

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 9824/3

בבית הדין הרבני האזורי אשדוד
לפני כבוד הדיינים:
הרב עידו שחר

המבקשת: פלונית
נגד
המשיב: פלוני

הנדון: חזקת בני זוג כנשואים; תוקפם של נישואין פרטיים

פסק דין

לפנינו בקשה לקביעת מעמד לזוג.

הצדדים שלפנינו הוצגו בבקשה כמבקשת ומשיב, אך בפועל נהגו כמבקשים שמייצגים את אותה עמדה בפני ביה"ד, וכך יוזכרו בפסק דין זה.

המבקשים היו נשואים כדמו"י והתגרשו לפני 23 שנה. בדיון שהתקיים בהרכב חסר התברר שזמן קצר לאחר גירושיהם הצדדים חזרו לחיות יחד, ובחודש יולי שנת 2,000 נולד להם בן נוסף. המבקשים מסרו שלפני כעשור נערך טקס נישואין פרטיים על ידי רב שהם לא ידעו לומר מה שמו. המבקשים טענו שאין בידם כתובה, אך זמן קצר לאחר מכן התברר שלא אמרו אמת, כאשר התקבל לתיק עותק של כתובה שנערכה לפני חמש שנים, ולא לפני עשר שנים כפי שטענו תחילה.

בתום הדיון הראשון, בהיעדר ראיה כל שהיא לקיומו של טקס נישואין, דחה ביה"ד את בקשת המבקשים להכיר בהם כזוג נשוי, הורה על רישומם ברשימת מעוכבי נישואין והפנה אותם ללשכת הנישואין במועצה הדתית אשדוד, לצורך הסדרת מעמדם.

לא חלף זמן רב, והמבקשים הגישו לתיק עותק של כתובה. לאור גילוי המסמך, הורה ביה"ד למבקשים להגיש בקשה חדשה לאישור נישואין ולפעול בהתאם לנהלים הרגילים. המבקשים לא הגישו בקשה חדשה, ונימקו זאת בכך שהם אינם מאתרים את הרב ואת עדי הקידושין שחתמו על הכתובה. בהודעה נוספת מטעם לשכת הנישואין ברבנות באשדוד, התבקש ביה"ד להורות לרב רושם הנישואין כיצד לנהוג במבקשים, האם לערוך להם חופה גמורה או חופת העמדה בלבד. ההבדל בין שתי האפשרויות נוגע להגדרת מעמדם האישי של המבקשים כעת, לאור הצהרתם שחזרו לחיות יחד אחרי הגירושין, ושנישאו כדמו"י.

להלן נדון גם במשמעותה של הכתובה שצורפה לתיק כראיה, הן לגבי הנישואין שהיו לטענת המבקשים, והן לגבי הנישואין החדשים שיידרשו על מנת להסדיר את מעמדם.

טרם נרד לדין, עלינו להבהיר את המסגרת המשפטית הלכתית שבה מתקיים הדיון. המבקשים כאמור הגישו בקשה לקביעת מעמד אישי שבנוהל הקבוע מתבררת לפני הרכב חסר. לאחר שביה"ד החליט לדחות את הבקשה, ולאור העובדה שהמבקשים לא הגישו בקשה לאישור נישואין, ולא השלימו פרטים כנדרש ממי שמגיש בקשה כזו, אין עוד מקום לדון בקביעת מעמדם,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אלא בשאלה שהופנתה לביה"ד על ידי לשכת הנישואין ברבנות אשדוד, שהיא במהותה שאלה בדיני איסור והיתר שכל רב מוסמך רשאי לדון בה ביחיד, ואין צורך לקיים דיון בהרכב.

אמנם כן, המו"מ ההלכתי בפסק דין זה עוסק בשאלות מהותיות בענייני מעמד אישי ודיני ערוה החמורה שבדרך כלל ביה"ד דן בהם בהרכבו המלא. ואם ישוב ביה"ד ויידרש לדון בקביעת מעמדם האישי, הדיון בשאלות אלו יעשה במושב תלתא לאחר דיון ממצה כנדרש. אולם, משהסתיים הדיון במעמדם האישי של המבקשים ונותרה לפנינו רק השאלה שהופנתה מלשכת הנישואין, שהיא שאלה באיסור והיתר כאמור, יכריע בה ביה"ד בהרכב חסר.

הקביעות העובדתיות וההלכתיות שבפסק דין זה, כוחן יפה ביחס לעניינים שנדונים בדין יחיד. אם בעתיד יתפתח דיון באותם דברים, בעניינים שמחייבים החלטה במושב תלתא, יעמדו כל הקביעות הללו לבחינה מחודשת על ידי כל חברי המושב, והח"מ בכללם.

חלק א': איש ואשה שהצהירו שנישאו כדמו"י והוחזקו כנשואים

המבקשים דנו היו נשואים כדמו"י והצהירו לפנינו שחזרו לחיות יחד זמן קצר לאחר גירושיהם. עובדה זו שנדון במשמעותה בהמשך, לא התבררה לפנינו בעדות גמורה, מלבד העובדה המתועדת שנולד לצדדים ילד נוסף לאחר הגירושין, שמסתבר שאיננו תוצאה של קשר זוגי חד פעמי.

אולם, לצורך הדיון ההלכתי שלהלן, יתייחס ביה"ד אל הצהרת הצדדים כאל עובדה מוגמרת, מתוך הנחה שלצדדים לא יהיה כל קושי להוכיח את עובדת חזרתם לחיים משותפים וממושכים בעדות כשרה אם ירצו בכך.

ההודאה בעובדה זו מחייבת את הצדדים בגט מספק. אין כאן המקום לדון בצדדיה של סוגיית המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי. המבקש להחכים יעיין בפסק דין שניתן בביה"ד הרבני הגדול ביום כ"ב באדר תשע"ג (תיק מס' 891549/1 - נימוקי הגר"י אלמליח שליט"א) שבו הובאו הנדונים ההלכתיים בסוגיית זו. ומשם בארה, שעל אף שבנדון דידן הצדדים חזרו לחיים משותפים זמן קצר לאחר גירושיהם, מתוך כוונה לחדש את הקשר הזוגי ביניהם, ואף הביאו ילד לעולם, ועל אף שהצהירו שהקפידו על שמירת טהרת המשפחה בכל התקופה, לא הוי אלא ספק קידושין. ואפילו לדעת מרן השו"ע (אה"ע סי' קמ"ט סעי' א') במגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי דהוי ודאי קידושין.

המבקשים אם כן הם לכל הפחות ספק נשואים כדמו"י. הדיון הוא האם לאור הצהרתם שנישאו כדמו"י בטקס פרטי יש לדונם כוודאי נשואים. על אף שכאמור, לא הובאה לכך ראשית ראייה.

הנה ז"ל הרמב"ם (הל' איסור"ב פ"א הכ"א) והשו"ע (אה"ע סי' י"ט סעי' ב') :

איש ואשה שבאו ממדינת הים, היא אומרת: זה בעלי, והוא אומר: זו אשתי,
אם הוחזקו בעיר שלשים יום שהיא אשתו, הורגין עליה.

מקור הדין מהירושלמי קידושין (פ"ד ה"י) דאיתא שם:

תני איש ואשה שבאו ממדינת הים, הוא אומר אשתי היא והיא אומרת בעלי
הוא אין הורגין עליהן משום אשת איש. הוחזקו הורגין עליהן משום אשת
איש. עד כמה היא חזקה, ר' יונה ר' בא רבי חיייה בשם רבי יוחנן עד שלשים
יום.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובטעמא דהא דהאיש והאשה צריכים לומר זה בעלי וזו אשתי, כתב בש"ג (קידושין ל"ב ע"ב מדפי הרי"ף אות ב') בשם ריא"ז:

וכמה היא החזקה, שלשים יום, כמו שמבואר בתלמוד ארץ ישראל. וכיוצא בזה אמרו במי שהוחזק שמו בעיר שלשים יום כמו שביארנו בפרק כל הגט¹.

ובשו"ת נוב"י (קמא אה"ע סי' נ"ד) הקשה מדוע צריכים לומר שהם נשואים ולא סגי בכך שהוחזקו כאיש ואשה. ובמה הדבר שונה ממה שנפסק ברמב"ם (שם ה"כ) ובשו"ע (שם סעי' א'):

מי שהוחזק בשאר בשר, דנין על פי חזקה זו אף על פי שאין שם ראייה ברורה שזה קרוב, ומלקין וחונקין וסוקלין על חזקה זו.

ובח"מ (שם ס"ק ב') כתב על פי דברי הש"ג שם שיובאו להלן, דאף בחזקה דשאר בשר בעינן ל' יום. וכתב שכן משמע מלשון הגמ' (קידושין פ' ע"א): איש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו בתוך הבית נסקלין זה על זה, דדווקא הגדילו איזה זמן בתוך הבית. גם מהראיה שהביא הרמב"ם ממכה ומקלל אביו שעונשו מיתה משמע דדווקא כשהמכה הוחזק לבנו עד גיל י"ג שנה.

ומכל מקום לא בעינן בקורבה דשאר בשר אמירה שהמוכה הוא אביו ושהנבעלת היא קרובתו כדי שייענש עליהם. והקשה הנוב"י מאי שנא קורבה דשאר בשר מקורבה של נישואין? ותירץ שקשר של נישואין שנוצר על ידי מעשה קידושין אינו ודאי ויכול להיות על תנאי, וקשר של קורבה שנוצר על ידי תולדה הוא ודאי ואינו יכול להיות על תנאי. לכן מי שהוחזק בשאר בשר, הוא בוודאי קרוב, וסוקלים על פי החזקה בלי אמירה מצד המוחזקים. אבל איש ואשה שהוחזקו נשואים, הם לא ודאי נשואים שמא נעשה תנאי בקידושין, עד שיאמרו שהם נשואים².

משמע מדבריו שלסילוק החשש שהנישואין אינם וודאיים סגי באמירה בעלמא של האיש והאשה שהם נשואים, וסוקלים על פיה לאחר שהוחזקו ל' יום, ולא אמרינן שהאיש והאשה אינם נאמנים לחוב לעצמם, דאמירה זו אינה מוכיחה שהם נשואים, אלא מסלקת את החשש שמא הנישואין אינם וודאיים, והדר הוי ליה חזקה גמורה. ולשם כך סגי באמירה בעלמא.

וכן משמע בש"ג שם שכתב לפני הדברים הנ"ל על הדין של אשה שלבשה בגדי נידות וז"ל:

חזקה היא על פי המנהג וההרגל שרואין אותה העולם שנוהגת בו כדרך בן, וכן הנדה לובשת בגדי נדותה ונוהגת כדרך נדה ועל פי עצמה מוחזקת בכך, אבל אם לא הוחזקה על פי המנהג, אין עונשין אותה על פי עצמה.

כלומר, שאשה שלבשה בגדי נידות אינה נענשת על פי המעשה שלה עצמה אלא על פי החזקה שהוחזקה על פי המעשה שעשתה. ואם הדין כך במעשה, ק"ו כדיבור שאדם אינו נענש על פי עצמו אלא על פי החזקה שהוחזקה על פי דיבורו. כ"כ האחרונים בביאור הדבר. עי' סדרי טהרה (יו"ד סי' קפ"ה אות א' ד"ה הוחזקה וד"ה כתב הרמב"ם) שכן מוכח ברמב"ם (שם הכ"א), וכ"כ במהרי"ק (סי' פ"ז) ובשו"ת הרמ"א (סי' ב'). עי' ראש פינה (על הב"ש אה"ע שם ס"ק ב'). ועי' להלן שכן מוכח

¹ באוצה"פ (אה"ע סי' י"ט ס"ק ז' אות א') הביא קושיית האחרונים, דמה עניין החזקת שם של איש להחזקת איש ואשה כנשואים? ותירוץ, שהראיה היא על משך הזמן, שתוך שלושים יום דרכם של דברים להתברר, ואם דבר מה הוחזק יותר מל' יום, כנראה שלא יתברר איפכא.

² ובאוצה"פ (שם ס"ק ד' אות א') כתב שכן דעת עוד אחרונים. ויש מהם שכתבו שהנהגה כאיש ואשה נשואים אינה מוכיחה דבר, שאפשר שהם חיים באיסור או שהיא פילגשו. לכן, רק כשאומרים שהם נשואים הוי חזקה על פי הנהגתם. ויש חולקים על הנוב"י וסוברים שאף בחזקה דשאר בשר בעינן אמירה. ועי' להלן.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מדברי המהרי"ק וכל האחרונים, אף הסוברים שאמירה לחוד מחזיקה, עיקר החזקה היא בדעת בני אדם שהאיש והאשה הוחזקו אצלם כנשואים או כקרובים.

ולפי האי טעמא נראה שדיבור לא מהני להחזיק אדם למפרע. כגון, איש ואשה שחיו יחד ל' יום, ובאו לביה"ד ואמרו שהם נישאו זה מכבר, לא הוחזקו כנשואים על פי דבריהם, אלא אם כן יוחזקו מכאן ואילך ל' יום כנשואים וודאי על פי דבריהם.

גם מהראיה שהביא הש"ג הנ"ל מהדין של מי שהחזיק את שמו בעיר ל' יום משמע שאמירה לא מועילה למפרע, אלא רק מכאן ולהבא האיש והאשה מוחזקים בין הבריות לנשואים בוודאי על פי האמירה. ולהלן יובאו דברי הש"ש שכתב שדיבור של בעל דבר מועיל להחזיקו באיסור כשם שעדות של עד אחד מועילה להחזיק באיסור. וגם לפי טעמו פשוט, שדיבור מועיל להחזיק מכאן ולהבא אך לא למפרע.³

והנה מלשון הש"ג משמע שהשווה את הדין של אשה שלבשה בגדי נידות לדין של אשה שנהגה בילד כבנה. ולפי זה לכאורה בעינין שהאשה תלבש בגדי נידות ל' יום, כשם שבעינין שהאם תנהג בילד כבנה במשך ל' יום. אולם, בח"מ שם שהביא את דברי הש"ג כתב שבלבשה בגדי נידות סגי בפעם אחת, ונתן טעם שהחזקה היא לפי מנהג העולם, ולפי המנהג אשה אינה לובשת בגדי נידות ל' יום אלא כמה ימים.

אולם, בב"ח (אה"ע שם אות א') כתב שבכל החזקות לא בעינין ל' יום, אלא מיד כשהוחזקו על פי עצמם כאיש ואשה נשואים או כקרובים נאסרו זה על זה, ונענשים זה על זה, כשם שאשה שלבשה בגדי נידות הוחזקה מיד כנידה ואם שמשה עם בעלה לוקה, דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי. וכתב שחזקה ל' יום לא מעלה ולא מורידה, דאם אינה מועילה לאלתר איך תועיל לאחר ל' יום. והא דכתב הרמב"ם דבעינין שיוחזקו ל' יום הוא דווקא באיש ואשה שאמרו נשואים אנו, וכלפי עלמא, דהיינו כלפי מי שבא על האשה, שעד ל' יום לא נתפרסם הדבר שהיא אשת איש, והוא אינו נענש עליה, ולאחר ל' יום נתפרסם הדבר והוא נענש עליה, אבל כלפי אנשים שהוחזקו שהם קרובים על פי דיבורם, וכן כלפי איש ואשה שהוחזקו נשואים על פי דיבורם, לא כתב הרמב"ם כן, אלא הוחזקו מיד על פי הודאתם ונענשים על פיה.

ועי' להלן שכ"כ הש"ש בשם התבואות שור (בספרו בכור שור, קידושין פ"א ע"א ד"ה בגמ' בעלה) שהודאת האיש והאשה מהניא כלפי עצמם לאלתר, ולא בעינין שיוחזקו ל' יום.

והנה הב"ח לא הביא את דברי הש"ג. ובב"ש שם כתב שמהש"ג לא משמע כדבריו. אך אין כל כך הכרח, שאפשר לפרש את ראית הש"ג מהדין של איש שהחזיק ששמו פלוני ל' יום בדרכו של הב"ח, שאדם שבא לעיר מוכר ומוחזק בשמו ובמעשיו בתוך ל' יום, והוא הדין איש ואשה נשואים מוכרים ומוחזקים כנשואים תוך ל' יום, ומי שבא על האשה לאחר ל' יום בוודאי ידע מכך ונענש עליה, אבל כלפי האיש והאשה עצמם, לא בעינין ל' יום, והוחזקו מיד על פי הודאתם. שפשוט שאף לפי הב"ח החזקה עושה את הדין ולא הדיבור, דאין אדם נאמן לחייב את עצמו במיתה ומלקות (ועי' ביד המלך על הרמב"ם (איסור"ב פ"א הכ"א) שהקשה כן על הב"ח), אלא על פי דיבורו הוחזק אצל בני אדם שמקבלים את דבריו ולא מפקפקים בהם, מעין מה שאמרו חכמים לגבי דיני ממונות שהודאת בעל דין כמאה עדים, ואנשים לא מפקפקים בדבריהם, כך בדיני איסורים אנשים

³ עי' אוצה"פ (שם ס"ק ה' אות ג') שהביאו את דברי הש"ש ועוד פוסקים שמשמע מדבריהם שדיבור לא מהני למפרע. אולם, הודאה של איש ואשה על כך שהוחזקו במעשה, יש לדון בה אם מהניא למפרע, עי' אוצה"פ (שם אות ח').

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מקבלים את דברי האיש והאשה על עצמם ולא מפקפקים בהם⁴. ויש אחרונים שסוברים שאף הב"ח מודה שדיבור בעלמא אינו עושה חזקה, ובב"ח מיירי במחזיק את עצמו בדיבור ובמעשה כמה ימים, דמהני הדיבור בהדי המעשה⁵.

והט"ז (אה"ע שם ס"ק א') הביא את דברי הב"ח וחלק עליו, וכתב שאין חילוק בין חזקת קורבה לחזקת אישות וחזקת נידות, ובכולן נאמרו אותם חילוקי דינים.

א. חזקה על פי אמירה, כגון איש ואשה שבאו ממדינת הים ואמרו שיש ביניהם קשר של נישואין או קשר של קורבה של תולדה, אינה חזקה עד ל' יום. שבפחות מל' יום, יכול המחזיק לחזור בו מאמירתו באמתלא⁶.

ב. חזקה על פי הנהגה, כגון איש ואשה שגדלו יחד כקרובים או כזוג נשוי, הוחזקו מיד, שאין חזקה זו תלויה במשך זמן אלא במציאות⁷.

ג. חזקה על פי מעשה, כגון אשה שלבשה בגדי נידות אפילו יום אחד, הוחזקה כנידה, ואם נבעלה לבעלה נענשים שניהם, ולא מועילה אמתלא נגד מעשה אפילו בתוך ל' יום⁸.

וכתב הט"ז דהא דבעינן ל' יום בחזקה על פי אמירה היינו לגבי העונש, שאין עונשים בתוך ל' יום, דלגבי האיסור, באמירה לחוד סגי לאסור לאלתר, מדין שוויא אנפשיא חתיכא דאיסורא.

ובב"ש (שם ס"ק ב') כתב את החילוק שכתב הט"ז בשמו ובשם הח"מ. ובבאה"ט (אה"ע שם ס"ק ג') העתיק את דברי הב"ש. וכ"כ גם בש"ש (ש"ו פ"י). אולם, בראש פינה שם העיר שזו ט"ס, שבח"מ לא נזכרו החילוקים הללו. וכ"כ בעצי ארזים על הב"ש שם, דמש"כ הב"ש בשם הט"ז דאיכא חזקה על פי אמירה וא"א לחזור באמתלא לאחר ל' יום, ליתא בח"מ. מכל מקום מבואר בב"ש שהוא סובר כדעת הט"ז.

ועל מה שכתב הט"ז דכלפי איסור לא בעינן ל' יום דשוויא אנפשיא וכו', כתב הב"ש: דגם בזה מהני אמתלא אם לא ראינו שנוהג עמה כאיש עם אשתו. דאם נהג עמה כאשתו לא מהני אמתלא בתוך ל' יום דומיא דלבשה בגדי נידות.

מבואר בב"ש דבהחזקו על פי אמירה לא בעינן שינהגו כאיש ואשה או אח ואחות בתוך ל' יום, דל' יום אלו אינם אלא שיעור זמן לנתינת אמתלא, ואין צורך שבאותם ימים יעשה מעשה שיחזק את האמירה.

⁴ כע"ז באוצה"פ (שם ס"ק ז' אות ג') בשם מחברת הקודש בדעת הב"ח.

⁵ אוצה"פ (שם ס"ק ז' אות ב') בשם שו"ת פני יהושע (ח"א סי' א').

⁶ עי' אוצה"פ (שם ס"ק א' אות ג') בשם שו"ת דבר אליהו שנתן שני טעמים להא דלא מהני אמתלא לאחר ל'. דאמתלא מהני בדיבור שמוחזק זמן קצר, ולא בדיבור שמוחזק ל' יום, דל' יום דמי למעשה דלא מהני ביה אמתלא. וכן דאמתלא מהני בדיבור שלא התפרסם, ולא בדיבור שהוחזק ל' יום שהתפרסם בעיר.

⁷ כך משמע מדברי הט"ז. אולם, עי' באוצה"פ (שם ס"ק א' אות ב' ו-ד') בשם הרדב"ז שכתב שבכל החזקות שממיתים על פיהם נאמר שיעור אחד של שלושים יום. והביא ראיה מסוגיית הגמ' בקידושין שם. ובשם שו"ת משיבת נפש כתב שחילק בין חזקה על פי הנהגה של איש עם אשתו לאם עם בנה לחזקה על פי מעשה דלבשה בגדי נידות, שהנהגה של קורבה יכולה להיות מסיבות אחרות, לכן רק כשהוחזקה ל' יום הוי חזקה גמורה.

⁸ עי' אוצה"פ שם בשם בעל הנתיבות לשבת שכתב בתינוק שכתב אחריו אימו דלא בעינן חזקה ל' יום וסגי ביום אחד. ובשם הרדב"ז ובעל הזכרון יוסף כתב שגם בחזקה דכרוך אחריו אימו בעינן חזקה ל' יום.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ולעיל הבאתי את דברי הנוב"י שחילק בין הוחזקו כנשואים, שאינם ודאי נשואים ללא אמירתם, להוחזקו קרובים, שהם ודאי קרובים ללא אמירתם. ולכאורה פליג על מה שכתב הט"ז שבכל החזקות נאמרו אותם חילוקי דינים, שז"ל הט"ז שם:

דוודאי אין חילוק כלל ביניהם כמו דאיתא בפרק עשרה יוחסין שם איש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו תוך הבית וכו', הרי שכולן שווין, הן אישות הן קירוב תולדה, ובכולן אם נתגדלו כבר הורגין עליהם. ובבאין ממדינת הים שבא האיסור עליהם מחמת אמירתה בעינין ל' יום לענין ההריגה.

מבואר בט"ז שבנתגדלו כאיש ואשה איכא חזקת אישות והורגים על פיה ללא אמירה של האיש והאשה.

ואפשר שהנוב"י מודה לחילוק הט"ז והב"ש, ומה שכתב דבעינין אמירה בחזקת אישות, היינו דווקא באופן שיש מקום להסתפק בתנאי, אבל איש ואשה שחיים יחד זמן רב עד שאין מי שמטיל ספק בהיותם נשואים בוודאי ללא תנאי, דומיא דאח ואחות שנתגדלו ביחד, שפיר הוי חזקה בלי אמירה.⁹

אמנם ביד המלך (שם ד"ה גם הראיה), לבן הנוב"י, כתב בפשטות שהחזקה של שאר בשר ושל איש ואשה נשואים אינה על פי אמירתם, דאין אדם נאמן על עצמו אלא שני עדים בלבד, אלא על פי הנהגתם כאיש ואשה וכאח ואחות. וכתב שאף אם יחזרו שוב ושוב על דבריהם במשך שלושים יום שהם שאר בשר או נשואים זל"ז, דבריהם לא יעלו ולא יורידו.

גם הח"מ פליג לכאורה על הט"ז והב"ש, דז"ל הח"מ שם:

ומלשון זה משמע דחזקה דשאר בשר בעי נמי שלשים יום... וכן משמע פשט לשון הגמרא: איש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו תוך הבית (קדושין דף פ' ע"א), משמע דוקא שגדלו זמן רב... אבל בב"ח לא כ"כ, והביא ראיה מלבישת בגדי נידה דהוי חזקה ליומא, ואין זו ראיה, דהתם א"א לומר שלשים יום, דאין דרך ללבוש בגדי נידה יותר מימים אחדים... דהחזקה לפי המנהג...

משמע מדברי הח"מ שכל החזקות הם במעשה ולא באמירה, והחילוק ביניהם הוא במשך הזמן, שחזקת קורבה ואישות נמשכת ל' יום וחזקת נידות יום אחד, ודלא כט"ז וב"ש שכתבו שחזקת קורבה ואישות היא באמירה או בהנהגה וחזקת נידות היא במעשה. ועי' להלן שכן דעת רבים מן הפוסקים דאין מחזיקים על פי אמירה לחוד אלא על פי הנהגה או מעשה. ובדעת הח"מ אפשר לדחוק דס"ל כט"ז וב"ש, אך לא נראה כן מפשטות דבריו.

אולם בט"ז ובאחרונים שהביאו את דבריו להלכה מבואר שמחזיקים איסור על פי דיבור בעלמא. ומדברי האחרונים שכתבו את אותם דברים בשם הח"מ נראה שהח"מ לא פליג על הט"ז, אף אם לא כתב כן, וזו ט"ס בב"ש כמש"כ בראש פינה שם, בוודאי האחרונים לא היו חוזרים על הטעות אם בח"מ היה כתוב במפורש איפכא.

גם בשב שמעתתא (ש"ו פ"י) הביא את דברי הט"ז והח"מ להלכה ללא חולק. וכתב בשם המשל"מ (הל' איסור"ב פ"כ הי"ג) שגם הדין שכתבו הרמב"ם שם והשו"ע באה"ע ר"ס ג' באחד שבא ואמר כהן אני ונשא גרושה שלוקה, הוא באופן שהחזיק את עצמו שלשים יום ככהונה. והרמב"ם

⁹ באוצה"פ (שם ס"ק ד' אות א') כתב בשם השארית ישראל שבט"ז מבואר שחזקת שאר בשר מהני בלי אמירה מפני שנתגדלו יחד מקטנות והכרנו אותם כאח ואחות, ודלא כנוב"י. ואפשר שהנוב"י לא פליג על מה שכתב הט"ז בחזקה שהוחזקו זמן רב עד שאין לאיש ספק בדבר, דמהניא להחזיק איש ואשה כנשואים אף ללא אמירה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

סתם שם, וסמך על מה שכתב שם בפ"א (הכ"א) באיש ואשה שבאו ממדינת הים ואמרו זו אשתי וזה בעלי, דלא הוחזקו לאלתר על פי דיבורם אלא רק לאחר ל' יום.

וכתב שגם דברי הרמב"ם בהלכות סנהדרין (פ"ט"ז ה"ו) ובהלכות שגגות (פ"ג ה"ב) בעד אחד שאמר על חתיכה שהיא חלב ועל פירות שהם כלאיים ועל אשה שהיא גרושה, דאיסור בעד אחד יוחזק, הוא רק לאחר ל' יום. גם מה שכתב הרמב"ם בהלכות נזירות (פ"ט ה"ז) בעד אחד שאמר לאדם ראיתי שנדרת בנזירות, והוא נהג בנזירות על פיו, ושתה יין שלוקה, הוא באופן שנהג בנזירות ל' יום.

והנה באיסור שמוחזק על פי עד אחד, כלל הרמב"ם שני מיני איסורים, איסור חלב ואיסור גרושה שאינו מוחזק על ידי מעשה אלא על ידי דיבור של העד, ואיסור נזירות שבנוסף לדברי העד מוחזק על ידי מעשה. גם איסור כהונה שמוחזק על פי האדם עצמו, מוחזק על ידי דיבור ועל ידי מעשה שנוהג בכהונה. וצ"ע איך כלל את החזקות הללו יחד? וצריך לומר שבכל המקרים הללו הדיבור של העד או של האדם עצמו במקרה של איסור כהונה, הוא שמחזיק את האיסור לאחר שחלפו ל' יום, אולם בנזירות וכהונה בעינן שינהגו בכך ל' יום, דאם לא ינהגו בכך, הנהגתם כאחד האדם תסתור את האמירה של העד במקרה של נזירות ושל הכהן ותבטלה (ועי' להלן בסמוך שכן מוכח מדברי בעל הסדרי טהרה, שהנהגה סותרת מבטלת את האמירה. ועי' בשו"ת חת"ס (סי' ע"ו) שהנהגה סותרת שקרא לשני בנים באותו שם בניגוד לדרך העולם, עשויה לערער גם חזקת הנהגה של אב וכן במשך עשרות שנים).

וכתב השב שמעתתא שבתבואות שור (שם ד"ה בגמ' בעלה) חולק על המשל"מ, שכתב שאשה שאמרה טמאה אני ולא חזרה בה באמתלא ושמשה עם בעלה לוקה לאלתר, שלגבי עצמה לא בעינן שתוחזק ל' יום, דומיא דמש"כ הרמב"ם במי שאמר כהן אני ובא על גרושה שלוקה, דלא בעינן שיוחזק ל' יום. וכתב השב שמעתתא, שהעיקר כמשל"מ שגם באמר כהן אני אינו לוקה עד לאחר ל' יום, וה"ה באמרה טמאה אני ושמשה עם בעלה בתוך ל' יום דאינה לוקה.

וכ"כ בסדרי טהרה (שם ד"ה כתב הרמב"ם) שאדם אוסר את עצמו כדיבור בעלמא מדין שוויא אנפשיא חד"א, אך אינו נענש עד שיוחזק. ומשהוחזק נענש הוא ואחרים על ידו. והקשה על מש"כ הרמב"ם שם פ"כ (הי"ג) לגבי מי שבא ואמר כהן אני שאם בא על גרושה לוקה ואינו מחללה. דממנ"פ אם הוחזק על פי עצמו ל' יום, גם האשה לוקה ומתחללת, ואם לא הוחזק ל' יום, אף הוא אינו לוקה. והביא את דברי המשל"מ שכתב שהאשה אינה לוקה על פיו אעפ"י שהוחזק. ותמה עליו ממש"כ הרמב"ם לגבי איש ואשה שבאו ממדינת הים ואמרו זו אשתי וזה בעלי, דהוחזקו לאחר ל' יום כאיש ואשה כלפי כולי עלמא.

עוד הקשה, איך הוחזק על פי דיבורו שהוא כהן, הא אינו נאמן לשום דבר שהוא כהן. מוכח מן הקושיא, שעל אף שאדם מחזיק את עצמו באיסור על ידי דיבור בעלמא, הני מילי כשאין ריעותא בדבריו, דאם יש ריעותא בדבריו כמו בדין שם, במי שאמר כהן אני ולא נהג בכהונה, לא מהני הדיבור להחזיקו, דאין הדיבור מחזיק את האדם באיסור אלא דעת בני האדם היא שמחזיקה את האדם באיסור על פי דיבורו. לכן, כשאינו נהג בפועל בכהונה, בני אדם אינם מחזיקים אותו לכהן על פי דבריו.

והנה מפשטות דברי הט"ז והב"ש נראה שהחזקה נוצרת לאלתר על ידי דיבור בעלמא, ול' יום אינם אלא לסלק את האמתלא. אולם, בשו"ת לבוש מרדכי (סי' נ) פשיטא ליה שאף לדעת הט"ז והב"ש והשב שמעתתא בדעתם, הדיבור של בעל הדבר לחוד אינו יוצר חזקה לאחר שלושים

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יום, שמה נודע לאחר שלושים שלא היה ידוע קודם לכן. ורק כשיש בנוסף התנהגות שמחזקת את הדיבור, הוי חזקה¹⁰.

וקשה להלום את דברי הלבוש מרדכי בדברי הט"ז וסיעתו שכתבו להדיא שהדיבור מחזיק, ול' יום אינם אלא לסלק את האמתלא. אולם נראה שגם הט"ז וסיעתו מודים שאין בדיבור כוח סגולי שיוצר חזקה, שמקור דין זה הוא מהירושלמי והרמב"ם. ולעיל העתקתי את לשון הש"ג שכתב שחזקה היא על פי מנהג והרגל שרואים אותו העולם, כדילפינן מהדין של מי שהחזיק את שמו ל' יום בעיר לעניין גיטין¹¹. מבואר שהדיבור לכשעצמו אינו מחזיק, אלא יוצר מנהג והרגל שרואים אותו העולם. ודיבור שאינו יוצר מנהג והרגל לא מהני גם לאחר ל' יום, דאינו מחזיק דבר. ודיבור שיוצר מנהג והרגל לאלתר, מחזיק לאלתר, ואעפ"י כן כתבו הט"ז והב"ש שצריך להמתין ל' יום שבהם ניתן לסלק את הדיבור באמתלא.

ונראה שאין כאן מחלוקת בין האחרונים בדעת הט"ז והב"ש, והכל לפי העניין. שדיבור שבכוחו ליצור מנהג והרגל שיוצרים חזקה, מהני ודי בו. ודיבור שבכוחו ליצור מנהג והרגל אך לא לבד אלא בסיוע של התנהגויות שונות של הנודר, אינו מועיל לחוד לעשות חזקה.

והנה כל הפוסקים שנזכרו עד עתה עסקו בהגדרת חזקה ששורפים וסוקלים על פיה. ומסקנת הדברים עד כה היא שישנם שני מיני חזקות, חזקה על פי אמירה, ומעשה שעדיף מאמירה, וחזקה על פי הנהגה.

חזקה על פי אמירה של בעל דבר, לדעת כמה מן האחרונים חלה לאלתר, דהודאת בעל דין כמאה עדים. לדעת הרבה אחרונים, החזקה תלויה ועומדת עד ל' יום שבהם יכול לחזור בו באמתלא. חזקה על פי עד אחד, לכאורה לא פליגי בה, דעד ל' יום היא תלויה ועומדת. חזקה על פי מעשה שעדיף מאמירה דלא מהני בו אמתלא, לדברי הכל לאלתר.

חזקה על פי הנהגה ללא אמירה חלה לאחר שלפי המנהג הידוע באותו מקום הוחזקה בין בני האדם המציאות שקובעת את הדין.

ומשמע מדברי הגמ' והפוסקים שעל פי חזקה מבררים את המציאות, ודנים על פיה אף בדיני ערוה חמורה ובדיני נפשות. כ"כ בשו"ת רעק"א (סי' קכ"א) שאיש ואשה שהוחזקו כנשואים, והאיש קידש את קרובתה, לא חוששים לקידושין. וכן משמע בשו"ת חת"ס (סי' ע"ו) שנשאל על איש שהוחזק כבנו של אבי אשתו, וטען שהוא אינו אביו, ופסק שהאיש אינו נאמן וחייבים להיפרד זמ"ז, והאשה חייבת לקבל גט מדין שוויא אנפשא חד"א, שהודתה שהאיש אינו אחיה. משמע דאלמלא הודתה לדברי האיש, לא היתה זקוקה לגט.

אולם, בב"ש (שם ס"ק א') כתב בשם המהרי"ק (סי' פ"ז) שחזקה לחוד מהניא לעניין מלקות ולא מהניא לעניין דיני נפשות ללא ראייה. כלומר, דלא סגי במה שהחזיק האדם את עצמו אלא בעינן דבר נוסף שיוכיח שהדבר אמת. כגון, באיש ואשה שהחזיקו את עצמם נשואים, בנוסף לחזקה

¹⁰ הביאו באוצה"פ (שם אות ה'). ועיי"ש שכתב שדיבור של עד אחד שמחזיק דבר איסור מהני לחוד לאחר ל' יום, שהוחזקה נאמנותו, וכל מקום שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כמו שניים. וביאר כך את דברי השב שמעתתא שם.

¹¹ באוצה"פ (שם אות ה') כתב שכמה אחרונים שסוברים שלא מחזיקים על פי דיבור הביאו ראייה מדברי הש"ג הללו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בעינן שיתנהגו כמו איש ואשה נשואים לכל דבר, ובאם שהחזיקה ילד כבנה, בנוסף לחזקה בעינן שיראו שהבן כרוך אחרי אמו¹². וכתב הב"ש שמדברי הרמב"ם והטור שם לא משמע כן¹³.

ובתשובת המהרי"ק שם, נשאל על אשה שהיתה ידועה כמאורסת לאיש י"ב שנים, ולאחר י' שנים השתמד, ושלחה לקבל ממנו גט, והציעה לו תשלום, ולא נתרצה. ובראותה כך, הלכה לאיש דלא מעלי, והזמינה עדים שהם קרובי משפחתה שהעידו שהם היו עדי קידושין, ועמד אותו האיש והתירה לעלמא. והגיע הדבר לפני המהרי"ק שפסק דבוודאי היא אשת איש, ואם תזנה תתחייב במלקות אך לא בעונש מיתה. והאריך בביאור הסוגיא דמלקין ושורפין על החזקות. וחילק בין חזקה רגילה שהחזקה בעיני בני אדם בלי ראיה, דמלקים על פיה, לחזקה גדולה שבנוסף לכך שהחזקה בעיני בני אדם, יש מעשה שמוכיח שכך הדבר, שסוקלים ושורפים על פיה. ואף שחזקה רגילה היא ראיה טובה, בדיני נפשות בענין ראיה גדולה לפי שנאמר בהם 'הצילו העדה', ואיכא מ"ד דאין הולכים בנפשות אחר הרוב. ודקדק מדברי רש"י (קידושין פ' ע"א) שלגבי מלקות כתב "מלקים על חזקות על דבר שאנו מוחזקים בו שהוא כן אפילו אין עדות בדבר", ולגבי מיתה כתב "איש ואשה שהגדילו בבית בחזקת שהיא אשתו ואלו בנייהם ואין אנו מכירים בהם בעדות ברורה", משמע דקצת עדות מיהא בעינן.

והנה במעשה שם האשה החזקה שנים ארוכות כארוסה של אותו משומד, ושלחה אליו שיתן לה גיטה, והציעה לו תשלום, ובכל זאת כתב שאין כאן ראיה שהיא אשת איש אלא חזקה בלבד, ואם תזנה תתחייב מלקות, ולא נאמינה שנתקדשה לפני קרוביה.

וצריך ביאור, מה החילוק בין חזקה לראיה, הא שתיהן מבוססות על עובדות שידועות לכל, ומדוע כתב המהרי"ק בנדון דידיה שהאשה מוחזקת י"ב שנה כארוסה ושלחה ובקשה גט מארוסה המשומד, דאין כאן ראיה רק חזקה, ובדין הגמ' באיש ואשה שהגדילו בבית אחד כתב שיש ראיה שהם נשואים? ונראה שהחילוק בין חזקה לראיה הוא שחזקה מבוססת על איך שבני האדם מחזיקים את האדם על פי מעשיו ודבריו, וראיה מבוססת על סברא דעלמא בעניין שהוא בטבע האדם. לכן, אשה שהחזיקה את עצמה בדבריה ובמעשיה כארוסה, החזקה בכך בעיני בני אדם שאין להם כל סיבה שלא להאמין לדבריה ומעשיה. אבל, איש ואשה שמתנהגים כנשואים בכל דבר, אינם רק מחזיקים את עצמם כנשואים, אלא עושים מעשה שלפי טבע בני האדם מוכיח שיש ביניהם קשר נישואין, וכן בן שכרוך אחרי אמו, עושה מעשה שלפי טבע בני האדם מוכיח שזו אימו.

ובספר סדרי טהרה (יו"ד סי' קפ"ה) הביא דברי המהרי"ק, ויישב על פיו את קושיית שו"ת חוט השני (סי' י"ז), שהקשה על הרמב"ם שם שכתב שמקור הדין שסוקלים ושורפים על החזקות הוא מהדין של מכה אביו, דאלמלא החזקה מנא לן שהוא אביו. והקשה החוט השני שבגמ' בחולין (י"א ע"ב) ילפינן מדין מכה ומקלל אביו דין אחר, שהולכים אחר הרוב, שרוב בעילות אחר הבעל ובוודאי שמי שהחזק שהוא בעל אמו הוא גם אביו? וכן הקשה התבואות שור (שם ד"ה מלקין) על הירושלמי שהוא מקור דברי הרמב"ם. ותירץ הסדרי טהרה על פי המהרי"ק, שלדיני נפשות בעינן חזקה וראיה, חזקה שהחזק כבעל אמו, וראיה שנהגו כאיש ואשה ומסתמא שמשו זע"ז, ורוב

¹² עי' אוצה"פ (שם ס"ק א' אות ג' וד') שיש פוסקים שמודים למהרי"ק ויש שחולקים עליו. ובשם ערוה"ש כתב דהוא מחלוקת בבלי וירושלמי, וקיי"ל כבבלי וכדעת המהרי"ק. ובשם הב"מ והרדב"ז כ' שברמב"ם מוכח שחזקה על פי דיבור מהני גם לעונש מיתה.

¹³ ולא כתב מה דעתם, ועי' אוצה"פ (שם, ובאות ה') בשם דברי אליעזר וזכרון יוסף שהב"ש סבר שלדעתם בעינן חזקה וראיה גם במלקות. וחזקה לחוד מהני רק לענין איסור. ובשם בית משה ורעק"א והחוט המשולש (לגר"ח ולוזין סי' י') כתב באוצה"פ שם שהב"ש סבר בדעתם שחזקה על פי דיבור מהני גם לעונש מיתה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בעילות אחר הבעל, דאלמלא נהגו כאיש ואשה, מנא לן שמששו. והקשה הסדרי טהרה מדוע לא סגי בהא דנהג עמו כבנו? ותירץ שאף שנהג עמו כבנו, יתכן שטעה בו וחשב שהוא בנו ואינו כן, ועל ידי רוב הבעילות יודע שהוא בנו, ומהני החזקה שהחזיקו כבנו לדיני נפשות. וכתב שכעין זה כתב בעל התבואות שור שם.

ובתבואות שור שם הקשה מדוע כתב הרמב"ם שהבן המכה והמקלל נהרג מפני שהחזקו כשאר בשר של האב, ולא סגי בהכי שאביו ואמו נהגו כאיש ואשה לכל דבר, ואיכא חזקה שהחזקו כנשואים, וראיה דאיכא רוב בעילות אחר הבעל, ומהני להוכיח שהוא בנם אף לדיני נפשות? ותירץ דחיישינן שמא בנם הוחלף באחר, לכן רק כשנהג בו האב כבנו, הוחזק כבנו, שרוב הילדים שגדלים אצל הוריהם אינם מוחלפים, ורוב זה עדיף מרוב דעלמא ודמי לחזקה, שהמיעוט של הילדים המוחלפים לא שכיח כלל.

ובפשטות משמע מדברי האחרונים שלפי המהרי"ק הבן המכה והמקלל נסקל אם התקיימו שני תנאים, שאביו ואמו נהגו כאיש ואשה נשואים, ואיכא רוב בעילות אחר הבעל, ושאביו נהג בו כבנו, ואין חשש שהוחלף באחר.

ובב"ש (שם ס"ק א') מבואר דלא חיישינן שמא בנם הוחלף באחר. שהוכיח מדברי הרמב"ם שהוא חולק על הפוסקים שסוברים שחזקה על איש ואשה נשואים שהם משמשים זע"ז, הביאם הב"ש שם ובסי' קמ"ט (ס"ק א') ובסי' כ"ו (ס"ק א'), דאם איתא להאי חזקה, לא בעינן שהאב יחזיק את המכה והמקלל כבנו. ואם הב"ש מודה לדברי האחרונים שכתבו שיש חשש שהבן הוחלף, אין ראייה מדברי הרמב"ם, דתרתו בעינן, שיוחזקו כנשואים שמשמשים זע"ז ואיכא רוב בעילות, ושיחזיקו כבנו, ואין חשש שהוחלף באחר.

ודברי הסדרי טהרה והתבואות שור צריכים ביאור, דמדוע לא סגי בחזקה שהאב החזיקו ונהג בו כבנו דהיא חזקה גדולה שסוקלים על פיה כמו בבנה כרוך אחריה שהחזקו כבנה? ואם מחמת החשש שהאב טועה בו, לסילוק חשש זה לא בעינן שיוכח שאביו ואמו נהגו כנשואים, וסגי בכך שהאב נהג בו כבנו דמסתמא סמך על כך שרוב הבעילות של האם היו ממנו. ובאמת כך משמע בסדרי טהרה שם, שכתב וז"ל:

וכי תימא דלמא משום חזקה לחוד כיון שנהג עמו כאב עם בנו מסתמא זה הוא בנו, ומנא ליה דאזלינן בתר רובא לחודא, זה אינו, דבשלמא אי קים ליה לאב שזה הוא בנו, ואנן חזינן במה שמתנהג עמו כאב, שפיר מיקרי חזקה, אבל אי איהו גופיה לא קים ליה, אנן מנא ידעינן, דלמא איהו טעה וסבר שהוא בנו ומשום הכי מתנהג עמו כאב עם הבן, ובאמת זינתה אמו עם אחר. אלא ודאי דאזלינן בתר רובא, ואיהו ידע שרוב בעילות עמו, ואנן חזינן שמתנהג עמו כאב ומחזיקו לבן, מיקרי שפיר חזקה, ותרתו מוכח.

כלומר, שהחזקה שהחזיקו כבנו מוכיחה שידע שהוא בנו על פי רוב הבעילות של האם, ותרתו מוכח מהחזקה, שנהג עם האשה כאיש עם אשתו ורוב הבעילות היו ממנו, ושהחזיקו כבנו ואין חשש שהוחלף באחר. וכך אפשר לבאר גם את דברי התבואות שור שם, שלאחר שתירץ את קושייתו וביאר מדוע בעינן שיחזיקו כבנו, תו לא צריך שיוחזקו האב והאם כנשואים, שהחזקה שהחזיקו כבנו כוללת את שני הדברים.

ולפי ביאור זה צריך לומר שהראיה של הגמ' ממכה ומקלל אביו דהולכים אחר הרוב היא מהא דסומכים על החזקה שהחזיקו כבנו, שמבוססת על כך שבוודאי ידע שרוב הבעילות של האם הם ממנו, והמכה והמקלל הוא בנו. גם צריך לומר שעל אף שאין הולכים בנפשות אחר הרוב,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ומטעם זה כתב המהרי"ק דבעינן חזקה גדולה בדיני נפשות, רוב בעילות אחר הבעל מהני בהדי החזקה, ודנים דיני נפשות על פיו.

ומשמע מדברי האחרונים דהא דבעינן שינהגו כאיש ואשה לכל דבר כדי שרוב הבעילות יהיו מהאב, הוא לדעת הפוסקים שסוברים דליכא חזקה שאיש ואשה שנשאו זל"ז משמשים זע"ז, שלדעת הפוסקים הנ"ל דאית להו האי חזקה, לא בעינן שינהגו כאיש ואשה לכל דבר. כלומר, שלדעת המהרי"ק שסובר דבעינן חזקה וראיה, הא נמי הוי ראיה. והיינו מהאי טעמא דלעיל, שטבע העולם הוא שאיש ואשה שנשאו משמשים זע"ז, דהכל יודעים כלה למה נכנסת לחופה. כן משמע ממה שכתב בסדרי טהרה (שם ד"ה ועל פי) בביאור דברי הרמב"ם על פי המהרי"ק.

שו"ר ביד המלך (שם ה"כ) שהביא את דברי הב"ש שכתב שהרמב"ם חולק על הפוסקים שסוברים שאיש ואשה שנישאו בוודאי משמשים זע"ז, דאם איתא להאי סברא, איך לומדת הגמ' לפי הרמב"ם מהדין של מכה אביו ואימו שדנים על פי חזקה, הא איכא רוב בעילות, ודנים על פי הרוב. ותמה על דבריו, שרוב בעילות אחר הבעל אינו רוב מקרי דעלמא, אלא רוב שמבוסס על אומד דעת בני אדם שברור להם על פי שכלם וידיעת מנהג העולם שזו המציאות, ועדיף מרוב דעלמא ודמי לחזקה שדנים ומוציאים ממון על פיה. ויישב על פי דבריו את קושית הב"ש על הרמב"ם, מדוע לא ילפינן דאזלינן בתר חזקה מהדין של מכה אביו כמו דילפינן מהאי דינא דאזלינן בתר רוב? שחזקה זו אינה כחזקה דמעיקרא או חזקה כאן נמצא כאן היה דגורת מלך היא דאזלינן בתרא בלי טעם וסברא, אלא חזקה שנשמכת בעיקר על אומד הדעת ומנהג העולם, שלא צריך ראיה דאזלינן בתרא¹⁴.

מבואר בדבריו שגם חזקה שאיש ואשה שנשאו משמשים זע"ז ואיכא רוב בעילות לבעל היא חזקה שמבוססת על טבע העולם, ודנים על פיה. ולדעת המהרי"ק הוי נמי ראיה, ודנים דיני נפשות על פיה.

דברי הסדרי טהרה הובאו להלכה בחת"ס (קמא אה"ע סי' מ"א ד"ה והנה פשוט וסי' ע"ו ד"ה ואין להתעקש).

אולם יש פוסקים שחולקים וסוברים שעל פי דיבור בעלמא, גם אם הוחזק ל' יום ואף יותר, לא מחזיקים איסור. כ"כ בשו"ת הרמ"א (סי' ב'), ובשו"ת פנ"י (ח"א סי' א'), ובשו"ת דב"ח (ח"ב סי' א') ובחוט המשולש (תשו' גר"ח מוואלוז'ין סי' י') ועוד אחרונים¹⁵. ולדעתם אין מחזיקים אדם על פי עצמו אלא על פי אחרים שמחזיקים אותו. ובבית אפרים (ח"א סי' מ"ט) כתב שאף המהרי"ק אפשר

¹⁴ ע"י ארצה"פ (שם ס"ק א' אות א' בהע') שבעצי ארזים ובחת"ס בתשובה תירצו קושית הב"ש באופן דומה. על תירוצים נוספים, ע"י בארצה"פ שם.

¹⁵ הובאו בארצה"פ (שם אות ה'). והביאו ראיה מדברי הגמ' בכתובות (כ"ב ע"א) באשה גדולה שאמרה אשת איש אני וחזרה בה באמתלא, דנאמנת. ולא מצאנו בפוסקים שהגבילו את הזמן שיכולה לחזור בה באמתלא לל' יום. וע"י בהע' שם שהרמ"א בתשובתו סבר בתחילה שאם לא חוזר בו באמתלא מהני הדיבור להחזיקו באיסור אף לענין עונש מיתה. ובמסקנתו כתב שאף אם אינו חוזר בו לא מהני הדיבור להחזיקו לענין עונש כלל. וע"י ארצה"פ (שם ס"ק ב' אות ב') דנחלקו האחרונים האם ייתכן עונש במקום שהאיסור הוחזק על פי מעשה או אמירה שניתן לחזור ממנה באמתלא. ודעת רוב ככל האחרונים דלא ייתכן עונש בכה"ג. ובין הטעמים כתבו שהתראה בכה"ג היא התראת ספק, שמא יחזור בו באמתלא. וע"י בסדרי טהרה שם, שצ"ל לדברי הרמ"א והפנ"י בתשובה, וחלק על דבריהם, וסבר כדעת המהרי"ק. ובאופן שמהני חזקה, אם יכול בעל דבר לסתור את החזקה בטענת ברי, ע"י ארצה"פ (שם ס"ק ד' אות ג') דנחלקו הפוסקים. וע"י בארצה"פ (שם ס"ק א' אות ו') דנחלקו הפוסקים באופן שאיש ואשה הוחזקו בעיר ולא ידוע על סמך מה, אם תולים שהוחזקו על פי דיבור בעלמא או שתולים שהוחזקו על פי מעשה או הנהגה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שמודה שאין מחזיקים אדם על פי עצמו בלבד, ובנדון ידידה, באישה שהוחזקה ארוסה שנים רבות, החזקה אינה על פי דבריה או דברים של אדם אחד מעלמא, אלא על פי מה שהתקבע בדעת בני אדם במשך שנים ארוכות שהיא ארוסתו של פלוני, על אף שלא ידוע שנהג בה כארוסתו¹⁶.

ואף באופן שאיש ואשה הוחזקו כנשואים על פי מעשיהם והנהגתם במשך זמן רב, יש פוסקים שסוברים שחזקתם מועילה במקום ספק, שלא ידוע לנו שהוחזקו כפנויים, שאם יש חזקת פנויה כנגד, לא מהניא החזקה שהחזיקו את עצמם לקבוע את מעמדם, ואינו אלא ספק¹⁷.

ובפוסקים מבואר שהחזקתם של איש ואשה כנשואים תלויה גם במצב של שמירת המצוות והצניעות בדור. ובמקום שמצויים אנשים פרוצים שחיים יחד בלי חו"ק, חיים משותפים של איש ואשה אינם מחזיקים דבר¹⁸. וכל שכן, באופן שידוע שהאיש והאשה הללו חיו במשך שנים בלי חו"ק, דבוודאי אין להחזיקם כזוג נשוי על פי עדות או ראייה שחיו יחד.

סיכומם של דברים, שדנים על פי חזקה על אף שהיא אינה מבוססת על ראייה או מעשה שמחדש סברא או רוב שבטבע העולם, אלא אך ורק על האופן שבו בני אדם מקבלים את הדיבורים והמעשים של האדם שבו אנו דנים. ונחלקו הפוסקים לאיזה ענין דנים על פי חזקה המבוססת על דעת בני אדם לחוד, האם לענין איסור, או אף לענין עונש מלקות ודיני נפשות.

ומי שכלל את דברי הפוסקים במימרא אחת, ובנה יסוד בסוגיא דסוקלין ושורפיין על החזקות, הוא מרנא החזו"א, שדן במחלוקת הראשונים ביבמה שהחזיקה את עצמה גדולה בשנים ובסימנים לפני שכנותיה¹⁹, האם מתירים לה לחלוץ או שחוששים שמא קטנה היא²⁰. וכתב שהעיקר בחזקה הוא שבעיני בני המקום שמודעים לעניין שהוחזק ולמשמעותו לפי ההלכה הדבר יהיה ברור ולא יהיה בו ספק²¹, ומחלוקת הראשונים היא האם מהני החזקה שהחזיקה את עצמה לגדולה ויכולה לחלוץ²², או שלא מהני מה שהחזיקה את עצמה בדיבור בלי מעשה, מפני שאנשי המקום אינם מחזיקים את דבריה שהיא גדולה לאמת מוחלטת, שגם אצלה אפשר שהדבר אינו מבורר כל כך, ולכן אינם מקפידים לברר ענין זה עד שהוא בא לכלל מעשה²³.

¹⁶ באוצה"פ שם כ"כ בשם עוד אחרונים.

¹⁷ עי' אוצה"פ (שם ס"ק ג') שהאחרונים למדו מתשובת הרמ"א שחזקה דמעיקרא מהניא לערער את החזקה שהוחזקה על פי המנהג. ומאידך, דעת מהר"י בירב שחזקה על פי מנהג מהניא גם נגד חזקת פנויה דמעיקרא.

¹⁸ אוצה"פ (שם ס"ק ו' אות ה').

¹⁹ עי' בחזו"א (אה"ע סי' קי"ד ס"ק ז') דהיינו שהיא מחזיקה את עצמה כגדולה בשנים ובסימנים בפני שכנותיה. וע"כ לאו היינו ששכנותיה מעידות שיש לה סימנים, דאם כן לא בעינן חזקה, דזו עדות גמורה היא.

²⁰ המחלוקת במרדכי יבמות (סי' נ"ט).

²¹ חזו"א שם ובעוד מקומות שהובאו בפסק דין של ביה"ד הרבני בנתניה בתיק 885943/1 עמ' 34. דברים דומים כתב בתבואות שור שם, ובאוצה"פ (שם ס"ק א' אות ב') בשם משיבת נפש.

²² ר"ת במרדכי שם.

²³ חזו"א שם בדעת רבנו יואל במרדכי שם. ועי' בחזו"א שיש סיבה ומסובב, כלומר שבגלל שהדבר (בעיקר סימני גדלות) אינו כ"כ ברור לאשה, אנשים לא מקפידים כ"כ לדקדק בזה עד שזה מגיע לכלל מעשה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ועל פי הדברים האלה כתב החזו"א שדבר שדרכם של אנשי המקום להקפיד עליו אם הוא ברור או שיש בו ספק, גם כשהוא לא מגיע לכלל מעשה, כמו באדם שאומר על עצמו ישראל או גר אני²⁴, יש לומר שהכל מודים שבדיבור בעלמא שהוחזק ל' יום הוי חזקה²⁵.

והדרין לדין. האיש והאשה התגרשו בבית דיננו, ולדבריהם חזרו ונישאו בנישואין פרטיים. באמירתם זו אשתי וזה בעלי החזיקו את עצמם לנשואים כדמו"י, ועלינו להכריע האם אפשר לאשר את נישואיהם על פי אמירה זו.

לעיל הארכנו בדברי הפוסקים, ומסקנת הדברים הנוגעת לענייננו היא, שאף באיש ואשה שאמרו שהם נשואים והוחזקו נשואים זמן רב, אין כל הפוסקים מודים שהם נשואים לכל דבר וענין. ועל אחת כמה וכמה בנדון דידן שהאיש והאשה לא הוחזקו לפנינו אלא רק על פי דבריהם שאמרו שנישאו כדמו"י והמשיכו לחיות יחד כזוג נשוי, ולא הובאה הוכחה מספיקה לדבריהם, מלבד העובדה שהביאו ילד לעולם, שלצערנו הוא דבר מצוי אף אצל בני זוג לשעבר שאינם חיים ביחד בקביעות לאחר הגירושין. גם אם יבואו שני עדים כשרים ויעידו כדבריהם שהם מתגוררים יחד, לא יהיה די בכך כדי לקבוע שהם נשואים, שלצערנו רבים הם האנשים, אף מן המסורתיים, שחיים ביחד כאיש ואשה לאחר גירושיהם. וכשמדובר במבקשים שלפנינו יש טעם נוסף שלא להחזיקם נשואים על פי דבריהם, לאחר שהודו בפני ביה"ד שבמשך שבע-עשרה שנה לאחר גירושיהם חיו כזוג נשוי ללא חו"ק.

המבקשים הציגו אמנם כתובה חתומה על ידי עדים ועל ידי האיש, ובמקום אחר כתבתי שבזמן הזה שכולי עלמא מקדשי והדר כתבי כתובה תחת החופה, כתיבת כתובה היא הוכחה לנישואין, והעדים שחותמים על הכתובה הם הוכחה למסירת הכתובה לאשה, כמש"כ הראשונים לגבי גט דעדי חתימה הם עדות למסירה. וגדולה מזו, בפסק דין שניתן בביה"ד ת"א (תיק מס' 1078782/1) נתבאר שעדים שהם ברי הכי, מעידים בחתימתם על הייחוס של האיש והאשה, שעדי כתובה מעידים לא רק על ההתחייבות בכתובה אלא אף על כל דבר בעל משמעות בכתובה.

אולם, בנדון דידן לא נדון במעמד האישי של המבקשים על פי הכתובה, שמגישה מעידים עליה שהיא נערכה על ידי רב ש'נעלמו' עקבותיו, וחתמו עליו עדים ש'נאספו' על ידי הרב ה'נעלם' מן הרחוב, ולא ידעו דבר על האיש והאשה, שבוודאי אי אפשר לדון בעניין חמור כל כך על פי כתבם בלי חקירה ראויה בבית הדין.

חלק ב': תוקף נישואין פרטיים לפי ההלכה

הנה גם אם הוכח להנחת דעת בית הדין שנערכו חו"ק למבקשים על ידי רב שבקי בטיב קידושין בפני עדים כשרים, יש לדון בתוקפם של קידושין אלו שנאסרו על ידי מרנן ורבנן גדולי ישראל, בתקנות הרבנות הראשית משנת תש"י. התקנות שהוכתרו כ"תקנות קבועות לגדרי אישות בישראל" ו"שהתקבלו פה אחד בכינוס הרבנים הארצי שהתקיים בירושלים בימים י"ח – כ"א

²⁴ בחזו"א שם הביא את תשובת רעק"א (סי' קכ"א) באשה ובתה שאמרו גיורות אנחנו ודיבורן הוחזק שלושים יום. וכתב החזו"א שבזה לא שייך הנהגה במעשה, ואפשר שרבנו יואל מודה דזה עדיף מהנהגה בגדלות. ונראה שכוונת החזו"א לומר שכלפי אנשי המקום, ההנהגה של האשה ובתה בדת ישראל אינה נחשבת להחזקה ביהדות על ידי מעשה, דלא אכפת להו שהן נוהגות בכך, דאין בזה נפק"מ לאחריים, אבל עצם האמירה שהן גיורות וה"ה אמירה שהן בנות ישראל הוא דבר חשוב שאנשים מקפידים לברר האם הוא אמת או שקר.

²⁵ חזו"א שם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בשבט תש"י, כלשון הודעת הרבנים הראשיים לישראל. זה לשון התקנה בחלקים הנוגעים לענייננו:

לרגל קבוץ גלויות מכל תפוצות הגולה... ומביאים איתם מנהגים קדומים שאינם הולמים לתקנות חכמים מרי דארעא דישראל שבעיקרן ירושלים תו"ב. ותקנות רבני הקהילות בישראל בעניני קידושין ונישואין... ודבר זה עלול להביא מחלוקת בישראל... לזאת מצאנו וראינו חובה לעצמנו לחדש תקנות של רבותינו הקדמונים זצ"ל ולהוסיף עוד תקנות כאלה...

ברשות קב"ה ושכינתיה, וברשות בית דין של מעלה וברשות בית דין של מטה וברשות רבנן קדמאי מרי ארעא דישראל, ובהסכמת הגאונים הגדולים חברי המועצה המורחבת של הרבנות הראשית לישראל גוזרים ומתקנים בתוקף תו"ק ככל תקנות ישראל שנעשו בישראל לקהילותיהם ולדורות עולם.

אסור לכל איש ואשה מישראל לקדש ולארס שלא בשעת חופה ובעשרה לאחר הרשמת הנישואין במשרדי לשכות הנישואין שמכל מקום.

איסור זה רובץ בחרם חמור על כל איש מישראל שהוא נזקק לעדות קידושין ואירוסין אלה, והוא נחשב לחוטא פלילי שראוי להיענש עליו. כל איש שארס לו אשה שלא בשעת חופה וקידושין כנ"ל, חייב לגרש ארוסתו זאת בגט כריתות כדת משה וישראל, אחרי תשלום פיצויים ככל שיפסקו עליו בית דין מוסמך מהרבנות הראשית לארץ-ישראל. ועד אשר יגרש ובתשלום פיצויים כנ"ל, חייב במזונותיה כפי אשר יטילו עליו בי"ד.

.....

ובפרק הבא שעוסק ב"סדור קידושין, גיטין וחליצות" נכתבו הדברים הבאים:

דבר נהוג ומקובל בארץ ישראל מפי מרנן ורבנן תקיפי ארעא דישראל הקדמונים זצ"ל, וכן נהוג ברוב קהילות ישראל, שלא לסדר קידושין, נישואין אלא על ידי מוסמכים וממונים לכך מטעם הרבנות הראשית לישראל ולשכות הרבנות המקומיות ומשרדי הרבנות הראשית שבכל עיר וכרך, תקנה זו מיוסדת על פי דינא דתלמודא; כל מי שאינו בקי בטיב גיטין וקידושין לא יהיה לו עסק עימהן. ולא כל אדם ראוי ליטול השם לעצמו לאמר שהוא בקי בטיב קידושין וחליצות, אם לא שהוסמך לכך מפי הרבנות הראשית המקומית, וגם התמנה לתפקידים אלו.

הלכה זו כתבה הרמ"א ז"ל ויו"ד סי' רמ"ב ואה"ע סי' קנ"ד, והיא מקובלת בכל ארץ ישראל בזהירות מרובה (עי' פתחי תשובה אה"ע שם ס"ק א').

ועל יסודה הננו גוזרים לאסור על כל איש ורב בישראל לסדר קידושין, נישואין, אם לא שהוסמך והתמנה לתפקידים אלה, עפ"י כתבם וחתימת ידם של הרבנות הראשית שבערי ארץ ישראל. וכל העושה זאת שלא ברשות, הרי הוא פורץ גדרם של ראשונים כמלאכים ז"ל.

בתוקף הטלת חרם על כל העובר ככל חומר תקנות הרבנים בישראל, ועל כל קהילות ישראל הקיימות ואלה שתתקיימנה להבא בעזה"י... ולשומעים ינעם ותבוא עליהם ברכת טוב.

תקנת תש"י עוסקת בשני עניינים נוספים: נישואי בוסר של מי שלא מלאו לה 16 שנים, ואיסור על עשיית יבום, ועשיית חליצה.

הנוסח המלא של התקנה מלמד שכוונת מתקני התקנה היתה לאחד את כל הבאים לארץ ישראל תחת המנהגים והתקנות שהונהגו על ידי מארי דארעא דישראל בירושלים, זאת על מנת

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

למנוע מחלוקות בין העדות השונות, וליצור אחדות ואחידות עד כמה שניתן בעניינים חמורים אלה.

התקנות חוזקו בחרם חמור שחל על מי שמשמש עד בקידושין ונישואין שנעשו שלא בשעת חופה בעשרה לאחר רישום הנישואין, ועל איש ורב שמסדר קידושין ונישואין מבלי שהוסמך והתמנה לכך. לשון התקנה "על כל העובר" כולל לכאורה את כל מי שנוטל חלק במעשה שאסור לפי התקנות, לרבות האיש והאשה עצמם שנישאו בניגוד לאחת התקנות, ויבם ויבמה שעשו מעשה יבום, כולם נתפסים בחרם.

יחד עם זאת, התקנה אינה כוללת את הפקעת קידושין, אלא אדרבא מחייבת את המקדש בגט ובפיצויי גירושין, ובתשלום מזונות אשה עד הגירושין, אולם בכוח החרם לערער ואף להפקיע את הקידושין, כפי שהאריכו הפוסקים.

ומצאתי בכתבי הגרי"א ה'עצמו שהתחבט ארוכות בשאלה זו, והעלה את הדברים על הכתב בקונטרס מיוחד שהוכן לקראת ישיבת מועצת הרבנות הראשית ופורסם בספרו "תחוקה לישראל על פי התורה" (ח"ג עמ' 167-159). במכתב מיום ו' עש"ק ויחי תש"י מתייחס הרב לסעיפי התקנות שהוצעו על ידי עמיתו הגרב"צ עוזיאל. ובמילואים למכתב מיום ב' טבת תש"י, דן הרב בהרחבה מרובה במשמעותן של התקנות שנועדו לאסור נישואין פרטיים. יש במכתב סיכום של דעות הפוסקים לאורך הדורות שדנו בעניין של נישואין שנעשו בניגוד לתקנת הקהל. הסיכום הוא תמצית של מאמר מקיף שכתב הרא"ח פריימן בספרו 'סדר קידושין ונישואין' (ירושלים תש"ה) על תקנות והנהגות שתיקנו חכמי ישראל במשך הדורות בעניין קידושין ונישואין. בין השאר דן שם בחרמות שעשו חכמי ישראל במשך הדורות על קידושין שנעשו ללא פיקוד של רבנות קבועה, שלא על ידי הרב שבעיר, שלא כהוגן, שלא נעשו בעזרה על ידי שליח ציבור, שלא בפני עשרה, קידושי חטיפה, ועוד. החלק בספר שסוכם במאמרו של הרב הוא החלק שנוגע לתקנות הרבנות הראשית שתוקנו אז. נזקק מתוך דברי הרב את הנחוץ לענייננו:

- א. תקנות לאסור והפקעת קידושין שלא בשעת חופה וללא כתובה, ישנן עוד מימי הגאונים.
- ב. הרא"ש הרשב"א הריב"ש התשב"ץ ועוד מגדולי הראשונים נחלקו האם ניתן להפקיע קידושין במקרים שלא הוזכרו במפורש בגמ'. לדעת הרבה ראשונים ההלכה דכל דמקדש וכו' והוא עשה שלא כהוגן וכו' ואפקענהו וכו' נאמרה רק במקרים שמפורשים בגמ'. ויש ראשונים שסוברים שגם לאחר חתימת התלמוד, רשאים חכמי ישראל להפקיע קידושין. ובהפקעת קידושין על ידי הפקרת כסף הקידושין, הקלו הראשונים טפי. וכן במקום מיגדר מילתא, כתבו כמה מן הראשונים דשפיר דמי להפקיע אף קידושי ביאה.
- ג. דעת מרן הב"י בתשובה (קידושין סי' י' ד"ה אין דבריו מחורזין), שאף לדעת הראשונים שסוברים שההלכה דכל דמקדש וכו' ואפקענהו רבנן וכו' נאמרה גם במקרים שאינם מפורשים בגמ', הני מילי בדורות הראשונים "שהיו יודעים דברים בסיבותיהם", והיה בכוחם להפקיע קידושין, אבל בדורות האחרונים אין אנו רשאים לעשות כן.
- ד. מרן הב"י, מהר"י בירב, מהר"ם אלאשקר, רדב"ז, מבי"ט, מהר"י בן לב, מהרש"ך, ועוד מגדולי האחרונים דנו בתשובותיהם בשאלת הפקעת קידושין בזמנם. בכמה מקומות התקיים פולמוס רחב בין גדולי הפוסקים, ונתקנו תקנות שונות. ויש אחרונים שסברו שיש להקל בהפקעת קידושין על ידי הפקרת המעות. ויש שסברו להקל באופן שנאמר בתקנה במפורש שכסף הקידושין של מי שיעבור על התקנה יופקר.
- ה. מהראנ"ח, מהר"י בירב, מהרי"ט, ועוד מגדולי האחרונים דנו בשאלת כשרות עדי קידושין שנאסרו בתקנת הקהל. וכמה מהם צירפו טעם נוסף, שהאיש המקדש עבר על

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

איסור חרם, וכמ"ד דאי עביד לא מהני. ויש שצירפו כמה ספיקות בתוקף הקידושין וכשרות העדים, ודנו האם ס"ס מהני בהיתר אשת איש.

1. אחרי שהתפשטו פסקי השו"ע והרמ"א בעולם, דנו גדולי האחרונים האם ניתן להקל כדעת הפוסקים שסוברים שניתן להפקיע קידושין נגד דעת מרן הב"י בתשובתו²⁶, ודעת הרמ"א (אה"ע סי' כ"ח סעי' כ"א) שאפילו התנו בפירוש שהקידושין יפקעו, אין להתיר בלא גט. ויש משמעות בדברי האחרונים שלדעת הרמ"א מעיקר הדין ניתן להפקיע קידושין, ולמעשה אין להתיר בלי גט. רוב רובם של האחרונים צירפו את הספק של הפקעת הקידושין כצד נוסף לטעמי היתר אחרים.

2. בתקופות מאוחרות יותר דנו האחרונים האם ניתן להקל טפי לתקן להפקיר את כסף הקידושין במקום שהקידושין נעשו בניגוד לדינא דמלכותא. התקנה המאוחרת להפקעת קידושין על ידי הפקרת הכסף ופסילת העדים משום מיגדר מילתא, נתקנה במצרים על ידי רבי רפאל בן שמעון בעל נחל מצרים, והוסכמה על ידי הראש"ל רבי אברהם אשכנזי ורבי אליהו חזן. גאוני אותו דור דנו גם האם יש להקל על פי התקנה במקום שהאיש קידש ובעל.

הגריא"ה מציין תוך כדי סקירתו התמציתית של מאמרו של הרא"ח פריימן, שניכר שדעתו של הרא"ח שכאשר נאמר במפורש בתקנה שעדי הקידושין יהיו פסולים וכסף הקידושין יהיה הפקר, יש יסוד בהלכה לצרף להיתר את צד הספק שהקידושין פקעו. וכך כתב במסקנת דבריו:

יוצא לדעתי שאם נעשתה תקנה בחרם ובפירוש להפקיר הכסף, עכ"פ מידי ספיקא דדינא לא נפקא, ויש לצרף גם את הנימוק של פיסול העדים. יוצא ג"כ שלדעת הרבה גאוני ז"ל, וכנראה הם הרוב, אין כאן ענין של גט מעושה אם כופין אותו לגרש. ברם, אני מתנה בתנאי כפול שחלילה וחלילה לשום מורה להורות כבן סורר ומורה להתיר בלי גט כדמו"י. אבל התקנה בצורה הזאת, תועיל לנו לענין כפייה לגט בכח ספק ספיקא. היינו: א. שמא הלכה שהקידושין בטלים, ב. את"ל שאינן בטלים, שמא אין כאן חשש של גט מעושה. יתכן שיהיו מעוררים חשש מהבחינה לא אכשר דרא אפילו לדבר על הפקעת קידושין. לדעתי אין חשש זה מכריע שיש חשש של גט מעושה, וממ"נ כל זמן שעניני אישות בארץ לא יהיו אלא עפ"י הרבנות והרבנות הראשית לישראל בראשה מה יש לנו לחוש? ואם ח"ו יוציאו זה מתחת ידינו, מה זה יועיל לנו שלא דברנו על הפקעת קידושין. אך לבי אינו מהסס והוא סמוך נכון ובטוח ב"ה שלא ישונה המצב העכשוי, ח"ו. ומכ"מ אין אני אומר קבלו דעתי, ודעת הרוב הקובע למעשה תכריע. ומיהו במקרה של קידש וכנס נצטרך לעיין במיוחד..

ברם, דעתי שלא נזכיר בתקנה מפורש הפקעת קידושין או בלשון ביטול אלא שהתקנה תכלול הפקעת כסף הקידושין, ובזה יצאנו מידי החשש של לא אכשר דרא, וד"ל, שלא נדבר על הפקעה ולא על ביטול, אלא שנאמר שאנו מפקיעים כסף הקידושין, ולכשיבוא מעשה לידינו נצרף את הדבר הזה לצאת מהסבך של גט מעושה שהרי הופקעו הקידושין... ואולם כמו שהקדמתי, אני מניח הענין לשיקול דעת הגאוני חברי המועצה של הרבנות הראשית לישראל, ואיני תוקע עצמי ח"ו לדבר הלכה ואחרי רבים, ואיני אלא מציע את הצדדים לכאן ולכאן.

²⁶ שם ובסי' ו'. ועיי' אוצה"פ (שם סי' כ"ח סעי' כ"א ס"ק ק"י"ב אות א') בשם שו"ת עבודת השם, ועיי' (שם ס"ק ק"י"ג אות ג') בשם ספר ומצור דבש.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

במכתב מיום ו' פרשת ויחי תש"י (עמ' 3) עוסק הגר"א"ה בתקנה אחרת שנתקנה באותה עת, לאסור נישואי בוסר, ונדרש לשאלה כיצד ננהג במקרה של אשה שנישאה בילדותה או בנערותה וכעת מבקשת להתגרש. וכך כתב שם:

כאן אנו כבר נתקלים בשאלה של גט מעושה. האם נתקן הפקרת כסף הקידושין, האם נצרף את פסלות העדים שהשתתפו בביצוע מעשה שאסור בכח חרם, באופן שיהיו הקידושין בטלים? אם כן נעשה לא.. כ"כ לחוש לגט מעושה, יש להוסיף שגם בהטלת מזונות בתור סעיף של כפיה על המקדש לתת גט, יש לדון מפאת גט מעושה.

גם במכתב זה דן הגר"א"ה בהפקעת הקידושין בעיקר בקשר לאפשרות לכפות על המקדש לתת גט, ולחייבו במזונות עד הגירושין.

נחזור לנוסח התקנה ונראה שעמדתו של הגר"א"ה התקבלה רק בחלקה. הנושא של הפקעת או ביטול קידושין לא נזכר כלל, אך גם הפקרת כסף הקידושין ופסילת העדים הושמטו. גם ההצעה לקבוע בתקנה שיכפו על המקדש לגרש את האשה שקידש בעבירה, הושמטה, ובמקומה נכתב שהמקדש יחויב בגט ובתשלום פיצויים ומזונות אשה עד הגירושין. כן הוזכרה הטלת חרם על העדים, אך מבלי להזכיר את פסילתם.

יתכן שההחלטה להשמיט את העניין של הפקרת הכסף, היא שהביאה להחלטה להשמיט את העניין של כפיית הגט, ולהסתפק בחיוב בגט. שהפקרת כסף הקידושין, לדעת רבים מהפוסקים היה מערער מאד את תוקפם של הקידושין ומאפשר לקבוע בתקנה שכופים על המקדש לתת את הגט.

על אף שחלקים ניכרים מהצעת הגר"א"ה לא התקבלו, אין הכרח שדעתו להלכה בענין תוקפם של קידושין שנעשו בניגוד לתקנה שהוטל עליה חרם, נדחתה על ידי רבני ישראל שנטלו חלק בכנס. ויתכן שדעתו היתה מקובלת, אלא שהרבנים בחרו להימנע מעיסוק בעניין של הפקעת קידושין, שמרן החת"ס התנגד לה בתקיפות רבה, גם בדרך עקיפה כפי שהציע הגר"א"ה.

יודגש שלפחות לדעתו של אחד ממתקני התקנה, הראש"ל הגר"ב"צ עוזיאל זצ"ל, היה יסוד בדין לעשות תקנה נרחבת שכוללת את הפקעת הקידושין. כפי שכתב בספרו משפטי עוזיאל (אה"ע סי' נ"ה אות י'), בפסק דין שניתן בשנת תרע"ד בעת שכיחן כרבה של העיר יפו בצוותא חדא עם הגר"א"ה קוק זצ"ל, בלשון זו:

בספר פרי הארץ... אייתי לן תקנת חכמי ורבני עיקו"ת ירושת"ו, וז"ל: כי נודע לנו כל הדרים פעיה"ק ירושת"ו, אשר הסכמה קדומה בינינו בחרמות ונידויים ובכל תוקף מקדושים אשר בארץ המה נ"ע שלא לקדש שום בת ישראל טרם עת הנישואין בתוך תחומה של עיר זולתי חוץ לתחום. וכל העובר לקדש בקרב הארץ, הרי הקידושין ההם מופקעים ועומדים, ואפילו שיהיה במאה עדים, אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה, והרי הוא נלכד ברשת הנח"ש, והסכמה זו נהוגה בינינו עד יבוא גואל צדק. וכן אנו נוהגים לענין מעשה וכו' עיי"ש. וכבר ידוע שיפו בתר ירושת"ו גרירא לכל דבר. וזה זמן לא כביר מאז שבתי בעיה"ק יפו ת"ו פרסמנו איסור זה בהצטרפות הרב הגה"ג מהרא"י קוק יצ"ו ראב"ד פעיה"ק ואגפיה, ואני הדל פרסמתי דבר זה בבתה"כ פעם ושתיים בדרשותי באופן שהתפרסם זה לכל, שכל העובר על זה לקדש שלא בעשרה ושלא בשעת חופה וברשות בית דין, הרי הוא והעדים נכשלים באיסור חרם, ונח"ש כרוך על נפשותם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אם כן יש מקום לומר שקידושין אשר נעשו מאז שהתפרסם חרם זה בטלים מתליתא טעמי: מצד המקדש עצמו שעבר על החרם, וכיון שאיסור חרם רביע עליה לא אהנו מעשיו, דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני... וכמ"ש בפרי הארץ... הן אמת שכל הפוסקים בענין הפקעת קידושין מטעם החרם נראה שהם חולקים בזה וכו', אבל מ"מ יש כבר מי שסובר כן.. מצד העדים, דכיון שעברו על חרם נפסלו לעדות... ואע"ג דאיכא למימר דאין עדים נפסלים למפרע.. מ"מ דין זה במחלוקת הוא שנוי... מצד הכסף דכיון דאפקעינהו רבנן לקידושין מיניה, על ידי שהפקירו את כספו, לא נתן לה כלום לקידושה... ועי' למרן החבי"ב... ועוד אייתי לן מה שכתב ג' הרבנים תקיפי דארעא דישראל מבי דינא רבא דעיק"ת ירושת"ו... דסניף זה הוא חשוב... ומסקנת דבריהם היתה דכל דאיכא להיתרא צד אחר מצטרף צד זה להתיר ולבטל הקידושין, וא"כ בנד"ד שישנן עוד ריעותות אחרות טובא מצטרף רעותא זו לבטל עדות זו.

הנה דעתו של הגרב"צ עוזיאל שבמקום שיש צד נוסף להיתר, שפיר דמי לבטל את עדות העדים ואת הקידושין ולהתיר את האשה לעלמא בלא גט. אולם, בנדון דידיה שם יש כמה וכמה טעמים חשובים לביטול הקידושין, ולא נדרש לטעם זה אלא לסניף בלבד.

גם ראה בסוף התשובה שהתנה את ההיתר בהסכמתו של הגרא"ה קוק, שהשיב לו במכתב מיום י"ג בניסן תרע"ד שהובא בספר שם, והצטרף לפסק הדין אך מנימוקים אחרים שכתב הגרב"צ, בתוספת הסבר של הגרא"י.

קשה אם כן לדעת עד כמה סמכו הני תרי רברכי על חרם ירושלים שהונהג בעירם יפו, לענין ביטול קידושין למעשה.

אולם, בתשובותיו של מרן הראש"ל זצוק"ל (בי"א ח"ד אה"ע סי' ה' אות י', ו-ח"ז אה"ע סי' י"ח אות ז', ו-ח"י אה"ע סי' כ"ה ו-כ"ו) נקט בפשטות שתקנת הרבנות הראשית משנת תש"י היא המשך של חרם ירושלים, שלדעת הרבנים בעל פרי הארץ ובעל שדה הארץ כלל הסכמה להפקיע את הקידושין. וזו גם היתה כוונת מתקני תקנת הרבנות הראשית, לחדש את חרם ירושלים ולהפקיע את הקידושין שנעשו בניגוד לתקנה.

והאר"ך בתשובותיו והביא את דעות הראשונים והאחרונים שדנו בהפקעת קידושין על ידי הפקרת כסף הקידושין, וביטול הקידושין שנעשו בפני עדים פסולים שעברו על החרם. וצידד בדעת הריב"ש והרשב"א ורבנו ירוחם ועוד שסוברים שהקידושין בטלים. וכח"ז שם כתב בשם ספר נדיב לב שבמקום שיש תקנה להפקיע קידושין, לדעת רובא דרובא של הפוסקים יצא העניין מכלל קידושין דאורייתא והוי רק קידושין מדרבנן שבצירוף ספיקות מתירים. אולם, במקום שלא נאמר במפורש בתקנה שהקידושין פוקעים, כתב בח"ד שם שהתשב"ץ בתשובה הסתפק האם הקידושין פוקעים, דאם לא כן מה הועילו בתקנתם, ונחלקו האחרונים להלכה. ולמעשה, כתב שיש לסמוך על הרבנים בעל פרי הארץ ובעל שדה הארץ וכן דעת מהר"י בירב, שהקידושין פוקעים. והביא (בח"ד שם) חבל אחרונים שצירפו טעם זה כסניף נוסף להיתר, וז"ל:

וכן הסכימו הרבה אחרונים לצרף סניף חשוב זה לבטל הקידושין. וכמבואר בשו"ת ויקרא אברהם (חאה"ע ס"ו). ובשו"ת שער אשר קובו (חאה"ע ס"ס לא). ובשו"ת צל הכסף ח"ב (חאה"ע ס"ו - ז). ובשו"ת אמר שמואל (חאה"ע סי' ו). ובשו"ת עבודת השם (חאה"ע ס"ס טו). ובשו"ת עולת איש (חאה"ע סי' א דל"ו סע"ד). ובשו"ת נדיב לב ח"ב (חאה"ע סימן ז). ובשו"ת תעלומות לב ח"ד (ס"ס יג). ובשו"ת פני יצחק אבולעפייא (ח"א סי' יג דע"ד ע"א, וח"ו סי' ב ד"ג ע"א).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובשו"ת שערי עזרה (סי' ט דע"ח ע"ב). ובשו"ת מהרש"ם ח"א (סי' קס). ובשו"ת ומצור דבש (חאה"ע סי' ו). ובשו"ת ישכיל עבדי ח"ג (חאה"ע ס"ס ז). ועוד.

ובענין פסלות העדים כתב שכן דעת המהרש"ם (אה"ע סי' י"ח ד"ה עוד יש הסכמה) ושכ"כ המהרש"ך (ח"ג סי' א') שהעדים פסולים. וכן דעת המהרש"ם. ובמהראנ"ח (סי' ס"ח) כתב שהעדים פסולים מספק. ובמהרי"ט (ח"א סי' קל"ח) כתב שהעד פסול מכאן ולהבא. ובקצוה"ח (סי' נ"ב ס"ק א') שו"ט בדבריו.

ונראה מדברי מרן הראש"ל דעריב ותני את דברי האחרונים שחלקם עסקו במקדש בלי רשות בית דין והממונים בעיר, וחלקם עסקו במקדש שלא בעשרה ושלא בשעת חופה, מפני שסבר שלענין הפקעת קידושין אין הבדל בין הדברים שנאסרו בחרם.

וכדי לעמוד על דעת מרן הראש"ל, הרחבתי את העיון בדברי הפוסקים שעסקו בסוגיא של הפקעת קידושין שנאסרו בחרם על ידי הקהל, והבאתי את עיקרי הדעות והשיטות. הסתייעתי בספרי אוצר הפוסקים על שו"ע אה"ע (סי' כ"ח סעי' כ"א וסי' מ"ט סעי' ג'), אלו הדברים:

א. קהל שאסרו בחרם לקדש אשה באופן מסוים, ועבר אחד וקידש באותו אופן. בב"י (שם סי' כ"ח) כתב שיש בזה נדון בראשונים. המהרי"ק (סי' פ"ד) הביא דעה של חכם אחד שהקידושין בטלים, ודחאם בתוקף בנימוק שקידושין שנאסרו בחרם הקהל לא עדיפי מקידושין של איש ואשה שאסורים זל"ז מהתורה מדרבנן או שנאסרו בחדר"ג, שאינם בטלים. וציין למש"כ הרשב"א (ח"א סי' תק"נ) שבמקום שתיקנו שלא יקדש אשה בלא עשרה, אם קידש קידושיו קידושין. וכ"כ עוד פוסקים.²⁷

ב. אולם, דעת המהר"י בירב (סי' מ"ב) שכתב על תקנת מצרים שלא לקדש בלי רשות ביי"ד ובפני עשרה, שכוונת המתקנים היתה להפקיע קידושין שיעשו בניגוד לתקנה, דאם לא כן מה הועילו בתקנתם. ובתשב"ץ (ח"א סי' קל"ג) הסתפק בסברא זו. ומהר"ם אלאשקר (סי' ס') ומהרלב"ח (סי' קל"א) ומהרי"ט (ח"ב סי' ל"ט) ומרן הב"י בתשובה (קידושין, סי' ו) ועוד מגדולי האחרונים, חכמי מצרים, חלקו על המהר"י בירב ודחו דבריו, דאין זו כוונת מתקני התקנה.²⁸

ג. כמה אחרונים כתבו שיש לדון בתוקף הקידושין מצד החרם שחל על המקדש, ועל פי הפוסקים שסוברים שגם באיסור חרם אמרינן כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני. אלא שרבים מן האחרונים דחו טעם זה, וכתבו דאף פוסקים הללו לא אמרו סברא זו אלא בדיני ממונות, ולא באיסור אשת איש.²⁹

ד. קהל שאסרו בחרם לקדש אשה באופן מסוים, והתנו שמי שיקדש באותו אופן, קידושיו לא יהיו קידושין וכסף הקידושין יהיה הפקר, כתב הב"י שם בשם הריב"ש (סי' שצ"ט) והרשב"א (סי' תקנ"א וסי' אלף ר"ו) והתשב"ץ (שם ובח"ב סי' ה') שלפי שורת

²⁷ עיי' אוצה"פ (שם סי' כ"ח סעי' כ"א ס"ק קי"ב אות א').

²⁸ עיי' אוצה"פ שם. ועיי' שם, שיש אחרונים שסוברים שאף מהר"י בירב לא סמך על טעם זה לחוד להקל. ועיי' שם (מ"ט ע"א) שיש אחרונים שצירפו טעם זה לסניף בלבד להקל. ויש שכתבו שאחר שקבלנו הוראות מרן, גם אלו שבתשובה, ואחר שרוב האחרונים חולקים על המהר"י בירב וכמעט נותר יחיד בזה, אין לצרף טעם זה אף כסניף להקל.

²⁹ הדעות, באוצה"פ (שם עמ' 96).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הדין, הקידושין בטלים³⁰, אלא שלא הורו כך למעשה³¹. וכ"פ הרמ"א (סי' כ"ח שם) שיש להחמיר לענין מעשה³². ומהרש"ך (ח"ד סי' נ"ג) ועצי ארזים (שם ס"ק ט') כתבו שמדאורייתא הקידושין בטלים, וצריכה גט רק לחומרא, ואם פשטה ידה וקבלה קידושין מאחר מגרש ראשון שקידושיו אינם מדאורייתא ומקדש שני³³. ומהריב"ל (סוף ח"א) כתב שהוי ספק קידושין, והאשה צריכה גט מדינא³⁴. לענין צירוף לספיקות אחרים, ראה הערה³⁵.

ה. במקום שיש הסכמה של כל בני המדינה עם כל רבניהם ומנהיגיהם, יש אחרונים שסוברים שנקל להפקיר את כסף הקידושין³⁶ ולהפקיע את הקידושין³⁷.

³⁰ בריב"ש שם כתב שגם בי"ד בזמה"ז רשאי להפקיר ממון בכה"ג, ולא בעינין בי"ד דר"א ור"א. ואת"ל דבעינין בי"ד דר"א ור"א, הא כתב ר"ת דר"א ור"א לאו דווקא אלא ה"ה כל בי"ד גדול בעירו. וכ"כ התשב"ץ שם ובח"ב (סי' ה'). עו"כ הריב"ש שם דגם אלמלא ההפקר, בכוח הקהל להפקיע קידושין מדין כל דמקדש וכו' על דעת רבנן שבמקומו הוא מקדש. וכ"כ המהריב"ל (סוף ח"א) והמהר"ם אלאשקר (סי' מ"ח) דהוא טעם שעומד בפני עצמו. ומהר"ם אלאשקר כתב שהמקדש סומך בדעתו על דעת חכמים, והוי כמקדש על מנת שירצה אבא. אולם כתב, שצריך תקנה של כל בני המדינה, דאין לומר דעל דעת בני קהילתו לחדוד מקדש (וצ"ע מה ישיב על דברי הריב"ש). וברשב"א (סי' אלף ר"ו) כתב שהפקרת כסף הקידושין היא על פי מה שכתבו הפוסקים שבי"ד מכין ועונשין שלא מין הדין ומפקירים ממון משום מיגדר מילתא. וכן מבואר בתשובת הרב משה סיני בתשובת דברי דוד (סי' ע"ד, הובאה באוצה"פ שם אות ב') שבראשונים מיירי בהפקר שהוא משום מיגדר מילתא דשרי אף בזמה"ז כדאיתא בשו"ע חו"מ סי' ב'. וכתב שהראשונים שלא הורו כן, חולקים ע"ד הפוסקים שם בסי' ב'.

³¹ באוצה"פ (שם ס"ק קי"ג בהע' צ"ו) כתב דנחלקו האחרונים מה מסקנת הרשב"א למעשה. שבכמה תשובות משמע שהסכים שיעשו הקהל תנאי ויפקיעו הקידושין. וכ"כ רבנו ירוחם (ח"ב נכ"ד) וש"ג (ב"ב על ד' פ"ט ע"א) בדעתו. ועי' אוצה"פ (שם אות ב') בשם משפטי שמואל, שאם ידע הריב"ש את מה שנודע מפי הרשב"א שרב שרירא גאון תיקן תקנה להפקיע קידושין, היה מורה כך למעשה. ובאוצה"פ (שם אות ג') כתב בשם כמה אחרונים שהרשב"א הקל למעשה במקום שנאמר במפורש בתקנה שהכסף יהיה הפקר. גם הרא"ש בתשובה (כלל ל"ה סי' א') כתב בפשטות שכאשר עשו תקנה והפקיעו את הממון, הקידושין בטלים. אולם בתשובת הריב"ש והתשב"ץ מבואר שלא הורו כך למעשה. התשב"ץ הוסיף שמעולם לא עשו כן. וביאר (ח"ב שם) שהפקעת הקידושין היא בדרך של הפקר בית דין כמבואר בגמ', והריב"ש חשש שמא רק בי"ד דר"א ור"א יכול להפקיר את הממון. וכ"כ עוד אחרונים (באוצה"פ שם אות ב') דאין להקל למעשה. עוד שם (הע' צ"ט) בשם החת"ס (ח"א סי' ק"ח) שהריב"ש והרשב"א חששו מפני שהפקר דידן הוא רק מדרבנן, ולא מהני להפקיע את הכסף בקידושי תורה. וכן שהפקר דידן מועיל לדין, ולא מהני שלא תהיה אשת איש לדורות הבאים.

³² עי' אוצה"פ (שם ס"ק קי"ג אות א') בשם אב"מ ועוד שמקור דברי הרמ"א הוא מהריב"ש והרשב"א ולא מהמהרי"ק כפי שצוין בשו"ע.

³³ הובאו באוצה"פ (שם אות ב'). ועי' באוצה"פ (שם אות ד') בשם כמה אחרונים שדעת רובי דרבוותא שהקידושין בכה"ג אינם מדאורייתא אלא רק מדרבנן.

³⁴ עי' אוצה"פ (שם אות ב') שטעמו דגם להלכה אין לסמוך על מש"כ הריב"ש דבי"ד דידן אלימי לאפקועי ממונא בכה"ג. אמנם כתב, דאף בלי הפקר איכא לטעמא דכל דמקדש וכו' ששייך גם בקידושי ביאה. אלא שגם טעם זה לא הניח את דעתם של הרשב"א והריב"ש.

³⁵ בתקנה להפקיע הקידושין ולהפקיר הממון, נראה שלדברי הכל אינו יוצא מכלל ספק, ושפיר דמי לצרף לספיקות אחרים, וכ"כ אוצה"פ (שם אות ד') בשם רבים מהאחרונים.

³⁶ מהר"ם אלאשקר (סי' מ"ח). הובא באוצה"פ שם אות ב') כתב דהא דבעינין בי"ד דר"א ור"א הוא רק בתקנה של בי"ד, אבל תקנה של כל בני העיר להפקיר ממון מועילה בכל מקום. אלא שלצורך זה צריך הסכמה של כל בני המדינה ולא סגי של בני עיר פלונית, שמא המקדש יהיה מקהילה אחרת. ועי' בהע' להלן שבחת"ס לא סמך על תקנה להפקיר ממון מדין הסכמת השותפים, מכמה טעמים שחלקם שייכים למש"כ המהר"ם אלאשקר.

³⁷ עי' במהר"ם אלאשקר שם, שהסכמת כל בני המדינה מועילה לחזק גם את הטעם הנוסף שכתב הריב"ש דכל דמקדש וכו'.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

- ו. במקום שנאמר במפורש בתקנה שכסף הקידושין יהיה הפקר, יש אחרונים שסוברים שנקל להפקיע את הקידושין³⁸.
- ז. במקום שהמקדש כנס ובעל, יש אחרונים שסוברים שקשה טפי להקל ולהפקיע את הקידושין³⁹.
- ח. נחלקו האחרונים אם הסכמת הציבור לפסול עדים שיהיו בקידושין אלה מועילה כסניף נוסף להקל⁴⁰.
- ט. עבר על התקנה וקידש, יש סוברים שכופים אותו לתת גט. ולמעשה הדבר תלוי בעיקר בתוקף הקידושין⁴¹.
- י. התקנה שלא יסדר קידושין אלא רב או מו"ץ דמתא היא תקנה קדומה שמיוחסת עד לראשונים⁴². ויש פוסקים שהחמירו בה מאד וחייבו את המקדש בפני מי שאינו כזה לחזור ולקדש⁴³. ויש שכתבו שלא התפשטה בכל הארצות⁴⁴. מכל מקום כתבו הפוסקים שהתקנה אינה מתייחסת לחלות של הקידושין עצמם⁴⁵.

והדרינו לדברי מרן הראש"ל שבכל תשובותיו לא סמך על טעם זה כטעם עיקרי להתיר את האשה בלי גט אלא כסניף בלבד. ולמעין בדבריו לא ברור מדוע לא סמך בכל כוחו על טעם היתר זה. אולם, למעין בדברי הפוסקים ובדברי מתקני התקנה שהובאו לעיל ניחא, שעל אף שמטרתה המוצהרת של התקנה היתה להמשיך תקנות קודמות שנתקנו בעניין נישואין על ידי רבני ירושלים,

³⁸ אוצה"פ (שם אות ג') בשם שו"ת שמן משחה (סי' ס"ח) וצור דבש (סי' ו'), דבזה כל הראשונים ורוב האחרונים מודים. ובאוצה"פ שם בשם כמה אחרונים, שגם בכה"ג לא הקלו הראשונים למעשה. ובשם חת"ס (ח"א סי' ק"ט) דן בדברי חכם אחד שחילק בין מקום שבו נאמר במפורש שהממון יהיה הפקר, דאז מהני מדין הסכמת הציבור, כמו שותפים שהתנו ביניהם. וכתב דלא מהני הפקר בכה"ג אם הוא נעשה בתנאי שלא יזכה בו המקדש, ולא מהני על כסף שאינו ידוע באותה שעה מדין ברירה, ולא מהני על כסף שלא בא לעולם.

³⁹ אוצה"פ (שם אות ה') בשם כמה אחרונים, דעיקר הקולא של הראשונים היא על פי הטעם של הפקרת כסף הקידושין, ולא על פי הטעם הנוסף דכל דמקדש. ויש שסמכו גם על הטעם הנוסף לחוד. ובשם חת"ס (ח"א סי' ק"ט) כתב דמאי דאיתא בגמ' דשוויהו רבנן לבעילתו בעילת זנות, לא שייך בזמה"ז, אלא רק בבי"ד של חז"ל שרשאים לדון דיני נפשות. אולם כתבו האחרונים שם, דחוששים לבעילתו רק באופן שחוששים לקידושי ביאה לפי הדין ולא אמרינן שסמך על קידושי הכסף כשבעל, ועוד טעמים לקולא.

⁴⁰ אוצה"פ (שם אות י"ז) שבתקנה שעשה בעל נהר מצרים ובית דינו נכתב בנוסף להסכמה להפקיע את הקידושין ולהפקיר את המעות, גם את הסכמת הקהל לפסול עדי קידושין אלה, וכדעת הרשב"א שהובא בשו"ע אה"ע סי' קל"ד לגבי ביטול מודעות. וכתבו שהסכמה זו תחייב את הדרים במצרים ואת אלה שיגיעו אליה. ובשם חת"ס (ח"א סי' ק"ט) כתב שזה לא מהני רק בביטול מודעות שהוא גילוי דעת על המודעה. שאין בכוח הסכמת הקהל לבטל עדות של עדים כשרים.

⁴¹ אוצה"פ (שם אות י"ג) הביא מחלוקת אחרונים אם דמי למקדש אשה שניה ועובר על חדר"ג, שנחלקו הפוסקים אם כופים אותו לגרש, או דעדיף מינה, משום שחדר"ג אינו עושה ספק בקידושין והתקנה עושה ספק בקידושין. ויש שכתבו דהוי ס"ס, שמא הקידושין בטלים, ואת"ל שהם קיימים, שמא הלכה כמההרש"ם בנשבע לאשתו שלא ישא אחרת עליה שכופים עליו לגרש ולקיים שבועתו, וה"ה בחרם זה. ובאופן שלדעת רוב הפוסקים הקידושין בטלים מהתורה וצריכה גט רק לחומרא, יש להקל טפי בכפיית גט.

⁴² הובאה בשב"י (ח"ג סי' קכ"א) ובכנסת יחזקאל (סי' ע"ב), שייחסו את התקנה לר"ת.

⁴³ אוצה"פ (סי' מ"ט סעי' ג' ס"ק ו' אות ג' ו-ד') בשם כמה פוסקים.

⁴⁴ אוצה"פ (שם אות ד') בשם מהרש"ם (ח"א סי' רע"ט) ומנחת שי (ח"ב סי' נ"ב) ועוד אחרונים. ובמהרש"ם ציין שהט"ז והב"ש שהיו ראשי הרבנים באשכנז ובפולין לא הביאו תקנה זו.

⁴⁵ באוצה"פ שם בשם האחרונים, דעיקר התקנה היא משום השגת גבול.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הנוסח של התקנה ומרכיביה שעליהם עמדנו לעיל מעוררים לפחות ספק באשר לכוונת מתקני התקנה להפקיע קידושין שנעשו בניגוד לתקנה, שכן הנוסח חסר את המרכיבים העיקריים שנחוצים לצורך הפקעת הקידושין, בפרט כאשר מדובר במי שקידש וכנס את האשה, שאף לפי הצעתו של הגר"א¹, יש לשקול ולעיין היטב אם יש להפקיע את קידושיו.

אמנם כן, מרן הראש"ל סבר שמחלוקת המהר"י בירב וסיעתו עם שאר האחרונים לא הוכרעה והיא בגדר ספק, ועל אף שרוב האחרונים לא סוברים כדעת מהר"י בירב, מרן הראה באצבע שרבים מן האחרונים נקטו שמחלוקת זו מכלל ספק לא יצאה, וסמך להם מן הראשונים, בתשובת התשב"ץ שהניח את הדבר בספק, ולפי צד הספק שהלכה כדעת מהר"י בירב, ניחא ליה טפי למרן הראש"ל לדון בהפקעת הקידושין, על אף שגם במקום שנעשתה תקנה מפורשת להפקיע את הקידושין כתבו הראשונים שיש להחמיר לעניין מעשה, סבר מרן הראש"ל שהעיקר כדעת הש"ג ורבנו ירוחם שהרשב"א הורה למעשה להתיר, וכדעת האחרונים שכתבו דבכה"ג אפשר להקל גם למעשה, וכדעת רוב האחרונים דמכל מקום קידושי תורה אין כאן, אבל לפי הצד שהרבה אחרונים מחזיקים בו, שאין הלכה כדעת מהר"י בירב, אין מקום לדון בהפקעת הקידושין על פי תקנת הרבנות הראשית שהעניין של הפקעת קידושין כלל לא הוזכר בה, ובגלל המחלוקת, מרן צירף טעם זה דהפקעת קידושין כסניף נוסף להקל, אך לא כטעם עיקרי.

כך נראה גם מתשובה שכתב הגר"א² (היכל יצחק ח"א סי' ה') בענין כפיית גט על מי שנשא אשה בת פחות מגיל 16 בניגוד לתקנה. הגר"א² דן באריכות בשאלה האם ניתן לכפות גט על מי שעבר על חרם ובדרכי הכפיה, אך באשר להפקעת הקידושין בעילה של פסלות העדים שעברו על החרם, הרב הסתייג מאד, ואת האפשרות להפקיע קידושין בעילה של הפקרת הכסף הוא אינו מזכיר כלל. נעתיק קטע מדבריו:

ועל הרוצים לצרף דעת הפוסקים הסוברים שהעדים שבאו לקידושין נגד התקנה והמסדר וכו' נפסלו, והקידושין בטלין משום כך, כקידש בלא עדים, יש לדון בזהירות רבה בנקודה זו ולא באתי כעת, דרך אגב, אלא להעיר שלאומרים שמא לא נפסלו אלא מדרבנן, שהחרם שלנו אין לו דין דאורייתא, הרי הרי"ף פוסק שהמקדש בפסולי עדות דרבנן ג"כ קידושיו בטילים, שכל דמקדש וכו', וכ"ת הלא פסול מדרבנן צריך הכרזה ואח"כ הוא נפסל, הנה עיין במל"מ פ"ד מלוה שיש פוסקים על מילתא דאיסורא דלא שייך משום פסידא דלקוחות נפסל בלא הכרזה, ועוד עיין בש"ך, ובסמ"ע סי' ל"א שלאותו דבר שנפסל, הוא פסול אף בלא הכרזה, ואולם לענין צירוף דעת הרי"ף הנ"ל י"ל שברשע זה לא שייך כל דמקדש וכו', שהרי הוא עובר בזדון על החרם, ועיין תוס' ב"ב דף מ"ח ע"ב שקידשה באונס הקידושין אינם בטילים משום אדעתא דרבנן מקדש, אלא משום שחז"ל עוקרים הקידושין, אבל משמע מדברי הרשב"ם שם שאינו סובר כך, ואכ"מ, אלא כמו שאמרת, שעיקר ההנחה של פיסול העדים עדיין צריך עיון ודיון רב.

בנוסף לכל האמור נראה לענ"ד שהדבר שמעורר ספק בכוונת מתקני התקנה היא העובדה שעל אף החומרה הרבה שייחסו מתקני התקנה לנישואין שנעשים בניגוד לאמור בה, לפי המציאות המשפטית שהיתה קיימת מאז ועד הלום, בתי הדין הרבניים מוסמכים לאשר נישואין שנעשו ללא אישור של רבנות מוסמכת, אישור כזה אינו אפשרי כאשר מדובר בקידושין שהן מופקעים מעיקרם.

להלן יובאו פסקי דין של בתי הדין הרבניים שעסקו בבקשות לאישור נישואין, הן בבקשות לאישור נישואין שעל פני הדברים נעשו בהיתר, שנדונו לגופן, והן בבקשות לאישור איסור

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שנדחו על ידי בתי הדין, והתגלגלו ובאו לפתחו של בג"ץ, לא נשמעה טענה שמדובר בנישואין שהם בטלים מעיקרם מכוח התקנה ולא ניתן לאשרם.

אולם, אין מכאן כ"כ ראיה, שיש רגליים לדבר, שהדיינים בכל המותבים שעסקו בנישואי איסור ובנישואין פרטיים, נמנעו במכוון מעיסוק בשאלת הפקעת הקידושין, ובכלל מעיסוק בתוקפם של הקידושין במקרים שבאו לפנייהם, הן על מנת שלא לתת ביד אלו שעוסקים בנישואין כאלה כלים וכללים ברורים שיסייעו להם להשתכלל ולהתאים את עצמם לדרישות של ביה"ד, והן על מנת שלא לפתוח פתח להיתר אשת איש במקרים אחרים על ידי מי שגס לבו בהוראה בנימוק של הפקעת קידושין.

אמנם, וזאת יש לומר, שהנוהל הקיים היום שבתי הדין מאשרים נישואין פרטיים שנעשו כדין וכהלכה לאחר שהרב מסדר הקידושין מתחייב בכתב בפני מנהל בתי הדין הרבניים שלא ישוב עוד לעשות כן, מעורר תהיה האם אכן כוונת מתקני התקנה היתה לעקור כל קידושין שנעשו ללא רישום כדין מעיקרם, שאם כן, היה להם לדייני ישראל לתת דעתם לכך ולהימנע מלאשר נישואין אלו גם לאחר קבלת התנצלות כראוי בפני מנהל בתי הדין הרבניים, או שכוונת מתקני התקנה היתה להכניס גם את אותם מקרים שבהם נערכו נישואין פרטיים תחת פיקוח של בתי הדין הרבניים ומוסדות המדינה, על ידי אישורם למפרע על ידי ביה"ד הרבני.

מתבקש גם לומר, שאישור למפרע שביה"ד נותן לנישואין שנעשו בניגוד לתקנה מוציא את הנישואין הללו מכלל החרם. שאם לא כן, כיצד ייתן ביה"ד הרבני את ידו לנישואין שחרם חמור רביע עליהם.

מסקנת הדברים היא שבתקנת הרבנות הראשית הונח יסוד הלכתי להפקעת קידושין שנעשו בניגוד למה שנקבע בתקנה, אך מתקני התקנה בחרו במודע לא ליצור את התנאים ההלכתיים המתאימים ביותר להפקעת הקידושין, אלא להותיר פתח לצירוף דעות הפוסקים שהחרם מפקיע קידושין אלה, שישמש את ביה"ד הרבני בשכתו בתיקי עגינות שבהם יש צורך לדון בהתרת הנישואין או בחיוב וכפיה בגט.

חלק ג': אישור נישואין פרטיים

מסקנת הפרק הקודם היא שעל אף האמור בתקנת תש"י בחומרת איסורם של הנישואין הפרטיים, ועל אף החרם שהוטל על האיש האשה והעדים, ביה"ד הרבני שהעניין מובא לפתחו, רשאי לדון באישורם לאחר שבחן את תוקפם מבחינה הלכתית. ובמקרה כזה לא יחול על המעורבים החרם שהוטל בתקנה.

בית דין שדן בבקשה לאישור נישואין, אינו בוחן רק את תוקפם של הקידושין והנישואין לפי ההלכה, אלא גם את המשמעות הציבורית של אישור נישואין פרטיים, שגדולי ישראל בכל הדורות ראו בהם פירצה חמורה בקדושת ישראל, ואסרו אותם באיסור חמור, ופעלו בכל דרך על מנת למונעם.

אך לאחרונה מורנו הראש"ל הגר"י יוסף שליט"א יצא חוצץ נגד פעילות של ארגונים שמעודדים נישואין של איש לשתי נשים, באמצעות 'רבנים' שעורכים חופות אסורות בסתר. בחוות דעת שפרסם, ציין מורנו הראש"ל לדברי הפוסקים שאסרו נישואין כאלה בכל תוקף, ועמד על התוצאות הקשות שעשויות להיות לעריכת חופות בלי אישור ופיקוח של הרבנות הראשית לישראל באמצעות לשכות רישום הנישואין במשרדי הרבנות בערי הארץ.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

החשיבות בקיומו של גוף ממלכתי אחד שיהיה אחראי על תחום רישום הנישואין, מוכרת ומקובלת גם על ידי המוסדות האזרחיים במדינה. דברים בעניין נכתבו בפסק דין שניתן ביום ט"ז באדר תשס"ד (09/03/2004) בביה"ד הרבני בירושלים בהרכב הדיינים הגאונים: הרב י' האגר הרב מ' טולידאנו והרב נ' הייזלר (בתיק מס' 11-1-2522):

הסמכות לסדר קידושין ונישואין מסורה כיום לרב אשר ניתנה לו כשירות לכהן כרב רושם נישואין על ידי מועצת הרבנות הראשית לישראל על פי סעיף 2(6) לחוק הרבנות הראשית לישראל התש"מ-1980. בשנת תשנ"ח פרסמה הרבנות הראשית לישראל את "הוראות נוהל רישום נישואין" הקובעות בצורה ברורה מי רשאי לערוך נישואין בישראל, את שלבי הליך הנישואין ואת חובותיו של עורך הנישואין והסנקציות שבצידן. על פי הוראות אלו, הליך הנישואין כולל שלושה שלבים. א. הרשמה לנישואין; ב. עריכת החופה והקידושין; ג. הנפקת תעודת הנישואין והפצתה.

בתי המשפט הכירו בכך, כי יש לראות בהסדרים שהונהגו על-פי התקנות משנת תש"י, לענין הכניסה לברית הנישואין, משום הסדרים שיש להם הגושפנקא והחותם של המשפט העברי (בג"צ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות פ"ד מג(2), 661, 680). עוד נאמר (שם), כי לא זו בלבד אלא מכוח הוראת סעיף 2 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, הפכו ההסדרים האמורים להיות, באשר לעריכת נישואין בין יהודים בישראל חלק ממשפט המדינה, ומכאן שהם משקפים גם את מדיניותו של המחוקק החילוני בשטח זה.

בהתאם לגישה זו, סירבו בתי המשפט האזרחיים לפסוק מזונות לאשה שנישאה לבעלה ב"נישואין פרטיים". ראו: ע"א 32/81 משה צונן נ' סלביה שטל פ"ד לז(2), 761, 766, דברי השופט מ' אלון:

"מדיניות משפטית זו בדבר שלילת תוקפם של נישואין פרטיים יסודה בעקרון-על של שמירה על תקנת הציבור, מינהל תקין וסדרי חברה בסיסיים, אשר משמעות מיוחדת נודעת להם בקביעת תוקף מעמד הנישואין והתוצאות הנובעות ממעמד זה, הן לעניין היחסים שבין בני הזוג בינם לבין עצמם והן לעניין היחסים שביניהם לבין הציבור בכללו."

במלים אחרות: עצם עריכתם של נישואין פרטיים, מהווה פגיעה כה קשה בתקנת הציבור, עד שהיא מצדיקה שלילת הן מתן אישור בדיעבד לנישואין אלו, והן ייחוס נפקות לנישואין אלו כלפי בני הזוג עצמם וכלפי הציבור עצמו. מאליו מובן, כי בדברים אלו אין לשלול את התוצאות ה"איסוריות" של נישואין אלו, דהיינו, הגבלות לחומרא, אשר אנו מטילים על בני זוג הטוענים כי נישאו באופן "פרטי". ויודגש: אם כתוצאה מהגבלות שיוטלו מספק ולחומרא על בני זוג אלה להינשא לעלמא, יראו בכך רשויות המדינה כאישור בדיעבד לנישואין אלו על ידי בית הדין הרבני, נמצאת מעקר מניה וביה את המדיניות המשפטית הרואה בנישואין פרטיים פגיעה חמורה בתקנת הציבור.

יצוין שעמדה זו של ביהמ"ש העליון השוללת נישואין שנעשו שלא לפי דין תורה, בניגוד לחוק, היא עמדה עקבית שמופיעה בפסקי דין רבים, גם כאלה שעוסקים בשאלת רישום מעמדם האישי של האיש והאשה שנשאו בנישואין פרטיים במרשם האוכלוסין האזרחי. בעניין זה, הבדיל ביהמ"ש בין נישואין פרטיים של בני זוג שאין להם מניעה להינשא כדמו"י, לנישואין פרטיים של בני זוג שיש להם מניעה להינשא כדמו"י (ראה בג"ץ 51/69 אלקנה רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד כד(1) 704, 708-709. וראה ע"א 640/82 חנן כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לט(1) 673, עמ' 691-692. וראה ע"א 450/70 אילן רוגוזינסקי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129, בעמ' 139-140).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אולם, על אף אי חוקיותם של נישואין אלו, עד היום לא נעשה תיקון חוקי נחוץ על מנת להופכם למעשה פלילי. זאת על אף שנערכה פניה בעניין אל היועץ"מ לממשלה מר א' רובינשטיין, ביוזמת נשיא ביה"ד הגדול (לפנים) הגרש"מ עמאר שליט"א, ובאמצעות היועץ המשפטי לשיפוט רבני הרב שמעון יעקבי הי"ו. כמתועד בהחלטת ביה"ד בפ"ת שנתנה ביום כ"ט באדר תשס"ט (25/03/2009), בהרכב הדיינים הגאונים: הרב מ' אוחנונה, הרב ד' מלכא, והרב י' לרר.

אכן, בשנת התשע"ד תוקנה פקודת הנישואין והגירושין (רישום), ונקבעה בסעיף 7 עבירה על מי שאינו דואג לרישום הנישואין שלו או שהוא ערך לאחר: "כל שאינו דואג לרישום הנישואין או הגירושין שלו או לרישום הנישואין או הגירושין שהוא סידר לאחר, דינו – מאסר שנתיים". אבל עצם סידור הנישואין הפרטיים לא נקבע כעבירה – לא כלפי בני הזוג ולא כלפי מסדר הנישואין. ראוי לציין שלמרות שהתיקון לחוק כבר נעשה לפני כשבע שנים, אין ידוע על שום מקרה שבו הועמד אדם לדין פלילי בשל אי-דיווח על סידור נישואין, למרות שבתי הדין והנהלת בתי הדין העבירו פניות בעניינים אלו אל הגורמים המוסמכים במשרד המשפטים.

הנה כי כן, יצאנו לעיין בפסקי דין של בתי הדין שנדרשו לבקשות לאישור נישואין פרטיים. בפסקי הדין שיובאו להלן, ישנם שיקולים שונים ששקלו חשובי הדיינים במקרים שלא היה ספק שאכן מדובר בקידושין תקפים לפי ההלכה, ואעפ"י כן נמנעו דייני ישראל בכמה מקרים מאישורם ורישומם של האיש והאשה כנשואים על פי חוק.

תחילה פסק הדין של ביה"ד בירושלים שעסקנו בו, שם נדונה בקשה של איש ואשה שנשאו בנישואין פרטיים על ידי רב שנפסל לסדר חו"ק, לאשר כי הם נשואים כדמו"י. ביה"ד לא נדרש לשאלה האם יש תוקף לנישואיהם לפי דין תורה, אלא לשאלה האם בית הדין רשאי משום מיגדר מילתא שלא להידרש כלל לבקשה לאשר את הנישואין.

על כך נכתב בפסק הדין:

וכעין מעשה זה הובא בספר אדמת קודש ח"ב אבהע"ז סי' ב', באשה שהתגרשה במטרה כדי להנשא לאיש שהבטיח לה שתתגרש וישאנה והרב בעל אדמת קודש אסרה עליו בנימוקים דיש לגדור מילתא בזה. ואזכיר בקצרה נימוקיו דאין הספר מצוי כ"כ, והם:

עפ"י הגמ' בשלהי נדרים האומרת טמאה אני בראשונה היו אומרים דיוצאות ונוטלות כתובה. חזרו לומר שלא תהא אשה נותנת עיניה באחר ומקלקלת על בעלה. לכן האומרת טמאה אני לך, תביא ראיה. והר"ן הקשה, כיון דמדינא מתאסרה כפי משנה ראשונה, היאך התירוה משום שלא תהא נותנת עיניה באחר, וכי איסור שבה היכן הלך. ותירץ, דמשום מיגדר מילתא בטלו מילתא דאורייתא בקום ועשה, גדר גדרו בה שלא תתן עיניה באחר להפקיע עצמה מיד בעלה, והרשות בידם לעשות כן, כדאמרינן ביבמות מיגדר מילתא שאני. ועי"ש בר"ן דהסביר, דאף דלא מבטלין במקום עשה אלא בשב ואל תעשה, כאן אפקעינהו לקידושין מעיקרא. ולמד מזה האדמת קודש דכ"ש הוא, דאם עשו זאת במילתא דאיסורא להתיר איסור כדי למיגדר מילתא, כ"ש דיש לעשות זאת בנידון דליכא מצוה בדבר שישא אשה זו, דמוכח מהגמ' דמשום חששא דשמא נתנה עיניה באחר היא חששא גדולה למפקע קידושיה, כדי שלא יהיו בנות ישראל פרוצות לתלות עיניהם בבחורי ישראל. ואפי' לפי תירוץ שני דלא נאמנת משום דמשועבדת לו דאין ראיה, מ"מ גם לסברא זו משום חששא זו דשמא נתנה עיניה באחר מ"מ התירו את האיסור אף דלא הפקיעו הקידושין.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ועוד סמך על הגמ' בכתובות פ' אע"פ בדין מאיס עלי, דאף דהרמב"ם סובר דבמאיס עלי כופין הבעל לגרש, עכ"ז חלקו עליו הראשונים, והרא"ש כתב להרחיק הכפייה דבשביל שהיא הולכת אחר שרירות לבה ונתנה עיניה באחר וחפצה בו יותר מבעל נעוריה נשלים תאונה ונכוף את האיש שהוא אוהב אשת נעוריו שיגרשנה? חלילה וחס לשום דייך לדון וכו'.... וא"כ אמור מעתה מילתא דאיתא בק"ו, ומה מאיס עלי דמן הדין היה לכפותו לגרשה, דאין בנות ישראל שבויות חרב להבעל לשנאוי להם, ואפ"ה נחלקו עליהם גדולי עולם ועמדו וביטלוהו מפני זאת רעה חולה, דשמא נתנה עיניה באחר, ועשו סייג בדבר שלא נכוף את הבעל לגרש, אלא תתעגן האשה ותשב תחת בעלה צרורה אלמנות חיות ולא נשלים תאונה, ואף שהדבר בספק דאפשר קושטא קאמרה, ואפ"ה חששא זו תפסו לעיקר, כ"ש בנידון דידן דוודאי אתבריר לן דנתנה עיניה באחר, דוודאי דיש לכל דייך להורות לאיסור שלא תנשא לאיש אשר נתנה עיניה בו.

ולכן כתב דיש לגדור גדר ולאסור המותר לפי הזמן ולפי השעה כההיא עובדתא בההוא שהטיח את אשתו תחת התאנה. וכן פסקו כל הפוסקים שיש כח ביד ביי"ד לגדור גדר ולגזור גזרות לפי צורך השעה ולכן גזר שהאשה לא תנשא למי שנתנה עיניה בו.

הנה עיקר חידושו של בעל האדמת קודש הוא שסמכותו של בית דין בישראל לגזור גזרות שלא מן הדין לצורך השעה, אינה מוגבלת רק לענישה ולהוצאת ממון שלא מן הדין, אלא כוללת גם את היכולת לאסור דבר שהוא מותר לפי דין ולהתיר דבר שהוא אסור לפי דין, כמו שחז"ל התירו אשה שאמרה לבעלה טמאה אני לך, אעפ"י שמן הדין היא אסורה, וכמו שהראשונים אסרו לכפות על בעל לגרש אשה שאומרת מאיס עלי, אעפ"י שמן הדין כופים עליו לגרשה.

אולם לפי שורת הדין ודאי שביה"ד אינו רשאי לאסור דבר מותר אף אם הוא מאוס ומגונה ביותר. כך מבואר בדברי הפוסקים שדנו בדין הגמ' בגיטין (פ"ד ע"א) במגרש את אשתו על מנת שתנישא לאחר, שלא תינשא לו, שמא יאמרו נשותיהם נותנים זה לזה במתנה. וכ"פ השו"ע (אה"ע סי' י"א סעי' ח' וסי' קמ"ג סעי' ט"ו). וכתב הפת"ש (אה"ע סי' קמ"ג ס"ק י') שבעל החוות יאיר (סי' קצ"ו) גער באיש שנתן עיניו באשה לפני גירושיה, וסירב להשיב לו אם ראוי שיציע לה דבר מה שיקל עליה להתגרש מבעלה. ובשם שו"ת בית דוד (סי' י"ד) כתב שאין בזה איסור, שאין לנו רשות להוסיף על תקנות חז"ל. ונראה שגם החו"י לא סבר שהדבר אסור מדינא, אלא שהוא מעשה פריצות שלא ראוי להשיב לשואל עליו.

ומעשים שבכל יום שבתי הדין אינם מונעים נישואין של אשה עם נטען באופן שהאשה והנטען לא נאסרו לפי הדין (עי' אה"ע סי' י"א). אלא שכאמור בפסק הדין, ביה"ד רשאי לגזור ולתקן שלא מן הדין ולאסור את המותר, אלא שגזירה זו לא יכולה להיות כוללת לכל מקרה של נישואין פרטיים, אלא לפי צורך השעה והדור, ובכל מקרה לגופו, ואין ללמוד מפסק דין זה למקרים אחרים של נישואין פרטיים שבאים לפנינו.

אולם, בפסק דין של ביה"ד הגדול (בתיק מס' 2252-21-1) שניתן ביום י' בתמוז תשס"ה (17/07/2005), בערעור על פסק הדין של בית הדין בירושלים, נחלקו הדעות. דעת הגר"ש דיכובסקי שליט"א היתה שיש לקבל את הערעור ולאשר את נישואי האיש והאשה. בנימוקיו שילב הגר"ש שיקולים של תקנת הציבור להסדיר את מעמדם האישי של האיש והאשה וילדיהם כלפי עצמם וכלפי כולי עלמא; שיקולים של טובת ילדי הצדדים שיגדלו במשפחה שמעמדה מוסדר כחוק; שיקולים מעשיים לאשר נישואין פרטיים שהפכו נפוצים בעיקר בזווג שני מסיבות כלכליות

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ושיקולים הלכתיים למנוע חששות וספיקות במעמדם של האיש והאשה ושל אחרים שיתקשרו איתם בקשרי נישואין.

דעת הרוב בפסק הדין שנכתבה על ידי הגר"א שרמן שליט"א, מעמידה במרכז הדיון את חשיבותה של תקנת הרבנות הראשית. לפי דעה זו, השיקולים שכתב הגר"ש דיכובסקי בפסק דינו הינם שיקולים משניים, גם מפני המשקל הציבורי שראוי שיינתן לתקנת הרבנות הראשית, וגם מפני שניתן באמצעים שונים לצמצם את הנזק שנגרם מאי רישום נישואיהם של זוגות שנישאו בנישואין פרטיים. בפסק הדין, נעשה היקש בין בקשה לאשר נישואי איסור לבקשה לאשר נישואין פרטיים. הגר"א שרמן קבע שכשם שבתי הדין דחו בקשות לאישור נישואי איסור, כך יש לדחות בקשה לאישור נישואין פרטיים. להלן הדברים ממקורם:

המערערים עותרים בפנינו לביטול פסק הדין ולאשר את נישואיהם שנעשו באופן פרטי ע"י אדם שנפסל מלערוך קידושין ונישואין, דבר שיש בו הפרה חמורה של תקנות חרם ירושלים תש"י שתקנו ראשי הרבנים לישראל הגא"י הלוי הרצוג זצ"ל והגר"צ עוזיאל זצ"ל, שקובעים ע"פ מנהגים ותקנות שנתקבלו גם מפי מרנן ורבנן תקיפי ארעא דישראל הקדמונים זצ"ל וגם מתקנות שנהגו ברוב קהילות ישראל שלא לסדר גירושין, נישואין אלא ע"י מוסמכות וממונים לכך.

בית הדין הגדול בהרכב הגאונים הרבנים י. מ. בן מנחם זצ"ל, ע. הדיה זצ"ל, וי. הדס זצ"ל פסק (ערעור תשט"ז 80/ פורסם בקובץ קול תורה שנה יא. חוברת ג' כסלו תשי"ז), שבית הדין רשאי שלא להזדקק לבקשה למתן פסק דין הצהרתי בקשר לנישואי איסור, וכך נאמר בפסה"ד:

"אין להניח שכיום אחרי חוק שיפוט בתי דין רבניים נישואין וגירושין תשי"ג שהפקיד בידי בית הדין הרבני את משמרת הקודש על עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל, מתוך הכרה והודאה שאלה הן אחת הערביות היסודיות של עם ישראל ולרציפות יחסו, ואחרי "חוק הדיינים תשט"ו" שחזר וקבע "שאין על הדיין מרות בעניני שפיטה זולת מרותו של הדין לפיו הוא דין", היוכל מי שהוא להטיל על בית הדין להיות מסייע לדבר עבירה או להחזיק בידי עוברי עבירה, וכבר היה מעשה (שו"ת בית דוד סי' ו' דבריו מובאים באוצר הפוסקים על אה"ע סי' ו' סעיף ו' אות ל"ד). דומה לנדון דנן בכהן שדר עם גרושה בלי חופה וקידושין והוליד ממנה בנים, ועתה בא לפני הרב וסיפר שנסע למקום שאין מכירים אותו ונשא אותה בחופה וקידושין, והוא מבקש ממנו שיחתום לו שנשא אותה כדי שיהיה חיזוק עפ"י נימוסי המדינה והבנים יקראו על שמו, והשיב (הרב הנשאל) דאין כל ספק דאסור לרב לחתום, שאף בדיבור בעלמא הוי חיזוק ידי עוברי עבירה, (כל שכן לחתום), דהוי מעשה ברור שאין לבוא ולדרוש מבית הדין שיעבור על ההלכה ויאשר ויקיים בפסק דין... היינו שבית הדין יסייע במו ידיו לפרוץ פרצה אחר פרצה בגדרי עולם של חיי המשפחה בישראל, ולעשות חס וחלילה גם את דין התורה גם את החוק המדינה פלסתר או חוכא ואיטלולא".

בספר סדר הדין לפרופ' אליאב שוחטמן פרק שביעי פסקה ז' תובע שיש בידו עבירה הערה 79, הביא החלטה מיום י"ז כסלו תש"ל שניתנה ע"י בית הדין הגדול בהרכב הגאונים הרבנים מרן רי"ש אלישיב שליט"א, אליעזר גולדשמיט זצ"ל וש. ישראל זצ"ל, שהפנו לפס"ד הנ"ל ולקביעתו שרשאי בית הדין האזורי לסרב להזדקק לבקשה למתן פסק דין הצהרתי בקשר לנישואי איסור (הערת הכותב: פסק דין זה הובא בפסקי דין רבניים ח"ז עמ')

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

175 ואילך). אמנם בנדון דנן לא מדובר בנשואי איסור כהן וגרושה, אולם ודאי שיש לראות בנישואי המערערים מעשה עבירה חמור של פגיעה בתקנה חמורה בחרם שלא להינשא בנישואים פרטיים ע"י מי שאינו בקי בטיב גיטין וקדושין ולא הוסמך לכך. אם בדורות קודמים ראו חכמי גדולי ישראל לתקן תקנה זו כפי שמצוין בלשון תקנת ירושלים שתקנו כך מרנן ורבנן תקיפי ארעא דישראל וכן נוהג ברוב קהילות ישראל, וזאת כפי שמצינו בתשובת הרמב"ם (י' קנ"ו מהדורת פריימן) ובתשובות רבי אברהם בן הרמב"ם עמ' 13 - 182 תקנות אלו חוזקו בחרם חמור. בשו"ת שכות יעקב ח"ג סי' קכ"א ובשו"ת כנסת יחזקאל ג' ס"י ע"ב הביאו שקבלו בקבלה שרבני צרפת שהיו בימי ר"ת גזרו שלא יסדר אדם קידושין כי אם הוא שנבחר לרב או מו"צ, ק"ו בתקופתינו שנתרבו פרצות חמורות וקמים רבים לפגוע בקדושת סדר קידושין ונישואין וגובר החשש מאד לנשואי תערובת, נישואי איסור ופסולי חיתון. רבים נלחמים לשבירת חומת קדושת הנישואין והמשפחות בישראל, על כן יש ליתן חיזוק רב לתקנה זו לשמיעת טהרת וקדושת הקידושין והנישואין, ולהקפיד מאד בכך ובוודאי שאין ליתן יד לאשר פעולות של נישואין פרטיים ע"י אינשי דלא מעלי שאינם מוסמכים לכך.

ביה"ד הגדול בפסק דינו עורך השוואה בין אישור נישואי איסור לאישור נישואין פרטיים. על כך יש להעיר שמעיון בפסקי הדין שניתנו בעניין בקשה לאישור נישואי איסור, נראה שהתנגדותם של בתי הדין הרבניים לאישורם ורישומם היה גם מפאת הסיוע שניתן בעצם הרישום לעוברי עבירה שנישואים באיסור, אך גם ובעיקר מפאת החיזוק שניתן לנישואין עצמם, המשכתם והארכתם, בניגוד להלכה שמחייבת את הפסקתם.

כך בפסק דין שניתן בביה"ד ת"א ביום ט"ו בתמוז תשכ"ד בהרכב הדיינים הגאונים הרב מ' שלזינגר, הרב י' וילנסקי, והרב י' סורוצקין זכר כולם לברכה (פורסם בפסקי הדין הרבניים ח"ה עמ' 219 ואילך), נדחתה בקשה של כהן וגרושה שנישאו בנישואין פרטיים, לאשר את עובדת היותם נשואים לפי דין תורה. ביה"ד הביא את דברי הפוסקים שהפליגו בחומר האיסור של הנישואין הללו ובחובתו של ביה"ד להביא להפסקתם, וקבע שבאישור רישומם של האיש והאשה כנישואים יש משום סיוע לדבר עבירה וחיזוק נישואין אסורים שלפי דין תורה מוטל על ביה"ד להפסיקם. ביה"ד מציין לפסק דינו של ביה"ד הגדול (פורסם באוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לא"י עמ' קל"ב – קל"ט) שקבע שאין מניעה לאשר למפרע נישואין של גרושה לכהן לאחר פטירתו לצורך קביעת מעמדה כאלמנתו, ומבדיל בין המקרה שנדון בפסק הדין שם, שבו הנישואין האסורים אושרו לאחר פטירת הבעל, למקרה שנדון בפני ביה"ד, שבו ביה"ד נדרש לאשר נישואין שעודם מתקיימים. בשאלת מעמדם האישי של המבקשים נכתב בפסק הדין:

מאחר ולפי הדין הרי חיי נישואין במשותף אסורים עליהם, אולם הם אף פנויים אינם, בהיות וכל עוד לא יתגרשו אסורים הם להינשא עם אחרים. את מעמדם האישי הרי שאין להגדיר בבירור והוא נאחז באיזו שהיא נקודה מבין שני המושגים הנ"ל.

מפסק הדין אנו למדים עד כמה הרחיקו את עצמם בתי הדין מאישור נישואין שנעשו בעבירה גם כשעל פני הדברים לפי ההלכה האיש והאשה נחשבים לנישואים. מאידך, ביה"ד לא נמנע מלאשר נישואי איסור במקום הצורך, לאחר שחלף האיסור, על אף שיש באישור משום מתן גושפנקא לנישואין האסורים.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בפסק דין נוסף שניתן ביום י"ד בטבת תשכ"ד בביה"ד הרבני בת"א בהרכב הדיינים הגאונים: הרב ש' ב' ורנר, הרב ע' אזולאי, הרב מ' לופז (פורסם בפסקי דין רבניים חלק ו' עמ' 281 ואילך), עמד ביה"ד על התקלות הרבות שעלולות להיגרם כתוצאה מנישואין פרטיים, והביא כדוגמא את המקרה שנדון לפניו: איש ואשה נישאו בנישואין פרטיים לפני שהאשה הגיעה לגיל נישואין. ברבות הימים מת האיש, וביה"ד נעתר לבקשת האשה והכריז עליה כאלמנתו. לאחר זמן הופיעה אשה אחרת וטענה כי היא אלמנתו של האיש, והציגה תעודת נישואין, ואישור כי היא מקבלת גמלה בגין אלמנותה. הסתבר לביה"ד שהאיש עזב את אשתו הראשונה כמה שנים לפני מותו ונשא אשה אחרת כדמו"י לאחר שהציג את עצמו רווק על פי הרישום. כעת טענה האשה האחרת שהחלטת ביה"ד המקנה לאשה הקודמת מעמד של אלמנה שגוי ויש לבטלו. ביה"ד דחה את הטענה, ושב על קביעתו שהאשה הראשונה היא אלמנתו של האיש, על אף שבמקרה שם האיש והאשה נישאו בנישואין פרטיים על ידי מסדר קידושין שכונה בפסק הדין 'הדיוט', ומדובר היה בנישואי בוסר של אשה שטרם מלאו לה 16 שנה. בנימוקיו, ציין ביה"ד לפסק דינו של ביה"ד הגדול שנזכר לעיל שאישר נישואין פרטיים לאחר פטירת האיש לצורך קביעת אלמנות.

גם בפסק דין זה מבואר, שעל אף שביה"ד ראה בחומרה רבה את התופעה של נישואין פרטיים, והראה באצבע איך במקרה שבא לפניו אי רישום הנישואין הראשונים גרם לפרצה חמורה, לא נמנע מלאשר את עובדת היותה של האשה שנישאה בנישואין פרטיים כאלמנתו של האיש.

פסק דין נוסף מזמן קרוב יותר ניתן על ידי ביה"ד בפ"ת ביום א' בתמוז תשע"ג (09/06/2013), בהרכב הדיינים הגאונים: הרב ב' אטיאס, הרב ד' מלכא, והרב אברהם מאיר שלוש. פסק הדין עוסק בנישואי איסור של אשה שנאסרה על בעלה עם בועלה. אין בפסק הדין התייחסות לתקפותם של הקידושין לנוכח החרם שהוטל על כל המעורבים בתקנת הרבנות הראשית משנת תש"י, אלא לספיקות בעצם מעשה הקידושין, שבגינם נמנע ביה"ד מאישור הנישואין.

מסקנת הדברים היא, שביה"ד צריך לדון בכל בקשה לאישור נישואין לגופה לפי מקומה ושעתה, ולהביא במכלול שיקוליו את טובת ותועלת הציבור מאישור ואי אישור הנישואין, את טובתם של המבקשים וילדיהם ואת ההשלכה שתהיה לאישור נישואי איסור על המשכם.

ובנדון דידן, אם היתה מוצגת לפנינו ראייה שהמבקשים נישאו כדמו"י על ידי רב שבקי בטיב קידושין, והיתה מוגשת בקשה מתאימה בצירוף כתובה ומכתב של הרב מסדר החו"ק, ולאחר קבלת אישורו של מנהל בתי הדין, היה ניתן לשקול בחיוב את אישור נישואי הצדדים כדמו"י. בהיעדר כל אלה, הונחו המבקשים לפנות אל הרבנות המקומית להסדרת מעמדם. אלא שמתעם הרבנות נשלחה שאלה האם יש צורך לערוך למבקשים חופה וקידושין וכתובת כתובה, או שסגי בחופת העמדה.

לאור מסקנת הדברים לעיל, המבקשים הם לפחות ספק נשואים, הן מפאת חזרתם לחיות יחד לאחר הגירושין, והן מפאת הצהרתם שנישאו זל"ז כדמו"י וחיו יחד כאיש ואשה זמן רב. גם הכתובה שהוצגה לביה"ד מעוררת ספק.

הדיון אם כן הוא כיצד מסדירים את מעמדם של איש ואשה שיש ספק אם הם נשואים לפי דין תורה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

חלק ד': שבע ברכות, ז' ימי שמחה, וכתובת כתובה חדשה בנישואי ספק.

במרדכי קידושין (סי' תקמ"ה) בשם הרשב"א (הובא בשינויים קלים בתשובות מיימוניות נשים סי' י"ח) הביא מעשה באיש שקידש אשה בממון של חברו, וכשנודע הדבר לאשה הקפידה על כך, וחזר וקידשה בממון שלו. וכתב שהקידושין הראשונים בוודאי בטלים. וביחס לקידושין השניים, דן האם צריך חופה חדשה, שבע ברכות וכתובה. וכתב דסגי בברכה הראשונה שנעשתה לשם נישואין, והביא ראייה ממאי דאיתא בגמ' במקדש בטעות, ובקטן שקידש, ובמקדש בפחות משווה פרוטה, דאם בעלו קנו, כלומר ולא צריך לעשות חופה חדשה ושבע ברכות, דהחופה הראשונה והברכות שנעשו בה מהני. וכן הביא ראייה מהדין של משיא בנו ובתו סמוך לפרקן, דאם בעלו כשגדלו קנו, ולא צריך לעשות חופה וברכות, על אף שקידושי ונישואי קטן לאו כלום הם אפילו מדרבנן. וגם קידושין לא צריך אלא בבעילה נעשית אשתו. וכן הביא ראייה מחרש ושוטה שנשאו נשים והתפקחו, דאם בא על האשה לאחר שנתפקח קנאה, וחייב בכתובה שכתב לה בזמן שהיה חרש ושוטה, אעפ"י שאין נישואיהם כלום, כשבעלו התחייבו גם בכתובה, ולא צריך כתובה חדשה.

עוד טעם כתב המרדכי שברכות אינן מעכבות, שהחופה היא העיקר. והביא ראייה מהא דביהודה היו מברכים לפני שמייחדים, ולא סגי בברכה, שהעיקר תלוי בייחוד.

וכן בתרוה"ד (פו"כ סי' ק"מ) הביא את הדין שברכות אינן מעכבות, דהעיקר תלוי בייחוד, והראיה מהא דביהודה היו מברכים לפני שמייחדים.

ולפי טעם זה לכאורה, הפעולות שנעשו בזמן הקידושין הראשונים אינן מועילות לקידושין השניים, ורק על הברכות לא צריך לחזור כי הן אינן מעכבות, אבל חופה יש לעשות.

עוד במרדכי (שם סי' תקמ"ו) הביא את תשובת רש"י במקדש בעדים פסולים מהתורה, שכתב שצריך לחזור ולקדש ולא צריך לחזור ולברך את ברכות האירוסין והנישואין, ולא צריך כתובה חדשה, והביא ראייה מקידושי מיאון ומהמקדש בנו קטן, שלאחר שהקטן והקטנה בגרו והיתה ביאה הווי נישואין דאורייתא ללא כתובה וללא ברכות.

וכ"כ מהר"י ווייל בתשובה (סי' ז') לגבי מקדש בפני עדים פסולים, שצריך קידושין חדשים או שייחדה בפני עדים ויבוא עליה, ולא צריך ברכות קידושין וברכות נישואין. וציין לדברי המרדכי בשם הרשב"א שכתב שלא צריך לשוב ולברך. והוסיף שלא צריך לכתוב כתובה חדשה, וכתב טעם שמצאנו בגמ' שכותבים כתובה לפני הנישואין, "דכתבי כתובה והדר מקדשי". וכתב שהכתובה לא מחזי כשיקרא, מפני שעשה ברכות ונישואין וגילה בכך שכוונתו להתחייב ולהשתעבד בכתובה היא כוונה אמיתית, ומהני הכתובה כמו שמהני הברכות של הקידושין הראשונים לקידושין השניים.

וממה שכתב שסגי בקידושי כסף או יחוד וקידושי ביאה ולא כתב שצריך לעשות חופה, משמע שס"ל כטעם הראשון של המרדכי שהברכות הראשונות מועילות לקידושין השניים, וה"ה החופה הראשונה, מועילה לקידושין השניים.

ובתשובות מיימוניות (שם סי' י"ט) הביא תשובה אחרת של הרשב"א במקדש בפחות משו"פ, שכתב שאינו צריך לחזור ולקדש, והביא ראייה מהא דביהודה מברכים ברכות נישואין בבית חתנים עד שנה לפני הנישואין שמא יתייחד עימה, הרי שאפשר להקדים את ברכות הנישואין לחופה. כלומר, שאם לבסוף לא יתייחד עמה עד לחופה, יועילו הברכות דהשתא לחופה דלהבא. וכתב

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שגם ברכת אירוסין דהשתא מועילה לקידושין דלהבא, והביא ראייה ממקדש בביאה. ונראה דאין כוונתו למקדש בביאה בעלמא אלא לקטן שגדל וקידש בביאה, וכך חרש ושוטה, שלא צריך חופה וברכות נישואין, ומסתבר שהוא הדין שלא צריך לברך ברכות אירוסין על קידושי הביאה.

וברמ"א סי' ס"א (סעי' א') הביא את דברי הראשונים בקידושי טעות, דאינו צריך לחזור ולברך את ברכות הנישואין:

אם קידש בטעות, והיו לו נשואין עמה, ואח"כ נודע שהקדושין היו בטעות, אף על פי שחזור ומקדש אין צריך לברך שנית שבעה ברכות, וסגי ליה בברכות הראשונות.

וכתב הב"ש (שם ס"ק ז') שמקור הדין ברמ"א הוא מהמרדכי ומהרי"ו הנ"ל. והוסיף את מש"כ הרמב"ם לגבי חופת נידה. ועי' גלין מהרש"א וראש פינה שם שכוונתו למש"כ הרמב"ם בהל' אישות (פ"י ה"ו) לגבי חופת נידה שעיקר החופה היינו הייחוד ולא הברכות, ונידה לא תינשא עד שתטהר, ואין מברכים לה ברכת חתנים, ואם עבר ונשא ובירך אינו חוזר ומברך. כלומר, על אף שהרמב"ם סובר שחופת נידה לא מהניא, לא צריך לברך על הייחוד שיהיה לאחר שתטהר.

וכתב הב"ש בשם המרדכי שהטעם שלא צריך לברך הוא מפני שהברכות אינן מעכבות. וביאר דהיינו משום שס"ל למרדכי דכלה בלא ברכה שאסורה לבעלה כנידה, היינו כלה בלא חופה, כמש"כ בתרוה"ד שם.

וכתב הב"ש שבמרדכי כתב טעמים אחרים, ולא כתב מה הם. ונראה שכוונתו לטעם הנ"ל במרדכי ובעוד ראשונים שיוצאים יד"ח בברכות שנעשו בקידושין הראשונים. ובמהרי"ו הביא לכך ראייה מהא דביהודה מברכים ומייחדים.

ויש דעה חולקת, דעת המהר"ם מיניץ (סי' מ"ט) שהביאו הח"מ (שם ס"ק ו') והב"ש שסובר שצריך לברך שנית. ובראש פינה על הח"מ שם כתב שבמהר"ם מיניץ מיירי במקדש בטבעת שאינה שלו. וע"ע להלן מש"כ בראש פינה בדין זה.

ובב"ש שם ציין לדברי הב"ח (שם סי' ס"ב אות ה'), ובתשובת ב"ח חדשות סוף סי' פ"א) שכתב שדברי הראשונים שכתבו שלא צריך לחזור ולברך ז' ברכות נאמרו באופן שהיו קידושי טעות שהם קידושין כל דהו ונישואין כל דהו, אבל כשאין אפילו קידושין כל דהו, כגון בנדון שם שקידש בטבעת שאולה באופן שלדברי כל הפוסקים האשה אינה מקודשת, צריך לחזור ולברך את ברכות הנישואין⁴⁶.

ובראש פינה שם תמה על הב"ש שם שהקשה על המהר"ם מיניץ שפסק שצריך לברך את הברכות נגד דברי הראשונים, ולא יישב את דבריו על פי חילוקו של הב"ח, שבראשונים מיירי באופן שהיו קידושין כל דהו, ובמהר"ם מיניץ מיירי בקידש בטבעת שאינה שלו שהקידושין אינם כלום.

ומה שכתב במקדש בטבעת שאינה שלו דאינו כלום, עי' ראש פינה שם שלדין הוי ספק קידושין, ובמקום שיש ספק בקידושין, אפילו קידושין שכשרים מהתורה ופסולים מדרבנן, כמו במקדש בפסולי עדות דרבנן, אין מברכים את ברכות הנישואין מטעם אחר, משום שהוי ספק ברכה לבטלה, כדאיתא בשו"ע אה"ע סי' מ"ב (סעי' ה') ובב"ש (שם ס"ק י"ז), ובשו"ע שם סי' ק"נ (סעי' ד') לגבי מגרש את אשתו בגט פסול מדרבנן או ספק פסול מהתורה. ויש אחרונים שחולקים

⁴⁶ באוצה"פ (אה"ע סי' ס"א סעי' א' ס"ק י"ג אות א') כתב שכמה אחרונים תמהו על הב"ח, שהראשונים למדו הלכה זו מקידושי חרש שוטה וקטן שאינם כלום.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

גם בזה, וסוברים שספק ברכות להקל הוא באופן שיש ספק אם צריך לברך, ובקידושי ספק אין הספק בברכה אלא בקידושין⁴⁷, ויש אחרונים שסוברים שאינו צריך לברך, אך רשאי לברך⁴⁸.

עוד בב"ש שם, הביא את מש"כ מהרי"ו שלא צריך לכתוב כתובה חדשה.

והנה לענין ברכות האירוסין והנישואין הדברים מבוארים בפוסקים, שבמקדש קידושין שספק אם הם כשרים מהתורה, או שהם ודאי כשרים מהתורה ופסולים מדרבנן, ואף קידושין כל דהו, וקידש שנית, לדעת ר"ה"פ אינו צריך לברך את ברכות האירוסין וברכות הנישואין. ובמקדש קידושין שאינם כלום, נחלקו הב"ח והב"ש בדעת הראשונים. ועי' להלן שהרדב"ז מקל טפי.

אולם לגבי חופה, הרמ"א והב"ש שם לא כתבו דבר, ואדרבא, הראיה שהביא הב"ש מדין חופת נידה שכתב הרמב"ם מוכיחה לכאורה שחופה מכל מקום בעינן. מאידך, לפי הטעם הנ"ל במרדכי שהברכות הראשונות מועילות, שנראה מלשון הרמ"א שכתב "דסגי בברכות הראשונות", שהוא הטעם העיקרי, ה"ה לכאורה שהחופה הראשונה מועילה ולא צריך עוד חופה.

ודברי הב"ש קצת צ"ב, שהביא במפורש את הטעם השני שכתב המרדכי והובא בתרוה"ד שאין הברכות מעכבות, שכלה בלא ברכה היינו חופה, ורמז לטעמים אחרים במרדכי, דהיינו לכאורה הטעם הראשון במרדכי שהברכות הראשונות מועילות לנישואין דלהבא, על אף שברמ"א משמע שהטעם הראשון במרדכי הוא העיקר, ועל אף שהטעם השני שכתב המרדכי שני במחלוקת, כדאיתא בב"ש ר"ס נ"ה (ס"ק א')⁴⁹.

וראיתי בגור אריה (אה"ע שם) שציין למש"כ בסי' ל"א (אות ז') שלא צריך אף העמדת חופה. וכתב שכן משמע מדברי המרדכי בשם הרשב"א ובשם רש"י. ונראה שכוונתו למה שכתבו שאפשר לייחד ולקדש בביאה או לקדש בכסף, משמע שלא צריך דבר נוסף.

ובפת"ש (שם ס"ק י"א) ציין למש"כ הרדב"ז (ח"א סי' שע"ב) במקדש בטבעת שאולה, דאעפ"י שהקידושין אינם קידושין, לא צריך לחזור ולהכניסה לחופה ולברך ז' ברכות אלא רק לקדש. וכתב שהחופה והברכות מועילים לקידושין דלהבא. והוסיף וחידש דבר שלא כתבו שאר הפוסקים, שמעיקר הדין סדר הפעולות לא משנה, ואפשר לעשות חופה וז' ברכות וייחוד, ורק אחר כך לקדש, אלא שלכתחילה לא עושים כן, אך עם עשו כן שפיר דמי. והביא ראיה מהרמב"ם שכתב שיכול לברך את ברכות הנישואין לאחר כמה ימים. וכן מהדין של ארוסה ביהודה, דמשמע שאם כנסה לביתו ובירך ז' ברכות אין מלקים אותו, על אף שעדיין לא קידשה. ובמסקנת דבריו הניח חידוש זה בצ"ע⁵⁰.

הנה כי כן, שאלת העמדת חופה בקידושין השניים תלויה בשני הטעמים שכתבו הראשונים. ויש בזה עוד אריכות באחרונים⁵¹.

⁴⁷ עי' אוצה"פ שם שכ"כ בשו"ת שופריה דיעקב, וכן דעת הרב לוי ציון במהר"ם מינץ שם.

⁴⁸ עי' אוצה"פ (שם אות ו') בשם תועפות ראם.

⁴⁹ עי' אוצה"פ (שם אות א'), שבשו"ת יעלת חן העיר שלפ"ד הב"ש הדין שכתב הרמ"א תלוי במחלוקת הראשונים בפירוש ההלכה דכלה בלא ברכה וכו'.

⁵⁰ עי' אוצה"פ שם שבשו"ת הרא"ם ובערך לחם ובשו"ת הרי בשמים כתבו להדיא שאי אפשר לברך ברכת נישואין לפני קידושין. ובבירך ברכת נישואין וקידש מיד, נחלקו שם. ועי' ברא"ם שחילק בין ברכת נישואין בנידה, שכתב הרמב"ם דמהני, דהיא ראויה לנישואין אלא שהנידות מעכבתה, לבין ברכת נישואין לפני קידושין, דאין הכלה ראויה לנישואין לפני קידושין.

⁵¹ עי' אוצה"פ (שם אות ד', וסי' נ"ה סעי' א' ס"ק כ"ב אות א').

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובעניין מצות שמחת חתן וכלה, כתב בטיב קידושין (שם ס"ק ה') ובפת"ש (שם ס"ק י') כתבו בשם המקנה דלא בעינן נמי ז' ימי שמחה. ובטיב קידושין כתב שהמקנה למד את דינו ממה שכתב המרדכי בשם הרשב"א דמיירי בקידושי קטן, וממה שכתב רש"י דמיירי בקידושי קטנה דאם הגדילו והתייחדו מקודשת, משמע שלא צריך כלום חוץ מזה, ואף לא ימי שמחה.

סיכומם של דברים, שבמקרה שיש ספק במעמדו של האיש והאשה אם הם נשואים כדמו"י או לא, יש לערוך להם קידושין חדשים תחת חופה ללא ברכות האירוסין והנישואין משום ספק ברכות. ובענין הכתובה, אם אין כתובה לפנינו והאיש והאשה מאשרים שהיתה כתובה שהאיש התחייב בה כו"כ, יערכו כתובה חדשה דאירכסא. ואם יש לפנינו כתובה, כמו בנדון דידן שהוצגה כתובה, אלא שאין אנו יודעים מה טיבה, אם ניחא למבקשים בכתובה זו, יניחוה בידם, ויסמכו עליה בנישואיהם, והרב רושם הנישואין יכין העתק כתובה בהתאם לכתובה שהוצגה, ואם לא ניחא להו בכתובה זו, יכין הרב רושם הנישואין כתובה חדשה, ויכתוב בה את יום העמדת החופה.

לאור כל האמור ביה"ד מחליט ומורה לרב רושם הנישואין לפעול כדלהלן:

- א. לערוך למבקשים קידושין חדשים תחת חופה.
- ב. אין לברך את ברכות האירוסין והנישואין.
- ג. אין צורך לעשות ז' ימי שמחה.
- ד. אם ניחא למבקשים בכתובה שהוצגה בפני ביה"ד, יכין הרב רושם הנישואין העתק של כתובה זו שיכלול את התאריך שכתוב בכתובה ואת הסכומים שהאיש התחייב בה, ויכניסה לתיק הנישואין של הצדדים.
- ה. ביה"ד מבהיר שאין בהיתר השימוש בכתובה אישור של ביה"ד לתוקפה ולכשרות עדיה במידה ותתקיים התדיינות על כך, אלא אך ורק אישור לעשות שימוש בכתובה לצורך נישואין, במידה וכאמור המבקשים יחפצו בכך.
- ו. אם לא ניחא למבקשים בכתובה, יכין הרב רושם הנישואין כתובה חדשה ויכתוב בה את התאריך של יום הקידושין והעמדת החופה.

פסק דין זה מותר לפרסום לאחר השמטת פרטים מזהים.

ניתן ביום י"ח בשבט התשפ"ב (20/01/2022).

הרב עידו שחר

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה