



INTERNATIONAL  
**BEIT DIN**  
בית דין בינלאומי לעניני אישות

תיק מס' 2016/145  
א' תמוז תשע"ו  
07 יולי 2016

התובעת: ש. פ.  
נגד  
הנתבע: ג. פ.

## פסק דין

### עובדות המקרה

ביום 17 באפריל 2016 הגישה התובעת, ש' פ., תביעה לביטול קידושין (קרי: נישואין) כנגד בעלה, הנתבע, ג. פ., שסירב לתת לה גט. לאחר שחייבנו אותו בתאריך 14 יולי בשנת 2015 בפסק דין קודם לתת לה גט, ועד היום הוא עומד בסרבנותו לתת גט לתובעת.

לאור מכלול הטענות שהוגשו בזמנו בישיבת בית הדין, ערים היינו לחשש שבשל העיכובים במתן הגט תצא האישה לתרבות רעה. וכבר לפני מאות שנים, הזהיר ר' חיים פאלאג'י שכאשר בני הזוג נפרדים ולבית הדין נראה שאין תקווה להשכין שלום ביניהם, יפרידו ביניהם על ידי מתן גט כדי שלא יהיו עבריינים (עיין שו"ת חיים ושלום, חלק ב, סימן קיב, וכן בחלק א, סימן א), ובדורותינו ציין הרב עובדיה יוסף (שו"ת יביע אומר, חלק ג, אבן העזר, סימן יח, אות יג):

“...שבזה"ז דאחסור דרי בארצות החופש והדרור ואיש הישר בעיניו יעשה, ורבתה החוצפה בעולם, והנסיון הורה שכאשר עוזבות את בעליהן בטענת מאיס עלי, ואשתהווי אשתהו מבלי לפטרם בגט, הולכות ויושבות עם גברים אחרים, וגם בוש לא יבושו גם הכלם לא ידעו. ומרבין ממזרים בעולם.”

כאמור, חייבנו את הנתבע ליתן גט אך הוא עומד בסרבנותו, ועל כן עלינו להיכנס לעומקה של סוגיית ביטול הקידושין, כדי לבחון אם אכן יש מקום לבטל את הקידושין של התובעת והנתבע, לאחר שהתובעת נפרדה מהנתבע כבר בחודש יולי 2014, אין סיכויים לשלום בית, וקיים החשש שתצא לתרבות רעה.

מוקד הדין יהיה בטענת התובעת שהנתבע לא תפקד בחיי האישות שלהם. לפי דבריה, במרבית הזמן לא התקיימו חיי אישות בינו לבינה, ובמקרים הנדירים שהם קיימו יחסים, היא ביקשה ממנו לטפל בעניין באופן רפואי,

אך הנתבע סירב. בסופו של דבר, הנתבע רק רצה מאשתו מין אנאלי ותו לא. כלומר, חוסר התחשבות בצריכה של האשה ובהתמקדות בהנאתו שלו בלבד.<sup>1</sup>

## דיון

### א. קידושי טעות

לפני שניתן להפעיל את הטכניקה של קידושי טעות כדי לבטל קידושין ולטעון שהיה טעות ביצירת הנישואין. קיים שלשה תנאים מוקדמים שיש למלא:

א. המום של הבעל צריך להיות רציני כגון חוסר גבורת אנשים, אי-שפיות דעת, נוהג משכר זכר, המיר דתו. מצג שווא לתקוות הנישואין שנזכרו בימי החיזור או העמדת האשה למחלה מסוכנת כמו איידס. כל הדוגמאות הנ"ל מהוות "מומים גדולים" ונזכרו בשו"ת.

לפי מיטב ידיעתנו, לא קיים תשובות בענין ביטול קידושין בקשר לבעל שלא מתפקד ביחסי אישות. אמנם יש כמה וכמה משיבים שביטלו קידושין במקרה שהבעל היה לו חוסר גבורת אנשים. על אף שיש פוסקים כמו ר' משה סופר (שו"ת דעת סופר, סימן מ"ט), ר' שניאורסון (שו"ת צמח צדק, חלק ב', סימן שי"ב), ר' ליבאס (שו"ת בית אבי, חלקים ב-ג, סימן קלה) ורב טאובס (שו"ת חיים ושלום, חלק ב', סימן ו') שטוענים שאסור לבטל קידושין במקרה של בעל שחסר לו גבורת אנשים. יש פוסקים אחרים כמו ר' ספקטור (שו"ת עין יצחק חלק א', אהע"ז כד), ר' פיינשטיין (אגרות משה אהע"ז א:עט), ר' שבדרון (שו"ת מהרש"ם, חלק ג', סימן טו), ר' קלצקין (שו"ת דבר אליהו, סימן מ"ח), ר' פרנק (שו"ת הרי צבי, אהע"ז חלק ב', סימן קפ"א), ור' ע. יוסף בשם עצי ארזים, המקנה וטיב קידושין (שו"ת יביע אומר, חלק ז', אהע"ז סימן ז') שהתירו ביטול קידושין במקרה של חוסר גבורת אנשים.

נוסף לזה, על פי שדי חמד השלם (כללי הפוסקים, סימן י"ז) ור' ע. יוסף (שו"ת יביע אומר, חלק ג', אהע"ז סימן י"ז) ניתן להסתמך למעשה על עמדת של ר' שמלקיש (שו"ת בית יצחק אהע"ז חלק א', סימן כ"ד) ור' י. בכרך (שו"ת חות יאיר רכ"א) שביטלו קידושין בענין בעל שנלקה בחוסר גבורת אנשים להלכה ולא למעשה.

יתרה מזו, בהצגת היסודות כדי לשחרר אשה מחליצה ר' ספקטור קובע.<sup>2</sup>

"ובאמת לפי דעתי נראה דזה הוי מום גמור מבעל ע"י זה להקידושין דהא בית יוסף... הביא בשם הרשב"א דכתב דהך מום דאינו יכול לבעול כלל דהכל יודעין כלה למה נכנסת לחופה וע"ד כן ניסת לו ולכן שומעין לה וכופין להוציא... וכ"כ בשו"ע ס"י קנ" סעי' ז' וב"ש ס"ק י"ח... א"כ חסינן דזה הוי מום גמור משום דהרי מקפידין ע"ז... דדינו דתלו בהסכם בני המדינה כמבואר... בח"מ ס"י רלב סעיף ו' וע"כ כופין לו

<sup>1</sup> למרות שהנתבע נעבר מן ישיבת ב"ד ומושב ב"ד ערני לקיום של החזקה "אין אשה מעיזה פניה בפני בעלה" (כתובות ס"ג; שו"ע אהע"ז י"ז:ב', ק"י) לכאורה א"א להאמין לטיעוניה של התובעת. לאחד הנימוקים שניתן להאמין לדבריה (עיין שו"ת משאת בנימין א:קכ"ו; גבורת אנשים ה-ו: ביאור הגר"א שו"ע אהע"ז י"ז:ב'; שו"ת יביע אומר חלק ד', אהע"ז י"א(ה)).  
<sup>2</sup> מטרתנו לצטט את פסק של ר' ספקטור כדי לדלל את מהרצאת דבריו גישה כדי להגדיר את חוסר גבורת אנשים כמום גדול. יש מחלוקת בין הפוסקים האם ניתן להסיק ולהקיש מסקנה מענין של חליצה לנושא של נישואין. למרות ששומרת יבם נאסרת מדאורייתא להתחתן עם גבר אחר, מעמדה אינה חמורה כמו מעמד של אשת איש. ברם ניתן להשתמש בקביעות הלכתיות של שחרור מן חליצה לביטול קידושין. (עיין יבמות קי"ט. (מימרא של רבא); שו"ת תרומת הדשן סימן ר"ז; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא אהע"ז סימן ס"ו (סוף) והשוה עם שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא או"ח כ"א; שו"ת הר צבי, אהע"ז א:צ"ה, צט. השוה עם שו"ת תורת חסד, או"ח סימן כט; ר' שפרן, שו"ת רב"ז, סימן פ"ח(ג)) שמתנגדים להשתמש בפסקים בענין חליצה לעיני נישואין עקב החומרא של אשת איש.

במום זה...וממילא הדין נותן דהיכא לא ידעה בעת הקידושין והנישואין שיש לו מום זה דוודאי הקידושין בטלין עי"ז המום וכמו כל מום במכירה" (שו"ת עין יצחק, א, אהע"ז כ"ד)

במילים אחרות, השילוב של הסברא "דהכל יודעין כלה למה נכנסת לחופה וע"ד כן ניסת לו" עם אומד הדעת, הציפיות שמומים כמו חוסר כוח גברא מבטל את הסכם נישואין של זוג דוחף את ר' ספקטור להגיע למסקנה שיש יסוד לשחרר אותה מבלי חליצה.

לעומת זאת, ר' פיינשטיין (אגרות משה אהע"ז א:ע"ט) מעלה הסבר אחר כדי לבטל קידושין בענין בעל שיש לו חוסר כוח גברא. ואלו דבריו:

"כיון שברור ופשוט שזה שאינו ראוי לביאה שהוא בעיקר האישות שלזה כלה נכסה לחופה והתורה קרא לזה ענוי...בשביל תשמיש ניסת האשה וא"כ פשוט וברור שאם אינו ראוי לתשמיש הוא מום היותר גדול לענין מה שניסת האשה לו דהא חסר בו העיקר שניסת בשבילו ואין צורך כלל להביא ראיות ע"ז."

כלומר, מהלך המחשבה של ר' פיינשטיין שחוסר כח גברא צער לאשה ומהוה הפרה של הנישואין משתרע על מקרה של בעל שאין לו תפקוד מיני. בקיצור נמרץ דברי ר' פיינשטיין כפי שציין רב אריאל הולנד כבר מובאים באופן קולע אצל הש"ך באמרו,

"ואם טוענת שבעלה אינו שוכב עמה ואינו בא עליה דינה כדין טוענת שאין לו גבורת אנשים" (גבורת אנשים א')

כמו שהשו"ע אהע"ז עו"י:ג, קנ"ד:ז והש"ך טוענים שבעל שמונע יחסי אישות שוה מבחינה חלקתית לבעל שיש לו חוסר כח גברא, כך בעיה של תפקוד מיני זהה לחוסר גבורת אנשים. כמו שחוסר כח גברא מונע מן הבעל לקיים את מצות עונה כך חוסר תפקוד מיני חותר תחת חובת עונה וגורם לצער לאשה. (עין באר היטב אהע"ז מו:א; פתחי תשובה אהע"ז מו:א בשם שו"ת הרדב"ז ד:1188 (118); שער המלך, איסורי ביאה ג:טו; כנסת הגדולה, אהע"ז הגהות טור קנ"ד:לט)

לאור ההשוואה ההלכתית של חוסר תפקוד מיני לחוסר כח גברא, לכן מסתבר שיש יסוד לכפות גט בענין חוסר תפקוד מיני כמו שמצינו בענין חוסר גבורת אנשים (עין שו"ע קנ"ד:ז, שו"ת מהרשד"ם אהע"ז קג; שו"ת עין יצחק ב:לד (ה') בשם רוב הפוסקים; פסקי דין רבנים (להלן: פד"ר) ט:צ"ד, צ"ו (רבנים אונטרמן, אלישיב וישראל<sup>3</sup>)) בעקבות העובדה שברחבי הגולה, המשטר החילוני אינו מוכן לאכוף את צו ב"ד לכפות גט, רבנים קלצקין, פיינשטיין, פרנק ועובדיה יוסף סבורים שיש צורך להשתמש במכשיר של "קידושי טעות" כדי לבטל קידושין במידה שהתנאים מכתבים פיתרון.<sup>4</sup> היוצא מדברינו, שאנחנו קובעים שחוסר תפקוד מיני מהוה "מום גדול".

לכאורה, מסקנתנו שחוסר יכולת של תפקוד מיני מהוה מום גדול היא סיבה בלתי מספקת כדי לבטל את הקידושין. בשו"ת תשב"ץ, חלק א', סימן א' ושו"ת הריב"ש סימן קכ"ז, המשיבים דנים במקרה שאחרי ח' חדשים מזמן התחלת הנישואין, התחילה האשה לטעון שקיימת לבעלה בעיה בכוח גברא אצלו.

<sup>3</sup> ברם כמה בתי דין רק מחייבים גט במקרה של בעל שחסר לו תפקוד מיני. (עין תיק 1-3878, ב"ד איזורי אשדוד, July 14, 2013; תיק 1-867976, ב"ד איזורי טבריה, March 7, 2016)

<sup>4</sup> שו"ת דבר אליהו סימן מ"ח; אגרות משה אהע"ז ג:מ"ה; שו"ת הר צבי, אהע"ז ב"פ"א; שו"ת יביע אומר, חלק טז, אהע"ז (ח)

אחד הנימוקים שהמשיבים הנ"ל נמנעו לבטל את הקידושין במקרה הנ"ל נובע מן העובדה שהיו תקוות שע"י רפואה ישתפר המצב ויוכל הזוג להמשיך בחיי אישות. (בנוסף עיין שו"ת באר יצחק, אהע"ז סימן ד' ענף ב')

יתרה מזו, עד עכשיו הנחנו שבנסיבות אלו הבעל היה חייב לתת גט או ניתן לכפות גט. ברם במידה שמתן רפואה יפתור את הבעיה אין יסוד אפילו לחייב גט. (עיין שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא, אהע"ז סימן פ"ח; פד"ר י"ב: ק"ג, ל"ח, קכ"א-קכ"ב; תיק מספר 2-38781, ב"ד איזורי אשדוד, July 14, 2003) בהעדר יסוד לחייב גט ק"ו שא"א לכפות גט ולכן מסתבר שאין מקום לבטל קידושין. בנידון דידן, היו סיכויים לקבל סיוע רפואי ולכן לכאורה אין בסיס לבטל את הקידושין.

ניתן לתת ג' תשובות נגד עמדה זו:

ראשית, פס"ד של ר' יצחק קוליץ שמשקף דעת יחיד נוקט שמחייבין גט אפילו אם הבעל לא מוכן לקחת רפואה. (עיין פד"ר י"ב: קט"ו-קט"ז)

שנית, ר' צבי פסח פרנק בשו"ת הר צבי, אהע"ז חלק ב', סימן קפ"א קובע:

"דהאי חששא שמא יבריא שייך לענין הך דינא דכופין להוציא, בזה יש לחלק בין חולי ומום קבוע למום עובר, דבזה לא אמרו חכמים לכופו להוציא בזמן שיש לו תקנה. משא"כ כשאנו דנין בענין מקח טעות...הדין נותן דמום עובר אינו מוציא מדין מקח טעות מכיון דהדבר תלוי באומדן דעתא...ובנדון דידן נמי אילו ידעה ממום זה שהוא ספק יבריא, בודאי לא היתה מתקדשת לו..."

בניגוד הר' מנחם שנאירסון (שו"ת צמח צדק, חלק ב', סימן ש"ב [ב]) וכן שסבור ששאלת הרפוי מהוה שיקול בקביעה אם אכן ניתן להפעיל את המכשיר של "קידושי טעות" טכו כפיית גט. ר' פרנק בדעה שהגורם של רפוי רק קשור אם כופין גט ואין לזה השלכה אם ניתן לבטל את הקידושין ע"י "קידושי טעות".

בנידון דידן, במידה שהאשה היתה יודע שהפגם לא ניתן לריפוי, היא לא היתה מתחנתת אתו. שנית, הבעל סירב לקבל סיוע רפואי. אין לבעל הרשאה הלכתית למנוע חיי אישות בגלל שאלה רפואית. האחריות מוטלת עליו לחפש עזרה. (עיין חלקת מחוקק אהע"ז ע"ו:י"ח). במידה שהבעל מסרב לקבל סיוע רפואי, אזי טוען ר' שטרן שהחזקה של "טב למיתב טו דון מלמיתב ארמלו" (ב"ק קיא.) - עדיף לאשה להינשא לאדם כלשהו מאשר להישאר פנויה א"א להחיל בתנאים כאלו. ז.א. תקפותו של החזקה מותנית במקום ובזמן (עיין שו"ת השב"י"ט, חלק ז', סימן כ') לכן ניתן לבטל את הקידושין.

ב. כדי לבטל את הקידושין א"א שהאשה היתה מודעת שאכן הפגם היה קיים לפני הנישואין. לכן, אם הבעל היה רועה זונות או קיבל מחלת מסוכנת למרות ששני המאורעות האלו ניתן לכנות פגמים רציניים שיפגעו בקשר של הנישואין. ברם, בעקבות העובדה שמעשה הזנות או המחלה אירע אחרי התחלת הנישואין, אין מקום לבטל את הקידושין בטענה שאירע טעות בקיום הנישואין.

בהסתמך על מסכת העובדות והעדויות שהוגשו למושב שלנו, מגיעים אנו למסקנה שש. הכירה את הבעיה של זקפה רק אחרי התחלת הנישואין.

אמנם, בהעדר הוכחה שאכן בעיה של זקפה היה קיים לפני הנישואין ולכן יש לצעוד אחרי קביעת ר' אהרן וולקין (שו"ת זקן אהרון ב:ק"ד) שאפשר לבטל קידושין בגין "קידושי טעות" במקרה שא"א להכריע באופן ברור שחוסר גבורת אנשים היה קיים לפני הנישואין.

ברם, בניגוד לשיטת ר' וולקין, בסקירה של שו"ת שונים שעוסקים בבעל שחטר לו גבורת אנשים בתנאי שהוגשו מסמכים רפואיים שמאשרים שהבעל היה לו חוסר גבורת אנשים אחרי הנישואין או שהאשה היא בתולה, ניתן לבטל את הקידושין בתנאים מסויימים. (עיין בית אב"י ב-ג:קל"ה; שו"ת בית אב, ש:י"ד; שו"ת דבר אליהו מ"ח; שו"ת חיים ושלום ב:ו; שו"ת מהרש"ם ג:ט"ז; אגרות משה אהע"ז ג:מ"ה, מ"ח, ד:נ"ב) כלומר, יש הנחה מובלעת בתשובות הנ"ל שהפגם היה קיים לפני הנישואין במקרה שהאשה לא הוכיחה שיש לבעלה ליקוי בכח גברא. מהר"י ענדיל (שו"ת מהר"י ענדיל לה, ד"ה אמנם) סבור שניתן להפעיל חזקה שהיה לבעל מום זה לפני הנישואין. לכן בנידון דידן, למרות שלא הובא ראיה שהפגם כבר היה קיים לפני הנישואין, אין זו סיבה למנוע מלבטל את הקידושין על בסיס של "קידושי טעות".

ג. כאשר האשה הכירה שאכן היה פגם רציני, היא צריכה לעזוב את הנישואין ולהתגרש. אם היא צריכה לעזוב את הנישואין תיכף ומיד או לא זוהי שאלה שנטושה במחלוקת הפוסקים. למרות שלפי הרבה פוסקים כמו טורו וב"י: אהע"ז קנ"ד, ר' יוסף קולון (שו"ת מהרי"ק, שורש כ"ד) ור' עקיבא איגר (שו"ת עקיבא איגר, מהדורא תנינא נ"ו) היא חייבת לעזוב תיכף ומיד אחרי גילוי המום.

בהתאם לר' פיינשטיין, דיינים גולדשמיט, קרליץ, ובבילקי, ואחרים (אגרות משה אהע"ז ג:מ"ה, מ"ח, ד:קי"ג; פד"ר א:ה, י"א-י"ב) היא יכולה להמשיך להישאר בנישואין בתנאי שיש לה סיבות מצדיקות. ברם, אם בסופו של דבר א"א לפתור את הבעיות כמו אם הבעל בלתי שפוי בדעתו ויעוץ רפואי נפשי או מתן תרופות לא עוזר, אז היא צריכה להיפרד ממנו.

לכן במקרה שלפנינו הזוג התחתן בחודש ינואר בשנת 2010. הפגם נתגלה בסביבות החדשים אוגוסט-ספטמבר בשנת 2011 והיא נפרדה ממנו לחודש יולי בשנת 2014. לפי האסכולה הראשונה, אין בסיס לבטל את הקידושין בגלל "סברה וקיבלה" - היא עזבה רק אחרי ג' שנים לאחר גילוי המום.

השאלה המקדמית מדוע היא רק גילתה את שפגם אחרי שנה וחצי של נישואין? וכשגלתה את הפגם, מדוע היא לא עזבה באופן מיידי? מדוע היא נשארה ג' שנים לפני שנפרדה?

כמענה לשאלה הראשונה, ניתן לצטט את דברי ר' ציון בוארון, לשעבר דיין בבית דין הרבני הגדול בירושלים, שדן בבעל בלתי שפוי בדעתו. בשו"ת שערי ציון, חלק ג' אהע"ז ד, ר' בוארון מתאר באופן מפורט את מהלך המחשבה של האשה האומללה. אלו דבריו:

"ובמום דשגעון (או מה שנקרא ביום חולי נפש) במצב כבנדון שבפנינו דהוי ודאי מקח טעות, משום דאיכא חזקה מסברא אלימתא שאין לך אדם שיתפייס בזה להיות כל חייו וחי ילדיו בסבל ובחשש סכנה, יום יום ושעה שעה (כמתואר לעיל באפס קצה).

ואין לומר שמאחר שישבה עמו כשבע שנים וילדה שני ילדים, הרי ראתה את המום, ומחלה. הא ליתא, לפי שבדברים כאלה אין אדם עומד על מחות המחלה באופן ברור אלא עד זמן זמנים טובא, משום שפעמים מתוך אהבתה אליו תולה ענין קצפו ורוגזו במתח ומצב עצבני חולף, ומייחלת ומקוה שהמצב ישתפר. ובפרט באדם שנוטל כדורים באופן קבוע, שאז יש מצבים שהוא רגוע ושקט. ובפרט כפי מה שאמרה האשה עצמה שכל פעם לאחר ההתפרצות כאשר היה נרגע היה בא ומבקש סליחה בתחינה...

ועכ"פ בנדון של חולי הנפש כבנידון שלפנינו, שאי אפשר לעמוד עליו אלא לאחר זמן, לא שייך לומר ראה ונתפייס. וכמ"ש בשו"ת מהרש"ם ח"ג (ס"י ע"ז) לפסול הקידושין בנידון שנשאל בו, משום קידושי טעות,

אעפ"י ששהו יחדיו למעלה מי"ד שנים, משום שבעניניו שגעון הבאים מזמן לזמן אדם תולה שיתרפא, ומהאי טעמא לא קפיד מ"ד. ועיין עוד שם בתשובה (ס"י ט"ז). וכן בשו"ת אור גדול (ס"י ה' אות י"ב) ובספר אבני האפוד א"ה (ס"י קי"ז אות ט"ו). ועל כן בנידון זה שהיה משתמש בכדורים, הוי כחולי הבא לעתים, שאינו תדיר, וא"א לעמוד עליו רק לאח"ז, ולא שייך לומר ראה ונתפייס."

במקרה שלפנינו, כשש. התחתנה היא היתה בגיל כ"א שנה ובמלים שלה היא היתה "תמימה", רק שנה וחצי אחרי נישואיה היא התחילה להבין את מה שמתרחש בחדר שינה ורק אחרי שיחה עם החברה שלה היא הבינה שיש לבעלה בעיה רצינית. זאת אומרת חוסר תיקוד מיני.

לאחר שהכירה "את המצב" היא לא עזבה אותו בגלל שהוא הבטיח שיקבל סיוע רפואי. טוען ר' בוארון לפעמים זה לוקח זמן כדי להתחנך ולהבין מה שמתרחש נוכח פני האשה. לכן א"א לומר "היא ראתה והתפייסה" בגלל שבעלה התחיל לקחת תרופות למחלתו. קל וחומר בענינו, לקח זמן לש. להבין מה שמתרחש ולאחר שהבינה את המצב ובעלה סירב לקחת תרופות א"א לומר "שהיא ראתה והתפייסה!"

במשך זמן קצר, ש. הכירה שכל ההבטחות של בעלה להשיג סיוע רפואי לא יתגשמו. ברם, היא נשארה עם בעלה בגלל שלא היתה לה אמצעים כספיים לשלם את דמי השכירות וההוצאות השוטפות בעד משק הבית. כפי שצויין ע"י ר' פיינשטיין (אגרות משה אהע"ז ג:מ"ה) במקרה שיש לאשה "טעם הגון" או "תירוצים נכונים" ניתן להישאר עם בעלה שיש לו מום גדול.

בסופו של דבר, לאחר ג' שנים, כשהגיעה למצב שהיא הפכה להיות עצמאית מבחינה כספית, היא עזבה אותו בגלל חוסר זקפה ומניעת אישות. ובגלל סיבה אחרת ש., באופן לא מודע, נהגה בהתאם לשיטה של כמה פוסקים שיש לחכות ב' או שלוש שנים בתקוה שבעלה יתרפא. (עיין שו"ת מהרשד"ם ק"ג בשם רלב"ח ל"ג, פד"ר י"ב: ק'.קכ"ב [ר' עובדיה יוסף]) כלומר האשה צריכה לחכות אם תבוא רפואה למחלתו ולא למחר בגירושין. (עיין טור אהע"ז ע"ו; דרישה אהע"ז ע"ו; חלקת מחוקק אהע"ז ע"ו; בית שמואל אהע"ז ע"ו; י"ז)

ניתן לסכם את דברינו ע"י ציטוט מהתשובה הנ"ל של ר' בוארון:

"ונמצא שבנידון זה הקידושין מעורערין, הן מצד שחזקה היא שאין אדם מתפייס במום כזה, וחזקה היא דכאשר נוכחה האשה במצבו הנפשי לאשורו לא נתפייסה והקידושין בטלים. והן מן הטעם דגם אם נתפייסה בדיעבד כשנדע לה, לדעת כל הגדולים הנ"ל למרות, התרצותה הקידושין כבר בטלים, הואיל ולמעשה היתה מוטעית בשעת הקידושין, ואיכא אומדן דעת ברור שאילו היתה יודעת מן החולי לפני הנישואין בודאי לא היתה מתרצית להנשא לו. א"כ לכה"פ הדבר הזה "מוריד" את הקידושין לדרגת ספק קידושין.

וכאשר הקידושין בספק, כתב הר"ן בפ"ק דקידושין דאיכ"ל אוקי איתתא אחזקת פנויה. ועיין בפרי חדש יו"ד (סו"ס ק"י בכללי הס"ס) שהביא דברי הר"ן, ואחריהם מש"כ מהריב"ל בח"א (ס"י י"ז) לחלוק, ושאינו לנו להקל בקידושי ספק יותר מגירושי ספק, ודלא כהר"ן שרוצה לומר דבקידושי ספק י"ל אוקי איתתא אחזקת פנויה, ומן התורה מותרת היא, דאין ספיקו של הר"ן מוציא מידי ודאו של הר"ף. וכתב ע"ז הפרי חדש דודאי שאין ודאי של מהריב"ל מוציא מידי ספיקו של הר"ן. ומסיק: דלפיכך בספק קידושין יש לצדד להקל טפי מספק גירושין, דבספק קידושין אית לה חזקת פנויה. ודלא כמהריב"ל."

בהתאם למחשבה ההלכתית של ר' בוארון קיים הנחה שהאשה אינה מוכנה להמשיך להיות נשוי לבעל שאינו מתפקד באופן מיני ואם היא ידעה מראש מה שיקרה בחדר שינה, היא לא היתה מוכנה להישאר בנישואין ע"פ תנאים כאלו.

ב. אומדנא - צפיות האשה בקשר לנישואיה

השאלה האם מניעת אישות מהוה יסוד לבטל את הקידושין?

כידוע, יש חובה שמוטל על הבעל לקיים יחסי אישות עם אשתו. בעוד שלפי כמה פוסקים, החובה מקורה במלה המקראי בפסוק (שמות כ"א:י"א) "שארה...לא יגרע" או "ועונתה לא תגרע" (מכילתא דרי ישמעאל, פרשה ג') אחרים סוברים שהחובה ניתן להסיק מכח הסברא. וכן קבע ר' נפתלי צבי ברלין.

"מיהו עונה ל"צ קרא, ולא מקל - וחומר דירושלמי דיליף מכסות, אלא אפילו לא כתיב כסות כלל, הסברא נותנת על זה שנשתעבד והכל יודעין למה כלה נכנסת לחופה, וגם כי נאסרה ע"י בעלה להשיג הנאה זו ממקום אחר, ואם כן הוא גוזל הנאתה ממנה...ועונה משועבד מסברא, או אפשר כיון דמשועבד מצד הסברא, ממילא עובר על ולא יגרע" (ברכת הנצי"ב, מכילתא דברי ישמעאל, משפטים, פרשה ג')

החובות והזכויות בין בעל ואשה נובעות מאקט הנישואין ולא תלויים בהסכם. (עיין טור ושו"ע אהע"ז ס"ט:א) כפי שקבענו אחת החובות היא חובת עונה. לא מדובר כאן בהקמת משפחה אלא בקיום יחסי אישות. חובת הבעל לקיים עונה חל גם על מי שכבר קיים מצות פריה ורביה. (עיין שו"ת הרא"ש מג:ה; מגיד משנה, משנה תורה. אישות ט"ו:א; טור וב"י אהע"ז קנ"ד; שו"ע אהע"ז קנ"ד:ז). בהתאם לתנאים מסויימים בעל שמסרב לשכב עם אשתו נקרא "מורד" וניתן לכפות גט אפילו בלי התראה. (עיין שו"ע אהע"ז ע"ז:א; ר' לרמן, דבר אליהו, ע"ג [השווה שו"ת הרא"ש מ"ג:י, חזון איש אהע"ז ק"ח:י"ג שמחייבים התראה לפני שמכנים אותו "מורד"])

בקיצור, ש. טוענת אילו היא ידעה שבעלה היה מונע ממנה ח"י אישות היא לא היתה מתחתנת אתו. ז.א., "אדעתיה דהכי לא קידשיה נפשיה".

בניגוד ל"קידושי טעות" שנקודת המוקד היא מום שקיים לפני התחלת הנישואין, אומדנא של נישואין דנה במום שקרה אחרי התחלת הנישואין. למשל, "אילו ידעתי שבעלי יהפוך למומר, לאיש פלילי, או בלתי שפוי בדעתו במשך שנות הנישואין, לא הייתי מתחתן אתו." דוגמאות הנ"ל משמשות לאומדנא דמוכח (להלן: אומדנא) וע"פ תנאים מסויימים ניתן לבטל קידושין. (עיין שו"ת מהר"ם מרוטנברג, ח"ד, דפוס פראג, אלף כב; שו"ת בית הלוי גג; שו"ת חסד לאברהם, מהדורא תנינא אהע"ז ז"ה; שו"ת שאילות משה אהע"ז ב; שו"ת זכרון יהונתן, חלק א'; יו"ד ה'; שו"ת אבני חפץ ל'; שו"ת משיבת נפש, אהע"ז עג-עז; שו"ת דברי חיים, חלק א', אהע"ז ג; שו"ת מהרש"ם ז"ז:ה [ענין אשה שנשתטת]; אגרות משה אהע"ז ד:קכ"א; שו"ת הרי צבי אהע"ז ב:קל"ג)<sup>5</sup>

מתעוררת השאלה, האם סרבנות הבעל לקיים יחסי אישות נגיע לדרגה שניתן לומר שיש אומדנא דמוכח? במדה שהתשובה חיובית, לפי כמה וכמה פוסקים ניתן לבטל מכירה או קידושין (או חליצה) ע"י שימוש באומדנא. (עיין

<sup>5</sup> להבחנה המושגית בין "קידושי טעות" ו"אומדנא", עיין שו"ת אור שמח ב:כט; שו"ת שאילות משה אהע"ז ב; שו"ת זכרון יהונתן, חלק א', יורה דעה 5. יש להדגיש שהטכניקה של אומדנא הופעלה בין בתשובות שדנות ב"קידושי טעות" וכן בתשובות שעוסקות במומים שהופיעו אחרי התחלת הנישואין. במלים אחרות, אחר זיהוי מום גדול, יש משיבים שישתמשו באומדנא ויזהירו - ל"ו היא ידעה לפני הקידושין שאכן היה קיים מום רציני היא לא היתה מתחתנת אתו" לדיון בשתי האומדנות, עיין זכרון יהונתן שם ס"ק י"ז.

מרדכי, יבמות ד:כ"ט, שו"ת שאילת יצחק, קע"ד, קפ"ו [דעת ר' שטרן], שו"ת חכם צבי, מ: שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, יו"ד ס"ט; שו"ת תפארת צבי ד': שו"ת דברי חיים אהע"ז אג; שו"ת חלקת יואב אהע"ז כ"ה; שו"ת אהל משה א:ס"ב, מהדורא תילתאי קכ"ג; בית מאיר, צלעות הבית ו'; שו"ת שאילת משה אהע"ז ב(ד); אגרות משה אהע"ז ד:קכ"א; שו"ת שערי עזרא ד:כ"ו; שו"ת הר צבי, אהע"ז ב:קל"ג)

האומדנא של נישואין - "אדעתיה דהכי לא קידשה נפשיה" ניתן להבין כתנאי סמוי לנישואין.<sup>6</sup> (עיין תוס' הרא"ש שיטמ"ק ב"ק ק"י; שערי יושר ה'י"ח; זכרון יהונתן, שם.) כלומר, בנידון דידן, כתוצאה מסירוב הבעל לחיות עם אשתו הוא מיפר תנאי, תנאי לאקט של הקידושין ולכן ניתן להפעיל את האומדנא.

כפי שצויין ע"י ר' שמחה קראוס, אב ב"ד, לבעל אי אפשר להתנות על קידושין בלי חיוב עונה מפני שבלי עונה אין כאן אישות. אין אישות בלי עונה.<sup>7</sup> על אף האמור בתלמוד ירושלמי כתובות ה:ז ובבא מציעא ז:ז, וכן חידושי הריטב"א, קידושין י"ט, ב"מ נא, ב"ב קכ"ו, בהסתמך על מסורות בבליות (כתובות נו, קידושין י"ט, ב"מ צד), רוב הפוסקים סבורים שהתנאה כזו בגין "מתנה על מה שכתוב בתורה" (עיין רש"י, כתובות נו; רשב"ם, ב"ב קכ"ו; חידושי הרמב"ן, ב"ב קכ"ו; משנה תורה, אישות י"ב;ז, טור אהע"ז ל"ח: י"ב-י"ג; שו"ע ורמ"א אהע"ז לח:ה'). בקיצור, קיום מצות עונה מהווה יסוד מוצק להקמת מוסד הנישואין ולכן בעל אינו יכול לשחרר את עצמו מחובתו.<sup>8</sup>

האומדנא "מצפה" שהאשה מקוה שהיא יכולה להתגרש מן בעלה במקרה שהוא מתנהג שלא כהוגן. כפי שקבעו כמה פוסקים, לפני הפעלת האומדנא יש צורך לדעת שיש יסוד לכפות גט. (עיין צלעות הבית ו'; זכרון יהונתן שם; שו"ת דברי מלכאל ד:ק'). במידה שיש אפשרות לכפות גט בגלל שבעלה נמנע לקיים יחסי אישות אין יסוד להשתמש באומדנא.

אם התובעת התגוררה בארץ ישראל שיש אופציה לכפיית גט בנסיבות מוסיימות, יש אפשרות שהיא היתה מצפה שיהיו גירושין ע"י כפיית גט. ולכן בהתאם לכמה פוסקים לא היה אפשרות לש. להינות מן שימוש האומדנא. ברם, מחוץ לארץ ישראל, ברחבי הגולה איפה שש. מתגוררת, אין אופציה לכפות גט. לכן בהעדר סמכות משפטית וכן הלכתית לכפות גט, ע"פ הגשת מסכת העובדות ועדויות במקרה שלפנינו, ניתן להפעיל אומדנא בגלל שבעלה מנע ממנה יחסי אישות.

על אף האמור בשו"ת עבודת הגרשוני לה, שו"ת בית יצחק א:ק"ו, שו"ת חתם סופר אהע"ז ב': פ"ב ושו"ת היכל יצחק אהע"ז ב:כ"ה שמתנגדים בשימוש אומדנא כמכשיר לבטל קידושין, בהתאם למסורה שהצגנו בראשית דברינו הגענו למסקנה שניתן להשתמש באומדנא במקרה שהבעל נמנע לקיים יחסי אישות עם רעיתו.

בסיכום, אנחנו מבטלים את הנישואין בגלל חוסר תיפקוד מיני של בעל ע"פ "קידושי טעות" וסרבנותו לקיים יחסי אישות תקינים ע"פ "אומדנא".

<sup>6</sup> להסברת אומדנא כ"טעות" עיין שו"ת מעיל צדקה ב'

<sup>7</sup> חידושי הרמב"ן, ב"ב קכ"ו: לחילופין, ההתנאה מובנה מחילה, מותרת זכותה לחיי אישות. (עיין שיטה מקובצת, כתובות נו בשם הרשב"א) עיין משנה כתובות נו.

<sup>8</sup> במידה שאשה מבקשת [או אפשר מתנה] לפני הנישואין (או אפשר במשך הנישואין) שבעלה ימנע לקיים עונה, יש פוסקים שיעניקו תוקף להסדר זה (עיין משנה תורה, אישות טו:א; שו"ע אהע"ז עו:ו; משנה למלך, אישות ו"י; פרישה, טור אהע"ז ע"ו:י"ז; הגהות ר' עקיבא איגר, שו"ע אהע"ז ע"ו:א; שו"ת שואל ומשיב ג:ק"ח). ברור שבענין שלפנינו שרה לא בקשה הסדר כזה.



בהסתמך על האמור, ש. פ. מותרת להינשא לכל בן ישראל בלי גט אפילו כהן.