

סוגיה ו

חיי אישות ללא נישואין

הצגת הנושא

חתימת הברכה שתיקנו חכמים על קידושי אשה היא: "מקדש עמו ישראל על ידי חופה וקידושין"¹. אין ספק שמרכיב מרכזי בחיי הקדושה שהתורה מצווה ומייעדת לעם ישראל – "ואתם תהיו לי ממלכת כהנים וגוי קדוש" (שמות יט, ו) – הוא קדושת חיי המשפחה. מצוות רבות בתורה מכוונות נגד הפקרות מינית, והרמב"ם מסביר בהקדמת 'משנה תורה' שאת 'הלכות איסורי ביאה' הוא כלל בספר שהוא מכנה 'ספר קדושה', מפני שבענינים הכלולים בו הבדיל הקב"ה את ישראל מהעמים וקידשם.

התורה מדברת על שני שלבים ביצירת קשר האישות: אירוסין ונישואין. האירוסין, הנקראים בפי חז"ל גם 'קידושין', יוצרים את המעמד המשפטי של 'אשת איש' החל על האשה שנתקדשה, למרות שהיא עדיין לא חיה עם בעלה בביתם המשותף אלא היא עדיין ב"בית אביה". הנישואין הוא השלב של המעבר ל"בית אישה", שיש לו כמה השלכות הלכתיות חשובות, אולם, כאמור, מעת הקידושין האשה היא אשת איש גמורה, ואינה מותרת לאחרים אלא בגט כריתות או במיתת הבעל.

בסוגיה שלפנינו נעסוק בבירור יחס ההלכה אל וריאציות שונות של חיי אישות ללא קידושין הקיימות לדאבוננו במציאות החברתית, לא רק של דורנו אלא גם של דורות קודמים.

1. כתובות ז: (כ"ה בדפו"ר; בדפוסים המאוחרים אין המלה 'עמו').

פרק ראשון: פנויה ופילגש

א. ביאת פנויה

הברייתא ביבמות סא: דנה בשאלה מי היא 'זונה' המנויה בתורה בין הנשים האסורות לכהן ("אשה זונה וחללה לא יקחו ואשה גרושה מאישה לא יקחו כי קדוש הוא לא-להיו", ויקרא כא, ז). אומרת הגמ': "והתניא זונה – זונה כשמה דברי ר' אליעזר (רש"י: שטועה מתחת בעלה לאחרים, דלר' אליעזר אין זונה אלא אשת איש), ר' עקיבא אומר זונה זו מופקרת (רש"י: ואפילו פנויה, מאחר שהפקירה עצמה לכל קרויה זונה, אבל משום בעילה אחת לא היא זונה הפנויה) ר' מתיא בן חרש אומר אפילו הלך בעלה להשקותה ובא עליה בדרך עשאה זונה (רש"י: הואיל ונבעלה לפסול לה, ואם מת אסורה לכהן), ר' יהודה אומר זונה זו אילונית, וחכמים אומרים אין זונה אלא גיורת (רש"י: דנבעלה בגיורתה לגויים) ומשוחררת ושנבעלה בעילת זנות, ר' אלעזר אומר פנוי הבא על הפנויה שלא לשום אישות עשאה זונה (תוס': לאו דוקא נקט פנוי דכל שכן נשוי שמזנה על אשתו דחשובה זונה)".

לכאורה הביטוי 'זונה' מורה על מי שעשתה מעשה שיש בו איסור, אולם מדעת ר' יהודה "זונה זו אילונית" יש ללמוד שההגדרה של 'זונה' לענין האיסור לכהן אינו תלוי בכך שעברה עבירה, והסיבה שאילונית אסורה לכהן לדעתו היא משום שאילונית אינה יכולה ללדת, וחיי האישות עמה הם כעין זנות; ואם כן גם מדעת ר' אלעזר אין להוכיח שפנוי הבא על הפנויה עברו על איסור תורה, אלא ייתכן שביאה שלא לשם קידושין נחשבת לביאת זנות, ויוצרת חלות שם זונה לכהן, אף אם אין בביאה על הפנויה איסור תורה.

ואכן, הראשונים נחלקו בשאלת איסור פנויה. הרמב"ם כתב (הל' אישות א, ד): "קודם מתן תורה היה אדם פוגע אשה בשוק, אם רצה הוא והיא נותן לה שכרה ובוועל אותה על אם הדרך והולך לו, וזו היא הנקראת קדשה. משניתנה תורה נאסרה הקדשה, שנאמר לא תהיה קדשה מבנות ישראל (דברים כג, יח), לפיכך כל הבוועל אשה לשם זנות בלא קידושין לוקה מן התורה, לפי שבעל קדשה". והראב"ד השיג: "א"א אין קדשה אלא מזומנת, והיא המופקרת לכל אדם, אבל המייחדת עצמה לאיש אחד אין בה לא מלקות ולא איסור לאו, והיא הפילגש הכתובה". בחלק מכתבי-היד יש המשך להשגה זו, שבו מוסברת המלה 'פילגש',

ואחר כך: "ויש ספרים שכתוב בהם פילגשים קידושין בלא כתובה". הכוונה לגמ' בסנהדרין כא., שלפנינו כתוב בה: "מאי נשים ומאי פילגשים, אמר רב יהודה אמר רב נשים בכתובה ובקידושין, פילגשים בלא כתובה ובלא קידושין", ר' להלן.

והנה גם מדברי הרמב"ם וגם מדברי הראב"ד לא ברור לגמרי מה דין בעילה אקראית של פנויה. הרמב"ם מתאר את הקדשה כמי שאדם "נותן לה שכרה ובוועל אותה על אם הדרך והולך לו", והרי זהו תיאור של אשה מופקרת לזנות, ואם כן ייתכן שהסיפא של דבריו "כל הבוועל אשה לשם זנות בלא קידושין לוקה מן התורה, לפי שבעל קדשה" מתייחסת דוקא לאשה כזו המפקירה עצמה לכל. ואילו הראב"ד, מדבר מחד על קדשה המופקרת לכל אדם, ומאידך על "המייחדת עצמה לאיש אחד... והיא הפילגש", ואין הוא אומר מה דינה של מי שלא ייחדה עצמה לאיש לחיות עמו בקביעות, אלא נבעלה לאדם אחד באופן אקראי.

מקום נוסף שבו מתייחסים הרמב"ם והראב"ד לענין זה הוא בהל' נערה בתולה (ב, יז). לשון הרמב"ם: "אני אומר שזה שנאמר בתורה אל תחלל את בתך להזנותה (ויקרא ט, כט), שלא יאמר האב הואיל ולא חייבה תורה מפתה ואונס אלא שיתן ממון לאב, הריני שוכר² בתי הבתולה לזה לבוא עליה בכל ממון שארצה אני, או אניח זה לבוא עליה בחינם, שיש לאדם למחול וליתן ממונו לכל מי שירצה, לכך נאמר אל תחלל את בתך להזנותה. שזה שחייבה תורה לאונס ולמפתה ממון, לא מלקות, בשאירע הדבר מקרה שלא מדעת אביה ולא הכינה עצמה לכך, שדבר זה אינו הווה תמיד ואינו מצוי, אבל אם הניח זה בתו הבתולה מוכנת לכל מי שיבוא עליה, גורם שתמלא הארץ זמה ונמצא האב נושא בתו והאח נושא אחותו, שאם תתעבר ותלד לא יודע בן מי הוא, והמכין בתו לכך הרי היא קדשה, ולוקה הבוועל והנבעלת משום לא תהיה קדשה, ואין קונסין אותו, שלא חייבה תורה קנס אלא לאונס ומפתה, אבל זו שהכינה עצמה לכך, בין מדעתה בין מדעת אביה, הרי זו קדשה". וכתב הראב"ד: "א"א אין דעתי מסכמת לזה, שאין קדשה אלא העומדת בקובה של זונות, וכן אמרו בספרי לא תהיה קדשה אזהרה למזנה, כענין שנאמר לא היתה בזה קדשה, ושם נאמר איה הקדשה היא בעינים על הדרך". ולפנינו בנוסח הספרי לא מופיעה הלשון הזאת

2. =משכיר (חילוף לשון מצוי אצל הרמב"ם).

שמביא הראב"ד, אולם בפ"י רבנו הלל לספרי (כי תצא סוף פסקא ר"ס) היא מופיעה בלשון: "אזהרה למופנה", וכך היא מופיעה ב'מדרש תנאים' לדברים, ופירש רבנו הלל: "אזהרה למופנה – דהיינו פנויה שלא תזנה. שנאמר לא היתה בזה קדשה – מה קדשה דכתיב התם פנויה אף קדשה דכתיב הכא פנויה". ועדיין אין הדברים חד-משמעיים. הרמב"ם אומר בפירושו שמי שפיתה נערה שלא הכינה עצמה לכך ובעל אותה לא עבר על "לא תהיה קדשה", כלומר שלא על כל בעילת פנויה עוברים בלאו. אך השאלה היא האם כשביל לעבור בלאו של "לא תהיה קדשה" מספיק שהיא מתכננת להיבעל לאיש פלוני, או שרק אם הכינה עצמה "לכל מי שיבוא עליה", דהיינו שמפקירה עצמה לזנות לאנשים רבים, היא הנקראת קדשה. הראב"ד הבין מדברי הרמב"ם שגם מי שמתכננת להיבעל לאיש אחד נקראת קדשה, ועל כך הוא חולק, ואומר שאין קדשה אלא מי שמפקירה עצמה לכל, כמו זו העומדת בקובה של זונות. נראה אפוא שלדעת הראב"ד בבעילה של פנויה שלא הפקירה עצמה לכל אין לאו דאורייתא, אלא יש מן התורה רק קנס כספי של מפתה ואונס (על האיסור דרבנן ר' להלן).

ב. מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בהבנת הלאו של "לא תהיה קדשה"

בספר המצוות אכן משמע כהבנת הראב"ד את שיטת הרמב"ם, שגם המכינה עצמה לבעילה אחת היא בכלל "לא תהיה קדשה", שכן הרמב"ם כותב שם (ל"ת שנ"ה): "האזהרה שהוזהרנו מן הבעילה ללא כתובה וקידושין, והוא אומרו יתעלה לא תהיה קדשה מבנות ישראל, וכבר כפל את האזהרה בענין זה בלשון אחר, והוא אומרו יתעלה אל תחלל את בתך להזנותה, ולשון ספרא אל תחלל את בתך זה המוסר בתו פנויה שלא לשם אישות וכן המוסרת עצמה שלא לשם אישות. ושמע ממני מה טעם כפל את האזהרה הזאת בלשון הזה... שהבועל את הבתולה בין שהיה מפתה או אונס אינו חייב שום עונש מן הענשים אלא תשלום ממון בלבד... והיה עולה בדעתנו שהואיל ודבר זה אין בו אלא תשלום ממון... יהא רשאי לקחת בתו הנערה ולמוסרה לאיש שיבעל אותה וימחול לו... או גם שימסרנה לו על מנת שיתן לו כך וכך דינרים, לפיכך הוזהר על זה ונאמר לו אל תחלל את בתך להזנותה, לפי שזה שדנה בו התורה בקבלת ממון בלבד אינו אלא אם קרה שיפתה או יאנוס, אבל אם יהיה הדבר ברצון מצד שניהם וברשות – אין דרך לכך. וגילה את הטעם לכך ואמר ולא תזנה הארץ ומלאה הארץ זמה,

לפי שהפיתוי והאונס מעט הוא שיארע, ואם יהיה הדבר ברצון וברשות ירבה זה ויתפשט בארץ... ולא זה, רצוני לומר לאו דפנויה, לוקין עליו". משמע בפירוש שכל בעילת פנויה ביוזמה מצד שניהם היא לאו דאורייתא שלוקין עליו, וכך יש להבין את לשון הספרי שהביא הראב"ד (בין אם גורסים "אזהרה למזנה" או "אזהרה למופנה", והראיה מ"לא היתה בזה קדשה" היא רק לכך שמדובר בפנויה, כפי רבנו הלל). ולפי זה צריך לומר שמה שכתב הרמב"ם בהל' נערה "אבל אם הניח זה בתו הבתולה מוכנת לכל מי שיבוא עליה, גורם שתמלא הארץ זמה" אין פירושו שרק המופקרת לכל היא הקדשה, אלא שאם אדם מניח לבתו להיבעל בלא קידושין, הרי התוצאה תהיה שפעם תיבעל לזה ופעם לאחר, ולא יודע בן מי הולד ונמצא אח נושא אחותו.

ובהמשך הספרא נאמר: "ולא תזנה הארץ – מזנים הם הפירות, יכול על מעשה יחידי, ת"ל ומלאה הארץ זמה, ולא על מעשה יחידי", ופירשו רבנו הלל, וכן הפירוש המיוחס לר"ש, שבעוון הזנות יזנו הפירות, דהיינו שתוציא הארץ פירות מקולקלים, אך לא בעוון מעשהו של איש אחד, אלא רק אם יהיו רבים שיחטאו ותמלא הארץ זמה (שאז העונש חל על הארץ). ולפי פירוש זה משמע שכבר בבעילה אחת לשם זנות עוברים על "לא תהיה קדשה", אלא שהעונש שיזנו הפירות יהיה רק אם רבים יחטאו. ובשו"ת הריב"ש (סי' שצ"ח) הביא פירוש שלפיו כוונת הספרא לומר שאם היא נבעלת על ידי איש אחד אין כאן לאו של "לא תהיה קדשה", ורק אם היא מופקרת לכל הריהי קדשה, וכדעת הראב"ד, אבל הריב"ש דוחה שב"מעשה יחידי" הכוונה לביאה אחת של פיתוי, ואם נבעלה עוד פעם אפילו לאותו אדם הרי שהכינה עצמה לכך והיא בכלל קדשה, וכדעת הרמב"ם (והביא ראיה מספרי בענין יפת תואר שהביטוי 'מעשה יחידי' פירושו בעילה אחת על ידי אדם אחד, ע' ברמב"ן לדברים כא, יד). ולא הביא את פירושי הראשונים לפיהם אין הספרא מדבר כלל על האיסור, אלא רק על העונש³. לגבי איסור זונה לכהן כתב הרמב"ם (הל' איסורי ביאה יח, ב): "הבא על הפנויה, אפילו היתה קדשה שהפקירה עצמה לכל, אע"פ שהיא במלקות לא נעשית זונה

3. ובפי' ר"א מזרחי על רש"י לבראשית כה, ו, וכן ב"ם של שלמה' ליבמות (פ"ב סי' י"א), פירשו שכוונת הספרא ב'מעשה יחידי' לאשה המיוחדת לאדם אחד, דהיינו לפילגש, ואין בה לאו של "לא תהיה קדשה". אך לא ראו את דברי הראשונים בענין, ובמיוחד את דברי הריב"ש שלפיהם אין מקום לפרש כך את הביטוי 'מעשה יחידי'. על עצם דין הפילגש ר' להלן.

ולא נפסלה לכהונה". וכמובן שאין הוכחה משם לעניננו, כי לרבותא נקט "אפילו היתה קדשה שהפקירה עצמה לכל", כלומר: אפילו היתה קדשה כזו אינה נאסרת לכהן, אבל "אע"פ שהיא במלקות" יכול להיות מוסב על כל פנויה שנבעלה ברצונה, שהיא עוברת על "לא תהיה קדשה".

ראינו אפוא שיש מחלוקת בין הרמב"ם לראב"ד האם בעילה חד-פעמית של פנויה שלא באונס או בפיתוי מקרי, אלא מדעת שניהם וברצונם החופשי, היא בלאו דאורייתא, או שרק זונה המופקרת לכל היא בלאו דאורייתא. אמנם, גם לשיטת הראב"ד ודאי שיש איסור דרבנן בכל בעילה של פנויה, שכן מצינו שבימי דוד המלך גזרו על ייחוד עם פנויה (סנהדרין כא:; עבודה זרה לו:), ואיסור ייחוד הוא כמובן שמא יבוא לבעול, הרי שבעילתה נאסרה כבר קודם לכן ולשון השו"ע (אה"ע כב, ב): "כשאירע מעשה אמנון ותמר גזר דוד ובית דינו על ייחוד פנויה, ואע"פ שאינה ערוה, בכלל ייחוד עריות היא. ושמאי והלל גזרו על ייחוד גויה. נמצא כל המתייחד עם אשה שאסור להתייחד עמה, בין ישראלית בין גויה, מכין את שניהם מכת מדרות, האיש והאשה". וע' ברכות כב. "מעשה באחד שתבע אשה לדבר עבירה", ופירש"י: "אותה אשה פנויה היתה וחכמים גזרו על הייחוד אף על הפנויה", והעיר בהגהות רעק"א לשו"ע כו, א שמשמע מזה שרש"י סובר כראב"ד שאין איסור דאורייתא בבעילה אקראית של פנויה, אבל איסור דרבנן יש אפילו על ייחוד בלבד. וברור שיש כאן משום "ושמרתם את משמרתם – עשו משמרת למשמרת" (יבמות כא:), שהרי "כוונות התורה" לגבי בעילה שלא במסגרת קבועה של אישות או פילגשות ידועות ממה שהתורה אומרת על הקדשה: "ולא תזנה הארץ ומלאה הארץ זמה", שאף אם לשיטת הראב"ד הלאו דאורייתא הוא רק במופקרת לכל, מכל מקום ברור שההיתר לבעול פנויה ללא מסגרת מחייבת מוביל לכך שהארץ תמלא זמה, כדברי הרמב"ם, ועל כן חכמים ראו לאוסרה לשיטת הראב"ד. ועוד, שגם מדברי התורה על המפתה: "וכי יפתה איש בתולה אשר לא אורשה ושכב עמה מהור ימהרנה לו לאשה" (שמות כב, טו), משמע בכירור שהמעשה של בעילה ללא אישות רע בעיני התורה. ור' עוד להלן.

ג. שיטות הראשונים בדין פילגש

מכאן לענין הפילגש. הראב"ד כתב כאמור ש"המייחדת עצמה לאיש אחד אין בה לא מלקות ולא איסור לאו, והיא הפילגש הכתובה". ואילו הרמב"ם כתב בהל' מלכים (ד, ד): "וכן לוקח מכל גבול ישראל נשים ופילגשים, נשים בכתובה וקידושין, ופילגשים בלא כתובה ובלא קידושין, אלא בייחוד בלבד קונה אותה ומותרת לו. אבל ההדיוט אסור בפילגש, אלא באמה עבריה בלבד אחר ייעוד". וכתבו ה'כסף משנה' וה'לחם משנה' שם שהרמב"ם לשיטתו שהבועל פנויה שלא לשם קידושין לוקה, ולכן הדיוט אסור בפילגש, והוא לאו דאורייתא. השאלה היא כמובן, אם לאו דאורייתא הוא, היכן מצינו שהתורה התירה פילגש למלך. ובשו"ת הריב"ש הנ"ל כתב שהדבר נלמד מהאמור בשמואל על המלך "ומבנותיכם יקח" וכו' (שמואל א' ח, יג), והוא ממשפטי המלוכה, שעל כולם י"ל הלכתא גמירי להו ואתא שמואל ואסמכינהו אקרא. אך דבריו צ"ע, שהרי בכתוב שם מדובר על רקחות וטבחות, פילגשים מניין? אולם, על פי דברי הריב"ש אולי י"ל באופן אחר, ששמואל אסמכינהו אקרא בזה שכתב שלשאו ולדוד היו פילגשים, ואין בכתוב תרעומת על כך. [מ"ש הרמב"ם "אלא באמה עבריה בלבד אחר ייעוד" לכאורה קשה: הלא אחרי הייעוד היא אשת איש גמורה, שהרי מעות הראשונות לקידושין ניתנו (הל' עבדים ד, ז). ויש להבין בכוונתו שהייעוד הוא כעין פילגשות, שהרי בשעת המכירה לשפחות לא דיברו בפירוש על קידושין, ובעת שמיעדה לו נראה כאילו הייעוד הוא ייחוד שמייחדה לו ללא מעשה קידושין, ולכן הרמב"ם מדגיש שזהו האופן היחיד שבו מצינו שהתורה מתירה חיי אישות ללא קידושין רגילים. ומכל מקום, לפני שמיעדה בדברים, בלשון קידושין או בלשון ייעוד (ע"ש), אסור לו לבוא עליה].

ואפשר שאיסור הפילגש לדעת הרמב"ם אינו מדאורייתא, כי את איסור הביאה על פנויה הנלמד לשיטת הרמב"ם מ"לא תהיה קדשה בכנות ישראל" מנמקת התורה כדי שלא תמלא הארץ זמה, שפעם נבעלת לזה ופעם לאחר ולא יודע מי האב ונמצא אח נושא אחותו, אבל מי שמייחדת עצמה לאדם אחד וחיה עמו באופן קבוע אינה בכלל קדשה, אלא שחכמים אסרו זאת והתירו רק למלך. וזה מסביר את מה שמצינו במקרא שהיו פילגשים גם למי שאינם מלכים, כגון לכלב (דברי הימים א' ב, מו) ולגדעון (שופטים ח, לא), דהיינו שעדיין לא נאסרה הפילגש מדרבנן. וכך הבין את שיטת הרמב"ם בשו"ת הרדב"ז (ח"ד סי' אלף

רצ"ו [רכ"ה]), והסביר שחכמים גזרו על הפילגש מפני שמי שאינה נשואה מתביישת לטבול לנידתה, וזה עלול להביא למכשול, אבל פילגש של מלך אינה מתביישת לטבול. וי"ל שהוא הדין לשופט או נשיא שבט כגדעון וכלב. ובאופן אחר כתב רבנו יונה ב'שערי תשובה' (שער שלישי אות צ"ד): "ולא הותרו פילגשים בלא כתובה ובלא קידושין אלא למלך, שאימתו מוטלת על הבריות ולא יזנו אחרים עמה, על כן ייחוד המלך על הפילגש כעין אישות". ומשמע שגם הוא סובר שאיסור הפילגש הוא מדרבנן ואך ע"ע לקמן]. אולם בשו"ת ר' אברהם בן הרמב"ם (מהר" פריימן-גויטיין סי' כ"א) משמע שלדעתו הפילגש אסורה להדיוט מן התורה, ונשאל על פילגש בגבעה, והשיב שמי שלקח אותה לקחה בעבירה, כי היו פרוצים בדור ההוא. אבל לא ברור מה יענה על כלב וגדעון. ואולי יאמר שכלב לקחה לפני מתן תורה, וגדעון שהיה שופט של כל ישראל דינו כמלך מצד משפטי המלוכה.

וה'מגיד משנה' (הל' אישות א, ד) העלה את האפשרות שלדעת הרמב"ם אין בפילגש לאו של קדשה, אבל יש בה איסור עשה של "כי יקח איש אשה ובעלה", דהיינו שההיתר לבעול אשה תלוי בקידושין, והבועל בלא קידושין עובר בעשה. ובס' 'המקנה' על קידושין⁴ דייק מלשון הרמב"ם שאין הוא מתייחס לפילגש אותה ההתייחסות כמו לקדשה, שכן בראש הל' אישות כתב: "קודם מתן תורה היה אדם פוגע אשה בשוק, אם רצה הוא והיא לישא אותה, מכניסה לביתו ובוועלה בינו לבין עצמו ותהיה לו לאשה. כיון שניתנה תורה נצטוו ישראל שאם ירצה האיש לישא אשה יקנה אותה תחילה בפני עדים ואחר כך תהיה לו לאשה, שנאמר כי יקח איש אשה ובא אליה, וליקוחין אלו מצות עשה של תורה הם".

ובהל' ד' כתב: "קודם מתן תורה היה אדם פוגע אשה בשוק, אם רצה הוא והיא נותן לה שכרה ובוועל אותה על אם הדרך והולך לו, וזו היא הנקראת קדשה, משניתנה תורה נאסרה הקדשה". הרי שייחוד לאישות לחוד, וביאה חד-פעמית לחוד, שהראשונה בעשה של קידושין והשניה גם בלאו של קדשה.

והשואל בשו"ת הריב"ש דחה את האפשרות שיש בפילגש איסור עשה, באומרו שמצות הקידושין אינה אלא דין (ע' סה"מ מ"ע צו, קט), הקובע שאשה נעשית אשת איש רק על ידי קיחה, כמו שמצות "וכתב לה ספר כריתות" קובעת שאשה מתגרשת רק בגט, אבל אין כאן מצות עשה שיש מכללה איסור, שהרי מי שיתן

4. בקונטרס אחרון, על אה"ע כו, א בהגה.

לאשתנו חפץ כלשהו ויאמר לה הרי את מגורשת בזה, אינו עובר בעשה, אלא פשוט הדין הוא שהאשה אינה מגורשת. אבל הריב"ש מחלק בין קידושין לגירושין, שכן מצינו שתיקנו על הקידושין ברכה, שהיא ברכת המצוות, והרי זה כמו שמברכים על השחיטה כי האוכל בשר בלא שחיטה עובר גם בעשה (ע' רמב"ם ראש הל' שחיטה).

ולכאורה יש הוכחה חזקה שאין בפילגש איסור דאורייתא מזה שחכמים תיקנו קידושין דרבנן לקטנה שאין לה אב, ועד שהיא נעשית גדולה היא יכולה לצאת במיאון (הל' אישות ד, ח), ואם חיי אישות עם המיוחדת לו ללא קידושין אסורים בלאו של לא תהיה קדשה או באיסור עשה, איך התירו חכמים דבר זה, והלא קיי"ל שאין כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה (יבמות צ:). ומצאתי שבשו"ת 'אבני נזר' (אה"ע סי' קכ"א אות כ"ד) עמד על כך, וכתב שהואיל ותיקנו לה קידושין מדרבנן, ואסרוה לאחר לפני מיאון כאשת איש, הרי היא בגדר "אגידא ביה", ואינה בכלל קדשה, אבל כל שהאישות שלה אינה מוסדרת בתקנת חכמים, הריהו כקדשה המופקרת ולפי זה אפשר שמה שכתב רבנו יונה שפילגש של מלך הואיל ואימתו על אחרים ייחודה הוא כעין אישות – כוונתו שזה מועיל גם אם איסור הפילגש הוא מדאורייתא משום "לא תהיה קדשה". אך גם לפי סברה זו, יש לכאורה ראייה לכך שאין איסור עשה בבעילה ללא קידושין, שהרי מדאורייתא אין קידושין בקטנה שאין לה אב, ואף אם הממאנת אינה קדשה, מכל מקום לא היו כאן קידושין. אך עדיין יש לדון בדבר, כי ייתכן שהקידושין דרבנן מועילים להיחשב לליקוחין לענין "כי יקח איש אשה".

והנה הראב"ד כתב שאין בפילגש "איסור לאו", ודייק הריב"ש (שם, וגם בסי' שצ"ה) מלשון זו שאיסור עשה או איסור דרבנן יש בה. וכן הרדב"ז הביין בדעת הראב"ד שיש בפילגש להדיוט איסור דרבנן. ומצינו לרמ"ה שסובר בפירוש שפילגש אסורה מדרבנן, שכן כתב ב'יד רמה' לסנהדרין כא. ש"אם רצה לייחד אשה בלא כתובה ובלא קידושין, מדאורייתא שפיר דמי, ורבנן הוא דגזור כדי שלא יהיו בנות ישראל הפקר".

והרמב"ן (בתשובה שנשלחה לרבנו יונה קרובו, שו"ת הרמב"ן סי' ק"ה⁵, וכ"כ בהשגות על סה"מ בשורש החמישי) סובר שאין בפילגש אפילו איסור דרבנן, וכתב שלא מצינו בגמ' חילוק בין מלך להדיוט, ואף לא מצינו שגזרו בה איסור

5. נדפסה גם בשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' רפ"ד.

דרבנן, והביא ראייה מכלב וגדעון שלא היו מלכים. ואמנם מה שכתב בתשובה: "וגם דברי הרמב"ם ז"ל אינם לאסור פילגש להדיוט... וכן בהלכות מלכים כשהזכיר פילגשים במלך לא הזכיר כלל שהוא היתר מיוחד לו" – תמוה, וכנראה נוסחה חסירה נזדמנה לו, וכ"כ הרדב"ז שם]. ויש לציין שגם הרמב"ן, הסובר שמעיקר הדין אין איסור בפילגש, כותב בסיום תשובתו: "ואתה רבינו, ה' יחיך, במקומך תזהירם מן הפילגש, שאם ידעו ההיתר יזנו ויפרצו ויבואו עליהן בנידתן", כלומר: אין הדבר ראוי, והוא פתח לפריצות ולמכשול.

ובשו"ת הרשב"א (ח"ה סי' רמ"ב) נשאל על מקרה מסוים שהיו בו קידושין בלא כתובה, וכתב שיש להתייחס אליו כאל היתר, "דהיינו פילגש", ונראה אפוא שגם בגמ' בסנהדרין כגירסה שהובאה בהשגת הראב"ד "פילגשים קידושין בלא כתובה", אבל בלא קידושין אינו מתיר⁶. והר"ן כתב בתשובה (סי' ס"ח) שהגירסה העיקרית בגמ' היא "בלא כתובה ובלא קידושין", אע"פ שיש גירסה אחרת, והוא כותב כרמב"ן שפילגש מותרת להדיוט. ואילו הריב"ש כתב בתשובה הנ"ל: "וידעתי שהרב רמב"ן ז"ל התיר המיוחדת, ויותר נראין דברי האוסרין".

ויש להעיר כי מדברי הזוה"ק נראה כדברי האוסרים, שכן מצינו שם (תזריע מד:): "תמן תנינן כל הנהנה מן העולם הזה בלא ברכה כאילו גוזל לקב"ה וכנסת ישראל דכתיב גוזל אביו ואמו וגו', כל הנהנה מן העולם הזה כלל, דא איהו אנתו, מאן דאתדבק באנתו למהני מנה, ואע"ג דאיהי פנויה ואהני מנה בלא ברכה, כאילו גוזל קב"ה וכנסת ישראל, מאי טעמא, בגין דזווגא דלהון בשבע ברכות הוא... ואומר אין פשע, דאמר הא פנויה היא אמאי אסור... כל שכן מאן דחמיד לאנתו דחבריה לאתדבקא בה".

ובירושלמי כתובות (פ"ה ה"ב) מצינו: "ואי זו היא אשה ואי זו היא פילגש, ר' מאיר אומר אשה יש לה כתובה פילגש אין לה כתובה, ר' יודה אומר אחת זו ואחת זו יש לה כתובה, אשה יש לה כתובה ותנאי כתובה פילגש יש לה כתובה ואין לה תנאי כתובה". משמע שלשיטת הירוש' פילגש היא בקידושין, כי אחרת על השאלה "אי זו היא פילגש" היה לו לומר קודם כל שהיא בלא קידושין ומוכל מקום נראה שאי אפשר לומר שבפילגש יש גם נישואין בעדים אלא שאין כתובה, כי ר' מאיר אומר במש' שם שכל הפוחת לבתולה ממאתים הרי זו בעילת

6. בשו"ת הרשב"א ח"ד סי' שי"ד ישנה תשובה שאינה לרשב"א (ע' בהערות המהדירים שם), ובה המשיב אוסר פילגש בלאו דאורייתא של קדשה, ומסתמך על דעת הרמב"ם.

זנות, כלומר: שאם יש אישות של נישואין אסור שיהיה מצב שבו אין לאשה כתובה. על דעת הירוש' ע' עוד להלן פסקה ט'.

ד. הכרעת ההלכה בדין הפילגש

כיון שמצינו מחלוקת ראשונים בדין הפילגש, ולרוב הראשונים יש בה איסור דאורייתא או דרבנן, חשוב לברר מהי דעת הרי"ף והרא"ש בענין זה, שהרי הם משלש עמודי ההוראה שביסוד השולחן ערוך. באשר לרי"ף, אין לנו מקור מפורש בדבריו. אבל בשו"ת הרא"ש מצינו שנשאל (כלל ל"ב אות י"ד): "פנויה המשמשת בבית ראובן, ויצא קול שמתייחד עמה, אם יכולין בני משפחה למחות שלא תעמוד אצלו, כי הוא פגם להם שתהיה פילגשו". והשיב: "פנויה המשמשת בבית ראובן ויצא קלא דלא פסיק שמתייחד עמה, לא מיבעיא בני משפחה שיכולין למחות, אלא בית דין כופין אותו להוציאה מביתו, כי דבר ידוע שהיא בושא לטבול ונמצא שבועל נדה". לכאורה עולה מדבריו שאילו היתה טובלת לא היה חושש לאסור מטעם שפילגש אסורה להדיוט. וכך משמע קצת גם מהלכותיו במס' כתובות (פ"א סי' י"ב), שם כתב על ברכת האירוסין: "ונ"ל כי ברכה זו אינה ברכה לעשיית המצוה, כי פריה ורביה היינו קיום המצוה, ואם לקח פילגש וקיים פריה ורביה אינו מחויב לקדש אשה". אמנם יש לדחות שכוונתו שאפילו לקח פילגש באיסור הרי קיים פו"ר, ולא יהיה לו חיוב לקדש אשה, ומזה מוכח שלא הקידושין הם המצוה, אלא הם רק הכשר לקיום מצות פו"ר. ובמס' קידושין (פ"ב סי' ח') כתב: "וקטנה שהלך אביה למדינת הים והשיא[ת]ה אמה... נראה דאין לה נישואין ואפילו מדרבנן, מכל מקום אין לאוסרה משום שתיחשב כפנויה ועומדת אצלו בזנות, דכיון דדרך קידושין ונישואין היא אצלו אין זה זנות". משמע שבלא דרך קידושין ונישואין הדבר אסור משום זנות. ויש לדחות שאין זאת אומרת שפילגש אסורה, כי י"ל שגדולה, או קטנה מדעת אביה, שיכולה להתקדש לאיש, יכולה גם להיות מיוחדת לשם פילגשות, אבל קטנה שלא מדעת אביה, כשם שאינה יכולה להיות מקודשת כך אינה יכולה להיות פילגש, ורק משום שהיה זה דרך קידושין ונישואין אין זו זנות, דהיינו דבר האסור מדאורייתא או מדרבנן. נמצא שאין לנו ראייה ברורה מהי דעת הרא"ש לגבי פילגש.

לשון הטור (אה"ע סי' כ"ו): "אין האשה נחשבת אשת איש אלא על ידי קידושין

שנתקדשה כראוי, אבל אם בא עליה אדם בלא קידושין לשם זנות לוקה משום לא תהיה קדשה, והיא זונה האמורה בתורה. ואפילו לא בא עליה לשם זנות אלא לשם אישות בינו לבינה אינה נחשבת כאשתו אפילו אם ייחדה [לו], אלא אדרבה כופין אותו להוציאה מביתו, וכ"כ אדוני אבי הרא"ש ז"ל בתשובה פנויה המשרתת בבית ראובן ויצא קלא דלא פסיק שמתייחד עמה, לא מיבעיא שבני משפחתה יכולין למחות בידו, אלא בית דין כופין אותו להוציאה מביתו, שדבר ידוע שהיא בושה לטבול ונמצא שבועל נדה". על מ"ש הטור שהבועל לשם זנות לוקה משום לא תהיה קדשה כתב הב"י שזוהי דעת הרמב"ם, והביא את השגת הראב"ד שקדשה היא רק זו המופקרת לכל, אבל המייחדת עצמה לאיש אחד אין בה איסור לאו, והיא הפילגש הכתובה בתורה. ועל מ"ש הטור "והיא זונה האמורה בתורה" כתב הב"י שאין הכוונה לענין איסור לכהן, אלא שגם פנויה הנבעלת בעילת זנות נקראת בכתוב זונה, כמו במעשה תמר.

ובהגהות מהרש"ל על הטור הקשה על מ"ש הטור "וכ"כ אדוני אבי" וכו', שהרי משמע מדברי הרא"ש שאינו אוסר משום פילגשות אלא משום נדה, ואילו מדברי הטור שכתב "אפילו אם ייחדה" משמע שאוסר אפילו פילגש שייחדה לו בפרהסיא ואינה בושה לטבול. וה'פרישה' והב"ח הביאו את השגת המהרש"ל, וענו עליה בשתי דרכים שונות: ה'פרישה' פירש שאין כוונת הטור לאסור פילגש, אלא כתב רק שאינה נחשבת כאשתו, כלומר שאינה אשת איש, ואם ייחדה לו בסתר אף כופין אותו להוציא משום שבושה לטבול, אבל בייחדה לו בגלוי לפילגש אין הטור מביע את דעתו. והב"ח פירש שהטור למד מדברי הרא"ש בתשובה שאכן הוא אוסר פילגש, ומשום כך בני משפחתה יכולין למחות, "דאם לא היה בה משום זונה למה יהיו מעכבים עליו דמה פגם יש כאן". וחזק את דבריו מלשון הטור להלן סי' ל"ז: "קטנה שהלך אביה למדינת הים והשיאוה אחיה ואמה... התוספות כתבו שאינן קידושין ואפילו מיאון אינה צריכה, ומכל מקום אין לאוסרה עליו משום שתיחשב כפנויה ועומדת אצלו בזנות, כיון דדרך קידושין ונישואין היא אצלו". אבל לעיל ראינו שיש לדחות ראייה זו. עוד כתב הב"ח שעל כרחק הרא"ש גרס בסנהדרין כא. "פילגשים בקידושין בלא כתובה", ולכן הוא סובר שבלא קידושין זוהי זנות. אך אישתמיטתיה דברי הרא"ש בכתובות הנ"ל "ואם לקח פילגש וקיים פריה ורביה אינו מחויב לקדש אשה", שמהם מוכח שגרס כמו הרמב"ם: "פילגשים בלא כתובה ובלא קידושין". ומהרש"ל כתב ב"ם של שלמה' (יבמות פ"ב סי' י"א) שלדעת הרא"ש פילגש

המיוחדת לאדם אחד מותרת, אלא שהוא מדגיש שאחרי חרם רבנו גרשום שלא לישא אשה על אשתו ק"ו שאסור לקחת פילגש על אשתו. ור' עוד לקמן. לשון השו"ע (כו, א): "אין האשה נחשבת אשת איש אלא על ידי קידושין שנתקדשה כראוי, אבל אם בא עליה דרך זנות שלא לשם קידושין אינו כלום, ואפילו בא עליה לשם אישות בינו לבינה אינה נחשבת לאשתו ואפילו אם ייחדה לו, אלא אדרבה כופין אותו להוציאה מביתו". והרמ"א הוסיף: "דודאי בושה היא מלטבול ובא עליה בנידתה, אבל אם מייחד אליו אשה וטובלת אליו יש אומרים שמותר, והיא פילגש האמורה בתורה, ויש אומרים שאסור ולוקין על זה משום לא תהיה קדשה". מזה שהשו"ע לא הזכיר את הטעם שבושה לטבול משמע שהוא פוסק כדעת הרמב"ם שהפילגש אסורה, ולפי מה שפירש את דעת הרמב"ם ב'כסף משנה', זהו לאו דאורייתא שלוקין עליו, וכמו שכתב הרמ"א לפי דעה זו. ואת לשון הראב"ד שהביא בב"י "שאין בה איסור לאו" גם כן אפשר לפרש שאסורה לכה"פ מדרבנן, כנזכר לעיל. אבל הרמ"א הביא גם דעת המתירים, ואף אם הראב"ד אינו מן המתירים, מכל מקום זוהי דעת הרמב"ן והר"ן. וברור שלמעשה דעת הרמ"א לאיסור, הן מצד שהוא לדעתו ספק דאורייתא, והן מצד הכלל המקובל שכאשר הרמ"א מביא יש אומרים ויש אומרים העיקר כ"א האחרון, כמו בתרי לישני בגמרא דקיי"ל כלישנא בתרא.

ה'חלקת מחוקק' (ס"ק ב') וה'בית שמואל' (ס"ק ב') השיגו על מ"ש הרמ"א שיש אומרים שלוקין על פילגש, ולדעתם גם הרמב"ם אינו סבור שיש בפילגש לאו דאורייתא. וראינו שהרב"ז אכן סבר שהאיסור לדעת הרמב"ם הוא מדרבנן, כנזכר לעיל. והגר"א בביאורו (אות ח') כתב שלדעת הרמב"ם הוא איסור עשה, כמ"ש ה'מגיד משנה'. וכתבו עוד הח"מ והב"ש שמדברי הרא"ש והטור משמע שאין לדעתם איסור בפילגש, אלא רק פגם משפחה והעדר כבוד. ומכל מקום אין הם מזכירים אפשרות להקל בזה משום ספיקא דרבנן.

והמהרש"ל ב'ים של שלמה' כתב שאין להתיר פילגש כלל, גם למי שאין לו אשה, "כי בעו"ה הדור פרוץ, אם תתיר לו פילגש תמלא הארץ זמה... ומכל מקום היכא דכבר עבר ונשא אין כח בדינו להוציאה ממנו", ומסיק: "ומכל מקום לכתחילה במקום שאינם נזהרים ליקח פילגש – ראוי לגזור ולהחמיר על זה, ומי שעבר אחר כך יש כח ביד הבי"ד להוציאה ממנו בעל כרחו וליסרו בשוטים עד שיניחנה".

היחיד בין האחרונים אשר הורה היתר בענין הפילגש על פי דעת הראשונים

המתירים, הוא היעב"ץ בשו"ת שלו (שאלת יעב"ץ, ח"ב סי' ט"ו), והוסיף להתיר זאת גם לנשוי, באומרו שלא אסר רגמ"ה אלא לקחת אשה על אשתו, אבל לא אסר לקחת פילגש על אשתו. וכתב שההיתר בענין זה נצרך כדי שאנשים שאין להם אפשרות לחיות חיי אישות בהיתר, באופן קבוע או באופן זמני, לא יבואו לעבור עבירות חמורות של עריות ונידה וקדשה (שהיא לדעתו הפנויה שאינה מיוחדת לאדם אחד), וכן שמי שאשתו אינה יכולה ללדת יוכל לקיים מצות פריה ורבייה בלי לגרש את אשתו.

והנה בענין חרם דרבנו גרשום כתב היעב"ץ דברים זרים מאד, שרבנו גרשום גזר על נשיאת שתי נשים רק מאימת הנוצרים שאסרו ריבוי נשים, והיה ראוי לבטל את גזירתו. אך במחכ"ת דברים אלה מנוגדים לגמרי למה שכתבו ראשוני אשכנז בענין חדר"ג, שכן הרא"ש כתב בתשובה (כלל מ"ג סי' ח'): "חכם אחד היה בארצנו והיה שמו רבינו גרשום, תיקן תקנות טובות בענין גירושין, והיה בימי הגאונים ז"ל, ותקנותיו וגזירותיו קבועות ותקועות כאילו ניתנו בסיני בשביל שקיבלום עליהם ומסרום לדור דור". ור' אביגדור כ"ץ כתב בתשובה (מובאת במרדכי לכתובות סי' רצ"א) שרבנו גרשום תיקן את האיסור לישא שתי נשים "משום קטטה", דהיינו הקטטה שתהיה בין האשה הראשונה לבעלה ולזאת שתהיה צרתה, שהרי הראשונה תחוש נפגעת ומושפלת מזה שבעלה לוקח אחרת. הרי שהנימוק לגזירה היה מוסרי וערכי, לא מאימת הגויים, אלא בגלל השתנות דעת הנשים בדורות המאוחרים לעומת מה שהיה בתקופת המקרא ובתקופת חז"ל, והשתנות זו חייבה את גדולי הדור לשקוד על תקנתן וכבודן של בנות ישראל (ר' מה שכתבנו בסוגיית כפיית גט פסקה כ"ה). ואם באשה שניה כך, קל וחומר בלוקח פילגש על אשתו, כמו שכתב בפירוש מהרש"ל, שהוא פוגע בזה פגיעה גסה באשת בריתו, ותרבה הקטטה, ואם הוא מסתיר זאת מאשתו הריהו חי בשקר ובגניבת דעת, וסוף הדבר להתגלות ולהבעיר את אש הקטטה והשנאה. ואף אם יקבל רשות מאשתו (כגון במקרה שאינה יכולה לחיות עם בעלה חיי אישות מחמת אונס) אין הדבר מועיל כלום, שהרי רבנו גרשום לא חילק בגזירתו בין אם אשתו מרשה לו לקחת אשה שניה או לא, ואסר בכל מקרה, ולא פלוג רבנן בתקנתא.

למעשה הסכמת האחרונים היא לאסור פילגש, מדאורייתא או מדרבנן, כדעת רוב הראשונים והשו"ע והרמ"א, ונמצאו רק חכמים בודדים מחכמי הארצות שלא

קיבלו עליהם את חדר"ג⁷, שצידדו כדברי היעב"ץ להתיר בשעת הדחק לאדם נשוי שאינו יכול לקיים יחסי אישות עם אשתו, וגם אינו יכול לשאת אשה שניה בגלל חוקי המדינה, לקחת פילגש. אולם בימינו, מאז תקנת רבני ישראל בשנת תש"י להחיל את חדר"ג על כל קהילות ישראל, ע' בסוגיית כפיית גט פסקה כ"ח, השתנה המצב ההלכתי בענין זה, ונשאר רק הויכוח בין המהרש"ל ליעב"ץ האם חדר"ג חל גם על פילגש, שבו דעת המהרש"ל מתאימה לדברי ראשוני אשכנז, ודעת היעב"ץ חריגה. על כן, למרות שאין לזלזל במצוקתו של בעל אשר אינו יכול לחיות חיי אישות עם אשתו מסיבה התלויה בה, ויש שהדבר מגיע לכדי ייסורי נפש ממש, אי אפשר כלל להורות היתר בדבר זה אפילו בשעת הדחק, ואדרבה, ראוי לומר בקול ברור שהתופעה של אדם נשוי הלוקח לו פילגש פסולה לחלוטין מבחינה הלכתית ומוסרית, ואפילו יקבל את רשות אשתו לכך הריהו מכניס עצמו לספק איסור דאורייתא וחרם דרבנו גרשום. ואם הפילגש גרה בעיר אחרת, או אפילו במקומו והדבר נעשה בסתר, ועשוי להיולד מהם ילד, יש בזה איסור מפורש נוסף של "לא ישא אדם אשה במדינה זו וילך וישא אשה במדינה אחרת שמא יזדווגו זה אצל זה (רש"י: בן שיוליד במדינה זו עם בת שיוליד במדינה אחרת) ונמצא אח נושא אחותו וממלא כל העולם כולו ממזרות, ועל זה נאמר ומלאה הארץ זמה" (יומא יח:), ונפסק להלכה באה"ע ב, (יא).

מי שאינו יכול לקיים יחסי אישות עם אשתו ואינו רוצה לסבול זאת – יכול להתגרש, ואם אינה מוכנה או אינה מסוגלת לקבל גט, יתירו לו לשאת אשה אחרת בהיתר מאה רבנים (ע' בסוגיית כפיית גט פסקה י"ז). ואין צריך לומר שמי שאינו נשוי אין לו שום צד וסדק של היתר, שהרי אם היא מיוחדת לו, יכול לשאתה לאשה כדת משה וישראל. לעשות "נסיון" של חיים משותפים ללא קידושין – הרי זו בעילת זנות האסורה אליבא דכל הדעות, ומהווה פגיעה קשה בקדושת ישראל, "המקדש עמו ישראל על ידי חופה וקידושין".

7. שו"ת 'תעלומות לב', 'משפטים ישרים' ו'נפת צופים', הובאו ב'אוצר הפוסקים' לאה"ע כו, א בס"ק ה', אחרי דעות רוב האחרונים האוסרים.

פרק שני: נישואין שלא כדת משה וישראל

ה. "נישואין אזרחיים"

לסוגיית הפילגש יש השלכות ישירות על שני סוגי קשר בין איש ואשה המקיימים חיים משותפים שלא כדת משה וישראל. האחד הוא מה שמכונה בשם "ידועים בציבור". "ידועים בציבור" הוא מושג משפטי חילוני הקיים במדינות מסוימות, ולצערנו גם במדינת ישראל, שמשמעו בני זוג המקיימים חיים משותפים כזוג נשוי לכל דבר, מבלי שנישאו זל"ז כחוק. לפי חוקי המדינה יש לזוג כזה זכויות ממוניות הדדיות מסוימות, כגון בעניני מזונות, ירושה וכיו"ב, וכמובן זיקת הורות לילדיהם המשותפים. המושג השני הוא "נישואין אזרחיים", הנהוג במדינות רבות אך לא במדינת ישראל, שפירושו טקס נישואין שאינו דתי, כגון הצהרה בפני שופט או עורך דין, המוכר על ידי חוקי המדינה כיוצר מעמד אישי של נישואין. על פי חוקי מדינת ישראל נישואין וגירושין בתחום המדינה הם בעלי תוקף רק אם נערכו על פי ההלכה וקיבלו את אישור הרבנות הראשית לישראל (ולשאינם יהודים הם על פי חוקי דתם ומוסדותיה). לעומת זאת, משרד הפנים רושם כנשואים בני זוג שנישאו בחו"ל ב"נישואין אזרחיים", והגיעו לארץ עם תעודת נישואין רשמית של מדינה זרה.

מצבים אלה דורשים ברור יסודי מבחינה הלכתית: האם יש מקום לומר שבני זוג החיים ביחד, וסביבתם יודעת שהם מתייחדים זה עם זה בביתם, ייחשבו כנשואים על פי ההלכה, ויצטרכו גט כדי להתיר את הקשר שביניהם? מקרה של נישואין שאינם כדת משה וישראל נידון בתשובות הריב"ש (סי' ו'): "שאלה – אשה אחת באה ממירקה מאותן האנוסות לעכו"ם, ובנה בחיקה, ונאמר לה, מה טיבך ומה טיבו של בן זה, ואמרה שאנוס אחד מארץ ארגון תבעה לינשא לו קודם הגזירה כדת משה ויהודית ולא עלתה בידו, ולאחר הגזירה... נתפייסה ונגמר הזיווג ביניהם, אלא שלא קידשה בעדים ולא נישאת לו בעשרה אלא על ידי עכו"ם בחוקות דתם ובכהני במותם, וישבה בביתו עמו כאשתו לכל דבר בחזקת אישות והיו יודעים זה אנוסים רבים, וישב עמה כמשלש חדשים ונתעברה ממנו וזה פריה, והלך האיש ההוא מעבר לים ולא יסף שוב אליה עוד. ילמדנו רבינו מה יהיה משפטה והאם יש לחוש לה אם לא (פי': האם היא נחשבת לאשת איש או לפנויה).

תשובה – אין ספק כי האירוסין או הנישואין, תקראם כמו שתדעה, שנעשו בנימוסי עכו"ם ובכהני במוותם, שאין בהם חשש קידושין אף אם היו בהם עדים כשרים... הרי לא נתן לה כלום רק שהכומר מברך אותם בקול גדול ונותן טבעת לכל אחד. אבל מה שיש לעיין הוא במה שנתייחד עמה בפרסום ועמדה תחתיו ונתעברה ממנו, ושנינו בגיטין פ' הזורק המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי ב"ש אומרים אין צריכה הימנו גט שני וב"ה אומרים צריכה הימנו גט שני... דב"ש סברי לא אמרינן הן הן עדי ייחוד הן הן עדי ביאה, וב"ה סברי אמרינן הן הן עדי ייחוד הן הן עדי ביאה... ומן הדין הנזכר במגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי הורו קצת מן הגאונים ז"ל שכל אשה שתיבעל בפני עדים צריכה גט, חזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, ולפי דבריהם בכיוצא בזה דגיסי אהדדי וגם שלקחה להיות לו לאשה היה נראה לכאורה שצריכה הימנו גט כל שיש עדים שנתייחד עמה, אע"פ שאין שם עדי ביאה, דבכהאי גוונא אמרינן הן הן עדי ייחוד הן הן עדי ביאה... אמנם הרמב"ם ז"ל דחה הוראה זו בשתי ידיים... שלא אמרו חז"ל חזקה זו אלא באשתו שגירשה בלבד לפי שקרוב הדבר שנתייחד עמה או בא עליה לשם קידושין מפני שדעתו להחזירה... אבל בשאר האנשים, כל פנוי הבא על הפנויה אין חוששין לומר לשם קידושין בעל... וכן הסכים הרשב"א ז"ל... וכ"כ רבינו מאיר הלוי ז"ל והרבה מן האחרונים ז"ל... ואם יאמר האומר אפילו הרמב"ם ז"ל לא אמרה אלא בפנוי הבא על הפנויה בדרך מקרה, דכיון שלא פירש אמרינן דלא נתכוון לשם קידושין אלא לזנות בעלמא, אבל זה שנשאה והתנה עמה להיות אשתו הו"ל כמדבר עמה על עסקי קידושין בשעה שנתייחד עמה... יש להשיב ולומר דאדרבה איפכא מסתברא, דאפילו לדעת אותם הגאונים ז"ל שסוברין דבסתם אמרינן לשם קידושין בעל, הכא בנידון זה לא בעל לשם קידושין, דכיון שהתחילו בנישואין בחוקות העכו"ם ובבית במוותם מפי הכומר הרי הוא כאילו פירשו שאין דעתם לשם קידושין כדת משה ויהודית, אלא בדרכי עכו"ם שאינן בתורת קידושין וגיטין, ואם כן אינה כנשואה אלא שהיא אצלו כמו פילגש בלא כתובה וקידושין.

וכי תימא והא אמרינן בסנהדרין פ' ד' מיתות דבני נח בעולת בעל יש להן נכנסה לחופה ולא נבעלה אין להם, ומוזהרים הם על אשת איש ונהרגין עליה, ואם כן בנידון זה שביאר שתהיה אשתו כחוקות עכו"ם הרי הוא כאילו אמר לה הרי את אשתי כדין בן נח, לא היא, דבן נח אין לו אישות באשתו אלא לחייב את מינו, ר"ל בן נח אחר שבא עליה, אבל ישראל אינו חייב באשת בן

נח... ועוד דבבן נח אינה צריכה גט, דאינן בתורת גיטין, וכל שישלחנה הבעל מביתו או תמאן היא בו ותצא מביתו הרי היא כפנויה גמורה⁸.
ומוסיף הריב"ש שהראב"ד קיים את דברי קצת הגאונים הנ"ל במוחזקים בכשרות, שחזקה לא יתפרצו לזנות בפני עדים, אבל בפרוצים אין חוששין לקידושין, ואם כן, בנידון דידן שהם פרוצים בעבירות בכמה וכמה ענינים כולל איסור נידה, בוודאי שאין הם חוששים לאיסור פנויה, וכל שכן לדעת הרמב"ן שהפילגש מותרת.

עוד מוסיף הריב"ש: "ובר מן דין, לפי מה שנראה מן השאלה לא היו כאן אפילו עדי ייחוד, ולכ"ע אין חוששין לקידושין בלא עדים... ואע"ג דבקטנה שלא מיאנה והגדילה ונישאת לאחר אמר רב אינה צריכה גט משני (ר' לקמן), דכיון שהגדילה עם הראשון מסתמא בעל לשם קידושין דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, ואמרו בשם הרא"ה ז"ל דאפילו עדי ייחוד אינה צריכה, דכיון דאשתו היא ועומדת תחתיו כולי עלמא ידעי שנתייחד עמה ובא עליה (ע' בחי' הרא"ה לכתובות עג.) – זהו דעת יחיד, שכל הראשונים ז"ל כתבו שצריכה לעדי ייחוד. ועוד דליכא למנקט כל חומרי הסכרות לעגן את זו. זהו מה שנראה לי בזה". פירוש המשפט האחרון: כיון שמדובר בשאלה של עגינות, שהרי אם האשה מקודשת לאבי בנה שנעלם לא תוכל להינשא לאחר, אין לנו להחמיר ולומר שאע"פ שלא נתקדשה כדת משה ויהודית אלא במשפטי עכו"ם, והיו פרוצים בשמירת מצוות, ולא היו עדי ייחוד, בכל זאת יש לחוש לקידושי ביאה. ובתשובה אחרת (ס"ס קצ"ג), בענין קידושי קטנה, הביא הריב"ש את דעת הרא"ה, ולא הזכיר שחלקו עליו, והעיר על כך ב'בית שמואל' (אה"ע סי' ל"א ס"ק כ"ב). ונראה ששם הביא את דעת הרא"ה רק כצירוף לעיקר טיעונו לפיו קידושי הקטנה חלו מדאורייתא כיון שהיו לרצון האב, ע"ש. ומה שכתב שכל הראשונים הצריכו עדי ייחוד – הרא"ש בכתובות (פ"ז סי' י"א) כתב לענין קטנה שלא מיאנה וגדלה: "והא דאמרין דבועל לשם קידושין היינו בדאיכא עדי ייחוד, דאמרין הן הן עדי ייחוד הן הן עדי ביאה". וכן הרשב"א שם (עג. ד"ה קטנה): "דמשהגדילה בא עליה לשם קידושין גמורים מן הסתם, לפי שאינו עושה בעילתו בעילת זנות ואף היא מתכוונת לכך, וכשנתייחד עמה בעדים דהן הן עדי ייחוד הן הן עדי ביאה". וכע"ז בריטב"א.

8. ע' רמב"ם הל' מלכים ט, ח.

הדיון בענין קטנה שלא מיאנה והגדילה הוא בגמ' ביבמות (קט.) ובכתובות (עג.). שנינו בכתובות (עב): "המקדש את האשה על מנת שאין עליה נדרים ונמצאו עליה נדרים אינה מקודשת". ובגמ': "איתמר קידשה על תנאי וכנסה סתם, רב אמר צריכה הימנו גט ושמואל אמר אינה צריכה הימנו גט. אמר אביי לא תימא טעמיה דרב כיון שכנסה סתם אחולי אחליה לתנאיה (רש"י: וכתובה בעי למיתב לה אם מגרשה), אלא טעמא דרב לפי שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות (רש"י: ובעל לשם קידושין ואפילו ימצא עליה נדרים, אבל לענין ממונא כתנאיה קאי שאם ימצא עליה נדרים תצא בלא כתובה). הא פליגי בה חדא זימנא, דאיתמר קטנה שלא מיאנה והגדילה (רש"י: ובא עליה ואחר כך מיאנה), עמדה ונישאת, רב אמר אין צריכה גט משני (רש"י: דכי גדלה בא עליה לשם קידושין דיודע הוא שאין קידושי קטנה כלום) ושמואל אמר צריכה גט משני (רש"י: דכל הבוועל על דעת קידושין הראשונים בוועל), צריכא" וכו'. במחלוקת רב ושמואל הלכה כרב באיסורי, ואם כן קיי"ל שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, וכשהיו מתחילה קידושין שאינם יכולים לחול – כשהוא בוועל, בוועל לשם קידושין, ונעשית מקודשת.

ולהלן בגמ' (עג): "קידשה בטעות ופחות משוה פרוטה, וכן קטן שקידש, אע"פ ששלח סבלונות לאחר מכן, אינה מקודשת, שמחמת קידושין הראשונים שלח, ואם בעלו קנו, ר' שמעון בן יהודה משום ר' ישמעאל אמר אם בעלו לא קנו... אמר רב עולא בר אבא אמר עולא אמר ר' אלעזר המקדש במלוה ובעל, על תנאי ובעל, בפחות משוה פרוטה ובעל, דברי הכל צריכה הימנו גט, אמר רב יוסף בר אבא אמר ר' מנחם אמר ר' אמי המקדש בפחות משוה פרוטה ובעל צריכה הימנו גט, בהא הוא דלא טעי אבל בהנך טעי, אמר רב כהנא משמיה דעולא המקדש על תנאי ובעל צריכה הימנו גט, זה היה מעשה ולא היה כח בחכמים להוציאה בלא גט, לאפוקי מהאי תנא דאמר רב יהודה אמר שמואל משום ר' ישמעאל והיא לא נתפשה אסורה, הא נתפשה מותרת, ויש לך אחרת שאע"פ שלא נתפשה מותרת, ואיזו זו שקידושיה קידושי טעות (רש"י לעיל נא: על תנאי ולא נתקיים התנאי) שאפילו בנה מורכב על כתיפה ממאנת והולכת לה".

פסק הרמב"ם (הל' אישות ז, כג): "המקדש על תנאי וכנס סתם או בעל סתם, הרי זו צריכה גט אע"פ שלא נתקיים התנאי, שמא ביטל התנאי כשבעל או כשכנס. וכן המקדש בפחות משוה פרוטה או במלוה וחזר ובעל סתם בפני עדים,

צריכה גט, שעל בעילה זו סמך ולא על אותן הקידושין הפסולין, חזקה היא שאין אדם מישראל הכשרים עושה בעילתו בעילת זנות והרי בידו עתה לעשותה בעילת מצוה". והסכים עמו הרא"ש (כתובות פ"ז סי' י"ב) להצריך גט בכל אלה, ובתשובה (כלל ל"ה אות ו') פסק שגם קטן שקידש וכשהגדיל התייחד עמה צריכה ממנו גט. ויש לשים לב ללשון הרמב"ם "שאינן אדם מישראל הכשרים" וכו', דהיינו שהחזקה שאיננו עושה בעילתו בעילת זנות אינה שייכת באדם שלא איכפת לו לעבור עבירות.

ו. בין קידושין פסולים לחוסר קידושין

והנה בכל המקרים הנזכרים בגמ' מדובר בשהיו מתחילה קידושין שאינם יכולים לחול: קידושי קטן, או קטנה שאין לה אב, קידושין בפחות משהו פרוטה או במלוה, קידושין על תנאי שלא התקיים; והשאלה היא האם כשבוטל אחר כך הריהו מתכוון לשם קידושין חדשים, או שבוטל על דעת הקידושין הראשונים. ואין זה דומה לנידון של הריב"ש, שם לא היו מתחילה קידושין כלל, והשאלה היא האם החיים המשותפים היו בכוונה לשם קידושין.

הרשב"ץ, בן דורו ומקומו הצעיר של הריב"ש, נשאל אף הוא בענין נישואי אנוסים (תשב"ץ ח"ג סי' מ"ז):

"שאלת על אלו האנוסים שהם נושאים נשים אנוסות בחופה וקידושין, אם תצא איזו אנוסה להיכנס בכריתנו ויהיה בעלה חי, אם יהיה דינה כדין גויה או כדין יפת תואר, שאין אישות לגוי, או לא..."

תשובה - אין בין ישראל למשומד בענין זה כלום, דקיי"ל אע"פ שחטא ישראל הוא... ודבר זה ברור הוא שמשומד, ואפילו בן משומדת שהוא ערל, אם קידש ישראלית, קידושיו קידושין גמורים כישראל גמור... ומה שיש לדון בענין שאלתך אינו אלא מפני העדות, דקיי"ל דהמקדש בלא עדים אין קידושיו קידושין ואפילו שניהם מודים... והוא הדין המקדש בפסולי עדות שאין קידושיו קידושין... ואם כן זה האנוס שקידש אנוסה זו, אם קידשה בפני עדי ישראל, צריכה גט, ואם קידשה בפני עדים אנוסים דכוותיהו, אין קידושיו קידושין, דודאי פסולים לעדות הם, דלא גרעי מישראל בעל עבירות שהוא פסול לעדות, שכיון שעמדו שם ברצונם ומתפקדים לעבור על דברי תורה בכמה דברים... אין

ספק שפסולים הם לעדות דבר תורה, והמקדש אשה בפניהם אינה מקודשת כלל, ודבר זה אין בו ספק כלל.

ומה שיש לעיין בזה הוא, אם קידשה כדת משה וישראל בפני עדים אנוסים כמנהגם, אם הוא אצלם מנהג קבוע, ונשאה אחר כך כדרך נישואיהם שנושאים כדת הגויים שנטמעו בהם, אם יש לחוש לנישואין אלו שבאו אחר קידושין כאלו שהן בפסולי עדות, דאיכא למימר דכיון דגילו דעתן דלאו בתורת זנות קא נסבי להו, כיון דמקדשי ובתור הכי נסבי, אם כן איכא למימר דגמרי ובעלי לשם קדושת נישואין, וכיון שיש ישראל כשרים לעדות בעיר עמהם ויודעין שהם מתייחדין, אמרינן עדי ייחוד הן הן עדי ביאה וחיילי קידושין משעת בעילה, דחזקה היא שאין אדם מחזור אחר קידושין ועושה בעילתו בעילת זנות, ודמיא הא מילתא למקדש את אשתו ולנה עמו בפונדק.

ומסכם הרשב"ץ: "והיוצא מכל זה הוא, שאם קידשה בעדים כשרים, קידושיו קידושין דבר תורה, ואם קידשה בעדים אנוסים, אין חוששין כלל לקידושיו, וכן אם נישאת בחוקות הגויים הרי היא אצלו כפילגש, ואין לחוש כלל לבעילותיו, שאין בעילותיו דרך אישות. ומה שיש לחוש בזה הוא, אם קידשה בעדים אנוסים ונשאה בחוקות הגויים בעיר שיש בה ישראל, שאפשר לומר דגמר ובעל לשם קידושין וחוששין להם. כן נראה לי."

הרי שהחשש מתחיל רק כאשר היו בתחילה קידושין פסולים (בנידון התשובה: קידושין בפני עדים פסולים), ובוזה גילו את דעתם שהם חפצים בקידושין, ואחר כך דרו במקום שיש בו ישראל כשרים היודעים שהם מתייחדים, אז יש חשש שגמר ובעל לשם קידושין. ומשמע מלשונו שהוא מחמיר כשיטת הרא"ה, שאין צורך בעדי ייחוד ממש, דהיינו ששני עדים יראו אותם נכנסים לבית שאין בו אדם, אלא שכל שידוע בעיר שהם חיים ביחד כאיש ואשה – הרי זה כעדי ייחוד. ומצינו חברים נוספים לרא"ה בשיטתו זאת. בתשובות מיימוניות להל' אישות (סי' י"ט) מובאת תשובת ר' שמשון ב"ר אברהם (מן-הסתם הוא הר"ש משנץ) שבה הוא כותב: "ואפילו בא עליה לאחר שנתברר דליכא שוה פרוטה, אי ליכא עדי ייחוד, הו"ל כמקדש בלא עדים ואין חוששין לקידושיו ואפילו שניהם מודים כדאמר בפ' האומר בקידושין, וההיא דהמדיר דגמר ובעל לשם קידושין התם מיירי בשעת חופה שרגילין לייחד את החתן ואת הכלה. ומיהו גבי קטנה אשכחן ביבמות פ' בית שמאי ובמס' נדה דבעל בגדלות אינה יכולה למאן, אלמא חשיבי [נראה שצריך להוסיף: קידושין] אע"ג דליכא עדי ייחוד, דדבר שבסתם כך הוא

כדאיכא עדים דמי". וכן בתשובת רבנו שמחה משפירא ב'אור זרוע' סי' תש"ס: "ומעשים בכל יום המקדשין יתומות קטנות שאין אנו מצריכים אותם לקדשם פעם אחרת בגדולתן, ואפילו ליכא עדי ייחוד... שכל חזקה שאינה פוסקת עומדת במקום עדים... אפילו בדיני נפשות סמכינן אחזקה שאינה פוסקת" (כוונתו לקידושין פ. "סוקלין ושורפיין על החזקות", ע"ש). ובפסקי ריא"ז לקידושין פ"ג (ה, ה; הובא בשה"ג כח. בדפי הרי"ף), כתב בענין המקדש בעד אחד שאין חוששין לקידושיו אפילו שניהם מודים: "ונראה בעיני שאם הוחזקו באותן הקידושין ועומדין בחזקת איש ואשתו, אע"פ שאין להם עדי קידושין ולא עדי ייחוד, שלא נתייחד בפני העדים הכשרים להם, הואיל ומוחזקין במקומן בחזקת איש ואשתו הרי חזקה זו כמו עדות ברורה". שוב: בכל המקרים הללו מדובר שהיו מתחילה קידושין, אלא שלא היו קידושין כשרים ומה שנפסק בשו"ע יט, ב על פי הגמ' בקידושין הנ"ל (וע' רש"י שם ד"ה איש ואשה): "איש ואשה שבאו ממדינת הים, היא אומרת זה בעלי והוא אומר זו אשתי, אם הוחזקו בעיר ל' יום שהיא אשתו הורגין עליה" – הכוונה שאומרים שנישאו כדין.

ז. פסקי הטוש"ע

כתב הטור בסי' קמ"ט: "המגרש אשתו בין מן האירוסין בין מן הנישואין ובא עליה אחר כך בעדים קודם שנישאת לאחר, צריכה ממנו גט שני, שודאי בעל לשם קידושין, שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. ואם לא ראוה עדים שבא עליה, אלא שנתייחד עמה, אם היא מן הנישואין צריכה ממנו גט שני, שעדי ייחוד הן עדי ביאה ובעל לשם קידושין". וכך נפסק בשו"ע (קמט, א-ב): "המגרש את אשתו וחזר ובעלה בפני עדים (הגה: או שגלוי לכל שבא עליה כגון שנשאה [על פירוש הגהה זו ר' להלן]) קודם שתינשא לאחר, בין שגירשה מן הנישואין בין מן האירוסין, הואיל ואשתו היתה הרי זה בחזקת שהחזירה ולשם קידושין בעל ולא לשם זנות... לפיכך הרי זה מקודשת קידושי ודאי וצריכה ממנו גט שני. נתייחד עמה בפני שני עדים... אם היתה מגורשת מן הנישואין חוששין לה שמא נבעלה והן הן עדי ייחוד הן הן עדי ביאה, לפיכך היא ספק מקודשת וצריכה גט מספק".

ובסוף סימן קמ"ט כתב הטור: "כתב הרמב"ם הורו הגאונים שאפילו הבא על אשה בעלמא בעדים שצריכה ממנו גט, שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות,

והוא כתב שאינה צריכה, וכן כתב א"א הרא"ש ז"ל. וה'בית יוסף' כתב שגם הרשב"א והר"ן סוברים כרמב"ם, והביא את דברי הריב"ש בענין זה בתשובה ו' הנ"ל. וכך פסק בשו"ע (קמט, ה-ו): "לא אמרו חזקה זו דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות אלא באשתו שגירשה או במקדש על תנאי ובעל סתם, שהרי אשתו היא, ובאשתו הוא שחזקתו שאינו עושה בעילתו בעילת זנות עד שיפרש שהיא בעילת זנות או יפרש שעל תנאי הוא בועל, אבל שאר כל הנשים בחזקה שבעל לשם זנות עד שיפרש שבעל לשם קידושין. וכן איש ואשה שהמירו באונס הגזירות ונישאו זל"ז בחוקות הגויים אע"פ שמתייחדים זע"ז בכל יום לעיני הכל אין חוששין להם משום קידושין". והרמ"א כתב בסי' כו, א: "גוי שנשא גויה, וכן מומר שנשא מומרת בנימוסיהן, ונתגיירו אחר כך, אין כאן חשש קידושין כלל ומותרת לצאת ממנו בלא גט, אע"פ ששהה עמה כמה שנים אינו אלא כזנות בעלמא".

ובסי' לג, א כתב הרמ"א: "יש אומרים דפנוי הבא על הפנויה לפני עדים חוששין שמא כיון לשם קידושין דחזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. אבל אם כבר הוחזק לזנות, או שיש לו אשה אחרת, לא חיישין. ויש מקילין בכל ענין, וע' לקמן סי' קמ"ט וקנ"ו סעיף ב' ולעיל סי' ט"ו סעיף י". ההפנייה לסי' קמ"ט פירושה ששם פסק השו"ע – על פי הרמב"ם והרא"ש והטור ושאר ראשונים הנ"ל – שרק במי שהיתה אשתו או שקידשה מקודם על תנאי אומרים אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, ולא בבא על הפנויה. וההפנייה לסי' ט"ו ולסי' קנ"ו מכוונת למה שכתב שם השו"ע בשם יש אומרים שהבא על שפחתו והוליד ממנה בן הבן נחשב לישראל ולא לעבד, כי חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ומן-הסתם שחררה לפני שבעל. ובענין זה של שפחתו גם דעת הטור על פי הרי"ף (יבמות ה. בדפי הרי"ף) והרא"ש (שם פ"ב סי' ג') לחוש לכך, מה שאין כן בבא על הפנויה, כנ"ל.

בפשטות נראה שכוונת הרמ"א בהפניות אלה לומר שהעיקר הוא כדעת המקילים שהביא באחרונה שבפנויה אין חוששין לקידושין. והגר"א (ס"ק ו') אכן כתב על דברי הרמ"א: "ע' מה שכתבתי בסי' ט"ו וסי' כ"ו, ובשני המקומות הללו חזק את שיטת הרמב"ם וסיעתו שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות לא נאמר בפנויה. ואם בכל זאת נרצה לומר שהרמ"א חושש לשיטת המחמירים, על כרחנו שמה שכתב "דפנוי הבא על הפנויה לפני עדים" הוא דוקא לפני עדים, שהרי בדין הפילגש בסי' כ"ו, על לשון השו"ע שהובאה לעיל (פסקה ד') "ואפילו בא

עליה לשם אישות בינו לבניה אינה נחשבת כאשתו ואפילו אם ייחדה לו, אלא אדרבה כופין אותו להוציאה מביתו", כתב הרמ"א: "דכוודאי בושה היא מלטבול ובא עליה בנידתה, אבל אם מייחד אליו אשה וטובלת אליו י"א שמותר והיא פילגש האמורה בתורה וי"א שאסור ולוקין על זה משום לא תהיה קדשה", וברור שמדובר שהסביבה יודעת שהוא חי עם אשה ללא קידושין, שהרי משום כך בי"ד כופין אותו להוציאה מביתו, והרמ"א מוסיף שבמייחודה לו – דהיינו שאינה נבעלת לאחרים – י"א שמותר אע"פ שאין כאן קידושין, וי"א שעובר בלאו של לא תהיה קדשה. וברור שהכוונה להוצאה מביתו ללא גט, כמשמעות הלשון בתשובת הרא"ש ובטוש"ע.

דין מומר וממרת מופיע ב'בית יוסף' בסוף סי' כ"ז, והביא שם את דברי תשובת הריב"ש סי' ו' הנ"ל, וכתב שגם ב'תרומת הדשן' (סי' ר"ט) ובשורת הרד"ך (בית כ"ד⁹) התירו בלא גט אנוסים שנישאו זל"ז בנימוסי הגויים וחיו כמה שנים ביחד ואחר כך חזרה האשה לדת ישראל. והחזיק אחריו הרמ"א ב'דרכי משה' שם, ועל פי זה פסקו שמומר שנשא מומרת בחוקות הגויים האשה מותרת בלא גט. אבל ה'חלקת מחוקק' (סי' כ"ו ס"ק ג') כתב: "וכן מומר שנשא מומרת – המעיין בגוף התשובות ובפרט בדברי תה"ד דתלינן טעם הואיל ויצא מן הכלל בכל עבירות שבתורה, דשם מיירי במומר לרצונו דודאי עושה בעילתו בעילת זנות ובהפקירא ניהא ליה, אך אנוסי הזמן אם נודע עליהם שהיו שומרים מצוות בצנעה ונשא אנוס אנוסה לשם אישות, אף שנשאה בחוקת הגויים יש להתיישב היטב, בפרט לדעת תה"ד, אם לא נאמר דודאי לא עשה בעילתו בעילת זנות, דהא נתייחדו לפני הרבה אנוסים לשם נישואין, וכל הטעמים שכתב בתה"ד לא שייך הכא, ובפרט אם היו נזהרים בנידה ובמקוה טהרה שהוא אחד מן הטעמים שכתב הריב"ש, על כן למעשה אין להקל באיסור אשת איש חלילה". וה'בית שמואל' (ס"ק ג') כתב: "כתב בח"מ דוקא מומר לרצונו, אבל אנוס שנשא אנוסה ומשמרים בצנעה דת יהודית אין להקל כיון דנתייחדו לפני הרבה אנוסים לשם נישואין". טעמו של הח"מ הוא, שהוא מחשיב את האנוסים המקיימים מצוות בצנעה לכשרים לעדות, וממילא אם האיש והאשה התייחדו לפני הרבה אנוסים הרי כאן עדי ייחוד שהם כעדי ביאה, וחוששין שבעל לשם קידושין, שהרי עשה טקס נישואין והראה בזה שהוא רוצה לשאתה לאשה, ואת הטקס הזה שנעשה בפומבי

9. כך הוא ברפ"ד, וכך ציין הב"י. בדפוסים מאוחרים הוא בית כ'.

נאלץ לעשות בדרכי הגויים, אך יש לחוש שאחר כך התכוון בבעילה לשם קידושין של תורה, כמו במצוות אחרות שהוא מקיים אותן רק בצנעה, והרי הוא כאומר לנוכחים בטקס: הרי אני לוקח אותה לאשה בבעילה, שהם כעדי קידושין. וע"ע בפסקה הבאה.

ח. פסקי נושאי כלי השו"ע בענין הצורך בעדי ייחוד

כתב הטור (סי' כ"ח): "קידש במלוה ובעל סתם בפני עדים צריכה גט, דודאי לשם קידושין בעל". והב"י הביא את דברי הרא"ש (כתובות פ"ז סי' י"א): "והא דאמרין דבועל לשם קידושין היינו בדאיכא עדי ייחוד דאמרין הן הן עדי ייחוד הן הן עדי ביאה", וברור שזוהי גם כוונת הטור, ומה שכתב שבעל בפני עדים היינו עדי ייחוד, וכמו שכתב לענין קידושי ביאה (סי' ל"ג): "ונתייחד עמה בפני עדים ובעלה". עוד כתב הטור (סי' ל"א): "קידשה בפחות משה פרוטה ואח"כ בא עליה סתם בפני עדים צריכה גט, שודאי בעל לשם קידושין", וגם שם הביא הב"י את דברי הרא"ש הנ"ל. ולהלן (סי' מ"ג) כתב הטור: "קטן שקידש או נשא אינו כלום... ולאחר שיגדיל חלין הקידושין, ואפילו אין עדים שבא עליה משהגדיל אלא שנתייחד עמה צריכה גט".

והשו"ע פסק (כח, טז): "קידש במלוה ובעל סתם בפני עדים שראו שנתייחד עמה, צריכה גט מספק". והרמ"א הוסיף: "והוא הדין אם קידש בפחות מפרוטה ובעל וכל כיוצא בזה". ולהלן (לא, ט) פסק השו"ע: "אם קידשה בפחות משה פרוטה ואחר כך בא עליה סתם בפני עדים צריכה גט, שודאי בעל לשם קידושין", וכתב הגר"א (ס"ק י"ח): "ואף בעדי ייחוד סגי... וכמ"ש בריש סי' ל"ג (לשון השו"ע שם: אמר לה בפני שני עדים הרי את מקודשת לי בביאה זו ונתייחד עמה בפניהם הרי זו מקודשת)". והרמ"א הוסיף: "והוא הדין קטן שקידש ונתגדל אצלה צריכה גט, דודאי בעל כשהגדיל לשם קידושין. ודוקא בכהאי גוונא שכל אדם יודע דאין קידושי קטן או בפחות מפרוטה כלום ולכן בעל לשם קידושין, אבל במקום דאיכא למיטעי צריך קידושין אחרים, כמו שנתבאר סימן זה סעיף ד'" (שם נאמר שבמקודשת מספק שמא הדבר שוה פרוטה במקום אחר, הדין הוא שצריכה גט להתירה לעלמא, ואם רוצה לקיימה צריך קידושין אחרים). על דברי הרמ"א "והוא הדין קטן שקידש ונתגדל אצלה צריכה גט דודאי בעל" כתב הגר"א (ס"ק כ'): "ר"ל אע"ג דליכא עדים בביאתו ולא בייחודו וכמ"ש

בקטנה שם (ר"ל: ביבמות קי. שהזכיר בס"ק הקודם) וכמו שכתבתי בסי' כ"ו ס"א. בסי' כ"ו, על לשון השו"ע בענין פילגש: "ואפילו בא עליה לשם אישות בינו לבינה אינה נחשבת כאשתו ואפילו אם ייחדה לו אלא אדרבה כופין אותו להוציאה מביתו", כתב הגר"א: "ואפילו אם כו' – ר"ל כיון שידוע שבא עליה הוי כעדים כמ"ש תוס' ביבמות נ"ב ב' ובגיטין כ"ו ב' ד"ה לכשאכנסנה כו', ואמרינן ביבמות ק"י וכתובות ע"ג המקדש את הקטנה וגדלה כו' ומשמע אע"ג דבעל בלא עדי ייחוד כיון דידוע שמתיחדת עמו ודאי לשם קידושין בעל כמ"ש שם, מ"מ כאן דלאו לשם קידושין בעל לאו כלום הוא כנ"ל". הרי שהגר"א סובר כרא"ה שבקטנה שלא מיאנה והגדילה וכן בקטן שקידש וגדל עמה אין צורך בעדי ייחוד כי הכל יודעים שהוא מתייחד עמה ובעלה לשם קידושין, אבל במי שמתחילה לא קידש אותה בפני עדים בשום קידושין, גם אם ייחדה לו – לאו כלום הוא ואינה צריכה גט.

וה'חלקת מחוקק' כתב על דברי הרמ"א הנ"ל: "אבל במקום דאיכא למיטעי וכו' – שם בתשובת מיימון סי' י"ט קאי [א]אדם שיש לו בנים מאשתו ולבסוף נודע שטבעת קידושין לא היתה שוה פרוטה, על זה פסק דצריך לחזור ולקדשה. ואם בא עליה לאחר שנתברר דליכא שוה פרוטה, רק דליכא עדי ייחוד, מסתפק שם אם נאמר דסתם איש ואשה הדרים יחד הוי כעדי ייחוד, וע"ש". וה'בית שמואל' כתב: "וכתב בתשובת מיימוני אם אחר שנודע לו שלא היה שוה פרוטה דר עמה כדרך איש עם אשתו ולא היה עדי ייחוד, י"ל דהוי כעדי ייחוד. ובתשובת ריב"ש סי' קצ"ג כתב בשם הרא"ה דהוי כעדי ייחוד, ובסוף תשובה ו' חולק על זה, וכתב כל הראשונים כתבו דצריך עדי ייחוד, וע' ריש סי' קמ"ט".

והנה מה שכתב הב"ש שבתשובת מיימוני כתב דהוי כעדי ייחוד (ולא כח"מ שכתב שמסתפק בזה), הוא על פי המסקנה בתשובה, שהשוה שם את הדבר לקטנה שנבעלה לאחר שהגדילה שאינה יכולה למאן, "אע"ג דליכא עדי ייחוד, דדבר שבסתם כך הוא כדאיכא עדים דמי". אבל מה שהב"ש הפנה לסי' קמ"ט צריך בירור, כי לכאורה כוונתו ששם נפסק שלא כרא"ה, אלא צריך עדי ייחוד, שכן ראינו שלשון השו"ע שם היא: "המגרש את אשתו וחזר ובעלה בפני עדים (הגה: או שגלוי לכל שבא עליה כגון שנשאה)... הואיל ואשתו היתה הרי זה בחזקת שהחזירה ולשם קידושין בעל", וכן בהמשך: "נתייחד עמה בפני שני עדים... אם היתה מגורשת מן הנישואין חוששין לה שמא נבעלה" וכו'. ולכאורה ברור שגם מ"ש הרמ"א "כגון שנשאה" היינו שנשאה בעדים, וכך מוכח מהמקור

לדין זה שהביא הרמ"א ב'דרכי משה' מדברי הר"ן בגיטין שמדבר בנישואין רגילים, ע"ש. ואע"פ שהב"ש (בסי' קמ"ט ס"ק א') הקשה על הרמ"א: "איני יודע לענין מה כתב כאן דברי הר"ן, דהא כאן איירי לענין חשש קידושין, אם כן ממה נפשך, אם נשאה כדין נישואין תיפוק ליה [דהיה קידושין], ואם לא נשאה כדין נישואין א"כ מהיכא תיתי לומר דבועל לשם קידושין", מכל מקום על כרחך כוונת הרמ"א היא שאם עשה חופה בלי קידושין הרי זה בחזקת שבעל כמו בחופה רגילה שאחרי קידושין וכך פירש ה'בית מאיר' שם, אלא שבהגהת הב"מ הקשה אם כן תיפוק ליה שצריכה גט משום שבשו"ע כו, ב משמע שיש להחמיר שחופה גרידא עושה קידושין; אך יש לתרץ ששם לכל היותר צריכה גט מספק, ואילו כאן מדובר בקידושי ודאי, ומן-הסתם כוונתו שהחופה הזאת היתה בעדים. וכן נראה ממה שהב"ש בראש דבריו בסי' קמ"ט מפנה למה שכתב בסי' י"ט (ס"ק א'), שם הוא דן בענין "סוקלין על החזקות", וז"ל שם: "וריש סי' קמ"ט הבאתי פלוגתא אם נשא אותה סבירא להו לכמה פוסקים דהוי כאילו ראינו שבעל אותה, ולכאורה משמע דרמב"ם לא סבירא ליה כן, דאל"כ מנא ליה להביא ראייה מן מקלל או מכה אביו, דילמא נשא אותה לפנינו, מזה ידוע לנו שהוא בעלה ואז אמרינן רוב בעילות אחר הבעל", הרי שהבין ש"נשאה" שכתב הרמ"א בשם הר"ן ועוד ראשונים היינו שנשאה לפנינו, כלומר בפני עדים, אלא שלא ראו שבעל, ואעפ"כ אמרינן בוודאי בעל.

אולם בהמשך דבריו בסי' קמ"ט מפנה הב"ש גם לסי' קכ"א, ושם (בס"ק ט') כתב: "ואם היה שוטה בעת הקידושין ונשתפה וחזר ונשתטה, אפשר כשהיה שפוי בעל לשם הקידושין, כ"כ הב"י, והיינו כשנתייחד עמה לפני עדים, ואם לא נתייחד לפני עדים אלא דר עמה כדרך איש עם אשתו כתבתי כמה פעמים דפליגי בזה הפוסקים". ובסי' קנ"ה, בדין קטנה שלא מיאנה וגדלה ועדיין לא נבעלה, כתב הב"ש (ס"ק ל"ב): "ובכל זה איירי בידוע בוודאי דלא בעיל, אבל מסתמא כל שדר עמה כדרך איש עם אשתו אמרינן שבעיל אע"ג דליכא עדי ייחוד כמ"ש ר"ס קמ"ט".

נראה אפוא שהב"ש הבין שמה שכתב הרמ"א בסי' קמ"ט "או שגלוי לכל שבא עליה כגון שנשאה" פירושו שאמנם "נשאה" בפנינו, דהיינו שהודיע לעדים שהוא נושא אותה לאשה והכניסה לביתו בפני העדים, אבל לא היה שם ייחוד (ע' נה, א ברמ"א שחופה היא לאו דוקא בייחוד), וממילא הביטחון שבעל הוא על סמך שיטת הרא"ה וסיעתו שכל שדר עמה כאיש ואשה הרי זה כעדי ייחוד ובעילה.

