

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1143283/1

בית הדין הרבני הגדול ירושלים

לפני כבוד הדיינים:

הרב הראשי לישראל הרב דוד ברוך לאו – נשיא, הרב אליעזר איגרא, הרב ציון לוזאילוז

המערערת: פלונית

הנדון: היתר חשש ממזרות מכוח פקפוק בכשרות עדי הקידושים; סברת מקח טעות בקידושים בשל 'עקרות הדדית'; תלייה בגוי ופקפוק בדין 'כיר' בשל היות 'האב' 'נוגע'

פסק דין

הרב אליעזר איגרא

התיק שלפנינו עוסק בעיגון חמור של בחורה חוזרת בתשובה יראת שמים שיש לה חתן שהיא רוצה להינשא לו והתברר שלכאורה היא פסולת חיתון. תיאור המעשה כבר נכתב בדברי בית הדין האזורי, וכן חוות דעתו של הגר"י דרעי שליט"א (ראב"ד באר שבע ויושב ראש המותב) להיתר, אך בשעתו לא נמצא רוב להיתרו, ובית הדין האזורי השיב את התיק לבית דינו שידון בו כבערעור:

הרקע העובדתי

המבקשת נולדה לאחר ארבעה חודשים מגירושי אימה ובמעשה בית הדין הגט נכתב כי האם אסורה לבעל ולבועל. בדיונים עלה כי האם נפרדה מבעלה שנתיים לפני קבלת הגט מתוך קטטה ולדברי שניהם לא היה ביניהם קשר אישות אף שהבעל התגורר באותה עיר. האם הכירה את הנטען, התגוררה עימו ולטענתה התעברה ממנו. הנטען הכיר במבקשת כבתו ואילו הבעל לא הכיר בה מעולם.

בכירור הדברים התברר כי הבעל ואשתו התגוררו יחד כשבע שנים ללא נישואין ולאחר נישואיהם חיו כשמונה שנים ובכל זמן זה לא זכו לפרי בטן. ואילו מייד כשנפרדו נולדו לשניהם ילדים מבן זוג אחר [לגבי האישה היינו בהנחה שהמבקשת היא מאחר, כאמור] ללא טיפולי פוריות וללא כל קושי. במכון פוע"ה הבהירו כי אף שזה מצב נדיר אך אפשרי וישנה סבירות גבוהה כי מדובר בעקרות הדדית בין שניהם בלבד.

הגר"י דרעי שליט"א האריך לדון בהיתר זה בהעלותו כי האם אינה נאמנת לפסול את בתה בהודאתה גם בטוענת ברי לישראל נבעלתי והנטען גם אינו נאמן להכיר בה כבתו וגם מה שהחזיקו בה שניהם כבתו אינה אלא חזקה בטעות. האב אינו נאמן לומר שהיא ממזרת אבל כשטוען שאינה בתו הרי היא ספק ממזרת. אשת איש שזינתה: יש אומרים שתולים בגוי גם ברוח ישראל אף שלא טענה כן ואף בטוענת להפך, וכן הדעה רווחת בפוסקים; יש אומרים שניתן לתלות בבעל גם נגד הכחשת הבעל והאם, אף שאין כן דעת השו"ע; וגם לדעתם יש אומרים שניתן לתלות בבעל נגד הכחשתו כשיש אומדנא שאומר כן בכדי להפטר ממזונות הבת; יש אומרים שהתליה בבעל היא גם אם התייחד עמה רק פעם אחת ועם אחר יותר פעמים, גם אם במשך שנים לא נולדו להם ילדים וגם אם רופאים קבעו שאינם יכולים להוליד אינו אלא ספק וניתן לתלות בבעל. מנגד יש לחוש

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ליש אומרים שבת שהכירה בנטען כאביה הרי שוי אנפשא חד"א. וכן כתב כי אף שאיילוניות שנתקדשה צריכה גט בין הכיר בה ובין לא הכיר בה לדעת הרמב"ם והשולחן ערוך, ולתוספות ולרא"ש אינה צריכה גט אף מדרבנן ובלבד שלא הכיר בה והיא איילונית ודאי, מכל מקום כאן אין לומר כן מפני שמי שהוכח שאינה יכולה ללדת רק מבעלה ולא מאחרים אינה איילונית כלל, ובפרט שחיו הרבה זמן ללא ילדים שאין זה מקח טעות, ולבסוף פתח הפתח להתיר לאחר שנתגלה כי האב שיקר בבית הדין והתגלה כי רצה לפטור עצמו ממזונות הבת ולהטיל אותם על הנטען.

בסיכום פסק דינו כתב הגר"י דרעי שליט"א כי מסקנתו להתיר נסמכת לא רק על שהטענה שטען בתקופה מאוחרת שאינה בתו הייתה כדי שלא לשאת באחריות מזונותיה, אלא בעיקר על דעת רבי עקיבא איגר והחתם סופר להתיר מטעם ספק ספקא של ספק מהבעל, נגד דבריו, וספק מגוי. ואף שהיו הבעל והאישה פרודים מוכח מהאמרי יושר שעדיין אפשר לתלות בו נגד הכחשתו, ומצורף לזה דעות הפוסקים שבאיילוניות הוה הקידושין מקח טעות.

הגר"צ לוז – אף שתחילה, בבית הדין האזורי, לא רצה להצטרף להיתר מחמת הצירופים הנ"ל, מכל מקום לאחר ששב ובחן סוגיה זו לעומקה העלה להתיר מטעם מקח טעות, וכפי שהועלה על ידו בהרכב המקורי, ואף שאינו מטעם הגר"י דרעי מכל מקום למסקנתו יש להתיר מטעם תלייה בגוי ומטעם מקח טעות.

דיון והכרעה

צדדי היתר נאמרו בזה בדברי הגר"י דרעי שליט"א בפסק דין בית הדין האזורי וכן בחוות דעת הגר"צ בוארון שצורפה לתיק, מהם מצד תלייה בנוכרי או בבעל (תוך העלאת צדדים מדוע אין דבריו שאינה ממנו בגדר "כיר"). ואין כאן מקום להאריך, ועתה באתי לדון גם מצד אחר של פקפוק בקידושי האם, והדברים באים הן כטעם בפני עצמו הן כצירוף לטעמי ההיתר האחרים:

היתר ממזרות בספק בעדי קידושין

א. התברר על אחד מעדי הקידושין של אם הבחורה שהיה אדם בודד וגלמוד, שלא נשא אישה מעולם, עד שכאשר הוא נפטר בביתו אף אחד לא ידע על פטירתו ורק לאחר חצי שנה (מרום סירחון ל"ע) התגלה שהוא נפטר. לאחר פטירתו נמצאו בביתו אלבומים שאחד מהם העלימה אחיינית של הנ"ל שטענה שהחביאה אותו מכיוון שהיא חרדית והיו שם תמונות לא צנועות. באלבום שנמצא נמצאו תמונות שלו מחובק עם כלה בחתונתה, ותמונה שבה הוא נראה רוקד בחיבוק וקירבה של חיבה עם אישה זרה. כמו כן נמצא בביתו גם מכונית גילוח וגם סכיני גילוח.

אם נוכל לקבוע כי עד זה היה פסול עדות הרי שנוכל לקבוע כי האם לא הייתה אשת איש וממילא הבת מותרת לקהל, אלא שעלינו לברר אם האמור לעיל יש בו כדי לפסול את העד בהיבט העקרוני – ובכלל זה לבחון אם פסולו דאורייתא או דרבנן ואם הוא דרבנן אם יש בו לבטל קידושי תורה ואם העד נפסל ללא "הכרזה" – וכן מן ההיבט של בירור העובדות הנ"ל, אם יש באמור די כדי לקבוע שאכן עשה העד מעשים הפוסלים אותו לעדות.

ולפי האמור לעיל העילות שעליהן אנו דנים – לפסול את עד הקידושין מחמתן שתיים הנה:

(א) עבירת השחתת הזקן בגילוח בתער,

(ב) חשוד על העריות.

ב. לעניין השחתת הזקן אין לנו לפנינו עדות או ראיה ברורה שהעד היה מגלח זקנו בתער, אולם יש לנו עדות שלאחר מותו נמצאו בביתו סכיני גילוח, והדבר ברור שכיוון שהיה גלמוד הגר לבדו

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הרי שאם היו סכינים כאלה בביתו – חזקה שלשימושו היו. צריכים אנו עדיין לברר אם בחזקה זו די כדי לפסול את עדותו שהרי אין עד נפסל אלא בעדות ברור ולא מכוח אומדנה, וכמו כן אין עד נפסל אלא משעה שעבר את העבירה הפוסלת לעדות ולא למפרע ואף לו היו עדים רואים אותו להדיא מגלח בתער סמוך למיתתו, עדיין אין זו עדות שגם בעת ששימש עד קידושין שנים רבות קודם לכן כבר היה פסול. ואכן גם לעניין זה יש לכאורה אומדנה ברורה, שכן אין מדובר במי שבא, למשל, מבית דתי ואחר כך פרק עול, שעד לזמן שבו נודע שפרק עול – בחזקתו הראשונה הוא, אלא במי שלכאורה היו כל ימיו, ועל כל פנים ימי בגרותו שווים ומסתמא יש להניח שאורחות חייו, הן לטוב הן למוטב, דומות היו במשך כל השנים. ואדרבה מסגנון הלבוש והעיסוק נראה שבסוף ימיו כשכבר לא היה בצבא והיה יותר ספון בביתו היה מקום לומר שמצבו הדתי השתפר...

אכן גם זו אינה אלא אומדנה, אלא שכלפי שתי האומדנות כאחת – הן האומדנה שאכן היה מגלח בתער, מדמצאנו תער בביתו; הן האומדנה שאם כך היה, כך היה מאז ומעולם – יש לומר שאומנם אילו היה העד לפנינו ועליו היינו דנים ודאי לא היינו יכולים לפסולו מכוחן, אך כיוון שהעד אינו לפנינו ואין לו כל נפקות גם בדברינו שהרי זה שנים שאינו בין החיים, כל נידוננו הוא לגבי עדותו שבקידושין עצמה, וממילא לגבי תוקף הקידושין, וכלפי זה יש לומר דאין אנו צריכים עדות גמורה אלא די לנו בחזקה ואומדנה שעל פיהן יש לקבוע שקידושין הללו לא נעשו בעד כשר.

ג. כיוצא בזה אמורים הדברים גם לגבי חיסרון נוסף שיש בעדויות ובראיות שעל פיהן היה הלה עובר עבירה, והוא קבלת העדות על כך "שלא בפניו" ואחר פטירתו, שהלוא גם אילו היה מדובר בעדות גמורה וללא צורך בחזקות ואומדנות – אין מעידים על אדם שלא בפניו, אבל אף על פי כן נחלקו הראשונים אם מועילה קבלת עדות על פסלותו של עד שלא בפניו. סברת המכשירים היא שאין זו עדות על האדם עצמו אלא על אותם מעשים שנעשו בעדותו (ובפרט לעניין מעשי גיטין וקידושין שעשייתם בעדים אינה רק כדי לברר שאכן נעשו אלא כדי שיחולו מעיקרם), והעדות המבררת שקידושי פלונית לא היו בפני עדים כשרים אינה עדות על גופם של אותם עדים אלא על אותם קידושין ולכן אינה צריכה להיות בפני העדים. אף החולקים על סברה זו – יש מהם שמודים לה, כך על כל פנים להבנת הרבה אחרונים, כשלא זו בלבד שאין אנו מבקשים לדון על פי העדות את מעמדם של העדים "הפסולים" עצמם, אלא שהללו גם אינם בין החיים וכלל אי אפשר לראות בעדות עדות שיש בה נפקותא כלפיהם עצמם. וכזה הוא נידוננו.

ומאותו טעם עצמו שיש להכשיר עדות כזו שלא בפני עדי הקידושין ייתכן שיש להכשירה גם כשאינה עדות גמורה אלא עדות הצריכה לחזקות ואומדנות.

ונביא בעניין זה גם ממה שכתב מרן הגר"ע יוסף ביביע אומר (חלק ח אבן העזר סימן ח):

ב. ברם דא עקא, כי לפי הנראה העדות שנתקבלה בבית דין לפסול העדים של הקידושין, נגבית שלא בפני עדי הקידושין, ובאנו למחלוקת הפוסקים אם אפשר לפסול העדים שלא בפניהם, שמרן הבית יוסף באבן העזר (סוף סימן מב) כתב: מצאתי כתוב, אודות אחד שקידש אשה בפסולי עדות, והתירה רבי חיים הארוך, וחלקו עליו חכמי טוליטולא [...] ועוד שאפילו אם היו פסולי עדות דאורייתא, אם לא נתקבלה עדות פיסולם בפניהם עדותם בטלה [...] ע"כ. אולם בשו"ת הריב"ש (סוף סימן רסו) כתב דהא דאמרינן בכתובות (כ, א) שאין מזימין את העדים אלא בפניהם, היינו כשבאים לחייבם בגופם או בממונם [...] אבל לבטל עדותם לא, שהרי זה כאילו פסלום בגזלנותא או בשאר פיסול הגוף, שיכולים לפסולם ולבטל עדותם אפילו שלא בפניהם. וכן כתב הרמב"ן וכו'. עיין שם. וכן הובא בבית יוסף חושן משפט (סימן לח). עיין שם. וכן מוכח

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בחידושי הרמב"ן והרא"ה והריטב"א כתובות (יט, ב) שאין צריך לפסול העדים בפניהם, ואפילו אם מתו העדים החתומים בשטר יכולים לפוסלם בגזלנותא. עיין שם. והכנסת הגדולה (אבן העזר סימן מב הגהות בית יוסף אות קעח) כתב, שמדברי הרא"ם בתשובה ח"א (סימן כד) נראה שאין פוסלים את העדים שלא בפניהם. ושכן כתב בשו"ת דברי ריבות (סימן ה' וז'). ובשו"ת לחם רב (סימן כג). ומיהו הריב"ש (בסימן רסו) הסכים לדברי הרמב"ן שיכולים לפסול העדים שלא בפניהם. וכן כתב בשו"ת משפטי שמואל (סימן סח ופג). ובשו"ת מהרש"ך חלק ג (סימן א). ועוד. עיין שם. והש"ך בחושן משפט (סוף סימן לח) כתב על דברי הריב"ש הנ"ל שאין דבריו מוכרחים וכו'. עיין שם.

ולפי זה גם הנידון שלנו תליא באשלי רברבי אם נפסלו בכך עדי הקידושין, כיון שהעדות לפוסלם נתקבלה שלא בפניהם. ועיין עוד בכנסת הגדולה (חושן משפט סימן לח הגהות בית יוסף אות ב). עיין שם.

ג) אולם בשו"ת הרמ"א (סימן יב) כתב שאף על פי שעדות העדים לפסול את עדות העדים הראשונים נעשתה שלא בפניהם, נאמנים האחרונים לפוסלה, ואף על פי שהעדים הראשונים לא נפסלו בהעדאת עדים אלו, בגלל שהעידו שלא בפניהם, מכל מקום לעדות זו עצמה אין עדות הראשונים לאסור את האשה על בעלה מועילה כלום, משום דאמרינן אוקי תרי בהדי תרי, ואוקי אשה בחזקת היתר לבעלה. וכדאמרינן כהאי גוונא בכתובות (כ, א) אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה. וכל שכן בנדון דידן שהעדים רקים ופוחזים. ע"כ [...] ולפי זה גם בנידון שלנו אפילו נאמר שאין עדי הקידושין פסולים, לפי שהעדות לפוסלם נתקבלה שלא בפניהם, מכל מקום עדות הקידושין מיהא נפסלת, משום דאמרינן אוקי תרי בהדי תרי ואוקי אשה בחזקת פנויה [...]

גם בשו"ת אבני נזר (חלק אבן העזר סימן קכד) כתב שאפילו לדעת האומרים שאין פוסלים את העדים שלא בפניהם, שאני עדות קידושין, שאם אין עדים אין כאן קידושין כלל, לפיכך יכולים לפוסלם אפילו שלא בפניהם. עיין שם. ואמנם מדברי הבית יוסף אבן העזר (סוף סימן מב) הנ"ל מתבאר שגם בעדות קידושין הדין כן. מכל מקום גם בלעדי סברא זאת יש לנו ספק ספיקא לפוסלם, שמא הלכה כהרמב"ן והרא"ה והריטב"א והריב"ש וסיעתם שאפשר לפסול עדים שלא בפניהם [...] והעיקר דסגי לן בשני ספקות להתיר, ומה גם שאינו אלא איסור לאו, וכמו שהעלה גם כן בשו"ת חקרי לב חלק א מיורה דעה (סוף סימן פט). וכן פסק מר בריה דרבינא, חד בדרא, בשו"ת נדיב לב (חלק אבן העזר סימן ג). וכן כתב בשו"ת חתם סופר (חלק אבן העזר סימן יג). ובשו"ת מטה לחם (סימן כג). ובשו"ת מעשה איש (חלק אבן העזר סוף סימן ג). ובשו"ת תורת חסד מלובלין (חלק אבן העזר סימן ט). ובשו"ת פני יצחק אבולעפיא (חלק ו חלק אבן העזר סימן ז). וכן כתב הגאון מהר"א פלאג"י בספר עיני כל חי (דף קלו עמוד ג). ובשו"ת דברי יעקב (סימן י). ועוד אחרונים.

ועיין שם עוד מה שהביא עוד סניף שיייתכן שעדי הקידושין היו גם בבחינת עם הארץ הפסול לעדות ושלגבי פסול זה מבואר בשו"ת צמח צדק דנפסלים אף שלא בפניהם. (ולהלן נעמוד עוד על המשך דבריו) ולהלן נעיר שגם טעם זה אפשר ששייך אף בנידוננו.

ד. אומנם לא נכחד כי יש שכתבו בטעמו של הכשר עדות זו שלא בפני העדים שהוא משום שהעדות דהשתא נחשבת עדות שהקידושין לא חלו, ואף שאת עדי הקידושין עצמם אין אנו דנים כעת כפסולים לכל עדויות (שלכן אין צורך להעיד בפניהם) ונמצא לכאורה שהם עדיין כמעידים על הקידושין אלא שהעדים דהשתא מכחישים אותם – מכל מקום אוקי תרי להדי תרי ואוקי איתתא בחזקת פנויה. ולפי זה אין לומר כן כשהעדות דהשתא לא רק שאינה בפני העדים אלא שגם אינה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עדות גמורה אלא חזקה ואומדנה, שהרי מעתה ליכא תרי לאוקי להדי תרי אלא אומדנה ולא אמרינן אוקי אומדנה להדי אומדנה ואוקי איתתא בחזקת פנויה (וכמובא גם ביביע אומר הנ"ל).

ברם מלבד שנאמרו גם טעמים אחרים (וכמובא גם כן בדברים הללו), גם לטעם זה אפשר לדחות חילוק זה, דהרי סוף סוף הא ניחא אילו היו עדי קידושין לפנינו ומעידים על הקידושין שלא היינו יכולים להכחישם מכוח אומדנה גרידא, אבל הרי עדי הקידושין אינם לפנינו ומה שאנו מחזיקים את האישה לאשת איש (היינו שהייתה אשת איש עד לגירושה) הוא מכוח שכן הוחזקה אצלנו כל השנים, וקיימא לן דסוקלין על החזקות. ומעתה נהי דחזקה מהניא לברר שאישה זו התקדשה כדין היינו בפני שני עדים כשרים, מכל מקום אין לנו עדות על זה אלא חזקה, שכשלעצמה אינה יכולה ליצור חלות קידושין דלכולי עלמא צריכים להיעשות בפני עדים כשרים, אלא לברר שאכן היו הקידושין כך. ומעתה אם יש לפנינו אומדנה גדולה שיכולים אנו לומר מכוחה דאיכא חזקה ואולי אפילו בדרגה של אגן סהדי שפלונני שהיה עד בקידושין היה פסול לעדות מן הדין באותה שעה, הרי אין אנו מעמידים חזקה או אומדנה לסתור את עדותן דהני תרי אלא מעמידים חזקה ואומדנה שמכוחה יש לנו לומר שמעשה הקידושין נעשה שלא בפני שני עדים כשרים להדי החזקה שהוחזקה לנו עד עתה שהתקדשה אישה זו ובפני עדים כשרים התקדשה. ולאוקי אומדנה וחזקה להדי חזקה – שפיר דמי.

וראוי להוסיף עוד דכיוון שפסול עדות – לפחות בפסולי עדות דאורייתא – למפרע הוא נפסל ולא משעה שהעידו עליו, הרי שהדבר ברור דשם פסול יש עליו וגלי כלפי שמיא גם קודם שהעידו עליו וגם אם לא יעידו על פסולו לעולם, מכל מקום כלפי שמיא גליא דפסול הוא ודהקידושין שנעשו לפניו – בטלים. ומעתה כשאנו באים לדון ולומר מכוח אומדנה וחזקה לומר שכן הדבר, אם לבנו סמוך על אומדנה זו אין לנו לומר דעל כל פנים מכוח גזרת הכתוב אי אפשר לנו לסמוך עליה נגד עדים המעידים שהתקדשה פלונית, והיינו אפילו היה נחשב כאילו אכן יש לפנינו עדות על קידושין ולא חזקה גרידא. ומשל למה הדבר דומה? אם יאמרו ב' עדים "לפנינו קידש פלונני את פלונית בטבעת זו השווה פרוטה", ואנו רואים הטבעת וברי לנו שאין היא שווה פרוטה וממילא שאין זו מקודשת (אם לא ספק קידושין מכוח סברת "שווה פרוטה במדי") – דבר ברור הוא שלא נאמר דאין כוח באומדנה לבטל עדות, ולכל היותר נאמר דהאומדנה גם היא אינה אלא כעדות דאחרני, ואז נימא דאף אם תהיה זו כעדות דכולי עלמא מכל מקום תרי כמאה, והרי תרי אמרי התקדשה ומאה כתרי אמרי לא התקדשה והווי ספק קידושין ואוקי איתתא בחזקת פנויה, וייתכן דנימא אף יותר מזה דכהאי גוונא לא חשיב כתרי ותרי אלא כאילו התברר לנו דתרי קמאי סהדי שקרי (או טועים) נינהו, ואף על גב דתרי כמאה ומאה כתרי, דומיא דבא הרוג ברגליו דאין אנו אומרים דכולי עלמא דאמרי האי ניהו וחי הוא הווי כתרי ותרי דאמרי מת הווי נמי כתרי, וכמבואר בתוספות (יבמות פח, א) ד"בדבר הנראה וידוע לכל" לא אמרינן תרי כמאה. והחילוק אם אמרינן דהווי כתרי ותרי או דתרי קמאי שקרי נינהו תלוי לכאורה באיכות החזקה והאומדנה שיש לנו, שאם היא אלימתא למימר דאגן סהדי הכי ודבר ברור וידוע הוא לכולי עלמא מחזקינן לגמרי כוותה וחשיבין לעדים הראשונים שקרי או טועים. ואם אינה אלימתא כולי האי אלא שמכל מקום לב הדיין סומך עליה כעל עדותם של שני עדים יש לו לדון את הדבר כספק. וזה כעין המבואר בדיני ממונות, שגם בהם גזרת הכתוב היא לחתוך הדין על פי שני עדים דווקא, ואף על פי כן אם יש לדיין אומדנה שליבו שלם בה יכול מעיקר הדין לחתוך הדין על פיה, ואם גם אינה כזו מכל מקום מהניא אף נגד עדים לאורועי לשטרא דלא מגבינן ביה ולא מקרעין ליה (עיין כתובות פה, א ומשם בארה לרמב"ם הלכות סנהדרין פרק כד הלכה א ולשולחן ערוך חושן משפט סימן טו סעיף ה ועוד ואין כאן מקום להאריך).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ומעתה גם בנידון דידן לכל הפחות יש באומדנה גדולה זו שמי שהחזיק בביתו סכין גילוח ודאי התגלח בו ושאף אם העיד בקידושין בהיותו כבן ארבעים ונמצאו הללו בידו ובביתו סמוך למותו בגיל שישים (כבנידון דידן) אין הדעת נותנת להניח שהתחיל לגלח בהם רק בין העדות למציאתם והסברא נותנת להפך שבערוב שנותיו הוא התחזק בקיום מצוות. כדי לראות את הקידושין הללו כמוטלים בספק ולהחזיק את האישה מעיקר הדין בחזקת פנויה.

ה. עוד יש לפנינו לגבי עד זה שאלת "חשוד על העריות" שפסול לעדות. והנה בעניין זה ודאי יש לנו אומדנה שאפשר לסמוך עליה לגמרי כיוון שבעינינו ראינו תמונות של העד חבוק עם נשים. ואומנם לעניין השאלה אם היה לגביו פסול זה גם בעת עדותו או שהחמיץ רק לאחר זמן אכתי בעיני אומדנה, אבל על עיקר העבירה ודאי הווי, דראיות כאלה (ופשוט גם שלפי העניין אין לחוש שהן מזויפות) עושות אצלנו בירור גמור, ונהי דאין על בירור כזה שם עדות היכא דגזרת הכתוב הוא דבעינן עדות, כגון ליצור חלות דגיטין וקידושין או לדיני נפשות, מכל מקום לענייננו ליכא גזרת הכתוב דכנ"ל אין אנו צריכים אלא שיתברר אצלנו שאכן היה העד פסול.

והא קמץ בשו"ת רמ"א (סימן יב) שדן לפסול עדים שבאו לאסור אישה לבעלה מכוח עדים אחרים שהעידו עליהם שהם פסולי עדות, והייתה עדותם שלא בפני הראשונים, שכתב:

הא אתו לקדמנא שני עדים כשרים והעידו על עדים הראשונים שפסולי עדות הם, שרבים העידו דרך כלל שאין לסמוך אעדותן כי כן הוחזקו לרקים ופוחזים וחשודים וכן הוא מפורסם לכל. ואף הבעל דבר לא יוכל להכחיש זה אלא שאומר שמשום זה אין לפוסלן לעדות. ושנים או שלשה העידו [...]

ופשיטא דאלו האחרונים נאמנים על הראשונים אף על פי שהוא שלא בפני הראשונים, דהא אמרינן פרק ב דכתובות: "שנים חתומים על השטר ובאו שנים אחרים ואמרו 'פסולי עדות היו' הרי אלו נאמנים, ואם היה כתב ידן יוצא ממקום אחר אין אלו נאמנים." ומסיק [...] "אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה". הכי נמי אף על גב דלא נפסלו בהעדאת עדים אלו עליהם שלא בפניהם, מכל מקום לזה העדות אינן מועילים כלום, דאוקי תרי לבהדי תרי ואשה בחזקת היתר לבעלה, וזה פשוט.

וזו אכן הסברה שכתבנו תחילה שאולי איננה נוגעת לנידוננו כיוון שאין לנו עדות מבוררת שנוכל לומר לגביה "אוקי תרי", אבל בהמשך דבריו כתב:

ועוד בנדון דידן לא גרע סוף דינא מתחילת הדין, ומאחר שעדות הראשונים הוא שלא בפני בעל דין אם כן יכולין לבטל עדותן גם כן שלא בפניהם.

ובנידוננו אכן הראשונים העידו ממש אלא שלא העידו בפני בעל דין, אבל על זו הדרך נוכל לומר דכשאין לפנינו עדות ממש של הראשונים אלא שמוחזקת למי שהתקדשה בפניהם, הכי נמי תבטל העדות כשמוחזק אחד העדים, מכוח מה שנמצא בידו (וכל שכן לעניין מוחזקותו מכוח התמונות שראינו שהיא ודאי כידיעה ברורה) שהיה עובר עבירה הפסול לעדות.

ו. אומנם לגבי הפסול שמטעם "חשוד" יש מקום לדון ולפקפק מצד אחר ולמעשה מכמה צידי צדדים, דיש לברר תחילה מהות הפסול ואם החשוד על העריות פסול גם לעדות דלעילולה (עדות קידושין) או רק לאפוקה (גירושין) וכן אם אינו פסול אלא מדרבנן – חדא אי מהני להפקיע את הקידושין שנעשו בפניו, ואידך – שמא בפסול זה שמדרבננו מכל מקום אינו נפסל כלל (אפילו כלפי שמיא) בלי שיעידו עליו ויכריזו עליו, וממילא מה יושיענו זה שנחזיקנו לחשוד?

והנה לגבי מהות הפסול נאמרו כמה שיטות בראשונים: א. שהפסול הוא רק במי שאכן בא על הערווה, ב. שהפסול הוא במי שעובר על איסורי קרבה לעריות ועל זה על כל פנים יש נו ידיעה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ברורה, ג. שהפסול הוא בעצם זה דסנו שומעניה בעניין עריות וכדדרשו בגמרא מ"לא טובה השמועה".

והנה לדעה הראשונה הפסול הוא אומנם פסול שמן התורה אבל בענייננו אין אנו יכולים לפסול את העד, אבל לשתי הדעות שאחריה יש לפוסלו שפיר דהתמונות שראינו מורות לנו בוודאי שעבר על איסורי קרבה לעריות וכל שכן שהוא כמי ששמועתו שחשוד עליהן, ואי נמי נימא דאין זה בגדר "חשוד" (וכן לסברה הראשונה שחשוד הוא מי שיש לנו ידיעה שעבר על איסורי עריות) כיוון שלא נודע לנו שהיה בפועל רינון אחריו בחייו, על כל פנים בפועל הרי עבר עבירה של קרבה לעריות ויש לפוסלו מחמתה בין שהיא פירוש המונח "חשוד" ובין שלא כך.

ואומנם לפי זה שאלת פסולו מן התורה או מדרבנן תלויה במחלוקת הראשונים אם קרבה של חיבה לעריות ללא ביאה אסורה מן התורה או מדרבנן, ולצד שאינה אלא מדרבנן הרי שצריכים אנו לדון אם בכוחה לבטל את הקידושין ואם כך גם ללא שהתקבלה באותה עת עדות לפסול את העד וללא הכרזה.

ומכל מקום העיקר להלכה הוא שקרבה לעריות יש בה לאו דאורייתא ולוקין עליה (וכמו שיבואר להלן), וממילא יש בזה פסול מן התורה, ואף לולי זה הווי על כל פנים ספק פסול של תורה ודאי יש בזה, ולהלן נוסיף לבאר שגם אם אין הפסול אלא מדרבנן יש כר נרחב לומר שבטלו הקידושין מחמתו:

ז. והנה לעניין השאלה אם פסול עדות שמדרבנן מבטל את הקידושין כתב הרמב"ם (הלכות אישות פרק ד הלכה ו):

המקדש בעד אחד אין חוששין לקידושיו ואף על פי ששניהם מודין, קל וחומר למקדש בלא עדים, המקדש בפסולי עדות של תורה אינה מקודשת, בפסולי עדות של דברי סופרים או בעדים שהן ספק פסולי תורה אם רצה לכנוס חוזר ומקדש בכשרים ואם לא רצה לכנוס צריכה ממנו גט מספק, ואפילו כפרה האשה והכחישה את העדים ואמרה "לא קדשתני" כופין אותה ליקח גט, וכן דין כל קידושי ספק אם רצה לכנוס חוזר ומקדש ודאי ואם לא רצה צריכה ממנו גט מספק.

ולפי זה הרי בנידוננו יש שני ספקות חדא שמא פסול זה הוא פסול מן התורה, ואידך דאף בפסול דרבנן אין הקידושין אלא קידושי ספק.

ואף שיש גם ספק לאידך גיסא שמא אין פסולו אלא לאפוקה (כדלהלן) מכל מקום ספק זה אינו שקול כספקות הללו, שכן הצד שפסולו דהאי פסול של תורה הוא ספק הנוטה להכרעה שאכן פסול של תורה הוא שהלוא הכרעת הרמב"ם (ספר המצוות לא תעשה שנג, הלכות איסורי ביאה כא, א) היא שיש בקרבה לעריות אף ללא ביאה לאו של תורה, וברוב דוכתי אנו תופסים דעת הרמב"ם ליותר עיקר להלכה מדעת הרמב"ן שהוא החולק בזה (השגות לספר המצוות שם), וכל שכן שגם הטור (אבן העזר סימן כ) סתם כדעת הרמב"ם, וכן הכריע השולחן ערוך (שם) ומדשתיק ליה הרמ"א שמע מינה שגם דעתו כן, והש"ך (יורה דעה סימן קנ"ט) דקדק מהרמ"א (שם) שהכריע להדיא כדעת הרמב"ם, וכן מבואר מהר"ן שהוא מקור דברי הרמ"א שם שנקט שיש בזה לאו דאורייתא, (וכן מוכח מסתימת השולחן ערוך גם ביורה דעה סימן קצה סעיף יז ובפרט לפי דבריו בבית יוסף שם, והחולקים עליו שם – לא משום שחלקו על הכרעה זו גופא אלא משום דסבירא להו דהתם מודה הרמב"ם – עיין בלבוש שם ובש"ך שם ס"ק כ). וכן סתם השית שמואל (סימן מב ס"ק כ) דהמחבק ומנשק לעריות פסול לעדות מן התורה מהאי טעמא, וכן העתיק הבאר היטב (שם ס"ק טז).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ודע דעיקר דין המקדש בפסולי עדות של תורה שאין קידושיו קידושין, כמבואר ברמב"ם הנ"ל (הלכות אישות שם) כתב הרב המגיד (שם) שמקורו הוא בסוגיא דהחשוד על העריות, ואליאבא דגרסת הרמב"ם בגמרא, וכמו שיבואר להלן, והיינו כנ"ל דסבירא ליה דדינא דהאי סוגיא הוא פסול דאורייתא. וכמו כן הספק שמא אף בפסול דרבנן בטלי הקידושין הוא ספק השקול לפחות, שזו משמעות לשון הרמב"ם דהווי ספק, ואולי אף נוטה לומר כן שהרי יש לצרף אליו גם את דעת הרי"ף (בתשובה שהובאה בעיטור חלק א אות ק – קבלת העדות וחלק ב אות ק – קידושין החלק השני, וכן בשו"ת הרשב"א חלק א סימן אלף קפה בשם מקצת הגאונים, במיוחדות סימן קכה, במאירי קידושין כד, ב; במרדכי קידושין סימן תקלב ובריב"ש סימן יד [ולהלן הוזכרו דברי יד המלך שהביאה]) שאף בפסולים מדרבנן אין קידושיהן – קידושין כלל ואפילו ספק אינם (וכמה מגדולי האחרונים צירפו דעת הרי"ף לספק ספקא בעניין זה – עיין אוצר הפוסקים סימן מב ס"ק מו סוף אות א שקיבץ דבריהם). ולעומתם הספק שמא אין פסולו אלא לאפוקה הוא ספק שאינו שקול אלא העיקר הוא לפסול אף לעיולה שזו דעת ג' עמודי ההוראה הרי"ף הרמב"ם והרא"ש וכפי שיתבאר להלן, ואף אי נימא שמכל מקום יש בכוח ספק זה להקליש לאינך ספקי שלא יהיו כב' ספקות שקולים או נוטים לפסול, מכל מקום די לנו לספק ספקא בספק אחד שקול ועימו ספק אחד שאינו שקול, וכל שכן כאן שמצטרפת גם סברת פסול של תורה מטעם אחר (שמגלה בתער כנ"ל) שאף אם אינו פסול ודאי (כיוון שאין עדות ברורה שאכן גילה זקנו בתער) מכל מקום לכל הפחות יש אומדנה גדולה שאכן נפסל בו.

ח. כאמור לעיל מקורו של הרמב"ם הוא מדין 'חשוד על העריות' האמור בגמרא (סנהדרין כו, ב):

אמר רב נחמן: החשוד על העריות כשר לעדות. אמר רב ששת: עני מרי, ארבעין בכתפיה וכשר? אמר רבא: ומודה רב נחמן לענין עדות אשה שהיא פסול.

ואומנם לפנינו איתא התם:

אמר רבינא ואיתימא רב פפא: לא אמרן אלא לאפוקה, אבל לעיולה – לית לן בה. פשיטא! מהו דתימא: הא עדיפא ליה, דכתיב מים גנובים ימתקו וגו', קא משמע לן: דכמה דקיימא הכי – שכיחא ליה.

אבל הרי"ף והרא"ש לא גרסו הכי אלא "ומודה רב נחמן לעדות אשה שפסול בין לעיולה בין לאפוקה". (ויש לצרף גם שאף הגורסים כגרסה שלפנינו אפשר שלא יחלקו לדינא אלא יפרשו דמירי לא במי שיש לנו עדות שעבר בלאו של קרבה לעריות אלא בחשוד בעלמא, וכמו שפירשו תוספות שם בפירושם הראשון. אומנם הרא"ש גרס דפסול אפילו לעיולה אף על פי שצידד כפירושם, וכן סתם הטור בחושן משפט סימן לד, נמצא אפילו בחשוד בעלמא יש מקום לומר שפסול אפילו לעיולה, ואילו בעובר ודאי על איסורי קרבה ודאי שכן הוא לגרסת הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש, ואין הכרח ומקור ברור לומר שיש ראשונים שלגרסתם ופירושם כשר הוא מלבד בדברי בעל העיטור שגרס כגרסה שלפנינו וצידד להדיא דלאו דווקא בחשוד בעלמא.)

וכתב המגיד משנה (הלכות אישות שם) שכן גרסת הרמב"ם שהפסולין אינן כשרין לעדות אשה לא לעיולי ולא לאפוקי, והלחם משנה ציין שהיא גרסת הרי"ף והרא"ש גם כן. ובהמשך דברי המגיד משנה ביאר דין הפסולים מדרבנן. וז"ל המגיד משנה:

המקדש בפסולי עדות וכו' – דין הפסולי עדות מן התורה פשוט הוא ומבואר בסנהדרין פרק זה בורר (דף כו) שהפסולין אינן כשרין לעדות אשה לא לעיולי ולא לאפוקי.

ודין הפסולי עדות מדבריהם מבואר בדברי קצת הגאונים ז"ל שדינן בהן להחמיר והווי דינן כקידושי ספק כמו שכתב רבינו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וכדברי הרמב"ם פסקו השולחן ערוך והרמ"א הן לעניין הא דבפסולי עדות דרבנן הווי רק ספק קידושין והן לעניין הא דהחשוד על העריות פסול לעדות קידושין (ובזה – אם מדובר במי שעובר בקרבה לעריות היינו לכאורה פסול דאורייתא, וכנ"ל, אלא שהדין הובא ברמ"א גם לגבי חשוד בעלמא) וזו לשונם (אבן העזר הלכות קידושין סימן מב סעיף ה):

המקדש בפסולי עדות דאורייתא, אינן קדושין. אבל בפסולי עדות דרבנן, או בעדים שהם ספק פסולי תורה, אם רוצה לכנוס חוזר ומקדש בעדים כשרים. **ואם לא רצה לכנוס, צריכה גט מספק.** ואפילו כפרה האשה ואמרה: לא קדשתני, כופין אותו ליתן גט. וכן דין כל קדושי ספק, אם רצה לכנוס חוזר ומקדש ודאי, ואם לא רצה לכנוס צריכה גט ממנו מספק, ואם עמד אחר וקידשה, הרי זו מקודשת לשני מספק, וצריכה גט משניהם, או מגרש ראשון ונושא שני; אבל לגרש שני ולכנוס ראשון, לא.

הגה: **החשוד על העריות, אף על פי שאין עדים שבא על הערוה, רק שחשוד בעלמא** (תוספות והרא"ש), **פסול לעדות אשה, בין לענין קדושין בין לענין גירושין** (הרמב"ם). המקדש לפני פסולי עדות דאורייתא מכח רשעתן, כגון לפני אנוסים או שאר רשעים, יש אומרים חיישינן לקדושין, דלמא חזרו בתשובה (ר"י מינין סימן יא, וכן כתב בא"ח בשם רש"י). ויש מקילין (בית יוסף ומהר"מ פאדוואה סימן לז). מיהו אלו האנוסים שהוצרכו להמיר מכת יראה, ואי אפשר להם למלט על נפשם, ובצנעה מקיימים המצוות, הם כשרים לעדות (ריב"ש סימן יא). יש אומרים הא דאמרין המקדש בפסולי עדות דרבנן חוששין לקידושין, היינו בקידושי דאורייתא, אבל בקידושי דרבנן ועדים פסולים מדרבנן, אין חוששין לקדושין כלל (בית יוסף בשם הרשב"ץ בתשובה).

ועיין בכסף משנה (הלכות אישות שם) שהביא בביאור דברי הרמב"ם ש"בפסולי עדות של דברי סופרים או בעדים שהן ספק פסולי תורה אם רצה לכנוס חוזר ומקדש בכשרים" את דברי מהרי"ק (שורש קעב) שדקדק שיש לחלק בין ספק זה לבין ספק גירושין (שבו להבנתו ברמב"ם אין צריך לקדש שנית) וביאר בטעם הדבר דבספק קידושין עדיין היא בחזקת פנויה שאינה מקודשת ולכך אין רשאי לכנוסה בלי קידושין. וזו לשונו:

ועל מה שכתב "וכן דין כל קידושי ספק – אם רצה לכנוס חוזר ומקדש" יש לתמוה דמאי שנא ממה שכתב בפרק י' מהלכות גירושין, וזו לשונו:

וכן מי שגירש את אשתו בגט פסול או שהיתה ספק מגורשת ורצה להתזירה הרי זו מותרת לבעלה ואין צריך לחדש הנשואין ולברך ז' ברכות ולכתוב כתובה עד שתגרש גירושין גמורין.

עד כאן לשונו. וכתב מהרי"ק בשורש קע"ב שהטעם משום דבספק קידושין עדיין היא בחזקת פנויה שאינה מקודשת ולכך אין רשאי לכנסה בלא קדושין אבל בספק גירושין עדיין היא בחזקת אשתו שמספק אין להוציאה מחזקתה ומשום הכי מותרת לבעלה ואין צריך לחזור ולחדש הנשואין.

ולכאורה קשה שהרי מול חזקת הפנויה של האישה יש את חזקת הכשרות של העדים (ובאמת לעניין עד הפסול מדרבנן היה אפשר לישב דאין לנו ספק לגבי העד עצמו – דודאי כשר מן התורה הוא ופסול מדרבנן אלא ספקא דינא בגדרי תקנת חכמים לפוסלו – אם הפקיעו קידושין מכוחה או לא, וכמובא להלן, ולא שייך להכריע ספק זה מכוח חזקת כשרותו של העד. אבל מכל מקום קשה כיוון שהרמב"ם כתב דין זה גם לגבי עד שהוא ספק פסול מן התורה) ומצאתי שדן בזה דרך המלך (הארוך [רפפורט] הלכות אישות שם [פרק ד הלכה ו]) וזו לשונו:

אמנם בספק פסולי עדות בקידושין צריך להתיישב איך שייך לאוקמא אחזקת פנויה להכריע מטעם חזקת פנויה על העדים אם הם כשרים כסברת הריטב"א

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בקידושין (דף פ) שדחה דברי רש"י גבי רוב תינוקת מטפחין, שפירש דרוב תינוקות מטפחין באשפה, וכתב דאם כן דודאי נגע התינוק בעיסה האיך אמרינן דעיסה זו בחזקת טהרה עומדת הא כיון דתינוק נגע בה בטלה חזקתה והוא כתינוק, והסברא דאין בידינו לדון מכח חזקת העיסה על התינוק מה הוא כמבואר שם, והכי נמי איך בידינו להכריע מטעם חזקת פנויה על העדים אם הם כשירים ועיין בחידושי לעיל פרק ב' מהלכות חמץ ומצה הלכה י"א, מה שכתבתי שם. ובעיני נראה דאף רש"י מודה לסברת הריטב"א דבכהאי גוונא לא מוקמינן אחזקה רק דסברת רש"י כיון שאין התינוק לפנינו שיפול עליו השאלה אם הוא טמא רק דידיעין שתינוק נגע בעיסה ונפל זה הספק כיון שיש רוב תנוקות המטפחין באשפה שהן טמאין ויש מיעוט תינוקות שאינן מטפחין ונפל עתה הספק איזה תינוק נגע בעיסה אם תינוק שהוא מרוב או מהמיעוט שפיר שייך לומר דנסמוך חזקת העיסה למיעוט שאינן מטפחין דהיינו לומר שהתינוק שהוא מהמיעוט נגע בהעיסה שחשוב שנופל הספק על העיסה איזה תינוק נגע בעיסה ולא שנופל הס' על התינוק כיון שאין התינוק לפנינו לדון עליו. ומעתה בנדון דידן שנופל הספק על גוף העדים אם הם כשירים יש לומר דמודה רש"י דלא שייך לדון מכח חזקת פנויה על העדים אם הם כשירים וכיון שהעדים נשארים בספק שוב חשוב קידושי ספק ואין כאן שום חזקה להכריע, ועיין בר"ן כתובות (דף כב) שכתב על דברי הרי"ף גבי תרי ותרי דאף דאיכא למימר אוקי גברא אחזקתיה חזקה דממונא אלימא טפי ואפילו לא מיכרעא מילתא אית לן לומר דממונא היכי דקאי ליקום. עד כאן. כוונתו מבוארת דבאמת אין בכוחינו להכריע מטעם חזקת ממון על העדים אם הם כשירים, וכסברת הריטב"א רק דבממון אין לעשות מעשה להוציא והיכי דקאי ליקום, וזה מיקרי בספרי האחרונים חזקת תפיס. ויש נפקותא בזה לענין תפיסה דקיימא לן דתקפו כהן מוציאין מידו מטעם חזקת מרא קמא, וכאן דאין בידינו להכריע מכח חזקה היכי שהס' על העדים ורק מטעם תפיסתו אמרינן היכא דקיימא ליקום, שפיר יועיל תפיסת השני.

אלא שאי אפשר לדחות דברי מהרי"ק מהלכה, וכל שכן כשהביאם הכסף משנה – ועל עניין זה לא נחלק כנ"ל – ואף במה שנחלק לא נחלק מכוח קושיא כהאי גוונא, מכוח פלפולו של בעל דרך המלך. ובלאו הכי נראה שאף לסברתו – בנדון דידן יודה, שהרי עיקר סמיכתו היא על החילוק בין היכא שהספק נוגע גם לעדים עצמם והכרעה מכוח חזקה היא כהכרעה עליהם שנפסלו (ואף שוודאי לא יפסלו מכוח זה לשאר עדויות, מכל מקום כיוון ששייך להכריע לגביהם שכשרים או פסולים הם – הכרעה זו נחשבת כהכרעה שלגביהם) לבין נידון תינוק מטפח "שאינן התינוק לפנינו לדון עליו" ולכן לא נחשבת ההכרעה כהכרעה הנוגעת אליו אלא על הטהרות בלבד ושפיר מוקמינן להו אחזקתן. וממילא יש לומר שכל טענתו אינה אלא כשאכן עדי הקידושין לפנינו, או על כל פנים חיים הם, שעקרונית אפשר להכריע שפסולים או כשרים הם, מה שאין כן בנידון דידן שהשאלה התעוררה לאחר מיתת העד – דמי לתינוק שאינו לפנינו דמוקמינן הטהרות בחזקתן וכמו כן מוקמינן לאישה זו על חזקתה כיוון שבעת שאנו דנים לא שייך כלל שתהיה נפקא מינה לגבי העד עצמו ולכן לא אכפת לן מחזקת כשרותו.

ובזכרון מלך (למהרא"ל צינץ, הלכות אישות שם) דן בשאלה אם העדים פסולים רק מדרבנן כיצד הם מתירים אשת איש מדאורייתא, וזו לשונו:

והנה לכאורה יש לתמוה בזה דמה שכתב דצריכה גט מספק באם לא רצה לכנוס, הלא מן התורה עדותן כשירה אם כן מן התורה הוה קידושי ודאי ולא קידושי ספק, ואיך כתב דצריכה גט מספק, הלא מן התורה הם כשרים לעדות, וצריך לומר דשמא כיון דפסלוה מדרבנן, העדים לאו בני הגדה נינהו. כדאמרינן וכן בפרק שבועת העדות, אבל משחך בקוביא מדאורייתא מחזי

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

חזי, ופסק הרמב"ם בפרק י' מהלכות שבועות הלכה א' דעדים הפסולים מדרבנן אין שבועת עדות נוהגת בהן.

ויש להביא ראיה לדין זה דהוי רק ספק קידושין בפסולי עדות דרבנן מהא דאיתא בקידושין (דף סה) בעובדא דחבילה דפרכינן אי דאית ליה סהדי להאי ואית ליה סהדי להאי מי מצי אמרה אלו שני עבדי וחבילה שלי ופירש רש"י ז"ל מי מצי אמרה דתהוי מותר הכתובה שלה ושלחן בספק עיין שם, וקשה נוקמא שיש עדים פסולין דרבנן, דלענין החבילה לא מהני, אבל לענין קידושין כיון דמדאורייתא כשרים צריכה שני גיטין, אלא על כרחך דגם לענין קידושין לא מהני פסולי עדות דרבנן דלא הוי רק קידושי ספק, וזהו שיטת הרמב"ם דלא הוה רק קידושי ספק, ובמקום אחר הארכתי בזה וגם בתשובות כתבתי הרבה מזה, ולא אכפול דברי.

וביד המלך (לנדא, הלכות אישות שם) כתב:

בתשובות הרשב"א (חלק א סימן אלף קפה) הביא השואל בשם תשובות הרי"ף ז"ל דאף בפסולי עדות דרבנן אינה צריכה גט כלל, והטעם משום שאפקעינהו רבנן לקידושין מיניה, וכן הביא בהגהות סמ"ק בשם הר"ם כדעת הרי"ף דאינה צריכה גט, וכן הוא דעת בעל העיטור – הביאו המרדכי בקידושין פרק האומר (סימן תקלב). ודעת הרשב"א שם בתשובה שהבאתי הוא כדעת רבינו דצריכה גט, וכן הוא דעת רב האי ורב אחא גאון ורב שמואל בר חפני ובה"ג כולם הסכימו דצריכה גט. ולשיטתם צריך לומר דהאי כללא דאפקעינהו לא שייך רק היכי שהריעותא הוא בגוף הגט או הקידושין, וכמו במקדש בעל כרחא (בבא בתרא מח, ב) או באיסורי הנאה מדבריהם (פסחים ז, א), אבל הכא ליכא ריעותא בגוף הקידושין רק שהיו בפני עדים פסולים ובהאי גוונא לא אפקעינהו לקידושין, ואית סברא לחלק בזה. ובחידושי ריש פרק האשה רבה הארכתי בכלל זה דאפקעינהו.

ומבואר מדבריו טעם לפסול הקידושין (מלבד סברת מהרא"ל צינץ הנ"ל) מטעם "אפקעינהו", וברור שמה שכתב שאין אומרים כן לענין עדים פסולים אינו שוודאי אין אומרים כן לגביהם, אלא שכיוון שייתכן שלא לומר בהם "אפקעינהו" הווי ספק, כדברי הרמב"ם.

ועל כל פנים יהיה הטעם אשר יהיה – להלכה מבואר ברמב"ם ובשולחן ערוך דהווי רק קידושי ספק. (וכיוון דהווי ספק יש לומר גם דמעיקר הדין אוקמא אחזקת פנויה כנ"ל, אלא שמדרבנן החמירו להצריכה גט אבל לענין פסול הוולדות לא החמירו, וכדברי מהרי"ק. ואפילו אם תמצי לומר דלא אמרינן הכי מכל מקום הווי רק ספק ומצטרף לשאר ספקות, וכל שכן כאן שהעיקר להלכה דעד כזה פסול מן התורה, כנ"ל, מחמת קרבה לעריות ומסתבר גם שנפסל אף משום גילוח זקנו בתער אף על פי שאין על זה עדות גמורה.)

ט. טרם נמשיך נסכם את העולה מדברינו בעניין זה עד עתה:

1. אם המבקשת הניצבת לפנינו התקדשה, קידושין שמכוחם הוחזקה כאשת איש ומכוחם נובע הפסול לכאורה של המבקשת לקהל, בקידושין שאחד מעדיהם ככל הנראה היה פסול לעדות בפסול עבירות אלה:

א. עבירת השחתת הזקן בגילוח בתער,

ב. חשוד על העריות.

2. לענין השחתת הזקן אין לנו לפנינו עדות ברורה שהעד היה מגלח זקנו בתער, אולם יש מי שהעיד עדות שמכוחה יש חזקה ואומדנה שאכן עבר עבירה זו ובכלל זה אומדנה שנהג כך גם טרם היותו עד ונפסל, לכאורה, לעדות.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

העד אינו לפנינו ואין לו כל נפקות גם בדברינו שהרי זה שנים שאינו בין החיים, כל נידונו הוא לגבי עדותו שבקידושין עצמה, וממילא לגבי תוקף הקידושין, וכלפי זה יש לומר דאין אנו צריכים עדות גמורה אלא די לנו בחזקה ואומדנה שעל פיהן יש לקבוע שקידושין הללו לא נעשו בעד כשר.

3. את היותו של עד זה בגדר "חשוד על העריות" שפסול לעדות יכולים אנו לקבוע בוודאות כיוון שבעינינו ראינו תמונות של העד חבוק עם נשים. ואומנם לענין השאלה אם היה לגביו פסול זה גם בעת עדותו או שהחמיץ רק לאחר זמן אכתי בעינן אומדנה, אבל על עיקר העבירה ודאי הווי, והאומדנה שמי שהחזיק פרץ באיסור זה היה פרוץ בו גם קודם לזמן שלגביו ראינו ראיות גמורות – כששני הזמנים הם כבר בהיותו אדם מבוגר ואין הוא מוחזק כמי ש"חזר בתשובה" או להפך בשלב מסוים – היא ברורה מאוד.

4. פסול זה של "חשוד על העריות" באופן שאין לגביו רינון גרידא אלא ידיעה ברורה על קרבה לעריות (אף שהיא ללא ביאה) הוא להלכה מדאורייתא, כיוון שמדובר באיסור תורה שחייבים עליו מלקות לדעת הרמב"ם ועוד ראשונים ולפסיקת השולחן ערוך והרמ"א.

5. פסול זה הוא להלכה הן לעדי גיטין (לאפוקה) והן לעדי קידושין (לעילה).

6. גם לצד שעבירה זו אינה מן התורה ופסולו של העובר עליה לעדות אינו מן התורה, עדיין הווי לכאורה לכל היותר ספק קידושין, כיוון שהכרעת הרמב"ם והשולחן ערוך שהמקדש בעדים פסולים מדרבנן – הווי רק ספק קידושין. ויש מקום רב לומר שבכל הנוגע לפסול הוולד לקהל מוקמינן לאישה על חזקת פנויה ונחשב הוולד כשר גמור ולא ספק. ואפילו אם תמצי לומר דלא אמרינן הכי מכל מקום הווי רק ספק ומצטרף לשאר ספקות, וכל שכן כאן שהעיקר להלכה דעד כזה פסול מן התורה, כנ"ל, מחמת קרבה לעריות ושכונות דידן מסתבר גם שנפסל אף משום גילוח זקנו בתער אף על פי שאין על זה עדות גמורה.

י. עדיין צריכים אנו לבחון שמא אין לפסול את העד בעבירות משום שאפשר שאינו מזיד בהן ולא משמע ליה איסורא, שיש המורים היתר לעצמם בגילוח בתער ובריקוד או חיבוק עם נשים.

והנה לגבי גילוח בתער כבר מצאנו סברה זו מפורשת בשו"ת רבי עקיבא איגר (מהדורא קמא סימן צו) וזו לשונו:

עוד נראה לי לדון בעיקר הדבר, אחר דמבואר בשולחן ערוך חושן משפט (סימן לד) בראו קושר ומתיר בשבת ולא הודיעו לו תחילה שאסור תולין שלא ידע שהיא מלאכה, אם כן יש לומר דהשחתה בתער דנתפשט בעו"ה אצל הרבה לא חשב שזהו איסור כל כך, דלא משמע להו לאינשי דאסור, וכאשר באמת נזכר בג"ע דהשיב להמוכיח שהרבה אנשים חשובים עושים כן, וכיון דבאמת פשתה המספחת בזמנינו גם לאותן הנזהרים בשאר דברים נדמה להם דאינו איסור כל כך.

ואף דלא התנצל עצמו כן בפני הבית דין, מכל מקום זה אינו מגרע, כמו שכתב בתשובת מהרי"ט (חלק אבן העזר סימן מג) דאפילו הווי הודאה, מכל מקום אין אדם משים עצמו רשע ולא נפסל בזה עיין שם, גם הא מבואר (בסימן לד סעיף הנ"ל) דצריכים להודיע שעושה זה פסול, ואף דמשמע דקאי על מצחק בקוביא או גבאי אבל ברואה שמחלל שבת נזכר רק שיודיעהו שזהו מלאכה ושהוא יום שבת, דהטעם דכל שמודיעים אותו שזהו מלאכה יודע ממילא שפסול לעדות, אבל במשחק ומוכסן דהרבה נמצאים ורואים שאין בית דין מוחים חושב דכשר לעדות, אם כן הכא נמי יש לומר בגלוח זקן דרבים עושים כן.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וביותר כיון דרואין כמה פעמים שבית דין מקבלין עדות ממגולחי זקן, ובאמת הטעם שאין יודעים אם גולח במספרים או בסם או בתער אבל המון עם שמבינים מה בתער ומה במספרים וסם, המה רואים שהבית דין מקבלין עדות מהם וחושבין שלהבית דין גם כן הכרה זו, מזה שפטו שכשרים לעדות.

אכן למעשה מבואר בשולחן ערוך (חושן משפט סימן לד סעיף כד, הוא שציין רבי עקיבא איגר בדבריו) שכדי לפסול את העד לעדות מחמת עבירה צריך שידע שהיא עבירה ולא זו בלבד אלא שצריך גם שידע שנפסל בה לעדות. אלא שלמעשה יש לחלק בין תנאים אלה, שכבר כתב והכריע להלכה הנתיבות (שם ס"ק טז) שבאיסור תורה שיש בו מלקות, שפוסל מן התורה, די שידוע שאיסור הוא ואין צריך שידע שנפסל בו לעדות. והנה עתה רוב מי שקרויים 'דתיים' יודעים על כל פנים שיש איסור בגילוח בתער וכמו כן בקרבה לעריות, אלא שיש מהם שמזלזלים באיסורים אלה וכל שכן שאינם יודעים שנפסלים בהם לעדות, ברם לפי דברי הנתיבות באיסור תורה עדיין נפסלים בעבירות כאלה.

ודברים מפורשים בזה ערוך השולחן (חושן משפט שם סעיף ח) דכל מה שאפשר להכשיר בכהאי גוונא הוא כשבאמת נדמה להמון שאין שום איסור בדבר, אבל כשיודעים שיש איסור אלא שמזלזלים בו – ודוגמה לזה נקט גילוח הזקן בתער – בזה לא אמרו שכשר.

ולכשנציין היטב בדברי רבי עקיבא איגר – אף הוא לא הכריע שעד כזה כשר לעדות, אלא שלהתיר את האישה בלי גט אי אפשר, כיוון שהרבה מזלזלים באיסור ו"נדמה להם דאינו איסור כל כך" ו"לא חשב שזהו איסור כל כך דלא משמע להו לאינשי דאסור", ואפשר דזו אינה סברה להכשיר את העד אלא שלא יהיה ודאי פסול כי אם ספק, וממילא צריכה גט מספק, אבל לעניין הכשר הבת לקהל יש לומר שלכל הפחות הווי ספק שמא נפסל העד, ולפי הנ"ל יש לומר דלעניין זה מוקמינן את האם על חזקתה ואין הבת נחשבת אפילו ספק פסולה. ובפרט יש לומר כך כיוון שרבי עקיבא איגר גופיה במסקנת דבריו (לאחר שדן גם מצד עבירת מסירה של ממון ישראל לגויים וגם לגביה כתב שבמציאות בזמנו יש לומר גם לגביה שלא משמע להו איסורא) כתב "לזה אין בכחי להתיר בנדון דידן וראוי לקבל גט" – ומשמע שאין הדבר ברור לו לאסור ולהכשיר את העדות, אלא שגם לסמוך לקולא אינו יכול, ואפילו הכי לא כתב דחייבת לקבל גט מן הדין (ולכל הפחות מספק) אלא "וראוי", וכל זה באיסור אשת איש אבל בחייבי לאוין, וכל שכן בשאלת של ממזרות שספק ממזר מותר מן התורה, ודאי יש לומר גם על פי רבי עקיבא איגר שמידי ספק לא נפקא, ובספק אשת איש דינו כדי לצרפה לשאר ספקות להיתר לקהל ובפרט שכאמור בספק עדות יש להעמידה על חזקת פנויה.

יא. ונוסיף לבאר ולחזק את האמור, שהרי יסוד הדין שכשמורה היתר לעצמו אינו נפסל הוא בסוגיה בסנהדרין (כה, ב) שמתחילה הכשירו חמסן דיהיב דמי לעדות וביארו תוספות דהיינו אף על גב דעבר על "לא תחמד" משום ד"לא תחמד לאינשי בלא דמי משמע להו", ועוד שם (כו, ב) שהכשירו קוברי המת ביום טוב משום דסברי מצווה קא עבדינן. והנה בשני אלה לא מדובר במי שידוע שיש איסור בדבר אלא שאינו יודע את חומרתו או שנפסל בו לעדות, החמסן לפי מה שסברו כשהכשירו סובר שאין כל איסור בהתנהגותו כיוון דיהיב דמי, וקוברי המת לא זו בלבד שאינם סבורים לעשות איסור אלא אדרבה "סברי מצווה קעבדי".

ואכן נפסק בשולחן ערוך (שם סעיף ד) שקוברי המת ביום טוב כשרים לעדות. אבל אפילו בהני דסברי מצווה קעבדי הביא שם בבית יוסף דעת רבנו ירוחם שמדרבנן על כל פנים פסולים הם, ותמה עליו הבית יוסף דממה נפשך – או יפסלו מן התורה או יוכשרו אף מדרבנן. והב"ח (שם) סבירא ליה כרבנו ירוחם וביאר דהיכא דעבד איסורא אף שטועה להורות היתר לעצמו פסול על כל פנים מדרבנן ולדעתו זו גם דעת תוספות ובהמשך הסימן (בדין ערב ועדים דהלוואה בריבית) האריך

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לבאר שאכן זו דעת תוספות. וכביאורו בדברי תוספות עולה גם מהמהרש"א (סנהדרין כה, ב) ומהמשנה למלך (הלכות מלווה ולווה פרק ד הלכה ד).

ועיין שו"ת תורת חסד (אבן העזר סימן ו) שחזק סברה זו וביאר שגם הראשונים שלכאורה לא נקטו כן בקוברי המת אפשר שיודו לסברה זו אם התקיימו שני תנאים אלה: א. שלא מדובר במי שאינו יודע כלל מהאיסור כי אם במי שיודע את עיקר האיסור אלא שמורה היתר וקולות לעצמו; ב. שאינו סובר שעושה הוא מצווה. ולהלן יובאו עוד מדבריו.

ועיין בתומים (שם ס"ק ב) שביאר דלדעת רבנו ירוחם דאנו פוסקים כמאן דאמר דמן הדין פסולין מן התורה ולא כמאן דמכשיר משום דסברי מצווה קעבדי, אלא דסבירא ליה דאין בקבורת המת איסור תורה ביום טוב, דהוויא מלאכה שאינה צריכה לגופה, ולהכי אינם נפסלים אלא מדרבנן. ולפי דבריו סבירא ליה לרבנו ירוחם דאף באיסור דרבנן לא מהניא האי סברה להכשירם. ובחידושי הרי"ם (שם) נקט גם כן כעין דברי הב"ח.

יב. זאת ועוד אחרת שאומנם פסק השולחן ערוך כנ"ל, והוא כפסק הרא"ש והטור, ולכאורה היא גם דעת הרמב"ם (פרק יב מהלכות עדות הלכה א [ועיין להלן]) וכמו שכתב בבית יוסף שם. אבל בדעת הרי"ף יש מבוכה בדבר, שהרא"ש הבין מדבריו ומגרסתו בגמרא שפסק שפסולים, והבית יוסף עצמו נחלק עליו וכתב שיש לפרש שגם לדעתו כשרים, ובכנסת הגדולה (הגהות בית יוסף שם אות י) כתב שאין דעתו נוחה להכריע בסתם שכשרים דהא יכול המוחזק לומר קים לי, ושמע מינה דסבירא ליה דאין זו הכרעה מוחלטת להכשיר, שאילו כך הייתה לא מהני קים לי, ומינה דגם לעניין איסורא, אף דאזלינן ביה לחומרא וכמו שכתב בהדיא, מכל מקום לכל הפחות יש מקום לצרף סברת הרי"ף אליבא דהרא"ש וסברת רבנו ירוחם, שלפי הנ"ל היא גם דעת תוספות, ולומר דהעדים פסולים כיש עוד סברות לומר כך, או לצרפה להיתרים שמטעמים אחרים שמלבד פסול העדים.

ועיין עוד בברכי יוסף (חושן משפט שם) שהאריך טובא בעניין זה וכתב שגם הריב"ש – אף שלדינא הכריע להכשיר את העדים – אפשר שהבין בדעת הרי"ף שפוסלם, ושכן נוטה דעת הנימוקי יוסף. ועוד הביא מתשובת הרשב"א שפסל עדים כהאי גוונא ומהעיטור דהכי סבירא ליה.

ומעתה שדעת הרי"ף אליבא דהרא"ש ונימוקי יוסף ודעת העיטור והרשב"א דכהאי גוונא נפסל העד (ולכאורה היינו מדאורייתא) ונוסף לזה דעת תוספות ורבנו ירוחם דנפסל על כל פנים מדרבנן (וכבר התבאר שגם פסול לעדות מדרבנן הווי לפחות ספק שמא אין הקידושין בפניו קידושין, וכל שכן לביאור התומים בדעת רבנו ירוחם דפסול מדאורייתא אם העבירה עצמה הייתה עבירה דאורייתא, ועיין בתפארת יעקב לחושן משפט שם שהחריה החזיק אחריו וכתב כן) וכך צידד הב"ח לדינא וגם התומים והחידושי הרי"ם עשו סניגורין לדבריו – ודאי שיש בכלל הני קמאי ובתראי לכל הפחות כדי סמיכה להקל בצירוף טעמים אחרים ובפרט בנוגע לאיסור ממזר שספקו מותר מן התורה.

יג. ועוד דדעת החוות יאיר (סימן קז) – הובאו דבריו בפתחי תשובה (חושן משפט שם) – דאין העדים כשרים בכהאי גוונא בסתמא אלא היכא ששאלנום ותירצו עצמם (ודלא כרבי עקיבא איגר בתשובה הנ"ל ומשאת בנימין סימן נא), ותנאי זה הלוא לא התקיים בנידוננו. ואומנם לא הכריע לפסול את העד אלא היכא שהוא לפנינו ושאלנוהו ולא תירץ את עצמו, מה שאין כן כשאינו לפנינו, אבל משמעות לשונו שאף בכהאי גוונא הוא מסופק שמא יש לפוסלו (ולכאורה היינו דכשהוא לפנינו ולא תירץ עצמו מוכח שאין התירוץ על שגגתו אמת, אבל כשאינו לפנינו אין לנו הוכחה והווי ספק), ונמצא דלדידיה נפסל העד מכל מקום ולכל הפחות מספק (שמא ידע באיסור ושמא לא ידע בו).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ועיין בב"ח הנ"ל שחילוק בין טעות שרוב העולם טועים בה לתלייה בטעות אפשרית אומנם אך שאין רוב העולם טועים בה (וחילוק כעין זה סבר למימר גם הריב"ש בסימן שיא – הובאו דבריו בבית יוסף הנ"ל – אלא שלפי סברתו שאכן לדינא קוברי המת ביום טוב כשרים דחה חילוק זה מהלכה, וכעין זה כתב גם מהר"ש בתשובה – אכן העזר סימן מב, ולדעתו מהני חילוק זה לפסול מדרבנן והוא טעמו של רבנו ירוחם שפסל קוברי המת מדרבנן), ולפי חילוקו אין דברי החוות יאיר נסתרים ממה שפסק הרמב"ם (עדות יב, א הנ"ל) שמחלל שבת בדבר שרוב העולם אינם יודעים שהוא מלאכה אינו נפסל אלא אם הודיעוהו. יד. ועוד דכתב הרמ"א (בתשובה סימן יב שהובא מקצתה לעיל):

ותו, דהא גלוי לכל דאלו שנים עדים שהעידו הם חשודים [...] וניכרים לפוחזים ורקים לכל אדם. אף על גב דלא ידעינן בהו שהם פסולים ממש, מכל מקום מאחר שהוחזקו בפי כל לפוחזים ורקים פסולים הם לעדות כזה. וראייה מהא דכתב מהרא"י בפסקיו סימן רכ"ד בענין התרת אשה שמת בעלה [...] ומהשתא נדון קל וחומר, שהרי לאסור אשה על בעלה בעי עדות טפי מלהתירה [...] ותו דלא גרע מעם הארץ דפסול לעדות [...]

והדעת נותנת שמי שניכר מתמונותיו שנהג קלות ראש בחיבוק נשים בפרהסייה (ומדהווי בפרהסייה הו"כ גלוי לכל), ובלאו הכי מסתבר ש"גלוי לכל" נצרך בנדון הרמ"א רק כדי לסמוך שזו המציאות, אף ללא עדות ברורה, ותמונות מבררות לנו לא פחות מזה) ושסתבר גם שגילח בתער – לפחות יש לדנו גם כן כפוחזים ורקים וכעם הארץ הפסול לעדות לפחות מדרבנן. (וכבר הוזכר לעיל מדברי היביע אומר על פי שו"ת צמח צדק שבפסול זה גם אין חיסרון של קבלת עדות שלא בפניו אף לסוברים שבפסולים אחרים יש חיסרון כזה.)

טו. עוד יש לומר מעתה לפי מה שכתב התומים (שם ס"ק יב) עוד:

משום דסבר מצוה קא עבידנא וכו' – יש לתמוה במה שכתבו תוספות סנהדרין (דף כה ע"ב ד"ה מעיקרא וכו') [ש]הקשו למה חמסנים פסולים מדרבנן יפסלו מדאורייתא דהא אמרינן (בבא מציעא ה, ב) לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו, ומשמע מן התורה אף דיהיב דמי עובר בלאו [...] ולא הבנתי קושייתם דמה בכך דטועים, מכל מקום נעשה להם כהיתר וטועים הם בדין [...] ודוחק לומר כי הך סברא תליה בפלוגתא דרב הונא בריה דרב יהושע ורב פפא בקוברי מת ביום טוב [...] ואם כן קושית התוספות דהא זה דהוסיפו עליהם לפסול החמסנים מדרבנן ברייתא היא ואם כן קשיא לרב פפא למה אינם פסולים מהתורה [...]

ולכן מה שיש לתרץ הא דאמרינן דלאינשי נעשה להיתר אין זה כלל מוחלט, דאטו לא יש אנשים בעלי תורה וכדומה דיודעים שהוא אסור איסור תורה, ואם כן עשית לכל העולם עמי הארצים שדיני תורה נעלם מהם, ואם הוא ספק אם ידע איסורו ומכל מקום עברו או דלא ידע ואשם איך נוציא ממון מספק, וצריך לומר הואיל ויש לו חזקת כשרות אוקמינן בחזקתו דסתמא דלא ידע ואילו ידע לא היה עובר עליו, רק זהו אי לא איתרע חזקתו, אבל כיון דרבנן פסלוהו לחמסן והוא עבר, אם כן הרי איתרע חזקת כשרותו מדחזינן לו דעבר באיסור דרבנן ואם כן חזר הדבר לשל תורה דאולי ידע ועבר והרי זה ספק פסול מהתורה, כך קושית התוספות דעל כל פנים הוה ליה להיות ספק פסול של תורה שלא להוציא ממון על פי עדותו אפילו בלי הכרזה כדין פסול תורה, וכן שארי נפקא מינה שיש בין פסול תורה לדרבנן, וקושית התוספות שפיר, אבל במקום דנוכל לומר דאף מדרבנן כשר דאוקמינן ליה בחזקת כשרות אמרינן דטעה וכשר לכולי עלמא.

שוב מצאתי סברא זו בתשובת פני משה (חלק ב סימן קה) ד[ב]עבר איסורא דרבנן תו ליכא למימר אוקמי ליה בחזקתו חזקת כשרות ואיתרע חזקתו, וכן

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מסייע ליה סברא דעבר איסורא דרבנן חשוד לשבועה אף שהוא איסור תורה, שמע מינה דאיתרע חזקת כשרותו ונחשד לאיסור תורה, ואתי שפיר.

ועיין ביביע אומר הנ"ל (חלק ח – אבן העזר סימן ח) שאחר שהביא סברת פסול העדים גם משום היותם עמי הארץ ושמהאי טעמא יש לפוסלם אף שלא בפניהם הביא מדברי רבי עקיבא איגר בתשובה (סוף סימן צט) שכתב להעיר על דברי הרמ"א (בתשובה סימן יב שבה פסל עדי טומאה מהאי טעמא) שהרי עדות עמי הארץ אינה פסולה אלא מדרבנן, ומדברי הבית מאיר בתשובה שם (סימן ק) שהשיב לרבי עקיבא איגר דהיינו טעמא משום שפסולי עדות דרבנן נמי חשידי לשקר, והווי להו ספק פסולים מן התורה. עיין שם, וציין ביביע אומר שכדבריו מתבאר בדברי התומים (סימן לד ס"ק יא), שמכיון שחז"ל פסלו לחמסן והוא עבר על זה, אם כן איתרע חזקת כשרותו, וחזר הדבר לשל תורה. ושכן מצא סברא זו בשו"ת פני משה חלק ב (סימן קה). עיין שם. וכן כתב הגאון מהר"י אסאד בשו"ת יהודה יעלה (חלק יורה דעה סימן רצג וחלק אבן העזר סימן קפה). ובשו"ת בית שלמה (חלק אבן העזר סימן פט). ובשו"ת מהרש"ם חלק ב (סימן קכז) ובשו"ת תורת חסד מלובלין (חלק אבן העזר סימן ו). ועיין עוד בשו"ת רבינו יוסף מסלוצק (סימן ס). עיין שם [...]

ומבואר מדבריו שגם לגבי סברת הבית מאיר – לא רק לעניין קבלת עדותם כשבאים להעיד לפנינו (כהאי עובדא דהרמ"א) סמך על סברה זו דחשידי לשקר, אלא אף כשאנו מחזיקים דוודאי התקדשה בפניהם (ואין אנו צריכים להאמינם על כך) אלא שאנו דנים אם היו כשרים, כנידון דידן, סבירא ליה דמהניא נמי האי סברא – והשווה אותה לסברת התומים – והיינו דכיוון דחשידי להעיד שקר נחשבים ספק פסולי עדות בעצם, שקידושין שנעשו בפניהם – פסולים או לפחות ספק פסולים הם (ומוקמינן לה בחזקת פנויה). ועיין שם שסיים:

ואף על פי שנעשו הקידושין בפני המון עם, והיו שם הרבה עדים כשרים, מכל מקום כיון שייחדו עדים לכך, כוונתם היא שרק העדים שייחדו יהיו עדי הקידושין ולא השאר [...]

וגם דברים אלה נוגעים כמוכן לנידוננו. ומלבד זאת גם מהם מבואר שפסול זה שמשום חשוד או עם הארץ וכן כל מה שמוחזק בספק פסול מחמת שהוחזק לעבור על איסור דרבנן וכו' – כולוהו הווי פסולים בעצם, ולא רק שאין אנו מקבלים את עדותם כשמעידים לפנינו, ולכן גם אם היו כשרים עימם אין אנו חוששים לקידושין (שהלוא אם לא היו פסולים בעצם ורק אנו לא היינו מאמינים להם, אם כן מאחר שהוחזק לנו שהתקדשה על כל פנים בפניהם, וכל שכן אם יעידו על כך אחרים – שהיו שם ולא יוחדו לעדים, [שפשוט שאין זה מונע מה להעיד על המעשה בבית דין ולעניין עדותם זו אינם נפסלים מכוח ראייתם את העדות עם הפסולים יחד, כל עוד לא העידו עימם בבית דין, ואכמ"ל] לא היה מהני, גם בנידון דידיה, ייחודם של הפסולים לעדים).

ובשו"ת תורת חסד (אבן העזר סימן ו) כתב:

[...] אף על גב דלא משמע לאינשי איסורא מכל מקום פסולים מדרבנן הכי נמי כן בקוברי מת ביום טוב דסבורים שמותר ומצוה עבדי מכל מקום פסולים מדרבנן, ואתי שפיר. שוב ראיתי בתומים (סימן לד ס"ק יא [צ"ל יב]) שפירש בדברי התוספות דסנהדרין הנ"ל משום דהא דאמרינן דהיכא דלא משמע להו לאינשי איסורא לא נפסלו העדים היינו רק משום דמוקמינן להעדים בחזקת כשרות דידיהו דאילו היו יודעים האיסור לא היו עוברים וזהו רק באם העדים לא איתרע חזקתם, אבל אם כבר איתרע חזקת כשרותו אף מחמת שעבר באיסור דרבנן ממילא חזר הדבר לשל תורה ופסול מן התורה עד כאן דברי התומים, וכן מבואר בתשובת מהר"ק (בשורש יז) [...] ולפי זה בעדים שהם מפורסמים לריקים ופוחזים [...] דבודאי מכבר איתרע חזקת כשרות דידיהו אם כן אף מדאורייתא אין להכשיר עדותם ולתלות שטעו, ובפרט בדבר שאין רוב

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

העולם טועים בזה וכן"ל, (ובזה יש לומר דכולי עלמא מודו אף אם לא נימא כדברי התומים לענין חמסנות [...]) וגם לפי מה שכתבנו לעיל מדברי הרמב"ם והשולחן ערוך דמשמע שלענין העדר הידיעה לומר שלא ידע האיסור זאת לא תלינן רק בדבר שרוב העולם טועים בו [...]

ובנדון דידן אין צריך לכל זה רק כמו שכתבנו לעיל מכמה טעמים נכונים, ומצורף לכל הנ"ל, דהנה דברי הרמ"א בתשובה (סימן יב) לענין עדים שניכרים לריקים ופוחזים אף על גב דלא ידעינן בהו שהם פסולים ממש מכל מקום מאחר שמוחזקים לפוחזים וריקים הם פסולים לעדות כו' ולא גרעי מעם הארץ דפסול לעדות כו' קל וחומר למי שהוחזקו בקלים וריקים שאין מקבלים עדותם כלל, עיין שם, וכדברי הר"מ אלבילא הובא בכנסת הגדולה [...]

וכבר הערנו לעיל שלכאורה מי שנמצאו תמונות המוכיחות שנהג בקלות ראש בקרבה לעריות ועבר על איסור זה בפרהסיה ויותר מפעם אחת, ורגליים לדבר שהיה מורגל בזה מדעביד בפרהסיה, הרי הוא כריקים ופוחזים הללו שיצאו מחזקת כשרות. והדבר ברור שגם מי שלא יודע גדרי האיסור בזה יודע ומבין שאין התנהגות זו מדרכי הצניעות והנהגת בני ישראל הכשרים, וממילא ודאי שעל כל פנים איתרע חזקתיה, ומאחר דאיתרע חזקתיה שוב הן לענין איסור זה עצמו והן לגבי איסורים אחרים כגון לענין הגילוח בתער יש לומר שאין לתלות לגביו בחזקת כשרות ולומר דסבר דהתירא קעביד, וכיוון שאי אפשר להעמידו בחזקת כשרות חזר דינו להיות פסול מן התורה לפי דברי התומים והתורת חסד הללו.

טז. וייתכן שסברה זו מועילה גם לגבי השאלה אם היה פסול כבר בעת עדותו.

וכבר מילתנו אמורה לעיל שעל דרך כלל מי שהוחזק באיסורים אלה – אף אם אנו דנים על זמן שלפני שנודע לנו לגביו שעבר עליהם, מכל מקום קשה לתלות שהיה אז כשר ו'החמיץ' אחר כך, מלבד אם מדובר במי שידוע לנו שהיה שומר מצוות בתחילה ויצא אחר כך לתרבות רעה או שעל כל פנים צריכים לדון מתקופת בגרותו לנערותו שדבר מצוי הוא שבני אדם משתנים בין התקופות הללו. מה שאין כן מי שהעיד בגיל ארבעים ונפטר בגיל שישים ונודע לנו שלפחות בין התקופות הללו הוחזק לאיסורים הנ"ל – קשה לתלות שבגיל ארבעים לא היה פרוץ בהם. אלא שעתה יש גם להוסיף על דרך דברי הפוסקים הנ"ל דכמו דמהני מה שהוחזק אפילו באיסור דרבנן כדי לומר דאיתרע חזקת כשרותו לענין איסורי תורה, הוא הדין שיש לומר דמי שהורעה חזקת כשרותו – מהניא הרעת חזקתו גם לזמן שלפני שנודע לנו שאף אם נאמר שיש לו חזקה מכל מקום חזקה שהורעה היא ואף דחזקה דמעיקרא עדיפא על חזקה דהשתא בכל מקום מכל מקום סמוך חזקה דהשתא זו לחזקה דמעיקרא של האישה שפנויה הייתה ונימא דאין קידושיה קידושין ולכל הפחות נימא דמשהורעה חזקת כשרות העד הווי ספק קידושין ולא קידושי ודאי, וממילא יצאה הבת מוודאי פסול לספק ובצירוף ספקות אחרים יש להכשירה.

ובלאו הכי נמי הרי הקשה קצות החושן (סימן לד ס"ק ה) בעיקר הדבר שאין אנו פוסלים למפרע מי שנודע לנו שנפסל בעבירה ולא נודע לנו מתי נעשתה משום חזקת כשרות שהייתה לו מעיקרא, אמאי לא נצרף חזקת ממון לחזקה דהשתא של העד כי היכי דבמקווה שנמצא חסר מצרפינן חזקה דמעיקרא של הטמא שטבל בו למאי דנמצא השתא חסר ומטמינן ליה למרות חזקה דמעיקרא של המקווה. עיין שם. (ואף שנידונו הוא כשלא נודע מתי נעשתה העבירה ולא דן לפסול למפרע קודם שנעשתה, שזה פשוט שאינו נפסל למפרע. מכל מקום בנידונו אף אם ייודע לנו מתי צולמו התמונות שמהן ראינו להיותו פרוץ בקרבה לעריות מכל מקום כיוון שיש לנו להחזיק שאין זו עבירה שנעשתה פעם אחת אלא שהיה פרוץ בה, וכל שכן לגבי הגילוח בתער שכל עיקר ראייתנו אינו מעדות על מעשה מסוים של גילוח בו אלא שמציאות סכיני גילוח בביתו מוכיחה שהיה פרוץ בעבירה של גילוח זקנו בתער – לא נודע לנו מתי החל להיות פרוץ בעבירות אלה.) ומעין זה הקשה התומים לעיל שם (ס"ק ח) בגוונא אחרניא.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובנתיבות המשפט (שם ס"ק טו) כתב לתרץ דשאני חזקת טמא מחזקת ממון, דחזקת ממון אינה חזקה המבררת אלא שאי אפשר להוציא מן המוחזק בלי ראייה.

ולפי דבריו כשאין הנידון על ממון אלא על קידושין, דחזקת פנויה של האישה ודאי דמיא לחזקת טמא, שפיר יש לנו לצרפה למאי דאיתרע העד השתא ולומר דאינה מקודשת או לפחות דהווי ספק מקודשת ולא ודאי.

ובחידושי הרי"ם (שם ס"ק כ) תירץ באופן אחר, שעל כל זמן שאין לגביו עדות ברורה לפסול את העדים נחשבות כל החזקות כחזקות נגד עדים, דעדים עדיפי, ולא דמי לההיא דמקווה דהתם החזקות הן נגד חזקות אחרות גרידא. עיין שם בדבריו. וגם לפי דבריו יש לומר דכל זה שייך כשהעדים קיימים ומעידים לפנינו, או בנידון דהתם שהוא בעדות שבשטר שהרי הם כמי שנחקה עדותן בבית דין וכמעידים לפנינו. אבל בעדי קידושין שאינם מעידים לפנינו ואף אם קיימים אלא שאישה זו מוחזקת אצלנו שהתקדשה בעדים הרי אין זו אלא חזקה גרידא ושפיר יש לומר כסברת התומים וקצות החושן דאם לנגדה יעמדו שתי חזקות שמכוחן יש לומר שאינה מקודשת – חזקה דהשתא של עדי הקידושין שמכוחה יש לומר שהיו קידושיה בפסולי עדות (אלא שאין זה ודאי כיוון דיש לומר השתא הוא דאיתרעו ואיפסילו) וחזקת פנויה שהייתה לה מעיקרא – מהנו הני חזקות לסתור החזקה שהחזקנה מקודשת.

יז. לא נותר לנו אלא לדון על הצד שפסולו של עד זה הוא מדרבנן משום דעת הסוברים דקרבה לעריות לאו דאורייתא או מחמת הסברה דהמורה היתר לעצמו אינו נפסל שלא בהתראה אלא מדרבנן – אם יש לומר שאינו נפסל אלא בהכרזה, והלוא על עד זה לא הכריזו. ואומנם התבאר לעיל כמה צדדים שנפסל מן התורה, וזה ודאי אינו צריך הכרזה, אך כיוון שצירפנו גם הסברה שנפסל מדרבנן ואפילו הכי נעקרו הקידושין או הווי קידושי ספק – עלינו לברר אם אכן אפשר לצרפה או שמא אי מדרבנן הוא – אינו נפסל כיוון שלא הכריזו עליו.

וכמה תשובות בדבר – מהן לעניין פסולו מחמת הגילוח בתער אף אי נימא דאינו נפסל מדאורייתא משום דמורה היתרא, ומהן לעניין פסול חשוד על העריות אף אי נימא כמו כן או דנימא דכל עצמו של פסול זה – דרבנן הוא:

האחת, שכתב מהרי"ט (אבן העזר סימן מג) שיש להסתפק בעובר עבירה דאורייתא אך אינו נפסל אלא מדרבנן כגון שאינו בר מלקות, שמא אינו צריך הכרזה ולא אמרו דבעי הכרזה אלא בעבירה דרבנן. והמשנה למלך (הלכות מלווה ולוה פרק ד הלכה ו) ואחריו הברכי יוסף (חושן משפט סימן לד ס"ק כו) האריכו טובא בזה והראו פנים לדברים הללו (אף שהראו דמכל מקום אינם מוסכמים) והברכי יוסף (שם) הביא גם מתשובת בעל כנסת הגדולה דהכי סבירא לדידיה נמי, ואף סתם (שם ס"ק ו) כסברה זו. גם רבי עקיבא איגר בגיליון השולחן ערוך (שם סעיף לד) הביא סברה זו של מהרי"ט ואת דברי המשנה למלך באחרונה.

ועוד דכתב מהרי"ט (שם) דרק לעדות ממון בעי הכרזה, אבל לעדות איסור נפסל בלא הכרזה (כיוון שטעמא דבעי הכרזה הוא משום שלא רצו חכמים להפסיד לאחרים), וכוותיה סבירא ליה גם לרדב"ז (חלק ג סימן תקנ"ג (תקפ"ג)), וכן כתב מהריק"ש בשמו, אלא דמהריק"ש גופיה נראה כמסתפק בזה, והובאו דברי המהרי"ט אלה ודברי מהריק"ש בברכי יוסף (שם). ועיין שם שכתב שכן משמע ברדב"ז גם בחלק ב [כוונתו לחלק א שבדפוסים המצויים אצלנו שבדפוס ראשון נדפס כחלק ב] סימן מג). ואומנם הברכי יוסף האריך שם להביא דברי החולקים והרבה עליהם רעים להוכיח שאין לחלק, אבל סניף וצירוף יש מכל מקום מדברי מהרי"ט ורדב"ז הללו וספקא דמהריק"ש. והמשנה למלך הנ"ל גם הוא הביא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

סברה זו ואף שהביא דברי החולקים עליה – לא דחאה אלא צירפה לספקות ולצדדים שמנה שם בנידונו.

ועוד שכתב ערוך השולחן (שם סעיף כה) דאם התפרסם ברבים שעבר עבירה זו הווי כהכרזה, ומאחר שנודע לנו שהאיסורים שעבר בקרבה לעריות היו בפרהסייה וביותר מפעם אחת מסתבר דהווי כהתפרסמו ברבים באותה שעה, ולפי הנחתנו שקרוב לוודאי שהנהגה זו לא התחדשה אצלו בזמן מאוחר אלא הייתה כבר כשהיה עד באותם קידושין יש רגליים לדבר שגם הייתה ידועה כמו כן אצל רבים אז, אף אם לא כולי עלמא ידעי לה (ואולי לכן לא נמנע הרב מסדר הקידושין ליטלו כעד [אם כי בלאו הכי אין כל כך ראייה מהנהגת הרב כי ידוע שיש רבנים שאינם מדקדקים בכשרות העדים כדין ומהם שאף לכתחילה נוטלים עימם עדים מפוקפקים כשמסדרים קידושין אצל מי שאינם שומרי מצוות, מתוך הנחה שאפשר שייכשלו אחר כך ומוטב שיהיו קידושיהן פסולים, ואכמ"ל במקום שאמרו לקצר וכבוד א-לקים הסתר דבר]), ולדברי ערוך השולחן הווי כהכרזה.

ועוד שהרי מבואר בתשובת הרשב"א (סימן אלף רלז ובמיוחסות סימן קלג) שפסל עד חשוד על העריות לעדות אישה, אף שלפי מה שמשמע שם – לא הכריזו על אותו עד. ועיין תשובת רבי עקיבא איגר (קמא סימן צט) שהוכיח מתשובת הרשב"א האמורה שחשוד פסול לעדות אישה לגמרי (ואינו נידון כספק גרידא) והיינו אף אם אינו אלא "חשוד" שאין ראייה ועדות שעבר באיסורי עריות (שכנ"ל גם זה בגדר חשוד, אלא שכשעבר בקרבה לעריות בפשטות הוא פסול דאורייתא, וכזה הוא נדון דין אלא שהזקקנו לדון גם על הצד שאף בזה אינו פסול אלא מדרבנן), והבית מאיר השיבו (שם סימן ק) וצידד בתוך דבריו ללמוד מדברי הרשב"א שגם אין צריך הכרזה – והוא הדין ששאר פסולים דרבנן אינם צריכים הכרזה – כדי להיפסל לעדות איסורין (והיינו כעין סברת הפוסקים הנ"ל) ורבי עקיבא איגר גופיה השיב לו (שם סימן קא) והסכים שלכל הפחות לעדות אישה עצמה נפסל החשוד אף ללא הכרזה.

גם בטיב קידושין (למהרא"ל צינץ, סימן מב ס"ק כ) כתב כדבר פשוט שהחשוד על העריות נפסל לעדות אישה אפילו ללא הכרזה (ומה שהקשה שם מכוח זה ורצה ללמוד מזה סייעתא לסברה דחשוד בעלמא לא מפסל אלא כשיש עדים שבא על הערווה, אינו נוגע לנידונו כיוון שבנידונו אכן הוכח שעבר על איסורי קרבה לעריות על כל פנים ואינו רק 'חשוד', ופשוט שאף הוא לא נקט בא על הערווה בדווקא אלא עיקר כוונתו דאיכא עדים ולאפוקי חשד בעלמא).

גם הגאון רבי יצחק אלחנן (בעל באר יצחק, נחל יצחק ועוד) כתב כדבר פשוט בתוך תשובתו הנדפסת בספר מור ואהל (קונטרס אוהל ארץ נוד, יורה דעה סימן קצה) אגב דיונו המתייחד עם אשה נדה הוא בכלל חשוד על העריות דמשמע דחשוד על עריות פסול לעדות נשים אף בלא הכרזה (והוזכרו דבריו בצ"צ אליעזר חלק יז סימן לב).

ולכל הנידון כולו נוסף בקצרה ונעיר כי הגם שהובא ברמ"א (אבן העזר סימן מב סעיף ה) שהמקדש בפסולי עדות יש אומרים דחיישינן דחזרו בתשובה, מכל מקום פשוט שחשש זה אינו אלא להצריך גט לכתחילה ולא לעניין חשש ממזרות, ועוד שאפילו היו אומרים כן גם לעניין זה – פשוט שיכולנו לסמוך לעניין זה על החולקים שהביא שם. ועוד שכבר כתבו החלקת מחוקק (שם ס"ק יז) והבית שמואל (שם ס"ק כב) שאין הדברים אמורים אלא שמי שנראו בו אחר כך סימני טהרה והוכיח סופו על תחילתו, וזה אינו בנידון דידן.

ועיין שו"ת תורת חסד (אבן העזר סימן ו הנ"ל) עוד אריכות דברים בזה (אף שלא כל מה שכתב שם שייך לנידונו) ועיקרה דוודאי אין לחוש שעשו תשובה אם לא ראינו מעשה שיוכיח כן, ושאף באופן ולדעות שיש לחוש לכך היינו בישראל כשר שנפסל בעבירה אחת אבל אין לחוש לכך (ואף שעבר עליו יום הכיפורים) במי שהוחזק בעבירה ואיתרע חזקת כשרותו (ויש להוסיף שלעניין זה הרי הסברה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דלעיל דמורה היתרא וכו' היא בבחינת תקנתו – קלקלתו, דאם נחוש או נחזיק שמה שעבר עבירות אלה הוא משום שקלות הן בעיניו ובעיני עמי הארץ כוותיה – היא הנותנת שמהאי טעמא אין לתלות כלל שעשה תשובה עליהן, שמאחר שלא יחשוב לו עוון – מהיכי תיתי שישוב ויינחם עליו).

לסיכום

1. אם המבקשת הניצבת לפנינו התקדשה בקידושין שאחד מעדיהם ככל הנראה היה פסול לעדות מחמת עבירת השחתת הזקן בגילוח בתער ומחמת היותו בגדר 'חשוד על העריות' היינו שעבר על איסור קרבה לעריות בחיבוק וכו'.

על השחתת הזקן יש עדות שמכוחה יש חזקה ואומדנה שאכן עבר עבירה זו ובכלל זה אומדנה שנהג כך גם טרם היותו עד ונפסל, לכאורה, לעדות. ואת היות העד 'חשוד' יכולים אנו לקבוע בוודאות כעל פי עדות גמורה מכוח תמונות שראינו בעינינו, ויש חזקה ואומדנה שפסול זה לא התחדש בעד לאחר היות עד בקידושין אלא היה בו קודם לכן.

העד אינו לפנינו ואין לו כל נפקות גם בדברינו שהרי זה שנים שאינו בין החיים, כל נידונונו הוא לגבי עדותו שבקידושין עצמה, וממילא לגבי תוקף הקידושין, וכלפי זה יש לומר דאין אנו צריכים עדות גמורה אלא די לנו בחזקה ואומדנה שעל פיהן יש לקבוע שקידושין הללו לא נעשו בעד כשר. ולגבי הפסול שמשום 'חשוד', שעצם הפסול מבורר ורק לעניין השאלה מתי נפסל זקוקים אנו לחזקה ואומדנה, יש לצרף לזה גם סברת הפוסקים שבמקום שיש חזקה (בעניינינו חזקת פנויה) המסייעת לחזקה שנפסל העד בזמן מסוים – אין אנו מעמידים אותו על חזקת כשרותו שעד לאותו זמן אלא רואים את עדותו שמקודם לכן כבטלה.

2. הפסול שמשום השחתת הזקן בתער הוא מן התורה. וגם הפסול, הברור יותר מצד הראיות שלגביו, של 'חשוד על העריות' באופן שבנידון דידן הוא להלכה מדאורייתא והוא הן לעדי גיטין (לאפוקה) והן לעדי קידושין (לעיולה).

גם אם נרצה לחוש לצד שעבירה זו של קרבה לעריות אינה מן התורה ופסולו של העובר עליה לעדות אינו מן התורה, עדיין הווי לכאורה לכל היותר ספק קידושין, ויש מקום רב לומר שבכל הנוגע לפסול הוולד לקהל מוקמינן לאישה על חזקת פנויה ונחשב הוולד כשר גמור ולא ספק. ואפילו אם תמצי לומר דלא אמרינן הכי מכל מקום הווי רק ספק ומצטרף לשאר ספקות, וכל שכן כאן שהעיקר להלכה דעד כזה פסול מן התורה, כנ"ל, מחמת קרבה לעריות ושבנדון דידן מסתבר גם שנפסל אף משום גילוח זקנו בתער אף על פי שאין על זה עדות גמורה.

3. אין לדחות ולומר שאין העד נפסל בעבירות אלה משום פסולים הללו משום שאפשר שאינו מזיד בהן ולא משמע ליה איסורא, שכבר כתב והכריע להלכה הנתיבות (סימן לד ס"ק טז) שבאיסור תורה שיש בו מלקות, שפוסל מן התורה, די שיודע שאיסור הוא ואין צריך שידע שנפסל בו לעדות. והנה עתה רוב מי שקרויים 'דתיים' יודעים על כל פנים שיש איסור בגילוח בתער וכמו כן בקרבה לעריות, אלא שיש מהם שמזלזלים באיסורים אלה וכל שכן שאינם יודעים שנפסלים בהם לעדות, ברם לפי דברי הנתיבות באיסור תורה עדיין נפסלים בעבירות כאלה.

ודברים מפורשים בזה ערוך השולחן (חושן משפט שם סעיף ח) דכל מה שאפשר להכשיר בכהאי גוונא הוא כשבאמת נדמה להמון שאין שום איסור בדבר, אבל כשיודעים שיש איסור אלא שמזלזלים בו – ודוגמה לזה נקט גילוח הזקן בתער – בזה לא אמרו שכשר.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

גם רבי עקיבא איגר שהיה מקום לומר שלא סבר כך משמע שאין הדבר ברור לו לאסור להכשיר את העדות, אלא שלא סמך לקולא באיסור אשת איש (ואף זה רק בלשון "וראוי") אבל בחייבי לאוין, וכל שכן בשאלת של ממזרות שספק ממזר מותר מן התורה, יש לומר שמודה.

ועוד שהרי הרבה ראשונים חולקים על עיקר סברה זו שהמורה היתר אינו נפסל לעדות ומהם שסוברים שנפסל אף מהתורה ומהם שסוברים שלפחות מדרבנן נפסל, ומצאנו לגדולי האחרונים שצירפו סברתם להקל וכל שכן בצירוף טעמים אחרים ובפרט בנוגע לאיסור ממזר שספקו מותר מן התורה.

ועוד שאף לסוברים שאין העד נפסל בכהאי גוונא יש אומרים שכל זה רק כשתירץ עצמו שאכן לא ידע על האיסור, וכן יש סוברים או לעצם הסברה להכשיר או לפחות לגבי האפשרות להכשירו גם בלי שיתירץ עצמו שאין הדברים אמורים אלא בטעות שרוב העולם טועים בה.

ועוד שהדעת נותנת שמי שניכר מתמונותיו שנהג קלות ראש בחיבוק נשים בפרהסיא ושמתבר גם שגילח בתער – לפחות יש לדונו גם כן כפוחזים ורקים וכעם הארץ הפסול לעדות לפחות מדרבנן.

ועל יסוד דברי התומים וכמה אחרונים שהחזיקו בהם יש גם מקום לומר שלאחר שהורעה חזקת כשרותו משום הכי שוב יש לדונו גם כפסול מן התורה מכוח הידיעה הברורה שיש לנו על עצם מעשה העבירה הנ"ל של קרבה לעריות או מכוח החזקה והאומדנה שיש לנו לגבי העבירה האחרת של הגילוח בתער. וייתכן שסברה זו מועילה גם לגבי השאלה אם היה פסול כבר בעת עדותו (מלבד האומדנה שיש גם בנוגע לשאלה זו, ומלבד הסברה הנ"ל, שמכוח חזקת פנויה המצרפת לפסול דאיגלאי השתא בעד יש לומר שלעניין קידושיה אין להעמיד את העד על חזקת כשרותו דמעיקרא אלא לומר דאינה מקודשת).

4. העיקר להלכה הוא שפסולים אלה הם מן התורה, כאמור, אבל גם על הצד שפסולו של עד זה הוא מדרבנן משום דעת הסוברים דקרבה לעריות לאו דאורייתא או מחמת הסברה דמורה היתר לעצמו – פסולו הוא אף שלא הכריזו עליו אם משום שהעבירה עצמה היא דאורייתא, אם משום סברת כמה פוסקים שלעדות איסור נפסל ללא הכרזה אף בפסול דרבנן, אם משום הסברה שהעובר עבירה בפרסום ופרהסיא נפסל אף ללא הכרזה ואם משום שפסול של חשוד על העריות על כל פנים, לגבי עדות אישה, אינו צריך הכרזה.

5. אין להכשיר את הקידושין או לחוש להם מטעם שמא חזר העד בתשובה, שסברה זו במחלוקת שנויה ונראה שאף החוששים לה לא חששו אלא להצריך גט לכתחילה ולא לעניין ממזרות ועוד שהעיקר להלכה שאינה שייכת כלל כשאין מעשה המסייע להנחה שחזר בתשובה וכל שכן כשמדובר במי שהוחזק בעבירה בקביעות ולא נכשל בה באופן חד-פעמי גרידא.

הרב אליעזר איגרא

הרב ציון לודאילוז

התיק שלפנינו שבו [פלונית] שדמעתה על חייה (כפשוטו) מבקשת לברר את מעמדה האישי ולהתירה לבוא בקהל ה', היה לפני החתום מטה בגלגולו הקודם לפני שנים מספר, בשבתי בהרכב יוחסין בית הדין האזורי בבאר שבע. תיק זה הועבר ביוזמתנו, בזמנו, לבית הדין הגדול בהנחה שמשם יבוא ההיתר המיוחל למבקשת. במסגרת בית הדין הגדול התיק עבר מהרכב אחר להרכב הנוכחי. לבקשתו של כבוד ידידי הרה"ג אליעזר איגרא שליט"א היושב בהרכב הנוכחי, וכמי שישב בתיק בעבר, שבתי ועיינתי בנסיבות התיק למצוא צדדי היתר להתיר את המבקשת לבוא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בקהל ה'. ואכן, בסייעתא דשמיא, כמדומני, שעלה בידנו למצוא צד היתר הנשען על ביטול הקידושין של אימה של המבקשת, אבל לא מלאני ליבי לחתום על היתר זה בשעתו, ולהישען על האמור בפסק הדין שלפנינו הלכה למעשה, ללא שיצטרפו להיתר זה גדולי הדיינים היושבים על מדין.

להלן תמצית קצרצרה של הרקע העובדתי ולאחריה הדיון ההלכתי והמסקנה הנראית לעניות דעתי בנסיבות סבוכות של תיק זה.

א. בו' באדר ב' התשע"ו (16.3.16) פתחה המבקשת תיק בירור יוחסין באילת, ובבקשה כתבה:

התברר לי שאימי התגרשה מבעלה לשעבר בתאריך י"ז שבט תשנ"ה (18.1.95) בבית הדין באר שבע, ואני נולדתי כארבעה חודשים אחר כך בתאריך כ"ב אייר תשנ"ה (25.5.95), מהאבא – [פלמוני]. ברצוני לקבל היתר נישואין מבית הדין הנכבד על מנת שאוכל להקים בית נאמן בישראל.

ב. ואכן בבקשה משותפת – שאלון לסידור הגט של אם המבקשת מן התאריך הנ"ל, רשום: "הערות: חיים בנפרד כשנתיים."

בהחלטה מאותו היום רשום:

הופיעו הצדדים לסידור גט. הגט נכתב ונמסר לאשה כדת משה וישראל. להוציא תעודת גירושין לצדדים ולציין במעשה בית דין שלהם שאסורים זה לזה ושהאשה אסורה להינשא ל[פלמוני].

ואכן, במעשה בית הדין רשום: "הצדדים אסורים לחזור זה לזה והאשה אסורה להנשא ל[פלמוני]".

ביום כ"ג באדר א' התשנ"ה (23.2.95) שלח הבעל (לשעבר) בקשה לבית הדין ובה כתב:

הנני מבקש להודיע את פרטיו האישיים של [פלמוני], שבית הדין פסק שאשתי אסורה אליו, אבל לא נמסרה תעודת הזהות שלו, אך נודע לי שהוא מתכוון לשנות את שמו ואת שם משפחתו וכך שהוא יוכל להתחתן בשמו החדש עם גרושתי [...]

ג. בדיון בעניין המבקשת, ביום כ"ה באדר ב' התשע"ו (4.4.16) נרשם בפרוטוקול:

[...]

המבקשת: לפני כחודשיים גיליתי שנולדתי ארבעה חודשים לאחר גירושי אמי מאבי שאינו הבעל שאמי היתה נשואה לו.

הופיעה אם המבקשת [אלמונית].

האם: הייתי נשואה ל[אלמוני] כשבע-שמונה שנים. לא נולדו לנו ילדים משותפים. ל[אלמוני] יש כיום ילדים שנולדו במהלך הפירוד בינינו ולאחר הגירושין [...]

אנחנו התגרשנו ב-18.1.95 ולא ידעתי שאני בהיריון. רק לאחר סידור הגט הלכתי לבדיקות והתברר שאני בהיריון בחודש החמישי. ההיריון אינו מבעלי הקודם אלא מ[פלמוני]

לאחר מכן המשכנו להיות ביחד ונולד לאחר שנתיים ילד נוסף [...]

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אנחנו לא התחתנו כי היינו אסורים אחד לשני לאחר הגט, מצויין במעשה בית דין שלי.

הופיע [פלמוני].

מצהיר: הייתי נהג משאית עושה הובלות תל אביב – אילת. הכרתי את [אלמונית] וחבר טוב אמר לי שהיא התגרשה וגם היא אמרה לי שהיא גרושה, הבנתי מהחבר שהיא לא יכולה להביא ילדים ולכן היינו ביחד. לאחר מספר חודשים היא הודיעה לי שהיא בהיריון. לי לא היה שום ספק שמדובר בבת שלי. היא גם דומה לי.

הופיעה שוב אם המבקשת.

מצהירה: נולדתי בעפולה, אימי במקור מרוסיה. עליתי לארץ בהיותי ילדה בעליית הנוער [...] אני לא הייתי מודעת כלל למשמעות של הבאת הילדה והשלכות של זה. אני רוצה להדגיש שזה היה לאחר תקופה ארוכה שלא הריתי.

א. סברת העקרות ההדדית

לאחר שמיעת העובדות כפי שתיארו הגורמים הרלוונטיים העלה בית הדין אפשרות שהצדדים (אם המבקשת ובעלה לשעבר [אלמוני]) לא יכלו להיכנות זה מזה, אף שכל אחד מצד עצמו יכול היה לעשות זאת עם אחרים.

לאחר התייעצות עם גורמים רפואיים המומחים לתחום הפרייון, התברר, שאכן ישנה תופעה שכזו הידועה כ'עקרות הדדית'. בית הדין הפנה את הצדדים למכון פוע"ה המתמחה בתחום הפרייון, שימציא לפנינו את חוות דעתו.

להלן חוות הדעת שנתקבלה בבית הדין ושנכתבה בידי הרב אריה כץ שליט"א, רב משיב וראש מחלקת מחקר הלכתי במכון פוע"ה:

שוחחתי עם האישה ועם בעלה לשעבר על מנת להבין טוב יותר את המציאות, להלן הפרטים שהוסכמו על ידי שניהם:

הם היו נשואים למעלה מעשר שנים ללא ילדים. לאחר שנפרדו האישה הייתה עם גבר אחר ונכנסה באופן מידי להיריון. הבעל נישא מחדש לאחר הגירושין, ונולדו לו שני ילדים, ללא קשיים מיוחדים. עוד קודם לנישואין עם אם הבת המבקשת לבוא בקהל, היה הבעל נשוי לאישה אחרת מספר שנים, גם אז ללא ילדים. בכל אותם שנים לא ביצעו שני בני הזוג כל בירור פוריות, ובוודאי שלא טיפולי פוריות. יחסי האישות ביניהם היו תקינים וסדירים.

עד כאן העובדות הידועות לנו בעניין.

שאלת: מה יכולה להיות הסיבה לכך שכשהיו נשואים לא היו להם ילדים, ומיעד לאחר שנפרדו לכל אחד מהם נולד ילד?

השערה שהועלתה, ולפיה היה לאישה ביוץ מוקדם עוד לפני זמן טהרתה, ולכן לא נכנסה להיריון כל אותן שנים, וכשזינתה לא הקפידה על כך, התבררה כלא נכונה, כיוון שהאישה הודתה שלא נהגה ללכת למקווה לטבול לטהרתה.

התייעצתי בעניין עם ד"ר יעקב רבינוזון, רופא פוריות ותיק וירא שמיים, תלמיד חכם בפני עצמו. מתוך דבריו עלולות הנקודות הבאות:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ראשית, מציאות כזו של שנים רבות של נישואים ללא ילדים, כשמייד לאחר מכן נולד לכל אחד מבני הזוג ילד מבן זוג אחר היא נדירה מאוד, אם כי לא בלתיאפשרית.

קשה לדעת מה הסיבה לכך, אולם הועלו האפשרויות הבאות (שלכולן מידת סבירות מעטה ביותר):

1. לבעל הייתה בעיית פוריות קלה וגם לאישה. בדרך כלל כשלאחד מבני הזוג יש בעיית פוריות קלה יש קושי להיכנס להיריון אבל הדבר אפשרי. אולם ביחד הסבירות שיהיה היריון פוחתת בצורה משמעותית.

2. כשמדובר בבני זוג ששומרים על טהרת המשפחה, לרוב ליל הטבילה חל בסמוך לביוץ. כשבני הזוג אינם שומרים על טהרת המשפחה, ומשמים לראשונה באותו חודש בסיום הדימום החודשי, בדרך כלל זה רחוק מהביוץ ואין אפשרות להיריון מתשמיש זה. אם מדובר בבני זוג שמשמים בתדירות נמוכה, ייתכן והם אינם משמים בזמן המתאים להיריון. לדברי ד"ר רבינון, הוא נתקל בכמה זוגות כאלו שהיו נשואים כמה שנים ללא ילדים, וכשביצעו מעקב רפואי מסודר אחרי הביוץ, האישה נכנסה להיריון ללא טיפולים.

3. לפני כמה עשרות שנים התפרסמו מחקרים על כך שלפעמים יש לאישה נוגדנים כנגד הזרע של הבעל, שמונעים ממנו להגיע עד הביצית ולהפריה. מחקרים אלו היו שנויים במחלוקת רפואית, ולמעשה היום הרפואה אינה בודקת דברים כאלו, כיוון שגם אם הם קיימים, הפתרון הרפואי המוצע להם הוא הזרעה תוך רחמית (שעוקפת את הבעיה), ואם הדבר לא עוזר, הפריה חוץ גופית. זה הפתרון הרפואי גם במקרה של אי פרויון על רקע לא מוסבר, וכיוון שבירור בעיה של נוגדנים מסובך ושנוי במחלוקת, אין לרפואה כיום עניין לברר את זה. חשוב לציין כי גם אם תופעה כזו אכן קיימת, היא נדירה. אולם אם אכן היו לאישה נוגדנים לזרע של בעלה, הדבר יכול להסביר את חוסר היכולת להיקלט להיריון טבעי מהזרע של בעלה (כאמור, לא נוסו טיפולי פוריות) ואת ההיריון מזרע של גבר אחר.

אלו הן האפשרויות הרפואיות. את השאלה ההלכתית כיצד האפשרויות הללו משליכות על המקרה שלפנינו אני משאיר לכבוד תורתכם.

עד כאן לשון לשון הרב כץ שליט"א.

ואומנם כתב שהסתברות לעקרות הדדית היא, באופן כללי, נמוכה. אך הנסיבות שלפנינו, שהצדדים לא זכו לפרות זה מזה למרות משך הזמן הארוך שחיו חיי אישות יחד מתוך כוונה לזכות לפרי בטן, ולאחר הפירוד, מייד לאחר שחיו חיי אישות עם אחרים, הדבר הוביל להיריון אצל כל אחד מהם, הרי מכל סיבה שתהיה הצדדים אכן לא יכלו ללדת זה מזה, לא בעבר וכנראה גם לא בעתיד, ובנסיבות התיק זוהי דווקא הסתברות גבוהה.

ב. האם עקרות האישה מבטלת את קידושיה לאיש?

(א) קידושי איילונית הלכה למעשה

מאחר ששאלתנו המרכזית היא אם ניתן לבטל קידושין של מי שהתבררה כעקרה מחמת מקח טעות (יודגש: לעניין התרת 'ממזרים' ולא להתירה ללא גט!) נראה שההכרעה בשאלה זו תילמד מדיון נרחב ביותר בהקשר לביטול קידושין של איילונית, שאחד מהמאפיינים שלה הוא שאינה יולדת, ומכאן שמה – כאייל זכר (כתובות יא ע"א). מהכרעת הדין לגבי איילונית נלמד לכל עקרה ונשליך לנסיבות שלפנינו וכפי שיבואר להלן.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כבוד ידידי הגר"י דרעי שליט"א בנימוקיו, כשדן בסניף ההיתר שהעלינו, ביטול הקידושין מחמת העקרות, לאחר שדן בקידושי איילונית העלה להלכה למעשה שאין קידושיה קידושי טעות, וצריכה גט מעיקר הדין, אף שלא הכיר בה הבעל, וכך כתב:

ועל כן נראה לעניות דעתי ברור עיקר להלכה דהאיילונית צריכה גט, ולא שנא אם הכיר בה בעלה אם לאו, שהרי פסק הרמב"ם ערוך לפנינו דקידושי האיילונית קידושין גמורים הם (אישות פרק ד הלכה י), ושוב חזר להורות כן "מפני שאין שם אישות גמורה" (שם פרק כד הלכה ח) ושמע מינה דעל כל פנים אישות יש בה.

ומה שברור לכבוד תורתו – אין זה פשוט כלל ועיקר לעניות דעתי, ואדרבה נראה שהעיקר להלכה שקידושיה קידושי טעות, בנסיבות רבות, ובפרט בנסיבות התיק, שאין אנו באים להתיר מחמת העקרות את האישה ללא גט, שכבר נתגרשה בגט פיטורין כדת משה וישראל, אלא להתיר מחמת זה את הבת לבוא בקהל, וככל שיבואר להלן.

סוגיית קידושי איילונית וביטולם מחמת מקח טעות רחבה היא עד למאוד, נוגעת למספר גדול של סוגיות, ונחלקו בה ראשונים ואחרונים. ומאחר שבשאלת הפסיקה הלכה למעשה יש משקל לשאלה מהי הדעה הרווחת אצל רוב גדולי הפוסקים, אין מנוס מלהציג את הדעות השונות ולבחון מהי עמדת מרבית גדולי הפוסקים ראשונים ואחרונים בשאלה זו.

להלן נעמוד על הסוגיות העיקריות שמהן פינה ומהן יתד לדברי הראשונים בשאלה זו:

מהגמרא בסנהדרין (סט ע"א) לכאורה מוכח להדיא דקידושי איילונית קידושי טעות הם בדלא הכיר בה, ושם הנדון הוא הליכה אחר הרוב בדיני נפשות, וכך איתא התם:

אמר רבי ירמיה מדפתי: אף אנן נמי תנינא "בת שלש שנים ויום אחד מתקדשת בכיאה [...] וחייבין עליה משום אשת איש [...] ואמאי? אימא איילונית היא, ואדעתא דהכי לא קדיש! אלא לאו דאמרינן "זיל בתר רובא, ורוב נשים לאו איילונית נינהו" [...] אלא: הכא במאי עסקינן דקבלה עליוה.¹

וברש"י שם: "ואמאי דילמא איילונית – תמצא, ונמצא קדושיה קדושי טעות. דאדעתא דהכי לא קדיש – ולא אשת איש היא."

ואולם הסוגיה הישירה שנדונה בראשונים בעניין זה היא הגמרא ביבמות (יב ע"א):

במשנה בריש יבמות איתא: "חמש עשרה נשים פוטרות צרותיהן וצרות צרותיהן עד עולם [וכו'] וכולן אם מתו או נתגרשו או מיאנו או שנמצאו איילונית, צרותיהן מותרות." וברש"י על אתר² פירש: "או נמצאת איילונית שמקחו מקח טעות, ולא היא אשת אחיו וכשמת אחיו הרי היא כמו שאינו אשתו ומתייבמת צרתה."

¹ וראוי לציין שאלמלי אזלינן בתר הרוב גם בדיני נפשות היינו אומרים שבדיני נפשות חוששין שמא איילונית היא ושמא אדעתא דהכי לא קידש, והבא עליה אינו כבא על אשת איש לדיני נפשות, ורק בקיבל עליו שגם אם תמצא איילונית הוא חפץ בה, ידונוה כאשת איש גם לנפשות. ולפי זה אי אמרינן שהכרזת ממזרות להוציאה מהקהל כמוה כדיני נפשות, להוציאה מהקהל, ודאי שאם אין רוב יש לומר שמא לא היתה אשת איש ולהתיר הוולד. ואם תאמר: נימא הכי בכל ממזר? זה אינו, שכיוון שילדה אין אפילו חשש, מה שאין כן בנדון דידן שהעקרות היא הדדית, ויכולה לילד מאחר, וכפי שקרה בפועל, ולאור האינדקציות האחרות הרי שהספק שמא מדובר בעקרות הדדית אינו נסתר מרוב כל שהוא.

² וכך הוא ברוב ככל הראשונים על אתר, וכלהלן.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובגמרא (דף יב ע"א) נחלקו רב אסי ורבא אי צרת איילונית במקום שאינם קידושי טעות, כגון שידע וקיבלה עליו, אסורה ככל צרת ערווה – וכך סבירא ליה לרב אסי, או שכיוון דאימעטא מקרא, "אשר תלד" – "פרט לאיילונית", אינה בכלל מצוות ייבום ואינה אוסרת צרתה - וכך סבירא ליה לרבא (והכי קיימא לן).

והקשו לרב אסי מהא דאיתא במשנה להדיא שצרת איילונית מותרת ותירצו שבמשנה מיירי בלא הכיר בה ונתבטלו קידושיה מחמת מקח טעות.

וכך הם הדברים שם:

אמר רב אסי: צרת איילונית אסורה, שנאמר "והיה הבכור אשר תלד" – פרט לאיילונית שאינה יולדת [...] תנן "וכולן אם מתו או שנמצאו איילונית – צרותיהן מותרות"? לא קשיא: כאן שהכיר בה, וכאן שלא הכיר בה. דיקא נמי, דקתני "שנמצאו" ולא קתני "שהיו". שמע מינה.

ולאחר מכן הובאו דברי רבא: "אמר רבא: הלכתא צרת איילונית מותרת ואפילו הכיר בה, ואלא דקתני 'שנמצאו' – תני 'והיו'."

ודעת רבא מבוארת ברש"י:

הלכתא צרת איילונית מותרת – ואף על גב דהכיר בה אחיו וקיימא [צ"ל: וקיימה (בארות המים)] והויא אשתו, לא מיתסרא צרתה משום צרת הבת, דכי אסר רחמנא צרת ערווה במקום מצוה הוא דאסרה, והא – כיון דאיילונית היא, דבלאו ערווה נמי לא חזיא לייבום, הוי צרתה צרת ערווה שלא במקום מצוה.

(ב) דעת רוב הראשונים

מפשטות דברי רוב הראשונים, וכמעט כולם, משמע דרבא לא פליג על מה שמשמע שאם לא הכיר בה קידושיה קידושי טעות וצרתה מותרת אף בלא טעמא דרבא, אלא שחלק על רב אסי במקום שלא נתבטלו קידושיה וסבירא ליה שאין צרת ערווה איילונית אסורה לייבום, ובניגוד לדעת רב אסי, וממה שהוקשה לו מהא דתנן 'שנמצאו' דמשמע דב'היו' צרתה אסורה, קאמר דתני 'והיו'.

ולכאורה זוהי פשטות הסוגיא, דמהיכי תיתי למימר דפליג בלא שיאמר כן להדיא, וזהו גם פשט לשון התלמוד דקאמר רבא "ואפילו הכיר בה", דהיינו דלא מיבעיא היכא דלא הכיר בה דבטלו קידושיה וצרתה מותרת, אלא אפילו הכיר בה.

זאת ועוד: לעניות דעתי הקושיא על רב אסי מהמשנה "תנן: 'וכולן' [...]" ותשובתה "לא קשיא" אינה מדברי רב אסי כלל, אלא מלשון התלמוד, שכך שאלו בני המדרש והשיבו, וכדרך התלמוד במקומות רבים, ומה עוד דקאמר על "דייקא נמי" וכו' – "שמע מינה". וממוצא דבר אתה למד שאף לרבא פירוש המשנה שצרת איילונית מותרת זה מחמת ביטול קידושיה. בהתאם לזה, יש שלא גרסו כלל את הקושיא על רבא ותירוצה, "ואלא דקתני 'שנמצאו' – תני 'והיו'", שגם לרבא ביאור המשנה הוא בלא הכיר בה וקידושיה בטלים.

ועוד גם זאת: דברי המשנה "וכולן" – אם מתו או נתגרשו או מיאנו או שנמצאו איילונית – כולוהו בחדא מחתא מחתינהו, ועניינן הוא שבשעת פטירת האח המת לא היו נשואות לו, ומיירי גם לרבא בלא הכיר בה, ויש לעיין עוד. מכל מקום, מלשון הגמרא לא מצאנו סיבה לומר שרבא יחלוק על ביטול קידושיה באיילונית שלא הכיר בה, מחמת מקח טעות.

וכל זה כפי שכתבו רוב הראשונים על אתר. וזו [לדוגמה] לשון הרשב"א שם:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ואיכא למימר דאפילו לרבא אינה צריכה גט בשלא הכיר בה, דלא פליג רבא עליה אלא בצרה בלבד ובשהכיר בה, אבל בהאי סברא לא אשכחן דפליג, ובכדי לא נימא דפליגי.

איברא: מסוגיות אחרות בש"ס, משמע לכאורה שקידושי איילונית אינם קידושי טעות, אף שלא הכיר בה. ובטרם נביא מדברי הראשונים נציין לסוגיות הבאות.

בגיטין (מו ע"ב) איתא: "המוציא את אשתו משום איילונית, רבי יהודה אומר: לא יחזיר, וחכמים אומרים: יחזיר." וברש"י שם: "משום איילונית – שלא הכיר בה כשכנסה, ומכל מקום צריכה גט, דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ובעל לשם קדושין." ויעוין בפני יהושע על אתר דהכי סבירא ליה לרי"ף, שבלא כנס אינם קידושין, אבל בכנס צריכה גט וכמבואר בדעת רש"י.³

מדברי רש"י הללו מוכח דסבירא ליה שקידושי איילונית קידושי טעות הם, ורק מחמת שכנסה אמרינן דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ובעל לשם קידושין, ולכן צריכה גט.⁴

ובראשונים על אתר – אף דסבירא להו שקידושי איילונית קידושי טעות הם, וכפשט הסוגיה ביבמות דלעיל, העמידו את המשנה בספק איילונית, שלכן הוצרכה לגט, ומדבריהם משמע שבוודאי איילונית – אף אם כנסה, אין אומרים בזה 'אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, ובעל לשם קידושין', שאין אדם מוחל על מום גדול שכזה, וכדברי הראשונים ביבמות שם.

כך הם דברי הרמב"ן (גיטין שם):

כבר פירשתי בפרק קמא של מסכת יבמות דמשום שנולדו בה מקצת סימני איילונית הוא מוציאה, דאלו בכל סימני איילונית לגמרי – אף בלא גט היא יוצאה דמקח טעות הוא.

ובלשון הרשב"א (שם):

ואם תאמר: וכיון דנמצאת איילונית אמאי צריכה, והא איילונית אינה אשה ומקח טעות גמור הוא וכדתנן ביבמות בפרק קמא [...] ויש לומר דהכא לאו באילונית גמורה.

ובריטב"א (שם): "הא דאמרינן 'משום איילונית' – לאו משום איילונית ודאית קאמר, דהיא בלא גט יוצאה ומקח טעות גמור הוא."

ובחידושי הר"ן: "איילונית – לאו ודאית קאמרינן, דהיא מקח טעות לגמרי היא ויוציא בלא גט."

וכן הוא בתוספות הרא"ש (שם):

משמע הכא דאיילונית בעיא גט מדשייך בה קלקולא, ותימה דכריש יבמות משמע דלא בעיא גט משום דהווי קידושי טעות דתנן "וכולם שנמצאו איילוניות צרותיהן מותרות" [...] ויש לומר דהכא מיירי בספק איילונית [...]

³ וכן דעת תוספות הרי"ד (נידה לב ע"ב) וספר המכריע (דף קסה).

⁴ לפי זה, היכא דלא אמרינן "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות" אינה צריכה גט, וכגון האידנא שאין אדם יודע שיש קידושי ביאה (שאגת אריה ועוד), ובפרט בנסיבות התיק שמדובר בפרוצים בעריות ליכא להאי חזקה. לכן אי נימא, שהמדובר בנדון דידן דמי לאיילונית (ויבואר בהמשך) לא הייתה צריכה גט לדעה זו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לאור האמור נראה שלדעת רבים מהראשונים, מפשט לשון סוגיה זו משתמע הלכה למעשה שקידושי איילונית שלא הכיר בה, קידושי טעות הם, ואינה צריכה גט, ובכללם: רש"י, רמב"ן, רשב"א ור"ן, וכך נראה מנימוקי יוסף, מאירי ועוד.

(ג) דעת רבי אברהם מבורגוילה והר"י מקורביל

יש מהראשונים שלמדו מהסוגיה בגיטין שאין קידושי איילונית בטלים אף בלא הכיר בה. אך טרם נביא את דבריהם נצטט סוגיה נוספת, והיא ביבמות (סא ע"ב), וכך נאמר שם:

קטן וקטנה לא חולצין ולא מיבמין – דברי רבי מאיר. אמרו לו לרבי מאיר: יפה אמרת שאין חולצין – "איש" כתיב בפרשה, ומקשינן אשה לאיש, אלא מאי טעמא אין מיבמין? אמר להם: קטן – שמא ימצא סריס, קטנה – שמא תמצא איילונית, ונמצאו פוגעין בערוה. (ומאן דפליג לא חייש למיעוטא).

והקשו הראשונים⁵ אי נימא שקידושי איילונית בטלים הם, קטנה תתיבם ממה נפשך, דאי תימצא איילונית הלא נתבטלו קידושיה ואינה אשת אחיו, ואי לא – מייבמה כדינה. ויש מהראשונים שיישבו דמיירי שקבלה עליו בעלה גם אם תימצא איילונית. אבל יש מהראשונים שלמדו מכאן שאין קידושי איילונית בטלים מאליהם.

ובראשונים יש שדייקו מהא דאיתא במשנה (כתובות ק ע"ב) "הממאנת, השניה והאיילונית אין להם כתובה" דמשמע שמכל מקום בעיא גט, ואומנם יש בראשונים⁶ שיישבו דהא דקתני "אין להם כתובה" דמשמע דלא בטלו קידושיה הוא משום ה'שניה', שהרי בלאו הכי 'ממאנת' לא בעיא גט, ועיקר הדין המחודש הוא שלכולן אין כתובה, ובכל אחת מטעמה: ב'שניה' משום שנישאה באיסור, ובקטנה – שאין שם תקנת כתובה, ובאיילונית הטעם הוא לפי שביטלו קידושיה. אבל יש מהראשונים שהסיקו מהסוגיות הללו שאין קידושי איילונית בטלים אפילו שלא הכיר בה בתחילה, וכלהלן.

בתוספות (יבמות ב ע"ב ד"ה או שנמצאו) הביאו דה"ר אברהם מבורגוילה ביאר שקידושי איילונית אומנם יכולים להתבטל מחמת קידושי טעות אבל רק אם הבעל הקפיד מייד כשנודע לו על היותה איילונית, ועל זה דיברה המשנה ביבמות שם, ובלי זה אין הקידושין מתבטלים מאליהם, ולכן אם מת ורק לאחר מכן נודע שהייתה הערוה איילונית, ולא ידעין אם היה מקפיד, צרתה אסורה (לרב אסי) שמא לא היה מקפיד.⁷ לכן: אם לא הקפיד אין קידושיה בטלים, ובכל גוונא שמת ולא ידעין אם היה מקפיד יש לנו לילך לחומרא, דשמא היה מקפיד, ובקטנה – לרבי מאיר, דחיישינן למיעוטא, אינה מתיבמת, שמא לא היה מקפיד. ואם לא הכיר בה ולא הקפיד – בעיא גט, ואין לה עיקר כתובה (ראה להלן בדעת הרמב"ם והמובא מפרק כד מאישות הלכה ב).

ובתוספות ישנים הביא מעין זה בשם הר"י מקורביל שהכול תלוי בקפידא של הבעל.⁸

⁵ עיין ריטב"א על אתר.

⁶ עיין תוספות על אתר ולעיל עב ע"א ד"ה על מנת, תוספות הרא"ש ד"ה והאיילונית ור"ן על הרי"ף דף נט ע"ב.

⁷ וכן הביא בריטב"א הנ"ל בשם ריב"ם. ויש שביארו בדבריהם שתירוצן הגמרא כאן דהכיר בה וכאן דלא הכיר בה פירושו הפוך משאר הראשונים, ש'הכיר בה' היינו לאחר הקידושין וביטלם, ו'לא הכיר בה' היינו שלא נודע לו כלל שהיא איילונית ומת, ושמא היה חפץ בה, ומכל מקום, לשני הפירושים המסקנה אחת היא שביטול הקידושין הוא תולדה של קפידת הבעל.

⁸ ולעניות דעתי דעתו היא שאין הקפידא באיילונית נובעת דווקא ממה שאינה ראויה לילד.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ואומנם בתוספתא שהובאה בתוספות וברא"ש ובעוד ראשונים איתא להדיא שאף שנמצאה איילונית לאחר מיתת הבעל – צרתה מותרת, וזה שלא כנ"ל, דמאן לימא לן שהיה מקפיד. ושמא מתוספתא זו אכן מוכח להדיא כדעת רבא, דבלאו הכי צרתה מותרת ולא מחמת ביטול קידושיה. ולרב אסי לא שמיעא ליה האי תוספתא, שהרי בלאו הכי יקשה לרב אסי, גם אי נימא כשאר הראשונים, שביטול הקידושין הוא ממילא: וכי לא יבצר שגם אם היה יודע על היותה איילונית היה חפץ בה ולא היה מבקש לבטל את קידושיה (והרי יש לו את צרתה, שממנה יביא ילדים) ואמאי צרתה מותרת, כשנמצאה איילונית לאחר מיתת הבעל, ולא חיישינן לזה כלל? אלא על כורחך שמתוספתא זו מוכח דסבירא לה שלא מחמת קידושי הטעות צרתה מותרת, אלא מטעמא דרבא, ודברים מסתברים הם. וצריך עיון.

מכל מקום, גם לדעת הראשונים הנזכרים – הר"א מבורגיילה והר"י מקורביל, קידושי איילונית יכולים להתבטל כקידושי טעות אלא שאינם בטלים מאליהם, ורק אם כשנודע לבעל ביקש לבטלם הם אכן יתבטלו.

(ד) דעת רבנו תם

אולם בראשונים הובאה דעת רבנו תם שאיילונית – אף שלא הכיר בה – צריכה גט, וכפי המשתמע מפשטות הסוגיות הנ"ל. ועל מה שמוכח מדברי רב אסי (יבמות שם) שקידושיה בטלים – יש מהראשונים שכתבו להדיא דרבנו תם סבירא ליה שרבא חולק על רב אסי גם בלא הכיר בה, שלרב אסי צרתה מותרת רק משום קידושי טעות, ולרבא אין אלו קידושי טעות כלל, וצרתה מותרת רק בגלל שאין זו צרת ערווה 'במקום מצווה'. ולפי זה, מאחר דקיימא לן כרבא, הרי שקידושי איילונית אינם קידושי טעות, וצריכה גט. ויש מהראשונים דלא סבירא להו הכי בדעת רבנו תם, ולדעתם גם לדעת רבא קידושי איילונית קידושי טעות הם, וכלהלן.

דברי רבנו תם במקורם הם בספר הישר (במסכת נדה יח ע"א, דפוס וויען, תקעא) והובאו בדברי הראשונים בלשונות ונוסחים שונים, וכך אין הוראה חד-משמעית להבנת דבריו בשאלה אם סבירא ליה שקידושי איילונית הם מדרבנן (או שרק צריכה גט מדרבנן) או שהם קידושין גמורים מדאורייתא, או שקידושי ספק הם, ולא ודאי. ובשו"ת שרידי אש (חלק א סימן קסח) דן באריכות רבה ובהקף רב בקידושי איילונית (ותובא מסקנתו להלן), ובמהלך דבריו דן באריכות בשיטת רבנו תם ובנוסח המדויק של דבריו בכל צדדיו, יעוין שם.

להלן נביא בתמצית את מה שכתבו הפוסקים בדעת רבנו תם, והמשתמע מדברי הראשונים, ונצטרף למסקנה ההלכתית שלפנינו.

יש שמשתמע מדבריהם שפירוש רבנו תם הוא כדעת הר"ר אברהם מבורגוילה דלעיל, שהכול תלוי בקפידת הבעל.

כך נראה מהרמב"ן (יבמות ב ע"ב) שזו לשונו:

ורבנו תם ז"ל כתב בספר הישר: **אף על פי שאם היה מקפיד יוצאה בלא גט משום מקח טעות, כל זמן שלא הכיר בה מימיו לא מחזקין ליה במקפיד.** ואפשר דלגבי איסורא חששו שמא לא יקפיד ולפיכך אסורה לאחיו דספיקא דאורייתא הוא, אבל לענין כתובה אין לה כלום. ולדבריו מתניתין לרב אסי

⁹ ואומנם אי נימא כדברי הראשונים שגם בכנסה הווי רק מדין "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, וחזר ובעל לשם קידושין" ניחא, שהרי כאן לא ידע ולא ייתכן שיחזור ויבעל לשם קידושין.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בשלא הכיר בה בשעת קידושין והכיר בה בסוף והקפיד ומת, הא לא הכיר כלל - צרתה חולצת ולא מתיבמת שמא לא יקפיד.¹⁰

לדעה זו, במקום שלא הקפיד כשנודע לו קידושיה קידושין, לכל הפחות מחמת הספק, וזהו מן התורה.

אבל הרשב"א (שם) כתב:

אבל רבנו תם ז"ל כתב בספר הישר דלרבא נשואי אילונית לאו מקח טעות חשבינן להו. וקיימא לן כרבא כדאסיקנא לקמן בגמרא. ולדבריו כל קטנה אינה מתיבמת בשקדשה אחיו סתם.¹¹

ולשיטה זו בדעת רבנו תם קידושיה קידושין בין הקפיד ובין לאו, וצריכה גט, אלא שלא נתבאר אם זה מן התורה או מדרבנן.

והריטב"א (שם) כתב בשמו:

תירץ רבנו תם ז"ל דלרבא דאוקים מתניתין בין שהכיר בה בין שלא הכיר בה, ולא משום טענת מקח טעות, אפשר דאילונית שלא הכיר בה בעיא גיטא מדרבנן ואתיא מתניתין דלעיל כפשטייהו, דטעמא דמתניתין לדידיה לאו משום מקח טעות הוא כדאיתא בגמרא, והלכתא כרבא.

ולפי זה, לריטב"א בדעת רבנו תם (וכך להדיא בנימוקי יוסף) איילונית שלא הכיר בה צריכה גט מדרבנן בלבד.

צורך זה בגט מדרבנן בקידושי איילונית, יכול להתפרש בשני אופנים: או שכל נישואיה הם רק מדרבנן, ומן התורה לא חלו הקידושין כלל, וכדאשכחן בקידושי חירש וקידושי קטנה שהשיאוה אחיה ואימה (כך נראה מפשט לשון הראשונים, ובטעם הדבר עיין כאן בהערה¹²) או שהקידושין לא חלו כלל (גם לא מדרבנן, דהווי להו מקח טעות) ורק משום מראית עין, שלא יאמרו אשת איש יוצאת בלא גט, הצריכה לציאת בגט (כך כתב להדיא בלחם משנה פרק ד מאישות הלכה י).

והנה, מאחר ובנדון דידן (אם נחיל את דיני איילונית לענייננו, מדין עקרות, וכלהלן) מדובר בשאלת ממזרות, נראה פשוט שאם כל הצרכת הגט בדעת רבנו תם היא רק משום מראית עין, שמשמעה שלא היו כאן קידושין כלל וכשנתעברה האם במבקשת לא הייתה אשת איש, הרי שגם לדעת רבנו תם אין מקום לפוסלה מלבוא בקהל.

אבל נראה שגם אם נבאר שלדעת רבנו תם הרי הם כנישואין מדרבנן, אין זה פשוט כלל ועיקר שיש ממזרות בנישואין מדרבנן (וכדוגמת נישואי חירש), בפסק דין אחר הרחבנו בממזרות מקידושי חירש, ונצטט משם את הדברים הבאים:

כתב הרמב"ם (פרק ג מהלכות איסורי ביאה הלכות א-ב), וזו לשונו:

¹⁰ אלא שבסוף הוסיף "ועוד אמר רבנו תם ז"ל דלרבא נשואי איילונית לאו מקח טעות חשבינן להו כלל, וכן הלכה", וכדברי הרשב"א (שיובאו להלן). ותוספת זו תבואר להלן.

¹¹ דשמא תימצא איילונית, וקידושיה לא יתבטלו, ואסורה בייבום.

¹² ויעוין ברשימות שיעורים לגרי"ד סולובייצ'יק ליבמות דף ב ע"ב, שכתב שהרי זו כמו קידושי קטנה שהשיאוה אימה ואחיה, שהגדילה, וכך כתב: "ויש לעיין קצת אליבא דרבנו תם מדוע תקנו רבנו גט באילונית, שאם לא הכיר בה והקידושין הן טעות ובטלין, למה תקנו שצריכה גט מדרבנן. ויתכן שלרבנו תם תקנת גט בקידושי טעות דאילונית מיוסדת בתקנת קידושי מיאון דקטנה." עיין שם ביאורו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הבא על אשת קטן [...] וכן הבא על אשת חרש ושוטה [...] כולן פטורין. הבא על הקטנה [...] אם היא בת מיאון מכין אותו מכת מרדות והיא מותרת לבעלה, ואפילו היה כהן.

וכתב על זה המגיד משנה (שם), וזו לשונו: "זה פשוט שכל שאינה אשת איש מן התורה הוא לה כפנויה שזינתה." וכן כתב (בתחילת דבריו) במשנה למלך (פרק יא מאישות הלכה ח) דהוא הדין באשת חירש שזינתה, דהוא הדין והוא הטעם, מאחר ואין הקידושין אלא מדרבנן. וכן כתב בשו"ת מהר"י באסן (סימן פ) גבי אשת חירש שזינתה, ושם הביא את דברי הרמב"ם והמגיד משנה הנ"ל, ושם הביא ראיות להתיר מראשונים נוספים, עיין שם [...]

וכתב בסוף דבריו:

אף על גב דלהלכה נראה לעניות דעתי להתיר מהראיות שכתבתי, מכל מקום מיראי הוראה אני ולא מלאני לבי להתיר מטעם זה בלבד למעשה עד יסכימו בעלי תריסין ויורו המורים להעשות כן.

וכן כתב בבית מאיר (בסימן מד) להתיר גבי חירש [...]

והנה על בסיס דברי הרמב"ם והפוסקים הנ"ל, יש שכתבו שהוא הדין שאם נתעברה מאחר אין הולד ממזר, שכשם שאינה נאסרת לבעלה כך אין הולד ממזר. כך כתב בספר נדיב לב (לרבי חיים דוד חזן, סימן ג) שנשאל על מעשה מעין זה ממש, והעלה להתיר והאריך להביא מפוסקים נוספים. ובסוף דבריו כתב בזו הלשון:

העולה מכל מה שכתבנו לעיל הוא דלדעת כל הפוסקים ז"ל אין שום חשש פיסול בולד הנוולד מחרשת הנזכרת, והוא כשר לבא בקהל ה' כשאר ישראל הכשרים. ומה שכתבו הפוסקים באשה שהלך בעלה למדינת הים ושמה שמת בעלה ונשאת הולד מהראשון ממזר דרבנן [...] לא דמי כלל, דהתם מפורש הטעם דהוי משום קנסא דקנסו רבנן כמתבאר בש"ס ובפוסקים שם [...] אבל לענין הולד לא הצריכו לברר דהוא כשר [...] כיון דהוויא לה כפנויה שזינתה.

וכן הסכים עמו בספר אחי וראש (לרבי חיים יהודה אברהם, סימן ט) וכתב: "ואני לא באתי אלא כיאודה ועוד לקרא [...] ויפה דן ויפה הורה." והביא עוד ראיות לדבר.

והנה כל זה לכאורה לדעות שבנישואי חירש או חירשת – אם זינתה תחתיו מותרת לבעלה, ומכאן הסיקו שאף אין הולד ממזר מדרבנן. אבל מה נעשה שאין ההנחה הראשונית הזו מוסכמת על הכול, ויש שכתבו שחירשת או אשת חירש שזינתה אסורה לבעלה, וכלהלך.

הנה מלבד מה שהמהר"י באסן הנ"ל – איהו גופיה כתב שלא מלאו ליבו להתיר אשת חירש שזינתה אלא אם יסכימו עימו בעלי תריסין, עיין שם, הרי שיש מן הפוסקים דסבירא להו להדיא שיש לאוסרה על בעלה מדרבנן, אף שבקטנה ממאנת לכולי עלמא אינה נאסרת. ועיין באריכות רבה ביצועות דוד (אבן העזר סימן ב וסימן ד) שכתב שמהתוספות וראשונים נוספים בכמה דוכתי מוכח, שאסורה לבעלה מדרבנן, עיין שם. ובאשר לראיה מקטנה שזינתה (כמובא ברמב"ם הנ"ל) כתב שיש לדחותו דהתם איכא למימר שמה שזינתה הווי כמיאון, ויצאה מתחתיו בזנות זו וחוזרת לאחר מכן, וכפי שכתב בבית מאיר שם.

לכאורה לדעות הללו כשם שנאסרת לבעלה, כך יש לומר שהולד יהיה ממזר מדרבנן. ורבי חיים פלאג'י בספר חיים ושלום (חלק ב סימן צז) כתב להדיא דהולד ממזר, שכך כתב בסוף דבריו, לאחר שהביא ראיות לכך:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

והנראה להלכה ולמעשה הוא דזה האיש [...] הוא ממזר מדרבנן לכולי עלמא ואסור לישא [...] כי אם לממזרת מדרבנן כמותו על דרך שפסק מרן בשולחן ערוך לעיל (סימן ד סעיף יו) בדין האשה שהלך בעלה למדינת הים [...] אם הראשון חזר ובא עליה קודם שגירשה השני.

הא קמן, מחלוקת הפוסקים אם בקידושי חירשי שאינם אלא מדרבנן, יהיה הולד ממזר מדרבנן [...]

עד כאן ציטוט מפסק דין אחר. ונראה שהוא הדין והוא הטעם שאם קידושי איילונית קידושי דרבנן ניהו¹³ (וכפי שכתבו ראשונים בדעת רבנו תם), אין זה פשוט כלל ועיקר שאם נתעברה מאחר יהיה הולד ממזר מדרבנן.

אולם לא אמנע מלכתוב שלעניות דעתי נראה לבאר את דברי רבנו תם המובאים בלשונות הראשונים הנ"ל באופן שגם לדעתו במקום שהבעל הקפיד כשנודע לו – אינה צריכה גט אפילו מדרבנן, וכלהלך:

מדברי הרשב"א עולה תמיהה רבתי על רבנו תם: מהיכי תיתי לומר דרבא פליג על רב אסי, אם אין הכרח לומר כן, ובפרט שמלשון הש"ס מוכח דלא פליג, וכדלעיל?

ולכן נראה לפרש שלכל הדעות 'איילונית' זהו מום באישה, שאם לא הכיר בו והקפיד יתבטלו קידושיה, וכדמוכח פשט הסוגיה (בסנהדרין סט, א), ולא נחלק בזה אדם. אבל אין הכרח לומר שזהו מקח טעות, וקידושי טעות הם ובטלים מאליהם, אף אם לא גילה בדעתו להדיא על קפידא כלשהי. הנקודה העיקרית בשיטת רבנו תם היא שאין קידושיה בטלים מאליהם ללא הקפדת המקדש. ולכן אם מת ונמצאה איילונית רק לאחר מיתתו, אין סיבה לומר שבטלו קידושיה למפרע, עד שנאמר שתהיה צרתה מותרת מחמת שלא הייתה אשת אחיו מעולם. אולם רב אסי – דסבירא ליה דצרת איילונית אסורה מן הדין ולא סבירא ליה כרבא בזה – הוקשה לו ממתניתין דקתני להדיא דצרתה מותרת, והוצרך לומר דמתניתין בלא הכיר בה ונתבטלו קידושיה מאליהם, אלא אם אף שנודע לו שהיא איילונית המשך לחיות איתה. מה שהביא את רב אסי לומר כן הוא רק ההכרח ממתניתין, ולא מסברתו שלו, שאדרבה הסברה נותנת שאין קידושיה בטלים מאליהם, אלא דמתניתין הכריח אתו לומר כן. ובניגוד לרב אסי, לדעת רבא, שכל צרת איילונית מותרת גם ללא ביטול קידושיה, שוב אין קושי כלשהו מהמשנה, ולכן אין הכרח ואין סיבה לומר שקידושי איילונית הם קידושי טעות למפרע מאליהם. לפי זה, מה דפליג רבא בלא הכיר בה על רב אסי – אין צריך שייאמר במפורש בש"ס, דאדרבה: רב אסי הוא שהוצרך לחדש דין בגלל הקושי מהמשנה. להבנה זו, ההבדל בין פירושו של ה"ר אברהם מבורגווילה לפירושו של רבנו תם הוא שבעוד ה"ר א מבורגווילה אמר את דבריו בביאור דעת רב אסי, רבנו תם אמר את דבריו בדעת רבא, ולעולם לשיטת רבנו תם רב אסי סבירא ליה שקידושי איילונית בטלים גם ללא קפידא.

בכך מתיישבים הדברים המצוטטים בשמו של רבנו תם ברמב"ן דלעיל, שכתב לאחר הביאור את דברי רבנו תם: "ועוד אמר רבנו תם ז"ל דרבא נשואי איילונית לאו מקח טעות חשבינן להו כלל, וכן הלכה". משפט זה לכאורה אינו מתיישב ומתחבר עם דבריו הקודמים, שבהם תלה את בטלותם של קידושי איילונית בהקפדת הבעל. אך לפי הנ"ל מיושב היטב, שלכל הסבר שנסביר בדעת רב אסי, מכל מקום לדעת רבא: במקום שלא ידענו שהבעל הקפיד בהיותה איילונית, הרי שנישואיה נישואין גמורים, דמהיכי תיכי לומר אחרת, אם אין קושי והכרח מהמשנה. ובין שרב

¹³ ולא רק הצרכת הגט היא מדרבנן. ואומנם אין הכרח לומר שכך יהיה הדין בכל עקרות של האישה לשיטה זו, וכל שכן בעקרות הדדית, אבל בהתאם לאמור להלך, אפשר לבאר אחרת את דעת רבנו תם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אסי תולה את ביטול הקידושין בהקפדתו של הבעל, והמשנה מיירי שהקפיד בחייו כשנודע לו, ובין שרב אסי סבירא ליה שהקידושין בטלים מאליהם גם ללא הקפדה, מכל מקום לרבא, מאחר שצרת איילונית מותרת מן הדין, אין ללמוד ממשנה זו דבר באשר לביטול הקידושין, שהרי לא בביטול קידושיה מיירי מתניתין אלא בדינא דאיילונית שצרתה מותרת.

ובכן, גם בביאור דעת רבנו תם לעניות דעתי במקום שהבעל הקפיד כשנודע לו, אינה צריכה גט בתורת ודאי מן התורה, וככל מום גדול שאם יקפיד עליו יתבטלו הקידושין, ויותר נראה דלא בעי גט כלל מן התורה, אפילו בתורת ספק, אלא מדרבנן בלבד, ומשום מראית עין (דמהיכי תיתי לומר שיהיו קידושיה מדרבנן, אם אין הכרח כלשהו לומר כן, וכדלעיל). ובמקום שלא ידענו אם מקפיד אם לאו, נחלקו הדעות בפירוש דברי רבנו תם, ואין כאן מקום להאריך.

(ה) דעת הרמב"ם

בדעת הרמב"ם בקידושי איילונית נחלקו המפרשים, ונתקבצו השיטות באוצר הפוסקים (סימן מד אות טז ס"ק א). אביאן בתמצית ואכתוב את הנראה לעניות דעתי בסופן, וכלהלן.

זו לשון הרמב"ם (פרק ד מהלכות אישות הלכה י): "סריס שקידש בין סריס חמה בין סריס אדם, וכן איילונית שנתקדשה הרי אלו קידושין גמורין."

ובמגיד משנה על אתר כתב שדברי הרמב"ם הם כדברי רבנו תם, שקידושי איילונית – אפילו לא הכיר בה – אינם קידושי טעות. ובלחם משנה שם תמה עליו, דאי בלא הכיר בה הווי קידושין גמורים, היאך יפרנס דברי הגמרא (כיבמות יב) בשיטת רב אסי?¹⁴ ולכן הסיק הלחם משנה בדעת הרמב"ם שהאמור בהלכה זו הוא בהכיר בה, ולכן קידושיה קידושין גמורים. אולם מהאמור (בפרק כד הלכה ה) בלא הכיר בה, שעליה כתב: "אין האישות אישות גמורה", מוכח דסבירא ליה כרבנו תם שצריכה גט בלא הכיר בה, אלא שזו רק 'מקצת אישות', מדרבנן. וזו לשונו של הלחם משנה:

איברא דבפרק כ"ד מהלכות אישות כתב רבינו "נכסי צאן ברזל חייב באחריותן". וכתב שם "היתה איילונית או מחייבי לאוין ולא הכיר בה" וכו' וכתב בסוף דבריו "שאינן שם אישות גמורה" – משמע דאית בה קצת אישות, דצריכה גט היכא דלא הכיר, וכדעת רבנו תם.

(ולפני זה כתב שהוא מדרבנן, עיין שם.)

ובכן, מחלוקתם של המגיד משנה והלחם משנה בביאור דעת הרמב"ם היא אם מה שכתב 'הרי אלו קידושין גמורין', קאי על 'הכיר בה' או אף על 'לא הכיר בה'.

ובאוצר הפוסקים הנ"ל הביאו שיש מהפוסקים שכתבו כדברי המגיד משנה, ובכללם: שבות יעקב (חלק א סימן קא), מעשה רקח, שערי רחמים, תפארת יעקב, המקנה (בקונטרס אחרון) ועוד; אבל יש שכתבו שדברי הרמב"ם הם רק בהכיר בה, ובכללם: שער המלך (פרק ו מהלכות יבום וחליצה הלכה כא), ישא ברכה, עמק המלך ועצי ארזים, ובית שמואל (סימן קנה ס"ק יט).

ויש שכתבו בדעת הרמב"ם שב'הכיר בה' הרי הם קידושי ודאי גמורים אבל ב'לא הכיר בה' אין אלו אלא קידושי ספק, ובכללם: מלאת אבן (אבן העזר סימן מד סעיף ד) ופסקי הלכות – יד דוד.

¹⁴ ולפי הנ"ל בדעת רבנו תם, דרבא פליג ארב אסי בעניין זה, לא קשיא מידי. וקל להבין.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יש שכתבו שמה שכתב הרמב"ם שהם קידושין גמורים אפילו לא הכיר בה (לשיטתם) היינו בכנס, ומטעם דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וגמר ובעל לשם קידושין (וראה להלן בדעת רש"י והרי"ף), אבל בלא כנס אינה צריכה גט.

לביאורים הנזכרים, בדרך המגיד משנה, דהו קידושין גמורים אף בלא הכיר – יש לתמוה, שלכאורה גמרא ערוכה היא בסנהדרין (סט ע"א, הובאה לעיל), דאיתא התם להדיא דבלא הכיר בה – אדעתא דהכי לא קידש, ולכאורה ליכא למימר כלל בדעת הרמב"ם שבלא הכיר בה יהיו קידושיה גמורים ושלא כגמרא הנ"ל, וכפי שהקשו באחרונים: עמק המלך, תוספות חיים ועוד (הובאו באוצר הפוסקים הנ"ל), ומה שיישב בשער המלך שגמרא זו היא רק אליבא דרב אסי, ורבא פליג (למאן דאית ליה הכי, וכדלעיל) הוא לכאורה דוחק גדול.

ולביאורים האחרים דלעיל יש לתמוה: מדוע לא הזכיר הרמב"ם שבלא הכיר בה יהיו קידושיה קידושי ספק או שהם מדרבנן, וכפי שכתב בהלכה הקודמת שנישואי חירש הם מדרבנן, ובהלכה שלאחר מכן שקידושי טומטום הם קידושי ספק. וכך יש לתמוה למאן דסבירא ליה דהרמב"ם איירי בכנס, אך בקידש בלבד – בטלו קידושיה, העיקר חסר מן הספר שלא כתב שדינו הוא רק בכנס, ואדרבה פשט הלשון 'קידושיה קידושין גמורים' משמע בלא כנס.

לכן נראה לעניות דעתי שהביאור המחזור בדעת הרמב"ם והגיונה הוא כלהלן:

ממה שההלכה הנ"ל נסדרה בתוך סדרי הלכות שעניינן הוא חלות הקידושין ותוקפם, ולא גדרי טעות שחלה בהם, נראה שגם ההלכה בנוגע לאיילוניות באה לומר שהפגם בנשיותה אינו שולל את חלות הקידושין מבחינה עקרונית (וכפי שכתבו הרבה מהאחרונים, ובכללם הלחם משנה הנ"ל במהלך דבריו):

הרמב"ם (שם הלכה י) כתב: "סריס שקידש בין סריס חמה בין סריס אדם, וכן איילוניות שנתקדשה הרי אלו קידושין גמורין." ונראה פשוט שמה שכתב "וכן איילוניות", היינו בדומה לסריס, והרי בסריס פשוט שעיקר החידוש שם הוא חלות הקידושין ולא הטעות, שלא מיירי בה כלל.

ובהלכה שקדמה לדינא דאיילוניות וסריס (הלכה ט) כתב: "חרש שנשא פקחת וכן חרשת שנשאת לפקח אין קידושיהן גמורין מן התורה אלא מדברי סופרים."

ובהלכה שלאחר דינם כתב (הלכה יא): "טומטום ואנדרוגינוס שקידשו אשה או שקדשו איש הרי אלו קידושי ספק וצריכין גט מספק." ואחר כך (הלכה יב) כתב: "המקדש אחת מן העריות לא עשה כלום שאין קידושין תופסין בערוה."

הא קמן שכל ההלכות שלפני דין האיילוניות ושלאחריו – עניינן הוא תפיסת קידושין וחלותם, הא ותו לא, ולא גדרי קידושי טעות כלל.

ומעתה מאחר שזהו עיקר חידושו של הרמב"ם, אין הכרח לומר שדעת הרמב"ם בהלכות אלו שבלא הכיר בה אין בזה משום קידושי טעות, וכפי שכתב הלחם משנה, ופשוט הוא. וכשנבוא לדון אם קידושי איילוניות הם קידושי טעות אם לאו – בזה לא איירי הרמב"ם, ויש לבחון את דינה כמו בכל מום אחר שנמצא באישה, שלא הכיר בו לפני קידושיה.

בשאר מומים הפוסלים בנשים ההלכה היא שאם קידשה על מנת שאין עליה מומין, ונמצאו בה מומין הפוסלים בנשים – אינה מקודשת ואינה צריכה גט כלל. אבל אם קידשה סתם, ונמצאו בה מומין – מקודשת מספק (רמב"ם אישות פרק ז הלכות ז-ח; שולחן ערוך אבן העזר סימן לט סעיפים ג-ה). וזה כדברי רבא (כתובות עב ע"ב). וכתב החלקת מחוקק (שם ס"ק ט) על מה שמקודשת מספק

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בכהאי גוונא: "נראה דמיירי מיד כשרואה המום מקפיד ואינו חפץ בה, אבל אם שותק כשנודע לו המום, ולא התנה בתחילה – אף דצוח לבסוף, הוי קידושי ודאי."

אך נראה פשוט שכל זה במומין הנזכרים שם באותן ההלכות אבל במומין גדולים, אינה מקודשת ואינה צריכה גט כלל, דהווי להו כאילו התנה במפורש שמקדשה על מנת שלא יהיו בה מומין גדולים (אחיעזר חלק א סימן כו אות ג; בית הלוי חלק ג סימן ד). ולכן באיילוניות, דחשיב מום גדול, אינה מקודשת אפילו מספק, ואין זה דין מיוחד באיילוניות. אבל כפי שנבאר גם זה דווקא אם הקפיד כשנודע לו, שגם מום של איילוניות, לדעה זו, תלוי בקפידת הבעל, ותלוי במטרת נישואיו ואם יש לו ילדים מאישה אחרת וכדומה.

ונוסיף לבאר.

הלחם משנה הביא הלכה אחרת ברמב"ם שלכאורה ממנה מוכח שאף בלא הכיר בה שאיילוניות היא – קידושיה קידושין (והיא בפרק כד מהלכות אישות הלכה ח), שכך כתב שם:

היתה איילונית או מחייבי לאוין ולא הכיר בה – כל מה שאבד או נגנב או בלה או שנשחק מנכסי צאן ברזל אין הבעל חייב לשלם, שהרי היא נתנה לו רשות להיותן אצלו, וכל שאבד או נגנב מנכסי מלוג חייב לשלם, הפך מכל הנשים, מפני שאין שם אישות גמורה לא זכה בנכסי מלוג.

ולכאורה מוכח להדיא מהלכה זו שאין קידושיה בטלים אף שלא הכיר בה.

אבל לעניות דעתי אין מזה הכרח כלל, דהנה בהלכה (מפרק ד הלכה י) שהובאה לעיל כתב הרמב"ם "איילוניות שנתקדשה הרי אלו קידושין גמורין", ואילו בהלכה זו כתב "שאיין שם אישות גמורה", ומה בין 'אישות' ל'קידושין'? ונראה שאישות היינו הנישואין, ואילו קידושין – כשמים הם, מעשה הקידושין. ובעוד הנושא הוא חלות הקידושין (בפרק ד) כתב שהם קידושין גמורין, לאפוקי מקידושי חירש, שקידושיו דרבנן, ולאפוקי מקידושי טומטום, שקידושיו ספק. ומי שמבקש לקדש איילוניות, בידעו שלא תלד כלל ואין התשמיש עימה רגיל – אין פקפוק בקידושיו כלל, דלא גרע מקידושין שאינם מסורים לביאה, דקיימא לן דהוויין קידושין, וכאביי דקיימא לן כוותיה בהאי (קידושין נב) וכנפסק להלכה (רמב"ם פרק ט מהלכות אישות הלכה ג ושולחן ערוך אבן העזר סימן מא סעיף ב). אבל מכל מקום ברור שאין זו 'אישות' גמורה, ללא היכולת להביא ילדים וכשתשמישה קשה. ובניגוד לקידושין שהם מעשה הקידושין לעשותה אשת איש – להיות מקודשת לו ואסור לה אכולי עלמא כהקדש, כלשון חכמים – בנישואין, שמהם תוצאות דבר לכל ענייני הממון שבין האיש לאישה, והם יוצרים את ה'אישות' שביניהם, הרי שבאיילוניות, סוף סוף אין התולדות של דיני הממון שביניהם כבכל הנשים, מאחר שלא הכיר בה, וזה המונע ממנו דיני נכסי מלוג שלא התחייב ולא זכה בהם כבכל הנשים מאחר שלא הכיר בה. (למקורו של הרמב"ם לדין זה עיין שם בנושאי כלים.)

מום של איילוניות – בניגוד לשאר מומין הפוסלים בכהנים ובנשים, שעניינם הוא במראיתם החיצונית – הוא בנשיותה, בהיותה בעלת מאפיינים של איש, שעיקרם הוא חוסר היכולת לילד ושתשמישה קשה, וזה מענייני האישות. ואומנם אם בשעה שנודע לו על היותה איילונית היה מקפיד ומבקש לבטל את הקידושין היינו שומעין לו, וכמבואר לעיל, וככל מום גדול, אבל מאחר שהמשיך לחיות איתה לאחר שנודע לו, ויש להניח שהמאפיינים שלה כשל איש לא מפריעים לו (ושהתקשרותה אליה אינה נובעת מהצורך באישה ככל הנשים), לכן קידושיה קידושין, ומכל מקום דיני הממון שלה הנובעים מהנישואין ולא מהקידושין, אינם כשל כל הנשים, ומאחר שלא הכיר בה בשעת נישואיה לא נוצרו החיובים הממוניים ההדדיים.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובכן, אף שמטרת הקידושין והנישואין של רובא דאינשי (ורובא דרובא דנשי) היא הקמת משפחה והבאת ילדים ולחיי אישות, מכל מקום לא ייבצר שיש קידושין, שאין זה (או: כל זה) כלול במטרותיו של הבעל, וכמו בנישואין שניים או באישה שנייה, וכדומה. ולכן להקפדת הבעל לאחר שנודע לו או לגילוי דעת מוקדם של הבעל שמטרתו בנישואין היא הבאת ילדים והקמת משפחה (כבנידון דידן) יש חשיבות מכרעת בשאלת ביטול הקידושין.

ונוסיף את הבאות:

בתחילת פרק כד מהלכות אישות (בהלכה א) כתב הרמב"ם:

הנושא את האילונית ולא היו לו בנים ולא אשה אחרת לפרות ולרבות ממנה – אף על פי שכופין אותו ומוציא, הרי היא ככל הנשים ויש לה כתובה ושאר תנאי כתובה, וכן זוכה הבעל במה שזוכה בשאר הנשים.

והמשיך (בהלכה ב) וכתב:

אבל הנושא אשה ולא הכיר בה ונמצאת אילונית או מחייבי לאוין, וכן הנושא שנייה בין הכיר בה בין לא הכיר בה – אין לה עיקר כתובה ולא תנאי מתנאי כתובה, אבל תוספת יש לה, ואין לה מזונות ואפילו לאחר מותו. וכשכופין אותו¹⁵ ומפרישין ביניהם – אין מוציאין מן הבעל פירות שאכל.

בהלכות אלה מיירי בנישואין ולא בקידושין, ופשוט הוא שדיני הכתובה (ובעיקר התוספת) והמזונות הם תולדה של הנישואין ולא של הקידושין, ואם הכיר בה וחייב עצמו בכל תנאי הכתובה לא יגרע חלקה משאר הנשים, שהרי יש לו בה אישות (אף אם אינה גמורה). אבל אם לא הכיר בה, הרי שמה שחייבוהו חכמים (מזונות ועיקר, ושאר תנאי כתובה) לא יחול עליו, שלא תיקנו אותו רק באישות גמורה, אבל ממה שהוא חייב עצמו בתוספת – מדוע יפטר, והלא יש לו בה אישות אף שאינה גמורה, והוא שחייב את עצמו?

וזהו שכתב הרמב"ם בטעם הדין (בהלכה ג) בזו הלשון:

ולמה אין להן עיקר ויש להן תוספת? העיקר שהוא תקנת חכמים כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה – הואיל ולא הכיר בה אין לה עיקר. אבל התוספת שהוא חייב עצמו בה כל זמן שתרצה ותעמוד לפניו – הרי עמדה בתנאי שלה והרי תקנת לו הנאתה והרי היא עומדת, אבל התורה אסרה אותה עליו, ומה היא יכולה לעשות. לפיכך יש לה תוספת, שאין מעשיה הן הגורמין לה להאסר אחר הנישואין אלא אסורה היתה מקודם.

ולעיל (הלכות אישות פרק טו הלכה ז) כתב: "לא ישא אדם עקרה וזקנה ואילונית וקטנה שאינה ראויה לילד אלא אם כן קיים מצות פריה ורביה או שהיתה לו אשה אחרת לפרות ולרבות ממנה." זאת אומרת: יש מי שאינו מבקש להקים משפחה עם אישה זו, ומכל מקום נושא אותה. והרי הדברים פשוטים שסריס לא יוכל לטעון לקידושי טעות באילונית רק מאחר שהיא אינה בת בנים.

ובכן, לעניות דעתי, לדעת הרמב"ם ביטול הקידושין באילונית בטענת מקח טעות יהיה נדון כמו כל המומים (וחמור מהם) שנתגלו באישה, שהבעל לא ידע בהם מראש, שאם מדובר במומים שדרך כל אדם להקפיד בהם, ושלא על דעת כן נשאה, יתבטלו הקידושין, ובמומים אחרים נצטרך לוודא שבעל זה לא על דעת כן נשאה, ומאחר שעתה כשנודע לו על קיומו של המום הוא מקפיד עיו, הרי שכשיקפיד יתבטלו קידושיה. ובנדון דאילונית אין הדברים פשוטים, שהלוא יש שאיש נושא אישה שלא על מנת לפרות ולרבות ממנה, וכמו מי שיש לו כבר ילדים (מצוי בנישואין שניים)

¹⁵ ומוכח שאף שלא הכיר בה, כשנודע לו ביקש להמשיך לחיות איתה, דאי לאו הכי מה שייך 'כופין אותו'.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

או שיש לו אישה אחרת שהיא בת בנים¹⁶ (מה שהיה בזמן שנשאו שתי נשים). ולכאורה האידנא מי שאין לו ילדים ומאידך גיסא אינו יכול לשאת אישה אחרת על אשתו כדי לפרות ולרבות ממנה, נראה שדי בהקפדה ברגע שנודע לו כדי לבטל את הקידושין, שברור שעל דעת הקמת משפחה הוא נושא אישה.

כך נראה לעניות דעתי בביאור דברי הרמב"ם, וממוצא דבר אנו למדים שכיוון שהשולחן ערוך בכל הלכותיו לא כתב להדיא אחרת, גם הוא סבירא ליה הכי. וראוי לציין, שגם מלשון השולחן ערוך בכל סימן מד משתמע שמדבר על תפיסת קידושין ולא על קידושי טעות מחמת מום, וכשתבוא לדון מדין קידושי טעות – כלך לסימן לט, ששם נתבאר כל טענות המומים ודיניהם.¹⁷

(ו) כנס איילונית ואחר כך הכיר בה

והנה עסקנו בעיקר במי שקידש איילונית ולא הכיר בה. ויש לדון אם כנס לאחר מכן, אם דינה ככל מי שקידש בעלת מום וכנסה ואחר כך הכיר במומה, שבדין זה נפסק שאפילו קידש על תנאי שאין בה מומים וכנס, כבר ביטל בביאתו את התנאי, ואינו יכול לטעון לביטול הקידושין בטענת מקח טעות.¹⁸ מקור הדין הוא מהגמרא בכתובות (דף עב ע"ב), ונפסק להלכה ברמב"ם (הלכות אישות פרק ז הלכה כג) ובשולחן ערוך (אבן העזר סימן לח סעיף לה).

אם נאמר כן, הרי שאם כנס איילונית אינו יכול לבטל את קידושיה אף שלא הכיר בה בשעת קידושין. כך כתב להדיא רש"י (גיטין מו ע"ב הובא לעיל), וכך כתב הפני יהושע שם בדעת הרי"ף, ויש שכתבו כן בדעת הרמב"ם דלעיל ועוד.

אולם ברוב הראשונים משתמע שמום 'איילונית' מום גדול כל כך שאין אדם מוחל עליו אפילו כנס – כך כתבו להדיא הראשונים שהובאו לעיל, שבכללם התוספות, הרא"ש ועוד רבים.

וראוי לציין שגם האומרים שאם כנס אינו יכול לבטל את קידושיה מחמת מקח טעות – אין זה אלא מכוח החזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וגמר ובעל לשום קידושין, וזה לא שייך האידנא ובפרט בנידון דידן, וראה לעיל בהערה.

בהתאם לכל האמור נראה לעניות דעתי פשוט שמרוב הראשונים, וכמעט מכולם, נראה שקידושי איילונית שלא הכיר בה – קידושי טעות הם, אף אם לא הקפיד להדיא, ובלבד שלא המשיך לחיות עימה לאחר שנודע לו. כן נראה מרש"י, רמב"ן, רשב"א, מאירי, ר"ן, נימוקי יוסף ועוד. ואם בשעה שנודע לבעל ביקש להוציאה ולבטל את קידושיה נראה שלכל הדעות קידושיה

¹⁶ ותופעה זו שיש שנשאו נשים שלא לפרות ולרבות אלא למטרות אחרות – לחיי אישות, לצוותא וכדומה – מצויה במקורות חז"ל בענין למך ובדור המבול בכללו (וכמוכא ברש"י בבראשית ד, יט).

¹⁷ אומנם לעניות דעתי צריך עיון בזה, שהפירוש הנ"ל תואם היטב לדברי הרמב"ם אשר כתב בפשיטות שקידושין תופסים באילונית. אך בשולחן ערוך (סימן מד סעיף ד) כתב: "וכן אילונית שנתקדשה, הוי קדושין, ויש אומרים שאילונית ודאית אינה מקודשת." ולכאורה ודאי לא מיירי בדין עצם יכולת תפיסת קידושין, ובהכיר בה, שאם כן לכאורה ליכא למאן דאמר שאינה מקודשת. ועל כורחך איירי השולחן ערוך בלא הכיר בה, והדעה השנייה שסוברת אינה מקודשת היא מטעם מקח טעות. ואם כן, אי נימא שדעה ראשונה חולקת, על כורחך מונח בדעה זו שגם אין מקח טעות. וכן נראה לכאורה מדברי הטור שהביא את דברי הרמב"ם ואחר כך את דברי התוספות, ובבית יוסף הביא את דברי המגיד משנה שתפס לעיקר שגם אם לא הכיר בה צריכה גט. ואולי אפשר לדחות ולומר שכוונת השולחן ערוך רק דהווי קידושין להצריך גט (מספק וכדומה) אך לא קידושי ודאי למרות המום. ויש לעיין עוד.

¹⁸ בזה אולי יש לפרש את דברי הרמב"ם בפרק כד, שדן בדיני כתובה, ועל כורחך שכבר כנס, וממילא אין לדון שוב מצד מקח טעות.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בטלים, ובכללן: הר"א מבורגווייל, הר"י מקורביל ודעת רבנו תם בפשטות (אלא שלדידיה יש דסבירא להו דבעי גט מדרבנן ומשום מראית עין), וכן נראה בדעת הרמב"ם. ולכאורה ליכא למאן דאמר שבלא הכיר בה ובשעה שנודע לו הקפיד על כך – קידושיה קידושין גמורים. וזה שלא כפי שכתב כבוד ידידי הרה"ג יהודה דרעי שליט"א בנימוקיו, שלדעתו יש לנקוט שקידושי איילונית לא מתבטלים מאחר שכך סבירא להו לגדולי הפוסקים ולרמב"ם ולשולחן ערוך, וכאמור לעניות דעתי אין הדבר כן אלא איפכא.

בטרם אכלה עניין זה של ביטול קידושין באיילונית, לא אמנע מלצטט מדברי בעל השרידי אש (שם אות לח) במסקנתו שכתב בסוף דבריו, כהאי לישנא:

המסקנא היוצאת מכל האמור, שלדעת רוב הראשונים: התוספות בכמה מקומות, הרמב"ן, הרשב"א, הרא"ש, הריטב"א, והנמוקי יוסף והמאירי וכן האור זרוע הלכות יבום וחליצה – כולם כאחד סוברים שאיילונית שלא הכיר בה ונתקדשה הם קידושי טעות והם בטלים, ואפילו בעל אחר כך, כי רק בשאר מומים אמרינן יש מי שמוחל ומתפייס במומים, אבל באיילונית אין אדם מתפייס באיילונית דאין אשה אלא לבנים.

יוצאים מן הכלל הם הר"א מבורגווייל, ולפי דעת הרמב"ן הולך גם רבנו תם בשיטתו, שאף על פי שלא הכיר בה צריכה גט מדאורייתא, והנמוקי יוסף והריטב"א, שסוברים דצריכה גט מדרבנן.

ולכן יש לנו להכריע שגם דעת הרמב"ם היא כדעת רובם ככולם של הראשונים, שאיילונית שלא הכיר בה הקידושין בטלים ואינה צריכה גט אף מדרבנן.

וכאמור, אם הקפיד בשעה שנודע לו, לעניות דעתי, אף האומרים שאין קידושיה בטלים מאליהם יודו שעם הקפדתו המפורשת קידושיה בטלים.

העולה מהאמור הוא שאם היה מדובר בנידון דידן בקידושי איילונית היה מקום לבטל בשופי את קידושיה לאור הקפדתו של הבעל, שחזרה ונשנית בכל תביעותיו לגירושיה שאין לו ילדים מאשתו, וכפי שצויין בתחילת דברינו, וממילא הייתה המבקשת מותר לבוא בקהל.

אולם לא די בכך כי השאלה הגדולה היא אם יש ללמוד ולהשליך מהאמור גבי איילונית לנדון דידן, שבו אין לנו עדות על מום חיצוני כלשהו באישה, אלא שיש לנו אינדיקציות ברורות ביותר שהאיש והאישה לא יכלו לפרות זה מזה, מה שקראנו 'עקרות הדדית' – אם בכגון זה יהיה הדין כבאיילונית לעניין ביטול הקידושין.

(ז) איילונית – מום חיצוני או עקרות

ובכן, השאלה היא אם ביטול הקידושין באיילונית הוא מחמת המום החיצוני של איילונית, שיש לו כמה מאפיינים חיצוניים, או שמא עיקרו של דין זה הוא מחמת עקרותה של האיילונית, שלא יכולה להביא ילדים לעולם, וממילא בכל עקרה שנתברר שעקרותה הייתה כבר משעת הקידושין יהיה אותו דין.

חלק מהראשונים שהובאו לעיל, שלדעתם קידושי איילונית בטלים מאליהם כקדושי טעות, כתבו שלא רק בקידש בלבד אלא אף בכנס מתבטלים הקידושין, ואין אומרים שחזקתו שמחל על המום כדי שלא תהיה בעילתו זנות, וכמו שמצאנו בשאר מומים, וטעמם הוא שאיילונית היא מום גדול הוא, שהרי "אין אשה אלא לבנים", "אין אשה אלא לפריה ורביה", וחזקתו שאינו מוחל על מום שכזה – כך כתבו תוספות (כתובות עג"ב ד"ה ע"מ), ותוספות הרא"ש (שם ד"ה המקדש)

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כתב בזו הלשון: "דעיקר דעתו של אדם הנושא אשה בשביל בנים." וכך פירש בפרישה (סימן מד ס"ק ט) וזו לשונו: "דהוי קידושי טעות דאין אשה אלא לפריה ורביה."

ונראה פשוט מדבריהם שעיקר מומה של האיילוניות הוא היותה עקרה, ולא המאפיינים החיצוניים, אלה – ייתכן שלא היו נחשבים כמום גדול, אבל מום זה של עקרות הוא מום גדול, ולא שהוא נוסף על מום חיצוני אחר אלא הוא עיקרו של המום, ולפי זה אין מקום לחלק בין עקרות של איילוניות לעקרות אחרת.

כך כתב הגר"צ בוארון שליט"א בספר שערי ציון (חלק א אבן העזר סימן ה) שכל עקרות יש בה כדי לבטל הקידושין והביא שכן פשיטא ליה להגר"מ פיינשטיין זצ"ל בתשובות (אגרות משה אבן העזר חלק ג סימן כז וחלק ד סימן יג) שכל שהעדר הילודה מוכחת זוהי סיבה לביטול קידושין בכל הנוגע להיתר ממזרות. עוד הביא שם ממחנה אפרים (הלכות שבועות סימן ב) שכתב להדיא שכל שברור שהעדר הילודה הוא מהאישה הווי להו קידושין כמקח טעות, והן בטלים, ושם מיירי לבטל שבועתו שלא לישא אחרת עליה, וקאמר דכיוון דהווי ליה מקח טעות, הרי שכל התנאים שהתנה עימה, ובכללם השבועה, בטלים, עיין שם.

ואומנם הגר"צ בוארון הביא בספרו הנ"ל את דברי הגר"ש משאש זצ"ל שחלק עליו, ולדעתו רק כאשר יש מום ידוע שגורם או מבטא עקרות, כאיילוניות, זו סיבה לביטול הקידושין מחמת מקח טעות, ולכן כתב שאם לא היו לו בנים ממנה:

מזלו גרם שלא ילדה, והרי אפשר שתלד עם אחר [...] ודוקא באיילוניות שהיא בעלת מום וברור שלא הכיר בה, אזי אדעתא שהיא איילוניות לא נשא אותה, וקידושיה אינם קידושין.

ונראה ששאלה עקרונית זו, אם רק כאשר העקרות מלווה במום יש בה כדי לבטל את הקידושין או בכל מקרה של עקרות, במחלוקת ראשונים היא שנויה, וכפי שיבואר להלן.

אומנם כאשר מדובר במום גופני שגורם לעקרות, אלא שלא ניתן לעמוד עליו במבט רגיל ומכל מקום אנשי מקצוע יכולים לעמוד עליו, כמו מומים פנימיים, לכאורה, הרי היא כאיילוניות, דמאי שנא, וכל שהיה בשעת קידושין והבעל לא ידע עליו – אפשר לבטל מחמתו את הקידושין, ובפרט שמקום שהבעל הקפיד כשנודע לו.

בנידון דידן אין מום כלשהו שאפשר להצביע עליו, אלא שלא ילדה בפועל, ומה עוד שמדובר ב'עקרות הדדית' – לא רק שאין מום חיצוני אלא אפילו מום נסתר לא קיים שהרי כל אחד מהם יכול ללדת עם אחרים, ואין בהם מום כלל. הבירור שנעשה על ידינו היה זמן רב לאחר הקידושין, וכבר לא היה אפשר לעמוד על מום כלשהו שגורם ל'עקרות ההדדית' מעבר לאינדקציות שהובאו בתחילת דברינו שמהן עולה בהסתברות גבוהה שבני הזוג הללו לא יכלו לפרות זה מזה, לא בעבר ולא בעתיד. האם די בכך כדי לפקפק בתוקפם של הקידושין? לעניות דעתי, מידי ספק רב לא נצא, וכאמור, לעניות דעתי מחלוקת ראשונים היא זו, ודי בכך בצירוף סניפים נוספים כדי להתיר את המבקשת לבוא בקהל:

ביבמות (סה ע"א) איתא:

תנו רבנן: ניסת לראשון ולא היו לה בנים, לשני ולא היו לה בנים – לשלישי לא תנשא אלא למי שיש לו בנים; נישאת למי שאין לו בנים – תצא בלא כתובה.

ותוספות (ד"ה תצא) כתבו: "[...] אלא נראה לר"י דבשלא הכיר בה איירי, ותצא שלא בכתובה משום דהוי מקח טעות."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

והיינו שאף שאין לנו ודאות שהיא אינה בת בנים אלא מכוח חזקה שלא ילדה לראשונים, מכל מקום הווי מקח טעות בקידושיה, על כל פנים לעניין הכתובה. ולעניין הגט ראה להלן.

והרמב"ן (שם ד"ה נשאת) כתב:

נשאת לשלישי למי שאין לו בנים תצא בלא כתובה – פירוש בשלא הכיר בה, כאותה ששנינו (כתובות ק, ב) באילונית "ואם מתחלה נשאת לשם אילונית יש לה כתובה". וכן כתב בעל הלכות גדולות. והכי נמי תניא בתוספתא "מפני שהן קדושי טעות". אבל מכל מקום צריכה גט, שאין כאן טעות ודאי אלא חששא היא, וגבי ממון עליה להביא ראיה, ולענין איסורא לחומרא וצריכה גט. ותמהני: אפילו נשאת למי שיש לו בנים נמי יוציא בלא כתובה שהרי קדושי טעות הן, ודמיא לאילונית דתנן "אין לה כתובה" ולא חלקו בין מי שיש לו בנים למי שאין לו בנים, ונראה לי דמשום "תצא" קתני, לומר דממי שאין לו בנים מוציאין אותה בעל כרחו בלא כתובה – הא ממי שיש לו בנים לא תצא, אבל אם בא להוציאה וטען עליה משום מקח טעות – ודאי אין לה כתובה דומיא דאילונית שלא הכיר בה.

וכן כתב הרשב"א שם. ומדבריהם עולה שגם כאשר אין מום גלוי המצביע על העקרות ורק אינדיקציות נסיבתיות מובילות לזה, די בכך כדי לפקפק בתוקפם של הקידושים.

אבל הריטב"א דעת אחת עימו, וסבירא ליה דבעיא גיטא מדאורייתא, וכך כתב (שם ד"ה נשאת לשלישי):

נשאת לשלישי למי שאין לו בנים תצא בלא כתובה – ואמרי רבוותא ז"ל דדוקא כתובה הוא דלית לה, הא גיטא בעיא מדאורייתא נמי, ואף על פי שלא הכיר בה. ולא דמיא לאילונית שלא הכיר בה, דלא בעיא גיטא ואפילו מדרבנן, כדכתיבנא בריש מכלתין, דאילונית הוא מקח טעות ברור, אבל זו – אפשר שהוא לא זכה ליבנות ממנה, שהרי אין בה סימנין שאינה ראויה לילד, אלא דמשום חזקה בעלמא מפקינן לה ומפסדי לה כתובה, אבל אפשר הוא שהיא בת בנים ולא הטעתו וקדושו קדושו.

ומעין זה בנימוקי יוסף (שם):

ואם נשאת תצא בלא כתובה – ומיהו גיטא בעיא, ואף על פי שלא הכיר בה, דלא דמי לאילונית דבשלא הכיר בה לא צריכה גט אפילו מדרבנן, דאילונית מקח טעות גמור הוא, אבל זו שאין לה סימנין של עקרות אלא משום חזקה בעלמא – קדושי גמורין ניהו, דהא אפשר שיהיו לה בנים מרביעי כדאמר הכא.

ולדבריהם נראה שלא די בסימנים נסיבתיים כדי לפקפק בתוקף הקידושים.

אולם עדיין ייתכן לומר שרק משום ספק דאורייתא¹⁹ נקטו דבעיא גיטא, כמו שכתבו "אפשר הוא שהיא בת בנים", ונפקא מינה לעניין היתר ממזרות כבנידון דידן.

אבל לעניות דעתי בדברי הריטב"א והנימוקי יוסף הנ"ל נאמרה הגדרה נוספת שיש לה השלכה לענייננו, והיא מתבהרת היטב מדברי המאירי הבאים.

במאירי (שם) כתב בזו הלשון:

¹⁹ וידועה מחלוקת הרמב"ם וסיעתו אל מול הרשב"א וסיעתו אי ספיקא דאורייתא לחומרא הוא מן התורה או מדבריהם, ולא מן הנמנע שהריטב"א קרא לספק "דאורייתא".

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

למדת לפי דרכך שאשה זו אין דנין אותה באילונית אף לאחר שהוחזקה, שהאילונית – אפילו לראשון ואפילו יש לו בנים – מקח טעות הוא, וכל שלא הכיר בה יוצאה בלא כתובה, אלא שיש לה תוספת כמו שביארנו פרק אלמנה ניונות (ק, ב). וטעם הדבר שהאילונית נתברר מגופה שאינה ראויה לילד, ומתוך כך נעשה מקח טעות גמור, ויוצאת שלא בכתובה אף מן הראשון ואפילו היו לו בנים ואפילו בתוך עשר, אפילו ליומה, כל שהובררו סימניה. ואף גט אינה צריכה כמו שביארנו לדעת רוב מפרשים בפרק ראשון. אבל אשה זו – אין לה סימני אילונית, והרי היא אשה גמורה כשאר הראויות לילד, ואין לנו בה אלא חזקה. ואם כן, כל שנשאת עד שלא הוחזקה – אין כאן מקח טעות כלל, ואין אחד מהם מוציא מטעם זה עד שתשהא עמו עשר שנים. ומאחר שנשאת להם בהיתר, לכשיבאו להוציא אף השני נותן כתובה אף על פי שעכשו הוחזקה, וכן בקטלנית, שאין האשה מפסדת כתובה מספק הואיל וברשות נשאת. ואין מפקיעין אותה מטעם "לכשתנשאי לאחר" כו', שהרי ראויה לינשא למי שיש לו בנים, שאף כשנתגרשה משני, אם נשאת למי שיש לו בנים – בהיתר הוא, ואם יוציא יתן כתובה, שאין זה מקח טעות גמור אף לשלישי, שאיפשר שאירע מזלה שנשאת לכמה עקרים, ואפילו הולידו הראשונים מאחרות ולא הולידו ממנה איפשר שיש סיבות שאדם ראוי להוליד מזו ולא מזו לפי הכנת כלי ההולדה הן שבאיש הן שבאשה. אבל אם נשאת לשלישי שאין לו בנים – הרי נשאת באיסור, ומתוך כך תצא שלא בכתובה מתורת קנס, הואיל ושלא כדין נשאת לו ולא הכיר בה. ומכל מקום אף בזו אין כאן מקח טעות גמור וצריכה גט גמור מן התורה.

זאת אומרת: לפי המאירי ייתכן שמדובר ב'עקרות הדדית' בלבד, וכל אחד מהם יכול לפרות עם אחרים, ורק יחד לא יפרו זה מזו (ממש כבנידון דידן). ולכן, לדעתו, אין בזה סיבה לביטול הקידושין מחמת מקח טעות.

ולכאורה דברי המאירי הללו תמוהים, דמה איכפת לך מה הסיבה שאין לו ממנה ילדים, סוף סוף אילו ידע בשעת הקידושין שאלו הם הנתונים של האישה לא היה מקדשה.

והיה נראה בפשטות שהגיונם של דברים הוא כעין מה שכתב הריטב"א "שהיא לא הטעתו, ולכן קידושיה קידושין", דהיינו שכל שאין בה מום כלשהו **שנסתר ממנו**, בשעת הקידושין, לא הטעתה היא אותו, הן היא והן הוא לא היו יכולים לדעת מראש את שיהיה, ומזלו גרם שנישא עימה ולא עם אחרת. גילויים אלו שלאחר הנישואין הם חלק מהקבלות ההדדיות של בני הזוג, ולכן אין בהם כדי לבטל קידושין.

ומכל מקום מדברי הרמב"ן, הרשב"א והתוספות, שלא נקטו כדברי המאירי והריטב"א, וסבירא להו שרק לחומרא בעיא גט, נראה שחולקים עליהם.

וניתן לפרש מחלוקתם בתרי אנפין:

האחד, שלזה לא חיישינן, שרק יחד לא יפרו זה מזו, עד כדי דנימא שגם אם הראשון והשני ילדו מאחרות, איננו מחזיקים אותה כעקרה, מהנימוק הנ"ל. ולכן הרי היא בחזקת עקרה, אך לעיקרון של המאירי גם הם מודים, ואם יצויר באופן ודאי שמדובר בבני זוג שלא פרים ורבים זה מזה אבל מאחרים יפרו לא יהיה בזה משום קידושי טעות.

והשני, שנראה לי עיקר, שהם חולקים על העיקרון הנ"ל שמשתמע מהמאירי והריטב"א, ואינהו סבירא להו שגם אם הסיבה שלא ילדה היא רק מחמת שהם לא מתאימים להולדה זה מזו – גם אז זו סיבה לבטל הקידושין מחמת מקח טעות.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שורש מחלוקתם הוא אם עקרות של האישה עצמה מוגדרת 'מום', והקידושין בטלים כבכל מום אחר, או שאין זה קשור ל'מום' של האישה דוקא, אלא: כל שברור לנו באומדנא דמוכח ובדברים שבליבו ובלב כל אדם, שבעל זה קידשה על דעת שיהיו לו ממנה ילדים, ועתה מתברר לו, שממנה לא יהיו לו ילדים אבל מאחרת יוכל להביא ילדים לעולם (ואף היא – ממנו לא יהיו לה ילדים, ומאיש אחר תלד, וזוהי 'עקרות הדדית') – די בכך כדי לבטל את הקידושין כי סוף סוף אישה זו לא נתקדשה אלא על דעת כן שיכולה ללדת לבעל זה. וזהו שהמאירי והריטב"א הבחינו בינה לבין איילונית, שבאיילונית מדובר במום מולד ואילו בה לא נמצא מום כלשהו, ואילו ברמב"ן וברשב"א הדגש על ההבחנה בינה לאיילונית, שבאיילונית זה ודאי ואילו בה אין זה אלא ספק, ודברים מסתברים הם ביותר.

ומאחר שמדברי התוספתא שהובאה בדברי הראשונים הנ"ל איתא להדיא שתצא שלא בכתובה "משום נישואי טעות" נראה עיקר כהרמב"ן וסיעתו, ובפרט להתרת ממזרים.²⁰

לפי זה נראה שבמקום שישנן נסיבות חד-משמעיות המצביעות על 'עקרות הדדית' ולנו ברור שעל דעת שיהיו להם ילדים נישאו זה לזו, וכשנודע לבעל שלא יהיו לו ילדים ממנה מייד הקפיד וביקש להתגרש ממנה, יש מקום לפקפק בתוקפם של הקידושין, ועל כל פנים בכל הנוגע להיתרה של המבקשת לבוא בקהל.

(ח) עקרות שניתנת לטיפול רפואי

אולם דא עקא: מבירור שעשינו אצל מומחים התברר שעקרות הדדית שכזו, שאינה מום באברי ההולדה, ניתנת לטיפול רפואי בנקל, ולכאורה נפל פיתא בבירא שאין זו עקרות כלל.

אבל גם זה אינו: לטענת הבעל בכתב התביעה מיום י"ג באלול התשנ"ג (30.8.93) האישה סירבה לילך לטיפול רפואי כלשהו (ואם כי כתב שסלח לה על זה, המכוון הוא שאולי "זה יסדר" בעתיד ללא התערבות חיצונית, מה שלא היה קורה) והדר דינא.

(ט) עקרות האיש לביטול הקידושין על ידי האישה

והנה, כל האמור עד כה נוגע לביטול הקידושין על ידי האיש מחמת העקרות של האישה, אבל לעניות דעתי הוא הדין והוא הטעם שיש מקום לדון בביטול הקידושין על ידי האישה מחמת העקרות של האיש.

זאת אומרת: בנדון דידן של 'עקרות הדדית', ביטול הקידושין מחמת העקרות יכול להידרש גם מחמת האישה בשל עקרותו של הבעל כלפיה.

ואומנם כאשר באים לבטל קידושין מטעם מומים שנמצאו בבעל כלל נקוט בדינו, כדברי ריש לקיש, שאישה בדרך כלל נוקטת את העמדה "טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו", היינו אישה מסכמת להתקדש גם לבעלי מומים "דאיתתא בכל דהוא ניחא לה", וכדאיתא בכמה דוכתי בש"ס ומכללם בבא קמא (ק"ע"ב) – שם מבואר שיבמה שנפלה לפני מוכה שחין לא אמרינן דאדעתא שתפול לפני מוכה השחין לא נתקדשה לראשון, והטעם "דמינח ניחא לה בכל דהו, כריש לקיש, דאמר ריש לקיש: טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו". ויש שביארו, שלא רק ביבמה הדין הוא כך אלא אפילו בנוגע לבעלה, שאם לא ידעה מומים שבבעלה, וכגון שהיה בעצמו (ולא רק היבם) מוכה שחין לפני קידושה – אין זו סיבה לבטל הקידושין, מטעמו של ריש לקיש, דאיתתא בכל דהו

²⁰ אומנם יש שגרסו בתוספתא "משום נישואי מינות", והמכוון הוא להטעייתה של האישה, וקנסוה, שלא יהיה לה כתובה. עיין במה שדנו בגרסה זו בתוספתא.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ניחא לה. והיה נראה שלדעתם אין עילה כלל לביטול הקידושין מצד האישה מחמת מומים שבבעל, ולכאורה גם בעקרות.

אבל זה אינו, ויש מומים גדולים שלכל הדעות הם עילה לביטול הקידושין על ידי האישה, ויעוין באריכות רבה באוצר הפוסקים (סימן לט סעיף ה אות טז ואילך) שאין כל המומים שווים בזה, ובדברי מרן פאר הדור והדרו הגר"ע יוסף זצ"ל בכמה מתשובותיו שיש מומים שבבעל, שלכל הדעות יש בהם כדי לבטל את הקידושין, ובפרט בכל הנוגע להתרת ממזרים, אף אם לא להתיר האישה בלא גט (ובכללן בשו"ת יביע אומר חלק ז סימן ז וחלק ט סימן לח, ובחלק יא סימנים יא ויב). ואצטט מתשובתו (בחלק יא סימן יב) שכתב בהאי לישנא:

ושוב ראיתי בתשובת הגאון מהרש"ם שהובאה בשו"ת אבן שוהם (חלק אבן העזר סימן ס) שהביא מה שכתב בשו"ת יריעות שלמה (אולמאן, סימן ח) שבאיש שהיה לו מומין אמרין איתתא בכל דהו ניחא לה. וכתב לדחותו על פי מה שכתב האור זרוע (חלק א סימן תשסא) בשם רבינו שמחה, וכתב שהוא יסוד גדול להיתרא, שגם במומין של האיש הוי קידושי טעות ואינה צריכה גט. עיין שם. גם בשו"ת אהל משה (צוויג, חלק ב סימן קכג אות יג) למד מדברי מהרא"י בתרומת הדשן (בפסקיו סימן קלח ד"ה ואשר באת) שאפשר לבטל הקידושין היכא דהו קידושי טעות מצד האיש. ועיין שם. וכך פסק בשו"ת שרידי אש (חלק ג סימן לג). ועיין עוד בשו"ת אבני חפץ (סימן ל אות ח) דהיכא דאיכא אומדנא גדולה דאדעתא דהכי לא נתקדשה לו הקידושין בטלים. עיין שם.

וסיים הגר"ע יוסף זצ"ל בתשובתו: "הילכך אמינא ולא מסתפינא שהילדים כשרים, ורשאים להתחתן כדת משה וישראל."

ונראה פשוט שעקרות של הבעל הוויא מום גדול לביטול הקידושין, כל שברור לנו שאישה זו נתקדשה לו על דעת לילד ממנו ילדים.

ויעוין באגרות משה להגר"מ פיינשטיין זצ"ל (אבן העזר חלק ד סימן יג) שלא זו בלבד כאשר מדובר במום ממשי שיוצר עקרות, אלא גם במי שהצהיר שלא מעוניין כלל בהבאת ילדים לעולם, (מה שלא היה ידוע לאישה בשעת הקידושין). קידושי את האישה בטלים בכל הנוגע להתרת ממזרים. וטעמו, שהבאת ילדים לעולם היא דבר יסודי בכל נישואין, וכבר אמרה רחל אימנו ע"ה "הבה לי בנים ואם אין מתה אנכי".

ואומנם לעניות דעתי צריך לומר שזהו על דרך הכלל בלבד, אבל לא אם מתברר מהנסיבות שבסיס הנישואין היה אחר, וכמו בנישואין שניים כשיש לאישה ילדים מנישואיה הראשונים וכדומה.

מכל מקום בנדון דידן היה ברור שהאישה נישאה על דעת להביא ילדים לעולם (בדרך הטבע), ולכן כשהרתה לנטען לא הסכימה בשום פנים להפיל אף שידעה שלכאורה הוולד אינו כשר, וכפי שהצהירה לפנינו, ש'סוף סוף' הרתה לאחר חמש-עשרה שנות ניסיון להרות, כשהיא הייתה בטוחה שהעקרות היא ממנה ולא מבעלה, עד שהתברר שמדובר ב'עקרות הדדית', ואף נולד לה ילד נוסף, כשר, לאחר גירושיה. שוב מצאנו שבתביעת גירושין הראשונה של האשה משנת תשמ"א כתבה: "אין לנו ילדים. אנו נשואים חמש שנים. אני מאוד רוצה שיהיו לי ילדים. אולם בעלי לא מסוגל לכך, ויש לכך מסמכים אצל הרופא." וכבר ביארנו בדעת הרמב"ן הרשב"א והתוספות שאף אם אין מדובר במום חיצוני ממשי: כל שברור לנו שעל דעת כן נישאה, על מנת לילד ילדים, והיא לא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ידעה שמבעל זה לא ייולדו לה ילדים לעולם, הרי שיש לומר (לעניין ממזרות הבת המבקשת) שהקידושין בטלים.²¹

ובכן, לאור כל האמור יש מקום גדול לומר שב'עקרות הדדית' שלא הייתה ידועה לבני הזוג, ולא יכולים היו לדעת את קיומה בשעת הקידושין, אם ברור לנו שעל דעת שייולדו להם מנישואיהם ילדים נישאו, הרי שבנסיבות אלו לעניות דעתי פשוט שיש ספק רב בתוקף קידושיהם, ומהני על כל פנים בכל הנוגע להתיר את המבקשת לבוא בקהל ה'.

(י) הבחנה בין ביטול קידושין להיתר ממזרות, לאו וכתר

והן אמת שעל אף כל האמור לא היינו מבטלים את הקידושין כדי להתירה לשוק ללא גט רק מהנימוקים הנ"ל, ואף לא היינו מעלים זאת על דעתנו. אך מכל מקום הבחנה גדולה יש בין התרת אשת איש לעלמא ללא גט לבין ביטול קידושין לצורך התרת ממזרות, וזאת משני טעמים:

איסור לאו אל מול איסור מיתה

הראשון הוא שאשת איש לעלמא באיסור חיוב מיתה היא עומדת, ומחמירים בו בכל החומרות האפשריות, וכדאשכחן בדקדוקי גיטין, מה שאין כן איסור ממזר שהוא בלאו בלבד, וכפי שכתבו גדולי הפוסקים, וכפי שבאו בדברי מרן פאר הדור והדרו הגר"ע יוסף זצוק"ל ותמך יתדותיו על הבחנה זו בכמה מתשובותיו:

ביביע אומר חלק ז (אבן העזר סימן ח) כתב בזה הלשון:

כן כתב הגאון מהר"י ידיד בשו"ת שארית יוסף (חלק אבן העזר סימן א עמוד שכז) שאפילו להמהרי"ט אלגאזי, שיש להחמיר באיסור ערוה ולצאת ידי כל הפוסקים, מכל מקום באיסור ממזרות שהוא איסור לאו בלבד אין להחמיר כל כך.

ובחלק ח (אבן העזר סימן ז) כתב:

ועוד דבנדון דידן אין אנו דנים להפקיע הקידושין באיסור אשת איש להתירה לעלמא, אלא רק לענין איסור ממזרות שהוא איסור לאו. ומן התורה אין איסור ממזרות אלא באיסור ודאי, ולא באיסור ספק, וכדאמרינן בקידושין (עג, א) "לא

²¹ ובפסק דין אחר, בנוגע לאישה ששהתה עם בעלה עשר שנים לאחר נישואיהם ללא שנולדו ילדים ועתה תובעת להתגרש כדי להיבנות מאחר, עסקנו בשאלה אם הצורך בטענת 'בעינא חוטרא לידא ומרא לקבורה' הוא בדווקא, ולא די בצורך אימהי לילדים בלבד, או שמא הצורך בטענה זו הוא רק כדי לשלול אפשרות שכוונתה לשם מצווה שאינה מצווה בה, וכל שרצונה לילד ילדים משלה די בכך. ושם הבאנו מספר עזר משפט (להגר"א גולדשמידט זצ"ל, סימן יח) שטענת 'חוטרא' – לאו דווקא, אלא העיקר הוא שהרצון שלה בילדים הוא לא רק כדי לקיים מצוות פרייה ורבייה, שבה אינה מצווה, אלא לתועלתה שלה. ובין שתהיה זו תועלת חומרית ובין שתהיה תועלת רוחנית – נקבל את טענתה, וכל הצורך שתטען 'חוטרא לידא' הוא רק כך כדי לשלול כוונה שאינה אלא לשם מצווה. וכן כתבו בפד"ר (חלק ד עמ' שנג) שגם אם אומרת שרצונה בילד בשביל הנאתה הפרטית שיש לאם מבניה, שהם קורת רוח לה – גם זו טענה אלימתא לחייב את הבעל בגט אם הוא עקר. והביאו שם בשם הגאון הגרצ"ה מפיורדא (הובא בסוף ספר ושב הכהן) דהוא הדין אם באה בטענה שרוצה בילד לזכר, שחייב להוציא. ולפי שיטה זו הוא הדין והוא הטעם שאישה זו שתבקש לבטל קידושיה בטענת קידושי טעות – אם יתברר שהיה הבעל עקר בשעת הקידושין, יהיה מקום לשמוע את טענתה. וגם החולקים דסבירא להו שטענת 'חוטרא לידא' היא בדווקא, יש מקום לומר שאין זה אלא בגלל העדר הוכחה שהעקרות הייתה בשעת הקידושין, לפי כל האמור כאן. ומלבד זה כבר כתבנו שיש חילוק בין התרת ממזרים, שכנפשות דמיא, לבין להוציא אישה בלא גט, דחמירא לאידך גיסא, ויש לעיין עוד בזה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יבא ממזר בקהל ה' – "ממזר ודאי הוא דלא יבא, הא ספק ממזר יבא". אלא דמעלה עשו ביוחסין, וכשיש לנו כמה ספקות להקל, בודאי שיש להתיר גם בפסול יוחסין ואפילו בתרי ספיקי, וכמו שכתב בשו"ת מהרי"ו (סימן עד). וכן כתב בשו"ת חקרי לב (חלק א מיוורה דעה סוף סימן פט) בשם רבינו ירוחם.

וזו לשונו בחלק ט (אבן העזר סימן יט): "ואפילו המחמירים בכל הנ"ל – הני מילי באיסור אשת איש דחמיר טובא, אבל בנדון דידן שאנו דנים רק על הבת אם היא כשרה לבא בקהל [...]"

ובחלק יא (אבן העזר סימן טו) כתב:

הנה כבר כתב הגאון ר' יוסף ידיד בשו"ת שארית יוסף (חלק א, חלק אבן העזר סימן א עמוד שכו וסוף עמוד שלה) שדברי המהרי"ט אלגאזי אינם אלא באיסור אשת איש. אבל אם אנו דנים באיסור לאו, אם הוא ממזר או לא, זה אינו דבר ערוה. וכן מצאתי עוד בספרו תורת חכם (סימן כו) שנשאל בנידון יבמה שנישאת לזר וילדה בן, והביא מה שכתב החכם השואל שחשש לסברת הפוסלים אותו לבא בקהל, ודלא כמרן שהתיר, לפי מה שכתב מהרי"ט אלגאזי שבעניני ערוה יש לחוש להחמיר אפילו נגד מרן, והשיב לו שזוהי שגיאה גדולה משום דלגבי איסור יבמה לשוק, שאינה אלא איסור לאו, לא חשיב דבר ערוה, ועוד שאין אנו דנים אלא על הולד, אם הוא כשר לבוא בקהל, בודאי שאין לחוש לדברי המחמירים.

ושם (סימן יב) כתב:

ועל כל פנים בנדון דידן שאין אנו דנים על האשה עצמה שהיא אשת איש להתירה לאחר, אלא אנו דנים רק על הבנים להתירם לבוא בקהל, ואנן קיימא לן (קידושין עג, א) "ממזר ודאי הוא שלא יבוא – הא ספק ממזר יבוא", בודאי שיש לסמוך על כל הגאונים הנ"ל להתיר אותם לבוא בקהל. וכן כתב כיוצא בזה הגאון ר"מ פיינשטיין בשו"ת אגרות משה (חלק אבן העזר חלק ד סוף סימן נב). הילכך אמינא ולא מסתפינא שהילדים כשרים, ורשאים להתחתן כדת משה וישראל.

וזו לשונו של הגר"מ פיינשטיין זצ"ל באגרות משה שם (אבן העזר חלק ד סוף סימן נב):

ולכן אף שלענין היתר עצמה שהוא איסור אשת איש מהראוי להחמיר, כדמצינו כמה דברים שהחמירו באיסור אשת איש החמורה, וצריכה להשיג גט פטורין מבעלה, אין להחמיר לגבי הילדים שהנידון בהו הוא רק באיסור לאו, ואיסור כזה שהתורה הקלה בספקה. וכיון שבעצם מדינא בטלין הקידושין ורק מצד חומרא דאשת איש מהראוי להחמיר, וגם משום שאפשר להשיג גט, אין טעם להחמיר באיסור לאו וגם שהוא איסור קל ובספק הוא רק חומרא דרבנן.

וכך כתב באגרות משה (שם סימן יג, בסופו):

שלכן אף אם היה נוגע זה להאשה עצמה להתירה להנשא הייתי ירא מלהתירה מפני חומר אשת איש, שהחמירו בה הרבה. אבל כיון שנוגע זה להבן והבת, שהנידון הוא לענין לאו דממזרות, דאדרבה התורה הקלה בהו הרבה וגם רבנן מצינו שהקלו הרבה, פשוט וברור שיש להתיר לינשא לקהל.

ואין שום ספק שדברי גדולי עולם הללו צריכים להיות קו מנחה בבואנו לדון בפסולי ממזרות, ועלינו לעשות הבחנה בין היתר אישה ללא גט בשל ביטול הקידושין לבין היתר ממזר מסיבה זו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

פסול מחמת ממזרות כדיני נפשות

הטעם השני הוא שמקובלנו שהכרזה על מאן שהוא ממזר ואסור לו לבוא בקהל ה', הרי היא כדיני נפשות.

ובשו"ת אשר לשלמה (ילוח, אבן העזר סימן ז) כתב שבפסולי קהל גם אם אסרום הקודמים רשאים אחרים לבוא ולהתירם מטעם חדש, ולא אמרינן בזה 'חכם שאסר אין חבירו רשאי להתירו', עיין שם. וטעמו שכדיני נפשות הם שלעולם חוזרים לזכות, וכל זכות שיש לנו לומר כדי להציל מחיוב מיתה מחויבים אנו לאומרה, מדין "והצילו העדה" שמשמעו שכל טצדקי שאפשר להעלות על דעתנו שיש בהם ממש, חייבים להעלותם ולדון בהם – וכך גם בהכרזה על מאן שהוא ממזר ישראל, שהוא פסול חיתון: כל טענה הלכתית שיש בה ממש שתוציאו אותו מפסול זה, עלינו לדון בה.

וסמך עיקרון זה על דברי הירושלמי (סנהדרין פרק ד הלכה ז): "רבי תימא בר פפייס בשם רב הושעיא אף בפסול משפחה מתחילין מן הצד."

וביאר בפני משה (שם): "אף בפסול משפחה. אם בית דין רוצין לפסול אחד מחמת פיסול משפח' דכדיני נפשות דמיא."

ובפירוש עלי תמר (שם) כתב:

בשו"ת בית יוסף בסוף סימן י, בנדון השאלה להתרת עגונה הוא כותב: "והסכמתי להתחיל בדין זה, משום דדיני נפשות מתחילין מן הצד, ואחר יבואו רבותינו בעלי הוראה ויגמרו הדין על ידיהם." עכ"ל. והנה בוודאי שאינו בגדר דיני נפשות אלא במובן הרחב, אבל הרי זה משום גדר פסול יוחסין, כמו שכתבו גדולי ישראל בתשובותיהם שמפני כן הקילו חז"ל בעגונה בכמה דברים מפני שיש לחוש לתקלה שתצא האשה לתרבות רעה ויש כאן משום ממזרות ופסולי יוחסין, ודינו שיש להתחיל מן מצד. ונראה לי שאף לפסול אחד מחזקתו שצריך שני עדים דינו כפסול יוחסין.

וצריך עיון בסיפא דדבריו, ומכל מקום בפסול יוחסין – זהו פשט דברי הירושלמי הנזכרים.

ועיין בשו"ת אמרי יושר החדש (סימן לג) שדן בשאלת פסלות של שוחט ובודק וכתב:

ידוע מה שכתב הרש"ל בתשובות (סימן יא) דלפסול כל אדם הוי כמו דיני נפשות, ובמקום אחר הבאתי סמך מהירושלמי סנהדרין (פרק אחד דיני ממונות הלכה ז) שכתב דפסול משפחה מתחילין מן הצד כמו בדיני נפשות, והרבה צריך חקירה ודרישה לפסול אדם.

וקל וחומר להכריז על מאן שהוא פסול לבוא בקהל ה'.²²

ועל דרך הצחות אפשר לומר שאם אמרו תנאים שסנהדרין ההורגת אחת לשבע שנים או אחת לשבעים שנה נקראת קטלנית, ורבי עקיבא הוסיף ואמר שאם היה בסנהדרין מעולם לא היה נהרג בה אדם, כך לכאורה יש לנקוט האידנא באשר להכרזה על מאן שהוא ממזר ישראל כפסול חיתון. ואין הכוונה בזה חלילה להתיר בלא טעמים, אלא כשם ששם בגמרא איתא: "היכי הוי עבד (רבי עקיבא, לפטור את החייב ממיטה)?" ותירצו שהיה שואל את העדים אם "במקום סייף היה נקב" וכו', על אף הדוחק הגדול שבזה, וכך גם בפסול לבוא בקהל, שיש להידחק ולמצוא כל צד היתר.

²² ויעוין בצפנת פענח (הלכות גירושין פרק יב הלכה טז), שכתב שפסול יוחסין אינו כאיסור והיתר שמוכרע על ידי מורה הוראה, אלא הרי זה כדין שצריך בית דין לדנונו, והביא ראיה מהירושלמי הנ"ל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וייתכן לומר, שדור דור ודורשיו, ובימי התנאים הנ"ל ורבי עקיבא כך היה ראוי לנהוג, אף שבדורות אחרים יכולה הייתה להיות הנהגה אחרת, כך אנו נאמר שאף אם מצאנו בדורות קדמונים שהחמירו בפסולי יוחסין, ו'מעלה עשו ביוחסין', הרי שבדורנו, דור יתום אשר רבתה בו החוצפה והעזות בעניינים אלו, נראה שיש לנהוג בדרך של חיפוש כל צדדי היתר (גם הדחוקים ביותר) להכשיר את מי שנראה בפשטות שהוא פסול לבוא בקהל ה', ויתקיים בנו מקרא שכתוב, בדברים מסוג זה, "אקרא לא-לוקים עליון, לא-ל גומר עליי", וד"ל.

ובכן לפי כל האמור, שאין אנו באים להחמיר האישה לעלמא ללא גט אלא להכשיר את הבת, אין ספק שאפשר להישען על כל הנ"ל ולהתירה לבוא בקהל בתוספת סניפי ההיתר הבאים.

(יא) תלייה בגוי

ואחר שביירנו שיש להסתפק שמא קידושיה של אם המבקשת ל[אלמוני] היו קידושי טעות, ושכך יש לומר על כל פנים לעניין הכשר הבת לבוא בקהל, יש להוסיף סניף להיתר ולתלות בגוי, דשמה מגוי נתעברה אימה, במיוחד בעיר אילת, שמצויים בה עובדים זרים רבים אף שמכל מקום הרוב שם הם יהודים.

וכבר נשתברו על סניף זה קולמוסים רבים, ואף הגר"י דרעי שליט"א כתב והאריך בזה בנימוקיו כיד ה' הטובה עליו, עיין שם, ואין צורך לכפול ולדון בזה מחדש, ורק לצורך העניין הנצרך למעשה בנידון דידן, נצטט את מה שכתבו בפסק דין מבית הדין בחיפה (תיק 1088722/1) מיום י"ב בטבת התשע"ז (10.1.2017), ששם נסדרו הדברים וסוכמו באר היטב, וכלהלן:

זאת ועוד: אף אי נחשוש שמא לא התעברה מבעלה אכתי יש להסתפק שמא התעברה מנוכרי.

ודבר זה כבר נפתח בגדולים, שהרי כתב הטור וכן פסק בשולחן ערוך (סימן ד סעיף טז): "האב שאומר על העובר שאינו ממנו, או על אחד מבניו שאינו בנו, נאמן לפוסלו והוא ממזר ודאי."

אומנם הרמב"ם (הלכות איסורי ביאה פרק טו הלכה יט) כתב:

אמר האב אינו בני או שהיה בעלה במדינת הים, הרי זה בחזקת ממזר, ואם אמרה מעכו"ם ועבד נתעברתי הרי הולד כשר, שאין הבעל יכול להכחישה בדבריה.

ודקדק בבית שמואל (סימן ד ס"ק נב) שהטור כתב "הרי הוא ממזר ודאי", אך הרמב"ם כתב שאינו אלא "בחזקת ממזר", משום שלדעת הטור האומר על העובר שאינו בנו – לא חיישינן שהתעברה מנוכרי ולכך הרי זה ממזר ודאי, אך לדעת הרמב"ם בסתמא חיישינן שהתעברה מנוכרי אף כשלא אמרה כן, ולפיכך הוולד אינו אלא בחזקת ממזר, ואדרבה: אילו הייתה אומרת כן להדיא [שהוא מגוי] – הולד כשר.

אומנם הגאון רבי עקיבא איגר (בתשובה סימן קו, הובא בפתחי תשובה ס"ק לט) פקפק בזה וכתב:

לדעתי הקלושה והנמוכה מה דהוציא כן הבית שמואל לעשות מחלוקת הרמב"ם והטור מחמת דקדוק לשונם – לעניות דעתי אין זה הכרח כלל וכלל. ודברי הרמב"ם והטור באו בדיוק היטב [...]

ומסיק למעשה דבכל ענין טענינן כן שמא מנוכרי התעברה, עיין שם. ועיין עוד בפתחי תשובה (ס"ק טז) ואין כאן מקום להאריך.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

גם בדרכי משה כתב בשם תשובת מהרי"ו (סימן עד) באישה שנתגרשה וילדה, שמכשירים הולד משום ספק ספיקא: שמא אחר גירושין זנתה, ואם תמצא לומר קודם גירושין זנתה – שמא זנתה עם עכו"ם.

איברא שהלכה אחת עומדת לנגדנו והוא מה שפסקו הרמב"ם (הלכות איסורי ביאה פרק טו הלכה כ) והשולחן ערוך (סימן ד סעיף טו):

אשת איש שיצא עליה קול שהיתה זונה תחת בעלה, והכול מרננין אחריה, אין חוששין לבניה שמא ממזרים הם, שרוב בעילות אצל הבעל, ומותר לישא בתה לכתחלה [...] ואם היתה פרוצה יותר מדאי – אף לבניה חוששין.

ולכאורה אי תלינן בנוכרי, אף בפרוצה ביותר נימא ספק ספיקא: שמא מבעלה התעברה ואם תמצא לומר שמאחר התעברה שמא מנוכרי התעברה, ואמאי חוששין לבניה.

והבית שמואל (סימן ד ס"ק מג) כתב לתרץ שאכן לדעת מהרי"ו שתולין שמא מנוכרי התעברה אין לחשוש לבניה חשש ממזרות, ומה שכתב הרמב"ם חוששין לבניה – היינו רק לענין כהונה [...]

אכן לדעת מהרא"י (סימן לז) שחוששין לבניה היינו חשש ממזרות (בית שמואל ס"ק כו) נמצא שלא עבדינן ספק ספיקא שמא מבעלה ושמא מנוכרי, משום דלא סבירא ליה לתלות בנוכרי וכדעת הטור. עד כאן תורף דבריו.

אומנם הבית מאיר כתב (בתשובה שנדפסה בשו"ת רבי עקיבא איגר סימן ק) דלכולי עלמא תולין בנוכרי, והתם בפרוצה ביותר חוששין לבניה ולא תלינן שהתעברה מנוכרי משום דמיירי בעיר שכולה ישראל וליכא לתלות בנוכרי, ולעולם בעיר שיש בה נוכרים – שפיר תלינן בנוכרי [...]

ובתשובת הרב נודע ביהודה (סימן ד הובא בפתחי תשובה סימן ד ס"ק לו) מסיק דכיון שלדעת הרמב"ם יש לתלות שהתעברה מנוכרי ואין הולד ממזר, מי יקל ראשו להקל ולהתירו בממזרת נגד הרמב"ם במקום "דמסתבר טעמיה".

וכן הסכימו לתלות בנוכרי הגאון החתם סופר (אבן העזר סימן יג) ברוב גויים (ודלא כמו שכתב בסימן י) והגאון רבי יצחק אלחנן בשו"ת עין יצחק (אבן העזר סימן ז אות ח) והגר"מ אריק בשו"ת אמרי יושר (חלק ב סימן קיד) והגאון רבי יצחק אבולעפאי בשו"ת פני יצחק (אבן העזר סימן ז) והחזון איש (אבן העזר פריה ורביה סימן א אות יז). עיין שם.

וראה עוד לגרי"ש אלישיב זצ"ל בקובץ תשובות (סימן קמא) שרק כאשר השנים כתיקונם והיהודים היו מובדלים מבני הנכר, חרפה הוא לה להיבעל לנוכרי, כמו שכתב החתם סופר (סימן י) אבל כאשר נהרסה מחיצה המבדלת בין ישראל לעמים מילתא דפשיטא דתלינן בנוכרי כמו ביהודי עיין שם.

ובאוצר הפוסקים (סימן ד סעיף כט אות ח) כתבו כי בתשובת הרב בצל הכסף (חלק ב סימן ב) הביא חבל נביאים דתלינן בספק שמא מנוכרי התעברה. ומהם: רש"י, רמב"ם, רמ"ה, ר"ן, הרב המגיד, טור, רשב"ץ, מהרי"ו, מרן השולחן ערוך, הרמ"א, מהרימ"ט, שער המלך וחקרי לב ובודאי שיש לסמוך עליהם להקל. עיין שם.

וכן הסכים למעשה מרן הראשון לציון זצ"ל בשו"ת יביע אומר (חלק ט סימן ב) והוסיף שם עוד פוסקים רבים המסכימים לזה. וכן כתב עוד בכמה דוכתי (חלק ח סימן ט; חלק ט סימנים ג–ו וחלק י סימנים ג–ה וסימנים ז–ח ועוד).

תלינן בנוכרי גם ברוב ישראל

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עוד חידש מרן הראשון לציון זצ"ל (חלק י סימן ג) בשם הרב בנין עולם (אבן העזר סימן ה אות ו, ז) שאפילו ברוב ישראל תלינן שהתעברה מנוכרי, ואף שיש רוב לאיסורא מכל מקום יש רוב נגדו, שרוב ישראל גדורים מהערייות, מה שאין כן הגויים שרובם פרוצים, ותולין הקלקלה במקולקל. דודאי מי שפרוץ מישראל הוא מיעוטא דמיעוטא כלפי העכו"ם. (וראה אוצר הפוסקים סימן ד סעיף כט אות יג.)

וביאר שם טעמא דמילתא שהספק שמא מנוכרי התעברה מצטרף לספק, אף אם אינו ספק שקול, שהרי ספק ספיקא מהני מדין רוב כמבואר בתשובת הרשב"א (סימן תא) דבספק אחד הוה מחצה על מחצה ובספק השני הוה רוב להיתר. ולפי זה אין צריך ששני הספקות יהיו שקולים שהרי אף אם רק אחד מהם שקול, מכל מקום הספק השני שיש בו מיעוט להיתר מצטרף לספק הראשון להקל מטעם רוב, וכמבואר בפרי חדש (יורה דעה סימן קי ס"ק מט).

וכן הסכים גם בשו"ת תורת חסד (אבן העזר סימן ט) כי לדעת הרמב"ם (סוף פרק ט מהלכות טומאת מת) שספיקא דאורייתא לחומרא אינו אסור אלא מדרבנן, יש לומר שלא החמירו אלא בספק אחד שקול, אבל כשנוסף לו ספק אחר, אפילו הוא רק מיעוט, חזי לאצטרופי להקל בספק ספיקא, משום שיש לומר שבזה לא החמירו חכמים. וכיון שספק ממזר מותר מן התורה ואסור רק מדרבנן, לפיכך אפשר לצרף ספק שאינו שקול דשמא מנוכרי התעברה, לספק הראשון להקל ושרי לכתחלה. (ועיין עוד אוצר הפוסקים ס"ק קיד אות ג ודוק.)

וכתב עוד מרן הראשון לציון זצ"ל (חלק י סימן ד) דאף שהאור זרוע כתב בשם מהר"ח הכהן שאין תולין בנוכרי כיון שרוב המצויים אצלה ישראל, יש לומר דסבירא ליה ספיקא דאורייתא לחומרא מדאורייתא, ולכך בעינן ששני הספקות יהיו שקולים. אבל לדעת הרי"ף והרמב"ם דספיקא דאורייתא לחומרא מדרבנן, כל שנוסף ספק כל דהו על הספק השקול הוה רובא ובזה לא גזרו, וכמו שביאר בזה הפני יהושע (כתובות ט, א).

וכשאני לעצמי אמינא עוד טעמא, שאף בעיר שרובה ישראל יש לתלות בעכו"ם דשמא אזלא איהי לגבייהו והוה ליה קבוע דכמחצה על מחצה. וכן מבואר בתשובת נודע ביהודה (סימן לח הובא בפתחי תשובה סימן יג ס"ק יח) על אודות מעוברת חברו. ושוב ראיתי בסייעתא דשמיא שכיוצא בזה כתבו באוצר הפוסקים (סימן ד אות מב) בשם הרב מנחת עני (סימן נב).

וכן שמכו למעשה לתלות שהתעברה מנוכרי, בתשובת הרב שמש ומגן (חלק א סימן ג וחלק ג סימנים ו-ז, וסימנים יב, טז, מח, וחלק ד סימן יב) והרב מנחת יצחק (חלק ט סימן קנא) ובאגרות משה (חלק ג סימן ח).

וכן הסכים הגאון מהר"י חזן זצ"ל בספרו שו"ת יחזקאל דעת (חלק ג סימן מד וראה מש"כ בחלק ב אבן העזר סימן ב) וכן כתבו בשו"ת שערי ציון (חלק א סימן ג וחלק ב סימן ב) ובשו"ת שמע שלמה (חלק ב סימן ד וסימן ט וחלק ג סימן א) ובשו"ת מראות ישרים (חלק ב סימנים כג-כד) וראה עוד מה שכתב אאמו"ר זצ"ל בספרו משנת שלמה (קדושין סימנים מו-מז) ואין כאן מקום להאריך.

תלינן בנוכרי גם כשלא אמרה כן

ואף כשהאם לא אמרה שהתעברה מנוכרי תלינן שהתעברה מנוכרי אלא שבושה היא לומר כן, וכמבואר כיוצא בזה בתוספות (כתובות ט, א) "דאם איתא דמוכת עץ היתה היה לה לטעון כן, שאין גנאי בכך כמו ביאת אונס", משמע שבמקום שגנאי לה לטעון כן אין לומר דמדלא טענה כן ליכא לספוקי בהכי כיון שמתביישת לטעון כן.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וכן הסכים רבי עקיבא איגר (בתשובה) סימן קו) והעיר על דעת הפרישה (בית שמואל ס"ק מד) שרק כשהאם אינה בפנינו תלינן בנוכרי אבל כשהאם בפנינו ולא טענה כן, לא טענינן זאת, וסיים שם, לבי מהסס וקשה עלי כתורמוס מאיזה סיבה נימא כן, הלא בודאי אין ראייה מדלא טענה כמבואר בתוספות גבי מוכת עץ, דגנאי הוא לה לטעון כן עיין שם.

וכיוצא בזה כתב גם בשו"ת עין יצחק (אבן העזר סימן ז אות ז), וכן דעת החזון איש (אבן העזר סימן א סקי"ז) שכתב, מחזורתא כדברי רבי עקיבא איגר שכל שיש נוכרים שראוי להסתפק בהם הוא ספק. ובשו"ת ישכיל עבדי (חלק ג סימן ב סעיף ה אות ד) כתב שאפילו אם נבדקה האם ואמרה שהבן מבעלה, מצרפים הספק דשמא מגוי נבעלה להכשיר את הבן. עיין שם. וכיוצא בזה כתב בשו"ת מנחת אשר (חלק א סימן עד אות א) ואין כאן מקום להאריך.

אולם, עיין בעטרת דבורה (חלק א סימן ו, עמ' 56) שפקפק בדבר, אך כבר נתקבעה הלכה שכתוספת סניף להתיר פסולים יש לתלות מספק בגוי. ויש לנו יסוד להניח שבנסיבות התיק, שאם המבקשת נהגה בעצמה בהפקרות מסוימת, וכפי שהצהירה בפרוטוקול הדיון, ודי לחכימא, אף החולקים יודו ששניתן לתלות בגוי.

ואף שהספק השני אינו ספק השקול, כיון שסוף סוף רוב ישראל – עיין בשו"ת יביע אומר (חלק ט אבן העזר סימן ו) שכתב:

וכבר כתב בשו"ת מהרי"ו (סימן עד) שיש לצרף ספק דשמא מגוי נתעברה עם ספק אחר להתיר הולד, משום דקיימא לן גוי ועבד הבא על בת ישראל, אפילו היא אשת איש, הולד כשר. והובא להלכה בדרכי משה (סימן ד אות ז). עיין שם.

ואף על פי שהאור זרוע (סימן תרנז) הביא תשובת רבינו חיים כהן שרצה מתחלה להתיר בנידונו מטעם ספק ספיקא, שמא נתעברה בולד זה לאחר שנתגרשה ואם תמצי לומר קודם גירושין שמא מגוי נתעברה, ושוב חזר ודחה ספק ספיקא זה משום שרוב המצויים אצלה ישראל הם. עיין שם – יש לומר שמהרי"ו סבירא ליה שאין צורך בספק ספיקא שיהיו שני הספיקות שקולים, וכל שיש ספק אחד שקול, מצרפים הספק דשמא מגוי נתעברה, אף על פי שיש ישראל מצויים אצלה יותר. והרי"ח הכהן סבירא ליה דבעינן שיהיו שני הספיקות שקולים, וכדעת התוספות (כתובות ט, א ד"ה ואיכא). אבל הפני יהושע (שם) כתב שמכיון שבספק אחד הווי ליה פלגא ופלגא, כשנוסף ספק כל שהוא – אף על פי שהוא מיעוט, מצטרף הספק הזה למחצה, והווי להו רובא, ולקולא. וכל שכן לדעת הרמב"ם דספקא דאורייתא לחומרא רק מדרבנן. ועיין עוד בקונטרס אחרון (שם סימן כח). עיין שם.

ועיין בסדרי טהרה (סימן קפז ס"ק טו) שכתב שאף על פי שהתוספות [בכתובות ט, א] סבירא להו שאין הספק ספיקא מועיל להתיר אלא אם כן שני הספיקות שקולים, מכל מקום התוספות [בנדה] (מה, א בד"ה שליא) סבירא להו דאמרינן סמוך מיעוטא לפלגא של הספק השקול והווי להו רובא ולקולא. עיין שם. וכן כתב בשו"ת פרשת מרדכי (חלק יורה דעה סימן יא). וכן הגאון רבי יצחק אלחנן בשו"ת עין יצחק (חלק אבן העזר חלק ב סימן טז אות ג-ד) הוכיח במישור מדברי התוספות (נדה מה, א) שגם ספק שאינו נשקל מצטרף לספק שקול להחשב ספק ספיקא להתיר, ושכן דעת הרמ"א ביורה דעה (סימן קפז ס"ק [צ"ל סעיף] ה). וכן כתב בשו"ת עונג יום טוב (חלק אורח חיים סימן טו) להוכיח כן מדברי התוספות

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

[ב]נדה (מה, א), עיין שם. וכן העלה בשו"ת תורת חסד מלובלין (חלק אבן העזר סימן ט אות ה).

ובתשובה אחרת הוכחתי בסייעתא דשמיא שכן דעת הרמב"ם (בפרק ט מהלכות פרה אדומה הלכה טז), עיין שם. ולפי זה הספק ספיקא שבנדון דידן – סמכינן עליו להתיר הולד לבא בקהל. וכן בשו"ת חתם סופר (חאה"ע סי' יג) צירף בנידונו הספק דשמא נתעברה מן הגוי לספק אחר, והתיר מטעם ספק ספיקא, עיין שם. וכן העלה בשו"ת רבי עקיבא איגר (סימן קו). והנה מצאנו שכן דעת הרמ"ה בפרק יש נוחלין (בבא בתרא קכו, ב). ועיין עוד בשו"ת הרשב"ץ (חלק ג סימן פח). עיין שם.

עד כאן ציטוט מפסק הדין.

ויש להדגיש שבנידון דידן התלייה בגוי אינה דבר רחוק, מכיוון שמדובר בעיר אילת שבה נמצאים אנשים ועובדים זרים מארצות רבות. כך האם של המבקשת היא ממוצא [...] שייתכן שהיו נמצאים בחברתה גברים אשר אימותיהם לא היו יהודיות. והנטען להיות אבי המבקשת – שהיה נהג משאית – היה נוסע למרחקים לתל אביב באופן קבוע, ורוב רובו של הזמן לא היה בעיר אילת כלל. בנוסף, יש לציין את דברי האם בדיון, שבגדה בבעלה במכוון כדי "להחזיר לו" על שבגד בה, והלך עם אחרת, הרי שהיא בעצמה הצהירה שבגדה מתוך כוונת נקמה, ולא רק שנתנה עיניה באחר להיות מיוחדת לו, וכשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר. לכן שפיר יש לצרף ספק זה, שמא מגוי נתעברה, לספק קידושי טעות, כפי שהעלנו לעיל.

ואף אם תמצי לומר שהיתה מיוחדת לנטען ודיימא מיניה – גם בזה אין לשלול תלייה בגוי, וכבר הביא בשו"ת יביע אומר (חלק ט אבן העזר סימן ה) תשובה מהרב משאש זצ"ל שדין ספק ממזר שמותר מדאורייתא הוא אף ברוב פסולים, ואף במיוחדת, כל שאינם חבושים בבית האסורים, וכך כתב:

ואף שהיתה אדוקה עם הבעל הזה – אין אומרים שרוב בעילות ממנו, שלא אמרו זה אלא בבעל הנשוי כדת בחופה וקידושיין – בזה תולים רוב בעילות אחר הבעל להקל. אבל הבעל הזה, שיושבת עמו באיסור כרת, אין אומרים רוב בעילות ממנו, שהרי ספק ממזר מותר מן התורה – "ממזר ודאי הוא דלא יבא, הא ספק ממזר יבא". ואפילו רוב פסולים אצלה חיישינן למיעוטא דכשם שדיימא מאיסור כרת החמור, כל שכן דדיימא מאיסור הגוי שאינו חמור כמוהו, והתורה עשתה ספק כודאי כשר, וכמו שהארכתי בתשובת שמש ומגן (חלק א סימן ג) דאפילו אם היתה דרה עמו ומיוחדת לו, עם כל זה לא הוי אלא ספק ממזר, עד שיהיו חבושים בבית הסוהר, ועוד הארכתי בספרי זה (חלק ג סימן ז), שהוא על מזבח הדפוס, להביא ראיות לזה מדברי הב"ח והבית שמואל (סימן קנו), ליישב דעת הרמב"ם שהיא דעת מרן (סימן קנט סעיף ט) שהם סוברים דאפילו בדלא דיימא מעלמא חיישינן למדאפקרה וכו', ושכן הוא בחידושי הגאון רבי עקיבא איגר (סימן קו בסוף התשובה), וכן היא דעת הנודע ביהודה בדעת הרמב"ם – הביא דבריו הפתחי תשובה (סימן קנו ס"ק כג). עיין שם.

דבריו בשו"ת שמ"ש ומגן הנ"ל (חלק א סי' ג) מופיעים גם בפד"ר (כרך יג עמ' 248), בעניין נחשדה עם גיסה (בעל אחותה), עיין שם.

לגישות אלו נמצא שאף שדרים כבני זוג, וגם הרוב הם ישראל הפסולים לה, מכל מקום גילתה לנו התורה על כל פנים בממזר שאין הולכים אחר הרוב, אלא כל שאינו "ממזר ודאי" – אין בו איסור מדאורייתא אלא מדרבנן, וממילא אין לשלול את התלייה בגוי.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וכן האריך לבאר בשו"ת שערי ציון (חלק א אבן העזר סימן ה ענף א) שכל שאינה אשתו בחופה וקידושין – אין הבנים מתייחסים אליו בוודאות אלא מספק, אפילו במיוחדת לו (דלא כדעת הרשב"א והרא"ש), ושגם ברוב פסולים הוא בכלל "ספק ממזר" שמותר מן התורה. עיין שם.

ואף שיש שחלקו על העקרונות הנ"ל, ויש להאריך בכך, מכל מקום בנסיבות התיק, שבזמן שהתעברה האם במבקשת אין לנו שום הוכחה שהייתה מיוחדת לו באותה העת, ואדרבה הדעת נוטה לומר שבאותו הזמן לא הייתה מיוחדת לו, ובהתחשב בשאר נימוקי ההיתר, יש לצרף את האמור כסניף להתיר את המבקשת לבוא בקהל.

ועוד יש לומר: הלא אם נחוש שזינתה עם אחרים מלבד הנטען להיות אבי המבקשת, הלא לא ידוע היכן זינתה, אם באו אליה או היא הלכה אליהם. ואם היא הלכה אליהם, הרי דהווי להו קבוע, וכל קבוע כמחצה על מחצה דמי, והווי ליה כספק השקול. ועיין ישועות יעקב (אבן העזר סימן ד – פירוש הארוך ס"ק יב) שכתב שגם ברוב ישראל בכהאי גוונא הווי דרבנן, דלמא אזלא לגביה, עיין שם.

ועיין בשולחן ערוך (אבן העזר סוף סימן ו – סעיף יח) שכתב בתרי רובי כשרים להכשיר לכהונה את מי שנבעלה ולא ידוע למי "וסתמא נמי, שאין ידוע מי הלך למי, תנשא לכתחלה", והיינו כדעת הטור שם, דתלינן מסתמא שהלך הוא אליה. ויש לבאר שאין זו קביעה עובדתית, שמן הסתם הבועל הולך לאישה, אלא הטעם הוא משום דמעיקר הדין סגי ברוב אחד, ובתרי רובי תלינן לקולא שהלך הוא. ולפי זה הוא הדין והוא הטעם בנידון דידן, שמאחר שגם ברוב פסולים ספק ממזר מותר מן התורה נוכל לתלות איפכא לקולא, שהלכה היא אליו, כדי להתיר את הוולד. וצריך עיון לעת עתה.

ובהתאם לאמור יש לצרף תלייה בגוי לסניף של הפקעת הקידושין ולהתיר את המבקשת.

(יב) הפקעת קידושין למפרע במי שאמרה "טמאה אני לך"

והנה כסניף נוסף להתיר אומר דבר מחודש שמצאתי לו בניין אב בפוסקים, ואף שאין בו הכרע של ממש, אבל ראוי הוא להיאמר בבואנו להתיר פסול לבוא בקהל, שכפי המבואר לעיל, כמוהו כלהצילו מחיוב מיתה וכדיני נפשות הוא.

הלכה ידועה היא שמי שאמרה לבעלה "טמאה אני לך", שזינתה תחתיו ונאסרה לו, אינה נאמנת ומותרת לו למשנה אחרונה (נדריים צ ע"ב).

והקשו הראשונים: גם אם אינה נאמנת כלפי בעלה, סוף סוף הלוא שוויא אנפשה חתיכה דאיסורה, ואיסור שבה להיכן הלך? ונאמרו על כך כמה יישובים, עיין בראשונים על אתר. אבל הר"ן יישב שכשאמרה "נטמאתי" הפקיעו חכמים הקידושין ממנה והוויא לה כפנויה למפרע, ולא נאסרה על בעלה, וזו לשונו:

ולדידי לא קשיא לי, דכי היכי דאמרינן בכמה דוכתי (גיטין לג וש"נ) דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקדושי מיניה, הכי נמי הכא: כל שאמרה לבעלה "טמאה אני" אפקעינהו רבנן לקדושי מעיקרא, ונמצא שבשעה שנאנסה פנויה היתה ומשום הכי שריא לבעלה.

וראה להלן בשם המשנה הלכות אם גם במקום שהבעל מאמינה אמרינן אפקיענהו.

והנה אם המבקשת אמרה כמה פעמים בפני בית הדין שזנתה תחת בעלה, ולפי דברי הר"ן הופקעו קידושיה לאלתר, וזה היה עוד לפני שנתעברה במבקשת. ואם כן המבקשת נולדה מפנויה ולא מאשת איש, והותרה לבוא בקהל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ואל תתמה שאם כדברי הר"ן, יהיה מותר לאישה להינשא לאחר, שהרי פנויה היא, שמחמת קושיה זו ועוד כתבו האחרונים שאף שהופקעו קידושיה נשארו קידושי דרבנן בה. זאת אומרת: ההפקעה היא רק מקידושי תורה אבל נשארה נשואה לו מדרבנן. כך כתבו בספר תפארת ירושלים (גיטין פרק ד אות לח), ובברית אברהם – הובא בקהילות יעקב (כתובות סימן יא). ומלשון הרמב"ן בשיטה מקובצת (כתובות ג ע"א) משמע שכל מקום דאשכחן אפקיענהו, היינו מקידושי תורה אבל נשארו בה קידושי דרבנן. ועיין באריכות רבה בשו"ת מנחת שלמה (חלק א סימן עו) שכל 'אפקיענהו' הוא רק הקפעת קידושי תורה ונשארו קידושי דרבנן.

ואומנם במנחת שלמה (שם) שדן בעצת המהרש"ם להתיר ממזר על ידי שייתן הבעל גט לאישה באופן שיופקעו הקידושי (על ידי ביטול הגט שלא בפני השליח) כתב לדחותה מאחר שגם לאחר ההפקעה נשארו נישואי דרבנן ויהיה ממזר מדבריהם, עיין שם. ואם כן, בנדון דידן סוף סוף תהיה אסורה מדבריהם לבוא בקהל, אך מכל מקום סניף זה יועיל בתרתי:

הראשונה היא, שאם אינו אלא מדרבנן, הרי שבספקות הראשונים של ביטול הקידושי ותלייה בגוי, נוכל להתיר בשופי כספקא דרבנן דלקולא; והשנייה, שיש שכתבו שבנישואי דרבנן אין ממזרות כלל, ומאותו הטעם שאינה נאסרת לבעלה כך לא ייפסל הוולד מלבוא בקהל, וכמו שהבאנו לעיל בשם בספר נדיב לב (לרבי חיים דוד חזן, סימן ג), ובשם ספר אחי וראש (לרב חיים יהודה אברהם, סימן ט).

וברור לי שזהו סניף מחודש להיתר, ואלמלי הספיקות הקודמים לא היינו מעלים אותו כספק של ממש, מכל מקום מצאתי שיש שהשתמשו בעיקרון זה, וכלהלך:

החיד"א זצ"ל בשו"ת יוסף אומץ (סימן קא) דן במה שציווה דוד לאוריה לילך לביתו, והביא מי שכתב שדוד רצה להינצל מעוון אשת איש, שילך אוריה לבת שבע והיא תאמר לו שנטמאת וממילא יופקעו קידושיה כדברי הר"ן הנ"ל. ואומנם דחה החיד"א דבריו מכמה טעמים, ואחד מהם שסוף סוף למשנה ראשונה נאמנת ואסורה לבעלה ודוד בימי משנה ראשונה היה, ומשנה אחרונה רק בימי התנאים נתקנה, עיין שם. מכל מקום, ממה שהוצרך לדון בסברת האומר כך משמע שלדעתו לאו מילתא פריכא היא מצד עצמה, ולחיבת הקודש אצטט מלשונו:

ואל זה אביט בספר בנין אריאל להגאון מהר"ר שאול ז"ל (בחלק ב דף מ) משם הגאון מר אביו זלה"ה שישנו בנותן טעם לאשר אדונינו דוד מלך ישראל ע"ה מפקד פקיד לאוריה לילך לביתו והענין במאי דתנן בנדרים (דף צ ע"ב): "בראשונה היו אומרים ג' נשים יוצאות ונוטלות כתובה: האומרת 'טמאה אני לך' וכו' "חזרו לומר שלא תהא אשה נותנת עיניה באחר ומקלקלת על בעלה: האומרת 'טמאה אני לך' – תביא ראיה לדבריה." והקשה הר"ן דכיון דמדינא כי אמרה "טמאה אני לך" מתסרא על בעלה כמשנה ראשונה, אם כן איך התירו משום שלא תהא נותנת עיניה באחר, וכי איסור שבה להיכן הלך? ותירץ דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקיענהו רבנן לקדושי מעיקרא. ובירושלמי משמע דגם בימי דוד המלך ע"ה היו נזהרים במילי דרבנן. לפי זה יש לומר שרצה דוד המלך ע"ה להציל עצמו מעון אשת איש, אמטו להכי הוא ציוה לאוריה ללכת לביתו, ובת שבע תשיב אמריה לו שנטמאה, והוא אינו מאמינה ואפקיענהו רבנן לקידושי מנה. ונמצא דנעקרו הקדושי למפרע והיתה פנויה בשעה שבא עליה, ואז נסתלק מעליו עון אשת איש למפרע. זאת היתה לו לדוד המלך ע"ה ביום צוותו לאוריה ללכת לביתו. עד כאן דברי הגאון ז"ל משם מר אביו ז"ל.

ובהמשך כתב לדחותו בזה הלשון:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ואולם אנכי איש צעיר, זאת לפני בספרי זוטא דברים אחדים (דף מ ע"א) שדינא בה נרגא דזו משנה אחרונה, אבל משנה ראשונה בימי התנאים היתה דיוצאת, ואין ספק בזמן דוד המלך ע"ה דהיה כמה מאות שנים קודם זמן התנאים היה נוהג הדין כמשנה ראשונה דתצא, עיין שם באורך. ויש מי שרצה לומר דבימי דוד המלך ע"ה היו נוהגים כמשנה אחרונה דהאומרת "טמאה אני לך" אינה נאמנת, ואפקיעו רבנן לקדושי, ואחרי כן התנאים אוקמוה אדינא דהיא יוצאת, ושוב למשנה אחרונה לפי הדור חזרו לנהוג כזמן דוד המלך ע"ה. זהו תורף דבריו. ואני עניתי מאד, שהוא דבר זר לומר דבימי דוד המלך ע"ה היו חוששין שמא עיניה נתנה באחר ואפקיענהו רבנן לקדושי מינה, ואחר כמה מאות שנים חזרו לנהוג כמשנה ראשונה דיוצאת. על כן יאמרו המושלים: אטו אכשור דרי? ותו: מילתא דתקון רבנן לימים ראשונים בימי דוד המלך ע"ה מה כח בית דין יפה בזמן התנאים לבטל דברי הראשונים?

וכתב שם ליישב היתרו של דוד בדרך אחרת, עיין שם.

מכל מקום אין הדברים דחויים כסניף בעלמא להיתר, ואף שבתחילה כתב שהר"ן דחה סברת 'אפקעינהו', מה שלא נמצא בגירסא שלפנינו (אלא שבתוספות יום טוב על המשנה הכי איתא), עיין שם בסוף דבריו.

עוד מצאתי לשנים מפוסקי זמננו שנשענו על דברי הר"ן הללו הלכה למעשה כסניף:

בשו"ת משנה הלכות (לגאון הרב מנשה קליין זצ"ל, חלק ד סימן קנח) שדן בשאלה אם יוצא מצוות פרו ורבו בכך ממזר כתב בהאי לישנא:

ומעתה אני אומר דבר חדש דלפי זה אשת איש שזנתה – כל זמן דליכא עדים דמחויב לגרשה, לעולם אין הולד ממזר, דכיון דאסור לגרשה ממילא אמרינן 'אפקעינהו', אפילו הבעל אומר שמאמין הרי גם כן אינו מהימן בזמן הזה דאיכא חרם דרבנו גרשום, וממילא הולד הוא כשר. ואם כן, יש טעם חדש להתיר בקהל בן הנולד מאשה שמרננים אחריה, והפוסקים כתבו משום רוב בעילות הולכים אחר הבעל ולפי מה שכתבתי בלי טעם זה. ולא הוה ספק אלא ודאי כשר. וזה פלא.

ובתשובות והנהגות (להגר"מ שטרנבוך שליט"א, כרך ג סימן תי) דן להתיר לבעלי תשובה שהאישה הודתה בפני בעלה שזינתה תחתיו ומאמינה להמשיך בנישואיהם, ובין שאר הסניפים גם על בסיס דברי הר"ן הנ"ל שבאמירתה "טמאה אני לך" הופקעו קידושיה למפרע, עיין שם.

לסיכום

ובכן, לאור כל האמור נראה לעניות דעתי שאפשר להתיר את המבקשת לבוא בקהל ה' ולהינשא כדת משה וישראל לכל בר ישראל לבר מכהן, בהתבסס על הספקות: שמא קידושי אם המבקשת בטלים הם מעיקרא כקידושי טעות מחמת ה'עקרות ההדדית' וכפי הנימוקים דלעיל; ושמא הופקעו קידושיה לאחר שאמרה בפני בית הדין שנטמאה תחת בעלה, וכדעת הראשונים שביארו שלפי משנה אחרונה שנשארה מותרת לבעלה, זהו מטעם הפקעת הקידושין למפרע; ואף אם תמצי לומר שקידושי האם בתוקפם היו, סוף סוף, שמא מגוי נתעברה בה, ומותרת לבוא בקהל, וככל המבואר, ובהצטרף לדברי ידידי חברי ההרכב הנוכחי, נשיא בית הדין הגדול הגר"ד לאו שליט"א והגר"א איגרא שליט"א.

וצור ישראל יצילנו משגיאות, ומתורתו יראנו נפלאות, אמן כן יהי רצון.

הרב ציון לודאילו

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הרב דוד ברוך לאו

תיק זה מעת הגיע לידי מדיר שינה מעיניי, ראיתי את דמעת העשוקים ומתפלל אני לבורא עולם שמנחה אותי בדרך אמת.

בבית הדין האזורי הרחיב ראב"ד באר שבע כיד ה' הטובה עליו בצדדי היתר, ולאחר העיון נראים לי דבריו, אך ביקש את הסכמת בית הדין הגדול, ולאחר עיון מעמיק ולאחר משא ומתן עם חברי הדיינים אבקש להביע את דעתי.

חברי הגר"א איגרא כתב לצרף להיתר את העובדה שאחד מעדי הקידושין של האם היה מתגלח בתער וכדעת הנתיבות שכל שהוא איסור דאורייתא וחייב מלקות אף אם לא ידע שנפסל לעדות יהיה פסול, וכן משום שהיה נוהג בפריצות בעריות בחיבוק ונישוק בפרהסיה. הגר"צ לוז, עוד בשבתו בבית הדין האזורי, ערך בירור מקיף בעניין עקרות בני הזוג כשלאחר שנפרדו התברר שהיא עקרות דווקא בין שניהם, וחזר ושנה משנתו להרחיב את יסודות ההיתר שיש בעקרות זו כדי לבטל את קדושי האם מחמת מקח טעות לרוב הראשונים, ובכך למצוא היתר למקרה זה, וזה מצטרף לספק התלייה בגוי וסברת הפקעת הקידושין בשל אמירת "טמאה אני לך", ואלו מלבד הצדדים הנוספים שהעלו הגר"י דרעי והגר"צ בווארון בבית הדין האזורי.

היות שהרחיבו כבר לא אוסיף אלא אי אלו מילין להרחבת הבסיס לצירוף צדדי היתר בהדגשה שבדרך כלל אין מצרפים אותם בהיתר איסורים אחרים, ואבאר את הטעם לסמוך על סברות אלו בהיתר זה ובאחרים. אף קודמי חזרו והדגישו שלעניין היתר אישה לשוק ללא גט לא היינו סומכים עליהם, על צירופים אלו, ורק במקום עיגון ושהוא כדיני נפשות ומעין הדין של 'והצילו העדה', וכן הביאו את החילוק בין איסור אשת איש שהוא בכרת ואיסור ממזר שהוא איסור לאו ובספק הוא מדרבנן, אך נראה שיש אפשרות לבאר ביאור נוסף.

א. יסוד האפשרות לצרף ספקות ולתלות לקולא בשאלת ממזרות יותר מבשאר איסורים

ידועה שיטת הרמב"ם שכתב בהלכות איסורי ביאה (פרק טו הלכה כט):

דין תורה שספק ממזר מותר לבוא בקהל שנאמר "לא יבא ממזר בקהל ה'" – ממזר ודאי אסור לבוא בקהל ולא ספק, אבל חכמים עשו מעלה ביוחסין ואסרו גם הספיקות לבוא בקהל. לפיכך ממזר ודאי מותר לישא ממזרת ודאית, אבל ממזר ספק או שתוקי או אסופי אסור לישא בת ישראל.

כלומר: לשיטת הרמב"ם בספק ממזר אין דין מן התורה להחמיר אלא רק משום 'מעלה עשו ביוחסין' צריך לחוש לו.

הרמב"ם לשיטתו שבכל הספיקות מן התורה יש להקל ורק מדרבנן החמירו עליהם. כך כתב בהלכות טומאת מת (פרק ט הלכה יב):

דבר ידוע שכל אלו הטומאות וכיוצא בהן שהן משום ספק – הרי הן של דבריהן. ואין טמא מן התורה אלא מי שנטמא טומאת ודאי, אבל כל הספיקות בין בטומאות בין במאכלות אסורות בין בעריות ושבתות – אין להם אלא מדברי סופרים כמו שביארנו בהלכות איסורי ביאה ובכמה מקומות.

[ואף על פי כן דבר שחייבין על זדונו כרת – ספיקו אסור מן התורה, שהרי העושה אותו חייב אשם תלוי. (עיין באחרונים אם גורסים פסקה זו, וביאורה לעומת האמור לעיל "בין בעריות ושבתות").]

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כך כתב הרמב"ם עוד (בהלכות איסורי ביאה פרק יח הלכה יז): "[...] הואיל ואיסור כל הספיקות כולן מדברי סופרים לפיכך הקלו בשבויה". וכן חזר ושנה בעוד מקומות.

הרשב"א חלק על דברי הרמב"ם והוכיח כנגדו מהיתר התורה בספק ממזר, שממה שהוצרכה התורה להיתר מיוחד בספק ממזר יש לנו ללמוד ששאר הספיקות אסורים מן התורה. האחרונים האריכו ליישב את דברי הרמב"ם באופנים שונים, ועיקר הבנתם היא שלרמב"ם ספק דאורייתא לקולא הוא מן הסברה ובממזר התירה התורה יותר מאשר בספק רגיל.

אומנם במאסף ישורון (חלק כא עמוד ל) פורסם מאמרו של הרב שלמה גינצלר "ספיקא דאורייתא – תשובת הרמב"ם וביאור שיטתו", שבו הביא את תשובת הרמב"ם בגרסתה המקורית מכתב יד ובתרגום מדויק (מערבית), וממנה עולה כי שיטת הרמב"ם היא שהמקור שממנו למד הרמב"ם שספק דאורייתא לקולא בכלל האיסורים הוא דווקא מדין ספק ממזר, שבא לגלות לנו שכל דבר שלא נודע איסורו בוודאות הרי הוא בחזקת מותר ולא אסרתו תורה עליך. דבריו שם הם בתשובה לגאון אחד, והשיב לו שגם אם איסור תחומין ביים הוא מן התורה מותר לעבור בנהר בשבת, דכיוון שבדרך כלל הוא עמוק יותר מעשרה טפחים אין מקום לחשוש ולא לשוט ביים מספק שמא במקום מסוים הוא נמוך מזה. עיין שם דבריו בהרחבה שאין הגדר הוא שבספק יש מקום להקל, אלא להפך: למדו מדין ממזר שמלכתחילה לא אסרה תורה עליך דבר שלא נתברר לך איסורו.

עוד הוכיח שם שאף ראשונים נוספים הבינו כך ברמב"ם, ואף הרשב"א שחלק על דברי הרמב"ם בשאר איסורים גם הוא הבין שכך הביאור בדין ממזר, ולא נחלק על הרמב"ם אלא בזה שלא ללמוד משם לשאר איסורים.

אצטט סיכום דבריו משם:

שני חידושים עיקריים בדין ספיקא דאורייתא למדנו מתשובת הרמב"ם: האחד הוא מקורו של הרמב"ם לחידושו שספק דאורייתא מדאורייתא לקולא, והשני בגדר הקולא שבספק דאורייתא.

מקורו של הרמב"ם – כמעט כל האחרונים הבינו ששיטתו של הרמב"ם מקורה בסברא ולא מדרשת פסוק, ולכן פירשו שהדרשות שבגמרא אינן מדברות על סתם ספק דאורייתא אלא באופנים אחרים. אולם, מתשובת הרמב"ם מתבאר שהרמב"ם למד מדין ספק ממזר שהתירה התורה לכל איסורי הלאוין, וכך מוכח שהבינו הרשב"א ושאר הראשונים בדבריו. לפיכך נקודת המחלוקת בין הרמב"ם והרשב"א בספיקא דאורייתא היא אם ההיתר בספק ממזר הוא היתר כללי שלא חייבה בו התורה לחשוש לאיסור ומשם נלמד לכל האיסורים או שזוהי קולא מיוחדת באיסורי ממזרות.

גדר הקולא בספק דאורייתא – האחרונים פירשו שגם לשיטת הרמב"ם האיסור קיים מספק, ולכן גם לשיטתו לכתחילה אין לעשות מעשה שהוא ספק איסור, וכל מה שנחלק עליו הרשב"א הוא בכך שלדעתו יש איסור דאורייתא מיוחד גם על הספיקות. אולם מתשובת הרמב"ם מתבאר שלשיטתו דין היתר הספיקות מן התורה הוא דין כללי, שלא הצריכה התורה לחשוש לצד הספק. ולפיכך לשיטת הרמב"ם מן התורה ספק דאורייתא מותר לכתחילה לנהוג בו היתר עד שיתברר בוודאי שהוא אסור.

מדברים אלו עולה שגם לרשב"א הפוסק שבשאר ספיקות דאורייתא יש לילך בהם מדאורייתא לחומרא, מכל מקום לגבי ממזר מודה הוא שאין מקום לאסור את הספיקות כל זמן שלא נתברר לך בוודאות שהם אסורים, ומה שאסרום מדרבנן הוא רק מדין 'מעלה עשו ביוחסין'. לעומת זאת

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בשאר איסורים – ספקותיהם חמורים יותר, לא מיבעיא לרשב"א שספקותיהם אסורים מדאורייתא לחומרא, אלא אף לרמב"ם: בשאר איסורים גזרו חכמים לילך לחומרא ואינו רק 'מעלה'. ובטעם, לפי הרמב"ם, לחלק בגזרת חכמים בין ספק איסור ממזר לספק בשאר איסורים, אף שהתורה לא חילקה ביניהם, יש לומר כמו שכתב הט"ז (יורה דעה סימן קיז ס"ק א ואורח חיים סימן תקפח ס"ק ה) שכל מה שהתירה התורה בפירוש לא אסרו חכמים בגזרותיהם, ואם כן בממזר עצמו שהתירה התורה את ספקו כפירוש לא יכלו חכמים להחמיר ולאסור את הספק, ולכן אינו אלא 'מעלה', מה שאין כן בשאר איסורים שלא נכתב בפירוש שספקם מותר אלא שיש ללומדם מדין ממזר – בהם יכלו חכמים לגזור שספק דאורייתא מדינא לחומרא.

לפי זה, בין לרמב"ם ובין לרשב"א דווקא בספק ממזר, שהתורה התירתו, אף שעשו חכמים בו מעלה – כיוון שחידשה התורה שכל שלא נתברר איסורו לא נאסר, לכן גם לאחר ה'מעלה' שעשו חכמים ביוחסין קל יותר לצרף בו צדדי היתר. מה שאין בספקות של שאר איסורי תורה אחרים כמו אשת איש: לא מיבעיא לרשב"א שדינם מדאורייתא לחומרא, שבוודאי אין להקל בהם בכל היתר, אלא אפילו להרמב"ם חמור יותר ספק איסור בשאר איסורים יותר מאשר בספק ממזר שהוא רק מעלה.

עוד האיר הרב גינצלר, שאף שלא הוזכרו הדברים הבאים במאמרו על תשובת הרמב"ם, מכל מקום יש חידוש גדול נוסף העולה ברורות מתשובה זו: הרמב"ם שם יצא להתיר ללכת בנהר ללא מדידת עומקו אף שוודאי ישנה אפשרות למודדו בכל עת, ולמד זאת מדיני ספק ממזר, ובהכרח שלדעת הרמב"ם גם בספק ממזר: כל שלא נודע לך איסורו אף אם ייתכן שהספק יכול להתברר לא אסרתו עליך התורה מספק.

ידועים דברי ספר התרומה (הלכות איסור והיתר סימן מט):

אבל אם המים והחתיכות של היתר בפנינו ואינו יודע לשער או למדוד אם יש ששים – אין לומר כאן הוי ספיקא דרבנן, שהרי אין קרוי ספק דבר שחכם יכול לברר ולשער, דדעת הטפשים אינו כלום.

עד כאן לשונו. וכן כתב בשמו רבינו פרץ בהגהותיו על הסמ"ק (סימן רד הגהה ד) בלשון "דדעת השוטים אינו כלום", והובאו דבריו גם באורחות חיים (הלכות איסורי מאכלות סימן יד ד"ה והרביעי), וכן כתב המרדכי (עבודה זרה סימן תנוד) מדנפשיה כמעט באותה לשון, וכן כתב הסמ"ג (מצוות לא תעשה קמ–קמא ד"ה הדין הרביעי): "אפס אדם שאינו בקי לשער, זה אינו קרוי ספיקא." עד כאן לשונו. וכן כתב הרשב"א בחידושו (חולין צח ע"ב ד"ה נמצא פסק). ומכח דעות אלו ביארו את דברי תרומת הדשן (סימן קעח) שכתב שדין ספק מדרבנן להקל לא אמרינן במחלוקת הפוסקים, "דלא דמיא ספיקא דפלוגתא לספיקא דבגוף המעשה". וביארו דבריו דחשיב ספק היכול להתברר.

אבל בתשובת הרמב"ם הנזכרת מוכח שגם דבר שאפשר לבררו לא נאסר בממזר מן התורה עד שיתברר לך איסורו, שהרי למד הרמב"ם מדין ממזר שאין להחמיר כדברי הגאון שלא לעבור בנהר שאינך יודע אם הוא מספיק עמוק, אלא מותר לכתחילה לעבור בנהר מבלי למדוד כל הזמן את העומק דכיוון שלא ידוע לך איסורו לא נאסר הדבר מלכתחילה. ואם כן לדבריו גם במחלוקת הפוסקים, אף אם נחשבת 'חיסרון ידיעה', לא נאסר הדבר מלכתחילה.

אם כן אף שבשאר איסורים לדינא אנחנו אוסרים ושלא כדברי הרמב"ם, אבל בממזר עצמו, שגם הרשב"א מודה לדברי הרמב"ם שיש גזרת הכתוב מפורשת בזה, הרי שיש לומר שגדר גזרת הכתוב הוא גם על מחלוקת ראשונים דחשיב שלא נודע לך איסורו.

זהו לדעתי הבסיס להקל בצירוף ספקות של ממזרות יותר משאר איסורים.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ואם כן גם בנידון דידן: אף אם בחלק מן העובדות או הצירופים ישנו ספק שאינו מוחלט, מכל מקום יש לומר דחשיב שלא נודע לך איסורו.

ב. סברת ביטול הקידושין מחמת אומדנה במקרה של עקרות הדדית בדומה לסברה זו באיילונית לעצם הדברים אוסיף להרחיב מעט את הפתח שפתחו חבריי.

הגר"י דרעי שליט"א כתב לגבי הטעם של 'מקח טעות' בקדושי האם שקשה לסמוך עליו:

מכל מקום כאן אין לומר כן, מפני שמי שהוכח שאינה יכולה ללדת רק מבעלה ולא מאחרים אינה איילונית כלל, ובפרט שחיו הרבה זמן ללא ילדים שאין זה מקח טעות.

אך לדעתי אם נבוא לשנות מאומדנה שאמרו חז"ל ולומר שאינה קיימת במקרה זה, הרי שיש לומר להפך שהאומדנה כאן היא שגם לסוברים שבדרך כלל בקדושי איילונית צריכה גט הרי שכאן כולי עלמא יודו שאינה צריכה גט. שהרי הטעם לומר שבקדושי איילונית צריכה גט הוא מפני שאף שעיקר הנישואין הם כדי ללדת ילדים מכל מקום ישנם גם תועלות נוספות לצדדים בנישואין וכמו שאמרו לגבי 'אשה רעה' (יבמות סג ע"א):

רבי חייא הוה קא מצערא ליה דביתהו, כי הוה משכח מידי צייר ליה בסודריה ומייתי ניהלה. אמר ליה רב: והא קא מצערא ליה למר. אמר ליה: דיינו שמגדלות בנינו ומצילות אותנו מן החטא.

ולגבי אישה אמרו בקידושין (דף ז ע"א ודף מא ע"א) "דהא איתתא ניחא לה בכל דהו כדריש לקיש, דאמר ריש לקיש: טוב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו".

ואפילו באיילונית אמרו (הסוברים שאין קידושיה מקח טעות) שמסתמא מחל על כך כי "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות".

ומכל מקום היינו במי שללא הקידושין היו נשארים ללא אישה וללא בעל, אבל כאן הרי מדובר באנשים שאינם שומרי מצוות, והאיש והאישה חיו יחדיו שנים רבות ללא נישואין (ולא כזוג צעיר המנסה לראות אם כדאי להיות יחדיו) ולא חסר להם דבר ולא הפריע להם הדבר, היה להם 'טן דו' ולא חששו להצלה מן החטא – מדוע החליטו לפתע למסד את הקשר ביניהם בנישואין? אין זאת אלא משום שגם בחוגים אלו, בוודאי באותם ימים, נמנעו אנשים מלהוליד ילדים מחוץ למסגרת נישואין מטעמים שונים, ולכן גם זוג זה נמנע מלהוליד ילדים ללא נישואין. ממילא כל מטרותם בנישואין הייתה רק כדי שיוכלו להוליד ילדים חוקיים, וכמו שטען הבעל בסוף שאם לא בשביל הילדים לא היה מתחתן, כי אכן אין סברה אחרת כי לא חסר להם דבר.

לכן אם בתר אומדנא אזלינן לדעתי יש כאן אומדנא ברורה דלכולי עלמא אם היו יודעים שיש בעיית התאמה ביניהם לא היו נישאים זה לזו. ולא באתי כמובן להתיר אישה לשוק על סמך אומדנות שלנו, אלא לומר שבוודאי אין לגרע במקרה זה מאומדנת חז"ל ויש לנו לצרף את דעת רוב הפוסקים שאמרו שיש אומדנה באיילונית שמחמתה אינה צריכה גט. ובאומדנות שלנו – אדרבה יש לחזק את דברי ההיתר שהוא קיים גם לדעת הרמב"ם והשולחן ערוך.

ג. נאמנות בעל האם (שאינן הבת ממנו) מדין 'כיר' במקום שנוגע בדבר או שיש בה פסול אחר

עוד מעט אדבר מעניין 'כיר' במקום נגיעה, במה שדיברו קודמיי ובאחרונים.

בשו"ת חתם סופר (אבן העזר סימן עו) כתב לגבי מי שנשא אחות אביו ורוצה אביו לומר שאינו בנו כדי שיוכל לקיימה:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בר מן דין נראה לי דלאחר שכבר נעשה מעשה הערווה ונשא אחות אביו, תו לא נאמן האב לכולי עלמא מכמה טעמים: חדא, דהוה ליה נוגע בדבר מפני שנשא אחותו, ונהי שהאמינתו התורה נגד בניו להם קרוביו היינו דווקא לעניין זה, ואין לך בו אלא חידושו, אבל לעניין שאר נגיעות לא עדיף מסהדי דעלמא.

בפד"ר (כרך ה עמוד 349) הביאו כדבר פשוט מדברי שו"ת הריב"ש (סימן מא) שהאב שהוא נוגע נאמן לדין יכיר, שכתב שם לגבי פנויה שזינתה ואומרת "מפלוגי הוא", ואותו פלוני מכחישה:

ואם היא תובעת משמעון שהוולד הוא שלו ושיטפל בו, לפי שחייב אדם לזון בניו הקטנים עד גיל שש – גם בזה אין ממש בדבריה, ואפילו אם נודע שבא עליה שמעון והיא טוענת 'ברי לי' שהיא מעוברת ממנו, כיון שאין שמעון מודה לה בזה הרי אפשר שנתעברה מאחר. ועוד שאפילו באשתו העומדת תחתיו ומשמשו וילדה לו האמינה תורה לאב לומר "זה אינו בני וממזר הוא", דקיימא לן כרבי יהודה שאמר נאמן אדם לומר "זה בני בכורי" [...]. וכיון שכן שמעון נאמן בטענתו ואין מזקיין אותו לשבועת היסת שהתורה האמינתו [...].

ולכאורה נראה מדבריו שהאב נאמן מדין יכיר אף שהאב נוגע בדבר שתובעים אותו מזונות. וכן הביאו מדברי התשב"ץ (חלק ב סימן צ) שכתב:

ולענין חיוב מזונותיו כשילוד: אם הוא נאמן לומר "ממזר הוא" פטור ממזונותיו וטפולו, ואם אינו נאמן לומר "ממזר הוא" [...] הרי הוא חייב בטיפולו כבנו וודאי [...].

ועייין גם במאירי (כתובות כה ע"ב) שכתב דיש אומרים שנאמן מדין יכיר להאכיל בנו התינוק בתרומה, ומסתמא אומר כן בתינוק הסמוך על שולחנו. ולכאורה מדבריהם למדנו שנאמן האב בדין יכיר גם כשהוא נוגע.

בפד"ר הסתמכו על דעת החתם סופר כסברת אחרונים. אומנם ביביע אומר (חלק ג אבן העזר סימן ג) הוכיח מדברי הריב"ש הנ"ל שלא כדברי החתם סופר. אך דברי החתם סופר אינם רק סברת אחרונים. נמצאת סברה זו גם בראשונים בתשובת הרי"ד (סימן צב) שכתב שאם האב נוגע (כגון אם היכהו או קיללו ומעיד שאינו בנו כדי לפוטרו ממיתה) אינו נאמן כמו שעדים נוגעים אינם נאמנים.

יתרה מזו: כדברי החתם סופר כתב גם בשו"ת בנין עולם (סימן ו אות יא) והביא שסברה זו מכוונת לדברי הירושלמי (קידושין פרק ד הלכה ז) שדרש את הכתוב "יכיר לתת לו" – "ולא ליקח ממנו", דהיינו שאינו נאמן כשבא ליקח ממנו (כגון שאומר "זה בני" כדי שיירשנו) משום נגיעה.

ועייין גם בדברי הירושלמי (בבא בתרא פרק ג הלכה א) לגבי אסופי: "וחשוד אדם לומר על מי שאינו בנו שהוא בנו? דילמא בנכסי הגר אתאמרת." ומשמע מזה גם כן שנאמנות אביו היא מפני החזקה שאין אדם חשוד לומר על מי שאינו בנו שהוא בנו, ומכאן שכשהוא חשוד מטעם כלשהו לומר שהוא בנו הרי שיש לומר שאינו נאמן. ועייין באור שמח (הלכות נחלות פרק ב הלכה יד) שכך פירש להלכה לפי הירושלמי שבנכסי הגר אדם חשוד לומר על מי שאינו בנו שהוא בנו ונחשב נוגע כיוון שהוא בא להוציא את נכסיו מדין הפקר.

גם בשו"ת שואל ונשאל (חלק ה אבן העזר סימן עא) כתב שנחשב נוגע כשרוצה להיפטר מחיוב מזונות גם בכך בין הבנים.

לכן כדי שלא יסתרו דברי הראשונים זה את זה ואת סברת הירושלמי, נראה שאין ראיה לדין נוגע מעניין מזונותיו הבסיסיים של הוולד, שהרי לא מן הריב"ש יש להקשות על סברת הירושלמי אלא מן התורה שאמרה שהאב נאמן לומר זה אינו בני משום 'יכיר', והרי לכל אדם יש נגיעה לומר

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שזה אינו בנו כדי שלא לפרנסו, ואם כן איך האמינתו תורה? ואף אם תמצי לומר בדוחק שמן התורה לא חייב אדם לזון את בנו, אלא עושה זאת מרצונו, ולכן אין זו נגיעה, מכל מקום הרי האב חייב בבנו בחמישה דברים וכלול בזה גם פדיונו (אם בכור הוא) בחמישה סלעים וגם מחמתם יש לו נגיעה. אך באמת אין זו טענה, וקושיא מעיקרא ליתא, שהרי כל המצוות שעל האב על בנו – אין בית דין יכולים לכפותו עליהן אם טוען ברי שאינו בנו, דכל שהוא טוען ברי שאינו בנו מי יכחישנו בזה, ולכן אף שכשאדם אומר "זה בני" או "זה אינו בני" נפקא מינה, מאמירתו זו, למזונותיו, מכל מקום אין בזה משום נגיעה. נמצא שעצם הכרת בנו שהאמינתו תורה נובעת מזה שללא 'הכרה' הוא אינו חייב בכלום וממילא אין ההכרה נחשבת כנגיעה, ועל חיובו הבסיסי אמר הירושלמי שחזקה שאין אדם אומר על מי שהוא בנו שאינו בנו, דזה לא חשיב נגיעה. מתוך כך ברור שגם הריב"ש לא נתכוון להוכיח שאדם הטוען "זה בני" נאמן למרות נגיעתו, אלא לטעון שנאמנות האב ב'יכיר' אינה נפגעת מדין המזונות אלא קודמת לו, ולכן גם כשפנויה תובעת אותו מזונות הוא אינו חייב לה או לבנה כלום מפני שללא הכרה שלו אין חיוב מזונות כלל על האב. ואפילו שבסתם יש דין 'רוב בעילות אחר הבעל' ומסתמא זה בנו, מכל מקום פשוט שכל שטוען ברי 'זה אינו בני' אין בית הדין יכול לכפותו על המצווה. והבינו הריב"ש והתשב"ץ כדבר פשוט שגם תקנת חכמים שחייב לזון בניו עד גיל שש לא באה לבטל את דין 'יכיר' של התורה וכל החיוב קיים רק במגבלות הכרתו, או במי שהוחזק בנו. וזהו מה שכתב התשב"ץ שאם אינו נאמן לומר שאינו בנו חייב במזונותיו היינו כשאר כל מי שהוחזק בנו, שמחייבים אותו לזון מתקנת חכמים. ממילא אין מדברי הריב"ש והתשב"ץ כל סתירה לסוברים שיש לפסול את הכרת האב כשהוא נוגע מסיבות אחרות.

והגם שכתבו בפד"ר (כרך ה שם) לתלות את השאלה אם האב נאמן כשהוא נוגע בשאלה אם נוגע נאמן מצד קרוב או מצד חשש משקר וטענו שאם פסולו מטעם קרוב – כמו שהאמינה תורה לאב להכיר את בנו אף שהוא קרובו כך יהיה נאמן גם כשהוא נוגע – נראה פשוט שיש גם חשש משקר, וגם הסוברים שנוגע פסול משום קרוב מצינו שבעדויות שהאמינה התורה לקרובים אף על פי כן מודים שאם יש חשש ונגיעה שישקר לא יהיה נאמן. וזו כוונת החתם סופר שאין לך בו אלא חידוש, דהיינו שחידוש התורה להכשיר את האב להכיר את בנו היינו כנגד הילוכו של עולם לגדל את הילד או שלא לגדלו, אבל במקום שיש חשש שמשקר בגלל טעמים אחרים לא מצאנו שהכשירתו התורה. ובלאו הכי קשה לומר שהתירה התורה כאן פסול קרוב, שהרי אם האב טוען שהוא בנו הרי מה שהאמינתו תורה לאב על בנו היינו כהודאת בעל דין שהוא חייב בחיוביו ובזה אדם נאמן גם על עצמו, ואם האמינתו התורה לומר שאינו בנו הרי גם אינו קרובו. ובוודאי אם היה קרוב משפחה ודאי, כגון אחי האם, רוצה להעיד שהוא בנו של האב היה פסול בגלל קורבתו להעיד עליו אף שהתורה הכשירה את האב, וממילא גם 'קורבה מחמת נגיעה' לא מצאנו שהותרה והדמיון אינו עולה יפה [לפחות לסוברים שנאמנותו לומר "ממזר הוא" היא רק כהאי גוונא ולא שאומר "בני הוא ומן הפסולות"].

עלה בידינו שיש אפשרות לומר שאין חולק על דברי הרי"ד שבמקום שהאב נוגע וישנו חשש שמשקר אינו נאמן לומר "זה אינו בני". ולפי זה יש לומר שדברי הראשונים וסברת הירושלמי נאמרו בגידול הבן ובחיובי הבן על האב מן התורה, שבהם חיובו אינו חורג מכפייה על מצות עשה ומיכולתו במצוות צדקה, ועל זה למדנו שהתורה האמינתו וכמו שכתב גם הנימוקי יוסף "שאינן אדם חשוד לומר על מי שהוא בנו שאינו בנו", שחזקה שירצה להכיר בבנו שלו ולקיים בו מצוותיו. אך בימינו, כשכמו שכתבו בפד"ר שם, היותו בנו מקשה עליו להתגרש מאשתו שבגדה בו, שהרי חיובי האב על בנו כיום חורגים בהרבה מחיובי התורה – אם במשך הזמן שהורחב עד גיל שמונה-עשרה ויותר, ואם בכך שיכול להיווצר עליו חוב מוחלט גם כשאין לו במה לפרנסו,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובפרט שכיום חיוב זה משולם לאם גם בעל כורחו ומשתלב בהמשך יחסיו עם האם השנואה עליו, בהחלט סביר שיש לאב נגיעה להכחיש את זהות הבן גם אם זהו בנו שלו.

אם כנים הדברים כדברי הרי"ד והחתם סופר שגם ביכיר נוהגים דיני עדות לעניין נגיעה וחשש שקר, הרי יש לומר שלא רק נגיעה של ממון יכולה לפסול את הכרתו אלא גם שנאה וקטטה של מי שיודע שאשתו בגדה בו נחשבות נגיעה, כמו שכתב רבי עקיבא איגר (בשו"ת סימן לז) בשם מהרשד"ם שפסולים בכהאי גוונא, ואם כן גם כשניכר שיש בינו לאשתו שנאה וקטטה ורוצה לקחת נקמתו ממנה – אפשר שלא יהיה נאמן לומר "זה אינו בני", והרי כשאשתו בגדה בו גם לו היה יודע בוודאות שזה בנו היה שונא אותה על בגידתה, ואם כן פשיטא שיכול גם לומר שזה אינו בנו כדי לנקום בה שהיא תצטרך להסתדר לבדה עם מזונותיו.

אם אינו נאמן כשהוא נוגע ושונא, אם כן אפשר שגם אם הוא 'רשע' אינו נאמן בזה כשאר דיני עדות, וכבר שנו רבים משנה זו (עיין תוספות רבי עקיבא איגר ליבמות פרק ב אות כו ושו"ת רבי עקיבא איגר סימן קכח ד"ה וביותר, ועיין שו"ת חתם סופר אבן העזר חלק א סימן יג שכתב כעין דברי הרי"ד להלן, ובאור גדול סוף סימן ב, דף לא ע"ב) ואך אוסיף שבפסקי הרי"ד ליבמות (דף מז ע"א) כתב שרשע אינו נאמן להכיר אפילו כשעשה תשובה, דבעינן תחילתו וסופו בכשרות כמו בעדות, והוא הדין בגוי שנתגייר. ונראה שהרי"ד לשיטתו שהחשיב את דין 'יכיר' כעדות, שאף שהכשירה לה התורה את האב הרי הוא צריך להיות כשר בשאר דיני עדות, ודמי לעדות שהאישה כשירה לה שעדיין יש בה שאר תנאים להכשירה.

יש גם בנותן טעם להביא גם את דברי אוצר הפוסקים (סימן מד סעיף ט) שאחר שהביאו את דעת רוב הפוסקים שקידושי מחלל שבת בפרהסייה הם קדושין גמורים, הביאו שמכל מקום יש שצירפו את הדעות שאינן קידושין להיתר ממזרות או עגונה, וביניהם שו"ת מהרשד"ם (אבן העזר סימן י), מחנה חיים (חלק ב סימן כג), ידיו של משה (הלכות קידושין סימן טו), מהרש"ם (חלק ב סימן קי), אבני אפוד (סימן טו), אהל משה (חלק ב סימן קכג) ושרידי אש (חלק ג סימן כה).

לכן מכל הנזכר לעיל הריני מצטרף לדעת חברי להתיר את המבקשת להינשא כדת משה וישראל לבר מכהן.

הרב דוד ברוך לאו – נשיא

מסקנת הדברים

- א. עולה מדברינו ש[פלונית] מותרת להינשא. בית דיננו מאחל שתזכה להקים בית נאמן בישראל.
 - ב. פסק הדין ניתן לפרסום בהשמטת פרטי המבקשת.
- ניתן ביום כ"ז בתמוז התשפ"א (7.7.2021).

הרב ציון לודאילוז

הרב אליעזר איגרא

הרב דוד ברוך לאו – נשיא

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה