

הרב עודד מכמן

אישות וזנות – מציאות ודין

1. אישות – קידושין ונישואין

2. גירושין

3. השלכות ממוניות- סך הכתובה בקטן שהשיאו אביו

4. זנות

5. סיכום

1. אישות – קידושין ונישואין

א. ביאור הגר"ח בגדר נישואין – מציאות ולא קניין

בספר "דברי הגות והערכה" (עמ' 72) הביא בשם הגר"ח, שישנו הבדל יסודי בין קידושין לנישואין. בעוד שאירוסין זקוקים לדעת מקנה ככל קנייני תורה, נישואין אינם מיוסדים על דעת מקנה, והם חלים על-ידי חופה מאליהם. אמנם החופה צריכה להתקיים לשם נישואין, ברם אין צורך הכוונה לשם נישואין זהה למושג דעת מקנה בשאר קניינים. בכך הסביר את שיטת רב נסים גאון, שהובאה בתוספות (קידושין י. ד"ה כל הבעל דעתו על גמר ביאה). התוספות שם הקשו מיבמה, שילפינן שנקנית בהעראה, היינו תחילת ביאה, ואילו באירוסין הגמרא מסיקה שסוף ביאה קונה, משום שכל הבעל דעתו על גמר ביאה. ותירץ רב נסים גאון:

דהיא דיבמות איירי אחר קידושין, דע"י אותה העראה הוי כנשואה כמו חופה דלאחר קידושין.

לדברי הגר"ח, ביאור הדברים הוא שבעוד שאירוסין תלויים במעשה קניין, וחלות הקניין תלויה בדעת המקנה – לכן רק סוף הביאה קונה, נישואין לעומתם אינם מעשה קנייני אלא מצב מציאותי של אישות, וכיוון שכך אפילו תחילת ביאה – כשנעשית לשם נישואין – פועלת את חלות הנישואין¹. במשפט אחד, מקובל לומר שאירוסין הם קניין, לעומת נישואין שהם מצב מציאותי.

¹ דברים דומים כתב גם הגרש"ר בשיעוריו למסכת קידושין (עמ' לז-לח).

ב. הגדרתו של הרמב"ם

נראה שדברים אלו טמונים בעצם בלשונו של הרמב"ם (אישות פרק א הל' א)²:

קודם מתן תורה היה אדם פוגע אשה בשוק, אם רצה הוא והיא לישא אותה – מכניסה לביתו ובוועלה בינו לבין עצמו ותהיה לו לאשה. כיון שנתנה תורה, נצטוו ישראל שאם ירצה האיש לישא אשה יקנה אותה תחילה בפני עדים, ואח"כ תהיה לו לאשה, שנאמר "כי יקח איש אשה ובא אליה".

כלומר, מצב הנישואין הוא בעצם דבר שכבר היה לפני מתן תורה, והתורה רק הוסיפה לו רובד קנייני שצריך להתבצע קודם לכן. התורה רצתה לעגן את חיי האישות במסגרת קניינית ולצורך כך ציוותה על מעשה קניין, המצריך דעת³.

ג. הסיבה לכך שלא מצאנו בתורה לימוד מפורש לגבי נישואין

נמצא שהתורה בעצם התערכה רק בשלב הקידושין-אירוסין, ולא בשלב הנישואין. נראה שזוהי גם הסיבה לכך שלא מצאנו לימוד מפורש מהי חופה. לגבי קידושין, יש לימודים מיוחדים לקידושי שטר וביאה, אך לא מצאנו להדיא לימוד או דיון בגמרא על נישואין. הסיבה לכך נעוצה כמה שביארנו, שעקרונית התורה לא התערכה כלל בהגדרת הנישואין. הנישואין אינם אלא מצב האישות בפועל, כפי שהוא מתבטא בחיי אישות שלמים, וחובות וזכויות הדדיות בין בני הזוג. לכן שלב זה אינו מצריך אלא נקודת התחלה ושינוי מצב, אך אין בו צורך בקניין.

רק במקום אחד מצאנו לימוד הנוגע להגדרת החופה, וגם הוא חלקי בלבד: בסוגיית "מסרה לשלוחין" (כתובות מח):

תנא, מסר האב לשלוחי הבעל וזינתה – הרי זו בחנק. מנה"מ? א"ר אמי בר חמא: אמר קרא "לזנות בית אביה" (דברים כב) – פרט לשמסר האב לשלוחי הבעל, ואימא: פרט לשנכנסה לחופה ולא נבעלה. אמר רבא: אמר לי אמי, חופה בהדיא כתיבא "כי יהיה נערה בתולה מאורסה לאיש" (דברים כב) – נערה ולא בוגרת, בתולה ולא בעולה, מאורסה ולא נשואה. מאי נשואה? אילימא נשואה ממש, היינו בתולה ולא בעולה! אלא לאו שנכנסה לחופה ולא נבעלה.

² ע' גם בהלכות מלכים (פרק ט הל' ז).

³ לשון אחר, הקידושין הם "אישות בכוח", לעומת הנישואין, שהם "אישות בפועל". משמעות הפיכתה של האישות למושג קנייני הוא שיש זיקה אמיתית בין האיש והאשה, כמו מושג הבעלות בממון ובעבדים, שקובע זיקה אמיתית בין האדם לבין ממון ועבדיו. זיקה זו מולידה חיובים וזכויות שונים בין הבעל והאשה, וכמו שנראה בהמשך היא זו שמצריכה גט, כיון שקניין אינו יכול להיפקע אלא בהפקעה בעלת אופי קנייני ולא ברצון להיפרדות בעלמא.

מהגמרא הזו עולה שלהגדרת 'נשואה' מספיק שנכנסה לחופה, אף שלא נבעלה. וכן מופיע בסנהדרין (ז): ביחס לעכו"ם: "בעולת בעל יש להם, נכנסה לחופה ולא נבעלה אין להם".

נראה שזהו המקור לדברי רמב"ם (אישות פרק א הל' א) שקודם מתן תורה, כדי לישא אשה היה צריך להכניסה לביתו ולבעול אותה בינו לבין עצמו, ומאוחר יותר (אישות פרק י הל' א) כתב:

הארוסה אסורה לבעלה מד"ס כל זמן שהיא בבית אביה... עד שיביא אותה לתוך ביתו ויתייחד עמה ויפרישנה לו. ויחוד זה הוא הנקרא "כניסה לחופה" והוא הנקרא נשואין בכל מקום.

ואף-על-פי שעדיין לא נבעלה, וכדברי הגמרא הנ"ל.

אמנם לא פקעה המשמעות הראשונה של הנישואין, לכן גם "הבא על ארוסתו לשם נשואין אחר שקידשה – משיערה בה קנאה ונעשית נשואה, והרי היא אשתו לכל דבר" (שם), כמו קודם מתן תורה.⁴

אנו רואים אם כן שהנישואין הנם מצב טבעי, שהיה קיים גם קודם מתן תורה. הוא איננו נושא אופי קנייני, אלא מורה על תחילתם של חיי אישות מלאים, והתורה כמעט שאינה מתערבת בהגדרתו.

ד. דעת הראשונים בהגדרת חופה

דיון מפורש על אופי החופה מצאנו בר"ן (כתובות א. בדפי אלפס). הר"ן שם מביא שתי דעות בשאלה מהי חופה: דעת בעל ה"עיטור", שחופה הנה ייחוד (וכן נוקט הר"ן גם בדעת הרמב"ם), ודעת אחרים, שחופה היינו "כל שהביאה הבעל מבית אביה לביתו לשם נשואין". ה"עיטור" מדייק את שיטתו מהסוגיה (כתובות ב.) הגורסת ש"פירסה נדה אינו מעלה לה מזונות" אפילו בהגעת הזמן, משמע שלא חלים בה נישואין, והיינו משום שבנידתה אסור להתייחד עמה; ואלו אחרים מדייקים את שיטתם מדכתיב "ואם בית אשה נדרה" – משמע שכשהיא בבית אשה היא ברשותו.⁵ על כל פנים, גם לדעת השיטה האחרונה אין זו ילפותא, אלא משמעות פשוט הכתוב – איך התורה עצמה מבינה מהם נישואין.⁶ ועולה מכאן שהתורה אינה

⁴ עיין במה שביארנו בזה לקמן, בפרק על היחס בין החופה כייחוד לבין התנאי של חזיא לביאה.

⁵ וראיה להם גם מגמרא (כתובות יב.): "אלמנה מן הנישואין אין לה אלא מנה, אע"פ שעדים מעידים עליה שלא נסתרה ולא נבעלה".

⁶ דומה הדבר לדין כיסוי ראש באשה, שאינו עשה מפורש וגם אינו לאו מפורש, ואף-על-פי-כן זהו חיוב דאורייתא, כי עולה להדיא מהפסוקים שהתורה מתייחסת לאשה נשואה כאשה שחובשת כיסוי ראש. זוהי לדעתי כוונת הגמרא (כתובות עב.): "ראשה פרוע דאורייתא היא, דכתיב 'ופרע את ראש האשה'. ותנא דבי ר' ישמעאל: אזהרה לבנות ישראל, שלא יצאו בפרוע ראש דאורייתא". ופרש"י (שם ד"ה אזהרה): "מדעבדינן לה הכי לנוולה מידה כנגד מידה כמו שעשתה להתנאות על בועלה, מכלל דאסור, א"נ מדכתיב ופרע מכלל דההוא שעתא לאו

קובעת לנו מפורשות מהו אופי הנישואין, למרות שהיא מסייגת מעט את גדריהם, וקובעת שסגן בחופה ואין צורך בבעילה.

הגר"א בביאורו (סימן נה ס"ק ט), לאחר שהוא פורש את השיטות השונות שהובאו בראשונים לביאור חופה⁷, מסיק:

אבל העיקר שענין החופה שקונה היא יציאתה מבית אביה והולכתה עם החתן לביתו לשם נשואין, שמראה שהיא ברשות בעלה, וכדעת הר"ן, וא"צ שתתיחד עמו.

ועיי"ש שמאריך לדון בסוגיית "מסרה לשלוחין", ומסיק שאמנם עיקר החופה היא בביתו, ואף-על-פי-כן כל שקובע החופה אפילו בחצרה סגי, אלא שעשיית החופה היא על-ידי סדינים כירושלמי, אך אין זה העיקר. כלומר, אין אלו התוכן והמהות אלא רק מנהג עשייתה, אבל עיקר עניינה הוא יציאתה מרשות האב, למקום שבו נמסרת לרשות בעלה.

הסיבה לכך שהתורה לא קבעה אופי מדויק לכניסה לחופה, ולכן אופייה השתנה ממקום למקום, היא מהטעם הנ"ל: שהחופה היא מצב שבו מתחילין הנישואין, ולכן **משמעותו** היא העיקרית – שנכנסה לרשות בעלה, אך החופה עצמה אינה מעשה קנייני שיש לו גדרים מוחלטים וקבועים. לכן הגמרא מתנסחת תמיד "נכנסה לחופה" בלבד, ואינה מפרטת את אופי החופה המדויק⁸.

פרועה הות, **שמע מינה אין דרך בנות ישראל לצאת פרועות ראש, וכן עיקר**". האם אזהרה ממש יש כאן, או רק "אין דרך בנות ישראל" כלשון רש"י? ועוד, על איזה לאו היא עוברת, "ופרע את ראש האשה"? וכי לאו הוא זה?

ולענ"ד, כוונת ר' ישמעאל לומר, שרואים שהתורה מתייחסת לאשה נשואה כאשה שמכסה את ראשה. זוהי **קביעת מציאות** יותר מאשר ציווי פרטי, אלא שר' ישמעאל ניסח זאת בלשון "אזהרה" כדי ללמד את הדין והחיוב העולה מכאן. נראה כי זו גם המשמעות בכך שבעילת כותית היא עון חמור, אף שאין בה לאו מפורש, וכמו שכתב הרמב"ם (איסורי ביאה פרק יב הל' ז), ולכן קנאין פוגעין בו כשעושה זאת בפרהסיא. אין אלו עשין ולאווין המסורין לבית דין לענוש עליהן, ולמרות זאת הם חיובים גמורים. בזה ניתן גם להסביר את דעת הרמב"ם, שלא מנה את מצוות יישוב ארץ ישראל כמצווה מסוימת – משום שלדעתו ישיבתו של עם ישראל בארצו היא הגדרת מציאות ולא רק חיוב מסוים, ולכן אין צורך לצוות בו. דבר זה עולה ממשמעות התורה כולה, וכמו שהאריך בחיבת ארץ ישראל (מלכים פרק ה הל' ט-יב).

⁷ סדינים מצוירים כירושלמי (סוף סוטה), או אפריון למושב החתן והכלה כרא"ש (סוכה פרק ב סימן ח), או מסיירה לחתן בשחרית כמרדכי (כתובות פרק א סימן קלב), או יציאה בהינומא כתוספות (יומא יג: ד"ה לחדא) או ייחוד באלמנה שאין חופתה ככתולה כמבואר בתוספות (שם) בשם הירושלמי.

⁸ במובן הזה, לא השתנו הדברים מלפני מתן תורה, כמו שניסח הרמב"ם (אישות פרק א הל' א): "**מכניסה לביתו** ובעלה בינו לבין עצמו".

ה. נפקא מינות מהגדרת הנישואין כמציאות

בהמשך המאמר ברצוני להצביע על כמה השלכות של הגדרה זו, לבאר את שיטת הרמב"ם לגבי חופת נידה ולסלק את הקשיים התלויים בה, ולסיום ברצוני להראות שאין זו הגדרה רק לגבי תחילת קשר הנישואין, אלא גם לגבי סיומו בגירושין.

I. עדים לקיום דבר בנישואין

ה"אור שמח" (אישות פרק י ה' ב) הסתפק אם יש צורך בעדי קיום דבר בנישואין כמו בקידושין.⁹ הגרי"ד זצ"ל ב"דברי הגות והערכה" (עמ' 72) כתב שדברי הגר"ח, שאין צריך עדי קיום דבר בחליצה, משום שהיא מציאות שחלטה בוקעת ועולה מאליה, ולא מעשה קנייני המצריך חלות דעת – הוא הדין בנישואין, שחלותם היא ממילא מכוח מציאות מעשה הנישואין אין צורך בעדים לקיום דבר.¹⁰

II. תנאי בנישואין

הגרעק"א (בשו"ת סימן נא, ונשנו הדברים בסימן קו) כתב שלפי הצד שמסירה לשלוחים לא מהני ולא מקרי חופה, מוכח דחופה היא מילתא דליתא בשליחות, כמו חליצה, ואם כן לא מהני בה תנאי דכל מילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי¹¹ (כתובות ע"ד). גם כאן יסוד הדבר הוא משום שרק במעשה קנייני שייך לתלות תנאי, כי הוא דבר שחלותו על-ידי דעת, אבל מציאות אינה נתפסת בתנאי, כמו שלא שייך לכרות בור בתנאי.¹²

⁹ דנו בזה גם ה"אבני מילואים" (סימן לח ס"ק יז) ועיי"ש ב"מילואי חותם", ה"אבי עזרי" (מאישות פרק ג ה' יג) וה"הפלאה" (כתובות מח), ועיין גם ב"מקנה" (קו"א סימן נז ס"ק ב).

¹⁰ וע' בזה גם בשערי הגרו"נ גולדברג שליט"א (נדפס בספר "חזון קדומים" עמ' 14-15), בשיעורי הגר"ש רוזובסקי (כתובות מח הוצאה ישנה), בתוספות ר"י הזקן (קידושין י:) וע"ע ב"ספר הנישואין כהלכתם" (חלק א עמ' רמח-רמט).

¹¹ יש שסברו שלכן, לגבי תנאי של שאר כסות ועונה הניסוח הוא תמיד (למשל, כתובות נו.) "הרי את מקודשת לי ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה", דדווקא בקידושין אפשר להתנות, ולא בנישואין. אמנם, התוספות כתבו (כתובות פג. ד"ה כדרך שכתבו): "וא"ת בלא רב כהנא נמי למה לא יכול להסתלק בכותב לה ועודה ארוסה מידי דהוה אשאר כסות ועונה דלרבי יהודה בדבר שבממון תנאו קיים". מהתוספות עולה שגם לאחר קידושין, כל עוד לא נשאה אפשר להתנות, ואין צריך להתנות דווקא בקידושין. ונראה שיש לחלק בין תנאי בעצם הנישואין, כלומר שתולה את נישואיו בתנאי, לבין הגבלת זכויות בנישואין קודם חלותם בדרך תנאי, שזה אפשר גם לאחר הקידושין, כל עוד אינה נשואה ממש, ואפילו בשעת הנישואין עצמן (וע' תוספות כתובות נו. ד"ה הרי וריטב"א ורעק"א שם, ואכמ"ל).

¹² אמנם, הגרעק"א תלה זאת בשאלה אם מסירה לשלוחים הוי כחופה, ולדעתו משמע שמסירה לשלוחים הוי חופה מדין "שלוחו של אדם כמותו"; אך לענ"ד יסודו של דין מסירה לשלוחים מושתת על כך שבמציאות כשמסורה לשלוחיו מקרי שמסרה לו, וברשותו היא, ויצאה מרשות אביה, ונפקא מינה שגם שלוחים גויים מהני

III. חופה הקודמת לקידושין

ה"משנה למלך" (אישות פרק י הל' א) נסתפק אם חופה שקדמה לקידושין מהני. דבר זה עולה לכאורה מהסוגיה ביבמות (פ"ט):

תניא, מאימתי אדם יורש את אשתו קטנה? ב"ש אומרים משתעמוד בקומתה, וב"ה אומרים משתכנס לחופה, רבי אליעזר אומר משתבעל¹³, ויורשה ומיטמא לה ואוכלת בגינו תרומה... ר' אליעזר אומר משתבעל, והאמר ר' אליעזר אין מעשה קטנה כלום, אימא משתגדיל ותבעל.

ובתוספות (שם ד"ה משתגדיל) הקשו:

וא"ת אכתי כיון דאין מעשה קטנה כלום היכי מהניא חופה שהיתה בקטנות? וי"ל, דכיון שהיא בביתו של בעל היא כמסירה לחופה, וכשבוועל בגדלות לשם קידושין – ואפ' את"ל דביאה אירוסין עושה – חשובה מיד כנשואה מידי דהוה אהיה לו חצר בדרך ונכנסה עמו לשם נישואין.

כלומר, החופה אינה מעשה הנוגע לרגע מסוים, אלא מציאות של האשה בבית בעלה. קודם הקידושין אין למציאות זו משמעות הלכתית, אבל לאחר שנתקדשה – ממילא חלים כל הדינים הנוגעים למציאות זו¹⁴.

המרדכי (ריש כתובות, סימן קלב) מסביר, שבנוסח ברכת האירוסין חופה קודמת לקידושין ("מקדש עמו ישראל על-ידי חופה וקידושין") משום שלעתים מקדש בשעת נישואין, ואז החופה קודמת לקידושין – כי הכנסת החופה היא שמוסרה בשחרית לחתן קודם הברכה! כאן הדברים כבר כתובים להדיא: החופה קדמה לקידושין.

גם במסכת קידושין (סימן תקמו) מביא המרדכי עיקרון זה:

ובא מעשה לפני רש"י¹⁵ באחד שקידש ונמצא אחד מעדי קידושין קרוב, או לא היה שו"פ, והשיב אע"פ שצריך לקדש פעם אחרת, א"צ לא כניסת חופה ולא ברכה אחרת של אירוסין ונישואין. ואע"פ שצריך לקדש פעם אחרת ונמצא שהייתה החופה קודם הקידושין, מה בכך, הרי קטנה שהשיאוה אחיה ואמה אין

לעניין זה, ולא בעינן שיהיו בתורת גיטין וקדושין. ועיין עוד בזה ב"אור שמח" (פרק יב הל' ב ד"ה עוד הנני מסתפק).

¹³ והלכה כמותו.

¹⁴ בתירוץ שני אכן התוספות הולכים בדרך שונה. הם אינם מקבלים עיקרון זה ונוקקים לכוח הפקר בית דין כדי להסביר מדוע היא יורשת משתגדיל, אך כפי שנראה בהמשך, נראה עיקר ההלכה כתירוץ הראשון.

¹⁵ ע' גם רש"ש (קידושין י:), שדקדק כן מדברי רש"י בסוגיה שם.

הקידושין קידושין עד שיגדלו ויבעלו, ואמרינן פרק הכותב (צ.) קטן שהשיאו אביו כתובתו קיימת, שע"מ כן קיימה, ואמר רב הונא לא שנו אלא מנה מאתיים כו', נמצאת חופתו קודמת לקידושין.

והאריך המרדכי לבאר יסוד זה גם בסימן הקודם (תקמה):

ועוד, אפי' את"ל דקדושי טעות הו, כיוון דבעל אח"כ קנה ולא בעי ברכה, וסגי בברכה שנעשית תחילה לשם נישואין. ואע"פ שקידושין ונישואין הו בטעות, כדמוכח פרק האיש מקדש "קדשה בטעות או בפחות משו"פ וכן קטן שקידש אע"פ ששלח סבלונות..." ואם בעלו קנו, משמע שא"צ תו לא ברכה ולא כניסה לחופה וכו'.

עיי"ש, שהאריך לבאר כן לגבי קידושי חרש שנתפקח ונישואיו, שבסתם בעולה משנתפקח נעשית אשתו, ואינו צריך קידושין ונישואין חדשים¹⁶.

ו. שיטת הרמב"ם בחופת נידה – הצורך בחופה הראויה לביאה

הרמב"ם (אישות פרק י ה' ב) כותב:

כיון שנכנסה הארוסה לחופה הרי זו מותרת לו לבוא עליה בכל עת שירצה, והרי היא אשתו גמורה לכל דבר. ומשתכנס לחופה נקראת נשואה אע"פ שלא נבעלה, והוא שתהיה ראויה לבעילה. אבל אם היתה נידה, אע"פ שנכנסה לחופה ונתייחד עמה לא גמרו הנישואין, והרי היא כארוסה עדיין.

המקור לשיטה זו, כפי שהצביע כבר הר"ן שהבאנו לעיל, הוא בגמרא (כתובות ב.), שם מבואר שהגעת הזמן שנקבע לנישואין אינה מחייבת במזונות אם פרסה נידה. הר"ן מבאר לשיטה זו שכיוון שאסור להתייחד עמה מחמת נידתה, אין אפשרות לעשות ייחוד לשם חופה. הוא מביא את ה"עיסור", שכתב שמשום כך גם צריך לכתוב את הכתובה קודם החופה, דאם לא כן הרי ביאתה אסורה מדברי ר' מאיר, שאין להשהות אשתו בלא כתובה אפילו שעה אחת, אלא שעל שיטה זו הקשו מסוגיה מפורשת ביבמות (זו:), שם מבואר שיש חופה לפסולות כגון אלמנה לכהן גדול וחברותיה, אף-על-פי דלא חזיין לעולם לביאה ולייחוד! ומכוח זה מסיק הר"ן שדין "חזיא לביאה" הוא רק לכתחילה, אבל בדיעבד החופה חלה. אך לפי הרמב"ם קשה להלום דברים אלו, שהרי כתב להדיא: "לא גמרו הנישואין, והרי היא כארוסה עדיין", משמע שאפילו בדיעבד אין הנישואין חלין.

¹⁶ וכן נפסק ברמ"א (סימן סא סעיף א), ועיי"ש בגר"א (ס"ק ז). וע"ע ב"קהילות יעקב" (קידושין סימן ט). אציין שניסוחו של המרדכי הוא שהנישואין קדמו לקידושין, ואלו בתוספות משמע שהנישואין והקידושין באין כאחד. אך אפשר שאין כאן מחלוקת – המרדכי מדבר על מעשה הנישואין ואלו התוספות דנים על רגע החלות, שכיוון שמציאות הנישואין קיימת גם עכשיו – היא ממילא חלה בהדי הקידושין.

נראה שלפי המבואר לעיל, שחופה אינה מעשה קניין אלא מציאות של תחילת חיי אישות, ניתן ליישב **שמניעה איסורית לא מקרי "לא חזיה לביאה"**, לכן יש חופה לפסולות, שהרי ביאתן אפשרית אף-על-פי שהיא אסורה, אך אם אכן אין אפשרות מציאותית לבוא על אשה זו – אין נישואיה חלים, כיוון שמצב הנישואין באשה זו אינו שלם עדיין, דאף-על-פי שנכנסה לביתו אין היא ראויה לביאה, ולכן "לא נגמרו הנישואין".

בנקודה זו נידה דומה לחולה. בשתייהן עיכוב הביאה הוא קודם כל **עיכוב מציאותי**, לכן נידה וחולה מוזכרות יחד בגמרא (כתובות ב.) "לפיכך חלה הוא או שחלתה היא או שפירסה נידה – אינו מעלה לה מזונות" נידות וחולי הן עיכוב מציאותי מוצדק לדחיית הנישואין, ולכן אינו מתחייב לה במזונות כשמגיע הזמן.

בתשובת הרא"ש (כלל נד סימן ב) מבואר להדיא כדברינו, שגם חולי מוגדר כ"לא חזיא לביאה"¹⁷:
 "שאלה וכו'... שלא היתה ראויה לביאה".

כאמור, השאלה כאן אינה תלויה ב**איסור**, שהרי אין איסור לבוא על חולה; המניעה כאן היא **מציאותית**: חולי הוא מצב שאינו ראוי לביאה, ולכן אפילו שנכנסה לחופה – אינה נשואה עדיין. לדרך זו ניתן לומר שברגע שתחלים ממחלתה, או תפסיק לראות, יחולו הנישואין **ממילא**, כיוון שמעתה היא ראויה לביאה, ואין צורך להכניסה מחדש לחופה, שהרי במציאות כבר הייתה חופה, אלא שכל עוד היא נידה או חולה "לא גמרו הנישואין, והרי היא כארוסה עדיין" (הרמב"ם שם); אך משתבריא – היא נשואה לכל דבר.

נראה שזו הסיבה לפסק הרמב"ם (שם הל' ו) ש"אם עבר ונשא" אשה נידה וברוך ברכת חתנים "אינו חוזר ומברך", שהרי סוף סוף היו נישואין וכבר בירך עליהם, וכשפסקה מלראות גמרו נישואיה ממילא, ואין צורך לחזור לברך. אכן, אם היה צורך לעשות נישואין חדשים, הסברה נותנת שהיה צריך לחזור ולברך ברכת חתנים, שהרי לא הייתה משמעות כלל לברכות הראשונות.¹⁸

¹⁷ "בית יוסף" (ריש סימן ד)

¹⁸ נראה שזהו עומק הפשט בניסוחו של הרמב"ם: "ומשתכנס (הארוסה) לחופה נקראת נשואה, אע"פ שלא נבעלה, והוא שתהיה ראויה לבעילה". הביטוי "ראויה לבעילה" ביחס לאותה ארוסה משתמע במפורש כביטוי המתייחס למצבה המציאותי של האשה, ולא למצבה ההלכתי. אם ביטוי זה היה כולל גם מניעות איסוריות לבעילה היה מוטב לנסח "והוא שתהיה מותרת לבעלה".

מדברי הרמב"ם הללו מדויק גם שהמושג "ראויה לביאה" ביחס לאשה אינו מתייחס לחופה, אלא להיותה קרויה "נשואה" – "ומשתכנס... נקראת נשואה... והוא שתהיה ראויה לבעילה". כלומר, דין "חזיא לביאה" אינו דין בחופה אלא בנישואין – היותה נשואה תלוי בכך שהיא ראויה לבעילה, אבל החופה עצמה אינה תלויה בזה. לכן, כמו שאמרנו, ברגע שהיא פוסקת מנידותה נגמרים נישואיה ממילא. לקמן הסקנו שיש לכך גם משמעות הלכתית, הנוגעת לזמן הייחוד של החופה, שאינו תלוי בשיעור זמן הראוי לביאה.

אלא שעל מה שכתבנו שמרגע שתפסיק לראות חלים הנישואין ממילא, יש להקשות מלשון הרמב"ם (שם ה' ו'): "ולא תנשא נידה **עד שתטהר**, ואין מברכין לה ברכת חתנים עד שתטהר, ואם עבר ונשא וברך אינו חוזר ומברך". מדוע הקפיד לנסח "עד שתטהר"¹⁹ – והרי לדברינו, מרגע שפסקה לראות אין עיכוב מציאותי אלא איסורי בלבד, ושייך לשאתה?

שלוש דרכים אפ"ל בביאור קושי זה:

א. ה"דרישה" (סימן צ"ט ק"ג) מקשה מדין חופה לפסולות על דין חופת נידה²⁰, ומתרץ: "וי"ל דשאני התם דהא לא בא עליה, ובעינין להרמב"ם כניסה הראויה לביאה וליכא, משא"כ הכא שכבר בא עליה, ואף א"ת שיורשה אף אם לא בא עליה, מכ"מ כיון שנושאה אדעתא דהכי לבוא עליה באיסור נחשבת לו כאשתו, משא"כ בנדה שלא, היתה דעתו בשעת כניסה לבוא עליה כי אם אחר שתטהר מנידתה".

נראה שה"דרישה" מסכים עקרונית לקביעתנו שהשאלה כאן היא שאלה מציאותית ולא איסורית, אלא שהוא מוסיף שהמציאות תלויה בדעת האדם: אשה שדעתו לבוא עליה נקראת "חזיא לביאה", כיוון שבפועל חופתה תוביל לביאה סמוך לחופה, ואפילו אם זו ביאת איסור – מה שאין כן בנידה, כיוון שאין דעתו לבוא עליה עד שתטהר. נמצא שחופה זו אינה מובילה לביאה, ולכן הנישואין אינם חלים עד שתטהר – שאז מסכמת דעתו לבוא עליה.

ב. ניתן לומר, וכך נראה יותר מסידור דברי הרמב"ם ודקדוק לשונו, שאכן חופה ונישואין יכולים לחול כבר מהרגע שפסקה מנידתה, שבמציאות אינה כבר בגדר חולה. ומה שאיננו מאפשרים לו לכונסה אינו דין בנישואין כלל אלא בברכות חתנים. כלומר, שראוי לברך ברכות חתנים בנישואין המאפשרים חיי אישות מלאים על-פי דין תורה, לכן תיקנו חכמים שלכתחילה לא תנשא עד שתטהר, כדי שיברכו ברכת חתנים בהיותה טהורה וראויה לחיי אישות.

בכך מוסבר מדוע כתב הרמב"ם דין זה בהלכה ו, לאחר שביאר את כל דיני ברכת חתנים, ולא מיד בסיום הלכה ב, שם הוא מבאר את דין חופה הראויה לבעילה – כיוון שדין זה אינו נובע מחמת חלות הנישואין אלא מחמת ברכת חתנים.

ג. כמו כן אפשר לומר באופן קצת אחר, וכך נראה לי עיקר, שדין זה אינו דווקא מחמת הברכה, אלא זו תקנת חכמים, שראוי שהנישואין יאפשרו בעילת מצווה מיד, כסדר הנישואין הרגיל, ולכן אמרו שלכתחילה אין לעשות הן את החופה והן את הברכות אלא כשתטהר. לדרך זו, הרמב"ם איחר לכתוב הלכה זו דווקא כאן כיוון שזו הלכה

¹⁹ ותהיה מותרת לבעלה.

²⁰ קושיה שכבר עסקנו בה לעיל.

כללית שנובעת מהנישואין ומהברכה במידה שווה. לכן, דווקא לאחר שהשלים לבאר את מהלך החופה ואת דיני הברכה השלים הלכה זו, המבארת כיצד ראוי להינשא לכתחילה. לדרך זו מדוקדקת הלשון "ולא תנשא עד שתטהר". ולא יברכו לה ברכת חתנים עד שתטהר" – יש כאן סימטריה בין הנישואין לברכה, כיוון שעיקוב הדבר עד שתטהר נובע מהנישואין ומהברכות במידה שווה. ודו"ק.

בכל מקרה, אם קדם ונשאה בנידתה חלים הנישואין ממילא משתפסק לראות, וכן אם נישאה לאחר שפסקה מלראות אך קודם טהרתה חלים הנישואין מיד. אך לכתחילה אין לשאתה עד שתטהר, שהריהי אסורה עליו, ואין ראוי לשאתה כל עוד היא אסורה עליו.

אם כן, הראינו ששיטת הרמב"ם, שחופה דחזיא לביאה לא חלה, נובעת מתפיסה שהנישואין הם מצב מציאותי טבעי ולא מעשה קניין. לדרכנו צריך לבאר שמה שכתב הרמב"ם (אישות פרק י הל' ז) שצריך לכתוב כתובה קודם כניסה לחופה, ואחר-כך יהיה מותר באשתו, אינו משום שאיסור הביאה מדבריהם על אשה שאין לה כתובה מגדיר זאת כחופה "דלא חזיא לביאה" מדרבנן²¹ – שהרי זו שאלה איסורית בלבד, ואינה מעכבת וכמו שנתבאר – אלא כוונת הרמב"ם לומר שלדעת ר' מאיר אסור לאדם להשהות את אשתו בלא כתובה. כיוון שכך מוטל עליו לכתוב הכתובה כבר קודם הנישואין, כדי שלא ישהה עמה באיסור²² – ואין לדבר קשר כלל לדין של "חזיא לביאה".

ז. היחס בין החופה כייחוד לבין התנאי של "חזיא לביאה"

ראינו שהמעשה המובהק המגדיר נישואין הוא הבעילה, ש"מכניסה לביתו ובוועלה בינו לבין עצמו" (רמב"ם אישות פרק א הל' א). ראינו גם שבגמרא (כתובות מח:) מבואר שגם אם נכנסה לחופה ולא נבעלה נקראת נשואה (לשון הרמב"ם אישות פרק י הל' ב). לדעת הרמב"ם, צריך "שיביא אותה לתוך ביתו וייתחד עמה ויפרישנה לו" – לא סגי בהבאה לביתו סתם, אלא צריך גם להתייחד

²¹ וכמו שכתב שם ה"מגיד משנה".

²² לדרכנו, עיקר תקנת ר' מאיר היא איסור שהייה בלא כתובה, וכלשון הגמרא (בבא קצא פט.): "אסור לו לאדם שישהה את אשתו אפ' שעה אחת בלא כתובה" ומי ששוהה – ממילא ביאתו שם ביאת זנות עליה, כלשון המשנה (כתובות נד): "כל הפוחת לכתולה ממאתים ולאמנה ממנה הרי זו בעילת זנות", שאסור לו לשהות עמה כלל, אבל לא שר' מאיר תיקן שיש איסור ביאה. כן משמעות לשון רש"י (כתובות נז. ד"ה זו דברי ר"מ) וכן יתפרשו שם דבריו בהמשך (סוף ד"ה אי הכי): "בעילת זנות באיסור היא". (אמנם משמעות לשון התוספות (כתובות נא. ד"ה מני) היא שחכמים תיקנו שזו בעילת זנות, אך יש ליישב, ואכמ"ל).

דברינו אלה נוגעים להגדרת המושג "ביאת זנות" בכל מקום, שאינו מושג הלכתי ביסודו, אלא מושג מציאותי המורה על אופי הביאה, וההלכות הן תולדה מהגדרת המציאות, כלומר שאיסור השהייה בלא כתובה גורם לביאתו להיקרא "ביאת זנות" שהרי אסור לנישואין אלו להתממש כל עוד לא כתב לה כתובה. ועיין בהמשך המאמר שייחדנו פרק להגדרת המושג "זנות".

עמה, אך דעת אחרים שבר"ן (כתובות א. מדפי אלפס) היא שאפילו בייחוד אין צורך, וסגי שכנסה לחופה בלא ייחוד, וחילא דידהו מהגמרא (כתובות יא:), שם מבואר שאפילו לא נסתרה חשובה נשואה.

על כל פנים, נראה שגם לרמב"ם תפקיד הייחוד כאן הוא מדין הפרשה, ולא כחזקה שבא עליה²³, לכן גם אם ודאי לן שלא בא עליה – חלו נשואיה בייחוד זה. ונפקא מינא נוספת לכך היא מה שביארנו לעיל שכאשר היא נידה אין זה פוגע בייחוד כאילו לא היה, אלא שלא נגמרו הנישואין מחמת שיש תנאי בחלות הנישואין (ולא בייחוד) שתהיה ראויה לביאה, כיוון שתכלית הנישואין שתיבעל²⁴. דבר זה למד הרמב"ם כאמור מהסוגיה בריש כתובות. ויש לעיין אם בעיני בייחוד זה שיהא זמן הראוי לביאה, או שמא סגי גם בפחות מכך, כי אין תפקיד ייחוד זה אלא להורות על הפרשה ולא על ביאה, ומשך זמן מועט מספיק לכך²⁵. יש להבין לאור זאת מה שכתבו הפוסקים²⁶, שייחוד של נישואין היינו שהחתן והכלה אוכלים יחד בבית החתנות, כיוון שהאכילה יחד באופן שמתייחדים אכן מורה על הפרשה גמורה של איש ואשתו²⁷.

²³ שלא כקידושין, שם הן הן עדי ייחוד הן הן עדי ביאה.

²⁴ וכמו שהיה קודם מתן תורה, ש"מכניסה לביתו ובוועלה בינו לבין עצמו". סברה זו עולה גם מדברי הר"ן, שאף-על-פי שנקט כדברי אחרים, שאין צריך כלל חופה דחזיא לביאה, וחופה לאו היינו יחוד, מכל מקום כתב (קידושין ה: מדפי אלפס): "בא עליה לשם נישואין קונה... דאע"ג דלא אשכחן בהדיא דקני אלא חופה, סברא הוא דכיון דחופה לא קניא אלא מפני שהיא צורך ביאה, כ"ש ביאה עצמה שקונה". וכן דעת הרמב"ם עצמו (סוף הל' א), שבא עליה לשם נישואין נעשית נשואה, אף-על-פי שאין ייחוד של נישואין עצמו מדין ביאה.

²⁵ ואכן שמעתי שהגרש"ז אורבאך זצ"ל הורה לאדם המחמתן זוגות שאינם מעוניינים שהכלה תלבש כסוי ראש לאחר חדר יחוד, שיתיחדו בחדר הייחוד שיעור זמן קצר שאינו ראוי לביאה, וממילא אינה בחזקת בעולה וא"צ כיסוי ראש עדיין, דכסוי ראש תלי בשם בעולה. סברא זו מושתתת על כך שהייחוד הועיל כחופה ואע"פ שאינו מורה על ביאה אלא על הפרשה בעלמא. ועכ"פ צע"ק דהרמב"ם פסק בפרק י"א מאישות ה"א שכל "נשואה בחזקת בעולה" ויש ליישב ע"פ מה שנתבאר בהערה 26 בסמוך, שדברי הרמב"ם שם נוגעים ליחסו של הבעל אליה כבעולה, ולכן ממילא גם חכמים תקנו לה כתובת בעולה, למרות שהיא עדיין בתולה וא"צ כיסוי ראש.

²⁶ ע' ב"ש אבהע"ז סי' נה סק"ה.

²⁷ ואולי אפילו א"צ שיתיחדו באופן שאין שם אף אחד, כיחוד של בעולה, שהרי "ייחוד" בנידוד איננו מושג השאול מקדושי ביאה והלכות ייחוד, אלא זוהי התייחדות לשם הפרשה, ובוה תסתלק ממילא קושיית הר"ן על הרמב"ם (כתובות יא: מדפי אלפס), שם מוכח שאפילו שיש עדים שמעידים שלא נסתרה ולא נבעלה קרויה אלמנה מן הנישואין, כיוון שכנסה לשם נישואין. כיצד ייתכן שלא נסתרה ובכל זאת חשובה כנשואה, והרי צריך ייחוד? לאור האמור, אפשר שהמושג "ייחוד" בנידון שלנו אינו ייחוד ללא אדם אחר כלל, אלא שהאיש והאשה נמצאים יחד, ואפילו שיש חלון פתוח או דלת פתוחה, כך שלא מקרי "נסתרה", וצ"ע בזה.

על כל פנים, כיוון שתכלית הנישואין שתיבעל, מובן מדוע פסק הרמב"ם (אישות פרק יא הל' א-ב): "הנושא בתולה שנתאלמנה או שנתגרשה או נחלצה. אם מן הארוסין... כתובתה מאתיים, ואם מן הנישואין כתובתה מאה. שמשנשאת הרי הוא כבעולה... ומפני מה תקנו חכמים לאלו כתובה מאה, ואע"פ שהן בתולות? הואיל וחזקת

ח. נישואין מדרבנן – נישואי חרש וחרשת ונישואי קטנה על-ידי אחיה ואמה

ברצוני לדון בהשלכה נוספת העולה מההגדרה שאנו עוסקים בה. בגמרא (יבמות קיב:) מבואר שחז"ל תיקנו נישואין לחרש וחרשת וכן לקטנה, אך מדאורייתא אין לנישואיהם תוקף. מדוע באמת נישואין אלו אינם תקפים מדאורייתא?

לפי מה שנתבאר לעיל, שלנישואין אין צורך בדעת של קניינים, נראה לומר שלפני מתן תורה אכן גם בחרש וחרשת וקטנה היו שייכים נישואין, שהרי אין צורך אלא ב"רצה הוא והיא" (הרמב"ם, אישות פרק א הל' א) – רצון צריך, אך לא דעת לקניינים. רק לאחר שחידשה התורה את הצורך בקניין קידושין הופקעו ממושג הנישואין חרש, חרשת, קטן וקטנה, ואפילו שוטה ושוטה ברמות מסוימות – כיוון שאין להם דעת לקניינים; אבל כאמור, כל מי שמבין עקרונית מהם חיי אישות – שייך בו מושג של נישואין.

נראה שזה מה שעומד בתשתיתה של תקנת חז"ל שתיקנו נישואין לחרש וחרשת: הם רצו לתת תוקף לנישואיהם, ולכן תיקנו להם קידושין מדרבנן, אף-על-פי שאין להם דעת. ממילא יש משמעות למציאות הנישואין שלהם כמצב בר תוקף. אמנם לשון הגמרא היא "תיקנו להם רבנן נישואין" (יבמות קיג.), אך כבר רש"י כותב שם "נישואין וקידושין", ועל כל פנים, ביאור אופן התקנה נראה שהוא כמו שנתבאר, שזו תקנת קידושין ביסודה ולא תקנת נישואין. בשוטה לעומת זאת הם לא תיקנו, מפני ש"אין אדם דר עם נחש בכפיפה", ואין אלו חיי אישות תקינים שחכמים מעוניינים בקיומם. גם בקטן לא תיקנו חז"ל קידושין, משום דאתי לכלל נישואין, ואין

הנשואה שתיבעל... תקנו להן מאה בין נבעלו ובין לא נבעלו, והרי כבעולות לכל דבר" – חלות הנישואין על-ידי חופה אינה דבר המחייב בעילה (ודו"ק, הרמב"ם לא כתב "חזקה שהנכנסת לחופה נבעלת", שמזה אכן משמע שמיד לאחר חופה אנו מניחים שנבעלה, אלא "חזקת הנשואה שתיבעל". מי שנשאת כבר – חזקה שתיבעל בסמוך, כי מטרת הנישואין היא היתר בעילה), אלא שהאיש והאשה מתייחדים יחד, אך כיוון ש"חזקת הנשואה שתיבעל", שהרי תכלית הנישואין להתיר את בעילתה, חכמים מתייחסים לכל אלמנה מן הנישואין כבעולה, כיוון שהייתה כבר מסורה לבעילה, ותיקנו לה כתובה מנה.

כלומר, כיוון ש"חזקת הנשואה שתיבעל" לכן לעניין כתובה, אף אם לא נבעלה "הרי היא כבעולה" – שם בעולה עליה, כיוון שנמסרה לבעילה. יש לזה השלכה לא רק לסך הכתובה, שהוא דין דרבנן, אלא גם לדין המבואר במשנה (כתובות יא:), שאין לבעל טענת בתולים לטעון מקח טעות משנכנסה לחופה. מדוע, הרי כנסה בחזקת בתולה? נראה שדעת הרמב"ם היא שכיוון ש"חזקת הנשואה שתיבעל", כלומר שהיא מסורה לבעלה ויש להניח שתיבעל סמוך לחופתה (ולא בחופתה ממש!), לכן היא כבר פגומה בעיני הבעל השני, ומבחינתו "שם בעולה עליה" ואינו מקדש אותה על מנת שהיא בתולה דווקא. אם כן, המושג "חזקת הנשואה שתיבעל" מגדיר את שם האשה ולא את מצבה המציאותית.

השווה גם ללשון הרמב"ם (מקוואות פרק ד הל' ד): "המניח כלים תחת הצנור תמיד בכל עת ובכל זמן ונתמלאו מי גשמים, הרי אלו פסולים... שהרי לדעתו נתמלאו, שחזקת הצינור לקלח מים". אין כוונת הרמב"ם לומר שהצינור מקלח מים תמיד, שהרי מדובר אפילו שהניח הכלים בקיץ תחת הצינור, ואז הרי לא יורדים גשמים. כוונתו כנ"ל, שהצינור עומד למטרה זו, כמו שהאשה הנשואה עומדת לבעילה).

צורך לחוש לתקנתו, מה שאין כן קטנה שאין לה אב, שחשו לתקנתה שלא ינהגו בה מנהג הפקר, ותיקנו לה קידושין מדרבנן על-ידי אחיה ואמה, וממילא יש תוקף לנישואיה.

ראיה לכך שהתקנה בקטנה היא הקידושין ולא הנישואין יש להביא מהדין שהביא הרמ"א (סימן לו סעי' ג), ומקורו במרדכי (קידושין פרק ב סימן תקטז), שנחלקו הראשונים שם בקטנה שנתקדשה לדעת אביה, ומת האב קודם שנישאה – ונישאה. לדעה אחת שם אינה נשואה, ואינו יורשה ואינו מיטמא לה הואיל וקידושיה דאורייתא אך נישואיה אינם דאורייתא, שהיו כביאת זנות, וגרע טפי מקידושה אמה ואחיה. אמנם לדעה השנייה שם, דעת ר"ת, וכן הסיק המרדכי, הוי נישואין מעלייתא. ונראה שר"ת סובר כפי שביארנו, שכל הבעיה בקידושי קטנה היא הדעת לקניין, אבל כשנוצר מצב שמקודשת מדאורייתא, וכגון שקידשה אביה ואחר-כך מת, שוב אין מניעה לנישואין, שהרי רצון לנישואין יש לה²⁸ (בחיי אביה היא ברשות אביה, והתורה מסרה לו את הזכות להשיא אותה, ולכן אינה יכולה להינשא לבד). גם לדעת מי שחולק יש לומר שלא פליג על עצם דברינו, אלא שלדעתו לאחר שמסרה התורה קידושי קטנה ונישואיה לאב הופקעה ממנה היכולת להינשא לבד, ולכן אפילו כשמת אביה ואין מעכב – אינה יכולה להינשא מדאורייתא.

2. גירושין

א. מהם גירושין?

הרמב"ם (מלכים פרק ט הל' ח) כתב שבן נח הנשוי לאשה שהיא לגביו "בעולת בעל"²⁹ נחשבת כגרושה שלנו:

משיוציאה מביתו וישלחנה לעצמה, או משתצא היא מתחת רשותו ותלך לה,
שאיין לה גירושין בכתב, ואין הדבר תלוי בו בלבד, אלא כל זמן שירצה הוא או
היא לפרוש זמ"ז – פורשין.

דברים אלו הם תוצאה ישירה של הגדרת הנישואין לפני מתן תורה, כמו שביארנו לעיל, שלפני מתן תורה היה רק שלב של נישואין התלוי ברצון שני הצדדים, ללא התוקף שניתן למצב זה על-ידי קניין. לכן, כשברצונו של אחד מהצדדים לפרק מסגרת זו – הרשות בידו והוא קם והולך לו. אך לאחר מתן תורה, שנתחדשה מצוות הקידושין, והנישואין מחוזקים על-ידי קניין, אין דרך להפקיע מסגרת זו אלא בגט, שהוא המתיר את האשה ומפקיע את קניין הקידושין.

²⁸ עיין ב"אור שמח" (אישות פרק י הל' ב) וב"עקבי הצאן" לרב צבי שכטר (עמ' קצד).

²⁹ וע' גם תוספות (קידושין כא: ד"ה אשת), שיש בזה איסור עשה של "ודבק באשתו לא באשת חברו".

ב. דין משלחה ואינה חוזרת

והנה, הלכה רווחת היא שהאשה אינה מתקדשת אלא לרצונה, אבל גירושין חלין אפילו בעל כורחה. מהאי טעמא מבואר במשנה (גיטין נה.) שגם חרשת, שנתקדשה קידושין מדאורייתא (כגון על-ידי אביה, או שנתחרשה לאחר שנתקדשה) יוצאת בגט, ואף-על-פי שאין לה דעת לעניין משא ומתן, כיוון שמתגרשת בעל כורחה לא בעינן דעתה³⁰. מכל מקום, בגמרא (יבמות קיג:) מבואר ששוטה גמורה, כזו שאינה יודעת לשמור גטה והיא בגדר "משלחה וחוזרת" – אינה מגורשת, משום שלמדנו מתנא דבי ר' ישמעאל "ושלחה מביתו – מי שמשלחה ואינה חוזרת, יצתה זו שמשלחה וחוזרת". והדבר צריך תלמוד, אם אכן קניין הקידושין מופקע על-ידי גט אפילו בעל כורחה, ואין היא מעורבת כלל בהליך הגירושין. מהו אם כן תנאי זה, שצריך שתהא "משלחה ואינה חוזרת"?

נראה שדין "משלחה ואינה חוזרת" הנו הלכה **במצב הנישואין**, ולא **בחלק הקנייני** של האישות. כלומר, אף שעקרונית גט יכול להפקיע את הקידושין גם בעל כורחה, אם הפקעת הקניין אינה גורמת גם לביטול מצב האישות – אין לה משמעות. לכן הגט אינו חל עד שהוא מביא בסופו גם לביטול הנישואין. אשה שאינה מבינה שבקבלת גטה היא יוצאת מבית הבעל וחוזרת לבית אביה, והיא חוזרת לבית בעלה לאחר שילוחיה, הגט אינו יכול לפעול בה את הפקעת הקידושין, כיוון שלמעשה מצב הנישואין נשאר בה לעולם. זו הסיבה ששוטה אינה יכולה להתגרש.

יש בהסבר זה כדי לבאר קושי בדברי התוספות (גיטין עח. ד"ה אינו), שכתבו שמעבר לצורך לומר "הא גיטך" בנתינת הגט, כפי שעולה מהסוגיה שם, ר"י היה מצריך לומר גם "הרי את מותרת לכל אדם"³¹. והקשו עליו התוספות:

דבהניזקין משמע דאפילו לא אמר כשר, גבי מעדותו של ר"י בן גודגדא, נשמע
אמר לעדים "ראו גט זה" וכו'.

ולא מבואר שם שאומר לה "הרי את מותרת לכל אדם". ותרצו התוספות:

וי"ל דהתם נמי אח"כ יגידו לה העדים שהיא מגורשת, אע"פ שהאשה מתגרשת
בעל כורחה, מכ"מ צריך לומר לה "הא גיטך" ו"ה"א מותרת לכל אדם", שתדע
שהיא מגורשת ולא תהא חוזרת, דבעינן שיהא משלחה ואינה חוזרת.

³⁰ וע' ברש"י (שם ד"ה שהשיאה אביה).

³¹ בראיה שהביא ר"י לשיטתו נתקשו המפרשים וע' בב"ח (סי' קלו ד"ה ואומר). ובפשטות כוונתם למה שכתב שם בגמ' (פה:) ביחס למחלוקת חכמים ור' יהודה במשנה "במאי קמיפליגי... ור' יהודה סבר ידיים שאין מוכיחות לא הויין ידיים, וטעמא דכתב לה ודין דמוכחא מילתא דבהאי גיטא קמגרש לה, אבל לא כתב לה ודין אמרי בדיבורא גרשה ושטרא ראיא בעלמא". ופירש רש"י שם: "בדיבורא – דאמר לה בשעת מסירה 'הרי את מותרת לכל אדם'". מבואר אם כן שישנה אמירה של "הרי את מותרת לכל אדם", כפי שמצריכים התוספות. אלא שלשונם "שהיו רגילים לומר ג"כ ודין" קשה, שהרי "ודין" היו כותבים ולא אומרים, וצ"ע.

בסוף דבריהם נמצא גם התירוץ לקושייתם, דהיינו שאחר-כך יגידו לה העדים, וגם ביאור סיבת הצורך לומר "הרי את מותרת לכל אדם" – כדי לקיים את התנאי ש"משלחה ואינה חוזרת", הנלמד מ"ושלחה מביתו". יש שהעירו שאם אכן כן, וזהו דין דאורייתא שצריך שתדע שהיא מגורשת על מנת שיחולו הגירושים, אם כן מה מועיל שיאמרו לה אחר-כך? הרי ברגע שהגט חל אין היא יודעת זאת!

ברם, הערה זו נכונה אם אכן זהו דין בביטול קניין הקידושין על-ידי הגט, אך לדרכנו, שזו הלכה בנישואין (שאינם קניין אלא מצב), נכון אמנם שאם הגט ינתן באופן שלא יבטל מצב האישות כלל לא יחול הגט, אך אם הבעל דאג שיוודע לאשה שהיא מגורשת על-ידי העדים שיאמרו לה אחר-כך – סגי בהכי, כיוון שגט זה יביא לביטול מצב האישות, ואין צורך שהדבר ייעשה בו זמנית עם נתינת הגט.

לפי האמור לעיל ישנם שני סוגי אמירות: א. "הא גיטך" – להורות שנותנו בתורת גירושין ולא בתורת שטר חוב וכד', וזו אמירה הנצרכת מצד ביטול קניין הקידושין. ב. "הרי את מותרת לכל אדם" – כדי לבטל את מצב האישות, והאחרונה אין לה עניין לגט עצמו אלא כדי שתבין את עניין הגירושין).

ג. קטנה שאינה יודעת לשמור גטה – האם מתגרשת על-ידי אביה?

נראה שבזה ניתן להבין גם את שיטת התוספות (במות קיג: ד"ה יצתה), הסבורים שקטנה שאינה יודעת לשמור גטה מתגרשת על-ידי אביה, דכיוון שיש לה אב משלחה ואינה חוזרת, שאביה משמרה מלחזור. אין צורך שחלות הגירושים תחדור לתודעת המתגרשת דווקא; העיקר שבמציאות ייפסקו הנישואין, ולכן אם אביה משמרה מלחזור סגי בכך – בפועל האישות נסתיימה. לדעת רש"י, לעומת זאת, כשהאשה עצמה אינה מבינה את משמעות הגירושים אין כאן מציאות של גירושין³².

ד. מחזיר גרושתו בגירוש ספק וגט פסול

לפי דברינו, אפשר ליישב הלכה תמוהה נוספת בדברי הרמב"ם (גרושין פרק י הל' א):

וכן אם גירש את אשתו בגט פסול או שהיתה ספק מגורשת ורצה להחזירה, ה"ז מותרת לבעלה ואינו צריך לחדש הנישואין ולברך שבע ברכות ולכתוב כתובה, עד שתגרש גרושין גמורין.

³² בגמרא (שם) מובאים בעצם שני טעמים מדוע שוטה אינה מתגרשת: תנא דבי ר' ישמעאל: "ושלחה מביתו" – מי שמשלחה והיא חוזרת; דבי ר' ינאי: "ונתן בידה" – מי שיש לה יד לגרש עצמה יצתה זו שאין לה יד לגרש עצמה. הגמרא כוללת שני לימודים אלו תחת הגדרה אחת: "אינה יודעת לשמור גיטה". ונראה שאלו סימנים לעניין אחד – הבנה מה מצבה קודם הגט ומה מצבה לאחריו. מי שידעת לשמור את גטה מבינה שמסמך זה הוא בעל משמעות למעמדה, המשתנה מרגע זה. זוהי בעצם יד לגירושין, לכן מעתה היא לא תחזור עוד לבית בעלה, וצ"ע.

בביאור דבריו כתב ה"מגיד משנה":

דודאי צריך הוא לקדשה שנית, ולא מבעיא בגט פסול שהיא כפנויה מן התורה, אלא אפ' בספק מגורשת הרי היא ספק פנויה, ואין לה לעמוד תחתיו אלא בקידושין גמורין, וזה פשוט ומתבאר מהרבה מקומות, אבל הנישואין א"צ לחדשם ולברך, והטעם נראה שהיא בספק מגורשת, ומפני שאין מברכין על הספיקות כפי שיטת רבינו בהלכות ברכות... ואפ' במגורשת בגט פסול סובר הוא ז"ל שכיוון שאינה פנויה גמורה אין לברך, וחידוש הכתובה כבר נתבאר (אישות פרק טו) שהמגרש את האשה והחזירה, סתם על כתובתה הראשונה החזירה. ומ"מ סובר רבינו שבגרושין גמורין צריך הוא לחדש ולכתוב, אבל בספק מגורשת, כיוון שלא הייתה יכולה לגבות כתובתה הראשונה א"צ לחדשה. והשוה לזה גט פסול, ונראה שאינה גובה בו כתובה שהרי אינה רשאה לינשא לאחר לכת', ולא קרינא ביה לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי.

בדברי ה"מגיד משנה" ישנו הסבר מדוע בספק גירושין אין לברך שוב – משום ספק ברכות, אך אין בהם כדי להסביר מדוע בגט פסול אין צריך לברך³³. עוד קשה לדבריו קושית ה"לחם משנה", שהעיר שלשון הרמב"ם אינה מדוקדקת לפי זה, והוי ליה לכתוב שאסור לברך ז' ברכות ולא רק שאין צריך.

לענ"ד, ניתן לבאר שספק גירושין, ואפילו מגורשת בגט פסול, שצריכה גט נוסף מדרבנן, סוף סוף המציאות היא שמחמת הצורך בגט נוסף לא יצאו עדיין מבית בעליהן, ועדיין הנישואין קיימים – אף-על-פי שקניין הקידושין פקע לגמרי, או ספק פקע. מכיוון שכך, בבואן להתקדש מחדש אין צורך אלא בקידושין, אבל הנישואין עדיין קיימים, ולכן אין מברכים ואין כותבים כתובה³⁴. מבחינה זו הדבר דומה למה שהבאנו לעיל מהמרדכי, ונפסק כך גם ברמ"א (סימן סא):

אם קידש בטעות והיו לו נישואין עמה, ואח"כ נודע שהקידושין היו בטעות, אע"פ שחוזר ומקדשה א"צ לברך שנית ז' ברכות, וסגי ליה בברכות הראשונות³⁵.

כך הבין להדיא הגרעק"א בהגהותיו לשו"ע (שם ס"ק ד), שעל דברי הרמ"א הללו ציטט את ההלכה הנזכרת ברמב"ם!

³³ וע' ב"צפנת פענח" מה שרצה ליישב.

³⁴ אין להקשות, אם כן ראוי שאפילו ספק גירושין לא יהיו כאן אלא מקודשת גמורה, וכמו במשלחה והיא חוזרת, שהגט לא פעל כלל. החילוק בין המקרים מבואר: שם ניתן הגט לגברא שאינו בר גירושין, אבל כאן העיכוב הוא רק מחמת פסול דרבנן בגט או מעשה מסופק, לכן הצד הקנייני יכול להיפקע, ורק מציאות הנישואין נשארה כשהייתה.

³⁵ השווה גם את דמיון הלשון.

ה. שיטת ה"צפנת פענח"

רעיון דומה למה שכתבנו כאן מופיע כבר בספר "צפנת פענח" (ריש הלכות גירושין). הרמב"ם (גירושין פרק א הל' ה) כותב:

זה שנאמר בתורה "ושלחה מביתו" אין עניינו שלא יגמרו גרושיה עד שתצא מביתו, אלא משיגיע הגט לידה גמרו גירושיה, ואע"פ שעדיין היא בביתו, כמו שיתבאר. לא נאמר "ושלחה" אלא שאם גירש ולא הוציאה מביתו הרי זה כמי שגירש והחזיר גרושתו, לפיכך צריכה ממנו גט שני, כמו שיתבאר.

ה"צפנת פענח" כתב על זה:

מלשון רבינו מוכח דכל שלאחר גרושין נשארה בביתו הוה זה גופא כמו נישואין, וא"צ יחוד כלל, ולכן במשנה (גיטין פא.) דייק "ולנה עימו בפונדקי" דאז צריך הן הן עדי יחוד ה"ה עדי ביאה, אבל בביתו לא בעי זה.

מדבריו עולה שגירושין באופן שאינה משולחת מביתו אינם גירושין, והיינו שלא נתבטל מצב האישות³⁶, אלא שלדרכו הדבר תלוי במציאות הישארותה פיזית בביתו, ולא בכך שהיא עדיין זקוקה להתרה, כמו המקרה של גט פסול או ספק גירושין שהבאנו לעיל.

לענ"ד אין לדייק כך בדברי הרמב"ם, שהרי הרמב"ם עצמו כותב שדין זה יתבאר בהמשך (שם פרק י הל' יח), שם נתבאר דין "לנה עמו בפונדקי", שהיא מקודשת מכוח "חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות", ולכן הוי כמחזיר גרושתו, שקידשה מחדש וצריכה גט נוסף, אבל ודאי שצריך ייחוד בפני עדים³⁷. גם מראשית ההלכה נראה שהרמב"ם אינו מתכוון לחדש חידוש זה, שהרי כתב: "זה שנאמר בתורה 'ושלחה מביתו' אין ענינו שלא יגמרו גרושיה עד שתצא מביתו" – משמע שאכן גירושיה נגמרים אף שלא יצאה מביתו, ומ"שלחה מביתו" רק נשמע שאם לא יצאה יש חזקה שקידשה בביאה.

3. השלכות ממוניות – סך הכתובה בקטן שהשיאו אביו (שיטת רש"י ותוספות)

במשנה (כתובות ז.) כתוב:

קטן שהשיאו אביו – כתובתה קיימת שע"מ כן קיימה. גר שנתגיירה אשתו עמו – כתובתה קיימת שע"מ כן קיימה.

³⁶ או שמא כוונתו אחרת, שאכן הגירושין חלו, אך מציאותה בביתו מחילה נישואין חדשים, ולזה אין צריך קידושין מקדימים, וכעין דין חופה קונה. אמנם הרמב"ם פסק שחופה לא קונה, וע' בר"ן (קידושין כא:) ועוד, הרי ודאי שזהו דין רק במחזיר גרושתו ולא בכל פנויה, וצ"ע.

³⁷ ומה שהרמב"ם כותב שהדבר נלמד מהפסוק "ושלחה", ואילו בפרק י הל' יח מבואר שזה מכוח חזקה ואומדנא, יש ליישב שהרמב"ם אינו כותב שזה ילפותא, אלא כך הוא מפרש את הפסוק על-פי מה שעולה מהחזקה, או שמא כוונתו כמו שנתבאר בהערה 6 לעיל, והיינו שמהפסוקים עולה שיש חזקה כזו.

ובגמרא :

אמר רב הונא : ל"ש אלא מנה מאתיים, אבל תוספת אין לה".

בפשטות הניחו הראשונים שאם נישאה בהיותה בתולה כתובתה מאתיים כבתולה, וכן לשון התוספות (שם ד"ה לא שנו) :

וי"ל דאשמועינן היכא דנשאה בתולה, אע"ג דכשגדלה או נתגיירה כבר היא בעולה, אפ"ה יש לה כתובה מאתיים, שע"מ כן קיימה שיהא עכשיו כתחילת נישואיה.

רש"י, וכן משמע מהתוספות, העמידו את הסוגיה כשכתב לה כשהוא קטן, וכן נפסק ברמ"א (סימן מג סע' א) מ"שלטי גיבורים" (ריש פרק מי שהיה נשוי) :

לא כתב לה כתובה כשהוא קטן – כשיגדיל אינו כותב לה רק מנה, דהא ההיא שעתה לאו בתולה היא.

ואף-על-פי-כן כתב רש"י (שם) :

אלא מנה מאתיים – שהן תנאי בי"ד, דאילו בשטר לא גביא, דחספא בעלמא הוא.

כלומר, יש לה מאתיים מכוח תקנת בית דין ולא מכוח התחייבותו של הבעל. והדבר צריך תלמוד, מדוע תיחשב כבתולה שכתובתה מאתיים מתקנת בית דין, והרי עכשיו היא בעולה, ורק מעתה יש תוקף לנישואין אלו – ואם כן תהיה כתובתה מנה !

נראה לבאר, שכיוון שבעצם יש כאן מציאות של אישות גם בקטנותו או כשהיה גוי, וכמו שביארנו לעיל, אף שמבחינה הלכתית אין לזה תוקף – אם כתב לה כתובה, יש כאן הגדרה של נישואין אלו כנישואי בתולה. ממילא, כשהגדיל או נתגייר – איננו דנים במציאות המתחדשת עכשיו, אלא יש לה כתובת בתולה, כיוון שנישואיה הוגדרו מראשיתם כנישואי בתולה, שכתובתה מאתיים – ואף-על-פי שהשטר הוא כחספא בעלמא לדברי רש"י³⁸.

ראיה לדברינו ניתן להביא מדברי המרדכי (קידושין סימן תקמו) שכבר הבאנו לעיל, שמוכיח שנישואין יכולים לקדום לקידושין ממשנתנו :

ואמרינן בפרק הכותב: קטן שהשיאו אביו כתובתו קיימת, שעל מנת כן קיימה, ואמר רב הונא לא שאנו אלא מנה מאתיים כו', נמצא חופתו קודמת לקידושין.

המרדכי תופס שהמשפט "כתובתו קיימת, שעל מנת כן קיימה" תלוי בכך שישנה מציאות של נישואין גם קודם שהגדיל, וקידושיו חלו מדאורייתא, ואם לא כן לא הייתה כתובתו מתקיימת.

³⁸ ע' גם בב"ש (סימן סז ס"ק יא).

ואם כן מוכח כדרכנו, שכתובתה מאתיים כיוון שיש כאן מציאות של נישואין שכבר התחילו מקטנות וממשיכים עכשיו, ולא שעכשיו ישנה התחלה חדשה.

לעומת זאת, אם לא כתב לה כתובה כשנשאה, כתובתה תהיה מנה משגדל או שנתגיירו³⁹, וכל שכן הוא מחרש שנתפקח שיש להן נישואין מדרבנן, שמבואר בגמרא (יבמות ק"ג). שאם רצו לקיימן כתובתן מנה (והוא הדין בחרשת שנתפקחה). ואף שכאן ישנה גם מציאות של אישות מלכתחילה, אין זו אישות שיש לה משמעות לעניין כתובה, שהרי אין לה כתובה כלל, כיוון שלא תיקנו לה, ולכן משנתפקח החרש או גדל הקטן נקבעת הכתובה לפי מצבה עכשיו, ועכשיו היא בעולה^{40 41}.

4. זנות

א. היחס בין אישות וזנות

בתחילת דברינו הארכנו לבסס שהמושג "אישות" הוא ביסודו מושג מציאותי ולא הלכתי. ברצוני בפרק זה לבאר שכנגד מושג האישות עומד מושג הפכי: "זנות", וגם הוא ביסודו מושג מציאותי, ועל-פי-זה לבאר כמה קשיים בדברי הרמב"ם.

ב. איסור קדשה – שיטת הרמב"ם

הרמב"ם (אישות פרק א הל' ד) כתב:

³⁹ ה"אבני מילואים" (סימן מג ס"ק ג) אמנם פקפק בזה, אך לפי דבריו קשה להסביר מדוע חרש שנתפקח וכן חרשת שנתפקחה כתובתן מנה ולא מאתיים. במה שונה הדבר מקטן שהגדיל?

⁴⁰ עיין עוד בזה בהמשך המאמר, בפרק על דין הכתובה בקטן שהשיאו אביו והגדיל.

⁴¹ כעין זה יש לפרש לגבי נוסח שטר כתובה על מוחלת כתובתה, שהובא בטור (סימן סו), שכתוב שם שכתובתה מאתיים, והקשה הב"ש (ס"ק י'): הרי השתא בעולה היא, וכתובתה מנה? לדרכנו, כיוון שמעיקרא הוגדרו נישואיה כנישואי בתולה המחייבים כתובה מאתיים, גם משמחלה החוב עדיין שם נישואי בתולה על נישואין אלו, המחייבים מאתיים מתנאי בית דין. לכן גם עתה, לאחר מחילתה, כתובתה מאתיים, כמו שהובא בטור (ואפילו אם לא כתב לה מעיקרא, כאן מתנאי בית דין הוא חייב כבר מתחילת נישואיה).

מכוח זה נראה לענ"ד שבמקרה שאדם חי עם אשה ללא נישואין, אלא שהייתה מיוחדת לו, והיא בעולת עצמו, ועכשיו כונסה לשם נישואין – פשוט שלא יכתוב בכתובתה אלא מנה, שהרי אע"פ שרק הוא בעל אותה, עד עתה לא היה כאן כלל מצב של נישואין אלא של זנות בעלמא, ולכן אי אפשר להתבונן בחייהם המשותפים כחלק מנישואין ולהגדיר על-פי-זה שיש כאן נישואי בתולה (וע"ע בדין בעולת עצמו ב"פתחי תשובה" (סימן סו ס"ק ה וסימן קעז ס"ק ג). אמנם שם עוסקים ה"חתם סופר" וה"נודע ביהודה" בעיקר בשאלה אם יש ללמוד דין בעולת עצמו מדין מפותה שכתובתה מאתיים, וה"נודע ביהודה" מחלק שאין ללמוד משם, דדווקא בנערה הדין כן משום קנס ולא בבוגרת, וכאן השתדלנו לבאר מה הגדרתם של נישואין אלו).

קודם מתן תורה היה אדם פוגע אשה בשוק, אם רצה הוא והיא נותן שכרה ובוועל אותה על אם הדרך והולך לו, וזו היא הנקראת קדשה. משנתנה התורה נאסרה הקדשה, שנאמר: "לא תהיה קדשה מבנות ישראל".

מפשטות דבריו עולה שאיסור קדשה חל רק על המציאות של קדשה שלפני מתן תורה. מהו הדין אם כן במיוחדת לו – האם עובר עליה באיסור קדשה? בשאלה זו נחלקו המפרשים. ה"כסף משנה" הביא את תשובת הרמב"ן, שהרמב"ם מתיר פילגש להדיוט בלא קידושין, אך ה"כסף משנה" תמה, שהרי הרמב"ם פסק מפורשות (מלכים פרק ד הל' ד) שפילגש אסורה להדיוט. הרמ"א (אבה"ע סימן כו סעיף א) הבין שמיוחדת לו לזנות אסורה באיסור קדשה. אכן הגר"א (שם ס"ק ח) השווה את דברי הרמב"ם עם הראב"ד, שרק במופקרת לזנות לכל אדם עובר, ולא במי שמיוחדת עצמה אליו.

אמנם מניסוחו של הרמב"ם בפרטי המצוות: "שלא תבעל אשה בלא כתובה וקידושין" משתמע שכל בעילת פנויה אסורה באיסור קדשה. וכן משמעות דבריו בספר המצוות (ל"ת שנה).

גם מסוף ההלכה שאנו עוסקים בה משתמע שכל בעילת פנויה אסורה, וז"ל הרמב"ם:

לפיכך כל הבעל אשה לשם זנות בלא קידושין לוקה מן התורה, מפני שבעל קדשה.

מפשטות ניסוחו "בלא קידושין" משמע שכל פנויה אסורה בלא קידושין (וכך נקט הגר"א בביאורו שם, אף-על-פי שהרמב"ן בתשובה הנ"ל פירש את לשון הרמב"ם כך שתתאים לביאורו)⁴². גם אם נקבל שאכן הרמב"ם אוסר כל פנויה, יש קושי באופן שבו ניסח את ההלכה. שהרי כאמור, את איסור קדשה הרמב"ם פותח בתיאור המציאות קודם מתן תורה, והוא מגדיר במדויק מהי קדשה. במציאות המתוארת לכאורה לא כלולה אשה המיוחדת לו בלא קידושין. אכן, לדרכו של הרמב"ם, הוא לא היה יכול לכלול מציאות כזו כקדשה, שהרי לדעתו, קודם מתן תורה אשה מיוחדת לו היא אשת איש שקודם מתן תורה, כמו שנתבאר בהלכה א. כיצד אם כן לאחר מתן תורה הורחב איסור הפילגש גם למיוחדת לו בלא קידושין? נראה שהדברים קשורים למה שביארנו. קודם מתן תורה היו רק מציאויות, לאחר מתן תורה נוספו דינים. נראה שהגדרת הדינים יונקת מהמציאות ומשפיעה עליה, ואבאר דבריי.

⁴² ומה שהביאו מדברי הרמב"ם (נערה בתולה פרק ב הל' יז) להוכיח שהרמב"ם סובר כראב"ד (בריש הלכות אישות), שקדשה היינו דווקא במפקירה עצמה לכל, אינו נראה, דהרמב"ם שם רק מחלק בין אונס ופיתוי לבין קדשה, שקדשה היינו שהכנינה עצמה לכך. וכוונתו לדעתי, אפילו שעושה זאת רק פעם אחת, כיוון שמדעתה הפקירה עצמה כעת למעשה זה שם קדשה עליה כעת, והבא עליה עובר בלאו ד"לא תהיה קדשה". מה שאין כן באונס או פיתוי, שלא הפקירה עצמה מראש למעשה זה אלא הוא פיתה אותה, בזה אין לאו דקדשה אלא דין מפתה (ואכן, דעת הרמב"ם היא שזנות של קטנה הוי זנות ולא פיתוי).

אנו רואים שגם המושג 'זנות'⁴³ אינו מושג הלכתי ביסודו, שהרי הרמב"ם מסביר לנו בהלכה ד שגם קודם מתן תורה הייתה מציאות של זנות, "וזה היא הנקראת קדשה". מהי אם כן זנות? מתוך דברי הרמב"ם נראה שזהו המושג ההפכי לאישות, וכמו שהראינו, שקודם מתן תורה היו רק שתי אפשרויות: אדם שרצה לישא אשה ואדם שרצה סתם כך לבעול אשה – אלו שני התיאורים של הרמב"ם, בהלכה א ובהלכה ד. האשה המיוחדת נקראה קודם מתן תורה אשתו; משניתנה תורה, ביארנו שהיא עיגנה את האישות במסגרת קניינית. את ההשפעה של ההתערבות הזו ביחס לאישות ביארנו כבר. כיצד השפיעה התערבות זו על הגדרת הזנות?

נראה שכל מה שיצא מכלל 'אישות' לאחר מתן תורה נכנס ממילא תחת שם 'זנות', ואם כן, אשה המיוחדת לאדם בלא קידושין, שקודם מתן תורה הייתה אשתו, לאחר מתן תורה שהותה עמו הופכת ממילא לזנות. איסור קדשה, שגם הוא נתחדש במתן תורה, כולל מעתה לא רק את הקדשה שקודם מתן תורה, אלא גם את כל מה שאינו יכול להיכלל במסגרת האישות מאז שהפכה ממציאות בעלמא למושג קנייני. לכן סיים הרמב"ם את הלכה ד ש"כל הבעול אשה לשם זנות בלא קידושין לוקה מן התורה, מפני שבעל קדשה". כלומר, כשאיש בועל אשה בלא קידושין, זה ממילא הופך להיות זנות, וחל על כך איסור קדשה.

נמצא שלא לחינם סמך הרמב"ם שני דינים אלו זה לזה, וגם הקדים להם את תיאור המציאות קודם מתן תורה – דבר חריג שלא מצאנו במקומות אחרים בהלכותיו. הרמב"ם רצה להסביר לנו שהאישות והזנות הן מושגים היונקים זה מזה, וכיסודם אינם מתחילים מדינים אלא ממציאויות. מדברינו עולה שגם המושג 'זנות' אינו מושג איסורי ביסודו, אלא הגדרת אופי של ביאה, והוא תמיד עומד בניגוד למושג 'אישות'⁴⁴.

ננסה לבחון הגדרה זו דרך מקורות נוספים בדברי הרמב"ם.

ג. נישואי קטן

הרמב"ם (איסורי ביאה פרק כא הל' כה) כתב:

מצות חכמים להשיא אדם בניו ובנותיו סמוך לפרקן, שאם יניחם יבואו לידי זנות או הרהור, ועל זה נאמר "ופקדת נוך ולא תחטא". ואסור להשיא אשה לקטן, שזה כמו זנות היא.

⁴³ ולא רק המושג "אישות".

⁴⁴ במקום אחר ביארנו על פי יסוד זה את המושג "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות" – שאין זו חזקה הבנויה על כך שאדם לא רוצה לעבור על איסורים, אלא מושג מציאותי-מוסרי, הקובע שאדם דרכו לבעול בעילה בעלת אופי של אישות ולא של זנות. לכן חולק הרמב"ם על הגאונים וסובר שחזקה זו אינה שייכת אלא באשתו, אבל בפנויה אדרבה, חזקה שבא עליה לשם זנות (ע' גרושין פרק י הל' ז, יט). ועיין הערה 22 מה שביארנו עוד על-פי יסוד זה.

וכן נקט הטור (אבה"ע סימן א), שאין להשיא את בנו קודם י"ג, דהוי כזנות. ה"בית יוסף" (אבה"ע שם) כתב שטעמם הוא מדאמרינן (יבמות קיב): דקטן לא תקינו ליה רבנן נישואין, וכן נשותיהן פטורות מן החליצה ומן הייבום (יבמות צו:). כלומר, כיוון שלא תיקנו לו נישואין, ממילא יש לחייבם המשותפים שם זנות.

אם אכן לרמב"ם במיוחדת לו אין איסור קדשה, מדוע קטן שנושא אשה הוי כזנות? הרי אין היא זונה כלל וכלל, שהלא היא מיוחדת לו! ברור לדעתי שלדעת הרמב"ם, כמו שביארנו, אין מצב ביניים. כל מה שאינו אישות – שם זנות עליו. לאחר מתן תורה, שישנה אישות רק במסגרת של קידושין, ממילא כל מקום שאין בו קידושין הוי בכלל זנות – מצד אופי המעשה, וממילא גם מבחינה איסורית.

לכן, קטן פחות מ"ג הנושא אשה הוי כזנות, כיוון שלא תיקנו לו נישואין, אבל קטנה שתוקנו לה קידושין ונישואין מדרבנן, ומושג האישות שייך בה (כמו שנתבאר למעלה) – ממילא אין כאן שם זנות. ואין צריך לומר שחכמים עקרו כאן איסור לאו של קדשה, אלא שהם תיקנו קידושין ונישואין מדרבנן, וממילא אין כאן שם זנות, דלא שייך איסור קדשה אלא אם יש שם זנות. נמצא שחז"ל מגדירים את המציאות, והדין הוא **תולדה** של הגדרת המציאות.

לדרכם של הרמב"ם והטור, הא דתנו רבנן ביבמות (סב:) "והמשיאן סמוך לפרקן עליו הכתוב אומר וידעת כי שלום אהלך" מתפרש כי מיד בהגיען לגיל י"ג ראוי להשיאן ולא לשהות מאוחר יותר. אמנם, דעת רש"י (סנהדרין עו:): ש"סמוך לפרקן", היינו חצי שנה או שנה קודם שבגרו. התוספות (שם ד"ה סמוך) הקשו לדרך זו:

וקשה, דבפרק חרש אמרינן דקטן לא תקינו ליה רבנן נישואין (יבמות קיב:), ואמר בהאשה רבה שם (צו:): דנשותיהן פטורות מן החליצה ומן היבום, אלמא בעילת זנות היא.

הנחת היסוד של התוספות זהה למה שראינו בדברי הרמב"ם: ברגע שאין תוקף לנישואין, המסקנה הפשוטה היא שיש כאן בעילת זנות. אך מתרצים התוספות:

וי"ל דלא חשוב מיהא בעילת זנות, דהא אמר בפרק הכותב (כתובות צ:): דקטן שהשיאו אביו אשה – כתובתה קיימת.

מה פשר תירוצם?

שני סגנונות נוספים מצאנו בדברי התוספות לתרוץ זה:

1. התוספות (יבמות סב: ד"ה סמוך לפרקן): "אע"ג דקטן לא תקינו ליה רבנן נישואין, מ"מ להכי תקינו ליה נישואין דלא הויא בעילת זנות". משמעות דבריהם היא שכיוון שסמוך לפרקן יש לנו עניין שישא, כדי שלא יבוא לידי הרהור וזנות – תיקנו חכמים תקנה מיוחדת סמוך לפרקן, דלהוי נישואין גמורים לעניין זה שאין כאן בעילת זנות; אך שום חיובי אישות אינם קיימים בנישואין אלו.

2. ובמקום אחר (יבמות צו: ד"ה נשא אשה): "ואע"ג דלא תקינו רבנן נישואין לקטן, מ"מ אר"י דליכא איסורא דלא חשיבא ביאת זנות, ומצוה נמי איכא להשיא אשה לבנו קטן, כדאמר בהנשרפין דעליו הכתוב אומר 'וידעת כי שלום אהלך'". כאן משמע שגם ללא תקנה אין זו ביאת זנות, והדבר אינו קשור כלל לדין של סמוך לפרקן, אלא שמכל מקום מצוה נמי איכא משום משום "וידעת".

הנפקא מינה היא שלפי התירוץ הראשון, רק סמוך לפרקן אין כאן ביאת זנות, אבל קודם לכן – יש, אבל לפי תירוץ השני אפילו קודם לכן אין כאן ביאת זנות – דעצם זה שחיו למעשה חיי אישות בעלי אופי של נישואין, אף-על-פי שאין להם משמעות הלכתית, גם ביאת זנות אין כאן.⁴⁵

ד. דין הכתובה בקטן שהשיאו אביו והגדיל – מחלוקת הרמב"ם והתוספות

ראייתם של התוספות, שאכן יש מצב שאין בו בעילת זנות אף שאין בו נישואין הוא מהמשנה (יבמות ז.ו.), וכוונתם שאם אכן יש כאן זנות, לא ייתכן שכתובת בתולה שלה תהיה קיימת, דאף-על-פי "שעל מנת כן קיימה", אין כאן אלא זנות עד שהגדיל. הרמב"ם (אישות פרק יא הל' ז), פסק את דין המשנה:

קטן אפילו בן תשע שנים ויום אחד שנשא אשה – אין לה כתובה, ואם הגדיל וקיימה אחר שהגדיל יש לה עיקר כתובה, וכן גר שנתגייר הוא ואשתו – כתובתה מנה, שעל מנת כן קיימה.

המפרשים עמדו על כך, שלמרות שמשמעות הגמרא שגר שנשא את אשתו כשהייתה בתולה כתובתה מאתיים, וכך מפורש שם בבב"מ⁴⁶, בכל זאת נוקט הרמב"ם שכתובתה מנה בכל מקרה.

ה"משנה למלך" במקום העיר שגם בקטן הרמב"ם לא בירר את דבריו להדיא, וכתב רק: "יש לה עיקר כתובה". אמנם המפרשים העדיפו לפרש שבקטן הרמב"ם מסכים שאם כנסה בתולה יש לה מאתיים, אך ה"משנה למלך" מעיר בצדק שמדנקט הרמב"ם "וכן גר שנתגייר כתובתה מנה" משמע שגם בקטן, שהוא הדין הקודם לדין גר, הוי דינא הכי – שכתובתה מנה בכל מקרה, ולא מאתיים. ואפילו נשאה בתולה, שלא כדברי הברייתא שם, דקתני: "לא חידשו בתולה גובה מאתיים, ואלמנה מנה".

ה"משנה למלך" עמד על הבדל נוסף בין הרמב"ם לשאר הראשונים. רש"י ותוספות פירשו שמבואר במשנה שכתב לה כתובה כשכנסה, דאם לא כן מה שייך לתת לה כתובת בתולה,

⁴⁵ וע' בזה בב"ש (סימן א ס"ק ד) ובב"ח (שם), ונראה דפליגי בשני תירוצים אלו.

⁴⁶ עיי"ש, ובתוספות (ד"ה לא שנו), ובטור (אבה"ע סימן סז).

“שעל מנת כן קיימה” – הרי לא חייב לה כלום מתקנת חכמים, כי אין תוקף לנישואין אלו⁴⁷. אך הרמב”ם לא פירש בזה כלום, ומשמע דבלא כתב לה כתובה איירי ויש לה בגדלותו כתובה מתקנת חכמים. ואכן, בפרק זה הרמב”ם פורש את כל סוגי הנישואין יוצאי הדופן: חרש, חרשת, שוטה, שוטה וקטן – ובכל המקרים הוא מסביר את הדין העקרוני. אין מדובר בכותב לה כתובה, אלא אם הרמב”ם ציין זאת בפירוש.

המעין היטב בלשון הרמב”ם יבחין שישנה סימטריה בין קטן לחרש ושוטה. כמו שבהלכה וכתב הרמב”ם שחרש או שוטה שנשאו נשים פיקחות אין להן כתובה, ואם רצו לקיימן אחר שהבריא יש להן כתובה מאה, גם קטן שנשא אשה אין לה כתובה, ואם כשהגדיל רצה לקיימה – יש לה כתובה, והיינו מנה – דלא שנא מחרש, דעתה בעולה הוא.

אך יש להבין לפי דברינו, כיצד יפרש הרמב”ם את לשון המשנה: “כתובה קיימת, שעל מנת כן קיימה”? הרי מכאן, כאמור, הסיקו הראשונים שאיירי שכתב לה בהתחלה כתובה, ועכשיו מקיים אותה בכתובה זו! נראה שהרמב”ם לדרכו מפרש לשון זו בעניין אחר לגמרי. לדעתו, אין כאן אלא קביעה שאם רצה לקיימה משהגדיל ממילא יש לה עיקר כתובה כתקנת חכמים, והוא איננו יכול להמשיך לקיימה בלא כתובה כמו קודם לכן, ד”על מנת כן קיימה” – הוא יודע שמעכשיו במשך נישואיהם יש תנאי בית דין של כתובה. אבל אם אינו רוצה להמשיך לקיימה אין לה כתובה כלל, וכמו שהבהיר הרמב”ם בהלכה ו לגבי חרש שנתפקח, שאין לה כלום על בעלה אלא אם רוצה להמשיך לקיימה.

פירוש זה אינו עולה בקנה אחד עם הברייתא שבגמרא, וצריך לומר בהכרח שהרמב”ם לא קיבל ברייתא זו להלכה בביאור המשנה. מה מכריח את הרמב”ם לפרש אחרת את המשנה?

לפי מה שנתבאר לעיל, שלדעת הרמב”ם אין מצב ביניים, וכל מצב שאינו בכלל קידושין ונישואין שם זנות עליו, הדברים מובנים. שהרי ראינו שהרמב”ם סובר שאסור להשיא אשה לקטן (“שזה כמו זנות היא”) כיוון שלא תיקנו לקטן נישואין, וממילא לא שייך שאם הגדיל ומקיימה שתהיה לה כתובה מאתיים, שהרי אין משמעות כלל לכתובה שנכתבה אז, שהרי זו כתובה על זנות ולא על נישואין. לכן הוכרח הרמב”ם לפרש את המשנה באופן אחר, וממילא גם ראייתם של התוספות ממשנה זו לשיטתם אין לה מקום לפי הרמב”ם, כי אכן קודם שהגדיל מקרי בעילת זנות.

⁴⁷ ועיין לעיל בפרק “סך הכתובה בקטן שהשיאו אביו” מה שביארנו בשיטת ראשונים זו.

ה. מחלוקת הראשונים בפילגש

לאבחנה זו – שלרמב"ם כל מקום שאין בו אישות בדרך של קידושין ממילא הוא בכלל זנות, ואילו לתוספות ישנו גם מצב ביניים, שאמנם אינו אישות אך גם אינו זנות⁴⁸ – אפשר לצרף את מחלוקת הראשונים בעניין פילגש. לדעת הרא"ש (כתובות פרק א סימן י"ב) פילגש מותרת, וכן דעת הראב"ד (ריש הלכות אישות) שמיוחדת לו היינו פילגש האמורה בתורה, והיא מותרת. והיינו כדרכם של התוספות, ששייך מצב שאינו אישות ואין שם זנות עליו. אבל לרמב"ם (מלכים פרק ד, הל' ד) פילגש אסורה להדיוט, וכמו שנתבאר, בכל מקום שאין אישות – הוא זנות⁴⁹.

ו. בעילת גויה

כדברינו גם פשוט דברי הרמב"ם (איסורי ביאה פרק יב הל' א-ב) ביחס לבעילת גויה:

ישראל שבעל גויה משאר האומות דרך אישות או ישראלית שנבעלה לגוי דרך אישות הרי אלו לוקין מן התורה, שנאמר "לא תחתן בם" ... ולא אסרה תורה אלא דרך חתנות, אבל הבא על הגויה דרך זנות מכין אותו מכת מרדות מד"ס, גזירה שמא יבוא להתחתן. ואם יחדה לו בזנות חייב עליה משום נדה ומשום שפחה ומשום גויה ומשום זונה. ואם לא יחדה לו אלא נקראת מקרה אינו חייב אלא משום גויה. וכל חיובין אלו מדבריהן.

מפורש בדברי הרמב"ם שגם מיוחדת מקרי זנות, והיינו מהטעם הפשוט: כיוון שאין זה דרך חתנות ממילא הוא דרך זנות, ואין מצב ביניים⁵⁰.

מדברים אלו של הרמב"ם ישנו חיזוק גם לטענה השנייה שהעלינו: המושגים 'חתנות' ו'זנות' ביסודם אינם מושגים הלכתיים טהורים, אלא הגדרות מציאותיות. לכן שייך בישראל וגויה דרך חתנות, אף-על-פי שאין תפיסת קידושין, וכן מסתבר שגם מעשה קידושין לא נעשה כלל, אלא רק שחי איתה בדרך חתנות, אף שאין לזה תוקף הלכתי כלל⁵¹.

⁴⁸ כך לתירוצם ביבמות (צו:). אמנם לתרוצם ביבמות (סב: ד"ה סמוך), שנקטו שזו תקנה, אכן אין מצב ביניים, כי תיקנו להם נישואין לעניין זה.

⁴⁹ ומה שמותרת למלך אין זה היתר מיוחד לאישות בלא קידושין, אלא מכוח משפט המלך, שאם הוא לוקח אשה הוא "קונה אותה" – כלשון הרמב"ם שם, ולכן אינו זנות, דיש לו בה קניין. וע' ב"אגרות הראי"ה" (א עמ' קכו) – העירני לזה הרב דניאל כ"ץ, וע' במאמרו בעניין זה שנדפס ב"פירות הכרם", ספר היובל לשיבת כרם ביבנה.

⁵⁰ כך היא גם משמעות דברי הרמב"ם (גרושין פרק י הל' יז, יט).

⁵¹ ומטעם זה אכן הסיק רבא (יבמות עו). שאין לאו ד"לא תחתן" מדבר בגיותן אלא בגרותן, דבגיותן "לא שייך בהו חתנות", וממילא אין להעמיד הפסוק אלא בגרותן, וע' רש"י (שם ד"ה לאו מילתא). אבל הרמב"ם פסק כלישנא קמא שם, ולדעתו אף שאין לזה תוקף הלכתי, במציאות יש כאן דרך חתנות.

אלא שצריך עיון מכאן על מה שנתבאר לעיל, שלפני מתן תורה מיוחדת הייתה בכלל אשת איש, ולכן זנות לא הייתה שייכת אלא בדרך מקרה, ורק לאחר מתן תורה נכנסה מיוחדת לכלל זנות. כאן 'דרך חתנות' הוּי כמו לפני מתן תורה, וכמו שנתבאר שאפילו בלא קידושין מיירי, ובכל זאת הרמב"ם מחלק בין שני סוגי זנות: מיוחדת לזנות ודרך מקרה. ומבואר מכאן שעיקר החילוק בין נישואין לזנות הוא מצד מטרת הביאה. בנישואין הביאה היא פתיחה לחיי אישות שלמים, והמטרה אם כן הייתה האישות ולא הביאה עצמה, מה שאין כן בזנות – שהמטרה היא הביאה עצמה, ולכן ישנו גם מצב שמיוחדת לו ואף-על-פי-כן אינה אשתו, שהרי מוכנה לו למשכב בלבד ולא לחיי אישות.

באופן זה יש להתבונן גם בדברי הרמב"ם (אישות פרק א הל' א) בביאור המצב קודם מתן תורה, שכתב: "אם רצה הוא והיא לישא אותה מכניסה לביתו ובוועלה בינו לבין עצמו, ותהיה לו אשה". מטרתם היא נישואין; ההכנסה לביתו והבעילה אינן אלא הפעולות היוצרות את הנישואין. אבל בזנות המטרה היא בעילה בלבד. לפי זה, מה שכתבנו לעיל שמיוחדת קודם מתן תורה הייתה בכלל נישואין ולאחר מתן תורה היא בכלל זנות, כיוון שאין כאן קידושין – אינו מדויק, שהרי הדבר תלוי אם הדבר נעשה בדרך חתנות או בדרך זנות.

מכל מקום, אינני חוזר בי מעצם הקביעה שמיוחדת לו חייב עליה משום קדשה, שהרי גם הרמב"ם עצמו (איסור ביאה פרק יב הל' ב) קרא לזה זנות. לכן לענ"ד צריך לחלק בין מיוחדת לזנות לבין דרך חתנות: מיוחדת לזנות הייתה גם קודם מתן תורה בכלל זנות, אך דרך חתנות בלא קידושין – רק לאחר מתן תורה קיבל שם זנות. וביתר ביאור יש לומר שלאחר מתן תורה לא שייך לחלק בישראל בין דרך חתנות לדרך זנות, שדרך חתנות היינו קידושין שבהן נצטוונו, ובמקום שבא עליה שלא לשם קידושין אין כאן דרך חתנות אלא זנות; רק בגויה, שאין בה תפיסת קידושין, שייך לדבר על דרך חתנות ודרך זנות, ובקטן, אף-על-פי שכעת אין בו תפיסת קידושין לכשיגדיל יתפסו בו קידושין, ולכן בקטנותו הוּי כזנות. ודו"ק בזה.

5. סיכום

פתחנו בדבריו המפורסמים של הגר"ח ז"ל בהגדרת היחס בין קידושין לנישואין. הקידושין לדעתו הם פעולה קניינית המצריכה דעת מקנה, אך הנישואין הם מצב מציאותי, שחלותו אינה תלויה בדעת מקנה, והיא חלה ממילא על-ידי המצב של חופה.

הראינו שהגדרה מיוחדת זו נובעת מכך שמערכת הנישואין אינה דבר שהתורה חידשה, כמו שאר מצוות, אלא מציאות כלל אנושית שהייתה קיימת מאז ומקדם, והתורה רק עיגנה אותה כך שתכלול גם מרכיב קנייני מוחלט. אחר-כך הראינו את השלכות הנובעות מכך לגבי כמה וכמה דינים התלויים בנישואין.

בהמשך הדברים ביארנו שכתוצאה מהגדרת האישות באופן זה, גם הגירושין ממילא כוללים את שני המרכיבים של האישות: מציאות וקניין, וגם בזה הבאנו כמה דוגמאות. עוד נתבאר, שנוסף להשלכות הדיניות יש להגדרה זו גם השלכות לגבי החלק הממוני של האישות: הכתובה.

לבסוף הראינו שבעצם קביעה זו, שאישות יסודה בהגדרה מציאותית ולא קניינית, קובעת ממילא שגם הזנות היא הגדרה מציאותית ולא דינית, כי אישות וזנות הן שני מושגים הפכיים הניזונים זה מזה, ורק לאחר התערבותה של התורה מקבלת הזנות משמעות איסורית. אכן, בעקבות התערבות התורה בהגדרת האישות, ממילא גם הגדרת הזנות משתנה, כמו שעולה מדברי הרמב"ם (אישות פרק א הל' ד).