מציין רבה של וירצבורג: "על מה שהסכימו הפוסקים לסמוך על פסקי הרא"ש יותר מעל תשובותיו".

לעומת זאת דוחה הנצי"ב השקפה זו ואומר: "ואדרבה בשעה שמישיבים הלכה למעשה באים לעומק הענין יותר ממה שבא הענין בדרך לימוד". זאת ועוד אחרת: "וגם סייצתא עדיף בשעת מעשה. וכבר אמרו חז"ל⁶⁶ דסייעתא דשמיא מהניא טובא להוציא הוראה מהלכה". הנצי"ב מביא שם עוד הוכחות נוספות, שהפסק שנכתב בספרי השו"ת עדיף מהפסק הנכתב בספרי הפוסקים, שנתחברו בדרך-כלל לא בעקבות שאלות. ובנוגע להעדפת הפסק הנמצא בפסקי הרא"ש מאלה שמובאים בספר השו"ת שלו סובר הנצי"ב, שהסיבה היא שספר פסקי הרא"ש נכתב אחר ספר תשובותיו ועל כן יש להניח שבספרי הפוסקים חזר בו ממה שכתב בספר התשובות. הוכחה להנחה זו, הוא מה שנמסר לנו על-ידי רבינו יהודה, בנו של הרא"ש, והוא ידע במילי דאבוהו שהפסקים נכתבו יותר מאוחר. לדינא, מסיק הנצי"ב "דתורה היוצאת בשעת — כתיבת — תשובה למעשה היא עדיפה ומכוון יותר לאמת ממה שיוצאת בדעת האדם בשעת הלימוד. וכמה גאונים שלא רצו להדפיס תשובותיהם שהשיבו הוא מטעם אחר, דבשביל שיש לסמוך על התשובות ביותר והם לא רצו שיסמכו על דעתם". על כן סובר הנצי"ב, שלפי הדין יש להדפיס את ספר התשובות. אף-על-פי-כן יש גם להתחשב בצוואה, וזאת מבחינה אחרת, והיא עד כמה יש בכוחו של אדם לאסור ללמד את תורתו לאחרים.

הנקודה המאחדת את הפסק והתשובה

עד כה דיברנו על המפריד בין שני סוגי היצירה ההלכיים: ספרות הפוסקים וספרי השו"ת, אולם יש גם דבר המאחד שני סוגים אלה, והוא הבעיות ההלכיות שעלו ביחס לפסק בספרות

62 בתשובותיו מר ואהלות מובאת בשדי חמד הג"ל, עמ' אלף תתרז.

63 ויקרא אברהם דף קכ, אות פד, אני מצטט עליפי שדי חמד הג"ל. ראה ישרי לב הג"ל בהערה 52, שם מצוינת גם הספרות.

64 שו"ת משיב דבר אורח חיים, סימן כד.

65 בתשובה מוזכר שם הרב בעילום שם. ברם אנו יודעים שמדובר ברב הנזכר בפנים. ראה י' אונא, סיני כרך מב, עמ' קפ.

66 כתובות ט, ב.

השו"ת, ולאחר ביורורים הלכיים ומשאומתן של הלכה מצאו את פתרון בצורת פסק. הכרעות אלה מובאות אחרי כן בספרות הפסקים בצורת פסקים ובהשמטת השקלא-וטריא והפלפולים. פסקים כאלה שמקורם בספרות השו"ת נמצאים לרוב גם בשלחן ערוך, ולהפך. המשיב מנסח את תשובתו לאחר עיון מרובה ובדיקה יסודית בפסקי-דינים הנמצאים בספרי הפסקים, כך שאפשר גם לומר ששני סוגי-הספרות הנזכרים משלימים זה את זה. ויש עניין בדבר, שהפסק בתשובה, שהוא בהרבה מקרים תוצאה של מאורע היסטורי וכדומה הוכנס בשלחן ערוך כפסק עם סימן-ההיכר ההיסטורי. דרך-משל: בימי-הביניים ובמאות השנים שלאחר-מכן נתפרנסו יהודים רבים מן הרוכלות. הדרכים היו בחזקת סכנה, ובמיוחד בשביל היהודים שהיו מחוסרי זכויות אזרחיות ודמם הותר. מטעמי ביטחון לקחו עמם הסוחרים והרוכלים היהודים נשק, והנשק היה סכין ארוך. בהקשר זה נוכל להבין את איסורו של רבינו מאיר מרוטנברג להיכנס לבית-הכנסת בסכין ארוך, "מפני שהתפלה מאריך ימיו של אדם והסכין מקצר"⁶⁷. בשלחן ערוך⁶⁸ בפסקה ההלכה: "ויש אוסרים לכנס בו [בבית הכנסת] בסכין ארוך".

שו"ת ציץ אליעזר חלק טו סימן נח

אשת איש שנשאה בטעות, וכדומה, והולידה ממזר אם יש למצוא תקנה על ידי שיגרשנה בעלה ע"י שליח ויבטלו שלא בפניו, והדומה לזה, שנאמר ע"כ אפקינהו רבנן לקדושין מיניה. תשובה לרב אחד. אודות ההצעה, באשת איש שנשאה בטעות כגון שנתברר שהגט שקיבלה הוא פסול וכדומה והולידה ממזר, והבעל מתרצה לגרשה שנית כדת משה וישראל, שכדי לטהר את הממזר, וכן שתהיה מותרת לבעול, שהבעל יגרשנה על ידי שליח ויבטל אח"כ את הגט שלא בפני השליח ובפני עד אחד בלבד, ונאמר על ידי כן אפקינהו רבנן לקדושין מיניה ונמצאת פנויה למפרע, או בדומה אשר ע"כ נאמר אפקינהו. הנה ההצעה מיוסדת היא על יסוד התירוץ הראשון שבתוס' גיטין ד' ל"ג ע"א ד"ה ואפקינהו, ותוס' שם בד' ל"ב ע"ב ד"ה ור"נ, ואת העצה הזאת הפליטה הגאון המהרש"ם ז"ל בתשובותיו בח"א סי' ט' ואמרה להלכה ולא למעשה, דבנידונו לא היתה כבר אפשרות כזאת, וכתבה בלשון: ולא אכחד כי אם היה כת"ר מתייעץ עמי טרם שעשו מעשה גירושין של בעל הראשון הייתי ממציא עצה ותושיה להלכה ולא למעשה ע"פ דברי התוס' גיטין ל"ג, וכו', וע"ש בתוס' ל"ב ע"ב ד"ה ור"נ וכו' דגם לרבי מודה בביטול בפני א' לר"נ אינו מבוטל לכו"ע וכו' יעו"ש. (אודות הנאמנות של עד אחד בזה מצינו להרבה מגדולי הפוסקים דס"ל דבכה"ג ע"א נאמן משום דהא איתחזק איסורא דא"א, וכתב מזה הרבה הגאון הגרי"א מקאוונא בתשובותיו, יעוין בעין יצחק השני אה"ע סימנים ל"ח ל"ט מ"ב מ"ה, ומשכחת לה גם בעדות מיוחדת יעוין אה"ע סימן קמ"א סעי' ס' ברמ"א, ועין יצחק שם, או כשנים שמעו מרחוק הביטול בפני הע"א, דאע"ג ששמעו הדבר כיון שלא היה דיבורו עמהם לא מהני ביטולו כמבואר בשו"ת תשב"ץ ח"א סי' א' מובא בעין יצחק שם סי' מ"ב ס"ק כ"א יעו"ש. ואגב, יעוין בשו"ת עין יצחק שם סימן מ"ב ס"ק י"ד שכותב בלשון: וכמו כן יש להעיר במש"כ הרא"ש בגיטין ד' ע"ח דלכן זרק קרוב לה מגורשת אף ברשות הרבים וסימטא משום דאפקינהו רבנן לקדושין כו' ג"כ תקשה דאמאי בהתקדשי אחר שתמות אחותך אינה מקודשת (משום דה"ל דבר שלא בא לעולם) הא בידו לזרוק לה גט ברה"ר בע"כ ואז תהא מגורשת בקרוב לה מחמת הפקעת קדושיה. רק לפי שיטת הר"ן דהתם דמחמת הפקר בי"ד נגעו בה ניחא זה, ויש ליישב גם לשיטת הרא"ש הנ"ל אך אכמ"ל עכ"ל).

וההצעה האמורה כעת להנהיגה בפועל לא חדשה היא, וכבר הציעה בזמנו הגרי"א הרצוג ז"ל עקב מעשה שהיה, ונדפסה לראשונה תשובתו על זה בספר היובל אור המאיר שנדפס בעריכתי לכבודו של הראש"ל המנוח הגר"צ עוזיאל ז"ל בשנת תש"י. אבל מבין ריסי דבריו של הגרא"ה בעצמו ניכרת היסוסו הרב בזה עקב חומרת הדבר, ואשר הוא דבר שהמהרש"ם בעצמו הדגיש בדבריו שכותב זאת להלכה ולא למעשה, והגרא"ה הציע זאת כדי לצרף זאת לעוד הכמה ספיקות שהיו בנידונו על עצם הקדושין כדעו"ש. ואני הערתי והשגתי על דבריו שם בשולי הגליון בקוצר אמרים, ולדעתי אין להשתמש בשום פנים בהצעה כזאת של אפקינהו, וכדיבואר.

(א) ראשית הרי רוב הראשונים דעתם דלא כהתירוץ הא' שבתוס' גיטין שם, ונוסף להסבר שכותבים התוס' שם בתירוץ השני שלכן לא מהני זאת, מפני דאי ידעינן שלכך מתכוין לא מפקעינן קדושין מיניה דלתקנה עשו חכמים ולא לתקלה שמתוך כך יהיו בנות ישראל פרוצות בעריות, יעוין בהידושי הרשב"א לכתובות ד' ג' ע"א ד"ה שויה רבנן, שכותב לומר בתירוץ הראשון שם על זה, דכיון שאין דעתו לחזור לה ורק משום שיפקיעו הקדושין הוא עושה אין הגט בטל שאין תנאי זה וביטול כלום, ובשט"מ מובא תירוץ זה בשם הרמב"ן ע"ש, ויפה כותב להסביר זאת בשו"ת עונג יו"ט סי' קס"ט, כי הטעם דמהני ביטול אמרינן בפ' השולח ובפ'

האומר משום דאטי דיבור ומבטל דיבור, ודיבור הביטול מבטל דיבור הגט, א"כ בעינן שיהא דיבור הביטול שיהיה באמת שתהי' אשתו שאז הוא היפך דיבור הגט, שבדיבור נתינת הגט רצה לגרשה ובדיבור הביטול רוצה שתהא אשתו ותחזור אליו, אבל אם גם עכשיו רוצה שלא תהי' אשתו עוד אין כח בדיבור זה לבטל דיבור הגט כיון שגם עכשיו אינו רוצה שתהיה אשתו ע"ש. [וכמו"כ יעוין בשו"ת עין יצחק חאה"ע סימן מ"ב אותיות י' - י"ג שכותב להוכיח מהש"ס כהתי' השני של התוסי בגיטין, ושלא רק בהיכא שירצה לחפות על בת אחותו ולטהר ממזרים, אלא הוא הדין בכל מקום שירצה לעשות כן במכוון כדי להפקיע הקדושין אז לא הפקיעו חז"ל הקדושין עיי"ש].

(ב) שנית, דעת הרשב"א בחידושיו לכתובות שם בעוד תירוץ, וכן בתשובותיו ח"א סימן אלף קס"ב, ועוד ראשונים כמובא בשט"מ שם, דענין אפקינהו שאמרו חז"ל בזה, הפירוש הוא, דעי"ז גמיר ויהיב גיטא מעכשיו כדי שלא יפקיעו, אבל לא למימרא דעקרוהו עיי"ש היטב. וכדאי לציין כי נדמה שברמב"ם לא ניכר כלל בהלכותיו הך דינא דאפקינהו, ואמרתו מכבר להסביר זאת עפ"י מה שראיתי בראב"ן מ"ס גיטין שכותב בהך דינא דביטול, דלרבי שסובר בטלו מבוטל שאנן פסקינן כוותיה ולא ס"ל מה כח בי"ד יפה באיסורא, אין כח בב"ד להפקיע קדושין, וכל היכא דאמרינן בתלמודא כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקינהו רבנן לקדושין מיניה דרשב"ג היא ופליג רבי עליה והלכתא כרבי עיי"ש, והרמב"ם הא פוסק בפ"ו מה' גירושין ה' ט"ז כרבי דבטלו מבוטל, וכך נפסק בשו"ע אה"ע סי' קמ"א סעי' ס', ובשו"ת בית אפרים חאה"ע סי' קכ"ה (צוין בפ"ת שם סק"ס) ס"ל דלדעת הרמב"ם אפילו ביטלו בפני עד אחד הרי הוא מבוטל עיי"ש.

