



כ"א בסיון התשע"ח 4 ביוני 2018 צביה אסתר שרה סבטלנה בוגוסלבסקי גורודצקי [REDACTED]	תאריך: בעניין: ת.ז.:	ב"ה
-----------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------	-----

פסק דין

באה לפנינו האישה צביה גורודצקי, אשר מסורבת גט כבר כמעט עשרים שנה, ודמעתה על לחיה, אין לה מנחם מכל אוהביה. בעלה, מאיר גורודצקי, יושב בבית הכלא שנים רבות, ומצהיר בכל עת כי לא יתן גט לאישתו בשום פנים ואופן. בתי הדין כבר הפעילו כנגדו את כל חומרת הדין הכתובה בחוק, ועוד ניסו ומנסים בכל עת לחדש דרכים בשכנועו לשחרר את אשתו מהכלא שבו היא נתונה בעקבות סרבנותו. על כן, נדרשנו אנו, חברי בית הדין, לעסוק במקרה חמור זה, ומתוך הרגשת אחריות וכובד ראש עיינו בעניינה של הגברת גורודצקי, ולדעתנו יש מקום לומר כי קידושיה בטלים ומבוטלים מעיקרם.

כבר בתחילת הדברים חשוב לנו להדגיש את אשר נדגיש גם בסופה של תשובה זו, והוא שהיחס בין המרכיבים השונים של פסק דין זה נידון רבות בין חברי בית הדין, וחילוקי דעות נתגלעו לגבי משקלו ההלכתי של כל מרכיב. אנו מתחילים את התשובה בדיון בדין אומדנא דמוכח, ומרבית הפסק אף מוקדש לביירו, אך אין זאת אלא מפני שעניין זה הוא המחודש מבין כל העניינים, ואין לראות בכך עדות לכך שפסיקה זו מסתמכת בעיקר עליה לדעת כל חברי בית הדין. אכן, יש שראו באומדנא את עיקרו של פסק הדין, ויש שראו בו סניף בלבד. הצד השווה שבחברי בית הדין, שכולם הסכימו שבהצטרף כל המרכיבים יש לדון להקל, ולהתיר את האישה מבעלה.

פרק א': עיקר דין ביטול קידושין

במסכת בבא קמא (ק"י.) עוסקת המשנה במי שגזל את הגר ומת הגר קודם שיכול היה הגזלן להשיב לו את הגזילה, ומבארת המשנה שאם לא השיב הגזלן את הגזילה קודם שמת אף הוא, הכסף נופל ליורשיו כיוון שמטרת הכסף הייתה לכפרה על הגזלן והוא כבר מת ואין לו יותר כפרה. אמנם, אם הספיק הגזלן לתת את הכסף לאנשי המשמר (כי במידה והגר מת הכסף ניתן לכהנים) ואז מת – הכסף שייך לכהנים ואין היורשים מקבלים אותו.

בגמרא (ק"י:) מסיק אביי שעצם נתינת הכסף לכהנים מכפרת לכל הפחות במידת מה על הגזלן: "אמר אביי, שמע מינה: כסף מכפר מחצה, דאי לא מכפר, הוה אמינא מהדר ליורשין, מאי טעמא? אדעתא דהכי לא יהב ליה". אם הכסף אינו מכפר כלל, לכאורה היינו אומרים שיחזור ליורשים, שהרי לא על דעת כן נתן הגזלן המת את הכסף לאנשי המשמר, אלא דווקא על דעת שיתכפר בו. הגמרא ממשיכה ושואלת אם יש ללמוד כי סברה זו שייכת אף במקרים אחרים, ואחד המקרים הוא השייך לענייננו:

"אלא מעתה, יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה, דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה! התם אנן סהדי דמינח ניחא לה בכל דהו, כריש לקיש, דאמר ריש לקיש: טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו".

מדברי הסוגיה למדנו כי אם לא שהייתה לנו סברת ריש לקיש, אכן היה אפשר לומר שהאישה לא התקדשה לבעלה על דעת שתצטרך להתחתן עם אחיו מוכה שחין, והיינו מבטלים את הקידושין, ומכאן אנו רואים שבאופן עקרוני יש מקום לסברה זו, לומר שהקידושין בטלים למפרע והאישה פנויה (ובשו"ת מעיל צדקה (סימנים א'-ב')) מסכימים המחבר ורבו על כך שמדובר בביטול קידושין למפרע ולא בתנאי לעתיד). אולם, בנוגע לסוג המקרה

שבו אפשר לבטל קידושין באומדן דעת האישה (להבדיל ממקרים של מקח טעות בשעת הקידושין, שבהם לא נעסוק כלל) מצאנו שתי שיטות בתוספות. התוספות אצלנו בסוגיה (ד"ה "דאדעתא") פירשו כך:

"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 מפקא אנפשה מלהיות נשואה, אלא מן האירוסין איירי דמקידושין אין לה שום טובה. ואם תאמר: אדם שקנה מחבירו שום דבר ונתקלקל, יבטל המקח דאדעתא דהכי לא קנה? ויש לומר: דהתם לאו בלוקח לחודיה תליא מילתא אלא כמו כן בדעת מוכר, ומוכר אקנה ליה אדעתא דהכי; אבל הכא דקידושין בדידה קיימא, והוא אינו חושש היאך דעתה להתקדש..."

התוספות מנסים להבין את הביטוי "אדעתא דהכי לא קידשה נפשה" – מהי הסיבה שהאישה יכולה לטעון טענה זו? מדוע סוברת הגמרא שהאישה תחשוב מחשבה זו? התוספות מתרצים שמדובר בארוסה ולא בנשואה, ועל כן אומרת היא לעצמה: "לא התארסתי על דעת כן שבעלי ימות ואפול לפני יבם מוכה שחין. לו הייתי נישאת ובכך מקבלת טובה כלשהי מהקשר שלנו, אזי הייתי מקבלת על עצמי אף כל מה שיבוא לאחר מכן, אך כיון שלא קיבלתי שום טובה מהקשר (שהרי הבעל מת מן האירוסין) על דעת כך לא נתקדשתי".

התוספות ממשיכים ומקשים שאם על פי סברה זו יש לנו לקבוע אם הקניין קיים אם לאו, אם כן אדם שקנה פרה מחבירו ומתה לפני שהיה יכול להשתמש בה לא קיבל ממנה שום הנאה, ואם כן האם נאמר שהמכר מתבטל? על כך מתרצים התוספות שיש לחלק בין דעת אחת לשתי דעות, שהעיקרון הקודם אינו שייך אלא כאשר מתחשבים אך ורק בדעת אחד הצדדים ("והוא אינו חושש היאך דעתה להתקדש"), אך כשצריך לקחת בחשבון את דעת שני הצדדים, כל צד לוקח זאת בחשבון, וממילא אינו יכול לבטל את הקניין לאחר מעשה באופן חד-צדדי.

למדנו שלדעת התוספות במסכת בבא קמא אין לומר "אדעתא דהכי לא קידשה נפשה" אלא אם כן האישה לא קיבלה טובה, ואין כאן אלא דעת אחת. אמנם, התוספות במסכת כתובות (מ"ז, ד"ה "שלא") לא כתבו כן. שם בסוגיה אומרת הגמרא שהאישה אינו כותב לאישתו תוספת כתובה אלא על מנת לכונסה, ואם נתפרדה החבילה קודם שנישאה לו אין היא מקבלת את תוספת כתובתה. על זה העירו התוספות:

"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, אנו סהדי שלא על מנת כן לקחה? ויש לומר: דהתם אנו סהדי שבאותו ספק היה רוצה ליכנס, ואפילו אם אומר לו אם תיטרף יש לך לקבל הפסד היה לוקחה, אבל הכא לא כתב כלל כי אם על מנת לכונסה ואין דעתו כלל להכניס עצמו בספק... והא דפריך בסוף הגזול קמא: "יבמה שנפלה לפני מוכה שחין...", אף על גב דבאותו ספק מסתמא היתה נכנסת בשעת קידושין, אומר רבינו יצחק דלא פריך התם אלא משום דהוי דומיא דקאמר התם: "נתן כסף לאנשי משמר ומת"..." 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 יעכב בשביל שום דבר שאירע אחר מיתתו, כי אינו חושש במה שאירע אחריו. ולהכי לא פריך מאישה שנעשה בעלה בעל מום... כיון דתלוי נמי בדעת המקדש, וכן כל הנהו דמייתי התם אין תלוי אלא בדעתו".

דברי התוספות בסוגיה זו נראים כמבוססים על התירוץ האחרון שבתוספות במסכת בבא קמא, אך ללא ההקדמה המשמעותית כי דווקא במת בעלה מן האירוסין יש לומר כן. נקודת הפתיחה של התוספות הינה ההנחה שאכן יש מקום לסברה של "לא כתב כן אלא על מנת לכונסה", אלא שהם מקשים ממכר על הנחה זו. את תירוץ התוספות יש להבין כך:

אדם אינו עושה קניין ומתחייב אלא אם כן ביכולתו להשיג את אשר חפץ. אם מטרת הקניין איננה מתבצעת, יכול כל צד לטעון לביטולו. במקרה של מקח רגיל, הקונה רוצה מהמוכר את החפץ. אמנם, כוונת הקונה הינה להשתמש בחפץ לאחר מכן, אך לכך אין כל קשר למוכר עצמו. המוכר אינו אחראי לשימוש שיעשה הקונה לאחר

הקניין, ולכן מהרגע שנגמרה המכירה, אין המוכר אחראי לנזק שיקרה לחפץ בבעלותו של הקונה, והמכר אינו חוזר.

אולם, קניין הקידושין הוא שונה. האדם אינו עושה קניין לשם הקניין עצמו. אין מטרת המקדש להישאר במצב של קידושין, אלא כל התהליך הזה נעשה על מנת שיוכל לחיות עם אישתו חיי אישות מלאים. על כן, כל עוד לא התקיימה מטרה זו יכול הבעל לטעון ש"לא כתב לה כן אלא על מנת לכונסה". אולם, לפי זה יש לשאול: הרי במסכת בבא קמא אומרים לנו כי האישה יכולה לטעון "אדעתא דהכי לא קידשה", והרי שם היא כבר נישאה וחיה חיי אישות? והנה התוספות יכולים היו לתרץ כאן שמדובר בנפלה לפני יבם מן האירוסין, כפי שתירצו במסכת בבא קמא.

אולם התוספות מתרצים באופן אחר. לפי התוספות במסכת כתובות החילוק בין המקרים הוא שלא אמרו שהאישה יכולה לטעון כך אלא במקרה כזה שלבעל לא היה איכפת מטענה זו, וכגון שכבר נפטר מן העולם, שאז "אינו חושש במה שאירע אחריו". במקרה כזה יכולה האישה לטעון – אף לאחר נישואיה – לביטול הקידושין למפרע. בהסבר הדברים צריך לומר שאומדים לנו את דעתו שאינו חושש בכך, ועל כן יכולה האישה לטעון לביטול קידושיה למפרע בכגון זה.

מתוך דברי התוספות במסכת כתובות למדנו גם חידוש נוסף. התוספות כותבים שבמקח וממכר "אנן סהדי שבאותו ספק היה רוצה ליכנס, ואפילו אם אומר לו אם תיטרף יש לך לקבל הפסד היה לוקחה", ואילו יבמה שנפלה לפני מוכה שחין "באותו ספק מסתמא הייתה נכנסת בשעת קידושין". מדברים אלו עולה שגם במקרה שיש שתי דעות, יש מקום להתחשב באומדן דעת, ואף שגם האיש וגם האישה הינם בחיים. כשמתפתח מצב בלתי-רצוי לאחד הצדדים, יש לשאול האם האפשרות שהמצב שעתה התפתח היה מתפתח, הייתה מונעת ממנה להתחתן. לדוגמה, היינו שואלים את האישה: "אם בשעת הנישואין היינו אומרים לך שיתכן שלעתיד לבוא בעלך ימות ותפלי לפני מוכה שחין להתייבם – האם אז היית נמנעת מלהתחתן עמו בגלל ספק זה?". כיוון שלרוב הציבור התשובה לשאלה כזו הייתה שלילית, שכן ספקות רבים יש בנוגע לעתידם של בני הזוג ואף על פי כן אין הספקות מונעים את החתונה, על כן אין במצב זה שהתרגש על האישה סיבה מספקת לבטל את קידושיה.

אמנם, כל זה דווקא במקום שיש שתי דעות, אך במקום שיש רק דעת אחת – וכגון שהבעל מת ו"אינו חושש במה שיבוא אחריו" – ניתן להפעיל ביטול קידושין אם האישה אומרת שרוצה בכך, כיוון שעתה היא נמצאת במצב שאינו רצוי לה. כלומר: במקום שיש לנו להתחשב רק בדעתה, וודאי לה שלא הייתה מתקדשת אם הייתה יודעת בוודאות שמקרה זה יקרה לה, ניתן לבטל את הקידושין, ואין לנו צריכים לחשב מצב של ספק. כביאור זה נראה קצת אף מתוספות הרא"ש לסוגיה.

אולם לכאורה קשה לומר שאם על צד הספק לא הייתה נישאת לו שעל פי זה נבטל את הקידושין, שהרי בפועל התחתנה עם בעלה, ואם כן ביטלה את כל הספקות בליבה ולא שעתה להם. אמנם, אפשר לטעון שאנו אומרים שלא העלתה ספיקות אלו בליבה כלל, ואם הייתה מעלה על דעתה עניין זה לא הייתה מתחתנת איתו כלל (ובהמשך נרחיב בסברה זו על פי שיטת התורת חיים ואחרים).

וזה עומק כוונת הגמרא במסכת בבא קמא שתירצה "טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו", כי באמת כוונת הגמרא לומר שלמרות שהאישה יודעת שיש לה סכנה שתיפול לפני יבם מוכה שחין, מכל מקום מוכנה היא לקחת סיכון זה על מנת לשבת בצוותא עם בעלה (או שמוכנה היא להתפשר על יבם מוכה שחין ובלבד שתשב בצוותא – לפי פירוש אחר, כמו שיתבאר לקמן). וכשאינו "טב למיתב", משמעות הדבר שאין היא מקבלת דבר בעבור נכונותה להסתכן, ועל כן אין היא נכונה להסתכן כלל. וזהו שקובעים התוספות, שאם יש כאן רק דעת אחת ואין כאן דעת שנייה שבעבורה כדאי לה לאישה להסתכן, אזי יכול בית הדין לקבוע שבעבור המצב שבו היא מוצאת עצמה עתה לא הייתה מוכנה להסתכן (וכן מתברר בשו"ת עבודת הגרשוני (סימן ל"ה)).

לעניין מחלוקת התוספות, לכאורה אפשר לומר שלא נחלקו כלל, והתוספות במסכת בבא קמא רק מביאים מקרה אחד שבו הבעל אינו חושש – כגון שמת מן האירוסין – אך באמת גם במת מן הנישואין מסכימים הם לדברי התוספות במסכת כתובות. לחילופין, בשו"ת בית אב (שביעאי, עזרת אברהם, אבהע"ז, י"ד) סבר שהתוספות בכתובות סוברים כתוספות במסכת בבא קמא, ואין להקל אלא מן האירוסין.

אולם, מזה שהתוספות במסכת כתובות לא תירצו כפי שתירצו במסכת בבא קמא, נראה שאכן חולקים הם, ולפי התוספות במסכת בבא קמא אין כל אפשרות לאישה לבטל את קידושיה לאחר נישואיה משום שקיבלה טובה בעבור הסכמתה, ואם כן ספו תמו כל טענותיה, ואף שהבעל אינו חושש, מכל מקום היא אינה מתנה את קידושיה כלל. לעומת זאת, לפי התוספות במסכת כתובות העובדה שהאישה קיבלה טובה לא מעלה ולא מורידה, והכל תלוי באומדן דעת האישה והאיש, וגם לאחר הנישואין יכולים לאמוד את דעתם ולהחליט על ביטול הקידושין כאשר שייך הדבר.

לסיכום: לדעת התוספות במסכת כתובות ביטול קידושי האישה הינו תוצאה של מעשה בית דין באומדן דעת האישה והאיש, והכרעת בית הדין שאילו הייתה מעלה על דעתה את האפשרות להיכנס למצבה הנוכחי לא הייתה מתחנת מלכתחילה, ושלבעל לא איכפת (וכפי החילוקים בין המקרים השונים); אך לדעת התוספות במסכת בבא קמא יש לומר שרק מן האירוסין יש ביטול, וביטול זה אינו מתוך אומדן דעת האישה ולאחר חקירת בית דין, אלא הוא שכיוון שברור וידוע שלא על דעת כן מתקדשת האישה (ללא כל הנאה) על כן ודאי הקידושין מתבטלים.

והנה, לא מצאנו מי מהראשונים שיפסוק כדברי התוספות במסכת בבא קמא (ורק המרדכי למסכת יבמות (פרק החולץ, רמז ק"ז) מזכיר דבריו), שבאגודה סתם דבריו, ובשיטה מקובצת בשם הרא"ש ובתוספות הרא"ש לא מזכירים אלא את אומדן דעת הבעל ולא את דעת האישה כלל ומחלקים בין דעת אחת לשתי דעות ותו לא. עוד מצאנו שכתב השיטה מקובצת (שם) בשם התוספות רא"ש כדברי התוספות במסכת כתובות (שם), וכן מזכיר שיטה זו המרדכי למסכת כתובות (פרק אף על פי, רמז קע"ו). גם רבי עקיבא איגר כתב בחידושו למסכת בבא קמא (שם) שדברי התוספות (שם) הם דחוקים, ותירוץ התוספות במסכת כתובות הוא הנכון והפשוט.

גם באחרונים תמכו בתירוץ זה של התוספות, ולדוגמה המשנה למלך להלכות זכיה ומתנה לרמב"ם (תחילת פרק ו') כתב בשם מהר"ש הלוי:

"אבל אני הצעיה... אובין ואדון, שהרי אפילו באומדנות שהוזכרו בתלמוד דמוכחי טובא לימדונו רבותינו בעלי התוספות ז"ל דאין להלך אחריהם אלא במקום שאין הדבר תלוי אלא בדעת הנותן, אבל היכא דאיכא דעת אחרת שלא היה מתרצה אדעתא דהכי, אף על גב דגבי אידך איכא אומדנא דלא עבד אלא אדעתא דהכי, כל שלא פירש לא מהני האומדנא כדמוכח מדבריהם בפרק הגזול... ובפרק נערה... דארוסתו... לא חשיבי דעת אחרת... דאף על גב דאיכא נמי דעת המקדש, מכל מקום כיון שהוא לא יחוש במה שיארע אחר מותו, הכי נמי גבי כותב לארוסה הוא לא הקפיד בהכי במה שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה כיון דלא מפסדא מידי... וכיון שהוא אינו מקפיד סמכינן אומדנא... וכל מקום שאיכא למימר שאין הדבר תלוי אלא בדעתו ודאי אנן סהדי שאינו רוצה להיכנס בשום ספק וסמכינן אומדנא כיון שאין שכנגדו מקפיד במה שיארע אחר כך...".

מדבריו למדנו שכך הוא מפרש אף את התוספות במסכת בבא קמא (והנראה לעניות דעתנו כתבנו לעיל), וכן הביא הנתיבות המשפט (חו"מ, ר"ל, ביאורים, סק"א) שדנים דין אומדנא (ובהמשך יבואר באריכות דין זה).

לסיכום פרק זה, למדנו שנחלקו הראשונים אם דנים דין אומדנא לאחר מיתת הבעל לבטל קידושי אישה על פי אומדן דעתה בשעת הנישואין, והלכה למעשה כתבו רוב מניין ורוב בניין הראשונים שיש מקום לדון דין זה מהבחינה העקרונית, וכן הסכימו כמה אחרונים. כן למדנו שלמעשה ביבם מוכה שחין אין מקום לדון ביטול קידושין, אך מעיקר הדין יש מקום לביטול הקידושין מן האירוסין לכל הדעות. אמנם, כל זה להלכה, אך למעשה מצאנו עוד מתקופת הגאונים שדנו אם ניתן ליישם כלל זה באיזה שהוא אופן על מקרה ממשי, וכגון אישה שמת בעלה ונפלה לפני יבם מומר, וכאן נחלקו אם יש מקום לחידוש זה אם לאו.

פרק ב': שיטת המהר"ם מרוטנבורג לעניין ביטול קידושין ביבם מומר

כתב בספר הלכות גדולות (סימן כ"ח, הלכות יבמות): "שומרת יבם דנפלה קמיה משומד לא משתריא לעלמא עד דחליץ לה, דהא בקדושתיה, דקיימא לן דאי מקדיש תפסין ליה קידושי". כדברי בעל הלכות גדולות מצאנו בכמה

תשובות של הגאונים, שכן הוא בשערי צדק (חלק ג', שער א', סימן כ"ח) בשם רבי חנוך ברבי משה, וכן פסק רב פלוני גאון (שם, סימן נ') אף בשעת הדחק: "ושאלתם: שני אחים אחד יהודי ואחד משומד, עמד אותו יהודי ארש אישה, ונפטר, ואחיו המשומד בארץ ברביים ויש לו שני בנים ונשתקע שם בין הגויים, והמקום רחוק אין השיירות מצויות, והארוסה יושבת עגונה. יש לה תקנה?", והשיב שם שאין לה תקנה אלא בחליצה. כן מובא שם (סימן נ"ג) בשם רב הילאי גאון, וכן הביא באוצר הגאונים מספר המקצועות ומספר הפרדס ומהריטב"א, שכולם כתבו כדבר פשוט שיש לאישה זו צורך בחליצה מאחי בעלה המשומד. וכן הביא המרדכי למסכת יבמות (פרק החולץ, סימנים כ"ח-כ"ט), וכן פסק בשו"ת תרומת הדשן (סימן רכ"ג).

והנה, מצאנו בתשובות גאוני מזרח ומערב (סימן קפ"ב) תשובה מרבי חנוך בזה הלשון:

"ושאלתם: מי שנשא אשה ויש לו אח משומד בין שהיה משומד קודם שנשא או שנשתמד לאחר שנשא וכל העניין. הוי יודע דכל היכא דאשתמד אחוא קודם שנשא מבדל בדיל מיניה משום דנפק ליה מתורתו... ולא רמי לא מצוה עליה ואיתעקרא ליה זיקא דנישואין דאחיו לבסוף מיניה ואין אשת אחיו זקוקה ליבום, ואית עלה מיהא זיקא דאורייתא. מיהא אסיר ליה ליבומי לאותו משומד, ולעלמא לא משתריא עד דחליץ, מאי טעמא? דמשעה דאיקדשא לאחיו חיילה עלה זיקא, דאמר נישואין הראשונים מפילין. הילכך, חליץ לה אותו משומד ומותרת לעולם".

תשובה זו כולה קשה מתחילתה ועד סופה, שבתחילתה אינו מחלק בין משומד לשאינו משומד, ולאחר מכן מדבר במי שהשתמד קודם שנישא אחיו, אך מסוף התשובה משמע שדן דווקא במי שהשתמד לאחר הנישואין. במהדיר שם הרגיש בכך, וכתב שלדעתו ברור שהתשובה חסרה והיא עוסקת במומר בין שהשתמד לפני נישואי אחיו ובין לאחר נישואי אחיו, או שבשאלה הסתפקו אם השתמד לפני או אחרי, ומכל מקום פסקת רבי חנוך הינה לאסור בשניהם, שאף אם השתמד לפני נישואי אחיו עדיין נופלת היא לפניו ליבום, וכל שכן אם השתמד לאחר נישואיו.

אולם, מלבד שהנוסחה המקורית קשה כאמור, אף לאחר הגהות המהדיר התשובה קשה, כי לפי התשובה אם השתמד לאחר הנישואין הוא קל יותר מאשר אם השתמד לפני הנישואין, וטעם הדבר משום שנישואין הראשונים מפילים. וזה קשה, כי במסכת יבמות (י"ג.) נחלקו התנאים אם הנישואין מפילים את היבמה לפני היבם או מיתת הבעל מפילה, והיינו שנחלקו אם הזיקה בין האישה לבין אחי הבעל נוצרת משעת נישואי האישה לבעלה או מרגע מיתת הבעל. להלכה נפסק ברמב"ם בהלכות יבום וחליצה (ו', כ"א) שמיתת הבעל מפילה, וכן פסק השולחן ערוך (אבהע"ז, קע"ג, ז'), וכן כתב מפורש הערוך השולחן (שם, סעיף ט"ז).

ועתה, נראה שדעת רבי חנוך לומר שמשום שהנישואין מפילים את היבמה לפני האת, כך שהזיקה נוצרת משעת הנישואין, על כן היה מקום לחלק בין נשתמד האח קודם הנישואין או לאחריהם, שאם נשתמד קודם הנישואין זיקת האישה נוצרה כשכבר היה משומד ושמה נאמר שאינו בכלל אחיו ואין לה זיקה אליו כלל, ואילו אם נשתמד לאחר הנישואין הרי נקשרה באח בעודו יהודי כשר ועל כן ברור שיש ביניהם זיקה. אמנם לפי מה שנפסק להלכה כמובא לעיל חשבון זה אינו עולה יפה, כי לא הנישואין מפילים אלא מיתת הבעל מפילה, ואם כן שווה דין מי שנשתמד לפני הנישואין לדינו של מי שנשתמד לאחריהם. אכן אפשר היה לומר שדעת רבי חנוך לפסוק כדעה שהנישואין מפילים ולא שמיתת הבעל מפלת, אך זה קשה כי למה יבחר לפסוק כברייתא כנגד המשנה, וצריך עיון (וכן הקשה בשו"ת תרומת הדשן (שם)).

אמנם לאחר העיון נראה שבאמת כן הייתה דעתם של חלק מהגאונים לפסוק כברייתא שנישואין מפילים ולא מיתתה, ועל פי זה רצו לחלק כנ"ל שהכל תלוי אם היה משומד לפני הנישואין או שהשתמד לאחריהם, וכן הביאו העיטור (אות ג', גט חליצה) והכלבו (סימן קמ"ו) בשם רב יהודאי גאון, וכן הביא באוצר הגאונים (שם) תשובה מגנוזי שכטר שעניינה כנ"ל.

והנה באור זרוע (הלכות יבום וקידושין, סימן תר"ה) הביא שיטה זו בהרחבה בשם רב נחשון גאון וספר בשר על גבי גחלים, ולאחר מכן הביא מ"תשובת רבותינו" להטעים שיטה זו בכמה טענות, וזה לשונו:

"אבל אם בשעת קידושין אותו יבם – מומר היה, מי איכא למימר אדעתא דרבנן מקדש וקיימי רבנן ומתקני מלתא דאתי בה לידי תקלה? ותורה שכתבה "כי ישבו אחים יחדיו ומת אחד מהם וגו' יבמה יבא עליה" – מי קאמר אפילו הוא מומר יבוא עליה? והא כתיב: "דרכיה דרכי נועם!" אלא מקיש ישיבת אחים

להדדי, ומה מת אחד מהם – ביהדות, אף יבמה יבוא עליה – ביהדות... מאי אמרת? דלמא הדר ביה וקא רמיא עליה מצות יבום? כיון דנישואין הראשונים לא הפילו ומיתה נמי לא הפילה דאכתי מומר הוה, אי הדר ביה בתר הכי לא משגחין... ואף על פי דלא הוצרכו לשהודי על תשובת הגאונים, שכדי הוא לסמוך עליהם, כתבנו לדידינו לפי מיעוט דעתינו סמך וראיה, וליכא לאוזוי כלל מינה, והמקום ברוך הוא יאיר עינינו בתורתו".

האור זרוע דייק מדברי התשובה הנ"ל שלפיה נהפך הדין, כי לעיל ראינו תשובת רבי חנוך לפי הסברה שנישואין מפילים, אך מתשובה זו נראה שמיתה מפלת שהרי תלה הדבר באם היה האח מומר בשעת מיתה ולא בשעת נישואין, ועל זה כתב האור זרוע שאף הוא סובר כן, ושכן דעת רבינו חננאל שפסק שמיתה מפלת. והוסיף שאולי אף דעת שאר הגאונים כן, וכיוונו לומר שהאח לא רק מומר בשעת נישואין אלא מומר אף בשעת מיתה, ובאמת מיתה מפלת. הצד השווה שבשתי השיטות שדין היבמה תלוי בדין נפילתה לפני היבם (וכן העלה הרב שלמה דוד כהנא במכתבו לגרי"א הרצוג, ונראה שאף הרב הרצוג הסכים לו (פסקים וכתבים, ח', סימנים ר"ח-ר"ט, ונספחות סימן י"ח)).

כך גם החזיק המהר"י מינץ בתשובה ארוכה (סימן י"ב) לחלק בין היה מומר בשעת הנישואין לבין אם לא היה, וסיים שם: "ובמטו שאל יאשימני שום אדם על מה שהארכתי ובהרבה מקומות כפלתי הדברים ללא צריך, כי הסיבה היא שהוראה זו דבר חידוש היא, והנוסחאות מן התשובות מוטעות מן הסופרים ולא הוגהו. וגם צריך עיון רב עם מה שרבו בה הדיעות, ואל דעות יצילנו משגיאות ויראינו ישועות הניבאות".

אמנם, כאמור לעיל הרבה גאונים לא חילקו בזה כלל, ואף רש"י בתשובה (מובא בתשובות מהר"ם מרוטנבורג ד', תנ"ו)) סתר דבריהם, וכתב לחייב חליצה בכל עניין:

"והתשובה הנמצאת בתשובת הגאונים שאם נשתמד בשעה שקידשה אינה צריכה חליצה דקידושין ונישואים הראשונים מפילים לחליצה וליבום – אין לסמוך עליהם, דדבריהם סותרים זה את זה; שאם זיקתו זיקה וחליצתו חליצה לאחר שנשתמד – מה לי קידשה קודם לכן, מה לי קידשה אחר כך? הרי הוא מחזיקו כישראל גמור להיות חליצתו חליצה!".

אכן, רבים הקשו על חידוש זה של הגאונים, ולדוגמה הטור (אבהע"ז, קנ"ז) הביא דברי החולקים, וכן הסכים בדרכי משה (שם, אות ד'), ואף הב"ח כתב באריכות לאסור, והביא ראיה לדבריו, וכתב שכן דעת הסמ"ג והרמב"ם (וכן דעת המהריט"ץ בתשובה (סימן י"ג)), אך בשו"ת הרד"ך (בית ט', אות ו') חלק על זה וכתב שאין זה מוכח מדבריהם). וכן נפסק בשולחן ערוך (שם, סעיף ד') ובשו"ת מהריט"ץ (סימנים י"ג ור"א). ובס' שלמה (יבמות, פרק ד', אות כ"ב) כתב להחמיר לכתחילה ביבם כרש"י, ולהקל בדיעבד כגאונים.

רק בשו"ת שאילת יעבץ (א', כ"ח) מצאנו שהליץ בעד שיטת הגאונים אף לכתחילה, וכתב שנראה לו שיסוד דברים הוא הפקעת קידושין, שכן כוחם היה גדול לחדש דין על פי זה, אך לא מצאנו לו חבר מלבד הנצי"ב בשו"ת משיב דבר (ד', ע"ה) שאף הוא ניסה להסביר שיטתם ורמזו אף הוא לדברי היעב"ץ; ומכל מקום סיים שם: "אכן, חלילה לי להוציא הוראה נגד גאוני בתראי כשאני לעצמי, אך אם יסכימו גאוני הדור ה' עליהם יחיו דכדאי כמה גאוני קדמאי לסמוך עליהם בשעת הדחק, בזו ההוראה הנני להצטרף עמהם. וה' יעמידנו על קרן האמת וישמור רגלינו מלכד בהוראה חס ושלום, ושלום על ישראל, ולא ישארו אחותינו עגונות לעולם". אם כן אף הוא לא סמך עליהם למעשה.

הערוך השולחן (שם, סעיפים ח'–ט') כתב אף הוא לתמוה על סברת המתירים, ועוד יש להאריך הרבה בדין זה, ודנו בזה בשו"ת בצל החכמה (א', מ"ה) ובשו"ת ציץ אליעזר (ט', מ"ב). ובשו"ת יביע אומר (ט', אבהע"ז, ל"ו) סבר שיש מקום להקל כגאונים בצירוף עוד סניפים, עיין שם. ועוד יש לעיין בתשובותיהם של הרב שלום משאש והרב שאול ישראלי המובאים בחוברת ברקאי (גיליון ו'), והודפסו עוד בשו"ת שמש ומגן (ב', אבהע"ז, א'–ג'). סוף דבר הכל נשמע, שקשה לסמוך על שיטת הגאונים, בין מצד מה שחולקים עליה רבים, ובין מצד הסברה שבה.

אחר הודיענו ה' כל זאת, נחזה נא מה שכתב בתשובת מהר"ם מרוטנבורג (ד', תקס"ד) בעניין זה, וזה לשונו:

"מצאתי כתוב בתשובת הגאונים: יבמה שנפלה לפני משומד דפטורה מן החליצה ומן היבום היכא דליכא

יבם אחר אלא הוא, ולא הביאו שום ראייה לדבריהם. ופירש רש"י דלא סמכינן עליהו כלל... ונראה להביא ראייה מדאמר... "אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה..." ומשני: מינח ניח לה, טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו. אם כן, גבי משומד דליכא למימר הכי, דאנן סהדי דלא ניחא לה להתייבם לו כי יעבירנה על דת לבוא בגויות".

יפה הדגיש הב"ח (שם) בדבריו שאין טעם זה שייך לשאר הטעמים שראינו בגאונים להתייבם, וזהו טעם חדש, כי דברי הגאונים המקילים נסמכים על היתר בדיני יבום, אלא שהיתר זה אינו מובא בגמרא כלל ואין לו מקור אלא מהגאונים והלאה, וכבר ראינו מה שהקשו על טעם זה רבות. אולם, טעם זה של המהר"ם הוא מדין הסוגיה במסכת בבא קמא (שם), ודעתו שגם אם אין לנו לסמוך בנפלה לפני מוכה שחין שדעתה הייתה שלא להתקדש במקרה כזה, מכל מקום בנפלה לפני מומר ודאי אפשר לומר אנן סהדי ולבטל קידושיה למפרע, ולא תצטרך חליצה מהיבם (אמנם יש להעיר משו"ת דברי חיים לאדמו"ר מצאנז (אבהע"ז ב', ק"ע), שלדעתו טעם המהר"ם בנוי על שיטת הגאונים, וגם בשו"ת נחלי מים (שם) נוטה לומר כן, אך בשו"ת משיב דבר (שם) כתב כדעת הב"ח שדעת מהר"ם היא דעה שונה ועצמאית מדעת הגאונים, וכן הסכים בשו"ת היכל יצחק (שם)).

אמנם, במרדכי (שם, רמז ל') כתב: "וכתב הר"ם: אף על פי שהבאתי ראייה לדברי הגאונים, לא מלאני ליבי לעבור על דברי רש"י כאשר בא מזה מעשה לידני", ועוד כתב במרדכי (שם, רמז ק"ז) שלכאורה דברי מהר"ם נסתרים מדברי התוספות שהעמידו כל הסוגיה במסכת בבא קמא בארוסה ולא בנשואה. אך בשו"ת מהר"י מינץ (שם) סתר דברי רש"י, והביא ראיות וסברות להקל, וכתב שאילו היה רש"י רואה שדבריו נסתרים היה חוזר בו, ושאו גם מהר"ם היה מחזק פסקו להתיר:

"ואיכא למימר אילו שמע רש"י תירוצם על סתירתו וקושייתו וטעמיו היו גופיה הדר ביה, וכל שכן מהר"ם שהיה סומך על ראייתו והיה גם כן מתיר כשבא מעשה לידו כי... לא היה כותב מהר"ם לא מלאני לבי לעבור על דברי רש"י אלא היה מתיר כדברי הגאונים, כי כדי הם לסמוך עליהם אם נתנו טעם לדבריהם".

והנה, בשו"ת נודע ביהודה (מהדורא קמא, אבהע"ז, סוף סימן נ"ד) כתב שמהר"ם ודאי חולק על התוספות במסכת בבא קמא וסובר שדברי הגמרא הם אף בנשואה, אך בשו"ת חתם סופר (ד', ע"ד) כתב שאין צורך בזה, ובפשיטות יש לומר שהטעמים לחלק בין נשואה לארוסה במוכה שחין אינם שייכים ביבם מומר (וכעין זה בסוף שו"ת בית הלוי (ג', ג')) שסבר שהחילוק של התוספות בין ארוסה לנשואה הוא לא בדווקא, אלא בסברה (שבארוסה יש דעת אחת ובנשואה יש שתי דעות); ובמקום ששייכת הסברה, אף מן הנישואין אפשר לומר שהתבטלו הקידושים, וכגון בטעתה בבעל, שבטענת מקח טעות אין חשובה אלא דעת אחת. וכן הביא בשו"ת אהל משה (ב', קכ"ג)).

לפי הנ"ל יוצא שלדעת הנודע ביהודה בדברי מהר"ם יש תמיכה בשיטת התוספות במסכת כתובות, ואילו לשאר האחרונים שהוזכרו אין מכאן ראייה – ומכל מקום לפי דבריהם התוספות במסכת בבא קמא אינם חולקים על התוספות במסכת כתובות, כי לשניהם הולכים אחר הסברה, ואם כן התירוץ בתוספות במסכת בבא קמא אינו אלא מקרה פרטי של הכלל המוזכר בתוספות במסכת כתובות (כמו שהוזכרה לעיל אפשרות זו). כך או כך, דעת המהר"ם נראית ברורה שאף מן הנישואין יש מקום לומר "אדעתא דהכי לא קידשה נפשה".

אמנם בעיקר דברי מהר"ם נחלקו ראשונים ואחרונים, שהמרדכי (שם) כתב שנראה מדברי מהר"ם שלפי דבריו אין חילוק מתי נשתמד האח, שכל שהוא מומר בשעה שצריכה האישה חליצה אינו זוקק אותה. ומאידך, בשו"ת מהר"י מינץ (שם) מביא שמצא בשם רבי אברהם הגדול, שהביא מחידושי רבו המהר"ם כלשון זו: "דאנן סהדי דלא ניחא לה להתייבם לו כי יעבירנה על דת, אדעתא דהכי לא קדשה נפשה מעיקרא היכי דמומר היה בשעה שנתקדשה לאחיו, דאסקא אדעתא והוה ליה כאילו התניתה על מנת שלא תתייבם לו". ולפי זה דעת מהר"ם להתיר דווקא כשהיה האח משומד בשעת הנישואין ולא אם נשתמד לאחר מכן.

אולם, בשו"ת שרידי אש (א', צ') הביא ראייה שדברי מהר"ם הם בכל עניין מדברי התוספות (במסכתות כתובות ובבא קמא הנ"ל), שהקשו ממקח וממכר שאין המכר חוזר אף אם נופל פגם בדבר הנמכר, והרי שם ברור שהמום לא נפל קודם למכירה ונתגלה לאחר המכירה אלא המום נפל לאחר המכירה; ואם כן יש להשוות ולומר שאף לעניין פגם שנופל באיש או באישה אין לחלק בין נפל הפגם קודם הנישואין או לאחריהם. כך גם נראה משו"ת אבני דק (אבהע"ז, נ"ה).

נראה שאף מסתימת דברי מהר"ם יוצא שלא חילק בדבר, ועוד שאז יתורץ מה שהקשו רבים על המהר"ם מהתוספות במסכת בבא קמא (וכגון המרדכי (שם) והערוך השולחן (שם)), כי אם שיטתו מבוססת על מה שנאמר שם הרי שיש להקשות עליו שהתוספות אמרו רק בארוסה וכו', ואז הכל משום מקח טעות שלא קיבלה שום טובה מקידושין אלו. אולם אם נאמר שהמהר"ם הלך בדרכם של התוספות במסכת כתובות, הרי שכל מה שדנו האחרונים אם לקבל שיטת מהר"ם אם לאו מכח שקשה עליו קושיית התוספות אינו קשה, שהרי המהר"ם דן בשאלה אחרת, אם אפשר לאמוד את דעתה של האישה למפרע, ואין זה קשור לדברי התוספות במסכת בבא קמא שדן בעצם ההתקשרות בשעת הקידושין.

לפי הבנה זו, אין זה משנה כלל מתי נעשה האח מומר, ואדרבה לכאורה היה מקום לומר שאם נעשה האח מומר לאחר הנישואין שזה אף מועיל יותר לצורך ההיתר, כי אם היה האח מומר בשעת הנישואין ואף על פי כן התחתנה הרי הייתה מודעת לספק האפשרי ולמרות זאת לא נמנעה מלהתחתן עם בעלה; אך כשהאח יצא לתרבות רעה לאחר הנישואין ודאי יכולה לטעון שלא היה לה להעלות על דעתה כדבר הזה, ועל כן פטורה היא מלקבל גט. וכך כתב הגרי"א הרצוג (פסקים וכתבים, ח', סימן ר"ח וסימן ר"כ): "ואם משום אדעתא דהכי וכו', הרי כשהיה האח מומר בשעת הנישואין גרע טפי, שידעה שיש אח מומר ולא באה לשאול לסדר לה קידושין על תנאי וכו', שהיתה צריכה לחוש שמא ימות בלי זרע של קיימא ותיפול לפני המומר".

מכל מקום, לכל הפחות נאמר שאין חילוק בין מקרה אחד למשנהו, ובשניהם נוכל לטעון שאומדים אנו את דעתה שבבירור לא הייתה רוצה להתחתן אם הייתה יודעת שיש אף ספק שתיפול לפני האח המומר. וכדיעה זו נראה משו"ת הרד"ך (שם, אות ב' ואות ז').

(אמנם יש מקום לפרש את דברי מהר"ם בלא הכירה שיש לו אח מומר, ואז מתהפכות היוצרות, כי אם לא הכירה אז ודאי שיש עדיפות כשנעשה מומר קודם הנישואין לנעשה מומר לאחר הנישואין, כי אם קודם הנישואין יכולה לטעון טענת מקח טעות, ואם לאחר הנישואין לכאורה אין כאן כל מקום לטענת מקח טעות; אך למעשה נראה כנ"ל).

לסיכום הדברים בנפלה לפני יבם מומר: עיקר דחיית השולחן ערוך (שם) את שיטת המקילים הוא דווקא במי שרצה לומר שזהו דין בדיני ייבום, ואת זה באמת דחו כל האחרונים, אך את שיטת מהר"ם שבא להתיר מצד דיני קידושין לא דחו כל האחרונים. אמנם, בשו"ת דברי חיים (שם) כתב שאין פוסקים כמהר"ם, ובשו"ת משיב דבר (שם) כתב שכיוון שמהר"ם עצמו לא סמך לעשות מעשה אף אנו לא יכולים לסמוך על דבריו; אך בבית יוסף לא סתר את דברי מהר"ם, ומהב"ח נראה שיש מקום לדברי המהר"ם, וכן דעת המהר"י מיניץ.

כן נראה משו"ת חתם סופר בשתי תשובות (ד', ע"ד; ד', פ"ח) שיש מקום לסמוך על טעמו של מהר"ם מעיקר הדין, אף כי למעשה (סימן פ"ח) לא נראה שסמך על כך. וכן בשו"ת מהרש"ם (א', י"ד) מצרף שיטת מהר"ם להקל, ובשו"ת היכל יצחק (שם) כתב לסמוך על המהר"ם בשעת הדחק גדולה כגון שיש כאן חשש עיגון עולמי. ובמקום אחר (פסקים וכתבים, ו', ל"א) כתב לעניין הרד"ך והב"ח המקילים: "אבל הם לא קטלי קני באגמא, אלא פוסקים מובהקים וראוי לצרפם על כל פנים לסניף", וכן פסק בשו"ת היכל יצחק (אבהע"ז ב', כ'), וכן כתב בשו"ת חלקת יעקב (אבהע"ז, קי"ד).

יותר מזה מצאנו לגאון הרב משה פינשטיין בשו"ת אגרות משה (אבהע"ז ד', קכ"א) שבמקרה מובהק שהבעל יצא למלחמה כמעט מיד אחר נישואיו והיה ידוע לו ולאישתו שכך יהיה, ומת במלחמה; ואף על פי שהיה ידוע לה שיש לבעלה אח מומר לפני הנישואין מכל מקום כתב הגרמ"פ לסמוך על דברי מהר"ם להתיר כי בזה ברור הדבר מעבר לכל ספק כי לא לחיים במציאות כזו התחתנה האישה, "שברור לכל שבשביל זמן מועט דימים ואפילו חודשים לא תתרחש שום אשה לינשא, אף שטב למיתב טן דו" (אמנם עיין בדברי הגר"ש משאש בחוברת ברקאי (גיליון ו') שתמה מאוד על דברי הגרמ"פ, ועל דברי הרב שאול ישראלי שהחזיק בשיטת הגרמ"פ באותו גיליון). ובהמשך דברינו נראה עוד אחרונים רבים שסמכו על אומדן דעת האיש והאישה.

מכל הנ"ל יוצא שיותר נראה להסביר את שיטת המהר"ם כקשורה בדיני אומדן דעת האישה, ולא כדין מקח טעות, וכן נראה מפשטות לשונו שהרי לא חילק כלל בין היה האח משומד קודם הנישואין לבין לא היה, ובין הכירה בכך שהוא משומד ללא הכירה. אף מצאנו בחידושי הפנים מאירות למסכת בבא קמא (ק"י:) שהביא לכך

ראיה מופלאה מדברי ההגהות מרדכי למסכת יבמות (סימן כ"ט), ואם כן נמצאנו למדים שהמהר"ם סובר שיש לאמוד את דעת האישה, ואף מן הנישואין, ואף אם היבם נעשה משומד לאחר נישואי האישה. דעתו, כאמור לעיל, מצטרפת לדעת התוספות במסכת כתובות, שכבר כתבנו לעיל שנראה כמותה להלכה על פי רוב ככל הפוסקים.

עוד נראה להוכיח שמצד דיני קידושין יש יותר מקום לדבר (לעניין מומר), ממה שבדרכי משה (אות ה') הביא דברי מהר"י בר"ן – ונפקו ברמ"א על השולחן ערוך (שם) – להתיר תנאי כפול בשעת הקידושין שלא להתייבם ליבם מומה. ועוד יש להזכיר מה שכתב המהרי"ק (סימן קע"ה) שבהצטרף עד אחד על מיתת היבם יש לסמוך על דברי המהר"ם להתיר את האישה ללא חליצה, והביאו בדרכי משה (שם, אות ד'), וכן כתב בשו"ת שאילת יעבץ (א', סימנים כ"ט, ל' ול"ב).

פרק ג': טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו

בפרקים הקודמים ביררנו את עצם האפשרות לאמוד את דעת האישה ולבטל את הקידושין למפרע, אלא שמכל מקום ראינו שהסוגיה במסכת בבא קמא (שם) מביאה את דברי ריש לקיש: "טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו", כהסבר לכך שאין אנו אומרים שיתבטלו קידושיה של אישה שנפלה לפני יבם מוכה שחין למרות האפשרות העקרונית. עתה יש לנו לברר את משמעותה של קביעה זו.

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). ברוח זו ביאר אף במקום אחר (שם ז', ד"ה "טן דו"): "ואפילו אינו לה אלא לצוות בעלמא", ומפשט 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 בישיבה יחד).

כך אפשר להבין גם מדברי הראב"ה למסכת כתובות המובא במרדכי (סימן ר"א): "אף על גב דנכפה לגבי אשה מום הוי, משם אין ראייה להחשיבו מום 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"ח:), שהביאו שם דברי ריש לקיש עם עוד דברים מרבתינו האמוראים: "אמר ריש לקיש: טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו. אביי אמר: דשומשמנא גברא, כורסיה בי חרתא רמו לה. רב פפא אמר: דנפצא גברא, תיקרי בסיפי בבא ותיתיב. רב אשי אמר: דקולסא גברא, לא בעיא טלפחי לקידרא. תנא: וכולן מזנות ותולות בבעליהן". ביאור דברים אלו נמצא בתשובת הגאונים (הרכבי, סימן ל"ג) בזו הלשון:

"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 – "דשומנא גברא"..." "שומנא" – 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 נפאי 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".

(בשולי דבריהם נעיר כי רש"י במסכת כתובות (ע"ה.) ביאר (ד"ה "קולסא") ש"קולסא" הוא מי שבא "ממשפחת דופי", כלומר שיש שמץ פסול בייחוסו).

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, ואלו דברים חריפים ביותר. אם כנים הדברים שראינו ברש"י לעיל, שאפילו לצוות בלבד רוצה האישה בבעלה, אפשר לומר שדבריו אינם אלא מסקנת סוגיה זו; וכמעט מחויב הוא שכך סובר רש"י, שהרי עוד כתב במסכת קידושין (מ"ה:), ד"ה "שמא") סברת "טב למיתב" בדעת האב בקידושי בתו, ולאב הרי ברור שלא שייכת סברה זו אלא בכגון זה שהוא רוצה שלבתו תהא עם מי לחיות את חייה, ותו לא. עוד מצאנו שכתב כן הערוך לנר בספרו למסכת יבמות (שם):

"הני ארבעה מילי דקאמר, יש לומר דעל ידי ארבעה דברים אפשר שהבעל ואישתו אינם נוחים זה לזה: או על ידי מחלוקת שביניהם, או על ידי שמאוס הוא לה על ידי מומין שבו, או על ידי אומנתו, או על ידי פסול משפחתו. וכנגד כולם אמר דניחא לה בבעל כל דהו, דנגד מחלוקת קאמר ריש לקיש דעיקר תכלית איש ואישתו היא להיותם כבשר אחד... ואם הם כשניים אז נראה שיש פירוד ביניהם, וזהו דקאמר... אפילו לישב כשניים בפירוד לבבות, מכל מקום ניחא לה מלמיתב ארמלו. ואביי אמר דאם קטן כנמלה הוא דאין ביזוי גדול מזה, מכל מקום ניחא לה. ורב פפא איירי מביזוי על ידי אומנתו, ורב אשי מביזוי על ידי פסול משפחתו. ואף על פי כן, כולם ניחא להו בבעל".

אך בערוך (ערך "טנדו") יש לעיין, שכתב: "פירש רבינו חננאל: טוב לאישה לישב באישות ואפילו בעלה כעור ופעוט מלמיתב ארמלו. פירוש אחר: "טן" – גוף, "דו" – שניים". פירושו השני של הערוך הוא פירושו של רש"י, אך פירושו הראשון נראה שונה במקצת, כי שם נראה שאין האישה רוצה אותו רק לצוותא לבד, אלא שרוצה אותו לאישות או לעניין מסוים, ואינה משגיחה כל כך ביופיו של האיש, אך מכל מקום אין היא מתפשרת בכל אופן. כגון זה מצאנו בפירוש רבינו חננאל בן שמואל למסכת קידושין (מ"א.): "ודרך משל אמר, שהנשים אומרות מוטב לאשה להיות יושבת עם הבעל שהן שני גופין בבית אחד מלהיות יושבת לבדה, שהבעל עושה כל צורכי הבית שהאישה צריכה להם". מדבריו ברור שהאישה אינה רוצה את האיש רק לצוות, אלא שצריכה אותו לעניינים וצרכים מסוימים, וודאי יש לה ציפיות ממנו.

עוד נמצא פירוש שלישי בדברי רבינו יהונתן מלונגל על הרי"ף למסכת קידושין (שם), וזה לשונו: "משל לנשים שאומרות: טוב לשבת במדבר בשני גופין מלהיות ביישוב אלמנה יחידה. "טן" – מדבר, "דו" – שני גופין". נראה שכוונת רבינו יהונתן לומר שהאישה רוצה קשר נפשי ורגשי עם בעלה, ועדיף לה קשר זה מכל ענייני העולם האחרים, ועל כן מעדיפה היא לשבת אפילו במדבר במקום שאין איש וליהנות מחברת בעלה, מאשר לשבת במקום יישוב לבד ובעצמה.

במהות עניין זה מצאנו סתירה גדולה בין הסוגיות, כי כבר נתבאר שבכמה מקומות אמרו שנוח לה לאישה לשבת עם בעלה אף אם יש בו פגמים מפגמים שונים, ואם נלך על פי שיטת רש"י אין גבול לדבר, ותמיד נאמר שעדיף לה להיות נשואה ושיהיה לה האיש לצוות. אף לשיטת שאר הראשונים הרי ברוב המקרים יש איזה שהוא קשר נפשי בין האישה לבעלה, והבעל עוזר בצורכי הבית באופנים כאלו ואחרים, ולפי זה נראה שסברת "טב למיתב" היא סברה גמורה שאין בה סייג.

אמנם, מאידך הרי למדנו במסכת קידושין (שם) דין אחר: "אסור לאדם שיקדש את בתו כשהיא קטנה, עד שתגדל ותאמר בפלוני אני רוצה", והקשו הראשונים: מדוע לא נאמר אף לקטנה "טב למיתב", ומדוע נחשוש שלכשתגדל תמאס בקידושין ולא תרצה בהם? ושלושה תירוצים בדבר:

(א) התוספות (שם, ד"ה "אסור") תירצו שלא אומרים "טב למיתב" אלא לאחר שהתרצתה להנשא, אך קטנה שמשיאין אותה יש לחשוש שלא תתרצה. כן תירצו הרשב"א בתירוץ הראשון והנימוקי יוסף ותוספות הרא"ש ותוספות רבינו שמואל ותלמיד הרשב"א (שם), והריטב"א (שם) הוסיף שגדולה יש לה דעת להכיר את בעלה ויכולה לשאול ולברר עליו.

(ב) הרשב"א (שם) בתירוץ השני תירץ שבקטנה יש לחשוש שילחשו על אוזנה דברים רעים על בעלה, וכיוון שהיא נוחה להתפתות לא תרצה בו. כן כתב גם המאירי, וכן הביא המהר"י בירב בחידושו בשם הראב"ד.

(ג) בתוספות ר"י הזקן (שם) הקשה על התירוץ הראשון, שלפי זה החילוק הוא בין גדולה לקטנה, ואילו בברייתא נאמר שצריכה לומר "בפלוני אני רוצה", ומכאן שהחילוק הוא בין אם היא רצתה ובחירה להינשא, או אם עושים בעבורה. על כן ביאר שם שבאמת כך יש לחלק, שאם עושה בעצמה יכולה להתקדש ולהינשא אפילו כשהיא קטנה, ואם עושים בשבילה אין "טב למיתב" מועיל לומר שיכולים לקדשה אף כשהיא גדולה (ובשיטה לתלמיד הרשב"א תירץ קושייתו, כמבואר שם).

לפי הנ"ל יוצא כי רוב הראשונים סוברים כתירוץ הראשון, שיש לחלק בין גדולה לקטנה, וטעם החילוק הוא מפני שהגדולה יש בה דעת להכיר אם היא רוצה להינשא לאיש זה, מה שאין כן הקטנה שאין לה דעת; וכמו שביאר רבינו יהונתן מלונלי: "ואף על גב דאמרינן דבאישה איסורא ליכא, הני מילי היכא שיודעת מי האיש ומאיזה משפחה הוא ואף על פי שלא תראהו אם יש בו צורת פנים נכבדת אינה מקפדת בכך, אבל בלא דעתה כלל שאינה יודעת כלל מי הוא עד שתינשא – בהא ודאי מקפדת ומקפדת". וכן בחידושי מהר"י בירב כתב: "לאו למימרא שתהא צריכה לראותו, אלא שייטב בעיניה משפחתו וענייניו ומעשיו, וכשהיא קטנה לא תבין עד שתגדיל".

כך גם כתב הרב רחמים הכהן בספרו פרחי כהונה למסכת קידושין (שם):

"ויש להמתיק עוד הדברים על דרך זה, דהנה יש שתי סיבות של גנאי: האחת מסיבת שהוא כעור או כעורה, והשנית לעניין המעשים שלו או שלה. והנה, לסיבה הראשונה צריך ראייה בעין דהכל לפי רצון האדם, אבל הסיבה השנייה אפילו בשמיעה מהני. ואם כן, לעיל עיקר האיסור הוא מפני כיעור, כדקאמר: "עד שיראנה", ובוזה ליכא חששא שמא תתגנה רק באיש ולא באישה משום דטב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו, כיון דעל כל פנים מעשיו טובים; אבל אם מעשיו רעים ליכא הך סברא דטב למיתב וכו', ובהא מיירי הכא, דכיון שהיא קטנה אינה יודעת לענין מעשיו מטוב עד רע, אבל כשתגדל תשאל עליו אם טוב הוא".

כן כתב בשו"ת בית הלוי (ג', ג'):

"והנראה להסבירה... דהא ודאי דעיקר הדבר דאמרינן דאשה בכל דהו ניחא לה בודאי דאינו כלל גמור על כל הנשים, דנאמר דכל הנשים בודאי הוא דאינו מקפידות על כל מומים שבעולם וניחא לה אפילו במוכה שחין... דהרי אנו רואין בחוש שגם הנשים מקפידות מלהינשא לבעלי מומים הגדולים, ובפרט למוכה שחין. ועוד דהא בדוכתא אחרינא אמרינן בגמרא טעם על הא דניחא להו בכ"ד וכולם מזנות ותולות בבעליהם, והא ודאי דרוב נשים כשירות הן ולא ניחא להו להתקדש לבעל גרוע על סמך שתזנה תחתיו, ובודאי דטפי ניחא לה שיהיה לה בעל שלם ולא תצטרך לזנות תחתיו. רק כוונת הגמרא דאשה אפשר ויכול להיות דניחא לה גם בכל דהו וטב למיתב טן דו ויכול להיות דגם במוכה שחין ניחא לה...".

הבית הלוי אף מבאר את הגמרא במסכת בבא קמא על פי דרכו, כמבואר שם.

מכל הנ"ל יוצא שאין זה נכון לומר שהאישה מתחנת עם כל אדם ובלבד שתהא יושבת בצוותא, וודאי שגם האישה מקפידה על כל מיני דברים בבואה להינשא, אלא שכאמור זה עומד בסתירה לסוגיה שראינו במסכת יבמות (שם), ונכפלה במסכת כתובות (שם), שמשם משמע שהאישה תשב עם כל איש ואפילו רק שתוכל לתלות בו את ילדיה. אמנם, אפשר היה לטעון שהסוגיה במסכת יבמות מביאה אמירות אלו דווקא לענין זיכוי גט לאישה, שצריך ראייה ברורה בדעת האישה שזכות הוא לה, אך במסכת כתובות אי אפשר לומר כן והסתירה במקומה עומדת.

על כן נראה שיש ליישב הסתירה על פי סתירה נוספת שמצאנו במסכת כתובות, כי במשנה (ע"ב:) שנינו: "המקדש את האשה על מנת שאין עליה נדרים, ונמצאו עליה נדרים – תצא שלא בכתובה. על מנת שאין בה מומין, ונמצאו בה מומין – תצא שלא בכתובה. על מנת שאין בה מומין, 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, ואף שהיא מפסידה כתובתה

ודאי צריכה גט.

אמנם, במשנה קודמת שם (ג"ז:) אמרו שאין האישה שנישאת לכהן אוכלת בתרומה עד שתיכנס לחופה, ובגמרא ביארו שהוא משום סימפון, 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".

הראשונים הקשו 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?

התוספות (ד"ה "על מנת") בתירוצם הראשון תירצו 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:), וברוך שכיוונו לדעתו הגדולה). בתירוצם השני כתבו התוספות שמה שאמרו שצריכה גט בקידשה סתם הוא מדרבנן, כי מדאורייתא באמת הקידושין מבטלים (ולכן אין לה כתובה) אף כשמצא מום ולא התנה; וכן תירצו הריטב"א (שם) והרא"ש (ז', י) והאגודה (שם, סימן ק"ד) והתוספות הרא"ש (ד"ה "המקדש").

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

אך בתוספות רי"ד מביא תירוץ אחר, וזה לשונו: "ודאי בשאר המומין, כגון הני דתנן שכל המומין הפוסלין בכהנים פוסלין בנשים, אי אתני עליהו הוא דלא הווי קידושין, אבל מסתמא הווי 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; ובהיא 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, שאמנם אמרו שהאישה רוצה לשבת בצוותא עם בעלה, אך מכל מקום אם 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 לקידושין. בשו"ת בית הלוי (ג', ג') הביא מדברי הב"ש (אבהע"ז, קנ"ד, סק"ב) שאף הוא סבר שיש להשוות האיש והאישה לעניין קידושי טעות כשגילתה שיש לבעל מום גדול. וכן דעתו בשו"ת עין יצחק (שם), והוסיף שכן משמע ממה שבסריס כופים להוציא, שלא היו כופים על כך אם היינו אומרים "טב למיתב", ומזה שכופים להוציא משמע שאנו בטוחים שזהו מום גדול כל כך שאין אישה שהייתה רוצה להישאר עם בעלה משום "טב למיתב". עוד מצאנו בשו"ת מהרש"ם (ג', ט"ז) שכתב שכן מוכח מהאור זרוע (א', תקצ"ז-תקצ"ח) להשוות בין סריס לאיילונית (אך מעיון בדברי האור זרוע קשה להבין מה ראה יש שם, וצריך עיון. ומכל מקום אחרונים רבים הסכימו לדברי הב"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. ומאידך, 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.

מכל מקום, אף לדעה המחמירה יותר, אף שאין ביטול קידושין בדבר צדדי, 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 שהבאנו לעיל שנראה מפשט דבריו שבכל עניין כמעט יש לומר "טב למיתב", ואין מקום לקידושי טעות. ואין לחדד שבפני הושע למסכת גיטין (מ"ו): כתב שלרש"י נראה שאף באיילוניות צריכה גט לחומרא, משום שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, וכתב לבאר את 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 יכילנא 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 שינוייא 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".

אמנם נראה שגם רש"י מודה לדברי שאר הראשונים, ולהבין זאת נקדים שכתבו כמה ראשונים – ורש"י ראשון להם – שמה שאמרו "טב למיתב" הוא משל שהיו הנשים אומרות, ואין כאן אמירה הלכתית, אלא שמתוך מה שהיו הנשים רגילות לומר היה רוצה ריש לקיש לדייק הלכה (ובשו"ת דבר יהושע (א', ע"א) דייק אף הוא נקודה זו). והדבר מוכרח ממקומו, שהרי המילה "ארמלו" היא אלמנה כמו שכתבנו לעיל, והגמרא הרי מביאה משפט זה ביחס לקידושין, וודאי שאין רווקה אומרת לעצמה שטוב לשבת יחד מאשר להיות אלמנה, שהרי לא תהיה אלמנה אם לא תתחתן אלא תמשיך להיות רווקה (וכן העיר בפרחי כהונה (שם)). אם כן, ברור שזו מליצה, המעידה על רצון האישה להתחתן ולשבת בצוותא עם האיש, אך כדרך של אמירות היא אין היא מבטאת אלא קיצוניות אחת, ואין בה כדי לבאר את כל הפסיכולוגיה של האישה הקשורה בעניין זה.

פשט זה נראה מבואר אף מכך שלא מצאנו כדוגמת משפט זה בירושלמי, ואם היה זה כלל הלכתי ידוע ודאי היה מופיע שם, אלא שכאמור לא היה זה אלא משל שהיו הנשים אומרות בבבל, וכן שאר דברי האמוראים שהובאו במסכת יבמות הם כפי שהיו נוהגים לומר בבבל, והיו אומרים אמירות כאלו כדי להדגיש את העניין שהאישה אינה מקפידה כמו שהאיש מקפיד. מכל מקום, ברור שכל זה דווקא בדברים מסוימים ולא בכל דבר, כי יש דברים שודאי שהיא מקפידה בהם.

על כן, גם מה שכתב רש"י הוא רק ביאור המשל שהיו הנשים אומרות, וודאי לא הייתה כוונתו לומר שעל פי משל זה יש לפסוק הלכה, כי אין משל זה חזות הכל, ואם כן גם לדעתו יש להתחשב בדעת האישה בדברים מסוימים, והכל לפי העניין. על כן נראה ברור שאף הוא יודה שבכל עניין בסיסי בקיום יחסי נישואין תקינים על פי התורה יש מקום לדון בביטול קידושין, ובלבד שיהיה הדבר ישיר ולא משפיע באופן עקיף בלבד (ובכך גם תירצנו מה שדבריו שסברת "טב למיתב" שייכת גם באב המקדש את בתו סותרים את הסוגיה בראש פרק שני במסכת קידושין שבבת קטנה אין אומרים כן; ולפי דברינו יש לומר שאף רש"י לא התכוון ששייך כלל זה ממש, אלא השתמש במשל כדי להסביר את דבריו).

היוצא מדברינו, שקודם שהאישה מתרצה להינשא לבעלה, היא ודאי מקפידה על מידותיו הטובות, על משפחתו והנהגתו, ואין לנו לומר בעניין זה "טב למיתב". ואף לאחר נישואיה, כל מה שהוא מעיקר הנישואין יש מקום לדון ביטול קידושין על פי מה שנתבאר, וכך כתב בשו"ת אגרות משה (אבהע"ז ד', קי"ג) שבכל הדורות היו הנשים מקפידות על מי שהן נישאות לו:

"מה שרוצה... לחלק בין דורות אלו לדורות הקדמונים ממה שרואין שהנשים בדורות אלו מקפידין עוד יותר במומין דהאישי ממה שמקפידין האנשים במומי הנשים, הנה אף ששייך לומר סברא כזו קשה לעשות מעשה כי הרי גם בזמן הגמרא מצינו דהנשים לא היו מתרצות אלא למי שהחשיבוהו להגון להן... ואם הנשים היו בזמן ההוא מתרצות בבעל כל דהו לא היה שייך לאסור להאב לקדש את בתו בשביל איזה חשש רחוק, אלא ודאי גם בזמנם רוב הנשים לא היו מתקדשות אלא למי שחושבות שהוא יותר טוב להן אך מכל מקום היו נמצאות איזה נשי שהיו מתרצות אף לבעל כל דהו".

לפי דבריו, מה שאמרו בגמרא "טב למיתב" הוא רק שלאחר שעשתה האישה מעשה – כגון מינוי שליח לקדשה – גילתה דעתה שהיא אחת מהנשים הללו שאינן מקפידות כל כך.

פרק ד': סברת כל דהו

לאחר שביירנו מה שאמרו בגמרא שנוח לאישה בבעל כל דהו, ולכן אינה רוצה שקידושיה יתבטלו, יש לדון במקרים שונים אם הבעל הוא בעל כל דהו או לא. אולם, הדיונים בעניין זה תלויים חלקם בהסבר הטן דו המוזכר במסכת בבא קמא, אם מוסב הוא על הבעל או על היבם, ונביא כאן את עיקרי הדברים.

רש"י בביאורו לסוגיה במסכת בבא קמא (ק"א, ד"ה "דמינח") פירש: "דמינח ניחא לה - להתקדש לראשון שהוא שלם, על ספק זה שאם ימות תזקק לאחיו". מדברי רש"י נראה שפירש שמה שאמרה הגמרא שלא אומרים "אדעתא דהכי" במקרה זה כי "טב למיתב טן דו", ונוח לה לאישה אפילו בבעל כל דהו – אמירה זו מתייחסת לבעל הראשון ולא ליבם. כוונת הדברים, אם כן, היא שנוח לה לאישה בבעלה השלם הראשון, ובעבורו מוכנה היא להסתכן וליפול לפני יבם מוכה שחין, ועל כן אין קידושיה מתבטלים.

אולם, בשו"ת הרא"ם (סימן ס"ח) מובאת תשובה אחת של מהר"ם (לעניין הוראתו של רש"י לזכות גט לאישה מבעל משומד כיוון שזכות הוא לה להתגרש ממנו) שיש בה ביאור של דברי רש"י באופן אחר, וזה לשונו שם: "אבל ראיתי בתשובה אחת של מהר"ם... שדחה ההוראה הזאת של רש"י זכרו לברכה בשתי ידיים ואמר שאין זה אלא לפי דברי הגאונים דפטרי היבמה שנפלה לפני יבם משומד בלא חליצה... משום דסבירא להו דלא שייך ביה טן דו... אבל רש"י זכרו לברכה שחולק על הגאונים זכרם לברכה וכתב שצריכה חליצה, על כרחך לומר שהוא סובר שגם בזה שייך טן דו, ואם כן אסורה משום גט שלא מדעתה דשמה לאו זכות היא לה, וכן נוהגין העולם" (ותשובת מהר"ם זו מובאת בשו"ת תרומת הדשן (סימן רל"ז) ובשו"ת מהרי"ל (סימן ק'), ומוזכרת בשם האגודה).

מהבנה זו בשיטת רש"י יוצא לנו שיש טן דו אף לגבי יבם מוכה שחין. מלבד מה שיש להקשות על הסתירה בדברי רש"י, ומלבד מה שהטעם שנותן בשיטת הגאונים אף הוא אינו נראה כלל כמו שביארנו לעיל באריכות (והעירו בזה כמה מהאחרונים, והרא"ם עצמו בתשובתו האריך בסתירת זו הדעה בשיטת הגאונים, וכן בשו"ת שרידי אש (א', צ') דיבר בזה), יש להעיר כי ההבדל בין הפירושים להלכה למעשה הוא משמעותי, ויש כאן להקל ולהחמיר.

אם נקבל את דברי רש"י לסוגיה, יש כאן קולא לגבי הבעל, כי אין לומר שמוכה שחין הוא בעל כל דהו, שהרי יבם מוכה שחין אינו כל דהו, ודווקא בעלה שהוא שלם הוא כל דהו, ויוצא שכל שאינו שלם נוכל לומר שלא על דעת זה רצתה האישה להתקדש. אמנם, מאידך, יש כאן חומרא כלפי היבם, כי מדברי רש"י יוצא שהאישה מוכנה להתקדש לבעלה השלם אף אם לאחר מכן תיפול לפני יבם מוכה שחין, ועל כן לא תוכל לפטור עצמה בטענת "אדעתא דהכי", כי אף אם אין "טן דו" אצל היבם, מכל מקום יש "טן דו" לגבי בעלה הראשון ומכוחו אין לבטל הקידושין.

אולם, אם נקבל את דברי מהר"ם בפירושו לרש"י, אף כאן יש לנו קולא וחומרא. מצד אחד, קולא היא כלפי היבם, כי אם מעריכים אנו את ה"טן דו" בקשר של האישה כלפיו, וללא שמחשיבים אנו אם בעלה הראשון היה "כל דהו", הרי שאם היבם אינו "כל דהו" אין זה משנה מה היה בעלה הראשון, ונוכל לשחררה משום "אדעתא דהכי". אמנם, מאידך, יש כאן חומרא כלפי הבעל, כי אם אף ביבם מוכה שחין אפשר לומר שהוא "בעל כל דהו", ויש כאן "טן דו", אם כן לא רק במי שהוא שלם אומרים כך, אלא גם במוכה שחין, ואם כן ייתכן שאף במקרים נוספים יש להחמיר.

והנה, על דברי תשובת מהר"ם הנ"ל כתב הרא"ם: "ודברים הללו תמוהין מאוד מכמה טעמי, ואף על פי שאין משיבין את הארי לאחר מיתה – וכל שכן הדיוט כמוני – מכל מקום תורה היא, וללמוד אני צריך". והקשה שמניין לו למהר"ם לדייק מרש"י שהטן דו הוא על היבם, כי אם רצה להקיש ממה שיש טן דו ביבם מוכה שחין שלכן סובר רש"י שיש גם טן דו ביבם משומד, אין זה דיוק, כי גם אם הטן דו הוא על בעלה השלם אפשר ללמוד שמחמת זה מוכנה להסתכן שתתייבם ליבם משומד (שאם הטן דו הוא על הבעל מחמירים יותר ביבם משומד מאשר אם הטן דו הוא על היבם).

מלבד זה הרי כל זה אינו שייך בבעל משומד שמזכה גט לאישתו, כי אף אם תהיה מוכנה להתקדש לבעלה הראשון על אף הספק שתיפול לפני יבם משומד, הרי בבעל משומד עצמו אם נאמר שאין כאן אפילו "כל דהו" הרי ברור שזכות הוא לה להתגרש ממנו ושאפשר יהיה לזכות לה את הגט, ואיך תלה מהר"ם דין זה בהבנת השיטות בסוגיה במסכת בבא קמא? וכבר בתרומת הדשן (שם) הקשה כן (ומכל הנ"ל הסיק הרא"ם לזכות גט בבעל משומד או בשכיב מרע שזיכה גט לאישתו כדי שלא תיפול לפני יבם משומד).

אמנם בשו"ת הרד"ך (בית ט') דן באריכות בשיטת רש"י ובפירושו הסוגיה במסכת בבא קמא, ומסקנתו שם שה"כל דהו" הוא על היבם, אך אין ה"כל דהו" מועיל ללא שבעלה הראשון שלם וכשר. תורף דבריו הוא שכיוון שבעלה שלם וכשר, מוכנה היא להתקדש לו אף אם תיפול לפני יבם כל דהו, ומכל מקום צריך שיהיה בו כל דהו לכל הפחות. מטעם זה כתב שם שה"כל דהו" שיש במוכה שחין הוא שמשמש הוא לה לצוותא, כלומר: תשמיש, ובוזה די (וכן סבר בספר כחא דהיתרא), וביאר שם שאף במשומד אפשר לומר כן אם יש לה צוותא איתו. בשו"ת בית הלוי (ג', ג') אף נטה בתחילה לדברי הרא"ם, אך בסוף דבריו קיבל את דברי הרד"ך (והלכה למעשה הצריך גט ולא הסתפק בכך שאין אפילו כל דהו). גם בשו"ת עין יצחק (א', אבהע"ז, כ"ד) דן בזה קצת, ואף בשו"ת שרידי אש (שם) עסק בשיטת רש"י (ונראה שעיקר מסקנתו ש"טן דו" הוא דווקא בבעל כשר ושלם, ולא במוכה שחין או במומר).

הגרמ"פ בשו"ת אגרות משה (אבהע"ז א', ע"ט; אבן העזר ג', מ"ח) דן בכל זה באריכות מרובה, ומעיקר העניין נראה שנוטה לפרש ברש"י שה"טן דו" הוא רק לגבי הבעל ולא לגבי היבם כלל, ואין דעתו נוחה שיש כאן פעמיים "כל דהו" – בבעל וביבם – אלא שמכל מקום כיוון שכן נראה מהרבה אחרונים מפרש את דבריהם. אך למעשה, נראה לו לומר שבמקום שיש "טן דו" בבעל, אף אם אין "טן דו" ביבם, אין הקידושין מתבטלים.

עתה, היוצא מכל הנ"ל הוא שיש בזה שלוש שיטות:

(א) ה"כל דהו" הוא על הבעל – לפי זה יש להחמיר יותר בנפלה לפני יבם שלא לומר קידושי טעות כל שבעלה הראשון היה שלם וכשר, אך יש להקל בבעל עצמו כל שאינו בעל שלם וכשר שאפשר לומר קידושי טעות, ואפילו בעל מוכה שחין (ובשרידי אש (שם) הקשה ממה שאמרו במשנה במסכת כתובות (ז', י') שכופים מוכה שחין להוציא בגט, ומוכח שאין הקידושין מתבטלים, אך תירץ ששם מדובר בהכירה בו או בהתנה על כך, ודן בזה). וכן דעת האגרות משה והשרידי אש כמו שנתבאר, וכן נראה לומר בדעת האחרונים שהתירו האישה בלא גט כמו שנתבאר לעיל. וכן כתב בשו"ת משיבת נפש (סימן ע"ג), ובשו"ת תפארת צבי (סימן ס"ד), וכן נראה מתשובת הגר"י אברהמסקי (בתשובתו המובאת בסוף כרך ב' של אוצר הפוסקים).

אמנם, גם לפי שיטה זו יש מקום להקל ביבם מומר, ולומר שיבם מומר גרוע מיבם מוכה שחין, שאף שביבם מוכה שחין אומרים שבעבור "טן דו" של הבעל מוכנה האישה להיכנס לספק שתתייבם למוכה שחין, מכל מקום אינה מוכנה לכך ביבם מומר. וכן העלה אפשרות זו האגרות משה (שם): "ואולי יודה רש"י ביבם מומר משום דלהעברת דת אולי יחששו אף לחשש רחוק כסברת הגאונים למהר"ם... וכדאיתא סברא זו בב"ח... דבמומר הדעת נותנת שאינה מכנסת עצמה בשום ספק מחמת חיבת בעלה ואף במן הנישואין".

(ב) ה"כל דהו" הוא על היבם – לפי שיטה זו יש לומר שאף יבם מוכה שחין הוא בעל כל דהו, ולפי זה ודאי שבעל מוכה שחין אין לומר שיתבטלו הקידושין. אמנם, יש מקום לחלק בין מוכה שחין למומר כאמור לעיל, אך כיוון שנתברר שמוכה שחין הוא עדיין בגדר "כל דהו", יש לצמצם המקרים שבהם יש לומר

ביטול קידושין. אמנם, מאידך, בדין יבם יש לבחון כל מקרה לגופו, ואין לטיב בעלה הראשון השפעה כלל, והיבם נידון בפני עצמו. ועל כן אף אם הבעל היה בעל כל דהו, מכל מקום אם היבם אינו יבם כל דהו אפשר לבטל הקידושין באופן עקרוני (אף כי יש לדון למעשה אם לעשות כן).

כשיטה זו הבאנו לעיל מהחתם סופר בשם התוספות, וכן כתב הגרמ"פ (שם) שנראה משו"ת עין יצחק (שם) בשם מהר"ם (ומטעם זה סבר העין יצחק שבדעת מהר"ם יש להחמיר יותר לעניין הבעל מאשר לשיטת רש"י, והגרמ"פ הקשה עליו ותמה על פירוש זה, ודחאו), וכן כתב בשו"ת זקן אהרן (סימן קכ"ד). ומכל מקום, העולה מכל הנ"ל הוא שאף לשיטה זו יש מקום לחלק בין מומר למוכה שחין, ויש מקום לדון דין ביטול קידושין במקרים חמורים.

(ג) ה"כל דהו" הוא על שניהם. כמו שנתבאר לעיל זוהי דעת הרד"ך בשיטת רש"י שהביא מהר"ם, וכן דעת הבית הלוי (וכן הבין בדעת רש"י בשו"ת משיבת נפש (שם)). וזוהי שיטה אמצעית, כי מצד אחד אמרנו שלשיטה הראשונה הכל תלוי בבעל ובבעל כשר ושלם יש לומר "טב למיתב" וטיפול לפני היבם, אך לפי שיטה זו אם אין היבם אף הוא יבם כל דהו אין האישה נופלת לפניו כי צריך שלכל הפחות יהיה יבם כל דהו ורק אז מסכימה לכך. ומאידך, לפי השיטה השנייה ברגע שיש כל דהו אצל היבם יש לומר שזה מספיק כדי לומר "טב למיתב", אך לכאורה לפי שיטה זו יש לומר שאין "כל דהו" זה מספיק אלא ליבם ולא לבעל (וכן הבין הגרמ"פ בהסבר שיטה זו). אמנם יש שהבינו שלמדנו מכאן שאף במוכה שחין אומרים "כל דהו", ועל כן אף בבעל ב"כל דהו" כזה יש להצריך גט משום "טב למיתב" (וזו הבנת הרד"ך והבית הלוי).

ונראה כי השיטה השנייה לא קנתה לה שביתה אצל רוב הפוסקים, ויש להכריע בין השיטה הראשונה לשיטת, וכן בתוך השלישית יש להכריע אם כפירוש אחד או כחברו.

פרק ה': יסודות דין אומדנא דמוכח

לאחר שבייררנו בשני פרקים את הנושא העקרוני של אומדן דעת הבעל והאישה, וכן ביררנו את דברי הגמרא שכנגד אומדן זה עומד הכלל "טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו", נחזור לדון בנקודה אחת שיוצאת מתוך התוספות במסכת כתובות (מ"ז:). כפי שהובא לעיל, מדברי התוספות יוצא בבירור שבאופן עקרוני יש מקום לבטל את הקידושין על פי אומדן דעת הבעל או האישה, אלא שמכל מקום אין אפשרות לעשות כן אלא במקום שצריך להתחשב אך ורק בדיעה אחת, ולא בשתי דיעות. אולם כפי שנראה בפרקים הבאים, כמה אחרונים דייקו מסוגיות הגמרא ודברי הראשונים והאחרונים שאין זה אלא באומדן דעת רגיל, ולא באומדנא גדולה – אומדנא דמוכח (מושג הלכות מהסוגיה במסכת בבא בתרא (קמ"ו:)). בגמרא מצאנו שתי סוגיות שהן ארבע העומדות בבסיס עיקרון זה. הסוגיה הראשונה מופיעה 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 שתי דעות. 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 כדין בישראל לבין גט המעושה בגויים:

"ומסתברא לי דבשלמא לדין הווי דברים שבלבו דהא אפשר דכיון דאניס כדיון 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.

הסוגיה השנייה אשר דומה לראשונה ואחווה בה היא הסוגיה במסכת כתובות (צ"ז), העוסקת באדם שמכר חפץ על מנת להשיג כסף למטרה מסוימת, ולבסוף לא היה צריך את הכסף (אם משום שלא היה יכול להשיג את מה שרצה להשיג, או משום שקיבל כסף ממקור אחר):

"איבעיא להו: זבין ולא איצטריכו ליה זוזי, הדרי זביני או לא הדרי זביני? תא שמע: דההוא גברא דזבין ארעא לרב פפא, דאצטריכו ליה זוזי למיזבן תורי, לסוף לא איצטריכו ליה, ואהדריה ניהליה רב פפא לארעיה! רב פפא לפנים משורת הדין הוא דעבד... והלכתא: זבין ולא איצטריכו ליה זוזי, הדרי זביני".

אף כאן כתבו ראשונים רבים שהמוכר על מנת להשיג כסף פירש את כוונתו בשעת המכירה, שמפני זה הוא מוכר, וכמו שכתב הר"ף שם (דף נ"ו): "והלכתא, זבין ולא איצטריכו ליה זוזי – הדרי זביני, והוא דגלי אדעתיה דמשום דצריך לזוזי למעבד בהו כך וכך הוא דמזבין, אבל אי לא גלי אדעתיה לא מחייב לוקח לאהדורי ליה משום דהווי דברים שבלב, ודברים שבלב אינן דברים". וכך כתב הר"ן על הר"ף (שם): "שאף על פי שלא מכר על תנאי זה בשעת המקח, מיהא אמר שאינו מוכר אלא על דעת לקנות". כך גם דעת התוספות (שם, ד"ה "זבין") ותוספות הרא"ש (ד"ה "זבין") והריטב"א (שם, ד"ה "זבין") והרא"ש שם (י"א, ט') ותלמידי רבינו יונה (כמובא בשיטה מקובצת) והמאירי (שם) והרא"ה (שם) והפסקי הר"ד (שם).

אך רש"י (ד"ה "זבין") חלק, וכתב: "מכר שדהו ואנו יודעים שהיה חפץ לקנות שדה פלוני או פרגמטיא פלונית באותן מעות" (וכן הוא במהדורא קמא של פירושו), וגם רבינו יהונתן מלוניל בפירושו על הר"ף (שם) כתב: "מי שמכר שדהו לאחד מפני דבר אחד ידוע ומפורסם לכל שהיה רוצה ליקח מאותן המעות... ולבסוף לא נצטרך לאותן מעות, שלא רצה בעל אותו חפץ למוכרו לו... כיון דהכל יודעין דעתו שלא היה מוכרו אלא מחמת אותו חפץ שנתן לכו עליו, ואף על פי שלא התנה עמו בפירוש, כמאן דאתני בפירוש דמי ולא מיקרו דברים שבלב".

אמנם נראה שלא נחלקו הראשונים אלא בפירוש המציאות של המקרים השונים, או שנחלקו במה נחשב אומדנא

דמוכת, או שנחלקו בהקשר הסוגיה המסוימת אם יש לפרש באופן כזה או אחר; אך בעניין העקרוני עצמו מסכימים כולם כי יש דברים שהם בגדר אומדנא מוכחת שבה אין צורך לפרש כלל. דבר זה יוצא כבר מהשוואת דברי רש"י, רא"ש והריטב"א בין הסוגיות, אך גם יוצא מדברי הראשונים האוסרים עצמם בסוגיה זו במסכת כתובות. כך, לדוגמה, כותבים התוספות (שם):

"ויש דברים שאינו מועיל בהם גילוי דעת עד שיתנה, כגון אם היה מוכר מלבושיו אדעתא למיסק לארץ ישראל, דזהו דבר שאין רגילין למכור אדעתא דהכי – התם ודאי אין מועיל גילוי דעת, שאם לא תאמר כן מעכשיו אין צריך לשום תנאי אלא גילוי דעת בעלמא... אלא ודאי גילוי דעת במילתא שאין רגילות לעשות כן לא מהני עד שיתנה; ויש דברים דאפילו גילוי דעת אין צריך..."

כדברים הללו עולה גם מדברי הרא"ה (שם): "והא דאמרינן נמי דהדרי זביני, דווקא דגלי דעתיה בשעת מכירה... ולא הוו דברים שבלב, דאומדנא דמוכת שאני", וכן עולה מדברי הריטב"א. כך גם כתב הרא"ש בפירוט יתר:

"ויש דברים שאין מועיל בהם גילוי דעת עד שיתנה בפירוש כגון היכא שאין העניין מוכיח על דעתו, אי לאו דאתני, וכיון דבעי תנאי בעי תנאי כפול. ויש דברים שאפילו גילוי דעת אינו צריך משום דאיכא אומדנא דמוכת, דאפילו לא גילה דעתו בשעת המעשה לא הוו דברים שבלב משום דבלאו גילוי דעת אנן סהדי דלהכי איכוין, כגון: שטר מברחת... והכותב כל נכסיו לאשתו... ושכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים... וההוא דשמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים... כל אלו אומדנא דמוכת אינון; הלכך, אפילו גילוי דעת לא בעי, לא בשעת מעשה ולא קודם לכן. אבל זבין ולא אצטריכו ליה זוזי וההוא גברא דזבין נכסי אדעתא למיסק לארעא דישראל, אף על גב דגלי אדעתיה מעיקרא וידוע לכל שלדעת כן הוא מוכר בעינין גילוי דעת בשעת מעשה, דליכא אומדנא דמוכת כולי האי בלא גילוי דעת; דהרבה פעמים אדם מוכר רקקעותיו ואין ידוע למה הוא מוכרן."

כאמור, מכל הנ"ל יוצא בבירור שלא נחלקו על עצם המושג, אלא הכל מסכימים שבאומדנא דמוכת אין שום צורך לפרש בשעת מעשה דבר, ומכל מקום המקח חוזר לאחר מעשה, ואפילו בשתי דעות. על מנת לחזק את הדברים באופן סופי, יש לעיין בשתי סוגיות אחרונות, והמרכזית שבהן היא הסוגיה המוזכרת ברא"ש – סוגיית מברחת – המופיעה אף היא במסכת כתובות (ע"ח-ע"ט):

"ההיא איתתא דבעיא דתברחינהו לנכסה מגברה, כתבתניהו לברתה, אינסיבה ואיגרשה, אתאי לקמיה דרב נחמן, קרעיה רב נחמן לשטרא. אזל רב ענן לקמיה דמר עוקבא, אמר ליה: חזי מר, נחמן חקלאה היכי מקרע שטרי דאינשי! אמר ליה: אימא לי איזי גופא דעובדא היכי הוה, אמר ליה: הכי והכי הוה. אמר ליה: שטר מברחת קא אמרת? הכי אמר רב חנילאי בר אידי אמר שמואל: מורה הוראה אני, אם יבוא שטר מברחת לידי אקרענו. אמר ליה רבא לרב נחמן: טעמא מאי? דלא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחרני? הני מילי לאחרני, אבל לברתה יהיבא! אפילו הכי, במקום ברתה נפשה עדיפא לה."

הגמרא עוסקת באישה שרצתה להתחתן בשנית אך לא רצתה שבעלה השני יזכה בנכסיה, ועל כן קודם נישואיה כתבה שטר לבתה על כל נכסיה. לאחר זמן התגרשה אותה אישה מבעלה השני, וערערה על המתנה שנתנה לבתה, שהרי לא נתנה את המתנה אלא כדי להבריא את נכסיה מהבעל. רב נחמן תמך בטענתה וקרע את שטרה של הבת (בהמשך הגמרא מתברר שכל זה דווקא באישה שכתבה את כל נכסיה לבתה, ולא רק את חלקם).

המעין הראשונים מבחין מיד שכאן מתהפכות היוצרות. רש"י (שם, ד"ה "דבעיא") כתב: "אלמנה הייתה ובאת להינשא, והייתה מקדמת ונותנת לבתה כדי להבריא זכות בעלה מהם שלא יזכה בהם, והודיעה לעדים שאין מתנה זו מתנה אלא להבריא ולא שתזכה בהם הבת אם תתאלמן היא או תתגרש". אף כאן תמך בשיטתו זו רבינו יהונתן מלוניל על הרי"ף (ל"ז).

אך רוב הראשונים חלקו על שיטה זו. התוספות (שם, ד"ה "כתבתניהו") כתב: "ואין נראה לרבינו יצחק דאם כן אמאי פליגי רב ענן ורבא אדרב נחמן? פשיטא דלא קנתה! ונראה לרבינו יצחק דלא אמרה מידי אלא גילוי מילתא בעלמא איכא, ולא הוי דברים שבלב שאינם דברים, דהכא ודאי הדבר ניכר שלא נתכוונה אלא להבריא דנפשה עדיפא לה". עוד הקשה הרמב"ן על דברי רש"י מהסוגיה במסכת בבא בתרא (קנ"א). שממנה עולה בבירור שכאן לא גילתה דעתה בפירוש, שזה לשון הסוגיה:

"אימיה דרב זוטרא בר טוביא כתבינהו לנכסה לרב זוטרא בר טוביא, דבעיא לאנסובי ליה לרב זביד, אינסיבא וגרשה; אתיא לקמיה דרב ביבי בר אבין, אמר: משום אנסובי, והא אינסיבא. אמר ליה רב הונא בריה דרב יהושע: משום דאתו ממולאי אמריתו מילי מולייתא? אפילו למאן דאמר מברחת קני, הני מילי היכא דלא גליא דעתה, אבל הכא גליא דעתה דמשום אינסובי הוא, והא אינסיבא ואיגרשה".

על פי הסוגיה, אמו של רב זוטרא בר טוביא נישאה לרב זביד וכתבה את נכסיה לבנה קודם הנישואין, ולאחר מכן התגרשה. רב הונא בריה דרב יהושע סבר שמתנתה בטלה, שאף אם במברחת יש מי שסובר שהמכר אינו חוזר, מכל מקום זה דווקא שם "דלא גליא דעתה", אבל במקרה זה שבו "גליא דעתה" ודאי שהמתנה חוזרת. והנה, כל הראשונים הסכימו כי בסוגיה שם מדובר שפירשה את כוונתה, שהרי הסוגיה מעמידה כך במפורש את המקרה, אולם מאידך היא גם מעמידה את סוגיית מברחת במקרה ש"לא גליא דעתה", ולכאורה מוכח שלא כדברי רש"י לעיל.

(הרמב"ן אף כתב שלכאורה אפשר לתרץ את דברי רש"י ש"גליא דעתה" הכוונה היא לתנאי ממש, ו"לא גליא דעתה" אינו אלא גילוי כוונתה בפני עדים, ולפי זה עולים דברי רש"י יפה; אלא שלפי זה יוצא שבסתם ללא שום אמירה אין המתנה חוזרת כלל, ואין זה מתאים ללשון הגמרא, ועוד הקשה על כך כמה קושיות אחרות. אמנם יש להעיר שבתורת חיים למסכת בבא בתרא (שם) רצה להעמיד את דעת רב ביבי באופן זה, ומכל מקום למעשה אף הוא הודה שאין מקום לשיטה זו בהלכה.

אחרונים רבים טרחו בשיטת רש"י: המגיני שלמה והפני יהושע וההפלאה על הסוגיה במסכת כתובות, ורבים אחרים; אך אפילו נאמר ששיטת רש"י עולה שאין מקום לאומדנא דמוכח ללא שום אמירה – מה שלא נראה כן מסברה על פי דברי רש"י במקומות אחרים – עדיין רוב הראשונים חולקים בכך. ובפסקי רי"ד למסכת כתובות (שם) כתב שטעות סופר היא ברש"י, אך מדברי רש"י במהדורא קמא לא נראה כן. אולם לפי תירוצם של תלמידי רבינו יונה המובא בשיטה מקובצת למסכת כתובות (שם) אין צורך לכל זה, ואין כאן המקום להאריך).

אכן, רבים חלקו על רש"י: כך עולה מהריטב"א במסכת בבא בתרא (שם, ד"ה "התם") ומהרמ"ה (שם) ומהשיטה מקובצת בשם הרא"ם (שם) ומרבי יצחק קרקושא (שם), ומהרשב"א והר"ן במסכת כתובות (שם, ד"ה "ההיא"), ונראה שיסוד כולם הוא בדברי הר"י מיגש (שם, ד"ה "דבעיא"), וכפי שסיכם הרמב"ן למסכת כתובות (שם) את דעתו: "ברם נראין דברי רבי יהוסף הלוי ז"ל דהיכא דגליא אדעתא קרי דאמרה משום אינסובי יהיבנא להו להאי, והיכי דלא גליא אדעתא – דקא שתקה ויהבה נכסיה לחד ובתור הכי מנסבא להאי, ואפילו הכי לא קני דמוכחא מילתא דמשום אינסובי עבדה כיון דלא שיריה מידי לנפשה". כן דעת הרא"ש במסכת כתובות (ח', ב') והשיטה מקובצת במסכת כתובות (שם) בשם המהרי"ט, והמאירי למסכת כתובות (שם).

כפי שכבר ראינו, כל הסוגיות הללו אינן סותרות כהוא זה את הכלל המפורסם: "דברים שבלב אינם דברים", שכן כלל זה לא נאמר אלא בדברים המצויים בלב אותו אדם בלבד, שאין לנו כל דרך לעמוד עליהם, אך במצב כזה שמה שבלבו הם דברים שבלבו ובלב כל אדם, ואומדנא דמוכח הוא שכך סבר – בדברים אלו מתחשבים, ומבטלים על פיהם את המקח. וכך כתב הרמב"ן בסוגייתנו זו (שם):

"ואי קשיא לך הא קיימא לן דברים שבלב אינן דברים... לא קשיא, דהכא מוכחא מילתא דליכא דיהבה כולהו נכסה לאחריני ואיהי תשאל על הפתחים ובוודאי משום אינסובי הוא אבל התם לא מוכחא מילתא כולי האי... אבל במברחת לאו דברים שבלבה הוא אלא דברים שבלב הכל, דאי לא תימא הכי אלא מתנת שכיב מרע בכל נכסיו אם עמד – אמאי חוזר? הא דברים שבלב ניהו!... אלא כל כהאי גוונא לאו דברים שבלב הם אלא דברים שבפי כל העולם ובלבם, וכדאמרינן... "אומדנא דמוכח שאני" גבי מי שהלך למדינת הים ושמע שמת בנו וכתב כל נכסיו לאחר ואחר כך בא בנו שאינה מתנה, דאזלינן בתר אומדנא הוא, וכן מתנת שכיב מרע... וזו כיוצא בהן דאומדנא דמוכח הוא, מה שאין כן במוכר דלא מוכחא מילתא אלא משום דהוי אמר הכי מקמי עידן זביני...".

עוד האריך שם הרמב"ן בהסבר כל הדינים, אך דבריו פשוטים וברורים, ועולים למקום אחד כפי שכבר ראינו בכמה וכמה סוגיות וראשונים. וזה לשון הר"ן (שם): "ואף על גב דלא אמרה כן בפירוש, מכל מקום אומרא דמוכח הוא... דשאני הכא דאומדן דעתא הוא שלא עלה על דעת שתתן כל נכסיה לאחרים והיום או מחר אם תתאלמן

או תתגרש שתמות היא ברעב, ודברים שבלבו ובלב כל העם הן" (וכן הוא בר"ן על הרי"ף (שם, דף ל"ז)). וזה לשון הרא"ה למסכת כתובות (ע"ט):

"בהוא דזבין לניכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל... ויש לומר: אומדנא דמוכח שאני, דהכא דברים שבלבו ובלב כל העולם הן... וכיון דכן, אף על גב דהיכא דלא גלי אדעתיה חשבינן להו דברים שבלב, מכל מקום כי קא מגלי דעתיה אף על גב דלא אתני, חשבינן ליה אומדנא דמוכח...". וזה לשון תוספות הרא"ש למסכת כתובות (שם): "אלא במתנה סתם מיירי, ומה שאין מתנתה מתנה משום דהוי אומדנא דמוכחא דמשום דבעיא לאנסובי ולאברוחי מבעלה נתנה המתנה, מידי דהוה אשכיב מרע שכתב כל נכסיו שאם עמד חוזר". וזה לשון הריטב"א במסכת בבא בתרא (שם): "דאפילו היכא דלא גליא דעתה לא קנה, שלא עשתה אלא כדי להבריחם מן הבעל ואומדן דעתא דמוכח הוא ואינן חשבינן דברים שבלב".

העולה מכל הנ"ל הוא שאף שאמרו חכמים שדברים שבלב אינם דברים, מכל מקום באומדנא גדולה ומוכחת מחשיבים אף את שנמצא בלבו של אדם, כיון שהם דברים שאינם רק בלבו אלא בלב כל אדם, ועל כן כאילו נאמרו במפורש. אף ראינו שהכל תלוי לפי העניין, כי יש מקרים שבהם האומדנא אינה אומדנא גדולה אלא אם כן ישנו גילוי דעת מסוים, אך יש מקרים אחרים שבהם האומדנא הינה גדולה ומוכחת אף אם לא נאמר דבר, וכמו מברחת לרוב הראשונים. אמנם הכל מסכימים כי במידה וישנה אומדנא דמוכח, אין העובדה שמדובר בשתי דעות מעכבת. כמו כן, חשוב לזכור ולהדגיש כי כל דיונונו הוא באומדנא של דעת האישה בעקבות התפתחויות שאירעו לאחר מעשה קניין הקידושין, ולא שהיה מקח טעות בעצם הקניין (שדינו תלוי בסוגיות אחרות לחלוטין).

פרק ו': דין אומדנא דמוכח באחרונים

לפי כל האמור ברור הדבר כי דברי התוספות במסכת בבא קמא (ק"י:) ובמסכת כתובות (מ"ז:) שמי שלקח בהמה ונטרפה אינו יכול לחזור בו מפני ששם יש שתי דעות, אינם נכונים אלא מפני שאין שם אומדנא דמוכח שהתנה תנאי בכגון זה, כי אם לא כן לא היו התוספות קובעים קביעה זו. אף שהדברים נראים פשוטים על פי כל מה שהתבאר לעיל, מכל מקום נביא לכך כמה ראיות מרבותינו האחרונים, שבמקום שאין אומדנא מוכחת סירבו להקל בדבר, ובמקום שישנה אומדנא מוכחת הסכימו להקל. כך, לדוגמה, בא עניין זה בשו"ת משיבת נפש (אבהע"ז, ע"ג):

"אמנם, בתר העיון בלאו הכי, הגם שדברי כבוד תורתו אין צריכין חיזוק, דמקח טעות מיקרי מום שהיה מעיקרא ואומדנא דבתר הכי לא מיקרי רק אומדנא דהוה כאילו התנה, מכל מקום לא סגי במה שנבדיל ביניהם בקריאת השם לבד, שביטול המקח אינו תולה בגזירת הכתוב רק בדעת האנושי כפי מה שישגמרו בדעתם לקנות או למכור. ומה שכתבו התוספות לחלק בין היכא דתליא נמי בדעת אחרת, היינו משום דבלוקח בהמה ונטרפה, אף שברור לנו שאילו היה הלוקח יודע שתיטרף לא היה קונה, מכל מקום איכא למימר שאם היה רוצה שיתבטל המקח בסיבת אונס העתיד, לא היה המוכר מתרצה באופן הלזה כלל. ולכן יש לנו לומר שהלוקח היה מתרצה מתחילתו לקנות ולכנוס בספק הלזה.

והיינו טעמא דמפלגינן בין היכא דמעיקרא זבוני בטעות הוה, דהיכא דהוה מום מעיקרא אמרינן מסתמא לא היה הלוקח מתרצה שיטעהו המוכר וישטה בו, ואפילו במום שגם המוכר לא ידע בו, כי יש לנו לומר שבוודאי הלוקח אינו מתרצה לקנות אף אם ימצא בו מום בשעת מכירה. ויש לנו לומר יותר, שהמוכר היה מתרצה למוכרו אף שאם ימצא מום בשעת מעשה יתבטל המקח, לא יימנע המוכר למוכרה בשביל שיקבל עליו ספק זה. ויהיה איך שיהיה, על כורחך עיקר קיום המקח תולה בדעת מוכר ולוקח כפי מה שיוסכם דעתם במכירה".

מדברי המהרא"ל צינץ יוצא שהערכת אומדנא דמוכח תלויה בהערכת רצונם של המוכר והקונה גם יחד, והערכה זו תלויה מאוד בשיקול הדעת ובשיקול ראוי של האומדנות, כי לפעמים אומדן דעת צד אחד תלוי באומדן דעת הצד השני, כפי שהראה המהרא"ל צינץ, ועל כן דרושה זהירות רבה בשימוש באומדנא דמוכח. כך, לדוגמה, ניתן למצוא בשו"ת חתם סופר (ג', פ"ב) שדחה אומדנא שהוצעה לו לביטול קידושין וסבר שאינה מועילה.

כמו כן, מצאנו בשו"ת קול מבשר (א', כ"ט) שכתב לעניין אישה שנישאה על מנת לצאת מאירופה לאמריקה, והבעל נסע לאמריקה ולא הביאה אחריו, ורצתה להינשא בשנית (ויש שם עוד פרטים כמבואר בשאלה שם), ועל זה כתב הרב ראטה בתשובתו: "ומה שכתב עוד הרב השואל שהבעל היה זקן מהאישה הרבה שנים ובתנאים נורמליים לא היתה מסכימה לישא איש כה זקן ומגמתה היתה להציל את עצמה מפולין וכמעט שהיו קידושי טעות, היטב חרה לי על הרב השואל שבאומדנות קלות ודברים בטלים כאלה בא להתיר אשת איש".

מקרה זה אינו מקרה של מקח טעות בשעת הקידושין, כי לא הייתה כאן שום טעות באותה שעה, וייתכן כי בעת הקידושין באמת חשב הבעל להביאה ואין כאן מום שרק התגלה לאחר זמן אלא יש כאן מצב חדש שעכשיו התפתח; ועל כגון זה מבטל לגמרי הרב ראטה את הרוצים לומר שיש כאן אומדנא לבטל את הקידושין מעיקרם. בדומה לכך מצאנו בשו"ת היכל יצחק (אבהע"ז ב', כ"ה) שכתב:

"איש למעלה מגיל ארבעים קידש אשה צעירה בת שש - עשרה על ידי שליח, שהראה לה תמונת החתן בהיותו צעיר לימים. עכשיו היא טוענת שהטעוה ומסרבת לשידוך. הבעל מסרב לגרשה. היש דרך לבטל הקידושין, או לכופו לתת גט?... והנה לאחר שסוף סוף היתה כאן רמאות מצידו ויש לצדד גם כן שאין כאן אלא קידושי ספק, על כן אם יתבררו לבית דין (לאחרי השתדלות גדולה וממושכת לפחות י"ב חודש לדבר על ליבה ולהשפיע עליה) שאי אפשר להטות לבבה, דבאמת הוא שנאויה לה, וגם אחרי שישתדלו בריצויו כסף (כעצת הרא"ש שם) לפייסו ליתן גט, אזי נדון בזה. אך למידה זו לא הגעתי לבטל הקידושין על היסוד של ההטעאה בתמונה... ואמנם הנראה שהכרעת דעת התורה של רבותינו האחרונים ז"ל נוטה יותר להמקילים בדבר זה, אך שם הרי האומדנא גדולה מאד, מה שאין כן כאן בנדון שלפנינו שהאומדנא שצעירה בת שש - עשרה לא מתרצית להינשא לגבר למעלה מגיל ארבעים הנה איננה לעניות דעתי כל כך חזקה... דבמדינות ההן אין זה מיעוטא דלא שכיח שנערה בת שש עשרה תינשא לאיש שהוא למעלה מארבעים, והדעת נותנת שלא משום יופיו בלבד על פי התמונה הסכימה לקבל הקידושין, דודאי היה משא ומתן בין השליח ובין קרוביה וכו', על דבר מצבו הכלכלי וכו' בשאלה שהיא שאלה מהשליח על הגיל וכו'".

אם כן, במקום שהראו לה את התמונה אין כאן מקח טעות של ממש, ולא נותר אלא לדון על יסוד אומדנא שאין האישה מתקדשת לאדם שמבוגר ממנה כל כך, ואומדנא זו לא רצה הרב הרצוג לאמוד, כי לדעתו היא אומדנא חלשה מדי, כאמור (אמנם אפשר שדעתו לדון בדבר רק משום מקח טעות, ושמתוך התמונה לא יכולה הייתה לדעת מה גילו של המקדש). מכל מקום, מדברי כולם למדנו שיש לדקדק היטב באומדנא זו, כי אי אפשר לדון אומדנא בכל עניין.

מאידך, ראינו אצל רבותינו האחרונים מקרים רבים בהם הורו לדון דין אומדנא דמוכח. במשנה למלך להלכות זכיה ומתנה (ו', א') הביא משו"ת פני משה (לרבי משה בנבנישתי, מראשוני האחרונים) שכן דעתו להלכה, ופתחנו את ספרו וראינו שיש שם מרגליות יקרות, ועל כן נביא מדבריו בהרחבה כיוון שאין הספר מצוי לרבים. ראשית מביא הוא ראייה לדבריו מדברי מהר"י בן לב (ב', מ"ה), שכתב (לעניין ראובן שגרשוהו מבית הכנסת ורצה לקחת עמו ספר תורה שנתן להם):

"ובנידון דין אפשר למימר דכל אפין שוין, ולא מבעיא לדעת הרא"ם ז"ל שכתב דאפילו דיצא מדעתו ומרצונו מהקהל שיכול לקחת ההקדשות והחפצים אליבא דכולהו רבוותא, אלא אפילו למי שירצה לחלוק על דבריו ולומר שאינו יכול לקחת ההקדשות - בנידון דין לא יחלוק כיון דאיכא אומדנא כי האי כפי מה שאומר השואל... ועיקרא דמילתא תליא באומדנא, אמדינן דעתיה דלכך נתכוון ולא איצטרך ליה לאתנויי, ולא אמרינן דאיהו דאפסיד אנפשיה כי סמכה דעתיה דכולי עלמא ידעי דלכך הוא מתכוון שילך לפניו צדקתו אל מקום אשר יהיה החפץ ללכת".

הרי שכתב שהכל תלוי באומדן הדעת ואפילו לא התנה, ושם הרי יש שתי דעות (נותן ספר התורה, והקהל) ואף על פי כן כתב כן.

עוד הביא שם תשובת מהרש"ך (ב', מ"ה) שדן בדברי מהר"י בן לב ומסכים לדבריו הלכה למעשה, ושם הביא מההרש"ך ראייה לדבר מתשובת הרא"ש (כלל ח', סימן ד'), וזה לשון הרא"ש שם:

"ראובן ששידך בתו לשמעון, ונשבע לו על דעת רבים שיתן לו עמה חמשת אלפים זהובים לסוף שישה חדשים. והיה לו לראובן ממון רב בחובות, ועל סמך שיגבה מחובותיו נדר; ועתה נתקלקלו החובות, אם נקרא עובר על שבועתו וחייב מלקות, או אם הוא אנוס... תשובה: אם אין לראובן ממה לפרוע... הוא פטור משבועתו ואינו עובר עליה... דאין לך אונס גדול מזה... ואין לומר: אם הפסיד חובותיו, אף אם יש לו קרקעות וחפצים... כי דבר הווה הוא שאדם מוכר מקרקעותיו וחפציו להשיא בתו. אבל ביתו וכלי תשמישו, אפילו עני המתפרנס מן הצדקה אין מחייבין אותו למכור ביתו וכלי תשמישו. הלכך, אינו מחוייב למכרו לקיים שבועתו, דאדעתא דהכי לא נשבע, ללין ברחוב ולמות ברעב". אף כאן יש כאן שתי דעות, ומכל מקום במקום שיש אומדנא מוכחת המקח בטל, וכבר ראינו שכן דעת הרא"ש לעיל.

המהרש"ך, כאמור, מחזיק בשיטה זו, ועל כך כתב בשו"ת פני משה (א', ס"ב), וזה לשונו:

"והנה הרב מוהרש"ך... החזיק בכל עוז ותקע עצמו לדבר הלכה הלזו, דכל דאיכא אומדנא דמוכחא, אפילו באונסא דשכיח טובא ולא אתני, אין בכך כלום, דהאומדנא מספקת לומר דאדעתא דהכי לא נשתעבד. והכריח דבריו מכמה הכרחיות, ובפרט מתשובת הרא"ש... ואף מהרא"ש דפליג עליה... לא פליג אלא כשהאומדנא המחייבת הפך מה שנשתעבד אינה אומדנא ניכרת וידועה לכל, אבל כשהאומדנא ידועה לכל... אזלינן בתר אומדנא... והעיקר אצלנו דכפי דבריו האומדנא היא העיקרית לראש פינה, ואם האומדנא מוכחא טובא שלא נתחייב אם יארע לו דבר זה, אף שאותו דבר מצוי ולא התנה עליו, לית לן בה דלעולם בתר אומדנא אזלינן כשהאומדנא היא מספקת... והעולה מכל הך שקלא וטרייא דהכל הולך אחר האומדנא, כי האומדנא היא אם כל הדברים... דהיכא דהיא אומדנא מספקת מגנייא ומצללא אפילו לאונסים דשכיחי ולא אתני עליהו...".

לאחר שדן בדברי המהר"י בן לב והמהרש"ך, בסתירה שיש בדבריהם ובקושיות שהקשו, חוזר הוא לדון אף בדברי התוספות במסכת בבא קמא ובחילוק שבין דעת אחת לשתי דעות. בתחילה מחלק בין המקרה של הרא"ש לדיון של התוספות בכך שאצל הרא"ש דנים אומדנא דמוכח לעניין שבועה, שלכאורה אין בה עניין של שתי דעות אלא של דעה אחת, אך אין לדון כן בשתי דעות; אולם לאחר שכותב תירוץ זה, חוזר וכותב: "זה היה נראה לעניות דעתי, אמנם אינו מספיק לי, ועדיין ליבי מהסס". מטעם זה חזר וכתב תירוץ נוסף, והוא התירוץ המרווח לשיטתו: "והנראה לעניות דעתי יותר מרווח דבשיקול האומדנות תליא מילתא", ועל פי זה מסביר את דברי התוספות במסכת בבא קמא, כמבואר בדבריו שם, ולאחר מכן מסכם ואומר:

"העולה מזה הוא דיש פלס ומאזני משפט לשקול האומדנות, דפעמים האומדנא מספקת לבטל דעת המתחייב מפני דעת מחייבו, אמנם על אלה יש דברים שאומדן דעת המתחייב היא אומדנא גדולה עד מאוד אנן סהדי לא יבטלנה המתחייב, ואף אם דעת שכנגדו לא יתרצה בכך מכל מקום אנן סהדי דלא יחוש לדעת שכנגדו ולא נתחייב אלא לדעתו; ואם היו מפרשים דבריהם בפירושו, המתחייב לא היה מתרצה והיה מבטל העניין כדי שלא להתחייב בכך. ויש מקומות שהמתחייב היה מבטל דעתו מפני דעת שכנגדו כי לא היה רוצה לבטל המעשה ועל כן נתחייב וביטל דעתו מפני דעת שכנגדו, והכול תלוי באומדנות".

מדבריו יוצא שניתן מבחינה עקרונית לדון דין אומדנא אף במקום שיש דעת שניהם, אלא שיש להבדיל בין אומדנא גדולה – אומדנא דמוכח, וכמו במקרה של הרא"ש – לבין אומדנא קטנה, שאין לנו לדון על פיה כשיש לנו דעת שניהם, כי אולי בעבור שיוכלו לקיים את המקח ויתרו הצדדים על מה שהיו מתנים להימנע ממנו, וכמו שנתבאר. וסיכם הפני משה בדברים אלו: "זאת תורת העולה מכל מאי דכתיבנא, כי הכול תלוי באומדנא, שאם האומדנא היא גדולה ומספקת דאדעתא דהכי לא נתחייב אפילו בדברים דשכיחי ולא אתני עליהו, האומדנא היא העיקר ואמרינן דסמיך אאומדנא ולא הוצרך להתנות".

אף המשנה למלך (שם) נראה שהסכים לדברי הפני משה, וגם בשו"ת נודע ביהודה (קמא, יו"ד, ס"ט) העלה כן:

"עד כאן לא כתבו התוספות דבמוכר כיון שתלוי בדעת שניהם לא אזלינן בתר אומדנא דלוקח, היינו משום דמסתמא אין המוכר מתרצה לזה שאם יתקלקל החפץ יבוטל המקח... אבל בשידוכין בעובדא דהרא"ש שקלקלה אחות המשודכת דאמרינן אומדנא דמוכח, דבשעת השידוך לא נתקשרו אדעתא

שיפגמו משפחתם וישחיתו נחלתם – אומדנא זו היא טובת שני הצדדים בשעת השידוך שהרי היה יכול להיות להיפך שיזדמן פגם במשפחת המשודך ואמרינן אדעתא דהכי לא נתקשרו שני הצדדים. נמצא, אומדנא זה בשעת מעשה היה לטובת שניהם, ואמרינן אנן סהדי ששני הצדדים לא נתקשרו אם יהיה חס ושלום פגם, ואין זה דומה לדברי התוספות... ולדעתי סברא זו ישרה ואמתית ויודה בה כל מי ששכלו זך וישר".

היוצא לנו מכל מה שלמדנו הוא שלפי רבים מרבתינו הראשונים והאחרונים דנים דין אומדנא דמוכח אף אם הוא תלוי בדעת שניהם, שכן דעת הפני משה ומהר"י בן לב ומהרש"ך והמשנה למלך. כך נראה אף משו"ת כוכב מיעקב (א', מ"א), ומשו"ת חכם צבי (סימן מ"א), וכן כתב בשו"ת הרי בשמים (ד', קמ"ז), וכן נראה שמיסק בשו"ת מהר"י הכהן (תניינא, אבהע"ז, י"ג). וכן מתבאר מספר בית מאיר (צלעות הבית, א', ו') שבמום גדול אפשר לומר שעל דעת כן לא קידשה עצמה. וכן דעתו בשו"ת דברי חיים (אבהע"ז, א', ג') ובשו"ת גינת ורדים (ח"מ, מ"ט) ובשו"ת פאת נגב (יו"ד, כ'), ובשו"ת עבודת השם (יו"ד, ז') ובשו"ת מנחת שי (א' צ"ד).

כן מופיע בספר אור הישר לענין הגט מקליווא, שכתב הרב מקליווא (שם, סימן ה') ש"אפילו במילתא דאיסורא אזלינן בתר אומדנא דמוכח ולא אמרינן דהוי דברים שבלב". ואף שלאחר מכן בא לומר שאין אומרים אומדנא אלא באומדנא מבוררת ביותר שאין בה שום ספק, מכל מקום אינו סותר את עצם ההנחה שודאי שדנים אומדנא דמוכח.

וממה שכתב השרידי אש (א', צ') בדעת מהר"ם שיש להקל אף בנשתמד היבם לאחר הנישואין (וזה ודאי אינו משום מקח טעות) יש לומר שאף הוא מסכים לדעה זו באחרונים, וכבר הבאנו שכך סבר הרד"ך בשיטת מהר"ם, וכן הוא בשו"ת תורת חסד (אבהע"ז, כ', אות ו'). וכן נראה מהמשך דבריו שכתב להקל לכל הפחות בעל באומדנא דמוכח, ואף הביא ראיה לשיטת הפני משה (ויש לעיין עוד בשו"ת עין יצחק (א', אבהע"ז, כ"ד) ובשו"ת מהרש"ם (ג', ט"ז) ובשו"ת בצל החכמה (ד', צ"א)).

ושוב נזכיר שבשו"ת אגרות משה (אבהע"ז, ד', קכ"א) כתב לדון דין אומדנא לענין בעל שיצא למלחמה כמעט מיד אחר נישואיו והיה ידוע לו ולאישתו שכך יהיה, ומת במלחמה; ואף על פי שהיה ידוע לה שיש לבעלה אח מומר לפני הנישואין מכל מקום כתב להתיר כי בזה ברור הדבר מעבר לכל ספק כי לא לחיים במציאות כזו התחנתה האישה, "שברור לכל שבשביל זמן מועט דימים ואפילו חודשים לא תתרצה שום אישה לינשא, אף שטב למיתב טן דו".

ובאמת זו סברה גדולה, ואולי אף התוספות סוברים כן, כי הרי כל מה שהחמירו שלא להחשיב דעת האישה בלבד במקום שיש אף דעת האיש – אף הוא עצמו משום אומדנא, וכפי שהוסבר לעיל שכיוון שהאישה רוצה להינשא לאיש מוותרת היא על תנאיה ומקבלת עליה להינשא לו אף אם יש בכך גרימת נזק לעצמה בדרך זו או אחרת (ובשו"ת אגרות משה (אבהע"ז, א', ע"ט) כתב בסברה גם להיפך, שמה שאמרנו שבדעת אחת אפשר לדון אומדנא הוא דווקא בדבר שיש להניח שהייתה מתנה, אך כשלא הייתה מתנה אף בדעת אחת יש לומר "טב למיתב" (וכפי מסקנת הגמרא שם לפי התוספות במסכת בבא קמא שמדובר בנתאלמנה מן האירוסין)).

אולם, כשם שאנו אומדים דעתה שכך היא חושבת בעניין זה, כך יש לנו לאמוד דעתה שלא בכל המקרים תחשוב ככה, ויש מקרים שבהם אינה סוברת כך. ואף שלכאורה קבעו בזה התוספות כלל, מכל מקום אין למדין מן הכללות, ובאומדנא דמוכח יש לומר שאף התוספות יודו, וכפי שמוכח מכל המקורות הרבים שבפרק הקודם. איך שיהיה, שיטה זו שיטה מרכזית היא, ויש לסמוך עליה הלכה למעשה לפי ראות עיני הדיין.

פרק ו': האם ניתן לבטל קידושי של בעל שנעשה מוכה שחין?

כבר ראינו שהתוספות במסכת כתובות הקשו קושיה עיקרית על הסוגיה במסכת בבא קמא: מדוע העמידה הגמרא מקרה של יבמה שנפלה לפני מוכה שחין, ולא דיברה על מקרה פשוט יותר של אישה שנעשה בעלה מוכה שחין? ומכאן למדו התוספות שרק בדעת אחת (לאחר שמת הבעל ואינו חושש במה שיבוא אחריו) יכולים אנו לבטל את הקידושין על פי רצון האישה, אך בשתי דעות אין לכך אפשרות. דברי תוספות הרא"ש למסכת כתובות

(שם) מצטרפים לדברים אלו, וזה לשונו:

"וכן היבמה שנפלה למוכה שחין פריך שפיר דלא היה לה לפרש דברור לנו שלא היה הוא מעכב בשביל אונס שיארע אחרי מיתתו (כלומר: אם היתה אומרת לו על תנאי זה אנשא לך שאם ימות שלא תהיה זקוקה לאחיו) שלא יחוש במה שיהיה אחרי, ולהכי לא פריך מאישה שנעשה בעלה בעל מום דאותו תנאי ודאי היה מעכב (הואיל והדבר היה בו הפסד גופו והיה לה לפרש)".

תוספות הרא"ש מסבירים שאומד דעתה של האישה מועיל אך ורק כשהוא לא נוגע לבעל, אך בדבר שהיה לבעל הפסד ממנו ודאי אינו מסכים לכך שהיא תתנה בו את נישואיה לו. כך נראה גם מלשון הר"ש משנ"ץ בתוספותיו למסכת כתובות (שם): "דבהיא לא אזלינן בתר דעתה שהרי עכבת אותו התנאי תלוי במקדש הואיל והדבר היה בא להפסד גופו, והיה לה לפרש".

למרות דברי התוספות המפורשים, מצאנו שכתב המהרש"ם בתשובה (א', י"ד):

"אך מה שהיה בעל מום גדול... הגם דמבואר... בשם תלמידי רבינו יונה ומאירי בשם חכמי לונל, שעשו מעשה, בסומא בשתי עיניו מקודם קידושין, והאישה ידעה, ופסקו שאינה צריכה גט כלל והקידושין בטלים. ובאור זרוע... השיב הרבינו שמחה דקרוב בעיניו לומר כן, עיין שם; אבל לא כל המומין שוים...".

מדברי המהרש"ם נראה שחידשו כמה ראשונים חידוש גדול שניתן לבטל קידושין אף בשידעה האישה לפני הקידושין את מצבו של הבעל, ואם נכון הדבר הרי שקל וחומר הוא למצב שבו לא ידעה על המום הקיים בבעל או שהמום התחדש לאחר הנישואין. אך האמת תורה דרכה, שהמעין בדברי האור זרוע הללו יראה שלא כך היה המקרה כלל, אלא שלאמיתו של דבר היא לא ידעה כלל, ואם כן יש בקידושין אלו מקח טעות, ואין זה עניין לאומדנא. וכבר תמהו האחרונים על המהרש"ם.

אולם, בספר פאת נגב (בחידושי למסכת בבא קמא) כתב בלשון זו:

"יש לומר דהמקשה סבר דודאי אינה רוצה ליפול קמי מוכה שחין, ואי הוה מסקא אדעתא דתיפול קמיה לא הייתה מתקדשת לזה שלא להיזקק למוכה שחין, והאי דאיקדשה משום דלא מסקא אדעתא כלל דתיפול קמי מוכה שחין, ואין צריך לומר כשנעשה מוכה שחין אחר כך דודאי לא אסקא אדעתא שיעשה מוכה שחין... דשמא יהיו לה בנים או תמות היא או המוכה שחין; וכיון דמה שנתקדשה הוא משום דלא אסקא אדעתא אבל אי הוה אסקא אדעתא לא הוה מתקדשת, אם כן כשנפלה נתבטלו הקידושין למפרע".

דברי הפאת נגב מתנגדים ישירות לדברי התוספות (ולכאורה גם הראי"ה קוק בשו"ת עזרת כהן (סוף סימן ס"ז) כותב כדברים האלה, וצריך עיון), וכבר תמה עליו הרב יעקב שאול אלישר בספרו אי"ש אמונים (דרוש א' לשבת הגדול):

"והרואה יראה דדבריו הם היפך דברי התוספות... דאי כדברי הרב זלה"ה... אם כן קשה לפירושו: אמאי לא הקשו בש"ס מאישה שנעשה בעלה מוכה שחין תיפוק בלא גט, וכמו שהכריחו התוספות? באופן לא זכיתי להבין אמרי בינה, וצריך ישוב".

לכאורה צריך לדחוק וליישב את דבריו שלא אמר כן אלא לסברת המקשן, ודברי התוספות אמורים לפי תירוץ ומסקנת הגמרא, אך כל זה דחוק מאוד וקשה ליישבו. מכל מקום, יחיד הוא בדעתו, ופשוט וברור לכל האחרונים כולם שלא כדבריו, שאישה שנפלה לפני בעל מוכה שחין לא תוכל לטעון שעל דעת כן לא התקדשה. אולם, כיון שהתברר בשני הפרקים הקודמים שבאומדנא דמוכח ניתן לבטל קניין אף כשיש שתי דעות, ממילא יש לברר מדוע אכן באישה שנעשה בעלה מוכה שחין אין אפשרות לומר כן. בשו"ת מעיל צדקה (סימן ד') מצאנו שכתב לעניין זה דברים מחודשים:

"ומה שכתב עוד להקשות דהוה ליה להמקשה להקשות מקידושיה לבעלה – גם את זה צריכים לתרץ בלאו הכי בש"ס, והאמת בזה דגבי בעל בעצמו לא קשה שתצא ממנו בלי גט, ממה נפשך: אם היה מוכה שחין בעת שקידשה – הרי סברה לקבל וסבורה שיכולה לקבל, דאם לא כן למה קידשה נפשה, ועל כן צריכי גט אחר כך... ואם בנולד לו אחר כך שנעשה מוכה שחין – הא וודאי בנולד כזה לא אמרינן אומדנא כזה דלא שכיח כלל, כאשר מלאים כל הפוסקים מזה, דאפילו בנעשה אחיו היוצא מכלל דת היהודים אחר

כך לית מאן דפליג דצריכה חליצה... אבל באונס כזה שנעשה מוכה שחין משנשאת... אינה יוצאת בלי גט, דלא אסקה אדעתה דלא לקדשה ליה, והרי הוא בדומה למאי דאין פותחין בנוולד גדול כזה שנעשה ביתו בית הכנסת או שנעשה סופר... דלא האמין לחידוש כזה, הכי נמי דכוותיה בעת שנתקדשה לו אם הזכירה אדם לזה, אפילו הכי הוי מתקדשה אליו".

דברים אלו לכאורה קשים, שהרי אם נאמר שאכן אין אפשרות לבטל את הקידושין למפרע כעין "אין פותחין בנוולד", שכל דבר המתחדש לאחר מכן אי אפשר לבטלו, הרי הדבר סותר את תירוץ התוספות במסכת כתובות שלא כתב כן אלא חילק בין דעת אחת לשתי דעות, ולא זו בלבד אלא שכפי שראינו הדברים מבוססים על סוגיות מפורשות בש"ס ובראשונים? וכן הקשה בשו"ת בית אב (שביעאי, עזרת אברהם, אבהע"ז, י"ד):

"וזה פלא דהרב ותלמידו הגאונים האדירים הללו נעלם מהם דברי התוספות דכתובות הנ"ל דכבר עמדו רבותינו בעלי התוספות ז"ל בזה... ותירוץ הראשון של בעל מעיל צדקה הוא נגד דברי התוספות, דאי הוי כמו נולד אם כן גם אם לא היה תלוי בדעת המקדש רק בדידה לחוד אפילו הכי לא הייתה חוששת והוי מתקדשה לו".

גם בשו"ת נודע ביהודה (קמא, אבהע"ז, פ"ח) יצא לחדש טעם נוסף לדין זה, וביסס דבריו על מה שנאמר בשו"ת תרומת הדשן (סימן רכ"ג) שיש מקום לחלק בין איסור לאו (שיש מקום לבטל למפרע) לאיסור כרת (שאו אין לבטל למפרע), וזה לשונו: "ומעתה יש לנו לומר דדוקא באיסור כרת, אבל בנדון דידן שמן התורה כבר נתגרשה... אין כאן אלא פסול דרבנן וקיל טפי מאיסור יבמה שהיא בלאו, ואמרינן אדעתא דהכי לא נתקדשה". שוב הזכיר זאת בתשובה נוספת (תניינא, אבהע"ז, פ'):

"היא גופא טעמא בעי: למה לא נימא אדעתא דהכי לא קידשה? על כן צריך לומר או כסברת התוספות... דבמידי דתלוי בדעת שניהם לא אמרינן כן, או כסברת התרומת הדשן דדווקא באיסור לאו דהיינו יבמה לשוק אמרינן כן, לא באיסור אשת איש".

מדברי הנודע ביהודה יוצא שבאיסור אשת איש לעולם לא נבטל את הקידושין למפרע (וגם בשו"ת בית אב (שם) הביא את טעמו, וכן נראה קצת משו"ת מלל לאברהם (אבהע"ז, י"ח) ומשו"ת נשמת חיים (סימן פ"ז)), ולכאורה כאן אין זה סותר את דברי התוספות שהרי לא התירו לומר "אדעתא דהכי" אלא בנפטר הבעל ואין שם כרת; אך באמת כיון שמעיקר הדין סוברים התוספות שניתן היה לומר אף בבעל מוכה שחין "אדעתא דהכי", ולא הזכירו כלל מניעה מצד זה שיש כאן איסור כרת, גם דברי הנודע ביהודה סותרים לכאורה את דברי התוספות. וכך באמת הקשה בשו"ת דבר יהושע (ג', כ'), וזה לשונו:

"אבל גם טעם זה תמוה לפי עניות דעתי דמלבד מה שבתוספות כתובות בסוף דבריהם מבואר דגם באישה שנעשה בעלה לאחר שנתקדשה בעל מום היה ראוי לומר דתיפק בלא גט... אי לאו משום דתלוי גם בדעת המקדש... אלמא: דגם גבי איסור אשת איש אמרינן אדעתא דהכי לא נתקדשה...".

אמנם הנודע ביהודה (שם) עצמו גם הביא את תירוץ התוספות, ואם כן לא דחה את דברי התוספות, אלא שהציע גם חילוק נוסף. ואפשר לומר שיסוד דברי הנודע ביהודה בשו"ת תרומת הדשן (סימן רכ"ג) כמבואר למעין שם, ובעצם יש בראשונים שני תירוצים: אחד מיסודם של התוספות ואחד מיסודו של התרומת הדשן (אף שכפי שכתב הדבר יהושע (שם) אין הכרח מדברי תרומת הדשן כלל, ולכן נראה שעיקר התירוץ הוא תירוצם של התוספות, וכפי שיטת רוב האחרונים).

נראה שגם את דברי המעיל צדקה יש לתרץ, כי בשו"ת פרח מטה אהרן (א', מ"א) כתב בלשון זו:

"מיהו הכי פריך בגמרא: אלא מעתה יבמה כו', כיון דאישה בושה לבוא לבית דין ולא ניחא לה למיקם בדינא ודיינא ואדעתא דהכי לא נתקדשה... והא דלא פריך מנתקדשה ואחר כך נעשה בעלה מוכה שחין דלא שכיח ובוודאי גמרה בדעתה להתקדש לפי דלא סלקא דעתה שתעשה בעלה מוכה שחין דאם כן לא תתקדש לשום אדם, דבכל אדם איכא האי חששא, אבל שתמות בעלה ותיזקק ליבם כיון דחזי ליבם מוכה שחין אין כאן חשש רחוק".

אמנם דבריו קשים במה שכתב שמקרה שבו נעשה בעלה מוכה שחין אינו מצוי, ואילו שימות בעלה ותיזקק ליבם

מוכה שחין אינו חשש רחוק; ונראה שכוונתו שכיון שבשעת נישואיה היבם קיים יכולה היא להעלות על דעתה שאולי תיפול לפניו ושמה יהיה מוכה שחין, אך הבעל בשעת הנישואין אינו מוכה שחין וחשש רחוק הוא שיעשה מוכה שחין, ועל כן אינה חוששת לכך.

מכל מקום, מדבריו למדנו שהסיבה שאין אומרים "אדעתא דהכי" בנעשה בעלה מוכה שחין הוא מפני שודאי אין האישה לוקחת בחשבון כל מיני חששות רחוקים, שהרי "אם כן לא תתקדש לשום אדם, דבכל אדם איכא האי חששא", וזו ודאי סברה נכונה. עתה, נראה שגם המעיל צדקה לכך כיוון, וכלשונו בהמשך דבריו שם: "דאם לא כן לא ישא לאיש, שכולם מוכנים לסיבה והרפתקאות, ודווקא על יבם מקשה ומיירי שהיה אז מוכה שחין בעת הקידושין". אם כן, גם כוונתו במה שכתב ש"אין פותחין בנולד" הינה להסביר את דברי התוספות, שהסיבה שאין בנעשה בעלה מוכה שחין אומדנא דמוכח הינה מטעם זה, שאין סוף לדבר.

גם בשו"ת זקן אהרן (א', אבהע"ז, צ"ו) משתקפת שיטת התוספות לעניין שאלת בעל מוכה שחין, שכן הוא תלה את הדבר בשיקול האומדנות, "דכיון שנישאת מחלה לתנאי, דאין אנשים עושין בעילותיהם של הרבה שנים לזנות", וכיון שהאישה מודעת לכך היא מוותרת על יכולתה לטעון שלא על דעת כן התקדשה (בבעל מוכה שחין), אם לא שהבעל כבר נפטר מן העולם שאז אינו חושש במה שיבוא אחריו. כך גם עולה מחידושי השועות יעקב למסכת בבא קמא (ק"י), וכן נראית לי כוונתו בספר פתח עיניים למסכת בבא קמא (ק"י), וכן כתב בשו"ת השיב משה (אבהע"ז, ע"ז).

מכל הנ"ל יוצא לענייננו שטעמם של התוספות הוא הטעם העיקרי (ובהמשך אף נראה אחרונים רבים הסוברים כן), ואין לומר אומדנא דמוכח במוכה שחין כיון שאם תחשוש לכך לעולם לא תוכל להינשא, ולא תמצא אדם בעולם שיסכים לכך. האישה עצמה מוותרת על דרישה זו, כיון שרוצה להינשא, ועל כן אין היא תולה את נישואיה בכך. בדומה לכך מפרשים אחרונים אחרים שבשיקול האומדנות הדבר תלוי, ומתוך צורכו של הבעל בהיכנסו לברית הנישואין שלא יהיו כל בעילותיו בעילות זנות, האישה מוכנה לוותר על תנאים מסוימים שאלמלא כן הייתה מתנה אותם.

פרק ז': גירי אומדנא דמוכח

מכל הנ"ל עדיין לא התברר לנו כראוי גדר אומדנא דמוכח, ורבינו גרשום מאור הגולה כתב בחידושו למסכת בבא בתרא (קמ"ו):

"אמר לך רב ששת אומדנא דמוכח שאני – כלומר: התם מוכחא מילתא ומפורסמת היא להיכא דשמע שמת בנו וכתב כל נכסיו לאחר ואחר כך בא בנו אין מתנתו מתנה, דודאי מוכחא מילתא, ולא אומדנא היא, שאילו היה יודע שבנו קיים לא היה כותבן, והתם שאני".

רבינו גרשום מגדיר את האומדנא כמפורסמת כל כך ומוכחת כל כך, עד שאין לנו צורך לאמוד את הדעת כלל. דבר זה עולה בפשטות ממה שנתבאר עד כה, שהרי ראינו שאומדנא דמוכח היא כזו שנמצאת "בלבו ובלב כל אדם", ואם כן אין אנו צריכים לאמוד את דעת האדם המסוים כי דעתו ידועה על פי מה שבלב כל אדם ואדם. אך עדיין צריכים אנו לכללים מכוונים על מנת לדעת מתי האומדנא הינה גדולה ומוכחת ומתי איננה כך.

והנה, הפני יהושע בחידושו למסכת בבא קמא (ק"י): כתב שלכאורה אין אומדנא דמוכח אלא דווקא בדומה לכסף הכהנים המוכר שם, "דומיא דכסף הכהנים, דהכא שהדבר ידוע לכל שלא נתן הכסף אלא להתכפר בו וכשמת יש להחזיר ליורשים, ובכהאי גוונא במקח נמי יש לבטל המקח", ואילו בעניין יבמה שנפלה לפני מוכה שחין חידוש הוא לומר אומדנא דמוכח שהרי "הוי מילתא דלא אסיק אדעתיה". מדבריו עולה שלדעתו ככל שהעניין שעליו נסבה האומדנא ידוע ונוכח יותר, כך האומדנא גדולה יותר, וכן משמע משו"ת פרח מטה אהרן שהוזכר לעיל.

אמנם לכאורה דבריו קשים, שהרי ככל שהעניין ידוע יותר ודאי העלתה אותו על דעתה, ואף על פי כן לא התנתה עליו בשעת מעשה ולא הזכירה אותו, ומכל מקום החליטה להינשא, וכיצד אפשר לומר שלאחר מכן תוכל לומר שאומדנא דמוכח היא, שהרי קיבלה על עצמה כל מה שהעלתה על דעתה בשעת הנישואין? וגם הפני יהושע

עצמו הקשה על דבריו, ותירץ, וכתב שתירוצו דחוק. אולם בתורת חיים למסכת בבא קמא (שם) כתב להיפך מדבריו:

"ועוד נראה דטעמא דאביי משום דלא שכיח לגמרי דמיית איניש קודם שיקריב קורבנו ולא איבעי לאסוקי אדעתיה ולאנתווי, לכך אמרינן דאדעתא דהכי לא יהב ליה; אבל הקונה מחבירו דבר ונתקלקל מילתא דשכיחא הוא, הלכך אפילו נתקלקל קלקול דלא שכיח, כיון דאיכא נמי דשכיחי הוה ליה לאסוקי אדעתיה ולאנתווי, וכיון דלא אתני אמרינן דאדעתא דהכי קנה. ולהכי פריך מחטאת ואשם שמתו בעליו ומיבמה נמי שמת בעלה ונפלה לפני מוכה שחין, דלא אמרינן אדעתא דהכי לא אפרשיה ואדעתא דהכי לא קדשה, אף על גב דלא שכיח דמיית בלא בנים או קודם שיקריב".

מדברי התורת חיים עולה, כאמור, שדווקא במה שלא היה עולה על הדעת בפשטות בשעת הקניין יש מקום לומר אומדנא דמוכח, שעל דעת כן לא נעשה הקניין כיון שלא עלה על הדעת, שהרי אינו מצוי, וככל שרחוק הוא ופחות מצוי, כן יותר נכון לומר שיש כאן אומדנא דמוכח. כך גם מצאנו בשו"ת מנחת שי (סימן נ"ג) שסבר שככל שהאומדנא ברורה יותר כך היא מוכחת פחות, וזה לשונו:

"בבתולה שבאה בקשר שידוכין עם איש אחד ואחר כך נלקח לצבא המלחמה אם יכולה לבטל הקשר... אמנם אחר העיון נראה דאינה יכולה לבטל השידוך, דהנה עיקר דין זה... מטעם אומדנא... בנולד עניין חדש אשר לא אסיק אדעתא כלל... אבל עניין זה שנלקח לצבא המלחמה דהוא אונסא דסליק אדעתא דהא אין גם אחד נמלט מזה והוא גזירה כוללת ושכיח באדם בריא אשר יהיה נתפס לזה... הוה לה לאנתווי... דאין כאן אומדנא גדולה דכמה נשים מסכימים לזה... ואין דעת שניהם מסכמת וגם הוי מידי דשכיחא".

עוד שמחנו למצוא שיש מי ששם לבו למחלוקת אחרונים זו, שבספר אמרי הצבי למסכת בבא קמא (שם) הביא את דברי הפני יהושע, והעיר:

"ובתורת חיים מחלק להיפוך, בדבר דלא שכיח כלל ולא אסיק אדעתיה ולא איבעי ליה לאנתווי אמרינן שפיר אומדנא, אבל בקונה מחבירו דבר ונתקלקל דמילתא דשכיחא הוא הלכך אפילו אם נתקלקל במידי דלא שכיח מכל מקום הוה ליה לאנתווי... ולעניות דעתי יש לפרש כן דברי התוספות במסכת כתובות... ונוכל לומר הפירוש: הואיל דשכיח איבעי ליה ללוקח להתנות, ומדלא אתני הוה ליה כאילו קיבל בפירוש, ודו"ק".

אכן, נראה כי דברי אמרי הצבי נאמנו מאוד, שכך עולה מהתוספות, וזה יסוד חילוקם בין מקח ליבמה, שבמקח ודאי העלה הקונה על דעתו שדבר מה יכול לקרות לבהמה לאחר הקניין וודאי מקבל על עצמו עניין זה, ומאידך לא היה אפשר לצפות שאישה שנישאת תעלה על דעתה שתיפול לפני יבם מוכה שחין, כי ודאי אין זה מקרה שקורה תדיר, ומפני זה חשבה הגמרא לומר שניתן לבטל את קידושיה כיון שלא על דעת כך קידשה עצמה (ולולא "טב למיתב טן דו" אף היו מתבטלים).

אמנם אפשר גם לומר שלאמיתו של דבר אין הפני יהושע והתורת חיים חולקים כלל, ושניהם דבר אחד אמרו, רק שאמרוהו מנקודות מבט שונות. הרי התוספות אומרים שבמקח הקונה מוכן להיכנס בספק שתמות פרתו על מנת לקנותה ודאי, ואף האישה מוכנה להיכנס בספק שתיפול לפני יבם מוכה שחין על מנת שתוכל להתחתן עם בעלה – אך למרות זאת במקח אין אומרים "אדעתא דהכי" ובחליצה אומרים, ומדוע חילקנו ביניהם לפי התוספות?

על כן נראה לומר שמה שמעלה אדם על דעתו, פעמים שפועל לרעתו ופעמים שפועל לטובתו. במקרה של מקח – כאמור לעיל – האדם מעלה על דעתו את האפשרות שפרתו תינזק, אך מקבל זאת על עצמו כיון שידוע שזהו מחיר קניינה. לעומת זאת, האישה המעלה על דעתה שאולי תיפול לפני יבם מוכה שחין מרחיקה אפשרות זו מדעתה, ואינה סבורה שבאמת תבוא לידי מימוש (ולכן אינה חוששת לכך), ואם כן העובדה שהעלתה על דעתה אפשרות זו ונישאה בכל זאת היא הראיה לכך שסברה שזה דבר שאינו שכיח ועל כן אין לחשוש לו כלל. אם כן, מסכימים האחרונים שכל מה שלא העלתה על דעתה, או שהעלתה על דעתה ואומדנא גדולה ומוכחת היא שמן הסתם לא סברה שיש לחשוש לאותו עניין – יש מקום לדון בו לאחר מעשה.

הגדרה נוספת לאומדנא דמוכח מוצאים אנו בדברי החתם סופר. הב"ש (אבהע"ז, נ"ג, סק"י) דן בנוגע למי שהתחייב לפסוק מזונות לבת אישתו, ולאחר מכן מתה אישתו, וכותב:

"והא דלא אמרינן אומדנא בפוסק מזונות לבת אשתו, דקיימא לן אפילו אם מתה אישתו חייב ליתן מזונות לבת אישתו ולא אמרינן אומדנא דלא מחייב את עצמו ליתן לה מזונות אלא בחיי אישתו – משום דלא אמרינן אומדנא בחייבות, היינו כשזה שהוא חייב לו הוא חי; מה שאין כן אם מתה, לכן שם בת אישתו היא חי חייב ליתן לה מזונות"

ונראה שכוונתו דומה לדברי התוספות שכשיש שתי דעות אין אומרים אומדנא, וגם מהט"ז (שם, סעיף ג'; וכן מדבריו בחו"מ סימן ס"א) נראה כך. אך החתם סופר בחידושיו למסכת כתובות (מ"ז): תירץ באופן אחר:

"ודע דנראה לעניות דעתי לחלק בין אירע דבר בהמקח הנקנה, בהא אמרינן אין אחר המקח כלום, ומשום הכי אם נטרפה הפרה מכל מקום מקחן מקח; אך אם יארע דבר בהקונה והמוכר כגון זבין ולא איצטרכו זוזי להמוכר, והוא הדין לא איצטריך החפץ להלוך – אי איכא אומדנא מועיל. והכי נמי במה שכותב כתובה לאישתו הרי הוא הקונה, ואירע בו דבר שמת אמרינן אומדנא; וכן האב הפוסק לבתו, לענין זה הוה האישה הקונה את הבעל, ומתה האישה, אמרינן אומדנא. ומיושב קושיית ב"ש וקושיית ט"ז... דבקיבל עליו לזון בת אישתו ומתה האם חייב לזון את הבת, ולא אמרינן אומדנא, דהתם האם היא הניקנית לו לאישה, ומתה הוה ליה כנטרפה הפרה דצריך לשלם להמוכר, והכי נמי צריך לשלם מזונות להבת".

דברי החתם סופר צריכים ביאור בסברה, כי מה החילוק בין אמידת אומדנא במקרה שאירע דבר בחפץ לבין מקרה שבו אירע דבר במוכר או בקונה? ונראה להסביר שכוונתו הינה שנוק שנגרם כתוצאה מהעסקה אינו נחשב נזק, אך נזק שפוגע בסיבה לעסקה אכן יכול לבטלה במידה ויש אומדנא מספקת. כך, לדוגמה, הקונה פרה מקבל עליו כל זכות וחובה שתבוא לידו, וכשם שהפרה נותנת לו את תנובתה, כך גם כל נזק שתגרום או שייגרם לה יהיה באחריות הקונה, שכן זו תוצאת הקניין. על כן, אין בנזק שכזה כדי לבטל את המכר.

לעומת זאת, מי שמכר חפץ על מנת להשתמש בכסף לקניית דבר אחר, ולאחר המכירה התברר שאינו יכול או צריך את הכסף – הרי שביטול הצורך פוגע בעצם סיבת המכירה ואינו תוצאה שלה, ועל כן יש מקום לדון אומדנא (וכמובן שהיא אומדנא דמוכח, שאם לא כן לא היו דנים אותה במקום שיש שתי דעות). לפי דברי החתם סופר ניתן להבין מדוע לא הקשתה הגמרא מבעל מוכה שחין, שהרי יש כאן שתי דעות (כפי שכתבו התוספות) ואין כאן אומדנא דמוכח, שהרי חיוב האישה כלפי בעל מוכה שחין הינה תוצאה של הנישואין ולא פוגמים ישירות בסיבה להם (ועוד נבאר זאת בהמשך).

הגדרה שלישית שמצאנו בפוסקים, מובאת בשו"ת מהר"י הכהן (תניינא, אבהע"ז, י"ג). מהר"י הכהן דן באישה שנפלה קורבן למעשה נוכלות של אדם שעבר מעיר לעיר וקידש נשים בכל המקומות שהלך כדי להוציא מהן כסף, ולבסוף נתפס וישב בכלא, ולא רצה לתת גט, והשואל ביקש מממהר"י הכהן דרך היתר לאישה זו, והציע לבטל את הקידושין באומדנא שלא על דעת כן התקדשה. מהר"י מתחיל בכך שלדעתו ודאי ניתן לדון דין אומדנא, ותוך כדי דבריו כותב כך:

"ולפי הדברים האלה היה מקום לדון גם בנידון דידן ללכת אחרי האומדנא, אך מה נעשה והחילוק בתוספות עומד לנגדנו דהיכי דתלוי בדעת שניהם לא אמרינן אדעתא דהכי לא קידשה נפשה? הן אמת דיש לדון דבנידון דידן לא שייך חילוק התוספות הא המקדש הבליעל הזה הסתיר דרכו ולא גילה על עוונותיו כי ידע כי האישה תרוק בפניו וכלה גרש תגרשנו אם תדע ממעלליו הרעים, ואם כן הוא בעצמו מחזק האומדנא – לא כן בדבר אשר לא בפשיעת המקדש בוודאי דתלוי בדידה כמו בדידה, ומה לו ולתנאים כאלה".

אמנם לאחר מכן המהר"י מעלה בסברת המחמירים ביבם מומר (החולקים על מהר"ם שהוזכרו לעיל) סברה הפוכה לזו שכתב כאן, אך למעשה כתב ש"מכל מקום תוכל הדעה המתרת להצטרף ולהיות סניף לטעם אחר דהיתרא למען ירבו טעמי ההיתר", ונראה מדבריו שמסכים שיש בסברה הנ"ל אמת וצדק מעיקר הדין (ועל פי יסוד זה ועוד יסודות המבוארים שם אכן מבטל את הקידושין).

בהתאם למה שהוסבר לעיל, נראה שסברת מהר"י הכהן ברורה. הרי הסיבה לכך שבשתי דעות אין אומרים אומדנא הינה שבשתי דעות כל צד מכופף את דעתו ואת תנאיו על מנת שהשני יתרצה לבצע את הקניין עמו, ועל כן באופן כללי אנו אומרים שהאיש והאישה אינם יכולים לבטל את הקידושין לאחר המעשה, שהרי ויתרו על אפשרות זו כדי לקיים את האישות ביניהם. אולם, מאותה סיבה אומרים אנו כי באומדנא דמוכח יכולה האישה לבטל, שכן במקרה כזה ברור שאינה מוותרת לטובת הבעל.

כך גם יש להבין את דברי מהר"י הכהן, שכתב שהבעל במעשיו לא זו בלבד שאינו סותר את האומדנא של האישה, אלא שאף מחזק אותה. הסיבה שאין אנו מקבלים על פי רוב את אומדן דעת האישה הינה שהיא סותרת את אומדן דעת הבעל (כגון שהוא לא רוצה שבעילותיו יהיו בעילות זנות, וכדומה), אך במקרה של מהר"י הכהן מעשיו ופשעיו גרמו לכך שהאישה רוצה בביטול הקידושין, וזו אומדנא מוכחת וברורה שהבעל במעשיו מוכיח ומחזק אותה, ועל כן אין בכך כדי לסתור את דברי התוספות.

פרק ח': ביטול קידושין בבעל מומר

לעיל ראינו שלפי רש"י ה"טן דו" מוסב על הבעל ולא על היבם מוכה שחין, ומדבריו לכאורה ניתן להסיק שבאופן עקרוני אין "טן דו" אלא בבעל שלם, אך בבעל מוכה שחין – כמו ביבם מוכה שחין – אין "טן דו", ואין זו זכות לאישה כלל שתהיה נשואה לבעל מוכה שחין. לכאורה, ניתן לומר כן אף בבעל מומר, אך בשו"ת הרד"ך (בית ט', חדר ח') דן בדין יבם מומר, ותוך כדי דבריו מזכיר את דינו של בעל מומר, ונראה שמחמיר בדבר לומר שאין אפשרות לבטל את הקידושין בכגון זה:

"ולפי דעת בעל התוספות משמע דבדבר שיארע לו בחייו מקפיד, דדוקא בכיוצא באישה שנעשה בעלה בעל מום שהזכירו התוספות הוא דאמרינן הכי, שכבר ידוע הוא שדעתו של כל אדם המקדש אישה אינו מקדשה אלא לדעת שתהיה אשתו בכל עניין, בין אם יקרה לו טובה ובין אם יקרה לו רעה, ולא יהא לה רשות לצאת הימנו גם כי יקרה לו דבר שלא יכשר בעיניה, כגון שיהיה משומד או בעל מום וכיוצא בזה; אבל שיחשוב וידקדק אם היא מתקדשת על תנאי שאחרי מותו לא תהא זקוקה לאחיו ויהיו בעילותיו שבעל כבר בזנות – ברור לנו שאין דרך בני אדם לחשוב ולדקדק בזה כלל, ולא סלק אדעתייהו לעכב".

אמנם בשו"ת נודע ביהודה (קמא, יו"ד, ס"ט) דן בשאלת האומדנא, והעלה שם כמה חילוקים (ואחד מהם אף הובא לעיל), ובסוף דבריו כתב בין השאר:

"דבר שהוא אומדנא שאינו רוצה לכנוס באותו ספק כלל, אפילו תליא בדעת שניהם אזלינן בתר אומדנא דחד לבטל, אפילו מעשה שכבר נעשה כמו זבין ולא איצטריכו ליה זוזי, וכן נתן מעות לחתנו ומתה בתו בעודה ארוסה. ובדבר שיש סברא לומר שהיה מכניס עצמו בספק, אף שיש גם כן אומדנא שאם היה יודע בוודאי שיארע דבר זה לא היה עושה, אם היה הדבר תלוי בדעת שניהם אי אפשר לבטל הדבר... ואם הדבר תלוי בדעת חד שפיר גם בזה אזלינן בתר אומדנא".

דברי הנודע ביהודה מצטרפים לדברי כמה וכמה אחרונים הסוברים כן כמו שראינו לעיל, ומצד סברה זן נראה שיש מקום אף בבעל מומר לחשוב שמא ניתן יהיה להפקיע את קידושי האישה. אולם בתשובה אחרת (קמא, אבהע"ז, פ"ח) דן הנודע ביהודה "באשת המומר שאי אפשר בתקנה, ותהיה צרורה ועגונה כל ימיה, אולי נוכל למצוא לה תרופה". הנודע ביהודה דן בדבר מצד אומדנא, ונביא כאן את עיקרי דבריו:

"ונראה לפי עניות דעתי דנוכל לומר שהתוספות לא כתבו כן אלא לגבי מוכה שחין, אבל לגבי מומר דלא שייך גביה ניחא בכל דהו אפילו לגבי נשואין אמרינן אדעתא דהכי לא נישאת... אבל באמת הא ליתא דודאי לא מהני כאן לומר אדעתא דהכי לא נתקדשה כיון דלאו בדידה לחוד תליא מילתא וכמו שכתבו התוספות... דבשלמא מה ששייך אחר מותו לא איכפת לו, אבל בעודו בחיים – אף שהוא מומר – מכל מקום אינה אסורה לו לחלוטין, ואם יחזור הרי היא מותרת לו, ואם כן בוודאי לא ניחא ליה שיתבטלו הקידושין. ועוד, כיון שהיא אגידא ביה צריכה היא לרצות בתקבא דדינרי, וממילא לא ניחא לדידיה שיתבטלו הקידושין. ועוד היה לי לדבר בזה איזה חילוקים ולחדש דלפעמים שייך תירוץ התוספות שחילקו

בין היכא דתליא בדידה לחוד ולפעמים לא שייך לחלק, אלא שאין רצוני להאריך בפרט הזה כי בעוונותינו הרבים מורי הוראה שבזמננו יש בהם הרבה מקולקלים, ועמו בעצו ישאל ומקלו יגיד לו מחפשים קולות, ופן יקחו וישחיתו דברי להקל גם באשת איש גמורה שהמיר בעלה".

כאמור, אף שלכאורה דברי הנודע ביהודה עצמו בתשובתו הראשונה הנ"ל יכולים לשמש כיסוד להתיר אף באשת איש גמורה, מכל מקום לא רצה להתיר ופסק להחמיר מצד זה על פי דברי התוספות כפשוטם, שבשתי דעות אין להקל בכל עניין (ולמעשה אף הוא היקל שם באותה תשובה מצדדים אחרים). אף משו"ת אבני צדק (אבהע"ז, נ"ו) נראה שאין להקל, ואף המהרש"ם בתשובה (ב', ק"י) סבר שאין מקום להקל בכך:

"וגם מה שכתב כבוד תורתו לדין מכח אומדנא דאדעתא דהכי לא נישאת והביא מדברי הב"ח... דאם המיר אחר נישואין יש סברא יותר להקל; הנה הב"ח לא כתב כן להתיר אישתו כיון שהמיר... ולא נמצא בשום פוסק להתיר אשת ישראל שהמיר, ורק לענין יבום דנו בזה מכח האומדנא. ובפרט לפי מה שכתב בשו"ת מעיל צדקה סימן ד' דכיון דאין פותחין בנולד דלא שכיח צריך לומר דכל קושיות הש"ס בבבא קמא רק על יבמה שנפלה לפני מוכה שחין שהיה כבר מוכה שחין בשעה שקידשה בעלה... וזה לא שייך בנידון דידן לגבי קידושי הבעל עצמו".

אך למרות שכתב המהרש"ם שלא נמצא כן בשום פוסק, מכל מקום לא ראינו אינו ראייה, ואמנם לא נמצא כן בשום פוסק לדון רק מכח אומדנא, אך האומדנא עצמה קיימת בדברי הפוסקים כמו שיתבאר ראשית, יש להעיר שסברת המהר"ם להתיר ביבם משומד היא שאין האישה רוצה לשבת תחת מי שיעבירנה על דת, ומובן שמסברה אין מקום לחלק בכך בין בעל (במידה ונעשה משומד לאחר הנישואין) לבין יבם. אולם גם מעבר לכך ניתן לומר שאפילו המחמירים יקלו לפי העניין. כך, לדוגמה, בהמשך תשובתו של הרד"ך (בית ט', חדר ל"א) – שהחמיר כמובא לעיל – כתב בלשון זו:

"ואם כן זכינו לדין דנראה לומר דדוקא במוכה שחין שהוא לה לצוות בעלמא וניחא לה בהוא כל דהו דאית לה אחרי מיתת בעלה, וכן במשומד שיכולה היא להיות אצלו... אבל כבנידון דידן שנוסף על השמד שהוא לארץ מרחקים ולא יהיה לה ממנו אפילו צוות בעלמא אלא תשב עגונה כל ימיה וכדפירשתי, פשיטא לעניות דעתי דאפילו רש"י ז"ל מודה דאנן סהדי דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה מעיקרא, וכדפירשתי".

אמנם עדיין אפשר לומר שכל זה דווקא לענין הטן דו, אך בעיקר העניין עדיין אין כאן אומדנא דמוכח שעל פיה אפשר לומר שהאישה ודאי לא קידשה עצמה על דעת שבעלה יעשה מומר (והרי רש"י עצמו שעל פיו יש מקום להקל מצד הטן דו, מחמיר לענין האומדנא כמו שכבר ראינו לעיל). אולם, מצאנו שהמהר"ל בתשובה (סימן ק') וכן התרומת הדשן בתשובה (סימן רל"ז) הביאו את הדברים הבאים לענין בעל שנשתמד:

"אישה שנשתמד בעלה, מותר לכל אדם לקבל גיטה שלא מדעתה, דאנן סהדי דזכות הוא לה לפי דברי הגאונים דפטרן אישה יבמה שנפלה לפני יבם המומר בלא חליצה משום דאדעתא דהכי לא נתקדשה לו, משמע דאי הוי שייך ביה טן דו הוי צריכה חליצה... משמע דווקא במקום ששייך זה צריכה חליצה. אבל רש"י שחולק על הגאונים וכתב שצריכה חליצה אם כן צריך לומר שגם בזה צריך לומר טן דו, אם כן אסור לקבל לה גט דשמא אינו זכות הוא לה, וכן נוהגין".

בשו"ת הרא"ם (סימן ס"ח) ובשו"ת הרד"ך (שם) דנו בדברים אלו, הרא"ם הקל והרד"ך החמיר, ועדיין לא אמרו אלא לענין קבלת גט עבור האישה כיון שזכות הוא לה, אך לא אמרו להפקיע את הקידושין לחלוטין. מכל מקום, המעיין שם יראה שמקום יש לומר שנישואין לבעל מומר אינם זכות כלל וכלל, ובדיוק כשם שטען המהר"ם לגבי יבם מומר, ואם כן הושוו שניהם לענין זה, לכל הפחות לחולקים על רש"י שמחמיר ביבם מומר. אכן, בשו"ת מהר"י קצבי (סימן י') מצאנו שסבר שיש בדברי רש"י הללו לענין זיכוי גט אף הוכחה שניתן לדון דין ביטול קידושין בכגון זה. המהר"י קצבי דן במומר ששלח גט ממרחקים, וכותב:

"וכי תאמר בלבבך: סוף סוף מאחר דאיכא מרבוותא דסבירא להו דמומר לעבודה זרה ולחלל שבת הרי זה כגוי ואין קידושי קידושין אלא משום חומרא בעלמא... איך נוכל להקל בדבר שבערוה החמורה כשקידשה קידושין גמורין בעודו ישראל כשר? הן לזאת אומר כפי עניות דעתי דאדרבה לדברי הני

רבוותא ז"ל, מכיון שנשתמד איתרעו קדושי ואין להחמיר עליה לדונה כאשת ישראל, דאדעתא דהכי לא קידשה את עצמה. ואף על גב דלאו בדידה לחודה תליא מלתא וכדכתבו בתוספות... מכל מקום שמעינן מהתם דאי לאו טעמא דטב למיתב טן דו... אית לן למימר דתיפוק בלא חליצה כיון דאדעתא דהכי לא קידשה עצמה לראשון.

ונפקא מינה היכא דאמדינן דעתה דלא ניחא לה כלל, כגון שנפלה לפני יבם משומה... ודון מינה דלגבי אשת המשומד עצמו אי לאו האי טעמא דלאו בדידה לחוד תליא מילתא, היה הדין נותן דתיפוק מבעלה שנשתמד לעבודה זרה מרצונו בלא גט, דאדעתא דהכי לא קידשה עצמה דהא ודאי לא ניחא לה בצוותא דמשומד כי האי גוונא וכמו שכתב הרב בעל תרומת הדשן סימן הנזכר... דאין כאן ספיקא, דהא ודאי לא ניחא לה בצוותא דידיה...

וחילוק זה לעניות דעתי נראה שהוא מפורש בדברי רש"י... דמשום הכי הורה רש"י ז"ל הלכה למעשה במשומד שנתרצה לתת גט לאישתו שיקבל אחד הגט שלא מדעתה... ואם כן אי לאו האי טעמא דלאו בדידה לחודה תליא מילתא אלא כמו כן בדעת המקדש מן הראוי היה לפוטרה בלא גט... דלגבי בעל נמי ליכא למימר דאדעתא דהכי קדשה אף אם ימיר דתו, דכיון שהוא אומר בשעת הקידושין "כדת משה וישראל" הוה ליה כאילו קידש על מנת שיעמוד בדת משה וישראל... ואם כן... מן הראוי היה לומר... עכשיו שנשתמד ויצא מכלל דת משה וישראל הופקעו קידושי למפרע ואין להצריכה גט מן הדין אלא משום חומרא בעלמא...

ועם כל זה לא באנו לומר שתהיה מותרת בלא גט חס ושלום אלא כוונתינו לומר דאיתרעו קידושי טובא מכל צד עד שכמעט היה עולה על הדעת לומר דהופקעו הקדושין לגמרי, ואם כן אף כי אין בידינו לפוטרה בלא גט מדעת עצמנו, מכל מקום הא מיהא פשיטא לן דאין להחמיר עליה, אלא כיון דידעינן שנתרצה לגרשה יכתבו ויתנו לה בשליחות המומר ובציווי אליבא דכולי עלמא".

מדברי מהר"י קצבי יוצא שמצד הסברה הפשוטה אכן יש לומר ביטול קידושין אף בבעל מומר, אלא שמכל מקום יש לנו להצריך גט לחומרא. אף בשו"ת אבני קודש (סימן ו') נראה מתוך לשונו שמשווה שם בין יבם מומר ובעל מומר, אף שלהלכה לא כתב כן מפורשות, וגם משו"ת עזרת כהן (סוף סימן ס"ז) עולה סברה זו. גם מהב"ח (אבה"ע"ז, קנ"ז) נראה קצת שסובר שיש מקום לסברה זו:

"אבל לפי עניות דעתי נראה דאיפכא מסתברא, דבקידשה אחר שהמיר ודאי דקידושי קידושין דכיון דאין אשה מתקדשת אלא לדעתה והיא פשטה ידה וקיבלה קידושין מן המומר אם כן רצונה בכך ומקודשת, דאף על פי שחטא ישראל הוא, אבל היכא דקידשה ואחר כך נשתמד אנן סהדי דלא קיבלה קידושין ממנו ולא נישאת לו אלא על דעת שיחזיק בדת ישראל, אבל היכא שיהפוך דתו על זה לא היה רצונה ולא היה דעתה שיהיו קידושין אלא המעות יהיו מתנה".

למעלה מכל הנ"ל, ערך בזה מערכה גדולה בשו"ת שרידי אש (א', צ'), שכך נשאל מאת הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג:

"יש לנו צער גדול ונורא מארבע נשים עגונות גולות מארץ תימן המתגוררות בפתח - תקוה. מעשה שהיה כך היה: כשחלתה העלייה הכללית מתימן זה מספר שנים הלכו בעליהן והשתמדו לדת איסלם ורצו להכניס גם אותן ואת הילדים לאותה הדת והצליחו הנשים עם הילדים לברוח לעדן הסמוכה והתגלגלו לארצנו הקדושה, ומאז צעקת אחיותינו עולה עד לשמים על עיגונן ואין חכמה ואין עצה לקבל גט, או אפילו הרשאה מהבעלים ההם, ימח שמם... ובודאי ראה כבוד גדולתו כבר בשו"ת חידושי אנשי שם להגרש"ק ז"ל, שמתרץ... שקידושי מומר אינם קידושין משום דאדעתא דרבנן מקדש ואין חכמים רוצים בקידושין כאלה... וזהו פלא עצום, ולא ימלאני לבי לבנות על יסוד כזה, וראיתי להגאון מהרש"ם ז"ל... שאומר ששום פוסק לא אמר לבטל הקידושין של המומר על יסוד שיטת רש"י הידועה, ורעדה אחזתני להקל משום אדעתא דהכי...".

השרידי אש דן באורך וברוחב בכמה וכמה סניפים להקל (ויש לעיין אף בשו"ת אהל משה (ב', קכ"ג) שדן בדברי השרידי אש הללו), ונביא כאן את תמצית דבריו בענייננו:

"ועלינו לדון בדין הפקעת קידושין במומה... שהמהר"ם סובר דדווקא במוכה שחין איכא למימר דמחמת חיבת בעלה מכנסת את עצמה בספק, אבל במומר הדעת נותנת שאינה מכנסת עצמה בשום ספק מחמת חיבת בעלה ואף מן הנשואין... ויש מחלוקת בדעת מהר"ם וסברתו דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, אי דווקא שנשתמד כבר קודם קידושי אחיו או אפילו אם נשתמד אחר כך. וראיתי בתשובות מיימוניות... שאם נשתמד לאחר קידושי אחיו לא אמרינן דאדעתא דהכי... ואולם בתשובת מהר"ם מ' מינץ... כתב וזה לשונו: "גם לא חזינן בדברי מהר"ם שחילק בדבריו בהדיא בין היכא דהוה משומד בשעת קידושין לאחר כך... וגם בתשובת הרא"ם... מיהו מדברי התוספות בבבא קמא ובכתובות... מיירי אפילו נעשה מוכה שחין אחר כך..."

ויש לעיין לפי דעת מהר"ם מ' שיבס מומר אינו זוקק משום דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, אם טעם זה מספיק גם אם הבעל נעשה מומר לאחר קידושין, ועיין בב"ח סימן קנ"ז, שהשיג על הבית יוסף... ואף שהב"ח כתב כן רק להשיג על לשונו של בית יוסף... מכל מקום יש לומר שמהר"ם סובר סברא זו אליבא דאמת... ובתורת חיים כתב ליישב קושית התוספות דמילתא דלא שכיח כלל יש לומר אדעתא דהכי לא קידשה נפשה... ולפי זה אפשר לומר, שהתוספות כתבו כן רק לפי קושית הגמרא... אבל במומר, דלדעת מהר"ם לא שייך במומר טן דו והוי אומדנא דמוכח, יש לומר דגם גבי בעל מהני אומדנא זו לבטל הקידושין... ועיין במשנה למלך... דבאומדנא גדולה לא מהני קפידת השני ואמרינן דלא נתקדשה אדעתא דהכי אף דאיכא דעתיה דבעל, ולפי עניין זה אף בבעל עצמו שנעשה מומר יש לומר כן...

נסכם את האמור, שאפילו התוספות לא אמרו דבעי דעת שניהם אלא במוכה שחין... אבל במשומד אפשר שמודים... ואם כן אפילו בבעל שנעשה משומד אמרינן גם כן דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה... ופשיטא שיש לומר כן בדעת מהר"ם... וכבר ראינו שיש לומר שגם רש"י מודה למהר"ם אם הבעל נעשה משומד, דאז לא שייך טן דו לפי פשטות לשונו של רש"י... דסובר רש"י דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, וסרה קושית מהר"ם על רש"י שהתיר לקבל גט לאשת משומד בלא ידיעתה. אלא שקשה לומר כן... ויותר נראה שרש"י לא סבירא ליה סברא זו דמהר"ם...

ועוד נראה לי להעיר שיש למצוא היתר בנעשה הבעל מומר מטעם אחר, דהנה בנודע ביהודה... כתב... דעד כאן לא כתבו התוספות דהיכא דתלוי בדעת שניהם לא אזלינן בתר דעת לוקח היינו משום דמסתמא אין המוכר מתרצה... מה שאין כן בעובדא דרא"ש שנתקלקלה אחות המשודכת אמרינן אומדנא שזו היא טובה לשני הצדדים, שהרי היה יכול להיות להיפך שיזדמן פגם משפחה של המשודך ולפיכך אמרינן שנתרצו שני הצדדים לכך שזה הוא טוב לשניהם, עיין שם שסיים שזו סברה ישרה ואמתית ויודה בה כל מי ששכלו זך וישר.

ולכאורה דבריו נסתרים מדברי התוספות... אבל במשומד, שלדעת מהר"ם הוא אומדנא דמוכח, שפיר יש לומר שאפילו לאחר נישואין מהני אומדנא זו, דכיון שזו טובה היא לשניהם מהני אומדנא אפילו היכא דתלוי בדעת שניהם. ויש לדחות ולומר, שאין זו טובה לבעל, שהרי אם האשה המירה דתה יוכל גם כן לגרשה בעל כורחה או לשאת אשה אחרת אף בלא היתר של מאה רבנים... אלא שכבר הבאנו לעיל דעת המשנה למלך דבאומדנא גדולה לא בעי דעת שניהם... ואם כן גם בבעל משומד אמרינן אדעתא דהכי לא קידשה נפשה.

אחר כותבי כל הנ"ל ראיתי בנודע ביהודה... שכבר עמד על כל הנ"ל וכתב... דהא ליתא, דוודאי לא מהני כאן אדעתא דהכי כיון דלאו בדידה תליא מילתא... ולכאורה הנודע ביהודה סותר את דבריו שכתב בורה דעה סימן ס"ט, דבאומדנא גדולה מהני אפילו אם השני מקפיד... כנראה הרגיש הגאון נודע ביהודה שימצאו סתירה בדבריו, וכאילו להתנצל כתב: "ועוד היה לי לדבר בזה איזו חילוקים ולחדש... אלא שאין רצוני להאריך בפרט הזה... ופן יקחו וישחיתו דברי להקל גם באשת איש גמורה שהמיר בעלה". 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...

ויודע אני שכל מה שכתבתי אינן אלא סברות והשערות בלתי מיוסדות כהוגן והדבר צריך עיון ובדיקה

עמוקה בש"ס ופוסקים, ומכל מקום לא נמנעתי לכותבם, כדי להעיר ולעורר את טובי הלומדים שיעיניו במקצוע גדול זה שבתורת אישות, שאין ערוך לחשיבותו הגדול בזמננו זה, שנתגבר ההכרח לדאוג לקיום התורה וחוקיה בחיי אישות ולהגן עליה מחמת המורדים והפוקרים שרוצים לפרוק מעל ישראל עול התורה ודיני אישות הקבועים בה".

אף שלמעשה לא רצה השרידי אש להקל בדבר, מכל מקום מצאנו לאחד מהאחרונים שצירף אומדנא זו הלכה למעשה, שבשו"ת חסד לאברהם (תניינא, אבהע"ז, נ"ה) נשאל אודות בעל מומר, וכתב:

"וגם יש לצרף בנידון דידן מה שצירפו קדמאי במרדכי פרק החולץ ביבם מומר... וקל וחומר בנידון דידן כשהבעל עצמו המיר דתו דודאי לא ניחא לה לשבת תחתיו, וביבם מומר פקפקו שם על זה ממה שכתבו התוספות שם ובכתובות... דהקידושין תלוי גם בדעת הבעל ויש לומר שלא היה רוצה לבטל הקידושין שלא תהיה בעילתו בעילת זנות, והאריכו בזה... וכל זה לא שייך בנידון דידן שהבעל המיר דתו, דמה איכפת ליה בזה שיבטלו הקידושין, כיון שהוא מומר אינו חושש לבעילת זנות? מכל הני צירופים אם יצטרפו עמדי שניים מחכמי הדור דרינא בהדייהו להתיר במקום עיגון גדול כזה".

כך גם הביא בשו"ת הר צבי (אבהע"ז, צ"ט). על כל אלה נוסף אנו שלפי הגדרים שבררנו בפרק הקודם ברור הדבר שיש מקום לדון דין אומדנא דמוכח בבעל מומר כפי שהציעו החסד לאברהם והשרידי אש, שהרי אין כאן מאורע תדיר, והשינוי אינו בחפץ הנקנה אלא בקונה (הבעל) וביסוד הנישואין של הבעל והאישה, וגם העניין הוא בפשיעת הבעל – ואם כן על פי כל הגדרים שנתבארו יש לומר שכאן נוכל לדון רק בדעתה למרות שיש כאן שתי דעות, ולומר שלא על דעת כן קידשה את עצמה (ועוד יש לעיין בנידון זה בחזון איש (הלכות ייבום, קי"ח, סוף סק"ה)).

מתוך כל מה שכבר נתבאר נוכל להתקדם לעבר נידוננו, אולם קודם לכן יש לטפל בקצרה בדברי התוספות, שמהם עולה שלכאורה אין מקום לדון אומדנא אלא מן האירוסין, או לאחר מיתת הבעל; ואף שכבר נתבאר שבאומדנא דמוכח אין מניעה כזו, בכל זאת נביא מספרות השו"ת ראיות רבות שניתן לדון אומדנא דמוכח אף כשהבעל עדיין בין החיים.

פרק ט': אומדנא דמוכח בספרות השו"ת

כבר הבאנו ראיות רבות לכך שהפוסקים סברו שניתן לדון אומדנא דמוכח אף כשהבעל עדיין בין החיים, שכן משמע מכל מי שדן בדבר לעניין בעל מומר (ואף מי שאסר, לא דחה את עצם האפשרות העקרונית לדון כך), אך כפי שנראה עוד רבים הם הסוברים כן במגוון של מקרים, ובפרק זה נביא אף פסיקות הלכה למעשה שמתחשבות באומדנא כזו.

בשו"ת הרי בשמים (ד', קמ"ז) דן לכאורה אומדנא כזו בבעל שעודו בחיים אך הוא שוטה:

"עוד יש לפנינו לדון בכחא דהיתרא בנידון מצד דאף אי ניחוש שהוא עיתים חלים ובשעת קידושין היה בריא וחלו הקידושין, מכל מקום כיון שלא ידעה האשה מזה שהוא שוטה הוה להו קידושי טעות שאם היתה יודעת שהוא עתים שוטה לא היתה מתקדשת אליו... ונראה דבשוטה ולא הכירה בו יודה דלא הוי קידושין כלל משום קידושי טעות, אחרי שאי אפשר לה לדור עמו דאין אדם דר עם נחש בכפיפה, ויש מקום בזה לומר אומדנא דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה".

אמנם לאחר מכן מטיל כמה ספקות הלכתיים באומדנא זו, וברור מדבריו שאין לומר אומדנא זו – ומכל מקום לא סתר הדברים מטעם שהבעל עדיין בחיים, כי כתב שם שעל פי המשנה למלך אכן יש לדון אומדנא גדולה אף בכגון זה (ומכל מקום לא ברור שניתן ללמוד מדבריו, כי המקרה שלו הוא מקרה שבו הבעל היה שוטה בשעת הקידושין; אך על פי הסברות שמעלה נראה שסובר שאין לחלק בין הנידונים, ועדיין צריך עיון במהלך דבריו).

עוד יש להזכיר את האמור בשו"ת אבן שהם (אבהע"ז, נ"ז), ונקדים לכך שבשו"ת נשמת חיים (סימן קכ"ח) כתב בלשון זו:

"מקידושי טעות אין לי לחדש דבר, ודאי האומדנא גדולה מאוד שאם היתה יודעת ממחלתו לא היתה מתקדשת לו בשום אופן, אמנם אי אפשר להפקיע הקידושין בזה והכל גלוי וידוע לפניו... עד אחרון תשובת חתם סופר... שאחרי שהאריך בעובדא שבאה לפניו באומדנא כזו וכי ראויה אומדנא גדולה כזאת להפקיע הקידושין, אחרי כל דבריו סיים שלא מפני שאנו מדמין נעשה מעשה. ואנן מה נענין אבתריה?... אם נבוא להורות הוראה כזו להפקיע קידושין על פי אומדנא כזו יש לחוש להרבה פרצות שכל עגונה שיצא ממנה בעלה תביא עדים ואומדנות והוכחות דאדעתא דהכי לא נתקדשה לו, ואשר על כן אי אפשר בשום אופן לבנות בניין על יסוד זה לבדו..."

תשובה זו נכתבה לרב משה פרלמוטר, והוא בשו"ת אבן שהם (שם) השיב לדברי הרב חיים ברלין הנ"ל:

"מה שכתב... מחתם סופר... הנה לעניות דעתי דאך בעובדא שבא לפניו כתב כן שאין האומדנא גדולה וברורה כעובדא דידן שבוודאי לעניות דעתי היה מורה להתיר להלכה ולמעשה... שוב הגיעני מכתב מהרב הגאון הנ"ל שהוא מודה לדברי בזה שהמה נכונים ואמיתיים וגם הוא מודה דאמנם בנידון דידן האומדנא גדולה מאוד, דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה".

אף הוא מביא שם את דברי האחרונים המתירים באומדנא דמוכח גם כשיש שתי דעות, ואם כן מדבריו למדנו שוב להתיר באומדנא גדולה ומוכחת, ושגם הנשמת חיים חזר בו בסופו של דבר והסכים שבמידה והאומדנא היא גדולה אין לעכב מלבטל את הקידושין למפרע בעקבותיה. אמנם גם כאן יש מקום לבעל דין לפקפק ולומר שהמדובר הוא במקח טעות, ואף שהסברות שמשתמש בהם האבן שהם שייכים גם בדין אומדנא דמוכח, מכל מקום אין ללמוד ממנו אלא לעניין מקח טעות שהיה בשעת הקידושין, ולא לעניין דבר שנתחדש לאחר מכן.

יותר נראה להוכיח ממה שכתב בשו"ת שואל ומשיב (תליתאה, א', ס"א), שאף ממנו משמע לסמוך על אומדנא דמוכח גם במקום שיש שתי דעות:

"על דבר השאלה שאישה אלמנה באה בקשרות בתה בעיר אדעססא עם איש אחד פלוני אלמוני לא נודע שמו ושם אביו ושם עירו, ופתאום נתפס המיועד ועוד שני אנשים עבור מטבעות המזוייפות וישב כל אחד בחדר מיוחד לבדו וגם המשודכת היתה הפקידה עליה שתעמוד על המחקר אם היא יודעת מאומהי ואחר החקירה חופשה ניתן לה שתסע לביתה והמיועד ביקש ממנה שתבוא עוד הפעם לאדעססע... וכאשר באה אליו פתחו את החדרים אשר שני אנשים יושבים שם ונתנה לו ידה ואמר דברים וגם נתן לתוך ידה נייר ובו היה מכורך איזה דבר, וכשיצאה אמר לה: "תדע שאני קדשתיך", ובהנייר שנתן לה היה מכורך עשרים קאפקס כסף..."

והנה הבית דין הורו שם שאין ממש בהקידושין וגם מעלתו הורה גם כן להתיר ושאל ממני חוות דעתי. והנה זה פשוט כיון שלא שמעו ממנו תיבת "ל" שאין כאן בית מיחוש... וגם העדים לא ידעו כלל מקידושין, וגם הוא לא היה יכול לומר בלשון הקודש שום דבר... וגם לא ראו הנתינה כלל... וגם כיון שהיה הנייר מכוסה ולא ידעה מה בתוכה פשיטא דלא סמכה דעתה... ובצירוף כל אלו הדברים פשוטים דלא הוה קידושין. אמנם לפי דעתי חדשות אני מגיד בהיתר העלובה הזאת... שהוא מוכתב למלכות... מבואר שזה מוס גדול... ולפי זה רואה אני הדברים קל וחומר: ומה התם שלבעלה הראשון נתקדשה באמת רק ליבם שהוא מוכה שחין רצונו לומר דתיפוק בלא חליצה אי לאו דטב למיתב טן דו, מכל שכן כאן דלבעלה שכבר יושב בבית האסורים ומוכתב למלכות מי יודע מה יהיה בסופו, וטב למיתב טן דו לא שייך שאי אפשר לה לישא אותו – פשיטא דאדעתא דהכי לא רצתה להתקדש, ואין לך מוס גדול מזה, ובוודאי לא עלה על דעתה שתתקדש בזה ואין הקידושין קידושין כלל, כן נראה לפי עניות דעתי ברור דאין בזה חשש קידושין. ואף שבתוספות... יש הרבה עיקולי ופשורי בזה, אבל בנידון דידן ודאי כולי עלמא מודו, ועיין מדנה למלך פרק ו' מזכיה".

אף על פי שהשואל ומשיב עוסק כאן במי שנתקדשה ולא במי שנישאה, מכל מקום על פי הסברות שמביא יש לומר כן גם במי שנישאה, והרי אם הוא משווה את המקרה לזה המוזכר בגמרא באישה שנפלה לפני יבם, ולא כתב שזה דווקא מן האירוסין, ואדרבה הזכיר גם את התוספות במסכת כתובות בתוך דבריו. אמנם עדיין יש מקום לבעל דין לטעון שכיון שכך היה המעשה, אין ללמוד ממנו אלא לקידושין.

אף שלעניות דעתנו יש מקום ללמוד מכל הנ"ל גם לענייננו, מכל מקום כאמור יש מקום לבעל דין לפקפק בכל הראיות הנ"ל; אך יש אחרונים שמהם משמע בבירור שהם דנים אומדנא דמוכח בשתי דעות כשהבעל בחיים. לעיל הבאנו את דברי החסד לאברהם, ואת דברי הרב צבי פסח פרנק בשו"ת הר צבי תמך בדבריו, ועתה נביא מקום נוסף בכתביו שתומך בכך. וזה לשונו (אבהע"ז, קל"ג):

"עוד ראיתי בחסד לאברהם... דבעל שהמיר מכל שכן דיש לומר דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, וכן נראה דבנידון דידן שנשתגע ואין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת, שזה גם כן גרוע ממוכה שחין ויש לנו לומר דאדעתא דהכי לא קידשה, ויש לדון דנתבטלו הקידושין למפרע, וכמו שכתב הרד"ך דאף רש"י דפליג עם מהר"ם להתיר בכהאי גוונא דהיבם מומר, היינו דווקא שישנו כאן ואפשר להם לדור יחד, אבל במשוגע אי אפשר לדור והוי כמומר שאינו כאן כלל ולכן יש להתירה".

אף בשו"ת דברי חיים (א', ג') יוצא בבירור לדון אומדנא זו, שכן דן בתשובתו במי שנשתטית אישתו, ושם כותב במפורש שלא זו בלבד שיש מקום לבטל את הקידושין, אלא שבאמת כך נעשה אף בפועל. בתחילה מקשה על היתר מאה רבנים למי שנשתטית אישתו:

"ומה שנראה לי הטעם הוא כך, דהנה לכאורה קשה: אמאי צריך כלל להיתר? הלא באמת אומדנא דמוכח שאדעתא דהכי לא קידשה!... ואי דאשה לא היתה מתרצה – מה איכפת לה? כיון דאין מונעין ממנה שום דבר מהשלשת הכתובה בעודה בשטותה בודאי לא איכפת לה, ותיכף שתתרפא תקבל הגט. ואי שאינה מרוצה להתגרש, הלא אם ירצה בעלה לגרשה יוכל לגרשה בעל כורחה, וגם היום לאחר חרם רבינו גרשום יוכל למנוע שאר וכסות כדעת מהר"ם עדי תקבל הגט ברצון... הגם שנימא שיש קצת קפידא הלא בלאו הכי רבים ושלמים סבירא להו דבאומדנא גדולה אפילו בדבר התלוי בדעת שניהם אמרינן אומדנא... ואם כן בודאי קשה: למה לי היתר מאה רבנים, הלא יש אומדנא גדולה דאדעתא דהכי לא נשאה?

ולכן יש לומר דבאמת זה גופא טעם ההיתר... ורק דצריך מאה רבנים לחומרא, היינו כדי שלא יבוא כל אחד בעילה כל דהו לומר שנשתטית אשתו ובאומדנא יבטל הקידושין, לזה הצריכו שיבחנו הדבר על פי מאה אנשים אם האמת כן וגם לראות שתהא נוחה להאישה הנשטית באופן מה שאפשר, היינו שישלישו הכתובה והספקת פרנסתה, לחוש למאן דסבירא ליה דאפילו בדבר גדול לא אמרינן אומדנא בדבר שתלוי בדעת אחרים... ולזה יבחנו הדברים שיעשו על האופן שנוכל לומר אומדנא דאדעתא דהכי לא קידשה... דעיקר ההיתר הוא מכח אומדנא...".

דבריו הם חידוש גדול, ובהמשך אף נדון בהם, אך למעשה יוצא שהדברי חיים פוסק שיש לבטל קידושין באומדנא גדולה ומוכחת במקרה של אישה שנשתטית, ואף שהינה עדיין בחיים ואולי אינה רוצה בהיפרדות זו. אחרון לאחרונים נעלה כאן זכר לדברי הרב אהרן לוין הי"ד, שנספה בשואה, שכתב בשו"ת אבני חפץ (סימן ל'):

"ויש לצרף קצת לסניף לעניין שאלתנו, כיון שאחר כך נתברר שהאיש המקדש הוא מאלה הנוכלים והפושעים הסוחרים בנפש אדם, יש לומר אף אם היו קידושין גמורים אין בהם ממש, דאין לך אומדנא גדולה מזו, דאדעתא דהכי לא קידשה עצמה... כיון שהמקדש הוא מאלה הפושעים אשר חייהם תלויים להם מנגד ובמורד ישבו ובלאו הכי אי אפשר למיתדר עמו וגם איזהו אישה תתרצה לדור עם נוכל ובליעל כזה, בוודאי אדעתא דהכי לא נתקדשה, ואין לך אומדן דעת גדול מזה שאילו הייתה יודעת מזה לא הייתה מתקדשת.

ואף דבתשובת חתם סופר... דחה דברי השואל שרצה לבטל קידושין מטעם אומדנא, זה רק באומדנא קטנה, כדוגמא שהיה שם... מה שאין כן בעניין שלפנינו שיש אומדנא גדולה וחזקה נעלה מכל ספק שבוודאי לא הייתה מתקדשת אילו הייתה יודעת זאת, יש לומר דאדעתא דהכי לא נתקדשה... והכא נמי ידוע לכל שלאיש כזה לא הייתה האישה מתקדשת וחשוב כאילו עמדנו שם ושמענו מפיה שאדעתא דהכי אינה מתקדשת. ואף שכתבו התוספות... דבדבר התלוי בדעת שני אנשים... לא אמרינן אדעתא דהכי... אכן כבר כתבו גדולי המורים דרק באומדנא קטנה אמרינן דבדבר התלוי בדעת שנים לא אזלינן בתרה, אבל באומדנא גדולה גם בדבר התלוי בדעת שנים אזלינן בתרה...".

אמנם גם בתשובה זו מדובר בעניין שהיה קיים בשעת הקידושין, אך כאן ברור שהאבני חפץ אינו מחלק ביניהם,

ואדרבה סבור שיותר פשוט להקל משום אומדנא, שכן כתב שם: "בר מן דין יש לומר דהתוספות לא כתבו... רק היכי שהדבר שאנו באים לבטל המעשה מחמתו נולד אחר כך... אבל אם היה הדבר הזה בשעת מעשה ואחד לא ידע, אולי גם בתלוי בדעת שניהם אמרינן בכהאי גוונא אדעתא דהכי לא עביד. אולם בסברא זו יש לעיין עוד ואין הפנאי גורם להאריך בזה כעת". ברור, אם כן, כי דווקא בכך הסתפק, אך באומדנא דמוכח לא הסתפק.

פרק י': דרכיה דרכי נועם

בדרך אגב נעיר על נקודה נוספת. בשו"ת כוכב מיעקב (א', מ"א) כתב דבר חידוש, והמקרה שלו שם הוא במי שאינה יכולה להשיג חליצה מגיסה המומר, וכותב שם בתוך דבריו כי אולי יש מקום להתיר לה משום "דרכיה דרכי נועם". וכדי להבין את דבריו נקדים את סוגיית הגמרא והראשונים, כי במסכת יבמות (פ"ז): למדנו:

"אמר ליה רב יהודה מדאסקרתא לרבא, לא נעשה מתים כחיים לענין יבום מקל וחומר: ומה במקום שעשה ולד מן הראשון כולד מן השני לפוסלה מן התרומה - לא עשה מתים כחיים, מקום שלא עשה ולד מן הראשון כולד מן השני לפוסלה מן הייבום - אינו דין שלא נעשה מתים כחיים! תלמוד לומר: "דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום".

כוונת הגמרא הינה ללמוד בקל וחומר (ואין כאן המקום להאריך במהות הקל וחומר עצמו) שלא נעשה מתים כחיים בייבום, וכוונת הדברים שלהלכה נפסק שאם יש לאישה זרע מבעלה אינה נופלת לייבום לפני אחי הבעל, ואף אם זרע זה נפטר לאחר זמן אין היא חוזרת ונופלת לפני היבם, כי "עשה מתים כחיים", וגם הילדים המתים הם כחיים לענין ייבום. הגמרא מקשה מכח הקל וחומר שיש לומר שאף בייבום לא נעשה מתים כחיים, וברגע שימות הזרע שהיה לה מבעלה תיפול לפני היבם לייבום?

על כך מתרצת הגמרא: "דרכיה דרכי נועם", וכמה פירושים מצאנו לתירוץ זה. כך פירש רש"י (ד"ה "דרכיה"): "וזו שהיה לה בן ולא נזקקה ליבם וניסת לשוק ומת בנה, אם תאמר תחלוץ הרי היא מתגנה על בעלה, הילכך על כרחך "בן אין לו" בשעת מיתה קאמר, והרי יש לו". ולעומת זאת הסביר הריטב"א (שם): "פירוש: ואם אין אתה עושה מתים כחיים אין כאן נועם ושלום, דכשיש לה בנים תינשא וכשימות הבן תצא ותהא זקוקה ליבם... אבל כשנעשה מתים כחיים אז נתיבותיה של תורה שלום". וישנו אף פירוש שלישי בדברי המהרש"ל בהגהות חכמת שלמה (שם): "מדברי התוספות יראה לפרש דדברי התורה יהיה הכל בנועם ומזג השוה, לא שיהא הענין מעוקם שאחת תהא שרויה בשמחה והשניה בצער... שזו תשתנה משאר נשים החולצות".

הרי לנו שרש"י פירש שלמדו חכמים שלא תתגנה האישה על בעלה, והריטב"א ביאר שאין כאן נועם ושלום אם תצטרך לצאת מבעלה ולהיזקק ליבם, והמהרש"ל סבר שהתורה משווה את מידותיה ולא ייתכן שתתקן חליצה של שמחה לאחת וחליצה של צער לשניה. והנה, התוספות בסוגיה אחרת במסכת יבמות (י"ז, ד"ה "אשת") סברו שיש ללמוד מדברי הגמרא האלו אף למקרים דומים, שכן שם בסוגיה דנה הגמרא בדברי המשנה שאשת אחיו שלא היה בעולמו פטורה מן הייבום והחליצה.

הגמרא מבארת שלומדים זאת מהפסוקים, שדווקא אחים שהיו קיימים בשעת פטירת הבעל יכולים לייבם, אך אחיו שלא היה בעולמו (שנולד לחמותה של היבמה), כלומר: שנולד לאחר שנפטר, אינו יכול לייבם או לחלוץ ועל כן האישה נפטרת (וגם צרתה כמבואר שם). בתוספות שם הקשו על לימוד זה של הגמרא מהסוגיה בדף פ"ז הנ"ל: "ואם תאמר: תיפוק ליה מדכתיב "דרכיה דרכי נועם"... ואומר ר"י דאיצטריך להיכא דחמותה של יבמה מעוברת דהוי שפיר דרכי נועם, ותמתין שמא תלד זכר ותהא זקוקה לו".

התוספות שואלים שלכאורה גם כאן אפשר לומר "דרכיה דרכי נועם", כי הרי אם היינו אומרים שכל אימת שחמותה תלד תצטרך האישה להתייבם לאחי בעלה שלא היה בעולמו, הרי דבר זה יפגע מאוד ביכולתה להתקדם בחייה ולהינשא בשנית, ולכאורה אף כאן יש לומר שמשום "דרכיה דרכי נועם" ברור שאין ללמוד כך? על כך מתרץ התוספות שבמידה וחמותה של היבמה כבר מעוברת אין כאן משום "דרכיה דרכי נועם" - כי לא תצטרך לחכות זמן רב - ולכן הייתה צריכה הגמרא להביא דרשה אחרת לפוטרה במקרה כזה. וכן הביאו הראשונים בסוגיה (שם) מהירושלמי. ובריטב"א שם מנה תירוצים נוספים לקושיה זו, עיין שם.

אמנם באחרונים הקשו על דברי התוספות, כי בחידושי רבי עקיבא איגר (שם) הקשה שנתבאר בסוף מסכת יבמות (קי"ט). שאין חוששים לחמות מעוברת שיצאה למדינת הים שמא תלד מפני חישובי רוב ומיעוט זכרים ונקבות כמבואר שם, ואם כן לא לזה צריך פסוק, וכן הקשה בערוך לנה. ובקרבן אורה תירץ קושיה זו, וזה לשונו:

"מכל מקום לעניות דעתי יש ליישב קושייתם בפשיטות, דלזה וודאי לא איצטריך קרא שתמתין, ואם נישאת לאחר ודאי פטורה היא משום "דרכיה דרכי נועם". אבל היכא דלא נישאת ונולד האח, אי לאו קרא מהיכא תיתי לאוסרה על זה האח אם הוא רוצה לייבמה? דאין לאוסרה משום יבמה שנאסרה שעה אחת, דעל מי נאסרה, כיון שלא היה בעולם – להכי איצטריך קרא דאסורה היא עליו. וכי תימא גבי מתים כחיים נמי נימא הכי, דאם לא נישאת עד שמת הולד תתייבם בתורת רשות; דזה אינו, דהתם כל זמן שהולד חי הרי היא אסורה עליו ומותרת להנשא לאחר משום "דרכיה דרכי נועם", וכיון שנאסרה עליו שעה אחת אסורה עליו לעולם. אבל הכא, לא נאסרה עליו מעולם, ומנא לן דאסורה היא עליו אם מצאה פנויה עדיין? להכי וודאי איצטריך קרא".

לפי תירוצו של הקרבן אורה יש לחלק בין אישה שמת בעלה וכבר נישאה שאז ודאי יש כאן משום "דרכיה דרכי נועם", לאישה שעדיין לא נישאה שאז אין בזה משום "דרכיה דרכי נועם" שתיפול לפני אחי הבעל שלא היה בעולמו לכשיוולד – שלזה צריך את דרשת הגמרא לפוטרה. ועתה נבוא לדבריו בשו"ת כוכב מיעקב, כי לאחר שהביא עיקרי הסוגיה בדף י"ז ודברי התוספות, הקשה על התוספות שמדוע לא כתבו בפשיטות שאכן מחוייבת האישה לחכות ולא להינשא עד שימות חמיה? ועל זה כתב: "אלא על כורחך צריך לומר דסברו התוספות דזה גופא לא הוי "דרכי נועם" שתהיה אסורה בכבלי העיגון כל ימי חיי חמיה".

משם הוא מסיק שכן הוא אף באח מומר (לפי השיטות שאינו יכול לא לייבם ולא לחלוץ) שאז אין זה "דרכיה דרכי נועם" ואפשר לפוטרה בלא ייבום ובלא חליצה, וסיים: "דאין זה דרכי נועם שתהיה עגונה כל ימי חיי היבם, והוא דבר חדש אצלי". אמנם לאחר מכן חוזר בו מחידוש זה וכותב שאין ללמוד כך למקרה זה, כי יש להסתפק בכמה פרטים, ומפרש כוונת התוספות שהעיקר אינו מה שתצטרך לשבת בעיגונה כל ימי חיי חמיה, אלא מה שתצטרך לצאת מבעלה אם יולד אח נוסף, "אבל אם נימא דלפעמים תהיה נצרכה לישב גלמודה כל ימי חיי היבם יוכל להיות שפיר הוי "דרכי נועם" שתמתין (עד שימות)".

אמנם, נראה כי מה שהחמיר שם שלא לסמוך על זה הוא דווקא מפני שהיה לו אופנים אחרים להתיר הדבר כמו שמתבאר שם, כי באמת מצד הסברה קשה לומר שזה ייחשב "דרכי נועם" שתשב גלמודה כמה שנים. ואמנם, הבאנו מהקרבן אורה שכתב לחלק בין נישאה ללא נישאה, אך כל זה בהייתה חמותה מעוברת, ואין היא צריכה לחכות אלא כמה חודשים, ולא מצאנו שכתבו האחרונים שזהו בכלל "דרכי נועם" כשתצטרך לחכות שנים תמימות עד שתוכל להינשא. ואף הריטב"א סבר כן, כי כתב בחידושו למסכת יבמות (י"ז):

"ויש לומר דהכא יכולה היא להמתין עד שימות חמיה, אבל התם שיש לו בנים היאך נאמר שתמתין עד שימותו ותתייבם. ואין זה מחוור, אבל הנכון כמו שפירש בירושלמי..."

אמנם, לא פירש לנו הריטב"א מדוע אין זה מחוור, אך נראה שסבר שאין זה מחוור לומר שיש בזה משום "דרכיה דרכי נועם" שתחכה כל כך הרבה זמן, ועל כן יש לומר שאם היה הכוכב מיעקב רואה דברי הריטב"א לא היה כותב שאפשר לומר שזהו "דרכי נועם" שתצטרך לשבת כך כל ימי היבם.

היוצא מכל הנ"ל, שכל מקום שהאישה צריכה לשבת גלמודה שנים רבות, אין זה "דרכיה דרכי נועם", וכיוון שדרך התורה היא נועם ושלוש כפי שכתב רבינו הריטב"א, על כן בכל מקום שמצבה של האישה הוא כזה שתשב שנים רבות ללא גואל, וקל וחומר אם כבר ישבה שנים רבות במצב זה, שצריכים הדיינים לתת אל ליבם כי אין זה רצונה של התורה, שהרי אין זה "דרכי נועם", וממילא אין זו דרכה של תורה. אמנם ודאי שאי אפשר להתיר את האישה רק על פי זה, אך יש בעיקרון זה כדי לכוון את הפסיקה, ונסביר דברים אלו בקצרה.

הנה, לכאורה יש להקשות על דברי הגמרא לענין מתים כחיים – וכי נוכל לקבוע הלכה בהלכות ייבום על פי פסוק זה ממשלי? והרי אין פסוק "דרכיה דרכי נועם" עוסק בייבום כלל, ואם כן כיצד למדו חכמים ממנו דין זה? אלא שודאי חכמים לא למדו מ"דרכיה דרכי נועם" דין בהלכות ייבום, אלא שלמדו שאין להם לדרוש קל וחומר מתרומה לענין זה. כלומר: חכמים למדו שקל וחומר זה אינו קל וחומר נכון כי הוא מתנגד לעיקרון התורה ואינו

יוצר מצב של "דרכי נועם". וכך גם רצו ללמוד התוספות לעניינם, כפי שנתבאר לעיל.

אם כן, למדנו שעיקרון זה האמור בספר משלי – "דרכיה דרכי נועם" – אינו קובע הלכה, אלא הוא עיקרון מכוון לפוסקי ההלכה, שיכוונו פסקיהם כדי שיתאימו לדברי הפסוק הנ"ל. ועל כן, יש לנו לומר אף כאן, כי צריך הדין לכוון כל פסקיו שישתקף בהם מה שהתורה היא "דרכי נועם", אף שכמובן ההלכה עצמה צריכה להיקבע על פי כלליה.

פרק י"א: יסודות היתרה של הגברת צביה גורודצקי – חלק א'

על פי הכלל הנ"ל, שהתורה דרכיה דרכי נועם, מחוייבים אנו לעשות ככל הניתן להתיר את הגברת צביה גורודצקי מעיגונה הקשה, שהרי הבעל יושב בכלא שנים רבות, והדיינים עשו כל שביכולתם במסגרת החוק במדינת ישראל על מנת להביאו לכדי נתינת גט, וללא הועיל. ובכגון זה עומדים לנגד עינינו דברי מהר"י הכהן בתשובתו הנזכרת לעיל, שכתב:

"וה' יהיה בעזר האסורה בכבלי העיגון הזאת להוציאה ממסגרה, ועוד זאת אני מוסיף לומר כי מצוה רבה הוא על כל המורים בישראל לבקש תחבולה להתירה למען לא יוסיפו בני עוולה ואנשי בליעל לענות את בנות ישראל במעשים כאלה, וכמה עשו חכמינו ז"ל... כמה הרחיקו ללכת ושתו עצות בנפשם להשביט מעשי רשע. ואם שלא לנו ניתן הכח הזה, והמשפט אך לחכמינו ז"ל... על כל פנים... בעובדא דידן ובמעשי רשע הזאת שחובה עלינו לעשות כל הטצדקאות ולבקש היתרים מתחת מעבי האדמה וממעל לרקיע אשר יהיה להם יסוד ושורש בתורתנו הקדושה למען יקרא דרור להאישה האומללה הזאת".

מעשה, יש לנו לראות מה נוכל לומר בהיתרה של הגברת גורודצקי. לעיל הבאנו את שיטת הדברי חיים שהיתר מאה רבנים במקרה של שטות אינו אלא ביטול קידושין משום אומדנא דמוכח, אלא שמשום שאין מבטלים קידושין בכדי, על כן ביקשו חכמינו שישכימו לכך מאה רבנים ואז נדע כי הביטול מוצדק הוא. אולם בשו"ת צבי תפארת (סימן ד') חלק על הדברי חיים, ונביא מלשונו קצת באריכות לחשיבות דבריו:

"ולפי עניות דעתי נראה לתרץ על פי דברי הנודע ביהודה... דלהכי לא אמרינן בלוקח חפץ ואירע בו אונס דאדעתא דהכי לא קנה... דאטו בשופטני עסקינן שיתרצה המוכר לזה שהוא רק לטובת חבירו לבד שהוא היה ערב להקונה בעד החפץ שלא יארע בו שום אונס, והלוקח אינו ערב כלל בעד המעות, ואין עליו שום אחריות? דהא לתלות שיארע להיפך כן שיתקלקל המעות שיבוטל המקח הוא דבר דלא שכיח שיתקלקל מעות מזומנים. אם כן כיון דמסתמא דבר זה הוא רק לטובת אחד מהם, והדבר תלוי בשניהם, אין משגיחין בתר אומדנא דחד מיניהו וכו', אלא אם כן יוכל להמציא דבר זה גם בהצד שכנגדו אז שפיר אמרינן אומדנא שזה קיבל עליו אחריות של אונסו של זה כדי שאם יארע כן אצלו אז גם חבירו ימלא לו חסרונו ויקבל עליו האחריות..."

ועל פי ההצעה הזו הלא ממילא הכל על מקומו יבוא בשלום... דבשלמא נולד מום בבעלה לא עלה על דעת המקשן לומר דהוי אומדנא דאדעתא דהכי לא אינסיבת ליה, דהא גם הוא בהאי פחדא ייחבא פן ייולד מום בגופה או תשתטה, ויאמר גם הוא דאדעתא דהכי לא נשאה, ויוציאנה בלא כתובה או שישא עליה אישה אחרת אף על פי דלא אפשר ליה למיקם בסיפוקיהו – משום הכי שפיר יש לומר דגמרה ומקנה נפשה לספיקא כדי שגם הבעל יקבל על עצמו אחריות זה..."

וממילא מעתה מתורץ מה שמתמה מרן אדוננו מורנו ורבינו בדברי חיים... דלא קשיא מידי, דהא גם בזה שייך לומר דאטו בשופטני עסקינן, שהאישה תתרצה שאם תשתטה היא יתבטל הנישואין, ולא יצטרך לתת לה כתובתה, והיא תהיה אגודה בו ולא יצטרך לגרשה, והוא לא יהיה אגוד בה ויכול לישא אישה אחרת באין מפריע, ואם הוא ישתטה יהיו הנישואין קיימים, והיה לו לחוש שמא יהיה להיפך שהוא ישתטה, ואם יתבטלו לו הנישואין ולא יהיה גם לו מי שישגיח עליו, ולכן לא שייך לומר גם לגבי בעלה שהוא מרוצה שאם תשתטה יתבטלו הנישואין ויהיה לו רשות לישא אישה אחרת כנ"ל, על כן שפיר הדבר דלענין ביטול גוף הקידושין והנישואין לא אמרינן בשניהם אומדנא כזו".

הסבר דבריו הוא זה: לעיל הובאו דברי הנודע ביהודה (קמא, י"ד, ס"ט) ש"מי ששכלו זך וישר" יודה שאומרים אומדנא אף בשתי דעות, כל שהאומדנא היא טובת שני הצדדים. במקרה כזה נחשבת האומדנא לגדולה ומוכחת. והנה, בשו"ת שואל ומשיב (קמא, א', קצ"ח) דן בדבריו והקשה שאם כן אף במומים שמצדיקים גירושין יש לומר כן, שהרי טובת שניהם היא זו (שכן שני הצדדים אינם רוצים להינשא לבעל או בעלת מום גדול), ומדוע לא מציעה זאת הגמרא? והשואל ומשיב תירץ שם שכיון שהזוג יודע שבית הדין יכפו גירושין בכגון זה, אין הם משיירים שיור זה בקידושין.

מכל מקום, הצבי תפארת מציע לומר על בסיס דברי הנודע ביהודה שאין לנו צורך בחידושו המופלג של הדברי חיים שלמעשה היתר מאה רבנים אינו אלא ביטול קידושין, כי ניתן לומר שהסיבה שאין דנים אומדנא גדולה בדעת האיש במקרה שנשתתה אישתו היא ששיקול האומדנות אינו מורה על כך. הרי לעיל התבאר שיש לשקול את אומדן דעת האישה בהתאם לאומדן דעת האיש, ואין לאמוד את דעתה אך ורק בפני עצמה; ואכן כששוקלים את דעת האישה בעניין זה של מומים ושטות וכדומה, מוצאים אנו שאין כאן אומדנא גדולה כלל.

הלא ניקח לדוגמה את מה שעושים בטקסי נישואין של אומות העולם, שנוהגים האיש והאישה לעמוד בבתי תפילותיהם, ולהתחייב זה כלפי זה לעמוד זה בצד זה בעושר ובעוני, בבריאות ובשעת מחלה – והנה ברור שדבר זה ראוי ומוסרי בפני עצמו, שהרי לשם כך נועדה האישות, לא רק ליצור בית שיש בו קדושה, אלא גם מערכת תומכת של הבעל והאישה. מעתה, וכי יציבא בארעא וגירוא בשמי שמיא?! הרי אם באומות העולם כך – בישראל על אחת כמה וכמה, שהם רחמנים וביישנים וגומלי חסדים! פשוט וברור שאיש ואישה שמתחתנים, עושים זאת על מנת לתמוך זה בזה בכל מאורע שיארע במשך חייהם.

על כן באמת לא נראה כלל חידושו של הדברי חיים לומר שניתן לבטל קידושין במקרה של שטות, כי באמת גם האיש וגם האישה מצפים מבן או בת הזוג לתמיכה בשעות משבר, ולו היה אחד מהם אומר בשעת הקידושין שאין כוונתו להתחתן אלא על מנת שהנישואין יהיו קלים לצליחה, הלא אין שום ספק שלא היה אדם שיצליח להתחתן תחת תנאי זה. וזהו עומק כוונת דברי התוספות שבבעל מוכה שחין אין שום אפשרות לדון אומדנא דמוכח, וכמו שכתבו האחרונים, שאם כן לא תוכל האישה להתקדש לשום אדם, כי לשם כך מתחתנים בין השאר, לעמוד יחד כיחידה אחת מול אתגרי החיים, וזה פשוט.

על כן צדקו מאוד דברי הצבי תפארת שאין לדון אומדנא דמוכח במקרה של שטות, וכן יש לומר לעניות דעתנו בכל מקרה של חולי שאין שום מקום לבטל קידושין (אמנם לכאורה אפשר לחלק בין שטות לחולי, כי בשטות האיש והאישה כבר אינם מתפקדים כיחידה אחת נשואה, ובזה יש להסביר את דברי ההר צבי שרצה להקל בנשתגע. אולם עדיין הדברים דחוקים, ויותר נראה להחמיר בכגון זה, אם לא שמצרפים כמה וכמה צירופים אחרים להקל).

לעניות דעתנו יש להוסיף כאן עוד הגדרה להחמיר, כי הסיבה שאין מקילים בחולי הוא מפני שאין הדבר מוגדר כל כך, וכל שאינו מוגדר כל כך אי אפשר לומר שהוא בגדר "אומדנא דמוכח". אמנם אפשר לומר שיש אומדנא קטנה שהאיש או האישה אינם רוצים בנישואין במקרים מסוימים של חולי, אך כיון שהעניין משתנה מאדם לאדם, קשה לומר שזו אומדנא דמוכח, אלא זו אומדנא קטנה ורגילה, ואין היא מועילה במקום שיש שתי דעות.

על כן, כל אומדנא דמוכח חייבת להיות אומדנא ברורה, בעלת גבול וצורה ברורים, ועל כן אין אנו יכולים לומר שבחולי ושטות וכיוצא בזה אומדנא דמוכח היא שהאיש או האישה לא היו רוצים להינשא, שהרי הדבר תלוי לפי האיש והאישה, לפי אופיים ועניינם, וגם לא ראי מחלה אחת כראי מחלה אחרת, ואין אדם מעלה על דעתו כל סוגי המחלות בשעת הקידושין ומחליט באיזו יוכל לתמוך ובאיזו לא יוכל, וגם אין אדם יודע כיצד ירגיש בשעת מעשה. כללו של דבר, שאף אם אומדנא לפעמים יש כאן, אומדנא דמוכח ודאי אין כאן, ולכן אין לדונה במקרים שכאלו.

על פי דברים אלו נוכל להבין אף עניין נוסף שדנו בו האחרונים, שלכאורה אם יש מקום לדון אומדנא דמוכח במקרים מסוימים, מדוע לא נתיר אישה מעיגונה באיש שנפל למים שאין להם סוף, ומדוע מחפשים כל הפוסקים היתרים שונים להיתלות עליהם ואינם מתירים את האישה מעיגונה בסברה פשוטה זו, שודאי שלא התקדשה על דעת להיות במצב זה? ובספר אגודת אזור המדברי (אבה"ע, ט"ו) דן בזה באריכות, וכן כתב על זה גיסו בספר

אמרי הצבי (שם), ובשו"ת אגרות משה (אבהע"ז, א', ע"ט), וכן עוד אחרונים, ואין כאן המקום להאריך.

אולם על פי הנ"ל הדברים עולים כמין חומר, שכן אף אם אומדנא יש שהן האיש והן האישה לא היו רוצים להינשא על דעת שלא יוכלו להינשא בשנית במקרה של מים שאין להם סוף, מכל מקום כאן אין אומדנא דמוכח. ראשית, אין האומדנא שווה באיש ובאישה, כי האיש יכול להינשא בהיתר מאה רבנים. שנית, פשוט וברור כי הן האיש והן האישה לא היו רוצים שברגע שיאבד זכרם ולא ידעו איה מקומם, מיד ינטשו בני זוגם את החיפושים עבורם ולא ימתינו, אלא יתיאשו מלחכות לשובם. ואם נאמר שמכל מקום לאחר זמן אומדנא דמוכח היא – הרי שהגענו למה שכתבנו לעיל, שאם כן נתת דבריך לשיעורין, שיש שיחכו זמן כזה, ויש זמן אחר, והכל תלוי בנסיבות המקרה, ואם כן אי אפשר לומר שזו אומדנא דמוכח היא, כי אין לה גבול ושיעור ברורים.

מטעם זה נראה שאפילו בבעל המכה את אישתו, רחמנא ליצלן, שודאי וודאי שעל בית הדין לפעול כנגד רשע כזה באופן מידי וחסר רחמים ולהציל את האישה מיד עושה, עדיין אין זה ברור שיש כאן אומדנא דמוכח שעל פיה ניתן לבטל את הקידושין, שהרי גם כאן מוצאים אנו שינויים בין אנשים ונשים שונים, ובין בעל המכה את אישתו לאישה שמכה את בעלה, ואין כל האומדנות שוות. אמנם בזה יש לדון היטב, ואין לתקוע מסמרות בדבר, כי ייתכן שיש כאן מקום לדון, אך צריך לעשות כן בשום שכל ומתוך הבנת המקרה והעניין.

אמנם במקרה של בעל מומר נראה שצדקו הפוסקים מאוד לומר שיש מקום לדון אומדנא דמוכח, שהרי לו היינו שואלים איש ואישה בעת הנישואין אם היו מתחננים זה עם זה למרות שבוודאות נוכל לומר שאחד יחלה וכו' (ואכן רוב הזוגות ודאי מעלים זאת בדעתם, אף שאינם יודעים מה דמות תהיה למחלה), רוב רובם של הזוגות היו מסכימים לדבר ומקבלים זאת על עצמם. מאידך, לו היינו אומרים לזוגות כי בוודאות בן הזוג ימיר את דתו במשך הנישואין, נראה פשוט שזוגות רבים ביותר היו מפרקים את הקשר, ולא היו מתחננים תחת צילה של "הבטחה" זו.

יותר מכך: הדבר פשוט שאומדנא זו שווה בבעל ובאישה גם יחד, שכששניהם שומרי תורה ומצוות בשעת הנישואין, ודאי מדמיינים הם את חייהם מתנהלים על פי דרך התורה והמצווה, ולכך כוונתם, ולו היו אומרים להם שכן או בת זוגם לא ינהלו כך את חייהם בעוד כמה שנים היו נמנעים בוודאי מלהתחתן (אמנם ברור שאומדנא זו כולה שייכת דווקא במי שהיו שומרי תורה ומצוות בשעת הנישואין, שאם לא כן קשה לומר שיש כאן אומדנא דמוכח).

לאחר שביססנו את כל הנ"ל, נבוא לנידוננו. לדעתנו יש לקבוע שבמידה והאיש מסרב לתת גט במשך שנים רבות, עד אשר בית הדין עצמו מודה כי כלו כל הקיצים וכי איננו יודע כיצד לפעול על מנת לשחרר את האישה, אזי יש כאן אומדנא דמוכח שעל פיה נכון לדון ביטול קידושין. כל איש ואישה מתחננים על מנת כן שהם יודעים שעל פי ההלכה יש בכוחם לבקש להתגרש מבני זוגם, ולא זו בלבד אלא שיודעים הם שבמידה וייתקלו בקושי יעמוד בית הדין לצידם ויסייע בידם. לדעתנו פשוט וברור הדבר כי לו היו אומרים לאיש או לאישה כי המערכת לא תוכל לסייע בידם לעת הצורך, וכי להלכה אין פיתרון למצוקתם, ולמעשה חתונתם הינה מעין "חתונה נוצרית" שאין ממנה יציאה הלכתית, היו שוקלים בכובד ראש אם להיכנס למערכת שכזו.

הלא כל איש ואישה שנכנסים בברית הנישואין יודעים שתורתנו הקדושה מספקת דרך לפרק את הקשר ביניהם, ואין ספק שרקמת הקשר מלווה בידיעה הזו, וישידיעה זו מהווה יסוד חשוב ונכבד בהחלטה שלהם למסדו. לכל זוג חששות רבים, ההלכה המאפשרת את נתינת הגט במידה והקשר לא מצליח משקיטה חלק מחששות אלו. כמובן, למעשה, אין ההלכה פורחת באוויר, אלא היא מופיעה בדמותם של שומרי חומות ההלכה, הלא הם חכמי ישראל בכל דור ודור, שאמונים על שמירתה ויישומה.

ממילא, כאמור לעיל, הזוג שמתחתן יודע וסומך על כך שבהינתן מצב עניינים מורכב, חכמי ישראל – שבידם הכלים ההלכתיים הנחוצים – יוכלו לסייע בידם לפרק את הקשר שנרקם ביניהם. אולם, לו היה הזוג מגלה לפתע לאחר נישואיהם שאין דרך לשומרי ההלכה (המייצגים את חוקי התורה הקדושים) לפרק את הקשר ביניהם, ודאי שהיינו אומרים שיש בכך אומדנא דמוכח שלא על דעת כן התחתנו. למעשה, הן האיש והן האישה סומכים על כוחם של חז"ל, ואך ורק בגלל סמיכה זו אין הם מעלים בדעתם לחשוש לכל מיני חששות בשעת הקידושין והנישואין.

למעשה, כך הבאנו לעיל משו"ת שואל ומשיב הנ"ל שכתב:

"והנה לכאורה קשה לי... במומין דכופין להוציא אותו ואותה אם יקרה לכל אחד מהם המום כופין להוציא, אם כן שוב נימא אומדנא אדעתא דהכי לא קדיש? ... וצריך לומר: כיון דיכולין להוציא על ידי כפייה שוב נתרצו בקידושין, דמאי אכפת להם אם יהיה באמת מום? יכפה לחבירו להוציא! ועל כן לא פריך הש"ס דנימא דאדעתא דהכי לא נתקדשה רק במקום דאין כופין להוציא, ואם כן הבעל לא היינו יכולין לכוף שיגרש, ובעת שנפלה לפני יבם שייך לומר אדעתא דהכי לא נתקדשה, והוצרכו התוספות לחדש דלא שייך תלוי בדעת שניהם; הא לאו הכי יש לה לחוש, דמי יכוף להבעל לגרש שלא תיזקק ליבם? וזה ברור ופשוט".

מדבריו יוצא שכל עוד בית הדין יכול לכוף את הבעל סומכת האישה עליהם, אך במידה ואין הם יכולים לעשות זאת ודאי שיש מקום לדון אומדנא דמוכח. אמנם, לכאורה נכון הדבר כי גם במקרים אחרים ניתן לטעון טענה זו (כגון מים שאין להם סוף וכדומה), אך כבר ביארנו לעיל שאין זה דומה. דווקא במקרה כזה – שבו בית הדין עצמו מרים ידיים ומצהיר כי למערכת הרבנית אין פיתרון למצוקת האישה – ניתן לדעתנו לקבוע כי ודאי לא על דעת כן התקדשה האישה כשאמרה "כדת משה וישראל", כי חשבה שקידושיה מתבצעים בתוך מערכת שיש בה כללים ברורים, ושיש בה מי שאחראי על הכללים הללו ודואג לה. במידה והבעל מתאכזר ואינו נותן גט, ואין ביד בית הדין לכופו בכל הכלים העומדים לרשותו, הרי זו אומדנא דמוכח גמורה, כי מקיימים בה את כל חמשת התנאים שכבר פורטו המגדירים אומדנא דמוכח, ושעל פיהם ניתן לבטל קידושין אף כשדעת הבעל מתנגדת לכך:

(א) מדובר במקרה שאינו שכיח, כך שהאישה ודאי לא העלתה אותו על דעתה (תורת חיים).

(ב) מדובר בפגם שאירע בקונה או במוכר, ולא בחפץ הנקנה (חתם סופר).

(ג) מדובר בפשיעת הבעל, ולא בדבר שאירע לבעל (מהר"י הכהן).

(ד) מדובר באומדנא שווה בבעל ובאישה (צבי תפארת).

(ה) מדובר באומדנא בעלת גבול ושיעור ברורים, שאין בהם עמימות.

כל אלו מתקיימים במקרה שלנו, שעל פי הגדרת השואל ומשיב ניתן לדון בו אומדנא דמוכח. לא רק השואל ומשיב סבור כך, אלא מצאנו כך אף באחרונים אחרים. כך כותב בשו"ת הרמ"ץ (או"ח, ט"ו) אגב דיונו במושג האומדנא:

"והנה סברת התוספות בבבא קמא דבנישואין מחמת הנאת נישואין דעתה להתקדש בכהאי גוונא, יש לומר בפשיטות דלא סבירה ליה למוהר"מ, דלמה לא תחוש לנפשה... גם אי על ידי זה יהיו בעילותיו בעילות זנות, למען לא תימסר למוכה שחין? אך בכתובות כתבו ביותר ביאור דבנישואין איכא דעת בעלה דמעכב... וזה סברא טובה... ועל כורחך יש לומר דמוהר"ם סבירא ליה דגם בתלוי בדעת שניהם מהני אומדנא... וקושיית התוספות מכל הלוקח פרה ונטרפה... תירץ בספר מחנה אפרים דיש לומר דנסתפח שדהו של הלוקח ומזלא דידיה גרם... וביבמה... לא שייך נסתפח שדה של אישה דאין הבעל שדה של אישה..."

אך תתעורר עדיין קושיית התוספות דאם הבעל נעשה מוכה שחין דניזיל בתר אומדנא ולא תצטרך לגט... ואין לומר כיון דמדינא כופין אותו להוציא לית כאן אומדנא כלל דמאי איכפת לה בזה?... ועל כורחך דאומדנא היא דאין רצונה לילך בדינא ודיינא, ובזה אתי שפיר מה דמשני הש"ס דאיתתא בכל דהו ניחא לה אף דבעצם המום אין נוח לה, מכל מקום מקבלת על עצמה הטירחא לכופו לחלוץ. ובזה יש ליתן טעם לדברי הגאונים דביבם מומר אינה צריכה חליצה משום אומדנא ולא שייך תירוצא דהש"ס דאיתתא בכל דהו ניחא לה, משום דהמומר לא ישמע להבית דין לחלוץ ואין בנקל כל כך לכפותו על ידי נוכרים. ובזה יש להמתיק דברי התוספות... דבנישואין... גמרא ומקדשה נפשה... דאם הדבר תלוי בה למה לא תחוש לנפשה? ובזה אתי שפיר, דהרי בידה לכופו לחלוץ על ידי הבית דין... ומיושב קושיית התרומת הדשן על מוהר"מ בהך דמומר כיון דאין שייך בזה כל כך כפיות בית דין גם התוספות מודה דאף בנישואין שייך אומדנא".

מהרמ"ץ עולה שהאישה מוכנה להתייבם למוכה שחין משום שאף שאינה רוצה במום שבו, מכל מקום מוכנה

להתקדש לבעלה הראשון על דעת שתצטרך אחר כך לכופף את היבם לחלוץ אם תיפול לפניו. ובזה חילק הרמ"ץ בין יבם מוכה שחין ליבם מומר, כי יבם מוכה שחין יבוא לפני בית הדין ויוכל בית הדין לכופו לחלוץ, אך יבם מומר לא יאבה ולא ישמע, ולכופו ביד הנוכרים גם כן קשה ביותר, ומטעם זה יש אומדנא ברורה שביבם מומר הקידושין בטלים, ולא על דעת זה הסכימה האישה להתקדש לבעלה הראשון.

מדברי הרמ"ץ למדנו דבר גדול, שאף אם יש לפקפק בהרבה אומדנות, מכל מקום אומדנא אחת יש לנו שהיא אומדנא ברורה, והיא שהאישה מוכנה לטרוח בכל מיני טרחות, אך מכל מקום מתקדשת היא על דעת כן שיהיה לה מוצא ושיהיה מי שיוכל להיות לה לעזר. ואף אם ייקח הדבר שנים רבות, מכל מקום מוכנה היא להתקדש לבעלה על צד ספק זה, כי מאמינה היא שגם אם יבואו לה קשיים רבים מכל מקום יוכל בית הדין לטרוח עבורה ולעמוד על תקנתה. אולם, כל שנקלעת היא למצב שאין לה ממנו מוצא, הרי שבכגון זה לא העלתה על דעתה שבאמת יקרה לה הדבר, וזאת אומדנא גדולה מאוד. וכן כתב בספר מנחת אברהם (ב', י') לרב אברהם שפירא:

"ונראה פשוט דזה ודאי שלא ייתכן כלל שאישה תהא משועבדת לחיות עם מוכה שחין, והוא חוב גמור, ובוודאי דלא ניחא לה כלל בזה, והדבר לא ניתן להבין והוא נגד השכל, ומשום זה תנן במתניתין דכופין לגרש. אכן אחרי שכבר למדנו מהמשנה שאין האישה משועבדת בעל כורחה ורשאית לכופף אותו לגרש שוב אין הכרח דאפילו לזמן קצר אין זה ניחא לאישה שיש לה בעל מוכה שחין, דרק אם תהא קשורה אליו תמיד בעל כורחה בזה לא ניחא לה כלל, אבל שתהא קשורה אליו רק לזמן שהיא תרצה בו וכשלא תרצה בו תכריחו לגרשה זה ניחא לה... אבל אלמלי היה אפשרות בידה לכופו לגרש, בוודאי שזה לא ניחא לה כלל... ונמצא דחד תלי באידך דאם לא היה ניתן לכפייה על הגט בוודאי היו הקידושין קידושי טעות... נמצא דבמום קשה המונעו גם מגירושין כגון שוטה תמיד ותדיר, אישה לא ניחא לה, ואין זה כל דהו כלל לכולי עלמא".

אמנם, בנידון הנ"ל מדובר היה במי שהיה לו פגם זה אף קודם הנישואין ושם הנידון הוא ביטול הקידושין משום מקח טעות, אך מכל מקום כיוון שמתברר מתוך דבריו שאין בבעל כזה אפילו כל דהו, הרי שנראה ברור שיש מקום לאמוד דעתה בכגון מה שהסברנו, שכיוון שאין לה מוצא מנישואין כאלו הרי שודאי לא הייתה נישאת ונכנסת למצב שכזה. וכן כתב בשו"ת זכרון יהונתן (א', י"ד, ה'):

"לא אמרינן אומדנא, אלא היכא שבלעדי האומדנא אין אפשרות לבטל המעשה, כגון ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין שאם לא נימא האומדנא דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה אזי תהיה מוכרת ליפול לפני המוכה שחין באין שום מקום הצלה ממנו, ולהכי אית לן למימר אומדנא דאדעתא דהכי שתיפול לפני המוכה שחין בוודאי לא קידשה נפשה. אבל היכא שיש בידו להפקיע המעשה גם אם לא נימא האומדנא בכחאי גוונא לא אמרינן אומדנא, משום דיש מקומות דבעינן אומדנא גדולה... וזה לא חשיב אלא אומדנא אמצעית, דאין זה אומדנא הגלויה לכל שאדעתא דהכי לא עשה המעשה, מאחר שגם אחר כך הדבר תלוי בידו ואם לא ירצה הרי יהיה בידו לבטל... ואם כן איכא למימר שפיר דדווקא היכא שאין בידו להפקיע המעשה בשום אופן אמרינן אומדנא דאדעתא דהכי לא עשה, אבל במקום שיש בידו להפקיע המעשה לכשירצה גם בלעדי האומדנא, לא אמרינן אומדנא".

לא נעלם מעינינו שיש מקום לבעל דין לטעון שכיון שכשהאישה מתחתנת היא מניחה שאם – למגינת לבה – יבוא היום בו תהיה לה עילת גירושין, ותצטרך להתגרש מבעלה, בית הדין יסייע בידה ויעמוד לימינה; על כן האישה מרחיקה מדעתה את האפשרות הזו שבית הדין לא יוכל לעזור, וממילא אי אפשר לומר שהיה בדעתה שאם וכאשר יקרה מקרה כזה יש כאן אומדנא מוכחת שלא התכוונה להתחתן על דעת זו. אולם כבר הסברנו לעיל כשהבאנו ותיירצנו את הסתירה בין דעת הפני יהושע לדעת התורת חיים, שאכן שתי סוגי אומדנות שנינו כאן, ויש שהאומדן נמדד על פי מה שהעלתה האישה על דעתה, ויש שהוא נמדד על פי מה שלא העלתה על דעתה.

בנידוננו מדובר במקרה רחוק ביותר, שאינו קורה אלא לעיתים נדירות, ובכגון זה האומדנא פועלת דווקא מפני שהאישה לא הייתה יכולה להעלות מקרה שכזה על דעתה. ישנה מודעות רחבה בציבור לנושא מסורבות ומסורבי הגט, והכל יודעים שהדבר יכול לקחת אף שנים רבות, אך הזוג אינו מעלה על דעתו כי לא ימצא לו פיתרון.

מעטה, על פי כל העדים הנ"ל יקום דבר, שכל שאין לאישה אפשרות לצאת מן המיצר מטעם זה שבית הדין אינו יכול לכפות את הגט, בית הדין עצמו מעיד על הרמת ידיו ויאושו, הרי ברור וודאי לנו שבכגון זה לא הסכימה להתקדש, ויש לנו לדון דין ביטול קידושין מטעם אומדנא.

פרק י"ב: יסודות היתרה של הגברת צביה גורודצקי – חלק ב'

לאחר שבפרק הקודם התבארו היסודות אל נכון, נפנה עתה לראות את המצב המעשי הקיים במקרה של הגברת צביה גורודצקי. הגברת גורודצקי מסורבת גט על פי דין משנת 1999 (התיק נגד בעלה נפתח בשנת 1995), ועומדת במצבה זה כבר כמעט עשרים שנה – מצב בלתי סביר בעליל. בפסק דין מ-2008 כתבו הדיינים הרב דיכובסקי, הרב שרמן והרב בוארון בלשון זו:

"שבע שנים רעות יושב בעל סרבן-גט בכלא במאסר כפייה. הבעל אוטם אוזניו משמוע בקול מורים שקבעו כי הוא חייב ליתן גט לאישתו, וכי יש לכפותו על כך. הבעל ישב בבידוד מספר רב של פעמים והוטלו עליו כל ההגבלות האפשריות המפורשות בחוק – הכל ללא הועיל. הבעל ממשיך לתת כתף סוררת, מאמץ את לבו ואינו שועה לתחנוני האישה לשחררה בגט פיטורין כדת משה וישראל... ועדיין אין רואים אור בקצה המנהרה..."

מתיקי בית הדין הרבני האזורי בירושלים עולה, כי חיי הצדדים היו קשים ומרים. האישה טענה לאלימות קשה במיוחד... לדבריה, הבעל נהג לאיים עליה ברצח ובהכנסתה ל"בית משוגעים". נגד הבעל הוצא צו הגנה. הבעל נהג להיעדר מן הבית לעיתים מזומנות לתקופות שונות והחליף את עבודתו מדי פעם. הייתה מעורבות של המשטרה עקב האלימות, והאישה טוענת כי המשטרה הזהירה את הבעל מפני הישנות האלימות. הבעל הודה כי הכה את האישה אך טען שעשה זאת כהגנה עצמית...

כך המשיכו להתקיים דיונים על גבי דיונים, כשבית הדין האזורי מנסה לשכנע את הבעל לתת גט, ולצורך כך מורה על הכנסתו מדי פעם לבידוד. פעמיים הורה בית הדין על בידוד לסירוגין לתקופות ארוכות של 90 יום, כאשר הבעל ימצא שבעה ימים בבידוד ושבעה ימים במאסר רגיל, וחוזר חלילה. כן הורה בית הדין כי יש למנוע מן הבעל מבקרים, מכתבים וכל קשר טלפוני... כל ההגבלות הללו לא הועילו כדי לשכנע את הבעל לתת גט...

ראוי לציין, כי במהלך השנים הרבות של הדיונים, דנו בענייני הבעל כמעט כל דייני ירושלים, חלקם כבר פרשו לגימלאות. להלן שמות הרבנים הגאונים שליט"א: הרב שלמה פישר, הרב זלמן נחמיה גולדברג, הרב עזרא בצרי, הרב נח הייזלר, הרב יעקב אליעזרוב, הרב יהודה רבינוביץ', הרב ציון אלגרבל, הרב בנימין לוי, הרב מסעוד אלחדד, הרב יוסף הייזלר. כיום נדון עניינם של הצדדים בפני הרכב הדיינים: הרב אברהם כלאב, הרב מאיר מזוז והרב מרדכי טולידאנו".

בשנת 2011 כתב בית הדין שישבו בו הרבנים מצגה, בוארון ואלגרבל:

"מהחומר שבתיק זה עולה בבירור שעומד בפנינו אדם אכזר ועיקש שאינו חש שום רגש או חרטה למעשיו הרעים. בפנינו אדם שיכול בעת ובעונה אחת לעגן את אישתו, ובמקביל לדקדק דיקדוקי המצוות ובכלל זה אכילת מאכלים "כשרים למהדרין"... גם בדיון שהתקיים בפנינו, התנהג המערער בגסות רוח של ממש כאשר כינה את אישתו "גויה", פעם אחר פעם. ניתוח התנהגותו של המערער בעשור האחרון אינו משאיר מקום לספק: אם ישתחרר המערער ממאסר בטרם יגרש הוא את אישתו, תישאר האישה עגונה לנצח נצחים, וחלילה תהיה היא בכלל ה"צרות עד יום מותן אלמנות חיות". וכל מי שיתן לכך יד יהיה בבחינת "שופך את דמיה"."

למרות הנ"ל, בפסק הדין שניתן מאמצע שנת 2017 נחלקו הדיינים ביניהם (הרבנים אוריאל לביא, שלמה תם ודוד מלכא), כאשר דעת הרוב הייתה שיש לבחון את האפשרות להכריז על הבעל כאסיר פלילי (מהלך שרק הפרקליטות יכולה לעשות מול בתי המשפט), ואילו בדעת המיעוט נכתב כך:

"מהדיונים שהתקיימו בפנינו ומהחומר שבתיק השתכנעתי, שלא יועיל כל אמצעי לחץ כנגד הבעל כדי

להגיעו למתן גט, ואפילו היינו שולחים אותו למחנה עבודה בכפייה בסיביר בארץ מוצאו זה לא היה מועיל. לכן לדעתי חבל לבחון את התועלת שתצמח מההוראה להתחיל בהליך פלילי. הגעתי למסקנה שהבעל לא מתנהג בצורה נורמלית והוא אינו פועל מתוך דפוסי היגיון ומחשבה רגילים... אני סבור שצריך לחשוב בצורה יצירתית כיצד להביא לתוצאה של מתן גט לאישה... לדעתי לאחר שכל האמצעים שנקטו כנגדו בהחמרת תנאי מאסרו עד היום במשך למעלה מחמש עשרה שנה לא הועילו, אין טעם לנסות להכניעו בקביעת מעמדו כאסיר פלילי...

כאמור הבעל נמצא במאסר מעל 15 שנה מחודש חשון תשס"ב ועד היום, במהלך שנים אלה הוטלו עליו כל צווי ההגבלה האפשריים במסגרת החוק... ביום י"ד כסלו תשע"ז ניתן בהרכב דנן צו הגבלה המונע מהבעל "להחזיק חפצים אישיים בבית הסוהר או בבית המעצר, למעט חפצים הדרושים לשמירה על בריאותו", ובהחלטה מיום י"ז טבת תשע"ז נמנע ממנו להחזיק כל ספר לרבות ספרי קודש, ואף לקחת ממנו הטלית ותפילין שלו, ולתת לו להשתמש רק בטלית ותפילין של בית הכנסת שבבית הסוהר... הבעל שהה בבידוד בפורים וגם בליל הסדר ללא כל ספר קודש וללא כל חברה בימי חג אלה, וגם זה לא עזר להגיעו לתת גט לאישתו".

כתוצאה מכך סברה דעת המיעוט שיש לשחרר את הבעל למעצר בית, ולקוות שדווקא שחרורו מהכלא יניע אותו לתת גט. כמובן שהערכה זו סותרת את הערכת ההרכב מ-2011 כי כל מי שיתן יד לשחרר את הבעל ממאסרו כאילו שופך את דמה של האישה. לא זו בלבד, אלא שהיא סותרת את דעת הרוב של ההרכב הנ"ל (שבו ישיבה דעת המיעוט). אין כאן ביקורת, חס ושלום, על דעתו של הדיין, אלא גילוי מילתא על מצבו של התיק הנדון.

מכל הדברים הללו מתברר כי המקרה הזה אכן הינו מקרה שבו בית הדין פעל בכל האמצעים העומדים לרשותו ואין בכוחו לעזור לאישה, וזה מתאים להגדרת האומדנא דמוכח שנתבארה בפרק הקודם. במקרה כזה, שבו בית הדין עצמו, למרות הכלים העומדים לרשותו, מרים ידיים ומכריז כי אין בכוחו למצוא פיתרון – ובצירוף כל הגדרים שנתבארו לעיל (שמכוחם, אנו חוזרים ומזכירים, אין לטעון טענה דומה במים שאין להם סוף וכדומה) – יש לומר שלא על דעת כן קידשה האישה את עצמה. לא זו בלבד, אלא שבעבר האישה קידשה את עצמה על דעת כן שלבית הדין יש כח כפייה מלא, ובימינו בית הדין מנוע על פי החוק מלהלקות את הבעל, ועל כן אין האישה יכולה לסמוך על כוחו של בית הדין כבעבר.

המסמכים הנ"ל מוכיחים, כאמור, כי הדיינים אובדי עצות הם, שלא ברצונם. תיק זה עבר לנגד עיניהם של עשרות דיינים, כולם ניסו לעזור ככל יכולתם לאישה זו, וללא הועיל. העובדה שהדיינים לא מסוגלים להחליט על דרך פעולה אחידה אף מוכיחה מעבר לכל ספק כי אין אחד יודע איזה פיתרון יעזור, ואם יש בכלל פיתרון שאכן יכול להיות לעזר, לשכנע את הבעל לתת את הגט המיוחל. זה אומר בכה וזה אומר בכה, ופיתרון – אין. אין לראות בכך שבית הדין ממשיך להציע הצעות רמז לכך שבית הדין סבור שיש בידי פיתרון סביר למצוקתה של האישה. אדרבה, ההיאחזות בפתרונות קיצוניים וחדשניים שמעולם לא נוסו מעידה על חוסר היכולת לאבחן כראוי מה יניע את הבעל, ובשלב זה "יורים לכל הכיוונים", בתקווה שיערה ה' ממרום תקווה לאותה אישה.

להערכתנו, כל מי שיקרא בחומר הרב שכבר הצטבר בתיק, ובעיקר בלשונם של הדיינים בהחלטותיהם המרובות לאורך השנים, יספוג את אוירת היאוש ששורה על כל הדיינים כבר שנים רבות. ואכן, בצדק מיואשים הדיינים, אך דווקא ייאוש זה הוא שפותח פתח בפנינו לדון בביטול הקידושין, כאמור לעיל. מטעם זה אף אין לראות בניסיון זה לשחרר את האישה סתירה לכך שבעבר לא נוסה פיתרון זה, ומאידך אין לראות בכך שהפיתרון לא נוסה רמז לכך שכל ההרכבים הקודמים סברו שהדבר אינו אפשרי. רק בעת אשר הגיעו מים עד נפש ממש ניתן להרהר ביישום הפיתרון המוצע כאן – ואולם פשוט וברור כי זה המצב בנידונו.

כאן חשוב להעיר הערה נוספת לסיום פרק זה. מודעים אנו לכך שהיו בעבר מקרים קשים של סרבנות, כגון זה של יחיא אברהם שמת במאסר לאחר שישב שם 33 שנים בגין סירובו לגרש את אשתו. במקרה הזה לא ראה בית הדין לנכון לבטל את קידושי האישה למרות חוסר יכולתו לפעול בעניין. אכן, אף אנו איננו סבורים כי ניתן לשחרר את האישה אך ורק על סמך האומדנא, ויש צורך בסניפים נוספים להיתר, ועל כן אי אפשר להקיש ממקרה לחברו (במקרה הנ"ל, לדוגמה, היו חסרים סניפים להיתר הקיימים בנידונו, ואין כאן המקום להאריך בהשוואות). כל בית דין – למראה עיניו ישפוט, וכל מקרה לגופו. במקרה שלנו, נראה לבית הדין כי כל הנ"ל – בצירוף הסניפים

שיבוארו בפרקים הבאים – מספיקים לשחרר את האישה מעגינותה.

פרק י"ג: יסודות היתרה של הגברת צביה גורודצקי – חלק ג'

כאמור, אף לאחר כל הנ"ל, עדיין צריכים אנו לסניפים נוספים להיתר, ואי אפשר לסמוך אך ורק על ביטול הקידושין, שהרי בשו"ת בית יצחק (אבהע"ז, ק"ו) כתב: "וחכם אחד רוצה להיתר מטעם אומדנא... ובאמת מי יהיו להורות בזה במקום איסור אשת איש, וגם החתם סופר אינו מתיר מטעם זה אך הוא מעורר הספק, אבל חלילה להיתר מטעם זה... ולפי זה הוא הדין בקידושין לא אזלינן בתר אומדנא", ועוד כותב דברים נוספים בעניין זה. אף שדבריו שם נאמרו באומדנא מסוג מקח טעות, כשפרטים שנמסרו קודם הנישואין מתבררים כלא נכונים לאחר הנישואין, מכל מקום בשו"ת אבני חפץ לעיל למד כן לכל סוגי האומדנא, שלאחר שהביא אומדנא לבטל את הקידושין כתב:

"ובענין שלפנינו גם מבלעדי הטעם הזה דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה (אשר באמת אילו היה אך הוא לבדו, קשה היה לסמוך עליו, וכן כתב מורי זקני מאור הגולה זצלה"ה בבית יצחק חלק אבן העזר חלק ראשון סימן ק"ו, דבקידושין לא אזלינן בתר אומדנא וכמו שכתוב בתשובת גאוני בתראי סימן נ"ב בשם הסמ"ע דבגיטין לא אזלינן בתר אומדנא והוא הדין בקידושין, עיין שם), יש טעמים אחרים שאין בקידושין הללו שום ממש..."

אף בשו"ת זכר יצחק (קונטרס אחרון, סימן ג') כתב שאין קידושין פוקעים בכדי, ובאמת המעיין בכל התשובות הרבות שהבאנו לעיל יראה שבכל מקום שהציעו הפוסקים לבטל את קידושי האישה לא הסתפקו באומדנא בלבד, אלא צירפו לה טעמים אחרים, או צירפו אותה אליהם. על כן, כדי שלא נסטה מדרכם של חכמינו בכל הדורות, אין בידינו לבטל את קידושי הגברת גורודצקי ללא סניפים נוספים כלשהם להיתר.

אמנם, הגברת גורודצקי טוענת כבר זמן רב בפני הרכבים שונים הדנים בתיקה כי טבעת הקידושין שלה נקנתה על ידה, ומעולם לא הוקנתה לבעל כדין. כבר מתחילת התהליך כולו ועוד לפני שהבעל ישב בכלא, טוענת הגברת גורודצקי כי הטבעת הייתה שייכת לה בשעת הקידושין. בשנת 2003 נידון הדבר בבית הדין והוחלט שלא לבטל את הקידושין בעקבות זאת, ולחילופין נשלח הבעל לכלא בתקווה שהדבר יספיק כדי לשכנעו לתת את הגט.

משהובן שהבעל אינו מתכוון לתת את הגט, חזרה הגברת גורודצקי והעלתה את טענתה בפני הרכב שישב בו הרב עמאר, והרב עמאר הפנה את הדברים לבית הדין האזורי וביקש ממנו לדון בהם. בהחלטת בית הדין האזורי – בו ישבו הרבנים ישראל יפרח, אליהו אברג'יל ויוסף גולדברג – דחו הדיינים בקשה זו, וכך כתבו בהחלטתם משנת 2009 (תש"ע):

"בתאריך י"א אייר תשס"ט כתב בית הדין הגדול בהחלטתו כי "יש מקום לברר את פניית בא כוח המשיבה לביטול הנישואין". בתאריך ח' כסלו תש"ע התקיים דיון ממושך בבית הדין בנושא הנ"ל ובית הדין בהחלטתו בתאריך הנ"ל החליט לשוחח עם מסדר הקידושין רב יקותיאל פרקש. בית הדין שוחח טלפונית עם הרב פרקש והרב הנ"ל הבהיר לבית הדין באופן חד משמעי כי בטרם כל סידור קידושין הוא מקפיד שהטבעת תהיה של הבעל, ולדבריו ברור הדבר שאף בנידון דידן הטבעת הייתה שייכת לבעל לפני נתינתה ליד האישה.

לאחר הדיון והשיחה הטלפונית הנ"ל התקבל בבית הדין בתאריך כ"א כסלו תש"ע חומר נוסף על ידי הבעל שבו הוא מצרף פרוטוקול מדיון שהתקיים בבית הדין בתאריך כ"ד שבט תשס"ג שבו מפורט כל מהלך הדיון בעניין בקשת האישה... לאחר הדיון הנ"ל ניתנה אף החלטה בתאריך הנ"ל על ידי הדיינים הרבנים הגאונים עזרא בצרי, בנימין לוי ומסעוד אלחדד כי: "קידושי בני הזוג מאיר וצביה גורודצקי היו כדת משה וישראל ואין בטענת האישה שהיא קנתה את הטבעת לבטל את הקידושין".

ההרכב הנ"ל ממשיך ותמה על האישה שהגישה בקשה לדון בביטול הקידושין כשכבר ניתנה החלטה בעניין, וקובע שאין מקום לדון בדבר בשנית. אף על פי כן נמשכו הדיונים, אך ב-2013 נקבע סופית על ידי הרב יפרח ובית דינו: "לאחר שמיעת הצדדים ובאי כוחם ולאחר ראיית הסרט של הקידושין, בית הדין פוסק שהקידושין

תקפים ואין מקום לבטלם".

לאור העובדה שהבעל טוען שהטבעת הייתה שייכת לו בשעת הקידושין, וכן לאור העובדה שהרב טען בפני בית הדין כי בירר עם הבעל שטבעת נקנתה מכספו קודם הקידושין, ובנוסף לכך לאור ראיית סרט החתונה שבו רואים שהרב אכן שאל את הבעל אם הטבעת שייכת לו – ברור הדבר מדוע התקשו הרכבי בית הדין השונים לבטל את הקידושין על סמך טענת האישה שהטבעת שייכת הייתה לה. אולם במה דברים אמורים? כשאנו באים לבטל את הקידושין מטעם זה ועל סמך זה בלבד, אך בתור סניף נוסף להיתר נראה שאכן יש להתחשב בטענות האישה.

הלא האישה זוכרת את כל מהלך קניין הטבעת היטב. היא זוכרת כי כשהלכו לקנותה היה לה שבר באצבע ולכן לא יכלו לקחתה מיד (כי היו צריכים לשנות את מידתה) והיו צריכים לבוא כעבור מספר ימים. כשחזרו, שילמה האישה על הטבעת מכספה, כיון שהבעל היה בחובות ולא היה יכול לשלם עליה. ימים ספורים לפני החופה הייתה האישה בתאונה, וכתוצאה מכך לא הייתה מרוכזת לחלוטין בעת החופה. כמו כן, עקב העובדה שעלתה לארץ רק זמן קצר לפני חופתה עדיין לא שלטה היטב בשפה העברית, וגם לא הבינה כלל כי מבחינה הלכתית יש הכרח שהטבעת תהיה שייכת לבעל.

כתוצאה מכל הנ"ל, הגברת גורודצקי טוענת כי לא הייתה מרוכזת כלל בדברי הרב המקדש, וגם לא הבינה את שאלותיו במדויק. על כן, כשנתנה את הטבעת לבעל לא התכוונה כלל להקנות אותה לו כדי שיוכל לחזור ולקדשה בה.

כנגד זה עומדות לכאורה עדויותיהם של הרב המקדש והבעל, וסרט החתונה. אמנם, אין בכל מה שטוענת הגברת גורודצקי כדי לסתור את דברי הרב המקדש. לא זו בלבד שהרב המקדש נשאל על טקס החופה למעלה מעשר שנים לאחריו (ויעיד כל מסדר חופות על כך שקשה לזכור כל פרט ופרט), ולא זו בלבד שבאותו מעמד נעשתה אף חופה לזוג אחר (מה שמקשה על הפרדה בין פרטי חופה אחת וחבירתה); הלוא גם אם נקבל את כל דברי המקדש – וכפי שנראה שאכן מופיע בסרט החתונה – הלוא האישה איננה טוענת שהרב המקדש לא שאל ואיננה טוענת שהרב המקדש לא התאמץ ככל יכולתו לברר, אלא טוענת היא כי היא עצמה לא הבינה את דבריו.

(כאן יש מקום להאריך בנאמנות אישה על עצמה, ומה דין נאמנותה כשלעדותה יש השפעה אף על אחרים, אך כבר הארכנו מספיק בתשובה זו, ועל כן אין אנו רושמים אלא מראי מקומות. לעניין נאמנות אדם על עצמו יש לעיין במסכת כריתות (י"א-י"ב): בדיון אדם נאמן על עצמו כמאה איש, ברמב"ם בהלכות שגגות (ג', א'; י"א, ח) ובראב"ד שם, ובדברי ברשב"א בתשובותיו (ד', ק"ח-ק"ט). מכל הנ"ל עולה שאדם נאמן על עצמו, וכן עולה מסתמא דגמרא במסכת בבא מציעא (ג'): כמו שהעירו התוספות (שם, ד"ה "מה") והריטב"א (שם, ד"ה "דתנן"), וכן נראה שנוטה דעת הרמב"ן (שם, ד"ה "הא דאמרינן") ותוספות רבינו פרץ (שם, ד"ה "ומה לפיו") ותוספות הרא"ש (שם, ד"ה "מה אם"). כך גם כתבו ראשונים רבים בסוגיה במסכת יבמות (פ"ז), שעולה ממנה כשיטה שאדם נאמן על עצמו כמאה איש, וגם כמה אחרונים הסכימו לזה, ואין כאן המקום להאריך.

כל זה הוא אפילו כששני עדים מכחישים, וכן מוכח משו"ת נודע ביהודה (מהדורא תניינא, אבהע"ז, כ"ג) שהכלל המפורסם "שוא אנפשה חתיכה דאיסורא" המבואר במסכת כתובות (כ', כ"ג): והמובא בראשונים ואחרונים בכל הש"ס, מבוסס הוא על סברה זו, וכן כתב עוד לפניו המהר"י בן לב בתשובה (אבהע"ז, ט'), וכתב שכן מוכח אף מהרשב"א ואפילו כנגד עדים. כך גם עולה משו"ת חכם צבי (סימן ק"נ). ואף שבפתחי תשובה (אבהע"ז, ל"ז, ס"ק י"א) הביא שמחלוקת היא בין האחרונים, והמהר"י"ט (סימן צ"ח) חולק בדבר (ומובא גם בשו"ת יהודה יעלה (א', יו"ד, מ"ז) ובשו"ת שואל ומשיב (קמא, ג', מ"ז)), מכל מקום הפתחי תשובה עצמו הכריע כנודע ביהודה, וכן נראה משו"ת שואל ומשיב (תניינא, ד', ק"צ), וכן מצאנו בשו"ת אור לציון (א', אבהע"ז, א' ו-ג'), ובשו"ת שבט הלוי (ט', רס"ח) כתב שזו דעת רוב הפוסקים, וכן כתב בשו"ת יביע אומר (ה', אבהע"ז, ב'). וכן מופיע בפסקי ריא"ז למסכת כתובות (פרק ב') שבכל מקום שבה אדם לאסור את עצמו – נאמן אף יותר ממאה עדים, וכן הביא להלכה הדרכי משה (אבהע"ז, ז', אות ז'), וכן פסקו הט"ז (שם, סק"ח) והחלקת מחוקק (שם, סק"ז) והב"ש (שם, סק"י) וביאור הגר"א (שם, ס"ק י"א) והערוך השולחן (שם, סעיף י"א). ועיין בשו"ת עונג יום טוב (סימן ק"נ).

ולעניין נאמנות אף כשיש לכך השפעה על אחרים, יש לעיין בסוגיה במסכת נדרים (צ"ז-צ"א), ובדברי רש"י והר"ן והרא"ש שם לעניין "אישה לא עבידא לבזויי נפשה", ובדברי התוספות (שם, ד"ה "חזרו") והרשב"א (שם)

והר"ן (שם) בתירוץ קושייתו, וכן בנימוקי יוסף על הר"ף שם (כ"ז). ובעיקר יש לעיין במה שיוצא משו"ת תרומת הדשן (פסקים וכתבים, סימן רכ"ב), לעניין אשת כהן שיצא עליה קול שזינתה תחת בעלה, והיא מכחישה את הדבר מכל וכל לאחר שבתחילה הודתה במעשה, ובדברי הבית יוסף (אבהע"ז, קט"ו) והדרכי משה (שם, אות י"ח) והכנסת הגדולה (שם, הגהות טור, אות כ'), ובפסיקת הרמ"א על דברי השולחן ערוך (שם, סעיף ו'): "אין עדים שזינתה, אלא שהיא אומרת שזינתה, אין חוששין לדבר זה לאוסרה, דשמא עיניה נתנה באח. ודוקא שאין רגליים לדבר, אבל אם יש רגליים לדבר נאמנת". וכן פסק הלבוש (שם, סעיף ו'). אמנם בחלקת מחוקק (שם, ס"ק כ"א) הביא מי שחולק על כך, אך הב"ש (שם, ס"ק כ"ג) סתר דבריו, וכן משמע מביאור הגר"א (שם, ס"ק כ"ה).

כן יש לעיין בעולה ממסכת כתובות (ס"ג:) והתוספות (שם, ד"ה "אבל") והאור זרוע (הלכות ייבום, סימן תרט"ו), ובמה שנחלקו עליהם הרמב"ן (שם) והריטב"א, ושכדבריהם נראה מהרמב"ם בהלכות אישות (כ"ד, י"ח), וכדבריו פסק השולחן ערוך (אבהע"ז, קט"ו, ו'). ויש לעיין במה שכתב בזה בספר בית מאיר (אבהע"ז שם) ובשו"ת נודע ביהודה (קמא, אבהע"ז, ע'; תניינא, אבהע"ז, י"ב) ובב"ש (אבהע"ז, קט"ו, ס"ק כ"ג), ואף שהחלקת מחוקק (שם, ס"ק כ"א) נראה שאינו סבור כך, מכל מקום בעמק המלך להלכות אישות (שם) כתב שהלכה כב"ש, וכן נראה מביאור הגר"א (שם, ס"ק כ"ה) ומהפלאה (שם, קונטרס אחרון, ס"ק י"ז), וכן דעת הערוך השולחן (אבהע"ז, מ"ו, כ"ה).

וכן יש לראות בשו"ת חוות יאיר (סימן קי"ב) ובמה שכתבו עליו בשו"ת חכם צבי (ליקוטי תשובות, סימן קל"ד) ובט"ז (יו"ד, קכ"ז, סק"ד), אולם החוות דעת (שם, ביאורים, סק"ז) הקשה על דברי הט"ז, וכדבריו כתב השערי יושר (שער ו', סוף פרק ד'), וגם בשו"ת מהרש"ם (ז', ק"ה) כתב שדברי הט"ז דחויים (ועיין עוד באגודת אזוב (סוגיית עד אחד נאמן באיסורין, אות ל"ט) ובמנחת פתים (יו"ד, קכ"ז)). כבר הארכנו יותר מדי, ודי בזה לעת עתה, והעולה מכל הנ"ל שבמקום שיש רגליים לדבר אפשר להאמין לטענת האישה, והיא נאמנת אף כשיש לכך השפעה על אחרים).

אמנם, אף אם אין בדבריה כדי לסתור את דברי הרב המקדש, לכאורה דברי הבעל סותרים את דבריה. אולם פשוט שאדם זה שכבר שנים רבות אינו שומע בקול בית הדין, אין לדבריו נאמנות כלל, מה שאין כן האישה ששמעה בקול בית הדין לכל אורך הדרך, שודאי שדבריה נאמנים יותר מדבריו. וכן, לדוגמה, כתב הרכב בית הדין מ-2008 הנ"ל, בנוגע לבקשתו של הבעל לקבל אוכל בכשרות מהודרת:

"הבעל "הצדיק", שנהג באלימות באישתו והודה על כך, מטיל עליה כל שיקוץ אפשרי. אך על פי החומר שבתיקי בית הדין, האישה נוהגת כמנהג הנשים היהודיות הכשרות ומחנכת ילדיה בחינוך דתי. היא אף גילתה גדלות נפש עצומה והביאה בעצמה, לא מעט פעמים, את ילדיה הקטינים לבקר את אביהם בבית האסורים, הגם שכל ישיבתו שם היא עקב העוול הנורא שהוא גורם לה. למרות אלה, לא חדל לכנות אותה בכינוי גנאי מחפירים, כמו "גירת מזויפת" וזונה. הבעל מגלגל עיניו בטענות של "יראת שמיים", אך ממרה את פי הדיינים שפוסקים על פי דין תורה. על חזיר המפריס פרסה ואינו מעלה גרה אומרים חז"ל כי הוא נוהג להושיט טלפיו כאומר "כשר אני". אך הבעל דן לא מסתפק בכך. הוא אומר לנו, כביכול, במידה לא מבוטלת של התנשאות: "אני לא סתם כשר, כשר למהדרין אני, ועל כן זכאי אני לקבל כשרות מהודרת של הבד"ץ". מבחינה הלכתית נראה כי אין כנות ואין כל אמת בדרישתו. הריהו כעושה מעשה זמרי ומבקש שכר כפנחס. מפתחות הכלא הרי נמצאים בידיו של הבעל, ומיד לכשייתן גט יוכל הוא לאכול כאוות נפשו בכשרות למהדרין מן המהדרין".

כבר אז – לפני כעשר שנים – פקפק בית הדין במידת הכנות של הבעל, ואף כיום ברור שאי אפשר להאמין למילה אחת שלו, ובמיוחד כשמילה זו באה להשאיר את האישה במצבה. האישה, לעומת זאת, התנהגה בצורה מכובדת לכל אורך הדרך המפותלת, כבר למעלה מעשרים שנה מאז פתיחת התיק, ועל כן תיאורה את נסיבות המקרה – למרות היותה נוגעת בדבר – הינו היחיד שניתן לקחתו בחשבון. נכונותה של גברת גורודצקי לבחון את דבריה במכונת אמת אף תורמת לאמינותה (לבעל הוצעה הצעה זו, והוא דחה אותה).

פרק י"ד: היתרה של הגברת צביה גורודצקי – חלק ד'

אולם אין לכחד כי יש מקום להטיל ספקות רבים בטיעון זה מהבחינה ההלכתית. כלומר: גם אם נקבל את כל דבריה של הגברת גורודצקי, עדיין אין זה פשוט לומר שהקידושין אינן תקפים. ראשית, הלוא ייתכן כי עצם נתינת הטבעת לידי הבעל – גם ללא מחשבת הקנאה מפורשת – מועילה בדיעבד. שנית, כיון שעומדים הם תחת החופה, הרי זוהי מציאות של "שדיך", שעל פי הגמרא במסכת קידושין (ל"ג.) יש לומר שהבעל קונה את הטבעת ממנה כשהיא נמסרה לו גם אם האישה לא אמרה זאת במפורש, ואפילו נגזלה ממנה על ידי הבעל בתחילה. שלישית, אפילו לא נאמר שהטבעת שייכת לבעל, לכאורה לכל הפחות שאולה היא בידיו, ובטבעת שאולה דנו הפוסקים רבות אם ניתן לקדש. אכן, אין להתפלג אם בהיתן כל המכשולים הללו, ההרכבים השונים שדנו בטענה זו של האישה נמנעו מלהכריז עליה כעילה פשוטה להכרזה על בטלות הקידושין.

אמנם כאן כבר התבאר שעיקר העניין הוא ביטול הקידושין, אלא שקידושין אין בטלים בכדי, ועל כן אין אנו צריכים שעניין הטבעת יעמוד בפני עצמו, אלא רק שיהיה מקום לדון בו. ואכן יש מקום לדון בדבר, ואין כאן המקום להאריך שהרי כבר אריכות גדולה ישנה בכל מה שכתבנו עד כה, ועל כן לא נדון בהרחבה אלא בספק השני שהוא המכשול העיקרי, ועל השאר ניתן מראי מקומות ספורים, והמעין יקחם ממקורם.

לעניין הספק הראשון – יש לעיין בעיקר בשו"ת מנחת אשר (ב', ע"ח, ד'; ב', פ'), וכן במנחת אשר למסכת בבא בתרא (סימנים י"ג ו-מ'), שם בא נושא זה ברוב עניין, בצירוף שיטות הראשונים והאחרונים השונות, והסברות לכאן ולכאן, והקושיות שיש להקשות על השיטות השונות. הרואה יראה כי למרות שהוא מסיק שהנתינה עצמה יכולה להוות קניין אף ללא דעת מקנה, מכל מקום אין זה פשוט כלל, ויש מקום לפקפק בדבר על פי כמה משיטות רבותינו האחרונים. כמו כן, כפי שנטען בהמשך כלפי הספק השני בהרחבה, כאשר האישה אינה יודעת שהיא אמורה להקנות כלל, אין לחשוש אף לספק זה.

לעניין הספק השלישי – סוגיה ארוכה היא ברא"ש למסכת קידושין (א', כ') ובטור (אבהע"ז, כ"ח) ובשולחן ערוך (שם, סעיף י"ט), ונחלקו הראשונים והאחרונים בדבר, ומכל מקום המעין בשו"ת יביע אומר (ו', אבהע"ז, ו') יראה שהאריך להוכיח שיש מקום לסמוך במקום הצורך על שיטת הרשב"א שפוסל לחלוטין קידושין שכאלו.

לעניין הספק השני – יש לעיין בסוגיה במסכת קידושין (שם) ובלשונות הראשונים על אתר בהסבר הדין (בעיקר רש"י והריטב"א), וכן בשו"ת מהרי"ט (א', קל"ח) לעניין כסף הקידושין, ובשו"ת אגרות משה (אבהע"ז א', פ"ד; אבהע"ז ה', י"א).

אך מעבר לכל הנ"ל, באמת ספק זה (וקודמו) להחשיב את הקידושין כתקפים, אינו שייך אלא כאשר נאמר שהאישה ידעה שעליה להקנות את הטבעת, אך כאן כבר הוסבר שהאישה טוענת בתוקף שלא ידעה על כך שצריכה להקנות, ועל כן אי אפשר להניח במקרה זה שכשנתנה את הטבעת לבעל, ואפילו שהיתה משודכת לו מקודם והיו במעמד החופה והקידושין, שמחלה לו והקנתה לו את הטבעת, כיוון שכלל לא ידעה שכך היא אמורה לנהוג. כדי להבין נקודה זו על בוריה, נעיין בתשובות הפוסקים (חלקן מובאות באוצר הפוסקים (כ"ח, ב', סק"ט, אות י"ב)) הנוגעות בנידוננו.

ענייננו מתבאר היטב מתוך הסוגיה במסכת גיטין (כ'): בגמרא מובאת שאלת רמי בר חמא: "בעי רמי בר חמא: היו מוחזקין בטבלא שהיא שלה וגט כתוב עליה, והרי היא יוצאה מתחת ידו, מהו? מי אמרינן אקנויי אקניא ליה, או דילמא לא ידעה לאקנויי?". רמי בר חמא מסתפק אם ניתן לכתוב גט על טבלא של האישה, כיון שבסופו של דבר היא חוזרת אליה, ויש להסתפק אם היא יודעת להקנות אם לאו. הגמרא בסופו של דבר פושטת שאכן הוקנתה הטבלא לבעל, וניתן לכתוב עליה את הגט. אולם הראשונים הסתפקו בנוגע לסוגיה זו בשתי נקודות.

ראשית, כתב רבינו קרשקש בחידושו למסכת גיטין (שם) שהגמרא איננה מסתפקת אם אישה יודעת כיצד להקנות כלל, אלא שאם רוצים לפרש את ספק הגמרא באופן כזה אפשר לומר שבמקרה המסויים הזה אכן אינה יודעת להקנות כראוי: "פירוש: בכי הא שהיא מקנה על מנת להחזירו, דבמה שיש לו להחזיר לא גמרה לה איה לאקנויי ליה". אולם רש"י (שם, ד"ה "לא") כתב: "לא גמרה ומקנייה דבר שאין בלבה לתת מתנה גמורה", וכן כתבו התוספות (שם, ד"ה "אישה"). לפי רבינו קרשקש (שם) כוונת רש"י היא ש"לא ידעה שהיא צריכה להקנות", וגם הר"ן הביא כן בשמו של רש"י, ואף רבינו קרשקש כתב שפירוש זה נכון הוא.

מכל הנ"ל יוצא שהפירוש המרכזי בסוגיה הוא שהגמרא מסתפקת אם ניתן לסמוך שהאישה יודעת שהיא צריכה

להקנות את הטבלא לבעל או שיש לחשוש שאינה יודעת. אולם נחלקו הראשונים אף בשאלה נוספת, והיא נוגעת במסקנת הגמרא. המאירי בחידושו למסכת גיטין (שם) כתב:

"היו מוחזקים בטבלא שהיא שלה וגט כתוב או חקוק עליה והרי היא יוצאה מתחת ידה, הרי זו מגורשת, ואומרין מן הסתם שהאישה הקנת הטבלא לבעל... ושמה תאמר: ואף כשתאמר שאין היא יודעת להקנות נאמר אקנויי אקנו לה רבנן...? תדע שלא נאמר כן אלא בפשיטי דספרא ולתקנתא דידה... אבל בנייר אין בו תקנה אצלה שהרי יכול לכותבו על כל דבר".

הרי שהמאירי הבין שלמסקנה סומכים אנו שהאישה אכן מקנה את הטבלא לאיש. אולם הרשב"א בחידושו למסכת גיטין (שם) הציע להסביר את דברי הגמרא באופן אחר:

"קרו בה רבוותא ז"ל: וכי לא ידעא לאקנויי מאי הוי? הא אמר רבא לעיל דרבנן אקנו ליה בזוזא דספרא ומשום הפקר בית דין נגעו בה?... ונראה לי לפרש דרמי בר חמא ודאי הכין משמע ליה דאיכא לאיפלוגי בין פשיטי דספרא לטבלא שלה ואי לא ידעא לאקנויי לא הוי גיטא, ואתינן למיפשטה מעובדא דההוא זקן ומדתנא ערב... דרבא נמי סבירא ליה כרמי בר חמא... ומיהו רב אשי אשכח בה פירכא ואמר דילמא גברא שאני דידע לאקנויי, ואהדר ליה אעיקרא דדינא, כלומר: דגט מיהא הוי ולא משום דידעא לאקנויי, אלא דרבנן אקנו ליה זוזא דספרא דחשו חכמים לתקנתה כדי שלא יעגן אותה אדמי כתיבת הגט, וכיון שכן אף טבלא שלה אקנו ליה ואפקורי אפקרוה רבנן לגבי דידיה משום תקנתא דמה לי גיטא דכתיב אננירא מה לי דכתיב אטבלא דידה, הא דידה והא דידה, וכיון דהאי אפקרו משום תקנתה הם הכי אפקרוה לטבלא משום תקנתא דהא טבלא הדרא לה".

לפי דברי הרשב"א אכן הגמרא בתחילת דרכה סברה לומר שיש לסמוך שהאישה מקנה את המעות בעצמה, אך תירוצו האחרון של רב אשי מציב אפשרות אחרת, והיא שחכמים ממילא מפקירים את הטבלא כדי להבטיח שהאישה את תישאר עגונה (כפי שהם מקנים לאישה את כסף הסופר לצורך תקנתה). תירוצו זה מופיע גם בחידושי הרישב"א למסכת גיטין (שם), אף שהוא מביא גם את תירוץ המאירי (וגם המאירי מביא את תירוץ הרשב"א בשם "יש מפרשים").

לכאורה, לפי שיטת הרשב"א אין להחשיב את הקידושין בענייננו כלל, שכן אישה אינה יודעת להקנות, ורק בגיטין הפקירו חכמים את הטבלא מידיה משום תקנת עגונות, אך בקידושין חוזרים אנו לעיקר הדין שאין אישה יודעת שצריכה להקנות ואין הקידושין מועילים. אך דבר זה אינו פשוט, שכן בב"ש (אבהע"ז, קכ"ד, ס"ק י"ט) פקפק במסקנה זו, אך סתם דבריו, ובשו"ת חתם סופר (א', פ"ו) ביאר שאף לדעת הרשב"א אין לראות בדבר אלא ספק קידושין (כי שמא חכמים לא הפקירו אף במקרה של גירושין ואישה יודעת שצריכה להקנות, ולפי הרשב"א הגמרא מסתפקת בכך ואינה קובעת דבר), ויש לדחות את ספקו של הרשב"א מפני ודאם של שאר הראשונים.

על כן, החתם סופר מסיק שבמקרה המדובר אצלו, "ברב אחד שסידר קידושין ולא שאל תחת החופה אי הטבעת שלו, ולאחר זמן נתברר שבשעת כניסתם לחופה כשלא היה לו להחתן טבעת קידושין ושמעה הכלה כן מסרה מפתח ארגזה לנשים להוציא משם טבעת שלה לתנו לחתן לקדשה בו, ונמצא שקידשה בטבעת שלה", אין צורך בקידושין שניים, והקידושין הראשונים תקפים. אף בשו"ת ויען אברהם (אבהע"ז, ט"ו) הסכים לדברי החתם סופר (ובשו"ת רבי עקיבא איגר (תניינא, מ"ה) כתב שאם הבעל ביקש מהאישה את הטבעת בלשון נתינה, שיש בכך הקנאה, וביאר שם את דבריו).

אף בספר ימי שלמה על הרמב"ם בהלכות אישות (ז', י') כתב לתמוה על הרב השואל בשו"ת חתם סופר, כיון שראיה ברורה לדברי החתם סופר יש בשו"ת התשב"ץ (ג', ר"מ), וכתב שם שפשוט הדבר שהלכה כדברי החתם סופר. כך גם העלו להלכה בשו"ת דברי טעם (סימן צ"ח) ובשו"ת זקן אהרן (סימן ק"י). אף בשו"ת פרי הארץ (א', אבהע"ז, ד') העלה במקרה דומה שהקידושין תקפים משום "שדיך", ואף העלה את סברתנו לעיל ודחאה:

"ובכן גם בנידון דידן דהוי בשדיך, אף שהטעת של לאה הויא מקודשת דאמדינן דעתה דאחולי אחילתיה. ואם נפשך לומר: ממקום שבאת – תברא, שהרי כל עיר טעמא דבשדיך דאמרינן דמקודשת הוא משום דמן הסתם אחילתיה, מה שאין כן בנידון דידן דהאישה אומרת דלא נתכוונה למתנה ולא אחילתיה אם כן לא הויה מקודשת; לזה אשיב... דלא גרע מגזל דידה, ואנן סהדי דלמתנה יתבה ניהליה, דאי לאו הכי

למאי קא יתבה ניהליה, ובכך תו לא מהימנא במה שאומרת דלא נתכוונה לכך. והגם שהיא אומרת שהיא לא נתכוונה לשום דבר כי אם מאחר שהייתה יודעת שיחזור אליה נתנתו ולא נתכוונה לשום דבר, אין בדבריה סתירה לקידושין, דמשום דלא ידעה בדיני קידושין לא נתנתו במתנה, אבל אנן אמדינן דעתה שבעת נתינתה נתכוונה שיהיה לה בהך נתינה קידושין גמורין באופן המועיל כדת, אלא שהיא הייתה סוברת דבלא מתנה מקדשה...".

אף בשו"ת חבלים בנעימים (אבהע"ז, ע"ז) כתב בתשובה: "ומה שכתב כבוד תורתו דהיא אומרת שלא ידעה שצריכה להקנות לו הטבעת וחשבה שהוא שואל אותה ממנה, לא מפיה אנו חיים ומנלן שהאמת כדבריה והא זה מפורסם שצריך שתהיה הטבעת של המקדש".

אך יש פוסקים שלא סברו לגמרי כחתם סופר. בשו"ת מהר"ש ענגיל (ו', ח'), לדוגמה, כתב להקל בקידושין בעד אחד כשהטבעת הייתה שייכת לאישה. כמו כן, בשו"ת פרי הארץ (שם) הביא בסוף דבריו בשם אחיו (הרב ניסים מזרחי, מחבר שו"ת אדמת קודש) שסבר שהקידושין אינם תקפים, ולכל הפחות היו ספק קידושין, וחזר וכתב שאף "רבותינו שבחרון" הצריכו קידושין נוספים. וכן דעתו בספר אמירה נעימה (תניינא, אות ק', מאמר פ"ד), ותמה שם כמה תמיהות על דברי החתם סופר. לאלו יש להוסיף את הרב השואל בשו"ת חתם סופר (כמבואר בשו"ת בית יצחק (אבהע"ז, א', ק"ד), שאף שהלכה כחתם סופר, מכל מקום ניתן לצרף את הרב השואל שם (להיתר), וכן יש לצרף את הרב יהודה יודל רוזנברג – הוא הרב השואל בשו"ת חבלים בנעימים, שמדבריו משמע שדעתו להקל בכל זה מהטעמים המבוארים שם.

אף בשו"ת אמרי דוד (סימן כ"ב) אינו מסיק כחתם סופר וסיעתו. שם כתב המחבר בפשיטות לעניין "מקום שאין טבעת לקדש בו אם מותר שהכלה תתן או תמכור טבעת שלה להחתן שיקדשנה בו", שמהגמרא בגיטין על פי פירוש הרשב"א מוכח שרק משום תקנת עגונות הניחו שהטבלא מוקנית לבעל, אך שלא משום תקנה זו אין להניח שהאישה יודעת שצריכה להקנות לו, "ולפי זה הוא הדין בנידון דידן לא ידעה האישה להקנות הטבעת להחתן הואיל ויודעת שיחזור ויתנהו לה".

אולם האמרי דוד שב ומפקפק במסקנה זו משום הסוגיה במסכת קידושין הנ"ל, ועל כן הוא מחלק בין קידושין לגירושין בחמש דרכים: שבקידושין לא מקבלת את הטבעת בחינם (כמו בגט) אלא מקנה את עצמה לבעל (וממילא היא מבינה שיש כאן קניין והטבעת צריכה להיות שלו; וכן סבר בשו"ת בית יצחק (שם)), או שמגיעה לה טובה מהקידושין ועל כן מקנה את הטבעת בעין יפה, או שלא אמרו שאינה יודעת להקנות אלא בשטרות אך לא במקח וקניין רגיל, או ששם בסוגיה במסכת קידושין הייתה הקנאה בפה וזו מועילה אף בלא כוונה, או ששם מדובר במכר וכאן בגירושין מדובר במתנה.

למסקנה, כותב האמרי דוד שעקב התירוץ החמישי אין להקל במתנה אלא רק במכר להחשיב את הקידושין, אך במכר יש לומר שיודעת להקנות (ומכל מקום כותב שם שקשה להקל בזה מטעמים אחרים). כך גם נראה שסבר בפשיטות בשו"ת ויצבור בר (סימן ק"ב). מעתה, מכל מה שנתבאר עולה שלרוב הפוסקים הקידושין תקפים, ואי אפשר לבטל את הקידושין בטענה שהטבעת הייתה שייכת לאישה. אף יש לציין שדברי השואלים בשתי תשובות שצורפו לרשימת המתירים לא באו בצורה מסודרת כתשובות בפני עצמן, ולכן אין משקלם בפסיקת ההלכה כמשקל בעלי התשובות הנ"ל.

אך למרות כל הנ"ל, כפי שכבר נכתב, אין כאן אלא צירוף לביטול הקידושין כדי שהקידושין לא יפקעו בכדי, ועל כן בכוחנו לסמוך אף על שיטות המיעוט להקל במקום עיגון חמור. אך עוד נראה שגם לו היינו אומרים שקשה לסמוך עליהם, ואפילו כצירוף בלבד (אף שבשו"ת בית יצחק הנ"ל כתב מפורשות לסמוך ולצרפם), נראה שבאמת הכל לפי העניין ולפי ראות עיני הדיין, ואפילו לאלו שבאופן רגיל כתבו לקיים את הקידושין. הרי לעניין קידושי שחוק, לדוגמה, נשאל הרב שלמה עמאר (ז', ז'-ח'), והמקרה היה שם שהטבעת הייתה של הנערה, והרב עמאר הביא את כל התשובות הנ"ל, ועליהן כתב:

"והנה זה שייך בימיו ובאישה מבוגרת, אבל בימינו אלו, ובפרט שמדובר בילדים שלא יודעים שצריך שני עדים, פשיטא שלא ידעו שהטבעת צריכה להיות של הבעל דווקא, ובפרט שרק לצון חמדו להם... והנה בכל התשובות... על כל פנים מדובר, בזוג שקבעו להם להתחתן וטבחם טבוח, וינם מזוג, והאורחים

עומדים קרובים וידידים, עולים ויורדים, גם הרב נמצא שם, עם כל הפמליא, וכבר נרשמו לנישואין כדת, והכתובה בידיהם ומכינים עדיהם, והכל בכבוד ראש וברצינות, אלא שבבוא עת הקידושין, ראה החתן ורצה להוציא את טבעתו, כדי לקדש בה את כלתו, והנה איננה, או שנשכחה בבית לרוב הטרדות, או שנזכר שעדיין לא הביאה מהצורף, וכל כיוצא בזה... אבל בנידון דידן שלא שידכו ולא התכוונו לקידושין, והכל היה בשחוק ושובבות של נערים מנוערים, איך נעלה על דעתנו שהיא הקנתה לו במתנה, או בהשאלה שיקדש בה, או במתנה על מנת להחזירה..."

אמנם ברור שנידוננו אינו דומה למקרה של קידושי שחוק אלא יותר דומה למקרים שבהם דנו הפוסקים לקיים את הקידושין, אך מדברי הרב עמאר למדנו שהכל לפי העניין ולפי המקרה, ואם יש מקום לאמוד את דעת האישה להקל לכאורה יש פתח לעשות כן. אף למדנו מדבריו שיש מקום לחלק בין זמן לזמן ובין תקופה לתקופה, שהרי כתב שכל זה אינו שייך "בימינו", וסתם ולא פירש. אמנם אכן מצאנו מי שפירש את שיחתו בעניין הזה, שכן כתב בספר נתיבות השלום (א', אורחות חיים, נתיב י"ג, סעיף ז'):

"והואיל דיש הרבה חששות בעניין המקדשין וכנ"ל, ובדבר קל יכולה להיבטל, לכן החיוב על המסדר קידושין לשאול את החתן אם שלו הוא הטבעת קידושין או שלקח מאחר ובאיזה אופן לקח מאיתו בכדי שיהיו הקידושין כראוי... ובפרט בזמנינו שהשמש הולך ומבקש טבעת אצל מי שמוצא ואין מבחין בין אם הוא איש או אישה, קטן או קטנה... ועל כל פנים... ראוי שהמסדר אל יסדר הקידושין עד שיידע שהבעל הבית בעצמו נתן להחתן במתנה גמורה... ולא לסמוך על לשון שאלה מאחר שהודיעו שרוצה לקדש וכנ"ל, שיש כמה עמי הארצות שאין יודעים מאומה, ואיך נאמר דמסתמא דעתו ליתן במתנה?"

כך גם כתב בשו"ת הסבא קדישא (ב', אבהע"ז, י"ג) בשמו, וכן ראינו שהובאו דבריו בספר שולחן העזר (סימן ח', ס"ק י"ח), ואף שדבריו נאמרו לעניין לשון שאלה, מכל מקום גם שלא בלשון זו יש לחשוש לעמי ארצות שאינם יודעים את ההלכה, וכמו שנמצא בספר הר המלך על הרמב"ם (חלק ז', הלכות אישות, עמודים תכ"ד-תכ"ח), בדבריו של הרב שמואל קול, שנתן ביטוי לחשש זה:

"רבות הבעיות המתעוררות מקידושין בטבעת שאולה שמצויה אצל אנשים שאינם מקפידים על שמירת תורה ומצוות. הללו חיים לפעמים שנים רבות יחדיו ונותנים טבעות זה לזו לאות נאמנות והסכמה הדדית לקיום חיים משותפים כאיש ואישה. מאוחר יותר, לעיתים כשכריסה בין שיניה, לעיתים אחרי הולדת ילדים, פונים לרבנות לעריכת נישואין. רב המסדר קידושין כראוי שואל ומברר בדרך כלל בזו הלשון: "הטבעת שלך?" "קנית אותה מכסף?" החתן החילוני שאינו יודע מה רוצה הרב להשיג בשאלות מוזרות אלו, עונה תמיד: "כן בהחלט". ואכן מה רוצים ממנו – וכי גזל או עשק טבעת זהב זו? אף אם רצונו כן, אינו מעלה בדעתו שיש חשיבות כלשהי לספר את השתלשלות הגעת טבעת הנישואין לידו בפעם שנייה על ידי כלתו שהשאלתו לצורך הטקס. כל כך אין עולה בדעתה של כלתו שעליה לתיתה לחתן במתנה גמורה. היא מסרה לו הטבעת לצורך הטקס וכל השאר היא משאירה לרבנות..."

ולכאורה... צריכה להיות מקודשת כמו בגזל דידה שנתרצית להתקדש לו ומחלה לו... וגם אין לך שדיך גדול מזה שעוסקים בענייני החתונה ובטבעת הקידושין. אלא שאולי נוכל לומר כך לגבי כלות שקיבלו חינוך דתי ויודעות בעיקרון שהחתן צריך ליתן משלו כסף או שווה כסף, לגבי אלו נאמר משנתבקשו להשאיל טבעתן – התכוונו להקנותה לבעל למען יקדש כדת וכדין – וזאת למרות שסרו מדרכי אבות זה עידן ועידנים. אולם קשה יהיה לומר כך לגבי רוב רובם של המקרים.

הרי הן הבנות שנתחנכו בנערותן במוסדות המנוערים מזיק של קדושה והללו בדרך כלל אינן יודעות מה עושה אותן למקודשת ובעיניהן עצרת הקרואים, הסעודה, הריקודים והתזמורת הם עיקרה של החתונה, כך שאין עולה בדעתן לתת לו את הטבעת במתנה, אלא בשאילה לצורך החופה למלא אחר דרישות הטקס של הרב והדתיים בכלל; והדרא קושיא לדוכתא איך יחולו הקידושין בטבעת שאולה? וכדרך שאמר: "אטו כולהו נשי דינא גמירי?"

ועוד שם בהערה 10 כתב: "בימי חז"ל כנראה כל הנשים ידעו שהבעל צריך לתת משלו לקדשה ולכן תמיד בגזל דידה מקודשת כי הקנתה לו למען יקדשה וכמו שכתב בעל מעשה רקח... אולם בימינו נשתנו העיתים וגם לגבי זה

ניתן לתמוה אטו-כולהו-נשי-דינא-גמירי...". מסקנת הרב קול שם היא שיש להתייחס לטבעת זו כטבעת שאולה, ואם כן באנו לסוגיה זו, אותה העלינו לעיל כספק השלישי בנידוננו.

אף בשני פסקי דין מבתי הדין שבמדינת ישראל מצאנו דיון בדבר זה. בפסקי דין - ירושלים (דיני ממונות ובירורי יהדות, ב', עמוד רע"ג והלאה) מצאנו שאחד הדיינים - הרב אברהם דב לוי - מסתפק בשאלה זו ממש לעניין תיק ממזרות שבא לפניו:

"ומעתה בנידון דידן שלדברי האשה היא נתנה למקדש את הטבעת כדי שיקדש אותה באותה טבעת, אך לא עשתה על כך תנאי מפורש, ומדובר בבעל ואשה שאין להם כל מושג בטיב קדושין ומהותם, ולדבריה אף אחד לא הסביר לה שבאותה טבעת המקדש קונה את האשה, והיא לתומה סברה שזה עוד פרט מהטקס של החופה, כמו שבירת הכוס וכו', והיא אומרת במפורש שלא התכוונה להקנות את הטבעת למקדש אלא רק לתת לו לצורך הקדושין, והיא מוסיפה שיש לה קשר מיוחד לטבעת זו בגלל היותה מתנה מסבה, ואינה מוכנה לתתה מתנה לאף אחד, יש להסתפק ולדון האם באופן כזה מקודשת; שהרי מצד אחד... לדבריה לא הקנתה את הטבעת מעולם במתנה גמורה, אך מצד שני... הרי לא עשתה תנאי מפורש, וגדולה מזו אמרו בגזול חפץ מהאשה וקדשה בו שהיא מקודשת, וביאר המקנה שמכיון שרוצה להתקדש לו אנו אומרים שנתנה לו במתנה גמורה... ואם כן יש לומר שאפילו תאמר אחר כך שלא התכוונה להקנותו לא תהיה נאמנת...".

למעשה נחלקו הדיינים באותו מקרה כיצד לפסוק, אך הרב לוי צירף ספק זה להיתר. כמו כן, בפסק נוסף של הרב ציון בוארון מתאריך ט"ז אדר תש"ע (תיק 1-21-2433), מביא הרב בוארון את מחלוקת הראשונים הנ"ל לעניין ההקנאה, ומצטט את המהרש"ך על הרמב"ם (הלכות גירושין), ומסיק ממנו כי "אם הכלה היא אשר קנתה את הטבעת ומסרתה בסתם לידי החתן, לכולי עלמא אין כאן שום קניין ולא זכה החתן בטבעת כלל ונמצא שקידש בטבעת שאינה שלו כלל ולכולי עלמא לא הוּוּ קידושי קידושין". לדברי המהרש"ך צירף הרב בוארון אף את דברי הסבא קדישא הנ"ל, ועוד צירף את דברי הפרי חדש, וסיכם:

"זאת ועוד שהמדובר כאן בחתן שהוא עם הארץ גמור ואינו יודע כלל שצריך שהטבעת תהיה שלו, דנמצא דגם אם נחוש לומר שאם הכלה נתכונה למתנה גמורה, מכל מקום הוא בודאי לא נתכוין לזכות בה אלא סבור שכל המעשה שעליו לעשות הוא להעביר הטבעת לידי הכלה, וסבור בדעתו שבוודאי אם הכלה נתכונה לקנות הטבעת מתנה לבתה ושהוא צריך להעבירה אליה בעת "הטקס" ותו לא מידי, ומכל שכן שבוודאי נראה שכן הוא האמת שהאם לא נתכונה כלל לתת את הטבעת למתנה גמורה אלא לצורך הבת שלה נתכונה לקנות... סוף דבר, דנראה שהקידושין שבנדון שלפנינו בטלים היו מעיקרן או לפחות ספק קידושין, אם נרצה לפרש מחלוקת הראשונים דגם במסירה סתם פליגי אי ידעה לאקנויי באותה מסירה".

בסוף פסק זה מובאת אף הסכמת הרב עובדיה יוסף לכל הנאמה. לכל הספיקות הללו יש להוסיף עוד ספק – והפעם להקל – והוא הספק שיוצא מתוך בירורו הרחב של הרב מרדכי אליהו בשו"ת מאמר מרדכי (ג', אבהע"ז, ג') לעניין עדי קידושין, שכן אם העדים חשבו שהטבעת שייכת לבעל ובאמת היא שייכת הייתה לאישה, או אפילו הייתה שאולה לבעל, שמא אין עדותם קיימת כי לא ראו מה שחשבו שראו, ואם כן עוד טעם הוא לפסול את הקידושין.

כאמור, חלק מסוגיות אלו עוד דורשות פירוט ובירור, ואין כאן אלא כלל הצריך לפרט. אולם תשובה זו כבר רחבה מארץ מידה, ועיקרה נתבאר בצורה מפורטת, מפורשת ובהירה, ודי לנו שנדע שניתן להטיל ספק בקידושין על פי אי אלו שיטות, שעליהם ודאי יש לסמוך במקום עיגון גדול וחמור כזה, ובצירוף עם האומדנא דמוכח ניתן לבטל את הקידושין, כך נראה פשוט.

פרק ט"ו: היתרה של הגברת גורודצקי – חלק ה'

לכאורה היה ניתן לומר כי אף אם הקידושין לא היו תקפים, מכל מקום לאחר מכן בא עליה, ויש כאן קידושי ביאה לכל הפחות. אמנם כבר דנו רבים במקרים שכאלו והעלו שאין לחשוש משום קידושי ביאה, והרינו מבארים את

הדברים ממקורם, אך בקצירת האומה. נחלקו רב ושמואל במסכת יבמות (ק"ט): בקטנה שלא מיאנה ונישאת לאחר שגדלה אם צריכה גט מן השני או לא, שלדעת רב אינה צריכה גט משני ולדעת שמואל צריכה גט משני. הגמרא מעמידה את המחלוקת במקרה שהבעל הראשון בא על הקטנה לאחר שגדלה, ואת דעת שמואל (המצריך גט מן השני למרות שלכאורה הביאה של הבעל הראשון יצרה קידושין גמורים אצל הקטנה שגדלה) מסבירה הגמרא בכך ש"כל הבעל – על דעת קידושין הראשונים הוא בועל", ולא כיוון לשם אישות.

בהמשך מבארת הגמרא שכן הוא אף במקרה של בעל שקידש אישה על תנאי (שאינו בה מומים, לדוגמה) וכנסה סתם ולאחר מכן נמצא שלא התקיים התנאי, שלדעת רב צריכה ממנו גט (כיוון שאין הביאה תלויה במעשה הקידושין הראשונים ויש לביאה כח לקדש את האישה בפני עצמה במנותק מהתנאי), ואילו לדעת שמואל אינה צריכה ממנו גט כיוון שעל דעת הקידושין הראשונים הוא בועל. אף במסכת כתובות (ע"ג-ע"ד) מופיע עניין זה בדעת רבי שמעון (במחלוקתו עם חכמים) לעניין קידושין בפחות משוה פרוטה, ובדעת רבי אליעזר (במחלוקתו עם חכמים) לעניין קידושי קטנה.

אמנם הרי"ף במסכת יבמות (ל"ח.) כתב שאין הלכה כשמואל: "וליתא דשמואל דאמר כל הבעל על דעת קידושין הראשונים הוא בועל", וכן הביא הרא"ש במסכת כתובות (י"ג, י"ז), והוא שסיפרו במסכת נדה (נ"ב):

"לא כך היה מעשה בביתו של רבי ישמעאל שבאת לבית המדרש למאן ובנה מורכב לה על כתפה, ואותו היום הוזכרו דבריו של רבי ישמעאל בבית המדרש, ובכתה בכייה גדולה בבית המדרש. אמרו: דבר שאמר אותו צדיק יכשל בו זרעו? דאמר רב יהודה אמר שמואל משום רבי ישמעאל... שאף על פי שבנה מורכב על כתפה – ממאנת והולכת לה. ונמנו וגמרו: עד מתי הבת ממאנת – עד שתביא שתי שערות"

אם כן, לאחר שהביאה שתי שערות איננה יכולה למאן אם בא עליה בעלה, שהביאה מחילה את הקידושין. מתוך דברי התוספות במסכת יבמות (ק"י, ד"ה "קסבר") והרשב"א במסכת כתובות (ע"ד) עולה שיש לומר ששמואל עומד בשיטתם של רבי שמעון ורבי אליעזר ורבי ישמעאל (מובא במסכת כתובות) שכולם דבר אחד אמרו, שעל דעת קידושין הראשונים הוא בועל (וראו מה שדן בזה הרשב"א במסכת נדה (נ"ב, ד"ה "זו"). מכל מקום, כפי שראינו אין הלכה כן.

אולם בר"ן על הרי"ף למסכת קידושין (כ"א:) וברשב"א שם (נ'): כתבו שיש מקום לפסוק כשיטתם לכל הפחות לעניין קידושין פחות משוה פרוטה וקידושי קטנה, וחילקו בין זה לבין קידושי ביאה בקטנה לאחר שגדלה, שכיון שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות יודע הוא שאין קידושיו בקטנה קידושין גמורים, ועל כן הוא מקפיד לבעול בעילה לשם קידושין ברגע שהיא גדולה.

מכל הנ"ל נראה שלדעת הסוברים שעל דעת הקידושין הראשונים הוא בועל הסיבה הינה שהבעל אינו סבור שצריך לבעול לשם קידושין, וכמו שכתב רש"י במסכת נדה (ד"ה "ואפילו") בהסבר דעת רבי ישמעאל: "דלאו נישואין הוו, ולעניין זנות נמי לא מיתסרה עליה דפנויה בעלמא היא, ולא אמרינן בעילות שבעל משגדלה הוו קידושין דקסבר כל הבעל על דעת קידושין הראשונים הוא בועל ולא נתכוין לחזור ולקדשה". וכן מוכח מדברי הגמרא במסכת כתובות (ע"ד) לעניין מחלוקת רבי אלעזר ורב אמרי:

"אמר רב עולא בר אבא אמר עולא אמר רבי אלעזר: המקדש במלוה ובעל, על תנאי ובעל, בפחות משוה פרוטה ובעל – דברי הכל צריכה הימנו גט. אמר רב יוסף בר אבא אמר רבי מנחם אמר רב אמרי: המקדש בפחות משוה פרוטה ובעל – צריכה הימנו גט, בהא הוא דלא טעי, אבל בהנך טעי".

כלומר: כל הסוברים שעל דעת קידושין הראשונים הוא בועל סוברים שאין הבעל מעלה על דעתו שצריך לבעול לשם קידושין, ואילו החולקים סוברים שבמקרים הנ"ל הבעל אכן מעלה זאת על דעתו וגומר ובעל לשם קידושין. אף שבכל המקרים הנ"ל נפסק להלכה להחמיר ולומר שהבעל אינו בועל על דעת קידושין הראשונים, ואם כן בעילתו אכן נחשבת כקידושי ביאה, מכל מקום הסברה במקומה עומדת, ולדוגמה אמרה הגמרא במסכת קידושין (נ'): על פי סברה זו שקטן שקידש אין קידושיו כלום, ואפילו ששלח סבלונות לאחר שגדל, כיוון שסבלונותיו נשלחים על דעת הקידושין הראשונים, ודין זה נפסק בשולחן ערוך (אבהע"ז, מ"ג, א').

הרי לנו שלא נדחתה עצם הסברה, אלא שלא נפסק על פיה במקרים הנ"ל. ומכאן, שבמקום שברור שהבעל בעל

על דעת קידושיו הראשונים אין אנו אומרים שבעילה זו הינה כקידושי ביאה. כך פסק הרא"ש בתשובה (כלל מ"ה, סימן ט'):

"שאלה: ראובן עשה שמעון בנו שליח לגרש את רבקה אשתו וכשבא לאמו לא רצה ליתן לה גט אלא אם כן תתן לו כך וכך מעות באו לפני זקני העיר, אמר לו אחד מן הזקנים: אתה עושה את זה כדי שלא תנשא בלא דעתך תמסור לנו הגט וכשתרצה להנשא נודיעך, ונתנו לו על פי הדברים האלה. לאחר זמן בא בעלה ועדיין היה הגט ביד הזקן וביטל הגט ונתייחד עמה. ואחר כך אמר: אלך ואבטל הגט שביד הזקן כדי שלא יוציא שום אדם דיבה עלינו, ואמר הזקן שהוא שליח לקבלה ונתגרשה בקבלתו, ושני חבירי הזקנים היו עדים.

תשובה: כלל דמילתא אם יש עדים שעשתה רבקה לשמעון הזקן שליח לקבלה לקבל גיטה מיד שמעון בנה שהיה שליח בעלה הרי היא מגורשת... ומה שנתייחדו האיש והאשה, מתוך לשון השאלה מוכיח שבנקיין כפיים היה הייחוד שהיו סבורים שהגט לא היה גט... אם כן לכאורה נראה מוכח שלא בא עליה לשם קידושין. ואפילו לבית הלל דאמרי... "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ובא עליה לשם קידושין", הכא ודאי אדעתא דקידושין הראשונים בעל כי היה סבור שהגט לא היה גט, כי אילו בעל לשם קידושין מה היה צריך לבטל הגט? הילכך נראה דשריא לעלמא, ואם ירצה ראובן לקיימה יקדשנה".

דברי הרא"ש נפסקו להלכה בשולחן ערוך (אבהע"ז, קמ"ט, ג'). ולא זו בלבד, אלא אפילו באותם מקרים שנתבררו בגמרא ונפסקו להלכה לחשוש בהם שאינו בועל לשם קידושין הראשונים – כגון המקדש בפחות משווה פרוטה שנפסק להלכה בשולחן ערוך (אבהע"ז, ל"א, ט') שהבעילה נחשבת לשם קידושין – מצאנו בראשונים שסברו לומר שאין זו אלא חזקה כללית, אך במידה ויודעים אנו שבעל על דעת הקידושין הראשונים אין אומרים חזקה זו.

כן מצאנו בתשובות מיימוניות (ספר נשים, סימן י"ט) שכתב לעניין זוג נשוי עם ילדים שגילו שבקידושין לא היה שווה פרוטה, ש"אפילו למאן דאמר... קדשה בפחות משווה פרוטה אם בעל קנה, האמר התם משום דאדם יודע דאין קידושין בפחות משווה פרוטה ובעל לשם קידושין, אבל הכא היה סבור שיש בהן שווה פרוטה". ואף שבדרכי משה (אבהע"ז, ל"א, אות ו') כתב שנראה שהמרדכי חולק בזה, מכל מקום פסק כדברי התשובות מיימוניות בהגהותיו לשולחן ערוך (שם, סעיף ט'), וכן פסקו כל האחרונים שם. וכן כתבו בשו"ת בעלי התוספות (סימן קל"ג): "אבל מה שבעל קודם שנודע לו, לא בעל רק על דעת קידושין הראשונים, שהרי קסבור היה שהיו קידושין גמורים".

וכן יוצא משו"ת הריב"ש (סימנים ה'–ו') ומשו"ת תרומת הדשן (סימן ר"ט) והובאו בהגהות הרמ"א לשולחן ערוך (אבהע"ז, כ"ו, א'), ונתבאר בביאור הגר"א (שם, אות ט') ובשאר אחרונים. אף לעניין קידושי קטן כתב בשו"ת בית אפרים (אבהע"ז, מ"א) שיש להסתפק אם חזקה זו נכונה בכל מקרה, ושמה "לאו כולי עלמא דינא גמירי", ובמקום שנהגים לקדש בקטנותם יש מקום לומר שאף לאחר שהגדיל הקטן לא בעל לשם קידושין אלא על דעת הקידושין הראשונים. ובתשובה אחרת (אבהע"ז, נ"ט) פסק בפשטות: "מבואר להדיא דהיכא דלא שייך "אדם יודע" כו', כולי עלמא מודים דאמרינן על דעת קידושין הראשונים בעל ואין כאן קידושין דאורייתא כלל".

ובדומה לכך דנו בשו"ת עין יצחק (ב', אבהע"ז, ס"ד) ובשו"ת מהרש"ם (ב', קי"א) ובשו"ת מנחת יצחק (א', צ"א) ובשו"ת חלקת יעקב (אבהע"ז, ע"א) ובשו"ת היכל יצחק (אבהע"ז ב', ל"א) ובשו"ת אגרות משה (אבהע"ז א', ע"ו; אבהע"ז א', פ"ה; אבהע"ז ד', נ"ט; אבהע"ז ד', ע"ה; אבהע"ז ה', י"א) ובשו"ת ציץ אליעזר (ב', י"ט, ז') ובשו"ת יביע אומר (ח', אבהע"ז, ו'; ח', אבהע"ז, י"א–י"ב; י', אבהע"ז, ט"ו) ובשו"ת משנה הלכות (ז', רי"ד; ט', רע"ח; י"ז, כ"ד).

מעשה, בנידוננו, אף שכאמור לעיל אין אנו מאמינים לטענת הבעל שהטבעת נקנתה בכספו ושייכת הייתה לו, מכל מקום הרי הוא עומד וצווח שכך הוא סבור, ומעולם לא שינה את טעמו בעניין זה. אם כן, ברור הדבר שלפי דעת הנפסדת מעולם לא סבר שצריך לחזור ולבעול לשם קידושין, ועל דעת הקידושין הראשונים הוא בעל. מאחר והבעל סבר שהטבעת הייתה שלו, אין לחשוש שמה יש חשש קידושין בכל הבעילות שבעל לאחר מכן, ואין לנו לחשוש לקידושי ביאה בכגון זה.

פרק ט"ז: היתרה של הגברת גורודצקי – חלק ו'

כסניף נוסף יש לדון שיש כאן ספק מסוים אם ניתן לומר שהנישואין מתבטלים מדין מקח טעות, וזאת מחמת אלימות הבעל כמו שיתבאר, ואף שאין לנו עדויות חד-משמעיות שהיה אלים אף קודם הנישואין. בראיון שהתקיים עם הגברת גורודצקי התברר שהבעל נהג כלפיה באלימות לאחר הנישואין (וגם הבעל הודה בכך בהופעותיו בבית הדין לאורך השנים). להלן קטעים מעדותה:

"מתי שהייתי בהריון עם הילד השלישי, היה גם תלונה במשטרה, ואישור מהרופא על המכות, אני הייתי בהריון עם הילד השלישי... זה כבר הרבה זמן, אפשר להגיד לפני 23 שנה, כי זה היה לפני שהוא נולד... אלימות חוץ מזה שהיה גם פיזית, והיה גם עדות של רופא על הסימנים בגוף, וגם הייתי עולה חדשה, השכנים ראו ולקחו אותי למגרש הרוסים, אז היו גם עדים... חוץ מפיסית גם כאילו אלימות מאוד קשה מילולית, הוא איים עלי שהוא יהרוג אותי ושהוא רוצה להוציא אותי מהארץ ושאני אהיה בקבר, ושילדים לא יבואו לבקר אותי, כל מיני דברים כאלו...

גם היה אומר לי "הכסף כאילו של אישה-שלי, תביאי לי כסף ואני אחזיר לך" ואז הוא היה לא מחזיר ואני לא הייתי יכולה לשלם שכירות... ואז אני פשוט נפרדתי ממנו והוא רדף אותי עם האלימות ממש פיזית, מכות על זה שעזבתי בית. לא יכולתי להישאר על ידו... זה מה שהיה לפני 23 שנה, וגם אחר כך הוא חזר אלי והוא אמר שהוא מבין... שהוא היה אשם והוא הבטיח שהוא לא יחזור על זה ואני פשוט בן אדם מאד אופטימי, וחשבתי שיש לי בנים... שצריכים את אבא, וחשבתי אם הוא כבר אומר שהוא מבין שהוא אשם ושהוא לא יחזור אז האמנתי, נתתי לו לחזור. ואז זה חזר עוד פעם, היה באלימות ואני הייתי בהריון בשלב מתקדם, זה היה בשנת 2000 והוא הפחיד אותי נורא והתינוק מת כמה ימים לפני לידה.

ואז כשאני באתי לרבנות לבקש גט, כי נורא פחדתי איתו לא יכולתי להשאר תחת קורת גג אחת איתו... הם גם שאלו אותו אם הוא רוצה אותי והוא אמר שהוא רוצה אותי בקבר, הוא גם איים עלי שיהרוג אותי ואני גם שאני הייתי בהריון... אז אני כאילו אחרי לידה (של התינוק המת) אני ראייתי את הילד, ואיך ידעתי שהוא מת... שלחו אותי לבית החולים ובבית החולים אמרו שהוא כבר שלוש ימים לא חי. מתי שהיה את האלימות שהוא הפחיד אותי זה קרה... ונתנו לו חודש ימים לתת לי גט, אז הוא לא נתן, והוא בא למשפט עם מזוודה, הוא החליט מראש שהוא לא נותן לי גט ועד היום הוא בכלל ומסרב לתת גט.

אני אגיד לך מה, זה פשוט כאילו היה לחיות איתו כמו על הר געש, אתה לא יודע מתי זה מתפוצץ. הוא היה לא מסתדר, כועס ועוזב בית, לחצי שנה, או יותר מחצי שנה. אחר כך הוא היה חוזר עם הבטחות שהכל יהיה בסדר, עם רצון טוב ואחר כך הכל חוזר על עצמו... הוא בא לבקר את הילדים... רגוע ושקט, פתאום הוא התפוצץ בכעס... ואז פתאום צעקות ושהוא רוצה להרוג אותי. לא רק צעקות, אני רואה עיניים מתמלאות בדם, כאילו בן אדם ממש ממש משתגע, מוכן לעשות את זה..."

אף בנה של הגברת גורודצקי כתב לנו מכתב בו הוא מתאר את ילדותו בבית הוריו, ונביא כאן חלק מדבריו:

"ילדותי בצלו של אבי מאיר ידעה תקופות של עליות ומורדות אך תחושה אחת הייתה מעל כולם והיא שמאיר לא מקבל דעות מנוגדות לו בשום מחיר ונסיבות כולל הפעלת אגרסיה מוגזמת ואלימה. תחושה זו גובשה בשלל תקריות בבית ומחוצה לו. בבית עימותים פיזיים ומילוליים היו דבר שבשגרה לרוב בשעות שאנו (הבנים) לכאורה ישנים אך זכורים לי לילות טרופי שינה מכיוון ששמעתי דחיפות, חבטות, דברים נופלים, ובכי של אמי בזמן שנשארתי במיטה מפחד להתערב.

גם כלפי עצמי הרגשתי פחד בעקבות תקריות אגרסיביות שנכחתי בהם כשנקלע לעימותים אלימים לעיתים... בעקבות פחד זה השתדלתי תמיד לרצותו אך בכל זאת היו לו התפרצויות מוגזמות לעיתים לא רחוקות... תקרית אחת שזכורה לי במיוחד ושקרתה בנוכחותי וחלק מאחי הייתה כאשר במהלך תקופה שהורי היו פרודים (אבי מאיר התגורר אז בבני ברק). האב שמע שסבתנו שאיננה יהודית נמצאת בביקור בביתנו בירושלים, והוא הגיע על מנת להפריד אותנו הבנים ממנה (לקחת אותנו למקום אחר או לגרש אותה לחוב). לאחר שלא נענה בחיוב הוא הגביר את צעקותיו ודפיקותיו על דלתות הבית תוך הפחדה ואיומים בזמן שכולם בפנים מפוחדים ובוכים. תקרית זו נגמרה בכך שאמי וסבתי נחבלו ממנו ומהדלת

שניסה לפרוץ בכוח ורק כשהוזמנה המשטרה הוא התפנה מהמקום".

כמו כן, הגברת גורודצקי נשאלה אם הייתה מתחנת מלכתחילה לו הייתה יודעת שיתנהג כלפיה באלימות, והשיבה בהחלטיות שודאי שלא. אף אין להתפלל על כך שהגברת גורודצקי לא עזבה את בעלה מיד לאחר שהתחילה האלימות. הסטטיסטיקות המתפרסמות מראות כי נשים מנסות לעזוב בין 5 ל-7 פעמים את בעליהן לפני שהן מצליחות לעשות כן באופן גמור. רק כ-50 אחוז מתלוננות למשטרה, ורק כ-20 אחוז נתמכות על ידי ארגונים שונים ורשויות הרווחה בסופו של דבר. מעל לכל, הנתונים מראים כי 75 אחוזים מהנשים שנרצחות על ידי בני-זוגן, נרצחות במהלך או מיד לאחר שהן עוזבות אותם. על כן, תופעה נפוצה היא עד מאוד שנשים ממשיכות לחיות עם בעליהן אף לאחר שחוו אלימות קשה.

אמנם, אין בכל זה כדי לפרנס טענת מקח טעות באופן רגיל, שכן אין אנו יודעים שהבעל הראה סימני אלימות קודם הנישואין, ולכאורה אי אפשר לומר שיש כאן מקח טעות ברור, אך מכל מקום ניתן לומר שיש כאן סיניף להקל בצירוף מה שאומרים כמה אנשי מקצוע (ובמיוחד הפסיכולוג פרופסור דונלד דאטון שכתב על כך רבות) שאלימות שמתגלה לאחר הנישואין הינה סימן למרכיב גנטי, ביולוגי או פסיכולוגי שהיה קיים כבר מלפני כן.

על פי מחקר שנערך בארצות הברית, בין 80 ל-90 אחוז מהבעלים המכים שמופנים לטיפול הרשויות סובלים מהפרעות אישיות הניתנות לאיבחון בבירור, וככל שהאלימות נעשית יותר קשה ויותר כרונית האחוזים קרבים ל-100 אחוז, וסימנים של הפרעת אישיות גבולית, נרקסיזם, והתנהגות סדיסטית-אגרסיבית ואנטי-חברתית מתלווים לכל זה.

נוסף לכל הנ"ל, החומר שבתיק הובא לעיונו של פסיכיאטר מומחה, ירא שמייס, ד"ר י. והלה כתב לנו שכמובן אינו יכול לתת חוות דעת מוחלטת ללא מפגשים עם הבעל עצמו, אך מכל מקום כתב שמהחומר עצמו נראה לו כי "יש סבירות כלשהי שהנ"ל סובל מהפרעת אישיות קשה וכי הפרעה זאת הייתה קיימת אצלו עוד קודם הנישואין".

בית הדין ביקש להבין את היסוסו של ד"ר י. בעניין זה, ועל כן שאל אותו בשנית על כך. ד"ר י. השיב כי "ברור שכן היה חולה עוד לפני החתונה בהתאם להגדרת הפרעות אישיות". רק העובדה שחוות הדעת ניתנה ללא מפגש היא שהביאה לכך שהרופא לא רצה לקבוע בוודאות במכתבו לבית הדין כי מר גורודצקי סבל מהפרעה זו אף קודם הנישואין.

אף כי בצדק יש מקום לבעל דין לטעון שקשה לסמוך על מידע שנחשף רק לאחר הנישואין, מכל מקום מצאנו כיוצא בזה. בפסק דין מתאריך ז' בטבת תשע"ה פסק בית הדין בחיפה בהרכב של הדיינים הרבנים מימון נהרי, יוסף יגודה ויצחק רפפורט, לבטל נישואין בעקבות מקח טעות. פסק הדין עבר תחת עיניו של הדיין הרב בנימין בארי, והלה כותב כך בניתוחו:

"לפני בירור ההלכה עלינו לברר האם היה הבעל חולה נפש עוד לפני הנישואין, או שמא התפרצה המחלה אחרי הנישואין. אם התפרצה המחלה אחרי הנישואין או אפילו היה ספק בכך לא נוכל לדון משום מקח טעות. פסק הדין הנ"ל מבוסס על שתי חוות דעת רפואיות של פרופסור ש. ושל ד"ר ד., יהודים יראי שמים שהם מומחים בעלי שם מן השורה הראשונה, יש להדגיש שלא היה כל קשר ביניהם וכל אחד מהם הגיע בנפרד לאותה מסקנה. פרופסור ש. כתב שעל פי בדיקה יסודית של החומר ועל פי השיחה שקיים עם הפסיכיאטרית שטיפלה בבעל אין כמעט כל ספק שהבעל היה חולה בסכיזופרניה עוד לפני הנישואין. ד"ר ד. כתב גם הוא שהבעל סבל ממחלת נפש לפני הנישואין "קרוב לודאי סכיזופרניה". נקדים ונאמר שבשיחה טלפונית הבהיר לי פרופסור ש. שלפי המידע הרפואי שהוצג לפניו אפשר לקבוע בוודאות שהוא היה חולה בסכיזופרניה, ומה שכתב ש"כמעט אין ספק" זה משום שהוא מעולם לא בדק את החולה וכל האינפורמציה ניתנה על ידי הרופא המטפל, אבל לפי הנתונים שהוא קיבל הקביעה היא וודאית.

נקדים ונאמר: כאמור פרופסור ש. קבע שלפי המידע שקיבל אפשר לקבוע בוודאות שהוא היה חולה במחלה לפני הנישואין, בכל זאת מצאתי לנכון להוסיף שגם אם הרופא היה אומר שהפרשנות הפשוטה של הסימנים שהוא כבר חלה במחלה אבל ישנם מקרים חריגים שהסימנים נובעים מסיבות אחרת, גם במקרה כזה היינו קובעים שיש כאן מקח טעות וזאת מהטעמים הבאים:

א. דין מקח טעות בקידושין דינו כדין מקח טעות במקח וממכה... ואם כן פשוט הוא שאם הרופא אומר שקרוב לודאי או שאין כמעט ספק שהוא חולה במחלה הזאת בודאי הרי זה כדבר המוסכם על הכל שהוא מום כי אף אשה לא הייתה מסכימה להכנס לנישואין האלה...

ב. הסברה הראשונה שכתבנו מספיקה כדי לקבוע שיש כאן מום גדול, אולם גם אם לא נזדקק לסברה זו בכל זאת מבחינה הלכתית נחשב הדבר כקביעה ודאית ולא כקביעה של ספק, כי סתם אדם שיש לו את התופעות הנ"ל הוא חולה במחלה ורק במקרים חריגים זה יכול לנבוע מגורמים אחרים, הרי זה עדיפא מרוב ויש כאן גדר של "סתמא"...

לא הסתפקתי בחומר הכתוב, ונפגשתי לשיחה ארוכה ונרחבת עם פרופסור ש. אליה הוא צירף את אחד הפסיכיאטרים הבכירים במרכז לבריאות הנפש בבאר יעקב, ד"ר ג., אדם שהוא בן תורה וירא שמים. שאלתי את פרופ' ש. מספר שאלות... פרופסור ש. ענה לי שהתופעות שהתגלו אצלו הן סימנים ברורים של הופעת המחלה ונוכחותה. התופעות שהתגלו אצל הבעל לפני הנישואין מעידות בצורה ברורה שהוא חלה במחלה עוד לפני הנישואין. בשלב הראשון לא התבטאה בהתקפות פסיכוטיות, אבל התבטאה בסימנים שליליים וחיוביים המאפיינים את קיומה. לדבריו אין לו ספק שאם הבעל היה מגיע אליו עוד לפני החתונה והיה בידו את המידע על התופעות ועל הסימנים החיוביים והשליליים שהתגלו אצלו עוד לפני הנישואין וכמפורט בחוות הדעת היה מאבחן אותו כבר אז כחולה במחלה. אמנם המחלה הייתה רדומה מספר שנים, אבל לפי ניסיונו, הצפי היה ברור. יש סיכויים גבוהים שבמוקדם או במאוחר תופיע גם התקפה פסיכוטית ובמיוחד בנישואין עם המתח המיוחד הכרוך בהם".

על סמך קביעות אלו ואחרות, מסכים הרב בארי לדברי הדיינים הרוצים להתיר משום מקח טעות, ולדבריו הצטרפו דיינים נוספים (הרב חגי איזירר, הרב אברהם שרמן, הרב שלמה פישר והרב חיים גדליה צימבליסט). כמו כן, נעיר כי בפני בית הדין הגיעה עדותה של האישה, הגברת גורודצקי, לפיה אחיו של הבעל התודה בפניה קודם הנישואין כי המשפחה מרוצה מכך שהוא מתחתן, כיון שחששו שמא "עם כל הבעיות שלו" לא יצליח. אין לנו כאן ראיה חותכת, אך גם אם אין ראיה לדבר, זכר לדבר יש.

כתוצאה מכל הנ"ל, נראה שיש מקום לצרף את כל זאת משני צדדים, אם משום האלימות, ואם משום ההפרעה הפסיכולוגית הקשה, שייכתן שכל אלו היו טמונים בבעל כבר מלפני כן על פי המחקרים הנ"ל, ואם כן היו קיימים קודם הנישואין, והאישה לא ידעה. בית הדין שטיפל בתיקו של הבעל אף בעצמו הטיל בעבר ספק במצבו הנפשי-פסיכולוגי של הבעל, ואם כן אין בדברים אלו חידוש, אלא לומר שמצב נוכחי זה אף יכול להעיד על מצב קודם, עוד קודם הנישואין.

לדעתנו ייתכן וניתן היה לסמוך על כל הנ"ל אף בפני עצמו, אך גם אם נאמר כי בתור יסוד עצמאי אי אפשר להעמיד את ההיתר על סברה זו, בתור סניף חזק לכל הנ"ל להקל במקום עיגון קשה זה שכל הדיינים כבר הסכימו שמצבה של האישה כבר עבר כל גבול סביר נראה שניתן להתחשב בו.

סיכום

ביטול קידושין משום אומדנא דמוכח אינו כלי הלכתי רגיל ושיגרת, וברור שאין להשתמש בו אלא כאשר כלו כל הקיצין. יותר מכך: אין שום אפשרות להפעיל אותו במקרה שלנו אלא משום שכלו כל הקיצין. מכל מקום, כבר כתב מהר"י הכהן שבכגון מקרים שכאלו יש לחפש היתרים מתחת מעבי האדמה, ואת צוואתו זו ניסינו לקיים. הגברת צביה גורודצקי כבר סבלה מספיק. הבעל הוכיח כי כל עוד הוא בחיים היא לא תקבל ממנו גט. ידיו של בית הדין כבולות במידת מה על ידי המדינה, ואין בכוחו לכפות את הבעל אלא עד גבול מסוים, ותו לא.

האישה מעולם לא העלתה על דעתה מצב שכזה, שבו אותם חכמים שתיקנו לה להתקדש "כדת משה וישראל", יעמדו חסרי אונים לכפות את הבעל לקיים את חובותיו כלפי אישתו הנובעות מקדושת נישואין זו אליה התחייב. על כן – ומתוך שהדבר מבוסס על גדולי הפוסקים – ניתן במקרה כזה לבטל את הקידושין. כל זאת אך ורק בצירוף טעמים נוספים, כדי שלא לבטל את הקידושין בכדי, ואכן האישה טוענת שהטבעת שאיתה התקדשה לא הייתה

שייכת לבעל בשעת הקידושין, אלא נקנתה מכספה, הייתה שייכת לה, והיא מעולם לא הבינה כי עליה להקנותה לבעל. דברי האישה אינם סותרים לא את הרב ולא את העדים הכשרים, ואילו דברי הבעל העומדים כנגדה הינם עדותו של אדם רשע שפסול לעדות לחלוטין.

מצד שני, הבעל עצמו אכן סבר – ועדיין סבור – כי הטבעת שייכת הייתה לו, וקידושיו קידושין גמורים, ועל כן ברור שכל הביאות שבא על אשתו לאחר מכן היו על דעת הקידושין הראשונים. בנוסף לאמור, ניתן לצרף כסניף את עניין האלימות הקשה שחוותה האישה, ומצבו הפסיכולוגי המוטל בספק של הבעל, ולומר שאולי שייכת כאן טענת מקח טעות. טענה זו מקבלת משנה תוקף כשהיא נתמכת על ידי פסיכיאטר מומחה שעניין בחומר שבתיקה, וקבע באופן כמעט חד-משמעי שהבעל סבל מהפרעות מסוימות עוד קודם נישואיו, והאישה לא ידעה. הפיתרון המוצע כאן קובע שעל פי כל הנ"ל, קריאת המציאות הנוכחית פותחת פתח לפיתרון חדש שאולי לא היה נגיש עד כה.

בתוך עמנו אנו יושבים, ואין לנו ספק כי פסיקה זו תעורר מחלוקת, כפי שמתרחש מפעם לפעם בעקבות פסיקות חדשניות. כך היה בפסק הדין בראשות הרכבו של הרב אוריאל לביא לפני מספר שנים, וקל וחומר בן בנו של קל וחומר שכך יהיה בעקבות פסיקת בית דין זה שאינו חלק ממערכת בתי המשפט בארץ. מחלוקת זו – חלקה תהיה מחלוקת לשם שמיים כדרכה של תורה, וחלקה תהיה מחלוקת קרח ועדתו שלא כדרכה של תורה, ותקוותנו כי עוצמתה של הראשונה תגבר על עוצמתה של האחרונה. אולם, לאחר שקילת הראיות במשך חודשים על גבי חודשים, אין לו לדיין אלא מה שענינו רואות, ובזאת מילתנו אמורה כדלעיל.

לסיום, יש לחזור ולהדגיש את שכתבנו בראשית דברינו, כי אף שהצגת הדברים עד כה הציבה את האומדנא דמוכח ככלי המרכזי לשחרור האישה ואת שאר הנקודות שהועלו כסניפים, חברי בית הדין נחלקו ביניהם בדבר זה. יש שסברו להיפך, שעניין הטבעת וחווה הדעת הפסיכיאטרית בנוגע לאופיו האלים של הבעל עוד לפני הנישואין וכו' מהווים את עיקר היסוד להתרת האישה, והאומדנא דמוכח מהווה אך ורק סניף, מן הטעם שקשה לאמוד באופן ברור את גבולותיה של זו. הטענות האחרות שהועלו הינן מסוג כזה שכבר דשו בהם הפוסקים היטב, ועל כן דווקא עליהם צריכה להיות עיקר הסמיכה. בין כך ובין כך, הסכימו חברי בית הדין שבהינתן כל הנתונים, בפנינו כר הלכתי נרחב לפעול בעניין זה.

על כן, עם כל הספקות והפקפוקים, אכן במקום עיגון חמור כזה יש לצרף את עניין הטבעת ואת עניין המקח טעות להקל ולהתיר את האישה. אנו חוזרים ומדגישים כי אין אנו רואים במהלך זה סתירה אפילו כהוא זה להחלטות בית הדין הקודמות, כי החלטות בית הדין הקודמות פסלו את עניין הטבעת כעילה מרכזית ויחידה לביטול הקידושין, ובזמנם ככל הנראה הרגישו שעדיין לא הגיעו מים עד נפש, ויש ביכולתם לפעול כנגד הבעל לשכנעו לתת את הגט.

לאחר כתיבת הדברים, אחזנו במידותיהם של גדולי הדורות ולא נחפזנו לפסוק על פי עצמנו. את הדברים הנ"ל הראנו לכמה פוסקים מובהקים, תלמידי חכמים שעוסקים זמן רב בענייני גיטין וקידושין הלכה למעשה, ואף הם הסכימו שהדברים נכוחים וישרים, ויש בהם כדי סמיכה במקרה חמור זה, ונענעו לנו בראשם להיותה.

סוף דבר הכל נשמע, יש לשחרר את האישה מעגינותה, ולהניח לה להתחיל מחדש את חייה.

חתימות הדיינים

דיין דיין אב"ד