

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1223010/8

בבית הדין הרבני האזורי נתניה

לפני כבוד הדיינים:

הרב יצחק רפפורט – אב"ד, הרב צבי בוקשפן, הרב אוריאל אליהו

התובעת: פלונית (ע"י ב"כ טו"ר יעקב קלמן וטו"ר משה ליבוביץ)

הנתבע: פלוני (ע"י ב"כ טו"ר רון אל אהרון)

הנדון: זכאות לכתובה וכשרות לנישואין באישה שנולדה ללא נרתיק

פסק דין

לפני בית הדין תביעת כתובה ותביעה רכושית של האשה.

רקע

הצדדים נישאו בשידוך באמצעות אגודת בוני עולם. הבעל חלה בילדותו בסרטן, ועבר טיפולים כימותרפיים שגרמו לו עקרות, ספירת הזרע שלו היא אפס, והאפשרות היחידה לנסות לקבל תאי זרע היא באמצעות ניתוח באשכים וגם זה מוטל בספק.

האישה נולדה עם תסמונת קלואקה (cloaca) בה פתחי הנקבים התחתונים: פי הטבעת, הנרתיק (אם קיים), והשפכה מתנקזים בתעלה אחת. בעת הלידה היו לאישה שני רחמים לא מפותחים והיה חסר הנרתיק, וכמו כן, לא היה פי טבעת. לאחר הלידה נעשה ניתוח זמני של קולוסטומיה (פיום המעי הגס) על מנת למנוע זיהומים. בגיל שנתיים ושבעה חודשים עברה האישה ניתוח, שבו הוסרו הרחמים הבלתי מפותחים, הושארו השחלות ונבנה נרתיק מטבעת של המעי הדק ונפתח פתח היציאה של המעי הגס. כשנה לפני הנישואין עברה האישה בדיקת MRI ונמצא שטבעת המעי הדק נמצאת במקומה, ויש צורך להשתמש במרחיבים על מנת להביא את הנרתיק לגודל מתאים.

הצעת השידוך נמשכה תקופה ארוכה משפחת הבעל ביקשה שהמסמכים הרפואיים יועברו לרב שמעון ב' (פרוטוקול מיום 28.4.2021 שורה 355). הורי האשה שלחו לרב ב' מסמך רפואי בו מפורט מצבה הרפואי של האשה בעת הלידה ובגיל שנתיים כאשר בוצע הניתוח.

המסמך מציין את המומים המולדים בשנת 1996 והניתוח שעברה בגיל שנתיים. המומים המצוינים הם:

תסמונת מרובות/מומים מולדים, העדר פי טבעת (Anal Atresi), אנומליות של עמוד השידרה, העדר נרתיק, כליית פרסה, תיקון CLOACA בשיטת (Posterior Sagittal PSARP), עם נרתיק חדש מהמעי הדק, (AnoRectoPlasty).

המסמך הועבר לידי הרב ב' שהעביר את המסמך לידי רופא מומחה. לדברי הרב ב' תגובת הרופא המומחה הייתה שהאישה סובלת מתסמונת מאייר-רוקיטנסקי, תסמונת בה חסר הרחם

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

והנרתיק וקיימים בה גם אנומליות של עמוד השדרה הכליות ומערכת איסוף השתן. שכיחות התסמונת היא אחת ל 4000 לידות. מידע זה נמסר למשפחת הבעל.

כמו כן, נמסר למשפחת הבעל שהאישה צריכה לעבור תיקון או שחזור של הנרתיק.

בתסמונת קלואקה ששכיחותה אחת ל 20,000 לידות, קיימים כאמור גם אנומליות של פי הטבעת.

הצדדים התארסו ביום ובתקופת האירוסין לפני החתונה, ביום עברה האישה ניתוח להרחבת הנרתיק. בהתאם לחוות הדעת של המנתחת גודל הנרתיק מאפשר קיום יחסי אישות תקינים. האישה נצרכה להשתמש במרחיב של הנרתיק במשך תקופה.

בהתאם לדו"ח של הרופאה המנתחת מיום עומק הנרתיק הוא 11 ס"מ, הייתה קיימת היצרות, שלאחר הטיפול לא הורגש, והאישה הוצרכה להמשיך להשתמש במרחיבים למשך תקופה, הרופאה ציינה שלא צפויה הפרעה לקיום יחסי אישות.

הצדדים נישאו ביום סכום הכתובה 52,000 דולר ארה"ב.

לאחר הנישואין התלונן הבעל על קושי בקיום יחסי אישות, הצדדים ביקרו אצל המנתחת שבדקה את האישה ואמרה שהיא לא רואה שיש לאישה בעיה. לדברי האיש קיים "מחסום" אצל האישה. הרופאה ציינה שיכול להיות שקיים שריר באותו מקום.

הבעל עזב את הבית וחזר לבית הוריו בחודש

האישה הגישה לבית הדין תביעה לשלום בית ביום, הבעל הגיש תביעת גירושין ביום, האישה עמדה על רצונה בכינון שלום בית וחזרת הבעל, במשך כל ההליך.

בית הדין הסביר לאישה שעל מנת לקיים זוגיות במצב הנתון יש צורך ברצון טוב מצד שני בני הזוג. אחרת, אין תוחלת להמשיך הקשר. האישה ניאותה בסופו של דבר להתגרש בכפוף לתשלום כתובתה.

טענות הבעל

לדברי הבעל, הוא הוטעה, ההרחבה של הנרתיק הייתה רק לגודל של זרת, והאישה הוצרכה להשתמש במרחיבים למשך חודשים, וכמעט ולא היתה אפשרות לחדור, ורוב הפעמים לא הייתה חדירה כלל.

האישה העלה טענות נוספות בנוגע לריח רע שנודף מהאישה, וכמו כן טען כי האישה חלושה.

לדברי האיש, הוא לא היה מודע לכל המומים של האישה, וכל שנאמר לו על ידי הרב ב' היה שהאישה צריכה לעבור שחזור של הנרתיק. לדברי האיש נאמר לאיש שהאישה סובלת מתסמונת מאייר-רוקיטנסקי, ולא מתסמונת קלואקה, וקיים הבדל מהותי בין התסמונות.

וכמו כן, אמה של האישה העלימה את המידע בעת שנפגשה עם אמו של האיש.

לדברי האיש משפחת האישה סירבה להציג את המסמכים הרפואיים, ולכן ירד השידוך תחילה, ואח"כ הוסכם להעביר את המסמכים לרב ב'.

טענות האשה

לדברי האישה מלוא המידע הרפואי הועבר לאיש הקשר הרב ב', המסמך הרפואי שהועבר לרב ב' הוצג לבית הדין.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לדבריה היו יחסים מלאים והיא הרגישה חדירה מלאה, וכמו כן הכחישה האישה את טענות האיש בנוגע לריח רע.

הבעל עזב את האישה לאחר מספר חודשים, האישה קראה לאיש לחזור לשלו"ב והבעל סירב ותבע גירושין.

דיון והכרעה

דעת הרב יצחק רפפורט – אב"ד

על פי המבואר במפרשים, חז"ל כינו את התסמונת של האישה כטומטום כפי שפירש בתפארת ישראל במסכת יבמות פרק ח':

"טומטום שעור מכסה ערותו ומטומטם, רק שיש לו כמין שומא מנוקבת להטיל בו מים."

בתסמונת קלואקה דרגות שונות בהתאם לאורך התעלה המשותפת, על פי התיאור במסמכים הרפואיים, לאישה לא היה לא נרתיק ולא פי טבעת, ואלו שוחזרו במלואם בניתוח שבו יצרו פתח חדש לפי הטבעת, (לא ברור אם הייתה לאישה חלחולת (רקטום, כרכשתא) ע"י מסכת חולין דף נ' ע"ב), ובכל עניין יצרו פי טבעת מחדש, ולא ברור עד כמה שיני הכרכשתא (שירי הספינקטר והתעלה האנאלית) שוחזרו במלואם (ע"י מסכת שבת דף פ"ב ע"א).

שם ביאה הוא אך ורק ביאה בפרוזדור או בפתח הפרוזדור או ביאה שלא כדרכה דרך פי הטבעת שנלמד מאיסור משכב זכור :

וְאִישׁ אֲשֶׁר יִשְׁכַּב אֵת זְכָר מְשַׁכְּבֵי אִשָּׁה תוֹעֵבָה עָשׂוּ שְׁנֵיהֶם מוֹת יוֹמָתוֹ דְּמִיָּהֶם
בָּם: (ויקרא כ, י"ג).

ודרשו חז"ל שהוקשו שני משכבים הן באיש והן באישה, וגם ביאה שלא כדרכה נחשבת כביאה ומשכבי אישה. ולכן, אישה מתקדשת בין כדרכה ובין שלא כדרכה. וכך גם לגבי נישואין, אם הערה באשה שלא כדרכה קנה, כמו שכתב הריצב"א בתשובת מיימוניות לספר נשים סי' ו'.

וכתב הרמב"ם בפירוש המשניות (סנהדרין פרק ז' משנה ד'):

ואומר, שבכל העריות אין חלוק בין ביאה כדרכה או ביאה שלא כדרכה. וביאה כדרכה, הוא שיבוא מצד פנים. ושלא כדרכה, שיבא מצד אחר. ואין חלוק בין מערה וגומר, בין שהיה מערה כדרכה או שלא כדרכה. וכן מערה בזכור ומערה בבהמה. ומערה, נקרא המכניס כל העטרה. וגומר, הוא הכנסת האבר כולו, אבל הכנסת מקצת העטרה הרי הוא כמי שבא דרך איבריין

אבל כל ביאה אחרת נקראת ביאה דרך איברים ולא מחילים לא קידושין, לא נישואין, ולא חייבים על ביאות אלו מלקות, כריתות או מיתות בית דין, ואינן אוסרות לכהונה, ועיין מה שכתב הגריש"א (קובץ תשובות ח"א סימן קנ"ב, שבילי הרפואה חלק ב') לעניין מי שנולד ללא סימני זכר או נקיבה והאשכים שלו היו בתוך שיפולי המעיים שעשו לו כעין נרתיק, וז"ל:

"ומעתה בנ"ד שנולד בלא אברי נקבות ללא מקום כמוה, ללא רחם וללא שחלות ושיפולי הכרס, כאיש, ולא כאשה ואף דגם גיד אין לו, אבל נמצאו אצלו ביצים בתוך חלל הבטן, ואחרי שקיבל הורמונים גרם לצורה נשית וגידלו שדיים, הרי הבא עליו שלא כדרכה לכל הפחות בספק כרת קאי .

ואשר למקום שסידרו הרופאים ע"י ניתוח פלסטי, הי' נראה פשוט שהמקום שנוצר באופן מלאכותי לא חל ע"ז דין משכבי אשה (וזה בהנחה שנולד ללא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מקום זה כלל לא שהיה מכוסה מבחון כמו אצל טומטום) והרי זה כאילו חקקו מקום כמוה בירך ואין דינו אלא כבא דרך אברים, (אף ראיתי בראב"ד עה"ת פ' אחרי ע"ש בשם רב חננאל עה"פ ואת זכר ל"ת משכבי אשה כי יש מי שיחדש בגופו כצורת בשר אשה וזה לא יתכן בתולדה, עכ"ל וצ"ע).

ביאה בנרתיק מלאכותי

ונראה שהוא הדין באישה שנולדה ללא נרתיק. וארחיב ואבאר נושא זה, היות ויש נפקות למקרים אחרים ודינים אחרים לאור התפתחויות הרפואיות והטכנולוגיות.

ראיתי את מה שכתב ש"ב הגאון רבי יצחק זילבשטיין שליט"א בשם דודי הגריש"א (שיעורי תורה לרופאים ח"ד) לחלק בין זכר שעשו לו נרתיק מלאכותי, לבין נקבה. לדעתי הדברים אינם נראים כתואמים לא את המציאות ולא את ההלכה, והסברה שהוזכרה שם לא נאמרה מפני הגריש"א ולא מר בר רב אשי חתים עליה.

דעת הגרא"י ולדנברג זצ"ל נוטה לאיסור כמו שכתב בשנת תשנ"ז (1997) בשו"ת ציץ אליעזר (חלק כ"ב סי' נ"ד):

אודות דברי שאני כותב בספרי שו"ת ציץ אליעזר חלק ט"ז סימן ד' בזה"ל:

" ואני מהרהר שאולי יתכן שגם אסור בכלל לחיות עפ"י דין תורה עם אשה שכזאת אשר לא רק שאין לה רחם טבעי, אלא אין לה גם נרתיק טבעי כי אם אשר בנו לה נרתיק בנייתו פלסטי, והדעת נוטה לומר שיש בכה"ג חשש משום הוצאת זרע לבטלה, כמטיל על העצים והאבנים, בהיות ואין כאן משום צד בשר מבשרה הטבעי של האשה.

אם ניתן לדייק ולהבין מזה שמקום הספק שלי שיתכן שאסור לחיות גם עם אשה שאין לה רחם טבעי בלבד, ושנאמר בזה דזיל בחר טעמא היות ואין לה בכלל רחם ועל כן יש בכה"ג ג"כ החשש משום הוצאת זרע לבטלה.

א) הנה לא כן הדבר, ולא היה כן עמדי לחשוב גם בכה"ג משום הו"ל, ומקום ספקתי היה רק על כגון אשר נשאלתי שם אודות בחורה שלא נמצא אצלה לא רחם ולא נרתיק כי אם שחלות בלבד ובנו לה בנייתו פלסטי נרתיק על מנת שתוכל לקיים יחסי אישות והשאלה העיקרית אשר נשאלתי שם אם מחובת הרופא להודיע על כך לבחור שעומדת להנשא לו מבלי כל חשש ללה"ר, יעו"ש.

ושמחתי שמצאתי שאני בר מזליה בדין זה, וברור שהגרא"י ולדנברג זצ"ל ששימש כפוסק לבית החולים שערי צדק היה בקי במהותו של הניתוח הפלסטי, והתכוון שאין צד בשר מבשרה הטבעי גם לרקמות שהובאו ממקומות אחרים באותה אישה, כטבעו של כל ניתוח פלסטי שמשתילים רקמות מאיברים אחרים.

נקדים ונאמר שאיברי האדם נוצרים ומתפלגים בהיותו עובר במעי אימו. תחילה מתמיינים התאים הראשוניים לחלקים סימטריים שונים, העובר מקבל צורה מרחבית, ולאחר מכן תכונות וצורות האיברים נשלמות בתהליך מסונכרן להפליא עד להשלמת תבניתו של העובר לפני הילדה.

פגמים ואנומאליות, ר"ל, נוצרים או כתוצאה מפגם גנטי או בגין פגם בתהליך ההתפתחות של העובר או שיבוש בתזמון תהליכי ההתפתחות.

ככל שאדם נולד ללא איבר או בעל צורה שונה מהשלמות המקובלת, זוהי תבניתו ומציאותו על אף היותה חסרה או שונה על דרך האמור הפסוק תהלים (קלט, יג):

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

”כִּי־אָתָּה קִנְיֹתְךָ כְּלִי־תֵּיבָה תִּסְפְּכֵנִי בְּכֶטֶן אָמִי”.

ובאיוב (לא, טו): ”הֲלֹא־בְּכֶטֶן עָשִׂנִי עֶשֶׂה הוּא וְיִכְנֹנֵנוּ בְּרֹחַם אֶחָד”.

כיום שיטות הכירורגיה הפלסטית והטכנולוגיות ביו-רפואיות מאפשרות ליצור דמויי איברים מרקמות זרות או מתאי גזע שהוצמחו לרקמות על גבי דפוס או באמצעות הדפסת תלת מימד, ובכך להשלים את החוסר התפקודי של האיבר החסר באיכות כזו או אחרת. אלא שמדובר באיברי דְמָה שאינם חלק ממהות האדם. אין המדובר ברגרציה של איבר קיים מכח הטבע כדוגמת השלמת הכבד לאחר שנכרת ממנו חלק כמו שמצאנו במסכת חולין (נד ע"א), אלא ביצירת תבנית מלאכותית שאינה אלא תותב (פרוטזה) ביולוגי.

גם אם ייקחו תאי גזע שהם תאים שלא התמינו, ו"יגדלו" או ידפיסו איבר וישתילו את האיבר במקום האיבר החסר, אין על האיבר שם איבר מבחינה הלכתית גם אם הוא ממלא את תפקיד האיבר המקורי מבחינה פונקציונאלית, ואפילו אם יהיה טפל לאדם וחלק ממנו אבל שם האבר המקורי לא יהיה על האיבר החדש.

על דרך הדמיון הרחוק, עי' מנחות (דף נ"ד) ובמסכת טהרות (פרק ג' משנה ד') בעניין חתיכה שהניחה בחמה וצמקה וחזר והניחה בגשמים שאם לא היה שיעור בתחילה לא מהני מה שמניחה בחמה ותפחה מעצמה. ועי' מנחת חינוך מוסך השבת מלאכת טוחן. וכן יש לדמות למה שכתב הרד"ק (מלכים ב, ד פס' ז) בעניין אלישע הנביא בשם התוספתא, ששמן של נס פטור ממעשר ראשון:

וכד אתרחיש לה ההוא ניסא אמרת ליה לנביא דה' אית עלי עשור מהאי מישחא או לא אמר לה בעליך זן נביאיא דה' במילתא דליכא עליה עשורא ואף את לית על משחך עשור דמן ניסא הוא.

כלומר דבר שנוצר שלא מן המקור גם אם הוא שווה בתכונותיו אין עליו את השם הראשון. ויש לחלק, שלעניין מעשר צריך גידולי קרקע בא"י דווקא, ועי' מנחות ס"ט ובכלי חמדה פרשת ויקהל.

אם כן, להלכה אדם שנולד ללא אוזן חיצונית או שנכרתה אוזנו ויגדלו אפרכסת על גבי איבר אחר או מחוץ לגוף האדם באופן שיכלול כלי דם ורקמות סחוס ושאר הרקמות וישתילו את האיבר המלאכותי במקום האפרכסת המקורית לא תהיה האוזן כשרה להזאת מצורה. כך גם אם ישתילו זרוע שמאל לאדם לא תהיה היד כשרה להנחת תפילין, ולא יחשב הדבר כקיום של "קשרתם לאות על ירך". וכן כהן בעל מום שישתילו לו איבר מלאכותי במקום האיבר שחסר או נחתך, הוא יהיה פסול לעבודה.

כמו כן, כרות שפכה, שייצרו לו שפכה ואיבר זכרי באמצעות כירורגיה פלסטית או ישתילו תותב ביולוגי גם אם התותב יהיה דומה באופן מופלא לאיבר המקורי ויחובר לגוף באמצעות כלי הדם והעצבים וגם יתקשה לא תהיה על ביאה של האיבר החדש דין ביאה לחייב בעריות, לפסול לכהונה או לקנות בקניין קידושין ונישואין.

אולם נראה, שאם יצליחו "להצית" רגנרציה של איבר במקומו באמצעות הנדסה גנטית או טיפול הורמונלי אפשר שיהיה על האיבר שנוצר שם איבר לכל דבר, אלא שנראה שהדבר רחוק, היות שמבחינה ביולוגית צורת האיברים המרחבית (המורפולוגית) מתהווה בתהליך ההתפלגות וההיווצרות של העובר. אמנם, אם ייצרו נרתיק באמצעות תאי גזע של האישה שהתמינו לנרתיק וישתילו את הנרתיק אפשר שהדבר יחשב כנרתיק טבעי גם לעניין שם ביאה, וגם זה צריך עיון גדול. יש להדגיש שהנידון שלפנינו לא נוגע להשתלת נרתיק מאישה אחרת, היות שלנרתיק של האישה האחרת היה שם נרתיק מתחילתו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לפי האמור יש לדון במי שנעשה לה נרתיק חדש באמצעות כירורגיה פלסטית. הדבר מתחלק על פי המציאות, אם לא קיים נרתיק כלל ומקום השפכה, צוואר הרחם, והחלחולת (הרקטום) מתאחדים למקום אחד באופן שלא קיים חלל ברצפת האגן במקום שאמור להימצא הנרתיק אלא צוואר הרחם יוצא למעבר שבין הנקבים או מתחבר לשלפוחית, אז גם אם ייצרו מבנה חדש וישתילו בו טבעת של המעי הדק או ייצרו איבר אחר דמוי נרתיק, ברור שאין על חלל זה דין של משכבי אישה אלא ביאת איברים בלבד.

ונראה שגם אם קיימת רצפת אגן סגורה ורקמות חיבור וייצרו חלל ראוי לביאה לא יהיה על החלל שם משכבי אישה, זאת היות שהנרתיק אינו רק חלל אלא איבר שרירי ייעודי וייחודי ואם הוא חסר לא יהיה על החלל שם נרתיק. אמנם אם קיים נרתיק מנוון ובלתי מפותח וירחיבו את החלל המקורי יהיה על שם הנרתיק המורחב והחלל שם נרתיק לעניין שם ביאה.

האמור הוא שלא כדברי הגר"י זילברשטיין וסברתו, שהעדר נרתיק הוא כמו נרתיק שאין בו חלל, היא סברא רחוקה מן הדעת. מדוע ניתן על מקום חלל זה שם נרתיק ולא חלל של איבר אחר, ככל שלא היה באישה זו מקום נרתיק בעת לידתה וכל שכן אם ייצרו מציאת חדשה של רצפת אגן וחיץ נקבים, וודאי שלא ניתן להגדיר את הדבר כ"כאילו שאנו מוציאים חתיכת בשר שסתמה את הנרתיק" כדברי הגר"י זילברשטיין שליט"א, ולא ברור שהוסברה לגריש"א המציאות ומה הוא מהות הנרתיק שנוצר ומהותו ותבניתו של נרתיק מקורי.

ויעוין עוד במסכת אהלות פרק א' משנה ח' בפירוש הרא"ש והרע"ב על האמור במשנה שם, חמישה איברים שבנקבים לעניין טומאת מת, ונמנו בכלל רמ"ח איברים שבזכר – חמישה בנקביו. ופירש הרא"ש, כלי הזרע והזכרות. וברע"ב, הביצים וגיד האמה, ועי' ברמב"ם שם. ובאישה התווספו איברים כמבואר במסכת בכורות (מה ע"א) שאינם מטמאים טומאת מת באהל אלא במגע ומשא בלבד, אבל הגיד אפשר שמקביל לנרתיק שבנקבה שהוא כלל ברמ"ח של האישה מלבד "צירים דלתות ומפתח", שהם האיברים שהתווספו בנקבה שהם ברחם ובכלי ההולדה ע"ש. ואם כן, על הנרתיק שם איבר ואם פרש מטמא באוהל ואם הוא נכלל באיברים שהתווספו בנקבה מטמא במגע ובמשא ולא באוהל.

ועי' מה שהביא בשאלת יעבץ (סי' קע"א בשם הכוזרי מאמר ד' אות כ"ה):

ואמר (בספר יצירה) שאין הפרש בין יצירת הזכר והנקבה אלא מה שיש בין הראות איבריהם והסתרם, וכבר מבואר זה בניתוח, שאיברי הנקבה כאיברי הזכר אלא שהם מהופכים אל פנים, כמו שאמר (שם): זכר באמש ונקבה באשם.

ורבי יעקב עמדין זצ"ל ציין לדברי החכם הפרסי אבן סינא ("קאנון הרפואה" נכתב סביבות המאה העשירית למניינם, ונדפס בעברית בנאפולי בשנת רנ"א 1491).

והדבר קרוב לדברי החוקרים היום שהזכר והנקבה זהים עד לשבוע השמיני להיווצרות העובר, והשחלות מקבילות לאשכים ממש, ורק השינוי ההורמונאלי קובע את מהות האיבר בתהליך ההתפתחות.

השליש העליון של הנרתיק, צוואר הרחם והרחם מתפתחים מצינור (Mullerian Duct) שקיים גם בזכר וגם בנקבה, אלא שבזכר מופרש הורמון המונע את ההתפתחות של הצינור לאיברי הרבייה הנקביים (anti-Müllerian hormone). אמנם, הגיד והעטרה לא מקבילים לנרתיק מבחינה אמבריולוגית אלא לחלקים אחרים באיברי הרבייה הנקביים החיצוניים, אלא שמבחינת ההלכה העיקר היא המציאות הנחזית בפועל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ראיתי את מה שהביא עמיתי, הרב צבי בוקשפן שליט"א, מקובץ תל תלפיות בשם הגאון מבאניהאד זצ"ל, שרצה להוכיח ממה שמחייבים בבא על הערווה ולא חיישינן שמא השתילו רחם מאשה אחרת, והדברים תמוהים כמו שדחה הגאון העורך של תל תלפיות בטוב טעם את ראיית הגאון הנ"ל:

אמר הכותב לענ"ד לק"מ דאזלינן בתר רובא כסנהדרין דף ס"ט דלא חיישינן שם לאיילונית ע"ש, ובכמה מקומות בש"ס ועוד אפילו לדידיה נמי קשה דהא משמש באבר מת פטור ואם כן דילמא שימש בא"מ כיון דאנן קי"ל דל"ב שיראו העדים כמכחול בשפופרת, וע"כ הטעם פשוט בזה כמו שכתבתי דאזלינן בתר רובא, וא"כ גם ראייתו בטלה לפי"ז .

ועל זה יש להוסיף, שבפירוש אמרו שלא חיישינן שמא נקב היה במקום סייף, וביאר הרמב"ן במסכת מכות (ז' ע"א) שמעמידים הדבר על חזקתו והולכים אחר הרוב שאי אפשר לבודקו. א"כ הוא הדין כאן שלא חוששים שמא השתילו נרתיק מלאכותי ומחייבים מיתה בבא על הערווה בעדים והתראה. וגם בזה אפשר לברר אם היתה כל ימיה במקום שאין מנתח מצוי, אלא שכאמור להלכה לא בודקים וסומכים על חזקה והרוב. ועל זה יש להוסיף שכל ראייתו תמוהה, שגם אם נקבל את דבריו אפשר שבאמת היום, שקיימת מציאות של השתלת נרתיק באמת בטל דין מיתת ביי"ד בעריות אם חיישינן למיעוטא. יש להעיר כפי שהעירו אחרים שהשתלה מתורמת זרה אפשרי רק עם מתן תרופות מעכבות דחייה, הניסיונות הראשונים שצלחו היו לפני כעשור.

בכל עניין אין לנידון שם שייכות לענייננו, ששם יש שם נרתיק באשה התורמת מה שאין כן בנידון דידן. כך סובר גם בעל הציץ אליעזר שראה והביא את כל הנידון של השתלת רחם ואעפ"כ נוטה לאסור בנרתיק שנעשה בניתוח פלסטי.

תסמונת מאייר-רוקיטנסקי ותסמונת קלואקה קיימות בדרגות שונות, במקרים הקלים שבהם הפתח המשותף קצר (פחות מ 3 ס"מ) קיים נרתיק וגם רחם מתפקד, וככל שמשאירים את הנרתיק המקורי ומתקנים את החלק החיצוני אם יש העראה כשיעור לתוך הנרתיק המקורי הרי שיש על הביאה שם ביאה ואם אין שיעור העראה לתוך הנרתיק המקורי לא יהיה שם ביאה, אולם אין איסור ז"ל היות שהזרע נכנס לתוך הנרתיק, וזו דרך ביאה גם לאחר שתזקין .

בניתוח PSARP מנתקים את החלחולת הדבוקה לשפכה או לשלפוחית השתן או לנרתיק אם קיים נרתיק ואח"כ מחברים את החלחולת עם שרירי הספינקטר לפי הטבעת הקיימת או שיוצרים פי טבעת חדשה. (להרחבה: Levitt MA, Peña A. Anorectal malformations. Orphanet J Rare Dis. 2007 Jul 26;2:33. doi: 10.1186/1750-1172-2-33. Erratum in: Orphanet J Rare Dis. 2012;7:98. PMID: 17651510; PMCID: PMC1971061.).

בנידון שלפנינו, היו לאשה שני רחמים מנוונים שהוסרו בגיל שנתיים, היום קיימות שחלות מתפקדות וצוין שהיה העדר של נרתיק. גם אם נניח שהיה זכר לנרתיק לא ברור איפה היה ממקום, ובעת פתיחת ריצפת האגן בעת ניתוח ה PSARP לא ברור אם מיקמו את טבעת המעי הדק במקום המקורי של הנרתיק אם היה קיים. מה עוד שבמהלך הניתוח פתחו את כל רצפת האגן והסגירה לא בהכרח תואמת את מה שהיה לפני הניתוח.

וכך גם בנוגע לפתח שנעשה במקום פי הטבעת, גם אם יחברו את המעיים לאותו הפתח אין הדבר אלא כמו שיפתחו פתח מהבטן לתוך המעיים שוודאי לא יחשב כשם ביאה, אלא ביאה דרך איברים בלבד. אולם, אם קיימת חלחולת (רקטום) וגם שיני כרכשתא (תעלה אנאלית) ומזיזים אותן ממקומן ועושים פתח חדש (perforation) נראה שבהאי גוונא יהיה שם של ביאה שלא כדרכה לעניין חיוב סקילה וכתת וגם לעניין קידושין ונישואין ופסולת לכהונה ואיסור משכב זכור. וראה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

נודע ביהודה (תניינא סי' כ"ג) שהביא את דברי רש"י בסנהדרין נ"ד ע"ב שלשון משכב זכור הוא על שם הפתח שנקרא זכור ולא על שם הנשכב שהוא זכר.

על אף, שנראה שלעניין איסור ז"ל אסור למי שזרעו ראוי להוליד לישא מי שעשו לה נרתיק מלאכותי, כמו שכתב בתשובת הרא"ש (כלל ל"ג סי' ב) במי שתמיד זורה בחוץ מחמת אוטם שברחם, בנידון דידן שזרע הבעל אינו ראוי להוליד יש דעות בין הפוסקים אם הוא בכלל איסור ז"ל ויש על מי לסמוך להלכה ולמעשה (יעויין אוצה"פ סי' כ"ג ס"ק א' אות ג').

נישואין באשה שאינה ראויה לביאה

שנינו במשנה (כתובות דף נ"ד ע"ב):

אף על פי שאמרו בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה, אם רצה להוסיף אפי' מאה מנה - יוסיף. נתארמלה או נתגרשה, בין מן הארוסין בין מן הנשואין - גובה את הכל; רבי אלעזר בן עזריה אומר: מן הנשואין - גובה את הכל, מן האירוסיין - בתולה גובה מאתים, ואלמנה מנה, שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה.

ונפסקה הלכה כרבי אלעזר בן עזריה שהאישה זוכה בתוספת כתובה רק מן הנשואין, ואומדים את דעת הבעל שלא הוסיף לה אלא על מנת לכונסה.

בגמרא (שם נו ע"א) הסתפקו מה הדין בכונסה לחופה ולא נבעלה, האם חיבת חופה קונה או חיבת ביאה קונה, ומוסיפה הגמרא להסתפק, שאפילו אם חיבת חופה קונה, מה הדין בכונסה לחופה ופרסה נידה, האם דווקא חופה הראויה לביאה קונה או אפילו חופה שאינה ראויה לביאה קונה.

רוב הפוסקים פסקו שחיבת חופה קונה וחופת נידה לא קונה. אמנם נחלקו הראשונים האם ספק הגמרא הוא בנוגע לכל דיני הנישואין, כלומר גם לעניין ירושה, טומאת כהונה וכל חיובי הבעל, או רק לעניין תוספת כתובה מכח אומדנה, אבל לעניין דין נישואין דאורייתא גם חופה שאינה ראויה לביאה קונה, רק שהבעל לא יתחייב בתוספת כתובה אם התאלמנה או התגרשה בטרם נכנסה לחופה הראויה לביאה.

דעת הרי"ף והרמב"ם שהנידון הוא לכל דיני הנישואין, ודעת הרא"ש ושאר הראשונים שהנידון הוא רק בנוגע לדין תוספת כתובה.

וכתב המרדכי בשם ר"י, שגם אם חופת נידה לא קונה, אבל אם הודיעו לבעל מקודם שאשתו נידה קונה גם לעניין תוספת שעל דעת כן כנס, שהרי מצאנו במסכת יבמות שיש חופה לפסולות כגון אלמנה לכהן גדול.

ואם כן, לכאורה גם לדעת הרמב"ם והרי"ף בנידון דידן, שהבעל ידע שהאישה צריכה לעשות שחזור של הנרתיק לכאורה קיבל על עצמו להתחייב בתוספת.

אלא שמצאנו בתשובת הרא"ש (כלל נד סי' ב'):

עוד ילמדני, ראובן שחלק נכסיו והניח קרקע לבתו לנדוניתה, בתנאי שאם תמות קודם נישואין שישאר הקרקע להקדש. וחלתה חולי מות, וכדי להפקיע הקרקע מיד הקדש הלכו קרוביה והושיבוה במטה בחליה עם קרוביה ועשו שבע ברכות כדי שיירשנה, ומתה מחולי זה ולא קרב אליה, הורני אם יירשנה. ונראה דלא, אף על גב דמצינו שהבעל יורש את אשתו קודם שתכנס לחופה כגון שמסרה האב לבעל או לשלוחו ומתה בדרך, התם היתה ראויה לביאה אבל הכא לא היתה ראויה לביאה מידי דהוה אנכנסה לחופה ופירסה נדה. ועוד דמי להא דאמרין בעלמא הוא עשה שלא כהוגן וכו' (עי' כלל יג סי').

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

תשובה, על קרקע שנתן ראובן לבתו נראה דאין באותה חופה כלום, חדא כמו שכתבת כיון שלא היתה ראויה לביאה.

ולכאורה דבריו באותה תשובה סותרים את דבריו בפסקים, שהרי לדעת הרא"ש לעניין ירושה גם חופה שאינה ראויה לביאה נחשבת כחופה, ועוד שכאן הכניסוה לשם חופה ואם כן היה בדעתו לקנות על ידי החופה.

הרמ"א הביא את דברי הרא"ש להלכה בשו"ע (אה"ע סי' ס"א סע' א'), וז"ל:

אשה חולנית חולת מות, אף על פי שכונסה עם המטה תחת החופה כדי שיירשנה בעלה, אינה חופה כלל, מאחר שאינה ראויה כלל לביאה, ואין בעלה יורשה.

וביאר הב"ש, שהרמ"א תירץ את הסתירה שבדברי הרא"ש, וחילק בין ראויה לביאה כגון נידה שעתידה להיטהר לבין אינה ראויה לביאה כלל כגון זו שסופה למות, וכך ביאר גם בדרישה (סי' צ' ס"ק י"ג) וכעין זה כתב גם הט"ז, ע"ש.

והנה חילוקו של הרמ"א לכאורה מפורש בגמרא ביבמות נ"ז ע"ב, שגם לרב שסובר שיש חופה לפסולות, אבל בפחותה מבת שלוש אין חופתה חופה. במשנה למלך (הלכות אישות פ"ג הל' י"א) האריך, בדין חופת פחותה מבת ג' שנים והביא שהריטב"א (קידושין י' ע"ב) חילק בין נדה לפחותה מבת ג', וז"ל:

אבל קודם לכן (פחותה מבת ג') כיון דלא חזיא לביאה כלל אין חופתה חופה ודינה כארוסה שאינה אוכלת בתרומה, ואף על גב דיש חופה דלא חזיא לביאה, [התם] הא [חזיא] לביאה מחמת נפשה דביא[ת]ה ביאה.

וכך מפורש גם בתוספות יבמות (ע"ב ע"א ד"ה מבחוק), וז"ל:

וא"ת אכתי היאך מאכיל את אשתו דכיון דאינו בן ביאה לא הוי חופתו חופה כמו פחותה מבת ג' לעיל בפרק הבא על יבמתו (דף נ"ז ע"ב), וי"ל דכיון דראוי לקרוע הוי בר חופה.

הרי שחילקו בין מי שאפשר לבוא לידי ביאה כגון נדה וטומטום שיכול לקרוע, לבין פחותה מבת ג' שנים, וכן דעת רש"י בסנהדרין (דף נ"ה ודף ס"ט).

אמנם המשנה למלך הביא שמדברי הרשב"א בקידושין משמע שכל דברי הגמרא ביבמות הוא רק לעניין לפסול מתרומה, אבל לשאר דברים יש חופה לבת ג' שנים. אמנם בשער המלך דחה את דבריו (קונטרס חופת חתנים סעיף ז'), וגם המהר"א"ל צינץ ביעלת חן (סי' יח שאלה י' - בהוצאה הישנה) דחה את דברי המשנה למלך.

אלא שגם אם נקבל את דברי המשנה למלך בדברי הרשב"א, נראה שזה דווקא בנדה שיכולה להיטהר ופחותה מבת ג' שסופה לגדול, אבל מי שלא יכולה להיבעל כלל גם לדברי הרשב"א אינה חופה בדומה לדברי התוספות ביבמות, אלא שלדעתו מה שמחוסרת זמן עד שתהיה בת ג' לא נחשב כחסרון בחופה.

ואם כן, ביאור הרמ"א בדברי הרא"ש תואמים את שיטות הראשונים הנ"ל, שבגוססת שאינה בת ביאה אין לה חופה לכו"ע.

ובשער המלך (קונטרס חופת חתנים סעיף ד') הקשה על מהר"ש גאון בספר משפטים ישרים ותש' פרח מטה אהרן (סי' קי"ד) שחלקו בין נדה שסופה להיטהר לבין מי שספק אם יתרפא מדברי הר"ן, וכתב רבי שלמה קלוגר (אפריון שלמה) שכדבריהם כתב גם הרמ"א הנ"ל והרחיב שם לתרץ את קושיית המשנה למלך ע"ש, וכן הקשה בפתח תשובה (סי' ס"א ס"ק ז) על שער המלך.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בדעת הרמב"ם שכתב, שאם הייתה נדה אינה חופה שעושה נישואין, משמע מדבריו שבכל עניין אינה נקנית גם אם ישבה שבעה נקיים ולא טבלה, אע"פ שאינה מחוסרת אלא טבילה. מזה מוכח שמה שתועלנה רפואות לא משווי ליה חופה אלא צריך שתהיה ראויה לביאה לאלתר בעת הייחוד. ועל פי זה אפשר ליישב את לשון הגמרא "נכנסה לחופה ופירסה נדה", שדווקא בפירסה נידה שמחוסרת המתנת שבעה מדאורייתא ושבעה נקיים מדרבי זירא, אבל אם הפסיקה בטהרה ויכולה לטבול לאלתר נחשבת החופה כראויה לביאה לשיטת הרא"ש.

ולשיטת הרמב"ם שסתם, עיין ברא"ש שפירש שפירסה לפני הכניסה לחופה. אבל לדברנו מדוקדק לשיטת הרא"ש שנקטו דווקא פירסה נידה ולא לשון של הייתה נדה. וכן מסתבר, מאחר שלשיטת הרא"ש חופה אינה ייחוד אם כן מה לי הליכה למקום ייחוד לשם ביאה או הפסק של טבילה אם הייתה נדה ולא זבה (עי' בחופת חתנים סי' ו' בארוכה ובכבוד חופה שם).

מצאנו בגמרא בקידושין י' ע"א שאישה נקנית בגמר ביאה ולא בתחילת ביאה:

איבעיא להו: תחילת ביאה קונה, או סוף ביאה קונה? נפקא מינה? כגון שהערה בה, ופשטה ידה וקבלה קדושין מאחר; אי נמי, לכהן גדול דקא קני בתולה בביאה, מאי? אמר אמימר משמיה דרבא: כל הבועל - דעתו על גמר ביאה.

והקשו הראשונים ממה שמפורש בגמ' ביבמות נ"ה ע"ב שאישה נקנית בהעראה מגזירה שווה של "קיתה" - "קיתה" מעריות. ותיצו רבינו נסים גאון והרי"ף ביבמות (שם), שהגמרא ביבמות עוסקת בביאה שלאחר קידושין היינו נישואין ולכך די בתחילת ביאה, ודעת התוספות והרא"ש לחלק בין גמר את ביאתו ללא גמר את ביאתו או שפירש שדעתו על תחילת ביאה. ודעת הרמב"ם כדעת הרי"ף שכתב (אישות פרק י' הל' א'):

והבא על ארוסתו לשם נישואין אחר שקידשה משיערה בה קנאה ונעשית נשואה והרי היא אשתו לכל דבר.

א"כ עולה, שגם קידושין וגם נישואין הוקשו לביאת שאר עריות ודי בהעראה על מנת לקנות. והנה בכל העריות שהוקשו מועיל בין ביאה כדרכה ובין ביאה שלא כדרכה ממה שנאמר באיסור משכב זכור "משכבי אישה" היינו שביאת אשה שלא כדרכה נחשבת כמשכבי אשה וחייב בעריות, ונדרש גם לעניין קיתה, והוא הדין לעניין חופה ונישואין, ודי בביאה שלא כדרכה על מנת שתחשב נשואה. ומבואר בגמ' בסנהדרין דף נ"ה וברש"י (שם) שלמרות שאין דרך אישה להיבעל שלא כדרכה ואין זו דרך ביאה אעפ"כ דינה כביאה גמורה, וא"כ די בביאה שלא כדרכה על מנת לקנות.

גם מבואר במסכת יומא (ע"ז ע"ב) שיש לאישה צער בביאה שלא כדרכה, ויש אסור לבוא עליה שלא כדרכה אם מצטערת ואינה מתרצה כמבואר בגמ' עירובין (דף ק' ע"ב) ועי' גמרא נדרים כ' ע"ב, וע"ע בתוס' יבמות (ל"ד ע"ב) ובגיליון רעק"א ביומא ע"ז ואכמ"ל, ואעפ"כ נחשבת החופה כראויה לביאה שהרי גם בביאה ראשונה בבתולה יש צער.

תוספת כתובה במי שאין לו גבורת אנשים או לא הצליח לבעול מחמת הבתולים

כתב הריצב"א (תשובות מיימוניות לספר נשים סי' ו') לעניין תוספת כתובה במי שיש לו גבורת אנשים רק במקצת, וז"ל:

מיהו, אם יכול להתקשות ויש כאן ביאה לכל הפחות הכנסת עטרה אלא שאין בו כח במירוק, על זה ראוי לומר שיש לה תוספת, דיש כאן חיבת ביאה בהכנסת עטרה כדרכה וביאה גמורה שלא כדרכה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דעתו, שחופה קונה לשאר דברים כדעת הרא"ש, אבל לדעתו לא נפשט אם צריך חיבת ביאה לעניין שיתחייב בתוספת כתובה, שלא כדעת הרא"ש והרמב"ם ופסק השו"ע באה"ע סי' ס"א, ואעפ"כ די בהעראה וגם ביאה גמורה שלא כדרכה.

אמנם התוספות בנדרים (דף צ"א ע"א) חולקים על ריצב"א לעניין העראה, וכתבו ז"ל:

דאף דקי"ל כי העראה חשובה כגמר ביאה לענין חיוב עריות, הכא לענין חיבה לקנות תוספת אינה ביאה, וכן מי שאינו בריא להתקשות אפילו למ"ד משמש מת בעריות חייב מ"מ אין כאן חיבת ביאה (עי' בהגהת תפארת למשה שם).

אבל לענין ביאה שלא כדרכה לא נחלקו. וא"כ אשה שאי אפשר לבוא עליה כדרכה אבל שייך בה ביאה שלא כדרכה, לא מיבעיא לשיטת הרי"ף הרמב"ם ורבי נסים גאון שלומדים קיחה - קיחה לעניין ביאה שלאחר קידושין, וא"כ הוא הדין ביאה שלא כדרכה שנחשבת כחופה הראויה לביאה, אלא גם לדעת החולקים הרי שלעניין תוספת די שתהיה ראויה לביאה שלא כדרכה מאחר שפוסקים שחיבת ביאה קונה.

בבית שמואל בסי' קנ"ד ס"ק כ' כתב שלשיטת הרא"ש גם מי שאין לו גבורת אנשים חייב בתוספת אם גירש מעצמו, והביא את דברי הרא"ש שאם גירש מדעתו יש לה תוספת, והביא על דבריו שלשיטת הריצב"א ותוספות בנדרים אין לה תוספת כתובה משום שהיא כמי שנכנסה ולא נבעלה ע"ש.

וקשה שבשו"ע אה"ע סי' ס"א נפסק, שחיבת חופה קונה בתורת ודאי ורק בעינן חופה הראויה לביאה לכו"ע.

ועי' בשער המלך (קונט' חופת חתנים סע' ד) שהקשה על דברי הריצב"א שאע"פ שאין לו גבורת אנשים יש לה חופה, ותירץ המהרא"ל צינץ (יעלת חן שאלה י"ג) שמי שאין לו גבורת אנשים יש לו רפואה בדומה לטומטום שיכול להיקרע כמו שכתבו התוספות ביבמות, אבל במי שאין לו רפואה אין לה חופה.

ועל פי זה מיושבים דברי הב"ש, שנחלקו הרא"ש והתוספות במי שאין לו גבורת אנשים מאחר שיש לו רפואה נחשב הדבר כמי שיש לו חיבת חופה, אבל אם צריך חיבת ביאה לא מועיל מה שסופו להתרפאות ומה שהביא את דברי התוספות אינן להלכה במי שיש לו רפואה לאחר זמן. (עי' בבאר היטב שם ס"ק כ"ב).

והדברים מוכחים מיניה וביה, שהרי הריצב"א והתוספות כתבו להדיא שהחיוב בתוספת הוי ספיקא דדינא, ואם חיבת חופה קונה גובה כתובה אע"פ שאין לו גבורת אנשים, ולשיטת רב האי גאון גובה מחצה, על כרחנו שאם חיבת חופה קונה חייב בכתובה. וא"כ, דברי הב"ש הם ביאור שיטה ולא שיטה להלכה. וא"כ לדברי הרמ"א בשיטת הרא"ש בחולנית צריך לחלק בין גבורת אנשים שיש לו רפואה לבין גוססת שהרי לדעת הרא"ש במודה שאין לו גבורת אנשים ומוציא מעצמו חייב בתוספת.

ואם כן, עולה שלשיטת הרא"ש גם באיש שלא הצליח לגמור את ביאתו בביאה ראשונה מחמת הבתולים יהיה חייב בתוספת מחמת חיבת ביאה, והטעם הוא משום שיש רפואה ותקנה.

גם אם נבאר בדוחק שהטעם שבאין לו גבורת אנשים מתחייב בתוספת הוא שהחיסרון הוא ממנו ולא ממנה, ולכן נחשב בדעתו של הבעל שיש כאן חיבת חופה ואינו דומה לנדה שהחיסרון הוא ממנה ולכן לא גמר בדעתו להתחייב בתוספת, הרי שגם מי שלא מצליח לגמור את ביאתו מחמת הבתולים החסרון הוא בו מחמת חלישות כוחו, ואילו היה אדם בריא בכוחו היה מצליח לגמור את ביאתו ולכן מתחייב כבר בחופה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ונראה שגם לדעת הרמב"ם יש כאן חופה הראויה לביאה, ואין הדבר דומה לאיסור נידה שספרה שבעה ויכולה לטבול היות שיכולה למעך לאלתר במקומה ולא נקראת מחוסרת דבר (ראה בימות ל"ד ע"ב מועכות דבית רבי תמר שמן) ומה עוד שהחופה ראויה לביאה שלא כדרכה, ודומה לתבועה להינשא שלדעת הרמב"ם בהל' איסורי ביאה אם כנס שחייב בתוספת.

חיבת חופה קונה גם להוציא ממון

הרעק"א (בשו"ע אה"ע סי' ס"א) הביא את דברי הראנ"ח (ח"א סי' ס"ז) שכתב שהחולקים על הגאונים שפוסקים כ"אם תמצי לומר" סוברים כדעת הריצב"א. והרעק"א דחה את דבריו, שהרי דעת הרא"ש לפשוט את הספק הראשון מכח רב יוסף, ובפתי"ש הביא את דבריו.

ואם כן, דעת הרמב"ם, הר"ח, הרי"ף, הרא"ש, טור ורבנו ירוחם שחיבת חופה קונה, וכך פסק גם המחבר בשו"ע וגם הרמ"א לא השיג על המחבר על אף שדברי הריצב"א והתוספות ביבמות (ס"ה ע"ב) היו לפניו. יש לציין, שהרמ"א הביא חלק אחר מדברי הריצב"א שם בד"מ סי' קנ"ד ס"ק י', ודרכו של הרמ"א להביא את שיטת בעלי התוספות במקום שחולקים ויש לחשוש לדבריהם.

הרשב"א בסוגיין בכתובות (נ"ו ע"א) כתב להלכה ללא חולק את דברי ר"ח והוסיף שכן דעת הרי"ף:

בעי ר' אבין נכנסה לחופה ולא נבעלה מהו חיבת חופה קונה או חיבת ביאה קונה, כתב ר"ח ז"ל ואיפשטא חיבת חופה קונה מדתני רב יוסף שלא כתב לה אלא לחיבת לילה הראשון, ואף על גב דאקשינן עליה פרקינן לה היא קושיא, אבל בעיא דרב אשי נכנסה לחופה ופרסה נדה עלתה בתיקו, ומדבעי רב אשי דהוא בתרא ש"מ דחיבת חופה קונה ס"ל ואף על גב דתני את"ל, וכן פסק רבינו אלפסי ז"ל.

ולא הביא את שיטה חולקת, ועי' בשדי חמד ח"ו (כללי הפוסקים א') שהסתפק אם דעת הרשב"א לפסוק כאת"ל. גם הריטב"א הביא את דברי הר"ח ללא חולק.

בדעת הרא"ש כתב ביד מלאכי (כללי הרמב"ם אות י"ג) שדעת הקרבן נתנאל שהרא"ש לא סובר שאת"ל הוי פשיטותא, וכך גם דעת הב"י בחו"מ סי' שמ"ו, ואעפ"כ העתיק הרא"ש את דברי הר"ח והרי"ף להלכה.

ונראה לבאר שדעת הרא"ש שלמרות שלשון את"ל אינו פשיטותא, אבל מאידך גם אינו לשון ספק בהכרח, ולכן גם אם רב אשי אמר בלשון את"ל אבל אין בכך כדי לדחות את ההכרעה מדתני רב יוסף.

גם הגר"ח אלגאזי בנתיבות משפט (נתיב כ"ג חלק ז, דף קצ"ד ע"ג) הקשה על הראנ"ח את קושיית הרעק"א והוסיף גם להקשות על הב"י, וז"ל:

ובעיני יפלא דאשתמיטתיה להו להרב מהרי"ק [הב"י] ולהרב מהראנ"ח ז"ל דלאו מהאי טעמא אתו עלה הרי"ף והרא"ש אלא משום דסבירא להו דאיפשיטא בעיין בגמרא, ולפי זה אפשר דכל אנפין שוין בזה. איברא שהרב מהראנ"ח ז"ל מצא בתשובת מיימוניות שכתוב בשם ריצב"א דנכנסה לחופה ולא נבעלה לא גבייא תוספת דבעיא היא בגמרא ולא איפשיטא וסלקא בתיקו, ונראה דלא חשיב ליה פשיטותא הך דפשיט לה מדתני רב יוסף וכו' כיון דהא מקשינן עלה, וגם לא ס"ל באם תמצא לומר פשיטותא היא.

בכנסת הגדולה (אה"ע סי' ס"א) ציין לדברי הנתיבות משפט, אך מקודם כתב שהרדב"ז בתשובה (אלף קפ"ח) הביא את דברי הרשב"א בשלהי נדרים שכתב בשם ריצב"א ור"י שחיבת

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

חופה הוי איבעיא דלא איפשיטא והויא קולא לתובע וחומרא לנתבע. וקשה על הרדב"ז שלא הביא את דברי הרשב"א על אתר במסכת כתובות. ואפשר שחידושי הרשב"א על מסכת כתובות בכת"י שנדפסו רק לאחרונה לא היו לפני הרדב"ז. כך שהגם שבחידושי נדרים הביא את דברי הריצב"א, אולם כאשר הביא את השיטות להלכה הביא רק את ר"ח והרי"ף ללא דעות חולקות.

גם בשער המלך (אישות פרק ג הל' י) הקשה את קושיית הרעק"א על הראנ"ח שמדברי הרא"ש שסובר שאת"ל לא הוי פשיטותא ואעפ"כ פסק שחיבת חופה קונה, וחילק שדווקא בבעיין אחד לא הוי פשיטותא אבל בשני בעיינים כי ההיא דפרק אע"פ הוי פשיטותא, ועי' בשדי חמד שם שהאריך.

א"כ להלכה אי אפשר לטעון קים לי כנגד רוב מוחלט של הראשונים וגם נגד הכרעת המחבר והרמ"א שעל אף שדברי הריצב"א היו לפנייהם שמו אותם אחר הדלת (עי' תומים סי' כ"ה בתקפו כהן סי' קכ"ד), וזה גם לבני אשכנז וכ"ש לבני ספרד שפוסקים כדברי המחבר שבכל מקום את"ל הוי פשיטותא ואפילו להוציא, וכ"ש כאן שדעת הרמב"ם הרי"ף והרא"ש שווים.

תוספת כתובה במקום שאין נשואין

הנה בדעת הרא"ש והראשונים החולקים על הרמב"ם מצאנו שהתוספת תלויה בדעתו ואע"פ שחופה שלא ראוייה לביאה מועילה לשאר דברים, תוספת תלויה בחופה הראוייה לביאה דווקא שאומדים את דעתו של הבעל שלא די בחופה אלא צריך קירבת חיבת ביאה לאלתר, ולכן בפירסה נידה אין לה תוספת.

ובמקום שיש חיבת ביאה ואין נשואין, לכאורה מוכח מדין איילונית שלא הכיר בה לדעת הרמב"ם והר"ן, שאע"פ שאין לה נישואין מאחר שהקידושין היו קידושי טעות, וכן חייבי כריתות שהכיר בהן שיש להן תוספת על אף שחופתן קונה שלא תופסים בהן קידושין וממילא גם אין נישואין, וכך מצאנו גם שבשוטה שכותב לה אפילו מאה מנה שרצה לזוק בנכסיו, אלא שבשוטה כתב מתנה שלא תורת כתובה כלל מה שאין באיילונית שלא הכיר בה, וכל שכן במקום שיש קידושין ואין נישואין.

בחופה שאינה ראוייה וידע שאינה ראוייה

והנה כתב המרדכי הובא בהגהת אשר"י שאם הודיעו לבעל שהיא נידה וכנס אותה שזוכה בתוספת, וכתבו הב"ש והח"מ שגם לדעת הרמב"ם אם מודיעים לו שהיא נדה זוכה בתוספת בדומה לחופה של פסולות.

אולם הבית מאיר, החכם צבי ותשובת פנים מאירות ח"ב סי' קכה כתבו, שלדעת הרמב"ם לא מועיל מה שמודיעים לה על מנת שתקנה, שהרמב"ם סתם את דבריו.

כך נראה בדעת הצפנת פענח (הל' אישות פרק י' הל' א') שהוכיח שלדעת הרמב"ם באיסור דרבנן, יש חופה מדברי הרמב"ם בפרק י"א מהלכות איסורי ביאה :

וכל הדברים האלו חומרא יתירה שנהגו בה בנות ישראל מימי חכמי הגמרא ואין לסור ממנה לעולם, לפיכך כל אשה שרצתה כשתבעו להנשא לא תנשא עד שתספור ותטבול ואם נשאת לתלמיד חכם מותרת להנשא מיד ותספור מאחר שנשאתו ותטבול, שתלמיד חכם יודע שהיא אסורה ונזהר מזה ולא יקרב לה עד שתטבול.

הרי שתלמיד חכם כונס אע"פ שתבעה לינשא ואינו יכול לבוא עליה מחמת חשש דם חימוד, ואם מהני מה שמודיעים לו אין ראייה שהרי הוא יודע שיש איסור מחמת חשש דם חימוד.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יש מקום עיון בדעת הרמב"ם לדבריהם אם הוא דווקא לעניין שאר דיני חופה זאת אומרת
טומאת כהן, ירושה ושאר החיובים אבל תוספת אם הודיעו לו ונכנסה לחופת נידה באיסור זכתה
בתוספת, או גם לעניין התוספת לא זכתה.

מריהטת לשון הרמב"ם בפרק י' שלא הזכיר שם כלל שאר הדינים אלא רק דיני כתובה ושם
ארוסה או נשואה משמע שהוא הדין לעניין תוספת. ובמקום שכנס נדה גם אם ידע שהיא נדה
בדיעבד לא זכתה בתוספת, כפשטות המשנה שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה אם אינה כנוסה
לא זכתה בתוספת. ואם כן לכאורה לדברי הרמב"ם במקום שאין חופה גם אם ידע שאינה ראויה
לביאה לא זכתה בתוספת.

ומה שהקשו על שיטת הרמב"ם מדברי הגמרא ביבמות (נ"ז ע"ב) שיש חופה לפסולות וכן
פסק הרמב"ם בהלכות תרומות (פרק ז הל' כ"א), שמקום שאסורה מהני חופה. תירצו שזה דווקא
במקום שרוצה לבוא עליה באיסור אבל אם רוצה להמתין עד שתטהר אינה חופה (ע"י חופת חתנים
סי' ד'), ועוד תירצו שחופה פסולה קונה רק לעניין תרומה ולא לשאר דברים. אבל ידיעה בלבד
לא מהני לשיטת הרמב"ם על מנת לקנות, וא"כ באינה ראויה לביאה מחמת חסרון בגופה אינה
קונה גם בדעתו לבוא עליה. וא"כ גם לעניין תוספת כתובה לא יקנה כפשטות דברי הרמב"ם.

אלא שמצאנו שהרמב"ם פסק שהכונס שוטה חייב בתוספת שרצה ליזוק נכסיו, וכן האילונית
שלא הכיר בה אע"פ שהוי מקח טעות חייב בתוספת כמו שכתב הר"ן בפרק אלמנה ניוזנת.

ואביא את מה שכתבתי במקום אחר ונוגע לענייננו:

חוב כתובה בקידושין פסולים

בגמרא במסכת יבמות קי"ג ע"א מבואר, שאע"פ שלא תקנו נישואין לפיקח שנשא שוטה, אעפ"כ
כתובתה קיימת מפני שרצה ליזוק בנכסיו. וכך פסקו גם הרמב"ם (פרק י"א מהלכות אישות הלכה
ה') ובשו"ע אה"ע סי' ס"ז סעי' ט):

נשא חרשת או שוטה, וכתב לה מאה מנה, כתובתה קיימת מפני שרצה להזיק נכסיו.
וכתבו הריטב"א והנימוקי יוסף, שאינו נאמן לטעון בנישואי שוטה שאילו ידע שאין להם
קידושין או נישואין מדרבנן לא היה כותב לה כתובה. הגם שלדעת המגיד משנה הרמב"ם למד
מהגמרא שניתן להתחייב לשוטה ולקטן, אין מכך ראייה שהוא חלוק על דברי הריטב"א ושני
החידושים ישנם. ונראה ברור, שכוונת הריטב"א שגם אם מסר לה כסף קידושין והכניסה לחופה
ואח"כ טוען שלא ידע שאין לה קידושין או חופה כלל אפילו מדרבנן, אפילו הכי אינו נאמן וחייב
בתשלום הכתובה, שאילו כתב לה כתובה ולא קידשה או כנסה לחופה, מהיכי תיתי יהיה נאמן
לטעון שלא ידע שאין לה קידושין ונישואין, שהרי מעשיו מוכיחים אין בה קידושין.

ויש להסתפק מתי גובה כתובתה, שמאחר שלא תפסי בה קידושין וכתובה לא נתנה לגבות
מחיים, והיא יוצאת מדעתה, האם דינה כממאנת שנוטלת כתובה מאחר שהוא יודע שבידה
להפקיע את עצמה. או שמא דינה כחייבי לאוין, שרק אם אינה רוצה להפקיע את עצמה ויושבת
ומשמתו גובה כתובתה, כמו שכתב הר"ן בפרק אלמנה ניוזנת.

ונראה שלדעת התוספות רי"ד בכתובות דף ק"א ע"א שכתב:

אבל תוספת שהיא מתנה בעלמא דיהיב לה איהו מנפשיה משום חיבת ביאה
הוא דקא יהיב לה והרי בא עליה, ואע"ג דאמרן לעיל בפ' נערה גבי אלמנה
שמין מה שעליה מ"ט כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה למישקל ומיפוק לא
אקני לה, הכא לא אמרינן הכי, דבוודאי גבי מלבושים אמרינן הכי דלאו משום
חיבת ביאה קעביד לה, אבל תוספת כתובתה קים להו לרבנן דמשום חיבת
ביאה הוא דכתב לה וכבר בא עליה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וא"כ הוא הדין בקידושי שוטה.

אולם, בחלקת מחוקק סי' קט"ז ס"ק י' כתב שסתם קטנה תמאן, וא"כ לדבריו אין ראייה מממאנת. אלא שאין הכרח לדבריו בלשון הרי"ף והרמב"ם, וגם בראב"ד ובריטב"א לא מוזכר היותה קטנה אלא שיודע שיכולה למאן בלבד.

אלא שמדברי הר"ן משמע שחולק על התוספות רי"ד ובמקום שהיא יכולה להפקיע עצמה מחמת מקח טעות וקידושי איסור, אם היא מוציאה את עצמה אין לה תוספת דאדעתא למשקל ולמיפק לא כתב לה, אלא שנראה שכל דבריו הם במקום טעות כדברי הראב"ד ובשלא הכיר בה או בשהתה עשר שנים שכופים להוציא שמתחילת הנישואין לא ידע שתוכל לכופו להוציא, אבל אם מתחילת הנישואין ידע שיכולה לצאת בזה מודה הר"ן שיש לה תוספת גם ביוצאת מעצמה בדומה לממאנת. וכדברי הראב"ד בהשגות על הרי"ף:

אמר אברהם ומאחר דמקח טעות הוא אמאי יש להן תוספת, בשלמא ממאנת כיון דידע דיכולה למאן ואוסיף לה אדעתא דהכי כתב לה ומתנה הוא דבעי למיתן לה, שניה נמי כיון דידע דשניה היא ומפקינן לה מיניה אדעתא למיתב לה מדיליה כתב לה... שהסברא העומדת ביסוד דברי הר"ן ביישוב קושיית הראב"ד היא שכל זמן שהאישה מעמידה את עצמה על אף שהיא יודעת שבי"ד יכולים לכופו אותו להוציא מחמת האיסור, כיוון שהיא סבורה שהוא דעתו לרצות בה משום חיבת ביאה והוא לא התנה אחרת, לכן היא מקיימת את התנאי שלה רק כאשר אינה מגלה בדעתה שרוצה לצאת ויכופו אותו להוציא. כך עולה גם מדברי החזון איש אה"ע (סימן עט ס"ק טז). אבל בידע האיש שבי"ד יכולים לכופו ולהוציא, ידע ומחל ונתרצה בדומה לממאנת שאין כאן מקח טעות.

וא"כ הוא הדין בקידושי שוטה שיוצאת והולכת לה, ובקידושין בעדים פסולים וידע בפסלותם.

תוספת כתובה בחייבי כריתות

כתב בחלקת מחוקק אה"ע סי' קט"ז ס"ק א':

אבל אם נשא אחת מחייבי כריתות דאין קדושין תופסין ואין צריכה גט לא שייך למיהב כתובה. ואפשר דתוספות כתובה יש לה בהכיר בה שרצה לזיוק בנכסיו מפני חיבת ביאה ואפשר אפי' בלא הכיר בה יש לה תוספות כמו חייבי לאוין ואיילוני' דסברי שיערב עליו המקח וכמ"ש הר"ן ואינו דומה לעוברת על דת וחברותיה.

ובבית שמואל (שם) הביא את דעת החלקת מחוקק שאפילו לא הכיר בחייבי כריתות חייב, והשמיט הלשון של אפשר, משמע שלדעתו אפילו לא הכיר בה חייב בתשלומי תוספת כתובה וכ"ש בהכיר בה.

וביאר ההפלאה [שם] שהמקור שיש לה כתובה אע"פ שאין כאן קידושין, לדעת התוספות והרא"ש בריש יבמות שבאיילונית גמורה שלא הכיר בה יוצאה בלא גט ואעפ"כ יש תוספת משום חיבת ביאה, אלא שהחלקת מחוקק נסתפק שאפשר שבחייבי כריתות כיון דחמיר איסוריה לא שייך שיתרצה משום חיבת ביאה. אלא שקשה על ביאורו של ההפלאה למה בהכיר בה מסתפק הרי גילה בדעתו שרוצה לזיוק בנכסיו ויש לו חיבת ביאה על אף האיסור.

אמנם בבית מאיר [שם] השיג על דברי הח"מ והב"ש וז"ל:

ונלע"ד בלא הכיר ודאי אינו, דהא אפילו ארוסה קי"ל כראב"ע שלא כ' אלא ע"מ לכונסה, וזו שאין לו בה לא קדושין ולא כניסה מהיכא תיצי שתזכה בתוספת, וראייתו מל' הר"ן דסברי שיערב עליו המקח לא דמי כלל, דשני

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

חייבי לאוין דנקרא מקח דקדושין תופסין בה, וגם קי"ל כרב דיש חופה לפסולת. וע' סי' ס"א שם כתבתי דלשמואל דס"ל אין חופה לפסולות פירש"י הטעם חיבת ביאה שהביאה עכ"פ נשואה עושה, אבל חייבי כריתות אין כאן מקח כלל ובמה תזכה בתוספת ואף בהכיר בה לענ"ד עדיין צ"ע.

ונראה, שכל מה שהבית מאיר סובר שבהכיר בה בחייבי כריתות שאין שם מקח כלל, שהרי מפרישים אותם מצד האיסור ולא חל מקח מאחר שלא תפסי קידושין בחייבי כריתות. אבל באיילונית גם אם לא הכיר בה סוף סוף כנסה והייתה לו חיבת ביאה גם אם כנסה בטעות לא יפרישו אותם גם לדעת התוספות והרא"ש בריש יבמות שאין כאן איסור. ודווקא בחייבי כריתות שלא שייך בה קידושין וחופה אין לה תוספת לדעת הבית מאיר. ובכך מיושב ג"כ לבית מאיר למה בפקח שנשא שוטה יש לה תוספת, אע"פ שלא שייך בה מקח כלל לא מדאורייתא ולא מדרבנן, ואע"פ שאין כאן קידושין אפילו מדרבנן אבל סוף סוף בית דין לא יפרישו אותם.

ועי' מה שכתב במגיד משנה בהל' אישות (פרק כה הל' ח') שרואה מחמת תשמיש מפסידה תוספת מאחר שלא היה יכול לבודקה והוסיף שאסורה לשמשו - היינו שמפרישים אותם.

ובשו"ת דברי חיים אה"ע סי' מ"ח, הביא את דברי הרשב"א [והוא בחידושי הרמב"ן] שכתב שבאיילונית ולא הכיר בה אין לה תוספת מאחר שיש כאן ביאת זנות, כדברי הראב"ד שהשיג על הרי"ף והרמב"ם, ולדעתו במקום שיש מקח טעות כיון שאין בה אלא זנות אף תוספת אין לה. אלא שבהמשך דבריו שם כתב להדיא שכל דבריו הם במקום מקח טעות, ואם כן, במקום שאין טעות גם אם אין שם אלא זנות חייב בתוספת כתובה. ובהמשך דבריו ביאר הדברי חיים שיש חילוק בין התחייבות ולבין חיוב שממילא. שבהתחייבות צריך אומדנה ודאית על מנת לבטל את ההתחייבות כדברי המהר"י וי"ל סי' קמ"ב שהובאו ברמ"א באה"ע סי' נ' שהמתחייב בשטר חוב לא מהני ביה טענת אונס ואינו דומה לקנסות. מה שאין כן בנוגע לעיקר כתובה שמספק לא מוציאם.

עד כאן מה שכתבתי במקום אחר.

וא"כ בנידון שלפנינו שהבעל ידע שנעשה נרתיק מלאכותי וכנסה על דעת שיבוא עליה בביאה שהיא דרך איברים, אם כן, אינו יכול לטעון שאילו ידע שאין בה נישואין לא היה נושאה, כמו שכתב הריטב"א שמקדש שוטה שלא יכול לטעון שלא ידע שלא תפסי בה קידושין, הוא הדין כאן שאינו יכול לטעון שלא ידע שלא נישאת בביאה בנרתיק המלאכותי.

תפיסת קידושין במי שאינם ברי נישואין

דעת רבי אליהו קלצקין (מלואי אבן סי' י"א) שמי שלא שייך בה נישואין וביאה גם קידושין לא תופסים בה מאחר שלא שייך בה "ובעלה", והביא ראיה מדברי האור זרוע סי' תר"ב שאין קידושין תופסים בנפל. אבל המעיין שם יראה שעיקר סברת האור זרוע היא מצד שאין קידושין בחתיכת בשר ולא מצד שאינה ראויה לביאה, וז"ל שם:

...דאע"ג דקיי"ל פ' האיש מקדש כאביי דקידושין שאין מסורין לביאה הוה קידושין, היינו באשה שבאת לכלל חיים וראוי' לאישות. אבל בחתיכת בשר מה קידושין שייכי בה.

והכוונה שמי שלא באה לכלל חיים אין בה קניין אישות ולא מציאות של ביאה.

הנצי"ב בשו"ת משיב דבר ח"ד סי' ע"ו לעניין מי שאיברי הרביה שלו היו כשל ילד קטן שאין ביאתו ביאה, כתב להדיא שקידושין תופסים במי שאינו ראוי לביאה אע"פ שאינו בר נישואין, והביא ראיה מהתוספות בנדה ומלשון הרמב"ם גבי סריס שלא כדברי הגר"א קלצקין.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ואם כן, בנידון דידן שהאישה על אף שלא שייך בה לא ביאה כדרכה וגם ביאה שלא כדרכה ואינה בת נישואין ואם מתה אינו מטמא לה ואינו יורשה, אבל קידושין תופסין בה אם לא היה מקח טעות.

על כן, יש להוסיף שאפשר ששחזור פי הטבעת נעשה בצורה שיש עליה שם ביאה שלא כדרכה.

וא"כ גם לשיטת הראב"ד שבמקום שאין קידושין מחמת מקח טעות אין תוספת, מאחר שזו ביאת זנות כמו שכתב הרמב"ן, אבל אם אין מקח טעות יש תוספת אם יש חיבת ביאה.

טענת מומים ומקח טעות

הר"ן בפרק אלמנה ניוזנת (כתובות דף נ"ט בדפי הרי"ף, ד"ה גמ') ביאר שהטעם שבמומים אין לה תוספת מה שאין כן באיילונית זה משום שהיה לה לגלות, ואם כן בנידון דידן שכל המידע הרפואי הובא לידיעתו של הרב ב', והרב ב' העביר מידע חלקי אין מקום לטעון טענת מקח טעות. וגם במקח שנמצא בו מום, שבטל המקח אפילו במקום שהמוכר לא היה יכול לדעת (כמבואר לגבי מוכר בהמה ונמצאו בה סירכות, חו"מ סי' רכ"ד סעי' ב'), אם סמך הלוקח על אדם אחר כתב בכנסת הגדולה (הגהות טור חושן משפט סימן רל"ב):

מכר לחבירו חפץ שיש בו מום, והלוקח הראה החפץ לחבר או לקרובו ואמר לו שהוא טוב, נראה דפטור המוכר ואין ללוקח דין אלא עם התגר.

אם כן, הוא הדין כאן, שהוא סמך על המומחה המקח קיים.

ונראה טעם החילוק בין מקח וממכר לקידושי אישה, שסוף סוף אישה אינה דומה לחפץ הנמכר בשוק שבאישה על כל פשעים תכסה אהבה והרבה מתרצים לשאת בעלות מום, ואם כן ככל שהאישה לא פשעה חייב בתוספת כתובה. אלא שא"כ קשה למה לגבי איילונית הקידושין בטלים ומחויב רק בתוספת משום חיבת ביאה, וצריך לחלק בין עצם הקידושין לבין חיוב תוספת הכתובה שניתן משום חיבת ביאה.

לכו"ע מתחייב בתוספת כתובה מחמת חיבת ביאה כלשון הגמרא, שהוא גומר בדעתו להתחייב בהגיע הנישואין אל השלמות או קרוב לשלמות. ולכן במי שכנס ולא הצליח לערות לשיטת הריצב"א, או לגמור את ביאתו, לא התחייב בתוספת כתובה גם אם דעתו היה לכונסה לשם נישואין אבל זכה והתחייב בשאר ענייני הנישואין.

לכן, גם אם האיש לא הוטעה שהאישה לא ידעה שפתחה אטום, ואין כאן טענת מקח טעות שלא היה לה לגלות לו, אבל חיוב אין כאן מאחר שלא הייתה חיבת ביאה בפועל לשיטות אלו.

הדבר פשוט לשיטת הריצב"א והתוספות שלא הוכרע שחיבת חופה קונה, ואפשר שצריך חיבת ביאה בדווקא. אך גם לדברי הרמב"ם והרא"ש שדי בחיבת חופה אלא שצריך חופה הראויה לביאה, ואם אינה ראויה לביאה כלל, גם לדברי הרא"ש החופה לא תקנה גם לעניין תוספת, וא"כ לכאורה יש לדון שאין כאן חופה הראויה לחיבת ביאה.

אלא שכל זה באישה שלא היה ידוע שיש בה שינוי משאר נשים, מה שאין כן במקום שידע שעשו לה נרתיק מלאכותי, הרי שמתחייב על דעת טבעה וצורת הביאה שבה ולא ביאת נשים דעלמא, ואינו דומה למי שנשא אשה שפתחה אטום.

אם כן, מלבד מה שעל פי חוות הדעת הרפואית האישה ראויה לקיום יחסי אישות, גם אם נפקפק ונאמר שיש צורך להמשיך ולהשתמש במרחיבים במשך תקופה עד שהביאה תהיה בשופי מאחר וזה טבעה על דעת זה התחייב. מה עוד, שאין לקבל את טענת הבעל שלא הצליח ברוב

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הפעמים לגמור את הביאה, היות והרופאה המנתחת שבדקה את האישה לא מצאה שיש בעיה וגם המרחיבים חדרו עד הסוף, וא"כ חזקה שגמר את הביאה שאליה נתרצה ואינו נאמן, לכן גם לדעת התוספות בנדירים שצריך גמר ביאה להתחייב בתוספת כתובה חייב בנידון דנן.

טענת שאר מומים

בנוגע לטענת הבעל שיש לאשה ריח רע, הנה ריח רע נחשב כמום בנשים כפי שנפסק בשו"ע אה"ע סי' ל"ט סע' ד':

ומה הן המומין הפוסלים בנשים, כל המומין הפוסלים בכהנים פוסלים בנשים, ויותר עליהם בנשים ריח רע וזיעה וריח הפה (וי"א דאף ריח החוטם) (מרדכי בשם הר"ם).

ופירש הרמב"ם (פירוש המשניות, כתובות פרק ז' משנה ה'):

"ריח רע, והוא שנודף מאיזה מקומות בגופה ריח רע".

בנידוננו שאין לאישה חזקת שלימה, ובהתאם לספרות הרפואית גם לאחר ניתוח שחזור פי טבעת מאחר שתפקיד שיני הכרכשתא למנוע בריחת גזים ונוזלים, ולפעמים שיש צורך בדיאטה מיוחדת הלכך יש לקבל את טענת הבעל בנוגע לקיומו של ריח רע, ואם כן יש מקום לטענת מקח טעות מחמת מום.

[תוספת העורך: הדין הוא, שאם קידש אשה שיש בה מהמומין הפוסלים בנשים, וכפי שנתבאר בהלכה, האשה אמנם מקודשת, אך אין לה כתובה ותוספתה. עי' באבה"ז סי' ל"ט סע' ה', ובסי' קי"ז סע' ד'].
כתב הרמב"ם (אישות פרק כ"ה הל' ו'):

בא על אשתו ושהה כמה ימים וטען שמום זה לא נראה לי עד עתה, אפילו היה בתוך הקמטים או בכף הרגל אין שומעין לו, חזקה שאין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו יפה יפה וחזקתו שידע ורצה.

וכך פסק גם בשו"ע אה"ע סי' קי"ז סע' י'.

ובשו"ע חו"מ (סי' רל"ב סע' ג') פסק שאם השתמש בחפץ לאחר שנגלה לו המום חזקתו שמחל.

וכתב הרמב"ם בהל' מכירה פרק ט"ו הל' ג':

וכן המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלין ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח, מחזירו אפילו לאחר כמה שנים שזה מקח טעות הוא, והוא שלא ישתמש במקח אחר שידע במום, אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום הרי זה מחל ואינו יכול להחזיר.

אם כן, בנידון דידן שהבעל השתהה עם אשתו מספר חודשים עד שיצא מהבית, הרי שחזקתו שידע מיד ומחל ואינו יכול לבוא בטענת מומים.

וכך כתב גם בתשב"ץ ח"א סי' קכ"ד וז"ל:

ואם תאמר שזה לא נאמר אלא במומין הדבקים בגופה, אבל זה המום אפשר שמשעה שנשאה עד עתה לא אירע לה ככה, ותכף שאירע לה כן טען טענתו, זה היה אפשר לומר בזה ואיני יודע אם הבעל היה טוען כן או היה טוען שמיום ראשון שנשאה ידע כן ושתק. וכבר כתבתי שאם שתק אפילו שעה א' אחר שידע שוב אינו יכול לטעון טענה זו, אבל אם טוען שזאת היא פעם ראשונה שאירע לה אחר שנשאה אף על פי שא"א לשתקו מדין ידע ונתפייס.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אמנם, בכנה"ג בחו"מ לעניין מקח וממכר כתב (הגהת בית יוסף סי' רל"ב אות י"ז):

היה המום במקום סתר הבית שאי איפשר לראות אלא על ידי אור הנר, לא מחל. הרדב"ז ח"ב סימן ט' [ח"א סימן ש"ב].

ובשו"ת רדב"ז (חלק א' סימן ש"ב) כתב:

עוד העלתי שאם היה המום במקום סתר הבית שאי איפשר לראות אותו אלא ע"י אור הנר, אין דרך בני אדם לבדוק הבתים לאור השעוה אלא בשעת בדיקת החמץ.

אלא שבזה יש חילוק בין נישואין לבין שאר מקח. שבנשואין יש חזקה שאין אדם שותה בכוס אלא אם בודקו ולכן דרכו לבדוק, אלא שגם בנישואין אם אי אפשר לבדוק אלא לאחר זמן ומחה מיד שנודע לו בטל המקח.

ואם כן, היה מקום לחלק בין ריח רע משאר איברים, לבין ריח רע ממקום שדרך בני אדם להפיח, שאינו מבחין בריח הרע מיד.

אלא שמשמע שהבעיה של ההפחה הייתה בתמידות מתחילת הנישואין, ואם כן שהה לאחר שנודע לו מהמום כדברי הבעל עצמו (פרוטוקול מיום ג' שבט תש"פ - 29.01.2022, שורה 129):

הבעל: לא היה לה שליטה מאה אחוז, היא תמיד היתה מפיחה, זה היה מציאות ברורה ביותר. זה גרם לדחייה עצומה. גם מערכת הכליות לא פעלה בצורה תקינה. לא היה לה יציאות.

מחילה על צער הגוף

הגם שמצאנו בירושלמי (בבא בתרא פרק ב הל' ג') שהושוו מחילת מומים לדין קוטרא ובית הכסא, וגם אם קיבל על עצמו יכול לחזור, והוא הדין שבבעל מום יכולה האישה לומר כסבורה הייתי שאני יכולה לקבל, וא"כ הוא הדין גם באיש אם יש לאשה ריח רע יכול לומר סבור הייתי לקבל, לעניין הלכה הוי ספיקא דדינא, עי' סי' קנ"ד (ס"ק א' בב"ש) והאיש מוחזק בכתובתה (עי' הג"א בפרק המדיר אם יש חילוק בין איש לאישה).

אלא שאין נדון הירושלמי נוגע לדיני מקח טעות, שבדין מקח טעות אם מחל אפילו שעה אחת המקח קיים, והוא הדין לעניין להתחייב בתוספת כתובה. נידון הירושלמי הוא לעניין צער גוף עתידי, ועל זה נחלקו אם מועילה מחילה או התחייבות לעתיד. ועי' משנה למלך פ"ו הל' ו'. וא"כ גם אם יכול לחזור בו ויכול לבוא בטענת מאיס עלי ונחייבה להתגרש, אבל לאחר שבא עליה ושהה אינו יכול לבוא בטענת מומים.

ידעת מקצת מומים

וגם ללא טענת מחילה אין כאן מקח טעות. שבבית שמואל סי' קי"ז ס"ק א' כתב בשם הרב המגיד גבי איילונית, שמאחר שיש לה מקצת סימנים היה לו לחקור או להתנות או לא לכתוב תוספת, ואם לא חקר נחשב הדבר לפשיעה מצידו שלא היה לו לישא (ועי' גם בהפלאה שם).

הוא הדין בנידון דידן מאחר שהיו לה מומים היה צריך לחקור עוד ולבקש את המסמכים הרפואיים וללכת למומחים נוספים, והאישה לא פשעה שהרי מסרה לאיש את המסמכים, ולא ידעה שהרב ב' יעביר לבעל מידע מוטעה ולכן חייב בתוספת.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

חזקה אין אדם מתפייס במומים בבעל מום

ועל אף שבעלמא אומרים "חזקה אין אדם מתפייס במומים", בנידון שלפנינו הורעה אותה החזקה, מאחר שהוא עצמו בעל מום שאינו יכול להוליד, ולכתחילה חיפש בעלת מום. ועוד, שהוא כהן ואם יתגרש הוא יתקשה למצוא אישה אחרת, וחזקה שנתרצה שעה אחת ואינו דומה לאדם שלם שנושא בעלת מום. ואין לדחות שטבע האדם להתכחש לחסרונותיו על דרך מה שאמרו שאין אדם רואה מומי עצמו, שהרי לכתחילה נשאה על דעת שהיא בעלת מום הרי לפנינו שהאיש הפנים את חסרונותיו.

ועל כך, יש להוסיף את דברי הכנה"ג שבסמך על אחר אין טענת מקח טעות.

שאר טענות המומים קיימים גם בתסמונת מאייר-רוקיטנסקי ולכן נחשבים כמומים שבגלוי.

מה שטען הבעל שהוא הוטעה ע"י אם-האישה במה שהיא אמרה שיש רק צורך בניתוח קטן לשחזור הנרתיק, דברי האם נכונים. בניתוח הראשון בגיל שנתיים כבר נבנה הנרתיק ותוקן גם פי הטבעת, ובתקופה שלפני האירוסין היה שימוש במרחיבים, רק בביקור במרפאה אחרי האירוסין נעשה טיפול ניתוחי קטן, ומבחינת אם-האישה לא היה שום חסרון אחר מאחר שכבר עברה ניתוח בקטנותה וגם נמסר למשפחת הבעל שיש צורך בפיזיותרפיה כאשר הכוונה הייתה לשימוש במרחיבים (שורה 113 לפרוטוקול מיום 28.4.2021 בדברי העד הרב שמעון ב'). אם כן, משפחת האשה נהגה כשורה ואין מקום לטענה של הטעיה מכוונת.

סוף דבר, לדעתי, יש לחייב את האיש במלוא כתובתה של האישה בסך 52,000 דולר ארה"ב.

על אף שבית הדין התרה בבעל שאם ימצא שהוא חייב בכתובה נחייבו בהוצאות משפט, מאחר שההלכה לא פשוטה והבעל סבר שהוא פטור אין מקום לחיוב בהוצאות.

בשולי ההחלטה, לא אכחד מלמחות בביטויים לא ראויים ומשפילים שהוטחו בבת ישראל כשרה ע"י בא כח האיש, ולא יעשו כן במקומנו לבזות נמוכי רוח.

הרב יצחק רפפורט – אב"ד

דעת הרב צבי בוקשפן

עברתי על דבריו הנפלאים שכתב ידידי האב"ד הרה"ג יצחק רפפורט שליט"א בו האריך והרחיב בבקיאות ובחריפות בטוב טעם ודעת כיד ה' הטובה עליו, והנני מסכים למסקנתו שיש לחייב את האיש במלוא כתובתה של האשה בסך 52,000 דולר.

אולם לידידי בתיק שלפנינו הדבר פשוט בחיוב האיש בכתובת אשתו, ומאידך חלוק אני על כמה מקביעותיו והיה מקום לשאת ולתת במו"מ כדרכה של תורה בהרבה מדבריו המאלפים של ידידי, אולם מאחר שיש שני דברים שארצה להתעכב עליהם באריכות קצת בדברים שיש להם גם השלכות יסודיות לתיקים אחרים, לא אתעכב בדברים אחרים שדן בהם ידידי שליט"א, ועוד חזון למועד בעזר השם יתברך.

ראשית ועיקר דבר, חלוק אני בתוקף ואינני מקבל כלל וכלל את עמדתו של ידידי, מה שכתב לקבוע מסברא וללא שום מקור, בעניין תוקף הנישואין בתיק שלפנינו ובכלל כיוצ"ב שהרופאים עשו לאשה נרתיק מלאכותי. לדבריו, ביאה על אשה זו נקראת ביאה דרך אברים ואין אפשרות להחיל באשה זו כלל נישואין, ולא חייבים על ביאה זו מלקות כריתות או מיתת בית דין ואין ביאה כזו אוסרת לכהונה. לא זו אלא שהגדיל לחלוק על הנאמר בעניין זה להיפך משמיה דהגרי"ש

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אלישיב זצוק"ל, וקבע כי מן המפורסמות שאי אפשר לסמוך על כל מה שנאמר מפי הגרי"ש ולא נכתב על ידו במפורש, ואף הטיל דופי בכך שלא ברור שהוסברה לגריש"א המציאות ומה הוא מהות הנרתיק שנוצר ומהותו ותבניתו של נרתיק מקורי.

והנה מאחר שהדבר נצרך להלכה ולמעשה, במה שמצוי כגון דא בזמנינו באשה שנולדת ללא נרתיק ומקום כמוה בשאר נשים, ולפעמים בחלל הבטן אף אין לה רחם כי אם שחלות והורמונים רגילים כשל אשה, והרופאים עושים לאשה זו נרתיק מלאכותי – במהלכו יוצרים חלל כיפתי מאורך דמוי נרתיק המצופה בשתל עור (הנלקח בדרך כלל מאזור העכוז האחורי) או בקטע של המעי הגס (שנלקח בדרך כלל מהסיגמואיד), כדי שתהא ראויה לאישות לבוא עליה כדרך כל הארץ, לכן נאריך קצת בנושא חשוב זה, ונוכיח שחל על ידי זה דין משכבי אשה לכל דבר, האשה הזו היא בת נישואין וחלים נישואיה לכל דבר ואם מתה מטמא לה ויורשה, והדבר מוגדר כ"ביאה" לכל דבר, וחייבים על ביאה זו מלקות כריתות או מיתת בית דין וביאה כזו אוסרת לכהונה. ולא גרע דינה מטומטום שהיה מכוסה ונקרע ונמצאת נקבה.

כפי שנראה בעזרת השם דין זה יש להביא לו סימוכין וראיות מכמה מקומות, ולאחר החיפוש אף מצאתי שגדולי הדור בדור שלפנינו כבר הכריעו את הדין בכיוצ"ב, ועל פיהם יישק דבר וכדלהלן.

בנוסף נאריך בעזרת השם בחיובו של הבעל בכתובת אשתו במה שהתחייב לה בנישואיה, שחיובו חל גם במקום שלא היה תוקף לנישואין, ונביא ממה שכתבנו במקום אחר יסוד גדול במהות כל חיוב כתובה ותוספת כתובה שהבעל מתחייב לאשתו בנישואיו, דחל חיובו מדין "אתנן", וכמו כל חיוב אתנן על עצם הבעילה, ק"ו על הסכמה להינשא ולהיבעל לו כמקובל בחיי נישואין, דחל חיובו ללא שום קנין נוסף מדין אתנן ושכר על הבעילה, והדין מפורש בפיהם של בעל ההפלאה והבית יעקב ועוד גדולי הפוסקים ז"ל, זאת מעבר ל"קנין" שהבעל עושה ומחייב עצמו ומעבר לחלות החיוב מדין "שטר" הכתובה.

כאמור, בנידון שלפנינו כל זה הינו לרווחא דמילתא, לומר שגם אם לא היינו מגדירים את מה שהרופאים עשו נרתיק מלאכותי ל"ביאה" ו"למשכבי אשה" והיינו אף מערערים על תוקף הנישואין, עדיין חיוב הבעל בכתובת אשתו חלה על אף העדר תוקף לנישואין. אולם כאמור אין צורך בכל זה מאחר שכפי שנבאר בעזרת השם חלו הקידושין והנישואין כדת וכדין ככל קידושי ונישואי איש לאשתו.

משכבי אשה במי שעשו לה נרתיק מלאכותי

כפי שכתבנו, אשה שנולדה ללא נרתיק ומקום כמוה בשאר נשים, והרופאים עושים לאשה זו נרתיק מלאכותי שתהא ראויה לאישות לבוא עליה כדרך כל הארץ, הרי שביצירת הנרתיק חלים דין משכבי אשה לכל דבר, והאשה הזו היא בת נישואין וחלים נישואיה לכל דבר ואם מתה מטמא לה ויורשה, והדבר מוגדר כ"ביאה" לכל דבר, וחייבים על ביאה זו מלקות כריתות או מיתת בית דין וביאה כזו אוסרת לכהונה.

נאמר עוד, שאולי אפשר להלביש את הדבר גם בדברי ה"ספרי" בפרשת כי תצא (פיסקא רמב וראה שם במלבי"ם) על הפסוק (דברים כב, כג): "כי יהיה נערה בתולה מארשה לאיש ומצאה איש בעיר ושכב עמה", ופירש הספרי: "ושכב עמה – כל שכיבה". כידוע, דליכא מידי דלא רמיזא בתורה, ובא לרמז כל שכיבה כפשוטו - גם על ידי ביאה בנרתיק מלאכותי, וראה שם בדברי הפנים יפות בבארו דברי הספרי, ודו"ק.

כדי שהדברים יהיו ברורים, אעתיק תחילה את המובא בספרות הרפואית.

תחילה נעתיק מדברי ד"ר מרדכי הלפרין בספר אסיא (חלק יא עמוד 349):

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

המשנה (נדה פ"ב מ"ה) מתארת את אברי הרבייה של הנקבה בדרך משל, משל משלו חכמים באשה: החדר והפרוזור והעליה. לעניינינו נוגעים שני אברים: ה"חדר" קרוי רַחַם בעברית הרפואית החדשה, הוא איבר חלול בעל קירות שריריים עבים דומה לאגס שטוח מעט. והלְדָן – נרתיק (תעלת הלידה) הכלול בפרוזדור האמור במשנה, הוא מבנה שרירי כיפתי חלול ומאורך.

חלקו הצר של המבנה דמוי אגס קרוי בשפה הרפואית "צוואר הרחם" והוא בולט ונכנס לתוך חלל הלדן בחלקו הפנימי, כך שהקיר העליון הפנימי של הלדן מקיף ועוטף את צוואר הרחם. בקצהו החיצוני של הלדן קירות הלדן יוצרים מעין קמט דק הסוגר במידה רבה את פתח הלדן החיצוני, קמט זה קרוי גם קרום בתולים כו'.

וראה שם בהמשך דבריו וכן הרבה סימוכין שהביא ד"ר דניאל מלאך לדברים אלו, שבלשון המשנה השם רַחַם לא ניתן כלל לחדר הנ"ל שבו הולד נמצא, אלא קרוי אם, מקור, קבר. ו"רחם" בלשון חז"ל הכוונה ללדן – הנרתיק, כמבואר בהרבה מקומות בחז"ל כמו בחולין (סט): "יצא שלישי דרך דופן ושני שלישי דרך רחם" וכן בעו"מ, וכן בירושלמי (חלה פ"ב ה"א) "המסתכל בעקיבה של אשה כמסתכל בבית הרחם והמסתכל בבית הרחם כאילו בא עליה". וע"ש שהביאו שכיוצ"ב מבואר ברש"י בפרושו לתנ"ך ולש"ס שמתייחס לנרתיק ולאברי המין החיצוניים כאל בית הרחם, ראה לדוגמא ברש"י חולין (נו). שפירש להדיא על עור בית הבושת שזה 'בית הרחם של נקבה', וכן ברש"י ברכות (כד). דפוס של בית הרחם שהיו עושין לבנותיהן ונוקבין כותלי בית הרחם כדרך שנוקבין את האוזניים ותוחבין אותו כדי שלא יזדקקו להן זכרים, וכן ברש"י סנהדרין (צב). ואוצר רם בית הרחם שהוא קצור ועצור לא ישבע מבעילות, ועי"ש מה שכתבו בזה, שמאידך במקומות אחרים פירש שהקבר הוא הרחם, וכן בדעת הרמב"ם בהרבה מקומות שמתייחס למושג רחם במשמעות של "ערות האשה".

להלן ממה שמובא בספרות הרפואית בנוגע לניתוח מלאכותי ליצירת נרתיק:

על פי הסטטיסטיקה, אחת מתוך 5,000 נשים נולדת ללא נרתיק, כאשר למרביתן אין גם רחם. מדובר בתסמונת נדירה הנקראת "מאייר רוקיטנסקי קוסטר האזור" (MRKH), שבה לאישה יש שחלות וחצוצרות תקינות עם הפרשה תקינה של הורמוני המין הנקביים ומבנה תקין של איבר המין החיצוני, אך הרחם והנרתיק (מרביתו או כולו) אינם מתפתחים. ניתוחים ל"יצירת נרתיק" מצריכה בדרך כלל פתיחה של חלל הבטן וכריתה של מקטע מהמעזי או גיוס שתל עור מאזור הבטן, הירך או מרירית הלחי והפיכתו לנרתיק.

נקדים ונאמר עוד, דהסכמת כל הפוסקים בפשיטות הוא כי אף בהשתלת אבר מאדם אחר, לאחר ההשתלה נעשה האבר המושלל בשר מבשרו של המושלל לכל דבר ועניין, וזיקתו של אבר מושלל פקעה מהתורם והוא נחשב לכל דבר כחלק מגוף הנתרם, ולא נאריך כאן במסגרת זו בפרט זה שכבר הוכרע בבירור [וראה הרבה ממקורות הדברים באציקלופדיה הלכתית-רפואית ערך השתלת אברים].

ובכן, טרם כל דע, דניתוח שהרופאים עושים לנרתיק, לענ"ד כבר מוזכר בדברי חז"ל, אלא ששם מיירי בניתוח לכריתת הנרתיק אצל בהמה, אולם מאחר שיש גם להביא משם סימוכין לנידון דין נרחיב קצת בזה, וכדלהלן.

במשנה במסכת בכורות (כח ע"ב):

מתני'. ומעשה בפרה שניטלה האם שלה והאכילה רבי טרפון לכלבים; ובא מעשה לפני חכמים ביבנה והתירוה שאמר תודוס הרופא: אין פרה וחזירה יוצאה מאלכסנדריא של מצרים שאין חותכין האם שלה בשביל שלא תלד.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אמר רבי טרפון: הלכה חמורך טרפון! אמר לו ר' עקיבא: ר' טרפון, אתה מומחה לב"ד - וכל המומחה לב"ד פטור מלשלם.

ונחלקו הב"ח (בקצרה ביו"ד סי' מה ובארוכה בשו"ת ב"ח הישנות סי' קנ"ו) עם הפרי חדש (סי' מ"ה ס"ק ב', והפר"ח לא ראה את דברי הב"ח בתשובותיו ע"ש), האם הכוונה שהיו 'חותכין' האם היינו שנטלו את כל האם - פרי חדש, או שהיו רק חותכין מקצת מהאם - ב"ח.

להלן דברי הב"ח בתשובותיו:

"נחתך מקצת מן האם אם יש לחוש לשום טריפות. תשובה בפרק עד כמה ובפרק אחד דיני ממונות (סנהדרין לג.) מבואר דכשרה, והכי תנן התם מעשה בפרה של בית מנחם שניטל האם כו', ומשמע פשט הלשון שאין חותכין כי אם מקצת מן האם שאם היה פירושו נוטלין כל האם לא היו לו לומר שאין חותכין כו' אלא הל"ל שאין נוטלין האם שלה, ועוד תנא דלישנא דחותכין דוקא קאמר.

והרי יש לתמוה הרבה לאיזה צורך הביאו ראיי' מתודוס הרופא הלא הלכה למשה מסיני היא דניטלה האם כשרה (חולין נד.) ומשום הכי פריך ותיפוק ליה דטעה כו', ותו וכי לא ידע ר' טרפון המתניתין דניטלה האם כשירה, ותו למה לא אמר ר"ט הלכה חמורך טרפון עד ששמע מן חכמים שביבנה כו' ולמה לא אמר מיד הלכה חמורך טרפון לאחר שנודעה לו מתניתין, ותו קשה וכי נעלם מר"ט הך סברא דקאמר תלמוד' ותיפוק ליה דטעה בדבר משנה כו' דהא ודאי כיון דאילו הואי פרה דינך לאו דינא ולא כלום עבדת השתא נמי לאו כלום עבדת וכדאמרין בפ"א ד"מ שסברה זו פשיט' לכל בני הישיב', ותו מאי ראיי' מתודוס הרי הרשב"א בתשובה סי' צ"ח כתב שכל טריפות שמנו חכמים אפילו הן מתקיימ' הרבה טריפה.

אלא נראה דהמעשה היה שנחתך מקצת מן האם, וקסבר ר"ט דנחתך גרע מניטול כמו בטחול, ולהכי איצטרכי להביא ראיי' מתודוס שהיו חותכין האם שלה בשביל שלא תלד, ואפילו הכי הן מתקיימות ואין לנו לחלק מסברא ולהטריף בנחתך מאחר דעינינו רואות דהן מתקיימות, ומה ששנה התנא מעשה כו' שניטלה האם אע"פ דהמעשה הי' שנחתך מ"מ מאחר דלפי האמת אין חילוק בין ניטלת לנחתך אם כן בכלל משנתינו הוה נמי נחתך אלא דר"ט טעה לחלק כו'.

ונראה בסייעתא דשמיא להביא ראיה גדולה לדברי הב"ח, שמדובר רק בחיתוך מקצת מן האם ולא בנטילת כל האם, מדברי רש"י הק' בפירושו למשנה זו שכתב "האם שלה - רחם שלה". והנה כבר הובאו לעיל דברי רש"י בהרבה מקומות ש"רחם" לא נאמר על המקור והחדר, כי אם על הנרתיק ולאברי המין החיצוניים. ומבואר לפי"ז ברש"י שחתכו רק את הנרתיק ולא את כל האם. אלא שהדבר קשה מדברי רש"י עצמו בחולין במתניתין דניטלה האם כשירה (דף נ"ד ע"א), ששם פירש רש"י: "האם - מדרי"ץ של נקבה שהולד מונח בה", והרי רש"י סותר עצמו בין דבריו במס' בכורות לדבריו במס' חולין הנ"ל, מה עוד שהגמ' הלא משווה את שתי הסוגיות ושואלת משם כפי שפרש"י שם בסוגיא וקובעת שר"ט טעה בדבר משנה.

אולם נראה ברור שרש"י כיוון לדברי הב"ח, שהמשנה בבכורות מיירי ש"חתכו" מקצת מן האם ולא נטלו כולה, וזה מה שבא רש"י לפרש שחתכו את הרחם, דהיינו רק הנרתיק שהוא הקרוי רחם, ולא נטלו את כל האם הכולל הכל גם היכן שהולד מונח, ולכן חכמים חלקו על ר"ט והביאו ראיה מתודוס הרופא שאמר אין פרה וחזירה יוצאה מאלכסנדריא של מצרים שאין חותכין האם שלה בשביל שלא תלד, והיינו שהיו חותכין את הנרתיק - כדי שלא תלד, ולצורך זה לא היה צורך להוציא את כל החדר והמקור. אלא שלאחר שנדחו דברי ר"ט ולפי האמת אין חילוק בין ניטל כל

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

האם לנחתך מקצתו, אם כן בכלל המשנה דחולין הוה נמי נחתך אלא דר"ט טעה לחלק כן וכדברי הב"ח, ודו"ק.

מאחר שכן, נראה אולי להוסיף ולתרוץ באופן אחר את קושיית הב"ח איך הביאו ראייה מתודוס, הרי הרשב"א בתשובה סי' צ"ח כתב שכל טריפות שמנו חכמים אפילו הן מתקיימ' הרבה טריפה, די"ל דהיו אח"כ עושין לבהמה נרתיק מלאכותי או שהיו משתילין לה אָם מבהמה אחרת, ומאחר שאי אפשר שטריפה תחזור להיות כשירה מוכח שהבהמה לא נטרפה כלל בהוצאת וחיתוך הנרתיק, ודו"ק.

ולאחר החיפוש, מצאתי את שאהבה נפשי, שכבר נשאו ונתנו גאוני קדמאי גדולי הדור מהדור הקודם זצ"ל לפני מעל מאה עשרים וחמש שנה, הובאו דבריהם בספר וילקט יוסף (כרך י' סי' כ"ב) שיצא לאור בשנת תרנ"ח, וכן בספר פליטה הנשאר תל תלפיות (כרך ג עמ' צט-קה), בעניין "העברת איברי לידה מאשה לאשה", וציין לדבריהם בעל הציץ אליעזר (ח"ז קונטרס אורחות המשפטים פ"ה אות טז) עי"ש שדן בדין זה בעניין חיתוך כלי הולדה מאשה חיה שחיברוהו בגוף אשה עקרה דהולד הוא בן של השניה לכל דבר ועניין. וכתב בעל הציץ אליעזר שגם בקובץ תל תלפיות נשאלו על זה שני גדולי הדור, ר' ישעיה זילברשטיין מווייצן ור' אליעזר דייטש מבונהארד, וגם הם העלו להלכה שהכל הולך אחר הבעל חי ולא אחר בשר הרחם, ועי"ש בציץ אליעזר מה שהביא בזה מדברי שו"ת אבן יקרה (ח"ג סי' כט) ושכן כתב גם בספר כל בו על הלכות אבילות (ח"א סי' ג אות כא) מספר התלמוד ומדעי התבל (דף מד) דבטל השלל לגבי האשה וכגופה דמי והיא אם הילד, ושהסכים עמו הגאון ר' מאיר אריק זצ"ל, ושכן כתב בשו"ת הרב"ז בתשובות שבסוף הספר (סי' ה) יעויין שם דבריו (וראה גם בדברי הציץ אליעזר חלק י"ט שדן כלי ההולדה הניטלים מגופה של אשה שמשתילים אותם לגופה של אשה אחרת שמתבטלים המה לגופה של האשה האחרת בהריון ובלידה).

ולצורך חיבת הדברים אעתיק את עיקרי הדברים בקובץ תל תלפיות הנ"ל הנוגעים לנידון דידן.

הנה שם חקר הגאון רבי יעקב גארדאן משטופארט (ענגלאנד) זה לשונו:

"אציע בזה שאלתי שנסתפקתי להלכה, הרופאים המציאו פה תחבולה להושיב כלי לידה מאשה, באשה עקרה ועי"כ תוכל להוליד, אם מותר לנו ליקח הכלי לידה מהאם וליתן בהבת, ואת"ל דמותר מהו הדין לענין בכור שתליא בפטר רחם וכאן הרחם של אשה אחרת, ובכלל מי היא האם בזה האשה הא' או האשה הב', והנה לענ"ד יש גילוי לדין זה מש"ס כו' אבל מסתפינא לסמוך על דעת עצמי בזה, וע"כ אמרתי להציע זאת בשער בת רבים לשמוע פתרונו".

ועל זה כתב ("גדול הדור", כלשון בעל ה"ציץ אליעזר" הנ"ל) הגאון ר' ישעיה זילברשטיין ז"ל אב"ד ווייטצען, והביא ראייה דהרחם שניתן בהאשה שבה להיות כבשר אחד ואזלינן בתר האשה היולדת, מסוגיית הגמ' בבכורות הנ"ל, זה לשונו:

"דהנה קי"ל נטלה האם כשירה דלא כר"ט שרצה להטריף (חולין כח. וסנהדרין לג.), והביאו ראייה מאלכסנדריא של מצרים שהיו חותכין האם וחיה, ומאי ראייה הא אי הוה טריפה בכלל נטולה הוא אין הוכחה מדחיה כמו שהעלה בדגול מרבבה (סי' כט), רק נראה דפשיטא להו דיש לה רפואה אם יתנו לה אָם מבהמה אחרת והיא חיה ויולדת, ואי ס"ד דהוה טריפה א"כ מצינו טרפה חוזרת להכשרא, אלא ע"כ דלא נטרפת בהכי, ומעתה אי אמרינן דלא נעשה כבשר אחד אנו מחזיקין אותה כאילו היא של בהמה או אשה אחרת, א"כ רק הוא קרום שהעלה מחמת מכה דא"ק ואין ראייה דאין טריפה, אלא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ע"כ מוכח דנעשה כבשר הבהמה וכח התולדה היא של הבהמה ע"כ שפיר הוה פשיטא להו דכשר".

והסיף הגאון הנ"ל אב"ד ווייטצען להביא עוד ראייה:

"ועוד נ"ל הוכחה מקרא דכתיב ביולדת "וטמאה שבעת ימים כימי נדת דותה תטמא", ואם נאמר דלא נעשה כבשר הבעל חי, א"כ באשה כהאי גוונא איך נטמאה, דהרי כתיב לקמן בפרשה ואשה כי תהיה זוב בבשרה, ודרשינן עד שתרגיש בבשרה, וכיון שהרחם אין שלה אינה טמאה דליכא הרגשה בבשרה, ובלידה כהאי גוונא תטמא, א"כ איך תלה הכתוב לידה בדוה שלה, לכך נראה דכיון דנעשה לבשר אחד וכל כח הלידה הוא ע"י הבעל חי הבהמה או האשה הכל הולך אחר הבעל חי לא אחר בשר הרחם". [וראה שם בהמשך מדברי הגאון רבי דוב בער הלוי קימעל ז"ל דיין בקניהיניטש מה שכתב בזה, ויש לדון עוד הרבה בהל' נדה בעניין זה ועיש"ע ואכמ"ל].

כך נקט שם גם עוד גדול הדור (כלשון בעל הציץ אליעזר הנ"ל) הגאון ר' אליעזר דייטש אב"ד דבאניהאד בעל ספרי "תבואות השדה" ו"פרי השדה" ועוד (חמיו של בעל הוילקט יוסף). על אודותיו עיין בקובץ מוריה שנה יח עמוד לו), וגם מדבריו שם יש ללמוד להלכה ולמעשה לנידון דידן ממש וכדלהלן.

הנה הגאון אב"ד באניהאד נקט שם לדבר פשוט דאין איסור ערוה בהשתלם רחם האם אצל הבת, וכתב להביא על זה ראייה זה לשונו:

"הגע עצמך דע"כ איסור ערוה לא מקרי רק גוף חי ולא איברי הערוה, דאי נימא דאיסור ערוה היינו איברי ערוה, ואם כן אם לקחו כלי לידה מאשה שאינה ערוה והושיבו באשה שהיא איסור ערוה ובא עליה יהיה פטור, וא"כ היאך משכחת לה חיוב מיתה בעריות, דבאמת אנן קימ"ל דלא בעינן שיראו העדים כמכחול בשפופרת, רק מכיון ששכב עליה אמרינן דמסתמא הערה בה, כמ"ש הרמב"ם (פ"א הל' איסורי ביאה הל' י"ט), ואי נימא דאזלינן בתר כלי המשגל א"כ בכל איסור ערוה הרי יש כאן ספק דילמא הושיבו בה כלי לידה מאשה אחרת שאינה ערוה וזאת אי אפשר שידעו העדים, וע"כ דהתורה אסרה כל אשה שהיא ערוה, ואין נפק"מ בכלי לידה מאין הם דכל שנתחברו הכלי לידה לגופה הו"ל כגופה ממש, וא"כ הוא הדין באשה שמותרת לו ג"כ אזלינן רק בתר חיות גוף האשה ולא איכפת לנו על כלי הלידה, דכל שנתחברו לגופה הרי הם כגופה כו".

והנה ראייתו זו ממש, קיימת ועומדת ממש לנידון דידן, קרי הנרתיק, דאם נימא דכל שהוציאו לאשה את הנרתיק או באשה שנולדה ללא נרתיק והרופאים בנו לה נרתיק חדש, דהביאה שבא על אשה זו אינה ביאה בחייבי כריתות, אם כן בכל איסור ערוה הרי יש כאן ספק דילמא הושיבו בה נרתיק חדש וזאת אי אפשר שידעו העדים. וע"כ דהתורה אסרה כל אשה שהיא ערוה, ואין נפקא מינה בנרתיק מאין הוא דכל שנתחברה הנרתיק לגופה הו"ל כגופה ממש, ודו"ק.

ונראה בביאור ראיית הגאון הנ"ל, אף דאזלינן בתר רובא ובפרט במיעוט שאינו מצוי דלא חיישינן, ועיין בזה בישועות יעקב (אהע"ז סי' קעז ס"ק ה') וכן בהערת העורך שם בקובץ תל תלפיות, מכל מקום חזינן בגמ' סופ"ק דמכות (דף ז' ע"א) דבבועל את הערוה כדי לפטור ולחייב תלוי רק בזה האם בעינן שיראו העדים כמכחול בשפופרת או דסגי שיראו כדרך המנאפים. ומשמע מהסוגיא דבראו העדים כמכחול בשפופרת ודאי חייב הנואף ואין שום אפשרות לפטור, ומוכח מזה דכלי לידה מאשה שאינה ערוה ולעניינינו נרתיק בנוי, אינו פוטר אלא מקרי בא על הערוה לכל דבר ועניין, ודו"ק.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ונראה עוד להביא ראיה כיוצ"ב, לפרש"י בסוגיית הגמ' בסנהדרין פרק אחד דיני ממונות (דף ל"ג ע"ב ד"ה טעה) דמפורש שם בגמ' דאין אפשרות בנואף לזכותו, ומוכח איפוא שלא שייך לזכותו בגלל העדר נרתיק מקורי, ודו"ק.

ומה שלא נאמר, עכ"פ זה ברור שהגאון הנ"ל שהיה מגדולי הדור בדורות שלפנינו, פשיטא ליה בנידון שלפנינו שבביאה על ערוה חייבים בכל אופן וגם כשלא היה בנרתיק שהאשה נולדה עמו הרי זה ביאה לכל דבר, וזכינו איפא לגילוי מפורש בדין שלפנינו מאחד מגדולי הדור, ולא כפי שכתב ידידי וקבע להיפך מסברא וללא שום מקור.

ולאחר העיון נראה עוד, דהרי מקום ביאת הערוה, ההערה והגמר ביאה הינו בנרתיק שזהו מקום שהשמש דש ואינו מגיע לרחם כלל. ועל כרחך, מה שכתב הגאון האב"ד דבאניהאד בדבריו הנ"ל האם זה נחשב כביאת ערוה בהשתילו רחם שאינה ערוה עליו באשה שהיא ערוה, וכן שאר הגאונים שנשאו ונתנו שם האם זה ביאת ערוה, הבינו ששתלו גם נרתיק של האשה יחד עם הרחם, ומבואר איפוא בדבריהם ז"ל לנידון דידן ממש דהנרתיק בטל לאשה וכחלק מגופה דמי, ודו"ק היטב.

ואכן העורך שם (בעמ' קב) הגאון רבי דוד צבי קאטצבורג, העיר על כל הנידון שם, מהי טעמא שהאשה נשארה עם הנרתיק ומקום הביאה ושלכן הנוגע לאיסור ערוה פשוט וברור שתלוי רק בזו אשר משמש עמה ולא באשה אשר נוטל ממנה המקור, כיון שנתחברו יפה וא"צ לכל מה שדנו בזה. עיי"ש שכתב דהמצאת הרופא הוא לא נשמע ממנו לעולם, ואי אפשר לחקור באיזה אופן עשה את ההרכבה, והשכל גזור דאין טעם לכרות את הנרתיק באשה העקרה, וגם השניה למה תתרצה לסבול צער לחתוך ממנה הנרתיק להרכיבו באחרת יעוין שם דבריו.

והרי שאר הגדולים שכן נחתו לזה הבינו ששתלו גם הנרתיק, והרי שהיה פשוט וברור להם דזה מקרי ביאה לכל דבר ועניין, רק שדנו האם זו ביאה על השניה ששתלוה בה או על הראשונה. ומנגד, גם מדברי הגאון העורך ז"ל מבואר שאילולא כן היו כורתים את הנרתיק ומשתילים נרתיק חדש, יש מקום לדון בהשתילו איסור ערוה, האם בטל ונעשה כגוף האשה או לא. ומבואר איפוא להדיא מדבריו דעל כל פנים נקרא שם ביאה על זה לכל דבר ועניין, ודו"ק.

לאור האמור עולה, שאשה שנולדה ללא נרתיק ומקום כמוה בשאר נשים, והרופאים עושים לאשה זו נרתיק מלאכותי שתהא ראויה לאישות לבוא עליה כדרך כל הארץ, חל על זה דין משכבי אשה לכל דבר, חלים נישואיה לכל דבר, והדבר מוגדר כ"ביאה כדרכה" לכל דבר, ולא גרע דינה מטומטום שהיה מכוסה ונקרע ונמצאת נקבה.

דין זה להדיא הובא בשמו של הגרי"ש אלישיב זצ"ל שנשאל על הדבר (ספר קב ונקי מהגאון רבי יצחק זילברשטיין, סי' תקח, עמ' 461, ובארוכה בשיעורי תורה לרופאים ח"ד סי' רסה עמ' 371) ופסק שמותר לחיות חיי אישות עם אשה זו. וכתב חתנו הגר"י זילברשטיין:

"ונראה בטעמו, שכיון שברור שהיא נקבה, ורק שלא היה לה נרתיק, וכאשר אנו פותחים לה פתח במקום שהיה אמור להיות פתוח, הרי זה כאילו שאנו מוציאים חתיכת בשר שסתמה את הנרתיק, וכשהוסר הבשר הרי זה נרתיק אמיתי, כיון שזהו מקומו, ובלי ספק שדינה כמו אשה".

יעוין שם דבריו, שמעשה האדם משלימים למעשיו של הקב"ה וגם מעשה הרופאים ביצירת הנרתיק אינו בריאה חדשה אלא השלמת וגמר תבנית גוף אשה זו. ועיין בדבריו (חשוקי חמד קידושין דף ט' ע"א) דעל פי סברא זו אפשר אף לקדש אשה זו בביאה, מאחר דלאחר פתיחת הרופאים הוא נחשב כמו הנרתיק המקורי.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ומאחר שהגרי"ש אלישיב פסק כן מפורשות, נפל כל מה שידידי רצה ללמוד להיפך מדבריו של הגרי"ש אלישיב במקום אחר (שבילי הרפואה, ב, אלול תשל"ט, עמ' טו ונדפסו גם בקובץ תשובות ח"א סימן קנ"ב), מאחר ששם מיירי במי שנולד ללא איברי זכר וללא אברי נקבה ואדרבה נמצאו אצלו ביצים בתוך חלל הבטן - חלק מסימני זכר, ולכן פסק שם הגרי"ש אלישיב שהבא עליו לכל הפחות בספק כרת קאי שבא על הזכר. ושפיר הוסיף הגרי"ש אלישיב שגם המקום שנוצר באופן מלאכותי לא חל ע"ז דין משכבי אשה והרי זה כאילו חקקו מקום כמוה בירך ואין דינו אלא כבא דרך אברים. אבל באשה ונקבה גמורה כלל לא דיבר.

וכפי שכתב גם הגר"י זילברשטיין לחלק כן (שם, וראה גם בספר הרפואה כהלכה להר" אברהם שטיינברג, חלק ב, עמוד 29, שהביא חילוק זה):

"כאשר ולד נולד בלי אברי זכר ובלי אברי נקיבה, אין אבר מלאכותי הופכו לנקבה, משא"כ בנידונינו שהיה ברור שוולד זה היא נקבה, שהרי היו לה אברי נקיבה בלבד, ורק נרתיק לא היה לה, ואם כן כאשר אנו פותחים לה פתח באותו מקום שהיה אמור להיות פתוח, הרי זה כאילו שאנו מוציאים חתיכת בשר שסתמה את הנרתיק, וכשהוסר הבשר הרי זה נרתיק אמיתי, כיון שזהו מקומו, של נרתיק אצל אשה, והרי בלי ספק היה דינה כמו של אשה".

כן מתבאר גם מדברי הגרא"י וולדנברג זצ"ל (ציץ אליעזר חלק ט"ז סי' ד'), שם נשאל באשה שלא היו לה נרתיק ורחם כי אם שחלות, והרופאים עשו לה נרתיק בנתוח פלסטי ע"מ שתוכל לקיים יחסי אישות, באופן שאדם בלתי מקצועי לא יוכל לגלות שאין מדובר בנרתיק טבעי, והחתן אינו יודע כלל על הבעיה של אשתו. ונשאל ה"ציץ אליעזר" האם חובת הרופא לספר לחתן גם אם הוא לא פונה אל הרופא. ופסק בעל ה"ציץ אליעזר" שהרופא חייב לגלות לחתן, על אף שהחתן לא פנה אליו מחמת חוסר ידיעה מהחיסרון, והגם שהאשה ביקשה ממנו שלא לספר לו אין לו לשמוע לה.

והאריך בזה בעל ה"ציץ אליעזר" באיסור שלא לגלות לחתן שלאשתו אין רחם ולא תוכל להביא ילדים לעולם, וכי הדבר כלול בכלל אזהרת התורה של "לא תעמוד על דם רעך" לאמלל בחור להטמין לו פח מראש שלא יוכל להביא תולדות בחייו, ויהא מנוע מלקיים מצות פריה ורביה ולעסוק בבנינו של עולם, וכשייודע לו לאחר מכן ילקה בהלם גדול אשר יוכל כתוצאה מזה לחלות בגופו או בנפשו, על אף כי כשייודע לו מזה יהא סמא בידיה לתבוע אותה לדין על מקח טעות ולבקש לחייבה בקבלת גט פיטורין [כי לדרוש הפקעת קידושין אי אפשר, דהרי מקדשה וכונסה בסתם ואיננו מתנה שתהא מקודשת לו ע"מ כך וכך, אין הקידושין בטלים (יעויין אה"ע"ז סי' ל"ט וסי' קט"ז) ויוכל לדרוש רק לחייבה בגט פיטורין].

ועל זה הוסיף הציץ אליעזר וכתב בסוגריים:

"ואני מהרהר שאולי יתכן שגם אסור בכלל לחיות ע"פ דין תורה עם אשה שכזאת אשר לא רק שאין לה רחם טבעי, אלא אין לה גם נרתיק טבעי כי אם אשר בנו לה נרתיק בניתוח פלסטי. והדעת נוטה לומר שיש בכהאי גוונא חשש משום הוצאת זרע לבטלה, כמטיל על עצים והאבנים, בהיות ואין כאן משום צד בשר מבשרה הטבעי של האשה, ועוד חזון למועד לברר זאת בע"ה ובל"ג, ובנידונינו ברור הדבר שגם בלי זה מחויבים לספר ולהודיע לו מחסרונה וכנ"ל", ע"כ.

וראה בדבריו (חלק כ"ב סי' נ"ד) שהרחיב לבאר דבריו הנ"ל שלא התכווין לומר שיש ספק שיתכן שאסור לחיות גם עם אשה שאין לה רחם בלבד משום חשש הוצאת זרע לבטלה, דלא כן הדבר, ומקום ספיקו היה רק על מה שנשאל באשה שאין לה לא רחם ולא נרתיק כי אם שחלות, ובנו לה בניתוח פלסטי נרתיק על מנת שתוכל לקיים יחסי אישות, והשאלה העיקרת שנשאל היה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

האם מחובת הרופא להודיע על כך לחתן שעומדת להינשא לו מבלי כל חשש ללה"ר. וציין למש"כ בחלק ז' סי' מ"ח פרק ה' אות ט"ו, להוכיח באשה שנחתך רחם שלה דליכא בזה איסור משום הוצאת זרע לבטלה מאחר שאינו זורה בחוץ, יעויין שם דבריו.

והנה מתוך דבריו הארוכים מבואר להדיא, שהחיסרון באשה זו שאין לה רחם ונרתיק הנעלם מעיני החתן, הינה רק חסרון הרחם שאינה יכולה להביא ילדים לעולם, אבל לא חיסרון בעצם הביאה ובחיי האישות, ומשום שדינה כאמור כביאה לכל דבר ככל אשה דעלמא וכנ"ל. וכפי שאכן כתב בעל הציץ אליעזר בדבריו הנ"ל בחלק ז' (קונטרס אורחות המשפטים פ"ה אות טז) באשה שהשתילו לה רחם מאשה אחרת, שאין צריכה להודיע את הדבר לחתן ואין זה נחשב כמום.

לא זו, אלא דגם כשכבר נחית לחסרון דהנרתיק בכהאי גוונא שבנו לה נרתיק בניתוח פלסטי, כתב להסתפק אך ורק משום חשש הוצאת זרע לבטלה ולא שום חיסרון אחר כלל ונגם על זה הוסיף לבאר בתשובתו האחרת דהשאלה העיקרית שנשאל היה האם מחובת הרופא להודיע על כך לחתן שעומדת להינשא לו מבלי כל חשש ללה"ר. ובאמת גם חשש זה של הוצאת זרע לבטלה, כבר הכריע הגרי"ש אלישיב זצ"ל באשה שבנו לה נרתיק מלאכותי שאין בזה שום חשש, ומותר לחיות חיי אישות עם אשה זו וכנ"ל.

יתירה מזאת, גם כשכתב לבאר ספיקו שיש בכהאי גוונא חשש משום הוצאת זרע לבטלה, ביאר בטעמא דמילתא דהוה: "כמטיל על עצים והאבנים בהיות ואין כאן משום צד בשר מבשרה הטבעי של האשה". ומבואר דעתו, דגם ככל שניכנס לבית הספק האם יש חשש הוצאת זרע לבטלה – מה שלא הכריע הדבר בבירור וכי לא זו הייתה השאלה העיקרית, כל זה היינו משום שאין כאן משום צד בשר מבשרה הטבעי של האשה, אבל לא משום שלא חל על זה דין משכבי אשה וכאילו חקקו מקום כמוה בירך וכבא דרך אברים. והוא כמשנ"ת דודאי חל על זה דין משכבי אשה לכל דבר, והדבר מוגדר כ"ביאה כדרכה" לכל דבר, ורק לעניין חשש זרע לבטלה כתב לדון בדבר בהיות ואין כאן בשר מבשרה הטבעי של האשה, ודו"ק.

אלא שספקו צריך ביאור, כי לאחר בניית הנרתיק מטבעת של המעיים של האשה על ידי כריתה של מקטע מהמעי או גיוס שתל עור מאזור הבטן או הירך או מרירית הלחי והפיכתו לנרתיק, הרי נהפך מקום זה להיות חלק מבשרה ממש לכל דבר ועניין, ולא ברור באיזה אופן דיבר בעל הציץ אליעזר. ועכ"פ גם הוא לא הכריע בבירור לאיסור, ולהלכה ודאי יש לסמוך על הגרי"ש אלישיב זצ"ל שאין בזה שום חשש זרע לבטלה ומותר לחיות חיי אישות עם אשה כזו.

כן מתבאר לכ' גם מסתימת דברי הגר"ש וואזנר זצ"ל (שו"ת שבט הלוי ח"ו סי' קמט וח"ט סי' רסז) יעויין שם דבריו, במש"כ במי שברור שהיא נקבה ובאים לשנותו לגמרי כנקבה עי"ש, שסתם ולא סייג מעניינינו כלל, ודו"ק.

בעזרת השם הוכחנו שבניתוח ליצירת נרתיק חלים דין משכבי אשה לכל דבר, והאשה הזו היא בת נישואין וחלים נישואיה לכל דבר ואם מתה מטמא לה ויורשה, והדבר מוגדר כ"ביאה" לכל דבר, וחייבים על ביאה זו מלקות כריתות או מיתת בית דין וביאה כזו אוסרת לכהונה.

כאמור, הבאנו לעיל עוד כי דין אשה שבנו לה נרתיק מלאכותי אף לא גרע מטומטום שהיה מכוסה ונקרע ונמצאת נקבה, שדינה כנקבה לכל דבר ועניין וחלים בה נישואין והבא עליה כבא על כל אשה אחרת לכל דבר ועניין, וכדלהלן.

דין קידושין בטומטום נפסקו בשו"ע (אבן העזר סי' מ"ד ס"ה):

טומטום ואנדרוגינוס שקידשו, או שקידשם איש, קידושיהם ספק וצריכין גט מספק. (י"א דאנדרוגינוס ודאי זכר) (טור בשם התוספות והרא"ש).

וכתב הבית שמואל (ס"ק ח'): :

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

טומטום הוא זכר או נקיבה אלא שהוא מכוסה, ואנדרוגינוס יש לו זכרות ונקבות.

והנה על אף שבשו"ע נכללו יחד דין הטומטום והאנדרוגינוס, אולם היינו דוקא טרם שהטומטום נקרע, אבל לאחר שנקרע דין הטומטום ודין האנדרוגינוס אינם שווים כלל, ואם לאחר שנקרע הטומטום נמצאת נקיבה הרי שמתברר שמתחילה הייתה נקיבה ודאי ללא ספק כלל, כפי שכתבו כל הפוסקים וכדברי הב"ח שם זה לשונו:

פירוש הטומטום הוא זכר ודאי או נקיבה ודאי אלא שהוא מכוסה, ואם קידש אשה ונקרע ונמצא זכר איגלאי מילתא דמתחילה היה זכר ודאי, וכך אם נתקדשה ונמצאת נקיבה מתחילה היתה נקיבה ודאי, ועל כן גם עתה שהוא מכוסה קידושיהן ספק וצריכים גט מספק. ואנדרוגינוס הוא ספק לעולם דהלכה כרבי יוסי דברייתא דאמר אנדרוגינוס בריה בפני עצמה היא ולא הכריעו בה חכמים אם זכר או נקיבה, ופירש ר"י בתוספות בפרק הערל (פג א ד"ה בריה) דבריה דקאמר הכא היינו שהוא ספק כדקאמרינן, ולא הכריעו דהיינו שהוא ספק מחמת שהוא בריה משונה דיש לו זכרות ונקבות, והוא ספק לעולם אם הוא זכר או נקיבה.

בנידון כמו שלפנינו, שלא היה ספק בדבר כלל והכל נעשה עוד טרם הקידושין והנישואין, ודאי וודאי שהקידושין הם קידושין גמורים וודאיים ככל קידושי אשה, והוא פשוט כביעתא בכותחא.

והנה על פי חו"ד הרפואית הנמצאות בתיק, האישה ראויה לקיום יחסי אישות ולא צפויה הפרעה בדבר, וכפי שהובאו לעיל, מדברי הרופאה שבדקה אותה.

מכיון שכך, חל אפוא חיוב הכתובה שהתחייב הבעל ככל חיובי כתובה שכל איש מתחייב לאשתו. ולענ"ד חיוב הבעל בכתובת אשתו ברור בפשיטות, ואין צורך לכל האריכות של ידידי בעניין חיוב כתובה ותוספת כתובה בחיבת חופה הראויה לביאה ושאינה ראויה לביאה והשלכותיה לתיק דנן, מאחר שהאשה ראויה לאיש לבוא עליה כדרך על הארץ, ומשכך יש לה כתובה ותנאי כתובה כשאר כל הנשים.

לאור האמור, אומר עוד בקצרה, שנידון שלפנינו, תואמים ממש את דברי הרא"ש בתשובה (שו"ת הרא"ש כלל לג סימן ב') שנשאל כיוצ"ב, זה לשונו:

וששאלת רחל תובעת מראובן בעלה לקיים מה שקבל עליו בשטר הכתובה שאר כסות ועונה ושלא יוציאנה ממדינה למדינה ושאר כסות משנתים שעברו שלא נתן לה. והוא משיב שהיא טומטום, ועם כל זה תבא עמו למקומו והוא יכבדנה כפי יכלתו, כי אינו יכול לדור במקומה מפני אימת כותי שמעליל עליו בשביל הרוג שנהרג ואומר שהיה בענין כו'. והיא טוענת שאינה טומטום, וגם יש עדים שאומרים כי בלילה הראשון עשה מעשה, ועוד נבדקה ע"י אשה חכמה שהי' ככל הנשים, ומה שהוא טוען שהוא מאימת כותי דחייא בעלמא הוא כו'.

הנה ראיתי מתוך הטענות כי ראובן רוצה להפסיד כתובתה ותנאי כתובתה בשלש טענות, האחד שטוען שאינה ראויה לאיש והיא כופרת ואומרת שהיא ככל הנשים. דבר זה יבדק ע"פ נשים הגונות וכשרות יודעות בדבר זה, אם יאמרו שאינה ראויה לאיש אין לה עליו לא כתובה ולא תנאי כתובה, ואם יאמרו שהיא ראויה לאיש הרי נתבטלה אותה טענה.

ועיין בספר דינא דחיי (עשין מח הלכות כתובה עמ' נה) מה שהאריך בדברי הרא"ש אלו ואכמ"ל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כדברי הרא"ש שם כן הדברים פשוטים וברורים גם כאן, מאחר שהאשה ראויה לאיש נתבטלה טענת האיש והוא מחוייב בכתובת אשתו כפי שנתבאר.

חיוב כתובה בנישואי שוטה

הדבר השני שנתמקד כאן כאמור לעיל לרווחא דמילתא, שגם אם לא היינו מגדירים את מה שהרופאים עשו נרתיק מלאכותי ל"ביאה" ו"למשכבי אשה" והיינו אף מערערים על תוקף הנישואין, עדיין חיוב הבעל בכתובת אשתו חלה על אף העדר תוקף לנישואין.

כפי שכתבנו, יש להוכיח דין זה של חיוב כתובה על אף העדר תוקף לנישואין מדברי הפוסקים וגדולי האחרונים ז"ל, וכדין נישואי שוטה שלא חלים הנישואין כלל ואפ' מדרבנן, ואעפ"כ חלה התחייבותו כשכתב כתובה ורצה ליזוק בנכסיו, ולא אמרינן שהתחייב בטעות, וכמו שכתבו שם הראשונים, נשמתם עדן, שאינו יכול לומר סבור הייתי שחלים הנישואין ורק על דעת זה התחייבתי.

לא זו בלבד אלא כך הדין גם במי שנושא אישה שהיא מחייבי כריתות שלא חלים שם הנישואין, וכתבו החלקת מחוקק הבית שמואל ועוד פוסקים שלאורם אנו הולכים, שמחייבים אותו תוספת כתובה אף בלא הכיר בה שהיא מחייבי כריתות וחשב שחלים הנישואין, ולא אמרינן שזה חיוב בטעות. וכן הדין בכתובת איילונית שלא ידע ממנה והתחייב לה תוספת כתובה, דמחייבים אותו בתוספת כתובה, ואף להסוברים שלא חלים הנישואין וא"צ גט.

כפי שיבואר, נראה לייסד יסוד גדול במהות כל חיוב כתובה ותוספת כתובה שהבעל מתחייב לאשתו בנישואיו, דחל חיובו מדין "אתנן", וכמו כל חיוב אתנן על עצם הבעילה, ק"ו על הסכמה להינשא ולהיבעל לו כמקובל בחיי נישואין, דחל חיובו ללא שום קנין נוסף מדין אתנן ושכר על הבעילה. והדין מפורש בפיהם של בעל ההפלאה והבית יעקב ועוד גדולי הפוסקים ז"ל, זאת מעבר ל"קנין" שהבעל עושה ומחייב עצמו, ומעבר לחלות החיוב מדין "שטר" הכתובה, נבלא להיכנס כאן למה באמת הונהגה עניין עשיית הקניין בכל כתובה, שלכאורה אין לה צורך כלל ראה מרדכי (ב"ב אות תקצ"ד). ובעיקר כתובה ודאי שאין צריך כי חל חיובו מדין תנאי ב"ד, וגם לענין תוספת כתובה מתחייב בדברים בעלמא (עיין אהע"ז סי' ס"ו סעי' ח'), ואף להסוברים דלא נקנה באמירה בעלמא הרי חל חיובו מדין חייב אני לך מנה בשטר כמבואר בחו"מ (ריש סי' מ') וע"ש בש"ך (ס"ק ג'), וראה מש"כ בזה הבית מאיר (אהע"ז סי' צ"ד סוף סעיף כ"א) והמנחת פיתים (אהע"ז ריש סי' ס"ו).

וכדי להבין את הדברים היטב נרחיב קצת בסוגיה זו בעזרת השם יתברך.

איתא ביבמות דף קי"ג, ע"א:

"פיקח שנשא חרשת או שוטה אפי' כתב לה מאה מנה כתובתה קיימת מפני שרצה ליזוק בנכסיו", עי"ש.

וראה בקצוה"ח (סי' רמ"ג ס"ק ו') שנחלק עם המגיד משנה (פ"ד מזכיה ה"ז). לדעת המגיד משנה הוא מדין מתנה ומועיל מדין זכיה ע"י אחר, ומדין זה הוכיח המגיד משנה שגם בשוטה שאינה בת קניינים, מועיל זכיה ע"י אחר שהוא בן דעת. אמנם הקצוה"ח נחלק עליו, ולדעתו הא דמועילה כתובה לשוטה הוא מדין זכיה ע"י עצמה, ושכר מלאכה כמו שכר שפחה לשמשו ולא מדין מתנה.

והנה דברי המגיד משנה כשלעצמם תמוהים ואינם מובנים, דהרי לא מדובר שם בזכיה ע"י אחר כלל, אלא הוא כתובה מהבעל הפיקח לאשתו השוטה ללא אדם אחר כלל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כמו כן תמוה, מהי הראיה משם, הרי מדובר בהתחייבות ואינו מצד זכיה כלל, כי אם מצד התחייבות (וראה משפט שלום שם בסי' רמ"ג ס"ז מה שציין לתשובת בית אפרים חו"מ סי' ח', וע"ע אמרי בינה קונטרס בדיני הקנינים סוף סי' כ"ד).

והנראה בזה לפי מה שכתב הגאון ר' שלמה קלוגר בחיבורו חכמת שלמה על דין זה דפקח שנשא חרשת או שוטה (אהע"ז סי' ס"ז ס"ט, ומשום מה על אף שקישרו לדין זכיה לשוטה על ידי אחר, לא ציין דברי המגיד משנה שכבר כתב כן שמדין זה דפקח שנשא שוטה הוא שנלמד דין זכיה ע"י אחר וצ"ע, אבל מדבריו מתבארים דברי המגיד משנה היטב).

זה לשון החכמת שלמה:

"נשא חרשת או שוטה וכתב לה מאה מנה כתובתה קיימת מפני שרצה להזיק נכסיו. נ"ב לכאורה אינו מובן ל"ל טעם זה, אטו עד השתא לא ידענא דיכול אדם להתחייב בדבר שאינו חייב, אך נראה דהנה קיי"ל חרש ושוטה אין להם זכיה ע"י עצמו רק אם אחר זיכה להם זוכין, א"כ אם בא אדם להתחייב להם בשטר לא זכו רק אם זכה להם אחר בשטר בעבורם, אבל כל שלא זכה אחר בשטר בשבילם לא זכו דבר שאינו חייב.

והכא קמ"ל דלא צריך שיזכה להם אחר בשטר כתובה שלה, כיון דבאשה דעלמא אם הבטיח לה כתובתה אפי' מאה מנה חייב ליתן לה אפי' בדיבור בעלמא מכח דבהנאת נשואין גמר ומקנה ונתחייב, אבל בחרשת ושוטה לא שייך בה חיבת נשואין כל כך ולא גמר ומקנה בפה לבד. מיהו אם כתב לה כתובה כיון דחזינן דטרח וכתב לה מוכח שחיבת נשואין שלה הי' חביב בעיניו, וגלי דעתו דחביבה היא אצלו, אז אמרינן אגב זה גמר והקנה בכתב זה וזכתה בו אף שלא ע"י אחר, וזה שכתב מפני שרצה להזיק את נכסיו וכיון שרצה בכך וניחא לי' גמר והקנה ונתחייב. כן נ"ל בירור הדברים, ודו"ק היטב."

ולפי דבריו, יש לומר שזוהי כוונת המגיד משנה, דאילו היה הדין שגם זכיה ע"י אחר אינו מועיל לשוטה, הרי שוטה אין לו שום אפשרות זכיה כלל וכלל, ולא היה מועיל גם חיוב על ידי עצמו על אף שטרח וכתב כתובה והראה שחיבת נישואין שלה היה חביב בעיניו. ולכן, מזה דמועיל התחייבות ע"י כתיבת כתובה חזינן דשוטה הוא בר זכיה בעצם כל שיש בר דעת שזוכה לו, ויועיל זכיה ע"י אחר או זכיה ע"י התחייבות באופן שיש חיבת נישואין הנגלה לנו במי שטורח וכותב כתובה, ודו"ק.

והנה טרם שניכנס לגופן של דברים, נציין לדברי גדולי הפוסקים שממיהם אנו שותין, מה שכתבו בהל' כתובות (בסוף סי' ס"ז) בעל ההפלאה בקובץ אחרון ובעל הנתיבות בספרו בית יעקב שם, ששניהם קבעו כדבר פשוט לעניין התחייבות של גוי שמתחייב כתובה דלא גרע מחייב עצמו באתנן דמתחייב אף ללא קנין, וכן מתבאר מדברי הגרעק"א בדרוש וחיידוש במסכת כתובות סוף פרק הכותב (דף צ' ע"א) יעוין שם דבריו, דחל חיוב גם על גוי שנתחייב כתובה, ודו"ק.

והנה דבריהם אלו שהתחייבות הכתובה מועילה מדין אתנן ושכר, הם כעין דברי הקצוה"ח הנ"ל במה דמועיל כתובה לשוטה דאינו מדין מתנה רק מדין שכר. אלא שהקצוה"ח נחית מדין שכר שפחה לשמשו והם נחתו מדין אתנן ושכר על הבעילה, [וראה עוד בבית מאיר (אהע"ז רס' קע"ז) ובשו"ת חתם סופר (אהע"ז ח"א סי' קכ"ה) כיוצ"ב לדמות התחייבות בנישואין לדין אתנן זונה ואכמ"ל]. ועל שיטת הקצוה"ח שהוא מדין שכר שפחה לשמשו העיר הבית אפרים הנ"ל, דזה אינו שהרי ניוזנת משלו וטב ליה למיתב טן דו ע"ש, אולם הערה זו אינה אם הוא מדין אתנן ושכר על הבעילה. [וע"ע באמרי בינה שם שהעיר על הקצוה"ח מדברי הרמב"ן במלחמות (מסכת כתובות דף ל"ו, ע"א) דכתובה כמתנה והרי דחיוב כתובה אינו שכר ע"ש, והערה זו הינה גם על הבית יעקב וההפלאה, אולם יש מקום ליישב הערה זו ואכמ"ל].

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אמנם לפני שניכנס לדין זה נעתיק את דבריהם שם, שלענ"ד הם יסוד גדול ביסוד כל חיוב כתובה שהבעל מתחייב לאשתו, ויש למצוא כמה נפק"מ לדינא בזה.

זה לשון בעל ההפלאה שם בסי' ס"ז סעי' י"א:

"והנה הבית שמואל כתב בשם השלטי גיבורים, דעכו"ם שנשא בת ישראל וכתב לה כתובה ונתגייר אין הכתובה כלום דלא כיש מי שחולק ע"ש. ולענ"ד נראה דלא גרע מאם התחייב דבר באתננה דחייב לשלם דהוי כמו לזה בנכרותו ונתגייר דחייב לשלם, והוא הדין באתנן כדאיתא בחו"מ סי' פ"ז סעיף כ"ה, ובנוכרית שאני כיון שהחיוב הי' בשעה שהיתה נוכרית הווה ליה כהפקעת הלואתו דמותר. ואף שלא תפסו הקדושים, לא גרע מחייבי לאוין לר' עקיבא דלא תפסו קידושים, ואפילו הכי יש לה כתובה כדאי' ביבמות דף פ"ה וכ"ש הכא דכתב לה. ועיין מ"ש בחידושינו ליישב קושית הלח"מ על הרמב"ם."

זה לשון בעל הבית יעקב שם:

"אך לכאורה קשה מהיכא תיצי לא יתחייב אפילו בהתוס' שכתב לה, דהא ודאי אפילו אם הנוכרי מחייב עצמו באתנן מי לא יתחייב לה, הא דבר זה כקנין דמי כמבואר בע"ז ר"פ השוכר, ואטו נוכרי לאו בר קנין וחיוב הוא, הא ודאי דקנין וחיוב של נוכרי מהני. לכן נראה הטעם דנוכרי לא התחייב את עצמו רק באופן שלא יפסק האישות שלהן עד יום מותם, דבעולת בעל יש להם ולעולם לא כלה האישות שלהן עד יום מותם, ומש"ה כשנתגיירה וכלה האישות תיכף דכשנתגיירה כקטנה שנולדה דמי והיא מותרת באחר וכלה האישות קודם הזמן שהתנו ביניהם, ועל אופן זה לא התחייב את עצמו, וכשחוזר ומקיימה כנשואין אחרים וחדשים הן חשוב וחיוב הראשון כבר נתבטל."

והנה, בעל ההפלאה אכן נשאר בזה לדינא על כל פנים בגוי שכתב כתובה לבת ישראל, דאף בגירותו ישאר עם חיובו שחל עליו בעת היותו גוי שנתחייב בכתובתה בעצם התחייבותו והבטחתו מדין אתנן, ונשאר חיובו גם לאחר שיתגייר כמו לווה בנוכריותו ונתגייר, ורק בנוכרי שנשא נוכרית הווה ליה כהפקעת הלואתו של העכו"ם לאחר שנתגייר.

אולם הבית יעקב כתב סברא לפטרו משנתגייר מחיוב הכתובה שחל עליו בהיותו גוי מדין אתנן, כי חיובו הייתה רק באופן שלא יפסק האישות שלהן עד יום מותם, ומשנתגיירו כלה האישות כקטן שנולדה וכלה האישות קודם הזמן שהתנו ביניהם ועל אופן זה לא התחייב. והבית יעקב מדבר באופן שידע שהוא גוי ועל דעת זה התחייב כתובה באופן שלא יפסק האישות שלהן עד יום מותם.

ומדברי שניהם נלמד לדינא, בנידון אחר שבא לפנינו, בגוי שנשא בת ישראל והגוי לא ידע שהוא גוי אלא חשב שהוא יהודי ובהתחייבו חשב להתחייב כחיובי היהודי, דבכה"ג חל חיובו מדין אתנן, וחיוב זה לא יפקע בזה שבית הדין קובע שהנישואין מופקעים כי קידושי גוי הוא, שהרי כל קידושי ונישואי גוי אין להם תוקף, ואעפ"כ כתבו האחרונים הנ"ל בפשיטות שחל עליו חיוב כתובה וכמו כל חיוב אתנן על עצם הבעילה, ק"ו על הסכמה להינשא ולהיבעל לו כדרך בני זוג נשואים.

כתובה בנשואי עבירה

גם בנישואי עבירה, מצאנו בפרק יש מותרות (ביבמות דף פ"ה ע"ב) ובדברי הפוסקים בסי' קט"ז, שלעננין תוספת כתובה גם בחייבי לאוין שיש איסור בקידושים, ואף באופנים שקנסו אותה להפסיד כתובתה כגון בלא הכיר בה, מ"מ תוספת יש לה. ובאמת לדעת הרמב"ם (פכ"ד מאישות ה"ד) הטעם דבהכיר בה יש לה גם עיקר כתובה, היינו מטעם זה גופא שרצה להזיק בנכסיו, עי"ש.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

והסכמת הב"ש שם בסי' קט"ז (סוף ס"ק א') היינו כפי שנוטה שם הח"מ (ס"ק א'), דגם בחייבי כריתות, על אף שאין קידושין תופסין בה ואינה צריכה גט, מ"מ יש לה תוספת כתובה בהכיר בה מפני שרצה ליזוק בנכסיו מפני חיבת ביאה, ואפ' בלא הכיר בה יש לה תוספת וכמו בחייבי לאוין, ע"ש.

וכן הדין ב'איילונות' בסוף פרק "אלמנה ניזונת" (כתובות דף ק' ע"ב) במתני' "הממאנת השניה והאיילונות אין להן כתובה", ופרש"י: "איילונות משום דמקח טעות הוא".

ובגמ' (ק"א ע"א):

"אין להן כתובה, אמר שמואל לא שנו אלא מנה מאתיים אבל תוספת יש להן. תניא נמי הכא נשים שאמרו חכמים אין להן כתובה כגון הממאנת וחברותיה אין להן מנה מאתיים אבל תוספת יש להן כו'".

ופרש"י: "אבל תוספת יש לה דמתנה בעלמא יהיב לה בחיבת ביאה".

והנה על אף שבכרייתא שלפנינו לא כתוב להדיא איילונות אלא הממאנת 'וחברותיה', אולם רוב הראשונים נקטו דחברותיה כולל גם איילונות, וכמפורש שם ברי"ף (נ"ט ע"ב) וכן הוא ברמב"ם (פכ"ד מאישות ה"ב) ובתוס' שם לעיל (דף נ"ד ע"ב ד"ה ולעוברת). וכתב המגיד משנה שכן עיקר כי כן אמרו בפירוש בירושלמי (כתובות פרק ז' הלכה ו') דאף איילונות יש לה תוספת כתובה, וזה דעת הגאונים ז"ל וכן הסכימו בעל העיטור והרמב"ן והרשב"א כדברי רבנו, ע"כ.

והראב"ד על הרמב"ם השיג עליו, מדוע שיהיה תוספת באיילונות שלא הכיר בה, וכן הקשו בהשגות הראב"ד (נט:) וברמב"ן ורא"ה (ק:): למה יצטרך לתת תוספת כתובה באיילונות שלא ידע שאינה ראויה לו, והרי זה מקח טעות. אולם ברמב"ם שם (פרק כ"ד מאישות הלכה ג') ביאר טעם הדבר:

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

וראה גם בדברי הרמב"ם לעיל (פרק ט"ו מאישות הלכה ח') באשה עקרה וחזקת החולי ממנה, דמכל מקום יש לה תוספת כתובה דלא גריעה מאיילונות שלא הכיר בה שיש לה תוספת.

להלכה, פסקינן בשו"ע ס' קט"ז ס"ג דאיילונות אם לא הכיר בה דינה כחייבי לאוין שלא הכיר בה, ולעיל שם בסעיף א' כתב המחבר שאם לא הכיר בחייבי לאוין אין לה עיקר אבל תוספת יש לה. הרי דלהלכה פסק המחבר ללא עוררין כדעת הגאונים רי"ף רמב"ם ורוב הראשונים דאיילונות לא מפסידה תוספת כתובה, וכבר ציין שם הגר"א דזה דלא כדעת הראב"ד שחלקו עליו כל הפוסקים והסכימו לפירוש הרי"ף, ועי"ש בכנסת הגדולה בזה שלא הובא כלל דעת הראב"ד להלכה ושאי אפשר לומר קים לי כוותיה.

וכתב הבית שמואל שם (ס"ק ג'):

"וכלל הוא, שלא הפסידה תוספת אלא כשהיא יודעת מחיסרון, והוא דבר שאין אדם מתפייס בו".

ולכן, גם באשה עקרה שאינה יכולה ללדת, קי"ל כהרמב"ם הנ"ל דיש לה תוספת כתובה כמו באיילונות, ראה בית שמואל (סי' קנ"ד ס"ק כ"ב). וראה עוד בבית שמואל שם וכן בהמשך (רס' קי"ז) ובדברי שאר הנו"כ שם מה שהאריכו בזה בחילוק בין איילונות לאשה בעלת מום או ברואה מחמת

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

תשמיש לדעת הרמב"ם דאין לה תוספת. וראה עוד כיוצ"ב בפסקי דין רבניים (חלק ד' עמ' 216) מביה"ד הרבני הגדול בהרכב הרבנים ע. הדאיה, י.ש. אלישיב, ב. זולטי זצ"ל.

והנה הבית מאיר שם בסי' קט"ז העיר על החלקת מחוקק והבית שמואל הנ"ל בחייבי כריתות שלא הכיר בה במה תזכה בתוספת, ואף בהכיר בה נשאר בצ"ע וראה שם בדבריו גם בתחילת סי' קי"ז. אולם מאידך בעל ההפלאה בקונטרס אחרון שם בס' קט"ז (ס"ק א') הביא ראיה לדבריהם, דאע"ג דאין הקידושין תופסין אפילו הכי שייך תוספת כתובה משום חיבת ביאה, כדמוכח מאיילונית דבלא הכיר בה אין צריך גט (לדעת תוס' והרא"ש ריש יבמות), ואפילו הכי יש לה תוספת. מכאן, שאף בחייבי כריתות שאיסורם חמור ולא תופסים הקידושין, אמרינן שנתרצה משום חיבת ביאה. וכמו כן, מצאנו שגם ברואה מחמת תשמיש לדעת הרמב"ן דנאמנת בתחילת סי' קי"ז, יעויין שם דבריו.

גם מרנא החתם סופר זצ"ל בחי' למס' כתובות (ק ע"ב) הביא להלכה דברי החלקת מחוקק הנ"ל דגם בחייבי כריתות שלא ידע מהן חייב בתוספת כתובה, וכתב:

"מיהו גופיה דמילתא צריך לי עיון גדול בין בחייבי כריתות בין באלמנה לכהן גדול ובכל איסורין דאורייתא, מאי שנא מהא דחושן משפט סי' רל"ד דהמוכר דברים האסורים מן התורה ואכלו צריך להחזיר להם הדמים, ומאי טעמא נוציא התוספת בלא הכיר בה, ואחר שנתקשתי בזה הרבה מצאתי שכבר עמד בזה הבית מאיר רסי' קי"ז ולא העלה כלום כו', ונראה לי בשלמא אכילת איסור אע"ג דבאונס הוה ופטור מעונש, מכל מקום מטמם הלב כמבואר ברמ"א יו"ד סו"ס פ"א, מה שאין כן בעילת איסור".

וע"ש שהביא דברי הרמב"ם הנ"ל באיילונית וחייבי לאוין ומה שכתב על פי זה. וע"ע בבית יעקב (רסי' קי"ז) מה שכתב בזה.

ובכל כה"ג אף אין לפטור את האיש, משום שחיוב בטעות הוא - כי אילו היה יודע שאין כאן קידושין ונישואין לא היה מתחייב כתובה. דזה אינו, שהרי גם בנישואי שוטה לא חלים הנישואין כלל ואפ' מדרבנן, ואעפ"כ חל התחייבותו ולא אמרינן שהתחייב בטעות, וכמו שכתב הריטב"א שם ביבמות (דף קי"ג, עמ' א') שאין הבעל יכול לומר מתנה בטעות הוה כי סבור הייתי שחלים הנישואין עכ"פ מדרבנן, עי"ש, וכן כתב הנימוק"י שם. ולכן גם בחייבי כריתות מחייבים אותו תוספת כתובה אף בלא הכיר בה וכן"ל בח"מ וב"ש, ולא אמרינן שזה חיוב בטעות, וכן הדין באיילונית על אף שלא ידע וכמו שנתבאר לעיל בארוכה, ודו"ק [וע"ע בשמחת כהן (ח"ז סי' י"ח אות ב') והוא נסתר מהנ"ל].

וראה עוד בדברי בעל הערך שי (אהע"ז סוף סי' ס"ז) שנחלק על ההפלאה הנ"ל בעכו"ם שנשא בת ישראל שחייב בכתובתה, כי לא קנסו אותה כמו בחייבי לאוין לר"ע דלא תפסי קידושין, והעיר עליו הערך שי מדברי התוס' יבמות (דף פ"ה ע"ב) דלר"ע ליכא כתובה בחייבי לאוין כיון דלא תפסי קידושין, ועוד דבחיבי לאוין שניהם מוזהרין ואין לקונסה יותר מבעלה, משא"כ בבת ישראל לנוכרי שרק היא מוזהרת ולא הוא וכן"ל ויש לקונסה יותר, יעויין שם דבריו. והנה הערתו מדברי התוס' דלר"ע לית ליה כתובה בחייבי לאוין כיון דלא תפסי קידושין, צ"ע דלא מיירי שם בכתב כתובה וחייב עצמו כמו דמיירי ההפלאה.

ועכ"פ, לענין תוספת כתובה, מפורש בח"מ וב"ש בחייבי כריתות דלא תפסי קידושין דאית לה תוספת וכן"ל, וההפלאה לשיטתו הסכים ואף הביא ראיה לדבריהם כאמור. ויש להעיר על בעל ההפלאה והערך שי שלא ציינו כלום מחייבי כריתות שאין קידושין תופסין בהם הדומים יותר לנישואי גוי ויהודייה שאין קידושין תופסין בהם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עכ"פ נראה ברור, די ש ללמוד להלכה למעשה מכל האמור לעיל ומחייבי כריתות ואיילונות שלא ידע מהן, דהוא הדין בכל מקום שלא חלו הנישואין, דלא אמרינן שיש כאן מקח טעות וחיובו בתוספת כתובה לא חל, אלא על אף שאין חלים הקידושין וזה אף נישואי עבירה לאשה, יש לה תוספת כתובה בכתב לה.

ביה"ד רואה בחומרה רבה, את דברי ב"כ האיש במהלך הדיון ואת ביטואיו כלפי האשה, אשה כשירה בישראל, ויש מקום גדול להטיל עליו הוצאות, כפי אשר התרה בו ביה"ד במהלך הדיון.

צבי בוקשפן – דיין

דעת הרב אוריאל אליהו

ראיתי את דברי חברי הגאונים שכתבו באורך וברוחב בעומק ובבקיאות נפלאים, כדרכם של תלמידי חכמים מובהקים, הן בסוגיית חיוב הכתובה והן בסוגיית היתר האשה לבוא בקהל ה'.

באשר לסוגיית הכתובה הנני מצטרף לחברי והנני סבור שהאיש חייב בכתובה, הן מצד חלות הנישואין, והן מצד ידיעתו במצב האשה, וכאן דנישואי חרשת שרצה ליזוק בנכסיו.

באשר לסוגיית היתר האשה לבוא בקהל ה', אינני סבור שנכון להביע את דעתי לנוכח חומרת הסוגיא והשלכותיה החורגות מהנידון שבפנינו.

עכ"פ יש למשכן נפשינו ולמצוא כל דרך הלכתית להתיר, לפיכך יש לברר סוגיא זו בפני גדולי הדור המתמחים ברפואה והלכה, וכפי שהביאו חברי כבר עלתה סוגיא זו על שולחנם של הגרשי"א זצ"ל והציץ אליעזר זצ"ל וגדולי האחרונים מלפני יותר ממאה שנה, ומי יבוא אחרי המלך, ואני הקטן אינני ראוי להכריע בסוגיא זו.

עוד אוסיף, כי היה ראוי להטיל קנס כבד על ב"כ האיש, שהתבטא כלפי האשה בצורה שקשה לסבול, בייש אותה ושפך את דמה באופן בזוי ביותר, הנני קורא לב"כ האיש לפנות אל האשה ולבקש את מחילתה על יחסו המבזה.

סוף דבר, אני מצטרף לחברי לחייב את האיש במלוא הכתובה.

אוריאל אליהו- דיין

לאור האמור מחליט ביה"ד כדלהלן:

- א. הבעל ישלם לאישה תוך 30 יום סך 52,000 דולר ארה"ב.
- ב. ההחלטה ביתר נושאי הרכוש תינתן בהחלטה נפרדת.
- ג. ניתן לפרסם את פסק הדין בהשמטת פרטים מזהים.

ניתן ביום כ"ד בכסלו התשפ"ג (18/12/2022).

הרב צבי בוקשפן

הרב אוריאל אליהו

הרב יצחק רפפורט – אב"ד

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

נימוקים נוספים מאת הרב צבי בוקשפן

בפסק הדין מיום כ"ד בכסלו התשפ"ג (18/12/2022) הארכתי בעניין תוקף והיתר נישואי האשה בתיק שלפנינו ובכל כיוצ"ב.

עתי אמרתי להוסיף דברים באותו עניין, וגם להביא שני מכתבים מעמודי ההוראה גדולי הדור שליט"א, שהביעו דעתם מפורשות בעניין הזה כמו שכתבנו.

תוספת דברים בעניין משכבי אשה במי שעשו לה נרתיק מלאכותי

במה שמצוי בזמנינו שהרופאים עושים לאשה נרתיק מלאכותי כשנולדת ללא נרתיק ומקום כמוה בשאר נשים, והרופאים עושים לאשה זו נרתיק מלאכותי – במהלכו יוצרים חלל כיפתי מאורך דמוי נרתיק המצופה בשתל עור (הנלקח בדרך כלל מאזור העכוז האחורי) או בקטע של המעי הגס (שנלקח בדרך כלל מהסיגמואיד), כדי שתהא ראויה לאישות לבוא עליה כדרך כל הארץ.

בפסק דין האמור כתבנו להוכיח בעזה"י, להלכה ולמעשה, שחל על ידי זה דין משכבי אשה לכל דבר. האשה הזו הינה בת נישואין וחלים נישואיה לכל דבר, ואם מתה מטמא לה ויורשה, הדבר מוגדר כ"ביאה" לכל דבר וחייבים על ביאה זו מלקות כריתות ומיתת בית דין, ביאה כזו אוסרת לכהונה, ולא גרע דינה מטומטום שהיה מכוסה ונקרע ונמצאת נקבה.

הבאנו שם שכך הובא להדיא משמו של הגר"ש אלישיב זצ"ל שנשאל על הדבר (ספר קב ונקי מהגאון רבי יצחק זילברשטיין, סי' תקח, עמ' 461, ובארוכה בשיעורי תורה לרופאים ח"ד סי' רסה עמ' 371), ופסק שמותר לחיות חיי אישות עם אשה זו.

ביאורם של דברים כפי שכתב גם הגר"י זילברשטיין (שם, וראה גם בספר הרפואה כהלכה להר" אברהם שטיינברג, חלק ב, עמוד 29):

"כאשר וולד נולד בלי אברי זכר וכלי אברי נקיבה, אין אבר מלאכותי הופכו לנקבה. משא"כ בנידונינו שהיה ברור שוולד זה היא נקבה, שהרי היו לה אברי נקיבה בלבד, ורק נרתיק לא היה לה, ואם כן כאשר אנו פותחים לה פתח באותו מקום שהיה אמור להיות פתוח, הרי זה כאילו שאנו מוציאים חתיכת בשר שסתמה את הנרתיק, וכשהוסר הבשר הרי זה נרתיק אמיתי, כיון שזהו מקומו, של נרתיק אצל אשה, והרי בלי ספק היה דינה כמו של אשה".

בהמשך הוכחנו כן גם מדברי הגרא"י וולדנברג זצ"ל (שו"ת ציץ אליעזר חלק ט"ז סי' ד', וחלק כ"ב סי' נד), שנשאל על הדבר באשה שלא היו לה נרתיק ורחם כי אם שחלות, והרופאים עשו לה נרתיק בנתוח פלסטי בכדי שתוכל לקיים יחסי אישות באופן שאדם בלתי מקצועי לא יוכל לגלות שאין מדובר בנרתיק טבעי, והחתן אינו יודע כלל על הבעיה של אשתו, ונשאל בעל הציץ אליעזר האם חובת הרופא לספר לחתן גם אם הוא לא פונה אל הרופא. ופסק בעל הציץ אליעזר שהרופא חייב לגלות לחתן על אף שהחתן לא פנה אליו מחמר חוסר ידיעה מהחיסרון, והגם שהאשה ביקשה ממנו שלא לספר לו, אין לו לשמוע לה, מאחר שלאשה אין רחם ולא תוכל להביא ילדים לעולם, וכי הדבר כלול בכלל אזהרת התורה של "לא תעמוד על דם רעך" לאמלל בחור להטמין לו פח מראש שלא יוכל להביא תולדות בחייו ויהא מנוע מלקיים מצות פריה ורביה ולעסוק בבנינו של עולם, ובהיודע לו לאחר מכן ילקה בהלם גדול אשר יוכל כתוצאה מזה לחלות בגופו או בנפשו.

והוסיף הציץ אליעזר שהדעת נוטה לומר שיש בכהאי גוונא גם חשש משום הוצאת זרע לבטלה, כמטיל על עצים והאבנים, בהיות ואין כאן משום צד בשר מבשרה הטבעי של האשה, ועוד חזון למועד לברר זאת בע"ה ובל"נ, ובנידונינו ברור הדבר שגם בלי זה מחויבים לספר ולהודיע לו מחסרונה וכנ"ל, ע"כ.

ומתוך דבריו הארוכים שם מבואר להדיא דהחיסרון באשה זו שאין לה רחם ונרתיק הנעלם מעיני החתן, הינה רק חסרון הרחם שאינה יכולה להביא ילדים לעולם, אבל לא חיסרון בעצם הביאה ובחיי האישות, ומשום שדינה כאמור כביאה לכל דבר ככל אשה דעלמא וכנ"ל, כפי שאכנ

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כתב בעל הציץ אליעזר בדבריו במקום אחר (חלק ז' קונטרס אורחות המשפטים פ"ה אות טז), באשה שהשתילו לה רחם מאשה אחרת שאין צריכה להודיע את הדבר לחתן ואין זה נחשב כמום.

ומשכך, גם כשכבר נחית לחסרון דהנרתיק בכה"ג שבנו לה נרתיק בניתוח פלסטי, כתב להסתפק אך ורק משום חשש הוצאת זרע לבטלה ולא שום חיסרון אחר כלל, וספיקו הינו משום דהוה: "כמטיל על עצים והאבנים בהיות ואין כאן משום צד בשר מבשרה הטבעי של האשה". וגם על זה הוסיף לבאר בתשובתו השניה הנ"ל דהשאלה העיקרית שנשאל היה האם מחובת הרופא להודיע על כך לחתן שעומדת להינשא לו מבלי כל חשש ללה"ר. ומבואר מדבריו דגם ככל שניכנס לבית הספק האם יש חשש הוצאת זרע לבטלה – מה שלא הכריע הדבר בבירור וכי לא זו הייתה השאלה העיקרית, כל זה היינו משום שאין כאן משום צד בשר מבשרה הטבעי של האשה, אבל לא משום שלא חל על זה דין משכבי אשה וכאילו חקקו מקום כמוה בירך וכבא דרך אברים. והוא כמו שנתבאר דודאי חל על זה דין משכבי אשה לכל דבר, והדבר מוגדר כ"ביאה כדרכה" לכל דבר, ורק לעניין חשש זרע לבטלה כתב לדון בדבר בהיות ואין כאן בשר מבשרה הטבעי של האשה.

ובאמת גם חשש זה של הוצאת זרע לבטלה, כבר הכריע הגרי"ש אלישיב זצ"ל שאין בזה שום חשש ומותר לחיות חיי אישות עם אשה זו וכנ"ל, ומשום שלאחר בניית הנרתיק מטבעת של המעיים של האשה על ידי כריתה של מקטע מהמעזי או גיוס שתל עור מאזור הבטן או הירך או מרירית הלחי והפיכתו לנרתיק, הרי נהפך מקום זה להיות חלק מבשרה ממש לכל דבר ועניין. ולא ברור באיזה אופן דיבר בעל הציץ אליעזר. ועל כל פנים, גם הוא לא הכריע בבירור לאיסור, ולהלכה למעשה ודאי יש לסמוך על הגרי"ש אלישיב זצ"ל שאין בזה שום חשש אף לא חשש זרע לבטלה, ומותר לחיות חיי אישות עם אשה כזו.

בפסק דין האמור הארכנו להביא שעצם דין זה יש להביא לו סימוכין וראיות מכמה מקומות, ולאחר החיפוש הבאנו אף מגדולי הדור בדור שלפנינו שכבר הכריעו את הדין ככיוצא בזה, ומדבריהם אף יש ללמוד לנידון דין ממש. הוכחנו וביססנו וכן מוכח ומבואר מדבריהם וראיותיהם של הגדולים ז"ל שאין הבדל בין השתלת נרתיק מאשה אחרת לנרתיק שנעשה מבשרה של האשה, ועל פיהם יישק כל דבר ואף הגרא"י וולדנברג זצ"ל עצמו מביא לדברי גדולים אלו (בביטוי "גדול הדור"), ראה שם בדברינו בארוכה.

כל זה דלא כמו שכתב עמיתי לקבוע להיפך מסברא וללא שום מקור, דביאה על אשה זו נקראת ביאה דרך אברים ואין אפשרות להחיל באשה זו כלל נישואין, ולא חייבים על ביאה זו מלקות כריתות או מיתת בית דין ואין ביאה כזו אוסרת לכהונה, וכן קבע בהמשך דבריו לעניין איסור זרע לבטלה שאסור למי שזרעו ראוי להוליד לישא מי שעשו לה נרתיק מלאכותי.

הגדיל עמיתי לחלוק על הנאמר בעניין זה להיפך משמיה דפוסק הדור הגרי"ש אלישיב זצוק"ל, וקבע מעצמו וללא אסמכתא כלשהיא שהדברים שנאמרו משמו של פוסק הדור אינם תואמים לא את המציאות ולא את ההלכה, ובהמשך דבריו אף הטיל דופי בכך שלא ברור שהוסברה לגריש"א המציאות ומה הוא מהות הנרתיק שנוצר ומהותו ותבניתו של נרתיק מקורי, וקבע שהסברא שהעדר נרתיק הוא כמו נרתיק שאין בו חלל היא סברא רחוקה מן הדעת. תמה אני עד למאוד על הדברים שהוציא עמיתי מתחת ידו וחילק שם מסברת עצמו ועשה תורה חדשה ללא שום מקור ואסמכתא, עד כדי הטלת דופי בזה שלא הוסברה לגריש"א המציאות ומה הוא מהות הנרתיק, אתמהה עד למאוד על דברים אלו שיצאו מתח"י.

כאמור בפסק הדין, אשה שנולדה ללא נרתיק ומקום כמוה בשאר נשים, והרופאים עושים לאשה זו נרתיק מלאכותי שתהא ראוי לאישות לבוא עליה כדרך כל הארץ, הרי שביצירת הנרתיק חלים דין משכבי אשה לכל דבר, האשה הזו הינה בת נישואין וחלים נישואיה לכל דבר ואם מתה מטמא לה ויורשה, הדבר מוגדר כ"ביאה" לכל דבר וחייבים על ביאה זו מלקות כריתות ומיתת בית דין, וביאה כזו אוסרת לכהונה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

תשובות מגדולי הדור

לאחר מתן פסק הדין הגיע לידי שני מכתבים מעמודי ההוראה גדולי הדור שליט"א, שהביעו דעתם מפורשות בעניין הזה כמו שכתבנו.

המכתב הראשון הינו תשובה שקיבלתי מהגאון הגדול רבי משה שאול קליין שליט"א, דיין ומורה צדק בביד"צ של מרן הגר"ש ואזנר זצ"ל ורב שכונת אור החיים בני ברק, שהכריע כן להלכה, שדין אשה זו כדין שאר הנשים והרי היא בת נישואין ואין כאן חשש זרע לבטלה, והעיד שכן דעת זקני המורים.

להלן נביא העתק וצילום מהתשובה ששלח אלי:

RABBI MOSHE SHOUL KLEIN

Dayan in Beth Din of Hagaon Harav Wozner Zatzal
and Rabbi of "Or Hachayim" area Bnei Brak

מנשה שאול קליין

דומ"צ בביד"צ דמרן הגר"ש ואזנר זצלה"ה
ורב שכונת "אור החיים" בני ברק

ב"ה, יום ר"ח אדר תשפ"ג לפ"ק

לכבוד הרב הגאון צבי בוקשפן דיין בבית הדין הרבני בנתניה

אשר נשאלתי באשה שנולדה ללא פתח אותו מקום, והרופאים עשו כמין פתח מלאכותי כדי שתוכל להנשא ולקיים חיי אישות תקינים, ויש לה שחלות מתפקדות, וגם היה לה שתי רחמים קטנים שהוציאו אותם בקטנותה, ונשאלתי שתי שאלות. א. האם הפתח המלאכותי שנעשה במקומו אין לו דין פתח טבעי, וממילא אסור לבעל לשהות אתה כי יש איסור זרע לבטלה. ב. האם שייך בזה דיני נישואין לענין אשת כהן לטמא לה.

תשובה.

נראה שדין אשה זו כדין שאר הנשים, והרי היא בת נישואין, וכן אין כאן חשש זרע לבטלה, ועל אף שאין לי ראיה מוכחת מ"מ כן נראה הדבר להלכה, וכ"ד זקני המורים.

ועל זה באתי עה"ח

מנשה שאול קליין



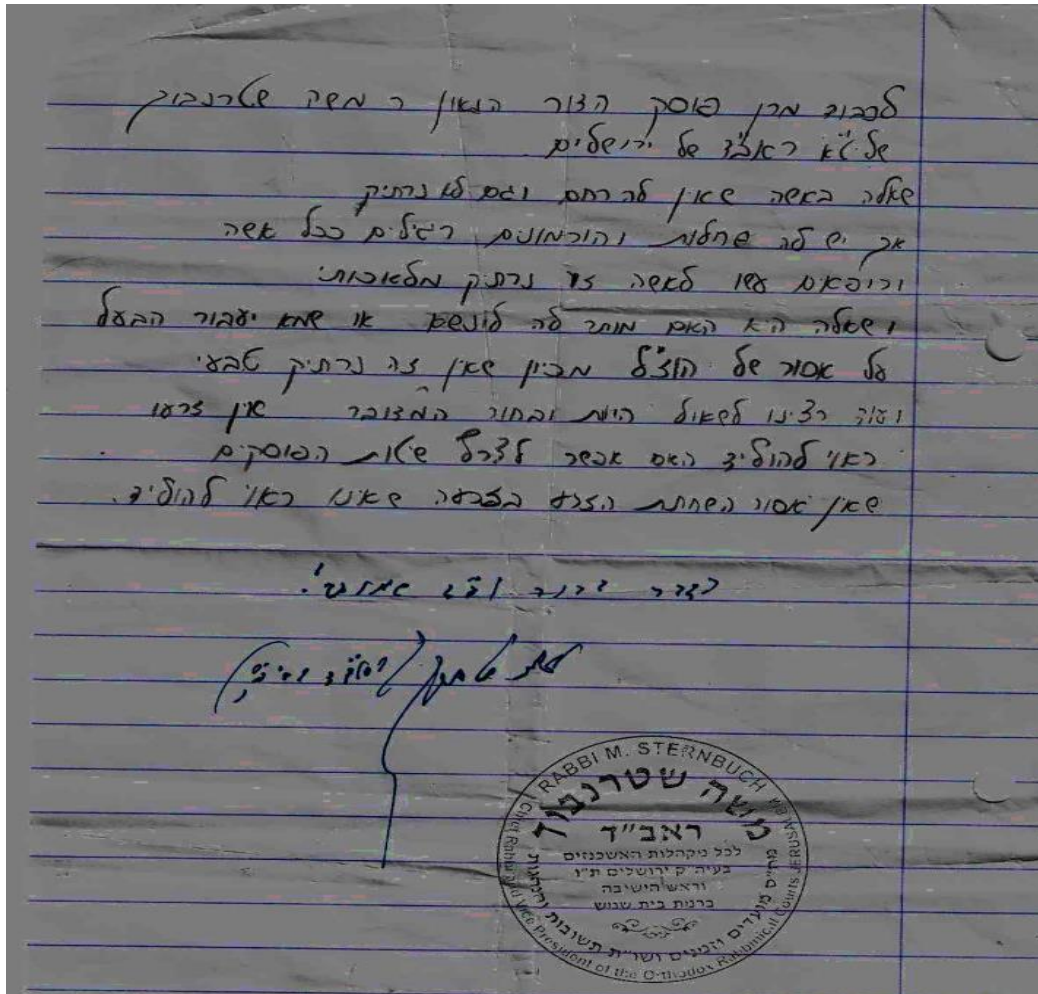
מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לאחר השתדלות ועיסוק בנושא, אינה ה' לידי מכתב נוסף, תשובה בכת"י מראב"ד העדה החרדית הגאון הגדול רבי משה שטרנבוך שליט"א, מחבר הספרים "מועדים וזמנים" ו"שו"ת תשובות והנהגות", שנשאל בזמנו על הדבר והורה שהדבר ברור ופשוט להיתר.

המכתב הועבר לי על ידי נכדו, לדבריו אף דיבר עם זקנו על הדבר, והיה פשוט ליה כ"ביעתא בכותחא" שאשה זו הינה בת נישואין לכל דבר ועניין, וכי אין בדבר שום חשש כלל.

להלן העתק וצילום מהשאלה ומהתשובה שהשיב בכתב ידו:



סוף דבר:

דין האשה כדין שאר הנשים, האשה הינה בת נישואין ויכולה להינשא לכל גבר דיתיציבין (לכל אדם שתוצה להינשא), ואין בדבר שום חשש כלל.

החלטה זו ניתנת לפרסום לאחר השמטת פרטים מזהים.

יש לפרסם את ההחלטה יחד עם פסק הדין מיום כ"ד בכסלו התשפ"ג (18/12/2022).

ניתן ביום כ"ב בסיון התשפ"ג (11/06/2023).

הרב צבי בוקשפן