

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1226866/1

בבית הדין הרבני הגדול ירושלים
לפני כבוד הדיינים:

הרב הראשי לישראל הרב דוד ברוך לאו – נשיא, הרב אליעזר איגרא, הרב מיכאל עמוס

המערער: פלוני (ע"י ב"כ טו"ר יוסף חיים כהן)

הנדון: היתר לקהל למרות דברי האם, בעלה והנטען – גדרי 'יכיר', 'רוב בעילות', ספק ספקא, ספק ממזר ותלייה בגוי

פסק דין

בפסק דין של בית הדין האזורי בתל אביב מתאריך י' בכסלו תשנ"א נקבע שהמערער הוא בנו של מר [אלמוני], ונולד לאימו גב' [אלמונית] בזמן שהייתה נשואה למר [פלמוני].

החלטת בית הדין האזורי מבוססת על כך שכל שלושת הנוגעים בדבר, דהיינו [פלמוני], [אלמונית] ו[אלמוני] הצהירו בבית הדין, שהבן אינו בנו של [פלמוני], אלא של [אלמוני]. על פי החלטה זו הבן הוא פסול חיתון, ומכאן הערער.

דין

דין 'יכיר' והסברות לומר שבנידונו אין הבעל נאמן לומר שהבן אינו בנו וממזר הוא החשש לממזרות במקרה שלפנינו ובמקרים דומים נובע מטענתו של האב שילד זה אינו בנו, ומהנאמנות שנתנה התורה לאב על בנו מדין 'יכיר' לומר שהוא ממזר, וכמו שפסק השולחן ערוך (אבן העזר סימן ד סעיף כט):

אשת איש שאומרת על העובר שאינו מבעלה – אינה נאמנת לפוסלו. אבל האב שאומר על העובר שאינו ממנו או על אחד מבניו שאינו בנו – נאמן לפוסלו, והוא ממזר ודאי. ואם היא אומרת: מעובד כוכבים או מעבד נתעברתי, הולד כשר, שאין הבעל יכול להכחישו בזה.

אלא שכבר פתחו גדולי האחרונים פתח להתיר במקרים דומים למקרה שלפנינו.

מקור הדברים הוא משו"ת רבי עקיבא איגר (קמא, סימן קכח):

יש לפנינו שלשה צדדי היתר: א'. דעת בה"ג דנאמן לומר "אינו בני" רק על ידי הכרת בכורה שאומר על הקטן שהוא בכורו, וממילא הגדול ממזר; ב'. דעת תוספות רי"ד דנאמן לומר "אינו בני" רק היכא דהיא אינה מכחישתו, כגון שמתה ולא נבדקה, אבל במכחישתו אינו נאמן; ג'. דעת הרי"ז הוא בשלטי גיבורים וכן הוא בספר המכריע (סימן סד) דנאמן רק באומר שהוא בנו והוא ממזר או בן גרושה, דעל בנו האמינתו התורה לפסלו, אבל לומר שאינו בנו והוא ממזר אינו נאמן.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ואומנם בהמשך דבריו כתב רבי עקיבא איגר: "ואך עם כל זה קשה לנטות מפסקא דהרמב"ם והשולחן ערוך דמשמע דבכל ענין נאמן לומר 'אינו בני'." אולם בסוף דבריו כתב:

אך עם כל זה כיון דיש לנו סעד גדול מהראנ"ח הנ"ל, והוסיף חתני הגאון נ"י¹ דעל כל פנים על ידי ג' צדדי ההיתר משוי לן לספיקא דדינא, ואם כן הוי ספק ספיקא: ספק כהנך רבוואתא, ואינו נאמן כלל דאינו בנו, וספק שמא מנכרי.²

אומנם בנדון שלפנינו אין לנו אלא שני צדדים לומר שאין לאב נאמנות משום דין יכיר – שיטת בה"ג ושיטת ריא"ז, שהרי האישה מודה לדברי הבעל שהולד אינו ממנו, אלא שמדברי החתם סופר בתשובה (אבן העזר א סימן יג) שכתב לחמיו בעניין זה מבואר שדחה את דברי התוספות רי"ד ועיקר סמיכתו לומר שיש כאן ספק ספיקא אינה אלא מכוח דברי בה"ג וריא"ז. וכך כתב שם:

הנה מה שכתב הריא"ז בשם זקנו בקונטרס הראיות שהוא ספר המכריע שבידינו ממנו קצת שם מבואר בהיפוך לכאורה [...] האמת בתוספות רי"ד בקידושין מיייתי בהחלט דבמכחישתו אינו נאמן, כמו שכתב לעיל בפרקין, והיינו בארוס וארוסתו, ולא מיייתי תירוץ אחר. אבל הסברא תמוה: מנא ליה להמציא כך – התורה האמינתו לאב אפילו נגד חזקה דאורייתא, ולא מצינו בשום מקום נאמנות לאם מן התורה, איך ניקום ונימא מסברא דהכחשת האם יועיל, לולי ראיה מש"ס? וכיון דמארוס וארוסתו אין ראיה כנ"ל, אם כן אזדא ליה הך דינא. ואולי חזר בו בספר המכריע, ודברי ריא"ז תמוהים. והבית שמואל רמז עליהם בסימן ד ס"ק מא, ולפי עניות דעתי אין לסמוך על זה כלל.

סברת ההיתר מספק שמא הוולד הוא מגוי – ואינו ממזר – גם אם אינו מבעלה של אימו
בנידונו של לירות האמור כתב החתם סופר בהמשך דבריו להסכים להיתר של רבי עקיבא איגר:

היוצא מהנ"ל דבאומר להדיא בלי הכרת בכורה "אינו בני", כל אפין שוין – בה"ג ורבנו תם ורש"י ותוספות רי"ד בספר המכריע ורבי אליהו מפרי"ש דלא מהימן, וכדמשמע מקרא "לתת לו" ולא "ליטול ממנו". ולא פליג בהדיא אלא הרמב"ם, ויפה כתב מורי חמי הגאון נ"י דעל הפחות שקול ישקלו כל הני הגאונים עם דעת הרמב"ם בספק שקול, והווי ליה ספק ספיקא: ספק הלכה כהגאונים הנ"ל, ואם תמצי לומר כרמב"ם דלמא [מגוי התעברה], וספיקא מעליא הוא, דהרי האי גברא – כל סמיכתא על שמצא אשתו שוכבת עם אחד, וזה מצא בביתו – הרי אזלי אינהו לגביהו ומרובא דעלמא גוים פרשי, ולכל הפחות מידי ספיקא לא נפקו והווי ליה ספק ספיקא.

הרי שעיקר הצד לומר שהאב אינו נאמן היה משום שאמר "אינו בני" בלי הכרת בכורה, ודבר זה שייך גם בנדון שלפנינו. וכן כתוב בפירושו בשו"ת אמרי יושר (חלק ב סימן קיד) שמבואר

¹ הוא החתם סופר שיובאו דבריו להלן.

² יש לציין שכל היתר זה מבוסס על ההנחה שספק ספקא מועיל להתיר חשש ממזרות אפילו לכתחילה, וכידוע נחלקו בזה האחרונים, אולם למעשה הכרעת גדולי האחרונים כאן היא שיש לסמוך על ספק ספקא להקל אפילו לכתחילה. ועיין שו"ת יביע אומר (אבן העזר חלק ז סימן ו) שהאריך להביא דעת כל הפוסקים שפסקו להתיר איסור ממזרות בספק ספקא.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מדברי החתם סופר שדי בשני הצדדים הנ"ל להתיר. וגם הוא התיר למעשה במקרה שלו על סמך ספק ספקא זה.

ואומנם בחתם סופר שם התיר למעשה בצירוף לזה שלדעתו באותו מקרה לא הייתה כלל אמירה של הבעל שהוולד אינו ממנו, אלא שאמר כן בדרך של השערה בעלמא, אולם משמע מדבריו שגם בלא זה הסכים לדברי רבי עקיבא איגר.

וכן הסכים בשו"ת עין יצחק (אבן העזר סימן ז) להיתר זה של רבי עקיבא איגר, האריך לחזק את הדעה שאין האב נאמן לטעון על הוולד שאינו בנו והביא שכן פסק המהרש"ל להלכה בים של שלמה ושלכל הפחות נחשב כספיקא דדינא, ולבסוף הסיק:

נחזור לעניינינו דיש לנו לסמוך על דברי הגאון רבי עקיבא איגר זצ"ל לדון בכהאי גוונא דין ספק ספיקא, ספק שמא מבעלה וספק שני שמא מנכרי [...] וכמו כן בנדון דידן יש לנו ספק ספיקא הזה, ספק שמא מבעלה, וספק שני שמא מנכרי, ועל כן יש לנו להתירו לבא בהקהל.

בסגנון דומה לזה כתב בשו"ת בנין עולם (אבן העזר סימן ו) להתיר:

וכיון שיש לנו כמה פוסקים, ובה"ג מכללם, דעל כל פנים אין הולד ממזר ודאי אלא ספק, ואם כן מן התורה הוא כשר גמור, יש לנו לצרף על כל פנים סברתם לסניף להתיר במקום שיש טעמים בלאו הכי.

הרי שאף הוא מצדד להתיר במקום שיש צדדים נוספים מלבד הצדדים שהעלה רבי עקיבא איגר, אלא שכתב כן מטעם שונה במקצת, ולכאורה כוונתו שהואיל ויש כאן ספק, וספק ממזר מותר מהתורה, אם כן כל נדון שיהיה חוזר להיות ספק דרבנן שדנים בו לקולא.³

האם התלייה בגוי היא גם כשהאם לפנינו ואינה טוענת כל?

אומנם על עיקר ההיתר של רבי עקיבא איגר והחתם סופר הנ"ל העירו האחרונים שלכאורה הצד שמא נבעלה מגוי נסתר מדברי הבית שמואל (סימן ד ס"ק מג):

כתב בדרכי משה בשם תשובת מהרי"ו (סימן עד): אשה שנתגרשה וילדה מכשירים הולד משום ספק ספיקא הוא: שמא אחר גרושין זנתה, ואם תמצי לומר קודם גרושין שמא זנתה עם עכו"ם [...] אלא עדיין קשה: אם יש צד לתלות זנתה עם כותי, אם כן פרוצה ביותר נמי יש ספק ספיקא שמא הולד מבעלה ושמה מכותי. ויש לומר: מהרי"ו לטעמו דסבירא ליה [דאפילו ב]פרוצה ביותר ליכא חשש ממזר כמו שכתבתי לעיל, ובפסקי מהרא"י דסבירא ליה פרוצה איכא חשש ממזר – לא סבירא ליה דתלינן בכותי. ובסמוך כתבתי דפליגי בזה הרמב"ם והטור.

דבריו "בסמוך" הם (בס"ק נב) לגבי הנדון של אב שאומר על בנו שאינו ממנו:

והוא ממזר ודאי – כן כתב הטור. שמע מינה דסבירא ליה: אם לא אמרה היא "מכותי נתעברתי", לא אמרינן אנן שמא מכותי נתעברה. אבל הרמב"ם כתב דהוא "בחזקת ממזר", והיינו ספק ממזר, דיש לומר שמא מכותי נתעברה, כמו שכתוב בסמוך – כן כתב המגיד: היא נאמנת לומר "מכותי העובר", והולד כשר, משום בלא דיבורה הולד ספק ממזר ושמה מכותי הולד, לכן

³ על דרך שכתבו הפוסקים לבאר בכל ספק ספקא על פי שיטת הרמב"ם, שדין ספק דאורייתא לחומרא אינו אלא מדרבנן, שלכן יש להקל בספק ספקא משום שהוא ספקא דרבנן. ואם כן בספק ממזרות יש לומר כן לכולי עלמא.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

היא נאמנת. ולשיטת הטור, דסבירא ליה הולד ממזר, ודאי קשה למה היא נאמנת להכשיר.

וכן כתב בבית שמואל (שם ס"ק מד):

כתוב בפרישה: אם הוא בפנינו ואומר שאין הולד ממנו, והיא אינה בכאן, אז הולד ספק ממזר שמא מכותי נתעברה. ומה שכתב בסמוך "אם הוא מכחיש אותה הולד ממזר ודאי", היינו כשהיא כאן ואינה אומרת "מכותי הולד". מיהו למה שכתבתי בסמוך נראה דלא אמרינן מכותי נתעברה.

כלומר: לדעת הבית שמואל יש בדין זה מחלוקת בין הרמב"ם והטור וכן בין מהרי"ו ומהרא"י, ולדעת הפרישה הדין תלוי בשאלה אם האישה נמצאת לפנינו ואינה טוענת שנבעלה לגוי, או שאינה נמצאת לפנינו. וכן היא דעת שער המלך (פרק טו מאיסורי ביאה הלכה יז). גם לדעת הפרישה ושער המלך במקרה שלפנינו, שהאישה אינה אומרת שהולד מגוי אין לתלות שהתעברה מגוי, ואין לצרף צד זה לספק ספקא.

