

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 74560/2

בבית הדין הרבני האזורי אשקלון

לפני כבוד הדיינים:

הרב ישי בוכריס, הרב שמעון לביא, הרב דניאל כ"ץ

המבקשים: פלוני

פלונית

הנדון: דין הילדים של אישה ושל מי שנחשד שבגד עימה

פסק דין

הצדדים הופיעו בפני ביה"ד וביקשו להתיר את ילדיהם המשותפים לנישואין.

הצדדים גרושים, הגבר גרוש מאשתו דאז מי' שבט תשנ"ב, והאישה גרושה מבעלה דאז מי"ג טבת תשמ"ז.

במעשה בית דין של האישה מיום י"ג בטבת תשמ"ז נקבע שהאישה אסורה לבעלה, ואם תרצה להינשא למבקש דנן עליה לעבור בירור כביה"ד. הצדדים ביקשו להינשא, וביה"ד דן והחליט שהצדדים אסורים להינשא זה לזה. את הנימוקים לפסק פירט הגר"ב בארי שליט"א ביום ה' בכסלו תשנ"ד (19/11/1993), ועיקרם הוא "קלא דלא פסיק" שהיה מעשה איסור בין הצדדים בעוד שהאישה הייתה נשואה לבעלה הקודם, ומכוח טענה על מעשים אלו גירשה בעלה הקודם כפי שטען בביה"ד, ועוד הוכחה לטענת הזנות מכך שביקש אדם זה שעליו נטענה להינשא לה. בנוסף, האישה נמנעה מלהופיע לדיון בהיתר הנישואין. מכוח כל ריעותות אלו אסר עליה ביה"ד להינשא משום איסור להינשא ל"בועל", וכן צירף לכך את שיטת הפוסקים שיש לכתחילה איסור להינשא אפילו במקום לעז בעלמא.

לאישה יש 4 ילדים, הבת הבכורה נולדה בל' בחשוון תשנ"ד (14/11/93).

לדברי הצדדים הם לא שעו לדברי ביה"ד, וחיו ביחד ללא נישואין תוך הצגת מצג שווא של נישואין רגילים, האישה שינתה את שם משפחתה לשם משפחתו של הגבר ואף נרשמה בת"ז כנשואה לו, ולדבריהם הילדים הם ילדיהם המשותפים, והם גם רשומים בת"ז של שניהם כילדיהם, והם מבקשים להתירם בקהל.

השאלה העומדת בפנינו היא האם יש פסול בילדים הנולדים מאישה שנאסרה להינשא לאדם משום איסור להינשא ל"בועל".

ממזר מהתורה

הלכה פסוקה היא בגמרא (יבמות מט ב): "הכל מודים... על הסוטה - שאין הולד ממזר". דהיינו אישה שנאסרה על בעלה עקב זנות אין הוולד הנולד ממנה ממזר מהתורה. ובוודאי

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כך הוא לשיטת ההלכה (שו"ע אה"ע ד יג) שאין ממזר אלא מחייבי כריתות או מיתות בית דין.

והיות שאיסור האישה על הבעל נלמד מהאיסור שעל הבעל (סוטה כז ב) והוא איסור לאו כמותו או עשה (עיינן משנה למלך אישות א ח שזהו עשה וכן מפורש במאירי יבמות פז ב ועיינן דברי אמת עניינן הלאוין דף פד ד שציינן למחלוקת ראשונים בזה), ברור שלכל הדעות אין בזה ממזרות מהתורה.

ממזר מדרבנן

אלא שיש לדון האם יחול במקרה כזה דין ממזר מדרבנן.

המקור לדין ממזר מדרבנן הוא במשנה ביבמות (פז ב):

האישה שהלך בעלה למדינת הים, ובאו ואמרו לה מת בעליך וניסת, ואח"כ בא בעלה - תצא מזה ומזה, וצריכה גט מזה ומזה; ואין לה כתובה, ולא פירות, ולא מזונות, ולא בלאות - לא על זה ולא על זה, ואם נטלה מזה ומזה - תחזיר; והולד ממזר מזה ומזה...

הגמרא (פט ב) דנה מדוע יש ממזר מהבעל הראשון, סוף סוף הרי זו אשתו:

בשלמא משני ממזר, אלא מראשון אמאי? אשתו היא וישראל מעליא הוא, וקא שרינן ליה בממזרת! א"ל, הכי אמר שמואל: אסור בממזרת. וכן כי אתא רבין א"ר יוחנן: אסור בממזרת. ואמאי קרי ליה ממזר? לאוסרו בבת ישראל.

הגמרא משיבה שאכן הוולד מהראשון אינו ממזר גמור אלא "ממזר מדרבנן", שדינו חמור יותר מממזר רגיל שכן הוא אסור גם בממזרת וגם בישראלית.

וכך מבאר רש"י על המשנה: "והולד ממזר מזה ומזה - אם ילדה משני ממזר גמור, ואם שוב החזירה ראשון וילדה לו הוי ממזר מדבריהם." הרי שלשיטתו הוולד מהבעל הראשון הוא הממזר מדרבנן עליו דיברה הגמרא וזאת למרות שהוא הבעל האמיתי.

היה ניתן לכאורה להבחין בין ולד שנוולד מהבעל הראשון לפני שנתן הבעל השני גט לבין ולד שנוולד לאחר שנתן השני גט, אולם בגמרא לא נזכר חילוק זה. ורש"י כותב בסתמא שהוולד מהבעל הראשון ממזר. לגבי הבעל השני רש"י אינו כותב האם הוולד הנוולד ממנו לאחר גירושי הראשון יהיה ממזר (אמנם ראה בבאר היטב ד כא שדייק ברש"י שרק קודם שגירשה השני הוולד ממזר מדרבנן).

תוספות מתייחסים לנקודה זו וכותבים שגם לגבי דין הבעל השני, נתחדש דין ממזר מדרבנן:

הולד ממזר מזה ומזה - אומר ר"י דאפילו לאחר שנתן הראשון גט, הוי ממזר מן השני מידי דהוה אראשון שהולד ממזר ממנו.

הרי שתוספות סבורים שיש גם ממזר מהבעל השני. לגבי הדימוי שעורכים בעלי התוספות בין הבעל השני לבין הבעל הראשון, האם הכוונה לממזר מדרבנן לפני מתן הגט או גם אחריו לא נתפרשו הדברים בתוספות דנן.

מהרלב"ח (מב), ב"ח (ד ח), ב"ש (ד כז) ובית מאיר (ד טז) ביארו שלדעת התוספות יש ממזר מדרבנן מהבעל הראשון רק קודם גירושי השני.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אולם חלקת מחוקק (ד יז) וט"ז (ד ט) ביארו שלשיטת התוספות כל הולדות שיהיו מהבעל הראשון או מהשני לאחר גירושי הראשון הם ממזרים מדרבנן.

וכדבריהם נמצא מפורש בתוספות ישנים (שם ד"ה האישה) שפירטו את הדברים:

הרב ר' אליהו הזקן היה רוצה לומר דהא דקאמר במתניתין הולדה ולד משני הוי ממזר היינו דווקא כשבא עליה קודם שנתגרשה מן הראשון, אבל אם נתגרשה ובא עליה השני אחר כן לא הוי הולד ממזר. ולא נהירא להר"י כיון שאין לחלק מן הראשון בין בא עליה קודם שנתגרשה מן השני בין לאחר שנתגרשה דהא גירושי השני לא מעלין ולא מורידין שהרי קנסא הוא כמו כן אין לחלק בשני דבכל ענין הוי הולד ממזר מטעם קנס.

הרי שדבריו ברור מילולו שלפי דעת רבי אליהו הזקן הולד מהשני הוא ממזר רק לפני הגירושין, אולם לאחר הגירושין מהראשון הוא מותר, ור"י חולק עליו ומבאר שהולד ממזר מדרבנן בין מן הראשון ובין מהשני בכל מצב ועניין וגם לאחר ששניהם נותנים את הגט, וכל זאת הוא הקנס של חכמים.

לעומת שיטת ראשונים אלו, מהרמב"ם (איסורי ביאה טו,י) עולה בבירור שיש מקרים בהם הולד מהבעל הראשון או השני יהיו כשרים, שכן הוא כותב, כותב: "וכיוצא בהן מדברי סופרים, כגון האישה ששמעה שמת בעלה ונשאת והרי בעלה קיים ובא בעלה הראשון עליה והיא תחת השני הרי הבן ממזר מדברי סופרים."

המגיד משנה מדייק בדבריו: "דוקא בשבא עליה קודם שגירשה השני אבל אחר שגירשה השני לא גרע ממחזיר גרושתו לאחר שנשאת ונתגרשה שלא מצינו בה תקנת חכמים לומר הולד ממזר."

דהיינו, לדבריו ירד הרמב"ם לחלק בין שני שלבים לגבי הממזרות מהבעל הראשון. הממזרות קיימת במקרה שהאישה הלכה ונישאה לאחר, וילדה מהראשון לפני מתן הגט מהבעל השני. וכדיוק המגיד משנה מדברי הרמב"ם במשנה תורה עולה במפורש מפירוש המשנה להרמב"ם (יבמות י א): "כלומר אם בא עליה בעלה הראשון והיא תחת השני קודם שתקבל ממנו גט הולד ממזר, והוא ממזר מדרבנן". מסתימת דבריו גם משמע בבירור שאין דין ממזר כלל מהבעל השני לאחר גירושי הבעל הראשון.

הרמ"ך משיג על הרמב"ם ומייצג את השיטה העולה לכאורה מדברי רש"י ותוספות: "תימה אפילו לא יהיה תחת השני, שגירש אותה השני, אם ישאנה הראשון אח"כ, הולד ממזר דלאחר שתצא מזה ומזה" אמרינן אם יחזור ויקחנה אחד מהם דהולד ממזר וקנס חכמים הוא כדי שלא תעמוד עם אחד מהם לעולם ולא תהא מרגילתו. דהיינו כל ולד שיוולד משני הבעלים אף לאחר הגירושין מהראשון ומהשני יהיה ממזר מדרבנן ואין לכך תקנה. הרמ"ך אף מגדיר את מהות הקנס, ולדבריו קנסו חכמים כדי להרחיק את שני הבעלים מהעבירה ולמנוע מהם להמשיך בחיי נישואין איתה.

שיטת הרמב"ם קיבלה חיזוק מגדולי הראשונים. הרמב"ן באגרותיו (כתבי הרמב"ן א, עמ' שנח) כותב ביחס ללעז שהוציאו כמה חכמים כנגד רבינו יונה, וייתכן שאף כנגד הרמב"ן עצמו (היות והוא היה בן דוד של רבינו יונה), ולטענתם בדורות קודמים נאסרה אישה שהייתה זקנתם, על בעלה ולאחר מכן חזרה אליו, והצאצאים הם פסולי קהל:

ועוד דברים נכרים שעמי הארץ הם, שהרי במעשה שבדו מליכותם בשקריהם ובפחזותם כך אמרו: הבנים שנולדו קודם הגט פסולים מן התורה,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ושלאחר הגט מדברי סופרים. וזה טעות גמורה, שלא אמרו "מדברי סופרים" אלא כשהחזיר הראשון בלא גט שלא יאמרו גרש זה ונשא זה והחזירה בלא גט, אבל שלאחר הגט כשר הוא אפילו לכהונה, שכל ולדות של סוטה כשרים בין מראשון בין משני. וכן מוכח בפרק יש מותרות בגמרא ובמשנת רבי חייא בתוספתא מפורש: "קיים הוא ומת כל ולדות שילדה אחר מיתת בעלה כשרים". וכן נאמר בירושלמי, וכן דעת הרב ר' משה ז"ל בחיבורו.

הרי שהוא מתיר במפורש את הילדים לקהל הן מראשון והן משני לאחר מתן הגט משניהם, ואף לכהונה, ומציע את טעמו של דבר שכן הגזירה היא לא קנס שקנסו חכמים את עוברי העבירה למנוע מהם מלהמשיך בעבירה, כי אם גזירה שנועדה למנוע לעז שיצא על הוולד שהחזירה הראשון בלא גט, אולם לאחר גט לא גזרו.

וכן פורטו הדברים בחידושי הרמב"ן (יבמות צא ב) שציטט גם את דברי הירושלמי באריכות והוכיח כדבריו:

ומה שאמרו (משום) שהולד ממזר מבוועל, זו טעות היא, שאף מן הבעל ששנינו שהוא ממזר דדבריהם אינו אלא אם כן החזיר אותה קודם שיתן לה השני גט משום דעבדוה רבנן כאלו גרש ראשון ונשא שני והחזירה בלא גט, אבל משגרש שני אין הולד ממזר כלל, דכל דתקון רבנן אמילי דטעמא אסמכוה ואי אפשר לומר שיהא ממזר משנתן לה השני גט, וכן מן הבעל אינו ממזר אפילו מדבריהם אלא כשר גמור הוא, והכי תני לה בתוספתא (פי"א ה"ז) קיים היה ומת הרי זו יוצאה בגט כל ולדות שילדה בחיי בעלה הרי אלו ממזרין לאחר מיתת בעלה כשרין, ובירושלמי גרסינן והולד ממזר מזה ומזה נחא הולד ממזר מן השני הולד ממזר מן הראשון רבי בא בשם רבי זעירא דר' עקיבא היא דר"ע אמר הבא על סוטתו הולד ממזר המחזיר גרושתו משנשאת הולד ממזר ר' יוסי בשם ר' אילא דברי הכל הולד כשר כגיטה כן ממזרה מה נפיק מביניהון נתן לה השני גט ואח"כ בא עליה הראשון על דעת ר' בא בשם ר' זעירא הולד ממזר כר"ע על דעת ר' יוסי בשם ר' אילא דברי הכל הולד כשר. הא למדנו מכאן שאין הולד ממזר כדברי חכמים אא"כ החזירה קודם שגירש שני שכשם שתקנו לה גט כן תקנו שהולד ממזר, אבל משגרש אי אפשר לומר כן דלא גריעא מסוטה ודאי, וכבר כתבתי שהולד ממחזיר סוטתו כשר גמור אפילו מדבריהם בפרק יש מותרות וכן נמי פ' הרב ר' משה הספרדי ז"ל.

כך היא גם דעת ספר ההשלמה ("תוספות חד מקמאי" יבמות פז ב) שלאחר הגיטין מהראשון ומהשני אין ממזרות כלל. ההשלמה מביא את הדעה החולקת והאוסרת את הוולד ודוחה אותה באריכות.

המאירי (פז ב) הביא את שיטת הרמב"ן ובעל ההשלמה, והסכים להן, ומסיים: "כבר הובררו בחיבוריי הראשונים על ידי מעשה", וייתכן שכוונתו למעשה שאירע לרמב"ן. שכן יש לציין שהרמב"ן כתב את האיגרת שהבאנו לעיל לרבי משולם בעל ספר ההשלמה, היות שהוא היה רב העיר "בדריש" ממנה יצאו החכמים שהפיצו את הלעז. העובדה שבספר ההשלמה, שהוא חיבורו של רבי משולם, מאריך לדחות את הדעה הזו היא כנראה חלק מהחיזוק של רבי משולם לדעת הרמב"ן במאבק כנגד אותם חכמים, ואולי לכך כיוון המאירי (בנוסף יש להעיר שבספר ההשלמה יש הגהה המערערת על דבריו ומקשה על סתירה במשנתו של בעל ההשלמה, לא נתברר מי כתבה, אבל ייתכן שזהו אחד מאותם חכמים תושבי בדריש שחלקו בעניין).

דברי הרמב"ם הובאו גם בסמ"ג (לאוין קיז) ובשו"ת התשב"ץ (ב צב).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מדברי הראשונים עולה שיסוד הוויכוח הוא האם הקנס הוא משום שהאישה נישאה לשני באיסור וממילא כל הוולדות הנולדים לאחר מכן משני הבעלים הם פסולים בכדי שתימנע האישה מלחיות עם שני בני הזוג הללו. או שהקנס הוא כדי שיינתן גט וממילא לאחר שניתן הגט מהראשון אין דין ממזרות.

מאידך גיסא, הטור (אה"ע יז) מכריע כדעת התוספות: "והולד מן השני הוא ממזר מן התורה במה דברים אמורים שלא גירשה הראשון אבל אם גירשה או מת אז לא הוי משני אלא ממזר דרבנן, ואם החזיר הראשון הולד ממזר מדבריהם". משמע מדבריו שגם אם גירש השני הולד מהראשון ממזר מדרבנן. הרי שדבריו נוטים שיש דין ממזר מדרבנן משני המעורבים בעניין גם לאחר ששניהם נותנים גט.

לסיכום, יש לפנינו מחלוקת ראשונים בעניין היקפו של דין ממזר מדרבנן לגבי אישה שהלך בעלה למדינת הים ונישאת לאחר. לפי דעת הרמב"ם, רמב"ן, ספר ההשלמה, סמ"ג, מאירי ותשב"ץ רק וולד הנולד מהבעל הראשון לפני גירושי השני הוא ממזר מדרבנן, ואילו לדעת רש"י, תוספות (לפי העולה מהתוספות ישנים), רמ"ך וטור כל וולד הנולד משני הבעלים הוא ממזר מדרבנן, כמובן למעט הוולד מהבעל השני לפני גירושי הראשון שהוא ממזר מהתורה.

פסיקת השולחן ערוך

בשולחן ערוך במקום אחד (יז נו) נפסק:

האישה שהלך בעלה למדינה אחרת ובאו ואמרו לה: מת בעליך, ונשאת ואח"כ בא בעלה... תצא מזה ומזה. וצריכה גט משניהם... והולד מהשני הוא ממזר מהתורה, אם הולידו עד שלא גרש הראשון, אבל אם לא הולידו אלא אחר שמת ראשון, או גירשה, אין הולד משני אלא ממזר דרבנן. ואם בא עליה (הראשון) קודם שיגרש השני, הולד שיוולד ממנה ממזר מדבריהם.

כלומר הכרעתו לעניין הוולד מהשני היא כשיטת התוספות.

מאידך גיסא, במקום אחר (ד, טז) מעתיק השולחן ערוך את דברי הרמב"ם:

האישה שהלך בעלה למדינת הים, ונשאת, והרי בעלה קיים, הולד מהשני ממזר גמור ומותר בממזרת. ואם הראשון חזר ובא עליה קודם שגרשה השני, וילדה, הוא ממזר מדרבנן, ואסור בממזרת גמורה ומותר בממזרת מדרבנן כיוצא בו.

העירו על כך המפרשים, ולא התבררה דעתו להלכה. וראה עוד להלן פסיקת האחרונים.

ולד סוטה

כאמור לעיל, הוולד הנולד מסוטה אינו ממזר מהתורה. אמנם בעלי התוספות (יבמות מט, ב ד"ה סוטה ובעוד מקומות), מביאים את שיטת רבינו חננאל שאף שאין בסוטה ממזר מהתורה, יש לו דין ממזר מדרבנן, ובדומה לדין המבואר במשנה ביבמות שבו פתחנו. רבינו ירוחם (חוה, נתיב כג חלק ב) הביא את שיטת ר"ח ולא חלק עליו.

ר"ח עצמו (מצוטט ברמב"ן פה ב) הביא דעה החולקת עליו וכתב שיש אומרים שהוולד כשר. וכן היא דעת רוב הראשונים דלא כר"ח: תוספות (שם, וכן הוא בתוספות ישנים ותוספות רא"ש), רמב"ן (שם פה ב ד"ה אלא) רשב"א (שם), ריטב"א (שם), רא"ש (שם ד לט), נימוקי יוסף (יבמות כז ב בדפי הרי"ף), מאירי (יבמות מט ב ופז ב), מרדכי (יבמות מב) החולקים על

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ר"ח ומכשירים את הוולד, וכן מדייקים הראשונים מלשון רש"י (יבמות פה ב), כל אלו חולקים וסוברים שהוולד מותר ואינו ממזר אפילו מדרבנן. בעל ההשלמה (תוספות חד מקמאי שם) מחדש דרך אמצעית שיש ממזר מדרבנן אך רק כאשר יש "דרך נישואין" כלומר הסוטה נישאה לבועל.

מאידך גיסא, בשו"ת הרשב"א (ח"א אלף קפט, מובאת בב"י אה"ע יז) דן במי שסברה שנישואיה לא חלו והלכה ונישאה לאחר ומכריע ש"כל הדרכים האלו בה". מדבריו עולה שבכל אישה שנישאה בטעות יהיה דין ממזר מדרבנן. כך גם עולה מפשטות דברי מהרי"ק (פד).

שני חילוקים נאמרים בראשונים בין דין וולד סוטה לבין וולד אישה שנישאת בטעות:

א. תוספות מבארים שדווקא לגבי אישה שנישאת בטעות גזרו חכמים כדי שתדייק האישה בעדות על מיתת הבעל לפני שתינשא, מה שאין כן במי שזינתה, שלא תניח מהקשר עם האדם שזינתה עמו בגלל הקנס.

ב. המרדכי מבאר שלגבי אישה שנישאת על פי עדות גזרו חכמים היות שיש חשש שתזלזל ותינשא בלי דקדוק כראוי מה שאין כן בזנתה, שאין לחוש שתזנה לעולם.

מדברים אלו עולה שבמקרה של אישה שזינתה ונולדו ילדים לאחר מכן מהבעל או מהבועל לא יתקיים דין ממזר מדרבנן.

פסיקת ההלכה

הרמ"א (אה"ע יז נח) פוסק את דינו של הרשב"א:

אישה שנתקדשה, וטעתה וסברא שלא נתקדשה, ונשאת לאחר, תצא מזה ומזה וכל הדרכים הנ"ל בה. אבל אנסוה להנשא, או שהורו לה בית דין בטעות ונשאת על פיהם, הוי כאנוסה, ומותרת לבעלה הראשון (תשובת הרשב"א אלף קפ"ט הובאה בבית יוסף).

הפוסקים האריכו לדון בחידושו של הרשב"א בעניין הוראת בית דין בטעות, אולם כל זה לעניין אישה שנישאת לאחר. לעניין אישה שזינתה, הרמ"א על השולחן ערוך (אה"ע ד טז) כותב:

אבל אם זינתה ואח"כ בא בעלה עליה, אין הולד ממזר (מרדכי סוף החולין).

הרי שהרמ"א מתיר את הוולד הנולד מהבעל לאחר שהאישה זינתה ונאסרה עליו. לגבי דין הוולד הנולד מהבועל לאחר גירושי האישה מבעלה, שאינו מוזכר במפורש בשולחן ערוך או ברמ"א, לכאורה הוא הדין והוא הטעם, וכשם שאין בוולד מהבעל דין ממזר מדרבנן הוא הדין בזה. החלקת מחוקק תמה מדוע הרמ"א הביא את ההלכה בשם המרדכי ולא בשם התוספות.

החזון איש (אה"ע כ ו) מקשה מהמבואר בגמרא (גיטין פ ב) שאין חילוק בין זנות לנישואין, ועל כן הוא מבאר שהרמ"א מכוון להתיר רק וולד מאישה שזינתה במזיד ואילו בזנתה מחמת טעות, שסברה שבעלה מת, הוולד ממזר מדרבנן.

הגר"ש טנא (ברכת שלמה אה"ע ו ג) הביא משו"ת גור אריה יהודה (אה"ע נג, מובא באוצר הפוסקים שם) שלפי תירוץ המרדכי, המוזכר לעיל, שהקנס הוא כדי שלא תינשא ללא בדיקה, לגבי זנות לא גזרו כלל, ועל כן הרמ"א הביא את דינו בשם המרדכי דווקא ולא בשם התוספות (שכבר תמה על כך הח"מ), ואם כך דבריו נכתבו בכוונת מכוון לעניין זה של אישה שסברה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שבעלה מת וזינתה שגם אז אין ממזר מדרבנן. הברכת שלמה עצמו מוסיף וטוען שגם לפי תירוץ התוספות לא גזרו כלל בזנות בהיותה עבירה חמורה.

בנידון דידן גם לשיטת החזון איש יש להקל שכן אין מדובר בזנות מחמת טעות.

פסיקת האחרונים

המהרלב"ח (שו"ת, מב) דן בשאלת מעמד אישה שזינתה ונולד לה בן מהבועל לאחר גירושיה מהבועל הראשון. בתחילת דבריו מובאת תשובת רבי ברוך אשכנזי, שמתיר את הבן להינשא. מהרלב"ח מסכים לדבריו ומדייק שהרמב"ם והסמ"ג חולקים על ר"ח וסוברים שאין דין ממזר מדרבנן בוולד הבועל. לאחר מכן הוא דן בשיטת התוספות ומבאר שתוספות כיוונו ללמוד ממזר בשני לאחר הגט, אך הוא מסכם שהיות ולדעת רוב הראשונים אין הדין כך ומדובר באיסור מדרבנן, יש ללכת אחר המקילים. כמו כן לדעת רבי ברוך אשכנזי התוספות יודו במקרה שבו לא היו קידושין או גט שפסול מדרבנן, המהרלב"ח מסכם שהחמרה בעניין זה תהיה חומרא דאתי לידי קולא שכן היא תמנע את הבן מקיום מצוות פריה ורביה.

דברי המהרלב"ח הובאו על ידי נושאי כלי השו"ע (ח"מ יז, קיט וב"ש יז, קסז) שהסכימו לדבריו.

בשו"ת תורת אמת (מהר"א ששון, קצו) דן במקרה של אישה שזינתה ולאחר הגירושיה מבעלה נולד לה וולד מהבועל. גם הוא כותב בתחילה שהדבר תלוי במחלוקת, הטור והתוספות אוסרים מדרבנן והרמב"ם מתיר, ועל כן לדעתו יש להקל בדרבנן ובפרט שהוא סבור שהראב"ד מודה לרמב"ם שהרי לא השיגו, ושלכך מסכימים גם הרמב"ן והרשב"א שכן המגיד משנה לא הביא דעה שחולקת, ומצדד להקל גם על פי סברת התוספות שדין נישאת על פי שמועה שהבעל מת חמור יותר היות וקנסו אותה שתדייק בשמועה, מה שאין כן במקום שאין שמועה כזו אלא זנות בעלמא.

מוסיף המהר"א ששון לציין לדברי המאירי, שנעשה מעשה להתיר כשיטת הרמב"ם, ועל כן הוא מורה להיתרא.

מהר"ם גאלנטי (קכ) עוסק במקרה שנשלח גט אך לא נמסר, והאישה נישאה לאחר ואז נודע שהגט עדיין לא ניתן, ולאחר שניתן הגט חזרה לאותו אדם ונולדו להם ילדים. המהר"ם גאלנטי מתיר את הילדים בקהל. ואליו הצטרפו כמה חכמים גדולים להיתרא, שמותיהם מנויים בתשובה. כך גם בשו"ת נבחר מכסף (אה"ע לז) האריך להתיר את הילדים בקהל. בניגוד לכך מהרי"ט צהלון (ישנות קמג) מתייחס גם הוא לאותו מקרה ולחכמים המתירים וכותב שההיתר תלוי במחלוקת הראשונים הנזכרת בין הטור והתוספות לרמב"ם, ובדרך כלל הלכה כרי"ף, אך היות והרי"ף אינו חולק על תוספות (והוא מוסיף שאולי מסכים עם תוספות) הרי שהלכה כתוספות. אמנם הוא מביא שחכמים אחרים התירו אך הוא חולק עליהם בחריפות. בעל כנסת הגדולה הביא את תשובת המתירים (הגהות הטור אה"ע קנ א) וגם הוא תמה על ההיתר היות שמדובר באישה שנישאת ולא רק זינתה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יש לציין גם להכרעת הגר"א (יז קעא), שכדעת הרמב"ם מפורש בירושלמי (יבמות י א), ולדבריו הפירושים האחרים עלו מחמת שלא ראו את הירושלמי.

ראה גם בשו"ת אגרות משה (אה"ע א, נב) שהאריך בעניין אישה שנישאה לאחר שהטעתה אותו במזיד ואמרה לו שהיא פנויה, ומכריע בראיות רבות שרק בנשאה מחמת שאמרה שבעלה מת נאמרו כל הגזירות הללו ולא מחמת שקרים אחרים.

וכך מכריע האגרות משה (אה"ע א, נג) בעניין אישה שהתגרשה בערכאות ונישאה לאחר, ושוב נתגרשה מהראשון כהלכה, לגבי ביתה שנולדה לה מהבעל השני אחר הגירושין הללו:

והנה בדבר הבת השניה שנתעברה אחר הגירושין צדק כתר"ה שהיא כשרה אפילו מדרבנן כדאיתא בח"מ סימן י"ז ס"ק קי"ט ובב"ש ס"ק קס"ו ומתשובת הרלב"ח דבמזנה ברצון לא שייך קנס לעשות בניה ממזרים מבעל אחר שגירשה הבעל ואין לחוש למה שיש שמחמירין בזה נגד הח"מ והב"ש ובפרט שהוא באיסור מדרבנן.

בנדון דידן נראה שגם המחמירים יודו שיש מקום להקל הן משום שמדובר בזנתה בלבד ולא בנישאת עם השני תוך כדי נישואיה לראשון, והן משום שגם לא נתברר שזינתה בוודאות כדלהלן.

הנולד מאישה שיצאה על פי בית דין

נוסיף עוד לעניין דידן. בשו"ת מהרשד"ם (יו"ד רטז) עוסק במקרה של אדם שהוציא מעצמו את האישה מחשש שזינתה, ובתוך הדברים כותב שגם ר"ח מודה שלא אסרו אלא באישה שנאסרה כסוטה אחר קינוי וסתירה, אך לא באישה שיצאה על ידי בית דין משום החשש שזינתה. וכן כתב בשו"ת דברי ריבות (קנד) שעסק באותו מקרה של המהרשד"ם, וגם הוא בתוך דבריו מסכים לחילוק של המהרשד"ם.

וכן מצינו גם בתשובת רבי ברוך אשכנזי (בתוך שו"ת מהרלב"ח הנ"ל) שכל סוגיית הוצאה מן הנתען לכאורה מוכיחה שבמקרה של נטען שזינתה עמו ואין עדי טומאה כל הדיון הוא האם מותר לישא ומתי יש להוציא אחר נישואין אך פשוט וברור שאין פגם בילדים שאם לא כן ברור הוא שהיה צריך להוציא בכל מקרה אם נשאה, ולא להרבות ממזרים בעולם.

נמצא שבמקרה דנן שבו נאסרו הצדדים אך מחמת קלא דלא פסיק, ואין ברור של ממש על הזנות אלא חשש בעלמא, אף שביה"ד הכריע לאסור אותם מחמת חשש זה, בוודאי שאין הילדים נפסלים מחמתו, אפילו לשיטות הסוברות שיש דין ממזר מדרבנן במקרים דומים.

פסול לכהונה

לאחר שהראינו לדעת שיש להתיר את הילדים לקהל יש לדון בעניין היתרם לכהונה.

הזכרנו לעיל את שיטת רבינו חננאל הפוסל וולד סוטה לקהל. רבינו חננאל עצמו הביא בשם שיטת "יש אומרים" שהוולד כשר לקהל, והרשב"א (יבמות פה ב) מדייק מדבריו שלשיטה זו הוולד אמנם כשר לקהל אך פסול לכהונה, והוא חולק עליו ומכשיר לכהונה.

וכן הביא הריטב"א (שם) דעתו שהוולד כשר לכהונה וכך גם עולה מדברי ספר ההשלמה והרמב"ן המצוינים לעיל ונתפרש בחידושי הרמב"ן (יבמות כד ב): "שהרי אפילו זנתה עמו ודאי ונשאה נטען אין הולד פסול שלא מצינו פסול בוולדות ואפילו נפגם לכהונה לא הוי".

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אמנם מהרש"ל (יש"ש יבמות ד, לח) חשש לפגם כהונה וכדומה לגוי הבא על בת ישראל שיש הפוגמים לכהונה, אך מדבריו נראה שלא ראה דבריהם של הראשונים שהזכרנו שלא חששו, ונראה שיש לסמוך עליהם כנגד דבריו, וכן סתימת כל הפוסקים המתירים שהבאנו לעיל שלא הזכירו כלל חשש לכהונה, ומדשתקו לכך לא סבירא להו. וכן הכרעת הב"ש (ד כה) וראה פת"ש (ד כ) ובאוצר הפוסקים (ד טז סד) ציינו בשם גדולי האחרונים שאין הלכה כיש"ש (מאידך גיסא, גם העירו על סתירה בריטב"א עיי"ש).

ראה גם פסק דינו של הגר"ד כהן, אב"ד חיפה, בקובץ שורת הדין (יג, עמ' ריג), שנקט להיתר בת סוטה לקהל ואף לכהונה, וכתב שהוא ספק ספיקא ודן בדיני ס"ס המתהפך, ולענ"ד אין צורך לדון בזה ולכולי עלמא יש להקל כמבואר לעיל. לעניין כהונה ראה גם מה שהאריך בזה הגר"נ רביבו זצ"ל אב"ד פריז (ספר זכור לאברהם תשנ"ג עמ' שמב ואילך).

סוף דבר, כמה נימוקים יש כדי להתיר את המבקשים לקהל:

א. בעניין בן הסוטה יש מחלוקת ראשונים האם יש תקנת חז"ל לעשותו ממזר מדרבנן.

ב. גם הראשונים הקובעים כי יש תקנה כזו, יש מקום רב לומר כי היא נתקנה רק כאשר הקשר בין האישה לנטען נעשה בדרך של נישואין.

ג. הנאמר לעיל הוא רק כאשר ישנה ראייה ברורה כי האישה הוגדרה כסוטה, אולם אם היה הדבר רק בגדר ספק, רבים מן האחרונים קבעו כי אפילו המחמירים אינם קובעים כך בנידון כזה.

ד. בנידון דידן אפילו לכדי ספק לא הגיע הדבר, אלא לגדר של לעז בעלמא.

ההחלטה מותרת לפרסום לאחר השמטת פרטי הזיהוי של הצדדים.

ניתן ביום כ"ט בכסלו התשע"ח (17/12/2017).

הרב דניאל כ"ץ

הרב שמעון לביא

הרב ישי בוכריס