

יידוע בן-זוג על מום שבבן-זוגו

א. האם ישנו חיוב להודיע לבן-זוג על מום שבבן-זוגו?

שאלה:

אדם היודע בוודאות על מחלה או מום אצל איש¹ או אשה נשואים, והמום היה קיים בקרבם כבר לפני הנישואין, אלא שלא גילו זאת לצד השני - האם חייב לספר זאת לצד השני או שאסור לו או שרשות בידו להחליט אם לספר או לא?

תשובה:

יש לחלק את התשובה לשלושה חלקים:

א. גדרי חובת גילוי מום לצד השני מלכתחילה, היינו קודם הנישואין.²

ב. במומים החייבים בגילוי קודם הנישואין - האם אי-גילויים גורם בהכרח למקח טעות והקידושין בטלים או לאו.

ג. האם דין הכתובה שווה לדין הקידושין או שיש לחלק ביניהם.

ב. גדרי חובת גילוי מומים לפני הנישואין

באופן כללי, חלה חובה³ לגלות מידע נסתר⁴ אודות מחלה רצינית או מום משמעותי⁵ לצד השני בשלב השידוכים⁶. חובה זו חלה הן על האדם החולה עצמו, והן על כל אדם אחר היודע בוודאות על

¹ הערה כללית: המאמר כולו והמקורות המובאים בו מתייחסים למום הנמצא באשה. בנידון מום הנמצא באיש לאחר הנישואין, שלא היה ידוע לאשה קודם שהתקדשה לו - נחלקו הפוסקים: הב"ש בסי' קנד סק"ב כותב, שדין האיש ודין האשה בזה שווה, וכמו שפסק השו"ע בסי' לח, לט וק"ז לגבי אשה שנמצאו בה מומין וכו' כן הוא לגבי איש שנמצאו בו מומין, שהיו מקח טעות וכופין אותו להוציא. ובחזו"א (סי' סט אות כג) ביאר כוונתו שהיו ספק קידושין (ולא מקח טעות לגמרי), כמו לגבי מום באשה. ושם מביא הב"ש שהב"ח חלוק על כך וסובר, שבנמצאו באיש מומין לא הוי מקח טעות. אחרונים רבים דנו במחלוקת זו, ועיקר דבריהם נסוב סביב דברי הגמ' (כתובות ע"א, ו"ש"נ) לגבי אשה - "איהי בכל דהו ניחא לה כדר"ל, דאמר ר"ל טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו" - האם מכח תובנה זו אין שייך לטעון מום במקח הקידושין כאשר נמצא מום באיש, כי אשה מתרצית ומתפייסת לכל דבר באיש, העיקר שתהיה נשואה (וכמשמעות הפשוטה בגמ' ב"ק ק"ב, שאפילו ליפול לפני יבם מוכה שחין אפשר דניחא לה משום דטב למיתב טן דו וכו'); או שגם נשים אינן מתרצות להנשא לכל אדם, וגם נשים מקפידות על מומין אצל האיש, ומה שהגמ' אמרה "איהי בכל דהו ניחא לה" פירשו באופנים שונים (ע"י בעיקר בבית הלוי ח"ג סי' ג, שצייד בדרך השניה, בהתבסס על רש"י בב"ק שם, והסביר דברי הגמ' בעומק. וע"ע באג"מ חאה"ע ח"א סי' עט).

² שכן ברור מאליו, שכל מום שאין אודותיו חובת גילוי לפני הנישואין - אין להודיע עליו לשני לאחר הנישואין, שכן קיים חשש להפרת שלום הבית לשוא, עד כדי פירוק לא מוצדק של הנישואין.

³ כך היא שיטתם של רוב הפוסקים, שזו חובה ולא רק רשות (ראה באנציקלופדיה של אאמו"ר (מהדורה חדשה), כרך ה, ע' סודיות רפואית, עמ' 697 הע' 24). ובמיוחד יש לציין לספר חסידים (סי' תקז) שכתב - "לא יססה מום בני ביתו. אם צריכים בניו או קרוביו להזדווג, אם יש להם חולי שאילו היו יודעים אותם המזדווגים עמהם אותו חולי לא היו מזדווגים, יגלה להם פן יאמרו קידושי טעות היו, אלא יפרידם ולא יהיו ברע יחדיו". אך לדעת הגר"ש ז"א אורבך זצ"ל, זו רשות לגלות ולא חובה (ראה באנציקלופדיה שם הע' 25).

⁴ היינו כאשר סביר להניח שאין הצד השני יודע על קיומם, ואין באפשרותו לברר עליהם בצורה פשוטה וקלה. אחרת נכנס הדבר בגדר "מומים שבגלוי", שאין חובה להודיעם לצד השני, דאמרינן שודאי יודע עליהם, וסבר וקיבל. ראה משנה כתובות ע"ב - "אבל במומין שבגלוי אינו יכול לטעון. ואם יש מרחץ באותה העיר - אף מומין שבסתר אינו יכול לטעון, מפני שהוא בודקה בקרובותיו". וכך נפסק ברמב"ם (הל' אישות כה ב): "וכן הכונס אשה סתם ונמצא בה מום ממומי נשים שכבר ביארנום, ולא ידע הבעל במום זה ולא שמע בו ורצה, הרי זו תצא בלא כתובה לא עיקר ולא תוספת. כיצד? היה מרחץ בעיר והיו לו קרובים אינו יכול לומר לא ידעתי מומין אלו ואפילו מומין שבסתר, מפני שהוא בודק בקרובותיו וחזקה ששמע ורצה. ואם אין שם מרחץ או שלא היו לו קרובים טוען במומין שבסתר... אבל במומין שבגלוי אינו יכול לטעון, שהרי הכל רואין אותן ואומרין לו, וחזקתו ששמע ונתפייס". וכן נפסק בשו"ע (אבה"ע"ז ק"ז ה), וברמ"א (שם לט ד). וראה המאמר של הרב זילברשטיין שליט"א בספר זה - "גילוי מידע גנטי לחולה" פרק ג, שדן מה נחשב "בדיקה" בימינו.

⁵ אין צורך שיהיה מצב של סכנה, אלא די במחלה קבועה, הגורמת לסבל, אי-נוחות והפרעות בחיים (שו"ת ציץ אליעזר ח"ג סי' פא אות ב). שסביר להניח שאם יודע לצד השני אודות מחלה או מום אלו - לא יהיה מעוניין להמשיך בשידוך ולהזדווג עם החולה (שו"ת אג"מ חאה"ע"ז ח"ד סי' עג אות ב; שו"ת משנה הלכות ח"ה סי' רנד). לדוגמאות מעשיות של מחלות או מומים העונים להגדרה זו, וכאלה שאינם כלולים בה - ראה באנציקלופדיה של אאמו"ר, שם, עמ' 705-703; כרך ו, ע' קדושין וגרושין, עמ' 577-571. וראה גם באוצר הפוסקים ח"ג סי' לט ע"ה ס"ק לב אותיות ו-יב לגבי מומין באשה; ושם אותיות יז-כט. וכן בספר הנישואין כהלכתם ח"א פרק ג אותיות יא-יח. הגדרה אחרת מצינו בקהלות יעקב (יבמות סי' לח, ובמהדורות החדשות סי' מד), שהוכיח מהגמ' (יבמות מה א), שבשידוכין אין איסור גניבת דעת בפגם כזה, שיודע שאם היה מתגלה בדיעבד

הענין⁷. מקור החיוב על החולה עצמו לגלות לצד השני הוא מדין אונאה וגניבת דעת⁸, ומניעת מצב של קידושי טעות. לגבי אחר - חובתו נובעת משני מקורות עיקריים:

א. "לא תעמוד על דם רעך" (ויקרא יט טז) הכולל לא רק הצלה ממצב של פיקוח נפש ממש, אלא כל פעולה כדי להציל את חברו מרעה או מנזק כלשהו⁹.

ב. מצות השבת אבידה, הכוללת חיוב לעשות פעולות למניעת נזק לזולת¹⁰.

לאחר הנישואין לצד השני, לא היה גורם הדבר לגירושין. רק במום גמור, שידוע שמחמתו לא היה הצד השני מתרצה בשום אופן אפילו אחרי הנישואין - חייב לגלות. הוכחתו מהגמ' שם, שכמה אמוראים אמרו לאדם שנולד מגוי שבא על בת ישראל, שילך למקום שאין מכירים אותו וישא בת ישראל, דכיוון שהוא כשר מצד הדין, אע"פ שהם עצמם הקפידו לא לשאת כזה אדם מחמת הפגם בייחוסו, מ"מ התירו לו להנשא במקום אחר בהעלמת מידע זה. ומוסיף הקהלות יעקב, שהטעם לחלק בין מקח וממכר (שאסור לגנוב דעת ולהונות אפילו בפרטים שאינם גורמים לביטול המקח או לאונאה) לבין שידוכין, הוא: לגבי לוקח חפץ - אין קפידא דווקא על חפץ מסוים זה אלא גם אחר בדיוק כמוהו טוב ללוקח, ובמקרה שנתגלע פגם (אפילו קטן) בחפץ הנקנה - אילו היה בא המוכר מרצונו להחזיר לו הדמים ולבטל המקח היה נוחא ליה, לכן מום כל שהוא מפריע ללוקח, ואסור להעלימו. אך בשידוכין - קשה לזווגם כקריעת ים סוף, ואין הצדדים מסכימים להנשא לאדם סתם, אלא למי שבוחרים בו ומוצא חן בעיניהם, ולאחר הנישואין אילו היה בא הצד הפגום ומסכים מרצונו לבטל המקח, דהיינו להתגרש, מ"מ אומדנא הוא שהצד השני לא היה רוצה בזה, אחרי שכבר נתקשרו בחיבה, ומי יודע מה יזדמן לו עוד, לכן לא חשיב גונב דעת במה שלא סיפר כל מומיו (עי' לקמן הערה 19 סברא כזו בשם הדעת מרדכי). וע"ש שכתב טעם נוסף לחלק בין מקח וממכר לשידוכין (אולם יש לציין, שהקהלות יעקב עצמו סיים בסוף הסי' בסוגריים מרובעות - "כל סימן זה נכתב רק להעיר ובלא העיון הראוי ואינני אומר להלכה למעשה והמעייין יבחר ויקרב" וכו'). וראה בנשמת אברהם (מהדורה שנייה מורחבת), ח"ג (אבהע"ז) סי' ה סק"ח, שהביא את דברי הקהלות יעקב האלו ודן בהם. והביא שם מה' בין הגרש"ז אורבך זצ"ל לבין הגר"ש אלישיב שליט"א ביישום דברי הקהלות יעקב למקרה שניטלה ביצה אחת בניתוח, אם חייב להודיע על כך למשודכת או לאו: שלפי הגרש"ז המקרים דומים ואין צורך לספר, ואילו לגרש"א אין המקרים דומים, ובמקרה הביצה חייב לספר. ועי' בזרע חיים (ביאורים על ספר חפץ חיים, נדפס בחפץ חיים עם ביאור נתיבות חיים, הרב משה קאופמן, בני ברק תשנ"א) בקונטרס מי מנוחה (בעניני שידוכין) פרק ב אות ב ד"ה *הגה. ולאפוקי (עמ' תלו), שהביא הוכחה לדברי הקהלות יעקב מהר"ן בכתובות (נט ב מדפי הרי"ף ד"ה גמ' אבל תוספת יש להן), שכתב לחלק בין חייבי לאוין שלא הכיר בהן שיש להן תוספת כתובה לבין בעלת מום או נדרנית שלא הכיר בהן שאין להן תוספת: "והדבר ידוע שאין אדם מתפייס במומין ולא באשה נדרנית, עלה דידה הוי רמי לגלויי ועלה סמך ולא חשש לבדוק אחריה; אבל... אלמנה לכה"ג וממזרת ונתינה לישראל... לא היה מוטל עליהן לגלות מומן דסברי אפשר שיערב עליו המקח ואע"פ שיש איסור בדבר". רואים מכאן שניתן להעלים פסול ייחוס (אפילו עד כדי איסור!), כיוון שהאומדנא היא שאין זה דבר שהורס חיי נישואין לאחר שמתגלה (ידועה האמרה העממית שהעיקר הוא 'יחוס עצמלי', היינו תכונותיו ומידותיו של המשודך עצמו, ולא של הדורות הקודמים). יש להוסיף, שכל זה מבחינה הלכתית, אך ודאי שכו"ע מודים שאחת מאושרות ואבני-היסוד של הנישואין היא האמון ההדדי. אוי להם לנישואין המושחתים על רמאות וחוסר יושר פנימי ועמוק כלפי בן-הזוג השני. וראה בהרחבה בכל זה במאמרו של ר' אריאל שרלו, חוברת 'צוהר', גליון לא, תשס"ח, עמ' להשלים

⁶ לגבי עיתוי גילוי המום לצד השני - גדולי הפוסקים (שו"ת אג"מ חאו"ח ח"ד סי' קיח; שו"ת שבט הלוי ח"ו סי' רה; חוב' פוע"ה תשס"ד עמ' 82 בשם הרב מרדכי אליהו שליט"א; הגרש"ז אורבך זצ"ל ויבדלח"א הרב אלישיב שליט"א, בעדות מפי אאמו"ר כמובא באנציקלופדיה שלו (מהדורה חדשה), כרך ו, ע' קדושין וגרושין, הערה 5) יעצו לא לגלות מומים ומחלות בפגישות הראשונות, אלא יגלו לצד השני את הבעיה לפני התחזקות קשרי השידוכין (בשלב שמורגש שהקשר נהיה רציני יותר). שאם לא כן, לעולם לא יוכלו האיש או האשה החולים להתחיל בקשרי שידוכין. לעומת זאת, אם ימתנו יותר מדי - בשלב שכבר הוחלט להינשא - עלול הדבר לגרום לעוגמת נפש קשה, אם הצד השני יחליט שאינו מעוניין בהמשך הקשר (מחמת הבעיה עצמה או מחמת שירגיש מרומה על שהצד השני הסתיר ממנו מידע כה חיוני לאורך כל הדרך). לכן הגילוי הנאות הוא באמצע הדרך, כאשר מצד אחד התחיל להתפתח קשר עמוק מספיק המאפשר לצד השני לקבל את בעל-המום למרות בעייתו מחמת היכרותו את אישיותו, ומצד שני אם יחליט הצד השני להפרד - לא יגרם הדבר לצער רב מדי לשני הצדדים.

⁷ לכתחילה עדיף לנסות לשכנע את החולה עצמו שיספר על מומו, ורק אם אינו מוכן - אז חובה על אחר היודע את המצב (כגון הרופא המטפל) לדווח לצד השני (שו"ת ציץ אליעזר חט"ז סי' ד אות ז; הרב יצחק זילברשטיין שליט"א במאמרו "האם מותר לגלות לחתן על מחלת הכלה?", עמק הלכה-אסיא, מכון שלזינגר, ירושלים תשמ"ו עמ' 159-162 אות ג. וראה שם בסוף המאמר שנתן עצה כיצד לרמוז על הדבר מבלי לגלותו ממש). ואפילו אם הבטיח הרופא (או כל אדם אחר היודע על המצב לאשורו) שלא לגלות את סודו לאחרים, בכ"ז חובה עליו לגלותו לכל אדם שעלול להינזק מהסתרת המידע (שו"ת ציץ אליעזר ח"ג סי' פא אות ב, וחס"ז סי' ד אות ד).

⁸ כ"כ האג"מ בחאהע"ז ח"ד סי' עג אות ב, לגבי חובת גילוי מחלת מארפאן (מחלה תורשתית עם פגיעות בלב ובעיניים) - כי ודאי מחוייב לגלות לה קודם שמקדשה כדי שלא יהיה קידושי טעות, וגם בל"ז איכא ודאי איסור אונאה בעניני נישואין כמו בעניני ממון, ואולי עוד יותר חמור". וכ"כ הגר"ש אלישיב שליט"א בקובץ תשובות ח"א סי' קנט לגבי חובת נערה שנבעלה לספר על כך למשודך שלה לפני הקידושין, והוסיף עפ"י הקרית ספר על הרמב"ם הל' מכירה יח א שהאיסור לרמות בני אדם בהעלמת מום שיש במקח הוא איסור דאורייתא. וראה במאמרו של הרב יצחק זילברשטיין שליט"א בספר זה - "גילוי מידע גנטי לחולה" פ"ב. ובנוגע לאיסור גניבת דעת הבריות באופן כללי עי' רמב"ם הל' דעות ב ו והל' מכירה יח א, ובמקורות המובאים בס' המפתח מהדורת פרנקל שם ושם (אם הוא איסור תורה או דרבנן).

⁹ פת"ש או"ח סי' קנו. וראה מקורות נוספים לכך באנציקלופדיה של אאמו"ר שם (הערה 2), עמ' 696.

כל זאת בכפוף להלכות לשון הרע ורכילות. היינו שצריך להקפיד על מילוי כל התנאים המופיעים בחפץ חיים (ח"ב כלל ט סעי' א-ב; שם סעי' יב-יג; שם סוף כלל ט, ציור ג סעי' י), וכפי שסוכמו ע"י אאמו"ר - ביחס לגילוי מום או מחלה של אדם לאחר - באנציקלופדיה הלכתית-רפואית (מהדורה חדשה, כרך ה, ע' סודיות רפואית עמ' 694-695).

אסור לצד החולה להעלים את המידע בשלב השידוכין בטענה, שאין הדבר נורא כל כך, כי בהודע הדבר לצד השני - תהיה יכולת בידו לתבוע אותו לדין על מקח טעות, ולבקש חיוב גט. אין הדבר כן, כי מלבד שיש כאן עכ"פ חרישת רעה וטמינת פח עד שיוודע לו מזה, ומי יודע כמה זמן יעבור; ומלבד שקשין גירושין לאחר התקשרות בעבותות אהבה עם אשת בריתו, ואסור לגרום לכתחילה שיצטרכו לבסוף להגיע לידי כך; חוץ מכל זה, לא בנקל יעלה השגת הגט, שכן הצד המעלים יוכל להשתמט מנתינת/קבלת הגט בכמה וכמה אמתלאות ודרכים נלוזות, ולעגן את הצד השני ימים על שנים, ובהרבה פעמים הדבר כרוך בהפסדי ממון גדולים, כדי לפצות את המעלים שיסכים לתת/לקבל את הגט. וגם כשיקבל סוף סוף את היתר הנשואין, אזי מתחילה פרשה חדשה של סבל, כי לא בנקל יוכל למצוא זיווג חדש, לא כולם מתרצים להנשא עם אדם שעבר גירושין, אפילו אם זה לא היה באשמתו כלל. וכן להיפך, כשבחור רוצה לאמלל איזו בחורה שתשאר בודדה כל ימיה, ולא יהיה לה חוטרא לידה ומרא לקבורה, בודאי ג"כ שמי שיוודע מזה מחויב לגלות על הדבר לבחורה¹¹.

ברצוני להדגים את חובת גילוי מום קודם הנישואין במקרה אחד, שסייע לנו בדיון העיקרי בהמשך המאמר:

הרב משה פיינשטיין זצ"ל (אג"מ חאהע"ז ח"ד סי' קיח) נזקק לשאלה הבאה: פנויה שזינתה בעבר, האם היא צריכה להודיע על כך למשודך שלה, שאיתו היא מעוניינת להינשא?

... ובדבר אם צריכה את להגיד להבחור שירצה לישא אותך לאשה, ודאי את צריכה לגלות לו, אבל אינך צריכה להגיד לו בראיה והכרה דפעם ראשונה, שעדיין לא ידוע אם ירצה בכלל השידוך וממילא אסור אז להגיד לו. ורק אחרי שתדעי שרוצה לישא אותך בברור שכבר אמר לך ודבר בדבר הנישואין, צריכה את לומר רק בזה שנזדמן איזה פעם, בשעה שלא היה לך כובד ראש כל כך לעמוד נגד המפתה בדברי רצוי ופתי הרבה, ותיכף נתחרטת ומצטערת על זה שאירע דבר כזה, עד שיכיר מדברין שאין לו לחוש שיארע גם כשתהא נשואה לו. ואז מאחר שהוא רוצה בך מפני שהכיר המעלות שלך, לא יחזור בו בשביל זה שאירע איזה פעם, מאחר שיכיר אותך לנערה שומרת תורה ומצותיה, שיש להאמין שלא חסודה את שוב בזה, ותהי' אשה מסורה לבעלה כדין התורה¹².

רואים אנו מכאן, שחוסר בתולים מחמת בעילה נחשב למום רציני ומשמעותי, ויש חובה לספר אותו לצד השני לפני הקידושין.

כעת נעבור לדיון העיקרי של מאמר זה: האם אי-גילוי של מום, מהסוג שמחויבים לגלותו קודם הנישואין (כעין הדוגמא דלעיל בדבר חוסר בתולים מחמת בעילה) - גורר ממילא מצב של מקח טעות בקידושין - ואם כך חובה לגלות זאת לצד השני לאחר הנישואין, כדי שיעשה קידושין חדשים, או לפחות יגלה דעתו דאעפ"כ ניחא ליה באשה זו והקידושין יחולו למפרע; או שאי-הגילוי אינו גורם בהכרח למקח טעות בקידושין, וממילא אין חובה לגלות על דבר המום לצד השני לאחר הנישואין?

ג. דין הנישואין לאחר שהתבררה הסתרת מום קודם הקידושין

הרב יצחק אלחנן ספקטור זצ"ל דן באחת מתשובותיו (שו"ת עין יצחק אבהע"ז סי' סז) במקרה דומה לזה שהוזכר לעיל בשם הרב משה פיינשטיין זצ"ל, אלא שבנידון דידיה היה מדובר שהאשה כבר נישאה ולא גילתה לבעלה על דבר היותה בעולה ע"י אחר קודם הנישואין, והבעל עצמו לא הבחין בכך. ונפש הרב השואל בשאלתו: האם אדם - היודע בוודאות על מה שקרה - מחויב להודיע על כך לבעל?

¹⁰ פת"ש שם, ה"ל: "כל ספרי המוסר מרעישים העולם על עוון לשון הרע ואני מרעיש העולם להיפך. עוון גדול מזה וגם מצוי יותר, והוא מניעת עצמו מלדבר במקום שנצרך להציל עשוק מיד עושקו וכו' ולענין ממון הוא בכלל השבת אבידה וכו' וכן בעניני שידוך והוא יודע שהוא איש רע ובליעל רוע להתחתן עמו, כולם בכלל השבת גופו וממונו"; שו"ת ציץ אליעזר חט"ז סי' ד.

¹¹ שו"ת ציץ אליעזר חט"ז סי' ד אות א.

¹² הוסיף ר' משה זצ"ל שם, בנוגע לכתובת הכתובה: "בדבר כתיבת הכתובה - אין צורך להגיד למסדר הקידושין, כי מאחר שהחתן יחתום על הכתובה הרי הסכים לכתובת בתולה ושוב ליכא קפיא, ומחוייב בכתובת בתולה אף אם באמת אינה בתולה - אם לא הטעתה אותו - מאחר דרצה להתחייב בכתובת בתולה לא גרע מתוספת כתובה. וכשניסת להבועל עצמו יותר נכון לכתוב כתובת בתולה ולכתוב בתולתא, והטעם מבואר בתשובותי באגרות משה חלק אה"ע סימן ק"א, ויפה עשה הרב ההוא. אך גם בכעולה מאחר אם נבעלה מישראל כשר, שכשרה לכהונה, שאינו נוגע לענין איסור אלא לענין סך הממון - אם החתן יודע ורוצה בכתובת בתולה - יכולים לכתוב כתובת בתולה, וממילא אין לגלות זה להמסדר קידושין ולא לשום אדם, כדכתבתי לעיל".

הרב השואל מעלה צד לחייב להודיע מכח הדין, שהנושא אשה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה - הרי זה מקח טעות והקידושין בטלים והיא פנויה¹³.

העין יצחק יצא לדון באריכות בעצם ההלכה הנ"ל שקבע השואל: אמת נכון הדבר, שקיי"ל הכונס את הבתולה ונמצאת בעולה - מקח טעות לגמרי משמע, ואפילו מנה אין לה¹⁴. אך האם מכאן ניתן להסיק, שהקידושין עצמם בטלים וצריך לקדשה מחדש; או שזהו דין מיוחד בדיני ממונות, שהפסידה כתובתה, אך לעולם הקידושין הראשונים קיימים ועומדים?

קודם שנביא את דעתו של העין יצחק בשאלה זו ומסקנתו לדינא, נקדים ונברר את יסודות העניין הזה מהגמ' והראשונים.

1. סוגיית קידוש סתם וכנס סתם

הסוגיא המרכזית הדנה בנושא זה נמצאת במסכת כתובות, בעניין "נמצאו בה נדרים/מומין". ואומרת המשנה (כתובות עב ב):

המקדש את האשה על מנת שאין עליה נדרים, ונמצאו עליה נדרים - אינה מקודשת; כנסה סתם, ונמצאו עליה נדרים - תצא שלא בכתובה. על מנת שאין בה מומין, ונמצאו בה מומין - אינה מקודשת; כנסה סתם, ונמצאו בה מומין - תצא שלא בכתובה.

בסוף העמוד מביאה הגמ' מחלוקת אמוראים, שלאורה מתפרשת משנתנו בשני אופנים שונים:

איתמר: קידשה על תנאי וכנסה סתם, רב אמר: צריכה הימנו גט, ושמואל אמר: אינה צריכה הימנו גט. אמר אביי: לא תימא טעמיה דרב, כיון שכנסה סתם אחולי אחליה לתנאיה, אלא טעמא דרב, לפי שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות.

הגמ' בהמשך (עד א) מביאה דעת עולא אמר רבי אלעזר:

המקדש... על תנאי ובעל... דברי הכל צריכה הימנו גט.

וכמה שורות אח"כ מובא דין דומה בשם רב כהנא משמיה דעולא:

המקדש על תנאי ובעל צריכה הימנו גט. זה היה מעשה ולא היה כח ביד חכמים להוציאה בלא גט.

נחלקו הראשונים בהבנת דברי אביי והחולקים עליו. אנו לא נפרט במאמר זה את כל השיטות בנידון¹⁵. נסתפק כאן בהבאת הפסק הסופי המופיע בשו"ע ובנו"כ, לאחר שנסיים פריסת דברי הגמ' עצמה.

מסבירה הגמ', דאליבא דרב מתפרשת המשנה כפשוטה, היינו שהסיפא "כנסה סתם" מתייחסת לרישא "המקדש את האשה על מנת...", ואפילו אם הקידושין היו על תנאי, בכל-זאת היות וכנס (ובעל) - האשה מקודשת ונשואה אפילו אם יתברר שלא קוים התנאי (משום שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, לאביי). אלא שאין לה כתובה, כי מחילתו על המום היתה רק ביחס לאיסורים אך לא ביחס לממונות¹⁶.

הסבר המשנה אליבא דשמואל: הסיפא איננה המשך ישיר של המקרה ברישא, אלא הרישא כוללת שני מקרים: בין אם קידש על תנאי ולא כנס בין אם קידש על תנאי וכנס סתם - אינה מקודשת. ובסיפא מדובר שקידש סתם וכנס סתם, שאז תצא שלא בכתובה. ועל כך מדייקת הגמ' (עג ב):

קידשה סתם וכנסה סתם - תצא שלא בכתובה, כתובה הוא דלא בעיא, הא גיטא בעיא. ומאי שנא כתובה דלא בעיא? דאמר אי אפשי באשה נדרנית [הגמ' מתייחסת לרישא של המשנה המדברת בענין נדרים, וה"ה לסיפא בענין מומין], אי הכי, גט נמי לא תיבעי! אמר רבה: צריכה גט

¹³ ובכל-זאת התקשה השואל להכריע, דהיות ואיסור ביאה בפנויה אינו אלא מדרבנן [לרוב הפוסקים], לכן נתעורר הספק אצלו - האם חייבים להפריש אדם מאיסור דרבנן שהוא עובר בשוגג. תשובתו המפורטת של העין יצחק בנוגע לפרטים הללו הינה מעבר לתחום הדיון במאמר זה. החפץ להרחיב בכיוונים אלו - יעיין שם.

¹⁴ כדעת רבא בכתובות יא ב (בניגוד לדעת רב ששת שם הסובר שיש לה כתובה מנה), וכפי שנפסק בשו"ע (אבה"ע"ז סז ה).

¹⁵ סיכום המציתי ובהיר של השיטות השונות ניתן למצוא בילקוט ביאורים של ש"ס מתיבתא (הוצאת עוז והדר) על אתר (עמ' רג-רו). וכן ראה סיכום להלכה בש"ס הלכה ברורה ובירור הלכה (הוצאת מכון הלכה ברורה שע"י ישיבת מרכז הרב), בבירור הלכה לציונים המתאימים על דפי הגמ' הללו.

¹⁶ באמת יש לדון בדבר זה גופא, כיצד ייתכן שמקדושת אבל אין לה כתובה, הרי ישנה הלכה שאסור לאדם לדור עם אשתו בלא כתובה (שו"ע סו ט), ושוב חוזר המצב של בעילת זנות? כבר יישב זאת הר"ן (דף לג ב מדפי הרי"ף בכתובות. מובא בב"ש סי' לח ס"ק נט), דבכה"ג ליכא איסור, כמו המקדש בביאה דאין לה כתובה ומכל מקום ליכא איסור (והסביר המחצית השקל על הב"ש שם, שהיינו במקרה שכנסה לביתו ובא עליה, דהקידושין והנישואין באין כאחת. דאחרת מה ההשוואה לקידושי ביאה, הרי ארוסה אין לה כתובה).

מדבריהם. וכן אמר רב חסדא: צריכה גט מדבריהם. רבא אמר: תנא ספוקי מספקא ליה, גבי ממונא לקולא, גבי איסורא לחומרא.

היינו שאם קידש וכנס אשה סתם - ללא תנאי שאין בה מומין, ונמצאו בה מומין - אם רוצה לגרשה חייב לתת לה גט, אך הפסידה כתובתה. ומתקשה הגמ' מה ההבדל בין הכתובה לחיוב גט? ממה נפשך - אם אנו מחשיבים קידושין אלו כמקח טעות, ולכן אין לה כתובה, א"כ מדוע צריכה גט - הרי הקידושין בטלים למפרע? ואם צריכה גט, משמע שהקידושין תפסו, א"כ מדוע אין לה כתובה? נחלקו אמוראים ביישוב הדבר: לדעת רבה ורב חסדא - לעולם קידושי טעות הם, וגם גט לא צריך מעיקר הדין, אלא שחכמים בכל אופן חייבו גט, "דלאו כו"ע ידעי ויאמרו אשת איש יוצאה בלא גט" (לשון הפני יהושע שם). ולדעת רבא - התנא מסופק האם המקדש וכונס סתם מקפיד על נדרים ומומין או לא (כהסבר רש"י והריטב"א שם), או שמסופק האם מחל על נדרים ומומין כשכנס סתם או לא (כהסבר הרא"ה. הר"ן על הרי"ף סוף דף לג ע"א מביא את שני הפירושים). לכן באיסורים אזלינן לחומרא וצריכה גט, כדי שלא לפגוע באיסור אשת איש לשוק; ואילו בממונות אזלינן לקולא לנתבע מדין המוציא מחבירו עליו הראיה, ופטור הבעל מן הכתובה.

כל זאת נאמר, כפשוטו, אליבא דשמואל; נשאלת השאלה: מה דעת רב במקרה זה של קידשה סתם וכנסה סתם?

הריטב"א כותב, שאע"פ שלא מצינו במפורש מהי דעת רב במקרה זה, אך פשוט שרב יסבור שצריכה גט (ודאי) ואין לה כתובה. שכן לגבי הגט חל הכלל של אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, ולגבי הכתובה אמרינן שלא מחל על קפידתו (כ"ש מהמקרה של קדשה על תנאי וכנסה סתם, שאפילו בזה אין לה כתובה, ולא אמרינן שמחל על תנאו הראשון, אע"פ שכנס סתם). וכך גם משמע מרש"י (עג ב ד"ה גט נמי), שביאר את הסוגיא דקדשה סתם וכנסה סתם אליבא דשמואל, משמע שלרב אין צורך בכל הדעות המופיעות שם.

לעומת זאת, הרי"ף (לג א) הביא את כל הסוגיא של קדשה סתם וכנסה סתם יחד עם דבריהם של רבה, רב חסדא ורבא. והקשו עליו הראשונים (רמב"ן, רשב"א, ר"ן) - מדוע הביא דעות אלו להלכה, הרי קי"ל כרב, ולפיו מקודשת בודאי מדין אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות? תי' הר"ן (לד א מדפי הרי"ף בתחילת העמוד, וחזר על כך בריש לד ב): אה"נ דלפי אב"י הסובר שטעמו של רב, שצריכה הימנו גט בקדשה על תנאי וכנסה סתם, הוא משום שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות - הוי גט מן התורה בודאי. אך למסקנת הסוגיא, אין אנו פוסקים כאב"י אלא כר' אלעזר ועולא (וכן דעת רבה בענין טעות אשה אחת כעין שתי נשים - סוגיא נוספת בהמשך הגמ' שם, שלא הבאנו כאן כלל), שלעולם גם לרב אמרינן שבעל על דעת קידושין הראשונים עם התנאי, וטעמו שצריכה גט איננו משום שאין עושה בעילתו זנות, אלא משום אחולי אחליה לתנאיה. ודבר זה הוא רק ספק - אם מחל או לא - ושייכות כל הדעות שנאמרו ביחס לקדשה סתם וכנסה סתם גם אליבא דרב¹⁷. והוכיח הר"ן שדין זה הוא מספק מלשונו של רב כהנא בשם עולא - "זה היה מעשה ולא היה כח ביד חכמים להוציאה בלא גט" - שמשמע לשון חומרא מספק. מסכם הר"ן (לד ב ד"ה וכתב הרי"ף) את שיטתו: "ונמצאנו למדין דלא שניא קדש על תנאי ובעל סתם, ולא שניא קידש על תנאי וכנס סתם, ולא שניא קידש סתם וכנס סתם - צריכה גט מספק".

כיצד נפסק להלכה בשו"ע בכל הדינים הללו?

2. ההלכה בקידש סתם ובעל סתם

שתי הלכות מרכזיות בשו"ע אבהע"ז מתייחסות למקרים שדובר בהם עד כאן (ושניהם מועתקים מלשון הרמב"ם בנושא):

א. סי' לח סעי' לה (כדברי הרמב"ם ה' אישות ז כג): ...לפיכך, המקדש על תנאי ובעל סתם, או כנס סתם - הרי זו צריכה גט אע"פ שלא נתקיים התנאי, שמא ביטל התנאי כשבעל או כשכנס (ואם קדשה אחר - לריכה גט משניהם).

ב. סי' לט סעי' ה (כדברי הרמב"ם שם ז ח): המקדש אשה סתם ונמצאו עליה אחד מן המומין הפוסלים בנשים... הרי זו מקודשת מספק.

המקור הראשון מתייחס למקדש על תנאי וכנס/בעל סתם - שמשמע מהשו"ע (והרמב"ם) שצריכה גט מספק, שהרי כתב: "שמא ביטל התנאי...". והוא כהסבר הר"ן לעיל בדעת הרי"ף, שלמסקנה לא פסקינן כאב"י דטעמיה דרב הוא משום שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, אלא טעמיה משום דילמא אחולי אחליה לתנאיה, וטעם זה מותר אותנו בספק אם מחל או לאו, לכן צריכה גט מספק

¹⁷ ע"י בפני יהושע (עב ב) שדייק מסדר הבאת הדברים ברי"ף, שאע"פ שהרי"ף הביא הדעות הנ"ל, בכ"ז אין כוונתו לומר שלרב מקודשת רק מספק, אלא לעולם נשאר הדין לפי רב שמקודשת בודאי מצד אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. וכוונת הרי"ף בהביאו הדעות הנ"ל היא רק ביחס לכתובה - להסביר שתצא בלא כתובה היינו מספק ולא בודאי, ע"ש.

ולא בודאי. וכ"כ הבי"י כאן בדעת הר"י והרמב"ם, דמש"כ הרמב"ם "המקדש על תנאי וכנס סתם, אע"פ שלא בעל צריכה גט" - אע"ג דאביי אמר לא תימא טעמיה דרב כיון דכנסה סתם אחולי אחליה לתנאיה אלא לפי שאעבב"ז, הא רב אחא בר יעקב אמר ר' יוחנן פליג עליה ואמר המקדש על תנאי ובעל דברי הכל צריכה הימנו גט, ולפי דבריו פלוגתא דרב ושמואל בכנס ולא בעל היא, וקיימ"ל כרב דאמר צריכה הימנו גט, דהלכתא כותיה באיסורי, וע"כ הוי טעמיה משום דכיון דכנסה סתם אחולי אחליה לתנאיה. וכן נראה דעת הר"י וכו'. וכן פירש הח"מ שם ס"ק מח את לשון השו"ע - דלא זו אף זו קתני, לא מבעיא כנס ובעל דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ובודאי בעל לשם קידושין, אלא אפילו כנס ועדיין לא בעל וכו' אמרינן אחוליה אחליה לתנאיה, וכדרי' אלעזר דפליג על אביי וכו' וס"ל דטעמיה דרב משום דאחוליה אחליה לתנאיה וכו'.

המקור השני מתייחס למקדש אשה סתם (ללא כניסה או בעילה כלל¹⁸), וגם בזה נפסק שמקודשת מספק¹⁹. אין אנו דנים במקרה זה במאמרנו²⁰, אולם ייתכן שניתן להסיק ממנו (בצירוף ההלכה הקודמת) מה יהיה הדין בקידשה סתם וכנסה סתם.

מה הדין בקדשה סתם וכנסה סתם?

הרמב"ם והשו"ע אינם מתייחסים במפורש למצב זה לגבי חלות הקידושין, אלא רק לגבי הכתובה (רמב"ם ה"ל אישות פכ"ה ה"ב; שו"ע סי' ק"ז סעי' ד):

וכן הכונס אשה סתם ונמצא בה מום ממומי הנשים שנתבארו בסי' לט, ולא ידע הבעל במום זה - תצא בלא כתובה לא עיקר ולא תוספת.

ואמנם לא כתוב אם מדובר שקדשה על תנאי או סתם, אך מסתימת הדברים נראה לכאורה שקאי בין בכך ובין בכך. ואכן כך הבין הרב המגיד (על הרמב"ם שם ה"א):

במשנה בפרק המדיר (כתובות דף ע"ב): כנסה סתם ונמצאו עליה נדרים תצא בכתובה, ומפרש שמואל בגמרא דאפילו בקדשה סתם וכנסה סתם אין לה כתובה. וכ"פ הרמב"ם והרשב"א ז"ל וכדעת רבינו, והביאו סיוע לזה מן הירושלמי.

אך עדיין אינו מבורר מה דין עצם הקידושין במקרה זה.

הבי"ש (סי' לט ס"ק טז) התייחס לכך, על המובא בשו"ע שבקדש סתם ונמצא מום הרי זו מקודשת מספק:

וכן אם קידש סתם וכניס ובעיל סתם מקודשת ואין לה כתובה. ובש"ס לרב חסדא צריכה גט מדבריהם ולרבא הוי ספק קידושין. והרמב"ם והטור פסקו כרבא, ולא כב"ח וכו'.

ובמפורש יותר כתב הבי"ש לעיל מיניה (שם סק"ז):

ולקמן מבואר אם לא התנה כלל וקידש ונמצאו בה נדרים או מומין, וכן אם קידש וכנס סתם, צריכה גט מספק ואין לה כתובה... וכן אם שהה עמה אחר כך מקודשת בודאי וצריכה גט בודאי, והיינו מטעם כשלא התנה כלום ספק הוא אם הוא מקפיד, ואם שהה עמה אח"כ אז הוברר דאין מקפיד ומקודשת בודאי.

אך לעומתו יצא הבית הלוי (ח"ג סי' ד אות ג) לחלוק ולומר, דלא מבעיא לדעת רש"י ותוס' שהביא הרא"ש (כתובות פ"ז סי' יב) דגם בקדש על תנאי ובעל סתם היא מקודשת בודאי לרב [אליבא דאביי דטעמיה דרב משום שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות], דקיי"ל כוותיה, ורק לשמואל הוי ספק; אלא אפילו לדעת היש מהגדולים שכתב הרא"ש [והוא דעת הר"י והרמב"ם, ונפסק כן בשו"ע], דגם רב לא מצריך גט בכנסה סתם אלא מספק, וכן דעת רוב הפוסקים, מ"מ רואים שאפילו במקום שוודאי מקפיד על המומים, שהרי התנה על זה בשעת הקידושין, בכל-זאת אנו מסופקים שמא בעת הכניסה מחל על הקפידא או בעל לשם קידושין (שלא תהא בעילתו בעילת זנות). וגם במקום שלא היתה כניסה ובעילה, אלא קידושין גרידא בסתם - מקודשת מספק, כי אנו מסופקים בסתם בני-אדם אם מקפידים על מומים או לא. א"כ בקדש סתם ואח"כ כנס סתם ישנן שתי ספיקות להחמיר: א. שמא סתם בני-אדם אינם מקפידים ואסורה גם בלא כניסה. ב. אפילו מקפידים, שמא מחל בעת הכניסה. ומסיק הבית הלוי - "אם כן אסורה בלא גט בודאי, ואפשר דבקדשה אחר שריא לראשון

¹⁸ כך פ' העין יצחק (אבה"ע"ז סי' סז אות ו) את הסע' הוה בשו"ע, וכתב שהוא פשוט לשון השו"ע (והרמב"ם). אמנם ציין שם שמהב"ש שם ס"ק טז לא משמע הכי.

¹⁹ כאן המקום להביא את הסברו של הדעת מרדכי (סי' א דט"ו א) במהות הדברים: ישנו חילוק עקרוני בין ממונות לקידושין. בעוד שבמקרה וממכר אם קנה חפץ אפילו בסתמא ונמצא מום - אמרינן דקפיד ויכול לבטל מצד ודאי, אף שהמוכר מוחזק; הרי שבקידושי אשה אמרינן דבקדש סתם הוי ספק, ועל כרחך צ"ל דקדושי אשה שאני, דלפעמים חינה עליו וערב לו מקחו אף במום. ע"ל לעיל הערה 5 סברא זו בשם הקהלות יעקב.

²⁰ להרחבה בענין זה ראה אוצר הפוסקים חלק יג סי' לט סעי' ה ס"ק לב אות א.

בלא גט) מכח ס"ס". ומסיים הבית הלוי, שאע"פ שמהר"ן מבואר להדיא כהב"ש, דבקדש וגם כנס סתם הוי רק ספק [הר"ן כתב כן על הר"ף בכתובות לד ע"א], זהו הר"ן לשיטתו דבקדש סתם לבד [ללא כניסה ובעילה] אינה צריכה גט כלל מדינא דגמ'. אבל לדין הא צריכה גט מספק בכה"ג. לכן בקדש וכנס סתם - צריך גט בודאי מכח ס"ס להחמיר. גם העין יצחק (אבהע"ז סי' סז אות ד) כתב כמו הבית הלוי, שמכח ס"ס צריך גט בודאי בקדש ובעל סתם, אלא שנראה מדבריו (שם אות יא) שמחלק בין כנס לבעל, שאם רק כנס סתם - צריך גט מספק (ורק בזה אמר הר"ן שצריכה גט מספק), אך אם בעל סתם - צריכה גט בודאי, ע"ש. לפלא על אחרונים אלו שלא סמכו עצמם על דעת הריטב"א והדיוק ברש"י, שהובאו לעיל, הסוברים בדעת רב שאם קדשה וכנסה סתם מקודשת בודאי.

לכל זאת יש להוסיף מימד נוסף, והוא מימד הזמן: כתבו החלקת מחוקק (סי' לט סק"ט) והב"ש (שם סק"ז), שהדין של מקדש אשה סתם ונמצאו בה מומין שהרי זו ספק מקודשת - נכון רק אם הבעל גילה דעתו, מיד עם היוודע לו המום באשה, שלא ניחא ליה בכך. אבל אם שותק כשנודע לו המום ולא התנה בתחילה - אע"פ שצווח לבסוף חלו הקידושין בודאי²¹.

3. דעת הרמב"ם והשו"ע: קידושין למפרע

עד כאן יצא לנו להלכה, שבקדש וכנס או בעל סתם ונמצאו בה מומין - לכל הפחות מקודשת מספק, ויש פוסקים שמקדשת בודאי. עדיין נותר לנו לברר האם נצרכים קידושין חדשים במקרה זה, היינו שהבעילה שלאחר הנישואין היא ביאה לשם קידושין, וצריכים להיות שם עדי יחוד; או שאין צורך בכך כי הקידושין הראשונים חלים למפרע מחמת מחילה על המום? בשאלה זו נחלקו האחרונים בהסבר שיטות הראשונים. הרמב"ם (הלי אישות ז כג) כתב:

המקדש על תנאי וחזר אחר כמה ימים וביטל התנאי, אע"פ שבטלו בינו לבינה שלא בפני עדים, בטל התנאי והרי היא מקודשת סתם. וכן אם היה התנאי מן האשה ובטלה אותו אחר כך בינה לבינה בטל התנאי, לפיכך המקדש על תנאי וכנס סתם או בעל סתם הרי זו צריכה גט אע"פ שלא נתקיים התנאי, שמא ביטל התנאי כשבעל או כשכנס.

כך גם פסק השו"ע (סי' לח סעי' לה). דייק הח"מ (שם ס"ק מח) מזה שלא הוזכרו עדים כלל, שאין צורך בעדים בזמן הביאה, אלא מקודשת מכח הקידושין הראשונים²². וכך גם דייק הרד"ע (רי' דוד עראמה. מובא בליקוטים על הרמב"ם הנ"ל במהדורת פרנקל) מתוך המשך ההלכה ברמב"ם:

וכן המקדש בפחות משווה פרוטה או במלוה וחזר ובעל סתם בפני עדים צריכה גט, שעל בעילה זו סמך ולא על אותן הקידושין הפסולין. חזקה היא שאין אדם מישראל הכשרים עושה בעילתו בעילת זנות והרי בידו עתה לעשותה בעילת מצוה.

דווקא בסיפא הצריך הרמב"ם ביאה בפני עדים, כי שם הקידושין הראשונים היו פסולים לגמרי, וא"א לסמוך עליהם כלל, ורק הביאה שלאחר הנישואין היא העושה את הקידושין, לכן צריך עדים. אך בריש לא הזכיר עדים, משמע ששם סומכים על הקידושין הראשונים, והכניסה והבעילה מורים רק על מחילת התנאי, ולא מהווים קידושין בעצמם [ומה שמשיג הראב"ד שם, ומצריך עדים גם ברישא - ראה בהמשך].

4. דעת הרא"ש: בעילה לשם קידושין

ממשיך הח"מ וכותב - "אבל הרא"ש בפרק המדיר (כתובות פ"ז סוף סי' יא) לא כתב כן, וכן הטור סי' לט". כוונתו למשפט האחרון של הרא"ש שם - "והא דאמרינן דבועל לשם קידושין היינו בדאיכא עידי ייחוד דאמרינן הן הן עידי ייחוד הן הן עידי ביאה". מפורש ברא"ש שלא סמכין אקידושין הראשונים, אלא בעינן קידושין חדשים ע"י הביאה שלאחר הנישואין, ולכן צריכים להיות עדים שם. יש להוסיף, שהיו שפירשו כן גם את דעת הראב"ד, המשיג על הרמב"ם הנ"ל וכותב - "א"א אינו כן אלא א"כ כנסה סתם בעדים דהוה ליה כמו שביטל תנאו בעדים". וביארו רעק"א (דו"ח ח"ב כתובות

²¹ יעויין בשו"ת מהרש"ג ח"ג סי' סה, שכתב מעין זה לגבי הכתובה, שכל מה שאמרינן שכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה הוי מקח טעות ואין לה כתובה כלל, נראה דהיינו רק באם הרגיש הוא בעצמו תיכף דהיא בעולה, בכהאי גוונא יכול לחזור בו ולית לה כתובה כלל. אבל אם לא הרגיש, ודר עמה אח"כ כדרך איש ואשתו, יש לומר דלא גרע מה דהיתה בעולה מאילו היה בה מום אחר, דקיי"ל בכתובות עג א דלאחר נישואין אמרינן חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ומחל על המום, וה"ה בנידון דידן משום דאע"פ בודאי מחל על קפידתו בענין מה שלקחה בחזקת בתולה. אך לענ"ד דבריו מוקשים, דמגוף המקום שבא להביא ראיה ממנו מוכח ההיפך, שכן לגבי מומין מה שאמרינן שאע"פ ז היינו רק לגבי חלות הנישואין, שצריכה גט (מספק), אך לעולם כתובה אין לה, כמפורש במשנה שם, וצ"ע. רק אם מחל בפירוש או שידעינן בודאי שהרגיש בדבר ושתק - בכה"ג מוכח מהרמב"ם שיש לה כתובה המקורית, שכך כתב בהל' אישות פכ"ה ה"ב - "וכן הכונס אשה סתם ונמצא בה מום ממומי נשים שכבר ביארנום ולא ידע הבעל במום זה ולא שמע בו ורצה, הרי זו תצא בלא כתובה" וכו'. משמע שאם ידע ורצה - כתובה נשארת. וכן מוכח מהמשך הפרק (ה"ה-ו), ע"ש. ועי' בהמשך מאמר זה, שהוכחנו מהר"ן והחזו"א שגם במקרים של מקח טעות, עדיין יכול הלוקח למחול על הטעות, והמקח יחול למפרע.

²² אמנם בח"מ כתוב "חלו קידושין האחרונים", אך במחצית השקל שם הגיה "הראשונים".

עד א) והמלבושי יו"ט (משפטי תנאים ס"י יב) שהראב"ד סבור שמקדשה עכשיו בבעילה. אך יעויין במ"מ שם שביאר את דעת הראב"ד אחרת, וכתב שהראב"ד מסכים עם הרמב"ם שהכניסה והבעילה הם מחילה על התנאי, ע"ש. ועיי' עוד בחידושי ר' שמואל (קידושין ס"י יב) שביאר שיטות הראשונים בזה.

במה תלויה מח' זו בין הרמב"ם והרא"ש? לכאורה פשוט הדבר, שמחלוקתם תלויה בהבנת מסקנת הסוגיא בכתובות שהובאה לעיל. לדעת הרמב"ם למסקנה אין אנו מקבלים את דעת אביי, שטעמו של רב הוא משום שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, אלא מקבלים את דעת האמוראים האחרים שרב מצריך גט משום אחוליה אחליה לתנאי (וכפי שהוכח כבר לעיל בדעת הרמב"ם). ממילא אין צורך בעדים בשעת הבעילה, שכן אין הבעילה עושה קידושין, אלא היא מהווה רק סימן שמחל על קפידתו הראשונית בשעת הקידושין (ואם קידש סתם, אזי עוד יותר פשוט שהכניסה והבעילה מוכיחים שאינו מקפיד במומים, וכפי שהובא לעיל, שיש אומרים שבכה"ג הוי קידושי ודאי), ומקודשת מכח הקידושין הראשונים. אך הרא"ש חולק וסובר שגם למסקנה אנו מקבלים את דעת אביי, שטעמו של רב הוא משום שאעבב"ז, וממילא הביאה שלאחר הנישואין היא ביאה לשם קידושין, ולא סמכינן אקידושין הראשונים, לכן צריך שני עדים בשעת הביאה. כביאר זה משמע מהבית שמואל (על השו"ע שם ס"ק נט) ומהקרבן נתנאל (על הרא"ש שם אות ר). אך האבני מילואים (על השו"ע שם סק"י) סתר הבנה זו בדעת הרא"ש. הוא מוכיח מתשובות הרא"ש (כלל לה ס"י ט) שהרא"ש סבור כמו הרמב"ם שמועיל לבטל תנאי אפילו אינו של ממון, כי אתי דיבור ומבטל דיבור²³, וכיון שמוחל התנאי ודאי חלים הקידושין הראשונים למפרע. לכן מפרש האבני מילואים שהרא"ש הצריך עדים מטעם אחר - דכדי שהכניסה והבעילה יהיו סימן שמחל על תנאו צריך להיות מוכח שהם נעשים לשם נישואין ולא כזנות. ומתבסס האבני מילואים על מה שכתב בס"י נה, שכמו שקידושין הוי דבר שבערוה וצריך שני עדים לקיום הדבר, ה"ה לנישואין, דכל ענייני אישות צריכים להיות לפני שני עדים. לכן הצריך הרא"ש כאן שני עדים, דאחרת אין זו כניסה וביאה של נישואין אלא כזנות בעלמא, ולא מוכח שמחל על תנאו. אולם החו"מ (הל' קידושין ס"י נד אות ז) דחה הסברו זה של האבני מילואים ברא"ש מכח לשון הרא"ש, שלא משמע ממנו שהעדים שמצריך הם רק היכי תמצוי לברר שכוונתו לשם נישואין, אלא משמע מלשונו שבעינין עדים לשם חלות הקידושין, וכחסבר הבי"ש והק"נ הנ"ל.

5. דעת התוס': קידושין חדשים לגמרי בטענת בתולים

בניגוד לכל זה, מצינו דעה המצריכה קידושין ונישואין חדשים לגמרי לאחר היוודע המום: הבי"ש (ס"י סח ס"ק כד) דייק כן מהתוס' (כתובות י א ד"ה חזקה), שהם סבורים שכאשר יש מקח טעות בקידושין צריך לקדשה מחדש ולעשות נישואין (וכתב שכן כתוב בס"י סא²⁴). ואולי כוונתו לדברי הרמ"א שם סע' א או לדבריו עצמו שם סוס"ק ז), וכן הביא מהשלטי גיבורים (על הרי"ף כתובות ג ב אות ג לשון ריא"ז). וכתב שזה בניגוד לרמב"ם (הל' אישות יא יז) ולטור (ס"י סח. מובא ברמ"א ס"י סח סע' ט) שמדויק בהם שאין צורך בקידושין ונישואין חדשים. מחלוקת ראשונים זו דייק הבי"ש ממה שכתבו בנוגע לטענת בתולים, היינו איש שנשא אשה בחזקת בתולה וטען שלא מצא לה בתולים. שהתוס' פירשו, על מה שאמרה הגמ' שהבעל נאמן מכח חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה, שזה נכון רק אליבא דמ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה כתובה כלל, שאז מפסיד בטענתו את הסעודה שהרי זה מקח טעות, אך למ"ד שכתובה מנה - אינו נאמן, כי אינו מפסיד כלל בטענתו, אדרבא מרוויח מנה (אא"כ מדובר באשת כהן או באשת ישראל פחותה מבת ג', שבמקרים אלו היא נאסרת עליו עפ"י טענתו, וממילא מפסיד הסעודה). משמע שכאשר ישנו מקח טעות בקידושין, הקידושין והנישואין בטלים, וצריך לקדש ולשאת מחדש²⁵. וגם בשלטי גיבורים משמע כך, ע"ש.

²³ בניגוד לרשב"א הסבור שא"א לבטל תנאי אא"כ הוא של ממון, שאז יכול לומר הריני כאילו התקבלתי. ובסוגיא בכתובות הנ"ל הוא מפרש שכנס פירושו בעל, ומבאר את הסוגיא בדרך אחרת - ראה מ"מ (הל' אישות ז כג). ראה הרחבה בנושא זה לקמן פרק ה.

²⁴ בהוצאות השו"ע המצויות כתוב ס', אך ראה באוצר הפוסקים ח"ה ס"י סח סע' ט הערה קלד שהעירו שאולי כוונתו לסי' סא. וכך גם תוקן בפנים במהדורת 'ראש פינה'.

²⁵ אולם יעויין בהפלאה (כתובות קו"א ס"י סח אות כ), שדחה את הסבר הבי"ש בתוס', וכתב שניתן להבין גם בדעתם שאין צורך לקדש מחדש, והחילוק בין שני המ"ד הוא, שלמ"ד כתובה מנה אין כאן מקח טעות וממילא האשה מחוייבת לדור עמו, ולא הפסיד מידי. ואילו למ"ד שזה מקח טעות - אפילו אם לדידה הקידושין הראשונים קיימים, אך האשה יכולה לטעון שאיננה מתרצת בקידושין אא"כ כתובה תהיה מאתיים, כמו שכתב לה בשעת הנישואין, ואם הוא לא ירצה לכתוב לה מאתיים א"א לכופה לדור עמו, לכן נחשב הדבר כהפסד הסעודה כי יש לאשה יכולת לבטל את הנישואין. ובשו"ת צפנת פענח (ח"א ס"י פג) כתב באופן החלטי - "דהא דקיי"ל כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה מקח טעות הוא רק גבי קנינים ולא לעצם הקידושין. והא דנקט בגמ' חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה, ר"ל כיון שבטל הכתובה אסור לדור עמה בלא כתובה, אבל ח"ו הקידושין לא פקע והוי א"א גמורה כמו גבי אלמנה (כתובות קא ב) גבי אלמנה לכהן גדול אשה ואינה אשה, ור"ל רק לקנינים" וכו'. ובעין יצחק (אבה"ז ס"י סז אות ז) ביאר שגם התוס' מודים לדינא שאין צריך קידושין חדשים, אלא שבכתובות שם קאי אליבא דשמואל, ושמואל אינו סובר אחוליה אחליה לתנאי או אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, לכן לדידה צריך קידושין אחרים,

לעומת זאת, הרמב"ם והטור (והרמ"א) כתבו לגבי הטוען טענת בתולים - "הרי שרצה לקיימה אחר שהפסידה עיקר כתובתה חוזר וכותב לה מאה. לפי שאסור לאדם לשהות עם אשתו שעה אחת בלא כתובה". מתוך שלא כתבו שצריך לקדשה מחדש, אלא רק לכתוב לה כתובה חדשה, משמע שהקידושין והנישואין הראשונים קיימים, אלא שהפסידה כתובתה, וצריך רק להשלים את החסר ע"י כתיבת כתובה חדשה²⁶.

להלכה, הסיקו הפוסקים כדעת הרמב"ם והרמ"א, שגם במקרה זה של טענת בתולים אין צריך קידושין חדשים - ראה קובץ תשובות (ח"א סי' קנט); שו"ת יביע אומר (ח"ב סי' ט) ועוד.

היוצא לנו עד כה, שלרוב רובם של הראשונים והאחרונים בין בנמצאו עליה נדרים או מומין בין בכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה - בין אם קדשה סתם, בין אם קדשה על תנאי וכנסה או בעל סתם, בין אם קדשה סתם וכנסה או בעל סתם - צריכה גט מספק, ואין צריך לעשות קידושין ונישואין חדשים.

ד. הדין במום גדול

הסתייגות אחת יש למסקנה זו, והיא שאם נמצא בה מום גדול, שרוב מוחלט של בני אדם מקפידים עליו ואינם מוחלים כלל - יש מן הפוסקים שכתבו שאין הקידושין חלים כלל, ואינה צריכה גט. כך כותב הבית הלוי (ח"ג סי' ד אות ב) עפ"י דברי התוס' (יבמות ב ב ד"ה או שנמצאו אילוני; גיטין מו ב ד"ה המוציא) שמוכיחים מהדין במשנה שם ש"כולן אם מתו... או שנמצאו אילוני צרותיהן מותרות", שקידושין עם אילוני קידושי טעות הן ומתברר שלא היתה אשת אחיו מלכתחילה, ולא צריכה גט אפילו מדרבנן (אחרת היתה צרתה חולצת ולא מתייבמת). ובסוף הדיבור מוסיפים התוס':

וממילא ישנה חזקה של אין אדם טורח בסעודה ומפסידה. וראה עוד בקובץ תשובות ח"א סי' קנט, שהגרי"ש אלישיב שליט"א עומד על כך שגם לפי הבנת הב"ש בתוס' צריך לחלק ולומר שכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה גרע משאר מומים, שהרי בשאר מומים קיי"ל כרב שמקודשת מספק, ואילו כאן מחייבים התוס' קידושין חדשים משמע שלא חלו הקידושין הראשונים כלל. והסביר את החילוק, שכן לגבי בתולים על דעת כן הוא כונסה וכותב לה בכתובה "מוהר בתוליכי כסף זווי מאתן דחזו ליכי מדאורייתא", משא"כ בשאר מומין שלא מוזכרים בפירוש. וצריך להוסיף ולומר, שאע"פ שגם בקידשה על תנאי וכנסה סתם אמרינן שמקודשת מספק, אע"פ שהזכיר בפירוש שאין רצונו באותו מום, אך אכתי שונה הדבר מבתולים, כי זה הוזכר גם בנישואין, והוי כמו קידוש על תנאי וכנסה על תנאי - שבזה מצינו מח' גדולה באחרונים אם בכ"ז צריכה גט בלא נתקיים התנאי (כי אאעב"ז, והתנאי היה רק על הכתובה) או שבכה"ג אינה צריכה גט והכל בטל - ראה אוצר הפוסקים ח"ג סי' לה סע' לה ס"ק קלד אות ה. ועפ"י הסברו של הגרי"ש אלישיב שליט"א בב"ש בדעת התוס', צ"ל שהב"ש סבור כאותם אחרונים שאינם מצריכים גט. ועוד יש להעיר, שמצינו באחרונים (רעק"א בדרו"ח חלק הכתבים דף צ ע"ב; עין יצחק אבהע"ז סי' סז אות ב) סברא הפוכה, שנמצאת בעולה נחשב פחות מקח טעות מאשר נמצאו בה שאר מומים, וראיתם מכך שלגבי טענת בתולים ישנו מ"ד הסובר שכתובתה מנה, ואינו מקח טעות כלל, ואילו בשאר מומים אין לה כתובה כלל לכו"ע. ואמנם אנו פוסקים כמ"ד שגם בטענת בתולים אין לה כתובה כלל, אך מעצם הדבר שקיים מ"ד חולק, משמע שזה פחות בעיה משאר מומים.

²⁶ כך גם דייקו אחרונים נוספים בדעת הרמב"ם: בית מאיר סוף סי' סח; הפלאה שם; עין יצחק אבהע"ז סי' סז. ובבית מאיר שם הוסיף, שמקרה זה לא עדיף מהמקדש סתם ונמצא בה מום, שמקודשת מספק, והב"י באבהע"ז סוסי' מד כתב שכל מקום שמקודשת מספק טורח אינו צריך לקדשה מחדש, כמו קטנה שנתקדשה למיאון, וה"ה הכא. ומה שקשה על שיטת הרמב"ם, שא"כ מדוע הבעל נאמן הרי אינו מפסיד הסעודה, וליכא חזקה, יעוין בבית מאיר שם שתי' עפ"י דברי הרמב"ם עצמו (שם הל' יד) שהחזקה היא "שאינו אדם טורח בסעודה ומפסידה והופך שמחתו אבל", דהיינו שאדם אינו נושא אשה ע"מ להוציא עליה לעז אה"כ, גם אם אין לו הפסד ממוני מכך. אך מנגד לכל האחרונים הללו עומד החזו"א (אבהע"ז סי' סז אות טז. וכמו שכתב בעצמו שם ששיטתו היא דלא כהח"מ סי' סח סקט"ו והב"ש שם סקכ"ד) וסובר שאפילו לרמב"ם צריך לקדשה מחדש מספק, כי הרי מדובר שהבעל בא לב"ד וטען טענת בתולים, היינו שהקפיד במפורש ולא מחל ורצה לגרשה. א"כ גם אם אח"כ נמלך ורוצה לקיימה - הקידושין כבר התבטלו וצריך לקדשה מחדש [ניתן להביא סימוכין לדבריו מהר"ן, המובא בהמשך, שמבאר את הסוגיא בכתובות לגבי נמצאו בה מומין, שאחולי אחליה לתנאיה שייך רק אם לא הקפיד, אך אם הקפיד בתחילה - אפילו אם אח"כ רוצה למחול - צריך לקדש מחדש]. אלא שזה רק מספק, כיון שאכתי יש לומר שמצד אאעב"ז התכוין בביאה לקדשה או למחול על הדבר, ורק אח"כ החליט ללכת בכ"ז לב"ד לגרשה, ובכה"ג כבר חלו הקידושין. לכן למסקנה סובר החזו"א שבמקרה זה צריך קידושין מחדש מספק אם רוצה לקיימה, וגם מספק אם רוצה לגרשה [יש להוסיף, שמוכח מעוד מקום בח"מ ובב"ש שהם אינם סוברים כשיטת החזו"א הזו. שהרי הבאנו לעיל בשמם, שכל הדין של מקדש אשה סתם ונמצאו בה מומין שהרי זו ספק מקודשת - נכון רק אם הבעל גילה דעתו, מיד עם היוודע לו המום באשה, שלא ניחא ליה בכך. אבל אם שותק כשנודע לו המום ולא התנה בתחילה - אע"פ שצווח לבסוף חלו הקידושין בודאי. ולפי החזו"א ההיפך הוא הנכון - אם צווח מיד אינה מקודשת כלל, ואם שתק מקודשת מספק]. והוסיף החזו"א, שאם מתחילה לא בא לב"ד ע"מ לגרשה אלא רק ע"מ להפסידה כתובתה, אין לומר שמקודשת בודאי שהרי אינו מקפיד על עצם הקידושין, וכל כוונתו רק להפסידה כתובתה, ולכן אם ירצה לקיימה אח"כ כותב לה כתובה מנה (ובמקרה כזה דמי לדרך ששאר האחרונים ביארו ברמב"ם, שאין צריך קידושין חדשים אלא רק כתובה חדשה), כי במקרה זה אינו נאמן כלל להפסידה כתובתה, כי אין כאן חזקה שאין אדם טורח בסעודה ומפסידה, שהרי אינו מפסיד מידי. ומסכם החזו"א שלפי שיטתו, אין כלל מחלוקת בין התוס' והרמב"ם בכל זה. ויעוין בנפש חיה סי' נו שכתב מעין דברים אלו בשם הר"י קוטנא והסכים לדבריו.

אף על גב דבקיידשה על תנאי וכנסה סתם איכא למ"ד בהמדיר (כתובות עב): דבעיא גט, היינו דוקא בשאר מומין דאיכא דמחיל, אבל אילונית שום אדם אין מוחל. ואפי' לאביי דמפרש טעמא משום דאין אדם בועל בעילת זנות היינו בשאר מומין דמטיק אדעתיה ובדעתו אפי' יהיו בה מומין בועל לשם קדושי, אבל אילונית דלא שכיח לא מטיק אדעתיה, ומשום חשש אילונית לא יהא בועל לשם קדושי.

היינו שאפילו לרב הסובר שאם קדשה על תנאי וכנסה סתם - צריכה גט: אם טעמו משום אחוליה אחליה לתנאיה - במום גדול כמו אילונית ודאי אינו מוחל; ואם טעמו משום שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות - במום שאינו שכיח כמו אילונית אינו מעלה על דעתו שהוא קיים ולא בועל לשם קידושי. ומדייק הבית הלוי מהתוס' שלא דוקא באילונית הדין כן, אלא ה"ה בכל מום שאינו שכיח - הקידושי בטלים ואינה צריכה גט. ומסתפק שם האם גם נכפה הקבוע לו זמן שייך בהגדרה זו, ומטיק שאין להקל מטעם זה לחוד, "דמאן לימא דנכפה דומה לאילונית, מ"מ כתבתו לעורר המעיין". בעל שו"ת אחיעזר (ח"א סי' כז, אות ג) ג"כ סובר שבמום גדול לכו"ע אינה צריכה גט כלל. ומוכיח זאת מן הרמב"ם, שמדבר על מומים הפוסלים בנשים ובהם הצריך גט, משמע שאם זה מום גדול שפוסל אפילו באנשים - בזה אין ספק בכך שמקפיד, ואין צורך בגט כלל. וכן פוסק האג"מ (חאבהע"ז ח"א סי' עט ענף ד). אולם בשו"ת שבות יעקב (ח"א סי' קא) פסק, שגם אם נמצא בה מום גדול צריכה גט מספק.

כמובן, שלכל אותם פוסקים הסבורים שהקידושי במקרה כזה לא חלו כלל - חלה חובה להודיע על מום כזה לבן-הזוג השני, שהרי הם חיים ללא קידושי. וראה בנשמת אברהם (מהדורה שנייה מורחבת) חאבהע"ז סי' ב עמ' סג, שכתב בשם הגר"ש זצ"ל שאם אחד מבני הזוג אובחן כנושא נגיף האיידס - חייבים להודיע על כך לבן-הזוג השני, כי יש לחולה דין של רודף, ומחויבים להציל את הבריאה מסכנת נפשות.

ה. ביטול המקח בתנאי ובמקח טעות תלוי ברצון המתנה והמתאנה

גם במקרה שפוסקים שהקידושי היו מקח טעות בודאי, וצריך קידושי חדשים, האם זה קורה ממילא ומיד או שזה תלוי ברצון המתאנה? כדי להשיב על כך נחזור למחלוקת הראשונים שנדונה לעיל בפרק ג, ונברר עוד נקודה חשובה בדעת הרמב"ם (והשו"ע). ניחא לרא"ש ודעימיה שבנמצאו בה מומין מתרחשים קידושי חדשים עם עדים (לפי רוב האחרונים בדעתו). אך לרמב"ם ודעימיה שיש בזה מחילת התנאי הראשון, וסמכינן על הקידושי הראשונים - כיצד זה פועל, הרי ברגע שהתגלה המום הוי מקח טעות מחמת אי-קיום התנאי והקידושי בטלים ממילא, א"כ כיצד ניתן לסמוך עליהם? התוס' (כתובות עג א סוד"ה לא) התייחסו מפורשות לקושי זה, וכתבו:

ואם תאמר והיכי סלקא דעתין למימר דכנסה בלא בעל דאחוליה לתנאיה וצריכה גט, כיון דקיידשה על תנאי שאין עליה נדרים והיו עליה נדרים אם כן אינה מקודשת, ומה מועיל אפילו ימחול התנאי אח"כ אם לא יחזור ויקדשנה? ומיהו אי חופה קונה ניהא. ואפילו את"ל דחופה אינה קונה מצינו למימר דבשעת קידושי היה דעתו לכך שאם יכניסנה לבסוף יהא מחול התנאי.

להלכה קיי"ל שאין חופה קונה, לכן אנו נסביר את תירוצם השני של תוס'. לדעתם, אדם המתנה בשעת קידושי ע"מ שאין עליך מומין, דעתו כבר אז שאם יכניסנה לבסוף בסתם יהא מחול התנאי למפרע ויחולו הקידושי מעכשיו. הר"ן על הרי"ף (כתובות לג ב) תירץ קושיא זו באופן קצת שונה:

וא"ת והיכי מצי מחיל לתנאיה? בשלמא במתנה באומר ע"מ שתתני לי מאה זהובים מצי מחיל דה"ל כאילו אמר לה הריני כאילו התקבלתי, וכאילו נתקיים התנאי דמי. אבל הכא כי מחיל מאי הוי, והרי אם היו עליה נדרים נתבטלו הקידושי מיד? יש לומר, דכיון דלהנאתו התנה, אין דעתו שיתבטלו הקידושי מיד, אלא הדבר תלוי עד שידע בנדרים או שיראה במומין, וכל שלא יקפיד בהם מקודשת, כדאמר לקמן גבי מומין ראה ונפייס הוא. ומיהו אם הקפיד בהם אינה מקודשת אע"פ שחזר אח"כ ומחל.

יוצא לדעת הר"ן, שאין האדם תולה את תנאו בעצם הכניסה בסתם, אלא תולה אותה בדעתו בשעת גילוי הדבר, שאם יקפיד יתבטלו הקידושי ואם לאו יתקיימו. בכל מקרה, לשני הפירושים אין ביטול אוטומטי של הקידושי שנעשו בתנאי גם אם התברר שהתנאי לא קיים, אלא עדיין נותרת אפשרות לקיים את הקידושי ולבטל את התנאי. גם הרמב"ם (הלי אישות ז כג) סבור שניתן לבטל תנאי שהיה בשעת הקידושי, והקידושי יחולו למפרע ללא תנאי (וראה השגת הראב"ד שם). בחידושי ר' שמואל (קידושי סי' יב) ירד לחלק בין מחילה על התנאי (כמשמעות הר"ן הנ"ל) לבין ביטול התנאי (כמשמעות דעת הרא"ש בתשובות, הובא לעיל פרק ג חלק 4), וכתב שהיכולת לבטל תנאי כך שהמעשה יחול ללא התנאי נובעת מהיסוד שתנאי "מילתא אחריתא הוא" המבוסס על כך שתנאי הוא חידוש התורה בבני גד ובני ראובן, והיינו שאין התנאי הגבלה בעצם המעשה דעל צד זה ליכא למעשה כל עיקר, כי זה לא נתחדש שם, אלא שהמעשה בפני עצמו הוי מעשה גמור וסיבה להתהוות הדבר בכל גוונ, רק שלמדנו מבי"ד ובי"ר שיכול להוסיף על המעשה עוד מעשה תנאי, והתנאי פועל במעשה שלא יפעל את

החלות על צד זה שהתנאי לא יתקיים. לכן אפשר לבטל תנאי אח"כ, והמעשה יחול בכל גווני, כיון שאין כאן חסרון בעיקר המעשה. יש לציין שהרשב"א חולק על כל זה, ראה לעיל הערה 23.

האם אותו דין של מחילה קיים גם ביחס למקח טעות או שהוא נכון רק בתנאים? מהחזו"א (אבהע"ז סי' נו אות ט) משמע שגם במקח טעות, ביטול המקח תלוי ברצון הקונה, ואם מוחל על המום - אין המקח בטל מאליו, אלא הרי הוא שריר וקיים. דבר זה יוצא מהסברו השני של החזו"א שם לדברי השלטי גיבורים (על הרי"ף כתובות לה א סוף אות ג) שכתב, שבאשה שטענה משארסתני נאנסתי, וכן לענין מומין שטוענת שנעשו לאחר האירוסין - אף דנאמנת ויש לה כתובה, מ"מ תוספת כתובה אין לה, שהרי לא נתחייב בתוספת אלא בשעת הנישואין והרי בטעות נתחייב בה, שאילו ידע מומיה לא היה כונסה. דייק החזו"א מדבריו, שמדובר שמגרשה עכשיו בשביל המומים, אבל אם ידע על המומים ונוהג בה מנהג אישות - הרי מחל. מבואר דניתן לבטל חופה מחמת טעות, ומקשה החזו"א שלכאורה יסוד הענין של מקח טעות הוא מכח תנאי - אומדנא שקנה או כנס רק על דעת שהדבר טוב. אם כך, הרי קיימ"ל שכל דבר שלא ניתן לעשותו ע"י שליח אין תנאי מועיל בו (כתובות עד א)? בתירוץ השני אומר החזו"א, שמקח טעות אינו פועל כאומדנא ותנאי, אלא זהו דין בקנינים שהם בטלים כשיש במקח טעות או אונאה גדולה (וע"ש שסיים "וצ"ע בפרט זה"). ואכן בשו"ת רעק"א תנינא סי' נא נקט בפשיטות כמו הצד הראשון בחזו"א, שמקח טעות פועל מדין תנאי, ע"ש). יוצא לנו בדעת החזו"א, שאפילו אם הגדר במקח טעות הוא שאין הקנין חל, בכ"ז הדבר תלוי ועומד בדעת הקונה, ורק אם חפץ בביטול המקח - אזי הוא בטל, שהרי החזו"א מיישב בדבריו את השלטי גיבורים, ובו משמע שרק אם חפץ לגרשה בגלל המומים אין לה תוספת מדין מקח טעות, אך אם רוצה לקיימה - הרי מחל, והחופה חלה. רואים מכאן, שעצם ביטול המקח מחמת מקח טעות תלוי ועומד ברצון הקונה. וכך מבואר להדיא בשו"ע (חוי"מ סי' רלב סעי' ג-ד):

המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלים, ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח, מחזירו אפי' לאחר כמה שנים, שזה מקח טעות הוא, והוא שלא ישתמש במקח אחר שידע במום. אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום, ה"ז מחל ואינו יכול להחזיר... וכן אם רוצה הלוקח ליקח פחת המום, הרשות ביד המוכר לומר: או קח אותו כמו שהוא או תקח מעותיך והחזיר לי מקחי.

מוכח, שמקח טעות אינו ביטול אוטומטי של הקנין, אלא הוא תלוי ברצון הלוקח, ובמחילתו על המום מתקיים הקנין הראשון²⁷. הסברא לכך היא, שהיות וגילה דעתו שאין מום זה מפריע לו, אזי אין כאן כלל טעות מעיקרא לגבי לוקח זה. וראה עוד לעיל הערות 21, 26.

ו. אומדנא בקידושין

עד כה הוכחנו מכמה כיוונים, שעצם מציאות של מום באחד מבני-הזוג איננו גורר ביטול הקידושין והנישואין, אלא עדיין קיימים הקידושין הראשונים (לפחות מספק). ובספק קידושין אין צורך בקידושין חדשים - ראה לעיל ריש הערה 26). מעתה ניתן להוסיף נדבך נוסף - אם ישנה אומדנא שהצד השני אכן לא יקפיד בכך מאחר שכבר נישאו, ולא יחפוץ לבטל את הקידושין מחמת המום - נראה לומר, שהקידושין והנישואין הראשונים קיימים בודאי, ואין צורך לקבל אישור מפורש על מחילתו. על אף שמצינו מחלוקת ראשונים האם מועילה אומדנא בקידושין, כפי שהביא הדרכי משה (אבהע"ז סי' מב אות ד) על מקרה שאחד העדים לא ראה את נתינת הטבעת עצמה מידו לידה אלא רק ראה אותה ביד הכלה לאחר מכן: לפי המרדכי סמכינן אומדנא דמוכח לקיים הקידושין, ואילו הרשב"א והמהר"ם סוברים שאע"ג שיש הרבה אומדנות מוכיחות - אין כאן כלום (עד שיראו העדים הנתינה ממש). ופסק הרמ"א (אבהע"ז מב ד) כהרשב"א והמהר"ם²⁸. בכל אופן, בענייננו, שלא מדובר על אומדנא בעצם היווצרות הקידושין (כגון מסירת הטבעת), אלא בענין צדדי ונלווה לקידושין - מומים באחד הצדדים - ניתן להוכיח שמועילה אומדנא להסיר את ספק ההקפדה. זאת מההלכה שהבאנו לעיל (פרק ג סוף חלק 2) בנוגע למקדש אשה סתם ונמצאו עליה אחד מן המומין הפוסלים בנשים, שהרי זו מקודשת מספק, וכתב על כך החלקת מחוקק (סי' לט סק"ט) - "נראה דמיירי מיד כשרואה המום מקפיד ואינו חפץ בה, אבל אם שותק כשנדע לו המום ולא התנה בתחילה - אף דצווח לבסוף הוי קידושי ודאי". אי"כ רואים מכאן, שמספיקה שתיקה של

²⁷ אמנם ישנו סוג אחר של מקח טעות, שבו אין הקנין קיים כלל מלכתחילה, וזה כאשר אין מדובר במום בחפץ, אלא מדובר שמכר לו חפץ אחר לחלוטין מהחפץ שביקש לקנות. בכה"ג הדין הוא שאין הקנין הראשון חל כלל, ויכול הלוקח לבטל את המקח אפילו לאחר שהשתמש בחפץ - ראה שו"ת דברי חיים (צאנז) ח"א חו"מ סי' לו.

²⁸ אגב יש להעיר, שהפת"ש שם סקי"ב הביא חבל פוסקים אחרונים שתמהו על "יצירת" מח' ראשונים בנושא זה, וכתבו דלא פליגי: המרדכי מיירי במקרה שהאומדנא מוכחת ביותר, כגון שעומדים תחת החופה, ואילו הרשב"א מיירי שעמדו העדים אחורי גדר ושמעו לשון הקידושין ולא ראו הנתינה, אלא לאחר מכן ראו הקידושין בידה, דזה לא אומדנא מוכחת מספיק לקיים קידושין. ולפ"ז יהיה תלוי כאן אם האומדנא, שסבור בעל המידע הסודי שהצדדים בכ"ז יתרוצו להמשיך את נישואיהם, היא חזקה מאוד או לא. אך ראה בהמשך, שלא צריך להגיע לזה כאן.

הצד השני כדי להוכיח שמוחל, והקידושין יחולו למפרע בודאי. אייכ ניתן לסמוך על אומדנא שהיה הצד השני מתרצה (או אפילו שותק) בהיודע לו המום, והנישואין חלים בודאי גם מבלי להודיע לצד השני על המום.

ז. שלום בית וכבוד הבריות

שמא תאמר, מה לי להסתמך על אומדנות וקידושי ספק? טוב יותר לגלות את המידע לצד השני, ולברר באופן ודאי שאכן הוא מוחל על כך, ויחולו הקידושין למפרע בודאי. אין הדבר כך, שכן כתב החפץ חיים (הלכות איסורי רכילות כלל ט סעי' ב אות ג):

שיכוין רק לתועלת, דהיינו לסלק הנזקין מזה, ולא מצד שנאה על השכנגדו. (ובזה הפרט הג' נכלל גם עוד ענין אחר... יתבונן מתחילה אם תבוא מזה תועלת, לאפוקי ממה שמצוי כמה פעמים שאפילו אם יאמר לו לא ישמע לו וישתתף עמו, ואחר כך כשירגיזו חבירו באיזה דבר, אומר לו: יפה אמר עליך פלוני שאין ראוי להשתתף עמו...). [הסוגריים במקור].

והוסיף על כך בבאר מים חיים (שם סק"ד):

דבר זה הוא רגיל מאוד בעניני השידוך, שלא יועיל שום דיבור להפריד אותם (אפילו ניכר שהמספר לא כוון לשם לשה"ר ובגוונא דלא עבר על איסור לשה"ר וכדלקמן). [הסוגריים במקור].

ואע"פ ששם בחפץ חיים מדובר קודם הנישואין, ואילו כאן אנו דנים על גילוי המום לאחר שכבר נישאו, כדי לוודע שלא היה כאן מקח טעות. אך גם לכך מתייחס החפץ חיים בהמשך (כלל ט ציור שלישי באר מים חיים סק"ה):

יודע המעיין כי בדבר זה אינו מצוי שיושלמו כל הפרטים, ואפילו אי איתרמי שיושלמו אינו מותר לגלות רק קודם שנשתדך עמו, אבל אחר שנשתדך אסור לדבר מזה הענין כלל, כי מסתמא נתרצה לזה מאיזה טעם שהיה לו.

היינו שלאחר הנישואין (או אפילו כבר מרגע גמר קשרי השידוכין) יותר סביר שלא תהיה תועלת בגילוי המידע, ולכן אין היתר לספר. ואדרבה, איכא החשש שהעלה החפץ חיים, שהגילוי רק יזיק, דלאחר מכן ישתמש בזה הצד השני כתואנה להקניט את הצד עם המום בכל מריבה וקטטה עתידית ביניהם. ועל כגון זה אמר שלמה המלך (שיר השירים, כמה פעמים) "מה תעירו ומה תעוררו...".

גדולה מזאת מצינו, במי שאשתו נבעלה לערל עוד בהיותה פנויה וילדה ממנו בן, ואין הבעל יודע על כך מאומה, שכתב בשו"ת מהרש"ג (ח"ג סי' סה) שאין להודיע על כך לבעל, אע"פ שהוא נשאה בחזקת בתולה, שמלבד הבושה שבדבר, יגרום הגילוי להרגיל עמה ריב וקטטה. ואף אם ע"י כך יברך ברכה לבטלה בעת פדיון בנו, כיון שאינו פטר רחם, מ"מ גדול השלום, וכדק"ל כב"ה (כתובות יז א) שאומרים כלה נאה וחסודה, אפילו כשהוא שקר ממש. וכ"כ בשו"ת דברי חיים (ח"א או"ח סי' לה) באחד שבא על אשת איש ברצונה, שאינו חייב להגיד לבעלה להפרישו מאיסור, משום שגדול כבוד הבריות, וסיים הדברי חיים שכן נהגו גדולי הדור כשבאו לפניו החוטאים האלה, ק"ו שמחוייב לשתוק ולא להגיד לבעל הדברים שהיו קודם שנשאה, ע"ש. וכ"כ בשו"ת באר משה (ח"א סי' רלז). ואמנם היה מקום לחלק בין המקרים הנידונים בשו"תים הללו, הגורמים בושה מחמת עצם המקרה הנורא שקרה, לעומת הנידון דידן של מום באחד הצדדים, שהדבר הזה בעצמו איננו בהכרח דבר המבייש את אחד הצדדים אלא גורם רק להסתפק שמא היה כאן מקח טעות. אך בכ"ז יש ללמוד מהנידונים שם, שהפוסקים לא חששו לדבר זה של מקח טעות וחיים ללא קידושין, ומשמע שסמכינן על הקידושין הראשונים מחמת הסיבות שהבאנו במאמר זה (וטעם הבושה וכבוד הבריות נצרך כדי לנמק מדוע לא מודיעים לבעל על אף המצב של ברכה לבטלה בפדיון). ובנידון דידן קיים הטעם של החפץ חיים, שעלול הדבר ללבות את אש המחלוקת ברבות הימים.

ח. סיכום ומסקנה

העין יצחק (אבהע"ז סי' סז אות טו) מכריע את ההלכה ביחס לכנסה בחזקת בתולה ואדם אחר יודע שהיא זינתה קודם הנישואין, והבעל אינו יודע מכך:

דמצד איסור פנויה בלא קידושין ודאים אין כ"כ חשש בני"ד. אך יש בנידון דידן איסור דרבנן בודאי משום דהא כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה כתובה, א"כ הא אסור לשהות עם אשתו בלא כתובה, ובעילתו הוי בעילת זנות. ואף דאינו רק איסור דרבנן, ג"כ צריכים להודיעו ולהפרישו מאיסור דרבנן²⁹.

²⁹ העין יצחק שם ממשיך לדון בהרחבה גדולה בעצם החיוב להפריש אדם מעשיית איסור דרבנן בשוגג לאור חידושו הגדול של הנתיבות (ח"מ סי' רלד סק"ג) שהעובר על איסור דרבנן בשוגג אינו צריך כפרה. הרוצה להחכים בענין זה יעי"ש.

לא רק במקרה הנדון על-ידו הדין הוא שמקודשת ואין לה כתובה, אלא הוא הדין גם במקרה שהיו בה מומין או נדרים, לאור כל מה שכתבנו עד כה, שמקודשת ואין לה כתובה. אי"כ שייך גם בנידון שלנו הנימוק של הפרשה מאיסור דרבנן, כדי לחייב להודיע לבעל. אלא שיש מקום לערער על נימוק זה, שהרי הבאנו לעיל (הערה 16) את דברי הר"ן הכותב שבמקרה זה לא קיים האיסור להשהות אשתו בלא כתובה, והבי"ש הסכים עמו להלכה (כמובא שם).

בהמשך מוסיף העין יצחק (שם אות כג) נימוק נוסף לחייב להודיע לבעל:

וזולת כל זה, החיוב עלינו להודיע להבעל מצד הכתובה, שיהיה יודע כי על פי דין אין לה כתובה עליו, וכן תנאי כתובה מזונות וכיוצא בזה אין עליו חיוב ע"פ דין, כיון דאינה אשתו רק מטעם ס"ס ואין מוציאין ממון ע"פ ס"ס וכנ"ל. ומחמת השב אבידה החיוב עלינו להודיעו ולהצילו מהפסד ממון שלא ע"פ דין.

גם נימוק זה שייך במקרה שהיו בה מומין או נדרים, שחייבים להודיע לבעל, כדי שידע שאין לו חיוב כתובה מן הדין. אך מצינו מי שחולק גם על נימוק זה. בשו"ת רב פעלים (ח"א אבהע"ז סי' ב) דן במקרה דומה לזה של העין יצחק ומסיק להלכה:

ולענין הלכה בנידון השאלה דידן הנז' כבר עשיתי ס"ס והוא מתהפך, ולכן כיון דאם יגלה הדבר לבעל יהיה מזה קטטות ומריבות, וגם בזיון משפחה, ואפשר שיולד מזה רעות הרבה, הא ודאי יש לסמוך על ס"ס הנז' ולא יגלה לבעל כדי לעשות קדושין מחדש. ואע"ג דנוגע דבר זה לממון בשביל מאתים ותוספת כתובה דלית לה, ועיין בב"ש ואחרונים, מ"מ השתא לא ניתנה לגבות, ומי יודע אם תבא לידי גביה אח"כ. ועכ"פ יודיע זה הקרוב לה לקרוביה שאם תבא לידי גוביינה תמחול המאתים ותוספת כתובה, ולא תגבה אלא מה שיעלה לה כפי הדין.

הרי שדעתו היא, שאפילו מחמת השבת אבידה בנוגע לכתובה אין להודיע לבעל, כיון שההפסד שייגרם מכך לבני הזוג גדול מהתועלת. ולעולם, אם הכתובה תגיע לידי גבייה – צריך להסב את העניינים כך שלא תקח האשה מן האיש מה שלא מגיע לה.

לכסוף מעלה העין יצחק (שם) נימוק אחרון לחיוב להודיע לבעל:

וזולת כל זה, דיהיה מההודעה תועלת להבעל לפי האופן שכתבנו למעלה דאין כאן רק ספק אחד [כגון בהתנה בשעת הקידושין, שאז מוכח שמקפיד על הדבר, ונשאר רק ספק שמא מחל על התנאי - י.ש.], ועתה כשיוודע להבעל ישתדל לעשות ודאי קידושין כדי שלא יתפסו קידושין אחרים, וסברא זו נזכרת בב"ש (סי' לו ס"ק כג), ע"ש, ועי' אבני מילואים שם (ס"ק טז)... מסתמא אין אדם רוצה באשה שאין בה רק ספק קידושין, דיכולה להפקיע את עצמה ממנו כשתתן עיניה באחר ותתקדש לו ותאסר עליו.

לדעת העין יצחק, בכל מקרה שההלכה היא שמקודשת מספק - יש להודיע לבעל על כך כדי שיעשה קידושין אחרים ודאים. אך גם על כך יש חולקים. עי' לעיל תחילת הערה 26, שהבאנו בית מאיר המסתמך על הבי"י (אבהע"ז סוסי' מד) שכתב, שכל מקום שמקודשת מספק תורה אינו צריך לקדשה מחדש. הרי שישנו אילן גדול להתלות עליו, ולא להודיע לבעל אפילו במקרה שתהיה רק מקודשת מספק. מה גם, שהוכחנו במאמרנו שהרבה פוסקים סוברים שאם קדש סתם וכנס סתם - מקודשת בודאי (מלבד במום גדול). ומעבר לכך, גם אם מקודשת מספק - אם ישנה אומדנא שמתרצה במום - יש מקום לסמוך על כך גם מבלי להודיעו.

לאור כל האמור, כאשר יודע אדם על מום הקיים בצד אחד של זוג נשוי, ואין הצד השני יודע על כך, ואין זה מום גדול שמשמעותי מאוד לחיי נישואין תקינים - אם יחריש וידום בעת ההיא - יש לו סמך רב לכך, ואולי אף לצדקה תיחשב לו³⁰.

³⁰ עי' במאמרו של הרב זילברשטיין שליט"א בספר זה - "גילוי מידע גנטי לחולה", שכתב בסוף פרק ב - "ואף אם יודע לנו שבני הזוג לא ייפרדו, אף כשיוודע להם שאחד מהם חולה, גם-כן חייבים להודיע לבריא, כדי שיגלה דעתו שמסכים לנשואין למרות המחלה, ואז הנשואין יתפסו למפרע". ולכאורה, לאור הדיון כאן, ישנו מקום לדון אחרת. ומצאתי מאמר אחר של הרב זילברשטיין שליט"א, "האם מותר לגלות לחתן על מחלת הכלה?", עמק הלכה-אסיא, מכון שלזינגר, ירושלים תשמ"ו עמ' 159-162, ושם בתוך הדברים הוא כותב - "כשידוע שהכלה תתעלם ממחלת החתן ותתחתן עמו למרות מחלתו - אסור אז לספר לה". ובהמשך המאמר שם הוא חוזר על הדברים - "אם יש להניח שהחתן בין כה וכה ישא את הכלה, ולא יטה אוזן לחששות הרופא, אסור לגלות לו". הרי שהרב זילברשטיין שליט"א עצמו סומך על אומדנא של מחילה, ולא דורש ידיעה ודאית שמחל. ואמנם שם מדובר בגילוי המידע לפני הנישואין ולא לאחריהם, אך לכאורה מאי שנא? הרי הנישואין נעשים בחזקת שהאשה בריאה, ומדוע שלא נחשוש למקח טעות כיון שלא הודיעוהו מראש אודות המחלה? מכאן שיש צד גדול לסמוך על אומדנא במקרה כזה, וה"ה גם לאחר הנישואין (וראה הערה 2 לעיל).