

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 932006/1

בבית הדין הרבני האזורי באר שבע  
(הרכב מיוחד לענייני יוחסין)

לפני כבוד הדיינים:

הרב יהודה דרעי – ראב"ד, הרב אליעזר איגרא – אב"ד, הרב ציון אילוז – אב"ד

המבקשים: פלונית, פלונית ופלונית (ע"י ב"כ עו"ד אדוארד וייס ב"כ יועץ לממשלה)

הנדון: היתר לבוא בקהל – פסולי עדות בקידושין והמסתעף מזה לגבי עד אחד בקידושין והפקעת קידושין שנעשו בניגוד לתקנות

### פסק דין

#### רקע עובדתי

תיק זה הופנה אלינו מביה"ד אשקלון לאחר שתוך כדי דיון בתביעת גירושין של [א'] נגד אשתו [...], התעוררו שאלות חמורות לכאורה לגבי כשרות ששת ילדיה של האשה, לפי הפרטים שדלהלן. הזוג הנ"ל נישאו בחודש ינואר 1996 בנישואין פרטיים ללא רישום וללא אישור הרבנות, עקב גילה של האשה שהיתה בת חמש-עשרה וחצי תלמידה בכיתה ט' ובן זוגה גדול ממנה בשש-עשרה שנים. השניים החליטו להינשא עקב הריון בלתי צפוי. לבני הזוג נולדו שלושה ילדים משותפים. בחודש מרץ 2005, עזבה האם את הבית עקב טענות קשות של אלימות מצד הבעל (כפי שהם מפורטים בתסקיר העו"ס) ומאז בני הזוג חיים בנפרד. בחודש מרץ 2013, הגיש בעלה תביעה לגירושין ובה תיאר כי אשתו נפרדה ממנו מזה שנים אך טרם התגרשו, וכי לאשתו יש עוד שלוש בנות משני גברים שונים. לאור המתואר, התיק הועבר להרכב המיוחד לענייני יוחסין בביה"ד אשקלון לדון במעמדן של הקטינות. בחודש ספטמבר 2014, תוך כדי איסוף הפרטים וכתיבת התסקיר, ביצעה האם מעשה אובדני שהביא למותה.

כאמור, תיק זה הועבר אלינו בחודש דצמבר 2015. והואיל והאם המנוחה לא עמדה בפנינו, נעזרנו בדברים שאמרה לעו"ס, וזה עיקרם: החו"ק נערכו ע"י חכם [...] הידוע בעיר אשדוד כמסדר חו"ק לקטינות, בבית הכנסת שלו. לטענתה נאלצה להינשא עקב הריונה הבלתי צפוי. כמו כן העלתה תיאורים קשים של אלימות פיזית ומילולית בחיי הנישואין, אשר לדבריה אם היתה יודעת זאת לא היתה נשאת לאותו האיש. לאחר שנפרדה מבעלה בחודש מרץ 2005 קיימה חיי אישות עם [ב'], ונולדה להם בת [ב'1] במהלך שנת 2006. מסוף שנת 2010 ניהלה קשר עם [ג'] עמו התגוררה עד יום פטירתה, ונולדו להם שתי בנות [ג'1] ו[ג'2]. לדבריה מאחר ונישואיה לאותו [א'] היו כאשר היתה נערה, חשבה שאינם תקפים ופנתה לאותו חכם שקידש אותם בבקשה להתיר את נישואיה. הלה ביקש ממנה להביא את כתובתה וערך טקס בו קרע את

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

הכתובה לגזרים, הניח אותם על הרצפה וביקש ממנה להקיף את הכתובה שבע פעמים, לאחר מכן אמר לה "כעת את מותרת לכל אדם". כמו כן הוצגו בפנינו מסמכים המעידים כי לאחד מעדי הקידושין [י'] נפתחו תיקים רבים במשטרה על עשרות עבירות קשות של תקיפות וחבלות, גניבות ונזקי רכוש במזיד וכו', שבוצעו בין התאריכים כ"ה בכסלו תשל"ד (20/12/1973) – י"ח בתמוז תשס"ט (10/07/2009), ובכולן הורשע ונידון בעונשים שונים כולל תקופת מאסר ממושכת.

במהלך הדיונים הופיע בפנינו אותו חכם [...], ואישר כי ערך את טקס החופה והקידושין בבית הכנסת שלו, אך לדבריו הוא עצמו לא בירך את ברכות האירוסין אלא אחד מהעדים, שכן לדבריו ידע שנישואין אלו נכפו על הנערה תוך כדי איומים, וגם הוא נאלץ לתת חסות לנישואין אלו בגלל איומים! כמו כן טען כי עד הקידושין [י'] היה מפורסם ברבים כעבריין מוכר, וסבר בבירור כי הינו פסול, אלא שכאמור נאלץ לשתף פעולה עמהם. וכן לא הכחיש את טקס קריעת הכתובה והתרת הנישואין, מפני שממילא סבר כי אין תוקף לקידושה וביקש רק להפיס את דעתה.

עוד הופיע בפנינו [ג'], אשר סיפר שהוא חי עם [האישה] חיי אישות משנת 2009-2010, ונולדה להם בת בשם [ג'] בתאריך כ"ג באב תשע"א (23/08/2011). לדבריו כשהתחיל לצאת איתה, הופצו שמועות ע"י [א'] הטוען שהיא נשואה לו – מתוך כוונה להזיק לה ולבנותיה. כששאל אותה על כך, השיבה כי היו אלה נישואין פיקטיביים וגם כבר התגרשה ממנו אצל אותו חכם [...] אשר ערך את הנישואין. על אודות עדי הקידושין טען, שהוא חי 30 שנה באשדוד ומכיר היטב את העד [י'] "כעבריין כבד מאוד... היום הוא חזר בתשובה אך בשנת 96 אני לא יודע מה הוא היה. העד הנוסף הוא [ש'], נוכל לא קטן, גם הוא חזר בתשובה עם כיפה".

כמו כן הופיע בפנינו עד הקידושין [י'], בתחילה התפתל בדבריו כשנשאל על עברו הפלילי, אך לאחר חקירה ודרישה ומשהקריא ביה"ד בפניו את תיקי המשטרה משנת 1974 עד שנת 2010, הכוללים הרשעות על גניבה, נזקי רכוש במזיד, תקיפת שוטרים, הצתה, איומים ועוד, ובגנים גם נידון למאסר של כמה שנים, אישר העד את הכל. לשאלת ביה"ד: האם שילמת לבעלי הרכוש את כל הנזקים, השיב "לא הכל שולם" ובעצם איני יכול לאמוד את כל הנזקים. לדבריו חזר בתשובה בשנת 1991, אך כאמור אישר את הרשעותיו בעבירות הנ"ל שהיו גם לאחר שנת 1991 כולל שלושה תיקים בין השנים 2004-2009. כמו כן הודה שהיה "חולה הימורים" גם בתקופה שהיה עד בקידושין בשנת 1996 ואף לאחר מכן. ההימורים כללו: קזינו וקלפים, בארץ ובחור"ל. וכן הודה שלווה כספים ברבית קצוצה של 6%-10% גם אחרי תקופת חזרתו בתשובה.

### השאלות להלכה בנדון שלפנינו

1. האם הגזלנים והחמסנים פסולים לעדות מגזרת הכתוב, או מפני שחשודים לשקר?
2. האם נפסלו לעדות גם כשגזלו או הזיקו פעם אחת באקראי, או רק שהיו רגילים בכך?
3. האם נפסלו רק על פי עדות בפני בי"ד, או די שנודע מעשיהם ברבים?
4. האם השבת הגזילה בפועל הוא תנאי להכשרתם, או די שגמרו בליבם להשיבה?
5. האם צריך גם שיודע לרבים כי חזרו בהן מדרכן הרעה, מלבד השבת הגזילה?

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

6. האם ידיעה זו צריכה להיות בפני בי"ד, או די בזה שנודע כן לרבים?
7. עד שחזר בתשובה, האם הוכשר למפרע או רק משעה שנודע על חזרתו?
8. מי שיוודע בעצמו שהוא פסול אך אחרים אינם יודעים מזה, האם רשאי להעיד?
9. החובל בחברו או באשתו, האם נפסל לעדות?
10. המזיק במזיד ברכוש חברו, האם נפסל לעדות?
11. המשחק בקזינו או בקלפים וכדומה, האם נפסל לעדות?
12. מי שלוה כסף בריבית קצוצה, האם נפסל לעדות?
13. מי שהורשע בערכאות בעבירה הפוסלת לעדות, האם נפסל לעדות?
14. ומה הדין בזה כשהודה כן גם בפני בית דין של ישראל?
15. המקדש בעד אחד, האם חוששין לקידושיו?
16. ומה הדין בזה, כשהיו שני עדים ונמצא אחד מהם פסול?
17. אישה שקיבלה קידושין מאונס, האם יש לחוש לקידושין?
18. האם איומים והפחדה נחשבים כאונס לענין זה?
19. קידושין שנעשו נגד תקנות הקהל, האם ניתן להפקיעם?
20. עדי קידושין שעברו על תקנות הקהל, האם נפסלו גם לעדות זו?

## דיון הלכתי

### א. פסול גזלן

תנינן (סנהדרין כד ע"ב): "ואלו הן הפסולין, המשחק בקוביא והמלוה בריבית ומפריחי יונים וסוחרי שביעית". ובגמ' שם (כה ע"ב): "תנא הוסיפו עליהן הגזלנין והחמסנין". וילפינן להו שם (כו ע"א) מהכתוב (שמות כג, א) "אל תשת ירך עם רשע". ומכאן יצאה הוראה שאין עליה עוררין, שגזלן פסול לעדות מדאורייתא. כן הוא פסק הרמב"ם (הלכות עדות פ"י הלכה ד), וכ"פ הטוש"ע (ח"מ סימן לד סעיף ג).

וגדולה מזו מבואר בגמ' (שבועות ל ע"ב) שאפילו עד כשר היודע בחבירו שהוא גזלן ואין הדיינים מכירים את רשעו – אסור לו להעיד עמו, שנאמר (שמות כג, ז) "מדבר שקר תרחק", עיי"ש. ואולם הרמב"ם (הלכות עדות פ"י ה"א) יליף לה מהאי קרא ד"אל תשת ירך עם רשע להיות עד חמס", דהיינו שאם השית ידו עם רשע הרי שהוא עצמו מקרי עד חמס. וגם הטור (סימן לד סעיף א) נמשך לדרשא זו. וכבר העיר מרן בכס"מ ובב"י (שם), מדוע הניחו דרשת התלמוד והוצרכו לתור אחר דרשה אחרת, ונשאר בצ"ע, עיי"ש.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ונראה דמהאי קרא ד"אל תשת ירך עם רשע" וגו' ילפינן חידוש טפי, והוא שאפילו שיודע שהעד הפסול מעיד אמת, עדיין אסור להעיד עמו מפני שפסול העד מדין 'רשע' אינו ענין לנאמנות גרידא אלא הוא פסול בגברא. וזה ילפינן מהא דקרי רחמנא "עד חמס" אפילו לעד הכשר המעיד עמו אע"פ שבודאי אמת היתה בפיהו, וא"כ כ"ש לעד הרשע שפסול הוא אע"פ שברור שמעיד אמת – דומיא דקרוב שהוא פסול אף במקום שברור שמעיד אמת, וז"פ. אכן גם הב"י עצמו ל"פ על זה, שהרי נדחק (שם) לפרש כן גם בדרשה של "מדבר שקר תרחק", עי"ש.

איברא, שיסוד זה מוכח ומבואר בגמ' שם מפלוגתא דאביי ורבא במי שעבר עבירה להכעיס ולא לתאבון: דרבא ס"ל דדוקא הנכשל בעבירה לתיאבון הוא דפסול לעדות, משום דחיישינן דכשם שעבר על ד"ת מפני תאוותו – כך הוא חשוד לשקר מכל סיבה, אבל העושה להכעיס אינו פסול לעדות. אולם אביי ס"ל דל"ש לתיאבון או להכעיס, דלאו משום חששא דשיקרא לחוד פסלינן ליה, אלא פסולא דגברא הוא. ומאחר ואפסיקא הלכתא בתלמודא כאביי (סנהדרין כו ע"א; שו"ע חו"מ סי' לד סעי' ב), ש"מ דרשע פסול לעדות אף במקום שברור לנו שהוא מעיד אמת, וכדפי'.

ודע שזה מוכח מסידור דברי הרמב"ם, דהנה לגבי כלל פסולי העדות פסק בזה"ל (שם הלכה ב): "איזהו רשע, כל שעבר עבירה שחייבין עליה מלקות זהו רשע ופסול", ושם (הלכה ד) הוסיף:

"ועוד יש רשעים שהן פסולין לעדות אע"פ שהן בני תשלומין ואינן בני מלקות, הואיל ולוקחים ממון שאינו שלהם בחמס פסולין, שנאמר כי יקום עד חמס באיש".

ואפשר שבחלוקה זו ביקש הרמב"ם לרמוז, דלא תימא דרך חייבי מלקות וכו' פסולין לעדות במהותן מדין 'רשע', אלא ה"ה נמי הגזלנים והחמסנים משום דגם בהם קרי להו רחמנא 'עד חמס'. וזה מדוקדק בכינוי שפתח בהם: ועוד יש 'רשעים', ר"ל שגם הם פסולים במהותן מדין 'רשע', ולא עוד אלא שחשודים המה לשקר טפי משאר פסולין: "הואיל ולוקחים ממון שאינו שלהם".

ולפי הנראה, מה שהוצרך הרמב"ם לפסול את הגזלן והחמסן מתרי אנפי – הן מגזירת הכתוב מצד היותו 'רשע' והן מפני שהוא חשוד לשקר, הוא נפק"מ לדין המבואר בשו"ע (חו"מ סימן מו סעיף לד) אודות מי שחתם בשטר קודם שנעשה גזלן ונעשה גזלן, דאינו יכול להעיד על כתב ידו אבל אחרים מעידים שמכירים חתימתו, ובלבד שראו חתימתו שבשטר זה קודם שנעשה גזלן אך אם לא ראוהו עד אחר שנעשה גזלן לא, דאיכא למיחש שמא עתה זייף וחתם. בד"א בגזלן שנפסל מחמת ממון, אבל אם נפסל מחמת קרוב כגון שנעשה חתנו אחר שחתם בשטר, אחרים מעידים שמכירים חתימתו אף שראו חתימתו אחר שנעשה חתנו, כמבואר להדיא בשו"ע (שם סעיף לה). והחילוק בזה מבואר בקצוה"ח (שם ס"ק יז), דשאני גזלן דחשוד טפי לשקר, ולכן חיישינן דילמא זייף חתימתו לאחר שנעשה גזלן. משא"כ חתנו שלא נפסל אלא מגזה"כ, לא חיישינן ביה דילמא זייף השטר, עי"ש. ומעתה שפיר י"ל דזה עומק כוונת הרמב"ם במה שהוסיף לפסול את הגזלן נמי מפני שחשוד טפי לשקר, וכן לפנינו גילוי נוסף שדעת השו"ע היא כדעת הרמב"ם בטעמא דהאי מילתא, והבן.

אך אכתי לא תעזוב נפשי לשאול, מדוע הקפיד הרמב"ם לפסול את הגזלנים מדין 'רשע' והניח דרשת התלמוד דמפיק לה מקרא ד"מדבר שקר תרחק", שהרי לפי המבואר גם הב"י דמפיק להו מהאי קרא, מודה שהם פסולים אף היכא דקים לן שמעידים אמת – כמבואר בב"י עצמו. ואמנם יעוי"ש בלח"מ שכתב ליישב, דהאי דרשא דתלמודא לא נצרכא אלא לענין הדיין – ואגב הדיין הזכיר העד, אבל העד לא צריך קרא דכבר נפקא ליה מפשטיה דקרא ד"אל תשת

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ידך עם רשע", עי"ש. אלא שגם אחר דבריו עדיין צ"ב מדוע הוצרך הרמב"ם לדחוק כן בדברי הש"ס, וכי דרשת הש"ס "מדבר שקר תרחק" אינו פשטיה דקרא?

ולדידי חזי בס"ד לבאר עומק דברי הרמב"ם בזה, בהקדם לכמה גופי הלכות בשמעתין דאפליגו בהם קמאי ובתראי, וגם דעות השו"ע ורמ"א נפרדו בעקבותם. דהנה עינא דשפיר חזינן להרמב"ם (שם פי"ב ה"ד) גבי החוזרים בתשובה, וז"ל:

"כל מי שנתחייב מלקות בין שעשה תשובה בין שלקה בבית דין, חוזר לכשרותו. אבל שאר פסולין משום ממון שחמסו או שגזלו, אע"פ ששילמו צריכין תשובה והרי הן פסולין עד שיודע שחזרו בהן מדרכן הרע."

וגדר "עד שיודע שחזרו בהן מדרכן הרע", מפורש בהמשך דבריו (שם הלכה ה-):

"מאימתי חזרתן, מלויים ברבית משיקרו שטרותיהן מעצמן, ויחזרו בהן חזרה גמורה שלא ילוו ברבית אפילו לעכו"ם."

רוצה לומר שאין די בזה שקרעו את השטרות או השיבו את הרבית הגזולה, וגם קיבלו על עצמם שלא לשוב עוד לאותו החטא, אלא צריך שיוכיחו במעשיהם באופן שיודע לרבים שאינם מלוויים עוד ברבית אפילו בהיתר כגון לעכו"ם. והמקור לכל זה הוא מברייתא (סנהדרין כה ע"ב). וכ"פ מרן השו"ע (ח"מ סימן לד סעיף ז, כט), עי"ש. וכבר עמד הרדב"ז (שם) מדוע לא תחשב השבת הגזילה כתשובה, ופירש: "כיון שהוא רע לשמים ולבריות, אינו חוזר לכשרותו עד שיודע שעשה תשובה".

אולם לפי הנראה, הטור (ח"מ סימן לד סעיף ט) לא ניחא ליה בהאי פירושא דהרדב"ז, שכן גם הוא תמה ע"ד הרמב"ם ופירשו באופן אחר, וז"ל:

"ואיני יודע למה לא יוכשרו אחר שהחזירו הממון. ואפשר שרוצה לומר, אף על פי ששילמו כיון דבכפיית בית דין שילמו פסולים עד שישובו מעצמם."

ומכלל לאו אתה שומע הן, שאם שילמו מעצמם אזי שפיר כשרים הם לעדות מאותה שעה. והו"ד ברמ"א (שם הלכה כט). ועוד יעוי"ש ברמ"א אשר כרך בזה גם דברי בעל העיטור, וז"ל: "וי"א דכל זה דוקא במי שרגיל לגזול ולגנוב אבל מי שגנב וגזל באקראי בעלמא, מיד שמחזיר מה שגנב וגזל הוי תשובה", וסיים בהם "וכן נראה לי", עי"ש.

אך לאחור המחילה, לא ידעתי כיצד נוכל להעמיס סייגים אלו בדעת הרמב"ם והשו"ע, שכן אם איתא להכי ודאי שהיה להם להעלות חלוקה זו במשנתם. ואדרבה סתימת דבריהם מורה בעליל, דבכל גוונא לא יוכשרו להעיד "עד שיודע שחזרו בהן מדרכן הרע" ולא סגי בהחזרת הממון גרידא – ול"ש אם החזירו מעצמם או ע"י כפיית ב"ד, וכן ל"ש אם היו רגילים בכך או שגנבו וגזלו באקראי בעלמא, כמשמעות דברי הרדב"ז הנז"ל. ולנו לא נותר אלא לבאר יסוד פלוגתא זו, שהרי נפק"מ טובא בצידה.

ועוד יש לנו לכוון מבטינו לפלוגתת רבותינו הראשונים בביאור מימרא דרב (כתובות כא ע"ב), וזת"ד הגמ' שם: שלושה שישבו לקיים את השטר ובאו שני עדים וערערו על אחד מהם שהוא פסול, אם עד שלא חתמו העידו שחזרו בתשובה – מעדיין עליו וחותרם, ואם אחר שחתמו העידו עליו שחזרו בתשובה – אין מעדיין עליו וחותרם. בד"א שערערו עליו שהוא גזלן, אבל ערערו עליו בפגם משפחה כגון שהוא עבד או עכו"ם ואח"כ העידו שאין במשפחתו פגם והוא כשר – הרי זה חותרם עמהם משום דגילוי מילתא בעלמא הוא, עכת"ד. ולפי המבואר ברש"י (שם ד"ה משחתמו), מייירי הכא בשני הדיינים (מתוך השלושה שישבו לקיים השטר) המעדיין עליו להכשירו. ולכן עד שלא חתמו – מעדיין עליו וחותרם עמהם, אבל אם כבר חתמו שוב א"י להעיד

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

עליו להכשירו מפני שהם נוגעים בדבר שהרי גנאי להם שישבו עם פסול בדין, עי"ש. ומכלל דבריו עולה, שאם באו שניים אחרים להכשירו – הרי זה השטר כשר אע"פ שחתם עם חבריו קודם שהעידו עליו להכשירו, שהרי אינם נוגעים בעדות ואיגלאי מילתא למפרע שהיה כשר בשעה שחתם. וכן מתבאר מדברי הר"ן (ס"ב דכתובות).

אך ר"ח והרי"ף רוח אחרת עמהם בביאורה דשמעתין, ופירשו דהכא מיירי אפילו בשני עדים אחרים המעידין להכשירו, משום דס"ל דגזלן שעשה תשובה לא מתכשר אלא משעה שהעידו עליו בב"ד, אף שלפי עדותם היה כשר למפרע בשעה שחתם. ועיין בכס"מ (הלכות עדות פ"ו ה"ז) שכתב שדעת הרמב"ם נוטה לדברי ר"ח והרי"ף, וכן מפורש בסמ"ע (ח"מ סימן מו ס"ק סג) ובש"ך (שם סימן לד ס"ק לד) בדעת הרמב"ם והשו"ע, עי"ש. ואכן פסק הרמב"ם (שם) ומרן השו"ע (ח"מ סימן מו סעיף כו) שהעתיק לשון הרמב"ם, מורה להדיא כדעת ר"ח והרי"ף, וז"ל:

"שלושה שישבו לקיים את השטר ובאו שני עדים וערערו על אחד מהן שהוא גזלן וכיו"ב, ובאו שניים אחרים והעידו שחזר בתשובה: אם עד שלא חתמו העידו שחזר, הרי זה חותם עמהם שהרי שלושה היו. ואם אחר שחתמו השניים העידו עליו שחזר בתשובה, אינו חותם עמהם שהרי הוא כמי שאינו בעת חתימת השניים. בד"א כשערערו עליו בעבירה, אבל ערערו עליו בפגם משפחה... הרי זה חותם עמהם שזה גילוי דבר שהיה מקודם הוא."

הרי לפנינו עוד פלוגתא גדולה לגבי זמן כשירות העד שחזר בתשובה: דר"ח והרי"ף והרמב"ם ומרן השו"ע, ס"ל שחוזר לכשרותו רק משעה שהעידו עליו בב"ד שחזר בתשובה. אך רש"י והרי"ן (וכ"נ הכרעת הש"ך ובאר היטב שם), ס"ל שחוזר לכשרותו למפרע מיד כשחזר בתשובה אע"פ שהעדות בפני ב"ד על חזרתו היתה לאחר זמן. וגם בזאת חובה עלינו להבין ולהשכיל ביסוד פלוגתתם, שכן נפק"מ טובא אית לן בזה לענין כל העדויות שהעיד משעה שחזר בתשובה – עד שנתקבלה עדות בפני ב"ד אודות חזרתו. ובפרט צ"ב בדעת הרי"ף והרמב"ם וסיעתם, מדוע לא תועיל העדות בפני ב"ד להכשירו למפרע משעה שחזר בתשובה – כדאמרינן לגבי פגם משפחה, וכתמיהת הר"ן (שם) ע"ד ר"ח והרי"ף.

ונראה בס"ד לתלות יסוד פלוגתת הני רבוותא קמאי ובתראי בכולא דהאי מילתא – בעיקר טעמא דפסולי עדות מחמת ממון כגון הגזלנים והחמסנים. דהנה בראש דברינו הבאנו דרשת הברייתא (שבועות ל ע"ב): "מניין לדיין שיודע בחבירו שהוא גזלן וכן עד שיודע בחבירו שהוא גזלן, מניין שלא יצטרף עמו. תלמוד לומר, מדבר שקר תרחק". ואולם הרמב"ם (הלכות עדות פ"י ה"א) יליף לה מקרא ד"אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס", וכבר הבאנו לעיל תמיהת הכס"מ ע"ד הרמב"ם הללו, ומ"ש הלח"מ ליישב דבריו, עי"ש.

ולדידי חזי ליישב קושיית הכס"מ ולבאר עומק דברי הלח"מ, שבאמת יש כאן דרשות חלוקות בשלושת הדינים הנ"ל. שכן מדרשא ד"מדבר שקר תרחק", גליא רחמנא דהא דאפיקנא גזלן מתורת עדות מקרא ד"אל תשת ידך עם רשע", הוא מפני שחשוד לשקר. אולם מדרשא ד"אל תשת ידך עם רשע", ילפינן דהגזלן פסול לעדות מדין 'רשע' דהיינו מגזירת הכתוב – דומיא דחייבי מלקות וחייבי כריתות דרחמנא קרי להו 'רשע'.

ואמנם מתרוייהו ילפינן דאסור להצטרף עמו אף במקום שידוע שהוא מעיד אמת, אם מפני שהוא רשע במהותו או מפני שהוא שקרן במהותו. מכל מקום, אפשר דלא מפקינן ליה מתורת עדות אא"כ היה רגיל לגזול ולגנוב, אבל מי שגנב וגזל באקראי בעלמא אין איסור לעד כשר להצטרף עמו כל שידוע שהוא מעיד אמת. ברם אם מגזירת הכתוב אתינן עליה, פשוט דל"ש

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

בזה אם היה רגיל בכך או שגזל רק פע"א באקראי – דומיא דחייבי מלקות וחייבי מיתות ב"ד, דפסולים המה אפילו שחטאו רק פעם אחת. וכמו כן כשחזר הגזולן בתשובה והחזיר ממון שגזל מעצמו בלא כפיית ב"ד, הרי שבזה פקע הימנו החשד לשקר. אבל אם מגזירת הכתוב אתינן עליה, אזי אפשר דלא סגי במה שהחזיר הממון בעצמו אלא עד "שיודע שחזרו בהן מדרכן הרע", מפני שרק עי"ז פקע הימנו שם 'רשע' (ולהלן יבואר אם צריך שיודע דוקא בפני ב"ד או די שיודע לרבים). וגם זמן כשירות העד – תלויה בזה כמין חומר, שכן אם מפני חשדא דשיקרא אתינן עליה, אזי פשוט שאם באו עדים והכשירוהו הרי שלמפרע עדותו היתה כשרה – דומיא דפגם משפחה. אולם אם מגזירת הכתוב אתינן עליה, שפיר י"ל דרק מעתה ואילך יהא כשר, מפני שרק אחר העדות יכולים ב"ד להפקיע ממנו שם 'רשע' דרביע עליה, והבן.

ובזה יאירו כל דברי רבותינו – למר כדאית ולמר כדאית ליה. שכן אמור מעתה דהר"ן ובעל העיטור והרמ"א, הפקיעו את הגזלנים מתורת עדות מפני שחשודים המה לשקר, ולכן פשיטא להו לחלק בין מי שגזל רק באקראי – למי שרגיל בגזלתו. וכן פשיטא להו שאם החזיר הגזילה מעצמו, הרי זו תשובתו. וכמו כן פשיטא להו שאם הכשירוהו עדים, הרי שאגלאי מילתא למפרע שהיה כשר. אך לעומתם הרמב"ם אשר דקדק לפסול את הגזלנים רק מדרשא ד"אל תשת ידך עם רשע", הוא כדי לשלול את כל החילוקים הנ"ל. וכמו כן פשיטא ליה דרק משעה שהכשירוהו העדים הר"ז כשר להעיד מעתה ואילך אע"פ שהכשירוהו למפרע, שכן שם 'רשע' דרביע עליה לא פקע אלא ע"י ב"ד. וכן נראה בדעת ר"ח והרי"ף, וכן מורין פסקי השו"ע.

וכמו כן מיושב בזה סתירת הש"ס לכאורה אודות מקור פסול הגזלנים והחמסנים מהתורה: בדגמ' סנהדרין (שם) מפקינן להו מקרא ד"אל תשת ידך עם רשע", וש"מ שנפסלו מגזירת הכתוב ולא מפני שחשודין לשקר שהרי קיי"ל כאביי. ואילו מגמ' דשבועות (שם) מפקינן להו מקרא ד"מדבר שקר תרחק", וש"מ שלא נפסלו אלא מפני שחשודין המה לשקר. מיהו לדברינו שפיר י"ל שאין כאן סתירה, לדברי הכל. שכן לדעת הרמב"ם וסיעתו יש כאן שני טעמים המצטרפים זה לזה לפסול את הגזלנים והחמסנים, ולכן ס"ל שפסולים המה הן מגזה"כ והן מפני שחשודין לשקר, וכדפי'. אך לעומתם הר"ן והרמ"א וסיעתם ס"ל שאין כאן שני טעמים אלא טעמא חדא נינהו, והיינו בדגמ' שבועות גילה הש"ס דעתו – שלא נפסלו הגזלנים והחמסנים אלא מפני שחשודין הם לשקר, וזהו 'רשע דחמס' האמור בדרשת הגמ' בסנהדרין (ואין להקשות על דבריהם מהא דקיי"ל התם כאביי 'דרשע' דאמרה תורה הוא גזה"כ ואינו ענין כלל לחשדא דשיקרא, שכן אפשר דדוקא לגבי לאו שיש בו מלקות דומיא דאוכל נבלות וטרפות דקרינן ביה "אם בן הכות הרשע" – הוא דאמר אביי דפסול הוא מגזה"כ, אך הגזלנים והחמסנים שאין בהם מלקות מהיכא תיתי לפוסלם אם לא שנתקיים בהם קרא ד"אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס", וזה אינו אלא מפני שחשודין המה לשקר), ודו"ק.

ובשכר זאת אפשר שיש לנו עפי"ז ביאור נכון גם בפלוגתת הפוסקים גבי מי שיודע בעצמו שהוא פסול לעדות אך אחרים אינם יודעים מזה, האם רשאי להעיד. דהנה מחד קיי"ל דאין אדם משים עצמו רשע, אך מאידך קיי"ל במי שיודע בחבירו שהוא רשע ואין הדיינים מכירים ברשעו דאסור לו להעיד עמו אע"פ שיודע שהוא מעיד אמת וא"כ ק"ו ביודע בעצמו. אכן מראש צורים חזינן להרב חות יאיר (בהשמטות, והו"ד בפ"ת חו"מ סימן לד ס"ק א והגהות רע"א שם) שדן בזה, ולפי הנראה לא הכריע בזה, עי"ש. ברם יעויין בהגהות רע"א (שם) אשר למד מדבריו לפסול את העד. וכן נראה בדעת קצוה"ח בשם אחיו (סימן כח אמצע ס"ק ח), עי"ש. אך לעומתם יעויין בתומים (סימן כח אורים אות ג) שהסכים לזה רק בעד הפסול מחמת קורבה, אבל בפסול מחמת עבירה או נגיעה כיון שאין אדם נפסל על פי עצמו וגם הטעם לפוסלו הוא משום שחשוד לשקר, מדוע שלא יעיד כשהוא יודע בעצמו שהוא מעיד אמת, עכת"ד.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ולאור המבואר, שפיר יש לנו לתלות פלוגתא זו – בפלוגתא דקמאי הנז"ל: דרע"א וקצוה"ח ס"ל כדעת הרמב"ם והשו"ע וסיעתם, שגם הפסולים מחמת עבירה נפסלו מדין 'רשע' כדין הקרובים, ולכן גם כשהוא יודע בעצמו שמעיד אמת אין בכך כלום. אך התומים ס"ל כדעת הר"ן והטור וסיעתם, דהפסולים מחמת עבירה נפסלו משום שחשודין לשקר, ולכן פשיטא ליה דכשר להעיד כשאין פסולו ידוע לרבים ובלבד שהוא יודע בעצמו שמעיד אמת, והבן.

זאת ועוד, אפשר שיש לנו עפ"י גילוי בדעת הרמב"ם והשו"ע – מהו גדר "עד שיודע שחזרו בהן מדרכן הרע", האמור בדבריהם: שכן אמנם כבר הוכחנו לעיל מדבריהם דלא סגי בתשובה על עצם המעשה, אלא צריך שיפליגו בזהירותם בממון אחרים אפילו בדבר המותר – באופן שיודע כי שבו 'מדרכן הרעה', מכל מקום אין מפורש בדבריהם: האם צריך שיודע לבי"ד ע"י שני עדים שחזרו מדרכו הרע, או"ד סגי שמפורסם לרבים כי שב הוא מדרכו הרעה.

ולפי הנראה באנו גם בזה לפלוגתא רבותינו הראשונים הנז"ל: דאליבא דהרי"ף ור"ח דס"ל דעד גנב וגזלן לא מתכשר למפרע אלא רק משעה שהעידו עליו עדים בבי"ד, ש"מ לכאורה שאין תוקף לתשובתו עד שיעידו עליו בפני בי"ד. אך לדעת הר"ן וסיעתו דס"ל דכשר למפרע מאותה שעה שחזרו בתשובה לדברי העדים, ש"מ שא"צ לעיכובא עדות בפני בי"ד כדי להכשירו אלא סגי בזה שנודע ברבים כי שב הוא מדרכו הרעה. ולפי המבואר לעיל שדעת הרמב"ם והשו"ע היא כדעת הרי"ף ור"ח, וכן מפורש בש"ך (סימן לד ס"ק לד) שדעת השו"ע כדעת הרי"ף, נמצא שדעת הרמב"ם והשו"ע להצריך לעיכובא עדות בפני בי"ד כדי להכשירו. והכי נמי מסתברא, שכן כבר הוכחנו לעיל אליבא דדבריהם שהגנב והגזלן נפסלו מדין 'רשע', ולכן צריך בי"ד כדי להפקיע ממנו שם 'רשע' דרביע עליה. אולם לדעת הטור והרמ"א שהיא כדעת הר"ן, א"צ לעיכובא עדות בפני בי"ד כדי להכשירו אלא סגי בתשובתו הגמורה שנודעה ברבים.

ואמנם יש לדחות, שכן אפשר דל"פ הנך רבנותא קמאי אלא לגבי זמן כשרותו בפועל – האם מתכשר למפרע או רק מעתה ואילך, אבל לעולם א"צ לעיכובא דוקא עדות בפני בי"ד אלא סגי בתשובה גמורה שנודעה ברבים. מכל מקום מדי ספיקא לא נפקא, ולכן צ"ע לדינא אליבא דהרי"ף והרמב"ם וסיעתם, האם בעינן לעיכובא עדות בפני בי"ד או לפחות קבלת חבירות בפני שלוש כדי להכשירם לעדות (וכן שמעתי בשם מו"ר הגר"צ אבא שאול זצ"ל שהורה לבעלי תשובה שלא יעידו בקידושין עד שיקבלו עליהם חבירות בפני שלושה). מיהו נלענ"ד דהני מילי במי שנודע דבר פסילתו ברבים או בפני בי"ד, אבל מי שנפסל רק על פי עצמו, הרי זה כשר להעיד מיד כשחזרו בתשובה אפילו בינו לבין עצמו, שכן אין אדם משים עצמו 'רשע' וגם הפה שאסר הוא הפה שהתיר, וז"פ. וש"מ כן להדיא במהרי"ט (חו"מ סימן צ), ע"ש.

ואם כנים אנו בכל זה, הרי שיש לנו להחמיר לגבי הגזלנים ושאר פסולי עדות מחמת ממון – הן בפסילתם והן בהכשרתם לאחר שחזרו בתשובה. שכן לפי דרך תלמודינו בדעת הרי"ף ור"ח והרמב"ם והשו"ע, עולה: שהגזלנים נפסלו לעדות משעה שנודע קלקולם ברבים, וגם א"צ שיהיו מורגלים בכך. ואפילו אם חזרו בתשובה והשיבו מרצונם את הגזילה בפועל, ואצ"ל אם רק גמרו בליבם להשיבה, אין די בזה כדי להכשירם לעדות עד שיודע כי חזרו מדרכן הרעה, והיינו שהפליגו בזהירותן בממון אחרים – כדוגמת מלוה ברבית שאין די בזה שהחזירו את הרבית אלא צריך שיפסיקו להלוות ברבית אפילו לעכו"ם. ולפי הנראה ידיעה זו צריכה להיות בפני בי"ד, והיינו שיעידו עליו בבי"ד שהשיב את הגזילה וגם חזר בו מדרכו הרעה, או לפחות שימסור מודעה זו בפני שלושה ויקבל חבירות בפניהם. וגם אחרי שהעידו עליו בבי"ד, אינו חוזר לכשרותו אלא מאותה שעה ואילך.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ברם הגם שזו דעת רוב כלל עמודי ההוראה, מכל מקום מי יוכל להקל ראש להתיר את הבנים שנולדו לה מאיש אחר בלא ג"פ – רק על סמך פסילת עד הקידושין, כאשר לדעת הר"ן ור"ת ובעל העיטור והרמ"א אפשר שלא נפסל לעדות, עפ"י המבואר לעיל. אולם בנדון שלפנינו, נלענ"ד ברור שעד הקידושין [י'] היה פסול לעדות בשעת הקידושין לכל הדעות. שהרי נפתחו לחובתו תיקים רבים במשטרה בין התאריכים 20.12.1973 – 10.07.2009 על גניבה, חבלות חמורות ונזקי רכוש במזיד וכו' אשר על רובם הורשע ונידון לעונשים שונים וגם מאסר בפועל לתקופה ממושכת, ובודאי שיש כאן גדר של 'מוחזק' ברשותו ברבים באופן שא"צ עדות והכרזה בבי"ד. וא"כ שפיר י"ל שגם לדעת המקילין הנז"ל אפשר שלא דיברו אלא במי שגזל או הזיק פע"א באקראי ולא במי שהיה רגיל בכך.

### ב. חסרון בחזרה בתשובה

אלא שעדיין שומה עלינו להוכיח, מדוע לא עלתה תשובתו של העד [י'] שלפנינו כדי להכשירו לעדות, שהרי לדבריו חזר בתשובה בשנת 1991 וזמן הקידושין היה בשנת 1996, וא"כ אפשר שבשעת הקידושין היה כשר לעדות. ברם כד דייקנן נראה, שלא עלתה לו תשובתו להכשירו לעדות אליבא דכ"ע. דהנה זה ברור לכאורה דלא מהני תשובה כדי להכשירו לעדות כל זמן שלא השיב את הגזילה, גם אם העידו עליו בבי"ד או שנודע ברבים כי שב הוא מדרכו הרעה. וכן מפורש בשו"ת הרא"ש (כלל מה סימן ג) אשר נשאל אודות גט שנתקיים בעידיו כדין אך ערערו עליו לפוסלו עפ"י שני עדים שהעידו על אחד מעדי הגט שגנב, אולם לעומתם יש עדים שחזר בתשובה באופן שראוהו מתענה ומניח תפילין וגם שבאה שבועה לידו ולא רצה להישבע וכו', והשיב בזה"ל:

“אם באו עדים שגנב, הרי זה פסול והגט אינו גט ואע"פ שלא הכריזו עליו שהוא פסול קודם שחתם. ומה שאמרו עליו שעשה תשובה שהתענה ולא רצה להישבע, כל זה אינו תשובה להכשירו עד שיעשה תשובה בממון שגנב.”

והו"ד בטור (אהע"ז ס"ס קנד), עי"ש. ומכלל דבריו עולה, דאפילו אם קיבל ע"ע להשיב את הגזילה לא מהני תשובתו עד שיחזיר בפועל ממון הגזילה, שאל"כ מדוע נקט דהגט פסול ו'אינו גט', והרי יש לחוש דילמא הרהר בליבו להשיב הגזילה. איברא דמאי דילפינן מכלל מדברי הרא"ש, מפורש הוא בדברי רבינו ירוחם (נתיב כב ח"ד קפח ע"א), שגזלן וכדומה אין יכול להיות צדיק עד שישב הגזילה, עי"ש. וכן היא דעת הריב"ש (סימן יד) ודעת מהר"ם פדוואה (סימן לז), עי"ש. וכן היא דעת החתם סופר (חו"מ סימן לו), שהרהור תשובה לא מהני להכשירו לעדות, עי"ש. ויש לתמוה לכאורה על דבריהם מגמ' ערוכה (קידושין מט ע"ב):

“המקדש אשה ואמר לה על מנת שאני צדיק, אפילו רשע גמור – מקודשת, שמא הרהר תשובה בדעתו.”

ואמנם, לענין הלכה פסקו הרמב"ם והרא"ש בכה"ג שהיא 'מקודשת מספק' וכן פסק הטור ושו"ע (אהע"ז סימן לח סעיף לא), מכל מקום אין זה סותר לדברי הש"ס, שהרי גם הש"ס נקט בה לשון "שמא הרהר תשובה" ומשמע שרק חוששין לקידושיה (וכן דקדק הגר"א שם ס"ק מג עי"ש). ומכלל זה מבואר, שעל כל פנים אם היה ברור לנו שהרהר בתשובה, הרי זו מקודשת ודאי אע"פ שהוא רשע גמור. ובכלל זה גם תשובת הגזלנים, כמבואר להדיא בחלקת מחוקק (שם ס"ק מד) וז"ל:

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

”אע”פ שאנו רואים הגזילה עדיין בידו ולא מקרי בעל תשובה עד שישליך השרץ מידו, מכל מקום כיון שהסכים בדעתו להשיב נקרא גם כן צדיק.”

וצריך לחלק בפשיטות בין 'קידושין' – ל'עדות', דבאמת עלתה לו תשובה גם בהרהור לחוד כמ"ש "בפיך ובלבבך לעשותו" ובכלל זה נמי הרהור על השבת הגזילה, ולפיכך חוששין לקידושיו שמא הרהר בתשובה. ברם כדי להכשירו לעדות, לא סגי בהרהור אלא צריך להשיב את הגזילה בפועל, משום שכבר נפסל בגזרת הכתוב מדין 'רשע' כל זמן שהגזילה בידו, ורק ע"י השבת הגזילה נפיק מיניה שם 'רשע' דרביע עליה. תדע דהתם קיי"ל שחוששין לקידושיו גם אם המשיך ברשעות תיכף אחר הקידושין כמבואר בפוסקים, ואילו לגבי עדות אין הגזלנים חוזרים לכשרותם עד "שיודע שחזרו בהן מדרכן הרע" – כלשון הרמב"ם והשו"ע, ואצ"ל שאם חזר לסורו שאין תשובתו מועילה כלום למפרע, וז"פ. וש"מ כעין חילוק זה בספר בני אהובה על הרמב"ם (הלכות אישות פ"ח), עי"ש.

אך לעומתם חזינן לכמה מרבנותא קמאי ובתראי דרוח אחרת עמהם בזה, וס"ל דכשם שלגבי קידושין מקרי צדיק בהרהור תשובה לחוד – כך הוא לגבי עדות, שאם הרהרו העדים בליבם או שקיבלו בפיהם להשיב את הגזילה, הרי שבזה הוכשרו לעדות מיד. כן היא דעת ר"ת, כמבואר להדיא בדבריו (ספר הישר סימן קמ, מובא בשו"ת עדות ביעקב סי' מג), וז"ל:

”ואם חושש לפוסלם משום גזלנותא או משאר פסול לבד מפסול קורבא שהוא ידוע, יעמידם בפני שלושה והן בית דין, ויאמרו העדים אנו מזומנים לכל השואל אותנו להוציא הרבית מתחת ידינו ולהשיב הגזילה כאשר תראו בדין תורה. ואם שאר עבירות הפוסלות באו לידינו, הרי אנחנו בתשובה לפניכם ולא נוסף עוד. כדאמרינן ע"מ שאני צדיק גמור מקודשת וכו'. ולרווחא דמילתא הוצרכתי תשובה בפני רבים, פן יאמרו כשאומר צדיק הוא שיש לתלות שמא עשה תשובה, אבל כשלא אמר לא נתלה.”

וכן נראה דעת מהרי"ק (שו"ת מהרי"ק סימן פה) בשם תשובת רש"י, עי"ש. וכן משמע מתשובת מהר"ם מינץ (סימן יא), עי"ש.

ולענין הלכה, עיין בב"י (אהע"ז סימן מב) שהביא מכלל הדעות בזה, ונראה שהכריע כדעת הסוברים דלא מהני הרהור תשובה לגבי עדות. וזה עולה יפה עם מ"ש בשו"ע הנז"ל לגבי תשובת הגזלנים וכדומה שאינם חוזרים לכשרותם "עד שיודע ששבו מדרכן הרע". אולם הרמ"א (שם סעיף ה) הביא את שתי הדעות, וז"ל:

”המקדש לפני פסולי עדות דאורייתא מכוח רשעתן, י"א דחיישין לקידושין דילמא חזרו בתשובה, ויש מקילין.”

ועיין בב"ש ובח"מ (שם) שהכריעו בדעת הרמ"א, שאם ראינו לאתר הקידושין במעשיהם שעשו תשובה אזי חוששין לקידושין, ואם לאו אין חוששין לקידושין, עי"ש.

ולדידי חזי, שגם פלוגתא זו – תליא בחקירה הנז"ל לגבי יסוד טעם פסול הגזלנים. שכן אמור מעתה דכל הני רבנותא דס"ל דהגזלנים לא מתכשרי לעדות עד ששיבו את הגזילה, הוא משום דס"ל כדעת הרי"ף ור"ח וסיעתם – שהגזלנים נפסלו מדין 'רשע', וכבר ביארנו שלפי שיטה זו אין התשובה מועילה להכשירם לעדות עד שיחזירו הממון שבידם. ובזה יאירו פסקי הרמב"ם והשו"ע בהאי מילתא, משום דלשיטתייהו אזליה. ברם לעומתם כל הני רבנותא דס"ל דסגי בתשובה וקבלה בלב להשיב את הגזילה, הוא משום דס"ל כדעת הר"ן ובעל העיטור – דהגזלנים לא נפסלו לעדות אלא מפני שחשודים המה לשקר, ולכן פשיטא להו שאחרי תשובתם שוב אינם חשודים עוד לשקר – כשם שהמקדש נהפך ל'צדיק גמור' ע"י הרהור תשובה

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אף שעדיין ממון הגזילה בידו. ובזה יובן הכרעת הב"ש והח"מ – בדעת הרמ"א בהאי מילתא, משום שגם הוא לשיטתיה אזיל, ודו"ק.

ועכ"פ אחרי הכרעת הח"מ והב"ש בדעת הרמ"א, נמצא שבנ"ד גם הרמ"א יודה לדברי השו"ע וסיעתו – שלא עלתה לו תשובה כ"ז שלא השיב את הגזילה בפועל. שהרי העד [י'] שלפנינו המשיך ברשעו גם לאחר הקידושין, שכן נפתחו לחובתו עוד שלושה תיקים בגין עבירות דומות.

ובלאו הכי נלענ"ד ברור, דכ"ע מודים בנ"ד שלא עלתה תשובתו כדי להכשירו לעדות, מפני שחסרו בה כמה תנאים יסודיים: ראשית, לא נתקבלה עדות בפני בי"ד על חזרתו בתשובה ואף לא קיבל עליו חברות בפניהם. ואף את"ל דהלכה כמ"ד שאין זה מעכב ודי שנודע דבר תשובתו ברבים, הרי שעדיין לא נודע כי 'שב מדרכו הרע' לפי כללי ההפלגה הנז"ל בדברי הרמב"ם והשו"ע, ובפרט שהוא עצמו סח בפני אחרים וגם העיד בפנינו שגם אחרי חזרתו בתשובה לא נגמל מהימורים וכו', וכאמור אפשר דבכי האי גוונא כ"ע מודים שצריך שיודע כי שב מדרכו הרע. זאת ועוד, שברור לכל כי לא החזיר בפועל את כל כספי הגזילה והנזקים שגרם – בגוף וברכוש, ובפרט כשמדובר בנזקים רבים כל כך אשר קשה אפילו לאומדן וכ"ש לשלמם. ומטעם זה, פשוט לענ"ד דכ"ע מודים בנ"ד דלא מהני הסכמה שבלב כי ישיב בעתיד את כל הגזילות והנזקים שהוא חייב בהם, והראיה שכבר עברו מאז שנים רבות, ולא השיבם ואף לא עשה בהם צורכי רבים כתקנת השבים.

ועל כולנה, יש לנו לצרף את דבריו של מסדר החו"ק [...] אודות העד שלפנינו, וכה הם תמצית דבריו: החתמתי את העד [י'] למרות שידעתי בוודאות שהוא פסול לעדות כי הכל היה בכח... הוא היה נותן לאשתו להיות עם אחרים הוא היה מסרסר עם אשתו... וגם היו שמועות על גזל וגניבות והיה ידוע כאדם אלים... זה היה גם בשנת 1996 (תקופת הקידושין)... לא השתכנעתי שהוא חזר בתשובה, עכת"ד. ואכן הוכח בפנינו מתוך מסמכי המשטרה כי הורשע בעבירות של אלימות ונזקי רכוש במזיד בין השנים 2004 – 2009 שהוא לאחר תאריך הקידושין וחזרתו בתשובה, ובזה אפשר דלית מאן דפליג כי תשובתו לא עלתה לו למפרע כדי להכשירו לעדות, ועכ"פ ודאי שלא נתקיים בו הגדר 'עד שיודע שחזרו בהן מדרכן הרע' האמור להדיא ברמב"ם והשו"ע, וזה ברור ופשוט.

### ג. חובל ומרים יד על חברו

ואחרי הודיע ה' אותנו כל זאת בדין הגזלנים, יש לנו לכוון מבטינו בדין 'חובל' ו'מזיק' ו'משחק בקוביא' ו'לוה ברבית' (שגם הם חלק נכבד משלל העבירות שהודה והורשע בהם העד [י'] שלפנינו).

איתא בסנהדרין (נח ע"ב):

"אמר ריש לקיש, המגביה ידו על חברו אע"פ שלא הכהו נקרא רשע, שנאמר (שמות ב, יג) ויאמר לרשע למה תכה רעך. למה הכית לא נאמר, אלא למה תכה – אע"פ שלא הכהו נקרא רשע."

וזאת הלכה העלה הרמב"ם (חובל ומזיק פ"ה ה"ב), וז"ל: "אפילו להגביה ידו על חברו אסור, וכל המגביה ידו על חברו אע"פ שלא הכהו הר"ז רשע". וכ"פ השו"ע (חו"מ סימן תכ סעיף א): "והמרים יד על חברו להכותו, אע"פ שלא הכהו נקרא רשע". וצ"ב מאי נפק"מ בזה שנקרא רשע, עד שהוצרכו הפוסקים להעלות מימרא זו בהלכותיהם. אכן יעו"ש בהגהות מיימוניות (ס"ק

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

א) שפסק בשם הרמב"ן, שמי שהעידו עליו שהרים יד על חבריו אע"פ שלא הכהו, הר"ז פסול לעדות מהתורה, שהרי הכתוב קראו רשע והתורה אמרה 'אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס'. אך דעת רוב ככל הפוסקים שאינו פסול לעדות אלא מדרבנן, כיון דאתיא מדרשא ולא מפשטא דקרא, וכן מבואר להדיא בנודע ביהודה (מהדורא קמא אהע"ז סימן נז), עי"ש.

אלא שעדיין צ"ב למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה, מדוע נקרא 'רשע' הרי בפועל לא הכהו כלל. ואמנם מפורש בגמ' (קידושין פא ע"ב) שגם המתכוון לעבור עבירה ולא עשאה חייב כפרה, מכל מקום הכא טפי קמ"ל שהרי הכתוב קראו 'רשע', וש"מ דבעצם הגבהת ידו חשיב לה רחמנא מעשה עבירה. ונל"פ לפי ביאורו המפורסם של הגר"ח מבריסק, שאינו דומה תשלומי נזק – לתשלומי חבלה. שכן תשלומי נזק באים על חסרון הממון, אך תשלומי חבלה הם כעין קנס ועונש על עצם מעשה הרע שחבל בגוף חבריו. ולפי"ז א"ש מדוע קראו הכתוב רשע אפילו על עצם הכוונה לחבול, והבן.

במה דברים אמורים, במי שהרים יד על חבריו ולא הכהו. אבל אם הכהו בפועל הר"ז פסול לעדות מהתורה לכ"ע, שהרי עבר על לאו שיש בו מלקות המפורש בתורה (דברים כה, ג) 'ארבעים יכנו לא יוסיף'. וכן הוא פסק הרמב"ם (שם פ"ג), וז"ל: "המכה את חבריו הכאה שאין בה שוה פרוטה לוקה, שהרי אין כאן תשלומים כדי שיהיה לאו זה ניתן לתשלומים". וכן העלה השו"ע (שם סעיף ב): "הכהו מכה שאין בה שוה פרוטה לוקה, כיון שאין בה חיוב ממון". אלא שהרמב"ם (שם ה"א) יליף לה מדכתיב 'לא יוסיף', וכן מפורש ברש"י עה"ת, אולם השו"ע (שם סעיף א) יליף לה מהמשך הכתוב פן יוסיף' וכן הוא בטור (שם), והיינו לפי הכלל המסור בידנו 'כל מקום שנאמר הישמר פן ואל – אינו אלא לא תעשה'. ועי"ש בסמ"ע (ס"ק א) שהרגיש בזה, וביאר: דניחא ליה להרמב"ם ללמדו מלא יוסיף, שהוא לאו מפורש. והטור והשו"ע לא ניחא להו ללמדו מלא יוסיף, משום דקאי אהכאת הרשע ואפשר דדוקא בו הזהירה תורה מפני שלקה כבר ל"ט מכות ויש סכנה בהוספת עוד מכה אחת. משא"כ בהכאה לחבירו מכה אחת, ולכן למדוה מיתורא דפן יוסיף, עכת"ד.

והן אמת שמדברי הרמב"ם והשו"ע הללו משמע לכאורה, שאינו נפסל לעדות במכה שיש בה שוה פרוטה, מפני שאין בו מלקות. מכל מקום כבר הכריע הגאון רע"א (בגליון לסעיף ד) בשם הב"י בתשובה (דיני קידושין סימן ב) שהמכה את חבריו הר"ז פסול לעדות בכל גוונא, כיון שבלאו זה יש מלקות אלא שהממון שמשלם פוטרו ממלקות, עי"ש. ועיין בב"ח (ח"מ סימן לד ס"ק יב) שכתב בשם המרדכי, שהחובל בחבירו במכה שיש בה שוה פרוטה נפסל לעדות מדין גזלן, שהרי חייב הוא בתשלומי נזק, עי"ש.

וצ"ב מדוע הניח הגרע"א טעם פשוט זה והוצרך לסברא מדיליה, ברם כד דייקנן נראה שיש נפק"מ טובא בהני תרי טעמי. שכן לפי הטעם המבואר במרדכי, אפשר שאינו נפסל לעדות אא"כ היה רגיל בכך – לדעת כל הני רבוותא קמאי ובתראי הנו"ל (ובכללם הרמ"א) אשר ס"ל דגזלן אינו נפסל לעדות כשגזל באקראי אלא רק כשהיה רגיל בכך. אולם לפי הטעם המבואר ברע"א, פשוט שנפסל לעדות גם במכה רק פעם אחת באקראי שהרי הוא לאו שלוקין עליו, כשם שהאוכל נבלות וטרפות נפסל לעדות אפילו כשאכל רק פעם אחת. ועוד שלפי הטעם המבואר במרדכי, אפשר שאם גמר בליבו לשלם את דמי נזקו הר"ז כשר לעדות – לדעת ר"ת (שיובא להלן) שגזלן הוכשר לעדות כל שגמר בליבו להשיב את הגזילה. אך לפי הטעם המבואר ברע"א, פשוט דלא מהני בזה כדי להכשירו לעדות – כדין כל חייבי מלקות דלא מתכשרי לעדות עד שילקו או בזה"ז עד שיחזירו בתשובה גמורה על עוונם. ולכן שפיר הוצרך הגאון רע"א לתור אחר טעם אחר, כדי לפוסלו לעדות בכל גוונא, והבן. ועכ"פ העד שלפנינו, נפסל לעדות אליבא דכ"ע.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

שהרי הורשע בתקיפות שוטרים וקטטות רחוב 'בחבלה של ממש' (כלשון כתבי האישום) כמה וכמה פעמים, ואף הודה עליהם בפנינו. וגם מעולם לא שילם את נזקם ואף לא עלה בדעתו לשלם, שכן לדבריו אינו יכול אפילו לאמוד את היקף נזקי החבלות.

זאת ועוד, שמתוך עדותו של עו"ד אדוארד וויס – ב"כ היועה"מ לממשלה עולה, כי העד [י'] שלפנינו נהג באלימות פיזית גם כלפי אשתו, והלה הודה כן בפנינו אלא שטען 'אין לי תיקים על זה'. וכבר נודע בשערים דברי הב"י (אהע"ז סימן קנד), שחמור הכאת אשתו יותר מהכאת חבירו, וז"ל:

"מצאתי בתשובת רבנו שמחה, המכה את אשתו מקובלני שיש יותר להחמיר מבמכה את חבירו, דבחבירו אינו חייב בכבודו ואשתו חייב לכבדה יותר מגופו. והעושה כן יש להחרימו ולנדותו ולהלקותו ולענשו בכל מיני רידוי ואף לקוץ ידו אם רגיל בכך."

וזה מבואר טפי מדבריו לעיל (סימן קב) במה שהשיג על תשובת הרמב"ן אשר נשאל אודות בעל שנהג להכות את אשתו תדיר עד שהוצרכה לברוח לבית אביה, האם יכולין ב"ד לחייבו שבועה שלא יכה את אשתו. והשיב, שאמנם אין לבעל רשות להכות את אשתו ואדרבה צריך לכבדה יותר מגופו... מ"מ אין יכולין ב"ד להשביעו שלא לעשות כן אלא גוערין בו ומייסרין אותו ומודיעים לו שאם יכה שלא כדין שיהא חייב להוציא וליתן כתובה וכו'. ועל כך תמה עליו הב"י, בזה"ל:

"אני תמה, דכיון דעבירה קא עביד שהרי המכה את אשתו עובר בשני לאוין כשם שעובר המכה את חבירו וכמו שכתב רבינו יונה בשערי תשובה, למה לא ינדרו אותו שלא יעבור על דין תורה. ומעשים אצלנו בכל יום, שגערה ונויפה לא מהני בהו, וע"פ נידוי הם נמנעים."

וכיו"ב מבואר (שם) בדרכי משה בשם המרדכי, דיש להחמיר הרבה על מי שמכה את אשתו, ועוון גדול ואין זה מדרך בני עמנו להכות נשותיהן רק הוא דרך עכו"ם, עכת"ד. הנה כי כן מפורש לפנינו דעת מרן הב"י, שהמכה את אשתו עובר על דין תורה בשני לאוין, והוא חמור טפי מהמכה את חבירו מפני שהוא מצווה לכבדה יותר מגופו. ומדברי הד"מ אפשר שעובר נמי על לאו ד"בחקותיהם לא תלכו".

### ד. מזיק

וכן יש לנו לדון בכשרות העד שלפנינו מדין 'מזיק'. דהנה זה ברור שאסור להזיק ממון חבירו במזיד, שהרי אפילו בגרמא מפורש בגמ' (ב"ק כב ע"ב) דאיכא איסורא: "זאת אומרת גרמא בנזיקין אסור", וכ"ש מזיק בידים. אלא שאין מפורש להדיא מהו המקור לאיסורו. אכן יעויין בטור (חו"מ ריש סימן שעח) שכרך את המזיק עם איסור גזל, והיינו כשם שאסור לגזול כך אסור להזיק. וכיו"ב מפורש ברבינו יונה (אבות פ"א מ"א), שאסור להזיק משום 'לא תגזול'. וכן היא משמעות דברי הר"ן (סנהדרין נח ע"ב ד"ה כותי), וז"ל: "כותי שמכה את ישראל חייב מיתה, משום דמדין גזל מיייתנן ליה – דמה לי חבל בגופיה מה לי חבל בממוניה", עי"ש. אך לעומתם חזינן לרש"ל (יש"ש ב"ק פ"י סימן כג) וכן ביד רמה (ב"ב פ"ב סימן קז), שאסור משום מצות "ואהבת לרעך כמוך", והו"ד באמרי בינה (דיני עדות סימן לג ד"ה גס), עי"ש. ונפק"מ לגבי פסול עדות, שכן לדעת הטור ור"י והר"ן דס"ל שיש איסור להזיק כשם שאסור לגזול, פשוט שפסול לעדות מהתורה משום רשע דחמס – כדין גזלן.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אך לדעת היש"ש ויד רמה, אפשר דלא נפסל לעדות שהרי אין כאן לאו אלא ביטול מצות עשה.

איברא דמאי דילפינן מכללא, מפורש הוא במשנת רבותינו הראשונים. דהנה מראש צורים חזינן להב"ח (ח"מ סימן לד ס"ק יב) אשר העלה בשם המרדכי דמזיק במזיד נפסל לעדות מדאורייתא מדין רשע דחמס, וז"ל:

"וראיתי במרדכי הארוך בשם הרב יקר, דהמזיק לחבירו במזיד אע"פ שדעתו בשעה שמזיק לשלם לו ההיזק נקרא רשע דחמס, כדאשכחן בסוף פרק הכונס (ב"ק ס ע"ב) במעשה דדוד שרצה להדליק גדישים של שעורים כדי לשלם גדישים של עדשים, שלחו ליה (השיבו לו חכמים) חבול ישיב רשע גזילה ישלם (יחזקאל לג, טו). אלמא דרשע גמור הוא וראוי לפוסלו לעדות ולשבועה, והוא הדין חובל חבירו במזיד."

אך מדברי המאירי (ה"ד בשטמ"ק ב"ק נו ע"א) נראה דס"ל דמזיק לא מיחשב 'רשע' ואינו נפסל לעדות אלא היכא דחייב בתשלומי נזקו "דמאחר שחייב להשיב – תורת גזילה חלה עליו עד שישלב" (כלשונו). ולאור האמור, שפיר י"ל דהמרדכי ס"ל כדעת הטור ור"י והר"ן הנז"ל, דאיסור מזיק ואיסור גזל – חדא נינהו, ותרוייהו חשיבי 'רשע דחמס' ופסולים המה לעדות בעצם מעשה הנזק או הגזל. אולם המאירי ס"ל כדעת היש"ש ויד רמה הנז"ל, והיינו שאיסור המזיק נלמד ממצות 'ואהבת לרעך כמוך', והילכך אין במעשה הנזק כשלעצמו כדי לפוסלו לעדות, והבן.

ודע דנפק"מ טובא לדינא אית לן בינייהו: שכן לדעת המרדכי וסיעתו, הרי שהמזיק לחבירו במזיד אפילו בפחות משה פרוטה פסול לעדות מדין רשע דחמס. וכמו כן אם הזיקו בשה פרוטה אע"פ ששילם מעצמו, לא מתכשר לעדות עד שיודע לרבים כי שב הוא מדרכו הרעה, לפי המבואר בב"י (ח"מ סימן לד) בדעת הרמב"ם (הלכות עדות פ"י ה"ד). ואצ"ל שכך ה"ה במי שרק גמר בליבו לשלם או שהזיק מתוך כוונה לשלם, כמבואר להדיא בדברי הב"ח עצמו. ברם לדעת המאירי וסיעתו, הרי שאין המזיק נפסל לעדות אלא מפני חובת תשלומין, לפיכך כל שאין בנזקו כדי שיהיה פרוטה, או לחילופין כששילם דמי נזקו, או אפילו משעה שגמר בליבו לשלם, אינו נפסל לעדות מפני שדין 'גזלן' לא רביע עליה מעיקרא, ודו"ק.

ולדידי חזי בס"ד לתלות יסוד פלוגתא זו – בפלוגתת רבותינו האמוראים בגוף מעשה דדוד המבואר בש"ס (שם), ומן הבאר ההיא ישקו העדרים כולם. דהנה לדעת רב הונא, מעשה דדוד מיירי בדין 'מזיק', וכך הוה עובדא: שלח דוד לשאול את חכמי דורו, האם מותר לו לשרוף גדיש שעורים של ישראל מפני שהסתתרו בו פלישתים. והשיבו לו, שאסור לאדם להציל עצמו בממון חבירו... אבל אתה מלך פורץ לעשות לו דרך ואין מוחין בידו. ומכאן למדו המרדכי וסיעתו, שיש איסור להזיק ממון חבירו כשם שיש איסור לגזול, גם אם בכוונתו לשלם דמי נזקו. ולכן נפסל לעדות, מדין רשע דחמס.

ברם המאירי וסיעתו למדו כדעת רבה בר מרי, דמעשה דדוד לא מיירי כלל בדין מזיק אלא בדין 'גזלן', וכך הוה עובדא: שלח דוד לשאול את חכמי דורו, האם מותר ליטול גדיש שעורים של ישראל כדי ליתן לפני בהמתו ע"מ לשלם גדיש עדשים, והשיבו לו 'חבול ישיב רשע ישלם' – אע"פ שגזילה משלם רשע הוא... אבל אתה מלך וכו'. ומהא דרק לגבי גזלן מייתי הש"ס האי קרא ד'חבול ישיב רשע ישלם', ש"מ דמזיק ממון חבירו לא מיחשב 'רשע' והילכך אינו נפסל לעדות (ואין לתמוה מה ישיבו הב"ח והמרדכי על דקדוק זה, שהרי כבר ביארנו דהמרדכי ס"ל כהטור ור"י

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

והר"ן דאיסור מזיק הוא כדין גזלן, ולכן פשיטא להו דהאי קרא דמייתי הש"ס לגבי גזלן ה"ה נמי לגבי מזיק משום דלא שנא זה מזה, והבן.

ולענין הלכה, עיין בפני יהושע (ב"ק סב ע"א ד"ה א"ל רב אדא) שהסתפק בזה, וז"ל:

"ובאמת צ"ע לדינא מאן דמזיק ממון חבריו בידיים, אי מקרי גזלן לענין עדות, ומלשון הפוסקים לא מצאנו דפסול אלא אסור לחוד. אולם מסברא נראה דפסול, דמה לי גזול לעצמו ומה לי גזול ע"מ לאבדה, ואע"פ שמשלם הזיקו מ"מ פושע מקרי ולא גרע מחמסן. וכן משמע מסוגייתנו מלשון המפרשים, דמבעיר בכוונה וכן בטש בכספתא מקרי גזלן גמור, וצ"ע."

אך לעומתו יעויין בקהילות יעקב (ב"ק סוף סימן א) שהביא דברי הגרע"א שהשיג על היש"ש מדברי המרדכי דמזיק פסול לעדות, עיי"ש. מיהו לפי דברינו, אין מקום לתמיהה זו על היש"ש והפ"י, שכן ענין הרואות שגם הם סמכו יתדם ע"ד רבותינו הראשונים הלא המה המאירי וסיעתו. ועכ"פ נמצא שדין המזיק לגבי עדות, לא יצא מכלל ספיקא דפלוגתא דקמאי ובתראי. ברם לגבי העד [י'] שלפנינו, נלענ"ד ברור שנפסל לעדות (גם) מדין מזיק אליבא דכ"ע. שהרי הורשע והודה בפנינו בנזקי רכוש במזיד, כמה וכמה פעמים. ובכללם נזקים כבדים שחובת תשלומיהם חלים עליו, ולא זו בלבד שלא שילם דמי נזקיו אלא שלדבריו גם אינו יכול לאומדן. ולכן נפסל לעדות מדין 'מזיק' – לדעת המרדכי וסיעתו, או מדין 'גזלן' – לדעת המאירי וסיעתו, וז"פ.

### ה. משחק בקוביא

וגם הלום יש לנו לערער על כשרות העד שלפנינו מדין 'משחק בקוביא', שכן לדבריו היה 'חולה הימורים' ולא נגמל מהם גם לאחר חזרתו בתשובה כולל בזמן העדות. הנה משנה ערוכה היא (סנהדרין כד ע"ב):

"ואלו הן הפסולין, המשחק בקוביא והמלוה ברבית... א"ר יהודה אימתי בזמן שאין להן אומנות אחרת אלא היא, אבל יש להן אומנות אחרת שלא היא – כשרין."

ובגמ' שם פליגי רמי בר חמא ורב ששת בטעמא דפסול המשחק בקוביא: דרמי בר חמא ס"ל שהוא פסול מדין 'גזל', משום דהוה אסמכתא ואסמכתא לא קניא. ורב ששת ס"ל דזה לא חשיב אסמכתא שהרי לא ידע אם ירוויח או יפסיד ואפ"ה גמר ואקני, ומיהו פסול הוא לעדות מפני שאינו עסוק בישובו של עולם (כלומר מתוך שמתפרנס בדרך של שחוק ולא במשא ומתן כדרך העולם, הרי שאינו בקי בדינין של משא ומתן ואינו ירא חטא ולכן חשוד הוא לשקר בשביל ממון – עיין רש"י שם). ונפק"מ בינייהו היכא דאית ליה אומנות אחרת: דאליבא דרמי בר חמא, פסול הוא בכל גוונא שהרי מדין גזלן אתינן עלה. אך אליבא דרב ששת, כשר. ולפי"ז ע"כ צ"ל אליבא דרמי בר חמא, דחכמים פליגי ארבי יהודה במתני' וס"ל שהוא פסול גם אם יש לו אומנות אחרת. אולם לדעת רב ששת, לא אתא רבי יהודה במתני' אלא לפרש דברי חכמים, ולעולם כ"ע מודים שאינו נפסל לעדות כל שיש לו אומנות אחרת (כנלענ"ד במסקנא דשמעתין).

ובזה יאירו דברי הסמ"ע (ח"מ סימן לד ס"ק מ) אשר לפי הנראה תלה בזה פלוגתא דרש"י והרמב"ם: דרש"י נקט עיקר כדעת רמי בר חמא, והיינו דחכמים פליגי ארבי יהודה וס"ל דהמשחק בקוביא פסול לעדות מדין 'גזל' והילכך פסול הוא גם אם יש לו אומנות אחרת – כדין גזלן. והואיל והלכה כחכמים, כן הוא עיקר להלכה. אך הרמב"ם (הלכות עדות פ"י ה"ד) נקט עיקר כדעת רב ששת, והיינו דהמשחק בקוביא לא חשיב אסמכתא, בד"א כשיש לו אומנות אחרת,

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אבל כל שאין לו אומנות אחרת באופן שברור שמתפרנס הוא ממשחק בקוביא, הרי זה חשוב כאבק גזל הפסול לעדות מדרבנן מפני שיש לו הנאת הגוף מהגזל. והואיל וכאמור רבי יהודה לא בא אלא לפרש דברי חכמים, הרי שכ"ע מודים בזה, ולכן זה עיקר להלכה (כנלענ"ד ברור ממשמעות דברי הסמ"ע, ע"ש). הרי לפנינו דעת הרמב"ם, שאין המשחק בקוביא נפסל לעדות כל שיש לו אומנות אחרת, ודלא כדעת רש"י שהוא פסול לעדות בכל גוונא.

והנה מלשון השו"ע אין לנו הכרע אם נקט בזה כדעת הרמב"ם או כדעת רש"י, וז"ל (ח"מ סימן לד סעיף טז):

"וכן המשחק בקוביא, והוא שלא תהיה לו אומנות אלא הוא, הואיל ואינו עוסק בישובו של עולם – הרי זה בחזקת שאוכל מן הקוביא שהוא אבק גזל."

מיהו יעויין בסמ"ע שם, דמסיק שדעת השו"ע היא כדעת הרמב"ם. וכן היא מסקנת הרב מנה"ג (הגהות ב"י אות טו-טז) אשר האריך לבאר דעת השו"ע, וסיים: "כבר פשט המנהג במשחק בקוביא דאין פסול אלא מי שאין לו אומנות אלא הוא", ע"ש.

נמצא לפי"ז, שאמנם אין לנו לפסול את העד שלפנינו מדין 'משחק בקוביא', שהרי לא הוברר לפנינו אם בכל תקופת משחקיו בקוביא לא היתה לו אומנות אחרת. מכל מקום מכלל ספיקא ומכלל פלוגתא דרבוותא קמאי לא נפקא, ויש לנו לצרף רעותא זו כסניף לכל שאר הדברים הפוסלים בעדותו.

### ו. לווה ברבית

עוד הלום יש לנו להוסיף לדון בכשרות העד [י'] שלפנינו מדין 'לווה ברבית', שכן הודה בפנינו שנזקק כמה פעמים ללוות כסף מישראל ברבית קצוצה של 6% לחודש. והנה גם זאת משנה ערוכה היא (שם): "ואלו הן הפסולין, המשחק בקוביא והמלוה ברבית" וכו'. ובגמ' שם: "אמר רבא לווה ברבית פסול לעדות. והאנן תנן מלוה ברבית, מלוה הבאה ברבית" (ומשמע אתרוייהו). והטעם מבואר ברש"י, משום "דקיי"ל (ב"מ ע"ה ע"ב) המלוה והלוה עוברין בלא תעשה, וכיון דחימוד ממון מעבירו על דת הוה ליה כרשע דחמס דעובר נמי על לא תעשה מפני חימוד ממון, עכ"ל. ולפי הנראה בתוספת זו ביקש רש"י ליישב מדוע הוא נפסל לעדות מדאורייתא אע"פ שהוא לאו שאין לוקין עליו, והיינו מפני שעבר על ל"ת שיש בו חימוד ממון אשר פוסל לעדות גם בלי מלקות – כדין גזלן, משום דחשיב כרשע דחמס. וכן מפורש להדיא ברא"ש והו"ד במל"מ (הלכות מלוה ולוה פ"ד ה"ו), ע"ש. אכן גם הרמב"ם מנה את הלווה ברבית עם פסולי העדות מהתורה, וז"ל (שם):

"וכן המלוה ברבית, אחד המלוה ואחד הלווה שניהם פסולין לעדות. אם רבית קצוצה עשו, הרי הן פסולין מן התורה. ואם אבק רבית עשו, הרי הן פסולין מדבריהם."

וזאת הלכה העלה השו"ע (שם סעיף י) ככתבה וכלשונה. אלא שנחלקו הפוסקים, האם נפסל משעת ההלוואה או רק משעה שנתן הרבית: עיין בהגהות הגרע"א (ח"מ סימן לד סעיף י) שהעלה בדעת השו"ע, דנפסל משעת הלוואה. אולם יעויין בפת"ש (שם ס"ק כ) שהביא דעת החוות יאיר, דנפסל רק משעה שנתן הרבית, ע"ש ואכה"ל. הרי לפנינו דעת הרמב"ם והשו"ע, שהלוה ברבית קצוצה פסול לעדות מהתורה. ודלא כדעת התוס' (שם ד"ה ואלו) דס"ל דכל הני פסולין שנשנו

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

בהאי מתני' אינן פסולין אלא מדרבנן ואפילו ברבית קצוצה אין המלווה והלווה פסולין אלא מדרבנן, משום דלא משמע לאינשי שיהא איסור כיון שהלוה מדעתו נותן לו, ע"ש.

מיהו דעת הרמ"א בזה אינה ברורה כל כך, דהנה מתוך שהגיה ע"ד השו"ע בזה"ל: "וי"א דבאבק רבית אינו נפסל אלא המלווה ולא הלוה", משמע דבריבית קצוצה מודה לדברי השו"ע שהמלווה והלווה פסולים מן התורה. ברם יעוי"ש בהגהות הגרע"א שכתב ע"ד הרמ"א הללו: "ולפי"ז ברבית דאורייתא פסול הלוה רק מדרבנן", ע"ש. ועומק דבריו יובן עפ"י מ"ש הנתיבות (שם ס"ק ט) שהכריח כן בדעת הרמ"א, שהרי לדעת הרמ"א אין הלווה פסול באבק רבית אפילו מדרבנן, וא"כ על כרחך הא דתנינן שהלווה פסול היינו בריבית קצוצה, ולפי המבואר בתוס' דכל הני פסולי הוא מדרבנן ש"מ דאפילו בריבית קצוצה אין הלווה פסול אלא מדרבנן, ע"ש. ולאור האמור נמצא, שהעד שלפנינו אמנם פסול הוא לעדות מהתורה אליבא דהרמב"ם והשו"ע, אך לדעת הרמ"א אפשר שאינו פסול אלא מדרבנן. ועכ"פ גם בזאת יאמר, שיש לנו לצרף רעותא זו כסניף לשאר הדברים הפוסלים בעדותו.

### ז. הורשע בערכאות, אאמע"ר, ומפורסם לפסול

ועתה גם זאת אדברה וירווח לי, הנה בצדק יתמה השואל היאך אנו פוסלים ע"ד על סמך עבירות שהורשע בהם בבתי משפט של ערכאות אשר לא נתקיימו בהם משפטי העדות ולא נפסקו עפ"י דין תורתנו הק'. והגם שהעד [י'] חזר והודה עליהם בפנינו הרי קיי"ל שקרוב פסול לעדות מגזרת הכתוב – כמבואר בש"ס (ב"ב קנה ע"ב), וכיון שאדם קרוב אצל עצמו הרי שאינו יכול לפסול עצמו לעדות, ומטעם זה נפסקה הוראה בתלמוד (סנהדרין ט ע"ב) "שאיין אדם משים עצמו רשע", והלכה פסוקה היא בשו"ע (ח"מ סימן לד סעיף כה): "אין אדם נפסל לעדות עפ"י עצמו אלא עפ"י עדים שיעידו עליו, דאין אדם משים עצמו רשע".

ברם גם בלעדי הודאתו והרשעותו בבתי המשפט, היה מפורסם ברבים בעבירות שדבק בו, וכבר הכריע במהר"ם שיק (מצוה לז) שאם היה מוחזק עפ"י מעשיו שהוא רשע, הוי כקבלו עליו עדות בבי"ד, ע"ש. וכן העלה בכנה"ג (אהע"ז סימן מב הגב"י אות קעט) ובשו"ת לב אריה (סימן לא). וכעין זה מפורש בב"ח (ח"מ סימן לד) ובתשובותיו (סימן קב), אלא שבניגוד לכל הני רבוותא הנז"ל הפוסלים אפילו במוחזק בציבור לעבריין סתם, הב"ח ס"ל שאינו נפסל לעדות א"כ הוחזק שעשה עבירה פלונית הפוסלת אותו לעדות כגון שגזל וכדו', וז"ל:

"אבל ריקים ופוחזים שמחזיקים אותם שיש בהם רעות מרובות, אינם פסולים מדאורייתא כל זמן שלא נפסלו בבי"ד, שאינם נקראים פסולים אלא חשודים."

מיהו גם לאחר הוראת הני רבוותי קמאי ובתראי, פשוט שאין לנו להחזיק אדם כבעל עבירה אלא באופן הברור והמפורסם לכל ולא רק עפ"י רינונים של יחידים, והכל לפי ראות עיני הדיינים. וכן העלה מו"ר הגר"י כהן זצ"ל בספרו דבר משפט (ח"ו עמ' תכה), ע"ש. ועכ"פ בנדון שלפנינו, ברור שיש כאן גדר של 'מוחזק' שא"צ עדות בבי"ד, שהרי מעשיו נעשו בפרהסיא וגם נפתחו לחובתו תיקים רבים במשטרה על אלימות ונזקי רכוש וכו' אשר על רובם הורשע ונדון למאסר לתקופות ממושכות, וכל זה היה בפרסום גדול.

ופוק חזי לדבריו הבהירים של הגאון אחיעזר (שו"ת אחיעזר ח"ג סימן כה) אודות הפותח חנותו בשבת בפרהסיא שהוא פסול לעדות מדאורייתא, וז"ל:

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

"ואין לומר משום שלא הוגבה עדות על זה ואינם נפסלים בלי בירור עדות, בדבר שהיא בפרהסיא והכל יודעים מזה א"צ בזה קבלת עדות וכמש"כ הי"ש" (בב"ק פ"ג דין ז) ... וע"ע בשטמ"ק (ב"ק דף קיב) בשם הראב"ד, כיון דידוע לבי"ד א"צ בזה לעדות, דלא תהא שמיעה גדולה מראיה. וכעין זה איתא בחת"ס (אהע"ז סוף סימן ק) שכתב, שכל עדות שהיא ע"י אגן סהדי א"צ לקבלת עדות, ועל כן אם מפורסם הדבר שמחלל שבת בפרהסיא במלאכה דאורייתא אינו צריך לקבלת עדות."

וכיו"ב מבואר בשו"ת אגרות משה (י"ד ח"ב סימן ג), גבי מי שהעיד ע"ע שמחלל שבת בפרהסיא, הרי הוא נאמן ולא שייך לומר כאן אין אדם משים עצמו רשע, "ובפרט שעבדא לגלויי כיון שמחלל בפרהסיא", עי"ש. וגדולה מזו מבואר בראב"ן (הובא במרדכי ב"ב סימן תקכח), שאין אדם משים עצמו רשע היינו דוקא אם רק הוא פוסל עצמו, אבל אם יש עוד ע"א שמעיד כדבריו אז אדם משים עצמו רשע, עי"ש. וא"כ כ"ש בנ"ד שלא זו בלבד שהעיד ע"א לפניו כדבריו, אלא שיש אגן סהדי של רבים המעידים כדבריו, עפ"י דברי החת"ס הנז"ל.

ובהיותי בזה, מצאתי בפד"ר (חלק ז עמ' 175-182) שביה"ד הגדול בהרכב הדיינים הגאונים הרב י"ש אלישיב, הרב ב. זולטי והרב א. גולדשמידט זצ"ל, ביטלו קידושין שנעשו בפני עדים מחללי שבת עפ"י הודאתם לחוד, מכח הסברא הנז"ל בדברי שו"ת אחיעזר – שאם יש אגן סהדי א"צ קבלת עדות כדי לפסול את העדים, עי"ש. וע"ע שם (עמ' 181) סברא גדולה שהוסיפו עפ"י תשובת החוות יאיר (סימן מב) אודות דין היודע כי פלוני פסול לעדות או לשבועה אך אין עדים על כך, ולפי הדין הרי אין לפוסלו אלא עפ"י שני עדים, והעלה "שימנע מן הדין". ועל כך כתבו הדיינים הנז"ל:

"ואם כך הוא, הרי כל שכן הוא במקום אשר העדים הם לקיומו של דבר, כגון בקידושין, שבלי העדים לא זו בלבד שאין ראיה על העובדה של קידושין, אלא שבלעדיהם עצם הקידושין לא חלים כלל. וא"כ איך בית דין יכול לאשר קיומם של קידושין בכל מידה שהיא, כאשר יודע הוא שלא נתקיימו כלל והם כלא היו."

ועוד חשוב לציין ציטוט נוסף מדבריהם:

"ואע"פ שלפי כללי הדין אין לביה"ד לקבל דבריו, הרי בתוך לבם אין לדיינים כל ספק שאכן נכונים הם הדברים... והיאך יכול בית דין לאשר קידושין כשהוא משוכנע שהקידושין היו ללא עדים ואינם קידושין!"

(וע"ע שם סברות נוספות ומקורות נאמנים אשר הצד השווה שבכולם הוא שבנ"ד נאמן העד לפסול עצמו ואין נוהג בו דין אין אדם משים עצמו רשע).

ועל כולנה, יש לנו לצרף כמה צדדים שנתקיימו בדברי העד [י] שלפנינו, ואשר לדעת כמה פוסקים יש בכל אחד מהם כדי להאמינו גם כשהוא פוסל עצמו לעדות. דהנה בהופיעו בפנינו, הכחיש תחילה את עברו הפלילי, ואח"כ ניסה להמעט בחלקו באומרו שהיה רק 'שותף' לאחרים, ורק לאחר שהקריא ביה"ד את כל הרשעותיו בבתי המשפט אחת לאחת – הודה על כולן! אלא שטען שכבר חזר בתשובה גמורה וכו'. ועיין במהר"ם פייבוש (הובא במהר"ם מלובלין סימן פא), ומהרי"ט (ח"א סימן צב), והרב כנה"ג (הגה"ט אות סב) בשם שו"ת הרמ"א (סימן ל), ודעת תורה (י"ד סימן א ס"ק עג), והגרע"א (ח"מ סימן לד סעיף כה) בשם הדבר משה (חלק א"ח סימן ה ד"ה ועוד הא), אשר חברו כולם להורות דלא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע א"כ הודה מעצמו שעשה עבירה, אבל אם רואים הדיינים שהוא רוצה להוכיח את חפוטו ורק לאחר חקירה ודרישה הודה שחטא, הרי זה נאמן לפסול את עצמו, עי"ש. וכמו כן יעויין בברכ"י (ח"מ סימן לה) אשר

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

העלה בשם התוס', שאם אומר דרך תשובה שעשה עבירה פלונית ופלונית, הר"ז משים עצמו רשע ונפסל לעדות על פיו. וכ"כ בשו"ת שבו"י (ח"א סימן קצ) וארעא דרבנן (אות יז). ועל כולנה, יעויין בשו"ת יביע אומר (ח"ז חלק אהע"ז סימן יח אות ד) אשר כדרכו בקודש הביא פוסקים רבים הסוברים, שאף שאין העד נפסל על פי עצמו, מכל מקום לא נפיק מכלל הבזויים שכתב הרמב"ם שפסולים לעדות, וז"ל היב"א שם:

"והן אמת כי בנ"ד אין עדים לפנינו לפסול את העד, ורק הוא הודה על עצמו וכו'. מכל מקום כאן שיש רגלים לדבר שהוא ריק ופוחז וכולם יודעים... בודאי שאינו נחשב לעד כשר, וכמ"ש המשפט צדק חלק ג (סימן ב). וכן מצאנו להרמ"א בתשובה (סימן יב), שפסל עדים שבאו לאסור אשה על בעלה, מטעם שהם ריקים ופוחזים. וחתם על פסק דינו להיתר יחד עם בית דינו הצדק. וכן כתב המהרש"ל בשו"ת הרמ"א (סימן יג), עי"ש. וכן כתב הרדב"ז בתשובה חלק א (סימן שיב), שמכיון שעדים אלה אינם במקרא ובמשנה ובדרך ארץ, הרי הם פסולים לעדות, וכמו שכתב הרמב"ם בריש פרק יא מהלכות עדות, ע"כ. וכן כתב הגאון מפלאצק בשו"ת משיבת נפש (הראשון סימן מג), שאף שאין העד נפסל על פי עצמו, מכל מקום לא נפיק מכלל הבזויים, שכתב הרמב"ם (פרק יא מהלכות עדות) שפסולים לעדות. ולכן פשיטא שאין בעדותו ממש לאסור אשה על בעלה."

הנה כי כן לפנינו שלושה צדדים, אשר לדעת פוסקים רבים יש בכ"א מהם כדי לפסול אדם לעדות – על פי עצמו, וכאמור נתקיימו כולם בעד [י] שלפנינו. ואמנם בכל אחד מאלו מצאנו חולקים (עיין באוצר המשפט שהביא את מכלול הדעות כולל המקורות שהבאנו לעיל), מכל מקום ברור שיש לנו לצרף את כל הפוסקים הללו – לשאר השיטות והסברות הנז"ל הפוסלים את העד שלפנינו.

### ת. קידושין בפני עד אחד

הנה כי כן עין רואה, שאחד מעדי הקידושין שלפנינו היה פסול לעדות מכמה טעמים שונים – אשר יש בחלקם כדי לפסלו אליבא דכ"ע. ומעתה יש לנו לכוון מבטינו, האם יש לחוש לקידושין אלו שהיו רק בפני ע"א כשר.

איתא בקידושין (סה ע"א): "אמר רב נחמן אמר שמואל, המקדש בעד אחד אין חוששין לקידושיו ואפילו שניהם מודים" (לדברי העד – רש"י). ועוד איתא התם (סה ע"ב):

"אמר רבה בר רב הונא, המקדש בעד אחד בי דינא רבה אמרי אין חוששין לקידושיו. מאן בי דינא רבה, רבי... ומסקינן התם: מאי הוי עלה, רב כהנא אמר אין חוששין לקידושיו, רב פפא אמר חוששין לקידושיו."

הרי לפנינו הוראת בי דינא דתנאי ואמוראי, שאין קידושין תופסין כלל בפני ע"א, זולת רב פפא אשר חש לקידושין אלו. ולענין הלכה, כבר חברו כל המורים להורות, שאין חוששין כלל לקידושין בפני ע"א ואפילו שניהם מודים לדבריו, שכן גם לדברי ר"פ אין כאן אלא חומרא דרבנן, ובמקום פלוגתא במידי דרבנן – אזלינן בתר המיקל. כן היא דעת הרי"ף והרא"ש (שם) וכן הוא פסק הרמב"ם (הלכות אישות פ"ד הלכה ו), וכן היא דעת רבינו חננאל ובה"ג ורבינו שמחה בשם ר"ת והראב"ה לפי המבואר בהגהות מימוניות (שם אות ד). וכן מפורש בשו"ת הריב"ש (סימן רס"ו) שעד אחד בקידושין "לאו כלום הוא", והובאו דבריו במשנ"ל (שם), וע"ע בדברי הריב"ש (ס"ס יד). וכן היא מסקנת הר"ש בר צמח בתשובה (תשב"ץ ח"א סימן ע) והוסיף בשם הרשב"א שכן היא דעת "כל הגאונים וכל האחרונים", וכ"כ מהרי"ק (שורש קא ענף ב) בשם "כל

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

הפוסקים", והביא דבריהם מרן בב"י (שם), עי"ש. וגדולה מזו העלה מרן השו"ע (אהע"ז סימן מב סעיף ב), וז"ל:

"המקדש שלא בעדים ואפילו בעד אחד אינם קידושין, ואפילו שניהם מודים בדבר. ואפילו קידשה בפני עד אחד ואח"כ קידש בפני עד אחד אחר זה שלא בפני זה, אינה מקודשת."

וכבר העיד בנו בעל כנה"ג (שם) שפשט המנהג בכל בתי הדין, שאין חוששין לקידושין בעד אחד וכן היא ההוראה, עי"ש.

אך מצינו להסמ"ג (עשין מח) דרוח אחרת עמו בזה, וכתב דהואיל ולא הכריע הש"ס בפלוגתא דרב כהנא ורב פפא, ראוי להחמיר כדעת ר"פ. והוסיף שכן היא דעת הר"א ממיץ (יראים השלם סימן ז), עי"ש. וגם דעת המרדכי (קידושין סימן תקלד, תקלד) ותרומת הדשן (סימן קיב) נוטה להחמיר בזה, עי"ש. והן אמת שדברי הסמ"ג וסיעתו נדחו ע"י כל הפוסקים הנז"ל ובראשם התשב"ץ שכתב "שאינן דבריו נכונים", והרשב"א שכתב לאחד מתלמידיו שרצה לסמוך על סמ"ג בזה: "מי סנו בעל הלכות גדולות (סוף הלכות קידושין פג) והרי"ף והרמב"ם וכל הגאונים וכל האחרונים, שאתה מחמיר על עצמך יותר מכל אלו", עכ"ל. מכל מקום יעויין בטור (שם) אשר חש להעלות בפסקיו גם את דעת המחמירים, וז"ל: "המקדש שלא בעדים ואפילו בפני עד אחד, אינם קידושין ואפילו שניהם מודים בדבר. ובספר המצות (סמג) כתב שחוששין לקידושין להצריכה גט", עכ"ל. וגם הרמ"א (שם) נמשך לחומרא זו בפסקיו, וז"ל: "ויש מחמירין במקדש בפני עד אחד אם שניהם מודים, ובמקום עיגון ודוחק יש לסמוך על המקילין".

מיהו אכתי אפשר שבנ"ד לית מאן דפליג שאין לחוש לקידושין כלל ועיקר, מתלת אנפי. דהנה מראש צורים חזינן למרן הב"י בתשובותיו (שו"ת בית יוסף סימן ב), אשר חידש דאפילו להסמ"ג וסיעתו שחוששין לקידושין בפני ע"א, היינו כשמעיקרא היה רק עד אחד, אולם אם היו שני עדים ואחד מהם נמצא פסול, הר"ז גרע טפי מעד אחד משום דאמרינן עדות דבטלה מקצתה בטלה כולה, כמבואר להדיא בש"ס (מכות ה"ב). נמצא שבנ"ד שהיו שני עדים בקידושין ונמצא אחד מהם פסול, הרי דכ"ע מודים שאין כאן קידושין.

ותו חזינן להר"ש בר צמח (תשב"ץ שם) אשר יצא לידון בדבר חדש, וז"ל: "אבל אם יש הכחשה ביניהם לא, כמ"ש הרשב"א בתשובה באשה טוענת דמשטה היתה" עכ"ל, והובאו דבריו בב"ח ובב"י (שם). וכיו"ב כתב הד"מ (שם אות ב) בשם מהר"מ פאדווה (בתשובותיו סימן לז), עי"ש. ואכן זה מדוקדק בפסק הרמ"א (שם): "ויש מחמירין במקדש בפני ע"א אם שניהם מודים". ועיין בב"ח (שם) שביאר דברי התשב"ץ הנזכרים, בזה"ל:

"מבואר דלאו דוקא המכחיש את העד לומר להד"מ מעולם לא קיבלתי קידושין מיד פלוני או מעולם לא קידשתי את פלונית, אלא אפילו הוא אומר נתתי והיא אומרת קיבלתי, אלא שטוענין (שניהם או כ"א לחוד) לא נתכוונו לקידושין שתהא לו לאשה בקידושין אלו כי לא נתכוונה היא אלא לשטות בו א"נ לשחוק והיתול בעלמא, בטענה זו נמי אינו מודה לדברי העד קרינן ביה... ומ"ש בתשו' מיימוני דזה שאמר שלא היה בלבו אלא לשחוק ולהתלוצץ הויין דברים שבלב ואינן דברים, התם הוי ב' עדים דכיון שאם היו מכחישין ואומרים להד"מ אין שומעין לו הוא הדין נמי במאי דקאמר דכוונתו היתה לשחוק נמי אין שומעין לו, אבל בעד אחד כל שטוען טענה ואומרים שלא היה שם קידושין, והיינו אינן מודים ואין כאן קידושין כלל, וכך העליתי בתשובה (שו"ת הב"ח סימן צז) הלכה למעשה."

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ופשוט דטענת קידושי שחוק הוא לאו דוקא, אלא הוא הדין בכל טענה שיש בה כדי לערער על תוקף הקידושין, וזה מפורש בחתימת דברי הב"ח: "אבל בע"א כל שטוען טענה ואומרים שלא היו שם קידושין, היינו אינם מודים ואין כאן קידושין כלל". נמצא שבנ"ד שהמיועד לסדר את הקידושין העיד בפנינו שסירב לסדר את הקידושין הללו ומסרם לאחר משום שנראה לו שהקידושין נכפו על האשה מכורח הנסיבות (הריון קטינה) והוסיף לתמוך דבריו בבכי הכלה בשעת הקידושין ואחריהן, וגם העו"ס העלתה טענה זו בסקירתה בשם האשה בליווי תיאורים קשים על אלימות הבעל. זאת ועוד, שהאשה עצמה הגדירה את קידושיה בדיון משפטי "קידושין רפורמים", ואין לך קידושי שחוק יותר מקידושי רפורמים! ועל כולנה יש לצרף את טקס התרת הנישואין כפי שתואר בתסקיר העו"ס מפי האשה ואושר בפנינו ע"י אותו חכם סימון, שכאשר באה האשה בפניו וביקשה להתיר את נישואיה כדי שתוכל לחיות עם בן זוגה, ערך הלה "הקפות סביב הכתובה" ואח"כ קרע את כתובתה לגזרים ואמר לה הרי את מותרת מעכשיו לכל אדם, ובזה נחה דעתה לחיות חיי אישות עם בן זוגה החדש. הרי שזה גופא מורה יותר מכל שמעיקרא סברה שלא היה ממש בקידושיה, שכן כל בר דעת יודע שאין בקריעת הכתובה כדי להתיר קידושין גמורים. ועכ"פ בצירוף כל אלו, פשוט שלא נתקיים כאן תנאי הרמ"א "אם שניהם מודים", וא"כ "אין הקידושין כלום" כלשון הד"מ (שם).

וגם עוד הלום חזינן להרמ"א אשר כאמור חש לדברי המחמירין, אולם הוא עצמו סיים (שם) בזה"ל: "ובמקום עיגון ודוחק יש לסמוך על המקילין". והואיל ואין לך עיגון ודוחק גדול יותר מדוגמת הנידון שלפנינו, שכן האשה נפרדה מבעלה בלא ג"פ וזינתה עם אחרים וילדה להם שלוש בנות אשר אין שום תקנה להכשירם זולת אם נסמוך ע"ד המקילין, הרי שגם הרמ"א מודה בזה שאין הקידושין כלום, וזה ברור ופשוט.

הרי לפנינו שלושה צדדים לקולא, אשר יש בכ"א מהם כדי להורות שבנ"ד לית מאן דפליג שאין כלום בקידושי האשה.

### ט. קידושין בעל כרחה

ובר מן כל הדין, יש לנו להטיל ספק בכשרות הקידושין הללו גם מצד 'רצון' האשה – הן לפי מה שהעיד לפנינו [חכם...] שקידושי האשה נעשו למורת רוחה ובעל כרחה, והן עפ"י מה שסיפרה האשה עצמה לעו"ס (ולהלן נביא ציטוטים מדבריהם). הנה ידועים דברי הש"ס בריש קידושין (ב ע"ב), בהא דתנן האשה נקנית ולא האיש קונה: "דאי תנא קונה הו"א אפילו בעל כרחה, תנא האשה נקנית – מדעתה אין שלא מדעתה לא". ומכאן יצאה הוראה שאין עליה עוררין, שאין האשה מתקדשת אלא לרצונה. ולפי המבואר בסמ"ג (עשין מח) משמע שדין זה הוא לעיכובא מדאורייתא, והיינו שאם קידש אשה בע"כ אין קידושיו קידושין מהתורה, וזת"ד: אין האשה מתקדשת אלא לרצונה, שנאמר והלכה והיתה, משמעות המקרא שמתקדשת מדעתא, עי"ש. וכן מתבאר מדברי הר"ן (שם) אשר ציין ע"ד המשנה האשה נקנית "לבעלה להצריכה ממנו גט", ודוק מיניה להא דאמרינן עלה "שלא מדעתא לא", היינו שא"צ ממנו גט וש"מ שאין קידושין תופסין בה כלל.

וגדולה מזו יש ללמוד מתשובת הרא"ש (הו"ד בשלטי גיבורים שם ובטור אהע"ז סימן מב) אשר נשאל אודות לאה שאמרה לראובן תן לי מנה שאתה חייב לי וכשנתן לידה אמר לה הרי את מקודשת לי, וכששמעה השליכה המעות ואמרה איני רוצה לקדש ועדים מעידים בזה. והשיב

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

שאינן כאן בית מיחוש ואינה צריכה גט, ע"ש. וכן חזר להורות בהלכותיו (ב"ב פרק חזקת הבתים סימן נא). וכן מורה פסק הרי"ף (ב"ב נו ע"ב בדפי הרי"ף). וכן מפורש ברמב"ם (הלכות אישות פ"ד הלכה א) "שאינן האשה מתקדשת אלא לרצונה, והמקדש אשה בעל כרחיה אינה מקודשת". וזה מחודד טפי בלשון הטור (אהע"ז סימן מב) שכתב "נתקדשה שלא לרצונה אינן קידושין", והגיה עליו הב"ח "פירוש ואינה צריכה גט". וזאת הלכה העלה מרן השו"ע (שם סעיף א), וכאמור כן היא דעת כל המורים.

אלא שעפ"י יש לנו להעיר מדברי הש"ס בחזקת הבתים (ב"ב מה ע"ב):

"ואמר אמימר תלויה וקדיש, קידושיו קידושין. מר בר רב אשי אמר, באשה ודאי קידושין לא הו, הוא עשה שלא כהוגן לפיכך עשו עמו שלא כהוגן – ואפקיעינהו רבנן לקידושין מיניה. אמר ליה רבינא לרב אשי, תינח דקדיש בכספא, קדיש בביאה מאי איכא למימר. אמר ליה, שויה רבנן לבעילתו בעילת זנות."

וצ"ב מדוע הוצרך מר בר"א להאי טעמא דעשה שלא כהוגן דש"מ דמהתורה הו קידושין אלא שרבנן אפקיעינהו לקידושין, תיפוק ליה מהא דתנינן שאין האשה מתקדשת אלא מדעתה, ובפרט אחר דברי הסמ"ג דילפינן לה מקרא ד"והלכה והיתה". וכיו"ב יש להעיר ע"ד הרא"ש והרי"ף (שם) אשר הוצרכו לפסוק כמר בר"א, ולא תלו דבריהם בסתמא דמתניתין. וכן יש לתמוה על מפרשי הרמב"ם (מגיד משנה ולח"מ ומשנ"ל והגה"מ שם) אשר חילקו בדברי הרמב"ם דמ"ש "אין האשה מתקדשת אלא לרצונה" – הוא מדברי המשנה בקידושין, ומ"ש "והמקדש אשה בע"כ אינה מקודשת" – הוא כמר בר"א. וכזאת יש להעיר על נו"כ הטור (הב"י וב"ח ופרישה שם), אשר תמכו את פסק הטור – בהא דקיי"ל כמר בר"א ודלא כאמימר, ע"ש.

ברם כד דייקנן נראה ברור, שאין משם ראייה אלא היכא דלא נתרצתה להתקדש מתחילה ועד סוף, אבל לעולם כל שפשטה ידיה וקיבלה ממנו קידושין אפילו בע"כ הר"ז מקודשת, דאגב אונסא גמרה ומקניא נפשה – דומיא דתלויה וזבין אשר כ"ע מודים דזביניה זביני. לפיכך בא מר בר"א ללמדנו, דשאני קידושין ממקח וממכר, דרבנן אפקיעינהו לקידושין מיניה מפני שעשה שלא כהוגן, והבן. תדע דע"כ צ"ל כן אליבא דאמימר דפליג התם על מר בר"א וס"ל דאף בקידושין נקטינן "תלויה וקדיש קידושיו קידושין", ותימה הוא וכי אמימר פליג אמתניתין דקידושין. ולפי המבואר א"ש, דאמימר מיירי במי שנתרצית – שהיא מקודשת אפילו שנתרצית בע"כ, ואילו מתני' דקידושין מיירי במי שלא נתרצתה להתקדש, וז"פ.

איברא דמאי דילפינן מכללא, מבואר להדיא בהרבה מפרשים – קמאי ובתראי: כן מתבאר מדברי הרשב"ם בסוגיין, דפלוגתא דאמימר ומר בר"א באמרה "רוצה אני". וכן משמע מדברי המאירי (קידושין ב ע"ב). וכן מפורש להדיא בדברי בעל העיטור (ח"א דע"ז ע"ד), שאחר שפסק כמר בר"א דאפקיעינהו רבנן לקידושין מיניה, הוסיף שאין ראייה מהא דדייקנן ממתני' דריש קידושין שאין אשה מתקדשת אלא מדעתה. דהתם מיירי בלא נתרצית, אבל נתרצית לבתר הכי איכא למימר דהוי קידושין, ע"ש. וכן מבואר בב"ח ובפרישה והגהות הגר"א (שם).

הנה כי כן מפורש לפנינו דינא דתלמודא – אליבא דכל עמודי ההוראה אשר מפיהם אנו חיים, שאין אשה מתקדשת אלא לרצונה. ואע"פ שנתרצתה לבסוף ופשטה ידה וקיבלה קידושין ואף אמרה רוצה אני, אם ברור הדבר שעשתה כן בע"כ – אין קידושיו קידושין וא"צ ממנו גט, מפני שהפקיעו ממנו רבנן את כסף הקידושין. זאת ועוד, שאף שהמשיכה אח"כ לחיות עמו בחיי אישות או אפילו שקידש אותה מעיקרא בביאה (בע"כ) – אינה מקודשת, שאין אומרים בזה אין

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אדם עושה בעילתו בעילת זנות, מפני שהפקיעו רבנן לקידושין מניה ועשו את בעילתו כבעילת זנות.

ואל תשיבני, שאין בכל האמור ראייה אלא באונס הגוף, והיינו שהמקדש כפה בידיים את הקידושין על האשה – דומיא 'דתליוה וקדיש', אבל לעולם כל שרק איים עליה בדברים אין בכך כלום וכדאמרין (שבועות מו ע"א) "עביד איניש דגזים ולא עביד". שכן ממעשה דפרדסיא (כ"ב מ ע"ב) משמע להדיא שאפילו איומים והפחדה חשיב אונס, וזת"ד: מעשה באחד ששכר פרדס מחבירו לעשר שנים ולא היה שט"ח ביד המשכיר, ואחר שאכלו השוכר שלוש שנים אמר לו אם לא תמכרנו לי אכבוש שטר שכירות ואטען שהוא לקוח בידי, ואמרו חכמים שזה אונס, עי"ש. ולפי המבואר ברשב"ם (שם ד"ה שאני) משמע דאתינן עלה "מתוך פחד שמפחידין אותו להפסיד הפרדס לגמרי בלא דמים", עי"ש. ואכן מכאן למד הרמב"ם (הלכות מכירה פ"י ה"ד): "אחד האונס את חבירו בשהכהו או תלאו עד שמכר, או שהפחידו בדבר שאפשר לו לעשות בין בידי עכו"ם ובין בידי ישראל, הר"ז אונס", עכ"ל. וכן הוא פסק השו"ע (ח"מ סימן רה סעיף ז): "אחד האונס את חבירו בשהכהו או תלאו עד שמכר, או שהפחידו בדבר שאפשר לו לעשות". ולדבריהם צ"ל דהא דאמרין בגמ' (שבועות שם) 'עביד איניש דגזים ולא עביד', היינו דוקא באיום שהוא בגדר 'גזים', אבל כל שהאיום היה סביר ביחס לאדם המאיים, כגון שהיה ידוע כאלים או שמימש בעבר את איומו – הר"ז כאונס בידיים דמי. וזה מדוקדק היטב בדברי הרמב"ם והשו"ע אשר הדגישו שהפחידו 'בדבר שאפשר לו לעשות'.

ואמנם מלשון הטור (שם) משמע לכאורה דלא חשיב אונס בהפחדה לחוד, וז"ל: "לא שנא אנסוהו אונס הגוף כגון שהכהו עד שמכר לו, לא שנא אנסוהו אונס ממון כגון שהפסידוהו בהפסד ממון". וש"מ דדוקא באונס הגוף או הפסד ממון בפועל חשיב אונס, אבל לא באיום והפחדה לחוד. מכל מקום יעו"ש בפרישה שתמה עליו מדברי הרשב"ם ור"ח, וז"ל:

"לשון רשב"ם בשם ר"ח כגון שהפחידוהו בהפסד כו', ומשמע דאפילו לא הפסידו עדיין אלא בגיזום בעלמא חשבינן ליה אונס. אבל ר"מ וראבי"ה חולקים על זה וס"ל דבגיזום בעלמא לא מקרי אונס, ומעשה דפרדסיא כאילו כבר הפסידוהו דמי כיון שהיה בידו לכבוש שטרו, ואפשר שלזה כיון רבינו שדייק וכתב שהפסידוהו. ומיהו יותר נראה להגיה שהפחידוהו, וכן הוא בספרים ישנים של קלף ובספרים מדוייקים. וכן הוא בהדיא ברמב"ם."

אכן יעויין בהגהות והערות (שם) שבדפוס שאלוניקי וכן בדפו"ר ב"ח הגירסא בטור היא "שהפחידוהו", עי"ש.

ברם הרמ"א (שם) רוח אחרת עמו, וז"ל: "מיהו יש חולקין וס"ל דאם הפחידו לאו כלום הוא, דעביד איניש דגזים ולא עביד" (מהרי"ק שורש קעו), עכ"ל. ועיין בנתיבות (שם ס"ק טו) מ"ש ע"ד הרמ"א הללו: "והוא תמוה, דמבואר ברא"ש ובמהרי"ק ובמהרח"ש דאם הפחידו ומסר מודעא דלכ"ע הוי אונס" (וע"ע בביאורים שם ס"ק יב מה שהוסיף להוכיח כן בדעת המהרי"ק שהוא המקור לדברי הרמ"א). אולם גם אחרי תמיהת בעל הנתיבות ע"ד הרמ"א, מי יוכל להקל ראש ולהפקיע קידושין באיום והפחדה לחוד – נגד דעת הרמ"א.

ובהיותי בזה ראיתי למרן פאר הדור (שו"ת יבי"א ח"ג חאהע"ז סימן כ) שדן אודות קטינה מיוצאי תימן אשר נתקבלה עדות שקידושיה נעשו למורת רוחה ובעל כרחה. ואחרי שהביא דברי הרמ"א הללו, כתב:

"מ"מ נראה דשאני הכא שבערי תימן היה מנהג נפוץ לקדש את בנותיהם בגיל צעיר למדי (וע' תוס' קידושין מא ע"א) ורובם אינם חוששים כ"כ להסכמת

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ורצון הבת, ואפי' אם לא תרצה להנשא אל האיש שבחרו לה הוריה חזון נפרץ הוא להכריחה להנשא בעל כרחה ואפי' בכח גדול וביד חזקה, וכמו שנוכחנו בזה בכמה עובדות שבאו בבית דיננו. וא"כ י"ל שאין זה בגדר גזים ולא עביד. וסמוכין לזה ממ"ש התוס' (שבועות מו ע"א) וז"ל, עביד איניש דגזים ולא עביד, פירש ברוקח דדוקא בסתם אדם אבל במוחזק לכך לא. וכן נראה. ע"כ ... ומכ"ש בנ"ד שכבר עשתה מעשה פעם אחת לברוח מבית אביה למשך תקופה ממושכת בגלל הדבר הזה עצמו, ובודאי שידעה שאביה הכרח יכריחנה להנשא אל בעלה זה ע"י מכות נאמנות וכדומה, ומצאה מקלט זמני בבית אחיה להפטר מן החתן אשר בחרו לה הוריה. ואין לך מוחזק יותר מזה. ולא אמרינן בכה"ג גזים ולא עביד. (ועיי"ש מה שהוסיף להוכיח כסברת הרוקח והתוס', מדברי המרדכי והר"י מיגאש ועוד).

ודון מיניה ואוקי באתרין, שהרי גם בנידון דידן מיירי בקטינה (בת 15) שנתקדשה לאדם (המבוגר ממנה ב-16 שנה) מעדת יוצאי גרוזיה שנהגו להשיא בנותיהן בגיל צעיר אפילו בע"כ, ובפרט שהיתה מעוברת ממנו. ולדברי העד [חכם]... נעשו הקידושין הללו למורת רוחה של האשה מתוך איומים והפחדה מבעלה הידוע כאדם אלים, שכן גם הוא עצמו שערך את החו"ק טען שהסכים לכך רק מתוך כפיה ואילו היה מסרב "לא הייתי היום בחיים" (כלשונו). זאת ועוד, שיש רגלים לדבר מתוך התנהגותו האלימה כלפיה במשך כל חיי נישואיהן שהגיעה עד כדי חניקה ואיבוד הכרה! וכמו כן יש רגלים לדבר שלא נתרצתה בקידושין אלו אלא מתוך פחד, שהרי לאחר שהתבגרה בכמה שנים אזרה אומץ וברחה לבית אביה עם בניה הקטנים ולא שבה עוד לביתה.

וכה הם תמצית דברי העד לפנינו לאחר שהוזהר לומר את האמת: "ראיתי שיש בחורה שנמצאת במצוקה והיא לא מרוצה ממה שעושים לה... ראיתי שהכל היה בכפיה... איימו עליה להתחתן איתו... היא לא היתה מאושרת וראיתי שהיא בוכה וגם החברות שלה עמדו וכוו". לשאלת ביה"ד מדוע א"כ כתבת את הכתובה והחתמת את העדים, השיב: "אם לא הייתי כותב לא הייתי היום בחיים". לשאלת עו"ד אדי וייס: אלו סימנים ראית עוד שהבחורה הזאת לא רצתה להתחתן מלבד הבכי, השיב: "כל הזמן היא באה אלי ואמרה לי אתה יודע איך הייתי בזמן החתונה, אמרתי כן. היא אמרה אז למה חיתנת אותי, אמרתי שהיו עלי איומים!"

הנה כי כן לפנינו דעת רבותינו הראשונים ועמודי ההוראה אשר מפייהם אנו חיים ובראשם הרמב"ם והשו"ע, שגם איום והפחדה 'בדבר שאפשר לו לעשות' חשיב אונס, וא"כ הוא בכלל הוראת מר בר"א דנקטינן כוותיה – שאין קידושיו קידושין. וגם הרמ"א אשר חש בזה לדעת המהרי"ק, לא זו בלבד שנדחו דבריו ע"י בעל הנתיובות אלא אפשר שבנ"ד מודה דחשיב הפחדה כאונס, וכדפי'. ועכ"פ פשוט שיש לנו לצרף צד זה של קולא כסניף לכלל האמור לעיל.

### י. סידור קידושין בניגוד לתקנות

ועוד יש לנו להטיל ספק בתוקף הקידושין הללו, גם מצד 'מסדר הקידושין' שאינו בקי בטיב גיטין וקידושין וגם עבר על שלוש מתקנות הרבנות הראשית: סידר חו"ק לקטינה שהיתה פחות מגיל שש עשרה שנה, ללא רישום וללא אישור הרבנות.

איתא בקידושין (ו ע"א): "אמר רב יהודה אמר שמואל, כל שאינו יודע בטיב גיטין וקידושין לא יהא לו עסק עמהם". ולהלן (שם יג ע"א) הוסיפו עלה: "אמר רב אסי אמר רבי יוחנן וקשין לעולם יותר מדור המבול". והנה מהאי לישנא דאינו יודע 'בטיב' גיטין וקידושין, משמע שלא ידון להורות בדיני גיטין וקידושין, אבל סידור הקידושין תחת החופה שאין בהם הוראה אלא

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

נתינת קידושין וברכות האירוסין וכו' אפשר שאין בזה קפידא כל כך. וזה מוכח טפי מהא דהקדים הש"ס גיטין לקידושין, וש"מ דלא מיירי כלל בסידור הקידושין אלא רק כשבאין לדון בגיטה ובקידושיה, והבן. ברם מלישנא דלא יהא לו 'עסק' עמהם, שמעינן לכאורה שלא יתעסק כלל בגיטין וקידושין ובכלל זה סידור הקידושין.

אכן כד דייקנין נראה שבאנו בזה לפלוגתת רבנן קמאי ובתראי. דהנה חזינן לרש"י (שם) שפי' בזה"ל: "לא יהא לו עסק עמהן, להיות דייך בדבר שמא יתיר איסור ערוה וזהו עיוות שאינו יכול לתקן. וקשים לעולם, דיינים המורים הוראה בעריות ואינן בקיאי". ומדבריו עולה שלא אסר הש"ס אלא לדון ולהורות, אבל בסידור הקידושין גרידא ליכא קפידא. וכן יעויין במהרש"א (שם) שהוסיף להוכיח כן מהא דהקדים הש"ס גיטין לקידושין, ומזה למד דשפיר יש לחלק בין סידור הקידושין שהיו לפני הגט – שכל אחד רשאי לסדרם, לבין הקידושין שהיו אחרי הגט והיינו שבאה לינשא לאיש אחר – שאין כ"א רשאי לסדרם כי אם מי שבקי בטיב גיטין כדי לברר שנתגרשה כדין, עכת"ד. וכן מפורש בט"ז (אהע"ז מט, ג), וז"ל:

"משמע דנתינת קידושין אין קפידא כל כך, דהיינו לסדר הקידושין תחת החופה (משום) שאין שם הוראה. וכן המנהג פשוט בינינו שמכבדין בסידור קידושין אפילו אינו למדן גדול."

אך לעומתם יעויין בתשובת רבינו ירוחם (סימן פה) אשר נשאל אודות סידור גיטין וחליצות, ופסק שלא יסדר מי שאינו יודע בטיב של אלו, והוכיח כן מלשון הש"ס "מי שאינו בקי בטיב גיטין וקידושין לא יהא לו עסק עמהם", וש"מ שלא יתעסק בהם כלל, עי"ש (ואע"ג דמיירי התם בסידור גיטין וחליצות, מ"מ מהראיה שהביא לדבריו משמע שגם סידור קידושין בכלל זה). וכן משמע בהגהות רבי יעקב עמדין (קידושין שם) אשר דחה את חילוק המהרש"א הנז"ל ותירץ את לשון הש"ס באופן אחר, עי"ש. וכן מפורש בספר יד אהרון (הגהות ב"י אהע"ז סימן קכ אות נח), שלא יוכל להיות מסדר הקידושין רק "תלמיד חכם רשום ועמקן", עי"ש. ופוק חזי לדבריו הנוקבים של בעל השבות יעקב (ח"ג סימן קכא) אודות חכם אחד שסידר קידושין נגד דעת רב העיר, ודייק מלשון הש"ס "לא יהא לו עסק עמהם" שגם סידור קידושין גרידא בכלל זה, עי"ש. וע"ע בשו"ת שואל ומשיב (מהדו"ג ח"א סימן רלט) ועוד פוסקים רבים שדנו בזה והו"ד באוצר הפוסקים (סימן מט ס"ק ו אות ד), ואכהל"ב.

ולענין הלכה נראה שדעת הטור וש"ע (אהע"ז סימן מט, ג וסימן קנד בסדר הגט סעיף קא) מכוונת יותר לשיטת רש"י וסיעתו, וז"ל:

"כל מי שאינו יודע בטיב קידושין לא יהיה לו עסק עמהן להורות בהן, שבקל יכול לטעות ויתיר הערוה וגורם להרבות ממזרים בישראל."

והאי לישנא מורה בעליל דדוקא להורות בהלכות אלו הוא דאסר הש"ס למי שאינו בקי בהן, אבל לא בסידור קידושין גרידא. וכן דקדק הפרישה (שם ס"ק ז) מלשון 'להורות בהן', עי"ש. ועכ"פ מכלל לאו אתה שומע הן – שכל מי שבקי בטיב גיטין וקידושין, הר"ז רשאי לעסוק בהן לדברי הכל מדינא דתלמודא.

ברם לבר מדינא דתלמודא, מצינו לרבותינו הקדמונים עוד בימי ר"ת והרמב"ם ואחריהם לאורך כל הדורות שתיקנו בחרמות ונידויים – שלא יסדר אדם קידושין בלי רשות הרב מרא דאתרא: יש מהם שתיקנו כן על כל אדם גם אם הוא ת"ח הבקי בטיב גיטין וקידושין, ויש מהם שתיקנו כן רק במי שאינו מוסמך בתואר 'מורינו'. וכמו כן אין כל התקנות שוות בתוקפן: יש מהם שמלבד החרמות והנידויים גם הפקיעו את הקידושין, ויש מהם שגזרו על האיש המקדש לגרש את אשתו מיד, ויש מהם שרק גזרו חרמות ונידויים וקנסות אך לא הפקיעו את הקידושין

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

או כפו גירושין. ועל כולנה אין כל התקנות מכוונות – כלפי מי גזרו בחרמות ונידויים: האם רק על מסדר הקידושין, או גם על העדים שהרי בלעדיהם אין 'חלות' לקידושין, והאם גם האיש והאשה בכלל תקנה זו. ודע דנפק"מ טובא אית לן בזה, שכן את"ל שהחרימו גם את העדים, אזי אפשר שגם בקהילות שלא תיקנו הפקעת קידושין או לדברי הפוסקים (שיובאו להלן) שאין בכוח תקנת הקהילות להפקיע קידושין, הרי שהעדים עברו על החרם ופסולים המה לעדות ונמצא שלא היו כאן קידושין כלל ועיקר.

ובטרם אשיבה ידי לדון בכל זה לגבי הנדון שלפנינו, אמרתי להעתיק כמה נוסחאות של תקנות הקהילות אשר הצד השוה בכולן שגזרו שלא יסדר אדם קידושין בלי הרשאה, אך אין שווין בתוקפן ובגזרתן – עד לתקנת הרבנות הראשית משנת תש"י אשר עודנה בתוקפה עד עצם היום הזה. הנה מראש צורים חזינן בשו"ת שבות יעקב (שם) אשר העיד בזה"ל:

"וקבלה בידינו שהם קיבלו מרבני צרפת שהיו בימי ר"ת, שגזרו ואמרו שלא יסדר שום אדם קידושין כי אם הוא שנבחר לרב או מו"צ בקהילתו. ומי משלחו עקלתון נחש בריח יריע אף יצריח ויעבור על אלה, מוחרם הוא מפיהם ומפי כתבם."

ומהאי לישנא 'שלא יסדר שום אדם קידושין', משמע שגם ת"ח מוסמך הבקי בטיב גיטין וקידושין בכלל תקנה זו. ומיהו אין בתקנה זו אלא חרם, אך לא הפקעת קידושין או כפיה לגרש. וגם בימיו של הרמב"ם תיקנו מעין תקנה זו כמבואר בתשובותיו (סימן שמח), וז"ל:

"תקנו רבני מצרים והוציאו ס"ת ברבים והחרימו לבל ישא אדם אשה ולא יגרש שום אדם את אשתו אלא על ידי אלו הרבנים שבכפרי מצרים והם רבי חלפון דיין דמנהור... והסכמנו והחרמנו כל מי שיתן רשות לאדם שאינו יודע בטיב גיטין וקידושין, כדכתיב רבים חללים הפילה ודרשו חז"ל זה ת"ח שלא הגיע להוראה ומורה. והיה זה בשליש אחרון של חודש טבת שנת אלף ותצח לשטרות (ד'תתקמ"ז)... והכל שריר וקיים."

והנה מנוסח תקנה זו עולה שהחרימו גם על האיש המקדש – שלא ישא אשה אלא על ידי רבני העיר אלא שהוסיפו עוד להחרים מי שיתן רשות למי שאינו בקי לסדר חו"ק, כמבואר בדבריו. אולם גם בתקנה זו אין הפקעת קידושין או כפיה לגרש, אלא חרם בלבד. אך בניגוד לשתי התקנות הנ"ל שלא הוזכר בהן הפקעת קידושין או חובה לגרש, מצאנו בספר התקנות (סימן ו) ובספר כרם חמר לר"א אנקווה שהעתיק תקנת חכמי פאס מגולי קאשטילייה משנת רנ"ד הכוללת גם הפקעת קידושין, וז"ל:

"שום בר ישראל לא יקדש לשום בת ישראל כי אם דוקא בעשרה, ובתוכם חכם מחכמי העיר הנפרעים מהקהל או דיין מדייני העיר... ואם יהיה באופן אחר, מעתה אנו מפקירים אותם הקידושין."

ואמנם לאחר שלוש מאות ושמונים שנה בשנת תרע"ד אימצו רבני יפו דאז הגרב"צ עוזיאל והגראי"ה זצ"ל תקנה זו, אך השמיטו ממנה את הפקעת הקידושין ובמקומה גזרו על האיש לגרש את המקודשת וליתן קנס ככל אשר יושת עליו ע"י הרה"ר. אולם בכנס ארצי של רבני א"י שהתקיים בשנת תש"י במעמד הרבנים הראשיים לישראל חזרו וקיבלו עיקר תקנה זו, אך השמיטו ממנה גם את החיוב לגרש, וז"ל התקנה כפי שהעתיקה הגראי"ה הרצוג זצ"ל (שו"ת היכל יצחק אהע"ז ח"א סימן ה) בחתימת ידו ובחתימת הגרב"צ חי עוזיאל זצ"ל:

"דבר נהוג ומקובל בא"י מפי מרנן ורבנן תקיפי ארעא דישאל הקדמונים זצ"ל, וכן נהוג ברוב קהילות ישראל, שלא לסדר קידושין ונישואין אלא ע"י מוסמכים וממונים לכך... ועל יסודה הננו גוזרים לאסור על כל איש ורב

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

בישראל לסדר קידושין ונישואין, אם לא שהוסמך והתמנה לתפקידים אלה עפ"י כתבם וחתימת ידם של הרבנות הראשית שבערי אר"י, וכל העושה זאת שלא ברשות, הרי הוא פורץ גדרם של ראשונים כמלאכים ז"ל".

וע"ע שם תקנות אחרות ובכללם:

"אסור לכל איש ואשה מישראל לקדש ולארס שלא בשעת חופה ובעשרה, אחרי הרשמת הנישואין במשרדי לשכות הרבנות שבכל מקום".

וכן:

"אסור לאדם מישראל לקדש לו אשה שהיא קטנה מגיל שש עשרה שנה ויום אחד... איסור זה חל גם על אבי הנערה שלא לקדש את בתו כשהיא למטה מהגיל הנ"ל".

ובכולן חתמו בהטלת חרם:

"בתוקף הטלת חרם על העובר בכל חומר תקנות הרבנים בישראל, על כל קהילות ישראל ואלה שתתקיימנה להבא בעזה"י, לשמור ולקיים את כל הכתוב בהם עד בוא גואל צדק".

הרי לפנינו שלוש תקנות חמורות בהטלת חרם, ושלושתם נתקיימו בנדון שלפנינו. שכן כפי שהועד בפנינו וכפי שראו עינינו בסרט החתונה, המברך על כוס הקידושין אשר גם שימש כאחד מעדי הקידושין, לא זו בלבד שעשה כן בלי רשות רבני העיר אלא גם היה עם הארץ שאינו בקי כלל בטיב גיטין וקידושין אשר לדעת רבים מהפוסקים הנז"ל אסור אף מדינא דתלמודא לסדר חו"ק. וכן לא נרשמו הנישואין במשרדי הרבנות. וכן הכלה המקודשת היתה פחות מגיל שש עשרה שנה.

אלא שעדיין לכאורה אין לנו נפקותא בכל זה לנדון שלפנינו, שהרי כאמור אין בתקנות אלו של הרה"ר – כמו בכל תקנות הקהילות הנז"ל הפקעת קידושין, זולת תקנת חכמי פאס אשר גם הם חזרו בהם בתקנה מאוחרת יותר והשמיטו ממנה את הפקעת הקידושין. ולפי הנראה לא בכדי הקפידו כולם שלא להפקיע את הקידושין, שכן היתה לנגד עיניהם הוראת מרן בשו"ת ב"י (הלכות קידושין סימן ו), שאין לנהוג בתקנת הפקעת קידושין. וכן הוראת הרמ"א (אהע"ז כח, ג) בשם מהרי"ק:

"קהל שתקנו ועשו הסכמה ביניהם שכל מי שיקדש בלא עשרה או כיוצא בזה ועבר אחד וקידש, חיישינן לקידושין וצריכה גט. אע"פ שהקהל התנו בפירוש שלא יהיו קידושיו וקידושין והפקירו ממונו, אפילו הכי יש להחמיר לענין מעשה".

אך גם לאחר הוראה זו של מרן הב"י והרמ"א, מצינו לפוסקים רבים שהיו לפנייהם ואחריהם, אשר חלקם הפקיעו קידושין לכל מי שעבר על החרם וחלקם צירפו צד זה כסניף לבטל הקידושין כל דאיכא צד אחר להיתרא, וכדלהלן.

הנה נודע בשערים מ"ש הב"י (אהע"ז ס"ס כח) בשם הריב"ש (סימן שצט), שיכולים הקהל לתקן שכל מי שיקדש שלא בידיעת נאמני הקהל ובפניהם ובפני עשרה יהיו קידושין מופקעים ובטלים וכו', והמקדש נגד תקנה זו אין קידושיו וקידושין ואינה צריכה גט, שסתם מקדש ע"ד מנהג העיר מקדש... זהו מה שנ"ל להלכה אבל למעשה הייתי חוכך להחמיר ולא הייתי סומך על דעתי לחומר הענין להוציאה בלא גט, אם לא בהסכמת כל חכמי הגלילות. ועוד הוסיף שם כעין זה בשם תשובת הרשב"א (סימן אלף ר"ו), שמשורת הדין נראה ברור שרשאים בני העיר לעשות

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

תקנה שכל מי שיקדש שלא במעמד עשרה, אין קידושיו קידושין ובלבד שיסכימו בכך אנשי העיר והת"ח, כי הציבור יכולין להפקיר ממונו של זה ונמצא כמקדש בממונו שאינו שלו... ומעשה היה בעירנו ודנתי בדבר בפני רבותי, ומורי הרמב"ן הודה לדברי. ומ"מ צריך עוד להתיישב בדבר, עכת"ד.

ותבט עיני למרן פאר הדור בשו"ת יבי"א (ח"א אהע"ז סימן ה אות י) אחר שהביא דברי הב"י הללו, הביא מ"ש מהר"ם אלשקר בתשובותיו (סימן מח), שאע"פ שסיים הרשב"א שצריך להתיישב בדבר, הנה בתשובות אחרות הורה כן אחר היישוב וכמ"ש בשמו בעל ספר תולדות אדם וחוה, עי"ש. וכ"פ בשו"ת התשב"ץ (ח"ב סימן ה), שרשאים הציבור לתקן כן, עי"ש. וגדולה מזו הביא מתשובת מהר"י בי רב (סימן מב), וז"ל:

"גם מענין התקנה נ"ל שאין שום חשש בקידושין אלו כלל, שבודאי כשתקנו התקנה לא היתה כוונתם אלא להפקיע הקידושין, שאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתם. ואף אם הריב"ש היה מצריך גט לחומרא כשיש תקנה להפקיע הקידושין, אינו מן הדין, שכך הוא אומר בפירוש שאינו מן הדין אלא מצד חומרא. ואף שהמתקנים לא אמרו אלא שיהיה בחרם ולא פירשו שיפקיעו הקידושין, כתב הרשב"ץ (ח"א סימן קלג) שיש להסתפק בדבר אם היה דעתם להפקיע הקידושין."

ואחר דברי הרשב"ץ ומהר"י בירב הללו, יש מקום להטיל ספק גדול בקידושין שלפנינו. שכן אמנם בנוסח החרם של הרה"ר לא נזכר בפירוש הפקעת קידושין, מ"מ הרי לפנינו דעת הרשב"ץ שגם במקום שלא הוזכר בפירוש, יש להסתפק בדבר אם היה דעתם להפקיע הקידושין. זאת ועוד שלדעת מהר"י בירב, גם בסתמא אמרינן 'שבודאי' היתה כוונתם להפקיע הקידושין, 'שאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתם'. ובצירוף מ"ש הוא עצמו בדעת הריב"ש, שלא היה חוכך להצריכה גט אלא מצד חומרא אך מעיקר הדין אין לחוש לקידושין, אזי בנ"ד שאנו דנים להתיר את הבנות מחשש ממזרות, ודאי שיש לנו להעמיד את הדין על תילו ולא להחמיר עליהם, שאל"כ לא יוכלו לעולם לבוא בקהל ה'. ופוק חזי למ"ש מרן הב"י (אהע"ז סימן מב) אודות המחמיר להצריך גט במקום ששורת הדין מתירה בלא גט, וז"ל:

"ואין ראוי להחמיר בזה משום שלא יהיו בנות ישראל החשובים מדרך כף רגל לפני פריצי עמנו, וכמ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' על תלמיד אחד שרצה להחמיר בכיו"ב, וכעס עליו, וכתב שהוא רעה חולה שיתעלל פריץ אחד על אחד מבני החשובים כדי להוציא ממון מידה וכו'. ואם מפני חומרא, חומרא דאתי לידי קולא היא לענין אם יקדשנה אחר או אם יקדש זה אחותה."

ועוד הביא שם תשובה אחרת בשם הרשב"א: "וטוב בעיני שלא להחמיר להצריכה גט לחומרא פן יתן המקדש כתף סוררת כדי לעגנה או ירחיק נדוד ונמצאת זאת העלובה כל ימיה עגונה", עי"ש. וא"כ ק"ו לנ"ד, שאם מפני הוצאת ממון חש הרשב"א לעיגון האשה, על אחת כמה וכמה בנ"ד שבודאי יש עיגון עולמית.

ודע שעל כרחק צריך לומר כן, לכל הפוסקים הרבים כולל בני זמנינו אשר עינינו הרואות שהפקיעו קידושין במקום עיגון מטעמים שונים (כולל העובר על תקנות הקהל), הגם שהיו לנגד עיניהם הוראת הב"י והרמ"א הנז"ל, והיינו שפי' דבריהם רק מצד חומרא במקום האפשר, אך לא במקום עיגון ובפרט בעיגון עולמי כדוגמת הנדון שלפנינו. ובחתי להעתיק כאן מתוכם פסק אחד משו"ת משפטי עוזיאל (חלק אהע"ז סימן נד אות י) מאת הרשל"צ הגרב"צ עוזיאל זצ"ל, משום שכאמור הוא עצמו חתום על תקנות הרה"ר וא"כ יש לנו גילוי דעת שכוונתו היתה להפקיע הקידושין הגם שדבר זה לא נזכר בפירוש בתקנתם, וזת"ד: כל העובר ע"ז לקדש שלא

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

בעשרה ושלא בשעת חופה וברשות בית דין, הרי הוא והעדים נכשלים באיסור חרם ונח"ש כרוך על נפשותם. ואם כן יש מקום לומר שקידושין אשר נעשו מאז התפרסם החרם בטלים מתלתא טעמי: א) מצד המקדש עצמו, שעבר על החרם וכיון דאיסור החרם רביע עליה לא אהני מעשיו... ב) מצד העדים, דכיון שעברו על החרם נפסלו לעדות כמ"ש מרן ז"ל בחו"מ סימן לו והריב"ש סימן רכו – דהעובר על איסור חרם פסול לעדות. ואע"ג שיש מחלוקת אם נפסלו לעדות למפרע או רק מכאן ולהבא, מ"מ דין זה במחלוקת הוא שנוי ומידי פלוגתא לא נפקא. ג) מצד הכסף, דכיון דאפקיעינהו רבנן לקידושין מיניה ע"י שהפקירו את כספו, נמצא שלא נתן כלום לקידושיה. ואמנם יש שחששו להתיר מטעם זה לחוד משום דהוי ס"ס דפלוגתא, מ"מ כבר הורו בי דינא רבא דעיה"ק ירושלים ת"ו דסניף זה הוא חשוב והו"ד בספר נדיב לב וכן הסכים הרשל"צ המלך דוד ז"ל. ומסקנת דבריהם היתה, דכל דאיכא להיתירא צד אחר מצטרף צד זה להתיר ולבטל הקידושין. וא"כ בנ"ד שישנן עוד ריעותות אחרות טובא מצטרפת ריעותא זו לבטל עדות זו ולהתיר עלובה זאת לעלמא, עכת"ד עי"ש.

ועתה שא נא עיניך וראה, שגדולה מזו יש לנו לחדד בשאלה שבנ"ד, שכן כאמור בקידושין שלפנינו נרמסו יחדיו שלוש תקנות: מסדר הקידושין פעל שלא ברשות, המתקדשת היתה פחות מגיל שש עשרה שנה, הנישואין לא נרשמו ברבנות המקומית. זאת ועוד, שמפורש בתקנות הרה"ר הנז"ל (שם אות א) שאיסור זה רובץ בחרם חמור גם על העדים (מלבד מסדר הקידושין והאיש המקדש), נמצא שבנ"ד שהמברך ברכות האירוסין (שלפי המקובל היום נחשב למסדר הקידושין) אשר שימש גם כאחד מעידי הקידושין – לא זו בלבד דתרי חרמות רביע עליה, אלא שפסול הוא לעדות כמבואר להדיא בריב"ש ופסק מרן השו"ע הנז"ל, ולדעת פוסקים רבים פסול זה הוא למפרע כולל הקידושין הללו. ואכן הרואה יראה בתשובת מרן פאר הדור (שו"ת יבי"א שם), אחרי שצייד לבטל קידושין שנעשו נגד התקנה והוכיח כן מפוסקים רבים, תתם בזה"ל:

”ומכל שכן שמקרוב נתחדשה שנית ההסכמה בחרם ע"י הרבנות הראשית לארץ ישראל, ובה נתבאר שגם העדים הם בכלל החרם. ויש דעת כמה פוסקים שפוסלים העדים עי"ז וכמ"ש מהרשד"ם (חאהע"ז סימן כא וסימן ל), והובא בתשובת פרי הארץ (חאהע"ז ס"ס קלח), עי"ש. והן אמת שבשו"ת מרן הב"י (אהע"ז סימן י) כתב, שאפילו היו העדים בכלל החרם אדרבה אית לן למימר דדוקא מכאן ולהבא יפסלו, אבל לעדות זו כשרים וכו', עי"ש. אולם מצאתי בכנה"ג (שם אות נד) בשם רבו המהרי"ט, שתשובה זו לאו מרן חתום עלה, אלא היא קיצור תשו' מהר"א בן נחמיאס, עי"ש. וכן ראיתי בשו"ת ברך משה גלאנטי (ס"ס לג) שכתב כאמור. וכן הסכימו הרבה אחרונים לצרף סניף חשוב זה לבטל הקידושין.”

(ועי"ש שתמך דבריו מעשרות פוסקים כיד ה' הטובה עליו). ואחר כל הדברים האלה, פשוט וברור לענ"ד, שראוי לצרף סניף חשוב זה למכלול צדדי ההיתר הרבים הערוכים באורך מאמר זה.

### מסקנה

סוף דבר הכל נשמע, שיש לנו לבטל את הקידושין שלפנינו: הן מצד עד הקידושין [י'], אשר דבקו בו עבירות רבות וחמורות שיש בכ"א מהן כדי לפסולו לעדות. והן מצד הקידושין עצמם שנתגלו בהם סדקים ובקיעים רבים ומהותיים, אשר נקבצו ובאו לכלל סניפים חשובים המצטרפים – לביטול חלות הקידושין. ועל כן קם דינא, שכל ששת ילדיה של המנוחה [...] ז"ל כשרים הם לבוא בקהל ה', ומותרים הם לינשא

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

כדמו"י הן לישראל והן לכהן. שכן שלושת הילדים הראשונים שנולדו לה מבן זוגה [א':] הבן [א'1] והבת [א'2] והבת [א'3], דינם כדין בן הפנויה שמכירים את אביו שהוא יהודי וגם לא הוחזק בעירו כממזר או חלל. וכן שלושת הבנות שנולדו לה מאנשים אחרים בלא ג"פ: הבת [ב'1] שנולדה למר [ב'], וכן הבת [ג'1] והבת [ג'2] שנולדו למר [ג'], דינם כבני פנויה האמור לעיל, מפני שאין לחוש לקידושיה הראשונים וממילא לא היתה צריכה גט. וכן הסכימו עמי חברי הגר"א איגרא והגר"צ לזו-אילוז שליט"א.

והנראה לענ"ד כתבתי, בעזרת צורי וגואלי, והשי"ת יצילנו משגיאות ויראינו בתורתו נפלאות, אמן.

כה דברי הצב"י

החז"פ עיה"ק באר שבע

הרב יהודה דרעי – ראב"ד

ראיתי את מה שכתב עמיתי הרה"ג יהודה דרעי שליט"א להתיר את בנות המבקשת לבוא בקהל ה', בעיקר מטעם ביטול הקידושין, ואני מצטרף למסקנותיו.

בנוסף למש"כ, אפשר להוסיף סניפים אחרים: ספק בדרבנן, תלייה בגוי, וחוסר נאמנות הצדדים. וכבר הארכנו בביאור עניינים אלו בפס"ד אחר (תיק 499105/6), ונזכיר כאן את עיקרי הדברים בקיצור.

א. תלייה בגוי לעשות הולד ספק ממזר שאסור רק מדרבנן

בעניין פנויה שזינתה, כתב הרמב"ם (פט"ו מהל' איסורי ביאה הי"א-יד):

"יא-יב. פנויה שנתעברה מזנות [...] אם אמרה [...] לפלוני הממזר נבעלתי [...] אפילו אותו פלוני מודה שהוא ממנו הרי זה הילוד ספק ממזר, כשם שזינתה עם זה שהודה לה כך זינתה עם אחר [...]"

יד. פנויה שזנתה ואמרה בן זה בן פלוני הוא, אם אותו פלוני כשר הרי הבן כשר [...] ואם אותו פלוני ממזר אינה נאמנת להיות הבן ממזר ודאי על פיה כמו שביארנו אלא יהיה ספק ממזר."

ובארו המ"מ שם (הלכה יב) והר"ן בקידושין (דף ל ע"ב מדפי הרי"ף) שהאישה נאמנת להכשיר ולא לפסול, כיון שספק ממזר מותר מן התורה דדרשינן: "ממזר ודאי הוא דלא יבא, הא ממזר ספק יבא" (קידושין דף עג ע"א), וחכמים הם שהחמירו בספק ממזר לאוסרו. ומבואר דהיינו אף ברוב פסולים אצלה, וזהו דין מיוחד בממזר דלא אזלינן בתר רוב, עי' בזה בב"ש (אה"ע סי' ד ס"ק לט), שב שמעתתא (שמעתתא ב פרק טו), וחת"ס (אה"ע ח"א סי' ט).

ואף באשת איש שזינתה כתב הרמב"ם (שם הלכה יט):

"אשת איש שהיתה מעוברת ואמרה עובר זה אינו מבעלי אינה נאמנת לפסלו, והרי הבן בחזקת כשרות, שלא האמינה תורה אלא האב. אמר האב אינו בני או שהיה בעלה במדינת הים הרי זה בחזקת ממזר, ואם אמרה מגוי ועבד נתעברתי הרי הולד כשר."

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ובאר המ"מ (שם) שכוונת הרמב"ם במש"כ "בחזקת ממזר" היינו ספק ממזר, ומטעם זה נאמנת כאשר אמרה שנתעברה מגוי, וכן"ל.

אולם, לכאורה הדברים נסתרים ממש"כ הרמב"ם לעיל (שם הלכה טז), בדין "יכיר":

"כשם שנאמן לומר בני זה בכור כך נאמן לומר בני זה ממזר [...] וכן אם היתה אשתו מעוברת נאמן לומר עובר זה אינו בני וממזר הוא ויהיה ממזר ודאי."

הרי שהוולד וודאי ממזר כאשר אמר האב שאינו בנו וממזר הוא!

ליישוב הסתירה, באר הנודע ביהודה (מהדו"ק אבן העזר סי' ד) שבהלכה יט האב לא יודע מי האב הביולוגי ויתכן שנתעברה מגוי ולכן הוא רק ספק ממזר, אך בהלכה טז טוען שהוא יודע מי האב הביולוגי ומישראל נתעברה ונאמן על כך מדין "יכיר", וממילא העובר הוא ממזר ודאי.

א"כ לדברי הנו"ב, בנידו"ד שהאב טוען שיודע ממי נתעברה, לכאורה הוא ודאי. אולם, לקמן י"ל שאין כאן נאמנות יכיר, ויל"ע. וכן יתבאר שהרבה אחרונים חולקים על דברי הנו"ב.

והנה כתבו הטור (אה"ע סי' ד) ושו"ע (סי' ד סעיף כט):

"אשת איש שאומרת על העובר שאינו מבעלה אינה נאמנת לפוסלו, אבל האב שאומר על העובר שאינו ממנו או על א' מבניו שאינו בנו נאמן לפוסלו והוא ממזר ודאי."

זהו דינו של הרמב"ם בהלכה יט, אך בעוד שהרמב"ם כתב שהעובר "בחזקת ממזר", הטור ושו"ע שינו הלשון וכתב "ממזר ודאי". מכאן לומד הבית שמואל (סי' ד ס"ק נב) שהטור חולק על הרמב"ם ואין תולין בגוי במקום שאמר הבעל "אינו בני".

אולם, בשו"ת רע"א (סי' קו) יישוב את דברי הרמב"ם שהעובר הוא ממזר ודאי רק כאשר ידוע שנתעברה מישראל ואין אפשרות לתלות בגוי, כגון בעיר או שכונה שכולה ישראל, וממילא הוא ודאי ממזר עפ"י נאמנות האב. ועפ"י כתב שגם הטור מסכים שתולין בגוי היכא דאפשר, ואין כאן מחלוקת. והביא "ראיה מכרעת" שתולין בגוי מסוגיא דחורבה דדברא (כתובות דף יג ע"ב), שפירש רש"י שרוב פסולים כיון שרוב העולם נכרים, עיי"ש. ומדבריו (סי' קכח) בענין אישתהי י"ב חודש מוכח דאף בחשש רחוק הוא עדיין ספק, שהוא מדרבנן ונאמנת.

וכן בבית מאיר (סי' ד סעיף כז, ובתשובה מובא בשו"ת רע"א סי' ק) טען בתוקף שיש להסתפק בנכרי, וכן בשו"ת עין יצחק (ח"א אבהע"ז סי' ז ענף ב' אותיות ו-ח) וחזון איש (אהע"ז סי' א אות יז). ומבואר מדבריהם דהיינו אף כאשר האישה אינה טוענת שהוולד מנכרי, אלא אומרת שמבעלה, ודלא כדעת הב"ש (סי' ד סוף ס"ק מד) בשם הפרישה שהחמירו בזה.

וכתבנו בפס"ד הנ"ל:

לסיכום: אע"פ שרבים הסוברים ובהם הב"ש והפרישה שבמידה והבעל טוען שאין הולד ממנו והאישה מכחישתו וטוענת שמבעלה נתעברה לא תולים בגוי לדונו כספק ממזר, כדאיים הם הבית מאיר רעק"א העין יצחק והחזו"א שסבורים שאפילו בכה"ג תולין בגוי.

הרי ככל שיש לתלות בגוי ואין כאן "יכיר", לדעת הרמב"ם עפ"י מ"מ ור"ן, ואף לדעת הטוש"ע לדעת רע"א ודעימיה, הוא רק ספק ממזר שמותר מן התורה ואסור מדרבנן, שיש מקום להקל בספקו.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

### ב. אשה המודה שהוולד מפלוני ישראל

אולם, בנידו"ד האישה אינה טוענת מנכרי או מבעלה, אלא אומרת שהוולד מפלוני ישראל. הרה"ג אוריאל לביא בספרו "עטרת דבורה" (ח"א סימן ו, החל מעמ' 41), הביא ראייה מתשובת התשב"ץ שאם האשה אומרת שהוולד מפלוני ישראל ולא מגוי לא תולים בגוי אא"כ דיימא מיניה, וז"ל התשב"ץ (שו"ת תשב"ץ חלק ג סימן פח):

היא היתה נאמנת לומר מישראל נתעברתי כדי שיהיו ממזרים אלא שאם לא נחשדה שזינתה עם העכו"ם הם ממזרים ודאים, ואי דימא מעלמא ואפי' מהעכו"ם בזה יש לדון אם הם ממזרים ודאים או ספק או כשרים.

אולם, בספר שמחה לאי"ש (להרה"ג יעקב שאול אלישר אבהע"ז סימן ג דף כט ע"א) העמיד את דברי התשב"ץ דוקא בכה"ג שהנטען מודה שהם בניו והיא מיוחדת לו ולא דיימא מאחרים, כגון שלקחה לו לאישה כיון שחשב שהיתה מגורשת, וזה לשונו:

דוקא בכה"ג שהיא אומרת שבניה הם מהנטען וגם הנטען מודה שהם בניו ומשמע מתחילת דבריו שזה הנטען לקחה לו לאשה כי חשב שהיתה מגורשת ונמצא שהיתה מיוחדת לו בכי הא דוקא לא תלינן בגוי ועבד אם לא ידענו שנחשדה לגויים כמו שנחשדה מזה הנטען.

ומ"מ הרי בנידו"ד הרי הנטען מודה לדבריה והיתה מיוחדת לו. [אולם מדברי יבי"א שצינו בסוף הדברים, נראה שאף במיוחדת ושניהם מודים אפשר לתלות בגוי].

אך מדברי העין יצחק (שם) בסברתו השנייה, נראה שהאם אינה נאמנת כלל לפסול, כמו שהבאנו מדברי הרמב"ם ושו"ע: "אשת איש שאומרת על העובר שאינו מבעלה, אינה נאמנת לפוסלו". ונראה דהיינו אף כשאומרת שהוא מישראל, דאילו אמרה מגוי, אדרבה הוולד כשר עפ"י דבריה, כמש"כ שם.

וכתבנו בפס"ד הנ"ל:

נמצא א"כ שאף שדעת התשב"ץ שאין לתלות בגוי כאשר טוענת שמישראל נתעברה ואותו ישראל מודה לדבריה, מ"מ מדברי הרמב"ם נראה שאינו סבור כן, והבית מאיר כתב להדיא שיש לתלות בגוי ואף מדברי העין יצחק נראה כן.

והנה, ברמ"א (שם סעי' כו) כתב בשם הר"ן: "ואפילו היתה מיוחדת לו אינה נאמנת עליו". מדברי הח"מ (סי' ד ס"ק כה) נראה שהבין את דברי הרמ"א שאינה נאמנת אף בכה"ג שהנטען מודה. אולם, בב"ש (שם ס"ק מב) כתב דווקא אם אינו מודה, שאם מודה נאמנת במיוחדת לו עכ"פ לדעה ב' שהביא הרמ"א בסי' קנו (סעי' ט). עכ"פ ניתן לצרף את דעת הח"מ כסניף להקל.

ואף שבמקום שדרים בקביעות י"א שאמרינן בזה רוב בעילות אחר מי שדרה עמו אף שאינו בעלה, עי' בפת"ש (סי' ד ס"ק כג) בשם שו"ת בשמים ראש (סי' ה) ובאג"מ (אבהע"ז ח"ג סי' ט), ידועה דעת ההפלאה (פנים יפות עה"ת פרשת אחר מות עה"פ ערות אחותך לא תגלה; נתיבות לשבת סי' ד ס"ק ט; המקנה קדושין עח ע"ב) שלא אמרינן חזקה דרוב בעילות אחר הבעל אלא במקום שאיקרי בעל ע"פ ד"ת ולא בערוה, וגם האג"מ דיבר דוקא בגוונא שהיו נשואים בערכאות.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

### ג. דין יכיר

אולם, לכאורה בנידו"ד יש לחוש ל"יכיר" של האב. והנה, לא מצויה בפני ביה"ד אמירה מפורשת של הבעל הראשון ששלוש הילדות אינן ממנו אלא מאחר, אך בכתב התביעה מיום ט"ז בתשרי תשע"ד (20/09/2013) כתב:

היא בגדה בי עם גבר זר ועזבה את הבית ומאז לא היה קשר, היום יש לה שלוש בנות מחוץ לנישואין, עם גברים אחרים.

[יש לדון קצת האם מועיל יכיר בכתב, עי' סוגיא דנשתתק האב (גיטין ע"א ע"א) דמשמע דמהני לפירוש התוס' שם (ד"ה ירושת), וצ"ל דאינו כדין עדות ממש, ועי' דברי יוסף (אה"ע ח"א שיעור יז).]

ואף שלדברי הרמב"ם הנ"ל האב נאמן מדין יכיר לומר "אינו בני", כבר ידועים דברי שו"ת רע"א (מהדורא קמא סימן קכח) שסמך במקום ספק נוסף על צירוף דברי שלושת הראשונים המגבילים את דין יכיר:

דעת בה"ג דנאמן לומר אינו בני רק ע"י הכרת בכורה שאומר על הקטן שהוא בכורו, וממילא הגדול ממזר, ב', דעת תוס' רי"ד דנאמן לומר אינו בני רק היכא דהיא אינה מכחישתו כגון שמתה ולא נבדקה, אבל במכחישתו אינו נאמן, ג', דעת הרי"א ז"ל הוא בש"ג וכ"ה בספר המכריע (סי' ס"ד) דנאמן רק באומר שהוא בנו והוא ממזר או בן גרושה.

ובנידו"ד, שאינה מכחישתו ואף מוכה לדבריו, שייך עכ"פ דברי הבה"ג ודברי הרי"א ז"ל. ואף שלא היקל רע"א אלא בצירוף ג' השיטות, בנידו"ד בלא"ה יש טעם גדול להתיר משום פסול עדות הקידושין, וכל שאר הספקות שהבאנו, וסגי אף בב' השיטות להוסיף סניף להקל.

בנוסף, יש מהפוסקים שכתבו שבמקום שיש נגיעה בדבר אינו האב נאמן, שלא עדיף מעדים, עי' בשו"ת חת"ס (אב"ע סימן עו) ובתשובת בניין עולם (סימן ו אות יא). בתביעת הגירושין י"ל שיש לאב נגיעה לפטור עצמו ממזונות הילדים, עי' בפד"ר (כרך א עמודים 232,362), וכן י"ל בנידו"ד שיש לו נגיעה שלא להתחייב במזונות הבנות.

וכן הנטען, שאינו נשוי לה, אינו נאמן לפוסלו, שאינו בדין יכיר אלא בעל הנשוי לה ובחזקת אב, וכן משמע בשו"ע (אה"ע סי' ד סעי' כו): "ואפי' אם אומרת: של פלוני הוא ואנו מכירים באותו פלוני שהוא ממזר, אין זה הולד אלא ספק, אפי' אם מודה אותו פלוני שנבעלה לו, שכשם שזינתה עם זה כך זנתה עם אחר".

נמצא שאין האב נאמן בכה"ג לומר שהוולד ממזר, וכן האשה והנטען, וא"כ שוב יש מקום לתלות בגוי.

### ד. מסקנה

היוצא מדברנו, שיש לצרף להיתר תלייה בנכרי. וסיימנו בפס"ד הנ"ל:

וכבר האריכו הפוסקים להתיר חשש ממזרות בס"ס בצירוף ספק מנכרי, עי' בשו"ת יבי"א ח"ט (סי' ב סס"ק ג, סוף סי' ג, סי' ד, סי' ה ס"ק ה, סי' ו). נמצא שיש להתיר את המבקשת לבוא בקהל מהאי ס"ס, ספק גדול עכ"פ שהקידושין היו פסולים וספק שמא נתעברה מנכרי.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

נמצא, שבנוסף לטעמו של הרה"ג דרעי שליט"א להתיר משום ביטול הקידושין, יש לצרף ספק של תלייה בגוי לספק גדול של קידושין פסולים ולהתיר משום ס"ס. וכן יש לצרף הא דמבואר ברמב"ם עפ"י מ"מ שספק ממזר מותר מה"ת כשיש לתלות בגוי, וכאשר אין יכיר ליכא אלא איסור דרבנן, שיש להקל בו אף בספק קידושין פסולים.

הרב אליעזר איגרא – אב"ד

ביה"ד מתיר לשלושת בנות האישה [...] ז"ל ת.ז. [...] לבוא בקהל ה': [ב'1] ת.ז. [...], [ג'1] ת.ז. [...], ו[ג'2] ת.ז. [...].

פסק הדין מותר לפרסום לאחר השמטת פרטי הזיהוי של בעלי-הדין.

ניתן ביום ה' בשבט התשע"ז (01/02/2017).

הרב ציון לוז-אילוז — אב"ד

הרב אליעזר איגרא – אב"ד

הרב יהודה דרעי — ראב"ד