

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1316398/2

בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

לפני כבוד הדיינים:

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

המערערת: פלונית (ע"י ב"כ עו"ד אביבה חזות גדקר)

הנדון: היתר לקהל של מי שאימה נישאה באלמנותה לאחי בעלה, אך הרתה אותה קודם לכן, למרות דברי האם והאח כי אכן ממנו הרתה אותה

פסק דין

לפנינו ערעור על החלטת בית הדין האזורי כי לא נמצאה תשתית מספקת להיתר נישואין של המבקשת ושל ילדיה.

העובדות הנטענות

בי"ב באדר ב' תשי"ד (24.3.1954) נישאה הגב' [אלמונית], אם המבקשת, למר [אלמוני] ז"ל. הנישואין היו במרוקו. (האחים, שהיו אז בני שתיים-עשרה ושש, סיפרו לאחר כשישים שנה כי הנישואין היו בחצר הורי הכלה, "לרב לא היה זקן", העדים היו "מצד הכלה". [ראה להלן].)

בטבת תשט"ז (דצמבר 1955) עלו בני הזוג ארצה ונרשמו כנישואים, מעט אחר כך עלו גם שאר בני משפחת הבעל שכללו ארבעה אחים. משפחתה של [אלמונית] עלתה גם כן ארצה (על פי אחיו של הבעל בתסקיר: למעט שתי אחיות שלה, האחת שהתאסלמה ונשארה במרוקו והשנייה שנישאה לנוצרי והיגרה לאירופה).

בטבת תשכ"ז (דצמבר 1966) נהרג מר [אלמוני] ז"ל בתאונת דרכים. בעת פטירתו הייתה האם בהיריון של בתם השישית כאשר בכור בניה בן עשר.

בפני בית הדין מסמך מכ"א בכסלו תשל"א (19.12.1970) שבו נכתב כי [אלמונית] שהייתה באותה עת בת שלושים ותשע נישאה למר [פלוני], אז – חייל בן עשרים, אחיו של מר [אלמוני], ב'נישואין' שאינם כדת משה וישראל, אלא 'נישואי מקסיקו' שלא נרשמו: הנישואין נערכו בארץ באמצעות הצהרות וחתימה על מסמכים אצל עו"ד [ב'] ותכתובת לחו"ל ולא נרשמו במשרד הפנים.

בזמן ה'נישואין' הייתה [אלמונית] בהיריון, וביום ז' אייר תשל"א (29.7.1971), כשבעה חודשים לאחר ה'נישואין', נולדה המבקשת [פלונית].

כחודשיים לאחר הלידה, בתאריך י"ז באלול תשל"א (7.9.1971), הגיש מר [פלוני] למשרד הפנים הודעה על הלידה ועל ה'נישואין', ובה ציין שנולדה לו ול[אלמונית] בת ומצורפת בקשה לרשום אותה על שם ההורים.

במשרד הפנים לא הסכימו, אז, לרשום את הנישואין בשל היות בני הזוג אסורים זה על זה באיסור ערווה. רק בשנת תשל"ז (1977) נרשמו [פלוני] ו[אלמונית] כנישואים.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בהודעת הלידה רשום שם האב בכתב שונה, וגם בתעודת הלידה שניתנה ביום כ"ח בתשרי תשל"ב (17.10.1971) נרשם שם האב בכתב יד, ומסתבר שרישומים אלה נוספו במועד מאוחר יותר.

בשנת תש"ן (1990) ביקשה הבת [פלונית] להינשא למר [ד'] וסורבה, ונשלחה לבית הדין האזורי לפתוח תיק יוחסין ובכ"ז בתשרי תשנ"א (16.10.1990) פסק בית הדין בבאר שבע כי על פי החומר שבתיק לא נמצא מקום להתרת המבקשת – הבת [פלונית].

המבקשת, שסורבה, 'נישאה' למרות האיסור ושלא כדת משה וישראל לכן זוגה מר [ד'] ב'נישואין אזרחיים' וילדה לו ארבעה ילדים, וכיום היא וארבעת ילדיה מבקשים היתר נישואין.

פתיחת התיק והעדויות המצויות בו

בא' בתמוז תש"ן (24.6.1990) הגישה המבקשת בקשה להיתר נישואין, לאחר שהופנתה לבית הדין, כאמור, ע"י רבנות [...] שבה נרשמה לנישואין עם מר [ד'].

בדיון בבית הדין האזורי מסרה האם [אלמונית] כי שנתיים לאחר מות בעלה נישאה אזרחית לאחי בעלה וההיריון היה לפני נישואין אלה. לטענת האם, בתה המערערת נולדה בוודאות מאחי בעלה והיא "אשמה בכול".

בדיון הראשון העידה האם (הציטוט מהפרוטוקול יובא להלן) כי לא היו לה חברים אחרים מלבד אחי בעלה שהתחיל לבקר אותה לאחר פטירת בעלה בחופשות מהצבא, ובהמשך קיים איתה יחסי אישות והרתה את הבת. הסכתא טענה כי הלכה לרבנות [...] להירשם לנישואין עם אחי בעלה עוד לפני ההיריון וכי שלושה חודשים לפני הנישואין קיימה יחסי אישות עימו והרתה לו ולכן ביקשה לרשום אותו כאבי הבת שנולדה.

עוד סיפרה האם [אלמונית] כי חמותה – אם בעלה מר [אלמוני] ומר [פלוני], שהתנגדה לנישואין הראשונים ואחר כך גם לקשר של בנה השני עם האם, פרסמה ב[עיר מגוריהם] שהגיס בא לישון אצלה ובעקבות כך נאלצה לברוח מהעיר לכן דודה שב[עיר אחרת]. בן הדוד נסע לברר את העניין ב[...] ולאחר שבתחילה הכחיש מר [פלוני] את הקשר, הודה בו ועזב את בית אימו (חמותה של [אלמונית]) ובא לגור עימה – עם אלמונית] כשהדבר ידוע ל"כל [העיר הנ"ל]."

[פלוני] העיד [לאחר גרסאות סותרות ומחשבה שנייה] כי המבקשת נולדה לאחר נישואין אזרחיים שנעשו שלושה חודשים לאחר תחילת ההיריון. לטענתו הקטינה היא בתו "במאה אחוז" ולא היה לאם קשר עם אחר. שם הקטינה נרשם בעט משום שהייתה טעות בשם האב.

לבקשת בית הדין גבה רב העיר [...] עדות על היות מר [פלוני] ומר [אלמוני] אחים וכן עדויות על הקשר בין האם ומר [פלוני].

בכ"ז בתשרי תשנ"א (16.10.1990) פסק בית הדין בבאר שבע כי על פי החומר שבתיק לא נמצא מקום להתרת המבקשת.

לאחר מכן נשלחו מכתבים לבית הדין שבהם נמסרו גרסאות חדשות ושונות מאלו שהציגו [פלוני] והאם [אלמונית] בבית הדין בעדותם. בגרסאות אלו מסרה האם 'אמתלא', שלא מסרה אמת בעדותה עקב הבושה שבדבר וחוסר יכולת להודות בטעויותיה. לגרסתה החדשה כן נפגשה עם אנשים שונים, ובהם גויים, אחרי מות בעלה הראשון ובשל מצבה הקשה נהגה עימם בחופשיות ורק לאחר שהרתה ביקשה מאחי בעלה שיירשם כאבי הבת והוא הסכים. גם [פלוני] אישר במכתבו גרסה זו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

האם ובן זוגה – אחי בעלה הוזמנו להעיד עדות חדשה בבית הדין על גרסתם החדשה וביום ג' באדר תשנ"א (17.2.1991) חזרו עליה לפני בית הדין.

בפסק דין נוסף דחה בית הדין את הגרסה החדשה, ואישר כי האם [אלמונית] אסורה לכהן בגלל בעילת איסור וכי אין להתיר את הבת [פלונית] לבוא בקהל.

לאחר מכן ביקש בית הדין לקבל את עדותו של עו"ד [ב'] להעיד על האפשרות שהרישום של הנישואין בתעודות אינו נכון וזויף כדי להתאימו לצורכי הצדדים דאז – [אלמונית] ו[פלונית]. לטענת עורך הדין לא מצא שהצדדים היו בין לקוחותיו ואין ביכולתו להעיד ללא הסרת חיסיון מלקוחותיו. לאחר שלא חתמו הצדדים על הסרת החיסיון לא זומן הלה לעדות.

ביום ז' באייר תשע"ח (22.4.2018) הגישה המבקשת בקשה חדשה להרכב היוחסין המיוחד היושב בבית הדין בבאר שבע. הוזמן התיק הקודם וכן הוצא צו תסקיר והוגש תסקיר.

בדיון שהיה ביום ז' בתמוז תשע"ט (10.7.2019) דנו בשאלה העקרונית אם יש מקום לדון בהרכב זה על פסק דין חלוט, ולכן הופנתה השאלה לבית הדין הגדול שהעלה כי ישנה אפשרות לבקשה לסתירת דין או להארכת מועד להגשת ערעור.

הוארך המועד להגשת ערעור, הוגש הערעור בצירוף התסקיר, והמבקשת הוזמנה לדיון.

בתסקיר נכתב כי [פלונית] ו[פלמונית], אחיו הנוסף של הבעל [אלמונית], סיפרו שהיו שמועות על התנהגותה המופקרת של [אלמונית] ז"ל – [אלמונית] ז"ל עצמה סיפרה בשעתו שקיימה קשר עם שני חברים נוצרים שעבדו עם בעלה, וגם שני האחים סיפרו שהיה לאח [אלמונית] היה 'בוס' גרמני שביקר בביתה של [אלמונית].

האחים סיפרו כי בחתונת [אלמונית] ו[אלמונית] הרב היה בלי זקן והעדים היו שני בני משפחה של [אלמונית] אבל הם לא מכירים אותם ושתי המשפחות היו עניות ביותר.

שני האחים טענו כי הנישואין ל[פלונית] נעשו כדי להכעיס את אימם, חמותה של [אלמונית], שהתנגדה לנישואין.

נימוקי בית הדין קמא

בתיק בית הדין האזורי מצויים נימוקים בכתב יד שנערכו על פי העתקתם בידי הרב מאיר אורליאן שליט"א (עוזר הלכתי בבית הדין בבאר שבע [הערותיו מצוינות: מ"א]):

הרה"ג ציון אלגבלי כתב בפסק דינו בזו הלשון:

בנידון המבקשת [פלונית] אשר רשומה בתעודת זהות כבתם של [פלונית] ו[אלמונית] והיא ילידת ז' [ב]אייר תשל"א (29.7.71) כאשר האם היתה נשואה בעבר כדת משה וישראל, בהתאם לכתובה המצורפת, לאחיו של [פלונית] – [...] [נראה שצריך להיות [אלמונית] – מ"א] [...] התאלמנה ממנו, ויש לה ממנו שישה ילדים [...] והתחתנה אזרחית עם [פלונית] [ב]19.12.70 למנינם בנשואי מקסיקו. הרשומים הוריה בתעודת הזהות הוזמנו לבית הדין והצהירו שהיא בתם, ולדברי שניהם האם היתה מיוחדת לאב בזמן כניסתה להריון. לדברי האם: שנתיים אחרי פטירת בעלה התחתנה (ייתכן במוכן שחייתה אתו –) עם האח השני, ולדברי האב: ג' חדשים לפני הנישואין האזרחיים התגורר אתה, ונכנסה להריון ממנו חדשיים לפני נשואין אזרחיים.

עיינן שולחן ערוך (אבן העזר סימן ד סעיף כו) וזו לשונו:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

פנויה שנתעברה וילדה – אם אינה לפנינו לבודקה 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 זינתה עם אחר.

ועיין חלקת מחוקק [ס"ק כה] שכתב דמדלא חילק משמע אפילו אינו חשודה מזנות רק שנמצאת מעוברת – אפילו הכי אינה נאמנת דמהממזר [הרתה] והוי ספק. ואפר לומר הטעם דהוי נגד חזקה דבודקת ומזנה דוקא עם הכשר (וכתב בכתב סופר סימן לב דרצונו לומר דמשום הכי גם הוא אינו נאמן). אלא: כיון דהרא"ש סבירא ליה דבלא דיימא מעלמא – בתרא דידיה שדינן, וכן אפשר לפרש בר"מ [ברמב"ם] ס"ד [לא ברור] לפסוק. וכן כתב בס"ק כ"ו דבמודה ולא דיימא מעלמא הוי כבנו לכל דבר וכל שכן במיוחדת דבסמוך.

ועיין ערוך השולחן (סעיף לא) דכתב דאפילו אם גם הבועל הממזר אומר שממנו ואפילו אין לעז שזינתה עם עוד אנשים, מכל מקום אמרינן: כשם שזנתה עם זה שהודה כמו כן זינתה עם אחרים, וממילא דהוי ספק ממזר.

ועיין בית שמואל (ס"ק מ) דסמך אהרא"ש רק באיסור דרבנן דלא חיישינן כהאי גוונא כשם שהפקירה לזה כך הפקירה עצמה לאחרים.

ועיין ברא"ש בתשובה (כלל פב) דכתב דאפילו דיימא מעלמא כיון שהוא מודה שבעלה בזמן הראוי לעיבור בתר דידיה שדינן. ובהמשך דבריו כתב דבנדון זה שהיתה משרתתו בביתו ומיוחדת נראה דאפילו לאביי בתריה שדינן. וכל שכן בנדון דידן (נידון דהרא"ש שמאז באה לביתו לא דיימא מעלמא ושמקודם כבר נפסק הקול, "והעידו כל העדים שהיה מיסרו תמיד [הבועל היה מחנך את הבן] וגעגועיו עליו, שנראה לי שהוא בנו ליורשו ולפטור מחליצה". ואף להר"מ [לדעת הרמב"ם, שחולק] נראה לו [לרא"ש] דבכהאי גוונא שמייוחדת לא תחלוץ שאף הוא לא קאמר אלא זנות בפנויה ולא במיוחדת).

ולכן לאור הנ"ל שהצדדים הצהירו שהיא בתם וכן נהגו בזמן שנכנסה האשה בהריון כבעל ואשה לכל דבר, והאם היתה מיוחדת לאח המנוח, והנשואין האזרחיים שבאו בעקבות כניסת האם בהריון – מוכיח סופו על תחילתו, שההריון ממנו ובעקבות הסתבכות זו התחתנו אזרחית, מאחר ונבצר מהם להתחתן כדת משה וישראל. וידוע שאשת אח בכרת, והנולדים מחייבי כריתות, בר מנדה, הם ממזרים ואסורים לבוא בקהל ה'.

לכן בית הדין קובע כי המבקשת אסורה לבוא בקהל ה'. ואפילו נאמר דגם במיוחדת סבירא ליה להרמב"ם דאמרינן "כשם" על כל פנים מכלל ספק ממזר לא נפקא.

עוד כתב חבר אחר בבית הדין (לא רשום שמו, כנראה הרה"ג זרביב כי אינו כתב ידו של השלישי, הרה"ג איגרא שליט"א; רשום למעלה "לעיון בהרכב מלא" – מ"א):

באה אשה ובתה לפנינו והיא אומרת שהבת הזו מאח בעלה, שאח בעלה – אחרי פטירת אחיו עבר לגור עם אשת אחיו ואחרי שהתעברה ממנו הוא נשא אותה אזרחית, וכך חיו יחד כל הזמן. הזמנו את האח בפני בית הדין והודה לפנינו שזו בתו אחרי ששאלנו "אולי היא מאיש אחר" והוא מיד הוא עונה "חס ושלום, זו רק ממני". הבת הזו רוצה להתחתן כדת משה וישראל עם בחור כשר מה דינה של אותה בחורה? ממעשה הזה נראה ברור שהיא היתה מיוחדת לו ולא דיימא מעלמא אלא ממנו.

והנה בשולחן ערוך (אבן העזר סימן ד סעיף כו) פוסק על פנויה שנתעברה וילדה:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אפילו אם אומרת "של פלוני הוא", ואנו מכירים באותו פלוני שהוא ממזר – אין זה הולד אלא ספק, אפילו אם מודה אותו פלוני שנבעלה לו, שכשם שזנתה עם זה כך זינתה עם אחר.

והרמ"א ממשיך ואומר: "אפילו היתה מיוחדת לו אינה נאמנת עליו."

והבית שמואל מסביר את הרמ"א: זה כשאינו מודה, ואם הבועל היה מודה היה נאמן, וזה כמו שהרמ"א אומר בסימן קנו (סעיף ט): "מי שזינה עם אשה ואמר 'זה העובר ממני הוא' הרי זה ספק", ומביא בשם יש אומרים "אפילו בזונה אחרת המיוחדת לו" – הבועל נאמן.

אם כן אנו רואים מהבית שמואל שאם היא מיוחדת לו וגם הבועל מודה שזה ממנו הרי הוא נאמן והולד הזה בודאי ממזר. ובמיוחד שהרא"ש – מביא אותו הטור בסימן קנו – [סוכר] דאף להרמב"ם דחייש שמא זנתה גם עם אחרים מודה במיוחדת לו וזה מוכח מסוגיה בקידושין דף עח, ב. עיין שיבת ציון שהוא מבאר את זה – סימן סז.

אלא שיש לשאול על הרמב"ם והשולחן ערוך, שמביא את דבריו בסימן ד סעיף כו: למה לומר את הטעם הזה, כשם שהיא זנתה עם זה כך זנתה עם אחר, הרי בין כה וכה אינו נאמן, שהרי האשה אינה נאמנת להחזיק את הבן הזה לפסול וגם הבועל אינו נאמן במקום שלא שייך מיגו – כמו על יבום שהוא נאמן לפטור אותה מיבום במיגו שיכול לגרשה – ומה שרבי יהודה סובר שיש דין 'כיר' זה רק כשהוחזק שזה בנו אבל כשאיין חזקה שזה בנו אינו נאמן? אבל צריך לומר: מתי אינו נאמן? [כ]שאומר על אחד מן השוק ש"זה בני", וגם אין רגלים לדבר שזה בנו. אבל אם יש רגלים לדבר, כגון בפנויה שנתעברה ואמרה שזה "מאיש פלוני נתעברתי", והוא מודה לדבריה – בזה הוא נאמן בהודאתו, כמו שרואים לשיטת אב"י שמעמיד המשנה ביבמות סוף פרק אלמנה "ילדה – תאכל בתרומה" אפילו דלא דיימא כלל, ואפילו הכי מהני הודאתו לענין תרומה, [כ]שיש רגלים לדבר. ולכן ודאי שזה בנו להחזיקו ממזר ורק משום החשש שמא זנתה עם אחרים וזה תלוי במחלוקת רא"ש רשב"א ורמב"ם שלפי הרא"ש הרשב"א ודאי הולד ממזר.

אבל כשמיוחדת לו ולא דיימא מעלמא – לזה הרמב"ם יודה שהולד בודאי ממזר, אבל להתיר את הולד בממזר דאורייתא קשה להתיר.

לכן במקרה דידן אין מקום להתיר את הבחורה הזו להתחתן עם הבחור שהוא כשר.

