

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1126792/1

בבית הדין הרבני האזורי נתניה

לפני כבוד הדיינים:

הרב שניאור פרדס – אב"ד, הרב חיים ו' וידאל, הרב יאיר לרנר

המבקשת: פלונית

הנדון: ספקות וצדדי היתר ל'קידושין' שערך 'רב' עם הארץ תחת השלטון הקומוניסטי –
לעניין ממזרות

פסק דין

ראשי פרקים

רקע עובדתי / מכתבי גדולי הדיינים שליט"א להיתר מחמת ספקות בתוקף הקידושין / פסק דין הרכב מיוחד לענייני יוחסין בהפקעת קידושין בעניין דומה / דיון בעניין תוקף קידושין של עמי ארצות / בעניין רוב התלוי במעשה / האם יש רוב מומחין לעניין גר"ק / מה דין גיטין וקידושין שנמצא בהם ריעותא / תשובת מרן הראש"ל הגר"י יוסף שליט"א בעניין דומה / תינוק שנשבה לעניין פסול לעדות / האם צריך עדות לעניין פסול עדות / האם כתובה היא הוכחה לקידושין / האם מסירת טבעת מאישה לאיש עוקרת את הקידושין / היתר נוסף מטעם שאין אנו חיים מפיה של האם ואין היא נאמנת

רקע עובדתי

המבקשת פנתה לביה"ד לבירור יהדות. לצורך בירור יהדותה הוזמנה אם המבקשת. במהלך הדיון סיפרה אם המבקשת כי היא נישאה בקווקז בעיר מחצ'קלה לבעלה הראשון [ר' א'] בשנת 1989 והוא כנראה עלה ארצה בשנת 1990. הוצגה כתובה של נישואין אלו. כעבור תקופה קצרה אם המבקשת התגרשה מבעלה הראשון אזרחית. לאחר מכן כשעלתה ארצה הכירה אדם יהודי (לדבריה) ממנה הרתה את המבקשת ללא נישואין. יצוין כי אם המבקשת מסרבת בתוקף לחשוף את זהותו של האדם ממנה הרתה.

לאור האמור ניצבת בפנינו שאלה לעניין כשרותה של המבקשת לבוא בקהל.

ביה"ד ביקש לברר יותר את פרטי המקרה. לשאלת ביה"ד אם היא קיבלה גט פיטורין מבעלה הראשון השיבה בשלילה. לשאלת ביה"ד מדוע לא טרחה לקבל גט השיבה שהיא לא ראתה צורך בכך כי בעלה נתן לה בחתונה בסה"כ עשרים רובל – סכום פעוט שמעיד על חוסר רצינות לנישואין. עוד אמרה כי בנוסף לעשרים רובל ניתנה לה גם טבעת שלדבריה היתה שייכת לחתן. לחוקר היהדות היא מסרה כי היא לא זוכרת אם גם היא נתנה טבעת לחתן בחזרה, אבל בגביית עדות בפני ביה"ד טענה בבירור כי גם היא מסרה טבעת לחתן במעמד החופה. עוד אמרה כי מלבד החתונה היהודית, הם נישאו בנישואין אזרחיים ואינה זוכרת בבירור אם אלו היו קודם או אחר החופה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לשאלת ביה"ד מי היו העדים בחופה והחתומים על הכתובה השיבה שאינה זוכרת. חוקר היהדות של ביה"ד הרב אריאל לויין התקשר גם לאחי אם המבקשת אשר מתגוררים כיום ברוסיה כדי לעמוד על פרטי מקרה החופה. והם אמרו שהם כמעט לא זוכרים כלום, אך הם זוכרים שבדרך כלל מכבדים בעדים את הקרובים או חברי החתן.

יצויין עוד כי אם המבקשת הציגה את כתובתה מנישואיה הראשונים. יודגש כי התאריך, שמות החתן והכלה וחתומת עדים בקישקוש מופיעים בכתובה, אך יתר הפרטים כמו הסכום והנדוניה וכו' לא נרשמו כלל.

ביה"ד ביקש את חוות דעתו של הרב אריאל לויין בנוגע לזהותו של מסדר הקידושין של אם המבקשת. הרב לויין שלח לביה"ד את ההודעה הבאה:

"כמה שביררתי אצל יהודים קווקזים בשנת 1988 למחצ'קלה הגיע 'חכם' חדש מעיר בוינקס שקרו לו בנימין (שם הלועזי קוליה).

הוא לבד היה אחראי על הטקסים הדתיים. עם הארץ שהיה עוסק בקידושין וגירושין.

ב1990 הגעתי למחצ'קלה והייתי עד איך שהוא מסר גט לאשה. לקחתי מהאשה גט להסתכל מה כתוב בו. היו שם אותיות מא' עד ת'. כש'החכם' ראה שהסתכלתי בגט רצה להרביץ לי. ברחתי מבית הכנסת.

לעניות דעתי הידע שלו בסידור קידושין היה שווה לידע בסידור גירושין".

הנה על אף חוסר הפרטים והודאות למקרה שלנו, נראה להתיר את המבקשת לבוא בקהל מהנימוקים הבאים.

הגאון רבי בנימין בארי שליט"א אב"ד אשקלון כתב מאמר רחב וממצה בענין מעמדם של נישואין של בני ספרד שמקורם ברוסיה האסייאתית לענין שאלת היתר לבוא בקהל כבני"ד. להלן נביא מדבריו בהם השיב גם ספיציפית למקרה הדומה כשלנו.

לאחר שהתקבלה תשובת הגר"ב בארי, התקבלה גם תשובת מו"ר הגר"א וייס שבה הוא דן להתיר על פי תשובת הגר"ב בארי ולאחר עיון בנימוקים שכתבתי שיובאו להלן.

יוקדם עוד כי מלבד חוות דעתו של הרב לויין, הנתונים העובדתיים למצב ששרר בקרב יהודי קווקז המתוארים בתשובת הגר"ב בארי שליט"א אומתו גם על ידי החוקר הנודע ד"ר רייז. לדברי ד"ר רייז מצב זה החל כבר משנות 1973 עת עזבו שם מביני דבר בנושאי קידושין ונישואין. הנותרים כמעט ולא ידעו דבר או חצי דבר איך לערוך חופה וד"ל.

תשובת הגאון רבי בנימין בארי שליט"א

שאלה חמורה בענין חשש ממזרות

נידון דידן הם נישואין שנעשו בקוקז בשנת 1989 על ידי עורך קידושין שכפי הנראה היה עם הארץ שלא ידע בטיב קידושין. זאת אנחנו יכולים לראות מתוך הכתובה הריקה כמעט לגמרי והיא מעידה שעורך הקידושין לא היה לו מושג איך כותבים אותה. האשה נפרדה מבעלה ללא גט בגרושין אזרחיים בלבד, ואחר כך נישאה שנית לאדם אחר בנישואין אזרחיים ומנישואין אלה נולדה בת, והיא נשואה השאלה שלפנינו.

השאלה הועברה אלי ע"י ביה"ד בנתניה, והתבקשתי לחוות דעתי בעניין.

לאחר העיון נראה לענ"ד שהמבקשת רשאית להינשא כדמו"י.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

נקדים ונאמר שבהרבה מדינות ברוסיה האסיאתית נערכו הקידושין ע"י עמי הארץ שלא ידעו הלכות קידושין כי הם לא למדו מעולם הלכות קידושין. ואם לפחות היו מקבלים את ידיעותיהם מפי אנשים בני תורה שהם עצמם למדו במקום מסודר היתה חזקה שידעו לעשות נישואין כהלכתם, אבל הצרה היא, שגם ה"רבנים" שלהם שהיו עורכי קידושין מבוגרים יותר אף הם לא למדו בתלמודי תורה ובישיבות שהרי לא היו תחת המשטר הקומוניסטי שהשתלט על כל המדינות האלה בשנת 1917 בתי ספר יהודיים ובוודאי לא תלמודי תורה ולא ישיבות, וה"רבנים" שלהם היו בגדר של טופח שלא ע"מ להטפח.

יש להדגיש דבר חשוב מאוד: לאור מה שבדקנו וחקרנו, אי אפשר לראות את כל מדינות רוסיה האסיאתית כמכלול אחד. יש ערים שעדיין שרדו בהם בשנות החמשים רבנים מהדור הישן, והיו עורכי קידושין צעירים יותר שלמדו מהם (כגון בטשקנט או בבוכרה שבמדינת אוזבקיסטן) ולכן בהגיע לפני בי"ד שאלה של כשרות לבוא בקהל ממקומות אלה יש לבדוק היטב כל מקרה ומקרה עד כמה שידינו מגעת על טיב הקידושין באותו מקום וע"י מי נעשו.

נידון דידן כאמור לעיל הם נישואין שנעשו בקווקז. לפי הידוע לנו המצב הדתי שם בתקופה המדוברת היה בשפל המדרגה אחרי הרבה שנים של משטר קומוניסטי אכזרי שדאג להכרית כל זכר של חינוך יהודי. עורכי הקידושין לא קרו ולא שנו מימיהם והבורות היתה גדולה מאוד. חקרתי שוב את העניין במיוחד על הקווקז, ולפני כתיבת הדברים האלה שוחחתי עם רב צעיר יוצא קווקז שריכז מסביבו בארץ קהילה של יוצאי קווקז ומוסר את נפשו לקרב את היהודים לתורה. הוא סיפר לי שהוא חקר ודרש אצל אנשים מבוגרים שהיו בקיאים במצב הרוחני של היהודים והוא יכול להעיד נאמנה שלא היו בקווקז כבר משנות השבעים רבנים ותלמידי חכמים, ועורכי הקידושין היו אנשים עמי הארץ שלא ידעו כלל בטיב קידושין ובוודאי שלא ידעו להסביר לזוגות מה בדיוק הם עושים בחופה.

ועתה ניגש לפרטי הדברים:

האם יש לנו עדות שהיו נישואין כדמו"י?

בבואנו לפסוק על כשרות המבקש עלינו לבדוק אם בכלל יש עדות שהיו קידושין כדמו"י, שהרי כפי שהגמ' אומרת בקידושין (דף טו): "ואל יוכיח בן גרושה ובן חלוצה שפסולו בשנים." וה"ה כמובן פסולו של ממזר הוא בשנים, ולפ"ז אם אין לנו עדות כשרה שהיו קידושין כדמו"י, א"א לפסול את הילד (אלא א"כ היה לנו "יכיר" של האב) והנה בנידון דידן אין עדים כשרים על החופה, וגם אם יבואו עדים ויעידו שהוחזקו לנשואים או שיש לנו מסמכים רשמיים שמעידים שהיו רשומים כנשואים, עדיין אין כאן עדות שהיו נישואין כדמו"י. הרי יתכן שהם נישאו בנישואין אזרחיים בלבד, וגם המסמכים המעידים שהיא נשואה מתייחסים רק לנישואין האזרחיים ואנחנו ניזונים רק מפי האם או מפי קרובים הפסולים לעדות, ואין בכך כדי לפסול את הילדים. גם ה"כתובה" שהאשה מציגה בפנינו עינינו הרואות שא"א ללמוד ממנה דבר, כי אין בה כלום, אין בה שום עדות על נישואין, וממנה א"א ללמוד שהיו נישואין. גם אם היתה כתובה כהלכתה אין לנו יודעים מתי נכתבה. ויתכן מאד שהיא נכתבה בביתו של עורך הקידושין עוד לפני שהתחיל הטכס. והנה גמרא מפורשת היא בגיטין (דף פט ע"א) שאפי' התאספו לחתונה והיו נרות דולקות ונשים אומרות פלונית מתקדשת היום אין בכך כלום ואפי' קול לא הוי, וכן נפסק בשו"ע (אה"ע סי' מו).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וז"ל הגמ' שם:

"לא ששמעו קול הברה, אלא כדי שיהו נרות דולקות ומטות מוצעות, ובני אדם נכנסין ויוצאין ואומרים פלונית מתקדשת היום. מתקדשת, ודלמא לא אקדשה! אימא: פלונית נתקדשה היום."

והרי ק"ו הוא, אם התאספות אנשים לחופה ונרות דולקות אין בה כלום, הרי כתובה שנכתבה כפי שאנו רואים בעליל ע"י ע"ה, שברובה ריקה, ואין לנו שום ידיעה מהי משמעותה ומתי נכתבה, בודאי שאין בה כלום.

ויש להעיר שבדרך כלל המציאות הרגילה היא שכיום אין עדים כשרים על הנישואין הראשונים, שהרי מדובר בנישואין שנערכו לפני שנים רבות וקשה מאד להביא עדים כשרים על אותם נישואין, והעדים הזמינים הם דווקא הקרובים שפסולים לעדות.

ולכאורה יש מקום לומר שאין צורך בעדות על הקידושין, כי אפשר לקבוע שהיו נישואין כדמו"י מכוח רוב. מסתבר שהיה מיעוט של יהודים שעשו רק נישואין אזרחיים, אבל יש להניח שרובם עשו גם חופה. הרי ברור לנו גם מהמסמכים שהאמא היתה נשואה בעבר, וכל הספק הוא האם היתה נשואה כדמו"י או שמא רק בנישואין אזרחיים, והואיל ולפי הידוע לנו, וזוהי גם התרשמותנו מהרבה מקרים שהובאו לפנינו שרוב היהודים הספרדיים לא הסתפקו בזאקס אלא גם עשו חופה, א"כ הרי הרוב הזה קובע שנישאו כדמו"י.

ואולם נראה שגם אם נכון הדבר שרוב הנישואין שנעשו ברוסיה האסיאתית נערכה בהם חופה, עדיין כפי שנברר להלן אין זה רוב כי זה רובא דתליא במעשה. ונרחיב מעט:

בגמ' במסכת בכורות (כ, א) מבואר שרובא דתליא במעשה אינו רוב ולכן אין בבהמות רוב שמתעברות ויולדות. וז"ל הגמ': "אפילו תימא רבנן, כי אזלי רבנן בתר רובא ברובא דלא תלי במעשה, אבל רובא דתלי במעשה – לא".

וכך גם נפסק להלכה וא"כ גם בענייננו הרי זה רובא דתליא במעשה כי אנחנו צריכים לקבוע מכוח רוב שהם עשו מעשה והלכו אל הרב שיערוך להם חופה. ויש להדגיש שהחופה אינה באה במקום הזאקס אלא בנוסף לנישואין האזרחיים ועי' תוס' שם בבכורות דף כ. בד"ה רבינא, ובודאי הרוב שהרביעו זכר הוא יותר מצוי מהרוב שפנו ל"רב".

אמנם דנו הפוסקים (ובתוכם גם הגינת ורדים) אם רובא דתליא במעשה מדאורייתא אינו רוב או רק מדרבנן אינו רוב (ועי' ב"הגהות וחידושים" בסוף בכורות מהדורת נהרדעא מה שהביא בשם מהרש"ם). אמנם דעת הרבה פוסקים שמדאורייתא אינו רוב. בשדי חמד (ה' ע' 297) דן בזה והוא מביא שלדעת ר"ת אינו רוב מדאורייתא. בשו"ת רע"א (סימן קסב) כותב שמפשות דברי הרשב"א משמע שזה מדרבנן אבל נוקט שלדעת הרמב"ם והרי"ף מדאורייתא אין זה רוב. גם פשטות דברי הרמב"ן בהלכות בכורות שמדאורייתא אינו רוב. הפנ"י (כתובות כג) סובר שמדאורייתא אינו רוב. ועי' בשו"ת שואל ומשיב (מהדורא קמא חלק א סי' ז) שמרחיב הרבה בעניין זה ומיישב כמה מקומות שמהם משמע שגם רובא דתליא במעשה הוא רוב ולדבריו נידון דידן בודאי דינו כרובא דתליא במעשה.

עולה מכל הנ"ל שדעת הרבה פוסקים ראשונים ואחרונים שרובא דתליא במעשה אינו רוב אפי' מדאורייתא.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

גם לדעת הסוברים שמדאורייתא גם רובא דתליא במעשה הוא רוב ורק מדרבנן אינו רוב, אכתי יש לומר שלעניין ממזרות כל הספק הוא מדרבנן כיון שספק ממזר מדאורייתא שרי, וכאן הוא ספק ממזר בגלל הספקות בקידושין שנעשו ע"י ע"ה וכמו שנבאר לקמן. וא"כ כל הפסול הוא רק מדרבנן ומדרבנן רובא דתליא במעשה לכ"ע אינו רוב, וא"כ יש כאן ממ"נ. אם אתה דן מצד דאורייתא הרי ספק ממזר מותר, ואם אתה דן מצד דרבנן שאסרו ספק ממזר הרי מדרבנן אין כאן רוב (במאמר מוסגר נוסיף שדי בספק הראשון האם היו קידושין לעשותו ספק ממזר כי אפילו אם נאמר שיש כאן רוב שהיו קידושין, הרי לדעת רע"א ועוד אחרונים ספק ממזר מדאורייתא מותר גם כשיש רובא דליתיה קמן שהוא ממזר, ובניגוד לדעת השב שמעתתא שברובא דליתיה קמן הולכים אחר הרוב גם לעניין ממזר).

אח"כ מצאתי שסברה דומה לזו כתבה המהר"ם שיק (אבן העזר סימן מה), וז"ל:

"וא"כ לפי מאי דקי"ל דרובא דתליא במעשה אינו מועיל אמאי ניהוש למיעוט הצלה ואפילו נימא כמו שהוכיח הראש יוסף חולין דף ט' ד"ה אסורה כו' דהתוס' ס"ל דהאי דלא אזלינן בתר רובא דתליא במעשה הוי רק מדרבנן מ"מ הכא החשש הוא רק מדרבנן וכדלעיל, ומדרבנן מידי דתליא במעשה היא בחזקת שלא נעשה המעשה ואמאי ניהוש ומכ"ש לאידך פוסקים שסוברים דרובא דתליא במעשה דלא אזלינן בתרה הוא מה"ת."

וי"ל עוד שגם לשיטות שמדאורייתא יש רוב הרי כשיש כאן ספק קידושין כיון שמדאורייתא יש להעמידה בחזקת פנויה וכל החשש הוא מדרבנן הרי מדרבנן אין כאן רוב וסברה אחרונה זו צריכה עיון יותר מעמיק.

עולה מן הנ"ל שמעיקר הדין הואיל ויש לנו ספק האם נעשו בכלל קידושין כדמו"ש יש להעמיד את האמא בחזקת פנויה.

ולעניין זה אין לומר שיש כאן "איתרע חזקתיה", ולכן אין להעמידה בחזקת פנויה כי "איתרע" נחשב אם ידוע שהתחיל המעשה וספק אם נגמר (עיי' תוס' כתובות דף כ"ג. בד"ה תרווייהו, ולהלן נרחיב יותר בגדר איתרע), אבל כאן הספק הוא שמא לא היה בכלל מעשה קידושין, ופשוט שמה שאנחנו יודעים שהיו נישואין אזרחיים אין זה נחשב כאיתרע לגבי קידושין כדמו"י, ואע"פ שלגבי האשה עצמה אין כאן ספק שהרי שו"א אנפשיה שהיו קידושין, מ"מ לגבי הילדים כאלו אין כאן עדות.

ספקות הנופלים בקידושי עם הארץ

גם במקרה שהיה ברור ע"פ עדות כשרה שהיו קידושין, עדיין יש כאן רק קידושי ספק כי בקידושין שנעשים ע"י ע"ה שאינו יודע בטיב גיטין וקידושין נופלים כמה ספקות וכמו שנפרט להלן:

ספקות בכשרות העדים

(א) ספק ראשון יש לנו שמא עדי הקידושין היו קרובים.

ידוע לנו שבאותם מקומות לא היו מודעים בכלל לדין הפשוט לנו כל כך שאין לקחת לעדות קרובים שהם עדים פסולים. והדברים מתייחסים גם למקומות טובים יותר שהזכרנו בפתח דברינו. כי כפי שכבר שמענו במשך השנים מהרבה זוגות, המנהג שלהם בהרבה מקומות היה דווקא לקחת לעדים את הקרובים כגון ההורים, וזה היה נחשב אצלם לכבוד.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

(ב) וכאן יש להוסיף שאע"פ שאין לנו שום מידע שהנישואין נערכו בעדים פסולים, ומניין לנו לעורר ספקות, בכל זאת ברור שיש כאן ספקות כי אם עורך הקידושין לא ידע בכלל שצריך עדים כשרים, טבעי הוא שיכבד בעדות דווקא את הקרובים כי הם הכי זמינים והכי מתעניינים, ולא יחפש בתוך הציבור המועט שנאסף דווקא את הרחוקים והפחות מתעניינים, ולמה יחפש עדים אחרים כאשר רוב האנשים הנמצאים בקרבתו הם בני משפחה שראוי לכבדם.

(ג) יתר על כן, בחופות שבדרך כלל נערכו בחוג המשפחה היו נוכחים בעיקר בני משפחה (מלבד החופה היה גם נשף גדול שאליו הוזמנו כל הידידים, אולם החופה עצמה היתה בחוג המשפחה והידידים הקרובים ביותר). אפי' אם השתתפו בחתונה גם כמה חברים הרי הנוכחים מתחת לחופה היו בדרך כלל בני משפחה בלבד. וא"כ גם אם היו חברים ספק גדול אם שמו לב למה שקורה תחת החופה. ויש לציין שגם בחופות שנערכות בארץ רוב הקרואים ובמיוחד החילונים אינם שמים לב לטכס החופה והם אינם מעורבים בו.

(ד) גם אם היו נוכחים בחופה עדים כשרים שאינם קרובים הרי דעתו של הריטב"א (קידושין מג, א בד"ה איתמר) שכתב בשם רבו שחייבים לייחד עדים בשעת הקידושין ובלא"ה אם היו שם עדים פסולים יהיה כאן דין נמצא א' מהם קא"פ ואפילו לא יבואו להעיד אח"כ כי עדי הקידושין באים רק לקיים דבר (והובאו דבריו בקצה"ח סי' לו ס"ק א).

(ה) צד נוסף להקל היא שיטת הש"ך (בסי' ל"ו ס"א) שאם נכחו קרובים ופסולים ואף אם אחד מהם לא התכוון להעיד בטלה כל העדות. והשו"ע בסי' ל"ו נוקט לעיקר את השיטה שהעדות נפסלת גם אם לא העידו אח"כ. (נעיר שלנתיבות יש פירוש אחר בדברי הש"ך) הקצוה"ח (בסי' ל"ו ס"ק א) מזהיר לחוש לדעת הש"ך וז"ל:

"עייין ש"ך (סק"ג) שהעלה דהיכא דהכשרים ג"כ לא כוונו להעיד הו"ל תרווייהו שקולין והו"ל נמצא אחד מהם קרוב או פסול, ולא מתכשר בנמצא אחד מהם קרוב או פסול אלא כשהכשרים כוונו והפסולים לא כוונו, אבל אם שניהם כוונו או שניהם לא כוונו להעיד הו"ל נמצא אחד מהם קרוב או פסול ועדותן בטילה. ולכן ראוי ונכון לכל מסדר קידושין לזרז לייחד עדים בשעת קידושין שיהיו אלו עדים המיוחדים מכוונין להעיד, דאל"כ הו"ל נמצא אחד מהם קרוב או פסול כיון דבמעמד שם עומדים בערבוביא פסולים עם כשרים, ואף על גב דזה ודאי שהפסולין אין מכוונין להעיד כל שהכשרין ג"כ אין מכוונין הו"ל נמצא אחד מהם קרוב או פסול".

(ו) אלא שבספק זה של קידושין שנעשו בפני פסולי עדות יש לדון מדברי החת"ס המפורסמים בסימן ק' (והובאו דבריו בפ"ת סי' מב ס"ק י) שגם אם העדים היו פסולים הרי הקרואים לחופה שראו "מזמוטי חתן וכלה" נחשבים כעדים על הקידושין.

(ז) אולם באמת אין דברי החת"ס ענין לכאן וכמו שכתב האגרות משה (אבה"ע א' עו-עז) שכל האומדנא של החת"ס לא שייכת אלא בקידושין הנעשים ע"י רב המוחזק כיוודע בטיב קידושין, אבל אם הרב אינו יודע בטיב קדושין, אין זה מחזיק אותה כנשואה, וז"ל:

"ודאי אין שייך לומר שיהיה ידיעה להרואים כניסתם ויציאתם לשם לקידושין שהיו שם קידושין כדין להחשב עדים ע"י אנן סהדי דהא יש כמה דברים שפוסל הקידושין אף אם עשה מעשה קידושין כמו טבעת

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שלה או טבעת שנתן לה מכבר למתנה [...] ובדוקא כתב החת"ס שהידיעה היא מחמת שהיו שם רבנים מסדרי הקידושין ומברכין ברכת אירוסין ונישואין משום שלפני אלו שאין יודעים ואף בספק שמא אין יודעים לא נחשבו שוב עדים."

(ח) ספק שני של פסול מחמת עבירה

עד עכשיו דברנו על פסול מחמת קורבה, אבל יש גם ספק נוסף. גם אם העדים אינם קרובים יש חשש גדול שהם פסולים מחמת עבירה, כי ידוע לנו שלמרבית הצער רוב היהודים גם ברוסיה האסיאתית היו מחללי שבת, כי ברוסיה הקומוניסטית א"א היה לחנך ילדים לשמירת מצוות. בנוסף לכך א"א היה להתפרנס בלי לעבוד בשבתות ורק מעטים עמדו בניסיון (היטיב לתאר את המצב הרב הצדיק ר' יצחק זילבר זצ"ל בספרו המופלא "להישאר יהודי").

(ט) אמנם מסתפק אני אם יש לפוסלם מחמת עבירה, כי יתכן מאד שדינם כתינוקות שנשבו, אמנם היהודים באותם אזורים אולי אינם בכלל תינוק שנשבה במובן הרגיל, כי היהודים הספרדיים ברוסיה האסיאתית, גם מחללי השבת היו מסורתיים ורובם ככולם היו יהודים מאמינים, ואעפ"כ לעניין חילול שבת ובמיוחד כאשר הם יודעים שבלי עבודה בשבת לא יהיה להם פרנסה, הם שלא למדו מעולם בבית ספר יהודי, אפשר שראו זאת כסוג של אונס, וכהכרח שלא יגונה והורו היתרא לעצמם. יתכן מאד שיש להבדיל גם בין התקופות השונות של השלטון הקומוניסטי. כפי מה ששמעתי מפי רב חשוב מאד שיש לו היום קהילה גדולה בניו יורק הרי בשנות השמונים כבר הוקל העול ומי שרצה להקפיד על שמירת שבת היה יכול לעשות זאת.

קשה לענ"ד להכריע בדבר, ומ"מ בודאי שיש כאן צד נוסף שחזי לאיצטרופי.

(י) ספק אם בני הזוג מבינים בכלל שהקידושין מתבצעים במסירת הטבעת או הכסף – במלים אחרות: אם הבינה האשה (וכן החתן) שמסירת הכסף או המטבע לידה בעת הקידושין היה מעשה קניין או ראתה זאת כמעשה טכסי וכנהוג ב'זאקס'.

אצלנו מבין כל אחד שהקידושין מתבצעים במסירת הטבעת, כי הרב מסביר מקודם מה הוא עומד לעשות, החתן מחזיק את הטבעת בידו ואומר בשפה המובנת לכולם שהוא מקדש את האשה בטבעת זו. ובאמת אם לא אמר אמירה זו או שהאשה לא הבינה שהיא מתקדשת בטבעת אין הקידושין חלים. אין כמעט ספק שעורך הקידושין שהוא ע"ה אינו מסביר דבר. מסתבר מאוד שגם הוא אינו מבין, אבל גם אם הוא מבין ספק גדול אם הוא יודע להסביר ואם הוא מבין שבכלל צריך להסביר. ואם החתן והכלה לא מקבלים הסבר בודאי שאין להם מושג מה הם עושים, למשל, שמענו מפי כמה אנשים שאת הנוסח "הרי את מקודשת" היו אומרים בעברית והם חזרו כתוכי אחרי ה"רב" או שהיה כתוב לפניהם באותיות רוטיות. עורך הקידושין לא הסביר להם מהי בדיוק אמירה זאת, וסביר להניח שהחתן והכלה לא הבינו את משמעות האמירה הזאת. הם לא הבינו איך אמירה זו מתקשרת למסירת הטבעת, ויש צד גדול להניח שהם ראו את עיקר הטכס במכלול השלם של הדברים, דהיינו החופה, הברכות ה"קידוש" (כפי שהם מתבטאים) וגם הטבעת כחלק מהטכס, והם לא מבינים שהקידושין מתבצעים ע"י מסירת הטבעת. לא ברור אם הם בכלל רואים את הטכס הדתי כמעשה קניין. הם הרי נישאו כבר בזאקס ויתכן שהם רואים זאת כטכס דתי ולא כמעשה קניין (וספק זה הגיוני מאד, כי אדם שאין לו מושג מה הם קידושין, טבעי שיחשוב בצורה כזאת).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

את הספק הזה נוכל ללמוד מדברי האגרות משה (אבה"ע ח"ג סי' כה) וז"ל:

"דאף שנותן לה טבעת הרי גם היא נותנת לו טבעת ומוכיח נתינתה על נתינתו שהוא רק מתנה בעלמא על שנעשו איש ואשה אבל עשיית הקידושין היה בלא כלום."

ומכאן נראה שגם אם עושים את המעשה וגם אם הם יודעים שזה חלק מטכס הקידושין אין הוא מועיל אם אין כוונה לתוכן של המעשה ורואים אותו כמתנה בעלמא ולא כמעשה קניין.

יא) עוד יש להסתפק שמא הקדימו את מסירת הטבעת או הכסף לאמירת הרי את מקודשת. והספק הזה נובע מהספק הקודם. כי הואיל ואינם מבינים שאמירת הרי את מקודשת היא הקדמה למסירת הטבעת ומתייחסת אליה, הם יכולים בקלות גם להחליף את הסדר, ונמצא שהקידושין התבצעו ללא אמירה (ועי' בדברי המקנה שהובאו בפ"ת סי' כ"ז סק"ב בסוף הקטע).

כל הספקות האלה צפויים מאד שהרי עורכי הקידושין ברובם כבר בהיותם ילדים גדלו במשטר קומוניסטי (המהפכה הקומוניסטית התחוללה בשנת 1917) שסגר את כל הישיבות ותלמודי התורה והם התחנכו בבתי ספר כלליים ולא היו להם בבגרותם שום שימוש מרבנים תלמידי חכמים וכיצד ידעו מעצמם את ההלכות הפשוטות שאצלנו הם חלק מהמציאות היום יומית.

יש להדגיש שמדובר בנישואין שנעשו בשנת 80, דהיינו כששים וחמש שנה לאחר המהפכה הקומוניסטית, ומדובר במקומות שלא היו שם ישיבות ולא בתי ספר יהודיים. גם אם מסדר הקידושין היה אדם בן שמונים הרי את חינוכו כבוגר קיבל כבר בארץ קומוניסטית.

עולה מכל הנ"ל שקידושין שנעשו ברוסיה האסיאתית ע"י עם הארץ הינם ספק קידושין.

מה דינם של קידושי ספק?

האם בספק קידושין מעמידים על חזקת פנויה?

העלינו שקידושי ע"ה הם קידושי ספק, אמנם יש לברר האם בספק קידושין מעמידים על חזקת פנויה או שמא מצד חומרת אשת איש לא מוקמינן אחזקה.

והנה בגמ' במסכת כתובות (כב, ב) נאמר:

"תנו רבנן: שנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה - הרי זו לא תנשא, ואם נשאת - לא תצא; שנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה - הרי זו לא תנשא, ואם נשאת - תצא."

ולכאורה מכאן נראה שלא מעמידים את האשה בחזקת פנויה. אמנם התוס' (כג א בד"ה מאי שנא) הקשו על המשך דברי הגמרא שהקשו "מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא" וז"ל:

"מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא - ואם תאמר שנא ושנא דרישא אית לן לאוקמה בחזקת פנויה וסיפא בחזקת אשת איש. ויש לומר דברישא אף על גב דאית לן לאוקמה בחזקת פנויה מ"מ תרי ותרי ספיקא דרבנן היא כדמוכח בפרק ד' אחין (יבמות דף לא, א ושם) והוה לן למימר תצא מדרבנן [...]"

הרי מפורש בתוס' שבמקום שאין ספקא של תרי ותרי מוקמינן על חזקת פנויה. גם ראשונים אחרים באותה סוגיה תמהו על הגמ' מהי השאלה 'מאי

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שנא רישא ומאי שנא סיפא' והרי בספק התקדשה יש חזקת פנויה, יש שתרצו כתוס' ויש שתרצו אחרת, אבל מדברי כולם עולה שאם אין ספקא דתרי ותרי ואין איתרע מעמידים על חזקת פנויה.

ויש לציין עוד שהנה בגמ' במסכת קידושין (ה, ב) בדין "נתן הוא ואמרה היא", מסיקה הגמ': "ספיקא היא וחיישינן מדרבנן". הר"ן (דף ב ע"ב בדפי הרי"ף בסוף העמוד) כתב שאית לן לאוקמי אחזקה, אלא מצד חומרא דערוה אסרוה רבנן, משמע שמדרבנן לא מוקמינן אחזקה, אמנם יש שפרשו טעמו של הר"ן משום דאיתרע חזקתיה, ויש שאמרו שהטעם הוא משום דהוי ספקא דדינא ועי' שו"ת רע"א (ח"א סי' לז) וכן בשערי יושר (ש"ב פ"ט), ומ"מ גם אם דברי הר"ן קאי על כל ספק קידושין הרי מפורש בדבריו שמדאורייתא מוקמינן אחזקה.

ולפ"ז לפי מה שכתבנו שיש לנו ספק ראשון אם היו בכלל נישואין כהלכתם ואין גם ללכת אחר הרוב כי זה רובא דתליא במעשה הרי זה ספק קידושין שלא איתרע שהרי מסופקים אנו שלא היה בכלל מעשה קידושין, ומעיקר הדין יש להעמידה בחזקת פנויה.

מה הדין בספק קידושין במקום שיש איתרע?

אמנם אם היה לנו ברור ע"פ עדים שהיתה חופה וכל הספק הוא האם נעשו קידושין כהלכתם, לכאורה א"א היה להעמיד על חזקה שהרי יש כאן איתרע חזקתיה, ובמקום דאיתרע חזקתיה לא מוקמינן אחזקה.

יסוד זה שכתבו הראשונים נאמר גם בתוס' (כתובות כג, א בד"ה תרוייהו) שם נאמר שאם זרק לה קידושין וע"א אומר קרוב לה וע"א אומר קרוב לה לכתחילה לא תנשא. וכן נפסק בשו"ע (סי' מז ס"ב). ובפשטות בנידון דידן איתרע חזקתיה שהרי בודאי היה כאן חופה, והספק הוא אם היתה חופה כהלכה.

אלא שעדיין יש לברר אם ב"איתרע" מדאורייתא לא מוקמינן אחזקה, או דילמא מדאורייתא יש כאן חזקה, ורק מדרבנן אין חזקה. והנה מתוס' בכתובות הנ"ל מוכח שזה דין מדרבנן, כי תוס' קאי על הברייתא שבה נאמר שלא תנשא לכתחילה ואם נישאת לא תצא והעמידה בספק קרוב לו או קרוב לה, וז"ל: "דכיון בודאי זרק לה הקידושין לית לן למימר אוקמא אחזקתה להתירה לכתחילה", והוצרכו לומר לכתחילה שהרי בברייתא נאמר שאם נישאת לא תצא. וא"כ הרי מגופא דברייתא מוכח שרק לכתחילה א"א לסמוך על החזקה אבל מדאורייתא סומכים על חזקה זו אפי' איתרע. וכן מבואר בתוס' הרא"ש שבכ"ה ג' הוי ספיקא מדרבנן.

(ובאמת כך מפורש ביבמות ל"א. שבא' אומר קרוב לה וא' אומר קרוב לו הוי ספיקא מדרבנן, ולא ברור לי למה מציינים כולם את התוס' כמקור ליסוד של איתרע כשהדברים מפורשים בגמ', ובגמ' זאת מפורש שמדאורייתא מוקמינן אחזקה).

גם באוה"פ (סי' מז) מביא בשם כמה פוסקים שמדאורייתא יש חזקת פנויה. ועיין בבית הלוי (ח"ג סי' טז) שמביא בשם מהרי"ט שבאיתרע גם מדאורייתא אין חזקה, ודן בכך גם הפנ"י (גיטין כח ובקונטרס אחרון קידושין סי' ט). ועי' שב שמעתתא (ש"ו פי"ח) שמקשה על מהרי"ט ופשיטא ליה שמדאורייתא יש חזקה, כי אין לחלק בדאורייתא בין לכתחילה ובין בדיעבד, ומ"מ חזינן שדעת רוב הפוסקים שמדאורייתא יש חזקה גם באיתרע.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אמנם יש מקום לומר שאפי' לשיטות שבאיתרע אין חזקה, יתכן מאד שבנידון דידן אין בכלל איתרע. כי י"ל שאיתרע מיקרי כשהתחיל מעשה קידושין ואם היה מגיע לסיומו היה נגמר כהלכתו רק שקרתה תקלה ונפל קרוב לו ולא הגיע המעשה לתכליתו. וכן במקרה השני של תוס' שהיו מיטות מוצעות ונרות דולקות עמדו לעשות מעשה קידושין ורק אנו מסתפקים שמא נעצר המעשה באמצע. ובזה יש גם סברה גדולה לומר שאין להעמידה על חזקתה כי לפי מהלכן הרגיל של המאורעות היתה צריכה להתקדש, אבל בנידון דידן הספק הוא שהם אינם יודעים לסדר קידושין כהלכתם, ונמצא שלצד זה לא התחיל אפי' מעשה קידושין וגם לא עמדו לכך, וממילא אין כאן איתרע. וסברה דומה מצאתי באוצה"פ (סי' מ"ז ע' 64) בשם נפש חיה שאם מחולקים אם היתה האמירה קודם הנתינה או לאחריה אין זה איתרע. ובנידון דידן עוד עדיפא מיניה. אמנם אפי' אם ננקוט שיש כאן איתרע, הרי לדעת רוב הפוסקים מדאורייתא מוקמינן אחזקה.

מה הדין כשיש ספק ספקא?

והנה אם היה כאן רק ספק אחד בזה היה מקום להסתפק שהואיל ופשטות הדברים הוא שזה נחשב כאיתרע חזקתיה ממילא א"א להעמיד על חזקת פנויה, אבל כשיש ספק ספקא ואין חזקת איסור, בודאי שמעמידים על חזקת פנויה, והרי אפי' במקום שיש חזקת איסור כתב הש"ך שאם יש שלושה ספקות מעמידים על חזקה וק"ו כשאין כאן חזקת איסור. ועיי' ביביע אומר ח"ו חאה"ע סי' ו' שמביא הרבה פוסקים שאם יש ס"ס בקידושין מעמידים על חזקת פנויה, ושם כותב להלכה שגם אם הספקות הם בגלל "פלוגתא דרבנותא" זה ג"כ נחשב ס"ס ולא כפי מי שסובר שאם יש מחלוקת הפוסקים גם מצדדים שונים אין זה נחשב כס"ס, ושם הוא פוסק שאפי' אם הס"ס אינו מתהפך להלכה נקטינן דהוי ס"ס.

בנידון דידן כפי שבררנו יש כאן כמה ספקות. הן ספקות במציאות על העדים ועל מעשה הקידושין, והן בגלל מחלוקת הפוסקים, ורובם של הספקות מתהפכים.

נציין את הספקות המרכזיים

א. הספק הראשון הוא אם בכלל היו כאן קידושין כדמו"י, כפי שכתבנו לעיל די בספק זה כדי להעמידה בחזקת פנויה (לפי השיטות שרובא דתליא במעשה אינו רוב מדאורייתא), אולם בודאי שהוא מצטרף לספק ספקא.

ב. ספק גדול נוסף אם היו עדים כשרים, וכפי שהרחבנו לעיל ידוע לנו שעורכי הקידושין לא היו מודעים לצורך בעדים שאינם קרובים. ולא ידעו על הצורך לייחד עדים כשרים.

ג. גם אם היו עדים שאינם קרובים יש ספק שמא היו פסולים לעדות, בנקודה זו וכפי שכתבתי לעיל, לענ"ד קשה לראות כל מחלל שבת במציאות שלהם כפסול לעדות, אבל בכל זאת יש כאן סניף נוסף לקולא.

ד. ספק נוסף האם הבינו שמסירת הכסף היא מעשה קניין או ראו זאת כחלק מהטכס.

ה. ספק נוסף האם הבינו שאמירת הרי את מקודשת היא ההקדמה למסירת הכסף או דבר העומד בפני עצמו וא"כ הקידושין היו בעצם בלי אמירה, וספק נוסף שמא הקדימו את מסירת הכסף לאמירת הרי את מקודשת.

עולה מכל הנ"ל שגם אם נחמיר בספק אחד ולא נעמיד בחזקת פנויה הרי אין להחמיר בספק ספקא, ואפי' אם נחמיר לגבי האשה ונחייבה בגט בגלל

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

חומרא של אשת איש, במה שנוגע לעניין הילדים בודאי אין להחמיר, ובמיוחד לגבי חשש ממזרות הן מצד הדין כי מדאורייתא ספק ממזר מותר וכל האיסור הוא רק מדרבנן, ובצירוף העיגון הגדול.

ועדיין יש לדון, דאימתי מצאנו שמספק מוקמינן אחזקה בשעה שהתעוררה ריעותא לפנינו. אבל במקום שאנחנו לא ראינו שום ריעותא ויתכן שהקידושין נעשו כדת וכדין מנ"ל שאנחנו יכולים לעורר ספקות כשלא ראינו שום דבר המעורר את הספק.

אולם י"ל דאדרבה איפכא מסתברא. מעיקר הדין אין לנו שום עדות על קידושין. כי האשה הזאת מעולם לא הוחזקה כנשואה לפי כללי ההלכה. במקומות שבהם הנישואין נעשים ע"י רב הבקי בטיב קידושין בזה אמרינן שחזקת נשואה פירושה אשת איש לפי ההלכה, אבל במקום שבדרך כלל הקידושין נעשים ע"י עם הארץ הרי באותו מקום אומרת החזקה שהאשה נישאה כמנהג אותו מקום אבל אין היא אומרת דבר על איכות הנישואין, שהרי בלשונם נקראת האשה נשואה גם אם תעבור טכס שמבחינה הלכתית אינו תופס. וא"כ מבחינתנו היא לא הוחזקה כנשואה כהלכה. על תקפות הנישואין אין שום חזקה. וא"כ מה שאנחנו צריכים לדון האם כשאנחנו רואים נישואין הנעשים ע"י עם הארץ אנחנו רואים אותם כספק קידושין או כודאי קידושין. והיות וזה ברור שמי שאינו יודע הלכות קידושין אינו יכול מדעת עצמו לכוון אל ההלכה ולעשות קידושין כהלכתם, א"כ קידושין אלה הם קידושי ספק ומעיקר הדין היא בחזקת פנויה.

מסקנת הדברים

עולה מכל הנ"ל שבנידון דידן כאשר ידוע לנו המצב הדתי העלוב שם במדינתם, וקרוב לודאי שהקידושין נעשו ע"י עם הארץ יש לנו בסיס להתיר את המבקשת לבוא בקהל. וזאת בצירוף הספק הראשון אם היתה בכלל חופה.

יש מקום לומר שאפי' במקום שהיה ברור לנו שהיתה חופה ניתן להתיר את המבקשת לבוא בקהל בגלל הספקות על כשרות הקידושין, אבל אין אנו נזקקים להכרעה עתה בנקודה זו, כי בנידון דידן מלבד הספקות שנופלים בקידושי עם הארץ כאמור אין לנו גם עדות כשרה על עצם החופה.

הצרה חשובה

כל דברינו להתיר אמורים לעניין חשש ממזרות, אבל אין ללמוד מהדברים הנ"ל להתיר את האשה להינשא בלי גט ועל כך יש לדון בנפרד.

בנימין בארי

תשובת הגר"א וייס

להלן תשובת מו"ר הגר"א וייס שליט"א שהתקבלה לאחר עיון בתשובת הגר"א בארי ובנימוקים שכתבתי שיובאו להלן.

תשובת מו"ר הגאון רבי אשר אשר וייס שליט"א גאב"ד דרכי הוראה:

כבוד הרבנים הגאונים הגדולים

הרב בנימין בארי שליט"א והרב חיים וידאל שליט"א

מחשובי הדיינים בארץ ישראל

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הנני במענה קצר לגבי פסה"ד שניתן על ידכם בענין כשרותה של האשה [...] לנישואין. אם המבקשת נישאה לדבריה ליהודי בקווקז בשנת תש"מ. כשנה לאחר נישואיה התגרשה מבעלה בגירושין אזרחיים ולא קיבלה ממנו גט פיטורין. זמן קצר לאחר מכן עלתה ארצה ונישאה בנישואין אזרחיים לאבי המבקשת.

הגר"ב בארי כתב תשובה ארוכה ומנומקת להתיר את המבקשת לנישואין, ותו"ד דכיון שככל הנראה אף אם אכן נישאה עפ"י תורה אין כאן אלא ספק קידושין כיון שבשנים ההם לא היו בארצות האלה תלמידי חכמים כלל ומאז המהפכה הבולשביקית עברו יותר משבעים שנה ללא ישיבות ובתי תלמוד, וכל הרבנים והת"ח עזבו או נפטרו לב"ע מזמן. לדברי ד"ר רייז שהוא חוקר ומומחה ליהדות קווקז מתחילת שנות השבעים לא נשאר כל ת"ח בקהילות אלה ומסדרי הקידושין היו עמי ארצות.

לפי עדותם של רבים מבני העדה נהגו לכבד קרובי משפחה להיות עדי קידושין מכיון שראו בזה כבוד. מתוך הכתובה שבפנינו רואים בעליל שמסדר הקידושין (שיש להניח שהוא זה שהכין וערך את הכתובה) היה עם הארץ גמור ולא ידע כלל מה זה כתובה.

תמצית דברי הגאונים הנ"ל שיש כמה וכמה ספיקות בענין תוקף הקידושין הראשונים של אם המבקשת.

- א. ספק אם העדים היו קרובי משפחה כפי שנהגו רבים מבני המקומות הנ"ל.
- ב. ספק אם היו פסולים מחמת רשע, שהרי רוב רובם היו מחללי שבת, אוכלי נבילות וטריפות ובוועלי נדות, אף שרוב רובם נשאו נשים יהודיות ונישואי תערובת לא היו שכיחים כלל.
- ג. ספק אם הקידושין נעשו כדת וכהלכה, אף אם העדים היו עדים כשרים.

וכיון דלאו בדין אשת איש עסקינן אלא בחשש ממזרות ומה"ת ספק ממזר מותר די בכל הני ספיקות להתיר את המבקשת לנישואין.

האמת אומר דבראשית עיוני בדברי ידידי הגאונים נרתעתי לאחור, דזו פשיטא לי שאין להמציא ספיקות כאשר אין כל ריעותא לפנינו ואין עילה מסויימת לפקפק בכשרות הקידושין דכיון שאשה זו הוחזקה כאשת איש מהי"ת להמציא ספיקות. ואם נקל בשאלה שלפנינו שמא יאמרו כיוצא בו בכל אשת איש שנישאה במקומות הרחוקים בארצות הברית או בדרום אמריקה ובארצות אחרות שמא עדי הקידושין פסולים היו וכיוצ"ב ספיקות מספיקות שונים.

אך באמת שאני נידון דידן מכל דיון אחר ושאני מדינות הקווקז מכל מקום אחר, ויש להקל בו טפי מאשר בשאלות דומות המגיעות אלינו מארצות אחרות ברחבי העולם, דארצות הקווקז היו עשרות שנים תחת שלטון קומוניסטי שגזרו גזירות קשות ואכזריות על חינוך יהודי, ואחר שבעים שנה של שממון רוחני מוחלט היו כולם עמי ארצות ולא היו ביניהם תלמידי חכמים כלל וכלל.

זאת ועוד, המסמך היחיד שניתן ללמוד ממנו על הנישואין היא הכתובה, וכתובה זו היא נוסח סטנדרטי שנהגו בני העדה להשתמש בו, ומילאו בו שמות החתן והכלה והתאריך, אך לא כתבו בה כל סכום, לא מנה ולא מאתיים ולא תוספת, מה שמוכיח שמסדר הקידושין היה עם הארץ גמור ולא ידע כלל מה זה כתובה ומה יש לכתוב בה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וגם לא היו שיירות מצויות בין ארצות אלה לארצות ומדינות אחרות שבהם היו תלמידי חכמים מובהקים, גדולי תורה והמוני עם הדבקים במצוות התורה פרטיהן ודקדוקיהן, כי השלטון לא אפשר תנועה חופשית ואסרו באופן מוחלט על היהודים לבקר.

וכיון שקהילות אלה היו מנותקות לחלוטין מיישוב תלמידי חכמים וכל יושביהם עמי ארצות קרוב הדבר שיש לפקפק בתוקף קידושיהם משני טעמים:

א. מצד פסול העדים הן משום פסול קירבה והן משום פסול רשע, דכיון שלא היה להם שום מושג בהלכה, והעידו גם רבנים וגם חוקרים שנהגו לכבד דוקא את הקרובים להיות עדי קידושין כי למיעוט השגתם היה בזה כבוד וכמו שרגילים לכבד קרובי משפחה לומר ברכות ולהיות סנדק וכדו', ולפיכך יש להסתפק שמא עדי קידושין קרובים היו. ועוד דהלא רובם ככולם התרחקו מן הדת והיו מחללי שבת ואוכלי נבילות וטריפות.

וכבר ביארתי במק"א דאף שרוב החילונים הם תינוקות שנשבו ויש לקרבם בעבדות אהבה כדי שישבו בתשובה שלימה ואין דינם כמומרים מ"מ אין להכשירן לעדות, ואכמ"ל.

ב. נראה עוד דכאשר מסדר הקידושין עם הארץ גמור הוא ואינו בקי בהלכה כלל, וכך גם כל הנוכחים וכל הציבור כולו, מתעוררים פקפוקים גדולים גם בעצם מעשה הקידושין ויש בהם כדי לשלול את כל תוקף האירוסין.

וכבר ביארתי במק"א דבאמת כל ההתייחסות לקידושי אשה שונה לפי דין תורתנו הקדושה מאשר המקובל בכל העולם המודרני, ולפי דין תורה האיש קונה את האשה בתמורה לטבעת שהוא נותן לה בקידושי כסף, דכי יקח כתיב וכל הקיחה ידיה הוא, ואין האשה קונה אותו כלל, וכל הקידושין חלים על ידו אלא דבעינן דעתה בלבד, (וכתב הר"ן בנדרים [ל ע"א] דהוי כאילו היא מפקירה עצמה אליו, ע"ש).

ואף לפי מה שכתבתי במנחת אשר לקידושין (סימן א) דבאמת אין כסף קידושין תמורה אלא מעשה קנין, מ"מ הבעל קונה את אשתו בכך שנותן לה את הטבעת, אך לפי ההבנה המודרנית המקובלת בעולם אין כאן אלא התחייבות הדדית זה לזה וזו לזה ללא כל גדר קנין. ואף במקום שנותנים טבעת אין זה מדין כסף וקנין אלא כאות חיבה ואהבה ולפיכך נוהגים הם להחליף טבעות, ועיקר תוקף האירוסין להשקפתם בהצהרה ובחתימת ידם ולא בכסף כלל.

ואף שכתבתי במק"א דאף עם הארץ גמור שאינו יודע דבר על גדרי כסף קנין וכסף קידושין ולא חצי דבר על גדר קנין אישות ואינו יודע אלא זאת דע"י המעשים שהוא עושה והדיבור שהוא דובר תחת החופה אשה זו נעשית אשתו קידושיו קידושין, אין זה אלא משום שעושה כל מעשיו על דעת מסדר הקידושין ועל פיו ישק כל דבר, אבל כאשר גם דעת המסדר"ק משובשת, ושניהם אינם מכוונים למהות וגדר קידושי תורה וטועים בעיקר הבנת הקידושין באמת אין כאן קידושין כלל.

ואף דודאי יש לחלק בין נידון דידן לנישואין אזרחיים או נישואי רפורמיים, דלגבי נישואים אזרחיים כבר כתבתי במק"א דיש להקל בשעה"ד אפילו לגבי חשש אשת איש, עיין שו"ת מנחת אשר (ח"ג סימן ז-צא) כיון שלא נתכוונו כלל לשם נישואין של תורה, וכך כתב האג"מ לגבי נישואין רפורמיים דכיון שכת זה כופר בתורת ה' ואותו עזבו לחצוב להם בורות נשברים אין כאן

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

קידושין של תורה, אבל אלה עמי הארצות שבקווקז ודאי רוצים ומכוונים לקידושין ונישואים של תורה, מ"מ נראה דאם הם ומוריהם ורבותיהם אינן מבינים את כל מהות ענין הקידושין יש לפקפק בתוקף קידושיהם.

ועוד דאם נתרחקו מדת של תורה ומסורת ההלכה מתעוררים שאלות רבות, ולדוגמא בעלמא. מצוי שהחתן נותן את הטבעת לכלה במתנה לפני האירוסין אלא שחוזר ונותן לה את הטבעת בשעת הטקס. ולפעמים קונים את הטבעת ביחד והחתן קונה את הטבעת לכלה והיא זוכה בו מיד מדין זכיה ואין כאן נתינת כסף בשעת קידושין.

ולפעמים אין העדים רואים את ענידת הטבעת על אצבעה של הכלה אלא מסתכלים על פני החתן והכלה ועל האורחים מהיעדר הבנה שעליהם לראות את עצם מעשה הקידושין, ולדעת הרמ"א (סי' מב סעיף ד) אם לא ראו את עצם מעשה הקידושין הו"ל קידושין בלא עדים.

וכיוצ"ב ספיקות שונים שכולם תולדה של קידושין ע"י מי שאינו יודע כלל בטיב גיטין וקידושין.

וכבר הארכתי במק"א (שו"ת מנחת אשר חלק א סי' עג אות ב) בספק קידושין האם מוקמינן אחזקת פנויה, והסקתי דאכן דעת רוב הראשונים דבספק קידושין אזלינן בתר חזקה דמעיקרא.

כך מבואר בדברי הראשונים בקידושין (ה ע"ב) ובכתובות (כג ע"א) ובדברי בעל המאור ברפ"ב דכתובות ולא כדברי הרמב"ן במלחמות שם.

אמנם כתבו התוס' בכתובות (כג ע"א ד"ה תרוייהו) דכאשר איתרע החזקה כגון שקיבלה קידושין אלא שלא ידעינן אם קרוב לו או קרוב לה לא מוקמינן אחזקת פנויה, אין זה אלא חומרא דרבנן, ומסתמא לא החמירו אלא לגבי חשש אשת איש ולא לגבי ספק ממזר, וכ"כ המהרי"ק (שורש קעא) והביאו הכסף משנה (פרק י מהל' גירושין הלכה ג).

והארכתי בזה יותר בשו"ת מנחת אשר (שם) ולפי המבואר שם יש להקל בני"ד.

ועוד דהלא בנידון דידן אין אנו יודעים כלל על נישואיה של זו אלא מפיה ואין לה כל נאמנות לפסול את בתה. ואף שיש בפנינו כתובה ויש מקום לדון האם הכתובה שביד האשה הוי ראייה שאכן נישאה לאיש זה דאל"כ לא היה נותן בידה כתובה, אך מכיון שכאמור בכתובה זו אין כלל כל סכומי התחייבות יש מקום לומר דאכן עדיין לא נישאת ומשו"כ הכתובה לא הושלמה וניתן בידה מתוך בורות והיעדר הבנה דאין הכתובה אמורה להיות ביד האשה אלא לאחר שהבעל מסרה לידה תחת חופתה. ועוד דאין בכתובה זו כל משמעות ולפיכך אין להוכיח דבר ממה שהיא יוצאת מתחת ידה, וז"פ.

ויש לדון עוד בני"ד מדין ספק ספיקא, וכבר נחלקו הפוסקים האם מתירין פסולי קהל משום ס"ס, עיין בב"י (אהע"ז סי' ב) וברמ"א (שם סעיף ה) הביא את שתי הדעות ב"א וכל כה"ג עיקר דעתו כשיטה בתראי להקל, ובשו"ת הגרעק"א (קמא סי' ק-קא) חידש הבית מאיר דגם המחמירים לא החמירו אלא בספק תמידי ולא בספק מקרי, והגרעק"א כתב שזו סברא נכונה, ע"ש.

ואף דהוי ס"ס משם אחד דכל הספיקות עניינם אחד אם חלו הקידושין או לא, ולדעת הש"ך בכללי ס"ס (יו"ד סי' קי אות יא – יג) אין זה ס"ס, כבר חלקו עליו רבים מגדולי האחרונים, עיין שם בפלתי בבית הספק דרוב הס"ס שמצינו בש"ס ופוסקים הוי משם אחד, ועי"ש בחות דעת ובח"א (שער הקבוע סימן נב). ועיין בזה בשו"ת יביע אומר (ח"ז אהע"ז סימן ו).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובכל עיקר הדין דס"ס משם אחד, הנה מקור סברא זו בדברי התוס' (כתובות ט' ע"א ד"ה לא) שכתבו דספק נבעלה באונס ספק ברצון, ספק כשהיתה קטנה או גדולה, אינה ס"ס דהוי משם אחד, דפיתוי קטנה אונס הוא. וכסברת התוס' כתבו רבים מן הראשונים, ועייין שם ברשב"א, בריטב"א ובתוס' הרא"ש, וכ"כ בשיט"מ שם בשם רבינו יונה והרא"ה.

ומכאן למדו הפוסקים שאין דנין ס"ס משם אחד.

ויש מן האחרונים שנקטו שעד כאן לא כתבו הראשונים אלא כאשר שני הספיקות הם ממש ענין אחד ואין ביניהם ולא כלום, דכיון דגם פיתוי קטנה אונס הוא, בעצם אין כאן אלא ספק אחד ממש במציאות הדברים. והספק אינו אלא אם נבעלה באונס או ברצון, משא"כ בנידון דידן שמדובר בספיקות שונים בתכלית זו מזו מצד המציאות אף שכל הנחלים הולכים אל הים וכולם באים להטיל דופי בקידושין.

עייין בזה בש"ך (סימן ק"י דיני ס"ס סקי"ב) בדעת תרומת הדשן, ובפרי חדש שם, וכ"ה בשער המלך (פי"ז מאיסו"ב הכ"ב) בדעת הריטב"א והמרדכי, וע"ע בפמ"ג (שפ"ד יו"ד קי' דיני ס"ס סקי"א) ובשו"ת מהרש"ם (ח"א סימן ס"ח, ח"ג סימן נ"ו וח"ו סימן ק"ח).

ולפי"ז יש טעם נוסף להקל בני"ד.

ובשו"ת יהודה יעלה להגר"י אסאד (ח"ב סימן קלז ד"ה ועוד הרי) כתב עוד דבדרבנן עבדינן גם ס"ס משם אחד, וכ"כ הגרי"א חבר בספרו בית יצחק (שער הספיקות סימן י"ט ובשו"ת בנין עולם יו"ד סימן לג אות א), וכ"ה בתשורת שי (ח"א סוסי"י שפ"ה).

ויש להקל לפי"ד בני"ד דבספק ממזר עסקינן שאינו אלא אסור דרבנן.

סוף דבר מסכים אני עם דעת ידידי הרבנים הגאונים, ואשה זו מותרת להינשא כדת משה וישראל.

ביקרא דאורייתא

אשר וייס

דיון בדברים ותוספת נופך

דבריהם המופלאים של מו"ר הגר"א וייס שליט"א ושל הגר"ב בארי שליט"א אינם צריכים חיזוק, ואעפ"כ נראה להוסיף תוספת נופך כדרכה של תורה.

הוחזקה נשואה ותוקף קידושי עם הארץ

הגר"ב בארי שליט"א דן להיתר שאף אם ידוע כי אם המבקשת נישאה לבעלה הראשון, מ"מ אין לנו חזקה כי נישואין אלה נעשו כדין.

יש להזכיר כאן את שנחלקו דייני ישראל בהרכב מיוחד לענייני יוחסין; הגר"ח"ש רוזנטל שליט"א, הגר"ז"נ גולדברג שליט"א והגר"ש"מ עמר שליט"א (הובאו דבריהם בשו"ת שמע שלמה ח"ד אהע"ז סימן א-ב) במקרה דומה לגבי היתר לבוא בקהל לאשה שנישאה בבוכרה וקיבלה גט שיש בו פקפוקים הלכתיים רבים. הגר"ח"ש רוזנטל צידד להיתר כי אנשי קהילה זו ומנהיגיה לא היו בקיאים בקידושין ומכאן שיש להטיל דופי בתוקף הקידושין. וכתב על זה הגר"ז"נ גולדברג וז"ל:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לענ"ד קשה מאד למצוא סיבות לביטול הקידושין שאף שנניח שאינם בקיאים בטיב קדושין מ"מ אין צריך חכמה גדולה בקידושין וכל שנתן לה שוה פרוטה בפני שנים כשרים מקודשת [...]...

לעומת זאת הגר"ש רוזנטל שלל היתר מצד אחר – משום שאין לפנינו עדי קידושין וממילא אין לנו חזקת נשואה. כלפי טענה זו השיב הגר"נ גולדברג:

מה שכתב שאין להתיר בגלל שאין עדים לפנינו שנתקדשה ועל זה כתב שלא שמענו בכל הנשים לומר אין לנו עדים על קדושיהן. אמנם כל זה נכון שיש עדים שהוחזקה לנשואה בזה כל שלא ידענו שהיתה נשואה לפני שנישאת לבעלה השני ורק על פיה היתה נשואה לראשון אין לעשות בניה ממזרים ואם הוחזקה לנשואה אף שאין עדים שזוכרים נישואיה ודאי היא בחזקת אשת איש וכן ברוסיה אצל אשכנזים שנשכח מהם צורת נישואין מן התורה ג"כ אין כאן חזקת נשואה כדת משה, אבל אצל הבוכרים שעושים נישואין של תורה אף שאינם בקיאים בעדות כשרה מ"מ נחשבת כנשואה וספק אם נשואה כדין.

העולה כי לדעת הגר"נ אין להתיר רק במקרה שלא הוחזקה כנשואה מהראשון, אבל אם היא הוחזקה כנשואה מהראשון אף שלא ברור היה כי הנישואין נעשו בצורה נכונה על פי ההלכה, אין להקל מספק.

כלפי שתי טענות אלה הגר"ש"מ עמר שליט"א שם נקט שיש להורות להתיר. ראשית, משום שיש להטיל דופי בתוקף קידושין שלא נעשו במקומות אלו כראוי, וז"ל:

והאמת יורה דרכו דבכל מקום שנחלשה ידיעת התורה ורפתה מסורת קיום המצוות ונשכחו מהם עניני שבת ומועד וכו' מיד התרופפו גם עניני גיטין וקידושין ורבה העזובה בעוה"ר ואע"פ שבמעשה הקידושין א"צ חכמה גדולה לעשותם כדמו"י מ"מ יש דברים בסיסיים שא"א לעשות קידושין כדת בלעדיהם כגון שיאמר לה לשון של קידושין ברור לפני נתינת הטבעת לידה ואם העדים לא ראו את זה בבירור ואפי' רק מסופקים בזה י"א דלא מהני כלל ונחלקו הראשונים בזה די"א דאפילו שידך לא מהני אמירה דאחר מתן מעות והארכתי בכל זה בשו"ת שמע שלמה ח"א חאה"ע סי' ו' וכן שצריך לקדשה בשו"פ ושיהיה משלו ובלי ידיעת דבר זה יכולים להיות כמה מכשולים וק"ו בענין עדים שיהיו כשרים ולא יהיו ושיראו את הנתינה.

ועוד הוסיף שם הגר"ש"מ עמר בסוף התשובה לסתור את הטענה שיש לחוש לקידושין גם אם סידרם עם הארץ, וז"ל:

ואחר המח"ר ממעכ"ת לענ"ד יש מקום גדול לומר שאנשים שאינם יודעים יכולים לפסול הקידושין וכבר ציינתי לעיל כמה וכמה ריעותות וספיקות שיכולים להיות בקידושין ולא בכדי אמרו בגמ' דקידושין ו' ע"א וי"ג ע"א דא"ר יהודה אמר שמואל כל מי שאינו יודע בטיב גיטין וקידושין לא יהיה לו עסק עמהם וש"מ דגם בקידושין שייכים תקלות למי שאינו יודע בטיבם ובפרט לפי מ"ש התוס' שם בשם ה"ר עזריאל ע"ש ובפרט שיש אצלם בעיה של קידושין בפני קרובים ושאר פסולים.

יש לציין שגם הגר"א וייס שליט"א בתשובתו הנ"ל הביא רשימה ארוכה של פרטים שצריך להשגיח שיעשו כדין ואי לאו הכי יש להטיל דופי בתוקפם של קידושין אלו.

עוד הובאו שם בפסק דין דברי רבינו יוסף חיים בשו"ת רב פעלים (ח"ד אהע"ז סימן יא) שדן אם להתיר אשה שנתגרשה בגט שניכר שנעשה ע"י הדיוטות שאינם יודעים הלכות גיטין כראוי.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לאחר שהביא הרב פעלים את דברי הרמ"א (אהע"ז סימן קמב ס"ט) שפסק וז"ל: "ולא חיישינן לבית דין טועין אא"כ אנחנו מכירים באותם שסידרו הגט שאין בקיאים שאז אפילו כתוב כהוגן חוששין להם", מסיק שאין להחמיר לאסור את האשה במקום עיגון. על סמך זאת התיר הגרש"מ עמר במקרה דידיה וז"ל:

ומה שחששו הפוסקים בגט שנעשה ע"י אנשים שאינם בקיאים בטיב גיטין וקידושין וכמ"ש הגאון רב פעלים ח"ד סימן י"א שהאריך בזה וכמ"ש כת"ר הנה מלבד מה שחילק כת"ר לנכון בין להתיר לאשה לינשא בגט זה ובין לאסור הולד לבוא בקהל ה' עוד יש לחלק דנ"ד שאני שבאותה מדה שיש לנו ספקות על הגירושין שמא נעשו כדין כן יש לנו כמה וכמה ספקות על הקידושין וכמ"ש לעיל.

העולה שלפי גישת הגרש"מ עמר יש ללמוד מדברי הרב פעלים שכשם שבמקום שיש ספקות בגט אעפ"כ התיר את האשה להינשא משום עיגון, כמו כן יש להתיר גם את הולד לבוא לקהל. ומסיק הגרש"מ עמר שכך הדין גם בשאלה כבני"ד לענין ריעותות שנמצאו במעשה קידושין דיש להתיר גם לבוא בקהל.

הנוגע לני"ד כי לדעת הגר"ח"ש רוזנטל על אף שאין מקום להתיר מצד שאין עדי קידושין בפנינו, מ"מ יש לדון להתיר מצד שיש להטיל דופי בתוקף הקידושין במקומות אלו. לדעת הגר"ז"נ יש מקום להתיר מצד שאין עדי קידושין בפנינו כאשר לא הוחזקה מעולם כנשואה אלא רק מפיה (בני"ד מלבד עדות אחי אם המבקשת, אין לנו מידע אם המבקשת הוחזקה נשואה לבעלה הראשון). יחד עם זאת לדעתו אין להטיל דופי בתוקף הקידושין באופן גורף במקומות אלו אלא רק במקומות שנשכח מהם לגמרי תורת קידושין. ואילו לדעת הגרש"מ עמר בשני נידונים אלו יש לנקוט לקולא. עולה לכאורה כי גם בני"ד לדעת הגר"ז"נ גולדברג יש להתיר מצד שאם המבקשת לא הוחזקה כנשואה מלבד על פי עדות אחיה וכן לדעת הגרש"מ עמר יש להתיר את המבקשת לבוא בקהל מהטעם שיש להטיל דופי בתוקף הקידושין שנעשו במקומות אלה.

ראה שם עוד בשמע שלמה מה שדנו אם יש לתת תוקף לקידושין וגירושין של מי שככל הנראה לא היה בקי בדיני גירושין. ולהלן נרחיב בענין זה יותר בנוגע לתוקף קידושין של מי שידוע שאינו בקי בדיני קידושין ומה הדין בסתמא – כשאין ידיעה ספציפית על מסדר הקידושין, מה תוקף הקידושין בדיעבד.

יוזכר עוד כי בפסק דין מבית הדין בחיפה משנת תשס"ט מאת הדיינים הגר"מ נהרי, הגר"י יגודה והגר"א מייזלס נפסק במקרה דומה כי יש להתיר למבקשת לבוא בקהל בין השאר מהטעמים הנ"ל – שהמבקשת מעולם לא הוחזקה נשואה כדת משה וישראל וגם משום שיש להטיל דופי בתוקף הקידושין שנעשו ע"י עמי ארצות במקומות אלו. בפסק הדין שם הסתמכו וציינו לפסק דומה בבית הדין הרבני בת"א מאת הגרש"מ עמר, הגר"ז"נ בן שמעון והגר"פ רבין משנת תשס"ג (לא פורסם).

חוסר הידע בהלכות קידושין ונישואין כגורם להפקיע את תוקפם ההלכתי של הנישואין גם מחמת קידושי ביאה

הגר"ב בארי שליט"א העלה כי מסדרי הקידושין במקומות אלה אינם יודעים מה יוצר את התוקף הקנייני של הקידושין וק"ו שהדברים אינם מוסברים למקדש ולמתקדשת. על פי חו"ד דעת מומחים יש מקום להסתפק שהם חושבים כי עצם החופה או הברכה על היין יוצרים את התוקף הקנייני של הקידושין, ואילו מסירת הטבעת היא ענין טכסי בלבד ודימה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

זאת לדברי האג"מ שבמקרה שגם האשה מוסרת טבעת לאיש זה שולל את כל התוקף הקנייני של הקדושין ובדומה לזה יש לדון בני"ד.

והנה יש צורך לחדד ענין זה. שהגם שכיום בהרבה מקרים המקדש ומתקדשת אינם שומרי תורה ומצוות ואינם מודעים כלל לגדר הקנייני של הקידושין, אך הואיל והם מבינים את שפת העברית והרב מוחזק כמי שמתמצא בדיני קידושין והוא מסביר כי התוקף הקנייני נעשה במסירת הטבעת ומדגיש כי באמירת הרי את מקודשת לי בטבעת זו, האשה מתקדשת לאיש, זה מספיק בכדי לתקף את הנישואין מבחינה הלכתית. מה שאין כן במקומות כבני"ד שמסדר הקידושין אינו מתמצא בהלכות הבסיסיות של הלכות קידושין, אינו יודע עברית ובודאי אינו מסביר את תוכן האמירה המחייבת וגם לא את המהות הקניינית הנוצרת במסירת הקידושין, לכן לוא מספק יש להעמיד את האשה בחזקת פנויה.

ויש להביא בהקשר זה את דברי שו"ת נודע ביהודה (מהדורא קמא אבן העזר סימן נט) שדן בשאלה אם האיש או האשה נאמנים לומר שלא הבינו את לשון הקידושין, וז"ל:

ולכן הנלע"ד מ"ש הש"ע בריש סי' כ"ז ובלבד שהיא תבין לשון הקידושין היינו שאם אומרת לא הבנתי כו' נאמנת לחלוטין ואין כאן קידושין כלל וכדברי הח"מ שכתב שכן משמעות כל הפוסקים ודלא כב"ש שם סק"ה שכתב דהוי ספק קדושין דשמא משקרת ולמה שכתבתי למה לא נאמין לה כיון שאין כאן חזקת איסור אדרבה יש לה חזקת היתר המסייע לה בודאי נאמנת שהרא"ש כתב לאו כל כמיניה על האיש קאי וכמו שכ' הב"י דהאיש כיון שהוא הוציא הדברים מפיו חזקה לשם קידושין הוציאם ומינה שהאשה שנאמנת היינו שנאמנת שלא הבינה כלל אבל אם אומרת שהבינה אלא שלא כוונה לשם קידושין לא מהני דברים שבלב אינן דברים ולא אזלינן בתר המחשבה כלל מה שהוא סותר דברים היוצאין מפה.

המבואר שהאיש שמוציא מפיו לשון קידושין אינו נאמן בשום אופן לומר שלא הבין, משא"כ האשה שהיא שותקת נאמנת לומר שלא הבינה, אך אינה נאמנת לומר הבנתי אך לא התכוונתי לשם קידושין. אבל בני"ד שרוב רובם של בני המקום אינם מבינים לא בלשון הקודש ובודאי לא בהלכות קידושין, נהפוך הוא, וכל עוד אין לנו ידיעה שהם הבינו את הלשון הרי רק מפיהם אנו חיים ואין כאן חזקת נישואין כדין.

אבל עדיין יש מקום לדון על התוקף של החופה במקרה כבני"ד. כמו במקרים אחרים מבני קווקז שבאו לפנינו, אם המבקשת העידה כי במהלך החתונה היה חדר ייחוד שנהוג לבעול את הכלה שם. לדבריה נשים זקנות עומדות בחוץ לבדוק את 'העד' – 'השמלה' אם האשה בתולה, לדבריה כך היה במקרה של החתונה שלה. ויש לדון כי אפילו אם נטיל דופי בתוקפם של קידושי הכסף וכנ"ל, מדוע לא נחשיב את הכניסה לחדר ייחוד לפחות כקידושי ביאה. הטענה כי הרב והקהל אינם מבינים את המשמעות הקניינית במעשה הקידושין נכונה יותר לגבי קידושי כסף, אבל בקידושי ביאה לכאורה לא צריך הסבר מיוחד, וכל אחד מבין שביאה זו הנעשית כחלק מהחתונה ולא בבית מגורי החתן והכלה, נועדה לצורך ההתקשרות הקניינית בין בני הזוג ולא כסתם ביאה לשם הנאה.

הגר"ב בארי השיב לי בעל פה כי לפי המחקרים בנושא יש מקום לומר שעיקר סמיכות הדעת לתוקף הקידושין במקומות אלה הוא בהימצאות תחת החופה וכן בברכת היין (חלק מהם קוראים לזה 'קידוש' וזה גורם לקידושין!), ואין לנו בירור כי הביאה יוצרת את התוקף הקנייני

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אלא ייתכן כי הביאה אף במקרה זה היא כשאר ביאות במהלך הנישואין שאין להם תוקף קנייני, עכ"ד.

הנה בהנחה שדעתם כי מעמד החופה יוצר את הקשר הקנייני, יש לדון לתוקף של קידושין מצד שחופה עושה קידושין, אלא שהשו"ע (אהע"ז סימן כו) פסק בסתם כי אין חופה עושה קידושין. ואף אם נכריח את האשה לקבל גט כדי לחוש לדעת הר"ח שהובאה שם בשו"ע בתור יש אומרים, אך לענין ממזרות בודאי יש לנקוט כעיקר הדין שאין חופה עושה קידושין.

אולם עדיין יש מקום לומר שהואיל ואנשים אלו אינם מבחינים כלל בין קידושין לנישואין, א"כ יש לומר שדעתם שמעמד החופה משמש כנישואין ולא כקידושין, והרי לענין קנין החופה הרמ"א באהע"ז סימן נ"ה ס"א הביא שתי דעות (י"א שמיצאה בהינמא וי"א משפרסו ההינמא על ראשה עיי"ש) שהמשותף בהם שגם לחופה שנערכה לפני הקידושין יש תוקף להצריכה גט. יחד עם זאת, יש לעיין האם יש תוקף לחופה ללא שעשו מעשה קידושין לאחר מכן.

והנה נסתפקו האחרונים בגוף השאלה אם ניתן לערוך חופה קודם קידושין. במשנה למלך (הלכות אישות פ"י ה"ב) כתב וז"ל:

נסתפקתי אי בעינן שיהיו הקידושין קודמין לחופה, אבל אם קדמה החופה אף שאחר כך קידש מ"מ לא מהני החופה הקודמת להחשיבה כנשואה, או דלמא כל שהיה שם חופה וקידושין הרי היא כנשואה, ואף אם קדמה החופה לקידושין.

המשל"מ מסיק כי לדעת הרמב"ן יש תוקף לחופה וגם לקידושין, ואילו לדעת שו"ת משאת בנימין (סימן ז) חופה הקודמת לקידושין לא מהני כלום. המקנה (סימן כו ס"ב) כתב על דברי המשל"מ שיש לדחות הראיה מהרמב"ן וכתב עוד שרק חופה ואח"כ ביאה לשם קידושין מהני כי יש בניהם דמיון מצד שחופה תחילת ביאה, משא"כ בקידושי כסף ושטר שאינם דומים כלל לחופה. ועוד חילק בין מצב שהחופה והקידושין נעשו ביחד מיד בזה אחר זה - שאז יש יותר סברא שמהני, עכ"ד.

ויש להעיר מדברי הפת"ש שם (בסי' סא סק"א) שהביא מהרדב"ז שנסתפק בדין זה שכ' ואי לאו דמסתפינא אמינא דאין הסדר מעכב, שאם שידך אשה והכניסה לחופה וברך שבע ברכות ואח"כ קידשה הרי היא אשתו לכל דבר, אעפ"י שאין ראוי לעשות כן לכתחלה ודבר זה עדיין צ"ל ע"ש, והרי מבואר דמסתפק לומר דמהני אפילו כשמקדשה בכסף או שטר, וזהו דלא כהנחת המקנה הנ"ל.

שיטה נוספת מצינו להחלקת מחוקק (בסי' נה סק"ט) שכתב: "ומ"מ נראה פשוט כל זמן שלא נתקדשה אין חופה קונה קודם הקידושין, רק כשנתקדשה נקראת למפרע נשואה לדברי התוס' [...]"

מבואר מדבריו שמהני חופה ואח"כ קידושין, והיא נשואה למפרע משעת החופה. ומשמע מדבריו שאין חילוק בין קידושי ביאה לקידושי כסף ושטר דלא כסברת המקנה. אולם נראה כי בנקודת חידוש זו שהיא נשואה למפרע, לא מצינו לו חברים שכתבו כך מפורש, וכבר העיר זאת בשו"ת דברי שלום (אהע"ז ח"א סימן ל), ועיי"ש במה שהאריך בשאר דברי המשל"מ שם.

על כל פנים נראה שכל מה שנסתפקו האחרונים זהו במקרה שעשה מעשה קידושין לאחר שעשה חופה אבל במקרה שעשה רק חופה, אין לנו מקור שיש תוקף לחופה זו שתהני להצריכה גט. ובני"ד כל המקום לספק היה רק שהביאה תהני לשם חופה, וכיון שנתבאר שיש פגם מהותי במעשה הקידושין, לכאורה אין מקום להצריכה גט רק משום מעשה החופה לבד.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בנוגע למה שהחתן בועל את הכלה בחדר יחוד, יש להוסיף לחוסר הברירות בענין זה כי יתכן שעיקר הביאה נועדה לברר אם הכלה הינה בתולה, והראיה שמעמידים נשים זקנות לבדוק את העד. ואף אם הדבר ספק ויתכן שהביאה נועדה להתקשרות הקניינית, מ"מ מידי ספק לא יצאנו ויש להעמיד את האשה על חזקת פנויה.

עוד יש להביא כאן את דברי השאגת אריה שכיום לא שייך לדון כלל לתוקף קידושין בקידושי ביאה. דברי נזכרו בתשובות פוסקי זמנינו, וראה מש"כ בענין זה הגרש"מ עמר שליט"א שם:

וכבר מצאנו סברא זו בשו"ת שאגת אריה בסוה"ס תשובה א' וז"ל עוד יש לצדד בנידון שלנו קצת להיתרא מצד הסברא דכל החזקה שאמרו בגמרא דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ודאי לשם קידושין בעל אינו אלא בדורות הראשונים שהיה דרכם לקדש בביאה וא"א לקידושי ביאה אלא בעדי יחוד היה דין זה ברור לכל אבל בזמנינו ובמדינות הללו שאין דרכם לקדש בביאה אין דין זה ידוע אלא לחכמים הבקיאים בהלכות קידושין אבל זה שהוא רך בשנים הדבר קרוב לומר שלא היה יודע ובקיא בהל' קידושין דנימא שבעל לשם קידושין ובעדי יחוד משום חזקה זו דאין אדם עושה בכ"ז והלואי שרוב המורים שבדורינו ידעו הלכות קידושין על מתכונתן עכ"ל והוב"ד בתשו' הגאון מהרא"י וולדנברג שליט"א והיא נדפסה בשמע שלמה ח"ב חאהע"ז סימן כ"ב ע"ש.

העולה כי בכדי שיהיה תוקף לקידושי ביאה בעינן שלמקדש יהיה ידע בסיסי בהלכות קידושין, ובהעדר ידע זה, יש להטיל דופי בתוקף של הביאה לשם קידושין.

(יש לציין כי דברי המשנת רבי אהרן שיובאו להלן אינם שייכים לכאן, והיינו שלכאורה היה מקום לומר שאין לילך אחר רוב שנהגו להעמיד עדים קרובים בנישואין – כל עוד לא ידענו בבירור כי העדים היו קרובים. זה אינו, כי כל מה שחידש המשנת רבי אהרן זהו כאשר יש רוב כנגד חזקת כשרות, אמרינן שחזקת כשרות עדיפה על הרוב כיון שאין לנו ידיעה על מעשיו הספציפיים של עד זה. אבל כל זה נוגע לפסלות מצד עבירה, אבל כאן אנו מדברים על פסלות מצד קורבה, וכלפי נדון זה אין לנו חזקת כשרות שלא הועמדו עדים קרובים שם, ואדרבה מנהגם היה להעמיד עדים קרובים, ולכן יש לנו לתלות יותר שהועמדו שם עדים קרובים שהם פסולים).

רוב התלוי במעשה

הגר"ב בארי שליט"א דן מצד רוב התלוי במעשה. שהואיל ויש להניח כי רוב הנישואין שנעשו בקרב בני ספרד ברוסיה האסיאתית נעשו על פי הדין, א"כ יש לדון להחזיק כל אשה שנשאת שם כנשואה מדין רוב. וכלפי זה ביאר הגר"ב בארי שאין להסתמך על רוב זה כי הוא רוב התלוי במעשה.

מחמת חומר הנושא, כתוספת לבירורו של הגר"ב בארי ראיתי צורך לברר את הגדרים של רוב התלוי במעשה.

מקור הדין נאמר במשנה (בכורות דף יט ע"ב):

הלוקח בהמה מן העובד כוכבים [ונתעברה אצלו] ואינו יודע אם ביכרה [כבר לפני כן, ואין זה בכור, או שזה בכור, ונתנה לכהן] – רבי ישמעאל אומר: עז בת שנתה – ודאי לכהן [שודאי זה עוברה הראשון], מכאן ואילך – ספק.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הגמ' שואלת, מדוע מכאן ואילך ספק, ולא נלך אחר רוב בהמות, שמתעברות ויולדות תוך שנתן, ונמצא כי הולד הנוכחי הוא ודאי אינו בכור?

בדברי הגמרא שם מצינו כמה יישובים:

א. המשנה הולכת בשיטת ר' מאיר, החושש למיעוט.

ב. גם רבנן החולקים על רבי מאיר, מודים הם, שלא הולכים אחר הרוב ברובא דליתיה קמן

ג. במסקנת הגמרא נאמר:

"רבינא אמר: אפילו תימא רבנן, כי אזלי רבנן בחר רובא - ברובא דלא תלי במעשה, אבל רובא דתלי במעשה - לא."

ביאור גדר רוב התלוי במעשה:

המשנה ביבמות (דף ק"ט ע"א) אומרת: "האשה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים, ובאו ואמרו לה: מת בעלך - לא תינשא ולא תתייבם, שמא צרתה מעוברת."

הגמ' שם מקשה, מדוע לא תינשא על סמך העובדה, שרוב נשים מתעברות ויולדות? הגמ' מיישבת בכמה אופנים:

א. המשנה היא בשיטת רבי מאיר, שחושש למיעוט.

ב. המשנה היא אליבא דרבנן שלא הולכים בחר רובא דליתיה קמן.

הגמ' שם דוחה אוקימתא זו האחרונה ומוכיחה, שלדעת רבנן מתחשבים גם ברובא דליתיה קמן.

הגדרת רוב התלוי במעשה לפי שיטת תוס'

התוספות ביבמות שם ד"ה ר"מ מקשים, מדוע הגמ' לא מתרצת ברישא, שלא תינשא ולא תתייבם, הרי "רוב נשים מתעברות" הוא רוב שתלוי במעשה, וכפי שראינו בגמ' בבכורות אין סומכים על רוב כזה.

תוס' תירצו שני תירוצים: "וי"ל דהכא כרבה דלית ליה ההוא שינויא, א"נ אין חשוב תלי במעשה אלא ממילא הוא בא שאדם נזקק לאשתו."

ביאור דברי התוס' לפי ההסבר הראשון הוא כי הגמ' ביבמות הולכת לשיטת רבא, שלא קיבל את התירוץ של רבינא (המבחין בין רוב רגיל לבין רוב שתלוי במעשה), אלא העמיד את הגמ' שם כר' מאיר (שחושש למיעוט). לפי ההסבר השני אין העיבור וילודה של אשה חשוב תלוי במעשה, אלא ממילא הוא בא, שאדם נזקק לאשתו. הסברה, שבגללה אין מסתמכים על רוב שתלוי במעשה היא, שיתכן שהוא לא יעשה את המעשה. תשמיש הוא דבר טבעי, ולכן פשיטא שהמעשה ייעשה. מה שאין כן בהרבעת בהמה בבכורות, שיתכן שלא ירביע אותה.

לכאורה לפי ההסבר הראשון של תוס' אין ראיה להבחנה בין רוב רגיל לבין רוב התלוי במעשה, וממילא לא ברור אם להלכה נתקבל כי אין להסתמך על רוב התלוי במעשה.

גם אם נקבל להלכה כי רוב התלוי במעשה אינו רוב, יש לעיין מהי הגדרת הדברים לפי שיטת תוס'. דבר ברור לכאורה שקיים רוב שכל הנבראים הם בריאים והם גם בעלי יכולת

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

פריז ובפועל הם פרים ורבים. ואעפ"י שעצם הפריז תלוי במעשה התלוי בשני גורמים – בזכר ובנקבה, ולא תמיד יעלה לזכר או לנקבה מבוקשם, א"כ גם בזה ה"ל לומר שהוא רוב התלוי במעשה, אך נראה שכיון שעל פי רוב, רוב הנבראים באים לכלל פריז – זה נחשב כרוב רגיל ולא כרוב התלוי במעשה. וצ"ע א"כ מדוע שלא נאמר שגם בהמה שהיא ברשותו היא מהרוב שמתעברת ומולידה.

אבל נראה כי יש להבחין בין עדר בהמות הכלוא אצל אדם לבין כלל הבהמות הנמצאות בטבע. בעוד הבהמות הנמצאות בטבע הם בכלל הנבראים שהם בעלי יכולת הולדה, הרי בהמות הכלואות אצל בעליהם אינם כך, כי על אף שמטבעם יש להם רצון ויכולת לפרות ולרבות, אך היכולת הזאת מוגבלת לרצון בעליהם. וכיון שיכולת הפריז שלהם נתון גם לשליטה של בעליהם, לכן אין הדבר נחשב רוב גמור אלא רוב התלוי במעשה, משא"כ כלל הבהמות בבריאה, שאינם נתונים תחת שלטון אדם ולכן לגביהם שפיר הולכים אחר רוב ואין זה נחשב רוב התלוי במעשה.

מכאן יוסבר כי גם יכולת האדם לפרות ולרבות דומה במהותה ליכולת הפריז של כלל הנבראים. וזאת למרות שיכולת הפריז של האדם תלויה בשנים – בזכר ובנקבה, מ"מ אין גורם נוסף שמתערב בפריזם וכיון שעל פי רוב הם פרים ורבים הרי זה נחשב כרוב גמור שאינו תלוי במעשה.

שוב ראיתי בשו"ת דברי מלכיאל (חלק ב סימן קכה) הסבר נוסף לדעת תוס' וז"ל:

והחילוק בין אדם לבהמה נראה לדעת התו' שם דאדם טבעו כן תמיד. אבל בהמה יש לה רק זמן מיוחד [א"ה: כנראה ר"ל כי הפריה ורבייה אצל בני אדם אינה תלויה בעונות, לעומת זאת הפו"ר אצל בע"ח תלוי בעונות קבועות]. וגם דכל אדם יש לו אשה מיוחדת. אבל בהמה אפשר שכמה זכרים יבואו על נקבה אחת. והרבה ישארו בלי עיבור. ולזה איתא בש"ס ב"מ דף צ' שלפעמים צריך להרביע בידיים והובא בתוס' הנ"ל ג"כ.

שיטת הרמב"ן

הרמב"ן ביבמות שם, לאחר שהקשה, איך יתכן שהרמב"ם פסק את דברי המשנה ביבמות, והרי אין הלכה כר"מ דחייש למיעוטא, ותירץ:

וקשה עלינו שכתבה רבינו ז"ל למשנתנו ופסקה בהלכות, ונראה לי משום דאע"ג דמסקנא דסוגיין מתני' ר' מאיר היא, אשכחן סוגיא אחריתי דמצי לאוקומה אפי' כרבנן דתנן במס' בכורות (יט, ב) ר' ישמעאל אומר עז בת שנתה ודאי לכהן מכאן ואילך ספק, והוינן בה מכאן ואילך אמאי ספק הלך אחר רוב בהמות ורוב בהמות מתעברות ויולדות בתוך שנתן נינהו, אלא אמר רבא מחוורתא מתני' ר' ישמעאל כר' מאיר ס"ל דחייש למיעוטא, רבינא אמר אפילו תימא רבנן כי אזלי רבנן בתר רובא ברובא דלא תלי ביה מעשה אבל רובא דתלי ביה מעשה לא אזלי בתר רובא, מאי מעשה אי עלה עליה זכר אי לא עלה עליה זכר, והכי נמי רובא דתלי ביה מעשה הוא שמא לא בא עליה בעלה משהלכה למדינת הים.

לדעת הרמב"ן דברי רבא, שמעמיד את הסוגיא ביבמות כר"מ, אינם הלכה. אפשר להעמיד את המשנה כרבנן. אנו אוסרים על אשה זו להנשא, אף על פי שרוב נשים מתעברות, כי קיי"ל

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כרבינא בבכורות, שאם הרוב תלוי במעשה, לא סומכים על רוב זה, וזאת משום שהרוב תלוי במעשה התשמיש של הבעל עם הצרה, ואין סומכים על הרוב זה גם אליבא דרבנן.

נמצא כי הרמב"ן חולק בזה על שיטת התוס' שהבאנו לעיל, בעוד שלפי תוס' תשמיש הבעל עם הצרה אינו נחשב תלוי במעשה, כיון שזהו דבר טבעי, וממילא ברור שיש להחשיב אותו כמי שיעשה, לעומת זה, הרמב"ן מגדיר גם את התשמיש כתלוי במעשה.

הרמב"ן חולק על תוס' בהגדרת רוב התלוי במעשה

נראה כי הרמב"ן חולק על הסבר התוס' בהגדרת רוב התלוי במעשה, וכדלהלן:

ראה לשון רש"י שם בבכורות שכתב (בד"ה רובא דתלי במעשה): "כגון עיבור הבהמה דתלי בהרבעה ואיכא למיחש שמא לא עלה עליה זכר הילכך ספק."

נראה שהתוס' חולקים על רש"י בזה. בעוד לפי רש"י הרוב בבהמות תלוי במעשה כי שמא לא עלה הזכר על הנקבה, הרי שלפי התוס' עובדה זו - שמא הזכר לא עלה על הנקבה לא נחשבת כמחוסרת מעשה, והטעם כנ"ל כדהוסבר בדברי התוס' לעיל - בדומה לכל הנבראים שנחשבים הם כפרים ורבים ולא מתחשבים בעובדה שעליית הזכר על הנקבה מחוסרת מעשה, ועל כורחך שרק בבהמות כלואות והם בבעלות האדם, נחשב הדבר כמחוסר מעשה כי יש ביכולת הבעלים לשלוט על פריונם.

והנה לשון הרמב"ן בזה דומה ללשון רש"י, וז"ל שם: "מאי מעשה אי עלה עליה זכר אי לא עלה עליה זכר."

ונראה שקושיית תוס' שהובילה אותם למסקנה כי תשמיש אדם אינו נחשב תלוי במעשה היא בעצם קושייה לפי הסברו של רש"י, ולכן הוזקקו לשנות את ההגדרה, ויצא להם לפ"ז שיש הבדל בין תשמיש אדם לשל בהמה. אבל לפי דברי הרמב"ן ניתן להישאר בהגדרה שהובאה ברש"י וכ"ה באמת בלשון הרמב"ן, ואת קושיית תוס' יש ליישב כי להלכה יש להסביר את המשנה ביבמות שמה שלא תנשא זהו גופא משום שאין לסמוך על רוב נשים מתעברות ויולדות כיון דהוי מחוסר מעשה.

בהמשך דבריו, הרמב"ן מתרץ את הקושייה על הרמב"ם עפ"י דברי רב האי גאון, שפוסק כדברי המשנה, שלא תינשא ולא תתייבם, שדין זה נכון גם לרבנן. שאימתי אין חוששים למיעוט רק כאשר ההשלכה היא, ב'שב ואל תעשה'. אבל במקרה שההשלכה היא בקום ועשה, חוששים גם למיעוט, ולכן לא תינשא ולא תתייבם.

עכ"פ ברור, שהרמב"ן אינו חוזר בו מקביעתו שקיי"ל כרבינא, שרוב שתלוי במעשה אינו רוב, וכן כתב הרמב"ן בהל' בכורות וז"ל:

אמר רבינא: אפילו תימא רבנן. כי אזלי רבנן בתר רובא, ברובא דלא תלי במעשה, אבל ברובא דתלי במעשה לא אזלי בתר רובא, דמיעוטא דלא תלי במעשה עדיף מרובא דתלי במעשה. מאי מעשה? אי עלה עליה זכר, אי לא עלה עליה זכר. וקיי"ל בהא כר' ישמעאל, דלא אשכחן רבנן, דפליגי עליה.

ולענין רוב בעילות אחר הבעל שהוא לכאורה רוב התלוי במעשה ובכל זאת מבואר בגמ' חולין יא שנחשב לרוב מעליא. לפי התוס' מובן כי ביאת איש עם אשתו הוא דבר שממילא ואינו נחשב כלל כמעשה. אבל לפי הרמב"ן שמחשיב זה רוב התלוי במעשה, קשה. ולהלן יתבאר ענין זה בהרחבה בהסבר מה הטעם שלא הולכים אחר רוב התלוי במעשה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מה הטעם שאין הולכים אחר רוב התלוי במעשה

במסכת קידושין נ"ב יש נדון לגבי אדם ששלח סבלונות (מתנות) לאשה, האם יש מכך הוכחה כי היא נתקדשה לו. במסקנת הסוגיא נאמר כך:

אמר רב פפא: באתרא דמקדשי והדר מסבלי – חיישינן, מסבלי והדר מקדשי – לא חיישינן. מקדשי והדר מסבלי, פשיטא! לא צריכא, דרובא מקדשי והדר מסבלי, ומיעוטא מסבלי והדר מקדשי, מהו דתימא ניחוש למיעוטא, קא משמע לן.

המבואר שבמקום שנהגו לשלוח סבלונות ורק אח"כ לקדש, פשוט הדין שאין לחשוש לקידושין כי שמא באמת לא קידשה לאחר מכן. אבל במקום שנהגו לקדש ואח"כ לשלוח סבלונות קבע רב פפא שחוששין לקידושין. כלפי מקרה זה מקשה הגמרא שאין בכך כל חידוש, ותירצה לפי הגירסה שלפנינו שהמדובר במקום שהרוב מקדימים לקדש ואח"כ שולחים סבלונות ואילו המיעוט עושים להיפך, היתה הו"א שנחשוש למיעוט וממילא לא נחשוש לקידושין, קמ"ל שהולכין אחר הרוב וחוששין לקידושין. כך הסביר התוס' שם בד"ה ה"ג את ההו"א והמסקנה לפי גרסה זו, והביאו ראיה שיתכן להבין את הלשון 'חוששין' שמוביל לקולא ולא לחומרא.

התוס' שם מביא גרסה נוספת בשם ר"ח:

ור"ח גרס איפכא לא צריכא דרובא מסבלי והדר מקדשי ומיעוט מקדשי והדר מסבלי, מהו דתימא לא ניחוש למיעוטא פירוש שלא תהא מקודשת קמ"ל דחיישי' למיעוטא ותהא מקודשת.

העולה שלפי גרסת הגמרא שלפנינו מנהג הרוב שמקדשי והדר מסבלי יוצר חומרא, והיתה הו"א שנלך לקולא בהתאם למיעוט, קמ"ל שהולכין אחר הרוב לחומרא, ואילו לפי גרסת הר"ח מנהג הרוב שמסבלי והדר מקדשי יוצר קולא, והיתה הו"א שנלך אחר הרוב לחומרא, קמ"ל שאזלינן לקולא כיון שחוששין למיעוטא.

בטעם ההו"א שהולכים אחר המיעוט ולא אחר הרוב לפי הגרסה הראשונה כתב הרמב"ן (מלחמת ה' מסכת קידושין דף כא ע"ב) וז"ל:

הטעם בכאן מפני שאין אנו חוששין לסבלונות עצמן שיהיו קדושין שהרי לשם סבלונות נשתלחו ולא לקדושין ואפילו בסתם בעינן שיהיו עסוקין באותו ענין וכיון שאין כאן אלא חשש שמא קדש בפני שנים שהלכו להם אפשר שנאמר זה כמנהג המיעוט נהג שהרי הסבלונות לפנינו ולא הקדושין ולא נחזיק פנויה זו באשת איש, ועוד דהאי רובא דאמרינן דלמא קדיש רובא גריעא הוא דהא תלי במעשה ולא אזלינן בתר רובא דתלי במעשה כדמסיק רבינא בפרק הלוקח בהמה בבכורות.

לפי ההסבר הראשון הסיבה שלא הולכין אחר הרוב, שאין להחזיק פנויה באשת איש מאחר ואין לנו עדות למעשה קידושין ממש אלא שאנו רק מנסים להוכיח שהיו קידושין מכח נתינת הסבלונות, ולפי ההסבר השני אין הולכין אחר הרוב כה"ג שהוא רוב התלוי במעשה. ובסוף דבריו הרמב"ן מביא את הגרסה השניה בשם הרי"ף והר"ח, ומסביר את הטעם שאין הולכין אחר הרוב אלא אחר המיעוט, וז"ל:

אבל הטעם לשאלה זו שאין רוב זה דומה לפלוגתא דר"מ וחכמים דהתם רוב חיוב וטבע הוא וא"א אלא כן אבל כאן אינו אלא מנהג ופעמים הרבה שאדם נוהג כמנהג המיעוט לפיכך במקום איסור אשת איש החמירו לחוש.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ועי"ש שדחה את הסברו של בעה"מ שהיתה הו"א שלא הולכין אחר הרוב כיון שמצרפים חזקת פנויה למיעוט. ולכאורה נראה שהטעם האחרון המובא ברמב"ן שאין לילך אחר הרוב זה, כי הוא רוב של מנהג ואינו רוב בטבע כמו רוב בהמות כשרות וכדו', אינו טעם שלישי אלא זוהי השלמה לטעם השני שהביא שם מטעם שהוא רוב התלוי במעשה, וכאן בסוף דבריו ביאר שרוב התלוי במעשה של מנהג אנשים ואינו רוב בטבע הוא רוב גרוע ולא אזלינן בתריה.

והנה בחידושי הרמב"ן שם בקידושין הביא את שתי הגרסאות בזה"ל:

ואסקה רב פפא באתרא דמקדשי והדר מסבלי חיישינן, ואקשינן מקדשי והדר מסבלי פשיטא ואמרינן לא צריכא דרובא מקדשי והדר מסבלי ומיעוטא מסבלי והדר מקדשי מהו דתימא ניהוש למיעוטא, כלומר הואיל ואין קדושין לפניך אלא שאתה חושש שמא קדש, נימא זה מן המיעוט הוא שהרי לא קדש, קמ"ל דמיעוטא כמאן דליתיה דמי, וחוששין שמא קדש שלא בפנינו, שאין אדם שולח סבלונות לעולם אא"כ קדש, ורבינו חננאל ורבינו יצחק ז"ל שניהם גורסים לא צריכא דמיעוטא מקדשי והדר מסבלי ורובא מסבלי והדר מקדשי מהו דתימא לא ניהוש למיעוטא קמ"ל, וטעמא דמלתא משום דהאי רוב לאו רוב גמור הוא, שאינו חיוב, ואם רצו אין נוהגין כן, ואינו דומה למה שאמרו רוב נשים מתעברות ויולדות ומיעוט מפילות שהוא רוב של חיוב וטבע, אבל רוב מנהג פעמים שאדם נוהג כמנהג המיעוט, והואיל והיא איסורא דאשת איש חששו למיעוט זה.

הרמב"ן בחידושו מביא את הגרסה הראשונה ומסביר את ההו"א שאין הולכין אחר הרוב כמו ההסבר הראשון שהביא במלחמות. וביחס לגרסה השניה שהיא גרסת הר"ח והר"י מסביר הרמב"ן שמה שלא הולכין אחר רוב כזה למסקנה משום שהוא רוב של מנהג אנשים ולא אזלינן בתריה. ולכאורה נראה כי הרמב"ן בחידושים שבק לגמרי את הטעם שלא הולכין אחר הרוב מטעם שהוא רוב התלוי במעשה. אבל זה תמוה מדוע ישמיט הרמב"ן טעם כ"כ פשוט שנזכר בתחילת דבריו כדי להסביר את הגרסה הראשונה, וגם הוזכר טעם זה בחידושי הרמב"ן בחולין י"א כמו שיובא להלן. אשר על כן נראה דהכל טעם אחד, דהיינו מה שלא הולכים אחר רוב שיש לו מעשה הוא גופא משום שהמעשה תלוי במנהג בני אדם שאינו דבר קבוע כמו רוב שהוא בטבע.

הטעון בירור הוא לפי הגרסה הראשונה שאם קיים חסרון ברוב זה לפי הטעמים שהובאו ברמב"ן במלחמות ובחידושים מצד שאין הקידושין לפניך או שזה רוב התלוי במעשה ובמנהג אנשים – שאינו רוב בטבע, מדוע למסקנה כן אזלינן בתר רוב זה.

ויש ליישב זאת לפי גדר נוסף המתבאר בדברי הרמב"ן במקום אחר. הרמב"ן בחולין י"א ע"ב מביא את הסוגיא ביבמות קי"ט הנ"ל ומקשה את קושיית הראשונים הנ"ל מדוע הגמרא תלתה את החשש שמא הצרה מעוברת בשיטת ר"מ ולא בשיטת רבנן, הלא ברוב התלוי במעשה גם רבנן מודים לר"מ וז"ל:

והכא נמי אמאי אזלינן בתר רוב בעילותיו דבעל הא רובא דתלי במעשה הוא, ולא מילתא היא כלל דכי [לא] אזלינן בתר רובא דתלי במעשה הי"מ כשמיעוטו לא תלי במעשה כי התם משום דמילתא דאתיא ממילא שכיח, אבל היכא דמיעוטא נמי תליא במעשה כי הכא, שוין הם ועל כרחך הרוב מצוי והולכין אחריו כמו שהולכין אחר רוב שאין רובו ומיעוטו תלויין במעשה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לדברי הרמב"ן היישוב הוא משום שכאשר נולד ולד ויש ספק מי הוא אביו אנו תולין זאת ברוב בעילות אחר הבעל למרות שהוא רוב התלוי במעשה, משום שגם המיעוט תלוי במעשה (דהיינו בבעילה של אדם זר) וכה"ג שהרוב והמיעוט שניהם תלויים במעשה אזלינן בתר הרוב שהוא מצוי יותר מהמיעוט. וכך עולה מפורש מדברי הרמב"ן בהלכות בכורות שם. וכ"כ הרשב"א שם בחולין. וכ"כ הר"ן שם: "דלא עדיף רובא דתלי במעשה ממיעוט דהוי ממילא." וכך נקט לדינא בעל הפרמ"ג בספר גינת ורדים (כלל סא) וז"ל:

התנאי הא' הוא דבעינן שיהא הרוב והמיעוט תרווייהו או תליין במעשה או תרווייהו לא תליין במעשה ומכל שכן אם הרוב לא תלוי במעשה והמיעוט תלוי במעשה דפשיטא דאזלינן בתר רובא [...] אבל כשרובא תליא במעשה ומיעוטא לא תליא במעשה אין הולכין בתר רובא ודבר זה מתבאר יפה בבכורות (כ ע"א): רבינא אמר היינו טעמא דלא אזלינן בתר רוב בהמות מתעברות ויולדות דמיעוטא דלא תליא במעשה ורובא תליא במעשה לא אזלינן בתריה והרשב"א בחולין (יא-יב ע"א) הביא זה להלכה ועיין שם בבכורות בתוס'.

המבואר שאימתי לא אזלינן בתר רוב התלוי במעשה או במנהג אנשים שאינו רוב בטבע זהו כאשר המיעוט אינו תלוי כלל במעשה, אבל במקרה שגם המיעוט תלוי במעשה שפיר אזלינן בתר רוב אף אם הוא תלוי במעשה. ולפ"ז י"ל שמה שאלזינן בתר הרוב בקידושין וממילא חוששין לקידושין זהו משום שגם המיעוט תלוי במעשה (הקידושין). ונמצא לפ"ז קצת דוחק שההו"א והמסקנה תלויים בזה גופא האם יש משמעות לעובדה שהמיעוט אף הוא תלוי במעשה, שלפי ההו"א אזלינן בתר מיעוט זה ולמסקנה לא אזלינן אחר המיעוט זה כיון שאף הוא תלוי במעשה – בעוד מרכיב זה (של מיעוט התלוי במעשה) לא נזכר כלל בדברי הרמב"ן בגוף הסוגיא בקידושין.

ואם כנים אנו בזה, יש להבין לפי גרסת הר"ח מדוע לפי המסקנה לא אזלינן בתר הרוב, דאף הוא תלוי במעשה, הרי נתבאר שכאשר אף המיעוט תלוי במעשה דשפיר אזלינן בתר הרוב.

ועוד יש להקשות סתירת דברי הרמב"ן כי מדברי הרמב"ן במלחמות ובחידושים בקידושין עולה לכאורה שאין לילך אחר רוב התלוי במעשה כי הוא דבר התלוי במנהג ולא בטבע העולם, ומשמע שאין לרוב כזה כל משמעות – לא מדאורייתא ולא מדרבנן, וכך הבין בדבריו בשו"ת משנת רבי אהרן (ח"ב אהע"ז סימן מט) עיי"ש, ולפ"ז היה מקום לומר שבשום פנים אין משמעות לרוב כזה אפילו במקרה שהמיעוט גם הוא תלוי במעשה, ואילו מדברי הרמב"ן והראשונים בחולין מפורש שהולכין בתר רוב התלוי במעשה כשגם המיעוט תלוי במעשה.

שוב ראיתי בשו"ת דברי מלכיאל ח"ב סימן קכ"ה כעין זה, שבתחילת דבריו כתב מסברא דנפשיה שאין הולכין אחר רוב התלוי במעשה מצד שהוא דבר התלוי ברצון ובחירת האדם או בע"ח והחסרון בזה מצד שאינו רוב בטבע, ושוב הקשה על זה מדברי הרמב"ן במלחמות הנ"ל דמשמע דיש משמעות לרוב כזה כשגם המיעוט תלוי במעשה.

ויש לעיין בסברת הרמב"ן במלחמות ובחידושים שם, מה גרע כח הרוב במה שהוא מושחת על מנהג, והלא בכל מקום אנחנו הולכין אחר המנהג אפילו להוציא ממון, וצ"ל משום שאין זה מנהג פשוט אלא רק של רוב וכה"ג לא הולכין אחר רוב בממון, ואע"פ שהולכין בתר רוב באיסור, מ"מ כשהרוב תלוי במעשה גם באיסור לא אזלינן בתריה.

וכדי להסביר את כל הקשיים ויש להקדים דהנה השב שמעתתא (ש"ד פרק ו) דייק את לשון הרמב"ן במלחמות וז"ל:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אלא שנראה מדברי הרמב"ן דגם רוב כהאי שתלוי ברצון ובמנהג נמי מדינא רובא הוי, אלא דבמקום איסור אשת איש החמירו ברובא כהאי, דאי לאו משום חומרא דאשת איש היה מהני רוב כהאי.

מבואר שהבין הש"ש שלדעת הרמב"ן מה שלא הולכין אחר הרוב כה"ג הוא משום שיש לחוש לחומר אשת איש. וכ"כ באבני מילואים סימן סימן מה סק"ב וראה שם שהביא דברי הריטב"א שתמיד אין לילך אחר רוב התלוי במנהג אפילו בלא הטעם מצד חומר אשת איש. ויש לדייק מזה כי באמת גם רוב התלוי במעשה הוא רוב, אלא שלענין אשת איש יש להחמיר לחוש למיעוט וחשש זה הוא מטעם לעז בעלמא כיון שיש נוהגים כך ויש נוהגים כך, ומפורש במהרי"ק שורש קע"א [שיובא להלן] שחיישינן האמור בגמרא לענין סבלונות אינו עושה ספק קידושין אלא הוי רק חשש קידושין לחומרא כדי להצריכה גט. ולפ"ז יש לומר דשפיר אזלינן בתר רוב כזה היכא שגם המיעוט הוא תלוי במעשה כי מאי אולמי המיעוט יותר מהרוב.

ויש מקום לומר לפ"ז בשיטת הרמב"ן אליבא דמסקנת הסוגיא לגרסה השניה כי מה שלא אזלינן בתר רוב התלוי במעשה הוא רק מדרבנן כי באמת יש משמעות מעיקר הדין לרוב כזה, רק שבמקום מיעוט שלא תלוי במעשה אנו מעדיפים את המיעוט שהוא מצוי יותר. וזהו דלא כהמשנת רבי אהרן והיב"א בשיטת הרמב"ן שיובאו להלן¹.

ומה שלפי הגירסה הראשונה למסקנה אזלינן בתר רוב כזה אף שהוא תלוי במעשה, מובן היטב, דלפי מה שהוסבר יש משמעות לרוב התלוי במעשה שאזלינן בתר רוב כזה מהתורה ולכן

¹ המשנת רבי אהרן והיב"א נקטו בדעת הרמב"ן שרוב התלוי במעשה אינו מועיל מהתורה. לפי דבריהם יש ליישב את הסתירה ברמב"ן בדרך אחרת והוא מייסודו של ידידנו הרה"ג ר' בצלאל ווגל שליט"א. יש לומר שרוב התלוי במעשה ורוב התלוי במנהג הם שני מושגים שונים. רוב התלוי במנהג הוא רוב שאינו רוב גמור, אבל יש לו משמעות והוא מועיל מהתורה, ואילו רוב התלוי במעשה אינו רוב בכלל ולכן אינו מועיל מהתורה. ולפ"ז לא קשה הסתירה בדברי הרמב"ן, הרמב"ן שכתב שבמקום שגם המיעוט תלוי במעשה אזלינן בתר רוב התלוי במעשה, זהו רק ביחס לרוב התלוי במעשה, אבל כלפי הגרעיותא האמורה ברוב התלוי במנהג, החסרון בו הוא קבוע ואינו תלוי אם המיעוט גם הוא תלוי במעשה. ולכן דברי הרמב"ן שכתב שיש לילך אחר רוב התלוי במעשה כאשר גם המיעוט תלוי במעשה אינם נוגעים כלל לגדר רוב התלוי במנהג, שלעולם אין לילך אחר רוב זה. אמנם לרוב התלוי במנהג יש משמעות שהוא מועיל מהתורה, ולכן לפי גרסת הר"ח מהתורה לא חוששין לקידושין במקום שמסבלי והדר מקדשי, ומהתורה חוששין לקידושין משום חומרא דאשת איש כדהעלה הש"ס, אבל אין לזה כל שייכות למיעוט, ולכן אף אם המיעוט אינו תלוי במעשה לעולם אין להכריע לגמרי לקולא על פי רוב זה. לעומת זאת לפי הגרסה הראשונה הרמב"ן מזכיר רק את החסרון ברוב זה מצד רוב התלוי במעשה ולא מצד רוב התלוי במנהג כי לפי גרסה זו אנו מבקשים לבטל לגמרי את ההליכה אחר הרוב גם מהתורה ורק חוששין למיעוט ולקידושין מדרבנן, כי אם היינו מזכירים בגרסה הראשונה את הרוב התלוי במנהג אה"נ שרוב זה היה מועיל מהתורה, והיה עלינו לקבוע כי אשה זו מעיקר הדין מקודשת מהתורה, ולא רק לחומרא ומדרבנן. אכן יש לעורר לפ"ז מדוע באמת לא נכריע שהיא מקודשת זה תוקף מהתורה ולפי הגרסה הראשונה אין תוקף כלל לרוב התלוי במנהג בדיוק כמו רוב התלוי במעשה. אכן כלפי טענה זו י"ל שלפי הגרסה הראשונה הרוב התלוי במעשה מבטל את תוקפו של רוב התלוי במנהג ולכן אנו נוקטים מעיקר הדין שרוב התלוי במעשה אינו כלום והיא אינה מקודשת. ועדיין היה מקום לומר לפי הגרסה השניה כי למרות שמצד רוב התלוי במנהג מעיקר הדין רוב זה מועיל מהתורה להכריע לקולא שהיא אינה אשת איש, אבל לפי מה שנתבאר כי רוב התלוי במעשה גובר בתוצאתו לרוב התלוי במנהג, הרי מצד רוב התלוי במעשה היה עלינו לומר שאין כאן רוב כלל לקולא, וממילא היה עלינו לנקוט כהמיעוט שהיא אשת איש מעיקר הדין. אבל כלפי זה יש לדון שלפי הגרסה השניה אין זה בכלל הציור של רוב התלוי במעשה, וה"ט כי הרי הרוב לפי הגרסה השניה הוא מקום שמסבלי והדר מקדשי שתוצאתו לקולא שאנו נוקטים שאינה אשת איש – דהיינו שלא נעשה מעשה קידושין, וממילא לא שייך כלל הציור של רוב התלוי במעשה.

אך בכל מקרה נשאר קשה לפי דרך זו, מדוע הרמב"ן בחידושו שבק לגמרי את מושג רוב התלוי במעשה בשעה שהוא נזכר בדבריו במלחמות וגם במסכת חולין כדבר פשוט. ועוד קשה מדוע כאשר לרוב תלוי במעשה יש לו משמעות כאשר גם המיעוט תלוי במעשה – שאז נקטינן לילך אחר הרוב - דמאי אולמי המיעוט מהרוב השווים באיכותם, ואילו לרוב התלוי במנהג אין כלל משמעות כאשר גם המיעוט אינו תלוי במעשה, והרי הדברים ק"ו ומה במקום רוב התלוי במעשה שאינו כלום מהתורה, וכאשר גם המיעוט תלוי במעשה - אזלינן בתריה, רוב התלוי במנהג שיש לו משמעות מהתורה, אינו דין שנלך אחריו לגמרי כאשר גם המיעוט תלוי במנהג.

מחמת קשיים אלה נקטנו לעיקר כמו שכתבנו בפנים שרוב התלוי במעשה לא אזלינן בתריה הוא גופה משום שהוא רוב התלוי במנהג בני אדם שאינו רוב הקבוע בטבע.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מעיקר הדין אין חוששין לקידושיו ורק מדרבנן ומשום לעז חוששין לקידושין וכנ"ל, א"כ קל וחומר שיש לילך אחר רוב כזה למסקנת הגמרא לפי הגרסה הראשונה דיש לילך אחר רוב זה לחומרא, ומסתבר מאד לפ"ז כי לפי גרסה זו הרי דיש לחשוש לקידושין מעיקר הדין ולא רק מספק או לחומרא.

לסיום יש לציין כאן את שיטת שו"ת המהרי"ק סימן קע-קעא שהאריך מאד בביאור שיטת הרמב"ם פ"ט אישות הכ"ח והוא גם לשון השו"ע אהע"ז סימן מ"ה ס"א שפסקו את מסקנת רב פפא כגרסת הר"ח, וכך פירש שם בביאור הגר"א סק"א. לאחר שהמהרי"ק הקשה סתירת לשון הרמב"ם כתב ליישב שמה שלא הולכים אחר הרוב שמסבלי והדר מקדשי משום שהרוב שמסבלי והדר מקדשי הם רק מהעיר הזאת, אבל עדיין יש לחוש למיעוט אנשים הנמצאים בערים אחרות הממוקמות בסמיכות לעיר זאת שנהגו לקדש והדר מסבלי. והביא המהרי"ק מספר פעמים את לשון התוס' והרא"ש שמה שאנו מחמירים כה"ג הוא רק מצד חומרא דאשת איש כי מעיקר הדין יש לסמוך על רוב בדומה לטבע במים שאין להם סוף שמותרת מעיקר הדין ורק לכתחילה לא תינשא. וראה בב"ש (סימן מה סק"ב) שכתב על דברי המהרי"ק וז"ל:

בתשובות מהרי"ק שורש ק"ע מדקדק בדברי הרמב"ם שהוא כל' המחבר. [...] ומתריך הוא דה"ק הרוב עיירות סביב לאותו מקום משלחים סבלונות מ"ה נקרא מקום שנהגו מיהו באותה העיר הרוב אין משלחים, מיהו הר"ן והמגיד לא ס"ל כן בפ"י הרמב"ם אלא חיישינן למיעוט ממש מיעוט עיר זו בשל סביבות מ"מ חוששין למיעוט והטעם דחוששין כאן למיעוט כתב הרא"ש משום חומרת א"א חיישינן למיעוט כמו נטבע במים שאין להם סוף דרובם מתים חיישי' ג"כ למיעוט אשר אין מתים משום חומרת א"א והר"ן כתב הטעם רוב שהוא ע"פ המנהג לא נקרא רוב כי מנהג עשוי להשתנות וע' בתוס' ובמלחמות.

הב"ש מעיר שפשט דברי הרמב"ם לפי המ"מ והר"ן שהחשש למיעוט אינו מצד החשש למנהג עיירות נוספות הממוקמות בסמיכות לעיר הזאת, אלא החשש למנהג מיעוט אנשי העיר הזו גופא. ובהמשך דבריו נראה שמבין שיש שני טעמים מדוע אין לסמוך על הרוב ויש לחוש למיעוט: א. בשם הרא"ש משום חומר אשת איש; ב. בשם הר"ן משום שאין זה רוב טוב כי הוא תלוי במנהג בני אדם.

אולם לפי מה שנתבאר מדברי השב שמעתתא הרי הטעם הכתוב בר"ן מקורו בדברי הרמב"ן, ובתוצאת הדין שווים הרא"ש והרמב"ן שמעיקר הדין סומכים על הרוב מהתורה, ורק מדרבנן חוששים למיעוט משום חומר דאשת איש.

העולה מהאמור כי מדברי הרמב"ן במלחמות נראה כי רוב התלוי במעשה אינו רוב גמור מהטעם שהוא תלוי במעשה ומנהג של בני אדם ומנהג עשוי להשתנות, ואינו דומה לרוב בטבע הנחשב לרוב קבוע. אולם נתבאר שרוב כזה יש לו משמעות ותמיד אזלינן ביה לחומרא כאשר גם המיעוט תלוי במעשה; לפי הגרסה הראשונה למסקנת הגמרא אזלינן בתר רוב כזה במקום שהרוב מקדשי והדר מסבלי להצריכה גט לא רק מספק או מחומרא אלא מעיקר הדין, ואילו לפי הגרסה השנייה אזלינן בתר הרוב במקום שהרוב מסבלי והדר מקדשי שמעיקר הדין אינה צריכה גט, ומה שחוששין לקידושין זהו רק מדרבנן משום לעז ומשום חומרא דאשת איש. בב"ש נראה כי ישנם שני טעמים מדוע לא סומכים על הרוב א. משום חומר דאשת איש ב. משום שהוא התלוי במנהג בני אדם. אולם לפי מה שנתבאר בתוצאת הדין השיטות שוות.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

רוב התלוי במעשה אינו רוב – מדאורייתא או מדרבנן

המהרי"ט אלגזי שם מביא בתחילה את דברי הרמב"ן והרא"ש, שקיי"ל להלכה כדברי רבינא, שרוב שתלוי במעשה אינו רוב. והביא דברי התוס' והרא"ש שסוברים, שאין הגוי נאמן לומר אינו בכור, אפילו במסיה לפי תומו, מפני שלהשביח מקחו הוא אומר כן. על כך שואל הראנ"ח, מדוע צריך את הטעם של "להשביח מקחו הוא צריך", הרי בספק דאורייתא כבכור אין הגוי נאמן למעט עדות אשה. מתרץ המהרי"ט אלגזי, ששיטת התוס' והרא"ש היא, שרוב שתלוי במעשה אינו רוב רק מדרבנן, אך מדאורייתא הולכים אחר רוב אף אם הוא תלוי במעשה ולכן אין במקרה זה איסור דאורייתא, וז"ל:

יש לומר, דמאי דמודו רבנן לר' מאיר ברובא דתלי במעשה לאו למימרא, דרוב דתלי במעשה לא חשיב כלל מן התורה, אלא הכוונה דבכה"ג דתלי במעשה, אזלי רבנן נמי בתר מיעוטא כר' מאיר, אבל מ"מ אינו אלא מדרבנן.

וכ"כ להוכיח בספר ראש יוסף בחולין י"א. מאידך, המהרי"ט אלגזי מביא שם, ששיטת רש"י היא שרוב שתלוי במעשה אינו רוב גם מדאורייתא.

מרן הראש"ל הגרע"י זצ"ל בשו"ת יביע אומר (חלק ח יורה דעה סימן ג) תלה בזה מחלוקת ראשונים ואחרונים וז"ל:

ולכאורה יש להוכיח דרוב התלוי במעשה לא חשיב רוב אף מדאורייתא, ממ"ש הרמב"ן (קידושין נ, ב) בסוגיא דסבלונות, דאמרין, לא צריכא דרובא מקדשי והדר מסבלי וכו', דה"ט דלא חיישינן בכה"ג לסבלונות, משום דהאי רובא דאמרין דילמא קדיש, רוב גרוע הוא, דהא תלוי במעשה, ואנן לא אזלינן בתר רוב התלוי במעשה, כדמסיק רבינא בבכורות (כ, א). ע"כ. הא קמן דס"ל דרוב התלוי במעשה, מדאורייתא נמי לא חשיב רוב, ומש"ה לא חיישינן לסבלונות, אלא מוקמינן לה בחזקת פנויה. וכן משמע עוד ממ"ש הרמב"ן בהל' בכורות (רפ"ג דבכורות) דמיעוטא דלא תלי במעשה עדיף מרובא דתלי במעשה. ע"ש. (וכ"כ הר"ן חולין י, א). אמנם מפשט לשון הרשב"א (חולין ט, א ד"ה מר סבר), משמע לכאורה דהא דלא אזלינן בתר רוב התלוי במעשה, היינו מדרבנן. וכן הביין הגאון רעק"א בתשובה (סי' קסב) מדברי הרשב"א, אך הוא עצמו סיים, שאין כן דעת הרמב"ם. ע"ש. וע"ע בשו"ת רבינו יוסף מסלוצק (סי' לז דף קלא, ב). ע"ש. גם הפני יהושע כתובות (כג, א בד"ה מאן דמתני לה ארישא), סובר שרוב התלוי במעשה גם מה"ת לא נחשב רוב. ע"ש. אולם הפמ"ג בשושנת העמקים (כלל יט דכ"ו סע"א) ס"ל, דהוי רק מדרבנן, ומש"ה בדרבנן לא גזרו. וע"ע שם (כלל יב). וע' בשו"ת פרי יצחק ח"ב (סי' יד) ובנחל איתן (פ"ו מהל' ברכות הט"ו). ובמקום אחר כתבנו עוד בזה.

גם במשנת רבי אהרן (ח"ב סימן מט) נקט בדעת הרמב"ן שרוב התלוי במעשה אינו רוב אפילו מהתורה. אולם בראש יוסף שם נקט להלכה כי רוב התלוי במעשה אינו רוב רק מדרבנן.

לכאורה מידי פלוגתא לא יצאנו ושורת הדין שבענין דאורייתא יש להחמיר כדין כל ספק תורה, ואילו בענין שהוא רק מדרבנן יש להקל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מקרים נוספים כשהמיעוט תלוי במעשה

בספר ראשית ביכורים (בבכורות שם) תירץ על פי יסוד דברי הרמב"ן בחולין את קושיית החכמת אדם (בינת אדם שער רוב וחזקה סימן ד) שהקשה מדוע מותר לעניים לאכול דמאי ומשום שרוב עמי הארצות מעשרים, והלא הוא רוב התלוי במעשה והחכ"א הוכיח מזה שמהתורה אזלינן גם ברוב התלוי במעשה. והראשית ביכורים תירץ לפי היסוד הנ"ל, כי גם המיעוט תלוי במעשה כי החיוב במעשר נקבע בעשיית מעשה של גמר מלאכה והכנסה לבית, לכן כה"ג סמכינן על הרוב אפילו שהוא תלוי במעשה.

יישובים נוספים מדוע 'רוב עמי הארץ מעשרין' אינו רוב התלוי במעשה

ועוד יש ליישב קושיית החכ"א, ד"רוב עמי הארץ מעשרין הן" אין הכוונה לומר דסמכינן על זה לומר שעישרו, כי זה אינו, דרק חבר אינו מוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן. אלא הביאור הוא, שבאמת עם הארץ אומר שהוא מעושר, רק שאנו אין מאמינים אותו כי הוא חשוד על המעשרות, ולזה אמרינן, דרוב עמי הארץ אינם חשודים על המעשרות, וממילא נאמן הוא לומר שהוא מעושר, ואם כן, אין זה רוב התלוי במעשה.

וראה עוד בדברי מלכיאל שם שרצה ליישב שרוב עמי הארצות מעשרין אינו בגדר רוב אלא בגדר חזקת כשרות, ושפיר אזלינן בתר חזקות גמורות אפילו לסקול אשת איש. ועוד כתב לדון שאזלינן בתר רוב התלוי במעשה במקרה שזה ענין של מצוה דחזקה שעשה את מצוותו.

יחד עם זאת מרן הראש"ל הגר"י יוסף שליט"א בשו"ת עין יצחק (חלק ב - אבן העזר סימן א) הקשה לדרך זו וז"ל:

אבל זה אינו דהא מצינו בקידושין (דף נ ע"ב) בתוס' ד"ה ה"ג מקדשי כו' שכתבו דאף ברובא מסבלי והדר מקדשי ג"כ חיישינן למיעוט אף דיש רוב וחזקה כו' והתם הא המיעוט תלוי במעשה הקידושין שעשו מעשה לקדשה ואפ"ה חשו למיעוט.

אולם זאת יש ליישב כמו שכתב בדברי מלכיאל ח"ב יור"ד סימן קכ"ה שרוב התלוי רק במנהג ולא בטבע העולם שברא ה' בעולמו אינו רוב חזק, וגם משום שהחמירו יותר באשת איש לחוש למיעוט.

בדברי מלכיאל שם בתחילת דבריו רצה להסביר מהו יסוד הדין שאין הולכין אחר הרוב שתלוי במעשה, וכתב וז"ל:

ולזה נראה הסברא דכיון שתלוי בבחירת האדם או הבע"ח אם לעשות זה או לא אין שייך ללכת בזה אחר הרוב, דלא דמי לכל הנהו דילפינן מינה בחולין י"א דאזלינן בתר רובא. ולפ"ז ה"ה היכא שהרוב אינו עושה המעשה והמיעוט עושה ג"כ לא אזלינן בתר רובא כיון שתלוי בבחירה וכנ"ל.

המבואר שלא החסרון בעשיית מעשה הוא סיבת הדין שלא הולכין אחר הרוב אלא מצד שהדבר תלוי ברצון ובחירת האדם או הבע"ח אם לעשותו, ולפ"ז יצא לחדש שאפילו במקרה שהמיעוט קורה רק בקום עשה ואילו הרוב קורה אף בשב ואל תעשה לא אזלינן בתר הרוב.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אולם כאמור, יסוד דבריו נסתרים מדברי הרמב"ן והר"ן הנ"ל שבמקרה שהמיעוט מתקיים רק בקום עשה אזלינן בתר רוב התלוי במעשה, והדברי מלכיאל הרגיש בסתירה זו וראה מש"כ ליישב שם. וכבר הרחבנו בענין זה.

סוגיות בש"ס שמשמע מהן שרוב שתלוי במעשה נחשב רוב

בדברי הרמב"ן בחולין שם מבואר ש'רוב בעילות אחר הבעל', הוא רוב התלוי במעשה, אך אזלינן בתריה משום שגם המיעוט תלוי במעשה.

מלבד זאת ישנן דוגמאות נוספות של רוב, המופיעות בש"ס ובראשונים, שלכאורה, תלויים במעשה, ואעפ"י כן אנו סומכים עליהם.

א. רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם (חולין ג ע"ב וכ"פ השו"ע הלכות שחיטה סימן א ס"א);

ב. רוב מצויין אצל תפילין מומחין הם (תוס' מנחות מ"ג ע"ב);

ג. רובא מקדשי והדר מסבלי (קידושין נ ע"ב).

שיטת אביו של בעל השואל ומשיב

בשו"ת שואל ומשיב (מהדורא קמא חלק א סימן ז) הביא את תשובת אביו הגאון הרב אריה לייבוש בנושא זה וז"ל:

והנה כאן ג"כ יש להעמיד המוכר בחזקת שלא למד ואף דאמרינן בתפילין רוב מצויין אצל תפילין מומחין הן היינו בכה"ג דמצא תפילין וא"כ אין האיש לפנינו ואנחנו חוקרים רק על התפילין אמרינן שהולכין אחרי רוב תפילין שכתובין מן המומחה ול"ש לומר דהעמד הכותב על החזקה שלא למד עדיין שהרי לא על הכותב אנו חוקרין רק על התפילין שלפנינו משא"כ אם קונה תפילין והאיש המוכר לפנינו יש להעמיד האיש על חזקתו ודו"ק כי לפענ"ד היא נכון ולדינא צ"ע.

לדעת אביו של השואל ומשיב רוב התלוי במעשה אינו רוב, מפני שאנחנו מעמידים על חזקה קמייתא ואומרים שהמעשה לא נעשה. לפי סברה זו יש להבחין בין אדם המוצא תפילין, לבין הקונה תפילין.

כאשר אדם מוצא תפילין, הדיון הוא על התפילין ואז אנו מכריעים כי התפילין כשרות על סמך ש"רוב מצויין אצל תפילין מומחין הם" (המקור: בדברי התוס' במנחות מ"ג ע"ב כנוצר לעיל). לעומת זה כאשר אדם קונה תפילין והמוכר נמצא לפניו, מומחיותו וכשרותו של המוכר מהוה חלק מהדיון על כשרות התפילין, כי אז מתעוררת השאלה גם אם המוכר עשה את המעשה, קרי, התמחה בענייני תפילין, ובכה"ג אף שבעלמא רוב וחזקה רוב עדיף, מ"מ כאן החזקה עדיפה על הרוב, וכמבואר לעיל.

לפי דרך זו מסביר השואל ומשיב את מה שנפסק בשו"ע (יור"ד סימן א ס"א):

והנה לדברך הוה א"ש מה דמבואר ביו"ד סי' א' מותר ליתן לכתחלה לשחוט על סמך שיבדקנו אח"כ ואם הוא לפנינו צריך לבדקו וכשאינו לפנינו סמכין על רוב מצויין אצל שחיטה וכשהוא לפנינו צריך לבדקו משום דכשהוא לפנינו אנו דנין על השוחט עצמו ויש לאוקמי על החזקה שלא למד עדיין אבל כשהלך לו ואין אנו דנין על השוחט רק על אותה בהמה אם נשחטה כהוגן שפיר תלינן ברוב.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מבואר שגם אם רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם, מ"מ יש להבחין בין נמצא בשר שחוט לפנינו שאז תולין לומר שנשחט בכשרות ע"י אדם שיודע הלכות שחיטה, לבין כאשר אנו באים לקנות בשר משוחט שאז מתעוררת השאלה גם על רמת המומחיות של השוחט, שבמקרה זה, אנו מעמידים את השוחט על חזקתו המקורית - לפני שלמד, ואין הולכין בדרך רוב מומחין אצל שחיטה כי זה רוב התלוי במעשה.

ומכאן גם למקרה של בכורות בהמה שאנו דנים על הבהמה עצמה, האם הבהמה הורבעה אם לאו. עובדה זו תלויה במעשה, ולכן גם כאן מעמידים על החזקה שלא נעשה המעשה.

דחיית השואל ומשיב' להסבר זה

לאחר שהסביר את דברי אביו וכן"ל, דוחה השו"מ הוא את יסוד דבריו, שרוב שתלוי במעשה אינו רוב, מפני שמעמידים על חזקה קמייתא, וז"ל:

אך גוף דבריך דיש לאוקמי זה בחזקת שלא למד הנה אם כוונת על חזקת הגוף שנולד בלי לימוד א"א לפענ"ד דהא עכ"פ כיון דרוב מצויין אצל תפילין ושחיטה וכדומה מומחין הן איך שייך חזקה שלא למד הא כבר איתרע דהרוב מעיד שכבר למד וכל אדם בטבעו משתנה וחזקה העשוי להשתנות דאדם עיר פרא יולד ואח"כ לומד ויודע.

השו"מ טוען כי מאחר שחז"ל קבעו 'רוב מצויין אצל שחיטה מומחים הם', לא מסתבר להעמיד את השוחט בחזקת שלא למד - כי הוא נולד בור ועם הארץ, זה לא יתכן, משום שזו חזקה שעשויה להשתנות.

יתר על כן, מוכח מהרמ"א שרק כאשר אנו מסופקים על שוחט מסויים, והוא לא קיבל סמיכה מאף אחד, אז אנו מעמידים על החזקה. אבל בסתמא אין אומרים זאת, משום שזו גופה חזקה שעשויה להשתנות וז"ל שם:

ועיין ברמ"א סי' א' דכל שנטל קבלה אין מטריפין למפרע ולא מוקמינן אחזקתו שלא למד ודוקא בשאנו מסופקים אם למד כלל ולא נטל קבלה מוקמינן אחזקה משא"כ בזה.

לאור זאת מסיק השו"מ כי יש להבחין בין סוגי הרוב וכמו שיובא להלן. אך קודם שנביא דבריו, נביא שיטות נוספות ונראה כי שיטתו מורכבת מחיבור של כמה שיטות. וראה גם בדברי מלכיאל שדחה סברא זו מבלי להזכירה בשם אביו של השו"מ כי רובא וחזקה רובא עדיף.

שיטת המלא הרועים

בספר מלא הרועים ערך רוב התלוי ברצון (אות יב) כתב וז"ל:

עוד נ"ל דהא דלא אמרינן רובא דתלוי במעשה היינו היכא שהרוב הוא על המעשה גופא, אבל היכא שהרוב הוא על איזה ענין והמעשה נמשך ממילא, ואסברא לך כגון מצויין אצל שחיטה מומחין - שאין הרוב על מציאת המחאה [=מומחיות] שהוא מעשה הלימוד רק שהרוב אנשים כשרים הם ויראים לשחוט מבלי המחאה. נמצא הרוב הוא על היראה לשחוט מבלי מחאה, והמעשה נמשך ממילא מדחזינן דשוחטים הם, ש"מ דמומחים הם [...]

ובזה מיושב ג"כ בהך דרובא מקדשי והדר מסבלי דאין אנו דנים על עצם המעשה רק שאנו אומרים שרוב אנשים יראים לשלוח סבלונות קודם

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

קידושין כמש"כ הר"ן שם כיון שאין בטוחים שנתקדש להם, לכך מעשה הקידושין נמשך ממילא, וכן ברוב עמי הארץ מעשרים הוי ג"כ שרוב עמי הארץ יראים ומוחזקים בכשרות לעשר [...] ודוקא ברוב בהמות מתעברות שאין כאן טעם וסברא רק עצמות מעשה הבעילה ועליה אנו דנין משא"כ היכא דתליא בסברא והמעשה נמשך ממילא [...]

המלא הרועים מבחין בין שני מקרים: א. כאשר עיקר הדיון נסוב סביב השאלה איך אדם פועל ומהן תכונותיו שיובילו אותו במקרה זה, ורק ממילא ובנוסף מתעוררת השאלה מה תהיה תוצאת פעולתו – אין זה רוב שתלוי במעשה. במילים אחרות רוב שבא לברר איך יפעל אותו אדם, הוא רוב גמור, ובלשון המלא הרועים זהו רוב של 'סברא' ואינו בגדר רוב התלוי במעשה. ב. רוב התלוי במעשה אינו רוב, הוא במקרה שאנו מבקשים לברר מה קרה באותו דבר שנמצא לפנינו, וכיון שהרוב אינו יכול לברר את המציאות שאנו דנים עליה אין זה רוב שהולכים אחריו.

בכל הדוגמאות שהבאנו לעיל שהרוב מועיל, זהו כאשר הרוב מברר את תכונות האדם. רוב מצויין אצל שחיטה או אצל תפילין, פירוש, שאדם לא יגש לשחוט או לכתוב ס"ם בלי להיות בקי בהלכות. אנו עושים שימוש ומכריעים על פי רוב כזה כאשר מונחת לפנינו בהמה שאנו רואים שנשחטה, אך אנו לא יודעים מי שחטה. במקרה זה מוקד התחלת השאלה היא ביחס לאדם השוחט - אם הוא יודע וכשר לשחוט, ורק ממילא, כתוצאה מבירורה של שאלה זו, נדון גם על בהמה זו אם היא נשחטה כדין. ואף שהשחיטה תלוי במעשה אך כיון שזהו נדון רק המתילד מעיקר השאלה, אין זה כרוב התלוי במעשה.

כמו כן במקרה שרוב עמי הארץ מעשרין, אמנם השאלה מתחילה בנוגע לתבואה – האם עושרה כדין, אבל מוקד השאלה היא האם לסמוך על הנהגת עמי ארצות, ועל זה באה קביעת חז"ל כי רוב עמי ארצות מעשרין את התבואה שברשותם, וממילא אנו קובעים שמותר לאכול תבואה זו למרות שהעישור הוא דבר התלוי במעשה.

כמו כן במקרה של "מקדשי והדר מסבלי" אנו קובעים, שאדם לא יתן מתנות לאשה, אלא א"כ הוא קידש אותה וזה משליך על תוקף הקידושין שהיא שאלה שנוצרה ממילא מכח ההכרעה מהי הנהגת האדם. לעומת זאת, ב"רוב בהמות מתעברות", הרוב נועד רק לברר את גוף המעשה, שאם הבהמה הורבעה – מסתבר שהיא גם תתעבר, אך עדיין מעשה ההרבעה תלוי באדם מסויים, ולא ברור שאכן ייעשה.

רוב שתלוי במעשה לאחר שנעשה המעשה – שיטת המג"א והשואל ומשיב

בנדון אם יש חובה לבדוק את הציציות מחשש שמא נפסלו, כתב בשו"ת הרא"ש (כלל ב ט) דנהגו שלא לבדוק דאוקי אחזקתייהו אלא שהחרד על דבר ה' יש לו לבדוק. הב"ח (אור"ח סימן ח) חלק על הרא"ש שגם מעיקר הדין יש חיוב לבדוק וז"ל:

"דלא אוקמי' אחזקתי' כיון שאין החזק' בטבע ממילא אלא מכח אדם שתיקן הציצית [ורובא עדיף מחזקה] כדאמרי' ר"פ האשה בתרא [ובבכורות מסקי'] דרובא דתליא במעשה לא חשיב רוב".

הב"ח הביא ראיה לדבריו ממה שצריך לבדוק את השוחט אם הוא בקי בהלכות שחיטה וז"ל:

"ומשום הכי לגבי שחיטה אי איתא קמן צריך למיבדקיה ולא קא סמכינן אחזקה דרוב המצויין אצל שחיטה מומחין הן (חולין ג ב) והיינו משום דהחזקה אינה ממילא אלא על ידי שלמד הלכות שחיטה ושמא שכח וכן

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כתב הר"ן בפרק האיש מקדש (קידושין כב א דבור ראשון) בדין סבלונות לגבי רוב דנהי דבעלמא לא חיישינן למיעוטא היינו דוקא ברוב שהוא קבוע מצד טבע העולם כגון רוב נשים מתעברות ויולדות ומיעוט מפילות אבל רוב שאינו אלא מצד מנהג העולם והמנהג עשוי להשתנות אין זה רוב חשוב שלא לחוש למיעוטו.

המגן אברהם (סימן ח ס"ק יא) הקשה על דברי הב"ח:

"ולא ידענא מאי קאמר דהתם אמרי' שמא לא בא עליה זכר ואת"ל בא עליה שמא לא נתעברה משא"כ כאן דנתקנו הציצי' כהלכתן אוקמיה אחזקתייהו כמו מקוה שהמשיכו לתוכה מ' סאה שא"צ לבודקה בכל עת שטובל בה אך נ"ל דמ"מ חייב לבדוקן משום דאין סומכין על החזקה במקום דיכולים לבררו כמ"ש בי"ד סי' א."

העולה כי לפי הב"ח, שאין לסמוך על החזקה הזו, מפני שהיא תלויה במעשה שהאדם עשה כשתיקן את הציצית, וחוששים שמא נקרעה. הוא מוכיח זאת מהגמ' בבכורות שהבאנו לעיל, שאף שרוב עדיף על חזקה, אך אם הרוב תלוי במעשה אין לו תוקף. לפי סברא זו הוא מבאר שם, שאם בא שוחט לפנינו - יש לבדוק אותו, ואין סומכים על "רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם". כיון שהרוב תלוי במעשה הלימוד, וחוששים שמא ישכח. ומשמע מדברי הב"ח אלו, שאף כאשר המעשה נעשה לא סומכים על הרוב. כיון שהרוב אינו טבעי, אלא תלוי במעשה האדם, יתכן שלא נעשה כראוי, או שהשתנה המצב. המג"א חולק על הב"ח, וסובר שרוב שתלוי במעשה הוא רוב, אם כבר נעשה המעשה. זאת אומרת שכל מה שמצינו שיש חיוב לבדוק את השוחט וכדו' זהו לפני מעשה, אבל אחר שכבר שחט אנו מוסכים על הרוב שרוב מומחים הם אצל שחיטה ואין כאן חסרון של רוב התלוי במעשה.

