



ב"ה  
תאריך: י"ב בטבת ה'תש"ף  
9 בינואר 2020  
בעניין: [REDACTED]  
ת.ז.: [REDACTED]

## פסק דין

### ביטול קידושין בזוג שלא קיים יחסי אישות מעולם

א. פרטי המקרה

באה לפנינו האישה [REDACTED]  
[REDACTED]  
כמו כן, ראוי להדגיש כי הקידושין שנעשו – נעשו בפני עדים פסולים, מחללי שבת בפרהסיא. [REDACTED].  
על [REDACTED].  
כן, רוב ככל מי שנכח בעת סידור הקידושין היה פסול לעדות.

כך או כך, חיי המשפחה של הזוג לא ארכו זמן רב, וכך מתארת האישה את תהליך הפירוד ביניהם: לפני החתונה הם לא נפגשו לבד, אלא תמיד נפגשו כשהמשפחה שלו היתה מסביב (רק פעם אחת הלכו לבד לסרט). אחרי החתונה מיד לא הסתדרו הדברים – [REDACTED].  
משפחת הבעל צעקו עליה וקיללו אותה. מרגע הנישואין ולאורך כל החודש הראשון לא התקיימו כלל יחסי אישות (דבר זה נבדק ואושר על ידי בית המשפט [REDACTED]).  
; וכבר כתב הרב יחזקאל אברהמסקי בתשובה (חזון יחזקאל, זבחים, סימן ח') שיש לסמוך על בית המשפט בכגון זה). הסיבה לאי-קיום יחסי האישות הייתה תוצאה של הפגיעה הרגשית באישה מצד משפחת הבעל, וכן [REDACTED].

האישה ממשיכה לתאר כי אחרי בערך חודש הם נסעו ביחד לאירוע שבו נכחו אף הורים האישה, וכשהם ראו שהיא עצובה ולא טוב לה אמרו שיקחו אותה אליהם הביתה לכמה ימים. המשפחה של הבעל הסכימה לכך, והוא ומשפחתו לא יצרו קשר איתה כלל בזמן ששהתה בבית הוריה, וזאת למרות שההורים שלה ניסו להתקשר אליהם והם לא ענו. אחרי עשרה ימים ניסתה האישה לחזור אל הבעל [REDACTED].  
הם ניסו לפנות לגישור אבל משפחת הבעל לא שיתפו פעולה. לאחר זמן קצר משפחת הבעל פנו לבית המשפט למשפחה והם קיבלו גירושין אזרחיים. היא לא נפגשה עם הבעל ביחידות מאז שעזבה את הבית של משפחתו.

הגירושין האזרחיים התקבלו רק כשלוש שנים אחר כך, ולאחריהם פנו הצדדים לקבל גט, והלה ניתן ב [REDACTED].  
בתאריך [REDACTED] אף על פי כן, בתאריך [REDACTED] קבע בית הדין הרבני כי גט זה אינו כשר, וב [REDACTED] הוציא החלטה שיש לנסות ולמצוא את הבעל ולסדר גט חדש כדת משה וישראל. החלטה זו קיבלה גיבוי מחודש בהחלטת בית הדין הרבני שניתנה ב [REDACTED] – האישה עדיין מעוכבת מלהינשא, גיטה פסול, ויש צורך במציאת הבעל. [REDACTED].  
נעשו נסיונות לשכנע את הבעל לתת גט, אך הלה מסרב בטענה שכבר נתן, ואף איים בכך שיטלפן למשטרה אם ינסו ליצור איתו קשר בשנית.

עתה באה האישה לפנינו, וביקשה לראות אם ניתן לבטל את קידושיה, וכמה טענות בפיה שמחמתם יש מקום לשקול זאת:

(א) הקידושין שנעשו – נעשו בפני עדים פסולים, מחללי שבת בפרהסיא, כמתואר לעיל.

(ב) נישואיה היו קצרים ולא הייתה שום ביאת מצוה.

(ג) לאישה ניתן גט, כאמור.

(ד) הבעל הוא בן של אשה שהתגיירה באותה קהילה, ואף כאן יש מקום לפקפק בגיור, אם זה נעשה כהוגן או לא, שאם לא נעשה כהוגן הרי גם הבעל איננו יהודי, וממילא קידושיו לא תפסו כלל.

אולם, נראה שהטענות האחרונות אין בהן ממש, שכן עיון בגט שניתן אכן מוכיח כי לא ניתן להכשירו, ובנוגע לגיור, מלבד מה שאין אנו רוצים להתחיל ולפקפק בכל הגיורים שניתנו באותה מדינה, הרי אין לנו ראיות שהגיר של אמו של הבעל לא נעשה כדת וכדין, אלא שחשש כללי הוא, ועל כן קשה לתלות את הדין בכך.

אף על פי כן, בשתי הטענות הראשונות יש מקום לדון, וכמו שנבאר בפרקים הבאים.

## ב. פסלות עדי הקידושין

כאמור לעיל, הן האיש והן האישה התחתנו בקהילת מגן חסידים. אולם אין שם בקהילה זו רב שיודע הלכה כראוי, ועל כן יש מקום לפקפק בכל מה שנעשה שם מבחינה הלכתית. אכן, משום כך, בית הדין הרבני לא קיבל את הגט שניתן לאישה באותה קהילה על ידי בעלה. מאידך, בית הדין אכן קיבל את גיורה של אמו של הבעל לחומרא (שאם לא כן נישואיה לבעלה בטלים למפרע), וכן קיבל את ההנחה שנעשו כאן קידושין שיש לחשוש להם לחומרא, לכל הפחות. על פני הדברים נראה כי מדובר בהחלטה קשה, שהרי אם אין לסמוך על הגיטין של אותה קהילה, מדוע נסמוך על הגיור או על הקידושין שנעשו שם? אך מצד שני הדבר ידוע כי קל יותר לגיור או קידושין לתפוס (לכל הפחות בדיעבד) – אף ללא ידיעה ברורה של ההלכות הקשורות במעשים אלו – מאשר כתיבת ונתינת גט באופן ראוי ונכון, ועל כן ודאי שישנו היגיון בהחלטת בית הדין הרבני.

אף על פי כן, נראה שכאן לא זו בלבד שיש מקום לפקפק באופן כללי במעשה הקידושין שנעשה בקהילה זו, אלא שבנידונו יש מקום לפקפק באופן ממוקד בשאלה אם אכן נעשו כאן קידושין כהלכתם, וזאת מצד פסלות העדים, כמו שיתבאר. הרי על פי הבריור שערך בית הדין הרבני, והן שערכנו אנו, רוב ככל היהודים השייכים לאותה קהילה אינם שומרי שבת. כך, לדוגמה, רוב ככל חברי הקהילה נוסעים בשבת לעבודה, או במקום צורך אחר. על כן, לכאורה יש מקום לבטל את הקידושין מצד פסלות העדים שנכחו בחתונה, הן העדים שיוחדו לכך, והן שאר הנוכחים בקהל. אמנם, מצד שני, ניתן לפקפק ולומר שמא היו בחתונה זו שני יהודים כשרים שומרי תורה ומצוות, שהרי לא יימלט שיש מספר מועט של יהודים כאלו בקהילה.

אכן, כאן היה מקום לערוך מערכה בעניין זה ולהרחיב את היריעה, אלא שכבר כתבו על עניין זה שני גדולי הדור הקודם, ולא השאירו פינה שלא נגעו בה. ראשון נזכיר את הרב עובדיה יוסף, שבשו"ת יביע אומר (ג', אבהע"ז, ח') דן בשאלה דומה:

“אודות הקידושין של הצעירה א' ב' שהעידו שני עדים נגדה שקיבלה קידושין בפניהם מהבחור י' ש'... ואבי הנערה הביא עדים שהעידו על עדי הקידושין שהם מחללי שבתות בפרהסיא, וראום שמעשנים סיגריות בחוצות קריה בליל שבת. ואחד העדים הודה גם כן שאמנם הוא לא דתי ומעשן בשבת. והנה אבי הנערה שהוא מנכבדי העיר נפשו בשאלתו למצוא פתח היתר להפקיע הקידושין אם אמנם נעשו, מאחר שהדבר נעשה על ידי הסתה ופיתויים של הבחור הנ"ל. וגם הבחורה רצונה להנשא לבן דודה המשוך עמה, והמקדש הנ"ל נתן כתף סוררת לפוטרה בגט על אף כל הפצרות ובקשות בית הדין אליו. ואחד המיוחד מבית - הדין רב גדול בישראל מומחה ופקיע היושב אתנו בשבת תחמוני נטה קו להחמיר לחוש לקידושין, שמא עדי הקידושין חזרו בתשובה באותה שעה...”

בתשובתו זו קובע הרב עובדיה יוסף לאחר משא ומתן ארוך כי אין לחשוש לכך כלל, ועל כן אם ידוע שהעדים

אכן היו מחללי שבת, חזקתם נשארת כך, ואין חוששים שמא חזרו בתשובה:

“מסקנא דדינא: בהא סליקנא ובהא נחיתנא דהבחורה א' ב' מותרת להנשא לכל גבר די תצבי”

אך בשו"ת ציץ אליעזר (ח', ל"ז) מצאנו תשובה נוספת, שיש בה פרטים דומים מאוד לנידוננו, וממנה נצטט באריכות כי הרבה ממה שכתב שם הרב אליעזר יהודה ולדנברג שייך בענייננו (יש לציין ששם העדים גם היו קרובי משפחה, אבל כיון שכמבואר למעין שם הציץ אליעזר אינו תולה את פסקו בכך, נראה שלא מן הנמנע ללמוד מדבריו לענייננו). בתחילה מביא הציץ אליעזר את לשון השאלה שנשאל:

“בת ישראל נשאה לישראל וכעבור שלש שנים מנשואיהם היו ביניהם חלוקי דעות ונפרדו, השתדלנו להשפיע על הבעל שיחזור אל אשתו וכל מאמצינו היו לשוא. הבעל עזב את אשתו לאנחות וכל פניות הרבנים כאן במכסיקו אליו העלו חרס, אינו מפרנסה, וגם את שני ילדיו הזניח ואינו רוצה לדעת בכלל מהם. השתדלתי באופן אישי לדבר עם הבעל וזה דיבר בחוצפה גדולה ועומד במרדו, אינו מפרנסה ואינו רוצה לבוא בשום אופן לתת לה גט כדינה של תורה. מאז עברו כבר חמש שנים ואשה זו מתמוגגת בצערה ואין לאל ידינו לחלצה מצרתה.”

חקרתי בעניין הקידושין ומצאתי שהבעל קידש את אשתו באמצעות רב ממרה, עובר על דת ביד רמה, מחלל שבתות בפרהסיא ועוד ועוד דברים רעים ומכוערים. העדים החתומים על הכתובה שהיו נוכחים בעת הקדושין הם: האחד קרובה של האשה, כלומר בעל אחותה, והשני הוא קרובה ראשון בראשון. שני העדים הם מחללי שבתות בפרהסיא אוכלי נבילות וטריפות, וכל המידות שמנו חז"ל בפסולי עדות נמצאות בהם. על סמך זה באתי לחקור אם בכלל יש ערך לקידושין אלו ובדרך זו לחלץ אומללה זו מצרתה”

לאחר מכן עובר הציץ אליעזר להסביר את הרקע העובדתי של הקהילה:

“ולבירור שאלה עובדתית הוסיף לכתוב לי – למבוקשי – כי בדרך כלל קשה למצוא באותה קהילה בה נתקדשה אשה אומללה זו אנשים כשרים לעדות גם בין ציבור המוזמנים, אמנם ישנן קהילות אחרות במכסיקו בהן ישנו אחוז גדול של שומרי תורה ומצוה, אבל באותה קהילה בה היא נתקדשה לצערי עלי לומר דבר זה נדיר מאוד”

מכאן עובר הציץ אליעזר לדון בהלכה:

“אמנם נכון הדבר כי הלכה פסוקה היא... דהמקדש בפסולי עדות של תורה אינה מקודשת והקידושין אינן קידושין. אך לכאורה הרי ההלכה היא שגם הפסול מן התורה צריך שיעידו עליו על כך שני עדים בפני בית דין בפניו... ובנידוננו לא מוזכר בשאלה כלל שהיה בכזאת. וכפי הנראה הרגיש גם כבוד תורתו בדבר זה, ומשום כך ציין בדבריו לדברי הכנסת הגדולה... דיש פוסלין בפסולי דאורייתא אפילו לא נתקבלה עדות פסולם בפניהם. וכן במה שמביא שם גם בשם הר"מ אלבילי והר"מ איסראלאן דסברי הנהו רבנן דאם היה מוחזק לרשע ומפורסם אין צורך לקבלת עדות שמפני חזקתו פוסלין אותו... וכן... מצינו לעוד כמה מגדולי הפוסקים קמאי ובתראי דסברי נמי בכנ"ל דבמוחזק לרשע ומפורסם בכך אין צורך לקבלת עדות, יעוין בשיטה מקובצת... שכותב בשם הראב"ד דכיון דידוע לבית דין אין צריך בזה לעדות דלא תהא שמיעה גדולה מראיה, ובשו"ת אחיעזה... מסתייע בדברי ראב"ד אלה להוכיח דבדבר שהוא בפרהסיא והכל יודעים מזה אין צריך בזה לקבלת עדות, ומוסיף להביא שכן כתב גם הים של שלמה...”

ויעוין גם בשו"ת מהרש"ם... שכותב בנידונו שם שהעיקר לביטול הקידושין הוא במה שהיו הקידושין על ידי הרב המסדר שהוא מן המתחדשים המגולח זקן ורובם ככולם מינים ואפיקורסים והחזן שלו מן הקאהרשיהל אשר הוא רשע כמוהו הוא עד הקדושין, וכבר כתב בתשובת מהר"ם שיק... דגם בלא נתברר שום רשעות רק מה שעוברים בכל יום בכמה לאוין במלבושיהם ותהלוכותיהם נידונים כרשעים... הרי שהדעה המהלכת בדברי הפוסקים לא להצריך לגביית עדות כלל במוחזקים לרשעים, ומכל שכן כשיש בדבר צד דחק ועיגון...

אולם זאת יש עוד לברר. דהא כפי שמתברר מדברי מכתבו, וכפי הרגיל, הרי נוכחו בשעת החופה וקידושין

עוד אנשים מלבד העדים הקרובים והפסולים שייחדום לעדי קידושין, והרי... נפסק ברמ"א דאפילו ייחד עדים יכולין אחרים שראו המעשה להעיד. ולכאורה היה מקום לחלק דבייחד פסולים שאני דאזי נפסלו גם יתר הנוכחים מכח נמצא אחד מהם קרוב או פסול דבטלה כל העדות. אך הא מצינו לגדול הפוסקים הגאון החתם סופר ז"ל בתשובותיו... דחדית לן לומר דבזמנינו שמקדשים בחופה בפומבי לא מיפסלי היתר מכח צירוף קרובים או פסולים, דכל עדות שהיא על ידי אנן סהדי אין צריך דין עדות ולא יופסל על ידי צירוף פסולים וקרובים, דהרי כל אנן סהדי פסולין וכשרים מצורפים, אלא כל אנן סהדי לא צריך כלל... אבל לסתור דברי רב רבנן כזה צריכים להוכחות נגדיות חזקות ונוסף לכך גם למצוא דברים מסייעים מדברי גדולי פוסקים אחרים"

בשלב זה מביא הציץ אליעזר פוסקים רבים אחרים – המהר"י וייל, המהרש"ך, שו"ת נאמן שמואל, המהרשד"ם, שו"ת אור לי, שו"ת כרם שלמה, ושו"ת עין יצחק – שכולם סברו שכל מה שאמרו שניתן למצוא עדים כשרים מתוך הציבור אף אם יש שם גם פסולים הוא דווקא כשלא ייחדו עדים, אך במקום שביקשו מאנשים מסוימים להעיד, והם פסולים, אין לסמוך על העדים הכשרים העומדים בציבור. לכך מוסיף הציץ אליעזר את דברי הריטב"א במסכת קידושין בשם רבו שמחמיר כל שלא ייחדו עדים כשרים לפסול את כל הציבור מחמת הפסולים שביניהם, ואחר כל זה מסכם וכותב:

"אחרי כל הדברים האלה מי יוכל להטיל איזה דופי ברב שיבוא ויסמוך על ארזי הלבנון אדירי התורה האמורים ובמושב בית דין יפקיע כגון קדושין פגומים כאלה כדי להציל אשה מעיגונה. ואוסיף גם זאת שבכגון נידוננו יש לומר שגם החתם סופר ז"ל יודה דליכא לדון בזה מכח אנן סהדי ולומר ממילא כפי דעתו דלא מיפסלי האחרים מכח צירוף פסולים, והוא בהיות שכפי שכותב כבודו במכתבו מסדר הקדושין היה רב - ממרה עובר על דת ביד רמה מחלל שבתות בפרהסיא ועוד ועוד דברים רעים ומכוערים, ואם כן בכל כהאי גוונא יש לומר דנגד האנן סהדי הזה הפרטי שמתפשט ובא מהנוכחים, ישנו אנן סהדי כללי על להיפך, שעל ידי רב רפורמי כזה בודאי לא נעשו הקידושין כהוגן... וכדוסיף כבודו באמת לכתוב בדבריו שבדרך כלל קשה למצוא באותה קהילה בה נתקדשה אשה אומללה זו אנשים כשרים לעדות גם בין ציבור המוזמנים, ולכן כל כגון דא יודה גם החתם סופר ז"ל דהאנן סהדי הכלל מירע ומבטל את האנן סהדי שכאילו יוצא ובא מעל ידי הנוכחים בשעת הקידושין, באופן שאין כאן על כל פנים אנן סהדי לקיים הקידושין וצריכים לעדות ברורה, ושוב חוזר איפוא בזה הדין שגם אם לו היו ביניהם כשרים אזי גם כן עדותם מתבטלת משום הצטרפות הפסולים.

