

הפקעת קידושין למפרע

ברכיהו ליפשיץ

בשנים האחרונות נעשים ניסיונות לסייע בדרכים שונות לנשים מסורבות גט. אחד מהניסיונות הללו מתבסס על העיקרון של הפקעה למפרע של כסף הקידושין, היינו הטבעת שבה קידש האיש את האישה. כך תיחשב האישה כמי שלא התקדשה מעולם לאיש זה והרי היא מותרת לכל אחד. בעת הזאת (אייר תש"ע מאי 2010), עומדות לפני דיון בכנסת שתי הצעות חוק פרטיות. האחת קובעת שאם תוך שנה לאחר שניתן פסק דין של בית דין רבני, שלפיו אפשר לכפות או לחייב איש לתת גט לאשתו, לא ייתן האיש גט כנדרש, יופקע כסף הקידושין למפרע מכוחו של החוק. אם תבוא השאלה לפני בית הדין, הוא יצטרך לקבוע מהו תוקפה של ההפקעה הזאת לעניין היתר נישואיה של האישה לאיש אחר או לעניין כשרותם של ילדים שיוולדו לה מאיש אחר. ההצעה השנייה מעניקה, בנסיבות מסוימות, לבית הדין הרבני את הסמכות להפקיע את כסף הקידושין. יש לומר שאין זה מובן מאליו שהסמכות להפקיע ממון נתונה ממילא לבית הדין, גם אם בכך הוא משפיע על מעמד הקידושין והנישואין. באופן ישיר אין זה עניין "מענייני נישואין וגירושין" המסורים לבית הדין על פי החוק. זה עניין שהוא רכושי ביסודו. כפי שלא הייתה לבית הדין הסמכות לנקוט צעדים שהוא רשאי עתה לנקוט כדי לכפות על בעל לגרש את אשתו, אלמלא הוענקו לו סמכויות אלה במפורש בחוק, הגם שתכליתן היא ענייני גירושין, הוא הדין לעניין הפקעת כסף הקידושין. הואיל ובית הדין משתמש במכשיר של הפקעת קידושין, ולו במקרים נדירים של ממזרות, ראוי ורצוי שיעשה זאת גם בסמכות. בהענקת סמכות זו יהיה גם משום הקלה על החשש מפני גט מעושה שלא כדין, חשש שבתי הדין מרבים לחשוש ממנו. אם יצרפו לכפייה לתת גט גם את הפקעת הקידושין, יוכלו בתי הדין להסתמך על פוסקים רבים הסבורים שעל ידי שילוב זה

האישה משוחררת מעגינותה, שהרי יש כאן לפחות "גט כלשהו", ואין כאן המקום להאריך בכך. מכל מקום, השאלה היא ממונית אף שהשלכותיה הן בדיני אישות. היוזמות הללו עוררו תגובות פומביות מן הממסד הרבני, להבדיל מאלו שניתנו באופן פרטי, ששללו אותן מכול וכול. חלקן היו גם ענייניות, אף כי שגויות וחלקיות. הואיל והמגמה שיסודה בשיקולים של מדיניות הלכתית היא לכפור בכול ולא להודות אפילו במקצת ובלבד שההצעות יידחו, התקלקלה לעתים השורה. משום כך יש להפריד בין הרטוריקה המביעה את השיקולים המטה-הלכתיים, המשקפים מדיניות הלכתית לגיטימית, ושבוודאי היא נראית רצויה לדובריה, ובין השיקולים ההלכתיים כשלעצמם. אכן לא מעט פעמים יקרה שגם שיקולים של פרשנות עיונית הופכים להיות כלי ברטוריקה הנועדת לשכנע באובייקטיביות ובהכרחיות, כביכול, של הפסיקה. כך התרחב הדיון אל פרטים ופרטי פרטים של הסוגיה והועלו תובנות חדשות. כל אלה תורה הם ולימוד הם צריכים, ובמובן זה בוודאי התברכנו בהרחבת העיון ובהעמקתו מפנים שונות. מובן שאין כאן המקום לעסוק בהרחבה בכל מה שעלה בעיון בסוגיה בכללה ובפרטיה, ואדרש כאן רק לפרט אחד ממנה והוא שאלת ה"למפרע", הרטורואקטיביות, שיש בהפקעה.¹

כאמור, ההפקעה המוצעת היא כזאת שפעולתה למפרע: בעת שכסף הקידושין עוד היה בידי האיש עובר למעשה הקידושין. כעת, לאחר שעבר זמן, הטבעת הרי היא כבר בבעלותה של האישה וייתכן גם שאבדה כבר בעניין רע או טוב או שהפכה להיות רכושם של אחרים. האם תיתכן הפקעה מן הבעל בנסיבות אלה?

1 ראו את הדיונים הכלליים שבמאמרים האלו, שבאו עובר ליוזמות החקיקה הנזכרות, ומה שנוכח עוד בהם מן הספרות הקודמת: א' שוחטמן, "הפקעת קידושין – דרך אפשרית לפתרון מעוכבות הגט", שנתון המשפט העברי כ (תשנ"ה–תשנ"ז), עמ' 349; ש' ריסקין, "הפקעת קידושין – פתרון לעגינות", תחומין כב (תשס"ב), עמ' 191; רז"ג גולדברג, "הפקעת קידושין אינה פתרון לעגינות (תגובה)", תחומין כג (תשס"ג), עמ' 158; ש' ריסקין, "כח ההפקעה מונע עיגון (תגובה לתגובה)", תחומין כג (תשס"ג), עמ' 161; רז"ג גולדברג, "אין הפקעת קידושין ללא גט (תגובה)", תחומין כג (תשכ"ג), עמ' 165; ב' ליפשיץ, "אפקעינהו רבנן לקידושין מינייהו", מפירות הכרם, כרם ביבנה תשס"ד, עמ' 317; א' לביא, "האם ניתן להפקיע קידושין של סרבן גט?", תחומין כז (תשס"ז), עמ' 304; ב' ליפשיץ, "על מסורת, על סמכות ועל דרך ההנמקה", תחומין כח (תשס"ח), עמ' 82; ש"ע וזונו, "כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש: לפירושו של הכלל התלמודי", דיני ישראל כו–כז (תשס"ט–תש"ע), עמ' 27.

כידוע, בגמרא יש חמישה מקרים שבהם משמשת הפקעת הקידושין פתרון להתרת אישה. בקבוצה האחת מדובר באישה שהתקדשה שלא כהוגן ולא ניתן לה כלל גט (שני מקרים): בבבא בתרא מח ע"ב מדובר באישה שאולצה להתקדש ("תליוה וקידשה"), וביבמות קי ע"א מדובר באישה שעמדה להתקדש לאחד ובא אחר וקדם וקידש אותה. בשני מקרים אלה הותרה האישה גם בלא שהיה צורך בגט. בקבוצה האחרת עוסקים במקרים שניתן גט, אך הגט אינו כשר (לכאורה) מן התורה (שלושה מקרים): בכתובות ג ע"א מסר איש גט לזמן, שאם לא יחזור לעירו עד לזמן מסוים יינתן הגט לאשתו. קודם לזמן הנקוב הוא הגיע סמוך לעיר, אך בינתיים עלה הנהר על גדותיו, וכך נמנע ממנו להגיע אל העיר ממש. קידושיו הופקעו למרות טענת האונס שטען: "חזו דאתאי" - ראו שהגעתי והנהר הוא שעצרני. בגיטין עג ע"א עוסקים בגט שנתן שכיב מרע לאשתו שמא ימות ותיפול לפני היבם. אלא שהוא קם מחוליו, ולכן ככל מעשיו של שכיב מרע הגט בטל. למרות זאת אמרו שיצאה אשתו ממנו. ביבמות צ ע"א (ובגיטין לג ע"א) שלח אדם גט לאשתו בידי שליח, וקודם שבא הגט לידה ביטל הבעל את השליחות. אף על פי שמן התורה רשאי ויכול היה הבעל לעשות כן ולגט לא היה עוד תוקף, גם כאן הותרה האישה. בשני המקרים הראשונים דברי הגמרא בטעם הדבר הם: "הוא עשה שלא כהוגן ואפקעינהו רבנן לקידושי/ה/לקידושין [מיניה/מינה].² אמר ליה רבינא לרב אשי: תינח דקדיש בכספא, קדיש בביאה מאי איכא למימר? שויה רבנן לבעילתו בעילת זנות". לעומת זאת בשלושת המקרים האחרונים, אלה שיש בהם גט, נאמר: "כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואפקעינהו רבנן לקידושי מיניה", וההמשך הוא כמו בשתי הסוגיות הראשונות. לא נדון כאן בשאלה אם יש משמעות לכך שהטעמים הבאים בשתי הקבוצות הם שונים, דבר שעסקו בו הראשונים והאחרונים. כמו כן לא נדון בשאלה מהי הסוגיה המקורית שבה נשאלה שאלתו של רבינא, וניתנה לה תשובתו של (מר בר) רב אשי וממנה היא הועברה לשאר הסוגיות, שאלה שבה דנו החוקרים לרוב.

לענייננו, ראשית יש לדון בשאלה מה מופקע ב"הפקעת קידושין", כלומר מה פירושה של המילה "קידושין" בביטוי "אפקעינהו רבנן לקידושי". כאן יש גרסאות הגורסות גם "לקידושין מיניה", יש הגורסים "מינה" - ממנה, ויש שמפסיקים ואינם מוסיפים דבר. שתי אפשרויות בדבר: מעמד הקידושין או כסף הקידושין. שני הדברים מכונים כך בתלמוד, ואף שבפינו, בעקבות הראשונים

2 לחשיבותם של השינויים ראו להלן, וכן ראו ליפשיץ, תשס"ד (שם).

והאחרונים, שגור יותר המשמע הראשון, מעמד הקידושין, הרי שבגמרא הוא מצוי יותר במשמע של כסף הקידושין דווקא. לא נדון כאן בראיות לטענה שיש להעדיף את המשמע הזה לביטוי "אפקעינהו רבנן לקידושי מיניה" על פי הקשריו השונים, אלא נדון בשתי החלופות, וכפי שפירשון המפרשים. רק אומר שלענ"ד ככל המשמעות הזו, שלא היה מצוי בתודעה הפרשנית בעת שטיפלו בסוגיה, הביא לקשיים רבים בניסוח הפירושים ובהכרעה ביניהם. עוד נרמוז לכך להלן.

אם מעמד הקידושין הוא המופקע, כיצד פועל הדבר? יש אומרים "שכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש", והרי זה תנאי שלקידושין יהיה תוקף רק אם ירצו בהם חכמים, ואם לא ירצו – לא יהיה להם תוקף. התנאי הזה פועל ככל תנאי אחר (אף שלא נעשה על פי משפטי התנאים), ואם הוא לא התקיים בטלים הקידושין מלכתחילה על ידי הכוח המיינן שניתן בהם בעת עשייתם. נראה שאין הגמרא חוששת לביטולו של התנאי הזה על ידי הבעל, גם אם בני הזוג החלו בחיי הנישואין. מפרשים אלה סבורים שעל אף שהנמקה זו אינה ניתנת בסוגיות של "הוא עשה שלא כהוגן", הרי היא תקפה גם בהן.

דרך נוספת לביטול מעמד הקידושין נוקטת אמצעי חריף וסוברת שיש כוח ביד חכמים לעקור את עצם הדבר. הואיל ואין אנו פוסקים כרב חסדא (יבמות פט ואילך) ואנו סבורים שאין כוח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה, סברו רבותיו של רש"י שקידושי כסף הם מדרבנן והם אמרו להפקיע אותם. רש"י, והסכים עמו הרמב"ן, דחה את דבריהם באמרו שגם קידושי כסף הם מהתורה, ואין כאן המקום להיכנס בפולמוס זה. יש שאמרו שכשיש צורך בדבר יש כוח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה גם בקום ועשה.

האם במקרים אלה מופקעים הקידושין למפרע או רק מכאן ולהבא? נראה שלפי לשונו של רבא (ביבמות פט ע"ב) בהסברת הדעה החולקת, היינו "בית דין מתניין לעקור דבר מן התורה", המשמעות היא שהדבר נחשב כלא היה, מעיקרו לא היה, וכלשון המשנה המובאת שם: "לא עשה כלום – כל עיקר", ולא שהדבר נעקר מכאן ולהבא, שהרי אז עשה גם עשה עד למועד ההפקעה.

בעיית הפקעת קידושין עלתה בסוגיה זו בהקשר של קושיה על הסובר שאין כוח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה, כשהקשו מן הברייתא האומרת: "ביטלו [הבעל את הגט שנשלח בידי שליח] – מבוטל. רשב"ג אומר: אינו יכול לא לבטלו ולא להוסיף על תנאו, אם כן, מה כוח בית דין יפה?" ואם כן יש כוח לעקור דבר מן התורה. מלשונו של רשב"ג משמע שביטול הגט אינו תקף, אף על פי שכך הוא הדין מהתורה. לדבריו, אין הקידושין מופקעים אלא כוח הביטול שבידי הבעל

הוא המבוטל, וכדברי רש"י שם: "הכא, דמדאורייתא מצי מבטל ליה עד דמטי לידה, דכתיב ונתן בידה, ועד דמטי לידה לאו גיטא הוא". הגמרא מתרצת את הקושיה באמרה שכאן אמנם הפקיעו חכמים את הקידושין בכוח אחר שיש בידם, ואשר אינו נזקק לכוח המיוחד לעקור דבר מן התורה; אולי בגלל תנאי ואולי בגלל הפקרת כסף הקידושין.

בין הראשונים יש מי שסברו שהפקעת הקידושין נעשית רק מכאן ולהבא. כך התחיל המהלך אצל ר"י הלבן ששאל:

לא נהירא פירוש הקונטרס, דפירש הכא נעקריה **למפרע** משעת קידושין [...] דאם כן כל אדם שזינתה אשתו בבירור [...] והוליד ממנה הבועל ממזרים, ישלח גט לאשתו על ידי שליח ויבטלנו [...] אלא ליתא, דאין הפקעת קידושין למפרע אלא בעושה שלא כהוגן, אבל בכי האי גוונא בגירושי הגט [כלומר באותן סוגיות שבהן נעשתה הפקעה אחר שניתן גט שלכאורה הוא פסול מן התורה] אינה מגורשת אלא מנתינת הגט ואילך [...] אדעתא דרבנן מקיים קידושיו ומפקעינן בגט [...] וכי היכי דבשעת קידושין על דעת דרבנן מקדש, הכי נמי בשעת גירושיה נמי **מגרש אדעתא דרבנן** [...] כל המגרשין כאילו מפרשים בשעת נתינת הגט בפירוש, שאפילו ארע אונס או יבטל שליחות השליח [...] לא יהא אונס מבטל הגט [...] והוי גט מדאורייתא [...] ורבנן בתקנתן העמידו כשרותו מן התורה.³

הסיפא של דברי ר"י הלבן יכול להתפרש כאילו חכמים הכשירו גט שבאמת הוא פסול, אך אין זה כך. כפי שעולה מן המשפט הקודם שבדבריו, הואיל והוא מגרש אדעתא דרבנן, כשם שהוא מקדש אדעתא דרבנן, הגט כשר ממילא מן התורה.⁴

3 תוספות ר"י הלבן לכתובות ג ע"א. ראו גם בבלי, גיטין לג ע"א, תוד"ה "ואפקעינהו", שהביאו קושיה זו בשם הרשב"ם, ותירץ ר"י, "דאין לחוש אלא כשמחפה עליה שלא כדין, אבל הכא כדין מחפה ומן התורה פנויה". רבנו תם אמר: "אי ידעינן שלכך נתכוון לא מפקעינן קידושין מיניה, דלתקנה עשו חכמים ולא לתקלה". בסוגייתנו זו היא תקנה ראויה ואין היא תקלה.

4 ראו שלטי הגיבורים על המרדכי לגיטין סימן תמו, ס"ק א: "כי היכי דתקינן בקדושין כדת משה וישראל כדאיתא בפ"ק ד כתובות כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש גבי מי שמגרש [...] ג"כ נוכל לומר כל דמגרש אדעתא דרבנן מגרש". ראו הגהות מראה כהן לר"ב כהן ליבמות צ ע"ב ובפני יהושע לגיטין עג ע"א; ראו מה שהביא ש"ע וזנר (לעיל הערה 1), עמ' 33, הערה 14.

אכן ר"י הלבן מצמצם את מספר המקרים שבהם יופקעו הקידושין למפרע, אך גם הוא מודה שבמקרה שהאיש עשה שלא כהוגן, ואי אפשר שיינתן כעת גט, יש יכולת להפקיע למפרע, וכך אמנם נעשה. דרך זו נקטו גם ראשוני ספרד, ובראשם הרשב"א, שאמרו שהואיל ויש בכוחם של חכמים להפקיע את הקידושין, והואיל והמגרש אינו חפץ בהפקעה (כדי שבעילותיו לא ייחשבו למפרע כבעילות זנות), הוא גומר לגרש בלב שלם, אף שבפיו הוא אומר ואף צוות בקול רם בניגוד לכך.⁵ אומדנה רחוקה זו עולה לכאורה רק מקשיים ומקושיות. ראשית, כאמור החשש מפני טיהור ממזרים, ושנית, הטענה שהתראת אישה שזנתה היא לפיכך תמיד בגדר התראת ספק, ואם כן לא מצינו נואפת שתיענש. אך לקושיות אלה ניתנו תשובות טובות, ונראה שהן באו רק להגביל את היקף התוצאות המוזרות לכאורה של ההפקעה וכדי שלא לפרוץ גדר. ר"י בעל התוספות, הרא"ה והרמב"ן סברו שאין בכך כלום שממזרים ייטהרו, ואדרבה ראוי שכך יהיה וכך היא דרכם של חכמים בתקנותיהם. כך נוהגים לעתים בפועל גם בתי הדין הרבניים בימינו: הבעל הנבגד כותב גט לאשתו, הוא משלחו ביד שליח ומבטלו בניגוד לתקנה. הפקעת הקידושין נעשית למפרע קודם לניאוף וכך נטהר הממזר. זהו ההליך הידוע כ"גט מהרש"ם".⁶ אכן כשהבעל כבר מת או גירש את אשתו קודם לכן או שאינו מעוניין לשתף פעולה עם בית הדין, יש לנקוט דרכים אחרות לפתרון הקושי, אם דרכים אלה אפשריות באותם מקרים.

גם את החשש מפני התראת ספק סילק הרמב"ן באמרו: "כיון דהשתא אשת איש גמורה היא ועדין לא עשה בה מעשה זה [המוביל להפקעת הקידושין]. ועוד, שהמעשה תלוי ברשות אחרים, שהוא הבעל, ולא בידה", ולכן אין הדבר בא בגדר "התראת ספק". אף על פי כן סיכם הרמב"ן ואמר: "ואפשר דקידושין נעקרין לגמרי [למפרע ומן התורה], וממזרים אינם נטהרים ואיסורא דכהן וקרובים – מדבריהם". אם כן האישה יכולה להינשא לאחר (שאינו מן הקרובים) בלא גט, ובניה ממנו אינם ממזרים.

יש לשים לב לכך שחכמים אלה סברו שכאשר ניתן גט פסול הוא איננו מוכשר בגלל כוחם של חכמים להכשירו ישירות למרות פסלותו, אלא כשרותו היא תוצאה עקיפה הנובעת דווקא מכוחם המוכר והרגיל של חכמים להפקיע ממון.

5 ראו מה שהובא בשיטה מקובצת לכתובות ג ע"א ובראשונים בסוגיות הנ"ל.

6 ועל אף שיש על כך פרכות לא מעטות נוהגים כן לחומר העניין או שעושים שהבעל זורק את הגט קרוב לו וקרוב לה, ואכמ"ל.

בעלי דעה זו היו מוכנים ליצור אומדנה פיקטיבית בדבר רצונו האמתי המשוער של המגרש, ובלבד שלא להניח קיומו של כוח מיוחד שיש בידי חכמים להפקיע את מעמד הקידושין או לתת תוקף לגט הפסול.⁷ אכן ככל שהפיקטיביות גדולה יותר כן דק יותר הקו המבחיין בין כוח ישיר ובין כוח עקיף, אך זוהי מהותה של פיקציה.

בין כך ובין כך, יש הכרח לראשונים אלה לסבור שהבסיס הראשון הוא היכולת הממשית שיש ביד חכמים להפקיר ממון, כעולה מן ההבחנה שעשה רבינא בין קדיש בכספא, שהוא "ניחא", ובין קדיש בביאה. ועוד, שבאותם שני מקרים שלא היה בהם גט, ולכן אי אפשר היה להניח דבר בעניין כוונתו של הבעל בנתינת הגט, בהכרח הוא שהסמכות שבכוח להפקיר ממון הופעלה בפועל, ולא שימשה רק בתפקיד המשני של מתן טעם לכוונתו המשוערת של הבעל ליתן גט בר תוקף. לכן צריך היה גם לשיטתם לתת לסמכות זו מקום גם בסוגיות שבהן היה גט.

לבעל ספר "מרחשת" הסבר אחר להפקעת הקידושין. לדעתו, טעמם של הסבורים שמעמד הקידושין פוקע מכאן ולהבא הוא שכל המקדש הריהו כמקדש לזמן: "דכיון דאמרינן כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, אם כן קידש זה שיהיו הקידושין חלין [רקן] כל זמן שיהיו חכמים רוצין שיהיו קידושין – הרי אלו יתבטלו מזמן שלא ירצו חכמים".⁸

צריך עוד להוסיף ולהסביר שאף על פי שלפי הדין כל המקדש לזמן צריך גט לגירושו, הרי זה בגלל שבאותו זמן שאותו בחר לתקופת הקידושין קידושו הם

7 השו"ב דברי רש"י בכתובות ג ע"א שהובאו מיד: "בגטין שהכשירו חכמים". נראה שכוונתו היא לסידור הגטין הרגיל, ולא שבמקרה זה הוכשר הגט, וראו להלן. השו"ב אבישלוס וסטרייך, "הפקעת קידושין" במקורות התלמודיים: לשורשיו של פולמוס חדש-ישן" סידרא (בדפוס).

8 חלק ב, סימן יא, אותיות ט-י. ראו גם ידי אליהו לר"א גליפאפא, על הרמב"ם, תיקון סו. ראו את דברי בעל "טיב גיטין" לגיטין עג ע"א. ראו גם מה שהביא עוד בסוגיה זו הרב ד' לאו, "הפקעת קידושין למפרע בימינו", תחומין יז (תשנ"ז), עמ' 251, 260–266. וראו מה שהביא משו"ת משיב דבר לנצי"ב מוואלוז'ין (אבן העזר, סימן כט), שלמרבית הקושי כתב: "נראה לי בדעת השלטי גבורים דבר שאיני מבין בעצמי מה שאני מדבר", לעניין כוחם של חכמים "להחליש" את תוקפם של הקידושין. נראה, שמפרשים אלה נטו אחרי ההבנה שמה שמופקע או מוחלש הוא מעמד הקידושין ולא כסף הקידושין, ולכן פירשו כפי שפירשו. כאמור, עיקר ענייננו הוא בהפקעת כסף הקידושין.

מוחלטים, אבל כאן, כדבריו, "במקדש אדעתא דרבנן, שלא קידש בהחלט גם לאיזו שעה, שמא לא ירצו שיהיו הקידושין חלין גם בשעה הראשונה [...] אף אם חלו איזה זמן גם כן פקעי אחר כך אם ירצו חכמים", ובלא גט. לפי דברים אלה הוא מבחין בין איסור לקרובים – החל, שכן האישה הייתה מקודשת, ובין איסור לכהן – שאינו חל, שהרי סוף סוף היא לא התגרשה בגט. דברים אלה הם חידוש גדול, אולם קשה להבינו: כי מהו ההבדל בין קידושין שחלו בוודאות לזמן מסוים ובין כאלה שחלו כביכול בלי ודאות כזאת, אך התברר אחר כך שאמנם היו תקפים עד להחלטתם המאוחרת יותר של חכמים?

דברים אלה יכולים אולי להקל מן הקושי שיש בדברים שהובאו בידי בעל שיטה מקובצת לכתובות ג ע"א:

ואית דמתרצי, דכי אמרינן אפקעינהו [...] לאו משעת קידושין אלא השתא משעת מעשה. וכל זמן שלא נעשה המעשה, שלא קיבלה גט באונס כהאי גוונא, חייבת בחנק [...] אבל על קידושין גמורים – אם היה בהם משום נולד – אין הקידושין בטלים כי אם מכאן ואילך **ובגט**.

אך גם את הדברים הללו אין לפרש שהקידושין פקעו מכאן ואילך מכוח תקנתם של חכמים אלא כדברי הראשונים הובאו לעיל, שההפקעה האפשרית למפרע (כמוכח מן המקרים שבהם לא היה גט, והקידושין הופקעו בכל זאת) גורמת לבעל גרש ללא סייג.

כאמור, הראשונים לא ראו כל פגם עקרוני בהפקעת כסף הקידושין למפרע, היינו עובר לזמן הקידושין, ובכך לבטל את הקידושין מעיקרם. אולי אין זה רצוי לעשות כן מסיבות שונות, אבל עקרונית הדבר אפשרי.

כך הוא במקרים שהופקעו בהם הקידושין, בלית ברירה, גם כשלא ניתן גט פסול לכאורה, כגון במקרה של קידושי חטיפה או של קידושי אילויץ. ואלה דברי רש"י: "ואפקעינהו רבנן על ידי גט זה לקידושין מינה, ושווינהו למעות דקידושין מתנה **למפרע**, דהפקך בית דין היה הפקר. התינח דקדיש בכספא – איכא למימר אפקעתא, דשווינהו למעות מתנה"⁹.

למה כוונתו של רש"י? האם מעמד הקידושין הופקע על ידי הגט? לכאורה, הניסוח שבדברי רש"י "ואפקעינהו [...] **לקידושין מינה**", מרמז לכיוון זה, אך בהמשך הדברים ברור שהכוונה לכסף שהופקע מן הבעל ונעשה מתנה. אכן במופעים השונים של ביטוי זה ("ואפקעינהו...") בגמרא ובראשונים יש שלא גרסו

9 בבלי, יבמות ע"ב, ד"ה "ואפקעינהו רבנן".

"מינה" או "מיניה" כלל, יש שגרסו "מינה", ויש שגרסו "מיניה", והגרסה האחרונה נוטה לכיוון הפירוש של הפקעת כסף הקידושין מן המקדש (ובאמת גם "מינה" יש לקרוא "מיניה"). דומה שכפל המשמעיים שהוזכר לעיל של המונח "קידושין" הוא שגרם לשינוי הגרסאות הזה. מי שגרס "מינה", ומכל מקום גם הבין שהמכשיר לכך הוא הפקעת כסף הקידושין, ברור הוא שהפקרת הכסף היא בעלת תפקיד בסוגיה, ורש"י נתן לה תפקיד ראשי בכל חמש הסוגיות – צריך היה להיכנס בקושי הזה שבא אולי לידי ביטוי בדברי רש"י הללו. במקום אחר פירש רש"י כך:

כל המקדש אשה על דעת שהנהיגו חכמי ישראל בישראל הוא מקדש, שיהיו קיימין קידושין לפי דברי חכמים ויהיו בטלים לפי דברי חכמים על ידי גיטין שהכשירו חכמים. ואפקעה רבנן לקידושין כשיבוא גט זה אחריהם. תינח למימר אפקעתא דקדיש בכספא, דנימא גט זה עוקר הקידושין ועושה מעות מתנה מעיקרן.¹⁰

ברור שרש"י מפרש כאן "קידושין" כמעמד הקידושין. לדבריו, יש גטין הפסולים מן התורה להתיר אישה מבעלה מכאן ולהבא, אך יש מספר מקרים שאותם קבעו חכמים, והם כשיבוא גט פסול אחר הקידושין והוא עוקר אותם במובן זה שעל ידי תקנתם של חכמים הוא עושה את המעות מתנה מעיקרן. ממילא לא היו כאן קידושין כלל. כלומר יש שני סוגי גטין. הסוג האחד הוא הרגיל ובנתינתו האישה מגורשת מכאן ולהבא, ובסוג השני לא הגט הוא המתיר מכאן ולהבא, אלא הוא מפעיל את הכוח הרגיל של חכמים להפקיר ממון; הגט הניתן בנסיבות מיוחדות (שכיב מרע, גט על ידי שליח, אונס בגטין) הוא הנסיבה להפעלת ההפקרה למפרע של כסף הקידושין.¹¹ ראו גם את דברי רש"י בגיטין לג ע"א, שגם הם יתפרשו על דרך זו. כך הובנו דבריו גם על ידי נכדו הרשב"ם, ר"י הלבן (שדבריו הובאו לעיל), הרמב"ן ואחרים.

אכן היו מן המפרשים האחרונים שלא תלו את הקושי שיש בהפקעה למפרע בגורם הקידושין, אלא בכוח ההפקרה של הממון שיש בידי בית הדין לעשותו.

10 בבלי, כתובות ג ע"א.

11 יש להעיר שרש"י עורך הקבלה בין הפיכת הביאה שנעשתה לשם קידושין לביאת זנות ובין המעות שניתנו לשם קידושין, שהפכו למעות שניתנו במתנה. הוא יכול לומר גם שהמעות לא ייחשבו כמעות של האיש כלל ואין כאן לא קידושין ולא מתנה.

בעל "לב שמח" בפירושו לשורש השני של ספר המצוות לרמב"ם, תוך שהוא דן בתוקפו של קניין כסף לקידושי אישה, כותב כך:

הפקר ב"ד הפקר הוא לברו אין לו עניין ואין בו מועיל במקום הזה כלל, דהפקר ב"ד שאמרו בכל מקום דהוי הפקר אינו אלא מכאן ולהבא, כלומר משעה שמפקירין אותו ואילך. המשל בזה איש שקנה ומשך חפץ בדמים שקיבלם בעל החפץ ובאו לידו, ואח"כ לאיזו סיבה גזרו חכמים שאותם הדמים יהיו הפקר. ודאי שממי שהדמים בידו הם מפקירים אותן, שלעת כזאת שלו הן ולמי שקנה החפץ בעצם אין לו עוד בהם חלק ונחלה, יפה נתן ויפה לקח החפץ וקנאו כדין באותן מעות שהיו אז שלו, ומה לו מהדמים אם יפקירו אותם אחר שיצאו מרשותו? כן הדבר הזה: הקידושין נעשו וניתנו לאישה מהמעות שהיו של המקדש אז באותה שעה, וכדין נתקדשו בהן ונקנית לו בגללן. ואם אח"כ בגט של דבריהם יעשו אותן המעות הפקר,¹² יהיו הפקר מכאן והלאה ומהאישה, שעתה הן שלה וקנאתן בעד כסף קדושה הם מפקירים אותן, ומה לו לאיש המקדש מאותו ההפקר, ומה ביטול יהיה בו.¹³

בעל לב שמח פירש שהתנאי הוא העוקר, וממילא המעות נעשו מתנה. כן פירש גם בעל ההפלאה: "אין שייך להפקיר המעות שכבר אינן בעולם",¹⁴ וכן בספר "קרן אורה": "היכן מצינו הפקר כזה לחול למפרע, וכבר נתאכלו המעות".¹⁵ לדעת בעל שו"ת זית רענן אי אפשר להפקיר למפרע, כי "דבר זה רחוק מדעת ומסברא הפשוטה [...] אי אפשר להפקיר אותו לעשותו כמתנה למפרע כיון שכבר כלה ונאבד כסף הקידושין".¹⁶

מקורות אלה הובאו על ידי הרב אוריאל לביא,¹⁷ שסבר לצרף לדעה זו גם את ה"חתם סופר", שכתב: "היכי דבשעת קידושין עשה שלא כהוגן [...] אז פשוט דמפקירין הכסף [...] אך גבי בטלו מבוטל ואונס בגיטין, כיון שכבר עבר זמן רב, לא שייך הפקר בי"ד למפרע כיון שהקידושין היו כהוגן", ולאחר מכן כתב:

12 גם בעל לב שמח הבין אפוא שגט מדבריהם פועל על ידי ההפקר.

13 עמ' פט במהדורת פרנקל.

14 לכתובות ג ע"א.

15 בבלי, יבמות צ ע"ב.

16 שולחן ערוך, אבן העזר א, סימן א.

17 א' לביא, "הפקעת קידושין אינה מענה לסרבנות גט", תחומין כט (תשס"ט), עמ' 247.

“שהרי כבר הנחנו כיון שבשעת הקידושין לא פעל און, נקנית האישה לו ואי אפשר להפקיר הכסף למפרע.”¹⁸

אלא שזו ראייה לסתור. לדעתו של ה”חתם סופר” ההנמקה לאי הפקעה למפרע במקרים אלה היא בשל היעדר ההצדקה של פעולה שלא כהוגן בזמן הקידושין, אבל לא בגלל שלילת הכוח המאפשר עקרונית להפקיר מעות למפרע, גם אם אין הן עוד בעולם. אילו היה נימוק טוב היו מפקיעים גם למפרע.¹⁹

אך באמת צריך להבין מדוע רחוק הדבר מן הדעה ומן הסברה הפשוטה שיכולים חכמים לעקור למפרע גם את זכות הבעלות שהייתה בעבר לאיש בכסף שבו קידש את אשתו? וכדברי הרמב”ן שהובאו לעיל: “הא תינח דקדיש בכספא, שהוא מקדש על דעתם מפני שהפקר בית דין הפקר, ואין ממון זה שלו אלא ברצון חכמים”, ורצונם זה יכול לגלות גם למפרע על כך שהממון לא היה שלו ולכן לא יפה נתן ולא יפה קידש! הלא העיסוק הוא בכללים הלכתיים-משפטיים, בנורמות התלויות בכוחו של המחוקק וברצונו. המשפט הוא זה המכונן את הזכויות ואת הכוחות השונים. המשפט מגדיר, קובע ומחייב כללי התנהגות. המשפט הוא זה המכונן את הזכויות, את החובות, את הכוחות השונים ואת כללי התנהגות. הנורמות אינן נמצאות כמו מאליהן במציאות ואינן כחוקי הטבע הטבעיים כביכול בגופים ממשיים. המחוקק, ברצונו יצרן וברצונו ביטלן, וזכויות נעשות לו כשגגות. הזכויות המשפטיות הן בבחינת נשמות ערטילאיות, אשר אף אם אין הן עמנו היום, אף על פי כן הן באות כברית ותחת שלטונו של החוק. החפץ הממשי נבדל מן הזכות שיש לאדם בו גם בזמן קיומו, והגדרת הזכות אינה מתבטלת עם ביטול החפץ. ביטולה של הזכות יכול לפעול אפוא גם למפרע.

התשובה לכך היא בעמדה שנקטו כמה בתי מדרש וחכמי הלכה לדורותיהם והיא “התפיסה הנטורליסטית של המשפט”.²⁰ לפי שיטה זו הטומאה למשל היא “מציאות”. היא נוצרת, מידבקת ומסתלקת; היא נכנסת ויוצאת, בוקעת, עולה ויורדת, ובעיקר – היא “חלה”. כך הוא גם באשר לתפיסת הקניין שאין הוא “חל”

18 שו”ת חתם סופר, אבן העזר, סימן קט.

19 ראו שו”ת ר’ עקיבא איגר, סימן קה: “פעמים רבות אין מספר מצינו תקנת חז”ל בממונא מפני תיקון העולם [...] ופשיטא דביד חז”ל להפקיע ממון מאיזה טעם שיהיה להם אף בלא פשע, והאריכות בזה אך למותר”.

20 ראו על כך בהרחבה אצל ש”ע וזונר, חשיבה משפטית בישיבות ליטא בראי משנתו של הרב שמעון שקאפ, עבודת דוקטור, ירושלים תשס”ה. החומר שלהלן לקוח מעבודה זו.

לאחר זמן, או בדבר שלא בא לעולם, או בדבר שאין בו ממש.²¹ כך למשל נאמר על ידי הרב י"ל בלוך: "חלות קניין מהוה מציאות בעצם החפץ [...] כי כל קנייני האדם [...] שייכים לשורש נשמתו. אבל לו היו חוקי התורה רק דברים מוסכמים להנהגת בני אדם, לא היה נעשה שום השתנות בשדה זו".²²

הרי לפנינו תופעה מעניינת של הגדרות, כמעט מיסטיית, הנתפסות דווקא כ"מציאות". העולם האידיאלי של ההלכה (ושל "איש ההלכה" אליבא דהרב סולוביצ'יק) והעולם המעשי מתאחדים אפוא. בעולם כזה צריך שהסיבה תקדם בזמן למסובב, כפי שהוא גם בעולם הטבע המוחשי. שאלת היעדר-התחולה הרטרואקטיבית היא אפוא עניין מכריע לפי התפיסה הנטורליסטית.

לכן כך הסביר ר' שמעון שקאפ, מן התומכים המובהקים וממגדיריה של שיטה זו, את טבעה של התרת הנדר על ידי חכם כשהנודר מתחרט על נדרו:

עיקר העקירה מכאן ולהבא, שהרי היה אסור עד עתה, ואע"פ שעוקרו מעיקרא, מכל מקום אסור היה עד היום [...] ומשום הכי כשאנו דנים עתה בנזיר לספק שמא ישאל על נזירותו ותתבטל הנזירות, אנו מסופקים בעתיד שמא יהיה מקרה שיגרום ביטול העניין מה שהוא במציאות עכשיו [...] ²³

ונראה דהבירור בכלל דחכם עוקר הוא דין להנהגה, והיינו שיש לנו דין להנהגה על מה שנוגע להבא כאילו לא היה מקודם, וזה פועל דין חדש אחר כך על ידי ההתרה [...] וכל זה הוא להבא, אבל למפרע פשיטא שהיה, ומשום הכי כשהלקינו ליה כדין [אנו] עושים.²⁴

במקום אחר סיכם: "והרבה עניינים כיוצא בזה מצינו בש"ס, שאמרינן שחל למפרע, ובאמת הוא העניין שמכאן ולהבא חל הדין לדון למפרע". מכאן נשתרש המונח הידוע "מכאן ולהבא למפרע".

קביעות אלה מנהירות את עמדתם של האחרונים שנזכרו לעיל, שלא היו יכולים להעלות על דעתם שמה שהתחולל בעבר, והיה כבר תקף בעבר, יוכל להתבטל בעתיד באופן רטרואקטיבי על ידי הכרזתם של בעלי הסמכות להכריז כך. אך תשובתו של הגרש"ש מסלקת גם את קושייתם כפי שניסחיה.

21 כלל ההלכות הללו יש גם הסברים אחרים, מלבד אלה ה"נטורליסטים", ואין כאן המקום להאריך בכך.

22 שיעורי דעת, א, מאמר קדושת התורה, עמ' רלב-רלג.

23 גם לשיטתו אפוא יש משהו בהתרה הפועל רטרואקטיבית, וראו הגדרתו שתובא מיד להלן: "שמכאן ולהבא חל הדין לדון למפרע".

24 שיעורי ר' חיים שמואלביץ, נדרים, עמ' תכב.

אם ניוזכר בשאלה ששאלו הראשונים נגד האפשרות של הפקעת קידושין רטרואקטיבית בדבר התראת ספק ואיסורי ממזרות, הרי שר' שמעון שקאפ היה אולי אומר שהממזר הוא ממזר ואי אפשר לשנות את מעמדו, והתראת ספק אין כאן, שהרי בזמן המעשה הוא היה אסור, כי "למפרע פשיטא שהיה, ומשום הכי כשהלקינו ליה – כדין עושים". פתרון זה מתאים, באופן מעניין, לדרכו של ר"י הלבן שלפיה כוחה של ההפקעה הוא רק מכאן ולהבא, כשיכולה להתוסף עליה תשובה אחרת לשאלה הכיצד: על ידי הפקר בית דין מכאן ולהבא למפרע. אך מכל מקום הראשונים שתירצו קושיות אלה בדרך אחרת לא העלו על דעתם כלל את הפתרון הזה של "מכאן ולהבא למפרע", ולדעתם ה"קידושין נעקרו לגמרי", כלשונו של הרמב"ן.²⁵ למפרע לגמרי.²⁶

שאלה נוספת העולה בהקשר זה היא שאלת סמכותו של הקהל ומוסדותיו להפקיע ממון של קידושין. לכך הקדשתי סקירה מפורטת במקום אחר ולא אחזור כאן על הדברים.²⁷ אומר רק שאין זה חשוב כלל מהי הדרך שנבחר לראותה כזו הננקטת על ידי בתי הדין. כפי שפירטנו לעיל, לקהל יש סמכות להפקיע ממון, וכך נהגו הקהילות מאז ומעולם.

סקירה מלאה ובלתי מסוגרת אפשר למצוא אצל הרב רפאל אהרן בן שמעון, בעל "מצור דבש", רבה של מצרים, בתשובה שעסקה בכך. תחילה הוא מודה שמעולם לא הפקיע קידושין וטרח מאוד לשכנע בעלים לתת גט לנשותיהם, אלא שהמציאות השתנתה ונוצר הצורך הדחוף לשחרר נשים מעגינותן. ראוי להביא כמה משפטים מדבריו, החשובים לעניין כמה מן הטענות המועלות בהקשר זה, וביניהן הטענה שיש ספק בעניין תוקפו של הפקר של הממון לעניין הקידושין:

25 כך העירו, כבדרך אגב, עורכי האנציקלופדיה התלמודית, כרך י, עמ' קט, בערך "הפקר בית דין", שלאחר שהביאו את דברי בעל ההפלאה לכתובות ג ע"א, שסבר גם הוא שהפקר למפרע אינו מועיל אם המעות אינן בעולם, ולכן היו צריכים לומר בגמרא גם את הטעם שכל המקדש אדעתא שרבנן מקדש, כתבו (בהערה 152): "אבל מדברי הראשונים שם שלא תירצו כן לא נראה כן". אכן דבריו של בעל ההפלאה באו כתירוץ על שאלה שיש לה תשובות רבות.

26 אציין עוד שהצעת החוק הראשונה עדיפה לכל הדעות אם תוקפה יהיה רק מיום חקיקתה ואילך. רק כך יתברר, בכל פעם שיקרו הנסיבות המתאימות, שחלה תקנת הקהל מזמן הקידושין, מה שאין כן לפי הדרך השנייה המוצעת, שלפיה יפעיל בית הדין את סמכותו להפקיע ממון למפרע. וראו צפנת פענח להלכות גירושין יב, טז.

27 ראו מאמריי (לעיל הערה 1).

בנדון דידן דהפקר בית דין הפקר אין התנא מסופק בזה, כי הש"ס מלא על כל גדותיו מדין הפקר בית דין הפקר, ומן התורה הוא [...] גם הדין דמקדש בדבר שאינו שלו אינה מקודשת הוא הלכה פסוקה ומשנה ערוכה ואין חולק. ומאחר שבעניין הממון אין אנו מסופקים כלל [...] מה ספק נשאר לנו בצד האיסור? הא הכא גבי קידושין האיסור נמשך מחמת הממון דכסף הקידושין [...] ואם אין קידושין – אין כאן איסור מעיקרו.²⁸

והוא מסכם ואומר כנגד משמיעי טענה אחרת:

אכן, מה נעשה אם אין בידינו לקחת מיד אלה בני בליעל גם גט, ותישאר אלמנות חיות? וזה פתח לצאת לתרבות רעה וכאשר הניסיון הוכיח. אם כן, אם באנו להחמיר עד דיוטה התחוננה כסברת מוהריב"ל ז"ל נמצאת אתה אומר בדבר חומרו קולו, ותהיה אשת איש מזנה! ? ובלי ספק לו עיני מוהריב"ל ז"ל ראו את הדור האחרון שאנחנו שרויים בתוכו [...] גם הוא היה הראשון למייסדי התקנה של הפקעה, ובפרט שגם התקנה היקרה הזאת.

ואם באמת לא נשמע הפקעת הקידושין בערי ישראל דבר הרגיל והווה בכל עת ובכל זמן, אין זה תימה.²⁹ דזה גם הוא לא נשמע בשום זמן שהממשלות יתירו הרצועה להיות אדם חופשי בדת ואמונתו, אם ירצה יעשה ואם לא ירצה אין איש אשר יאמר לו מה תעשה [...] וזהו פרי החופש והדרור השורר בארץ. ומה יעשו דיני ישראל בעיתות כאל[ה], ומה כוחם יפה? כי על כן האיש החרד על דתו ואמונתו ואוהב טהור לב לבני אומתו, עליו להשתדל בטובתם ולשמור משמרת טהרתם בכל אשר תמצא ידו לעשות, מבלי אחוז בחבל החומרא עד קצהו. ורק האופן שירצה לעשות לטובת עמו יהיו מוסדותיו חזקים על פי התורה הכתובה והמסורה בידינו, ודי! ואין צריך לחפש שיהיה האופן ההוא מוסכם אליבא דכולי עלמא עד שלא ימצא חולק, כי בזה ייגע הרבה ואולי ימצא מעט או לא כלום.

28 זו תשובתו על דברי התשב"ץ, ובאמת הוא משיב מדידיה אדידיה, שהרי זו ממש תשובתו של הרשב"ץ לשאלה מדוע ספק ממון לקולא והרי איתשיל לענין איסורא דגול? ואכמ"ל.

29 זו תשובה לטענה הנשמעת הרבה, שלא שמענו על הפקעת קידושין במקרים קשים.

זו תכליתן של הצעות החוק המוגשות עתה. כך מתקיימת הוראתו של הרשב"ש (שו"ת הרשב"ש, סימן מו): "שהרי כל ישראל הם בעלי דינין מחמת עיגון", והוסיף על כך בית הדין הרבני הגדול ואמר: עיגונה של בת ישראל הוא דבר כללי ולא פרטי, וכל ישראל ובית הדין בראשם חייבים לדאוג לכך שבת ישראל לא תתעגן. כל ישראל ובית הדין הם בעלי דין והם התובעים, והרי זה ממש כאילו תבעה האישה בעלת הדין בעצמה.³⁰