אמנם, בכל המקומות האלה מדובר על מי שקידש את האשה תחילה בקידושין שאינם חלים, או במי שגירש את אשתו וחזר והתייחד עמה. אבל בסי' כו, א, על לשון השו"ע בענין פילגש: "ואפילו בא עליה לשם אישות בינו לבינה אינה נחשבת כאשתו ואפילו אם ייחדה לו אלא אדרבה כופין אותו להוציאה מביתו", כתב הב"ש: "ע' סי' קמ"ט כל שנשאה וגלוי לכל הוי כאילו היה עדים בעת הביאה, לפי"ז אם היה גלוי שנושא אותה לשם אישות הוי קידושין בביאה, אלא איירי שלא היה בגלוי". מהאמור לעיל עולה שכוונת הב"ש בלשון "אם היה גלוי שנושא אותה לשם אישות" לכך שהודיע לאנשים שהוא לוקח אותה לו לאשה, שאז לשיטתו יש להתייחס אליה כאשת איש מפני שמן-הסתם נבעלה לשם קידושין, ואפילו לא היו עדי ייחוד – ידיעת רבים שכנסה לשם אישות שקולה לעדי ייחוד, וזאת אף בלא קידושין קודמים. ונראה שגם הח"מ חשש לסברה זו, שכן בסי' ל"ג, על לשון השו"ע בענין קידושי ביאה: "בביאה כיצד, אמר לה בפני שני עדים הרי את מקודשת לי בביאה זו ונתייחד עמה בפניהם הרי זו מקודשת", כתב הח"מ (ס"ק ב'): "כבר כתבתי סוף סי' ל"א (הובא בפסקה הקודמת) דבתשובת מיימון מסתפק בסתם איש ואשה הדרים יחד אי הוי כעדי ייחוד אף דאין כאן עדי ייחוד ממש". משמע שחושש לזה גם אם לא קדמו לכך קידושין פסולים (וממילא מה שכתב לגבי אנוסים "דהא נתייחדו לפני הרבה אנוסים לשם נישואין" אין פירושו שנתייחדו ממש בפני רבים, אלא שנודע לרבים שהם חיים כאיש ואשתו).

אבל ה'בית מאיר' תמה על הב"ש, שהרי הוא עצמו התקשה בדברי הרמ"א בסי' קמ"ט ושאל שם מניין שבנישואין שלא קדמו להם קידושין בועל לשם קידושין. ומסיים הב"מ: "וצ"ע כוונתו, כי לענ"ד היינו פילגש", כלומר: מי שמכניס אשה לביתו לשם אישות בלי קידושין אינה אשת איש אלא פילגש, וממילא אינה צריכה גט. וראינו שהגר"א, הסובר כרא"ה בענין קטנה שהגדילה שאינה צריכה עדי ייחוד, כי היות שידוע שמתייחדת עמו אנו אומרים שודאי בעל לשם קידושין, כתב שם: "כיון שידוע שבא עליה הוי כעדים... מ"מ כאן דלאו לשם קידושין בעל לאו כלום הוא כנ"ל". הרי שהגר"א הבין שלשון השו"ע "ואפילו אם ייחדה לו" פירושה שהכל יודעים שהוא מתייחד עמה (ועל כן בי"ד מתערבים וכופין אותו להוציאה מביתו), ואף על פי כן לאו כלום היא, כי לא בעל לשם קידושין, ובס"ק א' שם כתב שדוקא במי שהיתה אשתו וגירשה אומרים אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, ולא בבעילת פנויה סתם, כדעת הרמב"ם וכפסק השו"ע

קמט, ה. ובהערות מהרי"מ נכד הגר"א כתב שם שלשון הגר"א "מ"מ כאן דלאו לשם קידושין בעל לאו כלום הוא" מכוונת לדחות את דברי הב"ש שבגלוי לכל שכנסה לביתו לשם אישות הרי היא מקודשת, כי גם אם אומרים שבגלוי לכל הוי כעדים, מ"מ אפילו בעדים ממש מפורש בב"י בסי' קמ"ט בשם הרשב"א והר"ן "שמן הסתם בעילתו זנות עד שיפרש שהיא לשם קידושין", ואם לא פירש, אפילו חי עמה בקביעות אינה אלא פילגש ואינה צריכה גט.

ט. דעת הפוסקים על "נישואין אזרחיים"

בענין "נישואין אזרחיים" בזמן הזה דנו כמה וכמה פוסקים בדורות האחרונים. נביא תחילה את דברי הרי"א הנקין זצ"ל בספרו 'פירושי איברא' (י"ל בניו יורק בשנת תרפ"ה), וזאת משום שהוא חידש בענין זה תפיסה מיוחדת, והציע את הדברים בהרחבה יתירה. דעת הרי"א הנקין (להלן: הרי"א) היא שכל שנישאו בנישואין אזרחיים, אע"פ שלא היה בעת הטקס שום מעשה קידושין, ולא עדים, הרי היא אשת איש גמורה וצריכה גט להתירה. עיקר סמיכתו היא על שיטת הרא"ה ותשובת מיימוני, לפיה כל שידוע לכל שהם חיים כאיש ואשה (וגרים בסביבתם יהודים כשרים שאינם פסולי עדות) הרי זה כעדי ייחוד, שהם הם עדי ביאה, והאשה מתקדשת בביאה שבא עליה, אף אם לא התכוון האיש לבעול לשם קידושין ואינו יודע כלל מהמושג ההלכתי של קידושי ביאה. טענתו של הרי"א היא שנישואין הוא מושג טבעי, הקיים אצל כל בני אדם, והרצון שלהם לחיות יחד כאיש ואשה נשואים מספיק כדי להחיל על הביאה שם של קנין אישות, וקנין כזה חל גם אם אין האדם מתכוון במפורש לשם קנין, ע"ש שהאריך.

מכיון שהרי"א סומך על שיטת הרא"ה, הוא נזקק לתרץ את הסתירה שיש לכאורה בדברי הריב"ש, אשר מחד בתשובה ו' כתב שדעת הרא"ה היא דעת יחיד וכל הראשונים חולקים עליו, ומאידך בתשובה קצ"ג הזכיר את דעת הרא"ה ולא כתב שחלקו עליו. וכתב הרי"א (בספרו הנ"ל סי' ה' אות י') שהסיבה שבתשובה ו' לא סמך הריב"ש על דעת הרא"ה היא משום ששם מדובר בזוג אנוסים שנישאו בחוקות הגויים ודרו בין האנוסים שהם פסולי עדות, כך שלא היו שם עדים כשרים שייחשבו כעדי ייחוד, מה שאין כן בתשובה קצ"ג שם מדובר בזוג שחי בין יהודים כשרים. אך יש להעיר שמלשון הריב"ש בתשובה

ו' שדברי הרא"ה הם דעת יחיד וכל הראשונים חלקו עליו, משמע שזאת הסיבה שאין הוא חושש לדעתו, ולא משום שאין שם מי שיעיד וממילא דברי הרא"ה אינם שייכים שם. ולגבי תשובה קצ"ג כבר כתבנו לעיל ששם הריב"ש מביא את דעת הרא"ה רק כצירוף לטעמו העיקרי שבאמת היו שם קידושין כשרים מלכתחילה.

מכל מקום, ראינו בפסקאות הקודמות שאף ששיטת הרא"ה אינה דעת יחיד, ויש עוד ראשונים הסוברים כמותו, הנידון בכל דבריהם הוא כאשר היו בין האיש והאשה קידושין שאינם יכולים לחול מדין תורה, ועכשיו ידוע לכל שהם חיים ביחד, שבזה חוששים שבעל לשם קידושין, וידיעת הסביבה היא כעדי ייחוד, אבל כשלא היו קידושין קודמים לא שמענו.

ובעיקר סברתו של הרא"ה, שנישואין הם ענין טבעי, וכל שאיש ואשה מחליטים לחיות ביחד ומקיימים חיי אישות יש לבעילה תוקף של מעשה קידושין (והצורך בעדים מתמלא ע"י ידיעת הסביבה שהם מתייחדים, כשיטת הרא"ה) – סברה זו מתנגשת עם דין פילגש, שהרי גם הלוקח לו פילגש מייחדה לו, ומדוע לא נאמר בפילגש שחיייהם המשותפים יוצרים קידושין? והלא מפורש בגמ' בסנהדרין שפילגשים הם "בלא כתובה ובלא קידושין", כנ"ל פסקה א', כלומר שאישות כזאת שאינה מתחילה מקידושין אינה אישות אלא פילגשות, וזהו שכתב הריב"ש על הנישאת בחוקות הגויים "ואם כן אינה כנשואה אלא שהיא אצלו כמו פילגש בלא כתובה וקידושין", וכ"כ הרשב"ץ: "אם נישאת בחוקות הגויים הרי היא אצלו כפילגש, ואין לחוש כלל לבעילותיו, שאין בעילותיו דרך אישות", כמובא לעיל. ואף שהובאה בראשונים גירסה בגמ' לפיה פילגשים הן בקידושין בלא כתובה, אין זה ענין לנידוננו, כי לגירסה זו היו מקדשים פילגש בקידושי תורה, וממילא היתה אשת איש, אלא שהתנו שלא תהיה לה כתובה, אבל לשיטת הרמב"ם והרא"ש והרמב"ן ועוד ראשונים שהפילגש היא בלא קידושין, ונחלקו האם לקיחת פילגש מותרת או אסורה, ברור שגם לאוסרים וגם למתירים אין היא אשת איש הצריכה גט, וכך נפסק בשו"ע ורמ"א בסי' כ"ו ש"אינה נחשבת כאשתו", אלא שנחלקו האם מותר לקיימה, כמבואר לעיל בפרק הראשון.

והרא"ה (סי' ד' אות ו') נדחק לומר שמה שכתב הרמב"ם שפילגש היא בלא קידושין, אין הכוונה שאינה אשת איש, אלא שלא קידשה תחילה דרך כבוד קודם שהכניסה לביתו, אבל אחרי שהכניסה לביתו וחי עמה בחיי אישות זה עצמו מהווה קידושי ביאה, והריהי אשת איש גמורה וצריכה גט. והביא ראיה

מהאמור בבראשית רבה (לב, א) שאחיתופל התיר גילוי עריות בזה שיעץ לאבשלום לבוא על פילגשי אביו. ועוד כתב שהראשונים הסוברים שפילגש נחשבת לפנויה הרי זה משום שהיא נלקחת בעיקר לעבודות הבית כאמה, ולא לאישות, ואין כוונת אדוניה שתהיה מיוחדת רק לו ואסורה על אחרים, ובאופן כזה אין הבעילה יוצרת קידושין. וכל זה דוחק גדול, ובאשר לדברי הב"ר כתב הרד"ל שם, שכידוע הב"ר הוא מדרש ארצישראלי ההולך בעקבות התלמוד הירושלמי, והוא סובר כירושלמי הנ"ל סוף פסקה ב' שפילגשים הן בקידושין בלא כתובה, אבל לבבלי אין זה גילוי עריות (אא"כ הלשון גילוי עריות אינה בדוקא, והכוונה ללאו של לא תהיה קדשה). ומכל מקום, פסק השו"ע (כו, א): "אין האשה נחשבת אשת איש אלא על ידי קידושין שנתקדשה כראוי... ואפילו בא עליה לשם אישות בינו לבינה אינה נחשבת לאשתו ואפילו אם ייחדה לו, אלא אדרבה כופין אותו להוציאה מביתו", והגהת הרמ"א שם: "אם מייחד אליו אשה וטובלת אליו יש אומרים שמותר, והיא פילגש האמורה בתורה, ויש אומרים שאסור ולוקין על זה משום לא תהיה קדשה" – ברור מילולו שהמייחד לו אשה ללא קידושין קודמים אינה נחשבת אשת איש, אלא לדעה אחת כופין אותו להוציאה מביתו בלא כלום, ולדעה אחרת מותר לקיימה.

והנה הריא"ה (בסי' ג' אות ג') נתלה בדברי הרמ"א בסי' קמ"ט בענין "או שנשאה", ובדברי הב"ש בסי' כ"ו ובשאר המקומות הנ"ל¹⁰, אך ראינו שהגר"א והב"מ דחו את דברי הב"ש, ודברי הרמ"א בסי' קמ"ט הם דוקא במי שגירש את אשתו וחזר ונשאה, ולא על מי שלא היתה אשתו מעולם, וגם הביטוי "או שנשאה" פירושו ככל הנראה מה'דרכי משה' שעשה חופה בפני עדים כשרים. מי שהגיב באופן ישיר על דברי הריא"ה, הוא הר"מ פיינשטיין זצ"ל בשו"ת 'איגרות משה' (אה"ע ח"א סי' ע"ד ותשי"ט)). ז"ל השאלה שנשאל: "בדבר האשה שבאת מאונגארן (=מהונגריה) שתחת ממשלת הסאוועטן (=הסובייטים) ואומרת שדרה עם איש משך זמן בלא קידושי תורה רק במה שנרשמו בפנקס פקיד הממשלה בהעיר, שכן הוא שם האישות מהממשלה שאין להם שום קנין ולא שום מעשה רק רשימה אצל הפקיד, ואחר זמן הסכימו להיפרד והלכו להפקיד ורשם שהם מפורדים, ויותר לא ידעו לא הוא ולא היא, שלא ידעו משום רב

10. בציון דברי הב"ש נפלו שם ט"ס: במקום סי' קנ"ח צ"ל סי' קנ"ה ובמקום סי' ל"ב צ"ל סי' ל"א.

יהודי ומנוהגין בדין ישראל, ונהגו באישותם בהתקרבותם ובהיפרדם כמנהגי הממשלה שחשבו שכן צריך להתנהג כחוקי הממשלה. ומאז שנפרדו הלך הבעל ואינה יודעת היכן הוא, והיא באה לקענעדא (=לקנדה), אם יש להתירה להינשא".

וכתב האג"מ: "והנה אם האמת כדבריה הרי לא נעשית בה כלל מעשה קידושין, ואף אם נזדמן שהיו שם עדים כשרים בעת שנרשמו לאיש ואשה אינו כלום, אבל הנידון הוא רק באם דרו יחד כאיש ואשתו במקום שנמצאים יהודים כשרים לעדות, שנימא חזקה דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות שפליגי בזה קדמאי". האג"מ מביא את תשובת הרשב"א שהובאה בב"י ס"ס י"ז, לגבי אדם שקידש אשה שהיתה כבר מקודשת לאחר, ואחר כך הביאו לה גט מהראשון שנכתב אחר קידושי השני, והשני המשיך לחיות אתה, והרשב"א כותב שצריכה גט מהשני, כי מאחר שנודע לשני שקידושו לא תפסו, והמשיך לחיות אתה, חוששים שבעל לשם קידושין ולא לבעילת זנות, אע"פ שבעילתו אסורה מן התורה משום ונטמאה ונטמאה אחד לבעל ואחד לבעול. הרי שהרשב"א סובר שהכלל אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות אמור גם במי שלא איכפת לו לעבור על איסור אחר בבעילתו. ואילו הריב"ש בתשובה הנ"ל, וכן הרדב"ז (ח"א סי' שנ"א) וה'משנה למלך' (הל' גירושין י, יח), סוברים שמי שעובר על איסור נידה אין חוששין שמא בעל לשם קידושין, כי אם עובר על כרת לא איכפת לו לבעול בעילת זנות, והרמ"א בסי' כו, א והשו"ע בסי' קמט, ו פסקו כריב"ש (ר"ל: שמי שנישאה בחוקות גויים אין חוששין לה משום אשת איש), והגר"א בסי' כ"ו ס"ק ט' הביא גם את הנימוק שכתב הריב"ש שהואיל ואינם זהירים בנידה ובשאר מצוות אין אומרים בהם אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, ואם כן רואים שפסקו בזה שלא כרשב"א. ויש להעיר שהרשב"א דיבר במקרה שהיו בתחילה קידושין פסולים, או במי שגירש את אשתו ולנה עמו בפונדקי, אבל בפנויה שלא היו בה קידושין כלל כתב הריב"ש בתשובה הנ"ל שהרשב"א הסכים עם הרמב"ם שאין אומרים אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, ואם כן לגבי הנידון של נישואי ערכאות אין זו פסיקה נגד הרשב"א.

מכאן עובר האג"מ לדרון בדברי הח"מ הנ"ל פסקה ז' בדבר אנוסים שנודע עליהם שהם משתדלים לשמור מצוות בצניעא, שאף אם נישאו בחוקות הגויים יש לחוש שנתכוונו בבעילה לשם קידושין, ומסיק האג"מ שאין זה שייך לכאלה שאינם יודעים כשומרי מצוות בצניעה. והוא מוסיף עוד טעמים להיתר: אף אם אחרי

נישואי הערכאות חיו במקום שיש בו גם יהודים כשרים, ולכאורה יש להחיל את סברת הרא"ה שהידיעה שהם חיים כאיש ואשה חשובה כעדי ייחוד, מכל מקום הלא הרמ"א פסק בפירוש בסי' לג, א שבהחזק לזנות אין אומרים שבעל לשם קידושין, ואלה שנישאו בערכאות הלא עובר זמן עד שהם ידועים אצל יהודים כשרים כבעל ואשה, ונמצא שלפני כן לא היה איכפת להם לחיות בלי קידושין, ואם כן הרי הוחזקו לזנות. ועוד, מסתבר שאלה שמתחתנים בערכאות מעוניינים שיוכלו גם להתגרש בערכאות אם ירצו ולא יצטרכו לגט פטורין, ומכל מקום אפשר שכך היא דעתם, ואם כן אין כאן אנן סהדי שמתכוונים בבעילתם לשם קידושין, והרי כל החשש לשיטת הרא"ה הוא מטעם אנן סהדי, שמטעם זה אנו מחשיבים את הבעילה לקידושי ביאה בעדים.

לבסוף דן האג"מ במה שכתב הריא"ה בענין פילגש, ודחה את דבריו כנ"ל, והסיק הלכה למעשה שאם אפשר להשיג גט מהבעל יש להחמיר לכתחילה ולפוטרה בגט, אבל אם אי אפשר להשיג גט מהבעל – האשה מותרת להינשא. וחזר ופסק כן בסי' ע"ה (תשכ"א). ובשאלה אחרת – אודות זוג שהתחתן אצל ראב"י ריפורמי במעמד קהל ריפורמי (שם סי' ע"ו [תשי"ז]), ואחר זמן הבעל עזב את האשה ואי אפשר להשיג ממנו גט – פסק שהאשה מותרת, ונימק זאת בכך שגם אם היתה שם נתינת טבעת ואמירה של קידושין מכל מקום העדים היו פסולים (שכן הם מחללי שבתות וכו'), ואין לחוש כאן לסברה שדרו אחר כך בין יהודים כשרים והן עדי ייחוד, כי בנידון זה שהתחתנו בחתונה ריפורמית הלא הם חושבים שבזה יצאו ידי חובתם, ובוודאי שהבעילה אחר כך היא על דעת קידושין הראשונים שאינם כלום. ויחידש בענין זה עוד סברה מעניינת: בשו"ת 'חתם סופר' אה"ע סי' ק' דן במעשה של רב שסידר חופה שבה הוא והשמש היו העדים, ואחר כך התברר שהשמש היה קרוב של הכלה, והחת"ס מסיק שמעיקר הדין הקידושין חלו אם היו במעמד החופה עדים כשרים, אע"פ שלא ראו בעיניהם ולא שמעו באזניהם את מעשה הקידושין, כי הואיל והם יודעים שהמעמד הוא של סידור קידושין על ידי רב, הרי הם כעדים גמורים, כי הם בגדר אנן סהדי שהיו קידושין. אומר האג"מ: זה כאשר מסדר הקידושין הוא רב, אבל כאשר המסדר הוא ראב"י ריפורמי, גם אם היו במעמד הזה יהודים כשרים לעדות, אין כאן אנן סהדי שהיו קידושין כשרים, שהרי הם יודעים שהראב"י יכול "לקדש" גם בלי מעשה קידושין כדין. ודפח"ח.

י. סברות נוספות של הפוסקים בענין זה

עוד לפני שו"ת 'איגרות משה', נזכרה שיטת הר"י הנקין בשו"ת 'דבר אברהם' לר"א מקובנה (ח"ג [נערך בשנת ת"ש] סי' כ"ט), שעסק אף הוא בשאלת נישואין אזרחיים, והביא גם דברי גדולים אחרים שדן עמהם בזה. ה'דבר אברהם' מבחין בין "אלה שאינם דשים בעקב דרישות הדת, ורק ממעין אונס עדיין לא עשו חופה וקידושין כדמו", לאלה שפורקים עול תורה ומצוות או אינם יודעים כבר כלום מזה", שרק בראשונים שייך לדון על חזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, שהרי האחרונים לא איכפת להם מעבירות, "דאף דמכווני לשם אישות, לאו לאישות כדמו"י מכווני, אלא לאישות כחוק האזרחי, שקשר האישות שביניהם יתפרד ע"י השופט וכו' שלא כדיני אישות כדמו"י, ואישות כזו לא מהניא להתהפך לאישות כדמו"י. ומזה תשובה נמי למה שרצו קצת לומר דחזקה דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות אינו משום האיסור, אלא ענין טבעי לאדם, וממילא גם הפורשים מדת אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות אלא מכווני לאישות, ולהאמור אין זה מחייב כלל, כיון דלאישות ממין אחר קא מכווני".

עוד הביא ה'דבר אברהם' בקצרה את מה שכתב לו רח"ע גרודז'נסקי זצ"ל בעל ה'אחיעזר' בענין זה, שאין כל המקרים של נישואין אזרחיים שוים. ונראה בכוונת ה'אחיעזר', שאף לסברה שהמעוניינים בנישואין יש להחשיב את בעילתם לקידושי תורה – הרי זה שייך לכל היותר במציאות שאינם יודעים מקידושין כדת משה וישראל, ובתום לב מתחתנים בערכאות, כגון אלו שחיו תחת משטר קומוניסטי שנלחם בדת והשכיח אותה. אבל במקומות שיהודים יכולים להתחתן בנישואין דתיים, והם בוחרים שלא לעשות זאת, הריהם מגלים דעתם שאינם חפצים בקידושין על פי דין תורה, וממילא אין לחוש שבעל לשם קידושין התופסים מצד הדין.

עוד הביא ה'דבר אברהם' תשובה ששלח לו הגאון הרוגצ'ובי, ומצויות תשובות נוספות בענין זה בשו"ת 'צפנת פענח' (דפוס ורשה סי' כו-כז, דפוס דווינסק סי' א-ד), שבהן רוצה הרוגצ'ובי לחדש גדר חדש, המחלק בין קנין אישות לגבי איסור אשת איש וממזרות, שהוא דוקא על ידי קידושין, לבין קנין שמיוחדת לו ולא לאחרים, שהוא קנין אישות הנוהג גם בבני נח, והוא כקנין ממוני, והוא טוען שבנישואי ערכאות חל קנין כזה שצריך להפקיעו בגט, אמנם בנוסח אחר

מגט רגיל¹¹. ה'דבר אברהם' מפקפק בחידוש זה. ובשו"ת 'שרידי אש' לרי"י ויינברג זצ"ל (ח"ג סי' כ"ב), שהתכתב אף הוא עם בעל ה'דבר אברהם' בענין, טען נגד מסקנת הרוגצ'ובי, שכמו שמצאנו באישות של בני נח שמספיק פירוד מעשי כדי להתיר את הקשר ואין צורך בגט (הל' מלכים ט, ח), כך צריך להיות גם בקנין כזה בישראל, "ואין שום סברא לחלק בין בן נח ובין פילגש של ישראל בענין הקנין וביטול הקנין. ואולם עצם ההנחה שיש שני גדרים וכו' הוא דבר חדש שלא הוזכר בש"ס ופוסקים ורק הגאון הרוגצ'ובי חידש מדעתו כדרכו, ואלמלא מוראו של גאון אדיר זה עלי הייתי אומר שאין לחוש לסברא זו כלל". ובאמת הטענה שממה נפשך, אם הם קידושי בני נח מספיק גם פירוד כבני נח, מפורשת בדברי הריב"ש שהובאו לעיל פסקה ה': "ועוד דבבן נח אינה צריכה גט, דאינן בתורת גיטין, וכל שישלחנה הבעל מביתו או תמאן היא בו ותצא מביתו הרי היא כפנויה גמורה". ובשו"ת 'עזרת כהן' לראי"ה קוק (סי' ל"ח [תרפ"ה]) נשאל אודות זוג שהתחתנו בערכאות ואחרי כמה שנים שחיו ביחד התגרשו בערכאות, האם האשה צריכה גט, וכתב: "וכשהיה להם גירושין פומביים המספיקים לגבי דין בן נח, לא מצינו שום חשש וסמך לאיסור. ונשאר רק לחוש להמחמירים משום שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, לענ"ד די לנו לחוש לחומר זה כל זמן שאין לנו הוכחה שאינו רוצה בסדרי קידושין של ישראל, אבל כאשר נשא בערכאות, והוכיח סופו על תחילתו שגם גירש בערכאות, אין לנו הוכחה יותר גמורה מזו שאינו חפץ כלל בקידושין, ולמה נחוש לה. על כן אם שבאין עיגון ראוי עכ"פ לחוש לחומר אשת איש להצריכם גט, אבל במקום עיגונא אין לי שום יסוד לחוש על זה".

ובשו"ת 'קול מבשר' לר' משולם ראטה זצ"ל (ח"א סי' ז') כתב, אחרי שהביא את תשובת הריב"ש ואת דחיית דברי הב"ש על ידי הב"מ והגר"א: "ולדינא הנה רוב הגדולים בדור שלפנינו הסכימו דנישואין אזרחיים א"צ גט כלל, רק מקצת הצריכו גט מצד חומרא בעלמא, אבל כאן בנ"ד שהוא מקום עיגון... יש להתירה להינשא בלא גט, ולדעתי ההיתר ברור בלי שום פקפוק".

ובשו"ת 'ציץ אליעזר' (ח"ב סי' י"ט [תש"ז]) כתב קונטרס גדול להוכיח שאין

11. וע' מה שכתב על שיטתו הר"ש דייכובסקי שליט"א בספרו 'לב שומע לשלמה' ח"א עמ' רי"א ואילך, וזאת במסגרת מאמר שבו הביא את כל הנימוקים בעד ונגד הצרכת גט בנישואין אזרחיים שניתנו על ידי פוסקי הדורות האחרונים.

ב"נישואין אזרחיים" ממש, ובסיום דבריו כתב: "ולענ"ד הבא להחמיר בכגון דא, מתוך שמחמיר בתחילתו מקיל בסופו לזעזע עד היסוד את כל חומת מבצר הקדושה והטהרה בישראל". אולם, הנוהג הקיים למעשה בבתי הדין הוא כדעת רוב הפוסקים הנ"ל, שאם אפשר להשיג גט מהבעל – מעדיפים זאת, אבל אם הבעל אינו נמצא לפנינו, או שהוא מסרב לתת גט – מתירין לאשה להינשא לאחר בלא גט.

וזה יצא אחרונה, שו"ת 'מנחת אשר' לרא"ז וייס שליט"א (ח"ג סי' צ' [תשע"ו]), המסיק אף הוא הלכה למעשה שבמקום עיגונא מותרת להינשא ללא גט, וז"ל אודות חידושו של הרוגצ'ובי: "אין הדברים הללו אלא חידוש בסגנונו המיוחד של גאון זה, דרך נשר בשמים, אך אין זה עיקר להלכה כלל". ועל שיטת הרי"א הנקין כתב: "שיטה זו נסתרת מכל דברי הפוסקים הקדמונים, הריב"ש והשו"ע והמהר"ם שיק וכו' שפסקו לגבי נישואין קתוליים ואזרחיים שאין בהם תוקף, ולא העלו על ליבם כלל לומר דבעצם כוונתם לקשר אישות יש כאן קידושין גמורים, ולא דנו אלא מצד הא דאין אדם עושה בעילתו ב"ז. ובגוף הסברא נראה ברור דאף שאכן לא בעינן כוונה לשם מצות קידושין, דלאו בכוונת המצוה עסקינן, מכל מקום בעינן כוונה לשם קידושין, ואין קידושין אלא קידושין של תורה".

מסקנות להלכה

- א. בעילת אקראית של פנויה, אע"פ שאינה נידה, אסורה. לחלק מהפוסקים איסורה מדאורייתא ולאחרים מדרבנן.
- ב. אשה המיוחדת לאיש אחד ללא קידושין נקראת פילגש. לדעה העיקרית בהלכה היא אסורה מדאורייתא, ולכל הפחות מדרבנן, ובית דין כופין אותם להיפרד. נזכרה בפוסקים גם הדעה שמותר לקיימה, אך רוב הפוסקים האחרונים ככולם אוסרים זאת, אפילו לאדם נשוי שאשתו אינה יכולה לקיים עמו יחסי אישות, וכל שכן לפני שיכול לשאתה לאשה.
- ג. זוג שהתחתן ב"נישואין אזרחיים" ואחר כך נפרדו, בין שנפרדו בגירושין אזרחיים, בין שהחליטו להיפרד ללא שום טקס, ובין שהבעל עזב את האשה והלך לו, והאשה רוצה להינשא לאחר – אם אפשר להשיג מהבעל גט כדין, יש

חיי אישות ללא נישואין

לעשות זאת. ואם אין מוצאים את הבעל, או שאינו מוכן לתת גט, או שדורש מהאשה דרישות בלתי מוצדקות בשביל לתת לה גט – האשה מותרת להינשא לאחר בלא גט. [ומובן שאם הבעל רוצה לשאת אחרת כדין עליו לתת מקודם גט לזו].

