

סימן מג : חיוב חרש במזונות ילדיו

יש לעורר בנדון אם בכלל אפשר לחייב את המערער בתשלום מזונות לילדתו מכיון שהמערער והמשיבה שניהם הם חרשים-אלמים, ואין המערער בר-חיובא לכל דיני התורה.

כב' הגר"ש אלישיב שליט"א פשיטא ל"י שאין בחרש חיוב מזונות גם עד גיל שש מתקני"ח כ"א מדין צדקה בלבד. ולעני"ד כגוונא דא יש בו החיוב מתקני"ח כמו בעלמא, איב"ע סברא ואיב"ע גמרא.

מסביר : מאחר דקיי"ל כתשו' הרא"ש דגם בבא על הפנוי חייב לזון הילדים (ע"א, ד) ושלא כמו שצידד הר"ן שהוא מחיוב האשה במזונות, הרי שחיוב זה אינו נובע ממה שהבעל מקבל ע"י בנישואין אלא עצם האבהות מחייבת, אי"כ כל שהוא בדין אבהות יש בו חיוב זה.

מגמרא : מהרמב"ם (פ"ב מאישות הי"ז) נראה שמפרש הא דמר עוקבא דמי שנשתטה בי"ד יורדין לנכסיו מיירי בפחות משש ומכח תקני"ח. ואף לפמ"ש הה"מ שם שגם דעתו לחיוב מזונות למעלה משש מדין צדקה, מ"מ עיקר המימרא דרב עוקבא הנ"ל מתפרשת ודאי לענין פחות משש, וכפי שהעתיק הר"מ להלכה זו. נראה מזה דלמרות שהוא שוטה יש עליו חיוב דתקני"ח. והנה הגריש"א רוצה לומר שהוא רק מכוח השעבוד שחל עליו טרם שנשתטה, אולם לפי"ז ה' צריך לחלק בין שנולדו קודם שנשתטה לנולדו לאחר שנשתטה, שאז כבר אינו ב"ח גם בזמן הולדו, וחילוק זה לא מצינו. נוסף למה שמסביר לא מתקבל לומר שעם היולד הולד חל החיוב מיד למשך כל הזמן להשתעבד גם לאחר זמן שאינו בגדר חיובי.

ויותר מזה נ' להוכיח מהגירסא שברמב"ם הנ"ל לפי דפוס רומי, שהיא גם הגירסא שמביא הב"י בסי' ע"א והיא : **וכן מי שנתנוהו בקולר** או נשתטה וכו', בדפוסים שלנו אין גירסא זו והבעל מגיה כ' בזה : ובדאי הוא טעות שנפל בספר כי אינו ענין לכאן ואינו בגמרא, ע"כ. אכן כנ"ל זוהי הגירסא שהיתה לפני הב"י ולא העיר כלום בזה, ומש"כ המגיה שאינו ענין לכאן אינו מובן, שהרי זוהי אחת הצורות של יצא שלא לדעת בדומה לנשתטה, ובין שהיתה גירסא זו לפני הרמב"ם גם בגמרא בין שהוסיפה בדעתו הגדולה, עכ"פ נ' שבחדא מחתא מחתינה ושניהם דינם שוה בזה, ומי שנתנוהו בקולר ודאי שאין הבדל מתי שנולדו, שהרי גברא ב"ח הוא גם מעכשיו, אי"כ כמו"כ מי שנשתטה אין הבדל בדבר, וגם כשנולדו לאחר שנשתטה בחיוב זה ישנו, ואעפ"י שעכשיו אינו בר דעת מ"מ חיוב מזונות של הבנים חל על נכסיו, וא"כ כש"כ וק"י חרש בניד"ד. וזהו לפי שיטת הרמב"ם, ולשיטת אידך ראשונים דמפרשי לדינא דמר עוקבא למעלה משש (ומפרשי שקושית הגמרא אינה מסתירת הברייתות לענין "דבר אחר" אלא מדין המזונות של הילדים, עי' הפלאה ואילת אהבים מש"כ בשיטת הרמב"ם) מבואר בשט"מ דמשו"ה קשי"ל משתי הברייתות אהדדי ולא תירצו דהא דנאמר זנין בלמטה משש, והא דאין זנין למעלה משש, משום דלמטה משש פשיטא דחייב, דהרי"ז מתקני"ח. ואם נפרש הא דמר עוקבא רק בנולדו לו לפני כן ומצד דאז חל השעבוד עד שש, אי"כ הרי חידוש גדול הוא, שלא נאמר כפי פשוטו הסברא, דכל יום חיובו עמו, וא"כ ה' אפשר לתרץ הסתירה באופן זה, דהברייתא המחייבת היא למטה משש ומכח חלות החיוב הקודם, והברייתא הפוטרת למעלה משש, או דהברייתא הפוטרת מיירי בנולדו לו לאחר שנשתטה דאז אין חיוב. אע"כ דאין חילוק בדבר, וחיוב המזונות שהוא לא מכוח הנישואין אלא מכח האבהות, וכנ"ל אין בו מקום לחלק בין שהוא בר דעת לאינו בר דעת, כיון שאינו נובע מצד התחייבות שהוא מקבל ע"י. והנלע"ד כתבתי.

סימן מד : מזונות בנים גדולים, מציאתם ומעשי ידיהם

זהו ערעור מצד המערער, בתיק תש"ל 101, על החלטת ביה"ד האזורי ירושלים מיום כ"ט בטבת תש"ל (תיק תשכ"ח 1284), בה הוחלט ברוב דעות בתורת פשרה כי על המשיב-המערער לשלם למערער-המשיבה סך של ארבעת אלפים ל"י בלבד, ובזה מסולקות תביעות שני הצדדים; וערעור מצד המשיב, בתיק תש"ל 125, על החלטת ביה"ד האזורי הנ"ל ועל החלטה מיום כ"ג באדר א' תש"ל, לפיה המערער פטורה מלשלם פיצויים למשיב למשך התקופה שהוצא עיקול על הכסף בבנק ברקליס; הסך 400 ל"י שהושלש בביה"ד יוחזר למערער.

בית הדין דוחה טענת המערער שלפי הדין המבואר בחו"מ סי' ר"ע מעשה-ידי בתו שייכים לו, הואיל ולפי דבריו ה' הסכם בינו לבינה שהיא תשלם לו עבור הוצאות כלכלתה, והוא זוקף זאת במלוה ותובע את פרעונם כעת ממנה, וכיון שלא פרנס אותה אלא תמורת תשלום שכר, ממילא לא חלה כאן תקנה של גדול הסמוך על שלחן אביו מע"י לאב.

אחרי העיון בחומר הראיות ובטענות הצדדים שבתיק, נראה לי שיש לדחות את הערעורים.

אין אב שזן בניו גדולים יכול לתבוע מהם אח"כ עבור המזונות, ואילו מע"י בפלוגתא דרבוותא תליא, ואין להוציא אם הבן מוחזק. וכמו שיבואר :

כתבו התוס' (ב"מ י"ב ע"ב, ד"ה רי"א) במ"ש ר' יוחנן וקיי"ל כוותיה, לדעת רוב הפוסקים, דגדול הסמוך על שלחן אביו מציאתו לאביו, והוא משום איבה :

דלא שייך איבה אלא בבנו **שדרכו לזון תמיד וכו'** אבל אדם אחר מעלמא סמוך על שלחן חבירו חנם, כגון יתום וכיו"ב, אין סברא שתהא מציאתו לחבירו וכו'.

והיינו שבבן רגילות לזון תמיד **בחנם**, וסתמא ע"ד **שלא לקבל** ממנו תשלום עבור המזונות הוא זן אותו; וע"כ ראו חכמים לנכון לתקן שתהא מציאתו של אביו "שכך היה נראה ישר לחכמים לשלם הטוב לעושה עמו טוב שמזין אותו אעפ"י שאינו חייב לפרנסו" (סמ"ע סי' ר"ע סק"ב). משא"כ במי שזן אחד **בחנם**, כלומר גם כשבפירוש אמר שזן אותו



בחנם, מ"מ כיון שאין זו רגילות, אלא אקראי בעלמא, ל"ש לתקן בזה תקנות. וכן משום שהרי בידו להתנות כשנותן לו מזונות, מה שירצה.

וזה בדומה למ"ש בקידושין (דף ד' ע"א) לענין מ"ש תורה שמע"י בתו הן שלו: "...ואי אשמעינן מעשה ידיה - דקא מיתזנא מיניה". וכתבו ע"ז התוס' (גיטין דף מ"ז ע"ב, ד"ה ולביתך): "...ואע"ג דמדאורייתא אי"ח במזונות בתו, אלא דאורחא דמילתא הוא שהוא זן אותה".

ודברי התוס' הללו שדרכו של אדם לזון בניו תמיד נראים בפשיטות דהוא גם כשיש להם משלהם, אם ע"י נכסים ואם ע"י מע"י, שהרי רק באופן זה ניתן להסביר שמשו"כ מעשי ידיהם לאביהם ללא כל הגבלה. שאם נאמר שאם יש להם מע"י שמספיקים להם אז אין רגילות לזון, הרי אין טעם לתקנה שמע"י הבנים הסמוכים על שלחן אביהם הם שלו גם בכה"ג. דאם כל עיקר אינו זן אותם אלא כשאין להם מע"י המספיקים, ואילו כשיש להם מע"י מספיקים אינו זנם כלל, אי"כ מה טעם לתקן שמע"י גם בכה"ג הם שלו, בעוד שבתנאים אלה אינו רגיל לזונם כלל.

[ואף אם נאמר שהתוס' באמת ס"ל שכל התקנה היא רק לגבי מציאה גרידא או למע"י באקראי שאינם מספיקים כלל, והכרעת הרמ"א, שסתם הדברים כנראה ממנו, שבכל גווני מע"י של אביהם, הוא בניגוד לדעת התוס', לא הועלנו בזה. שהרי סברא זו של התוס' בטעם התקנה היא הכרחית, שאל"כ היא מילתא בלא טעמא. ועוד דא"כ תיקשי דאמאי לא הביא הרמ"א דעה החולקת על בעה"ע, שהרי הביא דברי התוס' בסי' ר"ע. וביותר תיקשי דמנליה לרמ"א לישויה מחלוקת, דהרי דברי הבעה"ע ג"כ ניתן לפרש בעביד הבן סחורה באקראי בעלמא. ובזה גם התוס' מודו דדמי למציאה, ואילו סתמות לשון הרמ"א שלא חילק בזה ודאי משמעותו ברורה דבכל גווני מע"י לאביו כל שהוא סמוך על שלחנו].

יוצא מזה שכל עיקר התקנה במציאות בנו הגדול הסמוך על שלחנו הוא על יסוד ההנחה של רגילות האב לזון בנו בחנם, ובהבדל מתזונת אנשים אחרים, ואפילו יתומים, שבהם אין רגילים לזון בחנם.

ועל כן כל הדיון בפוסקים (תרוה"ד, מהריב"ל מהר"מ אלשיך) הוא אך ורק על אנשים אחרים מחוץ לבן ובת שלא נישאו, שיכול לתבוע מהם עבור המזונות כל עוד שלא הותנה בפירוש שזה ניתן להם חנם. אבל לית דין ולית דיין לענין מי שזן בנו או בתו הגדולים (טרם נישאו) שיוכל לתבוע מהם עבור המזונות, כי כנ"ל סתמא דמילתא שזן אותם חנם. וע"כ לאו כל כמיניה לבא בתביעה לאחר שזנם שישלמו לו עבור זה, כי ודאי מעיקרא לא היתה כוונתו לתובעם, ונתן להם המזונות חנם, והשתא הוא דהדר ביה.

ומכאן לנידון שלנו, אעפ"י שבנוגע לשנתיים האחרונות כו"ע מודים שביקש תשלום עבור המזונות, וכן תבע מזונות מאחי התובעת, מכל מקום אין בזה כדי לשמש הוכחה כלפי השנים הקודמות, וכן אין הוכחה ממה שתובע האחד כלפי אחר, כיון שבדרך כלל נקטינן שרגילות הוא לזון הבנים תמיד, ומכש"כ הבת, שע"י יגדיל חסכוניותה לנשואיה, ואף שנתגלה כגברא קפדנא, אין יסוד להחזיקו כגברא קפדנא למפרע, אלא יש ללכת אחר דרכם של בני"א בדרך כלל, כל עוד שלא נתברר הפכו. אכן, כאן הרי האב-הנתבע טוען שהיה מעיקרא תנאי מפורש בינו לבין בתו שתשלם לו עבור מזונותיה. ואעפ"י שהבת מכחישה זאת, ואדברא טוענת שאמר לה שתתן לו מה שתרויח והוא יחסוך בשבילה הכל. אך הרי לכאורה יש לו מיגו שיכול לומר שאמנם זן אותה בחנם כפי רגילות העולם, אלא שמגיע לו מע"י, לפ"מ שפסק הרמ"א (סי' ר"ע) דכשמוכרים על שלחנו הרי"ז שלו: "אם הרויחו בסחורה או במלאכה", אי"כ נאמין לו במיגו גם על טענתו זו שתנאי היה ביניהם.

אלא שדין זה כשלעצמו, אם כי הרמ"א כתב כן להלכה, המחבר לא הביאו. וזה תלוי בפלוגתא דרבוותא כמו שביאר הר"ר בצלאל אשכנזי בתשובה ל"ה, וכ' שם דבכה"ג יש ללכת אחר המוחזק שיכול לטעון קי"ל ותפיסה דלאחר שנולד הספק ל"מ:

אילו הוה תפיס ראובן בשפחה והוא ברשות עצמו עד שלא בא לרשות יעקב, ושוב היה תופס יעקב, הא ודאי דהו"א הכין דלא מהניא שוב תפיסת יעקב.

הרי לנו, שנוקט בפשיטות שמחלוקת הראשונים אם גם מע"י הבן הם שלו, כשסמוך על שלחנו, לא הוכרעה. וע"כ כשהבן היה התופס הראשון יכול לטעון קי"ל כהני רבוותא דס"ל דלא נאמרה התקנה אלא לענין מציאה גרידא, ושלא כפי שהעלה הרמ"א.

והסכים עמו בפשיטות בשבות יעקב (א"ע סי' ק"ה):

יהיה איך שיהיה, לדעת המרדכי אף מע"י דמי למציאה, והוי של אביו בסמוכים על שלחנו. וכן פסק רמ"א בסי' ר"ע. מ"מ דעת שאר גדולים אינה כן. וא"כ מידי ספיקא פלוגתא דרבוותא לא נפקא, וכמש"כ שם בתשובת מהר"ב אשכנזי, ויכול המוחזק לומר קים לי.

ונראה שאין זה סותר לכלל הנקוט בידינו שאין לסטות מפסק השו"ע, כיון שבדברי המחבר בשו"ע לא הוזכר אלא מציאה גרידא. פשטות סתימות דבריו שלא הזכיר אלא מע"י נראה שרק במציאה היתה התקנה. ועכ"פ לא ראה להכריע להלכה כהני דסברי שבכלל התקנה היה גם על מע"י.

[ועי' בדומה לזה בתשו' רע"א סי' ק"י בענין האומר זה בני (חו"מ סי' רע"ט א' וברמ"א שם), שכי' "דמדברי האחרונים (בסי' רע"ט) לא משמע הכי למיפסק בבירור כהרשב"ם הנ"ל". ואעפ"י שבדברי הרמ"א שם שפסק שנאמן גם לגבי נכסים שנפלו לו כשהוא גוסס חזינן שפוסק בניגוד לרשב"ם, אלא מפני שבדברי המחבר לא כ"כ בפירוש, יש עדיין מקום להסתפק בדעתו, והתם הרי פשטות סתימות המחבר שכי' שנאמן משמעותו נוטה יותר שנאמן גם לגבי נכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, וכמו שפירש הרמ"א. מ"מ נוקט הגרע"א שאכתי מידי ספק בדעת המחבר לא יצא, ומכש"כ בניד"ד שסתימות לשונו נוטה יותר שלא כהרמ"א].



וכיון שלפנינו פסק הלכה ברור של מהר"ב אשכנזי והשבות יעקב, שיכול לטעון קי"ל, נ"פ שעלינו ללכת בעקבותיהם ולפסוק כך הלכה למעשה.

ומענין עירוב אין ראייה כמש"כ מהר"ב אשכנזי, וכן בשבות יעקב שם :

מש"כ כן בשם התוס' והרא"ש לא מצאתי שום הוכחה בדבריהם שס"ל כן, רק לענין עירוב ומתנה ס"ל ג"כ אין להם זכיה. משא"כ מעשי ידיהם דקאי טרחה דגופיה אפשר דס"ל דלא זכה ליה.

והרי בני"ד הבת היא שקיבלה המשכורת, ובחלק מזה היא עצמה שהכניסה זאת בבנק על שמה, ואף באותם הכספים שמסרה לאב היה זה ע"מ שיכניס בבנק על שמה, לפי דבריה. ואף לפי טענות האב, מ"מ מודה שהכסף היה מונח בבנק על שם הבת ואין עובדא זו שנויה במחלוקת. ובכה"ג ודאי שהיא היתה בגדר מוחזק בכספים אלה. ואעפ"י שהיה לאב זכות להוציא הכספים, הרי כמו"כ זכות זאת היתה לבת עצמה, וכמו"כ יכולה בכל שעה לבטל היפוי כח של האב. וא"כ אין בזה כדי לבטל המוחזקות שלה.

ומה שהאב תפס הכספים ע"י שהוציא אותם מהבנק עפ"י יפוי כח זה שהיה בידו, נראה שאין לראות בגדר תפיסה ברשות, שהרי לטענת הבת לא ניתן לו יפוי הכח ע"מ שיקח הכספים לעצמו אלא רק שישתמש בהם לטובת הבת, א"כ אי"ז אלא כמי שבאו לידי הכספים בתור פקדון. ומה שהאב טוען שאין זה כך, והיפוי כח היה מפני שהכספים אכן שלו היו, אין לו ע"ז שום הוכחה, וכיון שהכספים היו על שמה, וחזקה שמה שתח"י אדם הוא שלו, צריך האב להוכיח טענתו. א"כ תפיסתו הוה לאחר שנולד הספק דלא מהני, כדכתב הר"ר בצלאל אשכנזי הנ"ל שם.

וגם אם הלואה הוי בגדר תפיסה ברשות, בני"ד, לפי דברי המשיבה, מסרה את הכסף ע"מ שיכניס בבנק לחסכון, ובמדה שיעשה בהם רוחים יהא זה הכל **בשבילה**. ואם גם מדבריה "לפי הרשום בפרוטוקול נראה בעליל כי היה למערער הרשות המלאה להשתמש בכסף, עכ"פ לשם הלואה לצורך עצמו", ה"ז כמי שהפקיד מעות מותרות אצל בעה"ב שמותר להשתמש בהן, אולם כל עוד לא השתמש אין ברשותו אלא בתור פקדון שהוא עליו כדן שו"ש (ב"מ מ"ג ע"א וכד"נ) ואם השתמש בהן **לרווחים** לצורך עצמו, לזה לא הורשה כלל, לפי דברי המשיבה, וא"כ לגבי זה הוי כתופס שלא ברשות.

ויש להוסיף עוד, מה שנוקט בהגהות מרדכי לב"מ (שהו"ד בחלקם ברמ"א הנ"ל לענין אם מת האב שאינו מוריש מלאכת בן אחד לשאר יורשיו) והוא שגם לפ"מ שנוקט לר' יוחנן בסמוך על שלחנו גם מע"י (ולא רק מציאה) הם של האב אי"ז אלא **בבן ולא בבת** :

ובתו על כרחך ר"ל קטנה בשנים, דמשבגרה אין לו רשות בה, ואפ"י סמוכה על שלחנו, ולא שייך למימר שיהא לאב מטעם איבה וכו'.

ואעפ"י שהרמ"א סתם ולא חילק, ה"ז כנראה מפני "שיש תמיהות רבות באותה תשובה" כמש"כ הט"ז, ואחת מהן היא חילוק זה שמחלק בין הבן לבין הבת הסמוכים על שלחנו. אכן בשבות יעקב (א"ע סי' ק"ה) יישב דבריו וכמש"כ שם : "כי צריכים אנו לברר דבריהם של ראשונים במזרה וברחת בפרטות במקום שאין עליהם תשובה נצחית". עיי"ש שכי שדייק זאת מדברי ר' יוחנן עצמם. ובהסבר החילוק שבין הבן לבת כתב בשבות יעקב שם :

דס"ל לר' יוחנן בבנים דוקא תקנו חז"ל כיון שסמוך על שלחן אביו שיהיה מציאתו ומע"י לאביו דליכא למיחש ולמיגזר מיד, משא"כ בבתו כיון שכל זמן שהיא נערה זכאי בקידושה ומציאתה ומע"י, ואי אמרינן דאף כשבגרה וסמוכה על שלחנו יש לאב זכיה אתי למיטעי ולמימר דיש עוד רשות לקדש אותה וכו'.

ומשניתנה רשות לדרוש, ניתן להיאמר חילוק יותר מרווח לענ"ד, שהוא מצד מה שהאב חייב לדאוג לפרנסת נשואיה (קידושין דף ל' ע"ב) :

ניתן לה מידי דנלבשה ונכסייה כי היכי דקפצי עלה אינשי.

ובגמרא כתובות (דף נ"ב ע"ב) אמרו בזה :

הא נמי דאורייתא הוא.

שמשו"ז תקנו כתובת בנין דכרין, ואין זה נגד דעת התורה שרק הבן יורש, וע"כ מסתבר לומר, שכש"כ שלא יקח שלה מידה, מאחר שאפילו משלו ממש מצווה ועומד הוא לדאוג לה לפרנסתה.

אמנם דברי המרדכי הללו שנוקט כן בפשיטות גם לדעת ר' יוחנן, וגם למאי דמפרש דלר"י גם מע"י הבן שלו הם כשסמוך על שלחנו ולא רק מציאתו, לא הובאה בשו"ע. אך נראה דהא דלא הביאום ה"ז כנ"ל משום שסברו כפה"י שהוא משובש וכמש"כ הט"ז. אך מאחר ש"שבות יעקב" כנ"ל קיימם, אין יסוד לדחותם מהלכה, אם מצד הסבר השבו"י ואם כפי שהסברנו דבריו בענ"ד. ולפי"ז יש לצרף דעתו להני דסברי דרק במציאה תקנו ולא במע"י, וכסתימת המחבר, ויכול המוחזק לטעון קי"ל.

ואף אם נראה זאת כתפיסה קודם שנולד הספק, לפמש"כ בנתה"מ (כללי תפיסה, ט"ו, כ') שבמחלוקת הפוסקים שאחר חתימת הש"ס "לא נקרא לידת הספק רק אחר שביה"ד שדנים אצלם הניחו הדבר בספק", ושלא כמו שנוקט הר"ב אשכנזי הנ"ל בתשובתו, הרי כל זה אמור במה שלהני דעות שמזכות את התופס, ס"ל שזוכה בהם מעיקר הדין. אכן בני"ד הרי כל מה שזוכה במע"י אי"ז אלא מתקני"ח ומשום איבה ; וכיון שנחלקו בזה הפוסקים נמצא שזה ספק תקנתא, ובזה לכו"ע תפיסה ל"מ. כן מסיק התומים (קיצור ת"כ סי' י"ח, עח) וז"ל :

...כל הטענה מחמת דקניא במתנת ש"מ, ושלא תטרף דעתו עליו תקנו חז"ל. וא"כ דבר תורה לא הוי קנין כלל רק מתקנת חז"ל, **וכיון שיש ספק בתקנה אוקמי אדין תורה דלא הוי קנין כלל**. ולכך אפי' תפס מפקינן, כי אין ספק תקנה מוציא מידי ודאי ד"ת, וכו'.



וכן כ' שם בקיצור הכללים לסי' ע"ח :

אם מהדין אין לו רק מכח תקנה יש לו. ובזו נולד הספק, ודאי דל"מ תפיסה, דחזר הדבר לד"ת. ומדכתב התומים בסתמא ולא חילק בין תיקו שבגמרא לפלוגתא דרבוותא, אעפ"י שבא"ד שם מדבר על חילוקים אפשריים בין תיקו דגמרא לפלוגתא דרבוותא, נראה ברור שדבריו הם בכל גווניו של ספק הנופל בענין תקנות.

ואין גם שום סברא לחלק בזה, שהרי גם אם דבריו מתייחסים לספיקא דש"ס, הרי נצטרך לומר דקאי אליבא דהני דסברי דבתיקו נמי מהני תפיסה, אם משום דגם בזה יכול לטעון קי"ל, ואם - אליבא דרמב"ם דת"כ אי"מ, שגם תפיסה בספק מהני. וספיקא דש"ס הרי הוא ג"כ ספק שנתעורר בדורות המאוחרים איך היתה התקנה הקדמונית, כי מתקני התקנה ודאי ידעו באיזה אופן תקנו. ואם אעפ"י בספק תקנה אינו יכול לטעון קי"ל או לתפוס מספק, הרי מה סברא היא שבפלוגתא דרבוותא כן יכול לטעון קי"ל, כיון דלהני שיטות ספק הש"ס דומה בכל לפלוגתא דרבוותא.

ואם אמנם הרשד"ם והר"ב אשכנזי לא נחתו לחילוק זה של התומים ופסקו דמהני תפיסת האב, הרי כך היה אפשר להוכיח גם מהש"ך שתיירץ הא דשכ"מ שהקדיש נכסיו באופן אחר מהתומים, דלא ס"ל לחידוש התומים, אך מכל זה אין ראיה, שהרי התומים חידש חילוק זה מדעתו הגדולה עפ"י מה שהוכיח שתי' של הש"ך הוא דחוק מאד. ואולי אי הוה שמיע להו להא דהתומים היו מודים לו. עכ"פ הרי התומים ראה דבריהם, ומ"מ העלה לדינא ללא פקפוק, דבספק תקנה ל"מ תפיסה, ולא מצינו מי שחולק עליו בהדיא.

ואין לומר דהא גופא אם רגילות לזון בנו תמיד הוא בכל גווניו גם אם יש לו משלו, או דהוא רק כשאין לו, במחלוקת דהני רבירבי תלוי, דהני דסברי דמע"י לאביו בכל גווני, לדידהו הוא משום דסברי דרגילות לזון תמיד בכל גווני, ואילו הני דסברי שהוא רק במציאה (וכל כה"ג שהוא באקראי בעלמא) לדידהו אין רגילות לזון כשמע"י מספיקים. דא"כ גם בהא דדנו ביה הר"ב אשכנזי והשבות יעקב, אמאי לא אמרו דזוכה האב ממנ"פ, אם בתור מע"י, ואם מצד דחייב לשלם לו עבור מזונותיו. אלא ודאי לכו"ע אין יכול לתבוע המזונות, דהרגילות לזון תמיד הוא שלא ע"מ לתבוע מהם אח"כ עבור זה, ואילו ביחס לתקנת מע"י כנגד זה במחלוקת תלוי, ויכול הבן כשהוא מוחזק לטעון קי"ל.

