

וכמו לרב הונא בממעט פרנסתו. ומכיון שאין זה אלא מכח תקנה, באופן שהשני מוכר בזול דאיכא תקנת הקונים וטובתם בזה, גם הרמב"ן מודה להר"י הלוי שאין מקום לתקן המוכר ע"י הקונים, וכנ"ל.

(אכן דעת הרמב"ם כפי שביארנו לעיל היא לא כן, ולדעתו גם היכא דאיכא טובת הקונים לא הותר לדחותו לגמרי, ואין ההיתר אלא בת"ת מחמת חשיבותה, וכמו שנתבאר לעיל).

ולהלכה נראה דנקטינן כדעת הר"י הלוי שהביאו הרמ"א, מאחר שהוא פלוגתא דרבוותא ודעת הרא"ש והטור נמי כוותיה, אין יכול לעכב, דהממע"ה. וכמו בפסק ההלכה בבעיא לענין בר מבואה אבר מבואה אחריתא והנ"ל, וכמש"כ הנמוק"י בטעם הדבר: "וכיון דלא איפשיטא נקטינן מיניה חומרא לתובע וקולא לנתבע ולא מצי מעכבי עליה". ובפרט בן עיר זו עצמה שבא להזיל, שבזה גם הרמב"ן מודה שהרשות בידו, ואף אם הראשון נדחה ע"י לגמרי אין בזה משום איסור של יורד לאומנות חבירו, כיון שהללו שמהם בא לו הריוח טובתם שהשני יתעסק בזה.

ומעתה לנידון שלנו, שבני העיר באים להעדיף את בן עירם להעסיקו בעבודה של מקומם, על פני האחר שאינו בן עירם, אינו גר עמהם ואינו נושא בעול מסי המקום, ודאי שיש לראות בזה טובתם, ולא רק טובת בן עירם הלזה.

שהרי ברור שכל תושב המקום שפרנסתו מצויה מביא בעקיפין הרוחה גם לבני המקום האחרים ע"י שקונה מהם, מאפשר פיתוח המקום יותר כי כל מה שהאוקלוסין גדלים המקום מתרחב ומתפתח, וכן נושא בעול צרכי המקום. מאידך, כל תושב שהוא מחוסר פרנסה מכביד על שאר בני המקום שלא זו בלבד שאינו נושא בעול, הופך להיות למעמסה על הצבור. ואין להאריך בדברים ידועים.

ומכיון שזו טובתם של בני המקום, הרי לדעת הר"י הלוי טובתם קובעת, מכש"כ שבנידון מעין זה הרמב"ן מודה להר"י הלוי וכנ"ל.

א"כ אפילו אם מצד המערער אין לו זכות תביעה של מקום העבודה, שמחל עליו לפי דברי המשיב, מכל מקום אם הוא מחוסר פרנסה שבגלל זה טובת המקום דורשת שהעבודה תמסר לו, הרי הרשות בידי אנשי העיר לעשות זאת, ואין יכול המשיב לעכב על ידם.

יש איפוא לברר את מצב הכנסתו של המערער, ובאיזו מדה קבלת עבודה זו נחוצה לו לקיומו בצורה מתאימה. כמו כן, אם בידי המועצה הדתית להוכיח שעצם העבודה תיעשה ע"י המערער באופן יעיל יותר, כי אז ג"כ אין אפשרות למשיב להתנגד לזה, מאחר שכלפי המעביד אין לו זכויות שאינו אלא עובד זמני.

אי לזאת, יש להחזיר את התיק לכב' ביה"ד שדן בדבר, בכדי לברר עפ"י הנ"ל ולהוציא לאור משפט.

והנלע"ד כתבתי.

שאול ישראלי

התיק נסגר ללא פסק עקב הסתלקות התובע מתביעתו.

### סימן נ : בענין התחייבות בשני קנינים\*<sup>48</sup>

הערעור שלפנינו הוא על פס"ד של כב' ביה"ד האזורי לת"א מיום ו' מני"א תשל"ט (תיק 5631/ט) בו נפסק, לאחר הנמקה הלכתית ארוכה, כדברים האלה:

"חיובו של המבקש עפ"י הסכם הגירושין לשלם למשיבה למזונותיה סך 300.- ל"י לחודש עד אשר תנשא לאיש, צמוד ליוקר המחיה, עומד בתקפו."

הערעור הוגש ע"י המבקש, בעלה לשעבר של המשיבה. והטענות בע"פ ובכתב הן בחלקן חזרה על הטענות שכבר הושמעו בפני ביה"ד קמא וחלקן חדשות, ונוגעות הן באשר לחיוב ההצמדה, והן לעצם החיוב שחייב עצמו המערער עפ"י הסכם הגירושין, שקיבל גם תוקף פס"ד, עפ"י בקשת הצדדים.

הטענות באשר לעצם תקפות הסכם הגירושין הן: שכפי שכתוב בהסכם קיבלו הצדדים בקנין קאג"ס וכן חתמו על ההסכם, שלפי סעיף 5 שבו:

"הבעל מתחייב לשלם לאשה לאחר שנפרד ממנה וכו"

טוען ב"כ הבעל שאין תוקף מחייב לקאג"ס, כיון שכל עיקר ההתחייבות לא חלה מיד, אלא לאחר זמן, דהיינו "לאחר שנפרד ממנה". וכל כגון זה אין קנין קאג"ס תופס, לפי שבשעה שצריכה ההתחייבות לחול "כבר הדר סודר למאריה", והביא לכך האסמכתאות ההלכתיות.

אולם בפסה"ד נשוא הערעור מסתמכים על חתימת הצדדים על ההסכם, שתקפו מחייב מכוח מנהג העולם וזה מהוה קנין מדין סיטומתא. וזה בכדי לדחות טענת ב"כ המערער לטענת קי"ל כדעת הרמב"ם, שאין התחייבות חלה בדבר שאינו קצוב. (וכתבו זאת לרווחא דמילתא, מכיון שכפי שצינו בפסה"ד, נהוג ומקובל בא"י, לפסוק כהכרעת השו"ע, שאין לטעון בזה קי"ל כרמב"ם).

וכנגד זה טוען בערעור, שכיון שעשו גם בקאג"ס הרי זה כמו שאומר שאינו רוצה לקנות ע"י הסיטומתא של החתימה לבד. ובה אין סיטומתא קונה, אם - לאותן שיטות שסיטומתא הוא קנין דרבנן, הרי זה כאומר לא ניח"ל בתקני"ח זו, וכמו שפירש הנמוק"י על מה שאמרו בגמרא (ב"מ י) לענין ראה את המציאה ונפל לו עליה שלא יקנה מטעם זה; ואם,

<sup>48</sup> ערעור תשל"ט 273 בפני כב' הדיינים: הרב עובדיה יוסף - נשיא, הרב בצלאל זולטי, הרב שאול ישראלי

לשיטות הנוקטים שסיטומתא קונה מן התורה, בהסתמכות על דעת הרשב"א, שמפרש גמרא הנ"ל מצד שכל שאינו רוצה בקנין מסוים אין הקנין קונה לו, שאין קנין בע"כ של אדם, ומסתמך על האמור בכיוצא בזה בפסד"ר כרך ד' עמ' 317.

ומאחר שמצד חתימת השטר מדין סיטומתא (שבזה יכול לקנות גם בדבר שאינו קצוב וגם בהתחייבות שלאחר זמן) אינו קונה בניד"ד, הרי הקנין היחיד או המצורף יחד שיש לדון בו הוא הקאג"ס. ובזה חוזרת הטענה הקודמת, שקאג"ס אינו מועיל כל שאין ההתחייבות חלה מיד.

עוד טען על שינוי הנסיבות: מצד יוקר לא שכח, מצד שינוי מצבו הכלכלי של המתחייב לגרועותא. ומאידך שינוי מצב המשיבה לטובה, טענות שכבר הועלו בבי"ד קמא, כנ"ל.

עיינו בטענות הערער שנומקו בטוב טעם ע"י בא כוחו, אולם אנו בדעה שאין בהם לערער תקפו של ההסכם, וזה מכמה טעמים:

#### א.

בגמרא ב"מ י' שעליה מסתמך שלמרות שהיה שם קנין ד' אמות אין הן קונות לו כשנפל על המציאה, זוהי רק שיטה אחת. ושיטה אחרת שם בגמרא, שהמדובר במקום שאין הד"א קונות לו. ולפסק הלכה - הטור לא הביא דעה ראשונה כלל, וכן הכריע הב"י שם (סי' רס"ח), ובשו"ע (רס"ח א) פוסק כך הרמ"א:

"במקום דארבע אמות קונות, קנה (גם כשנפל על המציאה ובא אחר והחזיק בה) ולא גרע משום דנפל עליה, ודלא כיש חולקין".

ובש"ך שם הסיק: "וכן עיקר".

ונראה מהרמ"א שכתב "ודלא כיש חולקין", שדחה שיטת הרשב"א, שהסכים לה גם הר"ן, מהלכה. דלדידהו נקטינו להלכה כלישנא קמא, שהוא סתמא דגמרא. ובכה"ג העלה בדיני תפיסה (לנתה"מ כלל כ"ג) שבדבר

"שסתמו המחבר והרב בהגה"ה, ולא חלקו עליהם הסמ"ע והש"ך אין יכול לומר קי"ל כפוסק אחר, ואם כתב הרמ"א "ויש אומרים" יכול לומר קי"ל".

יתר על כן, כל עיקר הכרעת הרמ"א שכי כנ"ל "ודלא כיש חולקין" באה להוציא מכלל דעה החולקת לגבי טענת קי"ל. שהרי כל עיקר מתעוררת השאלה, כשבא אחר והוציאה. ואם כן השני הוא תפוס. ואין ע"ז גדר של תפיסה לאחר שנולד הספק (עיי"ש כלל ט"ז) שהרי אם הד"א אינן קונות לו (וזה מפני שאינו רוצה לזכות בד"א אלו כלל, כדלהלן) הרי אין הראשון מוחזק כלל שחל לגביו הדין הממעי"ה, שהרי כאן הספק הוא על עצם המוחזקות שלו. וא"כ הא דפסק הרמ"א הרי פירושו שאינו יכול לטעון קי"ל למרות שהוא המוחזק.

אלא שעדיין יש לשדות נרגא בהנ"ל. וזה עפ"י שיש להסתפק במה פליגי האוקימתאות השונות שבסוגיא ב"מ הנ"ל. די"ל דהאי דאוקי לה ר"פ ברה"ר שאין ד"א קונות שם, הוא לא משום דפליגי על עצם הסברא דע"י הנפילה גלי דעתו שלא ניח"ל לקנות ע"י הד"א. אלא דפליגי במה הוא דנחשב גילוי דעת דלא ניח"ל, אם הפירוש דלא ניח"ל במה שהקנו לו הד' אמות, (עי' בתש"י הגרשי"א בתש"י רע"א סי' קכ"א שכי בזה) דבזה שייך שפיר הסברא דבקנין דרבנן מצי למימר אי אפשר בתקני"ח. וכן לרשב"א שאין קנין לאדם בע"כ, וכיון שאינו רוצה לקנות הד"א, אין הוא קונה אותם. וזוהי דעת האוקימתא הראשונה. ואילו ר"פ ס"ל שאין כאן גילוי דעת על עצם קנין הד"א, אלא דהוי גילוי דעת שאינו רוצה לקנות המציאה ע"י קנין דד' אמות, דבכה"ג קונה גם שלא ברצונו ע"י קנין הד"א, כיון שמכל מקום רוצה הוא לקנות המציאה. וא"כ י"ל דהגם שפוסק בשו"ע דאין מה שנפל על המציאה מגרע, וזוכה ע"י הד"א, הוא רק מטעם זה, שכל כה"ג שרוצה לקנות רק שרוצה לקנות ע"י קנין אחר, קונה הוא גם בקנין אעפ"י שאינו רוצה לקנות על ידו.

ולפ"ז, בנידון דידן, להני דסברי דסיטומתא הוא קנין דרבנן י"ל דמהני גילוי דעת שאינו רוצה לקנות על ידו, גם לדעת ר"פ, שהרי כאן הוא כאומר אי אפשר בתקני"ח זו, דלא תקנו לו שיקנה בע"כ. ויכול לומר עכ"פ, קי"ל כשיטה זו שסיטומתא אינו אלא קנין מדרבנן.

אך האמת נראה דפסק ההלכה כר"פ הוא דפליגי על עיקר הסברא, דיש בזה גילוי דעת דלא ניח"ל בקנין האחר. דהב"י הביא מש"כ הר"ן בשם הרא"ה בנידון:

"אפילו בקניות דרבנן, דכיון דר"פ פריק בפירוקא אחרינא, שבקינן האי סברא לגמרי".

וכי ע"ז בב"י שם:

"וכבר הוכחתי שדעת הר"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל כדעת הרא"ה".

ואילו היה הרא"ה מפרש שר"פ אינו חולק על עצם הסברא, מני"ל דשבקינן האי סברא לגמרי גם בקנין דרבנן. דלפ"ז הרי ר"פ חולק מפני שכיון שקנה הד"א, הוי שלו מה"ת וקנינו מה"ת. וכן מנליה להב"י דכל הני רבנותא נקטי כוותי בהא.

ועוד דאי איתא דלא פליגי ר"פ אעיקר הסברא הו"ל לרי"ף להביא אוקימתא זאת, דהרי נפ"מ ממנה להלכה בקנין דרבנן שבעצם החפץ הנקנה, שאז לכו"ע אינו קונה מצד דהוי כאומר אי אפשר בתקני"ח. ומוכרח לומר כנ"ל, דס"ל דר"פ אינו מודה בעיקר הסברא. ואין בעשיית קנין אחד גילוי דעת דלא ניח"ל בקנין האחר. א"כ ה"ה בנידון דידן, אעפ"י שעשו גם קאג"ס, אין מזה הוכחה שלא ניח"ל בקנין הסיטומתא שהוא ע"י חתימה על ההסכם.

## ב.

נראה שנידון דידן, גם לדעת הרשב"א והר"ן, אין לראות בזה שקנו בסודר גילוי דעת שאינם רוצים בקנין שע"י החתימה.

לכאורה יש להבין עיקר הסברא דאוקימתא קמייתא, שהרשב"א והר"ן ס"ל כן גם להלכה, וכנ"ל. במה יש בזה שפנל על המציאה גילוי דעת דלא ניח"ל בקנין אחר. ואמאי לא נאמר, דאם אמנם חזינן שחושב שנפילה היא ג"כ מהוה קנין (שאם לא כן, למה נפל עליה), אך מנין ראייה שדעתו לפסול קנין אחר, שמא כוונתו לעשות שני קנינים, והמועיל יועיל? וכי"ב מצינו בר"ן קידושין (לסוגיא דף כו.) שכי' בענין קנין קרקע בכסף ובשטר, באתרא שכותבים את השטר דאמרינן שיש אומדנא שאין דעתם לקנות בכסף אם לא נכתב גם שטר, שמכל מקום במקום שהשטר הוא גם שטר קנין קונה בשטר ולא בכסף:

"דכל שיש לפניו שני קניות, אין דעתו לקנות אלא בקנין שהוא יותר מועיל".

ולא אמרינן שלאחר שנכתב השטר, יקנה בכסף שנתן - למפרע, (רק בשטרי דראי' ס"ל לר"ן שם דקונה בכסף למפרע), הרי שיש לפניו שני דרכי קניה, אבל אמרינן שדעתו לקנות באחד מהם, והוא המועיל יותר, א"כ לכאורה פשוט דה"ד וכש"כ, שאם הקנין האחד מועיל והשני אינו קנין המועיל כלל, דניח"ל לקנות בקנין המועיל.

יותר מזה מפורש בדברי האב"מ בענין שטר קידושין שיש בו פסול דנחלקו תנאי, ולדעת חכמים - אם הנייר שבו שוה פרוטה מקודשת מדין כסף, וכי' ע"ז האב"מ (סי' כ"ח סס"ק ל"ז):

"דעד כאן לא אמרינן בקידשה בראוי ואינו ראוי לא מהני, אלא היכא דהכל הוא בתורת כסף, אלא דמקצת כסף ראוי ומקצת כסף אינו ראוי, אבל זה שמקדש בכסף ובשטר, אמרינן דעתו ארכבי' אתרי ריכשי, ואם קנין שטר ל"מ, יהיה לה בתורת קידושי כסף".

[ומחלוקת התנאים הרי היא רק בעובדא ההיא שעיקר כוונתו נראה שהיא להתקדש בדין שטר, כמבואר שם בסוגיא ולא כן בניד"ד].

וחזינן מזה, דבעושים שני קנינים לא דיינינן שכוונתם ששניהם יקנו יחד (דבזה יש לדון דהקנין שאינו מועיל מגרע גם הקנין המועיל), אלא אמרינן שכוונתו על אחד מהם, והוא הקנין המועיל. א"כ תקשי מזה לכאורה לדעת הרשב"א והר"ן, דאמאי אמרינן דיש כאן גילוי דעת דבדי"א לא ניח"ל דליקני.

ונראה מוכרח לחלק, דיש הבדל בין קנינים שחלותם הוא בעת ובעונה אחת, לבין שזמן חלותם הוא אחד קודם והשני אחריו. דאם אין זמן חלותם שוה, יש סברא לומר שע"י שעושה קנין נוסף, אילו היתה דעתו על הקנין הקודם שיקנה על ידו, אין לו לעשות קנין הנוסף כלל. וזהו בכגון הא דקנין ד' אמות קודם לנפל לו עליה, שזה בא רק אחרי שכבר נכנס לתוך הד"א, אי איתא שיש בדעתו לקנות ע"י הד"א כי אז הנפילה לא תוסיף לו כלום, ואפילו אם (לפי טעותו) חושב שזה הקנין מעולה, שאין שייך קנין אחר קנין. וע"כ מוכח ממה שנפל עליה שלא היה בדעתו כלל לקנות ע"י ד' אמות.

וכן הדבר במשך לאחר המסירה (סי' קצ"ח בב"י, מהרשב"א בשם הר"י מיג"א"ש), שאם הי' בדעתו לקנות במסירה, הרי כבר נקנית לו ומהו זה שמשכה, אע"כ שלא רצה לקנותה במסירה. (וע"ע מל"מ פ"ב מזכ"י ה"ט, ובא"ד של הגרש"א הנ"ל, וחלוקת יואב חו"מ סי' י"ח, ואין דבריו נראים, ואכמ"ל).

אבל כשעושה שני קנינים שחלותם הוא באותו זמן, כגון הא דהאב"מ במקדש בשטר שהוא ש"פ, כיון שבין שנאמר שמתקדשת בתור שטר ובין שתתקדש בתור כסף, הקידושין חלים בזה שהגיע השטר לידה. וכן בהא דהר"ן דאין דעתם שיקנו בכסף, כל עוד לא נמסר השטר לידו, שפיר אמדינן דעתו לקנות באחד הקנינים, והוא הקנין המועיל יותר (כגון בכסף ושטר) או בקנין המועיל ולא בקנין שאינו מועיל (כגון בהא דהאב"מ).

ואם כן בניד"ד שכפי שנאמר בהסכם קנין הסודר קדם לחתימה על ההסכם (ושלא כמו בפד"ר כרך ד' עמ' 317, שהובא כאסמכתא לטענה), אין יסוד לומר שהיתה כוונתם דוקא לקנין הסודר (שאינו תופס לפי טענת המערער) ולא לקנין שע"י החתימה, ולא ששניהם יקנו יחד, אלא דנינן שכוונתו שיקנה הקנין המועיל שבהם דארכבי' אתרי ריכשי כדכ' האב"מ, בנידון דידיה.

[וכדאי לציין גם המובא בשו"ע (יו"ד סי' ש"כ) במכירת בהמה לנכרי להפקיעה מן הבכורה כ' הרמ"א שמצד מחלוקת הראשונים מהו הקנין המועיל בנכרי

"שיקבל מעות מן העכו"ם וימשוך הבהמה לרשותו או לסימטא דאז משיכה קונה עם המעות".

וכוונתו באומרו "עם המעות" היינו בא' משניהם, ולא בשניהם יחד, שהרי אם כך נכנסנו לשאלה של קני את וחמור (אב"מ הנ"ל) ומקדש במלוה ופרוטה (הגרש"א בתשו' רע"א סי' רכ"א) אלא הכוונה היא שיקנה לו או זה או זה, הינו מה שמועיל לפי הדין. אבל לא הצריך שיתנו כזאת במפורש. אלא כנ"ל דודאי אומדנא יש שרצונו להקנות בקנין המועיל לפי הדין, וה"נ בניד"ד].

ובאמור, גם תשובה, למה שהיה אפשר לעורר עוד בדרכי הקנין שנעשו לאשר הסכם זה כי נאמר שם בזה כהאי לישנא:

"ולראיה באו הצדדים על החתום לאחר שקבלו בקאג"ס וד' אמות אגב קרקע".

ונראה מזה שנוסף על הקנין בקאג"ס על עצם ההתחייבות קנו גם בקנין אגב קרקע (הלשון מגומגם ואולי צ"ל ובד"א אגב קרקע, היינו בקנין דאגב קנין ד"א). והנה באשר לקנין אגב נראה דאינו תופס בהתחייבות, רק במטלטלין שהם בעין. עיי' תוס' ב"ב דף ע"ז: ד"ה רב פפא שהתקשו בענין הקנאת הלואה אגב קרקע, והעלו שרק בענין הרשאה ומתקנ"ח מיוחדת מהני שם קנין אגב. א"כ בנידוננו קנין אגב לא מהני, ואם כן, גם מטעם זה יש לדון, שכאן צירוף קנין שאינו

מועיל עם קנין המועיל. אכן לפי מה שהעלינו שאין אומרים שכוונתם שיחולו שניהם יחד, אלא שיחול הקנין המועיל. אי"כ טענה זו נופלת. ועיקר הקנין יהיה בזה ע"י החתימה ומתורת סיטומתא, וכנ"ל.

### ג.

כל האמור הוא לפי ההנחה של קבלת טענת המערער באשר לתוקף קנין הסודר בניד"ד. אולם גם עיקר טענתו זו אינה, שהרי בנוסח ההתחייבות שבהסכם נאמר:

"הבעל מתחייב לשלם לאשה לאחר שיפרד ממנה" וכו'.

לא נאמר שיתחייב לאחר שיפרד, אלא "מתחייב" דהיינו מתחייב מיד, אלא שהזמן שכלפיו התחייב הוא לאחר שיתגרשו, ועצם הגירושין הם תנאי לחלות ההתחייבות ואעפ"י שלא נאמר במפורש שאין זה אלא בגדר תנאי, כבר פסק הרמ"א בכגון דא (סי' קצ"ה ס"ה בהגה"ה):

"ובסתם אמרינן דהוי מעכשו באופן המועיל, דודאי בכדי לא הוי עביד".

הרי לנו שכל שלא נאמר במפורש ההיפך - שאינו מתחייב מעכשו בעל מנת, אנו מפרשים שכוונתו היתה להתחייבות באופן המועיל "דודאי בכדי לא הוי עביד".

א"כ בנידוננו, מאחר שנאמר בו "מתחייב", שמשמעותו ודאי היא מיד, עלינו לפרש המשך "לאחר שנפרד ממנה" שהוא בגדר בתנאי דעל מנת, שאכן יהיו גירושין, ושאז יגיע הזמן לפרעון ההתחייבות.

(ואמנם לפי מה שהעלינו לעיל, שבשעושה שני קנינים שהאחד יחול מיד, והשני אח"כ, יש לדון (לדעת אוקימתא א' שבב"מ דף י' והרשב"א ואידך דס"ל כן להלכה) שהרי זה כמי שאינו רוצה לקנות בקנין הסודר, שאל"כ למה לו קנינים נוספים. אך באמת זה אינו, שזה דומה לכסף ושטר בקנין קרקע, דאמרינן דאין דעתו לקנות בכסף עד שימסר השטר לידו. וכי שם הר"ן דבשטרי רא"י, במסירת השטר קונה בכסף למפרע, וא"כ י"ל דה"ה בניד"ד, החתימה על ההסכם נחוצה בכדי שתשמש גם לראיה על התנאים שהותנו, וודאי דאין דעתם לקנות עם הקאג"ס, רק לאחר החתימה ולמפרע.

