

הרב אורי סדן

גירושין על-ידי שוטה

א. פתיחה

שנינו ביבמות (ק"ב):

נתחרש הוא או נשטתה – אינו מוציאה עולמית... האישה אינו מוציאה אלא לרצונו.

ממשנה זו אנו למדים שהחרש והשוטה אינם יכולים לגרש, כיוון שאין להם מספיק דעת ורצון. בפשוטות, נראה כי הקשר בין חוסר הדעת לבין חוסר היכולת לגרש נובע מהעובדה כי השוטה אינו יכול להחליט ולפעול פעולות משפטיות שמעבר לצד המעשי שלהן קיים בהן מרכיב של חלות הלכתית, וממילא גם אינו יכול לתת גט.

אולם ייתכן לומר כי הפסול של השוטה הוא בסיסי הרבה יותר, היות שמעבר לחוסר יכולתו לבצע פעולות מורכבות כאלו, כיוון שהוא חסר דעת הפקיעה אותו התורה מכל שותפות בדיני התורה הדורשים פעילות רצונית. אם כן, גם אם לא נדרשת דעת לצורך הביצוע, כגון שאחר מבצע את הפעולות עבורו, מושגי הגירושין אינם רלוונטיים ביחס אליו.

במאמרנו זה ננסה לבאר מעט יותר בנושא זה.

ב. יסוד הבעיה בשוטה: מחלוקת בבלי וירושלמי

שנינו בגיטין (ס):

מי שאחזו קורדייקוס ואמר "כתבו גט לאשתי" – לא אמר כלום.

בגמרא (ס) מבואר שמדובר בחוסר שפיות זמנית שיש לו רפואה. נושא המשנה הוא הבעת רצון מצד השוטה, שאינה כלום בזמן שטותו. אולם המשנה אינה עוסקת במעמדו ההלכתי רק בזמן שגועונו החולף; למשל, במקרה שציווה בזמן שפיותו לתת גט לאשתו ואחזו קורדייקוס, נחלקו האמוראים בדין (גיטין ע):

אמר "כתבו גט לאשתי" ואחזו קורדייקוס. אמר ר"ש בן לקיש: כותבין ונותנים

גט לאלתר. ור' יוחנן אמר: אין כותבין אלא לכשישתפה.

כלומר, לדעת ריש לקיש מעמדו גם בזמן שטותו הוא כשפוי, ואילו לדעת ר' יוחנן מעמדו בזמן זה הוא כשוטה, שאינו יכול לגרש ואי אפשר לכתוב בשמו.

אולם הבבלי והירושלמי נחלקו בהבנת מחלוקתם:

זוה לשון הבבלי (שם):

במאי קמפלגי? ר"ל מדמי ליה לישן... האי סמיא בידן (=רפואתו בדינו). ר' יוחנן מדמי לה לשוטה... האי מחוסר מעשה.

ונראה לכאורה כי הנחת היסוד של הבבלי היא שמושגי הגירושין אינם רלוונטיים ביחס לשוטה, וגם אם אחר יבצע עבורו את פעולת הגירושין (כמובן, לאחר שציווה על כך בזמן שפיותו) – הוא אינו יכול להחיל את הגירושין. כל מחלוקתם אינה אלא בהגדרת מעמדו של החולה, שלדעת ר"ל, כיוון שניתן לרפאו הוא אינו שוטה, ור' יוחנן חולק וסובר שיש לדונו כשוטה.

ובירושלמי (גיטין פ"ז ה"א):

הירושלמי מביא את מחלוקת ר"ל ור' יוחנן¹, אך אינו מביא את ההשוואה לישן או לשוטה, ומשמע שהוא מניח כי החולה מוגדר כשוטה גמור, ואין לחלק בין שוטה זמני לשוטה קבוע². במקום זה הוא מעלה כמה נפקא מינות שעשויות להיות בין הדעות הללו. בין הנפקא מינות הוא מביא את הנפקא מינה הבאה:

נתן לה את גיטה ואמר "לא יהא גט אלא למחר" ואחזו קורדייקוס, תפלוגתא דר' יוחנן ור"ל.

מדובר במקרה שאת כל פעולת הגירושין עשה האדם בזמן שפיותו, ורק חלות הגירושין אמורה להתממש למחרת – ואף-על-פי-כן לדעת ר"ל הגירושין חלים, למרות שהוא שוטה גמור. כלומר, מחלוקת האמוראים בירושלמי היא על עצם הנחת היסוד של הבבלי, ששוטה אינו יכול להחיל גירושין: לדעת ר"ל, אף-על-פי שאין בשוטה דעת לצוות, הוא יכול להחיל גירושין אם כבר ציווה, ולדעת ר' יוחנן מושג הגירושין אינו רלוונטי ביחס לשוטה, ולכן אפילו אם נתן גט ונשטתה – אם חלות הגט נדחתה והגט עדיין לא חל, אינה מגורשת.