גם מדברי השואל ומשיב הנ"ל (שחלק על יסוד דברי אביו) מבואר שסובר כיסוד דברי המג"א שאחר שכבר נעשה מעשה יש לסמוך על הרוב וז"ל:

ובגוף הקושיא שהקשו האחרונים דהא דסמכין על רוב מצויין אצל שחיטה הא הוי רובא דתלוי במעשה, לפענ"ד הי' נראה דזה אם אנו דנין אם היה כאן מעשה כלל כמו בבכורות שם דאנו דנין אם הי' כאן הולדה כלל אמרינן דהוה רובא דתלוי במעשה ולא מקרי רוב. אבל שם הבהמה נשחטה או התפילין נכתבים וכדומה כל עניינם רק אנו דנין על האיש אם הוא מומחה א"כ אין אנו דנין על מעשיו כלל דניהו דהמעשה יש לומר שלא נעשה אבל כל שנעשה המעשה שוב אמרינן דבמומחה נעשה הדבר הרוב העושים זאת מומחין הן ואטו נ"מ בהמעשה הלז אם היא נעשה מהמומחה או מאינו מומחה ובזה אזלינן בתר רוב ובזה י"ל החילוק בין נטל קבלה דידיענו שזה הי' מהרוב שמומחין הן א"כ לא מקרי רובא דתלוי במעשה אבל באינו נבדק כלל ולא נטל קבלה ל"ש להעמידו בתר רוב מומחין כיון דתלוי במעשה ויתכן יותר עפמ"ש התוספת בבכורות דף כ' דלכך באדם ל"ש לומר דהוה רובא דתלוי במעשה דהא הרוב בא ע"י תשמיש וביאר דהוה דבר שממילא ע"ש ולפי"ז בשלמא כשידענו שהיה מומחה א"כ כיון דעפ"י הרוב מומחה שעושה מעשה עושהו בחזקת כשר וטוב ולא יצא מכשול מתחת ידו שפיר אמרי' רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן ול"ש לומר דהוה רובא דתלוי במעשה כיון דהמעשה נעשה רק שאם הוא מומחה הפעולה נעשה בהכשר ואם אין מומחה לא נעשה בהכשר וכיון דרוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן אמרינן דהרוב מעיד שנעשה ממילא הדבר בהכשר דכל מומחה מסתמא עושה בהכשר משא"כ כשלא למד כלל שוב ל"ש לסמוך על הרוב כל

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שראינו ריעותא לפנינו ודו"ק היטב. עכ"פ גוף ענין רובא דתלוי במעשה נכון מאוד לפענ"ד.

לדברי השו"מ החסרון של רוב שתלוי במעשה הוא, שהרוב אינו מברר את המציאות המסופקת. כאשר הדיון הוא על המעשה עצמו, כמו בבכורות בהמה, שהשאלה היא האם הבהמה המליטה, רוב לא יועיל. זאת משום שאולי לא נעשה מעשה ההרבעה. כאשר הדיון אינו על המעשה, כגון שהבהמה כבר נשחטה ואנו דנים אם היה בכשרות, הדיון נחשב לא על אדם מסוים אלא על מציאות. במקרה זה סומכים על הרוב, שכל מי שניגש לשחוט הוא מומחה, וממילא היה זה בכשרות. אולם כאשר ידוע שהשוחט לא "נטל קבלה", הדיון מתמקד על מומחיותו של השוחט, בכה"ג, אין הרוב מועיל.

השו"מ מביא דוגמא נוספת:

והנה בקדושין דף נ"ה אמרו בהמה שנמצאת בירושלים וכו' זכרים עולות ופרש"י דחיישי' שמא מירושלים יצאת ורוב בהמות היוצאת ממנה זכרים הם וע"ז שאל כיון דהרוב שהיא קדשים תלוי במעשה והמיעוט לא תלוי במעשה שחולין הם מעצמותם א"כ בכה"ג המיעוט שלא תלוי במעשה עדיף מהרוב דקדשים תלוי במעשה וע"ז השבתי דכל הטעם דרובא דתלוי במעשה דאינו רוב משום דמחוסר מעשה וא"כ זה בצריך מעשה ממש אבל בקדשים דבפה נתקדש הו"ל כממילא דדיבורא לא מקרי מחוסר דיכול לומר ולחשב לשם קדושה ולא נקרא תלוי במעשה וז"פ ובזה ישבתי מה שהקשה בכ"מ דאמרו דנכבשינהו וניידי ונימא כל דפריש מרובא פריש והא הוי רובא דתלוי במעשה שיצטרכו לנוד ולפמ"ש א"ש דכל שכבש ונידם א"כ הרי עשה מעשה שפזרם ובכה"ג שפיר נקרא רובא דלא תלוי במעשה דהרי כבר עשה מעשה ואינו מחוסר מעשה. אמנם בלא"ה אין מקום לקושיא דאטו אנו דנין אם נעשה מעשה שהרוב תלוי בה או לא וכאן אנו דנין על רוב ומיעוט שכבר נעשה המעשה וזה ל"ש רוב ומיעוט דאנו דנין אם הוא בר קדשים או שהוא חולין והרי בירושלים יש רוב שהיא כבר קדשים וכבר נעשה בה מעשה קדשים ודו"ק.

נראה כי יסוד דברי השו"מ בקטע זה האחרון בפרט, הם הרחבה של סברת המג"א. בדברי המג"א מבואר כי לאחר שנעשה מעשה וכעת השאלה אם המעשה הזה עדיין קיים או שמא התקלקל כגון הציציות שנקשרו מתחילה וכעת יש ספק אם הציציות נותרו בכשרותם, בזה אמרינן כיון שכבר נעשה מעשה ראשוני אין זה שייך לדיון רוב התלוי במעשה, כי אנו רשאים להניח כי המעשה הראשון עדיין קיים. אולם אין לנו ראייה מה יהיה הדיון לפי המג"א במקרה כגון בשר שנמצא שחוט, האם ניתן לקבוע שהוא נשחט כדין, וזאת משום שמעולם לא היתה לו חזקת כשרות מתחילה. וכלפי מקרה זה חידש השו"מ שגם זה בכלל 'מעשה' שכבר נעשה ומעתה אין אנו דנים על האדם אם שחט כדין אלא הספק הוא על הרגלם הכללי של השוחטים. ונקט השו"מ שלזה קבעו חז"ל שאם אין ריעותא בשוחט, אנו רשאים לתלות כי המציאות ברובה הינה כי רוב העוסקים בשחיטה הינם אכן מומחים.

יש להעיר כאן כי יש להתפלא מדוע רבותינו האחרונים תרו אחר סברות במקרים שונים שבהם מצינו שאזלינן בתר רוב התלוי במעשה ושבקו דברי הרמב"ן והרבה ראשונים שנתנו בזה כלל ברור בין אם המיעוט תלוי במעשה לבין מיעוט שאינו תלוי במעשה.

עם זאת מצאנו מקור לסברת השו"מ בשו"ת מהר"ם חלאווה סימן סא. המהר"ם חלאווה נשאל בדין חנות שנמכרו בו בהמות ביום אחד בזה אחר זה, שלא נתערבו חתיכות של זה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בחתיכות של זה, ואחר כך נמצא שאחד מהן היה נבלה, שלא נשחט רוב הושט ואין אנו מכירין אותו, אם נאסור כל הבשר.

בסוף התשובה לאחר שהביא את הסוגיא בבכורות שאין הולכין אחר הרוב ברוב התלוי במעשה, מ"מ בנדון שאלתו יש להתיר וז"ל: "לאו מילתא היא כלל דשאני הכא דידעי דרוב הטלאים נשחטו כהלכתן, ואם כן כבר נעשה מעשה הילכך אזלינן בתר רובא."

העולה כי לאחר שנעשה מעשה אין לנו לחוש שלא לילך אחר הרוב אפילו אם הוא רוב התלוי במעשה וזה דומה ליסוד דברי השו"מ.

הסברו של השפת אמת

כעין ההגדרות העולות מדברי השו"מ, מצינו אולי גם בחידושי השפת אמת בכורות כ ע"ב, שדן בשאלה הידועה מדוע ברוב מומחין אצל שחיטה אין נדון של רוב התלוי במעשה, וז"ל:

בגמ' רבינא אמר כו' רובא דתלי' במעשה כו' אין מוכן הטעם והי' נלע"ד לפרש דעיקר הכוונה כיון דדין רוב ילפינן מסנהדרין וט' חניות א"כ נהי דאפי' רובא דליתא קמן ילפי רבנן מהתם מ"מ היינו במידי דאיתא קמן פי' דמסופקין אם זה סריס אמרינן דהוא מרוב דאינם סריסין אבל היכא דהספק אי אתעביד בי' מעשה פלוני כיון דהמעשה אינו לפנינו והבהמה שכבר ילדה היא כמו הבהמה שלא ילדה לא שייך בזה למיזל בתר רובא לדון על מה דהוי כבר דאין זה הספק לפנינו לדון בו ולא הוי כמו סנהדרין וט' חניות ובזה הי' מיושב מה דמקשינן מרוב מצוין אצל שחיטה מומחין דהוי כרובא דתלי' במעשה ולמ"ש א"ש דנהי דהמחאה היא ע"י לימוד ומעשה מ"מ הספק הוא על איש זה אי יודע עתה הלכות שחיטה [וגם במצא תרנגולת שחוטה בשוק או בשחיט ואזיל לעלמא כיון דעיקר הספק הוא על שעת השחיטה אם נשחט כהוגן ע"י יודע ה"ש] ונהי דהידיעה בא ע"י המעשה מ"מ שפיר הוי דומיא דסנהדרין כיון דדנין על מה שלפנינו וכן הי' מיושב מה שהקשו התוס' מיבמות דלא תנשא שמא צרתה מעוברת דהתם הס' שמא עדיין מעוברת שפיר הוי רוב אפי' תלי' במעשה כמ"ש.

ביאור דבריו הם כך, כי כל מקום שאזלינן בתר רוב הוא בענין שיש לפנינו איזה נתון וזיקה התחלתית שאנו תולין לומר שמה שנעשה בו הוא על דרך הרוב. בהמה שעומדת בפנינו ואין אנו יודעים אם היא ביכרה, הגם כי רוב בהמות מתעברות ויולדות, זה נחשב לרוב התלוי במעשה, וזאת משום שכעת אין כל זיקת מעשה לפנינו כבהמה שנוכל לתלות שהיא מהרוב, משא"כ בנמצא בשר שחוט לפנינו, הספק מתמקד על האדם ששחט - אם גם כעת הוא יודע הלכות שחיטה, והרי הידיעה בהלכות שחיטה הוא דבר ניכר מאד לעין בין מי שיוודע למי שאינו יודע, ולכן לא נחשב כדבר התלוי במעשה, בשונה בשאלה אם בהמה מסוימת ביכרה, הרי מה שביכרה פעם אין לזה כל שייכות למציאות הבהמה כיום, ולכן זה נחשב לרוב התלוי במעשה. וסברתו מזכירה במקצת את הגדרת השו"מ שאם יש לפנינו בשר שחוט שחיטה הרי שיש לתלות כי נעשה בכשרות, והשפת אמת ביאר יותר מה מונח בהגדרת השו"מ ודו"ק כי הוא דק מאד.

אולם נראה יותר כי סברת השפת אמת גם היא כעין הרחבה לסברת השו"מ. בעוד השו"מ הרחיב את סברת המג"א שלא בעינן רק מעשה גמור שהיה לפנינו כגון ציצית שהיתה קשורה כדין מכבר שכעת אפשר לתלות שהיא ממשיכה להיות כשרה אלא גם בבשר שחוט לפנינו אנו רשאים לתלות כי הוא נשחט ע"י מי שהוא מומחה לכך. וכעת באה סברת השפת אמת לומר

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שלא בעינן שיהיה משהו לפנינו ממש כמו בשר שחוט אלא אם הכרעת השאלה תלויה בדבר הנמצא בעולם כעת – גם זה בכלל רוב שאינו תלוי במעשה, ולכן נדחק השפת אמת להסביר לפי שיטתו מדוע כשנמצאה חתיכת בשר אנו תולין שהיא נשחטה כדין, וזאת משום שאנו מכריעים על פי הרוב שהאדם ששחט אותה יודע הוא הלכות שחיטה כעת וידיעתו בהלכות שחיטה כעת הוא דבר הנמצא בעולם, הגם שאדם זה פיזית אינו לפנינו.

ולפ"ז בסו"ד כותב השפת אמת שלפי דבריו מיושבת קושיית תוס' מיבמות דשם החשש שמא היא עוד מעוברת הוא חשש שיש שייכות למציאות העכשווית שאם היא מעוברת אנו רואים זאת לפנינו.

והנה מלבד הדוחק בעצם הסברא להחשיב דבר שאינו בפנינו בפועל - כבפנינו רק משום שיש מקום בעולם שהוא נמצא, גם יש להעיר שחזינן מדלא תירץ התוס' כן ש"מ דלא ס"ל חילוק זה. יחד עם זאת לכאורה יסוד דברי השפת אמת תואם את שיטת הרמב"ן החולק על תוס', כי הרמב"ן הרי חלוק על תוס' וס"ל שגם תשמיש של אדם נחשב כרוב התלוי במעשה, וזה מוסבר כי בשונה מעיבור שהאשה נשארת מעוברת לאחר תחילת העיבור, לעומת זאת התשמיש לבדו אינו משאיר עקבות ודומה לשאלה אם בהמה זו ביכרה בעבר שכעת אין לנו שום מעשה לפנינו שיש לתלות כי נעשה על פי רוב (אולם אם כנים אנו בזה להשוות את דברי השו"מ לדברי השפת אמת אינו מובן כלל דברי השו"מ במה שכתב שם לפי שיטתו, וז"ל: "ויתכן יותר עפ"מ ש התוספת בבכורות דף כ' דלכך באדם ל"ש לומר דהוה רובא דתלוי במעשה דהא הרוב בא ע"י תשמיש וביאר דהוה דבר שממילא ע"ש". והרי אדרבה תשמיש אינו משאיר עקבות בגוף האדם והו"ל להיות כרוב שתלוי במעשה וצ"ע). אכן בלא"ה הרמב"ן מסביר שבתשמיש הולכין אחר רוב התלוי במעשה משום שגם המיעוט תלוי במעשה, ואדרבה מדתירץ הרמב"ן זאת כך ולא כתב כסברת השפת אמת ש"מ דלא ס"ל כדבריו. העולה כי סברת השפת אמת נסתרת מדברי התוס' והרמב"ן.

יש להזכיר כאן כי לפי המלא הרועים כל דיון על כשרות בשר - מתמקד ישירות על כשרות מי ששחט אותו, וכיון שבשאלה זו אנו מכריעים כי רוב העוסקים בשחיטה הם מומחים, הרי ממילא אנו גם מכריעים על גוף המעשה דהיינו על חתיכת הבשר שנשחטה כדין. נראה שהשו"מ והמלא הרועים מגיעים אל אותה הנקודה אך מכיון שונה. לפי השו"מ כאשר אנו רואים בהמה שחוטת ואין ידועה ריעותא על השוחט, כתוצאה מהמעשה המונח לפנינו אנו רשאים לתלות כי היא נשחטה ע"י מומחה. ואילו לפי המלא הרועים כאשר רואים בשר שחוט, אין לזה משמעות, מלבד שאנו צריכים מיד לדון מי שחטה ואנו רשאים להניח כי רוב העוסקים בשחיטה הם מומחים.

עוד יש להזכיר כאן את מש"כ הדברי מלכיאל הנ"ל (שם אות ח) לדייק מדברי המג"א וז"ל:

ולכאורה רציתי לומר הסבר הדבר דכיון שהרוב דמתעברות תלוי במעשה דשימוש. א"כ יש מיעוט שלא נזקקו להם זכרים כלל. ומיעוט שנזקקו ולא נתעברו והו"ל תרי מיעוטי דמצטרפי והוי פלגא ופלגא כדאיתא בקדושין דף ע"ג ע"א [...] ועפ"ז מבואר דברי המג"א סי' ח' סקי"א.

לדברי הדברי מלכיאל אליבא דהמג"א מה שלא הולכין אחר הרוב התלוי במעשה הוא רק במקרה שיש שני ספיקות נגד רוב זה, כגון בבכורות בהמה – שמא לא נזקקה ואת"ל נזקקה שמא לא נתעברה. ולפ"ז בכל מקום שאין שני ספיקות נגד הרוב אזלינן בתר רוב אפילו ברוב התלוי במעשה. ולפ"ז באחד התירווצים רצה ליישב את קושיית העולם מדוע אזלינן בתר מה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שרוב עמי הארץ מעשרים וכן בתר רוב מומחין אצל שחיטה, שהם רוב התלויים במעשה, וה"ט, משום שאין שתי ספיקות העומדות כנגד רוב זה.

לסיכום שיטות המפרשים בדין רוב התלוי במעשה: לדעת הרמב"ן והראשונים בחולין לא אזלינן בתר רוב התלוי במעשה רק כשהמיעוט לא תלוי במעשה אבל באם גם המיעוט תלוי במעשה אזלינן בתר הרוב. לדעת אביו של השו"מ אין הולכין אחר רוב התלוי במעשה כיון שעומדת מולה חזקה דמעיקרא. לדעת השו"מ בכל מצב שיש בפנינו מעשה אנו רשאים לתלות כי נעשה בהכשר על רוב אף אם רוב התלוי במעשה. מדברי המג"א עולה כי רק במקרה שהיה מעשה וכעת השאלה אם המעשה עדיין קיים בזה אנו רשאים לתלות שהוא קיים למרות שבראשיתו הוא רוב התלוי במעשה. עוד עולה מדברי המג"א שלא נחשב כמחוסר מעשה רק אם יש בו תרי ספיקות כגון גבי ספק אם בהמה ביכרה ספק שמא בא עליה זכר וספק שמא עיברה, כך הבין הדברי מלכיאל בדבריו. לדעת המלא רועים כאשר מוקד השאלה עובר לשאלה אם רוב המתעסקים בענין זה הם כשרים, ניתן ללכת אחר הרוב ולומר שרוב האנשים לא ייגשו למלאכה זו אא"כ הם כשרים וזאת למרות שאנו הולכים אחר רוב התלוי במעשה.

ויש להעיר על כל הסברי האחרונים; אביו של השו"מ, השו"מ, מלא הרועים ושל הדברי מלכיאל, שאמת כי בהסבריהם יש מענה לכל מקרה, אך הרי הרמב"ן כבר נזקק לתת כלל העונה על כל המקרים הנדונים, וגם רוב מצויין אצל שחיטה ואצל תפילין הגם שהם רוב התלויין במעשה, כיון שגם המיעוט תלוי במעשה אזלינן בתר רוב כזה [מלבד סברת השו"מ שמצאנו לו מקור בשו"ת מהר"ם חלאווה וכו"ל].

העולה מכל האמור לני"ד

הנה בהנחה כי רוב מסדרי הקידושין ברוסיה האסיאתית הם מסדרים קידושין כדון, לכאורה באנו לסוגיית רוב התלוי במעשה [הגר"ב בארי נקט כי קיים כזה רוב, ולכן כדי שלא נוכל לסמוך על רוב זה, העלה כי זהו רוב התלוי במעשה ואין לסמוך עליו. אולם כשאני לעצמי לא ברור כלל אם קיים רוב כזה, כי קשה מאד להכליל את כל חבלי הארץ בבריה"מ כדי ליצור רוב כזה, והרי אם באנו להכליל את כל חבלי הארץ הזו, הרי רבים מבני אשכנז המתגוררים באזורים אלה נשכחה מהם תורת קידושין כמעט כליל כמו שהעלה הגרו"נ גולדברג].

והנה לפי העולה מדברי המג"א לפי הסבר הדברי מלכיאל רוב התלוי במעשה – אחר שכבר נעשה המעשה, אין זה רוב התלוי במעשה ויש לילך אחריו. אבל בני"ד לפי הנימוקים שהעלנו הרי אנו מסופקים גופא אם נעשה מעשה דהיינו האם אם המבקשת נישאה כדת משה וישראל. מצד שני הרי מדברי המג"א נראה שרק באיכא תרי ספיקות ליצירת המעשה, זה נחשב כרוב התלוי במעשה, ובני"ד בפשטות הרי התקיימה חתונה, והגם כי העדות שיש לנו על מאורע זה הוא רק מפי אם המבקשת ואחיה שהם פסולי עדות, אבל מסתמא הוא מילתא דעבדי לאיגוליי שאירע מאורע כזה, אבל עדיין יש להסתפק רק ספק אחד – אם חתונה זו התקיימה לפי גדרי ההלכה או לא.

אולם מדברי הראשונים והאחרונים שעסקו בסוגיא זו לא מצינו שהצריכו שתי ספיקות כדי להחשיב את הרוב כתלוי במעשה. ולפ"ז שפיר יש לדון בני"ד דהוי כרוב התלוי במעשה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

והנה לשיטת מלא הרועים בשחיטת בשר, אין זה רוב התלוי במעשה כי מרכז השאלה הוא מי שחט את הבהמה, וכלפי זה אנו עונים, שרוב המתעסקים בתחום זה על הרוב הם אלו שבקיאים בהלכות שחיטה. ומעתה כשאנו דנים על הבשר עצמו אם נשחט בכשרות - הגם שעצם השחיטה הוא דבר התלוי במעשה, אך כיון שהתשובה לשאלה כבר הוכרעה כנ"ל, הרי שהתשובה הנוגעת לגוף הבשר - גם היא נדונה כאינה תלויה במעשה.

ולפ"ז כשאנו דנים על כשרותה של המבקשת לבוא בקהל, אנו קובעים שמרכז השאלה והתשובה לכך תלוי האם אימה של המבקשת היתה נשואה כדין בשעה שהתעברה מאדם זר. וכיון שתוקפם של נישואין אלו תלוי אם היה שם מעשה קידושין התקף לפי ההלכה, הרי לכאורה יש לומר בדומה לשחיטה - שרוב העולם המתעסקים בעריכת קידושין בקיאים הם בהלכות קידושין, וממילא אין זה רוב התלוי במעשה. ואין נראה לחלק בין הלכות שחיטה שכשרות השחיטה תלויה ישירות במומחיות השוחט, משא"כ לגבי מסדר קידושין שאינו חלק ממערך הקידושין אלא יותר כמסדר חיצוני ולכן אין לומר שהכבר הוכרע הספק בשאלת הרוב כבר קודם למעשה הקידושין. זה אינו דמה בכך שמסדר קידושין הוא אינו המקדש בעצמו, הרי סוף כל סוף המקדש והמתקדשת אינם עושים מאומה בלא קבלת הוראות ממנו.

ועתה נדון לני"ד לפי סברת השו"מ. נתבאר שסברת השו"מ היא בעצם הרחבה של סברת המג"א, דהיינו שאחר שנעשה מעשה (כגון ציצית קשורה), אנו רשאים להניח שהמעשה הזה עדיין קיים, וכה"ג אין לזה את החסרון של רוב התלוי במעשה. לדעת השו"מ יש להרחיב סברא זו גם לגבי בשר שיש בו סימני שחיטה. בשונה מספק של בהמה האם ביכרה מקודם או לא - שם אין לנו שום דבר או מעשה לתלות בו האם היא כבר ביכרה, ולכן אם נרצה לקבוע על פי הרוב - שרוב בהמות מתעברות ויולדות הרי זה רוב התלוי במעשה, אבל לגבי שאלת כשרות בשר שמונח לפנינו, הרי עניינו רואות את הבשר שנעשה בו מעשה שחיטה - ולדעת השו"מ מצב כזה אינו בגדר רוב התלוי במעשה.

לפ"ז בני"ד הרי יש לדון שבאם המבקשת נעשה מעשה, והוא, שהיא התחנתה בזמנו וכפי שנתבאר לעיל לעצם המאורע הזה יש גדר של מילתא דעבידי לאגילויי, ולכאורה כה"ג לגישת השו"מ אין זה נדון שאנו מכריעים על פי רוב התלוי במעשה כי אנו רשאים לתלות כי רוב מעשים אלו נעשו בכשרות - ע"י מי שבקי בהלכותיהם ויש להם תוקף של קידושין לפי ההלכה.

זאת ועוד הרי לפי המבואר בשיטת הרמב"ן והר"ן מה שלא הולכים אחר רוב התלוי במעשה זהו רק במקרה שהמיעוט נפעל ממילא. ולפ"ז במקרה כבני"ד שהמיעוט שעורכים קידושין שלא כדין הרי זה גם דבר התלוי במעשה, שוב יש לנו לילך אחר הרוב הגם שהוא תלוי במעשה [ויש מקום להערה כי אינו דומה המעשה בני"ד למעשים הנדונים בדברי הראשונים, דשם לענין רוב בעילות הבעל הרי אין מציאות של וולד בלא בעילה, משא"כ כאן דיש מקום לומר שכלל לא מוכרח שאם המבקשת נישאה, ואולי מחמת זה נדון כמיעוט שאינו תלוי במעשה. אבל נראה מסברא יותר כי מאחר וקל מאד להוכיח את עצם מאורע החתונה מצד מילתא דעבידי לאגילויי, הרי מעתה ברור שנעשה בה מעשה רק השאלה אם נעשה בה מעשה של חתונה שיש לה תוקף לפי ההלכה או לא]. ושוב יש לומר לאידך גיסא שלכאורה נישואין שאין בהם ממש הרי הם כמאן דליתא, ולענין הנ"ל יש לדון אותו כמיעוט שאין בו מעשה. שלענין השאלה האם היה קידושין בתוקף, הרוב לקביעת תוקף זה באמת תלוי במעשה אך בשאלה כבני"ד שיש מקום לומר שאין תוקף לקידושין, יש לדון את חוסר תוקף הקידושין כאין בו מעשה, וזאת למרות שהיה מעשה וטקס חתונה אך זאת אנו גופא מסופקים אם יש תוקף

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לקידושין אלו וממילא כשאנו מצדדים שלא היה תוקף הרי זה בכלל המצב הטבעי הקודם לחתונה – שאשה זו פנויה - והרי זה מצב שאינו זה תלוי במעשה.

אכן הרי במעשה שיש לפנינו בני"ד דהיינו חתונת אם המבקשת, נמצאה כתובה שאין לה כל תוקף מצד שלא נרשם בה כל סכום. לכאורה לעובדה זו השלכה של ריעותא לגבי מעשה הקידושין שקדמו לה. זאת אומרת שמכאן ניתן לומר שגם אם נניח כי רוב המתעסקים עם קידושין הם בקיאים, אבל בני"ד שחזינן ריעותא של ממש בכתובה הרי זה משליך גם לגבי תוקף הקידושין שקדם לה. וכך נראה ללמוד מדברי השו"מ הנ"ל שכתב כך בסו"ד:

וכיון דרוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן אמרינן דהרוב מעיד שנעשה ממילא הדבר בהכשר דכל מומחה מסתמא עושה בהכשר משא"כ כשלא למד כלל שוב ל"ש לסמוך על הרוב כל שאינו ריעותא לפנינו ודו"ק היטב.

יש להזכיר כאן את שהעלינו לעיל כי ישנם דעות שרוב התלוי במעשה אינו רוב, אך מהתורה הולכים אחר רוב כזה ויש חולקים שגם מהתורה לא הולכים אחר רוב זה. אך לפי האמור כעת הרי לפי חלק מהגישות ני"ד אינו בגדר רוב התלוי במעשה והרי הוא רוב גמור מהתורה ומדרבנן.

לאור זה, נראה כי יש לבחון עקרונית האם גם מעשה קידושין הוא בכלל הכלל האמור בשחיטה ובתפילין שרוב המצויין אצלם הם מומחים, או שמא אין הדבר כך ובפרט לאור העובדה כי הכתובה הינה פסולה וזה משליך אולי גם על תוקף מעשה הקידושין.

תוקף קידושין של מי שאינו בקי בהלכות קידושין

הנה עד כה התברר הדין האם יש לסמוך על רוב התלוי במעשה הנוגע לשאר חלקי התורה ובכלל זה ביררנו הדין בכשרות של מעשה המצוות כאשר לא ידוע אם מי שעשאו הוא מומחה וכשר לעשיית המצוה. כעת ננסה לברר למקרה היותר קרוב לני"ד מהו תוקפם של קידושין במקרה שידוע שמי שסידרם אינו בקי בהלכות קידושין.

חוסר מומחיות לענין הוראת ולענין סידור קידושין וגיטין

לעיל הבאנו את הסכמת הראשונים כי רוב מומחין הם אצל שחיטה ואצל תפילין. וכעת נדון בשאלה אם רוב מומחים אצל עריכת קידושין וסידור גיטין. הפוסקים דנו בשאלה מי ראוי לעסוק בסידור קידושין וגיטין. מקור הדברים, בסוגית הגמרא בקידושין יג ע"א דאיתא שם: "אמר רב יהודה אמר שמואל: כל שאינו יודע בטיב גיטין וקדושין לא יהא לו עסק עמהן."

והנה השו"ע (אבן העזר סימן מט ס"ג) פסק כשיטת רש"י שם, דכל מי שאינו בקי בטיב גיטין וקדושין לא יהא לו עסק עמהם להורות בהם, שבקל יכול לטעות ויתיר את הערוה. וכתב שם הט"ז:

דכן פירש"י, ומשמע דנתינת קידושין אין קפידא כ"כ, דהיינו לסדר הקידושין תחת החופה, שאין שם הוראה, ואם כן בגט היה נמי לנו לומר כן, דהא כללינהו בחדא מחתא. אבל לפי האמת אינו כן, דבנתינת קידושין אין שם הרבה פרטים באותו סידור, וממילא לא שייך מצב של טעות בהוראה. אבל בסידור גיטין יש הרבה מאוד פרטים, וזהו ודאי בכלל הוראה, ואין ליתן

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לסדר גיטין אלא למומחה ברבים. וכן המנהג בינינו שמכבדין בסידור קידושין אפילו אינו למדן גדול, מה שאין כן בגט.

וכן כתב בב"ש שם. וכיו"ב כתב בשו"ת צמח צדק (לובאוויטש, אבה"ע סימן רנד), וכן כ' הסמ"ג (מ"ע סימן מח):

לא יהא לו עסק פירוש לעשות הוראות. אבל לסדר הגט י"ל אין זו הוראה, דהא מצינו במשנה ובגמרא שהבעל אומר לשנים תנו גט לאשתי (גיטין סו.), ושם בגמרא לעיל מיני' בי תרי מיניכו נכתוב גיטא. ואף על גב דבפ"ק דגיטין (ה:) משמע דהווי ממנו גברא רבא אגיטי, לאורויי האיך נעביד, ומשמע דגם סידור הגט צ"ל ע"פ גברא רבא, י"ל דזהו לכתחלה, אבל לא לפסול בדיעבד עיי"ש.

ואמנם יש חולקים כי אזהרת הגמרא שם נאמרה לא רק כלפי מי שבא להורות בענין קידושין וגיטין אלא גם כלפי מי שבא לסדרם. ראה בפת"ש (שם ס"ק ב) שהביא דברי הט"ז, וכתב:

ועיין בתשו' שבו"י (ח"ג סימן קטז) שלא כתב כן, אלא דה"ה שלא יסדר קידושין לכתחילה, ולהכי נקט הש"ס לא יהא לו עסק, משמע כל התעסקות בענין קדושין וגיטין. וגם רש"י ז"ל שכ' שלא יהא דיין בדבר, לא כיוון דוקא אם יהי' דיין לדון על הגיטין או הקדושין אם הם כהוגן, רק דה"ה שלא יסדר לכתחלה, וזה נכלל גם כן בכלל דיין.

והביא מתשו' מהרי"ו (סימן פה) דבודאי לא בחנם הורגלו דורות הללו שאין מסדרין קדושין בלתי התרת הרב כי יש לחוש להרבה מכשולים, שיבוא לקדש ח"ו איסור ערוה או שנייה כאשר קרה בזמנינו, וכ"כ שם בשם שו"ת כנסת יחזקאל, שדבר זה הוא תקנה מרבני צרפת שהיו בימי ר"ת, שגזרו ואמרו שלא יסדר שום אדם קדושין כ"א מי שנבחר לרב, או מ"צ בקהילתו.

העולה מן המקובץ כי לדעת רוב הפוסקים וכ"פ השו"ע המניעה למי שאינו בקי בקידושין וגיטין היא רק לענין להורות ההלכה בהם, אבל מותר למי שאינו בקי בהם לסדרם. ולדעת חלק מהפוסקים קיימת מניעה גם לסדרם למי שאינו בקי בהם מעיקר הדין או מצד התקנה.

כשאני לעצמי נראה כי גם בסידור קידושין מצוי שיבוא לידי הוראה, הן לענין כשרות העדים שיש צורך להורות במקום אם עד מסוים כשר לעדות אם לאו. הן לענין מעמד החתן והלכה שהם כשרים להינשא ואין בהם פסולי קהל [כיום בא"י נושא זה מבורר ע"י מחלקת הנישואין ברבנות]. וכמו כן יש לברר שהחתן והכלה הבינו את לשון הקידושין בפרט אם אינם דוברי עברית. לפעמים יש צורך להשגיח ולהורות על קנין הטבעת שלא תהיה טבעת שאולה וכדו' וכן שלא תמסור הכלה טבעת לחתן ותאמר לשון קידושין. ולכן לענ"ד לולא דמסתפינא אמינא דכל מה שמשמע מדברי רש"י והשו"ע שאין מניעה לסדר קידושין למי שאינו בקי בהלכותיהם, זהו רק עד כמה שנוגע לעצם הסידור של הקידושין, אבל אם מתעוררת שאלה הלכתית, והמסדר הוא מאלה שלא הגיע להוראה, יש עליו חיוב גמור לעצור את מהלך החופה עד שיקבל תשובה ברורה לספקותיו. יש להדגיש כי גם לזה צריך דוגה מינימאלית של התמצאות בהלכות קידושין, כי אם לא למד כלל, הרי הוא בכלל שאינו יודע לשאול גם כשמתעוררת שאלה, ולגבי אדם כזה קיימת מניעה גמורה שלא ייגש כלל לערוך ולסדר קידושין בכל צורה שהיא.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מהם תוקפם של ק"ג במקום שנמצאו טעויות בהלכות של הכנת הקידושין והגיטין כפי שיבואר להלן קשה למצוא מקורות מפורשים לתוקפם של קידושין שנמצאו טעויות בנוגע להכנת סידור הקידושין, ולכן תחילה נביא את המקורות העוסקים בתוקף סידור גיטין שנערכו ע"י שאינם מומחים ומשם ננסה ללמוד לתוקפם של קידושין שנערכו ע"י אנשים אלו.

הריב"ש (סימן שפט בשאלה לרבו הר"ן) דן על תוקף גט שנמצאו בו טעויות חמורות במעשה הבי"ד, אם ניתן להתיר את האשה לעלמא ע"ס זה. לאחר שהריב"ש פירט מהן הטעויות העולות ממעשה הבי"ד, סיים וז"ל:

כי מעיד אני על רבותי, הרב רבינו פרץ הכהן ז"ל, והרב רבינו נסים נר"ו, שמעולם לא הניחו שינתן גט, זולתי בפניהם. לפי שרוב מצויין אצל גיטין, אינן מומחין, ולא בקיאים בדקדוקי הגט. גם בזמן רבותינו ז"ל, היו ממנין אחד מהם על הגיטין, כמו שאמרו בריש גיטין (ה, ב): "אתא לקמיה דרבי אחאי, דהוה ממונה אגיטי".

המבואר כי במקרה שנמצאו טעויות אין לסמוך על גט זה ומשום שרוב מצויין אצל גיטין אינם מומחין. דברי הריב"ש הינם חידוש שהרי ידוע שלענין שחיטה ותפילין הרוב מומחין אצלם כמבואר לעיל, וכאן לענין סידור הגט לדעת הריב"ש אין הדבר כך.

וכ"כ שם הריב"ש בסימן ש"צ בשם תשובת הר"ן בזה"ל:

וכגון זה, ודאי יפה חששת, שלא לראוהו בלילה, ודאי יש לחוש. אלא לכמה פסולין שאפשר להזדמן בגט. ואני לא אתיר אשה ע"פ מעשה ב"ד כזה, שהיאך אסמוך על בני אדם שאין יודעין בטיב גיטין, מפני שהן כותבים שנתברר להם שכל עניני הגירושין, נעשו כהוגן, וכתקון חכמים להתיר אשה העומדת בחזקת איסור. ואנחנו היודעים, ועדים שאינן כדאי, שיהו הענינים הצריכים בגט, מתבררין להן.

וכיו"ב הביא בבית יוסף (אבן העזר סימן קמא) את תשובת הרא"ם (סימן לה) העוסק בגט שליחות שנמצאו בו טעויות בדיני השליחות וכתב בזה"ל:

גם פסל הגט עצמו, מכיון שהיו עמי הארצות שלא ידעו אם יכול הבעל למנות שליח לקבלה אם לאו, וכל כי האי גוונא אין לסמוך על גיטיהם, ויש לחוש לכמה מיני פיסולים שנעשו בו, כדכתב הר"ן (שו"ת ריב"ש ס"ס שצ). ושם (סימן שפח) הביא שפסלו גט מפני שראו לשון המעשה ב"ד שהיה לשון הדיוטות, כ"ש בכי האי גוונא שטעו בהדיא בדין השליחות, ואין זה צריך לפנים.

ועל פי זה פסק הרמ"א (אבן העזר שם סימן קמא סעי' ל):

"גם הגט עצמו פסול, מאחר שמוכח שמסדרי הגט היו עמי הארץ, ולא ידעו שאין הבעל עושה שליח קבלה, יש לחוש לכמה מיני פסולין (בית יוסף מ"כ. ומעשה ככהאי גוונא נעשה בפני ר"א מזרחי), וכן כל כיוצא בזה שניכר שאותן שסידרו הגט היו הדיוטות (ריב"ש)".

וע"ע כיו"ב בפת"ש שם (ס"ק כח) שהביא מתשו' שיבת ציון (סימן צא) וכן בשו"ת נודע ביהודה תניינא (אבן העזר סימן קה).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

תוקפם של גיטין שסודרו ע"י אנשים שאינם בקיאים בהלכות גיטין

במקרה שלא מצאנו ריעותא או טעות במעשה בי"ד או בהלכות סביב ההכנה לגט אך ידענו על מסדרי הגט כי אינם בקיאים בהלכות גיטין פסק הרמ"א (אבן העזר סימן קמב סעי' ט) בזה"ל:

"ולא חיישינן לב"ד טועין, אלא אם כן אנו מכירין באותן שסידרו הגט שאין בקיאים, שאז אפילו כתוב כהוגן חוששים להם".

וראיתי למרן הראש"ל הגר"י יוסף שליט"א בפסק דין תיק מספר 1077762/1 שהקשה על דברי הרמ"א וז"ל:

שו"ר בשו"ת צמח צדק שכתב, מ"ש לפסול המסדר אף שזה גם כן חסרון ידיעה, שהרי שליח קבלה שמינה הבעל לא מהני ולא כלום, אם כן נישואין שמא טעו בדין אחר. וע"כ צ"ל כיון שהגט בפנינו ורואים אנו שנכתב בטוב, אין לחוש. וראי' מהגמרא ריש גיטין, דרבה דמצריך לומר בפנ"כ ובפנ"ח מפני שבני מדה"י אינן בני תורה. ופרש"י שא"י שצריכי' לשמה, אף על פי כן כשאומר בפנ"כ ובפנ"ח הגט כשר, ולא חיישינן לפסולי' אחרים משום דלא שכיחי. ומ"ש ר"ת לא ס"ל לרש"י. ותשו' הר"ן שכ' שלא היה סומך על ההדיוטות, זהו מפני שלא ראה הגט כלל, כ"א ההדיוטות כתבו שנתגרשה בטוב. ע"כ כ' איך נסמוך עליהם וכו'. ע"כ.

הרי שגם במקום שיש סיבה לחשוש, אם הגט לפנינו, והוא כתוב כהלכתו, איננו חוששים לפסולים שאינם מצויים. ולכאורה דבריו מתנגדים למש"כ הרמ"א (בסימן קמב), שגם כשהגט לפנינו והוא כתוב כהוגן, חיישינן לטעות. ונראה שברמ"א מיירי במסדר גט שהוחזק שאינו בקי בטיב גיטין, דאז חיישינן לפסולים נוספים גם כשהגט כתוב כהוגן, ובצמח צדק מיירי במסדר גטין שיש לו חזקת כשרות, ויש ריעותא במעשיו, דאז כתב שאם הגט נכתב כהוגן, הגט מוכיח עליו שהוא יודע את ההלכות המצויות, ואין חוששים שמא באה לפנינו בגט זה שאלה שאינה מצויה.

מבואר שבמקום שהוחזק מסדר הגט כבקי בהלכות גיטין, אין לפסול את הגט אפילו אם נמצאו בו טעויות כל שאנו רואים הגט בפנינו ולא רואים בו טעויות שמעכבות את כשרות הגט, ולא אמרינן מדטעה בהני, טעה גם בהלכות אחרות. וכל דברי הרמ"א לחשוש לגט הוא בגט שידוע שנכתב על ידי אדם שאינו בקי ולכן אף אם לא נמצאה כל ריעותא לפנינו, יש לחוש שלא להכשיר את הגט.

וראיה לחילוק זה ראה בדברי הרמ"א (יור"ד סימן א ס"א) גבי שוחט שיש לו הסמכה, ונתברר לאחר זמן שאינו יודע הלכות שחיטה, אין פוסלים כל שחיטותיו למפרע, אלא אמרינן שהשתא משנמצא שלא ידע הלכות שחיטה הוא דפסלינן שחיטתו. וה"נ יש לומר שאם נמצאו טעויות שאינן מעכבות את כשרות הגט, והאדם שסידר את הגט מוחזק כמי שידוע הלכות גיטין אין לפסול לא גט זה ולא גיטין אחרים שכתב.

ולענין מסירת הגט גרידא כתב בפת"ש שם בשם תשובת ברית אברהם (ר"ס קו) שכ' דאף שמדברי הרמ"א אין הכרע רק לחוש על דיינים המסדרים כתיבת הגט דנפיש מילי, מה שאין כן על דיינים המסדרים הנתינה, ואינו מקום כתיבת גיטין, מכל מקום מדברי תשובת הרא"ש שהובא בבית יוסף (סימן קכ) מבואר החשש על עדי הנתינה שהיו הדיוטות.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

חילוק בסוג הטעויות בגט

וע"ש עוד (בס"ס קד) שהביא בשם תשו' פני יהושע (ס"ס ב) שכתב, דדוקא אם הטעות במידי דשכיח, אבל בטעה במידי דלא שכיח, לא הוי א"י בטיב גיטין. והוכיח כן מסוגיא דקדושין (ו, א). והעלה דאין להרהר בכיוצא בזה.

לעומת זה בשו"ת שואל ומשיב (מהדו"ק ח"ג סימן טו) כתב:

ומ"ש מעלתו שלא לחוש בזה, ע"פ מ"ש בשו"ת זקנו בעל מג"ש בשו"ת פ"י (סי"ב) שאף אם אנו יודעין שהמסדרין היו ע"ה, יש להקל בזמן הזה, אחר שהכל מסודר בשלחן ערוך. הנה העין רואה שהטיבו אשר דיברו שלא יסדר כ"א הבקי, שכמה מכשולות יש מה שלא ידע המסדר. ואף אם יש לפניו מסודר, כל שלא למד בטור וש"ע, יקרא כמו בתחנה. בא וראה כמה חשו העב"ה"ג (סימן לח), והצ"ץ (סימן קי) על הגט שסידר אדם גדול. ע"ש כמה טירחות טרחו בזה. ושם היתה טעות בהרשאה. אבל כאן יש הרבה ריעותות בגט. ומ"ש מעלתו כיון דבדיעבד כשר הוה כבקי אין בדבר, לא ידעתי אם הי' בקי אין לא היו עושין כן לכתחילה. וכמה דברים אשר לא כשר רק בשעת הדחק ועיגון, כמו שיש שינין ואלפין ועיינין וסמכין שלא נדבקו כראוי, ואף שהתינוק קורא אותם, תיקון זה דוקא במקום עיגון, וע"כ על כל אלה הטעותים והבילבולים א"א להכשיר הגט, וניכר דהמסדר והעדים והסופר הם ע"ה, ולא ידעו כלל.

העולה שלפי הפנ"י אין לפסול גט במקרה שנמצאו טעויות שאינן שכיחות. ואילו לדעת השואל ומשיב במקרה שנמצאו הרבה טעויות, לא שנא שכיחות לא שנא אינן שכיחות, אין להכשיר גט זה. אולם כפי שכבר הבאנו משו"ת רב פעלים ח"ד אהע"ז סימן יא בתחילת דברינו יש לסמוך להכשיר גט אפילו בנמצאו בו הרבה טעויות במקום עיגון.

ומרן הראש"ל הגר"ע יוסף זצ"ל בשו"ת יביע אומר חלק ז' (אבן העזר סימן כ) כתב שיש לסמוך על דברי הפנ"י בפרט במקום שסדר הגט ערוך לכל מביין. אולם בתשובה אחרת ביביע אומר ח"ו (אבן העזר סימן יב) כתב, ועוד שניכרים הדברים שמסדר הגט עם הארץ ואינו בקי בטיב גיטין ולא רצה לסמוך על הגט אפילו במקום עיגון. אולם המעיין שם יראה שהמקרה שם היה במסדר גט שהיה קונסרבטיבי.

העולה מן המקובץ כי לפי הרמ"א אין להתיר אשה בגט שידוע לנו שסידרו אדם שאינו בקי בהלכות גיטין. ובמקרה שנמצאו טעויות בגט, במקרה שנמצאו טעויות שכיחות יש לחוש כי מסדר הגט טעה גם בהלכות נוספות ואין להכשיר את הגט. ולדעת השו"מ אם נמצאו טעויות רבות אפילו בטעויות שאינן שכיחות אין להכשיר את הגט. ולדעת הרב פעלים יש להקל גם במקרה זה במקום עיגון וכך דעת היב"א למעט במקרה שידוע שהגט סודר ע"י רב קונסרבטיבי שאז אין להכשיר את הגט.

וראיתי למרן הראש"ל הגר"י יוסף שליט"א שכתב פסק דין להיתר לבוא בקהל בתיק הנ"ל לאחר שהביא כל המקורות המובאים לעיל סיכם את המקובץ כך וז"ל:

העולה מהמקובץ, שכאשר מוכח מתוך מעשיו של מסדר הגט שהוא עלול לטעות בדברים הפוסלים את הגט, אין להתיר אשה על פיו, גם אם יכתוב במעשה ב"ד שהכל נעשה כהלכה. ובדרך כלל, כאשר בא לפנינו מעב"ד, אין אנו חוששים שהגט סודר שלא כדין, אף על פי שכתבו הראשונים שרוב המצויים אצל גיטין אינן מומחים, חזקה על ביה"ד שעשה את הגט כדין. ואם הוכח שמסדר הגט או ביה"ד עלולים לטעות כנ"ל, חוששים לכשרות

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הגט. ובזמן הראשונים, בטרם נפוצו סדרי הגט המצויים, די בכך שמוכח מתוך לשונו או מתוך מעשיו של מסדר הגט שהוא עלול לטעות כנ"ל, כדי שהגט יפסל, ולאחר שנפוצו סדרי הגט המצויים, אין לפסול מסדר גיטין שטעה בהלכה, אלא אם כן טעה בדבר שמפורש בסדר הגט, דאז יש לחוש שמא לא יודע הלכות נוספות שפוסלות את הגט, אבל אם טעה בדבר שאינו מפורש בסדר הגט, אין חוששים לכשרות הגט, שאף על פי שאינו יודע הלכה זו, יודע הוא בודאי את סדר הגט, ואין לחוש שמא טעה בהלכות שאינן מופיעות בסדר הגט, שאלו דברים שאינם שכיחים שאין חוששים להם. וכאשר טעה בדברים המפורשים בסדר הגט, חוששים לכשרות הגיטין שעשה, גם כאשר טעה בדברים שאינם פוסלים בדיעבד, שכשם שלא יודע הלכות אלו, עלול הוא שלא לדעת הלכות נוספות. וכאשר אפשר לתלות את הטעות בטעות סופר, תולים בכך. וכאשר מסדר הגט הוחזק כבקי בטיב גיטין, גם אם טעה כנ"ל, תולים את הטעות במקרה, ולא פוסלים את הגט שעשה. וכאשר יודע שמסדר הגט הוא ע"ה, שגם אם ילמד את סדר הגט לא יבין את מה שלפניו, חוששים לכשרות הגט בכל אופן. ובמקום שחוששים לכשרות הגט, האשה עומדת בחזקת אשת איש כבראשונה, ורק לחומרא חוששים לגט שקבלה, שאם ימות בעלה, תהיה אסורה לכהן.

כשרות שחיטה במקרה שידוע לנו שהשוחט לא הוסמך לשחיטה

הנה עד כה ביררנו הדין לגבי כשרות הגט שכידוע לנו שאדם שאינו מומחה כתבו וסידרו, וכעת נדון לגבי כשרות בשר נשחט ע"י מי שלא הוסמך לשחוט.

כתב השולחן ערוך (יור"ד סימן טז סעיף ט): "לפיכך, חרש שוטה וקטן ששחטו את הראשון בינם לבין עצמם, מותר לשחוט השני אחריהם, לפי שרוב מעשיהם מקולקלים."

מבואר שאין לסמוך על שחיטת חש"ו אפילו לחומרא, דהיינו שאם אחד מהחש"ו שחטו הרי זו בודאי שחיטה שאינה ראויה ולכן מותר לשחוט באותו יום גם את בנה של אותה בהמה.

ולענין גדול ופיקח ששחט ללא קבלת סמיכה כתב הט"ז (שם ס"ק יג):

"לפיכך חש"ו כו'. נ"ל דה"ה בגדול שאין יודע הלכות שחיטה והא דנקט במתני' חש"ו היינו אפי' בידועים כמ"ש סי' א' כי דבר ברור הוא דאף גדול שאין יודע הוה רוב מעשיו מקולקלים [...] אלא ודאי מותר', אלא כיון דלא הוזכר בפירוש בפוסקים בזה אין בידי להקל להתיר אותו ואת בנו אחר שחיטת גדול שאינו יודע."

המבואר שמעיקר הדין יש להשוות דין גדול שאינו יודע לשחוט לשחיטת חש"ו שאין שחיטתם כלום, אלא כיון שלא מצא הט"ז דין זה מפורש נראה לו להחמיר.

ונראה לפ"ז כי דין גט שנכתב ע"י אדם שאינו בקי שפסק הרמ"א בסימן קמ"ב ס"ט שאין להכשיר את הגט שווה לדין שחיטה שנשטחה ע"י שאינו יודע הלכות שחיטה שאין שחיטתו כלום מעיקר הדין.

שוב ראיתי בתשובת הגרז"נ גולדברג שליט"א המובאת בשו"ת שמע שלמה ח"ד סימן א הנ"ל שכתב לחלק בין שחיטה לבין גט בזה"ל:

אכתוב תמצית מה שכתבתי במקום אחר למה בשוחט ואינו יודע הלכות שחיטה שחיטתו ודאי נבילה ומותר לשחוט בנה אחרי האם ואילו גט שסידרו הדיוטות לא פסל הרא"ש בדיעבד יש לתרץ ששחיטה אם לא יודע

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מהיכתי תיתי ששחט כדין כסומא בארובה שלא דרס ולא שהה, מה שאין כן גט מסתמא כשר שהרי הבעל כותב ונותן ובלי ידיעה מסתמא כשר ואין לתלות שמצא גט באשפה.

אכן הגרש"מ עמר שם בסוף התשובה השיב על חילוק זה בזה"ל:

ודוקא בימינו שאין הבעל עצמו כותב רק ממנה סופר ועדים ומי אומר שמינה אותם ושמעו קולו והרי הרבה חושבים שהב"ד או הרב מסדר הגט הוא שמגרש ואומרים לב"ד אני לא מתנגד תתנו לה את הגט שלה ועוד כיוצ"ב. וגם בעינין שיקנו לו הדיו והנייר ובעינין לשמה ושיתנו לה מידו לידה ועוד כהנה וכהנה פרטים רבים שיש מהם המעכבים גם בדיעבד וכן שיחתמו עליו עדים כשרים ויתנו לה בפני עדים ומאחר ואינם יודעים דיני עדות יכולים לחתום ולמסור בעדים קרובים ושאר פסולים. ומי מדד בשעלו את ריבוי פרטי הפיסול והביטול שיש בסידור גט כנגד אלה שיש בשחיטה עד שידע איזה מהן קשה יותר ועשוי להיות שלא כדין בהעדר ת"ח היודע בטיבן של דברים אלו ופוק חזי מאמר חז"ל הנז' דכל מי שאינו יודע בטיב גיטין וכו' ואילו גבי שחיטה אמרו במשנה הכל שוחטין ושחיטתן כשרה וע"כ צריכים אנחנו להזקק בהיתר זה להני ספקות.

העולה כי לפי גישת הגרש"מ האמור בהלכות שחיטה שמי שאינו בקי ששחט אין שחיטתו כשרה, אין זה נכון לגבי כתיבת גט. וה"ט כי מי שלא למד הלכות שחיטה הוא כסומא בארובה שבודאי לא ישחוט כראוי, משא"כ בגט שיש מצבים שהגט יכתב בכשרות גם ע"י מי שאינו בקי, ואילו לדעת הגרש"מ עמר אי אפשר לקבל חילוק זה כי הלכות גיטין רבים הם ואם חז"ל אמרו שמי שאינו בקי לא יהיה לו עסק עמהם הרי שיש להטיל דופי שמי שעסק בגיטין אלו ללא שהוא בקי בהם. ולפי מה שהראנו הרי דברי הגרש"מ מכוונים יותר שכך עולה מדברי הרמ"א סימן קמ"ב ס"ט כנ"ל. אולם מה שהביא הגרש"מ ראייה מדקיי"ל שהכל כשרים לשחוט וכו' ומזה ביקש להראות כי דיני שחיטה קלים, ז"א כי הלכה זו אינה עוסקת במחויבות ללמוד הלכות שחיטה אלא רק מיהו הכשר לשחוט, אבל לענין שחיטה בלא ידע והסמכה הרי מפורש הדין בשו"ע שם סימן ט"ז ס"ט וכן בט"ז שמי שאינו בקי בשחיטה אין שחיטתו כלום.

ההלכות לענין תוקף קידושין שסודרו ע"י מי שאינו בקי בהלכותיהם

עד כה נתברר הדין בדין גט שנכתב ע"י מי שאינו בקי וכן גט שנמצאו בו טעויות, וכן לענין בשר שנשחט ע"י מי שאינו בקי. וכעת נדון לגבי קידושיו שסודרו ע"י מי שאינו בקי בהלכות קידושין. כאמור המפורש הוא רק שמי שאינו בקי בהלכות שלא יעסוק בהם. ולפי דעת רש"י וכ"פ השו"ע עיקר ההלכה עוסקת במניעה להורות הלכה בהם. אבל לסדר קידושין בלא פסיקת הוראה נחלקו האחרונים, ולענ"ד לית מאן דפליג שאם מסדר הקידושין נתקל בשאלה הלכתית שהוא צריך לעצור הכל עד שיקבל תשובה לשאלותיו. וגם לזה צריך דרגה מינימאלית של התמצאות בהלכות קידושין, כי אם לא למד כלל כשמתעוררת שאלה הרי זה בכלל שאינו יודע לשאול, ולגבי אדם כזה קיימת מניעה גמורה שלא ייגש כלל לערוך ולסדר קידושין בכל צורה שהיא.

לעיל ראינו כי גט שנמצאו בו טעויות חמור יותר מגט שנכתב ע"י מי שאינו בקי. ויש להדגיש כאן את דברי הריב"ש הנוקבים כי בשונה משחיטה ותפילין, רוב המתעסקים בגט אינם מתמצאים בהם כראוי, ולכאורה ה"ה שכן יש לקבוע לגבי עריכת הקידושין, שרבים הלכותיהם וכמבואר בהרחבה בתשובת הגרש"מ עמר. והנה גם אם נניח שרוב העוסקים בקידושין הם

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בקיאים, זאת ועוד גבי קידושין אין לנו שטר כמו גבי גט שנוכל לבחון אם היו טעויות בקידושין, וממילא אין לנו כל סיבה לתלות איזה פגם בתוקף הקידושין. אולם בני"ד זה אינו, שהרי הוצגה כתובה שממנה יש ללמוד כי מי שערך אותה לא היה בקי כלל בהלכות, כי פשוט הדין ששטר כתובה שלא נרשם בו סכום הרי הוא כחספא בעלמא, ויש להסיק איפוא משטר זה שהאדם שערך את הקידושין שקדמו, לא היה בקי בהלכות אלו, ולכן בהצטרף הידיעה הכללית כי רוב רובם של העוסקים במלאכה זו בתקופה ההיא היו ממש עמי ארצות, הרי שיש להטיל דופי בתוקף הקידושין וכדהעלה הגר"ב בארי, וכן עולה מדברי הגרש"מ עמר לענין זה ולדעת הגר"נ גולדברג יש מקום להקל למעשה מטעם שאם המבקשת לא הוחזקה מעולם כנשואה.

וכעין מסקנה זו העלה גם מרן הראש"ל הגר"י יוסף שליט"א בפסק הדין הנ"ל, וז"ל:

והנה כל האמור הוא בענין גט שסודר בידי מי שאינו בקי, ולכאורה יש ללמוד מזה לסידור קידושין. ולעיל הבאנו את דברי האחרונים שכתבו שסידור קידושין קל מסידור גט, ואם בסידור גט כתבו האחרונים, שלאחר שנפוצו בעולם סדרי הגט, מי שיודע את סדר הגט, רשאי לסדר גט ולא חוששים שיטעה בדברים הפוסלים את הגט, אלא אם כן איכא ריעותא, ק"ו בסידור קידושין, דל"ח לזה. ואולם ברור שכאשר מסדר הקידושין הוא בור מוחלט וקל דעת, וידוע שעדים כשרים אינם מצויים באותו מקום, והוא בודאי אינו יודע להבחין בין עד כשר לעד פסול, י"ל שגם סידור קידושין על ידי איש כזה אינם אלא ספק קידושין.

הנוגע לני"ד כי לפי חו"ד הרב אריאל לוין ככל הנראה מסדר הקידושין היה עם הארץ גמור שנהג לסדר גיטין שהם בטלים מהתורה, משכך יש להטיל דופי גם בעריכת הקידושין הנערכים על ידו ולא רק מספק, ואשר על כן כה"ג ניתן להעמיד את האשה בחזקת פנויה כמבואר בארוכה בדברי האחרונים כמבואר בנימוקי מרן הראש"ל שליט"א בפסק דין הנ"ל ובנימוקי הגר"ב בארי. וראה עוד בנימוקי הגרש"מ עמר בשמע שלמה שם, וכן העלה מו"ר הגר"א וייס כמבואר בתשובתו הנ"ל.

תינוק שנשבה לענין פסולו לעדות

יש מקום להטיל דופי בתוקף הנישואין הנהוגים במקומות אלו מטעם שאפילו אם נניח כי העדים אינם קרובי משפחה, מ"מ רוב רובם של העדים הם פסולי עדות.

הנה בשו"ת בנין ציון (חדשות סימן כג) כתב:

והנה עד כה דברנו מעיקר הדין איך לדון מחלל שבת בפרהסיא אבל לפושעי ישראל שבזמנינו לא ידענא מה אדון בהם אחר שבעו"ה פשתה הבהרת לרוב עד שברובם חלול שבת נעשה כהיתר אם לא יש להם דין אומר מותר שרק קרוב למזיד הוא ויש בהם שמתפללים תפילת שבת ומקדשים קידוש היום ואח"כ מחללים שבת במלאכות דאורייתא ודרכנן והרי מחלל שבת נחשב כמומר בלבד מפני שהכופר בשבת כופר בבריאה ובבורא, וזה מודה ע"י תפילה וקידוש ומה גם בכניהם אשר קמו תחתיהן אשר לא ידעו ולא שמעו דיני שבת שדומין ממש לצדוקין דלא נחשבו כמומרים אעפ"י שמחללין שבת מפני שמעשה אבותיהן בידיהם והם כתינוק שנשבה לבין עובדי כוכבים כמבואר (סי' שפה) וכ"כ גם המבי"ט (סי' לז) ואפשר נמי דצדוקין שלא הורגלו בתוך ישראל ולא ידעו לעיקרי הדת ואינם מעיזין פניהם נגד חכמי הדור לא חשבי מזידין וכו' יע"ש. והרבה מפושעי הדור דומין להם ועדיפי מהם שמה שמחמיר הר"ש בקראים להחשיב יינם יי"נ אינו מפני חילול

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מועדות שדומה לשבת בלבד אלא מפני שכפרו גם בעיקרי הדת שמלין ולא פורעין ואין להם דיני גיטין וקדושין שעיי"ז בניהם ממזרים. ובזה רוב הפושעים שבזמנינו לא פרצו.

ועל פי זה כתב בשו"ת מלמד להועיל (חלק א – אורח חיים סימן כט):

שסמכו ע"ז מה שכתוב ג"כ בשו"ת בנין ציון החדשות סי' כ"ג שמחללי שבת בזמנינו נחשבים קצת כתינוק שנשבה לבין הנכרים, מפני שבעוה"ר רוב ישראל בארצנו מחללי שבת הם, ואין דעתם בזה לכפור בעיקרי אמונתנו עיין שם, וכן הגיד לי הרב מו"ה משולם זלמן הכהן ז"ל בשם הגאון בעל שואל ומשיב שכתב שהאנשים מאמעריקא אינם נפסלים ע"י חילול שבת שלהם מפני שהם כתינוק שנשבה לבין הנכרים.

על דברי הבנין ציון סמך גם בשו"ת אחיעזר (ח"ג סימן כה) להכשיר עדי חתימה שחתמו על הגט אפילו כשנתברר שהם מחללי שבת בפרהסיא רק לענין שלא להצריכה חליצה עיי"ש בדבריו, מהסיבה שיש להחשיבם כתינוקות שנשבו. וכך עולה לכאורה מדברי החזו"א (יור"ד שחיטה סוף סימן ב אות כח) שהעלה שתינוקות שנשבו אינם כמומרים לכל צד וענין.

אולם נראה כי סוגיין דעלמא לענין פסלות בעדות אינה כך. וכבר מצינו בדברי המבי"ט (ח"א סימן לז) דפשיטא ליה שתינוקות שנשבו פסולים לעדות, וז"ל:

ואי קאמר הרב ז"ל דבתינוק שנשבה לבין הגוים שהוא אנוס וכו' היינו שלא להחשיב' בכלל המינים שמיתתם בידי כל אדם ולהרגם מיד אלא שימשכ' בדברי שלום ולא ימהר להרג' אולי יקבלו תוכחה וכשלא קבלו תוכחה ולא חזרו בתשובה הרי הם כאביהם ומיתתם ביד כל אדם מיד כדדייק הרב ז"ל בסיפא דלישניה דקאמר ולא ימהר להורגם, אבל לענין עדות פשיטא דהם פסולין מן התורה כדאמר' ולא הוצרכו חכמים למנותם בכלל פסולי עדות כדקאמר הרב ז"ל דהא בכלל מינים הם ותלמידיהם ובני בניהם כמו שכתב ז"ל פ"י מהלכות עבודה זרה ופ"ג מהלכות עבדים קרי להו כופרים ומינים וכופרים ודאי פסולים מן התורה ואי קאמר הרב [...]...

וכ"כ בשו"ת מהרש"ך (ח"ג סימן טו) שתינוק שנשבה כשהוחזק לעשות כמעשי הגויים פסול לעדות, הובאו דבריו בכנה"ג (ח"מ סימן ל"ד הגב"י אות ט).

ואף אומנם כי המהר"ש גאביזון המובא בשו"ת מהרש"ך הנ"ל סובר שיש להכשיר קידושין הנעשים בפני עדים קראים, אך בצדק כבר כתב ידידי הגרע"י טולידאנו שליט"א בספר משפט העדים (עמ' קסט) כי שאני קראים שראו עצמן כחלק מעם ישראל שמקפידים הם על קיום התורה שהזהירה על מתן עדות שקר, כמבואר סברא זו להלן.

וכ"כ מפורש הגר"מ פיינשטיין בשו"ת אגרות משה (אהע"ז ח"א סימן פב):

ואמינא עוד יותר דאף בניהם שכתב הרמב"ם שם בה"ג אבל בני התועים האלה ובני בניהם שהדיחו אותם אבותם ונולדו בין הקראים וגדלו אותם על דעתם הרי הוא כתינוק שנשבה ביניהם וגדלוהו ואינו זריז לאחוז בדרכי המצות שה"ה כאנוס עיין שם שחזינן שאין להם דין מורידין ולא מעלין, מ"מ לענין פסול לעדות גם הם פסולין דנהי דלא גרע מעכו"ם אבל לא עדיף מעכו"ם לענין עדות דעכ"פ אינו בכלל ישראל לעדות דאנוס אינו כמאן דעבד ולכן כמו שעכו"ם פסול לעדות כ"כ פסולין בני הכופרים. ואף שלענין לא מעלין מסתבר שעדיף מעכו"ם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מ"מ לענין עדות כל זמן שלא חזרו בתשובה והם בטעותם לא עדיפי מעכו"ם מאחר דחזינן דכפירה מחשיבה ליצא מכלל ישראל משום שאינו מחזיק בדת ישראל.

מבואר שיש לפסול אנשים כאלה לעדות מצד שהם כעכו"ם. ובתשובה אחרת העלה האגרות משה בתשובה (אהע"ז ח"ד סימן ל"ב אות ז) סברא נוספת לפסולם:

זה שכתבתי בח"א דאה"ע סימן פ"ב ענף י"א שבני הכופרים שהם כתינוק שנשבה בין העכו"ם שאף שעדיף מעכו"ם לענין שמעלין, פסול הוא לעדות הוא פשוט וברור דעכ"פ הא אינם שומרי תורה וגם הם כופרין בתורה שאף אם הוא באונס שלמדוהו אבותיו אינו יודע איסור להעיד שקר ושיש עונש לשמים בזה שאף אם יאמרו להם הא לא יאמינו להם ולא מובן לי מה שיקשה לכתרה"ע"ז.

וכטעם זה האחרון כתב מפורש גם באג"מ (ח"ד סימן נט) עיי"ש.

מבואר שלפי ההסבר השני תנאי לכשרות לעדות שיהיה מוחזק כמי שהוא מודע לאזהרות התורה ולעונש על עדות שקר. ונראה שלפי מהלך זה זהו בכלל פסלות הבזויים שאינם בדרך ארץ שהם פסולים לעדות מצד שאינם בושים לשקר, והבין האג"מ שיש להרחיב סברא זו שאף מי שאינו מודע לאזהרות התורה הוא בכלל זה.

ויש צורך לחלק בין הא דמבואר בשו"ע (ח"מ סימן לד סכ"ד) וכן בשו"ת רעק"א (קמא סימן צו) לענין פסלות עדות למי שמתגלח בתער, שאין לפסול עד אפילו בעבירה דאורייתא בשעה שרוב הציבור נכשלים בזה והוא חושב לתומו שהדבר מותר. כי שאני אדם זה שהוא מודע מאזהרות התורה כולל האיסור במתן עדות שקר. אבל בנדון של הני פוסקים שפסלו עדות תינוק שנשבה מדובר באדם שהוא עקור מכל מצוות ואיסורי התורה, ובכלל זה אינו מודע לאיסור שבמתן עדות שקר ולכן חוששים אנו בו שיעיד עדות שקר.

וכ"כ לדינא בשו"ת אז נדברו (ח"ט סימן נ"ה), וכ"כ בשו"ת ישכיל עבדי (ח"ח אהע"ז סימן ט אות ה).

וכ"כ לדינא מו"ר הגאון רבי אשר וייס בשו"ת מנחת אשר (ח"א סימן י אות ו) שזה פשוט שאין להכשיר תינוקות שנשבו לעדות כי אפילו שהם אנוסים אך עדיין הם אינם בגדר צדיקים (א"ה): לכאורה רומז בזה לסברת האג"מ שבעינין שידע ויזהר באיסור עדות שקר), אבל באלה שכלל אינם רואים עצמם כשומרי תורה ורבים אינם מאמינים בתורת משה הדבר עוד יותר פשוט שאין להכשירם לעדות.

שוב שלח אלי מו"ר תשובה נוספת בכת"י שטרם ראתה אור לחזק את העמדה כי תינוקות שנשבו פסולים הם לעדות וז"ל:

וביאר הדבר לפי הבנתי היא בהבחנה שבין דין מומר לדין רשע, ואף אם נאמר דאלה מאחינו התועים בזמנינו שאינם שומרי מצוות אין להם דין מומר והוי כתינוקות שנשבו מ"מ אינם אנוסים או שוגגין ממש, ויש להם דין רשע.

וחילוק יסודי זה מודגש ברמב"ם (פ"ל מהל' שבת הט"ו):

השבת ועבודה זרה כל אחת משתיהן שקולה כנגד שאר כל מצות התורה, והשבת היא האות שבין הקדוש ברוך הוא ובינינו לעולם, לפיכך כל העובר על שאר המצות הרי הוא בכלל רשעי ישראל, אבל מחלל שבת בפרהסיא הרי הוא כעובד עבודה זרה ושניהם כגוים לכל דבריהם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הרי דשאני דין רשע מדין מומר לכה"ת, ונראה ברור דאף אם נקל לגביהם לשלול מהם דין מומר ולא להוציאם מן הכלל ולבדלן מקהל ה', מ"מ עדיין עוברים המה על מצוות ה' ביודעין ובכלל רשעי ישראל המה, והרי בעדות כתיב "לא תשת רשע עד".

ובהמשך דבריו כתב מפורש כדהעלנו שכל שאינו נוהג לפיח אזהרת התורה שאסור להעיד שקר, נפסל הוא לעדות אפילו אם ידוע שנזהר לפי השקפתו מלומר שקר וז"ל:

ולבי אומר לי דיש לפוסלם לעדות עוד מטעם אחר, דכיון שבפועל אין הם שומרים את מצוות התורה, וכשם שאין הם חוששין לרוב הל"ת שבתורה מסתמא גם אינם מתיראים מן הלאו ד"לא תענה ברעך עד שקר", אלא שיש מהם אנשים הגונים שמצד מדת היושר לא ישקרו בעדותם, אבל נראין הדברים דכל יסוד עדות שחידשה תורה להאמינם אינו אלא משום שנצטוונו שלא להעיד עדות שקר.

תשובת הגר"מ עמר והגר"צ בוארון

שוב שלח אלי הגר"צ בוארון פסק דין העוסק בשאלה כבנדון דידן ממש שהעלו להיתר בביה"ד הגדול; נשיא ביה"ד הגדול הגר"מ עמר שליט"א והגר"צ בוארון שליט"א (טרם פורסם) ואנו מצטטים מפס"ד (תיק מספר 878562/1):

הגב' [...] נישאה בשנת 70 בעיר לילינבאד שברוסיה ל[...] בחו"ק ונולדו להם שני ילדים. לאחר מכן התגרשו בזאקס ונישאה בשנית למר [...] בשנת 85 בטשקנט ונולד ילד אחד [...] יליד י"א תמוז התשמ"ז ועתה עם הגיעו לנישואין התעוררה שאלת כשרותו לבוא בקהל.

והנה כידוע מצב הדת והיהדות במדינות רוסיה שהיתה שם רדיפת הדת בצורה אכזרית במשך של מאה שנה בקירוב שכמעט ונשכח שם כל דת ודין לא שבת ולא כשרות ולא מצוות אחרות פרט למעטים שעדיין החזיקו בכמה מצוות כגון יום הכפורים ומצות כפסח וגם זאת בצורה דלה ביותר. כידוע ובעוד שאצל האשכנזים כמעט ולא היה כלל חו"ק הרי שאצל הבוכרים והקווקזים הקפידו על זה כידוע, אלא שגם זה נעשה בחשאי בתוך המשפחה מפני פחד השלטונות או סיבות אחרות ונתברר שהקידושין לא היו נעשים כדין וכהלכה הן מצד שהיו בוחרים קרובי משפחה דוקא לעדים מפחד השלטונות או מחשש עיה"ר ועוד זאת שלא היו בנמצא שם עדים כשרים כלל שבאותו הזמן כל הנמצאים שם היו בחזקת מחללי שבתות ומאכלות אסורות וכו' בדומה למצב יהדות ספרד לאחר הגירוש שיש הסכמת גדולי העולם מהר"י טיטצאק וחכמי סלוניקי באותן זמנים שכל קידושין שנעשו בפני אנוסי ספרד ופורטוגל אין לחוש לאותן קידושין שאין עדותן מעלה ומורידה שהרי הוחזקו למחללי שבת וכו' (שו"ת מהרשד"ם סי' ק"י וכ"כ בשו"ת מרן הב"י סי' ה).

וגם בארצות רוסיה היה אותו מצב לענין שמירת שבת וכשרות כידוע לכל.

ועיין בשו"ת אגר"מ (אה"ע ח"ד סי' פ"ג) דאפילו אם יש רק ספק בכשרות עידי הקידושין יש לצרף לספק אחר ולהתיר את האשה אם לא יהיה אפשר להשיג גט ומכ"ש שלא לאסור בניה אם תלד עי"ש.

וכיו"ב כתב הגר"ש משאש זצ"ל בשו"ת שמש ומגן ח"ג סי' מ' דכאשר יש לנו ספק שמא אין העדים כשרים ולאחר הבירור נשאר הדבר בספק נוכל לעשות ס"ס דהיינו ספק בקידושין וספק שמא מאינו יהודי ולהתיר עי"ש

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ומכל שכן בנדון זה שהדבר כודאי הגמור שהעדים היו פסולים מעבירה או מחמת קורבא.

וע"כ מכל הנ"ל אנו פוסקים כי המבקש [...] מותר לבוא בקהל ורשאי להנשא כדמו"י.

גדר פסלות אנוסי ספרד לעדות

הנה בביה"ד הגדול הסתמכו על תשובת המהרשד"ם והב"י שהעלו לפסול אנוסי ספרד לעדות קידושין ודימו זאת ליהודי רוסיה שגם הם היו כאנוסים.

ויש להרחיב בנדון זה. דו"ל המהרשד"ם שם:

שכבר נמנו וגמרו גאוני עולם קדושים אשר בארץ המה בשאלוניקי שאפילו נתקדשה האשה בפ"ע [= בפני עדים] אנוסי' שם בפראנקיאה לא הווי קדושין כלל ואם היא תרצה להנשא לאיש אחר מותרת להנשא למי שתרצה, משום דכל הנעשה שם לאו כלום הוא וזה הלשון שמצאתי כתוב וחתום יודע לכל רואי כתבנו זה כי הוסכם עפ"י כל חכמי העיר הזאת שאלוניקי יע"א הן החכמים השלמים אשר בארץ המה זללה"ה הן אותם אשר בחיים חייתם יצ"ו שכל אשה שנשאת לשום איש מבני ישראל בעודם בגזרת השמד אף על פי שקדש אותה בפני ישראל העומדים שם אשר צפו מי השמד על ראשם שאין לחוש לאותם קדושין כלל והרי היא מותרת לכל אדם אשר ירצה לכנוס אותה הן שמה במקום השמד הן אחר הנצלם מחרב השמד וכן אנו נוהגים בעי' הזאת שאלוניקי שכל אשה אשר תבא מפורטוג' וקאשטיליא אין חוששין כלל לקדושין שנתקדשה אחרי השמד כלל ואנו מתירין אותו שתנשא לכל אי' שתרצה כי אין שם כשרים בשום צד וכיון שהעדים אינם כשרים הקדושי' אינם קדושי' כלל ואם תשאר ג"כ זקוקה ליבם אין כאן זיקה כלל ואינה צריכה גט חליצה כלל ומותרת להנשא כנז' ולכל זה אין ספק כלל ולהודיע הדברים והאמת האלה חתמנו שמותינו פה יוסף בכמה"ר שלמה טייטאצק זלה"ה תחת זה הורה להתר גברא רבא וגם העיד על חכמים גדולים ועליהם קא סמכינא אני אליעזר השמעוני.

אולם נראה כי בדבר זה גופא נחלקו הפוסקים. דהנה הריב"ש (סי' י"א) העלה שהאנוסים לענין עדות הגט יש להכשיר כל שחקרו הרבה ונודע שאין עוברים על שום דבר של תורה אלא באונס או בשוגג וגם אין מתעכבים במקום אלא באונס או בשוגג שחושבים שעושים מצוה להביא בניהם וקרוביהם וגם מקיימים המצות בצנעא כל כה"ג כשרים הם לכל דבר. הובאו דבריו ברמ"א אהע"ז סימן מ"ב ס"ה.

ובאמת שהגט פשוט סימן קכ"ג סק"ח העמיד את דברי הריב"ש במחלוקת, וז"ל:

להקת האחרונים כתבו שבסאלוניקי הסכימו חכמי הדורות ועמדו למנין על אודות נשואי האנוסים עם האנוסות בארץ גזרה דאין בהם קידושין כלל מפני דכולם הם פסולים לעדות מפני שיכולים לימלט על נפשם ולברוח משם ואינם בורחים כאשר יראה הרוואה בתשובות האחרונים ז"ל ועיין בהרד"ך בית ט' ובית כ"ח ובית כ"ד ומהריב"ל ח"א דף נ"ח ע"ד ומהרשד"ם ח' אה"ע סי' י' וסי' ק"י ובתשו' מרן שו"ת ב"י סי' ה' והרא"ם ח"ב ס"ס ל"א ופ"מ ח"א סי' ס"א.

והם מקצת האחרונים שהזכרו בפסק ביה"ד הגדול הנ"ל. וראה שם בג"פ שמביא מדברי הב"י בסימן מ"ב. דהנה המהרי"ק בשורש פ"ה כתב:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מעשה היה בפני רש"י באנוס שקידש בפני אנוסים חבריו וחזרו בתשובה ואמר שקדושו קדושין להצריכה גט דאע"פ שחטא ישראל הוא ועוד שמא הרהרו תשובה בלבם והו"ל צדוקי.

וכתב הב"י אבן העזר סי' מ"ב וז"ל: "דתשובה זו היא באורחות חיים ח"ב ודברים תמוהים הם."

וכתב הג"פ לבאר את תמיהת הב"י וז"ל:

ומה שנראה שתמה על תשובה זו מרן דקאמר דדברים תמוהים הם הענין הוא משום דא"כ בטלה מה שפסקו הפוסקים המקדש בפני עדים פסולים דאורייתא אינם קידושין.

לאחר שהג"פ מפלפל אם יש לחוש שמא הרהרו בתשובה, מסיק שאין לחוש לזה רק אם יש הוכחה שעשו תשובה, וז"ל:

סוף דבר אפילו תימא דבהרהור לבד סגי היינו דוקא היכא דאיכא הוכחה לומר דהרהרו תשובה בלבם, אמנם מסתמא כשאנו יודעים שהעדים הם רשעים ופסולים לעדות אם קידש אשה או גרשה בפניהם לא חיישי' שמא הרהרו, כן נראה דעת כל הפוסקים שהזכרתי. אך מדברי מוהר"י מינץ בתשו' ס"א גם מדברי תשובת הרא"ש כלל י"ז סי' א' משמע דבסתמא חיישינן שמא הרהרו תשובה בלבם וחיישינן לענין גיטין וקדושין אע"ג דליכא הוכחה ומור"ם הזכיר פלוגתא זו סי' מ"ב ס"ה יע"ש.

אמנם יראה לענין הלכה דלית דחש להך סברא שמא הרהרו תשו' היכא דליכא הוכחה כמו שהורו בכנופייא בב"ד של סאלוניקי שלא לחוש לקדושין שנעשו בפני עדים האנוסים. אמנם היכא דאיכא הוכחה שבאו ליהדות י"ל סופן הוכיח על תחלתן ויש לחוש ולהחמיר כמו שהעלה מהר"מ פדואה ז"ל.

ויש להביא בהקשר זה את דברי הרמ"א (אהע"ז סימן מב סעיף ה):

המקדש לפני פסולי עדות דאורייתא מכח רשעתן, כגון לפני אנוסים או שאר רשעים, י"א חיישינן לקדושין, דלמא חזרו בתשובה (ר"י מינץ סי' י"א, וכ"כ בא"ח בשם רש"י). ויש מקילין (ב"י ומהר"מ פאדוואה סי' לז).

אולם הח"מ שם סקי"ז כתב שאין כאן מחלוקת ורק במקרה שחזרו בתשובה אמרינן דאולי הוכיח סופו על תחילתו, אבל בלא זה, לא חיישינן שמא הרהרו בתשובה ולזה הסכים הב"ש סקכ"ב. וזהו ממש כמסקנת הג"פ הנ"ל. ובלא"ה יש לומר שהלכה כיש אומרים בתרא שהביא הרמ"א דאין חוששין לקידושין.

האם יש צורך בגביית עדות כדי לפסול עדים או שסגי באנן סהדי

הנה יש לדון אם יש צורך לגבות עדות כדי לפסול עדות עדים או שמא כל שיש אומדנא דמוכח שהיא כאנן סהדי שהם שהעדים עוברי עבירה, אין צורך בקבלת עדות מיוחדת על כך והרי הם פסולים ממילא. כהצד השני נקטו הרבה פוסקים ודלא כמהר"י אסד (יור"ד סימן נ), ואין ספק כי הנחת היסוד של פסק ביה"ד הגדול הנ"ל נשענת על הנחה זו. כך גם נקט באג"מ אהע"ז ח"א סימן פ"ב וסימן פ"ה אלא ששם מבואר שבעינן לזה אנן סהדי ברור ולא סגי רק בקול כל שאין ידוע שמחלל שבת כעת. וכך נקטו בביה"ד הגדול בפד"ר (ה"ז

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עמ' 176 מאת הגר"א גולדשמידט, הגרי"ש אלישיב והגר"ב זולטי, וכן בשו"ת לב אריה (להגר"א גרוסנס) סימן לא, וכן נקט מו"ר הגר"א וייס במנחת אשר שם.

שוב מצאתי כי כך העלו כבר דייני ביה"ד הגדול הנ"ל בני"ד. כך העלה הגרש"מ עמר במפורש בספרו שמע שלמה (ד אהע"ז ו ד) וכן הגר"צ בוארון שליט"א בספרו שערי ציון (ב אהע"ז יב עמ' רה רו). וראה בספר משפט העדים עמ' שנו שהביא שכך נקט מו"ז מרן הגרע"י בתשובה בכת"י.

כך גם נפסק בביה"ד בבאר שבע במקרה דומה (תיק 499105/6 בהרכב מיוחד של אבות בתי הדין הרב אליעזר איגרא, הרב אליהו אברג'יל והרב בנימין בארי). אכן כאמור הגר"ב בארי לא הסכים לנימוק זה לחלוטין וכמו שביאר שם וכן בתשובתו שהובאה לעיל.

שיטת הגאון רבי אהרן קוטלר

הגאון רבי אהרן קוטלר בשו"ת משנת רבי אהרן (אהע"ז ח"ב סימן מט) נשאל בדין עדות בכתב שהעידו בה עדים כי פלוני מת והשאלה אם ניתן לסמוך על עדות העדים כאשר לא ידוע אם הם עדים כשרים.

הגר"א קוטלר קובע כי ניתן לסמוך על עדות העדים וזאת למרות שרוב היהודים שבמקום זה פסולים מחמת עבירה, והיה לנו ללכת אחר הרוב. אך הואיל ואין לנו ידע ספיציפי על העד החתום על השטר, כה"ג יש לנו לילך אחר חזקת כשרות שיש לכל בר ישראל.

הראיה המרכזית שהוא מביא לדבריו היא מהנפסק בשו"ע (אהע"ז סימן יז ס"ג) שעבדים כשרים לעדות אשה. והקשו המפרשים שם שהלא מבואר בב"ב צ"ב כי הקונה עבד ונמצא קוביוסטוס – גנב – הגיעו, משום שרוב העבדים הם בחזקת שהם גנבים, וקשה שא"כ הרי הגזלנים פסולים מהתורה, ולא הכשירו פסולי עדות מהתורה לעדות אשה.

הב"ח והב"ש (סק"ו) תירצו שמדובר בעבד שאנו ידועים בו שאינו גזלן. החלקת מחוקק (שם ס"ק ט) כתב: "ואפשר דישאל בעל עבירה גרע מעבד אף שהוא ג"כ בחזקת בעל עבירה". את הסבר הב"ח והב"ש יש לדחות כי הם עושים אוקימתא בעצם ההלכה. ואת דברי הח"מ שכתב שסתם עבד הוא רק בחזקת בעל עבירה השאיר בצ"ע. והסביר המשנת רבי אהרן בדומה לדרכו של הח"מ אך לא מטעמו, וז"ל:

אלא כהח"מ [...] לא מטעמייהו משום שהם רק 'בחזקת' בעלי עבירה וכנ"ל,
אלא מטעם שכתבנו שאף על פי שרוב עבדים גזלנים, מ"מ כל אחד הבא
לפנינו יש לו חזקת כשרות.

העולה מדבריו וכך מבואר יותר באריכות בהמשך דבריו כי כל עוד לא בא לפנינו אדם מסוים, מהתורה, מעיקר הדין אי אפשר לפוסלו כי יש לו חזקת כשרות, אך כיון שרבים מהם מתנהגים בצורה שפוסלתן לעדות הרי שהם פסולים מדרבנן בלבד. וכיון שמדובר לענין עדות אשה הרי בעלי עבירה שהם פסולים רק מדרבנן כשרים לעדות זו.

יש לציין שכעין זה הבאנו מדברי האג"מ (אהע"ז ח"א סימן פב וסימן פה) שרק אם יש גילוי מילתא שפלוני מחלל שבת נפסל הוא לעדות אך מה שחושבים שהוא מחלל שבת אך לא ידוע ומפורסם מה הם מעשיו כעת, אין לפוסלו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ההשלכות מהאמור לני"ד

יש לדון בדימוי לשאלת כשרות העדים בני"ד לדברי הפוסקים הסוברים שיש לפסול את עדות האנוסים. דומה כי האנוסים שדיברו בהם הפוסקים מתחלקים לשנים. הקבוצה האחת היא האנוסים הראשונים שידעו היטב יהדות, תורה ומצוות מהם, אלא שהיו אנוסים מלקיים את התורה ובוזה לכו"ע אין הם פסולים לעדות. הקבוצה השנייה הם האנוסים שכבר חלפה התקופה שהיו אנוסים לעבור על דיני התורה, אך הם המשיכו להחזיק במנהגם שלא היו שומרים על דיני התורה. ובוזה היו שטענו כי הריב"ש חילק שאם היה בידם לחזור לשמירת מצוות והם המשיכו במנהגם הרי אלו פסולים לעדות. אבל אלה שלא היה בידם לחזור, אין לפוסלם. ולדעת הגט פשוט הסכמת האחרונים שגם כה"ג יש לפוסלם. אך לא נתבאר להדיא מהו טעמם של פוסקים אלה, וצריך לתת טעם לדבריהם שאם היו אנוסים שלא היה בידם לחזור בהם, לכאורה הדבר פשוט שאין לפוסלם כדכתב הריב"ש.

אבל נראה לבאר כי המקרה בו דברו פוסקים אלה הוא כאשר במשך הדורות נשתכחו דיני התורה וכעת הם חיים ככל הגויים, ואף שאין בידם לדעת כעת מהם דיני התורה כי פסקו חכמי התורה מלשכון בתוכם, והרי הם אנוסים וכתינוקות שנשבו לגבי חלק מדיני התורה, אך אין זה מציל אותם מלהיות פסולים לעדות אם מצד שבמצב זה אין הם בכלל בני עדות או מטעם שאין בידם להתנהג לפי אזהרת התורה שלא להעיד עדות שקר וכמו שהעלה האג"מ הנ"ל.

תנאי נוסף העולה מדברי הג"פ הח"מ והב"ש שאין לחוש שמא הרהרו בתשובה בתקופה זו, כי רק אם הרהרו בתשובה יש להניח אולי כי סופן הוכיח על תחילתן, אבל בהעדר ידיעה על חזרתן בתשובה, אין לחוש לזה והם נשארים בפסולם.

מכאן נראה היה להחיל את הקביעה הדוגלת בפסלות עדים לאותם שגדלו תחת השלטון הקומוניסטי כבני"ד, שעל אף כי ידעו שבמקורם הם יהודים ואף נזהרו מנישואי תערובת וממילא נותרו הם כיהודים בייחוסם, אך הואיל ולא היו מודעים כלל לדיני התורה ואזהרותיה, אין זה מציל אותם מלהיפסל לעדות כדביאר האג"מ.

אולם סברת המשנת רבי אהרן עומדת לנגד ענינו שכל עוד לא ידענו מעשיו של אדם מסוים אנו מניחים כי יש לו חזקת כשרות, ואינו נפסל לעדות מהתורה. וכ"מ מדברי האג"מ.

האם הכתובה משמשת כהוכחה למעשה קידושין

בנימוקי הגר"ב בארי נכתב כי אין ללמוד מהכתובה שהיו נישואין שהרי מבואר בגיטין פ"ט ונפסק בשו"ע אהע"ז סימן מ"ו ס"א שאפילו שמעו קול פלונית תתקדש היום אינה מקודשת עד שיוחזק בבי"ד קול שפלונית התקדשה. הרי מבואר שאפילו במקרה של גרות דולקות וכל ההכנות, אין זה מספיק להחזיקה כמקודשת, ק"ו בני"ד שרק נכתבה כתובה.

יש להעיר כי מצד שני נאמר בקידושין (נ ע"ב):

בעא מיניה רב אחא בר רב הונא מרבא: הוחזק שטר כתובה בשוק, מהו? אמר ליה: וכי מפני שמחזיק שטר כתובה בשוק, נחזיק בה כאשת איש? מאי הוי עלה? אמר רב אשי: באתרא דמקדשי והדר כתבי כתובה – חיישינן, כתבי והדר מקדשי – לא חיישינן. מקדשי והדר כתבי, פשיטא! לא צריכא דלא שכיח ספרא, מהו דתימא ספרא הוא דאתרמי, קא משמע לן.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ונפסק ברמב"ם ובשולחן ערוך (אבן העזר הלכות קידושין סימן מה סעיף ג):

חוששין לכתובה, שאם כתב לה כתובה, אף על פי שלא הגיעה לידה, אם דרך מקצת אנשי העיר שמקדשין ואח"כ כותבים כתובה, חוששין שמא נתקדשה, אף על פי שאין שם סופר מצוי, ואין אומרים שמא הסופר נזדמן לו וכתב. ואם דרך כל אנשי העיר שכותבין הכתובה קודם הקדושין, אין חוששין לקדושין.

מבואר שבמקום שכותבים כתובה לפני שמקדשים, אין הכתובה הוכחה לקידושין. ובמקום שכותבים כתובה אחר שכבר קידשו, אז הכתובה מהווה ראיה שאכן התקיימו הקידושין. ויש לדייק כאן כמה דיוקים. ראשית מהו לשון חוששין. וכתב באבני מילואים שם סק"ב שהוא רק חשש וכמו שנאמר גבי חוששין לסבלונות שהוא רק חשש. ונראה מדבריו שאינו בגדר ספק קידושין, אלא שבעי גט כדי להוציאה מחומרא דאשת איש.

וכבר קדם במהרי"ק סימן קע"א לדייק כן מסידור ההלכות ברמב"ם. המהרי"ק שם עמד על השינוי בלשון הרמב"ם בין נותן סבלונות לבין נמצאה כתובת אשה לענין הוכחת הקידושין. וז"ל הרמב"ם שם בפ"ט מהלכות אישות הכ"ח:

מקום שנהגו לשלח סבלונות לארוסה אחר שתתארס ובאו עדים שראו סבלונות הובלו לה, חוששין לה שמא נתקדשה וצריכה גט מספק אעפ"י שרוב אנשי העיר אין משלחין אלא קודם האירוסין, ומקום שנהגו כולן לשלח הסבלונות תחלה ואחר כך מקדשין וראו סבלונות אין חוששין לה.

לעומת זאת בהלכה כח גבי הוחזקה כתובה כותב הרמב"ם:

הוחזק שטר כתובתה, אם דרך מקצת אנשי המקום שמקדשין ואחר כך כותבין חוששין לה, ואף על פי שאין שם סופר אין אומרים שמא מפני הסופר שמצא הקדים וכתב, ואם דרך כל אנשי המקום שכותבין הכתובה קודם הקידושין אין חוששין לה.

ראשית מציין המהרי"ק כי בין בסבלונות ובין בהוחזקה כתובה הצורך לקבלת גט הוא מחמת קול, אך קול זה אינו יוצר ספק גמור לגבי קידושי האשה אלא שמצריכה לקבל גט משום חומרא דאשת איש. וכך הם דבריו שם: "דודאי צריך לומר לפי שיטה זו שאין האסור דסבלונות אלא מחמת קול בעלמא."

ושם ביאר יותר מדוע הרמב"ם לא כלל דין דסבלונות ונמצאה כתובה בהדי כל ספקות הקידושין שהביא בפרקים הקודמים, וז"ל:

אלא ודאי צריך לומר דמשום הכי לא הביא דיני הסבלונות באותו פרק עם שאר ספיקי קדושין שמביא שם משום דשאני ספקי דהתם ספק גם לב"ד אם היא מקודשת ואם לאו אבל הכא כשנתברר לנו שהוא מאנשי העיר דרובא מסבלי והדר מקדשי אין הספק לבית דין שהרי בכל מקום הולכין אחר הרוב ואין חוששין לספק הבא מחמת מעוט רק הכא דוקא חוששין משום קול וכדפירשתי לעיל ומשום הכי מייתי לה עם דיני הקול היוצאים מפרק בתרא דגיטין משום דאידי ואידי חד טעמא הוא והיינו דקאמר רבינו משה לישנא דחוששין לה גבי הסבלונות וגבי הוחזק שטר כתובה מה שלא אומר בכל הפרקים של מעלה.

עולה מדבריו כי בשונה מכל המקרים של ספק קידושין שהובאו בדברי הרמב"ם בהם הספק קידושין הוא ספק גמור לבי"ד שמצריכה גט גמור כדין כל ספק דאורייתא לחומרא, אבל בנדון סבלונות הגם שהרמב"ם כתב שהיא ספק מקודשת לא יתכן לומר שהוא כפשוטו אלא הגדר הוא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

של חשש קידושין בלבד, כי הרמב"ם מפרט שמה שחוששין לקידושין בסבלונות הוא במקרה שהרוב בעיר זו מסבלי והדר מקדשי, א"כ הו"ל למיזל בתר רובא ולא לחוש לקידושין, אלא על כורחך שזהו דין מיוחד ומצד חומרא דאשת איש - לחוש אולי הוא מהמיעוט של כלל המקום דהיינו האזור כולו של חבל ארץ זו שהוא מקום שמקדשי והדר מסבלי (יש לציין את דברי הרמב"ן בקידושין שם שביאר שלא אזלינן בתר רוב בסבלונות משום דהוי רוב התלוי במעשה ואינו רוב, ולפ"ז אין ראייה להסבר המהרי"ק. והארננו לעיל בהסבר שיטת הרמב"ן. עיי"ש).

בסוף דברי המהרי"ק מבואר שכך גם הדין לגבי הוחזקה כתובה שהוא רק חשש קידושין ומשום חומרא דאשת איש בלבד.

ובאשר להבדל בין סבלונות לבין כתובה הוא רק לענין הפרט שבסבלונות חוששים למיעוט של כלל ערי האיזור שמקדשי והדר מסבלי, ואילו גבי כתובה סגי לחוש רק למיעוט שבאותה העיר שמקדשי והדר מסבלי זהו משום שבכתובה הרי יודעים אנו מתוך הכתובה מאיזו עיר בדיוק בא החתן ואין לחוש שהוא משאר עיירות האיזור, אבל בסבלונות שאין ניכר מאיזו עיר החתן רק אם ישנו לרוב אנשי האיזור כולו של מקדשי והדר מסבלי חוששין לקידושין. אבל לענין גדר חשש הקידושין שווים סבלונות לכתובה שאין זה גדר של ספק קידושין אלא רק חשש קידושין כדנתבאר לעיל.

דבר שני, הקשה בטיב קידושין שם ס"ק כב דאיך יתכן מצב שכתבו כתובה קודם הקידושין, והרי שמא לא יקדשנה היום ונמצאה כתובה פסולה כי הוא שטר מוקדם ותירץ, וז"ל:

וצריך לומר דאיירי בשטר שיש בו קנין כנהוג בכתובות, ואם כן אם אין כתוב קנין בכתובה אין רשאים העדים לכתוב קודם קידושין, אם כן ודאי נכתבה אחר קידושין וחיישינן בכל גווני.

הרי מבואר שמדובר שקיבל קנין, שאל"כ בכדי שלא יהיה שטר מוקדם מוכרח לומר שהכתובה נכתבה אחר קידושין, ולפ"ז רק במקרה של כתובה שלא נכתב בה קנין יש ישנה ברירות לכאורה שקדשו קודם. אבל לפי מנהגנו וכך הוא בני"ד שכתוב בכתובה כי קנו מיד החתן חוזר הספק שמא כתבו את הכתובה לפני הקידושין וממילא אין להחזיקה מקודשת. אלא שלפי העולה מדברי הרמב"ם והשו"ע אפילו שיש רק מיעוט שמקדשים ואח"כ כותבין יש לחוש להצריכה גט. בני"ד שיש חוסר ידיעה כיצד נהגו שם, יש לדון האם יש לחוש להצריכה גט. ומהסיפא של השו"ע נראה לדייק שרק במקום שכולם כותבים לפני שמקדשים רק שם אין לחוש לקידושיו, אבל בכל מצב אחר יש לחוש לקידושין, וצ"ע.

ועוד יש לדייק מהו לשון "אף על פי שלא הגיעה לידה", וכתב הט"ז (שם סימן מה ס"ק ט): "דאלו הגיע לידה פשיטא דחוששין דאין דרך לכתוב כתובה קודם קידושין."

מבואר לכאורה שבמקרה שהאשה מציגה את שטר הכתובה בידה, הרי זו הוכחה כי היא התקדשה – אפילו במקום שכותבין כתובה קודם שמקדשין.

יתרה מזו בבית שמואל (שם ס"ק כג) וז"ל: "אף על פי שלא הגיע לידה. ובטור איתא ולא הגיע. דוקא לא הגיע. דאם הגיע אז הוי ודאי קידושין ואם לא הגיע אז הוי חשש קידושין."

לפי הב"ש אליבא דהטור במקרה שהגיעה הכתובה לידה הוי ודאי מקודשת ולא רק חוששין. אולם יש לומר שכך יש לדייק רק מלשון הטור, אבל מלשון הרמב"ם והשו"ע מתבאר שלעולם היא רק בחשש מקודשת גם אם הגיעה הכתובה לידה, אלא דיש חילוק שאם הגיעה לידה אפילו כותבין קודם קידושין, חוששין לקידושין כדכתב הט"ז. וכ"מ דברי האבני מילואים הנ"ל שלא חילק.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ההשלכות הנוגעות לני"ד

הנוגע לני"ד שהכתובה היא תחת יד אם המבקשת, לכאורה אף אם ננקוט שהרמב"ם והשו"ע חולקים על הטור (דלא כב"ש בדעת הטור), אך מידי חשש קידושין לא יצאנו. יחד עם זאת, על הצד שהכתובה נכתבה לפני הקידושין הרי לפי המהרי"ק והאבני מילואים אין זה רק חשש קידושין להצריכה גט, ובודאי שאין זה נוגע כלל לכשרות הולד. אך מהסיפא של לשון הרמב"ם והשו"ע נראה שרק במקום שידוע שכולם כותבין קודם הקידושין אין חוששין להצריכה גט, וצ"ע איך לדון במקרה כבני"ד שאין ידוע לנו כיצד נהגו שם, האם יש רק לחוש להצריכה גט משום חומרא דאשת איש או שהיא כספק מקודשת. וראה להלן כי בכתובה שחסרים בה פרטים חיוניים כבני"ד, לכו"ע אין לחוש לקידושיו.

כתובה פסולה לענין הוכחת הקידושין

והנה כבר העלנו כי הכתובה בני"ד שלא מולאו בה פרטים חיוניים הינה כתובה פסולה, והיה מקום לטעון כי בנדון כתובה שהוחזקה בשוק – בשאלת חשש לקידושין, אין זה משנה כלל אם הכתובה כשרה, כי מסתבר שאין החשש לקידושין נובע מהעדות הכתובה בכתובה שהחתן נשא את הכלה, אלא שהוא מצד אומדנא – שמסתבר מאד שאם נכתבה כתובה אזי אשה זו באמת נתקדשה, וכ"מ מדברי המהרי"ק הנ"ל שכתב שהצורך לקבלת גט בסבלונות ובנמצאת הכתובה הוא רק מחמת הקול שנוצר מחמתם ואם היה זה משום העדות הכתובה בכתובה הו"ל להזכיר זאת. ולפ"ז אומדנא זו קיימת אפילו אם נמצא איזה פסול בכתובה.

וראיה לכך יש להביא ממה שנחלקו הפוסקים אם יש להחזיק אשה כמקודשת על סמך שטר שכתוב שם שהיא מקודשת.

דהנה כתב הרמ"א (אבן העזר הלכות קידושין סימן מב ס"ד):

מצאו כתוב בשטר: פלוני קידש פלונית, ועדים חתומים בו, כל זמן שאין השטר מקויים, אין לחוש לקדושין (הגהות מרדכי דקדושין). ודלא כיש מי שמחמיר בדבר (מהרי"ק שורש ע"ד).

לדעת הרמ"א נחלקו הפוסקים אם יש להחזיק אשה כמקודשת ע"ס שטר החתום בעדים שכתוב בו שהיא מקודשת. והכריע הרמ"א כהדעות שיש להחזיקה כמקודשת במקרה שחתמות העדים קויימו בפני בי"ד.

לעומת זה הח"מ שם סק"י כתב חילוק שאם השטר אינו שטר קידושין (שטר קנין) אלא רק שטר ראייה הרי זה שטר פסול מצד 'מפי כתבם' וז"ל:

ואפילו אם שטר זה אינו שטר קדושין אלא שטר ראייה על הקדושין שהעדים מעידים שקידשה ביום פלוני ובמקום פלוני בכסף או בשוה כסף ג"כ אינו דומה לשטר שביד המלוה דהתם השטר הוא מן התורה ועיקר הלואה הוא על השטר אבל שטר ראייה על הקדושין אין זה עיקר ואינו מנהג ואינו בכלל שטרות שנאמר דנעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד.

וקשה הרי מפורש בקידושין ונפסק בשו"ע כהנ"ל כי יש מצב שהכתובה מחזיקה את האשה כמקודשת, ולא נטען כלל לחסרון של מפי כתבם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אבל לפי הנ"ל אין הכוונה ללמוד מלשון הכתובה שהאשה מקודשת בתורת עדות, אלא יש כאן כעין אומדנא – שאם נכתבה כתובה – מסתמא שהאשה נתקדשה, וכלפי זה בא החילוק בגמרא בין מקום שכותבים ואח"כ מקדשים שאז אין אומדנא מספקת להחזיקה מקודשת לבין מקום שמקדשים ואח"כ כותבים שאז יש אומדנא חזקה יותר להחזיקה מקודשת. (שוב ראיתי במנחת שלמה תניינא סימן קכח שנוטה לומר שהכתובה היא כשטר שיש בו עדות לקידושין ולכן צריך להיזהר שלא לחתום על הכתובה מבעוד יום כשהנישואין הם בלילה, דאפילו אם קיבלו קנין והכתובה כשרה מבחינת הממונות, מ"מ יש כאן עדות שקר על מועד הקידושין שנערכו לפי האמת ביום המחרת).

יחד עם זאת נראה כי בני"ד אין לזה השלכה לגבי כשרות המבקשת לבוא בקהל, כי לפי האמור, מלבד להצריכה קבלת גט, אין לדון בזה כל נפקות לגבי כשרות הולד. מלבד זאת, נראה כי בשלמא אם נמצא איזה חשש פיסול בכתובה שפיר היה מקום לדון עדיין מצד אומדנא, אבל בני"ד שלא מולאו פרטים חיוניים כגון הסכום של הכתובה, יש לומר שאין לפנינו כתובה כלל. זאת ועוד, המסקנה דלעיל כי אין לחוש לקידושי עם הארץ במקומות אלה מובילה גם לקביעה כי אפילו אם הכתובה היתה כשרה, אין זה מהווה כל הוכחה לגבי הקידושין שסביר מאד שנעשו שלא בכשרות הבסיסית הנדרשת לפי ההלכה.

מסירת טבעת קידושין מאשה לאיש

יש לדון מהו תוקפם של קידושין כבני"ד שלפי עדות אם המבקשת בנוסף לטבעת הקידושין שנמסרת מהאיש לאשה מסרה גם האשה טבעת לאיש במעמד החופה.

לשם כך יש לברר את פרטי סוגיית נתינת כסף הקידושין ואמירת הרי את מקודשת לי.

יסוד מוסד כי האיש קונה את האשה ולא האשה קונה את האיש. האפשרות כי האשה קונה את איש נדחית בדברי הגמרא במסכת קידושין (ד ע"ב) מהכתוב "כי יקח איש": "אי כתב רחמנא 'ויצאה חנם', הוה אמינא היכא דיהבה (ליה) איהי לדידיה וקידשתו – הווי קידושי; כתב רחמנא 'כי יקח' – ולא כי תקח."

לפי רש"י (ד"ה היכא) ההו"א היא, שהאשה תתן כסף לאיש ותאמר "התקדש לי". אולם תוס' (ד"ה היכא) אינם מקבלים זאת אפילו כהו"א, "שהרי באיש אינו נופל לשון קדושין, שאין נאסר בכך לשאר נשים". לכן מפרשים תוס', שההו"א היא שתהיה מקודשת כשהיא אומרת "הרי אני מקודשת לך".

גדר הקנין מפורש בדברי הר"ן בנדרים (ל ע"א):

מכיון שהיא מסכמת לקדושי האיש, היא מבטלת דעתה ורצונה, ומשוי נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר, והבעל מכניסה לרשותו. הלכך אין אנו דנין בקדושין מצד האשה, אלא מצד הבעל.

המבואר לכאורה מדברי הר"ן שקנין הקידושין נפעל רק על ידי הבעל ואילו תפקיד האשה הוא רק להביע את הסכמתה לקידושין, שהבעל יקנה אותה. וראה שם בדברי הר"ן שהסמיך ענין זה להמבואר בקידושין (ה ע"ב) שמה שבעינין שהאיש יאמר ויתן את כסף הקידושין נלמד מהוראת הפסוק 'וכי יקח איש אשה' – לומר שרק האיש לוקח את האשה ולא שהאשה תילקח אליו. וזה מכוון לדברי הראשונים שיובאו להלן שכתבו כך מפורש כי מהפסוק כי ייקח אשה נלמד שהבעל נדרש לפעול את כל מעשה הקנין, ולכן בעינין שרק האיש ייתן את הכסף הקידושין וגם יאמר הרי את מקודשת לי.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ראה בדברי האבני מילואים סימן כ"ז סק"ו שלמד מדברי הר"ן כי רק למעשה ואמירת האיש יש גדר של דבר שבערוה, אך באשר לחלקה של אשה, היא צריכה רק להסכים לקניינו של הבעל, ולהסכמתה אין תוקף וגדר של דבר שבערוה, ולכן פסק השו"ע שם בסימן כ"ז ס"א שבשונה מהאיש שצריכים העדים לדעת כי הוא הבין את לשון הקידושין, שאל"כ אין כאן עדי קיום לתוקף הקידושין, מ"מ לגבי האשה העדים אין צריכים לדעת כי הבינה את לשון הקידושין, ומכאן גם שהאשה נאמנת לומר שלא הבינה שנאמר לה לשון קידושין, וכל זה משום שלהסכמת האשה לקידושין אין גדר של דבר שבערוה וממילא העדות על הסכמתה אינה מצריכה עדי קיום. השערי ישר (ז"ב) נחלק בזה על האבני מילואים כי גם להסכמת האשה יש גדר של דבר שבערוה. וראה לגרש"ז אויערבאך במנחת שלמה (תניינא סימן קכו) שגם מסיק שלהסכמת האשה יש גדר של דבר שבערוה.

