

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1150422/1

בבית הדין הרבני האזורי חיפה

לפני כבוד הדיינים:

הרב אברהם מאיר שלוש – ראב"ד, הרב דניאל אדרי – אב"ד, הרב שמואל אברהם חזן

המבקש: פלוני

הנדון: יוחסין – נשא אשת אחיו שלא במקום מצוה

פסק דין

בפנינו בקשה להיתר נישואין.

תיאור העובדות:

אבי המבקש מר ט' ז"ל נשא את מרת א' כדת משה וישראל ביום כ"ה בסיון תשמ"ו (2.7.86). לאחר כשנה חלה אבי המבקש וביום כ"א ניסן תשמ"ח (8.4.88) שבק חיים לכל חי והותיר אחריו את בתו ר' כבת חצי שנה.

אחי המנוח מר א', סעד את אלמנת אחיו ולדבריו חשב שיש בכך אף מצוה אלא שהרבנות המקומית לא אפשרה להם להינשא זה לזה ולפיכך נישאו במדינת פרגוואי. מחייהם המשותפים נולדו שלושה ילדים הגדול שבהם הוא המבקש שלפנינו.

כאמור מאחר ולמנוח היתה בת הרי שאשתו אינה זקוקה כלל ליבום וכדין עשתה הרבנות שלא אפשרה לאלמנה להינשא לאח בעלה, אולם למרות האמור, מחייהם המשותפים נולדו שלשה ילדים.

בית הדין חקר ובדק אודות הקידושין הראשונים של המנוח אם היו בעדים כשרים, אך גם אחר הדרישה לא נמצאה סיבה מספקת לפקפק בכשרות העדים בשעה שאחד מהם ודאי כשר וחברו היה מוחזק לכשר ונפטר זה מכבר. אף העדים שהופיעו על מנת לפקפק בכשרות העד המנוח לא השוו מידותיהם מאחר ולדברי אחד מהם המנוח היה ודאי כשר, אלא שבלאו הכי אותם עדים פסולים היו, וערכך ערבא צריך (סוכה כו.).

משכך הם פני הדברים, ומאחר והמבקש עומד להינשא כדת לפיכך נדרש בית הדין להחלטה שלפנינו אודות המבקש ואחיו.

דיון והכרעה

כאמור אבי המבקש חי עם אשת אחיו שלא במקום מצוה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

האם אינה נאמנת לפסול את בנה

והנה אמו של המבקש אחר שהתאלמנה, דינה כפנויה, והדבר ברור כי פנויה הטוענת שהתעברה מהפסול לה הולד אינו אלא ספק ממזר כמבואר בשולחן ערוך (סימן ד' סעיף כ"ו):

פנויה שנתעברה וילדה [...] 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.

והוסיף הרמ"א ואפילו היתה מיוחדת לו, אינה נאמנת עליו. (ר"ן סוף פרק אלמנה לכהן גדול).

נמצא אפוא, כי פנויה שהתעברה ואיננו יודעים מי האב, אינה נאמנת לפסול הולד רק להכשיר. ומקור הדין במשנה בקידושין (ס"ט). אלו הם שתוקי כל שהוא מכיר את אמו ואינו מכיר את אביו, אבא שאול היה קורא לשתוקי בדוקי. ואמרינן בגמרא (עד.) מאי 'בדוקי'? שבדקין את אמו ואומרת לכשר נבעלתי נאמנת. ומבואר שם שאף ברוב פסולים אצלה נאמנת להכשיר ואמר רבא הלכה כאבא שאול.

וכן פסק הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה (פרק ט"ו הלכה י"א):

פנויה שנתעברה מזנות, אמרו לה מהו העובר הזה או הילוד הזה, אם אמרה בן כשר הוא ולישראל נבעלתי הרי זו נאמנת והבן כשר, ואף על פי שרוב העיר שזנתה בה פסולים. ואם לא נבדקה אמו [...] או שאמרה לפלוני הממזר נבעלתי או לפלוני הנתין, אפילו אותו פלוני מודה שהוא ממנו הרי זה הילוד ספק ממזר, שכשם שזינתה עם זה שהודה לה כך זינתה עם אחר.

וכן פסק עוד הרמב"ם (שם הלכה י"ט):

אשת איש שהיתה מעוברת ואמרה עובר זה אינו מבעלי, אינה נאמנת לפסול, והרי הבן בחזקת כשרות, שלא האמינה תורה אלא האב.

וכן הסכים בשולחן ערוך (סימן ד' סעיף כ"ט) עיין שם. וביאר הר"ן (קדושין ל:) מילתא בטעמא שהאם נאמנת להכשיר בלבד משום דמדאורייתא נמי כשר אף בלא דיבורה, דדבר תורה שתוקי כשר לבוא בקהל, אבל לפסלו ולהתירו בממזרת לא נאמנת והוי כאילו לא אמרה כלום והולד ספק ממזר, והיינו דבגמרא לא אמרינן בודקין את אמו אי אמרה לכשר נבעלתי או לפסול נבעלתי, אלא אמרינן דאי אמרה לכשר נבעלתי בלחוד מהימנה עכת"ד.

וכיוצא בזה מבואר במגיד משנה (איסורי ביאה פרק ט"ו הלכה י"ב) שכתב:

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.

וכן מבואר גם בבית שמואל (סימן ד' סקל"ט) דטעמא שאינה נאמנת משום שדוקא לאב נתנה התורה נאמנות לפסול את בניו, אבל היא אינה נאמנת לפסול בניה והוי כאילו לא אמרה כלום והולד הוא ספק ממזר [...] ואפילו אם רוב פסולים אצלה יש לומר היא אזלה לבעול והוי קבוע וכמחצה על מחצה דמי ע"ש.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ומדברי המגיד משנה שם נראה עוד טעמא שאין האם נאמנת לפסול את בנה משום שלא ניתן להאמין לדבריה שנבעלה לפסול, כיון שאין אדם משים עצמו רשע ועוד שהיא קרובה לו עיין שם. וכן כתבו התוספות ישנים על המשניות (קדושין פרק ד' משנה ח') וזה לשונם:

משום הכי אין האם נאמנת לפסול דאי אפשר לפסול הזרע אלא אם כן שהיא נפסלת גם לעשותה זונה ואין אדם נפסל על ידי עצמו.

וכן מפורש בריטב"א (יבמות ע.) שכתב שאין האם נאמנת לפסול אפילו טוענת שהיתה שוגגת וכל שכן אם טוענת שהיתה מזידה, שאינה נאמנת על עצמה, וטעמא דמסתבר הוא עיין שם, והובא בבית יוסף (סימן ד' סעיף כ"ט).

ובמעשה רקח (שם הלכה י"א) ביאר דברי המגיד משנה הנזכרים, שאין האישה נאמנת משום שאין אדם משים עצמו רשע ועוד שהיא קרובה לו ופירש שם, דלא סגי בטעמא דאין אדם משים עצמו רשע שהרי פלגינן דיבורא ואף שאינה נאמנת על עצמה הולד יהיה פסול, לכך הוסיף טעמא שאינה נאמנת גם על הולד לפי שהיא קרובה לו, עיין שם.

ובנימוקי יוסף (יבמות כג:) כתב טעמא אחרינא שאין האם נאמנת לפסול, משום שכשם שזינתה עמו כך אפשר שזינתה עם אדם כשר דעלמא, ואין הנאמנות שלה באדם מסויים יותר מאחר אלא הנאמנות היא שנבעלה לכשר לה משום דמסייע לה חזקה דגופא עיין שם. וכתב בשב שמעתתא (שמעתתא ב' פרק ט"ו) שאין הכוונה בחזקה דגופה הוא לחזקת כשרות וצדקות דלכשר נבעלה, אלא חזקה דגופה היינו חזקת היתר דידה ומסייע נמי לבתה דחזקת האם מועיל לבת. (ועיין עוד מה שכתב שם פרק י"ט).

ובחלקת מחוקק (סימן ד' סקכ"ה) כתב, שאין האם נאמנת לפסול משום שלא חיישינן לדברי האם שנבעלה לפסול לה הואיל והוא נגד החזקה דאמרינן דאישה בודקת ומזנה דווקא עם הכשר עיין שם. וכיוצא בזה מבואר גם בנודע ביהודה (סוף סימן ז') שכתב הנראה בזה שהרמב"ם סובר דהא דסומכין על דבריה באומרת לכשר נבעלתי הוא מפני שיש סיוע לדבריה דאישה מזנה - בודקת ומזנה [...] עיין שם. והובא בפתחי תשובה (סימן ו' סקכ"א).

ומכל הני מילי מתבאר שאין האם נאמנת כלל לפסול את בנה, וכן הכריעו גם בשלטי גבורים (קדושין לב.) ובביאור הגר"א (סקנ"ו וסקע"ד). וכן פסקו גם בשו"ת רב פעלים (ח"ג סימן א') ובאגרות משה (חלק ד' סימן כ"ב) ובשו"ת יביע אומר (חלק ח' סימן ה') וסיים שם שהגר"א גולדשמיט זצ"ל העיד בגדלו שכן פסק החזון איש הלכה למעשה בכיוצא בזה עיין שם. וראה עוד בקובץ תשובות לגריש"א (סימן קמ"ב) ואכמ"ל.

ונמצא כי הדבר ברור שאין האם נאמנת לפסול את בנה כשאומרת שהתעברה מאח בעלה והולד רק ספק ממזר.

נאמנות האב כשלא נשא כדת

ואף שבנדון דידן גם אבי המבקש מסכים לדברי האם, ונמצא כי לדברי האב יש לפסול את המבקש שהרי הוא בנו הנוולד מאשת אחיו שלא במקום מצוה ופסול הוא, והרי האב נאמן על בנו כמבואר שם (סעיף כט), מכל מקום כבר כתב הרמ"א שכל נאמנות האב אינה אלא באשתו נשואה בלבד והראה מקורו מתשובת תרומת הדשן (סימן רס"ז) מה שאין כן בנדון זה שאין כאן נישואין כלל ודאי שאף האב אינו נאמן לפסול המבקש ודינו רק כספק ממזר, כמבואר.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וכן מוכח ברמב"ם שכתב (שם הלכה י"ב) אמרה לפלוני הממזר נבעלתי או לפלוני הנתיק, אפילו אותו פלוני מודה שהוא ממנו הרי זה הילוד ספק ממזר, כשם שזינתה עם זה שהודה לה כך זינתה עם אחר, עיין שם. משמע שאין האב נאמן לפסול את בנו, ומאידך פסק (שם הלכה ט"ו) אבל האב שהוחזק שזה בנו ואמר בני זה ממזר הוא נאמן. וצריך ביאור מדוע פעמים האב נאמן לפסול את בנו ופעמים אינו נאמן.

וכן יש להעיר מהשולחן ערוך שפסק (סימן ד' סעיף כ"ו):

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.

הרי שאף כשהאב מודה שזה בנו ופסול הוא אינו נאמן על בנו לפוסלו כוודאי פסול וכמו שפסק הרמב"ם (הלכה י"ב) ומאידך פסק השולחן ערוך (שם סעיף כ"ט) וזה לשונו:

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.

ולפי דרכנו למדנו שהאב נאמן לפסול את בנו לגמרי והיינו כמבואר ברמב"ם (שם הלכה ט"ו). וצריך לחלק דרך במקום בו נישאו כדת, האב נאמן על בנו לגמרי אף לפוסלו וכפי שמוכח מדברי הרמב"ם שכתב 'האב שהוחזק שהוא בנו' והיינו דרך נישואין, וכן מפורש בשולחן ערוך שפתח באשת איש והיינו בנשואה ובזה סיים שהאב נאמן לפסול את בנו, אבל כשחיו יחד ללא נישואין אין כל נאמנות לאב והיא בכלל פנויה שהתעברה המבואר בשולחן ערוך דכיון שאינם נשואים אף האב אינו נאמן לפסול את בנו. וכמו שסיים הרמ"א (שם) שנאמנות האב אינה אלא באשתו נשואה בלבד, והראה מקורו מתשובת תרומת הדשן (סימן רס"ז) וכמבואר.

וכן מפורש עוד בשולחן ערוך (סימן קנ"ו סעיף ט') שפסק:

מי שזינה עם אישה בין פנויה בין אשת איש ונתעברה ואמר זה העובר ממני הוא, ואפילו היא מודה לו הרי זה ספק, וחולצת ולא מתייבמת.

הרי שאין האב נאמן משום שלא היו נשואין מעולם ואינו אלא כאינש דעלמא ואינו כאב לפי שלא חיו בנישואין אלא בזנות ואין לאב כל נאמנות כשלא נשא כדת.

ורבנו הגר"א (שם הלכה י"ב, ובשו"ע סימן ד' סקנ"ז וסימן קנ"ו סקכ"ט) הביא ראיה ברורה לדבר מהגמרא בחולין (יא:) דאיבעיא לן מנא לן דאזלינן בתר רובא? ואמרינן התם:

רב מרי אמר אתיא ממכה אביו ואמו דאמר רחמנא קטליה. וליחוש דלמא לאו אביו הוא? אלא לאו משום דאמרינן זיל בתר רובא ורוב בעילות אחר הבעל.

מבואר בגמרא שמכה אביו חייב מיתה היינו רק מחמת הסברא שרוב בעילות אחר הבעל. אבל אלמלא סברא זו לא נוכל לחייב את מכה אביו מיתה שהרי 'דלמא לאו אביו הוא'.

ולכאורה מאי ראיה מהתם דאזלינן בתר רובא, דילמא לעולם אימא לך לא אזלינן בתר רובא, ולא אמרינן רוב בעילות אחר הבעל, ובכל זאת מכה אביו חייב מיתה כי שניהם מודים שחיו יחד וזה בנם, ולפיכך אם אותו בן סורר יכה את אביו הרי לנו מכה אביו שחייב מיתה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אלא ודאי מוכח שכל שאינם נשואים כדת אף אם שניהם מודים שזה בנם עדיין אי אפשר לחייב את הבן מיתה דאפשר שאינו אביו, וכשם שזנתה עם זה זנתה עם אחר, ורק בנשואין שרוב בעילות אחר הבעל אפשר גם לחייב את הבן מיתה. ונמצא שמה שדרשו חז"ל מ'כיר' שהאב נאמן על בנו לפוסלו נאמר רק בבני זוג נשואים.

וכן מפורש בשו"ת רבי עקיב"א (החדשות - סימן נט) שדווקא בבן שנולד מאשתו האמינתו התורה כדין 'כיר' אבל בדלית ליה נשואין וקדושין בהך אתתא היאך תיסק אדעתיה דלהאמין במידי עיין שם.

והפוסקים סמכו על חילוק זה למעשה כמבואר בשו"ת שמש ומגן (חלק א' סימן ג' וחלק ב' סימן י' וחלק ג' סימן ו' וסימן י"ב וחלק ד' סימן י"ז) ובשו"ת יביע אומר (חלק י' סימן י"ג) ובאגרות משה (חלק ג' סימן ח'). ומשפטי עוזיאל (סימן ט"ו) ועוד.

פנויה שהתעברה מהמיוחד לה

הן אמת דנדון זה לכאורה גרע טפי, שהרי הורי המבקש טעו במדב'ר בסוברם שמצווה יש בדבר, ובכל אופן מאחר ונישאו בנישואי פרגוואי נמצא כי אם המבקש מיוחדת לפסול לה בלבד ויש לתלות שאם המבקש התעברה מאח בעלה הפסול אצלה, יותר מלתלות שהתעברה מאחר.

אכן דבר זה כבר נפתח בגדולים בביאור דברי הרמ"א הנזכרים שכתב 'אפילו היתה מיוחדת לו (לפסול), אינה נאמנת עליו'. האם הני מילי דווקא כאשר האב אינו מודה לדברי האם ולכך האם אינה נאמנת לפסול הוולד אבל במקום שהאב מסכים לדבריה הוולד פסול, או שמא אף כאשר האב מסכים לדברי האם אכתי יש להסתפק כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר.

ודעת הבית שמואל (סקמ"ב) דאכן כאשר האב מודה שהוולד ממנו לא חיישינן שהתעברה האם מאחר שהרי היא מיוחדת לו ולפיכך הוולד פסול. אך החלקת מחוקק (סקכ"ה) כתב, שאף באישה המיוחדת לו והוא מודה שהוולד ממנו, אין הולד ממזר ודאי, דגם בזה יש לומר כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר והוולד אינו אלא ספק ממזר.

ובאוצר הפוסקים (סימן ד' אות ק"ט סק"ב) כתבו בשם הרב שיבת ציון (סימן ס"א) שאין דברי הבית שמואל מוכרחים. וציינו גם לתשובת כתב סופר (יורה דעה סימן קמ"ה) שדברי הבית שמואל דחוקים ואין לשון השולחן ערוך מורה כן עיין שם.

וכן מבואר גם בשולחן ערוך סימן קנ"ו (סעיף ט'):

מי שזינה עם אישה בין פנויה בין אשת איש, ונתעברה ואמר זה העובר ממני הוא, ואפילו היא מודה לו הרי זה ספק, וחולצת ולא מתיבמת. ואם היו חבושין בבית האסורים, שודאי הוא ממנו פוטר (מרדכי פרק כיצד).

אמור מעתה כי כל הנוולד כאשר הצדדים לא נישאו כדת אף אם מודים שניהם כי הולד משותף לשניהם, אינו ודאי בנו אלא ספק ולפיכך חולצת ואינה מתיבמת.

ובבית שמואל גופיה (שם סקט"ו) כתב, שמדברי הרמב"ם נראה שאף כשלא דיימא מאחרים חיישינן שכשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר. וכן כתב עוד לבאר דברי השולחן ערוך (סעיף ב') שפסק, כי אף בן ממזר פוטר את האלמנה מיבום ופירש שם (סק"א) דהיינו בחבושין יחד בבית האסורין דאם לא כן מנא לן שהוא בנו וממזר דשמא זנתה עם אחר.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובפתחי תשובה (סק"ג) העיר דאמאי הבית שמואל אוקמה דווקא בחבושין בבית האסורים ולא משכחת לה בנו ממזר בלאו הכי, הרי אף באינם חבושין יחד בבית האסורים משכחת לה בנו ממזר כשמיוחדת לפסול ויש לתלות שהתעברה ממנו ולפיכך הבן ממזר. ומזה הוכח יוכיח שהבית שמואל אזיל בשיטת הנימוקי יוסף שגם במיוחדת לו אכתי יש לחוש שמא זינתה עם אחר, ושגם המרדכי ואגודה סוברים כן, ולפיכך לא משכחת לה בנו וממזר רק בחבושים יחד בבית האסורים.

והרב פתחי תשובה שם העיר מדברי הבית שמואל הנזכר (סימן ד' סקמ"ב) דסבירא ליה שבמיוחדת לפסול אין לחוש שזינתה עם אחר, וצייין לתשובת שיבת ציון (סימן ס"ז) שכתב בשם הנמוקי יוסף (סוף פרק אלמנה) שאפילו בפילגש המיוחדת לו חיישינן שמא זינתה גם עם אחר ועיין שם באורך. וכן דעת החלקת מחוקק והסכמת האחרונים הנזכרים שגם במיוחדת לו יש לתלות כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר, וכמבואר בזה עליונים למעלה.

גם הגר"ש משאש זצ"ל בשו"ת תבואות שמש (אבן העזר ק"ס) האריך בזה, והסכים שאף במיוחדת לו תלינן שזינתה עם אחר. וכתב לדקדק כן גם מדברי הרמ"א הנזכרים ואם היו חבושין בבית האסורים, שודאי הוא ממנו, פוטר משמע דווקא בחבושין אמרינן שהולד ודאי ממנו, אבל כל שאינם חבושין אף במיוחדת לו אין הולד ודאי ממנו דשמה זינתה עם אחר.

וסיים שם, וזכורני מימי חורפי שכן פסק הרה"ג כמוהר"ר יהושע ברדוגו זלה"ה במעשה שבא לפניו בבית דינו, שהיתה יושבת בביתו כאיש ואשתו, ועם כל זה הצדיקו הבעל בטענתו שאינו יודע שהוא ממנו [...] עיין שם. ושנה ופירש' כן גם בשו"ת שמש ומגן (חלק א' סימן ג', חלק ב' סימן י', וחלק ג' סימן ו') ע"ש.

וכן הכריע מרן הראשון לציון זצ"ל בשו"ת יביע אומר (חלק ט' סימן ג' אות ח') ושם סימן ד' וסימן ה' וחלק ח' סימן ט' וחלק י' סימן ו' ועוד) מפי ספרים ומפי סופרים דאף במיוחדת לפסול אכתי חיישינן שמא התעברה מאחר. והניף ידו שנית (חלק י' סימן י"א) וביאר מילתא בטעמא, משום שרוב וקרוב הלך אחר הרוב (בבא בתרא כג:;) וכתבו התוספות דאף בקורבה דמוכח רוב עדיף עיין שם.

והוסיף שם שכן נראה גם מדברי הפני יהושע (קידושין עג.) שהוכיח דממזר ודאי הוא דלא יבא הא ספק ממזר יבא ואפילו היכא דאיכא רובא לאיסורא עיין שם. וכיון שאפילו ברוב לאיסורא לא אזלינן בתריה לפסול ספק ממזר, כל שכן בקרוב שהוא פחות מרוב אף בקורבה דמוכח, לא אזלינן בתרה לפסול עכת"ד. (ועיין עוד שם סימן ה' ואכמ"ל.)

גם בשו"ת שערי ציון (אבן העזר סימן ה' אות ח') הסכים לזה ודקדק כן גם מדברי הרמב"ם (הלכות תרומות פרק ח' הלכה י"ד) שפסק:

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.

מבואר שאף באישה המיוחדת לכהן שוטה שהרי 'נשאת' לשוטה, מכל מקום כיון שלא תקנו קידושין לשוטה אין הולד בנו ודאי אלא ספק. וראה עוד שם מה שהאריך בזה. ודון מינה דהכא נמי שחיו יחד ללא קידושין אף אם שניהם מודים כי המבקש הוא בנם אין הולד אלא ספק ממזר, וכמבואר.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

רוב בעילות אחר הבעל

ואף שהורי המבקש חיים עדיין יחד כבני זוג, מכל מקום פשוט הדבר שלא שייך לומר בזה 'רוב בעילות אחר הבעל' (סוטה כז.) שהרי כאמור אין כאן כלל 'בעל' שהרי לא נישאו מעולם ומהאי טעמא אף לאב אין כל נאמנות לפסול את בנו שהרי אין כאן 'אב' שנישא כדת כמבואר ברמ"א (סעיף כט) ומינה נמי שלא שייך בזה רוב בעילות אחר הבעל כדי לפסול את הולד.

זאת ועוד, ידועים דברי הגאון בעל ההפלאה בספר נתיבות לשבת (סימן ד' סק"ט), ובספרו פנים יפות (פרשת אחרי מות, פסוק ערות אחותך לא תגלה), דהא דאמרינן רוב בעילות אחר הבעל, אין הפירוש מפני שהוא רגיל אצלה בביאות הרבה יותר מאחרים, שהרי אפילו לא היה עמה הבעל זמן רב, תולים את הולד בבעל, שלא חילקה התורה בכך, אלא הפירוש הוא שרוב הנבעלות לאיש - הן מבעליהן, ולהכי כל היכא דאיכא למתלי בבעל, אזלינן בתר רוב הנבעלות מבעליהן, הילכך בחייבי כריתות ומיתות בית דין שאין קידושין תופסים בהם, אדרבה יש לתלות יותר את הולד שהוא מאחרים שאין בהם איסור כרת, עיין שם. והובא גם באוצר הפוסקים (סימן ד' סק"א אות ג').

ומבואר בזה כי אדרבה מכח האי סברא של רוב בעילות אחר הבעל יותר יש לתלות שהתעברה מאחר ולא מהפסול לה, ואין הולד אלא ספק ממזר.

ובשו"ת שיבת ציון (חלק א' סימן ה') דקדק מתשובת החתם סופר (סימן מ"א וסימן ע"ה) שאף הוא שר המסכים לדברי רבו ההפלא"ה. ואף מר"ן הראש"ל זצ"ל סמך על דברי ההפלא"ה בכמה דוכתי (חלק ג סימן א, חלק ז סימן ו, חלק ח סימן ד, וחלקים ט - י סימן ו' וכהנה רבות) וכתב שם (חלק ט' סימן ו') לחזק סברת ההפלאה על פי התוספות ביבמות (ק"ט. ד"ה ר"מ) ואכמ"ל.

סוף דבר הקול נשמע שאין דין המבקש הניצב בזה כממזר ודאי אלא רק כספק ממזר.

תרי רובי להיתרא

והנה מבואר בשולחן ערוך (סימן ו' סעיפים י"ז - י"ח) אודות פנויה שהתעברה ויש תרי רובי להכשיר את הולד כגון שרוב העוברים שם כשרים, ורוב העיר שפרשו ממנה העוברים לכאן כשרים, הרי זה תינשא לכתחילה לכהן עיין שם.

ועל פי זה חידש הגאון רבי יצחק אלחנן בשו"ת עין יצחק (אבן העזר חלק א' סימן ז') אודות בעל ואישה שמחמת קטטה ומריבה נפרדו ללא גט, והאישה דרה סמוך למגורי הבעל, ואחר זמן רב ילדה וטענה שהבן מבעלה שהיה מבקר אצלה והבעל מכחישה וכתב שם להכשיר הולד מספק ספיקא שמא מבעלה הוא, ושמה מנכרי התעברה.

והוסיף שם עוד טעמא (שם אות ט - יא) וזה לשונו:

יש לנו להקל מטעם אחר [...] דעת הטור (סימן ו' סעיף י"ח) דאף בנתעברה בעיר תינשא לכתחילה במקום דאיכא רוב העיר ורוב סיעה כשרים, וסתמא שאינו ידוע מי הלך למי תינשא לכתחילה [...]

בנדון דידן יש שני רובי המסייעים להכשיר את הולד, דידוע אשר דירת האישה יש שם רוב העיר הם נכרים וכן רוב עוברים ושבים האורחים שם הרוב נכרים, ובמקום דאיכא תרי רובי אף דאינה טוענת ברי לשיטת הטור

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דתנשא לכתחילה לכהן ואף באינו ידוע מי הלך למי [...] וזהו היתר מרווח לדברי הכל.

וכן הסכים הגאון רבי אברהם רפפורט חבר בית הדין בלונדון בשו"ת באר אברהם (סימן מ"א אות ה') שאפילו בעיר שיש בה פסולים יש להסתפק דילמא אזלי אינהו לגבה, ואף אם אינה אזלא לגבייהו שמא לכשר נבעלה, ואם גם רוב הסיעה כשרים הוה תרי רובי.

ומרן הראש"ל (יביע אומר חלק ט' סימן ד' וחלק י' סימן ה') סמך על זה למעשה וסיים שם ולרווחא דמילתא שלחתי את השאלה לידידנו הגר"ש משאש לחוות דעתו בזה, ואף הוא העלה בכחא דהיתרא, מהטעם הנ"ל. וכן כתב עוד (שם סימן ד') ואכמ"ל.

וכן פסק למעשה הגר"ש משאש זצ"ל בשו"ת שמש ומגן (חלק ד' סימן י"ב). והגאון רבי ציון בוארון בספרו שו"ת שערי ציון (חלק א' סימן ה') נשאל בכיוצא בזה אודות הנושא אחות אשתו וילדה וצידד להתיר הולד מטעם מקח טעות בקידושין הראשונים. אמנם הגר"ש משאש בהסכמתו לא ניחא ליה בטעם זה, אך הסכים להתיר מטעם שרוב גוים וישראלים כשרים אצלה וכתב שם זה לשונו:

מסתמא כל דפריש מרובא פריש, דכיון שהלכה לעשות איסור אשת איש שהוא חמור, ודאי קל בעיניה להיות עם גוים וישראלים, וכן כתבתי להתיר בפסק דין חדש [...] והבאתי ראיה מספרי הנזכר (חלק א' סימן נ') להתיר מטעם רוב גוים.

וכתבתי עוד דמה שאמרו תרי רובי היינו דוקא להתירו לכהן ובשביל מעלת יוחסין, אבל להתיר הממזר גם רוב אחד יסכים, וכיון שרוב העיר גוים וישראלים הם כשרים אצלה יש לומר דהוי מן הרוב ומטעם זה נראה לי להתיר אותם.

הרי שהגר"ש משאש זצ"ל הסכים להתיר משום דתלינן שזינתה עם אחר כשר, והכא נמי שנשא אשת אחיו דודאי רוב העולם כשרים אצלה ורק הוא פסול אצלה שיש לתלות הוולד ברוב כשרים.

וכן נראה גם מתשובת הנודע ביהודה (סימן ז') שבאסופי חיישינן שפסול הוא שהרי השליכו אותו למיתה, ולכך כל היכא דמוכח שלא הושלך למיתה סגי ברוב כשרים כדי להכשירו, והא דאמרינן בכתובות (טו). דבעינן תרי רובי - היינו רק ליוחסי כהונה, אבל ליוחסי ישראל סגי בחד רובא. ומסיק התם שלגבי הוולד ודאי סגי בחד רובא ולכך ברוב כשרים הולד כשר אף בלא אמרה לכשר נבעלתי.

חזקה אישה בודקת ומזנה

הן אמת שהנודע ביהודה כתב דהני מילי רק בצרוף חזקה דאישה בודקת ומזנה, אך נראה דהיינו רק במקום שיש רוב אחד או ספק ספיקא לכך בעינן לצרף גם חזקה דבודקת ומזנה, אבל כשיש תרי רובי מהני להכשיר הולד אף לולא החזקה דבודקת ומזנה.

ושוב ראיתי שכן מפורש שם בשו"ת עין יצחק (סוף סימן ז') שהביא דברי הנודע ביהודה (סימן ז') דלא סמכינן על חד רובא רק במקום שאישה בודקת ומזנה ולא באילמת או חרשת שאינה בודקת וכדמוכח ברמב"ם ובשולחן ערוך (סימן ו' סעיף י"ח).

וכתב שם בזה הלשון:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אכן באמת ראייתו יש לדחות בפשיטות. אך אף לדבריו הא במקום דאיכא שני רובי סבירא ליה להכשיר ולא החמירו חז"ל בזה.

הרי שהרב עין יצחק כתב לפקפק בראיית הנודע ביהודה אי בעינן גם חזקה דאישה מזנה בודקת ומזנה, ומסיק דאפילו תימא דבעינן חזקה זו, מכל מקום בתרי רובי יש לומר שוודאי הוולד כשר ואין צריך חזקה כלל.

וכן מבואר גם בפני יהושע (קדושין עד.) שכתב: נראה מסתימת לשון הפוסקים דלא נחתו להך סברא שכתבו התוספות דבודקת ומזנה כמבואר בכתובות דאדרבא בלשון תמיה קאמר לה בגמרא אלא דאפילו הכי אתי שפיר כדפרישית לעיל [...] עיין שם.

גם הגאון הרב ציון בוארון שליט"א בספרו שערי ציון (חלק ב' סימן ב') סמך להתיר מטעם תרי רובי וכתב דבתרי רובי אף דליכא חזקה דבודקת ומזנה שפיר יש להכשיר שלא החמירו בזה עיין שם.

והלום מצאתי בספר שו"ת הראשון לציון (חלק א' סימן ג' אות א') שגם מרן הראשון לציון שליט"א נשאל בזה וכתב בזה הלשון:

כבר מודעת זאת דעתו של מרן אאמו"ר עט"ר זצוק"ל ביביע אומר בכמה דוכתי, דכל שרק הבעל פסול לה וכל הסובבים אותה שהם תרי רובי כשרים לה, יש לומר שכשם שזינתה עם כך זינתה עם אחר הכשר לה, ויש לנו לתלות בהם, דמאחר ונישואיה לבעל הם באיסור דינם כזנות ויש לתלות שכשם שמזנה באיסור עם זה מזנה גם עם אחרים.

והוסיף עוד שם (אות ד') שבכל זה אין צורך להגיע לספק ספיקא, שכך תרי רובי חזק יותר משני ספקות. ונסמך על דברי העין יצחק הנזכרים, ושכן מבואר גם בספר אריה דבי עילאי (סימן ז') דתרי רובי הוי כתרי ספיקי. וציין גם לדברי רבי אבהו ביביע אומר (חלק י' סימן ה' וסימן ו') עיין שם.

והניף ידו שנית (שם סימן כ"ו) וסוף דבר מסיק דאף שהרב יביע אומר צרף עוד ספקות בזה אך גם כאשר אין עוד ספק נוסף דעת מרן אאמו"ר להתיר בתרי רובי גויים בלבד וכמו שהעיד בשמו ש"ב הגאון רבי עובדיה יוסף טולידנו [...] ובנדון דידן דאיכא תרי רובי בודאי תלינן שנתעברה מאיש אחר עיין שם. וציין גם לפסק הדין מבית הדין בחיפה (תיק 895409/1) עיין שם בדבריו.

ובתשובת מרן הראש"ל הנזכרת (חלק ט' סימן ד') מפורש כן להדיא שהתיר למבקש לבוא בקהל משום טעמא דתרי רובי בלבד, דאיכא רוב סיעה ורוב העיר נכרים עיין שם. וראה עוד מה שכתבנו בס"ד בעבר (תיק 1080423/1) ואכמ"ל.

וביביע אומר הנדפס מקרוב (חלק י"א סימן י"ד) נשאל כיוצא בזה אודות מי שחי עם אחות אשתו והעלה להתיר הוולד בקהל משום תרי רובי דשמא מנכרי התעברה ועוד שהרי האישה פנויה היתה ורוב ישראל כשרים אצלה מלבד הנואף, ולדברי הכל יש לומר כשם שהפקירה עצמה אצל הנואף כך הפקירה עצמה לעלמא ומאיש אחר התעברה, ואף אם היתה מיוחדת לנואף תלינן ברוב כשרים אצלה ולא שייך בזה רוב בעילות אחר הבעל באינם נשואים כדת, וסיים שם שכן הסכים להתיר הגאון רבי אשר וייס שליט"א עיין שם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

זנות עם קרובים

ולכאורה יש לומר עוד, שיותר נראה לתלות שאם המבקש התעברה מכשר מאשר לחשוש שהתעברה מאח בעלה, שהרי אחר שביטלו יצר הרע של עבירה אין יצר הרע מתגרה בקרובים וכמו שאמרו 'אהני ביה דלא איגרי איניש בקרובתיה' (יומא סט: סנהדרין סד.) ופרש רש"י (קידושין פא:): שעד שאנשי כנסת הגדולה סימאו את עיני היצר הרע היה אסור לאדם להתייחד עם אמו ובתו אלא שלאחר מכן השתנו דיני התורה כמבואר שם שמתייחד אדם עם אחותו ודר עם אמו ובתו.

וכתב הרש"ש (שם) דטעם זה מהני אף לגבי יחוד עם אחותו. וכן מתבאר מדברי הפני יהושע (שם) שכתב דאף על גב דרש"י פרש כן על יחוד עם אמו ובתו על כרחך דאחותו נמי קאי, דאם לא כן אין טעם כלל להתיר ייחוד באחותו טפי מבאחרות עיין שם.

אמנם באגרות משה (חלק ד' סימן ס"ד) העיר שדברי רש"י שייכים רק לייחוד עם אחותו אבל גבי אמו ובתו אף כאשר יצר הרע היה בתוקפו לא הייתה תאוה לזה ולפיכך הוצרכו בנות לוט להשקותו יין, וטעות סופר הוא שם ברש"י ע"ש.

ובשו"ת עין יצחק (חלק א' אבן העזר סימן ח') נשאל בגרושה שהרה לזנונים והיא שומעת ואינה מדברת ולא נודע ממי התעברה, ובמקומה אין ממזרים אבל יש קרובים אם יש לחוש ולפסול את הולד, וכתב שם (אות ד') ואחר התבונני בענין זה ראיתי לפתוח בזכות שהרי איסור יחוד הוא מדאורייתא (עבודה זרה לו: ותוספות סוטה ז. ושבת יג.) ואפילו הכי התירו יחוד הקרובים ולא חיישינן לזנות כל שכן בשתוקי דאינו רק גזירה דרבנן משום מעלה ביוחסין שלא נחוש לזנות דקרובים עכת"ד.

וכיוצא בזה כתב בערוך השולחן (סימן ד' סעיף ל"ד) דפנויה שילדה ולא נבדקה ממי התעברה הוולד ספק ממזר היינו דווקא כשיש ממזרים בעיר אפילו הם מיעוטא דשמא הלכה היא לכוּעל והוי קבוע וכמחצה על מחצה דמי, ולכן אם ידוע שהבועל הלך אצלה הוולד כשר, ואין חוששין שזינתה עם קרוביה שהולד מהם ממזר משום דדבר שאינו מצוי הוא כלל לזנות עם הקרובים (עיין יומא סט:): עיין שם.

הן אמת כי בנימוקי יוסף (יבמות דף כג: מדפי הרי"ף) נראה שחשש לזנות דקרובים שכתב הא דאמרין לא תעביד עובדא עד דאיכא רוב כשרים, כגון שהיא פנויה ואיכא מיעוטא דפסולים אצלה כאחיה ואביה ושאר קרובים עיין שם.

אמנם הגאון רבי חיים עוזר בשו"ת אחיעזר (חלק ג' סימן כ"א) כתב, שדעת הנימוקי יוסף יחידאה היא וכמו שכתב בשב שמעתתא (שמעתתא ד' פרק כ"ב) כי מסתימת הבית יוסף והרמ"א שלא כתבו כן נראה דלא חשו לזה, ודווקא לחשש נתיין וממזר שהוא פסול כללי יש לחוש מה שאין כן פסול קרובים שאין פסולים רק אצלה. ועוד, דאף הנימוקי יוסף מודה היכא דאיכא תרי רובי וכיון דאיכא רוב העיר ורוב סיעה של נכרים דהולד כשר, לא חיישינן. וסיים שם שכן הסכים גם בשו"ת ברית אברהם (סימן ט"ו) עכת"ד.

זאת ועוד העיר מרן הראש"ל בשו"ת יביע אומר (חלק ה' סימן ב') שכאשר הקורבה אינה מחמת שאר בשר אלא קורבה שעל ידי קידושין אכתי יש לחשוש לזנות דקרובים. גם בשו"ת שערי ציון (חלק ב' סימן ב') כתב לפקפק על העין יצחק הנזכר דאף שביטלו יצר הרע דקרובים היינו דוקא כגון באמו ואחותו שמותר להתייחד עימן, אבל לא ביטלו יצר הרע של קרובים

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מחמת נישואין כגון אשת אח ואחות אשתו שהרי אסור להתייחד עימן, ואם כך אכתי איכא למיחש שהתעברה מקרובים שיצר הרע שולט בהן עיין שם.

ובהג"ה שם מבין המחבר כתב להליץ דאף שלמעשה לא התירו יחוד רק עם אמו ובתו ולא עם שאר קרובים מכל מקום גם בשאר קרובים קליש יצר הרע פורתא ולכך יש לתלות שהחשש מקרובים חשש רחוק הוא, הן מחמת הטבע והן מחמת הבושה עיין שם.

נתנה ראש ונשובה לנדון דידן, דאף שאכתי יש לצדד בספק זה דשמא זינתה עם אח בעלה לפי שאינה קורבה של שאר בשר אלא קורבה מחמת קידושין, אך בלאו הכי מאחר ואיכא תרי רובי להיתרא שהרי מלבד אח בעלה הפסול רוב כשרים אצלה, לפיכך אף בעיר שיש בה פסולים יש להסתפק דילמא אזלי אינהו לגבה ואף אם אינהו אצלה לגבייהו שמא לכשר נבעלה, ואם גם רוב הסיעה כשרים הוה תרי רובי וכמבואר בשו"ת עין יצחק (אבן העזר חלק א' סימן ז') ובשו"ת באר אברהם (סימן מ"א אות ה') וכמו שהסכים מרן הראש"ל (יביע אומר חלק י' סימן ד' וסימן ה') וכמבואר.

יש לתלות גם בנכרי

זאת ועוד, שיש לתלות שמא אם המבקש התעברה מנכרי דאינו פוסל הוולד. ודבר זה כבר נפתח בגדולים שהרי פסק בשולחן ערוך (סימן ד סעיף כט):

אב שאומר על העובר שאינו ממנו, או על אחד מבניו שאינו בנו, נאמן לפוסלו והוא ממזר ודאי.

וכן כתב הטור שם. אמנם הרמב"ם (הלכות איסורי ביאה פרק ט"ו הלכה י"ט) כתב:

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

ודקדק בבית שמואל (סקנ"ב) שהטור כתב הרי הוא ממזר ודאי אך הרמב"ם כתב שאינו אלא 'בחזקת ממזר' משום שלדעת הטור האומר על העובר שאינו בנו, לא חיישינן שהתעברה מנכרי ולכך הרי זה ממזר ודאי. אך לדעת הרמב"ם בסתמא חיישינן שהתעברה מנכרי אף כשלא אמרה כן ולפיכך הולד אינו אלא בחזקת ממזר ואדרבה, אילו אמרה כן להדיא הולד כשר.

אמנם הגאון רבי עקיב"א (בשו"ת סימן ק"ו, הובא בפתחי תשובה סקל"ט) פקפק בזה וכתב, לדעתי הקלושה והנמוכה מה דהוציא כן הבית שמואל לעשות מחלוקת הרמב"ם והטור מחמת דקדוק לשונם לענ"ד אין זה הכרח כלל וכלל. ודברי הרמב"ם והטור באו בדיוק היטב [...] ומסיק למעשה דבכל ענין טענינן כן ויש לתלות שמא מנכרי התעברה עיין שם. ועיין עוד בפתחי תשובה (סקט"ז) ואכמ"ל.

גם בדרכי משה כתב בשם תשובת מהרי"ו (סימן ע"ד) באישה שהתגרשה וילדה שיש להכשיר הולד משום ספק ספיקא, שמא אחר גירושין זנתה ואם תמצא לומר קודם גירושין זנתה שמא זנתה עם עכו"ם עיין שם.

איברא, שפסק הרמב"ם (הלכות איסורי ביאה פרק ט"ו הלכה כ'): :

אשת איש שיצא עליה קול שהיתה זונה תחת בעלה והכל מרננין אחריה, אין חוששין לבניה שמא ממזרים הם, שרוב בעילות אצל הבעל, ומותר לישא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בתה לכתחלה, אבל היא עצמה חוששין לה משום זונה, ואם היתה פרוצה יותר מדאי אף לבניה חוששין.

וכן פסק בשולחן ערוך (סימן ד' סעיף ט"ו). ולכאורה אי תלינן בנכרי, אף בפרוצה ביותר נימא ספק ספיקא שמא מבעלה התעברה ואם תמצא לומר שמאחר התעברה שמא מנכרי התעברה, ואמאי חוששין לבניה.

והבית שמואל (סימן ד' סקמ"ג) כתב לתרץ, שאכן לדעת מהרי"ו שתולין שמא מנכרי התעברה אין לחשוש לבניה חשש ממזרות, ומה שכתב הרמב"ם חוששין לבניה היינו רק לענין כהונה.

ואתי שפיר שכתב הרמב"ם חוששין אף לבניה, כלומר כשם שחשש שלה הוא לענין כהונה כך החשש לענין בניה לענין כהונה בלבד, ולעולם לא חיישנן חשש ממזרות משום דתלינן בנכרי. וראה עוד בבית שמואל (סקכ"ו) עיין שם.

אכן לדעת מהרא"י (סימן ל"ז) שחוששין לבניה היינו חשש ממזרות (ב"ש סקכ"ו) נמצא שלא עבדינן ספק ספיקא שמא מבעלה ושמו מנכרי משום דלא סבירא ליה לתלות בנכרי וכדעת הטור עכ"ל.

אמנם הבית מאיר כתב (בתשובה שנדפסה בשו"ת רבי עקיב"א סימן ק') דלכולי עלמא תולין בנכרי, והתם בפרוצה ביותר חוששין לבניה ולא תלינן שהתעברה מנכרי משום דמיירי בעיר שכולה ישראל וליכא לתלות בנכרי, ולעולם בעיר שיש בה נכרים שפיר תלינן בנכרי.

גם הגאון רבי עקיב"א (סימן ק"ו) העיר על דברי הבית שמואל, שהרי איהו גופיה סבירא ליה שלדעת הרמב"ם תולין בנכרי (כמו שכתב סקנ"ב) ולדבריו אמאי פסק הרמב"ם גופיה שבפרוצה ביותר חוששין אף לבנים, נימא שמנכרי התעברה. אלא על כרחך דמיירי ברוב ישראל ולכך לא תלינן בנכרי, ולעולם ברוב עכו"ם תלינן שהתעברה מנכרי עיין שם.

ובתשובת הרב נודע ביהודה (סימן ד' הובא בפתחי תשובה סימן ד' סקל"ו) הסכים למעשה שיש לתלות בנכרי, וסיים שם שמאחר ולדעת הרמב"ם יש לתלות שהתעברה מנכרי כמבואר בבית שמואל (סקנ"ב) ולפיכך אין הולד ממזר ודאי רק בחזקת ממזר, מי יקל ראשו להקל ולהתירו בממזרת נגד הרמב"ם במקום 'דמסתבר טעמיה' עיין שם.

וכן הסכימו לתלות בנכרי הגאון החתם סופר (אבן העזר סימן י"ג (ומיירי שם ברוב גויים) ומה שכתב בסימן י' לאסור היא תשובה מוקדמת והדר תבר לגזיזיה) והגאון רבי יצחק אלחנן בשו"ת עין יצחק (אבן העזר סימן ז' אות ח') והגר"מ אריק בשו"ת אמרי יושר (חלק ב' סימן קי"ד). והגאון רבי יצחק אבולעפיה בשו"ת פני יצחק (אבן העזר סימן ז') והחזון איש (אבן העזר פריה ורביה סימן א' אות י"ז) עיין שם.

וראה עוד לגאון רבי יוסף שלום אלישיב זצ"ל בקובץ תשובות (סימן קמ"א) שרק כאשר השנים כתיקונם והיהודים היו מובדלים מבני הנכר חרפה הוא לה להיבעל לנכרי, אבל כאשר נהרסה מחיצה המבדלת בין ישראל לעמים מילתא דפשיטא דתלינן בנכרי כמו ביהודי עיין שם.

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

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

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

תלינן בנכרי גם ברוב ישראל

וחידש עוד שם ביביע אומר (חלק י' סימן ג') בשם הרב בנין עולם (אבן העזר סימן ה' אותיות ו' ז') שאפילו ברוב ישראל תלינן שהתעברה מנכרי, ואף שיש רוב לאיסורא מכל מקום יש רוב כנגדו שרוב ישראל גדורים מהעריות, מה שאין כן הגויים שרובם פרוצים, ותולין הקלקלה במקולקל. דודאי מי שפרוץ מישראל הוא מיעוטא דמיעוטא כלפי העכו"ם. (וראה אוצר הפוסקים סימן ד' סעיף כ"ט אות י"ג).

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

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

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

וכשאני לעצמי אמינא עוד טעמא, שאף בעיר שרובה ישראל יש לתלות בעכו"ם דשמא אזלא איהי לגבייהו והוה ליה קבוע דכמחצה על מחצה. וכן מבואר בתשובת נודע ביהודה (סימן ל"ח הובא בפתחי תשובה סימן י"ג סקח"י) אודות מעוברת חברו עיין שם. ושוב ראיתי בס"ד שכיוצא בזה כתבו באוצר הפוסקים (סימן ד' אות מ"ב) בשם הרב מנחת עני (סימן נ"ב) עיין שם.

וכן סמכו למעשה לתלות שהתעברה מנכרי, בתשובת הרב שמש ומגן (חלק א' סימן ג' וחלק ג' סימנים ו' - ז', וסימנים יב', טז', מח', וחלק ד' סימן י"ב) והרב מנחת יצחק (חלק ט' סימן קנ"א) ובאגרות משה (חלק ג' סימן ח').

וכן הסכים הגאון מהר"י חזן זצ"ל בספרו שו"ת יחווה דעת (חלק ג' סימן מ"ד וראה מה שכתב בחלק ב' אבן העזר סימן ב') ובשו"ת שערי ציון (חלק א' סימן ג' וחלק ב' סימן ב') ובשו"ת שמע שלמה (חלק ב' סימן ד' וסימן ט', וחלק ג' סימן א') ובשו"ת מראות ישרים (חלק ב' סימנים כ"ג - כ"ד) וראה עוד מה שכתב אאמו"ר זצ"ל בספרו משנת שלמה (קידושין סימנים מ"ו - מ"ז) ואכמ"ל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

תלינן בנכרי גם כשלא אמרה כן

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

וכן הסכים בשו"ת רבי עקיב"א (סימן ק"ו) והעיר על דעת הפרישה (בית שמואל סקמ"ד) שרק כשהאם אינה בפנינו תלינן בנכרי אבל כשהאם בפנינו ולא טענה כן לא טענינן זאת, וסיים שם רבי עקיב"א לבי מהסס וקשה עלי כתורמוס מאיזה סיבה נימא כן, הלא בודאי אין ראייה מדלא טענה כמבואר בתוספות גבי מוכת עץ דגנאי הוא לה לטעון כן עיין שם.

וכיוצא בזה כתב גם בשו"ת עין יצחק (אבן העזר סימן ז' אות ז') וכן דעת החזון איש (אבן העזר סימן א' סק"ז) שכתב, מחוורתא כדברי רבי עקיב"א שכל שיש נכרים שראוי להסתפק בהם הוי ספק עיין שם. ובשו"ת ישכיל עבדי (חלק ג' סימן ב' סעיף ה' אות ד') כתב, שאפילו אם נבדקה האם ואמרה שהבן מבעלה, מצרפים הספק דשמא מגוי נבעלה להכשיר את הבן עיין שם. וכיוצא בזה כתב בשו"ת מנחת אשר (חלק א' סימן ע"ד אות א') ואכמ"ל.

ואחר כל אלה הדברים נמצא שיש להתיר את המבקש גם מטעם ספק ספיקא, שמא אמו התעברה מנכרי ונמצא שאינו כלל ממזר, ושמא אמו התעברה מישראל כשר שהרי רוב כשרים אצלה. וכן הסכים לספק ספיקא זה בשו"ת שמש ומגן (חלק ג' סימן מ"ח) וכן נעשה מעשה בתשובת הראש"ל בשו"ת יביע אומר (חלק ח' סימן ט') שהסכים לדברי הגר"ש משאש זצ"ל וראה עוד בשו"ת שערי ציון (חלק ב' סימן ב') עיין שם.

גם באוצר הפוסקים (סימן ד' סעיף כ"ו אות ק') כתבו בשם הנודע ביהודה (סימן ז') שכאשר אין תרי רובי רק רוב אחד להתיר, יש לצרף ספק ספיקא דשמא לכשר נבעלה וכשרה אפילו לכהונה ואם תמצא לומר שנבעלה לפסול שמא נכרי הוא דפסול לכהונה אבל כשר לקהל עיין שם.

ואף שבבית מאיר (הובא באוצר הפוסקים שם) פקפק בספק ספיקא זה שהרי כשאמרינן שמא לכשר נבעלה הרי אף גוי בכלל ואין זה ספק ספיקא שהרי הכל ספק אחד הוא, אמנם כבר כתב בפני יהושע (קדושין עג.) שכל שספק אחד מתיר יותר שפיר הוה ספק ספיקא. ולמד זאת מהגמרא שם דאמרינן התם:

אמר רבא דבר תורה שתוקי כשר, מאי טעמא? רוב כשרים אצלה ומיעוט פסולין אצלה. ואי אזלי אינהו לגבה - כל דפריש מרובא פריש, מאי אמרת דילמא אזלה איהי לגבייהו? - הוה ליה קבוע, וכל קבוע כמחצה על מחצה דמי, והתורה אמרה לא יבא ממזר ממזר ודאי הוא דלא יבא הא ממזר ספק יבא.

והקשה הריטב"א שם דאכתי קשיא למה לי קרא, והרי איכא ספק ספיקא, ספק שמא אזלא איהי לגבייהו דהוה מחצה על מחצה, וספק שמא אזלו אינהו לגבה ואיכא רוב כשרים וכל ספק ספיקא לקולא אפילו באיסורא דאורייתא. וכתב דאין הכי נמי וקרא אתיא לעיר שהיא מחצה על מחצה או לאסופי עיין שם.

ובפני יהושע שם כתב ללמוד מזה שכל שיש רוב צדדים להיתר שפיר דמי, ועל כרחק האי ספק ספיקא הוי כרוב כיון דאפילו אי קים לן בודאי דאזלה איהי לגבייהו הוי מחצה על מחצה והשתא דלא קים לן הדבר, נוטה אני להיתר יותר מלאיסור עיין שם בדבריו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובלאו הכי הגאון רבי יצחק אלחנן בספרו באר יצחק (סימן ו') כתב בשם הראשונים דעבדינן ספק ספיקא גם משם אחד, והוסיף כל שכן לדעת הרמב"ם [...] דלא סבירא ליה כלל דספק ספיקא משם אחד לא עבדינן [...] וכל שספק אחד מתיר יותר שפיר הוה ספק ספיקא. והכא נמי שמא אזלי אינהו לגבה הוה ספק מעליא דרוב כשרים אצלה, ואם תמצא לומר שמא אזלה איהי לגבייהו אכתי יש להסתפק שמא לכשר נבעלה. ומסיק התם דספק רוב וספק מחצה על מחצה הוה ספק מעליא לפי שספק אחד מתיר יותר, עיין שם.

וכן מבואר גם בשו"ת אחיעזר (חלק א' אבן העזר סימן ל"ד) שהביא דברי העין יצחק בדעת הרמב"ם דמהני מן התורה ספק ספיקא משם אחד, והוסיף שיש רוב צדדים להתיר [...] ובודאי היכא דיש רוב צדדים במציאות יש להתיר יותר מספק ספיקא.

והכא נמי ספק דילמא אזלי אינהו לגבה דהוי רוב במציאות ואם תמצא לומר דילמא אזלא איהי לגבייהו הוה קבוע מחמת הדין אבל דילמא לכשר נבעלה ויש בזה רוב צדדים להתיר עיין שם.

וכן הסכים גם מרן הראש"ל זצ"ל ביביע אומר (חלק ח' סימן ט') ומשום שספק ספיקא מהני משום רוב ובספק מישאל כשר הוה ספק השקול וכל שיש להסתפק שמא מגוי התעברה אף שאין זה ספק שקול חזי לאצטרופי לספק ספיקא ונמצא רוב צדדים להיתר וכתב זאת מפי סופרים ומפי ספרים עיין שם.

ובלאו הכי יש לומר דכיון שנידון דידן מיירי בספק ממזר שמותר מהתורה כדדרשינן (קדושין עג.) ממזר ודאי הוא דלא יבא הא ממזר ספק יבא, וכל האיסור בזה אינו אלא מדרבנן, ובאיסור דרבנן דעת רבים דמהני גם ספק ספיקא משם אחד כמבואר בעין יצחק (אורח חיים סימן א' אות י"ט וסימן ט"ז אות ה') הביאו מרן הראש"ל זצ"ל ביביע אומר (חלק ח' יורה דעה סימן ב') וראה עוד דברי מרן הראשון לציון שליט"א בספרו קונטרס הספקות (כללי ספק ספיקא אותיות י"ג – י"ד) ומשם באר'ה.

סיכומם של דברים, מאחר ואם המבקש דינה כפנויה, שפיר יש לומר כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר, ויש לתלות שהתעברה מאחר גם בעודה מיוחדת לפסול, ובצרוף טעמא דתרי רובי שכתב עליו העין יצחק שהוא 'היתר מרווח לדברי הכל', ושמא מנכרי התעברה אף כשלא טענה כן, לפיכך נראה שיש להתיר את המבקש לשאת אישה כדת משה וישראל.

וצור ישראל יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות.

לאור האמור מחליט בית הדין כדלקמן:

א. המבקש רשאי להינשא כדת משה וישראל.

ב. למבקש אח בשם א' (ת.ז. ...) ואחות בשם נ' (ת.ז. ...) שעניינם נידון בנפרד (תיקים ... – ...) ובהתאם לאמור אף הם רשאים להינשא כדת ויש לצרף החלטה זו לתיקים הנזכרים.

ג. יש להעביר העתק מההחלטה לידיעת הנהלת בתי הדין.

ניתן לפרסם לאחר השמטת פרטים מזהים.

ניתן ביום ו' בשבט התשע"ח (22/01/2018).

הרב אברהם מאיר שלוש – ראב"ד, הרב דניאל אדרי – אב"ד, הרב שמואל אברהם חזן