

ג. חקרי הלכה

הרב אברהם א. שפירא

הרב הראשי לישראל

בענין טענת הבעל שמאמין לאשה שנאסרה עליו

נדון השאלה, באשה שהודתה בפני בעלה, וגם בפני ביה"ד שזינתה באופן שנאסרה עליו, אולם אח"כ חזרה בה ונתנה אמתלא להודאתה תקודמת שהיה זה בגלל דברי היבות וקטטה שבגללם עזבה את הבית. אולם הבעל טוען שהאמין וממשיך להאמין להבריה הראשונים ותובע לפוטרה בגט.

לא נדון בזה בשאלה לכל פרטיה, בענין האמתלא, טיבה והאפשרות לאשה לחזור בה מדבריה הראשונים ונתרכו רק בדבר השאלה, אם הבעל בהסתמך על דבריה הראשונים יכול להפקיע עצמו מחיוביו כלפי האשה, ובדבר האפשרות לפוטרה בג"פ מצד התדר"ג.

ונה אשר עלה במצודתי בע"ה.

הנה אשה האומרת טמאה אני לך למשנה ראשונה תצא מבעלה ולמשנה אחרונה חזרו לומר שלא תהא אשה נותנת עיניה באחר ומקלקלת על בעלה לכן תביא ראיה לדבריה עיין סוף גדרים. ואם כי בגמ' אוקמי משנה זו באשת כהן שאומרת נאנסתי, אבל הרמב"ם ובשו"ע פסקו דהוא הדין באשת ישראל האומרת בטמאתי ברצון והלכה כמשנה אחרונה וכבר האריכו האחרונים מש' התוס' בכתובות ס"ג, אבל למעשה נקטו כל הפוסקים כדין המבואר בשו"ע.

ובשו"ע קע"ח סעיף ט' בדין עד אחד מעיד שזינתה והיא שותקת אם הוא נאמן בעיניו ודעתו סומכת עליו כשנים יוציא ויתן כתובה. וכתב הרמ"א שהוא הדין אם היא עצמה אומרת שזינתה, וי"א שבזה"ו שיש תדר"ג לא לגרש אשה בע"כ אינו נאמן להומר שמאמינה או שמאמין לדברי העד החיישינו שמא עיניו נתן באחרת, ואומר שמאמין אעפ"י שאינו מאמין, ומנדין אותו על שאומר שמאמין וגורם לבטל תדר"ג וכו', וי"א דכופין אותו ומשמש עמה אעפ"י שאומר שמאמין לדברי העד מאחר שהאשה אינה מודה או אפי' אמרה בעצמה טמאה אני לך וחזרה ונתנה אמתלא לדבריה הראשונים כג"ל עפ"י סברה זו. אבל יש חולקים וס"ל, דאף בזה"ו נאמן, ומקורי הרמ"א הם שיטות הראשונים שהובאו בב"י שעל הט"ו ובד"מ שם. ומה שהמחבר כאן לא הביא מה שהזכיר בב"י פשוט דהמחבר הרי לא

הביא בשו"ע תקנות תקנות של חדר"ג וז"פ. ועיין בפת"ש כאן ובסי' קמ"ו מ"ש
בדינוני האחרונים בהלכותא לו.

והנה בביאור מחלוקת שיטת אלו נראה לכאורה שתלוי במחלוקת הראשונים
במשנה אחרונה שאינה נאמנת ומותרת לבעלה. והקשו הרי שו"א אנפשה חתיכא
דאיסורא, ועיי"ש בר"ן ב' שיטות: האחת, דחכמים תקנו לעקור ד"ת כדי שלא
תתן עיניה באחר להפקיע עצמה מיד בעלה. ושיטה שניה, דמדינא אין האשה
נאמנת לומר טמאה אני לך משום המושעבדא לבעל, אלא דלמשנה ראשונה תקנו
חכמים להאמינה, משום אומדנא דכסיפא לומר טמאה אני לך וכשראו דיש לחשוש
שתתן עיניה באחר אוקמה אדינא דאינה נאמנת. (עוד תירוץ מביא הר"ן שכ"ז
מדין אפקעינהו רבנן לקידושין מינה והוי נזות דפגויה והר"ן הקשה ע"ז).

וי"ל, דאם מדינא דשעבוד הוא דע"כ אינה נאמנת מעיקר הדין י"ל דרק
האשה מושעבדת, שהאשה קנינהו של הבעל ולא הבעל קנינהו של האשה כמו"ש
תוס' בכתובות ומדינא יכול לאסרה משום שאחז"א, אבל לשיטה דמשום חשש
שנתנה עיניה באחר טעם זה שייך בזה"ז גם בבעל כשאינו יכול ליקח אשה
אחרת. וכוה י"ל פליגי הני דעות שהובאו ברמ"א.

אך נראה דמסברא י"ל להיפך, ושם כי אמנם מדיני קנינים הבעל הוא שקונה
ולא האשה קונה, אבל בדין שעבוד לחיובי אישות גם הבעל מושעבד לאשה, כמו
שהיא מושעבדת לו, שהרי התורה חייבתו בשאר כסות ועונה, וממילא נעשה
מושעבד בשעת הנשואין. ודין מפורש הוא שאין הבעל יכול לאסור עצמו בקונם
על אשתו משום המושעבד לה ועיי"ש ברושב"א פ"ב דגרוהים חמשתעבדי אהדי
בשעת נשואין, אבל מאידך, אם מדינא נאמנת ורק משום מיגדר מילתא תקנו
חכמים שלא תהא נאמנת, הרי עכ"פ חוינן שצריך שחכמים יתקנו תקנה מיוחדת
המפורשת בכח חכמים לעקור ד"ת, והרי חוינן מזה גופא שנחלקו הראשונים בזה
דליכא קבלה שקיימת תקנה כללית כזאת בזמן מן הזמנים, לגבי הבעל, א"כ מהיכן
לנו להפקיע נאמנותו של בעל שהיא מדינא.

והנה הגר"א בביאוריו לשו"ע כתב המקור לדעה הראשונה של הרמ"א מתוס'
סוף פדרים דמ"ש במשנה גבי האשה האומרת טמאה וכו' והוא הדין בזה"ז באיש,
הרי לכאורה לדעת הגר"א, דין זה הוא מכח הדין שנשנה במשנה אחרונה, והכל
אחד הוא. והביא ד"ו בשם התוס' והרי התוס' שם סוברין בטעם המשנה אחרונה
דהוא משום דיש כח ביד חכמים למיגדר מילתא, הרי שמעם זה הוא גם כלפי
הבעל. אך צ"ע כנ"ל דהרי לא מצינו תקנה זו לגבי הבעל.

האמנם מלשון התוס' גופא לכאורה אין כל הוכחה לכך שאחרי שבארו הטעם
במשנה כנ"ל, כתבו ומיהו נראה דאף למשנה אחרונה אם הבעל אמר שמאמינה
אסורה לו דאיהו שו"א לגפשיה חתיכא דאיסורא, ואפילו תחזור בה האשה ותאמר
באונס היה, וי"א דמשמתנין ליה על שגרם שתאסר אשתו עליו ועובר על חדר"ג.
ומלשון זה נראה דעצם הדבר שיש כאן חדר"ג אין למילף ממשנה אחרונה אלא
כ"ז מסברא שכתבו מדעתם ואין זה שייך למ"ש קודם בטעם דמשנה אחרונה.

ועוד יש לעיין שהרי מפשטות דברי התוס' נראה שבאמת הבעל אסור בה על פיו ומשום זה שאסורה לו על פיו הוא שעובר על חדר"ג, הרי שחדר"ג גופא אינו נימוק לבטל את נאמנותו.

ובאמת הבי"ש הקשה כאן על מ"ש הרמ"א דמנדים אותו על שאומר שמאמינה שהרי המהרי"ק כתב כן לדעות שהוא נאמן לומר שמאמין לה, אבל הרמ"א שהביא כאן הדעה שאינו נאמן למה כתב שמנדין אותו שגם לבטל החדר"ג לכיון שאינו נאמן הרי אינו מבטל החדר"ג.

אולם בפשטות נראה, וזוהי כונת הגד"א, שדעה ראשונה זו היא דעת התוס' בנדרים שהוא אסור בה, ורק י"א שכופין לשמש והיא דעת מהר"ש מיינביל במרדכי והובא בהגו"מ אבל לתוס' אין כופין אותו, ורק לגבי מעשה הגירושין, או באם יש עד אחד גם לגבי חיוב שאר וכסות, אינו נאמן. אכן זה גופא שמונעה מתשמיש, הוי גורם שהאשה תהי' מוכרחת בהמשך זמן הפרישות להסכים לגירושין, וכל מעשה שעושה שלא כדין להכריח אשה שתקח ג"פ, או שתסכים לקחת ג"פ, הוי בכלל חדר"ג. והיינו אם מחויב בזה, אבל אם אינו מחויב כמו במאיסה עלי אם נניח שאינו חייב משום חשש דבני שנואה ממילא אין במניעה כזו משום חדר"ג, ובאמת המהרי"ק נסתפק בזה, ולבי"ש כנראה מדבריו בסיומן ע"ו בכל מורד אין לדעתו חדר"ג, ועיי"ש בהגר"א שנוטה להכריע כהח"מ ובאמת מפורש כן במהרי"ק ק"ז ועיין מ"ש כאן בפת"ש.

ונראה ברור שאין לפרש כלל בדברי הגר"א כמו"ש שכמו שתקנו להפקיע נאמנות באשה מדרבנן כן קיימת תקנה — בזמן חדר"ג — להפקיע נאמנות האיש, שהרי הגר"א ציין דבר זה בהדגשה על מה שמבואר כרמ"א שהו"ה בכל מקום שלא יוכל לגרש בלי דעת האשה, והיינו אם נשבע כך או שתקנו כך במקום זה, ואם נימא שעצם האיסור לגרש בע"כ אינו מועיל להפקיע נאמנות הבעל, ורק תקנה מיוחדת של הפקעה כזו מהני, זה ניתן להתאמר במקום תקנה כללית של חדר"ג, אבל לא במקום של שבועה אישית של הבעל או תקנה במקום מסוים. וע"כ כשעצם האיסור לגרש בע"כ הוא שמונע ומפקיע נאמנות הבעל וצ"ב כנ"ל.

ונראה בכונת הגר"א דאין לזה ענין עם הנידון של הראשונים בטעם שאין כאן שאחד"א. דבמשנה גופא לא מיירי ביסוד הדברים מצד שאחד"א, דשם מבואר דלמשנה ראשונה יש נאמנות לאשה בטענותיה בג' דברים, ונאמנות זו היא ע"כ מתורת עדות או הוכחה ואומדנא, שהרי היא נאמנת שם גם באומרת השמים ביני חבינך ויציא ויתן כתובה, הרי שגם למזון נאמנת, ואפילו אין כאן בכלל ענין של שאחד"א. אלא יסוד הדין דמשנה ראשונה הוא שכיון שבאמירתה היא גורמת חובה לעצמה שבדבריה היא מפסידה את בעלה, וכיון שאומרת לחובתה אין לה דין בעל דבר, ויש כאן אומדנא דמוכח שכן הוא האמת ומשו"ה נאמנת. אכן בדורות האחרונים שראו שיש לחשוד בנשים שנותנות עיניהן באחר, ומה שמתגרשת מבשלה אין זה בשבילה הפסד וחוב, אלא להיפך זכות וריח א"כ לא שייך מעיקרו ענין של נאמנות כהודאת בע"ד לחובתו, אדרבה מעידות לטובתו הן והן נוגעות

בדבר, ופשיטא שב"ע"ד אינו נאמן לזכות לעצמו אפי' באיסורין (עיין ברא"ש הנזקין) והאומדנא בטלה מעיקרה, והו עיקר הדין מתניתין, ובראשונים דנו, שלו יהא שאין להם דין נאמנות כמקודם, אבל אכתי יש לדון בזה מדין שויא נפשה חתיכא דאיסורא, וע"ז תירצו מה שתירצו.

והגר"א אינו מתכוין למ"ש תוס' קודם בתירוץ אלא לעצם היסוד דמתניתין ושבכ"מ שיש לחשוש שההפדה מאשתו היא לא חובה אלא זכות משום שמרויח שיוכל לשאת אשה שנתן בה עיניו, שוב בטל מעיקרא כל ענין נאמנותו ולא תפסיגן שמעיד לחובתו אלא לזכותו להפטר מחדר"ג המונעו לגרש את אשתו בע"כ, וההוכחה מתוס' היא שאפי' במקום שהאשה פתחה לומר שהיא אסורה ג"כ יש לחשוש לבעל שענינו נתן באחרת להתיר חדר"ג ולהכי אומר שמאמין לה גם כשהיא חזרה בה. אכן באם שייך כאן שאחד"א ויכופו אותו לשמש זה יתכן שתלוי במחלוקת הראשונים הנ"ל, היינו אם משום שעבוד אין למשנה אחרונה דין שאחד"א דאוסר של אחרים עליהם, ה"נ כופין לשמש כמו באשה, אבל אם משום מיגדר מילתא אין מקום לכופו, וזהו דעת התוס'. וזהו ביאור המחלוקת שהביא הרמ"א, אבל לכ"ע לא אמרינן שיש תקנה מיוחדת משום מיגדר מילתא שלא להאמין לבעל שזה לא יתכן כנ"ל. ומיושב מה שתמהו בזה הגר"ק"א והבי"מ בשו"ת רעק"א צ"ט—ק"א עיי"ש.

והנה בדברי הרמ"א (שמקורו מראשונים) צ"ב שבא לומר שמפני שיש חשש שענינו נתן באחרת אינו נאמן במקום חדר"ג והרי אפי' יהא נאמן כדינא דה"ס, אבל הרי גם לדינא דה"ס אינו נאמן רק על עצמו, אבל לגבי אחרים לא מעלה ולא מוריד מה שמאמין והיא בחזקת כשרה ומותרת להנשא לכהן (אם מת ולא גירש) וא"כ כיון דיש כאן חדר"ג ואיסור לגרש ואינו יכול לגרשה בע"כ, א"כ מה בכך שהוא אסרה על עצמו מ"מ מכיון שאינו נאמן לעיקרו של חבר ולגבי דידן היא כשרה ולא זונה איד. נאמן להפקיע איסור, וחזקת דה"ס שפיר אמרו שאם נאמן יוציאה כיון שזה תלוי בדעתו לחוד, אבל כיון שבזה"ז אין זה תלוי בדעתו וכל החדר"ג בא להפקיע וזכותו זו, איך מועיל מה שהוא מאמין לעד או להאשה להפקיע החכם.

ולכאורה י"ל לפי הגו"ב דע"א נאמן להתיר חדר"ג משום שיש לאיסור זה דין של איסורין דעד אחד נאמן להתיר, לכאורה לא קשה שהרי היתר החכם מהני ע"י עדות ע"א (וכן י"ל גם עדות עצמה שגם קרוב נאמן באיסורין).

אבל באמת הרי מכאן קשה טובא על הגו"ב דא"כ מה בכך שהיישינן שענינו נתן באחרת, הרי איסור חדר"ג כבר הופקע מכה עדותו של הע"א וחזר הדין לדינא דגמרא דבעל מגרש אשתו בע"כ, ומה אם עיניו נתן באחרת והרי בדברי המחבר שעליו מוסב דברי הרמ"א מבואר שרק ליד"ש מגרש אשתו ואין כופין אותו, וא"כ מה בכך שענינו נתן באחרת, אבל עכ"פ איסור חדר"ג בטל ממילא ע"י העד גם אם אינו מאמין ככל עדות באיסורין, וע"כ מוכח מכאן ההעד בעדותו אינו נאמן להתיר חדר"ג ורק הבעל ע"י האמנתו הוא שקובע שיוכל לסמוך על העד. וזה בניגוד למש"כ הגו"ב.

וצריך לומר לשי' הנו"ב — וכות תפסו האחרונים — שע"א נאמן רק בענין שאשתו מתה להתיר חדר"ג, ואילו כאן אין העד נאמן להתיר, דהתם הדין הוא ישר על איסור דחדר"ג, ואיסור דחדר"ג דינו כדין כל איסורין שעד נאמן. אבל באשתו זנתה הרי אין העדות עדות ישירה להתיר חדר"ג אלא מכיון שהאשה נעשית אסורה לבעלה ובאשה אסורה נפקע איסור חדר"ג, אבל אם משום מה האשה לא תהא אסורה (ולדוגמא לשי' ר"ת שע"י זנות הנכרי לא נאסרה) לכאורה אין במה שהעדר מעיד בכדי להתיר חדר"ג כיון שהאשה מותרת לבעלה.

ועיין ברמב"ם פ"ט מתרומות דפליגי הרמב"ם והראב"ד באשה שצרותיה מעידות שמת בעלה שאינן נאמנות להתירה לבעלה, אם נאמנות לגבי תרומה. דלהרמב"ם אינן נאמנות והראב"ד סובר דנאמנות. והיינו דלשי' הרמב"ם לא פלגינן בזה, לומר דלגבי איסור אשת איש דהוי חשב"ע אינן נאמנות אבל לאכילת תרומה דהוי איסורין נאמנות, ולראב"ד פלגינן בזה נאמנות. וה"ל הכא כיון דהעדות הוא על דבר שבערה שנטמאה וכיון שלזה אין ע"א נאמן שוב אינו נאמן גם לאיסור הנובע מזה.

ולמ"ש אפילו לראב"ד נחא, דמה שהאשה אסורה בתרומה אינו נובע להתירה או איסורה לשוק אעפ"י שגורם אחד לשניהם ולכן פלגינן נאמנות העד ולגבי תרומה הוי ענין נפרד — עדות באיסורין דעד אחד נאמן, אבל הכא אפילו נימא שחדר"ג הוא ענין של איסורין גרידא וע"א נאמן להתיר, אבל בעדותו זו מה שיכול לפעול להתיר הוא הק מפני שנאסרה לבעלה, ולא עצם הזנות. ובוזה מודה הראב"ד דל"ש פלגינן נאמנותו כיון שלדינא לא נתקבל עדותו.

וי"ל עוד שהרי אפילו בלא זינתה רק עוברת על דת ג"כ אין חדר"ג ובעדותו של העד יש גם עדות של עוברת על דת. אכן באמת גם לעוברת על דת אם כי בשו"ת רעק"א מבואר דלהתיר חדר"ג אין צורך בהתראה, אבל יש אחרונים שחולקים בזה, ראה בתשובת ר' אליעזר (סימנים כ"א—כ"ב) שהוכיח מדברי הראשונים שלא כוותיה ואכמ"ל.

וחוץ מזה נראה די"ל שלקבוע שהאשה עוברת על דת בכדי שהבעל יהא חייב לגרשה לא יהא עד אחד נאמן לפוסלה ואכמ"ל.

ועכ"פ לדברי הבי"ש (ולפי מ"ש גם לנו"ב כן הוא) אין ע"א נאמן להתיר חדר"ג וא"כ מה בכך שתבעל מאמינו הרי עכ"פ אין כאן עדות מספיקה לפי הדין להתיר איסור חדר"ג.

ועוד יש לעיין בזה, שזה נרראה פשוט שאם הבעל אסרה עליו בקונם הנאתה עלי שאסורה עליו מדין נדר אין זה מועיל להפקיע איסור דחדר"ג, ופשיטא שאינו מותר לגרשה בע"כ (ועיין במכות ט"ו ברש"י ובתוס' שם ובשו"ת הרדב"ן ואכמ"ל) אעפ"י שהוא באמת אסור בה מכה נדרו, אבל כיון שהוא הוא שאסרה שלא כדין אין בכח איסור זה להפקיע איסור חדר"ג וז"ל, וזו כוונת דברי מהר"י קורביל שהובא בהג"מ פרק ד' מאישות, וא"כ ה"ל הכא הרי האיסור נעשה על פיו מפני שהוא האמין ומדינא אינה אסורה עליו, לא יהני גם אם באמת אסורה עליו מכה שאחד"א שיגרש בע"כ לעבור על חדר"ג.

הנהגה בגוף ד"ז שאם מאמין לע"א שזינתה יוציא, יש מקום לדון בו, באופן אחד יש לומר שעיקר האיסור הוא רק שויה אנפשיה חתיכא דאיסורא, שאעפ"י שהוא בעצמו אינו אומר שראה שכך היה, אבל ע"י האמנתו לאחר ג"כ יש בזה משום שאחד"א כמו שאומר שראה בעצמו, ויש לפרש באופן אחר שכמו שיש דין במקבל עליו עד פסול לד"מ, ה"נ בדומה לזה מהני שמאמין לעד אחד בדבר שבערוזה שיהא כח של עדות גמורה על עד זה לגבי זה שמאמינו והוא אסור בה מכת עדות גמורה, היינו שלמי שמאמין בו גם עד אחד נאמן מהדין.

הנהגה אם נימא שיש כאן לגבי עצמו עדות גמורה, י"ל שיש כח בעדות זו גם להתיר לו איסור דחדר"ג כמו שיש כח לאסור האשה עליו מכת עדות, ורק מפני שחיישינן דעיניו נתן באחרת, היינו שבאמת אינו מאמין כלל ואין כאן עדות להתיר או לגרשה.

ולכאורה מוכח מהרשב"א שדין שמאמינו הוא דין נאמנות של עדות ולא רק מצד שויה אחד"א, שהרי שיטתו דאם יש הכחשה אינה אסורה ומציין כאן גם מרש"י קידושין שם שלא הכחישתו, ואם משום שאחד"א מה נפ"מ אם יש או אין הכחשה כיון שהוא ע"י האמנתו הוא אסור ע"ע, אלא ע"כ ששאחד"א אין כאן כיון שאינו יודע מעצמו רק דין עדות יש כאן והאמנתו מהני לסלק פגם של שני עדים, אבל אם מדינא אין כאן עדות לגמרי מכת ההכחשה, לא מהני ע"י האמנתו לשויה כח עדות לעדות פסולה מעיקרא.

וזה נראה מסתבר בדברי הרשב"א, שרק אם לפני האמנתו הוכחש העד לא מהני העדות לאיסורא, אבל אם כבר האמין לו ואח"כ הוכחש מודה הרשב"א שכבר נאסרה עליו. ובוזה מיושב מה שבשו"ת רעק"א מוכיח משו"ת מהר"מ שחולק על הרשב"א, שהתם קאמר שלגבי כתובה לא מהני מפני שיכולה להכחישו ומשמע שר"ל עכשיו לאחר שכבר האמינו ובוזה הרשב"א מודה, ואין הכרח לדיוקו של הגרעק"א ז"ל שחולקים בזה ואכמ"ל.

אכן בתוס' סוף נדרים כתבו דאם הבעל האמינה כבר שויה אנפשיה חד"א ואפי' תחזור בה האשה ותאמר באונס היה וי"א דמשמתינא ליה על שגרם שתאסר אשתו עליו ועובר על חדר"ג, ודברי התוס' הם יסוד דברי המהר"ק שממנו נראה מקור דברי הרמ"א כאן.

אכן באמת הרי אשכחן פלוגתא דקמאי אם בכלל יש דין שאחד"א אם אומר שמאמין לאחר שאמר לו על האיסור, עיין בב"י אבהע"ז ס"ו"ז מ"ז על תשובת הרא"ש שאחד טען שקדישה קודם, שאם היתה מודה לו לאו כל כמינה לאסור עצמה על אותו שקדישה ולא היתה בה שום איסור אם היתה בא עליה, אלא דהו"א דשוותיה לעצמה חתיכא דאיסורא ויוציאנה בגט בלי כתובה, והקשה בב"י ממ"ש בקידושין י"ב באשתו של ר"ח שאמרה לו אם שאביה קבל קדושין מאחר וא"ל לאו כל כמינך דאסרת ליה עלהי ואפשר שיש לחלק בין כשהיא עצמה מודה לשאומרת כן בשם אחרים ועו"ש בד"מ ובתור"ד קדושין שם כתב דהא דלא נאסרה משום שאחד"א משום דאגידה ביה ומשעבדי ליה ומטי אסורא לגביה ולא

מהמני. ועיין בשער המלך פ"ט מאישות הט"ו שהאריר הרבה בזה ותלי ד"ו במחלוקת הראשונים בסוף נדרים אם מה שהאשה אומרת טמאה אני לך אינה נאמנת, מדינא או משום מיגדר מילתא עיי"ש. ועכ"פ לשיטה שע"י אחרים אם נאמנים לא נעשית חתיכא דאיסורא ע"כ צ"ל שדין מהימן ליה בע"א הוא דין של נאמנות עדות ולא שאחד"א. והא דדביתיהו דר"ח לא נאסרה מכח ע"א, י"ל או משום שהרי אין העדות לפנינו, או שבוהו כו"ע מודו שאין ע"א נאמן להפקיע ששכר של אחרים ע"י האמנתו של זה.

והנראה שהדין הוא באמת רק לגבי עצמו, אם מתזיקנן שהוא עברין על החרם והוא בכלל מחרם לכל דבר ויש למנעו אם אפשר מעשית העבירה כיון שהאשה בחזקת טהורה לכל דבר, או דילמא, שאם מדינא היא אסורה עליו לפי גדרי דיני איסורין ומדין במקרה כזה מצווה הוא לגרשה, הרי לגבי דידיה נשאר הדין כמו בזמן הגמ' שיוציא ויתן כתובה.

ושורת הדברים לפי הג"ל כך הוא, שהרמ"א כתב י"א שאחרי שיש חשש של עיניו נתן באחרת ממילא אין כיום הדין שעל סמך נאמנות שלו הוא צריך לגרש, שאמירה זו שהוא מאמין הוא טענת בעל דין לטובתו להפטר מחדר"ג מה שלא היה כן לדינא דגמ', ואין להאמין לו שהעד נאמן עליו בכדי שיתר לו חרם ואז הוא עברין על חרם.

וכ"ז לגבי עצמו הוא, אבל זה פשיטא שלגבי אחרים כמו שאינה אסורה לכהן (אם מת קודם שגירש) ומחמת זה שהבעל הועיל להאמין לעד, אבל לא הותר איסור חדר"ג לאחרים. שהרי כמו שיש איסור חדר"ג על הבעל בן יש איסור חרם על הסופר ועל העדים (ועיין פת"ש קי"ו ס"ק ז') ולגביהם החרם בתקפו גם אם הבעל טוען שהעד או האשה נאמנים עליו.

והנה בפשט התוס' והרשב"א שהובא בת"ה שע"י האמנתו נאסר בשאחד"א ומנדין אותו משום חדר"ג ג"כ ר"ל כן, שלדעתם לעצמו יכול לאסור שהרי התוס' והרשב"א מפרשים שם שכל טעם משנה אחרונה שמותרת הוא משום מיגדר מילתא, אבל לדינא אסורה משום שאחד"א וא"כ הו"ה בבעל, אבל כיון שלדין אינו נאמן מתזיקין אותו לעברין על החרם, אבל מאידך אין לכופו על תשמיש כיון שמדינא יתכן שאסורה עליו בשאחד"א.

אבל להמרדכי גם מדינא אין מקום לשאחד"א כשי' הר"ן שיש כאן שעבוד ואין אוסר של אחרים ולהכי כופין גם על תשמיש.

ובשו"ת המיוחסות קל"ח אחרי שדן בצדדי היתר בדין נאמנות עד על עצמו סיים וקרוב הדבר דאפי' בעונה שהוא משועבד לה מותר משום מיגדר מילתא וכו' ומ"מ אפילו נראה לומר שהיא אסורה לו ושו"א אנפשיה חתד"א הוא יחוש לעצמו ואם תרצה למחול על עונתה וכו' יתן לה שו"כ. והיינו שאפי' אם אין לכופו לשמש היינו שהוא רשאי לחוש לעצמו, אבל לגבי איסור לגרש בע"כ בודאי לא מהני להתיר האיסור ועיין בשו"ת הרשב"א ח"ד שכ"ג ושנ"ו ועיין בשו"ת רעק"א פ"ח וק"א ואכמ"ל מה שיש לדון בדבריו.

היוצא מכל זה שבמקום שיכול להרויח להפקעת החרם אין לו נאמנות כלל לגבי דידן וכדין משנה אחרונה, וזהו אליבא דכו"ע. והמחלוקת היא לגבי דיריה הוא, אם קיים איסור תדר"ג והוא מותרם או לא, ואם מונעים ממנו לגרשה בע"כ או לא, אבל על אחרים רובץ עליהם איסור תדר"ג כיון שהאשה בתוקף טהורה וכשרה.

אמנם י"ל דאם נימא דהיא אסורה משום שאחד"א, א"כ לו יהא שהיא אינה טמאה, אבל עכ"פ היא אסורה באיסור דשאהד"א על הבעל והוא בכל אופן מצווה לגרשה ובמקום מצוה לא גזר ר"ג, אבל בזה איכא כמה דעות והרי נהגו לא להתיר במקום מצוה לגרש בע"כ.

הרב יוסף קאפח

חבר בי"ד הגדול, ירושלים

"ופליגא" במשנת הרמב"ם

כלל גדול מסור ומקובל בפי חכמי תימן התלמודיים בשם הגאונים, כפי ששמעתי מפי סבי זצ"ל, שכל מקום שאמרו בש"ס "ופליגא דר' פלוני" יצא הנפלג מהלכה, אלא אם כן פוסק הש"ס אחרת, או כל גילוי אחר שאין הלכה כהחולק. והואיל וכפי קבלת רבותינו כלל זה תפוש בידו של הרמב"ם ונהג על פיו בכל רחבי ספרו הגדול היד החזקה. וכלל זה נעלם מהרבה גדולים מגושאי כליו, ובהרבה מקומות נדחקו ונלחצו להצדיק את פסקו של הרמב"ם, ויש מקומות שכתבו "אולי", ולא משט הניחו בצרף עיון. ואילו ידעו כי הכלל הזה תפוש בשתי ידיו לא היו זוקקים לשום דוחק ולחץ, ופסקי רבנו הגדול היו מתנהלים על מי מנוחות. והואיל וכמה מבעלי הכללים פקפקו בכלליותו של כלל זה, ויש שהניחו שהוא כלל בלתי כללי, והשאירו בו כמה וכמה "חוקי", לכן אמינא אהדר פרישתא דא ואתנייה. כי כפי הנראה לי תורת אמת קבלנו מרבותינו התלמודיים בתימן, וכלל זה כללי הוא ואין בו "חוקי". ושמונים וארבע פעמים נאמר לשון זה בתלמוד, כלומר בשמונים וארבעה ענינים, אם כי יש וגאמר בענין אחד יותר מ"ופליגא" אחת, ויש שאותו ענין נכפל בשתיים ושלוש מסכות. וראיתי לסקור את כולן לפי סדר המסכות כדי לעקוב אחרי פסקי הרמב"ם בכולן אחד לאחד. מבלי להשמיט מאומה, לרבות אותן שנאמרו בדברי אגדה שאין שייכות בהן לפסק הלכה, למען התקף והשלמות.

רוב בעלי הכללים שהזכירו כלל זה יחסוהו לרבנו סעדיה גאון זצ"ל, ויש שתלקו על בעלות רס"ג עליו ונוטים ליחסו לרב שמואל בן חפני גאון זצ"ל כמ"ש ר"ש אברמסון בספרו "ענינות בספרות הגאונים" עמ' 68 והלאה ע"ש. ויתכן כי שני הדברים אמת, הכלל מקובל בידי הגאונים מקדם קדמתה, והראשון שהעלהו