

Taking Off the Hat May 21, 1995

1) Marriage via non-Jewish Rituals – Who Would Have Kiddushin in Mind at Subsequent Biah?

שו"ת יכין ובוועז חלק ב סימן י

מעשה אירע באיש יהודי שמו ר' אברהם בן ג'אוא שהיה מתגורר באחת ההרים ולקח לו אשה א' מבנות יושבי אהלים ובטרם בואו אל העיר עיר אלגזאיר הקול נשמע שהיתה מקודשת לאיש וברחה ממנו ומת אחר שנשאה זה והוליד זה ממנה בת והביא אותה בחיקו אל העיר ועתה מקרוב בא כתב אחד והעיד בעל הכתב שהוא ראה את האיש הראשון חי במדבר ברפר/ בכפר/ אחד קרוב לעיר פאס והאשה טעונה היא שלא נתן לה קידושין לא בכסף ולא בשוה כסף אלא נתקבצו אנשי האהל ולקח הכפה שבראשה כמנהגם שבזה תקרא מקודשת ועתה היכי ידונו דייני להאי דינא.

והנראה בזה הוא שענין זה מתחלק לשני חלקים שאשה זו נתקדשה ולא נשאת או שנשאת ונתייחדה לו ובשניהם כחא דהתירא עדיף והנה שאם נתקדשה ולא נשאת היא מותרת להנשא לאחר לפי שלא הוחזקו קידושיה בב"ד כמו ששינונו בפ' בתרא דגטין יצא שמה בעיר שהיא מקודשת הרי זו מקודשת מגורשת הרי זו מגורשת פירוש הרי זו מקודשת ולא נשאת לאחר עד שיגרשנה הראשון מגורשת הרי זו מגורשת ולא נשאת לכהונה ואמר עולא עלה בגמ' לא שישמעו קול הברה אלא כדי שיהיו נרות דולקות ומטות מוצעות ובני אדם נכנסין ויוצאין ונשים טוות לאור הנר ושמוחות לה ואומרות פלונית נתקדשה היום וכן תני לוי במתניתיה וכן אמר רבה בר בר חנה לא שישמעו קול הברה אלא כדי שיהיו נרות דולקות וכו' וא"ר אבא אמר רב הונא אמר רב לא ששמעו קול הברה אלא כדי שיאמרו פ' מהיכן שמע מפ' ופ' מפ' והלכו להם למדינת הים זהו שנאמר על זה בגמ' בדרך קצרה ומיהו הא דאמר רב הונא משמיה דרב אלא כדי שיאמרו פלוני מפ' שמע פירשוה קצת מהמפרשים שאפ"ל בא' יוחזק הקול כל שיאמרו שנים ששמעו מאחד שנתקדשה בפניו ב' וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל שכתב בפ"ט מהלכות אישות וז"ל האשה שיצא עליה קול שהיא מקודשת לפלוני הרי זו מקודשת אעפ"י שאין שם וכל קול שלא הוחזק בב"ד אין חוששין לו כיצד הוא הקול שהוחזק זו שהיא מקודשת כגון שבאו עדים והעידו שהיו נרות דולקו וכו' וכן אם באו שנים ואמרו ראינו דיש שמח' אירוסין ושמענו קול הברה מפלוני שנתקדשה פלונית בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים או מתו הרי זה קול שמחזיק אותה מקודשת על"ל ובנדון הזה לא אתחזק קלא כלל ולא באו עדים להעיד בב"ד וכבר אתמר התם בגמ' דכל קלא דלא אתחזק בבי דינא לאו קלא הוא ויכולה היא להנשא לכתחלה אעפ"י שב"ד יכולין לחקור הדבר הני מילי אם לא נתקדשה לאחר אבל אם נתקדש לאחר וכל שכן אם נשאת מבטלין קלא כדאי' התם בגמ' וכן הוא שאם הקול לא נבדק שאין בודקין אותו אחר הקידושין וכו' ש אחר הנישואין אעפ"י שקודם הקידושין של השני כל מה שהיה אפשר לנו לבדוק היינו בודקין ואם נשאת קודם בדיקה שוב אין בודקין ואין מוציאין אותה מרשות האחרון וכן כתב הרמב"ן ז"ל בחידושו והרשב"א ז"ל תלמידו וכן אשה זו לא הוחזקו קידושיה בב"ד לכן יכולה להנשא.

וגם השני להיתר הוא +אמ"ה ספר לי אדוני אבי ז"ל שהלך יהודי אחד מאלו הארצות לאהלי קדר הנקראים מנד"ם ששם דרים היהודים שבאה עליהם השאלה וברחה עמו אשה א' לאלו הארצות ונשאה בקידושין וכתובה על פי תשובה זאת וילד עמה בן ועדיין בני בניו קיימין והם בני פלוני ואח"כ גרשה בגט וחזרה למשפחת' ולבית אביה ועוד ספר לי שבא איש א' מהם לעיר הזאת ושדך אשה אחת מהקהל וקצת אמרו אין נותנין לו אשה מחשש ממזרות והוא עם בן דודו עם קצת מחכמי זמנו התיירוהו על פי תשובה זו עם היות כי העידו שאמו היתה בורחת מחיק בעלה הראשון וכן ספר לי החכם הל' יוסף אצגי ז"ל שהוא היה אחד מהמכשירים על פי תשובה זו על"כ מהרצב"ש זלה"ה: + כי אין ספק האירוסין את הנישואין שנעשו בנמוסי העכ"ם או בחקות' שאין בהם חשש קדושין ואף אם יהיו בהם עדים כשרים שהרי לא נתקיים בהם נתן הוא ואמר הוא ואף אם נאמר שאין אמירתו מעכבת כיון שנתקבצו יחד להתארס או להנשא והוי כמדבר עמה על עסקי קידושיה ונתן לה ולא פירש דק"ל דין כל שעוסקין באותו ענין זה בנתן לה אבל באלו השוכנים באהלים שאין להם מדת ישראל ויהודית אלא שנקראו בשם יעקב ואינן מקדשין ולא מגרשין כאשר יראה משטר קבלת עדות הנעשה מזה שמנהג' הוא שאין מקדשין כי המקדש אינו נתן לה לא כסף ולא שוה כסף אלא לוקח הכפה מעל ראשה בפני הקבוץ ואז יאמרו פלונית ארוסתו של פלוני א"כ אינה מקודשת ואנן בעינין ונתן וזה לא נתן אלמא כיון שכן הוא הדבר והם מוחזקי' בו בנים על אבות וקי"ל חזקה דאורייתא בכמה דוכתי א"כ האשה הזאת אינו המארס או הנושא אותה לא תורת קידושין ולא תורת נישואין.

אבל מה שיש לעיין בזה הוא אם נתייחד' עמו בפרסו' ועמדה תחתיו אם יש לחוש לאותו יחוד או לא. ויתבאר זה מההיא ששינונו בפ' הזורק המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדק בית שמאי אומרים אין צריכה הימנו גט שני וב"ה אומרים צריכה הימנו גט שני אימתי בזמן שנתגרשה מן הנישואין ומודים כשנתגרשה מן האירוסין שאין צריכה הימנו גט שני מפני שאין לבו גס בה ומן הדין הזה הורו קצת הגאונים ז"ל שכל אשה שנבעלה בפני עדים צריכה גט חזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ונראה מדבריהם שצריכה הימנו גט כל שיש עדים שנתייחד עמה אע"פ שאין שם עידי ביאה דבכה"ג אמרינן הן הן עידי ייחוד הן הן עידי ביאה וכיון שבעל אמרינן דלשם קידושין בעל דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות אמנם הרמב"ם ז"ל דחה דבריהם בשתי ידיים וכתב שאלו הדברים רחוקי' מדברי הורא' ואין ראוי לסמוך עליהם שלא אמרו חכמים ז"ל חזקה זו אלא באשתו שגרשה בלבד לפי שקרוב הדבר שנתייחד עמה או בא עליה לשם קידושין מפני שדעתו להחזירה או במקדש על תנאי ובעל סתם שהרי היא אשתו ובאשתו הוא שאין אדם עושה בעילתו בעיל' זנות עד שיפרש שהיא בעילת זנות אבל בשאר נשים כל פנוי הבא על הפנויה אין חוששין לומר לשם קידושין בעל כמו שכתב זה בפ"י מהלכות גירושין וכן הסכימו עמו כל האחרונים ז"ל וכן כתוב בס' אבן העזר

בשם הרא"ש ז"ל בנדון הזה יש לומר אפכא מסתבר אפ"ל לדעת הגאונים ז"ל שסוברים דבסתם אמרינן לשם קידושין בעל הכא אמרי' לא בעל לשם קידושין כיון שהיו קידושין בחקו' הע"כ סובר המקדש שאותו מעשה שלוקח הכפה מעל ראש' הם קידושין ומאחר שהם לדעתו קידושין למה יבעול לשם קידושין אחרים והרי היא אצלו מקודשת א"כ לא חיישינן למימר כשבעל לשם קידושין בעל ועוד שלא אמר בפירושו לעדים כשנתייחד עמה שהוא מתייחד עמה על דעת לבעול לשם קידושין אם כן אין חוששין שבעל לשם קידושין. ועוד אין לומר באיש הזה הנושא אותה ומתייחד עמה שבעל לשם קידושין כדי שלא יעשה בעילתו בעיל' זנות שלא נאמרו דברים אלו אלא בת"ח או באיש המדקדק במצות אבל במי שאינו לא במקרא ולא במשנה ולא בדרך ארץ וחשוד בעריות אין סתמו שבעל לשם קידושין וראיה לזה ממה שכתב הרמב"ם ז"ל בהלכות נחלות גבי מי שהוליד בן משפחתו ואמר זה בני משוחרר היא אמו שהיה להאמינו שיוורש בנכסיו מתוך שבידו לשחררו ולהורישו אפ"ל הכי כתב הרמב"ם ז"ל שאין מאמינין אותו ששחררה קודם שבא עליה אלא א"כ הוא ת"ח או אדם כשר שהחזיק בדקדוקי מצות אבל אם משאר הדיוטות הוא ואין צריך לומר אם היה מן המפקירין עצמם לכך הרי הוא בחזקת עבד לכל דבר ואחיו מאביו מוכרין אותו ובנדון הזה אין לך פרוץ יותר מזה האיש ומעשיו מוכיחין בפרצותו ובורתו ולא ידע מאי קאמרת בעל לשם קידושין א"כ אין לחוש למה שהיה נשוי ומתייחד עמה וכן כתב הראב"ד ז"ל שאין הדבר אלא במוחזקין בכשרות אבל חשודין בפרצות עריות אין חוששין לקידושין. וגדולה מזאת יש לומר דאפ"ל תודה האשה ותאמר קדשני בפני עדים כשרים בתורת משה אינה נאמנת שהרי כתבו שמעשה היה באחד שאמר קדשתי אחות אשתי קודם שקדשתי את אשתי ולא גרשתיה והיא כבר נשוא ויש לה בנים ופלוני פלוני עדים והנם במדינת הים וזה מעשה לפני ר"ת ז"ל ואמר כל זמן שלא באו עדים ליכא למיחש למידי דזה אינו נאמן לאוסרה ואף היא תאמר קדשני אינה נאמנת לאסור עצמה על בעלה. ועוד שאין לחוש לזה משום חשש ממזרות מדהמנין אשה עצמה לומר מת בעלי אע"ג דאתחזק' קמן באשת איש משום טעם מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה הקלת עליה בתחלת' כן מהמנינן לאשה זו לומר שלא קדשה אלא נתייחדה עמו על שם אותם קידושין שנהגו והגע עצמך שאלו בא ואמר לה את אשתי והיא אמרה גרשתי נאמנת חזקה שאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה ל"ש שהיא מכחשת הדבר מעיקרו שלא נתן לה אלא קידושין חזקתם שאינם מקדשין הם סעד ועזר לדבריה א"כ נמצינו למדים שאין להוציא את האשה הזאת מתחת בעלה ולא נפסול בניה זה נראה לי ויצאו דברינו בטהרה וכתב שמעון בן הרב ר' שלמה בן הרב ר' שמעון ז"ל לה:

תלמוד בבלי מסכת יבמות דף טז עמוד ב

אמר רב יהודה א"ר אסי עובד כוכבים שקידש בזמן הזה חוששין לקדושין שמא מעשרת השבטים הוא והוא כל דפריש מרובא פריש בדוכתא דקביעי דאמר רבי אבא בר כהנא +מלכים ב' י"ח+ וינחם בחלה ובחבור נהר גוזן וערי מדי חלה זה חלזון והבור זו חדייב נהר גוזן זו גינזק וערי מדי זו חמדן וחברותיה ואמרי לה זו ניהר וחברותיה חברותיה מאן אמר שמואל כרך מושכי חידקי ודומקיא א"ר יוחנן וכולן לפסול כי אמריתה קמיה דשמואל א"ל בנך הבא מן ישראלית קרוי בנך ואין בנך הבא מן העובדת כוכבים קרוי בנך אלא בנה והאיכא בנות ואמר רבינא ש"מ בן בתך הבא מן העובד כוכבים קרוי בנך גמירי דבנתא דההוא דרא איצטרויי אצטרו איכא דאמרי כי אמריתה קמיה דשמואל א"ל לא זזו משם עד שעשאומו עובדי כוכבים גמורים שנאמר +הושע ה' בה' בגדו כי בנים זרים ילדו.

שו"ת רדב"ז חלק א סימן שנא

שאלת ממני אודיעך דעתי במומר שגירש את אשתו בעודו יהודי ואחר שהמיר נתייחד עם אשתו בפני עדים והוא כבר נשא אותה בערכאותיהם אם צריכה גט משום דלמא בעל לשם קדושין א"ד לא אמרינן הכי אלא בישראל אבל מומר ודאי בעל לשם זנות.

תשובה לכאורה היה נראה לומר דצריכה גט לא מבעיא לדעת הגאונים ז"ל דס"ל דבכל אשה אפילו שאינה גרושתו אמרינן אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות אלא אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל וכל האחרונים דס"ל דלא אמרי חכמים חזקה אין אדם עושה וכל אלא באשתו שגרשה לבד לפי שקרוב הדבר שנתייחד עמה ובא עליה לשם קדושין מפני שדעתו להחזירה או במקדש על תנאי ובעל סתם והביא הרשב"א ז"ל ראיה לזה ממה שאמרו נושא אדם אנוסת ומפותת אביו ולא שנא מפותת בפני אחד או בפני שנים הלכך בנ"ד כיון שהיתה אשתו ולבו גס בה ודאי דבעל לשם קדושין דקיל"ל כב"ה דאמרי הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה. אבל כד מעיינת בה שפיר תשכח דלאו הכי הוא אלא אין חוששין לה והרי היא מותרת להנשא בלא גט מכמה טעמי חדא דקדושי מומר לאו דאורייתא נינהו אלא משום חומרת אשת איש אמרו מומר שקדש חוששין לקדושי דמדין תורה הרי הוא כעכו"ם לכל דבריו והכא חששא הוא שמא בעל לשם קדושין שהרי אינה ודאי מקודשת שאם בא אחר וקדשה קידושי ודאי תפסו בה וכן כתבו בהדיא שהיא ספק מקודשת וכיון דהוי ספיקא באיסורא דרבנן אזלינן בה לקולא שהרי הדבר ספק אם בעל לשם קדושין או לשם זנות ואת"ל בעל לשם קדושין אין קידושין תופסין מן התורה אלא מדרבנן ותו דלא אמרו רבנן חזקה אין אדם עושה בעילתו ב"ז אלא בישראל הכשר שהוא זהיר במצות דלא שביק היתרא ואכיל איסורא או אפילו בישראל סתם דאכתי לא אתחזק לן. אבל מומר שהוא עובר על כל התורה כולה והוא פרוץ בעריות ובגויות איתרע חזקת' ולא אמרינן חזקה אין עושה בעילתו ב"ז: וכיוצא בזה כתב הראב"ד ז"ל לתקן דברי הגאונים ז"ל וז"ל דברי הגאונים קיימים במוחזקין בכשרות שחזקה לא יתפרצו בפני עדים לזנות אבל בפרוצים בעריות אין חוששין לקדושי ע"כ: וכ"ש בנ"ד שהוא מומר לכל התורה כולה שאינו מתבייש לזנות אפילו בפני עדים ופשיטא דלא בעל לשם קדושין. וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל פ"ד מהלכות נחלות וז"ל מי שהיתה לו שפחה והוליד ממנה בן והיה נוהג בו מנהג בנים או שאמר בני הוא ומשוחררת היא אמו אם ת"ח הוא או אדם כשר

שהוא בדוק בדקדוקי מצות הרי זה יירשנו ואעפ"כ אינו נושא בת ישראל עד שיביא ראיה שנשתחררה אמו ואחר כך ילדה שהרי הוחזקה שפחה בפנינו. ואם משאר הדיוטות הוא ואצ"ל אם היה מן המפקירים עצמן לכך הרי זה בחזקת עבד לכל דבר ואחיו מאביו מוכרין אותו וכו' הרי אתה רואה דאפילו לענין ממון דאיכא מגו דאם היה רוצה לתת לו כל נכסיו היה נותן אפ"ה אם הוא מן המפקירין עצמן לכך אתרע חזקתיה בנ"ד דליכא מגו והוא מומר ומפקיר עצמו טפי לא כל שכן. וא"ת מנא ליה לרב ז"ל לחלק בין הכשר להדיוט. וי"ל דאוקי חזקה דכשרותו של זה בהדי חזקת שפחות שיש לאמו של זה וכיון דאיכא מגו הרי זה נאמן אבל באדם שאין לו חזקת כשרות נשארה חזקת שפחות אמו במקומה ומגו במקום חזקה לא אמרינן. ותו דהוי מגו לאפוקי ממונא. תו איכא טעמא אחריתי כיון שנשא אותה בערכאותיהם שוב אינו רוצה בדת משה וישראל וא"כ איך נחוש שמא בעל לשם קידושין והוא אינו חפץ בתורת קדושין. וכיוצא בזו כתב ריב"ש ז"ל בתשובה סימן ה' עיין עלה ומתוכה תבין טעם למה שכתבתי ומכאן אתה למד שהמתייחד עם גרושתו והיא בנדתה אינה צריכה גט דמה נפשך אם הוא זהיר בנדה הרי לא בעל ואם אינו זהיר בנדה כיון דלא חייש לאיסור כרת לא חייש לבעילת זנות ולא בעל לשם קדושין. וכן הדין במי שהוא פרוץ בעריות ורגיל לבוא ביאות אסורות דכיון דלא קפיד בהכי לא בעל לשם קדושין אלא לשם זנות בעלמא כשאר ביאותיו ומ"מ אם אמר לעדים אני מתייחד כדי לבעול לשם קדושין הוי כמדבר עמה על קדושה ונתן לה סתם דהויא מקודשת אף הכא נמי אפילו בעל סתם הוי מקודשת ודאי וכן הדין במומר שאם אמר לעדים בפניה אני מתייחד עמה לשם קדושין חוששין לקדושין כללא דמלתא דבנדון דידן לא חיישינן שמא בעל לשם קדושין ומותרת להנשא ואינה צריכה ממנו גט אחר הנראה לע"ד כתבתי.

2) Not Even a Violation of Cherem d'Rabbeinu Gershom

שו"ת בעי חיי אבן העזר סימן א

ואין איהיה אפילו לאונרסי לאכילן נקי דושין לבר עבר
על חרם רנ"ה כהנין אלנו לא עבר על חרם
רנ"ה כיון שלא נכרה ולא קדשה בדינינו אלא בדת
הימטאלים הרי היא כזונה אלנו ולא עבר על חרם רנ"ה
כיון דמותרת היא לעלמא בלא גט כמו שכתבו הריכ"א ז"ל
והמוסקים ותמיהא למה שנראה מלברי הרב בנימין זל

יד אהרן חלק ב סימן קמ"ט

3) Choosing Against Judaism

שו"ת דרכי נועם חלק אבן העזר סימן לו

מי שנשא אשה בערכאות של גויים וכתב לה קיב"ל"ן כחוקותיהם ונשאר נשוי עמה המשך זמן אחר כך חלף הלך לו הבעל למדינת הים והרחיק נדוד ובאה האשה לב"ד שיתירוה לינש' כי היא לא נישאת לו על דת משה וישראל כי אם דרך זנות היתה בעילתו עמה בלי חופה וקדושין ונסתפקו חכמי הדור אי איכא למיחש שמא בהמשך זמן שהיתה נשואה לו ומיוחדת לו נתייחד עמה בפניעדים ונתכוון לקדושי ביאה כדאמרן בהמגרש את אשתו ולנה עמו בפונדק דאמרינן לב"ה צריכה גט שני דהן הן עידי יחוד הן הן עדי ביאה או לא.

תשובה ראיתי תשוב' אחת להר' הגדול מוהר"י קאשטר"ו ז"ל. והיא בתשובה סי' קי"א שממנה יש ללמוד קולא וחומר ישי' לה פנים לכאן ולכאן וראיתי לכותבה כולה מתחילתה ועד סופה דאיכא למיגמר מינה כמה דברים ואחר כך אבא לישא וליתן בדין נדון דידן...

לכאורה מתוך תשובה זו יש לחוש ליחוד בנדון דידן דהא באותו נדון של הרב ז"ל חזר אחר כמה טעמין וטעמים לא אחת ולא שתיים לסלק חששת היחוד משמע דבהצטרפות כל הנך טעמי היה לו כח לדחות חששא זו אף על פי ששם האשה גילתה דעתה שלא ליבעל לו אבל בנ"ד שהיא מתרצה בבעילתו ונשאת לו בעש"ג ומיוחדת היא לו כאישות גמורה הסברה מכרעת להגדיל החזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ובידו לעשותה בעילת מצוה והיא מתרצה לו היאך תסתלק חששא זו אף על פי שמכלל הטעמים שהביא הרב ז"ל היא אות' הדרדאב"ז ז"ל שכתב וכן הדין במי שה' פרוץ בעריות ורגיל לבא ביאות אסורות דכיון דלא קפיד בהכי לא בעל לשם קדושין וכו'. והכא בנ"ד אין לך פרוץ גדול מזה ולהוט אחר ביאות אסורות שהרי פרץ גדרה של תורה ודבר ה' בזה להרים יד על תורת משה לקחתה בעש"ג מרוב תאות יצרו איך יחוש לאיסור קל דפנויה מכל מקום רואה אני שלא הספיק לרב מוהריק"ש ז"ל טעם זה להקל בנ"ד אעפ"י שהיה אותו פלוני עובר על איסור תורה דלפני עור וכו' שאותה בעילה היתה כלפי דידה ואפילו אותו תיקון שנתן בסוף התשובה היתה שאף אם היה אותו פ' יודע כל זה ורצונו לעבור על איסור תורה שלא יועיל לו אותו יחוד ובעילה שיבעול לשם קדושין הרי שאפילו היה עובר על איסור תורה יש לחוש שמא יבעול לשם קדושין אם כן הכא ששניהם מסתמ' מתרצים לשם קדושין איך נאמר שמפני שראינוהו פרוץ ועובר על חילול תורה שלא נחוש לו מטעם זה בלבד.

ואומר אני לע"ד דשניי נדון דידיה דאיכא למיחש טובא על חששת היחוד מה שאין כן במקום אחר ולכך הוצרך לכל הני טעמי ולא מלאו לבו להקל עד אשר עשה אותו תיקון שבסוף התשוב' והטע' דכפי הנרא' באותו נדון עברו בין איש לאשתו מחלוקת

וקטטות לאין חקר וטרחה האשה טורח מרובה להתגרש ממנו ומפחדה שמא יבגוד בה אותו פ' ויבטל הגט ותלכד פעם אחרת בפח מוקשו חקרה ודרשה מאת יודעי ספר מה תעשה לשלא יוכל ללוכדה ולבטל אותו גט ומתוך נוסח האיסור אתה למד שהוא נוסח איסור היודע ספר ופרסמה הענין בפומבי שיכתבו שטר מזה ויודיעו הענין לראובן כל זה מורה שהיתה חוששת פן יחזור ללוכדה בפח מוקשו לכן אף על פי שהרב בתחלה נשא ונתן בענין איסור הבעילה והביא כמה ראיות דמאן דלא חש איסורא לא יחוש על בעילת זנות. מ"מ חזר לחוש שמא כוונתו לרעה ויכוון לשם קדושין כדי ללוכדה לו לכן סוף כל סוף עשה אותו תקון כדי שלא יועיל לו רשעו שיעשה ללוכדה אם כן אותה חששא אינה מסתלקת בכדי להיותו פרוץ וכיוצא או להיות בעילת קדושיו אסירא דעבידי רשיעי כדי ללכוד בנות ישראל למעבר אפילו איסור לכן הוצרך לבסוף לאותו תיקון. ואף על פי שאין אשה מתקדשת אלא מדעתה והיה מספיק טעם האיסור שעשתה כבר דזה מורה שאין ברצונה להיות נבעלת לו כלל ואיך נחוש לחששת הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה דהא אין אשה מתקדשת אלא לרצונה מכל מקום עדין חשש הרב שמא מתוך שמשתדל אותו פ' לחזור ללוכדה לו אפשר שיתייחד עמה ויפייסנה ותבעל לו לשם קדושין כי דעתן של נשים קלות מה גם בענין משגל דלמא לשעה יצרה אלבשה ותודה לו ותלכד בפח מוקשו לכן הוצרך הרב ז"ל לאותו תיקון שעשה לבסוף דמעתה אפילו יאמר שנתרצית לו להיות נבעלת לשם קדושין ואפילו שתודה האשה בכך לא תפסי קדושין כלל אם מצדה שכבר אסרה עליה הנאת תשמישו אם מצידו שאסרה הנאת תשמישה עליו כל הני טעמי הוא לאותו נדון. אבל בעלמא כגון נדון דידן **שנשא אשה בעש"ג מרצונו ורצונה ודאי דמעיקרא לשם פריצות זנות למלאת תאות יצרם הרע ולא חששו על חילול התור' ודאי מאן דלא חייש להאי לא חייש על איסור בעילת פנויה דקיל טפי ואיכא למ"ד דזו היא פלגש האמורה בתורה שהותרה לו בלא כתובה וקדושין כיון שהיא מיוחדת לו ואינה מופקרת לזרים וזו היא דעת הראב"ד כתבה הרב המגיד ז"ל פ"א מ"ה אישות. ועיין בתשובת הרב בעל תרומת הדשן סימן כ"ט שנשא ונתן בענין זה וסוף דברי אותה תשובה והתימתה כתב דלא אמרינן חזקה אין אדם בועל בעילת זנות אלא בבני אדם הכשרים לא בפרוצים ועוד כתב **ואם היה נשוי ודאי היה פוגע בהרם ר"ג ולכן אין לחוש שמא בעל לשם קדושין** וחתם דבריו דבכל דהו דחינן להאי חזקה דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ואני ההדיוט הארכתי בזה לקמן בסימן מ"ו ע"ש אלא שאחר שכתבתי ראיתי תשובה זו של הרב ז"ל שהעתיקתיה זה ימים מספרו ונתתיה בתשובות שלי להיות לומד ממנה כמה הלכתא ברבבא דאית בה כאשר יראה המעיין בנוסח התשובה וכמה חילוקי דינים נלמדים ממנה אחר שכתבתי שם באתי וראיתי חזר לבי לחוש לבטל מה שכתבתי שם לכן יישבתי דעתי לחזור עליה וראיתי החילוקים שיש בין נדון לנדון. כלל העולה דלמאי דאתינן השתא לענין מי שנשא אשה בעש"ג אין לחוש לייחודם כלל לומר שמא לשם קדושין בעל דמוכחא דבהפקרא ניהא ליה ואינו בא עליה כי אם דרך פריצות וכבר הארכתי בזה לקמן סימן מ"ו והבאתי שם דברי הפוסקים ז"ל המדברים בזה משם תדרשנו למדנו מדברי הרב כאן שחששא זו היא חששא דרבנן. גם למדנו דבגרושה דעלמא שאין שם שום אמתלאה כנדון של הרב איכא בייחוד תרי ספיקי ספק בעל ספק לא בעל ואם ת"ל בעל שמא שלא לשם קדושין בעל אלא לשם זנות כשיש צד איסור בדבר כנז"ל. וצור ישראל יאיר עינינו בתורתו לבל אכשל בדבר הלכה ויראנו בה נפלאות כה מעתיר עבד לכל יודעי דת ודין. הצעיר מרדכי הלוי.**

שו"ת דרכי נועם חלק אבן העזר סימן מן

מעשה היה זה ימים בא ראובן לישא אשה פה מצרים וכפי הנראה שלא הניחוהו בית דין לישא אותה לאי זו סיבה או לפי שהיה נשוי אשה אחרת בעירו או לסיבה אחרת והלך בזדון לבו ונשאה בערכאות של גויים וכתב לה כבי"ן כמנהג' וכחוקותיהם ונשאר נשוי עמה ימים ושנים להיות שאין כח ב"ד יפה להביא למוסר אזנם של רשעים ויהי היום ותלד לו בן ושמענו מפי השמועה שלא נתנו בית דין רשות למהולים למול אותו היותם עוברי על דת עד שיקדשנה כדת משה וישראל ולא נתברר קול זה אם הוא אמיתי או אם יש לו ממש אלא קול הברה בעלמא. ויהי היום וילך ראובן הפריץ הנז והניח אשתו זו. ותבא לב"ד שיתנו לה רשות לינשא לאחר כי מעולם לא נתקדשה לו כדת משה וישראל כי אם אותן נישואין שנעשו בערכאות של גויים וכפי דיניהם כשהבעל מניח את אשתו עגול' קובל' לפני הדיין ונותנים לה רשות לינשא ואמרה להו שכך תעשה ושנחנו גם כן ניתן לה רשות לינשא כדת משה וישראל ואני בעניי נסתפקתי אי חיישינן לה אף על גב דמעיקרא נישאת בעש"ג אפשר שאח"כ בהמשך הזמן נתייחד עמה בפני עדים כשרים אי אמרינן בה הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה כדאמרינן כשנתגרשה ואחר כך נתייחד עמה או נימא כיון שהעידו פניו בשאט בנפש והרים יד על תור' משה כדכתי' ואויבינו פלילים אם כן אינו חושש למיכל איסורא ולבעול בעילת זנות מיהו מאחר שיצא קול הנז"ל אף על גב דלא אתחזק חיישינן לקול או לא מאחר שהאשה אומרת דלא היו דברים מעולם אמרינן בכה"ג אשה דייק' ומנסבא שלא לקלקל עצמה או נימא דלהיותה פרוצה אינן חוששת ואפקרה עצמה.

תשובה לעמוד על עיקרן של דברים צריך לבאר תחל חששא זו שאמרו חכמים למתייחד עם גרושתו אם היא חששא דאורייתא או דרבנן וגם קדושי ביאה היאך נגמרים ומהו ענין הן הן עידי ייחוד הן הן עידי ביאה אם יחוד לחוד בלא שום הודעה ואמירה סגי או לא. הר"מ במז"ל בפרק שלישי מ"ה אישות כתב וז"ל ואם קידש בביא' אומ' לה הרי את מקודש' לי או הרי את מאורסת או הרי את לי לאש' בבעיל' זו וכל כיוצא בזה ומתייחד עמה בפני שני עדים ובעלה ע"כ. ולשון מר"ן בשולחנו הטהור /א"ה/ סימן ל"ג כך הוא בביאה כיצד אומר לה בפני שני עדים הרי את מקודש' לי בביאה זו ונתייחד עמה בפניהם הרי זו מקודשת אע"ג דחוצפא היא ואין דינה אלא כמאורסת ולא כנשואה ע"כ. אם כן לפי זה הווי קדושי ביאה כקדושי כסף וכשם שקדושי כסף צריך העדים שישמעו לשון הקדושין ושיאמר מקודשת לי דאם לא כן לא הווי קדושין אם כן אף קדושי ביאה צריך העדים שישמעו לשון הקדושין ואם לא אמר כן אפילו נתייחד בפניהם ובעל הווי בעילת זנות דע שאין הדבר כן שהרי שלהי פרק המגרש תנן המגרש את אשתו ולנה עמו כפונדקי ב"ש אומרים אינה צריכה הימנו גט שני ובה"א צריכה הימנו גט שני אימתי בזמן שנתגרשה מן הנישואין ומודים

בנתגרשה מן האירוסין שאינה צריכה הימנו גט שני מפני שאין לבו גס בה ואוקימנא בגמרא דמתניתין בלא ראוה שנבעלה במאי קמפלגי דאיכא עידי יחוד וליכא עידי ביאה ב"ש סברי לא אמרינן הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה וב"ה סברי אמרינן הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה ומודין בנתגרשה מן האירוסין שאינה צריכה הימנו גט שני דכיון שאין לבו גס בה לא אמרינן הן הן עידי ביאה עד כאן. ואם איתא שקדושי ביאה צריך שיאמר בפני עדים מה שכתב הר"מבם אם כן אפילו נתגרשה מן האירוסין כיון שאמר לה בפני עדים כך ונתייחד עמה נימל דהוי מקודשת ודאי שהרי אפ"ל פנוי עם פנויה שלא הכירו זה את זה ולא גייסו אהדדי אם אמ' לה דבר' אלו ונתייחד עמה בפני עדים הווי קדושין גמורים כל שכן הך שכבר היתה ארוסתו ושייך בגוה אלא על כרחך לומר **קדושי ביאה גמורים בעידי יחוד מבלי שום אמירה והודעה לעדים** והיינו דאמרינן אליבא דב"ה הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה אלא שמה שכתב הר"מבם ומר"ן ז"ל שצריך שיאמר לשון כלשון קדושי כסף הוא משום דאיירו באשה פנויה דעלמ שבא זה לקדשה על ידי קדושי ביאה. ולאפוקי מסברת הגאונים שכתב שם משמן שכל אשה שתבעל בפני עדים צריכה גט חזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות והגדילו והוסיפו בדבר זה שעלה על דעתם עד שהורו שמי שיש לו בן משפחתו חוששין לו ולא תתייבם אשתו שמא שחרר שפחתו ואחר כך בא עליה וכו'. וכתב על זה שכל דברים אלו רחוקין הם בעיני מדרכי ההוראה ואין ראוי לסמוך עליהן שלא אמרו חכמים חזקה זו אלא באשתו שגרשה בלבד או במקדש על תנאי ובעל סתם וכו'. והנה לכן לאפוקי מסברה זו כתב הר"מבמז"ל שכשבא אדם לקדש אשה בבאה צריך שידוע דברים אלו שהוא מקדשה בכך לעדים קוד קדושי ביאה דאל"כ אפ"ל יש עידי יחוד אמרינן דנתכוון לזנות ודלא כסבר הגאונים ז"ל אבל כשלבנו גס בה שנתגרשה מן הנישואין בעידי יחוד דיו מבלי שום הודעה לעדים וסמכינן אחזקה שאין אדם עושה בעילתו בעיל זנות וא"ת ומאי שנא מקדושי כסף וי"ל דהתם אחינן עליה מטע' דידי' מוכיחות בעינן לכן צריך להקדים הודעה ואמירה ודקדוק לשון הקדושין אבל קדושי ביאה אין לך ידים מוכיחות דלקדושין מתכוון ולעצמו מקדש בבעילתו שבוועל אותה בעידי יחוד וזה פשוט לכן אמרו על מי שגירש את אשתו אם גירש על תנאי ולנה עמו בפונדקי כיון שנתייחד עמה בפני עדים חוששין לקדושי ביאה וכן בשכיב מרע שגירש את אשתו בע"מ אם מתי וכו' תנן בפ' מי שאחזו דף ע"ג לא תתייחד עמו אלא בפני עדים וכו' רש"י שמא יבא עליה דאיכא למ"ד חיישינן שמא בעל לשם קדושין וצריכה גט שני וכתב הר"ן ז"ל וכגון דאיכא עידי יחוד דאמרינן הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה כדאמרינן בהזורק וכן כתב הר"מבמז"ל פ"ח מהלכות גרושין כל המגרש על תנאי וכו'. הרי זה לא יתייחד עם אשתו כל זמן שלא נתקיים התנאי אלא בפני עד וכו'. והדבר ידוע שאם נתייחד עמה בפני שנים כאחד אפילו נתקיים התנאי הרי זו ספק מגורשת שמא נבעלה ובטל הגט וכתב הרב המגיד כשיש שם עידי יחוד בגמרא נתבאר דינא בפרק הזורק ורבינו ביארו בדין המגרש את אשתו וחזר ובעלה ושם נתבאר שאם ראוה שנתייחדה ולא ראוה שנבעל צריכה גט מספק שמא חזר ובעל לשם קדושין נמצא שהיא ספק מגורשת שמא הגט הראשון נתבטל וצריכה גט אחר זהו שכתב כאן רבינו הדבר ידוע שאם נתייחד עמה וכו'. ולשון מרן כך הוא והדבר ידוע שאם נתייחד עמה בפני שני עדים כאחת וראו הוא והיא אותם אפילו נתקיים התנאי אחר כך הרי זו ספק מגורשת שמא בעלה ובטל הגט עד כאן. ובפרק עשירי מהלכות גירושין כתב הר"מבם ז"ל המגרש את אשתו וחזר ובעלה בפני עדים קודם שתנשא לאחר בין שגירש מן הנישואין בין שגירש מן האירוסין הואיל ואשתו היתה הרי זו בחזקת שהחזיר ולשם קידושין בעל לא לשם זנות וכו' לפיכך הרי זו בחזק' מקודשת קדושי ודאי וצריכה ממנו גט שני נתייחד עמה בפני עדים והוא שיהיו שני עדים כאחת אם היתה מגורשת מן הנישואין חוששין לה שמא נבעלה והן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה שכל המקדש בביאה אינו צריך לבעול בפני עדים אלא יתייחד בפניהם ויבעול לפיכך צריכה גט מספק והרי היא ספק מקודש ואם הית' מגורש' מן האירוסין אין חוששין שהרי אין לבו גס בה ע"כ נמצאת אומר שלשה חלוקי דינין יש בדבר זה אם ב' עדים ראוה שנבעלה סמכינן אחזקה שאין אדם עושה בעילת זנות ומשוינן לאותה בעילה לשם קדושי ודאי והווי אשת איש גמורה מן התורה בין שגירש מן הנישואין בין שגירש מן האירוסין הואיל ואשתו היתה כדכתב הר"מבם. שנית אם נתייחדה בפני שנים ולא ראו שנבעלה מן הנישואין חוששין לה והווי ספק מקודשת וצריכה גט מספק והווי חששא של ספק ערוה דאורייתא ואם לא נתגרשה מזה והלל ונשאת תצא והולד ספק ממזר כמו שכתב הר"מבם ז"ל פ"י מה' גירושין דכל שנאמר בו ספק גט או ספק קידושין הווי דינא הכי. שלישית אם היתה מן האירוסין ונתייחד עמה בפני עדים אין חוששין לה שאין לבו גס בה ומותר' לינשא לאחר וכתב הר"ן משם הר"שבא דהיכן דחזינן להו דגייסי אהדדי אפ"ל מן האירוסין צריכה ממנו גט שני והביא ראייה מפרק שני דכתובות ומן הירושלמי. ועתה נבא לנדון שלפנינו דודאי לבו גס בה כיון שהיתה נשואה לו בחקות הגוים ובעלה כמה בעילותולא יבצר בכל המשך הזמן שהיה נשוי עמה להתייחד עמה בפני שנים וי"ל הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה ואפשר דלא שביק התירה ואכיל איסורא כיון שבידו לעשות בעילתו בעילת מצוה ואפשר דהווי כאלו ראוה שנבעל דמאי דאמרינן בנתייחד' מן הגירושין דהווי ספק מגורשת היינו דילמא לא בעל אבל בנ"ד ודאי בעל דהא אשתו גמור' היא שמתנהג עמה מנהג אישות והרא"ש ז"ל ממה שכתב רש"י פ"ק דכתובות דף ט' מפני מה לא אסרוה על דוד שהרי עדים הרבה ידעו משמע דלא בעינן עדים שיהיו שם שכל העולם הם עידי ביאה דומיא דדוד עיין בסימן צ"ד ואם כן בנ"ד לא הווי אלא חד ספיקא שמא נתכוון ובעל לשם קדושין שמא לא נתכוון אבל ספק בעל ליכ' דודאי בעל ולהיות דלא איכ' הכא אלא חד ספיקא והווי ספיקא דאורייתא ודאי דהווי לחומרא. או נימא כיון דראינו פריצות ועזות פנוי לא חייש להאי איסורא ואדרבא יש לומר דבהפקרא ניחא ליה טפי מה גם אם היתה מניע' נישואין מחמ' שהיה נשוי ומושבע שלא ישא אשה וא"כ מאן דעביד לעבול על השבוע' כ"ש דלא חייש לאיסור קל דהא לסברת הר"אבד ליכא לאו בבא על הפנויה כדכתב הרב המגיד ז"ל משמו פרק א' מהלכות אישות דפלגש האמורה בתורה היא המיוחדת לו בלא קדושין ואיכא מ"ד דצריכה קדושין ואינה צריכה כתובה כלל העולה דהווי איסור קל כ"ש לדעת הר"אבד דאין שם איסור וזה שהיה בדעתו שעובר בכל יום על השבועה ודאי דלא חייש לבא על הפנויה בלא קדושין אלו הן הספקות דאיכא הכא וצריך להתיישב בהן

כתב הרי"בש ז"ל על כיוצא בזה סימן ו' במי שנשאת על ידי גוים וחקי דתם והיתה עמו כאשתו לכל דבר בחזקת אישות ונתעברה ממנו וילדה בן והלך האיש ההוא מעבר לים ולא יסף שוב אליה עוד והשיב שאין באותם נישואין ממש ואין בהם חשש קדושין אף אם היו בהם עדים כשרים אבל אם יש לעיין הוא למשך הזמן שנשארה תחתיו כיון שהיה מתייחד עמה בפרסום ונתעבדה ממנו שמא נתכוון לשם קדושין דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ואף על גב דבפנוי הבא על הפנויה בעינן שיפרש דבועל לשם קדושין אבל הכא שנשאה והתנה שתה' אשתו וכן מתנהג עמה מנהג אישות איכא למימר דאין צריך לפרש אלא בסתמא שנתייחד בפני עדים נאמר הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה וכו'. חזר וכתב דאדרבא אפכא מסתברא דאפילו לדעת אותם הגאונים שסוברים דבסתמא אמרינן לשם קדושין בעל הכא בנדון זה לא בעל לשם קדושים דכיון דנשאה בחוקות הגוים וכו'. הרי כאלו פרשו שאין דעתם לשם קדושין כדת משה וישראל והרי היא אצלו כפלגש ופנויה וכו'. ובנדון זה אין לך פריצים יותר מאלו ההולכים ברצון נפש' לפני ע"א להשתחות שם ומעשיהם מוכיחין בפריצותם ורבו המתפרצים בזנות של נכריות אף כי בזנות של בת ישראל פנויה נעשית להם בהיתר וכו'. ועוד דלא חש לאיסור נדה דאית בה כרת איך יחוש לאיסור ביאת פנויה עד שנאמר אין אדם אדם עושה בעילתו בעילת זנות וכו' עד כאן דבריו בקיצור. אם כן אף אנו נמי נימא בנ"ד כיון שזה העיז פניו ופרץ גדר התורה וכנסה ע"י עש"ג ודאי אינו חושש לאיסור קל דפנויה ואין כאן חשש קדושין כלל.

מיהו עדין כל זה אינו מספיק שלא לחוש הכא היות הרב מבקש כמה עילות לסלק חששא זו הדא שהפקיר עצמו להשתחות לע"ז דנראה דכל ההולכים להזדווג על ידי הגלח מוכרח להיות משתחוה לע"ז והוי משומד להכעיס לכל התורה מה שאין כן בנישואין הללו דנ"ד דאין כאן כי אם אפקרותא בעלמא ולא עבדו שם מעשה לצאת מכלל הדת ונתן טעם עוד דלא חייש לאיסור נדה שהיא בכרת והכא ליכא האי טעמא דמאן לימא לן שלא היתה אשה זו טובלת לנדתה. גם העיד הרב עליו ועל כיוצא בו שהם פרוצים בזנות נכריות ואפשר שלהצטרף שם כל הטעמים הללו גזר ופסק דלא חיישינן לקדושין אבל בעלמא כגון נדון דידן מאן לימא לן שדעתו שלא לחוש והרי ח"ו אנו באין להקל בערוה חמורה.

וראיתי לרב בעל תרומת הדשן ז"ל בסימן ר"ט נשא ונתן בענין זה וחתר כמה חתירות להקל ולהחמיר והראה פנים לכאן ולכאן על איש אחד שהולך עמו בתולה אחת מעיר לעיר ואומר שהיא עניה ורוצה להוליכה אל קרוביה אח"כ נודע שמעוברת היא ואומרת שממנו נתעברה והוא מכחישה לאחר זמן באתה לינשא וקראו קצת יודעי ספר תגר על הנשואין בלא גט מאותו פ' דאיכא למימר שמא קידשה בביאה ולאותו פ' יש לו אשה אחרת ע"כ. ועל זה נשא ונתן בענין אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות והעלה דהר"מבם ואשירי שוין דמי שבא על הפנויה אפילו בפני עדים בדרך זנות אין חוששין לקידושין דאיכא למימר שמא היא לא נתרצית להיות לו לאשה או הוא אינו חפץ לישאנה אלא יצריה תקפיה לזנות יחד ומן התורה אין איסור לזנות עם הפנויה זהו דעתם ז"ל אבל לדעת התוספות שכתבו בפ' ב"ש דדוקא גבי המגרש את אשתו דאיכ' הוכח' דלשם זנ' נתכוון לא חיישי ב"ש לקדושין אבל היכא דליכא הוכחה חיישינן והיינו הפך מסברת הרמ"בם ואשירי דכתבו דבמגרש את אשתו איכא למיחש טפי לקידושין מאשה דעלמא ואע"ג דב"ש פליג אב"ה בהמגרש את אשתו מ"מ לא אשכחן דסברותם הפוכות. ובפרק הזורק כתבו עוד התוספ' דב"ה דסברי אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות אפילו בפנויה מדקאמר לעולם אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות והכי סבר ר"ב במדכ"פ האומר ולפי סברתו צריך לומר דר"ח ורב אלפס וא"ז סברי הכי מל"ש דשפחה א"כ קשה מאד להקל ולסמוך על הר"מבם ואשירי נגד כל הני רבוותא. ולכך נראה לי לומר דאין צד להתיר בנדון דידה אלא משו' דלא בעל בפני עדים דבלא עדים אפילו שניהם מודים אין כאן קדושין אם כן אפילו היה מודה שממנו נתעברה אם לא היו עידי ביאה אין חוששין לקדושין וכתב מטעם דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות נימא דילמא בעל בפני עדים וי"ל דלאו כ"ע דינא גמירי והרבה סוברים כיון ששניהם מודים עדיפי מעדים וכו'. וכה"ג אשכחן פ' המדיר דהמקדש במלוה ובעל אין חוששין לקדושין דסבור דקדושי מלוה מהני ופ' רש"י שאין הכל בקיאיין בהלכות קדושין. ותו נראה דכל היכא דטמרי האיש והאשה מאנשים ובא לגנוב דעת הבריות כנ"ד שנתן אותו פ' אמתלאות למה שהולכה עמו לעשות עמה חסד והיה מסתיר מעשיו בכל המקומות כל כה"ג לא חיישינן שהמציא עדים לביאתו דחייש דלמא מפקו קלא ובלאו הכי דבר שאינו מצוי הוא שיבעול בפני עדים אפילו אם רואים מבחוץ דביחוד לחוד לא סגי אפילו בגרושה מן האירוסין כל שכן באשה דעלמא ואין לבו גס בה לגמרי וכו'. אם כן הואיל ומטמרי בתחלה וגם ליכא עדים שבעל בפניהם כל שכן שהוא מכחיש ואומר שלא בא עליה מצינא למימר שמא מגוי נתעברה דאין לו תורת קדושין או א' מפריצי בני ברית דלא שייך לו בו אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות הואיל ובלאו הכי פרוץ הוא בזנות וחשיד אניאוף דכי ה"ג איתא פ' כל הנשבעים שאמרו אחזוקי אנשי דגנבו לא מחזקינן דקדק הר"ף דדוקא אם אינו מוחזק בגניבה אבל אם מוחזק אמרינן גנובים הם וכו' ה"ה לענין בעילת זנות וכתב שבא מעשה לידו במומר שנשא בגיותו על ידי גלח את בת ישראל שהמירה ושהו יחד כמו ב' ושלוש שנים לבסוף חזרה היא לדת האמת והתיר לה משום דודאי לא נתכוונו בהזדווגם בגיותם לשם קדושין אלא ליחוד בעלמא כדי שתהיה מצויה לו בכל עת ולא לאחר ולא שייך לומר אין אדם עושה בעילתו בעיל' זנות היכא דכבר יצא מן הכלל בכל עבירו שבתורה ואף כי אותו מומר היה פרוץ אפילו ביהדותו וכן דקדק מסמ"ג שכתב חזקה אין אדם מישראל הכשרים בועלים בעילת זנות מדנקט הכשרים משמע הפרוצים לא כתב אחר כך עוד יש צד להתיר דהאיש נשוי כבר ואם היה מקדש זו שבעל היה פוגע בחרם ר"ג וכה"ג נוכל לו' דאין לחוש שבעל לשם קדושין כדי שלא תהיה בעילתו בעילת זנות דאדרבא בעילת זנות עדיף לענין חרם ר"ג ומאן לימא לן דהאי אסורא חמיר ליה דילמא האי חמיר ליה דבעילת זנות לאו אסור חמור הוא וכו'. ומסיק בסוף דבריו דבכל דהו דחינן להאי חזקה דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ושיפ' כתב הר"מבם שהדבר רחוק מן הדעת לומר על איש ואשה שנתפתו ליצרה ונכנסו לסתור ולבעול שיבעול לשם קדושין ועת' בדורותינו אינו מצוי כלל ע"כ דבריו בקצור.

כמה פתחים פתח לנו הרב ז"ל מהם איכא למגמר להחמיר ומהם להקל מפתח דבריו שעשה עיקר מדברי התוספות שאמרו דאפילו פנוי הבא על הפנויה אמרינן אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות הוי להחמיר אלא שבסוף דבריו הכריע כדברי הר"מבם. ומטעם

שנתן אחר כך להקל יצא לנו בנ"ד להחמיר לפי שנתן טעם לנדון דידיה שהיה אותו פ מסתיר עצמו והיה נותן אמתלאה שלא נגע בה והיה גונב דעת הבריות אם כן ודאי דליכא למימר לחוש לקדושין אלא אם באמת בעל לשם זנות בעל אם כן בעלמא דלית האי טעמא דמטמרי אמרינן חזקה אין אדם עושה בעילתו כשלא זנות א"כ יצא לנו חומרא לחוש הכא בנדון דידן וממה שכתב אחר כך כ"ש שהוא מכחיש משמע דהכא דליכא האי טעמא איכא למיחש שהרי היה נוהג בה מנהג אישות ואפשר אי היה קמן הוא אומר דלשם קדושין בעל. גם ממה שאמר ובלאו הכי פרוץ הוא בזנות וחשיד אניאוף וכשהוא כן לא אמרינן חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות האי גברא דהכא לא ידעינן ביה אי הוה פרוץ בזנות דשמא כשלא ניתן לו רשות לכנוס חש על עצמו מלזנות ובחר הרע במיעוטו לקחת אשה בעש"ג כמו פלגש דליכא איסור חמור כדכתיבנא לעיל כמו הבא על הפנוי דרך זנות ובהמשך זמן נתכוון לקדשה שתהיה אשתו כדת משה וישראל גם מאותו מעשה שבא לידו והתיר יש ללמוד משם לנדון דידן להחמיר כפי הטעם שנתן דכיון שיצא מן הכלל בכל עבירות שבתורה וגם שאותו מומר אפילו ביהדותו היה פרוץ ולכן ליכא למיחש לקידושין אם כן הכא דליכא הני טעמי חיישינן לקדושין אבל מטעם שכתב בסוף דבריו יש ללמוד להקל שכתב שלהיותו נשוי ואם היה מקדש היה פוגע בחרם ר"ג ומטעם זה אין לחוש שבעל לשם קדושין א"כ כ"ש מי שהיה מושבע לאשתו שלא ישא אשה אחרת מסתמא חמירא שבועתא ולא עביד איניש לעבור על שבועתו כדי שלא יבעול בעילת זנות דחמיר איסור שבועה מאיסור זנות אלא שעדין טעם זה אינו מספיק שהרי היה דעתו בתחל' לכונס' ולא חייש אשבועתא אלא שב"ד לא הניחוחו א"כ נמצא זה חשוד אשבועתא ואעפ"י כן לא היה רוצה בבעילת זנות שהרי היה מבקש לכונסה ואפשר שבהמשך זמן השלים כונתו לכונס כדת משה אלא שראיתי בסוף דבריו דמסיק דבכל דהו דחינן להאי חזקה דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ועל טעם זה היה מקום להחזיק בהאי טעמא ולא לחוש כלל לקדושין אלא שמיראי הורא' אני הייתי רוא' את הרב ז"ל מצדד צדדים לכאן ולכאן צריך אני לחפש אחר דברי פוסקי אחרונים ז"ל ולראות הכרעתם ולא לסמוך על דעתי הקלושה.

כתב מוהר"י בל ז"ל בכלל א' סי' ו' על ענין חששא זו דמאי דאמרינן הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות לאו בכל גברא אתמר והכי דייק לשון הר"מבם ז"ל פרק עשירי מהלכ' גרושין חזקה אין אדם עושה בב"ז באשתו משמע דחזק' זו אינה אלא במי שבורח מן העביר' וכן יש לדקדק ממה שכתב סוף פרק שביעי המקדש בפחו משו' פרוטה או במלוה וחזר ובעל סתם בפני עדים צריכה גט שעל בעילה זו סמך ולא על אותם הקדושין הפסולים חזקה הוא שאין אדם מישראל הכשרים עושין בעילתו בעילת זנות והרי בידו לעשותה בעילת מצוה משמע דדוקא בישראל הכשרים אמרינן חזקה זו ע"כ. אע"ג דנדון דידיה במשומד ופרוץ בעריות מכל מקום מהראיות שהביא משמע דדוק בבני אדם כשרי' אמרינן חזקה לא במתפרצים ומרימין יד על תורת משה לינשא בחוקות הגוים בשאט בנפש שעליהם נאמר כי דבר ה' בזה וכו'. ומה שכתב מוהר"ד דכ"ז ז"ל בבית כ"ד על א' מן האנוסים שנשדדו לו בתולה אחת ע"מ שיוציא' משם אל ארץ תוגרמא לשמור ולעש' ללכת בתורת משה מבלי פחד ועל זה נשאת לו בחקותיהם ע"י הגלח ועמד עמה ימים אחדים אחר כך הסכימו שניהם ללכת כאשר היה בלבב/בלבד/ והולכה לספינה עם שאר אנשים ונשים ההולכים גם כן וירד אותו אנוס בעלה של זו מן הספינה כי שכח מקצת מטלטלים הלך להביאם ולא שב עוד והספ' נסעה לדרכה ואח"כ נשאת בחורה זאת והיו מרננים אחריה לומר שהיתה נשואה במקומה והאריך הרב ז"ל בענין היתר אשה זו כאשר יראה המעיין סוף דבר תלה ההיתר להיות שלא היו העד' כשרים לקדושין מצויין אצלם שנא' הן הן עידי יחוד וכו'. ואין לנו לחוש שמא נזדמנו להם עדים כשרים כל שלא נודע שהיו אצלם עדים כשרים לא חיישינן שמא נמצאו והאריך בזה יע"ש. א"כ מדבריו למדנו שאם היו במקום שעדים כשרים מצויים יש לחוש שמא נתייחד לשם קדושין. איכא למימר דדוקא בנדון דידיה דמעיקרא לא נזדווג עמה על ידי נשואין של הגלח אלא כדי ללכת משם ולהביאה למקום קדוש אשר ישמרו תורת ה' ואדעתא דהכי היו הנשואין הזרים וא"כ כל היכא דהוה האי גברא יכול להשלים כונתו וכונתה הטובה להיותם מזדווגים כדת משה וישראל מהרה חושה היו עושים. ולכן אמר דמאי דלא חיישינן לקדושין הוא להיותם במקום שאין עדים כשרים מצויים אבל בנדון אחריתי שנעשו הנשואין בע"שג ברשע ובזדון אמרינן מאן דמזלזל בהאי ודאי דלא חייש אהא שלא לבעול בעילת זנות וכן מצאת בהדיא בתשובות הרדב"ז ז"ל סימן אלף ס"ט ז"ל שאלת ממני אודיעך דעתי במשומד שגירש את אשתו בעודו יהודי ואחר שנשמתד נתייחד עם אשתו בפני עדים והוא כבר נשא אותה בערכאותיהם אם צריכה גט משום דילמא בעל לשם קדושין או דילמא לא אמרינן הכי אלא בישראל אבל במשומד ודאי בעל לשם זנות והשיב שמתורת לינשא בלא גט מכמה טעמי חדא דקדושי משומד לאו דאורייתא נינהו אלא משום חומרת אשת איש אמרו משומד שקדש חוששין לקדושין דמדין תורה הרי הוא כגוי לכל דבריו והכא חששא היא שמא בעל לשם קדושין שהרי אינה ודאי מקודשת שאם בא אחר וקדשה קדושי ודאי תפסי בה וכן כתבו בהדיא שהיא ספק מקודשת וכיון דהוי ספיקא באיסורא דרבנן אזלי בה לקולא שהרי הדבר ספק אם בעל לשם קדושין או לשם זנות ואם ת"ל בעל לשם קדושין אין קדושין תופסי מן התורה אלא מדרבנן ותו דלא אמרו חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות אלא בישראל הכשר שהו זהיר במצות דלא שביק היתרא ואכיל איסורא או אפי' ישראל סתם דאכתי לא אתחזק לן אבל משומד שהוא עובר על כל התורה כלה והוא פרוץ בעריות ובגויות אתרע חזקתיה וכיוצא בזה כתב הראב"ד ז"ל וז"ל דברי הגאונים קיימי במחוזקים בכשרות שהזקה לא יתפרצו בפני עדים לזנות אבל בפרוצים בעריות אין חוששין לקדושין שלו ע"כ. כ"ש בנ"ד שהוא משומד לכל התורה כלה וכו'. וכן נראה מדברי הרמ"בם ז"ל פרק רביעי מה' נחלות מי שהיתה לו שפחה והוליד ממנה בן וכו'. עד אם ת"ח או אדם כשר הוא שהוא בדקדוקי מצות וכו'. ואם משאר הדיוטות הוא וא"צ לאם היה מן המתפקרי' עצמם לכך הרי זה בחזקת עבד וכו'. וא"ת מ"ל לרב לחלק בין כשר להדיוט יש לומר דאוקי חזקה דכשרותו של זה בהדי חזקת שפחות שיש לאמו של זה וכיון דאיכא מגו ה"ז נאמן אבל באדם שאין לו חזקת כשרות נשארה חזקת שפחות אמו במקומה ומגו במקום חזקה לא אמרינן וכו'. תו איכא טעמא אחריתי כיון שנשא אותה בערכאותיהם שוב אינו רוצה כדת משה וישראל ואיך נחוש שמא בעל לשם קדושין וכיוצא בזה כתב הר"י בש"כ וכו'. ומכאן אתה למד שהמתייחד עם גרושתו והיא בנדתה אינה צריכה גט דמה נפשך אם הוא זהיר בנדת

ה"ז לא בעל ואם אינו זהיר בנדה כיון דלא חייש לאיסור כרת לא חייש לבעילת זנות ולא בעל לשם קדושין וכן הדין במי שהוא פרוץ בעריות ורגיל לבא ביאות אסורות כיון דלא קפיד בהכי לא בעל לשם קדושין מכל מקום אם אמר לעדים אני מתייחד עמה לבעול לשם קדושין הוי מקודשת ודאי כן הדין במשומד שאם אמר לעדים בפניה אני מתייחד עמה לשם קדושין חוששין לקדושין ע"כ דבריו בקיצור. כתבתי כל טעמים שכתב להתלמד לכאן ולמקום אחר דשייך. והכא ליכא למימר דאין לנו לדון אלא כפי נדון ידידי שנשתמד וכפר בכל התורה כאשר חששנו בהנהו דלעיל דהכא כשבא להתיר כתב והרי היא מותרת להנש' מכמ' טעמי משמ' שכל טעם וטעם שנותן מספיק להתיר ולא אזיל בשיטת כ"ש ואין שום טעם סניף לחבירו אלא כל טעם וטעם באנפי נפשיה מספיק להתיר ובנדון ידידי אשתכחו כלהו כן נראה לי לומר לפי סגנון לשון הרב

אבל קשה מטעמא קמא דיהיב משום דקדושי משומד לאו דאורייתא וכפי סגנון הגמרא פרק החולץ/יבמות/ דף מ"ז לא משמע הכי דאמרינן התם טבל ועלה הרי הוא כישראל לכל דבריו למאי הלכת' דאי הדר ביה ומקדש בת ישראל משומד קרינן ביה וקדושי קדושין ולא ראיתי מי שכתב בקדושי משומד ספק מקודש' ודאי דאין לא ראינו שלנו ראייה אפשר שבדברי אי זה מן הגאונים ראה כן. או אפשר דעל סברת בעל העיטור שהביא כמו שהובאת בבית יוסף/א"ה/ סימן מ"ד די"א מומר לחלל שבתות בפרהסיא ולע"ז דינו כגוי גמור ואין קדושי קדושין ועל זה כתב הטור דלא נהירא ובבית יוסף כתב שהרב בעל העיטור כתב על זה ומסתברא דגוים שבח"ל לאו עובדי ע"ז הם האידנא אין מומר לע"ז ומחלל שבתות בפרהסיא ליתא אלא בעבודת קרקעות וקדושי קדושין וגחשיו גרושין ובש' רש"י כתב דאפי' מומר לע"ז ולחלל שבתות קדושי קדושין וכן דעת הר"מבם פרק ד' מהלכות אישות. א"כ תימא על הרדב"א דכתב הפך זה בפשיטות גדול.

ונראה דלאו דס"ל הכי לענין דינא אבל בא לומר לנו דמעיקרא קדושי מומר יש קורין בה תגר דלא תפסי אלא מדרבנן כשהוא עובד ע"ז בפרהסיא ומחלל שבתות כההיא נדון ידידי שהיה בכלל הנוצרים אף על גב דלאו דינא הכי מ"מ אין ראוי לנו לחוש כמו גבי ישראל דיש' יודע ודאי דקדושי תופסין ולא שביק היתרא ואכיל איסורא אבל מומר אפשר דאיהו נמי ספוקי מספקא ליה אם יש לו דין ישראל לקדש אשה או לא וקרוב לודאי דסבר דהרי הוא כגוי ואין במעשיו כלום להכי לא מעייל נפשיה לקדש ובודאי אמרינן לא נתכון לשם קדושין מה שאין כן גבי ישראל דשייך בגטין וקדושין את זה נראה לי לתרץ בעד הרב ז"ל ועדין צ"ע מכל מקום למדנו מדברי הרב ז"ל כמה טעמים לשבח שלא לחוש לכל ייחוד שמתיחד אדם עם אשה ועשה עיקר מדברי הרמ"בם והראב"ד דלא אמרינן הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה אלא בבני אדם המוחזקים בכשרות ולא ראינו בהם צד פריצות אם כן מינה דכל שפרץ גדר ועבר על דברי חכמים והרים יד על תורת משה ודבר ה' בזה ללכת בחוקי עש"ג למלאת תאות יצרו האכזרי גבר' כה"ג לא חייש על בעילת זנות.

עוד ראיתי בהדושי מוהר"י קאשטרו ז"ל בא"ה סימן קמ"ט שהביא דברי הרדב"א ז"ל כמדומה שהיא הנז"ל או אחרת כיוצא בה והלק הטעמים שכל טעם מספיק לעצמו להקל כתב שם וז"ל וכן משומד שגירש ישראלית ואחר כך נתייחד עמה בפני עדים ונשא אותה בעש"ג אין חוששין לה אפילו נשתמדו שניהם באונס ועוד כתב דה"ה למי שהוא פרוץ בעריות דלא חיישין שמא בעל לשם קדושין אם לא שפירש בשעת יחוד דלשם קדושין רוצה לבעול עד כאן. ראה גם ראה שהילק הטעמים באמרו ועוד כתב דה"ה משמע דכל טעם לעצמו מספיק להתיר וכמו שדקדקנו מלשון לעיל ועוד השמיענו שאפילו נשתמדו באונס דהוה מצינא למימר הואיל ואנוסים הם אפשר למעבד כל טעדיקי שמתכוונין למצוה מכל מקום היותם בהמרתם לא דייק בהכי אפילו הם אנוסים אף על פי שמתוך התשובה שכתבנו משמו הנז"ל אין גלוי המרתו באונס או ברצון גם לא נזכר המרתה של אשה אפשר שתשובה אחרת היא מלבד זו שכתבנו מ"מ נקוט מהא דכל טעם וטעם לחודיה מספיק להתיר אפי' במקום דאית לן למימר נתכונו לשם קדושין כגון שהמרתם היתה באונס ואיכא למימר שאינו פרוץ בעברו אפי' הכי לא אמרינן לשם קדושין בעל כיון שלקחה בע"שג הכי נמי איכא למימר בנ"ד דהואיל ונשאה בע"שג לא חייש לבעילת זנות דמאן דלא חייש על חילול כבוד התורה וחשיד אשבועתא שמושבע לאשתו ראשונה ודאי דלא חייש אבעילת זנות דקיל טפי כדאמרן וניחא ליה בהפקר' שלא להיות אדוק ומשועב' לה באישו' גמורה.

אלא דמאי דאיכ' למיחש הכא הוא מהאי קלא דנפיק כשילדה לו בן שעכבו מלמולו משום פריצותא דעבד לקחתה בעש"ג עד שיקדשנ' אי חיישין להאי קלא או לא והנה חקרנו ודרשנו אם דברים אלו יש להם שורש ועיקר ולא נמצא כלל כי אם קול הברה בעלמא והאשה אומרת שלא היו דברים מעולם ואין גם אחד מעיד בדבר זה לא איש ולא אשה לא עבד ולא שפחהוכבר ידעת מה שאמרו סוף גטין על ענין הקול אמר עולא לא שישמעו לקול הברה אלא כדי שיהיו נרות דולקות וכו'. וכן תני לוי לא שישמעו קול הברה וכו' ואמר ר' יוחנן לא שישמעו קול הברה אלא וכו'. דבעינן קלא דאתחזק בב"ד כמבואר שם וכתבו תנאי הקול וכתבה הרמ"בם פ"ט מה' אישות והטור /א"ה/ סי' מ"ו. עוד כתבו שמעו אותם אומרות פלונית תתקדש היום אין חוששין לה שמא נזדמנו לקדש ולא נתקדשה עד ששמעו נתקדשה וכתב הרב המגיד ז"ל אם לא בדקו ב"ד על הקול בזמנו ולאחר זמן לא מצאו ולא ידעו מי המעיד להם בדבר הברור אין חוששין לו ולזה הסכימו הרמ"בם והרש"בא ז"ל וכן נראה מדברי רבינו שצריך שיהיה בב"ד בזמנו ע"כ ובסימן מה' האריכו בזה י"עש ובנ"ד ליכא שום תנאי מתנאי קיום הקול לחוש לו אלא פחות מקול הברה והקרנו לדעת אם יש ממש לקול זה ולא נמצא כלל העולה שאין לקול זה דין קול שהוחזק לחוש לו. לכן אני אומר כפי מה שכתבנו והוכחנו לעיל שכל הנושא אשה שלא מן הדין ונשאה בעש"ג אין חוששין לייחודו שמתייחד עמה אח"כ ואין לנו לעגן שום אשה אפי' היא פרוצ' מסברת הברה ומתירין אותה לינשא אם הלך לו אותו הפריץ שנשאה ועיין לעיל בס' ל"ו. וצור יש' יאיר עיינו בתורתו שלא נהיה נכשלי' אפי' בספק ערוה ויצילנו מכל שגיאה כי דעת ממני פליאה. הצעיר מרדכי הלוי.