

מתנה על מה שכתוב בתורה ועל מה שתיקנו הכמים נתנאל ברקוביץ'

לעילוי נשמת מו"ר מרן רה"י זצוק"ל זיע"א

א. איתא בגמרא בכתובות נו: 'האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה, הרי זו מקודשת ותנאו בטל דברי ר"מ, ר' יהודה אומר בדבר שבממון תנאו קיים'. (והיא תוספתא קידושין פ"ג ה"ט).

ופליגי בה הראשונים מה הו"א איסור ומה הו"א ממון: דלכ"ע שאר כסות הו"א ממון אך פליגי גבי עונה אי הו"א ממון או לא.

1. דרש"י בכ"מ בש"ס ס"ל דלא הו"א ממון דאז שלא מזכיר עונה כאשר מגדיר דבר שבממון אלא אומר רק שו"כ, או שמוסיף ומסביר גם טעמא מאי לא הו"א עונה דבר שבממון משום דלא הו"א בה מחילה- רש"י קידושין י"ט ע"ב: "דבר שבממון- דניתן למחילה הו"א תנאו קיים אבל עונה דצערא דגופא היא לא אתיהיב למחילה". וכ"ה ברש"י ב"מ נ"א ע"א ד"ה "ר' יהודה אומר בדבר שבממון". וכן ברשב"א כתובות נ"ו ע"ב ועוד.

2. אך איכא ראשונים דפליגי וס"ל דעונה הו"א ממון כמו שכתב בריטב"א כתובות נ"ו ע"ב ובכל מקום, והביא ראיה מהירושלמי ב"מ פ"ז ה"ז ע"ש וכן משמע בתוס' כתובות נ"ו ע"ב. ובחידושי הרא"ה כתב כן בשם הר"ח וכן במדכ"י סוף פרק השוכר את הפועלים ובמהרי"ק שורש י'. והקשו הם מגמרא בב"ק צ"ב ע"א דקרע כסותי ותיפטר פטור ולא הו"א מתנה עמשי"כ בתורה ויכול למחול גם נזק וצער. וצריכה מחלוקתם ביאור.

ב. אך בבואנו לדון בהכי נבאר במקצת גדרי תנאים

דילפינן דיני תנאי בגמרא קידושין ס"א ע"א מתנאי בני גד ובני ראובן (במדבר ל"ב) דהתנו עם משה דאם יעברו חלוצים לפני העם יקבלו את עבר הירדן מזרחה וכו', ע"ש. ולכאורה צריך להבין מדוע צריך ללמוד דיני תנאים מב"ג ובנ"ר ומ"ט א"א לומר מסברא דאדם יכול להתנות. אלא פשוט הדבר דלא אתי דיבור ומבטל מעשה, כלומר, לאחר שנעשה מעשה וקיימת מציאות, א"א לבטלה ולחזור ממנה ע"י דיבור בלבד. וממילא ברירא דמסברא א"א לומר דיני תנאים (וכ"ז אם נבין גדר תנאי כמו שכתב בספר דרכי משה לרמ"א עמיאל, דכל תנאי יסודו לבטל הדבר- ונחזי דאיכא דפליגי עליה). אלא באה התורה וחדשה בפרשת ב"ג וב"ר דאפשר להתנות תנאים, ואתי דיבור ומבטל מעשה בצורה זו.

אמנם המעין שם במשנה ובגמרא חזי דמאי דילפינן התם הו"א בעיקר גבי תנאי כפול וכו'.

אך כבר כתבו שם רש"י ותוס' דילפינן לכל מידי. אך גם בזה קשי' האם כל תנאי צריך להיות בדיוק כמו שהיה התם ואל"כ לא הוי תנאי, וזה דוחק. אלא כתבו תוס' כתובות ע"ד ד"ה "תנאי" וז"ל: "דלא גמרינן מהתם (ב"ג וב"ר) אלא לענין מה שהוא סברא", עכ"ל, עיי"ש.

1. אך נראה דגם בהכי איכא כמה וכמה סוגי תנאים: וכבר כתב באבן האזל פ"ו אישות ה"י דאיכא ב' אופנים בתנאי וז"ל "והנראה בזה דבדין תנאי מצינו שני אופנים: האופן הפשוט הוא שאם יתקיים התנאי יתקיים הקניין ואם לא יתקיים התנאי לא יתקיים הקניין וכמו במתנה ע"מ שתתן לי מאתיים זוז וכה"ג, ועוד יש תנאי שהוא בגדר שיור שעושה הקניין באופן זה ואין כאן אפשרות שלא יתקיים הקניין וכו", עכ"ל. אך האופן השני צריך ביאור, דא"כ מהו התנאי אם הקנין יחול בכל אופן. ושמא אופן זה אפשר לבאר יותר ע"פ מה שכתב בברכת שמואל ב"מ סי' ל"ז בשם הגר"ח (וכ"ה בעוד מקומות) לפי דלות הבנתי בדבריהם ועיין שם וז"ל: "דהנה ביאור דין תנאי ב"ג וב"ר לא דאמרי' דהוי אומדנא דלא עשה המעשה אלא ע"ד התנאי וליכא מעשה אלא ע"ד התנאי, אלא דודאי היה דעתו במעשה על כל האופנים ואפילו לא יתקיים התנאי, אלא דרוצה לעשות חלות אחריתי דהוא התנאי, וגז"ה"כ הוא דאם עושה המעשה עם התנאי חל דין התנאי לענין שהמעשה תלוי בהתנאי שאם יתקיים התנאי יתקיים המעשה ואם יתבטל התנאי יתבטל המעשה", עכ"ל. (ועי' בחידושי הגר"ז ריש הל' נזירות). ונראה דר"ל שהוא עושה את המעשה שודאי יחול וכך גם כוונת בהתנאותו אבל התנאי אינו חלק מהחלת המעשה אלא חידוש דין שחידשה התורה במעשה לגבי צורת הביטול, כלומר מה שהמעשה לא יחול לא הוי מצד עיכוב התנאי כתנאי מעכב, אלא התנאי מעכב כמו עוד דין במעשה שמעכבו מלחול, וכל זאת משום ששיור המתנה לעצמו חל בקנין.

2. והנה בגמרא חולין קל"ד ע"א מסתפקין אי על מנת הוי שיורא או תנאה, נפ"מ אי הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה או לא. דאמרינן התם "ורמינהי ע"מ שהמתנות שלי נותן לכל כהן שירצה, על מנת אחוץ קא רמית, חוץ שיורא, ע"מ לא שיורא וכו'" ואיכא מ"ד דפליג דגם ע"מ הוי שיורא, עיי"ש. וכתב בריטב"א שם בהסבר מחלוקתם וז"ל: "כשיאמר חוץ מן המתנות שייר בקנינו שלא מכר לו המתנות כלל... אבל כי אמר ע"מ שהמתנות שלי כוליה בהמה זבין ליה עם המתנות וכו'", עיי"ש. ומאידך איתא ב"ב ס"ג ע"א דפשיטא דע"מ שיורא גבי יבן לוי שמכר שדה לישראל ואמר לו ע"מ שמעשר ראשון שלי מעשר ראשון שלו וכו' כיון דאמר ליה ע"מ שמעשר ראשון שלי שיירי למקום מעשר", עיי"ש בראשונים (ושמא הוא מקור לדברי הגר"ז) וקשיא, וראיתי לאמ"כ דהקשה זאת בט"ז יור"ד סי' ס"א סק"ל דהקשה סתירה זו בדברי הר"מ, עיי"ש. וכבר תירץ החזו"א באבן העזר סי' נ"ז עיי"ש. אך נראה עוד לתרץ.

3. דכתב באבי עזרי פ"א אישות ה"ד (ושו"ר דכ"כ בנתיבות חו"מ סי' רי"ב סעי' ד' עיי"ש) דיש עוד הבחנה בסוגי תנאים והיא דאיכא תנאי דלשעבר ותנאי דלהבא וביאר הוא הדברים דאיכא תנאי בקום ועשה ותנאי בשב ואל תעשה. קו"ע- ע"מ שתתני מאתיים זוז, ובשוא"ת- אם לא אבוא עד יום פלוני. ושמא לפי"ז אפשר לתרץ את הסתירה דע"מ הוי שיורא אך זה בתנאי של מתנות כהונה דמשייר המתנות לעצמו וזה כשלא עושה כלום והוי שוא"ת, אבל מה שנחלקו בגמ' בחולין הוי לגבי אי הוי מתנה עמשי"כ בתורה דאז השאלה אם שייר את כל הבהמה לעצמו או שייר רק את המתנות וא"ש. [ושמא אפשר לתלות שני סוגים אלו במש"כ באבהא"ז ולפי"ז תתבאר מח' הראשונים לגבי עונה אך יתבאר לקמן].

ג. בשו"ע יו"ד סי' ס"א סעי' כ"ט פסק את הדין וז"ל: "כהן שמכר פרה לישראל אם אמר לו ע"מ שהמתנות שלי אינו תנאי והמקח קיים ויכול ליתנם לכל כהן שירצה", עכ"ל. וכתב שם בחידושי בית מאיר דהטעם "דלא מהני משום דהוי מתנה עמש"כ בתורה". ואף שקיי"ל בדבר שבממון תנאו קיים, או דהכא לא הוי ממון, או דאעפ"כ הכא תנאו לא קיים משום דגם בממון איכא הגבלות כמש"כ הרא"ש בתשובה כלל ק"ח אות ט"ז דרק להחזיק ממון אמרינן דמהני. ולפמ"ש לעיל אפ"ל דלהחזיק פי' בשוא"ת דהוי שיוור ובוזה מהני תנאי ממון ויבואר מהו גבי עונה. וד"ז מביאנו לדין של מתנה עמש"כ בתורה.

1. ובאמת קיי"ל בגמרא מכות ג' ע"ב בפשטות דמתנה עמש"כ בתורה הוי אי עוקר דבר מן התורה. ומבואר ד"ז בהרבה ראשונים. והנה לפי"ז צריך להבין מ"ט א"א להתנות עמ"ש כתוב בתורה. ונראה דשמא אפשר להסביר בכמה אופנים: כמש"כ תוס' כתובות נ"ו ע"ב משום דלא הוי כתנאי ב"ג וב"ר דהתם הרי לא נעקר כלום מן התורה משו"ה מהני משא"כ בכ"מ שכן נעקר משהו מן התורה לא הוי תנאי דלא ידעינן דאתי דיבור ומבטל מעשה ואי ילפינן מהתם ילפינן מאי דדמי להתם (לפמ"ש לעיל). ודבריו צריכים ביאור מ"ט איכא סברא בהך, דילפינן ויבואר לקמן.

2. אך שם בתוס' ישנים כתב "ואר"ת דהוי כמפליג בדברים ואין בזה תנאי כלל שיתקיים התנאי וכו' והוי כמו ע"מ שתעלי לרקיע" (גיטין פ"ד ע"א, ע"ש). ר"ל דמכיון שא"א לקיים את התנאי וכשמתנה יודע שא"א לקיימו, ממילא כשהתנה לא התכוון ברצינות אלא בליצנות ומשו"ה ליכא תנאי. אך גם דבריו צריכים ביאור, מנ"ל לידע הכא דא"א

לקיימו, בשלמא גבי ע"מ שתעלי לרקיע יודע שא"א הדבר משא"כ הכא, א"כ מנ"ל.

ושמא אפשר להסביר דבריהם על פי דברי רבותינו האחרונים. דאיכא ב' הסברים נוספים לכך:

א. דמצינו בספר חידושי הרי"ז הלוי על הר"מ מהרב מבריסק זצוק"ל ריש הלכות נחלות (וכן הם הדברים בברכת שמואל ב"מ סי' ל"ח) וז"ל: "הנה ביסוד הך מילתא דקיי"ל במתנה עמש"כ בתורה תנאו בטל, נראה דאין זה רק דינא דלא יוכל לעשות ולשנות מדין תורה, רק יסוד דינו הוא דין ביטול, דכיון שהוא מתנה עמש"כ בתורה ע"כ דיבורו והתנאותו בטלים והוי כלא התנה כלל, דזה שהוא עמש"כ בתורה מבטל להתנאותו", עכ"ל. ונראה דר"ל דבאמת כוח תנאי איכא לתנאי זה כמו לכל תנאי שנלמד מתנאי דב"ג וב"ר, אבל ברגע שרוצה לעקור דבר מן התורה, אז יסוד תנאו בטל וליכא תנאי כלל. ומתבאר הדבר בצורה מפורשת במה שכתב בחידושי העילוי ממייציט סי' ע"ב דבתנאי דמתנה עמש"כ בתורה ליכא חידוש דדיבור מבטל מעשה ולהכי ליכא תנאי.

ב. אך אפשר להסביר בצורה נוספת דגם אם נאמר דאתי דיבור ומבטל מעשה, עדיין אין כוח לדיבורו של אדם כנגד כוח דיבורו של הקב"ה כמו שמצינו בגמ' ביש-נוחלין ובכתובות פ"ג ע"א, גבי ירושה "משמיה קא זכו ליה" וכדו' (לגבי דין דרבנן לכאורה יכול לומר אי אפשרי וכדו') והוי גם בדבר שאינו זכות לו בדווקא אך "אין הגולם יכול לקום על יוצרו" כביכול.

לפי"ז מבוארים היטב דברי התוס' והתו"י:

דלפמ"ש הגרי"ז והעילוי, לית ליה את המקור ואת החידוש של תנאי אי הוי מתנה עמש"כ בתורה, ומשמיט מתחת עצמו את בסיסו. ולפי ההסבר השני יבוארו שפיר דברי התו"י, דמ"ט יודע שא"א לקיימו, משום דיודע שא"א לקיים צווי נגד רצון ה' ומשו"ה הוי רק כמפליג בדבריו וכל תנאו ליצנות. (ואולי לפי"ז אפשר גם לומר דא"א דתנאי דשיוור הוי בשוא"ת אי"כ זה אינו עוקר דבר מן התורה אלא לא מקיים, אך זה מספיק ע"מ שיחשב כנגד מה שכתוב בתורה, נגד רצון ה' אך שעוקר את החידוש אינו כן).

ד. אך כ"ז באיסור אבל בממון קיי"ל כר"י דתנאו קיים ולפמשי"כ לעיל בטעמא דמתנה עמש"כ בתורה, צריך להבין מ"ט בממון אינו כך.

וידועים הדברים בשם הרמב"ן וכ"כ הגר"ש שקאפ (שערי יושר שער ג' פ"ג) שלכאורה הקשה המהר"י בסאן בריש קונטה"ס כלל א' ס"ק י', דמ"ט אומרים קי"ל בממונא ולא באיסורא, והרי בממונא אם אין הלכה כן הו"ל גזל ביד המוחזק וגזל נמי איסורא הוא? ותימצו הם דאת הכוחות לגבי הממונות נתנה התורה לבני"א ולאחר מכן פועל כוח התורה לגבי האיסורים. וממילא אי פסקו דהממון שייך לפלוני אז לית ביה אפילו חשש גזל ומשו"ה שמא אפ"ל דאם האדם הוא הבעלים המחליט היכן יהיה הממון וכביכול לא התורה, ממילא פשיטא דאפשר להתנות גם כביכול נגד מה שכתוב בתורה. וביאור הדברים שהאדם הוא הבעלים מתבטא בכמה אפשרויות, או כמש"כ ברשב"א בכ"מ והוב"ד בקצות ס' רכ"ז ס"ק ט' דאתי מצד מחילה (או מתנה), או כמש"כ בקצות ס' ר"ט סעי' י"א דאפשר דאתי מצד סילוק. והנפק"מ ביניהם היא האם איכא חיוב ופוקע או דליכא חיוב כלל.

והנה בחידושי הבית מאיר דהבאנו לעיל כתב בשם תשו' הרא"ש הכלל ק"ח אות ט"ז דמתנה עמש"כ בתורה בממון דתנאו קיים הוי דווקא לפטור עצמו ולהחזיק בממון שבידו כגון שו"כ ע"ש. ומ"ט מחלק בין סוגי תנאי שבממון, אלא שמא אפשר להסביר לפמשי"כ לעיל בשם מרן הרב שך שיזכה לאריכות ימים בבריאות, דאיכא תנאי של שוא"ת, איכא בשב ואל תעשה לא עוקר ממש מן התורה ולא הוי להוציא ממון אלא להחזיק וצ"ב.

ה. השתא דאתית להכי, צריך לבאר גדר חיוב עונה ולפ"ז יתבאר אי אפשר להתנות בו ובאיזה אופן. אמרינן בגמ' כתובות מ"ז ע"ב: "דתניא שארה אלו מזונות וכו', כסותה כמשמעו, עונתה זו עונה האמורה בתורה וכן הוא אומר 'אם תענה את בנותי' (בראשית ל"א). ר"א אומר שארה זו עונה וכן הוא אומר 'איש איש אל כל שאר בשרו לא תקרבו לגלות ערוה' (ויקרא י"ח)". אי"כ חזינן לכאורה דלכו"ע עונה הוי מדאורייתא (לקמן ניחא דאיכא מאן דפליג לכאורה). אגב גררא צריך להבין מה ראייה הביא מהפסוק "אם תענה את בנותי" דמנ"ל דלא הוי מלשון עינוי ולא איירי בביאה כלומר בעונה, ועי"ש ברש"י דכך דרשו בגמ' יומא ע"ז ע"א, אך יעו' באבן עזרא דפליג. ופסק הר"מ פ"ב אישות ה"ב, מתוך העשרה דברים שמתחייב לאשתו "שלשה מהם מן התורה ואלו הן שארה כסותה ועונתה וכו' עונתה לבוא עליה כדרך כל הארץ", עכ"ל ושם פ"ד ה"א ע"ש. וכן פסק בשו"ע אבהע"ז ס' ס"ט סעי' ב' עי"ש בבאה"ט דלכו"ע הוי עונה מדאורייתא.

ו. והנה לעיל כתבנו דגבי עונה איכא דין דמתנה עמש"כ בתורה, ופסק הר"מ זאת לדינא בתרי מקומות. פ"ו אישות ה"י "אבל בעונה תנאך בטל, שהתורה חייבה אותך בעונה והרי זו מקודשת ואתה חייב בעונתה ואין בידך לפטור עצמך בתנאך וכן כל כיוצא בזה". וכן פ"ב שם ה"ז "כיצד, התנה עם האשה שאין לה עליו עונה, תנאו בטל וחייב בעונתה שהרי התנה על מה שכתוב בתורה ואינו תנאי ממון", עכ"ל. [וצ"ב בדברי הר"מ א. מ"ט חזר שוב על הדין שאין זו דרכו ועוד ב. מ"ט בפ"ב ה"ז כתב "ואינו תנאי ממון" דהוה לו לכתוב והתנאי בטל או ממילא אי לא יכול להתנות ידעינן דלא הוי תנאי שבממון דקיים]. וכן פסק בשו"ע אבהע"ז ס' ל"ח סעי' ה' וז"ל: "אבל אם התנה שלא יתחייב בעונה תנאו בטל ונתחייב בה, רמ"א - דכל המתנה עמש"כ בתורה ואינו ממון תנאו בטל וי"א דכל מה דתקון רבנן הוי כמו שכתוב בתורה

(הגהות מ"י ריש הכותב), עכ"ל. [נדברי הרמ"א צריכים הסבר דמאן ס"ל דהוי דרבנן, ועוד איך הוי כמו שכתוב בתורה]. וכן בסי' ס"ט סעי' י' "אם התנה באחד מג' דברים אין תנאו קיים ואלו הן עונתה וכו", עיי"ש.

1. א"כ לכאורה חזין דהר"מ והשו"ע פסקו דעונה הוי איסור ולא ממון ומשו"ה הוי מתנה עמש"כ בתורה ואין תנאו קיים. ועוד כת' לעיל דמאן דס"ל הכי טעמיה משום דליכא מחילה בצערא דגופה וכדו', ולכאורה הר"מ סותר את דברי עצמו, שהרי בפט"ו אישות ה"א כתב וז"ל: "האשה שהרשת את בעלה אחר הנישואין שימנע עונתה הרי זה מותר", ולכאורה א"צ דאתיא מצד דא"א למחול על צערא דגופה דאיכא בעונה מנפ"מ לפני הנישואין או לאחריהם. (וכן ראיתי שהקשה בלח"מ פ"ו אישות ה"י). וביתר ביאור, דאי לאחר הנישואין יכולה למחול על צערא דגופה אז גם קודם לכן מ"ט לא, וא"ת דטעמא דצערא הוי טעמא דאינו ממון וממילא הוי איסור ואין יכול להתנות עדיין קשי'. שמא אפ"ל דהר"מ ס"ל דלפני הנישואין אכתי ליכא חיוב עונה ומשו"ה לא יכול להתנות עליו א"כ מ"ט כתב דטעמא משום מתנה עמש"כ בתורה. וליכא נמי למימר דלפני הנישואין לית לה שיעבוד ואחריהם איכא ורק אז הוי כביכול בבעלותה דהדברים נסתרים מדברי רש"י, דהר"מ לכאורה ס"ל כוותיה, דכתב דמ"ט לא מהני ע"מ שאין לך עונה, רש"י ב"מ צ"ד ע"א וז"ל: "אבל המקדש את האשה מכי אמר לה הרי את מקודשת לי איתקדשה ליה וכי אמר לה ע"מ שאין לך עלי, מתנה עמש"כ בתורה, דאין אישות לחצאין וכי תפיס קידושין לגמרי תפיס והוי מתנה עמש"כ בתורה", עכ"ל. ור"ל דאל תאמר דאין קידושין לחצאין פ"י דבלי אישות ליכא קידושין משום שהוי עיקר הקידושין. דלפ"ז שוב מ"ט צריכנא לטעם של מתנה עמש"כ בתורה אלא שמא ר"ל דהתורה הגדירה קידושין בצורה שיש אישות וזה רצון התורה וא"א שלא יתקיים רצון זה בקידושין. וחזין מפירושיהם דגם לאחר הנישואין לכאורה אין מצב של חוסר עונה וא"כ קשי' דברי הר"מ. ועוד, ליכא למימר דהחילוק הוא בין קיים מצות פו"ר לבין לא קיים דמנ"ל כאשר כתוב שהחסרון הוא מתנה עמש"כ בתורה הוי דווקא שלא קיים פו"ר.

2. ושמא צ"ל עפ"מ המל"מ בפ"ו אישות ה"י דיש לחלק בין המחילה דהכא למחילה דהתם. דמה שא"א להתנות על עונה הוי שלא תהיה עונה לעולם כמו שאר וכסות אבל מחילה שאפשר לחזור בה ואם תתבענו יזדקק לה אז מהני מחילה מסוג זה. כלומר, מחילה עולמית כגון מה שמוחל בשו"כ א"א למחול משום שמתנה עמש"כ בתורה ותנאו בטל, משא"כ כאשר לא הוי ממש מחילה שהרי מחילה משמעותה העיקרית היא לעולם, אלא הוי מחילה שאפשר לחזור בה כמש"כ הר"מ שהיא מרשה לו לא לזדקק לה אז שרי. אך אכתי קשיא בזה טובא, דמהיכי תיתי שעל זמן מסוים יכולה למחול או להרשות למנוע עונה אי הוי דאורייתא. (וא"א לומר דהוי כמתנה או סילוק וכדו' דמה שייך זה לגבי חיוב עונה אי הוי איסור).

3. והנה באבהא"ז דהוב"ד לעיל כתב דתנאי דהמקדש ע"מ שאין שו"כ ועונה הוי כתנאי של שיוך בקנין והביא ראיה שכ"כ בריטב"א בקידושין עיי"ש, ופ"י הדברים לענ"ד שכאשר הבעל קידש הוי שיוך בקניינו את הזכות לא לתת גם עונה (והוי תנאי של שוא"ת שהרי לא יתן), ושיטת הריטב"א כמש"כ לעיל הוי דעונה הוי דבר שבממון ומהני תנאי גם בה, א"כ הר"מ דס"ל דעונה לא הוי דבר שבממון וס"ל דאינו יכול להתנות בעונה אפ"ל דס"ל דלא הוי כשייך בקניינו אלא כמו האופן הראשון שכתב באבהא"ז שאם יתקיים התנאי יתקיימו הקידושין וכו' ויסוד הטעם של שיוך בקניינו הוי שכבר בזמן הקנין או מעשה הקידושין לדידן, אצל הבעל יש את הכוח לתת עונה כלומר ביאה, משא"כ אצל האשה, ומכיון שכך, ס"ל להריטב"א שזכות זו הוי כזכות בממון וממילא יכול להתנות בה (אמנם ראיתי שכתבו שהטעם שהוי

ממון משום שיכול לפייסה בדברים או בממון אחר, אך נראה דלא סותר למש"כ. משא"כ לר"מ דס"ל דאמנם כוח הנתינה נמצא אצלו, אבל גם אם ירצה לתת צריך הוא את האשה והסכמתה וכל זה תוך כדי קיום הקידושין שהם הגורם להיתר אישות מהתורה, אבל כאשר אין קידושין, כלומר, אין היתר אישות מן התורה, אז הוא לא יכול להתנות והיא לא יכולה למחול משום שאצל אף אחד מהם לא נמצאת הזכות או הרשות לכך. משא"כ לאחר הנישואין הרי הזכות כבר ניתנה בעצם מעשה הקידושין, ויש כמו לו גם לה זכות בעונה, ולכן הוא אמנם לא יכול בלא הסכמתה משום שהי כמזכיר אונס את אשתו, אבל לה יש כבר את הזכות ואת הכוח בעונה. ומש"כ לאחר הנישואין כל אחד מהם כביכול יכול לשייר בקניינו, כלומר, גם האשה יכולה לשייר זכותה בקידושין האלו ומש"כ השתא מודה הר"מ דיכולה להרשותו. כלומר, לכו"ע השיור הכא בקידושין גופא.

לדעת הריטב"א הזכות נמצאת אצל הבעל כבר מתחילה, לכן הוא כממון ואפשר להתנות ולשייר בקנין, משא"כ דעת הר"מ דרק לאחר הנישואין איכא זכות ומש"כ האשה שתלוי הדבר בהסכמתה יכולה לשייר בקידושין את הזכות שלא יבעלה. ונראה דשם לפי"ז בתוך השיור הזה שהיא משיירת השתא בקידושין, יכולה לשייר שברגע שתחזור בה מהני וממילא מחילה כזו מהני. [צריך להדגיש שבאף מקום לא כתב הר"מ דיש בעונה חסרון של צערא דגופא וכדו' אלא כתב דהוי מתנה עמש"כ בתורה ויש עליו חיוב מן התורה וכדו'], אבל כאשר החיוב נהפך לזכות, האשה יכולה לשייר. וצ"ב. אי"כ דאמרינן דלא הויא מטעם צערא יובנו שפיר דברי הר"מ בהמשך ההלכה, דלכאורה תליא אי קיים מצות פו"ר או לא, דכתב הרשב"ם ב"ב קכ"ו ע"א וז"ל: "אבל עונת תשמיש מצוה היא וכו", עכ"ל, ומש"כ לא יכול להתנות עליה, ע"ש. ולכאורה קשיא מאי נפק"מ אי הוי מצוה או לא. אבל לפי הר"מ דכתב דחיובא רמיא עליה מן התורה, כלומר, ישנה עליו מצוה ועדיין לא קיימה, אז באמת לא יכול להתנות, לא לפני הנישואין ולא לאחריהם משום שמה שאפשר להתנות לאחר הנישואין זה לדידה, אבל לדידה, אי לא קיים אי אפשר להתנות דלא הוי עדיין זכות בידו לגמרי, וא"ש. (ושו"ר בחזו"א אבהע"ז סי' נ"ו סעי' י"ז דשםא זו כוונתו עיי"ש היטב).

4. ולפי"ז אתי שפיר ביאור מח' הראשונים לגבי חיוב עונה. דלריטב"א ושא"ר הוי ממון משום שאפשר לפייס בדברים ואפשר למחול משום שהוי בידו ומשייר בקנינו, אבל לשי" רש"י ור"מ א"א למחול משום שלפני הנישואין לא הוי בידו ואין לו זכות בכך, ומה שמועילה מחילה לאחר נישואין הוי מצידה משום שיש בידה כבר את הזכות. אך גם בזה יש לחלק בין אם הוא כבר קיים את המצוה של פו"ר או לא. [צריך גם לדון גבי מחילה על צער הגוף דלכאורה מוכח מהגמ' ב"ק צ"ג ע"א דמהני ע"ש, וכ"כ המנ"ח מצוה מ"ח, אבל בשו"ע הגר"ז ח"ה הל' נזקי גוף ונפש ס"ד פליג וכתב דאינו יכול, עיי"ש].

השתא דאתית להכי אפשר לבאר דין נוסף של מתנה שיפחות מכתובת אשתו או שמתנה שלא יתנה בכלל, האם גם בהכי הוי דינא דמתנה עמש"כ או לא.

1. בגמ' כתובות נ"ו ע"א שהיא תחילת הגמ' שהזכרנו לעיל, נחלקו למסקנת הגמ', ר"מ ור"י אי הוי כתובה דאורייתא או דרבנן, ותולה הגמ' מח' זו במח' לגבי מתנה עמש"כ בתורה ובמח' האם כאשר כותבת התקבלתי מהני אפילו בע"פ, פירש"י בתנאי או דווקא בכתבה התקבלתי, ע"ש.

2. וכן מצינו בגמ' כתובות י' ע"א דנחלקו אי הוי כתובה דאורייתא או מדרבנן. וע"ש בתוד"ה "אמר" דהוי בהכי גם מח' ראשונים לכאורה וצ"ב. ויש אומרים דאפילו מאן דס"ל דכתובה דאורייתא היינו עיקר כתובה או כתובת אלמנה וכדו'. אך אמרינן בגמ' חכמים תיקנו להן לבנות ישראל כתובה שלא תהא קלה

בעינו להוציאה, וכן פסק הר"מ בפ"י אישות ה"ז דכתובה דרבנן מהאי טעמא, וכן בפ"א הי"ד ועוד מקומות, וכן דעת רוב הפוסקים.

3. ופסקו בר"מ פ"ב אישות ה"ח ובשו"ע אבהע"ז סי' ס"ט סעי' ו' וז"ל: "התנה עימה לפחות מעיקר כתובה או שכתב לה מאתיים או מאה עיקר כתובתה וכתבה לו שנתקבלה מהן כך וכך והיא לא נתקבלה - תנאו בטל וכו'", עכ"ל. ועיי' בה"ה דכתב, דאמנם קי"ל להר"מ דכתובה דרבנן, אך עשו חכמים חיזוק לדבריהם יותר משל תורה, והוי כמתנה עמש"כ בתורה (ושכן משמע מהרמב"ן עיי"ש). ולכאורה כך משמע ממה שתולה הגמ' מח' זו בזו, וצ"ב.

א. ולכאורה קשיא טובא, דאם נאמר דמה שכתב "או אמרה נתקבלתי" הוי מצד מחילה א"כ מ"ט לא מהני, שהרי הר"מ פסק בסוף פ"י מהל' אישות, כמה הלכות שיכולה האשה למחול מכתובתה (ושמא משו"ה הוי יותר משל תורה אל צ"ב).

ב. ועוד קשיא האם באמת איכא מתנה על מה שתקנו חכמים ולפ"ז לא נצטרך לומר שעשו חיזוק יותר משל תורה.

4. והנה לעיל כתבנו דאיכא תרי טעמי אמאי אינו יכול להתנות על מה שכתוב בתורה:

א. דאי לא הוי כתנאי ב"ג וב"ר לית ביה חידוש של אתי דיבור ומבטל מעשה.

ב. דאין דיבורו של אדם יכול לבטל דיבורו וציוויו של הקב"ה (וכי' מבלי להכנס לעומקא דדינא דכל מאי דתקון רבנן כעין דאוריתא תקון). אך מצינו דיכול אדם לומר אי אפשי בתקנת חכמים, ושמא הכי, אך צריך לומר דאי בתקנת חכמים הוי דוקא אי הוי זכותו משא"כ אי הוי חובתו, כמש"כ רש"י כתובות פ"ג ע"א עיי"ש. וא"כ הכא אמנם אולי האשה שהוי זכותה יכולה למחול. וזהו הביאור בדברי הר"מ בסוף פ"י, אבל הבעל לא יכול משום שזה לא זכות לו אלא לכאורה הוי רק חובה. לפ"ז האם יכול האדם להתנות כנגד מה שתקנו חכמים. (יעיין לגבי תוקף כוחם של רבנן בקונטרס דברי סופרים להגר"א ווסרמן הי"ד ואכהמ"ל).

אם נאמר כמו הטעם הראשון שליכא חידוש כאשר מתנה עמש"כ בתורה וכמו שביארנו לעיל לפמש"כ בגרי"ז והעילוי, לכאורה ד"ז לא שייך בתקנות דרבנן. ושמא מאן דס"ל כוותיהו הוא מה שכתב בשו"ע אבהע"ז סי' ס"ט בחלקת מחוקק ס"ק י"א דאיכא מאן דס"ל דיכול להתנות על חיוב כתובה.

באך לפי הצד השני לכאורה יש לחקור אי כתובה הוי איסורא או ממונא, דאם נאמר דהוי איסורא, אז לכאורה אפ"ל בפשטות דתנאו בטל משום שאינו יכול לומר כנגד תקנה דרבנן ולא יכול להתנות כנגד מה שחכמים גזרו איסורים. אבל אי הוי ממונא אפ"ל דמאי עדיף טפי מדאוריתא דמהני תנאי שבממון, או שמא גם זה לא מהני משום שהוי תיקון העולם, ואי יפרוץ גדר אז ליכא תיקון העולם. וכן ראיתי שהסתפק במחנ"א ה"ל מלוה ולוה דיני ריבית סי' ל"ח דבאיסורא מד"ס לא מהני תנאי, אבל בממונא אית ביה ספיקא, והביא מהירושלמי דאפילו בממונא אי הוי מדרבנן תנאו בטל ומסתברא טעמא משום דעשו חיזוק וכו'. אך כתב דהמהרי"ט פליג וס"ל דכל מידי דאינו מפורש בתורה - תנאו קיים, עיי"ש.

ומחלוקתם צריכה ביאור.

ושמא לפמש"כ אפשר אולי להסביר מחלוקתם.

5. דהמחנ"א ס"ל דהמתנה עמש"כ בתורה, החסרון הוא דאינו יכול לומר כנגד התורה וה"ה בדרבנן. משא"כ המהרי"ט שמא ס"ל דהטעם במתנה עמש"כ בתורה - חסרון הוא, דאם מתנה לית ליה חידוש בפרשת תנאים והאי טעמא בדרבנן ליכא.

לפייז שמא אפ"ל דהמהרי"ט ס"ל דכתובה דאוריתא ואפילו בדעת הר"מ ס"ל הכי כמש"כ הר"ן הוב"ד במחנ"א שם. (לפייז צ"ל דמש"כ הר"מ דהוי דרבנן כמש"כ לעיל, קאי אמנה או מאתיים או אעיקר כתובה וכו'). ומשוי"ה אינו יכול להתנות בכתובה. ואולי אפשר לדייק כדבריו דהר"מ שם בהלכה ט' גבי תנאי בירושה כתב דלא מהני משום שחכמים עשו חיזוק לדבריהם וכו' וגבי כתובה לא כ"כ. משא"כ דעת המחנ"א דבאמת הר"מ ס"ל דכתובה דרבנן אך גם בהכי אפ"ל דלא מהני תנאי, אפילו אי הוי ממון וא"ש דברי הר"מ. (ישנן דוגמאות נוספות למתנה על דרבנן כמו מתנה על שמיטה בזה"ז, או מתנה על חמצו בשעה השישית וכדו' אך אכחמ"ל).

יהיו דברים אלו
לעילוי נשמת מו"ר מרן רה"י זצוק"ל זיע"א
אשר זכיתי לחזות מקרוב לו בעוצמת גודל תורתו, מידותיו והנהגותיו.
וזכיתי להידבר עימו הרבה בדברי תורה
ולשמוע מתורתו ומתורת רבותיו גאוני הדור הקודם
וזיכני לעלות על דרך התורה
נתפלל שיהא הוא מליץ יושר עלינו לפני הבורא יתברך.