[ומש"כ שם בא"ד שבוטען ברי מהני תפיסה גם בס' תקנה הוא בכה"ג דמבואר שם, כשלפי טענתו הלה חייב לו מעיקר החיוב, והשאלה אינה אלא אם בכה"ג היתה התקנה להאמינו על טענתו בשבועה, משא"כ בגוונא שכל החיוב אינו אלא מכח התקנה, בזה א"י לטעון קי"ל, וכנ"ל].

עוד יש לצרף מש"כ בתשו' הר"ב אשכנזי הנ"ל עפ"י סברא זאת שיש חילוק בין שהחיוב הוא מעיקר הדין לבין שהחיוב אינו אלא מכח תקנ"ח שבכה"ג :

דמדאורייתא אין לאב שום זכיה במע"י הבן ובשכירותו אלא משום איבה כי היכי דלא ליתי לאימנועי תקינו לאב שיזכה במע"י הבן, מעתה בגילוי דעת כל דהו דלא קפיד האב בהכי סגי.

ולפי"ז יש לדון שהעובדא שהכספים היו על שם הבת בבנק, נחשב עכ"פ כגילוי דעת כל דהו שאכן לא היה בדעתו לזכות בהם, וויתר על זכות התביעה שלו למעשי ידיה.

ומכיון שכן, גם אילו היה תובע מע"י תחת מה שזן אותה חנם לא היה זוכה בדין, וגם לאחר תפיסה, ממילא נופל המיגו, ואינו נאמן בטענתו שהתנה עמה שתשלם לו מזונותיה.

צדק איפוא כב' ביה"ד שלא זיכה את האב בתפיסתו, ולא דן אלא מצד עסק-שבועה שביניהם, וכן מצד שזויה תביעה שאין בה בנותן כבוד לצדדים, בהיותה תביעה בין אב לבתו, שהואיל וכן מצא לנכון לפשר ביניהם, ולחייב האב בתשלום חלק התביעה בסך 4,000.- ל"י.

יש איפוא, לדעתי, לדחות את הערעורים.

יצוין כי הלכה למעשה פסק ביה"ד ברוב דעות לדחות את ערעורה של הבת אך לקבל את ערעורו של האב. הן האב והן הבת נפטרו מכל תשלום, והעיקול בוטל.

סימן מה : התחייבות מזונות לבת אשתו

זהו ערעור על פס"ד כב' ביה"ד האזורי באשדוד מיום כ"ד בניסן תש"ל (בתיקים ש"ל 236/, ש"ל 504/), לפיו נדחתה תביעת האשה לגירושין, ואילו תביעת האשה למזונות בתה (שהיתה לה לפני נישואיה מאדם אחר) שנתחייב במזונותיה בשעת נישואיה, נתקבלה ונתחייב לשלם שבעים וחמש ל"י לחודש. כנימוק לחיוב זה נאמר בפסה"ד שהבעל "הודה שבזמן התחייבותו לא דובר כלל שיזון את הבת רק אם תהיה סמוכה על שלחנו למרות שבנוסח ההתחייבות כתוב שתהיה סמוכה על שלחנו".

פס"ד זה גומר סופית את הדיון בתביעות האשה שראשיתן ב-ח' בכסלו תש"ל, בו תבעה פס"ד להפרדה ומזונות עבורה ועבור הבת הנ"ל ותוקנה אח"כ לתביעת גירושין ומזונות עבור הבת, לאחר שבהסכמת הבעל ניתן צו ההפרדה המבוקש.

אשר לתביעת הגירושין חוזר כב' ביה"ד בפסק דינו זה על מה שכבר פסק ביום כ' בשבט תש"ל לפיו נסגר תיק בקשת הגירושין "אחרי שהבעל אינו מסכים בשום אופן לגירושין". טענות האשה שהבעל משתכר ורוצה לבוא אליה בטומאה הוכחו ע"י הבעל בתוקף, ולא הובא מצד האשה הוכחות לנכונות טענותיה.

לצורך הדיון נצטט מתוך הפרוטוקול את טענות הבעל שחזרו ונשנו לפני כב' ביה"ד (פרוטוקול מיום כ"ז באדר ב' תש"ל עמ' 9) :