אלא שדברי רבי עקיבא איגר הנ"ל הם לשיטתו בתשובה אחרת שבה הביא את דברי הבית שמואל וחלק עליו, וכמובא בפתחי תשובה (שם ס"ק לט):

ועיין בתשובת רבי עקיבא איגר (סימן קו) שהאריך לחלוק על הבית שמואל בזה במה שכתב דלא מספקינן בערבי, וכתב דמה דהוציא כן הבית שמואל לעשות מחלוקת בין הרמב"ם והטור מחמת דקדוק לשונם אינו מוכרח כלל וכלל, ודברי הרמב"ם והטור באו בדיוק היטב כו'. (ומבואר שם דאפילו בהיא לפנינו ואינה אומרת דמערבי – אף על פי כן מספקינן בערבי ודלא כהפרישה שהובא בבית שמואל ס"ק מד, עיין שם ועיין מה שכתבתי לעיל ס"ק לו).

וראיה מכרעת דמספקינן בערבי [...] וכן ממה דמבואר בסוף סימן ז [צ"ל: ו] דאם יש ערבי בתה פסולה לכהונה – הרי דתלינן בערבי לחומרא לענין יחוס כהונה, ומהיכי תיתי לן להמציא דבר חדש דלענין ספק ספיקא וכן להקל באשת איש שזינתה לדונו כממזר ודאי שלא להסתפק בערבי? וגם בתשובת מהרי"ט (סימן טו) מבואר דמספקינן בערבי (אלא שדבריו שם אינם מובנים) עיין שם באורך. גם בתשובת הקודמות שם בוויכוחים שעברו בינו ובין הגאון בעל בית מאיר והובא קצת לעיל (ס"ק טז) מבואר דשניהם כאחד מסכימים לדינא דמספקינן בערבי ומצרפין זה לספק ספיקא. ועיין מה שאכתוב לקמן (סימן יג סעיף יא ס"ק יח) דנראה שכן הוא גם דעת הגאון בעל נודע ביהודה ז"ל ועיין מה שכתבתי לעיל (ס"ק לו).

במה שכתב הפתחי תשובה שכן היא דעת הבית מאיר כוונתו לדבריו שהובאו בשו"ת רבי עקיבא איגר (קמא, סימן ק):

אך עדיין יש מקום להכשירו על פי דברי מהרי"ו (סימן עג [צ"ל: עד]) הובא בבית שמואל (ס"ק מג) דהיינו מפני שיש בעובר ספק ספיקא, דהא אף עם עדי כיעור מידי ספק לא נפקא, דשמא מבעלה כדדייק לישנא דהרמ"א דחוששין לו, ואם תמצי לומר מזנות – שמא מגוי דהולד כשר. ואף דבספרי שם (ס"ק ו) הסכמתי עם הקושיא של הבית שמואל, דאם כן פרוצה ביותר למה כתב מהרא"י דחוששין אף לבניה, לשתרי אף לכתחלה משום ספק ספיקא [...]. ויש לדחות כדתירצתי שם בתר הכי (סעיף כד) וכתבתי כדי שלא להמציא פלוגתא לענין דלא למעבד ספק מגוי, דלהכי כתב הרמ"א "ואם הארוס מכחיש הולד ממזר" ולא כתב "ספק ממזר" דשמא מגוי, היינו דהסוגיא איירי בעיר שכולה ישראלים, לכן העתיקו בסתם הרי זה ממזר מצד עדות האב, באופן הנאמר בגמרא וממילא מוכח דבעיר שיש נמי נכרים הוי ספק.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובהמשך דבריו:

והרמ"א ז"ל נגרר בתריה לכתוב סתם "חיישינן ליה", ואפשר דנפקא מינה בעיר שכולה ישראלים או שאין רגל הגוי מצוי ברחוב ישראל ולא רגל ישראל ברחוב הגוי.

וכן בחיבורו על השולחן ערוך (שם סעיף כז) האריך לחלוק על הבית שמואל, וכעין דברי רבי עקיבא איגר הנ"ל. ובתחילת דבריו כתב שוודאי יש להסתפק שמא נבעלה לאינו יהודי, שהרי אינם יהודים פרוצים בעריות וישראל גדורים. ולכן מסיק שבין לדעת הרמב"ם ובין לדעת הטור דווקא בעיר שכולה יהודים הבן הוא ממזר ודאי, אבל בעיר שיש גוים בתוכה הולד אינו אלא ספק ממזר.

כן כתב בשו"ת עין יצחק (שם):

אכן באמת עיקר סברתם שכתבו דהיכא דלא טענה דמנכרי נתעברה לא מספקינן כלל בנכרי מדלא טענה כן, יש לתמוה [...] אם כן כל שכן בנדון דידן, דאין לנו שום הוכחה לומר מדלא טענה דמנכרי נתעברה כו', דהא בודאי מתביישת להודות דמנכרי נתעברה, ועל כן טוענת דמבעלה נתעברה [...] על כן אין לנו שום הוכחה ממה דלא טענה כן. ובלאו הכי אין סברא כלל לדון ההוכחה מדלא טענה כו', דהא אין האם נאמנת לפוסלו [...] ועל כן אין לנו שום ראיה כלל ממה דלא טענה כל דלא יהא עדיף ממה דאומרת האם דבנה ממזר, דאינה נאמנת כלל [...] ומצאתי ראיתי בבית מאיר (סימן ד סעיף כז) שהשיג על הבית שמואל בזה ופירש דאין הכרח מן הטור והרמב"ם כלל, ולדינא מספקינן דשמא נתעברה מנכרי והנכון עמו וכמו שכתבתי.

שוב ראיתי כי רבי עקיבא איגר זצ"ל (בסימן קו בד"ה וביותר לדעתי הקלושה כו') הביא לדברי הבית שמואל הזה והשיג עליו והביא כן בשם המהרי"ט (סימן טו). ועל כן שפיר יש לנו למנקט לדינא להתירו בקהל על פי הך ספק ספיקא וכמו שכתב רבי עקיבא איגר (בסימן קכח). ואחר כותבי כל זה ראיתי בתשובת חתם סופר (סימן יג) שהביא גם כן להך עובדא דבתשובת רבי עקיבא איגר (סימן קכח) והעלה גם כן להיתירא על פי הך ספק ספיקא [...] ולכן בנדון דידן יש לנו לסמוך ולהתירו בקהל משום הך ספק ספיקא.

וכן כתב החזון איש (אבן העזר סימן א אות יז):

ומה שכתבו אחרונים שאם אינה טוענת כך לא מספקינן בנכרי, כבר דחה הגאון רבי עקיבא איגר שם, ולעולם ראוי לספק בנכרי. ומחורתא כפירוש הגאון רבי עקיבא איגר שם, דכל דאיכא נכרים וראוי להסתפק בהם הוי ספק.

האם התלייה בגוי היא גם במקום שבו יש רוב יהודי?

אלא שעדיין יש לפנינו קושי גדול להסתמך על היתר זה של גדולי האחרונים, שהרי הם דיברו באופנים שבהם יש רוב גויים באותו מקום, וכמבואר מדברי החתם סופר שהובאו לעיל:

וספיקא מעליא הוא, דהרי האי גברא – כל סמיכתא על שמצא אשתו שוכבת עם אחד, וזה מצא בביתו, הרי אזלי אינהו לגביהו ומרובא דעלמא גוים פרשי, ולכל הפחות מידי ספיקא לא נפקו והווי ליה ספק ספיקא.

ואם כן יתכן שבאופן שיש רוב ישראל בעיר אין להסתפק שמא נבעלה לגוי, וממילא אין כאן ספק ספיקא, וכן מצדד לומר בשו"ת רבי עקיבא איגר (קמא, סימן קג) בסוף התשובה לבעל הבית מאיר (שהובאו דבריו לעיל):

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אולם מה דנראה מדברי רום מעלת פאר כבוד תורתו להקל בספק ספיקא דנכרי אלא אם כן בעיר דכולה ישראלים, דמשמע מדעתו: אף ברוב ישראלים הוי ספק ספיקא – בזה לעניות דעתי צריך עיון לדינא כמו שכתבתי בתשובה הראשונה [התשובה שבסימן קא] כיון דדעת הרשב"א והריטב"א אף היכי דהספק אם אזלא איהו לגביה מקרי רוב אם כן יש לומר דלא הוי ספק ספיקא, וצריך עיון לדינא.

וכן משמע בשו"ת אמרי יושר (חלק ב סימן קיד אות ד) שאין לסמוך על ספק ספיקא להתיר אלא במקום שיש רוב גויים.

ובשו"ת בנין עולם (אבן העזר סימן ה אות ז) צידד שיש לחשוש שמא נבעלה מגוי גם ברוב יהודים, אולם סייג את דבריו:

ולפי זה נראה דהכל לפי הענין, דאם באותו מקום יש רוב אנשים הפרוצים בעריות ומיעוט עכו"ם – [גויים] – בכהאי גוונא גם הרב המגיד מודה דהוי ממזר ודאי.

וכן כתב שם (בסימן ו אות י):

כי נראה לומר דאפילו לשיטת השולחן ערוך שפסק להלכה דהוי ממזר ודאי באומר "אין זה בני", היינו דוקא בהיכא דלא שייך לתלות בנכרי ועבד, או היכא דרוב ישראל שבאותו מקום פרוצים בעריות ומיעוט נכרים.

לצערנו הרב, נראה שבימינו בהחלט אפשר לומר שיש הרבה יהודים שפרוצים בעריות, וממילא אין מקום לתלות בגוי.

אולם כאמור מדברי הבית מאיר (שם), שמפרש שדברי השולחן ערוך אמורים דווקא בעיר שכולה יהודים או באופן שאין רגל גוי מצויה במקום היהודים, מבואר שגם באופן של רוב גויים יש להסתפק שמא נבעלה לגוי, וכמו שכתב רבי עקיבא איגר הנ"ל בדעתו. וגם רבי עקיבא איגר אינו חולק עליו בבירור אלא נשאר בצריך עיון לדינא. אם כי ייתכן שדברי הבית מאיר מבוססים על מה שכתב שם שישראל אינם מוחזקים בעריות, ואם כן אולי אף הוא מודה לדברי הבנין עולם הנ"ל שבמקום שיש ישראל פרוצים והם הרוב אין לתלות בגוי.

היתרו של בעל יביע אומר על יסוד הסברה ש'ספק ספיקא' מותר גם בספקות שאינם שקולים

אולם בשו"ת יביע אומר (חלק ז אבן העזר סימן ו אותיות ה-ו) נראה שנקט להתיר בכל מקרה, והאריך בזה מאוד שכן דעת הרבה מהפוסקים שיש לתלות שמא נבעלה מגוי ושכן עיקר להלכה כדעה זו, ודבריו שם יכולים לשמש יסוד חשוב מאוד לכל הנידון שלפנינו, וכך כתב:

[...] באור זרוע (סימן תרנז) שהביא תשובת רבינו חיים כהן שרצה להתיר מטעם ספק ספיקא, שמא נתעברה בולד זה לאחר שנתגרשה, ושמא מעכו"ם נתעברה, אלא שכתב לדחות משום שרוב המצויים אצלה ישראל הם [...] ואולם המהר"י וייל הנ"ל צירף ספק דשמא מעכו"ם נתעברה לספק ספיקא, והרמ"א בדרכי משה מדשתיק ליה אודויי אודי ליה.

ונראה שמחלוקתם היא אי בעינן ששני הספקות של הספק ספיקא יהיו שקולים, או די שספק אחד יהיה שקול ואילו הספק השני אפילו הוא מיעוט יכול להצטרף לספק ספיקא, שהאור זרוע בשם הר"ח כהן סבירא ליה שצריך

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שיהיו שני הספקות שקולים, וכשיטת התוספות כתובות (ט), א ד"ה ואי בעית אימא [...]]

והפני יהושע שם כתב להקשות שהרי שיטת התוספות בכמה דוכתי דספקא דאורייתא לחומרא הוי מן התורה, ואם כן הא דקיימא לן ספק ספיקא לקולא היינו כמו שכתב הרשב"א דספק ספיקא הוי כמו רוב, שספק אחד הוי פלגא ופלגא, והספק השני עושהו רוב, ואזלינן בתר רובא, ואם כן כשספק אחד שקול [...] ואידך ספקא [...] אף על גב דהוי מיעוטא אפילו הכי מצטרף המיעוט למחצה והוי ליה רוב להיתר. וכל שכן לשיטת הרמב"ם וסיעתו דספקא דאורייתא לחומרא רק מדרבנן, דאית לן למימר שלא החמירו אלא בספק אחד השקול, אבל כשיש עוד ספק כל שהוא דתו לא הוי פלגא ופלגא, יש לומר שמותר לגמרי [...]

ובקונטרס אחרון (סימן כח) הוסיף על זה [בשינוי לשון מועט]:

וכמדומה לי באמת שראיתי בכמה פוסקים ראשונים ואחרונים שכתבו דהיכא שהספק האחד שקול אף על פי שהשני אינו שקול חשיב שפיר ספק ספיקא. ואפשר שהתוספות כאן סבירא להו דמיעוטא כמאן דליתיה דמי, אבל לשיטת רבינו תם בתוספות בכורות (כ, ב) דקיימא לן כרבן שמעון בן גמליאל דאמרינן 'סמוך מיעוטא לחזקה' והווי ליה פלגא ופלגא, הכא נמי יש לומר שהמיעוט של הספק השני סמכינן ליה לפלגא של הספק הראשון והווי ליה רובא. וצריך תלמוד.

ע"כ. ומעתה יש לומר שהאור זרוע בשם הר"ח כהן סבירא ליה כהתוספות כתובות (ט, א) דמיעוטא כמאן דליתיה דמי. והמהרי"ו סבירא ליה כרבינו תם (בכורות כ, ב) דחזי לאצטרופי לספק שקול והווי ליה רובא, ומשום הכי הספק דשמא נתעברה מגוי מצטרף לספק הראשון וחשיב שפיר ספק ספיקא.

ולפי זה צדקו דברי מהרי"ו שצירף הספק דשמא מגוי נתעברה לספק הראשון, שמא אחר גירושין נתעברה. ואף על פי שהספק דשמא מגוי נתעברה אינו ספק שקול – הואיל ולכולי עלמא קיימא לן ספק ממזר מותר מן התורה, ואינו אסור אלא מדרבנן למעלת יוחסין, ודאי דשפיר דמי לצרף אף ספק שאינו שקול דשמא מגוי נתעברה לספק האחר שהוא שקול, דשמא נתעברה אחר גירושין, ובכהאי גוונא לא גזרו רבנן ומותר לכתחלה.

ומכיוון שלדעתו עיקר הדיון הוא אם אפשר לצרף ספק שאינו שקול, מסתבר שגם ברוב יהודים עדיין יש כאן ספק כלשהו, ודוחק גדול לומר שברוב גויים יש ספק שאינו שקול, וכשיש רוב יהודים חוזר להיות שאין כלל צד לתלות שהתעברה מגוי.

סניף נוסף – בזמננו יש יותר מקום לתלייה בגוי

עוד נראה לומר על פי מה שכתב בשו"ת חמדת שלמה (סימן א) בדעת הסוברים שאין לתלות שמא נבעלה לגוי: "דעת הטור כמו שכתב הבית שמואל (ס"ק מג ונב) דבישראלית לא חיישינן כלל לערבי. וצריך לומר הטעם, מחמת שינוי הדתות אינם מקורבים כל כך." וייתכן להוסיף ביאור לדבריו שאף לסוברים שמועיל ספק ספקא להתיר אפילו כשצד אחד אינו שקול, מכל מקום צריך על כל פנים שיהיה ספק בדבר, מה שאין כן לתלות שמא נבעלה לגוי – בגלל הריחוק ששרר בזמננו בין יהודים לגויים בגלל שינוי הדתות – אינו נחשב ספק בכלל, שכן אין לנו לתלות מעצמנו במציאות שאינה סבירה, ולכן צד כזה אינו נחשב אפילו צד שאינו שקול, ועל כן אינו מצטרף לספק ספקא. וגם החולקים – יש מהם שמודים שבאופן שרוב המצויים אצלה הם יהודים אין לחשוש שמא נבעלה למישהו מהמיעוט שהוא מרוחק ממנה כל כך.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ולפי זה יש לומר בהחלט שבזמננו השתנתה המציאות בעניין זה, ובמקומות רבים הריחוק שהיה בעקבות שינוי הדתות אינו קיים כלל בימינו. ובפרט שגם בין אזרחי מדינת ישראל ישנם רבים שנחשבים אזרחים רגילים לגמרי, ונראים כך בעיני הבריות, ובאמת אינם יהודים על פי ההלכה. וממילא יש לומר שבמציאות של ימינו לכולי עלמא יש להסתפק שאולי הוולד הוא מגוי, ואפילו במקום שישנם רוב ישראל הפרוצים בעריות.

האם יש לתלות בגוי גם במקום שידוע שזינתה עם אדם מסוים, יהודי, ואין ידיעה שזינתה גם עם אחרים?

אומנם גם אם נקבל את הנ"ל נראה שעדיין יש כאן בעיה קשה לסמוך על היתר זה, וזאת מכוח דברי האמרי יושר (שם):

אך בפרט אחד נשתנה עובדא דידן לגריעותא, מחמת הקול שנחשדה עם ישראל, וגם הישראל הודה דרך וידוי, ואם כן איכא למיחוש טפי דמישראל זה שהודה נתעברה ולא מאחר.⁴

וכן נקט בשו"ת בנין עולם (שם):

ומכל שכן בנדון דידן, שהודו הנואף והנואפת שזינתה עימו והולד הוא ממנו, דודאי נוטים הדברים יותר שהוא ממנו משנאמר דזינתה עוד עם גוי.

וכן כתב הבית מאיר בתשובתו המובאת בשו"ת רבי עקיבא איגר (קמא סימן ק):

הן אמת לדברי הב"ח שבבית שמואל (סימן ד ס"ק לח), דהיכי דדיימי מארוס ואין ידוע אם בא עליה ולא דיימי מעלמא – כשר הולד בלא בדיקה, ומביא ראיה דאוקימתא דמתניתין במסקנא, דנשמע מיניה דלאו דווקא בארוס אלא הוא הדין באחר לענין תרומה, אם כן: בנדון דידן דדיימי מישראל הנחשד ולא מאדם אחר – אפשר דאין לעשות מזה ספק שני, דאם תמצו לומר העובר בזנות שמא מגוי, דהא בתר מאן דדיימי מיניה שדינן אפילו לקולא. אבל בספרי השגתי עליו בזה.

וסיים: "הנה הצעתי מה דמצאתי בעניות דעתי לאיסור ולא להיתר." ונראה מדבריו שם שאף שהשיג על הב"ח מכל מקום לא רצה להתיר בנדון שלו מכוח דבריו.

וייתכן שאפילו לדברי היביע אומר הנ"ל יש מקום להחמיר בזה, ואף על פי שהכריע שדי בספק אחד שקול וספק אחר שאינו שקול, מכל מקום באופן כזה שידוע שזינתה עם אחד הצד לתלות בגוי אינו צד כלל, שהרי מהיכי תיתי להסתפק בזה, ואם כן אולי אין כאן סיבה להתיר.

ומכל מקום אין זה דבר ברור, וייתכן שלפי דרכו של היביע אומר הנ"ל יש מקום לצדד להקל גם בכהאי גוונא, ובפרט לאור דבריו שם בסוף התשובה: "והרי מדאורייתא ספק ממזר משרא שרי, ומשום מעלת יוחסין הוא דבעינן ספק שני להתיר מטעם ספק ספיקא, והבו דלא להוסיף עלה."

ואכן במקום אחר הביא ביביע אומר להקל אפילו באופן כזה, וכך כתב (חלק י אבן העזר סימן

(ה):

⁴ ומה שכתב לדחות (עייין שם) – נראה שאינו שייך בנדון שלפנינו שהאישה חיה עם האיש בפרהסיא והדברים היו ידועים לכול.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וכן כתב הגאון רבי יעקב ששון בשו"ת בני יעקב (סימן י) להכשיר את הולד בנידונו מכח ספק ספיקא – שמא נתעברה מבעלה קודם הגירושין ושמא מגוי ועבד, וכמו שכתב מהרי"ו. וכתבו גאוני ירושלים בתשובה שהובאה בספר עיני כל חי (דף קנו ע"ב) דמוכח מדברי הרב בני יעקב שאף שהיתה אשת איש כשנתעברה ולא דיימא אלא רק מאהובה הנואף, ושניהם מודים שהולד ממנו, אף על פי כן הכשיר הרב את הולד, דאמרינן שמא מגוי נתעברה. ולכן גם בנדון דידן אנו מסכימים להכשיר את האיש ואת בנו מטעם ספק ספיקא הנ"ל. וחתמו על זה הגאונים חברי בית דין הצדק בירושלים, הרב יעקב שאול אלישר, הרב רחמים יוסף פראנקו, והרב שמ"ח גאגין, והסכים עמהם הגאון הראש"ל מהר"ר אברהם אשכנזי זצ"ל.

ובשעת הדחק גדולה כמו זו שלפנינו ייתכן שיש לסמוך על דברים אלו ולהתיר את הוולד לבוא בקהל.

האם יש לאסור משום שחייתה עם אותו אדם בקביעות ולכאורה 'רוב בעילות' ממנו?

אומנם יש לדון עוד שגם לצד שהאב אינו נאמן לומר שלא בא על אשתו, מכל מקום בנדון דידן שהאשה גרה בקביעות עם אדם אחר, הרי יש בזה סברה של רוב בעילות הלך אחר זה שהיא מיוחדת לו, ואם כן יש לתלות בוודאי שהולד הוא ממנו.

בדין זה אם תולים ברוב בעילות אחר זה שהיא מיוחדת לו, נחלקו הפוסקים:

השולחן ערוך (אבן העזר סימן ד סעיף כו) כתב:

פנויה שנתעברה וילדה: אם אינה לפנינו לבדקה או שהיא שוטה או אלמת, ואפילו אם אומרת "של פלוני הוא", ואנו מכירים באותו פלוני שהוא ממזר – אין זה הולד אלא ספק, אפילו אם מודה אותו פלוני שנבעלה לו, שכשם שזינתה עם זה כך זנתה עם אחר. ואם אותו פלוני הוא כשר, הולד כשר. ומכל מקום אין אנו מחזיקים אותו בבנו ודאי ליורשו, אם אינו מודה שהוא בנו.

וברמ"א שם הוסיף: "אפילו היתה מיוחדת לו, אינה נאמנת עליו (ר"ן סוף פרק אלמנה לכהן גדול)."

וכתב בחלקת מחוקק (שם ס"ק כה):

ומכל מקום קשה: בסיפא כתב "ואפילו אם היתה מיוחדת לו", כלומר שהיא פלגשו ובודאי בא עליה הרבה פעמים, אפילו הכי הוא ספק. ובגמרא (ביבמות דף ע"ב) מסיק דכל היכא דלא דיימא מעלמא ואחד מודה שבא עליה – הוא בנו ודאי ואוכל בתרומה ומשמש על המזבח; ואף על גב דדיימא מעלמא מכל מקום (בתר דידה שדינן) הואיל והוא מודה שבא עליה מכל שכן במיוחדת לו, שבא עליה הרבה פעמים, תלינן ברוב ביאות דידיה. וכבר האריך הרא"ש (בתשובה כלל פב) והרשב"א (סימן תרי) גם המגיד משנה (פרק ג מהלכות יבום) דפשיטא היכא דלא דיימא מעלמא בתר דידה שדינן ליה, ואם כן יש לתמוה על הרב שהשמיט דברי האחרונים אלו אשר דבריהם מיוסדים על סוגיית התלמוד.

ובבית שמואל (שם ס"ק מב):

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בחלקת מחוקק הבין דאיירי כשהוא מודה לדבריה, ומכל מקום חיישינן שמא זנתה עם אחר. וליתא כי ככהאי גוונא לא חיישינן כמו שכתוב בסימן קנ"ו אלא קאי על אם אינו מודה.

מבואר מדברי שניהם שאם הבעל מודה לדבריה תולים שהולד ממנו בוודאי, אלא שהחלקת מחוקק סובר שהרמ"א לא פסק כך ותמה עליו, והבית שמואל העמיד גם את דברי הרמ"א במקרה שהבעל אינו מודה שהולד ממנו.

כן כתב בפתחי תשובה (שם ס"ק לא) בשם שו"ת שיבת ציון (סימן טז):

ונשאל אם להחזיק את הולד בן זנונים הזה לממזר ודאי כפי הכרעת הבית שמואל (בסימן ד ס"ק מב) או דהוא רק ספק ממזר דנימא שמא זינתה גם עם אחרים, דהא בנימוקי יוסף (סוף פרק אלמנה) הביא דאפילו בפלגש חיישינן שמא זינתה גם עם אחר, וכן משמע מדברי המרדכי פרק ב דיבמות (שהביא הבית שמואל בסימן קנו ס"ק א) כו'. והשיב על זה באריכות והעלה שלדעת רוב הפוסקים אשר מימיהם אנו שותים בנדון דידן הוא ממזר ודאי, ודעת הנימוקי יוסף והמרדכי המה מועטים נגד גדולי הפוסקים האלה וכו'.

כן כתב גם בשו"ת חוט השני (סימן יח):

איברא שיש לדקדק מתשובות הרא"ש דסבירא ליה גבי אשה מזנה – הוא בנו אף לענין ירושה, שכתב בתשובה (כלל פב):

ולא דמיא לאשת איש דאמרינן רוב בעילות אחר הבעל, אבל כביאת זנות איכא למימר כמו שהוא בא עליה בזנות גם אחרים באו עליה [בזנות] [וכו']

וכתב עוד וזו לשונו:

ובנדון זה, שהיתה האשה משרתת בביתו ומיוחדת, נראה דאפילו לאבי בתריה דידיה שדינן לה וכן כתב רבינו שמשון [וכו'] ותירץ דהאי דפרק קמא דכתובות "ההוא דקאמר מיניה" רצה לומר שהיה רגיל אצלה תמיד, הלכך שדינן רוב בעילות בתריה [וכו'] הלכך בנדון זה שדינן בתר דידיה, כיון שהיתה תדיר בביתו, אף ללישנא קמא אליבא דאביי [וכו'] ועוד ראיתי שוב שני עדים שמיום שהכניסה ר' שמואל נ"ע בביתו לא דיימא מעלמא [וכו']

עד כאן לשונו לענינינו.

נראה להדיא מדבריו דסבירא ליה דסמכינן אחזקה של רוב בעילות אחר הבעל, אפילו לענין ירושה ואפילו בפנויה המיוחדת לו [...] אלא על כרחך סבירא ליה דאפילו לא אמר כלום – כיון שידוע שהיתה מיוחדת לו שדינן רוב בעילות בתר דידיה, והוי בנו אפילו לאביי אליבא דלישנא קמא. כן נראה לי שהוא דעת הרא"ש.

ועדיין יש לומר: דווקא במיוחדת כי התם, שהוא אינו ירא מאחרים אבל אחרים יראים ממנו, והוי ממש דומיא דאשה מזנה, דהוי רוב חשוב. אבל בנדון דידן, שהוא ואחרים שוים בדבר זה – לא מסתבר למימר דאזלינן בתר רוב לענין ממון, וכמו שכתבתי מההיא ד"מצא תינוק". ועוד שלמה שפירשתי לעיל דברי הריטב"א מוכח להדיא דלא אזלינן בתר רובא לענין ירושה אפילו בפלגש המיוחד לו אי דיימא. ונהי דלא סבירא לן כוותיה, כיון שנראה מדברי הרא"ש דאזלינן בתר רובא בפלגש המיוחד לו, מיהו איכא למימר דוקא במיוחדת גמורה, וכמו שהיה בנדון של הרא"ש, אבל ברגילה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עמו בכיתו לא אזלינן בתר רובא, כיון שאין הולכין בממון אחר הרוב. ועוד שאפשר שאף רבינו שמשון והרא"ש לא אמר אלא בדאימא לחוד משום שהוא כעין ספק אם בא עליה אחרים כלל, ואם תמצי לומר שבאו עליה מכל מקום שדינן רוב בעילות בתר דידיה. אבל אם הוא ודאי שבאו עליה גם אחרים – בהא לא אמרו.

ומכל מקום נראה לי שאינו מחלק בענין זה, שהרי נראה מדבריו דמדמי ליה לרוב בעילות אחר הבעל, והתם אפילו בוודאי מזנה אמרינן הכי. וכן נראה מדברי האחרונים, אף על גב שמלשון הטור והרמב"ם לא משמע כן. אבל עדיין יש לחלק בין מיוחדת לנדון דידן.

סוף דבר לא מצאתי ראייה ברורה שאוכל לסמוך עליה לשיהיה בנו ודאי לענין ממון, משום דההיא סוגיא דפרק קמא דכתובות קשיא טפי עלן. אבל לענין יוחסין אזלינן בתר רובא, דרובא דאורייתא הוא כדילפינן בפרק קמא דחולין, והוי בנו לכל דבר – ליוחסין ולאסור בקרובות הבעל, ומותר בקרובות אחרים הנחשדו, וכן לענין יבום וחליצה. ואף על פי שכתבתי לעיל שהוא נאמן לומר שגם אחרים באו עליה, ושמה מהם נתעברה – אינו אלא לענין ממון וכדאיירי ביה הריב"ש, משום דקיימא לן "מנה לי בידך", והלה אומר 'איני יודע' – פטור, ולא שדינן בתר רוב בעילות דאין הולכין בממון אחר הרוב. אבל לענין איסורא – אזלינן בתר רוב בעילות וכדברי הרא"ש ז"ל, ומילתא דמסתברא הוא.

מבואר שהכריע כדעת הרא"ש והר"ש שגם בפנויה המיוחדת הולכים אחר רוב בעילות לתלות שהוולד ממנו, ואפילו ידוע שזינתה עם אחר, אלא שלגבי דיני ממונות ייתכן שצריך דוקא רוב מיוחד של "אחר הבעל", שיש גם סברה שמשמר את אשתו, אבל לגבי איסורים יש לתלות ברוב בעילות של זה שהיא מיוחדת לו.

ולפי זה היה מקום לומר שגם באשת איש המיוחדת לאדם אחר יש לתלות בוודאי שהוולד הוא ממנו ולא מבעלה.

אבל בספר פנים יפות (על התורה) לבעל ההפלאה (ויקרא יח, ט) סובר שלא זו בלבד שאין הולכים אחר רוב הבעילות של הבעל, אלא שגם ככהאי גוונא תולים שהוולד נולד מהבעל וכתב:

אך נראה דסבירא ליה לרש"י ז"ל כמו שכתבתי לעיל דהא דאמרינן "רוב הבעילות אחר הבעל" אין הפירוש מפני שרגיל אצלה בביאות הרבה, דלא חלקה התורה – אפילו לא נתייחד עמה הבעל אלא פעם אחד תולין הולד בבעל, אלא הפירוש הוא דרוב הנבעלות הם מבעליהן. להכי כל היכא דאיכא למתלי בבעל אזלינן בתר רוב הבעולות מבעליהן.

וכן כתב בספרו נתיבות לשבת (אבן העזר סימן ד סעיף יד ס"ק ט):

ונראה הטעם לפמ"ש בחידושינו דהא דאמרינן "רוב בעילות אחר הבעל" – אין הפירוש מפני שבעלה שכיח לה לפעמים [...] אלא הפירוש הוא "רוב בעילות אחר הבעל" היינו שרוב נשים שבעולם מתעברות מבעליהן ולא מזנות, ואם כן גם בהלך למדינת הים שייך רוב זה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לפי זה ייתכן שגם במקרה כמו זה שלפנינו, על הצד שהאב לא נאמן, יש לתלות שהעובר הוא ממנו.⁵

אכן אם נאמר שיש כאן רוב בעילות מהבועל, הרי שיש מקום לחשוש לאיסור ממזרות מן התורה.

לסברה שיש 'רוב בעילות' לאיסור, האם עדיין נחשב 'ספק ממזר' המותר מהתורה?

דין זה תלוי במחלוקת גדולה בין הפוסקים, אם הדין שספק ממזר מותר מן התורה נוהג גם במקום שיש רוב לפסול, כיוון שרוב אינו פשיטה של הספק אלא הכרעה כיצד לנהוג בספקות, וממילא בספק ממזר הדין הוא שמותר בוודאי, או שבמקום שיש רוב נחשב שנפשט הספק וממילא הוא ממזר ודאי שאסור מדין תורה:

הפני יהושע (קידושין עג, ב) כתב:

ולולי דמסתפינא מרבוותא היה נראה לי דלבתר דגלי קרא "ממזר ודאי" לא יבא' – הא ספק יבא" תו ליכא לחלק בין רוב כשירין או רוב פסולין, דאפילו הכי מיקרי ספק ממזר, דאף על גב דבכל התורה אזלינן בתר רובא ובתר חזקה למשווייה כודאי אפילו הכי שאני הכא דעיקר ילפותא ד"ממזר ספק יבא" לא ילפינן אלא משום דומיא ד'ספק קהל', כמו שכתבו בתוספות ישנים בש"ס שנדפסו מחדש, ולענין 'ספק קהל' משמע דלא מיקרי 'קהל ה' ודאי אלא בודאי גמור, מה שאין כן ברוב ומיעוט לא שייך לומר שהוא ודאי קהל ה', דקמי שמיא גליא, ואפשר שהוא מהמיעוט, כיון שהדבר מצוי ו'שור שחוט לפנינו' – לית לן למימר דמיקרי קהל ה' ודאי.

וכן כתב הבית מאיר (סימן ד סעיף כו):

יש לומר שבודאי במה שלא ביארה תורה איך נדון בספיקן אלא שכללה "אחרי רבים להטות" או שנודע על ידי הלכה למשה מסיני ליזל בתר רובא, כדאיתא ברש"י בחולין בסוף הסוגיא דמגלן דאזלינן בתר רובא – בזה אנו חייבין לתפוס הרוב כודאי, שכן אמרה תורה ליזל בתר הרוב בין לקולא בין לחומרא. מה שאין כן גבי ממזר דהתורה הוציא משפט ספק שלו להורות דספיקו שריא – תו ליכא לאפלוגי ואפילו ברוב פסולין ממש, דהיינו בידוע דאזלו לגבה, נמי דבר תורה שריא.

וכן הוא בעצי ארזים (שם ס"ק מ).

אולם כבר העיר בשו"ת אבני נזר (אבן העזר סימן קמז) שמדברי הרשב"א בקידושין (עג, א) מבואר שלא כדעת הפני יהושע (שם), שהרי כתב הרשב"א שם:

מכלל שמועה זו נראה שלא אמרו "ממזר ודאי אמרה תורה ולא ספק ממזר" אלא בשמחצה מיהא כשרין אצלה, דכל כי הא הוא דהוי ספק, אבל כל היכא דרוב פסולין אצלה כממזר ודאי משוינן ליה דרובא דאורייתא.

וכן מבואר מדברי הבית שמואל (שם ס"ק לט):

ולכאורה קשה: למה היא נאמנת להכשיר ברוב פסולים, דהא הטעם הוא משום בלא דיבורה היה ספק ממזר וכשר מדאורייתא – משום הכי נאמנת

⁵ כן מצאנו סברה דומה בשו"ת בנין עולם (אבן העזר סימן ה אות ב) שנקט שיש לסמוך על רוב נשים שמתעברות מבעליהן, ושם (באות ה) כתב כן גם במקרה שראו בה דברים מכוערים או אפילו בפרוצה ביותר.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

להכשיר, וטעם זה לא שייך ברוב פסולים, דהא ברוב פסולים אזלינן אחר הרוב והוא ממזר ודאי? ויש לומר: אפילו אם איכא רוב פסולים מכל מקום אכתי ספק ממזר הוא בלא דיבורה, משום דיש לומר היא אזלה להבועל והוי קבוע וכמחצה על מחצה דמי. ואם ידעינן כודאי דאזל הבועל אצלה ואיכא רוב פסולים יש לומר דאינה נאמנת.

בשב שמעתתא (שמעתתא ב פרק טו) כתב לחלק בדין זה בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא

קמן:

דאף על גב דאנו הולכים בתר 'דפריש מרובא פריש' בין להקל ובין להחמיר, אינו אלא מצד הלכה אבל אינו ודאי, ואינו מסברא לומר דפריש יותר מרובא. ויכול להיות דפריש מן המיעוט כמו מן הרוב, ומשום הכי ב'עשירי – ודאי, ולא עשירי ספק' – כיון דמצד עצמו [הוא] ספק שקול אלא דהתורה התירה משום ד'כל דפריש מרובא פריש', אבל מידי ספיקא לא נפקא, והתורה אמרה 'עשירי ודאי'. ואם כן הוא הדין בממזר, דהתורה אמרה 'ממזר ודאי' ולא 'ממזר ספק', אם כן אפילו היכא דפריש נמי לא נפיק מכלל ספיקא ומותר מן התורה לבא בקהל ואפילו ברוב פסולים וידעינן שפירש, ודוק.

והא דכתבנו (בשמעתא א פרק א) דגם ב'ממזר ספק' היכא דאיכא רובא או חזקה הוי ליה ממזר ודאי, ולא פוקי ממה שכתב הפני יהושע בחידושו, ועיין שם, היינו 'רובא דליתיה קמן' וכמו הך רובא שאמרו (חולין יא, א) "דלמא לאו אביו? שמע מינה דאזלינן בתר רובא" הוי ליה רוב הבא מן הסברא דרוב הוא כן שהוא אביו. אבל גבי 'פריש מרובא' אינו רוב דתליא בסברא, ואדרבה מסברא יכול להיות דפירש מן המועט כמו ממרובה, וכדמוכח מדברי שטה מקובצת ב'עשירי ודאי'. אבל היכא דלא כתיב בתורה למעט ספק אזלינן בתר רובא ב'פירש', מצד גזירת הכתוב הלכה למשה מסיני לילך בתר פריש, מרובא פריש.

ובהגהות בעל ברוך טעם על השב שמעתתא (שמעתתא א פרק א) וכן בביאורים והערות של הגרש"ז אויערבאך זצ"ל חילקו כעין זה בלשון שונה במקצת גם לדעת הפני יהושע, שהרי דבריו שם נאמרו על אותו רוב של השב שמעתתא, שרוב כשרים או פסולים אצל האישה, ורוב זה הוא 'רובא דאיתא קמן', ואם כן אין הכרח לומר שכן הוא הדין גם ב'רובא דליתא קמן'.

לפי דבריהם אם נאמר שבמקרה שלפנינו יש רוב בעילות מהבועל, שזה הוא רובא דליתא קמן, וכמו הרוב של 'רוב בעילות אחר הבעל', הרי יצא הדין שהוולד אסור מדאורייתא.

אבל בספר הכתב והקבלה (ויקרא כז, לב) הביא בשם רבו רבי עקיבא איגר שחילק באופן

אחר:

ושאלתי את פי אדמ"ו הגאון מוהר"ע איגר ז"ל, ואמר שיש לחלק, דבט' שרצים: כשפירש קודם שנגע, צריכים אנו לדון לכמה דברים אם הוא שרץ או צפרדע – ללקות עליו בכעדשה, ודנין אותו לודאי שרץ ולוקין עליו בכעדשה. ממילא כשנגע אחר כך בזה הוי כודאי נוגע בשרץ. מה שאין כן בההיא דקפץ אחד מהמנויין, דדנין אותו מיד רק לענין חיוב מעשר – אם הוא מן המנויים כבר או לא – בזה אמרינן 'עשירי ודאי ולא עשירי ספק' [...]. ובזה מיושב גם כן מה דקשה לכאורה לשיטה זו דרוב לא מקרי ודאי, אם נכ הא דדרשינן (קדושין עג) "קהל ודאי הוא דלא יבא" – איך משכחת לה 'קהל ודאי', דילמא אמו זינתה, ו'רוב בעילות אחר הבעל' לא משוי ליה ודאי? אלא על כרחך דכיון דמיד שנולד היינו דנין שהוא בנו של בעל אמו לכמה דברים ממילא מקרי 'קהל ודאי'.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מדבריו עולה שדברי הפני יהושע נכונים גם במקרה של 'רובא דליתא קמן', שבכל מקרה שהנידון הוא מלכתחילה בשאלה אם הוולד כשר לקהל או לא הרוב אינו מכריע שייחשב ממזר ודאי, ודברים אלו שייכים גם בנדון שלפנינו.

ובתשובת רבי יעקב מליסא (אבן העזר סימן נו) כתב להפך מהשב שמעתתא הנ"ל, ולדעתו ב'רובא דאיתא קמן' הוולד אסור מהתורה, וברובא דליתא קמן הוולד מותר מהתורה. וגם לפי דבריו במקרה שלפנינו הוולד מותר מהתורה.⁶

כן מבואר מדברי הבית מאיר (המובאים בשו"ת רבי עקיבא איגר סימן ק) לעניין אישה שילדה בתוך י"ב חודש, שאפילו באישה שאין לה חזקת כשרות מכל מקום עדיין הוולד אינו אלא ספק ממזר, שכתב שם: "דהא אף עם עידי כיעור – מידי ספק לא נפקא, דשמא מבעלה, כדדייק לישנא דהרמ"א ד'חוששין לו'.⁷ והרי ברור לכאורה שרוב מוחלט של הולדות אינם משתהים תקופה ארוכה כל כך, וזה הוא מיעוט שאינו מצוי כלל,⁸ ואף על פי כן החשיב הבית מאיר את הוולד לספק. אם כן מבואר לכאורה מדבריו שגם ב'רובא דליתא קמן' – אפילו מיעוט קטן של ולדות שמשתהים זמן רב כל כך די בו כדי לקבוע ספק.

יתר על כן: כאמור לעיל לדעת בעל ההפלאה נראה שאדרבה גם בנדון שלפנינו יש לומר רוב בעילות אחר הבעל, ואף על פי שקשה להכריע כדבריו בבירור, ומדברי הרבה אחרונים נראה שלא כדבריו, מכל מקום נראה שיש לצדד שיש כאן לפחות ספק אם תלות את הוולד בבעל או באיש אחר. ואם כן, מצד זה הוולד אינו אלא ספק ממזר ומותר מן התורה.

סברה שבמקום שיש רוב לאיסור לכל הפחות אין הספק שקול ולא יצטרף לספק ספקא ועל כל פנים לא כשהספק האחר גם הוא אינו שקול

אולם לגבי הנידון שלפנינו עדיין יש מקום לצדד ולהחמיר מכוח סברה זו, שהרי כפי שהתבאר לעיל עיקר ההיתר במקרה שלפנינו מבוסס על ספק ספקא להתייר, והספק השני – שמא הוולד הוא מגוי – אינו ספק שקול. ונמצא שאם גם הספק הראשון אינו ספק שקול, ודאי שאין להתייר. ולאמור נראה שמאחר שמלבד הצד שהאבא נאמן, ואם כן ברור שהוולד אינו ממנו, יש כאן ספק נוסף – גם לצד שאינו נאמן ושייתכן שבא עליה בתקופה שבה חיו בנפרד – שמכל מקום עדיין ייתכן שעלינו לתלות שהוולד נולד מהבועל ולא ממנו. ואם כי צד זה אינו ברור, מכל מקום די בו כדי שלא יהיה כאן ספק שקול, ואם כן אי אפשר לצרף אליו עוד ספק שאינו שקול וליצור מזה ספק ספקא.

למסקנה

אך למרות זאת נראה לי שלמבקש, בן עדות המזרח, יש לסמוך על הוראת היביע אומר וכשאצטרף לזה שאמירות האיש והאישה היו גם תוך כדי סכסוך ביניהם, כפי שהאריך ידידי הרב מיכאל עמוס (להלן) שלא נתקיים כאן דין "יכיר", יש להקל ולהתירו לבוא בקהל.

וה' יצילנו מטעויות וינחנו בדרך אמת.

⁶ לפי דרכו אין גם ראייה מהרשב"א והבית שמואל כנגד דין זה, שהרי דבריהם נאמרו ב'רובא דאיתא קמן'.

⁷ וכן דקדק מדברי הרמ"א בשו"ת בנין עולם (אבן העזר סימן ה אות ה), אלא שהסתפק בזה ונשאר ב'צריך עיון'.

⁸ בשו"ת בנין עולם (שם אות א) אכן הקשה: אפילו באופן שיש לאישה חזקת כשרות – מדוע מועילה חזקה זו והרי רוב ולדות אינם משתהים כל כך, והרי רוב וחזקה – רוב עדיף? ותירץ שמכל מקום יש גם רוב המסייע לחזקת כשרות של האישה, שרוב נשים מתעברות מבעליהן ורוב נשים אינן מזנות.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הרב דוד ברוך לאו – נשיא

הנה ראיתי את מה שכתב כבוד הנשיא בכוחא דהתירא למבקש להכשירו לבא בקהל ה' על פי דברי ראשונים גם אחרונים אשר מימיהם אנו שותים, כיד ה' הטובה עליו, ולבסוף נקט בשיפולי גלימיה דמרן בעל היביע אומר לסמוך עליו הלכה למעשה. ושוב לא נצרך לדעתי אלא בבחינת 'יהודה ועוד לקרא', ואולי לעוד סניפים להיתר שכתב כבוד הנשיא.

עיקר העובדות אשר יש בהן נפקותא להלכה

בני הזוג [פלמוני ואלמונית] נישאו בשנת תשמ"ג (1983). נישואים אלו ידעו עליות ומורדות; תביעת גירושין שהגיש הבעל נדחתה, בית הדין שלח את הצדדים לייעוץ לשלום בית, הצדדים חזרו לחיות יחד ונולדו להם שתי בנות, אך שוב גבא טורא בין הצדדים. באדר תשמ"ט (פברואר 89) הגיש הבעל תביעה לשלום בית. למרות טענתו בתביעה זו כי האישה עזבה את בית המגורים המשותף וחיה עם אדם אחר, טען כי הוא אוהב את אשתו וביקש מבית הדין לחייב את האישה לחזור לחיות בשלום בית עימו, לחילופין תבע גירושין. כאמור בתביעתו גולל טענות קשות כי האישה משרכת דרכיה ויש חשש שהיא זינתה תחתיו. כאב תש"ן (אוגוסט 90) הגיש האב לבית הדין האזורי בקשה להעביר את משמורת הבנות אליו "כיוון שהאשה חיה עם מאהב, ויש חשש לפגיעתן הרוחנית של הבנות".

בדיון שהתקיים בבית הדין האזורי באלות תש"ן (ספטמבר 90), טען הבעל (שורה 9 לפרוטוקול הדיון): "הגברת עכשיו בהיריון והיא טוענת שגם הילדות לא ממני, אנו לא גרושים והיא בהריון." מנגד אמרה האישה (שורה 11 ואילך) "אני בהיריון ואני נשואה בנישואין אזרחיים" (כוונתה: חיה עם אדם אחר), "אני הגעתי למסקנא שאני צריכה להתחתן [...] אני בחודש השמיני" ביחס לילדות – "הוא לא מגיע בכלל". לאור זאת הביא בית הדין את הצדדים להסכם גירושין.

במרחשוון תשנ"א (אוקטובר 90) הופיע בבית הדין אדם בשם [אלמוני] והצהיר כי האישה גב' [אלמונית] ילדה בן [כמ ימים קודם] וכי הוא אביו של הילד.

לאחר מכן התקיים דיון נוסף בבית הדין, בכסלו תשנ"א (נובמבר 90), דיון שבו נכחו הבעל והאישה, האישה הצהירה על לידת הבן בתאריך הנ"ל וכי אביו של הבן הוא מר [אלמוני] אשר היא חיה עימו כשנה וחצי, והוסיפה "מאז שעזבתי את הבית לא חייתי עם בעלי". מנגד הצהיר הבעל כי הוא לא חי עם אשתו למעלה משנתיים והבן שנולד לאשתו "בוודאות" אינו בנו וכי הוא מבקש להסיר את הבן מתעודת הזהות שלו. עוד טען הבעל כי כשהוא בא לבקר את הבנות האישה אומרת שגם הבנות אינן ממנו ואין לו מה לבקר אותן. האישה הכחישה וטענה שלא אמרה דברים כאלו מעולם, אך בשולי הדיון, כשהאב סירב לתת גט בטענה שהאישה זינתה ועד שלא יוסר מתעודת הזהות שלו רישומו של הילד הוא לא ייתן גט, הגיבה האישה באומרה שאם הבעל מדבר כך "אני מבקשת בדיקת רקמות לבנות". יש לציין כי גם בתעודת הלידה של המזער נכתב כי אביו הוא מר [פלמוני].

הצדדים התגרשו באלול תשנ"ב (ספטמבר 92).

כיוון שהבעל וגם האישה [אלמונית] הודו שהבן לא ממנו, והנטען הודה שהבן ממנו, פסק בית הדין האזורי, בראשות אב בית הדין הרב שלמה בן שמעון, ב' בכסלו תשנ"א (27.11.90) כי הבן יוסר מתעודת הזהות של הבעל [פלמוני] כי אינו בנו ויש לרושמו כבנו של [אלמוני].

כיום הבן [פלמוני] מבקש לדון בהיתרו לבוא בקהל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יש לציין כי בית הדין האזורי באר שבע קיים דיון במונתב בראשות ראש אבות בית הדין הרב יהודה דרעי בכ"ז אדר תשע"ט (3.4.19) ושמע שנית את כל הנוגעים בדבר (בני הזוג לשעבר [אלמונית] ו[פלמונית] והנטען) בליווי טו"ר הרב צבי סיגרון ז"ל, אך מחוסר סמכות [לסתור את החלטותיו הישנות של בית הדין בתל אביב] נסגר התיק והועבר להרכב בית הדין הגדול.

והנה כבוד הנשיא העלה שבנדון דידן היסוד הראשון לשווי רק 'ספק ממזר' הוא שיטת בה"ג וריא"ז בדין 'יכיר'.

הספק הוא אף על פי שהאישה אינה נאמנת לומר שהולד אינו מבעלה, וכמו שכתב הרב המגיד (פרק טו הלכות אסורי ביאה הלכה יב) הטעם לזה – מפני שאין האם נאמנת לפסול את הוולד, שלא נתנה התורה נאמנות בזה אלא לאב, ומה שהוא ספק ממזר אין זה מפני דברי האם, אלא גם בלעדי דבריה הוא 'שתוקי'. (ובמה שהקשה על זה הבית שמואל בסימן ד ס"ק לט – עיין בספר עצי ארזים שם ס"ק לט – מא מה שכתב ליישב.) ועיין בנמוקי יוסף (בסוף פרק אלמנה לכהן גדול, בנוגע לסוגית הגמרא שם – יבמות סט ע"ב) שאם אומרת שהולד פסול אינה נאמנת לעשות את הוולד ממזר על פיה, שלא האמינתה תורה לפסול אלא להכשיר משום דמסייע לה חזקה דגופא, דמכל מקום בנדון דידן יש מקום לאסור כיוון שהבעל אמר במפורש שאינו בנו ויש כאן 'יכיר' של 'האב', שהתורה נתנה לו נאמנות, וכמבואר בשולחן ערוך (אבן העזר סימן ד סעיף כו) :

אשת איש שאומרת על העובר שאינו מבעלה – אינה נאמנת לפוסלו. אבל האב שאומר על העובר שאינו ממנו או על אחד מבניו שאינו בנו – נאמן לפוסלו והוא ממזר ודאי.

ומכל מקום, וכמו שכתב ביביע אומר (חלק י אבן העזר סימן יב) על פי דברי הגאון רבי עקיבא איגר בתשובה (סימן קכח) בכהאי גוונא :

דעת בה"ג (הובא בהרא"ש פרק יש נוחלין סימן כא) שזה שנאמן האב לומר "אינו בני" אינו אלא על ידי הכרת בכורה, שאומר על הבן הקטן שהוא בכורו וממילא הגדול ממזר (ועיין בשו"ת בנין עולם [חלק אבן העזר סימן ו, דף לא ע"ג] שהביא סמך גדול לדברי בה"ג שהוא מאורן של ישראל ודבריו דברי קבלה) [...]

דעת רבינו ישעיה הא' [– הראשון, רי"ד] בספר המכריע (סימן סד) שדוקא באומר שהוא בנו והוא ממזר, נאמן. שעל בנו האמינתו תורה, אבל לומר שאינו בנו והוא ממזר אינו נאמן. וכן כתב הריא"ז.

וכתב "ואף על פי שיש חולקים בכל זה" – וכן נראה דעת הרמב"ם וכן פסק השולחן ערוך בסתם שבכל מקרה האב נאמן לומר שאינו בנו – מכל מקום הני ראשונים, כדבריו שם :

משוי לן ספיקא דדינא, ובצירוף ספק נוסף, כגון שיש להסתפק שמא נתעברה מנכרי, הוה ליה ספק ספיקא : שמא הלכה כהנך רבוותא ואינו נאמן כלל לומר שאינו בנו, ושמא מנכרי נתעברה, והולד כשר.

וכך העלה הגאון רבי עקיבא איגר בתשובה הנ"ל (סימן קכח) והסכים עמו חתנו הגאון חתם סופר (אבן העזר סימן יג). ועיין עוד בשו"ת ישכיל עבדי (חלק ג – אבן העזר סימן ב) שהעלה להסתמך על דברי בה"ג וריא"ז, עיין שם באורך.

א. בנידון דידן נראה שאין לאב נאמנות מדין 'יכיר' כיוון שאף הוא אינו נסמך על ידיעתו אלא על דברי האם והנטען, ואפשר שהולד ממנו

ונוסיף : הנה מעיון בפרוטוקול בית הדין האזורי מכ"ז באדר ב' התשע"ט (3.4.2019) אפשר שאין בנידוננו דין 'יכיר' כלל, ונבאר דברינו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בדיון הנ"ל הופיעו: האישה – הגב' [אלמונית]; הנטען – מר [אלמוני] והבעל (לשעבר) – מר [פלמוני]. בדיון זה נחקר הבעל מר [פלמוני] וענה לשאלות בית הדין:

בית הדין: אחרי שהילד נולד אמרת שהוא לא שלך מאיזו סיבה אמרת את זה, כדי לא לשלם מזונות?

[פלמוני]: כש[אלמונית] ו[אלמוני] אמרו שהוא הילד שלהם, והוא הופיע בתעודת הזהות שלי, אמרתי: "חבר'ה, הילד הזה לא שלי."

בית הדין: מה הפריע לך, שלא תשלם מזונות?

[פלמוני]: היה חשוב להסדיר את העניין גם מול הילד ויכול להיות שהיו עוד דברים נוספים בזמנו. רק אחרי שהוא נכנס לתעודת הזהות שלי טענתי ורציתי להסדיר את העניין.

מבואר מהנ"ל שבן זה נרשם בתעודת הזהות של הבעל והוחזק על ידו כבנו ורק אחר שאשתו והנואף טענו שהבן הוא שלהם החליט האב שצריך למחוק אותו מתעודת הזהות שלו, דהיינו שכל טענתו בנויה על דברי אשתו והנואף, ששניהם אינם נאמנים: האם אינה נאמנת לפסול את בנה, וכן הנואף אינו נאמן לומר שזה בנו ולא של אחר. נמצא שדברי הבעל ונאמנותו מדין 'יכיר' נסמכים על טענות של שני אנשים שאינם נאמנים, בעוד טענת יכיר צריכה להיות טענה ברורה ולא בנויה על אומדנה זו או אחרת.

ויש לשאול: מאחר שעתה טוען הבעל שרק לאחר ששמע מהאישה ומהנטען שהילד של הנטען ביקש שיוציאו את שם הבן מתעודת הזהות שלו, מדוע היה צריך לחכות לשמוע את דבריהם? אם כדברי הבעל, שאמר שלא חי עם אשתו שנתיים, או כטענתה – שנה וחצי, מאז שנפרדו, הרי שכבר אז יכול היה לטעון שאינו בנו ולבקש להוציאו מתעודת הזהות שלו! מזה מוכח שלא ברור היה לו שאין זה בנו, וכנראה כיוון שכאשר בא לבקר את בנותיו קיים יחסי אישות עם אשתו היה סבור שהוא בנו, ולכן החזיק את הבן כבנו, והוא נרשם בתעודת זהות שלו כבנו, ולכן גם לא הפריע לו להחזיק את הבן כבנו עד ששמע את דברי אשתו והנואף.

ולכאורה יש לטעון: הרי הבעל טען עוד טרם לידת המערער וגם אחר שנולד כי הבן אינו בנו אלא של הנטען, ונימק זאת באומרו שמאחר שהם פרודים למעלה משנה וחצי, והוא לא חי עם אשתו, הרי שהנולד הוא מהנטען. ואילו עתה הוא חוזר וטוען "כש[אלמונית] ו[אלמוני] אמרו שהוא הילד שלהם והוא הופיע בתעודת הזהות שלי, אמרתי: 'חבר'ה הילד הזה לא שלי,'" טיעון שאינו שולל את האפשרות שהוא בנו, כמו שביארנו.

וכבר כתב הרמ"א (סימן ד סעיף כט) וזו לשונו:

והא דאב נאמן על בנו היינו דוקא שלא היה לו חזקת כשרות על פי האב, אבל הוי ליה חזקת כשרות על פי האב – שוב האב אינו נאמן עליו רק בשהדי.

ומקור דבריו מרבנו ירוחם בשם הרמ"ה. ולפי זה לכאורה גם כאן לא יוכל לחזור בו ולומר "זה בני".

אך כדי לברר את העניין יש לשאול מדוע טען אז כי לאחר שהאישה והנטען טענו כי זה בנו של הנטען, בעודו רשום בתעודת הזהות שלו אמר "זה לא בני"? מדוע לא הסתפק במה שאמר כי קודם שנולד הילד הוא לא חי עם אשתו שנתיים ימים, וכבר אז יכול היה להוציאו מתעודת הזהות שלו? מדוע היה צריך את האמירה של הנואף ושל אשתו כי זה בנם?

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ועל כורחך, כפי שאמרנו לעיל, שלא היה ברור לו מי האב מפני שקיים יחסים עם אשתו בבואו לבקר את הבנות. וכלל אינו מופקע שנהג עם אשתו באותה עת ביחסי אישות, שהרי אף אחר פסק הדין לגירושין תבע לבטל את פסק הדין ותבע שלום בית, וכדבריו כי הוא אוהב את אשתו ומבקש מבית הדין לחייב את אשתו לחזור לשלום בית, למרות טענתו באותה תביעה כי היא חיה עם הנואף. כל זה מורה שלא מאס באשתו, ואף על פי שידע שאשתו חיה עם הנואף – לא הפריע לו הדבר כי נתברר אחר כך שגם הוא חי עם אשת איש.

ועל פי כל הנ"ל מסתבר שבזמן שהיה בא לבקר את הבנות קיים יחסי אישות עם אשתו למרות ידיעתו שהיא חיה עם הנואף, שהרי טען גם אחרי זה כי הוא אוהב את אשתו. ואף שאמר ש"לא חי אתה" – כוונתו שהוא לא חי איתה באופן קבוע, אלא הנואף, אבל לא הוא ולא אשתו אמרו שלא קיימו יחסי אישות בזמן שבא לבקר אותה. ומוכרח שהיה סבור שאפשר שהילד ממנו ולכן גם לא ביקש למחוק את הבן מתעודת הזהות שלו כי חשב אולי נתעברה ממנו וחשב שאפשר שהוא בנו. אולם אחר שהאישה והנטען אמרו שזה בנו של הנטען נשען על דבריהם, כמו שאמר בדבריו מפורשות, וביקש למוחקו מתעודת הזהות שלו (מפני שאינו יודע את הדין שלא האישה ולא הנטען נאמנים, וסמך על אנשים שאין להם כל נאמנות בנידון שלו).

וכך יש לומר בפרט כיוון שבנדון דידן גם האישה וגם הבעל מודים שהבעל היה מגיע לראות את הבנות שמחיהם המשותפים, גם לאחר שהייתה חיה עם הנואף, ובכהאי גוונא יש לומר שמא בא עליה בעלה וממנו נתעברה. וידוע מה שכתב בשו"ת באר אברהם (רפפורט, סימן מא):

[...] באותם שנפרדו זה מזה, ואף אם נתגרשו בערכאות, וממשיכים לדור באותה העיר והם מצויים זה לזו ויכולים להפגש [...] יש לתלות במקרים כאלה דשמא מבעלה, דעד כמה שלא יהא זה דבר מוזר ועל צד הרחוק עדיין אינו מן הנמנע בהחלט, ומידי ספיקא לא נפקא. וכל מי שיש לו הזדמנות [...] להכיר מקרוב את המצב הפרוע לשמצה בחיי האישות והמשפחה בימינו בחוגים ידועים [...] יודע שיש די בסיס להסתפק למקרים כאלה.

עיינ שם. וכל שכן בנדון דידן שלא נתן לה גט רק לאחר לידת הבן שיש לתלות שבא עליה. וכמו שכתב בכהאי גוונא ביביע אומר (חלק ט אבן העזר סימן ו):

ואף על פי שהאשה טוענת שהוא מבעלה השני, אין בדבריה כלום כדי לאסור את הבן, וכמו שכתבתי לעיל שאין האם נאמנת כלל לפסול את הולד, ודבריה לא מעלים ולא מורידים והיו כלא היו.

וכל שכן בצירוף החזקה ד"אשה מזנה – בודקת ומזנה", וכמו שכתב כיוצא בזה בחידושי הרשב"א (קידושין עג, א) לגבי ארוסה שנתעברה, דאף על גב דרוב פסולים לגבה תלינן בארוס, וכמחצה. עיינ שם. וכן כתב בספר שב שמעתתא (שמעתתא ב פרק טז) דהיינו טעמא דמכשרינן אפילו ברוב פסולים, משום דאיכא חזקה ד"אשה מזנה – בודקת ומזנה" דמרעא לרובא, והווי ליה כמחצה על מחצה, וכמו שכתב הרשב"א הנ"ל. עיינ שם. וכן כתב בשו"ת ספר יהושע (סימן צ, דף עד סוף ע"א), עיינ שם.

וכבר אמרו "אשה מזנה מתהפכת שלא תתעבר" (יבמות לה, א), אבל מבעלה שלא קיבלה ממנו גט – שפיר יש לתלות בו.

ועל כל פנים בצירוף מה שכתבו הפוסקים הספק שמא מגוי נתעברה, ומהם: רש"י והרמב"ם והרמ"ה והר"ן והמגיד משנה והרשב"ץ ומהרי"ו ומרן

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

השולחן ערוך והרמ"א והמהרי"ט ועוד, בודאי דסמכינן על כל הני רבוותא להקל.

ב. ריעותא נוספת בדברי האב שאין זה בנו – אמירתם מחמת 'נגיעה', כוונת להיפטר ממזונות, והיותם נגד מה שהוחזק תחילה כבנו
עוד יש להוכיח מתשובות הבעל:

בית הדין: מה הפריע לך, שלא תשלם מזונות?

[פלמוני]: היה חשוב להסדיר את העניין גם מול הילד ויכול להיות שהיו עוד דברים נוספים בזמנו.

ויש לשאול: איזה עוד דברים היו לו להסדיר שלא רצה לפרש? אלא ודאי הוא עניין מזונות הילד, שלא תוגש נגדו תביעת מזונות הילד לאחר זמן. ומבואר מזה שכל העניין שרצה להוציאו מתעודת הזהות שלו מפני שלא רצה לשלם מזונות, ובכחאי גוונא ודאי שאינו נאמן, דנוגע בעדות הוא.

ויש להוכיח מהרישום בתעודת הזהות שלו שהיה המערער מוחזק כבנו, מדברי החתם סופר, הובא בפתחי תשובה (אבן העזר סימן יז ס"ק ג) וזו לשון הפתחי תשובה שם [בנוגע מהימנות מסמכים ממשלתיים]:

ומסיים החתם סופר (בסוף סימן צד) שכבר התיר זה תלתא זימני בנידון שבא לפניו, שהיהודים שאלו משרי קאמידאנט והם כתבו למקום יענעראל קאמאנדא ומשם נשלח תעודת מיתה העתיק מפנקס הערכי וחתום בחתימת יד גדוליהם וחתום בחותם האמבעט ממושב השרים. והואיל והדבר יוצא מערכי לערכי וחתום גם בחותם האמבעט, דהמזייף בו מחייב ראשו למלך, וחזקה גדולה דתרווייהו לא משקרי, וגם מדכתבו על הדואר והשיגו תשובתם על הדואר – אין צריך קיום, דמי ישיב לשרי קאמידאנט תשובה על שאלתם בבי דואר כי אם מי ששלחו לו ועדיף משטרי פרסאי בגיטין י"ט כו'.
עד כאן דבריו, עיין שם היטב.

ג. 'יכיר' לאחר זמן משהוכר עוברה ו'נגיעה' אף באמירה שהייתה אז

הנה נראה שיש עוד סניפים להקל:

בנדון דידן איכא עוד רעותא בדין 'יכיר' כיוון שכל הכרת האב שהבן לא ממנו נעשתה רק לאחר "כשמונה חודשים שהאישה בהיריון" כנזכר לעיל בכתב הבקשה של הבעל (אומנם לא אחר הלידה, ובפרוטוקול הדיון בבית הדין האזורי באר שבע לא דייקו בזה). וידועים הם דברי התשב"ץ בתשובה (חלק ב סימן צ):

שהאב נאמן לומר על בנו שהוא ממזר אפילו בלא הכרת בכור ואפילו מוחזק בעדים שהוא כשר, אלא שאם הוחזק מפי עצמו שהוא כשר שוב אינו יכול לפסלו, שהתורה לא האמינתו אלא בדבור ראשון אבל לחזור מדבורו לא האמינתו. ובנדון זה: אם קודם שצעק הבעל על אשתו שהיא מזנה הוכר עוברה ונתפרסם הדבר שהיא מעוברת, נראה שאינו נאמן לומר אחר כך שאינה מעוברת ממנו, שכיון ששתק מתחלה הרי הוא כמו שהחזיקה הוא מעוברת ממנו, וכיון שהוחזקה מעוברת ממנו אינו נאמן לומר "לא באתי עליה כלל וממזר הוא".

ובנדון דידן 'נזכר' הבעל לצעוק שהיא מזנה רק לאחר שכבר הוכר עוברה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

והן אמת שיש מקום לחלק, שבנדון דידן כבר היה ידוע לכול שאינם חיים יחד ומתייחדת עם איש אחר, ולכן גם אם הוכר עוברה האב נאמן לומר שאינו ממנו, אך מכל מקום עדיין יש לדון בנאמנות האב כיוון שעיקר תלונת האב הראשונה שהאישה הרה לזנונים הייתה כדי להפקיע את משמורת הבנות מן האם וכנ"ל, וכתב בשו"ת בנין עולם (אבן העזר סימן ו אות יא) שאם יש חשש שאומר "זה אינו בני" כדי שיפטור את עצמו מחיוב מזונות יש לומר שאין הבעל נאמן.

וקצת ראיה לדבר ממה שכתב בשו"ת ראנ"ח (סימן מה ועל תשובה זו הסתמך הגאון רבי עקיבא איגר לצרף שיטתהבה"ג וריא"ז) שכתב:

אלא שבענין נאמנותו [של הבעל] איכא למשדי נרגא אי מהימן אי לאו מכח דשמא אינו אומר כן אלא כדי שלא יזקק לאשה ולולד, דהא אשכחן דכל היכא דאיכא למתלי שאומר כן לאי זו כונה לא אמרינן ביה הא שוייה אנפשיה חתיכה דאסורא, וכי היכי דאמרינן דאם נתנה אמתלאה לדבריה נאמנת הכי נמי אם אנו רואים אי זו אמתלא שיש לספק שאומר כן משום ההיא סברא לא אמרינן הא שוייה אנפשיה חתיכה דאסורא, והוא הדין הכא.

ועיין עוד בקובץ תחומין (חלק ט עמ' 11 והלאה).

ד. 'יכיר' באב 'רשע'

בנוסף יש לדון בנאמנותו של האב מדין 'יכיר' כאשר האב אינו שומר תורה מצוות, וראה בפרוטוקול הדיון בבית הדין באר שבע (מיום כ"ז באדר התשע"ט – 3.4.19, שורות 54–62) שהעולה מן הדיון שהאב לא שמר שבת וגם לא צם ביום כיפור. ועיין במובא באנציקלופדיה תלמודית (כרך כד, יכיר) שאם האב 'רשע' ופסול לעדות:

נסתפקו אחרונים אם נאמן הוא לדין 'יכיר' או שאינו נאמן כדרך שאינו נאמן לעדות, והוכיחו מדברי ראשונים שהוא נאמן, וכן כתבו אחרונים שאף רשע נאמן [...]

ומאיך גיסא:

יש ראשונים סוברים שאין רשע נאמן לדין 'יכיר' – עיין פסקי רי"ד (יבמות מז, א). ועיין רש"ש [...] – ולא עוד אלא אפילו עשה עכשיו תשובה אינו נאמן, שכשם שעדים המעידים על מה שראו כשהיו רשעים, ובשעת הגדת העדות עשו תשובה, אינם נאמנים, שצריך שתהא הראייה בכשרות.

ועיין בישכיל עבדי (שם) שהביא בשם גדול אחד:

הביא תחילה ספר הרב המגיד ז"ל (בפרק טו מהלכות איסורי ביאה הלכה יב) דמבואר מדבריו דנאמנות האב היא רק מצד גזירה [– גזרת הכתוב]. ושוב הביא דברי הנמוקי יוסף ותוספות רי"ד שמבואר מדבריהם דהוא מצד עדות, וכתב עוד דאף לדברי הרב המגיד כתב החתם סופר (סימן עו) דאין לך בו אלא חידושו, אבל לענין נוגע בעדות ועברייך לא, וכן משמע מדבריו בסימן יג, וכן כתב מתשובת רבי עקיבא איגר (סימן פה) ומפוסקים אחרים, עיין שם.

ועל פי זה יצא לדון דבמקום שהועד על האב שהוא מחלל שבת ובעל ארמית אינו נאמן לפסול הבת כיוון שהוא מפסולי עדות. והרב ישכיל עבדי הסכים עמו וצירף שיטה זו כבנדון דידן: שמא קיימא לן כסברת בה"ג דאינו נאמן אלא בהכרת בכורה, ואם תמצוי לומר כרמב"ם –

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אפשר דבכגון זה דהאב מפסולי עדות גם הרמב"ם מודה דאינו נאמן, על דרך מה שכתב הנימוקי יוסף. ועיין עוד בשו"ת תשובות והנהגות (כרך ג סימן תיג) שכתב:

הנה לכאורה אב נאמן על בנו לפוסלו מדין 'יכיר' וכל שכן להכשירו, אבל כאן הוא רשע ומחלל שבת, ומסתברא שהתורה לא האמינה אותו מדין 'יכיר'. אבל מצאתי באוצר הפוסקים (אות קלה) שרשע נאמן מדין 'יכיר' בשם שו"ת מנחת אלעזר ומספר מנחת פתים.

ועיין עוד בפסקי דין רבניים רבים שהאריכו בדבר ועל כל פנים לא נפיק מידי ספק. (וכעת ראיתי שצ"ח לדברי תוספות רי"ד ונימוקי יוסף בשו"ת יביע אומר חלק יא אבן העזר סימן מג אות ב, עיין שם.)

ה. לתלות שנבעלה מגוי במקום שאין רוב גויים

ואף על פי שבני הזוג חיו כאן בארץ ישראל, במקום שרובן ישראל ורוב פסולים אצלה, מכל מקום עדיין יש לתלות שמא נבעלה מגוי, דכיוון דאפקרה נפשה לזנות בריש גלי בקביעות מחוץ למסגרת הנישואין יש לן לתלות שזינתה גם עם גוי (ובפרט שלדברי בעלה הייתה מזנה כבר כמה שנים לפני שחייתה עם המאהב).

והן אומנם שהבית שמואל (סימן ד ס"ק נב) כתב שלדעת הטור כל שלא אמרה בפירוש שנתעברה מגוי לא מספקינן לה בגוי, ובשו"ת חתם סופר (אבן העזר סימן ט ד"ה והנה הרב) הסתפק בתלייה זו של גוי משום דכשם ד'חזקה בודקת ומזנה' מכשר, הוא הדין 'בודקת ומזנה' מישראל, ולא מגוי ערל, דחרפה היא לנו, ואפילו לפסול בניה על ידי ישראל. והסביר בשו"ת חמדת שלמה (אבן העזר סימן א בד"ה אמנם יש לצדד) שמחמת שינוי הדתות שבין ישראל לעכו"ם אינם מתקרבים לנו, ולכן אין להסתפק בעכו"ם. עיין שם. אך הגאון רבי עקיבא איגר הנ"ל ועוד פוסקים חולקים על כך וסבירא להו שכן תולים שמא מגוי התעברה.

והא דפסק מרן השולחן ערוך (אבן העזר סימן ד סעיף טו) שבפרוצה ביותר ילדיה ממזרים ולא אמרינן ספק ספקא – ספק מבעלה וספק מגוי, ומוכח לכאורה דלא תלינן בגוי, וכמו שדייק הבית שמואל (ס"ק מג) שאם יש צד לתלות שזנתה עם כותי בפרוצה ביותר נמי יש ספק ספקא – שמא הוולד מבעלה ושמא מכותי ולמה בניה ממזרים – כבר יישב הבית מאיר (בשו"ת סימן מט ובאבן העזר סימן ד סוף סעיף כז) דמירי בעיר או בשכונה שכולם ישראלים, שאין לתלות בגוי, הא לאו הכי אין הכי נמי דשפיר סמכינן על ספק ספקא להקל, אף שלדעת מהרא"י אין לצרף ספק מגוי נתעברה לספק ספקא, שחרפה היא לה להיבעל לגוי וכו', עיין שם. ועיין עוד בשו"ת יביע אומר (חלק ז אבן העזר סימן ו אות ז וחלק יא אבן העזר סימן יד. ובעיקר דין 'פרוצה ביותר' – כתב בחלק ג אבן העזר סימן א אות י – "לא נפקא מילתא מפלוגתא דרבוותא כי מציינו להרא"ש (פרק יש נוחלין סימן כא) שהביא דברי בה"ג שהאומר 'בני זה ממזר' שלא לענין הכרת בכורה, לא מהימן לשוויי ממזר, ואפילו אשתו פרוצה ביותר, דרוב בעילות אחר הבעל. ע"כ. וכן הוא בתשובות מיימוני (הלכות איסורי ביאה סימן ד) בשם בה"ג ורבנו תם" והביא כן מעוד ראשונים).

והגרי"ש אלישיב בשו"ת קובץ תשובות (חלק א אבן העזר סימן קמב עמוד רכד ד"ה ויש) כתב שאף על פי שהחתם סופר צידד דלא תלינן שנתעברה מגוי כי חרפה לבת ישראל להבעל לנכרי, מכל מקום נראה שדבריו נאמרו "בזמן שהשנים כתיקונם, שהיו היהודים מובדלים מבני הנכר, ועם ישראל לבדד ישכון, ואז היה רחוק לתלות בגוי" – מה שאין כן בזמננו –

אשר בעוונותינו הרבים נפרצו פרצות במחיצה המבדלת בין ישראל לעמים, שהרי לפי דבריה בהיותה אשת איש חיתה בקביעות עם גבר זה בפרהסיא ולא התבוששו – שפיר איכא למתלי בגוי.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

גם בשו"ת שמע שלמה (חלק ח אבן העזר סימן ד) כתב: "לעניות דעתי יודה החתם סופר בימינו שמדת הבושה בטלה ולא שייך לומר דחרפה היא לאשת איש שפקרה." וכל שכן בנדון דידן, שהייתה ידועה בציבור כשהיא אשת איש, יש לנו לתלות שמא זינתה עם גוי וכמו שכתב כבוד הנשיא, שהרי כיום חוץ מבני המיעוטים ישנם לדאבונו הרבה מחבר העמים שאינם יהודים ורק מכוח חוק השבות הם שובתים בארצנו שיש לתלות גם מהם.

ואפילו היכא דלא דיימא מעלמא, אמרינן "מדאפקרה נפשה לגבי האי, אפקרה נפשה לעלמא" ותלינן שנתעברה מגוי, וכדסבירא להו להרבה אחרונים – עיין בשו"ת יביע אומר (חלק ט אבן העזר סימן ב) שכתב:

שכן העלו גאוני ירושלים רבינו יעקב שאול אלישר ורבי רחמים יוסף פראנקו ורבי שמ"ח גאגין בתשובה שהובאה בספר עיני כל חי (דף קנו ע"ב), שהביאו תשובת הגאון מהר"י ששון בספר בני יעקב (סימן י) שעשה ספק ספיקא להכשיר הולד, דשמא אחר הגירושין נתעברה, ואם תמצי לומר קודם הגירושין – שמא מגוי נתעברה. ומוכח שאף על פי שהיתה אשת איש ולא דיימא מעלמא אלא רק מהנואף, ושניהם הודו שהולד מהם, עם כל זה פסק להתיר מטעם ספק ספיקא דשמא מגוי נתעברה. עיין שם. וכן כתבו גדולי האחרונים שיש לתלות שנתעברה מגוי, וכמו שכתבו בשו"ת הרשב"ץ (חלק ג סימן פח) [...] ועיין עוד בשו"ת צל הכסף (חלק ב חלק אבן העזר סימן ב) שהביא חבל נביאים דהכי סבירא להו, דתלינן בספק שמא מגוי נתעברה, ומהם: רש"י והרמב"ם והרמ"ה והר"ן והרב המגיד והטור והרשב"ץ ומהרי"ו ומרן השולחן ערוך והרמ"א והמהרימ"ט והשער המלך והחקרי לב, ובודאי שיש לסמוך עליהם להקל. עיין שם. וכן כתב הגאון רבי אברהם פלאג'י בתשובה שבספר עיני כל חי (דף קלו ע"ג). עיין שם.

והן אמת שבנדון דידן רוב פסולים אצלה (שרובם ישראל) וכתב האור זרוע (סימן תרנז) בשם תשובת רבנו חיים כהן שרצה מתחלה להתיר בנידונו מטעם ספק ספקא: שמא נתעברה בוולד זה לאחר שנתגרשה, ואם תמצי לומר קודם גירושין – שמא מגוי נתעברה, ושוב חזר ודחה ספק ספקא זה, משום שרוב המצויים אצלה ישראל הם. עיין שם. מכל מקום יש לומר כמו שכתב יביע אומר (שם סימן ו בכעין זה) דסבירא ליה לרבנו חיים כהן "דבעינן שיהיו שני הספיקות שקולים, וכדברי התוספות כתובות (ט, א ד"ה ואי בעית אימא) –

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, והו"ל רובא, ולקולא. וכל שכן לדעת הרמב"ם דספקא דאורייתא לחומרא רק מדרבנן. ועיין עוד בקונטרס אחרון (שם סימן כח).

ואף מהרי"ו הנ"ל שצירף הספק דשמא מגוי נתעברה לספק ספקא – והביאו הרמ"א בדרכי משה (סימן ד). נראה דסבירא ליה (כמו שכתב שם ובחלק י סימן ג, ובחלק יא סימן ג בזו הלשון):

שהטעם דאזלינן בכל ספק ספקא להקל, אף בדאורייתא, משום שבספק אחד הוי כמחצה על מחצה, וכשנוסף ספק שני הוי רוב להיתר, וכמו שכתבו המהרימ"ט (חלק יורה דעה סימן ב) והפרי חדש (יורה דעה סימן קי ס"ק מט) ושו"ת תורת חסד (מלובלין, חלק אורח חיים סימן ג אות ד).

ומה גם שיש לומר (כמו שכתב בחלק ג סימן ב):

שאפילו רוב העיר ישראל – דילמא אזלא איהי לגבייהו והווי להו קבוע, וכל קבוע כמחצה על מחצה דמי. וכמו שכתבו הבית שמואל (סימן ד ס"ק לט) והישועות יעקב (שם בפירוש הארוך ס"ק יב) ובשו"ת מנחת עני (סימן נב). עיין

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שם. אכן יש אומרים דמסתמא הבעל אזיל לגבה. וראיתי בשו"ת בנין עולם (חלק אבן העזר סימן ה אות ז) שכתב [...] שבאשת איש, שרוב פסולים הם ישראל כשרים, לא אזלינן בכהאי גוונא בתר רובא, שרוב ישראל אינם פרוצים בעריות. ומיהו סיים שהכל לפי הענין, ואם במקום ההוא יש רוב אנשים פרוצים בעריות ומיעוט עכו"ם לכולי עלמא הוי ממזר ודאי, עיין שם. ועיין בשו"ת שיבת ציון (סימן סז) שכתב שאם רוב ישראל מצויים אצלה אין לחוש למיעוט עכו"ם להכשיר הולד. ודלא כהפני יהושע. עיין שם.

ו. רוב בעילות אחר הבעל בנידון דידן

ועוד רגע אדבר שאף על פי שבמקרה שלפנינו הנטען חי עימה 'כדרך גברא בעלמא', והייתה מיוחדת לו כאשתו, וטוען שהבן ממנו, ולכאורה יש לומר שאין לתלות שמא זינתה מגוי או שמא מבעלה, ובפרט שהבעל עצמו – נראה שטוען גם כן לא רק שאינו בנו אלא שהוא מהנטען, ובכהאי גוונא יש לומר שהבעל נאמן, וכן נראה דעת הרמ"א (סימן ד סעיף כט) שכתב בשם תרומת הדשן (סימן רסז) "הא דהאב נאמן על בנו היינו במי שהוא בחזקת אביו כגון באשתו נשואה, אבל פנויה שאומרת זהו בן מפלוני", והוא אומר שמממזר נתעברה – אינו נאמן", ובתרומת הדשן (שם) מבואר להדיא דבנשואה נאמן לומר הבעל "מפלוני נתעברה".

מכל מקום, כמו שכתב ביביע אומר (חלק ג אבן העזר סימן ב):

כבר השיג על זה הגאון רבי עקיבא איגר בתשובה (סימן רכא אות ג), שהביא מה שכתב הרמ"א וכתב דלא מצינו שהאמינה התורה לאב אלא לומר "בני זה בן גרושה", שהרי הוא אביו של זה הבן אלא שאומר מה טיבו, אבל כשאומר "מפלוני נתעברה" – הרי כבר אמר שאינו בנו והרי הוא כאיש אחר ואינו נאמן לומר ממי הוא, ורק נאמן לומר שאינו בנו. (ותמך בזה בנו הגר"ש איגר בתשובה שם.) וכן דעת הגאון המקנה (קידושין עד תוספות ד"ה כשם), עיין שם.

והן אומנם (כמו שכתב שם) הגאון נודע ביהודה (קמא, אבן העזר סימן ד) הוכיח מדברי הרמב"ם (פרק טו מהלכות איסורי ביאה הלכה טז) כדברי התרומת הדשן והרמ"א, "ועיין בשו"ת חקרי לב (חלק א מיוורה דעה סימן קיז, דף קעז ע"ג) שכתב ככל דברי הנודע ביהודה הנ"ל", ודייק כן בלשון הרמב"ם.

אך (כמו שכתב ביביע אומר שם): בשו"ת תעלומות לב (חלק ג סימן א, דף ב ע"א) העיר על החקרי לב שסותר את עצמו, והעיקר להלכה ולמעשה שהאב לא נאמן לומר ממי זינתה. וגם הפתחי תשובה (סימן ד ס"ק לו) הוכיח מדברי השער המלך (פרק טו מהלכות איסורי ביאה) דסבירא ליה ברמב"ם דלא כדברי הנודע ביהודה, ובשו"ת תורת חסד (מלובלין, אבן העזר סימן ט ריש אות ג) "העיר על דברי הנודע ביהודה שזה אינו מסתבר, שמאחר שהעיד שאינו אביו למה יהיה נאמן לעשותו ממזר ודאי, והביא דברי הגאון רבי עקיבא איגר הנ"ל. עיין שם". וכתב עוד (בחלק יא סימן יז) דאף שהרב אבני האפוד (חלק א סימן ד ס"ק כ סוף ד"ה ותבט) כתב שכל שיושבת בביתו ובחומותיו כאשתו לכל דבר לא אמרינן בכהאי גוונא "כשם שזינתה עם זה" וכו' – כבר השיג עליו הרב משאש זצ"ל בשו"ת תבואות שמש (חלק אבן העזר סימן קס), שאחר שהביא מה שכתב אבני האפוד הנזכר כתב שמדברי הרמ"א (סימן קנו סעיף ט) מוכח שכל שאינם חבושים בבית הסוהר אמרינן "כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר", ואפילו אם היתה דרה עמו ומיוחדת לו עם כל זה לא הווי אלא ספק ממזר. והביא ראיות לזה (וכמובא משמו ביביע אומר חלק ט אבן העזר סימן ה) –

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

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 ל"מדאפקרה" 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.

והוא הדין בנדון דידן כיון שאינה נשואה לו כדת משה וישראל (וכמו שכתב בחלק יא שם):

ולא האמינה תורה לומר שאינו בנו אלא בבעל ואשה הנשואים כדת משה וישראל, הא לאו הכי אין האב נאמן מדין יכיר. כמו שכתב בשו"ת שמש ומגן (חלק ב חלק אבן העזר סימן י), עיין שם. (ועיין אוצר הפוסקים סימן ד ס"ק ה דף פח ע"א).

וביאר (הגר"ש משאש בדבריו המובאים ביביע אומר חלק ט הנ"ל):

ואף שהיתה אדוקה עם הבעל הזה – אין אומרים שרוב בעילות ממנו, שלא אמרו זה אלא בבעל הנשוי כדת בחופה וקידושין, בזה תולים רוב בעילות אחר הבעל להקל.

וכמו שכתב כבוד הנשיא בשם הגאון הפלאה בפנים יפות (פרשת אחרי מות), וכדברי היביע אומר (חלק ט אבן העזר סימן ב הנ"ל על פיו):

שפירוש "רוב בעילות אחר הבעל" היינו שרוב הנבעלות ומתעברות הן מבעליהן. הילכך בחייבי כריתות, שאין קידושין תופסים בהם, ואין שם בעל עליו, ליתא להאי דינא. אלא אמרינן מדאפקרא נפשה לגביו, אפקרה נפשה לעלמא. עיין שם.

לאור כל האמור, חזי האי ספקא וספק ספקא להתיר את הניצב לפנינו לבוא בקהל, משום ד"ממזר ודאי אמר רחמנא ולא ספק", וכדעת כבוד הנשיא. וה' יתברך יצילנו משגיאות. אמן, כן יהי רצון.

הרב מיכאל עמוס

פסק דין ומתן הוראות

א. נפסק כאמור להתיר את המערער בקהל.

ב. פסק הדין מותר בפרסום בהשמטת פרטי הזיהוי.

ניתן ביום ג' במרחשוון התשפ"א (21.10.2020).

הרב מיכאל עמוס

הרב אליעזר איגרא

הרב דוד ברוך לאו – נשיא

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה