

Maharsham, Hafka'as Kiddushin  
March 5, 2000

מכתב מהסטייפלער

ש. אתה חוזר ומדגיש בספרך ובהרצאותיך את חשיבותם הרבה של הסיפוק וההנאה המינית לבריאות הגוף והנפש. ואני רוצה לשאולך, כיצד מתיישבת גישה זו עם הדברים המובאים בקיצור שולחן ערוך בהלכות צניעות, שם נאמר: "בשעת הזווג יש לך להרהר בדברי תורה ובשאר דברים שבקדושה... ואף כשהוא אצלה לא יכוין להנאתו אלא כאדם שהוא פורע חובו שהוא חייב בעונתה, ולקיים מצות בוראו שיהיו לו בנים עוסקים בתורה (ק"נ, ב'—ט').".

ת. הציטטה הנ"ל מקצור שולחן ערוך מכוונת לגדולי תורה אשר הגיעו לדרגה גבוהה ויכולים למצוא את סיפוקם במישור הרוחני, וכל זה בהסכמתה המלאה של האשה ובמחילה בלב שלם. אך לא לאנשים בינוניים. לגבי אלה האחרונים, גישת היהדות, המתבטאת במקומות רבים בתלמוד ובפוסקים, הנאה מחיי המין מותרת והיא אף מצוה. בזמן האחרון זכיתי וראיתי מכתב ארוך מגאון חסיד אחד, שכתב לתלמידו בענין זה, ואני מצטט ממנו כמה קטעים שלפי דעתי מצוה לפרסמם: "בסוד החיבור... עפ"י דין תורה אסור לעשות הביאה באופן שהאשה אינה מפויסת, ומחוייב לפייסה בחיבוק ונשוק עד שתתאוה לחיבור, דאל"כ הרי היא כנתונה לפני הארי שדורס ואוכל כמבואר בפסחים דף מ"ט. ועוון פלילי הוא לעשוק מה שמגיע לאשתו אפילו אם מתכוון לשם מדת חסידות ופרישות דעל גזילת אשתו אינו יכול לעשות חסידות ולגזול אותה ולהציגה כשפחה שבויה. ומי שחוטף ובעל מיד בלא קרוב ופורש תיכף ומיד ומתרחק ממנה, הנה הוא הבעל חושב שחוטף מלאכים בזה, ובאמת לא נגרע מתאווה כלום ויצרו שלו מפויס בהחלט בהנאה שלמה, אבל אשתו לא נהנית כלל מהנהגה כזו, ואדרבא היא כואבת ומבוישת ובמסתרים תבכה ודמעתה אינה חוזרת דשערי דמעוה לא ננעלה, ואמרו חז"ל בס"פ הזהב שיהא נזהר בכבוד אשתו כי דמעתה מצויה עי"ש, ובודאי מעורר דינים עליו ולא יזכה לסייעתא דשמיא לא לרוחניות ולא לגשמיות, ומה שנדמה לו שעולה מעלה מעלה הוא דמיון שוא ושקר, כי מעוונות ופשעים פוגמים ונטמאים ולא עולים. אמרו חז"ל ביבמות דף ס"ב, 'ת"ר האוהב את אשתו כגופו והמכבדה יותר מגופו וכו' עליו הכתוב אומר "וידעת כי שלום אהלך וכו'". וברור שאין כונת חז"ל לאוהב את אשתו מצד אהבה הטבעית לנשים, אלא לאהבה מסוג אהבת חברים, כי היא חברתו ואשת בריתו ויש להם ענינים משותפים וכ"א מסייע ונסתייע זה מזה, וכן אהבה מצד הכרת טובה שיצייר בדעתו אילו לא היה משיג אשה בשו"א והיה נשאר גלמוד כמה צער למכאוביו היה לו מזה וע"י אשתו הוא מסודר בחיים שלו. וענין הכרת הטובה הוא גדול לאין שיעור... ועל אהבה כזו חייבו חז"ל... ולכונה זו כשמשתדלים לשמחה בשעת החיבור ולפניה ואחריה אין זה מגונה ח"ו רק מצוה".

