

Comments on R' Henkin's Viewpoint
Feb. 4, 1996

1) Comments of R' Isser Zalman Melzer

פירוש איברא סימן ה

כז) בהתיימי לכתוב ההצעה קבלתי תשובת אדמו"ר הגרא"ז מעלצער שליט"א בנרון הצעתי, והעיר על החשש שבאופן זה יתרבו הבורחים מנשותיהם, שלא יחול עליהם חדר"ג, של מגרש בע"כ, באשר קבלה ברצון ממנו ג"פ על מנת כז, עכת"ד, ואמנם לענ"ד אי משום הא הרי אפשר לחדש ולפרסם החרם של הקדמונים שלא יענו אדם את אשתו, וזה הי' נחוץ מאד גם בלאו הכי, ולפרסם זה בתוך תקנת הבית דין, — ולענין אם האשה תחפץ יותר להיות עגונה, כדי לעכב הבעל מלישא אשה משום חדר"ג שלא לישא שתי נשים, בזה כבר רמזתי, שחלות הגט, יהא בזמן שיבורר הדבר על ידי בית דין גדול שיהא נקבע לכך, וכמובן זה יהא אחר שתהא תביעה על זה מצד האשה — ולעומת זה אפשר לתקן שלא להורסק לאיש כזה לסדר לו קדושין אפילו אחר שהיא תהא מותרת לעלמא.

כז) עוד העיר מרן שבדורנו אין לנו גדול הדור כזה שיוכל להשפיע על הכל ושהכל יהיו נשמעים אליו; ובגלל זה הצעתי שהדברים יתחווירו בתחילה בכל המדינות בכתבי העת לנושאי דגל התורה, וכדומה וכשימצאו לנכון להתאסף עד"ו, אז תהא הכנסה לש"ש, ומה שקבעתי שיהי' תלוי ע"פ בי"ד של ירושת"ו, לא מפני שהם גדולים בעיני מנאונים אחרים, אלא מפני שצריך לקבוע מקום מיוחד, ובדורנו המקום היותר נאות שאפשר יותר בנקל להסכים עליו ירושת"ו ואם יש בחו"ל גאונים שהם יותר הגונים לברר ענינים כאלה, אפשר להושיבם בעיה"ק, ושלענין זה יהא בית דין קבוע מיוחד שלא יהא שייך לשאר עניני הצבור, ושלא יהא תלוי במפלגות. גם לזה כוונתי לדעת מרן שאם תהא תקנה זו רק למדינה אחת לא נכון כלל. כי יסוד הצעתי נשענת על תקנת בית דין של כלל ישראל.

2) R' Henkin on Communist Marriage

לב איברא עמוד 20

ואמנם החיים של הקומוניסטים ברוסיה, שתכלית שיטתם היא לבטל קשרי האישות מהארץ, וגם בהוה קישורם הוא עראי, אם אמנם באמת אין מק' פידים על הפקר נשותיהם יש לדמות זה לאומר לאשה הרי את קנוי' לי ואין את אסורה לכל אדם שבארתי בספרי שאין זו א"א. גם מטעם שהקו' מוניזם הוא להם כעין דת ומקפידים שלא יהא ביניהם עסקי גו"ק ע"פ דת, יש לדמות זה יותר לדין האנוסים שב"ב"ש סי' ו'. בפרט כשדרים בין שכמותם. וכ"ז אינו ענין לנשואי ערכאות שבאמריקה ומקו"א.

בנידון הנעמו, אכתוב להדר"ג איזה הערות בנוגע לגט.

בענין נוסח הגט.

וחשש דביטול התנאי בביאה

(א) בדבר החשש שמא ביטול את התנאי אח"כ כשבעל, בזה החליט כתר"ה דנידון דין שטושה את התנאי לטובתה אין לחוש. ועוד כ' דכיון שנעשה הגט והתנאי מתחילה ע"ד לבעול אחר כך, ל"ש לומר שהבעילה כביטול. ובאמת קשה מאוד לסמוך על זה באיסור אשת איש דאורייתא, דהרי מפורש ברמב"ם פ"ג מגירושין ובשאר פוסקים ובשו"ע אה"ע סי' קמ"ח ד"המגרש אשה על תנאי ונתייחד עמה אח"כ, אפילו אם נתקיים התנאי אח"כ, הרי זו ספק מגורשת שמא בעלה וביטול הגט, הרי מפורש דמגרש ע"ת ונתייחד הוה ספק מגורשת וזהו נתייחד בעלמא ומספיקא שמא בעל, ומכ"ש הכא דבעל בודאי שיש לחוש לביטול.