ועוד כתב בחודש אייר תשנ"א:

בתיק הנ"ל היה פסק דין מתאריך ז' [בתשרי] תשנ"א שלאור החומר שכתיק ולאור הנימוקים המצורפים בית הדין לא מוצא מקום להתיר למבקשת [פלוגית] לבוא בקהל, ע"כ, היות ואמה היתה אשת אח שלא במקום מצוה [...]. וממילא היא ממזרת.

לאחר מכן אביה ואמה פנו לבית הדין במכתב מתאריך 20.12.90 וכן הופיעו בעצמם בפני בית הדין וטענו שכל מה שאמרו קודם על הבת שהיא ממש בתם – זה שקר, מפני שהתביישה אז לספר האמת, וכעת טוענת שנבעלה לגוי שהיה חבר בעלה המנוח ולא מאחי בעלה, והוא טען שרק בגלל שלא לגרום בושה למשפחה רשם את הבת על שמו, ולא חי אתה באותו פרק זמן כפי שטען בדיון בשנה [צ"ל: שנה] קודם. ע"כ עיקר הטענות.

הבעיה העומדת לפנינו לדיון: האם מהני אמתלא בנסיבות שכאלה?

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הגמרא אומרת בקידושין פ [ע"א]: "אמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן מלקין על החזקות, סוקלין ושורפין על החזקות", דאם איש ואשה הוחזקו כאשת איש או שהוחזקו בשאר קשר – אף על פי שאין ראייה אחרת עונשים על פי חזקה זו, אם הוחזקו שלושים יום. עיין שולחן ערוך אבן העזר סימן יט.

ובנידון שלפנינו הן האיש והן האשה הוחזקו בעירם [...] שנים שהבת היא בתם וכן הם טענו בתוקף לפני בית הדין לפני כשנה, וככה זה מקובל כל הזמן וכן רשום היה בתעודת הלידה שלה שזו אביה. ולפי מה שפסק הבית שמואל א"ק [אות קטן=ס"ק] ב שם. וכן הסכימו גדולי הפוסקים – עיין פתחי תשובה שם א"ק [אות קטן=ס"ק] ג, דאחרי הרבה זמן לא מהני אמתלא נגד חזקה, וכל מה שמוזכר דמהני זה בתוך שלשים יום. ומה גם שכאן הוא עשה מעשה והלך ורשם את הבת על שמו, ויש הרבה מגדולי הפוסקים דסוברים דבעשה מעשה לא מהני אמתלא כלל, וכן פסק המחבר – יורה דעה סימן קפה סעיף ג.

ולכן במקרה שבפנינו אין לקבל את האמתלא שלו ושלה גם יחד.

אמנם הש"ך שם א"ק [אות קטן=ס"ק] ה וכן הרבה מגדולי הפוסקים סוברים דמהני אמתלא אפילו בעשתה מעשה אם לא היתה אפשרות אחרת, ולדעת החתם סופר בתשובות, יורה דעה סימן ט, אפילו אחר שלשים יום בעשתה מעשה מהני אמתלא אם לא היה אפשר בשום אופן אחרת.

בנידון שלפנינו לא נראה שלא היתה אפשרות אחרת: אם באמת לאשה היה איכפת על הבושה שלה יכלה לטעון שנאנסה ע"י גוי או אפילו ישראל, וממילא הולד כשר, ולא להחזיק בטיעון שהולד מאחי בעלה ומה גם שהלכו להצדיק את הטיעון הזה ע"י נישואי מקסיקו. מכל זה נראה בעליל שהאמתלא אינה נראית אמת [והיא לא?] [טוב[ה]].

מכל הנימוקים הנ"ל בית הדין משאיר את הפסק הקודם על מכונו, ואין להתיר למבקשת [פלונית] לבוא בקהל.

האשה [אלמונית] תהיה אסורה לכהן הן לפי דבריה הראשונים שנבעלה בעילת איסור כרת ונעשית זונה לכולי עלמא ואסורה לכהן והן לפי דבריה האחרונים שנבעלה לגוי שגם אסורה לכהן – עיין אבן העזר סימן ו סעיף ח.

א. לסיכום: בית הדין דוחה את טענות האיש והאשה.

ב. האשה אסורה לכהן באם תרצה להנשא.

הרב מאיר אורליאן שְׁחֹזֵר – שְׁכָתֵב מִכְתָּב יָד גַּם אֶת דְּבָרֵי הָרֵב אִיגְרָא שְׁלִיט"א [הוספות והשלמות וכן ציונים לאיבהירות הוכנסו בסוגריים מרובעים, חוסרים או איבהירות בסימן שאלה או קווים בתוך סוגריים, לפי העניין, גם הערתו בסיכום השחזור סומנה: מ"א]. כמו כן לפנינו שחזורו של הרב יחיאל חיים פריימן שליט"א (עוזר הלכתי בבית הדין הגדול) שהוסיף גם הערות בצד השחזור. [השינויים וההערות שמשכתובו של הרב פריימן – בסוגריים 'מסולסלים' – כאלה {} (השלמות שאינן מגוף הפענוח אלא ביאור בו סומנו גם בסימן =, הערות סומנו גם: י"פ), ראשי תיבות ברורים נפתחו ומקורות (שצוינו מלכתחילה) הוכנסו (בחלקם) לסוגריים לנוחות הקריאה ללא סימון מיוחד].

הרב איגרא כתב באריכות כדהלן, וכתב בראש העמוד הראשון: "סיכום: לאור כל הכתוב אין בכוחי להתיר את המבקשת לבוא בקהל זכותה לפנות לעליון, אולי מהם תצמח הישועה."

(הרב פריימן העיר [בעת שהחומר שהובא כלל רק את דברי הרב איגרא]:

נשאר בגדר תעלומה: מדוע אחרי כל מה שנכתב להלן להתיר נכתבה בראש הדברים המסקנה: "אין בכוחי להתיר"? שמה שורת מסקנה זו לא נכתבה על ידי הרב איגרא אלא על ידי אחד מחבריו הדיינים, והרב איגרא כתב את דעתו – החולקת – כהמשך ישיר ולכן התחילו הם באותו עמוד של הסיכום הנ"ל, ו"א' איגרא" הכתוב לאחר

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שורת סיכום זו הוא אפוא כותרת של הרב איגרא לדבריו שלאחר מכן ולא חתימה על הסיכום שקודם לכן. כך מובן גם מדוע מופיע "סיכום" בתחילת הדברים. כשיש היתר מנומק ואיסור לא מנומק ואין פסק דין סופי, דעת רוב וכו' וקל וחומר כשגם האוסר כתב רק שהוא – אין בכוחו להתיר ו"זכותה לפנות לעליון", היינו לבית הדין הגדול, ודאי שיש טעם לנסות ולפתוח את הדין מחדש [...].

וזו לשון נימוקי הרב איגרא:

בענין האשה שבאה לבית הדין להתיר לה להנשא לקהל {לכח"ל [היינו: בחיר ליבה]}. ובאה אמה איתה שנשואה בנישואין אזרחיים עם אחי בעלה, וזאת לאחר שבעלה לו היתה נשואה כדת משה וישראל (כתובתה מצורפת) מת בארץ והשאירה עם ששה ילדים. האשה טענה שמיד אחרי הנישואין האזרחיים נכנסה להריון ממנו, ותיקנה דבריה שההריון היה לפני הנישואין האזרחיים. מסרה שהאח היה מבקר הרבה אצלה בבית.

אחר כך הופיע אחי בעלה הראשון של האם ומסר שעבר לגור בבית האשה לאחר שנישאו בנישואין אזרחיים, ואמר שלפני הנישואין האזרחיים לא גר איתה. ומסר שמיד לאחר שנישאו נכנסה האשה להריון. לאחר שבית הדין שאל אותו שהנישואין האזרחיים היום ב-19.12.70 למנינים והבת נולדה בו' באייר תשל"א (29.7.71) שזה כשבעה חודשים לאחר הנישואין האזרחיים. ואז אמר שגר עם האשה ג' {ב' חודשים לפני הנישואין אבל לא חי חיי אישות. ואחר כך אמר שיכול להיות שבכל זאת חי חיי אישות עם האשה. ואמר {ואחר כך אמר} שהאשה נכנסה להריון חודשיים לפני הנישואין האזרחיים להריון ולכן הלכו מהר להנשא אזרחית, ומסר שהבת הנ"ל היא ביתו בבירור וידוע לו שלאשה לא היה קשר אחר מאז פטירת אחיו (ארבע שנים לפני האירוע) הנ"ל.

תשובה:

א. הנה יש לדון בדין האי איתתא מכמה אנפין:

א) נאמנות האישי {צ"ל: האשה} לשווי לבתה ממזרת: הנה כתב הרמב"ם (פרק טו מאיסורי ביאה הלכה יב) מדין "פנויה שנתעברה מזנות" וכו' או "שאמרה 'לפלוני הממזר נבעלתי' – אפילו אותו פלוני מודה שהוא ממנו הרי זה הולד ספק ממזר, כשם שזינתה עם זה שהודה לה כך זינתה עם אחר". וכעין זה פסק מרן בשולחן ערוך סימן ד סעיף כו (ולקמן נעמוד בשינוי הלשון בין הרמב"ם לשולחן ערוך).

העולה מהנ"ל שאין לאשה נאמנות לשווי לולד ודאי ממזר אלא ספק ממזר [ועיין במגיד משנה שם – יובאו דבריו לקמן מדוע באמרה לפסול נבעלתי לא שוויא אלא ספק] שזה הוא היה בין כך (?) מדין שתוקי דבמבואר סו' {=סוף (?) קידושין ועיין בהמ"מ (?) {פנ"י [היינו: פני יהושע] שם ובבית שמואל (סימן ד ס"ק לט) מדוע נאמנת להכשיר ולא נאמנת לפסול, ושב שמעתתא (שמעתתא ב, יד-יז) {ושערי ישר [שער א פרק ז] ועוד}.

ב) נאמנות הבעל: הנה כתב הרמב"ם בהלכה הנ"ל שאפילו אותו פלוני (הממזר) מודה שהולד ממנו הרי הולד ספק ממזר. וכן פסק השולחן ערוך שם סימן ד, [סעיף] כו. על דין זה יש להעיר שתי הערות:

(א) השולחן ערוך שם {או: ס"ד (= סימן ד [סעיף כו])} כתב "אפילו אם מודה שנבעלה לו שכשם שזינתה עם זה כן זינתה עם אחר" (ומצאתי שהעיר על כך באוצר הפוסקים סימן ד סעיף כו אות קב).

(ב) קשה לכאורה: לפי דעת הרמב"ם מדוע כשמודה שהולד ממנו אין דין יכיר. בשלמא לפי לשון השולחן ערוך כשמודה שנבעלה לו הוה דימא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מיניה, אבל זה עדיין לא מספיק כדי שיהיה [דין] "יכיר" מכיון שלא אמר שאינו {צ"ל: שהוא} בנו, אבל לדעת הרמב"ם צריך להבין מדוע לא יהיה נאמן מדין יכיר.

ועיין בשב שמתתא (שמעתתא ב פרק כ) שכתב לתרץ את הרמב"ם (בפרק ג מהלכות יבום הלכה ד) שכתב על המזנה עם הפנויה, ואפילו היא (והוא) מודה שהעבור ממנו, [ש]הולד בנו לענין ירושה ולא לגבי יבום, וחילק בין דין יכיר לרמב"ם {= שמועיל לגבי הבן כשם} שאדם נאמן על עצמו מדין 'שויא' וכמו {= כמו הדין ב'שוויא' שהוא אף כ} שעד אחד אומר לו ומאמין לו – שנאמן {כלומר: כך גם לגבי 'יכיר' אף שידיעתו אינה אלא מכוח מה שהוא מאמין לאישה} וזה מועיל לגבי עצמו ולגבי הבן. ולכן הבן יורש אותו. ולדעתו שם: לכן הולד יהיה ממזר. אבל לגבי האשה אין לבעל נאמנות מדין 'יכיר', ולכן רק במקום שיש לו מיגו דבידו לגרשה {=נאמן}, אבל במקום דליכא מיגו לא נאמן, ובמקום שהוא לא יודע לא יועיל המיגו. ולכן כתב הרמב"ם בהלכות יבום שזה ספק וחולצת ולא מתייבמת.

אבל הרא"ש (בתשובה [כלל] פב) סבור שדין יכיר זה רק במקום שהוחזק שהוא בנו אבל במקום שלא מוחזק שהוא בנו אינו נאמן אלא מתורת מיגו וכן כתבו התוספות והרשב"ם, ועיין קצות החושן (סימן ע [צ"ל: רעז] ס"ק א [צ"ל: ב]) ובגלל (?) שיש {ספק שמה זינתה עם אחרים אינו נאמן לא ליבום ולא לירושה.

ג) ועיין שם בשב שמתתא שרצה לאמר בשיטת הרמב"ם בפרק טו דאיסורי ביאה {=} הלכה יב: "או...או שאמרה 'לפלוני הממזר נבעלתי' או 'לפלוני הנתיף' – אפילו אותו פלוני מודה שהוא ממנו הרי זה הילוד ספק כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר" {שגם כן מדובר שהוא לא מאמין לדבריה, ולכן הולד ספק. וצריך עיון:

א) הלשון "אפילו מודה" לא משמע שזה מדברי האשה {=} לדברי השב שמתתא שהבועל אינו מאמין לדבריה, "אפילו מודה" הוא חלק מדבריה, שהיא אמרה לבית הדין שהוא מודה. אך לא משמע כך נויש להוסיף שהבנה זו הייתה אפשרית בדוחק לו היה השב שמתתא אומר שאינו יודעים אם הבועל מאמינה – שאינו לפנינו, אבל מאחר שביאר שאינו מאמינה, כלומר שהוא לפנינו ואומר כך, פשוט שאין שום משמעות לדבריה שהוא מודה שהרי אנו רואים שאינו מודה. אכן אפשר שכוונת השב שמתתא אינה שהיא אמרה שהוא מודה, אלא "שהוא מודה" שהולד ממנו – אך לא משום שמאמין לה שלא נבעלה לאחר, אלא שמכל מקום הוא סבור שהולד ממנו, וזה אינו בגדר 'הכרה' כיוון שאין זו ידיעה ברורה ואפילו לא ידיעה שמכוח האמנה לדברי אחר. י"פ]

ב) מה שכתב בפרק ג מיבום שלכן לא נאמן לגבי יכיר כי זה בלי ידיעתו – גם זה לא משמע מלשון הרמב"ם שכתב "ואמר 'זה העובר ממני', ואפילו היא מודה לו" – משמע בברור שאין הדין הנ"ל נובע מנאמנות האשה אלא מידיעתו, אם כן מדוע לא נאמן לפי דברי הרמב"ם?

ד) וראיתי לאמרי משה (להגר"מ סאקאלאווסקי] סימן יא) שרצה לאמר דדעת הרמב"ם:

א) שיש {לחלק בין} דין מיוחד של יכיר שהאב נאמן לאמר על בנו שהוא יורשו וזוכה בחלק בכורה, וזה אפילו במקרה שהוא לא מוחזק כבנו.

ב) במקרה שאומר על בן קטן בין הבנים שהוא בכור ממילא יוצא שהגדול הוא ממזר ואינו בנו.

ומכאן גם יוצא שאם אמר על בנו שהוא מוחזק כבנו שהוא ממזר נאמן ממה נפשך: אם הוא לא בנו – אז הוא ממזר, ואם הוא בנו הרי הוא נאמן לאמר שהוא ממזר.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

1. לפי זה יורדת קושית הקצות (ב[סימן] רעז [ס"ק ב]) לשיטת הרמב"ם, שגם כשלא הוחזק כבנו נאמן לאמר שהבן יורשו והוא בכור, אם כן מדוע בגמרא (בכתובות כה [ע"ב]) – לגבי מי שאמר "בני זה וכהן" "נאמן להאכילו בתרומה, משום שבידו להאכילו בתרומה", תיפוק ליה שיש לו "יכיר"? אלא על כרחך כשיטת הרשב"ם (בבא בתרא קלד) שלא נאמן ביכיר אלא במוחזק שהוא בנו. ולדברינו שפיר גם הרמב"ם מודה בהנ"ל שאינו נאמן.

2. הן יש {כן יש להוכיח} שברמב"ם (בפרק טו מאיסורי ביאה הלכה יז) בארוס שאמר מעולם לא באתי עליה הולד ממזר, שהרי אפילו אם היה מוחזק כבנו נאמן לומר שהולד {שהוא} ממזר {=שלכאורה קשה שמהאמור "אפילו היה מוחזק בנו" משמע שכל שכן אם לא היה מוחזק כבנו שהיה נאמן לומר שממזר הוא, וזה הרי אינו נכון}. לפי דברינו הכוונה בארוס שהרי כל העולם אסור עליה, הרי שיש לנו כאן ממה נפשך כמתבאר לעיל.

3. לפי זה יש לישיב מה שהקשו על הרמב"ם שאם לא דיימא מעלמא רק דיימא מיניה לא חוששים שמא זינתה עם אחר, וכן מהרמב"ם פרק ח מתרומות שפסק כהן הבא על הפנויה אוכלת בתרומה (ועיין בית שמואל סימן ד שם):

לפי דברינו יש לומר שהרי התוספות בארו ש[ב] דיימא מיניה' (שם ביבמות דף ע' = דף ע"א, בתוספות ד"ה אבל) {הכוונה שברור לנו שבא עליה, ואז הוא נאמן להאכילו בתרומה – וזו לשון הרמב"ם שם (פרק ח מתרומות) "הבן בחזקת מי שבא עליה" = לשון הרמב"ם שם בהלכה יד (שרק היא מתאימה לנידונו ומכאן שאליה הכוונה): "מי שנשאת לכהן שוטה או שאנס אותה או שפיתה אותה כהן וילדה אוכלת בשביל בנה, ואף על פי שהדבר ספק הואיל ובלא קידושין היא שמא מאחר נתעברה הרי הולד בחזקת זה שבא עליה. והוא שלא יצא עליה קול עם אחר אלא הכל מרננין אחריה בזה הכהן"}. אלא על כרחך שיש {ע"כ שאין} לחוש שזינתה גם עם אחר.

ה) יש להעיר על הנ"ל שפירשנו (בהלכה יז) שהארוס שאומר שאינו בנו ומכחישה שנאמן והולד ממזר וכתבנו שיש לומר שאף על פי שהאב לא הוחזק לאביו נאמן במקרה דנן מדין ממה נפשך, שאם נגיד שהוא כשר – על כרחך זה בגלל שהארוס אביו, ואז לאביו יש נאמנות לפסלו "זה בני ממזר"; ואם אינו בנו – הרי הוא ממזר.

ולכאורה יש להקשות, שהרי אם אינו בנו – יתכן שהוא מעכו"ם וכשר. מכאן ראייה לפי שיטה זאת שלרמב"ם לא תולים בגוי בלי אמירתה, וזה בניגוד לדעת הבית שמואל ברמב"ם (סימן ד ס"ק נב) (עוד) שלרמב"ם תולים בגוי ולכן כתב שהבן בחזקת ממזר, בניגוד לשולחן ערוך (שם בסעיף כט) שפסק שהולד ממזר ודאי [חסרות מילים] זה יוצא בניגוד לדעת הרמב"ם.

אולם עיין בשו"ת רבי עקיבא איגר (סימן קו) שסבר שהרמב"ם לא חולק על הטור ומוכיח שם {ומודה גם} שתולים בגוי ששייך לתלות. עיין שם שהאריך.

ו) לכן לעניות דעתי יש {חסר: לומר} שבארוס הנאמנות של הבעל היא אינה מדין ממה נפשך אלא זה חידוש התורה "כי תהינה לאיש שתי נשים" (= וגו': "... יכיר") וכמו שכתב התרומת הדשן (סימן רסז, הובאו דבריו ברמ"א סעיף כט):

ונראה דההוא הימנותא ליתא אלא בבן שנולד מאשתו בהיא האמינתו תורה שיכירנו לאחרים הואיל ומאשתו ומארוסתו נולד ומסתמא דמילתא הוא דלשדייה בתריה, וכשהוא אומר דלאו מיניה הוא וממזר הוא מהימן [וכו'].

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ז) המעיין ברמב"ם יראה מפורש שבהלכות יא—יד מדבר על פנויה שנתעברה וכתב "אפילו אם אותו פלוני מודה – כשם" וכו', מפני ששם לא הוחזק כבנו. ומהלכה טו מדבר "אבל האב שהוחזק שזה בנו" – אז פועל דין "יכיר".

ולכן הסיכום העולה מכל האמור, לעניות דעתי, בשיטת הרמב"ם:

1. אשת איש וארוסה שהבעל אומר אינו בני נאמן והולד ממזר.

2. הוחזק שהוא בנו אפילו מפנויה נאמן שהולד ממזר.

3. אם ודאי שבא עליה ולא דיימא מאחרים הוא נאמן וזה מפסק הגמ' ביבמות כשלא דימא מעלמא ודימא מיניה כפי שפירוש שם בתוס' ודאי בא עליה לא חיישינן.

4. לגבי דין בכורה וירושה גם בלא הוחזק כבנו נאמן וזה חידוש התורה. ולכן פסק הרמב"ם בהלכות נחלות שיורשו גם בלא הוחזק. וכן הביא בבית יוסף (סימן רעז) {רעט} בשם הר"ן שאף האומר על מי שלא הוחזק כלל כבנו שהוא בנו נאמן להורישו נכסיו אפילו שיפטר {צ"ל: שיפלו} כאשר יגסוס – גם כן ראייה שדין הבכורה הוא שונה מהנאמנות לשאר דברים.

{ב.} דין המיוחדת:

והנה במקרה דנן לכאורה אחרי הנישואין האזרחיים יש לדון את האשה הנ"ל כמיוחדת לבועלה אבל לפני הנישואין האזרחיים השאלה מה מצב של האשה ביחס לבועל? והנה לפי דברי שניהם אחרי שטענו תחילה שלא חיו חיי אישות לפני הנישואין חזרו וטענו שחיו יחדיו אבל לא ממש התגוררו יחדיו ולקמן נבאר מה דין מיוחדת.

הנה כתב הרמ"א (סימן ד סעיף כו) "אפילו היתה מיוחדת לו – אינה נאמנת עליו". עיין בחלקת מחוקק (סעיף [קטן] כה) שהבין שדין זה מדובר אפילו שהבועל מודה. (יש לציין שהשולחן ערוך מדבר במודה שבא ולא מדבר במודה שזה בנו). והחלקת מחוקק מקשה על הרמ"א מהרא"ש (כלל פב) והרשב"א (סימן תרי) והרב המגיד (פרק ג מייבום).

בכל אופן יוצא לדעת החלקת מחוקק ברמ"א שאפילו במיוחדת ושניהם מודים הולד רק ספק. הסיבה [?] {משום} שאשה מזנה בודקת ומזנה, עיין שם.

בהגדרת 'מיוחדת' כתב החלקת מחוקק שם "כלומר שהיא פלגשו ובודאי בא עליה הרבה פעמים, אפילו הכי הוא ספק". הבית שמואל (ס"ק מב) חולק ואומר שבמודה לא חיישינן שמא זינתה עם אחר אלא מדובר באינו מודה! ועיין בסימן קנו (סעיף ט) ובבית שמואל (שם ס"ק [ק] יד–טו).

ומובא בתשובת הרא"ש (נכלל פב) שרוצה לומר דדעת הרמב"ם שבמיוחדת הרמב"ם מודה לו שנאמנת והוי ממזר ודאי וברמ"א הביא בשם יש אומרים – מרדכי פרק כיצד – שרק אם היו חבושיין בבית האסורין ודאי הוא ממנו ופוטרו מן היבום. והבית שמואל הביא דעת הנמוקי יוסף סוף [פרק] הבא על יבמתו {צ"ל: פרק אלמנה לכהן גדול (י"פ)} שאפילו מיוחדת לו חוששים שמא זינתה עם אחר.

ועיין נודע ביהודה (תניינא סימן לג) שכתב אודות שהיו מקושרים "בקשר אהבה" כמה שנים "ועתה הר[ת]ה לזנונים", שכתב ואף על פי שלא דיימא מעלמא כתב שלא תיפטר מחליצה לדעת הרמב"ם, אפילו לפי הרא"ש, כיון שבמקרה של הרא"ש המשרתת גרה בביתו כמה שנים, ובמקרה שלו לא היתה אפילו משודכת, "ואם כן אהבה קודמת {שם: הקדומה} היתה אהבת זנונים ומי

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יודע כמה זרים אהבה". ודוקא הרמ"א מדבר {צ"ל: והרמ"א מדבר דווקא} בגרה בתוך ביתו, עיין שם, ועוד שכתב שכדי לפוטרה מחליצה לכולי עלמא צריך שראינו ודאי שבא עליה, עיין שם.

ועיין בפתחי תשובה (קנו ס"ק כג).

ונראה לעניות דעתי שכל הסברות הנ"ל – אם הם מועילות שלא יפטור מחליצה – ודאי דליכא לשווי ודאי ממזר.

ועיין עוד אוצר הפוסקים (סימן ד סעיף כו אות קט [ס"ק ד] מהי 'מיוחדת', שמביא בשם השיבת ציון (סימן 10) שלנמוקי יוסף צריך לחלק בין פלגש הגרה בביתו, שאז אם אומר "זה בני וממזר" נאמן, וזה הפירוש ברישא של המשנה "זה בני ממזר" – נאמן, שפרש שם רש"י ש"זה בני מחייבי כריתות". אבל בזונה ופילגש שאינה בביתו – בזה סבירא ליה להנמוקי יוסף שחיישינן "כשם", וכן חילק לשיטת הרמב"ם.

ועוד הביא שם בשם שו"ת [חו"ט] השני (סימן יח) ש'מיוחדת לו' היינו שרגילה עמו בפירסום ואינה בושה שאם {צ"ל: אם} יתפסו, ורוב בעילות בתר ידיה.

וכן בכתב סופר (סימן לב) משמע שעיקר הענין שתהיה גרה בביתו.

אם כן, מכל האמור: לכאורה בנידון דידן שטען שעד הנישואין האזרחיים לא גרו יחד בבית, ואף רצו לטעון תחילה שלא בא עליה לפני הנישואין האזרחיים, ואין ספק שהתביישו בדבר – הרי שקשה לתת להאי איתתא דין מיוחדת לו לפחות לפי הרמב"ם והנימוקי יוסף וגם לרא"ש לכאורה צריך שתגור בדירתו תדיר.

והנה לכאורה בתחילה רצו לאמר שנכנסה להריון אחרי הנישואין האזרחיים, ואולם לאחר שבית דין הראה להם שמתאריך הנישואין האזרחיים עברו רק חודשיים {7 חודשים} אמרו שכשנשא היתה כבר בהריון, וכמובן {וכיוון} שאנו גם הולכים אחרי דין שרוב נשים לט' ילדן, ואם כן הולד יהיה ספק ממזר (= כיוון שרוב לט' ילדן יש לקבל את הגרסה שלפיה הייתה מעוברת לפני הנישואין, ואזי – כיוון שאין דינה כמיוחדת, לפי הנ"ל – ממילא יש כאן רק ספק שמא הוולד ממנו וממזר הוא. י"פ).

יש להעיר בתשובת הרא"ש (כלל פב) שכתב בתחילת התשובה שהסוגיה בבבא בתרא (קלד) "האומר 'זה בני' – נאמן" מדובר בבא ממדינת הים, ולרבי יהודה – לגבי ירושה – נאמן מדין יכיר, ולרבנן – (=לגבי ירושה – רק) במגו (=ולכן) רק לגבי נכסים שישנם בעין, ולענין יבום הואיל ובידו לפוטרה בגט. ומשמע שאף לרבי יהודה לא יועיל יכיר (והסברה {והסיבה} – יתכן כפי שבארנו לעיל בשיטת האמרי משה):

אם כן, מאי קשיא לו על הרמב"ם מיבום מדוע לא נאמן (=מה קשה לרא"ש בסוף אותה תשובה על הרמב"ם, שכתב שהבא על הפנויה והוא והיא מודים שהוולד ממנו – נאמן לירושה ואינו נאמן לפוטרה מן החליצה, והקשה הרא"ש מאי שנא הא מהא, ואם משום מיגו – לענין חליצה נמי יש לו מיגו שיכול לפוטרה בגט. ומאי קשיא ליה, מאחר) שברמב"ם מדובר שלא הוחזק כבנו ואין לו מיגו (= שכן ביאר הרא"ש שם בתחילת התשובה ש'מיגו' מועיל רק בבא ממדינת הים ואומר "זה בני מאשתי" – שאנו לא יודעים כלום – אבל הוא מכיר ויודע ואנו מניחים שאצלו אכן מוחזק הבן כבנו בוודאי, מה שאין כן בבא על הפנויה, שגם הוא אינו יודע בוודאות שלא נבעלה גם לאחר, אלא שאומר 'בדדמי', ומיגו מועיל רק כשאומר על יסוד ידיעה אמיתית – מבחינתו) ולכן לא נפטרת מן החליצה,

ומה שהקשה מאי שנא מיבום(?) {כלומר מאי שנא ירושה מיבום} – כבר בארנו שגם הרא"ש לכאורה מודה דשאני (=שמשמעות דבריו בתחילת התשובה שלגבי

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ירושה מועיל 'כיר' באופן גורף – והוצע לעיל שאולי ביאור הדבר הוא על פי האמרי משה – מה שאין כן לגבי יבום וחליצה או דינים אחרים}.

ובשיטת הרמב"ם לכאורה כתב מפורש הרשב"ם שם (בכבא בתרא קלד, ב) שלא שייך 'כיר', מכיון שיכיר מועיל רק כאשר אנו יודעים שהוא בנו ורק לא ידוע לנו שהוא בכור. וכבר בארנו שהרמב"ם כתב דין יכיר במי שהוחזק כבנו (ואף על פי שיש הרוצים ללמוד בשיטת הרשב"ם שיכיר זה דווקא כאשר הוא נשאר בנו).

{ג. [מה דין הולד שלא מכוח דבריהם, מדין שתוקי]}

א) הנודע ביהודה (קמא סימן ז) מחדש את העקרונות הבאים:

א. שתוקי זה דווקא בשותקת ומתוך שאתה דן על האם ולגבי האם יש ספק – שמא היא הלכה או {אל} הפסול וכל קבוע כמחצה על מחצה. אבל אם אין נפקא מינה כלפי האם, כגון במתה, הרי אתה מכשיר את השתוקי ברוב אחד.

ב. האשה נאמנת לאמר "לכשר נבעלתי" ברוב פסולים, למרות שרוב לא מועיל בלא דיבורא {=ברוב כשרים, מכל מקום להפך – דיבורא בלי רוב, ואף נגד רוב – מהני} מפני ש"לכשר נבעלתי" מועילה {=מסייעת} חזקת אשה בודקת ומזנה. אבל בשותקת – זאת אומרת: אומרת "איני יודעת", או קטנה או אנוסה או אילמת – אין חזקת בודקת ומזנה ולכן גם ברוב כשרים פסולה.

אבל אם לא בדקו את האם ומתה הרי הרוב עם חזקת בודקת ומזנה מועיל.

יסוד הסברא שכאשר אין נפקא מינה כלפי האם והדיון הוא רק כלפי הבן, הרי לבן יש דין פירש וכל דפריש מרובא פריש, ואין בעיה של ספק של כל קבוע כמחצה על מחצה.

נוסף לרוב יש ספק ספקא – ודין ספק ספקא הוא כרוב ולא גרע מרוב (תשובות הרשב"א סימן תא) – ספק נבעלה לכשר או לפסול, ואם תמצוי לומר לפסול: ספק נבעלה לגוי. והספק גם מתהפך: ספק לנכרי ספק, לישראל ואם תמצוי לומר לישראל: ספק לכשר.

ובתרי רובי לרוב השיטות אפילו בלי ברי שלה לכתחילה מותר. עיין בית שמואל (סימן ו ס"ק לא), ואפילו לרמב"ם – לשיטת הבית יוסף בדיעבד מותר, ודין הולד הרי הוא כדיעבד לכולי עלמא.

ואפילו במחלוקת הרמב"ם והטור (סימן ו סעיף יח): לטור באיכא תרי רובי לא חוששים שמא הלכה היא אליו, ואפילו לרמב"ם שחוששים – במקרה שדנים רק לגבי הולד הרי שיש לו דין 'פירש', שכל דפריש מרובא פריש, ולא איכפת לן אם אזלא איהי לגביה!

הקשה הנודע ביהודה: אם כן, לכאורה באיזה מקרה המשנה אומרת ששתוקי פסול, הרי אם מספיק {הרי מספיק} שיש נוכרי אחד כבר יש לנו ספק ספקא, כפי שבארנו לעיל. ועונה הנודע ביהודה שהרי רוב לא מספיק כפי שאמר לעיל רק ביחד עם חזקת בודקת ומזנה {=והוא הדין לספק ספקא שלא יועיל בלי חזקה זו} ובשותקת אין חזקת בודקת ומזנה כפי שהסביר לעיל.

אבל קשה, שלכאורה כל זה נכון בעיר שרוב פסולים. אבל בעיר שרובה כשרים, וכך כתוב בגמרא (=בקיודשין דף עג) ששתוקי אסור גם ברוב כשרים, ולכאורה הרי בדרך כלל יש גם נכרי {=כשיש ספק ספקא שדינו כרוב ובנוסף לזה יש גם רוב כשרים הרי כאן "תרי רובי" ותרי רובי מועיל גם בשותקת, ומה הרוויח הנודע ביהודה בתירוצו שספק ספקא לבדו – כמו רוב לבדו – לא מהני בשותקת, הרי סוף סוף תרי רובי מהני בשותקת ולסברתו שאם יש נכרי בעיר הווי כספק ספקא וכרוב, אם כן הוא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הדין שכשיש רוב כשרים וגם נכרי הווי כתרי רובי (י"פ) ? ואם כן צריך לדחוק שהמשנה מדברת ברוב כשרים ואין גוי. ועדיין צריך עיון.

{ולעניות דעתי אפשר ליישב בפשטות שאי אפשר לעשות "כלאים" מדין ספק ספקא ומדין "רוב" וליצור "תרי רובי" – ספק ספקא דינו כרוב אבל אינו רוב אמיתי, ולפחות לא במקרה ששני הספקות אינם שקולים וכגון נידון זה עצמו שיש נכרי אחד בעיר שספק נכרי ודאי אינו שקול כנגד ספק ישראל שהוא רוב. כלומר: אומנם יש לספק ספקא דין כשל רוב אבל אי אפשר לצרפו עם רוב גמור וליצור "תרי רובי" כיוון שמצד דיני רוב ומיעוט הרגילים היה לנו להתייחס לאחד הספקות כמוכרע. (י"פ)}

ב) עיין בבית מאיר (סימן ד סעיף כו) שדוחה דברי הנודע ביהודה הנ"ל וכתב דהוה כשגגה היוצאת מלפני השליט, וכן חלק השב שמעתתא (שמעתתא ב פרק כב) וכתב שהנודע ביהודה הוא נגד כל הפוסקים, ואין להכשיר ברוב כשרים בלא נבדקה אימו.

אלא מסקנת שניהם כאחד היא שבלא נבדקה אימו בעינן תרי רובי.

ג) אם כן {לכאורה צ"ל: "אכן" או "מכל מקום"} לכאורה במקרה דנן דאיכא תרי רובי – רוב העיר כשרים, ורוב הבאים לעיר כשרים הינה {הינם} תרי רובי (אמנם לרמב"ם זה לא נקרא תרי רובי, רק לשיטת הטור).

אבל {אף} יש להוסיף שיתכן וכאשר לא הוחזק ממזר בעיר לא חיישינן לקרובים – עיין ב[---] {לפי ההקשר ייתכן: ב"ש {הבית שמואל (סימן ו ס"ק לא הנ"ל וכן שם בס"ק לג ומפורש יותר בדבריו בסימן ד ס"ק לט וס"ק מג) אכן נוקט שרק כשידוע שיש פסול בעיר צריכים תרי רובי} {הנ"ל, ובבית מאיר הנ"ל ושב שמעתתא {=הנ"ל}, בניגוד לנימוקי יוסף סוף פרק אלמנה שחושש לקרובים.

ואם כן בזמן הזה, שאין נתינים, ו{=כשאינן גם} ממזרים (אם לא הוחזקו) ומספיק רוב כשרים אחד.

ד) אבל עיין בערוך השולחן (סימן לד) שלא חוששים לקרובים {= היינו}: א. שאין מצוי זנות עם הקרובים; ב. כל קרוב {= מסוים} הוא בחזקת כשרות, אבל כשהיא חשודה מקרוב יש לחשוש. אם כן, במקרה דנן הרי שניהם מודים שנבעלו אחד לשני ונישאו בנישואין אזרחיים, הרי שיש לחשוש לקרוב ונצטרך לשני רובים, ונשאלת השאלה האם יועילו תרי רובי !!

ועיין בשיבת ציון (סוף תשובה זו) שכתב בעובדא דידיה שאין לתלות ברוב כשרים כאשר שניהם מודים ויש רגלים לדבר שנבעלה לאחי בעלה והיתה דיימא מיניה ולא דיימא מעלמא, ולא שייך לאמר דאזלינן בתר רובא דעלמא. וראיתו מפנויה שנתעברה ברוב פסולים ואומרת "לכשר נבעלתי" {=שנאמנת} ורק לכתחילה לא תנשא לכהן, ואם לקולא אומרים שהולכים בתר דיבורא – קל וחומר לחומרא. שאומרת שמפלוני נבעלה והוא פסול ודיימא מיניה. לא נלך אחרי רוב כשרים.

ה) ולכאורה דברי השיבת ציון הנ"ל קשים ביותר:

בשלמא סברתו שבדיימא מיניה ולא מעלמא ויש רגליים לדבר וכו' לא תולים ברוב זו סברא חזקה. ואולם הקל וחומר שברוב פסולים נאמנת להכשיר – אם כן, קל וחומר להחמיר ברוב כשרים נאמנת לפסול – דברים אלו הם בניגוד למגיד משנה (פרק טו {=מהלכות איסורי ביאה} הלכה יא {צ"ל: הלכה יב}) והסברא שלו, שכתב וזו לשונו:

ומה שכתב רבנו שאפילו היא אומרת "לפלוני ממזר נבעלתי" היא {הוא} מפני שאין האשה נאמנת לפסול אלא האב בלבד [...]. ואף על פי שנאמנת להכשיר והיה נראה שכל שכן לפסול [סברת השיבת ציון]

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

— לא היא, דלהכשיר דבר תורה אין אנו צריכים לה, דהא מדינא לא היא אלא ספק ממזר וספק ממזר מן התורה מותר גמור לבוא בקהל אלא דרבנן גזרו עליהם,

וכו' — עיין שם. {=וממשיך:}

וזה שלא אמרו בגמרא {לפנינו במגיד משנה: שבגמרא לא אמרו} שבודקין את אמו "ואומרת 'לפסול' או 'לכשר נבעלתי' {לפנינו: "אם אמרה 'לפסול נבעלתי' או 'לכשר' — נאמנת", ולא הזכירו אלא "אומרת 'לכשר נבעלתי'". וכן {לא ברור, ולפנינו במגיד משנה: ולפי זה} הירושלמי {בירושלמי [כתובות פרק א, סוף הלכה ט?]} שאמר {ב} מדברת ואומרת "איני יודעת" — הוא הדין דהוה מצי למנקט "לפסול נבעלתי" — הולד שתוקי, אלא אורחא דמילתא נקט.

הא חזינן מפורש במקרה דנן לפחות (דרוב כשרים) והאשה אומרת לפסול נבעלתי לא נאמנת אלא למישוי שתוקי.

(והא דנאמנת ברוב פסולים לאמר לכשר נבעלתי יש להסביר על פי דברי השב שמעתתא (שמעתתא א פרק א) או כסברת הפני יהודע שלשיטת הרמב"ם שספק מותר מן התורה, בספק ממזר התירו גם ברוב פסולים, או כסברת הפרי חדש שהתירו ספק ממזר גם נגד חזקה. ובמקרה דנן מול רוב פסולים יש חזקת כשרות ובודקת ומזנה וכו'. עיין בשב שמעתתא (שמעתתא ב [פרק] יז בד"ה ולכן נראה לענ"ד ובפרקים יד-טז)).

{ד. [לעניין דלעיל — נאמנות האיש מדין 'יכיר']}

והנה יש לנו להביא ראיה שכאשר היכיר שלא ברור שאין הוא יכול לדעת אין דין יכיר. ועיין ב[שו"ת] רבי עקיבא איגר (תשובה קכח ו[תשובה] קו) שכתב בדברי הרב המגיד שם ברמב"ם (טו, יב) "ואפילו אותו פלוני מודה" — "דשמא זינתה עם אחר והוא לא ידע ואין זה אב שיהא לו היכר וחשש זה כבר נזכר בגמרא כיוצא בו":

ולזה אמרתי דכוונת הרב המגיד: כיון שהחשש זה נזכר בגמרא ונהי דלדינא לא חיישינן שכן {לכך} מכל מקום זהו רק בידעינן שבא עליה. אבל על ידי הודאתו אינו נאמן בכך, כיון דלפי הודאתו יש על כל פנים אפשרות דאפקרה לאחרים, דהא חשש זה נזכר בגמרא, ואם כן לא מקרי הכרה ברורה ואינו נאמן.

וכן כתב בארוכה בתשובה קו בסופה, שכתב:

שאפילו {לפנינו: שאף} לרשב"א דסבירא ליה בבירור בדיימא מיניה ולא דיימא מעלמא לא אמרינן 'מדאפקרא', מכל מקום בארוסה או פנויה שראינו ממנו כיעור — זהו אפילו בכיעורים גדולים, ואפילו להר"מ בשאלתות שמפקינן לה מבעלה מכל מקום הולד רק ספק.

וכתב עוד (ד"ה ו [א] דאיירי בזה אזכיר):

[...] במה שנתחבטו האחרונים בדברי הרמב"ם [הלכות איסורי ביאה פרק טו הלכה יב] ושולחן ערוך (סימן ד [סעיף] כו) "אפילו אם מודה אותו פלוני כשם שזינתה אם זה כן זינתה עם אחר" — הא בדרבנן פסק הרמב"ם דלא אמרינן 'מדאפקרה' בלא דיימא מעלמא [...] ואמרתי [...] היכא דאיכא עדים דבא עליה הממזר לא חיישינן 'מדאפקרה' בדלא דיימא מעלמא, אבל {לפנינו: אלא} בדליכא עדים, רק הוא מודה, בזה [כיון ד] על כל פנים איתא [ל]חששא לענין דאורייתא דאפקרה, ממילא ליכא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לדונו לאב בודאי ממזר {המילה "ממזר" נראית כפליטת קולמוס – ולפנינו בדברי רבי עקיבא איגר ליתא – האב בנידונו היה אכן ודאי ממזר, אלא ד"ליכא לדונו לאב בודאי" וממילא ליכא למידן את הבן כממזר ודאי (י"פ)} שמה שאומר "זה בני" אינו בירור גמור {לפנינו: אינו אומרו בבירור גמור שהוא אביו (י"פ)} ובכהאי גוונא לא האמינתו תורה, ואינו בכלל יכיר [...] וביותר נראה לי אף לפוסקים שבדאורייתא דבלא דיימא {מעלמא} לא חיישינן [...]. אבל מכל מקום אינו בכלל יכיר.

(היה צורך לעמול קשה לפענח את כתב היד במקומות מסוימים. בעזרת ה' כמדומני שהצלחתי כמעט לגמרי, אך נשארר כמה מקומות עם סימני שאלה. מ"א)

עכ"ל טיוטת פסק הדין שכתב הרב איגרא (החתום מטה) אז.

וכאמור כתב (בראש העמוד הראשון): "סיכום: לאור כל הכתוב אין בכוחי להתיר את המבקשת לבוא בקהל וזכותה לפנות לעליון, אולי מהם תצמח הישועה."

במסמך נוסף כתב:

לאחר העיון בחומר ולאור חומר המקרה והעיון יש לעשות הכל כדי לנסות ולבדוק ולמצוא פתח להנ"ל.

יסוד לנאמנות האשה והבועל לשינוי טענותיהם בניגוד למסמכים, שמהם משמע שהיו נשואים נישואין אזרחיים עוד לפני שנולדה הבת, כשהיתה האשה בהיריון. ולפי זה בקשת עורך הדין והתאריכים הם שקריים ועורך הדין שכתב זאת זייף תאריך. לכן יש להזמין את עו"ד [ב'] לעדות בבית הדין, וזאת לפני האשה שגם תוזמן עם בועלה.

בהחלטה מיום י' בסיוון תשנ"א (23.5.1991) ביקש בית הדין מהמזכיר להזמין את עו"ד [ב'] לעדות בבית הדין, אך זה השיב שבלי ויתור סודיות מהצדדים אין טעם להזמין.

בית הדין נתן החלטה ביום ח' באלול תשנ"א (18.8.91) למר [פלוני] וגב' [אלמונית] שעליהם לחתום על הסרת החיסיון מהמסמכים או כל מידע שיש לעו"ד [ב'] בקשר ליוחסין של [פלונית], ושלאחר שיחתמו הוא יוזמן להמשך הטיפול בתיק.

בזה תם ונשלם התיק הישן.

הערעור

עתה בא התיק לפנינו בערעור על דברי בית דין קמא ועיקר הספק שיש עלינו לברר הוא אם כיוון שיש יסוד סביר שגם בעדותם הראשונה שנאמרה לבית הדין לאחר עשרים שנה נמצאו דברי [אלמונית] ו[פלוני] אינם מכוונים זה לזה, ולא מתאימים למסמכים שהציגו, וכן נתעורר חשד סביר שתעודת הנישואין נוצרה לאחר זמן עם תאריך מוקדם, ועינינו רואות שנעשו שינויים גם במסמך הלידה ותעודת הלידה כדי להתאימם לרצונם, האם ניתן למצוא בזה איזה פתח להיתר.

טענות הערעור

1. ישנה תשתית משפטית איתנה לחזור ולדון במה שכבר דנו ולנסות ולמצוא היתר, ובפרט שכרגע ישנם ילדים הטוענים לכשרותם שלא היו בעולם בעת הדיון הראשון.

2. בית הדין האזורי עצמו הפנה את הטוענים לבית הדין הגדול.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

3. נישואין אזרחיים בהתכתבות אינם תקפים, עורך הדין לא היה מומחה ולא מצא תיעוד להם ויש ספק שמא הנתונים זויפו. ממילא: אם האם הייתה פנויה ייתכן שהרתה לאדם אחר ולא למר [פלוגי].

4. בית הדין לא חקר את העדויות על כך שגם קידושי [אלמוני] ו[אלמונית] מוטלים בספק לאור עדות האחים.

5. מפסק דין של הראשון לציון (בתיק אחר, צורף) עולה כי אין נאמנות לאם ולגיס לומר שהבת נולדה ממנו גם לו הייתה מיוחדת לו ונשואה לו בנישואין אזרחיים, וכשם שזינתה מזה כך זינתה עם אחר וישנו גם ספק שמא נתעברה מגוי.

דיון והכרעה

הערה מקדימה

קודם שנדון נציין כי (כאמור) אחד מחברי ההרכב החתום מטה (הרב איגרא) ישב בזמנו בתיק זה בהרכב בית הדין האזורי והבאנו את דבריו שם, שבהם כתב כמה נימוקים להתיר, לפיכך לכאורה אין מקום לישיבתו בדין בערעור זה. אך להלן יובא כי הדיון בהרכב הנוכחי הוא לגבי היתר ילדי המבקשת לבוא בקהל ובזה לא דן בית הדין קמא. לכן אם תרצה המבקשת היתר נישואין לעצמה תוגש בקשה לדיון שתועבר להרכב אחר.

הטענות בהליך בית הדין האזורי והמסקנות מהן

בבואנו לדון על מקרה זה נצטט תחילה ביתר דיוק את הדברים שנאמרו בבית הדין בהופעתם הראשונה [של אלמונית ופלוגי] בו, לפי הפרוטוקול:

ביום ג' בתמוז תש"ן נכתב בפרוטוקול:

האמא מוסרת שהתחתנה עם אח של בעלה הראשון כבר אחרי שנתיים ממותו "ומזמן שנשאתי איתו נכנסתי להריון מייד, ההריון היה לפני הנישואין האזרחיים". האח השני של המנוח, שהתחתנה אתו, היה מבקר אצלם הרבה "וכשנכנסתי להריון הלכתי" (?) "כששחררתי את הבת מבית חולים היה רשום שהאב שלה זה האח השני של המנוח".

הגיס מוסר שבשנת 70 נכנס לגור איתה בדירה. התחתנו אזרחית בשנת 70 והבת נולדה בשנת 71 אחרי שהתחתנו אזרחית "אז עברתי לגור עם האשה". מוסר שלפני הנישואין אזרחיים לא גר איתה ולכפני כן לא גר איתה.

מוסר: "מיד אחרי הנישואין אזרחיים נכנסה אשתו להריון".

אחר כך נכתב:

אחר כך הוא מוסר כי גר עם אשתו ד' חודשים לפני הנישואין האזרחיים אבל לא חי חיי אישות מלא. אחר כך אומר שיכול להיות שבכל זאת חי חיי אישות ואחר כך נזכר שנכנסה להריון חדשיים לפני הנישואין האזרחיים והלכו להירשם מהר אזרחית כי היה הריון.

בגרסתם זו ישנם דברים שבוודאי אינם נכונים, כמו אמירת [אלמונית] כי נישאה שנתיים אחר מות בעלה (תאריך פטירת בעלה הוא בטבת תשכ"ז – דצמבר 1966, והתאריך באישור הנישואין הוא בכסלו תשל"א – דצמבר 1970) וכן מה שאמרה כי כששחררה את הבת מבית החולים היה רשום שהאב הוא אחי בעלה – דבר שמוכח מבקשתם המאוחרת למשרד הפנים שאינו נכון. כך גם הרישום בתעודת

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

השחרור והלידה אינו נכון. בעניין זה גם [פלוני] לא אמר אמת כשהעיד שבתעודת הלידה טעו בשם האב ולכן תיקנו, וכי בתעודת השחרור נרשם שמו מיידית. כמו כן בעדותו אמר תחילה שההיריון היה לאחר הנישואין האזרחיים, כשהחלו לגור יחדיו, זאת למרות שהמסמך שמסר על הנישואין היה רק שבעה חודשים לפני הלידה, ואז שינה גירסה וטען שהחל לגור עם אשתו לפני הנישואין אך לא חי איתה חיי אישות מלאים, ושוב שינה גרסתו וטען שכנראה שחי חיי אישות ונכנסה להיריון לפני הנישואין.

דבריה בגרסתה הראשונה שפנתה לרבנות [...] להרשם לנישואין [פלוני] וסורבה אושרו בשיחה עם רב העיר [...] אך אין רישום של תאריך הפנייה.

אין ספק שבית הדין האזורי לא יכול היה להסתמך על מכתביהם המאוחרים של [אלמונית] וגיסה שהרי הם מכחישים את עדותם בבית הדין לחלוטין ולא רק מוסיפים עליה, והם נכתבו לאחר שידעו שבית הדין לא מתיר את המבקשת. [אלמונית] ו[פלוני] אמרו בפירוש בעדותם הראשונה בבית הדין וגם בשנייה כי לא היו קשרים אחרים אלא רק ביניהם ושהקשר התחיל לפני ההיריון ואפילו פנו לרבנות ולכן הבת היא בתם "במאה אחוז". ניכר כי כל דבריהם שלאחר עדותם הם לאחר ש"למדו לשונם לדבר שקר" ולכן כל גרסתם המאוחרת אינה קבילה, ורשאי היה בית הדין האזורי שלא להתייחס אליה כלל ולא לחקור אותה בפרט שהגרסה החדשה לא מסרה שום שם של אדם נוסף שיכול להעיד על כך, וטענתה של [אלמונית] שאינה יודעת במי מדובר אינה מאפשרת לאמת או לעמת את גרסתה.

גם טענתה שפנו לרבנות וסורבו עוד לפני ההיריון – ספק כמה אמת יש בה, שאחר שוודאי הסבירו להם ברבנות שאסור להם להינשא ואת חומרת האיסור של נישואי אשת אח, קשה להאמין שבכל זאת התעקשו להמשיך להיות בקשר ולהרות ילדה באיסור במזיד. סביר יותר שרק אחר שנתגלה ההיריון ביקשו למצוא 'הורה' רשמי לעובר שירשם ברישום החוקי ולכן ניסו ברבנות, ומשסורבו פעלו באמצעות עורך הדין באזרחות. יצוין כי בדיונים ובתסקיר לא מוזכר שההיריון נוצר 'בטעות' וכדומה.

על כל פנים בדברי [אלמונית] ו[פלוני] (שבאו לבית הדין לאחר עשרים שנה) לא נאמר שגרו יחדיו כזוג לפני הוריית הקטינה, וגם לא נאמר לפני הנישואין האזרחיים.

משום כך לא סמך בית הדין האזורי על דברי האם והגיס המאוחרים, ולא מצא היתר בדבריהם ואף לא לחקור את מי שאינם עוד בעולם.

נציין גם כי:

א. לבקשת בית הדין בירר הרב של [...] כי [אלמונית] ו[פלוני] הוחזקו כאחים בעיר.

ב. מנישואי [אלמונית] ו[אלמונית] שהיו במרוקו יש לנו את הכתובה עם שמות העדים ולכן מסתבר שמדובר בחתונה יהודית כדת משה וישראל. סיפורם של האחים לגבי נישואי [אלמונית] ו[אלמונית] שהעידו מה שראו בקטנותם וסופר לאחר כשישים שנה גם הוא אינו מעלה אפשרות ליצור ספק. חלילה לנו להטיל ספק בהמוני בית ישראל שחיו במרוקו לכל הפחות כמסורתיים ועלו משם והוחזקו ככשרים.

נציין עוד כי הדיון בבית הדין באותם ימים היה אם לאפשר למבקשת להינשא לאדם כשר כדת משה וישראל, ולזה לא מצאו היתר. המבקשת לא שעתה לאיסור הנישואין, ובכל זאת חיה עם האדם הכשר וילדה ארבעה ילדים, ועתה לא מבוקש להתיר את נשואיה האזרחיים, אלא למצוא היתר לילדיה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

נמצא שהעובדות העומדות לפנינו מן המסמכים לנסיבות לידת הבת ללא הסתמכות על עדות האם והגיס הן:

1. בזמן הלידה לא נרשם שם האב וגם לא חמישה שבועות לאחר מכן.
2. שם הגיס נוסף בכתב יד שלא במקור (שהרי מסתמא הוסיפוהו לאחר הסכמת משרד הפנים או בזיוף בהודעה על הלידה, וכן לא נרשם תחילה בתעודת הלידה שניתנה זמן מה לאחר מכן).
3. אין מידע ולא עדות על המועד המדויק שבו החלו האם והגיס לחיות כבני זוג. מועד הנישואים האזרחיים בהתכתבות עם חו"ל בין האם והגיס – אף שהוא מצוין במסמך, הרי הוא מאוחר למועד שבו הרתה האם את הקטינה. נזכיר כי הועלה חשד שהמסמך נכתב במועד מאוחר ללידה ונכתב על תאריך מוקדם יותר כדי שיוכלו לומר למשרד הפנים שבעת הלידה הגיס כבר היה נשוי לאם. חשד זה נבע גם מהסתירות בהצהרותיהם בבית הדין, גם מסירוב עורך הדין להעיד ללא רשות האם והגיס ומאי חתימתם שלהם על הסרת חיסיון.
4. לפי ציטוט הפרוטוקול את דברי [אלמונית] ו[פלונני] הראשונים, הם לא חיו יחד לפני ההיריון אלא ש'היה מבקר לפעמים' בשביל לעזור.
5. נציין גם את העובדה שהגיס, שהוא יליד שנת 1950, היה בזמן ההיריון חייל כבן עשרים, ומסתבר שרוב זמנו שהה בצבא, כשהאישה הייתה כבר כבת ארבעים וגידלה בביתה שישה ילדים.

ניתן להסיק כי:

1. אין ראיה ברורה על טיב הקשר של האם עם הגיס בזמן שקדם ללידה ובלידה עצמה, וגם בציטוט מדבריהם לא מוזכר שהייתה 'מיוחדת לו' באותו זמן ולא שידעו אחרים על הקשר ביניהם וש'דיימא מיניה', לפני שגילתה האם את ההיריון בעצמה.
2. יש רגליים לדבר שהיו זיופים והגרסה נוצרה בדיעבד כדי 'ליצור' לוולד שכבר נוצר, או אף נולד, שם אב.
3. האם, בשעת עדותה, כבר הייתה מוחזקת כ'רשעה' שהרי ידוע לכול שחיה עם גיסה באיסור ערווה, ומאידך גיסא אף שהרתה בעודה פנויה לא הוחזק שהייתה עם הגיס בשעת ההיריון. זאת מלבד שאין נאמנות לאם להעיד ולומר "לפסול נבעלתי" ולפסול את הוולד, גם כשמדובר על אישה שהוחזקה בכשרות.
4. גם הגיס הוחזק בשעת עדותו כרשע החי עם אשת אחריו, ומאידך גיסא לא הוחזק בשעת ההיריון כבן זוג של האם ולא כאבי הילדה.
5. אין משמעות ל'חזקה' 'שהחזיקו' בני הזוג את המבקשת כ'בתם' כל עוד החזקה נסמכת על דבריהם שלא היו מתקבלים בבית דין, ושייתכן שהיו להם מניעים אחרים לאומרם.

השאלות לדיון נוכח המסקנות האמורות

לאור מסקנות עובדתיות אלו עלינו לברר מה דין קטינה שנולדה לאם שטוענת "לפסול נבעלתי" והוא מודה לה, ואף אם אין נאמנים – אם יהיה דינה כקטינה שאביה לא ידוע לנו שדינה כשתוקית.

לצורך בירור זה נקדים את ההנחות הבאות:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

א. כאמור לעיל האם התאלמנה והוחזקה כפנויה עד שהרתה את הבת. גם לאחר מכן עבר זמן עד שנטען ופורסם שהאם והגיס חיים כבני זוג.

ב. בעיר מגורי האם [...] לא נודע על פסול יוחסין שהיה קבוע בה באותו זמן (מלבד קרובים), והיה קיים מצב של 'רוב כשרים אצלה', ויש לומר שאפילו 'תרי רובי', ואין מקום להחמיר מחשש 'קבוע'.

ג. הדיון הנוכחי אינו על האם, שאיננה, ולא על הבת שנולדה וחייה ללא נישואין כדת משה וישראל מאחר שלא קיבלה היתר לכך. הדיון הוא על הוולדות שנולדו לה ולבן זוגה.

נזכיר כי נכתבו נימוקים להתיר בהרכב קמא בדברי הרב איגרא, אך מסקנת בית הדין (אולי על פי הרוב) הייתה שלא להתיר. בדברינו ננסה להבין מדוע מסקנת בית הדין בהרכב קמא הייתה לאסור, ונרחיב גם בדברים שהביא הרב איגרא ובסברות נוספות להיתר.

האם חיי בני הזוג האסורים עם בתם 'משפחה' יוצרים 'חזקה' הפוסלת את בתם?

הרכב קמא הגדיר את האם 'מיוחדת' לגיס לא רק על פי עדותם המאוחרת אלא על פי דיבורם ומעשיהם שהיו בשנים שלאחר ההיריון והלידה, ולא מצא מקום להתיר. לכאורה צדק בכך, משום שהמקרה בא לפני בית הדין אחר שכבר הוחזקה הבת במשך שנים רבות כבתם של הללו לא רק בדיבור אלא גם במעשה ובחזקה יום-יומית, וכן הבת החזיקה אותם כהוריה לאורך כל השנים. כאשר הבת גדלה במשך שנים כבתם של הגיס והאם ו'הוחזקה' בכל הסביבה שהיא בתם ללא עוררין, ורק אחר כך התעורר ספק לגבי נסיבות הולדתה, לכאורה יש ב'חזקה' שהחזיקו אותה מגדליה וסביבתה משום בירור עצמאי שנולדה מהם, וכידוע גם לגבי יוחסין 'סוקלין' ושורפין על החזקות' (קדושין פ"א) לגבי מי שבאו ממדינת הים וילדיהם כרוכים אחריהם, שנחשבים כילדיהם לכל דבר לאחר שלושים יום. ואם כן לכאורה אף אם לא היו נאמנים באמירתם בפני בית הדין מכל מקום כיוון שקדמה לאמירתם חזקה במעשה ודיבור בפני אנשי העיר, הוי כאילו ידוע שנולדה מהם.

לפיכך נקדים לדון לגבי פסולי ערווה שהחזיקו את הוולד כבנם או כבתם, והוולד החזיק אותם כהוריו – אם אפשר למצוא היתר גם לאחר ה'חזקה' שהוחזקה.

בספר עיונים במשפט להגרר"ש שאנן זצ"ל (אבן העזר סימן ח) האריך בזה, שאין מקום להתיר את מי שהוחזקו במשך שנים כבניהם של אשת איש וכן זוגה השני מטעם זה ש'הוחזקו'. להעמדת טענתו במלוא חוזקה, הביא בעיונים למשפט מתשובת רדב"ז (חלק ד סימן קכ [אלף קצ]) שדן לגבי ירושת בן שנולד למוריש מפנויה שהייתה בביתו, והייתה לו גם בת שנולדה לו מאשתו, ונשאל האם הבן מהפנויה נחשב כבנו ודאי, וקודם ליורשו לפני הבת? ופסק בפשיטות שאף שלגבי מי שזינתה חיישינן שזינתה גם עם אחרים, מכל מקום כיוון שהבן הוחזק במשך השנים כבנו, והפרסום עוד עדיף על החזקה, לכן נחשב כוודאי בנו וקודם לבתו:

שאלה: אשה אלמנה שהייתה משרתת בבית ראובן, ופתה אותה ראובן ובא עליה, והביאה ממנו בן, ונתפרסם הדבר שהיה ממנו גם נתפרסם הדבר שבעודו בחיים היה זן אותו ואת אמו, ונפטר ראובן לבית עולמו פתע פתאום והניח בת מאשתו הנשואה וזה הבן הבא מפיתוי האלמנה – יורנו המורה מי הוא היורש [...]

תשובה: תנן פרק עשרה יוחסין:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מי שיצא הוא ואשתו למדינת הים ובא הוא ואשתו ובניו ואמר: "אשה שיצאתה עמי למדינת הים הרי היא זו ואלו הם בניה" – אין צריך להביא ראיה לא על האשה ולא על הבנים.

ואמרינן עלה בגמרא: "אמר רבה בר רב הונא: מתניתין דקתני 'אינו מביא ראיה על הבנים' בכרוכין אחריה וטעמא משום דבחזקת אמם הם ואין צריך ליחסם."

וגרסינן תו עלה: "אמר ריש לקיש: לא שנו", פירוש דסמכין אכרוכין, "אלא בקדשי הגבול, אבל ליוחסים לא. ורבי יוחנן אמר: אפילו ליוחסין" –

ואזדא רבי יוחנן לטעמיה דאמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן מלקין על החזקות ושורפין וסוקלין על החזקות. מלקין על החזקות כדרב יהודה [וכו'] שורפין וסוקלין על החזקות כדרבין בר רב הונא, דאמר רבין בר רב הונא: איש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו בתוך הבית נסקלין זה על זה ונשרפין זה על זה.

עד כאן בגמרא.

וקל וחומר הדברים: אם שורפין וסוקלין על החזקה כל שכן דיורשין בחזקה. והכי איתא בהדיא בתוספתא:

שנים שהיו באים ממדינת הים – אף על פי שמשאן ומתנן ומאכלן ומשקן כאחד מת אחד מהם אין חבירו יורשו. ואם היה נוהג עמו משום אחוה – יורשו.

עד כאן. ובפרק יש נוחלין [...] הילכך בנדון דידן נמי כיון שנתפרסם שהוא בנו של ראובן והיה נוהג עמו כבן להאכילו ולפרנסו ואת אמו אין לך חזקה גדולה מזו ויורש אותו. ואם מפני שהוא בן פנויה שלא על ידי חופה וקדושין אין בכך כלום, ולא יהיה אלא ממזר – יורש הוא את אביו, דקיימא לן שהוא בנו לכל דבר. וגדולה מזו כתב הרמב"ם ז"ל שאפילו בא על שפחתו והוליד ממנה בן והיה נוהג בו מנהג בנים – אם תלמיד חכם הוא או אדם כשר שהוא בדוק בדקדוקי מצות, הרי זה יירשנו. וכל שכן בנדון דידן שהבן הזה כשר לכל הדברים. ואם היתה נקבה מותרת לינשא לכהונה, דקיימא לן הבא על הפנויה ולדה כשר לכהונה, ואפילו הוא כהן.

מרוב פשיטות דבר זה צריך אני לחטט אחר הספק אשר נסתפק בעל השאלה, ובודאי דהכי קא מיבעיא להו: כיון שנבעלה בעילת זנות אמרינן "כמו שהפקירה עצמה לזה הפקירה עצמה לאחרים", וכיון שהבת ודאי יורשת וזה הבן ספק – לא אתי ספק ומוציא מידי ודאי.

ואם זה הוא הספק שנסתפק בעל השאלה אינו כלום מכמה טעמי: חדא, שהרי החזקה סילקה ספק זה. ותו, כיון שהיתה משרתת בביתו של ראובן אמרינן כאן נמצאו וכאן היו. ותו, כי כפי הנראה מהשאלה לא הייתה חשודה מאחרים. ותו, דלא קיימא לן כאביי דאמר בשילהי אלמנה לכהן גדול "מגו דאפקרה נפשה לגבי ארוס אפקרה נפשה לגבי עלמא", אלא כרבא, וכמו שנפרש לקמן בעזרת הא-ל. ואפילו אי הוה ידעינן בודאי שנבעלה לאחר אמרינן רוב בעילות אצל בעל הבית, שהיא אצלו, דמהאי טעמא אמרינן אשת איש שזינתה ובעלה עמה בעיר שדינן הולד בתר הבעל מפני שרוב בעילות אצלו ותלינן ביה.

וכן העלה הרא"ש ז"ל בתשובה סימן פ"ב בנדון כיוצא בזה בתר דשקיל וטרי טובא כתב וזו לשונו:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הילכך ללישנא בתרא אליבא דרבא אפילו דיימא מעלמא כלומר חשודה מעלמא בתריה דידיה שדינן ליה. ולאביי דוקא דלא דיימא מעלמא. ובנדון זה שהייתה האשה משרתתו בביתו ומיוחדת נראה דאפילו לאביי בתר דידיה שדינן ליה. וכן כתב רבינו שמשון ז"ל פרק קמא דכתובות שהקשה ב' מימרות להדדי ותירץ דהיא דפרק קמא דכתובות – האי דקאמר "מיניה" רצה לומר שהיה רגיל אצלה תמיד, הילכך שדינן רוב בעילות בתריה. והיא דפרק אלמנה איירי שאומר הארוס שלא בא עליה כי אם פעם אחת, הילכך אמרינן "מדאפקרא נפשה לגבי ארוס אפקרא נפשה לגבי עלמא", הילכך בנדון זה שדינן בתריה דידיה כיון שהיתה תדיר בביתו אף ללישנא קמא אליבא דאביי וכל שכן דקיימא לן כרבא וכלישנא בתרא.

עכ"ל. והוא הדין והוא הטעם בנדון דידן כיון שהיתה תמיד בביתו משרתת אותו, ועוד שלא היתה חשודה מאחרים – בתר דידיה שדינן ליה לכולי עלמא וכולהו לישני. ואם תקשה עלי שאותה תשובה של הרא"ש ז"ל לא איירי אלא במי שהודה שהוא בנו ויש עדים בדבר אבל בנדון דידן שמת ולא אמר כלום דילמא לא אמרה הרב ז"ל – הא לא קשיא, שהרי טעם נאמנותו באומר שהוא בנו הוי משום מגו דאי בעי יהיב ליה נכסיה, וכבר הוכיח הרא"ש ז"ל באותה תשובה שלא שייך הכא מגו, אם כן לא תלי טעמא בהודאתו שהוא בנו אלא טעמא הוי אי שדינן ליה בתר דידיה או לא. ומי שיעמוד על תשובתו יתברר לו זה יפה.

ותו דחזקה עדיפא מהודאתו, וכן נראה בהדיא מלשון הרמב"ם ז"ל שכתב:

מי שזינה עם אשה, בין פנויה בין אשת איש, ונתעברה, ואמר "זה העובר ממני", ואפילו היא מודה לו – אף על פי שהוא בנו לענין ירושה הרי זה ספק לענין יבום, כשם שזינתה עמו כך זינתה עם אחר, ומנין יודע הדבר שזה בנו? והרי אין לו חזקה אלא ספק הוא, ולהחמיר דנין בו וחולצת ולא מתייבמת.

עד כאן. הא קמן שאם היה לו חזקה פוטר מן החליצה ומן היבום ואסורה משום אשת אח מה שאין כן על פי דבורו שאומר זה בני. משמע דחזקה עדיפא מדבורו. ואף על גב שתמה עליו הרא"ש – לא על זה תמה, ועיינן שם.

וסוף לשון התשובה:

ואף לפי דבריו בנדון זה שהיתה מיוחדת לו בביתו דבכהאי גוונא לא קאמר שתחלוץ כי אף הוא לא כתב אלא זנות ואקראי בעלמא פנויה דומיא דאשת איש.

עד כאן. הא למדנו כי בנדון דידן אם לא היה לראובן זרע הבן הזה פוטר את אשתו מן החליצה ומן היבום ואין צריך לומר שיוורש אותו לכולי עלמא. ואם נסתפק להם דדילמא פרסום לא עדיף כי חזקה – אין מקום לזה הספק, דהא קיימא לן "הוחזקה נדה בשכנותיה – בעלה לוקה עליה", וכל שכן אם נתפרסם לכל שהיא נדה. ותו, דחזקה משכחת לה בלא פרסום, ופרסום לא משכחת לה בלא חזקה שקדמה לו. ותו, כי לשון פרסום לא יכול אלא על דבר ברור, ועל כן אמרו "למפורסמות אין צריך ראייה". ואם כן הדבר ברור כי הפרסום עדיף מחזקה.

עוד הביא בעיונים במשפט כיוצא בזה מתשובת חתם סופר (אבן העזר חלק א סימן עו) שמי שהוחזק כבנו של פלוני אינו יכול לטעון שהוא חורגו ולשאת את בת אביו, מפני החזקה, ואם כן

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לדעת העיונים במשפט אין להתיר את מי שהוחזקו כילדיהם של זוג שאסורים זה לזה באיסור ערוה.

'חזקה' המיוסדת על מעשים ללא עוררין מול 'חזקה' המיוסדת על טעות או אמירה ללא נאמנות
אלא שיש לחלק בזה בין 'חזקה' שנוסדה על סמך דבריהם ומעשיהם שנהגו כך ללא עוררין, לבין 'חזקה' שנוסדה על סמך הטעיה או על סמך דיבורים שלא היה להם יסוד.

על מקרים שידוע לנו על מה מיוסדת ה'חזקה', ומתברר שהיא נוסדה בטעות, כתב בשו"ת אגרות משה (אבן העזר חלק ג סימן ח) שאישה שנישאה בערכאות לקרוב מחייבי כריתות, ונולדה להם בת, וגידולה והחזיקה כבתם, וכשבא הדבר לפני בית הדין התברר ממסמכים שהאישה הרתה שישה חודשים לפני שנישאה לאותו פסול בערכאות, ופסק שלא נחשבת החזקה כאוסרת:

והחזקה שהיתה לעלמא שהוא אביה, מחמת שנשכח העובדא שהיתה כבר מעוברת ששה חדשים כשניסת לו או לא היה ידוע זה מעולם – הא בהכרח נתבטלה חזקה זו, דהבירור מהתעודות של שלטון העיר – כשליכא חשש זיוף, שהרי ודאי אפשר להשתדל שיראו בפנקסאות שנמצא שם משנה ההיא – הוא בירור גדול כעדים.

אך למרות 'מעשה רב' שלפנינו עדיין עלינו לבאר טעמו כי לכאורה אף שהחזקה נוצרה על ידי המגדלים, שהוכח שלא אמרו אמת על נסיבות לידת הבת, מכל מקום מדוע לא נאמר 'דל מהכא' אמירתם, והרי אם היו באים לפנינו בני זוג וילדה איתם, והם חיים כמשפחה ולא אומרים לנו דבר, ורק לאחר שהוחזקו כמשפחה היה מתברר שהיו אסורים זה על זה, מדוע לא הווי סגי ב'חזקה' שנוצרה כדי לפסול את ילדתם?

בקובץ תשובות לגרי"ש אלישיב (חלק א סימן קמא) מביא ראייה וטעם לחילוק זה מהרדב"ז עצמו, בתשובה אחרת. עיין שם שנשאל הגרי"ש אלישיב על מי שנולד לאישה נשואה שלא קיבלה גט מבעלה הראשון ונישאה לאחר וילדה בן תחת בעלה השני, אלא שעתה נודע שנתעברה קודם שנישאו, והאישה ובעלה השני אמרו שזה בנם וגדלוהו והחזיקוהו כבנם, ולכאורה 'דיימא מיניה ולא מעלמא'. וכתב הגרי"ש אלישיב להתיר, שכיוון שנתעברה קודם שנישאו ואפשר שזינתה גם עם אחר (והיא עיר שרובה עכו"ם) אינה נאמנת לפוסלו ולומר שהוא מזה

ומה שהוחזק כבנו, וקיימא לן "סוקלין ושורפיין על החזקות" – הרי כתב הרדב"ז (סימן תתקסא) **דכל שמקור החזקה הוא מכת ספק – לא הוה חזקה כדי לסקול עליה.**

סברת החילוק בין מקרה זה לתשובת הרדב"ז הקודמת שהבאנו לעיל מבוארת שם בדברי הרדב"ז בעצמו.

כך הם דבריו של הרדב"ז (בסימן תתקסא):

מעשה שהיה בלאה הפנויה שזנתה עם שמעון, ובזמן שהייתה עם שמעון אוכלת ומשתכרת היו שם גם כן חברת פריצים אחרים, ויצא עליה קלא דלא פסיק שהפקירה עצמה להם ולו ולאחרים, ונתעברה וילדה בן ותלתה עצמה בשמעון לומר שהוא בנו. ושמעון זה אומר כי מפחדו שלא יעלילו עליו בעכו"ם הוא מוכרח להודות שהוא בנו וקדשה וחזר וגרשה בזמן שהיתה מעוברת וגם נשאה בערכאות העכו"ם. ואומר שעשה כל זה מצד אונס ולא רצתה למול את הבן בזמנו ושהתה אותו קרוב לחדש ימים עד שרצה שמעון ללכת חוץ לעיר, ושם הוליכו את הבן ומלו אותו, והוציאו שמעון ובירך עליו והודה בפני כמה בני אדם שהוא בנו [...] אבל היכא דאינה חשודה עם אחרים,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יש להסתפק אי דמי לתרומה וליבוש וקטלינן ליה, או דילמא לא קטלינן ליה אלא בראיה ברורה, דאף על גב שזה גדל בחזקת שהוא בנו, וקיימא לן דסוקלין ושורפין על החזקות – הני מילי חזקה שלא באה מחמת ספק, כההיא דאמרינן "מעשה באשה אחת שבאת לירושלים ובנה מורכב על כתפה וגדלתו בחזקת שהוא בנה, ואחר כך בא עליה, וסקלוה" וכו'. אבל הכא, שהחזקה באתה מכח ספק, שלא גדל זה בחזקת שהוא בנו אלא מפני שהודה שהוא בנו, אבל הספק ידוע הוא אצלינו – בכי האי מספקא לי אם נהרג על קללתו והכאתו.

כלומר: בתשובת הרדב"ז הראשונה שהבאנו, לגבי פיתוי האלמנה שהייתה בבית, דובר במציאות ידועה שהאלמנה הפנויה הייתה יושבת בבית המפתה לפני כן, וגם אחרי כן ישבה בביתו והוא זן אותה ואת בנה כאילו הוא בנו, ולא ידוע לנו על קשר עם אחרים. לכן אין סיבה שלא להאמינם במה שהחזיקו, דאנו מעדיפים את ההנחה הפשוטה המחוזקת ב'חזקה', על חשד מסבירא בעלמא, ולכן כאן החזקה מיוסדת גם על המציאות וגם על דבריהם ומועילה להאמינם.

מה שאין כן בתשובה השנייה שבה מדובר באישה שלא ידוע לנו על קשר קודם עם הבעל, אלא: הקשר נוצר באירוע שהיו בו גם חשדות אחרים, אלא שהיא עצמה תולה את הוולד בפלוני והוא החרה אחריה, מרצונו או לאונסו. וכיוון שהיא עצמה מסופקת לנו וחשודה לנו גם עם אחרים, לכן מראש דבריה מסופקים, אם אומרת מתוך ידיעה או שהיא תולה עצמה במישהו, ולכן במקרה זה אין אמירתה המסופקת מועילה, וגם ה'חזקה' שיוצרת האישה על דבריה אינה מוציאה אותנו מידי ספק.

יתרה מזו. בשו"ת מהרי"ט (חלק ב' אבן העזר סימן יז) כתב שגם כשהאישה נמצאת בבית האישי לפני כן: כאשר אנו יודעים שיוצרי החזקה אינם נאמנים לומר בוודאות ממי נולד הוולד, הרי שאין החזקה הזו מועילה, 'שלא תהא גדולה החזקה מראיה', שהרי גם אם הייתה יולדת לפנינו והם אומרים שהוולד ממנו, לא היו נאמנים בוודאות ככל שאנו חושבים שזינתה גם עם אחרים, וככל שכך, מה תועיל אמירתם וחזקתם?

דברי המהרי"ט נאמרו על מקרה שבו ראובן זינה עם המשרתת שבביתו ויצא על כך קול, ולפני שנולד הילד גם הודה בפני לפני משפחתו שזינה עם המשרתת ואמר על עוברת שהוא בנו ובעקבות כך נתגדל כבנו. אף על פי כן פסק שהוא רק ספק בנו ואינו פוטר מן הייבוש, שהרי היא חשודה בעינינו שזינתה גם עם אחרים, וגם האב אינו יכול לדעת על כך, וממילא אם זינתה עם אחרים – גם היא לא יודעת ממי הרתה, וכל שכן שהוא לא הוא יכול לדעת בוודאות שהוא בנו, וכל דבריו הם מספק. והוסיף סברה שמה שהחזיקו העולם וההורים שזה הוא בנם, הוא רק משום ש'פריצותא חזו ליה' ולכן תולים בו ובזה לא נוצרת חזקה.

וכך הם דבריו:

שאלה: יעקב, נשוי אשה ומטופל בבנים, היה יושב בביתו ועוסק בעבודתו, הוא ואשתו ושני בניו. ויהי לימים חשק ראובן בנו, היותו בבית אביו, בכתולה אחת ושמה דינה, אשר היא היתה משרתת ומיוחדת, להם ויבא אליה ותהר לו. ויעבור הרנה במחנה העברים בקלא דלא פסיק שדינה זו נתעברה מראובן בנו בכורו של יעקב. ואחר ימים עברו חלפו למו קם ראובן לקדש לו נערה אחת ראויה והגונה לו כדין וכהלכה, ושמה מלכה, ברשות אבותיה היותה תחתיו ובביתם היא עומדת. ותהי דינה לשבעה חדשים בעיבורה נפל ראובן על ערש דוי מחולי גדול אשר מת בו, ויהי כראותו כי הגיע עד שערי מות קרא את אביו ואת אמו וצוה להם על העבור אשר תוליד דינה המשרתת לגעגעו היותו שלו כי ממנו נתעברה. וכן ראובן קרי בחיל וכן אמר לאמו וצוה לה צו לצו והשביעה שתהיה פועה ומשפרת את הולד כראוי לו. ויהי בעת לדתה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

והמליטה נקבה, ואמו של ראובן קראה את שמה לאה כשמה ותנחם לאה אחר ראובן בנה. ועתה מלכה זו, שנתקדשה לראובן, רוצה להנשא לאחר, ויש לראובן אח ושמו שמעון, והוא נשוי אשה. ילמדנו רבינו: מי נימא דהאי איתתא שריא בלא חליצה דהא ראובן הניח זרע אחריו, או דילמא חיישינן שמא בא אחר עליה ואין עובר זה מראובן, וכשם שזנתה עם זה כך זנתה עם אחר. יורנו המורה צדק, ושכרו כפול ומכופל מן השמים.

תשובה: ראיתי הא דמייתי מר מה שכתב הרמב"ם בפרק ג' מהלכות יבום:

מי שזנה עם אשה, בין פנויה בין אשת איש, ונתעברה, ואמר "זה העובר – ממני הוא", ואפילו היא מודת לו – אף על פי שהוא בנו לענין ירושה הרי זה ספק לענין יבום, שאפשר כשם שזנתה עם זה כך זנתה עם אחר.

וכו'. ובעי מר למדחי שלא אמר הרמב"ם "מי שזנה עם פנויה" אלא כשנבעלה לפסול, דעשאה זונה, שזו היא שקרויה זונה כמו שכתב בפרק י"ח מהלכות איסורי ביאה לענין איסור זונה לכהן, דפנוי הבא על הפנויה לא עשאה זונה. ונוראות נפלאתי, דאפילו יהבינן ליה דלא מקרי זנות אלא כשנבעלה לפסול לה – מה בין זו לזו?

אי תימא: ההיא – הואיל והפקירה עצמה כל כך שנבעלה לפסול לה חיישינן לה שהפקירה עצמה לאחר, אבל זו, שלא נבעלה אלא לכשר – אין חוששינן לה: ב' תשובות בדבר:

חדא, דבסוף פרק קמא דכתובות אהא דפרכינן ארבי יהושע דאמר "לא מפיא אנו חיים" – "ורמינהי: העיד רבי יהושע על אלמנת עיסה שהיא כשרה", וקמתמה גמרא: "הכי השתא? התם: אשה נשאת – בודקת ונשאת, הכא: אשה מזנה – בודקה ומזנה?" בתמיה. אלמא משהפקירה עצמה לזנות אינה מבחנת בין כשר לפסול. ועוד, כי נבעלה לכשר לה נמי ניחוש שנבעלה לכשרים אחרים כיוצא בזה, אלא עיקר טעמו של הרב ז"ל אינו אלא ממה שכתב "ומניין יודע הדבר שזה בנו, והרי אין לו חזקה?" הלכך: כל שאין לו חזקה דכשרות, ואביו – אי אפשר שיטעון 'ברי', הוה ליה ספק לענין יבום.

ובר מן דין דבא על הפנויה – נהי דזונה לא מקרייא לפוסלה לכהן, זנות מיהא אקרי, כהא דאמרינן בפרק המדיר ב"קדשה על תנאי וכנסה סתם", דאמר רב "צריכה הימנו גט", ומפרש טעמא דרב: "לפי שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וגמר ובעל לשם קדושין". וההיא דכתובות נמי, דקאמר "אשה מזנה בודקת" וכו' בפנויה מיירי. ובפרק הנשרפין נמי דריש רבי עקיבא: "אל תחלל את בתך להזנותה" – זה המשהה בתו בוגרת", לפי שמתאוה ומזנה, וקרי ליה 'זנות'. ובשלהי סוטה אמרינן אמתניתין ד"משרבו המנאפים פסקו מי המרים שנאמר 'לא אפקוד על בנותיכם [כי תזנינה ועל כלותיכם] כי תנאפה": "וכי תימא הני מילי עון דאשת איש עון, דפנויה לא? תא שמע 'כי הם עם הזונות יפרדו ועם הקדשות יזבחו'".

תו אייתי מר עלה מטעמא אחרינא, מחמת הקול, דקלא דלא פסיק הוא שבנו ראובן הבכור בא עליה ונתעברה ממנו. ורוצה להשוותה להא דאמרינן "יצא שמה בעיר מקודשת – הרי זו מקודשת". ושתי תשובות בדבר:

חדא, דקלא בענין זנות לא חיישינן ליה כלל, כדאמרינן התם בשלהי גיטין "יצא לה שם מזנה בעיר – אין חוששינן לה, מאי טעמא? פריצותא הוא דחזי לה". ועוד, לא תהא שמיעה גדולה מראיה: אם כשנבעלה לפנינו אנו חוששינן בולד שאינו בנו, שכשם שנבעלה לזה נבעלה לאחר, דבהכי מיירי הרמב"ם ז"ל שכתב "מי שזנה עם פנויה", ובסוף פרק אלמנה לכהן גדול דאמרינן "הבא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

על ארוסתו בבית חמיו – הולד ממזר – כל שכן שאין משגיחין בבת קול זה שאומרים שפלוגי בא עליה להחזיק את הולד שהוא בנו, דמילי דפריצותא הוא דקחזו ליה עמה, ולהכי מפקי ליה לקלא. ומה שהקול אומר שנתעברה ממנו – אף בזה אין לחוש, דאינהו מנא ידעי? אלא מאומד לבם אומרים כן שראו אותה במילי דפריצותא לכך תולין הולד בזה ולא באחר.

עוד האריך והביא ההיא ד"גדולה חזקה" דפרק ב' דכתובות והיא ד"איש ואשה תנוקת שגדלו בבית", ודברי מהרי"ק ז"ל בשורש פ"ז.

ותמהני, דמאי איכפל לאיתויי כל הני, ואינן ענין לכאן, דאותן החזקות הם חזקות ששורפים וסוקלים על ידיהם, כדאמרינן בשלהי קדושין, והני קלא ורננא בעלמא – אפילו דברי הברור שבהם כדין דיינינן ליה, כל שכן הכא, שאפילו דין קול אין להם, להחזיקו בספק, כמו קול של קדושין.

כלומר: המהרי"ט מבאר שהחזקות ששורפין עליהם הן חזקות שנוצרו ללא כל סיבה לפקפק בהן, אבל חזקות הנוצרות על זנות הן מפקפקות בעינינו מעיקרן, וגם האמירות 'הברורות' הן השערות הנסמכות על 'פריצותא הוא דחזו ביה'.

הדברים מבוארים גם בלשון הרמב"ם שציין (הלכות ייבום פרק ג הלכה ד):

מי שזינה עם אשה, בין פנויה בין אשת איש, ונתעברה, ואמר "זה העובר ממני הוא", ואפילו היא מודה לו – אף על פי שהוא בנו לעניין ירושה, הרי זה ספק לעניין ייבום, כשם שזינתה עמו כך זינתה עם אחר, ומאין יודע הדבר שזה בנו ודאי, והרי אין לו חזקה? אלא לעולם ספק הוא, ולהחמיר דנין בו, וחולצת ולא מתיבמת.

האריך הרמב"ם בלשונו לומר שכיוון שאי אפשר לדעת שהוא בנו – אין לו חזקה, ולעולם הוא ספק, כדי להדגיש שהאם והטוען לזנות אינם יכולים ליצור בהמשך חזקה על דבריהם. וכך נפסק גם בשולחן ערוך (סימן קנו סעיף ט). התמונות של

אף שמפרשי הרמב"ם תמהו על הרמב"ם שלא האמינם במקרה שדיימא מיניה ולא דיימא מעלמא, עיין במגיד משנה (שם). ועיין בבית שמואל (סימן ד ס"ק מ) ובב"ח (סימן קנו) ועוד, מכל מקום לא נחלקו על היסוד שכל שלא נאמן אין לו גם חזקה.

טעמו של החילוק בין הנוולד מאשתו, שנאמן עליו ויכול ליצור חזקה עליו, לבין הנוולד מפנויה, שאינו נאמן לומר שהוא בנו ולא ליצור חזקה לעולם, מבואר בחזון איש (אבן העזר סימן א אות ו) כך:

ואפשר דהרמב"ם סבירא ליה שאינו נאמן לומר "זה בני" על מי שאין ידוע שהוא בנו, רק לעניין ירושה, וכמו שכתבתי סימן נט ס"ק כח, והלכך אינו נאמן – ממזר – לומר "זה בני" לפוסלו ולא לעניין יבום [...] ומיהו באומר על אחד שהוא בנו מאשתו, כשהחזק ל' יום ונתאמת בלב כל אנשי העיר שהוא בנו פוטר הבן את אשת אביו מטעם חזקה. אבל הכא לא הוי הנהגה מדרך כל הארץ ואינו מתאמת לעולם אם הוא בנו אף אם יגדלנו כבנו, וזה שהאריך הר"מ שאין לו חזקה והוא ספק לעולם.

כלומר: החזקה צריכה שתהיה מיוסדת במעשה ודיבור שהם 'בדרך כל הארץ', וכשאינם מיוסדים באופן זה, לא מהני מה שלאור מחשבתו מגדלו כבנו ומה שבנו חושב שהוא אביו.

עוד חידש החזון איש לפרש ולהוכיח מדברי הרמב"ם שמה שאמרו "כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר", הכוונה היא שאין לנו כלל ראייה מההיריון לטענתו שטוען שזינה עם האישה ובא עליה כי ייתכן שההיריון נוצר מאחרים. וכיוון שאין לנו ידיעה על ביאתו זולת טענתו שאינו נאמן

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בה, לכן אינו יכול ליצור חזקה, אבל כאשר יש עדים שבא עליה, וגם דיימא מיניה ולא מעלמא, אז כן נוצרת חזקה ופוטור את אשת אביו אף לפי הרמב"ם. דברים אלו מוכחים מדברי הרמב"ם במקום אחר, שהקשו עליו המפרשים שהבאנו לעיל, שהרי כתב בהלכות תרומות (ח, יד):

מי שנשאת לכהן שוטה או שאנס אותה או פתה אותה כהן, וילדה, אוכלת בשביל בנה, ואף על פי שהדבר ספק הואיל ושלא בקדושין היא שמא מאחר עיברה, הרי הולד בחזקת זה שבא עליה והוא שלא יצא עליה קול עם אחר אלא הכל מרננין אחריה בזה הכהן.

ולכאורה הרמב"ם סותר את דבריו שאמר שכאשר יש ספק שזינתה עם אחר לא תועיל חזקתם, אלא – מוכיח משם החזון איש – שכיוון ששם ידועה לנו ביאתו (ולא רק מטענתו) אם כן החזקה נוצרת על סמך ידיעת המציאות ולא רק על סמך טענתו וטענתה, ולכן כ'שלא דיימא מעלמא' וביאתו ידועה נוצרת חזקה. לפי זה כתב החזון איש שמודה הרמב"ם גם לדברי המרדכי המובא ברמ"א (שם) שאם היו חבושים בבית האסורים פוטור מן הייבום, דאז הווי כידועה לנו ביאתו, והחולקים הרחיבו סברה זו גם ל'מיוחדת לו' שהחשיבו את המיוחדת לו לפני ההיריון כידועה ביאתו.

יש מקום לדקדק שצריך גם חזקה וגם את דיבורם גם מדברי הרמב"ם (פרק א מהלכות איסורי ביאה הלכה כ) והטור והשולחן ערוך (אבן העזר סימן יט סעיף ב): "איש ואשה שבאו ממדינת הים – היא אומרת 'זה בעלי', והוא אומר 'זו אשתי' – אם הוחזקו בעיר שלושים יום שהיא אשתו הורגין עליה."

ודקדק בשו"ת זכרון יוסף (אבן העזר סימן ח) שלא די בדיבורם בלבד כדי ליצור חזקה, אלא צריך שיוחזקו גם על פי מעשיהם, שנהגו זה עם זה כאיש ואשתו, כדי ליצור חזקה. ואלו דבריו:

(א) מדהוצרכו לכתוב "איש ואשה" כו' ולא כתבו בקצור "אשה שבאה ממדינת הים ואמרה 'אשת איש אני'" כו' (ב) מאי "אם הוחזקה" כו', הוה ליה למימר "אם היו או שהו בעיר שלושים יום" – "שהיא אשתו" הוא שפת יתר. אלא ודאי דסבירא להו דבעינן מעשה המוכיח על החזקה כמהרי"ק, דהיינו באיש ואשה שבאו ממדינת הים בעינן שיתנהגו יחד במיני יחוד וקירוב כמנהג שארי איש ואשתו. והיינו מה שכתבו "אם הוחזקו בעיר" כו' "שהיא אשתו" כו' דהיינו על ידי מנהג כנ"ל הוחזקו [...]

ולפי דבריו ברור שיש דיוק גם להפך, דלא סגי בחזקה לבד אלא צריך גם את דיבורם כדי ליצור את החזקה. והסברה נותנת כן, דלא סגי שאנשים מגדלים בביתם ילדים כדי להחשיבם כילדיהם, שהרי ייתכן שהם בני משפחה או מאומצים, אלא בעינן שיאמרו שהם ילדיהם וגם שיתנהגו איתם כילדיהם. ואם כן במקום שאינם נאמנים באמירתם שהם ילדיהם, אי אפשר לומר 'דל אמירתם מהכא' ונסמוך על החזקה, דבלא דיבורם אין לנו חזקה.

בתשובת חמדת שלמה (סימן יא) הביא דברי הר"י מליסא שהוכיח מגמרא מפורשת, שאין סוקלין על חזקה המבוססת רק על אמירת האב והאם שהוולד הוא מאותו אב, כל שאין לנו ידיעה וודאית על כך. ואלו דבריו שם:

ואמנם בחולין שפיר גמרינן ממכה אביו דאזלינן בתר רוב. וליכא למימר דהתם מטעם חזקה לבד הוא דאיתא עלה, דאי לא דקים לן דאזלינן בתר רובא – גם חזקה ברורה לא הוי, דהא מספק נתחזקו בעיר לאב ובן, דמנא ידעו בני העיר להחזיקם? והוי חזקה שלא נתבררה רק מספק ואין זה חזקה. אלא ודאי דאזלינן בתר רובא, ונתחזקו בעיר לאב ובן הוי חזקה ברורה, דלא גרע נתחזקו על פי הרוב מנתחזקו על פי דבורם לבד.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עיינ גס בתשובת רבי עקיבא איגר (מהדורא קמא סימן צא) שדן "בפנויה שהרתה לזנונים ונישאת לאיש וילדה בת, ובעלה היה מחזיק אותה לבתו בכל ענינים, וכשגדלה שידכו אותה לכהן, ונשאלתי אם מותרת לכהן". והתירה רבי עקיבא איגר לכהן רק על סמך אמירתה ונאמנותה של האם לומר "לכשר נבעלתי", אבל לא התירה על פי החזקה שהוחזקה על ידי בעלה הכהן, והיינו משום שהורתה הייתה בעודה פנויה.

לפי זה ברור שכאשר האם והנטען לא נאמנים לנו באמירתם, כגון כשבאים לפסול את הולד ולומר שהוא ממזר, שאינם נאמנים לנו בזה, ודאי לא יכולים לחזק את אמירתם על ידי יצירת חזקה הבנויה על אמירה שאינה סבירה בעינינו.

מדוע האם והגיס אינם נאמנים אף כשאין מי שטוען אחרת?

ענה נבאר דברינו מדוע אין האם והגיס נאמנים לנו באמירתם שנתעברה מהגיס כשהוא מודה לדבריה, ואם יש מקום להחמיר בחומרת 'מיוחדת לפסול לה'.

השולחן ערוך (סימן ד סעיף כו) הוסיף לגבי פנויה שילדה:

ואפילו אם אומרת "של פלוני הוא", ואנו מכירים באותו פלוני שהוא ממזר – אין זה הולד אלא ספק, ואפילו מודה אותו פלוני שנבעלה לו, כשם שזינתה עם זה כך זנתה עם אחר [...]

תוספת זו מקורה ברמב"ם (הלכות איסורי ביאה פרק טו הלכה יב) שכתב את הטעם 'כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר'. המגיד משנה מבאר שטעם זה הוסיף הרמב"ם רק כלפי הדין הסמוך לו, שאותו פלוני הפסול מודה שהולד ממנו, ועל זה כתב שאינו נאמן לומר שנוול ממנו כי ייתכן שנוול מאחר. אבל לגבי האישה אין צורך לטעם זה, שהדבר פשוט שאין לה נאמנות לפסול ולהתירו בממזרת דאינה כשרה להעיד מן הדין, ובפרט שהיא קרובה לוולד ומשימה עצמה רשעה בעדותה. וכך הם דבריו:

ומה שכתב רבינו שאפילו היא אומרת "לפלוני הממזר נבעלתי", הוא מפני שאין האשה נאמנת בפסול אלא האב בלבד כמו שיתבאר. ואף על פי שנאמנת להכשיר, והיה נראה שכל שכן לפסול – לא היא, דלהכשיר – דבר תורה אין אנו צריכין לה, דהא מדינא לא הוי אלא ספק ממזר, וספק ממזר מן התורה מותר גמור לבא בקהל, אלא דרבנן גזרו עליהן, והאמינוה בשל דבריהם. אבל לפסול – כיון דמדאורייתא מותר לבא בקהל ואסור בממזרת ודאית, ואם היו מאמינים אותה ומתירין אותו בממזרת ודאית היו מקילין בשל תורה, ולא נתנה תורה נאמנות אלא לאב, ואפילו לאב נחלקו חכמים אלא דקיימא לן כרבי יהודה דאמר "יכיר" – "יכירנו לאחרים" וכמו שיתבאר בסמוך. כן נראה לי טעם הענין. ואף על פי שחיה נאמנת כל שלא קרא עליה ערער, וכנזכר בפרק זה, שאני הכא שאין אדם משים עצמו רשע, ועוד שהיא קרובה לו. וזהו שבגמרא לא אמרו "בודקין את אמו, אם אמרה 'לפסול נבעלתי' או 'לכשר' – נאמנת", ולא הזכירו אלא האומרת "לכשר נבעלתי". ולפי זה, הירושלמי שאמר במדברת ואומרת "איני יודעת" – הוא הדין דהוה מצי למנקט באומרת "לפסול נבעלתי", שהולד שתוקי, אלא דאורחא דמילתא נקט.

ומה שכתב רבינו "ואפילו אותו פלוני" וכו' – פשוט הוא, שהרי הוא עצמו אינו יכול לידע, דשמה זינתה עם אחרים, והוא לא ידע, ואין זה אב שיהא לו היכר. וחשש זה כבר נזכר בגמרא בכיוצא בזה.

ועיין בבית שמואל (שם ס"ק לט) שביאר כן במגיד משנה ובטעם שלמרות הספק אינה נאמנת לפסול ולהתירו בממזרת, שלא ירבו ממזרים.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ולכאורה עדיין הדבר טעון ביאור, שהרי טעמו הנוסף של הרמב"ם שלא להאמין לעדותו של הפסול מיותר, דבלאו הכי מדוע היה עלינו לחוש לעדות הפסול שהוא עד אחד, ובפרט כשלטענתו הוא גם משים עצמו רשע ואולי אף משים עצמו קרוב, והרי טעמים אלה הספיקו לרמב"ם לפסול את עדות האישה.

מטעם זה ביאר בשו"ת רבי עקיבא איגר (מהדורא קמא סימן קו) על פי המגיד משנה שהרמב"ם ביאר טעמו זה משום שאף שוודאי אינו כשר מדין 'עד', כמו האישה, היה מקום לומר שיוכל לפוסלו מדין 'יכיר'. לכן הוסיף טעם שגם מדין 'יכיר' אין להאמין לו לפסול וגם לא להאמין לו שבא עליה, כיוון שאינו יודע בוודאות שהוולד ממנו דאפשר שזינתה ונתעברה מאחר, שהתורה לא נתנה נאמנות של 'יכיר' למי שמשער שהוא אב אלא רק למי שהוא ודאי אב. ודייק מדברי הרב המגיד שכאשר אין לו נאמנות של 'יכיר', אחיז הוא נאמן כלל לומר לנו שבא עליה (וכמו שכתב החזון איש שהבאנו לעיל), שהרי אין הוא נאמן מצד עד אחד כיוון שלטענתו הוא קרוב ופסול. ואלו דבריו:

במה דנתחבטו האחרונים בדברי הרמב"ם ושולחן ערוך (סימן ד סעיף כו) "אפילו אם מודה אותו פלוני שנבעלה לו, שכשם שזינתה עם זה זינתה עם אחר" – הא בדרבנן פסק הרמב"ם דלא אמרינן "מדאפקרה" בלא דיימא מעלמא [...] ואמרתי דאפשר באמת היכי דאיכא עדים דבא עליה הממזר לא חיישינן מדאפקרה בלא דיימא מעלמא. אלא: בליכא עדים, רק הוא מודה – בזה כיון דעל כל פנים איתא לחששא לענין דאורייתא דאפקרה, ממילא ליכא לדונו לאב בודאי, שמה שאומר "זה בני" אינו אומר בבירור גמור שהוא אביו. ובכהאי גוונא דלא הוי אב בבירור לפי דבריו, לא האמינתו תורה ואינו בכלל מכיר, ולא מאמינים ליה כלל שבא עליה. ולזה מורים כמעט דברי הרב המגיד שכתב "פשוט הוא, שהרי הוא עצמו אינו יכול לידע" וכו' "ואין זה אב שיהיה לו היכר".

עיינן שם שהאריך להוכיח כן בדברי המגיד משנה.

בתשובת רבי עקיבא איגר (שם סימן קכח) ביאר עוד שאין נאמנות של 'יכיר' לאב מהשערה בלבד, וגם הבעל של האישה אינו נאמן 'להכיר' ולומר שהוולד שנולד לאשתו אינו ממנו ולפוסלו, כאשר אין ידיעתו וודאית אלא הוא מסתמך על סברתו:

ובנדון דידן, דכפי דברי שני עדים שמעידים שאמר בפניהם שבעל אותה כששב לביתו פעם אחת או ב' פעמים ולדעתו רחוק שנתעברה ממנו [...] יש לומר דבשביל זה אמר בערכאות שאינו בנו, שהוא שופט כן על פי שכלו, ובאמת הוא טועה בדמיונו ונתעברה ממנו אז.

בשו"ת צמח צדק (אבן העזר חלק א סימן יג) ביאר באריכות את הטעם שהאישה והטוען שבא עליה לא נאמנים לפסול את הוולד, בנידון אישה נשואה שנבעלה בטעות לאדם שחשבה שהוא בעלה, והבועל הודה בזה. וכתב שם (באות ז) להקל לגבי הוולד משום שאין עדים כשרים שבא עליה, שהרי היא והבועל אינם נאמנים לפסול את העובר, שאין עדות לאישה והאישה גם קרובה (רש"י קידושין עח, ב), ואף אם תמצי לומר שהבועל חשיב 'עד אחד' מדין 'פלגינן דיבורא' (דשם הבועל לא היה קרוב) – אין הוא מצטרף לאישה ואין כאן שני עדים להוציא את הוולד מחזקת כשרותו. וביאר עוד (שם סימן יד) שאף שהרמ"א (סימן קטו סעיף ו) כתב שהיא והבועל נאמנים לאוסרה על בעלה (אם כי לפי החלקת מחוקק והבית שמואל היינו רק כשיש רגליים לדבר), היינו רק לגבי עצמם, שהם נאמנים על עצמם לאיסור, אבל אינם נאמנים לפסול את הוולד שהוא אדם אחר. (ולבעלה אסורה כיוון שאסרה את עצמה ואין חשש עיניה נתנה באחר.)

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובהשטטה לתשובה זו (שבסימן יד, הובאה בסוף סימן שכז) הדגיש שאף שעל עצמם של האישה והבועל יכולים אנו להחמיר, כשיש רגליים לדבר, מכל מקום לעניין ממזרות אין ללכת אחרי אומדנות שלנו ולחוש למה שאנו מאמינים אם אינו אסור מדינא:

ולוא דמסתפינא הוי אמינא דהכא אין שייך כל כך איסורא דמאמין, משום דראינו שהתורה לא הלכה בזה בתר ידיעת האמת כיון שהתירה ספק ממזר, ובודאי שהספק קרוב לצד זה כמו לצד זה, ואם כן: אם תמצי לומר דאזלינן בתר ידיעת האמת הוה לן לחוש לספק זה כמו בשאר ספק דאורייתא דאסור מן התורה לפי דעת רוב הפוסקים. וכל שכן לפי מה שכתב הפני יהושע בקדושין דף ע"ג דמדאורייתא אפילו ברוב פסולין הולד מותר אפילו בלא אמירת האם "לכשר נבעלתי", דאף על גב דבכל התורה אזלינן בתר רובא למשוויא כוודאי אפילו הכי גבי ממזר בעינן ודאי גמור וכו', יעוין שם. **אם כן יש לומר דאין להחמיר גם כן באיסורא דמאמין היכא דמותר על פי הדין כיון דלא הלכו בזה בתר ידיעת האמת.** (והטעם על פי הסוד שמעתי ממו"ר אבי זקני נ"ע בהאי דספק ממזר שריא, משום דכל שיש לנו ספק בזה שוב אין החיצונים יונקים מנשמה זו אפילו אם באמת הוא ממזר. וכהאי גוונא הוא ספק דבהרת קדמה לפי מה שאמר הקדוש ברוך הוא טהור.) [...] הלכך אין להחמיר כלל אפילו אם הבעל מאמינה משום שיש בזה כמה ספיקות: חדא, שמא אין שייך נאמנות האב לפסול הבנים, אפילו אם תמצי לומר דשייך שמא אין שייך בזה איסורא נאמן כבי תרי [...] ועוד, דקרוב לומר שאינה נאמנת כבי תרי [...] כל שכן בהצטרף שאר הצדדים להקל שבתשובתי הראשונה סימן י"ג. הלכך ודאי הולד כשר גמור הוא ומוחזק בבנו לגמרי לכל דבר.

מטעם זה גם אין מקום לומר כדברי בית דין קמא שיש לומר ש'הוכיח סופו על תחילתו' שהרתה ממנו: אומנם מצינו בתשובת הרשב"א (חלק א סימן תקצו) שמי שנשא את מי שנטען עליה 'הוכיח סופו על תחילתו' לאוסרה עליו, והרב"ז (חלק ג סימן תתעג [תלא]) הביאו לדינא לאסור את מי שיצא עליו קול שהוא משרך דרכיו עם אישה ולאחר מכן נשא אותה. אך כל דבריהם נאמרו טעם לעניין להחמיר עליהם עצמם, אבל אין במעשיהם המאוחרים כדי לתת להם נאמנות לפסול אחרים שמצד הדין אינם נאמנים לפוסלם.

נמצא שבמקרה שלפנינו לא היו האם והגיס נאמנים לפסול את הוולד, גם בגלל שבעדותם המאוחרת משוו נפשיהו רשעים, וגם משום שהאם קרובתו ופסולה לעדות, וביותר שבשעה שהעידו לפני בית הדין היו כבר מוחזקים רשעים ממש, שהרי אחרי ההיריון ידוע שהתחילו לחיות יחדיו. וודאי שאין לנו ללכת אחרי אומדנות שלנו ולומר שממנו נתעברה כל שמצד הדין אין מקור לכך.

האם יש מקום להחמיר כבמקרה של 'מיוחדת לו'?

בית הדין קמא הזכיר להחמיר גם מצד שהייתה האם 'מיוחדת' לגיס, אבל לאחר העיון לא מצינו שהיה כאן דין 'מיוחדת' כלל.

הרמ"א (סימן ד סעיף כו הנ"ל) הוסיף לגבי פנויה: "ואפילו היתה מיוחדת לו אינה נאמנת עליו, שגם במיוחדת אמרינן כשם שזנתה עמו כך זנתה עם אחרים." סברת הרמ"א מבוארת בדברי הנמוקי יוסף (סוף פרק אלמנה) ובמרדכי (פרק ב ביבמות) שכתבו שגם בפילגש חיישינן שמא זינתה עם אחרים, והרי הפילגש מיוחדת לו שלא על ידי זנות.

ולפי זה יפה כתב הבית שמואל (סימן קנו ס"ק א) שכל שלא היו חבושים בבית האסורים הווי רק ספק ממזר, דתמיד יש לחוש שמא זנתה עם אחרים כשרים.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הן אמת שבמיוחדת לפסול והוא מודה לדבריה יש מחמירים שלא להתיר, שהחלקת מחוקק (סימן ד שם ס"ק כה) תמה על הרמ"א, שהתיר גם בהייתה מיוחדת לאותו ממזר ואותו ממזר מודה לדבריה ולא דיימא מאחרים, מדוע נחוש שזינתה עם אחרים, והלוא הרמ"א פסק כרא"ש שפנויה שאמרה שזינתה עם כהן והוא מודה לדבריה – הוולד כהן, ולא חיישינן שמא זינתה גם עם אחרים כשרים וכל שכן במיוחדת לו? וכתב הבית שמואל דאין הכי נמי, מה שכתב הרמ"א להתיר במיוחדת לו הוי רק באינו מודה לדבריה.

אלא שבכל זה מדובר כשהיא ידועה כמיוחדת לו גם לפני העיבור.

ואמנם בפתחי תשובה (שם ס"ק לא) הביא מתשובת שיבת ציון (סימן סז) שלכאורה דעתו להחמיר במעשה הדומה למעשה שלנו:

שנשאל [...] שאלמנה אחת, שהיו לה בנים מבעלה, הרתה לזנונים ואמרה שמאחי בעלה נתעברה והוא מודה לדבריה שממנו היא הרה, ואחר כך הלך ונשא אותה במקום שלא ידעו שהיא אשת אחיו. ונשאל אם להחזיק את הולד בן זנונים הזה לממזר ודאי, כפי הכרעת הבית שמואל בסימן ד' ס"ק מ"ב, או דהוא רק ספק ממזר דנימא שמא זינתה גם עם אחרים, דהא בנמוקי 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 שלרוב הפוסקים אשר מימיהם אנו שותים בנידון דידן הוא ממזר ודאי, ודעת הנמוקי יוסף והמרדכי המה מועטים נגד גדולי הפוסקים האלה, וגם אפשר לומר שגם המרדכי מודה לזה כו' (עיין מה שכתבתי בסימן קנו סעיף ב ס"ק ג) [...]

ומסיים וזו לשונו:

סיומא דהך פיסקא שיותר הדעת מכרעת להחזיק הולד הזה לממזר ודאי, ואף אם כשיגדל ויבא לשאול אם מותר בממזרת או בשפחה לא אהיה נחפז כל כך להתיר לו, מכל מקום בזמנינו לא שכיחא שפחה ולא ממזרת.

אלא שלמרות דברי הגאון המחמיר במעשה מכוער שלכאורה הוא כעין זה שלפנינו, עדיין יש חילוק בין המקרים ובנדון שלפנינו מסתבר שהיה מודה גם השיבת ציון שאין מקום להחמיר ואזלינן לקולא.

נקדים ונאמר שלכאורה דבריו נסתרים מדברי הראשונים שהבאנו לעיל לגבי חזקה הנוצרת על ידי מי שאינם נאמנים בדיבורם לפוסלו. ובהכרח שדברי השיבת ציון כשדן להחמיר הם כפי שביאר, שטעמו להחמיר הוא בגלל היות המקרה שלפניו נידון כדיימא מיניה ולא מעלמא ועם רגליים לדבר. וכלשונו:

ומעתה בנדון דידן בודאי הוא נאמן לומר שבנו הוא להחזיקו לממזר ודאי, כיון דדיימא מיניה ואיכא רגלים לדבר הרבה שממנו נתעברה. ואין לנו רק החשש שמא זינתה גם עם אחרים ודבר זה תליא בפלוגתא שבין הרמב"ם והרשב"א והרא"ש, דלהרמב"ם חיישינן שמא זינתה גם עם אחרים ולהרשב"א והרא"ש שדינן הולד בתר דידיה. ואף שבשולחן ערוך סתם ופסק כדעת הרמב"ם כבר תמה הרב חלקת מחוקק בסימן ד' ס"ק צ"ח על המחבר שפסק כדעת הרמב"ם, וגם לפי דבריו שם לא ברירא לן בדעת הרמב"ם אם גם בזה חייש שמא נתעברה מאחרים. ועיין בתשובת הרדב"ז חלק ג' תשובה תקכ"ז שכתב ומוקי דברי הרמב"ם דוקא בדיימא גם מעלמא, עיין שם, ועוד,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דהא בנדון דידן נראה שהיתה מיוחדת לו והיתה קשורה בו ככלב, שנשאה לבסוף, לכן נראה לי שיש להחזיק הולד לממזר ודאי.

ובהמשך שב וכתב: "הנה בזה ששניהם מודים ויש רגלים לדבר שנבעלה לאחי בעלה והיתה דיימא מיניה ולא דיימא מעלמא, בזה לא שייך לומר דאזלינן בתר רובא דעלמא."

אם כן החמיר שם מפני שנחשבה 'דיימא מיניה ולא מעלמא' ומשום הרגליים לדבר מחשיבים אותה כ'מיוחדת לו'. וצריך לומר שבניגוד למקרים המובאים בראשונים, במקרה שלו כבר נודע לבני העיר שבני הזוג זונים זה עם זה, ולכן בשעת מעשה עצמו היה רגליים לדבר ודיימא מיניה ולא מעלמא (ואף אם נודעה פריצותם לציבור רק מחמת דבריהם, מכל מקום כבר בשעת ההיריון ידעין דדיימא מיניה ויצרו רגליים לדבר הרבה).

אבל במקרה שלפנינו, כאמור לעיל, לא נתקבלה שום עדות שידעה הסביבה בשעת מעשה ההיריון ולא בסמוך לו שהאם והגיס היו מיוחדים זו לזה ולא פרסמו שפרוצים זה עם זה. הגיס היה בחור צעיר ששירת בצבא סדיר באותה עת ולכן גם לא סביר שהיה גר עימה. גם לא מסתבר שבחור הצעיר 'שכל העולם לפניו' היה 'מיוחד' לו אישה הגדולה ממנו בעשרים שנה ושיש לה בביתה ששה ילדים יתומים לפרנס. ואכן אין בידינו על כל עדות על ייחוד כזה, אף לא בדבריהם, שהרי בעדותם הראשונה אמרה האם שלא חשדה שהיא בהיריון עד אחר כמה חודשים, ורק משגילתה את דבר ההיריון החלה לפעול בעניין. עוד העידה שהגיס אומנם היה בא לבקר לפעמים, אך לא אמרה שחשדו בהם בדבר זנות, וסתרה עצמה אם בכלל קיימו יחסי אישות לפני הנישואין האזרחיים וההיריון. לכן, גם לסברתם שהילדה נוצרה ממנו – לא היה זה באופן של 'מיוחדת לו' ואף לא דיימא מיניה.

בדברי הדוד מצד האם והאח, שהובאו בתסקיר, נאמר שגם לאחר שהאם טענה שהוולד ממנו הוא לא הסכים לחיות איתה וסירב לתת את שמו לוולד, והיא נאלצה להימלט מהעיר אל דודה כי 'חמותה הוציאה עליה שם רע'. רק לאחר זמן נסע הדוד לדבר עימו ו'נתרצו הצדדים זו בזה'.

בשעת הלידה – ידוע לנו שלא נרשם שם האב בתעודה גם לאחר זמן, אלא נוסף בכתב יד, ונמסרו בעניין זה גרסאות סותרות.

נמצא שבמקרה שלפנינו לא ידוע שהייתה ידיעה בשעת מעשה שהייתה מיוחדת לו ולא שהיו רגליים לדבר פריצות שפרסמו שניהם שזה ממנו. וכשלא ידוע שבשעת מעשה נוצרו רגליים לדבר ולא 'דיימא מיניה ולא מעלמא', וסביר שאם האם לא ידעה גם הסביבה לא ידעה, אין מקום להחמיר כבמקרה של השיבת ציון. ואדרבה יש להניח כי כיוון שהגיס אסור עליה באיסור כרת והאחרים אינם באיסור זה, וגם זנות דקרובים פחות מצוי משאר זנות, לכן ודאי שאין לתלות בהם ויש לנו לתלות שזינתה עם רוב אחרים שהם כשרים אצלה יותר מגיסה.

דין ולד שאין אביו ידוע ואמו אינה נאמנת לפוסלו

אחר שביררנו שאינם נאמנים לנו באמירתם וממילא לא ב'חזקה' שהחזיקה לאחר מכן, נמצא שלפנינו ולד שאין אביו ידוע לנו. ועלינו לדון בכשרותו של מי שאין אביו ידוע.

בשולחן ערוך (אבן העזר סימן ד סעיף כו) נפסק: "פנויה שנתעברה וילדה, אם אינה לפנינו לבדוקה או שהיא שוטה או אילמת [...] אין זה אלא ספק." וברמב"ם (איסורי ביאה פרק טו הלכה יב) מבואר: "וזה הוא שנקרא שתוקי, שמכיר את אמו ואינו מכיר את אביו ודאי."

מקור הדברים בגמרא בקידושין (עג ע"א):

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אמר רבא: דבר תורה – שתוקי כשר. מאי טעמא? רוב כשרים אצלה ומיעוט פסולים אצלה, ואי אזלי אינהו לגבה – כל דפריש מרובא פריש. מאי אמרת? דילמא אזלא איהי לגבייהו – הוה להו קבוע, וכל קבוע כמחצה על מחצה דמי, והתורה אמרה "לא יבא ממזר" – ממזר ודאי הוא דלא יבא, הא ממזר ספק יבא; בקהל ודאי הוא דלא יבא, הא בקהל ספק יבא. ומה טעם אמרו שתוקי פסול? גזירה [...] אלא מעלה עשו ביוחסין.

לדברי הגמרא, ה'שתוקי' הוא אף מי שנמצא ברוב כשרים, ואם פירש הבועל ובא אצלה אזלינן בתר הרוב והוא כשר, וגם אם הייתה הולכת לבועל והווי 'קבוע כמחצה על מחצה' מכל מקום ספק ממזר כשר מן התורה, ורק משום 'מעלה עשו ביוחסין' פסול מדרבנן אלא אם יש 'תרי רובי'.

אלא שלדעת רבים מהראשונים החמירו במעלה זו רק לגבי ייחוס הוולד (אם הוא בת) לכהונה, שזה נידון כלכתחילה היות שיכולה לינשא לאחר, אבל לדחותו לגמרי ולאוסרו בקהל – נחשב הדבר כדיעבד ולא החמירו במעלה זו.

מהרי"ט (אבן העזר סימן טו) כתב שגם לרמב"ם ולשולחן ערוך לא הצריכו תרי רובי אלא ליוחסין כהונה, אבל להכשיר את הוולד לקהל חשיב דיעבד וסגי ברוב אחד כשרים אף בלי אמירת האם: "ומה שכתבו הוולד ספק ממזר" היינו דוקא ברוב פסולין אצלה, אבל אם רוב גויים ועבדים – אפילו לא בדקו את אמו אזלינן בתר רובא".

בנודע ביהודה (אבן העזר סימן ז) הסביר והוכיח שמדין תורה 'רוב כשרים', אף בלי אמירת האם, מהני להכשירו יותר מאמירת האם ברי כשיש 'רוב פסולים'.

וראשונים רבים סברו שגם אם החמירו ברוב כשרים הרי שבתרי רובי כשרים לא יחמירו.

טעם נוסף להקל הוא על פי דברי בית שמואל (סימן ד ס"ק לט) שביאר שמה שהחמירו בשתוקי ברוב כשרים לעשותו כספק ממזר: "והיינו דוקא דאיכא בעיר זו ממזר, אפילו ממזר אחד, אבל אם ליכא שום ממזר ליכא חשש כלל. ובסמוך (ס"ק מג) כתבתי תשובת מהר"י ושם ראייה לזה." (וכן כתב הבית שמואל גם בסימן ו ס"ק לא).

הוכחת הבית שמואל היא מלשון השולחן ערוך (סימן ו סעיף יח) שהיא מדברי הרמב"ם (פרק יח מהלכות איסורי ביאה הלכות טו–טז) שכתב:

ראוה שנבעלה בעיר או נתעברה בעיר אפילו לא היה שוכן שם אלא עכו"ם אחד או חלל אחד ועבד וכיוצא בהן – הרי זו לא תנשא לכתחלה לכהן [...] היתה אלמת או חרשת או שאמרה "איני יודעת למי נבעלתי" [...] הרי ספק זונה.

משמע שהחמירו רק כשידוע ששוכן שם פסול אחד.

הבית שמואל ציין לדבריו בסמוך (ס"ק מג) – שם הביא מדברי שו"ת מהרי"ו לגבי אישה שנתגרשה וילדה, שמכשירים הוולד מפני שיש ספק ספקא: שמא אחר הגירושין נתעברה ושמא לפנייהם, ואם לפנייהם – שמא מעכו"ם, ומקשה הבית שמואל שם ומתיר:

ולכאורה קשה: אף אם תמצי לומר דזנתה אחר הגירושין, מכל מקום ספק ממזר הוא דהא קיימא לן: פנויה שזינתה – אם לא בדקו אותה – הוולד ספק ממזר הוא? וצריך לומר דווקא כשיש ממזר באותו מקום אז חיישינן שמא זינתה עם ממזר אבל היכא דליכא שום ממזר הוולד כשר.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

והבית מאיר שם כתב שצריך לומר שאין גם קרובים הקבועים במקום, אך באוצר הפוסקים הובאו הדעות שלקרובים לא חיישינן מכמה טעמים:

בנתיבות לשבת לבעל ההפלאה כתב שדוחק לבאר כדברי הבית שמואל שאין ממזר קבוע, דאם כן נצטרך לומר שאין גם קרוב קבוע, וכמו שכתב מהרי"ו דבודקים שלא נתעברה 'ממי שהוא אסור עליה מאיסור ערוה'. ולכן חילק שחששו ל'קבוע' רק לגבי האישה ולא לגבי הוולד.

אבל ההפלאה עצמו בחידושו לכתובות (יג ע"א ד"ה והנה) ביאר שלגבי קרובים אין מקום לחשוש לקבוע אפילו לגבי האישה עצמה "שהזנות רצה" אחר הפסולים, הרגילים לזנות":

ונראה דכוונתו דאפילו בנסתרה עם אחד מן הקרובים שאם נבעלה להם היא זונה, אפילו הכי לא חיישינן שבא עליה לאוסרה לכהונה, וכן משמעות דברי רבי יהושע שאמר "הרי זו בחזקת בעולה לנתין ולממזר" ולא אמר דבחזקת בעולה לקרובים. וכן מוכח מכל הפוסקים באבן העזר סימן ד' וסימן ו' שכתבו דאם אין פסול בעיר ליכא חשש איסור לכהונה, ולא הזכירו שלא יהיה אחד מן הקרובים בעיר – משמע בהדיא דאין לחוש מן הסתם לקרובים. ונראה דהיינו מטעם שכתב בירושלמי דהא דחייש רבי יהושע לפסולים היינו משום שהזנות רצה אחר הפסולים, אם כן הא דחיישינן לזעירי בנסתרה שמא נבעלה היינו דוקא בפסולין דרגילין בזנות. וכיון דחייש רבי יהושע שמא נסתרה עם אחד מן הפסולים הכי נמי חייש שמא נבעלה לו, אבל בקרובים – אפילו ידעינן שנסתרה עמם לא חיישינן שמא נבעלה, לאוסרה משום זונה, והיינו דקאמר "מעלה עשו ביוחסין", רצה לומר בפסולי יוחסין דוקא.

סברה נוספת כתב בשב שמעתתא (שמעתתא ד פרק כב), שכתב שמ השולחן ערוך והרמ"א שלא הביאו את הנימוקי יוסף שכתב שחוששינן שנבעלה לקרוביה ברור שלא חששו שנבעלה לקרוב הקבוע, שכיוון שכל החשש בגמרא להחמיר היה מצד 'קבוע', יש לומר שהחמירו בחומרת 'קבוע' רק במי שבהיותו במקומו הוא פסול ואסור לכל העולם, שאז נחשב כ'איסור קבוע במקומו'. אבל 'קרוב', שגם בהיותו במקומו ובקביעותו הוא מותר לרוב העולם, ורק אם קרובתו תבוא אליו יעשו איסור, לא נחשב כ'איסור' במקומו הקבוע:

ועוד נראה: אפילו לדעת הפוסקים דלא מהני חד רוב, לא חיישינן למיעוטא אלא היכא דאיכא מיעוט פסולין בעיר, אבל היכא דליכא מיעוט פסולין בעיר כולי עלמא מודו דכשר הולד, וכמו שכתב בית שמואל סימן ו' ס"ק ל"א, עיין שם. והאידנא לא שכיח כלל אפילו מיעוט דמיעוט מפסולי קהל: מצרי ואדומי ונתיני – כולם נתבלבלו, ומשום חשש ממזר נמי לא חיישינן היכא דלא קביע ממזר בעיר, והכול כשרין אצלה. ואם כן הולד שנולד מפנויה – אפילו לא נבדקה אימו – כשר. אלא דלפי מה שכתב בנימוקי יוסף סוף פרק אלמנה לכהן גדול, דהיכא דאיכא אביה או אחיה בעיר דהוה להו לדידה חייבי כריתות והולד ממזר וחיישינן למיעוטא, עיין שם. ואם כן האידנא נמי איכא למיחש למיעוט דליהוי ספק ממזר ממיעוט ספיקי ערוה. אמנם לפי עניות דעתי נראה מסתימת הבית יוסף ורמ"א דלא הביאו הך דנימוקי יוסף, לא סבירא להו, ואפשר דלא חשו לה, ומשום דכיון דבכל התורה כולה מהני רובא, אלא משום מעלת יוחסין הוא דחשו בחד רוב, אם כן דוקא היכא דפסול קבוע במקומו הוא דדנו חז"ל דליהוי כמחצה על מחצה אפילו באזלי אינהו לגבה, אבל היכא דאינו פסול בעצמו, אלא שהוא פסול לזו האשה – לא דנו בזה דין קבוע להחמיר בחד רוב. וזו לשון הרמב"ם פרק י"ח מאיסורי ביאה הלכה ט"ו:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ראוה שנבעלה בעיר או נתעברה בעיר, אפילו לא היה שוכן שם אלא נכרי אחד, או חלל אחד, ועבד, וכיוצא בהן, הרי זו לא תנשא לכתחלה לכהן, שכל הקבוע כמחצה על מחצה.

עכ"ל. ומשמע דלא מיפסל אלא על ידי פסול הניכר במקומו בפני עצמו, ולא על ידי עריות.

גם ערוך השולחן (אבן העזר סימן ד סעיף לד) הכריע כך והוסיף בטעם שאין לחשוך בקרוביה מפני שהקרובים יש להם חזקת כשרות:

ובמקום שאין ממזר בעיר הולד כשר בכל גווי (בית שמואל), דאף אם מכותי נתעברה הולד כשר כמו שכתוב בסעיף י"ג. ולמה אין חוששין שזינתה עם קרוביה שהולד מהם ממזר? נראה לי משום דדבר שאינו מצוי הוא כלל לזנות עם הקרובים שמהם הולד ממזר (עיין יומא סט, ב). ועוד, דכיון שהם אנשים ידועים לנו מוקמינן להו בחזקת כשרותם. אמנם כשהיא חשודה מהם יש לחשוש בזה אם יש להסתפק שהיא הלכה אצל הזונים (נראה לי). אמנם בעיקר טעמא דקבוע אינו אלא חומרא בעלמא, דסוף סוף יש רובא להיתר, דכשהלכה היא הוה מחצה למחצה ושמא הלך הוא אצלה, וממילא דהוי רובא להיתר (וכן כתב הרשב"א בקדושין עג. עיין שם).

האחיעזר (חלק ג סימן כא) מבאר שלא חששו לקרובים מפני שדעת הנימוקי יוסף היא דעה יחידאה, דבזמננו בטל יצר הרע אצל קרובים.

והנה בנידון שלפנינו לא ידוע על ממזר שהיה קבוע בעיר [...] באותה עת אך ידוע לנו שהיו קרובים לאישה בעיר, אבל לאמור אין לנו לחוש שנבעלה לקרובים כפי שכתבו ההפלאה בחידושיו לכתובות, השב שמעתתא, הערוך השולחן, האחיעזר ועוד אחרונים, דלא חיישינן שמא נתעברה מחייבי כריתות אלא רק מפסולים.

עוד יש לצדד להיתר במקרה שלפנינו:

בית הדין קמא דן בהיות האם קיימת והחמירו בה לאוסרה לפי דבריה, ולכן גם לא התיירו את נישואי בתה לאדם כשר, ובפרט כשהבת באה בעצמה לבית הדין ואומרת שמאמינה למי שגידלה כהוריה ויש לומר שנאמנת להחמיר על עצמה, ואומנם עצם הדיון לא היה לגבי האם כי בשעת בואה לבית הדין כבר נפסלה לכהונה והייתה בחזקת רשעה, שהרי זה היה לאחר חייה עם הגיס, ואם כן לכאורה היה על בית הדין לדון רק בספק שהתעורר לגבי הוולד – הבת, אך מכל מקום אפשר שלגבי היתר להינשא דנו כלכתחילה שלא להתיר לה.

אבל כיום, שהאם אינה קיימת, והבת גם כן לא שמעה בקול בית הדין שאסר לה להינשא וחיה עם בן זוגה באיסור, ואנו דנים רק לגבי היתר ילידה להינשא ולא על בקשתה להינשא, הרי כל שהנידון הוא רק לגבי הוולד, אז יש לומר כדברי הנתיבות לשבת שהבאנו, שלא פסלו הרמב"ם והשולחן ערוך את הבן אלא כאשר דנים על אימו שלפנינו, שהדיון בהכרח גם עליה, ולגביה יש חשש קבוע וממילא נפסל בנה בתולדה. אבל כאשר האם איננה לפנינו או שהיא פסולה בלאו הכי, ואם כן הדיון הוא רק לגבי הוולד – לא פסלוהו.

כדבריו פסק גם הנודע ביהודה (אבן העזר סימן ז) דלגבי הולד חשיב תמיד 'פירש':

דבשלמא הנבעלת אשר נאסרת בשעת הבעילה – שפיר חיישינן שמא אזלא איהי לגבייהו ונבעלה בבית הבועל, והוי ליה קבוע, ונאסרה במקום קביעות. אבל הולד נולד אחר כך והוי פירש.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

נמצא שגם לפי הבית שמואל שהחמיר בגלל החשש ל'קבוע', הרי החומרה היא רק באם עצמה ולא לגבי הוולד.

נציין שגם לו הייתה האישה מיוחדת לאיש הרי שיש מתירים גם בכהאי גוונא [שדנים את הוולד רק כספק ממזר כנ"ל ומתירים בצירוף עוד ספקות או ברוב כשרים אצלה]:

בשו"ת תבואות שמש (אבן העזר סימן קס) כתב הרב משאש זצ"ל שהעיקר כדעת הפוסקים שגם במיוחדת, והבועל מודה לדבריה, חיישין שמא זנתה גם עם אחרים והוולד רק ספק ממזר כל שלא היו חבושים בבית האסורים, כפי שהביא הבית שמואל עצמו (בסימן קנו) וכדעת הנימוקי יוסף והמרדכי שאף בפילגש תלינן שזנתה גם עם אחרים. וראה גם באוצר הפוסקים (סימן ד סעיף ב אות קלג), וכן בשו"ת שמש ומגן (חלק ג אבן העזר סימן מח) ובהסכמת הגר"ע יוסף לדבריו ובשו"ת יביע אומר (חלק ח אבן העזר סימן ט) שדנו באשה שאחר גירושיה חיה עם אח של בעלה, וכן כתב בשו"ת שמש ומגן (חלק ג אבן העזר סימן ו) להתיר במקרה שאישה נישאה כדת משה וישראל ולא התגרשה והייתה מיוחדת לאחד עשרים ושתיים שנה שנה בנישואין אזרחיים ונולדה להם בת, דכיוון שהאם והבועל לא נאמנים אמרינן שיתכן שזנתה גם עם אחרים ולא רק עם אותו שהיא מיוחדת לו, וייתכן שזנתה עם גוי, דכל שהיא חיה עם אחר מבלי שהתגרשה כדת משה וישראל ולא נישאה לאחר כדת משה וישראל, הרי שאין לה מחויבות לזה שהיא 'מיוחדת' לו כפי שיש לה מחויבות כלפי בעלה בנישואין כדת משה וישראל, והתיר שם (לאחר שנדון כספק ממזר בלבד, על ידי צירוף ספק נוסף) משום ספק ספקא. וכתב שכן הסכים גם בשו"ת יביע אומר (חלק ב וחלק ח).

אך כאמור במקרה שלפנינו אין לנו צורך להזדקק להיתר זה.

מסקנת דמילתא

א. לאור האמור אנו קובעים: ארבעת ילדי המבקשת [פלונית] מותרים לבוא בקהל.

ב. פסק הדין מותר בפרסום בהשמטת פרטי הצדדים.

ניתן ביום ב' באייר התשפ"ב (3.5.2022).

הרב מיכאל עמוס

הרב אליעזר איגרא

הרב דוד ברוך לאו – נשיא

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה