

הרב יהודה צור

שיטת הבית שמואל בקידושי שוטה וקטן

ראשי הפרקים

א. שיטת הבי"ש בסימן סז

ב. שיטת הנו"ב בקידושי קטן

ג. הצעה לביאור נוסף בבי"ש

ד. שיטת הרב מטאווריג

ה. זכר יצחק

ו. ביאור שיטת הבי"ש

ז. ביאור הסוגיא ביבמות

ח. ביאור דברי הרמב"ם

ט. סיכום

א. שיטת הבי"ש בסימן סז

בקובץ אבני משפט יח במאמר 'קידושין שאינם דאורייתא' הבאנו את מחלוקת הבי"ש והרב המגיד בסימן סז האם צריך לחזור ולקדש במצב שבו הקידושין הראשונים לא חלו מדאורייתא אלא רק מדרבנן כגון קידושי קטנה וכן במצב שבו הקידושין לא חלים בכלל כקידושי שוטה וקטן. הבאנו שם את דברי האחרונים שדנו בשיטת הבי"ש (הבית מאיר והבית יעקב) שהקשו כיצד יכול להיות שלא יהיה צורך לחזור ולקדש שהרי קידושין זהו מעשה המחיל חלות כקנין ואם כן אם המעשה בטל מסיבות שונות קידושי טעות וכו' כיצד החלות תחול ללא מעשה מחודש. כמו כן הבאנו שם שקדם לבי"ש בדרך זו הישי"ש בכתובות והולך אף יותר רחוק ואומר שאף בקידושי טעות אין צריך לחזור ולקדש שבה הבי"ש חולק ואומר שקידושי טעות לא חלים כלל וצריך לחזור ולקדש. הבי"ש מזכיר את שיטתו זו במקומות נוספים ואחד מהם הוא בסי"ס ל"א ס"ק כ"ב כתב וז"ל "וכתב בתשובת מיי" אס אחר שנודע לו שלא היה שוה פרוטה דר עמה כדרך איש ואשתו ולא היו עדי יחוד י"ל דהוי כעדי יחוד. ובתשובת ריב"ש סימן קצ"ג כתב בשם הרא"ה דהוי כעדי יחוד ובסוף

תשובה ו חולק ע"ז וכתב כל הראשונים כתבו דצריך עדי יחוד ועיין ריש סי' קמט" עכ"ל הבי"ש.

ב. שיטת הנו"ב בקידושי קטן

הנו"ב באה"ע תנינא בסימן נב נשאל לגבי קטן שקידש ולא בעל בגדלות ולבסוף ברח ואשתו עגונה והשאלה היא האם היא צריכה גט מקידושי הקטן הנ"ל. בתשובתו וכן במספר תשובות שלאחר מכן מאריך הנו"ב בבירור הענין של קידושי קטן מביא הרבה מקורות הנוגעים לענין וביניהם את הבי"ש הנ"ל, וחולק עליו בביאור דברי הרא"ה והריב"ש שהביא הבי"ש. בחלק זה נביא חלק מהמקורות הקשורים לעניננו המובאים בתשובת הנו"ב הנ"ל וביאורו בהם.

1. יבמות קט, ב

הנו"ב מביא סוגיא ביבמות דף קט לגבי קידושי קטנה וז"ל: "ר"ג אומר: אם מיאנה וכו'. בעא מיניה רבי אלעזר מרב: מאי טעמא דר"ג? משום דקסבר: קידושי קטנה מיתלא תלו, וכי גדלה גדלי בהדה אף על גב דלא בעל, או דלמא משום דקסבר: המקדש אחות יבמה - נפטרה יבמה והלכה לה, אי בעל אין, אי לא בעל לא? אמר ליה: היינו טעמא דר"ג, משום דקסבר: המקדש אחות יבמה - נפטרה יבמה והלכה לה, אי בעל אין, אי לא בעל לא. אמר רב ששת: אמינא, כי ניים ושכיב רב אמר להא שמעתא; דתניא: המקדש את הקטנה - קידושיה תלויין, מאי תלויין? לאו כי גדלה גדלי בהדה ואף על גב דלא בעל! אמר ליה רבין בריה דרב נחמן: הא מילתא דקטנה מיתלא תליא וקיימא, אי בעל אין, אי לא בעל לא, דאמרה: הוא עדיף מינאי ואנא עדיפנא מיניה".

מקשה הנו"ב על דברי הראשונים שסברו שבקידושי קטנה מרגע שנהיית ברת חיוב הקידושין מקבלים תוקף של דאורייתא מעצמם, שהרי הגמרא דחתה הבנה זו של רב ששת ורבין אמר שאי בעל (משהגדילה) קנה ואי לא לא קנה ואם כן קשה על דעה זו בראשונים. כמו כן קשה בדברי רבין עצמו במה שאומר שהקידושין מיתלא תלי ואם יבעל קנה ואם לא לא קנה הרי לפי דבריו הביאה בגדלות תהווה קידושין מחדש אם כן מדוע להגדיר את קידושי הקטנה כמיתלא תלי.

2. קושיות הנו"ב בדברי הרמב"ם

בהמשך דבריו מביא הנו"ב את דברי הרמב"ם בענין זה, וז"ל הרמב"ם בהלכות אישות ד, ח:

כיצד מתקדשת למיאון, שאם נתקדשה ולא רצת לישב עם בעלה צריכה למאן בפני שנים ולומר איני רוצה בו ויוצאה בלא גט כמו שיתבאר בהלכות גירושין, וזו היא הנקראת ממאנת, ולמה יוצאה בלא גט מפני שאין קידושיה קידושין גמורין מן התורה אלא קדושי קטנה זו מדברי סופרים והן תלויין שאם ישבה עם בעלה עד שגדלה גמרו קידושיה ונעשית אשת איש גמורה ואינו צריך לחזור ולקדשה אחר שגדלה, ואם לא רצת לישב צריכה למאן ותצא בלא גט. הראב"ד: שאם ישבה עם בעלה עד שגדלה גמרו קדושיה ונעשית אשת איש גמורה. א"א זה אינו אלא מדרבנן היא ואינה יכולה למאן.

וז"ל בהלכות גירושין יא,ו: "קטנה שלא מיאנה והגדילה אף על פי שלא בעלה בעלה משנעשית בת שנים עשרה שנה ויום אחד הרי זו אינה ממאנת שהרי הגדילה, וצריכה גט מדברי סופרים שהרי לא בא עליה אחר שהגיעה לשני נערות עד שנחוש לה שמא הביאה סימנין ותהיה ספק מקודשת ולא בא עליה אחר שגדלה כדי שתהיה אשת איש גמורה, ונמצאת שאינה צריכה גט אלא מנשואי קטנות שהן מדברי סופרים. לפיכך אם עמדה ונתקדשה אחר שגדלה תופסין בה קדושי שני."

וכך כותב הנו"ב על דברי הרמב"ם: "ודברי מרנא ורבנא הרמב"ם בזה תמוהים מאד. ומדכתב רבינו (בהלכות אישות ד, ח) וא"צ לקדשה אחר שגדלה מכלל דמיירי שלא בעלה שאם מיירי שבעלה ומקדש אותה בביאה א"כ הרי מקדש אותה אחר שגדלה ואיך כתב וא"צ לקדשה אחר שגדלה. ומעתה דמיירי שלא בעיל ואפ"ה קאמר הרי היא א"א גמורה וא"צ לחזור ולקדשה מכלל שהיא א"א מן התורה דאלי"כ לא שייך א"א גמורה. והה"מ שרצה לדחוק דרצונו בזה שהיא א"א גמורה דלא סגי לה במיאון וצריכה גט אבל לעולם שהוא רק מדברי סופרים, ולפי עניינת דעתי אין לשון א"א גמורה סובל פירוש זה. ועוד דא"כ איך סיים וא"צ לקדשה אחר שגדלה הלא אכתי צריך לקדשה שתהיה אשתו מן התורה ולא יהיה תפסי בה קידושין מאיש אחר. והראב"ד באמת פירש כוונת הרמב"ם שהם קידושי תורה והשיג עליו וכתב שאינן אלא מדרבנן ובפי"א מגירושין הל' ו כתב שם שאם לא בעלה צריכה גט מד"ס וסותר דבריו שכתב בהל' אישות. ועוד תמוהין לי דברי רבינו שם בפ"ד מאישות מ"ש והן תלויין שאם ישבה עם בעלה וכו' במה מיירי אי בלא בעיל לענין שלא תצא בלא גט וכדמפרש הה"מ את דבריו מה ענין ישבה עם בעלה דקאמר ומה חסר אם היה אומר שקידושיה תלויין שאם לא מיאנה עד שגדלה גמרו קידושיה ואינה יכולה למאן וכלשונו בפ"א מגירושין קטנה

שלא מיאנה והגדילה וכו', ואם מיירי שנבעלה ולקידושי תורה ג"כ קשה הלשון שישבה עם בעלה וג"כ הל"ל והן תלויין שאם בעלה אחר שגדלה גמרו קידושיה וכו' וכלשונו (גירושין יא,ד) שכתב הגיע זמן זה ונבעלה ומה ענין ישבה עם בעלה דקאמר הרמב"ם. וגם סוף דברי רבינו שסיים ואם לא רצתה לישב צריכה למאן ותנשא בלא גט לדעתי דברים הללו תמוהין מאד ועל אימת קאי הך דלא רצתה לישב צריכה למאן. אי קודם שגדלה מאי קמ"ל רבינו בזה והלא כבר כתב זה בהתחלת הל' ח' שאם נתקדשה ולא רצתה לישב עם בעלה צריכה למאן בפני ב' ויוצאה בלא גט. ואם קאי אחר שגדלה קשה היאך תמאן והרי הוא עצמו בפ"א מגירושין כתב קטנה שלא מיאנה והגדילה אף על פי שלא בעלה וכו' הרי זו אינה ממאנת שהרי הגדילה וכו'. באופן שדברי הרמב"ם תמוהים מאד."

3. הסבר הנו"ב בדברי הב"ש לא וקושייתו עליו

בהמשך דבריו מביא הנו"ב את שיטת הב"ש ומצטט אותו בשני מקומות. הראשון בסימן לא ס"ק כב בענין קידושי טעות וז"ל:

במקום דאיכא למיטעי - היינו דלא ידע שטבעת קידושין לא היה שוה פרוטה ולבסוף נודע לו, וכתב בתשו' מיימוני אם אחר שנודע לו שלא היה שוה פרוטה דר עמה כדרך איש עם אשתו ולא היה עידי יחוד י"ל דהוי כעידי יחוד ובתשו' ריב"ש סי' קצ"ג כתב בשם הרא"ה דהוי כעידי יחוד ובסוף תשובה ו' חולק ע"ז וכתב כל הראשונים כתבו דצריך עידי יחוד ועיין ר"ס קמ"ט.

המקום השני בענין ממאנת בסימן קנה ס"ק לב בסעיף כא בשו"ע שבו כותב המתבר וז"ל:

הביאה שתי שערות אחר שנים עשר שנה, ולא בעל אח"כ, הוה ספק קדושין. ואם בא להוציאה צריכה גט, מדרבנן.

ועל זה כותב הב"ש שם וז"ל:

צריכה גט מדרבנן - הנה מקור דין זה נובע מדלא אפשטי הבעי פ' ב"ש אם הקידושין גדלו בהדה אף שלא בעיל נגמרו הקידושין אחר שגדלה. ובכל זה איירי בידוע בודאי דלא בעיל אבל מסתמי כל שדר עמה כדרך איש עם אשתו אמרינן שבעיל אף על גב דליכי עידי יחוד כמ"ש ר"ס קמ"ט.

ומבין הנו"ב שהב"ש הכריע כסברת הרא"ה שבזמן שחיים כאיש ואשתו זה נחשב כקידושין אף בלא עדי יחוד אך זה דוקא בממאנת אך בקידושי טעות הכריע כריב"ש כנגד הרא"ה שבמצב זה לא יועיל שחיים כאיש ואשתו אלא צריך לקדש מחדש. מסביר הנו"ב שכך למד הב"ש בדעת הריב"ש, שלכאורה יש סתירה בדבריו שבסימן קצב' פוסק כדעת הרא"ה ובסימן ו דוחה אותו וז"ל הנו"ב: "ומזה למד הב"ש דבסי' ו מיירי הריב"ש שנשאה מתחלה בנימוסי המדינה באופן שלא היה שם שום קידושי יהדות בשום אופן ואח"כ ישב עמה כאיש ואשתו בזה נחלק הריב"ש על הרא"ה, ומינה דהה"ד בקידשה בפחות מש"פ דמזה מיירי הב"ש בס"ס ל"א הביא הריב"ש נחלק על הרא"ה ובסי' קצ"ג דשם מיירי הריב"ש מקטנה שהגדילה והביא דברי הרא"ה ולא נחלק עליהם ולכן גם הב"ש בסי' קנ"ה דמיירי מקטנה שהגדילה הביא דברי הרא"ה לחלוטין בלי חולק", כלומר הנו"ב סובר שהב"ש נקט כריב"ש ולכן בקידושי טעות שאלבא דהב"ש זה שוה למקרה שעליו מדבר הריב"ש (סי' ו) פוסק הב"ש שצריך לחזור ולקדש ובממאנת פוסק כרא"ה וכמו שפסק הריב"ש שכאשר חיים כאיש ואשתו אין צריך לחזור ולקדש. וכותב על זה הנו"ב שיש להבין מהו טעם החילוק בין שני המקרים והוא ממשיך שם וז"ל: "ואני אברר הדברים כשמלה מחוורת כדת של תורה, ואומר אני הא ודאי שסברת הרא"ה נכונה היא דאדם היושב עם אשתו כדרך איש ואשתו הוה כידוע שבעל אותה אפי' ליכא עדי יחוד והכל יודעים כלה למה נכנסה לחופה. ואמנם אעפ"כ השגת הריב"ש נכונה היא, דמה בכך שודאי בעל אותה וגם הוי כידוע שבעל אותה מ"מ מה יועיל זה לקידושין, הן אמת שאנו יודעים שבמשך הזמן בועל אותה אבל לקידושין צריך עדות בשעת הקידושין ועל איזה שעה יועיל מה שאנו יודעים שבודאי בעל אותה ואין אנו יודעים באיזה זמן והלא על הקידושין צריך עדות בשעת הקידושין. כלומר הנו"ב מבין את אמיתות האומדנא שהרא"ה מדבר עליה אך מסביר בדעת הריב"ש שגם אם יש אומדנא כזו ואפילו היא חזקה ככל שתהיה היא איננה יכולה להיחשב כקידושין מכיון שקידושין חלים רק כשיש מעשה קידושין מסוים עם עדי חלות ולכן הוא מסביר שגם הרא"ה מודה שהאומדנא לא יוצרת קידושין אלא שבמצבים מסויימים כגון קידושי קטנה המקדש מקדש אותה על תנאי שתתרצה כשהיא מגדילה וכשהיא מגדילה ולא ממאנת חלים הקידושין הראשונים למפרע וכך הוא מסביר את הסוגיא ביבמות הני"ל ואת דברי הרמב"ם שהביא לעיל ומה שהתקשה בהם כנ"ל, ועיין שם בהמשך דבריו ושיטתו בזה.

ג. הצעה לביאור נוסף בשיטת הב"ש

לולא דבריו של הנו"ב רצינו להציע ביאור אחר בשיטת הב"ש והיש"ש שהבאנו לעיל, ליישב את תמיהת האחרונים שהבאנו בדברי הב"ש ואת קושיית הנו"ב עליו ועל שיטת הרא"ה.

ההגדרה של קידושי אשה כמעשה קנין וכל המשתמע מכך זהו דבר הטעון בירור והסבר וזוהי סוגיא ידועה ומפורסמת וכבר דשו בה רבים ונראה שהסבר הדברים באופן הפשוט הוא שמעשה קנין ענינו הוא להגדיר בצורה מבוררת מסויימת ומוחלטת את ההתרצות שיש לשני הצדדים בקנין (וגם זהו כמובן נושא שהאריכו בו מאוד ואנו מביאים רק את ההגדרה הבסיסית והפשוטה), ולפי זה תפקיד הקנין במעשה הקידושין הוא ליצור ודאות ברצון האשה להתקדש.¹

גם אם דברים אלו נכונים וניתנים להאמר ביחס לקידושי כסף ושטר הרי שלגבי קידושי ביאה מצאנו אחרונים המסבירים באופן שונה את צורת פעולתם.

ד. שיטת הרב מטאווריג

הרב מטאווריג בספרו נר אהרון שיעור ח כותב כך :

ועוד צריך להבין דבקידושי ביאה אמרינן דא"צ עדים לביאה ממש דהן הן עדי יחוד והן הן עדי ביאה דממילא יש ראייה דהיתה כאן ביאה, וקשה הא בקידושין לא מהני עדי ידיעה רק ראייה ממש צריכים כמו בדבר שבערוה דלא דמי לממון ד"או ידע" כתיב דבידיעה גרידא מספיק כי שם אינו רק בירור אבל בקידושין וגירושין אינו אלא קיום על הדבר כמו המעשה ממש, חלק מן המעשה ולא מהני בדבר שבערוה ידיעה לחוד, ובעדי יחוד הוי ידיעה רק על הביאה אבל ראייה לא הוי, מאי טעמא מהני? ונ"ל דהנה בקנינים יש ב' אופנים א' דקנין הוא רק הסכם ובירור של גמירת דעת דשני הצדדים, דרך משל קנין כסף דבאמת הקידושין מתהוה ע"י האמירה של הקידושין והכסף רק בירור על ההסכם לקיים הדברים אבל יש עוד קנין דרך משל קנין ביאה שם עצם הביאה הם

¹ פשוט וברור שהקנין גם מחיל חלות שבזה הוא נבדל מקנין "רגיל" שלכאורה אין בו חלות מעבר להעברת הבעלות ולכאורה מזה נובע הצורך בקידושין בעדי קיום משא"כ בשאר קנינים וכידוע הדברים ארוכים ואכמ"ל.

הקידושין וזהו גופא האישות והקנין ואין הביאה מקיימת הדברים אלא דזהו התחלת אישות וממילא נעשית מקודשת וכמו שהקדמנו מכבר בחליפין דשם יש גם קנין טבעי חליפי שוה בשוה כמו"כ קנין ביאה הוא קנין טבעי. ועפ"י היסוד דביאה הוי אישות ולא קנין כדהקדמנו. אתי שפיר הקושיא מהן הן עדי יחוד ועדי ביאה והקשינו הא הוי עדי ראייה בלי ראייה אבל אתי שפיר דבקיודושין דשם הוא קנין וחלות ע"כ צריך ג"כ עדים לקיים הדבר כמו דצריך אמירה ונתינה לקיומו של דבר כמו"כ העדים הם חלק הקידושין וע"כ ידיעה לא מהני רק ראייה אבל בקנין ביאה דאין זה קנין רק מעשה אישות והמעשה בעצמו לבד זהו האישות א"כ לא שייך על זה עדים לקיים הקידושין דהמעשה הביאה בעצמה מקיימת הקידושין רק ע"כ צ"ל דהעדים בביאה אף דהדין דיהיו עדים אבל זה מצד ידיעת הדברים וזהו דין דצריכים עדים דוקא מצד ידיעת הענין וע"כ גם בעידי יחוד כיון דידיעה יש לנו מ"מ כיון דהיה יחוד היה ביאה וע"כ מהני.

בהמשך דבריו שם רוצה לבאר על פי יסוד זה דברי ירושלמי בתחילת פרק החרש שנשא ביבמות המובאים ברשב"א ובנמו"י בתחילת פרק זה שמה שאמרו שחרש שקידש ברמיזה יוציא ברמיזה זה דוקא בקידושי כסף אך אם קידש בביאה לא יכול לגרש. והדברים תמוהים מה החילוק בין סוגי הקידושין ובאמת הנמו"י שם כתב שלא חששו הפוסקים לירושלמי זה וכן כתב הב"י. ומבאר הנר אהרן וז"ל:

ולפי דברינו מבואר היטב החילוק בין כסף לביאה דהנה בחרש יש שני חסרונות אחד דאין לו דעת ואין מעשה הקידושין שלו כלום דמעשיו לאו כלום הם, וא"כ בקנין כסף דרבנן תיקנו לו מעשה ונחשב כאילו יש כוונה בהקנין א"כ הם אמרו והם אמרו דיוציא זה ע"י גט שתיקנו לו אבל בביאה דנהי דרבנן תיקנו לו דיהא נחשב כאילו יש לו דעת וע"י יכול גם הגט להפקיע אבל הביאה מצד המעשה בעצמו מהני ואין שייך ע"י תקנתא דרבנן בגט דיועיל להפקיע דבלי תקנתם נמי מהני משום דהמעשה בעצמו מהני רק דדעת צריך ותיקנו לו דנחשב כדעת אבל הגט אינו יכול להפקיע רק תקנתם דהיינו הדעת והכוונה אבל המעשה א"א להפקיע ע"י גט משום דמהני מצד עצמו ע"כ קאמר הירושלמי דלא מהני גט בקנין ביאה דהוא טבעי מצד עצמו.

והעולה מדבריו בדומה למה שהקדמנו שקניני הקידושין מתחלקים לשנים :
א. קנין כסף (ואולי גם שטר) הוא אמצעי שמכשיר את ההיווצרות של חלות
הקידושין שנוצרת ע"י האמירה וקנין כזה מצריך תנאים מיוחדים כדי לפעול
את פעולתו כגון עדי קיום. ב. קנין ביאה שהוא עצם הקנין בעצמו והוא
הגורם את היווצרות חלות הקידושין וממילא אין צורך בעדי קיום אלא בעדי
ראיה רגילים ולכן בחרש נוצרת ע"י חיי הנישואין חלות קידושין אלא שכדי
להחיל חיובים צריך דעת תיקנו לו חכמים שיחשב שבנישואיו יש דעת ולענין
זה יועיל גט מדבריהם אך לענין חלות הקידושין לא יועיל הגט.

ה. זכר יצחק

בזכר יצחק (סימן יד) ישנו סגנון דומה. הוא מביא ר"נ (גיטין לה, ב) מדפי
הרי"ף ד"ה זה היה) לגבי עדות מיוחדת בקידושין וז"ל הר"נ: "זה היה מעשה
ואמרו אין מצטרפין. דאע"ג דלגבי ממון קיימא לן בפרק זה בורר (דף ל, ב)
דהלואה אחר הלואה והודאה אחר הודאה מצטרפין לגבי אישות דשייך בדיני
נפשות בבת אחת בעיא להו".

ורבים מקשים על הר"נ מדוע נזקק לטעם זה שאישות דומה לדיני נפשות
ולכן לא מועילה עדות מיוחדת, הרי אם בקידושין צריך עדי קיום במצב של
עדות מיוחדת פשוט שלא יהיה קידושין כי אין שני עדים על הדבר. וליישב
את הר"נ כותב הזכר יצחק וז"ל: "וטעמו של הר"ן דהוכרח לזה ולא כתב
כפשוטו כמו שפירש הרב בית יוסף בטור חו"מ סימן ל דאין כאן קידושין כלל
הוא לפי המבואר אצלי שיטת התוספתא והירושלמי דקדושי ביאה שאני
מכסף ושטר דכסף ושטר הם בגדר קנין שהוא קונה אותה אבל בביאה עצם
המעשה הוא הקנין וכמו בב"נ לחד מ"ד בירושלמי קידושין פ"א ה"א דאף
בע"כ קונה אותה דהיא אשתו רק דבעי כונה לשם אישות וכל שבא עליה
סתמא דהיא ביאת זנות לא קנה. ולפי שיטת התוספתא אין מקום לעדים
כמו בב"נ קודם מתן תורה דקנה ביחוד בינו לבין עצמו כמש"כ הרמב"ם
בריש הלכות אישות פ"א ה"א אבל אחרי דמוכרח דהש"ס דילן חולק לזה גם
בביאה בעי עדים ולזה תמצא דבכל דוכתי דהירושלמי מחלק בין ביאה לכסף
לא הביאים הר"מ והראשונים כמו בחרש שאם קידש בביאה מהני עיי"ש
ביבמות פ"ד ה"א וביעוד בקידושין פ"א ה"ב דהכל הולך למקום אחד כאשר
יראה המעיין ואם כך לפי התוספתא בקידושי ביאה לא בעי עדים לחלות
הקידושין ומוכרח כהר"ן דבדיני קידושין פסול עדות מיוחדת כד"נ.

ומכאן שגם הוא סובר אליבא דהירושלמי והתוספתא שהביאה בעצמה מחילה את הקידושין ואין צורך בדברים נוספים כגון עדי קיום, אך הוא מוסיף שהבבלי שהקיש הויות להדדי חולק וסובר שגם בביאה צריך עדים ולכאורה יהיה צורך בעדי קיום ושכך פוסק הרמב"ם.² וכן כתב בסימן עג ע"ש.

יוצא שהזכר יצחק והנר אהרן הסבירו באותו אופן את הירושלמי שהבאנו לעיל המחלק לגבי גירושין בין חרש שקידש בכסף לבין חרש שקידש בביאה ולדעת שניהם בביאה מכיון שעצם הביאה מחילה את חלות הקידושין גם ביאת חרש תחיל חלות קידושין אפילו ללא דעת.

ו. ביאור שיטת הב"ש

לפי כל המתבאר רצינו לנסות ליישב את שיטת הב"ש והיש"ש מקושיות האחרונים שהובאו לעיל, ולומר שאליבא דשיטה זו יש לחלק בין סוגי הקנינים בקידושין ובשונה מקידושי כסף קידושי ביאה הם בעצמם מחילים את חלות הקידושין וכדלעיל, ואם כן מובנת סברת הרא"ה שהבאנו לעיל שבכל מצב שבו יש מציאות של חיי נישואין ממילא יש אומדנא שיש ביאה ובזה די כדי להגדיר שיש חלות קידושין.³ ולפי זה במצבים השונים שבהם אין חלות למעשה הקידושין שהם: קידושי קטנה, קידושי קטן, חרש, שוטה, טעות, חיי הנישואין שבאים בעקבותיו יחילו את חלות הקידושין, ולכן אין צורך לדעת הב"ש לחזור ולקדש.⁴ אמנם כללנו בדברינו גם את המקרה של

² ולכאורה קשה אם כך כיצד מועילים עדי יחוד בקידושי ביאה וכפי שהקשה הנו"ב שהבאנו לעיל ועיין זכר יצחק בסימן עג שכתב שבאמת בעדי יחוד יש קידושין רק מדרבנן וכדי שיהיו קידושין מדאורייתא יש צורך שהעדים יראו כמכחול בשפופרת, ועיין בית מאיר סימן מב שכתב שמכיון שיחוד זה אש בנעורת יש ודאות שהיתה ביאה כאומדנת גמל העוכר בין הגמלים, ועיין חלקת יואב סימן ו - ז, ועיין אוצר מפרשי התלמוד גיטין עג, ב הערה 31.

³ ועל פי זה אולי ניתן להתקדם שלב נוסף ולומר בשיטה זו שמכיון שתכלית מעשה הקידושין הוא ליצור מצב וחלות של אשה מקודשת לאיש וכפי שאמרנו לעיל הקנינים השונים מהווים שלבים שונים בדרך ליצירת מציאות זו, ממילא אולי ניתן להרחיב את זה ולומר שאיש ואשה החיים כזוג נשוי זה עצמו יהווה חלות קידושין. אמנם לכאורה ההגדרה של חיים כזוג נשוי משמעותה היא יחוד הראוי לביאה וממילא אין כל נפ"מ לדברינו, אך לו יצויר במקרה של מעשה קידושין שלא מחיל חלות קידושין כגון קידושי קטן שיהיה מצב שמתקיים יחוד הראוי לביאה באופן שיוצר חלות נישואין אך ידוע בדאי שלא היתה ביאה על פי מה שאנו רוצים לומר יהיה חלות קידושין.

⁴ יש לציין שיש בדברים אלו מעט הרחבה ממה שהגדירו הנר אהרן והזכר יצחק מכיון שהם הגדירו איך פועל מעשה הקידושין בקידושי ביאה ואנו רוצים להרחיב גדר זה גם

קידושי טעות ובאמת לפי דרכינו בקידושי טעות הסברא נותנת שודאי שחלות הקידושין תחול ע"י חיי הנישואין הבאים בעקבותיו, שהרי יש דעת והתרצות וכל החיסרון הוא רק במעשה הקידושין עצמו ובאמת היש"ש כפי שהזכרנו לעיל סובר שגם בקידושי טעות אינו צריך לחזור ולקדש אך הבי"ש סובר שבקידושי טעות צריך לחזור ולקדש ולפי דברינו לא מובן החילוק וכקושיית הנו"ב על הבי"ש שהבאנו לעיל. ואולי בדוחק ניתן לנסות ליישב ולומר שכאשר ידוע שהמעשה קידושין לא חל נוצרת חלות הקידושין ע"י חיי הנישואין הבאים בעקבותיו, אך כאשר דעת המקדש להחיל קידושין ע"י מעשה שבדיעבד מתברר שלא היה יכול להחיל קידושין כוונה זו מונעת מחיי הנישואין להחיל חלות קידושין,⁵ אך זה נראה דוחק וצ"ע.

ואמנם יש להדגיש שלכו"ע בקידושין מסוג זה (קטן, חרש וכדו') יהיה צורך בביאה בגדלות/ פקחות כדי ליצור מחוייבות ודעת של הקטן/ חרש בקידושין, אך זה לא נחשב כמעשה קידושין מחודש. יש לעיין האם לדעת היש"ש שבקידושי טעות לא מצריך לחזור ולקדש יש צורך בביאה לאחר שנודעה הטעות שהרי לפי דברינו הדין נותן שבקידושי טעות אפילו ביאה לאחר שנודעה טעות לא צריך מכיון שאין כאן חסרון של דעת והתרצות וצ"ע.

ז. ביאור הסוגיא ביבמות

לפי מה שנתבאר בדרך זו ניתן לכאורה ליישב את מה שהקשה הנו"ב על הסוגיא ביבמות קט,ב והבאנו לעיל מדבריו שתי קושיות א. קשה על שיטת הראשונים שפסקו בקידושי קטנה שמתו שגדלה הקידושין חלים מדאורייתא

לחיי נישואין שלא מוגדרים ע"י המקדש כמעשה קידושין אך לכאורה זה יביא לאותה התוצאה.

⁵ ועיין שו"ת מהרש"ם ח"א סי' רכ בתחילתו וז"ל: "הנה בירושלמי ר"פ חרש מבואר דדוקא בקידש בכסף גרמיה משא"כ בקידש בביאה אם כן לפי זה בני"ד שדר עמה כמה שנים והוליד בנים אין תקנה. אבל בנימוק"י כי שהפוסקים השמיטו ד"ז כמ"ש בב"י וע"ש בשו"ת קרבן על הירושלמי, ולפמ"ש המרה"פ שם דדוקא בקדשה בביאה אבל בקדשה בכסף אף שבעל אותה אחר כך ע"ד הראשונה הוא עושה ואינו אלא קידושין דרבנן. ובאמת שכן מוכח מדברי תש"י מ"י שהובא ברמ"א אבה"ע סו"ס לא דהיכא דאיכא למיטעי שהקידושין הראשונים הם קידושין אין הביאה גורמת קידושין ומכ"ש בני"ד דגם בתחלה הוי קידושין מדרבנן. ועי' תשובת מהר"ם ב"ב הישנות סימן תקט בדין קידוש והיה ע"א מהם קרוב וכו' דאם בעל א"צ קידושין אחרים וצריך לומר דמיירי שידע מזה בשעת קידושין. וע"ע בתש"י מהר"ם מינץ סימן מט וסימן נ וע"ע בתש"י נאות דשא סימן קלב שהאריך בדברי הירושלמי הנ"ל והעלה דמיירי רק בגירושין על ידי קפיצה או על ידי כתב יד אבל מלשון הירושלמי אין נראה כן ומ"מ לדינא יש לסמוך ע"ד מרה"פ הנ"ל." ולכאורה צ"ע בדבריו מה שהביא ראה לדין המהר"פ מדברי הרמ"א בסימן לא ואכמ"ל.

ללא צורך בביאה בגדלות והרי הגמרא שם דוחה דעה זו ואומרת שאי בעיל קנה ואי לא לא קנה. ב. גם בשיטת רבין שמצריך ביאה בגדלות הגמרא מגדירה את הקידושין הראשונים כמיתלא תלי והרי באופן פשוט הביאה יוצרת קידושין מחודשים ואם כן למה להתחשב בקידושין הראשונים. ובדומה לישובו של הנו"ב על פי דרכו, לפי דרכינו ניתן אולי לומר שבאמת לשתי הדעות בגמרא הקידושין חלים מעצם חיי הנישואין וזוהי פסיקת הראשונים הנ"ל והמחלוקת בגמרא היא לגבי השלב שבו נחשב שהקטנה מתרצה בגדלות האם זה דוקא לאחר ביאה בגדלות או אפילו בלא ביאה, ולכן נוקטת הגמרא לשון מיתלא תלי גם אליבא דרבין כי המחוייבות של הקטנה כתוצאה מהקידושין תלויה בגדלות.

ח. ביאור דברי הרמב"ם

ואולי ניתן ליישב גם את דברי הרמב"ם שהובאו לעיל אך יש לציין שמוכח מהרמב"ם הנ"ל בגירושין יא,ו דלא כהירושלמי בחרש שהרי הרמב"ם כותב שם: "ונמצאת שאינה צריכה גט אלא מנשואי קטנות שהן מדברי סופרים." והרי לפי הירושלמי עצם הנישואין יוצרים את חיוב הגט, אלא שאולי אפשר לומר שהרמב"ם סובר ששני הגורמים כאחד מהווים את חלות הקידושין גם חיי הנישואין עצמם וגם התרצות מדעת שיכולה לחייב אותה וללא אחד מהם אין חלות קידושין מדאורייתא אלא מדרבנן במקרה של קטנה, וממילא תיושב הסתירה בין ההלכות מכיון שמדוייק בלשונו בהלכות אישות שאין צורך בבביאה בגדלות כדי שיחשב קידושין מחדש אלא מספיק התרצות בגדלות וזה "ישבה עימו משהגדילה" ואולי בפועל המשמעות היא שהיתה ביאה או יחוד הראוי לביאה אך זה לא ביאת קידושין אלא מעשה שמראה התרצות בגדלות ולעומת זאת בהלכות גירושין מצד אחד אין התרצות בגדלות ולכן אין חלות קידושין מדאורייתא אך עצם חיי הנישואין יוצרים חלות קידושין מדרבנן ולכן אם הגדילה אינה יכולה למאן.⁶

ט. סיכום

א. הבאנו את שיטת הבית שמואל שבקידושי קטן שוטה וחרש אין צורך בקידושין מחדש.

⁶ אמנם יש להעיר על כל זה שהרב מטאוורייג והזכר יצחק שניהם מזכירים בדבריהם את הרמב"ם ואומרים שהוא לא הולך בכיוון זה ולכן אין טעם להעמיס בדבריו את כל הנ"ל, אלא רק בשביל להגדיל תורה ולהאדירה וגם כך כל ענינו של מאמר זה הוא חידוד הקוראים בלבד.

ב. האחרונים מקשים על הב"ש איך יתכן שמעשה ללא דעת יצור חלות ולא יהיה צורך בקידושין מחדש.

ג. הנו"ב (מהדו"ת סימן נב) מקשה על הב"ש למה חילק בין קידושי טעות לשאר המקרים הנ"ל.

ד. הנו"ב מאריך בהסבר הסוגיא ביבמות קט, ב ובישוב דברי הרמב"ם בסתירה בין אישות ח,ד ובין גירושין יג,ו עפ"י שיטתו שבקידושי קטן וקטנה יש תנאי שאם יתרצו בגדלות יחולו למפרע משעת קידושין הראשונים.

ה. הבאנו יסוד מהנר אהרן והזכר יצחק בשיטת הירושלמי בפרק החרש ביבמות שיש חילוק בין סוגי הקנינים בקידושין שלעומת קנין כסף שהוא מכשיר לחלות קידושין ולכן מצריכים בו עדי קיום קידושי ביאה זה עצם הקנין וחלות הקידושין עצמם ולכן בקידושי ביאה אין צורך בעדי קיום.

ו. עפ"י יסוד זה רצינו ליישב את שיטת הב"ש ולומר שהב"ש סובר שכאשר יש חיי נישואין יש חלות קידושין אפילו בלא דעת והתחייבות ולכן בכל הדוגמאות לעיל אין צורך בקידושין מחדש.

ז. הערנו שאם אומרים כך לא מובן למה בקידושי טעות יהיה צורך לחזור ולקדש אליבא דהבית שמואל ועיין מה שנסינו ליישב.

ח. רצינו ליישב עפ"י יסוד זה את הקשיים בסוגיא ביבמות ואת הסתירה בדברי הרמב"ם.