ומה שכי' טעם שלא הייתי לביטול, משום שהגט הוא לטובתה, הנה הרי באמת נעשה בעיקרו בשביל חשש עיגון מחמת בריות הבעל או חולי, ומאוד יש לחוש לביטול מחמת חוקף קריבות דעתם זל"ז אח"כ, שידמו ויהיה ככרוך אללם שלא יתפרדו לעולם, וגם יאמרו כך צפה, וכדומה. ובזד זה גרע נידו"ד מגט על תנאי מחמת יבם חרש המבואר בפוסקים, ע"י באה"ט ופת"ש בסי' קנ"ז סעיף ד', [דשם הגט ניתן בגלל היבם ולא מנד חשש חסרון בעל, וגם שם הסיבה היא שאינה רוצה להיות זקוקה אחר מיתת הבעל]. וגם החס בגט ע"ת דיבם חרש הנה האומדנא היא שאין מבטלים כיון דחששה לזה שמא חפול ליבם, וכל ריצי הנישואין שלהם היה על תנאי זה, ומדנכנסו לכל הדותק הזה לעשות התנאים בשעת הקידושין והחופה והביאה, הרי מוכת שיש אללה קפידא גדולה, משא"כ בנידו"ד כשנעשה תקנה כללית אשר בשעת שמחת חתונתם אין חוששין כלל מזה אללא שינוס לומר ולעשות כן, ומאוד יתכן שבאמת יחזיקו זה לדבר בטל ובנתי הגון, גם מנד נער הזכרת מקרים רעים כאלו שאולי יארעו אח"כ, וממילא מאוד יש לחוש לביטול ואין להאריך יותר בפרט זה. מלבד שלדעתי רחוק לדחות כל עגם הספק דביטול של אח"כ בשעת ביאה וכנ"ל. ועוד דביבם חרש כיון שהתנו כבר פעם ראשונה בשעת חופה וקודם ביאה לפני עדים על פי הרב המנוה כמבואר באחרונים שוב אין לחוש גם לביאות אחרות, משא"כ בנידון דידן. ואף דהכא עדיפא מנד אחר, דכיון שהגט יחול רק אח"כ לא הוה בעילת זנות, מ"מ עדיין לא יאלנו מחשש ביטול בשעת ביאה.

ולכאורה יש לדון בזה דאמרו כתובות ט' ע"ב ועוד, כל היוצא למלחמת ציה דוד נותן גט לאשתו, ופירש רש"י שהיו מגרשין בתנאי דמעכשיו תהיה מגורשת אם לא יחזור בקוף המלחמה, והנה לשיטת העיטור, הוצא ברמ"א סי' קמ"ג ס"ב, גם בתנאי דמעכשיו יכול הבעל לבעול הגט, וגם הרי לדעת הרמב"ם פ"ט מגירושין והרמב"ן [עין בי' הגר"א שם ס"ק ד'], עכ"פ מדעת שניהם יכולין לבעול, ואם כן קשה איך שלח דוד את אוריה לביטול שיבוא עליה ולא חשש לדעת העיטור שמא יבעול הגט, ולדעת הרמב"ן ג"כ שמא תתראה גם היא כביטול. ולכאורה מוכח מזה דכיון שהגט הוא לטובתה אין לחוש שיבטלוהו. אך באמת לא קשיא דהא מבואר ברמב"ן הוצא בר"ן גיטין ע"ו, דדוקא בתנאי שחלי דעתם ובידם שלא יתקיים, בזה מהני ביטול מדעת שניהם, משא"כ בתנאי דאם מחי וכדומה שאינו בידם, אין יכולין לבעול. ומסתבר שגם העיטור מודה לחילוק זה של הרמב"ן דבתנאי דמעכשיו שאין בידם אין יכול לבעול, ונריך לעיין בפנים, [בעיטור מאמר ג' ובאות תנאי כפול]. ובלאו הכי נ"ל דשם במעשה דאוריה ל"ש לומר הסבירא דמשום שהוא לטובתה אין לחוש שיבטלו, דמ"מ מהיכי מחי שיעשה עכשיו ביאת זנות, הא יכול עכשיו לבעול הגט וכשילך שוב למלחמה יתן גט שני על תנאי, אללא ע"כ דשם הטעם דא"י לבעול הוא כנ"ל או תירוך אחר.

ובעצם המציאות אם יש לחוש בנידו"ד לביטול יש פנים לנדד לכאן ולכאן, וברור דאין לסמוך על סברא דנפשינו באיסור א"א דאורייתא.

ברין ברירה

(ב) בדבר החשש דנרייה, גם כן אין ברור בעיני החלטת הדר"ג דאין לחוש בנידו"ד לנרייה, והוכחתו מכת הדין דהרי זה גיטך שיחול שעה אחת קודם מיתת בניטין דף ע"ג ע"ב. והנה יעוין ברש"י גיטין ע"ג סוף ע"ב, מה שפירש שם דלר' יוסי לבי מיתת הוה גיטא ומקודם הוה ספק מטעם אין ברירה, ולדעת רש"י אפשר שפיר דבאמת ההלכה כך היא דמקודם הוה ספק מגורשת וממילא לא יאלנו בנידו"ד מחשש ביאת זנות מספק ועוד דבאמת כהן תיאסר עליו מספק גרושה.

היא מגורשת לכל דבר, ולפי"ו אין שום דמיון, דהתם הו' כחנאי בעלמא שיחול מעכשיו אם ימות והו"ל מתנה בדבר אחד דל"ש לברירה, משא"כ במתנה על שני דברים דתלי בדין ברירה להרמב"ן גיטין פרק ג' ודעימי, וא"כ הכא הרי אחרי הביאה האחרונה שאז זמן חלות הגט בנידו"ד, אינו מצורר כלל אם זוהי הביאה האחרונה, וכל שעה ושעה איכא לפסוקי, וגמלא שאין זמן החלות מצורר ושפיר נאמר בזה הדין דאין ברירה, וחילוקו של הרמב"ן בין מתנה בדבר אחד למתנה על שני דברים דרכו בו כמה ראשונים כדוע. אבל לשיטת התוס' ע"ג ע"ב והרא"ש שם דנגט מהיום אם מחי חל הגט סמוך למה שפיר ישנה לראית הדר"ג. וזלח אם נאמר כשיטת רש"י הג"ל דמ"מ מקודם היא ספק מגורשת, או שנאמר כפירושי על סתירת הסוגיות שלפי"ו ג"כ לא מהני בנידון דדין. ועוד יש להאריך בזה. באופן דלדעתי יש לחוש בזה מטעם אין ברירה בדאורייתא. [ובדעת הרמב"ם בפ"ט מגירושין הל' כ' הרבה מפרשים דכשיל שפול התנאי ג"כ חל הגט מעכשיו. ויותר נראה כפירוש הלח"מ שם דחל בשעת מיתה ואז הוא ג"כ שעת החלות מצוררת וכנ"ל].

בדין קיצור נוסח של גט

ג) במה שר"ה כתר"ה לקצר הנוסח של הגט. הנה יעוין בפוסקים סי' קכ"ה מחלוקת הראשונים בזה מהו הדין אם חיסר אפילו חיבה אחת מהטופס, דלדעת הרבה מהראשונים פסול נדיעבד והיינו שגם אם נתגרשה בגט כזה לא תינשא לכתחילה. ואף דהפר"ח בסי' קכ"ה הכריע שדניעבד אם נתגרשה כשר להינשא, היינו משום דסומך נדיעבד על המקלין, [אבל להמחמירי' גם אם נתגרשה לא תינשא]. ולי נראה ראי' ברורה לזה מתוס' ב"מ דף ז' ע"ב דאף נדיעבד פסול אפילו אם חיסר שיטה אחת מהטופס. דיעוין שם גד"ה דלית ב'י, שכ' גבי שנים אדוקין בשטר זה בחורף זה בטופס "ועוד כמה עדיף חורף מטופס כך השטר פסול בלי טופס כמו בלי חורף, דאם נמחק אפילו שיטה אחת מן השטר הוא פסול". הרי שגם בשאר שטרות פסול נדיעבד אם חיסר שיטה אחת. [ואין לטעון ולדמות הראי' דכוונת התוס' הוא דוקא בנמחק שיטה אחת, דמה שזה אדוק חשוב כנמחק, זהו טעות, דכנמחק הו' ריעותא טפי מחסר משום דשמא ה"י שם תנאי נמקום המחק, משא"כ בשניהם אדוקים החלק שחפוס השני הוא כמאן דלית' ולא כנמחק ח"ב]. ולפי"ו דגם בשאר שטרות פסול, נראה דנגט אף אם ישאח תלא, אף להפוסקים דכלל פסולי דרבנן נגט אם ישאח לא תלא, מ"מ הנה מצואר בר"ן גיטין פרק המגרש דף פ"ו ע"א דנפסקוילס כאלו דאיתניהו גם בשאר שטרות בזה נגט אם ישאח תלא, ולפי מה שהוכח מהתוס' חסרון טופס פסול גם בשאר

ועוד דיעוין בפני יהושע שם דמפרש דעת רש"י דחל אח"כ הגט משום דכשעת מיתה השעה מצוררת וידועה ולכן הו' גיטא. ולפי"ו זהו ל"ש בנידו"ד שאין מצורר בשעת החלות, ואם כן מדין אין ברירה לא הו' גיטא כלל, [ואף דיש לדון הרבה בדבריו דא"כ מ"ט הו' ספק מגורשת מקודם לפרש"י כיון דהתנה על שעה מצוררת וממילא הלא מצואר שנאותן הימים לא הגיעה השעה]. יש לי דרך אחרת כיסוד דברי רש"י ז"ל. אבל מ"מ קיימא כאן החששא דברירה כנ"ל.

ובעיקר סתירת הסוגיות, שנגיטין כ"ו ע"ב מצואר דנותן גט שיחול שעה קודם מיתתו תלי בדין ברירה, ואילו נגיטין ע"ג ע"ב מצואר דככה"ג חל הגט. הנני רגיל לפרש בפנח"ל הג"ל [דאם שעת החלות מצוררת מעלמא ל"ש לברירה], דשעת מיתה ממש הרי מצוררת היא, ומפורש בגמ' ב"ב פרק י"ג דף קל"ו ע"א דהגט חל בשעת מיתה וממילא אין זה ענין לברירה. והא דמדמו זה בפ"ג דף כ"ו ע"ב לדין ברירה, נראה דתלי בזה, דהנה האחרונים הקשו דאין שיך שיחול גט בשעת מיתה, הרי מפורש בסוגיא דקידושין פרק ד' ע"ח ע"ב ובכ"ב פרק י"ג קכ"ו ע"ב, דנכסי' שנפלו לו כשהוא גוסס אין יכול להקנותן וא"כ אין חל הגט בשעת מיתה. ובאמת נראה דדין זה דנותן גט שיחול כשהוא גוסס אי מהני, שזהו תלי במחלוקת הרמב"ם פ"ב מגירושין ור"י בטור סי' קכ"א וש"ע שם, דפקה שעה שליח ונשתטה המשלה קודם נתינת הגט, שלדעת הרמב"ם מהני הגט מן התורה אע"פ שנשתטה בשעת החלות, ובירושלמי גיטין פ"ו הל"א מדמי להדיא דין נשתטה המשלה בשעת הנתינה לדין מגרש אחר שלשים ונשתטה בתוך שלשים. ולפי"ו להלכה דקיי"ל דנשתטה המשלה מהני מה"ת להרמב"ם, ה"ה במגרש לאחר שלשים ונשתטה אח"כ מהני, ולפי זה להלכה שפיר חל הגט בשעת מיתה הואיל ונתנו קודם, אף שאינו כן דעת בשעת החלות, וממילא אין תלי כלל בברירה דשפיר חל בשעת מיתה שהיא מצוררת.

אבל הסוגיא דפרק כל הגט דתלי לה בברירה אפשר דאזדא כסוגיות הג"ל דס"ל שא"י להקנות לאחר זמן כשיהיה גוסס, משום דהחלות צריך להיות מכה כן דעת וכשעה שהוא גוסס א"א שיחול מכה, ולפי זה כהכרח לפרש שיחול הגט קודם מיתתו וקודם שיעשה גוסס דהיינו בשעה שיהיה בר דעת, וזה שפיר תלי בברירה.

ולפי זה בנידון כתר"ה שיך לדין ברירה ולא מהני, ובפרט דלשיטת רש"י החשש ברור כנ"ל. ובעיקר ראית כתר"ה מגט שכ"מ, הדבר תלי באשלי רבנני, דהרי"ף והרמב"ם פ"א מגירושין, והרמב"ן גיטין שם ודעימם, פוסקים במגרש מהיום אם מחי דהגט חל מעכשיו לחכמים דהתם דקיי"ל כוותיהו. וכן היא גירסתם בגמ' שם ע"ד "אבל חכמים אומרים הרי

לכתוב גט באופן כזה שנדע שנעשו בו תנאים הללו, וא"כ הוה כאילו נעשה הגט על התנאים הללו ופסול מדאורייתא לשיטת הרמב"ם.

גם נראה עוד שאם נאמר כנ"ל שגט זה סתמו נעשה רק על תנאים הללו, עד שנראותיו את הגט מדע את התנאי, אם כן גם אם יגרש בו ויתנו לאשה אה"כ להדיא בכל אופן ובלי התנאים, מ"מ לא יחול בלי התנאים. וכן מצינו בגט שזמנו מאוחר שלדעת התוס' גיטין י"ז ע"א כיון שנעשה לגרש בו בזמן מאוחר אין לו כח הכריתות לזמן הקדום גם אם ירצה שיחול מקודם. וה"ה בגט שנעשה בתנאים מיוחדים שוב אין בו כח הכריתות לגרש בלי התנאים. ולפי"ז שוב הוה גט שנעשה על תנאי, ובהכרח שיעשה דוקא כנ"ל שמתחילה יוה לכתוב גט בלי שום תנאי ואחר הכתיבה יתנה התנאי, וגם כזה לא פלטנו מהשעש דמ"מ אולי האמת הוא שסתמו על התנאי הוא. וגם זה ודאי דמוכרח לעשות התנאי ולכתבו בגט ושיסתמו עליו עדי חתימה, משום דדילמא אולי לעלמא במשך השנים עדי המסירה.

ונראה להוסיף עוד שכיון שלפי התנאים יחול הגט לאחר הזמן הו"ל כגט לאחר שלשים, וכגט שניתן ע"מ שיחול לאחר ל' נעינן שיהא הגט מונח ברשותה ביום ה', [עיין כתובות פ"ו ע"ב], ונעינן א"כ עדים על זה שהיה מונח אצלה בגמר הגירושין. ועוד נראה שלדעת הר"י וכתה ראשונים נגדרי דבר ולא חלי דבר [עיין ב"ב נ"ו ע"ב ועוד] לא יועיל שיעידו ע"ז עדים אחרים, אלא צריך דוקא שעדי מסירת הגט הם יראו את הגט שנרשמה בסוף שלשים, דאל"ה הוה חלי דבר, וזה ברור. ויעיין בתשובת הרדב"ז ח"ג סי' תפ"א שכתב דגט לאחר ל' בהכרח שחל בעדי חתימה, [ח"ל בא"ד, וא"ת א"כ כל גט שניתן ע"ת אם יהי' כך בלא מעכשיו ובלא ע"מ לא יהי' כשר אלא א"כ יהי' בו ע"ת, דהא נעשה דחיל גיטא ליכא ע"מ וכגט ליכא ע"ת וכמאי מיגרשא וכו' ועיי"ש שמסיק שאה"נ ויעו"ש עוד], ויש לדון הרבה בכל דבריו שם ואכ"מ.

בשביל טרדומי אמשוך יתר ההערות נידון הצעת הד"ר ג לעת אחרת.

4) Civil Marriage Questions in Israel

קשר דתי. מצאתי לי חובה לעיין בשאלה זו ולחוות דעתי בה כאשר יורוני מן השמים.

א. אין אדם עושה בבעי"ז.

מדברי התוס' (יבמות ק"ז ד"ה טעמא, וגיטין פ"א ד"ה בית שמאי) מוכח שלדעת ב"ה לעולם אין אדם בועל בעילת זנות, ואפילו שיש תוכחה שאינו רוצה לקדשה

שטרות ולפי"ז בגט אם נישאת תאל. ולפי זה אין להקל גם נדיעבד כיון דלדעת המחמירין הלא תשב באיסור כל ימיה.

ברין תנאי בע"פ בגט קודם התורף

ד) גם מה דמשמע מסידור דברי הד"ג שי"וה לכתוב הגט על התנאים המבוארים. ובאמת הלא לדעת הרמב"ם פ"ח מגירושין ה"ד אם התנה תנאי קודם כתיבת התורף, אף אם התנה על פה הו"א ספק מגורשת, ויעיין בהרב המגיד שם מש"כ מתשובת הרמב"ם. ובהכרח שנחקן שי"וה סתמא לכתוב גט ככל הגיטין ואת התנאים יתנה נשעת הנתינה, וכמוכן יש כזה קושי גדול שיפנה החתן ביום שמחתו לפני הכלה תנאי שגוען ומיתה ועיגון.