צלוב ומגויד

נראה לכאורה שניתן להביא הוכחה להבדל בין הבנת הירושלמי להבנת הבבלי. שני התלמודים מקשים על האמוראים מהתוספתא (גיטין פ"ה ה"א):

ראוהו מגויד או צלוב על הצליבה, ורמז ואמר "כתבו גט לאשתי" – הרי אלו יכתבו ויתנו.

¹ אם כי הדעות מובאות בבבלי ובירושלמי באופן הפוך: שבבבלי ר"ל הוא המקל וסובר שכותבין גט לאלתר, ואילו בירושלמי דעה זו מופיעה בשם ר' יוחנן. כדי להקל על הדיון נקוט בהמשך דברנו את גרסת הבבלי כעיקר, מה גם שבירושלמי עצמו יש מן האמוראים שרצו להפוך את השיטה.

² אכן, "קרבן העדה" מפרש את מחלוקתם בירושלמי כמחלוקתם בבבלי, שנחלקו אם דמיא לישן או לשוטה, אולם הדברים אינם מפורשים כלל בירושלמי. יתר על כן, כפי שנראה להלן בעניין מגויד וצלוב, מוכח בירושלמי כדברינו ולא כדברי "קרבן העדה".

הנחת הגמרא היא כי הכרתו של הפצוע נפגעה במידה משמעותית, ואף-על-פי-כן אומרת התוספתא שניתן לתת גט לאשתו כשהוא במצב הכרה מעורפל. מהתוספתא עולה כי אין בעיה לשוטה להחיל גירושין אם ציווה עליהם בזמן שפיותו. אם כן, צריך להיות הבדל בין הבבלי והירושלמי בהבנת היקף הקושיה, שכן על-פי הבבלי תוספתא זו חולקת על הנחת היסוד של הגמרא – שמושגי הגירושין כלל אינם רלוונטיים ביחס לשוטה, ואם כן היא קשה הן לר' יוחנן והן לר"ל; ואילו לדעת הירושלמי התוספתא עוסקת בדיוק במחלוקת ר"ל ור' יוחנן, והיא קשה רק לדעה שסוברת כי שוטה מופקע ממושגי גירושין.

ואכן, כאשר מובאת קושיה זו בירושלמי היא מובאת במפורש כקושיה על עמדה זו, הסוברת ששטות לאחר כתיבת הגט מהווה בעיה, והירושלמי נשאר בקושיה על דעה זו. אמנם גם בבבלי מופנית הקושיה לר' יוחנן, אולם כבר כתב במפורש ר' אלחנן בתוספות (שם ד"ה ומי) כי הפניה זו בבבלי אינה בדווקא, ובעצם התוספתא קשה לשתי הדעות כאחת. יתר על כן, התוספות שם הביאו גרסאות בבבלי שכלל אינן מייחסות את הקושיה לר' יוחנן דווקא, אלא מקשות לשתי הדעות האמורות.

ג. תוקף הדין

במחלוקת האמוראים קיימא לן כר' יוחנן, ש"אין כותבין אלא לכשישתפה". אולם נחלקו הראשונים בהבנת תוקף דבריו, אם הוא פוסל גט שניתן בזמן שטותו מדאורייתא או רק מדרבנן. וז"ל הטור (אבה"ע סימן קכא)³:

היה בריא בשעה שצוה לכתבו ואח"כ אחזו החולי – אין כותבין אותו בעודו בחוליו, ואם כתבו ונתנוהו בחוליו אינו כלום.

כלומר, הטור מבין כי לדעת ר' יוחנן, גט שניתן בזמן שטות זמנית בטל מדאורייתא. לאור הדברים האמורים לעיל, צ"ל כי הטור חייב להניח שתי הנחות בלתי תלויות: שהחלת חלות בשוטה הנה בעיה מדאורייתא, ושהאדם בזמן שטותו הזמנית נחשב כשוטה מדאורייתא, והעובדה שרפואתו בידינו אינה מועילה להגדירו כשפוי.

לעומתו כותב הרמב"ם (גירושין פרק ב הל' י"ד-ט"ו):

מי שהיתה רוח רעה מבעתת אותו, ואמר כשהתחיל בו החולי "כתבו גט לאשתי" – לא אמר כלום, מפני שאין דעתו נכונה ומיושבת. אמר כשהוא בריא "כתבו גט ותנו לאשתי" ואח"כ נבעת – ממתנין עד שיבריא... ואם כתבו ונתנו קודם שיבריא ה"ז פסול.

³ מכאן ואילך, כל המקורות בשו"ע ובנושאי כליו לקוחים מסימן זה, אלא אם יצוין אחרת.

כלומר, הרמב"ם מבין כי לדעת ר' יוחנן גט שניתן בזמן שטות זמנית אינו פסול אלא מדרבנן⁴; אולם כדי להגיע למסקנה זו מספיק לחלוק על אחת משתי ההנחות של הטור. אם כן, ניתן להבין את הרמב"ם בשני אופנים עקרוניים, ואכן נחלקו הפוסקים בהבנתו.

שיטת ה"בית יוסף"

הנחתו של המחבר היא כי לא ייתכן שהרמב"ם חולק על ההנחה הראשונה – שהחלת חלות בשוטה הנה בעיה מדאורייתא, כיוון שברור כי "כל עניני שוטה לית בהו מששא" (לשון ה"בית יוסף" שם). לכן על כרחנו לומר שהרמב"ם חולק רק על ההנחה השנייה, וסובר ששוטה שסמיה בידן אינו מוגדר כשוטה מדאורייתא אלא רק מדרבנן – ובכך נחלקו האמוראים בבבלי. עולה מדברים אלו כי יש לסייג את דברי הרמב"ם רק לשוטה שסמיה בידן, אחרת יודה הרמב"ם שהגט בטל.

הקושי המרכזי בהבנה זו ברמב"ם – שהמחבר עמד עליו עוד ב"כסף משנה" (שם) ונשאר בצ"ע – הוא העובדה שבדברי הרמב"ם האמורים לעיל אין כל רמז לחלוקה בין סמיה בידן לאין סמיה בידן. לכן הלכו רוב האחרונים⁵ בכיוון אחר בהבנת הרמב"ם.

שיטת הב"ח

לאור העובדה כי הרמב"ם (בדומה לירושלמי) אינו מחלק בין שוטה שסמיה בידן לשוטה שאין סמיה בידן, מסתבר לומר כי הרמב"ם חולק על ההנחה הראשונה של הטור, ולדעתו החלת חלות בשוטה הנה בעיה מדרבנן בלבד, אף כשמדובר בשוטה רגיל שלא סמיה בידן. הבעיה היחידה שקיימת מדאורייתא בשוטה היא קבלת החלטות, ואכן כתב הרמב"ם (שם): "אמר כשהתחיל בו החולי כתבו גט לאשתי" – לא אמר כלום".

ביאור מחלוקת הרמב"ם והטור

כאמור, על-פי הב"ח וסיעתו נחלקו הרמב"ם והטור אם גירושין חלים בשוטה מדאורייתא. את מוקד המחלוקת ניתן לסווג בשני כיוונים עקרוניים:

ניתן לומר הוא אינו נמצא כלל בדיני שוטה, שכן כולם מודים שהחלת חלות בשוטה אפשרית, אלא בדיני שליחות – שם נוצרת בעיה אם המשלח שוטה; ומחלוקתם נוגעת לדין שוטה רק באופן עקיף.

אולם ניתן להבין כי מוקד המחלוקת נוגע באופן ישיר לדין שוטה, והבעיה שעליה נחלקו היא עצם האפשרות של החלת חלות בשוטה. כיוון זה נתמך בירושלמי, הרואה את מחלוקת ר' יוחנן

⁴ לאור דברי הרמב"ם (שם הל' ז): "ומה בין פסול לבטל, שכל מקום שנאמר בחיבור זה בגט שהוא בטל הוא בטל מן התורה, וכל מקום שנאמר פסול הוא פסול מדברי סופרים".

⁵ הב"ח כדלקמן, וכן כתב הגר"א (שם ס"ק ד), ח"מ (ס"ק ב), ב"ש (ס"ק ג), "פרי חדש" (ס"ק ב) ועוד אחרונים.

ור"ל כמקיפה מקרים שבהם מרכיב השליחות איננו, כגון גירושין לאחר זמן. ננסה בהמשך לבחון את האפשרויות הללו על-פי שיטות האחרונים השונות.

ד. יסוד מושג השליחות

ניתוח המקורות התנאיים

הגמרא בקידושין (מא:) מביאה כמה מקורות למושג שליחות. נראה כי מאופן הניסוח של המקורות הללו עולות למעשה שתי הבנות שונות במושג השליחות. שנינו במכילתא (פרשת בא):

אמר רבי יהושע בן קרחה: מנין ששלוחו של אדם כמותו? שנאמר "ושחטו אותו כל קהל עדת ישראל בן הערפלים". וכי כל הקהל כולן שוחטין? אלא מכאן ששלוחו של אדם כמותו.

מניסוח המושג שליחות במכילתא עולה לכאורה שהתורה מוכנה לראות את השליח כדמות שמחליפה את המשלח: "שלוחו של אדם כמותו". ניסוח שונה ניתן למצוא בספרי⁶ (קרח), שם שנינו:

"אתם" – גם אתם, לרבות את השליח.

הניסוח של הספרי למושג השליחות מצומצם הרבה יותר, ומשמע שהתורה רק מוכנה לאפשר לאדם לזקוף לעצמו פעולות שנתבצעו על-ידי שליח.

אם נכוניס דברינינו, נראה שניתן להבין כך את הירושלמי בקידושין (פ"ב ה"א):

אית מתניתא אמרה "שלוחו של אדם כמותו", ואית מתניתא אמרה ש"אין שלוחו של אדם כמותו" ... "ורצע" – לרבות את השליח.

על-פי פשט הירושלמי, הברייתא שאומרת "ורצע – לרבות את השליח" מובאת לצד הסובר שאין שלוחו של אדם כמותו, כלומר: אף שיש לרבות את השליח, לא ניתן לומר ששלוחו של אדם כמותו. לכאורה, ניתן היה לומר כי המחלוקת היא בהיקף מושג השליחות – אם הוא מושג גורף או שיש לצמצמו למקומות שבהם ריבתה אותו התורה⁷ ותו לא, אולם נראה יותר לומר שהמחלוקת היא בהבנת אופי מושג השליחות. מי שסובר ששלוחו של אדם כמותו מבין שהשליח בא למעשה להיות גוף עצמאי, הפועל במקום המשלח, אולם מי שלומד את מושג השליחות מריבוי מבין כי השליחות אינה אלא אפשרות לזקוף מעשים מסוימים לטובת המשלח.

אם נסכם את דברינינו עד כאן, נמצא שישנן שתי הבנות ביחס בין השליח למשלחו:

⁶ מובא בגמ' בקידושין מא: אך אינו נמצא בספרי שלפנינו.

⁷ וכך פירש ה"פני משה" את הירושלמי.

האחת רואה את המשלח כסיבה לקיומו של השליח, שלאחר שנוצר שליח הוא יכול לפעול כמו המשלח באופן עצמאי, והיא נגזרת מהמונח "שלוחו של אדם כמותו".

והשנייה רואה את המשלח כמפעיל של השליח, שיכול לזקוף את פעולותיו לטובת המשלח אך אינו יכול לפעול באופן עצמאי.

אם ננסה לרדת לשורשן של ההבנות, מסתבר שהוא ההבנה העקרונית של מושג השליחות. הגישה הראשונה רואה את השליחות כמינוי אישי של השליח, המוסיף רובד נוסף לאישיותו ובשל כך הוא יכול לתפקד במקום המשלח, ואילו השנייה מבינה כי השליחות אינה משנה דבר אצל השליח ואינה עושה אותו כבעלים – היא אינה אלא אפשרות שנתנה התורה לזקוף את פעולותיו לטובת המשלח. האפשרות האחרונה תלויה בפיצול שצריך להיעשות בין המעשה לחלות, המאפשר מצב שבו את המעשה עושה השליח אך את החלות יוצר למעשה המשלח.

ניתן להוכיח את קיומו של פיצול זה בין המעשה והחלות במעשה השליחות ממקורות נוספים הנוגעים למושג זה. הגמרא בכתובות (עד.) קושרת בין מושגי תנאי למושגי שליחות:

תנאה דאפשר לקיומיה ע"י שליח, כי התם – הוי תנאיה תנאה, דלא אפשר לקיומיה ע"י שליח, כי התם – לא הוי תנאה.

ומבאר התוספות (שם ד"ה תנאי):

היינו טעמא: דהואיל והמעשה כ"כ בידו שיכול לקיימו ע"י שליח, סברא הוא שיהא כ"כ בידו לשויי ביה תנאה.

ונראה שכוונתו לומר שבשני המושגים קיים פיצול בין המעשה לחלות: בתנאי האדם עושה את המעשה כעת ומעוניין שהחלות תחול רק בתלוי באירוע או בזמן אחר, ובשליחות המעשה נעשה על-ידי השליח ואילו החלות נזקפת למשלח – לכן שניהם, השליחות והתנאי, דורשים יכולת פיצול זו.

הבנת הפיצול יכולה להעשות בשני אופנים: לדעת הטור הפיצול הוא מוחלט, כלומר המעשה נעשה על-ידי השליח והחלות היא על המשלח, בעוד לדעת הרמב"ם – הסובר שהשליח מחליף באופן מלא את המשלח – גם החלת החלות נעשית על-ידי השליח, אלא שהפיצול מתבטא בהסבתה לזכות המשלח.

מת המשלח

שנינו בגיטין (ג.):

האומר "תנו גט זה לאשתי", "שטר שחרור זה לעבדי" ומת – לא יתנו לאחר מיתה.

אולם ניתן להבין את טעם הדבר בשני אופנים, לאור ההבנות השונות ביסוד השליחות. הראשונים נחלקו בדבר, וז"ל התוספות שם (ד"ה לא יתנו):

דאע"ג שמינה המגרש בחייו השליח, לא חשיב להיות כמותו אחר מותו כאילו הוא עצמו קיים.

