

## בענין קידושין על תנאי ונשתטה בעת קיום התנאי

נתתי אל לבי לחקור ולתור בדין מי שקידש אשה על תנאי, ונשתטה בעת קיום התנאי אם יחולו הקידושין או לא. ויש לדון בזה בכמה אופנים ומכמה צדדים וזה החלי בעזהשי"ת

### מעכשיו ולאחר שלשים יום

מי שקידש את האשה באופן של מעכשיו ולאחר שלשים יום, דקיימ"ל שהקידושין חלין למפרע אם לא חזר בו, מה יהי' הדין אם ביום ה' נשתטה הבעל, האם נאמר דהוי כשוטה שקידש שאין קידושיו קידושין, או כיון דמעשה הקידושין כבר נגמר בעת נתינת הקידושין ואז היה חלים ולא חזר בו, אין בזה ריעותא דבשעת חלות הקידושין היה שוטה, דהרי הקידושין חלין למפרע.

ובמסתעף מזה יש לשאול באופן שלא קידש במעכשיו ולאחר שלשים יום, אלא שקידש את האשה שיחולו הקידושין לאחר ל' יום, האם בזה נאמר כיון שהקידושין חלין ביום ה' ואז היה שוטה אין הקידושין חלין, או שגם בזה נוכל לומר דאזלינן בתר מעשה הקידושין ובשעת מעשה הקידושין היה פקח והקידושין ביום ה' חלין בממילא ואין צריך דעת המקדש בשעת חלות הקידושין.

והנה הגרעק"א בתשובה לאחיו רבי בונם ממטסדורף (שו"ת רעק"א מהדו"ק כתבים סי' קנ"ט) ששאל ממנו במי שעשה קנין על תנאי שיחול ביום השבת, אם יש בזה משום איסור מקח וממכר, כיון שחלות המקח נעשה בשבת או דאזלי' בתר מעשה הקנין שזה היתה בחול וממילא לא נחשב שעבר על איסור מו"מ בשבת. והגרעק"א מצדד שם להחמיר ולאסור, ולכאורה משמע מדבריו שסובר שגם חלות הקנין הוא חלק מעצם מעשה הקנין, ואם כן בנידן דידן נאמר שהקידושין אינם חלין, אפי' באופן הראשון של מעכשיו ולאחר ל' יום (דמשמע מדברי הגרעק"א דגם באופן הזה אוסר אם החלות הוא בשבת אפי' אם הקנין חל למפרע).

אולם לכאורה יש לחלק בין קידושין לדין איסור מקח וממכר בשבת, כי בין אם האיסור הוא מדין ממצוא חפץ או שהוא אסור משום גזירת כתיבה בשבת, ס"ל לרעק"א דלאו דוקא פעולת הקנין הוא מה שאסור חז"ל אלא כל דבר המקיים את המקח נכלל בכלל האיסור של מקח וממכר, וממילא אין להביא מזה ראיה לנידון דידן, שיש לחלק ולומר שקיום התנאי וחלות הקידושין אין עליה דיני קידושין לגבי שיצטרך בה דעת המקדש. (ועל עצם דברי הרעק"א יש לדון עפ"י דברי הנמוק"י בב"ק בסוגיא דאשו משום חציו ואכמ"ל)

ואחד מן החברים הביא רא"י לנידן דידן מהדין שפסק הטור (אה"ע סי' קכ"א) במי שאמר לשליח לכתוב וליתן גט לאשתו ולפני שנתן השליח את הגט להאשה נשתטה המשלח, פסק הטור שהגט פסול מן התורה. ולכאורה הרי כל מעשה הגט כבר עשה המשלח בעת מינוי השליחות, ולמה יצטרך שהמשלח יהא שפוי בדעתו בעת חלות הגירושין אם לא שנאמר שס"ל להטור שגם חלות הגירושין הוא חלק ממעשה הגירושין וממילא אם היה המגרש שוטה בעת ההוא נפסל הגט.

אולם כשנמצא לומר ולהבין את שיטת הטור בזה, שחולק על הרמב"ם בדין נשתטה המשלח שלדברי הרמב"ם (פ"ב מגירושין הי"ד-ט"ו) הגט אינו פסול אלא מדרבנן, כפי מה שביאר האור שמח ועוד אחרונים, שהמחלוקת הטור והרמב"ם תלוי ביסודו ובגדרו של שליחות, מי הוא 'בעל המעשה' בעת שהשליח מקיים את השליחות. שבוודאי אם נאמר שכל מעשה השליח מתייחסת להמשלח רק בשעת מעשה וקיום השליחות, דעת לנבון נקל שבעת קיום השליחות צריכים אנו שהמשלח שהוא 'בעל המעשה' יהי' פקח, שאז נתקיים 'מעשה הגירושין' ולא רק 'חלות הגירושין' ולכן פסק הטור שאם נשתטה המשלח הגט פסול.

והרמב"ם סובר שכל מעשה המשלח כבר נעשה בעת מינוי השליחות, ועכשיו הרי השליח הוא 'בעל המעשה' וממילא כשר הגט מה"ת אף אם נשתטה המשלח. ואם כן אין מכל זה רא"י לנידן דידן אם נשתטה המקדש או המגרש בעת חלות הקידושין או הגירושין, במקום שלא שלח שליח אלא קידש וגירש באופן שיחולו הקידושין לזמן מאוחר, על זה יש מקום לומר שכיון שכבר עשה כל מעשה הקידושין והגירושין בעת שהיה פקח, נתקיימו הדברים אפי' אם לאחמ"כ נשתטה, ואפי' לשיטת הטור בדין של שליחות.

ויש להוסיף ולהעיר מסוגיא אחרת במסכת קידושין, במשנה (קידושין סב.) האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שאתגיר וכו' אינה מקודשת, והטעם מבואר בגמרא משום דהוי דבר שלא בא לעולם וא"א מקנה דשלב"ל, ואולי לרבי מאיר ור"י הנשיא דס"ל אדם מקנה דשלב"ל הרי זו מקודשת. ולכאורה קשה בזו, דדל מהכא החסרון של אדם מקנה דשלב"ל הרי המקדש הוא נכרי בשעת מעשה הקידושין, ואינו בתורת גיטין וקידושין וא"כ האיך

חלין הקידושין, אפי' אם עצם החלות יתקיימו רק לאחר שיתגייר, ולמה אין זה דומה כמי ששלח עכו"ם לקדש ולגרש שאינם חלין משום שאינו בתורת גיטין וקידושין.

ולכאורה יש להוכיח מזה שעיקר מעשה הקידושין הם בעת חלות הקידושין וכיון שבשעת החלות כבר הוא ישראל ליכא בזה חסרון שנתנית הקידושין נעשו בגיותו, וממילא לנידן דידן נוכל להביא ראיה מזה, שאם היה שוטה בעת חלות הקידושין אף שהי' חלים בשעת מעשה ונתינת הקידושין, לא יחולו הקידושין.

אולם לאחר העיון נראה שאין הנידון דומה לראי' לפי מה שביארו האחרונים (עי' קובץ הערות עמ"ס יבמות סי' כ"ט ומשנת רבי אהרן קידושין סי' י') עפ"י דבריהם של הראשונים הר"י מיגאש (מסכת גיטין) והתוס' הרא"ש (יבמות דף לד) דעכו"ם לא נתמעטו אלא לענין 'חלות הקידושין' שאינו בתורת אישות וממילא א"א לעכו"ם להיות שליח לקבלת גט או לנתינת קידושין שע"י שליחותו מהווה חלות הקידושין, כיון שאינו בעצמו בתורת חלות קידושין אינו בתורת שליחות. אבל לגבי 'מעשה קידושין' מעולם לא נתמעט עכו"ם, וממילא בגוי שקידש אשה שיחולו הקידושין לאחר שיתגייר, כיון שחלות הקידושין יתקיימו לאחר שיתגייר ליכא בזה חסרון שהמעשה נעשה ע"י עכו"ם.

אבל לגבי החסרון של שוטה בקידושין או גירושין הרי הדברים להיפך, דבוודאי שוטה יש בתורת אישות ואם קידש אשה ואח"כ נשתטה הרי היא כאשתו לכל דבר, וכל החסרון בשוטה הוא דוקא לגבי 'מעשה הקידושין' כיון שצריך דעת המקדש. וממילא יהי' הדין בהיפך שאם היה שוטה בשעת 'מעשה הקידושין' אין במעשה שוטה כלום ואין הקידושין חלין, אולם אם בשעת נתינת הקידושין היה שפוי בדעתו ורק בשעת 'חלות הקידושין' נשתטה, הרי על החלות כבר אין אנו צריכים דעת המקדש והקידושין חלין.

### **בהתנה שיעשה מעשה לקיום התנאי ונשתטה בעת קיום התנאי**

ועדיין נשאר לנו לשאת ולדון במי שקידש אשה על תנאי של עשיית מעשה, כגון שאמר לה הרי את מקודשת לי בטבעת זו כשאעשה דבר פלוני, שהתנה שהקידושין יחולו רק לאחר שיעשה מעשה פלוני, ואח"כ נשתטה ובשעת קיום התנאי היה שוטה, האם גם בזה נאמר שהקידושין חלין שהרי בשעת מעשה הקידושין היה שפוי בדעת, או כיון שהתנה שיעשה מעשה ורק אז יחולו הקידושין, הרי אין במעשה שוטה כלום ואפי' אם אין בקיום התנאי בעצמותה מעשה קידושין ו'תנאי מילתא אחריתי היא' (כתובות יט:). מכ"מ הרי התנה שהוא יעשה את הדבר, ואם אין אנו מייחסים מעשה שוטה להעושה, הרי עדיין לא קיים את תנאו כיון שקיום התנאי היה בעת שהיה שוטה.

ולכאורה יש לדמותה לסוגית הגמרא בשבועות (כח.) בנשבע שלא אוכל ככר זו אם אוכל זו, ואכל את הראשונה במזיד ואת השניה בשוגג דאמר'י בגמ' דאינו לוקה על העברת השבועה, דכיון שהיה שוגג בשעת אכילת התנאי לא מיקרי האדם בשבועה. וחזינן מזה דאע"פ שהזיד באכילת הככר שנשבע עליה שלא לאוכלה, כיון שתלה איסור השבועה בתנאי ובשעה שאכל את התנאי היה שוגג לא מיקרי שעבר על השבועה במזיד, ולא אמרי' כיון שתנאי מילתא אחריתי היא לא בעינן שיהי' מזיד על התנאי. ובפשטות ה"ה אם אכל את התנאי באונס או אם היה שוטה בשעת אכילת התנאי, ואם כן אף בנידן דידן אם היה שוטה או אונס בשעת קיום התנאי בקידושין אין הקידושין חלין.

אולם יש לבעל דין לחלוק ולחלק בין הענינים, דשאני גבי שבועה שכיון שנשבע ותלה חלות השבועה רק באכילת התנאי, נחשב אכילת התנאי כחלק מעצם השבועה, וכן משמע מדברי רש"י (שם ד"ה אמר רבא) והראשונים, משא"כ גבי קידושין לכאורה אין שייך לומר שקיום התנאי הוא חלק ממעשה הקידושין שהרי אין בה מעשה של נתינת קידושין וקנין בכלל, ומה לי אם אמר ע"מ שאכנס לבית פלוני או ע"מ שירדו גשמים, בוודאי אין זה רק דבר חיצוני שגורם חלות הקידושין (ולא דמי למי שקידש אשה בפרוטה ע"מ שיתן לה מאתיים זו, דאז נוכל לומר שהשאייר את מעשה הקידושין שיתקיימו רק בנתינת מאתיים זו, אבל אם המעשה אינו דבר של קידושין הרי לא שייך לומר ששייר בהקידושין) ועדיין אפשר לומר שאפי' אם המקדש הוא שוטה או אונס בקיום התנאי אינו מגרע בעצם מעשה הקידושין.

אבל מצאתי סמוכין לפשוט שאלת הקידושין מדברי התוס' במס' תמורה (יז. ד"ה אכנס לבית זה) והוא על דברי הגמרא שם בחילוק שבין תמורה לקדשים שבתמורה עשה בה שוגג כמזיד משא"כ בקדשים, ופי' רב ששת דמיירי בכה"ג 'באומר אכנס לבית זה ואקדיש ואמיר מדעתי ונכנס והמיר והקדיש שלא מדעתו גבי תמורה לקי' גבי קדשים לא לקי' ופירש רש"י (ד"ה ונכנס) דמיירי שהיה בעל מחשבות (עי' חגיגה ג: דהיינו שוטה) בשעת שנכנס

לבית והקדש, דבתמורה חל אף בטעות ומבלי דעת ולכן לקי עליה משא"כ בהקדש כגון שהקדש בעל מום באופן זה, כיון שההקדש לא חל בטעות לא לקי.

והקשו בתוס' על פירוש דאם מיירי בשוטה שהקדש והמיר למה לו לתלות ההקדש על תנאי של כניסה לבית (ועי' בעולת שלמה שם מה שתירץ בדברי רש"י) ולכן ביארו התוס' את דברי רב ששת בזה"ל: *לכך נראה לפרש אכנס לבית זה כו' כלומר כשאכנס לבית זה תהיה בהמה זו תמורה מיד וזו תהיה קדושה מדעתיה ונכנס בה והמיר והקדש שלא מדעתו שלא אמר דבר בכניסתו וגם לא חשב במה שאמר מתחילה ונמצא שחל התמורה וההקדש שלא מדעת.* עכ"ל

והנראה בפ"י דברי התוס' דמיירי במי שהקדש או המיר על תנאי שיחולו התמורה וההקדש רק כשיכנס לבית זה, ואח"כ בשעה שנכנס לבית לא חשב ולא זכר שבכניסתו לבית הוא מפעיל את ההקדש והתמורה, אז יש חילוק דבתמורה כיון שחל אף בטעות, חל התמורה ולקי עליה משא"כ בהקדש כיון שאין הקדש חל בטעות, אף אם היתה הטעות בשעת קיום התנאי מיקרי הקדש בטעות ולא חל ההקדש.

ואם כנים הדברים חזינן כאן דס"ל התוס' דכל דבר שאינו חל בטעות ובבלי דעת, צריך להיות דעתו של המקדש לא רק בשעת מעשה ההקדש אלא אפי' אם תלה הדבר בתנאי ובשעה שקיים את התנאי היה בטעות, אין ההקדש חל. ומינה דגם בקידושין אם תלה הקידושין בתנאי של פעולה, ובשעה שקיים התנאי היה שוטה או אפי' אם רק לא חשב ולא זכר בשעת מעשה שבזה הוא מפעיל את הקידושין אין הקידושין חלים.

ואחרי כתבי זאת מצאתי לי חבר בדבריו של הגר"י מבריסק על התוס' בתמורה (חי' הגר"י תמורה יז). שכתב בזה"ל: *בתוד"ה אכנס, וזו תהיה קדושה מדעתיה ונכנס בה והמיר והקדש שלא מדעתו שלא אמר דבר בכניסתו וגם לא חשב במה שאמר מתחילה עי"ש. ביאור דבריהם נראה דהתנה כשאכנס לבית זה תהיה תמורה ונתקיים תנאו אלא דבקיום התנאי היה שוגג, ובשבועות כ"ו א' ממעטינן כזה מאדם ולא אנוס ולא מוטעה ועי"ז מרבין דבתמורה חל וצ"ע.* עכ"ל, ואם כי דבריו קצרים ונשאר בצ"ע, נראה מסגנון לשונו שהבין כן בדברי התוס' כמו שכתבנו, ואף התאים לזה הסוגיא בשבועות הני"ל, אם כי יש לחלק ביניהם כמו שכתבנו.

ועוד העיר א' מבני החבורה והביא רא' לנידון דידן מסוגית הגמ' בדין אונס בגיטין (כתובות ג. גיטין ל. ועוד) דמשמע מדברי הראשונים (שיטה מקובצת כתובות שם) שאם נתן גט על תנאי, בין שהתנה שהתנאי יקיים את הגט ובין באופן שאי קיום התנאי יבטל את הגט, אם נאנס בשעת הקיום או אי קיום של התנאי מיקרי אונס ואם אמרי' יש טענת אונס בגיטין אין הגט חל, ואף שלא היה אונס על עצם נתינת הגט, מיקרי שהגט נעשה באונס כיון שנאנס בקיום התנאי, וכדברי השיטמ"ק שם: *אבל בתולה בדעת עצמו סבור הוא לקיים תנאו וכשאנס ולא קיימו הרי כאילו נאנס על עיקר המעשה למפרע.* ומשמע מדבריהם דה"ה לנידון דידן אם קידש אשה על תנאי שבפעולה, ובשעה שקיים את הנאי היה שוטה, אין בקידושין ממש.

### **קטן שהמיר או הקדש בעל מום שהחלות יהי' בגדלותו מה דינו למלקות**

והנני להוסיף כאן ענין נוסף שמסתעף מכל הני"ל, בדין הגמרא בתמורה (דף ב:): *באיבעא דרמי בר חמא אי קטן מופלא הסמוך לאיש יכול להמיר, אע"פ שאינו בר עונשין כיון שהוא בר אקדושי עי"ש.* דיש לחקור על הצד שהתמורה של קטן המופלא סמוך לאיש חל, אם קטן מופלא הסמוך לאיש עבר על לאו דתמורה או הקדש בעל מום, באופן שחלות התמורה וההקדש יהי' בגדלותו, האיך לדינו דייני להאי דינא, אם נאמר כיון שעצם מעשה התמורה וההקדש עשה בקטנותו לא לקי, או כיון שבעת חלות האיסור הרי כבר נתגדל והוא עכשיו בר עונשין, אולי יתחייב מלקות על שעת חלות האיסור.

וגם בזה יש לחלק את השאלה באם תלה התנאי רק בזמן, כגון שנתגדל בראש חודש אייר, ובר"ח ניסן המיר או הקדש בעל מום שהתמורה וההקדש יחולו ביום ר"ח אייר, דעל זה אף שהיה בידו לשאול על ההקדש (אבל אין נשאלין על התמורה דתמורה חל אף בטעות) מכל מקום קשה לחייבו מלקות רק על החלות האיסור, שהרי בגדלותו לא עשה ולא כלום.

אבל באופן שתלה חלות ההקדש והתמורה בתנאי של פעולה, כגון שאמר בקטנותו הרי זו תמורה או הקדש כשאכנס לבית זה, ונתגדל ואח"כ נכנס לבית ובדעתו לקיים את התנאי עכשיו כדי שיחולו התמורה וההקדש, לפי דברינו לעיל משיטות הראשונים בתמורה ובכתובות, דגם קיום התנאי הוא חלק ממעשה הקנין או ההקדש, אולי גם בזה נאמר שיתחייב מלקות על קיום התנאי שקיים בגדלותו. וכן יש לדון בקטן מופלא הסמוך לאיש שנשבע שלא יאכל ככר זו אם יאכל זו, ואכל את הראשונה בקטנותו ואת התנאי בגדלותו, האם יתחייב מלקות

על העברה על השבועה כיון שבפעולת אכילת התנאי עבר על השבועה, עפ"י הנ"ל דגם קיום התנאי נחשב חלק מהשבועה.

אולם עדיין יש לחלק ביניהם ולומר דאף שגם קיום התנאי הוא חלק ממעשה הקנין וההקדש, אבל עדיין הוא רק בגדר 'חלק' ממעשה הקנין, בנוסף לעצם מעשה הקנין, ולכן בעינן שיהי' בדעתו ולא' יהי' אנוס או שוטה אף בעת קיום התנאי. אבל בוודאי שאין זה 'עיקר' מעשה הקידושין והקנין, שהוא נעשה בעת נתינת הקידושין או אמירת ההקדש, וכן בשבועה עיקר השבועה כבר נעשית בעת אמירתה, וקיום התנאי הוא רק חלק והוספה ללהפעלת השבועה. ולכן בנידן דידן כיון שעיקר מעשה ההקדש או השבועה עשה בקטנותו שאין לחייבו עליה עונש, אף אם חלק התנאי קיים בגדלותו.