גם יש לחוש לפי הרמב"ם אף אם יוה סתמא, דכיון שעושה בגט זה שינויים כאלה שכלל הגיטין לא מהני לכתחילה, וגם קורין לגט כשם אחר ספר פיטורין עפ"י ב"ד, והתקנה הלא היא על התנאים המבוארים, א"כ נמצא סתמו כפירושו שמתנה לכתוב גט על התנאים הללו, והו"ל תנאי בע"פ קודם לתורף.

ובכלל קשה נעיני מה שהד"ג מציע לקרוא לזה כשם אחר, שהרי יש מקום לחוש שישוב דפוטר אשתו באופן אחר שלא בגט.

ובכלל עוד נעינן התנאי לפי הצעת כתר"ה, יש לדון שהרי יהיה מוכרח לעשותו באופן זה, שמתחילה יוה לכתוב גט בלא שום תנאי, ואחר הכתיבה יוה לסופר לכתוב התנאי בגט קודם חתימת העדים, כי הלא מוכרח שהתנאי יהא כתוב בגט דאי לא הכי הרי לא נדע ברבות הימים שהיה תנאי, אם לא יהיו העדי חתימה לפנינו שיעידו שנעשה על תנאי, ואם יאמר ע"ז כתר"ה שגם בלי שיכתוב התנאי בגט נדע שנעשה על תנאים אלו, מחוץ מה שניכר מהגט מזה שנכתב באופן אחר מהרגיל בנוסח וככתב, ומזה יהי' מוכח שזהו גט שנעשה לפי תקנת ב"ד, שנעשה על התנאים המבוארים, אם כן הלא הדרינן לחשב הנ"ל דסתמו הוה תנאי קודם לתורף כיון שהרי ל"וה

משפטי עוזיאל חלק ב סימן גט

בשערי ציון (שנה ו' סי' כ"ט) העיר הרה"ג ישראל חיים שרגא קוליש אב"ד בעיר בייעלגאראד שאלת חכמ. בדין נשואין אזרחיים הנעשים בערכאות בלא חוק כדומי אם צריכים גט-כריתות לפרודם מטעם שאין אדם עושה בעילתו בעי"ז ולפי שבשאלה זו נתקלים לצערנו כל בתי הדין שבישראל בדורנו, שרבו שורקי עול הסתירים לעצמם לעשות נשואיהם בערכאות או בהסכמה שביניהם בלי שום

כגון המגדש את אשתו וחזר ובא עליה .

אבל נראה שדברי התוס' אלה אינם הלכה פסוקה ומוטכמת והיא שנויה במחלוקת הגאונים שהביאו הרי"ף והרא"ש (בפ"ב ריבמות) עלה דמתני': מי שיש לו בן מכ"מ פוטר את אשת אביו מן החליצה ומן היבום ובנו הוא לכל דבר חוץ ממי שיש לו בן מן השפחה ומן העכו"ם . וכתב הרי"ף משמיהן דרבנותא ומשמיה רב נטרונאי גאון: הי"מ בשפחה דאחרים דלית ליה קנין בגופה, אבל בשפחה רידיה וילדה ממנו בת, אפי"ג ולא נקיטא גט שחרור, בתו היא, דאמור רבנן אין ארם עושה בעילתו בעילת זנות, וחזינן לגאון אחר דמספקא ליה מילתא ומתוך דבריו נקטינן לחומרא לגבי איסורא וכו' ולענין ממנא נקטינן לקולא, והרא"ש הכריע כרעת רב נטרונאי גאון, וסיים הילכך הבא על שפחתו וראי שחררה מעיקרא, ולא מפלגינן בין בא עליה דרך נשואין ובין בא עליה דרך זנות, דברי הרא"ש אלה נראים סותרים למ"ש (בפ' הזורק ט"ו י"ג): ומסתברא דוקא בנדרשתו מן הארוסין כיון שכבר היתה ארוכתו אימר נתחרטו על הגרושין, וחזר ובעל לשם קידושין, אבל אם ראו עדים שבעל אשה רעלמא אין חוששין לקידושין וכו' וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"י מה' גירושין ע"כ, וכבר עמד בזה בקרבן נתנאל ביבמות וגיטין, ולע"ד אין תירוצו מספיק לישוב סתירת דברי הרא"ש ז"ל אלה שבמקום אחר הוא מכריע כדברי הרמב"ם ז"ל ובמקום אחר כדברי רב נטרונאי, וביותר קשים לי דברי הרא"ש ז"ל שהם סותרים למ"ש הוא עצמו (כתובות פרק המדיר ט"ו י"א): והא דאמרינן אין ארם עושה בעילתו בעי"ז, היינו בראיכא עדי יחוד דאמרינן הן הן ערי ביאה ע"כ, וזה סותר למ"ש ביבמות ולא מפלגינן בין בא עליה דרך נשואין ובין בא עליה דרך זנות, ומשמעות בא עליה דרך זנות מובנו הפשוט הוא שלא בעל בפני עדים, או שהעדים שדאוהו בשעת מעשה ירעו שהוא עושה זאת לשם זנות ולא לשם קידושין, (עין בב"ח אה"ע סי' ט"ו ד"ה אחותו), ולישב דברי הרא"ש נלע"ד לומר, שמי"ש בגיטין שאם ראו עדים שבעל אשה רעלמא אין חוששין לקידושין הוא, בדומיא דמגדש את ארוסתו ובא עליה, כלומר שנתחזר עמה בדרך עראי ובמקרה, ובוה הוא שאמר הרא"ש דבמגדש את אשתו אימר נתחרטו על הגרושין, וכן בכל אשה רעלמא דומיא דהכי שבא עליה בדרך מקרה אין חוששין לקידושין, אבל בשפחתו שהיא נמצאת אצלו תמיד אפילו בא עליה דרך זנות במקרה, אם בעל בפני עדים חוששין לקידושין, וכן צריך לומר בדעת הסוד שפסק בס"י ט"ו אבל אם בא אביו על שפחתו והוליד ממנה, אחותו היא, ובס"י ר"ו (סע"א) פסק: אין האשה נחשבת אשת

איש אלא על ידי קידושין וכו' אבל אם בא עליה אדם בלא קדושין לשם זנות לוקה וכו' ואפילו לא בא עליה לשם זנות אלא לשם אישות בינו לבינה אינה נחשבת כאשתו, אפילו אם יחדה ע"כ, ומרן הבית יוסף כתב שם: ודייק לכתוב בינו לבינה, שאילו היה בפני עדים כיון שלשם אישות בא עליה, הוה ליה מקדש בביאה ע"כ, ומרדוק דברי הסוד שלא כתב בדין הראשון אם בא עליה לשם זנות בינו לבינה, כמו שכתב בדין בא עליה לשם אישות, נלמד שכל שבא עליה לשם זנות באקראי אפילו אם בעל בפני עדים הרי זו בעילת זנות, ודוקא בבא עליה לשם אישות או הוא שאם בא עליה בפני עדים חשובה כאשתו מטעם חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות.

וכן מוכח עור ממ"ש הסוד (אה"ע סי' קס"ט): כתב הרמב"ם הודו הגאונים: שאפילו הבא על אשה רעלמא בעדים שצדיקה ממנו גט שאין אדם עושה בעילתו בעי"ז, והוא כתב: שאינה צריכה גט וכי"כ א"א הרא"ש ז"ל, וברין הבא על שפחתו בס"י קנ"ו הביא דעת רב נטרונאי גאון ורעת הרמב"ם החולק עליו שכתב: שאפילו יש לו בן משפחתו אשתו מתיבמת וא"א הרא"ש הככים לדברי רב נטרונאי ע"כ, ומה שמע דשתי חלוקות ברבר: א. דעת הגאונים שגם בכל אשה רעלמא ואפילו בדרך מקרה אם בעל או נתחזר בפני עדים הוה מקודשת משום א"א עושה בעי"ז, ובוה חולק הרמב"ם, והרא"ש והסוד פוסקים כרעתו, ב. אם בא על שפחתו סובר רב נטרונאי גאון, שכיון שהיא מצויה בביתו תמיד אפילו אם בא עליה בדרך זנות אם היו עדי יחוד או ביאה הוה מקודשת, וראי, מטעם חזקה שאין ארם עושה בעילתו בעי"ז, והרמב"ם חולק אף בזה וסובר שכיון שלא היו מעשה קידושין ולא היתה אשתו מקודם, אין אומרים בזה חזקה שאין עושה בעילתו בעי"ז, והרא"ש והסוד הכריעו בזה כרעת רב נטרונאי לחלק בין שפחתו לאשה רעלמא, דבשפחתו המצויה אצלו אם בעלה בפני עדים הוה מקודשת מדין חזקה שאין אדם עושה בעילתו בעי"ז, ולפי"ז מוכרחים אנו לומר דמ"ש הרא"ש והסוד בבא על שפחתו שהיא חשובה למקודשת מטעם חזקה היינו בבא עליה בפני עדים, שהרי גם ביחורה לו לאשה כשבא עליה בינו לבינה אין מחזיקים אותה למקודשת ולא תהא שפחתו שהיא מצויה אצלו עדיטא מיחדה לו לאשה.

ועל כל פנים למדנו מדברי הסוד ומרן רבבא עליה לשם זנות דהיינו באקראי אפילו היו עדי יחוד או ביאה אין אנו מחזיקים אותה למקודשת, ובבא עליה לשם אישות

כגון ששמענו זאת מפיו או שיחדה לו אם היו עדי ביאה מחזיקים אותה למקודשת.

ועוד למדנו מדברי הסור שאפילו במקום שהיה מעשה קידושין, אלא שלא היו כדנים כגון שקדש בפחות משה פרוטה או במלוה, ובעל, אין הבעילה משווא לה לאשה מקודשת להצריכה גט אלא דוקא כשבעל בפני עדים. וכן פסקו הרמב"ם הסור ומרן ז"ל (אה"ע סי' כ"ח סעיף ס"ז וסי' ל"א סעיף ס') ודוקא במקדש על תנאי ובעל הוא שאמרים שבעל לשם קדושין משום שביטול התנאי נתקיימו מאליהם הקדושין הראשונים, והילכך כשירענו שבעל נתקיימו הקדושין (עיין הרמב"ם ה' אישות פ"ג הכ"ג וסוד וש"ע אה"ע סי' ל"ח סעיף ל"ח). ומדברי הרמב"ם (ה' גיטין פ"י ה' י"ח) ומרן ז"ל באה"ע (סי' קמ"ט סעי' ב') נלמד עוד שצריך שיהיו שני העדים כאחד ויראו הוא והיא את העדים. ובוראי שתנאים אלו שייכים גם בקדש בפחות משוי"פ ומלוה או שקדש על תנאי שדין עדות חד הוא בכל דיני קדושין, וכל מקום שצריכה עדות, מוכרחה להיות שלימה בכל פרטיה כדין תורה.

בסטינן מכל האמור, שלכל הדעות לא נאמרה חזקה זו שאין אדם עושה בעילתו בעי"ז אלא בנתיחה או בעל לפני עדים שהיו כאחד ושהוא והיא ראו את העדים או לכל הפחות ידעו ממציאיותם, אבל בעל בינו לבינה אפילו אם שניהם כורים שנזדקקו לשם אישות או שיחדה לו וידוע לכל שנבעלה לו וחי עמה חיי אישות אין מקום להכיר את בעילתו לשם קדושין, ולהרמב"ם ומרן ז"ל (ה"ג פ"י ה"ח ואה"ע סי' קמ"ט סעיף ה') בשאר כל הנשים שלא היה בהם שום מעשה קדושין או שלא היתה אשתו וגרשה, אפילו כשבעל בפני עדים אינה חשובה כאשתו אם לא שפירש שהוא בועל לשם קדושין, ואם קדש בפחות משוי"פ או במלוה או שקדש על תנאי, ובעל אין אנו מחזיקים שבעל לשם קדושין אלא אם הבעל מוחזק לנו שהוא מאנשים הכשרים, וכמו שכן דקדק בדבריו: שאין אדם מישאל הכשרים עושה בעילתו בעי"ז והרי בידו לעשותה בעילת מצוה (הרמב"ם ה' אישות פ"ז), ועיין לח"מ בה' נחלות פ"ד שתמך דעת הרמב"ם בראיות חזקות נגד הגאונים דסברי שגם בכל אשה דעלמא נאמרה חזקה זו, ועל כל פנים כל שלא היה יחוד בעדים ושהם ראו את העדים או ידעו ממציאיותם לא מצאנו לשום פוסק שיאמר בזה שהיא מקודשת, ואפילו בקדש בעד אחד ושניהם מודים בדבר פסק מרן שאינה מקודשת (אה"ע סי' מ"ב סעיף ב'); וכ"כ המרדכי (כתובות סי' קצ"ב): כתב רבינו ברוך הא דאמרינן לקמן בפרקין אין אדם עושה בעילתו בעי"ז ובעל לשם קדושין, ואמרינן בקדושין

המקדש בעד אחד אין חוששין לקידושין אפילו שניהם מודים צ"ל כדאמרינן בפרקין דאיכא ערי יחוד וכו'.

וכבר בארנו שכל שלא היו ערי יחוד או ביאה אפילו ביחדה לו לאשה אינה חשובה כמקודשת לו, ואם אמרו כזאת באשה שיחדה לו שלא עשה שום מעשה אחר המראה על כונתו לפרוק עול תורה ומצוה, כל שכן הוא באלה העושים נשואיהם בערכאות או בהסכמה שביניהם ונותנים כתף סודרת במעשיהם אלה לתורה ולמסורת היהדות, אגן סהרי שהם צוחים ואומרים שרצונם לפרוק מעליהם עול תורה, ואם נצריך גט לפרודם אנו נותנים בזה מקום לטעות שגם נשואי הפקרות אלה או נשואי הערכאות הם נשואין דתיים, ולכן פשוט לע"ד שאין שום דוח קדושין בנשואים אלה ואין צורך ולא רצוי להצריך ג"פ לפרודם, ועין בתשובת הריב"ש והבי"ד מרן הבי"ד בס"י קמ"ט שכתב: מסתברא דאפילו לדעת אותם הגאונים שסוברים דבסתם אמרינן דלשם קידושין בעל בנידו"ז לא בעל לשם קדושין דכיון שהתחילו בנשואין כחוקות הגויים הוי כאלו פרשו שאין דעתם לשם קדושין כדת משה ויהודית וכו' ושכ"כ התרומת הדשן והרד"ך. ועוד הביא מה שכתב הראב"ד שדברי אותם הגאונים קיימים במוחזקים בכשרות אבל בחשודים לפריצותא דעריות אין חוששין לקידושין וכו' ובנדון זה אין לך פרוצים יותר מאלה ההולכים לפני גויים ומעשיהם מוכיחים בפריצות, ועוד שזו לא טבלה לנדתה וכו'. ובר מן דין לא היה כאן אפילו ערי יחוד ולכ"ע אין חוששין וכו' ע"ש. שו"ד בספר אבני האפוד (ח"ב סי' כ"ו) שהעלה כן להלכה בראיות ברורות ונכוחות.

ב. נשואים אזרחיים כשאנוסים לזה מיראה דמלכותא.

ועדיין נשאר לנו לברר באלה האנוסים שדינא דמלכותא אוסרת עליהם לעשות נשואין דתיים אם נאמר בהם שנשותיהם צריכות ג"פ להתירן, מטעם חזקה שאין אדם עושה בעילתו בעי"ז ובעלו לשם קדושין, ובוה נראה שאם התיחדו בפני עדים מוחזקת האשה למקודשת וצריכה גט להתירה אבל אם לא נתיחדו בפני עדים הרי זה כמקדש שלא בעדים ואין צריך גט לפטורם, וזה נלמד ממש בחמ"ח (סי' כ"ו ס"ק ג'): אך אנוסי הזמן אם נודע עליהם שהיו שומרי מצוה ונשא אנוס אנוסה לשם אישות, אף שנשאת בחוקת הגויים יש להתישב וכו' אם לא נאמר דודאי לא עשה בעילתו בעי"ז והא נתיחד בפני אנוסים וכו'. משמע שאם לא לשם נשואין נתיחדו בפני אנוסים אין מקום להחזיק את האשה למקודשת ולהצריכה גט.

אולם אין הדברים הללו אמורים אלא בזוג שנשארו נשואין זה לזה, כל ימי חייהם ובהם אמרינן שצטמא נתכוונו. שניהם לנשואין דתיים, אבל אם הלכו אחרי כן ונפרדו בערכאותיהם, או שנפרדו ביניהם, ואחד מהם הלך ונשא לו זוג שני, בכונן זה אמרינן הוכיח סופס על תחלתם שמחמת אונס גמרו לותר על כל צורה של קידושין דתיים, וחיי כל ימי נשואיהם בכעילת זנות, ודומה לזה אמרינן שחטה ואח"כ חישב עליה לא אמרו בה איסור משום כבודן דרבנן ולא היתר משום כבודו דר"א, ובגמ' אמרינן דילמא ע"כ לא קאמרי רבנן אלא דלא שמענא דחשיב אבל אם שמענא דחשיב הוכיח סופו על תחלתו, אי נמי ע"כ לא קאמר ד"א התם אלא גבי כותי דסתם מחשבת כותי לצי"א, אבל ישראל הוכיח סופו על תחלתו לא אמרינן (חולין ל"ט).

קרי דלצר הראשון סוברת הגמרא לומר דגם בישראל אמרינן הוכיח סופו על תחלתו אפילו בשתי עובדות, ובנדון דידן אני אומר דלכו"ע אמרינן הוכיח סופו על תחלתו הואיל שלא ראינו שקרש ולא שבעל לשם קידושין, אלא מסתמא אמרינן שאין אדם עושה בעילותיו בעילת זנות ושניהם התכוונו לשם קידושין, וכיון שראינו מעשה סותר את הכוונה שנפרדו בחוקותיהם או שהלכו ונשאו לאחר הרי הוכיחו במעשיהם אלו שמתחלה לא כווננו לשם קידושין אלא לשם זנות שאם באמת היו מכוונים לכך לא היו עושים מעשה הפררה בלתי דתי שעלול להביא ממזרות בישראל, ולכן בטלו נשואיהם למפרע שהרי כל אחר מהם שהפר נשואיו שלא כרת הוכיח על כוונתו תחילה שלא בעל לשם נשואין אלא לשם זנות ובקידושין בעינן דעת שניהם.

את זאת כתבתי להלכה, אבל למעשה ברור דכל עובדא כזאת שתבוא לפני בית דין צריכין לחקור אם באמת לא היו ביניהם גם קידושין כשרים שאינם מתבטלים אלא בג"פ כדמו"י, והנלע"ד כתבתי.

וצור ישראל יצילנו משיאות ויראנו מתורתו נפלאות.

אולם עדיין יש להסתפק בדבר ולומר שאף אם לא התיחד בפני אנוסים או עדים כשרים יהיו נשואיהם כשרים וחקיים שאינם מופרים אלא על ידי גט, דהואיל ומוחזק לנו אנוס זה שהוא שומר תורה ומצוה בסתר, והואיל ונדע לנו שהוא נשא לו לאשה אשה יהודית כשרה כמותו, והוא חי עמה כאיש ואשה, אנו סהדי שהתיחד עמה ובעל לשם קידושין וכמ"ש בגמ' (כתובות ע"ג) ברין קרש על תנאי ובעל סתם הרי זו מקודשת גמורה לרב משום דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ואע"ג שלא היו עדי יחוד ובעילה.

וכן כתב להרי"א הבי"ש (סי' כ"ו ס"ק א'): דבל שנשאה וגלוי לכל הוי כאלו היו עדים בשעת ביאה, ואל תשיבני ממי"ש מרן ז"ל איש ואשה שהמירו באונס הגזרות ונשאו זה לזה בחקות העכו"ם אעפ"י שמתיתירים זה עם זה בכל יום לעיני הכל אין חוששין לקידושין, (אה"ע סי' קמ"ט סעיף ו'). אין זו תשובה, דלא אמר מרן ז"ל כן אלא בהמירו מחמת אונס ש"ל בהם תחלתם באונס וסופם ברצון אבל באנוסים שלא המירו רתם אלא שמסתירים יהדותם מפני רואים, אומרים בהם א"א עבבי"ז ובעל לשם קידושין.

ויותר מזה כתב המקנה שהבא על אשה דרך זנות ושוב דר עמה אחר זה, הויא מקודשת מטעם זה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות (עי' פתחי תשובה סי' כ"ו ס"ק ב').

קושטא הוא שמדברי מרן (בסי' כ"ו וסי' קמ"ט) לא נראה כן, ואדרבה הסברא נותנת לומר שמכיון שהתיחד עמה פעם לשם זנות, ממשיך הוא בעילותיו לשם זה והויא לה כפלגש, אולם כאלה שידוע לנו שאם היה אפשר להם לקדש את נשותיהם בחרי"ק כדמו"י היו עושים זאת, אלא שמשום אימת מלכות הרשעה ומשום שאי אפשר להם להשאר כל ימיהם בלא אשה נושאין אותן בערכאותיהם, וכיון שידוע לנו מתוך מעשיהם המסותרים שהם מתנהגים בסתר בדרכי תורת ישראל, הו נשואיהם נשואים גמורים ואינם נתרים אלא בג"פ כרת משה וישראל.