ובזה שבנידוננו ישנו גם הספק הגדול הזה שאולי גם מבין קהל הנוכחים לא היו בהם אף אחד שהוא כשר לעדות כי דבר נדיר למצוא באותה קהילה אשר בה נתקדשה האשה אנשים כשרים לעדות, ארוחונא טובא שנוכל לצאת בזה גם אם נבוא חשבון בשיטת המוהריב"ל ודעימיה החולקים על המהר"י ווייל... והיינו מפני שבכגון דא ישנו על כל פנים ספק ספיקא להקל, והוא, ספק שמא הלכה דכשייחדו עדים פסולים אין האחרים יכולים להעיד ואם תמצוי לומר שהלכה היא שיכולים להעיד שמא גם האחרים פסולים היו, ולא עוד אלא שאפילו אם נקבל לחשוש לגמרי לדעת המוהריב"ל בכל זאת כהאי גוונא גם על האחרים בעצמם ישנו ספק ספיקא, והיינו, ספק שמא לא היו כשרים ואם תמצוי לומר היו, שמא לא ראו הנתניה, ויעוין מה שכתב לעשות בכעין ספק ספיקא כזה בשו"ת עין יצחק חלק אבן העזר חלק ב' סימן ס"ד... וביותר כותב לומר ספק ספיקא כזאת כשיש בסיס לחשוב שגם יתר הנוכחים פסולים היו, בשו"ת מהרש"ם חלק ב' סימן קי"א, ובנמקו את דבריו בזה בהיות שעל כל פנים מצוי טפי שיהיו העדים פסולים במעשה רב מהמתחדשים כזה וכל אשר סביב רשעים יתהלכו, אם כן על כל פנים ספיקא איכא אפילו ליכא רוב גמור, מכל מקום מצוי הוא להיות כן, וממילא איכא לן ספק דאולי כולם פסולים היו ואם באולי היו שם גם איזו כשרים לעדות אולי לא ראו הנתניה עיין שם, ואם כן הוא הדין נמי בנידוננו וכנזכר...

ועדיין יש לדון בזה עוד לכאורה מכח קלא, שיצא הקול בכל הזמן שפלוגית נתקדשה ונישאת לפלוני... אי אפשר להתירה לאחר בלא גט מהראשון דלא גרע מקלא בעלמא דהכא נתנו קידושין ובירכו ברכת אירוסין ועמדו כמה ימים בחזקת מקודשת פשיטא ופשיטא שאי אפשר להתירה אם לא בגט... אך גם זה אינו, דכבר פסק הרמ"א באבן העזר סימן מ"ו סעיף ד' דאם נתברר אחר כך ששקר הקול כגון שבאו

העדים שתלו בהן הקידושין ושנתקדשו בפניהם ואומרים לא היו דברים מעולם מבטלין קלא, ואם כן לפי זה פשוט דהוא הדין גם אם נתברר דפסולי דאורייתא היו דמבטלין גם כן הקלא. ורק בשם יש אומרים הוא דהוסיף הרמ"א לכתוב דבזמן הזה אין מבטלין קלא... ואפשר שבכגון נידוננו שתחילת הקול היה רק בכזה שנתקדשה אצל רב - ממרה הידוע כעובר על דת, גם המהרשד"ם ודעימיה יודו שלא חוששין לו כלל בהיות ומתחילתו של הקול ידוע שפגום ומפוקפק הוא עד מאוד וטעון בירוה..."

לאחר כל הנ"ל, מסכם הציץ אליעזר את העולה להלכה ולמעשה:

"מכל האמור ומבורר עד כה, נראה לפי עניות דעתי דיש מקום נרחב לבטל ולהפקיע בנידוננו את נישואי הזוג מעיקרן ולהתיר את האשה האומללה לעלמא בלי גט, אך לחומר העניין יש לעשות מקודם... לחזר אחרי הבעל ולפייסהו בדברים ובפחדים שיתן גט ויאמרו לו בפירוש שכבר היא מותרת לינשא ורק משום חומרא בעלמא מבקשים ממנו שיתן גט, וגם יפייסוהו באיזה ממון הראוי לריק ופוחז כזה להתפייס, ואם יקשה עורפו הקשה ולא ישמע לקול מורים יתירוה לינשא לכתחילה. ואם יצטרפו לדבר ההיתר עוד שני רבנים מגדולי ההוראה הנני מצטרף אתם למימטי שיבא בכישורא דאם מותר על פי דין אין מקום לחומרות בזה... כי מלבד מה שהדבר מגיע להציל אשה מעיגונא שהרבה שקדו חכמים על כך ונכנסו גלל כן לא פעם אפילו לפירצות דחוקות, ישנו בדבר כפי שאני מבין גם משום בכדי להציל את האשה מקלקולים חמורים שונים... דמכיון דאם נדון לחומרא יצא חורבא וקלקול רב אין לנו להחמיר מצד חומרא בעלמא רק מה שהדין נותן מצד הדין וכיון שמצד הדין נתבאר דאין לחוש להקידושין, על כן ממילא אין אנו רשאים להחמיר בזה מצד חומרא אלא מוקמינן על הדין דאין לחוש להקידושין עיין שם, ודון מינה גם לנידוננו"

כאמור לעיל, פרטים רבים בנידוננו דומים מאוד לאמור כאן בתשובת ציץ אליעזר, ואף שבנידוננו אין מדובר ברב רפורמי שסידר את הקידושין, מכל מקום הוא הדין והוא הטעם גם לנידוננו, שכיון שאין שם רב כלל, הרי שיש לפקפק אם הקידושין נעשו כדת וכדין, והעובדה שיש מקום לפקפק אם מי מהמוזמנים היה כשר לעדות תומכת בספק זה. כל זאת, בצירוף הספיקות שהוסיף הציץ אליעזר, מביאות למסקנה שאכן יש לפקפק רבות בקידושין אלו, ולכאורה על פי זה לבד היה מקום לבטלם במקום עיגון חמור כזה.

אף על פי כן, במידה ויש עוד מקום לפקפק בדבר, אנו מצרפים לסניף עניין נוסף, והוא שכיון שלא הייתה כאן ביאת מצוה כלל (ובזה נידוננו עוד קל יותר מזה של הציץ אליעזר), יש מקום לומר שהקידושין מתבטלים, וכמו שיתבאר.

### ג. עיקר טענת מקח טעות בדברי הראשונים

קודם שניגש לנידוננו, נבאר כמה עניינים הקשורים לדין מקח טעות, ואף שכפי שיתבאר אין אנו באים לדון כאן להתיר מדין זה, מכל מקום הדיון בדין מקח טעות מבהיר כי עניינים הקשורים ביחסי האישות או בחיבת הביאה שבין האיש לבין האישה נחשבים כפגם גדול כשאינם מתקיימים כראוי. לכן אנו מקדישים את ארבעת הפרקים הבאים.

במשנה במסכת כתובות (ע"ב:) שנינו:

"המקדש את האשה על מנת שאין עליה נדרים, ונמצאו עליה נדרים - אינה מקודשת; כנסה סתם, ונמצאו עליה נדרים - תצא שלא בכתובה. על מנת שאין בה מומין, ונמצאו בה מומין - אינה מקודשת; כנסה סתם, ונמצאו בה מומין - תצא שלא בכתובה"

מבואר שיש כאן הבדל בין אם אמר תנאי בשעת הקידושין או שלא אמר תנאי, וכשלא אמר תנאי ונמצאו בה מומין אין הקידושין בטלים ואין הם קידושי טעות, אלא שהיא מפסידה בכתובה, אך ודאי צריכה גט. אמנם, במשנה קודמת שם (נ"ז:) אמרו שאין האישה שנישאת לכהן אוכלת בתרומה עד שתכנס לחופה, ובגמרא ביארו שהוא משום סמפון, וביאר רש"י שם (ד"ה "משום"):

"מום באישה או בבהמה שמבטל המקח קרוי סימפון, והכא גזור בה שמא ימצא בה מום ונמצאו קידושי טעות ובטלים, ונמצא שאכלה זרה בתרומה."

והקשו הראשונים שלכאורה יש כאן סתירה, כי לעיל אמרנו שהמקדש אישה ללא כל תנאי הרי היא מקודשת ואין הוא יכול לפוטרה בטענת מקח טעות, ואילו במשנה זו אנו למדים כי אם יתגלו לאחר הקידושין מומים באישה, היא לא תהיה מקודשת ונמצא שאכלה תרומה בזרות, והרי שם לא התנה כלל, ומדוע לא נאמר שהיא מקודשת? ותיצו התוספות (ד"ה "על מנת") בתירוצם הראשון שלדעת רב אין התנאי בקידושין כלום כל עוד כנסה סתם, ואילו לשמואל דווקא התנאי בקידושין קובע, ולפי תירוץ זה יש לומר שכיוון שהלכה כרב באיסורי אף בלא תנאי בקידושין אפשר לבטלם בטענת מקח טעות (וכן הבין בפני יהושע שם (ע"ב:)). בתירוצם השני כתבו התוספות שמה שאמרו שצריכה גט בקידושין סתם הוא מדרבנן, כי מדאורייתא באמת הקידושין מבוטלים (ולכן אין לה כתובה) אף כשמצא מום ולא התנה. וכן תירצו הריטב"א (שם) והרא"ש (ז', י') והאגודה (שם, סימן ק"ד) ובתוספות הרא"ש (ד"ה "המקדש").

אמנם לאחר מכן הקשו התוספות שאם צריכים גט מדרבנן, מדוע אמרו בתחילת מסכת יבמות (ב'): לענין חמש עשרה נשים שפוטרו צרותיהן, שבנמצאת היבמה איילונית צרותיה מותרות כיוון שהתברר שמקח הבעל הראשון היה מקח טעות ואינה אישתו (לשון רש"י על המשנה שם). ועתה, מדוע לא הצריכו אצלה גט מדרבנן? ותיצו התוספות:

"וצריך לחלק בין מום דאילונית לשאר מומין"

וביתר ביאור כתב הרא"ש (שם):

"ויש לומר דשאני מום דאילונית, דעיקר דעתו של אדם הנושא אישה בשביל בנים, הלכך הוי קידושין טעות; אבל בשאר מומין צריכה גט אפילו כנסה סתם, דמספקא לן אם אין אדם חפץ באישה נדרנית או באישה בעלת מום או לא, ולכך צריכה גט מספק מדבריהם."

וכן הוא בתוספות הרא"ש (שם). ובתוספות רי"ד מצאנו תירוץ אחר, וזו לשונו:

"ודאי בשאר המומין, כגון הני דתנן שכל המומין הפוסלין בכהנים פוסלין בנשים, אי אתני עלייהו הוא דלא הוו קידושין, אבל מסתמא הוו קידושין; אבל במומין המכוערים – כגון: ריח הפה, וריח החוטם, ומכות שבגופה – אפילו מסתמא הוי מקח טעות ועלייהו קאמרו דחיישינן משום סימפון."

וכן הביא בשיטה מקובצת משם הריב"ש:

"ובחידושי ריב"ש כתיב דיש מי שמחלק ואומר דהכא בסתם מומין, כגון כל המומין הפוסלין בכהנים; ובההיא דארוסה בת ישראל משום סימפון דמומין גדולים, כגון: בעל פוליפוס ודכותיה."

יוצא לנו מכל הנ"ל שלפי התוספות רי"ד והריב"ש יש מקום לחלק בין מומים גדולים למומים קטנים, ועל מומים גדולים הקידושין מתבטלים אף ללא תנאי בקידושין, מה שאין כן במומים קטנים (וכן העלה להלכה בשו"ת ברכת רצ"ה (סימן ק"ז)). אולם, לפי רוב הראשונים אין לנו חילוק זה (ובשיטה מקובצת שם הסביר מדוע לא חילקו כך בתוספות), ואין לנו אלא חילוק בין איילונית לבין שאר מומים. ונראה שהסיבה לחילוק זה היא כמו שכתב הרא"ש, שכל עיקר הנישואין הם כדי לקיים מצות פריה ורביה, ומי שנשא אישה שאינה בת בנים ודאי שזהו מקח טעות.

והנה, לפי זה, נראה פשוט שכן הוא אף לגבי האישה, שאם הבעל אינו מקיים באופן בסיסי את עיקרי העניינים שבשבילם כלה נכנסת לחופה, הרי ברור שגם מבחינתה זהו מקח טעות גדול, ואף לצורכה נאמר שיש ביטול הקידושין. אכן, בשו"ת בית הלוי (ג', ג') הביא מדברי ה"ב"ש (אבהע"ז, קנ"ד, סק"ב) שאף הוא סבר שיש להשוות את האיש והאישה לענין קידושין טעות כשגילתה שיש לבעל מום גדול. וכן דעתו בשו"ת עין יצחק (שם), והוסיף שכן משמע ממה שבסריס כופים להוציא, שזהו מום גדול כל כך שאין אישה שהייתה רוצה להישאר עם בעלה בכגון זה. ועוד מצאנו בשו"ת מהרש"ם (ג', ט"ז) שכתב שכן מוכח מהאור זרוע (א', תקצ"ז-תקצ"ח) להשוות בין סריס לאיילונית (אך המעיין שם יראה שדבריו צריכים עיון, ואין כאן המקום להאריך, ומכל מקום אחרונים רבים הסכימו לדברי ה"ב"ש).

ונראה שגם סברת התוספות רי"ד והריב"ש היא כך, אלא שהרחיבו הגדר מעט, שלדעתם מום גדול הוא כל מה שמעכב בעד האיש והאישה לקיים ביניהם קשר בסיסי של נישואין, ואפילו הוא דבר צדדי לעצם העניין, וכגון

ריח הפה שאינו רוצה להתקרב אליה מחמתו, וזה מעכב אותם מלקיים יחסי אישות. ומאידיך, מומים שבגללם אינו יכול לעשות פעולות מסוימות או שמשונה משאר הבריות – על אלו אין אומרים שהם מומים גדולים. אולם, כל דבר שמרחיק את האיש מאישתו הוא בגדר מום גדול.

ומכל מקום, אף לדעה המחמירה יותר, אף שאין ביטול קידושין בדבר צדדי, מכל מקום בכגון איילוניות, שזה משפיע על עצם האפשרות לקיים יחסי אישות ולהוליד ילדים, בזה יש ביטול קידושין לכל הדעות. אולם, עדיין לכאורה סותרת מסקנה זו את דברי רש"י, שמדבריו במקום אחר משמע שאין מקום לקידושי טעות כיוון שאישה תמיד מעדיפה לשבת יחד עם בעלה, ואף אם משלמת על כך מחיר גבוה. כן גם כתב בפני יהושע למסכת גיטין (מ"ו:), שלרש"י נראה שאף באיילוניות צריכה גט לחומרא, משום שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, וכתב לבאר המשנה בראש מסכת יבמות בשני אופנים:

"הרי שזכינו מיהא לדין שיש ראייה מרווחת ללשון רש"י ז"ל בשמעתין דאיילוניות בעיא גט גמור אפילו מדאורייתא, ומצאתי מקום לומר שכן היא שיטת הרי"ף ז"ל... ולפי מה שכתבתי יכלנא לשנויי דההיא דריש יבמות באיילוניות יבמה מן האירוסין דודאי לא בעיא גט דהוי קידושי טעות, מה שאין כן כשבעל אחר קידושין לעולם דבעיא גט משום דעולא ומשום שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות... מיהו שינויאי דחיקא לא משנינא שכבר מצאתי תירוץ אחר מרווח בלשון מורי זקני הגאון מורנו הרב רבי יושע ז"ל בליקוטים שלו בספר מגיני שלמה בריש פרק קמא דיבמות... ושם נאמר... דלפי זה אין הטעם כלל משום קידושי טעות, אלא כיון דאיילוניות לא רמיא קמיה לייבם מקרא ד"אשר תלד"... ולא משום קידושי טעות, וממילא אזלא לה ראיית התוספות... אלא דבסוף דבריו שם שדא ביה נרגא... והעלה הדברים בספק, עיין שם".

עוד האריך שם הפני יהושע בביאור הדברים, ולכאורה יש לדבריו שורש וענף, כי נחלקו רב אסי ורבא במסכת יבמות (י"ב) בנוגע לצרת איילוניות, ולדעת רב אסי צרת איילוניות אסורה ליבם ואילו לדעת רבא היא מותרת ליבם. וביארה הגמרא שלדעת רב אסי יש לחלק בין הכיר בה בעלה הראשון לפני שקידשה לבין לא הכיר בה, שבהכיר בה נשאה על דעת שהיא איילוניות ועל כן הנישואין קיימים, ואם כן צרתה היא צרת ערוה כי האיילוניות היא אשת אחיו שאסורה לו אם לא בייבום, אך גם בייבום אסורה (שכך דרש שם רב אסי מהפסוקים). אולם, אם לא הכיר בה בעלה קודם הקידושין, הרי זה מקח טעות, ואין האיילוניות אוסרת על צרתה, וצרתה מותרת ליבם. אמנם, רבא סבר שבין הכיר ובין לא הכיר בה אסורה ליבם מטעם שפקעה זיקתו לגמרי כלפי האיילוניות וצרתה (עיין שם). ועתה, הביא הנימוקי יוסף על הרי"ף (א.) בשם רבינו תם, שכיוון שפסקנו כרבא, הרי שאין לנו טעם מקח טעות כלל, ואיילוניות שיוצאת בלא כתובה מכל מקום צריכה גט מדרבנן.

אמנם, המעיין בדברי הנימוקי יוסף יראה שהביא דברי רבינו תם בלשון "אפשר", ומה עוד שבסברה אי אפשר להוכיח שרבא דוחה סברת רב אסי אלא שמכל מקום מצד סברה אחרת התיר את הצרה ליבם, אך אין הגמרא אומרת אם מקבל הוא סברת מקח טעות באיילוניות אם לאו מעיקר העניין. וגם ראייה לדבר ממה שהעלו במסכת סנהדרין (ס"ט). שקידושי קטנה שנמצאת איילוניות הם קידושי טעות אם לא שקיבל הבעל עליו קודם הקידושין לישא אותה אף אם תמצא איילוניות לכשתגדל.

אכן, מצאנו במאירי (שם) שכתב כן מפורשות שאף לדעת רבא יש לנו סברת מקח טעות באיילוניות, וגם בריטב"א (שם) כתב שרבא "מוסיף והולך" על דברי רב אסי. וכן נראה מהרמב"ן והרשב"א הריטב"א על המשנה בראש מסכת יבמות, וכן הוא בתוספות הרא"ש (ב'; ד"ה "או"), וכן העלו התוספות על המשנה בראש מסכת יבמות (ב'; ד"ה "או"), ושם גם תירצו מה שאמר הפני יהושע לדעת הרמב"ם שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות אף באיילוניות, וכתבו: "ואפילו לאביי דמפרש טעמא משום דאין אדם בועל בעילת זנות, היינו בשאר מומין דמסיק אדעתיה, ובדעתו אפילו יהיו בה מומין בועל לשם קדושין; אבל איילוניות דלא שכיח לא מסיק אדעתיה, ומשום חשש איילוניות לא יהא בועל לשם קדושין". ובשו"ת אמונת שמואל (סימן ל"ד) אף הוא הביא שכן דעת רוב הראשונים, והוסיף אף דעת הרא"ש ורבינו ירוחם, ושכן דעת הב"ח להלכה.

ולא נמנע מלהעיר אחר בקשת המחילה מרבוינו גדולי הראשונים, שנראה כי טעו בדעת רבינו תם, כי המעיין בספר הישר (סימן קע"ה, ובכמה דפוסים הוא סימן ק"ס) שם מובאת דעתו, יראה שרוב הסימן אינו דברי רבינו תם כלל אלא דברי רבינו אברהם המובאים בתוספות הנ"ל (שם), ובסוף הסימן מובאת דעת רבינו תם ונראה



ברור כי הוא סובר לקיים טענת מקח טעות. וברוך ה' שזיכנו שנדפס מחדש פירוש אור לישרים לרבינו הערוך השולחן על ספר הישר, ושם (אות א') כותב אף הוא כן, שרוב הסימן אינו דברי רבינו תם (והמקשה בשו"ת אמנות שמואל (שם) הרגיש בסתירה זו שבדברי רבינו תם, ותירץ שפוסק כרבא אלא שבמקומות מסוימים הסביר על פי דברי רב אסי שלא להלכה. והנראה לעניות דעתנו כתבנו). וכן העלה (באחד מתירוציו) אף בשו"ת שרידי אש (א', קס"ח) שאין זו דעת רבינו תם כלל. ואם כן רבינו תם אף הוא סובר ככל הראשונים שראינו, ולא נשארה לנו אלא דעת רש"י.

אמנם, באמת נראה שגם רש"י מודה לדברי שאר הראשונים, ואפשר להוכיח הדבר ממה שהקשה הרשב"א על רש"י, שעל המשנה פירש רש"י ("ד"ה "וכולן") דין איילונית כרב אסי, והרשב"א הקשה שהרי הלכה כרבא. אולם נראה שלדעת רש"י אף רבא מודה לטעמו של רב אסי ואין הם חולקים בטעם זה, ועל כן כתב רש"י בפירושו למשנה הטעם הפשוט יותר בביאורה, או שמא בחר בטעם המוסכם על כל הדעות ולא ירד לחילוק הדינים המבואר בגמרא. עוד מצאנו שכתב המאירי במסכת יבמות (ב'): שקידושי איילונית מבוטלים למפרע כשלא הכיר בה בשעת נישואין:

"שמקח טעות הוא ונתגלה הדבר למפרע שלא היתה אשתו מעולם... ומאחרוני הרבנים כתבו שאין באילונית מקח טעות כל כך שתהא יוצאה בלא גט, והדברים זרים שהרי אין לך מקח טעות גדול מזה, וכל הנושא לדעת בנים הוא נושא, ואפילו בעל – אין אדם מוחל בדבר זה, וכן הסכימו בה גדולי הדור ומכל מקום גדולי הדורות תירצו בה שאין אילונית במקח טעות גמור במקום יבם אלא בספק... וקשה לדבריהם..."

וכן מצאנו אצל הראשונים שדנו דין מקח טעות בקידושין במקרים שונים, והמוקדם שבהם הוא רבינו שמחה המובא בספר אור זרוע (א', תשס"א), ויש שם קצת ערבוב בפרטי המקרה כי מהאור זרוע נראה שהחתן התעורר לאחר כחצי שנה מיום נישואיהם, אך מדברי רבינו שמחה משמע שהיה עיוור שעת הנישואין אך היא לא הכירה בכך. והורה רבינו שמחה שיש לכוף את הבעל להוציא את אשתו בגט, ועל כך הוסיף שם:

"מה שהשבתי לכוף – לרווחא דמילתא בעלמא, כי לעניות דעתי אפילו גט לא היתה צריכה, אם לא ידעה מום זה שבבחור – קידושי טעות הן, אף על פי שלא היו הקידושין בתנאי, וביררתי דברי על פי ההלכה"

כן נראה משו"ת מהרי"ק (סימן ק"ה), שכתב שם שאין אנו מאמינים לבעל בטענת מקח טעות כיוון ששהה עם אשתו אף לאחר שגילה שיש בה מום, וכן מטעמים נוספים המוזכרים שם, אך משמע שמעיקר הדין אם היינו מאמינים לדברי הבעל ודאי שהיו הקידושין מתבטלים. וכן פסק בשו"ת תרומת הדשן (פסקים וכתבים, סימן קל"ח) במומר גמור שהקידושין קידושי טעות הם, ולא רק ביבם מומר אלא אף בבעל מומה.

מאידך, מוצאים אנו אף מי שהחמיר בדבר, שכן בתשובות מיימוניות (נשים, סימן ו') מובאת תשובת הריצב"א לעניין אישה שלא היה בעלה יכול לבוא עליה, ושהו יחד שלוש שנים, ופסק הריצב"א שיוציא ויתן כתובה; ואם כן ברור שלדעתו לא היה היתר משום מקח טעות כלל. וכן התשב"ץ בתשובה (א', א') דן במקרה כזה, והסתפק שמא נולד עניין זה לאחר הקידושין, או שיהיה ראוי לאחר זמן שיתרפא "וכבר ראינו מי שאירע לו כך ושב לאיתנו", וכתב שלא גרע זה מטומטום שקידושיו קידושין, וגם הוסיף שמי יאמר לנו שלא ידעה בכך לפני הנישואין, ואף זקן שקידוש יוכיח שקידושיו קידושין גם אם לא יכול להוליד. ועל כל זה הוסיף:

"ואם תאמר שגם קידושיו בטלים אתה מפקיע כמה נשים מבעליהם, ומקרעין כמה כתובות בשוקא"

(ובשו"ת באר יצחק (אבהע"ז ד') דחה דבריו כי לא הביא להם ראייה, וכתב שאין ראייה לדבריו בלא הכירה המום לפני הקידושין. ובשו"ת בשמים ראש (סימן ש"מ) השיג על התשב"ץ שאין ראייה מזקן שהרי יכול לבעול, וטומטום אפשר לקורעו ולהופכו לזכר; ואף כי נחלקו גדולי ישראל בנוגע לספר זה, מכל מקום כבר ציטטו ממנו רבים וטובים בתשובותיהם, ואף אנו נאמר שמע האמת ממי שאמרה).

אכן, דברי הריצב"א הנ"ל (שמטבאים גם בתוספות במסכת יבמות (ס"ה; ד"ה "כי")) הובאו על ידי כמה פוסקים כראיה שמי שנשא אישה ואחר כך גילתה שאין לו גבורת אנשים, והבעל מודה בכך, שצריך לתת גט וכתובה בכגון זה – והריצב"א לא מזכיר שזה מקח טעות ושצריך לבטל הקידושין לגמרי, ומכאן למדו שיש להחמיר (ולכן,



לדוגמה, מחמיר בשו"ת באר יצחק (שם)). אמנם כבר הבאנו שבאמת זו מחלוקת ראשונים אם אומרים מקח טעות או לא, וייתכן שהריצב"א בין המחמירים, ובשו"ת שרידי אש (א', קס"ח) תמה על דברי הריצב"א וכתב ש"זהו דבר זר ומופלא ואינו עולה על הדעת".

אולם, הגר"י אברהמסקי בתשובתו (מובאת בסוף ספר אוצר הפוסקים, חלק ב') תירץ באופן אחר, שהצריכו גט וכתובה למראית עין כדי שלא יטעו העם שלא ידעו את פרטי המקרה לחשוב שאין צורך בגט כדי לגרש, או לחילופין יש לומר ששם היה אפשר שיתרפא ולכן לא היה זה מקח טעות. ובספר כחא דהיתרא תירץ שהריצב"א דיבר במי ששהתה עם בעלה לאחר שגילתה שאין לו גבורת אנשים, ולכן אין לה לתבוע אלא גט וכתובה (ולפי זה הריצב"א הוא מן המקילים במקרה שפרשה ממנו מיד לכשגילתה).

#### ה. שיטת הרמב"ם לעניין מקח טעות באיילונית

אחת הראיות העיקריות שהביאו האוסרים לדבריהם הינה שיטת הרמב"ם באיילונית, וזו לשונו בהלכות אישות (ד', י'):

"סריס שקידש, בין סריס חמה בין סריס אדם, וכן איילונית שנתקדשה – הרי אלו קידושין גמורין"

מדבריו לכאורה יש לדייק בפשטות שבכל עניין קידושין אלו הם קידושין גמורים, ואין לומר בהם מקח טעות (אמנם יש לציין שבשו"ת דבר יהושע (א', ע"א) דייק מהרמב"ם שדווקא סריס שיכול לבעול כן הוא, ולא שחוף שאינו יכול לבעול כלל, ראו שם). ונראה שכך היה משמע לבעל ההגהות מיימוניות שם שהגיה והביא שיטת הראשונים הסוברים שבאיילונית אינה צריכה אפילו גט (כמו שהבאנו לעיל), ואם כן לכאורה הבין דעת הרמב"ם כחולקת על שיטה זו. וכן כתב המגיד משנה (שם):

"דאף על פי שלא הכיר בה כשקידשה – צריכה גט, וכן עיקר"

ויש שרצו לדייק בלשונו של הטור (אבהע"ז, ס"ד) שאף הוא הבין כן. ובספר בית אבי-גדר על הרמב"ם שם (לרבי חיים ויגודר) כתב שאין להקשות ממסכת סנהדרין (ס"ט). שמשם משמע שללא שסבר וקיבל אין האיילונית מקודשת, כי יש לומר שאכן בכל עניין הבעל מקבל עליו להינשא לה כי חזקה אין אדם עושה בעילותיו בעילות זנות (ובעמק המלך נשאר בצריך עיון, וכתב שהתירוץ הנ"ל נכון רק לרש"י ולא לרמב"ם, וגם משו"ת צמח צדק (שם) נראה כן, ואין כאן המקום להאריך).

וגם בשו"ת נודע ביהודה (מהדורא תניינא, אבן העזר, ע"ח) סבר שהרמב"ם אינו מחלק בין הכיר בה ללא הכיר בה כיוון שיכול לבדוק, וכיוון שלא בדק אומרים "סבר וקיבל", ואין אומרים "אין אדם מתפייס במומין" לעניין איילונית כי סובר הרמב"ם שבאיילונית יש כאלו שמתפייסים (והביא שם שאף החלקת מחוקק (אבהע"ז, קי"ז, סק"י) כתב שאפשר שבאיילונית הכל יודעים שזהו מצבה ולכן קל לברר, ועל כן אינו נאמן אם אמר שלא הכיר בה). אלא שמחמת הגמרא בסנהדרין הנ"ל מחלק הנודע ביהודה בין קטנה לגדולה, שבקטנה אינו יכול עדיין לבדוק ולכן שם שייך מקח טעות, מה שאין כן בגדולה, וכן דעתו בשו"ת עין יצחק (א', אבהע"ז, כ"ד). (ובשו"ת אמרי יושר (יובא להלן) הקשה על דבריו, ולעניין ניטל הרחם העיר שאי אפשר לבדוק ולכן בזה לא שייכת סברת הנודע ביהודה וגם הרמב"ם יודה בזה שהוא מקח טעות). ומסיים הנודע ביהודה:

"ולענין קידושין אני אומר, הואיל והוא מום גדול ויש לו קול ראוי היה לו לחקור, ואם היה חוקר בודאי שהיה עומד על הדבר... ואפילו הכי לא חשש לחקור – ודאי שהיה סבר וקיבל. וכל זה בגדולה, אבל בקטנה אי אפשר לעמוד על שום סימן, והיא עצמה וגם קרוביה אכתי אין להם יכולת לידע דבר זה"

ולכן, בקידש קטנה ונמצאת איילונית ודאי שאלו קידושי טעות. ולדיעה זו שאין לחלק בין הכיר ללא הכיר הסכים בשו"ת היכל יצחק (שם, כ"ה), וכן נראה משו"ת אגרות משה (אבהע"ז ד', פ"ב) לכל הפחות לחוש לכתחילה לדעה זו (כשאין עוד טעמים להתיר, אמנם בזמננו לאחר חרם דרבינו גרשום אין מקום להחמיר כמבואר שם). אמנם בלחם משנה כתב שדברי המגיד משנה הם דברי תימה, כי לא ייתכן בסברה לומר שכשלא הכיר בה הם קידושין גמורים (וגם בשרידי אש (א', קס"ח) כתב כן), והביא הראיה שהבאנו לעיל מתחילת מסכת יבמות לעניין היתר צרות האיילונית. וכתב שאם נכון הוא שרבינו תם הצריך גט אין זה אלא מדרבנן (מפני מראית עין), ומכל

מקום לא יצדק לומר על זה לשון "קידושין גמורין", ועל כן ברור כי הרמב"ם לא דיבר במקרה שלא הכיר בה. אולם כתב הלחם משנה שאכן נראה מהרמב"ם שאישות כל שהיא יש לה לאיילוניות, ממה שכתב בסוף הלכות אישות (כ"ד, ח'):

"היתה אילונית או מחייבי לאוין ולא הכיר בה... כל שאבד או נגנב מנכסי מלוג חייב לשלם, הפך מכל הנשים, מפני שאין שם אישות גמורה לא זכה בנכסי מלוג"

מלשונו נראה שיש כאן אישות כלשהי גם בשלא הכיר בה. ומכל מקום מכאן לכאורה ראייה ניצחת שמה שכתב בפרק ד' שהם קידושין גמורים הוא דווקא בהכיר בה (אמנם הלבב דוד תירץ שכוונת הרמב"ם שכופים אותו להוציא, והוכיח כן מחייבי לאוין שצריכים גט מדאורייתא, שכללם עם האיילוניות באותה הלכה. ובשו"ת שבות יעקב כתב לדייק שהאישות אינה גמורה, והכוונה היא לעניינים הממוניים של האישות, אך הקידושין הם קידושין גמורים).

ובספר מעשה רקח על הרמב"ם (על ההלכה בפרק ד') כתב להסתפק אם כדברי הלחם משנה לחלק בין הכיר בה ללא הכיר בה, או לומר שדעת הרמב"ם שלא לחלק וכוונתו רק שהם קידושין גמורים מדרבנן, וכמוכח מדבריו בפרק כ"ה. ובספר עמק המלך דקדק עוד ממה שכתב הרמב"ם בהלכות אישות במקום אחר (ז', ח'), וזו לשונו:

"המקדש אשה סתם ונמצא בה אחד מן המומין הפוסלין בנשים... הרי זו מקודשת מספק"

ועתה תמוה, כי בכל המומים כתב שהיא מקודשת מספק, אך באיילוניות כתב שהם קידושין גמורים, ואם כן לא זו בלבד שאינו מחשיב את האיילוניות כמום שמחמתו יש לבטל הקידושין, אלא שאף סובר שהוא פחות חמור משאר מומים?! וזה דבר שקשה מאוד להיאמר ((וכן הקשה בשרידי אש (שם)).

ומחמת הדוחק תירצו בעמק המלך ובשרידי אש שיש לומר שאיילוניות המוזכרת בפרק ד' איננה איילונית שיש בה מום כקול עבה וכדומה, אלא איילונית שלא הראתה סימנים והגיעה לגיל שלוש וחמש ויום אחד. וכתבו שכמוכן זה דוחק גדול, והיותר פשוט בדעת הרמב"ם לומר שמחלק בין הכיר בה ללא הכיר בה, ובהכיר בה היא מקודשת קידושין גמורים (ושמא רק מדרבנן לדעת השרידי אש), מה שאין כן בלא הכיר בה. ולמעשה נראה לשרידי אש שדעת הרמב"ם בלא הכיר בה שאינה צריכה גט כלל ושגם בטור אין לומר שסובר כן בדעת הרמב"ם (אף כי גם כתב להסביר דעת המגיד משנה, עיין שם), וכן הסכימו לחלק בב"ש (אבהע"ז, קנ"ה, ס"ק י"ט) ובשו"ת אמונת שמואל (שם) ובשו"ת בית אב (שם) ובשו"ת אהל משה (שם), וכן נראה משו"ת חוות יאיר, (שם) ומשו"ת מהרש"ם (ג', ט"ז) בהערתו לגבי דברי התשב"ץ.

כאן יש להוסיף ולציין את דברי הגר"י אברהמסקי שכתב שדברי הרמב"ם בפרק ד' מהלכות אישות אינם מורים הלכה בדין קידושי טעות באיילוניות, לא להקל ולא להחמיר, והביא שם דברי הקרית ספר שהרמב"ם בפרק ד' כלל לא יורד לדון בדין זה, ואין כוונתו אלא לומר שיכולים קידושין לתפוס הן על ידי סריס המקדש והן באיילוניות המתקדשת, ותו לא. ואי אפשר להביא ראייה לכאן או לכאן מדבריו שם, ובאמת זה נראה פשוט בכוונתו. ולכאורה את מה שכתב הרמב"ם בפרק כ"ד שבאיילוניות אין אישות גמורה יש לפרש על פי שכתב בפרק ז', שהמקדש וכנס סתם ומצא בה מומים הרי היא מקודשת מספק, ואם כן גם קידושי איילוניות הם קידושי ספק, וזהו שכתב שאין בה אישות גמורה. וכך הסביר באבן האזל הלכות אישות (ו', א'):

"אך בביאור דבריו שכתב שאין שם אישות גמורה, נראה דסובר דאיילוניות הוא הדין כשאר מומין דסובר הרמב"ם דקדשה סתם מקודשת מספק כמו קדשה על תנאי וכנסה סתם וכמו שכתבנו, אלא דסובר הרמב"ם דכל הך דינא דקדשה סתם מקודשת מספק היינו בנמצאו בה מומין ואומר שמקפיד עליהם, אבל אם כשמצא מומין אומר שאינו מקפיד ודאי מקודשת משעה ראשונה... ואם כן הכא דמיירי בסתם גבי איילוניות אם חייב לשלם נכסי מלוג דמיירי בכל גווני אפילו אינו מוצאה משום איילוניות, או במת ונודע שהיא איילונית אחר מיתתו, ואם כן אי אפשר לומר הטעם משום דהוי ספק קדושין דהספק גופיה לא הוי ספק מבורר, אלא דמכל מקום כיון שאין שם אישות גמורה דאם יקפיד הרי הקידושין הם בספק ולכן לא זכה מטעם זה בנכסי מלוג... דכיון דיש כאן ספק של קדושי טעות ולא נגמרה האישות בתורת ודאי לכן בודאי לא זכה הנכסי מלוג וחייב לשלם"

ואם נרצה לומר שדין איילונית הוא כדין שאר מומים נראה כי פירושו של האבן האזל הוא המתאים ביותר ללשונו של הרמב"ם. אמנם, לאחר העיון בסוגיה במסכת כתובות (ק':-ק"א:) נראה שניתן לומר אף פירוש אחר ברמב"ם, ושיטתו בעניין איילונית אינה יכולה להתבאר אלא מתוך עיון בפרק כ"ד מהלכות אישות, וזה לשון הרמב"ם הנצרכת לענייננו שם:

"הנושא את האיילונית ולא היו לו בנים ולא אשה אחרת לפרות ולרבות ממנה, אף על פי שכופין אותו ומוציא הרי היא ככל הנשים ויש לה כתובה ושאר תנאי כתובה, וכן זוכה הבעל במה שזוכה בשאר הנשים. אבל הנושא אשה ולא הכיר בה ונמצאת איילונית או מחייבי לאוין, וכן הנושא שנייה בין הכיר בה בין לא הכיר בה, אין לה עיקר כתובה ולא תנאי מתנאי כתובה אבל תוספת יש לה ואין לה מזונות ואפילו לאחר מותו, וכשכופין אותו ומפרישין ביניהם אין מוציאין מן הבעל פירות שאכל.

ולמה אין להן עיקר ויש להן תוספת? העיקר שהוא תקנת חכמים כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציא, והואיל ולא הכיר בה אין לה עיקר; אבל התוספת שהוא חייב עצמו בה כל זמן שתרצה ותעמוד לפניו, הרי עמדה בתנאי שלה והרי הקנת לו הנאתה והרי היא עומדת, אבל התורה אסרה אותה עליו ומה היא יכולה לעשות? לפיכך יש לה תוספת, שאין מעשיה הן הגורמין לה להאסר אחר הנישואין אלא אסורה היתה מקודם.

ולמה לא חילקו בשנייה בין הכיר בה בין לא הכיר בה אלא אמרו אין לה עיקר כתובה בכל מקום? מפני שהיא מדברי סופרים עשו בה חיזוק, אבל אם נשא אחת מחייבי לאוין והכיר בה או אחת מחייבי עשה בין הכיר בה בין לא הכיר בה – יש לה כתובה, שחייבי לאוין שהכיר בה רצה להזיק בנכסיו, וחייבי עשה איסורן קל, ויש לשתייהן מזונות לאחר מותו... הממאנת אין לה עיקר כתובה אבל תוספת יש לה...

והיאך דין נשים אלו בנדוניא שלהם?... אם היתה שנייה או מחייבי עשה, בין הכיר בה בין לא הכיר בה או שהיתה איילונית או מחייבי לאוין והכיר בה – הרי היא בנדונייתה ככל הנשים... היתה איילונית או מחייבי לאוין ולא הכיר בה, כל מה שאבד או נגנב או בלה או שנשחק מנכסי צאן ברזל אין הבעל חייב לשלם, שהרי היא נתנה לו רשות להיותן אצלו, וכל שאבד או נגנב מנכסי מלוג חייב לשלם, הפך מכל הנשים, מפני שאין שם אישות גמורה לא זכה בנכסי מלוג

ויש לעיין בלשון זו בכמה נקודות, כי בתחילת דבריו משווה הרמב"ם בין איילונית לחייבי לאוין ולשניות, אך כשמסביר החילוק בין עיקר לבין תוספת הדבר ברור שכל דבריו שם אינם שייכים באיילונית שהרי כותב שמקבלת תוספת כיוון שאין לה מה לעשות כי התורה אסרה אותה על בעלה, והרי איילונית אינה אסורה על בעלה, ואם כן ברור שהטעם האמור שם הוא דווקא על חייבי לאוין ושניות לעריות. וטעם האיילונית לא נתבאר ועתה יש לשאול אם כל מה שדייקו המפרשים מלשון הרמב"ם שאין באיילונית אישות גמורה, אם בכלל זו כוונת הרמב"ם, כי גם שם כתב הרמב"ם דין איילונית וחייבי לאוין יחד, ושמה המשך המשפט שם שאין לה אישות גמורה חל רק על חייבי לאוין, וכמו שעשה הרמב"ם בתחילת הפרק. ולפי זה כוונתו שאין אישות גמורה בחייבי לאוין כיוון שאין הבעל יכול לקיים את אישתו מן התורה וכופים אותו להוציאה, והרי אלו נישואין שאין סופן להתקיים, ועל כן אין כאן אישות גמורה – מה שאין כן באיילונית שאם ירצה לקיימה יכול לעשות כן.

אולם, גם אם נאמר שכוונת הרמב"ם אף על האיילונית, צריך להסביר ביטוי זה של הרמב"ם שלא מצאנוהו במקום אחר, ומה כוונתו שאין אישות גמורה? והמעין במסכת כתובות (שם) יראה שבמשנה כללו הממאנת והשנייה והאיילונית יחד, אך הרמב"ם מחלק ביניהם בהלכותיו ואת דין הממאנת לא הזכיר אלא בהלכה ה' לאחר שהזכיר דין שניות וחייבי לאוין ואיילונית. ונראה לומר שלדעת הרמב"ם אין הממאנת שווה לאיילונית וחייבי לאוין, כי הממאנת יוצאת מרצונה, ואילו האיילונית וכו' אינן יוצאות מרצונן אלא שהבעל אינו רוצה בהן או שמחויב על פי התורה להוציאן.

והנה, אף שכלל הרמב"ם את השנייה עם האיילונית וחייבי הלאוין בתחילת דבריו, אין זה אלא מצד עיקר העניין, כי באמת גם בשנייה שייך הטעם ששייך בחייבי לאוין, אך מכל מקום לאחר מכן הוציאה הרמב"ם מן הכלל כיוון שהיא מדברי סופרים ודברי סופרים צריכים חיזוק, וכן הוציא חייבי עשה מן הכלל כיוון שאיסורן קל ואין הבעל מחשיב זה למום אף אם לא הכיר בה לפני כן.

היוצא מכל זה כי הממאנת שיוצאת לרצונה, וכן השנייה שקנסוה חכמים, וחייבי עשה שאין הבעל מקפיד עליהם – בכל אלו אין חילוק בין הכיר בה ללא הכיר בה (ובממאנת לא שייך הכיר בה כמוכן, ובעצם נותנים לה דין "לא הכיר בה" במהות עניינה). אך אלו הם יוצאים מן הכלל כי באמת הכלל הוא מה שקבע הרמב"ם בראש הפרק שיש חילוק גדול מהבחינה העקרונית בין הכיר בה ללא הכיר בה, ובלא הכיר בה לא הייתה אמורה לקבל דבר מהבעל אם לא שהתחייב לה על התוספת מעצם זה שעומדת לפניו, והסביר הרמב"ם שהרי זה מעין עסקה ממונית לכל דבר, שכיוון שקיימה התחייבותה הרי הוא צריך לקיים התחייבותו. אך יוצא לנו שמעצם הנישואין עצמן, בלא הכיר בה לא הייתה היא אמורה לקבל דבר.

ועל פי זה נראה לפרש דברי הרמב"ם בהלכה ח' שם, שחילק בין איילונית וחייבי לאוין לשנייה וחייבי עשה, שהנה קנסו חכמים (כמו שמתבאר סוגיה במסכת כתובות) שניות וחייבי עשה "דידה בדידה ודידה בדידה", שהוא מפסיד נכסי צאן ברזל והיא מפסידה נכסי מלוג, וזה כדי להדגיש כי אין בנישואין אלו דבר (כמו שמבואר שם בגמרא וברש"י ושאר ראשונים). אולם, בחייבי לאוין ובאיילונית לא קנסו לפי הרמב"ם, ועל כן אין מחייבים את הבעל על נכסי צאן ברזל שלו, ואין האישה מפסידה מנכסי מלוג שלה.

ועוד נראה כי הקנס הוא סימן לכך שהיו כאן קידושין אלא שאין דעתם של חכמינו נוחה מהם, או שלכל הפחות קנסו כדי לעשות חיזוק לדבריהם (במקרה של שניות), ואילו באיילונית וחייבי לאוין שאין קנס המשמעות היא שהקידושין חוזרים וכאילו לא היו. וזהו שכתב הרמב"ם שלא הייתה שם אישות גמורה בשניהם, ומעולם לא זכה הבעל בנכסי מלוג, כי ודאי אם לא היה מקפיד כששמע שאישתו מחייבי לאוין או איילונית אז ודאי שיש כאן אישות, ולכן אין לומר שלא הייתה כאן אישות כלל. ועוד, שהרי סברה וקיבלה קידושין, ואף הוא רצה לקדשה, והבטיח לה תוספת כתובה כדי שתהיה עומדת לפניו, ואם כן אי אפשר לומר כי לא היה כאן דבר. וזהו שקורא הרמב"ם "שאין כאן אישות גמורה". ומכל מקום, נראה מכאן שלאחר שהכיר בה ומקפיד על כך, האישות חוזרת לגמרי, ואינה צריכה אפילו גט.

ואחרי כל זה, עדיין קשה לומר דבר ברור בשיטת הרמב"ם. אולם, אף אם נאמר כי כן היא דעת הרמב"ם להצריכה גט, דעת רוב הראשונים שהאיילונית אינה מקבלת תוספת כתובה כלל, ומכאן נראה שדעתם אף להוציאה בלא גט מעיקר הדין, שכן דעת הרמב"ן לסוגיה במסכת כתובות (שם) והראב"ד על הרמב"ם בהלכות אישות (כ"ד, ב'), ועוד ראשונים רבים. וראו מה שכתב בשו"ת אגרות משה (אבהע"ז ד', פ"ב):

"בזמננו שרבנו גרשום מאור הגולה החריס שלא יגרשו בעל כרחא דהאשה, לא מסתבר כלל שיתרצה הבעל לסבול המום דשוטה שאי אפשר לדור עמה וגם אינו יכול לישא אשה אחרת בשביל איסור זה דבעילת זנות שבעצם לא יעבור על שום איסור דרשאי לסמוך על הרוב שלא יתבטלו הקידושין... ואף באיילונית מסתבר שלא יתרצה להיות נשוי כל ימיו לאיילונית ולא יוכל לישא אחרת ולהתבטל מפריה ורביה, ואף שבשוטה שייך שיתירו לו בהיתר דמאה רבנים נמי הוא דבר שיש בזה טירחא גדולה והוצאת ממון וגם הרבה נשים לא ירצו להנשא לאיש שיש לו חיובים לאשה האחרת... ולכן ברור שלא היה מקדשה על אופן זה והוא מקח טעות. וחילוק זה אף אם מדאורייתא צריכה גט, וכל שכן אם הוא רק מדרבנן"

וקל וחומר הוא לאישה שנישאה לסריס, שכיוון שאינה יכולה לישא בעל על בעלה, על כן ודאי שמתקנים לה ביטול קידושין במקום הצורך, וכך הביאו בשו"ת אהל משה (שם) ובשו"ת אגרות משה (אבהע"ז א', ע"ט) להתיר בפשיטות מטעם זה אף למי שחולק באיילונית (ואמנם יש להעיר מדברי שו"ת צמח צדק (שם) שהחמיר יותר בסריס מבאיילונית "כיון שיש לו רפואה... לכן לא דמי כלל לאיילונית שאין לה רפואה כלל", אך כתב שלכל הפחות צריך שיהיה לו גבורת אנשים, גם אם אינו יכול להוליד. ומכל מקום כשאין לו רפואה אף הוא יודה כדברי הגרמ"פ, וגם נראה שהגרמ"פ מדבר בכגון זה). וכן מוזכרת סברה זו בשו"ת מנחת אברהם (ב', י').

ועוד נזכיר דברי רש"י שכתב כמה פעמים בסוגיה זו שבאיילונית מקח טעות הוא זה, ולענין תוספת סבר (ד"ה "אבל") כתב: "אבל תוספת יש לה, דמתנה בעלמא יהיב לה בחיבת ביאה". ואם כן, אף אם יש לה תוספת כתובה כשיטת הרמב"ם, יש לנו לומר שאין זו אלא מתנת נישואין משום חיבת ביאה ואין ללמוד ממנה לשאלתנו אם יש כאן קידושין בלא הכיר בה או לא (אמנם עיין בשו"ת צמח צדק (שם) שהוכיח מזה דווקא כשיטת המחמירים). ומכל הנ"ל נראה שאף אם אין דברי הרמב"ם ברורים הלכה למעשה, מכל מקום אין מדבריו קושיה לשיטות המקילים.

#### ה. טענת מקח טעות כשיש פגיעה באישות – האחרונים המחמירים

מחלוקת זו ממשיכה אצל רבותינו האחרונים, ואנו נתמקד אך ורק במה שנוגע לענייננו בדבריהם – מקרים שבהם דנו מקח טעות כשהייתה פגיעה ביחסי אישות או בעניינים הנוגעים לאישות. החוות יאיר (סימן רכ"א) דן לעניין ביטול קידושין של מי שנמצא סריס לאחר שנישא, שכיוון שאינו יכול לבעול כתב שנראה לו שקידושו מתבטלים ואינה צריכה גט, ומכל מקום כתב שדבריו הם להלכה ולא למעשה. וגם בשו"ת בשמים ראש (שם) נטה לומר שבמום גדול אפשר לבטל את הקידושין מטעם מקח טעות, אלא שמכל מקום למעשה לא רצה לקבוע הדבר במסמרות. וכן בשו"ת אבן יקרה (ג', נ"ג) נטה להקל אך למעשה כתב:

"אך אם אמנם דבר זה ברור בעיני, חלילה לי לסמוך על דעתו. וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה? ויען אינני זוכר פסק זה מפורש יוצא בדברי מי שקדמוני, ואין כוחי איתי כעת לחפש בדברי גדולי המורים... קטונתי מלסמוך על עצמי בדבר חמור כזה".

פוסקים אלו נמנעו מלפסוק בצורה חדה, אך בין הפוסקים שקבעו דעתם להלכה מצאנו בשו"ת עבודת הגרשוני (סימן ל"ה) שאף שקבע בעניין אישה שטוענת שאין בעלה יכול לבוא עליה שקידושיה קידושי טעות הם, מכל מקום פסק שמפאת זה יש לבעל להוציאה בגט, ושכופים אותו לכך, אך לא כתב שהקידושין מתבטלים. וכן בשו"ת שבות יעקב (א', ק"א) דן באיש שאין לו גבורת אנשים ועזב את אישתו וישבה גלמודה חמש שנים, וביקשה שיתירוה כיוון שאי אפשר למצוא את הבעל שיתן לה גט; והוכיח מהמשנה במסכת כתובות (ע"ב): שבכנסה סתם ונמצאו בה מומים אין מבטלים הקידושין אלא צריך לתת גט, ומכאן שאין מקום לבטל הקידושין (וכן הביא זאת לראיה בשו"ת חלקת יעקב (אבהע"ז, פ"ה)).

והשבות יעקב האריך להחמיר בדין זה, ודחה שם הראיה מאילונית כי האיש מנוע מלקיים מצות פריה ורביה כשהיא איילונית, אך היא אינה מצווה על כך ועל כן אינה יכולה לבטל קידושיה כשאין לו גבורת אנשים, ומה עוד שלחלק מהראשונים אף קידושי איילונית אינם מתבטלים כמו שביארנו קצת לעיל. ועוד כתב שאין לומר שאין כאן בעל כל דהו:

"דאף על גב דאין יכול לבעול, מכל מקום בכל דהוא היה ניחא לה דרך איבריה וחיבוק ונישוק, ורוצה אשה בקב ותפלות, רק עכשיו מתחרטת כי רוצה חוטרא לידה ומרה לקבורה, על כן כופין להוציא בגט".

עוד הביא ראייה שאפילו לצורך מה שמזנות ותולות בבעליהן (כפי שהבאנו לעיל) נחשב בעל כל דהו. ובסוף דבריו הביא דברי החוות יאיר, ומסיים:

"אכן לפי מה שכתבנו כל דבריו ממילא מופרכין ואין לסמוך עליו בזה להלכה נגד משמעות פוסקים ראשונים, ועגונה זו לשוא שמרה כי אי אפשר להתירה בלי גט או עידי מיתה, לכן הדבר צריך חקירה אם עדיין בחיים ולכפותו אותו להוציא בגט כשר"

וגם הנודע ביהודה (מהדורא תניינא, אבן העזר, פ') יצא להחמיר בדבר, וכתב להוכיח ממה שבחייבי לאוין חלים הקידושין שגם במומר הקידושין חלים, כי הרי בחייבי לאוין אין תקנה לאיסור ואף על פי כן אומרים אנו שבבעל כל דהו נוח לאישה, ואם כן קל וחומר הוא למומר שיכול לעשות תשובה בכל רגע שנוח לה לאישה בו ואי אפשר לבטל קידושיה (ובשו"ת זקן אהרן (סימן קכ"ד) כתב שאין חוששים לשמא יעשה תשובה). ואף שבסוף דבריו כתב הנודע ביהודה סברות לחלק בין אשת איש לאיסור לאו, ובין איש שבידו לגרש (שלכן ייתן גט ולא יתבטלו הקידושין) לבין אישה שאין בידה לגרש (שלכן נקל לה שיתבטלו קידושיה), מכל מקום סיים וכתב:

"ומכל מקום אומר אני חס ושלום להקל בזה, ואין רצוני להאריך בדברי פילפול של מעלתו כי אריכות הפילפול בזה הוא היזק רב... וסיומא דפסקא שאשה זו אשת איש היא וכל זמן שלא תשיג גט מהמומר תשב עגונה"

וכן נוטה דעת הצמח צדק בתשובה (אבהע"ז, ש"י"ב), וכן דעתו בשו"ת בית הלוי (ג', ג') לעניין מומים המתגלים בבעל עצמו, שבתחילה כתב:

"אבל דבר דהיה טעות בעצם המעשה, וכגון בנתקדשה לאחר ונודע שהוא בעל מום או מוכה שחין והיא לא ידעה מזה, דזה נקרא מקח טעות. והרי הא דטעות חוזר אינו בגדר תנאי וגם לא שייך לדון בו דין

דברים שבלב, דהביטול של הדבר הוא מצד דעצם המעשה היה בטעות ולזה לא בעי כלל שיהיה אומדנא דמוכח, וכל מום שמקפדת עליו כשנודע לה הרי הוא מקח טעות וחוזר. ואפילו אם נאמר דגם במוכה שחין איכא כל דהו, מכל מקום הרי אין לך מום גדול במקח מזה דנתכוונה לבעל טוב ונמצא רק כל דהו, וחוזרת בה כדין כל מקח טעות”

אך סיים שם שמכל מקום לפוטרה בלא גט אי אפשר, כדין בעל שקידש ומצא מומים באישתו, שמקודשת מספק, וצריכה גט לכל הפחות מדרבנן. ועוד כתב לאסור בשו"ת חיים של שלום (ב', ו') לעניין מי שאין לו גבורת אנשים, והביא דברי תשובות מיימוניות ועבודת הגרשוני, וכתב שאף החוות יאיר יודה בסריס חמה (שהוא סריס מלידה) שכיוון שאמרה הגמרא שיש לו רפואה אין קידושו מתבטלים:

“דלאו סריס הוא אלא אין לו גבורת אנשים, וזה בא מחלישות וריפיון העורקים והדופקים, והרבה יש דברבות הימים הדרא בריא שנחזקו העורקים ומגיעים לגבורות”

כן החמיר למעשה בשו"ת באר יצחק (שם), וביתר ביאור מופיעה דעתו בשו"ת עין יצחק (א', אבהע"ז, כ"ד) שאין היתר מקח טעות מספיק בפני עצמו. וכן פסק בשו"ת מנחת יצחק (ז', קכ"ב) לגבי מי שהעידו עליו שאין לו גבורת אנשים, וכן פסק בשו"ת בית אבי"י (ג', קל"ה). ומשו"ת מילואי אבן (סימן כ"ט) נראה שדעת הרב אליהו קלאצקין שלא לבטל בלא גט, ודעתו מתבארת יותר בשו"ת דבר אליהו (סימן מ"ח) שם כותב שאף שודאי מקח טעות הוא בשאין לו גבורת אנשים, אך מכל מקום צריכה גט מדרבנן. ויש שכתבו שגם מדברי הב"ש (אבהע"ז, קנ"ד, סק"ב) משמע שמקח טעות אינו מוביל לביטול קידושין אלא רק שיכפו בית הדין להוציאה בגט (אך בשו"ת דברי יהושע (א', ע"א) דחה דבריהם וסבר שהב"ש מחמיר רק במומים קטנים). וכן כתב הרב יוסף אליהו הנקין (פירושי איברא, עמודים 39-51) ודחה כל ראיות המתירים, וסיים:

“זה הטוב יכפר לכל העושים בשגגה, ומפורסם שהמורים בעצמם חזרו בהם כיאות לגדולי תורה ובעלי מעשה כבירים כמותם”.

תורף דבריו שם שקשה לנו לדון אומדנא ברורה בדעת האישה. וכך נראה גם משו"ת עזרת כהן (סימן מ"ד), שכתב:

“ולפעמים יש שאיזה חיבה מיוחדת לאיש מיוחד מביאה אותה להתקשר לו בלא טעם, ולא בחינם האריכו חז"ל במשלים שונים בביאור של טב למיתב טן דו, אלא ללמדנו מהם הלכות גדולות עד כמה אשה בכל דהו ניחא לה... והשכל נותן כן, דכיון דאישה חפצה להנשא, וספק של מומין נסתרים אי אפשר להמלט ממנו, ועל כן גמרא ומקניא נפשה מפני הספק, שחושבת שיצליח לה שלא תיכשל בבעל מום נסתר, ואם יזדמן ותיכשל על זה אמרינן טב למיתב טן דו ומחליטה להנשא, ומה שעכשיו היא חפצה להפרד ממנו אמרינן דהשתא הדרא בה”

וכך נראה גם משו"ת נשמת חיים לרב חיים ברלין (סימן קכ"ו) שאף הוא סבר שאף שמעיקר הדין יש מקום לדון דין קידושי טעות, מכל מקום למעשה קשה לעשות זאת כי יש להסתפק אם אכן אומדנא זו נכונה בדעת האישה. ועוד הוסיף שם חשש אחר, מטעם פריצת גדר, ולחשיבות הדברים נביא את לשונו:

“אמור מעתה, אם החכמים שהיו בזמן הש"ס לא היה בהם כח להתיר קידושי טעות בלא גט, אנחנו יתמי דיתמי מה כחנו מה גבורתנו להפקיע קדושין ונשואין ובעילה בלא גט? ואין לשער הקילקולים והפרצות שיוכלו לצמוח מזה בדור הפרוץ הזה בעוונותינו הרבים, שיתחילו לדמות מילתא למילתא, מתחילה יתירו על פי אומדנא לנערות כאלה שנתפשו ברשת הצודדים להעמידם לקלון רחמנא ליצלן, שהם קידושי טעות דאדעתא דהכי שיברח מהם המקדש ויניחם כאוניה בלב ים לא נתקדשה, ואחר כך יתירו כל אשה שהלך בעלה למדינת הים, לאמערקא או לאפריקא ונאבד שמו וזכרו, הרי ודאי אדעתא דהכי לא נתקדשה, ואחר כך יתירו גם בהעובדא דהחות יאיר או דהחתם סופר, דאם אחד יבטיח לנדוניה כך וכך ואח"כ יתברר שמטה ידו ואין לו לקיים הבטחתו, יאמרו שאדעתא דהכי לא נתקדשה והוי קידושי טעות ויתירו הקדושין בלא גט, ויתרבו חס ושלוש ממזרים בישראל.”

ואשר התנצל כבוד תורתו הרב שיחיה במכתבו, כי לא יבטלו הקידושין אלא על ידי ג' או ד' איתני ארץ



מגאוני הדור, הרי אחרי שיוקבע הדבר בדפוס שיש כח בגאוני הדור להתיר, הרי היא הפתח פתוח בדור הפרוץ הזה, וכל רב יאמר שגם הוא מגאוני הדור ויופרץ הדבר מאוד, עד שאחר כך אי אפשר יהא לגדור הפרצה חס ושלום, והקולר יהא תלוי בנו. על כן האמת אגיד לאהובי שיחיה, שתסמר שערות בשרי בזכרי את הקלקולים שיוכלו לצמוח מזה בענין חמור כזה, בחומרא דאשת איש, ועליו להתיישב היטב בזה ולא יהא נבהל ומהיר להוציא היתר כזה לרשות הרבים, ולא ירד בני עמכם בזה ואני את נפשי הצלתי, והמקום יהא בעזרו ושמר רגלו מלכד חס ושלום, וחכמים הזהרו בדבריכם, ודי בזה”

ואם כן יצא לנו כי יש חבל אחרונים אשר מחמיר בדין זה.

#### ה. דין מקח טעות כשיש פגיעה באישות – האחרונים המקלים

אמנם, כנגד המחמירים עומדים כמה אחרונים בדעתם להיתר, וכגון הרב מאיר אריק בשו”ת אמרי יושר (סימן קנ”ט) שכותב לדון דין מקח טעות באישה שניטל רחמה ואינה יכולה להוליד, ואף שהעלה שהיה מקום לחלק בין מקרה זה לאיילונית כיוון שלאילונית אין חיבת ביאה כלל מה שאין כן בניטל הרחם, מכל מקום למעשה כתב להקל בשניהם על פי שיטת הרשב”א כמבואר שם. וכן בשו”ת לבושי מרדכי (אבהע”ז, קמא, ג”ח) כתב שאם ניטל רחמה נחשב זה למום. וכן פסק בשו”ת ציץ אליעזר (ז’, מ”ח, קונטרס אורחות המשפטים, פרק ה’) לעניין אישה שאינה יכולה ללדת (ועיין אף בשו”ת אהל משה (ב’, כ”ג)). וכן בשו”ת בית אב (שביעאה, אבהע”ז, כ”ז) כתב להיתר במקרה שהאיש לא יכול היה לבוא על אשתו, ודחה דברי השבות יעקב ותלה דבריו בקל וחומר בפסקו של רבינו שמחה שהובא לעיל, כי אם בסומא שיכול על כל פנים לקיים יחסי אישות יש לומר מקח טעות, קל וחומר במי שאינו יכול לבוא על אשתו שקידושו הם קידושי טעות. וסיים שם:

”והעולה בקצרה הוא דהיכא דנתברר על פי הרופאים מובהקים דהבעל לא יוכל להיות עם אישה כאורח כל ארעא, הנה במקום עיגון דאי אפשר להשיג גט בשום אופן, יש לסמוך על הב”ח והחיות יאיר ורבי עזריאל אשכנזי ומהרש”ק בספר אמונת שמואל, ודעת רבינו שמחה כוותייהו, דהיכא דלא ידעה ממום זה הוי קידושי טעות ואינה צריכה גט כלל, ודלא כתשובת שבות יעקב”.

ובביאור יד דוד לרבי דוד מקרלין ערך בזה מערכה, וכתב שנראה לו ברור מסברה לדון דין מקח טעות בסריס כבאיילונית, וסיים שם:

”אך מה אעשה שכל גדולי הראשונים לא העירו בזה כלל, על כן לא אוכל להחליט כן, וסתמתי בפנים שהוא ספק לדון בזה להחמיר כדין כל ספק קידושין. עם כל זה, בהצטרפות עוד איזה עניינים המורים לבטל הקידושין יכולים בעת מעשה לעשות מעשה ולבטל הקידושין במקום עיגון גדול, אך העיקר שיהיו המעשים על ידי גדולים בתורה וביראת ה’, ולאחר המתינות וחקיקור הנצרך לעניין חמור כזה. וכן באם היה שחוף לגמרי והוא באופן שאין לו רפואה לזה, והאישה תיכף כשנדע לה מזה צווחה שאין רצונה כלל בהקידושין האלו, ואם הייתה יודעת מזה לא הייתה מתקדשת לו, הדעת נוטה שהקידושין בטלין, שאין לך טעות יותר מזה. וגם טב למיתב טן דו לא שייך באופן זה, ולא הייתה יכולה לידע מזה, וגם הוא דבר שאין לצפות שיתרפא... דודאי בטלים הקידושין. אך מחמת שלא מצאתי לי חבר בסברא זו ובאשת איש החמורה, מפני שאני מדמה לא אעשה מעשה... ואחר כך מצאתי בתשובת חוות יאיר שהעלה גם כן כדעתי בזה”.

וכן דעת המהרש”ם (ג’, ט”ז) לעניין אישה שנישאה למי שלא היה לו גבורת אנשים ומת, והאחים לא רצו לחלוץ לה, שאף שסיים שם:

”ובכל זאת מפני חומר הענין אין רצוני שיסמוך עלי לבד עד שיסכים עוד רב מובהק בתורה ויראה, וגם רום מעלתו יסכים, אז אצטרף גם אנוכי”

מכל מקום מעיקר הדין דעתו הייתה שיש כאן ודאי קידושי טעות, וכתב שאף התשב”ץ שאסר לא אמר כן אלא מפני שסבר שלסריס יש רפואה (וסובר המהרש”ם שזהו עיקר טעמו של התשב”ץ אף כי הביא שם כמה טעמים), ולכן במקום שברור שאין לו רפואה הכל יודו שאלו קידושי טעות. וכן כתב בשו”ת מנחת יצחק (ט’, קמ”ט)

שנראה מהמהרש"ם (ג', רצ"ה) שהקל בסריס שנחכתו ביציו עם הגיד שקידושיו קידושי טעות. וכן דעת הרב יחזקאל אברהמסקי בתשובה (הובאה בסוף כרך ב' של אוצר הפוסקים). וכן בשו"ת ברכת רצ"ה (סימן ק"ז) כתב להתיר לעניין מומים גדולים. ואף בשו"ת דבר יהושע (א', ע"א) יצא להקל לעניין אישה שנישאת לאנדרוגינוס ורק הכירה בו לאחר נישואיה. וכן מצאנו בשו"ת מנחת אברהם (ב', י') שכתב להקל מעיקר הדין בחולה נפש חמור שגם היה ספק אם יוכל להיות לו כח גברא, ורק ביקש שיצטרף אליו הגרצ"פ פראנק להיתר (והגרצ"פ פראנק כתב להסכים).

והנה, גם בשו"ת שרידי אש דן בזה (א', צ') ולא רצה להורות הלכה למעשה, ובייחוד הביע דעתו בזה בתשובה אחרת (א', קס"ח), ואף שגם שם לא רצה לקבוע הלכה פסוקה, מכל מקום הדבר ברור לכל מבין להיכן נוטה דעתו. ותחילה הביא את דברי המאירי לעניין איילוניות (לעיל), אלא שכתב שמכל מקום יש שם חובת ביאה ואפשר להבין קצת מי שסובר שחלים הקידושין, וגם משום אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, "אבל בסריס שאין לו קישוי אין שום טעם לנישואים אלה, וכי אפשר לומר שהיא מתקדשת לשם שאר וכסות בלבד? דבר זה זר ומוזר ואין להעלותו על הדעת".

אמנם, לאחר העיון כתב להקל אף באיילוניות, ונביא כאן חלק מדבריו הארוכים שם:

"המסקנא היוצאת מכל האמור, שלדעת רוב הראשונים: התוספות בכמה מקומות, הרמב"ן, הרשב"א, הרא"ש, הריטב"א, והנימוקי יוסף והמאירי וכן האור זרוע הלכות יבום וחליצה, כולם כאחד סוברים, שאיילוניות שלא הכיר בה ונתקדשה הם קידושי טעות והם בטלים ואפילו בעל אחר כך, כי רק בשאר מומים אמרינן יש מי שמוחל ומתפייס במומים, אבל באיילוניות אין אדם מתפייס באיילוניות דאין אשה אלא לבנים".

ואף שבהמשך דבריו כתב:

"ואין אני קובע מסמרות בזה ולא באתי אלא להעיר את המעיינים ולגדולי ההוראה להכריע בזה"

מכל מקום המשיך להעיר:

"ומאוד אני מצטער על שהחמירו האחרונים במי שאין לו גבורת אנשים שצריכה גט, והרי אין לך מקח טעות גדול מזה. וראוי שהגדולים ישובו ויעיינו בדבר זה להלכה ולמעשה. ודעת החוות יאיר ידועה אלא שלא רצה להכריע בזה. ומובן, שצריך לברר תחלה אם יש לו רפואה... וקשה לומר שתהא מתרצית להינשא למחוסר כח גברא כדי שיקרא עליה שם אישות. ועל כל פנים צריך לחקור על מצב האשה, מעלותיה וסיכוייה לנשואין הגונים, ואין לנו לעגן בנות ישראל מסברות בעלמא שאין להן יסוד בהגיון ואין השכל מודה עליהם"

ולמרות כל הנ"ל לא רצה להורות כנגד הנודע ביהודה (שם), וכתב:

"ומי לא יחת לבו בראותו את הגאון הגדול הזה מדבר דברים קשים נגד המקילים באשת איש שהמיר בעלה, וחלילה לי להרים ראש ולהקל, אבל תורה היא וללמוד אנו צריכים ומה שכתבתי לא כתבתי אלא להעיר ולפלפל וזהו דבר חדש שלא מצינו בו בדברי הגאונים הראשונים והאחרונים ז"ל בירור מלא ומקיף"

ואחרי כולם אנו מזכירים את אחד מגדולי הפוסקים בדור האחרון, הרי הוא הגאון הרב משה פינשטיין, שכתב תשובות רבות בנידון, ובאחת דן במי שאין לו גבורת אנשים (אבהע"ז א', ע"ט) ומסיק:

"ולכן בעובדא דידן שאינו יכול לבעול ונתברר שהיה זה לפני הקידושין ואי אפשר להשיג ממנו גט בשום אופן, אין לעגנה ויש להתירה מטעם קידושי טעות"

ועוד הסכים להתיר (אבהע"ז ד', קי"ג) בבעל עקר:

"אבל להינשא לבעל עקר מתחילה הוא חיסרון גדול ולא ירצו להנשא לו הנשים שראויות להוליד בנים, וכל שכן לבעל שראוי להוליד ואינו רוצה בבנים מצד איזה שגעונות ואכזריות וכדומה שודאי לא ירצו להנשא לו ואולי אף אחת בעולם מסתם נשי שחושבות שראויות לא ינשאו לו לעולם והוא מום גדול מאד ולא שייך להסתפק בזה כלל... שאף כשנזדמן שנתעברה הכה אותה שתלך אצל רופא לעשות הפלה, וגם

שאמר שאינו רוצה כלל בבנים, ולכן הוא טעם גדול שיש ודאי להאמינה שאילו ידעה לא היתה ניסת לו, וכדחזינן שהלכה מאתו לבית אמה ולא חזרה אליו בשום אופן”

ויש לו עוד תשובה בנידון זה (אבהע”ז ג, מ”ח). וכן פסק (אבהע”ז ד, קי”ג) לעניין אישה שגילתה שבעלה שטוף במשכב זכר שאף זה מקח טעות הוא:

”אבל לענין נידון דידן כיון שמצינו שבמום גדול הוא בעצם מקח טעות גם באישה... מסתבר שזה דהבעל הוא שטוף במשכב זכר שהוא התועבה היותר גדולה והמאוס ביותר והוא דבר גנאי לכל המשפחה, וכל שכן שיהיה זה גנאי ביותר לאישתו אם בעלה בוחר יותר במשכב המאוס הזה תחת משכב אשתו – הוא ודאי קידושי טעות, וברור לן ששום אישה לא היתה מתרצית להינשא לאדם מנוול ומאוס ובזוי כזה. ואם תיכף כשנודעת מזה הלכה ממנו, מסתבר שאם אי אפשר להשיג גט ממנו יש להתירה מדין קידושי טעות, אך אם אפשר להשיג גט צריך להשתדל בכל מאי דאפשר להשיג גט כשה...”

#### ז. ביטול קידושין באישה שלא קיימה יחסי אישות עם בעלה

מכל הנ”ל למדנו שבעניינים שנוגעים בעצם האישות – וכגון איילוניות, וסריס, ומי שאין לו גבורת אנשים, או שהוא שטוף במשכב זכר, או שניטל רחמה של האישה – נחלקו גדולי הפוסקים ביניהם אם ניתן לבטל קידושין אם לאו, ומכל מקום ראינו שישנם פוסקים רבים שסברו בפשיטות שהדבר אפשרי, הן מצד שכן נראית דעת רוב הראשונים, והן מצד סברת מקח טעות. אולם, לכאורה בנידוננו עדיין יש מקום להסתפק, כי בכל המקרים הנ”ל מדובר בעניין שקיים קודם הנישואין, אלא שלא הכירו בו (האיש או האישה, לפי המקרה), ועל כן יש כאן מקח טעות, כי לא ידעו על קיום עניין זה ועתה שהתגלה הדבר יכולים הם לטעון כי לו היו יודעים לא היו מקיימים את קניין הקידושין.

אולם בנידוננו, לא גילו האיש והאישה דבר לאחר הנישואין שלא ידעו קודם לו, אלא שהתחדש להם מצב מסוים שלא ידעו שיתרחש, והוא שלא הייתה ביאה כלל, אף לא בליל הנישואין, ואף לא לאחר מכן, וזה אינו דבר שלא הכירו בו קודם הנישואין כמו שאר הדברים המוזכרים לעיל, ואם כן לכאורה אין לכלול את זה בכלל טענת מקח טעות. אך יש לדון בכך, כי בשאר המקרים האמורים ניתן היה לבדוק עניין זה, כי אם היו הולכים לרופא ורואים שאין לאיש גבורת אנשים או שניטל רחמה של האישה וכו’, אז היו יודעים פרט זה, ומשלא בדקו לא ידעו על כך, ומשום כך קיימת טענת מקח טעות. אולם לא ניתן היה לבדוק את שאלת הביאה קודם הנישואין (כמובן), אך מכל מקום ודאי שהייתה ציפייה לכך שיתקיימו יחסי אישות, וציפייה זו הייתה קיימת לפני הנישואין, ומשלא התקיימה – יש לומר שזהו מקח טעות.

ואין לדמות זאת לזוג שנישא ולאחר כמה שנים הבעל או האישה חולים במחלה, שודאי שלא נאמר בכגון זה שצד אחד יכול לטעון שלו היה יודע שמצב זה יתרגש עליו לא היה מתחתן; אין זה דומה כלל, כי כמו שביארנו לעיל כאן מדובר במום שהוא בעצם הקשר שבין האיש לאישה, והוא ממהות הנישואין. וכבר אמרו חכמים כגון זה במסכת כתובות (מ”ז): שאין אדם כותב לאישתו תוספת כתובה אלא על מנת לכונסה, וכן אמרו במסכת שבת (ל”ג):

”אמר רבי חנן בר רבא: הכל יודעין כלה למה נכנסה לחופה, אלא כל המנבל פיו אפילו חותמין עליו גזר דין של שבעים שנה לטובה – הופכין עליו לרעה”

הרי לנו שיחסי האישות אף הם סיבה עיקרית לכניסה לחופה על ידי האישה. אם כן, לפי זה יש לומר שהן האיש והן האישה מצפים ליחסי אישות לאחר שיינשאו, ואם אלה לא התקיימו יש בכך משום מקח טעות, שכן עצם מעשה הנישואין לא התקיים מבחינת תוצאותיו, וזהו מום גדול מאוד, וכעין המומים האחרים שהוזכרו, ואף שאינו מום בגוף עצמו. אף על פי כן, לא מפני שאנו מדמים נעשה מעשה, ולא מצאנו בפוסקים אף לא אחד שיאמר שיש בכך משום מקח טעות, כי מקח טעות הוא דווקא בכגון זה שהיה דבר לפני הנישואין שלא היו מודעים לו, והתגלה אחר כך.

אף על פי כן, מצאנו סברה זו מבוארת, אך באופן אחר, בתור אומדנא דמוכח, שלא בכגון זה הסכימה להתקדש.

נקדים ונזכיר כי בפסק דינו בנושא האישה צביה גורודצקי פרסנו את היריעה בהרחבה בנוגע לדין אומדנא דמוכח ולא נחזור כאן על הדברים. אולם, נציין כמה דברים החשובים לענייננו. במסכת קידושין (מ"א.) למדנו שהנשים רגילות לומר:

”טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו”

לעניין ביאור המילים, כתב רש"י במסכת קידושין (מ"א.) כי ”טן” הוא גוף, ו”דו” הוא שניים, וביאר כך את המשפט (ד”ה ”דאמר”): ”משל הוא שהנשים אומרות על בעל כל דהו, שהוא טוב לשבת עם שני גופים משבת אלמנה” (ולקמן יתבאר שדבריו כבר כתובים אצל הגאונים). וברוח זו ביאר אף במקום אחר (שם ז., ד”ה ”טן דו”): ”ואפילו אינו לה אלא לצוות בעלמא”. מפשט דברי רש"י נראה שכוונת הדברים שהאישה מסתפקת בכל בעל שיהיה, ובלבד שישב עמה ויהיה לה לאיש. ובתשובת הרד"ך (בית ט') כתב כרש"י, אלא שפירש שהכוונה היא שמסתפקת בתשמיש, ולא רק בשיבה יחד.

וכן אפשר להבין מדברי הראב"ה למסכת כתובות המובא במרדכי (סימן ר"א): ”אף על גב דנכפה לגבי אשה מוס הוי, משם אין ראייה להחשיבו מוס גבי איש, דאישה בכל דהוא ניחא לה... וכך שמע ראב"ה מעשה מאביו רבינו יואל הלוי”. וכן הביא המרדכי (שם, סימן ר"ג) בשם מהר"ם שהאישה מקפידה פחות במומים, ואפשר להעמיד אף את דבריו בשיטת רש"י הנ"ל. לכאורה יש להביא לדברי רש"י ראייה גדולה ממה שאמרו במסכת יבמות (ק"יח:), שהביאו שם דברי ריש לקיש עם עוד דברים מרבתינו האמוראים:

”אמר ריש לקיש: טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו. אב"י אמר: דשומשמנא גברא, כורסיה בי חרתא רמו לה. רב פפא אמר: דנפצא גברא, תיקרי בסיפי בבא ותיתיב. רב אשי אומר: דקולסא גברא, לא בעיא טלפחי לקידרא. תנא: וכולן מזנות ותולות בבעליהן”

וביאור הדברים מצאנו בתשובת הגאונים (הרכבי, סימן ל"ג):

”אילו משלים הן שמצויין בפי הכל בבבל, להודיע שהאשה רוצה בבעל, בין פחות ובין חשוב, ורוצה היא להינשא יותר ממה שהאיש רוצה לישא. ואמרו ארבעה משלים. תחילה: ”טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו” – ”טן דו” בלשון פרסי: שני בני אדם, ”ארמלו” – יחידות. שני – ”דשומשמנא גברא”... ”שומשמנא” – נמלה, ופיתרון ”חראתא” – נשים נכבדות ויקרות... אפילו בעלה שלאשה נמלה, יש לה כבוד בין חברותיה ומשימות לה כיסא בבואה אליהן. שלישי – ”דנפסא גברה”, פיתרון ”נפסא” כגון נפיא שמנפין בה את התבואה. וכל דבר ארוך ורחב... קוראין אותו נפסא... כן הוא אומר: אפילו נפסא בעלה של אישה, היתה יכולה לתלותו על פתחה כאמלתרא, ומועיל לה וטוב מהיותה בדה. רביעי – ”דקולסא גברה”, פיתרון ”קולסא” – בדי תרדין ובדי כרוב שמהן עלין יוצאין... אפילו היה בעלה שלאשה קלסא, היה ממתק את קדירתה ולא היתה צריכה למתק אותה בעדשים. כל אלה להראות כי אפילו איש פחות, אישה רוצה בו, ואפילו קטן כנמלה יש לה בו כבוד, ואפילו דומה לנפסא או לקולסא יש לה בו הנאה כמה שיש הנאה באילו הדברים. וסוף השמועה: ”תונא, כולן מזנות ותולות בבעליהן”. כלומר: כל הנשים יכולות לזנות ולתלות בבעליהן, לפי שאין מבחין אלא הקדוש ברוך הוא, ואילו לא היתה לאישה הנאה בבעל אלא שאם מזנה היא יכולה לתלות בבעלה – כדי היה דבר זה”

עתה, רואים אנו עד כמה סברו רבותינו האמוראים שמוכנה האישה לשבת עם בעל שאין היא שמחה בו, שאמרו שהאישה מעדיפה לשבת עם הבעל ולו כדי שיהיה לה במי לתלות את ילדה אם תזנה עם אדם אחר. עוד ראינו לעיל שלדעת השבות יעקב אפילו בעבור חיבת ביאה (חיבוק ונישוק וכו') – ולא ביאה ממש – האישה מוכנה להסתפק בכך ולשבת תחת בעלה.

אולם, לא זו בלבד שבחלק מהראשונים נראה לא כן, שהאישה אינה מסתפקת בבעל שמספק לה אך ורק את הנ"ל (ואין כאן המקום להאריך), אלא שאף לשיטת רש"י המחמירה – הרי בנידוננו האישה לא ישבה עמו אפילו חודש ימים, ומיד נפרדו, ואפילו יחסי אישות לא היו ביניהם (כך שאפילו ”מזנות ותולות בבעליהן” אין כאן). ואף חיבת ביאה לא הייתה, אלא נפרדו כמעט מיידית. לפי זה, אף שבמסכת בבא קמא (ק"י-ק"א.) הביאה הגמרא טעם זה (”טב למיתב טן דו”) על מנת להסביר מדוע אין לומר אומדנא דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, אך כאמור כאן אין לנו טעם זה כלל, ואם כן יש מקום גדול לומר אומדנא זו. אכן, גם באחרונים מצאנו כן, כמו

שיתבאה.

בשו"ת שואל ומשיב (מהדורה קמא, א', קצ"ז) דן באישה שלא קיימה יחסי אישות עם החתן לאחר חתונתו, ושם כתב שאין דינה כארוסה אלא כנשואה (ולעניין זה כתב להחמיר שם בדין מקח טעות). אך בקונטרס עגונה שבסוף ספר אבן שהם (העוסק בהיתר אשה אחת מיבום על ידי ביטול קידושין לבעל שמת זמן קצר לאחר חתונתו ממום שהיה בו קודם החתונה) דן בדבריו, וכתב שלא החמיר השואל ומשיב אלא משום ששם בא לדון אך ורק מטעם אומדנא דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, אך במידה ויש גם סברת מקח טעות שמתווספת ניתן להקל, וכן הביא משו"ת ברכת רצ"ה (סימן ק"ז) שכך יש להבין מדבריו:

"הנה מבואר מדברי הגאון המחבר ז"ל דאם לא היה בעל היה מתיר שם בפשיטות, אף דמום דחולי נכפה לא הוי גדולה כמום דאיילונית, אם כן מכל שכן בנידון דידן לפי מה שכתבתי לעניות דעתי דזה הוי מום גדול ומכוער אשר כל נפש אדם קצה בזה, ודאי יש להתיר אותה כיון שלא בעל והאישה הצעירה היא עדיין בתולה כנ"ל"

והנה, בסוף הקונטרס הגיש את דבריו לפני המהרש"ם, והמהרש"ם השיב תשובה קצרה בזו הלשון, התומכת אף היא במסקנה זו:

"לאשר אינני בבריאיות השלימות... לא יכולתי להזדקק לדבר חמור הזה, ובפרט כי אין לנו בירור שלא נבעלה ממנו, רק על פי דבריה, וקשה לסמוך על נאמנותה, וזה עיקר גדול שאם נדע על כל פנים בבירור שלא נבעלה יש סניף גדול כמו שכתב מעלת כבוד תורתו הרב, והיה הדבר קשה בעיני, ועלה בלבי שאם יבדקה הרופאים מומחים שהיא בתולה אז נחכם לעיין בשריותה, אבל יראתי מנאמנות רופא שלא ישחדוהו, ורק אם היה אפשר לפעול בבירור בלא חשד אז יהי מקום לצדד"

וראו עוד מה שכתב בשו"ת מהרש"ם (ג', ט"ז). והנה, בקונטרס עגונה (שם) כתב על דברי המהרש"ם שלדעתו אין סיבה לחשוש לנאמנות בכגון זה, מפני שהאישה יראה שאם תבוא להינשא בשנית שהבעל ימצא שאינה בתולה (אם תשקר על כך), ולכן אינה משקרת (ובנידונו כבר הבאנו בתחילת דברינו שכאן אין לחשוש לכך). כך או כך, למדנו כי משלא נבעלה האישה, יש מקום לומר כי אומדנא דמוכח היא שלא על דעת כן התקדשה, וכדוגמת זה מצאנו שכתב הרב יחזקאל אברהמסקי בתשובה (חזון יחזקאל, זבחים, תשובות שבסוף הספר, סימן ח') לעניין מי שאין לו גבורת אנשים:

"הרי כל עיקר הנישואין אינם אלא משום חיי אישות "והכל יודעים כלה למה נכנסה לחופה"... ונישואין כאלה שאין בהם חיי אישות מסתברא מילתא אשר הם נישואי טעות ואדעתא דהכי לא נתנסבא ליה... אבל בנידון דידן שהבעל עצמו נמצא שאינו שלם בגופו ואין לו כח גברא לחיי אישות שאפילו אחרי הנישואין הרי היא כאילו לא נתנסבא לו עוד, קרוב הדבר שאדעתיה דהכי לא קידשה את עצמה, שאין בנישואין כאלה אותו "כל דהו" שתהא מינח נחא לה בשבילו"

וכן מצאנו שהסכים לסברה זו בשו"ת יביע אומר (ז', אבהע"ז, ז):

"והנה עדותי זו נאמנה כי לפני שנים רבות בא לפנינו בבית הדין הגדול בירושלים ת"ו, מעשה כיוצא בזה, ודנתי יחד עם חברי להסתמך על דברי הגאון רבי דוד מקרלין בספרו פסקי הלכות, יד דוד, שכתב שמעיקר הדין נראה לו שבכל כיוצא בזה הקידושין בטלים, ולא שייך לומר בכל כיוצא בזה טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו וכו'. אלא שמתחלה לא מצא לו חבר בסברא זו, ולכן כתב להחמיר כדין ספק קידושין, אך לאחר מכן מצא להחיות יאיר שהיקל גם כן בזה... וכן בשו"ת בית אב שביעאה מסתמך ואזיל על דברי החוות יאיר הנ"ל להקל"

אמנם, כל זה כתבו הפוסקים במום שנמצא באדם, כגון מי שאין לו גבורת אנשים וכדומה, ואילו אנו רוצים לומר סברה זו לעניין עצם מימוש הנישואין, שכל שלא מומשו ואין כאן ביאה – וקל וחומר אם אין כאן חיבת ביאה – הרי מום גדול הוא, הן בהן והן בה, שאינם רוצים או יכולים לבוא לידי מימוש. ואף שהפוסקים לא עסקו בכך – זיל בתר טעמא, והרי היו יכולים לומר סברת מקח טעות בלבד בנידונם, אלא שהוסיפו מעצמם גם סברת אומדנא דמוכח, ואם כן ברור שסברה זו הייתה פשוטה להם בכגון זה וכמו שהוכחנו לעיל.

אף על פי כן, כבר אמרנו לעיל שאף שאנו מדמים אין לנו לעשות מעשה, ועל כן יש לנו להוכיח בראיות מדברי הפוסקים כי אכן גם מום בעצם מימוש ההתקשרות בין הבעל לאישה יכול להיחשב כמום לעניין אומדנא דמוכח וביטול הקידושין. לשם כך נזכיר סוגיה נוספת שהזכרנו בפסק דינה של האישה צביה גורודצקי, המופיעה במסכת קידושין (מ"ט:–נ.):

"ההוא גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל, ובעידנא דזבין לא אמר ולא מידי; אמר רבא: הוי דברים שבלב, ודברים שבלב אינם דברים... ההוא גברא דזבניהו לניכסיה אדעתא למיסק לארעא דישאל, סליק ולא איתדר ליה; אמר רבא: כל דסליק אדעתא למידר הוא, והא לא איתדר ליה. איכא דאמרי: אדעתא למיסק, והא סליק ליה."

הגמרא מביאה שני מקרים של אדם שרצה לעלות לארץ ישראל ומכר נכסיו לשם כך, ולאחר מכן התחרט, כאשר באופן רגיל הכלל הוא ש"דברים שבלב אינם דברים", וכיון שמכר ללא שום שיוור ושום תנאי אין המכר חוזה אולם במקרה השני פסק רבא (לפי ההבנה הראשונה בגמרא שם) שאכן המכר חוזר אם אותו אדם עלה לארץ ישראל ולא הצליח להשתכן שם וחזר למקומו, וזאת משום ש"כל דסליק – אדעתא למידר הוא", כלומר: כל מי שעולה לארץ ישראל עושה זאת על דעת לדור שם, ועל כן פשוט שאם אותו אדם לא הצליח להתיישב כראוי שהמכר בטל למפרע.

מפשט הסוגיה נראה שמכירת הנכסים על דעת לעלות לארץ ישראל לא נאמרה במפורש על ידי המוכר, אך הראשונים אינם מפרשים כך. רש"י (שם, ד"ה "דזבין") כתב: "ופריש ליה דאדעתא דהכי עביד", וכך גם פירש הריטב"א (שם, ד"ה "ההוא"), ולא מצאנו מי שיחלוק עליהם. מכל מקום, הדבר ברור שאין הכוונה שהמכירה הותנתה בכך בצורה מפורשת, שהרי אם היה כאן תנאי מפורש פשוט הדבר שהמכר חוזר, ומה החידוש שבדברי רבא? אלא שרבא רוצה לומר שלמרות שלא היה כאן תנאי מפורש, מכל מקום אזכור הדברים מוציא אותם מגדר דברים שבלב, ומעתה ניתן לאמוד בבירור את דעת המוכר שוודאי לא התכוון למכור במקרה שכזה.

יוצא שהדרישה לפרש את הדברים באה כדי להוציאם מכלל דברים שבלב, אך החזרת המכר נעשית על פי אומדן דעת – וזאת אף שכאן יש בבירור שני צדדים (המוכר והקונה). דבר זה יוצא אף מתוספות הרא"ש (שם, ד"ה "אמאי") שהקשו כיצד ניתן לומר בגט או בקורבן ש"כופין אותו עד שיאמר רוצה אני", והרי בלבו לא נוח לו בכך, וכיצד נלך אחר פיו ונתעלם מרצונו האמיתי? ועל כך תירצו:

"ועוד יש לומר... אף על גב דבעלמא היכא דאנן סהדי אזלינן בתר אומדן דעתא, היינו משום דהוי כאלו התנה בפירוש שעל מנת כן הוא עושה; אבל הכא שמכחיש בפיו מה שבלבו, דבפיו אומר "רוצה אני" ואף על גב דאנן סהדי דאינו רוצה, אזלינן בתר פיו, כיון דבעלמא דברים שבלב אינן דברים."

התוספות רא"ש מסבירים שוודאי הוא שרצונו הברור והמובהק ("אנן סהדי") חשוב לנו, והולכים אנו אחר אומדן דעתו של אדם, אלא שבמקרה זה שפיו ולבו מכחישים זה את זה, אין כאן כבר רצון מובהק, ומה שבלבו אינו אלא דברים רגילים שבלב, שאינם דברים. כך גם עולה מדברי הריטב"א (שם, ד"ה "הא") לעניין החילוק בין גט מעושה כדן בישראל לבין גט המעושה בגויים:

"ומסתברא לי דבשלמא כדן הוו דברים שבלבו דהא אפשר דכיון דאניס כדן דגמר ומגרש... אבל כשהוא מעושה בגויים... אנן סהדי שהוא אנוס מתחילה ועד סוף והווי להו דברים שבלבו ובלב כל אדם דהווי דברים, כדאמרינן... דהני דברים שבלב כל אדם שעל דעת כן נתן וכדפרישו רבותינו ז"ל, והכא נמי להא דמיא."

אף ברשב"א ובתוספות רבינו שמואל ועוד ראשונים (וכן במקנה לסוגיה שם) דנו בנושא זה, ומכל מקום עיקרי הדברים ברורים: מכל הנ"ל עולה שאמנם דברים שבלב אינם דברים, אך דברים שבלבו ובלב כל אדם – אומדנא גדולה ומוכחת שלכך הייתה הכוונה – אכן דברים הם, ואף שיש כאן שתי דעות (מוכר וקונה) יש מקום לבטל את המכר. סברה זו אינה עוסקת במום שבמקח עצמו, ואף לא במום שבאדם, אלא במצב התקשרות מסוים בין המוכר לקונה, כאשר התקשרות זו מוערכת על פי הידוע לנו ממנהג בני המדינה. והנה, בנידוננו, ברור הדבר מכל מה שהובא לעיל בדברי הגמרא והפוסקים שאומדנא מוכחת היא, בלבד ובלב כל אדם, שהן האיש והן האישה מצפים לחיבת ביאה ויחסי אישות לאחר שיינשא, ואם אין הם זוכים לכך כלל הרי אומדנא דמוכח היא שלא על



דעת כן נישאו, ואף שלא התנו כן במפורש, הרי ניתן להסיק זאת כחזקה מתוך מנהג בני המדינה.

אך לא זו בלבד שהדבר יוצא בבירור מסוגיה זו, אלא שיש לנו גם ראיות מדברי הפוסקים האחרונים שיש מקום לסברה זו. בשו"ת דרכי נועם (יו"ד, כ"ח) כתב תשובה בנוגע לאישה שערב חתונתה נתבשרה על מות אחיה, והסתפקו החכמים אם עליה לשבת שבעה או שמא יכנוס הבעל ויחגוג שבעת ימי המשתה, והמשפחה עשתה מעשה והשיאה את האישה והאישה, ואילו חכמי העיר סברו לא כן, ובסוף תשובתו כותב הדרכי נועם את הדברים הבאים:

"וליבי מהסס עלי אם אותן קידושין שניתנו על פי הוראה זו אם יספיקו להחזיקה כאשת איש גמורה, דאפשר שאם היה יודע החתן שמן הדין הוטלה לנהוג אבילות על הכלה היה נמנע מלקדשה, אבל עלה בדעתו דכולהו רבנן מודו דדחינן אבילות מקמי חופה, אבל אי אסיק אדעתיה דהוטלה עליה מן הדין לנהוג אבילות תחילה לא הוה מקדש לה, דלא מסמנא ליה מילתא לקדש אשה באבילותה, שהרי רוב העולם נהגו שלא לכנוס אשה במיעוט הירח שלא מסמנא להו מילתא – כל שכן באבילות. ועוד, דעביד איסורא לכנוס בימי אבילות, ואילו ידע שיש איסור בדבר וגם לא מסמנא ליה מילתא, לא הוה מקדש. תדע שיש לחוש לזה... דבדבר דאיכא ליה קפידא, אף על פי שכנסה סתם ולא הטיל שום תנאי מצי מימר אי אפשר וכו', הכי נמי מצי למימר אילו הוה ידענא דאית בהאי קידושין איסורא מחמת אבילות המוטל עליה וגם לא מסמנא ליה מילתא – לא הוה מקדש"

אמנם שם רוצה לומר שאינה מקודשת מן התורה אך לא כתב שיש לבטל הקידושין לגמרי, אך גם לא נשאל על כך אלא רק בא לומר שצריכים לעשות מעשה קידושין שני, ובקונטרס עגונה הנ"ל התפלא עד כמה סבר גאון זה שיש לומר סברה זו של אומדנא דמוכח (ראו שם). ואמנם, ראו בשו"ת רבי יהודה מילר (א', קע"ח) שהביא תשובה זו והקשה עליה כמה קושיות, וסיים שאינו מבין סברה זו כלל. אולם מאידך בשו"ת יביע אומר (ט', אבהע"ז, ל"ח) לעניין ביטול קידושין של אישה שרצתה להיפטר מן הייבום, הזכיר תשובה זו בסוף דבריו שם:

"והנה בנידון דידן מלבד עניין גבורת אנשים, הנה הבעל לקה בחולי שיש בו סכנה, היא מחלת הסרטן, ונתרפא קצת, אך בתוך כמה חודשים לנישואיו חזר לו חולי הסרטן, ובמשך זמן קצר נתגברה עליו מחלתו ומת, ואף שהאשה ידעה קודם הנישואין מהמחלה, גם ידעה שאפשר שתחזור המחלה עליו, מכל מקום סברה וקבלה, שחשבה שגם הפעם יתגבר על המחלה ויתרפא, אך סופו הוכיח על תחילתו, שמחלה ממארת קיננה בו אשר כתוצאה ממנה מת, ואפשר דאדעתא דהכי לא נתקדשה. ועיין בשו"ת אבן שהם בקונטרס עגונה... ושלח שאלתו להגאון מהרש"ם, והשיב לו, שאם נדע בבירור שלא נבעלה, הוי סניף גדול להתירה בלא חליצה... ואף על פי שבנידון דידן ידעה האשה ממחלת הסרטן שהיתה לו, מכל מקום לא ידעה שכל כך נדבקה בו המחלה, עד לסכנת מיתה, ומת אחר כמה חודשים לנישואיהם, ויש מקום לומר גם מצד זה דאדעתא דהכי לא נתקדשה... וגדולה מזו ראיתי דבר פלא בשו"ת דרכי נועם... וכל שכן בנידון דידן"

אמנם אף הוא כתב שם שאינו מקל בהיתר אשת איש אלא רק באיסור יבמה לשוק, אך מכל מקום למדנו שיש מקום לתשובת דרכי נועם הנ"ל בהלכה, וגם בשו"ת שערי ציון (ב', אבהע"ז, כ') הביא תשובה זו, יחד עם תשובות נוספות (בעניין ביטול קידושין לאישה שהבעל חלה עשרה ימים לאחר נישואיהם ומת לאחר זמן ממושך, וקיבלה חליצה, ולאחר מכן רצתה להינשא לכהן וביקשה שיבטלו קידושיה מחמת מקח טעות), וכתב:

"לאחר העיון נראה שיש כאן מקח טעות מבורר והקידושין בטלים מעיקרן כי ברור הדבר דשום איש או אשה לא יסכימו להינשא אילו היו יודעים מראש את המצב שנפלו בו כבנדון שלפנינו, שלאחר עשרה ימים מיום הנישואין נתגלתה מחלה קשה אצל הבעל שהצריך ניתוח דחוף ושלאחר מכן התדרדר המצב עד לפטירתו מאותה מחלה, ואשר אין ספק שהמחלה היתה בשלבים קשים ומוכנים עוד בטרם הנישואין ונמצא שהאשה היתה מוטעית בקידושין, ויתכן שגם הבעל עצמו אם היה נודע לו מצבו אף הוא לא היה נישא באותו זמן"

אף הוא הביא שם שכגון זה מצאנו שפסק בשו"ת אגרות משה (אבהע"ז, ד', קכ"א), וזו לשונו:

"גבי האשה מבוכארא שנפלה לפני יבם מומרה... בעובדא זו דמשונה מסתם מעשה נישואין בעולם דהרי

ניסת לו אחרי שכבר היה לו ולה ולהעדים ולכולי עלמא ידוע שהוא צריך לילך לצבא שהוא ספק גדול שימות, וכיון שיש לו אח זה הרי היה ידוע ממילא שתהא זקוקה ליבם זה באם ימות במלחמה וכיון שהוא חבר המפלגה וכופר בכל ענייני התורה ולא יפטרנה בחליצה, ויתרץ עצמו שאף לעשות לה טובה הוא ירא שלא יוציאוהו מהמפלגה אם יתוודעו מזה שזה לבד הוא עונש גדול לבעלי המפלגה וגם יענישוהו אחר שבגד בו, וגם כפי שהשיב לה ניכר שהוא בעצמו איש רע ומומר להכעיס ובודאי היתה מכרת אותו. וזה הא ודאי אין לומר כלל שבשביל רצונה להנשא לו ניסת לו אף בידיעה ברורה שרק ימים מעטים יהיה עמה בודאי ואחר כך ילך בצבא למלחמה שמצוי שימות ותשאר עגונה לעולם, שברור לכל שבשביל זמן מועט דימים ואפילו חודשים לא תתרצה שום אשה לינשא אף שטב למיתב טן דו... ולכן כיון דבעובדא שהיו נישואיה בימים שידעה שאיכא ספק גדול שיקחוהו לצבא וימות במלחמה, מוכרחין לומר שלא ידעה שתהא זקוקה ליבם זה ליבום וחליצה... וחסרון כזה דתהא אסורה לעולם הוא חיסרון היותר גדול שאף בנישואין שלא שייך להתנות במומין קטנים, מכל מקום אדעתא דתיאסר לא נישאה דהוא חיסרון יותר גדול מאיילונית... ולכן בעובדא זו היא מותרת לינשא בלא חליצה וחבל על שלא מצאה בבוכארא שם בית דין גדול שידעו להתירה"

הרי לנו כסברה זו, שברור הוא שאישה לא מסכימה להינשא אך ורק "בשביל זמן מועט דימים ואפילו חודשים", וברור שאין אומרים "טב למיתב" בכגון זה, ואם כן ניתן לומר שיש אומדן דעת שלא על דעת כך נישאה, וקידושיה מבוטלים. אף כאן אין מדובר במום שבאדם או במום שבמקח, אלא באומדן דעת האישה – היא התחנתה מתוך ידיעה שבעלה הולך לצבא, וייתכן שימות, ועל כן אף שלא התנתה כן בפירוש, אנו אומדים דעתה שלא הייתה כוונתה להתחתן על ימים מועטים בלבד. והנה, כמו שאומדים אנו בדעתה על מה שידעה, ברור שניתן לאמוד דעתה על מה שלא ידעה, ועל כן כשם שאומדים אנו שדעתה לא הייתה להתחתן על זמן מועט כזה משום שבעלה יוצא למלחמה, הרי גם ברור באותה מידה שניתן לאמוד את דעת האישה והאישה שלא התחתנה אלא על דעת זה שתהא ביניהם חיבת ביאה ויחסי אישות, וללא זה אומדנא דמוכח היא שלא על דעת כן התחתנה. ועל דבריו הוסיף בשו"ת שערי ציון (שם):

"ומדברי האגרות משה נלמד לענייננו שגם בו בודאי איכא "אנן סהדי" וגם אין ספק בכך שלא היה רצון להתקדש על דעת זה שכעבור כמה ימים מן הנישואין להקלע לאותו מצב נורא ולהתאלמן תוך תקופה קצרה. ועוד זאת יש לומר גם בנידוננו כבנידון האגרות משה, דאף הוא אם היה יודע חומרת המצב, נראה שהיה דוחה את הנישואין עד אחר הניתוח לכל הפחות"

כיוון שהארכנו, נסכם בקצרה את דברינו, הבנויים על שלושה יסודות:

(א) העובדה שלא היו כאן יחסי אישות, ואפילו לא חיבת ביאה, הינה משמעותית ביותר, והרי היא כמום גדול, שהרי כל עניין הקשור ביחסי אישות הוא מהותי לנישואין עצמם, וכשאלו לא מתקיימים יש פגם גדול בנישואין.

(ב) מצאנו בפוסקים שחוסר יכולת לקיים יחסי אישות, בין מצד האיש ובין מצד האישה, יכול אכן להוות שיקול הלכתי, שעל פיו יש לקבוע שלא על דעת כן נישאה. אמנם מצאנו כן דווקא כשהפגם הוא מצד חולי, ולא מצד עצם נסיבות המקרה.

(ג) למרות האמור, ברור הדבר מחמת דבריהם של כמה פוסקים שגם מחמת נסיבות המקרה – והגם שאין כאן מום בבעל או באישה עצמם – יש מקום לדון אומדנא דמוכח, ואם כן גם כאן שמדובר בעיקר הנישואין עצמם ובמהותם, ודאי הוא שלא על דעת כן הסכימה להינשא.

יש להעיר כאן שלוש הערות:

(1) כפי שהערנו לפעמים לאורך הדרך, ברור שיש מקום לבעל דין לחלוק ולומר שהמקרים שהובאו אינם דומים למקרה זה, אך לדעתנו התייחסנו לכל החילוקים המהותיים: הראנו שמדובר כאן בפגם גדול, מהותי ועקרונני, וכן הראנו שלמרות שאינו בגוף הבעל או בגוף האישה אלא בנסיבות נישואיהם, אף על פי כן יש מקום לדון אומדנא דמוכח בכגון זה, שלא על דעת כן נתקדשה.

(2) ברבים מן המקרים האמורים אין מדובר בביטול קידושין כשהבעל בחיים, אלא לאחר מיתתו. חשוב להדגיש זאת מחמת שתי סיבות: (א) לא רצינו שקוראי ולומדי הפסק יקבלו את הרושם שפוסקים אלו אמרו מה שלא אמרו. (ב) לא רצינו שקוראי ולומדי הפסק יקבלו את הרושם כי דבר זה נעלם מאיתנו וכי טעינו בקריאת המקורות בדבר כה פשוט. אולם, מחלוקת גדולה ניטשת בעניין זה, אם כל מה שהתירו מקח טעות הוא לאחר מיתת הבעל אם לאו, ובפסק דין בעניינה של צביה גורודצקי הובאה מחלוקת זו באריכות, על כל סברותיה ודקדוקיה. בית הדין הכריע להקל כדעת הסוברים כן, ומכל מקום לעניין עצם הגדרת האפשרויות של "אומדנא דמוכח" שאבנו מדברי רבותינו הפוסקים כולם, בין שהסכימו להתיר במקרה אחד, ובין במקרה אחר, שכן לא נראה שהגדרה זו מושפעת מהשאלה הנ"ל.

(3) למרות שבכל המהלך הנ"ל השתדלנו יצאנו מנקודת הנחה שנידוננו אינו פשוט כנידון מי שמצא שאין לו גבורת אנשים וכדומה, הרי יש גם סברה הפוכה, שכיוון שלא בא בעילת מצוה על האישה לאחר הנישואין, הדבר מראה על פגם בדעת הקונה בעת הקידושין, ושמא אין כאן קידושין כלל. כלומר: בעוד במקרים המוזכרים בפוסקים הפגם הוא לאונסם של בני הזוג, במקרה זה הפגם מצוי ברצונם של בני הזוג לממש את הקידושין, ושמא הדבר מעיד כי מעולם לא הייתה כאן התחייבות גמורה מלכתחילה.

למרות כל הנכתב, ברור שלא ניתן להתיר את האישה אך ורק על ידי אומדנא דמוכח, וכמו שמצאנו לדוגמה בדיון של שו"ת אבן שהם והמהרש"ם, שלמדנו כי דווקא בהצטרף שני דברים – מקח טעות ואומדנא דמוכח – יש מקום להקל לבטל את הקידושין, וכן בברכת רצ"ה מדובר באומדנא לגבי הבעילה ומקח טעות לגבי החולי שהיה לו קודם הנישואין, והפוסקים תמיד מצרפים לאומדנא זו עניין נוסף. אף אנו לא באנו להתירה אך ורק על סמך האומדנא הזו, אף כי נכבדה היא, ובוודאי שאין היא יכולה להוות שיקול אלא בהצטרף עניין פסלות העדים שנידון לעיל (ובכגון זה בהחלט יש לומר שאף המהרש"ם יסכים שניתן לצרף עניין זה כסניף, וכמו שהוא עצמו כתב כמובא לעיל, ואמנם שם מדובר היה בצירוף למקח טעות, אך נראה לנו שאין זה בדווקא, אלא שצריך לצרף עניינים אחרים ואז נוכל לסמוך על האומדנא דמוכח).

#### ח. סיכום והלכה למעשה

מכל הנ"ל יוצא כי יש לנו שתי סיבות מצטרפות לביטול קידושיה למפרע של אישה זו:

(א) העדים – וכנראה כל הנוכחים בחתונה או כמעט כולם – לא היו כשרים לעדות, ועל כן הקידושין לא תפסו כלל.

(ב) האישה לא התקדשה על דעת כן שתהיה נשואה אך ורק ימים מועטים קודם שנפרדה מבעלה, וזאת אף ללא שום ביאת מצווה כלל.

לכל הנ"ל מצטרף גם הספק הקיים ועומד לגבי יהדותו של הבעל.

על פי כל הנ"ל קובעים אנו כי אישה זו מעולם לא התקדשה כראוי, ומותרת היא לעלמא.

ירושלים, יום י"ב בטבת ה'תש"ף (9.1.20)

דיין

דיין

אב"ד