## שו"ת מהרש"ם חלק א סימן ט

להרב הגאון חריף ובקי מוה' אברהם יואל אבעלסאהן נ"י רב בק' אדעסא ברוסיא. מכתבו הגיעני. וע"ד שאלתו באשה אחת שישבה גלמודה מבעלה י"ב שנים, ואח"כ בא אחי הבעל והביא מכתב מאמו איך שאחיו, בעל האשה, מת בלא בנים. וגם הוא שמע כן בבירור, ובא לחלוץ ליבמתו, וסמכו עליו וחליץ לה. וכמ"ש הרשד"ם ובה"ט ריש סי' קנ"ח, דנאמן לחלוץ. והשיגה האשה כתב היתר להנשא. וחויץ לזה השיגה האשה כתב מרב הממשלה המנהג המעטריקע/הרישום/, איך שמת איש ששמו וכינויו כן. ואח"כ נשאת האשה והיא מעוברת. **ועתה נודע שבעלה השאיל הפאס/הדרכון/ שלו לאחר ומת השואל, וסברו שהוא בעלה, והבעל חי. והדין פשוט שתצא מזה ומזה. וכבר גירשה בעלה הראשון וגם השני יגרשנה. אולם לענין הולד יש חשש גדול. שבאם יהי' דינו כממזר, ימסרוהו לבית ילדי גוים לגדלו וימירו דתו, או האשה תאבד א"ע לדעת עם הילד, כי הילד בן יחיד הוא לה ולבעלה השני. והנה בעלה הראשון איננו צלול בדעתו, והי' כמ"פ בבית אסיפת המשוועים. וגם עתה הוא בדעת קלושה, וקצת אומרים שהיה כן עוד קודם הנישואין, אבל א"א לברר זאת. עכת"ד השאלה.**

והנה מעתה הביא מתשו' נו"ב מ"ת הא"ע סי' קי"ז וחתו"מ סי' ס"ב דגבי עדות עד מפ"ע, טעמא דהקילו בעגונה לשיטת רש"י שבת קמ"ה ורשב"א, משום דאפקעינהו חז"ל לקידושין. וא"כ יש לצדד דליכא חשש ממזרות. והא דתצא מזה ומזה והולד ממזר היינו: בעדות ע"א שנאמן מה"ת לשי' רש"י, משא"כ גבי עמפ"ע, עכתו"ד. הנה בגוף דברי רש"י בשבת, כבר תמה בתשובת פמ"א ח"א סי' פ"ט, מהא דתצא מזה ומזה והולד ממזר, ואי אפקעינהו רבנן לקידושין אין הולד ממזר? וא"ל דלא אפקעינהו רבנן לקידושין, אלא מטעם דאשה דייקא ומינסבה, והכא הרי לא דייקא, ובכה"ג לא אפקעינהו רבנן לקידושין. דאם כן הו"ל להש"ס ביבמות (צ"ג ע"ב) למיפשט, דטעמא משום דאשה דייקא ומינסבה. ובתשו' שבו"י ח"ב סי' קט"ז נשאל ג"כ מזה, והביא גם כן מרש"י יבמות (פ"ז ע"ב), ד"ה תצא וכו'. ואע"ג דהימנהו רבנן לע"א באשה משום עיגונה, טעמא מאי? משום דהיא גופה דייקא עד דידעה בקושטא ומינסבה. והא דלא דייקא, קנסו לה. ותי' קו' הפמ"א מהא דלא פשיט הבעיא, דטעמא משום דדייקא, ע"פ ד' התוס' שם/יבמות צ"ג:/. דפשיטא דטעמא, משום דדייקא כמפורש בש"ס. אלא דהבעיא אי טעמא גם משום דעבידא לגלויי ע"ש. וגם בנתיבות לשבת (מהגאון ההפלאה ז"ל) לא"ע סימן י"ז סק"י הביא ד' מהרי"ק שרש ל' בשם הרשב"א ורש"י, דטעמא: משום אפקעינהו. וביאר דמ"מ אם נתברר שהוא חי, לא אפקעינהו, לכן הוי ממזר. וכו"ה בשב שבעתא שמעתא ז' פ"א ותשובת ברכת אברהם א"ע סי' כ"א אות ט'. וגם בחי' הרי"מ ליבמות ר"פ הא"ר, העלה כן. וביאר ליישב תמיהת בן הנו"ב, בהא דסמכו להתירה ע"פ ע"א, מטעמא דאפקעינהו, ולא חששו שמא יבא הבעל ויתברר דלא אפקעינהו, ע"ש בטוב טעם. הרי שדעת כל המחברים הנ"ל, היפוך דעת מהר"ש בן הנו"ב. ואני מצאתי באס"ז לכתובות ג' ע"א, בד"ה כל דמקדש וכו', בשם הרשב"א ז"ל: וא"ת מ"ש מטבע במשאל"ס, דלא אפקעינהו משום עגונה? י"ל דבכדי לא מפקעי להו רבנן לקידושין וכו'. א"נ בע"א מעיד שמת בעלה, דהוא נמי משום תק"ע הוא, כדאיתא בר"פ הא"ר וכו'. ועיקר טעמא, דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו. וכ"פ רש"י ז"ל בשבת פ' חבית, גבי אין עד מפי עד כשר, אלא בעדות אשה בלבד. ואע"ג דכי אתי בעל תצא מזה ומזה והולד מן האחרון ממזר גמור, כדאי' התם בפרק האשה רבה. היינו טעמא משום דלא אפקעינהו רבנן לקידושין לגמרי, אלא משום דסמכי' אדיקא דאתא, ומימר אמרי: אתתא דייקא ומנסבא, וכיון שבא הבעל איגלאי מילתא למפרע דלא דייקא שפיר. ומ"מ מעיקרא לא אפקעינהו אלא משום סרך דע"א, אבל בכדי, בטבע במשאל"ס לא תקינו וכו' עכ"ל. הרי מפורש יוצא מדברי הרשב"א, כדעת האחרונים הנ"ל. וא"כ דברי מהר"ש בן הנו"ב דחויים, ואין מקום לסמוך עליהם כלל נגד רשב"א המפורשים. ועיין בתשו' המיוחסות להרמב"ן סי' קמ"ב דמפורש ג"כ כן. וע' עוד בתשו' מיימוני להל' אישות סי' ט', בתשו' מהר"ם ב"ב, שכתב ג"כ לענין עדות עכו"ם, טעמא דאפקעינהו. והיינו ג"כ כפי דברינו. וע' עוד בתוספות חדשים לסנהדרין י"ט בענין זה.