אך גם בזה י"ל כהא דאמרינן התם בשטר קנין, דנחשב לקנין המועיל יותר הואיל ובו גם כוח קנין גם משמש לראייה. וא"כ כמ"כ בנידוננו החתימה על ההסכם יש בה שתי מעלות אלה. ע"כ יש לדון שכוונתם בעיקר לחתימה.

אלא שיש לחלק, דאי איתא דאין כוונתם שהק"ס יועיל, למה עשאוהו, ע"כ י"ל דלאחר שגם חתמו על השטר דעתם שיקנה גם הסודר למפרע ודעתם לשניהם, או דהעיקר הסודר והשטר לראיה).

### ד.

עוד זאת יש להוסיף שההסכם קיבל תוקף פס"ד, כאמור לעיל, לאחר שהצדדים ביקשו זאת וקיבלו בקאג"ס על זה. החיוב הוא אם כן, גם מכוח פס"ד של ב"י דמגדר פשרה. ובוה אין חסרון כלל מצד דהדר סודר ממאריה, שהרי קבלת הקנין אינו על החיוב אלא עצם קבלתם עליהם כבי"ד, וכמו בכל קנין לפשרה. וכן אין כאן חסרון אליבא דכו"ע מצד דבר שאינו קצוב, דכל פשרה הרי זה דבר שאינו קצוב, שאין יודע בכמה יחויב.

### ה.

ונוסף עוד שבנידוננו שהמדובר על התחייבות שהבעל קיבל על עצמו לזון את אשתו אחר שלוחיה, דבר שהוא נדיר בדרך כלל, ומוכח מתוכו, שהיה זה תמורת הסכמתה לקבל הג"פ, שהבעל היה מעוניין בכך. כל כה"ג יש לראות את ההתחייבות מגדרי שכירות פועלים, שמילוי הפעולה שהפועל קיבל על עצמו מחייב את התשלום לפי מה שהותנה שיקבל עבור זה, וכיוצא בזה העלה המהרשד"ם במי שחייב עצמו בסכום מסוים לזה שישא את אחותו שמחויב לסלק על מה שהתחייב -

"דודאי בלא כח שבועה, ואפשר אפילו בלא קנין הי' כח ביד ב"י לחייב לראובן את האשה. והטעם דלא גרע זה משליחות, שאם אדם משלח לפלוני שילך למקום פלוני ושיתן לו כך וכך שחייב מכיון שעשה שליחותו. וכדאמר בהגוזל בתרא השוכר את הפועל להביא לו כרוב ודורמסקיס לחולה ומצאו שמת או שהבריא, נותן לו שכרו משלם. ואמרינן בגמרא משום דעביד שליחותיה וכו' וכו'".

ואם כן הוא הדין בנידון שלנו, שההסכם כולל הסכמה לעצם הגירושין, הרי גם אם לא הוזכר במפורש שהתחייבות הבעל היא כתמורה עבור קבלת הגט בהסכמה, הדבר ברור ומוכח שההתחייבות היא בכלל זה. וכיון שהגירושין בוצעו עפ"י הסכם זה, ממילא גם ההתחייבות הקשורה בזה חלה, ואין צורך בקנין כלל, כמו בשליח או כל פעולה אחרת שמחייב את הצד השני כשבוצעה, כפי המותנה.

שאר טענות ב"כ הבעל על תוקף ההסכם מצד דבר שאינו קצוב, וכן שינוי התנאים, כפי שהוזכרו לעיל בקצרה, כבר עורר ב"כ הבעל טענות אלה בפני ביה"ד קמא, ובפסק דינם נשוא הערעור דחו טענות אלה בנימוקים שנתפרשו בפסה"ד.

ואף אנו סומכים ידינו על מה שנכתב בפסק הדין.

[בסיכומי טענות ב"כ הבעל בפני ב"י קמא, הביא מש"כ המל"מ לדחות הדעה שהרמב"ם לא אמר שאין התחייבות חלה בדבר שאינו קצוב אלא במתנה ולא כשמתחייב בתמורה למה שקיבל. כן הביא מש"כ באבן האזל לקיים ביאור זה ברמב"ם ומסתמך על לשון הרמב"ם שהדגיש "שזו כמו מתנה היא". והשיג עליו מדברי הריטב"א שהקשה על ביאור זה ברמב"ם, שהרי הרמב"ם כי דין זה גם בערב (פי' כ"ה מה' מלוה ולוה הי"ג). ובערב הרי אמרינן בגמרא דהא דמשתעבד הוא מצד דההיא הנאה וכו' (ב"ב קעג:).]

אך נ' דדברי שיטות אלה, שהסמיכם כאמור באהא"ז בלשון הרמב"ם, שרירים וקיימים. דנהי דאמרינן דשעבוד הערב הוא מצד דההיא הנאה וכו', אך הן רשב"ם הוסיף שם (ד"ה גמיר משעבד): "בלב שלם ושליחותא דערב קעביד

מלוח כאילו הוא עצמו הלוח. "וני בכוונתו דאין הפירוש שזה מגדר קבלת תמורה, של "בההיא הנאה", אלא דע"י דפעולת המלוח נעשתה רק על סמך הבטחתו, "בההיא הנאה" מסלק מזה את תוכן אסמכתא. וזהו עומק כוונת קצוה"ח (בסי' קכ"ט סק"א ומשובב נתיבות שם) שסמך על דברי רשב"ם הללו (בהנתי"מ השיגו, אך דברי קצוה"ח ברורים). ולשון הרמב"ם (פי' כ"ה ממלוח ולוח ה"ב) מסייע לו, שלא פ"י חלות החיוב של ערב מצד דההיא הנאה וכו', אלא לגבי ערב כלפי ב"ד:

"הואיל ויש לו הנאה שהאמינוהו ב"ד, באותה הנאה שעבד עצמו".

ואילו בראש הלכה זו בענין ערב בשעת מתן מעות, לא הזכיר זאת. וני שבכוונה דקדק, כי בשעת מ"מ אין החיוב מצד דההיא הנאה אלא רק לסלק האסמכתא. ולא כן בערב ע"י ב"ד שלא הי' שם מ"מ, מוכרח לומר דעיקר ההתחייבות היא מצד ההיא הנאה.

והיינו דבערב אין הנאה זו כקבלת תמורה ממש, אלא רק מהני שלא יחשב כאסמכתא בעלמא, שלא חשב להתחייב ברצינות, וע"ע נתי"מ סי' ר"ז ס"ק ט"ו, ודמי להא דאם אוביר ולא אעביד ואשלם ממיטבא (ב"מ קד). אלא דהתם הדבר בידו (תוס' דף עד. ד"ה הכא), ולזה מהני ב"ההיא הנאה", דמעתי הר"ז כבידו, ודו"ק.

וכל זה הוא לפי פ"י רשב"ם, ואילו הריטב"א נוקט שהגמרא מתפרשת כפשוטה, שגם בערב בשעת מתן מעות משתעבד מדין בההיא הנאה גרידא (ולא שבההיא הנאה מסלק רק את הטענה של אסמכתא, בדפירשב"ם וכנ"ל) ע"כ קשי"ל מערב. אולם כנ"ל שפיר ניתן לפרש הרמב"ם כפירשב"ם (וכדדאיק לישני דהרמב"ם וכנ"ל). וא"כ עיקר חיובו של ערב הוא לא מצד התמורה שמקבל ע"י בההיא הנאה וכנ"ל. ע"כ שפיר כי גם בערב שאינו משתעבד בדבר שאינו קצוב. אבל לעולם כל היכא דאיכא תמורה, וכגון ניד"ד, גם לרמב"ם משתעבד גם שאינו בדבר קצוב.

בהתאם לכל האמור לעיל יש לפסוק:

הערעור נדחה ופסק הדין נשוא הערעור בתקפו, גם באשר להצמדה.

שאול ישראלי

אנו מסכימים למסקנא.

עובדיה יוסף נשיא בצלאל זולטי

### פסק דין

הוחלט איפוא:

א הערעור נדחה ופסק הדין נשוא הערעור בתקפו, גם באשר להצמדה.

ב אין צו להוצאות.

ניתן ביום ד' סיון תש"מ.

עובדיה יוסף - נשיא בצלאל זולטי שאול ישראלי