כלומר, הבעיה בביצוע השליחות לאחר המוות היא העובדה שהשליחות פוקעת עם מיתת המשלח. מסתבר כי לדעת התוספות השליחות אינה אלא מינוי לביצוע המעשה, ואם כן כאשר מת המשלח בטלה השליחות, היות שאין מי שיבצע את החלות. לעומתו כתב רש"י (ט: ד"ה לא יתנו, ובאופן דומה ביג. ד"ה לא יתנו):

וכיוון דמית קדים תו לא הוי שיחורויה שחרור, דנפקא ליה רשותיה מיניה וחייל עליה רשות יורשין.

כלומר, לדעת רש"י כאשר מת המשלח השליחות אינה בטלה, אלא שאין עוד מי שיחיל את החלות. היכולת לומר שהשליחות אינה בטלה אפילו במקרה שבו המשלח אינו קיים עוד בעולם מתבססת בהכרח על ההבנה ששליחות מהווה מינוי אישי לשליח לפעול במקום המשלח – "שלוחו של אדם כמותו" ממש.

ביאור מחלוקת הרמב"ם והטור

על-פי עקרונות אלו מבארים חלק מהאחרונים⁸ גם את מחלוקת הרמב"ם והטור בשוטה שמינה שליח לגרש את אשתו; לדעת הרמב"ם, אם השליח כתב ומסר את הגט לאשה היא מגורשת מדאורייתא, ואילו לדעת הטור אינה מגורשת. לדעת הרמב"ם השליחות היא מינוי אישי של השליח לעשותו כמשלח ולפעול כדמות עצמאית, ואם כן עוד יכול השליח לפעול יכולה החלות להיזקף לזכות המשלח, גם אם המשלח מופקע מביצוע פעולות אלו בשעת ביצוע השליחות.

לעומתו סובר הטור כי שליחות אינה מינוי בגברא, אלא רק מאפשרת לפצל בין המעשה לחלות ולהעביר את עשיית המעשה ליד השליח, בעוד החלת החלות נשארת בידי המשלח. על-פי זה ברור כי המשלח צריך להיות בר הכי להחלת החלות, ואם הוא אינו במצב שיכול לפעול חלויות השליח אינו יכול לפעול במקומו, כיוון שאינו מופקד אלא על ביצוע המעשה הטכני.

אלא שבירושלמי מובא ביחס למחלוקת ר' יוחנן ור"ל: "נתן לה את גיטה ואמר 'לא יהא גט אלא למחר' ואחזו קורדייקוס, תפלוגתא דר' יוחנן ור"ל" – משמע במפורש שהירושלמי מבין שמחלוקת ר' יוחנן ור"ל קיימת גם במקום שאין שליחות כלל, כגון גירושין לאחר זמן. ואם כן קשה הבנה זו של מחלוקת הראשונים, המניחה כי יסוד הבעיה בשוטה אינו החלות אלא יכולתו של המשלח לעמוד מאחרי שלוחו.⁹

⁸ "פרי חדש" על השו"ע שם, וכן כתב "קצות החושן" קפח ב ו"אור שמח" על הרמב"ם, גירושין פרק ב הל' ט"ו.

⁹ כך מקשים האחרונים החולקים על עמדה זו של "קצות החושן", כגון ה"אחיעזר" כח ת.

ייתכן לתרץ ולומר שאכן בירושלמי קיימת מחלוקת אם החלת חלות בשוטה אפשרית, ומחלוקת זו אכן אינה קשורה לדיני שליחות; אולם בנקודה זו חולק הבבלי, ומניח כי אין כל בעיה מדאורייתא להחיל חלות ביחס לשוטה, וכל הבעיה אינה אלא בדיני שליחות. הבנה זו בבבלי הפוכה למעשה מהצעתנו הקודמת בדעת הבבלי, שההנחה שלו היא שקיימת בעיה של חלות בשוטה שאינה נתונה במחלוקת כלל, ולא נחלקו אלא על הגדרתו כשוטה.

ה. החלת חלות בשוטה ובקטן

שוטה

כאמור לעיל, הירושלמי מנתק את הבעיה בשוטה ממושגי שליחות ותולה אותה ביכולת השוטה להחיל גירושין. אם לא נקבל את תירוצינו האמור, ונניח כי גם הבבלי מודה שזו הבעיה ולא השליחות, יש לבאר את מחלוקת הרמב"ם והטור באופן אחר, שאינו קשור למושג השליחות. ונראה לומר כי מחלוקתם היא בהבנת הבעייתיות הקיימת בשוטה, המונעת ממנו לפעול פעולות משפטיות ובכללן גירושין¹⁰.

לדעת הרמב"ם, השוטה הוא ישות משפטית מלאה, אלא שהוא חסר דעת ואינו יכול להחליט על ביצוע פעולות משפטיות. אם כן, כאשר דעת השוטה כבר אינה נדרשת, הגירושין חלים מדאורייתא ואינם פסולים אלא מדרבנן. במובן זה אין כל הבדל מדאורייתא בין שוטה (אפילו קבוע) לבין ישן, שכן שניהם אינם יכולים לקבל החלטות – ואף-על-פי-כן יכולות פעולות משפטיות לחול ביחס לשניהם אם אין צורך בהתערבותם. כל ההבדל ביניהם הוא הבדל מדרבנן, שגזרו חכמים שלא לפעול עבור השוטה, או כיוון שאיננו רוצים להגיע לתוצאות המעשה שנעשה בזמן שטותו, או כיוון שחז"ל רצו למנוע פעילות שתנבע מהחלטות שקיבל השוטה, שזוהי כבר בעיה דאורייתא.

לדעת הטור, הבעיה בשוטה היא שהתורה הפקיעה אותו מכל שותפות בדיני התורה הדורשים פעילות רצונית, ובכללם ממושג הגירושין. ממילא ברור שהחלת חלות זו עבורו היא בעיה מדאורייתא.

קטן

ניתן לראות בראשונים מחלוקת דומה בעניין הבעייתיות בקטן. איתא בקידושין (יט):

יבם בן תשע שנים ויום אחד הבא על יבימתו... מדאורייתא חזיא ליה.

ונחלקו הראשונים בהבנת הגמרא. וז"ל רש"י שם:

מדאו' חזיא ליה, כלומר זקוקה לו באותה ביאה לכל דבר וקנאה ליורשה.

¹⁰ כיוון זה עולה בדברי ה"קהילות יעקב" (גיטין כ יט) ובדברי ה"אחיעזר" (סימן כח אות ח).

כלומר, קטן קניינו קניין ביבמה. וקשה, שהרי קטן אינו בן דעת ליצירת קניינים! ואכן, התוספות שם אומרים (ד"ה ומדאו):

זה אינו אלא מדרבנן, ולפוסלה מן האחין.

ונראה לומר כי מחלוקתם היא במשמעות חסרון הדעת בקטן. לדעת רש"י, אף שאינו בן דעת, כיוון שייבום אינה פעולה הדורשת דעת (ולכן גם לא ניתן להתנות עליה או למנות שליח לבצעה) – מהני מעשיו מדאורייתא, כיוון שכל הבעיה בקטן אינה אלא ביצוע פעולות הדורשות דעת, אולם הוא אינו מופקע מחלויות משפטיות (כדעת הרמב"ם האמור, בשוטה); ואילו לדעת התוספות, אף שלא נדרשת דעת בייבום צריך המעשה להיעשות על-ידי בן דעת, כיוון שתוצאת הייבום היא קניין, וקניינים דורשים דעת (כדעת הטור, כאמור, בשוטה).

מושגי השליחות: היחס בין מעשה לחלות

כאמור לעיל, תפישה זו של המחלוקת מנתקת אותה מהמחלוקת בהגדרת מושג השליחות. אולם אם נתייחס לחקירה האמורה בעניין שליחות, מוכרחים אנו לומר כי תפישה זו, הלקוחה מהירושלמי, רואה את השליחות כיכולת של השליח לפעול כידו של המשלח ולא כמינוי במקום המשלח. ויש להוכיח כן על דרך השלילה, שאם נאמר שהשליח פועל באופן עצמאי, אין מקום להשוואה שעושה הירושלמי בין שוטה שעשה שליח לשוטה שגירש לאחר זמן: בשוטה שעשה שליח הגירושין חלים, כיוון שישנו שליח בר דעת שיכול להחילם, ואילו בשוטה שגירש לאחר זמן אין שליחות, ואף-על-פי-כן כתב הירושלמי שהגירושין חלים.

אולם קשה, שהרי שבמקרה שמדובר בשליחות, גם לדעת הרמב"ם אמורה להתעורר בעיה מדאורייתא, שכן במקרה זה יוצר החלות הוא המשלח השוטה, וכאמור, אף שהוא אינו מופקע מחלות הגירושין – סוף סוף אין בו דעת ואינו יכול ליצור חלויות.

קושיה זו מניחה כי הדעת היא מרכיב משמעותי ביצירת חלות, כיוון שהחלות אינה נוצרת ממילא עם עשיית המעשה אלא צריכה פעולה עצמאית, במקביל למעשה היוצר אותה. לכן, כיוון שהחלות צריכה להיווצר על-ידי המשלח, חסרון דעת אצלו יוצר בעיה בביצוע הפעולה על-ידי השליח.

אולם ניתן לחלוק על הנחה זו, ולומר כי הדעת אינה נדרשת כדי ליצור את החלות, כיוון שהחלות נוצרת ממילא עם המעשה (אף שעדיין יש כאן שני רבדים נפרדים, שניתן להפריד ביניהם על-ידי תנאי ושליחות). הדעת נדרשת רק לביצוע המעשה, וזה נעשה על-ידי שליח שיש בו דעת, ויכול אם כך להשלים את חסרון הדעת אצל המשלח¹¹.

¹¹ הגר"ש רוזובסקי אכן מבאר שחסרון הדעת אינו אלא "פומא הוא דכאיב ליה", ולכן ניתן לומר כדברי ה"קהילות יעקב": "דעתו של שליח כדעת המשלח. נמצא דהמשלח הזה שנשתטה הוא שוטה כזה שיש לו דעת..." היינו כדברינו, שהשליח משלים גם את חסרון הדעת של המשלח.

ו. שוטה בשעת נתינה – חיסרון ב"לשמה"

בחידושי הרשב"א מובאים דברי תוספות (שאינם לפנינו), וזה לשונו:

ומדברי רבותינו בעלי התוס' נראה לי שאין מקפידין אלא בשעת כתיבה.

כלומר, לדעת התוספות קיימת בעיה רק כאשר האדם שוטה בשעת כתיבת הגט, אולם אם האדם היה פיקח בשעת הכתיבה ונשתטה לפני הנתינה – מותר לתת את הגט בשטותו. שיטה זו בעייתית מכמה סיבות:

א. בכל ההסברים האמורים בבעיה הקיימת בשוטה – בין אם נאמר שהבעיה היא בשליחות ובין אם נאמר שהיא ביכולת השוטה להחיל חלות – הבעיה קיימת גם בנתינה, המצריכה השתתפות של השוטה בהחלת הגירושין.

ב. נחלקו הראשונים אם כתיבת הגט צריכה מינוי שליחות¹² או שצריך רק ציווי של הבעל, הגורם לכך שייכתב גט לשמה¹³; אולם כולם מודים שהנתינה צריכה שליחות. אם כן, אם נבין כי הבעיה בשוטה היא בעיה בתפקוד השליח עבורו (כדעת ה"פרי חדש" ו"קצות החושן") ונסבור כמאן דאמר שהכתיבה אינה צריכה שליחות, יכולנו לחלק באופן תיאורטי בין הכתיבה לנתינה – שבכתיבה לא בעינן את דעת השוטה ובנתינה בעינן את דעתו; ואילו החלוקה של התוספות הפוכה ממש.

ג. הרשב"א עצמו מקשה בהמשך דבריו על התוספות מהירושלמי, הכותב במפורש שמחלוקת ר"ל ור' יוחנן ביחס לשוטה נאמרה גם כאשר הגט כבר כתוב ונמסר, ולא נותר אלא להחילו למחר – ואף-על-פי-כן יש מי שאומר שהגט פסול מטעם שטותו של המגרש.

לאור הקושיות האמורות טען ה"בית יוסף" שדברי התוספות האלה אינם אלא טעות, או שכלל לא נתכוון לחלק בין כתיבה לנתינה ולא דייק בדבריו. אולם אם נאמר שדבריו אכן נאמרו, ונאמרו מתוך כוונה לחלוקה זו, הרי שיש להבין דעה זו. נראה להבין אותה בשני כיוונים עקרוניים:

א. ניתן באופן פשוט לתרץ את דעת התוספות על-פי דעת הרמב"ם, שאינו פוסל את הגט שנכתב וניתן משמו של השוטה אלא מדרבנן, מחשש שמא יאמרו ששוטה הוא בר גירושין. אולם בכך חלוקים התוספות על הרמב"ם, שלדעת הרמב"ם פסול זה קיים בכל סוגי הפעילות מטעם השוטה, בין בכתיבה ובין בנתינה, ואילו לדעת התוספות חשש זה הוא רק בכתיבה, שבה בדרך כלל המגרש נוכח ומצבו המיוחד עשוי להיות

¹² ר"י (תוספות גיטין כב): על-פי הרא"ש (פרק ב סימן כה), וכן משמע ברמב"ם (גירושין פרק ג הל' ט"ו).

¹³ תוספות (שם), וכן כתב הרמב"ן (סוף פרק ו) והרא"ש (פרק ב סימן כה).

מורגש, ואילו בנתינה מקובל למנות שליח, ונוכחות המגרש ומצבו המיוחד אינם מורגשים¹⁴.

ב. לעיל ביארנו את מחלוקת הרמב"ם והטור בשני כיוונים: בכיוון אחד ראינו את המחלוקת ביסוד השליחות, ובו נחלקו אם השליח יכול לפעול כשהמשלח אינו בר הכי לבצע פעולות אלו; בכיוון השני מוקד המחלוקת היה יכולתו של השוטה להחיל חלויות.

כעת ננסה להציע כיוון אחר¹⁵, ולומר כי הבעיה שקיימת בשוטה היא כתיבת הגט, שצריכה להיות לשמה. לדעת הרמב"ם, הציווי לסופר נדרש מדין שליחות¹⁶, ולכן אם נעשה בפקחות יכול הסופר לבצע את הציווי ולכתוב את הגט לשם האשה גם בזמן שטותו של הבעל, ואין הגט נפסל אלא מדרבנן. לעומתו סובר הטור¹⁷ שמטרת הציווי לסופר היא שיכתוב את הגט לשמה, ולכן בניגוד לשליחות, שהמינוי לה באופיו הוא חד-פעמי ונגמר עם תום דברי המשלח, דורש הציווי הגורם לסופר לכתוב לשמה שהבעל יעמוד בכל שעה מאחרי הסופר – ועמידה זו היא הגורמת לסופר לכתוב לשמה. באופן דומה ניתן למצוא דין זה בגדול עומד על גביו, הגורם לקטן לכתוב לשמה, אלא שכאשר הסופר הוא גדול אין עמידה זו צריכה להיעשות בנוכחות פיזית אלא בעצם מציאותו של המשלח. לכן, אם קודם סיום הכתיבה נשטתה המגרש – הסופר אינו יכול לכתוב עוד לשמה.

אם כנים דברינו, הרי שפסול זה של כתיבה לשמה שייך רק בכתיבה ואינו שייך בנתינה כלל; וזהו היסוד, לדעת התוספות, שמחלק בין נתינה לכתיבה לעניין בעל שנשטתה.

הב"ש (שם ה) פוסק כדעת התוספות, מחלק בין כתיבה לנתינה ואומר כי אם המגרש נשטתה קודם הנתינה ולאחר הכתיבה – גם הטור יודה שהאשה מגורשת מדאורייתא. ר' עקיבא אייגר (בגליון שם) חולק על דברים אלו לאור ההנחה כי דעת הטור מתבססת על ההנחה הבאה:

בעינין שיהא המשלח בכחו לעשות הדבר בעצמו בשעת מעשה השליחות, הכי נמי לענין שליחות הנתינה.

¹⁴ על-פי ה"בית מאיר" (שם), וכן כתב ה"אחיעזר" (סימן כח אות י').

¹⁵ דברים אלו עולים מדברי ה"בית אפרים" (אבה"ע קיא) והגר"ש רוזובסקי (חידושים לגיטין ע:).

¹⁶ כך הבין הרא"ש (גיטין פרק ב סימן כה) את הרמב"ם (גירושין פרק ג הל' ט"ו), שפסל עבד לכתיבת הגט; וכן כתב הרב המגיד שם. ועיין ברמב"ם (שם פרק א הל' א), שלא הזכיר שליחות לכתיבת הגט אף שהזכירה ביחס לנתינת הגט, וצ"ע.

¹⁷ כדעת אביו הרא"ש שם (גיטין פרק ב סימן כה), הסובר כדעת התוספות בגיטין (כב:).

ונראה כי על-פי דברינו יש לתרץ ולומר כי כאשר הטור טען שהגט בטל מדאורייתא, הבעיה היא ב"לשמה", אולם בתחומים שבהם אין בעיה של "לשמה", כגון הנתינה, ברור כי גם לדעתו הגט כשר.

ז. סיכום

- במאמר זה בחנו את הבעיות הקיימת בשוטה, שאינה מאפשרת לו לגרש. העלנו שלושה בעיות:
 1. השוטה אינו יכול לקבל החלטה לגרש ולצוות על כך. בעיה זו היא מדאורייתא ועולה מן המשנה.
 2. מושגי הגירושין אינם רלוונטיים ביחס לשוטה, אף שציווה על הגירושין בשפיותו והם נעשים על-ידי אחר.
 3. שוטה אינו יכול לעמוד מאחרי הסופר, לצוותו, ולגרום לו לכתוב את הגט "לשמה".
- טענו כי לדעת הבבלי שתי הבעיות הראשונות קיימות, בעוד לדעת הירושלמי הבעיה השנייה נתונה במחלוקת.
 - הבאנו את מחלוקת הרמב"ם והטור בפיקח שמינה שליח ונשטתה, ועבר השליח וגירש – אם הגירושין פסולים מדאורייתא או מדרבנן, והעלנו שלושה אפשרויות להבנתה:
 1. מחלוקתם היא בגדר שליחות: אם היא מינוי אישי בגברא של השליח העומד במקום המשלח, או כוח לבצע את הרובד המעשי שבפעולה המשפטית, בעוד יצירת החלות נותרת בידי המשלח. בכיוון זה הוכחנו כי במחלוקת זו נחלקו גם רש"י ותוספות בעניין מת המשלח.
 2. מחלוקתם היא אם הבעיה השנייה שקיימת בשוטה ומפקיעה אותו ממושגי גירושין היא מדאורייתא או מדרבנן, וכל הבעיה מדאורייתא הקיימת בשוטה היא בחוסר דעתו ויכולתו לקבל החלטות ולפעול על-פיהן. גם בכיוון זה הוכחנו כי כמחלוקת זו נחלקו גם רש"י ותוספות בעניין ייבום קטן.
 3. מחלוקתם היא אם דין "לשמה" בכתיבת הגט מחייב את מציאותו של הבעל לאורך כל הכתיבה, או שהוא נדרש רק לצורך הציווי על הכתיבה. בכיוון זה ביארנו את דעת התוספות ופסקת הב"ש ויישבנו את קושיית ר' עקיבא איגר עליו.