[ויעוין בראב"ן שם בבירור שלפני כן דס"ל בכלל דהך ענינא של אפקינהו נאמר רק על ימי חכמים הראשונים שהיה כח בידם להפקיע קדושין אבל לא בזה"ז, ובפי' אבן שלמה שם בסוף ס"ק ט"ו כותב דמזה מבואר דסובר הראב"ן ז"ל דבכל דור ודור מפקיעין חכמים הקדושין ע"כ השתא בזה"ז אין בכוחם להפקיע. ובריש ס"ק ט"ו מוסיף לכתוב דצ"ע דלמה הוצרך הראב"ן לומר דה"מ בימי חכמים הראשונים כו' הא בלא"ה לדידן דקיי"ל כרבי ל"א אפקינהו, ומתריץ די"ל דלרווחא דמילתא כתב כן אפילו למאן דפסק כרשב"ג יעו"ש מה שמוסיף לשאול מההיא דאפקינהו בקנין ד' אמות, ומיישב זאת, ושם הא הרבה סוברים דהוא לא מטעם אפקינהו אלא מטעם הפקר בי"ד ע"ש, ובד' אמות פוסק למעשה הרמ"א באה"ע סי' קל"ט סעי' י"ד שאפי' בדיעבד אין להתירה לעלמא עד שבא הגט לידה ממש, ודעת הריב"ש היא שרק אם נשאת לא תצא, יעו"ש בערוה"ש סעי' מ"ט והדברים ארוכים].

(ג) שלישיית, הרבה מגדולי הפוסקים ס"ל להלכה דלא אמרינן האי כללא דאפקינהו אלא לאפקועי קדושי דאורייתא, אבל נשארם קדושי דרבנן, דבר זה הביע הרשב"א בחידושיו לכתובות שם בסוה"ד בכתבו וז"ל ואפשר דקדושין מעקרי לגמרי וממזרים אינם נטהרים מפני שגם אחרי האפקינהו נשאר מיהת קדושין מדבריהם, וכוון מדעתו לחדש בכזאת שנשארם עכ"פ קדושין מדרבנן בשו"ת ברית אברהם חאה"ע סי' נ"ט סק"ה יעו"ש ביתר אריכות, והמהרש"ם בעצמו בתשובותיו בח"ב סי' ל"ג השתמש ג"כ בדברי הברי"א הנז', דכל ענין אפקינהו הוא רק שהפקיעו קדושי תורה ומ"מ נשאר קדושין דרבנן עיי"ש. ועוד יעוין בשו"ת עין יצחק שם בס"מ מ"ב אות י' שכותב דלכאורה יש להקשות על מה דסתמו הפוסקים בבטלו שלא בב"ד אינו מבוטל אף להקל משום דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקינהו רבנן לקדושין מיניה למפרע, מן הא דקדושין ד' ס"ג באומר לאשה התקדשי לי לאחר שתמות אחותך דאינה מקודשת דהו"ל דבר שלא בא לעולם וכו', וקשה הא בידו לשלוח גט לאחותה שהיא אשתו כעת ע"י שליח ולבטל השליח שלא בפניו דאז אפקינהו רבנן לקדושין מיניה למפרע כו' א"כ היה יכול לקדש אחותה הפנוי' כעת אחר דאפקינהו רבנן לקדושי אחותה הנשואה וכו' ואף דהוכחתי במקו"א בהא דאפקינהו רבנן לקדושין מיניה דבכל הש"ס דלא הפקיעו רק קדושי דאורייתא אבל קדושי דרבנן נשאר, וכמש"כ הרשב"א מהשמ"ק בכתובות ד' ג', עכ"ו תקשי כנ"ל דכיון דבידו לבטל קדושין דאורייתא עכ"פ וכו' עיי"ש [יעו"ש להלן בדבריו בס"ק י"ג שמסיק דמוכח מזה כתירוץ השני של התוס' בגיטין דהיכי דמכוין להפקיע לא הפקיעו אז חז"ל להקדושין ע"ש].

הרי שהגאון הגרי"א מקאוונא ז"ל כבר הרגיש מזה שהרשב"א בחידושיו לכתובות הוא שאמר זאת [מה שחידש הברית אברהם מדעתו] שקדושי דרבנן נשארם והוסיף עליו שגם הוא כתב במקו"א להוכיח בכזאת דענין אפקינהו דבכל הש"ס הוא רק דהפקיעו קדושי דאורייתא אבל קדושי דרבנן נשארם. וכתב מזה גם בספרו באר יצחק חאה"ע סי' י' ענף ג', וגם לרבות בעין יצחק חאו"ח סי' כ"ח אות כ"ג, ושם כותב בזה"ל: באה"ע סי' י' ענף ג' (בבא"י) כתבתי דהא דאמרו בכ"ד דאפקינהו רבנן לקדושין מיניה דמ"מ נשאר קדושי דרבנן, כן ראיתי להרשב"א בחי' לכתובות ד' ג' ע"א בד"ה שוויי רבנן כו' בסה"ד שכתב דעכ"ז נשאר קדושי דרבנן, אף היכא דאמר דאפקינהו רבנן לקדושין מ"מ ממזרים אינם נטהרים ואסורים לכהנים ולקרובים מדבריהם, וכ"ה בשמ"ק לכתובות עיי"ש, הרי שהגאון מקאוונא ז"ל כתב שנה ושילש וחזיק הך כללא למעשה דאפילו היכא דאפקינהו רבנן לקדושין מיניה מ"מ קדושין מדרבנן מיהו נשארם וממזרים אינם נטהרים, ורק מכיון שנשאר קדושין מדרבנן הם אמרו והם אמרו שיועיל גט כזה, כדכותב הברית אברהם שם.

עוד אנהיר לעיינין לשו"ת עונג יו"ט סי' ק"ס בתשו' השלישית שמביא ג"כ דברי הרשב"א הנ"ל להלכה, וגם מוסיף להביא סיעתא לדעתו מדברי רש"י בגיטין ע"ה ע"ש.

יתר על כן מצינו לו להגאון בעל עונג יו"ט ז"ל בתשובה אחרת להלן מזה בס"ט קס"ט שקבע מסמרים בדברי הרשב"א האמורים, ובתשובה להצעת חכם אחד שרצה לומר עצה טובה באשת כהן שנאנסה תחת בעלה שיתן גט ע"י שליח ויבטל שלא בפניו בפחות משנים וכו', דחה הגאון בעל עניו"ט ז"ל את ההצעה מכל, ואחרי שנו"ב בעצם התקנה כדי להפקיע בכוונה, הסיק וכתב וז"ל: מיהו בלא"ה אין זה תקנה שהרמב"ן בחידושיו שם (בכתובות) כתב דמדרבנן אסורה לכהן אף היכא דאפקינהו רבנן לקדושין מיניה, א"כ

ה"נ כיון שמאמין לדבריה והגט הוי כדין רק שאפקינהו רבנן לקדושין מיניה אסורה לבעלה מדרבנן, ומהאי טעמא לא מוזכר תקנה זו בשום פוסק ולא חזינן לרבנן קשישא דעבדי הכי עכ"ל.
הרי שעל יסוד דברי הרמב"ן האמורים קבע העונג יו"ט ז"ל שתקנה כזאת של ביטול אין זו תקנה, ועשה סמוכין לדעתו מזה שלא מוזכר תקנה זו בשום פוסק ומזה דלא חזינן לרבנן קשישא דעבדי הכי.

ואף אנו נפטיר אחריו ונאמר, דמעולם לא מצאנו ולא ראינו לגדולי הפוסקים בכל הדורות שידונו וישתמשו בסוג תקנה כזאת של אפקינהו בדינא של דתצא מזה והולד ממזר על סוגיו השונים או בדינא דאנוסה לכהן כדי שלא תאסר על בעלה לכהונה. לכן לדעתי לאור האמור יש לקרוא נדחה להצעה כזאת של אפקינהו.