**ולא אכחד כי אם היה כת"ר מתייעץ עמי, טרם שעשו מעשה גירושין של בעל הראשון, הייתי ממציא עצה ותושיה להלכה ולא למעשה** ע"פ דברי התוס' גיטין (ל"ג ע"א) ד"ה ואפקעינהו וכו'. שהקשה הר"ש: א"כ יחפה על בת אחותו, דכשיבואו עדים שזינתה ישלח לה גט ע"י שליח, ויבטלנו שלא בפני שליח, ופקעו קידושין? (וע"ש בתוס' ל"ב ע"ב ד"ה ור"נ וכו' דגם לרבי, מודה בבטלו בפני א', לר"נ אינו מבוטל לכ"ע). וחי' הר"י: דכיון דכדין מחפה אין לחוש. ושם בסוה"ד תי' עוד: דהיכא דידעי' דלכך מתכוון, לא מפקעינן קידושין, דלתקנה עשו חכמים ולא לתקלה, שמתוך כך יהיו בנות ישראל פרוצין בעריות ע"ש. וא"כ, לא מיבעיא לתי' הראשון, פשיטא שהי' מועיל בנ"ד להכשיר הממזר למפרע, באופן זה, שישלח לה גט על ידי שליח ויבטלנו בפני ע"א. וגם לתי' ב', י"ל: דבכה"ג שעשתה בטעות על פי ב"ד, אין בזה חשש תקלה, ושפיר הפקיעו הקידושין למפרע. וע"ש ברשב"א ואס"ז כתובות ג', שתי' עוד, דע"י הפקעת קידושין גמר ויהיב גיטא. אבל יש מקום לסמוך ע"ד התוס' וש"פ שלא תי' כן. ועוד די"ל דבנ"ד שיעשה כן בעצת ב"ד, גם הרשב"א מודה. ואף די"ל, דכיון שיעשה כל בעילותיו ביאת זנות, אין אומרים לאדם, חטא כדי שיוכה חבירך, כיון דמחזקינן לה כמזידה בשביל שלא דייקא, דמה"ט תצא מבעלה. אם כן בפשעה הרי קי"ל דאאל"ח, ועתוס' שבת דף ד', ועוד בכמ"ק, ובתשו' נו"ב מ"ת א"ע סי' ל"ז, מ"ש בדעת רשב"א בזה. אך לפמ"ש הב"ש סי' קנ"ז סוסק"ו, דבכה"ג ליכא משום ב"ז, ור"ל כיון שהוא בעל בהיתר, ולא היה לו לחוש שמא יזדמן אח"כ סיבה לבטל הקידושין, ע"ש ותבין. אם כן ה"נ בזה. וע"ש בב"ח בביאור היטב ד"ז. ובפרט בשו"ת מעיל צדקה סי' ב', וע"ע בשו"ת כתב סופר הא"ע סי' ע"ה. אולם בנ"ד שכבר נעשו מעשה הגירושין אין חכמה ואין עצה ותושיה.

והנה עוד עלה בלבי, שבאם לא רצה הבעל הראשון לגרשה מרצונו והב"ד כפוהו, הרי מדינא בעינן שיהי' העישוי בב"ד סמוכין. ועשו"ת משובב נתיבות סי' ג', ובס' תיקון עולם תיקון ג' סימן א' וסי' ג', ובפת"ש סי' קנ"ד סק"ה, מש"ס דגיטין (פ"ח ע"ב), וריטב"א יבמות. וכיון דבזה"ז ליכא סמוכין, אלא דשליחותייהו דקמאי עבדינן, ומבואר ברשב"א גיטין שם, דהיינו משום תקנת עגונות ומדרבנן. וצ"ל משום דאפקעינהו חז"ל לקידושין, וכ"ה בנתה"מ רס"א' בשם רמב"ן, ורשב"א, שכ"כ להדיא. וכ"ה ברשב"א יבמות מ"ו ע"ב. א"כ שוב י"ל דמה"ט אין הולד ממזר. ולכן אם היה באופן זה, יש מקום להסיר דין ממזר מהולד הזה, לשי' פוסקים הנ"ל. ואף דמדרבנן אסורה, מכל מקום אין הולד ממזר.

והן עוד עלה בלבי, למאי דקיי"ל דהאשה נותנת שכר סופר ואקנויי אקני ליה רבנן, כדאי' בגיטין (כ' ע"א), ופירש"י: משום דהפקר ב"ד הפקר. ושם סוע"ב ודף כ"א רע"א, בהא דדייק ר"א מהא דאשה כותבת את גיטה וכו', דאתתא לא ידעה לאקנויי, תמה הרשב"א: דשא"ה דאקנויי אקני רבנן? ודחה תי' התוס' ד"ה אשה וכו', והעלה דרבא ור"א לא ס"ל טעמא דהפקר בית דין הפקר, אלא משום דהאשה עצמה ידעה לאקנויי ע"ש. ונראה לי הטעם, דכבר נודע מ"ש הגט פשוט לא"ע סי' ק"כ סק"ה, דהפקר ב"ד הוא רק הפקר, ואינו עושה קנין. ובחיבורי משפט שלום סי' קצ"ד הבאתי שכ"ה בעליות הר"י שבאס"ז ב"ב ק', בסוגיא דמיצר שהחזיקו בו רבים. ולפמ"ש בחיבורי שם בקת"ע לס"ר רל"א אות ז' תליא בפלוגתא דר"י ור"א, והבאתי מהרשב"א גיטין ל"ו שכתב להדיא, דמהא דיליף ר"א מנחלות, מוכח דהוי ג"כ קנין. אבל מילפוטא דר"י מקרא דעזרא, נשמע רק דהוי הפקר לבד. והבאתי מכמ"ק בזה. ואח"כ מצאתי בירושלמי פ"ה דפאה ה"א וגם בפ"א דשקלים ה"ב, דמייתי רק דרשת ר"י מקרא דעזרא, וזהו דעת הר"י בעליות דקיי"ל כר"י. וא"כ לפ"ז, ל"מ טעמא דהפקר בד"ה לענין נתינת הגט, דבעינן ונתן משלו. ועמ"ש שם בחיבורי בשם הטיב גטין דגם אחר שבא ליד בעל, לא קנה ע"י הבד"ה לשי' פוסקים הנ"ל. ועמ"ש בזה בתשו' נו"ב מ"ת הא"ע סי' נ"ד באמצע התשובה. ובע"כ דטעמא משום דאתתא ידעה לאקנויי. ועוד נראה דגם להסוברים דהבד"ה ועושה קנין, מ"מ היינו להס"ד דהש"ס, דלא ידעה דאתתא ידעה לאקנויי. אבל למסקנא דקיי"ל דידעה לאקנויי, אין מקום לדון בזה משום הבד"ה. שהרי מבואר בתוס' כתובות (כ"ט ע"א) מהא דיבמות ע"ט דאמר רבי, דא"י להפקיע חלק מזבח, דאע"ג דקיימא לן דהבד"ה היינו לצורך, אבל זה אין צורך כ"כ ע"ש. וא"כ ה"נ בזה כיון דאתתא ידעה לאקנויי וליכא צורך תיקון עגונות, א"צ להפקר ב"ד ולא תקנו כלל. וא"כ לפי המבואר בתוס' ב"מ קט"ו ריש ע"ב ובתמורה ו' דגם לאביי דאי עביד מהני, מ"מ בשוגג הוי זכיה בטעות וחוזר. ועמ"ש בדעת תורה סי' ה' סקי"ד מדברי רמב"ם וראב"ד פ"א מא"מ ה"ג וכ"מ שם ומהר"ן נדרים ל"ה ע"א בזה ועיין קצות החושן סוס"י י"ז. ובנ"ד שאנו רואים צערה של אשה זו עד שנוגע לחיי נפשה ונפש הולד, י"ל: דלכ"ע הוי קנין בטעות. וא"כ יש לבטל הגט שקבלה **מבעלה הראשון, ושוב נוכל להמציא עצה הנ"ל שיחזור ויגרשנה ע"י שליח ויבטלנו**. אולם, הנה מדברי כל הראשונים שהובאו בב"י א"ע סימן ק"כ מבואר דס"ל דגם להמסקנא טעמא משום תקנת חז"ל והבד"ה. ואף די"ל דהא בעינן שתגביה האשה אחר כך הגט ותקנהו בהגבהה, א"כ י"ל דהוי קנין בטעות. אבל ז"א, דודאי אין זה מעכב, כמ"ש בתשובה ארוכה לק' קאפיטשוניץ, דאין האשה צריכה לקנות הגט. כמ"ש המגיני שלמה כתובות ל"א להוכיח כן מד' רש"י שם. ובפרט בהפלאה כתובות פ"ו ע"ב הוכיח כן בכמה ראיות. ובתשו' הנ"ל חזקתי הדבר במסמרות וראיות ברורות בס"ד, א"כ אין שום צד להקל בזה.

אולם יש לדון עוד: דכיון דחז"ל תקנו ד"ז בהא דאקנויי אקני ליה משום תקנת עגונות, וקיי"ל דבכל תקנה לטובתו יוכל לומר לא ניחא לי בתקנתא, וכהא דאיני ניזונית ואיני עושה. ומבואר בר"ן פרק אע"פ בסוגיא דהמקדיש מע"י וכו', דגם לענין איסורא דהפרת נדרים, לזכותו אלמוה רבנן לשעבודא ולא לחובתו. וכ"ה בט"ז יו"ד סי' שמ"ב סק"א, דכמו דלענין ממונא אמר' לן, ה"נ במידי דמצוה ע"ש. וא"כ ה"נ פשיטא דאם האשה אומרת לא ניחא לי בתקנתא, לא אמר' בזה הבד"ה, ול"מ הגט כלל. אלא דזה דוקא אם אומרת כן בשעת מעשה. אבל בנתנה בסתם ואחר זמן אומרת כן ל"מ כלל, לעקור הקנין למפרע. וגדולה מזו כתב הב"ש בא"ע סי' קס"ה סק"ג, דכיון דבתחלה ייבם אותה ולא כתב כתובה על נכסיו, והסכים לתקנת חז"ל, שוב א"י לומר אח"כ לא ניחא לי בתקנתא ע"ש. וכ"ה בריטב"א (סוכה ל"א ע"א) בהא דאי חבריה בטינא יהיב ליה דמיהן, דאם רוצה הגזלן יכול לומר אי אפשי בתק"ח. מיהו כשעמד בדין ופסקו ליתן דמים וקבל, שוב אינו חוזר בו ע"ש. אך לפ"ז יש לדון בנ"ד דאיכא אומדנא שנתרצית תחלה בטעות, שסברה שמחוייבת בזה ולא ידעה כי יש עצה ותושיה להפקיע קידושי', ולתקן הממזר. והרי במקום מצוה אמר' דהוכיח סופו על תחלתו, כמ"ש בא"ע סי' ל"ז סי"א ובב"ש סקי"ח. (וע' חולין ל"ט ע"ב וזבחים ב' ע"ב ומנחות ט"ז א' וב"ב קל"ח ותשו' צ"צ סי' מ"ה באמצע התשו' ותשו' ח"צ סי' מ"א ושע"מ חו"מ סי' צ"ב סק"ה). וכבר כתב התב"ש סוס"י א', דגם טעות בדין הוי אמתלא, וע"ש בדעת סק"ז. והיכא דא"א בלא מעשה גם במעשה מהני אמתלא, לשי' הב"ח ונה"ך. ובפרט היכא דחזקה מסייע לאמתלא ודאי מהני. כמ"ש בדעת שם סק"ג בשם שו"ת גור אריה יהודה סי' פ"ג. וה"נ בנ"ד הרי יש לה אמתלא טובה על מה שלא מיחתה בתחלה לומר: לא ניחא לי בהך תקנה להקנות לבעל דמי הסופר. וגם לפמ"ש שם בשם מהרש"א יבמות קי"ח בדעת התוס', דאמתלא לא מהני רק שיהי' כלא אמר כלום, משא"כ היכא דבעינן אמירה ל"מ האמתלא, היינו לענין שויה אנפשיה, חתיכה דאיסורא. אבל לענין אומדנא אם הי' ניחא לה בתקנת חז"ל או לא, י"ל דשפיר מהני, דבדאיכא רגלים לדבר אמרין הוכיח סופו על תחילתו. וראי' מדברי הב"י או"ח סי' ת', במי שישב בדרך ולא ידע שהוא תוך תחום העיר דיכנסו, כיון שאם הי' יודע היה קונה שביטה בעיר, ה"ז קנה עמהם. אך דהתם בניעור והוציא בשפתיו ואמר שביטתי במקומי, גם בטעות אינו כבני העיר. ולשי' פרישה בניעור, בכל גווני, אינו כבה"ע אף שהי' בטעות. ויש לחלק וקצתני. ועוד דהא בא"ר שם הביא בשם ר"י שעל הרי"ף דגם באמר הוי בטעות, ודחה ראיית הה"מ וב"י ע"ש. אבל במשנה עירובין (מ"ט ע"ב) שאינו בקי בהלכה וכו' מוכח להיפוך. ועוד דגם בתקנת חז"ל הרי תקנו רק לטובתה ולא לגריעותה. ומצינו בש"ס דב"מ צ"ו ע"ב: מאן למעול וכו' נמעלי ב"ד, כי עבדו רבנן

תקנתא ואמרו בעל לוקח הוי, להיתרא, לאיסורא לא עביד רבנן תקנתא. ופירש"י: נימעלי ב"ד של ישראל שבאותו דור, שכל תקנות משפט תלויה בהן ועל ידיהן נוהגות חוקות המתוקנים לציבור מאז, והוי כמו שתקנו לו הם קנין זה, ונמצאו הם המקנין וכו' עכ"ל. **הרי דכל תקנת חז"ל, הם מסורים להכמי כל דור כאלו נעשה על ידם. וא"כ בכה"ג אשר עינינו הרואות שתיקון זה הוא קלקול שלה ונוגע לחיי נפשות, י"ל דבכהאי גוונא לא תקנו.** ומכ"ש ש"ל דבאומרת עכשיו לא ניחא לי בתקנתך, י"ל דאיגל"מ שהיה לחובתה, ולא תקנו חז"ל אלא לטובתה. וא"ל, דהזכות שלא תהיה עגונה, עדיף ורבה על החוב הנמשך מזה, וכמ"ש כה"ג הר"ן פ"ד דגיטין וע' בנה"ך יו"ד סי' קס"ב סק"ח, וש"ך חו"מ סי' ק"ה סק"ה. אבל ז"א! דבכה"ג דכופין אותו שיגרשנה כיון שזנתה תחתיו, א"כ ליכא חשש עיגון, שהרי יכופו אותו לגרשה שנית. ואף דלשיטת התוס' ריש זבחים אין כופין לגרשה, כבר העלה בתשו' מהר"י באסן סי' ח', דלא קיי"ל כהתוס'. וע' תשו' רשד"ם א"ע סי' קי"ה וברכ"י א"ע סוסי' י"א ותשו' גאוני בתראי סימן ס"א ובהשטמות, ותשו' חיים שאל ח"ב סי' ד' אות ג'. וע' פת"ש סימן קי"ז סק"ב בשם הב"מ ורדב"ז וסי' י"ז ס"ק קס"ב, וע' עוד בתשו' עבודת הגרשוני סוסי' צ"ג. **וא"כ י"ל דכשתאמר כעת דלא ניחא לה בתקנתא, יוכלו לבטל הגט הקדום ושוב נוכל להמציא עצה ותושיה שיגרשנה הבעל הראשון ע"י שליח, ויבטל השליח כמש"ל.** וגם אם אינו דבר ברור, עכ"פ י"ל דמה"ט הוי ספק ממזר. דגם בהא דחולין ל"ט הוי ספיקא אי אמרי הסע"ת. ובהיותו בזה עלה בלבי להעיר, בהא דתצא מזה ומזה. דלכאורה אם יגרשנה הבעל השני קודם, כיון שלא יתירנה בזה לשום אדם מדאורייתא ע"י זיקת בעל הראשון, אינו גט כלל, ואפי' ריח הגט אינו כלל, כמ"ש התוס' בגיטין פ"ב ע"ב ד"ה אפילו וכו'. ובאבני מילואים סי' קל"ו סק"א ביאר הדבר באורך ע"ש. אבל נראה דכיון דכל הטעם שצריך הבעל השני לגרש הוא משום גזירה: שמא יאמרו גירש ראשון ונשא שני, כדאי' ביבמות פ"ח סו"ע"ב, וגם למסקנא דקנסו, מ"מ הוא מטעם זה ע"ש ותבין. א"כ לפום הך חששא דגירש ראשון, שפיר מועיל גט זה להתיר, ואם לא גירש הרי א"צ גט משני כלל. וע' כה"ג בתוס' ב"ק (מ"ו ע"ב סו"ד"ה גלית אדעתך וכו', ותוס' זבחים ע"א א' בד"ה ובטרפה וכו', ובתוס' בכורות כ"ג ע"א בד"ה נבילה וכו', וכה"ג מבואר במג"א סוף סי' רס"ג, לענין העושים יה"כ ב' ימים ע"ש ותבין).

והנה בדין ספק ממזר דמה"ט שרי, יש לעיין אם גם בספק פלוגתא הוא כן. דהנה בפלוגתא רמב"ם וש"פ אם סד"א להחמיר רק מדרבנן, ורמב"ם למדה מדין ספק ממזר, חקר הפמ"ג בא"ח סי' פ"ח בא"א סק"ב, אם גם בספק פלוגתא הוא כן. וצידד די"ל דהוי כחד בחד דאיכא איסורא. אבל בממזר גם בדאקבע איסורא שרי. כמ"ש בש"ש ש"א פ"ב וכו"ה בחו"ד ריש דיני ס"ס, ודלא כהמל"מ פרק ט"ו מאי"ב. ואפי' בדאיכא רובא לאיסורא, צידד הפ"י בקידושין ע"ג, דמ"מ הוי בכלל ספק ממזר, יבא. וע"ש בש"ש ש"א והגהת רב"פ בזה. וגם גוף הדבר שכתב הפמ"ג, דספק פלוגתא הוי כחד בחד, הוא תמוה. דא"כ גם דרבנן אמאי מקילין בכל ספק פלוגתא? והן אמת, שראיתי להשעה"מ פ"ג מגירושין ה"ד, שצידד בהא דמעשר ודאי ולא ספק, די"ל דדוקא בספק במציאות, ולא בספק בדין יעו"ש. אבל הנה בש"ס דבכורות נ"ח סו"ע"א, לדברי בן עזאי נולדו ה' באב וה' באלול וה' בתשרי, כונסן לדיר להתעשר, ונוטל אחד מן האלולין והשאר פטורין ממ"נ. אי אחד באלול ר"ה, דאלול ותשרי מצטרפין ודאב פטורין, ואי אחד בתשרי ר"ה, דאב ואלול מצטרפין דתשרי פטורין, מאי אמרת לצרפו לגורן אחר, עשירי ודאי אמר רחמנא ולא ספק וכו', וע"ש ברש"י. הרי דמיייתי לה לגבי ספיקא דפלוגתא אי אלול ר"ה וכו'.

אבל הנה מצאתי בתשב"ץ ח"ג ענין שכ"ז וז"ל: ולענין הממזרות, אפי' אם נסכים לומר דחלה ומת, פלוגתא דאמוראי אי אסורה להתייבם או לא. ולפ"ז יהי' בבנים פלוגתא דאמוראי, אם הם ממזרים או לא, ויהיה ספק ממזרים מפני המחלוקת הזו. אפ"ה אין להתירן לבא בקהל משום דאמרי' ספק ממזר לא אסרה תורה. שלא נאמר זה אלא במי שלא נפל ריעותא בו, אלא בידעתנו, שלא ידענו בו אם הוא כשר אם הוא ממזר, כגון שתוקי ואסופי וכו'. אבל במי שנפל בו ספק, מפני ריעותא שיש בו, כגון הנידון הזה שנולד מספק ערוה, לא נאמר ע"ז: דלא אסרה תורה אלא ודאי ממזר. אלא אדרבא נאמר ע"ז: סד"א לחומרא, וזהו אפי' לפי הדין. ומכ"ש דאפי' באסופי ושתוקי, משום מעלה דיוחסין, אסור לבא בקהל וכו' עכ"ל. ולפ"ז גם בנ"ד, אם יהיה בו ספק פלוגתא, אם הגט בטל ואם יעקרו הקידושין למפרע, הרי יפול הספק על האשה והיא ספק ערוה. וגם הספק: אולי לא הי' הבעל בדעת שלימה בשעת קידושין, הרי נולד ספק זה מקודם, ואנן בעינן בס"ס שיוודעו ב' הספיקות כאחד. שו"ר בתשו' רע"א מ"ת סי' ס"ח באמצע התשו', דבספק פלוגתא, א"א להקל, כדין ספק ממזר. **ולכן לא מצאתי תרופה להתיר את הולד, זולת אם הי' הגט מעושה ע"י כפיי'. בזה יש לצדד כמש"ל, ובכ"ז צ"ע למעשה.** (וגם דוקא אם היה הכפיייה בב"ד של ג' כמ"ש בתיקון עולם שם, ובהסכמת כמה גדולים בתורה ויראה).

ומ"ש כת"ר דלפי תי' הש"ש ואחרונים, דאם אינו אמת לא אפקעינהו, תיקשי: א"כ אמאי מותרת להנשא, ניחוש שמא יבא הבעל ולא אפקעינהו? כבר כתבתי לו שבחידושי הרי"מ ליבמות, ביאר ליישב ד"ז. ואחרי שהדבר מפורש ברשב"א מחזיביים אנו לכופ ראשינו. ומ"ש כת"ר דלשיטת רשב"א, בכדי לא פקעי קידושין בלא גט, ובנ"ד הרי נתגרשה בגט, אינו מובן. דא"כ אמאי בנשאת בע"א תצא והולד ממזר, הרי נתגרשה בגט ויפקעו הקידושין למפרע? ובע"כ דאין הגט מועיל להפקיע הקידושין, כיון שקודם הגט לא הופקעו הקידושין, משום דליכא סברת דייקא ומינסבא. ומ"ש הרשב"א דבכדי לא פקעי, היינו בדליכא סברת דייקא ומינסבא. ומ"ש ר"מ, די"ל דענין אפקעינהו הוא: כיון דמקדש אדעתא דרבנן, הפקיעו הקידושין שלא יחולו עד שעה שיבא הבעל ויודע שהוא חי, ודמי למקדש לאחר זמן, שאין הקידושין חלים עד אותו זמן. ובזה תי' כמה קושיות שעל שיטה זו. אם כי דבר גדול דיבר, בכ"ז לא יתיישב מה שתמה הנימוק"י רפ"י דיבמות על שיטה זו, מהא דאחיו של ראשון חלץ מה"ת, ושני חולץ מדרבנן. ואיכא מיבע"ל? ומזה מוכח כמ"ש האחרונים הנ"ל. ומבואר היטב בתשו' ברכת אברהם סי' כ"א אות ט', דלא הפקיעו אלא בכדי שיהי' העד נאמן שמת, ועיקר ההיתר ע"י המיתה. אבל לדברי כת"ר, הדרא קושיא לדוכתא. אך לשני מהר"ש בן הנו"ב שהביא ר"מ

במכתבו הקדום ניהא. ובכ"ז לשון הרשב"א אינו סובל כפירוש רו"מ. שהרי טעמו משום דלא הפקיעו אלא בצירוף סברת דייקא, והרי חזינן דלא דייקא, א"כ נתברר למפרע שלא הפקיעו כלל.

והנה מ"ש רו"מ לדון מכה חזקה דהשתא כיון דליכא חזקה דמעיקרא להיפוך, וכיון דהשתא הוא שוטה, י"ל דגם בשעת קידושין היה כן. מלבד דתליא במחלוקת ראשונים, כמ"ש בש"ש ש"ג פרק ט"ז ופרק י"ז, אף גם הרי איננו שוטה תמיד. דאם לא כן איך גירש בגט? והרי מבואר בתוס' יבמות (ל"א ע"ב) ד"ה וארעא וכו' דבכה"ג ל"ש לאוקמה אחזקה, וא"כ אין להקל.