

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1354689/1

בבית הדין הרבני האזורי רחובות

לפני כבוד הדיינים:

הרב ציון אשכנזי - אב"ד, הרב אליהו עמאר, הרב שמואל דומב

התובע: פלוני

נגד

הנתבעת: פלונית (ע"י ב"כ עו"ד רונית גפניאל)

הנדון: היתר לשאת אשה על אשתו החולה בטרשת נפוצה

פסק דין

לפנינו בקשה להיתר נישואין - אשה שניה.

רקע עובדתי

בני הזוג נשואים מזה כעשרים שנה ולהם שני ילדים. האחד חייל צה"ל, והשני קטין בן כ-16.

האשה בת ארבעים ושש, חולת טרשת נפוצה פרוגרסיבית מזה כ-10 שנים, ומטופלת בעיקר על ידי עובדת זרה צמודה בביתה. האשה מטופלת בתל השומר במרכז לטרשת נפוצה.

הבעל המבקש משמש גם כאפוטרופוס לגוף ולנפש של האשה.

האשה מקבלת גמלה מעבודתה בצבא בסך כ-9,000 ש"ח לחודש ובנוסף מקבלת קצבת ביטוח לאומי בסך כ-10,000 ש"ח לחודש. לפי הצהרת המבקש: "זה מכסה את הרוב אבל אני משלים מה שצריך, כי זה אף פעם לא מספיק".

מצבה הרפואי של האשה

לאשה יש פגיעה קוגניטיבית, פגיעה בזכרון לטווח קצר ואף בזכרון לטווח הארוך שלה נפגע, אין לה יכולת דיבור, אינה מזהה תמיד את הקרובים אליה ביותר, יש לה יכולת הבנה ברמה מאד בסיסית.

במסמך רפואי מהמרכז לטרשת נפוצה שהגיש הבעל עולה כדלהלן:

"גב'... מאובחנת כסובלת בטרשת נפוצה מאז 2006.

מהלך המחלה מסוג כרוני מתקדם עם נזק תפקודי רב מערכתית קשה, מוגבלת מאוד בתפקוד בשל טטראפלגיה (שיתוק מלא בכל הגפיים), אנורטיה (אבדן יכולת לדבר), חוסר שליטה בסוגרים, ללא שום תפקוד עצמאי וזקוקה לעזרה סיעודית מלאה והשגחה צמוד למשך 24 שעות ביממה.

מרותקת למיטה, משתמשת במשעל ומכשיר BPAP.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בדו"ח רפואי נוסף של רופאת המשפחה נכתב כדלהלן:

"ש', בת 45, נשואה לג', להם שני ילדים.

מזה כ-15 שנים, משנת 2006 סובלת מטורשת נפוצה, ב-10 השנים האחרונות התדרדרות מהירה בתפקוד, פרוגרסיבית.

סיעודית מזה כשבע שנים. מרותקת למיטה/כסא גלגלים, סובלת מפצעי לחץ וזקוקה לעזרה סיעודית צמודה מסביב לשעון. משתמשת במוצרי ספיגה.. בלילה זקוקה לעזרה נשימתית ע"י BIPAP.

אוכלת מאכלים טחונים, שותה נוזלים עם מסמך. איננה מסוגלת לאכול בכוחות עצמה ויש צורך להאכילה.

ש' איננה מתקשרת כלל.

טיפול קבוע- מתואר מטה

רגישה לפניצילין וזינאט.

לאור כל הנ"ל ממליצה לשקול עזרה סיעודית נוספת למטפלת הסיעודית שנמצאת כעת, לצורך שמירה מלאה על בריאותה של ש'.

חוות הדעת הרפואית האחרונה (שהוגשה לנו) בתחילת שנת 2022 הינה כדלהלן:

"בת 46, נ+2, מאובחנת כסובלת מ MS מ-2006, אבחון של מחלה בתצורה פרוגרסיבית ב-2013, נמצאת במעקב במרפאת טרשת נפוצה בבי"ח שיבא אצל ד"ר..."

מרותקת לכיסא גלגלים, אינה מתקשרת עם סביבתה מלבד מצמוץ בעיניים, ישנה פגיעה קוגניטיבית ידועה ומתקדמת, מזהה חלקית את סובביה.

סיעודית לחלוטין ותלויה לחלוטין בסביבתה, מטופלת ע"י עובדת זרה 24/7.

אינה שולטת בסוגריה, משתמשת במוצרי ספיגה, אינה אוכלת בכוחות עצמה, זקוקה למזון מוסמך בלבד (ישנה הפרעה בבליעה).

מטופלת במשאבת בקלופן תוך תקלית לטיפול בספאסטיות הגפיים שהוחלפה ב-5/2022.

בלילה נעזרת במכשיר CPAP בשל אבחנה של הפרעת נשימה חסימתית בשינה.

אבחנה:

- MULTIPLE SCLEROSIS PROGRESSIVE FORM

- CHRONIC MEDICATION REFILL

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הצעת המבקש

המבקש הצהיר בפנינו כי הוא מוכן להתחייב, כי במידה ויתחתן יעשה הסכם ממון שכל רכושו עד עכשיו יהיה לאשתו ולילדים. המבקש אף הציג בפנינו את הצוואה שערך, בה הורה שאסור לילדים שלו להוציא את אמא מהבית.

אפוטרופוס לאשה לצורך דיון זה

לאחר הדיון ביה"ד מינה את עו"ד רונית גפניאל כאפוטרופוסית של האשה לצורך ייצוג האשה בפנינו להבטחת זכויותיה. לאחר הביקור והבדיקה שערכה עו"ד גפניאל. הודיעה לבית הדין כדלהלן:

"הייתי בבית של הצדדים, התרשמתי מעל ומעבר שהיא מטופלת באופן מושלם, יש לה מטפלת צמודה ומסורה, ויודעת לדאוג לכל צרכיה, ואכן ש' באמת צריכה את זה, ויש לה את כל המענה באופן גורף, יש אפוטרופוס ישיר שהוא עוקב אחר ההתנהלות הכספית בבנקים וזה לא מעסיק אותנו, ואולי אפשר למנות עו"ס שתיתן תסקיר אחת לכמה זמן".

בית הדין הבהיר לבעל שהיתר הנישואין לא יפטר מהו מחובותיו כלפי אשתו. והבעל הסכים למלא כל חובה כלפי אשתו כפי שנוהג כיום בכבוד הראוי לשבח, גם לאחר שיותר לו לישא אשה אחרת.

עד כאן תמצית העובדות.

פסק דין

לאחר שיקול הדעת ובחינת הנתונים הרלוונטיים לעומקם, מן הראוי בנסיבות מורכבות ומיוחדות אלו, יש להתיר למבקש לשאת אשה שניה על אשתו, אך זאת כמובן, בכפוף להבטחת זכויותיה של האשה לרפואה וטיפול ומזונות.

וכפי הנימוקים דלהלן:

הנה לכאורה, במקרה כגון זה, יש לדון לאסור מחמת ג' טעמים:

- א. מכח המנהג שלא לשאת שתי נשים.
- ב. מכח חרם דרבינו גרשום שלא לשאת שתי נשים.
- ג. מכח "שבועת הכתובה" שנשבע בעת החתונה שלא ישא אשה על אשתו.

ובמקרה דנן, מדובר בזוג מבני עדות המזרח שלא קבלו עליהם חדר"ג, כפי שיבואר להלן.

בתחילה לא היה ביד בית הדין את שטר הכתובה ובית הדין כתב באריכות להתיר גם לו היתה שבועה. עתה הוצגה הכתובה לפנינו, ולאחר העיון בכתובה, מתברר כי האיש לא נשבע בכתובה שלא ישא אשה על אשתו.

ולפיכך, מה שיותר לנו לדון הוא האם יש להתיר למרות שהמנהג והחוק שלא לשאת שתי נשים. וכפי שיבואר להלן בנימוקים המצורפים בארוכה, יש להתיר למבקש גם לו היתה שבועה שלא לישא אשה על אשתו וגם לו היה בעל אשכנזי, מן הטעמים והנימוקים שיפורטו להלן.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

היתר זה מותנה וכפוף לתנאים הבאים:

- א. ההיתר כפוף להסכמת כבוד נשיא בית הדין הרבני הגדול הגאון רבי דוד ברוך לאו שליט"א.
- ב. לאחר אישור כב' הנשיא, יוזמן האיש להסדרת ההסכם ממון לטובת אשתו, כפי שפורט.
- ג. תמונה אפוטרופוס לפיקוח לאורך השנים על כך שהאשה מטופלת כראוי.
- ד. במקרה זה, אין צורך בהשלשת גט או בהפקדת הכתובה.

נימוקים מורחבים

א. איסור לשאת אשה שניה מכח המנהג

כאמור, מה שיש לדון במקרה דנן, הוא מכח איסור המנהג, שנהגו שאסור לישא אשה על אשתו, וכל הנושא על דעת המנהג הוא נושא.

וכך העלה להלכה רבינו הרשב"א (ח"ד סי' שי"ד):

"נושא אדם נשים רבות, והוא דיכול למיקם בסיפוקיהו. ודוקא במקום שנהגו, אבל במקום שלא נהגו, אסור לאדם לישא אשה על אשתו, דאנן סהדי דעל דעת המנהג איניסבא ליה, דלא לינסיב אחריתי, והוה ליה כחמר שאינו יכול לעשות גמל".

וכן כתב הריטב"א ביבמות (מ"ד, ד"ה צריך):

"ואומר רבי ז"ל בשם רבותיו ז"ל דבמקום שנהגו שלא לישא אלא אשה אחת, אין לו רשות לישא אחרת על אשתו, דאומדנא דמוכח הוא דאדעתא דהכי אינסבא ליה דלא לינסוב אחריתי והוי ליה כחמר שאינו רשאי לעשות גמל. ובתוס' כתבו כי רבינו גרשון החרים על הנושא אשה על אשתו וחייבים לכופה על החרם שלו אבל ביבמה לא החרים כדכתב לעיל משיאין לו עצה, וקרוב בעיני שלא התיר הרמב"ם ז"ל לישא נשים הרבה בזמן הזה אלא לפי מנהג ארץ הישמעלים שנוהגים בכך".

וכן פסק מרן השו"ע סי' א' סעיף ח':

"במקום שנהגו שלא לישא אלא אשה אחת אינו רשאי לישא אשה אחרת על אשתו (ועיין לקמן סוף סי' ב' דאסור לישא שני נשים בשני מקומות)".

והניף ידו שנית גם בסי' ע"ו סעיף ח'.

אך ברור שלא על אופן כמו מקרה דנן נהגו. וזאת מחמת ג' סיבות:

- א. כי כפי שיבואר להלן, בוודאי לא על דעת כן, שתחלה ותגיע למצבה הבריאותי, התחייב לה שלא ישא אשה על אשתו.
- ב. זאת ועוד, האשה לצערנו אינה מודעת למצבה ואינה ראויה לחיי אישות רגילים, פשיטא שלא על דעת כן התחייב לה שלא ישא אחרת.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ג. בכלל לא שייך איסור מכח "מנהג". כי "מנהג" תמיד הוא על מקרה שכית. אבל מקרה כזה שאינו שכית, אין מנהג. ואדרבא, אם בודקים מה נעשה בפועל, נהגו להקל כמו שכתבו הפוסקים בתשובותיהם.

לך נא וראה, כי בוודאי אין להקל באיסור זה. וכבר כתב מרן השלחן ערוך (סי' א' סעיף יא) ש: "טוב לעשות תקנה בחרמות ונידויים על מי שישא אשה על אשתו". וכן הוא בבית יוסף בהלכות חליצה (אה"ע"ז סי' קסט אות מו). ומקורו טהור מתשובת הרא"ש (כלל מג סי' ד):

"אשר כתבת על הפחותים שנושאים אשה במקומכם ונותנין עיניהם באשה אחרת והולכין למקום אחר ונושאים אשה, ראוי לעשות גדר וסייג בדבר הזה, כי אמרו רבותינו ע"ה (יומא י"ח) "ומלאה הארץ זמה" זה הנושא אשה במקום זה והולך למקום אחר ונושא אחרת, נמצא אח נושא את אחותו וגם מעגן אשת נעורים, לכן טוב הוא שיסכימו הקהל לעשות תקנה לדבר, חרמות ונדויין וקנסות, על מי שישא אשה אחרת על אשתו במקום אחר, ואם תשלחו לי התקנה אשר תסכימו מיותר אני מסכים עמכם ואחתום עליה".

הרי לך, שמצאנו כמה טעמים שמצווה לחזק ולא למעט איסור זה בחרמות וקנסות בכל מקום ומקום. ובדברי הגר"א (אה"ע"ז סי' ק"ל"ד) כתב טעם נוסף שראוי לחזק איסור זה, כדי שלא תבאנה שתי הנשים והבעל לידי קטטה.

אך במקומנו לא הטילו קנסות וחרמות.

ומכל מקום כל הטעמים הנ"ל לא שייכים במקרה דנן. הטעם הראשון שכתב הרא"ש, שלא ישא אשה במדינה אחרת לא שייך כאן, כי הוא נשאר באותו מקום וגם יש רישומים מסודרים ברבנות בארץ ובעולם. גם הטעם השני שכתב הרא"ש, שהתקנה היא מניעת עיגון, לא שייך במקרה זה. אלא ההיפך הוא הנכון, האיש הוא שעגון פה, והאשה אינה בת דעת לקבל את גיטה ובדרך הטבע אין רפואה למחלתה. גם טעם קטטה לא שייך כלל. לכן, מקרה דנן שהאשה במצב קשה כל כך, שאינה מתפקדת ואינה מתקשרת עם סביבתה, לא נהגו לאסור כלל, וגם על פי החוק הנהוג ראוי ואפשר להתיר לבעל לשאת אשה שניה.

ב. חרם דרבינו גרשום שלא לשאת שתי נשים

מדובר בבעל יוצא עדות המזרח שלא חל עליהם חרם דרבינו גרשום שלא לשאת אשה שניה כלל, שנשבעים בכתובה שלא לשאת אשה על אשתו, כפי המבואר מתשובת הרשב"א (ח"ג סי' תמו) הביאה מר"ן בב"י (אה"ע"ז סי' א'), וז"ל:

"ומכל מקום, בין תיקן בין לא תיקן, אותה תקנה לא פשטה בכל גבולותינו, ולא בגבולות פרובינציית הסמוכים לצרפת לא שמענו שפשטה, ומעשים במקומינו בתלמידי חכמים ואנשי מעשה שנשאו אשה על נשיהם ואחרים רבים, ולא חשש שום אדם בדבר זה מעולם".

וכן כתב הר"ן (סי' מח) בתשובה, וז"ל:

"ראובן נשא אשה בצרפת שהוא מקום שנהגו שלא לישא שתי נשים מפני חרם רבנו גרשום ז"ל, והנה עתה הוא דר בארץ קשטילה מקום שנהגו לישא שתי נשים... לפיכך איני מכניס עצמי בנדון זה אלא אני מניח הדבר לחכמים

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הצרפתים שהם יודעים היאך פשטה תקנה זו במקומם והיאך היו נוהגים בה שעל פי אותו הדרך ראוי לנהוג ולהורות.

ומה שכתב הר"ן בתשובה אחרת (סי' לה) שחרם רבינו גרשום "פשט איסורו בכל ישראל" מיירי לענין חרם שלא לגרש בעל כרחו בלבד כפי שסיים שם: "ודבר זה פשט איסורו בכל ישראל, שלא שמענו ולא ראינו אשה מתגרשת בעל כרחו." ע"ש. אבל חרם שלא לישא אשה על אשתו לא פשט כלל בין הספרדים ובני עדות המזרח.

וכן פסק מרן בשו"ע (אבן העזר סי' א' סעיף י'), וז"ל:

"רבינו גרשום החרים על הנושא על אשתו, אבל ביבמה לא החרים, וכן בארוסה. ולא פשטה תקנתו בכל הארצות ולא החרים אלא עד סוף האלף החמישי."

וכבר האריך הרחיב בזה מרן הראשון לציון הגר"ע יוסף זצ"ל בשו"ת יביע אומר בכמה מקומות, והעלה שתקנה זו לא פשטה בקהילות הספרדים. (עי' שו"ת יביע אומר ח"ה אה"ע סי' א' ס"ק א', ח"ז אה"ע סי' ב' וסי' ד', ח"ח אה"ע סי' ב', ח"ט אה"ע סי' א' וסי' כד ועוד).

כמו כן, לענ"ד, גם אם היה הבעל מבני אשכנז, שחל עליהם חרם דרבינו גרשום, יש להתיר במקרה זה, שיש כמה סברות גדולות להקל. כי יש אומרים כי אף במקומות שנהגו כרבנו גרשום אין חרם זה נוהג אלא עד סוף האלף החמישי, כפי שכתב מרן השו"ע. וכבר הארכתי בכרור סוגיא זו של חרם דרבינו גרשון ותוקפו בזמנינו לאשכנזי בתיק: 942599/4:

"א. האם חרם רבינו גרשום היה גם אחר האלף החמישי או רק באלף החמישי?"

הנה, כידוע נחלקו הפוסקים בדבר זה. דז"ל מרן השולחן ערוך (אבה"ע סי' א'):

"רבינו גרשום החרים על הנושא על אשתו... ולא החרים אלא עד סוף האלף החמישי."

ומקורו טהור מדברי הרשב"א בתשובה (ח"ג סי' תנ"ו) והבי"ד גם מהרי"ק (שורש ק"א ענף ד). וכ"פ בפשטות בשו"ת הרדב"ז (ישנות סי' ק"ח) ובשו"ת משפט צדק (ח"א סי' א) ומתשובת מהרשד"ם (אהע"ז סי' ע"ח וסי' ק"כ) ועוד רבים. וכ"מ מדברי מור"ם בדרכי משה (סי' א' אות א') וכ"כ הגאון רבי עקיבא איגר זצ"ל (בשו"ת רעק"א מהדורא תניינא סי' פ"ב): "דהרמ"א לטעמיה דס"ל בד"מ דאחר אלף החמישי פסקה תקנת רגמ"ה והוי רק חומרא". ועי' כנה"ג (אהע"ז סי' א הגב"י אות נ"ה).

וכתב מרן הב"י בתשובה בשו"ת בית יוסף (דיני כתובות סי' י"ד):

"ולפי זה, אף על פי שעוד היום האשכנזים נוהגים שלא לישא שתי נשים, והם אומרים שהם נמנעים מכח תקנת רבינו גרשום, על כרחינו צריך לומר שמנהג אבותיהם שקודם תום האלף החמישי בידיהם, ומרגלא בפומייהו ולא שייכא בדבר חשש ותקנת רבינו גרשום מאור הגולה... אלמא דלפי האמת מסוף האלף החמישי פסק החרם והגזירה, ואין שם אלא תקנה בלבד שנהגו מעצמם ממנהג אבותיהם בידיהם, והמון העם חושבים שגזירת ר"ג עדיין קיימת, אבל מי שיודע האמת שכבר פסקה גזירת ר"ג והוא אינו באשכנז אינו חיוב לקיים אותה". עכ"ל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דהיינו, דאע"פ שמנהג האשכנזים להחמיר בדבר אך אין זה מפני החרם, כי כלה זמנו אלא מכח מנהג בלבד שהנהיגו על עצמם להחמיר בדבר. וכיון שנהגו איסור בדבר, אסור להתיר הדבר בפניהם.

וכ"כ מהרשד"ם (סי' ע"ח):

"ואעפ"י שעל כל זה יש למי שירצה להשיב לומר שהרי האשכנזים יצ"ו נוהגים איסור בדבר עוד היום ובכל מקום מידי ספק לא יצא. ואפשר לומר שהם נוהגים כן מכח מנהג לא מכח חרם".

וכ"מ מתשובתו בסי' ק"כ. ע"ש.

אמנם הדבר אינו מוסכם ורבים גדולים החולקים בזה. שהרי מהרש"ל (ביים של שלמה פ"ו דיבמות סי' מא ובתשובתו סי' י"ד) חולק ע"ז, וכ"ד הרב החסיד כמוהר"ר יחיאל אשכנזי (דבריו מובאים בשו"ת מהרשד"ם סי' ק"כ) ומהרש"ך (ח"א סי' כ') והמבי"ט (ח"ב סי' ט"ז). וע"ע בשו"ת בעי חיי (אהע"ז סי' א').

אך כאמור, דעת מרן הב"י חדה וברורה כדעת המקילים בזה. וחיזק דבריו בשנית נגד המערערים על זה בתשובתו בשו"ת ב"י (הלכות כתובות סי' י"ד). ע"ש. עכ"פ מדי מחלוקת וספק לא יצא.

ואע"פ שבשו"ת חכם צבי (ס"ס קכ"ד) כתב, דלגבי האשכנזים אין להכניס בסוג ספק אם כלה זמן חדר"ג, דפשיטא להו דלא כלה, וכ"מ דנקט מהרש"ל (שם) והחת"ס (סי' ב). ובשו"ת מהרי"מ כתב בשם זכרון יוסף: "שאף אם כלה התקנה, קבלו עליהם אחר כך כל חומר התקנה עם כל הספיקות שבזה".

אעפ"כ, מידי ספק לא יצא, ורוב הפוסקים החשיבו צד זה כספק, לא מבעיא לדעת מרן והרמ"א דסברי שכן עיקר כסברא זו, אלא מפורש במהרשד"ם (בסי' ע"ח ובסי' ק"כ) דהוא ספק (וגם מדבריו משמע קצת שכן עיקר). וכן צרפו לספק את נידון זה רוב מנין ובנין, הלוא המה, הראנ"ח בשו"ת מים עמוקים (סי' פ"ח) והגרעק"א (שם) והצמח צדק (סי' ו) והגינת ורדים (חלק ב' כלל א סי' ט') והחקרי לב (ח"ג ליו"ד ר"ס פ"ז) ומהר"י אדרבי (בתשובותיו סי' ש"ה) וס' פרי האדמה (דף ב"ן ע"א) ובשו"ת פני משה (ח"ג ר"ס י"ט) ובשו"ת דרך עץ החיים (סי' ג) ובשו"ת משאת משה (חיו"ד סס"י ט') ועוד רבים מגדולי הפוסקים והאחרונים. (ע"ע באוצר הפוסקים ח"א עמוד לו סוף אות ע"ו ומשמם תקחנו). וכן עיקר.

אמנם מה שיש לדון הוא, האם גם על החרם שלא לגרש על כרחא כוונת הפוסקים, או שמא רק על החרם שלא לשאת שתי נשים. ועי' בס' גט פשוט (סי' קי"ט סקכ"ב) שכבר הסתפק בדבר זה ולא הכריע.

אך כבר נשאל מרן הב"י גם על דבר זה והשיב שגם על החרם שלא לגרש על כרחא מיירי, שאינו אלא עד סוף האלף החמישי. וז"ל מרן הב"י בתשובתו (שם):

"ומה שכתבו... שעדות שמועת הרשב"א לא היה אלא לענין שלא לישא שתי נשים אבל לענין שאר תקנות לא שמע אם קבע להם זמן. ומיהו שינויי דחוקי לא משנינא לך, אלא דאף באינך תקנות לא היו אלא עד סוף האלף החמישי, אלא שמשם ואילך נהגו בהם על דרך מנהג אבותיהם בידיהם". עכ"ל.

וכ"מ בשו"ת מים עמוקים לראנ"ח (סי' פ"ח) שדן בשאלתו לגבי לגרשה בעל כרחא, והביא ראיה ממה שכתבו הרשב"א ודעימיה שהחרם (של ב' נשים) כלה בסוף האלף החמישי. ומשמע שלמד דהוא הדין לחרם שלא לגרשה בעל כרחא.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וכ"כ להדיא בס' תורות אמת (סי' קי"ט ס"ו) לגבי המנהג שלא לגרש על כרחה:
"עיינן לעיל סי' א' דאנן לא קיי"ל הכי, דלא החרים רבינו גרשום אלא
עד סוף אלף החמישי, וגם זו בכלל, וכן המנהג פשוט שלא לחוש כלל
לחרם רגמ"ה בזה".

וכן נראה להדיא מדברי פוסקים רבים שהביאו דברי הרשב"א האלו, שהחרם
אינו אלא עד סוף האלף החמישי גם לענין החרם שלא לגרש על כרחה. וכ"כ
בס' הון יוסף (ח"א אהע"ז סי' א' ד"א ע"ד). ועי' בשו"ת חיים ושלום להגר"ח
פלאג'י זצ"ל (סי' א') שנקט כן להדיא וצירף ספק זה לענין לגרשה בעל כרחה
ובצירוף ספיקות נוספים הקל.

ובאמת הכי מסתברא, דהנה, באבני נזר (סי' ח') כתב, שהטעם שהגביל רבינו
גרשום את תקנתו לאלף החמישי הוא מפני שאסור להוסיף תקנות עולמיות כי
יש בזה משום בל תוסיף. ולרש"ל וסיעתו שגזר לעולם, יש לומר דכיון
שאפשר להתיר ע"י מאה רבנים אין בזה משום בל תוסיף. וע"ע בפת"ש (סי'
א' סק"ט שגם כתב כעין זה בשם המשכנות יעקב סי' א'). ולפי זה, לדעת הרשב"א
ודעימיה, בוודאי הוא הדין לגבי חרם שלא לגרשה בעל כרחה, שאין רשאים
לגזור גזירה עולמית. וגם לסברת מהרש"ל ודעימיה, הרי רק בחרם שלא לישא
ב' נשים יש לתרץ שיש לו היתר ע"י מאה רבנים, דבר שאינו בחרם שלא
לגרשה על כרחה. ולפי זה בחרם שלא לגרשה על כרחה, על כרחך לשתי
הדעות לא יכול להיות עולמי.

אמנם, אין זה מוסכם. דבפת"ש (סי' א' סק"ט ז') כתב, שמדברי הנודע ביהודה
מוכח דגרשוין בעל כרחה חמיר טפי מלישא שתי נשים, והראיה שלא קבע בו
זמן כמו בחרם שלא לישא ב' נשים. וכ"כ חת"ס (ח"ו סי' ע'). מבואר בדבריהם
שנקטו בפשיטות, שחרם שלא לגרש בעל כרחה אינו מוגבל בזמן וקיים גם
השתא. ולדבריהם, לכן הזכיר בשו"ע את דברי הרשב"א רק בסי' א' כאשר
מדבר על חרם שלא לישא ב' נשים, ובסי' קי"ט דמירי לענין גירושין על
כרחה לא כתב מידי. גם בזה לא איירי.

אך כאמור, מרן הב"י בתשובתו להדיא כתב להיפוך. ועמו כמה אחרונים.
שו"ר שכן נקיט לדינא מרן הגר"ע יוסף זצ"ל ביביע אומר (ח"ה סי' א' סק"ב):

"אלא וודאי נראה דפשיטא ליה למרן שגם תקנה זו (שלא לגרש בעל
כרחה) לא היתה אלא עד סוף האלף החמישי כמש"כ מהרי"ק בשם
הרשב"א, וכ"פ בשו"ע (ס"ס א'), ולכן לא הזכיר כאן איסור זה כלל,
לפיכך בכל מקום שקבלו הוראות מרן יכולים לגרש אשה בעל כרחה".
עכ"ל.

וכן תפס בפשטות הגאון רבי שלום משאש בשו"ת שמש ומגן (ח"ג סי' ל"ה)
והיכה על קדקודו של מאן דאמר שרצה לומר היפך זאת. וכן עיקר.

אך על כל פנים מידי ספק לא יצא. ובמיוחד בענין שבפנינו שדנים על חרם
שלא לישא אשה על אשתו. וא"כ, יש לנו ספק אחד האם יש לפנינו איסור חרם
או רק איסור מכח מנהג.

ב. האם יש חדר"ג לאשכנזי שהגיע לארץ ישראל?

הנה, בשו"ת מהרשד"ם (שם סי' ע"ח) כתב:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"תקנה זו יש כמה ספיקות, אי מצד הזמן שיש כמה גדולים אומרים שלא גזר אלא עד סוף האלף החמישי, עוד ספק אחר שאפשר לא גזר אלא באותם מקומות".

הרי שהסתפק בדבר זה. (וצירפו לספק ספיקא עם הספק הראשון שכתבנו).

גם מדברי מהרש"ל בתשובתו (שם) ניתן ללמוד, דאם עדיין לא נשא אשה ממקומו, והלך למקום אחר שלא נוהגים בו חדר"ג, מותר לשאת אשה על אשתו. שהרי כתב וז"ל:

"ואין שייך כאן לדמות להולך ממקום שנהגו ואין דעתו לחזור בו, חדא דמחויב לחזור, דאיתתא אגידא ביה, ואכתפא דגברא שוור, שאין בידו להוציאה ממדינה למדינה אפילו מנוה הרע לנוה היפה כדאיתא בכתובות (ק"י:), בפרט מאחר ששניהם היו בני מדינה אחת ובני עיר אחת, ועוד מאחר שבעת נשואין חל עליה חרם דר"ג, משום הכי תו לא פקע מיניה איסורא וק"ל, ומשום הכי אפילו אם היה עם אשתו בארצכם ובמדינות שלא נתפשטה חרם דר"ג, אפילו הכי לא היה יכול לישא אחרת מאחר דחל עליה איסורא". עכ"ל.

משמע, כל שעדיין לא נשא אשה ממקומו ולא נשתעבד לה, לא קאי עליו החרם היכא דהלך למקום שלא נוהגים בו החרם. וכן משמע שדייק מדברי מהרש"ל בכנה"ג (אהע"ז סי' א' בהגב"י אות כ'). ע"ש שדייק כן גם מדברי מהרש"ך בתשובה (ח"ב סי' צ"ו).

אמנם ורבים ועצומים לא סבירא להו כן. והרמ"א ציין "עיין ביו"ד סי' רכ"ח אם הלך ממקום שנהגו להחמיר למקום שנהגו להקל". והמעין שם יראה מבואר שם בשם הר"ן (סי' מ"ח) דההולך ממקום שנהגו בחדר"ג למקום שלא נהגו אינו יכול לישא ב' נשים, דחרגמ"ה אין המקום גורם אלא הוי אקרקפתא דגברי. ע"ש. וכבר האריך הגאון רבי חיים פלאגי זצ"ל בשו"ת חיים ושלום (סי' א') וסיכם:

"למדנו מדברי הר"ן ומהריק"ש והמבי"ט והרב ג"פ כי גם בניהם אחריהם חל החרם... כל שכן עליהם עצמם".

אך בהמשך דבריו כתב "הן אמת שמצאנו מחלוקת בזה". והביא את דברי מהרש"ך ומהרש"ל ועוד. והביא מהכנה"ג (סי' א' הגב"י אות כ'):

"וכבר אירעו מעשים רבים באשכנזים שרצו לישא ב' נשים במקום שאין נוהגים חרם ר"ג אע"פ שלא נשאו אשה במקום שקבלו חרגמ"ה ומיחו שם גדולי הדור".

ומסיים הכנה"ג במעשה להיפוך:

"ושמעתי מחכם אחד ירא שמים שרב אחד גדול אשכנזי, רצה לקחת אשה על אשתו במקום שלא קבלו עליהם חרגמ"ה, וגדולי הדור רצו לברכו". עכ"ל.

הרי שהסתפק למעשה בדבר.

מכאן זה העמיד הגר"ח פלאגי ועוד רבים מהאחרונים ספק ספיקא. ספק, אם כלה החרם בסוף האלף החמישי, והספק השני הוא נידון דידן:

"ואם תמצי לומר היה החרם עד עולם, שמא לא גזר אלא על הדורים במקומם, לא היכא שחלפו והלכו למקום שלא היה, כיון שגם זה במחלוקת הפוסקים כנזכר".

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

והביא שם שארבעה גדולים צירפו שני הספיקות לספק ספיקא, הלוא הם: מהרשד"ם (שם), החקרי לב (שם), מהר"י אדרבי (שם), והרב פרי האדמה (שם). ובהמשך התשובה הביא עוד רבים ועצומים שעשו כן.

גם בתשובת מרן הב"י (שם) כתב שאשכנזי שאינו במקומו יכול להקל לשאת אשה על אשתו, ובלשונו: "מי שהוא חוץ מארצות אשכנז וירצה לנהוג היתר בדבר אין מוחין בידו". והביא שם מעשה שהיה:

"הנה לא יש זמן רב כי חכם אשכנזי בירושלים תוב"ב זקן ויושב בישיבה היה לו אשה בת בניס, ונשא אשה אחרת עליה, והי' שם הרב הזקן כמה"ר קלונימוס ז"ל וחכמים אשכנזים אחרים ולא היה פוצה פה ומצפצף, ולמה לא הציל בעת ההיא לצאת לקראת נשק למחות בידו, וכי משוא פנים יש בדבר, אתמה".

אלא שלכאורה יש לתמוה ולומר שאין כאן שני ספיקות. כי לענ"ד, המעיין בתשובת הב"י יחזה, ששני הספיקות נובעות מן הספק הראשון, שהחרם כלה בסוף האלף החמישי, ומזה יצא החידוש, שאם הלכו למקום אחר אינם חייבים לנהוג בחרם, כי רק במקומם חייבים לנהוג, כיון שנהגו איסור בדבר ואסור להתיר בפניהם. אבל מחוץ למקומם שרי, כי אין חרם ואין שום איסור. וכיון שכן, אין כאן ספק ספיקא אלא ספק אחד, ואין להחשיב שני הספיקות אלא לספק אחד.

והדברים מבוארים בדברי הב"י עצמו (שם):

"שמתוך שלא גזר אלא עד סוף האלף החמישי, יראו חכמי אשכנז שתקנה טובה כזו אין ראוי להפסיקה והסכימו להמשיכה עולמית, וכדי שלא יפקקו בה אמרו שעוד היום תקנת ר"ג קיימת, והעולם סוברים שחרם ר"ג הוא קיים לעולמים, וכדי שבמקום מצוה לא יצטרכו לבקש מאה אנשים משלש קהלות, אמרו שלא גזר רבינו גרשון במקום מצוה, וכיוצא בזה מצאנו בתלמוד בכמה מקומות שהיו סוברים שהלכה כדברי היחיד והיו שונים ודורשים דבריו בלשון רבים כדי שיקבלוה מהם, וחכמי אשכנז היו מסתירים סוד זה, שר"ג לא גזר אלא עד סוף האלף החמישי, אלא שבאו הרשב"א ומהרי"ק וגילו סודם, והשתא שנתגלה הסוד, דהאידינא ליכא חרם ר"ג, מי שהוא חוץ מארצות אשכנז וירצה לנהוג היתר בדבר אין מוחין בידו".

אך מדברי כל הנך פוסקים נראה דסברי דהספק השני הוא ספק בפני עצמו, שגם רבינו גרשון לא גזר כי אם במקומם, ואף אם החרם עולמית לא גזר אלא במקומם. וכן סובר להדיא מהרש"ל, שהוא מראשי הסוברים שהחרם הוא עולמי, ובכל זאת משמע מדבריו להקל עליהם שלא במקומם.

עכ"פ הרווחנו ספק נוסף בדבר כפי שבארנו.

ג. האם רבינו גרשון החרים גם במקרה שניכרים הדברים שיש צדק לישא אשה שניה?

עוד יש לדון בנידון שבפנינו, שהאשה חולה מאד, וכבר שנים שאינה יכולה לתפקד כאשה, והאיש נמצא בודד לבדו, יש לומר דלא גזר רבינו גרשון. והדבר מסתבר מאד לפי הטעם לחרם שכתב בתשובת הרשב"א (שהביא מהרי"ק סוף שורש ק"א): "שלא עשה אלא לגדור בפני הפריצים וההוללים המעוללים בנשותיהם שלא כראוי כו' שתולין מעשיהם בדברים בטילים כו' עכ"ל. משא"כ אם היא חולה מאד ולא מתפקדת כאשה, דבאמת מה יעשה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובאמת כבר האריכו הפוסקים להתיר לישא אשה על אשתו שנשטתית. הנה בנדו"ד עסקינן במקרה קורע לב, בו תפקודה הקוגניטיבי של האשה ירוד ביותר, כאשר היא סובלת משטיון ואינה מסוגלת להבחין בין טוב לרע. בכגון זה אף לבני אשכנז יש להתיר לבעל לשאת אשה על אשתו, וכמובא בדברי הרמ"א (אה"ע א, י), וז"ל:

"במקום שאין הראשונה בת גירושין, כגון שנשטתית או שהוא מן הדין לגרשה ואינה רוצה ליקח גט ממנו, יש להקל להתיר לו לישא אחרת."

וביתר הרחבה בדרכי משה (שם, ט), וז"ל:

"ומהרי"ק הביא בשורש ק"א (ענף ג') דברי הרשב"א (תשובות החדשות מכת"י, סי' קנז) [...] ולא עוד אלא אפילו בנשואה גמורה התיר הרשב"א בתשובה לישא אחרת היכא שיצאה מדעתה, וז"ל השאלה: האשה אשר נתן ה' עמדי הוללת שכלה ואין בה דעת, והוריני אם אני רשאי לישא אחרת מחמת חרם רבינו גרשום. תשובה: חרם רבינו גרשום לא נתפשט בגבולנו, והדעת נוטה שלא גזר בכל הנשים ובכל המגרשים, שלא עשה אלא לגדור בפני הפריצים והמעוללין בנשותיהן שלא כראוי, אבל לא על דעת שתתפשט תקנתו באותן שאמרו חכמים שיוצאות שלא בכתובה וכו' עד נראה לי שלא עשה תקנה אלא בפני פריצים וכו', אבל באלו שאמרו שהוא מן הדין או מן החיוב לגרש או לישא אחרת, בזה לא גזר הגאון אפילו היתה התקנה עולמית, כל שכן ששמענו שלא גזר אלא לזמן עד סוף אלף החמישי, ולפיכך מה שנראה באומד הדעת כי לא גזר הצדיק בכל מה שאמרנו ומותר אתה עכ"ל."

מורם מן האמור, דרבינו גרשום לא גזר במקום בו מן הדין יכול לגרש, או שאינה בת גירושין, וממילא לא תיקן באשה שוטה.

ולקמן נביא פוסקים רבים שפסקו כן להלכה ולמעשה.

ג. מחמת השבועה בכתובה

הנה במקרה דנן שמדובר בזוג מעדת הספרדים שלא קבלו עליהם חדר"ג כלל, אין מקום לאסור על הבעל לישא אשה על אשתו אלא מכח המנהג והשבועה שבכתובה הנהוגה אצל חלק מבני עדות המזרח, שנכתב שם שהבעל נשבע "לאשר ולקיים את כל תנאי הכתובה", ואחד מתנאי הכתובה הוא, "לא יסדך ולא יקדש ולא ישא אשה אחרת עליה כי אם ברשות בית דין הצדק", והשאלה הנשאלת היא אם יש להתיר לבעל לישא אשה על אשתו זו חרף שבועה זו.

ואחר העיון בדברי הפוסקים נראה בוודאי דמשרא שרי ליה לישא אשה אחרת אע"פ שעדיין לא גרש אשתו הראשונה, ואף מצוה רבה יש לחכמים לסייע בידו. וכבר הארכתי במקרה דומה בתשובה מלפני כשני עשור שנים, ואביא את השייך למקרה דנן:

"א. ביד בית דין להרשות לבעל להינשא - כפי נוסח התנאי בכתובה

ראשית נבהיר, כי אף שהאיש נשבע סמא בידנו להתירו, כי הוא עצמו תלה את שבועתו מעיקרא בעת השבועה בכך שאם בית דין ירשה לאיש להינשא, אין כאן שבועה כלל. כי לשון הכתוב בכתובה הוא: "ולא יסדך ולא יקדש ולא ישא אשה אחרת עליה כי אם ברשות בית דין הצדק", הרי שאם בית דין בדקו את המקרה, ולדעתם יש מן הדין להתיר לו לישא אשה, נותנים לו רשות לישא אשה, וכלל איננו נכנסים לאיסור שבועה, כיון שמתחילה הגביל את תנאו שלא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ישא א"כ הרשוהו בית דין לכך, ומתחילה לא נאסר יותר מכך (כי ברור הדבר שלא נאסר מכח שבועתו שבכתובה אלא מה שאמר במפורש).

והדבר מפורש בשו"ת מהראנ"ח (ח"א סי' מ"א) שהאריך להוכיח כן וסיכסם:

"הכל לפי מראה עיני הב"ד בית דין נותנים לו רשות לישא אשה על אשתו יכול לישאנה בין מן הדין בין מצד השבועה, שלא תלה שבועתו אלא ברשות ב"ד כדכתיבנא".

וכן בשו"ת מהריב"ל (ח"ב סי' כ"ב):

"ובנדרן דידן נמי כיון שנשבע שלא יגרשנה ושלא ישא אשה אחרת עליה בחייה כי אם ברשות בית דין, אף על גב דהיא תתן לו רשות צריך לחקור אחר המנהג אם נהגו בכך דסגי ברשותה שלא ברשות בית דין, וברשות בית דין ודאי דסגי שלא ברשותה".

וכ"כ בס' משפט צדק (ח"ב סי' א') וכ"כ בכנסת הגדולה (הגהות בית יוסף אבן העזר סי' א' אות ס"ו) וע"ע בספר פני משה (ח"ב סי' ט').

ולכן במקרה שבית דין רואים שיש מקרה שהצדק והצורך שישא אשה אחרת, יתנו לו רשות לכך, ובכך נפלט הדבר מן השבועה, וא"צ התרה כלל, כיון שבכלל לא נשבע באופן שהרשוהו לכך.

אמנם ברור הדבר, שאין הכוונה שבית הדין ירשו לו כפי רצונם בלבד, כמו אדם שתלה את שבועתו בראובן, שראובן ברצונו יכול לבטל השבועה, אלא כאן הכוונה לתלות השבועה ב"בית דין", שיבדקו אם יש צדק ע"פ התורה להתיר לו ואז נותנים לו רשות, ולא נכנס בכלל השבועה כלל.

וכ"כ הגאון רבי אליהו מזרחי בשו"ת הרא"ם (סי' מו):

"[טעות] שניה, שטעו וחשבו שכיון שתלתה אשתו הראשונה השבועה שהשביעתו שלא ישא אשה עליה בלתי רשות בית דין, אם כן כשיתנו בית דין לו רשות לישא אשה עליה, הרי הוא נקי מהשבועה אף על פי שאין הדין גוזר בו שישא אשה עליה, מכיון שתלתה הדבר בידם, ולא ידעו שמה שתלתה בידם אינו אלא בדבר שהדין גוזר בו, דומיא דשהתה עשר שנים וכיוצא בו, אבל לא בדברי הרשות שאין הדין מכריחם, אבל חשבו שפירוש לא ישא אשה עליה בלתי רשות בית דין, כפירוש שלא יאכל בשר בלתי רשותו של ראובן כשיתן לו ראובן רשות לאכול בשר, לא שנא על פי הכרח הדין לא שנא שלא על פי הכרח הדין הוא מותר לאכול בשר, וזה שבוש גדול בלי ספק, דאם כן עד שתלתה הדבר ברשות בית דין, היה לה לתלותו ברשות אי זה אנשים שתבחר, אלא ודאי לא תלתה הדבר בבית דין אלא בדבר שהדין מכריח עליו". עכ"ל.

וכן כתב הגאון רבי יונה נבון בשו"ת נחפה בכסף (אהע"ז סי' ב'):

"נראה לענ"ד פשוט שאפילו אם היו הנישואין והשבועה בעיר קושטא, מהני רשות ב"ד של פה עיה"ק ירושלים ת"ו להתירו לישא אשה אחרת, שכל מה שתלו הדבר ברשות בית דין אינו אלא כדי שידעו בית הדין הדבר שמכריחו לישא אשה אחרת, וכל שהם בית דין חשוב הבקיאים בהלכה מהני, אע"פ שאינו הבית דין של מקום הנישואין". עכ"ל.

ויעויין עוד בשו"ת הרא"ם שם.

וכ"כ מהר"א ששון בשו"ת תורת אמת (סי' רכח):

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"ונראה לי דאין להחמיר בזה, דכיון דכתיב אם לא ברשות ב"ד, הרי הדבר מבואר דברשות ב"ד סגי, ובתנאי שיהיה ב"ד הגון וראוי, דודאי יראו ויבינו סיבת מה שנושא אשה עליה, ויראו ויבינו אם כדן הוא עושה. והיה נראה לי דלא מבעיא במקום מצות פריה ורביה דשרי ע"פ ב"ד, אלא אפילו שיהיו לו בנים ובני בנים, אם יראה בעיני ב"ד הגון להתיר לו לישא אשה על אשתו מפני איזו סבה גדולה שיראה בעיניהם, שהבעל צדיק בדינו, הנה הוא יכול לישא אשה על אשתו על פיהם, כיון שסתמו ואמרו אם לא ברשות ב"ד, ולא כתבו וצירפו שום תנאי אחר ממצות פריה ורביה וכיוצא בה כו', אלא תלו הדבר ברשותם וכידם, א"כ הכל תלוי בהם". עכ"ל.

מדבריהם למדנו, דסגי בכל בית דין הגון וראוי שישקלו בדעתם, בשקל הקודש, שצודק הדבר להתיר.

ויותר מכך כתב בשו"ת מהראנ"ח סי' מ"א במקרה דידיה:

"ומעתה אם נראה לב"ד לקונסה בזה ושלא תהא כל אחת נותנת עיניה באחר ועושה כך ומביאה את בעלה לידי מדה זו לגרשה כדי שישא אשה אחרת, הכל לפי מראה עיני הב"ד, בית דין נותנים לו רשות לישא אשה על אשתו, יכול לישאנה בין מן הדין בין מצד השבועה, שלא תלה שבועתו אלא ברשות ב"ד כדכתיבנא". עכ"ל.

הרי שאף אם אין "הדין מכריח עליו" (כלשונו של הרא"ם), אלא שנראה לבית הדין שצודק לקונסה יכול בית הדין להרשותו להינשא ואז כלל לא חלה השבועה.

וע"ע בשו"ת חיים ושלום להגר"ח פלאג"י זצ"ל (בסי' ה') שהביא חידוש בשם הרב מכתם לדוד (סו"ס ה') שבמקרה שיש מחלוקת הפוסקים, ויש מי שסובר שאפילו התרה לא בעי, מהני כל בית דין של ג' וא"צ בית דין ממש, וכן הוא בנידון דידן מכל הטעמים שנזכרו בתשובתו זו.

[עוד משמע בתשובת הגר"ח פלאג"י (שם סי' ז' ד"ה ומ"מ העלתי) דאפילו בהוראת גדול סגי ונחשב הוראת ב"ד. ע"ש. ומלתא דסברא היא, וזיל בתר טעמא, דהעיקר שלא ינשא אלא כפי שורת הדין והצדק שקובעת התורה, ולכן תלה זאת בבית דין, אבל הוא הדין אדם גדול בדורו]."

ובמקרה דידן וודאי יש להתיר, כי כאמור מצבה הרפואי של האשה שאינה מתפקדת כלל כאשה בשום ענין, ואינה מדברת כלל ואינה מתקשרת עם סביבתה, ולצערנו, היא עובדה שאינה נתונה בספק או שניתן לשנותה, וודאי יש הצדקה והדין נותן להתיר לו לשאת אשה על אשתו, וכיון שיתירו לו בית דין בטלה השבועה מעיקרא.

ב. באור התנאי שלא ישא אשה אחרת עליה

עוד נוסף, כי השבועה מוגבלת מעיקרא לכך שהאשה עמו ומתפקדת לפחות באופן מינימאלי כאשה, כי כך לשון ההתחייבות בכתובה עליה הוא נשבע: "שלא ישא אשה אחרת עליה", והדגש במילה "עליה" בא להורות שהכוונה היא שלא ישא אשה אחרת כל זמן שהיא נמצאת כאן ומתפקדת כאשה, אבל אם אינה פה או שאינה יכולה לתפקד כאשה, לא נשבע כלל, כדלהלן:

יסוד זה כתב בס' בארות המים אה"ע"ז (סי' א' ד"ה איברא) וז"ל:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"איברא דמצינא למימר דאפילו אומדן דעת לא צריכא, דהא מלשון השבועה שנשבע שלא ישא אשה אחרת עליה, נראה דלא נשבע אלא בעודה באישות עמו, אבל נדון הרב מהרח"ש ז"ל דנשטתית דאינו יכול לבוא עליה כדרך כל הארץ, או בנידון דידן שהיא נכפית ואיכא סכנה כמו שכתב הרא"ש ז"ל, בוודאי הגמור דלא נשבע על זה וכיוצא, והוה ליה כמו שפירש בשעת הנישואין ואתנויי קא מתנה, דאי לאו הכי למה לן לכתוב, דדבר פשוט הוא דבעודה באישות עמה הוא דווקא ולא אחר מיתה או גירושין דמה איכפת לה וכן הוא נמי לא יאסור עצמו אחר מיתת אשתו או אחר גירושין, ולא תוהו בראה לשבת יצרה". עכ"ל.

וכן מפורש פסק הגאון רבי רפאל המלאך (בירודגו) בשו"ת משפטים ישרים (ח"א סי' שמז) וז"ל:

"המורדת לא נכנסה כלל בכלל השבועה שלא ישא אחרת עליה, דאיך יתכן בעולם שתמרוד אשתו עליו וישאר בודד וגלמוד, וכל שכן אם צריך לפריה ורביה, וודאי שעל דעת כן לא נשבע כלל. ומספר כתובתה נלמוד, שלא ישא אחרת עליה, דהיינו שתהיה צרה עליה והיא עדיין אצלו, אבל אם מרדה והלכה לה, אין זו "עליה". עכ"ל.

הרי לפניך, שהביאור בלשון הכתובה במה שכתב "עליה", פירושו כל זמן שהיא עימו כאשתו, אבל אם מרדה בו ואינה עימו, לא התנה ולא נשבע כלל לאסור עליו לישא אחרת באופן כזה שהאשה מרדה בו וכלל אינה עימו, כי לא אסר אלא "לשאת עליה", דהיינו כשהיא עימו כאשה ולא כאשר עזבה אותו והלכה.

ודבריהם מסתברים. ולפי זה, אין לבעל דגן שום איסור לשאת אשה אחרת באשר הוא שם, ואין צריך התרת השבועה או רשות בית דין, כי כלל לא נשבע באופן זה.

ומצאתי תנא דמסייע להם בשו"ת מהרש"ך (חלק ב' סי' עט) שנשאל בשמעון שנשבע לדינה אשתו בשבועה חמורה בכל חזוקי סופר שלא ישא אשה אחרת עליה בשום אישות בעולם, כעין כל הכתובות הנהוגות במדי, והוליד ממנה בנים ובנות. ביני וביני רצה שמעון ללכת למדינת הים לצורי, וקודם הגעתו שמה נשבה לבין הנכרים בעלים, וישב שמה קרוב לעשר שנים. ובתחלת זמן שביתו, בשנה הראשונה, מצא בעולם שבויה אחת, ולקחה לו לאשה והוליד גם כן ממנה בנים ובנות. ולסוף עשר שנים שנפדו שמעון ואשתו השניה ובניהם גם כן עמהם, חזרו למדי ארץ מולדתו. ורצה שמעון לחזור באישות עם דינה אשתו ובניו אשר גדלה אותם דינה הנז' בעודו בשביה. ובפניו טוענת דינה הנז' שאין רצונה לחזור באישות עמו עד שיגרש אשתו השניה, כי על מנת כן נשאת עמו, שלא ישא שום אשה עליה כאמור, ועל זה השיב מהרש"ך:

"תחלת כל דבר אומר, שיראה לענ"ד שזה האיש שמעון לא עבר על שבועתו שנשבע בשעת שנשא לדינה אשתו שלא ישא אשה אחרת עליה, במה שנשא האשה ההיא בעודו בשביה, דיראה דזה התנאי שמתנין בשעת הנישואין שלא ישא אשה אחרת על אשתו, אינו אלא דוקא על דרך הרגיל וההוה, דהיינו בהיותו ברשותו לשבת עם אשתו, ואף על פי שילך לעיר אחרת להסתחר, דעתו על אשתו לחזור אליה כדרך כל הארץ ויכול לחזור אליה, ועל זה האופן הוא התנאי שמתנין כמו שנכתב בכתובה, אך אמנם על מאורע קשה כזה, דהיינו היותו שבו בשביה ואין בידו לחזור לביתו, בודאי שאין לך אונס גדול מזה היותו נודד בשביה בלי חמלה וחנינה, ואם נמצא שם אשה לשרתו לחמול עליו, אין ספק שאין למנעו מלישאנה בשביל התנאי שהתנה". עכ"ל.

והרי שם שמעון לא קבל שום רשות לשאת אשה אחרת וגם לא התירו לו שבועתו, מוכח דס"ל שהשבועה לא חלה כלל בכה"ג, ואין צריך התרה כלל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

והדבר עולה גם מתשובת מהרש"ך נוספת (בח"ב סי' ל"ו) שכתב בתוך תשובתו:

"מי שנשבע בהדיא שלא ישא אשה אחרת עליה, בכהאי גוונא דנדון דידן שזה האיש הוכרח לצאת מעירו מחמת חסרון מזונות שהיה לו במקום שנשא אשתו והוכרח ללכת לעיר אחרת, יכול לישא אחרת במקום שהוא הולך שם, ואין עליו תפישה לא מכח חרם הגאון ולא מכח שבועה שנשבע שלא ישא אשה אחרת". עכ"ל.

ועתה מצאתי הוכחה לסברא זו ברורה זו בדברי רבינו הר"י מיגאש (בתשובותיו סי' קכט. ולפי שדבריו קשורים ממש לשרשי הדיונים שלפנינו וספרו אינו מצוי אצתיק את תשובתו):

"ואמנם האשה שכתב לה בעלה על עצמו, שכל עת שישא אשה אחרת עליה שהוא חייב לפרוע לה כתובתה ואחר כך נשתנה וסתה בצד שהיתה אסורה לשמש, אינו מתחייב מתנאי זה כלום, ואנן סהדי דלא אסיק אדעתיה שיארע לה מקרה זה המונע מהתשמיש שיסאר מעוכב מתשמיש המטה ומתשמיש הבית כפי הנהוג במקומות הללו, שנאמר בכל כיוצא בו אטו בשפטני עסקינן, ועוד, שענין הנשואין שכתב לה הוא שלא יקח עליה צרה, וענין הצרה הוא שלא תשתתף עמה בבעל, כמו שאמרו: "אם תענה" מתשמיש, שהוא מניעת התשמיש מכל וכל, ואם תקח מצרות שהוא ההשתתפות בתשמיש לצרר אותה בו וכשהיתה נטולה מן היהודים בענין זה מכל וכל הנה כבר נתבטל ענין היות לה צרה, ואין זה נכנס תחת התנאי שהתנה לה, לפי שתנאי זה התנה לה בו כשתהיה היא ראויה להשתמש וראויה לעשות צרכי ביתה, אבל אם היתה אסורה לשמש ודאי לא עלה בדעתו שיהא יושב ומצטער ועכ"ז יפרע לה כתובתה. ודבר זה נדון אותו באומדן דעתא, שיכול לומר לה אני לא נתחייבתי בזה אלא כשארצה להנשא בעוד שאת ראויה לתשמיש, אבל בשתהיה בלתי ראויה לתשמיש ואני עומד בעמוד והוצא לא הקניתי לך, ובכל כה"ג אמרינן כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה כו', ובכל כיוצא בו אמר הרב ז"ל ומ"מ לא מפקינן ממונא.

ומה שאמר האומר שאינו חייב בפו"ר הואיל ויש לו זכר ונקבה וכבר קיים מצות פו"ר, זו אינה טענה, לפי שלא נאמר זה אלא לענין שאין לנו עליו דין ודברים אם לא ירצה להנשא להיות שכבר קיים מצות פו"ר, אבל אם הוא רוצה בזה לא למעגנו ממנו. ועוד, דמדאורייתא הוא דקיים מצות פו"ר אבל מדרבנן לא קיים, הואיל והלכה כרבי יהושע (יבמות ס"ב ע"ב) דאמר "נשא אשה בילדותו ישא אשה בזקנותו, היו לו בנים בילדותו יהיו לו בנים בזקנותו, שנאמר: "בבקר זרע זרעך" כו' וא"ר מתנה הלכה כר' יהושע, ואמר רבינו הרב ז"ל והאי מילתא דרבנן היא, אבל דאורייתא כיון שיש לו זכר ונקבה קיים מצות פו"ר, וא"כ יש לו לומר לא ניחא לי דאיקרי עובר על דברי חכמים, ועוד לא ניחא לי דאצטער, בפרט במקומות הללו שכשהאשה נדה מתעכבים כל צרכי הבית בכלל". עכ"ל.

הרי שהתנאי אינו אלא כשיש לו אשה לאישות ולצרכי הבית, הא לאו הכי, לא נשבע כלל. וברור שאם התנאי מוגבל, גם השבועה אינה יותר מן התנאי, כי השבועה היא לקיים את תנאי הכתובה, ותו לא מידי.

ומעתה, בנידון דידן, שהאשה לא מתפקדת כאשה בשום דבר וענין, וגם אינה עושה צרכי הבית כאשה, נראה שאין השבועה חלה כלל מתרי טעמי: חדא, כי הרי שלא על דעת כן נשבע האיש מעיקרא. זאת ועוד, כל השבועה היא שלא לגרום לאשה להיות "צרה" כשהיא צרורה עם אשה אחרת, אבל האשה במקרה דנן שלמרכה הצער והכאב, אינה חשה צער או עלבון כלל, לא נשבע מלכתחילה על כך.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ג. יש אומדנא ברורה שלא נשבע

זאת ועוד, גם אם לא היה תנאי מפורש שהשבועה מוגבלת, ברור שבמקרה זה לא נשבע, דהרי בכל התורה אזלינן בתר אומדנא דמוכת, והכא הרי אומדנא גדולה וברורה, שאם היה יודע שזה יהיה המצב, בוודאי לא היה נשבע לכבול את עצמו שלא לישא אשה אחרת.

וכ"כ בכנסת הגדולה (הגהות בית יוסף אבן העזר סי' א' אות ע"ז) בשם מהר"י קולון ז"ל בשורש ק"א ובשם מהר"ש ז"ל בתשובה לא"ה סי' נ"ג דאם נשתתית אשתו אין השבועה מונעתו מלישא אשה אחרת עליה.

וכן כתב להדיא בספר אורח לצדיק אה"ע"ז סי' ג':

"דבנשטתית אין כאן שבועה כלל, דאומדנא ברורה היא שאילו היה יודע שאשתו תצא מדעתה לא היה נשבע, ועוד שהוא מילתא דלא שכיחא... וכ"כ במהר"ש קונטרס עגונה סי' ל"ג וכנה"ג סי' א' הגב"י אות ע"ז וספר שערי רחמים ח"ב אה"ע סי' א', וכ"כ בס' אמת מארץ סי' נ"ג שכן נראה מדברי מהרי"ק שורש ק"א, שנתבטלה שבועתו". עכ"ל.

וכ"כ במים רבים הובאו דבריהם באוצה"פ ח"א עמוד כ"א אות ט'. ועוד שם הביאו שכ"כ השדי חמד בשם כמה גדולים כן. ו"שכן נעשה מעשה בדור שלפנינו שהתירו לבעל שנשטתית אשתו לישא אחרת". עכ"ל.

וממילא, יש כאן כמה סברות להקל. חדא, כי אם נראה לבית דין להרשותו, כלל אין שבועה. תרתי, השבועה היתה רק מתי שהיא מתפקדת ולא כשאינה ראויה לתפקד כאשה (הן באישות והן בעבודות הבית). תלת, השבועה היתה לא לצער את האשה בהכניסו צרה לביתה, אך אשה מסכנה זו לא חלה ולא מרגישה כלל, ואינה מצטערת כלל בכך. והרביעי, גם אם לא היה תנאי מפורש ככל המפורט בשלשת הדיוקים דלמעלה, הרי בוודאי אומדנא דמוכת שלא חייב עצמו ונשבע על דעת מקרה כזה, כמו שכתבו הפוסקים שהבאנו.

ד. אזלינן בשבועות בתר אומדנא

ודע, כי גם בענייני שבועה אזלינן בתר אומדנא והדבר מוסכם בדברי הפוסקים ראשונים ואחרונים. וכדלקמן:

דכן מתבאר מתשובת רבינו הרא"ש שבספר חזה התנופה (סי' כב) וז"ל:

"מי שנשא אשה שידע בה שאינה בת בנים ונשבע לה שלא לישא אחרת עליה, אינו יכול להתיר שבועתו שלא מדעתה כדי לקיים פו"ר, מאחר שכבר ידע בה שפסקה מלדת ונשאה. וכ"ש אם מחמת רוב ממון נשאה שלא חש בעת ההיא על פו"ר. ראייה בנדרים". עכ"ל.

מבואר, דאם התחדש דבר שלא על דעת כן נשאה יכול להתיר שבועתו. והדבר מבואר להדיא גם בתשובת הרא"ש (כלל ח' סי' ד') דאזלינן בתר אומדנא בענייני שבועה. ועי' בשו"ת מהרשד"ם חיו"ד סי' ק"מ שלמד מדברי הרא"ש בתשובה זו לאשה שמרדה בבעלה דשרי לבעלה לשאת אשה אחרת עליה, דלאו אדעתא דהכי נשבע.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וכן כתב הרשב"א בתשובה (ח"ב סי' לה) דאזלינן בתר אומדנא ואפילו במקום שבועה ונדירים וכדאמרינן (ב"ק פ.) "לא נתכוונה זו אלא להגונן לה". עכ"ל. העתיק דבריו בבית יוסף (אבן העזר סי' נ אות ה').

וכן מבואר גם בתשובת הרמב"ם שהביא במחנה אפרים (הלכות שבועות סי' ב) וז"ל המחנ"א:

"מדברי הרב רבינו משה בר מיימון זלה"ה בתשובה נראה דס"ל דמניעת המצוה אונס קא חשיב, שהשיב על אותו שקבל עליו שלא לישא אחרת ונפלה יבמה לפניו דאדעתא דהכי לא נשבע, והביא ראייה מההיא דאמרי' בגיטין אונסא דלא שכיח הוא ולא קביל עליה עכ"ל, הרי דחשיב הרב ז"ל למניעת המצוה אונס גמור". עכ"ל.

(ולא מצאתי תשובת הרמב"ם הזו. אך נאמן עלינו יקר סהדותיה של הגאון בעל המחנ"א שראה תשובה זו. ועי' בתשובת הרמב"ם סי' שע"ג).

הרי לפניך, דדעת הרמב"ם דאזלינן בשבועה בתר האומדנא.

וכ"כ בשו"ת רדב"ז (חלק ב' סי' תש):

"שאם נשבע לאשתו שלא ישא אחרת עליה ומרדה בו ואינה רוצה לשמשו אדעתא דהכי לא נשבע לה, ואדעתא דהכי לא תקן רבינו גרשום, וטעמא דמסתבר הוא, דאי לא תימא הכי לא שבקת חיי, שכל אשה תמרוד בבעלה ואין לו לפרוע לה כתובתה, ותקנת הגאונים היא שלא יגרש אדם אשתו עד שיתן לה כתובתה, או שמא לא תרצה להתגרש, ונמצא זה מוטל בין שתי התקנות ויושב ובטל מפריה ורביה ולא תהו בראה לשבת יצרה... וכי היכי דאתה צריך להורות שאם היא מורדת יכול לגרשה אפילו שלא מדעתה, ובזה לא חחרים ר"ג, הוא הדין והוא הטעם שיכול לישא אשה עליה ובזה לא חחרים ר"ג ז"ל. כללא דמילתא, דעתי הוא שאפילו קיים מצות פריה ורביה ויש לו כדי כתובתה או שהיא רוצה למחול או שאין לה כתובה למורדת, יכול לישא אשה אחרת עליה בין לענין שבועה בין לענין חרם ר"ג מאור הגולה".

כ"כ עוד רבינו הרדב"ז (חלק ד' סי' א', אלף עה):

"שאלה, ראובן נשבע לאשתו שלא ישא אחרת עליה ומרדה בו ואינה רוצה לשמשו, אם יוכל לישא אחרת בלא רשותה, או אם צריך התרה, או אם שהתה עשר שנים ולא ילדה ואינה רוצה ליתן לו רשות מה יעשה, האם יהיה יושב ובטל: תשובה: עיקר הדבר כן הוא דמפייס לה, ואם לא נתפייסה מתרינן בה, ואם עדיין עומדת במרדה יתירו לו שבועתו וישא אשה אחרת ולא יחוש לשבועה אעפ"י שהיתה לדעתה ולתועלתה, שלא נשבע על מנת לישב בטל מפריה ורביה ולעבור על דברי תורה לבטל את המצוה, שהרי מה שחייבתו תורה, דהיינו שאר וכסות, פטור מהם, כ"ש במה שנתחייב הוא מעצמו. וכן הדין במי ששהה עמה עשר שנים ולא ילדה, דאנן סהדי דע"מ כן לא נשבע לה... ואם פייסה ולא נתפייסה אנוס הוא, ומתירין לו וישא אשה אחרת. והנראה לע"ד כתבתי". עכ"ל.

וכ"כ בשו"ת מבי"ט (חלק א' סי' שמד):

"אם היא משתמטת מלקבל גט נותנין לו רשות וישא אחרת אפילו נשבע שלא ישא עליה, כי לא נשבע ע"ד שתהיה מורדת".

וכן מבואר בשו"ת מהריב"ל (ח"ב סי' כ"ב):

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"והיכא דאיכא אונס דלא שכיחא, כגון האי אונסא דנדון דידן, מסתברא כדכתבין, דמצי למימר אדעתא דהכי לא נשבעתי שלא לישא אשה אחרת עליה בחייה".

ע"ש שהאריך בזה והכיח כן מתשובת הרא"ש.

וע"ע בשו"ת תורת חיים (למהרה"ש חלק ד' סי' מו) דאזל בתר אומדנא בשבועה למימר לאו אדעתא דהכי נשבע. וכ"כ בשו"ת מהרשד"ם (חלק יורה דעה סי' קמ) בענין אשה שמרדה בבעלה והעלילה עליו עלילות ושקרים, האם יכול לישא אשה אחרת עליה בלתי רשות ב"ד, והשיב מהרשד"ם (בתוך דבריו):

"מכאן למדנו בפ"י שצער האיש לעמוד בלא אשה גדול מצערה של אשה, שהאיש מלבד הצער נמשך לו גנאי, וא"כ אחר שאנו רואין כמה תשובות חכמים ונכנסו בעובי הקורה לעגונא דאתתא עד שהתירו לינשא בעדות אשה ואפ"י ע"פ עבד או שפחה, א"כ כ"ש שיש לנו לחוש הרבה מאד על עגון האיש, כי מלבד הצער והגנאי הנ"ל, איפשר ח"ו שמרד אשתו עליו יביאהו לידי הרהור עברה או שמא ח"ו אפ"י לידי מעשה, וא"כ יש לדון ולומר דודאי ע"ד זה לא נשבע שלא לישא אשה... וא"כ לענין חשש גזרת חרם ר"ג שלא נתפשט רק בין האשכנזים, אין לחוש בנ"ד, כ"ש כמה שהגזרה הנז' מסופקת מאד. ולענין השבועה אני אומר מן הטעם שכתבתי בהקדמה, דיש לנו לומר ששבועה זאת שנשבע הבחור הנז' ליהוי כשבועת שגגות, דאמדינן דעת הנודר או הנשבע".

והביא תשובות הרא"ש הנז"ל וכתב:

"והדברים ק"ו, ומה זה שיש מקום לקיים שבועתו במכירת כלי ביתו ותשמישו, אפ"י קאמר הרא"ש דאמדינן דעתיה, ואעפ"י שלא פירש בשעת שבועתו, אמרי' דהוי כמו שפירש, כ"ש וק"ו בנידון דידן, דאית לן למימר דאדעתא להצטער להתגרות ושמא ח"ו לבא לידי עבירה ממש, אדעתא דהכי ודאי לא נשבע".

עוד הביא שם: "ראיה אחרת וגדולה היא מאד שכתב מהררי"ק ז"ל שרש י"ז ע"ש. ולמד מדבריו:

"וא"כ כ"ש בנ"ד וק"ו שיש לנו לומר שכשנשבע לאשה הזאת שלא ישא אשה אחרת עליה, היינו כל זמן שהיא לא תשנה דרכה מדרך הנשים ההגונות והראויות, אבל זו ששנתה דרכה, אדעתא דהכי ודאי לא נשבע".

ועוד האריך בזה בראיות. ע"ש.

ועוד הוסיף, דאפ"י שהנשבע תלה שבועתו ברשות ב"ד כל זה נכנס בטענה, שאם ידע כשנשבע שהיה נולד אונס גמור כזה, לא היה נשבע כלל ועיקר ולא היה תולה דעתו ברשות ב"ד, כיון שזה אונס גמור לגוף ולנפש. ע"ש. וכ"כ בשו"ת מהרש"ך (חלק ב' סי' לו ובסי' עט) דאזלינן בתר אומדנא היכא דהאונס לא שכיח, והאריך להוכיח כן, וכ"כ בשו"ת משפט צדק (ח"ג ס"ג) דבנשבע שלא יגרשה בעל כרחא אם עברה על דת, אמרינן דאדעתא דהכי לא נשבע, והוי כאילו התנה כן להדיא, ע"ש. וכ"כ בשו"ת מהר"ם אלשיך (סי' פו) דאזלינן בתר אומדנא במידי דלא שכיח, במקרה שבא לפניו בראובן נשא בת שמעון ונשבע שלא ישא אשה אחרת עליה בחייה ואח"כ נסמית משתי עיניה, האם יכול לישא אשה אחרת עליה בחייה. וכתב הרב:

"הנה דטעמא דנדרי אונסין משום אומדן דעתא הוא, וא"כ בהאי נדון, אגן סהדי וכולי עלמא ידעי דראובן מעיקרא לא היה נשבע אדעתא דתהוי אשתו

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

סומא חשובה כמת בקרב ביתו ולא יבקש לו אחרת תהי לו עזר כנגדו, דלמסבל כל כי האי לא עביד איניש, ומה גם שהוא כל ימי חייה, ואלו היתה סומא מעיקרא, וודאי שלא היה נושאה, ואומדנא גדולה כזו דמוכחא וידיעא לכל וודאי דדברים שבלב הוו דברים כדברי הרא"ש דכתיבנא... וא"כ בנידון דידן דכוותא, דאנן סהדי דאדעתא דהכי למהוי באשה סומא משתי עיניה חשובה כמתה ולא יהיה לו עזר כנגדו לא אשתבע ואסר עצמו מליקח אחרת, ואנוס הוא, והאדם בשבועה פרט לאנוס קרינן ביה... וא"כ בנ"ד נמי דכוותא, אנן סהדי שאם היה יודע שעתידה אשתו לאבד שתי עיניה לא היה נשבע... א"כ בנ"ד כ"ש דפטור, כיון דידיע אנוס כזה דנסמית מב' עיניה, דהוי דבר דלא אסיק אדעתיה בעידנא שנשאה דודאי פטור". עכ"ל.

[והביא זאת להלכה בכנה"ג אהע"ז סי' א' אות פ' בשם הר"ם מטרנאני (בשו"ת המבי"ט ח"ג סי' נ"א), ובשם מהר"א גאליקו ז"ל בתשובה כ"י סי' פ"ט, דיכול לישא אשה אחרת עליה אפילו בלא התרה, וכן נראה מדברי הראנ"ח ז"ל ח"ב סי' כ"א, אבל הר"ם מטרנאני ז"ל בתשובה הנז' כתב דנהי דיכול לישא אשה אחרת עליה, מ"מ התרה מיהא בעין, והוא הדין בנידון דידן.]

וכן מפורש במשנה למלך (הלכות אישות פרק כג הט"ז) דאזלינן בתר אומדנא למימר לאו אדעתא דהכי נשבע, ושכ"כ הרב בעל משפטי שמואל סי' ע"ה ובשם הרב פ"מ ח"א סי' ע"ז שכתב דיכול לגרשה בע"כ דאדעתא דהכי לא נשבע, וכן כתב בשו"ת לחם רב (סי' רכ"ה) על מי שנשא אשה ונשבע שלא ישא אחרת עליה ונמצא שאינה ראויה לילד, דמצי למימר אדעתא דהכי לא נשבעתי ונסתלק עונש השבועה. ע"כ. ובשו"ת מטה יוסף (חאה"ע סי' יג) שנשאל ג"כ בזה, והשיב שאע"פ שנשבע שלא ישא אשה אחרת עליה, במורדת רשאי מן הדין לישא אשה אחרת עליה, ואפילו בתוך י"ב חודש, משום דאדעתא דהכי לא נשבע וכו'. ע"ש. וכ"כ בשו"ת דרכי נועם (חח"מ סי' נ"ד) ובנו בשו"ת גינת ורדים (יו"ד כלל ג סי' ב') ובס' מחנה אפרים (ה' שבועות סי' א', ב', ג') ובנו בס' קרית מלך רב (ה' שבועות פ"ג) ובשו"ת נבחר מכסף (חיו"ד סי' כב) ובשו"ת מר ואהלות (אהע"ז סי' ב') ובס' פרי האדמה (פי"ד מאישות ה"ג) ובשו"ת חכם צבי (סי' מא) ובשו"ת דברי מלכיאל (ח"א סי' נח). וע"ע מה שכתב גאון איזמיר רבי חיים מאיר מזרחי זצ"ל בספרו בן הרמה (פכ"ד מה' אישות הי"א) שהאריך הרבה בדברי הראשונים והאחרונים, ומכולם עולה דאזלינן בתר האומדנא בענייני שבועות. (וע"ע במש"כ שם בפ"ו מה' מתנה ה"א).

אמנם נחלקו הפוסקים אם זה רק בנולד אנוס דלא שכיח או גם במידי דשכיח, כי אם לא התנה אמרינן שבוודאי נשבע גם על זה. דרוב הפוסקים הכריעו שרק במידי דלא שכיח אזלינן בתר אומדנא, אך יש סוברים שגם במידי דשכיח אזלינן בתר אומדנא כשהאומדנא ברורה. עי' בחקרי לב (יו"ד חלק ג' סי' פ"ו) שהקל להלכה ולמעשה בשבועה גם במידי דשכיח. מ"מ בנידון דידן, ודאי הוי מידי דלא שכיח, וודאי הגמור שאם היה יודע שכך יהיה מצבה הרפואי של אשתו, לא היה נשבע שלא ישא אשה אחרת, ולכן בנידון דידן לכו"ע יש ללכת אחר האומדנא.

האם צריך התרה לשבועה או שמוותר גם בלא התרה

למדנו מכל דברי הפוסקים דאזלינן בתר אומדנא אפילו לענין שבועה. אלא דאכתי פש לן לברורי, האם במקרה שיש אומדנא דמוכח שלא נשבע על אופן זה, האם צריך התרה לשבועה או שאין צריך ומותר גם בלא התרה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ומסברא נראה דאין צריך התרה, שהרי כח האומדנא הוא שנחשב כאילו התנה, א"כ כלל לא חל השבועה באופן זה, כיון דהתנה שבכהאי גוונא לא יחול השבועה, וכן ריהטת רבים מן הפוסקים שהבאנו למעלה דאין צריך התרה כלל.

אבל מדברי הרדב"ז (ח"ד סי' א' שהבאנו למעלה) משמע שצריך התרה. וצ"ע למה הצריך התרה אחר שיש אומדנא דמוכח. וכן צריך באור לאידך גיסא, אם מתירים את שבועתו, למה צריך את האומדנא. זאת ועוד, בתשובת הרדב"ז (ח"ב סי' ת"ש שהבאה גם היא למעלה) משמע דסובר שכאשר יש אומדנא דמוכח א"צ התרה, וצ"ע מדברי הרדב"ז מדידיה אדידיה.

ולאחר העיון בדבר נראה דברור שכאשר הולכים אחר האומדנא, השבועה והנדר בטלין מעיקרן כאילו יש תנאי, ולכן אין צריך התרה כלל, אלא שבשבועת הכתובה יש מן הפוסקים שסברו שאין ללכת אחר האומדנא כיון שנשבע על דעת אשתו, וכל שנשבע על דעת אחר ותלה את עצמו בדעת חבירו אין הולכין אחר אומד דעתו של הנשבע, כי כשנשבע תלה בדעת חבירו.

ומצאתי בס"ד שכ"כ רבינו המבי"ט ז"ל. וכבר נחלקו בגדרי דין זה חברי בית דינו של מרן הב"י, רבינו המבי"ט ומה"ר אלישע גאליקו זכר צדיקים לברכה, ומתוך דבריהם נדע ונשכיל להבין את שורשי הדין, צדדיו וגדריו.

הם דנו במעשה שבא לפנייהם בראובן שנשא בת שמעון ונשבע שלא לישא אשה אחרת עליה בחייה ואחר כך נסמית משתי עיניה, ודנו שני גדולי העולם הנ"ל האם פטור מן השבועה ויכול לישא אשה אחרת או לאו. ודעת שניהם שווה, שמתירים לו לישא אשה אחרת, אלא שנחלקו אם צריך התרה, דדעת המבי"ט השבועה קיימת וצריך התרה אלא דהאומדנא יכולה לשמש כפתח להתרה, ולדעת מהר"א גאליקו אין צריך התרה כלל כיון שיש אומדנא דמוכח, וסברותיהם וראיותיהם מבוארות בשו"ת המבי"ט ח"ג סי' נ"א.

ומבאר המבי"ט מדוע לא הולכים אחר האומדנא לגמרי כדי שלא יצטרך כלל התרה, וז"ל:

"גם מה שכתב כלל גדול בנדירים ובשבועות שהולכים אחר הכוונה, כלל זה הוא במי שנשבע לדעתו מעצמו, שאנחנו אומרים לזה נתכוון ולא לזה, אבל במשביע את חברו לא אזלינן בתר כוונתו, כי לדעת אחר הוא נשבע, ולכך הנודר לדעתו אינו יכול להתיר אלא לדעתו כמי שנשבע לפרוע לחברו, ובנדון דידן השבועה היתה לדעת אשתו וקרוביה, ולא שייך הכא אומדן דעתיה דמוכח... ועם כל זה נראה לי שיוכל ליטול התרה על השבועה על הדרך הנזכר למעלה".

ודבריו מסתברים, דכיון שנשבע לדעת אחר ותלה השבועה בדעתו של האחר, הרי כך היתה דעתו בעת השבועה לוותר על דעת עצמו ותלה עצמו לגמרי בדעת האחר, ולכן לא שייך ללכת בזה אחר האומדנא של דעתו, כי אמנם אומדנא ברורה היא בדעתו של הנשבע, אך הוא עצמו תלה עצמו בדעת אחר.

אך כתב המבי"ט דאע"פ שהשבועה חלה ניתן להתירה, מחמת שתי סיבות, אחת, כי יש טעם נכון להתיר וצד מצוה, ושנית, האומדנא נחשבת פתח להתיר השבועה, וז"ל:

"ומפני מה שמגרעת ממה שהיא חייבת לעשות שימוש לבעלה יוכלו לעשות לו התרה אפילו שלא מדעת אשתו, דאפילו בנדר על דעת הרבים... אם התירו לו הוא מותר... ובנדון דידן שיש טעם נכון להתירה וגם יש צד מצוה... וגם לא יהיה אשם על המתירים בכוונה זו כיון שיש סבה ידועה להתירה, וגם כי מעיקרא יש לה פתח להתיר, שלא על אונס כזה נשבע שהוא מום גדול משאר מומים כמו שכתוב למעלה, מה שאין כן בכל המומים הנמנים שפסולים

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בכהנים ובנשים, שאין שום מום מהם מבטל אותה ממה שהיא חייבת לעשות לבעלה כמו מום זה. גם כי היה מי שסובר שלא היה צריך התרה מום גדול כזה, אני נראה לי שהוא צריך התרה ושהיו יכולים להתיר לו, וקריינא דאגרתא הוא פרוונקא, והתרתי לו במעמד ב"ד שלשה ומותר לו".

נמצא, שסברת המבי"ט היא שהאומדנא לא מספיקה כדי לבטל הנדר ולעוקרו כיון שנשבע על דעת אשתו, אך ניתן להתיר השבועה ע"י התרה מכח האומדנא. והחכם שסבר שאין צריך התרה כלל, הוא הרב אלישע גאליקו זצ"ל.

ובהמשך הדברים הביא המבי"ט שמהר"א גאליקו חלק עליו וסבר שגם בנשבע על דעת חבירו אזלינן בתר אומדנא ואין צריך התרה. ומהר"א גאליקו הביא ראיה מתשובת רבינו הרא"ש, שגם בנשבע לדעת חבירו אזלינן בתר אומדנא, ואין צריך התרה.

וז"ל הרא"ש (שו"ת הרא"ש כלל ח' סי' ד'):

"וששאלת, ראובן ששדך בתו לשמעון, ונשבע לו על דעת רבים שיתן לו עמה חמשת אלפים זהובים לסוף ששה חדשים. והיה לו לראובן ממון רב בחובות, ועל סמך שיגבה מחובותיו נדר, ועתה נתקלקלו החובות, אם נקרא עובר על שבועתו וחייב מלקות, או אם הוא אנוס, כדאמרינן (שבועות כו) האדם בשבועה, פרט לאנוס.

תשובה: אם אין לראובן ממה לפרוע, לא מחובותיו ולא מקרקעות וחפצים, חוץ מבית דירתו וכלי תשמישו, אז הוא פטור משבועתו ואינו עובר עליה כל זמן שאין לו ממה לפרוע, דאין לך אנוס גדול מזה, כי היה לו ממון רב בשעה שנשבע ועתה הפסידו ואנוס גמור הוא. ואין לומר, אם הפסיד חובותיו, אף אם יש לו קרקעות וחפצים, אדעתא דהכי לא נשבע, למכור קרקעותיו וחפציו, אלא כסבור היה לו לפרוע מחובותיו, כי דבר הווה הוא שאדם מוכר מקרקעותיו וחפציו להשיא בתו, אבל ביתו וכלי תשמישו, אפילו עני המתפרנס מן הצדקה אין מחייבין אותו למכור ביתו וכלי תשמישו, הלכך, אינו מחוייב למכור לקיים שבועתו, דאדעתא דהכי לא נשבע, ללין ברחוב ולמות ברעב. ושלום, אשר בן ה"ר יחיאל ז"ל. עכ"ל הרא"ש.

הרי לפניך, דאזלינן בתר האומדנא הגם שנשבע ע"ד אחרים.

וביאור סברתו, דלעולם השבועה חלה על ידי דעתו של הנשבע, דהאדם בשבועה כתיב, ולכן לעולם אזלינן בתר אומד דעתו. אך אם תלה דעתו בדעת חבירו, בעינן אומדנא חריפה המורה שגם התליה בדעת חבירו לא היתה נעשית לכהאי גוונא, ואז השבועה אינה שבועה.

אך המבי"ט דוחה הראיה מתשובת הרא"ש בזה"ל:

"ועל מה שכתבתי כי מה שהביא כלל גדול בנדירים שהולכים אחר הכוונה, שכלל זה לא נאמר אלא כשנשבע מעצמו לדעתו לא כשמשביעו חברו, הביא תשובת הרא"ש ז"ל כלל ח' על מי שנשבע ליתן לבתו ה' אלפים וכו' שאין לראובן לפורעו כו' שהוא פטור משבועתו, ואני אומר שאין דנין אפשר משאי אפשר, דפשיטא אם אין לו האיך יתן, ומסתמא לא נשבע על מה שאי אפשר לו שאין לו, אבל בנדון דידן אפשר לו לעמוד עמה אפילו שהיא סומא".

ועי' בתשובת המבי"ט בח"א סי' שמ"ד שהתיר במורדת בלא התרה על סמך האומדנא, וכנראה שסבר שזה מוגדר כ"אי אפשר".

אלא שדברי רבינו המבי"ט צריכים תלמוד והבנה, דאם בנשבע על דעת חבירו אין הולכין אחר האומדנא, כי אין השבועה על דעתו כי אם על דעת חבירו, א"כ מה יש לחלק בין "אפשר" ל"אי

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אפשר", דהגם שברור שאם היינו שואלים את דעתו הוא היה אומר שלא נשבע על מה שאי אפשר לו, אך הרי כיון שנשבע ע"ד חבירו הרי ויתר על כך שאומדן דעתו תבטל את השבועה אלא תלה בדעת חבירו, א"כ למה אזלינן בתר דעתו היכא דאי אפשר.

שוב מצאתי שגם הגאון רבי דוד פארדו בשו"ת מכתם לדוד (אהע"ז סי' ה') הסיק להלכה כדברי מהר"א גאליקו, דאין צריך התרה כלל. והקשה על חילוקו של המבי"ט בזה"ל:

"ואף על פי שהרב המבי"ט גם בזה השיב שאין דנין אפשר משאי אפשר, דפשיטא אם אין לו היאך יתן, ומסתמא לא נשבע על מה שאי אפשר, אבל בנד"ד אפשר לעמוד עמה אף שהיא סומה. ע"כ. אנה ערקתא דמסאניה לא זכיתי להבין מה זו תשובה, דהא לא מיקרי אי אפשר, דהא נראה בהדיא מסוף דברי הרא"ש שאם היה מוכר ביתו וכלי תשמישו היה יכול למצוא הה' אלפים לתת לחתנו, ועכ"ז פסק הרב ז"ל דאין מחייבין אותו למכור משום דאמדינן דעתיה ואמרינן אדעתא דהכי לא נשבע, ודוקא שאר קרקעותיו או חפצים פסק שם הרא"ש דמחייבין אותו למכור, מטעמא דכתב שם, כי דבר הווה הוא שאדם מוכר מקרקעותיו וחפציו להשיא בתו ע"ש, והילכך ליכא למימר אדעתא דהכי לא נשבע, דהואיל ושכיח דעבדי הכי, אמרינן אפילו אדעתא דהכי שעבד נפשיה וחייב למכר אפילו לא פירש, אבל למכור ביתו ולישאר הוא ערום מכל ודאי לאו להכי איכוון. ומעתה אם איתא לדברי הרב המבי"ט, מה בכך דאדעתא דהכי לא נשבע, מ"מ על דעת חתנו הוא נשבע, וחתנו דעתו ורצונו הוא דעכ"פ יתנם לו אפילו אדעתא שישאר הוא ערום, דמאי איכפת ליה לחתנו בכך, ואם כן היכי פטר ליה הרא"ש מלמכור ביתו מהאי טעמא דאדעתא דהכי לא נשבע, אלא מוכרח דאפילו בנשבע לחבירו אית לן למיזל בתר אומדנא, וכל דאית לן אומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לא נשבע, אזלינן בתרה כאילו היו עדים בדבר ופטרינן ליה דומיא דנדרי זירוזין. ואין הפרש בין נשבע לדעתו לנשבע לדעת חבירו, אלא דבנשבע לדעתו נאמן הוא בכל מה שיפרש נדרו לומר דדוקא לכך היתה כוונתו, ואפילו בלי שום אומדנא נאמן, דהוי בכלל מה ששנו חכמים סתם נדרים להחמיר ופירושן להקל, אבל בנשבע לחבירו לא מהני ליה, ולא כל כמיניה לומר כך היתה כוונתי, שהרי נשבע על דעת חבירו, אבל היכא דאיכא אומדנא דמוכח, אנן סהדי דודאי לאו להכי איכוון, שהרי לא אסיק אדעתיה הך אונסא דלא שכיח, וא"כ הו"ל אנוס בשבועה ופטור".

אך לאחר המחשבה והעמקה מבוארת ומוכנת לענ"ד סברת רבינו המבי"ט שחילק בנשבע על דעת חבירו בין אפשר לאי אפשר (וכאשר אי אפשר, מודה המבי"ט דאזלינן בתר האומדנא), דוודאי בשבועות ונדריים אזלינן בתר אומדנא שאומדים את דעת הנשבע, וגם כאשר נשבע על דעת אחר, הדבר בסופו של דבר תלוי בדעתו של הנשבע, כי לשבועה ונדר צריך את דעת הנשבע והנודר, כי בעינן "האדם בשבועה", אלא שכאשר תלה עצמו בדעת אחר, אמדינן דעתו שמוכן להגביל את השבועה, ולא נלך אחר האומדנא לגמרי כמו במקרה שלא תלה בדעת אחר, אך גם להסכמה זו - לתלות את השבועה בדעת אחר - יש גבול, ולכן באופן ש"אי אפשר", אזלינן בתר אומדנא, ואמרינן שבכאי גוונא לא הסכים להישבע ולחייב את עצמו.

ומצאנו לבן דורם וחרם הגאון מהר"ם אלשיך בתשובה (סי' פו) שגם הוא דן בשאלה זו של המבי"ט, והעלה בפשטות דאזלינן בתר האומדנא לגמרי כיון דהוי אומדנא ברורה ולא הצריך התרה כלל, (ואולי ושמא הוא היה הדיין השלישי שדן בשאלה זו). וגם בכנה"ג (אהע"ז סי' א' בהגב"י אות ב') הביא שדעת הרב מוהר"מ אלשיך ז"ל כדעת הרב מהרא"ג, דאפי' התרה לא בעי בכה"ג ושכן

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

נראה ג"כ דעת הרב מוהראנ"ח ז"ל (בח"ב סי' ל"א), ע"ש. (וע"ע בשו"ת רב פעלים ח"ב אהע"ז סי' יג ובשו"ת משפטים ישרים חלק א' סי' קסד ובפנת"ש אהע"ז סי' קי"ח סק"א).

וכתב בשו"ת מכתם לדוד:

"הנה כי כן, מאחר דרבים אשר אתנו בסברא זו, נמצא סברת הרב המבי"ט ז"ל יחיד לגבייהו, והילכך היה נראה שיש לסמוך למעשה שלא להצריכו התרה".

אך אעפ"כ הוסיף וסיים:

"אלא דמ"מ להיות הדבר ספק איסור תורה, ובפרט בענין שבועה החמורה, קשה הדבר להתיר לכתחלה בלי ראייה גמורה וברורה נגד רב מובהק דכל יומא ויומא שמעתתיה בפומן בי מדרשא... אך בהתרה לכו"ע שרי". עכ"ל.

ולקמן יובא דבשבועת הכתובה אצלנו יש ספיקות רבים, ושמה אף איסור דרבנן לית בה, אפשר שיודה דניתן להקל למעשה ללא התרה כלל.

עלה בידנו, דכאשר האומדנא חזקה טפי באופן שמוגדר הדבר כ"אי אפשר", לכו"ע שרי בלא התרה כלל, וגם באופן ש"אפשר", לכו"ע מתירים לו לישא אשה אחרת, למר ע"י התרה (והאומדנא הוי פתח להתרה) ולמר אפילו בלא התרה, ולרוב הפוסקים א"צ התרה.

ומעתה, ניתי ונחזי האם במקרה דנן צריך התרה. ולפי האמור למעלה נראה דלכו"ע אין צריך התרה, כי נידון דידן יש להגדירו כ"אי אפשר", שגם המבי"ט מודה דשרי בלא התרה. דהנה, הדוגמא לאופן ש"אי אפשר" היא המקרה עליו מדבר הרא"ש בתשובה הנ"ל, שהתחייב לשלם כסף על סמך חובות שהיו חייבים לו והתקלקלו החובות, דוודאי על דעת כן לא נשבע, אע"פ שנשבע על דעת חבירו, ואע"פ שיכול למכור את ביתו וכל רכושו ולשלם מה שהתחייב, כי בוודאי אדם לא מכניס את עצמו להתחייבות כזו גם על דעת שיצטרך לחזור על הפתחים, והגם שתלה עצמו בדעת חבירו, בוודאי גם תליה זו מוגבלת לאומדן דעת - מה אדם מסכים.

ומן הכלל אל הפרט, למקרה שלפנינו, בוודאי שעל דעת כן, שתחלה אשתו בחולי הקשה בה חלתה ולא תוכל לתפקד כלל, בוודאי לא על דעת כן נשבע. וגרוע מקרה דנן בכמה דרגות מהמקרה עליו דבר הרא"ש, ואם במקרה זה מודה המבי"ט דחשיב "אי אפשר" ומותר בלא התרה, כ"ש במקרה דנן.

זאת ועוד, יש לדון טובא האם בנידון שלפנינו נקרא הבעל נשבע לדעת חבירו. נראה, שכל מה שהחמיר המבי"ט להצריך התרה הוא מחמת שבמקרה שם הבעל נשבע במפורש לדעת אשתו, שהרי ידועה סברתו של מהר"מ פאדובה ז"ל שבשבועת הכתובה לא נחשב נשבע לדעת חבירו. ובנידון דידן, שלא שמענו שהאשה דרשה את השבועה אלא שהבעל והאשה הגיעו להינשא ועשו מה שהרב הורה להם, נראה, דלכו"ע לא חשיב נשבע לדעת חבירו, היות והם לא מסוג האנשים שהאשה תדרוש שבועה על נושאים כאלו, כפי התרשמות בית הדין. ועכ"פ, כפי שכתבנו למעלה, אף אם זה נקרא נשבע לדעת חבירו לכו"ע אין צריך התרה באופן כמו נידון דידן שבוודאי מוגדר כ"אי אפשר".

[ולפי האמור, שמה ניתן ליישב גם את הסתירה בדברי הרדב"ז, דבתשובה שבחלק ד' היתה האשה מורדת מתשמיש אך לא עזבה את הבית ולא נזכר שם שהייתה מורדת מעשיית מלאכות הבית, ואילו בתשובה שבחלק ב' סי' ת"ש עזבה את בית בעלה לגמרי וגם מלאכות הבית לא היו נעשים על ידה. ולפי מה שכתבנו יש ליישב, שהרי המבי"ט לימדנו יסוד, שבנשבע לדעת חבירו צריך אומדנא גדולה יותר כדי לבטל השבועה מעיקרא, יש לחלק, דדווקא כאשר מרדה רק מתשמיש ועדיין היא בבית ומתפקדת בעבודות הבית, צריך התרה כי נשבע לדעת האשה, אבל

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בכאשר עזבה את הבית לגמרי, בכהאי גוונא הויא אומדנא לבטל את השבועה לגמרי גם כנשבע ע"ד אשתו, ואין צריך התרה].

זאת העולה: בנידון דידן אין צורך כלל בהתרה לכו"ע. אך מהיות טוב, בוודאי ראוי לעשות התרה בפני שלשה כפי שכתב הדיין הגאון רבי אברהם ב"ר ישראל פינסו זצ"ל בשו"ת עזרת מצר (סי' כ"ט) כדי שלא יקלו ראש בנדרים.

ה. אזלינן בתר אומדנא גם בשבועה דקום עשה

אלא דיש לרזן עדיין בדבר זה עפ"ד הראנ"ח בשו"ת מים עמוקים (חלק ב' סי' כא) שדן בנידון דידיה, שיצא על האשה קול זנות, והאריך להוכיח דאזלינן בתר האומדנא לומר דלאו אדעתא דהכי נשבע, ומינה למד גם לנידונו, שלא נשבע שלא יגרשה בע"כ ולא ישא אשה אחרת עליה באופן כזה, דלאו אדעתא דהכי נשבע. ובסוף תשובתו כתב:

"אלא שיש לגמגם בזה קצת, מפני שכל דברי הגדולים האלה שכתבנו, מההיא דיצא אחות המשודכת מן הכלל, וההיא דנשתטית, וההיא דחתן, כולם הם בענין שאנו באים לכוף את הנשבע למען הקים הדבר שנשבע עליו לעשות בקום עשה, והוא עומד בשב ואל תעשה ואינו רוצה לקיים הענין מטעמא דאדעתא דהכי לא קבל עליו לעשות הדבר ההוא, ואנו אין לנו לכוף לעשות דבר שאפילו אם בא להמלך אומרים לו שהוא מותר, מ"מ היינו משום שאין אנו אומרים לו לעשות שום דבר מטעם זה אלא לעמוד בשלו, אבל בשבועה שהיא בשב ואל תעשה, שקבל על עצמו שלא ישא אשה אחרת ולא יגרש ובא עתה לישא או לגרש ואומר דאדעתא דהכי לא קבל עליו, אפשר דלא מהני טעמא דאדעתא דהכי". עכ"ל.

והנה, לשונו של רבינו הראנ"ח אינו חד משמע להחמיר, שהרי כתב בלשונו הזהב "אלא שיש לגמגם בזה קצת". לענ"ד, אין המשמעות ברורה להחמיר למעשה. ומאידך רבינו בעל הכנה"ג (אהע"ז סי' א' אות פ') הביא את דברי הראנ"ח (בתשובה סי' ל"א) כמסייעים לסוברים שיכול לישא אשה אחרת עליה אפילו בלא התרה. ע"ש. נראה מדבריו שהבין שראנ"ח לא הדר ביה מפסקו הארוך בפיקפוק זה. גם בשו"ת ראנ"ח (סי' צ"ח) הרב עצמו דן ללכת בשבועה בתר אומדנא דעל דעת כן לא נשבע, אע"פ שהיא שבועה בקום ועשה.

זאת ועוד, שהגאון רבי משה ישראל זצ"ל בשו"ת משאת משה (ח"א חיו"ד סי' ט') תמה על סברת דברי מהראנ"ח:

"עיקר סמיכותיהו על האומדנא דמוכח לשרש אחר השבועה לגמרי, ומה מקום לספוקי בהא דשמא בקום עשה לא איתמר, ודבריו ז"ל שגבו ממני, ולפי קיצור הדבר ברור דוודאי לא שנא". עכ"ל.

ובאמת שספיקו של הראנ"ח נפשט מכל דברי הראשונים והאחרונים שהבאנו למעלה, דאזלו בתר האומדנא להתיר לו לישא אשה על אשתו או לגרשה בע"כ. דהרי מבואר להדיא בתשובת הרא"ש שבס' חזה התנופה ובתשובת הרשב"א ובתשובת הרמב"ם (שהביא המחנ"א. הובאו דבריהם בתחילת ס"ק ג') שאם יש אומדנא מתירים לו לישא אשה אחרת נגד שבועתו, דאמרינן דלאו אדעתא דהכי נשבע אע"פ דהוי שבועה דקום עשה. וכן ספיקו נוגד את דברי כל גדולי אחרונים, הרדב"ז, מהרשד"ם, מהר"ח"ש, מהריב"ל, מהר"מ אלשיך, מהר"א גאליקו, דרכי נעם, גינת ורדים, מחנה אפרים, קרית מלך רב ועוד שהבאנו למעלה (ועוד יש רבים שלא הבאנו מפני האורך). על כרחך, דמה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שרבינו הראנ"ח הסתפק ופקפק "קצת" (כלשונו) נפשט אצל כל גדולי הדורות ולא חשו לדבריו הלכה למעשה. וכ"כ בשו"ת פני משה (ח"ב סי' קי"ז) שהאחרונים פשטו ספיקו של הראנ"ח להקל. וכן הסיק להלכה בשו"ת פרח מטה אהרן (ח"ב סי' ס"ו). גם הגאון רבי יונה נבון בשו"ת נחפה בכסף (ח"א אהע"ז סי' ב') וז"ל:

"ומיהו לענין הלכה, וודאי לא קיימא לן כסברת מהראנ"ח כיון דרבים פליגי עליה. ועוד, שמהראנ"ח עצמו לא ברירא ליה להחמיר אלא חושש מספק. וכיון שכן, אין לנו להניח ודאן של הרבנים ז"ל שהסכימו להתיר בקום ועשה היכא דאיכא אומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לא נשבע, מפני ספיקו של מראנ"ח כמו שכתב הרב פ"מ בסי' קי"ז. וכל שכן לפי מה שסיים שם, שדברי מהראנ"ח הם מקוטעות, ואם היו נמצאים היה פושט ספיקו להקל". עכ"ל.

גם בשו"ת משאת משה (שם) וכתב וז"ל:

"אין ספיקו של מהראנ"ח מוציא מידי ודאן דשאר רבוותא, שהורגלו להיות מתירין בפה מלא" וכתב לדייק כן מכמה תשובות הראשונים. וסיים: "כללא דמלתא, הן כל אלו קום ועשה חשיבי, ועיקר סמיכותיהו על האומדנא דמוכחא, לשרש אחר השבועה לגמרי". עכ"ל.

גם הכנה"ג בשו"ת בעי חיי (חיו"ד סי' כב) הביא דברי מהראנ"ח, וכתב:

"אך אומר אני שמכיון שהרב לא כתב כן בפשיטות, אלא נסתפק בזה, ולעומתו מצינו למהריב"ל ח"ב (סי' כב), ומהרשד"ם (בחיו"ד סי' קמ) דס"ל שאפילו בקום ועשה אמרינן אדעתא דהכי לא נשבע, לא שבקינן ודאן של מהריב"ל ומהרשד"ם מפני ספקו של מהראנ"ח. ע"כ.

ובביע אומר (ח"ז אבן העזר סי' ב' אות ב') הוסיף:

"וכ"כ בספר יד אהרן אה"ע (סי' א' הגב"י אות נא) בשם שו"ת פני משה ח"ג (סי' ט), שהנשבע שלא ישא אשה אחרת עליה שלא ברשות ב"ד, ומרדה מבעלה מתשמיש, יכול לישא אשה אחרת עליה, דאדעתא דהכי לא נשבע, ואף שמהראנ"ח ח"ב (סי' ק') נסתפק אי אמרינן הכי לגבי קום ועשה, מ"מ מהריב"ל ומהרשד"ם ס"ל שאף בקום ועשה אמרינן הכי, ולא שבקינן פשיטותיהו מקמי ספקו של מהראנ"ח. והוסיף (שם אות נב) בשם הפני משה הנ"ל, שאם נשבע שלא ישא אשה אחרת עליה שלא ברשות ב"ד, אם הרשוהו ב"ד לישא אחרת אין חילוק בין קום עשה לשב ואל תעשה. ע"ש. וע"ע להמהרח"ש בשו"ת תורת חיים ח"ג (בקונטרס עוללות הכרם סי' ו' והלאה), בדין אשה שחלתה ואינה יכולה לשמש את ביתה כדרך כל הארץ, שכתב להסתמך על המהריב"ל ח"ב (סי' כב) הנ"ל, שמותר לו לישא אשה אחרת עליה, דאדעתא דהכי לא נשבע. ואפשר שאפי' התרה אין צריך. ע"ש. גם הגאון רבי יונה נבון בשו"ת נחפה בכסף ח"א (חאה"ע סי' ב' דמ"ג ע"ד) כתב, שלענין הלכה ודאי דלא קי"ל כמהראנ"ח שמחלק בזה בין קום ועשה לשוא"ת, כיון שרבים חולקים עליו, ומה גם שמהראנ"ח עצמו כתב כן רק מספק, ואין לנו להניח ודאם של הרבנים שהתירו גם בקום ועשה, כל היכא דאיכא אומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לא נשבע, מפני ספקו של מהראנ"ח, וכמ"ש גם הפני משה (סי' קיז) וכו', אכן להיות כי לענ"ד נכון לחוש לכתחלה לדעת מהראנ"ח ודעימיה יש להצריך רשות ב"ד, שמהיות טוב אל תקרי רע וכו'".

עכ"ל היבי"א.

וכך מסיק לדינא. הכנה"ג. וכ"כ בשו"ת פרח מטה אהרן (ח"ב סי' קיז דף רכג עמודים ב' וג').

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אמנם, בס' חקרי לב (יו"ד ח"ג סי' פ"ז) מסיק שיש לחוש לסברת מהראנ"ח אע"פ שהאחרונים חלקו עליו, מפני שבריטב"א ובנימוק"י בנדריים כ"ז מבואר דלא אזלינן בתר אומדנא בשבועה דקום עשה. ובספר משנת רבי אליעזר די טולדו הביא גם הוא את דברי הריטב"א והנימוק"י. וכתב שיש ליישב ולא כתב מה יש לחלק.

אמנם הגרי"ח זצ"ל בשו"ת רב פעלים (ח"א חיו"ד סי' ד') כתב:

"ובהיותי מתבונן בענין זה עמד לנגדי דבר אחד, והוא, דמהראנ"ח ז"ל נסתפק אי אזלינן בשבועה בתר אומדנא להקל בקום עשה, או"ד דוקא בשב ואל תעשה, כגון ששבועתו היתה לעשות איזה דבר בקום עשה, ואח"כ נתחדש איזה דבר המונע עשותו, ורוצה עתה לעמוד בשב ואל תעשה, דאמרינן בכה"ג דוקא כתבו הרא"ש והרשב"א דאזלינן בתר אומדנא, ולא יעשה כאשר נשבע, יען דאמרינן אדעתא דהכי לא נשבע, אבל איפכא שהוא לעבור בשבועה בקום ועשה, כל כהא לא אזלינן בתר האומדנא, וכנו' בח"ב סי' כ'. וכתב הרב פני משה ח"ג סי' י"ט דף כ"ז ע"ג, דמהריב"ל ומהרשד"ם פשיטא להו, דלא שנא בין קום עשה לשב ואל תעשה, דס"ל בכל גוונא סמכינן על האומדנא, ולא שבקינן פשיטות מהריב"ל ומהרשד"ם משום ספיקו של מהראנ"ח ז"ל, יע"ש. וראיתי להגאון חק"ל ח"ג סי' פ"ז דף צ"ב ע"ב וע"ג, שהביא דברי מהראנ"ח ז"ל ודברי פני משה הנז', וכתב דהריטב"א והנמק"י ז"ל לא התירו בקום עשה ע"פ אומדנא, יע"ש. ועיין להרב נחפה בכסף ח"א באה"ע שאלה ב' דף מ"ג, מ"ש בענין זה, ועוד הרבה אחרונים דברו בזה, אין צורך לפרטם.

והנה ענין השבועה הוא מידי דאיסורא, והשתא יש להתפלאות, אמאי הריטב"א והנמק"י ז"ל שהביא הגאון חק"ל ז"ל, לא סמכו על האומדנא בדין השבועה בקום עשה, ומכל הנך נידוני דלעיל משמע דסמכינן על האומדנא באיסורא בקום עשה, ומוכרח לומר דנידון דהריטב"א והנימוק"י לא חשיב להו אומדנא רבא, ולהכי ס"ל דלא סמכינן בקום עשה. וכאשר ראיתי אחר החיפוש להרב הגדול שער אשר ז"ל ח"א באה"ע שאלה ב' דף ל"ז, שכתב וז"ל:

ולדידי ע"כ לא נאמרו דברי הריטב"א והנמק"י אלא דוקא בכגון ההיא דנדרי אונסין שחלה הוא או שעלה בנו או שעכבו נהר, דלאו אומדנא דמוכח טפי היא, דאפשר דההקפדה הוי שרוצה שיהנה ממנו שיאכל אצלו, ואם אינו אוכל אצלו הגם שהוא באונס, אפ"ה רוצה גם הוא להדיר נכסיו ממנו, ולאו אומדנא ברורה היא זאת, אמטו להכי הם אמרו דכשנשבע מתחלה על דבר שלא לעשות מיד חלה השבועה, ושוב אחר שחלה אין אנחנו יכולים לבטלה, מטעם אדעתא דהכי וכו', ולעבור עליה בקום עשה, משא"כ היכא דאיכא אומדנא ברורה, דאנן סהדי שכך היה דעתו דהו"ל כמפרש, וכתולה נדרו בדבר וכו' עכ"ל.

ולפ"ז אין להעיר כסברת הריטב"א והנמק"י ז"ל מכל הנך דוכתי שהבאתי לעיל. וממילא י"ל בנ"ד דאיכא אומדנא ברורה, יודו דסמכינן אאומדנא גם בקום עשה. ולפ"ז נמצינו למידין מכל הנך נידונין שהבאתי לעיל, הוכחה גדולה לסברת מהריב"ל ומהרשד"ם ומהרש"ך ועוד כמה גדולים, דס"ל בדין השבועה דסמכינן אאומדנא בקום עשה."

עכ"ל הרב פעלים.

הרי שגם הגרי"ח מסיק כן להלכה ללכת אחר האומדנא גם בקום עשה, ולימדנו שגם הריטב"א והנימוק"י מודים באומדנא גמורה, ולפיכך בנידון דידן אין מחלוקת דאזלינן בתר האומדנא.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עוד כתב מרן הגרע"י זצ"ל (ביבי"א שם אות ג) דשפיר סמכינן על הרדב"ז ומהריב"ל ומהרשד"ם וסיעתם להקל ע"פ הסברא דאדעתא דהכי לא נשבע, אף על גב דהוי בקום ועשה, להתיר לו לישא אשה, כי גם אם נחשיב את סברת מהראנ"ח לספק, הרי ספק במידי דרבנן, כי שבועת הכתובה אינה אלא מדרבנן כמש"כ הגר"ש מטאלון בשו"ת עבודת השם (חאה"ע ס"ס כז) ועוד אחרונים (וכפי שיבואר לקמן) והילכך אין להחמיר בשבועה זו אלא בוודאה, אבל בספיקא יש להקל.

זאת ועוד, גם הגאון בעל החק"ל דחשש לסברת מהראנ"ח, כתב להקל בצירוף עוד ספיקות, וכל הספיקות שכתב בנידונו איתנהו הכא. ע"ש. גם נכדו גאון עוזנו הגר"ח פלאגי זצ"ל בשו"ת חיים ושלום (סי' ו') הביא תשובת הגאון רבי מיכאל יעקב ישראל (ראב"ד של האי וודיס) שכתב בשם זקנו בעל המשאת משה להקל מחמת צרוף ג' ספקות, ספק שמא לצורך מצוה נשאל ומתירים לו, ואת"ל דלית הלכתא כוותיהו בהא, אכתי ספק אי הלכה כדעת ר"ת ודעימיה דכל שהתירוהו כבר ואפילו לדבר הרשות מותר הנדר וכ"ש כשהיה לדבר מצוה, וספק שמא אזלינן בתר אומדנא בקום ועשה. ומוסיף שם עוד כמה ספיקות. ע"ש. וכל מה שכתב שם על נידונו שייך בנידונו. ע"י בתשובת הגר"ח פלאגי שם בסי' ז', שלא העיר בענין זה דבר, משמע דמסכים לדבריו.

לסיכום, העיקר לדינא דאזלינן בתר אומדנא גם בקום ועשה, ובמיוחד כאשר זה אומדנא חזקה ואלימה דאפשר דבכה"ג כו"ע מודו, ובמיוחד כשיש צירופים וספיקות רבים, ובמיוחד בשבועת הכתובה שהיא שבועה קלה ומדרבנן, וכל הסברות והצדדים קיימים בנידון דידן, ולכן שפיר אזלינן בתר אומדנא.

ובאופן כזה דאזלינן בתר אומדנא, כתבו פוסקים רבים שא"צ אפילו התרה, כי הוי כאילו פירש בפיו תנאי, אך כתבו דבכה"ג מהיות טוב יעשו לו ג' אנשים התרה, וכן פסק ג"ע מרן היבי"א שם. ועוד פסק (ח"ח סי' א') דבמורדת יש להתיר לו גם בתוך י"ב חודש מחמת האומדנא דלאו אדעתא דהכי נשבע, וע"ע בטהרת הבית סי' ה'.

ומצאתי בס"ד בשו"ת כפי אהרן (להגאון המקובל האלוקי ראב"ד ירושלים וראש מקובלי בית אל) שהכריע במקרה שהבעל הוכרח לעזוב את העיר שבה גר עם אשתו מחמת חובות ורודפים אחריו, וקרא לה לבוא עימו לעיר שעבר לגור בה, והאשה מסרבת, דוודאי אדעתא דהכי לא נשבע ומותר לישא אחרת. וע"ש בתשובת ראב"ד נא אמון הגר"ם פארדו, ובתשובת הרב, ודוק מיניה ואוקי באתרין. ע"ש. ודין עדיפא, כי המצב הרפואי הולך ומחמיר ולא עתיד להשתנות, מה שאין כן במקרה של הרב כפי אהרן, יתכן וסרובה לבוא למקום הבעל ישתנה.

1. תוקף שבועת הכתובה וחומרתה

עוד יש לצרף לסניף נוסף, מה שדנו האחרונים בענין התוקף של שבועת הכתובה בזמנינו, כי יש שתפסו שאין השבועה חלה כלל ויש שאחזו לדינא שאין תוקפה אלא מדרבנן, כפי שיבואר:

ראשית, חשוב להבהיר כי שונה היא מעשה שבועת החתן בכתובה בזמנים קודמים ממה שנהוג בדורנו. כי בדברי הפוסקים משמע שבזמנם היה החתן נשבע במפורש, ואומר להדיא בפיו ובשפתיו שהוא נשבע כך וכך. (ע"י שו"ת בית יהודה חלק חושן משפט סי' ד'), מה שאין כן עתה, שהחתן עצמו עומד דומם והרב קורא את הכתובה ובהגיע הרב למילים "וגם נשבע שבועה חמורה...בתקיעת כף" הרב תוקע כף לחתן.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

נמצא, שכפי שהדברים נעשים היום (בדרך כלל), החתן לא אומר כלל את השבועה אלא הרב קורא את הכתובה. וא"כ, אין כאן "לבטא בשפתים" ואינה שבועה כלל.

וגם אין לומר שנחשב מושבע מפי אחרים, כי לא ענה אמן, כמש"כ הרמב"ם פ"ב מה' שבועות ה"א, וכמש"כ הריב"ש (שו"ת הריב"ש סי' קע"ח) בשם הרמב"ן:

"שמי שלא ענה אמן אחר השבועה, אין השבועה חלה עליו כלל, ואינו צריך כלל להיתר, שלא מצינו מושבע מפי אחרים ולא ענה אמן שיהי' חייב, אלא בשבועת העדות, מגזרת הכתוב".

וכ"כ הרמ"א (בשו"ת הרמ"א סי' מ"ד) בדעת הרמב"ם. ע"ש.

ונראה עוד, כי גם אם היה עונה אמן אין כאן שבועה, כי לא אמר כלל לשון שבועה, אלא החזן מקריא את נוסח הכתובה שאינו לשון שבועה אלא לשון של סיפור דברים על כך שהחתן נשבע, ולכן אף אם החתן יענה אמן אין בכך כלום.

וגם חתימת החתן על הכתובה לא מהווה שבועה, ראשית, כי העיקר לדינא דשבועה בכתב אינה שבועה דלא כמסקנת החו"י הסובר ששבועה בכתב דינה כשבועה. ונראה כי גם לדעת החו"י, מ"מ בנידוננו יודה שלא חלה, כי לא חתם כלל על נוסח שבועה (בלשון אני נשבע כך וכך) אלא על סיפור דברים, ודוק כי קצרתי מאד.

וכל מה שיש לתת תוקף לשבועה זו הוא מחמת תקיעת הכף שנותן החתן לרב קורא הכתובה וכפי שנפסק בשו"ע שתקיעת כף דינה כשבועה. אך אחר הבטחה מעמיקה בדבר נראה דיש מקום להקל בה, דהלוא ידוע כי אין דבר זה מוסכם, ונחלקו הראשונים האם תקיעת כף הוויא שבועה או לא, דדעת הרשב"א בתשובה דתקיעת כף לא הוויא שבועה (ח"ה סי' ס"ז) וז"ל:

"ולענין מה ששאלת אם תקיעת כף הוי כשבועה אם לאו, ואפילו דבור בעלמא אנשי אמת מקיימים אותו, דכתיב: "שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב", אבל להיותו כשבועה, לא שמענו. ואפי' רצה לחזור בו, אין בו זולתי דיבור. ותקיעת כף, אפילו מחוסרי אמנה ליכא, אלא א"כ היה מתנה מועטת, כדאייתא התם בפ' הזהב (דף מט). ומה שכתוב: "אל תהי בתוקעי כף", ממש אינו אלא בתוקע כפו לחברו ונעשה ערב בעד חברו הכתוב מדבר, דחייב על ממון שלוה חברו".

וכ"כ גם התשב"ץ (ח"ב סי' קמ"א) וסיים אחרי דברי הרשב"א: "ואני כל ימי גדלתי בין החכמים, ומהם רבנים גדולים ולא ראיתי מי שחשש לזה כלל לתקיעת כף". עכ"ל.

אך עי' בב"י יו"ד סי' רל"ט דר"ת מחמיר בתקיעת כף יותר משבועה שאפילו התרה אין לה. ויש שהחשיבוה כשבועה אך סוברים שיש לה התרה (סמ"ג, ר"י, הגהות מיימוניות, מהרי"ק). וכמותם העלה מרן על שולחנו הטהור (יו"ד סי' רל"ט ס"ב):

"תקיעת כף, דינה כדין שאר שבועות ויש לה התרה. והני מילי כשהיא דרך שבועה, אבל כשהיא כדרך הסוחרים שתוקעים כפם זה לזה לקיים המקח, אין לה דין שבועה כלל". עכ"ל.

ואע"פ שמרן פסק כדעה אחת, עדיין מצרפים הדעה החולקת לספק, ובצירוף עוד ספק אחד יש להקל. כ"כ בשו"ת עדות ביהוסף (ח"ב סי' י') ובשו"ת דבר שמואל (אהע"ז סי' ח').

ובתקיעת הכף של שבועת הכתובה יש עוד צד ספק, כי נחלקו הפוסקים, האם היא דווקא כאשר תקע כף לזה שהתחייב לו, דכ"כ מהר"י ווייל סי' קל"ז בזה"ל:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"אי לא מסתפינא אמינא דלא החמירו בתקיעת כף אלא כשנתן תקיעת כף לאדם לעשות לו דבר לאותו אדם עצמו, אבל אם ראובן נתן תקיעת כף לשמעון לעשות דבר ללוי אין להחמיר כולי האי, וסברא גדולה היא, הואיל והטעם משום כריתות ברית. עכ"ל.

ובדרכי משה (יורה דעה סי' רל"ט) דייק מדברי המרדכי דלא כמהר"י ווייל בזה"ל:

"וזה משמע דלא כדברי מהר"י ווייל, אלא אפילו בלא כריתות ברית מחשב כשבועה אם נתנו דרך שבועה, וצ"ע."

הרי לפניך שנחלקו, אם תקיעת כף מאדם שלישי נחשבת תקיעת כף. א"כ, בשבועת הכתובה, שאין החתן תוקע כף לכלתו אלא למי שקורא את הכתובה, יש מחלוקת אם בכלל נחשב תקיעת כף. ועי' בשו"ת חת"ס (סי' ר"כ) דתקיעת כף א"א לעשות ע"י שליח, דכל מעשה שנעשה ע"י גופו של האדם לא יכול להעשות ע"י שליח. ע"ש.

וא"כ, יש לנו ס"ס, ספק אם תקיעת כף היא שבועה, ואף את"ל דהוי שבועה, שמא אין תקיעת כף כאן כי לא נתן כפו לכלה עצמה, והוא ס"ס מתהפך.

זאת ועוד, מקור הדין של תקיעת כף שחמור משבועה, אינו מכח חומרה של שבועה אלא חומרה מצד "כריתות ברית" כנזכר במרדכי (שבועות רמז תשנ"ז):

"בתקיעת כף היה אומר ר"ת שהיא ככריתות ברית, והיה נראה לו להחמיר בה יותר מבנדר ומבשבועה, והיה דורש מן הפסוק (ביחזקאל י"ז): "ובזה אלה להפר ברית, והנה נתן ידו וכל עושה אלה לא ימלט". עכ"ל.

ובשו"ת פני מבין (יו"ד סי' קפ"ג) כתב דגם לדעה שתקיעת כף הוויא שבועה, אינה שבועה מדאורייתא אלא מדברי קבלה. ולכן כתב להקל בספיקה. גם בתומים (סי' פ"ז ס"ק כ"ט) כתב שהשבועה של תקיעת כף אינה אלא מדברי קבלה, ואינו ענין לשבועה כלל אלא כריתות ברית. ע"ש.

וממילא נראה, דגם לפסק מרן השו"ע יש להקל בשבועת הכתובה מחמת הספק הנ"ל מדין ספק בדרבנן.

זאת ועוד, נראה מתוך דברי המרדכי שם, שבמקום שיש מכשול רב והפסד מרובה יש להקל בתקיעת כף. ע"ש וע"ע בשו"ת מהריט"ץ (סי' ק"ז), וכ"כ להלכה בשו"ת מכתם לדוד (פארוו סי' כ"ט). ובנידון שלפנינו, וודאי יש צורך גדול להתיר כמש"כ.

גם מרן ג"ע הראשל"צ הגר"ע יוסף זצ"ל בספרו יביע אומר (ח"ז אבן העזר סי' ב' אות ג') כתב להקל בשבועת הכתובה מצד אחר ע"פ דברי הגר"ש מטאלון בשו"ת עבודת השם (שם), שאחר שכתב להקל בנידונו משום דאדעתא דהכי לא נשבע, סיים:

"וכל שכן שעיקר השבועה שבכתובה קילא טובא שאין בה לא שם ולא כינוי, והוא מושבע מפי אחרים, שחזן הכנסת עושה תקיעת כף לחתן בעת הנישואין, ואומר בזו הלשון, וגם נשבע שבועה חמורה על דעת המקום ב"ה וע"ד הנשבעים באמת לקיים כל תנאי הכתובה הנ"ל, והרי אין כאן לא שם ולא כינוי, ולא חשיבא שבועה אלא מדרבנן, וכמו שכן מבואר בשו"ת עדות ביעקב (סי' ל') להקל בשבועה זו מטעם ששבועה זו היא דרבנן, כיון שאין כאן לא שם ולא כינוי". עכ"ל.

והוסיף ע"ז מרן היבי"א (שם):

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"וכן החקרי לב (ח"ג מיו"ד סי' פז) מצא מקום להקל בשבועה זו מטעם הנ"ל, כי רבו הסוכרים שמושבע מפי אחרים בלי שם וכינוי אין בו איסור לאו. וכן הגר"ח פלאג"י בשו"ת חיים ושלום (סי' ו' דף יח והלאה) האריך בטעמים להקל בשבועה זו שהיא בתקיעת כף. ועוד יש להקל מטעם אחר, שהתקיעת כף לא נעשית מיד החתן לכלה, אלא לחזן הכנסת, ומבואר בשו"ת מהרי"ו (סי' קלו) שלא החמירו בשבועה של תקיעת כף בכה"ג. עכת"ד. [אולם הרמ"א בדרכי משה יו"ד (סי' רלט אות א') הוכיח מהמרדכי דלא כמהרי"ו הנ"ל. וכ"כ בשו"ת שבות יעקב ח"ב (סי' קעג). וע"ע בשו"ת דבר משה ח"א (חיו"ד סי' לח) בד"ה עוד. ובשמן המשחה (סי' ס"א). ודו"ק]. וכן העלה הרה"ג מהר"א חיון בשו"ת טוב לישראל (דף יח ע"ב והלאה). ע"ש באורך. וכן בשו"ת מור ואהלות (חאה"ע סי' יב) סמך להקל בשבועה זו ע"פ דברי העדות ביעקב (סי' ל') הנ"ל. והן אמת שהגאון רבי יצחק אבולעפייא בשו"ת פני יצחק ח"א (חאה"ע סי' טו) האריך למעניתו ע"ד הרב מור ואהלות הנ"ל, והעלה שאפילו לדברי העדות ביעקב, בנ"ד היא שבועה דאורייתא, כיון שאומר על דעת המקום ברוך הוא וכו'. ע"ש. גם הגאון הראש"ל יש"א ברכה בשו"ת שמחה לאיש (חאה"ע סי' טז) כתב, דמ"ש הרה"ג הפוסק רבי יעקב קובו לצרף לסניף שהשבועה שבתקיעת כף לחתן, שאין בה לא שם ולא כינוי, אין בה אלא איסור בלבד, ואין כאן חומר שבועה, וכמ"ש בשו"ת חקרי לב (ח"ג מיו"ד סי' פז), והאמת שכן כתב גם מהר"א חיון בשו"ת טוב לישראל, אולם בשו"ת פני יצחק למהר"י אבולעפייא האריך הרחיב בזה, והעלה שכיון שאומר על דעת המקום ברוך הוא, היא שבועה חמורה, וגם דעתי מסכמת כוותיה וכטעמיה. ע"ש. ובאמת שהגאון רבי יצחק אבולעפייא הניף ידו שנית בשו"ת פני יצחק ח"ב (דף סב סע"ב), והביא דברי הרב נוכח השלחן (חאה"ע סי' טו), שאסף וקיבץ חמשה ספקות הנופלים בדבר שבועה זו, והסכימה דעתו עליון להקל בה, ושכן העלה להקל בספר שבט בנימין (סי' שו). וכן כתב בספר טוב לישראל (הנ"ל). וסיים, ועם שאני הדל הארכתי בזה בשו"ת פני יצחק ח"א (סי' טו), והסכמתי להחמיר, מכל מקום מודינא להו שאין שבועה זו אלא מדרבנן, כיון שאינה לא בשם ולא בכינוי, והילכך אין להחמיר בשבועה זו אלא בודאה, אבל בספיקה יש להקל. ע"ש. וע"ע בשו"ת צל הכסף ח"ב (חאה"ע סי' יב - יג). ובשו"ת דברי שמואל (חאה"ע סי' ח). ע"ש. ולפ"ז נראה דשפיר סמכינן על הרדב"ז ומהריב"ל ומהרשד"ם וסיעתם להקל ע"פ הסברא דאדעתא דהכי לא נשבע, אף על גב דהוי בקום ועשה, להתיר לו לישא אשה".

עכ"ל מרן היבי"א זצ"ל. וכ"כ גם בספרו טהרת הבית, ולפ"ז גם בנידונינו שבוודאי נחשב כמקום הפסד מרובה, יש להקל.

ז. סיכום ומסקנות להלכה

עלה בידינו, שיש ספק גדול לגבי חלות שבועת הכתובה, שהרי אין בה לא שם ולא כינוי, וגם החתן לא אמר שבועה כלל רק תקע כפו לרב שקורא את הכתובה, ויש כאן ס"ס, שמא תקיעת כף אינה שבועה, ושמא אין כאן אפילו תקיעת כף כי לא תקע כף לכלה, ואפילו אם יש תקיעת כף, הלוא כתבו האחרונים שאינה אלא מדברי קבלה ויש להקל בספיקה, וכמו כן כתבו הפוסקים שבמקום צורך גדול והפסד רב יש להקל בה, ונידון דידן וודאי נכנס בהגדרה זו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בנוסף לכך, הרי כתבו גדולים ועצומים שכיון שמרדה בו אין כאן שבועה כלל, דכיון שהיא לא מתפקדת כאשה הן בחיי האישות והן במטלות הבית, לא נקרא "עליה", והוא לא נשבע אלא שלא ישא אשה אחרת עליה.

שוב מצאתי און לסברא זו בתשובתו של הגאון רבי ידידיה שמואל טאריקא מאיזמיר בספרו בן ידיד (הלכות אישות פרק טו), שהאריך הרחיב מאד בענין האומדנא דאזלינן בתרה לומר דאדעתא דהכי לא נשבע. והביא פוסקים רבים לחזק בדק דין זה. ע"ש. ובתוך תשובתו כתב כך:

"ועוד מטעם אחר כופין אותו להוציא שהרי הוא מתבטל מפריה ורביה, ועד כאן לא נשבע אלא כשיש לו אשה, והכא דאין לו אשה הראויה לו, על דעת כן לא נשבע, ואינו מוצא אחרת כל זמן דאגידא ביה, גם כי כל הימים שאין לו אשה הראויה, אף אם לא יחטא בה, יחטא בהרהור ובהוצאת שז"ל, ואפשר גם במעשה כי יצרו תוקפו, ובכל כי הא לא אמרינן שיחטא איש בעבור השבועה, ואמדין דעתא נמי איכא, ואומדנא דמוכחא היא דאדעתא דהכי לא נשבע, ופוק עיין להר"ב משפט צדק בח"א סי' א' שנשאל על שדוכין שנעשו בשבועה ובקנס בלא ידיעת אמו, וכשמוע אמו צעקה צעקה גדולה עליו ומקללת אותו, והשיב דאומדנא דמוכחא היא דאדעתא דהכי שתקללנו אמו לא נשבע, עיין שם באורך. וכ"ש בנדון שלנו, דאשה אין כאן, שהרי היא כמאן דליתא, ואומדנא דמוכחא טפי היא. וברור". עכ"ל,

ואוקי באתרין.

וגם כל התנאי שלא ישא אשה אחרת עליה תלאו ברשות בית דין, וא"כ בידם להתירו. ובנידון דידן, בוודאי מצוה רבה להתיר, כיון שלא טוב היות האדם לבדו. וכן כתב בשו"ת חיים ושלום (סי' ו' בתשובת הגרמ"י ישראל זצ"ל בד"ה אלא) כתב שאפילו אם כבר קיים פו"ר יש להתיר לו משום "ולערב אל תנח ירך", ועוד הוסיף:

"ועוד, מאחר דמאיסא ליה אשתו זאת ואינו יכול לבוא עליה, והשרוי בלא אשה שרוי בלא טובה וכו', ואין אדם ניצול מהרהורי עבירה, ואית ליה צערא טובא על זה, וא"כ בוודאי דשפיר חשיב דבר מצוה. והרב מר זקנינו (הלוא הוא הגאון בעל המשאת משה (ישראל)) לא מצא דבר מצוה בנידונו זולת במה שהיה לו צערא דגופא להיות יושב במקום ההוא. וכתב, להיות האדם יושב ומצפה רוע הסדר ואת העשוי אשר לא כדת ועוצם עיניו לאונסו ושותה בעציצו, הא ודאי אין לך צערא דגופא טפי מהאי... וכן ראיתי בס' כהונת עולם שכתב דכשאינו יכול לבוא עליה ואינו ניצול מן החטא שפיר חשיב דבר מצוה". עכ"ל.

ועל זה השיבו הגר"ח פלאגי זצ"ל:

"אנא דאמרי דהאמת איתו, ויותר ממה שהביא מני"ר נר"ו סברות הפוסקים שדברו בזה, אנכי הצעיר הוספתי על השמועה מכמה פוסקים ראשונים ואת האחרונים שכולם פה אחד הסכימו הסכמה גמורה על הדין ועל האמת, דכל כהאי גוונא בזה וכיוצא בזה דחסר המציאות דאינו יכול לבוא עליה כדרך כל הארץ והעיכוב הוא ממנה, שורת הדין נותנת דיכול לישא אשה אחרת עליה וליכא שום איסור לא משום חדר"ג מ"ה ולא משום איסור שבועה". עכ"ל.

ובנידונו נמי הבעל שרוי ללא אשה, וודאי מצוה רבה להיות שותף להתר זה.

ועל כל זאת, נוספה כאן סיבה נוספת אלימתא, שאין כאן איסור שבועה כלל, מפני שאמדינן דעתיה של הבעל שבוודאי אדעתא דהכי לא נשבע וכל מה שעשתה האשה הוי מידי דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה. (ואם היה מסיק אדעתיה, לא היה מתנה, אלא לא היה נושאה כלל), ואזלינן בזה בתר

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

האומדנא ואין כאן שבועה כלל, וכל אחד מן הטעמים שכתבנו עומד בפני עצמו, ובוודאי בהתקבץ כולם יחד, מצוה לגדולי הרבנים היושבים ראשונה במלכות לסייע בהתירה דהאי גברא.

וכבר הבאנו למעלה שכן הורה למעשה מרן פוסק הדור הגרע"י זצ"ל. ועתה חזיתי פס"ד שכתב בנו ממשיך דרכו מרן הראשל"צ הגרי"י שליט"א (בס' כנס הדיינים - התשע"ה עמ' 157) שכתב להתיר לישא אשה שניה אע"פ שנשבע מחמת אומדנא ומחמת רשות בית דין ומפני שהשבועה אינה אלא מדרבנן.

השלשת גט וכתובה

ומה שנותר לנו לדון הוא האם צריך להשליש גט וכתובה ואיך מבטיחים שהאשה המסכנה החולה, לא יפגעו זכויותיה.

הנה, ידוע שמנהגים שונים יש בין בתי הדין, האם בהיתר נישואין לשאת אשה שניה יש להשליש גט קודם למתן הגט.

וכבר מפורסמים דברי הבית שמואל (סי' א' סקכ"ג) שהביא מדברי הב"ח כי מקובל בידינו מגדולי עולם שהיתר נישואי אשה שנייה בנשתתית מותנה בכמה תנאים, וז"ל:

"מיהו ב"ח כתב קבלה היא מגדולי העולם שיציעו הענין לפני הגדולים שבאותו הדור ויסקימו בהיתר מאה רבנים, וגם ישליש סך הכתובה ונידוניה ות"כ ביד הב"ד ואח"כ ישא אחרת, ועוד כתב בסי' קי"ט שיתן הגט ביד שליח הולכה שיהיה הגט בידו עד שתשתפה, וחייב לייחד לה בית בפני עצמו וישמו' אות' ממנהג הפקר וחייב ליתן לה מזונות, ודבריו שם מ"ש בשם מהרש"ל סותרים למ"ש בסי' זה, ואם אין ידו משגת להשליש הכתובה כ' בתשובת צמח צדק סי' ס"ז דיש תקנ' דקרובי' ימכרו הכתוב' לבעלה בטובת הנאה ויתן לה מזונות, ואחר שתתרפא חייב לגרשה מיד כדי שלא יהיה לו שתי נשים."

בנדו"ד בו הבעל מבני ספרד שלא קבלו חדר"ג, אין צורך בהיתר מאה רבנים. וכן לא נהגו בדורות קודמים בהשלשת הגט כמו שמבואר בשו"ת יביע אומר (ח"ה סי' ב' אות א' ואות ב') וכן הגר"ש משאש בתבואות שמש (אהע"ז סי' ל'), אך כבר כתבו שם ששפיר נהגו בדורות האחרונים להשליש גט, כדי שלא תתעגן האשה.

אך נראה שכל זה באשה מורדת, שחוששים לעיגונה באם תחזור בה, אבל במקרה דנן, שהאשה כלל לא ראויה ולא כשירה לקבל את גיטה, וכפי חוות הדעת הרפואית אין למחלתה מזור, ולפיכך אין טעם בהשלשת גט, לצערנו הרב.

זאת ועוד, הלוואי והאשה תבריא, אין צורך בהשלשת גט, שכן האיש כלל לא חפץ לגרש את אשתו והוא מטפל בה באופן הראוי לשבח כבר שנים, ואין בדעתו כלל לגרשה. בכל מקרה אין לנו לחייבו לגרשה, וכפי הנראה לנו זו גם טובתה של האשה, שלא יגרשה.

ולענין השלשת הכתובה,

בכתובה של בני הזוג כתוב סך 520,000 ש"ח.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

והנה, כבר ידוע מה שפסק מרן הראשל"צ זצ"ל ביבי"א (ח"י אהע"ז סי' א') שאם אין לבעל כסף להשליש את הכתובה, אין תשלום הכתובה יכול לעכב את מתן ההיתר. במקרה דנן, לא נראה שהאשה תרוויח משהו מהפקדת הכתובה, שהרי היא לא במצב שתוכל לתבוע את כתובתה, וכפי האמור למעלה הצפי הוא שגם בעתיד זה לא ישתנה, ומאידך, הבעל הקשור לאשתו ודואג לה בכל מכל כל במסירות, ונושא בכל מחסורה ובכל עלות טיפוליה, וכפי הנראה, הפקדת סכום כזה עלולה להכביד על היכולת של הבעל לטפל באשה כראוי, לפיכך, לענ"ד, יש להסתפק בהתחייבותו של הבעל לזון ולטפל באשה. כמו כן, האפוטרופוס לדין תפקח כפעם בשנה אחר מצב האשה וטיפוליה, והבעל יסמיך את בית הדין לחייבו את סך כתובתה או כל חיוב אחר עבור טיפולה ומזונותיה.

נציין, כי יש לצרף לכך גם את העובדה שמבחינה חוקית יכולים הבעל וילדי האשה לאשפז אותה בבית חולים מתאים, ובכך גם כן זכויותיה מוגנות.

לאור האמור, נלענ"ד להתיר למבקש לשאת אשה על אשתו בתנאים שפורטו למעלה, כדלהלן:

א. הבעל יתחייב בפני בית הדין שבית הדין רשאי לחייב אותו את מלוא דמי כתובתה ו/או כל סכום עבור מזונותיה או רפואתה.

ב. עו"ד רונית גפניאל שמונתה על ידי בית הדין לאפוטרופוס לדין לטובת האשה, תהיה רשאית לפקח על הטיפול באשה, ובלבד שלא תפחת מביקור אחד בשנה, ואינה חייבת בעדכון בית הדין.

ג. הבעל יסדיר צוואה כפי שהצהיר בפנינו.

וזאת בתנאי שיסכים לכך כבוד נשיא בית הדין הרבני הגדול, כנדרש ע"פ החוק.

וה' יאיר עיננו בתורתו ויגדור פרצותינו ויאמר לצרותינו די, ויגאלנו במהרה גאולה שלימה. אמן.

הרב ציון אשכנזי - אב"ד

גם אנו מצטרפים למסקנות.

הרב שמואל דומב - דיין

הרב אליהו עמאר - דיין

ניתן לפרסם לאחר השמטת פרטים מזהים.

ניתן ביום י"ט בטבת התשפ"ג (12/01/2023).

הרב שמואל דומב

הרב אליהו עמאר

הרב ציון אשכנזי - אב"ד