

תוצאות בטלותו של סעיף התחייבות למתן גט בהסכם גרושין*

ראשי פרקים

- א. מרכיביו של הסכם גרושין טיפוסי
- ב. קנין למחצה
 1. בהקניית ממון ובקידושין
 2. פגם בגמירות הדעת
- ג. ניתוק בין סעיפי ההסכם
- ד. חילוק בין הקנייה לשניים לבין הקניית שני פריטים
 1. גמירות הדעת לגבי פריט אחד מגלה את היחס לפריט השני
 2. כיצד ניתן להציל סעיף אחד כאשר למשנהו חסרה גמירות דעת?
- ה. קצוה"ח: בקנין למחצה הפגם הוא במעשה הקנין
 1. מיגו דלא קנה זה, לא קנה זה
 2. בשעת חתימת ההסכם לא היה פגם במעשה הקנין
- ו. אבחנה בין בטלות הסעיף לכתחילה לבין בטלותו לאחר זמן
 1. העדר תחולה מלכתחילה פוגם בשאר הסעיפים
 2. נוב"י: בטלותו של סעיף אינה פוגמת בשאר אם הוא יחול בעתיד
- ז. מסקנות הדיון בשאלת קנין למחצה
- ח. תוקפה של התחייבות ליתן גט
 1. מחלוקת הרמ"א ובית-שמואל
 2. צריך לוותר על ההתחייבות כדי למנוע גט מעושה
 3. הקשר בין סעיף ההתחייבות לבין הקנס על אי קיומו
 4. סיכום
- ט. הסכם גרושין המקבל תוקף של פסק דין
- י. בטלותו של הסכם גרושין עקב אי מתן הגט
 1. אנן סהדי שמתן הגט הוא תנאי בסיסי בהסכם
 2. אף אם צריך גלוי דעת, אין צורך בתנאי מפורש
 3. הצד המסרב לגט מנוע מלטעון לבטלות ההסכם
- יא. תנאי למקח או מועד לתחולתו
 1. לביטול מעשה שכבר נעשה יש צורך בתנאי

* פורסם ב"תחומין" כרך י"ד, תשנ"ד.

2. הסכם גרושין מקבל תוקף רק מעת נתינת הגט
3. לביטול תוספת כתובה כשלא חלו נישואין אין צורך בתנאי
4. מתי מקנה אדם לחתנו נכסים?
- יב. בקדושין לאחר זמן, שנתבטלו - למי שייך כסף הקדושין?
 1. מחלוקת הרא"ש והר"ן
 2. כשהאשה חזרה בה, היא מנועה מלטעון לבטלות הקדושין
 3. אבחנה בין קדושין לאחר זמן לבין קדושין המותנים בארוע
- יג. האופן שבו הסכם גרושין יקבל תוקף מידי
- יד. כיצד מעניקים להסכם גרושין מעמד אוטונומי שאינו תלוי במתן הגט?
 1. קביעת מועדי תחולה נפרדים לכל סעיף
 2. הכללת סעיפי תשלום וחלוקת רכוש
- טו. בטלות הגט עקב בטלות הסכם גרושין
 1. גט בטל רק בתנאי מפורש
 2. ב"ח: גם גלוי דעת מועיל לבטל גט
 3. גם לדעת הב"ח צריכים אומדנא דמוכח
 4. מחלוקת ברעת התוס' אם צריכים אומדנא דמוכח
 5. מה נחשב בהסכם גרושין כאומדנא דמוכח?
 6. בעצם מתן הגט יש משום ויתור על קיום ההסכם
 7. ממון אינו אומדנא דמוכח לביטול הגט
- טז. סיכום ומסקנות



א. מרכיביו של הסכם גרושין טיפוסי

הסרוב ליתן גט, בניגוד להסכם, מעורר שאלות חמורות ביותר, במסגרת הסוגיות של "גט מעושה"¹, "אסמכתא" ואף הסוגיא של "שמא עיניה נתנה באחר". ואולם, עניין זה נדון כבר בהרחבה - ואנו לא נעסוק בו. במאמר זה נצא מנקודת הנחה כי ההתחייבות ליתן גט הינה התחייבות שלא ניתן לאכפה. הסוגיה שבה נעסוק אנו הינה, מהן תוצאות בטלותו של סעיף התחייבות למתן גט ביחס לשאר ההיבטים המוסדרים בהסכם הגרושין. לאמור, כאשר בן זוג מסרב ליתן גט או לקבל גט בניגוד למוסכם, ולא ניתן לכפותו לעשות כן,

1 ראה עוד תחומין יא עמ' 195-213.

האם שאר הסכם הגרושין, שהושג בדי עמל, בטל אף הוא משום כך; או שמא שאר סעיפי ההסכם חלים וניתן לאכפם?

בהסכמי גרושין נמצא בדרך כלל את הנושאים הבאים:

- א. התחייבות למתן גט במועד מסוים (ולעיתים אף סעיפי סנקציות).
- ב. הסדר בדבר החזקת הילדים, וזכויות ביקור.
- ג. מזונות לילדים.
- ד. עזיבת אחד הצדדים את דירת המגורים - או מכירתה.
- ה. חלוקת הרכוש.
- ו. מזונות לאישה עד למתן הגט ולעיתים אף לאחר מכן.
- ז. ויתור האישה על כתובתה (ולעיתים רחוקות: מועד גבייתה וסכומה).
- ח. הוצאות ההליך המשפטי והוצאות סידור הגט.
- ט. ויתור על כל תביעות נוספות קיימות ועתידיות (ולעיתים רחוקות: שמירה על זכויות).

נושאים אלו ניתן לסווג לשניים - הסוג הראשון: דברים הנובעים ממתן הגט ותלויים בו. והסוג השני: התחייבויות והסדרים שדבר אין להם ולגט, ואשר הוכנסו להסכם הגרושין רק למען הסדר הטוב, ולנוכח הרצון להסדיר את עניין בני הזוג ולמסדם, בטרם יפרדו איש לדרכו.

כך, ענין החזקת הילדים (כהסדר קבוע), הויתור על הכתובה, עזיבת דירת המגורים (כהסדר קבוע) והוצאות סידור הגט וההליך המשפטי כולו, תלויים כמובן במתן הגט ובטלים במקרה שהגט - מכל סיבה שהיא - לא ניתן לכסוף. מאידך, החיוב במזונות ילדים מוטל על אדם ללא כל קשר למתן הגט. הוא הדין במזונות אישה משלא ניתן גט, וכל עוד שהאישה לא הוכרזה כמורדת או כמי שהפסידה מזונותיה. משבטל הסכם הגרושין - וגם בהנחה שבטל ההסכם כולו - תהא האישה זכאית לתבוע את מזונותיה ואת מזונות הילדים - לא מכח ההסכם, אלא מחמת הזכות הטבעית למזונות הקבועה בהלכה כלפי אישה וילדים. במקרים אלו אין הבעיה מתעוררת.

ואולם, לעיתים נקבע בהסכם הגרושין גם שיעור המזונות - שיעור גבוה או נמוך הכל בהתאם ליחסי הכוחות במשא ומתן שנערך בין הצדדים. יש גם והבעל מסכים להתחייב במזונות ילדיו בסכום גבוה מן הנחוץ להם, ומן המגיע להם על פי דין, וזאת כדי שבת הזוג תוכל לכלכלם בהרחבה יתירה, כפי שהיו רגילים בעת שנהנו מחסותו הישירה של האב, או כפיצוי על אוברן חסותו. בשני המקרים מכיון שסכום זה לא נקבע מחמת הזכות הטבעית אלא מכח ההסכם, ומכיון שהסכום שנגקב תלוי במתן גט, סביר להניח כי ביטול סעיף הגרושין ואי מתן גט, משנים מיסודם את הנסיבות שבהן נקבע הסכום. ומשלא ניתן גט - בטל ההסכם כולו. אף כאן לא מתעוררת הבעיה.

השאלה הינה: האם ההסכמות בדבר זכויות הצדדים ברכוש תלויות במתן

הגט? כמו כן, מה הדין כאשר במסגרת ההסכם, האישה מוותרת על מזונותיה - האם משסרבה לקבל גט, בטל ויתור זה? וכלום משתנה התשובה כאשר הסיבה לאי מתן הגט, הוא סרובו של הבעל לתינתו? והאם התשובות לשאלות אלו משתנות כאשר הבעל חוזר בו מהסכם הגרושין משום שיחסי בני הזוג השתפרו, ולדעתו יש כעת מקום לשלום בית? ושאלה נוספת: האם יש בניסוח להשפיע על התוצאה - כגון קביעת זמן ביצוע ההתחייבות הכספית לפני הגרושין או התחייבות לוותר על רכוש תמורת ההסכמה לגט ולא תמורת הגרושין עצמן?

ב. קנין למחצה

1. בהקניית ממון ובקידושין

במסכת בבא בתרא קמג, נדון מעשה קנין שחצי ממנו בטל. וזו לשון הגמרא ופירושה (בסוגריים) לפי הרשב"ם:

קני כחמור - לא קנה (כמו שהחמור לא קנה, כן הוא לא קנה). קני את וחמור (את ובהמה זו תקנו נכסי) - רב נחמן אמר: קנה מחצה (דהרי אמר ליה, אתה וחמור תקנו שניכם, הוא מחצה ואתה מחצה, ולא איכר האיש חלקו בשביל החמור, שלא תלאן זה בזה). ורב המנונא אמר: לא אמר כלום (דכיון דבקנין אחד שיתף שניהם, לא נגמרה דעתו להקנות לזה בלא זה כלום; וכיון שחמור לא קנה, איהו נמי לא קנה). ורב ששת אמר: קנה הכל (אדם יודע שאין חמור קונה, וגמר בדעתו שמי שיוכל לקנות משניהם יקנה).

הסוגיא מובאת בגמרא בהקשר של קנין בו-זמני לאדם ולעובר בבטן אימו שאינו כשר לביצוע מקח של רכישה, והבעיה היא, האם מכיון שלעובר אין המוכר יכול להקנות, שמא גם ביחס לאדם האחר לא חל המקח. הרמב"ם (הל' מכירה כב, יג) פסק כרב נחמן, שמקום שבו לא נכרכו שני הקנינים זה בזה, ורק נאמרו או נעשו בהקשר אחד, אין בטלות האחד גוררת את בטלות רעהו:

הקנה קצת נכסיו לבהמה או למי שלא בא לעולם, וחזר ואמר לחבירו קנה כבהמה זו או כעובר זה - לא קנה כלום. אמר לו קנה את ובהמה זו או את ועובר זה - קנה מחצה.

וכך נפסק גם בשו"ע חו"מ רי, ג. לכאורה, לפי פירושו של הרשב"ם, גם לדעת רב ששת (שלפיה כאשר אחד מן

הקונים אינו בר קנין - עובר, למשל - הדבר גורם לכך שהקונה האחר יזכה בכל) עלינו לאמוד את דעת המקנה בעת הקנין. וכשם שב"קני את וחמור" האומדן הוא שמלכתחילה היתה דעת המקנה להקנות את כל מרכיבי הקנין לקונה השני, כך גם בגט - כיון שידוע שאין אפשרות ליתן תוקף להתחייבות לתת גט, הרי שבהכרח שאר מרכיבי הקנין (הסכם חלוקת הממון וכיו"ב) נעשו כהתחייבות בת תוקף בפני עצמה, הקיימת אף אם החלק הראשון של הסכם הגרושין (שאינו בר אכיפה) לא יתבצע.²

ואולם, כפי שנראה להלן, אף לדעת רב נחמן (שזו ההלכה הפסוקה), אין הדברים פשוטים כלל ועיקר. במסכת קדושין נא, א מצינו: מעשה בחמש נשים ובהן שתי אחיות, וליקט אחד כלכלה של תאנים ... ואמר הרי כולכם מקודשות לי בכלכלה זו, ואמרו חכמים: אין אחיות מקודשות. אחיות הוא דאינן מקודשות - הא נוכריות מקודשות. היכי דמי? אילימא דאמר כולכם קני - את וחמור הוא, ואת וחמור לא קנה. אלא לאו דאמר לה אחת מכם ...

מסקנת הגמ' היא, דאמר: "הראויה לביאה תתקדש לי". סוגיא זו מניחה אם-כן כדבר פשוט, כי קנין שבטל מקצתו בטל כולו, ולא כדברי רב נחמן בסוגיה במס' ב"ב.

סתירה זו קיימת גם בפסקי הרמב"ם, שכאמור פסק כרב נחמן ביחס לקנין למחצה, ולעומת זאת פסק בהל' אישות ט, ב:

קידש נשים רבות כאחת, ואמר הרי כולכם מקודשות לי, והיו בהן שתי אחיות או אישה וביתה וכיו"ב - אין אחת מכולן מקודשת. ואם אמר להן הראויה מכם לביאה מקודשת לי - הרי כולן מקודשות לו, חוץ מאחיות או אישה ובתה וכיו"ב.

2 כל זאת רק לפירוש הרשב"ם, אך ה"ר אלחנן וסרמן מביא בקובץ-שיעורים (ב"ב סי' תקא) אפשרות לכאר את מחלוקת ר"נ ור"ש שלא ע"פ תלות באומדן. לפירושו לפי דעת רב נחמן זוכה הקונה במחצית, שכן מלכתחילה אלו שני קנינים שונים שאינם תלויים זה בזה, ובטלות האחד לא פוגעת במשנהו. ואילו לדעת רב ששת זוכה הקונה בהכל, שכן קנין לשניים משמעו הקניית המכלול כולו לשניים. החלוקה ביניהם נובעת רק מן הצורך לחלק את השותפות ביניהם. ממילא, מכיון שלא חל הקנין ביחס לאחד מן הקונים, הרי שרעהו זוכה בכל היתרה. כך בהקניה לשני אנשים. ואם כן, בהקניה של שני דברים לאדם אחד, לא ברור לפי סברת רב ששת מה יהא הדין - שהרי הקנינים כרוכים זה בזה, ויתכן כי בטלות האחד ואי היכולת מלכתחילה להחיל קנין שכזה - מביאים לבטלות כל מעשה הקנין.

סתירה זו תירץ המגיד-משנה: "ואפשר ... שאין קידושין ודיני ממונות שוין בזה."

2. פגם בגמירות הדעת

תירוץ לסתירה שבין סוגיות הגמרא הביא הריטב"א על הסוגיא בקדושין בשם הראב"ד:

דכי אמרינן "את וחמור קנה מחצה", היינו היכא דאמדינן דעת הנותן שטועה וסבר שאין כאן חמור וכלדהו קנו וגמר והקנה, ואי בטילה הקנאה מחדא לא בטילה מאידך. אבל היכא שהמקנה יודע שהאחד חמור ואינו ראוי לקנות, ודאי לא קנה, שדעתו שיקנה כחמור, ומשטה הוא בו. הלכך, כי אמר "כולכם מקודשות", הא ידע דאין אחיות מקודשות ... וכיון דכן, הוה ליהו נכריות את וחמור, ולא קנה כלל.

הריטב"א שם משיג על תירוץ זה. אולם מדברי הראב"ד עולה שדין "קני את וחמור לא קנה" אינו משום שבטלות חלק מהעיסקה גורר את בטלות העיסקה כולה. הפגם אינו בעיסקה, אלא הפגם הוא בגמירות הדעת של עושה העיסקה. כאשר אדם כולל בדבריו אלמנטים שברור כי אין להם כל משמעות מעשית, הרי שבכך הוא מגלה את דעתו כי אין בכוונתו ליצור יחסים מחייבים כלל. אולם, בעוד שקדושין לאישה הם דבר שכשלעצמו אין כל מניעה לבצעו - ורק בשתי אחיות הופקעו הקדושין מחמת איסור עריות - הרי שהקניה לחמור מופקעת ומשוללת מן המציאות. משום כך לדעת רב נחמן יש להתייחס להקניה לחמור כאל אמירה היתולית, ואין היא פוגעת בקנין. לעומת זאת לאמירה בקידושין יש להתייחס אליה ברצינות; ומכיון שברור כי אין לה תחולה, הרי שהדבר מבטל את גמירות הדעת ביחס למעשה הקידושין כולו.³

אם נקבל תירוץ זה גם באשר לסתירה שבפסקי הרמב"ם, הרי שייושב גם קושי נוסף בשיטת הרמב"ם. לדעת הרמב"ם לא חלים הקדושין כלל, אף לא במי שאינן קרובות, מכיוון שהמקדש השתמש במילה "כולכן", בה בעת שלגבי חלק מן הנשים ברור כי אין הקדושין חלים. הקשה על כך בחכמת-שלמה (אה"ע מא,ג): מדוע שלא יחולו מקצת מן הקדושין, כשם שבעדות "פלגינן דבורא", ומכשירים חלק מעדותו של עד אע"פ שחלקה האחר נפסל (כסוגית הגמ' בגיטין ח,ב).

לפי האמור מבואר היטב, שכן בקדושין הפגם אינו במעשה הקדושין אלא

3 מתירוץ הראב"ד עדיין לא ברור מה יהא ההסבר ביחס להקניה לעובר.

בגמירות הדעת של עושה המקח. ואילו בסוגית "פלגינן דבורא" לא כוונת העד חשובה, אלא תוכנה של העדות. אילו היה הפגם בקנין למחצה במעשה הקנין, אז אולי ניתן היה להציל חלק מן המקח. אבל כיון שהדבר תלוי בגמירות הדעת של הנותן, הרי שהתייחסותו לחלק אחד של הקנין, גילתה מהי דעתו באשר לחלק האחר.

ג. ניתוק בין סעיפי ההסכם

מסקנת הדברים עד כה היא: סעיף בהסכם הגרושין שינוסח באופן שישתמע ממנו כאילו קיימת התחייבות לתת גט, ובאופן ששאר סעיפי ההסכם כרוכים זה בזה ומהווים עיסקה אחת ומעשה קנין אחד, הרי מכיון שבהנחה כי ברור מראש שאין אפשרות לאכוף את ההתחייבות לתת גט, הרי שאין גמירות דעת בכל מעשה הקנין – וכאילו לא נעשה דבר. אולם למסקנה זו יש להוסיף שתי הסתייגויות:

א. יתכן כי כאשר ההסכם מנוסח בדרך של פרקים פרקים, אף כשהם נכללים במסגרת של חוזה אחד, אין הדבר דומה לקרושין שנעשו במלה אחת, כשהדברים כרוכים זה בזה. על כן בהסכם המחולק לפרקים או לסעיפים יתכן שפגם בסעיף אחד אינו מגלה את מידת גמירות דעתו של המקנה לגבי שאר הסעיפים. ואולם, אילו היה הפגם במעשה הקנין – הרי משבטל מעשה הקנין בטלים כל חלקיו, ואין נפקות באיזה אופן נוסחו הדברים. לעומת זאת, כשהנידון הוא גמירות דעת, יתכן כי לחלק מסויים של הקנין אין כל גמירות דעת, ולחלק אחר – יש, ואין להסיק מהעדר גמירות דעת בחלק אחד של הקנין על העדר גמירות דעת בכל מעשה הקנין כולו, שהרי נושאים נפרדים בפנינו, שנוסחו כל אחד בפני עצמו.

ב. מצינו הבחנה בין הקניה לעובר, שאין לה כל תוקף, לכין קדושי שתי אחיות, שהינם נעדרי תוקף. ההבחנה נעוצה בכך שהכל תלוי בדעת עושה הקנין בעת עשייתו, ובעוד שברור הדבר לכל כי אין שתי אחיות מתקדשות, אין העדר התחולה של הקניה לעובר ברור לכל. משום כך בהקניה לעובר יתכן כי עושה הקנין סבור היה כי יחולו כל מרכיבי הקנין, וממילא אין פגם בגמירות הדעת והקנין חל. ואם כן, יתכן מאוד כי הסכם גרושין, הנעשה על ידי הדיוטות, הרי הדיוט אינו יודע כי אין תוקף מחייב להתחייבות ליתן גט, וממילא אין הדבר פוגם בגמירות הדעת שלו, ויש תוקף לשאר מרכיבי ההסכם.

עכ"פ נוכל לסכם, כי ניסוח הסכם שבו קיימת התחייבות ליתן גט (ולא

הצהרה בלבד) עלולה לסכן את תוקפו של ההסכם כולו. הדברים חמורים עוד יותר כאשר ההסכם אינו מנוסח באופן של פרקים נפרדים ואוטונומיים, אלא בצורה של מכלול הכרוך זה בזה, או באופן של התחייבות ליתן גט המופיעה במבוא להסכם כולו, והעלולה להתפרש כראיה להעדר גמירות הדעת בכל שאר סעיפי ההתחייבות.

ויצויין: לא רק הפרדה בין סעיפים עשויה לנתק את הקשר בין גילוי הדעת בסעיף אחד למשנהו, אלא אפילו הפרדה פחותה מכך עשויה לנתק את הקשר. בשו"ע אה"ע מא"ג נפסק:

קידש נשים רבות כאחת, והיו בהן ב' אחיות או אישה ובתה, אם אמר הראויה מכס לביאה מקודשת לי, הרי כולן מקודשות לו, חוץ מב' אחיות או אישה וביתה וכיו"ב. ואם אמר כולכן מקודשות לי, נוכריות מקודשות ואחיות אינן מקודשות, ויש אומרים שאף נוכריות אינן מקודשות.

דעת היש אומרים מבוארת בחלקת-מחוקק ס"ק ד (וכן בבית-שמואל ס"ק ד): אף על גב דקיימא לן קני את וחמור קנה מחצה ... יש לחלק בין האומר בתרי לישני - "את וחמור" - ובין האומר "כולכם", דכולל כולם בחד לישנא. ולפי זה, אם אומר אחיות ונוכריות מקודשות לי - נוכריות מקודשות ודאי.

לאמור, ההבדל בין "קני את וחמור" ובין הסוגיא בקדושין הוא לשוני. שוב מוכיח הדבר שהחסרון אינו במעשה הקנין או הקדושין, אלא בגמירות הדעת.

ד. חילוק בין הקנייה לשניים לבין הקניית שני פריטים

1. גמירות הדעת לגבי פריט אחד מגלה את היחס לפריט השני

בחלקת-מחוקק שם ממשיך ומביא ביאור נוסף לדעת "היש אומרים" שבשולחן ערוך:

אבל הר"ן כתב חילוק אחר בין את וחמור להכא: דבשלמא התם אין סברא לומר שמפני שזה אין לו יד לקנות שלא יקנה מי שיש לו יד; אבל דרך הלוקח לקנות רע ויפה ביחד, וכוונתו לזכות בכולן, ואם לא קנה אחיות גם נוכריות אינן מקודשות, אף על פי שפרט אותן בפני עצמן.

לאמור, הר"ן מחלק בין שני קונים ובין שני מושאי קנין - המוכר נכסים

במעשה קנין אחד לשני קונים - אף כשהקניינים כרוכים זה בזה, במעשה אחד ובדיבור אחד, אין ללמוד מהעדר גמירות הדעת של ההקניה לקונה האחד, על העדר גמירות הדעת גם בהקניה לקונה השני. לא הניסוח עיקר, אלא אומדן דעת בני אדם; ואלו לא כורכים את העדר גמירות דעתם להקנות לאדם אחד בגמירות דעתם להקנות לאדם אחר, כאשר מדובר בהקניה לשני אנשים שונים. לעיתים, במעשה אחד - אדם מעוניין להקנות לאחד ולהתל ברעהו הנצמד אליו. משום כך בטלות הקנין לאחד אינה גוררת בהכרח גם את בטלות הקנין לשני. אולם, בהקניה של שני מושאי קנין - אף כשהדבר נעשה תוך פרוט של שני מושאי הקנין והפרדתם זה מזה - מכיון שהקנין אמור לחול כאחד, הרי שבטלות חלקו גוררת את בטלות כולו. זאת משום, שכשם שאדם קונה ב"עיסקת חבילה" טוב ורע כאחד, ובדעתו לקנותם כאחד, כשקניית האחד כרוכה בקניית משנהו, כך בכל מושאי קנין הנקנים כאחד, המקח על כל פרטיו, נתפס כמכלול אחד. משום כך, במקרה זה, כאשר חלק ממושאי הקנין לא נקנו, ויש אף העדר גמירות דעת להקנותם, הרי שהעדר גמירות הדעת ביחס למושאי קנין אלו, גורר את העדר גמירות דעת גם לגבי שאר מרכיבי הקנין, והכל בטל.

העולה משיטת הר"ן - בהקשר להסכם גרושין הוא: אם כלולה בהסכם התחייבות לתת גט - הרי שהעדר גמירות הדעת בענין זה, גורר את בטלות ההסכם כולו - אף כשהדבר מנוסח בפרקים נפרדים. וזאת משום שהסוגיא של "קני את וחמור" מתיחסת להקניה לשני קונים, ומאפשרת הפרדת הקנין. אך אנו עוסקים במושאי קנין שונים הכרוכים בקנין אחד - ובמקרה שכזה, נפסקה ההלכה בהתאם לסוגיא במסכת קידושין, לפיה בטלות הקנין בחלק ממושאי הקנין מבטלת את הקנין כולו.

2. כיצד ניתן להציל סעיף אחד כאשר למשנהו חסרה גמירות דעת?

דא עקא, שלא רק ניסוח פרקים נפרדים ואוטונומיים בהסכם הגרושין אינו מגן על סעיף אחד מפני בטלותו של משנהו, לפי שיטת הר"ן; אלא שבהעדר סעיף התחייבות לגרש - הרי שיש סעיפי התחייבות אחרים הכרוכים בגט, כגון ויתור על הכתובה וכיו"ב. סעיפים אלו בטלים מאליהם, כאשר לא ניתן לבסוף הגט. ואם כן, לפי שיטת הר"ן, בטל הסכם הגרושין כולו - אף אם שאר הנושאים נוסחו בנפרד, ואף אם הם אינם תלויים זה בזה. ומה עצה ומה תבונה יש אם וכאשר ירצה מי מהצדדים שההסכם בכללו לא ייבטל, אף אם לא ניתן הגט?

הפתרון לכך מצוי שוב בהבחנה דלעיל, לפיה רק מה שהיה ברור בעת מעשה

הקנין שאין לו מקום לחול – מלמד על העדר גמירות דעת בקנין כולו.⁴ וברור הדבר כי בהעדר סעיף התחייבות לגט, הרי ששאר הסעיפים כשלעצמם, כיון שיתכן קנין לגביהם – ופקיעתם משלא ניתן הגט אינה נובעת מחמת העדר גמירות דעת בשעת מעשה הקנין, אלא משינוי הנסיבות שחל לאחר מכן, הרי שאין לומר כי בכל מעשה הקנין, שאכן כרוך זה בזה – נעדרת גמירות דעת, ולכן הקנין אינו בטל. בהתאם לכך, בהעדר התחייבות בהסכם הגרושין לתת גט – לא תתעורר בעיה לפי הר"ן הנוקט ג"כ כי בטלות חלק מן ההסכם אינה במעשה הקנין אלא מהווה פגם בגמירת דעתו של המקנה.⁵ מאידך, לפי שיטת הר"ן, הכנסת סעיף התחייבות למתן גט, בהסכם הגרושין, תגרור בטלות ההסכם כולו בהעדר גמירות דעת לכל מושאי הקנין הכרוכים זה בזה – ולא תועיל הפרדה בין חלקי הקנין באמצעות מילים נפרדות ובאמצעות ניסוחים שונים למיניהם.⁶

ה. קצוה"ח: בקנין למחצה הפגם הוא במעשה הקנין

1. מיגו דלא קנה זה, לא קנה זה

תרוץ נוסף לסתירה בין הסוגיות – בב"ב קמג,א ובקדושין נא,א – מצינו בקצות-החשן רי"ה בשם תלמידו ה"ר יצחק פרנקיל. הוא תירץ לפי מש"כ במרדכי:

מעשה באחד שהקנה לחבירו בקנין סודר קרקעות ומטלטלין ומעות בבת אחת, ונחלקו חכמי הדור בדבר – יש אומרים, דדמי ל"קני את וחמור" דפרק מי שמת, וכי היכי דלא קני המעות, לפי שאין מטבע נקנה בחליפין, גם המטלטלין והקרקע לא קנה ... והוא תמוה, דהא קיימא לן כרב נחמן דאמר קנה למחצה?

וכתב על זה שם בהג"ה, וזו לשונו:

דכאן בנדרן זה נחלקו חכמי הדור משום דאינו דומה להתם, משום דבנידון זה

4 בהתחייבות לגט הסתפקנו רק האם ניתן לומר שמלכתחילה יודע הדיוט כי אין לסעיף זה תחולה, וממילא נעדרת גמירות דעת ליצור יחסים משפטיים מחייבים בהסכם כולו; או שמא אין הדיוט יודע על כך.

5 זאת לומדים אנו מדבריו של הר"ן, כי הקונה מתכוון לזכות כאחד ברע ובטוב. משמע, הכל תלוי בכוונה ולא במעשה הקנין.

6 אלא א"כ נאמר כי לא ברור מראש להדיוט החותם על הסכם כאמור, כי סעיף ההתחייבות למתן גט הינו נעדר תוקף מחייב.

אמרינן מיגו. וזהו שכתב "וכי היכי דלא קנה המעות, לפי שאין מטבע נקנה בחליפין, גם המטלטלין והקרקעות לא קנה." ולא שייך למיפרך למה לא אמרינן ג"כ מיגו גבי קני את וחמור - משום דלא שייך למימר התם מיגו, כמו שפירש רש"י דהוי ליה כאילו אמר בהדיא, הוא מחצה ואתה מחצה, ולמה יפסיד האיש חלקו בשביל החמור, שלא תלאן זה בזה.

בפשטות, הגהת המרדכי תולה את החילוק בניסוח הדברים, ובעוד שבקנין סודר בקרקעות, מטלטלין ומעות, מדובר בקנין שנעשה בבת אחת ביחס לשלושה גורמים, הרי שבסוגיה בבבא בתרא המדובר בניסוח של "קני את וחמור", שלא תלאן זה בזה, וכפרושו של בעל חלקת-מחוקק דלעיל. ואולם, גם בקני את וחמור זהו קנין "בבת אחת", אלא שמושאי הקנין פורטו כל אחד בפני עצמו. ואם-כן לכאורה הוא הדין בקנין אחד המתייחס לקרקעות, מעות ומטלטלין, שהרי גם במקרה זה פורטו מושאי הקנין כל אחד בפני עצמו. מהי איפוא ההבחנה ביניהם?

משום כך מבאר תלמידו של בעל קצה"ח את כוונת דברי הגהת המרדכי כך: דהיכא דהקנין הוא לאחד ובשני דברים - באחד מועיל הקנין ובשני אינו מועיל - אמרינן מיגו דלא קנה זה לא קנה כלום. אבל, אם הקנין הוא לשני בני אדם - אף על גב דאחד לא קנה, השני מיהת דבר-קנין הוא, קנה מחצית. והיינו האי דרב נחמן.

ההבחנה הינה אם כן בין הקניה של דבר אחד לשני בני אדם, לבין הקניה של שני מושאי קניין - ובדומה לר"ן. ואולם, בניגוד למבואר בר"ן, סברה זו מובאת בקצה"ח לצורך יצירת הבחנה בין מעשה קנין, שבטלות מקצתו גוררת בטלות כולו - כאשר הדבר אינו תלוי בדעת מקנה. הר"י פרנקיל, תלמיד בעל קצה"ח, מתייחס לסברה של "מיגו דבטלה מקצתה" כפגם שחל בגוף מעשה הקנין, ולא דווקא בדעת המקנה. וההסבר הוא כי, מעשה קנין הינו פעולה בת תוקף משפטי. אם שוללים מן הפעולה את כוחה ליצור יחסים משפטיים מחייבים, הרי שזו פעולה נטולת משמעות. באמצעות פעולה שכזו אין אפשרות ליצור יחסים משפטיים מחייבים גם בנושא אחר. משום כך, משהתבררה פעולה מסוימת כנטולת משמעות - בטלות כל ההתחייבויות שניסה המקנה ליצור באמצעותה. ואולם, זהו הדין בפעולה אחת המתייחסת לשני מושאי קנין. מאידך, בהקניה לשני בני אדם, שהאחד מהם חסר יכולת לקנות, הפעולה כשלעצמה הינה בת-משמעות ובת-תוקף, אלא שאותו פלוני אינו בר-הכי לקנות. לכן בהיות הפעולה בת-משמעות, היא מועילה ביחס לקונה האחר המסוגל לקנות, ולגביו הקנין אינו בטל. רק כשאין זה מעשה בר-תוקף בהתייחס למושאי קנין מסויים (כגון קנין

סודר במקרקעין), אומרים אנו כי המעשה הוכרז כנעדר תוקף, ומיגו שהוכרז כן בהקשר אחד, הרי שהוא נחשב לנעדר תוקף אף בשאר הגורמים.⁷

2. בשעת חתימת ההסכם לא היה פגם במעשה הקנין

בהתאם לשיטת קצה"ח - כי הפגם הוא במעשה הקנין שבטל מקצתו, ולא רק ברעת המקנה - מה הדין בהסכם גרושין: האם העובדה שאין תוקף לקנין ביחס להתחייבות ליתן גט, מבטלת את מעשה הקנין וגורמת לבטלות ההסכם כולו? מסתבר שכן. כיון שהתחייבות ליתן גט הינה התחייבות שלא ניתן לאכפה, הרי שהדבר דומה לקנין סודר במקרקעין, והפעולה מוכרזת כנעדרת תוקף. וממילא, מיגו שהקנין בטל לגבי ההתחייבות ליתן גט, בטל הקנין אף לגבי כל שאר סעיפי ההסכם. ואולם, לפי קצה"ח שבה ומתעוררת השאלה שהקשינו לפי הר"ן גם ביחס לשאר סעיפי ההסכם - והפעם אין אפשרות לתרץ כפי שתרצנו לשיטת הר"ן. לאמור: גם הסכם גרושין שאין בו כל התחייבות ליתן גט (אלא רק הצהרה שכך יעשה) - הרי משחזר בו אחד הצדדים מרצונו ליתן או לקבל גט, בטלים שאר סעיפי ההסכם שעניינם תלוי במתן הגט, כגון ההתחייבות לוותר על הכתובה וכיו"ב. ואם-כן, משבטלו סעיפים אלו, בטל הקניין כולו?⁸

7 מעתה נשאלת השאלה: בקדושין של שתי אחיות - האם הפגם הוא במעשה הקנין; או שמא אין זה פגם במעשה הקדושין, אשר יכול היה להיות בר-תוקף, אלא דווקא פגם במקנה שבאשה (ולא במושא הקנין), אשר בהיותה אחות של אשה נוספת שנעשו בה קדושין - אין היא יכולה להקנות עצמה, והקדושין לא תופסין בה. לכאורה הרעת נוטה לומר, כי החסרון אינו במעשה הקנין אלא ביכולתה שלה להתקדש לאדם זה. ואם כן יקשה על קצה"ח מן הסוגיא בקדושין, מדוע בטל המעשה כולו? לשאלה זו ניתן להשיב במספר אופנים:

א. הסוגיא דיברה לרעת הכל, אך אכן רב נחמן יסבור גם בקדושין שקנה למחצה, וכביאורו של המגיד-משנה (לעיל ב1/).

ב. אכן, גם בקדושין החסרון הוא במעשה הקנין. לאמור, נכון שמעשה קדושין מסוג זה חל ביחס לאישה שאינה קרובה, כאמור. אך בקנין שתי אחיות המדובר בקידושי ערווה, ובעריות מעשה הקדושין הוא מעשה נעדר תוקף מעיקרו. הפגם אינו רק במקנה, אלא במעשה הקדושין גופו, בדיוק כשם שיש פגם בעצמותו של קנין סודר בקרקע.

8 לפי שיטת קצה"ח אין ליישב כי אף שהקנין בפועל לא תפס או נפקע לאחר מכן, משהוברר כי לא ניתן גט, הרי שבכל זאת היתה גמירות רעת לקנין בעת עשייתו - שהרי לפי קצה"ח בטלות הקנין אינה נובעת מהעדר גמירות רעת, אלא מכיון שחלק ממעשה הקנין התגלה במהותו כחסר תוקף, שאז גם שאר מעשה הקנין מאבד את משמעותו. ואם כן, הכיצד נמנעת בטלותו של הסכם הגרושין כולו, משבטלו הסעיפים שביצועם היה תלוי במתן הגט בפועל?

ואולי ניתן ליישב (קצת בדוחק) כי משבטלו סעיפי הסכם הגרושין התלויים במתן הגט, אין משמעות הדבר שיש פגם במעשה הקנין. הקנין חל בעת שנחתם החוזה; ורק לאחר מכן, משארע שינוי נסיבות, פקע למפרע תוקפו של חלק מן החוזה. מעשה הקנין היה בר תוקף במהותו, ואין בו פגם. העובדה כי אחר כך התברר כי חלקו לא יוכל להתבצע, אינה פגם במעשה הקנין, אלא זהו סיכול של חלקו, שאינו פוגם בתחולת המעשה על מה שלא סוכל. וא"כ, מכיון שבעת שנעשה המעשה הקנין היה לו תוקף, הרי שממילא בחלקי הקנין, שאין כל מניעה כי ימשיכו לחול, יש ליתן תוקף למעשה הקנין, אף משהופקעה מלמפרע חלות שאר חלקיו.

