

שיטת הרמב"ם בחזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות

איתן מאיר

במשנה גיטיין פא. שנינו, "המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי, בית שמאי אומרים, אינה צריכה הימנו גט שני, ובית הלל אומרים, צריכה הימנו גט שני; אימתי? בזמן שנתגרשה מן הנשואין. ומודים בנתגרשה מן האירוסין שאינה צריכה הימנו גט שני, מפני שאין לבו גס בה."

הגמ' מפרשת שהצורך לגט שני במשנה הוא מחמת חשש שהמגרש בעל את גרושתו. אבל נסיבות המקרה שנויות במחלוקת בגמ': כולם מסכימים שמדובר במקרה שהיו שם עדים, אבל נחלקו רבי יוחנן והסתמא דגמרא מה ראו העדים: לרבי יוחנן, במשנה¹ מדובר כשראו עדים שנבעלה, וא"כ ב"ש וב"ה נחלקו אם מיישמים חזקת "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות" (=אאעבב"ז). הסתמא דגמרא חולקת, ולפיה במשנה מדובר כשלא ראו העדים אלא שנתייחדה האשה עם בעלה-לשעבר, ולא ראו שנבעלה; לפי זה, ב"ש וב"ה נחלקו אם אומרים "הן עדי יחוד הן עדי ביאה" -- אבל מסכימים ב"ש וב"ה שאם היתה בעילה, היתה צריכה גט שני, שאאעבב"ז. לכן לסתמא דגמרא, אם נתגרשה מן הנשואין ועכשיו נתייחדה עם בעלה-לשעבר, מניחים שבעל אותה, כיון שלבו גס בה; ואילו אם נתגרשה רק מן האירוסין ועכשיו נתייחדה עמו, מניחים שלא בעלה, כיון שאין לבו גס בה.²

הרמב"ם פסק בהלכות גירושין פרק י' כסתמא דגמרא, ולכן בהלכה י"ז כתב שאם ראו העדים שנבעלה, כיון שאאעבב"ז, ודאי התכוון לקדשה בבעילה; בהלכה י"ח הוא פוסק שאם ראו העדים רק שהזוג נתייחד, חוששים מספק (בנתגרשה מן הנשואין) שמא בעל אותה וקדשה בבעילה:

הלכה י"ז: המגרש את אשתו וחזר ובעלה בפני עדים קודם שתנשא לאחר, בין שגירשה מן הנשואין בין מן האירוסין, הואיל ואשתו היתה, הרי זו בחזקת שהחזירה, ולשם קידושין בעל, לא לשם זנות, ואפילו ראו אותו שנתן לה מעות -- שחזקה היא שאין אדם עושה בעילתו באשתו בעילת זנות, והרי בידו לעשותה בעילת מצוה. לפיכך, הרי זו בחזקת מקודשת קידושי ודאי, וצריכה ממנו גט שני.

הלכה י"ח: נתייחד עמה בפני עדים -- והוא שיהיו שני העדים כאחד -- אם היתה מגורשת מן הנשואין, חוששין לה שמא נבעלה, והן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה, שכל המקדש בביאה אינו צריך לבעול בפני עדים, אלא יתייחד בפניהן ויבעול, כמו שבארנו. לפיכך, צריכה גט מספק, והרי היא ספק מקודשת. ואם היתה מגורשת מן האירוסין, אין חוששין לה, שהרי אין לבו גס בה.

¹ למסקנא, לא ברור שדברי רבי יוחנן נאמרו על המשנה, שבגמ' העירו שקשה לפרש דבריו כפירוש למשנה כיון שלרבי יוחנן אין סברא לחלק בין ארוסה לנשואה מחמת לבו גס בה.

² לכמה ראשונים, פירוש "לבו גס בה" הוא שהבעל רגיל באשה ולכן אינו בוש ממנה.

כבר בשלב זה, משמע מניסוח הרמב"ם שהוא מגביל חזקת אאעבב"ז למקרה שאדם בעל אשתו-לשעבר: "הואיל ואשתו היתה," "חזקה היא שאין אדם עושה בעילתו באשתו בעילת זנות." במלים אחרות, כבר מרומז שהרמב"ם סובר שאין כאן יישום אחד-מיני-אלף של החזקה הרחבה של אאעבב"ז ששייכת להרבה מקרים, אלא שהחזקה לא שייכת אלא במקרה כזה, שאדם בעל את אשתו-לשעבר. וכן מפורש בהמשך דברי הרמב"ם במחלוקתו עם הגאונים:

הלכה י"ט: הורו מקצת הגאונים שכל אשה שתבעל בפני עדים, צריכה גט -- חזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. והגדילו והוסיפו בדבר זה שעלה על דעתם, עד שהורו שמי שיש לו בן משפחתו, חוששין לו, ולא תתייבם אשתו, שמא שחרר שפחתו ואחר כך בא עליה. ויש מי שהורה שודאי שחרר, שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. וכל הדברים האלו רחוקים הם בעיני עד מאד מדרכי ההוראה, ואין ראוי לסמוך עליהן, שלא אמרו חכמים חזקה זו אלא באשתו שגירשה בלבד, או במקדש על תנאי ובעל סתם, שהרי היא אשתו, ובאשתו הוא שחזקתו שאינו עושה בעילתו בעילת זנות, עד שיפרש שהיא בעילת זנות, או שיפרש שעל תנאי הוא בועל. אבל בשאר הנשים, הרי כל זונה בחזקת שבעל לשם זנות, עד שיפרש שהוא לשם קדושין; ואין צריך לומר בשפחה או בגויה, שאינה בת קדושין, שאין חוששין להן כלל, והרי הבן מהן בחזקת גוי ועבד עד שיודע בודאי שנשתחררה אמו או נתגיירה.³

פסק הגאונים הנ"ל נמצא בחלקו בכמה מקומות בדברי הגאונים ותלמידיהם, אבל לעניינינו, נראה שהעיקר חסר מספריהם. אמנם כן שבכמה מקומות מצאנו שהגאונים יישמו חזקת אאעבב"ז במקרים של יהודים שבעלו שפחות והולידו מהם בנים,⁴ ומקרים דומים⁵; אולם לא מצאנו מקורות מפורשים בהם פסקו הגאונים שחזקת אאעבב"ז שייכת לכל בעילת פנויה, כדברי הרמב"ם בשמם.⁶

³ הרבה ראשונים הסכימו עם הרמב"ם בהגבלת חזקת אאעבב"ז לבעל אשתו-לשעבר, כולל הרא"ש ורשב"א ואחרים (ועיין ברא"ש בסוגיין, שהסכים עם הרמב"ם שלא שייך לומר אאעבב"ז אלא באשתו, אולם ביבמות כתב הרא"ש שאם בעל שפחה, מניחים ששחררה מקודם, וכו' נטרונאי גאון; ועיין בקרבן נתנאל). לעומתם, יש ראשונים שמסכימים עם פסק הגאונים, כולל הראב"ד והגהות המרדכי.

⁴ הגאונים התייחסו לשאלות כאלו הן בתחום האיסור והן בתחום הממון: אם אדם הוליד בן משפחתו, האם מניחים ששחררה מקודם, וא"כ אם ימות אח"כ בלא בנים אחרים, בן זה יפטור את אשתו מן היבום? האם בן כזה יורש חלק כחלק עם שאר בני אביו? האם אחיו רשאים למוכרו כעבד? עיין בכל אלו באוצר הגאונים למסכת יבמות, חלק התשובות, סימנים פט-צה; רי"ף יבמות, ה. באלפס; תשובות הגאונים שערי צדק, ח"ג ש"א סימן י"ז.

⁵ כידוע, בזמן הגאונים (וגם אח"כ) היו בעיות חמורות ביחסי אדונים יהודים עם שפחותיהם הנכריות. עיין תשובות הגאונים שערי צדק (ח"ג ש"ו סימן ל"ה), שר' נטרונאי גאון נשאל באיש שקנה שפחה ועכשיו טוען שהיא אצלו כפילגש, אם ב"ד חייבים להכריחו להוכיח ששחרר אותה (כגון להביא שטר שחרורה). והשואל מקדים לשאלתו שמדובר במקום וזמן שהרבה יהודים היו קונים שפחות יפות-מראה, והיה חשד שקנו אותן "לעשות מלאכתן", ולא רק לעשות מלאכתן.

⁶ לכאורה, אם נאמר שאיסור בעילת פנויה חמור מאיסור בעילת שפחה, היה אפשר לומר שהרמב"ם למד סתום מן המפורש, שאם יישמו הגאונים חזקת אאעבב"ז לגבי איסור שפחה הקל, ודאי יאמרו כן על איסור פנויה החמור. אולם מלשון הרמב"ם בגירושין י:יט משמע שהרמב"ם מצא כן במפורש בדברי הגאונים (או ששמע כן ממסורה בעל פה), וחבל על דאבדין ולא משתכחין.

הבה נחקור ביסוד מחלוקת הגאונים והרמב"ם: האם שניהם סוברים שחזקת אאעבב"ז מבוססת על חזקת כשרות, רק שנחלקו בשאלה למי יש חזקת כשרות כ"כ אלימה שנאמר עליו שאם בעל אשה, ודאי לא חטא עמה לזנות בית אביה, אלא ודאי קדשה להיות אשתו?

מצד הגאונים, לא נוכל לומר, כיון שלא נמצאו דבריהם לגבי בעילת פנויה. אבל מעניין שלגבי הבנים שנולדו מן השפחות, כתבו כמה גאונים שודאי אאעבב"ז, ולכן צריכים להניח ששחרר את השפחה לפני שבעל אותה, וכ"ש אם הבועל היה נשיא.⁷ משמע לכאורה שפסק הגאונים מבוסס על חזקת כשרות, שאין אדם כשר מישראל חוטא, ולכן צריכים לפרש כל מעשיו בדרך היתר. ולכן סביר לומר שגם לגבי בעילת פנויה, סברת הגאונים תהיה שאין לומר על ישראל כשר שהתכוון לזנות עם פנויה, ולכן צריכים להסיק שבא עליה לשם קידושין.⁸

מצד הרמב"ם, משמע בעליל שאין דבריו כאן מבוססים על חזקת כשרות,⁹ שכאן לא כתב מלה לענין כשרות הבועל כלל. לעומת דבריו כאן, בהלכות אישות פרק ז' דקדק לכתוב אחרת:

הלכה כ"ג: המקדש על תנאי וחזר אחר כמה ימים וביטל התנאי, אע"פ שבטלו בינו לבינה שלא בפני עדים, בטל התנאי, והרי היא מקודשת סתם. וכן אם היה התנאי מן האשה, ובטלה אותו אחר כך בינה לבינו, בטל התנאי. לפיכך 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 משהו 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.

הרי כתב הרמב"ם שם שחזקת אאעבב"ז שייכת רק ב"אדם מישראל הכשרים", ואילו בהלכות גירושין פרק י' משמע שחזקה זו שייכת לכל אדם מישראל, בין כשר בין לא-כשר.

הרא"ש (בפסקיו לסוגיין) מביא שיטת הרמב"ם שאאעבב"ז מוגבל למקרה שאדם בעל את אשתו-לשעבר, והרא"ש מסכים עמו ומביא ראיות לדבריו. בין דבריו, הרא"ש כותב גם כעין הסבר לשיטת הרמב"ם: "אימר נתחרט על הגירושין ובעל

⁷ כמו מעשה שהיה בר' בוסטנאי, שהיה נשיא (ריש גלותא), וניתן לו בת מלך מדי כמתנת-שפחה מאת מלך מצרים, והוליד ממנה בנים (שלפי התשובות נהיו אח"כ בעצמם ל"גאונים יושבי ישיבות"), והיתה מחלוקת גדולה אם הבנים ממנה בני חורין או עבדים.

⁸ ועיין במאמרו של ר' אסף בדנרש בכרך זה, שחידש שבאופן טבעי, מעשה ביאה נוטה להיות לשם קידושין ולא לשם זנות, וכדי לעשותו זנות צריך כוונה אקטיבית לשם כך. א"כ, אף בלי חזקת כשרות כ"כ אלימה, נוכל לומר אאעבב"ז, שבאמת כדי לעשות בעילת זנות צריך לא רק העדר כוונה לשם קידושין, אלא כוונה אקטיבית לשם זנות.

⁹ עיין חידושי כת"ס בסוגיין, שכתב שדעת הגאונים היא שאאעבב"ז מבוסס על חזקת כשרות, ואילו לרמב"ם אאעבב"ז מבוסס על לא שביק איניש היתרא ואכל איסורא. לכן לגבי שפחה, אם אדם מישראל בעל אותה, לגאונים צריכים להניח ששחרר אותה מקודם, שחזקה היא שאין אדם מישראל חוטא לבעול בעילה אסורה; ואילו לרמב"ם לא אמרינן אלא שלא יעזוב היתר שבידו לאוכלה, אבל לא נפריו על המדה לומר שאם אין בפניו היתר, יעשה מעשה מקודם להכשירו, לכן אין מניחים ששחרר אותה מקודם, אלא בעל אתה בשפחותה. ואני לא ירדתי לסוף דעת הכת"ס בזה, דנהי דיש חילוק בין הרמב"ם והגאונים לענין שפחה, אולם לענין פנויה לא הבנתי איך חקירה זו יסביר את המחלוקת, דאף לרמב"ם היה לנו לומר שלא שביק היתרא ויתכוון לבעול לשם קידושין.

לשם קידושין. משמע מדבריו שסברת הרמב"ם היא שחזקת אאעבב"ז מבוססת לא על חזקת כשרות, אלא על אומדן דעתו של אדם שבעל את אשתו-לשעבר: מניחים שכוונתו לחדש יחסים אתה, לא מחמת כשרותו וצדקותו בהימנעות מעבירת זנות, אלא מחמת אומדנא שרצון אדם זה לחיות שוב עם אשה זאת כאיש ואשתו. כיון שכן, חזקת אאעבב"ז מוגבלת למקרה שבעל את אשתו-לשעבר.

וכן הסביר האור שמח בגירושין י:יט בכוונת הרמב"ם (ורמז ג"כ לדברי הרא"ש הנ"ל), שהרמב"ם השמיט כאן ענין חזקת כשרות מפני שאין דין זה מבוסס על כשרות, אלא על אומדנא. ונפק"מ בין חזקת כשרות לבין אומדנא, במקרה שהבעילה היתה באיסור, כגון אם היתה האשה בנדוטה: למ"ד שאאעבב"ז מבוסס על חזקת כשרות, אפשר שלא ניישם חזקה זו כשהבעל הראה בביאה זאת גופא שהוא מתיר עצמו לפילו לאיסור כרת¹⁰; ואילו למ"ד שאאעבב"ז מבוסס על אומדנא, לא משנה אם הוא עובר עכשיו על איסורים, מ"מ מקודשת, כיון שהקביעה שהוא מתכוון לקידושין מבוססת על אומדן דעתו ולא על עוצם כשרותו.

עד כה הצענו שהרמב"ם סובר שחזקת אאעבב"ז, ודין המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי, הם תוצאות של אומדנא, ולא של חזקת כשרות. אבל נראה שהבנה זו מוקשה מכמה מקומות ברמב"ם עצמו. ראשית כל, למה בהלכות אישות ז:כג, נקט הרמב"ם שחזקת אאעבב"ז שייכת רק ל"כשרים", ואילו בהלכות גירושין י:יז-יט, השמיט הרמב"ם ענין חזקת כשרות לגמרי?

ועוד, עיין בהלכות גירושין א:ה --

זה שנאמר בתורה, "ושלחה מביתו", אין עניינו שלא יגמרו גירושיה 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.

נראה שהרמב"ם מרמז בהלכה זו לדין המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי, שכן כתב "כמו שיתבאר" -- ולא נתבאר מקרה זה אלא אצל דין דידן, בגירושין י:יז-יט. א"כ, משמע שהרמב"ם סובר שאם נתן לה גט ואז המשיך לגור אתה (או שעל כל פנים נתיחד אתה), הגט הראשון חל, אבל אח"כ מתחדשים קידושין חדשים ביניהם, והוי כמי שגירש והחזיר. עכשיו, אם כל הדין הזה מבוסס על אומדנא שהאדם שגירש את אשתו ואז בעל אותה, באמת מתכוון לקדשה כדי לחזור לחיות אתה, למה הביא הרמב"ם פסוק ללמד אומדנא זו! למה הצטרך הרמב"ם לדרשת "ושלחה מביתו" ללמד אומדנא זו, שמשמע שבלעדי חידוש הפסוק לא היינו יודעים שהדין כן?¹¹

¹⁰ וכן כתב הרדב"ז בתשובותיו ח"א סימן שנ"א (וכן הסכים במל"מ גירושין י:יח), שאם היתה נדה, אין חוששין לקידושין, ממה נפשך: אם פירש ולא בעל אותה מפני האיסור, ממילא אינה מקודשת, ואם בעל אותה על אף שהיתה אסורה לו באיסור כרת, שוב לא שייכת לו חזקת אאעבב"ז, שכיון שהתיר עצמו לאיסור כרת, ודאי התיר עצמו לאיסור זנות.

¹¹ עיין חידושי חת"ס בסוגיין, שג"כ העיר שמשמע מהבאת הפסוק בגירושין א:ה שדין דפונדקי הוא דין דאורייתא. אבל לא הסביר החת"ס למה צריכים פסוק ללמד דין זה, שהוא לכאורה או אומדנא או תוצאה של חזקת כשרות. וכן עיין במדרש תנאים על הפסוק "ושלחה מביתו", שדרשו ממש כמו שכתב הרמב"ם בגירושין א:ה (אבל יש להעיר שמדרש תנאים לוקט ממדרש הגדול ע"י הרב

עוד קשה מהלכות גירושין ח:ב, ששם מדובר הרמב"ם על מקרה דומה למקרה של הפונדקי, וכתב שאם נתייחד הבעל עם אשתו, צריכה ממנו גט שני, "שמא נבעלה ובטל הגט." ויש לתמוה, הא מדובר שם אפילו אחרי שהגט כבר חל, ואיככה יוכל הבעל לבטל גט שכבר עשה את שלו והתיר קשר האישות? ועוד, בגירושין י:יז-יט ברור הדבר שהייחוד מצריך גט שני לא משום שהגט הראשון בטל, אלא מחשש שהבעל קידש את אשתו-לשעבר להיות אשתו-לעתיד; א"כ, למה בגירושין ח:ב תהליך זה מתואר כביטול הגט (וחזרה לאישות הקיימת) ולא כחיצירת אישות חדשה?

כדי לתרץ את הקושיות הנ"ל, אולי אפשר להציע שהטעם שחזקת אעבב"ז מוגבלת, לדעת הרמב"ם, למקרה של בעילת אשתו-לשעבר, הוא מפני שלדעת הרמב"ם אין פירוש דין זה שהבעל בא ע"י בעילתו לקדש מחדש את גרושתו, אלא פירושו שהבעל בא ע"י בעילתו להמשיך את היחסים שהיו לו אתה מקודם שגירשה. כלומר, אם אדם גירש את אשתו ואז בעל אותה, הקידושין הראשונים עצמם חוזרים וניעורים; הגחלת העמומה של הקידושין מתלקחת ובווערת כלהבה. יש לפנינו באמת כעין ביטול הגט, ולא קידושין חדשים; אמת שהגט כבר חל, אבל ע"י מעשיהם עכשיו, הבעל והאשה מחזירים את המצב למה שהיה קודם שהגט חל, וא"כ יש כאן ביטול הגירושין, אם לא ביטול שטר הגט עצמו. ואיך?

אם נאמר שגירושין כורתים לחלוטין בין איש לאשתו, לא היה מקום לומר את הדברים הנ"ל. אבל אם נחדש שגירושין אינם כורתים את השארות לגמרי, אלא רק מתירים את האשה להנשא לאחר, כבר אפשר להבין איך יכולים בעל וגרושתו להחזיר את העטרה ליושנה. הגט התיר את האשה לאחריים, אבל נשארה האשה קשורה בקשר של אישות לבעלה הראשון; והבעילה עמו גורמת נסיגה מהיתר הגט וחזרה למצב הקודם, דהיינו אישות מלאה, כוללת איסור ביאה לאחריים. ברור שכל זה לא שייך כלל לבעילת פנויה שלא היה לבעל קשר של אישות אתה מקודם.

כדי לחזק ולתת גוון לדברים הנ"ל, נעביר תשומת לבנו לתחום אחר השוכן ליד התחום שלנו: איסור מחזיר גרושתו. כשאדם מגרש את אשתו, ואיש אחר לוקחה לאשתו ואז גם הוא מגרשה, אסור לבעלה הראשון לשוב לקחתה. הבה נחקור בטיב האיסור: מה מטרת איסור זה, ואיך הוא פועל? מפרשי התורה על אתר (וגם מוני מצוות) הסבירו שבאה התורה באיסור זה למנוע משחקים של החלפת-נשים. יבואו אנשים בני נבלה להשתמש בתכסיסים שונים כדי "לזנות בהיתר", שראובן ושמעון יסכימו ויגרשו את נשותיהן, וזה ישא של זה וזה של זה, ויעשו כיצורם הרע, ואז כל אחד יגרש את "אשתו" ויחזיר את אשתו הראשונה. באה התורה ואסרה לבני תאוה אלו מלישא בחזרה את נשותיהן, כדי שלא יתחילו בעסק מכוער כזה.

אבל לכאורה, הסבר זה בטיב האיסור של מחזיר גרושתו מוקשה מתוך סוף הפסוק: "לא יוכל בעלה הראשון אשר שלחה לשוב לקחתה להיות לו לאשה, אחרי אשר הטמאה." לשון התורה כאן דומה ללשון פסוקים אחרים שמדברים על זנות: "ואל אשת עמיתך לא תתן שכבתך לזרע לטמאה בה" (ויקרא י"ח); "ונסתרה והיא נטמאה" לגבי סוטה (במדבר ה'). למה נקטה התורה לשון זה כאן, לגבי אשה שנתגרשה לגמרי מבעלה הראשון, והלכה והיתה לאיש אחר בהיתר גמור? למה התורה מתארת את נישואיה לבעלה השני כסטייה מנאמנותה לבעלה הראשון?

דוד צבי הופמן, וא"כ אפשר שבעל מדרש הגדול לקח דרשה זו מדברי הרמב"ם עצמו, ולא להיפך. אולם בהערותיו של הרד"צ הופמן על מדרש הגדול שם, כתב שנראה לו שדרשה זו מקורה ב"מכילתא על ספר דברים", ואינה המצאת הרמב"ם.

השאלה נעשה עוד יותר חמורה כשנזכור מה דרשו בגמרא מפסוק זה: חז"ל הבינו שהמלים "אחרי אשר הטמאה" מדברות על אשת איש שזינתה, ובאה התורה כאן להשמיענו שאשת איש שזינתה, נאסרת על בעלה (דרשת "ונטמאה-ונטמאה"). ולכאורה הדבר פלא, איך אפשר להבין שפסוק זה מתייחס לאשת איש שזינתה -- זנות מאן דכר שמה? וכן הקשו בתוס' יבמות (יא: ד"ה לרבנות) על הגמרא: איך אפשר להוציא את הפסוק כ"כ מפשטותו, לפרש שתחילת הפסוק מדבר על מחזיר גרושתו וסוף הפסוק מדבר על אשת איש שזינתה, בלי שום רמז בפסוק עצמו?

אולי אפשר לתרץ שההבנה העמוקה של חז"ל בפסוק היתה שבאמת כן מדובר באשת איש שזינתה: הגירושין אינם כריתות מוחלטות, רק היתר לאשה להיבעל ולהינשא לאחרים, אע"פ שהיחס שלה לבעלה הראשון ממשיך. א"כ, אמת שמותר לה להנשא לאיש אחר, אכן יש בזה בגידה (מותרת) בבעלה הראשון, שהיא עדיין אשתו. נשיאת גרושה לבעל חדש היא באמת סוג קלוש של זנות של אשה נשואה תחת בעלה, כיון שהגרושה באמת עדיין מקודשת היא לבעלה הראשון. אשה כזאת, שהלכה בהיתר והיתה לאיש אחר, בגדה בבעלה הראשון -- אע"פ שלא עברה על שום אסור כלל -- ויש בזה כדי להרעיל את הקשר שלה עם בעלה הראשון עד כדי כך שנאסרת עליו, בדיוק כמו שאשת איש שזינתה תחת בעלה נאסרת עליו.¹² חז"ל הבינו שאם כן הדברים אצל גרושה, על אחת כמה וכמה שהדברים כן באשה תחת בעלה ממש, שאם זינתה, נאסרת לו -- ועל פי הבנה זו דרשו איסור זה מפסוק זה.

עכשיו נעבור לדברי הרמב"ם בסוגיית מחזיר גרושתו: מנין לנו שהרמב"ם מסכים עם החידוש הנ"ל? אם נעיין בספר המצוות לרמב"ם (מצוות ל"ת שנ"ו), נראה שהרמב"ם מונה איסור מחזיר גרושתו כמצוה, ומשמיט לגמרי איסור אשת איש לבעלה אחרי שזינתה.¹³ בהשגותיו לספר המצוות, הרמב"ם מונה איסור זה בין המצוות שלדעתו "שכחום" הרמב"ם במניינו.¹⁴ הרמב"ם מסביר שהרמב"ם השמיטו מפני שהוא סובר שאיסור זה נחשב ללאו שבכללות, ולדעת הרמב"ם בשרשיו, אין למנות לאו שבכללות כמצוה בפני עצמה.

אבל נראה שהסברו של הרמב"ם לא יתכן, כמו שמעיר המגילת אסתר על דברי הרמב"ם -- שהרי בכל מקום שהרמב"ם סובר שלא מסויים נחשב ללאו שבכללות, אין הוא משמיטו לגמרי ממנין המצוות, אלא מנהגו למנות לאו כזה בכלל אחד עם הלאוין האחרים שמצורפים אליו בכללו; ואילו כאן, לגבי איסור לבעלה לאשת איש שזינתה, לא זָכְרו הרמב"ם כלל, וישכחהו.¹⁵

¹² עיין פירוש אבן עזרא על אתר, שכתב שהמלים "אחרי אשר הטמאה" משמיעות שהקידושין לאיש אחר "מטמאים" את האשה כלפי בעלה הראשון. ואולי כוונתו שבאמת אין זה תוצאת איסור מחזיר גרושתו, אלא הוא הגורם של איסור מחזיר גרושתו: האישות הראשונה ממשיכה גם אחרי הגירושין, לכן כשנשאת לבעל חדש, נוכל לומר עליה "אחרי אשר הטמאה" כלפי בעלה הראשון.

¹³ ידידי הר"ש שלום רוזנר העיר לי שהרמב"ם בספר המצוות מצטט את כל הפסוק, כולל המלים "אחרי אשר הטמאה", וא"כ אולי אפשר לדייק מזה שהרמב"ם הבין שאיסור מחזיר גרושתו ואיסור א"א לבעלה הם זהים (אחרת למה הביא סוף הפסוק כלל), אבל מלבד שזה דיוק קצת רחוק, הוא גם בעייתי מצד שבכמה מהדורות של ספר המצוות, מלים אלו הושמטו (כמו במהדורת הרב יוסף קאפח).

¹⁴ במנין המצוות שצריך להוסיף לדעת הרמב"ם, הוא מצוה ט"ו.

¹⁵ שהרי אין הרמב"ם מזכיר איסור זה כלל בספר המצוות -- לא תחת הכותרת של מחזיר גרושתו, ולא במקום אחר. ועוד נראה שיש להשיג על הסברו של הרמב"ם מצד המלקות, שבהלכות גירושין יא: יד כתב הרמב"ם שאם אשתו של אדם זינתה תחתיו ונאסרה עליו עי"ז ואז הוא בא עליה, לוקה, והא אין לוקין על לאו שבכללות.

המגילת אסתר משאיר בצ"ע למה הרמב"ם לא מנה איסור לבעלה לאשת איש שזינתה -- אבל לדברינו הנ"ל, יש לתרץ בקלות: הרמב"ם לא ראה איסור זה כלאו שבכללות כלל, אלא כלאו רגיל שיש למנותו. וכן באמת עשה במצוות לא-תעשה שני, ששם מנה איסור מחזיר גרושתו -- שלדברינו הנ"ל, הרי איסור מחזיר גרושתו ואיסור לבעלה לאשת איש שזינתה, אחד ממש הם, עד כדי כך שספירת אחד מהם במנין המצוות נחשב ג"כ לספירת חברו, שבאמת אחד הם, וכביכול אין יחיד כיחודם.

גם במשנה תורה, כשהרמב"ם מזכיר איסור לבעלה לאשת איש שזינתה, משמע שאיסור זה זהה לגמרי עם איסור החזרת גרושה. בהלכות גירושין יא:יב-יג, הרמב"ם מציע את הדין הבסיסי של מחזיר גרושתו, ואז בהלכה י"ד הרמב"ם ממשיך: "ובכלל לאו זה"¹⁶ שכל אשה שזינתה תחת בעלה, נאסרה על בעלה, ולוקה עליה, שנאמר, 'אחרי אשר הוטמאה, והרי נטמאה'. ולשון "בכלל לאו זה" צריך ביאור: האם כוונת הרמב"ם שאיסור לבעלה לא"א שזינתה נחשב לאו שבכללות עם איסור מחזיר גרושתו, או שבאמת לאוין אלו אחד הם ממש?

ועיין בכסף משנה, שמעיר שבהלכות איסורי ביאה א:כב, פסק הרמב"ם שאם עד אחד העיד על אשת כהן שזינתה, ואז בעל הכהן את אשתו, לוקה עליה משום זונה. והקשו המפרשים, למה כתב הרמב"ם כן רק באשת כהן ומשום זונה, תיפוק ליה בכל אשה ומשום איסור לבעלה באשת איש שזינתה! המגיד משנה שם תירץ שהרמב"ם סובר שאין מלקות לאיסור זה, כיון שהוא לאו שבכללות; אבל הכסף משנה משיגו, שהרי אצלינו (גירושין יא:יד) כתב הרמב"ם בפירושו שלוקה על איסור זה. והכסף משנה מסיק שבאמת הרב המגיד צודק, ומה שכתב הרמב"ם כאן שלוקה על איסור זה, אין כוונתו אלא למכת מרדות. אבל תירוצו זה מבואר הדוחק.

הכסף משנה מציע תירוץ שני בשם אחרים: אולי הרמב"ם סובר שאין איסור מחזיר גרושתו א"כ הוא גם מקרה של אשת איש שזינתה: האשה זינתה תחת בעלה, והוא גירשה, ואז החזירה ורוצה לבעול אותה. רק במקרה כזה סובר הרמב"ם שיש מלקות; כלומר, באמת אין לפנינו אלא איסור אחד של מחזיר גרושתו\אשת איש שזינתה, והוא איסור לשאת ולבעול אשה שכבר גירש אותה אחרי שזינתה תחתיו. והדברים דחוקים ונפלאים, כמו שהעיר הכסף משנה עצמו.

הלחם משנה מתרץ בפשיטות שאין מלקות במקרה של איסורי ביאה פרק א' מפני שאיסור זונה ענין של סטטוס הוא, לכן מספיק בעד אחד כדי להחזיקה זונה, ואילו איסור אשת איש לבעלה כשזינתה אינו ענין של סטטוס, אלא מעשה שאוסר, ולזה צריך עדות רגילה של שני עדים כשרים להעיד על המעשה שעשתה, ולא מספיק בעד אחד.

הכסף משנה מקשה עוד למה הרמב"ם בהלכות סנהדרין פרק י"ט לא מנה איסור לבעלה לאשת איש שזינתה במנין הלאוין שלוקין עליהם. תירוצו של הכסף משנה הוא כנ"ל, שאיסור מחזיר גרושתו ואיסור א"א שזינתה אחד הם, כיון שלדעתו אין מלקות למחזיר גרושתו אלא במקרה שג"כ זינתה תחתיו כשהיתה אשתו, וכמו שכתבתי למעלה.

¹⁶ חפשתי ברמב"ם בכל המקומות שכתב לשון "בכלל לאו זה", כדי לבדוק אם תמיד יש משמעות מסויימת לדברים אלו (כלומר, או משמעות שהלאו נחשב ללאו שבכללות עם האיסור הקודם, או משמעות שהלאו נחשב לאותו לאו ממש), אבל נראה שאין הרמב"ם משתמש בביטוי זה באופן אחיד בכל המקומות.

אבל אולי נוכל לתרץ גם קושיא זו בחידוש שחידשנו לעיל, שאיסור מחזיר גרושתו ואיסור א"א לבעלה הם אותו איסור: שוב, כמו בספר המצוות, הרמב"ם לא מנה שתי מצוות אלו בנפרד כיון שבאמת אחד קראתיו ממש -- לא בציור של הכסף משנה (שמדובר לדעת הרמב"ם במקרה שהחזיר גרושתו שזינתה תחתיו כשהיתה אשתו), אלא מפני שהעיקרון ששני איסורים אלו מבוססים עליו הוא אותו עיקרון: אשתו שזינתה תחת בעלה נאסרה עליו.¹⁷

עכשיו נחזור למקום המוצא שלנו -- סוגיית המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי. הערנו שהרמב"ם מגביל יישום חזקת אעבב"ז לבעילת אשתו. גם שמנו לב שהרמב"ם בגירושין א:ה מביא פסוק כמקור לדין זה, וא"כ משמע שלדעתו אין הדין מבוסס על אומדנא. גם ציינו על העדר מילת "הכשרים" בגירושין פרק י',¹⁸ ועל תיאור בעיית הייחוד בגירושין פרק ח' כ"ביטול הגט". הצענו כהסבר לכל זה שאולי בגירושין פרק א' ופרק י', הרמב"ם מדבר על דין מחודש, המבוסס על הבנה חדשה של יעילות הגירושין: הרמב"ם סובר שאין הסיפור נגמר במסירת הגט, שהקשר בין האיש והאשה ממשיך להתקיים, רק שיש לה היתר להנשא ולהיבעל לאחרים. אם כן, אפשר לומר שכשזוג זה בא שוב לידי בעילה, הבעילה מבטלת יעילות ה"פטור" שניתן לאשה ע"י הגט. כלומר, כיון שהיחס בין בני הזוג נשאר חי וקיים כל זמן הגירושין, אם באיזה שלב הם חוזרים למנהג ימי אהבת כלולותיהם, ממילא כל הרושם של הגט בטל: חידוש חייהם ביחד כאיש ואשה למעשה, מבטל את הפטור המלאכותי שניתן על ידי מסירת הגט, וממילא האישות הקדומה יוצאת מעימומה כצאת השמש בגבורתו. הבעילה בזוג זה אינה צריכה להיות בעילה לשם קידושין כדי לחדש את היחסים שלהם -- כיון שבני הזוג המשיכו להיות קשורים זה לזה כל זמן הגירושין, ממילא הבעילה ביניהם נחשבת לבעילת אישות, והיא משמשת כהחזרת העטרה ליחסיהם הישנים.¹⁹

¹⁷ בהרבה מקומות בתשובותיו וכתביו על הרמב"ם, הצפנת פענח מדבר על רעיון זה שהגירושין אינם גומרים לגמרי, וגם מביא כמה ראיות לדבר (עיי' צ"פ גירושין י:יז-יט ד"ה חזקה, גירושין א:ה; מהדרורא תניינא עמ' 11 [עמודה א'], שו"ת צ"פ דוינסק סימנים א'-ד', שו"ת צ"פ ווארשה [נוא יורק] סימנים כו-כו. וע"ע אתון דאורייתא, סוף כלל ח'). בין ראיותיו, הצ"פ מחדש שהטעם שבכמה קרובות האיסור ממשיך אף אחרי הגירושין הוא מפני שהיחס בין הבעל לגרושתו ג"כ ממשיך (לכן האיסור נשאר בתוקפו באחות אשתו ובחמותו), ואינו נגמר עד שתמות אשתו (ואז מותר באחות אשתו, ואצל חמותו עכ"פ אין שריפה, שלרש"י יש רק איסור לאו ולתוס' יש "רק" כרת).

לדעת הצ"פ, הגירושין עושים ב' דברים: א) הגירושין מקנים את האשה לעצמה, וזה קנין רגיל, ולא גזירת הכתוב; ב) הגירושין "פטורים" אותה מבעלה על ידי גזירת הכתוב; כלומר, באמת יחס האישות ממשיך, רק שמגזירת הכתוב האשה ניתרת להיבעל ולהינשא לאחר אחרי שניתן לה גט.

¹⁸ בהשוואה לאישות פרק כ"ג, ששם השתמש במונח זה כשדיבר על חזקת אעבב"ז.

¹⁹ אולי מפני זה התקשה הצ"פ כ"כ למה הרמב"ם הצריך עדים בגירושין פרק י' -- אם יש לפנינו רק חזרה לקידושין הישנים שהיו קיימים כל הזמן, בשביל מה צריך עדים, שהרי אינה מתקדשת עכשיו? הצ"פ נדחק בזה הרבה, והציע שהצורך לעדים בלנה עמו בפונדקי אינו בשביל קיום המעשה, אלא בשביל בירור המעשה (ולא בירור דבריו אלו, אבל משמע שהתכוון לומר שא"צ עדים אלא כדי למנוע מן הזוג לכפור בבעילתם). והדברים נפלאים וקשים לקבל. ועוד חידש הצ"פ שאם אדם גירש את אשתו, אבל לא הוציאה מביתו -- דהיינו, המקרה של גירושין א:ה -- אין צריך לעדים כלל, שהרי לא הזכיר הרמב"ם שצריך עדים (שם א:ה). ודברים אלו קשים מאד, חדא מצד עצם, ועוד מצד שהרמב"ם שם א:ה רמז שהדברים שם יתבארו בהמשך, וכוננתו לכאורה לדבריו בפרק י', ושם ביאר שצריך עדים.

ולענ"ד אולי אפשר לומר יותר בפשיטות, שצריך עדים כדי לקיים את הצד קנין של האישות. כלומר, הגט עשה שתי פעולות -- הקנתה האשה לעצמה, ופטור האשה מבעלה לענין שתוכל להנשא לאחר; עכשיו, החזרה לחיי נישואין בפועל מבטלת את הצד של הפטור של הגט, אבל כדי להשלים את הצד השני (הצד של קנין), צריך עדי קיום, שצד זה של האישות באמת כן נתבטל ע"י הגט ע"י שהקנה אותה לעצמה (שזה אינו דין מלאכותי וגז"כ, אלא קנין טבעי כמו כל קנין בעולם).

עוד נשאר לפנינו לבאר שאלה בסיסית: אם נכונים הדברים הנ"ל בשיטת הרמב"ם, למה הרמב"ם כתב שהדין של לינה בפונדקי מבוסס על חזקת אאעבב"ז -- שהרי לדברינו, אין הבעילה בעילת קידושין שיוצרת קידושין חדשים יש מאין, אלא הרי היא בעילת אישות שמהווה המשך לקידושין הישנים של הזוג. א"כ, מה המקום להחשיב בעילה זו לבעילת זנות כלל -- וכי אפשר שבעילה רגילה של זוג נשוי תוכל להיחשב בעילת זנות אם אחד מבני הזוג לא התכוון לבעילת אישות?

וי"ל שאף אם נחדש כנ"ל, שהאישות ממשיכה להתקיים כל זמן הגירושין, ושהבעילה אח"כ היא בעילת אישות ממילא ומוציאה את האישות מן הכח אל הפועל, מ"מ אין תהליך זה חסון מכל התקפה: אם בני הזוג יתכוונו בפירוש לזנות ולא לאישות, יש בזה כדי למנוע חזרת האישות לתחייה.²⁰ א"כ, איך נוכל לדעת אם בני הזוג התכוונו בפירוש לזנות או לא? לזה באה החזקה של אאעבב"ז, ומבטיחה שאין אדם מתכוון באופן אקטיבי לעשות בעילתו באשתו בעילת זנות, שאומדנא היא שאם היו נשואים זה לזה מקודם ועכשיו באו לידי בעילה, אינם מתכוונים כוונה אקטיבית לזנות. כיון שכן, ממילא תהיה בעילתם בעילת אישות, ותחזור האישות לתוקפה ולגבורתה.

עד כאן דברנו על מערכת הדינים שעומדת מאחרי ההלכה של גירושין י:ז-יט. עכשיו נחזור להלכות אישות ז:כג, ששם דקדק הרמב"ם לכתוב שחזקת אאעבב"ז שייכת רק לישראלים "הכשרים". מה כוונת הרמב"ם בהוספת תנאי זה? הפוסקים התמודדו עם שאלה זו והציעו כמה תירושים טכניים.²¹ על פי הדברים שהקדמנו, נוכל לחלק בין חזקת אאעבב"ז בהלכות אישות ואותה חזקה בהלכות גירושין. בהלכות גירושין, מדובר בהמשך הקידושין הקודמים, ואילו בהלכות אישות מדובר ביצירת קידושין יש מאין. כלומר, אם אדם קידש אשה בקידושין פסולים (כמו המקרה של אישות ז:כג, שקידש בפחות משוה פרוטה) ואז בעל את האשה, לא נוכל להניח שהתכוון לבעול לשם קידושין א"כ ידוע לנו שהוא אדם כשר ואינו רוצה לעבור על איסור.²² בהקשר זה, פירוש אאעבב"ז הוא שאין אדם רוצה לעבור עבירה -- וא"כ צריך לומר שמדובר באדם כשר דוקא. ואילו בהלכות גירושין, פירוש אאעבב"ז הוא שאדם רוצה לחיות כאיש ואשה עם אשה זו שהיתה אשתו בעבר -- וא"כ הדין שייך בין אם הוא אדם כשר או פרוץ, שכן אין בסיס החזקה כשרות האדם ורצונו להימנע מעבירה, אלא אומדנא שרצונו לחיות חיי אישות עם אשה זו. ועוד חילוק בין אאעבב"ז בהל' אישות לבין אאעבב"ז בהל' גירושין, שבהל' אישות צריך האדם לכוונה אקטיבית כדי ליצור את הקידושין, ואילו בהל' גירושין צריך האדם לכוונה אקטיבית כדי להרוס את ההזדמנות לעשות בעילה זו בעילת אישות דממילא. בקיצור: אאעבב"ז של הלכות אישות הוא בעצם ענף של חזקת כשרות, ואילו אאעבב"ז של הלכות גירושין הוא בעצם אומדנא שאדם שבעל אשתו-לשעבר, רוצה להמשיך להיות בעלה.

כסיום לדברינו, נציע כמה נפקות-מינה לחידוש שהדין של לינה בפונדקי מבוסס על ריענון האישות הקדומה:

²⁰ אף על פי שאם לא יתכוונו לבעילת קידושין בפירוש, אלא יבעלו סתם, מ"מ תהיה בעילת אישות ממילא ותחזור האישות לשלמותה.

²¹ עיין שו"ת זכר יצחק (סו"ט ט"ז ותחילת סימן י"ז), שו"ת דבר אברהם (ג:כט ד"ה אמנם ספק א', שכתב שבאמת היה צריך לומר "הכשרים" גם במקרה של הפונדקי, אלא שחז"ל פסקו כדין בלי יוצאים מן הכלל שאף כשהתכוונו לשם זנות, ולכן באמת אינה מקודשת, אפקעינהו רבנן לקידושי הבעל השני, וממילא חוזרת להיות נשואה לגמרי לבעלה הראשון; והדברים דחוקים).

²² וגם, כמובן, שהוא יודע שקידושי כסף שלו לא היו קידושין.

(א) בשו"ת הרא"ש (כלל מ"ה סימן ט'), מסופר שבעל שלח גט לאשתו ע"י שליח, ולא שמע מה בדיוק קרה לגט, אלא חשב שניתן הגט לשליש ועוד לא נמסר לאשה, ולכן עדיין לא היתה גרושה ממנו. לאחר זמן, ביקר אותה ובעל אותה במחשבה זו, ואז הלך לב"ד כדי לבטל את הגט שלדעתו עדיין היה ביד השליש. כשבא לשם, גלה להפתעתו שהגט אכן חל מאז ומקדם, שה"שליש" שלידו נמסר הגט לא היה שליח כלל, אלא שליח קבלה (והיו עדים לדבר). הרא"ש פסק שבמקרה כזה אין הבעילה נחשבת לקידושין, כיון שבשעת קידושין חשבו הזוג שהיו עדיין נשואים זה לזה, ולכן ודאי לא התכוונו בבעילתם לקידושין. אבל לפי מה שהצענו בדברי הרמב"ם, שפיר נחשבים לנשואים עכשיו ע"י הבעילה, שמספיק שלא היה בדעתם לבעול לשם זנות, ואין צורך לבעילה לשם קידושין. ובמקרה זה, ודאי חשבו בעילתם לבעילת אישות, כיון שחשבו שהיו עדיין נשואים.

(ב) כתב הרשב"א בחידושיו בסוגיין שצריך הזוג לדעת שיש עדים שראו שנתייחדו בחדרם בפונדקי, דאל"כ, אין מתכוונים לשם קידושין, שכולם יודעים שצריך עדים לקידושין. אבל אולי לפי הרמב"ם אין צורך שהזוג ידע שיש עדים, שבאמת אין צורך לדעת קידושין בפועל, רק שלא תהיה דעתם לזנות דוקא. א"כ, כל שהיו עדים בחוץ, מספיק בזה, אף אם לא ידעו הזוג.²³

²³ א"כ נאמר שאם לא ראו עדים בחוץ, דעתם לזנות באופן אקטיבי.