

תיק ערעורים ער/טז/47

תיק ערעור נגד טז/71

מס' תע"מ  
1234567

מס' תע"מ  
1234567

## בבית הדין הרבני הגדול

בפני כב' הדיינים: כ"ג הראשל"צ הרב הראשי לישראל יצחק נסים — נשיא

הרבנים י. ש. אלישיב, ב. זולטי

בענין:

המערער-המשיב: הבעל א. (ב"כ עו"ד גייגר)

נגד:

המשיבה-המערערת: האשה ב. (ב"כ עו"ד יהודאי)

ערעור-על פס"ד הדוחה את בקשת האשה לחייב את הבעל בתשלום 500 ל"י לחודש עבור מזונות בהתאם להתחייבותו אם יתחרט לתת לה גט — התחייבות לקנס על אי קיום הסכם גרושין אם זה מחייב — ערעור הבעל על פס"ד הדוחה את בקשתו להפחית מסכום המזונות שחויב, והדוחה את בקשתו לבטל את צו עיכוב נסיעה שהוצא נגדו מתוך חשש שיעגן את האשה.

### מסקנות

א. בעל שהתחייב לתת גט לאשתו ואם יתחרט ישלם קנס.

(1) אם התחרט ונתן את הגט מתוך אינס הקנס, הגט הוא פסול משום גט מעושה.

(2) אם לא התחרט ולא שיבה את דעתו מלגרש הגט כשר.

(3) לכתחילה אין לאשר הסכם של גירושין אשר בו מתחייב הבעל בקנס אם יתחרט מלתת את הגט.

ב. התחייבות מצד הבעל לשלם קנס אם לא יתן גט והתחייבות מצד האשה לזון מכספה; וא את ילדיהם המשותפים אם תסרב לקבל את הגט, אינן מחייבות אותם הואיל וזה "אסמכתא".

ג. כדי לסלק טענת אסמכתא דרושים שלשה דברים: הקצאה מעכשיו, קנין, ושהקנין יעשה בפני בי"ד חשוב.

ד. הקצאה "מעכשיו" מוציאה מסלל אסמכתא רק כשהקנה לו קרקע או מטלטל מעכשיו בתנאי... אבל בהתחייבות מעכשיו והתחייבות קשורה ותלויה בתנאי, גם אם התחייב מעכשיו אם לא יקיים את התנאי, הרי זה לא יצא מכלל אסמכתא.

ה. בהתחייבות הדדית ששניהן מתנין זה כנגד זה, לפי שיטה אחת לא הוי אסמכתא,

דאגב דבעי למיקני גמר ומקני. לפי שיטה שניה גם כששניהן מתנין זה כנגד זה

הרי זו אסמכתא.

ו. למעשה אין להוציא מיד המוחזק בהתחייבות הודית כיון דלשיטה אתה הרי זו אסמכתא.

ז. גם לשיטה כששניהן מתנין זה כנגד זה לא הוי אסמכתא, זה רק היכא שקיום התנאים אינו לגמרי בידם, אבל אם לצד אחד בידו לגמרי לקיים את התנאי — כמו במקרה הנדון שביד האשה לא להתחרט ולקבל את הגט, א"כ ההתחייבות שלה היא כן אסמכתא ולא קנה הצד השני, ושוב אין לומר אגב „דבעי למקני גמר ומקני“ יוצא שגם ההתחייבות שלו, אף שאין בידו לגמרי לקיים את התנאי, הרי זו אסמכתא ולא קנה.

ח. קביעת גובה סכום המזונות תלוי בדרך כלל בשקול דעת ביה"ד אשר לפניו התדיינו הצדדים, ואין לביה"ד הגדול להתערב בדבר, אם יש להניח שביה"ד האזורי מכיר את מידת צרכיהם ומידת יכולתם של הצדדים.

## פסק-דין

לפנינו ערעור וערעור נגדי על פסק דין של ביה"ד האזורי חיפה, מיום א' בכסלו תשט"ז תיק מס' שי"ד/904.

העובדות אשר עליהן מסתמך פסק הדין הם:

הצדדים הם זוג נשואים עשרים ואחד שנה ולהם שלשה ילדים. הבעל הוא קבלן ידוע בחיפה. בשנת תשי"ד עזב הבעל את משפחתו והגיש תביעה לגרושין, האשה דרשה שלום בית. לפי דבריה עזב הבעל את הבית בהשפעת אשה זרה אשר גר אתה בדירה אחת. ביום כ"א בשבט תשי"ד הוציא ביה"ד האזורי בחיפה צו עכוב בסיעה נגד הבעל, שאסור לו לעזוב את הארץ עד להוראה חדשה.

לאחר סכסוכים ומשפטים נחתם בין הצדדים ביום ח' טבת תשט"ו הסכם לגרושין, ואלה סעיפי ההסכם:

1. הצדדים נפרדים זה מזו בגט פיטורין כדין תורה.
2. לפני הגט ולא יאוחר מיום 1.3.55, ישליש הבעל בקופת ביה"ד סך 7.000 ל"י במזומנים שימסרו לאשה עם קבלת הגט.
3. לפני הגט ישליש הבעל בקופת ביה"ד 15 שטרות על סך 200 ל"י כל שטר... כל זה ימסר לאשה עם קבלת הגט.
4. שלשת הילדים... נשארים לפי שעה בחזקתה של האשה, והבעל האב ישלם לאשה בעבור החזקתם סך 250 ל"י לחדש.
5. מוסרים לבית"ד את ההכרעה בדבר גובה המזונות בעבור הילדים והאשה, מתאריך הגשת הבקשה על ידי הבעל להורדת המזונות ועד יום סדור הגט בפועל.
6. אם הבעל יתחרט מלתת גט בהתאם להסכם הנ"ל, הוא מתחייב לשלם לאשה למזונותיה ומזונות הילדים סך 500 ל"י לחדש.
7. אם הבעל יקיים ההסכם הנ"ל והאשה תתחרט מלקבל גט, מאבדת האשה את זכויותיה לרבות מזונות הילדים, ותהיה מחוייבת להחזיקם בלי לדרוש מהבעל שום דבר.

הצדדים חתמו על ההסכם בפני ביה"ד, ולפי בקשתם אישר ביה"ד את ההסכם בתור פסק-דין. לפי דברי ב"כ הצדדים ההסכם נוסח ע"י ביה"ד בעצמו.

בהתאם לסעיף 7 בהסכם הנ"ל, שמוסרים לביה"ד ית ההכרעה בדבר גובה המזונות שעל הבעל לשלם לאשה עד סידור הגט, החליט ביה"ד האזורי ביום כ"ו בטבת תשט"ו, שהחל מיום 1.10.54 עד סידור הגט בפועל, על הבעל לשלם לאשה למזונותיה ומזונות הילדים סך 300 ל"י לחדש.

הגט לא יצא לפועל, הואיל והבעל לא השליש בקופת ביה"ד את הסכום שהיה עליו להשליש בהתאם להסכם הגירושין.

האשה הגישה בקשה לביה"ד האזורי, להוציא פסק-דין המחייב את הבעל בתשלום מזונות בסך 500 ל"י לחדש בהתאם לסעיף 8 מהסכם הגירושין.

לעומת זאת הגיש הבעל בקשה, לדחות את סידור הגט למשך ששה חדשים, הואיל ולפי דבריו נשתנה מצבו הכספי ואין בידו לקיים את התחייבותו, ולבטל את צו עכוב הנסיעה שהוצא נגדו, כדי שיוכל לנסוע לטורקיה לקבל שם עבודה בתור קבלן, ואז יוכל לקיים את התחייבותו להשליש את הסכום בהתאם להסכם הנ"ל. כמו כן הוא מבקש להוריד מסכום המזונות שעליו לשלם לאשה חלקו של הבן שבינתיים התגייס לצבא.

ביה"ד האזורי, לאחר שדן בבקשות הצדדים, הוציא פסק דין ביום א' בכסלו תשט"ז ובו הוא דוחה את בקשת האשה. וטעמם ונימוקם הוא:

"מאחר שבהסכם מיום ה' בטבת תשט"ז סעי' 8 כתוב: אם הבעל יתחרט מלתת הגט בהתאם להסכם הנ"ל הוא מתחייב לשלם לאשה למזונותיה ולמזונות הילדים סך 500 ל"י, אם כן חיוב המזונות בסך 500 ל"י חל במקרה והבעל מתחרט מההסכם, כאן טוען הבעל שהוא לא התחרט מההסכם ומוכן כל רגע לקיים את ההסכם אלא שמפאת הרס מעמדו הכלכלי... אין הוא יכול להשיג הכסף... והאשה לא הוכיחה שאמנם מתחרט הבעל מלקיים ההסכם, לכן מחליט ביה"ד כי אין להוציא פס"ד על תשלום מזונות בסך 500 ל"י כדרישת האשה".

בנוגע לבקשת הבעל להורדת המזונות מסך 300 ל"י לחדש, הואיל והבן התגייס לצבא ולא נמצא בבית, החליט ביה"ד להוריד רק סך 30 ל"י לחדש. סכום המזונות נקבע החל מיום ד' תשרי תשט"ז בסך 270 ל"י לחודש, וזה בהתחשב שהאשה נמצאת עם שתי הילדות, ואחת חולה בשיתוק ילדים וזקוקה לטיפול מיוחד העולה בהוצאות מרובות וכן עלה מדד יוקר המחיה מאז שניתנה ההחלטה על סכום של 300 ל"י לחודש.

ואשר לבקשת הבעל לבטל את צו עיכוב הנסיעה שהוצא נגדו, החליט ביה"ד לדחות את בקשתו, הואיל וקיים חשש עיגון אם יעזוב את הארץ לפני שיתן הגט ויבטיח את מזונות הילדים.

על פסק-דין האמור הוגש בפנינו ערעור מצד הבעל, וערעור נגדי מצד האשה. ב"כ הבעל המערער טוען, שיש לבטל את צו עכוב הנסיעה שהוצא נגד הבעל, הואיל והבעל אינו רוצה לעגן את האשה ולהשאיר את הילדים בלי מפרנס. הוא מוכן להבטיח את מזונות האשה והילדים, לזמן העדרו מן הארץ, ע"י ערב בטוח. הוא מוכן כמו כן להבטיח את זכויות האשה לפי ההסכם הנ"ל, במקרה והוא לא יחזור לארץ למועד אשר יקבע ע"י ביה"ד.