נמצאת למד, כי בין לפי ההסבר של הר"ן, בין לפי ההסבר של הריטב"א ובין לפי ההסבר של תלמיד קצה"ח, אין לדמות בין האמור במס' ב"ב קמג לבין הסכם גרושין - אם מפני שאלו מושאי קנין שונים המאוחדים במעשה קנין אחד, ולא הקניה של מושא קנין אחד למספר בני-אדם; ואם מפני שהדברים בהסכם הגרושין מופיעים בפרקים ובסעיפים נפרדים, ואינם נכרכים זה בזה (אלא אם כן המנסח תלאן זה בזה - כגון שהכניס את ההתחייבות לגט למבוא של ההסכם וכיו"ב).⁹

1. אבחנה בין בטלות הסעיף לכתחילה לבין בטלותו לאחר זמן

1. העדר תחולה מלכתחילה פוגם בשאר הסעיפים

על התנאים לקיומו של הסכם הגרושין אף משלא ניתן הגט - לפי כל אחת משלוש השיטות הנ"ל - עמדנו לעיל, אך יש להעיר עוד הערה אחת בנדרון. היישוב שהעלנו בהתאם לשיטת קצה"ח פותח בפנינו אופק חדש לעיון בשאלה האם יש נפקא מינה בין בטלות סעיף שמלכתחילה אין לו תוקף, לבין סעיף שחל בעת שנכרת החוזה אלא שנתגלה כחסר תוקף לאחר מכן. לכאורה, בהסכם הגרושין ברור כי לסעיף ההתחייבות ליתן גט אין תוקף מלכתחילה. משום כך ניתן לכאורה לומר, כי בטלותו של סעיף זה אינה מהווה בטלות של חלק מן ההסכם, שהרי סעיף זה מעולם לא היה חלק מן ההסכם, וממילא אין הדבר גורר בטלות ההסכם כולו. ואם כך הדבר, הרי שעניין זה בדיוק הוא שנדרון במסכת ב"ב בסוגיית "קני את וחמור"; ולמאן דאמר "לא קנה כלום", נאמר דין זה גם לנוכח העובדה שבהקניה לחמור לא חל הקנין מלכתחילה, והקנין לא חל מעולם על חלק זה של ההקניה.

9 לפי קצה"ח בטלות ההתחייבות ליתן גט תביא לבטלות ההסכם כולו, ועל כן יש לנסחה כהצהרת כוונות בעלמא, ולא כהתחייבות שהינה חלק ממעשה הקניין.

דא עקא, שעיון בשיטות השונות שהובאו לעיל ביחס לסוגיית "קני את וחמור" מלמד כי אדרבה, קנין שלא חל מלכתחילה, גרוע אף יותר מקנין שחל ובטל. לפי הדעה כי הדבר תלוי בגמירות דעת, ותלוי באופן ניסוח הדברים (שיטת הריטב"א, חלקת-מחוקק, ומגיד-משנה), וכן לפי הדעה כי הדבר תלוי בדעת בני אדם בכלל (שיטת הר"ן) - הרי שבמעשה קנין שבו אין מלכתחילה תחולה לחלק ממנו, הדבר מעיד על העדר גמירות דעת ביחס למעשה קנין זה, שהינו גרוע יותר ממי שיוצר קנין, אשר רק לאחר מכן הוברר כי חלקו לא יחול. כמו כן, את שיטתו של בעל קצה"ח בארנו זה עתה, כי מקום שבו חל הקנין לפרק זמן מסויים, הרי שזהו מעשה שיש לו נפקות, ומשום כך אין לומר כי מכיון שבטל מקצתו בטל כולו. לעומת זאת, מעשה קנין שמלכתחילה לא חל בחלקו, הרי שבמהותו זהו מעשה חסר נפקות, ולכן בטלותו (החלקית) מהווה ריקונו מכל משמעות, ואזי מיגו שבטל מקצתו בטל כולו.

נמצאת למד - כי בניגוד לסברה הראשונית בנדרון: דווקא העדר תחולה מלכתחילה לחיוב לגרש עלול לפגום בהסכם הגירושין יותר מאשר סעיפים שנכללו בהסכם והיו ברי-תוקף בעת כריתת ההסכם, אלא שנתבטלו לאחר מכן מטעם כלשהו מחמת שינויי נסיבות.

2. נוב"י: בטלותו של סעיף אינה פוגמת בשאר אם הוא יחול בעתיד

ועם זאת מצינו הבחנה כאמור, המצדדת בתחולתו של מעשה קנין, דווקא כאשר חלק ממנו בטל מלכתחילה, בשו"ת נודע-ביהודה מהדר"ק חו"מ סי' כה, כח. ולהלן תורף דבריו בסי' כה:

אפילו לרב המנונא דאמר ... ב"קני את וחמור" לא אמר כלום, ודימה המרדכי לזה המקנה דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם, והובא ברמ"א בסי' רט סעיף ד בהג"ה. וכתבתי בתשובתי הראשונה, שזה דווקא במקנה דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם, אבל ודאי דאתי - שבזה אנו אומרים לרב המנונא לא קנה כלל, שאנו אומדין דעתו שאינו רוצה להקנות זה בלא זה. אבל במקנה כל מה שיש לו עם כל מה שירויח עוד כל ימי חייו - אף שלא קנה מה שירויח, אפילו הכי קנה מה שכבר יש לו, דבזה לא שייך לומר שאין דעתו להקנות זה בלא זה, דהרי אינו ודאי שירויח כלל.

נבאר דבריו. הרמ"א (שו"ע חו"מ רט, ד) פסק בשם המרדכי בפרק מי שמת: מי שמקנה לחברו דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם - יש אומרים, דדמי ל"קני את וחמור", כמו שיתבאר לקמן סוף סי' רי ... ומיהו אינו נקנה בקנין.

לאמור, המרדכי סבור כי אין נפק"מ בין הקניה לאדם שעדיין לא בא לעולם (עובר) יחד עם הקנייה לאדם שכבר בא לעולם, לבין הקניה של שני דברים, שאחד מהם בא לעולם ואחד לא (הדברים עומדים בסתירה מפורשת לביאורו של קצה"ח לדברי המרדכי); ואילו הרמ"א פוסק כי יש הבדל בין השנים. לפי שיטת קצה"ח והר"ן בארנו לעיל, כי קיימת הבחנה ברורה בין שני מושאי קניין לבין הקניה לשני קונים (איש לשיטתו - אם מכח פגם במעשה הקניין, ואם מכח פגם בגמירות הדעת). ואולם, הנודע-ביהודה לעומתם, מבחין בין המקרים באופן שונה.

לפי באורו של הנוב"י, בהקנאה שבה ברור כי דבר מסויים יגיע לעולם - אף בהקניה של שני מושאי קניין - דעת המקנה היא להקנות רק את שניהם כאחד, ולא להקנות את זה בלא זה. לכן, משבטל הקניין באחד, בטל הקניין גם ברעהו (כפי שבארנו לפי הר"ן שהובא בחלקת-מחוקק). אך בהקניה של שני דברים, שהאחד בא לעולם והשני רק ספק אם בכלל יבוא לעולם, אין המקנה כורך את שתי ההקניות זו בזו (שהרי אין הוא יודע עדיין אם מושא הקניין השני יבוא לעולם). ומכיון שאין לומר כי הדברים כרוכים זה בזה, הרי שההקניה של הדבר שבא לעולם לא בטלה מחמת אי תחולת הקניין במה שטרם בא לעולם.

זה עתה בארנו למעשה, כי אי תחולתו מלכתחילה של מעשה קניין ביחס לדבר מסויים גרועה היא מתחולה מסוימת ופקיעתה. והנה, בנוב"י מוצאים אנו לעומת זאת, כי עניין שיש מקום לתחולתו - יש בדעת המקנה לכרוך אותו עם שאר מושאי הקניין; והדבר גורר בטלות המקח כולו, אך גורם שמלכתחילה אין ודאות כי יהא מקום לתחולתו, אין אדם כורכו עם שאר מושאי הקניין, ובטלותו של המקח ביחס לגורם זה, אינה גוררת בטלות שאר הקניין. סברה זו היא ההבחנה הראשונית שבה נקטנו, ואשר נדחתה לפי כל השיטות דלעיל.

ואולם, משקיימת דעה שכזו, יש להבין מהו ההגיון שבה. הכיצד ניתן לומר כי מה שלא בא לעולם, אלא שאין אף ודאות שיבוא אי פעם לעולם, אינו שולל לחלוטין את הרצינות ואת גמירות הדעת מן הקניין; ואילו מה שכודאי יבוא לעולם, ורק טרם בא לעולם, שולל את גמירות הדעת מן הקניין כולו? הדרך לפתרון שאלה זו הינה, אולי, בכך, שדבר שאף לא ברור כי יבוא לעולם הינו נושא כה מופלג, עד שהסברה נותנת כי עושה המקח כלל לא התכוון באמירתו לכלול ענין זה במיקחו. הדברים נאמרו רק לרווחא דמילתא, וממילא אין להסיק מהם על החלק האופרטיבי של הקניין, האם גם לגביו היתה גמירות דעת.

ואולם, אם אכן זו הסברה, אין להסיק מכך דבר ביחס להסכם גרושין. בהסכם גרושין ההתחייבות לגט אכן לא חלה מלכתחילה, כפי שיבואר - אך אין זו התחייבות מופלגת שנאמרה רק לרווחא דמילתא בלבד, ושאינה קשורה כלל

לחלק האופרטיבי של ההסכם - אדרבה! להפך! משום כך נראה כי ביחס להסכם גרושין אף לדברי הנוב"י, נכונים דברינו כי לדעת הכל סעיף התחייבות לגט, אף שאין לו כל תחולה מלכתחילה, יש בו כדי לסכן את תחולתו של ההסכם כולו, ולדעת קצה"ח הדבר אכן מביא לידי בטלותו של הסכם הגרושין על כל חלקיו.

ז. מסקנות הדיון בשאלת קנין למחצה

העולה מן המקובץ:

- א. ההלכה היא כרב נחמן, לפיה "קני את וחמור קנה מחצה".
- ב. ההלכה היא, כי קרושין של מספר נשים שחלקן עריות אינם חלים ביחס לכל הנשים.
- ג. לדעת בעל חלקת-מחוקק, הריטב"א בשם הראב"ד, מגיד-משנה והרשב"ם (כ"ב קמג,א): אם נוסח ההסכם באופן הכורך את נשוא הקנין הבטל עם נשוא הקנין החל - בטל הסכם הגרושין כולו. לעומת זאת, כאשר לא נכרכו זה בזה חלקיו השונים של המקח - הרי שהעדר גמירות דעת בענין אחד, אינו מלמד את משנהו.
- ד. לדעת הר"ן המובאת בחלקת-מחוקק: אין משמעות לניסוח. יש משמעות רק לדעת רוב בני אדם. משום כך, הקניה לשני קונים, שאחד מהם אינו בר-הכי לקנות, בטלה מקצתה ולא בטלה כולה, שכן לבני אדם יש גמירות דעת להקנות לקונה השני גם בעת שמהתלים בקונה הראשון. לעומת זאת, בהקניית שני מושאי קנין, שאת האחד לא ניתן להקנות, בטלות המקח כלפי מושא קנין אחד, מביאה לבטלות המקח כולו; ואנו מסיקים מהתייחסות המקנה למושא המקח הבטל, כי נעדרת גמירות הדעת במעשה הקנין כולו.
- ה. לדעת קצה"ח אין משמעות לניסוח, וגם קיומה של גמירות הדעת בחלק האחר של מעשה הקנין לא תועיל. קנין לשני בני אדם, שהאחד מהם אינו כשיר לקנות, בטל מקצתו - לא בטל כולו, שכן אנו בוחנים את מעשה הקנין האם הוא בר-משמעות אם לאו (ולא את גמירות הדעת של המקנה). משום כך בהקניה לעובר, למשל, יש משמעות בת-תוקף למעשה כשלעצמו, ולכן הוא חל כלפי הקונה האחר, הכשיר לקנות. לעומת זאת, בהקנייה של שני מושאי קנין, שהאחד מהם אינו בר-הקניה, בטל מקצתו בטל כולו, שכן ההקניה של דבר שאין אפשרות להקנותו מהווה אות לכך כי יש פגם במעשה הקנין, וממילא גם שאר הקנין בטל.
- ו. לדעת בעל נודע-ביהודה - הקניה שלא ברור אם בכלל אמורה להיות לה

תחולה, כגון, הקנייה של דבר שספק אם יבוא לעולם, אינה פוגמת בתחולתו של הקניין כלפי מושא קניין אחר.

- ז. ראינו כי לדעת הכל – קניין שאינו בר-תוקף מלכתחילה גרוע מקניין בר-תוקף במהותו, ואשר בטלותו התבררה רק לאחר מכן.
- ח. ספק אם התחייבות ליתן גט הינה התחייבות שברור למקנה כי היא נעדרת תוקף, אשר יש להסיק הימנה על העדר גמירות הדעת ביחס למרכיב זה של הקניין, וממילא ביחס לשאר מרכיבי הקניין.
- ט. לנוכח כל האמור, ניסוח הסכם הגרושין באופן שמרכיביו השונים אינם כרוכים זה בזה, ומופיעים בפרקים נפרדים ואוטונומיים, יביא לתוצאות הבאות:

לשיטת הריטב"א: בטלות הסעיף המחייב מתן גט, לא תשפיע על שאר סעיפי הסכם הגרושין.

- לשיטת הר"ן: העובדה כי מדובר בפרקים נפרדים אינה עוזרת במאומה. ואולם, יש להסתפק כאמור, האם יש להסיק מבטלות סעיף ההתחייבות ליתן (או לקבל) גט על העדר גמירות דעת, כי יתכן שאנשים אינם מודעים לבטלות זו. לשיטת קצות-החשן בטלות הסעיף המתייחס למתן הגט גוררת את בטלות ההסכם כולו, יהא ניסוחו אשר יהא, וזאת אף כשאין פגם בגמירות הדעת.
- י. לכל השיטות, אם עניין מתן הגט אינו מופיע כחלק מסעיפי ההתחייבות האופרטיביים של הסכם הגרושין, אלא כהצהרה כללית, הרי שבטלות סעיפים אחרים בהסכם, עקב אי מתן גט בסופו של יום לאחר שנכרת החוזה, אינה גוררת את בטלות הסעיפים בחוזה, שאינם תלויים במתן הגט.

ח. תוקפה של התחייבות ליתן גט

1. מחלוקת הרמ"א ובית-שמואל

בהגהות הרמ"א על שו"ע אה"ע קלד, נפסק בשם בעל תרומת-הדשן (בעקבות פסקו של השו"ע, כי אם בעל נשבע ליתן גט, יש צורך בהתרת הנדר קודם מתן הגט, כדי שהדבר לא יהא דומה למי שאנוס ליתן גט, שאז הגט פסול מדין "גט המעושה"): "והוא הדין אם קיבל קניין לגרש". מפסק זה הסיק בבית-שמואל בס"ק ז: "משמע, הקניין חל מה שעושה על הגט". כלומר, ולכן צריך לוותר על תוקפו של הקניין, בדומה למי שנשבע ליתן גט, שהרי אילו לא היתה תחולה כלל לקניין, לא היה צורך להפקיעו ולוותר עליו מחשש "גט מעושה". הוסיף על כך בב"ש:

ושם בפסקי מהרא"י משמע דלא חל כלל. דהא כתב: אם עשה קנין אחד לגרש וליתן קנס - כיון דאין חל הקנין על הגט, אינו חל על הקנס, דהוי' קני את וחמור. לפי זה משמע, אם קיבל קנין, אין צריך להתיר לו, כיון דאין חל מעיקרו. וכן כתב הרמב"ם בפרק ה' מהלכות מכירה [ברמב"ם שם נפסק: "יש דברים הרבה שאינן צריכין קנין ואין לקנין בהם טעם, כגון המשחרר את עבדו והמגרש אשתו"] וכן כתב הסמ"ע בסי' קצה.

לאמור, בעוד שהרמ"א מסיק מתרומת-הדשן כי התחייבות לתת גט הינה בגדר של קנין תקף, ויש צורך לוותר עליו מחשש "גט המעושה", מסיק הבית-שמואל כי אין כל תחולה לקנין שכזה; ומביא את דברי תה"ד, לפיהם, לא זו בלבד שאין כל חלות להתחייבות ליתן גט, אלא שגם סעיפי הקנס שנכרכו בהתחייבות זו, בטלים, מדין "קני את וחמור". זו גם ההלכה הפסוקה ברמב"ם ובסמ"ע - לפיה מתן הגט אינו יכול להיות מושא להתחייבות ולמעשה קנין, שהרי זו מטבעה פעולה רצונית החייבת להיות חופשית מכל כורח ואפשרות כפיה (להבדיל מכורח מחמת דיני "איסור והיתר" שבית דין כופה אותם כדין).

ביחס לדברי בית-שמואל הנ"ל מוצאים אנו בתורת-גיטין (אה"ע קלד, ד"ה קיבל קנין): "אמנם לדידן, דקיימא לן בחו"מ בקני את וחמור דקני מחצה, לא נפקא מינא בדין זה מידי". והדברים תמוהים ביותר:

א. בסוגיא בקדושין מא,א מצינו כי קנין למחצה בטל כולו. משום כך מצינו במפרשים (כפי שפרטנו בהרחבה בפרק הקודם) סדרה של הבחנות בהקשר זה, כדי ליישב את הסתירה בין הסוגיה של "קני את וחמור" לבין הסוגיה בקידושין. כך ראינו לעיל הבחנה בין שני קונים לשני מושאי קנין; או בין מקרים שהקנינים נכרכו זה בזה מבחינה לשונית לבין מצב שבו הניסוח הלשוני מאפשר להפריד בין חלקי המקח השונים; או (סברת הנודע-ביהודה) בין רצון להקנות הכל בחבילה אחת לבין העדר כוונה להקנות הכל יחד, לנוכח קיומו של ספק האם בכלל תגיע הקניה מסוימת לידי מימוש. ואולם, לדעת הכל, יש נסיבות שאף לדעת רב נחמן בטלות חלק מהקנין מביאה לבטלות כולו. אם-כן, כיצד נוקט בעל תורת-גיטין כי בטלות חלק מהקנין לרב נחמן אינה מביאה לבטלות כולו בהסכם גרושין, שיש בו סעיף בדבר התחייבות לגט, ללא שתערך הבחנה באחד מן האופנים דלעיל?

ב. אף אם נאמר כי בטלות סעיף ההתחייבות ליתן גט אינה מבטלת את שאר ההסכם, הכיצד נאמר בתורת-גיטין כי "לא נפקא מינא בדין זה מידי", הרי סוף סוף יש נפק"מ מפסקו של הרמ"א לעניין זה, שהסכם הגרושין לענין ההתחייבות ליתן גט - לאו בר-תוקף הוא? לא זו אף זו, אף אם בטלות ההתחייבות ליתן גט אינה גוררת גם בטלות

של שאר סעיפי הקניין, ובמקרה הנדון - התחייבות בענין הקנס; אך משבטלה התחייבות ליתן גט - על מה יושת הקנס? על חיוב שלא הופר (שהרי לא חל מלכתחילה)? ורוחק לומר, כי יש קנס אף שאין חיוב - וזאת מכח אי עשית המעשה, אף שלא הוגדר כחיוב.

גם דברי תרומת-הדשן עצמם טעונים באור: מכיון שאין תחולה לחיוב ליתן גט, הרי שממילא לא ניתן להשית קנס בגין אי מתן הגט, שהרי אין אפשרות לקנוס בהעדר הפרה של חיוב. ואם-כן, מה היה צורך לומר כי ההתחייבות ליתן גט גוררת בטלות ההסכם כולו, ובכלל זה התחייבות בדבר הקנס - הן אף לרב נחמן, כי "קני את וחמור" לא בטל המקח כולו, אין על מה להשית את הקנס בהעדר חיוב ליתן גט?

2. צריך לוותר על ההתחייבות כדי למנוע גט מעושה

מכל מקום, בהתאם להסברו של בעל תורת-גיטין, מסקנת הבית-שמואל היא, אם כן, לדעת הכל - אף לדעת תרומת-הדשן - כי סעיף התחייבות ליתן גט הינו נעדר תוקף לחלוטין. לעומת זאת דעת הרמ"א, שפסק ג"כ בהתאם לפסקו של תה"ד, היא כי יש צורך בויתור על ההתחייבות ליתן גט, שכן התחייבות זו חלה. ונשאלת השאלה הכיצד זה פסק כך הרמ"א בשם תה"ד בניגוד למה שמצאנו בדברי תה"ד עצמו?

שאלה זו יישב בעל תורת-גיטין בהמשך דבריו שם:

ומה שתמה הבית-שמואל כאן, דבלאו הכי לא חל קנין, למה צריכין למחול לו - אפשר לומר, דמכל מקום הוי' כאנוס, דיכול הבעל לומר לא הייתי יודע דהקנין אינו חל, ואנוס הייתי בגרושין.

לאמור, בכל הנוגע לדין של "גט המעושה", מבאר התורת-גיטין כי אף שלאמיתו של דבר אין תוקף להתחייבות ליתן גט אף לדעת הרמ"א, הרי שפוסק הרמ"א כי נחוץ ויתור על ה"התחייבות" ליתן גט, ובלעדיה קיים חשש לדין של "גט המעושה" - שכן גם כאשר הקנין הינו נעדר תוקף, קיים חשש של "גט המעושה" מכח דעתו האישית של המקנה (הבעל), שאינו יודע על כך וסובר כי הוא מחוייב כביכול לגרש מכח מעשה הקנין שעשה.¹⁰

10 כאן מוצאים אנו לראשונה תימוכין לסברה שאותה הצענו לעיל - והסתפקנו בה - האם ניתן לומר כי בעת מעשה הקנין לא ידע עושה הקנין כי אין תוקף כלל להתחייבותו ליתן גט, וכי התחייבותו זו נעדרת תוקף; ובהעדר ידיעה בדבר בטלות התחייבות זו, אין כאן העדר גמירות דעת גם בכל הנוגע לשאר חלקי הקנין.

3. הקשר בין סעיף ההתחייבות לבין הקנס על אי קיומו

דא עקא, אם כן כיצד פוסק תרומת-הדשן כי סעיפי הקנס לא חלים מחמת הדין של "קני את וחמור", ובטלות סעיף ההתחייבות ליתן גט מביא לבטלות הקנין כולו - הן כל הצורך בויתור על מעשה הקנין נובע מהעדר ידיעה על בטלות ההתחייבות ליתן גט, ואם-כן מדוע גורמת בטלות ההתחייבות ליתן גט לביטול מעשה הקנין כולו, והרי יש גמירות דעת מלאה בקנין זה כולו?

ואולי ניתן לבאר, כי תרומת-הדשן סובר כשיטת קצות-החשן, לפיה המקח בטל כולו, לא מחמת פגם בגמירות דעת של המקנה, אלא מחמת פגם במעשה הקנין, שחלקו התברר כבלתי תקף, וממילא הוברר כי המדובר במעשה נטול משמעות, בכל היבטיו; ורק לענין החשש של "גט מעושה" די אף במעשה קנין נעדר תוקף, כיון שהמקנה אינו יודע על העדר התוקף של ההתחייבות, ויש חשש כי אין הוא נותן את הגט מרצונו החופשי, ולכן צריך ויתור כאמור.

שאלה נוספת יש להעלות ביחס לדברי ה"תרומת הדשן", בנוסף על קושייתנו דלעיל: הסוגיה של "קני את וחמור" עוסקת בהקנייה לשני בני אדם, ואילו בקדושין דף מא הנדון הוא הקניית שני מושאי קנין - אך בשניהם זו הקניה של שניים כאחד, כאשר השאלה היא האם בטלות האחד אינה מבטלת את רעהו. אך תרומת-הדשן מתייחס לקנס על הפרת התחייבות ליתן גט. ההתחייבות והקנס אינן שתי התחייבויות שיש לבצען בו זמנית, ואשר יש על כן לדון האם בטלות האחת תגרור גם את בטלות רעותה. בהתחייבות ליתן גט וקנס בגין אי נתינתו המדובר בשני נושאים שהאחד חל רק אם השני הופר. קנס חל רק כשלא קוימה ההתחייבות ליתן גט. אלו לא חיובים מקבילים, אלא חיובים חילופיים. ואם כן, כיצד ניתן לומר כי בטלות האחד גוררת את בטלות רעהו מדין "קני את וחמור"? ואולם, אם מניחים כי תה"ד סובר כקצה"ח בסוגיית "קני את וחמור", כפי שהוסבר לעיל, ניתן להבין גם תמיהה זו. בהתאם לשיטת קצה"ח התחייבות שאינה בת אכיפה מביאה להגדרת מעשה הקנין כפגום וחסר תוקף, ומעשה פגום שהינו נטול משמעות אינו בר-תוקף ואין בו כדי ליצור יחסים מחייבים בשום תחום. משום כך התחייבות לשלם קנס - שנעשתה באמצעות מעשה שכזה - לא עלתה כדי התחייבות מחייבת. אכן, בין כך אין עילה לקנס, בהעדר התחייבות שניתן להפר אותה ולהשית בגינה קנס. ואולם, מכיון שהמעשה פגום, לא חל שום חלק מן המקח (לא בעניין ההתחייבות ליתן גט, ולא בעניין הקנס). וממילא אותו אדם אינו חייב בקנס, לא רק בהעדר עילה שתגבש את החיוב, אלא קודם לכל - מכיון שאין מלכתחילה התחייבות בת תוקף לשלם קנס.

מכל מקום, מפסקו של הרמ"א לעיל למדים אנו כי התחייבות למתן גט מעוררת חשש של "גט המעושה", ומן הראוי להימנע מסעיף שכזה - וזאת אף ללא קשר לעובדה כי זהו סעיף נטול תוקף. סעיף שכזה עלול לסכן את תוקף

הגט, אף אם הוא ניתן בהתאם להסכם הגרושין, ויש להמנע מסעיף שכזה לנוכח החשש של "גט מעושה". ובנוסף, הכללתה של התחייבות למתן גט בהסכם גרושין עלולה לבטל את שאר סעיפי ההסכם (במיוחד כשהגט לא ניתן), מדין "קני את וחמור"¹¹. הכללתו של סעיף שכזה אינה תורמת אם כן מאומה, והיא עלולה להזיק, בין אם ההסכם מקויים ובין אם לאו.

4. סיכום

- א. לדעת הכל (גם לדעת הרמ"א עפ"י הסברו של בעל תורת-גיטין) - להתחייבות ליתן גט אין כל תוקף מחייב.
- ב. לדעת הרמ"א בהתחייבות כאמור יש כדי להעלות חשש של "גט מעושה".
- ג. לדעת תרומת-הדשן אין אדם יודע מלכתחילה כי התחייבותו ליתן גט, הינה נעדרת תוקף, ומשום כך קיים החשש של "גט מעושה". בטלות מלכתחילה של סעיף ההתחייבות ליתן גט גוררת גם בטלות של שאר ההסכם, שכן זהו מעשה קנין נעדר תוקף. תה"ד סובר, ככל הנראה, כפי שבארנו לעיל בשיטת קצות-החשן, וממילא אם סעיף כאמור נכלל בהסכם, הדבר עלול להביא לבטלותו של ההסכם כולו.
- ד. לנוכח דברי תרומת-הדשן, כי הדיוט אינו מודע להעדר התוקף של התחייבותו ליתן גט (עד כי מתעורר חשש של "גט מעושה"), הרי שלפי באורו של הר"ן בסוגיית "קני את וחמור" שהובהרה בפרק הקודם, סעיף התחייבות ליתן גט לא יביא לבטלות כל שאר סעיפי ההסכם, שכן אין בו ללמד על העדר גמירות דעת בכל מעשה הקנין, באשר לגירסתו סבור היה המקנה בעת עשיית מעשה הקנין כי יש תוקף למעשה הקנין כולו, לרבות הסעיף בדבר ההתחייבות ליתן גט.
- ה. לפי הראב"ד והריטב"א בסוגיית "קני את וחמור", כפי שהובאו בפרק הקודם, אף אם מודע אדם לבטלותו מעיקרא של סעיף ההתחייבות למתן גט, הרי שע"י ניסוח הסכם הגרושין בדרך של פרקים פרקים אוטונומיים, שאינם תלויים זה בזה, ניתן למנוע את בטלות הסכם הגרושין כולו. במקרה זה, גם אם יש בסעיף ההתחייבות ליתן גט כדי להצביע אל העדר גמירות דעת, אין בכך כדי להצביע על העדר גמירות דעת לשאר חלקי הסכם הגרושין, וממילא אין הדבר מביא לבטלותו.
- ו. בין לדעת תרומת-הדשן (וקצות-החשן) ובין לדעת הר"ן, הראב"ד והריטב"א

11 לפי שיטת קצה"ח שהובאה לעיל, מביא סעיף שכזה לבטלות ההסכם כולו. ואף בהנחה שהדיוט אינו יודע כי אין תחולה לסעיף זה, גם אז בטל ההסכם, כי הפגם הוא במעשה הקנין, ולא בגמירות דעת.

האמורים, לסעיף ההתחייבות לשלם קנס (וכיו"ב סעיפי סנקציות) בגין אי מתן הגט, אין כל תוקף. זאת, או מכיון שההסכם כולו בטל (לדעת קצה"ח); או מכיון שהחיוב ליתן גט בטל, ובהעדר חיוב אין הפרדה של חיוב, ולא מתקיים התנאי שבו קם החיוב לשלם את הקנס (וזאת גם לדעת הר"ן, הראב"ד והריטב"א, שההסכם כשלעצמו אינו בטל).

ז. לדעת הנודע-ביהודה (מהדו"ת סי' מז) גם לסעיף הסנקציות יש תוקף, וזאת על אף פסקי הרמב"ם הסמ"ע והרמ"א. לשיטתו, התנאי לתשלום הקנס אינו החיוב ליתן גט, אלא אי קיומו של המעשה, וזאת אף אם אין תוקף מחייב להתחייבות לעשותו.

ט. הסכם גרושין המקבל תוקף של פסק דין

האם משתנה מסקנה מן המסקנות דלעיל, כאשר הסכם הגרושין מקבל תוקף של פסק דין?
 על משמעות נתינת תוקף של פסק דין להסכם גרושין, עמד ביה"ד הרבני בפד"ר י' עמ' שסג, ובפד"ר יא עמ' רלה. בפד"ר י' עמ' שסג נקבע בהקשר זה כדלקמן (פסקה 4):
 ע"י נתינת תוקף של פסק דין להסכם חל עליו דין שטר. ולא גרע מדין שטר שנעשה ע"י עדים, שעליו נאמר "אין עדים חותמים על שטר אלא אם כן קראוהו".

ובפד"ר יא' עמ' רלה נקבע, כי בפניית הצדדים לאישור הסכם ע"י בית הדין יש כדי לרפא פגם בגמירות הדעת של הצדדים שעלתה מלשון ההסכם, שכן יש לראות בפניה זו משום התחייבות חדשה (ראה פסקה 34 שם).
 לאמור, פסק דין המאמץ הסכם גרושין אינו נותן תוקף סטטורי להסכם, ואין השיקול של כבוד בית הדין מכריע בעניין זה (בבחינת "השתק פלוגתא" וכיו"ב). מכאן, כי אם יש פגם בגופו של מעשה הקנין (מחמת שבטל מקצתו וכיו"ב) הרי שחסרון זה קיים גם בהסכם שקיבל תוקף של פסק דין. ואולם, מתן תוקף של פסק דין להסכם גרושין, מהווה מעשה קנין חדש, באשר הפניה לבית הדין מהווה כשלעצמה חתימה על שטר, ויש בה כדי לרפא פגמים בגמירות הדעת של עושה מעשה הקנין.

לכך יש לכאורה חשיבות רבה, שכן אם הפגם הוא בגמירות הדעת (שיטת הר"ן) הרי שפניה לבית הדין כי יאשר את הסכם הגרושין מרפאת את הפגם. ואף אם הפגם הוא בגופו של מעשה הקנין (שיטת קצות-החשן) ניתן לכאורה לומר,

כי הפניה לבית הדין מהווה מעשה קנין נוסף, של חתימה על שטר, אשר עליו חתום גם בית הדין. מעשה חדש זה אינו מעשה בטל, והוא יוצר התחייבות תקפה ביחס לשאר סעיפי הסכם הגרושין.

דא עקא, שדברינו אלה אינם נקיים כל עיקר מספקות:

א. אכן הפניה לבית הדין מהווה מעשה המצביע על גמירות דעת. ואולם, לבית הדין מובא שוב ההסכם על סעיף ההתחייבות לקבל גט. נמצא, כי במעשה זה גופו נכללים שוב שני נושאים, אשר באחד מהם אין גמירות דעת. ואם-כן, לשיטת הר"ן גם הפניה לבית הדין לא תועיל לכאורה.

ב. לדעת קצות-החושן אכן יש פה מעשה קנין נוסף - אך במעשה קנין נוסף זה גופו, נכללו שני נושאים, שהאחד מהם אינו בר קנין (ההתחייבות ליתן גט). ואם כן, שוב בפנינו מעשה שחלק ממנו בטל ונעדר כל תוקף, והדין הוא לפי קצה"ח כי מעשה שכזה אינו יכול להיות בר-תוקף לגבי דברים אחרים.

ועם זאת, דומנו כי נכון ינהגו בני זוג, אשר יביאו את הסכם הגרושין לבית הדין, כדי שיתן להסכם שביניהם תוקף של פסק דין. במקרה זה, אף אם הדבר אינו פותר את הבעיות של סוגית "מקח טעות", שעליה עוד נעמוד להלן, הרי שבכל זאת יש בו כנראה כדי לפתור את הבעיה שעליה עמדנו בפרק הקודם בענין "קני את חמור". נבאר דברינו.

לנוכח פסקו של הרמ"א, שהובא לעיל, סביר להניח כי להתחייבות של הבעל ליתן גט (בלשון התחייבות, ולא בלשון הצהרה) לא יתן בית הדין תוקף של פס"ד, מחשש "גט מעושה", וסעיף זה יוצא מגדר ההסכמות שלהן ינתן תוקף, כאמור.¹² לעומת זאת, לשאר החיובים, כולל התחייבות האישה לקבל גט, אשר להם ורק להם יתן בית הדין תוקף של פס"ד, יש תחולה מלכתחילה, ורק אחר כך מתברר שפקעו או הופרו משלא ניתן הגט. וביחס לכך הובהר לעיל, כי לא קיים הפגם של קנין שבטל מקצתו בטל כולו. במקרה זה אין להסיק כי נעדרת גמירות הדעת מלכתחילה במעשה הקנין; וכן אין ביטולה או הפרתה של התחייבות זו, לאחר שחל המקח, מהווה פגם בגופו של מעשה הקנין הגורר בטלות הקנין כולו. רק התחייבות הבעל ליתן גט הינה התחייבות נעדרת תוקף מלכתחילה, והיא הבעייתית; ואולם, התחייבות זו לא יאשר בית הדין ממילא.

נמצא כי הפניה לבית הדין אינה כוללת גם את המרכיב של ההתחייבות ליתן גט, יהא נוסח הסכם הגרושין אשר יהא; ובית הדין יתן תוקף של פס"ד רק לשאר מרכיבי ההסכם, במובחן ובנפרד מן ההתחייבות ליתן גט, שלא תיכלל

12 יש הצעות שונות ביחס לסנקציות לכפיית מתן גט ע"י בית הדין, מכה תקנות רבינו תם וכיו"ב (ראה: ד"ר י' וינרוט, בעבודת הדוקטורט שלו על "דין המורדת") אך לא ביחס לעקיפת פסקו של הרמ"א בדבר "גט מעושה" לנוכח ההתחייבות ליתן גט.

כלל בפסק הדין. במקרה זה, הרי שהפניה לבית הדין מהווה מעשה קנין חדש, אשר בו אין בטלות של מקצתו, ואין פגם בגמירות דעת או במעשה הקנין גופו. בכך יש כדי ליתן תוקף לשאר מרכיבי הסכם הגרושין, אף בהעדר תוקף לסעיף ההתחייבות ליתן גט, אשר נכלל בהסכם הגרושין - אך לא נכלל בפסק הדין שאישר הסכם זה.

המסקנה המתבקשת הינה אם כן כדלקמן:

- א. הכללת התחייבות ליתן גט בהסכם הגרושין אינה בת-תוקף. היא גוררת לדעת חלק מן השיטות בטלות ההסכם כולו. ואף אם ניתן הגט, היא עלולה לפגום בתוקפו, כדין "גט מעושה".
- ב. פגמים אלו לא ברור כלל ועיקר כי ניתן לתקן באמצעות הפנייה לבית הדין.
- ג. עם זאת, הפנייה לבית הדין עשויה, במקרה שכזה, להביא להפרדה בין ההתחייבות ליתן גט לבין שאר מרכיבי המקח. במקרה זה, יהא בפנינו מעשה קנין חדש, שהוא הפנייה לבית הדין; ובמעשה זה, שאינו פגום במהותו, ושיש בו גמירת דעת, יש כדי ליתן תוקף לשאר סעיפי הסכם הגרושין.

י. בטלותו של הסכם גרושין עקב אי מתן הגט

1. אנן סהדי שמתן הגט הוא תנאי בסיסי בהסכם

עד כה דנו בבטלות הסכם הגרושין מחמת בטלות חלקו - סעיף ההתחייבות ליתן גט. ואולם, שאלה זו מתעוררת גם בהעדר סעיף התחייבות ליתן גט. הן ברור כי הסכם הגרושין נחתם רק מכיון שהצדדים ציפו כי יהיו גרושין ביניהם. לעיתים, מופיע ענין זה במבוא להסכם, כהצהרה. ובכל מקרה, גם אם לא נכתב בעניין זה מאומה, הן ברור מן הנסיבות שבהן נכרת הסכם הגרושין, ומתוכנו, כי הצדדים ציפו כי אכן ינתן גט. האם יש מקום לקיים הסכם שכזה, כאשר הנחת היסוד שלו נשמטה, והגרושין לא יצאו לפועל? הן ההסכם נחתם על דעת כן שיהיה גט, ואין גט. האם שינוי הנסיבות, אינו מביא כשלעצמו לבטלות ההסכם כולו, אף ללא הדין של מקח שבטל מקצתו בטל כולו?

מסכת קידושין מט,ב: "ההוא גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל, ובעידנא דזבין לא אמר ולא מידי - אמר רבא: הוי דברים שבלב אינם דברים." וביארו התוס' (ד"ה דברים שבלב):

משמע, דווקא משום שלא פירש דבריו. אבל אם פירש דבריו להדיא, ואמר בשעת המכר שהוא מוכרם לפי שהוא רוצה ללכת לארץ ישראל - הוה מכר בטל. וקשה, אמאי, הא בעינן תנאי כפול, והרי לא התנה שאם לא ילך לא יתקיים המקח?

ואומר ר"י, דצריך לחלק ולומר, דיש דברים שאינם צריכים תנאי כפול אלא גילוי מלתא, דאנן סהדי דאדעתא דהכי עביד. וגם יש דברים דאפילו גילוי מילתא לא בעי, כגון ההיא דכותב כל נכסיו לאחרים, ושמע שיש לו בן, שהמתנה בטלה (ב"ב קלב,א) וכן הכותב כל נכסיו לאשתו, לא עשאה אלא אפוטרופא (ב"ב קמו,ב). וכמו כן, אנן סהדי דלא זבן אלא אדעתא למיסק לארעא דישראל".

לאמור, לשיטת התוספות, מקח בטל כאשר יש שינוי נסיבות - בשלושה מצבים אלו:

א. נסיבות שאינן קשורות כלל למקח, אך הצדדים למקח מעוניינים, מטעמים אישיים שלהם, לקשור את חלות הקניין בתנאים סביבתיים אלו (כלומר, הצדדים הספציפיים למקח רוצים לסטות מדעת בני אדם בענין זה, מטעמים השמורים עמהם). במקרה זה בטל המקח רק אם חלותו הותנתה באמצעות תנאי פורמלי כהתאם לכללים הפורמליים (תנאי כפול, תנאי קודם למעשה - וכיו"ב הלכות תנאים) שהותוו בתורה ביחס לתנאי בני גד ובני ראובן, שזהו המקור לאפשרות לבטל מקח באמצעות שינוי נסיבות לאחר מעשה.¹³

ב. ובקצה השני, נסיבות שהמקח תלוי בהן מטבעו, ואשר על פי דעת בני אדם הם בבחינת תנאי למקח, שאף אינו צריך להאמר - באשר הוא מובן מאליו, בבחינת מן המפורסמות שאינן צריכות לראיה. ביחס למקרה זה, שינוי הנסיבות וביטול התנאי (שאף לא נאמר ולא היה צריך להאמר, אלא הובן מאליו) משמיט את הקרקע מתחת לקניין. במקרה זה המקח בטל אף שהצדדים מעולם לא אמרו כי המקח תלוי בקיום נסיבות אלו בלבד. למשל: אדם המקנה את כל רכושו לזולת. אין זאת אלא שהעריך בטעות כי אין לו יורשים. משנודע לאדם זה כי יש לו בן, שעל קיומו לא ידע קודם לכן, הרי זה שינוי נסיבות, המשמיט את הקרקע מתחת להקנאה האמורה, ומביא לבטלותה. וזאת, על אף שהמקח לא הותנה מעולם בהיותו של המקנה ערירי. להנחה בסיסית זו יש השפעה, לא רק על תחולת הקניין אלא גם על הפרשנות הראויה שיש ליתן למעשה הקניין. כך, אם אדם מקנה את כל נכסיו לאשתו, ואינו מותיר דבר לילדיו. כיוון שמעשה זה איננו סביר, אנו מפרשים אותו כמינוי של האישה כאפוטרופוס על נכסי ילדיו, ולא כהקניה ממשית לאשה ושלילת כל הנכסים מן היורשים. פרשנות זו למעשה הקניין

13 זאת בהבדל ממקח טעות - שזהו שינוי במצב העובדתי האמיתי הקיים כבר בעת המקח, אלא שטרם היה ידוע לאחר הצדדים למקח.

(המשנה לחלוטין את תוכן המעשה) נלמדת מדעת רוב בני אדם, ויש בה כדי לקרוא אל תוך הדברים את שלא נאמר בהם במפורש - אך השתמע בלא אומר ודברים.

ג. בתווך, בין המצבים דלעיל, יש גם מצב ביניים, שבו קיים תנאי הקשור קשור אמיץ למעשה הקנין, אך יתכן אדם סביר העושה מקח גם בלי תנאי שכזה. במקרה זה, בפנינו מקח, אשר יש שהיו מתנים כי יחול רק בתנאי כאמור, ויש שלא. משום כך אין צורך בתנאי פורמלי, כפי שנעשה בתנאי בני גד ובני ראובן; אך גם אין להסיק קיומו של תנאי כאמור, בלא אומר ודברים כלל. ואין לבטל את המקח כשהנסיבות משתנות, אם לא נאמרו הדברים, ולו באופן לא פורמלי, ע"י עושי המקח. במקרה שכזה אין צורך בתנאי פורמלי, אך יש צורך ב"גילוי מלתא", דהיינו באמירה כללית שתפרש את כוונת הצדדים.

מתן הגט בהסכם הגרושין נופל לכאורה לגדר המצב השני דלעיל, שבו נוצר תנאי אף ללא אומר ודברים. לכאורה, בהסכם גרושין מתן הגט מהווה תנאי בסיסי למקח כולו, ומשלא ניתן הגט - יש כאן שינוי נסיבות, המבטל את כל הסכם הגרושין.

2. אף אם צריך גלוי דעת, אין צורך בתנאי מפורש

ואולם, אף אם נניח כי מתן הגט אינו בגדר המצב השני דלעיל, שבו דעת בני אדם יוצרת כשלעצמה את התנאי בלא אומר ודברים, אלא בגדר המצב השלישי דלעיל, בו צריך גילוי מילתא כדי שהמקח יהא תלוי בתנאי מסויים, הרי שלכאורה אין ספק כי הזכרת הגט בהסכם הגרושין (כמבוא, בהצהרה, או בכל דרך שהיא) מהווה גלוי מילתא המלמד על נסיבות כריתת ההסכם. ונמצא, כי אי מתן הגט יהווה סיבה לבטלות הסכם הגרושין כולו, וזאת אף אם בהסכם הגרושין אין התחייבות למתן גט.¹⁴

כשו"ע חו"מ רז, ג נפסק:

מי שמכר חצירו או שדהו, ופירש בשעת המכירה, שהוא מוכר כדי לילך למקום פלוני, או מפני המטר שנמנע, כדי לקנות חיטים בדמיו - הרי זה כמוכר על תנאי. לפיכך, אם ירד המטר אחר שמכר, או באו חיטים והוולו, או נמנע הדרך לעלות אותה הארץ, או לא נסתייע לו לעלות או לקנות החיטים

14 תוצאה זו עלולה לכאורה להוביל לאבסורד, באשר גם הצד להסכם הגרושין - שמחמתו הגט לא ניתן - יוכל לטעון לבטלות ההסכם כולו, שכן ההסכם שנכרת רק על דעת כן שינתן גט. ונמצא, כי מי שגרם לביטול התנאי עשוי בדרך זו להשתחרר מכלליו של חוזה, שהיה אמור לחייבו.

הרי זה מחזיר לו הדמים, ותחזור לו הקרקע, שהרי פירש שאינו מוכר אלא לעשות דבר פלוני, והרי לא נעשה. וכן כל כיוצא בזה.

לאמור, בשו"ע נפסק, כפי שמצינו בדברי התוספות הנ"ל, כי במצב השלישי דלעיל, בו יש המתנים את המקח בקיומן של נסיבות מסוימות, ויש שאינם נוהגים כן, אין צורך בתנאי מפורש ופורמלי, ודי בגילוי דעת כי המוכר דנא התכוון למכור רק לנוכח סברתו בדבר קיומן של נסיבות מסוימות, כדי להפקיע את המקח, במקרה שיתברר כי נסיבות אלו לא התרחשו.

ואולם, בהגהות הרמ"א שם נפסק: "ודווקא במוכר קרקעותיו; אבל במוכר מטלטלין לא מהני גילוי דעתו, עד שיתנה בדיני התנאי." לאמור, בקרקע יש אכן הנחה אוביקטיבית שאדם לא ימכרנה, אלא אם כן בדעתו לעזוב את המקום ולהשתקע במקום אחר - ומשום כך מספיק גילוי דעת, ואין צורך בתנאי פורמלי ומפורש. לעומת זאת, הסיבות למכירת מטלטלין רבות הן, והנסיבות שמחמתן הוחלט למכור הן סוביקטיביות לחלוטין. משום כך במכר של מטלטלין צריך תנאי של ממש - על כל ההגבלות הפורמליות שבכך - כדי להפקיע את המקח. עם זאת, נראה לכאורה כי הסכם גרושין שכלולים בו, הן סעיפים הנוגעים למקרקעין (נכסי דלא נידי - כגון דירות המגורים של בני הזוג) והן סעיפים הנוגעים למטלטלין, אינו ניתן לחלוקה מבחינת גמירות דעתו של המקנה, ויש להתייחס אליו כמכלול אחד, שבו הן ההסדר ביחס למקרקעין והן ההסדר ביחס למטלטלין נקבעו מתוך הנחה כי אכן ינתן גט. מתן הגט, המהווה גילוי דעת ביחס לחלותו של הסכם הגרושין בכל הנוגע לנכסי דלא נידי של בני הזוג, מהווה א"כ גם גילוי דעת ביחס לנכסי דנידי של בני הזוג (שהם לעיתים הנכס השני במעלה אחרי הדירה - בעיקר כשמתייחסים לחשבונות בנק ולחסכונות) וממילא, משלא ניתן הגט, יתבטל הסכם הגירושין כולו (ועי' בסמ"ע שם ס"ק ט).

3. הצד המסרב לגט מנוע מלטעון לבטלות ההסכם

הכיצד מתגברים על קושי זה? בסמ"ע שם ס"ק ח מוצאים אנו: "או נמנע הדרך" - פירוש שלא הלך מחמת שהיה מניעה בדרך, כגון שנקבצו גזלנים בדרך; הן שאין המניעה מכח הדרך רק שלא מסתייע לו מילתא מחמת עצמו, שנתחדש לו עניין חולי וכיו"ב, שאינו יכול לילך, או לא נסתייע לו לקנות החיטין שבשביל קנייתן מכר.

מדברי הסמ"ע עולה כי ניתן לטעון שהמקח בטל עקב שינוי נסיבות, רק כאשר אדם נאנס ואינו יכול לבצע את המקח (ולענין זה נחשב לאונס אף מצב

שבו האונס אינו מצב אובייקטיבי אלא אונס סובייקטיבי, כגון שהעסק לא משתלם או שהוא חולה וכיו"ב). אבל כאשר אין שום אונס, וכידו לקיים המקח, או במקרה דנא – ליתן גט – הרי שאין לו אפשרות לטעון לבטלות המקח עקב שינוי נסיבות, שכן הצד הגורם בעצמו לשינוי הנסיבות מנוע מלטעון שההסכם כולו בטל עקב שינוי הנסיבות שהוא גרם לו. רק הצד שכנגד רשאי לטעון כן. תוצאה שהיא אכן סבירה לחלוטין.

לאמור, כאשר לבסוף לא ניתן גט, הרי שהצד שגרם לכך, מנוע מלטעון לבטלותו של הסכם הגרושין כולו בטענה של שינוי נסיבות, ושל תנאי למקח שלא קויים.

ואולם, לכאורה קיים עדין קושי – שכן ניתן להעלות סברה, כי מכיון שאונס הינו, לשיטת הסמ"ע, מצב סובייקטיבי – כגון כשאינו יכול לקנות חיטים שכדי לרכשן נעשתה מכירתו של נכס מסויים – הרי שבאותה מידה יוכל הצד שגרם לאי מתן הגט לטעון כי נאנס לעשות כן בלחץ הנסיבות, ואם כן שוב יוכל הוא לטעון כי שאר ההסכם בטל אף הוא?

אלא שכאן יש להבחין: ביחס לרכישת החיטין נחשב הדבר לאונס לשיטת הסמ"ע, רק כשלא ניתן להשיג חיטים לרכישה, ואין זה בידו לרכוש חיטים. מה שאין כן כאשר יש חיטים, אלא שמחירן יקר ולא משתלם לקנותן. נסיבות אלו לא הוגדרו כאונס ע"י הסמ"ע. ואם כן, גם בהסכם גרושין, כיון שניתן ליתן או לקבל את הגט, והדבר מסור בידי בני הזוג, הרי שסרובו של הבעל ליתן גט – או סרוב האישה לקבלו – אינו בגדר אונס, אלא רק בגדר חוסר רצון מכל סיבה שהיא. במקרה זה יהא הצד שסיכל את מתן הגט מנוע מלטעון לבטלות הסכם הגרושין כולו.

מכאן, כי גם אם אחד מבני הזוג חוזר בו מרצונו לאפשר את מתן הגט מחמת טענה של "שלום בית" – אין הדבר נחשב לאונס, אלא לחוסר רצון; ולשיטת הסמ"ע הוא לא יוכל לטעון לבטלות הסכם הגרושין עקב אי מתן הגט.

יא. תנאי למקח או מועד לתחולתו

1. לביטול מעשה שכבר נעשה יש צורך בתנאי

הצורך בקיומו של תנאי פורמלי, הנלמד כאמור מתנאי בני גד ובני ראובן להנחלת עבר הירדן, נובע מכך שהמדובר באמירה, אשר באמצעותה מבקשים אנו להפקיע תוקפו של מעשה, שכבר נעשה וקיבל תוקף.¹⁵ זאת במובחן מסוגיית

15 סברה זו מכונה בעולם הישיבות "תנאי מילתא אחריתא". יסודות סברה זו מצויים בדברי תוספות כתובות נו, א ד"ה הרי זו מקודשת ותנאו בטל: "ואומר ר"י, דאי לא דילפינן

מקח טעות, המתייחסת למקח אשר עושיו סבורים כי הנסיבות הן מסוג מסויים, בעוד שהסתבר להם לאחר מכן כי כבר בעת שנעשה המקח, היו הנסיבות שונות ממה שסברו, וממילא התברר כי המקח לא קיבל תוקף מלכתחילה. נמצאת למד כי דיני התנאים דלעיל, בדבר הצורך בתנאי פורמלי בנסיבות מסוימות, ובגמירות דעת בנסיבות אחרות, נעוצים בעובדה כי אנו מבקשים באמצעות תנאי - שאינו אלא גילוי דעת בדבר רצונו של המקנה - להפקיע תוקף של מעשה, שכבר נעשה וכבר החל לקבל תוקף. ומכאן, כי במקום שבו אין מעשה שכבר קיבל תוקף, אין צורך בדיני התנאים דלעיל.

2. הסכם גרושין מקבל תוקף רק מעת נתינת הגט

נדגים את דברינו - בהתייחסות לסוגיה דנא של הסכם גרושין. יש מקום רב לומר כי מתן הגט בהסכם גרושין אינו בגדר תנאי המפקיע את תחולתו של ההסכם, שחל כבר. אלא סביר להניח כי כל ההסכם מתחיל לקבל תוקף רק ממועד מתן הגט, וההסכם אינו חל עד שניתן הגט. ממילא, אין צורך בדיני תנאים כדי להפקיע את ההסכם. אדרבה, יש צורך בגט כדי שההסכם יחול ויקבל תוקף.

נמצא, כי אף הצד להסכם האשם באי מתן או קבלת הגט, יכול להסתמך על העובדה כי בפועל לא ניתן גט, כדי לטעון כי גם שאר הסכם הגרושין לא חל. במקרה זה לא נאמרו דבריו של הסמ"ע המתייחסים לגילוי דעת בדבר קיומו של תנאי, שכן בטלות הסכם הגרושין במקרה דנא אינה נוגעת לדיני התנאים, והיא נובעת מכך שבנסיבות כאלה טרם הגיע מלכתחילה מועד תחולת ההסכם.

3. לביטול תוספת כתובה כשלא חלו נישואין אין צורך בתנאי

נביא להלן ראיות לכך, כי קיימים ארועים שהם בגדר תנאי מתלה לתחולתו של המקח - דהיינו שהמקח חל רק לאחר שארועים אלו מתגשמים - ושאינם בבחינת תנאי מפסיק המיועד להפקיע את המקח לאחר שכבר קיבל תוקף. ארועים אלו אינם בגדר תנאי במונח דיני התנאים דלעיל, אלא בבחינת דחיית מועד תחולת הקניין שמלכתחילה אינו חל עד להתרחשותם של ארועים אלו.¹⁶

מתנאי בני גר ובני ראובן, הווה אמינא בשום תנאי אינו מבטל את המעשה, ואפילו לא יתקיים בסוף - המעשה קיים.

16 עם זאת, ניתן לכאורה לטעון כי אין מקום להעלות את הסברה האמורה בכל אותם מקרים שבהם סעיף מסויים (ולו סעיף אחד ובנושא שולי לחלוטין) החל להתבצע בטרם המועד המיועד למתן הגט. במקרה זה אין לומר כי הסכם הגרושין אינו מקבל תוקף עד למתן

מסכת כתובות נד,ב:

אף על פי שאמרו בתולה גובה מאתיים ואלמנה מנה, אם רצה להוסיף אפילו מאה מנה יוסיף. נתארמלה או נתגרשה - בין מן האירוסין בין מן הנשואין - גובה את הכל. רבי אליעזר בן עזריה אומר: מן הנישואין - גובה את הכל; מן האירוסין - בתולה גובה מאתיים, ואלמנה מנה, שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה.

ההלכה בשו"ע אה"ע נד,ו נפסקה כדעת ראב"ע, שהאומדנא "שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה" הינה תקיפה, ואם מת קודם הנישואין אין האשה גובה את תוספת כתובתה. הבה נתבונן באומדנא זו שמחמתה פקע המקח. האם המקח חל, ופקע לאחר מכך? - כך היה יכול לכאורה להשתמע מלשון המשנה "שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה". אך מסתבר יותר כי במקרה זה המקח לא חל מעולם, לא משום שיש כאן אומדנא המפקיעה אותו, אלא מכיון שזמן תחולתו נדחה עד לנישואין, וממילא, משלא נישאה בטל המקח, מכיון שזמן תחולתו לא הגיע (ולא יגיע לעולם). וכך אכן משמע מלשון השולחן ערוך "ואינה גובה תוספות כלל, הואיל ולא כנסה". ודוק: אין כאן תנאי לתחולה, אלא זמן שלא הגיע - ארוע שהמקח תלוי בו, שלא ארע.

וכך לכאורה יש לנסח את הדברים: כאשר המקח מותנה בהתרחשותו של ארוע מסויים - כגון מתן גט, נישואין, וכיו"ב - היוצרים מצב חדש שאותו בא המקח להסדיר, אזי התרחשות הארוע מהווה קביעת מועדו של המקח, שיחול רק עם התרחשות הארוע האמור. לעומת זאת כאשר המקח מותנה בהתרחשותו של ארוע מסויים, שאינו נוגע לגוף המקח אלא למניעיו - כגון מכירת קרקע על מנת לעלות לארץ ישראל - הרי שהמקח חל, אך שינוי הנסיבות מפקיעו.

לאמור, ארוע הנוגע לגוף המקח - כגון: גט בהסכם גרושין, נישואין בתוספת כתובה, וכיו"ב - אינו נוגע לדיני התנאים המתייחסים להבעת רצון שיש בה כדי לבטל מעשה שכבר קיבל תוקף, אלא זהו ארוע המהווה דחיית המועד שבו יחול

הגט, ורק אז חלים גם שאר סעיפי ההסכם בזה אחר זה. אלא סביר יותר לומר כי ההסכם חל מיד, והראיה שביצעו החל בטרם נתינת הגט. ומתן הגט הוא רק אחד הסעיפים העיקריים, שבלעדיו יחשב הרבר לשינוי נסיבות. ואולם, זהו שינוי נסיבות שיש בו כדי להפקיע הסכם שכבר חל וקיבל תוקף. ואזי לא יכול להסתמך על טענה זו מי שגרם לשינוי הנסיבות, האשם בכך שהגט לא ניתן. נמצא, כי הבעיה דלעיל מתעוררת רק בהסכם גרושין, שאף אחד מסעיפיו לא חל בטרם מתן הגט. ומכאן עצה טובה קא משמע לן למנסחי הסכמי גרושין - להפעיל את אחד הסעיפים (כגון: חלוקת אחד מחשבונות הבנק) בטרם המועד הקבוע למתן ולקבלת הגט.

המקח מלכתחילה. ועל אף שנעשה המעשה, הרי שבהעדרו של הארוע האמור, לא יחול המקח ולא יקבל תוקף מלכתחילה.

4. מתי מקנה אדם לחתנו נכסים?

לנוכח הגדרה זו תוכן היטב הדוגמא הבאה, המהווה אף היא ראייה לעיקרון דלעיל. כברייתא בכתובות מז, א-ב נחלקו תנא קמא ור' נתן אודות אב שנתן לבתו נכסים כדי שתביאם עמה לבית בעלה, ומתה הבת בטרם נישואיה (לפי רש"י: בעודה ארוסה). לת"ק לא זכה הבעל בדברים הללו. משום ר' נתן אמרו זכה הבעל בדברים הללו. הגמרא מנסה לתלות מחלוקת זו במחלוקת של ראב"ע וחכמים הנזכרת לעיל, אך היא דוחה: "דכולי עלמא כראב"ע. מאן דאמר לא זכה - ראב"ע. ומאן דאמר זכה - עד כאן לא קאמר ראב"ע אלא מדידה לדידה, שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה; אבל מדידה לדידו - אפילו ראב"ע מודה דמשום אחתוני הוא, והא איחתני להו." מסקנת הגמרא היא אם כן, כי הבעל מוכן לתת לאישה תוספת כתובה רק משישאנה. ואולם, אב מקנה נכסים לחתנו כבר מעת שארס את ביתו.

הגדון בסוגיא הוא אם כן בפירוש: זמן הקנין - האם חל הקנין בטרם שמתה (משנתארסה); או שהיה אמור לחול רק לאחר מותה (בעת נשואין), וממילא מכיון שמתה לא הגיע זמן המקח לחול, והוא בטל. מותה של הבת לא נדון כשינוי נסיבות המבטל את המקח, אלא כשינוי נסיבות הגורם לאי תחולת המקח, שכן המקח היה אמור לחול רק מעת הנשואין.

כאמור, רש"י פירש שהמדובר הוא שהבת מתה בעודה ארוסה. אולם לרבנו תם, בתוס' שם ד"ה כתב נראה "דהך ברייתא בנשואין מיירי, וטעמא דלא זכה לתנא קמא - משום דאנן סהדי דאין דעת האב ליתן נדוניא זו אלא על מנת שתהנה ביתו ממנה כמו הבעל", כלומר: רק כשארעו נישואין שיארכו זמן מה, כך שגם הבת תהנה מהם, ולא נשואין שהבת מתה מיד אחריהם. בהוה אמינא רצתה הגמ' לדמות את דעת ת"ק, שלא זכה הבעל, לדעתו של ראב"ע - "כי היכי דאזיל ר' אליעזר בתר אומדנא, דלא כתב אלא על מנת לכונסה, הכי נמי אזיל בתר אומדנא שלא כתב אלא על מנת שתהנה בתו."¹⁷ למסקנת הגמרא, לפירושו

17 לכאורה, פרוש זה של רבינו תם, המחייב השוואה בין אירוסין שטרם באו לכלל נישואין לבין נישואין שלא נמשכו פרק זמן מינמלי, הינה תמוהה ביותר, שהרי האומדנא של "על מנת לכונסה" היא כמבואר דחיית מועד חלות הקנין; ואילו האומדנא של "על מנת שתהנה ביתו" היא בפשטות תנאי, והקנין חל מיד בעת הנשואין, אלא שהאב מתנה כי הקנין יפקע אם לא ימשכו נישואין אלו פרק זמן מינמלי מסויים. ואולם, לפי ההבחנה כפי שנוסחה על ידינו לעיל - יתכן לומר, כי גם הנאת בתו נופלת לגדר תחולת זמן הקנין,

של ר"ת, יש להבחין בין תוספת כתובה שמבטיח בעל לאשתו "דלא אקני לה אלא על מנת לכונסה, משום חיבת חופה." אך בהקניה של אב לבתו – "אפילו ר' אליעזר מודה, דדי לנו באומדנא של חיתון נישואין אע"ג דאיכא אומדנא אחרינא" – כלומר, יש כבר דחייה אחת של זמן הקנין מעת עשיתו ועד לכניסתה לחופה. ניתן אכן לומר שיש אומדנא נוספת, לפיה אין אב נותן לבתו אלא אם-כן יהיו אלו נישואין שימשכו פרק זמן מינמלי – ואולם, אומדנא נוספת זו, אין אנו מיחסים לאב, ובדחייה אחת די לנו.

לאמור, ממסקנת הגמרא עפ"י באורו של רבנו תם עולה, כי הסוגיא דנא מתיחסת בכל זאת לדחיית מועד חלותו של המקח מכח אומדנא, ולא להתניות המפקיעות את המקח לאחר שכבר קיבל תוקף.¹⁸

יב. בקדושין לאחר זמן, שנתבטלו – למי שייך כסף הקדושין?

1. מחלוקת הרא"ש והר"ן

הסוגיא המרכזית, שבה נדון ענין דחית המקח (בהבדל מתנאי המפקיעו) מצויה בקידושין נט,א. שם אמור בנוגע לדין המוכא במשנה "האומר לאשה, הרי את מקודשת לי לאחר שלושים יום, ובא אחר וקידשה בתוך שלושים יום – מקודשת לשני" – מהו הדין כאשר לא בא אחר וקידשה בתוך שלושים יום? "רב

שכן זו פעולה שתארע בעתיד והנוגעת לגוף המקח. וממילא, זהו לכאורה מועד תחילת הקנין ולא תנאי, וניתן להשוות את הדברים. אך הדברים דחוקים – ראשית, מסתבר יותר כי הנאה מספקת של הבת אינה ענין הנוגע לגוף המקח, אלא למניעיו. ושנית, האם יעלה על הדעת כי עד שתמוצה תקופת הנאה שתניח את דעת האב, ישתמשו הבת ובעלה בנכסים, ללא שיהיו בבעלותם אף שכבר חלו הנישואין, ואלו יוקנו להם רק בתום המועד המינימלי הנ"ל? הן יותר מסתבר כי זהו קנין הנכנס לתוקף עם הנישואין של בני הזוג, וקיים תנאי כי אם הנישואין יפקעו לפני שתחלוף תקופה מינימלית מסוימת, שבה הבת נהנית מהנכסים, תפקע ההקנאה. בהכרח נמצאת למד כי תוספות אינם גורסים את הסברה שהבאנו לעיל בדבר השוני בין אומדנא המהווה תנאי לבין אומדנא המהווה דחיית מועד בחלותו של המקח. ואזי, גם בהסכם גרושין שכל סעיפיו יחולו לאחר הגט בלא שיהא סעיף אחד שיחול קודם לכן, לא תהא בעיה של ביטול המקח עקב אי תחולתו מדעיקרא; וניתן יהא לטעון לבטלות המקח, רק מכח דיני התנאים בשל שינוי נסיבות – טענה, שלפי הסמ"ע בן הזוג האשם בשינוי הנסיבות ובאי-מתן הגט, יהא מנוע מלהעלותה.

18 אולם לנוכח דברינו בהערה הקודמת, כי לפי ר"ת המדובר הוא בתנאי, ולא בדחיית תחולתו של המקח, נראה כי גם במסקנת הגמרא אין המדובר בזמן לתחולת המקח, אלא בתנאי לפקיעתו. ומסקנת הגמרא היא, כי מסיקים מאומדנא את קיומו של תנאי למקח רק ביחס לפרק זמן אחר (מן הארוסין ועד לנישואין), ולא ביחס לפרק זמן נוסף (עד שתהנה).

ושמואל דאמרי תרוייהו: מקודשת, ואף על פי שנתאכלו המעות. אולם נחלקו האמוראים במקרה שלא בא אחר וקידשה, ובנתיים היא חזרה בה - "ר' יוחנן אמר: חוזרת, אתי דיבור ומבטל דיבור. ריש לקיש אמר: אינה חוזרת." כלומר, לדעת ר' יוחנן יכולה האישה לחזור בה מהסכמתה לקידושין שהותנו בחלוף שלושים יום, שכן הקידושין עדיין לא חלו, ובנתיים זהו דיבור בעלמא. מסוגיא זו עולה בבירור כי קיים מוסד המכונה מקח דחוי, שניתן להפקיעו אף בלא קשר לדיני התנאים.

בשו"ע אה"ע מ,א נפסקה הלכה כר' יוחנן. והוסיף על כך בבית-שמואל ס"ק

ב:

כתב הר"ן, דאין צריך להחזיר [את כסף] הקדושין, אם הוא חזר - דאי אמרת עד שחלים הקידושין המעות ברשותו, אם כן אם נתאכלו המעות אמאי היא מקודשת?

לאמור: גם בקידושין שיחולו לאחר שלושים יום, זהו מקח מושלם, והמעות כבר של האישה, ואין עליה חובה להשיבם אם המקדש חוזר בו מן המקח. כמו כן, אם הוציאה כבר האישה את המעות בטרם שיגיע המועד לתחולת הקידושין, אין הדבר מפריע לתחולת הקדושין. זאת מכיון שהכסף כבר מוקנה לאישה בקנין גמור החל מיידית; רק הקידושין מושהים עד לאחר ל' יום, וניתן לחזור מהם - אך הכסף נקנה מייד.¹⁹

בהמשך דבריו מובאות בבית-שמואל דעותיהם של הרא"ש והמהרי"ט החולקים על הר"ן:

ובתשובת הרא"ש משמע דהיא צריכה להחזיר [את הכסף], אפילו אם הוא חוזר מהקדושין. והתנאי "הרי את מקודשת לאחר ל' יום", היינו אם לא יחזור. והא דמתקדשת אם נתאכלו המעות - משום שבא לידה בתורת קדושין. וכן כתוב בחידושי מהרי"ט.

לאמור, הרא"ש אינו סובר שבמקח לאחר זמן, חל הקניין בכסף מיד; אלא כשם שהקדושין חלים רק לאחר זמן, ועד אז ניתן לחזור מהם בנקל, כך הכסף שניתן עדין אינו קנוי לאישה עד שיגיע אותו הזמן. וממילא, מכיון שהנתינה לאישה עדיין אינה מושלמת ע"י האישה (אף שיש לה בינתיים זכות להשתמש בכסף) הרי שאם חזר בו מאן דהו מן המקח, עליה להשיבו. ועם זאת, אין המדובר

19 גם רבנו תם, הנזכר לעיל, יסכים כי קיים מקח החל לאחר זמן בהתניה מפורשת הרוחה את מועד התחולה בחלוף זמן מסויים. אולם, כשמקח מתייחס לנסיבות ולארוע מסויים, לא מסיקים מכח אומדנא כי גם תחולת המקח תידחה, אלא המדובר בתנאי.

בהלוואה, שעפ"י דין אין האישה מתקדשת בה - שכן בהלוואה הכסף לא ניתן על מנת לבצע בו מעשה קדושין, וממילא מכיון שהוצא ונתאכל הרי שבעת שבא המלווה לקדשה אין בידו ליתן לה כסף קדושין. ואילו במקרה דנא מלכתחילה ניתן הכסף לשם קדושין, ולכן האישה יכולה להתקדש בו, אף שהקידושין טרם קיבלו תוקף הוציאה האישה את הכסף, וכל שנותר בידה הוא חוב להשיבו.

2. כשהאשה חוזרה בה, היא מנועה מלטעון לבטלות הקדושין

בהמשך מסכם הבית-שמואל בשם הר"ן, המרדכי ותשובת הרא"ש: "ואם היא חוזרה - צריכה להחזיר בקדושין לכולי עלמא." לאמור, יש הבחנה בין מצב שבו המקדש חוזר בו - שאז יש מחלוקת בין הר"ן לרא"ש האם חייבת האישה להחזיר למקדש את כספו - לבין מצב שהאשה חוזרת בה - שאז לדעת הכל, גם לדעת הר"ן, על האישה להחזיר למקדש את כספו. ואולם, קביעה זו אינה ברורה לחלוטין לפי שיטת הר"ן, שהרי אם המקח חל כבר באופן מוחלט בכסף (אף שעדיין לא חלו הקדושין), וכאשר הבעל חוזר בו אין המקח בכסף בטל ואין להחזיר לו את הכסף, אם כן במה שונה הדבר כשהאשה חוזרת בה? הן הכסף הוקנה לה?

ההסבר לכך הינו לכאורה כדלקמן: הקדושין תלויים בהמשך קיומו של רצון מצד שני הצדדים בעת המיועדת לתחולתן. מקום שבו נדחית תחולת הקידושין בשלושים יום, הרי שגם כשהמקדש חוזר בו, פוקעים הקדושין. זאת, על אף שהקנין של האישה בכסף נעשה מיד. ואולם, מכיון שעד שלושים יום יש אפשרות לחזור מהקדושין, הרי שזהו תנאי לקיום המקח בכסף (תנאי מכח אומדנא). משום כך, כשהאשה חוזרת בה, עליה להחזיר את הכסף, שכן המקח בכסף מתבטל לאחר תחולתו, מכח דיני התנאים. לעומת זאת, כשהמקדש חוזר בו - אין הוא יכול להסתמך על התנאי, שהרי הוא שגרם לתנאי להתבטל, ולשיטת הסמ"ע (ראה לעיל / 3) אין הצד הגורם לאי קיומו של תנאי יכול להסתמך על כך, לצורך טענה בדבר בטלות המקח. משום כך, לא יכול המקדש לתבוע את כספו בחזרה, שהרי המקח חל בכסף, ואילו בדיני התנאים אינו יכול לעשות שימוש. ואולם, ביחס לאשה לא ניתן לומר כי מכיון שהיא אשמה באי קיום התנאי, הרי שהיא מנועה מלטעון לביטול המקח, ולא תהא חייבת להשיב דבר - שהרי הבעל הוא שיטען לבטלות המקח בכסף, משלא חלו הקדושין, וזאת כדי לקבל את כספו בחזרה.

3. אבחנה בין קדושין לאחר זמן לבין קדושין המותנים בארוע

בהגהות ר' עקיבא איגר על השו"ע חילק בין "קדושין אחר זמן", לבין קדושין המותנים בארוע מסוים. בקדושין לאחר זמן, הר"ן סבור כי המקח חל מיד, ואין

זה. ואולם, על אף שאי מתן הגט יבטל את המקח, הרי שמשגגענו לדיני התנאים, חלה שוב סברתו של הסמ"ע, לפיה טענה זו יוכל להעלות רק מי שרצה בגט והיה אנוס, ואילו הצד שיכול היה ליתן גט או לקבלו ולא רצה לעשות כן, יהא מנוע מלהעלות טענה זו.

יד. כיצד מעניקים להסכם גרושין מעמד אוטונומי שאינו תלוי במתן הגט?

1. קביעת מועדי תחולה נפרדים לכל סעיף

ניתן להציע פתרון נוסף אף ביחס להסכם גרושין אשר הצדדים מבקשים כי כל סעיפיו יחולו רק לאחר מתן הגט, ואשר לכאורה אף הצד שבגרימתו לא ניתן הגט יוכל להסתמך על אי מתן הגט ולומר כי ההסכם כולו לא נכנס לתוקף, שכן לא בא ולא יבוא לעולם מועד תחולתו. פתרון זה הוא כדלקמן:

ניתן לקבוע מועדים קבועים לכל אחד מסעיפי הסכם הגרושין בלי להתלותם בגט אלא באופן עצמאי ונפרד. למשל:

1. גט ינתן תוך 20 יום (כהצהרה, ולא כהתחייבות, כמבואר לעיל).
2. הרכוש יחולק כדלקמן ... תוך 40 יום.
3. החזקת ילדים: ילדים ... יועברו להחזקת ... תוך 21 יום וכיו"ב.

לאמור, מתן הגט יקבע לראשון שבמועדים, וכל שאר ההתחייבויות ייקבעו למועדים מאוחרים הימנו, אך העומדים כל אחד ואחד בפני עצמו ללא תלות במועד מתן הגט. גם במקרה זה מתן הגט הוא תנאי להסכם מכח אומדנא דמוכח. אך אין לראות בו מועד שעד לתחולתו לא חל שאר ההסכם, שכן לכל סעיף וסעיף נקבע מועד תחולה משלו. ואם כן, שוב לא יוכל הצד הגורם לאי מתן הגט להסתמך על בטלות ההסכם.

במקרה כאמור, סביר להניח כי יהיו גם נסיבות שבהן סעיפיו השונים של הסכם הגירושין יהיו נפרדים מענין מתן הגט - עד שלא רק שלא נתייחס לגט כמועד לביצועו של ההסכם ולתחולת חיוביו, אלא שאף לא נראה בו תנאי לתחולתו. כך, למשל, יהא הדין כאשר סעיפי חלוקת הרכוש וכיו"ב יהיו התחייבויות העומדות בפני עצמן, וכשהיותורים שכל צד עושה למשנהו שקולים זה כנגד זה מבחינה ממונית. במקרה זה יתכן מאוד כי הנסיבות ילמדו שהצדדים חפצים בהסכם הגרושין אף לצורך הסדרתו של פרוד ביניהם, שלא יגיע לכלל מתן גט. לכן, הכל יהא תלוי בנסיבות הספציפיות ובאופן ניסוח

ההסכם, כשיתכן מצב שבו גט לא ינתן, אך הסכם הגירושין יהיה תקף בשאר סעיפיו ופרקיו, לכל דבר וענין.

2. הכללת סעיפי תשלום וחלוקת רכוש

נסיים פרק זה בשתי תשובות רלבנטיות: בשו"ת הרא"ש יא, מצינו: שאלה - ראובן מת בלא זרע, ונשארה אלמנתו זקוקה ליבם. ונפלה קטטה ביניהם, עד שלבסוף נתפשר שנתנה ליבם סכום, ומחל לה כל תביעות שהיו לו עליה, ונסתלק מממון אחיו לגמרי, ועל מנת שיחלוץ לה תוך זמן פלוני. ונשבע על זה שבועה ברורה. ושוב נתחרט לומר שנשבע לבטל המצוה, שהרי מושבע ועומד הוא ליבם, ורוצה שתתיבם לאחיו הקטן שהוא פנוי, יען כי הוא נשוי.

תשובה - יראה שעל הממון אין להם עוד טענה, כי נסתלק היבם הגדול ומחל לה הכל, חלקו וחלק אחיו בהרשאת אחיו. וחייב לקיים שבועה זו שנשבע לחלוץ לה.

לאמור, עוד טרם שפוסק הרא"ש כי על אחי המת לקיים את שבועתו כלפי האלמנה ולבצע את החליצה, קובע הרא"ש כי את הכסף לא יוכל לדרוש ממנה בכל מקרה, שכן הכסף הוקנה לה מיד. ואף שהדבר נעשה על מנת שיחלוץ לה, זהו תנאי בלבד, ולא התלית המקח במאורע עתידי ורחיית מועד חלות הקניין לזמן ההוא.

מכאן כי קיימות נסיבות שבהן יפורש קיום מעשה עתידי שהמקח תלוי בו - כתנאי ולא כרחיית זמן בביצוע המקח. וזאת, כאשר (כמו במקרה זה) הויתור נעשה שלא תמורת החליצה אלא תמורת תשלום. הטעם לכך הוא, כי התשלום האמור הופך את המקח לדבר עצמאי - שאינו תלוי בחליצה - והופך את החליצה לענין שאינו נוגע לגוף המקח.

מכאן, כי בהסכם גירושין, אם יש חלוקה הוגנת של רכוש - וכיו"ב ויתורים הדדיים, שאינם נעשים רק תמורת הגט, אלא בגדר של חלוקה הוגנת של רכוש, ממון תחת ממון וכיו"ב - הרי שהגט הופך לנושא נפרד מגוף המקח ולדבר חיצוני, וההסכם הינו אוטונומי, המקבל תוקף מיד, עוד טרם מתן הגט, אף שמועד ביצועו מאוחר יותר.

תשובה שניה מצאנו בשו"ת נודע-ביהודה מהדו"ת אה"ע סי' לב. הנדון שם הוא פסלותו של גט, אך בשולי הדברים מצינו התייחסות לכך שהאישה נאותה למחול כתובתה קודם שקיבלה הגט, על דעת כן שתקבל את הגט. לאחר מכן נתעורר ספק בדבר כשרות הגט. ופסק הנודע-ביהודה:

לפי מה שפסקתי, שהגט פסול וצריך גט מחדש, פשיטא שהיא מחילה בטעות [על הכתובה], שהרי כל עיקר המחילה היתה כדי שיגרשנה.

לאמור, כאשר יש חיוב כספי או מחילת חיוב כספי, הנעשים על דעת כן שינתן גט, בטלים גם ההתחייבות הכספית או המחילה, על אף שאלו נעשו קודם מתן הגט. זאת מכח הסוגיא של מקח טעות, שכן בעת שנעשו ההתחייבות או המחילה האמורים, היתה הנחה מוטעית שינתן גט. מכאן, כי יש להפיס את דעתם של החוששים לבצע חלק מהסכם הגירושין בטרם שינתן הגט. אם הגט לא ינתן - יתבטלו גם הפעולות שנעשו לפני כן - מדין מקח טעות. מאידך גיסא, אם לא יחול הסכם הגירושין (וזה תהא התוצאה אם לא תנקט אחת הדרכים המוצעות לעיל פרקים יג-יד) ומועד תחולתו יהא תלוי בגט - הרי שגם הצד שסיכל את מתן הגט יוכל לטעון לבטלות המקח, בהסתמך על כך שגט לא ניתן.

טו. בטלות הגט עקב בטלות הסכם גירושין

1. גט בטל רק בתנאי מפורש

עד כה התייחסנו למקח טעות בהסכם הגירושין, עקב אי מתן הגט. אך האם לא מתעורר חשש חמור עוד יותר - לאידך גיסא. דהיינו, כאשר ניתן גט לנוכח מה שהוסכם בהסכם הגירושין כי יבוצע לאחר מתן הגט. האם כאשר לאחר מכן מסרב אחד הצדדים לבצע את ההסכם או את הסעיף המרכזי שבו, אין בכך כדי לגרום שיתברר למפרע כי המדובר בגט שניתן בטעות? האם הפרת הסכם הגירושין עלולה להביא לבטלותו של הגט עקב מקח טעות? כך, למשל, תופעה שכיחה וידועה היא כי במסגרת הסכם גירושין האשה מסכימה לוותר לבעל על תשלום מזונות לה, ולעיתים אף לילדים, ובית הדין נותן תוקף של פסק דין להסכם. הגט ניתן - ואז פונה האישה לערכאות ותובעת מזונות בשם הילדים (בשמה היא אין אפשרות לתבוע מזונות לאחר הגירושין, אלא א"כ סוכם כי תקבלם) - ובית המשפט המחוזי מחייב את הבעל במזונות הילדים. או, כאשר מסכמים בני הזוג כי הבעל יקבל לחזקתו חלק מן הילדים, ולאחר שהגט ניתן פונה האשה לבית המשפט המחוזי בטענות שונות בדבר טובת הילד, ומבקשת כי, על אף המוסכם, יועברו גם ילדים אלו להחזקתה, והיא זוכה בדין. האם יוכל הבעל לטעון במקרה כזה כי הגט מוטעה, וכי הסכם הגירושין מהווה מעין גילוי דעת לנסיבות מתן הגט, ואם כן יש כאן תנאי המבטל את

המעשה של מתן הגט. והאם יש מקום לחשוב שהתוצאה תהא שונה אם בינתיים נישאה האשה לאחר, ואף הרתה לו.

התשובה לכך היא, כי בעוד שבכל מקח מצינו לעיל הלכה פסוקה כי אין צורך בתנאי מפורש - ובדברים שגוף הענין תלוי בהם לדעת חלק מבני האדם, מספיק גם גילוי דעת, כדי שהמקח יהא מותנה בקיומן של אותן הנסיבות - הרי שלגבי גט נפסקה ההלכה בשו"ע (אה"ע קלד, א):

צריך שיבטל כל מודעה קודם שיתן הגט. שאם מסר מודעה בפני שניים, ואמר "גט שאני רוצה ליתן לאשתי, דעו שאני אנוס ליתנו, ולכן אני אומר בפניכם שיהא בטל" - הרי הוא בטל, אף על פי שלא לקח בקנין.

לאמור, ניתן לשלול את תוקף הגט באמצעות מסירת "מודעה" בפני עדים בדבר העדרו של רצון ליתן גט. ואולם, אין להסיק העדרו של רצון שכזה מכללא, בלא אמירה פורמלית ומפורשת כאמור. בענין זה מצינו בבית-שמואל שם ס"ק א: "משמע מכל הפוסקים: דווקא שמוסר מודעה להדיא, אבל בגילוי דעת למסירת מודעה לא מהני." לאמור, בגט לא מספיק גילוי דעת. חומרת המעשה וכובדו מצריכים תנאי של ממש, באופן המפורש ביותר, כדי להפקיעו, ובלעדיו אין מבטלים את תוקף הגט.

2. ב"ח: גם גלוי דעת מועיל לבטל גט

בפתחי-תשובה (ס"ק א) תמה על הבית-שמואל "מאי קמשמע לן, הא פשיטא, דקיימא לן כאב"י בפרק השולח דגילוי דעת בגיטא לאו מילתה היא?" תירוצו הוא, שהבית-שמואל כיוון בזה לאפוקי מדעת הב"ח כאן, שמחלק דדווקא גילוי דעת לאחר מעשה כתיבת הגט לאו מילתה היא, אבל קודם מעשה כתיבת הגט מהני אפילו גמירות דעת שעושה באונס ... ועל זה כתב הבית-שמואל, דמכל הפוסקים לא משמע כן, אלא דגם קודם מעשה כתיבת הגט דוקא שמסר מודעה להדיא.

בפת"ש הביא עוד פוסקים הסוברים כב"ח, שבמקום שגילוי הדעת "בא לבטל מה שעתיד לעשות, מילתא היא - דאמרינן מה דעשה אחר כך עשה על דעת הראשונה."

לאמור, לדעת הב"ח ניתן להתלות את הגט בארוע מסויים - רק בטרם שהגט ניתן. כל עוד שהגט לא קיבל תוקף, ניתן לתלות את מתן התוקף בקיומן של נסיבות מסויימות, אף ללא דיני התנאים. אך משנעשה מעשה, וקיבל תוקף - צריך תנאי מפורש כדי להפקיע את תחולת הגט. לדעת הבית-שמואל לעומת זאת, אף בטרם שהגט מקבל תוקף מחייב, לא מועיל גילוי דעת, וצריך תנאי ממש בכל מקרה, כדי להפקיע את תוקפו.

נמצא לכאורה, כי לפי דעת הב"ח גילוי דעת בהסכם גרושין - שנעשה בטרם מתן הגט, והתולה את הגט בקיומם של שאר הסעיפים - יועיל לבטל את הגט שנעשה לאחר החתימה על הסכם הגרושין, משנתברר כי שאר סעיפי ההסכם לא בוצעו במלואם.²⁰ כדי לפתור בעיה זו נעיין בדברים החל ממקורם.

3. גם לדעת הב"ח צריכים אומדנא דמוכח

מקור סוגיית מקח טעות ביחס לגרושין מצוי בגיטין מה.ב. במשנה נאמר: "המוציא את אשתו משום שם רע (רש"י: שיצא עליה לעז זנות) - לא יחזיר; משום נדר - לא יחזיר." ובגמרא שם: אמר ר' יוסף בר מניומי אמר רב נחמן: והוא שאמר לה "משום שם רע אני מוציאך; משום נדר אני מוציאך".

לאמור, המגרש את אשתו משום שם רע שיצא לה בכל הנוגע לרמת מוסריותה, או מחמת נדר שנדרה ושקיומו מקשה לחיות עימה - אם גילה הבעל את דעתו בשעת הגירושין כי הוא מגרשה מחמת הטעם הזה, אזי, אף אם ימצא כי יסוד הדברים בטעות (כגון, שחכם התיר את הנדר; או שהתברר שהשם רע הופץ במכוון ע"י שקרן) - עם זאת לא יחזירנה, כדי שלא יהפכו בניה מנישואין אחרים ומאוחרים יותר לממזרים. ואולם, האופציה להחזירה - שנאסרה - עמדה לבעל, מכח יכולתו לומר כי אילו היה יודע שהדברים שהופצו לא נכונים או שניתן להפר את הנדר לא היה מגרשה. ואולם, אופציה זו עמדה לבעל רק אם בעת מתן הגט הוא אמר מפורשות מהו הטעם שמחמתו ניתן הגט. מכאן המקור שגילוי דעת לא מועיל בגיטין. זהו המקור לפסיקת הבית-שמואל, וכך מצינו גם בחידושי הרשב"א והר"ן על סוגיא זו ובשו"ת מהרש"ל סי' כה.

ואולם, גם מקור לשיתת הב"ח מצינו בסוגיא זו. הרמב"ן והריטב"א בסוגיא נוקטים כי גילוי דעת, שממנו מסיקים אנו כי הבעל מגרשה מחמת שם רע או מחמת נדר, מועיל לבטל את הגט. ואף שהבעל לא גילה את דעתו באופן ברור בשעת הגירושין כי הינו מגרש מסיבה זו, הרי שהדבר הוא בבחינת אומדנא מוכחת, שאינו מגרשה אלא על דעת כן. וממילא, כשיש שינוי נסיבות, מסתבר כי זהו מקח טעות והגט בטל.

20 אם כי לפי הסברנו דלעיל, ניתן לפרש נסיבות כדוחות את תוקף מעשה הקנין, כאשר המדובר בנסיבות הנוגעות לגוף המקח, כגון מתן גט בהסכם גרושין. אך הסכם הגרושין אינו נוגע לגוף המקח של מתן הגט, וממילא יש צורך בדיני התנאים ובמסירת מודעה מפורשת על כך, גם לדעת הב"ח.

דא עקא, שעיון בסוגיא האמורה מלמדנו יסוד חשוב בהתיחס לפסקו של הב"ח: גילוי דעת מועיל לבטל הגט (וכאמור לעיל, הדבר מועיל רק כל עוד שהמעשה לא קיבל תוקף) – אם הגילוי דעת הוא כזה שבאמצעותו נוצרה אומדנא דמוכח שרק על דעת כן ניתן הגט. סתם גילוי דעת, שאין בו אומדנא דמוכח – לא יועיל לכל הדעות לביטול הגט.

מכאן ניתן לכאורה להסיק, כי אם הופר הסכם הגירושין בדברים זוטרים, אף שבעת שנוהל המשא ומתן בין הצדדים לא הסכימו הצדדים לחתום על ההסכם, בלעדיהם – הרי מכיוון שבטלותם אינה יוצרת אומדנא דמוכח כי בלעדיהם אין רצונו של בן הזוג בגט, אזי לא יבטל הגט עקב כך ולא נוצר חשש כדעיל.

4. מחלוקת בדעת התוס' אם צריכים אומדנא דמוכח

מהתוס' שם ד"ה אי אמר, משמע שגילוי דעת אינו מועיל ביחס לגט אף באומדנא

דמוכח, "דאף על גב דבכמה דוכתי מהני גילוי דעת, הכא ליכא למימר הכי, מדבעי לר' מאיר תנאי כפול". לפי התוס', גם כאשר יש אומדנא דמוכח אין הגט בטל, והדבר היחיד שיש לחשוש מפניו הוא הלעז שיוצא על האשה. טעם הדבר לדברי מהר"ם אלשיך בשו"ת שלו סי' עה, ש"גילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא" (כדעת אביי בגיטין לד, א) – ואף שיש לכאורה לחלק (כמוכא בב"ח) כי דברי אביי אמורים בגילוי דעת לאחר מעשה בגט, ואילו גילוי דעת בשעת מעשה לא מוכח שם שלא יועיל – לא נקטו חילוק זה, משום שבגירושין וקדושין אין אדם עושה אותם אלא בהסכמה גמורה (שלא כסתם מקח). ולכן אם נתן גט – הרי שהדבר נעשה בכל מקרה אף ללא קשר לגילוי דעת (אלא אם התנה במפורש לפני כן).²¹

לעומת זאת, במחנה-אפרים (בסוף הלכות גרושין) חלק על דברי מהר"ם אלשיך הללו. לדעתו, אף לתוספות: אם נוצרה אומדנא דמוכח – יבטל המקח אף בגט. והמחלוקת היא רק כשלא נוצרה אומדנא דמוכח.

5. מה נחשב בהסכם גרושין כאומדנא דמוכח?

לסיכום סוגיא זו במסכת גיטין נמצאנו למדים:

21 בעין-יצחק (השני) סי' לז מבואר עוד כי גילוי דעת לא מועיל לבטל גט, שכן בקדושין ובגיטין תוך כדי דיבור לאו כדיבור דמי, ומשום כך נחשב גילוי הדעת לאמירה לאחר המעשה, ולכן אין הוא מועיל. רק בשבועה מועילה חזרה בתוך כדי דבור (כדעת הרמב"ם בהל' שבועות פ"ב), אך בגט לא מועילה חזרה אף תוך כדי דיבור, שכן בקדושין ובגירושין אדם אינו טועה, ואינו עושה אותם מלכתחילה אלא אם-כן גמר בדעתו לעשותם לאחר שיקול דעת שעשה בכובד ראש. משום כך, לא ניתן לטעון לטעות, אף לא באמצעות גילוי דעת היצר אומדנא דמוכח.

לשיטת רש"י: יש צורך בתנאי ברור כדי להביא לביטול הגט, ובלעדיו אין חשש לבטלותו.

לפי שיטת הרמב"ן והריטב"א: מועיל אף גילוי דעת, ובלבד שהמדובר באומדנא דמוכח כי הגט תלוי בנסיבות מסוימות אלו.

לפי מהר"מ אלשיך: לתוספות אין אף פעם חשש של ביטול הגט, מחמת מקח טעות, אלא אם כן היה הגט מותנה בתנאי באופן ברור ומפורש. גילוי דעת אינו מועיל, אף כשהוא קיים לפני שהגט קיבל תוקף, ואף כשנוצרת אומדנא מוכחת.

לפי מחנה-אפרים: גילוי דעת היוצר אומדנא דמוכח מבטל את הגט לדעת תוספות, כמו גם לדעת הרטב"א והרמב"ן. אך בגילוי דעת שאינו יוצר אומדנא דמוכח אין הגט בטל. ואולם - לדעת מחנ"א - שם רע ונדרר כעילות לגט אינם נחשבים לאומדנא דמוכח.

ומכאן עולה שבהסכם גרושין יהיה הדין כדלהלן:

לשיטת רש"י - ולפי מהר"מ אלשיך גם לשיטת תוספות: בטלות ההסכם אינה גוררת בטלות הגט, שכן אף אילו היה בהסכם כדי להוות אומדנא דמוכח, שרק מחמת האמור בו ניתן הגט, אין הדבר מספיק כדי להביא לבטלותו של הגט. לשיטת מחנה-אפרים: גילוי דעת שיש בו כדי להוות אומדנא דמוכח מועיל לבטל גט. ואולם, מכיון שאף שם רע כי האישה שירכה דרכיה ונדרר שנדרה האישה, העושה את החיים עימה קשים מנשוא, אינם מהווים אומדנא דמוכח, כי רק מחמתם ניתן הגט, הרי שהסכם גרושין ברוב הנסיבות, מקל וחומר שלא יחשב לאומדנא דמוכח, כי רק מחמתו ובתנאים אלו ניתן הגט.²² וממילא הפרת הסכם הגרושין לא תביא לבטול הגט.

ועם זאת, נותר מקום לחשש - לפי מהר"מ אלשיך, ששם רע ונדרר הם אומדנא דמוכח; ולפי שיטת הרמב"ן והריטב"א, שבכהאי גוונא מועיל גילוי הרעת לבטל גט - הרי שיתכן כי גם הסכם הגרושין ייחשב לדידם לאומדנא דמוכח, לפיו בלי קיומו של הסכם הגרושין לא היה הבעל מגרש, כשם שנדרר ושם רע מהווים אומדנא דמוכח (כך, למשל, סביר להניח כי אילו היה הבעל יודע כי לאחר גרושיו יאבד את החזקת ילדיו - לא היה נאות ליתן את הגט). ואם כן משבטל

22 נכון כי הצדדים התמקחו וסרכו לגרש ולהתגרש ללא תנאים אלו שבהסכם, אך סוף סוף כוונתם להיפרד זה מזה, וכל המשא ומתן שערכו והסרוב לגט לא נבע מכך שבלי תנאים אלו חפצי נשואין זה לזה הם - אלא מפני שרצונם היה להיטיב את תנאיהם בעת הפירוד. אך ספק אם ניתן לומר שבלי ההסכם אין גט, ואם כן אומדנא דמוכח (מקום שבו אף שם רע ונדרר אינו אומדנא דמוכח) בודאי שאין כאן.

הסכם הגרושין עקב הפרתו ע"י האישה, מתעורר הספק, האם הסכם הגרושין מהווה גילוי מילתא, העולה כדי אומדנא דמוכח ביחס לרצונו ליתן את הגט, רק בתנאי שימלאו תנאי ההסכם; ומשלא מולאו תנאי ההסכם - הגט בטל. לנוכח ספק זה, הקיים לדעת מקצת מן הפוסקים, ביחס לסעיפים המהותיים בהסכם הגרושין, נמשיך להבהיר את הענין תוך עיון בהלכה הנ"ל בנושאי הכלים של השולחן-ערוך.

6. בעצם מתן הגט יש משום ויתור על קיום ההסכם

בפתחי-תשובה הנ"ל מובאת גם דעת בינת-אדם בקשר לגט אשר סידרו הסמ"ע בווינא. לאחר דיון בסוגיית תוקפו של גילוי דעת ביחס לתנאי (שאינו עומד בדרישות הפורמליות של דיני התנאים) מסיק בבינת-אדם: "ומכל שכן עכשיו שהבעל מבטל כל מה שיזיק לבטל הגט". לאמור, לדעת בינת-אדם, המנהג הקיים בזמן הזה להכריז בעת סידור הגט כי הבעל מבטל כל עיכוב שיש בו כדי ליצור בטלות בגט, מועיל גם כדי שלא יתבטל הגט עקב מקח טעות. לפי דעה זו אין הבעיה של בטלות גט עקב הפרת הסכם הגרושין מתעוררת מדעיקרא.

ואולם, בפתחי-תשובה עצמו השיג על בינת-אדם: לדעתו, מקום שבו התנאים לגט הם עתידיים ("תנאי דלהבא"), ולא ברור לנותן הגט בעת נתינתו כי התנאים אכן יקוימו כמובטח - והוא ציינם בבירור בעת שחתם על הסכם הגרושין, אך לא חזר על כך בעת מתן הגט - הרי שבכך גרם לאי תלות של הגט בקיומם של תנאים אלו, "וביטל תנאי הראשון". רק מה שנותן הגט סבור כי כבר בוצע בודאות (ושהינו כמונח בכיסו) עלול לסכן את הגט ולעשותו לגט מוטעה. במקרה זה הבעל לא חזר על התנאי, שכן יצא מתוך הנחה פשוטה כי התחייבויות אלו כבר בוצעו.

נמצאנו למדים, כי בהסכם גרושין - שבו כל ההתחייבויות הן עתידיות - הרי שלדעת בעל פתחי-תשובה, כיון שבעת מתן הגט לא היתנה הבעל שוב מפורשות כי הגט תלוי בקיום ההסכם לפרטיו, הרי שהפרת ההסכם אינה גוררת בטלות הגט.

נמצא כי הבעיה אינה מתעוררת מכמה סיבות:

או מכיון שצריך תנאי מפורש, וגילוי מילתא בעלמא אינו מועיל (אף שהוא עולה כדי אומדנא דמוכח);

או מכיון שבמקרה דנא אין אומדנא דמוכח, ולכן צריך אמירה מפורשת; או מכיון שהאמירה בטרם מתן הגט, בדבר הסרת כל העיכובים והמניעות לחלות הגט, מועילה כדי לבטל גם מניעות מכח הדין של מקח טעות;

או מכיון שהבעל לא חזר בעת מתן הגט על התנאים שאותם פרט בהסכם הגרושין, ובכך הפך את הגט למעשה אוטונומי, בלתי מותנה.

7. ממון אינו אומדנא דמוכח לביטול הגט

אולם, דומני כי אף ללא קיומן של כל הסיבות הנ"ל, אין מקום לטעון לבטלות הגט עקב הפרת הסכם הגרושין, שכן אין לומר על הסכם גרושין כי הינו בגדר תנאי לחלות הגט.

כך מוצאים אנו בבינת-אדם בשער בית הנשים סי' לב בנוגע לאדם שקודם שנתן גט לאשתו נתפטר עמה שתשליש עבורו חפצים מסוימים בידי נאמן. לאחר מתן הגט גילה הבעל כי רומה, ובמקום החפצים המסויימים שהוסכם עליהם, הופקדו נכסים פחותי ערך. עקב כך חפץ הבעל לבטל את הגט. תשובת בעל בינת-אדם היא, שהגט אינו בטל,

שאינן מן הסברה שיגרש אשתו בשביל ממון שנותנים לו, ומי ראה כזאת?! אלא בודאי שבלאו הכי היה מן ההכרח לגרש, יהיה מאיזה טעם שיהיה, רק כל מה שיכול להוציא ממון עושה תחבולות, ואנן סהדי שלא בשביל זה הוא מגרשה. כיון שנתן לה גט, על כרחך גמר ומגרש לה בלא פקפוק.

אכן, בבינת-אדם התייחס דק לנושאים ממונייים, אשר לגביהם יש לו אומדנא הפוכה, לפיה אין אדם נותן גט מחמת סיבות ממוניות, אלא מחמת חוסר ההתאמה בין בני הזוג והסכמתם להיפרד זה מזה. ואולם, לכאורה דברים אלו נכונים גם ביחס לסעיפים מהותיים, כגון החזקת ילדים וכיו"ב. נמצאנו למדים כי בטלות הסכם גרושין אינה גורמת לבטלות הגט ולהגדרתו כגט מוטעה, ואין שום הכרח משום כך להקדים את ביצוע הסכם הגרושין למתן הגט.

עם זאת נותרה בעינה המלצתנו דלעיל, להתחיל לבצע - ולו פרט זוטר - לפני מתן הגט - כדי שלא יחשב הסכם הגרושין כתלוי במועד נתינת הגט, וכדי שלא יוכל צד שסיכל את מתן הגט להסתמך על מעשיו כדי לטעון שהסכם הגרושין עדיין לא חל ולא קיבל תוקף. התחלת ביצועו של הסכם הגרושין תועיל גם כדי לכסס את הטענה כי הסכם הגירושין והגט הם שני דברים אוטונומיים, שאינם תלויים זה בזה.

מכאן, כי בעל הרוצה להבטיח את קיום הסכם הגרושין ע"י האשה, צריך לפרש (ובצורה הפורמלית ביותר של דיני התנאים) בעת מתן הגט, כי תוקף הגט תלוי בקיום נאות של הסכם הגרושין ע"י האשה. אך לנוכח החששות הכבדים שתנאי שכזה מעורר (איסור אשת איש וממזרות), ספק אם בית הדין יאפשר לבעל בעת

סידור הגט או עשיית השליח לכתיבתו, ליצור התניה שכזו; ובהעדרה יהא הגט תקף על אף הפרת הסכם הגרושין.

טז. סיכום ומסקנות

- מכל האמור נוכל לפרט את מסקנותינו כדלהלן. למותר להזכיר, שמסקנות אלו אינן אלא בבחינת בירור ההלכה, ולא קביעתה.
- א. הפרת הסכם הגרושין לאחר שניתן הגט אינה גוררת בטלות או חשש בטלות של הגט עקב מקח טעות. כמובן שעדיף להסדיר עניינים אלו בטרם מתן הגט. ואולם, אין הכרח לעשות כן כדי למנוע בטלות הגט, במקרה שלאחר מכן יופר הסכם הגרושין.
 - ב. כשמקח מותנה בארוע מסויים הנוגע לגוף המקח - אין זה תנאי אלא דחיית מועד חלותו של המקח עד לקיום הארוע האמור.
 - ג. אם הסכם הגרושין חל לפני מתן הגט, אין הצד שגרם לאי נתינתו של הגט יכול לטעון כי ההסכם כולו בטל, עקב שינוי הנסיבות שארע בכך שלבסוף לא ניתן גט. ואולם, הוא יוכל להעלות טענה זו אם ההסכם לא חל עדיין, ומועדו יהא מעת מתן הגט. משום כך המלצנו לקבוע, ולו סעיף אחד מן ההסכם שתחולתו הינה עוד קודם למתן הגט. עדיף כי הסעיף שבו מדובר, ושיחול עוד קודם מתן הגט, יהא בענין זוטר ולא בנושא מהותי. זאת מכיון, שכפי שראינו, רק אי מתן הגט מהווה עילה לביטול המקח מדין מקח טעות, אך אם חלק אחר מהסכם הגרושין לא יבוצע לא יהא בכך בהכרח כדי להחשב לתנאי בקיום המקח. ומכיון שהמדובר בשינוי נסיבות שארע לאחר שנעשה מעשה קנין בר תוקף ביחס לאותו ענין שכבר בוצע, הרי שאת שנעשה אין להשיב.
 - ד. תוקפו של הסכם גירושין תלוי במועד תחולתו - בדרך כלל: בקיום הגט. לאמור, כל עוד שלא ניתן גט, לא הגיע מועד תחולתו של הסכם הגרושין. משום כך אף הצד שכגרמתו לא ניתן הגט יכול לטעון כי הסכם הגרושין נעדר תוקף. עם זאת, לדעת התוספות בכתובות מז,ב אין הבדל בין תנאי לתחולת ההסכם לבין אומדנא שהמקח חל רק בקרות ארוע מסויים - וממילא, גם במקרה של מקח שטרם נכנס לתוקף מנוע הצד שגרם לכך, ושבידו לתקן הפגם, לטעון כי המקח הינו נעדר תוקף.
 - ה. לדעת הגודע-ביהודה גם אם הוחל בביצועו של הסכם הגרושין - אם לאחר מכן לא ניתן הגט, ניתן להשיב אף את מה שכבר ניתן. לשיטה זו בודאי שעדיף להקדים את ביצוע חיובי הסכם הגרושין למתן הגט.

- ו. אם הסכם הגרושין מנוסח כך שויתורי הצדדים בתחום הממוני נראים שקולים זה כנגד זה, אין לראות את הויתורים כתלויים במתן הגט – ולהיפך.²³ במקרה זה ההסכם חל עוד טרם שניתן הגט, ולא ניתן לומר כי ההסכם מקבל תוקף רק בעת מתן הגט. מתן גט יהא תנאי להסכם הגרושין, ולא מועד לתחולתו; והצד שגרם לאי מתן הגט לא יוכל לסמוך על כך ולבטל את ההסכם כולו.
- ז. יש נסיבות שבהן הסכם הגרושין לא יהיה תלוי במתן הגט – אף לא כתנאי. אם הזמן לקיום ההתחייבויות נקבע מראש ללא התליתו במתן הגט (ויש להקפיד בניסוח בענין זה), לא תועלה סברה שתחולת הסכם הגרושין תלויה במתן הגט, לא כקביעת מועד לתחולה ואף לא כתנאי לתחולה.
- ח. אם הועבר בפועל חפץ מסויים במסגרת הסכם הגרושין, אין להשיבו מחמת אי קיום סעיף אחד מהסכם הגירושין; וצריך תנאי מפורש כי הדברים תלויים זה בזה (רק אם לא ניתן גט – יש מקור לטענת מקח טעות מכח גילוי מילתא אף בלי צורך בתנאי מפורש). שכן לעיתים רבות המקח חל כבר, והמדובר בשינוי נסיבות הנוצר לאחר מכן, ללא שיסתבר כי זו היתה המציאות כבר בעת מתן הגט.
- ט. לדעת רוב הפוסקים (מלבד הנודע-ביהודה) כשם שלהתחייבות ליתן גט אין תוקף מחייב, כך אין תוקף לשאר הסנקציות הנלוות להתחייבות כאמור.
- י. הלכה פסוקה היא כרב נחמן – לפיו "קני את וחמור – קנה מחצה". מאידך, הלכה פסוקה היא כי בקידושין של קבוצת נשים, אי תחולת הקדושין ביחס לחלק מן הקבוצה מפקיעה את תחולת קדושי כל הנשים.
- יא. לדעת רוב הראשונים: הכללת קנין שאינו בר תוקף עם קנין שאין מניעה לחלותו ולתוקפו, מבטלת את כל מעשה הקנין. אך אם הקניינים מנוסחים בנפרד ואינם תלויים זה בזה, הרי שהעדר גמירות דעת ובטלות החלק האחד אינה מבטלת את רעהו.
- יב. לדעת הר"ן: אין משמעות לניסוח אלא לגמירת דעת הנאמדת לפי דעת רוב בני אדם. הקניה לשני קונים – בטלה מקצתה לא בטלה כולה, כי יש גמירות דעת להקנות לשני, אף כשאין גמירות דעת להקנות לראשון. לעומת זאת, בהקניית שני מושאי קניין – בטל האחד בטל רעהו, בהעדר גמירות דעת בכל מעשה הקנין.
- יג. לדעת קצות-החשן: אין משמעות לניסוח – וגם קיומה של גמירות דעת לא תועיל – כשבטל מקצת מן הקנין. בקנין לשני בני אדם – הקנין הוא מעשה

23 הדבר מחזק את סברת בעל בינת-אדם (לעיל טו/ז) ועשוי להועיל אף בתחום זה – שלא יהיה חשש של מקח טעות ביחס למתן הגט עקב אומדנא דמוכח כי הגט ניתן רק על דעת קיומם של סעיפים מסוימים בהסכם הגרושין.

- בר תוקף; ולכן, אף שהמקח לאחד בטל, הרי שהמקח לשני קיים. לעומת זאת בהקנייה של שני מושאי קניה במעשה קניין אחד, הרי שהמעשה הוגדר בחלקו כנעדר תוקף, ולכן הקניין כולו בטל.
- יד. כשלא ברור כי יש שני מושאים למקח, בטלות האחד לא תפגום בחלות השני (נודע-ביהודה).
- טו. לדעת הכל - קנין שאינו בר תוקף מלכתחילה גרוע מקנין שחל ובוטל לאחר מכן.
- טז. יתכן כי בהתחייבות למתן גט - אין המתחייב נעדר גמירות דעת, שכן אין זה ברור לו בעת ההתחייבות כי פעולתו נעדרת כל תוקף. ואולם, אם הוא מודע לכך, הרי שהתוצאה תהא:
1. לפי רוב הראשונים: חלוקת החוזה לפרקים אוטונומיים תגרום לכך שבטלותו של סעיף זה לא תגרור בטלות ההסכם כולו.
 2. לדעת הר"ן: לא יועיל הדבר, והכל תלוי בדעת רוב בני אדם ולא בניסוח.
 3. לדעת קצות-החשן: בכל מקרה, בטלות של חלק אחד מן המקח גוררת את בטלותו הכוללת של המקח, ללא קשר לגמירות דעת.
- יז. לדעת הראב"ד ורוב הראשונים: פגם זה של בטלות ההתחייבות ליתן גט הכלולה בהסכם הגרושין, ניתן לתיקון על ידי ניסוח של הסכם הגרושין בדרך של פרקים פרקים בעלי חלות אוטונומית, שאז העדר גמירות דעת לסעיף אחד אינה גוררת בטלות ההסכם כולו.
- יח. מתן תוקף של פסק דין להסכם גרושין - מהווה מעשה קנין נוסף וחיזוק לגמירת הדעת. ועם זאת, כשפסק הדין מאשר הסכם שהינו נעדר תוקף, יש להסתפק האם גם למעשה נוסף זה אין גמירות דעת, והאם לא חל פגם בתחולת הקנין.
- יט. לדעת הרמ"א: התחייבות למתן גט מעוררת חשש של גט מעושה. משום כך לא יאשר בית הדין בדרך כלל הסכם שיש בו סעיף שכזה, ובכך מוסרת אבן הנגף הנזכרת למתן תוקף מחודש להסכם הגרושין שבטל מקצתו (עקב בטלותו של סעיף ההתחייבות ליתן גט), מכח הפניה לאישורו ע"י בית הדין, במתכונת שאינה כוללת את הסעיף הבטל, בענין מתן הגט.
- כ. לכולי עלמא (אף לשיטת הרמ"א): להתחייבות ליתן גט אין כל תוקף מחייב.
- כא. לדעת תרומת-הדשן: להתחייבות ליתן גט אין תוקף מחייב. ועם זאת יש גמירות דעת לכל שאר מרכיבי המקח, שכן סתם אדם אינו יודע כי לסעיף כאמור אין תוקף (ולכן יש חשש גט מעושה). הדבר מביא לבטלות המקח כולו, לשיטת תה"ד, שכן מקח שבטל מקצתו בטל כולו, לא מחמת

פגם בגמירות דעת, אלא מכיון שמעשה המקח מוגדר כמעשה נעדר תוקף (כשיטת קצה"ח דלעיל).

כב. לכן לדעת תרומת-הדשן אין להכניס סעיף התחייבות ליתן גט בהסכם הגרושין, שהרי סעיף שכזה מסכן את תחולתו של כל ההסכם; ובנוסף - לדעת הרמ"א - הוא עלול לגרום לפסלותו של הגט, אם ינתן, מדין "גט מעושה".

מהותו של תנאי במשפט העברי*

א. השאלות הבסיסיות

1. קיומו של מקח מותנה אינו דבר מובן מאליו בעולמה של הלכה. זהו חידוש שחידשה התורה, והוא נלמד מן התנאי שהתנה משה עם בני גד ובני ראובן (במדבר, פרק לב' פסוקים כ'-כג'). ומכיוון שמדובר בחידוש הרי שאין לך בו אלא חידושו עד כי במסכת קידושין דף סא' ע"א מצאנו: "ר' מאיר אומר, כל תנאי שאינו כתנאי בני גד ובני ראובן אינו תנאי". כלומר, כל תנאי שאינו ערוך בדיוק במתכונת התנאי שערך משה עם בני גד ובני ראובן - אינו תופס, והמקח חל באופן בלתי מותנה.

2. בהתאם לכך מצינו במסכת כתובות דף ע"ד ע"א כי לא ניתן לערוך חליצה מותנית, מכיוון שחליצה לא ניתן לבצע ע"י שליח, ואילו התנאי בענין בני גד ובני ראובן התייחס למעשה שנעשה ע"י שליח. זהו הכלל הידוע "מילתא דליתא בשליחות - ליתא בתנאי". הדברים מבוארים ברש"י שם, ד"ה "ע"י שליח":
 "שהרי משה ציווה ליהושע לתת להם את הארץ, שהיה שלוחו של משה, ונתנה להם - אבל חליצה אי אפשר לקיימה ע"י שליח... הלכך לאו תנאה הוא לבטל החליצה".

נמצאנו למדים כי מכיוון שכתנאי בני גד ובני ראובן בוצע התנאי במעשה שניתן לעשותו ע"י שליח, הרי שכל מעשה שהינו שונה מן המקרה של בני גד ובני ראובן ואשר אין אפשרות לבצעו ע"י שליח - אינו נכלל בגדר גזירת הכתוב שממנה נלמדים דיני התנאים, וממילא אין אפשרות לעשותו באופן מותנה.

כלל זה ממחיש עד כמה מדובר בגזירת הכתוב, שחידשה את דיני התנאים, שהרי אין כל קשר סיבתי בין האפשרות לבצע פעולה ע"י שליח לבין האפשרות לבצעה באופן מותנה, ואלו שני נושאים שאינם תלויים זה בזה. ראייה לכך, שאין קשר סיבתי בין היכולת להתנות לבין היכולת למנות שליח, מצינו בקידושין ביאה, שאין כמובן כל אפשרות לבצעו ע"י שליח, ובכל זאת ניתן להתנות עליהם, לנוכח קיומו של מקור להלכות תנאים

* פורסם ב"מג"ל", המכון הגבוה לתורה, אוניברסיטת בר-אילן, חוברת לשנת תשנ"ו.