

בענין מקח טעות לביטול הנישואין

השאלה דלהלן הוצעה לפני ביד"צ שלנו.
איש אחד נשא אשה ע"י חו"ק כדמו"י, לאחר כמה חדשים באה האשה לפני הביד"צ וטוענת שאין לבעלה ג"א כלל וכלל ואינה יכולה וגם אינה רוצה לדור עמו. ואחר שנבדקה ע"י רופא מושבע — מהמשלה — בערכאות שלהם ומצאה שעדיין היא כתולה ומעולם לא נבעלה, וקבלה גרושין בערכאות על סמך טענה זו, ובתעודת גרושין שלה מהמשלה נכתב שהנשואין נתבטלו יען שמעולם לא נבעלה ולא היה לה ביאה כלל. אח"כ תבעה האשה גט מבעלה. ברם הורי הבעל השפיעו על כנס הבעל שלא ליתן לה גט, אך באופן אם תתנה להבעל ג' מאות שטרלינג האשה היתה עניה ולא יכלה להסכימה לזה ונתפרדו. לאחר שנה נשאה האשה לאיש אחר בלי גט בערכאות שלהם ובמשך הזמן ילדה לבעלה השני שני ילדים ובת. כעת באתה האשה לפני הביד"צ ודמעתה על לחי' ומתחננת את ילדיה הממזרים. הורי האשה העידו לפני הביד"צ שרופא יהודי אחד — שהביד"ד ידעו בו שהיה אדם כשר (בנתיים שבק הרופא חל"ח) הגיד להם שהוא היה הרופא של בעל האשה מנעוריו וידע שאין לו כח"ג כלל ואינו ראוי לישא אשה, ואם היה יודע שהוא עומד להתחתן את בתם היה מזהירם על זה. גם העידו הורי האשה לפני הביד"צ שמיד לאחר לילה ראשון התאוננה בתם לפנייהם שבעלה אין לו ג"א ואינה יכולה לחיות עמו חיי אישות כאיש ואשתו. וגם הרופא יהודי שהבעל הוא תחת ידו עכשיו העיד שאין לו ג"א כלל וגם לא היה לו ג"א מקודם שנשאה. הבעל הוא איש צנום וכחוש וחלוש קטן הקומה וידיו מרתתין והולך שחוח — אינו מכחיש את דברי האשה רק שותק.

פרק א'

הנה אין מן הצורך להדגיש את חומר הענין, א"א, וממזרות וחלילה לי מלהכניס ראשי בענין חמור כזה. וכל מה שכתבתי בזה הוא רק דרך הערה בעלמא, ורבותינו גדולי התורה המה יחליטו בזה, ואולי מן השמים ירחמו שיעלה בידם להמציא תרופה לטהר את הילדים.

בש"ע אהע"ז ס' קנ"ד סעיף ז' פסק המחבר "אם טוענת אין לו ג"א לבוא עלי' ושואלת גט והוא מכחישה י"א שהיא נאמנת וכופין אותו להוציא מיד" והיא מתוס' יבמות ס"ה ע"ב ותשו' הרא"ש כלל ס"ג. והתוס' כתבו בשם הריצב"א דאם הבעל מודה צריך ליתן לה כתובה ג"כ, ובש"ע לא הביא דין זה, אך הבאר היטב שם אות כ"א כתב — ואם הוא מודה צריך ליתן לה כתובה, וכוונתו אך שאינה תובעת כחובתה כמו שכתבו שם התוס' והדמ"א שם הסכים להמחבר דאף בזמן הזה אם אומרת כן ויש אמתלאות ואומדנות שאומרת אמת נאמנת. מכל הנ"ל נראה פשוט

שאף שנאמין לה שאין לו ג"א וגם הבעל מודה צריכה גט ולא אמרינן שהיה מקח טעות דהכל יודעין כלה למה נכנסת לחופה וכו' ואדעתא דהכי לא קדשה נפשה, אלא הקדושין הם קידושין גמורין וצריכה גט, וכן פסק הרמב"ם בפ"ד ה"ו מאישות לגבי איילונית "איילונית שנתקדשה הרי אלו קידושין גמורין" והלא גם גבי איילונית היה לנו לומר שהוא מקח טעות, ועכ"ז פסק הרמב"ם שהקידושין הם קידושין גמורין, וכמו כן אם טוענת שאין לו ג"א.

ואף שהנו"ב תנינא ס' פ' רוצה לפרש שהרמב"ם מיירי דוקא שהכיר בה, אבל בלא הכיר בה אפשר שס"ל להרמב"ם כדעת התוס' והרא"ש דאיילונית גרוע משאר מומין ואפי' מדרבנן אינה צריכה גט, וא"כ קשה להבין מדוע באין לו ג"א צריכה גט, אך מדבריו שם נראה שחזר מזה וס"ל שאפי' בלא הכיר בה ס"ל להרמב"ם שצריכה גט. וכן כתב שם בס' ע"ח — שלמד כן מהב"ש בס' קנ"ה ס"ק י"ט שכתב שם "אלא לפי לשון המחבר שם (בס' מ"ד סעיף ד') משמע אפי' לא הכיר בה איירי" ועיין בשער המלך הלכות יבום וחליצה פ"י הכ"א.

(ב) והנה המחבר בש"ע אהע"ז ס' מ"ד סעיף ד' הביא ב' דעות בנוגע לאיילונית — "וכן איילונית שנתקדשה הוי קידושין, וי"א שאיילונית ודאית אינה מקודשת" ופרשו שם הח"מ והב"ש — כלומר בלא הכיר בה הוי קדושי טעות וגרוע משאר מומין וכו' דאין אדם מוחל על מום גדול כזה. והנה דעת הי"א שסוברים דהוי קדושי טעות היא דעת התוס' והרא"ש, ובאין לו ג"א פסק המחבר בס' קנ"ה ס' ז' שכופין אותו להוציא וצריכה גט, והיא ג"כ דעת התוס' והרא"ש בתשו' כלל ס"ג וצריכים אנו להבין הטעם מדוע פסק הרא"ש גבי איילונית שהיא מקח טעות, ובאין לו ג"א פסק שאין זה מקח טעות. ואף שיש לדחוק ולחלק ולומר דאם המום מצד הבעל שאין לו ג"א או אמרינן דקדשה נפשה משום טב למיתב וכו' ובכל דהו ניחא לה ומחלה לו, אבל אם המום והטעות היא מצד האשה שהיא נמצאת איילונית הוא לא מחל לה משום דהוי מום גדול, אבל זה דוחק גדול, כי שום אשה אינה מקנה נפשה לאיש שאין לו כח גברא.

(ג) ובאמת כבר תמה המאירי על שיטות הסוברים דאיילונית אף שלא הכיר בה צריכה גט — הא אין לך מקח טעות גדול מזה, ובודאי שיש לתמוה יותר מדוע לא יהא מקח טעות במי שאין לו ג"א. ועל טענת המאירי אפשר לומר דלשיטות הסוברים דאיילונית לא הוי מקח טעות היא משום דלכל הפחות יש כאן חיבת ביאה — ונשא אותה לשם חיבת ביאה ולא לשם מצות פו"ר עיין רש"י גיטין מ"ו ע"ב, אבל מי שאין לו ג"א בודאי לא קדשה נפשה לאיש כזה ומדוע לא יהי מקח טעות.

(ד) ובמותר צריך ביאור שיטת הרא"ש שבאיילונית סובר שהוא מקח טעות. ובמי שאין לו ג"א סובר שצריכה גט והנה לשיטות הסוברים דאיילונית צריכה גט הסביר הנו"ב שם בס' ע"ח בשם הח"מ ס' קי"ז ס"ק י' — ולרנן קידושין אני אומר הואיל והוא מום גדול ויש לו קול ראוי היה לו לחקור ואם היה חוקר בודאי שהיה עומד על הדבר שהרי יש לה קול, ואפ"ה לא חשש לחקור ובודאי שהיה סבור וקבל" עוד שם כתב הנו"ב בס' פ' בסופו — "דבאיש להכי לא אמרינן אדעתא דהכא לא קדש משום דאין לו כל כך הפסד בזה שהרי בידו לגרש כשירצה, וכן יש בידו לישא עוד אחרת וכו' משא"כ אשה שאין בידה להתגרש ואין בידה להנשא עוד לאחר שפיר אמרינן אדעתא דהכי לא קדשה נפשה וכו'" והא ודאי שאין שייך לומר שהיה מן הראוי להאשה לחקור אם יש לו ג"א וגם בודאי שהאשה אינה רוצה להתקדש לגבר שאין לו כח גברא

ומדוע לא יהי' מקח טעות. ועיין בנו"ב תנינא ס' פ"ט, ואיך שיהי' מכל הפוסקים יוצא שמי שאין לו ג"א אין זה מקח טעות וצריכה גט. (ה) אולם ישנם הרבה גדולי האחרונים שס"ל להלכה ולא למעשה דמי שאין לו ג"א הוי מקח טעות ולא צריכה גט. ראש המדברים בזה הוא בשו"ת תות יאיר ס' רכ"א. וכן בשו"ת תשבץ ח"א ס' א' מביא שיש רוצים לומר שמי שאין לו ג"א הוי מקח טעות ואינה צריכה גט, ודחה אותם וכתב שאין הקידושין בטלין, והביא ראי' מסוטה כ"ו ע"ב דמקנין ע"י שחוף אע"ג דכתיב ושכב איש אותה והאי אינו ראוי לכך. משמע שלא מיעוט מכלל איש אפי' היכי דאיכא שכיבה בהיא כ"ש דלא מיעוט מהיכי דליכא שכיבה בהדיא כגון בקידושין דכתיב כי יקח איש וכו' ואפי"ה אין הקידושין בטלין. אבל כבר דחה ראיתו בבית לוי ח"ב משום דשם תלוי בקפידא דבעל, ועיין גם בהגהות מהר"ץ חיות שם שכתב כעין זה ועיין מנ"ח מצוה רס"ו אות ט'.

וכן בשו"ת צמח צדק מהע"ז ח"ב ס' שי"ב הביא בשם גאון אחד שרצה לומר דמי שאין לו כח גברא כלל לקישוי והאשה עדיין בתולה ולא הכירה בו תחלה קודם הקידושין שהוא מקח טעות והקידושין בטלין.

והגאון זצ"ל האריך שם לסתור את דברי הגאון המתיר וכתב דאף דאינו מוליד מ"מ כיון דבר שכיבה הוא צריכה גט, ואף דהרמב"ם בפרק ארוסה כ"ו בפרושו להמשנה כתב דלאו בר שכיבה הוא, מ"מ רש"י מפרש שם דבר שכיבה הוא, ואם הוא בר שכיבה צריכה גט.

וכדאי להעיר שבעוד שהתשבץ הוכיח דאף דאינו בר שכיבה לא הוי מקח טעות והביא ראי' משחוף דמקרי איש אף דאינו בר-שכיבה, הוכיח הגה"ק בעל צ"ע דהקידושין אינם בטלין דוקא משום דמקרי בר שכיבה. והתוס' שם בד"ה שחוף כתבו בשם ר"ח דשחוף גרוע מסריס ולרבותא נקט שחוף וכ"ש סריס והדבר צריך באור.

(ו) הנה רש"י שם במשנה סוטה כ"ד — אשת סריס שותה — מפרש כגון שנסתרס לאחר שנשאה דקדמה שכיבת בעל לכוועל, מה מביא הצ"צ ראי' מסריס דבר שכיבה הוא ומש"ה גם במי שאין לו ג"א הקידושין אינם בטלין וצריכה גט, הא התם מיירי שנסתרס לאחר שנשאה ופשיטא דהוי קידושין אך לקמן בדף כ"ו מפרש רש"י דלמקדם שכיבת בעל לכוועל היא דאתא וסריס בר שכיבה היא ואע"ג דלאו בר זריעה הוא, והמהרש"א ז"ל כתב שם "ולפי"ז לא היה צריך לפרש במתני' אשת סריס כגון שנסתרס לאחר שנשאה, דקדמה שכיבת בעל לכוועל — דבלעז הכי ניתא דבר שכיבה הוא וכמו שמפרש כאן וכו' ולפי"ז מביא הצ"צ שפיר ראי' מדברי רש"י אלו.

(ז) והנה הרמב"ם למשנה סוטה כ"ה כתב — אשת סריס שותה — "אע"ג דלאו בר שכיבה הוא" ואפשר לומר שהוא מפרש כמו רש"י במשנה שנסתרס לאחר מכן, דלא תימא מבלעדי אשך כתוב והאי לאו בר הכי הוא קמל"ן כיון שנסתרס לאחר מכן שותה, ואף שהרמב"ם בפ"ב מהל' סוטה כתב אשת סריס חמה או סריס אדם המותרות לבעליהן" ומפרש שם הכ"מ סריס אדם דהיינו כששתה כוס עקרין שמוותרות לה ויש לפרש דבריו דכשנשאה כבר היה סריס שכתב "שמוותרות לו" אך אין הכרע מדבריו שמפרש כן המשנה — דיש לפרש שמש"כ "שמוותרות לו" היינו שמותר לקיימה אבל אפשר שמייירי שנסתרס לאחר שנשאה.

וראיתי במלאכת שלמה על המשנה שם שכתב — אשת סריס "כגון שנסתרס לאחר שנשאה דקדמה שכיבת הבעל לבועל רש"י ז"ל והא קמל"ן דלא תימא מבלעדי אישך אמר רחמנא והאי לאו בר הכי הוא קמל"ן דלמקדם שכיבת בעל לבועל הוא דאתא וסריס בר שכיבה הוא". אנו רואים שהרכיב ב' פירושים של רש"י והכל חדא הוא, דמיירי שנסתרס לאלר שנשאה וקדמה שכיבת בעל לבועל, ואף עכשיו הייתי אומר משום דכתב רחמנא מבלעדי אישך והוא עכשיו סריס ואינו מקרא אישך, קמל"ן דסריס בר שכיבה הוא לענין זה.

שוב ראיתי בהגהות הרש"ש בסוטה כ"ו שמפרש שמש"כ רש"י שם דסריס בר שכיבה הוא, הוא כמו אינמי, דעכ"פ לענין זה בר שכיבה הוא, ור"ל דבאמת סריס לאו בר שכיבה הוא ולענין שתהי' שכיבת הבעל קודם לשכיבת הבעל איירי מתני שנסתרס לאחר שנשאה, ולענין מבלעדי אישך והוא עכשיו סריס. לענין זה אמרינן ש"עכ"פ מקרי בר שכיבה.

ואם כנים אנחנו בזה אפשר לומר דגם מ"ש הרמב"ם בפרושו למשנה "אע"ג דלאו בר שכיבה הוא" כוונתו שלענין זה עכ"פ הוא בר שכיבה, ואין כאן חילוק בין הרמב"ם ורש"י והכל חדא הוא, וא"כ קשה להבין איך מביא הצ"צ ראי' מאשת סריס שזותה משום דבר שכיבה הוא, הא התם מיירי שנסתרס לאחר שנשאה, ומה שאמרינן שבר שכיבה הוא היא רק לענין שאף שעכשיו סריס ורחמנא אמרה מבלעדי אישך, ובעלה אינו בר הכי לזה אמרינן שלענין זה הוא בר שכיבה, ואם נתברר שמתחלה לא היה לו ג"א כלל אז אינו בר שכיבה לשום דבר והוי מקח טעות.

(ח) וראיתי בשו"ת באר יצחק ממרן הגאון מוהה"א זצ"ל אהע"ז ס' ג' שנשאל מרב גאון אחד בנדון אשה אחת שהיתה נשואה לאיש שאינו בר שכיבה כלל וכו' והדבר נעשה לו קודם נשואין וכו' ואחר כמה שבועות מת הבעל ויש לו אח שנמסר לעבודת המלך, ודעתו של הגאון השואל להתירה בלא חליצה משום מקח טעות כמו באיילונית שאין לה כתובה ואינה צריכה גט וכו' כמ"כ בנ"ד הוי מקח טעות ואינה צריכה גט, והגאון ז"ל דחה שם את כל דבריו.

ויש להעיר בדברו שם בענף ג' בד"ה וגם "ומה דפשוט למעכ"ג דבאיילונית א"צ גט כמ"ש התוס' גם זה אינו ברור לדינא וכו' עכ"ז שיטת הרמב"ם הוא דאיילונית שנתקדשה הוי קידושין גמורין וכו'", וגם בסוף ענף ג' ד"ה ולכן "וכן מורה לשון המחבר באהע"ז ס' מ"ד שכתב באיילונית שנתקדשה ולא הביא אלא בשם י"א דאיילונית ודאית אינה מקודשת וכו' א"כ ממילא נסתר יסודו" ולא הבנתי דהיה לדחות בפשיטות — דהא הי"א בס' מ"ד המה התוס' והרא"ש דס"ל דאינה מקודשת עכ"ז בס' קנ"ד סעיף ז' פסק המחבר כהרא"ש דמי שאין לו ג"א כופין אותו להוציא הרי שזה שני ענינים נפרדים ומי שסובר גבי איילונית דאינה מקודשת ס"ל גבי מי שאין לו ג"א שאינו מקח טעות וצריכה גט.

ואין לומר דמה שפסק הרא"ש בנוגע למי שאין לו ג"א שכופין להוציא ע"י גט — והיא מה שפסק המחבר בס' קנ"ד מיירי שעכשיו היא טוענת ככה שאין לו ג"א ועד עכשיו היה איש וע"כ פסק שצריכה גט, אבל הרא"ש לא מיירי אם טוענת שמעולם לא היה לו ג"א לפני הקדושין, דזה אינו, כי הרא"ש שם בכלל י"ג כתב — "תשובה בטענה ראשונה לא מהימנין לה כי האי שמכחישה ואומר שסר בחולו" משמע שהיא טוענת שמעולם לא היה לו ג"א וכן שם בכלל מג' תשובה ה' "ומה שטוענת שאינו

איש ואינו נזקק לה ועדיין היא בתולה" משמע בפירוש שהיא טוענת שמעולם לא היה לו ג"א וע"כ לא יכולתי להבין מ"ש שם בענף ג' בד"ה אכן, להוכיח דלא נתבטלו הקידושין מן התוס' ימות ס"ה ע"ב דפסק הריצב"א על אשה שהיתה טוענת על בעלה כי אין לו ג"א וכו' והתם מיירי בלא בא עלי' מעולם וכו', והלא מ"ש המחבר בס' קנ"ד שכופין אותו להוציא הוא עפ"י התוס' שם בשם הריצב"א, ותוש' הרא"ש כלל מ"ג, והרא"ש שם מיירי בפירוש שטוענת שמעולם לא היה לו ג"א, ומה רא"י יותר מהריצב"א ממה שמפורש בתשו' הרא"ש.¹

וכן מה שכתב בד"ה אך — דמבואר בפ"י המשניות להרמב"ם דסריס מקרי אינו בר שכיבה ועכ"ז שותה והרי לכאורה מוכרח ואשת סריס הוא כמו ארוסה וארוסה הרי אינה שותה, ומוכח מזה דהרמב"ם מודה באשת סריס דאף דלא הוי בר שכיבה מיקרי מ"מ ראוי לביאה, ואפי' לרש"י דמיירי בנסתרה אחר שנשאה וכו' ולפי מה שכתבתי לעיל אין חילוק בין הרמב"ם לרש"י, דגם הרמב"ם מפרש דמיירי שנסתרס לאחר שנשאה. והבאתי כן בשם המלאכת שלמה והגהות הרש"ש, עכ"פ יש מקום לפרש כן בהרמב"ם וא"כ אין רא"י מהרמב"ם כלל.

הראנו לדעת שיש גדולי הפוסקים שרוצים לומר שיש מקום לומר למי שלא היה לו ג"א בשעת קידושין שיהי' מקח טענות ואינה צריכה גט דעת השואל בתשב"ץ ח"א ס"א, החות יאיר בס' רכ"א, השואל בשו"ת צ"צ, הגאון השואל בבארי-יצחק, וכן בשו"ת אמונת שמואל ס' ל"ד ובשו"ת מעיל צדקה ס' ס"ד כתבו שיש מקום לומר שאינה צריכה גט והקידושין בטלין. שוב בא לידי ספר שו"ת היכל יצחק ח"ב ס' כ"ה ממרן הגאון מוהרי"א הלוי הרצוג זצ"ל שכתב שם באות ח' "ואף דאינו יכול לבעול (דזהו אומדנא גדולה) בשו"ת תרו"י בס' רכ"א צדד לבטל הקידושין וחלק עליו השבות יעקב ס' ק"א ומסיק דאין לבטל הקידושין ע"י כך, ואמנם הנראה שהכרעת דעת התורה של רבותנו האחרונים ז"ל נוטה יותר להמקילים בדבר זה וכו'".

מכל הנ"ל יוצא דאף דחו"י אמר כן רק להלכה ולא למעשה ועעמי' שאר גאונים מפורסמים מ"מ אפשר אם יש עוד יסוד אחר להתיר — שיכולים אנו לצרף דעתם של הגאונים ולהתיר גם למעשה את הילדים לבוא בקהל.

פרק ב'

א) בשו"ת מהרש"ם ח"א ס' ט' נשאל באשה שישבה גלמודה מבעלה ובא אחי בעלה וכו' והשיגה היתר להנשא ונשאה והיא מעוברת, ואח"כ בא בעלה ונתגרשה כדין תצא מזה ומזה, ואם הולד יהיה דינו כממזר וכו' אם יש עצה להציל את הילד וכו' והגאון ז"ל האריך שם ובד"ה כתב "ולא אכחד כי אם היה כת"ר מתייעץ עמי טרם שעשו מעשה הגירושין של הבעל הראשון הייתי ממציא עצה ותושי' להלכה ולא למעשה עפ"י התוס' גיטין ל"ג ע"א ד"ה ואפקעינהו וכו' שהקשה רש"ש א"כ יחפה על בת אחותו וכו' ות"י הר"י דכאן דכדין מחפה אין לחוש וכו' וא"כ לא מיבעיא לתי' הראשון פשיטא שהי' מועיל בנ"ד להכשיר הממזר למפרע באופן זה שישלח לה גט ע"י שליח ויבטלנו שלא בפניו בפני ע"א וכו' והגאון שם מסיים — אולם בנ"ד שכבר נעשה מעשה הגירושין אין חכמה ואין עצה בתושי' ולפי"ז גם בנ"ד היה אפשר ליתן עצה להבעל לסדר לה גט ע"י שליח ויבטלנו בפני עד אחד שלא בפני

השליח ולהפקיע הקידושין למפרע והילדים לא יהי' ממזרים, ואף שהוא ז"ל כתב כן רק להלכה ולא למעשה מ"מ בהצטרף שיטות הפוסקים הנ"ל דהוי מקח טעות בצרוף העצה של הגאון ז"ל אולי גם למעשה יש מקום להתיר את הילדים לבוא בקהל.²

(ב) הנה המהרש"ם שם העיר דכיון שיעשה כל בעילותיו ביאת זנות א"א לאדם חטא כדי שיזכה חבירך וכו' אך לפ"ש הב"ש סי' קנ"ז ס"ק ו' דבכה"ג ליכא משום ב"ז ור"ל כיון שהוא בעל בהיתר ולא היה לו לחוש שמא יזדמן אח"כ סיבה לבטל הקידושין וכו' וא"כ ה"נ בזה.

ולכאורה יש להעיר על הב"ש מסוגיא דב"ב ל"ג ע"א גבי קריבי' דרב אידי בר אבין וכו' וסוף אודו לי' דאיהו קריב טפי אוקמה רב חסדא דידי' א"ל ליהדר לי פירי דאכל מהאי יומא וכו' אב"י ורבא לא ס"ל להא דרב חסדא כיון דאודי אודי, ופריש הרשב"ם דשלא כדין החזיק עד עתה וישלם פרות שאכל הרי חזינן כיון דאודי אמרינן שמה שאכל למפרע היה שלא כדין אף שאכלם משום שחשב קריב טפי ובדין אכל, וה"נ שכל הבעלות היו שלא כדין והיו בעילות זנות, אך זה אינו כי אף שאכל בהיתר מ"מ עכשיו שמודה אגלאי מילתא שמה שאכל לא היה שלו ויכול לתקן זאת ולשלם מה שאכל משום דאכל כדין וכן נמי כל הבעילות שבעל הוה ביתר.

(ג) הנה מה שכתב שם מהרש"ם שהיה מועיל בנדי"די להכשיר הממזר למפרע באופן שהציע, היא עפ"י מה שנפסק בש"ע מהע"ז ס' קמ"א סעיף ס' בא"נ בגיטין ל"ד דביטל בפני שנים, ובפני אחד לא מהני ביטל, וסובר מהרש"ם דהטעם כמו דאליבא דרשב"ג לא מהני ביטל משום דאפקעינהו רבנן לקידושין מינ' למפרע — ה"ה אליבא דרבי בפני ע"א לא מהני ביטל והטעם הוא משום דעקרי חכמים הקידושין למפרע, והוא עפ"י תוס' גיטין ל"ב ע"ב ד"ה ור"נ, והדבר צריך ביאור קצת. דמדברי התוס' שם ל"ג ע"א ד"ה רבי משמע שהטעם לר"נ שצריך ב' הוא משום דכל דבר שבערוה אין פחות משנים, ולפי"ז אם ביטל בפני ע"א לא מהני מדינא, ולא מועם דאפקעינהו רבנן לקידושין למפרע. וגם הרמב"ן בחידושיו לגיטין כתב ג"כ דלר"נ הוא משום דהוי דבר שבערוה צריך ב' עדים, וכן כתב הר"ן, וצריכים אנו לבער דבריהם, דמה שאמרינן דאין דבר שבערוה פחות משנים, היא לענין קידושין שהתורה גזרה שמעשה הקידושין לא יתקיימו רק אם הקידושין נתקיימו בפני ב' עדים, ואפי' אם שניהם מודים לא מהני משום דכך גזרה התורה, וכמו כן בגיטין גזרה התורה שהגט לא יתקיים אלא אם נעשה בפני ב' עדים, אבל לאחר שנתקיימו הקידושין או הגיטין לפני ב' עדים אין זה מקרי דבר שבערוה, ואם הבעל מודה שראה שזנתה בודאי בודאי אסורה לו משום הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכהאי דקידושין גבי זנתה אשתך והוא שותק וכבר ביאר זה באריכות בשו"ת מהרי"א ז' עניול זצ"ל בס' צ' יצ"א וצ"ב, ועיין ג"כ בנו"ב קמא מהע"ז ס' י"א וגם בצד הבעל עומד וצווח שביטל את השליחות, ויש לו ע"א בודאי שנאמין לו ואין זה דבר שבערוה, ומ"מ בלא ע"א לא מהני משום דמי יאמר להאשה ובנתיים תנשא ויש חשש ממזרות אבל בפני ע"א בדיעבד אם בטלו מועיל לרבי משום דהעד אחד נאמן.

(ד) וראיתי בתיו"ט שם בגיטין פ"ד במשנה שכתב "אלא ע"כ אית לך למימר דמש"ה קרי להו ב"ד לפי שאע"פ שאינם אלא משום להעיד, אפ"ה כיון דבעלמא לא איברא סהדי אלא לשקרי, ואלו בדבר שבערוה אפי' שניהם מודים וליכא שקרי הצריך הכתוב לשנתם וכו'" ודבריו צריכים ביאור, דזה דוקא בתחלת מעשה הקידושין

אמרינן אפי' שניהם מודים צריכים שני עדים — כי הם מקיימים ומחזקים הדבר כי כך גזרה התורה, אבל לאחר שכבר נתקיימו הקידושין או הגט בפני עדים אם הבעל אומר שזנתה בודאי אסורה עליו — ולא רק מטעם דשוי' אנפשי' חתיכה דאיסרה (עיין בהתוס' קידושין ס"ו) כי הוא נאמן אף במקום דחב לאחרינא, ואין זה דבר שבערוה.

ועוד דבר — דמה שאמרינן דאין דבר שבערוה פחות משנים הוא דוקא אם יש חזקת איסור א"א, אבל בני"ד אם ביטל השליחות וטען שאינו גט, הוא מחזק את האיסור א"א כמו שהיתה מעיקרא, ואין העד מתנגד להחזקה.

שוב ראיתי שהרגיש בזה הפנ"י, וכתב לפרש שהתוס' כתבו כן אפי' לשיטות הפוסקים שס"ל שהכלל אין דשבמ"ש היא אפי' במקום שאין חזקת א"א, ולדבריו צריכים אנו לומר שגם הרמב"ן והר"ן ס"ל כן והדבר צריך ביאור.

(ה) והנה בתוס' רעק"א אם במשנה כתב — דלרבי דס"ל אם בטלו בפני ע"א לא מהני, זה הטעם משום דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה, ולא מטעם דאפקעינהו רבנן לקידושין מיני מדלא פרכינן בגמרא גם לרבי מי איכא מידי וכו', ובאמת אין זה כל כך הוכחה די"ל דפריך לרשב"ג וה"ה לרבי, ולאידך גיסא קשה מדוע באמת מתרץ הש"ס אליבא דרשב"ג משום דאפקעינהו וכו' ולא נאמר גם לרשב"ג משום דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה, ומה חזית.³

ובאמת מה שכתב בתוס' רעק"א הוא שיטת התוס' ביבמות ק"י וב"ב מ"ח ע"ב ד"ה תינח — יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה, אבל רש"י שם פריש משום תנאי שתלה בדעת חכמים, ועיין תוס' ריש כתובות ד"ה תינח.

והתוס' שם בד"ה לרבי — כתבו — וי"ל דמשמע לי' מילתא דרבי דיכול לבטל אפי' בפני אחד אע"ג דאין דבר שבערוה פחות משנים כיון שלשליח עצמו אומר שהוא מבטלו הוא מבוטל, ועיין שם במהר"ם שיף, ואם הוא באמת דבר שבערוה, צריכים אנו להבין מדוע מהני הביטול בפני ע"א, ומדוע אם ביטל בפני השליח מהני בלא עדים, וכל הענין צריך ביאור, ואני אפשר שמה שכתבו התוס', הרמב"ן והר"ן משום דהוי דבר שבערוה, היא לרווחא דמלתא, דמש"ה סגי בשנים אף דלא מקרי בי"ד משום דהוי ג"כ עדות, ואין עדות דבר שבערוה פחות משנים, אבל לא הוי דבר שבערוה ממש, ולרבי אם בטלו בפני אחד אליבא דר"נ לא מהני משום דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ועקרי רבנן הקידושין למפרע כמו שאמרינן אליבא דרשב"ג.

(ו) והנה בעיקר הדין אם ביטל בפני ע"א שלא בפני השליח אם לא מהני — יהי מאיזהו טעם שיהי' או משום דעקרי רבנן הקידושין למפרע כמו שכתב מהרש"ם, או משום דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה אינו כל כך ברור, כי ישנם הרבה פוסקים שס"ל שהביטול מהני מדאורייתא הטור באהע"ז ס' קמ"א כתב "ולכתחלה אין לו לבטל אלא בפני השליח — או בפני אבל בדיעבד אפי' בטלו בפני אחרים היא בטל" משמע מלשוננו — דלכתחלה יכול לבטלו בפני השליח בלא עדים כלל, ושלא בפניו אסור לכתחלה אפי' בפני ב' עדים ובדיעבד דוקא בפני ב' הוא בטל, אבל שלא בפניו וע"א לא מהני הביטול, וכ"כ שם הב"י ומשמע מהכא שאם בטלו בפני ע"א שאינו מבוטל, וכן כתבו התוס' והרשב"א וכן משמע גם מדברי הרמב"ם בפ"ו, מיהו הנ"מ במבטל בפני אחרים אבל במבטל בפני השליח וכו' בין ע"י עצמו בין ע"י שליח וכו' מבוטל הוא אע"פ שאין שם עד וכו' אבל רבינו ירוחם כתב בח"ג וכו' משמע

דס"ל דבין כשמבטל בפני השליח וכו' לעולם צריך לבטל בפני שנים" ובד"מ שם כתב "וכן כתב בהגהות אשרי ומרדכי ריש השלח (בגמרא שם ל"ב ע"ב בפני כמה מבטלו וכו' ורש"י מפרש דקאי על קודם תקנת ר"ג והר"ן כתב — מה דהוי הוי, אבל מפני שרבי ס"ל בטלו מבוטל ולכן קאמר מבטלו בפני כמה והוא אפי' לאחר תקנת ר"ג. וצ"ע קצת דהלשון בפני כמה מבטלו משמע לכתחלה, ואף רבי לא קאמר אלא בדיעבד, ולפרוש הר"ן היה צריך לומר "בטלו בפני כמה" ובאמת לשיטת רבינו ירוחם והגהות אשרי והמרדכי אפשר לפרש "בפני כמה מבטלו קאי גם לאחר תקנת ר"ג אך על שמבטלו בפני השליח).

והמחבר בס' קמ"א כתב "לכתחלה אין לו לבטלו אלא בפני השליח עצמו וכו' אבל בדיעבד אפילו בטלו שלא בפניהם מבוטל והוא שיבטלנו בפני שנים" מלשון המחבר משמע דהא שכתב "והוא שיבטלנו בפני שנים" קאי על שלא בפני השליח, אבל בפני השליח א"צ שנים, וכן מפרש שם הב"ש אות צ', ולפי"ז אם בטלו שלא בפני השליח בע"א לא מהני, וכמו"ש שם הב"י בשם הרמב"ם והתוס' והרא"ש, אולם אפשר ג"כ לפרש דברי המחבר במה שכתב "והוא שיבטלנו בפני שנים קאי גם על מה שכתב מתחלה" שלכתחילה יכול לבטלו בפני השליח וכו' שזה דוקא שיבטלנו בפני שנים כשיטות הר"י והגהות אשרי והמרדכי, וכך מורה לשון המחבר שכתב "והוא שיבטלנו וכו' והוא לשון לכתחלה דעל דעבד היה צריך לומר "והוא שבטלו" כמו"ש הטור "אבל בדיעבד אפי' בטלו וכו'" והמחבר שינה וכתב "והוא שיבטלנו".

ואיך שיהי' יוצא מדברי המחבר שאם בטלו שלא בפני השליח בפני ע"א לא מהני וכן יוצא מדברי הרמ"א שכתב י"א דצריכים להיות ביחד אבל זה שלא בפני זה לא, מכ"ש אם לא היה רק ע"א בודאי לא מהני, אך המחבר לא הודיע לנו הטעם שלא מהני, אם משום דעקרי רבנן הקידושיין למפרע או משום דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה.

ז) אולם בפ"ת שם אות ס' הביא בשם שו"ת משכנות יעקב ס' ל"ח שכתב "ועוד בעיקר הדין בביטל בפני ע"א לא פשיטא כלל דלא הוי ביטל. והגאון מהר"ז בעצמו בתשובותיו ס' קכ"ה חו"ק להחמיר בביטל בפני ע"א מדברי הרמב"ם ז"ל עיי"ש. וכן ראיתי בשו"ת שו"מ ח"ג תליתאה ס' תי"ח שכתב אך נראה דבאמת כאן לא מיקרי דבר שבערוה דאדרבה הוא מחזק לאיסור א"א הקודם וכמו"ש לעיל בשם הב"מ "והנה כל דברי מעלתו נכונים דמ"ש מוהר"ב דעד אחד אינו נאמן דהוי דבר שבערוה, יפה כתב מעלתו דכאן נאמן דודאי כיון דעי"ז נתחזק האיסור א"א דמעיקרא יפה כתב בזה וכבר קדמו בבית מאיר עיי"ש בס' קמ"א ס"ס, ושם — בנ"ד דידי' מיירי שביטל את השליח שלא בפניו — ואפס בפשיטות שעד אחד נאמן והגט בטל, ועיין שם בפ"ת אות ס"א מה שהביא בשם חו"ג ועיי"ש בשו"ת נו"ב קמא ס' י"א.

ח) אמנם מצאתי בשו"ת כתב סופר אהע"ז ס' נ"ז שתפס לעיקר דעד אחד לא מהני משום דהוי דבר שבערוה בשיתת הרמב"ן והר"ן דע"א לה מהני משום דהוי דבר שבערוה ופסול מדינא ולא מעלה ולא מוריד לא להקל ולא להחמיר ומסיים שם — "אם בעובדא שלפניו שביטל בפני ע"א שלא בפני השליח וכו' לכ"ע לא מהני ביטל מחסרון נאמנות ע"א בדבר שבערוה א"כ היא אסורה בקרוביו והוא בקרובותי" ופסולה לכהונה מדאורייתא, ולפי שיטתו נפלה העצה של מהרש"ם (עיין שם במלא רועים גיטין ל"ג שכתב שלכהונה בלאו הכי פסולה משום ריח גט).

ט) שוב בא לידי שו"ת היכל יצחק ח"ב ממרן הגאון מהרי"א הלוי הערצוג זצ"ל וראיתי בס' י"ו בנדון דודי בקטנה שנתקדשה ע"י אבי' בפני עדים כשרים ולא ידעה מהקידושין והלכה ונתקדשה לאחר וכשגדלה היתה אתו משך שש שנים ואף ילדה בן, וכתב שם באות ח' "ואולם ראיתי שהמהרש"ם ז"ל ח"א ס' ט' אומר בעובדא דידי שאם היה נשאל קודם שעשו מעשה הגירושין של הבעל הראשון היה ממציא עצה ותושי' להלכה ולא למעשה לשלוח הבעל הראשון גט ולבטלו בפני אחד שלא בפניו וכו' ויטהר הממזר למפרע וכו' והנה אם כי הוא ז"ל כותב להלכה ולא למעשה, אולי כוונתנו אלא בהסכמת עוד גדול אחד או שני גדולים וכו' ובנ"ד שלפנינו נלע"ד עדיף מבקרה שלו היינו הספק מפאת הקרובים" הרי שגם הוא ז"ל צרף את העצה של מהרש"ם בצרוף היתר אחר, וכמו כן אפשר לומר בנדון דידין. וגם נלע"ד שהוציא מלשון מהרש"ם שבאם לא היה מעשה הגירושין היה מסכים לעצתו גם למעשה, כי דאל"כ למה כתב שם שני פעמים כי היה נותן לו עצה וכו', מה היה מהני העצה אם הוא רק להלכה אך מכיון שכבר נעשה מעשה הגירושין לא רצה לפסוק כן למעשה לדורות. אך לעיין בכל עובדא מחדש, ובנ"ד שישנם הרבה פוסקים שס"ל שמי שאין לו גבורות אנשים היה מקח טעות, וכבר הבאתי בשם שו"ת היכל יצחק שכתב שנהגו להקל — ובצרוף העצה של הגאון מהרש"ם אפשר שיש לטהר את בני' הממזרים.

י) ועכשיו עלינו לבאר אם גם בזמננו נאמר דיש כח דרבנן להפקיע הקידושין למפרע. או אולי דוקא תקנה זו נמסרה לחכמי התלמוד בלבד. בשו"ת הרא"ש כלל ל"ה כתב "כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש, ובכל דור ודור אדעתא שתקנו חכמי הדור מקדשין ואין הקידושין חלין אלא לפי תקנתן" וכן דעת רב יהודאי גאון, ורב האי גאון, ולעומת זה מובא דעת הרמב"ן דהא דאמרינן בכל דוכתא כל המקדש וכו' ה"מ בימי חכמי הראשונים שהיה כח בידם להפקיע הקידושין, אבל בזמן הזה לא.

ומור"ר הגאון מוהרי"י וויינברג זצ"ל בספרו שו"ת שרידי אש ח"ג ס' קי"ד כתב "ואמנם דברי הראב"ן מופלאים מאד ואין זה אלא דעת יחיד, וכל הראשונים חולקים עליו וכו' ואפשר שגם הראב"ן לא אמר אלא במקומות שלא הזכירו חז"ל את הלשון כל דמקדש וכו' אבל במקום שחז"ל אמרו כן מפורש אפשר שגם הראב"ן יודה שנהג גם בזמן הזה ולפי"ז בביטול הגט או באונס יודה גם הראב"ן.

ואני מצאתי בשו"ת שו"מ ח"ב תנינא ס' קל"ה שכתב "ובגוף דברי הראב"ן שכתב בהא דאמרינן בכל דוכתא דאפקעינהו רבנן לקידושין מיני' הנ"מ בימי חכמים הראשונים וכו' אבל בזמן הזה לא ופסק לענין אין אונס בגיטין ריש כתובות דהוא משום דאפקעינהו רבנן וכו' דבמה"ז לא שייך זאת הרי שהראב"ן ס"ל דבאונס אף בזמן הזה לא אמרינן כן, ובאמת מסיים שם מור"ר זצ"ל בתשובותיו "ונא לעיין בראב"ן".

יא) ובגוף דברי הראב"ן כתב שם השו"מ "אף שאיני כדאי אף לפלפל בדבריו מ"מ הרשות נתונה ובפרט שכל הקדמונים לא נחתו וזה וכו' מה בכך שהבי"ד שבזמננו אין בכוחם לבטל הקידושין הא הוא תלה בדת משה וישראל וחז"ל הקדמונים לא רצו בזה וכו' וזה ברור כשמש". והרשב"א בשו"ת ס' קכ"ה סובר דהיכי דאמור אמור והיכי דלא אמור לא אמור ואנן מנפשין לא אמרינן, ועיין בשו"ת צ"צ ח"ב רהע"ו ס' שכ"ה ד"ה וכללן שהביא את דברי הרשב"א אלו להלכה ובשט"מ פרק א' דכתובות דף ג' הביא בשם הרשב"א שהקשה מדוע גבי משאל"ס לא אמרינן אפקעינהו וכו' ותירץ

ע"י גט שאני (ועיין שם בשו"ת והרש"ם שהבאתי לעיל שמביא את דברי הרשב"א אלו) וכן בשו"ת צ"צ אהע"ז ח"א סי' פ"ו כתב ג"כ שכוונת הרשב"א בתשובותיו במה שכתב היכי דלא אמור לא אמור, היינו שלא נזכר בגמרא שיהי' הדין כן, ועיין בשו"ת משיב דבר סי' ע"ט באריכות מזה וא"כ בנ"ד שהבעל יכול ליתן גט ע"י שליח ויבטלו שלא בפניו ע"י עד אחד לכ"ע אמרינן שחכמים הפקיעו למפרע.

(ב) והנה הא דמבואר באהע"ז סי' קנ"ד סי' ז' שהאשה נאמנת לומר שאין לו ג"א היא דוקא שאמרה כן בפניו ובנ"ד לא אמרה כן האשה בפני בעלה, אלא בפני הבי"ד אבל הבעל ידע מזה שאמרה כן בפני הבי"ד, והבאר היטב שם באות כ' מביא בשם הרדב"ז ח"א סי' קי"ח שזה מקרי שלא בפניו ואינה נאמנה, ובשם ספר בנימין זאב דמיקרי בפניו ונאמנת, ובנ"ד הבעל אינו מכחישה אלא הוא שותק.

ובפרט בנ"ד לא באנו לדון רק במה שאמרה האשה אלא גם במה שהרופא — הערכאות מהממשלה אמר לאחר שנבדקה והרופא אינו משקר, כי מה לו לשקר הוא אינו יודע שיש נפק"מ לאיסורא ובודאי אומר האמת. ועיין בשו"ת ח"ס יו"ד סי' קנ"ח שמסיק שם ברי"ף התשובה שהנכרי אומן נאמן אפי' לענין איסור כרת.

מכל הנ"ל אפשר שיש מקום לטהר את ילדיה מממזרות. הצעתי את הדברים לפני גאון דורנו פוסק הדור מרן ר' משה פיינשטיין שליט"א ובתשובתו אלי האריך הרבה והסכים עמי להלכה למעשה לטהר את הילדים.

הערות העורך

(1) נראה בכוונת ה"באר יצחק" דאי נימא כשיטות דאייילונית הוי מק"ט, יש מקום רב לדעת השואל דכש"כ דיש לראות מק"ט באין לו ג"א, דאישי בידו לגרשה ואילו אשה אין בידה להתיר עצמה. אלא שיש לומר דשאני איילונית שזה ודאי מלידה, וכן הדבר ברי שאין לה רפואה. ע"כ הוי מק"ט בבירור, דאין להסתפק שמא נולד המום לאחר הקידושין (למה דה"י נהוג לכניסה לחופה זמן רב לאחר הקידושין). וכן אין להסתפק שמא תירפא, ע"כ הוי מק"ט, ולא כן באין לו ג"א דיש להסתפק שמא בזמן הקידושין היה ברי והשתא הוא דאיתרע, ע"כ אין כאן מק"ט בבירור ואין לפוטרה בלי גט, וממילא אין ראייה מהרא"ש והשו"ע סי' קנ"ד, די"ל דמשו"ה אין הדין להוציאה בלי גט מצד מק"ט. אכן מהרצב"א פכ"ח שהובא בתוס' יבמות סי' פ"ב וז"ל: "והיכא שהודה הבעל שאין יכול לבעול פסק דצריך ליתן גט וכתובה, אפילו אינה באה מחמת טענה, כיון דאין יכול כלל לקיים לה עונה". והרי הבעל יודע אם נולד בו החולי אחרי הקידושין או לפני כן, ותקשי דאמאי לא התנה החיוב רק במודה שבא החולי אח"כ, ואילו היה בו מום זה מלפני כן, הרי פטור עצמו, דמעיקרא לא היו לו בה קידושין, וממילא גם אין חיוב כתובה כלל, כי הכל בטל ומבוטל, גם לפי הודאתו, אע"כ דגם בכה"ג אין זה מק"ט, כ"נ בכוונת ה"באר יצחק".

אכן לענ"ד אכתי יש מקום לקיים דברי השואל (לשיטות הראשונים, לפחות, דס"ל דאייילונית הוי מק"ט) וזה משום דאכתי ספיקא איכא שמא יש לו רפואה, דמה"ט י"ל, דכיון דאיתתא בכ"ד ניה"ל, יתכן שגם אילו יתה יודעת היתה מסכימה להכנס לספיקא, (דעי בתשב"ץ, דהעלה שני נימוקים אלה, בין השאר, לדחות דברי הקונטרס שהביא דיש לבטל הקידושין משום "דמספר כתובתה נלמד" — האחד שמא נולד אחר הקידושין, והשני — שמא יש לה רפואה, וכן הנוב"י הוצ' בפ"ת סי' קנ"ד לענין שאין למהר להוציא באין לו ג"א), ומכאן פתח נפתח, בגוונא דאיכא עדות רופאים מומחים הקובעים שמום זה הוא בו מלפני קידושין (ובזמננו, נפ"מ שנהוג לקידושין ונישואין הם כאחד, דאין להעלות חשש שמא אחר הקידושין נולד המום) וכן קובעים שאין המום ניתן לרפוי, לפי מצב הרפואה כיום הזה, דבכה"ג דאין במה לתלות המק"ט בודאות, וי"ל דלפ"ז עדיפא טענת

האשה בכגון דא, יותר מאשר טענת האישה באילנות, ומטעם דאשה אין בידה לגרש עצמה, ע"כ ברור שלא היתה נכנסת לספק שמא תוכל לקבל המום.

ו"ל עוד בגוונא דהוי אנן סהדי שלא היתה מסכימה, יש לדמות תליות ונתקדשה דעכ"פ הרי הוא בגדר הוא עשה שלא כהוגן, ולא על דעתא דרבנן קדיש, ע"י ב"ב מ"ח ב תוד"ה-חיוב, דאילו היה בא לשאול פי רבנן היו אומרים לו שאל יקדש מבלי לגלות לה דבר מום זה, שאינו יכול לקיים עונתה, ובוה נקטינן דאפקעינהו לקידושין מיניה (אהע"ז סי' ע"ב א). דמאי נפ"מ אם האונס היה מצד שכפאה באימים וכשם דמה"ט כופין אותו מיד על מתן הגט, והיינו בגוונא דתנן דנולד המום בתר הקידושין (כהא דסי קנ"ד) דזה מום שאינה יכולה לקבל, כן י"ל דמהני האי אומדנא שהוא מגדר אנן סהדי (דאל"ה הרי ה' לנו להסתפק מצד חשש דגט מעושה) דנראה זה לפחות קידושין באונס, ואפקעינהו לקידושין מיניה, וזה גם לדעת הפוסקים דהאילונית ל"א דהוי מק"ט, וצ"ע למעלה.

8 בעיון בתוס' (גיטין ל"ג א ד"ה אפקעינהו) וברשב"א (שם, ד"ה כל דמקדש) שם מובאים דברי הר"ש ור"ת, יש לראות דאין שום דעה באשר לאפשרות לטהר ממזרים שזה יהיה אפשרי אם זה נעשה במקוון לזה. וזה אם לפי ר"ת שאם כוונתו מבוררת למטרה זו לא הפקיעו "דלחקנה עשו ולא לקלקלה", ואם לפי הר"ש והר"י, לגבי הכוונה להחיר ממזרים ל"מ ביטולו, ולא אמרו דמהני אלא לגבי לחפות שלא יהרגוה, עיי"ש.

דלא ש"ל דער כאן לא אמר הר"ש (לפי הרשב"א) "דאנן סהדי שאינו מבטול בלבד", אלא בגוונא דעיי"ז נעשו כל בעילותיו בעילות זנות, וזה לא שייך בכגון הנידון שאין לו ג"א, ולא בא עליה כלל, א"כ אין כאן משום בעילות זנות, אך אם נאמר כן, כי אז מוכרח דבכה"ג מודה הר"ש לר"ת דלא הפקיעו כלל, כיון שיש בזה קלקול כדחזינן דלאחר שתי' דלא חיישנן למחפה כדין, חזר והקשה דיטהרו ממזרים, עיי"ש, עא"כ כל העצה היא בחינת נפל פיתא בבירא.

9 הגרע"א לא מלבו הוציא מלים, כי הדבר מפורש בתוס', ואין הגרע"א בא אלא לבאר דבריהם (דף ל"ב א תוד"ה מהו) שכתבו בענין כשעושה כל מה שיכול, מ"מ עשאום כדברים שבלב, ואעפ"י שמדאורייתא אינו גט מדרבנן, הוי גט דכיון שקצת דומה לדשב"ל לא חשיבא עקירת דבר מן התורה, וע"ז הביאו סיוע ודוגמא מדין "ביטול שלא בבי"ד וכו' גמשמע פשט הלכה דלא הוי ביטול", א"כ מבתינים התוס' בין הא דאמרינן אפקעינהו, דהקידושין בטלים מעיקרם, בהסתמכות על "כל דמקדש וכו'" לכא להא דרבנן עצמם עשו תקנה, ובוה לא נתבטלו הקידושין מעיקרם, אלא דאמרו דיהא גט גט, ועקרו דבר מה"ת. וההבדל בין תקנה זו לאפקעינהו, מכואר בגרע"א שם דבאפקעינהו הקידושין מעיקרא בטלים, ויש שם דיון על מחופה עלב"א וכן על טהור ממזרים, ואכן בגוונא של גט מדרבנן, שלא נעקרו הקידושין אלא לגבי להבא (ונפ"מ אי קיבלה קידושין מאחר לפני הגט, כמבואר בדבריו), והחילוק מבואר, דרק ככה"ג שביטל באופן שאינו עשוי להגיע לידיעת האשה, דהיינו בפני ע"א (או אפי' בפני שנים למר כדאית לי' וכו') הרי עשה שלא כהוגן, לפיכך יש מקום לעקירת דבר מה"ת דיש בזה תקנה. ולא כן בביטול בפני בי"ד שלא ה' פגם בביטולו, שעשוי להגיע לידיעתה ולא יגיע מכשול, ובוה ל"ש לעשות עקירת דבר מה"ת, ורק בהסתמכות על כל דמקדש וכו', וזה מחייב עקירת הקידושין מעיקרם. אלא הם דברי התוס', והגרע"א בא להסביר מנין לקחו זאת וכו' שזה ממה שהגמרא לא היקשה אלא מדברי רשב"ג ולא על תקנה קמייתא. יאף בזה לא פסיקא להו להתוס' דיתכן ולא אמרו דהוי גט רק לחומרא (כגון לכהן וליבם, ולא לקולא). ויוצא, בכל אופן, שבביטול בפני ע"א, גם אי נימא דיש בזה משום תקנ"ח (דאם הגיע הגט ליד האשה טרם נודע דבר הביטול לשליח, ואפי' אם הגיע הדבר לידיעת השליח, התוס' עצמם בספק שמא יש בזה צורך לשני עדים מדין אין דשב"ע פחות משנים — לקיומא, ע"י תוס' דף ל"ג א' ד"ה רבי, ותוס' ל"ב ד"ה ור"נ ופנ"י שם) הרי חכמה של התקנה אינו לעשות ההפקעה לקידושין מעיקרם, רק למישי לי' גט להתירה מאנן ולהבא, א"כ כל העצה אין לה מעמד, וברור שלא כ' זאת המהרש"ם, אלא בתור צ"ע, כיון שכל הענין לא נגע למעשה. ולמעשה אין כלל מקום להסתפק על זה.