כן דורש הבעל המערער להפחית מסכום המזונות שחויב לשלם עבור מזונות האשה והילדים, כי אין ביכלתו כיום לשלם יותר ממאתיים ל"י לחדש.

ב"כ האשה השיב, שהאשה מתנגדת בכל תיקף לבטל את צו עיכוב הנסיעה שהוצא נגד הבעל, מפני שהיא חוששת שהיא תשאר עגונה וילדיה בלי מפרנס, כי לכי דבריה יש חשש שהבעל יעזוב את הארץ עם האשה הזרה שהוא גר אתה, ושוב לא יחזור לארץ, והיא תשאר עגונה.

בנוגע לדרישת הבעל להפחית מסכום המזונות שקבע ביה"ד האזורי, טוען ב"כ האשה שגם כיום הבעל הוא איש אמיד ומנהל עסק, ויש ביכלתו לשלם את הסכום של 270 ל"י לחדש למזונות האשה והילדים כפי שנקבע ע"י ביה"ד האזורי, והוא פסק-דין צודק, ונקבע לפי שיקולים יסודיים, ואין למצוא כל פסול בשיקולים אלה, ובמיוחד בהתחשב עם ההוצאות המיוחדות לטיפול בילדה החולה.

לעומת זאת הגישה האשה ערעור נגדי, ודורשת לחייב את הבעל בסך 500 ל"י לחדש עבור מזונות, בהתאם לסעי' 8 של ההסכם הנ"ל "שאם הבעל יתחרט מלתת גט... הוא מתחייב לשלם לאשה למזונותיה ומזונות הילדים סך 500 ל"י לחדש".

ב"כ האשה המערערת טוען: ביה"ד האזורי לא צדק בזה, שפירש את ההסכם "אם הבעל יתחרט", שהכוונה היא חרטה בלב, כלומר שהוא חוזר מהסכמתו לתת גט, ולתת את הסכום שהתחייב, ואחרי שהבעל טוען שהוא לא התחרט, וגם עכשיו רצונו לקיים את כל הכתוב בהסכם הנ"ל אלא הוא טוען טענת "אין לי" זה לא נקרא שהתחרט מההסכם. פירוש זה אינו נכון, התחייבות הבעל היתה מוחלטת ובלתי מסוייגת, מה שנאמר בהסכם "אם הבעל יתחרט"... הכוונה היא שאם לא ישלש את הסכום עד 1.3.55, הרי זה נחשב כמתחרט, דהיינו שבמקרה ותבעל לא ישלש במועד את אשר קיבל עליו, כמוהו כמתחרט מן ההסכם ועליו לשאת בחיובי התוצאות.

והנה לפני שנתחיל לדון בגוף הערעור של הבעל, ובערעור הנגדי של האשה, עלינו ראשית להעיר שלכתחילה היה לבית"ד להמנע מלאשר הסכם של גירושין, אשר בו מתחייב הבעל בקנס, במקרה שיתחרט מלתת את הגט, דכתוב בתשובת הרשב"א מובא בב"י אה"ע סימן קל"ד:

שאלה: "ראובן בעל לאה וקורבי לאה היו בהסכמה שיגרש ראובן את לאה אשתו ונאותו זה לזה בקנס אלף דינר ושיגרש לזמן קבוע ואח"כ נתחרט ראובן ומיאן בדבר והללו מתרין בו מצד הקנס... ומחמת יראה זו גירש ראובן... אם נדון גט זה כגט מעושה".

תשובה: "נראה לי שגט זה מעושה ופסול... ואם נפשך לומר... דמכיון שקיבלו על עצמו מדעתו קנס אלף דינרין ובנתינת הגט הרויח ממון זה הוי כמקבל ממון בעלמא לא היא. שאין זה כמקבל ממון אלא כניצול מההפסד ממון וגריע טובא".

והנה הרמ"א בשו"ע אה"ע סימן קל"ד ס"ד, הביא שיש בזה דעות חלוקות וז"ל: "אבל אם קיבל עליו קנסות אם לא יגרש לא מקרי אונס מאחר דתלה גיטו בדבר אחר ויכול ליתן הקנסות ולא לגרש (ב"י בשם תשובה וכו"ה במהרי"ק שם בפסקים) (ויש מחמירין אפילו בכה"ג שם בתשובות הרשב"א) וטוב לחוש לכתחילה ולפוטרו מן הקנס..."

אבל אם כבר גירש מפני זה... הגט כשר הואיל ומתחילה לא אגסוהו על כך. ועי' בבית שמואל שם סק"ח בשם הלבוש.

אמנם הבית מאיר שם ס"ד כתב על דברי הרמ"א הנ"ל "ויש מחמירין אפילו בכה"ג הוא הרשב"א, וצ"ע מה יענה לראיות המיימוני שבב"י מגיטין דמ"ו מעשה בצידן וכו' ולפ"ד יראה לענ"ד שסובר דוקא בשלא ראינו שנתחרט על נדרו או על קנסו וגירש, בפשוט הוא דלא מיקרי אונס ומתחלה עד סוף כולו רצון אחד, משא"כ בעובדא דידה שנתחרט ועשה השתדלות... לבטל או לפשר... ומחמת יראה זו גירש. הרי דידעינן דגופי הגירושין לא מרצונו נעשה אלא מחמת אונס ממון"... ומסיק שם דאם הבעל חוזר בו מרצונו לתת את הגט ונותן את הגט משום אונס ממון דהרי זה גט פסול ואין להקל אפילו בדיעבד, ולא כמש"כ הרמ"א דאם כבר גירש הגט כשר. ועי' בפתחי תשובה שם סימן קל"ד סק"י, שהביא גם בשם מכתב מאלהו והמהרש"ש כש"כ הבית מאיר, שאין כאן מחלוקת כלל, והעיקר תלוי באם שאנחנו יודעים ומכירים שאין מגרש אלא מצד הקנס ומגלה דעתו בכך הוי גט מעושה, ולא התירו הרשב"ץ והר"ר מיימון רק בנדון דידהו שקבל מתחלה הקנס מצד עצמו ורצונו ולא זו מדעתו מתחלה ועד סוף, דאז אין לתלות שעשה זה מחמת אונס. הרי מבואר דאם לא חזר בו הבעל מלגרש, לא מיקרי גט מעושה אם חייב עצמו בקנס לחזק את עצמו לגרש, ואין בכלל מחלוקת בין הרשב"א ובין הרשב"ץ והר"ר מיימון שהביא הב"י, דהרשב"א מיירי שחזר בו מלגרש, ורק מגרש משום אונס ממון שחייב את עצמו, לכן כתב דהרי זה גט מעושה.

אולם הרמ"א כתב דיש מחלוקת בין הרשב"א ובין הרשב"ץ והר"ר מיימון שהביא הב"י והיינו דגם בלא חזר בו הבעל מלגרש וברצונו מתחלה ועד הסוף לגרש, הרי זה גט מעושה לדעת הרשב"א אם חייב עצמו בקנס לגרש, וכן כתב הערוך השלחן בהלכות גיטין סימן קל"ד סכ"ט, "אכן מפשטות לשוני משמע דמיירי בשלא חזר בו, אלא דבזה גופה יש לחשוש כיון שהניח לקנס אם לא יגרש זה גופה נראה כאונס, וכן נראה להדיא מאחד מגדולי האחרונים שחקר דלפי דברי רבינו הרמ"א איך עושין פשרות על הגט ומניחין בטוחות לקנס". ועיי' שם עוד בסעיף כ"ג, ובסעיף כ"ו.

וכן כתב המשכנות יעקב מובא בפתחי תשובה סימן קל"ד סק"י, דלדעת הרמ"א שיש מחלוקת בין הרשב"א והרשב"ץ והר"ר מיימון, היינו בשלא נתחרט מהגירושין ובוה בדיעבד הגט כשר, ומשמע דלכתחילה יש להחמיר גם בכה"ג שלא נתחרט מהגירושין כמש"כ הרמ"א דלכתחילה יש לתוש משום גט מעושה, ועיי' בתורת גיטין סימן קל"ד ס"ד, "והנה להמחמירין בקנסות וסוברין שאף בקנסות הוי גט מעושה, אי אפשר לעשות תקנה כשעושין פשר בין איש לאשה שיקנוס עצמו שיעשה הגירושין". ולא מהני מה שיבטל כל מודעה בשעת כתיבת הגט כיון דידעינן שהוא אונס אינו מועיל שום ביטול מודעה, עיי' בפתחי תשובה סימן קל"ד סק"ד בשם המבי"ט, ועיי' בערוך השלחן הלכות גיטין סימן קל"ד ספ"ג.

והנה הבית מאיר תמה על הרמ"א דמה יענה לראיות המיימוני שבב"י מגיטין דמ"ו מעשה בצידן שהבעל אמר קונם כל פירות שבעולם עלי אם איני מגרשך, ואין בזה משום חשש גט מעושה, אף שהוא אונס ע"י נדרו לגרשה שלא יאסר בכלל פירות שבעולם, אלא ע"כ כיון דברצונו נדר זה הוא עשה זה כדי לחזק עצמו לגרש אין בזה משום גט מעושה. אמנם התשב"ץ ח"ש סימן ס"ח בתשובתו להר"ר מיימון דחה ראיה זו וז"ל: "מה שהבאת ראיה מדאמרינן קונם פירות שבעולם אם איני מגרשך, זו אינה ראיה,

דאפשר לו להתיר את נדרו ואם אינו מתיר אינו כפוי לגרש, לא יגרש ולא יאכל פירות שהרי אין חיי נפשו תלויין באכילת פירות אבל בנידון זה שצריך לתת את כל הון ביתו... היה אפשר שיהיה גט מעושה... ועיי' שם בדברי התשב"ץ שהשאלה אם קנס שקיבל על עצמו הבעל אם לא יתן גט ונתן הגט, אם יש בזה משום גט מעושה, הוא גם במקרה כשהיה בתחילה דעתו לגרש וברצונו מגרש, והקנס שעשה ברצונו עשאו לחזק את עצמו לגרש.

ולפי זה בנדון דידן שבזה אין חילוקי דעות שמה שנאמר בסעי' 8 של הסכם הגירושין הנדון, "אם הבעל יתחרט מלתת גט... הוא מתחייב לשלם לאשה... סך 500 ל"י לחדש", היינו שסכום זה לא נערך לפי שעור דמי כלכלה שהבעל חייב לתת לאשה מתורת מזונות שהרי גם ב"כ האשה טען לפנינו כי הסכום 270 ל"י לתנש שנקבע ע"י ביה"ד האזורי למזונות "הוא פסק דין צודק, ונקבע על שיקולים יסודיים ואין למצוא כל פסול בשיקולים אלה". יוצא איפוא שהסכום 500 ל"י לחדש שחייב עצמו הבעל במקרה שיתחרט הוא בתור סנקציה וקנס שהטיל הבעל על עצמו אם לא ימלא אחרי תנאי ההסכם, וא"כ במקרה שהבעל היה מקיים את תנאי ההסכם והיה נותן את הגט במועד שנקבע היה חשש פסול על הגט שהוא גט מעושה, שהרי לדעת ביה"ד האזורי אם הבעל היה באמת מתחרט מלתת גט, היה חייב לשלם את הקנס שהטיל על עצמו, א"כ הגט שהיה נותן היה עליו חשש של גט מעושה.

אמנם יתכן לומר שביה"ד האזורי לא חשש לזה, כי היה משוכנע שהבעל לא יתחרט מלתת גט, הואיל והוא היה הדורש לגט, ובכל תקופת הדיונים הממושכים שהיו בין הצדדים, עמד הבעל על דעתו לגרש. אבל למעשה לכתחילה יש לחוש בכל מקרה לחשש גט מעושה ויש להמנע מלאשר הסכם של גירושין אשר בו מתחייב הבעל בקנס, אם יתחרט מלתת את הגט.

ועתה נשוב לדון בגוף הערעור של הבעל, ובערעור הנגדי של האשה, ונתחיל בערעור הנגדי של האשה.

הנה השאלה העומדת לפנינו היא: פירוש סעיף 8 של הסכם הגירושין הנדון שבו נאמר: "אם הבעל יתחרט מלתת גט בהתאם להסכם הנ"ל הוא מתחייב לשלם לאשה... סך 500 ל"י לחדש".

כבוד ביה"ד האזורי פירש את ההסכם כפשוטו כי מה שנאמר "אם יתחרט" הכוונה הוא חרטה בלב שהוא חורה מדעתו, וכאן הבעל טוען שהוא לא מתחרט ודעתו לא נשתנתה מאז ועד היום ורצונו הוא גם עכשיו לקיים את כל הכתוב בהסכם, אלא שנשתנו המסיבות ואין בידו הסכום הדרוש לקיים את ההסכם והאשה לא הוכיחה שבידו לקיים את ההסכם, לכן בא ביה"ד למסקנא שאין לחייב את הבעל בקנס שחייב את עצמו, הואיל ולא הוכח שהתחרט מהתחייבותו.

נגד פירוש זה טען ב"כ האשה: התחייבות של הבעל היתה מוחלטת ובלתי מסוייגת: מה שנאמר בהסכם "אם הבעל יתחרט", הכוונה היא שאם הבעל לא ישלם את הסכום עד 1.3.55 הרי יחשב כמתחרט להסכם זה, כלומר שיש לתת למלה "יתחרט" פירוש יותר רחב שגם במקרה והבעל לא ישלם במועד, את אשר קיבל עליו בעצמו מאיזו סיבה שהיא, הרי זה נחשב כמתחרט מן ההסכם ועליו לשאת בחיובי התוצאות.

אמנם גם אם נקבל את טענת ב"כ האשה, יש לדון אם ההסכם הנדון מחייב או לא, דכתב בתרומת הדשן פסקים סימן קע"ג:

„אשר שאלתני על דבר קנין סודר שנעשה בין איש לאשתו שיעשו גירושין וגם העמידו קנסות על ככה מי שיעבור שיתחייב כך וכך והארכת הרבה בדיני אסמכתא“...

הרי מבואר דבקנסות שמחייב עצמו הבעל אם לא יתן גט, יש בזה שאלה אם זה מחייב משום דהוי „אסמכתא“.

והנה נפסק בשו"ע חו"מ סימן ר"ז סעי' י"ג:

„וכן תנאים שמתנים בני אדם ביניהם אע"פ שהם בעדים ובשטר אם יהיה כך... אתן לך מנה... אע"פ שעשה או היה הדבר לא קנה שכל האומר אם יהיה... לא גמר והקנה שהרי דעתו עדיין סמכת שמא לא יהיה“...

וא"כ במקרה דנן הרי יש לדון שמה שהבעל התחייב בסעי' 8 של הסכם הנדון, הוא אסמכתא דלא קניא.

אוצר החכמה

אולם נפסק שם בחו"מ סעי' י"ד:

„כל האומר קנה מעכשיו אין כאן אסמכתא כלל וקנה, שאילו לא גמר להקנות לא הקנהו מעכשיו... וי"א דמעכשיו לחוד לא מהני לסלק אסמכתא אלא בעינן ג"כ שיקנו מידו בבי"ד חשוב ומעכשיו“.

ועיי' בנתיבות המשפט שם סקי"ז „דלא אמרו דמעכשיו לחוד לא מהני, רק באסמכתאות שקונס עצמו אם לא אפרע לך וכיוצא“...

ולפי זה בנדון דידן לכאורה יש לומר שאין כאן אסמכתא שהרי בסעי' 8 של ההסכם כתוב: „אם הבעל יתחרט הוא מתחייב לשלם לאשה“... והדעת נוטה לומר שמשמעות הלשון „הוא מתחייב“ היינו מעכשיו הוא מתחייב אם יתחרט. ואחרי שעל ההסכם חתמו שני הצדדים בפני ביה"ד, הרי יצאנו כבר מידי אסמכתא כי לסלק טענת אסמכתא צריכים שלשה תנאים: מעכשיו, קנין, ובי"ד חשוב, ועיי' סמ"ע שם סעק"מ וט"ז סעי' י"ד.

ובמקרה דנן היו שלשה התנאים: מעכשיו, כי משמעות הלשון „הוא מתחייב“ מתפרש מעכשיו, וקנין היה, כי חתימת הצדדים על ההסכם מהווה קנין על התחייבותם, והרי זה קנין שטר, וקנין הצריך באסמכתא הוא לאו דוקא קנין סודר, אלא גם קנין שטר מהני, כמו שכתב הדרישה בחו"מ סימן ר"ז סקי"ח „מ"ש והלכתא אסמכתא קניא ר"ל בקנין סודר או בכסף, או שטר, או חזקה, והא דמסיים ואומר והוא דקני מיניה בבי"ד חשוב, ר"ל דלענין שיהא אסמכתא קונה די באיזה קנין הנ"ל שיהיה, אלא משום דאף שקנהו מ"מ לא אלים קנין להוציא מידו אם לא יהיה קנין בבי"ד חשוב, ועיי' בכ"מ פ"א מהלכות מכירה ה"ו, וכיון שעל הסכם הנדון חתמו הצדדים בפני ביה"ד, הרי היה גם בבי"ד חשוב ונמצא שנתמלאו כל שלשת התנאים לסלק טענת אסמכתא: מעכשיו, קנין, ובי"ד חשוב.

אולם בשו"ת מהרי"ט ח"א סימן קל"א כתב: „ומיהו הא דאיתמר בגמרא דכי אמר ליה מעכשיו לא הוי אסמכתא, היינו כשהקנה לו קרקע או מטלטל ואמר לו קנה זה מעכשיו, דמההיא שעתא אית ליה ללוקח הנאה מיניה דלכי מיקיים תנאיה הרי הוא שלו למפרע... וזה טעמו של הרב ז"ל שכתב למעלה בדין זה שאילו לא גמר להקנות לו לא הקנהו מעכשיו... אבל הכא דלא יהיב ליה מידי, אלא דמשתעבד ליה בחוב



אפילו אמר ליה מעכשיו כיון שאינו זוכה בו אלא משעת קיומו של תנאי או ביטולו אין כאן יפוי כח במה שהקנהו מעכשיו... ולפי דרכנו למדנו שאי אפשר לסלק דין אסמכתא אלא א"כ נתחייב לגמרי ולא שהתחייב תלוי בתנאי כלל".<sup>1234567</sup> הרי מבואר דהא "דמעכשיו" <sup>אוצר החכמה</sup> "לית ביה משום אסמכתא היינו כשהקנה לו הקרקע או המטלטל מעכשיו" אבל בהתחייבות מעכשיו והתחייבות קשורה ותלויה בתנאי, גם אם התחייב מעכשיו במקרה שלא יקיים את התנאי, הרי זה לא יצא מכלל אסמכתא.

<sup>אוצר החכמה</sup> לפי"ז בנדון דידן שהתחייבות הקנס שהתחייב הבעל הרי קשורה ותלויה בתנאי ההסכם, גם אם הוא התחייב מעכשיו אם לא יקיים את תנאי ההסכם אכתי לא יצא מכלל אסמכתא דלא קניא כמש"כ המהרי"ט, וגם לא מועיל מה שקנו עליה בבי"ד חשוב לדעת הרמב"ם והמתברר כמו שנפסק בשו"ע חו"מ סימן ר"ז סט"ו אסמכתא שקנו עליה בבי"ד חשוב הרי זה קנה והוא שיתפס זכויותיו בבי"ד... דכתב שם בביאור הגר"א ס"ק מ"ט "והוא שיתפס וכו' דמ"ש בנדרים והלכתא קאי אעובדא דשם... דבי"ד הזקיקוהו לכך, ובעי בי"ד חשוב לאפקועי ממונא וא"צ שם מעכשיו, אבל בתנאים שבין אדם לחבירו בי"ד חשוב לא מעלה ולא מוריד אלא מעכשיו דוקא"... ועי' שם בבאר הגולה סק"ג, וא"כ במקום שבי"ד לא הזקיקוהו שלא ברצונו להתפס זכויותיה בבי"ד אלא הרי זה תנאים שבין אדם לחבירו דבי"ד חשוב לא מעלה ולא מוריד, וגם מעכשיו לא היה כמש"כ המהרי"ט הנ"ל, א"כ הרי זה אסמכתא דלא קניא.

והנה לכאורה יש לדון שבמקרה דידן מטעם אחר לא הוי משום אסמכתא דכתב הרמ"א בשו"ע חו"מ סימן ר"ז סעי' י"ג: "י"א הא דמשחק בקוביא לא הוי אסמכתא הוא מטעם דמאחר ששניהן מתנין זה כנגד זה, וכל אחד יכול להפסיד, אגב דבעי למקני גמר ומקני"... והנה בהסכם הנדון יש התחייבות לא רק מצד הבעל, אלא יש גם התחייבות מצד האשה כנאמר בסעיף 9 של ההסכם הנ"ל: "אם הבעל יקיים ההסכם והאשה תתחרט מלקבל גט מאבדת האשה זכויותיה לרבות בעבור מזונות הילדים, ותהיה מחויבת להחזיקם בלי לדרוש מהבעל שום דבר". וכיון שיש כאן במקרה של חרטה התחייבות הדדית, התחייבות הבעל לשלם קנס 500 ל"י לחדש, והתחייבות האשה להחזיק את הילדים במקום הבעל, א"כ הרי זה מתנין זה כנגד זה, וכל אחד יכול להפסיד, אגב דבעי למקני גמר ומקני ולא הוי אסמכתא.

אמנם כתב שם הרמ"א דגם במתנין זה כנגד זה יש חולקין דהוי אסמכתא ולא קניא א"כ בנידון דידן למעשה אין להוציא מיד הבעל שהוא מוחזק את הסכום שחייב את עצמו בתור קנס אם יתחרט מההסכם, כיון דלהרבה פוסקים הרי זה אסמכתא דלא קניא.

יתר על כן יש לומר דמקרה דנן לא דמי כלל, להא דכתב הרמ"א דבשניהן מתנין זה כנגד זה דלא הוי אסמכתא. דכתב שם הרמ"א "ודוקא שאין בידן ג"כ, אבל מה שבידן לא כמו שנתבאר גבי ערבון בסמוך סעי' י"א", ועיי' בסמ"ע שם ס"ק ל"ד "ודוקא שאין בידן ג"כ וכו', נראה די"א הללו אינן מחלקין בין אינו בידו לגמרי ובין אינו בידו במקצת כנ"ל, אלא אדרבא ס"ל דעיקר אסמכתא הוא במה שהוא בידו לגמרי וגזים די"ל דסמך על זה שהוא בידו והיה דעתו לקיימו משא"כ דבר שאינו בידו לגמרי... וז"ש מור"ם כמו שנתבאר גבי ערבון בסמוך סי"א ור"ל דמה"ט אמרין שם דהוי אסמכתא כיון שבידו הוא לגמרי החזרה או קיום המקח"... הרי מבואר דבדבר שבידו הוא



לגמרי לקיים, הרי זה אסמכתא משום די"ל דגזים וסמך על זה שבידו לקיים, אבל בדבר שאין בידו במקצת לא הרי אסמכתא.

והנה במקרה דנן שתנאי ההסכם מצד הבעל הוא, שעל הבעל להשליש במועד שנקבע עשרת אלפים ל"י, הרי מסתבר הדבר שזה נחשב לסוג של "אינו בידו במקצת" ובכה"ג גמר ומקני ואין בזה משום אסמכתא. אמנם תנאי ההסכם של האשה היה לקבל גט, והרי זה "בידה לגמרי" כי בידה לא להתחרט ולקבל את גיטתה וכיון שבידה לגמרי לקיים את התנאי הרי שוב התחייבות שלה אם תתחרט הרי אסמכתא דלא קניא, ובמקום שהתנאי הוא בידו לגמרי לקיים לא מועיל מה שמתנין זה כנגד זה וכמ"ש הרמ"א והסמ"ע הנ"ל.

לפי זה נמצא שבנדון דידן ההתחייבות של האשה להחזיק את הילדים במקרה שתתחרט מלקבל גט, הרי אסמכתא גם כשהתנו זה כנגד זה, כיון שבידה לגמרי לקיים את התנאי, וא"כ גם התחייבות של הבעל הרי אסמכתא, ולא מועיל מה שהתנו זה כנגד זה, כיון דעיקר הטעם הוא "דאגב דבעי למקני גמר ומקני" וכאן דהקנאה מצד האשה לא יצאה מכלל אסמכתא, א"כ לא קני הרי שוב לא גמר ומקני.

תבוא לדינא שכל ההתחייבות במקרה של חרטה שבהסכם הנדון, לא מחייב את הצדדים, הואיל והרי זה אסמכתא דלא קניא.

ועכשיו נחזור לערעור של הבעל. עתירותיו הם שתיים: א. לבטל את צו עכוב הנסיעה שהוצא נגדו ע"י ביה"ד האזורי; ב. להפחית מסכום המזונות, כי אין ביכולתו לשלם יותר ממאתיים ל"י לחדש. הנה בנוגע לעתירת הבעל לבטל את צו עכוב הנסיעה שהוצא נגדו, לאחר שהוא הצהיר בפנינו שהוא מוכן להבטיח את מזונות האשה והילדים לזמן העדרו מן הארץ ע"י ערב בטוח, וגם הוא מוכן להבטיח את זכויותיה של האשה לפי ההסכם הנ"ל במקרה שהוא לא יחזור לארץ למועד אשר יקבע ע"י ביה"ד, ומובן מאליו שהוא מוכן להשליש גם גט לאשה, הרי הדבר פשוט שלאחר שיסודר כל הנ"ל, שאין למנוע ממנו לנסוע לחו"ל.

לכן בשאלה זו יש להחזיר את התיק לדין מחדש לביה"ד האזורי אשר הוציא את הצו, והם ידונו בדבר ויקבלו את ההצעה, אשר לפי ראות עיניהם יש בה להבטיח את דרישותיה הצודקות של האשה, ויבטלו את צו עיכוב הנסיעה שהוצא נגד הבעל. ואשר לעתירת הבעל המערער להפחית מסכום המזונות שקבע ביה"ד האזורי ולהעמידו על סכום של מאתיים ל"י לחדש, בזה צדק ב"כ האשה, שביה"ד האזורי קבע מה שקבע על שיקולים יסודיים ומוצדקים, שקל את מצבה המיוחד של הילדה המשותקת הזקוקה לטיפול מיוחד, ואין למצוא כל פסול בשיקולים אלה, כי שאלת גובה סכום המזונות תלוי בדרך כלל בשקול דעת ביה"ד אשר לפניו התדיינו הצדדים, ואשר היתה להם האפשרות לחקור ולדרוש ולעמוד על מידת יכולתו של הבעל ועל מידת צרכיה של האשה וצרכי הילדים.

והואיל ובמקרה אשר לפנינו, התדיינו הצדדים לפני ביה"ד האזורי זמן ממושך יותר משנתיים, והיתה לביה"ד האפשרות לחקור ולדרוש ולעמוד על מידת יכולתו של הבעל, ועל מידת צרכיה של האשה וצרכי הילדים. ולפי סעי' 7 של ההסכם הנ"ל, מסרו הצדדים את התכרעה לביה"ד, בדבר גובה המזונות שעל הבעל לשלם עבור האשה והילדים עד סדור הגט בפועל, הרי יש בזה משום גילוי דעתא שביה"ד האזורי יודע

ומכיר את מידת יכולתו ואפשרותו של הבעל, ומידת צרכיה של האשה וצרכי הילדים. לכן אנו מניחים שביה"ד האזורי כוח לאשורו, בקביעת סכום המזונות שעל הבעל המערער לשלם לאשה המשיבה עבור מזונותיה ומזונות הילדים. לאור כל האמור לעיל אנו פוסקים:

- א. דוחים את הערעור של הבעל להפחית מסכום המזונות שקבע ביה"ד האזורי ביום א' כסלו תשט"ז.
  - ב. מחזירים את התיק לביה"ד האזורי לדרך מחדש בעתירת הבעל לבטל את צו עכוב הנסיעה שהוצא נגדו.
  - ג. דוחים את הערעור הנגדי של האשה.
  - ד. הוצאות המשפט כל צד ישא בהוצאותיו ובשכ"ט עו"ד.
- הודע בפני עו"ד רוקח בהעברה מעו"ד יהודאי ב"כ המשיבה - המערערת ובהעדר המערער - המשיב וב"כ — ביום ט"ז תמוז תשט"ז.

תיק ער/21/תשט"ז

## בבית הדין הרבני הגדול

בפני כב' הדיינים: הרבנים א. גולדשמידט — יו"ר, ש. ש. קרליץ, י. פ. פיטוסי

### בענין:

1. מועצת עזבון בליליוס (ב"כ עו"ד מ. שרף ועו"ד א. לוי)
2. ועד עדת הספרדים (ב"כ עו"ד ד"ר א. ויגר)

המערערים

### נגד:

1. הרב צ. פ. פרוק
  2. הרב א. מ. רבינוביץ (ב"כ עו"ד ש. תוסיה כהן ועו"ד י. ארגון)
- המשיבים

אפוטרופוס שמעל. — אפוטרופוס שמנהו בית-דין. — אפוטרופוס יתומים שמנהו האב. — אפוטרופוס הקדש שמנהו מקדיש. — סילוק אפוטרופוס על יסוד הזכחות. — סילוק אפוטרופוס על יסוד חששות. — ענינים שבית הדין דן בהם בלי תביעה ובלי תובע. — יחסי קרבה וכבוד בין דיון ובין אחד מבעלי הדין. — סמכויות פיקוח וסמכויות שיפוט.

### מסקנות

- א. (1) אפוטרופוס שמנהו בית-דין לניהול הקדש או נכסי יתומים, מסלקן אותו אמיניו על-יסוד חשד שהוא מועל בתפקידו.
- (2) אפוטרופוס שמנהו האב לניהול נכסי היתומים, מסלקן אותו על יסוד היכחות שהוא מועל בתפקידו.