

הפקעת קידושין ע"י בטול הגם

שאלה: אשה נתגרשה אצל רב שאינו בקי בשמות גיטין וכתב בגט שם שלא קראו לה אף פעם לאשה, יתכן אמנם שקראו לה באותו שם בשעה שנולדה אבל בחיים קראו לה בשם אחר לגמרי, וכפי המקובל כותבין רק השם שקוראין לה, ואפילו שם שנתנו לה מחמת חולי דהוי עיקר וכותבין בראשונה מ"מ אם אין קוראין לה באותו שם אין כותבין אותו בגט, יעוין באהע"ז בסימן קכ"ט סעיף י"ח. לדעת הפוסקים יוצא שבגט זה יש בו תרתי לריעותא: א) שלא כתבו את שמה של האשה בגט ולפי הרמב"ן והר"ן בפ"ב דגיטין פסול הגט מן התורה דחסר ספירת דברים ויעוין באהע"ז סימן קכ"ט סעיף י"א ובביאור הגר"א שם ס"ק י"ט. ב) שינוי השם לכר"ע פסול מן התורה כמבואר בגיטין דף כ' ודף ה' ובאהע"ז סימן קכ"ט סעיף ג'. והנה בגט זה הלכה ונשאת לשני ואח"כ נתברר לביה"ד עפ"י עדים שמעולם לא קראו לה בשם שכתבו בגט הראשון מבעלה הראשון והנה נזדמן בעלה הראשון ויתכן שיסכים לגרשה פעם שני, והועלתה הצעה לפני ביה"ד שבכדי להצילה מן האיסור א"א בעבר ואת בנה ממזורות שנסדר גט ע"י שליח וקודם הנתינה מהשליח לידה יסע הבעל לעיר אחרת ויבטל את השליחות שמה בפני עד אחד שלא בפני השליח ושלא בפני האשה וע"י מה כח ב"ד יפה נפקיע את קדושי ויוכשר הולד לבוא בקהל. והשאלה נשאלת אי שפיר למיעבד הכי או לא.

★

תשובה: שנינו בגיטין לב. במשנה: בראשונה הי' עושה ב"ד ממקום אחר ומבטלו התקין רבן גמליאל הזקן שלא יהו עושין כן מפני תקון העולם, ואח"כ שואלת הגמ' בעמוד ב' שם, בפני כמה הוא מבטלו ופירש"י ז"ל קודם תקנת רבן גמליאל, ר"ש אומר בפני ג' ב"ד קתני ור"נ אמר בפני ב' לבי תרי נמי ב"ד קרי להו והלכתא כר"נ בפני שנים — שר"ע אהע"ז סי' קמ"א סעיף ס' ובדף ל"ג איתא ת"ר בטלו מבוטל ופירש"י לאחר תקנת ר"ג בפני ב"ד דאע"ג דעבר אתקנתא בטל שליחותא; רשב"ג אומר אינו יכול לא לבטלו ולא להוסיף על תנאו דא"כ מה כח ב"ד יפה ומי איכא מידי דמדאורייתא בטל ומשום מה כח ב"ד יפה שרינן א"א לעלמא. אין, כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושין מיני' וכו' ובתוס' שם ד"ה ואפקעינהו ישנם שני תירוצים על הקושיא דא"כ כל א' יחפה על בת אחותו בגט שליחות ויבטלנו, תירוץ א' שבכל אופן שעבר על התקנה וביטל השליחות שלא בפני השליח והאשה מפקיעין ממנו הקידושין ולא אכפת לנו שיחפה וה"נ בנד"ד יופקעו הקידושין אם עבר על התקנה וביטל השליחות שלא בפני השליח והאשה והבן מכשר לבא בקהל, אלא תתעורר השאלה אם אמרינן לאדם חטא כדי שיזכה

חבירך, משום שהבעל צריך לעבור על תקנת חכמים והוא עשה שלא כהוגן לכן אנן עושין עמו שלא כהוגן¹). והרי הבעל יסרב ובידין שיסרב שיאמר לא ניתא לי להיות עבריין מפני תקנת הולד שנוולד לה מבעלה השלישי, ונראה לענ"ד כי בשביל הצלה להציל נפש אחת מישראל שלא תאבד עצמה לדעת ח"ו כשיוודע לה על גורל בנה יחידה שהוא יוכרו עפ"י בי"ד כממזר ואסור לו לבא בקהל והוי כדין חצי עבד וחצי ב"ח שכופין את רבו וכן חצי שפחה וחצי בת חורין דעבדו בה רבים עבירה שהתירו משום זה להאדון שלה לעבור על איסור תורה של ולעולם בהם תעבודו ולא רק התירו אלא חייבו אותו לשחררה כדי להציל רבים ממכשול (גיטין לח.). ויעויין בתוס' בשבת ד' ד"ה וכי אמרינן שתירצו שם שבעבד כופים משום דפרי' ורבי' מצוה רבה היא, ובשפחה משום דהוה כמצוה דרבים, וה"נ אם נאסור את הולד לבא בקהל לא יוכל לקיים מצות פו"ר ועוד הטעם הנזכר לעיל משום הצלה דהאם ואולי גם של הבן שיכולים לצאת לתרבות רעה אם לא נתיר להולד לבא בקהל. ואף שיש לדחות את הראי' מתוס' בשבת הנ"ל מטעם אחר כי ממזר אינו דומה לעבד משום שממזר יכול לישא גיורת ועוד ממזר יכול להטהר ע"י שיקח שפחה כנענית ויוליד ממנה בן וישחרר את הבן כמבואר במס' קידושין סט. ונפסק כן להלכה באהע"ז סי' ד' סעיף כ', ועוד טעם אחר יש בממזר לפי המנחת חינוך (מצוה א') שמביא כמה דעות שממזר פטור ממצות פו"ר הואיל שאי אפשר קיומה רק ע"י הבאת פסולים בעולם דבניו הויין ג"כ ממזרים או שישא שפחה שהולד לא יתייחס אחריו. וא"כ נפל פיתא בבירא מה שאמרנו לעיל שבשביל מצות פו"ר יהא מותר לעבור על תקנת חכמים.

אבל זוהי טעות, והראי' מן התוס' בשבת נשאר על כנה משום דכמו בחצי עבד וחצי ב"ח הוי מצוה רבה הואיל שע"י השחרור יהי' חייב בפו"ר אף שעכשיו הוא אונס ואי קיומו נובע מאונסו, חייבים אנו להסיר את האונס ממנו בכדי שיוכל לקיים את המצוה וכמ"כ בממזר יש לעשות כל הטעדיקי שבידינו שיוכל להטהר ולהסיר אונסו ויקיים את המצוה ע"י בת ישראל. הלא ישראל גמור הוא וחייב בכל

1) קשה להגדירו בביטוי זה „הוא עשה שלא כהוגן וכר" בעוד שאנו מחייבים אותו לעשות זאת מצד הדין בכדי שיזכה חבירו. וממילא צ"ע אם בכה"ג גם נוכל לקיים „לפיכך נעשה עמו שלא כהוגן". (ונ' שגם מ"ש בגמרא (שבת ד'): וכי אומרים לאדם חטא וכר, חיינו רק בשיקול שלנו אם יש מקום לחייבו בזה נגד תקנ"ח הקבועה, אולם אילו הי' הדין שאומרים לו לעשות, שוב לא הי' בזה משום חטא, כי בכה"ג אינו חוטא כלל, ובדומיא לעשה דוחה ל"ת שלא דיינינן לי' כעובר אל"ת). אכן בתוס' ב"ב (מ"ח: ד"ה תינח) מבואר שבוה שקידש אדעתא דרבנן אין באים עליו מכח הוא עשה שלא כהוגן וכר' אלא מצד דהוה כקידש על תנאי שירצו חכמים.

אכן יש מקום להשתמש גם בכלל זה גם במקדש אדעתא דרבנן, שהרי קי"ל אין תנאי בנשואין משום א"א עושה בעילתו בעילת זנות. א"כ גם בנידון זה הי' מקום לומר שאח"כ כשנושאה מבטל התנאי כדי שלא תהיינה בעילותיו בעילות זנות. אע"כ כיון שחכמים אין דעתם מסכימה בנידון זה שיבטל התנאי, אם יעשה נגד דעתם יהי' בזה הגדר „עשה שלא כהוגן" ונפקיע הקידושין מטעם זה.

המצוות אלא שאר'י דאיסורא רביע עלי' ומונע ממנו, חייבים אנו לסלק את הארי לאפשר לו לקיים כל המצוות²). (וגם יש בנידון דידן מניעת חילול השם וד"ל. ושומה עלינו שהענין ישאר בהעלם אם הדין מאפשר את זאת).

ולפי תירוץ השני של התוס' בגיטין ל"ג ד"ה ואפקעינהו אי ידעינן שלכך נתכוון לא מפקעינן קידושין מיני' דלתקנה עשו חכמים ולא לתקלה ובנד"ד הלא מתכוון בזה לבטל השליחות בכדי שיוטהר הולד, מ"מ אינו דומה נד"ד לנידון התוס' לפי הסברו של המהרש"ם בתשו' סי' ט' דכל היכא שחכמים מצווים לעשות כן הוה לתקנה ולא לתקלה אף שמתכוון.

אולם כשנתעמק בדבר אי אפשר לעשות מעשה בביה"ד להפקיע את הקידושין ע"י ביטול השליחות וכדלהלן:

(א) הלא אנו פוסקין כרבי דבטלו מבוטל אף לאחר תקנת ר"ג כמבואר באהע"ז סי' קמ"א סעיף ס' והגט בטל והויא א"א ואינה מתגרשת ע"י השליח הזה אחרי הביטול אפילו שלא בפני השליח והאשה. ואף אם נלך בעקבות המהרש"ם בסי' ט' הנ"ל שאפילו לרבי ג"כ משכחת לה אופן דאמרינן בי' מה כח ב"ד יפה דהיינו אם ביטל הגט בפני אחד שלא בפני השליח והאשה דאיכא למיחש טפי למזורות אינו מבטל ובהא אפילו רבי מודה דאמרינן מה כח ב"ד יפה, וכמבואר בתוס' בגיטין לב: ד"ה ור"ג, אבל עדיין צריך עיון גדול בפירוש דברי התוס' דלפי הסברו של חדושי הרשב"א וגם המהרש"א שהיו שתי תקנות בענין ביטול שליחות: א. לבטל דוקא בפני ב"ד ולא לפני סתם אנשים כדי שהביטול יודע לרבים, ב. שאפילו בפני ב"ד לא מהני רק בפני השליח והאשה. ולפי תקנה ראשונה דבעינן בפני ב"ד וב"ד פירושו בפני שנים לדעת רב נחמן וכן הלכה כנ"ל ואם הבעל עבר על התקנה הראשונה וביטלו בפני אחד לא מהני לדעת כמה ראשונים, תוס' בדף ל"ג והר"ן באלפס משום דאין דבר שבערוה פחות משנים וכן ביאר המגיה במהרש"א יעויין שם דאימתי בעינן לבא למה כח ב"ד יפה רק כשביטל בפני שנים אלא שאמר לכל א' זה שלא בפני זה אז אפשר לצרפם ומתקיים הדין דבר שבערוה בשנים לכן באים בכח ב"ד יפה לאפקעינהו לקידושין מכיון שהביטול הי' כדיון, אבל

(2) לפ"ז תמוה מה שהתלבטו התוס' (גיטין ל"ג. ד"ה אפקעינהו) ומבואר עוד יותר ברשב"א ש"יכולים ממזרים ליטהר", ע"ש. והרי אדרבא בדין שיטהרו ועלינו לעשות כל טעדיקי שיטהרו כדי שיקיימו המצוה פו"ר המוטלת עליהם. ולענין זה אין מקום לחלק בין שזינתה האם בשוגג לבין מזיד, שהוא עכ"פ אנוס בדבר והמצוה מוטלת עליו ומה לו לפשע אמו? אלא פשוט עפ"י מש"כ התוס' גיטין (מ"א ד"ה לא) שבמקום שאפשר לקיים "שבת" כל דהו לא היו כופים רבו כדי שיקיים פו"ר כתיקונה, וה"ג הרי בידו לקיים "שבת" ע"י שפחה או פסולה. ועוד יש מקום עיון רב בכה"ג שע"ז יהפוך כל ביאותיו למסרע בכונה תחילה לבעילות זנות שהיא באיסור עשה ול"ת (עי' רמב"ם פ"א מאישות, ד', ונו"כ שם), באופן שלא רק על תקני"ח מחייבים אותו לעבור, כ"א אדאורייתא ועל כל בעילה ובעילתה, ובכה"ג לא מצינו כלל שיאמרו לו חטא אפילו כדי שיקיים חבירו מצות פו"ר.

ה ע ו ר ך

אם ביטל רק בפני אחד או עפ"י דין לא מהני הביטול ואין אנו זקוקים למה כח ב"ד יפה ולהפקעת הקידושין³).

(ב) עוד יש לפקפק בתקנה זו לדעת הגרעק"א ז"ל בחידושיו דביטלו בפני א' לא מהני משום דיש כח ביד חכמים במקרים ידועים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה ויכולים לעקור את הביטול ואין צריכים כלל לבוא בעקיפין להפקיע את הקדושין אלא מפקיעין דיני א"א ממנה מכאן ולהבא דאימתי צריכים לבא מטעם אפקעינהו רק כשביטל בפני שנים אלא שביטלו שלא בפני השליח והאשה או מן הדין מועיל הביטול לכן באים בעקיפין לעקור את הקידושין ע"י אפקעינהו, אבל לפי התקנה הראשונה סגי בב' והוא בוטל בפני א' ויש חשש גדול של ממזרות, יש כח לחכמים לעקור דבר תורה אפילו בקום ועשה, ולפי"ד אין כאן הפקעת הקידושין מלמפרע.

(ג) עוד יש לפקפק בתקנה זו כי הרמב"ם בפ"ו מהל' גירושין הל' ט"ז והשו"ע באהע"ז סי' קמ"א סעיף ט"ז השמיטו לגמרי את התקנות שצריכים לבטל בפני ב"ד ובפני השליח והאשה אלא נזכר שלכתחלה בעינן בפני השליח והאשה ובדיעבד אם ביטל שלא בפניהם ג"כ מהני ובלבד שיבטל השליחות בפני שנים, משמע שמעיקר הדין לא מהני בפחות משנים ואין אנו זקוקים לבוא להפקעת הקידושין או לכח ב"ד לעקור דבר מן התורה בקום ועשה. וזהו כדעת התוס' והר"ן הנ"ל דבעינן שנים משום דאין דבר שבערוה פחות משנים. ומן ההשמטה למדנו דאין דנין בביטול שלא כדין להפעיל הכח בית דין פה ולהפקיע הקדושין הואיל שהתקנות הם רק ענין של לכתחלה ובדיעבד.

וכן הבית יוסף באהע"ז סי' קמ"א מביא בשם רבינו ירוחם המוכיח מירושלמי גיטין דלעולם בעינן שנים ואפילו ביטל בפני השליח לא סגי עד שיהא בנוכחות עוד אחד יחד עם השליח הרי ברור דלכר"ע בעינן שנים מעיקר הדין. [אולם בבית מאיר סי' קמ"א סעיף ס' מביע דעה דיתכן שביטול הגט לא הוי דבר שבערוה שיצטרכו שנים לשמוע ביטולו הואיל שישנם שתי חזקות נוגדות זו מול זו חזקה דהגט אינו מבוטל ולעומת זה חזקה שהאשה היא בחזקת א"א והוי כלא אתחזק איסורא ואין צריך שני עדים].

אכן מה שהזכרנו באות (א) שההלכה היא כרבי דבטלו מבוטל אף לאחר תקנת ר"ג אפשר לערער ע"ז לכאורה כי מן הירושלמי בריש פ' השולח משמע שפוסק כרשב"ג. אבל קשה להסתמך על הירושלמי הואיל והבבלי פוסק כרבי וכן הובא להלכה כמותו בפוסקים. ואולי לדעת הרשב"א בחידושיו שם בהשולח שפירש את הגמ' הפוסקת כרב נחמן שזה מכוון לענין אחר או לא תהי' סתירה גלוי' בין הבבלי והירושלמי ונוכל לסמוך בשעת הדחק על הירושלמי המפורש במקום הבבלי הסתום.

3 גם לפ"ז עדיין היתה תקנה ע"י ביטול בפני ב' זה שלא בפני זה. ולעצם ביאור ה"קרני ראם" את דברי התוס' תמוה בעיני שאם בפני ב' מיירי, איך כתבו שבכה"ג איכא למיחש טפי לממזרות, ולמה יש יותר קול כשמבטל בפני שניהם כאחד מאשר בזה אחי"ז?
העורך

(ד) היוצא מדברינו שאין הדבר ברור אם תהי' בכה"ג הפקעת קידושין, אכן לגביה ולד לכאורה סגי בזה דספק ממזר מותר, ברם יש להעיר מדברי התשב"ץ ח"ג ענין שכ"ז וז"ל: ולענין ממזרות אפילו אם נסכים לומר דחלה ומת פלוגתא דאמוראי אם אסורה להתייבם או לאו, ולפי"ז יהי' בבנים פלוגתא דאמוראי אם הם ממזרים או לא ויהיו ספק ממזרים מפני המחלוקת הזו אפ"ה אין להתירן לבא בקהל משום דאמרינן ספק ממזר לא אסרה תורה, שלא נאמר זה אלא במי שלא נפל בו ריעותא רק בידיעתנו שלא ידענו בו אם הוא כשר אם הוא ממזר כגון שתוקי ואסופי וכו' אבל במי שנפל בו ספק מפני ריעותא שיש בו כגון בנידון הזה שנולד מספק ערוה לא נאמר ע"ז דלא אסרה תורה אלא ודאי ממזר אלא אדרבה נאמר ע"ז ספיקא דאורייתא לחומרא, וזהו אפילו לפי הדין ומכ"ש באסופי ושתוקי משום מעלה עשו ביוחסין אסור לבא בקהל וכו' עכ"ל. וה"נ בנידון דידן הוא ספק מצד ריעותא שהאם היא ספק ערוה בכה"ג אין לפי התשב"ץ הדין של ספק ממזר להקל, ודנים לחומרא כמו איסור מן התורה.

לכן אין ראוי לסדר הגט עם ביטול השליחות לפני אחד. ומה שיש לדין על עצם שינוי השם אם הוא פסול מוחלט מה"ת או מדרבנן הארכנו במק"א, ואכ"מ.