

בית דין ירושלים

ב.מ.

לדיני ממונות ולבירור יוחסין

ביטול נישואין לאשה שנישאה לנוצרי "כדמו"ו"

תיק יוחסין מס' 178-עג

המבקשת: גב' שחר פוקס-פרץ

פסק דין

לאחר שמיעת טענות הגב' ש', בהינת העדויות שנשמעו בביה"ד האיזורי בנתניה (עפ"י הפרוטוקולים הרשמיים), ועיון רחב ומעמיק במקורות ההלכה בנידון, פוסק בית הדין כי הגב' ש' מותרת לעלמא (לבר מכהן).

(-) מיכאל אברהם

(-) דוד בינמן

(-) אברהם דוב לוי, אב"ד

ד. אברהם

ש 72 —



הרב אברהם דוב לוי, אב"ד

נושא הדין

הגב' ש' נישאה "כדמו"י" למר י' (יליד ארה"ב. אמו אפרו-אמריקנית מקהילת הכישים העבריים ואביו יהודי, הוריו נישאו זל"ז בארה"ב ללא גיור של האם), כשרק מלאו לה 18 שנה. לקראת הנישואין שלהם נרשמו ש' וי' במועצה"ד בנתניה. בעת רישום הנישואין הוכנסו החתן ואמו לחדר נפרד להציג את מסמכיהם, ואח"כ שמעה ש' מה היו המסמכים. האמא של י' הציגה אישורי גיור ממנהל הגיור בירושלים משנת 2001 על גיורה של האמא עם שני ילדיה, גיור שנעשה לצורך נישואין עם בעלה "כדמו"י". הילדים גורו על דעת בי"ד. י' היה בן 10, ואחיו צעיר ממנו בכמה שנים. בזמן הגיור למד י' בבי"ס ממלכתי דתי בנתניה, וכעבור שנתיים, בהיותו בן 12 עבר ללמוד בבי"ס כללי חילוני בנתניה וכן בתיכון בת"א. האמא של י' משתייכת לכת הברית החדשה, והיא תמיד נושאת עמה את הספר שלהם.

בזמן רישום הנישואין במועצה"ד כבר היתה ש' בהריון כמה חדשים אחרי שחיו יחדיו כחדשים בבית הוריה של ש' (עד כחדשים לפני הנישואין כשעזב את ביתה ועבר לבית אמו). לדברי ש' נכנסה לשיחה קבוצתית אצל הרבנית כדי לקבוע את יום הנישואין, והרבנית שאלה אותה מתי היה המחזור האחרון שלה, והיא אמרה את האמת "לפני ארבעה חדשים ביום פלוני". הרבנית לא שאלה יותר וקבעה לה את יום הנישואין. הפקיד רושם הנישואין לא היה מודע שהכלה בהריון ולכן לא דרש הצהרת אבהות. הרב המקדש שוחח עם ש' לפני הנישואין ויעץ לה שלא להתחתן עם י' "שאינו נראה לך", אך ש' החליטה כן להנשא. הרב ידע שהיא בהריון ולא דרש הצהרת אבהות, ובכתובה היא כתב "בתולתא", וגם מסר לרבנות שם עד נוסף על הקדושין שכלל לא היה שם.

י' מספרת שעוד לפני הנישואין הצהיר בפניה י' שהוא נוצרי, ובנופו קעקע כתובת עם הצלב, ואף הראה לה שהוא עונד תליון עם צלב, והודיע שאת בתו שתיוולד מש' יחנך לנצרות. ש' מספרת שאמרה לו שהרי התגייר והוא יהודי, השיב לה שהוא גם יהודי וגם נוצרי. ש' אומרת שלא היה איכפת לה מכך שהוא גם נוצרי משום שאהבה אותו.

אמה של ש' מספרת שלפני הנישואין אמר לה י' שאין לו כסף לקנות את "הטבעות", ולכן היא קנתה אותן מכספה ונתנה לו את הטבעות לצורך החופה שיתן אחת מהן לבתה (היא מוסיפה שלא ידעה שצריכה להקנות לו את הטבעות), הוא הבטיח לשלם לה ולא שילם עד היום. עוד היא מספרת שקנתה לו טלית מהודרת כדי שיתעטף בה בחופה, כפי מנהגם, וי' סירב בתוקף

להתעטף בה וסירב אף לחבוש כיפה, "משום שאינו יהודי". הויכוח ביניהם נמשך גם תחת החופה. וכך הוא "קידש" את הכלה בטבעת שנתנה לו האמא לצורך הקדושין, וחזר על דברי הרב המקדש "כדת משה וישראל", והכלה נתנה לו גם היא טבעת.

על הכתובה חתומים שני עדים: אחד הרב המקדש, והשני מישוה שאינו מוכר לש' או לאמה (בחתומה ניתן לראות את האותיות נו רקומה). בתעודת הנישואין של הרבנות ומשרד הדתות נרשם העד השני בשם יוסף קוטנר. על החתן נרשם שהוא בן אאע"ה.

ש' מספרת שלאחר ערב הכלולות היו בחדר בבית מלון, ולמחרת הכלולות נזקקה לאישפוז בבי"ח בגלל כאבים קשים שסבלה בהיותה בהריון בחודש הרביעי. הבעל הטרי סירב לשהות לידה בבי"ח וכעבור יום נסע לארץ הולדתו בארה"ב, כשהוא משאיר את אשתו הטריה עגונה, ומבקש ממנה שתשלח לו לארה"ב את הבת שתיוולד.

האשה פנתה לביה"ד האיזורי וביה"ד השיג קשר עם הבעל - שמסתתר אי שם בחו"ל - באמצעות אשה פלוגית, וזה השיב שיהיה מוכן לגרשה תמורת תשלום של 40.000 ש"ח. ש' לא היתה מוכנה לשלם, ובינת"ים היא "מסורבת גט" וביה"ד האיזורי יצא לפגרה שנתית ללא החלטה.

ש' אומרת שבביה"ד האיזורי עלה ענין גיורו של י', וביה"ד אף קבל עדות של חבר מנוער של י' שהעיד שבהיותו נער כבן 14 הכריז י' על עצמו שהוא נוצרי והיה לו תלין עם הצלב. לדברי ש' הגיב ביה"ד שגם אם גייר בילדותו, אם כשהגיע לגיל 13 עשו לו "בר מצוה" בביכנ"ס כפי שאמרה אמו, ואם חבש אז כיפה, בזה הכריז על עצמו שהוא יהודי, ולכן אף אם אחרי שעתיים הוריד את הכיפה ולא עימר מצוות הרי הוא ישראל מומר, והקדושין שלו תופסים. ש' אומרת שלא נתקבלה עדות המאשרת סיפור זה.

בפרוטוקול הדיון הרלוונטי נשמטה תשובת ביה"ד הנ"ל. מה שכן נכתב שם, שב"כ האשה ערערה על הגיור וטענה שהבעל "מעולם לא קבל עול תורה ומצוות, הוא מתעב תורה ומצוות, רואה את עצמו כנכרי, אמר שאת הבת שלו שתיוולד יחנך כנוצריה". ביה"ד השיב ואמר: "יש בעיה האם בית הדין יכול לבטל גיור שנעשה במינהל הגיור?" ב"כ האשה השיבה: "אני יודעת שיש בעיה. הרב עמאר מעורב בתיק הזה וממנו קבלתי הכיוון ללכת בנושא הגיור, יש לי כל פסקי הדין כדי ללמוד אותם". משיב ביה"ד: "אבל יש בעיה של סמכות". לאחר כמה שאלות ותשובות "מבין" ביה"ד מדברי ב"כ האשה שהיא אינה מבקשת לבטל פה הגיור, ופטר עצמו מ"תפוח אדמה לוהט" שכמעט התנלגל לעברו.

ש' מבקשת מבית דין זה שישחרר אותה מעגינותה, משום שאחרי הנישואין התברר לה ש' הוא נוכח סדרתי שתיכנן מראש את הבריתתו שלו לארה"ב ולתשאיר אותה עגונה. לדבריה הוא ניסה

להונות נשים נוספות באותה דרך. היא אינה רוצה שום קשר עם י' ואינה רוצה שבתה תשא את שם אביה.

היא מוסיפה שפונה לבי"ד זה למרות שהתחילה בדיון בביה"ד האיזורי, ואינה פונה לביה"ד הגדול, משום שאין "החלטת" שיש לערער עליה, וגם משום שאין לה אימון במערכת. לאחר שבית דין זה קבל את התיק לדיון, ופסק להתיר את האשה ללא גט, נודע שהנהלת בתי הדין שילמה לבעל את הכסף שדרש תמורת הגט (מהקדן להתרת ענוות), והצליח להחתים את הבעל על גט. הגט טרם הגיע לידיה של ש'.

השאלות לדיון

- א. האם ניתן להתיר קדושי אשה מבלי לשמוע את הבעל.
- ב. האם רשאי בי"ד לדון בהיתרה של העגונה לאחר שבי"ד אחר החל לדון בה.
- ג. האם בית דין רשאי לבטל גיור למפרע של "בי"ד אחר?
- ד. נתגייר בקטנותו עם אמו, האם יכול למחות כשהגדיל.
- ה. נתגייר בקטנותו והחזרים אינם עומרי מצוות.
- ו. גר שחזר לסורו לעבוד ע"ז, האם בטלה גירותו למפרע.
- ז. נמצא שהיה הבעל ישראל מומר, האם הקדושין בטלים משום קדושי טעות.
- ח. תיכנן לפני החופה לברוח לחו"ל מיד למחרת ולהשאיר עגונה.
- ט. קידושין עם החלפת טבעות.
- י. טבעת קדושין שקבל החתן מאם הכלה לצורך הקדושין ולא שילם עליה.
- יא. נתן לה טבעת ואמר "כדמו"י" בה בשעה שסרב להתעטף בטלית "משום שאינו יהודי".
- יב. כתובת בתולתא למעוברת.

תשובה

א. לכאורה אי אפשר לדון בהיתרה של האשה מצלי לשמוע את גירסתו של הבעל, וכמו שכתב החזו"א חו"מ סי' ג אות יא עפ"י הש"ך דאי אפשר להוציא דין על האדם קודם שטען לפניו, ואין לריק כאן לדין אין גומרין דינו של אדם שלא בפניו, אלא טיבו של כח הדין צדיני ממונות אינו אלא אחר שיטענו צי"ד טענות שניהם, שצדיני ממונות אין כל עדות מכרעת אלא לעומת הטענות שהרי אם ראו עדים שגלו

יתכן שלקח ממנו החפץ ולא ראה ליתנו ולכן חטף ממנו, וכן בכל דבר אפשר שקדמו מאירע נעלם המסנה את כל הדין, וכלל טענת הנמבע אין על מה לדון.

ואף צנידון דידן, אף שהנידון שלפניו הוא מעמדה ההלכתי של האשה, ובית הדין לא התבקש ולא דן במעמדו ההלכתי של הבעל, מ"מ כיון שמעמדה ההלכתי של האשה תלוי בו, שאם הוא גוי היא פנויה, ואם הוא ישראל היא אשת איש, ואם נדון אותה כפנויה משום שהוא גוי נמלא לכאורה שאנו פוסקים את דיו אע"פ שאינו לפנינו, נראה שאין הדבר כך. משום שניתן לחלק ולמר שאע"פ שלגבי דידה אנו מאמינים ופוסקים שלא היו לה קדושין משום שהוא גוי, מ"מ לגבי דיני הבעל הדבר בספק, דפלגין דבורא, ע"י סנהדרין טו ב פלוני רבעני לרלוני, ורמב"ם עדות פ"ב ה"ב, או כמו שפסק הרמ"א בשו"ע אבהע"ז סי' יז סוף סעי' מג: ע"א אימר מת בעלה נאמן להתירה חבל אינו נאמן לענין נחלה, וביאר בקובץ הערות סי' כא אות 2 וקובץ שעורים כתובות אות נח שלענין היתר נישואין אנו מאמינים לו שמת בעלה, ולענין נחלה אנו מחזיקים את הבעל בחזקת חי, ואע"פ שזה תרתי דסתרי, שהרי אין מיתה לחלאין, מ"מ כך היא הדין של פלגין נאמנות כשאין שני הדינים תולדה אחד מחבירו, אלא ששניהם תלויים בדבר אחד של מיתה הבעל, ולפיכך שייך לעשות בזה פלגין נאמנות. וע"י פס"ד ירושלים כרך 3 עמ' רע"א צביאור הגמ' יצמות מז א נאמן אתה לפסול עצמך וכו' (וע"י שו"ת טוב"ק אבהע"ז סי' ס"א ד"ה ואמרתיו).

והנה כתב הרשב"א בשו"ת ח"ד סי' ר צראובן ששלח גט לאשתו ע"י שנים שהם עדי חתימת הגט והם עדי מסירה ונתנוהו ליד האשה כראוי וכהלכה וכו' והציאם לפני צ"ד יפה וחקרום ודרשו היטב כראוי וקבלו עדותם שלא צפני האשה, האם קבלת עדות זו היתה כדין שהרי בממון אין מקבלים עדים שלא בפניו. והשיב הרשב"א נראה צעני פשיט שאין זה בכלל מה שאמרו אין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד, שזה אינו בא עכשיו לידון בינו ובין האשה, אלא להעיד על עצמו שהוא מותר לישא אשה, ועל היתר הוא בא לדון וליתן עדים כנותן עדים שחתיכה זו מותרת לו. ועוד, דבכה"ג נראה שמקבלים אפילו בממון דהו"ל כאותה שאמרו צ"ק ק"ב צ מקבלין עדין שלא בפני בע"ד, קבלה מיניה ר"י צ"ר חגיגה כגון שהיה הוא חולה אי עדי חולים או שהיו עדיו מבקשים לילך למדה"י ולשלחי לו ולא בא, ופירש הראב"ד או שלחו לו ולא בא, אלמא כל שיש לחוש מקבלים וכו', ולא עוד אלא נראה שכל שאין הבע"ד מלוי כאן משמע שמקבלין, שלא אמרו אין מקבלין אלא בזמן שבע"ד כאן וכו'. ע"כ. וע"י צאהרוכים שהוצאו צ"קדר הדין צביה"ד הרצני" ח"ב עמ' 965.

לפיכך נראה שצנידון דידן שהבעל מסתתר אי שם בארה"צ ואין ידוע היכן הוא יכול ורשאי בית הדין לדון במעמדה ההלכתי של האשה מבלי לקבוע מסמרות במעמדו של הבעל.

ב. ע"י סמ"ע סי' יע ס"ק צ וש"ך ס"ק ג צסס דרכי משה סוף סי' כ צסס תשובה שצפוף חזה התנופה, שמשמע שלא אמרו בצב"צ קלה צ צ"ד בחר צ"ד לא דייקי אלא כשיאלץ פס"ד מצ"ד קמא, ע"י"ש. אבל אם עדיין לא יאלץ שיש החלטה ופס"ד לא נאמר בזה לא דייקי. ואם אחד מחברי ציה"ד קמא יען לגבי סי'

שחם רטונה בפתרון בעייתה ולא להמשיך ולהתגלגל בנתיב היסורים של העגונות, מומלץ לה לפנות לבי"ד פרטי שיאות לקבל את ענינה, וימנע צודאי פתרון הלכתי ראוי צמורה, אם כך ודאי שרשאית היתה הגב' ש' לפנות לבית דין זה, ובית הדין רשאי עפ"י ההלכה לדון בכך.

ואף אם נתן בי"ד קמא פסק דין והחלטה, כתב בשו"ת חת"ס ח"י סי' כ כי האמת יורה את דרכנו אי אחא פסקא וידענו מאיזה טעם דמוהו, ויש לו עליו פירכא, בזה מיירי הגמ' בצ"ב קלה ב', אז אין לדיין חלל מה שעיניו רואות, שהרי קמן שטעה בטעמו, שגיאות מי יצין. ע"כ. והוצא בפס"ד ציה"ד להקדשות בירושלים תיק 1-61-2008, פורסם ב"צשערי ציה"ד" ה"ג עמ' 313, ושם הוצא מתקנות הדיון שאין מניעה מלהחזיר ולדון בניגוד לפס"ד של בי"ד קמא, וראה עוד ב"סדר הדין בציה"ד הרבני" כרך ג עמ' 1346 ואילך.

כל שכן יקל והומר בנידון זה שבי"ד קמא לא פסק ולא החליט מאומה, גם לא על ציטול הגיור המפוקפק של י', למרות שהדברים גלויים לעין שיש לבטל את הגיור למפרע, ומדובר בביטול גיור לצורך היתר עגונה.

ובנידון זה מתאימים דברי עזרת כהן סי' מה אות ו (עמ' קפד): "...צודאי לא עברו על בי"ד בתי בי"ד לא דייקו, כי לא דייקו כלל בדברים כי אם לקחו את הענין מקופיא כאילו היתה הוראה חמורה שבחמורות זאת אחת מהוראות הקטטות בענינים קלים של אחיזה מנהג קל..."

ג. עפ"י הוראת מרן הגריש"א הגיורים של אותם בתי דין אינם גיורים משום שהדיינים פסולים להיות דייני גיור. ע"י פס"ד ירושלים כרך יא עמ' תרכו. ואם כך אין כל מניעה מלבטל את אישור הגיור שנתנו אחרי צירור הפרטים. וההוראות שניתנו לבתי הדין האיזוריים ע"י הרה"ר לשעבר (ציוס 28.1.10), הוצא בתיק בג"ץ מס' 5079108 סעיף יח, בניגוד מוחלט לחו"ד היועה"מ לשיפוט הרבני, שלא לפסול גיורים שנעשו במינהל הגיור, אלא להפנות אליו בלבד, ניתנו לפי בקשת השלטונות ולא עפ"י דין תורה, ובניגוד לדין תורה. וכבר כתב רש"י בסנהדרין ו ב ד"ה ת"ל, שעל כך כתבה תורה "עמכם בדבר משפט": "...דאין לו לדיין לירא ולמנוע עצמו מן הדין..."

לעניינינו, אין אנו דנים ומכריעים על מעמדו האישי של הבעל, שאינו לפנינו, אלא על מעמדה ההלכתי של האשה, ולכן פס"ד זה אינו מנוגד להוראת השלטונות בבג"ץ.

ד. מקור הסמכות של בתי הדין לגייר קטנים, מפורש בגמ' כתובות יא א אמר רב הונא גר קטן מטבילין אותו על דעת בי"ד דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו, ופרש"י שקטן שאין לו אב ואמו הביאותו להגגיר ה"ז גר ע"י הבי"ד. וכתב הש"ך יו"ד סי' רסח ס"ק טז שה"ה אם בא הקטן בעצמו להתגיר דאע"ג דאין לו דעת שומעין לו דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו. וע"י חידושי הגרש"ש לכתובות סי' יג ובקונטרס השליחות סי' כה ד"ה ועל כן, שביאר דין זה דקטן דלאו בן דעת הוא ואחרים מטבילין אותו "נחשבת הטבילה על שם המטביל, ומשום מהני כונה דידהו" (והגר"א"י בלוח תמה עליי, ע"י "אהל אברהם"

כתובות ע"מ תעב).

למעשה מקובל בצחי הדין לגייר קטנים גם אם צאים בעצמם להתגייר חי ע"י ההורים המאמלים חע"פ שאינם צאים ע"י אחד ההורים הצולוגיים, וכן פסקו אחיעזר ח"ד סי' מז, ואגרות משה יו"ד ח"א סי' קסב וח"ב סי' קכו וח"ג סי' קד ודברות משה שבת ח"ב סי' סד הערה יא ודלא כהמנחת ילחק ח"ג סי' לט).

ובשנולד לאב ישראלי ואם נכריה והציאיו אביו ואמו להתגייר, ע"י רמז"ס מלכים פ"ח ה"ה דולד היפת תואר ב"ד מטבילין אותו על דעתם, וכתב הכ"מ כיון דחין ילד זה בן ישראל כלל, דצנך הצא מן הנכרית אינו קרוי צנך. עיי"ש. וכבר נחלקו בזה מטה לוי ח"ב סי' נד ומהר"ם שיק יו"ד סי' רמח ומלמד להועיל ח"ב סי' פב, האם האב הישראלי יכול לגייר את בני מן הנכרית.

ובשנתגייר בקטנותו עם אמו, לדעת רש"י כתובות יא א ד"ה הגדילו, מה שאמר רב יוסף הגדילו יכולין למחות הוא בין כשנתגייר הקטן לבדו ובין כשנתגייר עם אחד מהוריו, וכן פסק הרמז"ס מלכים פ"י ה"ג וס"ע יו"ד סי' רסח סעי' ז.

אמנם בדעת הר"י כתב הרמז"ן במלחמות שבת סוף פ"ט שדינו של רב יוסף הוא רק כשנתגייר עם אביו ואמו, אבל כשטובל על דעת ב"ד אינו יכול למחות כלל שא"כ מה כה ב"ד יפה, וכתב הרמז"ן שפירוש זה אינו מחזור. והריטב"א כתובות סס ומ"מ אסו"ב פ"ג ה"ז כתבו שלדעת הר"י נדחו דברי רב יוסף במסקנא, ואינו יכול למחות כשהגדיל בשם אופן. ועי' פת"ש יו"ד שם ס"ק ח בשם שו"ת חת"ס יו"ד סי' שי' שכל שנתגיירו עמו אחד מאבותיו אינו יכול למחות, מאחר שזכות גמורה היא לו שלא היו רואים לגדלו אם לא יהיה גר כמותם, עיי"ש ומה שלא שייך צנידון דידן, שאמו לא נתגיירה כדי לחיות כיהודיה אלא כדי להרשם לנישואין עם בעלה הישראלי כחוק, וצודאי היתה מגדלת צנה גם צלי שיתגייר).

ואמרו בגמ' כתובות סס דכיון שהגדילה שעה אחת ולא מיחתה שוב אינה יכולה למחות. וכתב הי"ש"ש כתובות פ"א סי' לה שאם כשהגדיל לא גילו לו שנתגייר בקטנותו ויכול למחות ולחזור לסורו, יכול למחות כשיודע לו הדבר, ואף בהיותו גדול, כיון שמה שלא מחה הוא מפני שלא ידע שיכול למחות. וכן פסקו במנחת ילחק ח"ג סי' לט, ואגרות משה יו"ד ח"א סי' קסא וקסב, ועוד מפוסקי זמנינו שהוצאו ב"גר המתגייר" עמ' 376 ואילך.

צנידון דידן, לפי מה שסיפרה הגב' ש' שבסמוך לגיל 13 עבר ללמוד צב"ים כללי חילוני ולא שמר מצוות ואף ענד תליון עם ללב וקעקע בגופו ללב, גם אם עשו לו טקס "בר מצוה" עם כיפה לראשו, הרי לא גילו לו שנתגייר ע"ד ב"ד ויכול למחות ולחזור לסורו, וא"כ הכיפה שחבש לראשו צטקס הבר מצוה אינו מעיד על כלום, וצודאי יכול למחות כשהגדיל, וכך אמנם עשה כשענד את הללצ, שאין זה רק צגדר עובר עבירות אלא מכריז על עצמו שהוא גוי. לפיכך נראה ש"י הוא גוי גמור, ואין לו קדושין צבת ישראל.

ומה שאמר שהוא גם יהודי וגם נולרי, הרי זו אמונה צשיתוף, והדבר הראשון שמודיעים לגר שצא

להתגייס היא עיקרי הדת שהוא ייחוד השם, וכמו שכתב הרמב"ם חס"ב פי"ד ה"ב, וציאר בהחיות מלוא תיו שייחוד השם היינו צלי שום שיתוף, ואם אינו מאמין בזה אין כאן ולא היה כאן התחלה של גירות.

ה. כשהכורים הצולוגים או המאמלים אינם שומרי מצוות, וממילא ידוע שגם הילד המאומץ אללס לא יוכל לשמור מצוות, בזה פסק הזכר ילחק סי' ב שהגזיר הזה של הילד אינו זכות כי אם חובה, ובכגון זה לא אמרו זכין לאדם, וכן פסק בצית ילחק אבהע"ז ח"א סי' כט אות יא, ושרידי אש ח"ב סו"ס לו, ושו"ת דעת כהן סי' קמז וסו"ס קמה, וקובץ תשובות למרן הגריש"א סי' קג (ועי' פד"ר כרך א עמ' 379 (בהרכב שיטת צו מרן), שכתב שצדיעבד דינו ספק גר. וכתב השרידי אש שם שהגירות שהיא חובה לו בטלה ומבוטלת ואינו גר כלל ויבא לידי מכשול שיחשבוהו, וגם הוא יחשוב עצמו, לישראל, ואין לשער ולתאר את רצוי המכשולים שילאו מזה.

אך עי' אחיעזר ח"ג סוף סי' כח שעפ"י דין את הילדים אפשר לגייר, וכן נראה בתשובתו ב"שאלת ילחק" סי' לד, ועי' אג"מ יו"ד ח"א סי' קנח שיש לחזור ולהטבילו כשיגדיל ללאות מידי ספק לגמרי. ועי' פד"ר כרך א עמ' 379 שהבית ילחק והזכר ילחק דנו רק אם מותר לגיירו לכתחילה משום שאין זו זכות לו אלא חובה, אבל אם צדיעבד כבר גיירו אותו אין לו הכרעת דעת, ואם אין בידינו להכריע שהגירות לא חלה גם צדיעבד, שאפשר שזה גופא הוא זכות לו שנתחייב בתורה ומצוות ונדצק בזרעו של א"ל, ועכ"פ לא ילא מידי ספק גר. ועי' מגדל דופים ח"א סי' לא בארוכה ובשם דעת כהן סי' לו.

ו. כתב הרמב"ם חס"ב פי"ג הט"ז: ולפי שגייר שלמה נשים ונשאן וכן שמשון גייר ונשא, והדבר ידוע שלא חזרו אלו אלא בצציל דבר, ולא עפ"י צי"ד גירוס, חשבן הכתוב כאילו הן גויות וצא"סורן עומדין. ועוד שהוכיח סופן על תחילתן שהן עובדות ע"ז שלהן ובנו להן צמות. וכתב בשו"ת חזון נחום סי' א דמשמע לכאורה דכיון שעשה חזר, הוכיח סופו על תחילתו ובטל הגרות למפרע, ממילא לא בא מעולם לכלל ישראל. אמנם צגמי חולין לט ב במעשה בקיסרי מוכח דהוכיח סופי על תחילתו אינו אלא ספק, ולפי"ז הי"ב צגר שחזר לסורו להדר לגיותו היא רק לחומרא, אבל לא לקולא, ואם קידש קידושו קידושו. ובשו"ת אגרות משה יו"ד ח"ג סי' קה כתב דל"ל דעבר זמן גדול עד שהתחילו לעבוד ע"ז, כמו צנשי שלמה זמן גדול שמרו התורה ציידען שלא יחזיקו אותן לנשים כשלא ישמרו התורה, ורק אחר זמן גדול תקפה ילר ע"ז עלייהו, עד שלא היה איכפת להן שיגרשום, ולכן אין זה הוכחה ממש לבטל גירותו, אלא חשיב דברים שכלב אע"פ שלפי האומדנא הוא הוכחה אף שעבר זמן גדול גם על תחילתן שלא קבלו המצוות עלייהו אלא אמרו צפיהם לרמות בעליהן ואת הצי"ד, לבטל הגרות צעינן אומדנא צרורה כאן סהדי שזה ליכא בעבר זמן גדול, אלא השערות. ועי' שו"ת יד רא"ש סי' י כשמלכתחילה התכוין לרמית ואח"כ שב לסורו.

ובנידון דידן, גם אם לא היה זה גזיר ע"ד צי"ד מדין זכין, נראה שלפי האגרות משה הג"ל, הגזיר בטל מעיקרא, כיון שכבר בגיל 14 יש עדות שענד ללב והכריח על עצמו שהוא נוצרי, ולא המתין זמן רב עד שחזר לסורו.

ד. עיי' מרדכי יצמות סי' כט שהציא בשם הגאונים שדוקא ציצם מוכה שחין אין הקדושין בטלים למפרע דטב למיתב טון דו, אבל אם נמלא יצם מומר דאנן סהדי דלא ניחא לה, נפקא אף צלא חליצה, אבל בתשובה לרש"י כתב דלא סמכינן עלייהו כלל ואע"פ שחטא ישראל הוא לכל דבר. ובשו"ע אבהע"ז סי' קנז סעי' ד הציא מחלוקת אם יצם מומר וזקק ליצום, ועיי' ט"ז סי' קמ ס"ק ה. וכתב מהגר"א ס"ק ז דהוי ספק.

ואם נמלא הבעל עלמו מומר, כתב בנוצ"ת אבהע"ז סי' פ דבאיסור שיש היתר לאיסורו וסמא בדידיה בכל רגע, כמו ביאת מומר בישראלית, אפילו למאן דאוסר ביאתו, הרי סמא בידו לשבז בתשובה ופשיטא דלא אמרינן שיחשב קדוש טעית. אמנם עיי' הר לבי אבהע"ז סי' לט שאם נמלא הבעל עלמו מומר ודאי הוא שלא קדשה עלמה אדעתא דהכי, עיי"ש.

ובגדר האומדנא הזו שלא קדשה עלמה אדעתא דהכי יש לדון האם זה מדין תנאי כאילו התנתה על כך בפירוש בכל הלכות תנאים, או שבמקום אומדנא צרורה של טעות המקח בטל גם בלי דיני תנאים, וכבר נחלקו בזה הרעק"א בשו"ת מהד"ת סי' כ, ובית הלוי ח"ג סי' ג: דהנה בשו"ת רעק"א תנינא שם כתב: דכל מקח טעות דעלמא אף דלא התנה אן הדי דקפיד והוי כהתנה, ומהני מדין תנאי, אבל לולי דלמדנו מצני גד ובני ראובן דמהני תנאי לא היה שייכות דינא דמקח טעות, דלא עדיף ממתנה במפורש, ולפי"ז ניחא דהיכי דלא הוי טעות בקדושין רק בחופה, דהייט דזינמה צאירוסין, לא הוי מקח טעות, דכיון דחיפה אי אפשר לקיימו עיי' שלח לא מהני ביה תנאי, הי"ט טעות לא מהני, ולא בטלה קנין החופה. ע"כ.

אמנם בצית הלוי שם כתב דדוקא דבעל המקדש לא היה אים טעות, דהוא שלם צלא מים רק נבא לצטל הקידושין משום דבר שנתחדש אח"כ ילומר דע"ז האופן לא נתרנית, בכה"ג הציטול הוא בגדר תנאי, אבל דבר דהיה טעות בעל המעשה וכגון בנתקדשה לאחר וגודע שהוא בעל מום או מוכה שחין והיא לא ידעה מזה, זה נקרא מקח טעות וחוזר ואינו בגדר תנאי אלא מלד דעלם המעשה היה בטעות, עיי"ש. וכ"כ בכתבי הגר"ח עמ' נג "בדין חליצה מוטעת", והגרש"ש צ"שיעורי ראשי ישיבות ליטא" עמ' ז, וחלקת יואב אבהע"ז סי' כה, וחזו"א אבהע"ז סי' נו אות ט, ועיי' בחי' הגרש"ר יצמות וכתובות עמ' בא, וספר "זכרון יהושע" עמ' שנה מהגר"א צורדיאנסקי ז"ל.

ויש לבאר סברתם בחקירה האם קנין הקדושין נעשה כולו עיי' מעשה הקדושין של הבעל, והבעל הוא עושה את חלות הקדושין והיא מתקדשת ממילא, וכ"כ בחידושי רבינו חיים הלוי על הרמב"ם יצום וחליצה פ"ד הט"ז, וקובץ הערות סי' עו, או שנאמר שגם האשה פועלת בחלות הקדושין עיי' שמפקירה עלמה להבעל, וכ"כ בשערי ישר ש"י פ"ב וחי' הגרש"ש קדושין סי' א ובמהדורה המורחבת משנת תשע"א גם בסי' ב, ועיי' שערי חיים קדושין סי' ט. דאם האשה אינה פועלת כלום בחלות הקדושין לא שייך שהטעות שלה תצטל את המעשה של הבעל אם נאמר שטעות זה מדין תנאי, דתנאי הפירוש היא שעקר המעשה (כמו שביאר בצרכת שמואל צ"מ סי' לו בשם הגר"ח), או שעקר את החלות (כמו שביאר בחי' הגרש"ש

קדושין פי' כב), אבל אם גם האשה פועלת בחלות הקדושין כי אז שיך לומר שאם טעתה יתצטלו הקדושין מחמת התנאי, דאז אין לורך צ"עקירה" של המעשה או החלות, אלא צביטול למפרע של מה שהיה, ע"כ זה שיך גם צביטול הקידושין מלד האשה, אע"פ שמלידה לא היה מעשה אלא רק הסכמה והרצון. ולפי"ז מה שאמרו בגמ' צ"ק קי' ב יצמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חלילה לדעתא דהכי לא קדשה ענמה, ל"ל כמו שביאר בשערי ישר ש"ה פי"ח דצ"כ אין הכוונה דאגלאי מילתא למפרע שהיה טעות בקדושין, דאיך שיך לומר דמטיקרא היה טעות, אלא שהדין היה תלוי ועומד בעין קדושין על תנאי, ומה שמתרץ שם בגמ' כדר"ל טב למיתב טן דו, אף דבדאי היתה רוצה יותר שיהיה קדושין על תנאי זה שאם תיפול קמי יצם מוכה שחין שיפקעו הקידושין למפרע, הכונה בזה דבעינן שיהיה אומדנא דמוכח שאם היה עולה על דעתו מעיקרא האפשרות שצתהיד לצוא, אם לא היה ציבילתו לעשות תנאי כזה היה נמנע לגמרי מן המעשה, ומש"ע כיון דאמדינן דבקדושין לא היתה נמנעת מחמת האפשרות שצתהיד, אין צכח אומדנא כזאת לצטל המעשה. ע"כ.

אלא שבידון דידן לא היתה לה טעות לפני החופה בנושא יהדותו, שהרי הלהירה שהסכימה להנשא לו אפילו אם הוא נוצרי!

ד. אם תוכיח ש' ש' רכש ברטים טיבה לחו"ל עוד לפני החופה כדי לנסוע למחרת החופה, והנסיעה לא היתה פתאומית אלא מתוכננת מראש, ובטמף היא תוכיח ש' ואמו גנבו את המתנות שקבלו לחתונה (רוב רובן של המתנות ניתנו ע"י קרובי ונכרי ש'), זאת צלירוף הבריחה לחו"ל מהווים אומדנא שתיכנן את מעשיו, וא"כ אומדנא ברירה ומוחלטת היא שידעתא דהכי שלא יהיה לה צעל אפילו לא ליום אחד, לא נתקדשה.

ואף שאמרו בגמ' צ"ק קי' ב טב למיתב טן דו, ואין טעות של האשה בצעל מצטלת הקדושין, זה דוקא בשיכולה להיות אחו אפילו בדיחק ובקושי, אבל כשהצעל תיכנן לצרוח מיד אחר החופה, אדעתא דהכי ידאי לא הסכימה.

ט. ע"י אגרות משה אבהע"ז ח"ד סי' לב שאם היו החלפת טבעות בקדושין של רב אמיתי אין הקדושין בטלים אם כי יש איסור בדבר לעשות כן.

י. בגמ' גיטין כ' ב: היי מוחזקין בטבלא שהיא שלה וגט כתוב עליה והרי היא יולאה מתחת ידה, מי אמריק אקטוי אקיתא ליה או דלמא לא ידעה לאקטוי. ובמסקנא אמרו שמגרשת. ופירש בתוס' רי"ד משום שידעה להקנות. אבל בה"י הרשב"א כתב משום שהכמים הקנוהו לצעל. והרמב"ם גירושין פ"ד ה"ה ושו"ע אבהע"ז סי' קכד סעי' ז פסקו שמגרשת כשאומרת שנתננו לו. ולא נתבאר אם כוונתם דוקא באופן זה, או שאפילו צתתם אנו אומרים שנתנה לו. וע"י מאירי שם שאם אנו רואים הטבלא ביד האשה עם הגט אנו אומרים שמן הסתם היא נתנה לו את הטבלא והוא החזיר לה, ולהלן במאירי שם כתב שמדובר באשה שידעת להקנות כמו אותו זקן שדברו עליו בגמ' גיטין שם. וע"י פר"ח צו"ע שם שמוהרש"ך כתב בדעת

הרמב"ם בהרשב"א שלא משום ההקנאה שלה אלא חומרים שמגורשת אלא משום שחכמים הקנוהו לצעל, אך שאר פוסקים חולקים וסוברים שחכמים לא הקנו לצעל באופן כזה, ומגורשת משום שידעת להקנות ומקנה הקנאה גמורה. וכתב בתו"ג חדושים ס"ק יט שלהלכה אלא חומרים שידעת להקנות לצעל אע"פ שידעת שיחזיר לה, אבל אם ידוע שלא הקנתה לו אינה מגורשת שאין חומרים בזה שחכמים הקנוהו לו.

וצביאור ספק הגמ' אם ידעה לאקנוי, נאמרו שני פירושים: רש"י פירש שמא לא גמרה ומקנייה דבר שאין בלבה לתת מתנה גמורה, ולא גירשה אלא בשלה. כלומר שאין כאן שאלה של חוסר ידיעה או חוסר הבנה בדבר שעומד להחזיר לה, אלא חסרון של גמירות דעת, שאינה גמרת בדעתה להקנות לו ומתכוונת לתת לו רק לפי שעה. ולפי"ז מסקנת הגמ' היא שמגורשת מכיון שכן גמרה בדעתה להקנות לצעל. אבל תוס' פירשו שהשאלה היא שמא לא ידעה לאקנוי בדבר שהוא מחזיר לה ולא גמרה ומקנייה ליה אלא בתורת שאלה משאילתו. כלומר שאנו חוששים לחסרון ידיעה או חסרון הבנה, שסבורה שדבר שעומד להחזיר לה אין זו הקנאה אלא שאילה, ולפי"ז מסקנת הגמ' היא שמגורשת מכיון שאנו חומרים שכן יודעת ומצינה שרריכה להקנותו בקנין גמור.

והנה לענין קדושין פסק הרא"ש בשו"ת כלל לה, והובא ברמ"א בשו"ע אבהע"ז סי' כט סעי' א, אשה שנמנה מתנה לאחר ע"מ להחזיר לה לאחר לי יום כדי לקדשה בה בתוך לי יום, ונתן לה תוך לי לקדושין, הוי מקודשת. וכתב המקנה שם שזה דוקא אם היה התנאי שתחזיר עד שלשים יום, אבל אם נתנה לו האשה הטבעת במתנה ע"מ להחזיר לשם קדושין, אינה מקודשת כיון שאם לא יקדשה תחבטל המתנה, נמלא שלא נתן לה כלום, שבין כך ובין כך שלה הוא, ואינו דומה לקדשה בגזל שלה שאמרו בקדושין יג א שאם שידכו ביניהם מקודשת, מכיון שבגזל שלה אנו חומרים שמסתמא מחלה לו והקנתה לו במתנה גמורה אפילו אם לא יקדשה כיון שרוצה להתקדש לו, אבל כאן כיון שאומרת ע"מ להחזיר לה לשם קדושין הרי התנתה בפירוש שאם לא יקדשה תחבטל המתנה. וכן הכריע להלכה ערוך השלחן שם סעי' ט, ואהל משה (להר"ח ריוחמן) יו"ד סי' ו אות א. אמנם הקהלית יעקב למה"מ שם כתב שאף במתנה ע"מ להחזיר כדי לקדשה באותה טבעת מקודשת, דדמי לאומר הנני נותן לך חפץ זה במתנה ע"מ שתקנה ממני איזה חפץ אחר בחפץ זה שנתתי לך, קודמי מהני, כמו בגט שהאשה נותנת לצעל הנזיר במתנה שיכתוב עליו הגט ויחזור ויתן לה ויהיה שלה, שהאשה ידעה לאקנוי בכה"ג כמבואר בגמ' גיטין כ ב. ומ"מ כשלא הקנתה לצעל, אינה מגורשת. ע"כ.

ומדברי המקנה שהמקדש בגזל שלה מקודשת היינו משום שאנו חומרים שהואיל ושידכו ביניהם ורוצה להתקדש לו גמרה בדעתה להקנות לו החפץ בהקנאה בלתי תלויה, משמע מדבריו שההקנאה היא עוד קודם שמסר לה החפץ לשם קדושין, שאם נאמר שההקנאה נעשית רק בשעה שנותן לה לשם קדושין והיא שותקת, לכאורה אין לך אומדנא גדולה מזה שהסכמתה לקדושין בחפץ זה וההסכמה שיקנה את החפץ הוא רק משום שמקבלת את החפץ בחזרה בקדושין, וה"ז כאילו התנתה במפורש שמקנה לו ע"מ שיחזור

ויקדשה צו, וא"כ מה הנפ"מ בין תנאי מפורש לקדשה בגזל, וע"י כחצ סופר גיטין שם שעמד צוה. חלה ודאי כוונת המקנה היא שהסכמתה להקנות לו את ההפך היא ע"ד קודם הנתינה, ויתכן עפ"י מה שכתב בשערי ישר ש"ה פ"ד שאל"פ שאין אדם מקנה חפץ שאינו ברשותו, כאן קימה המקדש את הטבעת לא מטעם הקנאת האשה חלה שכיון שהיא מתרצית לו שיקנה יכול לקנות כמו שקונים דבר שיש בו יאוש בעלים והפקר. אך ע"י אהינזר ח"א סי' כה אות טו שצ"כ כל ענין הקנין מתחיל רק כשהגיע החפץ לידה וקבלה לשם קדושין, והקשה א"כ איך הקנתה לו וצמה זכה המקדש, ותיירץ שכיון שקבלה בשתיקה אחרי שידכו ביניהם הרי זו הודאה מלידה וקנה לו מלד קנין אודיתא. אך לפי"ז ל"ב מדוע אין זה כהקנאה ע"מ להחזיר בקדושין, שהרי באותה שעה צרור שהסכמתה תלייה בקבלת החפץ בחזרה).

ובנידון דידן שאמה של ש' מספרת שנתנה לי' את הטבעות שקנתה בכספה לצורך הטקס בחופה שיענדו את הטבעות אחד לשני, וישלם לה אח"כ, חלה שלא ידעה שצריכה להקנות לו את הטבעת, כיון שמכרה לו את הטבעות בהקפה בודאי זכה בהם כדי לקדש את צתה.

חלה שלוקח בהקפה בטרם שילם כל דמי המקח, אם קנה החפץ, ע"י רמז"ס יסוה"ת פ"ה הי"א: ויש דברים אחרים שהם בכלל חילול השם, והוא שיעשה אדם גדול צמורה ומפורסם צחמידות דברים שהבריות מרגנות אחריו בשבילן, ואע"פ שאינם עצירות, ה"ל חילול את השם. כגון שלוקח ואינו ניהן דמי הלוקח לחלתר, והוא שיש לו ונמלאו המוכרין תובעין והוא מקיפן. מצוה"ר שהלוקח בהקפה אינו עושה עצירה חלה שבאדם גדול נחשב חילול ה'. משמע שהלוקח בהקפה נחשב הלוקח כשלו ואינו נחשב גזלן אע"פ שהמוכר תובעו. אמנם ברמז"ס מכירה פ"ה ה"א ושו"ע סי' קל סעי' י כתב: המוכר שדה להצירו באלף זוז ונתן לו מקלט הדמים והיה יולא ונכנס ותובע שאר הדמים, אפילו לא נשאר לי' חלה זוז אחד, לא קנה הלוקח את כולה אע"פ שכתב השטר או החזיק. וכתב בהגר"א ס"ק יב בליקוט דדעת הרמז"ס דלא קנה כלל אף נגד מעותיו, ותיכף נתבטל כל המקח אף בלא חזרה, ולמד כן ממ"ש בגמ' צ"מ עז ב לא קני משמע לגמרי, י"ש זוזא כוזי דמי ולא קנה. אבל דעת הרא"ש פ"ו סי' ז שקנה כנגד מעותיו, עיי"ש בהגר"א. וע"י נתינת סי' קל ס"ק ז וסי' קלא ס"ק ג, והגהות רעק"א יו"ד סי' קעד על ש"ך ס"ק ג דיכול המוכר לבטל חלק המקח שעדיין לא שילם מחירו לסופר לא תינשא האשה בגט זה שמא יהיה הסופר עייל ונפיק ארזי ביום המיועד לפרעון ויתבטל המקח, ויהיה הגט פסול. והקשה בגט מקושר הוצא בפתי"ש סי' קב ס"ק ו, דהא התם הוי הסופר מוכר מפני רעתה, שהרי אין לו לסופר מה לעשות בגט זה ואינו צריך לו, וא"כ הרי אין הסופר יכול לחזור צו כלל, ויכולה האשה להנשא צו תיכף ומיד. אמנם התורת גיטין לשיטתו בנתינת"מ כאן דאם לא שילם יכול לבטל המקח אפילו במוכר מפני רעתה.

יא. גראה ברור שכוונת י' כשהזר על דברי הרב "כדמו"י" לא היה לבז עמו בכוונה לדמו"י, שהרי נכנס לחופה ללא הטלית והכיפה מתוך הכרזה שהוא אינו יהודי.

יב. כתב בתשצ"ך ח"ג סוף סי' קעח: ואם כתב לה מאתיים והיתה בעולה ורצה ליזוק בנכסיו, כבר אמרו בכתובות נד ב' אם רצה להוסיף לה אפילו מאה מנה מוסיף, ולכתוב לבעולה בתולתה כרצון הבעל, לא חיישינן בכהא למיחזי כשיקרא. וכן פסק ביד דוד אישות פ"י ח"ג דט"ז אות לה (הוצא בפד"ר כרך יד עמ' 189). וכן באגרות משה או"ח ח"ד סי' קיח ואבהע"ז סי' קא דמאחר שהחתן יחתום על הכתובה הרי הסכים לכתובת בתולה ושוב ליכא קפידא ומחוייב בכתובת בתולה אף אם באמת אינה בתולה אם לא הטעתה אותו, מאחר דרצה להתחייב בכתובת בתולה לא גרע מתוספת כתובה. ועיי' יד אהרן סי' סו הגה"ט אות טז, ואצני אפיד שם אות ז, ושצט בנימין סי' רעג, שיש מחמירים בזה שאין לכתוב בתולתה אפילו ברצון הבעל. ועיי' מנחת יצחק ח"ב סי' קיח בבעולת עלמו שרצה לכתוב לה מאתיים מ"מ לא יכתוב לה בתולתה ובתולייכי.

אלא שכבר כתב באגרות משה או"ח שם דאם יש חשש מכשול לכהנים שלא ידעו שהיא פסולה לכהונה אם תתאלמן, אין לכתוב בתולתה כדי לא להביא לידי מכשול. ועיי' קיצן "שואלים בתשובה" סי' כה מה שכתב ע"י הגר"ה"פ שיינצרג ז"ל. לפיכך בנידון דידן שהיא בעולת נכרי ופסולה לכהונה, ודאי לא עוב עשה הרב המקדש שכתב לה בתולתה.

הרב מיכאל אברהם

רקע מפורט:

י' הוא בן לאם אפרו-אמריקנית (קרוביה הם כושים עבריים שחיים בדימונה) שנישאה בחו"ל ליהודי ישראלי, ולאחר שהגיעו לארץ נדרשה האם להתגייר והם נישאו בשנית. כל זאת כאשר בנה, הבעל דן, כבר היה ילד בן עשר. הוא למד בבי"ס יסודי דתי עד כיתה ו' (גיל 12 בערך), ולאחר מכן בחטיבת ביניים חילונית (שרת, שם הגיע לגיל מצוות) ובתיכון חילוני בנתניה. אחיו הצעיר יותר (כיום בן 14) לומד במסגרות דתיות.

מאז גיל צעיר הוא ענד צלב (יש תמונה מגיל 14-15), והצהיר על עצמו שהוא יהודי ונוצרי. ככל הנראה הוא לא ניהל אורח חיים דתי לפחות מאז גיל 12. יש עדים על הצהרות דומות החל מגיל 13 ועד עכשיו.

בתקופה שקדמה לנישואיו הוא ניסה להציע לכמה נשים לפניה להרות ולהתחתן. אחת מהן אף נכנסה להריון ממנו.

בני הזוג החלו לצאת, ולאחר כשבועיים הוא אמר לה ולאמה שזרקו אותו מהבית, והחל לחיות איתה בבית הוריה בנתניה. האישה נכנסה להריון, והם דיברו על חתונה (גם לפני ההריון וגם אחריו). במהלך כל התקופה הוא אמר שברצונו לחזור לארה"ב, איתה או בלעדיה. הוא הראה לה תמונות של בית יפה ועסק שיש לו שם. האישה אמרה שהיא רוצה ללדת את הילד בארץ (וכנראה לאחר מכן לעקור לארה"ב). מכאן ברור שהם שוחחו על כך כבר מהתחלה.

הם נרשמו לנישואין ברבנות נתניה, בלי להודיע שהאישה בהריון. לדבריה היא לא נשאלה על כך, ואף אמרה להם את תאריך הווסת האחרונה כדי לקבוע את מועד החתונה (האם הוסיפה שגם אצלה כך הדבר התנהל. היא היתה בחודש השישי עם שחר עצמה). שם גם נערך בירור יהדות של הבעל שכנראה אושר. רק שם הוברר לה שהוא בן גרים, אך זה לא הפריע לה. גם דבריו על כך שהוא נוצרי לא הפריעו לה עקב אהבתה אותו.

לדבריה לא נערכו כל הכנות לשלב שאחרי הנישואין (שכירת דירה, קניית ריהוט וכו').

בעת ההכנות לנישואין, משפחת החתן רצתה לערוך חתונה גדולה, כ-650 מוזמנים. משפחת הכלה אמרה שזה אינו באפשרותה והתפשרו על 350 מוזמנים. בסופו של דבר הגיעו רובם ממשפחת הכלה ורק עשרות בודדות ממשפחת החתן. בהסכמתם, עול התשלומים הוטל כולו על משפחת החתן. [בסוגריים אעיר שלא ברור לי מדוע היה צורך להתפשר על מספר המוזמנים אם כל המימון הוטל על משפחת החתן. בפרוטוקול 1 עמ' 31 מתואר שהחוב לאולם היה 120,000 ואם הכלה שילמה את חלקו למרות הסיכום. לא ברור לי מדוע]

בשבוע ה-11 להריונה הם נישאו בנתניה. הרב המחתן היה הרב וילהלם מחב"ד נתניה. עדי הכתובה הם הרב וילהלם ועוד עד שלא זיהינו את שמו מהחתימה. עדי הנישואין הם הרב וילהלם ויוסף קוטר (שם אחר מעד הכתובה).

בערב החופה הבעל סירב שיצלמו את חתימת הכתובה (ע"ס 72,000 ₪). כמו כן, הוא סירב לקבל במתנה טלית מאם האישה לכבוד הנישואין. הוא טען שהוא אינו יהודי ולכן אינו רוצה בה. בנוסף, הטבעת נקנתה על ידי אם האישה, וניתנה לו כמה ימים קודם החופה. לשאלתנו, האם אמרה שלא ידעה שיש להקנות את הטבעת לבעל, והיא חשבה שזה רק חלק מהטקס (כמו הטלית). [לא ברור האם אמרה זאת מפני שמניסיונה היא ידעה את המשמעות ההלכתית של העניין].

לאחר הטקס אם החתן לקחה את הצ'קים מהכספת (בליווי המלצר הראשי, כנהוג) לביתה. לאחר מכן הם טענו שהמעטפות ריקות והכל נגנב. והוגשה תלונה במשטרה. לא ברור מה עלה בגורל התלונה. אמנם אם הכלה אמרה בפרוטוקול 1 עמ' 30 שורה 787 שכל המתנות היו מזומן למעט 5 צ'קים, ולא

ברור כיצד היא ידעה זאת אם היא לא פתחה את המעטפות. אמנם בעמוד הבא שם שורה 818 נראה שהיא ערכה בירור בין הנותנים.

הזוג הצעיר נסע למלון ולנו שם. למחרת בשעה 11:00 הבעל עזב לבית אמו. לקראת הערב האישה חשה ברע והתאשפזה. לדבריה נשקפה סכנה לעובר. הבעל לא ידע מזה, וכשאם האישה צלצלה להודיע לו הוא שאל האם עליו להיות שם. האם אמרה לו שמדובר באשתו וזו חובתו, והוא הגיע לבקרה לכחמש דקות ועזב.

ביום שלמחרת הוא נעלם מבית אמו, ואף אחד (כולל אמו) לא ידע היכן הוא. לאחר כמה שעות הוברר שהוא כבר בארה"ב. [לא ברור מתי הוזמן הכרטיס (לכאורה היה צריך להיות מראש)].

בעל האולם לא קיבל את התשלום ממשפחת החתן ותבע אותם בבימ"ש. הוטל צו איסור יציאה מהארץ ונלקחו להם הדרכונים.

בהמשך התברר (דרך שיחות סקייפ ואימייל, שיש להם העתקים מהם) שהבעל חי שם עם אישה אחרת, ואף אמו אמרה לו שימשיך להיות איתה שם ושאלה האם הוא זקוק לכסף נוסף.

כעת הוא משוחח עמם באמצעות מתווכת (סנדרה). אף שלדבריהם אין להם כתובת אימייל שלה, ונראה שהם משוחחים דרך ביי"ד בנתניה), וכעת הוא מתנה את מתן הגט בתשלום של 40,000 ₪ כדי שאמו תוכל להגיע אליו (אביו לא בקשר טוב איתו ועם האם, אף שהוא חי איתה).

האישה פנתה אלינו, וישבנו בבי"ד של הרב אברהם דב לוי, חיי אדם 28 ירושלים, בתאריך 23.7.2013 בשעה 11:00. לאחר דיון עקרוני קצר שמענו את דברי הנשים (האישה ואמה) ופטרנום לביתן.

טענתה של האישה:

הוא תכנן מראש לברוח, שכן הוא רצה ילד (נכד לאמו) ואת הכסף לעצמו. כבר מראש כלל לא היתה לו כוונה להינשא לה. היא מבקשת מביה"ד לבטל את הקידושין בלי גט.

מצב נוכחי:

המקרה נדון בביה"ד בנתניה, ונראה היה שהוא לא הגיע להכרעה ברורה. על כן כשהגיעה האישה לפנינו ושטחה את טענותיה ובקשותיה, מצאנו לנכון לשמוע את דבריה בביה"ד. בנוסף, שמענו את אמה, ולאחר מכן עברנו על הפרוטוקולים של הדיונים והעדויות והראיות שהתקבלו בביה"ד בנתניה. לבסוף התיישבנו וביררנו את הדברים ברר היטב, והגענו להכרעה שתוצג להלן.

והנה, ממש בימים אלו הוברר לנו שביה"ד בנתניה והרבנות הראשית הצליחו להשיג מהבעל גט שניתן לשליח בארה"ב (שבימים אלו טרם הגיע לארץ), תמורת תשלום של 40,000 ₪ שניתן לו מ"קרן העגונות" של הרבנות הראשית. לכאורה המקרה הסתיים (אם אכן זהו המצב), וישאל השואל מה טעם לכתוב ולפרסם את הפסק שלנו? ובפרט דבי"ד אחר ביי"ד לא דייקי (ראה בירור בזה להלן).

אך על אף כל האמור לעיל, ראינו לנכון ולנחוץ לפרסם את פסקנו זה מכמה טעמים:

- משנה, משעה שנתבררה ביושבנו על המדוכה עוד טרם ניתן הגט, לא זזה ממקומה.
- ביה"ד בנתניה טרם כתבו פס"ד, ונראה שהם לא נכנסו לעובי הקורה ההלכתית של המקרה, אלא חייבו מתן גט מספק.
- לפי הכרעתנו במקרה כזה מעיקר הדין כלל לא היה צורך בגט, והתשלום היה מיותר ואף מזיק (כניעה של מוסד ממלכתי לסחטנות שרירותית).
- הכרעתנו היא בגדר תקדים שכלל הידוע לנו לא נהגו בו עד כה, של היתר הקידושין בטענת אומדנא דמוכח. למיטב הבנתנו מנגנון ההיתר העקרוני הזה מבוסס היטב בדברי התלמוד

והראשונים, ולכן ראוי וחשוב שבתי הדין בכל אתר יתחשבו בו וישתמשו בו במקומות ובמצבים בהם הוא מתבקש, ובמלוא הזהירות הראויה כמובן.

פסק דין:

האישה מותרת לעלמא, לבר מכהן. לכתחילה נדרש גט מדרבנן. ברם, אם לא יינתן הגט או שיידרש תשלום עבורו, יש להתירה לשוק בלא גט.

בשאלת מעמדו של הבעל ומעמדה של הבת, יש כאן גר קטן שהתגייר אגב אמו, והיתה כאן ספק מחאה משהגדיל. אנו מצדדים שמעמדו הוא כגוי, וכן שהבת היא כבתו של נכרי שבא על בת ישראל, ואסורה לכהן לחומרא. אבל איננו באים כאן להכריע בזה שכן לא זה מה שבא לפנינו. יתר על כן, כפי שנראה להלן היתרה של האישה לא מבוסס ביסודו על מעמד הבעל (כפי שיתבאר להלן, היא מותרת לשוק גם אם הוא יהודי).

מצע כללי לפס"ד:

היתר האישה מבוסס על בירור של ארבעה יסודות, זה למעלה מזה (בדרך של את"ל), שלהלן יתפרטו לי"א סעיפים:

- א. גיותו של הבעל.
 - ב. הקידושין לא היו כדין ולא כדת משה וישראל.
 - ג. היה מקח טעות.
 - ד. יש אומדנא שעל דעת כן לא התקדשה לו.
- כל אחד מהסעיפים הללו, באם יתברר שיש בו ממש, די בו כדי להתירה בלא גט (בשני האחרונים יש שידרשו גט מד"ס, שלא יאמרו אישה יוצאה בלא גט. אבל במקום בו הבעל אינו מוכן יש הפוסקים להתירה גם ללא גט, וכך דעתנו נוטה), ועל כן כתבנו זאת כסניפים שחזו לאיצטרופי זה לזה.

עיקרי המסקנות:

כבר כאן אביא את עיקרי מסקנותיי בנקודות הנ"ל. הבעל הוא כנראה גוי (אך טעון בירור נוסף). מצד מעשה הקידושין שלו – קידושיו הם ספק קידושין. קשה לומר בוודאות שהיה כאן מקח טעות שכן האישה סברה וקיבלה את מומרותו המוזרה כבר לפני הקידושין. אבל יש במקרה זה אומדנא ברורה דמוכח שעל דעת כן לא התקדשה לו.

לכן האישה מותרת לשוק מחמת אומדנא דמוכח, ובתוספת שני הסניפים של ספק לגבי גיותו של הבעל ולגבי תקפות הקידושין. כאמור, לכתחילה ראוי לתת גט מדרבנן שלא יאמרו אישה יוצאה בלא גט, אבל אם הבעל מסרב או דורש כסף אין בכך צורך והיא מותרת לשוק בלא גט.

פירוט וביאור הדברים מובא החל מהעמוד הבא.

פירוט הנימוקים

האב"ד, הגאון רבי אברהם דב לוי (להלן: הגראד"ל), חילק את דבריו ליי"א סעיפים שטעונים בירור. בדבריי אכתוב את נימוקיי והכרעתי בכל הנקודות, ובצידם גם הערות על נקודות שונות בדבריו.

א. האם ניתן להתיר קדושי אישה מבלי לשמוע את הבעל.

הנדון שבא לפנינו הוא היתר האישה. כפי שנראה להלן, ההיתר נסמך בין היתר גם על קביעת מעמדו של הבעל (איסורית: האם הוא יהודי או גוי, וממונית: האם הטבעת היתה שלו), ובודאי יש לה השלכה על מעמדו של הבעל (האם הוא נשוי או רווק), ולכן עולה השאלה האם ניתן לדון בשאלות אלו שלא בפניו.

והנה הגראד"ל הביא שני טעמים מדוע אין לפסוק על אדם שלא בפניו: 1. מדין שאין גומרין דינו של אדם שלא בפניו. 2. מטעמו של החזו"א חו"מ סי' ג סק"א, שאם הבע"ד היה כאן הוא היה מאיר את הנסיבות שברקע העדות ואולי משנה את המסקנות ממנה. ואף שהחזו"א כתב זאת על דיני ממונות, מסברא יש מקום להרחיב זאת גם לאיסורים. אם כן, הן הדיון בשאלה האם הטבעת היתה שלו והן הדיון האם הוא יהודי או גוי, לא יכול להיערך שלא בפניו.

כדי לפתור את הבעייה, יצא הגראד"ל לדון בדין פלגין נאמנות, כעין מה שמצינו בסוגיית יבמות גבי ע"א אומר מת בעלה, נאמן להתירה להינשא ואינו נאמן להוריד היורשים לנחלה. וכ"פ הרמ"א אבהע"ז סי' יז סוסמ"ג. וביאר בקוה"ע סי' כא אות ז שזהו דין פלגין נאמנות, שאנו מאמינים לע"א לענין היתרה להינשא אבל לא מאמינים לו לענין ירידה לנחלה. מכוח זה כתב הגראד"ל יש להאמין לעדויות ולראיות לענין היתר האישה ולא לענין מעמד הבעל (בממונות ובאיסורים).

יש להעיר על הקשר לדין פלגין נאמנות מכמה אנפי:

1. בסוגיית מכות ז ע"א אהך דאילעא וטוביא נחלק הרא"ש עם הראב"ד שהובא אצלו שם (וראה גם ברמב"ן שם). והאחרונים ביארו שמחלוקתם היא האם עבדין פלגין נאמנות או רק פלגין דיבורא. וכן יש בזה מחלוקות בסוגיות וראשונים נוספים (ראה קוה"ע שם סק"ג והלאה, קו"ש ב"ב סי' קמד, רעק"א כתובות יח ע"ב ויבמות כה, וקה"י כתובות סי' יח-יט ועוד הרבה). אם כן, דין פלגין נאמנות אינו מוסכם כלל ועיקר.

2. כפי שגם הזכיר הגראד"ל, האחרונים (ראה קוה"ע שם וקו"ש כתובות סי' נח ועוד הרבה) כתבו שלא פלגין בתולדה, כלומר היכא שאחת משתי התוצאות היא תולדה מחברתה. בדין מת בעלה באמת שתי ההלכות לא תלויות זו בזו, אלא שתיהן כאחת תלויות במיתת הבעל. אבל בנדון דידן ודאי מדובר בתולדה גמורה, שהרי מה שאין כאן קידושין הוא בדיוק מפני שהבעל גוי. וכן בדיני ממונות אין כאן קידושין מפני שהטבעת לא היתה שלו. הן אמנם, בס' שער משפט כתב שעושים פלגין גם בתולדה, אך רוב ככל המפרשים והפוסקים לא נחתו להכי.

3. פלגין עושים במקום בו הנאמנות לא מספיקה לצורך אחד ומספיקה לצורך אחר (כמו בע"א שאומר מת בעלה). אבל כאן דרושה אותה רמת נאמנות להתירה להינשא ולהשית עליו מעמד של גוי, אלא שיש בעייה צדדית שלא דנים בפניו. איני יודע אם שייך בזה דין פלגין (כמו שלא שייך בטלה מקצתה בטלה כולה בקרובים, כפי שמחלק הראב"ד שהובא ברא"ש מכות ז רע"א).

4. דין פלגין נאמנות נאמר היכא שיש בעייה פורמלית בלבד. כלומר אם באמת הבעייה אינה בנאמנות אלא בכשרות פורמלית של העדות (כגון ע"א, או קרוב וכדומה), אז פולגים את הנאמנות. אבל בעדות שלא בפניו יש חשש לעצם התוכן של העדות (כפי שהסביר החזו"א), כלומר חשש שתוכן העדות הוא לא נכון (בין אם מחמת שקר ובין אם מחמת אי הבנת הרקע לדברים כהסבר החזו"א שם). והנה, אם אכן העדות שלא בפניו מעוררת חשש שהיא אינה נכונה לגבי הבעל, כלומר יש חשש שבאמת הוא לא גוי או שהטבעת כן היתה שלו, כי אז אותו חשש עצמו קיים גם ביחס לאישה. לכן קשה לקבל דין פלגין במקום שיש חשש אמיתי.

5. למעלה כתבתי שהדין שנדון על האישה משליך על הבעל שכן אם נכריע שהיא כבר לא אשתו זה מתיר אותה אבל גם אוסר אותה עליו (כפנויה), ואינו מאפשר לו להתיר את נדריה וכדומה.

והנה, בזה אי אפשר לעשות פלגין, שהרי לא ניתן להתירה לשוק לגביה ולהחשיבה כאשתו לגביו. אם כן, הפלגין יכול להיעשות על הסיבה (האם הוא יהודי או לא, האם הטבעת היא שלו או לא), אבל לא על התוצאה. והרי אצלנו הדיון הוא על התוצאה (האם האישה מותרת לשוק).

על כן, נלענ"ד דדל מהכא פלגין נאמנות, ויש לחזור ולדון על גמר דין שלא בפני הבע"ד. והנה, באשר לדברי החזו"א שהובאו אצל הגראד"ל, אעלה שתי נקודות להתיר לדון על כך שלא בפני הבעל:

1. החזו"א עצמו נסמך על הש"ך חו"מ סי' יג סק"ח, אבל הב"ח שם פליג עליו וס"ל שבדיעבד דינם דין, והקצוה"ח שם סק"א הכריע כהב"ח (וראה מה שהחזו"א הקשה עליהם).
2. החזו"א עצמו שם בקושייתו על הקצוה"ח כתב: "והדברים תמוהים: איך יתכן לדון בלא שמיעת טענות הנתבע בזמן שהוא אנוס לבוא לב"ד, ואיך יהי' בזה כח...". רואים בדבריו שגם הוא טוען שבדיעבד אין דינו דין רק כשהבע"ד אנוס מלבוא. משמע שכשאנוס לכו"ע הדין דין. ובנדון דידן הרי הבעל ממאן לבוא ולדון בפני ב"ד קמא (וכנראה גם בפנינו). ובדאי כך הסבירא נותנת שכשהבע"ד ממאן לבוא ניתן לדון שלא בפניו ובדיעבד ודאי דינו דין. לעצם דין קבלת עדות וגמ"ד שלא בפני בע"ד (ראה סקירה מפורטת בשו"ת חבל נחלתו ח"א סי' מז) מקור הדין הוא בב"ק קיב ע"א, שאין מקבלים עדים בפני קטנים דהוי כקיבלם שלא בפני בע"ד. ובנמוק"י שם (לט ע"א בדפיו) כתב שהוא לעיכובא, והמקבל שלא בפני בע"ד לא עשה לא כלום והוי כטועה בדבר משנה. אמנם בב"י חו"מ סי' כח סקט"ו הביא שראב"ן ור' ירוחם ס"ל שבדיעבד מהני, והרא"ש וריב"א ב"ל שהוא לעיכובא, כנמוק"י הנ"ל. וכן הכריע הב"י שם להלכה והביא עוד חבל ראשונים שסוברים כן, וכ"פ בשו"ע שם סט"ו.

אמנם יש לזה כמה הסתייגויות:

- א. בנמוק"י שם הביא מהריטב"א שבדבר ברור ניתן לקבל עדים שלא בפני בע"ד.
- ב. ושם בגמרא איתא שאם עדיו חולים והבע"ד אינו בא ניתן לקבל עדותם שלא בפניו, וכ"פ הרמב"ם בפ"ג מהל' עדות ה"א:
גם בדיני ממונות אין מקבלין עדות אלא בפני בעל דין, אם היה בעל דין חולה או שהיו העדים מבקשים לילך למדינת הים ושלחו לבעל דין ולא בא הרי אלו מקבלים עדים שלא בפניו...

כלומר שבאונס ניתן לקבל עדות שלא בפני בע"ד.

וכן הרשב"א שהובא בשו"ת מהר"י בן לב ח"ג סי' כ (החקירה הו') כתב שאם הבע"ד אינו כאן ניתן לקבל עדות שלא בפניו.

- ג. בד"מ הקצר שם כתב שהיכא שהבע"ד אלם או שהעדים חוששים להעיד בפניו יש להקל:
כתב מהרא"י ז"ל בפסקיו סימן קע"ה מדברי ראב"ן שמעינן שמקילין בדבר היכי דאיכא צד וטעם להקל לכן היכא דידעינן שאם יגבו העדות בפניו יתעכב קבלת העדות על ידי כחות ואלמות אם ידוע זה מקבלין עדות שלא בפניו.

ואף שהדברים נסמכים על הראב"ן שהוא מהסיעה המקילה רואים שנקט כן גם להלכה. וכן מפורש ברמ"א שם, שהביא את שתי הדעות והיקל כדעת ראב"ן היכא שיש צורך.

אמנם בדבר שבערוה יש לדון שאולי חמיר טפי ודמי לדיני נפשות. ובשו"ת מהריב"ל שם הניח כדבר פשוט שהוא ממש כדיני ממונות. אבל בשו"ת הרמ"א סי' יב:

ואע"ג דכתב שם המרדכי בשם ריב"ן להכשיר בדיעבד, נראה דלענין הלכה יותר יש לסמוך אדברי הפוסלים דהוו רובא ובתראין, ואף לדברי ריב"ן היינו דוקא בענין ממון הקל. וכן מה שכתב מהר"ר איסרל בפסקיו דבמקום אלם דדחלי מיניה גובין לכתחילה עדות שלא בפניו היינו דוקא בענין ממון, כמו שכתב שם בעצמו מטעם הפקר ב"ד הפקר (יבמות פט, ב) והכי דיינין לאלמי ולכל חבריו. אבל לאפקועי אשה מבעלה בעדות שלא בפניו פשיטא דלא מהני כלל, כדמשמע מתשובת הרא"ש דלעיל מאחר דבעי דרישה וחקירה כדיני נפשות, כמו שכתב

הרא"ש בתשובתו. גם לענין קבלת עדות שלא בפניו הוה דינו כדיני נפשות, ושם פשיטא דלא מהני עדות שלא בפניו דכתיב והועד בבעליו (שמות כא, כט) יבוא בעל השור ויעמוד על שורו ...

אם כן, לשיטתו בדבר שבערווה לא מועילה עדות כזאת גם בדיעבד, ואפילו היכא שהבע"ד אלם. הוא משווה זאת לדיני נפשות (וכן הוא בתשובת בעל בית מאיר בשו"ת רעק"א מהדו"ק סי' ק, שכתב שדין פסול קהל הוי כמו דיני נפשות).

אמנם במקום שאין ברירה והבע"ד לא מוכן כלל לבוא, שם יש מקום להקל יותר, שהרי לא סביר לתת לו כוח הכרעה (ווטו) שלא נדון את דין האשה. יתר על כן, הרי מה שאין דנים שלא בפניו הוא מחמת החשש מפגיעה בזכויותיו (והא ראייה שהגמרא ב"ק קיב משווה קבלת עדות בפני קטנים לקבלת עדות שלא בפני בע"ד, אף שזה כן נעשה בפניהם פיזית. לכן נראה שהכוונה היא מפני שאין להם דעת ולא יוכלו להגן על זכויותיהם), ואם הוא מוותר על זכויותיו שפיר דמי. ולטעם זה, נראה שכאן אין צורך בנוכחות הבע"ד לא רק מדין שזהו אונס, אלא שכלל אין חובה לדחות העדויות מפני שאינו מוכן לבוא.

בשולי הדברים אעיר שגם הרמב"ם בפ"ג מעדות וגם בהל' מלו"ל פ"ב ה"ז כתב שבעדות בשטר לכל הדעות גובים שלא בפניו, ואם ירצה יערער לאחר מכן. לכן לגבי עדויות שנתקבלו בבי"ד קמא או בשטר יש לדון שלא בפניו לכו"ע.

ב. האם רשאי בי"ד לדון בהיתרה של האשה לאחר שבי"ד אחר החל לדון בה.

מקור דין זה בב"ב קלח ע"ב "בי"ד אחר בי"ד לא דייקי". הגראד"ל הביא מהש"ך וסמ"ע רס"י יט שלא אומרים כן אלא כשיצא פס"ד מבי"ד קמא, וכאן לא יצא פס"ד.

ראשית, הגראד"ל מניח לכל אורך הדרך (גם בסעיפים הבאים) שמבי"ד קמא לא יצא פס"ד. אך דומני שיש לפקפק בזה. אמנם עדיין אין ביד הבע"ד ובידינו פס"ד כתוב, אבל אין זה אומר שהם טרם פסקו את הדין. ובפרט שהם אמרו לה את הוראתם שעליה לקבל גט (וגם לשלם את מה שתובע הבעל במידת הצורך). ועוד, גם אם הם לא פסקו עדיין את הדין, מכיון שהם יושבים על המדוכה (ואולי כבר יש טיוטא) קשה מסברא לומר שזה מצב של חוסר פס"ד. סוף דבר, להיכנס לדיון של בי"ד קמא ממש לפני הגיעו לסופו וכתובת הפס"ד, אינו דומה למצב של טרם פס"ד שעליו דיברו הפוסקים הנ"ל.

אמנם מהפרוטקולים עולה שהם אכן לא פסקו לגבי הגיור ואפילו לא לגבי הקידושין ובודאי לא לגבי האומדנא, אלא רק הכריעו שנדרש גט (לא ברור האם מדרבנן, לחומרא, או גט ממש מדאורייתא). אמנם רואים בפרוטקולים שעל הגיור נערך דיון די מפורט, ולכן סביר שאם הבעל יתעקש שלא לתת גט ייתכן שהם ייכנסו גם לשאלת הגיור.

אך באמת כל זה לא חשוב, שכן חזקו עלינו דברי החת"ס ועזרת כהן שהובאו אצל הגראד"ל שבעת שהפסק מוטעה אין לקבלו מחמת הדין דבי"ד בתר בי"ד לא דייקי. ובפרט יש לדון באותן נקודות שבהן כלל לא דן בי"ד קמא, שבה נראה מסברא שלא שייך הכלל "בי"ד בתר בי"ד לא דייקי".

ג. נתגייר בקטנותו עם אמו, האם יכול למחות כשיגדיל.

הגראד"ל הביע דעתו כדעת הגרי"ש אלישיב זצ"ל, שגיורי בתי הדין לגיור אינם תקפים מחמת פסלות הדיינים. אך אנוכי הק' בעוניי לא מסכים לקביעה גורפת זו, ולענ"ד לדיינים ובתי הדין הללו חזקת כשרות גמורה. לא אמנע מלציין שכבר הבעתי את דעתי וביקורתי על תהליך הגיור בבתי הדין הללו, שגם לדעתי רווי בעיות קשות ביותר (ראה מאמרי בכתב עת **אקדמות**, גיליון כב, תשס"ט). בכל אופן, כבר כתבתי שם שלדעתי כל גיור כזה טעון בדיקה לגופו, ובודאי שאין לפסול למפרע את כל הגיורים באופן גורף.

בכל אופן, כבר כתב הגראד"ל שאיננו דנים כאן במעמדו של הבעל, ולכן גם אני לא אכנס לתקפותו של תהליך הגיור עצמו, אלא רק אעיר על שאלת המחאה. שאלה זו אינה קשורה לכשרות הליך הגיור

המקורי בבי"ד. אמנם יש להעיר על כך שבי"ד המגייר לא מצא לנכון לזמן את המתגייר הקטן לאחר שהגדיל, כדי לבחון האם הוא מקבל את הגיור או מוחה עליו, ולאשרר את הגיור שנעשה אגב אמו.

מקור דין גיור של קטן בכתובות יא ע"א בסוגיא דגר קטן. ובאותה סוגיא מבואר שקטן שנתגייר יכול למחות בגדלותו, וכן פסקו כל הפוסקים. אמנם כבר הביא הגראד"ל את מחלוקת הפוסקים האם מועילה מחאה בקטן שבא להתגייר עם אמו. ובשו"ע יו"ד סי' רסח ס"ז פסק שיכול למחות גם בכה"ג, אך הפת"ש שם בסק"ח הביא מהחת"ס שהכריע שאם בא עם אחד מהוריו אינו יכול למחות. וראה גם ציץ אליעזר חט"ז סי' סא שפסק שמחאה לא מועילה בכה"ג.

עוד הביא הגראד"ל מהיש"ש שכתב שאם לא ידע על אפשרות המחאה, אזי יכול למחות לכשישמע עליה. וכ"פ מנח"מ ואג"מ שהובאו שם.

ולפי זה, לדברי ש' יש עדויות שהבעל ענד צלב מגיל צעיר, וגם אחרי גיל מצוות (יש תמונות מגיל 14-15), וכן מעידים חבריו שאמר על עצמו שהוא יהודי ונוצרי גם יחד, וזה הוי כמחאה. וכן מה שבחר בעצמו ללמוד בבי"ס חילוני כבר מלפני בר המצווה (לא כאחיו הצעיר שלומד בבי"ס דתי עד עתה). לכן הכריע הגראד"ל שהוא כגוי גמור שאסור בת ישראל ואין לו בה קידושין.

אך לענ"ד הדברים עדיין צריכים בירור. לכאורה הוא לא מחה על הגיור, אלא קיבל את הגיור ואמר שכתוצאה ממנו הוא גם נוצרי וגם יהודי (אלא אם כוונתו היתה שהוא יהודי מצד אביו ולא מחמת הגיור). אם כן, נראה שלדעתו אין סתירה בין שני הדברים. ואף שבאמת יש סתירה, עדיין צל"ע האם ניתן לראות זאת כמחאה על הגיור.

ונראה שהדבר תלוי במהות דין מחאה דגר קטן. דהנה, בשרידי אש ח"ב סי' סח וסי' ע-עא דן האם מה שמועילה מחאה הוא מדין קבלת מצוות (שלא שייך בקטן קבלת מצוות, ולכן בעיני שיקבלן בגדלותו) או שהמחאה מגלה למפרע שהגרות היא חוב לו ולכן גיורו על דעת בי"ד לא מועיל. ונראה שהדבר משליך על השאלה מה צריכה להיות המחאה: האם די באי קיום מצוות, או שבענין מחאה מפורשת על הגיור. על פניו נראה שיש לתלות זאת בשיטות הראשונים בסוגיא דכתובות.

ברש"י שם כתב:

יכולין למחות - ולומר אי אפשר לנו להיות גרים וחוזרין לסורן ואין לנו לענשן בב"ד ואפי' ידינו תקיפה ואם קדש אשה משמיחה אינה צריכה גט להיות כישראל מומר.

רואים שהמחאה צריכה להיות ישירות על הגיור "אי אפשר לנו להיות גרים", ולא סתם אי קיום מצוות. וכן משמע מלשון הרמב"ם, שהביא את הלכות מחאה בהל' מלכים ולא בהל' איסורי ביאה (הל' גרות), ובפשטות זה מפני שהמחאה אינה חלק מתהליך הגיור (כמו קבלת מצוות) אלא התרצות עקרונית להיות חלק מעם ישראל (ובזה עוסקים בהל' מלכים).

לשיטה זו לא ברור האם מחאתו של הבעל היא מחאה, שהרי הוא לא אמר להדיא אי אפשר בגיור, וכנ"ל.

לעומת זאת, בתוד"ה 'קטן', סנהדרין סח ע"ב:

ואף על גב דאמרינן בכתובות (דף יא.) הגדילו יכולין למחות, הא אמרינן דכשגדלו שעה אחת ולא מיחו שוב אין יכולין למחות, דמועיל להו מילה וטבילה של קטנות שהיתה בגופם, ואין חסרים אלא קבלת מצות ומתוך שגדלו ולא מיחו היינו קבלה.

רואים שתוס' סוברים שהמחאה היא אי קבלת מצוות. לפי זה ברור שבנדון דידן זה לא קרה, שהרי הוא ודאי לא קיבל עליו מצוות בגדלותו.

אמנם ברשב"א שם הביא מתוס':

כיון שהגדילה שעה אחת ולא מיחת שוב אינה יכולה למחות. וא"ת והא ואי אפשר לצמצם דהא משתגדיל יכולה למחות וקודם שהגדילה אינה יכולה למחות, י"ל במוחה מתוך קטנות לאחר גדלות שלא גדלה שעה אחת בלא מחאה, ובתוספות מתרצין דעד שמודיעין אותה מתן

שכרן ועונשן של מצות אינה גיורת גמורה והגדילה שעה אחת בגירותה אחר שהודיעה עונשן של מצות קאמר, ולפי דבריהם צריכין להודיעו לאחר שיגדיל.

גם מדברי תוס' כאן רואים שהמחאה היא קבלת המצוות, ולכן וזה צריך להיעשות כשיגדיל. אבל בתירוץ הראשון של הרשב"א נראה שאם גדל שעה אחת בלא מחאה שוב אינו יכול למחות. ולכאורה משמע שהמחאה היא דין אחר מקבלת מצוות. ועדיין אפשר לומר שכוונתו לומר שכשהיתה קבלת מצוות וקיום מצוות שוב לא מועילה מחאה, כי קיום המצוות הוא גילוי שניחא ליה בהכי.

והנה, פשט לשון כמה פוסקים מראה שהם רואים את המחאה כהבנה ב, שהיא מגלה שהגיור חוב הוא לו (ראה למשל אחיעזר ח"ג סי' כח, ועוד). ובאמת באחיעזר שם כותב בפירוש שעבירות אינן בגדר מחאה, אלא נדרשת מחאה על הגיור להדיא. ונראה שלשיטתו אזיל, שהמחאה היא גילוי שחובה היא לו, ועשיית עבירות אינה בהכרח גילוי כזה.

אך מסברא נראה פשוט שבגרות חייבת להיות קבלת מצוות, וקבלה דקטן לא מועילה שהרי על זה לא מועיל דין זכין (כי בעינן קבלה בליבו ואין על זה דין שליחות שיקבלו בשמו. דין זכין ושליחות מועיל על מילה וטבילה, שהם מלים וטובלים אותו בשמו ולמענו, כדברי הגרש"ש שהובאו אצל הגראד"ל שהבי"ד הוא העושה את מעשה הטבילה, וכך דחולין ל"א ע"ב גבי דחפתה חברתה למים, שגם שם הסביר הגרש"ש שהחברה היא העושה את מעשה הטבילה עבורה ולהכי מועילה כוונת הדוחפת).

ובדוחק היה אפשר לומר שאין צורך בקבלת מצוות אם הוא מתגייר על דעת אביו או אמו, וזה כנראה מפני שקבלת המצוות שלהם מועילה עבורו (הוא טפל אליהם).

אך יותר פשוט לומר שתרוויחו איתנהו ביה: המחאה היא גם מדן קבלת מצוות וגם גילוי על הזכות והחובה שבדבר עבורו. ולפי זה, לכאורה פשיטא שהבעל אצלנו לא קיבל מצוות, שהרי כבר מגיל 12 למד בבי"ס חילוני ולא קיים מאומה. אם כן, גרותו לא מועילה והוא כגוי לכל דבריו. ובפרט שיש כאן גם ראיית עצמו כנוצרי. ואולי גם האחיעזר מדבר על מצב שיש קיום כלשהו של מצוות, אלא שעושה גם עבירות.

ובאמת יש להקשות מכאן על השיטות שבצירים מסויימים (כגון שבא מעצמו או שהביאוהו הוריו) לא מועילה מחאה, והרי תיפוק ליה דסו"ס לא היתה קבלת מצוות. לכאורה בשיטות הסוברות שבחלק מהמקרים לא מועילה מחאה מוכח שהמחאה היא רק משום הניחותא והזכות, ולא משום קבלת מצוות.

אלא שבאחיעזר ח"ג סי' כח כתב לחלק שדין זה שמחאה לא מועילה נאמר רק היכא שמתנהג במצוות (וכן משמע בריטב"א ותוס' רא"ש בכתובות שם). ובפשטות ההסבר בדבריו הוא שהמחאה היא מדן קבלת מצוות, ולכן לא מועילה מחאה כשיש קבלת מצוות. אלא שכבר הזכרנו שבדבריו הוא מניח כדבר פשוט שהמחאה היא מדן שלא זכות היא לו ולא מדן קבלת מצוות.

על כן נראה שכוונת דבריו היא שקיום המצוות בגדלותו הוא הוא סיום הגיור מחדש, וכעת הוא הופך ליהודי גמור לא מועילה המחאה שהרי הוא כיהודי לכל דבריו. זאת כמובן אם קיום המצוות קדם למחאה, ונעשה מגיל מצוות. אבל אם הוא מוחה מיד עם הגיעו לדין מצוות, אז בטלו המילה והטבילה, ולכן קבלת המצוות אינה יכולה לסיים את הגיור. וזה ממש כפי שהצעתי למעלה בפירוש דבריו.

כך גם עולה מלשון הרשב"א כתובות יא ע"א:

אי נמי נ"ל לומר דרבותא נקט משום דמילה דין הוא שתעלה לו כשיגדיל ויתרצה דישנה בעולם בשעת רצונו אבל טבילה דבשעתה לא היה בן דעת ובשעה שנתרצה אינה בעולם אימא לא כיון שגירותו מסופק שהרי יכול הוא למחות כשיגדיל קמ"ל.

נראה שלשיטתו הגרות מסופקת עד שיתרצה (כלומר לא ימחה בגדלותו).

בכל אופן, לפי האחיעזר לכו"ע מועילה מחאה לגר שאינו מקיים מצוות, ובודאי זהו המצב אצלנו. הרי אצלנו הוא לא מקיים מצוות, ולכן לפי הצד א הוא כלל אינו יהודי (כי חזרה קבלת מצוות). ולפי

אחיעזר לכל הפחות מועילה מחאה, כי אינו מקיים מצוות. והרי היתה כאן ספק מחאה על הגיור בכך שהוא עונד צלב ומחשיב עצמו כנוצרי ויהודי. וקצ"ע האם זוהי מחאה לפי אחיעזר, שהרי ניחא ליה במצב הזה, להיות יהודי ונוצרי לדעתו. אבל מכיון שהאמת היא שאם נתגייר הוא יהודי גמור ורק טעות היא בידו, נראה שזה לא ניחא ליה, והוא מחאה.

ואולי יש לתלות זאת בדין כוונה כפולה, כהך דלשם פסח ולשם שלמים בריש זבחים וריש מנחות ופסחים עג, ואכ"מ.

לסיכום, בנקודה זו, עלו שתי שאלות: האם מועילה מחאה, ואת"ל שמועילה – האם באמת היתה כאן מחאה. מסקנותינו לגביהן הן הבאות:

- לגבי השאלה האם מועילה כאן מחאה, יש ס"ס לקולא: לשיטת הפוסקים שבכל אופן מועילה – גם כאן היא מועילה. ולשיטות שבגר אגב אמו היא לא מועילה – כתב אחיעזר שזה רק אם נוהג במצוות, ואצלנו לא זה המצב. לכן נראה שמועילה כאן מחאה. עוד יש להוסיף שטעמם של חלק מהשוללים אפשרות מחאה בהתגייר עם הוריו הוא שניחא לגר הקטן שיגדלוהו הוריו (ראה חי' חת"ס לכתובות שם ועוד), והרי הם לא רוצים לגדלו אם הוא לא יהיה יהודי. אבל בנדון דידן הרי הוריו לא שומרים מצוות, ומעבר לזה עובדה שיגדלוהו על אף שהוא לא שמר מצוות ואף הלך עם צלב. לכן נראה שכאן אין חשש שהוריו לא יגדלוהו, ושפיר מועילה מחאה לכו"ע בגדלותו.
- ולגבי השאלה האם בפועל היתה כאן מחאה, שוב נראה שיש לנו כאן לכל היותר ס"ס: אם מחאה היא אי קבלת מצוות הרי ודאי היתה כאן מחאה. ואם היא גילוי שהגיור חוב הוא לו, הרי אמירה שהוא יהודי ונוצרי היא לפחות ספק גילוי שלא ניחא לו במצב האמיתי שהוא יהודי לגמרי. ושוב נראה שיש כאן ס"ס לחומרא, וזוהי מחאה. סוף דבר, שאלת יהדותו של הבעל נותרת בספק גדול, והיא מצטרפת כסניף להיתר האישה.

ד. נתגייר בקטנותו וההורים אינם שומרי מצוות.

כשההורים אינם שומרי מצוות הביא הגראד"ל מחלוקת הפוסקים האם הגיור מועיל. יש חבל פוסקים שהגיור בכה"ג הוא חובה ולא זכות, שהרי הוא ייענש על עבירותיו ולכן אינו גר. אבל אחרים פסקו שזכות היא לו להיות יכול להתחייב במצוות, גם אם הוא עובר עליהן. סו"ס מכלל ספק לא יצאנו.

אמנם נציין שאם כשהגיע לבגרות הוא לא שומר מצוות, אז יש שיטות שזוהי גופא מחאה, ולשיטות אלו הוא אינו יהודי מדין מחאה גם אם הגיור מעיקרא אינו בטל. ובזה עסקנו לעיל בסעיף ג.

מעיון בפרוטוקול 1 עולה שגם האם החזיקה צלב ושרה בכנסיה. מאידך, לטענתו היא כפתה עליו נגד רצונו לצום ביו"כ. נראה שגם האם תפסה את עצמה ביהודיה ונוצריה כאחד, וזה מחזק עוד יותר את המסקנה מהסעיף הקודם שאין כאן בהכרח מחאה על הגיור אלא תפיסה לא נכונה של מהות הגיור. ראה גם פרוטוקול 2 שורה 156 שהאב של יי התגרש מהאם, ובארץ הרב ליפשיץ לא רצה לגייר את האם ועשה זאת בלחץ.

למסקנה, נראה לצדד שהוא כגוי, אך הכרעה בנדון זה נוכל לתת רק לאחר עוד בירור ובפנינו. לצורך היתר האישה, שהוא הנדון דידן, יש כאן רק סניף.

ה. נמצא שהיה הבעל ישראל מומר, האם הקידושין בטלים משום קידושי טעות.

ראשית, אעיר על היסוד הטמון בניסוח השאלה, שקידושי טעות במקרה דידן הם רק בגלל שהבעל מומר. להלן תתבאר דעתי שנדון דידן אין בו קידושי טעות, שהרי היא סברא וקיבלה את זה עוד טרם הקידושין. לכן יסוד הטעות כאן הוא מצד אומדנא דמוכח מפני שהוא נטש אותה יום אחרי החתונה

(ואולי אף תכנן זאת מראש). כאן אדון בנושא קידושי טעות ואומדנא דמוכח באופן כללי, ואח"כ אתיחס ספציפית למקרה זה. להלן אבחין בין טעות לבין אומדנא דמוכח, אבל בגלל השיגר דלישנא אשתמש בכינוי הכללי קידושי טעות לשני הדברים.

סוגיית קידושי טעות רחבה ועמוקה מאד, ורבים וגם טובים טועים בה לענ"ד. עד עתה לא ראיתי ביי"ד שהתיר קידושין מכוח אומדנא דמוכח, וגם בעניין מקח טעות העניין כמעט אינו מצוי. כדי לחדד את הדברים, אביא כאן מדברי כמה דיינים חשובים בפס"ד של ביי"ד אזורי ירושלים, מתאריך א אדר ב תשס"ג, 5.3.2003, מסי' תיק 1393-14-1, שעסק במקרה של בעל שהתגלה אצלו חוסר בגבורת אנשים (=ג"א) והוא עזב את הבית, והאישה עתרה לביה"ד לבטל קידושיה כמקח טעות. ישנו כאן דיון של היתר הקידושין ודיון על הצורך בגט מדרבנן בכה"ג. בינתיים לא אכנס לשאלת הצורך בגט מדרבנן.

הפס"ד שכתב הרב ח"י רבינוביץ, האב"ד, נפתח במילים הבאות:

והנה, מאחר ועל עובדת מצבו הפיסיולוגי של הבעל אין עוררין, והדברים נתמכים אף בחוות דעת הרופא הנ"ל, וכאמור נכרים דברי האישה כאמת, יש מקום לדון דאפשר והוי מקח טעות מאחר ולא ידעה קודם נישואיה כלל ממנו זה – כדבריה, ויש מקום לבטל קדושיה. ואף אם לא נקבל את כל דבריה ונחוש לדלמא ידעה וקיבלה, אף בזה יש מקום עיון שמא אין בקבלתה כלום. והדברים ארוכים ומקורם בכמה סוגיות ותלויים בשיטות הראשונים והפוסקים. ונדרשתי לד"ז משום ענותה וצערך של בת ישראל עלובה זו שלא שפר עליה חלקה בחיים.

כלומר הוא רואה מקום לבטל קידושין מכוח מקח טעות, ולמראה צערה השל בת ישראל האומללה הוא נכנס לעובי הקורה. ואכן הוא מפלפל באריכות בדברי הפוסקים לכאן ולכאן, ונראה שהוא מוצא בסיס רחב להיתר, ובכל זאת למרבה הפלא אנו מוצאים בסוף דבריו:

מכל הנ"ל, נראה שיש מחלוקת בין הפוסקים, ראשונים ואחרונים. לדעת חלק מהפוסקים, אין בנמצא מושג של מקח טעות, שמבטלין הקידושין בלא ג"פ, לפחות מדרבנן. לעומת זה, יש ראשונים ואחרונים שמסכימים במוס' גדול מאוד לבטל הקידושין, וכן דעת ה"אגרות משה" להגר"מ פיינשטיין, גאב"ד לונדון הגר"י אברמסקי, וכן ב"ביע אומר" מביא שביה"ד הגדול בירושלים הפקיע הקידושין.

לדברי רבני צרפת וכן הרב יעקב חביב, רב ומו"צ בקרית משה בירושלים, המטפל בענין, האישה העגונה פלונית, צועקת וזועקת ואין מושיע לה. הנני מיראי הוראה, ואיני יכול לפסוק במקרה חמור זה ללא הסכמת גדולי התורה והפוסקים. לכן, הנני מציע שביה"ד יחקור פעם נוספת את הרופא בצרפת, את המוהל שם, וכן הרבנים אשר טיפלו בזוג בירור יסודי שהאישה לא הסכימה מעולם לוותר ולמחול על מוס' זה. וכמו כן, שהנהלת ביה"ד תשלח שליח מיוחד לבעל, לדבר על ליבו פעם נוספת. אם יסכים לקבל סכום כסף, כפי שהוצע, כדי לסדר ג"פ. אם לא יסכים בשום אופן, ולביה"ד ייראה שמתחמק כל הזמן מלתת ג"פ ומתענת בנזק, הרי בליט ברירה, רק בהסכמת גדולי התורה והפוסקים לבטל הנישואין, וכמובן אז ביה"ד ידון ויחליט בענין התרת הנישואין.

הוא מתאר את עצמו כשייך ליראי הוראה, ולכן הוא מפנה את העניין לגדולי הפוסקים, ומשאיר את האישה הזועקת בצערה. מה שנותר לה להפיק את צערה הוא רק דברי התורה שהאב"ד כתב בעניין, אבל היתר נישואין מביה"ד היא לא קיבלה. אז במה הוא הועיל לזעקתה ולאומללותה? היכן הדברים שהוא כתב בתחילת הפס"ד? אם הוא מיראי הוראה – אז שלא ייכנס לדיון ולא יכהן כדיין ובפרט לא כאב"ד.

והנה, אם האב"ד עוד הציע דרך מעשית כלשהי לקראת קבלת היתר, הרי שעמיתו, הרב ציון אלגרבל, החרה החזיק אחריו והביא עוד מראי מקומות וסברות רבות להיתר, ונקט לשון שממנה עולה בבירור שלדעתו יש להתיר להלכה במקרה זה, ובכל זאת גם הוא מסיים:

והנה מאחר והמדובר בנושא כבד אין ביכולתי להתיר הלכה למעשה ויש להביאו בפני גדולי הדור מהמפורסמים לחו"ד מאחר ויש שיטות דס"ל באין לו גבו"א דאין לבטל נשואין. ולמרות שהנידונים שונים מ"מ בנידון קשה זה נבצר ממני להורות ולדמויי מילתא למילתא במקום גדולי הדור.

כלומר הוא מתיר להלכה אך לא למעשה. אם האב"ד עוד הציע דרך מעשית כלשהי לאישה האומללה, הרי שהרב אלגרבל משאיר את העניין לגדולי הדור, ותו לא מידי. האם כוונתו שהאישה האומללה תכתת רגליה ותנסה להיכנס לגדולי הדור כדי להוציא פסק במקומו? היא פנתה אליו, והוא דיין ממונה מטעם המדינה להכריע בעניינה, וכך הוא חייב לעשות, הן על פי הדין והן על פי החוק. אם הוא רוצה להתייעץ עם פוסקים חשובים נוספים, שייכבד ויילך בעצמו אליהם, ואז יכריע את דינה של האישה. אך מדבריו עולה שכל העניין נשאר לגדולי הדור, וזעקת האישה האומללה תמשיך לנסר בחלל העולם, וכל זאת על אף שלדעתו נראה בעליל שהיא מותרת לדינא.

הדיין השלישי בהרכב, הרב אליעזרוב, מחרה מחזיק אחריהם:

חברי בית הדין כתבו נימוקים בארוכה כדי למצוא היתר לעגונה זו, ואכן רוב מחברי בית הדין נטו לומר שיש צדדי היתר בנידון זה להתירה מעגינותה, כשאין דרך אחרת לקבל ממנו גט ויש לסמוך ולומר שיש צדדים לבטל את הקידושין מעיקרא, מחמת מקח טעות, כאשר יש דעה נוספת שמצדדת שקשה להתירה כה"ג ללא גט.

אך מחמת חומר הענין בית הדין אינו מכריע למעשה ויש להעביר את ההכרעה לגדולי הדיינים והפוסקים אשר יכריעו למעשה בהתרת העגונה פלונית אשר עגונה זה כמה שנים, והיא אשה צעירה לימים אשר מצבה קשה עד למאוד.

גם הוא נוטה להתיר, אבל נרתע מלעשות זאת, ובגלל מצבה הקשה (!?) הוא משאיר את העניין לגדולי הפוסקים.

והנה, כפי שאראה להלן, לענ"ד יש מקום לבטל את הקידושין גם למעשה. מחמת חומר העניין דביטול או התרת קידושין שהוא דבר שבערווה, ומפאת חשיבותו הכללית למקרים אחרים והנוהג המקובל בבתי"ד של הרבנות הראשית לא לעשות כן, לא ראיתי מנוס לעצמי אלא להאריך קצת ולפתוח בשורשי הדברים אף שהם מוכרים וידועים. המסקנה להלכה הנלענ"ד היא תוצאה של עיון בפרטי הסוגיא ושורשיה. כדי להקל על הקורא אחלק את הדיון לכותרות משנה, וזה החילי בעז"ה.

דין מקח טעות ואומדנא דמוכח

קידושי טעות יסודם בדין מקח טעות. והנה, אנו מוצאים שתי דרכים שהן ארבע, בדין מקח טעות: א. היכא שהיה פגם במקח בעת הקנייה. ב. כשנולד בו פגם לאחר מכן. ובכל אחד משני הציורים הללו, הפגם יכול להיות חיסרון בעצם החפצא הנקנה (החפץ אינו מה שחשב שהוא קונה), ושינוי נסיבות שמברר שאדעתא דהכי אחד הצדדים לא רצה במקח (כגון המוכר נכסיו אדעתא למיסק לא"י בסוגיית קידושין מט, וכן בכתובות צז סוע"א "ההוא בצורתא דהוי בנהרדעא").

פגם שנולד אחרי המקח אינו יכול לבטלו מדין מקח טעות, אלא מדין אומדנא דמוכח. אדעתא דהכי הוא לא היה קונה אותו. בפשטות מדובר כאן במנגנון של תנאי, אלא שכפי שכתבו תוס' בקידושין שם לא בעינן כאן למשפטי התנאי.

ולגבי מקח טעות הביא הגראד"ל מחלוקת הפוסקים: רעק"א (בשו"ת מהדו"ת סי' נא, ולא נ. וכן הדברים שם בסי' קו) ס"ל שהוא מדין תנאי, כלומר יש כאן התנייה מכללא. ואילו בית הלוי (חוי"מ ח"ג סי' ג) ועוד רבים מהאחרונים סברו שהוא דין לעצמו, ורק פגם שמתחדש אחרי המקח הוא מדין תנאי.

נראה שלפי ביה"ל והאחרונים יסוד דין מקח טעות הוא שהקונה כלל לא התכוין לקנות את המקח הזה, ממילא הקניין בו לא חל, ואין צורך לדיני תנאים. וכך לגבי הסכמתו לחוזה, אם זה לא החוזה הנכון לא היתה כאן הסכמה.

וכן מצאנו במשנת ב"ב פג ע"ב:

ארבע מדות במוכרין: מכר לו חטין יפות ונמצאו רעות - הלוקח יכול לחזור בו; רעות ונמצאו יפות - מוכר יכול לחזור בו; רעות ונמצאו רעות, יפות ונמצאו יפות - אין אחד מהם יכול

לחזור בו ; שחמתית ונמצאת לבנה, לבנה ונמצאת שחמתית, עצים של זית ונמצאו של שקמה, של שקמה ונמצאו של זית, יין ונמצא חומץ, חומץ ונמצא יין - שניהם יכולין לחזור בהן.

אם אדם מכר לחברו חומץ ונמצא יין או להיפך, שניהם יכולים לחזור בהם. כלומר המקח בטל שכן החפץ שנקנה אינו החפץ שהקונה התכוין אליו. זהו הסוג הפשוט של מקח טעות.

וכך פוסק הרמב"ם בהל' מכירה פ"ז ה"ב :

אבל המוכר חטים שחמתית ונמצאת לבנה, לבנה ונמצא שחמתית, עצים של זית ונמצאו של שקמה, של שקמה ונמצאו של זית, יין ונמצא חומץ, חומץ ונמצא יין, כל אחד מהן יכול לחזור בו, שאין זה המין שאמר שימכור לו, וכן כל כיוצא בזה.

גם ניסוח הנימוק שלו נראה כדברינו למעלה, שהקניין כלל לא חל כי לא זה מה שהוא רצה לקנות. לא נראה שזה מבוסס על התנייה מכללא.

הנפ"מ היא במקרה בו שניהם רוצים לקיים את המקח על אף הטעות. לכאורה לפי דרכנו יש צורך בקניין חדש, שכן הרצון לא יצר קניין על החפצא הזה. אך יש שכתבו שבכה"ג אין צורך בקניין מחדש, שכן הקניין הראשון מועיל לקנות זאת גם כעת (ראה על כך בפס"ד של ב"ד אזורי ירושלים, שכבר הוזכר למעלה).

אמנם זה ניתן להיאמר כאשר הפגם הוא במקח. אם מדובר במומים קטנים ושוליים יחסית, אז נדרשת התנייה מפורשת לפי משפטי התנאי כדי לבטל את המקח כי זה אותו חפצא שהתכוין לקנותו. אבל במומים שפוסלים את המקח בעיני כל אדם, ובעצם הופכים אותו לחפצא אחר, אין צורך לתנאים, שכן יש כאן טעות. לא את זה הוא מתכוין לקנות. לעומת זאת, אם השינוי המהותי הוא בנסיבות, ולא בחפצא הנקנה, אזי גם אם השינוי כבר היה בעת המקח נראה שזה כן מדין תנאי מכללא. שינוי נסיבות כזה הוא המוכר נכסיו אדעתא למיסק לא"י (קידושין מט), אבל זה שינוי שנולד אחרי החוזה. שינוי נסיבות שקיים כבר בעת החוזה עצמו נמצא בסוגיית ב"ב קלב ע"ב, שדנה באדם שכתב כל נכסיו לפלוני והתברר שבנו חי. כאן הטעות היתה כבר בעת הנתינה ולא נולדה אחר כך, אבל אין כאן פגם במקח עצמו, אלא שינוי נסיבות (אי ידיעת המציאות). כאן קשה לומר שהמוכר לא התכוין למכור את החפץ הזה אלא חפץ אחר, ולכן הביטול כנראה מתבסס על מכניזם של תנאי מכללא.

נמצא שההבדל המהותי אינו בין טעות שכבר היתה בזמן המקח לבין מה שהתחדש אחריו, אלא בין חפצא שונה לבין נסיבות שליוו את המקח. אמנם יש לדון מה הדין במקרה שנפגם החפצא אחרי המקח. כאן קשה לומר שזה לא החפצא שנקנה, שהרי בעת המקח זה היה החפצא הנכון. ולכן נראה שגם כאן בעינינו לדיני תנאים אף שמדובר בפגם במקח.

והנה, דברי רעק"א הם לכאורה דברי תימה. אם אכן יש פגם מהותי בחפץ, מה צורך יש לדיני תנאים? כפי שביארנו, הוא לא התכוין לקנות את החפץ הזה ולכן הקניין לא חל (וכן הקשו עליו כמה אחרונים). אך לפי דרכנו למעלה יש בהחלט מקום לומר שגם רעק"א שמסביר מקח טעות מדין תנאי מכללא, זה רק היכא שהשינוי הוא בנסיבות. אבל כשהפגם הוא פגם מהותי בחפץ הנקנה שם ודאי המקח בטל גם בלי דיני תנאים. ואכן ברעק"א בתשובה שם עוסק במי שקידש אישה על מנת שאין לה נדרים או מומין, שהוא תנאי על העבר, והשאלה היא האם נדרשים משפטי התנאי גם בתנאי על העבר. אבל זה הכל כשמדובר בתנאי צדדי למקח ולא בזהות המקח עצמו. ברור שבתשובת רעק"א מדובר בנדרים או מומים שאינם מק"ט מצד עצמם אלא מכוח ההתנאה, שאל"כ אין צורך לבעל להתנות זאת בפירוש. אם כן, זה לא פגם בגוף המקח (האישה), אלא תנאי צדדי, ולהכי רעק"א קושר זאת לדיני תנאי. אבל במקח טעות בחפצא, כלומר במקרה שהתגלה פגם מהותי במקח שהוא בלבו ובלב כל אדם, שם לא בטל מדין תנאי אלא מדין טעות, שלא זה החפץ שהוא רצה לקנות.¹

נמצא שלפי דרכנו בעניין זה אין מחלוקת בין הפוסקים כלל: היכא שמדובר בשינוי נסיבות – לכו"ע הוא מדין תנאי (אף דקצת יש לדון בשינוי נסיבות שכבר היה בזמן המקח, האם גם שם זה פועל מדין

אמנם ראיתי במקו"א שהביאו מרעק"א שאמר כן גם על מקרה שהחליפו לו אישה (כמו אצל יעקב אבינו), שזה ודאי¹ מקח טעות בחפצא. אך לא מצאתי כן בדבריו.

תנאי. בפשטות נראה שכן). היכא שהפגם הוא פגם מהותי בחפצא (כלומר שבדעת כל אדם לא לקנותו) אין צורך לתנאי אלא אין קניין דהוי קניין בטעות. ואם הפגם בחפצא נולד אחרי המקח – נראה שגם שם הוי מדין תנאי. גם אם נחלקו בזה הפוסקים, דברי רעק"א תמוהים, וברור שמקח טעות אינו מדין תנאי.

תנאי של האישה בקידושין

והנה, הגראד"ל שם רצה לתלות את הדברים בשאלה האם אישה יכולה להתנות על קידושין, שכן האחרונים כתבו שמעשה הקידושין נעשה על ידי הבעל, והאישה רק מתרצה לו. ומכאן שרק הבעל יכול להתנות על קידושין, שכן תנאי עוקר את המעשה הקידושין ויכול להיעשות רק על ידי מי שעושה את המעשה. ולכן אם מקח טעות הוא מדין תנאי – אז אין דין קידושי טעות מצד האישה. אבל אם הוא דין עצמאי – אז גם מצד האישה שייך לומר קידושי טעות. ראשית, בעוניי לא הבנתי מדוע מחלוקת ביה"ל ורעק"א תלויה בזה, שהרי רעק"א לא מדבר על קידושי טעות מצד האישה אלא מצד הבעל, והוא לא כותב שמצד האישה זה לא מועיל. לכל היותר אפשר לומר שהאפשרות לבטל קידושין עקב טעות אולי תלויה במחלוקתם, אלא שלמעלה כבר ראינו שכנראה אין ביניהם מחלוקת. יתר על כן, להלן נראה שבסוגיית ב"ק קי מוכח מינייה וביה שהאישה יכולה להתנות על קידושין, שהרי שם מדובר באומדנא דמוכח ולא במקח טעות, וראינו שאומדנא ודאי פועלת מדין תנאי לכו"ע. ואם אומדנא מועילה לאישה אזי מוכח שהיא יכולה להתנות על הקידושין. בכל אופן, בסוגיא שם ברור שבאופן עקרוני יש דין קידושי טעות, ולכן הדיון נלענ"ד לא רלוונטי לענייננו.

וכן נראה מכל הדיון על תנאי קדם נישואין (ראה אג"מ אבהע"ז ח"ד סי' קז), שכלל לא מעוררים את השאלה האם בכלל אישה יכולה להתנות על קידושין. אמנם צלע"ק במקדש על מנת שאני צדיק, האם זה תנאי מצדו או מצידה. תוכן התנאי הוא כתנאי שלה, אבל לשון התנאי היא שזה מצד הבעל. וכעין זה מצינו תנאים על הקידושין שאם תיפול לייבום הקידושין פוקעים וזה מצד הבעל. ולפי זה, אולי גם התנאי שקודם לנישואין הוא מצד הבעל שמתנה לטובת האישה, ואינו תנאי של האישה עצמה.

ובשו"ע אבהע"ז סי' לח סכ"ד מובא שהיא אמרה לשליח שלה לקבל קידושין בתנאי, ומשמע שהיא יכולה להתנות (ובפרט שאם לא היתה יכולה להתנות אינה יכולה למנות שליח, שכל שאינו בתנאי אינו בשליחות). ולכן לא הבנתי בעוניי את ראיית הגראד"ל (בסוף סי"ה של דבריו) מהלכה זו בשו"ע שהוכיח שאין תנאי מצד האישה אלא רק הטעיה. הרי מפורש שם שהיא יכולה להתנות את קבלת הקידושין:

ע"מ שאני עשיר, ונמצא עני, או עני ונמצא עשיר; על מנת שאני כהן ונמצא לוי, או לוי ונמצא כהן; נתין ונמצא ממזר, או ממזר ונמצא נתין; בן עיר ונמצא בן כרך, בן כרך ונמצא בן עיר; ע"מ שביתי קרוב למרחץ ונמצא רחוק, רחוק ונמצא קרוב; ע"מ שיש לי שפחה או בת גדולה או אופה, ואין לו; ע"מ שאין לו ויש לו; ע"מ שיש לו אשה ובנים ואין לו; ע"מ שאין לו ויש לו; בכל אלו, או שאמר: התקדשי לי בכוס זה של יין ונמצא של דבש, או דבש ונמצא מים כגון שהיה מכוסה ולא הכירה בו עד אחר כך, בכל אלו והדומה להם, אפילו אמרה: בלבי היה להתקדש לו אפילו לא יתקיים התנאי, אינה מקודשת, לא שנא אם קבלה היא הקדושין, לא שנא אמרה לשליח לקבלם בתנאי ושינה השליח. וכן אם הטעתו, אפילו אמר: בלבי היה לקדשה אף על פי שהטעני, אינה מקודשת. הגה: אא"כ אמרה כן בפירוש בשעת הקדושין ושמע הבעל ושתק (טור). וכן אם היא הטעתו (ואמר בפירוש: ואף על פי שלא יהיה כן), קדושי קדושין. אבל אם כנסה סתם ואמר: כסבור הייתי שהיא כהנת, והיא לוייה, או לוייה והיא כהנת, עשירה והיא עניה, עניה והיא עשירה, הרי זו מקודשת.

ואולי יש לדחות זהו תנאי על השליחות ולא על הקידושין, וגם מה שאמרה לשליח לקבל בתנאי הכוונה לתנאי שעשה הבעל לטובתה (כמו בעל מנת שאני צדיק). אלא שכבר הערנו שכל שישנו בשליחות ישנו בתנאי.

גם בסל"ט שם כתב הרמ"א:

אם חולקין אם נתקיים התנאי או לא, י"א דכל תנאי שהוא בקום עשה אין אחד מהם נאמן לומר שקיים התנאי שהיה עליו לקיים, אלא צריך עדים; אבל תנאי שהוא בשב ואל תעשה, כל

אחד מהם נאמן, אם אין שכנגדו מכחישו (הר"ן פרק האומר בשם האחרונים). וי"א דאפילו בקום עשה נמי נאמן, כל שאין כנגדו מכחישו (הרמב"ן ור"י).

כל אחד מהם יכול להיות חייב לקיים התנאי שהיה עליו לקיים. לכאורה שוב חזינן שיש תנאי מצד האישה, אבל כאן היה מקום לומר שזהו תנאי של הבעל שמטיל חובה על האישה או על הבעל (כמו על מנת שאני צדיק, וכנ"ל).

אבל גם אם ניתן לדחות את כל הראיות הנ"ל, נראה שביתר שאת אפשר לראות זאת שם בשו"ע בסל"ה:

המקדש על תנאי, וחזר אחר כמה ימים וביטל התנאי, אף על פי שביטלו בינו לבינה שלא בפני עדים, בטל התנאי והרי היא מקודשת סתם. וכן אם היה התנאי מן האשה וביטלה אותו בינה ובינו, בטל התנאי.

כאן חזינן להדיא שיש גם תנאי מצד האישה בקידושין, וכאן ברור שהיא עצמה התנתה אותו.

מכל הנד נראה דאף אם מעשה הקידושין נעשה רק על ידי הבעל, עדיין האישה יכולה להתנות את ההתרצות שלה בתנאי. או שזה לשיטות שתנאי אינו עוקר אלא מתנה את החלות ואת ההתרצות שלה (ראה בדברי הגראד"ל, ובעיקר העניין ראה מחלוקת ר"י בתוס' כתובות עד ע"א, מול ר"ת בתו"י שם, ועוד הרבה). או שניתן גם להתנות לעקור את ההתרצות שלה מעיקרא. כמו כן, היא יכולה להתנות את קבלת כסף הקידושין בתנאי כלשהו (שאחרת אינה רוצה לקנות אותו וממילא לא יהיו קידושין). ואולי אפשר לומר שהאישה מתרצה להתקדש רק אם הבעל יתנה הקידושין בתנאי לטובתה (כמו "על מנת שאני צדיק" שראינו לעיל), ואף שזה תנאי מצד הבעל הוי כמו תנאי של האישה שהתנה הבעל עבורה.

אומדנא ומקח טעות בקידושין

נעבור כעת לשאלת קידושי טעות. ראשית, נציין שלגבי קידושי טעות (כגון מומים שהיו בו קודם הקידושין והיא לא ידעה מכך) נראה שאין מקור מפורש בש"ס, אבל הראשונים ואחרונים האריכו בזה טובא (ראה פס"ד של ב"ד האזורי ירושלים, מתאריך א אדר ב תשס"ג, 5.3.2003, מס' תיק 14-1393). אבל ישנה סוגיא שעוסקת להדיא באומדנא דמוכח שמבטלת קידושין. ובפשטות קו"ח הוא, שאם אומדנא מבטלת קידושין אז מקח טעות ודאי מבטל קידושין, שכן מקח טעות הוא מכניס חזק יותר וכפי שראינו כנראה הוא אינו תלוי בדיני תנאים.

יסוד הדברים בסוגיית ב"ק קי ע"ב. במשנה שם בע"א דנים על גזלן שגזל גר. אם הגר מת הוא צריך לתת את הכסף לכהנים ובכך הוא מתכפר (ביחד עם אשם גזילות). מה קורה אם הגזלן מת לפני כפרתו וכבר נתן את הכסף לכהנים? כאן עולה השאלה האם הכהנים צריכים להחזיר את הכסף ליורשי הגזלן, שהרי אם הוא לא מתכפר הוברר למפרע שלא היה טעם לתת את הכסף והוא כנראה לא התכוון לעשות זאת על דעת זו. במקרה כזה נראה שהכסף שייך ליורשי הגזלן (מפני שהגזלן מת, וכבר אין לו יורשים). ובכל זאת, המשנה קובעת שאם הוא כבר נתן את הכסף לכהנים אין מוציאים אותו מהם:

נתן הכסף לאנשי משמר ומת - אין היורשין יכולין להוציא מידם, שנאמר: +במדבר ה' + ואיש אשר יתן לכהן לו יהיה.

ומכאן מדייקת הגמרא שם בסוע"ב:

נתן את הכסף לאנשי משמר [וכו']. אמר אביי, ש"מ: כסף מכפר מחצה, דאי לא מכפר, הוה אמינא מהדר ליורשין, מ"ט? אדעתא דהכי לא יהב ליה.

אם הכסף לא היה נוטל חלק בכפרה אז ודאי שהוא היה צריך לחזור ליורשים, שהרי הנתנה לכהנים היתה רק על מנת להתכפר בכסף. מכאן מוכיח אביי שנתנת הכסף מהווה חלק מהכפרה.

זהו מקרה של בעייה שהתחדשה אחרי המקח, כלומר מדובר בשאלה של אומדנא דמוכח ולא בדין מקח טעות. רואים כאן שאומדנא דמוכח מבטלת את המקח. לאחר מכן הגמרא אומרת שגם בהפרשת

חטאת אם מתו בעליה זה יבטל את ההפרשה לולא היתה לנו הלמ"מ שחטאת שמתו בעליה מתה ולא חוזרת לחולין.

כעת מקשה הגמרא :

אלא מעתה, יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה, דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה!

אישה שמת בעלה בלא בנים נפלה לפני אחיו מוכה השחין לייבום. אם אומדנא דמוכח מועילה כפי שראינו למעלה, אז במצב כזה הקידושין צריכים להתבטל והיא אמורה להיפטר מייבום, שכן יש אומדנא דמוכח שהיא לא התכוונה להתקדש לבעל המת על דעת הנפילה לייבום לפני מוכה שחין. מדוע באמת מדובר כאן באומדנא דמוכח ולא במקח טעות, הרי בפשטות האח היה מוכה שחין כבר מלכתחילה? שתי סיבות בדבר: 1. לא היה ברור מלכתחילה שהבעל ימות בלי בנים והיא תיזקק למוכה השחין, לכן זה אינו מקח טעות אלא אומדנא דמוכח. 2. אולי זה לא פגם במקח אלא שינוי בנסיבות צדדיות, וכבר הערנו ששינוי כזה גם אם הוא כבר היה בזמן המקח יכול להיחשב כאומדנא ולא מקח טעות.

אמנם זה תלוי בשאלה האם אח מוכה שחין זהו פגם במקח עצמו או שזה שינוי בנסיבות צדדיות. לכאורה זהו שינוי בנסיבות הצדדיות, שהרי מיתת הבעל אינה הבעייה אלא הנפילה לפני אחיו. וזה לא פגם בבעל עצמו. אמנם יש לדחות שהקידושין כוללים בתוכם גם נפילה אפשרית לפני היבם (היבם הוא חלק מהחפצא הנקנה). ורמז לדבר הוא בשיטה שזיקתה ליבם היא מכוח קידושי ראשון.

מכאן ניתן להבין שהסבריו של הגראד"ל בסוגיא זו לשיטות רעק"א וביה"ל בהבנת מקח טעות (ראה לעיל), אינם הכרחיים. ראינו שהסוגיא אינה עוסקת בקידושי טעות אלא באומדנא דמוכח, ובזה ראינו שלכו"ע הוא מכניזם של תנאי מכללא. אם כן, מיניה וביה רואים בסוגיא כאן שתנאי של האשה מועיל בקידושין, ואין צורך לשום הסבר. ונראה שגם בהר צבי אבהע"ז סי' צט בחלק השני טעה בזה וחשב שמדובר במקח טעות. אמנם בסוף דבריו שם הסתפק האם יש לחלק בין המיר לפני הקידושין להמיר אחריהם.

יש לזכור שהגמרא מעלה זאת כאן בתור קושיא, כלומר פשיטא לה שבאמת הקידושין בכה"ג לא בטלים. מאידך, היא גם מניחה שיש ביטול קידושין מחמת אומדנא דמוכח. לכן הגמרא מקשה מדוע באמת הקידושין כאן לא בטלים. לבסוף, הגמרא מסבירה זאת כך :

התם און סהדי דמינח נוחא לה בכל דהו, כריש לקיש, דאמר ר"ל: טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו.

הגמרא עונה שעקרונית באמת היה עלינו לבטל את הקידושין בגלל האומדנא, אבל בגלל החזקה של "טב למיתב" האשה כנראה כן התכוונה להתקדש לבעלה על אף שהאח המייבם הוא מוכה שחין.

רואים מכאן שברמה העקרונית באמת קידושין הם כמו מקח, וכשיש אומדנא דמוכח זה יכול לבטל אותם. אלא שבקידושין מצד האשה יש את החזקה שאישה מתרצה בכל דהו, ולכן בצדדים אלה בפועל אין אומדנא דמוכח שהיא היתה רוצה לבטל הקידושין.

מתי יש אומדנא דמוכח שמבטל קידושין

כדי שהקידושין לא יבוטלו נדרש מצב שבו אין אומדנא דמוכח. הקריטריון של הגמרא הוא מצבים שבהם יש לה נחותא כל דהו ואז טוב לה להתקדש לראשון ואינה רוצה לבטל הקידושין.

הראשונים נחלקו מהי אותה נחותא כל דהו. המרדכי פ"ד דיבמות מביא את שיטת הגאונים שביבם מומר הקידושין בטלים, ואין צורך ליבם או לחלוץ. ומהר"ם שמוכח שם מסביר זאת בכך שבמומר אין נחותא כל דהו. רואים ששיטתם היא שהנחותא כל דהו היא ביבם עצמו. כלומר נפילה לפני מוכה שחין אינה נישואין ללא תועלת כלל. גם בזה יש תועלת כלשהי, משא"כ במומר.

לעומת זאת, ברש"י כאן כתב :

דמינח ניחא לה - להתקדש לראשון שהוא שלם על ספק זה שאם ימות תזקק לאחיו.

רואים ברש"י שהניחותא כל דהו היא מה שהיתה נשואה לבעל הראשון, ולא הייבום למוכה שחין. במוכה שחין אין שום ניחותא לפי רש"י. אבל רש"י גם מוסיף שהיא מוכנה לזה בגלל שיש רק צד ספק שתיפול לייבום. משמע מרש"י שאם היה ברור שהבעל ימות והיא תיפול לייבום לפני אחיו אז כן היתה אומדנא והקידושין היו בטלים. כלומר אפילו שיש לה חיים עם בעל בריא עד מותו, זה עדיין לא בהכרח ניחותא כל דהו, אלא אם הנפילה לייבום היא רק בספק. לפי רש"י יש שני תנאים כדי שקידושין לא יתבטלו: שתהיה נשואה לבעל בריא, ושהיה רק ספק שמא תיפול פני מוכה שחין. אם אחד התנאים לא מתקיים אז יש אומדנא דמוכח והקידושין בטלים.

ובאמת מהר"ם שם הביא מתשובת רש"י שחולק על הגאונים, ולדעתו ביבם מומר יש חובת ייבום. יש שתי אפשרויות להבין זאת: א. גם ביבם מומר יש ניחותא כל דהו, כמו מוכה שחין. ב. במומר אין שום ניחותא, אבל לרש"י הניחותא היא בבעל המת, ולזה אין הבדל אם היבם הוא מומר או מוכה שחין. אמנם בבית"ל ח"ג סי' ג העלה אפשרות להסביר באופן א, אבל כפי שראינו ברש"י בסוגייתנו מוכח כהבנה ב.

מה יהיה הדין בבעל שהוא מוכה שחין מעיקרא? לפי רש"י במוכה שחין אין שום ניחותא ולכן ברור שבמקרה כזה אין חזקת "טב למיתב" וניחותא כל דהו, והקידושין בטלים. אמנם אם הבעל הופך למוכה שחין נראה שיש חזקת "טב למיתב", דוודאי לא גרע מנישואין ואחריהם נפילה לפני יבם מוכה שחין.

ומה הדין בבעל מומר? שם לפי רש"י ייתכן שיש ניחותא כל דהו, אבל לפי הגאונים נראה שהקידושין ודאי בטלים. וכשהבעל הופך מומר נמי אין ניחותא והקידושין בטלים דומיא דיבם מומר.

נמצאנו למדים שלכל הדעות יש דין ביטול קידושין מחמת אומדנא דמוכח, אלא שהראשונים נחלקו באיזה מקרה אומרים זאת.

ובתוד"ה 'דאדעתא', שם ע"ב, בתחילת דבריהם כתבו:

דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה - נראה דבנפלה מן האירוסין איירי דאי מן הנישואין ודאי מקדשה נפשה כדי שתהא נשואה לבעלה דמשום אחר מיתת בעלה לא מסקא אנפשה מלהיות נשואה אלא מן האירוסין איירי דמקדושין אין לה שום טובה.

תוס' כאן עוסק בהו"א של הגמרא, לפיה באמת אומדנא מבטלת את הקידושין. תוס' קובע כאן שהסוגיא מדברת רק במקרה שהבעל מת מן האירוסין. אבל אם הוא מת מן הנישואין אז ודאי שכוונתה לא לבטל את הקידושין, כי ניחא לה להיות נשואה לו גם אם המחיר הוא ייבום למוכה שחין. זוהי ניחותא מהנישואין לבעל המת כמו שראינו בשיטת רש"י. במיתה מן האירוסין אין שום תועלת לאישה, ולכן שם אין ניחותא כל דהו.

אלא שכעת לא ברור מהי מסקנת הסוגיא לפי תוס'? הרי במסקנה הגמרא אומרת שהקידושין לא בטלים בגלל שניחא לה בכל דהו. ואם מדובר בנפילה לייבום מן האירוסין – אז במה ניחא לה? היא כלל לא חייתה עם בעלה הראשון, ותוס' כתבו שאין לה שום טובה מזה. כיצד עלינו להבין את "טב למיתב" כאשר כלל לא היו חיים זוגיים שם? לכאורה על כורחנו ההסבר הוא כשיטת מהר"ם דלעיל, שהניחותא כל דהו היא מהחיים עם המוכה שחין ולא רק מהחיים עם הבעל הראשון. לפי תוס' נראה שיש ניחותא כל דהו מנישואין זמן קצר עד שהבעל מת, וגם אם הוא מת מהאירוסין והיא מתייבמת למוכה שחין יש ניחותא כל דהו מהחיים איתו.

להלכה בשו"ע אהע"ז סי' קנ"ז ס"ד מביא את הפלוגתא האם מומר זוקק ליבום. ובביאור הגר"א שם סק"ז משמע דהוי ספק. ובהר צבי אבהע"ז סי' צט כתב דאכתי י"ל דהספק הוא רק כשהיבם מומר, דהשתא בשעת קידושין ליכא טעות, ומשום חשש יבום י"ל כמו שאמרו בגמרא דאתתא בכל דהו ניחא לה, אבל בנידון דידן שנתוודע דהבעל מומר, שפיר י"ל כסברת מהר"ם הנז' דבדאי אדעתא דהכי לא קידשה נפשה.

היחס לדין אומדנא דמוכח בקניינים

בהמשך דברי תוס' שם הם הקשו :

וא"ת אדם שקנה מחבירו שום דבר ונתקלקל יבטל המקח דאדעתא דהכי לא קנה?

תוס' מקשה שאם דנים קידושי טעות על סמך אירוע עתידי, אזי גם במקח כשנתקלקל החפץ לאחר שנקנה יתבטל המקח שכן על דעת זו הוא לא קנה אותו. תוס' מניח כאן כמובן מאליו שלא ייתכן ביטול כזה לאחר גמר המקח. שוב רואים שתוס' עוסק במקרה של אומדנא דמוכח בקניינים ולא במקח טעות, שכן זהו המקרה בסוגייתנו לגבי קידושין.

תוס' עונה :

וי"ל דהתם לאו בלוקח לחודיה תליא מילתא אלא כמו כן בדעת מוכר ומוכר אקנה ליה אדעתא דהכי אבל הכא דקדושין בדידה קיימא והוא אינו חושש היאך דעתה להתקדש וכן גבי מקדיש נמי בדידה קאי וכן נותן הגול בדידה קאי.

תוס' מחלק בין חוזה מקח שיש לו שני צדדים, שבו המקח לא בטל למפרע אם המקח התקלקל, לבין חוזה שיש בו רק צד אחד (כמו מתנה, קידושין, השבת גזילה, או הקדש) ששם הכל תלוי בדעתו של צד אחד, ולכן שם זה מתבטל למפרע אם התקלקל המקח.

מדוע קידושין דומים למתנה, הרי הם תלויים בדעת שני הצדדים? לא ברור מה תוס' מסביר שהמקדש אינו חושש היאך דעתה להתקדש. תוס' המקביל בכתובות מזו (ראה להלן) מסביר שלא איכפת לבעל מה קורה לאישה לאחר שהוא מת, ולכן הוא משאיר זאת לה. יש לזכור שלפי תוס' מדובר שהוא מת מהאירוסין, כלומר טרם היו ביאות, ולכן ביטול הקידושין לא הפוך את בעילותיו לבעילות זנות, ובאמת לא איכפת לו שהקידושין יתבטלו. אבל באמת אם הבעל יהפוך למוכה שחין, שם הוא לא מוכן שהאישה תבטל את הקידושין כי זה הופך את בעילותיו לזנות, וחוף מזה הוא גם מפסיד את האישה (וכעת אף אחת לא תחתן איתו), ולכן שם נראה שלפי תוס' הקידושין לא יבוטלו. אמנם אם הבעל ממיר, שם ודאי לא איכפת לו שבעילותיו הופכות למפרע לזנות, ולכן סביר שכאן באמת יתבטלו הקידושין מכוח אומדנא דמוכח שלה, דהוי כחוזה של צד אחד (שו"ר שכסברא זו כי בהר צבי אבהע"ז סי' צט).

מהו ההסבר להבחנה בין חוזה של שני צדדים לבין מעשה של צד אחד? נראה להסביר זאת בשתי צורות. כדי להבין זאת, נקדים שתי אפשרויות להבין ביטול מקח מחמת אומדנא :

א. ביטול הקידושין הוא למפרע. כשמתחדש משהו אחרי הקידושין הוברר למפרע שעל דעת זה האישה לא רצתה להתקדש.

ב. ביטול הקידושין הוא לא למפרע, אלא מתוך חשבון שהאישה עושה מעיקרא. לדוגמה, אם האישה עומדת להתקדש לבעל שאחיו הוא מוכה שחין, היא שוקלת את כל האפשרויות, או שהבעל ימות בלי בנים והיא תיפול לפני אחיו או שלא. כעת היא צריכה לשקול האם החוזה הזה על כל האפשרויות שצפויות ממנו שווה לה או לא. אם היא מתקדשת לו, הרי בזה היא מוכיחה שהחוזה שווה לה, כלומר שהיא ויתרה על ביטול הקידושין גם אם תיפול לפני מוכה שחין.

לפי הבנה זאת נראה שביטול קידושין הוא רק היכא שהחשבון מעיקרא הוא כזה שלא שווה לאישה להיכנס לחוזה הזה. יתר על כן, כל אימת שהאישה נכנסה לחוזה לעולם לא יהיה ביטול קידושין בעקבות מקרה שמתחדש אחרי הקידושין, שהרי היא היתה צריכה לקחת זאת בחשבון מראש. לכאורה לפי זה לא ייתכן בכלל ביטול מקח או קידושין בגלל אומדנא דמוכח, אלא רק מכוח מקח טעות.

אבל זה אינו, שכן גם לפי זה ייתכן ביטול קידושין או מקח במקרים שעליהם היא לא חשבה ושקלה מראש. באח מוכה שחין זו היתה אפשרות שהיה עליה לקחת אותה בחשבון מראש (הרי ברור שיש אפשרות שהבעל ימות בלי בנים). אבל כשהבעל המיר זה מקרה שתלוי בו וכנראה שהיא לא לקחה אותו בחשבון מראש. לכן מקרה כזה יכול לבטל קידושין.

יש לציין שבמצב בו עוסקת הסוגיא נראה להדיא כאפשרות ב. אם חזקת "טב למיתב" היתה באה לבטל את הקידושין למפרע לא ברור מה מועיל הקידושין לניחותא כל דהו דידה. הרי היא כבר חייתה עמו, וגם אם יבוטלו הקידושין היא עדיין חייתה עמו בפועל (ומה שלא ניחא לה שיחסי האישות שלה יהפכו לבעילות זנות לא נראה שאומרים מצד האישה מכמה טעמי, ואכ"מ). על כן נראה פשוט כאפשרות ב, שהניחותא כל דהו באה לתאר את השיקולים שלה בעת הקידושין, האם ניחא לה בעסקה הזו על כל האפשרויות שיכולות להתפתח ממנה, או לא. ובזה הוא דאמרינן שהיא עשתה את העסקה הזאת גם על צד שכך יקרה לה, וגם על צד זה היא נכנסה לספק הזה.

כעת נוכל להבין את ההבדל בין חוזה של שני צדדים למעשה של צד אחד. לפי אפשרות א, כשיש שני צדדים אז בהכרח עלינו לומר שהאישה מתחשבת בדעת בעלה (הצד השני), ומכיון שהוא לא ירצה לקדשה אם היא מתכננת לבטל את הקידושין במקרים מסויימים שלא נראים לו, אז היא מוותרת ולא תבטל אותם גם במקרים אלו. לעומת זאת, לפי אפשרות ב הרי מדובר בשקילת האפשרויות מראש בעת החתימה על החוזה, וזה קיים רק בחוזה של שני צדדים. במעשה של צד אחד, הכל בידה והיא יכולה להתנות כרצונה.

יש להעיר כאן שדברי תוס' הללו קשים לכאורה. דבשלמא בדין כתב נכסיו למישהו ומצא שבנו חי, שם מדובר במתנה שהיא חוזה חד צדדי, ולכן היא מתבטלת. אבל בסוגיית קידושין מט, לגבי מוכר נכסיו אדעתא למיסק לארץ ישראל, הרי זו לא מתנה, ולכן כאן יש דעת אחרת (הקונה), ובכל זאת רואים שאירוע עתידי מבטל את המקח מכוח אומדנא דמוכח. לפי תוס' שם לא אמור להיות ביטול מקח שהרי יש שני צדדים לחוזה. וכן בסוגיית כתובות צז ע"א, שגם שם מדובר במכירה, שהיא חוזה של שני צדדים, שבגלל שינוי נסיבות הוברר לו שהוא אינו צריך את דמי המקח. גם שם ראינו שיש ביטול מקח בגלל אומדנא דמוכח, על אף שמדובר בחוזה בין שני צדדים.

אולי יש מקום לחלק בין שינוי נסיבות צדדיות לבין פגם במקח עצמו (ולנהיח בדוחק שנפילה לייבום לפני מוכה שחין היא פגם במקח, כפי שהצענו למעלה). אלא שזה קשה, שכן גם אם מדובר בפגם בחפצא עצמו ברור שמדובר כאן באומדנא ולא במקח טעות, שהרי הפגם התחדש אחרי המקח או הקידושין. ראינו שבמקרה כזה מדובר בדין תנאי כמו באומדנא דמוכח על שינוי נסיבות צדדיות.

בסוף התוס' בב"ק ישנה הפנייה לתוס' מקביל בכתובות מז ע"ב, ושם באמת מופיע הסבר לנקודות אלה. נראה כעת את דבריו. הסוגיא שם עוסקת בביטול מקח ממוני מחמת אומדנא דמוכח (נחלקו שם רש"י ורי"ת כיצד בדיוק מדובר, ואכ"מ). והנה, בתוד"ה 'שלא', שם בע"ב, מעיר על כך שסברת אומדנא נמצאת בכמה מקומות בש"ס, ומייד מקשה:

שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה - אין לתמוה בסברא זאת דבכמה מקומות בש"ס מצינו כן ואם תאמר אם כן כל אדם הלוקח פרה מחבירו ונטרפה או מתה אגן סהדי שלא על מנת כן לקחה וי"ל דהתם אגן סהדי שבאותו ספק היה רוצה ליכנס ואפי' אם אומר לו אם תטרף יש לך לקבל הפסד היה לוקחה אבל הכא לא כתב כלל כי אם ע"מ לכונסה ואין דעתו כלל להכניס עצמו בספק וכן ההוא דזבין ולא איצטריכו ליה זוזי.

הניסוח שלו כאן נראה בעליל כמו אפשרות ב למעלה. ביטול המקח הוא תוצאה של חשבון סך האפשרויות מעיקרא. ועל כך הוא כותב שבנטרפה הפרה שנקנתה זהו מקרה שהקונה ודאי מוכן לקנות, והא ראה שעשה זאת. אבל במקרה בכתובות מדובר שהאב כתב את נכסיו לבתו על מנת שבעלה יכנוס אותה. מיתת הבעל לפני הנישואין הוא מקרה שלא נלקח בחשבון מראש, ולכן שם שייך ביטול מקח. לספק הזה הוא לא הכניס את עצמו, ולכן שם החשבון של האפשרויות שנעשה בעת המקח לא לקח בחשבון גם את האפשרות הזאת. וכן הוא במקרה של "לא איצטריכו ליה זוזי", שהוא המקרה בכתובות צז ע"א. גם שם מדובר שאדם חשב שתהיה בצורת, ובסופו של דבר היא נפסקה במפתיע. זו לא היתה אפשרות שהוא חשב עליה מעיקרא, ולכן היא יכולה לבטל מקח. אם כן, תוס' כאן הולך לפי אפשרות ב שהעלינו בתוס' ב"ק, שלפיה ביטול מקח מחמת אומדנא הוא רק במקרים לא צפויים. נעיר שלפי הסבר זה אירוע שהבהמה שקנתי נטרפת הוא אירוע צפוי שלוקחים אותו בחשבון. ולכן שם בחוזה דו צדדי המקח לא בטל מחמת אומדנא דמוכח.

כעת מקשים התוס' :

והא דפריך בסוף הגזל קמא (ב"ק דף קי:) יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קידשה אף על גב דבאותו ספק מסתמא היתה נכנסת בשעת קדושין.

תוס' מקשה מדוע בקידושין, על אף שההערכה היא שהאישה כן מוכנה להיכנס לספק הזה בשעת הקידושין, אם היא נופלת לפני מוכה שחין ההו"א בגמרא היא שהקידושין בטלים (לולא הניחותא כל דהו וחזקת "טב למיתב"). גם כאן הניסוח מדבר על כניסה לאותו ספק, כלומר על השיקול שלה מראש. תוס' בעצם טוען שהאישה שם נכנסה לקידושין תוך שהיא שוקלת גם את האפשרות שהבעל ימות בלי בנים והיא תיפול לפני אחיו מוכה השחין, ואם היא נכנסה לזה אז ברור שהיא מוכנה לזה. תוס' בעצם מקשה מדוע יש הבדל בין קידושין לבין מקח, הרי גם בלי "טב למיתב" אם היא נכנסה לחוזה זה מוכיח שהיא מוכנה לקחת את הסיכון שתיפול לייבום לפני מוכה השחין? בעצם תוס' כאן מקשה בתרתי: מה בכלל היתה קושיית הגמרא שם? ומדוע היא נזקקת ל"טב למיתב"? הרי שם מדובר על מקרה שאפשרותו צפויה מראש, ובזה אין ביטול מקח כלל.

כעת ר"י מתרץ את הקושיא כך:

אומר רבינו יצחק דלא פריך התם אלא משום דהוי דומיא דקאמר התם נתן כסף לאנשי משמר ומת שהוא שלהם ומסיק התם ש"מ כסף מכפר מחצה דאי לא מכפר לימא דאדעתא דהכי לא יהיב דהואיל ואינו תלוי אלא בנותן יש לנו ללכת אחר דעתו וכיון שבו תלוי ודאי אינו רוצה ליכנס בשום ספק ולא דמי ללוקח חפץ ואירע בו אונס דלא אמרינן דאדעתא דהכי לא קנה ומבטל המקח דאינו תלוי בדעת הקונה לבדו דהא איכא נמי דעת מקנה שלא היה מקנה לו לדעתו אם לא יפרש להכי פריך שפיר מיבמה שנפלה לפני מוכה שחין משום דבדידה תלויין הקידושין שברור לנו שהוא לא יעבב בשביל שום דבר שאירע אחר מיתתו כי אינו חושש במה שאירע אחריו.

תוס' טוען שאמנם בקידושין זהו מצב שהיא מוכנה להיכנס לחוזה הזה, אבל שם אין צד שני לחוזה (כי הבעל לא מוטרד ממה שיקרה אחרי שהוא מת), ולכן שם גם במצב כזה החוזה בטל (לולא סברת "טב למיתב"). אבל בחוזה שיש לו שני צדדים, אם דעתם להיכנס למכלול החוזה על צדדיו השונים – הוא אינו מתבטל אף פעם.

תוס' מסיים:

ולחכי לא פריך מאשה שנעשה בעלה בעל מום תיפוק בלא גט דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה כיון דתלוי נמי בדעת המקדש וכן כל הנהו דמייתי התם אין תלוי אלא בדעתו.

הוא מסביר שכשהבעל נעשה בעל מום ולא מת, שם הוא ודאי צד שני לחוזה ואינו רוצה שיתבטל. רק לאחר מיתה לא איכפת לו שהאישה תבטל את הקידושין, כמו בסוגיית ב"ק. אבל במצב כזה החוזה הוא דו צדדי, ולכן האומדנא דמוכח לא יכולה לבטל את החוזה במקרים צפויים, כלומר כשהיא ידעה ושקלה את כל האפשרויות מראש.

לסיכום, נמצא שלפי תוס' יש ביטול קידושין או מקח מחמת אומדנא דמוכח, בשני מקרים שונים: או בעת שקרה אירוע שאינו צפוי מראש. או כשהאירוע כן צפוי אבל החוזה הוא של צד אחד ותלוי רק בה.

ובזה טעו כמה מפרשני התוס' (ראה הר צבי אבהע"ז סי' צט) שהבינו בשיטתו שבחוזה עם שני צדדים כלל לא שייך ביטול מקח מחמת אומדנא דמוכח. ולא היא, שכן במצבים בלתי צפויים יש ביטול מקח גם בחוזים דו-צדדים.

ונראה שזהו גם התירוץ לקושייתנו על ההסבר של תוס' ב"ק, מדוע בחוזים דו צדדיים כמו בסוגיית קידושין מט וכתובות צז רואים שיש ביטול מקח מחמת אומדנא דמוכח. כעת ניתן להבין שבשתי הסוגיות הללו מדובר באירוע לא צפוי שלא נלקח בחשבון בעת חתימת החוזה.

הערה חשובה על חזקת "טב למיתב" האידנא

ראינו שביטול הקידושין תלוי האם אומרים חזקת "טב למיתב". בד"כ הדיונים ההלכתיים בעניין זה מתנהלים לפי התקדימים מש"ס ופוסקים, כדרכה של תורה. אבל ברור לגמרי שבזמננו המצב הוא שונה לגמרי. נשים האידנא פחות מוכנות לשלם מחירים רק בשביל להיות נשואות. אם ייערך סקר

עומק מקיף ושיטתי שיראה מה דעתן של נשים, יכול להתברר שגם ביבם מוכה שחין לא ניחא להו. גם בלי סקרי עומק ברור שנשים האידנא יותר בררניות ופחות "לחוצות" להינשא.

ברצוני להוסיף שאין שום קדושה בהערכת מציאות של חז"ל ושל ראשונים ואחרונים. אנו כמובן מחוייבים לפסיקות ההלכתיות שלהם, אבל לא בהכרח להערכות המציאות שלהם, אם זה שונה מהמציאות בימינו. אם הזיתים גדלו והביצים קטנו, אין סיבה להניח שבני האדם (ובפרט הנשים) נשארו אותו דבר. ולכן גם אם הפוסקים חלוקים לגבי מוכה שחין, או מומר, עדיין אפשר שהאידנא המצב הוא שנשים לא ניחא להו במוכה שחין ומומר, ואלו לא נותנים להן טן דו.

לדוגמה, כבר כתבו כמה פוסקים שהאידנא שבי"ד לא מרשה לעצמו לכפות גט, האישה כבר לא מוכנה לקבל נישואין לבעל מום וכדומה, שכן בעבר מה שהיא היתה מוכנה לזה זה מפני שבעת הצורך בי"ד היה כופה אותו לגרשה ואז היא נכנסת על דעת זה.

אם כן, המסקנה החשובה ביותר מהסוגיא היא שכשהחזקה "טב למיתב" לא קיימת, יש לבטל קידושין מכוח אומדנא דמוכח. השאלה העובדתית האם יש או אין חזקה היא עניין לכל פוסק ודיין בזמנו ומקומו ואין להביא לה ראיות ממקורות שעסקו בחברות שונות בזמנים ומקומות אחרים.

רק להבהרה אחזור שכאן ההיתר אינו מותנה בשאלת שינוי חזקת טב למיתב בימינו, וכפי שאבאר להלן האישה מותרת בלא ספק גם לפי הסטנדרטים של חז"ל והראשונים. כאן באתי רק להעיר לצורך מקרים נוספים ואחרים באופיים.

תיאור מקרה לדוגמה

מקרה בו מצאתי את ההבחנה מבין אומדנא דמוכח לבין קידושי טעות, ובו התנהל דיון ישיר ומפורש על היתר קידושין מכוח אומדנא דמוכח, הוא בפס"ד של בי"ד האזורי של טבריה שכתב הג"ר יעזר אריאל, מתאריך י שבט תשע"ג, מס' תיק 861974/1. המקרה בו עסק ביה"ד הוא בעל שנפגע קשה בראשו, והוא שוכב בבי"ח ללא הכרה וללא תפקוד לאורך כשש שנים (משנת 2007). הבי"ד שם דנו האם לבטל את הקידושין מכוח אומדנא, ולא מקח טעות, שכן מדובר על פגיעה שהתחדשה רק אחרי הקידושין (והנישואין). עיקר הדיון התבסס על ניתוח מפורט של דברי תוס' הנ"ל בכתובות מז, מסקנתם היא שבמקרה זה החוזה הוא דו-צדדי, כי הבעל לא מת ואולי הוא לא היה רוצה לבטל את קידושו. לכן להלכה אין אפשרות לבטל את הקידושין בכה"ג.

אבל כפי שראינו זה אינו הכרחי, שהרי באירוע בלתי צפוי כמו זה שהיא לא צפתה אותו מראש בעת הקידושין בהחלט יש מקום לבטל קידושין מכוח אומדנא דמוכח גם בחוזה דו צדדי, וזה אינו תלוי בהסכמת הבעל. הן נכון שבקידושין יש להתחשב בנוסף לכך גם בחזקה "טב למיתב" של האישה, ולכן אף שעקרונות ניתן לבטל את הקידושין צריך בירור האם ניחא לה להישאר עמו גם בכה"ג.

על פניו היה מקום לתלות זאת במחלוקות הראשונים שראינו, האם הניחותא כל דהו של האישה היא בגלל נישואיה לבעל עד עתה (כרש"י ב"ק), או בגלל שיבם מוכה שחין גם הוא נותן לה חיים זוגיים, טן דו (כדעת מהר"ם והגאונים ותוס' ב"ק). נעיר שתוס' כתובות לא מעמיד את המקרה להדיא במיתה מן האירוסין. ואולי הוא לא נחית להכי כי הוא לא עוסק בסוגיא שם, וסמך על מה שכתב בב"ק. בכל אופן, אם זה בדווקא, כלומר שהוא מעמיד את הסוגיא בב"ק במיתה מהנישואין, אז נראה שהוא סובר כרש"י ולא כמהר"ם.

והנה, אם הניחותא היא בגלל החיים עם הבעל, אזי גם כאן אי אפשר לבטל את קידושיה שהרי היא חיה עמו עד התאונה. אבל אם הניחותא נמדדת רק ברגע החיים עם היבם כדעת המהר"ם והגאונים, אזי נראה שאנחנו מודדים את הניחותא רק מול האדם שאיתו היא חיה כעת. ולפי זה יש מקום לומר שכעת כשהבעל ללא הכרה ולא מתפקד לא ניחא לה אפילו כל דהו, ולכן הקידושין בטלים.

אבל כפי שכתבנו למעלה, נראה שחזקת "טב למיתב" צריכה להיבחן לאור המציאות בימינו ולא בהכרח לאור דברי הראשונים והאחרונים. אם כן, עלינו לשאול את עצמנו האם אישה מוכנה להיכנס לחוזה כזה, והאם אירוע בלתי צפוי כזה מיפר את חזקת "טב למיתב".

אם כן, למסקנה לא ברור האם הפס"ד של הג"ר יעזר אריאל צודק, וגם אם כן זה לא בהכרח מטעמיה.

המסקנה לגבי המקרה דידן

בהנחה שהבעל הוא יהודי, שעסקנו בה בסעיפים הקודמים, עדיין עולה כאן השאלה האם במקרה דידן אפשר לדון ביטול קידושין מכוח אומדנא.

ראשית, זהו ודאי מקרה לא צפוי שהיא לא חשבה עליו מראש שכן זה תלוי בו ולא קרה מן שמיא כמו מיתת הבעל או מומים שנפלו בו לאחר הקידושין לכן שייך כאן ביטול קידושין מכוח אומדנא גם לפי חילוקם של תוס' כתובות וב"ק, ואפילו אם החוזה כאן הוא דו-צדדי. אלא שראינו שזה עדיין תלוי האם יש כאן חזקת "טב למיתב" או לא.

והנה, לשיטת רש"י שהניחותא היא בנישואין שלפני הנפילה לייבום, נראה שודאי אין כאן ניחותא כל דהו. הרי היא כלל לא חיה איתו מיום הנישואין אלא הלילה במלון, וזה ודאי לא הוי טן דו שניחא לה כל דהו. ולשיטת מהר"ם ותוס' ב"ק שהניחותא היא בחיים עם היבם עצמו (ואצלנו זה עם הבעל עצמו לאחר בריחתו), הרי כעת הוא עצמו לא רוצה להמשיך לחיות איתה (ואולי אף תכנן זאת מראש) ורוצה לגרשה, אלא שמתנה זאת בתשלום כסף. יתר על כן, הוא עצמו נטש אותה אחרי יום, והיא לא חיה איתו יום אחד, ולכן לשיטות אלו קו"ח בן בנו של קו"ח שאין כאן ניחותא כל דהו. הרי הוא עצמו אימלל אותה, וכעת היא חיה בלעדיו. אז איזו ניחותא כל דהו יש כאן בחיים עמו? לא היתה לה כלל אפשרות לחיות עמו אפילו כל דהו. לכן אף שזה חוזה דו צדדי, כאן לא שייך למנוע ממנה ביטול קידושין עקב אומדנא דמוכת, שכן בשעת הקידושין היא ודאי לא היתה מוכנה לתת לו לעשות בה כרצונו ולברוח ולעגן אותה. על כן נראה שבין למהר"ם ובין לרש"י אין כאן ניחותא כלל. נוסף עוד הערה כללית: לא מצאנו אצל רבותינו הראשונים והפוסקים האחרונים ניחותא כל דהו אצל האישה כשלא היו שום חיים בצוותא כלל. כל הניחותא מבוססת על חיי נישואין כל דהו. וכאן המצב הוא שלא היו חיי אישות טן דו כלל וכלל.

אוסף שאפילו אם נחשיב את זה כמקרה שהוא כן צפוי, כלומר שהיא היתה צריכה לצפות אותו בעת הקידושין ולכן אין בו ביטול קידושין, ואפילו אם נראה זאת כחוזה דו צדדי כי הבעל לא מת, עדיין יש לבטל את הקידושין בכמה אנפי:

- כל הדין שבחוזה דו-צדדי אין ביטול קידושין מכוח אומדנא הוא מפני שהיא מבטלת את דעתה לדעתו ונכנסת לצדדי הספק הללו כדי שיקדש אותה. אבל הרי פשיטא שהיא לא חשבה בעת הקידושין שהיא מוכנה להשלים עם מצב כזה שהיא תחיה עמו יום אחד, והוא מייד יברח ולא ייתן לה גט. לצד הספק הזה היא ודאי לא התכוונה להיכנס. אם כן, כאן גם אם החוזה הוא דו-צדדי, עדיין מסברא יש לדמותו לפעולה של צד אחד.
- הרי דעתו לא לחיות איתה אלא רק להתעקש על הגירושין כדי לסחוט אותה (הוא עצמו מוכן לתת גט, כלומר לא רוצה לחיות איתה). אז אם הסברא שבחוזה דו-צדדי דעת הבעל גם היא קובעת ולכן אין ביטול קידושין מצד האישה, הרי זה רק אם הבעל רוצה להמשיך לחיות איתה ורוצה בקידושין, ומכיון שהיא רוצה לחיות איתו היא מבטלת דעתה לדעתו. אבל היכא שהבעל עצמו לא חי איתה ולא רוצה לחיות איתה, לא מצינו בשום מקום לא מסברא ולא בשום מקור, שעדיין יש חזקת טב למיתב וניחותא כל דהו. בנדון דידן הבעל עצמו לא מתנגד לביטול הקידושין ולא רוצה לחיות איתה אלא רק רוצה כסף. אם כן, כאן אין את הסברא שדעת הבעל מנטרלת את האפשרות לביטול קידושין מצד האישה כי הוא לא מסכים לזה. קשה מאד לראות רצון של הבעל לקבל כסף כרצון בקידושין עצמם, ובודאי לא רצון כזה שהיא מבטלת את רצונה כלפיו.
- כפי שהערת למעלה, הכל תלוי בדעת נשים בימינו. ונלענ"ד פשוט שבימינו (וגם בעבר היה כך לענ"ד) נשים לא מוכנות להתקדש אדעתא דהכי שהבעל יברח, ולכן אין כאן חזקת "טב למיתב" וניחותא כל דהו.
- עד כאן עסקנו בביטול הקידושין מצד כוונות הבעל. ניסוח השאלה של הגראד"ל עסק בבעל שהמיר. אם כן, גם אם נראה את הבעל כיהודי (ראה דיון בסעיפים הקודמים), הרי יש עוד צד לבטל את הקידושין מפני שהוא המיר אחרי נישואיו, וספק אצלנו אולי הוא אף המיר קודם

לכן. כפי שראינו, במומר לפי מהר"ם הרי אין דעתה להתקדש לו, כי בזה אין נחותא כלל. אמנם את זה יש לדחות, שכן היא עצמה התרצתה לחיות איתו אף שאמר לה שהוא נוצרי ויהודי. היא הסבירה לנו בבי"ד שזה מפני שאהבה אותו. ואולי גם זה רק בגלל שחשבה שהוא יהודי, ולא איכפת לה מהשקפותיו. אבל אם היתה יודעת שהוא מומר ממשי, אולי לא היתה מתרצה לזה. לכן דווקא ההיתר של מקח/קידושי טעות שנראה יותר מבוסס (על דעת מהר"ם ודעימיה) כאן כנראה אינו רלוונטי. אבל עדיין יש את צדדי ההיתר הקודמים שהובאו כאן (מצד אומדנא דמוכח).

אם כן, למסקנה פשוט בעיניי שמקרה זה הוא דוגמה לאומדנא דמוכח שמבטלת הקידושין לכל הדעות בלא ספק. הבעיה נוצרה על ידו ולא נכפתה עליו. היא לא מוכנה להתרצות לתת לו את הכוח הזה. לא היו חיי אישות כלל ועיקר, ולכן אין נחותא כל דהו. זהו מקרה הרבה יותר פשוט בעיניי ממקרים של מומים ושאר פגמים שנולדו לפני או אחרי הקידושין ואינם תלויים בבעל ולא ביוזמתו. כאמור, זהו השיקול העיקרי לדעתנו לבטל הקידושין במקרה זה.

ביטול קידושין מחמת מקח טעות

עד כאן עסקנו בביטול קידושין מחמת אומדנא דמוכח. האם ייתכן שמדובר במקח טעות? נראה שאולי יש כאן גם צד כזה, או בגלל שהוא תכנן מראש לברוח ולא חשב לחיות איתה (ראה סעיף הבא), או בגלל שהוא כבר היה מומר בעת הקידושין (ראה סעיף שלפני הקודם).

אם אכן מדובר במקח טעות, אזי יש ביטול קידושין, שהרי אם באומדנא דמוכח מתבטלים הקידושין אז קו"ח אם מדובר בטעות מעיקרא. אבל כפי שכבר הערתי, לענ"ד במקרה זה אם אפשר להגיע למסקנה שאלו קידושי טעות זה רק מחמת אומדנא דמוכח ולא מחמת מקח טעות. ההמרה אינה עילה שמוכיחה על טעות כי היא סברה וקיבלה זאת מעיקרא. וגם הטענה שהוא תכנן מראש לברוח ולא לחיות איתה, ולכן התרצותה לקידושין היתה בטעות, אינה נראית סבירה (ראה הסבר בסעיף הבא).

עוד אעיר שכל הפוסקים שכתבו שבאין לו ג"א הקידושין בטלים שכן הכל יודעים למה כלה נכנסת לחופה (אג"מ אבהע"ז ח"א סי' עט, ועוד הרבה פוסקים שהובאו ביביע אומר ח"ז אבהע"ז סי' ז – כגון חו"י סי' רכא ובמה שהובא באוצה"פ סי' לט ס"ה), הרי כעין סברא זו ניתן לומר בנדון דידן בקו"ח, שכן כאן הבעל לא רוצה לחיות עם האישה. ואם הכל יודעים למה אישה נכנסת לחופה, אזי כשאינו רוצה לחיות עמה הוי כמו אין לו ג"א. אדעתא דהכי היא לא התקדשה לו והוי קידושי טעות. כמובן אם הוא מוכן לתת לה גט, אין בעיה שהרי היא יכולה היתה להתרצות לקידושין אם היא תקבל גט במצב כזה. אבל אם הוא מחזיק אותה כך בלי לתת לה גט הרי מעיקרא היא ודאי לא היתה מסכימה להתרצות לו, ולכן הקידושין הללו בטלים.

גט לחומרא

לשאלת ביטול הקידושין יש להוסיף גם את שאלת הגט. גם אם הקידושין בטלים, עדיין יש פוסקים שמחייבים מתן גט לחומרא (ראה פס"ד אזורי ירושלים הנ"ל באורך), הן מחשש אולי הקידושין כן תקפים, והן מחמת שלא יאמרו אישה יוצאה בלא גט. והנה, בנדון דידן הבעל כנראה ממאן לתת גט, או לפחות מתנה זאת בכך שהיא תיתן לו ממון רב (40,000 ₪), וזה מעורר את השאלה של הגט. גם אם נגיע למסקנה שהאישה מותרת והקידושין בטלים, עדיין נשארת שאלת החובה לתת לה גט לחומרא. ועוד עולה השאלה האם יש לשלם לבעל סכום כסף גדול כדרישתו כדי שייתן גט? ולבסוף, האם כשהוא ממאן לתת גט יש להתירה גם בלא גט?

נציין שבכל אופן, לגבי ריח גט נראה שאין נפ"מ מפני שהיא בעולת נכרי שבין כה וכה אסורה על כהן.

מכיון שמדובר בחובה מדרבנן לתת גט, ומכיון שיש מחלוקת הפוסקים בזה, אז זהו ספיקא דרבנן. יתר על כן, יש כאן צד שאף לפוסקים שדורשים גט לחומרא, הם יכולים להתיר בכה"ג שתצא בלא גט, על אף החשש שיאמרו שאישה יוצאה בלא גט, משום עיגונא (כי הבעל אינו מוכן לתת גט).

יתר על כן, באג"מ שם בסי' עט כתב שכל החיוב לתת גט הוא רק במומים של האישה, שכן הבעל יכול לגרשה. אבל במומים בבעל, האישה יודעת שאין ביכולתה לגרשו, ולכן ברור שאדעתא דהכי לא נתרצתה להתקדש לו, וממילא בכה"ג לא צריך גט כלל (ובפס"ד הנ"ל של ב"ד האזורי בירושלים הביאו ראיה לדבריו מסוגיית סנהדרין סט, ע"ש). עוד הוסיפו שם שהדברים קו"ח במקום שאין דרכו של ב"ד לכופ את הבעל לגרש, שם פשיטא שהאישה מעיקרא לא מתרצה לכך. ועוד כתבו כסברא זו מהנוב"י סי' קכב בהשמטות ומהרש"ל כתובות דף עד הביאם באחיעזר אבהע"ז סי' כז, ע"ש.

עוד יש לדון האם החובה לתת גט היא חובה על הבעל או שיש איסור על האישה להינשא בשנית ללא גט. יש מקום לתלות זאת בטעם החיוב לתת גט: אם זה מחשש דרבנן לגבי הקידושין אז נראה מסברא שהחובה היא על שניהם. ואם זה משום שלא יאמרו אישה יוצאה בלא גט – יש מקום לומר שזו חובה על הבעל שמוציא אותה. ויש לדחות.

האם יש חובה על האישה לשלם לבעל כדי שייתן גט? נלענ"ד שבהחלט לא. אם החובה היא עליו אז פשיטא שהיא לא צריכה לשלם לו כדי שיקיים את חובתו. וגם אם החובה עליה הרי זה לא גרע משאר מצוות שאין עליה חובה להוציא יותר מחומש מממונה כדי לקיימן. כפי שהתרשמתי אין לה ממון כלל, והכל הוא ממון הוריה, והם ודאי לא חייבים לשלם כדי שהיא תקיים את חובתה. ובפרט שאצלנו הגט הוא רק חובה דרבנן, אם בכלל, ולגבי מצווה דרבנן הסתפקו הפוסקים האם הוי כעשה (ראה בפמ"ג א"א סי' תרנו סק"ח, ויש"ש שהובא במג"א שם סק"ז ובביאור"ל שם סוד"ה 'אפילו'). ובודאי שיש כאן גם מקום להתיר משום מניעת סחטנות של הבעל הזה ושל בעלים בכלל ומשום עיגונא.

על כן נראה מסברא שלכתחילה יש לחייבו לתת גט, אבל אין מקום להשאירה עגונה אם הבעל ממאן לתת גט או שהוא דורש תשלום עבור זה.

ו. תכנן לפני החופה לברוח לחו"ל מיד למחרת ולהשאירה עגונה.

כאמור, קשה להניח שמדובר כאן במזימה מראש, שהרי לא ברור מה הוא הרוויח בקידושיו. הכסף שהוא חייב לאולם הוא בערך סך מתנות החתונה. הילדה כבר נוצרה לפני הקידושין, אז מדוע בכלל להינשא ולברוח? ולכן גם אם יתברר שהוא קנה כרטיס טיסה מראש (שהרי לוח הזמנים הוא מאד צפוף, וסביר שהוא הכין זאת מראש), עדיין יש מקום לומר שבכוונתו היה להזמינה לחיות איתו שם, כפי שראינו שהיא קיבלה על עצמה קודם הקידושין (אלא שרצתה ללדת בבית אמה, ורק אח"כ לנסוע).

לכן נראה שמקח טעות קשה לפסוק כאן, אלא אולי ביטול קידושין מחמת אומדנא דמוכח בגלל בריחתו אחרי הקידושין. אציין שבפרוטוקול 1 עולה שהוא אמר על עצמו שהיה לו סעיף נפשי בצבא ושהוא לא ייענש אם יעבור על החוק (כגון ישדוד וכדומה). אבל גם אם יש לו ליקוי נפשי, האישה כנראה ידעה זאת מראש וקיבלה. לכן אין כאן קידושי טעות משום נימוק. כאן ניתן וראוי לבטל את הקידושין רק מצד אומדנא דמוכח.

ז. קידושין עם החלפת טבעות.

כאן אעיר שלא זכור לי ששמעתי בדברי האישה או אמה שהיתה שם החלפת טבעות, ואולי אשתמיט ממני עניין זה. בכל אופן, כבר הגראד"ל כתב שהחלפת טבעות בקידושין שנערכים על ידי רב אמיתי לא מבטלים הקידושין (ולא ממש הבנתי את האיסור שבדבר, וכי לקדש שלא כדין הוא איסור? לכל היותר הקידושין לא חלים). ואולי כוונתו לומר שאינו ראוי, מחשש לטעויות. והגר"ד ביגמן הוסיף שנוהג שבעולם (בעיקר בארה"ב) להחליף טבעות באופנים מותרים (כגון בסוף החופה כשמובהר שזה לא לשם קידושין). על כן קשה לומר שמצד זה לא היו כאן קידושין.

בכל אופן, לעני"ד כל הדיון על הקידושין (בסעיף הזה והבא) אינו מהותי בנדון דידן, מפני שלאחר מכן הוא התייחד עמה ובעלה במלון, על כן גם אם קידושי בטבעת לא הוו קידושין, הרי יש כאן קידושי ביאה. ויתבאר להלן לפני סעיף י.

ח. טבעת קידושין שקיבל החתן מאם הכלה לצורך הקידושין ולא שילם עליה.

בפרוטוקול 1 שורה 341-361 מתואר שהתחייב לשלם ולא שילם על הטבעת. לכן סביר שלא קנה אותה, שכן זה היה התנאי מצדו ומצד האם של האיש.

שוב לעני"ד הדיון הזה אינו חשוב מפני שהיו קידושי ביאה לאחר מכן, ויתבאר להלן לפני סעיף י.

רק אעיר שיש נפ"מ לדיון הזה האם הבעל יכול לתבוע את הטבעת לאחר ביטול הקידושין, שכן הטבעת ניתנה לו במתנה גמורה. אך יש לדחות שכן ייתכן שזו היתה מתנה על מנת לקדש, או מתנה על מנת להחזיר. וראה בדברי הגראד"ל בזה.

ט. נתן לה טבעת ואמר "כדמו"י" בה בשעה שסירב להתעטף בטלית "משום שאינו יהודי".

בניגוד לשני הסעיפים הקודמים, כאן הדיון הוא כן רלוונטי, שכן אם באמת אין דעתו לקדשה כדמו"י אזי גם אם חזר וקידשה בביאה לאחר מכן אינן קידושין, שהרי מסתמא כוונתו לא השתנתה.

אמנם יש לדון האם המקדש שלא על דעת משה וישראל היא אינה מקודשת. קידושי שחוק והיתול אינם ראייה להכא, שכן שם הוא כלל לא מתכוין לקידושין מחייבים. השאלה שלנו היא האם מי שמקדש קידושין מחייבים אלא שלא מתכוין לעשות כדמו"י – קידושי חלים או לא?

ונראה שישוד השאלה הוא האם "כדת משה וישראל" הוא רק תנאי של המקדש שנועד לצורך הפקעת קידושין על ידי חכמים (הוא נותן להם כוח להפקיע את הקידושין בעת שירצו בכך), או שהוא תנאי שלו בעצם חלות הקידושין, ובלעדי אין קידושין.

בתוד"ה יכלי, גיטין לג ע"א מצאנו :

כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש - ולכך אומר בשעת קידושין כדת משה וישראל.

משמע שהאמירה "כדת משה וישראל" נאמרת כדי לאפשר הפקעה, ולא שזה תנאי בעצם חלות הקידושין. אמנם יש לדחות שתוס' אומר זאת על הרישא "כל דמקדש" ולא על הסיפא של "אפקעינהו". כלומר האמירה הזו מבטאת שהקידושין עצמם כדמו"י, וההפקעה היא רק תוצאה. ובאמת גם בכתובות ג ע"א תוס' מקפידים לכתוב זאת על הרישא, וצל"ע בזה.

והנה, בשו"ע אבהע"ז ברס"י כז כתב :

בכסף כיצד, נותן לה בפני שנים פרוטה או שוה פרוטה, ואומר לה : הרי את מקודשת לי בזה.

הגה : וי"א שי"ל לה : כדת משה וישראל (כל בו).

המחבר והרמ"א נחלקו האם יש להזכיר כדמו"י או לא. והנה, לפי המחבר יש לדון כיצד חכמים מפקיעים את הקידושין אם המקדש לא התנה כן? האם זה תמיד מבוסס על אומדנא שהמקדש מתכוין לזה גם אם הוא לא אמר? יתר על כן, בהפקעת קידושין בגלל שהוא עשה שלא כהוגן (קידשה בע"כ), שם נראה בעליל שאין כוונתו לקדש כדן שהרי הוא עושה להדיא שלא כדן. אז כיצד מפקיעים את קידושיו?

לכאורה משיטת המחבר נראה שגם אם אין כוונת המקדש לקדש כדמו"י, הרי זה תנאי שמטילה התורה עצמה ולא תנאי של המקדש. וכן נראה לפי השיטות שלא מבססות את דין אפקעינהו על המכניזם של תנאי (ראה קושיית רש"י על רבותיו, בגיטין לג ע"א וכתובות ג ע"א. ולדברינו א"ש). וכן בחי' הרמב"ן והרא"ה לכתובות ג ע"א שהובאו בשטמ"ק שם, שהקשו הרי בתנאי כזה הוא הופך את

בעילותיו לבעילות זנות וכיצד אנו מניחים שהוא מתנה כן? הם ביארו שהבעל נותן את הגט כדי שחכמים לא יפקיעו את קידושיו ויהפכו את בעילותיו לזנות. אך לפי דרכנו אין צורך לזה, שכן לא מדובר בהתנייה של הבעל. וברשב"א שם חילק בין מי שמקדש מעיקרא ברצון חכמים אלא שאח"כ קרה משהו שמחייב הפקעה, ששם בעיני גט, לבין מי שקידש מעיקרא שלא ברצון חכמים ששם לא נדרש גט. ובפשטות ההבדל הוא שבמקרה השני לא הוא מתנה על הקידושין אלא התורה עצמה, ולכן שם אין צורך בגט כפי שביארנו לעיל.

ועוד הקשו שם הראשונים מה ההו"א בגמרא "תינח דקדיש בכספא, קדיש בביאה מאי איכא למימר?" הרי אם מדובר בתנאי מה ההו"א לחלק בין כסף לביאה? על כן נראה פשוט יותר שלא מדובר בתנאי. בהו"א חשבו שזה מדין הפקר ביי"ד ואז הקשו על ביאה, ותירצו שהוא גדר קידושין בהגדרת התורה, ולא תנאי של הבעל. ויש עוד ראיות רבות לתפיסה זו, אף שברור שחלק מהראשונים ודאי לא סברו כן אלא הבינו שמדובר בתנאי של הבעל, ואכ"מ.

והנה, אם כנים דברינו, אז לשיטה שמדובר בגדר קידושין של התורה ולא בתנאי של הבעל, יש יותר סברא לומר שזה תנאי שמתנה את עצם חלות הקידושין שהרי ברור שלשיטה זו ההגדרה כדמו"י היא גופא הגדרת הקידושין על ידי התורה. היכולת להפקיע את הקידושין מכוח התנאי הזה היא רק תוצאה של גדר זה של הקידושין. אם כן, לכאורה לשיטה זו אפשר אולי לומר שהמקדש שלא כדמו"י אינו קידושין.

אלא שזה אינו. גם אם לשיטה זו ניתן לראות באמירה "כדת משה וישראל" תנאי שמתנה את עצם חלות הקידושין (ולא תנאי שרק מאפשר את הפקעתם), הרי לענייננו נראה שזה לא מועיל מיניה וביה, שכן לפי תפיסה זו מדובר בתנאי שמטילה התורה עצמה על הקידושין, ולכן נראה מסברא שזה קיים בכל קידושין (אפילו אם המקדש לא התכוין לזה, מעצם העובדה שהוא קידש). אם כן, גם אם המקדש לא התכוין כדמו"י התורה עצמה קובעת שהקידושין נעשים כך. לכן נראה שלשיטה זו נדרשת כוונה הופכית של המקדש, שיתכוין שאינו רוצה קידושין כדמו"י, כדי לבטל את הקידושין. במקרה כזה הוא פשוט לא רוצה לעשות את הקידושין שהגדירה התורה, ואז ודאי אין כאן קידושין (כמו קידושין שחוק).

והנה, במקרה דידן נראה שהתנהגותו של הבעל מעידה שאין כוונתו לדמו"י, אבל לא סביר שאפשר לראות בזה כוונה הופכית, כלומר שהוא מתכוין להדיא לעשות שלא כדמו"י.

לכאורה זה דמי לקידושין של יהודים שאינם שומרי תומ"צ, שלסברת הפוסקים הוו קידושין גמורים אף שהם ודאי אינם מתכוונים להכי, מפני שודאי כוונתם לעשות באופן המועיל, והתורה היא שמגדירה מהו האופן הזה. ואולי במקרה דידן ניתן בדוחק לראות את התנהגותו כמאיסה בדמו"י, וזה כעין כוונה הופכית לקדש שלא כדת משה (כמו שרואים ממה שסירב לקבל את הטלית). אך זה נראה לי דוחק.

יתר על כן, בהל' אישות פ"ד הט"ו כתב הרמב"ם :

ישראל משומד שקידש אף על פי שהוא עובד ע"ז ברצונו הרי אלו קידושין גמורין וצריכה ממנו גט.

ובמ"מ שם הביא לו מקור מפורש מיבמות מז (וראה גם דבריו בפ"ג מגירושין הט"ו). וכ"ה בתשב"ץ ח"ג סי' מז. אמנם בטור אבה"ע סי' מד הביא דעה מנוגדת (ומקורו בעיטור) :

ישראל מומר שקידש קדושין וצריכה ממנו גט וי"א דמומר לחלל שבת בפרהסיא ולעבוד כו"ם דינו כעכו"ם גמור ואין קדושין וקדושין ולא נהירא.

אך גם הוא (וגם העיטור) דוחה זאת על הסף.² אם כן, מוכח שלא רק קידושי חילוני אלא אף קידושי מומר הם קידושין גמורים.

² שו"ר בקונטרסי שיעורים (גוסטמן), קידושין סי' א סק"ד שהאריך בזה, וביאר שגם לשיטה המובאת בעיטור יש קניין קידושין אלא שאין שייך בו איסור וייחוד.

עוד יש להוסיף שגם בגוי ועבד מה שמצינו שאין קידושיהן קידושין הוא רק מפני שאינם בתורת גוי"ק, ומשמע שאין בעייה בזה שהם לא מקדשים כדמו"י.

מכל הלין מוכח לענ"ד שגם קידושין שלא כדמו"י הן קידושין, או לפחות שכל קידושין גם בלי כוונה הם כדמו"י מכללם. על כן נראה שבנדון דידן מצד כוונותיו והתנהגותו של הבעל אין עילה מספיקה לבטל את הקידושין. אם נחליט שכוונתו היתה רצינית לחיות עמה, העובדה שהוא לא רואה עצמו מחוייב לדמו"י אינה מספיקה כדי לבטל את הקידושין מצד זה.

הערה כללית: הן הן עדי ייחוד.

הגראד"ל יצא לדון בכשרות הקידושין, הן מחמת הבעלות על הטבעת והן מחמת החלפת טבעות. ואנוכי הק' כתבתי שאין לדון בזה מפני שלאחר מכן הם התייחדו במלון, ובפשטות הוא מקדשה שם. כמובן שכל הדברים נאמרו על הצד דא"ת"ל שהוא התכוין לקדש ולשאת אותה ושהוא יהודי ולכן הוא בתורת גוי"ק. לולא זה, שוב הדיון אינו רלוונטי.

והנה, הגראד"ל בפסקו מיום כ"ח אב הוסיף וכתב על דבריי שלדעתו יש צורך לדון לגבי כשרות הקידושין, משום שאין בפנינו עדים לייחוד במלון, ואין קידושין בלא עדים.

אחר בקשת המחילה, אנוכי על משמרתי אעמודה, שאם אכן היה בכוונתו לקדשה וכל הבעייה היא רק צורת הקידושין בטבעת, הרי מכיוון שהתייחדו במלון הוו כקידושי ביאה. ושוב אומר שאין לצרף כאן את הטענה שהוא כלל לא התכוין לקדש, שהרי הדיון הוא בדרך של א"ת"ל, וכנ"ל.

אקדים שיש לדון כאן בשני מישורים: א. האם עדי ייחוד מועילים בכה"ג. ב. האם באמת היו כאן עדי ייחוד. כאן אדון בזה בקצרה, ותן לחכם ויחכם עוד.

א. האם עדי ייחוד מועילים בכה"ג.

בסוגיית קידושין סה ע"א-ע"ב אנו מוצאים:

איתיביה: המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי, ב"ש אומרים: אינה צריכה הימנו גט שני, וב"ה אומרים: צריכה הימנו גט שני; היכי דמי? אי דאיכא עדים, מאי טעמייהו דב"ש? ואי דליכא עדים, מאי טעמייהו דבית הלל? אלא לאו בעד אחד! וליטעמך, אימא סיפא: ומודים, בנתגרשה מן האירוסין - שאין צריכה הימנו גט שני, מפני שאין לבו גס בה; ואי סלקא דעתך עד אחד מהימן, מה לי מן האירוסין מה לי מן הנשואין! אלא הכא במאי עסקינן - כגון דאיכא עדי ייחוד וליכא עדי ביאה, בית שמאי סברי: לא אמרינן הן הן עדי ייחוד הן הן עדי ביאה, ובית הלל סברי: אמרינן הן הן עדי ייחוד הן הן עדי ביאה; ומודים ודאי בנתגרשה מן האירוסין, דלא אמרינן הן הן עדי ייחוד הן הן עדי ביאה, מפני שאין לבו גס בה.

חזינן שאם התייחד עמה בפני עדי ייחוד, העדים הללו נחשבים כעדי קידושין בביאה.

וכך נפסק להלכה בשו"ע אבהע"ז סי' קמט ה"א-ב:

המגרש את אשתו, וחזר ובעלה בפני עדים, (או שגלוי לכל שבא עליה, כגון שנשאה) (הר"ן פרק כל הגט) קודם שתנשא לאחר, בין שגירשה מן הנשואין בין מן האירוסין, הואיל ואשתו היתה, הרי זו בחזקת שהחזירה ולשם קידושין בעל ולא לשם זנות. ואפי' ראו שנתן לה מעות, שחזקה היא שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות והרי בידו לעשותה בעילת מצוה. לפיכך הרי זו מקודשת קדושי ודאי, וצריכה ממנו גט שני.

נתייחד עמה בפני שני עדים, והיו שני עדים כאחד, וראו הוא והיא את העדים, אם היתה מגורשת מן הנשואין, חוששין לה שמא נבעלה, והן הן עדי ייחוד הן הן עדי ביאה. לפיכך היא ספק מקודשת, וצריכה גט מספק. ואם היתה מגורשת מן האירוסין, אין חוששין לה, שהרי אין לבו גס בה. ואי חזינן להו דגייסי אהדדי, חוששין לה. **הגה: אבל אם נתייחד עם משודכת**

שלו, אף על גב דגס בה, לא חיישינן, אלא אם כן בא עליה בפני עדים (תשובת הרמב"ן סימן קל"ה).

אמנם בסוגיא התם ובפוסקים מדובר על המגרש את אשתו ולנה עמו, ולא במקרים אחרים כמו במי שגירשה מהאירוסין שאין ליבו גס בה. אבל ההבדל הזה הוא מפני שבמקרים שם יש ספק האם רוצה לקדשה בביאה זו, ועל כך כל הדיון. אבל אצלנו ההנחה שלנו בדרך את"ל היא שהוא רוצה לקדשה ולשאת אותה. ובכה"ג נראה שבוודאי עדי ייחוד הם עדי ביאה, ויש כאן קידושי ביאה.

אוסף כי אצלנו גם אין צורך בחזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות כדי לטעון שהתכוין לקדשה. ובפרט שבנדון דידן ספק רב האם יש חזקה כזאת, שהרי הם חיו יחד כבר לפני הקידושין, ולכן נראה שאין חזקה שאינם רוצים בעילת זנות.³ אבל מאידך כל מעשיו באותו ערב מוכיחים על כוונת קידושין (לפחות בדרך את"ל, שהרי הדיון כאן הוא בהנחה שאין לנו ראיה שמעיקרא לא התכוין לקדשה, וכדבריי בפס"ד לגבי סעיף ו. ולכן כאן אנחנו דנים רק על כשרות הקידושין ואל על כוונותיו). הרי הייחוד במלון נעשה אחרי קידושין כדמו"י עם רב. לכן נראה שכאן עדי הייחוד הם עדי ביאה, והביאה עושה קידושין.

מאותו טעם אין לומר כאן כדברי הפוסקים (ראה שו"ע אבהע"ז רס"י קמט) שפסקו במגרש אשתו ולנה עמו שהן רק ספק קידושין ולא ודאי, שכן שם הדיון הוא האם היתה כוונת קידושין או לא, ולהלכה יש חשש לצד שלא התכוין לקדשה. אבל אצלנו אין חשש כזה – ולכן הוי ודאי קידושין.

אמנם יש לדון האם אצלנו בהנחה שהוא חשב שקידשה בטבעת והוא טועה בזה, ולכן אינו מתכוין לקדשה בביאה כי הוא חושב שזו ביאת נישואין ולא קידושין, האם מהנו עדי ביאה לעשות קידושין, שהרי הוא עצמו לא מתכוין לקדש בביאה זו.

ונראה דיש מקום לדון על כך מכוח דין קניין מועיל ושאינו מועיל, בסוגיית נטל מקצת פיה בב"מ י ע"א (ראה שם בר"ן ורעק"א ועוד). הפוסקים נחלקים שם האם אדם שמתכוין לקנות אבל לא במעשה זה, ועושה מעשה שמצד עצמו אינו מועיל לקניין, האם מהני לו לקנות (כמראה מקום, ראה בס' מקנת חיים, להרב חיים יאמניק, ענף ו אות יא-יב, שהאריך בזה, וכן בשיעורי רבי שמואל פ"ק דב"מ (ח"ב), אות קנח והלאה). אמנם להלכה פסקו המחבר והרמ"א והב"י ברס"י רסח שמועיל. אבל בס' שערי חיים (קידושין), להגר"ח שמואלביץ סי' ט אותיות ה-ו כתב שלקידושין לא מועיל כה"ג מפני שבעינן דעת לקידושין.

יש כמה הסברים בצדדי הספק, אבל לענ"ד אצלנו כל זה לא משנה. יש לזכור שבנדון דידן המעשה השני מצד עצמו מועיל לקנות, אלא שהוא לא התכוין אליו. לכן כאן זה קל יותר, ויש צד גדול לומר שבכה"ג כוונה כללית לקניין מועילה לכו"ע. ועוד יותר מזה יש לומר לענין קידושין, דבקידושין יש מקום לומר שקילו טפי לענין זה. אם כוונתו היתה לחיות עמה ולא לבעול אותה חד פעמית, אזי זו גופא חשיבא גם ככוונה לקדש בביאה, ולכן יש כאן כוונה מועילה לכו"ע בעת הביאה (ולא רק כוונה כללית שמועילה לביאה, כמו בהסבר הראשון). ויסוד הדברים הוא שהביאה בנישואין כוללת בתוכה נישואין וקידושין גם יחד. הן אמנם, בסוגיית קידושין י ע"א הסתפקה הגמרא אי ביאה נישואין או אירוסין עושה, ולהלכה קי"ל שאירוסין עושה (ראה רמב"ם הל' אישות פ"י ה"א ועוד). אבל זה רק אם התכוין לקדשה בביאה. אבל אם בא עליה בכוונת נישואין אחרי שלדעתו היו קידושין, שם יש סברא לומר שהביאה עושה את שניהם לכו"ע.

ובאמת שו"מ דכן כתב המקנה הל' קידושין סי' כו ה"ד בקו"א (הביאו פת"ש שם), שאף דקי"ל ביאה אירוסין עושה, הרי כשמכניסה לביתו ובא עליה הביאה עושה את שניהם, ע"ש. אם כן, נראה שבקידושין דווקא יש צד מיוחד להקל יותר משאר קניינים בדין קניין שאינו מועיל.

ולפי זה יש להוסיף שאפילו לשיטת הגר"ח שמואלביץ הנ"ל, שקידושין חמירי טפי משום שבעינן כוונה לקידושין ולכן לא מועיל בהם קניין שאינו מועיל מצד עצמו, הרי לאור דברינו כאן ודאי היתה כוונה כזאת. ונראה שכן עולה גם מחכמת שלמה אבהע"ז סי' כו ה"ד, ע"ש.

³ כעין סברת הרדב"ז, בשו"ת רדב"ז ח"א סי' שנא, במי שפירסה נדה, דאפילו ראינו שנבעלה, אין חוששין לקידושין "דכיון דעבר אאיסור כרת, לא חייש לבעילת זנות".

ב. האם היו כאן עדי ייחוד?

והנה, הגראד"ל טען שלא ידוע לנו על עדי ייחוד במלון. אך יש לדחות זאת בתרתי :

1. מסתמא כשבאים חתן וכלה למלון ומזמינים זאת מראש, עובדי המלון (וגם האורחים) רואים ויודעים שהם נכנסים לחדר להתייחד כבעל ואישה, ומסתמא היו ביניהם שני עדים כשרים.

אף דיש לדון שלא ייחדם והיו עדים פסולים שפוסלים כל הכת מדין נמצא קאו"פ. ועוד יש לדון שלא ייחד את העדים ולא באו כדי להעיד על קידושין (ראה תשב"ץ ח"ג סי' צד, שכתב שגם אם נתרמי שם עדים כשרים, לית לן למיחש, כי הם לא אתי לאסהודי. ועיין ע"ז בשו"ת אבקת רוכל סימן פ ובשו"ת תורת חסד סימן סא), ולפי זה אין כאן קידושין.

אך מעבר לזה ששיטה זו במחלוקת היא שנויה, שכן יש הסוברים שעדים כאלה מהני דאין דין נמצא קאו"פ בלא באו לאסהודי ולמחזי, הרי יש להוסיף כאן עוד צד :

2. כל באי החתונה והעולם יודעים שהם חתן וכלה, ויש מהפוסקים שכתבו (בעיקר בדיון לגבי נישואין אזרחיים) שבכה"ג ידיעת כל העולם היא כאן סהדי וכעדי ייחוד. וכן עולה מדברי הרמ"א אבהע"ז סי' קמט ס"א (ראה במודגש לעיל), שכתב שידעת העולם מהניא כשידוע שנשאה. והרי כאן ודאי ידוע לכולם שנשאה (הכניסה לחופה ולחדרו במלון). ובפרט שכאן הכל נעשה אחרי קידושין עם רב כדמו"י, ולכן בפשטות כוונתם להתקדש כדן. הדיון בפוסקים הוא רק על נישואין אזרחיים, שכן שם באמת עולה השאלה האם כוונתם לקדש או לא.

ובזה אולי תתיישב קושיית הב"ש וט"ז שם סק"א, שתמהו על לשון הרמ"א מה הוסיף בכך שדיבר על כך שידוע שנשאה אם הוא בא עליה :

א כגון שנשאה - כ"כ תוספות ביבמות דף נ"ב והר"ן פרק כל הגט עיין סי' י"ט מ"ש ועיין תשובת ריב"ש סימן ל"א פסק כן ועיין סי' קכ"א מיהו א"י לענין מה כתב כאן דברי הר"ן דהא כאן איירי לענין חשש קידושין א"כ ממ"נ אם נשאה כדן נשואין ת"ל היה קידושין ואם לא נשאה כדן נישואין א"כ מהיכי תיתי לומר דבועל לשם קידושין, ודין של תוספות והר"ן איירי בארוסה שכתב לה גט ולא נתן לה ונשאה אמרינן בוודאי בעיל וביטל הגט וגרע מגט ישן : ולפי דרכנו י"ל שמדובר כשברור לכו"ע שמתכוין לשאת אותה בביאה זו, אז היא מועילה גם לעשות קידושין.

ולפי דרכנו י"ל שכוונת הרמ"א לדבר היכא שברור לכל שיש כוונת נישואין ורוצה לשאת אותה בביאה זו, ששם ידיעת העולם מהני לעשות את הביאה גם כקידושין.

וכך גם עולה מדברי בעל ושב הכהן, (סימן ל', וראה גם תורת יקותיאל בתשובות שבסוף הספר סימן א) שכתב לסמוך על שיטת הרא"ה המפורסמת שהובאה בשיטה מקובצת לכתובות דף עג א : "ואע"פ שבמקדש בלא עדים אין חוששין לקידושין, הכא כיון דהויא מילתא דכולי עלמא יודעים בה, כ"ע סהדי", וכן הובא בשיטה מקובצת דברי הריב"ש המביא דעת הרא"ה. וע"ע בנמוקי יוסף יבמות פח, א : "והריטב"א ז"ל משבח דברי רבנו הרא"ה וכו', ופרסום כזה נחשב בכל מקום כעדות גמורה, ואפילו מדאורייתא".

הדברים הובאו בפס"ד של הגר"א גולדשמיט (פס"ד בית הדין הרבני הגדול, כרך ו), ושם הביא גם את תשובת הרא"ה סימן צד (הוצ' ירושלים סימן צו) שאשת הצדוקי היא אשת איש, והבא עליה חייב משום אשת איש, שאע"פ שנתקדשה לבעלה לא היה אלא בפסולי עדות דאורייתא, מ"מ כל העולם הם עדי ביאה וכו', א"כ הוה ליה כאילו נתקדשה בפנינו וכו'. עיי"ש עוד מ"ש דעת תשובת דרכי-נועם סימן מו "בלי שום אמירה והודעה וכו' "ומה שדייק בלשון ביאור הגר"א סימן כו סק"ג על דברי השו"ע, "ואפילו אם ייחדה לו", "וכתב הגר"א : ר"ל כיון שידוע שבא עליה הוי כעדים". וביאר הגר"א גולדשמיט : "כלומר ייחד אותה לו בקביעות כדרך בעל ואשה, ולא בדרך מקרית". ואף שיש לחלק, מסברא נראה שכן הוא בנדון דלפנינו. אמנם הם התייחדו באופן חד פעמי לילה אחד במלון, אבל זה ודאי נעשה במסגרת שהיא לשם קידושין ונישואין. וכן מסתברים דברי בעל תרומת הדשן סימן רז ומפורש לבעל גינת ורדים בספרו גן המלך סימן י"ו : "דמי שמייחד אשה בביתו והדבר מפורסם, דחשוב ליה כאילו הן הן עדי ייחוד הן הן עדי ביאה."

אמנם ע"ש שהוא מביא גם פוסקים שחולקים בזה. אבל בנדון דידן יש לזכור שהייחוד היה אחרי קידושין כדמו"י, ולכן יש צד גדול לומר שבכה"ג לכו"ע יש כוונת קידושין והיא מקודשת בביאה, וידיעת העולם מהני לזה.

סוף דבר, למסקנה, מכיון שהבעיות בקידושי הטבעת אינן פוסלות הקידושין, ואנו מוסיפים לזה את עדי הייחוד במלון, לענ"ד קשה למצוא בסעיפים אלה אפילו משום סניף לפסול את הקידושין.

י. ר"ב כשמייוחדת לו.

נראים דברי הגראד"ל. ויש להוסיף שכאן הוא קבע להינשא עמה בעודה מעוברת, מה שמחזק את החזקה שהבעילה היא ממנו שאל"כ לא היה נושא אותה. לכן נראה שהוא נאמן טפי ממי שסתם בועל אותה ולא עומד לשאתה. שו"ר שכ"כ הרב מרמורשטין בדבריו שאחרי הפסק.

אמנם בפרוטוקול 2 שורה 188 נאמר שהאישה אמרה לבעל שהבת לא שלו ולכן הוא ברח. בשורה 191 היא טוענת ששיקרה לו, לא ברור מדוע.

יא. נאמנות אם להכשיר את בתה לקהל, ולומר שנולדה לנכרי (ואסורה לכהונה).

יש לפלפל טובא בהך דחזקת האם מועילה לבת ובהבנות השונות בזה, וכידוע שיש סתירה בזה בס' ש"ש, ויש בזה עוד הבנות שלא הוזכרו אצל הגראד"ל. אלא שלאור הסעיף הקודם נראה שכל זה אינו רלוונטי לנדון דידן.

הרי כאן ידוע שהאישה נבעלה לגוי (אם נכריע שהוא גוי), וכפי שנתבאר אפילו אמרינן שרוב בעילות שלה אחריו. אם כן, שאלת הנאמנות שלה לגבי עוברה היא שונה לגמרי מכל הני מקורות שהביא הגראד"ל שעוסקים במקום בו לא ידוע הבעל. שם יש שאלה האם היא נאמנת לגבי בתה לומר מי הבעל. אבל כאן הרי ידוע לנו מי הבעל (ראה סעיף קודם), והשאלה היא רק האם היה בועל אחר שהעוברה היא ממנו. מנ"ל להעלות צד ספק כזה?

יש להוסיף לכך שגם אם היינו הולכים כאן בתר חזקת הכשרות של האם, הרי חזקה זו איתרעה אצל האישה שבפנינו, שהרי אצלנו ידוע להדיא שהיא נבעלה לגוי. יתר על כן, היא אף הודתה כמשיחה לפי תומה שזה לא היה חשוב בעיניה כי היא אהבה אותו (למרות שהודאה זו מזיקה לעניינה). אם כן, קשה לומר שיש כאן חזקת כשרות של האם. אמנם יש לה אולי חזקת כשרות במובן של חזקה קמיתא (שהיא מוחזקת ליהודייה מלידתה), אבל ודאי אין לה חזקת כשרות במובן של אישה כשרה שאינה עושה עבירות (כבעילה לגוי). ובסוגיות לגבי חזקת האם לבת יש לדון איזו חזקה של האם מהניא לבת, והאם נדרשת גם חזקת כשרות שאינה עושה עבירות מעבר לחזקה קמיתא שלה. אך כאמור כל זה אינו חשוב לנדון דידן, שכן גם אם לאמא היתה חזקה לגבי בתה כאן לא מהניא חזקתה כשידוע שנבעלה לו ורוב בעילות שלה עמו.

עוד יש להעיר שמכמה ראשונים עולה שמה שחזקת האם מועילה לבת הוא משום שרואים את החזקה כמבררת לגבי האם, כלומר שלהלכה אנו מתנהגים בגלל החזקה שלה כאילו הוברר שנבעלה לכשר, וממילא התוצאה חלה גם על הבת. כלומר לא אמרינן שהלכתית חזקת האם מועילה לבת, אלא שהחזקה פושטת את השאלה לגבי האם וממילא הוכשרה גם הבת. ובנדון דידן הרי לגבי האם אנו מכריעים לדינא שהבעל (הבועל) הוא גוי, אז כיצד נוכל לומר שהבת אינה כזו (שוב בהנחה שהיא בתו מדין רוב בעילות, כסעיף הקודם)?

לכן נראה שכאן אין אפשרות להכשיר אותה מדין ברי של האם, שהרי האם טוענת שהיא מהגוי. וגם אין להכשירה מדין החזקה שפושטת את הספק לגבי האם וכנ"ל. ואף מטעם החזקה של האם שמהניא לבת אין להכשירה במקום שפסקין רוב בעילות אחרי הבעל הנכרי, וכנ"ל.

אסייג את דבריי לאור מה שנאמר למעלה בסעיף א. היכולת לדון שלא בפני הבעל היא בעיקר לגבי היתר האישה. לגבי הבעל עצמו יש מקום להשהות את הפסק עד שיבוא בפנינו ויטען את טענותיו. ולכן

גם לגבי פסול הבת לא ברור לי האם ניתן לדון במעמד האב שלא בפניו. אמנם נכון שאם הבעל לא יבוא בפני ביי"ד, יש לקבוע את מעמדה לצורך נישואין עתידיים שלה לכהן וכדומה. כאן לא נראה לי להכריע בזה בינתיים.

סיכום הדברים

עלו כאן כמה שאלות ביחס להיתר האישה.

- א. ביחס ליהדותו של הבעל י' נראה שבהחלט יש צד גדול להכריע שהוא אינו יהודי, לפחות לגבי היתרה של האישה. לגבי עצמו הפסק ניתן שלא בפניו, ולכן הסברא נותנת להשאיר לו מקום ערעור. זהו סניף חשוב להיתר (ראה להלן סעיף ג).
- ב. לגבי ביי"ד בתר ביי"ד, המסקנה היא שיש היתר לדון בזה היכא שהפסק נראה מוטעה.
- ג. לגבי המחאה, יש מקום רב לטעון שהיתה כאן מחאה והגיור בטל, לפחות לגבי היתר האישה (ראה סעיף א). כאמור, זהו סניף להיתר.
- ד. לגבי עצם הגיור כשההורים לא שומרים תומ"צ, נראה שהדבר בספק.
- ה. בדין קידושי טעות הארכת טובא, ולמסקנה נראה שיש לבטל את הקידושין מכוח אומדנא דמוכח, אבל לא מצד מקח טעות. לגבי גט, רצוי לכתחילה לדרוש גט מדרבנן, אך אין להשאירה עגונה אם הבעל ממאן לתת, ומסברא נראה שאין לחייבה לשלם לו כדי שייתן גט שחיובו מדרבנן.
- ו. לא נראה שהיתה כאן מזימה מעיקרא, ולכן אין כאן מקח טעות גם מצד זה וגם מצד מומרותו.
- ז. כל הדיון על הקידושין כמעט אינו רלוונטי, ולעני"ד אפילו כסניף אינו. את"ל שהוא יהודי ושהוא התכוין לחיות עמה כדמו"י, אז כל הבעיות בקידושי הטבעת (שייכות הטבעת, החלפת טבעות) מסתלקות מחמת הביאה במלון, שגם אם לא קידשה בכסף הוא קידשה לאחר מכן בביאה. אמנם יש להסתפק לגבי עדים כשרים שם במלון, אך כפי שהראיתי היה שם ייחוד לשם נישואין בעיני העולם.
- ח. כנ"ל.
- ט. לגבי מה שלא התכוין לקדשה כדמו"י, נלעני"ד שלית לן בה. הקידושין תקפים ועומדים דלא גרע מקידושי מומר. ואם הוא גוי אז כמובן שאין קידושין, אבל סעיף זה הוא רק באת"ל שהוא יהודי.
- י. לגבי רוב בעילות, העליתי שכאן זה עוד חזק יותר ולכן למסקנה הוא הבעל ואבי הבת.
- יא. יש מקום להשהות את הפסק לגבי הבת עד שיבוא האב בפני ביי"ד, ובודאי שהדברים מותנים בכך שהבעל/אב לא יערער ויוכיח שהוא יהודי (ראה סעיף א). אבל לכשתעלה שאלת מעמדה של הבת נראה לאור מה שנאמר בסעיף הקודם, ללא קשר לשאלת חזקת האם מהניא לבת או לא, ולפי כל השיטות, שהבת היא בתו של נכרי שבא על בת ישראל לכל דיניה.

מיכאל אברהם

ד. אברהם

דברי הרב ביגמן

נראים עיקרי הדברים שכתב הגרא"ד לוי' והגר"ם אברהם ונראה להתיר את האשה בעיקר משום שלא התקדשה על דעת כן ולא עלה על דעתה שיברח בעלה העתיד סמוך ל קידושין ממש וישאיר אותה עגונה וגלמודה. כמובן חובה לנסות להשיג גט אך אין זה לעיכובא.

ברצוני רק להוסיף את ההערות להלן שם הבהרה:

כפי שהראו הגרא"ד לוי' והגר"ם אברהם יש במקרה שעומד לפתחים סניפים להקל. אך אין טענות מספיקות לכשעצמן, לטעון שלא היו קידושין, ולכן רובצת עלינו החובה לברר האם מדובר במקרה שהקידושין אינם תקפים מכיוון שהאשה לא לקחה בחשבון את האפשרות שבעלה ייטוש אותה מיד ולא נתרצה להתקדש בנסיבות אלו.

המימרא של ריש לקיש "טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלה" מובאת בכמה וכמה הקשרים בש"ס אך, רק מהסוגיא בב"ק נגעת למקרה שלנו באופן ישיר.

אלא מעתה, 'במה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה, דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה! התם אגן סהדי דמינח נחא לה בכל דהו, כריש לקיש, דאמר ר"ל: טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו.¹

בהוה אמינא של הגמרא ברור שאילו הייתה לוקחת בחשבון שהיא עלולה ליפול ליבום של מוכה שחין היא לא הייתה מתרצה להתקדש ולכן כאשר הנסיבות האלו מתממשות מתברר שלא הייתה גמירות דעת. למסקנת הגמרא גם אילו לקחה בחשבון את האפשרות שהיא תיפול ליבום היא הייתה מתרצה להתקדש לבעלה שכן "טב למיתב..."

המימרא של ריש לקיש מהווה יסוד להניח שהייתה גמירות דעת מצד האשה למרות שנשואין אלו יגרמו לה ליפול לפני יבם מוכה שחין בהמשך. לו יצויר מקרה ברוך כשמש בצהריים, שאילו ידעה האשה מה יהיו הנסיבות של נשואיה לא הייתה מתרצה להתקדש, יתברר שלא היו קידושין כלל. אלא שהכלל של ריש לקיש מצביעה על כך שנסיבות אלו נדירות.

מכל מקום הקשו רבותינו הראשונים על גמרא זו:

דבלאו הכי האי שמועה תמוה היא אמאי לא פריך אם נעשה בעלה בעל מום תצא בלא גט דהא דאדעתא דהכי לא נתקדשה לו וגם נמי אמאי לא מקשה כל מקח יבטל אם יארע בו שום אונס.²

ותירץ הרא"ש את הגמרא בדומה לתוספות שלנו לפנינו שבמקח סתם העניין תלוי בדעתם של שני הצדדים. ומלשוננו מוכח כדברי הגר"ם אברהם שאין מניעה עקרונית מטענה שמקח לא חל במקרה של אומדנא דמוכח שלא לעסקה זו התכוונו הצדדים. אך לענייננו חשוב הניסוח של הרא"ש מדוע במקח רגיל ואירע אונס מאוחר יותר אין אומדנא "דע"מ כן לא קנאו".

שלא כתב לה אלא על מנת לכנסה. תימא דהכא ובכמה מקומות בתלמוד אנו אומרים כסברא זאת ואם כן הלוקח פרה מחבירו ונטרפה אגן סהדי דע"מ כן לא קנאו וי"ל דלא דמי דהתם באותו ספק הוא רוצה ליכנס בשעת מקח ואם היו אומרים לו שמא תטרף לא היה נמנע בשביל זה ליקח שכן דרך לוקח בהמות אין נמנעין ליקח בשביל ספק טרפות והכא אנו הולכין בתר אומדן דעתו דאגן סהדי שלא היה כותב לה אם היה חושש למות קודם הכניסה.

ועיקר החילוק היינו דבלוקח פרה אף על גב דנטרפה מ"מ הרי נהנה מהמקח אלא שמפסיד ודרך הלוקחים ליכנס על ההפסד והריוח אבל אם מת קודם הכניסה הרי לא נהנה מהמקח

¹ בבא קמא דף קיא עמוד א

² תוספות רא"ש כתובות מז, מובא בשיטה המקובצת. ע"ע מרדכי מסכת יבמות הגהות מרדכי פרק החולץ רמז

כלל ובכה"ג אגן סהדי שלא היה כותב לה אם היה חושש למות קודם הכניסה וכן זבין ואיצטריכו ליה זוזי דמשום דהיה דחוק לזוזי הוא דזבין וכיון דאין כאן דחוק דלא איצטריך ליה זוזי אגן סהדי דלא הוה זבין.

במילים אחרות יש סיכונים שהם אך טבעיים בהקשר של מקח ויש להניח שהסוחרים לוקחים אותם בחשבון. בהשוואה לקידושין סביר להניח שאשה לוקחת בחשבון מחלות עתידיות, ורגעם קשים נוספים בחיי הנשואין ועל דעת כן היא מתקדשת. הגמרא מחדשת שאף נפילה עתידה לפני יבם מוכה שחין לא היתה מונעת מהאשה להתקדש לבעלה שכן "טב למיתב..." וכבר דנו הפוסקים מהם הגבולות של העניין והאם מדובר ב"טב למיתב" באירחסי הבעל או ביבום של היבם מוכה השחין. מ"מ מעולם לא מצאנו חזקת "טב למיתב" כאשר מתברר שאין אפשרות כלל לממש את הקידושין ולעולם לא יתקיים מצב של "למיתב טן דו" אלא ההפך הא הנכון דווקא בגין קידושין אלו האשה תגיע למצב של "למיתב ארמלה". ובוודאי ריש לקיש לא התכוון למקרה כזה ולא רבותינו הראשונים והאחרונים.

כעת נותר לנו לברר מה כוונת הגמרא ש"טב למיתב" ואיך הבינו מימרא זו רבותינו הראשונים והאחרונים.³

ואם היה הבעל מומר וישבה תחתיו באונס ומת במומרותו בלא בנים אינה זקוקה ליבם דהאי לאו אחיו הוא ואינה זקוקה נמי לחליצה זהו לשון החכם בעל העיטור ז"ל ע"כ. כתוב בתשובת הגאונים יבמה שנפלה לפני מומר דפטורה מן החליצה ומן היבום היכא דליכא יבם אחר אלא הוא ולא הביאו שום ראיה לדבריהם. וכתב רש"י בתשובה אחת דלא סמכין עליהו כלל ואף על פי שחטא ישראל הוא לכל דבר.

ואם קידש קדושין וחולץ ולא מיבם. ונראה להר"ם להביא ראיה לדברי הגאונים מדפריך פרק הגזל אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה מעיקרא ומשני מינח ניחא לה טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו פי' ניחא לה בבעל כל דהו א"כ לגבי מומר דליכא למימר הכי דאגן סהדי דלא ניחא לה להתיבם לו כי יעבירנה על דת לבא עליה בגיות וכל זמן שהיא נדה ודאי אגן סהדי דלא ניחא לה וא"כ נפקא אף בלא חליצה אם אין שם יבם אלא הוא וכתב הר"ם אף על פי שהבאתי ראיה לדברי הגאונים לא מלאני לבי לעבור על דברי רש"י כאשר בא מזה מעשה לידי.⁴

בחר שהמהר"ם מחטנברג הבין ש"טב למיתב" מוסב על חיי אישות בכפיפה אחת ולכן היה לו פשוט שאילו חשבה שתיפול לפני מומר לא הייתה מתקדשת בגלל שהחיים משותפים אותו "יעבירנה על דת" וכו'. אך בגלל שרש"י פסק שצריך חליצה מומר הוא לא נהג כן למעשה. מכל מקום רואים שפירוש "טב למיתב" הוא על חיים משותפים. וכן כתב הערוך לנר שהרחיב על הסוגיא ביבמות.⁵

במקום שמתברר שלא יהיו חיים משותפים כלל פשיטא שאין כלל של "טב למיתב". בכל דיוני הפוסקים לא מצאנו דיון במקרה שברור שמעולם לא היו (למעט לילה אחד במלון) ולא עתידים להיות

³ עיין בסוף הסוגיה יבמות דף קיח עמוד ב

⁴ מרדכי מסכת יבמות פרק החולץ רמז כט ורמז ל עיין שם בהמשך דבריו

⁵ ערוך לנר יבמות דף קיח עמוד ב: בגמרא דאמר ריש לקיש טב למיתב טן דו. הני ד' מילי דקאמר י"ל דע"י ד' דברים אפשר שהבעל ואשתו אינם נוחים זה לזה או ע"י מחלוקת שביניהם או ע"י שמאוס הוא לה ע"י מומין שבו או ע"י אומנתו או ע"י פסול משפחתו וכנגד כולם אמר דניחא לה בבעל כל דהו דנגד מחלוקת קאמר ר"ל דעיקר תכלית איש ואשתו היא להיותם כבשר א' כמאמר הכתוב ואם הם כשנים אז נראה שיש פירוד ביניהם וזהו דקאמר ר"ל טב למיתב טן דו אפילו לישב כשנים בפירוד לבבות מכ"מ ניחא לה מלמיתב ארמלו ואב"י אמר דאם קטן כנמלה הוא דאין בזוי גדול מזה מכ"מ ניחא לה ורב פפא איירי מבזוי ע"י אומנתו ור"א מבזוי ע"י פסול משפחתו ואעפ"כ כולם ניחא להו בבעל:

חיים משותפים ונראה פשוט שיש בקידושין אלו אומדנא בחורה "דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה".
יש מקום לדיון באמות המידה ל"טב למיתב" בימינו אך אין זה נוגע למקרה שלנו.⁶

דוד ביגמן

ד"ר —

⁶ עיין שו"ת אגרות משה אבן העזר חלק ד סימן קיג: הנה ראיתי את כל קונטרסו במה שרוצה כתר"ה לחלק בין דורות אלו לדורות הקדמונים ממה שרואין שהנשים בדורות אלו מקפידין עוד יותר במומין דהאיש ממה שמקפידין האנשים במומי הנשים, הנה אף ששייך לומר סברא כזו קשה לעשות מעשה כי הרי גם בזמן הגמ' מצינו דהנשים לא היו מתרצות אלא למי שהחשיבוהו להגון להן כדאשכחן בכמה מקומות, אך אין בדבריו ראיה למצב שבו אנן סהדי שאין אף אשה שדעתה לקדש עצמה אדעתא דהכי.