



INTERNATIONAL
BEIT DIN
בית דין בינלאומי לענייני אישות

תיק מס' 2017/165

כ"ח אלול תשע"ז

19 ספטמבר 2017

התובעת
נגד
הנתבע

פסק דין

מסכת העובדות:

בקיץ בשנת 2000 התחתנו הזוג התובעת והנתבע. נפרדו בספטמבר 2010. התובעת ביקשה גט מאת אבי (להלן: הנתבע). הזמנו את הנתבע להתדיין בבית דיננו והוא סירב לענות להזמנתנו. קבענו ישיבה ושמענו לטיעונים של התובעת ובחודש יוני 2017 חייבנו את הנתבע לתת גט לתובעת. עד היום הנתבע עומד בסרבונתו לתת גט.

כפי שכבר קבע רב אברהם שפירא, רב ראשי לשעבר במדינת ישראל (ספר מנחת אברהם ד:ו) במקרה שאין ענין של עיגון:

“אין להפך בכל ראשי היתרים”

אבל

“בענין של עגונה שב"ד חייב להפך בהיתרה שלא תשאר מעוגנת”

וכן נהגנו בחשיפת היסודות ההלכתיות כדי לבטל את הקידושין של הזוג הנ"ל, ולשחרר אותה מחבלי עיגון.

דין:

א. סידור קידושין ע"י אדם שאינו מוסמך

מסכת קידושין ו. - אמר רב יהודה אמר שמואל כל שאינו יודע בטיב גיטין וקידושין לא יהא לו עסק עמהם וכן הוכרע להלכה ע"י שו"ע אהע"ז סימן מט, סעיף א' ונושאי כלים שם; שו"ת שבות יעקב ג-קכא; שו"ת כנסת יחזקאל עב; שו"ת דברי מלכאל ד' קיט.

נפרט כמה מן התפקידים של מסדר קידושין בכלל ואחריות ההלכתית שלו בפיקוח על סדר הקידושין בפרט ובבדוק אם אכן במקרה שלפנינו מסדר הקידושין מילא את תפקידו כראוי.

1. החתן חייב לתת כתובה לכלה. (עיין טור ושו"ע אהע"ז סו. וחייב זה קיים אף במקומות שקיבלו עליהם חרם דרגמ"ה שלא לגרש אשה בעל כרחה. (ראה רמ"א אהע"ז סימן סו, סעיף ג; חלקת מחוקק אהע"ז שם סק י"ח; בית שמואל, אהע"ז שם, ס"ק י"א).

בנידון דידן, לא נערך כתובה. יתרה מזו, התובעת קנתה כתובה והביאה את הכתובה לאולם הנישואין והגיש למסדר את הכתובה והוא נמנע להשתמש בו.

2. על מסדר הקידושין לברר אם החתן קנה את טבעת הקידושין כדין. (בית שמואל, אהע"ז כ"ח, ס"ק קמ"ט)

בנידון דידן, התובעת קנתה את הטבעת.

3. החתן צריך לשלם בעד הטבעת לפני הקידושין כדי שתהיה שייכת לו באמצעות קנין.

לפי אבני מילואים אהע"ז כ"ח, ס"ק ל"ג, אם קידש לפני ששילם את מחיר הטבעת, הקידושין חלים מדרבנן (ויש חולקים, עיין אוצר הפוסקים אהע"ז כ"ח, סעיף י"ט, ס"ק ק"ה).

בנידון דידן, התובעת טוענת שהנתבע לא שילם בעד הטבעת וספק אם המסדר קידושין שאל את הנתבע אם הטבעת שייכת לו.¹

¹ האם ניתן להסתמך על דברי התובעת בענין טכס הקידושין ואנשים שהשתתפו בטכס? תלוי אם התובעת הבינה את הסיבה לשאלות שהופנו ע"י בית הדין. עיין אגרות משה ארש ד:פ"ג(ד); רב גדליה פלדר, נחלת צבי, ב', עמ' 242-243. בנידון דידן, התובעת לא הבינה את הנימוק לשאלות ב"ד בענין החופה.

4. אין מקדשין בדבר שאין בקיאים בשומתו שאפשר לטעות בערכו כי המתקדשת לא סמכה דעתה (שו"ע אהע"ז ל"א:ב) והרי אלו קידושי ספק (רמ"א, אהע"ז שם).

ואפילו אם אין בעיה של סמיכות דעת כמו בנידון דידן שהתובעת קנתה את הטבעת ולכן ידעת את ערך הטבעת. ברם, המסדר צריך לשאול את עדי קידושין קודם מעשה הקידושין אם הטבעת שווה פרוטה. הרי היא מקודשת אף שהטבעת יש בה אבן-טובה (פתחי תשובה אהע"ז סימן לא, ס"ק ד בשם קהלת יעקב) בד"א בדיעבד, אבל לכתחילה אין מקדשים בטבעת שיש בו אבן-טובה אפילו אם התובעת יודעת ערכה. (נחלת שבעה סימן י"ב, אות י"ב; ערוך השלחן ל"א:ח).

בנידון דידן, מסדר הקידושין לא שאל שום בן אדם שעמד תחת החופה שהיה כשר לעדות אם הטבעת היתה שווה פרוטה (רמ"א אהע"ז סימן ל"א, סעיף ב'; באר היטב, אהע"ז כ"ז בשם מהר"ל). בסופו של דבר, השתמשו בטבעת שיש בה יהלומים כטבעת של קידושין.

5. מסדר הקידושין צריך להבהיר לחתן ולכלה תוכן הקידושין בכלל וחשיבות מסירת הטבעת ולשון הקידושין בפרט (שו"ע ורמ"א, אהע"ז סימן מ"ב, סעיף ד; רב דוד פעדער, אמרי דוד, סימן כ"ט; שלחן עזר, ח"ב, דף קכ"ח, אות ב).

בנידון דידן, המסדר לא דיבר עם החתן והכלה בענין מעשה הקידושין.

6. מסדר הקידושין מייחד עדים (שו"ת מהר"ם מינץ סימן ק"ט; אבני מילואים מ"ב:ו; ערוך השלחן אהע"ז סימן מ"ב, סעיף ל"א).

בנידון דידן, המסדר לא ייחד עדים.

7. העדים צריכים לראות את מסירת הטבעת מאת החתן לכלה (רמ"א, אהע"ז סימן מ"ב, סעיף ד) וכן צריכים העדים לראות שהמתקדשת (קרי: התובעת) פושטת את אצבעה לקבל הטבעת (משברי ים, סימן כ"ב) והטבעת שנשארת בידה זמן מה (שו"ת מהרש"ם ג:נ)

בסופו של דבר, נגד הכרעת השו"ע והרמ"א הנתבע קידש אותה בטבעת גזולה! בנידון דידן, יהודי אלמוני, שלא הוזמן לחתונה, שמניחים שהוא שומר מצוות (לא עלה בידינו לקבוע אם היה שומר מצוות), ולא היה מקורב לאדם אחר כלשהו עמד מאחורי החתן והכלה, קיים ספק אם אכן ראה את מסירת הטבעת ופשיטת אצבעה של התובעת ושמע את לשון הקידושין שיצא מפי הנתבע.

8. ניח ששניהם היו עדי קידושין כשרים וראו את מסירת הטבעת ושמעו את לשון הקידושין, בהעדר ייחוד עדים האם יש תקיפות למעשה הקידושין? ברור שאין חיוב לייחד יחידים כעדי קידושין, (ראה שו"ע אהע"ז סימן מ"ב, סעיף ד) גם אם העדים ראו את מעשה הקידושין

בהנחה שלא מתעוררת בעיות הלכתיות נוספות, עדותם כשרה. (ראה פתחי תשובה, שו"ע אהע"ז סימן מ"ב, סעיף י"א בשם בית מאיר וחתם סופר; שו"ת פנים מאירות ג:כ"ה)

אף על פי כן, הנוהג בקהילות רבות הוא לייחד אותם. (ראה הגהות הסמ"ג, מצוה קפ"ג(ז); קצות החושן סימן ל"ו, א; שו"ת הרדב"ז ב:תש"ז; בית מאיר מ"ב:ד; ש"ך חו"מ סימן ל"ו, סעיף ח.) אחד הטעמים לנוהג הוא החשש לדעתו של הריטב"א, שיתכן שעדים פסולים פוסלים עדים כשרים. (ראה חידושי הריטב"א, קידושין מ"ג.) יש כמה פוסקין שפסקו כשיטת הריטב"א. (עיין ש"ך חו"מ סימן ל"ו, סעיף ח בשם ס"י"ק קפ"ג; תוספות ישנים בשם רשב"ם, ב"ב קי"ג; שו"ת זכרון יהודה סימן פ"א; רבינו ירוחם ספר מישריב ז; שו"ת ציף אליעזר ח:ל"ז(ט) בשם ריטב"א "ורבים קיימי כוותיה". ברם, יש משיבים אחרים שהתחשבו בשיטת הריטב"א רק כסניף להקל. (עיין שו"ת רב' עקיבא איגר, מהדורה תנינא סימן נ"ו(כ"ח); שו"ת מהרש"ם ב:ק"א; שו"ת שערי ציון ב', אהע"ז סימן י"א.) בנידן דידן, מתחשבים אנו בשיטתו כסניף לבטל את הקידושין.

לדיון מורחבת בענין עמדת הריטב"א בכלל והבסיס לקביעת ההלכה כדעת יחיד בפרט, נא לגשת לפס"ד מספר 105 באתר אינטרנט www.internationalbeitdin.org

נסיים בקביעת רב אהרנברג (שו"ת דבר יהושע ג:כ):

"מאחר שזה העד שמחלל שבת היה ג"כ הראב"י שסידר להם הקידושין הרי יש לחוש שמא לא סידר הקידושין כדין באופן מועיל...שמא לא ראו העדים נתינת הטבעת ושמא חיסר תיבת "ל"ו דק"ל בסימן כ"ז ס"ד דאינה מקודשת...וצריך הרי המסדר קידושין להשגיח ע"ז ובשלמא אם הרב המסדר אדם כשר ובקי בטיב קידושין סמכינן אחזקה דמסתמא היה הקידושין כדין...וכל שאין עדים ע"ז במיוחד אם אין המסדר מומחה ומוחזק שעשה כדין הו"ל ספק אם היה קידושין ומוקמינן להאשה בחזקת פנויה אף אם ידעין שעמדו עדים כשרים בשעת קידושין לקיומי מילתא"

כלומר, אפילו אם היו עדים כשרים, בעיני רב אהרנברג, האשה היא בחזקת פנויה בגלל שהמסדר לא היה מוסמך בהלכות סדר קידושין ונישואין!

בנידון דידן, נעדר האפשרות "לקיומי מילתא" ע"פ שני עדים. לפי דברי התובעת, ידוע לנו שהיו שלשה גברים יהודים בוגרים שלא היו בקרבת משפחה לחתן ולכלה שעמדו תחת החופה. אחד היה רב שידוע כשומר תורה ומצוות שבזמן שנישואין היה בגדר "נכנס ויוצא" במהלך טכס הנישואין. האם הוא ראה את מסירת הטבעת והאזין ללשון הקידושין של הנתבע לא ידוע לנו. נוסף לרב, היה גבר יהודי ממוצא תימני, ראשית, אין לנו ידיעה אם אכן היה שומר תורה ומצוות. היה גבר שלישי שהודה לנו שהזהר היה חילוני.

אפילו אם היו עדים כשרים, כפי שצינו, בעיני רב אהרנברג, האישה היא בחזקת פנויה בגלל שהמסדר לא היה מוסמך בהלכות קידושין ונישואין, קל וחומר בנידון דידן, בהתאם לשיטת הריטב"א ששני העדים הכשרים נפסלו מטעם ראיית העדים הפסולים (קרובי משפחה וגבר יהודי שלא היה

מקורב למשפחה היה חילוני). האישה היא בחזקת פנויה בגלל שהמסדר לא היה בקי בטיב קידושין ונישואין.

נדמה, גם בהעדר שני עדים כשרים במקרה שלנו, שעלינו לאמץ את הפסק של חוות יאיר והחתם סופר לפיו יהודים שומרי מצוות אשר ישבו בקהל וחזו בטקס הקידושין, מבלי לשמוע את ה"הרי את מקודשת ... " ומבלי לראות את העברתה של הטבעת מהחתן אל הכלה, יכולים לשמש כ"אנן סהדי", דהיינו, "אנחנו עדים" לקידושין. אילו בקידושין אשר בטלים מפאת עד פסול עסקינן, וכוונתנו היתה לקיים את הנישואין באמצעות המשקיפים על טקס הקידושין בקהל, היינו שוקלים היזקקות לדעותיהם של חוות יאיר וחתם סופר.² ואולם, במקרה שלפנינו אנו מחפשים דרך לבטל את הקידושין בגלל ענין העיגון! על אף שפוסקים רבים טוענים שיש מסורה – מסורת בדבר ערווה, עלינו לקחת בחשבון את שלל הדעות המחמירות כולן.³ במצב של עיגון, פוסקים רבים טוענים שיש לפסוק לקולא.⁴ כפי שמודגש על ידי ר' סיני ספיר:⁵

בעינים כאלה בעוסק עגונות, לא נכון לעשות כן לגבי חומרות עפ"י השגות ודחיות, בזה, כחה דהיתרא עדיף טפי, כי הוא נוגע לנפשות

היות ואנו פוסקים לקולא, מן הראוי שנלך בדרכם של הפוסקים.⁶ לפיכך, לאור העובדה ורוב הפוסקים דוחים עמדה זו,⁷ נמנענו מלאמץ אותה. בנוסף, הפוסקים בעידן המודרני אשר נערכים להתנגדות לעמדותיהם של חתם סופר וחוות יאיר הם הרב אלישיב, הרב יוסף, הרב א. וייס ורב ציון בוארון.⁸ מעבר לכך, ההיזקקות ל"אנן סהדי" מותנית בעובדה שמסדר הקידושין הוא אדם שומר מצוות, ובקי בהלכות סדר קידושין ונישואין (ניהול טקס הנישואין) בפרט.⁹ העובדה שמסדר הקידושין לא ייחד עדים לקידושין ולא היה מעודכן בענין בהלכות נוספות בקשר לסדר קידושין ונישואין (כולל חובת

² שו"ת חוות יאיר יט; שו"ת חתם סופר אה"ע א:ק אשר מובא בפתחי תשובה, שו"ע אה"ע מב:יא.

³ רמ"א, שו"ע אה"ע יז:טו; חלקת מחוקק, שו"ע אה"ע יז:לא; ביאור הגר"א שו"ע אה"ע יז:סא; מחצית השקל שו"ע אה"ע יז:נו; שו"ת קדושת יום טוב ט בשם ר' יום טוב אלגזי; ערוך השולחן אה"ע מב:ב; שו"ת שערי רחמים פרנקו אה"ע יט; שו"ת פני יצחק א:י, יג. השווה ט"ז, אה"ע יז:טו.

⁴ שו"ת הרא"ש נא:ב; שו"ת זכרון יהודה צב; שו"ת מהרי"ק, שורש קבא; שו"ת בצלאל אשכנזי לב; שו"ת המב"ט א:קלה; שו"ת משאת בנימין קט; שו"ת צמח צדק (קרוכמל) קג; שו"ת נודע ביהודה אה"ע א:כט, נז; שו"ת שמחת יום טוב יב; שו"ת חיים ושלום ב:קי; שו"ת יביע אומר ז, אה"ע ח(יט).

⁵ שו"ת מנחת עני נא.

⁶ ר' עובדיה יוסף, שו"ת יחוה דעת, כללי ההוראה, ע' 32, סימן ט; פד"ר ד, 166 (הרבנים הדאיה, אלישיב זולטי).

⁷ שו"ת מהרי" וייל ז; שו"ת משפטי שמואל כ; שו"ת שם אריה א:לא; שו"ת ציץ אליעזר ח:לז, מהרש"ך ואמונת שמואל; שו"ת אור לי עג:ב; שו"ת עין יצחק ב, אהע"ז ס"ד.

⁸ ר' יוסף אלישיב ("מפי השמועה" – מסורת בעל פה); שו"ת יביע אומר ח, אה"ע ג, ח(ה); שו"ת מנחת אשר ב:פג; שו"ת שערי ציון ב:יא, ג:כב.

⁹ שו"ת שבות יעקב ג:קכא; שו"ת כנסת יחזקאל עב; שו"ת דברי מלכאל ד:קט; שם אריה, לעיל, הערה 6; אגרות משה, אה"ע עו-עז; שו"ת ציץ אליעזר ח:לז(ט). גם לדעת ט"ז חייב מסדר הקידושין להיות בעל ידע בסיסי בהלכות הנוגעות לניהול טקס הנישואין. ראה ט"ז אה"ע מט:א.

עריכת כתובה) ולא היה מודע לבעיה שעלול להיווצר כתוצאה מעמדת ריטב"א מעיד על חוסר בקיאות הלכתית של המסדר. בקיצור, במקרה שבפנינו לא ניתן להיזקק ל"אנן סהדי", אשר מניח מכללא שניתן לסמוך על מומחיותו של מסדר הקידושין, ולכן אנשים שבציבור המשקיפים על טקס החופה אינם יכולים לשמש עדי קיום לקידושין.

ב. בעלות של טבעת הקידושין: של הנתבע או התובעת?

צריכים לדעת שלבעל (הנתבע) לא היה טבעת קידושין. דהיינו, הוא לא קנה טבעת. מי שקנה הטבעת היתה התובעת (דהיינו הכלה) ובטקס החופה, בת התובעת, שהיתה אז ילדה בת שש, הביאה את טבעת הקידושין ומסרה את הטבעת. עכשיו, לפי דברי התובעת, יש ספק למי מסרה הילדה את הטבעת - לתובעת (הכלה) או לנתבע, דהיינו לחתן.

לכן צריך להתייחס לשתי האפשרויות: מסירת הטבעת לנתבע ומסירת הטבעת לתובעת

1. מסירת הטבעת ע"י התובעת לנתבע

מתנה היא הקניית חפץ שלא בתמורה. בנידון דידן, התובעת קנתה את טבעת הקידושין והנתבע לא שילם בעד הטבעת. ברם טוענת התובעת שהיא לא אמרה בפירוש לנתבע שהטבעת היא מתנה (וג"כ היא לא השאילה את הטבעת לנתבע). יש תוקף למתנה גם אם בעל החפץ (קרי: התובעת) לא אמר בפירוש שהוא נותן את החפץ למקבל המתנה בתנאי שניתן להסיק מן הנסיבות באמצעות אומדנא שהנותן רוצה לתת מתנה למקבל (ש"ך חו"מ סימן שנח, ס"ק א; נתיבות המשפט סימן רמד ס"ק א, סימן קצה, ס"ק א). בנידון דידן, התובעת קנתה את הטבעת בגלל שהיא ידעה שיש צורך בטבעת בעד טכס הנישואין.

שנית

עצם העובדה שהיא לא דרשה כסף מן הנתבע בעד רכישת הטבעת מראה בעליל שאכן זוהי מתנה.

אמנם תנאי מוקדם להעברת הבעלות שהנותן ביצע מעשה קנין הטבעת (שו"ת הרא"ש כלל פ"ד, סימן ד; רמ"א חו"מ סימן רפ"א, סעיף י). נניח כאשר הגיע הבת לחופה, התובעת קיבלה את הטבעת מביתה ונתנה את הטבעת לנתבע. כלומר, מה אירע כאן מבחינה הלכתית? מה בנמצא בתוך ידו של אדם נקנה לו בקנין "יד". כלומר, בעצם המסירה מן התובעת לנתבע בוצע קנין "יד".

לכאורה בהתאם לשיטת מהרי"ט ואחרים (שו"ת מהרי"ט א:ק"נ; נתיבות המשפט סימן ר', ס"ק ט"ו; קצות החושן סימן רס"ח, ס"ק ב' בשם תוס') ידו של אדם קונה אפילו שלא בידיעתו. כידוע הנתבע היה גר ולא הכיר את הלכות קניינים בכלל והלכות סדר קידושין ונישואין בפרט ולכן מדובר כאן על רכישת מתנה ע"י קנין יד בלי ידיעת המקבל (קרי: הנתבע).

ברם, קיים השיטה החולקת של רש"י (כתובות לאף ד"ה דאי) שלקנין יש תקף בתנאי שהגביה את החפץ ג' טפחים. והנתבע לא ידע לבצע קנין הגביה.

יתרה מזו, בניגוד למהרי"ט והחתם סופר (שו"ת מהרי"ט ב:מ"ט; שו"ת חתם סופר אהע"ז א:פ"ו) יש כמה וכמה פוסקים שמצטטים בשם הרשב"א (עיין אוצר הפוסקים אהע"ז כ"ח:ב, ס"ק ט-י"ב) "דאשה לא ידעה לאקנויי." ומקורו מש"ס גיטין כ:כא. ולכן לפי אמירה תנינא, אות ק', מאמר פ"ד וכן שו"ת פרי הארץ א:ד בנסיבות כאלו האישה אינה מקודשת. שנית, בהתאם לשו"ת רב' עקיבא איגר מהדורא תנינא סימן מה, ספר גבורת אנשים סימן ה' בשם בית מאיר ומשנה למלך, הלכות אישות פרק ג' אם מקבל המתנה אומר "תן לי" קנה המקבל את הנכס במתנה. שלישית, אם התובעת ביצעה קנין "יד", ולא אמרה במפורש "הנני נותן טבעת זו לנתבע" לא חלה הקנין. (רמ"א חו"מ סימן רמ"א, א; סמ"ע חו"מ סימן רמ"א, ס"ק ה'; ערוך השולחן חו"מ סימן רמ"א, סעיף א; פתחי חושן קניינים, פרק א', הערה ז). ובנידון דידן, במידה שבוצע קנין "יד", כפי שאמרנו לקמן לא היה אמירה מאת נותן המתנה (קרי: התובעת). ולא אמר "תן לי", לכן אין תוקף ל"נתינה מכללא" (ז.א. הפעלת אומדנא) אלא א"כ הנותן אומר בפירוש שהוא נותן את החפץ כמתנה. (עיין שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ר', סימן י"ב; ערך ש' חו"מ סימן פ"ח, סעיף י"ב; ר' סופר, שערי ציון, ח"א, סימן א', ענף ד'ת אות ה' בשם הנודע ביהודה).

בקיזור, טבעת שהקידושין צריך להיות שייכת למקדש (קרי: הנתבע) וקנוי לו בקנין גמור. (ראה טור אהע"ז, סימן כח.) ולכן א"א למשתמש בטבעת שאינה קנויה למקדש כגון גזולה או גנובה (שו"ע ורמ"א, אהע"ז סימן כח, סעיף א'). ואפילו אם שידך אותה תחילה, בהתאם לעמדת הרמ"א (אהע"ז סימן כח, סעיף ב') בשם הר"ן אם נמנע המקדש מלשלם בעד הטבעת היא אינה מקודשת. ובני"ד מעולם התובעת לא הקנתה את הטבעת לנתבע א"כ חשיב כקידשה בטבעת גזולה!!

בנידון דידן, עקב אי תשלום הטבעת ע"י הנתבע הטבעת נשארה ברשותה של התובעת ולכן היא אינה מקודשת.

2. הבת הקטנה בגיל שש העבירה את טבעת הקידושין במישרין לנתבע.

בגלל ב' נימוקים א"א להסיק מסקנה שאכן הנתבע רכש בעלות בטבעת דרך העברת הנכס ע"י הבת הקטנה.

ראשית, קטנה היינו ילדה פחותה משתים-עשרה שנה אינה יכולה לתת מתנה. (ראה ירושלמי גיטין ה:ט; חידושי מהר"ם שיק, גיטין ס"ד; ערוך השלחן חו"מ סימן רמ"ג, סעיף י"ז)

אף שמדאורייתא קטנה אינה יכולה לתת מתנה תיקנו חכמינו שקטן שהגיע ל"עונת הפעוטות" יכול להעביר מטלטלין במתנה (שו"ע חו"מ סימן רל"ה, סעיף א') ואפילו מתנה מרובה (כמו טבעת עם יהלומים!) עיין שו"ע חו"מ שם. התקנה חלה על קטן בן שש שנים ומעלה (שו"ע חו"מ שם) בתנאי שמתברר שהוא יודע בטיב משא ומתן (שו"ע חו"מ שם). התקנה הנ"ל חלה גם על קטנה (אמרי בינה, קונטרס בדיני קניינים, סימן כ"ד)

בנידון דידון, הקטנה היתה בת שש אבל היא לא ידעה בטיב משא ומתן ולכן אין יסוד לומר שהיא היתה יכולה לתת מתנה לנתבע.

שנית, אפילו אם נניח שהיה כשרות הלכתית משפטית לקטנה (ז.א. היכרות במשא ומתן) במקרה שלפנינו הטבעת היתה בבעלות של שתובעת ולכן הדרך היחידה שהנתבע יכול לקבל את שטבעת באמצעות בת התובעת היתה אם התובעת מינתה אותה כשליח. ברם כידוע קטן (וכן קטנה) פסול להיות שליח (שו"ע חו"מ סימן קפח, סעיף ב'). לכן בנידון דידן טבעת של הקידושין נשארה ברשותה של התובעת.

ג. חיבת נישואין של "טב למיתב טן דו" כמושא לקנין

אישה שהתקדשה בטבעת שהיתה שלה עוד קודם הקידושין ולפיכך לכאורה לא ביטאה כראוי את רצונה בקידושין. קובע ר' יעקב בר"ש (שו"ת חלקת יעקב אהע"ז פ"א)

דאין דומה רצון האשה להתגרש לרצון אשה להתקדש דטב לימתב טן דו וכו'....

במילים אחרות, ההנחה המובלעת של ר' בר"ש ש"טב למיתב טן דו" מבטא תוצאה מופשטת של רצון האשה לנישואין ולכן אפשר לומר שמבחינה הלכתית-משפטית שזוהי דוגמא של "טובת הנאה" שהיא דבר שאין בו ממש (הגהות מיימניות, הלכות מכירה ה:י; שו"ת מהרי"ט, חלק ב' יו"ד סימן ה')

ובכן יש לברר אי טובת הנאה איקרו ממון ודרך קנין לבצע מעשה קידושין ע"י חיבת נישואין של "טב למיתב טן דו".

והנה בקידושין (נח). יש מחלוקת בין עולא ורבא אם ישראל רשאי לקדש אישה בתרומות ומעשרות (ובשאר קדשים) שאין בהם אלא טוה"נ, וע"ש שרבא סובר שטוה"נ אינה ממון ועולא סובר שטוה"נ כן נחשב לממון. כלומר לפי עולא האישה מקודשת ולפי רבא היא אינה מקודשת.

וגם הפוסקים נחלקו בזה. ישנם פוסקים כעולא שטובת הנאה כן נחשב לממון (מחנה אפרים, הלכות טובת הנאה ד"ה ונמצא; נאות יעקב סימן ד; שו"ת מהרי"ט, ח"ב חו"מ סימן צ"ג) והאשה היא מקודשת.

לעומת זאת יש פוסקים רבים שפוסקים כרבא (קידושין שם) וסבורים שטובת הנאה אינה ממון ולא דרך קנין ולכן היא אינה מקודשת. ראה משנה תורה אישות ה:ו ומ"מ שם; חידושי ר' יהונתן הכהן מלוניל קידושין שם; מרדכי שבועות סימן תשס"ו בשם מהר"ם; קצות החושן סימן ר"ג:א. רע"ה:א; בית הלוי ג:מו; נתיבות המשפט רע"ו ד; ביאור הגר"א חו"מ כז:ק"ב.

לכן בנידון דידון, בהתאם לשיטה הסבורה שטובת הנאה אינה ממון קבענו ש"טב למיתב טו דו" אינו מהוה אמצעי קניני ליצור מעשה קידושין במקרה שהתובעת נתנה טבעתה לנתבע כדי לקדשה.

היוצא מדברינו החלטנו לבטל את הקידושין בגלל שהחתן השתמש בטבעת גזולה ועריכת קידושין
בוצע ע"י רב שאינו מוסמך.

התובעת מותרת להינשא לכל בן ישראל חוץ מכהן.

ועל כל זה באנו על החתום ביום כ"ח אלול תשע"ז (19 ספטמבר 2017)