הגמרא (קדושין ה, ב) מביאה ברייתא המונה שני מצבים:

א. נתן לה כסף [...] ואמר לה "הרי את מקודשת לי" – הרי זו מקודשת;

ב. היא שנתנה, ואמרה היא "הריני מקודשת לך" – אינה מקודשת.

במקרה שבו "נתן הוא ואמרה היא" יש שתי לשונות בגמרא:

א. נעשה כמי שנתנה היא ואמרה היא, ולא הוּו קדושין.

ב. ספיקא היא וחיישינן מדרבנן.

בטעם החיסרון לתוקף הקידושין במקרה זה כתב בתוס' רא"ש שם:

הא נתן הוא ואמרה היא לא הוּו קדושין. דכי יקח משמע שעל ידי דיבורו ונתניתו לוקחה כאדם הלוקח מקח שקוצץ דמים ונותנם, וכשאמרה היא אין זה כי יקח אלא כי תקיח את עצמה.

מבואר שהוראת התורה בפסוק כי ייקח איש מורה על כך שרק הבעל פועל מצידו את מעשה הקידושין, ולפי הצד שאין תוקף לקידושין במקרה שנתן הוא ואמרה היא, הוא משום שלא רק מעשה הנתנה צריך להיות מצדו של הבעל אלא גם האמירה. סברא זו הוזכרה גם בדברי הרשב"א והר"ן שם בסוגיא. וראה עוד בר"ן סברא נוספת שאפילו אם האמירה אינה בכלל 'קייחתו' של הבעל אלא האמירה רק באה לגלות שנעשה כאן מעשה קנין לשם קידושין ולא לשם כוונת קנין אחר, אך מ"מ יש יותר משמעות לאמירת או שתיקת האשה מאשר לאמירת או שתיקת האיש. לאמירת האשה ישנה משמעות יותר שכן על הצד שיש תוקף לקידושין היא מנועה מלשאת איש אחר, משא"כ אצל האיש הרי תמיד יש ביכולתו לשאת אשה אחרת.

יש לציין כאן שבמקרה שהיו עוסקין באותו הענין קודם לכן, כתבו התוס' רא"ש והרשב"א שם כי גם בנתן הוא ואמרה היא יש תוקף לקידושין. אבל בלא שהיו מדברים באותו הענין מקודם, הגם שיש להבין מתוך דברי האיש והאשה כי הם מתכוונים לקידושין, מ"מ זהו בכלל דברים שבלב, ולא מהני לפרש דברים שבלב במקום שבעינין 'עדי קיום' של הקידושין, וכך מוסבר בדברי הרשב"א וז"ל:

וא"ת נתן הוא ואמרה היא אמאי אינה מקודשת גמורה דהא אמרינן לקמן בסמוך הי' מדבר עמה על עסקי גיטה וקדושיה ונתן לה ולא פירש ר"י (הגלילי) אומר דיו, ותירצו בתוס' דהכא בשלא דברו מעיקרא בעסקי קדושין כלל אלא השתא הוא דאמרה לי' תן לי דינר ואתקדש אני לך ונתן לה ולא פירש דהא לא אמר איהו מידי לא השתא ולא מעיקרא, והא דאמרינן לקמן תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב דוקא בשחזר הוא וא"ל

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בשעת נתינה הרי את מקודשת לי במנה זה שאני נותן לזה הא נתן ולא פירש אינה מקודשת, ואף על פי שהדברים מראין דלדעת מה שאמרה לו נתן הוא וכמו שפירש דמי מ"מ העדאת עדים בעינן דהמקדש בלא עדים אין חוששין לקדושין, א"כ כיון שלא פירש כן ואפשר שלשם מתנה נתן ולא לשם קדושין אף על פי שהוא מודה (נ"א: מוכח) דלשם קדושין נתן כמו שאמרה אפ"ה אין כאן עדות שמיעה ולא ראייה לשם קדושין (נ"א לשם עדות) אלא שהם דנין כונת הלב ואין כאן עדות, אבל בשהיו עסוקים באותו ענין כיון שהוא בעצמו נתרצה בהם מעיקרא ה"ז כאלו פירש עכשיו בשעת נתינה דאדבורא דנפשי קא סמיך ויהיב.

וראה בחידושי רעק"א (הנד"מ על מסכת קידושין שם אות ב (גנזים)) שהעלה כי הרשב"א מוכרח לסבור את סברת האבני מילואים, שאל"כ דבריו סתרי אהדדי וכ"כ בגרנ"ט בהסבר הראשון. וראה עוד במנחת שלמה (תניינא סימן קכו) שנו"נ אם יש ראייה מדברי הרשב"א ליסוד דברי האבני מילואים הנ"ל.

למקרה שבו "נתנה היא ואמר הוא" אין אזכור מפורש בגמרא.

ומצינו בזה כמה שיטות בראשונים:

א. הר"ן (על הרי"ף א ע"ב ד"ה ת"ר) הביא את דעת בה"ג, שגם במקרה זה דינו כנתן הוא ואמרה היא והוי ספק מקודשת.

ב. התוס' (בד"ה הא נתן הוא ואמרה היא) כתבו: "מה שלא הזכיר כלל נתנה היא ואמר הוא משום דלא פסיקא ליה דפעמים מקודשת באדם חשוב כדאמר לקמן (ז, א)."

לדעת תוס' מקרה זה תלוי, כשהאיש הוא אדם חשוב תהיה מקודשת, אף שנתנה היא. הדבר מבואר בסוגיא להלן (ז, א) - "בההיא הנאה דקא מקבל מתנה מינה, גמרה ומקניא ליה נפשה" - ולכן לכך לא התייחסה סוגייתנו.

הרי"ף שם כתב במקרה שנתנה היא ואמר הוא שאינה מקודשת, וכתב הר"ן שם שכוונתו כדעת התוס' שאינה מקודשת באדם שאינו חשוב, ואילו באדם חשוב היא מקודשת. והר"ן שם כלל את דעת הרמב"ם בשיטה זו.

ג. לעומת זאת בהגהות הגר"א על דברי התוס' נרשם: "הרי"ף והרמב"ם והרשב"א חולקים על זה."

בביאור הגר"א (אהע"ז סימן כז סקל"ד) מבוארים דבריו יותר. דברי הגר"א מוסבים על לשון הרמב"ם והשו"ע (שם בס"ט). וכך הם דברי הרמב"ם והשו"ע שם:

נתנה היא ואמרה לו: הילך דינר זה מתנה ואתקדש לך, ולקחו ואמר לה: הרי את מקודשת לי בהנאה זו שקבלתי ממך מתנה, אם אדם חשוב הוא, הרי זו מקודשת, שהנאה יש לה בהיותו נהנה ממנה, ובהנאה זו הקנתה עצמה לו.

וכתב הגר"א שם וז"ל:

הרמב"ם וכשיטת הרי"ף שכ' שם וכן אם נתנה היא ואמר הוא לא הוי קדושין וכ' הרשב"א דר"ל אפילו באדם חשוב דהא אמרי' שם ז' א' דבאדם חשוב מקודשת דוק' בשחזר הוא וא"ל התקדשי לי בהנאה זו שאני מקבל ממך מתנה זו וכן פי' ר"ח שם וא"כ ה"ל נתן הוא ואמר הוא אבל נתנה היא ממש ואמר הוא אינה מקודשת כלל כו'.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

המבואר שההבדל בין שיטת התוס' לשיטות הרי"ף הרמב"ם והרשב"א, שלפי תוס' בנתנה היא ואמר הוא מקודשת באדם חשוב, אפילו אם אינו מפרש באמירתו שהיא מקודשת בהנאה זו שקיבלתי ממך מתנה ואילו לפי הרי"ף ודעימיה אינה מקודשת אא"כ יחזור ויאמר לה שתהיה מקודשת בהנאה שהוא קיבל ממנה מתנה זו. וראה בלשון הרשב"א שנראה ממנו ברורות כי שיטת התוס' היא שיטה שונה ממסקנת הרשב"א שבענין שיחזור ויאמר לה הרי את מקודשת לי בהנאה שקיבלתי ממך מתנה. וכ"כ מפורש באבני מילואים שם סק"ט לפרש את דברי הרמב"ם והשו"ע על דרך זו כדכתב הגר"א.

יש לציין כי רק לשיטת בה"ג יש להשוות בין דין נתנה היא ואמר הוא לדין המפורש בנתן הוא ואמרה היא [ובהכרעת הדין אם פוסקים כלישנא קמא או כלישנא בתרא, וגם ללישנא בתרא האם חייבת גט מספק מהתורה או מדרבנן ראה ר"ן שם בדעת הרי"ף ובאריכות בדברי האחרונים המובאים באוצה"פ סימן כ"ז ס"ח], אבל לפי מה שנתקבל להלכה בדעת הרמב"ם והשו"ע נראה כי נתנה היא ואמר הוא באופן שאין האיש אדם חשוב זה גרע מנתן הוא ואמרה היא, וזאת על פי שתי סברות הנזכרות בדברי הראשונים הנזכרים לעיל שהצד שלא מהני נתן הוא ואמרה היא זהו משום שגם האמירה היא חלק מגדר הוראת התורה לכי ייקח איש אישה – שהאיש עושה את כל מעשה הליקוחין הן בנתניה והן באמירה. ומכאן למקרה שהוא נתן אבל אם לא אמר הוא את לשון הקידושין, חסר בגדר של ה'כי ייקח', ועוד כתבו סברא משום שיש לומר שאמירת האשה אינה מהווה בהכרח הסכמה של האיש לקדש אותה, כי אין לאיש כל מניעה לשאת אשה אחרת גם במצב זה. אבל כל זה כאשר הוא נתן, אבל במקרה שהיא הנותנת, קיימת סברה גדולה יותר לחסרון מצד ה'כי ייקח' ובודאי לא הוי קידושין.

עוד יש לציין כי השו"ע בס"ט כתב שצ"ע היום מי נקרא אדם חשוב, ולכן באופן מעשי קשה מאוד למצוא מצב שהאשה תהיה מקודשת בנתנה היא ואמר הוא, ובפרט שנפסק כהשיטת השו"ע שחייב האיש לחזור ולומר התקדשי לי בהנאה שקיבלתי ממך מתנה. יחד עם זאת יש לדון לאור דברי הראשונים הרשב"א והתוס' הרא"ש שם שבמקרה שהיו עסוקין באותו הענין הקידושין תקפים בודאי אפילו בנתן הוא ואמרה היא, ויש לדון כך גם בנתנה היא ואמר הוא שאפילו כשלא חזר ואמר הרי את מקודשת לי בהנאה שקיבלתי ממך מתנה, שיועיל לתקף את הקידושין כשהיו עסוקין באותו ענין. אולם כאמור כל זה באדם חשוב, וכיון שבאופן מעשי אין ברירות מה נקרא אדם חשוב, שוב אין תועלת במה שהיו עסוקין באותו הענין.

ניתוח המקרים בהם גם האשה מוסרת טבעת לחתן

הנה במקרה כבני"ד כאשר גם האשה מוסרת טבעת לאיש יש לדון בכמה אופנים. בספר לב אריה להגר"א גרוסנס סימן ל"א מתואר כיצד נערכים קידושין בקהילות הרפורמים: החתן מחזיק את הטבעת בידו ואומר לאשה הרי את מקודשת לי וקודם שהיא מקבלת את הטבעת היא חוזרת ואומרת הרי אתה מקודש לי, ורק אח"כ הם מוסרים זה לזה את הטבעות. קורה לפעמים כי גם בחתונות אורתודוקסיות האשה מבקשת למסור לחתן טבעת. לרוב קורה כי החתן מוסר את הטבעת מיד אחר אמירת "הרי את מקודשת", ורק אח"כ מוסרת האשה טבעת לאיש. נדמה כי בחתונות אורתודוקסיות אין האשה אומרת לשון קידושין, או לפחות אין הרב מאפשר זאת.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לאור זאת יש לדון בשני מקרים השכיחים. בחתונות רפורמיות לכאורה זהו כאמר הוא ואמרה היא ואח"כ נתן הוא ונתנה היא. ואילו בחתונות אורתודוקסיות בהנחה שהאשה לא אמרה כלום זהו כאמר הוא ונתן הוא ואח"כ נתנה היא.

ועוד יש לבחון את תוקפם של קידושין אלו לאור ההגדרות הנזכרות לעיל. בדברי הראשונים הוסבר כי בפסוק כי ייקח ישנה הוראה כי הבעל יפעל את מעשה הקידושין בנתינה, ויש צד בגמרא כי חלק ממעשה הקיחה הוא גם באמירה הנאמרת בעת הקידושין. ועוד נזכר כי הר"ן הסביר כי תפקיד האשה במעשה הקידושין הוא רק להביע הסכמה כי רק הבעל יפעל וייקנה אותה. ויש לבחון איפוא האם במעשה הקידושין שגם הכלה מוסרת טבעת ולעיתים גם אומרת לשונות של קידושין האם זה מגרע מיישום נכון של ההוראות הנ"ל.

כאשר הבעל נתן ואמר את לשון הקידושין כדין, יש לדון כי שוב אין בכח פעילות נוספת מצד האשה הן בנתינה והן באמירה לגרוע מתוקף הקידושין. מצד שני יש לדון כי מאחר והצדדים עסוקין באותו הענין, הרי שיש לבחון האם הפעילות בנתינה ובאמירה מגרעת מהפעילות הבלעדית למעשה הקנין הנדרשת מצד האיש.

ראיה לכך שאם הבעל נתן וגם אמר את לשון הקידושין, דשוב אין אמירת האשה מגרעת מתוקף הקידושין יש להביא מדברי הרשב"א הנ"ל שבסו"ד כתב שהגם כי בנתן הוא ואמרה היא היא ספק מקודשת, מ"מ אם היו עסוקין באותו הענין כגון שדיבר עמה על עסקי קידושין, היא מקודשת. וכ"כ בתוס' הרא"ש שם.

וכך נפסק בשו"ע (אבן העזר הלכות קידושין סימן כז סעיף ח): "נתן הוא ואמרה היא, אם היה מדבר עמה על עסקי קדושין, הוי ודאי קדושין, ואם לאו, ספק קדושין."

דבר פשוט הוא שבהיו מדברים על עסקי קידושין, דבר זה מהווה כתחליף לאמירת האיש, ולכן כאשר היו מדברים על עסקי קידושין והוא נתן את הכסף היא מוקדשת, וזאת למרות שהאשה חזרה ואמרה הרי אני מקודשת לך - אין זה מגרע, וה"ט כי ככל שמעשה הקידושין נפעל מצד הבעל בשלמות הרי בזה הסתיים הקנין ושוב אין כל משמעות למה שהאשה אומרת, ואמירת האשה הוא בחינת 'יתר כנטול'. מכאן ניתן ללמוד לקידושין שאחר שהאיש נתן וגם אמר הרי את מקודשת לי ושוב נתנה האשה טבעת לאיש, דאין זה גרע כלום כיון שמעשה הקידושין הושלם כבר ע"י נתינת ואמירת האיש. וראה כיו"ב בתחומין כרך י"ח עמ' 90 בשם הגר"נ גולדברג שלא אכפת לנו ממה שהאשה עושה אחרי שהאיש השלים את מעשה הקידושין מצידו, ואפילו אם האשה אמרה לשונות של קידושין שאינם מועילים תוכ"ד לנתינה ואמירת האיש, אין זה משנה כלום כיון שמבואר בנדרים פז ע"א שלא אומרים בקידושין שתוכ"ד כדיבור דמי לענין חזרה ממעשה הקידושין.

אולם כאשר אמר האיש הרי את מקודשת לי וטרם מסר לה את הטבעת - גם היא אמרה לשון קידושין, לכאורה יש מקום לטעון כי אמירת האשה הפסיקה את השלמת ההליך הקנייני הנדרש מהבעל לבדו, ומעתה אף אם אח"כ ייתן האיש את הכסף לאשה הרי כעת י"ל שהנתינה מתייחסת לאמירתה ונחסר מהוראת התורה הנלמדת מ'וכי ייקח איש'.

וכ"כ בלב אריה שם אות ו בתחילת דבריו, וז"ל:

אבל אצל הריפורמים שאני שהרי היא אומרת שמקדשת אותו לה, אם כן אע"פ שנתן הוא ואמר הוא, מ"מ כיון שצריכים דעתה בקידושין ודעתה דבעינן היינו רצון להתקדש לו וכאן רצונה הוא שהוא יתקדש לה דהיא אומרת אתה מקודש לי והיא רוצה שהיא תפעול קידושין עליו וקידושין אלו

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אי אפשר שיהיו מן התורה ממילא יש כאן חסרון בדעתה ואפשר שגם מצידו לא הוי קידושין שהרי אם נותן הטבעת אחר אמירתה הרי הוא נותן לפי דבריה ורצונה נמצא שטבעת זו שנתן לה הוא כדי שיחולו קדושיה עליו גם כן ומעשה הקידושין שלו אינם כלל קידושי תורה דהיינו שיחולו רק קידושיו אלא שהוא מסכים ומרוצה למה שהיא אמרה דהיינו אתה מקודש לי לחלות קידושיה.

מצד שני הלב אריה מצדד שיתכן שאמירת האשה אינה בכלל למטרת קנין אלא שהוא רק ענין טכסי, וממילא אין לזה משמעות שתוכל לגרוע מנתינת ואמירת הבעל, וז"ל:

ואפשר לומר גם להיפך דעיקר הקידושין גם אצלם הם במה שהוא מקדש לה ואומר לה הרי את מקודשת לי ומה שהיא גם כן אומרת אתה מקודש לי אין זה אלא פטומי מילי בעלמא דאין זה אלא בדרך צערמאני [טכס] וצ"ע.

מטעם נוסף גם הגר"מ פיינשטיין נקט שאין שום תוקף לקידושיהם וכך העלה בשו"ת אגרות משה (אבן העזר חלק ג סימן כה):

בקידושי רעפארמער ו' תמוז תש"ל. מע"כ ידידי הרב הגאון מהר"ר דוד שלמה שפירא רב במלוואקי שליט"א.

הנה ראה כתר"ה מה שכתבתי בקידושין שנעשו על ידי הרעפארמער ראבייס שאין לחוש להם כלל כי לבד שאין שם עדים כשרים, הרי הרבה מהן ואולי כולן אין עושין מעשה קידושין כלל, דאף שנותן לה טבעת הרי גם היא נותנת לו טבעת, ומוכיח נתינתה על נתינתו שהוא רק מתנה בעלמא על שנעשו איש ואשה אבל עשיית הקידושין היה בלא כלום דאף דברים אולי אינם, ולא שבזה מקדשים זא"ז שנימא שנתינת הבעל היה לקידושין ונתינת האשה שג"כ נתנה לקידושין הוא דברי הכל, דהא הם אינם מקדשים כלל אלא היתה תשובת דברים על שאלת הראביי אם רוצה ליקחנה לאשה ומשיב הן ואותה הוא שואל אם היא רוצה שיהיה בעלה או שתהיה אשתו ומשיבה הן שזה אינם אף דברים של קידושין אלא דברים שרוצים בהאישות, ואח"כ נותנים זל"ז הטבעות על האישות שנעשה בדבריהם שהשיבו הן, שזה לא היה כלום אף אם היה נעשה זה לפני עדים.

וממילא מסתבר שאין לחוש אפילו אם החזיקו בנישואיהן כמה שנים דגרע זה לענין זה מנישואי ערכאות דבערכאות הא רובא דאינשי אף אלו שאינם שומרי תורה יודעים שיש נישואין בדיני ישראל אשר לא נעשה זה בנישואי הערכאות, שלכן יש מקום לומר שלא סמך על נישואין הראשונים שנעשה בערכאות ובעל לשם קידושין, אבל בנישואין דרעפארמער הא אותן שהולכין לשם הרי סוברין דזהו דיני קידושין ונישואין של ישראל שכל הבעילות הם ע"ד קידושין הראשונים שהרי אין יודעין שאיכא חסרון בקידושין שיצטרך לבעול לשם קידושין חדשים, לכן אין בהם ממש כמו בקידושין שבוטל שיהיו סבורין ששואה פרוטה או שלא ידע שצריך שיהיה פרוטה שאמרינן ע"ד קידושין בועל כדאיתא בכתובות דף ע"ג. אבל בערכאות שליכא סברא זו יש מקום להצריך גט לכתחלה לסברת הגר"א העניקין שליט"א, אבל במקום עיגון גם בזה יש להתיר [...] והנני ידו מוקירו, משה פיינשטיין.

בתשובה זו מבחין האג"מ שקידושי רפורמים אינם בכלל הליך קנייני שהבעל קונה את אשתו, אלא הוא הליך של הבעת הסכמה לשאלת הרב אם הם מוכנים לחיות כאיש ואשה. לדעת האג"מ במקרה זה גרע מנישואין אזרחיים שמצריכים לכתחילה גט, כי יש לחוש לכתחילה לדעות שהם יודעים שלנשואין אזרחיים אין תוקף הלכתי ומתכוונים אח"כ לבעול לשם קידושין,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מה שאין כן בנישואים רפורמים שהם סוברים שלמעשה הקידושין שלהם יש תוקף הלכתי וממילא אינם מתכוונים לבעול אח"כ לשם אישות, ולכן במקרה זה א"צ גט כלל.

ובתשובה אחרת הגר"מ פיינשטיין (אג"מ אה"ע ח"ד סי' יג) הוא מוסיף וקובע, שבקדושין כאלה, שבהם מחליפים החתן והכלה ביניהם טבעות:

לא ניכר מי מקדש למי, אם החתן את הכלה או הכלה את החתן. ואולי נראה שהוא רק מעשה שחוק [...] לסימן בעלמא על שנעשו בחשיבות איש ואשתו, ולא שהוא מעשה קנין אישות שהצריכה תורה.

אבל נראה שכוונה אחת בשתי התשובות שבקידושי רפורמים אין כלל הליך קנייני כלל.

ומוריניו הגר"א וייס שליט"א במנחת אשר (ח"א ריש סימן ע"ב) כתב לפסול קידושי רפורמים כסברת האג"מ, ועוד כתב כי כאשר האיש וגם האשה מוסרים טבעות זל"ז, אין כאן כלל הליך קנייני אלא עיקר ההליך הוא כשל נישואין אזרחיים המורה על הסכמה לחיות כאיש ואשה הכוללת בתוכה התחייבויות הדדיות אך אין במעשה זה תוקף קנייני של האיש שקונה את האשה כדרישת ההלכה.

ההשלכות לני"ד

הנלמד מכל האמור כי במקרה והאיש השלים את אמירת ונתינת הטבעת טרם האשה מסרה לו טבעת אין בכך כל פסול לתוקף הקידושין. אבל אם אחרי אמירת האיש, טרם מסירת הטבעת, קדמה האשה ואמרה לשונות של קידושין; בקידושי רפורמים לדעת האג"מ אין כל תוקף לקידושין כי כה"ג האמירה והנתינה נעשו רק כדי להביע הסכמה לשאלת הרב שהם רוצים באישות, וכך מסקנת הגר"א וייס אף שלא בקידושין רפורמים ומטעם כי כה"ג אין לראות כאן הליך שהאיש קונה את האשה אלא רק כהסכמה להתחייבות להיות כאיש ואשה כבנישואין אזרחיים. לדעת הלב אריה יש מקום להסתפק אם אמירת האשה מגרעת ממעשה הקידושין של האיש או שמא אמירת האשה לא נועדה כלל לקנין אלא כאמירה טכסית ואינה מגרעת כלל מנתינת ואמירת האיש אף אם בין אמירתו ונתינתו אמרה האשה לשון שמשמעותו מגרעת ממעשה הקידושין של האיש.

באשר לקידושי קווקז בני"ד שלא נודע בבירור מתי נמסרה הטבעת מהאשה לאיש והאם בכלל האשה אמרה לשון קידושין, לכאורה מלבד העובדה כי הקידושין סודרו ע"י מי שאינו בקי, כיון שלפי דבריה הקידושין לא נעשו בצורה המקובלת, אז כבר אין להחשיב את מעשה הקידושין כמי שמחזיקה למקודשת ודאי מעיקר הדין. ולא מבעיא לפי שיטת השערי ישר והמנחת שלמה שבין לנתינה ולאמירת האיש ובין להסכמת האשה יש גדר של דבר שבערוה וממילא כל עוד אין לכך עדות ברורה אין להחזיק שנעשה כאן דבר שבערוה, אלא אף לשיטת האבני מילואים שלהסכמת האשה אין גדר של דבר שבערוה, מ"מ לכו"ע לנתינת האיש ולאמירתו ישנו גדר של דבר שבערוה, ומבואר שכל עוד העדים אינם יודעים מעצמם כי הבעל הבין את לשון הקידושין, דאין כאן עדי קיום, וק"ו בני"ד שלא נהגו כמקובל, אין לנו להחזיק מצב של נישואין כדת משה וישראל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

תלייה בגוי

ישנם פסקי דין שגם בני"ד מחילים את העמדה ההלכתית כי יש להכשיר את המבקשת לבוא בקהל מצד שאפילו אם האשה טוענת כי נבלעה והרה את המבקשת מיהודי, מ"מ הואיל ויהודי זה לא היה נשוי לאם המבקשת הרי יש להחיל כאן את הכלל ש'כשם שזינתה עמו כך זינתה עם איש האחר', ואינה נאמנת לומר שנבעלה רק מהיהודי אלא יש לתלות גם בבעילת גוי. בפסק הדין בב"ש הנ"ל בנימוקי הגר"א איגרא האריך מאד להחיל עמדה זו בנדון כבני"ד, אך הגר"ב בארי שם נחלק עליו.

מאחר ובני"ד קיימים נימוקים מספיק חזקים להיתר של המבקשת לבוא לקהל, לא ראיתי צורך כעת להיכנס לבירורו של לנושא זה.

בענין אם אזלינן בתר חזקת פנויה כשיש ספר בקידושין ראה עוד בתשובת מרן הראש"ל יוסף זצ"ל בהחלטה הנ"ל.

אחרית דבר

לסיכום נראה כי יש להתיר את המבקשת מכמה ספקות וטעמים:

א. הספק הראשון הוא אם בכלל היו כאן קידושין כדמו"י, כפי שכתבנו לעיל די בספק זה כדי להעמידה בחזקת פנויה וזאת לפי השיטות שרובא דתליא במעשה אינו רוב מדאורייתא. אולם העלינו כי נימוק זה תקף רק לאור העובדה כי מתוך הכתובה מוכח שמסדר הקידושין לא היה בקי בהלכות קידושין.

ב. ספק גדול נוסף אם היו עדים כשרים, וכפי שהרחבנו לעיל ידוע לנו שעורכי הקידושין לא היו מודעים בצורך למנות עדים שאינם קרובים, ויש שהיו מהדרים לכתחילה אחר עדים קרובים כדי לחלוק להם כבוד.

ג. גם אם היו עדים שאינם קרובים יש ספק שמא עדים אלו פסולים לעדות מחמת שהם בעלי עבירה. אולם יש לפקפק בהיתר זה כל עוד לא ידענו בבירור מהם מעשיהם של עדי הקידושין באופן ספציפי.

ד. ספק נוסף האם החתן והכלה הבינו שמסירת הכסף היא מעשה קניין או ראו זאת רק כחלק מטכס.

ה. ספק נוסף האם הבינו שאמירת הרי את מקודשת היא ההקדמה למסירת הכסף או דבר העומד בפני עצמו וא"כ הקידושין היו בעצם בלי אמירה, וספק נוסף שמא הקדימו את מסירת הכסף לאמירת הרי את מקודשת.

ו. ספק נוסף מתעורר מהעובדה שאם המבקשת מסרה טבעת לחתן, ויש לפקפק בתוקף הקידושין במקרה שהאשה מסרה את הטבעת לחתן לפני שהחתן נתן את הטבעת שלו וסיים את אמירת הרי את מקודשת.

ז. כל הספקות הנ"ל מתחזקים לאור העובדה כי מתוך הכתובה מוכח שמסדר הקידושין היה עם הארץ, ויש לדמות לדברי הפוסקים שחששו לגט פסול במקרה שהוברר שמסדר הגט לא היה בקי בהלכות וכן לשחיטה שנעשתה ע"י מי שאינו בקי בהלכות שחיטה ששחיטתו פסולה אפילו לקולא.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יש להדגיש כי הספיקות הנ"ל הועלו רק לאחר שמברר היהדות הרב אריאל לויין נתן חו"ד בה ככל הנראה ה'חכם' שנהג לסדר קידושין בעיר מתצ'קלה בתקופה ההיא היה עם הארץ גמור, והיה ידוע כמי שעסק גם בסידור גיטין שככל הנראה היו בטלים מהתורה. לכן אין למהר ולהסתמך על הנתונים והספיקות שהועלו בהחלטה זו למקרים אחרים ללא בדיקת נתוני השטח במקום בו נערכו הקידושין.

מסקנה:

- א. המבקשת מותרת לבוא בקהל.
- ב. על אם המבקשת לקבל גט פיטורין מהאיש שנשאה לו בקווקז.

הרב חיים ו' וידאל

דברי הוספה על פסק הדין שכתב הגאון הרב חיים וידאל שליט"א (חברי להרכב ביה"ד) בעניין האשה העומדת להינשא ויש ספק בכשרותה לבוא בקהל:

במהלך הדיון נשאלה האשה על ידי בית הדין שאלות על חיי הנישואין של בעלה, על הקידושין, על הגט שלא ניתן וכן על זהות אבי המבקשת [שהוא יהודי לדבריה] שחיה עימו בארץ.

והנה בספר משפטי שאול – פסקי דין (הגאון הרב שאול ישראלי זצ"ל חבר בית הדין הגדול) כתב (בסימן ד עמוד מג) במקרה של אשה שהיתה עדות של עד אחד שנישאה כדמו"י (ולאחר מכן חזר בו מעדותו עם אמתלא) ולא קיבלה ממנו גט, לאחר מכן נישאה לגבר אחר בנישואין אזרחיים וממנו נולדה המבקשת ושם כתב:

אך דברים אלה של הפנייה לביה"ד ומעשה ביה"ד של סידור הגט, כל זה נעשה בשנת תשט"ו, כמה שנים לאחר שהמבקשת כבר נולדה, א"כ אפילו היתה האשה אומרת בפירוש באותה שעה שנתקדשה למר [ג'] בחו"ק כדמו"י לא היה בדבריה כדי לאסור את בתה, שכבר הוחזקה בכשרות כבתו של מר [ש' ל'] שגרה אתו חיי אישות דרך קבע, כי אין לאם תורת נאמנות על ילדיה לפוסלם, כמבואר בב"ש (סימן ד ס"ק לט) "כי דוקא לאב נתנה התורה נאמנות לפסול בניו, אבל היא אינה נאמנת לפסול בניה, לכן הוי כאילו לא אמרה כלום" [...] ע"כ אין בדבריה ובמעשיה של אם המבקשת בכדי לאסור את בתה.

וכן בהתייחסו לעדות שהיתה מצד עד אחד שהאשה התקדשה לבעלה הראשון בחו"ק כדמו"י מביא הרב ישראלי:

ורק לאב, היינו שהוחזק לפני כן בתור אביו של הולד, הוא שנתנה תורה תורת נאמנות אבל לא לאדם אחר, כמבואר בשב שמתתא [ש"ו פ' ט"ו] להעיד על אחד שהוא ממזר, דודאי בעי שנים לפוסלו לקהל ישראל.

וכך הביאו בפד"ר (כרך א עמוד 232) הרבנים הגאונים א' ע' רודנר, נ' רוזנטל ומשה חמויי זצ"ל במקרה של תביעת האשה למזונות ילדה, והבעל טוען כי אשתו זינתה ואין הילד בנו והאשה מודה לדבריו, וכך כתבו שם:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בנוגע לנקודה הראשונה (אם יש לחוש לכשרות הילד בהסתמך על הודאת האשה שזינתה) הדבר פשוט שאין כאן שום חשש לפסול הבן, דהרי מבואר בשו"ע (אהע"ז סימן ד סע' טו):

"אשת איש שיצא עליה קול שהיתה מזונה תחת בעלה והכול מרננים אחריה אין חוששין לבניה שמא ממזרים שרוב בעילות תולים בבעל [...]"

ודאי אין לפסול הולד, כי אין להאמין אשת איש בנוגע לפסילת הילד כמבואר שם בסעיף כ"ט: "אשת איש שאומרת על העובר שאינו מבעלה אינה נאמנת לפסלו". כל שכן כשאומרת על בנה שכבר נולד, כמו שכתב בספר כנסת הגדולה שם.

וכן כתב בספר דברי יוסף (מאת הגאון הרב יוסף כהן חבר בית הדין הגדול זצ"ל חלק ב עמוד רלט – שו"ת בענין ממזרות) במקרה של אשה שנישאה כדמו"י במרוקו ולאחר מכן עלו לארץ ובעלה סירב לתת לה גט, לאחר כמה שנים נולדו לאשה בן ובת וטענה שהילדים אינם של בעלה, וכתב שם הרב:

גם זה שהאשה שהיא לפנינו אומרת כל הזמן שהילדים הם לא מבעלה רק מגברים זרים, אין בזה שום צד לפסלם, כי האם אינה נאמנת כלל, הדבר היחיד שיכול לפסלם הוא אמירה ברורה של האבא – הבעל, שאז פסולים מדין יכיר.

והנה במקרה העומד לפנינו המבקשת היתה ידועה כבתם של האמא והגבר שחיה אתו בארץ, רק אגב ברור יהדותה של המבקשת, סיפרה האם שהיתה נשואה לאדם בקווקז והתגרשה ממנו אזרחית, וחיה עם אביה של המבקשת, ולפי דבריה בדיון בביה"ד, היתה נשואה לבעלה בקווקז כדמו"י, ולאחר שנתגרשה חיה עם אדם יהודי בארץ וממנו נולדה המבקשת, אם כן ביה"ד חי מפיה של האמא (נוסף על הכתובה שיש לפנינו והיא אינה עשויה כהלכה כמו שכתב בהרחבה הגאון הרב וידאל) ופשוט הוא שאין האמא נאמנת לפסול את בתה לבוא בקהל כפי שהובא לעיל אלא רק האב מדין יכיר או שני עדים.

מסקנת הדברים: אין האמא נאמנת לפסול את בתה מלבוא בקהל, ועל כן אני מצטרף לדעת חברי הרבנים הגאונים להתיר את המבקשת.

ועל כן המבקשת יכולה להינשא כפי בקשתה.

הרב יאיר לרנר

מצטרף למסקנות להתיר את המבקשת לבוא בקהל. נימוקים נוספים על האמור לעיל ינתנו בהמשך.

הרב שניאור פרדס – אב"ד

על פי נימוקים אלו החליטו כל חברי ההרכב בתאריך ט"ז תמוז תשע"ז להתיר את המבקשת לבוא בקהל, וז"ל ההחלטה הנ"ל:

החלטה

לאור החומר שבתיק, העדות והמסמכים, בית הדין פוסק: המבקשת [פלונית] הינה יהודיה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

על המבקשת לעשות את כל הבירורים המקובלים ברבנות המקומית, ואם לא תימצא מניעה אחרת – אזי מותר לה להינשא ע"י חופה וקידושין, כדת משה וישראל.

הערות:

א. זהות אבי המבקשת טרם התבררה. בהעדר הוראה אחרת אין להשיא את המבקשת לכהן.

ב. במהלך בירור יהדות המבקשת עלתה שאלת כשירותה לבוא בקהל. ביה"ד חקר את העובדות עד היכן שידו מגעת, ולאחר בירור הלכתי מקיף ביה"ד קובע כי המבקשת כשירה לבוא בקהל.

ניתן לפרסם בהשמטת שמות מזהים.

ניתן ביום י"א בתשרי התשע"ח (1.10.2017).

הרב יאיר לרנר

הרב חיים ו' וידאל

הרב שניאור פרדס – אב"ד