

בבית הדין הרבני האזורי נתניה**בפני כבוד הדיין:****הרב שניאור פרדס – ראב"ד**

המבקשת: [א. ג.]

(ע"י ב"כ טו"ר ג'ניפר ברנר)

הנדון: חזקת "כרוכין אחריה" בבירור יהדות**פסק הדין****פסק הדין הקצר****הנימוקים בהרחבה**

המקורות לחזקת כרוכין * חזקה ללא כרוכין * ראייה לחשש אימוץ מגוף סוגיית הגמרא * ביאור מחלוקת רש"י והרמב"ם * ראייה מדברי התוספות מתי אין לחשוש לאימוץ

חזקה והגדרתה

הגדרת החזקה ורמת בירורה * שני סוגי חזקה * האם חיוב מכה אביו מטעם חזקה או רוב * א. הדרך הראשונה - הרוב והחזקה נצרכים זה לזה * ב. התירוץ השני - חזקה מדין רוב * ג. התירוץ השלישי - חילוק בין המקרים * למסקנת החוט המשולש החזקה היא מדין רוב * מסקנת הבכור שור כתרופו זה * תוקף החזקה כאשר יש סיבה לחשוש לאימוץ * האם לדין סוקלין שורפין ומלקין על פי חזקה, נצרך מעשה או סגי בדיבור * דעת המהרי"ק לחלק בין מלקות ובין נפשות * כדבריו נראה גם מתשובת הרמ"א * בערך השולחן הכריע כמהרי"ק * שיטת הזכרון יוסף שצריך מעשה בין במלקות ובין בנפשות * מקורות נוספים לשיטה זו * שיטת הבית אפרים שגם לדעת המהרי"ק לא די בדיבור * השיטות שאין צורך במעשה בין במלקות ובין בנפשות * פשרת החזו"א - הכל תלוי באמון הרואים * מתי צריך ל' יום - חילוק בין מקרים שונים * הגדרה נוספת בחזקת ל' יום * עוד חלוקה מתי נצרכת אמירה בנוסף לל' יום * סיכום הגדרות חזקה

חיוב בירור במקום רוב וחזקה

מיעוט המצוי * סמוך מיעוטא לחזקה * עוד מקורות - שלח ואחוי, ובדיקת הציצית * טעם חיוב הבדיקה * כשאין אפשר לבדוק סומכים על הרוב לכתחילה * האם בעיני לברורי במקום רוב או חזקה כאשר אין חזקת איסור * האם גם באיסור דרבנן חייבים לברר במקום רוב * מקרים שלא חייבים לבדוק * מקור הפטור מלברר במקום טורח * דימוי הפטור מבירור בטורח מרובה לדין יש לו מתירין * האם אדם חייב להעיר את אשתו כדי לברר * כשניתן לרדוף אחריו * מקומות שלא חייבו חז"ל לבדוק אף ללא טרחה * הבינת אדם הרחיב בדין זה ובחילוק בין נושאים שונים * בדיקה ובירור בנמצא בעיר * האם חיוב הבירור הוא רק במקום חזקת איסור * סתירות בדין האם בעיני לברורי במקום חזקת איסור * חילוק בין חזקה שבטבע לחזקה שבאה על ידי מעשה * שיטת הבינת אדם - ג' סוגי חזקות * עיקר החילוק הוא בין חזקה שנשאר המצב שראינו ובין חזקת רוב וסברא שכך קרה * חזקה שנעשה מעשה * מקרים שאין צריך לברר, משום ש"מהיכי תיתי שיש איסור" * חיוב בדיקה לבני משפחה - סיכום

הצורך בבירור יהדות

נאמנות האומר "ישראל אני" * מה הדין כשאנו נוהג כישראל * שליטה בשפה יהודית * תשובותיו של הגרי"ש אלישיב זצ"ל * תליה במחלוקת הפוסקים אם חזקה צריכה מעשה * בירור יהדותם של עולי ברית המועצות * רלוונטיות הרוב במקרה שלפנינו * רוב שיש בו ריעותא * ריעותא המערעת את הרוב רק לכתחילה * המקור לדין ריעותא ברוב * מקור נוסף * ראייה מסוגיית סמוך מיעוטא לחזקה * ריעותא במומחיות השוחט * איזה רוב מרע רוב אחר ומצריך בירור * ביאור כוונת התוספות שהרוב האחד עדיף מהרוב השני * ריעותא בהוכחת יהדות * הוכחה מהגמרא על חיוב בדיקה ברעותא * דעת ה"יביע אומר" שאין חיוב לברר אלא אם ישנה ריעותא * ריעותא בטענת יהדות בפסקי דין רבניים * דברי החזון איש מתי צריך לברר למרות החזקה * חיוב בירור בחשש סביר לאימוץ

האם לידה מאוחרת מעוררת חשש אימוץ

האם אשה שלא ילדה זמן רב יש בה רוב שתלד * ביאור הנודע ביהודה בדברי התוספות אם בשהתה זמן רב ישנו רוב הפוך שלא תלד * פסק דין מהגאון רבי שלמה שפירא שליט"א * השגות הגאון רבי ישראל בארנבאום שליט"א *

כאשר ישנם ריעותות נוספות ודאי צריך לבדוק * האם שהיית עשר שנים לבדה מהווה ריעותא ברוב * ביאור הערוך
לנר בפשט דברי התוספות * ביאור השאגת אריה בדברי התוספות * ביאור הבני דוד בדעת התוספות * שיטת
המהר"ם שיק - התוספות עסקו רק לפני שעברו עשר שנים * ביאורו של היעב"ץ * סיכום השיטות והעולה מהם *
חשש עקרות בשהו עשר שנים * כשרותו של ילד שנולד לאחר עשר שנים

ניתוח הנתונים להלכה

הערכה כללית ללא קשר למקרה דנן * רמת הצורך בבירור * חזקת כרוכין והעדר התמונות * דעתו של הגאון רבי
ישראל בראנבאום שליט"א * היקף האימוצים * סיפור טיפולי הפוריות * ההנקה כראיה * סיכום הריעותות בנידון
דנן

המסקנות ההלכתיות העולות מפסק הדין

תמצית המאמר

במאמר זה נדון בהרחבה בדיני בירור יהדות במקרה בו עלה חשש לאימוץ. נרחיב במקורות ויסודות "חזקת כרוכין"
והאם היא קיימת כאשר יש חשש לאימוץ. בדיני חיוב בירור מדין "איכא לברורי" למרות שיש רוב או חזקה, ובמקום
בו יש ריעותא ברוב. בכללים מתי יש צורך בבירור יהדות. האם ומתי לידה מעוררת לבדה חשש אימוץ. ובסוף נעבור
לבירור המקרה דנן לאור כל הנ"ל.

מקור חזקה זו הוא במסכת קידושין, כי המוחזק לבן של מי שמגדלו, קובעים שהוא אכן בנו. כאשר האב והאם הגיעו
לפנינו זה עתה עם ילדים, ישנה חזקה רק לקטנים ולא לגדולים. אבל אם כעבור זמן כולם מחזיקים אותם לקרובים,
הוי חזקה, כמו שכתב החזו"א.

נחלקו רש"י והרמב"ם, האם בכל מקרה בו יש שתי נשים בבית, חוששים שמא מי שכרוכים אחריה אינה אִמָּה, או רק
כאשר האשה מתה חישין שנכרכו אחרי האשה השניה. מאידך נחלקו עוד במקרה שהאב לא בא לפנינו עם שתי נשים
ואין עדים שנשא אשה נוספת, האם יהיה נאמן במיגו לומר שהם בני אשה זו.

במקרה דנן ישנן רעותות הגורמות לחשש שמא סבתה של המבקשת היא מאומצת, וכאשר ישנה סיבה סבירה שאפשר
לתלות בה את העובדה שנכרכו אחרי האשה למרות שאינם בניה, שוב אין ראיה מכך שהבנים כרוכים אחריה.

אין לחשוש לחששות שאין להן בסיס וריעותא לפנינו. לכן בדרך כלל גם אין לחשוש שבן או בת הינם מאומצים, כל
זמן שלא שמענו ריעותות המעלות חשש כזה.

הגדרת החזקה ורמת בירור

הרשב"א כתב שהחזקה נחשבת כידיעה ממש, שאין בכוח האשה להכחיש.

במסכת חולין למדו את דין חזקה מפרשת נגעים, ואילו בירושלמי במסכת קידושין למדו דין זה ממכה אביו ואימו,
וכך כתב הרמב"ם. הקשה הבית שמואל מדוע בגמרא בבלי לא למדו משם.

האחרונים ביארו שישנם שני סוגי חזקה: יש חזקה דמעיקרא, שהמצב לא השתנה ממה שהיה, וזה נלמד מנגעים.
בירושלמי מדובר כשלא ידענו מה היה, ואנו מניחים שכך היא המציאות מכח שכך מוחזק הדבר בסתמא. אמנם
הרדב"ז כן דימה את החזקות, וכדברי הבית שמואל.

עוד מקשים, שהרמב"ם למד שמכה אביו חייב מכח חזקה שהוא אביו, ואילו בגמ' משמע שהטעם שמכה אביו חייב
הוא מדין רוב בעילות אחר הבעל. נאמרו על כך שלושה דרכים באחרונים:

הדרך הראשונה: הרוב והחזקה נצרכים זה לזה (בכור שור, סדרי טהרה, חתם סופר ודברי יחזקאל).

הדרך השנייה: גדר חזקה מסוג זה הוא מדין רוב (שערי יושר ובית מאיר).

דרך שלישית: בערוך השולחן חילק בין בן שנולד בפנינו, שם נזקקים לדין רוב בעילות אחר הבעל, לבין אב ובנו שבאו
לפנינו ממקום אחר, שכיון שהתנהגו כאב ובן, חזקה שהוא בנו. הפסוק מדבר בשני המקרים, ומכאן נלמדים שני
הכללים – רוב וחזקה.

גם בבכור שור ובחוט המשולש הסיקו לבסוף כדרך השנייה בהגדרת חזקת כרוכין, כי היא מתבססת על רוב מוחלט
שהמיעוט הוא אינו שכיח כלל. לפי זה אם ישנו הסבר אחר לכך שהבנים כרוכין אחריה, שוב אין תוקף לחזקה זו.

יש לברר האם לדין סוקלין שורפין ומלקין על פי חזקה, די בהחזקה על פי דיבורם בלבד, או שצריך גם מעשה.

בבית שמואל הביא את המהרי"ק המחלק בין מלקות לנפשות, אך כתב כי הרמב"ם והטור חולקים. הבי"ש לא פירש אם לדעתם תמיד צריך מעשה, או להיפך שבכל גווני די בחזקה על פי דיבורם.

כדעת המהרי"ק יש ללמוד גם מתשובתו של הרמ"א. וכך הכריע הערוך השולחן. אולם הזכרון יוסף, הפני יהושע וחוט המשולש נקטו שכל חזקה זקקת מעשה, וגם אם עברו שלושים יום, אין משמעות לדיבור.

הבית אפרים חידש, כי גם למהרי"ק לא די באמירה, וכל חילוקו הוא שלמלקות כל שהם מוחזקים לנו, תלין שהחזק לנו על ידי ראיה או מעשה, אבל למיתה צריך לראות מעשה היוצר חזקה.

דעת הרדב"ז, ורעק"א הסדרי טהרה והבית מאיר בהבנת הבית שמואל, שדי באמירה לבד. גם לדעתם צריך שהאמירה תמשך ל' יום. וכך משמע גם מהב"ח והט"ז.

לדעת החזו"א הכל תלוי באמון שהדבר עורר בלב האנשים. אם על ידי דיבור השומעים אינם מטילים ספק בדבר, די בזה לכולי עלמא, ואם לא, צריך גם מעשים.

הרמב"ם בהלכה כא כתב שיש צורך בל' יום לחזקה, ואילו בהלכה כ לא ציין הרמב"ם את הצורך בל' יום.

לדעת הב"ח די בדיבור ליצור חזקה אפילו לסקילתם. אלא שכלפי איש אחר שזינתה עמו, נזקקים לשלושים יום, כדי שלא יוכל לטעון שלא ידע שהיא אשת איש.

לדעת הט"ז רק בחזקה הבאה מכח מעשה, אין צורך בל' יום, אבל אם הוחזקו על ידי דיבור, רק בל' יום נוצרת חזקה שתועיל לענישה. אבל לאסור נאמנים על עצמם מיד, מדין "שוויה אנפשה". כך פסקו החלקת מחוקק והבית שמואל.

הנודע ביהודה באר כי גם בהלכה השניה נהגו כאיש ואשתו, ואף על פי כן נצרכים לומר זאת. שכן יתכן שנישאו על תנאי, ורק אמירתם מבררת שאין ביניהם תנאי.

סיכום דיני החזקה.

חיוב ברור במקום רוב וחזקה

גם במקום חזקה, לפעמים מחויבים לבדוק כאשר הדבר ניתן לברור.

מבואר במסכת חולין כי למרות שרוב המצויים אצל שחיטה מומחים, אם השוחט נמצא לפנינו, חייבים לברר.

ובפסחים מצינו כי אף שחזקה שבדק בעל הבית את ביתו מחמץ קודם שהשכירו, מכל מקום אם הוא לפנינו, חייב לשואלו. פירש הר"ן כי אין סומכים על חזקה כאשר ניתן לברר, כפי שמצינו לענין שחיטה.

הריטב"א והרא"ה חולקים שאפשר לסמוך על הרוב שהשוחט מומחה. רק בחמץ הצריכו לשאול, כי "אין כל החזקות שוות". להלכה נפסק כדעת הר"ן.

בביאור הגר"א מצינו שחיוב הברור הוא משום שהמיעוט הוא "מיעוט המצוי". בשו"ע הרב ציין כי נחלקו הראשונים בנקודה זו.

הרמב"ן כתב שתי טעמים לחיוב הברור, משום שאין סומכים על רוב שמיעוטו מצוי כשאפשר לברר, ומשום שכנגד הרוב יש חזקת איסור, ולא החשיבו רוב זה כודאי, במקום שאפשר לברר. הרשב"א הביא רק את הטעם השני, לשיטתו רק טרפות הריאה נחשבת כמיעוט המצוי, אבל שוחט שאינו מומחה אינו מצוי כל כך. הר"ן לא הביא אלא את הטעם הראשון, וסובר שגם מיעוט כזה נחשב למצוי.

הגר"א הביא מדברי הרא"ש שלסוברים "סמוך מיעוט לחזקה", בהכרח שהמיעוט שאינם מומחים אינו מצוי כלל. אך בשו"ע הרב הביא את הרשב"א שתירץ כי למרות שישנו מיעוט שאינם מומחים, לא שייך כאן דין סמוך מיעוט לחזקה, משום שגם אם השוחט לא היה מומחה, יתכן כי שחט כדיון, והחשש לאסור הוא רק מיעוט דמיעוטא.

כהן שהעיד עליו עד אחד שיש בו מום, אף שאינו נאמן, על הכהן להראות שאין בו מום, מכיוון שניתן לברר בקלות.

השו"ע פסק כי הלוש ציצית צריך לבדוק את החוטים קודם שיברך. המגן אברהם פירש הטעם כי אין סומכים על חזקה אם ניתן לברר, ולכן אם עד שיבדוק יפסיד את תפילת הציבור, אינו חייב לבדוק.

בפרי מגדים ביאר כי דין זה הוא מדרבנן, כפי שכתב הר"ן. הש"ך ביאר כי אפילו האוסרים את הבהמה אם נאבדה הריאה, מודים כי חיוב הבדיקה הוא מדרבנן, ונחלקו רק האם התקנה היתה אפילו בדיעבד לאסור בלא בדיקה, כדי

שלא ימנע את בדיקתה. וכך מפורש ברמ"א. בבינת אדם כתב על פי הרשב"א כי טעם חיוב הבדיקה הוא כדי שלא יראה כמעלים ענינו מן האיסור.

כשלא ניתן לבדוק, סומכים על הרוב אף לכתחילה. בשו"ע נפסק כי השוחט חיה לא יכסה עד שיבדוק את הריאה. ביאר הש"ך שמכיון שאי אפשר לבדוק קודם השחיטה, בזה סומכים על הרוב ומברכים על השחיטה. אבל בכיסוי הדם שאפשר להמתין, אסור לברך בלי בדיקה.

דעת הבית יוסף שרק אם יש חזקת איסור יש חיוב בדיקה, וזהו הטעם שבהמה שאין לה חזקת טריפה אינה חייבת בבדיקה. לדעת הב"ח ההבדל הוא בין חזקה על דבר שממילא, לחזקה שנעשה מעשה, שאז צריך לברר. המגן אברהם קיבל את דברי הב"ח. הבינת אדם הוכיח מהתוס' בחולין שחולקים עליו, אך כדעת הב"ח כתב הרשב"א בשם הרמב"ן.

הפרי מגדים כתב שאין צורך לבדוק טלית משי שחיובה בציצית הוא מדרבנן. יש להקשות על כך מבדיקת חמץ. הפרי מגדים עצמו בכמה מקומות כתב דין איכא לברורי אף בספק דרבנן. יתכן לחלק בין עיקרו דרבנן, לעיקרו דאוריתא.

יש מקרים שאין צורך לברר, גם אם אפשר. יש לבאר מתי, ומדוע לא חייבו לבדוק את כל י"ח הטריפות.

במקום שיש טרחה מרובה או הוצאה גדולה, לא צריך לברר. כך הובא במגן אברהם לגבי ציצית, אם בדיקתו תמנע אותו מתפילה במניין. כך תירץ הפרי מגדים על המניע מבדיקת הטריפות, על פי דברי המנחת יעקב דכל שיש טירחה, אין צריך לברר. וכן כתב בערוך השולחן. המנחת יעקב והפמ"ג בגינת ורדים הביאו מקור לדין זה, מבדיקת חמץ, שכאשר המשכיר אינו נמצא, פטור השוכר מבדיקה, משום שהבדיקה כרוחה בטירחה.

בחתם סופר פסק לגבי אשה שמת בעלה, והודיעו לה שיש לו אח במקום רחוק, שאם אפשר לברר בקלות, חייבים לברר, אבל אם הדבר מצריך טירחה והוצאה גדולה, יכולים להסתמך על החזקה. ולמד כן מהדין הנ"ל, שאם יש ספק על כהן האם הוא בעל מום, רק אם ניתן בקלות לבדוק, מבררים. החתם סופר חידש, כי מקור חיוב הברור הוא מסברא, כמו ב"יש לו מתירין", משום ש"עד שתאכלנו באיסור תאכלנו בהתר", ולכן גם כאן אין חיוב לברר בהוצאה וטירחה מרובה.

אשה ששהתה אחר הוסת שיעור שתספור ותטבול, יבא עליה ואין צריך לשאול. המנחת יעקב הקשה למה לא נחשב כאיכא לברורי. בפרדס רימונים תירץ כי הדבר נחשב כטירחה. ואילו הערוך השולחן חלק שאין זה נחשב טרחה.

כתב הב"ח כי אם השוחט כבר הלך, אין צורך לרדוף אחריו. הש"ך חולק, וכך פסקו הפרי חדש והכרתי ופלתי. כתב בפמ"ג שכל המחלוקת היא אם אפשר לרדוף אחריו בקלות, אך לכולי עלמא אין צורך לטרוח. לפי הבינת אדם אם הוא בעיר, חייבים לשאול אותו לכולי עלמא.

בשו"ת משנה הלכות דן האם אשת כהן מעוברת, צריכה לבדוק את מין העובר באולטרה סאונד לפני שתכנס באהל המת, וכתב שאין חיוב להסתייע בבדיקות שהתחדשו בזמנינו. באגרות משה דן לענין קביעת רגע המוות, האם מתחשבים בדעת הרופאים, אך מסקנתו היא שיש להתחשב בדבריהם. יש מקום לחלק בין סברות מדעיות, לעובדות ברורות, ובין הגדרות על פי המדע, לבין בדיקה המדעית שרק מבררת את המציאות.

מבואר במשנה וברמב"ם שהמניח פירות בכדי להפריש מהם מעשרות, אינו צריך לבדוק אם הם קיימים.

בספר בינת אדם הכריע כי אם היה ידוע שהדבר היה כשר, יש לסמוך על החזקה מבלי לבדוק, אך אם לא היה הדבר ידוע בוודאות, ומכשירים רק מפני החזקה, חייבים לבדוק כשאפשר. עוד פסק כי אף אם אינו נמצא לפנינו, אבל נמצא הוא בעיר, חייבים לשאלו.

יתכן שיש מקום לחלק בין מקרים שחזקת ההתר היא בעיקר הדבר שבו דנים, ואז אין חובה לברר גם כשיש כנגדה חזקה לאיסור. למקרים שהנידון עצמו יש בו חזקת איסור, בעוד הרוב המתיר הוא חיצוני.

לדעת הב"ח רק כאשר הרוב או החזקה בנויים על מעשי האדם, בזה יש חשש שמא נמנע הדבר, וצריך לברר. הבינת אדם מקשה עליו כי הרשב"א הביא דוגמה לחיוב הבדיקה, מ"חזקה דרבא" בקטנה שהגדילה בשנים, וחזקה שגם הביאה סימנים, ואף על פי כן חייב לבדוק.

הבינת אדם מסיק כדעת הב"ח, ועיקר החילוק הוא בין חזקה שנשאר המצב שראינו, שאין צורך לבדוק, ובין חזקת או רוב שכך קרה, ששם מחויב לבדוק. ומה שאין בודקים את כל הטריפות, הוא רק משום הטירחה. בארצות החיים להמלבי"ם חילק בין חזקה שמעידה שנעשה מעשה חדש, לחזקה שהמצב הקודם נשאר, ומוכן שאין בודקים את כל

הטריפות.

הרמ"א אוסר לקנות דגים מלוחים טהורים שמונחים עם טמאים בחבית, אבל אין צורך לבדוק אם יש דגים טמאים. פירש הש"ך שאין ההתר מכת חזקה, אלא "מהיכי תיתי יהא כאן איסור", לכן אין ספק כלל. מכך נלמד, שאין צורך לבדוק את קרבת המשפחות הבאות לפנינו, וניתן להסתמך על החזקה, אלא אם כן ישנה ריעותא.

הצורך בבירור יהדות

הדין הוא, שמי שבא לפנינו ואמר "ישראל אני" נאמן. לפי תוספות, הטעם הוא משום שרוב הבאים לפנינו בתורת יהדות הינם יהודים. אלא שאם היה מוחזק לנו כנכרי, צריך להביא ראיה שהתגייר. בריטב"א והנמו"י הובא טעם נוסף לנאמנותו, משום שדבר זה הוא מילתא דעבידא לאיגלווי ולא משקר.

ברמב"ם והשו"ע נפסק שמי שבא לפנינו ואומר שהתגייר, אם לא היה ידוע לנו שהוא נכרי, נאמן במיגו שהיה מחזיק עצמו כישראל. וגם אם היה מוחזק לנו כנכרי, מדינא נאמן אם נוהג כמנהג ישראל בכל דבר, אלא שלגבי יוחסין החמירו שצריך להביא ראיה. אבל מי שנאמן מדין מיגו אינו צריך להביא ראיה כלל. אמנם בחו"ל צריך להביא ראיה, ואינו נאמן. בש"ך הדגיש, שחומרא זו נאמרה רק לגבי מי שבא ואמר שהתגייר, אבל מי שאמר שהוא ישראל גמור, נאמן אף ליוחסין.

יש להסתפק האם אדם נאמן לומר שהוא ישראל, רק אם נוהג כישראל, או שנאמן בכל מקרה. האגרות משה נקט שנחלקו בזה התוספות והרמב"ם. אך בתשובה מאוחרת כתב כי גם לשיטת התוספות נאמן, משום שרוב האומרים כן, אכן הם יהודים, כיון שנכרים מתביישים לזהות עצמם כיהודים. והוסיף כי אם הוחזק לנו כנכרי ודאי שאינו נאמן לומר שהוא ישראל, נגד החזקה, וכך כתב גם האחיעזר.

בחוט המשולש כתב שצריך לכל הפחות שידבר בשפה יהודית, ואם לא, הרי הוא בחזקת נכרי. אין צורך בשמירת מצוות, אבל צריך לפחות מאפיינים המזהים אותו כיהודי. אך בחו"ל כתב כי אין כאן כלל מוחלט, והדברים נאמרו לפי המציאות בשעתו, אבל בעלמא רוב הבאים לפנינו בתורת יהדות הם יהודים, בדוברי כל השפות.

הגרי"ש אלישיב זצ"ל נקט כי העובדה שהעולים אינם שומרי מצוות, אינה ריעותא, משום שכך מקובל שם. אך אין כאן רוב, משום שרק רוב הבאים לפנינו "בתורת יהדות" הינם ישראלים.

הגר"ח צימבליסט שליט"א כתב בשאלתו להגרי"ש כי כאשר הטוען מגיע ממקום שרובם יהודים, ישנו "רובא דאיתא קמן". וכאשר הוא מגיע ממקום שאין בו רוב ישראל, יש "רובא דליתא קמן", כפי שכתבו התוספות. העולים מבריה"מ באים ממקום שרובם נכרים, וגם הדין השני לא שייך כאשר אינם נוהגים כיהודים, וסברת האגרות משה כי חזקה שנכרי לא יאמר על עצמו שהוא יהודי, אינה קיימת כאשר ישנו רווח גדול בהצהרה זו.

בתשובתו ביאר הגרי"ש, שהיהודים בבריה"מ נחשבים כקבוצה נפרדת, ובה יש רוב יהודים, אך פסק כי אי אפשר להתירם, אחרי שמעורבים בהם גם מיעוט של בני תערובת, שנחשב כ"קבוע". כשבאים למעשה צריך לבדוק היטב, והדברים משתנים לפי השנים והמקום.

בפסק דין מהגאונים הגרי"נ רוזנטל הגר"ב רקובר והגר"ע הדא"ה זצ"ל, פסקו כי בלא התנהגות כיהודי, אין דין הוחזק כישראל. אך תלו נידון זה במחלוקת הנ"ל האם "הוחזק" צריך להיות דוקא על ידי מעשה, או שמספיק דיבור בעלמא.

מתוך דברי הגר"י אושינסקי שליט"א בשורת הדין: נאמרו שלושה טעמים בראשונים לנאמנות האומר "ישראל אני". א. מדין רוב. ב. מדין "מילתא דעבידא לאיגלווי לא משקר". ג. מדין חזקה, שגוי לא יציג עצמו כיהודי.

קשה להסתמך כאן על הטעמים האחרונים. דין "מילתא דעבידא לגלווי" נאמר רק אם האפשרות שיתגלה שיקרז הוא קרוב ומיידי. גם בשו"ת יביע אומר הסתמך על טעם זה כסניף בלבד. גם ה"חזקה" שגוי לא יציג עצמו כיהודי, לא קיימת כשיש תועלת ברורה להחשב כיהודים. נותרה להתיר רק על פי הרוב, רוב המתנהגים כיהודים, או הבאים בשפה היהודית, או שמות יהודיים וכו'.

ישנם שלשה דרכים לבירור יהדותם: א. רישום הלאום. ב. שמות מובהקים. ג. ידיעת שפה או מסורת יהודית. הביאו כי הגר"מ פיינשטיין זצ"ל התיר על סמך שתיים מתוך שלושת הראיות. אך יש שפקפקו על קבלה זו.

הגר"נ גולדברג זצ"ל הורה שמרבית ההסתמכות כיום צריכה להיות על המומחים, היודעים להכיר מוצא האדם

והנהגותיו. לדברי הגר"ש פישר שליט"א יש לקבוע את הרוב על פי המקום שממנו הגיע עולה זה, האם רובם יהודים. הגרמ"מ פרבשטיין שליט"א נקט כי "רוב המדברים אידיש הינם יהודים", אין זה רוב בפני עצמו, אלא נחשב כהנהגה יהודית ו"תורת יהדות". כאשר ישנו ספק על יחוס המבקש להוריו, כגון שאין התעודה מקורית, יש לברר עניין זה.

מכיוון שכל הנאמנות נסמכת על הרוב, כאשר יש ריעותא, חייבים לברר, משני טעמים. א. כבדיקת הריאה שמכיוון שמצוי בה ריעותא צריך לבדוקה. ב. כאשר ישנה ריעותא ממש, אין להסתמך על רוב או חזקה.

המקור לדין "ריעותא" הוא במסכת כתובות. האשה צריכה להביא עדים שהייתה בתולה כדי לגבות מאתיים. למרות שקיים "רוב" שנישאה בתולה, מכיוון שאין לה קול, הרי זו ריעותא, ואין סומכים על הרוב.

מקור נוסף הוא מהסוגיא ביבמות, במי שנשא את יבמתו לאחר חודשיים, וילדה לאחר שבעה חודשים. וספק אם הוא בנו של הראשון, או של היבם. על אף שרוב נשים יולדות לתשעה חודשים, אך ברוב הנשים ההריון ניכר לאחר שלושה חודשים, ומכיוון שישנה ריעותא, לא תולים שנולד מהראשון.

בדרכי תשובה כתב בשם הריב"ש כי כאשר ישנה ריעותא אצל השוחט, יצא מכלל הרוב המומחים, משום שרוב השוחטים אין להם ריעותא כזו. אך המעיין בריב"ש יראה שלא אסר משום שהורע הרוב, אלא כי צריך לברר אם הוא מומחה, ואם הוא מונע את הבדיקה, יש לחשוש ולאסור לאכול ממנה. על אף שחובת הבדיקה רק מדרבנן, אם הבדיקה נמנעה במזיד, אסרו אפילו בדיעבד. דבריו הובאו בש"ך, כי אם איבד את הריאה במזיד, דינו כמבטל איסור לכתחילה במזיד, שאסור אפילו בדיעבד.

לפעמים עצם העובדה שמסרבים להראות את הסכין, היא כשלעצמה מעלה חשש שהסכין אינו כשר.

בכדי להוכיח שאשה הייתה בתולה כשנישאה, גם מי שראה את הסימנים כשהיה קטן, יכול להעיד בגדלותו, על אף שאין זו עדות כשירה, משום שרוב הנשים נישאות בתולות. התוספות הקשו שכיון שלא היה לה קול, התערער הרוב. ותרצו כי יש נגד הרוב שנישאת בתולה, יש רוב שאילו נישאה בתולה, היה לה קול. רוב זה מרע את הרוב הראשון, ומחייב בדיקה, אך לכך די בעדות חלשה.

מכך נלמד כי גם אם היה כאן רוב של כרוכין אחריה, מכל מקום אם יש רוב המתנגד לו, גם אם אינו רוב מוחלט, כגון שרוב המקרים הדומים מלמדים על אימוץ, יש בכוחו לערער את הרוב הראשון ולחייב בדיקה.

האחרונים ביארו, כי עיקר דין רוב הוא רק להכריע כי הוא מהרוב, לעומת זאת, הרוב הנגדי אינו מכריע שהיא מהרוב, אלא שיש הוכחה מתוך הסתברות הרוב. לא זהו דין הכרעת רוב, ועל כן אין בכך אלא ריעותא בהכרעת הרוב הראשון.

מדברי הגמ' למדנו, שאם יש חשש שהבא לפנינו אינו אומר אמת, חובה לבדוק, ולא להסתפק בהכרעת הרוב. אם המקרה אינו דומה לרוב המקרים המצויים, לא ניתן להסתמך על ה"רוב", מפני שהשינוי מחריג אותו, ואינו כלול ב"רוב" המקרים המצויים.

מסקנת היביע אומר שכיון שהחויב לברר כשיש רוב הוא מדרבנן, ניתן לפסוק שרק כשיש חזקת איסור או מיעוט שכיח צריך לברר. לכן אין צורך לברר, אם רוב הבאים לפנינו הם באמת יהודים. אך כאשר יש רגלים לדבר שטענת היהדות אינה נכונה, יש לברר היטב. גם בפסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל בפני הדיינים הגאונים הגרא"ל רביץ הגר"מ אילן והגר"ש אליעזר זצ"ל פסקו כי אם יש ריעותא ודאי חייבים לברר והנידון נותר בספק.

כתב החזון איש שלא בכל מקום ניתן להסתמך על החזקה, ואם ישנו חשד באמיתות הדברים, לא מסתמכים על החזקה. וגם אם ישנה חזקה, ומדינא מאמינים לה ומותרת להינשא, ראוי לחפש ראיות גמורות ומוחלטות.

מצינו בדברי התשב"ץ שהובא בבית יוסף כי גם כשאין לחוש לקול על פי דין, אך אם רואים שיש ממש בטענות, חייבים לבחון את נכונותם. מזה למד הגר"ש אלישיב זצ"ל כי מי שהודיעו שהוא מאומץ, גם כשאין נאמנים נגד חזקה, אך אם נראה שיש בזה ממש, צריך לחקור. ומכאן כי גם כשאין חיוב בירור, אם נראה לבית הדין כי יש חשש סביר, עליהם לדרוש ולחקור ככל הניתן, ורק אחר כך לפסוק את הדין.

האם לידה מאוחרת מעוררת חשש אימוץ

התוספות חילקו כי רק אם הלך בעלה עם צרתה, תלינן כי במשך הזמן ילדה כמו רוב הנשים, אבל אשה שידוע שלא נתעברה שנים רבות, אין לתלות שבדיוק לפני מות בעלה נתעברה וילדה, דבכהאי גוונא אין רוב.

לדברי הנודע ביהודה על אף שאין רוב שבדיוק קודם מותו נתעברה, מכל מקום גם אין הרוב אומר שלא נתעברה, ושיני

הצדדים אפשריים. וגם זה רק אם עברו עשר שנים מהנישואין, אבל קודם לכן היא בחזקת רוב הנשים שילדות.

בפסק דין מהגר"ש שפירא שליט"א נכתב כי אף אם אין הבת כרוכה אחריה, ואף אם ילדה אחרי שנים רבות, אין לחוש שאין זו אמה, משום שרוב נשים מתעברות ויולדות. עד עשר שנים היא בכלל רוב הנשים, וגם אם עברו יותר, עדיין אין רוב שיכריע להפך.

הגאון רבי ישראל בארנבאום שליט"א תמה על כך, כי אין רוב זה נוגע אלא לספק האם האשה ילדה, אבל אין בכך ראייה לשאלה אם אדם זה הוא בנה או לא. רק אם הבן כרוך אחריה ומוחזק כבנה, ונבא לערער על כך מזה שהאשה לא ילדה כמה שנים, על כך נכונה התשובה כי לעולם אין בכך ראייה או רוב ששוב לא תלד.

גם לדעת הגר"ש שפירא שליט"א, אם ימצאו ריעותות נוספות מלבד הגיל והמסתעף ממנו, יש צורך בהמשך בירור היהדות.

בשם אריה הביא את דברי מהר"ם מלובלין שרק כשיש ריעותא מכך שלא הוכר עוברא, אין רוב שתלד לאחר שנים רבות. וכתב כי גם הפתחי תשובה ציין לדברי המהר"ם. אך יש להעיר שהפתחי תשובה נשאר שם בספק מה הדין למעשה אם חלפו עשר שנים, האם עדיין שייך בה רוב נשים מתעברות.

לשיטת הערוך לנר נשים ששהו כמה שנים יש בהן רוב הפוך, שלא תלדנה יותר, ומכיון שאין אנו יודעים מהו "זמן רב", תמיד יש לחוש ולפסוק מספק לחומרא. אך גם לשיטתו הדבר שנוי במחלוקת ראשונים.

לשיטת המהר"ם הריעותא היא בכך שלא הוכר עוברא לשליש ימיה, ואילו לשאגת אריה הריעותא היא לחשוש שבדיק קודם מותו התעברה וילדה לאחר מותו של בעלה.

בספר בני דוד (קושטא תצ"ח) כתב כי רק בספק האם אשה התעברה, מועיל הרוב, אבל אם הספק הוא ממי נתעברה, מסתבר לומר שילדה מהשני, אם שהתה זמן רב עם הראשון ולא ילדה.

לדברי המהר"ם שיק מסקנת התוספות היא שבלי ריעותא עדיין האשה בכלל הרוב, אך כל נידון התוספות היה כשלא עברו עשר שנים, אבל לאחר עשר שנים ודאי שאינה בכלל רוב הנשים היולדות.

לא מצינו בפוסקים שכתבו במפורש שגם אחרי עשר שנים עדיין יש רוב יולדות.

מדינא מי שאשתו לא ילדה עשר שנים, חייב להוציאה. לכאורה ניתן להסיק מכך שאחר עשר שנים הרי היא בחזקת עקרות, או לפחות שלא תלד מבעל זה. אך נראה שגם אם חייב להוציאה, אין חזקה שלא תלד, והכפיה היא רק כדי לקיים את המצוה. כעין זה כתב המהר"ם שיק באשה שהגיעה לגיל ארבעים, כי כיון שיצאה מכלל רוב הנשים המתעברות ויולדות, מחויב הוא מכח המצוה לשאת אשה אחרת, אשר בה כן קיים הרוב שתלד.

פשוט שגם אם אשה לא ילדה עשר שנים ואחר כך מוצאים שיש לה ילד, אין חזקה שאין זה בנה ובן בעלה. בוודאי שחזקת כרוכין אחריה, או חזקת קרובים גוברת על החזקה שלא תלד מבעל זה.

ניתוח הנתונים להלכה

במקרה שהאשה תהיה בת 74, ודאי יקבע בית הדין שאין חזקה כי זו האם. ברור שאין כאן גזירת הכתוב אלא היגיון, וכאשר זה לא הגיוני, לא תולים שהם ילדיה. מה שחשוב הוא רק האם נסיבות המקרה, מהווים **ריעותא** בחזקה.

מכיון שטיפול פוריות כמעט שלא היו, ומבדיקת תיקי ברורי יהדות, עולה כי הרוב המוחלט של לידות מאוחרות משמעותית, בצירוף ריעותות נוספות, התבררו כמקרי אימוץ. לפחות איתרע החזקה, ויתכן ויש רוב הפוך – של ילדים מאומצים. נראה שכאן החזקה מתבטלת, צירוף הפרטים יוצר קבוצה נפרדת, בה יש רוב שהם ילדים מאומצים.

כאשר הצורך לברר הוא רק מדין איכא לברורי, אם אין אפשרות לברר, סומכים על הרוב. אבל כיון שאנו נוקטים שיש ריעותא גמורה, ונראה שאין כאן חזקה כלל, הרי חוסר היכולת לברר מעכב ואוסר אפילו בדיעבד.

עיקר בירור קירבת משפחה הוא על ידי ש"בנה כרוך אחריה" וכדומה. במקרה זה אין חזקת כרוכין כלל, אין עדויות או ראיות מה היה באותו זמן. ועוד שכאשר ישנו חשש סביר לאימוץ, אין חזקה גם אם רואים אותו כרוך אחריה.

הגר"י בארנבאום שליט"א כתב כי המפקפקים בעניין חשש האימוצים, אינם משערים את ההיקף העצום של תופעת האימוץ בברית המועצות בשנים דאז.

הטענה שהסתבא עברה טיפולי פריז, מוסיפה לריעותא. כיון שמודים כי הייתה בעיה רפואית, והיכולות לפתור בעיות

כאלו היו אפסיות. אם היו ראיות כי האם הניקה את בְּתָהּ זו, היה מקום להגדיר זאת כחזקת כרוכין, וגם עצם יכולתה להניק היא ראיה שילדה. אולם לא הובאו כל ראיות לכך.

פסק דין על כך שהנקה מהווה ראיה לאמהות ניתן בבית הדין הרבני האזורי פתח תקווה לפני כבוד הדיינים הגר"י רפפורט, הגר"ב לסרי, והגר"נ נשר שליט"א. שם הביאו כי מצינו לגבי בהמה שהחלב מהווה ראיה שהבהמה ילדה. להבדיל אלפי הבדלות יש לדון בבני אדם אם ההנקה היא ראיה. עניין זה לא נתבאר בפוסקים בפירוש, אך מדברי מהרי"ט אלגאזי ורבי עקיבא איגר מבואר שבאישה ההנקה היא ראיה ודאית.

סיכום הריעותות, ומסקנת פסק הדין.

פסק הדין

פסק הדין הקצר

בתאריך כ"ה בשבט תשפ"א (7/2/2020) ניתן פסק דין קצר בהרכב מלא בו נכתב כדלהלן:

"תיק זה נפתח בתאריך 23/2/20. התיק שלפנינו הינו תיק מורכב ולא פשוט. המבקשת וב"כ הגישו מסמכים ותמונות. התקיימו שני דיונים ואף הוגשו סיכומים.

סבתה של המבקשת ס. ילידת שנת 1937 לפי תעודה משוחזרת. מקום הלידה גלוחובצי. בשנת 1938 הגיעו הוריה א. וש. לדונייצק. לפי הנ"ל הייתה ס. בת שנה. בשנת 1941 בעת המלחמה פונו א. וש. לטג'יקיסטאן. במסמכי הצלב האדום מאפריל 1942 ברישום המקורי ישנם שני רישומים. רישום של א. וברישום זה רשומה ס. כבתו. ורישום נוסף של ש. שני הרישומים הם באותו יום. לפי המבררים, ככלל נרשם ילד עם ראש המשפחה. לפנינו תעודת נישואין של א. וש. משנת 1925. שניהם ילידי סוף המאה ה-19. לש. אחות בשם ר. שנשאה בשנת 1926 וילדה את בְּתָהּ ב. בשנת 1928. צורפו תעודות לימודים של ס. מראשית שנת 1946 מטאג'יקיסטאן ובהמשך משנת 5/1946 ואילך תעודות לימודים מאוקראינה. כלומר המשפחה חזרה לדונייצק באמצע שנת 1946. בכל התעודות כמו ברישומי הצלב האדום אביה א. מצויין בתעודות ובמסמכים. צורפו תמונות משפחתיות. על פי המסמכים והתעודות התגלה שמברר היהדות אלכסנדר דן היה מאותה שכבת לימודים של אם המבקשת – מ. (בתה של ס.), שנחשבה כיהודיה. ס. דוברת אידיש. כל התעודות המשפחתיות תקינות, מלבד תעודתה של ס. התעודה המקורית איננה ובמקומה תעודה משוחזרת משנת 1952 בהיותה בת 15 בה נכתב כי היא יהודיה בתם של א. וש.

הוגשה המלצה ראשונית של הרב אריאל לוין:

"הופיעו המבקשת, אם- ואם האם- והציגו מסמכיהם המקוריים וחדשים. לאום כולם יהודי, שמות דורות הקודמים מובהקים בקרב יהודי המקום, מוצאם מעיירות יהודיות של אוקראינה. יש להם קרובי משפחה בארץ, כולם רשומים יהודים במרשם אוכלוסין. הופעת אם האם המבקשת יהודית כנה, היא מבינה אידיש וזוכרת הווי יהודי מבית הוריה. הוצגו תמונות משפחתיות המצביעות על קשר בין הדורות וניתן להגדירם כבעלות אופי יהודי, לפי סיפור משפחתי, שנשמע כנה ומתועד, קורות המשפחה משתלבות בתולדות יהודי רוסיה. סבתה רבה (של) המבקשת ילדה את סבתה המבקשת בגיל 38 אחרי 13 שנות נישואין. לכן יש ספק אימוץ שדורש בדיקה נוספת במסמכים, אם בדיקה (11) לא תביא תוצאות, אמליץ לבית הדין לשלוח את המבקשת לבדיקה מיטוכונדרית".

הוגשה המלצת הרב אלכסנדר דן:

1. הוגשה לבית הדין בקשת המבקשת לאשר יהדותה וצורפו המסמכים. לאום כל בני המשפחה רשום יהודי, והרישום במסמכים תקין, למעט ת. לידה של אם האם (ס), שנולדה ב-1937, בעת שאמה היתה בת 39, ורישום לידתה שוחזר ב-1952. עצם עניין השיחזור אומנם שכיח בתקופה שאחרי המלחמה, אך לאור העובדה שס. בת יחידה להוריה, שנישאו ב-1925 ולא הצליחו להביא ילדים לפני כן, וס. אף העידה שאמה טופלה עקב כך, וניתן לתאר מה הייתה היעילות של טיפולים אלה בשנות ה-30 באוקראינה. לאור הנ"ל התעורר החשש שמא ס. אומצה (ואם כך שוב איננו יודעים זהותה).
2. המשפחה הגישה אישור מהצלב האדום ברוסיה על דבר הפינוי בעת מלחמת העולם השנייה, ובו מופיעה הבת, ילידת 1937, בשם "סופיה". בעזרת אנשי קשר ברוסיה עלה בידינו לבדוק מידע זה, והתברר שבכרטיס המקורי כתוב, כי שם הבת הוא "ס.". דבר זה נותן להניח במידה גדולה של ודאות, כי ס. אכן הייתה במשפחה עד תחילת המלחמה ופונתה עם ההורים לטג'יקיסטאן. הדבר מתאים למידע שמסרה המשפחה.
- אבל כאן עליי גם לציין, שעובדתית רוב רובם של האימוצים הידועים לנו נעשו כשהאומץ בגיל מ-0 עד 4-3 שנים. וייתכן ודווקא נרשם אימוץ בספר של 1938 שלא השתמר, כאמור לעיל.
3. ברור הדבר שבית הדין מחוייב למצות כל אפשרות לבירור עד תומו, ועל מנת שיוכל לפסוק הלכה אליבא דאמת הוא צריך לקבל נתונים מקצועיים העדכניים ביותר שימשו בסיס לפסיקה זו.
4. לכן בראש ובראשונה נעשה מאמץ גדול (באמצעות אנשי קשר נאמנים בחר"ל) לאתר רישום לידה של ס. שנולדה ב-8.12.37. והנה במקום לידתה אכן נמצא ספר רישום הלידות של שנת 1937, אך בו לא מופיע הרישום המבוקש. ולרוע המזל, הספר של שנת 1938 (שייתכן ונמצא בו הרישום) — לא השתמר!
- יחד עם זאת, ייתכן ועובדה זו יכולה להסביר מדוע הוצאה לס. תעודת לידה משוחזרת. כי הרי ת. נישואין של הוריה משנת 1973 הינה חוזרת, כלומר ספר הרישום כן השתמר. אז אולי, שכך גם נדרשה (על ידי הוריה של ס.). ת. לידה הנ"ל ב-52, אך לשווא, כי כאמור הספר לא השתמר, ולכן נאלצו לשחזר רישום הלידה.
5. היום קיימת גם אופציית בירור גנטי (ובית הדין בדיון מ-29/12/2 הסביר בהרחבה לאחר בירור עם מומחים, שבדיקה זו אמורה לתת תשובה מקצועית חד משמעית), אך כידוע המבקשת ביקשה מכבוד בית הדין להכריע את הבירור ללא ממצא זה.
6. אילולא האפשרות של כלי מחודש זה, של בדיקה גנטית ודאית (מבחינה סטטיסטית) - דבר הנמצא בשימוש בעולם המדעי מזה כ-20 שנה, הרי מבחינת הניתוח המקצועי היינו נשארים בספק, אותו היינו מביאים לפני בית הדין להכרעה.

7. לגבי החיוב בבדיקה כזו מבחינה הלכתית, פניתי לכבוד הדיין בבית הדין הרבני במוסקבה (שליד הרבנות הראשית לרוסיה), הרב ישראל בארנבאום שליט"א, אשר התנסה רבות בכירורי יהדות ובבדיקות מעין אלו, ולהלן תמצית דעתו בנושא:

"אף אם נכריע (באופן די שרירותי) שרוב מקרים כאלו והדומים להם היו בכל זאת ללא אימוץ הרי מיעוט המצוי של אימוץ בודאי שקיים כאן, ובמיעוט המצוי אמנם מתירים ללא בדיקה כשהיא אינה אפשרית. אבל בכל מקום שאפשר לבדוק הרי מחוייבים לטרוח ולבדוק כמוסכם בכל הפוסקים, ובפרט בנידון זה שמיירי (על צד האיסור) באיסור תמידי שעוברים עליו בכל יום (עי' שו"ת נודע ביהודה, מהד"ק או"ח סימן לה). ובפרט שלעניות דעתי קביעת קרבה משפחתית על סמך מראה חיצוני היא חלשה מן הראיות, ובכל מקרה מידי ספק לא יצאנו בהתחשב בכל סדרת העובדות שמעוררות את החשד המבוסס לאימוץ".

8. כבוד בית הדין מודע בוודאי למקרים הרבים בעבודת בירורי היהדות, בהם התבררה עובדת האימוץ, אף אם לא הייתה ידועה כלל לרוב המאומצים. להלן חלק מהתיקים: 1177776/3, 1178451/1, 1281163/1, 1189025/1, 1026725/1, 1009825/1, 933632/1, 838388/1 וישנם עוד, אך קשה לאתרם מיידית.

9. לאחרונה הוגשו על ידי המבקשת תמונות משפחתיות רבות, המצביעות לכאורה על קשר בין הדורות, ועל מנת לבדוק משקלם הראייתי נשלחו על ידי בית הדין לבדיקת מז"פ, אך התקבלה תשובתם שאין באפשרותם לאשר הקרבה על סמך התמונות.

יש לציין, כי אנשי המקצוע נזקקים לבדיקת תעודות במז"פ במקרים, בהם עולה חשד לזיוף מסמכים על ידי שינוי פיזי של הפרטים שבתעודה. כאמור, חשד זה לא עלה במקרה דנן.

10. לסיכום: התמונות והסיפור המשפחתי נותנים תחושה (כלבד) שלמרות הריעותות הנ"ל, ייתכן שס. היא אכן הבת הביולוגית של הוריה, אך ישנם תיקים ודוגמאות רבות, בהם התחושות התבררו ונכשלו. לכן אבקש הכרעת והחלטת בית הדין על פי הבירור שפורט לעיל. הבירור משליך על יהדותם של: ל. (אחי המבקשת) מ. (האם)."

*

בית הדין פנה לקבלת המלצה מד"ר רייז מברר היהדות בדימוס. ד"ר רייז לא פגש במבקשת ומשפחתה (כפי הנדרש בתקנות בירור יהדות, וזאת בשל היותה חו"ד נוספת ולא זו עליה נשען התיק), אולם הוא שוחח עמהם בטלפון וקבל לידיו את מסמכי התיק, וכך כתב בהמלצתו:

"על סמך החלטת בית הדין מתאריך 30.12.2020 קבלתי תיק בירור יהדות מס' 1261695/1 של המבקשת.

לפי החומר שבתיק, רוב הספיקות שיש בו קשורים לתעודת לידה מס' 186665 של אם אמה של המבקשת. בתעודה זו רשום 'יהודי' בשדות הלאום.

לגבי תעודה זו צוינו מספר נקודות:

1. התעודה אינה מקורית. כתוב בה שהיא משוחזרת, ונתקבלה בשנת 1952 על לידה בשנת 1937.
2. לפי התעודה, שמה הפרטי של אם אמה של המבקשת – ס. וזהו שם מוסלמי.
3. לפי החומר, 'סבתא רבא של המבקשת ילדה את סבתה של המבקשת מצד האם בגיל 38, ואחרי 13 שנות נישואין. לכן, יש ספק אימוץ'.

לגבי נקודות אלו, יש לתת את הדעת לעניינים הבאים:

בקשר לנקודה הראשונה: חשוב להזכיר כי במשך מלחמת העולם השנייה, איבדו מיליוני אזרחים בברית המועצות את מסמכיהם הפרטיים, כשנמלטו מפני הגרמנים ימ"ש. אחרי המלחמה, כשחזרו לבתיהם, התאפשר להם על פי החלטת השלטונות לקבל מסמכים חדשים על סמך הצהרה בלבד. פריבילגיה זו ניתנה למשך 10 שנים לאחר המלחמה.

ישנה סיבה נוספת להאמין שהרישומים בתעודת הלידה מס' 186665 תקינים: כפי שמובא בספרו של הרב יצחק זילבר, בשנת 1952 התקבלה החלטה ע"י סטאלין על חיסול יהודי ברית המועצות. התהליך החל ב'דבר הרופאים' – מעצרו של רופאים יהודים שהוצאה עליהם דיבה כביכול הם "מזיקים". התהליך כלל פרסום אנטישמי מאסיבי. אנשים רבים, העדיפו לשנות את הכיתוב בשדה הלאום מ'יהודי' ל'אוקראיני' 'רוסי' וכדומה, כדי לחמוק מרדיפות. למרות הסכנה שבתקופה, בתעודת הלידה של ס. נכתב 'יהודי' בשדה הלאום.

בקשר לנקודה השנייה: מצורפים צילומי מסמכים של הסבתא ס. ממוסדות החינוך בהם למדה בשנים 1946, 1947, 1949 בטג'קיסטאן ובאוקראינה. בתעודות אלו מופיעה ס. בשם הכינוי 'ס.'. שם זה אינו קיים רשמית. השם ס. מופיע לראשונה רק בתעודת הלידה מספר 186665, הנזכרת לעיל. יש להסביר, כי לפקיד של משרד הרישום בברית המועצות היה מותר לרשום בתעודת הלידה רק שם המופיע ברשימת "שמות עמי ברית המועצות". כלומר, גם אם השם ס. נתפס כמוסלמי, ממילא הוא אינו שמה המקורי של הסבתא.

בקשר לנקודה השלישית: הסבתא רבא התחתנה בשנת 1925 וילדה בשנת 1937. ידוע שבשנות ה-30 גוועו ברעב 7.5 מיליון אזרחים באוקראינה. במצב כזה, אף אחד אינו מכניס הביתה עוד פה להאכיל...לסיכום, ממליץ לאשר את יהדותה של המבקשת. ע"כ ההמלצה.

*

תגובת המברר דן אלכסנדר:

"נושא: 1261695/1 - א. ג.

אתיחס כאן על הסברה שהעלה ד"ר רייז בהמלצתו:

"בקשר לנקודה השלישית: הסבתא רבא התחתנה בשנת 1925 וילדה בשנת 1937. ידוע שבשנות ה-30 גוועו ברעב 7.5 מיליון אזרחים באוקראינה. במצב כזה, אף אחד אינו מכניס הביתה עוד פה להאכיל..."

על כך עלי להעיר, שהסברה הייתה יכולה להיות נכונה אילו לזוג כבר היו ילדים, אזי "פה נוסף אכן

מכביד" (וגם אז זה לא מופרך לחלוטין), אבל כאן מדובר על ילד יחיד, וצורך הבסיסי לצאצא (טבעי, או מאומץ) גובר על כל דבר אחר. והראייה, בני המשפחה טענו כל הזמן, שש. הייתה בטיפולי פוריות!

ועוד, באותה משפחה (לר.) שנישאה ב-1926, נולדה בת ב-1928.

בברכה, אלכסנדר דן – מברר יהדות בכיר של הנהלת בתי הדין".

*

תגובת מברר היהדות הרב אריאל לוי:

"לגבי המלצתו של דר זאב רייז: רעב באוקראינה שנפטרו 7.5 מיליון אנשים קרה בשנות 1932-1933. סבתה המב' נולדה ב-1937.

לגבי אנטישמיות: בשנת 1952 אף על פי שהייה אנטישמיות ברוסיה בתעודה משחזרת, אם הוריה יהודים אימצו אותה בשנת 1937, הם לא היו יכולים לרשום בת.ל. שלה הורים ביולוגים שהיו גויים.

לכן הם רשומים בת.ל. בלית בררה.

חוץ מזה מצאתי כמה תיקים שבהם אימוץ היה באוקראינה בשנים לא פחות קשות מבחינה כלכלית.

גם יש תיקים בבתי הדין שבית הדין לא נתן אישור יהדות מתי שהיה ספק אימוץ:

תיק 1009825/1 בחיפה-אימוץ מוכח משנת 1946 באוקראינה. שנת 1946 שנה אחרי מלחמת עולם השנייה – שנה מאוד קשה כלכלית.

תיק 1249540/1 בתל-אביב – אימוץ מוכח משנת 1948 באוקראינה.

תיק 106496/1 בירושלים-ספק אימוץ-בית הדין סוגר את התיק בלי הכרעה.

תיק 1246123/1 בחיפה – ספק אימוץ – בית הדין מעכב נישואין המבקש!.

בברכה ובכבוד רב

אריאל לוי"

דיון

בתיק זה התעוררו כמה ריעותות. הבעיה בתיק זה התעוררה עקב כך שהסבתא של המבקשת אין לה תעודת לידה מקורית ורק משוחזרת בגיל 15. "משוחזרת" פירושו שהיא נכתבה לא על ידי העתקה מרישום המקורי אלא על פי מבקש התעודה בעצמו או הוריו. בנוסף, אמה ילדה אותה בגיל מאוחר קרוב לגיל 39 ולאחר כ-13 שנות נישואין. עניין שמעורר חשש לאימוץ שהיה שכיח בברית המועצות מאד אצל נשים שלא ילדו עד גיל מאוחר ובשל רמתם האפסית של טיפולי הפוריות שהיו בעת ההיא.

בנוסף, שם הסבתא ס. עורר תהיות כיון שהוא שם מוסלמי והיה חשש כבד שהיא אומצה בטג'יקיסטאן שם שהתה המשפחה לאחר הפינוי בשנת 1941. כאשר באפריל 1942 היא כבר רשומה על שם א. בעלה

של ש. כך שהחשש הוא שהיא אומצה ממשפחה מוסלמית בחודשים ההם מאז שהם הגיעו לשם ועד הרישום הנ"ל. הסבתא עצמה בחקירתה ציינה ששמה ס. ולא שם אחר הדומה לו, עניין שמערער את קביעתו של ד"ר רייז שטען שיתכן שבאמת שמה אינו ס. אלא שם אחר דומה, ורק ברישום כתבו ס. מתוך רשימת שמות מוכנה ובלעדית (ראה בהמלצתו לעיל). חשש נוסף, שם הסבתא באישור הצלב האדום היה שונה. ריעותא זו נפתרה על פי הרישום המקורי בצלב האדום שבו כתוב ס. ושמה באישור נכתב בטעות. כמו כן, אין לפנינו אפילו תמונה אחת של הסבתא רבה ש. עם בתה ס. למרות שיש תמונות משפחתיות רבות מתקופה זו ואף לפנייה. בנוסף, לא הבחנו בדמיון בתמונות בין הסבתא ס. לסבתא רבה ש. כך שכל עניין התמונות אינו רלוונטי. ניסינו גם במחלקת זיהוי פלילי אך בנתוני התמונות ואיכותן הדבר לא מעשי. תוצאות הבדיקה סרוקות לתיק. מעבר לכך שהתמונות גם אם היינו מזהים בהן את הדמיון, הן ראייה חלשה למוחזקות וכרוכין כמו שנבאר להלן בשם החזון איש, שהרי גם בת מאומצת היא כרוכה עם אמה.

הגדרת ה"כרוכין" על פי ההלכה היא שבני העיר או השכנים היה ברור להם בעת לידתה שהיא בת ביולוגית של האם. עניין שאין לנו עליו עדות במקרה דנן. "כרוכין" הינו חזקה וחזקה בנויה על-בסיס התנהגות אנושית לה ערים השכנים והסביבה ולא על תצלום המנציח רגע מסוים ולא הליך חי מתמשך הנתמך בעדות. עוד יש להוסיף שברישום במקום לידת הסבתא נמצאים כל הרישומים של שנת 1937 ואילו רק הרישום הרלוונטי של הסבתא חסר והדבר התמיה ועורר שאלה וחשש. יתכן וכיון שנולדה ס. בשלהי שנת 1937 (8/12), רישומה שולב בתחילת שנת 1938 וספר רישום זה של שנת 1938 לצערנו נעלם. בנוסף, כל המסמכים המקוריים כמו תעודות ואישור הצלב האדום אין הדבר נחשב כחזקת כרוכין כפי שנבחר בשם החזון איש.

מברר היהדות הראשון המליץ על בדיקה מיטוכונדרית ובית הדין הוציא החלטה כי הוא מאשר את הבדיקה. בדיקה זו עורכת המבקשת בלבד. אולם המבקשת וב"כ התנגדו לבדיקה. יצויין כי זו זכותה של המבקשת שלא להיבדק.

לאור הנתונים, עניין טענת "חזקת כרוכין" הינה בעייתית מאד בתיק זה. אין לפנינו כל עדות על שהסבתא הייתה כרוכה לאמה. אין לפנינו עדויות מהשטח בעת לידתה ואחר כך המעידות כי היה ברור לכולם במקום לידתה שהיא בת של ש. אין לנו כל ידיעה מה סברו אנשי העיר באותה עת ומה ידעו אם הסבתא ס. היא בתה הביולוגית של ש. או שהיא מאומצת. התעודות והתמונות גם אם היה בהן ממש, והיינו בטוחים כי המופיעות בתמונות הן אכן השמות בהן נקבה המבקשת, (דבר שגם כן אינו מוכח), לא יכלו להעיד על כך. כל שכן כאשר הן בעייתיות שכן כאמור לא הצלחנו לזהות בתמונות את הדמיון בין ש. לס. ותעודת הלידה כאמור משוחזרת. מעבר לכך כי גם אם הייתה המבקשת מצליחה להוכיח את המוחזקות הזו, דבר שלא נעשה בתיק זה, הרי אל מול זה ישנה ריעותא גדולה מאד כאשר הסבתא נולדה לאחר כ- 13 שנות נישואין בגיל למעלה מ-38 באותן השנים בהם אחוז ההצלחה לטיפול פוריות היה נמוך ביותר. יש להדגיש בעניין זה כי רובם ככולם של התיקים בבתי הדין הרבניים עם נתונים אלו בהם עלה בשל כך החשש, התגלו עובדתית באופן חד משמעי על פי הרישומים המקוריים כתיקי אימוץ (כולל אותו תיק ממנו באה לטעון ב"כ המבקשת). כלומר, חזקת כרוכין או חזקה אחרת מתבססת על דיני רוב.

ובמקרה דנן מלבד שאין כלל דין כרוכין, גם אם היה כזה, במקרה דנן יש ממולו רוב הפוך עקב הגיל ומשך השנים.

יצויין בנוסף שאחות הסבתא רבה, ר. שמה, נישאה שנה אחר ש. בשנת 1926, וילדה את בתה ב. בשנת 1928 שנתיים אחר החתונה. עובדה זו מערערת את דברי ד"ר רייז בהמלצתו שלא היו מכניסים ילד נוסף בימי הרעב. עניין שנדחה מטעמים נוספים שהרי מי לא יחפוץ בלפחות ילד אחד. יש להוסיף כי לא מצאנו שירדה הילודה באותם שנים כתוצאה מהרעב, ראו גם כאמור שר. אחותה של ש. ילדה את ב. בתה היחידה באותה עת כשנה-שנתיים אחרי נישואיה.

יש להוסיף על כך נתון נוסף. באי כח המבקשת והמבקשת הצהירו כי הסבתא רבה עברה טיפולים כדי שתוכל ללדת. נמצא כי ישנה הודאה גמורה כי לסבתא רבה ש. הייתה בעיה רפואית להיכנס להריון. גם הסבתא ס. עצמה בחקירתה בדיון האחרון הצהירה על כך בבירור. לטענת המבקשת וב"כ הטיפולים עזרו. אולם מנין נדע שכך הם פני הדברים. במיוחד שעל פי הבירור, הטיפולים באותה עת היו ברמה נמוכה ביותר וכמעט שלא סייעו דבר.

להלן נרחיב בנושא ההלכתי. רק נביא כאן את דברי החזון איש אליהם ציינו לעיל.

החזון איש (אבהע"ז סי' ח סק"ב) כתב וז"ל:

"במקום אחר נסתפקנו דאפשר אי מחזקת עצמה לגרושה בעיר ל' יום, והוא באופן שכל בני העיר אינם מסתפקין כלל באמיתת הדברים, הוי כדין חזקה דתינוק ותינוקת שהגדילו בתוך הבית קידושין פ, א וכדין אשה שבאת ותינוק מורכב לה על כתפה שם.

ובחזקות אלו העיקר תלוי באומד דעתם של בני העיר ואין כל המעשים שוין, ובמקום שבני העיר מטילין ספק באמיתת דבריהם אף אם ירבו ימים בהנהגתם אינו מועיל כלום, שהרי לא הוחזקו כלל כיון שמסתפקין בהן.

כגון איש ואשה שבאו לעיר זה אומר אשתי וזאת אומרת זה בעלי, ובני העיר מסתפקין בהם לפי תכונתם שעצת זמה ביניהם והם נואף ונאפת, אינה מתחזקת אשת איש, ואם לב העיר בטוחים בהם ואינם מעלים ספק בלבם כיון שהוחזקו ל' יום בהנהגתם, סוקלין ושורפין על חזקה זו, והלכך אם מחזקת עצמה לגרושה וכל בני העיר בטוחים באמתתה אפשר דמהני ל' יום..."

ובמגיה בספר חזון איש ציין לדברי החזון איש (שם סי' כ סק"ב) שכתב בתוך דבריו בזה"ל:

"וכמדומה מעשים בכל יום שנוסעים שני אנשים יחד לעיר אחרת וכאשר יקרה מקרה שנעדר מהן, חבירו מספר שחלה ומת ומחזיקין על ידו ואין מושיבין בית דין על זה, **ואפשר דדבר המתקבל לכל, בלי שום ספק והדבר הולך ומתחזק בלי שום ערעור ל' יום**, מקרי הוחזק כמו איש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו בתוך הבית נסקלין זה על זה בקידושין פ, א..."

ושם ציין למקור נוסף (סי' קא סק"ט) בו כתב החזון איש וז"ל:

"וכי היכי דאיש ואשה שבאו לפנינו זה אומר זה אשתי וזו אומרת זה בעלי והתנהגו לפנינו כדרך הארץ, חשיבא האי חזקה כעדות גמורה,

הכי נמי בכל התנהגות. ואחרי שהיא מתחזקת לגרושה בשם בית דין, והבית דין הן בעיר וידעו לפי מנהג העולם מזה חשיב חזקה ואין צריך ל' יום לזה...ונראה דאשה שהוחזקה באשת איש ובאת ואמרה נתגרשתי ומעשה בית דין בידי אף שאינה נאמנת מן הדין, **מכל מקום אם הדבר מתאמת בלב כל אנשי העיר ואין מסתפק בשקרה על פי תבונת ובחינת**

אנשים, ונמשך הדבר לי' יום בלי שום ערעור בזה חשיב נמי כהנהגת גרושה וחשיב חזקה, והלכך בית דין אין מוחין בידה להחזיק עצמה לגרושה, אבל אם יש **מסתפקים באמיתות דבריה לא חשיב חזקה ואפילו עד עשר שנים והרי היא בחזקת אשת איש**".

החזון איש קובע כלל שלא בכל מקום ניתן להסתמך על החזקה. החזקה מושתתת על סברא שאכן כך הם פני הדברים. אך אם רואים לפי נסיבות העניין שהמקרה הבא לפנינו שונה, וישנו חשד באמיתות הדברים, לא מסתמכים על החזקה.

ובחזון איש שם (סי' קג סק"י) כתב:

"לעיל כתבנו להסתפק דאם הוחזקה גרושה על פי עצמה, באופן שהכל מאמתין הדבר ואינן **מסתפקין כלל באמתת הדבר והוחזק הדבר לי' יום בלי שום ערעור**, דאפשר דזה הוי כחזקת זו אשתי וזה בני וכיוצא בזה, דכיון דהיא מתנהגת מנהג פנויה חשיב חזקה, ואין צריך שוב להראות גיטה, ואם כן אף ערעור הבעל אין מועיל.

מיהו כשבני אדם מסתפקין באמתתה, אף אם תאריך ימיה אין זה חזקת גרושה, וכן אם אין סומכין על דבריה אלא על פי גיטה, בזה צריך קיום כשהבעל מערער, ולפי זה כשבאת האשה לעירה ואמרה נתגרשתי בבית דין פלוני שהוא סמוך לעיר ועבידי לאיגלווי וגם הבעל או קרוביו במקום קרוב וכיוצא"ב שהדבר מתאמת בין אנשי העיר, אין מוחין בה, ואף אם נשאת אחר כך על פי חזקה זו אין מוחין בה וצ"ע.

מיהו ודאי אין ראוי לעשות כן, אלא צריכין להעמיד הדבר בראיה מועילה על פי דין תורה".

הרי שגם באשה שבאה ואומרת שהיא גרושה, אף שאנו מאמינים לה ומתירים לה להינשא, מכל מקום אם אכן ישנו ספק סביר בדבריה וישנו חשש שמא אין הדברים כפי שהיא מציגה אותם, הדבר צריך ברור.

במקרה דנן, אין לנו כל מושג ולא הובאה כל עדות מה הייתה סברת אנשי העיר באותה עת בעת לידה ולאחר מכן מה סברו ומה חשבו. ואולי כולם ידעו שס. היא מאומצת. ואלי לא וסברו שהיא בת ביולוגית".

בסימו של פסק הדין נפסק:

"לאור כל הנתונים שלפנינו, על אף כל מאמצינו, הספק בדבר יהדותה של המבקשת נותר בעינינו בעינו ואין בדינו לאשר את יהדותה של המבקשת".

הנימוקים בהרחבה

בפסק הדין הקצר נכתב שבהמשך ירחיב בית הדין בנימוקיו במאמר נפרד. להלן יתבארו הנימוקים המורחבים.

המקורות לחזקת כרוכין

המקור העיקרי לדיני החזקה הקובעת את קורבת המשפחה, היא המשנה במסכת קידושין (ע"ט, ב) שדנה בעניין ייחוס לכהונה. מנושא זה של ייחוס לכהונה, ניתן ללמוד כי העובדה שהוא מוחזק לבן של מי שמגדלו, עניין זה קובע שהוא אכן בנו ולא חוששים לאימוץ. וכמו ששם לא חוששים שאינו כהן, כך

גם לעניינינו לא חוששים שהבן אינו יהודי. וכך מובא במשנה:

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

ופירש רש"י:

"ולא על הבנים, כדמוקי בגמרא בקטנים וכרוכין אחריה, דבחזקת אמן הן, ואין צריכים לייחס על ידי עדים".

ובגמרא שם מובא:

"אמר רבה בר רב הונא, וכולן בכרוכין אחריה".

ופירש"י:

"בכרוכין אחריה, נדבקין אצלה".

ובהמשך הגמרא שם (פ, א) מובא:

"...אמר ריש לקיש, לא שנו אלא בקדשי הגבול, אבל ביוחסין לא. ורבי יוחנן אמר אפילו ביוחסין (ופירש"י: סמכין אחזקה שהן כרוכין אחריה). ואזדא רבי יוחנן לטעמיה (דאמר סמכין אחזקה שהוחזקו ליכרך אצלה בחזקת שהיא אמן, אפילו לענין דיני נפשות ליסקל ולישרף זה על זה כדלקמן, וכל שכן ליוחסין להכשר כהונה)... מלקין על החזקות (על דבר שאנו מחזיקין כן, ואפילו אין עדות בדבר) סוקלין ושורפין על החזקות... כדרבה בר רב הונא... איש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו בתוך הבית, נסקלין זה על זה ונשרפין זה על זה... מעשה באשה שבאת לירושלים ותינוק מורכב לה על כתיפה, והגדילתו ובא עליה, והביאוה לבית דין וסקלוה, לא מפני שבנה ודאי, אלא מפני שכרוך אחריה..."

מכאן, שחזקה זו שהכרוכין אחרי האשה הם ודאי בניה, מועילה לר' יוחנן גם לעניין יוחסין.

אלא שמלשון רש"י שביאר "שנדבקין אצלה" משמע שהבנים הבאים עימה הם קטנים. וכן מבואר שם (עט, ב) בגמרא:

"תנו רבנן, אשה נשאתי במדינת הים, מביא ראיה על האשה ואין צריך להביא ראיה על הבנים, ומביא ראיה על הגדולים ואין צריך להביא ראיה על הקטנים..."

ופירש רש"י:

"תנו רבנן נשאתי אשה במדינת הים, מביא ראיה על האשה ואין צריך להביא ראיה על הבנים. ומסיים ואזיל באלו בנים אמרו, בקטנים ולא בגדולים, דאם הביא ראיה על הגדולים שאין כרוכין אחר האם, אין מביא ראיה על הקטנים".

נמצא שרק בכרוכין אחריה בקטנותן ונדבקין אצלה, קיימת חזקת "כרוכין".

והמאירי (ד"ה המשנה) כתב שם וז"ל:

"ופירשוה בגמרא בכרוכין אצלה וגדלו עמה בחזקת בנים, ואחר שכן, אנו מחזיקין אותם בבנים שלהם..."

המאירי הוסיף לבאר שכרוכין אחריה (ונדבקין אצלה כלשון רש"י) היינו כשגדלו עמה בחזקת בנים. לשון זה מתאימה למה שהבאנו מהגמרא שם (פ, א) על אותו מעשה באשה שבאה לירושלים ותינוק מורכב לה על כתפה (שהוא בחינת "כרוכין") והגדילתו (שהוא בחינת "וגדלו עמה" שכתב המאירי) ובא עליה שסקלוה בית דין.

חזקה ללא כרוכין

אמנם, יש לומר שביסוד דין הוחזק אין סברא לומר שאך ורק אם יש עדות על כך שהיו כרוכין אחריה בהיותם קטנים, יועיל דין הוחזק בשאר בשר. משום שדין הוחזק נאמר גם כאשר אין חזקת גידול והנהגה, כמו הוחזק שיש לו אח לגבי ירושה ויבום, ועוד הרבה דוגמאות, אשר בכולם לא שייך לומר שהיו כרוכין ודבוקין כמו לגבי אִמָּם, ואף על פי כן אנו סומכים על זה שהוחזקו כאחים.

ולכן, צריך לומר שהסוגיה מדברת באופן שהאב והאם הגיעו לפנינו זה עתה עם ילדים, ואנו רוצים לדעת האם אלו הם ילדיה או לא, על כך נאמר שאם הם כרוכין אחריה והם קטנים, יש חזקת כרוכין למרות שאין חזקה אחרת, בניגוד לבנים הגדולים אשר אינם מוחזקים מיד כבנים. אבל אם התארכו הימים וכולם מחזיקים אותה לבת של הוריה, זה עצמו יוצר חזקה, כמו שכתב החזו"א בכמה מקומות (דבריו יובאו להלן בהרחבה), שכל דבר שהתארך והתקבל באומד דעתם של בני אדם, הרי הוא חזקה.

כלומר, אם השכנים ובני סביבתו מחזיקים אדם שהוא בן של הוריו המגדלים אותו, והוא כבר גדול (כלומר, לפנינו בחינת אין "כרוכין" - נדבקים) גם יכולה להיווצר חזקה אם התארכו הימים ואין להם ספק שהוא אכן בנם של הורים אלו. ולכן כאשר מגיעים משפחות עם אנשים גדולים וכולם מחזיקים אותם כילדים של הורים אלה, באריכות זמן, כך נוצר מצב של הוחזק שסוקלין ושורפין על חזקה כזו כפי שכתב החזו"א, ואין צורך תמיד דווקא לחזקת הנהגה שיראו אותם מתנהגים באופן מסויים (כגון כרוכין).

ואמנם, במקרה שלפנינו אין אנו יודעים האם אכן היא הוחזקה בילדותה כבתה של מי שגידלתה לפני שנים מרובות בעיירה באוקראינה. אין בפנינו עדויות על כך, ואף אין תמונות. אך נראה שאין זה בהכרח חסרון, אף אם אמנם אין ראיה על כרוכין מהעבר, אם וכאשר נמצא מוחזקות כיום, תפקידנו הוא לברר את הנתונים שלפנינו, אולי קיימת חזקה מהיום, אף שלא קיימת מהעבר. בכל מקום שאזלינן אחר חזקה פירושו, שאם אנו רואים כעת מצב מסויים, ניתן להניח שכך היה גם בעבר, גם אם אין ראיות מוצקות לגבי העבר. משכך, אם על פי הנתונים שלפנינו ניתן היה להניח שהיא מוחזקת כקרובת משפחתם של מי שגידלו אותה, אם על פי המסמכים והראיות ניתן לבסס את טענתה שגדלה אצלם, הרי זו חזקה שתספיק מבחינת ההלכה. להלן נחזור לבדוק ולברר שבמקרה דנן לא קיימת חזקה שכזו, ונמצא שבמקרה נשוא פסק הדין אין מוחזקות לא מהעבר ולא מההווה.

ראיה לחשש אימוץ מגוף סוגיית הגמרא

במסכת קידושין שם (עט, ב) מובא:

"תנו רבנן, אשה נשאתי במדינת חים, מביא ראיה על האשה ואין צריך להביא ראיה על הבנים (ופרש"י: ומסיים ואזיל באלו בנים אמרו בקטנים ולא בגדולים, דאם הביא ראיה על הגדולים שאין כרוכין אחר האם אין מביא ראיה על הקטנים) ומביא ראיה על הגדולים ואין צריך להביא ראיה על הקטנים. **במה דברים אמורים באשה אחת, אבל בשתי נשים מביא ראיה על האשה ועל הבנים, על הגדולים ועל הקטנים.**"

ופרש"י:

"באשה אחת, שאמר אשה אחת נשאתי, אבל אמר שתי נשים היו ומתה האחת ואלו בניה של זו, מביא ראיה עליה שהיא מיוחסת, ועל הבנים שהם בניה על הגדולים ועל הקטנים, ואפילו כרוכין אחריה, דשמא בניה של חברתה היו וגדלתן".

נמצא כי לדעת רש"י, החשש הוא שמא הם בניה של אשתו שמתה, שאין ידוע לנו אם היא הייתה כשרה, ומה שכרוכין אחרי האשה השניה אינו משום שהם בניה, אלא משום שהיא גידלתם אחר מות אָמם.

אבל הרמב"ם (הלכות איסורי ביאה פ"כ ה"ז) כתב דין זה בזה"ל:

"יצא כהן מיוחס למדינה אחרת ובא הוא ואשתו ובניו, ואמר אשה זו נשאתי ואלו בניה, צריך להביא עדים שאשה זו כשרה. ואינו מביא עדים שאלו בניה. והוא שיהיו כרוכין אחריה. ואם בא בשתי נשים והביא ראיה על האחת, אף על פי שהבנים קטנים וכרוכין אחריה, צריך להביא ראיה עליהם, שמא בניו מן האחרת הם ונכרכו אחר זו המיוחסת".

נמצא שלדעת הרמב"ם בניגוד לדעת רש"י, גם אם שתי הנשים קיימות והביא ראיה על כשרות אחת מהן, עדיין צריך להביא ראיה על בניה של הכשרה, גם אם הם כרוכין אחריה, משום שאנו חוששים שמא הם בניה של האשה שלא ידוע לנו כשרותה, והם נכרכו לא לאָמם אלא לאשה האחרת של אביהם.

נראה כי רש"י חולק על הרמב"ם, וסובר שלא חוששים שהילדים יכרכו אחרי אשה אחרת, כאשר אָמם חיה ונמצאת אף היא כאן. אולם דעת הרמב"ם מבוארת במאירי שם בזה"ל:

"מי שיצא למדינת הים וחזר ובא ואמר שתי נשים נשאתי ומתה האחת ואלו בניה של זו צריך להביא ראיה על האשה שהיא מיוחסת, ואף אחר ראיה של אשה צריך להביא ראיה על הבנים שממנה נולדו, ואפילו היו קטנים וכרוכים אחריה, שמא בני האחרת היו וגדלתן. ויש מפרשים דבר זה אף בששתיהן קיימות, שכל ששתיהן בבית אחד אפשר שמתוך שזו מטוכססת בגידול בנים יותר מחברתה, ויודעת לקרב את הנערים ולמשוך את לבם, הם כרוכין אחריה יותר מאמם, ועיקר הדברים כדעת ראשון".

ביאר המאירי שטעמו של הרמב"ם הוא משום שכאשר יש בבית שתי נשים, ישנה אפשרות שבניה של אחת יהיו כרוכים אחרי השניה יותר מאחרי אָמם, אם האשה השניה מבינה יותר בגידול הילדים ויודעת למשוך את ליבם אחריה, ודלא כדעת רש"י אשר כמוהו נקט גם המאירי, שכל החשש הוא שמא נכרכו אחר האשה השניה אחרי שאָמם נפטרה, ולא כאשר היא חיה ונמצאת בבית, שאז אין חשש כזה, וחזקה שזאת שנכרכו אחריה היא אָמם האמיתית.

נמצא שלדברי כולם, אף בכרוכין אחריה אם ניתן לתלות את כריכתן אליה מסיבה אחרת, ולפי סיבה זו אינם בניה, חוששין לכך. אלא שנחלקו הראשונים האם כאשר האם חיה ונמצאת בבית, סביר הדבר לחוש שנכרכו אחרי האשה השניה, למרות שאינם בניה, ואָמם חיה ונמצאת בבית, או שכאשר האם נמצאת אין סבירות לכך שהבנים יכרכו אחר אשה אחרת, ולכן חזקת הכרוכין סותרת אפשרות זו.

ביאור מחלוקת רש"י והרמב"ם

והנה, בביאור המחלוקת בין הרמב"ם ובין רש"י בפרשנות הסוגיא, כתב הרש"ש שם בזה"ל:

"רש"י ד"ה באשה אחת, אבל אמר שתי נשים היו ומתה האחת כו'. קשה לי דניהמניה במיגו דלא הוה אמר שהיתה לו עוד אשה אחרת.

ולשון הרמב"ם בחיבורו ואם בא בשתי נשים כו'. ואולי דלרש"י לא נראה דניחוש כשאמם קיימת שידבקו בזולתה. אבל מכל מקום יש לפרש שיש עדים שהיתה לו אשה אחרת ומתה".

כוונת הרש"ש היא שהטעם שהרמב"ם לא מפרש כפירוש רש"י, שכן לפי פירוש רש"י יקשה, מה הטעם

שהאב אינו נאמן לומר שהבנים הם בניה של אשה זו ולא של האשה השניה שסיפר שהייתה לו במדינת הים ומתה שם, הרי יש להאמינו במגו שיכל שלא לומר שנשא אשה אחרת במדינת הים מלבד זו שיצא עמה מכאן. מסיבה זו באר הרמב"ם כאמור שמדובר שהוא בא עם האשה הנוספת לכאן מלבד האשה שעמה יצא מכאן, וממילא אין לו מגו.

עוד הוסיף הרש"ש לתמוה על דעת רש"י, כי גם אם לא ניחא ליה לפרש כמו הרמב"ם, משום שלא נראה לדעת רש"י שיש מקום לחשוש שבני האחרת שנמצאת כאן יהיו כרוכין אחרי מי שאינה אִמָּם האמיתית כפירוש הרמב"ם, מכל מקום בכדי שלא יקשה שיאמן הבעל במיגו, היה די לפרש שמדובר כשיש עדים שהייתה לו אשה במדינת הים, וממילא אין לו מגו, ולא כמבואר ברש"י שרק הבעל הוא שמביא לנו ידיעה זו.

כדרך זו בביאור מחלוקת רש"י והרמב"ם באר גם הבית מאיר למסכת קידושין שם, וכתב ליישב את הקושיא מדוע לשיטת רש"י אין לו מיגו, וז"ל:

"אבל בב' נשים, רש"י ז"ל פירש ואחת מתה במדינת הים. ויש להקשות מדוע לא יהא נאמן האב שהבנים מן האשה זאת שכרוכים אחריה ולא מן האשה שמתה, במיגו דאי בעי שתיק ולא אמר כלל שהיה לו עוד אשה שמתה.

ולכן פירש הרמב"ם בהעתקתו לההוא דינא שבא לכאן עם הב' נשים, ואף על פי כן אין הכריכה סימן, דיש לומר, הבנים של האחרת כרוכים אחרי המיוחסת.

ולרש"י ז"ל נראה דוחק חששא זו לומר במקום אם יהיו הבנים כרוכים אחר אשה אחרת. ולתרוץ הקושיא הנ"ל צריכנא לומר **דלית ליה מגו דאי בעי שתיק, דאיירי שכבר יצא קול שהיה לו שם עוד אשה**".

גם הבית מאיר מבאר שרש"י לא פירש כהרמב"ם כי מדובר כאשר האיש חוזר לכאן עם שתי נשים, משום שלרש"י בכהא גוונא אין לחוש שהבנים הכרוכים אחרי אחת, הם באמת בניה של השניה, כי אין הדבר סביר, והרמב"ם שכן נקט כך, הוא משום שהוקשה לו כי אם לא מדובר כאשר חזר לכאן עם שתי נשים, ואין הדבר ידוע שנשא שם אשה נוספת אלא מפיו, אם כן יהיה נאמן לומר שאלו בניה של האשה אשר יצא עימה, במיגו שלא היה מספר כלל שנשא אשה נוספת.

ובישוב דעת רש"י מאי טעמא אין לבעל מיגו, פירש הבית מאיר כי מדובר כאשר יצא הקול שנשא עוד אשה במדינת הים, ושוב אין לו מיגו שהיה אומר שלא נשא שם אשה, כיון שירא הוא להכחיש את הקול, ולהחשב כמשקר.

הנצי"ב במרומי שדה שם הוסיף עוד בישוב דברי רש"י, וז"ל:

"שם בגמ', אבל בשתי נשים מביא ראיה על האשה ועל הבנים כו'. לפירש"י דאיירי באומר כו', קשה ליהמן משום מגו. **וצריך לומר דהוי מילתא דעבידא לאיגלווי ולא מישקרי**".

לדברי המרומי שדה אין צורך להעמיד אוקימתא כי מדובר באופן שיצא קול על כך שנשא עוד אשה במדינת הים, משום שגם בלי שיצא קול, דבר כזה הוא דבר העשוי להתגלות, ודי בכך כדי שהבעל יפחד להסתיר עובדה זו, ולכן אין לו מיגו מכח זה שיכל לא לספר שנשא שם אשה נוספת.

נמצא כי לדעת הרמב"ם אם האב לא בא לפנינו עם שתי הנשים וגם אין עדים על כך שנשא אשה נוספת, יהיה נאמן לומר שבנים אלו הם של אשה זו, במיגו שלא היה מספר עובדה זו, ואילו לדעת רש"י הדבר

תלוי בתירוצי האחרונים, לדעת הבית מאיר גם לרש"י האב נאמן אם לא יצא קול על האשה הנוספת שנשא, ואילו לתרוצו של הנצי"ב עולה כי לרש"י בכל מקרה אינו נאמן במיגו.

ולאידך גיסא נחלקו רש"י והרמב"ם מתי יש לחוש שהבנים כרוכים אחרי אשה אחרת שאינה אִמָּם, לדעת הרמב"ם בכל מקרה בו יש שתי נשים בבית, אין ראייה מכח שכרוכים אחרי אחת מהם שאכן הם בניה, ולעולם חיישינן שמא הם בניה של השניה, ורק נכרכו אחרי זאת שקירבה אותם יותר, ואילו לדעת רש"י והמאירי רק כאשר האשה מתה חיישינן שהבנים בניה הם ונכרכו אחרי השניה אשר אימצה אותם לאחר מות אִמָּם.

כאמור לדברי כל הראשונים כאשר ישנה סיבה סבירה שאפשר לתלות בה את העובדה שנכרכו אחרי האשה למרות שאינם בניה, שוב אין ראייה מהעובדה כי הבנים כרוכים אחריה, שאכן היא אִמָּם הביולוגית.

והנה, במקרה דנן הרי ישנן רעותות רבות הגורמות לחשוש שמא סבתה של המבקשת היא מאומצת, ואם כך אין שום ראייה ממה שהיתה כרוכה באִמָּה, שאכן היא בתה הביולוגית, שהרי יתכן כי מה שהיתה כרוכה בה הוא משום שהיא אמצה אותה מגיל צעיר, וממילא מבחינת הבת ותפיסתה ברור לה שהאם המאמצת היא אִמָּה לכל עניין, ומשום כך היא נדבקת וכרוכה אחריה כיוון שהיא גדלה אצלה ככל בת עם אם.

על כן במקרה שלפנינו אין לסמוך על חזקת כרוכין, ויש לחוש ולחפש ראיות בין לשיטת רש"י שדיבר על חשש אימוץ ממש, ובין לפי הרמב"ם שחידש אף יותר שגם בלי אימוץ חוששים שהבן או הבת נכרכו אחרי אשה המגדלת אותם יחד עם האם, וקל וחומר שאין בכריכה אחרי האם די לסתור חשש לאימוץ, שהרי האשה שאינה אִמָּה האמיתית היא זו שגידלתה.

ראיה מדברי התוספות מתי אין לחשוש לאימוץ

במשנה שם (קידושין עט, ב) מובא בזה"ל:

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

מתה ואלו בניה, מביא ראיה על הבנים, ואינו מביא ראיה על האשה.

אשה נשאתי במדינת הים הרי היא זו ואלו בניה, מביא ראיה על האשה, ואין צריך להביא ראיה על הבנים.

מתה ואלו בניה, צריך להביא ראיה על האשה ועל הבנים."

והנה רש"י שם פירש:

"מתני'. אינו צריך להביא ראיה לא על האשה - שהיא מיוחסת, שכבר בדקה כשנשאה.

ולא על הבנים - כדמוקי בגמרא בקטנים וכרוכים אחריה, דבחזקת אמן הן ואין צריכים לייחס על ידי עדים.

מביא ראיה על הבנים - שהיו בני אותה אשה.

ואין צריך להביא ראיה על האשה - שהיתה מיוחסת לפי שכבר בדקו אחריה כשנשאה כאן.

מביא ראיה על האשה - שהיא מיוחסת ואינו מביא ראיה על הבנים שהרי כרוכין אחריה.

מתה ואלו בניה - שאין כאן שום הוכחה מביא ראיה על האשה שהיא מיוחסת ועל הבנים שמאותה אשה היו."

לשיטת רש"י "ראיה על האשה" הכונה ראיה שהאשה מיוחסת, ו"ראיה על הבנים" הכונה שהם בני אותה האשה. אבל התוס' שם חלקו בפירוש המשנה עם רש"י וכך כתבו:

"מביא ראיה על הבנים ואינו מביא ראיה על האשה, פירש בקונטרס שהאשה היתה נבדקת כבר בד' אמהות קודם שהולכה למדינת הים, ובגמ' מוקי בכרוכין אחריה.

ואם תאמר, מאי קא משמע לן מתניתין דאין צריך להביא ראיה על האשה, פשיטא דכיון דנבדקת כבר דשוב אין צריך להביא ראיה. ועוד קשה אמאי איצטריך לחזור ולמיתני, הא תני ליה ברישא.

לכן פירש ר"י, **אין צריך להביא ראיה על הבנים שהן שלו, דלא אמרינן שלקחה האשה איש אחר במדינת הים, ולא על האשה שיהיו בניה דכיון דכרוכין אחריה...**"

התוספות בארו את ראשיתה של המשנה בה כתוב כי במקרה שחזר ממדינת הים עם אשה ובנים ואומר כי זו האשה שיצא עמה למדינת הים ואלו בניה, כונת הקטע במשנה: **"ולא על האשה"** היא שאינו צריך להביא ראיה על הבנים שהם ממנה, משום שהם כרוכין אחריה, ולכן אין צורך להביא ראיה שהם בניה.

וביאור הקטע הראשון: **"אין צריך להביא ראיה על הבנים"**, מתבאר בתוספות שהכוונה שאין לחשוש שמא הם בנים של האשה אך לא בנים של האיש, שכן אולי הם בנים מהאשה הזו אבל מאיש אחר, שיתכן וגרשה איש זה ונשאת לאיש אחר וילדה לו את אלו הבנים, וכעת שבה עם האיש הראשון לארץ זו.

והנה אם אכן נשאת לאיש זה מחדש אחרי שגירשה ונשאת לאחר, אזי עוברים הם על איסור של מחזיר גרושתו משנשאת. וכתב הרד"ל שם: **"לפי זה צריך לחוש שהוא דר עמה עתה באיסור. ואם כן יש לומר בפשיטות טפי דחיישינן שמא זינתה וכו'".** לפי הצעתו של הרד"ל החשש הוא כי לאחר גירושה ממנו זינתה ונולדו ילדים אלו מאיש אחר, ואחר כך שבה ונישאה לבעלה שבזה אין איסורא של מחזיר גרושתו משום שלא נשאת.

בכל מקרה, הרעיון בפירוש התוספות הוא שהמשנה חידשה כאן שלא חוששים שבנים של אדם אחר מתגדלין בביתו של איש זה, וכעין מאומצים על ידו.

בהמשך התוספות, מתבאר המשך המשנה בזה"ל:

"מתה מביא ראיה על הבנים, פירוש, שהבנים שלו מן האשה שמתה, אבל אינו מביא ראיה שהם מן האשה שהלכה עמו למדינת הים, דידעינן בה שהיא מיוחסת, שהרי כבר בדקנוה, אלא מאחר שהביא ראיה שהבנים הם מאשתו שמתה במדינת הים, אין צריך תו להביא ראיה שאותה אשה היתה מיוחסת, דאין לחוש שלקחה אשה אחרת שם והוליד ממנה אלו בנים, דמסתמא מאשתו שהוציא מכאן הם, מאחר שלא שמענו שנשא שם אשה אחרת, והאשה שהוציא מכאן כבר בדקנוה קודם שהלכה למדינת הים".

וכתב שם המהרש"א בכוונת התוספות בזה"ל:

"דבאו לפרש הא דקתני אין מביא ראיה על האשה, פירוש שהם מן אשתו שהלכה למדינת הים עמו כו' אלא מאחר שמביא ראיה על הבנים שהם מן האשה שמתה שם אינו צריך כו' ותו לא מיד"י" (ועיי"ש במהרש"א גירסא נוספת מהמרש"ל בתוספות).

ביאור התוספות בקטע המשנה הנוסף: "מתה מביא ראיה על הבנים", הוא שעליו להביא ראיה שהבנים הם שלו מהאשה הזו שמתה. כי לאחר שמביא ראיה שהבנים הם מאשתו שמתה, שוב אין חוששים שמא הוא נשא אשה נוספת במדינת הים והבנים האלו הם ממנה, ואז היה לכאורה צריך להביא ראיה שהבנים הם מאותה אשה שהלכה עמו למדינת הים, אלא די בכך שמביא ראיה שהבנים הם מאשתו שמתה במדינת הים, שכן כל זמן שלא שמענו שנשא במדינת הים אשה נוספת, אין לנו לחשוש לכך.

והפני יהושע שם כתב לבאר גם בדעת רש"י כעין פירוש התוספות, בכדי לישב את קושיית התוספות הראשונה על רש"י, שהקשו בזה"ל:

"מביא ראיה על הבנים ואינו מביא ראיה על האשה, פירש בקונטרס שהאשה היתה נבדקת כבר בד' אמהות קודם שהולכה למדינת הים, ובגמ' מוקי בכרוכין אחריה. ואם תאמר, מאי קא משמע לן מתניתין דאין צריך להביא ראיה על האשה, פשיטא דכיון דנבדקת כבר דשוב אין צריך להביא ראיה".

ותירץ הפני יהושע:

"דבהאי ענינא וחששא דפירש ר"י, מצינן נמי לפרש כפירוש רש"י ז"ל, דלא חיישינן שגירשה ואהדרה, אף על גב דלא שייך למימר דאי איתא דגירשה קלא אית ליה, קא משמע לן דאפילו הכי לא חיישינן..."

לפירוש הפני יהושע חידוש המשנה לפי רש"י הוא כי אף על פי שידענו גם קודם שהלך למדינת הים כי אשה זו כשרה לכהונה, לא חיישינן שמא במדינת הים גירשה והחזירה אחר שנאסרה לכהונה על ידי הגירושין, ועל אף שאין ראיה שלא גרשה מזה שלא שמענו על כך, שהרי במדינת הים היו, ויתכן שקרה דבר כזה בלא שהשמועה תגיע אלינו, אף על פי כן אין חוששים לכך.

נמצא כי לדברי התוספות, ולפירוש הפני יהושע גם לשיטת רש"י, חידוש המשנה הוא שאין לחשוש לחששות שאין להן בסיס וריעותא לפנינו. מכך יש ללמוד גם לענין חששות למקרי אימוץ, כי בדרך כלל גם החשש שבן או בת הינם מאומצים אינו חשש שיש לחשוש לו, גם בלי ראיה מחזקת כרוכין, כל זמן שלא שמענו סיבות וריעותות שיכולות להעלות חשש כזה.

אך כאמור במקרה שלפנינו יש כמה ריעותות ותהיות המעלות חשש סביר לאימוץ, ובכהאי גוונא הבאנו שאפילו אם היתה הבת כרוכה אחרי האם, אין בכך כדי לשלול את האפשרות כי היא מאומצת.

חזקה והגדרתה

נרחיב בביאור והגדרת דיני ההכרעה מכח "חזקה" מהותה ומקורותיה, מדברי הגמרא הראשונים והפוסקים.

הגדרת החזקה ורמת בירורה

הרשב"א בתורת הבית הארוך (בית ז שער ב דף ח, א) כתב בהגדרת וודאות חזקות מסוג זה, בזה"ל:

"אמרה טהורה אני מותרת, שהתורה האמינתה שנאמר וספרה לה לה לעצמה. ומיהו כשהאמינתה תורה הני מילי בשאמרה ספרתי וטבלתי, אבל הוחזקה נדה בשכנותיה ואמרה לו לא נטמאתי, אינה נאמנת, לפי שמשעה שהוחזקה נדה הרי הוא כנדה ודאית, ואינה נאמנת להכחיש את החזקה..."

ובתורת הבית הקצר שם הוסיף וכתב הרשב"א:

"האשה שהחזקה נדה בשכנותיה כגון שלבשה בגדים שהיא רגילה ללבוש בשעת נדתה, הרי היא בודאי טמאה, ואם אמרה טהורה אני, אף על פי שנתנה אמתלא לדבריה, כגון שאמרה לא לבשתי בגדים אלו אלא כדי שלא תטרידני עכשיו, שלא הייתי בבריאותי וכיוצא בזה, אינה נאמנת. למה הדבר דומה למי שידעונו שראתה ואמרה לא ראיתי שאינה נאמנת..."

הרי שהחזקה מבררת לנו שכך היא המציאות, ומלשון הרשב"א משמע שחזקה זו נחשבת כידיעה ממש, שאין בכוחה להכחיש (יסוד זה יורחב בהמשך). אך לא ביאר הרשב"א טעם הדבר למה נחשבת חזקה זו כודאות גמורה.

שני סוגי חזקה

הנה בגמ' מסכת חולין (י. ב.) למדו את דין חזקה מפרשת נגעים, ואילו בירושלמי במסכת קידושין (פרק ד הלכה י) למדו את מקורו של דין חזקה ממכה אביו ואימו. והקשה הבית שמואל (סי' יט ס"ק יא) מדוע בגמרא בבבלי לא למדו גם כן מדין מכה אביו ואימו את דין החזקה. נרחיב את הדברים.

בגמ' במסכת חולין שם מובא בזה"ל:

"מנא הא מלתא דאמור רבנן אוקי מילתא אחזקיה, אמר רבי שמואל בר נחמני אמר ר' יונתן, אמר קרא ויצא הכהן מן הבית אל פתח הבית והסגיר את הבית שבעת ימים, דלמא אדנפיק ואתא בצר ליה שיעורא, אלא לאו משום דאמרינן אוקי אחזקיה."

וביאר רש"י שם:

"הא דאמור רבנן כו', במקומות הרבה סמכו על החזקה לאסור ולהתיר כי ההוא דלעיל. ויצא הכהן וגו', דבעינן דניפוק מכל הבית ואחר כך יסגיר את הדלת, ואף על גב דאיכא למימר דלמא עד דנפיק ואתי בציר ליה שיעוריה מכגריס, ונמצא שלא היה נגע בשעת הסגר ואין הסגרו הסגר דכמאן דליתיה דמי".
בנגעי בתים הדין הוא שהכהן צריך להסגיר את הבית שבעה ימים כשנראה בבית נגע שגודלו כגריס. ויש לכאורה מקום לחשוש שמא לפני שהספיק הכהן להסגיר את הבית, התמעט הנגע משיעורו, וההסגר לא נחשב. מכאן לומדת הגמרא, שמכיוון שידענו שהיה שם נגע, ישנה חזקה שהנגע נשאר בגודלו.

והנה בשו"ע אבן העזר (סי' יט סעי' א) כתב:

"מי שהחזק בשאר בשר, דנין על פי חזקה זו אף על פי שאין שם ראייה ברורה שזה קרוב, ומלקין וחונקין וסוקלין על חזקה זו."

ומקור דין זה כתב הרמב"ם (איסורי ביאה פ"א ה"כ) וז"ל:

"מי שהחזק בשאר בשר דנין בו על פי החזקה, אף על פי שאין שם ראייה ברורה שזה קרוב, ומלקין ושורפין וסוקלין וחונקין על חזקה זו, כיצד הרי שהחזק שזו אחותו או בתו או אמו ובא עליה בעדים, הרי זה לוקה או נשרף או נסקל, ואף על פי שאין שם ראייה ברורה שזו היא אחותו או אמו או בתו אלא בחזקה בלבד, ומעשה באשה אחת שבאת לירושלים ותינוק מורכב לה על כתיפה והגדילתו בחזקת שהוא בנה ובא עליה, והביאה לבית דין וסקלוה, ראייה לדין זה, מה שדנה תורה במקלל אביו ומכה אביו שיומת, ומנין לנו ראייה ברורה שזה אביו, אלא בחזקה, כך שאר קרובים בחזקה."

מקור דברי הרמב"ם הוא מהירושלמי במסכת קידושין (פרק ד הלכה י) שם איתא בזה"ל:

"ומניין שהורגין על החזקות, ר' שמואל בריה דרבי יוסי בי ר' בון אמר כתיב **ומכה אביו ואמו מות יומת. וכי דבר בריא הוא שזה הוא אביו, והלא חזקה היא שהוא אביו**, ואת אמר הורגין, אף הכא הורגין".

והקשה הבית שמואל שם (סי' יט סק"א) וז"ל:

"דנין על פי חזקה, הרמב"ם כתב ראייה לזה מה שדנה התורה מקלל אביו ומכה אביו יומת ואין ידוע שזהו אביו אלא מחמת החזקה. ולכאורה קשה למה לא יליף בש"ס ריש חולין מזה דאזלינן בתר החזקה..."

הבית שמואל מקשה, שברמב"ם הביא למקור לדין חזקה את דברי הירושלמי, שלמד דין זה ממכה אביו שחייב מיתה למרות שאין יודעים בוודאות שהוא אביו, אלא רק מכח שכן הוחזק. אך בגמ' בבבלי במסכת חולין (יא, ב) הביאו ממכה אביו מקור רק לדין רוב, ולא לדין חזקה, ואת דין החזקה למדו מנגעי בתים, ומדוע שינה הרמב"ם מהמובא בגמ' בבבלי.

וביאר האחרונים שישנם שני סוגי חזקה: חזקה דמעיקרא, וחזקה ממה שהוחזק שכן היא המציאות. חזקה דמעיקרא פירושו, שידענו שכן הייתה המציאות, והחזקה מלמדת שהמצב לא השתנה ממה שהיה קודם. חזקה כזו נלמדת מנגעים, שהכהן ראה שיש נגע כגריס, ומדין חזקה אין חוששים שמא אחר כך השתנה הנגע ממה שהיה. אבל בירושלמי מדובר על חזקה מסוג אחר, שם מדובר שלא ידענו מעולם מה הנסיבות, ואנו מניחים שכן היא המציאות מכח חזקה, שכן מוחזק הדבר בסתמא.

בשו"ת חתם סופר ביאר כך את הכלל הזה (אבהע"ז ח"א סי' עו) וזה לשונו:

"ענין החזקה, מבואר גרסינן פרק עשרה יוחסין דף פ, אמר ר"ח בר אבא אמר ר"י מלקין על החזקות וסוקלין ושורפין על החזקות. ומפרש הש"ס מלקין על החזקות כי הא דאמר ר"י אמר רב הוחזקה נדה בשכינותיה בעלה לוקה עליה משום נדה, סוקלין ושורפין כי הא דאמר רבא בר"ה איש ואשה תינוק ותינוקות שהגדילו בתוך הבית נסקלין זה על זה ונשרפין זה על זה וכו'.

ונהנה חזקה שאנו לומדין פרק קמא דחולין מבית מנוגע, היינו להעמיד כל דבר על חזקתו כמו שנתברר לנו כבר פעם אחת, וזה אינו ענין לכאן. והכא מייירי דבר שלא ראינו מעולם שהוא כן, אך העולם מחזיקין אותו מצד הנהוג שהוא כך, ואשה באה ובנה מורכב על כתפה וגידלו כדרך אשה המגדלת בנה, ומעולם לא אמרה לשכנותיה שהוא בן אשה אחרת, והחזיקו כולי עלמא שהוא בנה, ועל זה סוקלין על סברת והאמנת הבריות זמן רב...

והב"ש בסי' יט במחילת כבודו שגה בפירוש דבר זה, ולחנם הקשה על הירושלמי ואהרמב"ם".

ביאר החתם סופר כי ישנם שני דיני חזקה שונים זה מזה, ישנה חזקה דמעיקרא האומרת כי כאשר ידוע בוודאות מה היה המצב, תולים שהמצב נשאר בחזקתו ולא השתנה, אולם ישנו דין אחר כי כאשר אין ידיעה ודאית מהי המציאות, סומכים על החזקה שהמציאות היא באמת כפי מה שמוחזק שכן היא.

וסיים החתם סופר כי על פי ביאורו שדין הוחזק שונה לגמרי מדין חזקה דמעיקרא, לא קשה כלל קושיתו של הבית שמואל הנ"ל, מה הטעם שבבבלי למדו את דין חזקה דמעיקרא מבית המנוגע, ולא ממכה אביו כמו שלמדו בירושלמי.

כעין הדברים כתב גם בחוט המשולש (ח"א סימן ה בסוגריים, יובא להלן), וכך גם ביאר בדברי יחזקאל (סלבודקא

ס"י כא בהגהה) וז"ל :

"הרמב"ם כתב שם ראייה לדין זה מה שדנה תורה במקלל אביו ומכה אביו שיומת, ומנין לנו ראייה ברורה שזה אביו, אלא בחזקה, כך שאר קרובים בחזקה עכ"ל, והוא מדברי הירושלמי סוף קידושין.

והב"ש הקשה דזהו נגד סוגית הש"ס דילן פרק קמא דחולין דילפינן ממכה אביו דאזלינן בתר רובא ולא דאזלינן בתר חזקה יעו"ש.

ולא קשיא מידי דבתלמודין דטרחינן ללמוד חזקה היינו דמעיקרא, ולא חזקה כהאי גוונא דמכה אביו שהוא מכח ראייה, ודמי לאנן סהדי ומזה לא איירי כלל התם."

וכבר קדם להם בחילוק זה הבכור שור (קידושין פ, א) וז"ל :

"גמרא מלקין על החזקות כו' ע"כ. בספר בית שמואל סי' יט (ס"ק א) כתוב וז"ל: ולכאורה קשה למה לא יליף בש"ס ריש חולין מזה דאזלינן בתר חזקה עכ"ל.

לא ידענא מאי קושיא, דחזקה דהתם היינו במידי דידעינן בבירור שהוא כך ואפשר להשתנות, ומהיות דמוקמינן אחזקה אמרינן דלא נשתנה כי אם בהבאת ראייה ברורה, אבל חזקה דהכא היינו דבר שאינו ברור ואנו מחזיקים אותו כך מכח אומדנא."

יוצא אם כן, שחזקה זו שאנו דנים בה עכשיו, שבן הכרוך אצל אימו, חזקה שהיא ילדה אותו, שיסודה הוא מאומדנא שכך הוא דרך העולם, אינה מסוג החזקה שבבבלי במסכת חולין שנלמד מנגעי בתים. לקמן יתבאר, שחזקה זו מבוססת על רוב, שמכיוון שכך הוא ברוב המקרים, אנו מניחים שכך קרה גם כאן.

אמנם יש לציין כי בדברי הרדב"ז (ח"ד סימן רמה, אלף שטז) שיובאו להלן, נראה שאכן דימה את החזקות, וכי מקורה של חזקת כרוכין הוא מאותו מקור ממנו נלמדה חזקה דמעיקרא, כדברי הבית שמואל.

האם חיוב מכה אביו מטעם חזקה או רוב

עוד הקשו האחרונים, שהרמב"ם למד שמכה אביו חייב מכח חזקה שהוא אביו, והוא על פי המבואר בירושלמי שהבאנו (קדושין פ"ד ה"י), שם למדו דין זה שאפשר לסמוך על "חזקות" מדין מכה אביו אשר חייב מיתה, למרות שאין דרך לדעת כי אכן הוא אביו, מלבד על סמך שכך הוחזק הדבר, ואילו בגמ' בחולין משמע שהטעם שמכה אביו חייב הוא מדין "רוב", ומזה למדו כי סומכים על הרוב, וכיון שרוב בעילות אחר הבעל, מוכרע כי אכן הוא אביו. וזה לשון הגמ' (יא, א-ב) :

"מנא הא מילתא דאמור רבנן זיל בתר רובא... 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. ממאי, דלמא כגון שהיו אביו ואמו חבושים בבית האסורין, אפילו הכי אין אפוטרופוס לעריות."

אך ברמב"ם (איסורי ביאה פ"א ה"כ) כתב :

"מי שהוחזק בשאר בשר דנין בו על פי החזקה, אף על פי שאין שם ראייה ברורה שזה קרוב, ומלקין ושורפין וסוקלין וחונקין על חזקה זו... ראייה לדין זה מה שדנה תורה במקלל אביו ומכה אביו שיומת, ומנין לנו ראייה ברורה שזה אביו, אלא בחזקה, כך שאר קרובים בחזקה."

ונאמרו על כך שלושה דרכים באחרונים.

א. הדרך הראשונה - הרוב והחזקה נצרכים זה לזה

הבכור שור למסכת קידושין (פ, א) כתב בהמשך דבריו הנ"ל בהגדרת חזקת כרוכין, בזה"ל:

"... אלא דלכאורה מילתא אחריתא קשיא דירושלמי הביא ראיה לחזקה דהכא ממכה אביו דילמא לאו אביו הוא ובריש חולין (יא, ב) יליף ממכה אביו דאזלינן בתר רובא ולא אמרינן דלמא לאו אביו הוא.

ובאמת לא קשה מידי, דאפילו לטעם החזקה. מכל מקום מוכח דאזלינן בתר רובא, דאף על גב דראינו האב נוהג עמו כאב עם בנו, מכל מקום דלמא אביו גופיה טעי, ומניין לו דלא זינתה אשתו, אלא שמע מינה דאזלינן בתר רובא ורוב בעילות כו'.

ובהאי טעמא לחוד לא סגי, דאטו סימנא אית לשהדי בגווייה משעה שנולד שלא הוחלף באחר, אלא סמכי אביו ואביו סמיך אאמו, ואפשר שגם היא אינה יודעת בסימן כי אם מוחזק לה שלא נתחלף".

הבכור שור מתרץ כי שני הדברים נצרכים בכדי לחייב את מכה אביו. שכן גם אם נסמוך על החזקה שאביו גידלו כמו בן, מכל מקום הרי אביו עצמו אינו יודע בודאות שהוא בנו, ועל כרחינו שבזה אנו סומכים על הרוב הקובע כי מי שנולד מאשתו הוא בנו, מכח זה יודע האב שאכן הוא בנו, ומכחה של ידיעה זו נהג כך למעשה והחזיקו לנו כבנו. מאידך אין לומר שכל חיוב מכה אביו מושתת רק על הרוב, משום שאף אם אכן הבן שילדה אשתו הוא בנו, מכל מקום הרי אין הוכחה שאותו אחד הנמצא לפנינו היום, הוא זה שילדה אשתו לפני שנים רבות, ובזה צריך לסמוך על החזקה שהוחזק כבנו כל השנים. לכן מובן שמדין מכה אביו למדו גם את דין הרוב וגם את דין החזקה.

בדרך דומה לדבריו, כי שני הדינים נצרכים כדי לחייב את מכה אביו, כתב גם בספר סדרי טהרה (י"ד סי' קפה סק"א), אם כי בצריכותא שונה מעט, וז"ל:

"... וכי תימא דלמא משום חזקה לחוד, כיון שנהג עמו כאב עם בנו מסתמא זה הוא בנו, ומנא ליה דאזלינן בתר רובא לחודא.

זה אינו, דבשלמא אי קים ליה לאב שזה הוא בנו, ואנן חזינן במה שמתנהג עמו כאב, שפיר מיקרי חזקה, אבל אי איהו גופיה לא קים ליה, אנן מנא ידעינן, דלמא איהו טעה וסבר שהוא בנו ומשום הכי מתנהג עמו כאב עם הבן, ובאמת זינתה אמו עם אחר. אלא ודאי דאזלינן בתר רובא, ואיהו ידע שרוב בעילות עמו, ואנן חזינן שמתנהג עמו כאב ומחזיקו לבן, מיקרי שפיר חזקה, ותרתוי מוכח. אחר זה שמעתי שכתב כעין זה בספר תבואת שור (בכור שור, שם)".

וכעין דבריהם כתב גם החתם סופר, וז"ל:

"ומייתי ירושלמי ממכה אביו ואמו, והיינו אחר שנניח דאזלינן בתר רובא, ורוב בעילות אחר הבעל ולא ממיעוט הנואף שהיא במקרה, עם כל זה תינח אם ראו עדים רוב בעילותיו של בעלה זה, ובעילת הנואף הם מיעוט נגדו, אך מאן יעיד לנו שבעל הבעל הזה רוב בעילות, דלמא לא בעיל כלל או אחת בשנה. אלא על כרחך צריך לומר חזקה כך הוא בעל הדר עם אשתו בהיתר ובמצוה, וכלה למה נכנסה לחופה, ועל כן הוחזק שבעל בזמנו כמה בעילות והנואף בעל במקרה ועל זה הורגין, וממש רוב מצות התורה צריכים לחזקה כזו.

ועל כל פנים ממכה אביו ואמו מוכח רוב וגם חזקה, דאי לא אזלינן בתר חזקת המנהג הלז אין כאן רוב, ואי ניחוש למיעוט לא יועיל החזקה מידי, נמצא ש"ס דחולין דיליף ממכה אביו ואמו וירושלמי דקידושין דיליף חזקת המנהג מיניה, הכל הולך אל מקום אחד".

ובדברי יחזקאל (סלבודקא סי' כא בהגהה) כתב:

"וטעמא דש"ס דילן ודירושלמי צריכי אהדדי, דאי לא אזלינן בתר רובא נמצא דמשעה שנוולד הרי הוא בספק דלמא אינו בנו, ועל זה קאמר הש"ס דילן דמכח רוב בעילות אחר הבעל, נודע לנו שהנוולד מאשתו הוא בנו.

אבל עדיין יש להסתפק כשגדל אחר כך, מאן מפסי לן שזהו שהכה אביו הוא הנוולד מאשתו, דלמא בנו הנוולד אזל לעלמא וזה אחרינא הוא שכרוך אחריו, ועל כן מוכח מזה דמי שכרוך אחריו, חזקה שזהו בנו, והוא הדין לשאר קרובים וזה פשוט".

תורף דבריהם, שהחזקה והרוב נצרכים זה לזה. מכח "חזקה" אנו מחזיקים שבוודאי בעל אותה בתדירות כדרך כל הארץ, משום שרואים שנוהגים כאיש עם אשתו. וכן מכח החזקה אנו רואים שהאב מחזיק את הבן לבנו. אך עדיין אין כאן וודאות, משום שיתכן ואשתו זינתה, והוא עצמו אינו יודע מכך, ולכן מחזיקו כבנו. כאן נצרכים לסברא נוספת ש"רוב בעילות אחר הבעל". לכן נצרכים הן לחזקה והן לדין רוב בכדי לקבוע שהוא בנו.

נמצא שמהפסוק "מכה אביו יומת" נלמדים שני דינים, רוב וחזקה. כיון שנצרכים אנו להתנהגות כבעל ואשה, ושהבן כרוך אחר אביו, ואזי התנהגות זו יוצרת חזקה שהאב נוהג עימו כבנו, ושהאב והאם מתנהלים בענייני אישות כבעל ואשה. וממילא הבן הוא שלו מדין רוב בעילות. לא ניתן לומר שרק חזקה נלמדת מהפסוק כשמתנהג עמו כאב ובן, ומשכך מוחזק הוא כבנו, שכן מנין לו לאב שהוא בנו, אלא שמשום רוב בעילות אחר הבעל יודע האב שזה הוא בנו, ועל ידי שנוהג עימו כבן נוקטים גם אנו מכח דין חזקה שבנו הוא לכל דבר.

ב. התירוץ השני - חזקה מדין רוב

בשערי יושר (שער ו' פ"ח ד"ה כתב הרמב"ם) כתב בתוך דבריו שהחזקה בסוגייתנו והרוב שברמב"ם והירושלמי הינם אחד, והכונה היא שיש הוכחה ואנן סהדי שכך היא המציאות, וז"ל:

"... אבל מדברי הרמב"ם שם בפ"א מהלכות איסורי ביאה הלכה כ שכתב להוכיח על מעלת חזקה ממכה אביו, והוא על פי דברי הירושלמי בקידושין פרק עשרה יוחסין, דלכאורה הוא נגד הש"ס דידן פרק קמא דחולין דילפינן מזה דאזלינן בתר רוב.

אלא נראה דהרמב"ם מפרש שהירושלמי ותלמוד דידן אינם חלוקים בזה, והכל מטעם אחד הוא, וכמו דמצינו בגמרא חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו וחזקה שאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה שהוא ענין הוכחת רוב ואנן סהדי, שעל פי הרגיל מוכח הענין שכך וכך הוא, הוא רובא דליתא קמן, ורוב מעליא כזה מועיל גם להוציא ממון..."

לדבריו גדר חזקה מסוג זה הוא באמת מדין רוב. היינו, שמכיוון שברוב המוחלט של המקרים, אב מגדל את בנו, לכן יש חזקה שאם גדל בביתו הוא אכן בנו.

מצינו מקור נוסף מדברי תרומת הדשן שיש חזקות שהגדרתם היא מדין רוב, ובספר ישועות יעקב כתב שכך ההגדרה גם בחזקות דידן, שהחזקה היא מכח סברא ורוב, וכדברי ה"שערי יושר". נביא את דבריהם.

בספר ישועות יעקב לשו"ע שם (סי' יט סק"א) כתב:

"... ואמנם העיקר בעיני דלא קשיא מידי. ואעתיק לך לשון התרומת הדשן סי' רז לענין סבלונות, ושם העתיק לשון האור זרוע וז"ל, כל חזקה דהוא חזקה דאתיא מכח סברא, כמו חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו וחזקה דאין העדים חותמין על השטר אלא אם כן נעשה

בגדול ושאר החזקות הדומות לאלו, הרי הם חזקות גמורות ואזלינן בהו אפילו בדיני נפשות...

דבאמת צריך לומר הא דילפינן ממכה אביו ואמו דאזלינן בתר חזקה, היינו **זכיון שהם מחזיקים כאב ובנו, בודאי בנו ממש הוא**, דמכה אביו ואמו לא איירי שנולד בעיר הזאת דוקא, רק שהחזיקו עצמם באב ובנו, **ואם כן חזקה זו... הוא חזקה בשעתא וחזקה דאתיא מכח סברא...**

ובתרומת הדשן (סימן רה) שצויין בדברי הישועות יעקב הייתה השאלה:

"ראובן שידך לו את לאה וקבלו קנין סודר שינשאו זה לזה, ואחר כך שלח לה סבלונות אי חיישנן כהאי גוונא לקידושין או לאו".

ובתו"ד התשובה כתב בזה"ל:

"... ובתשובה דאור זרוע כתב, השיב רבינו שמחה זצ"ל זכורני שמורי ריב"א ז"ל שידך בתו לבן אחיו כסבור שהיתה פקחת ונמצא בהפך ולא רצה לכונסה, והצריכה מורי רבינו יודא גט מפני הסבלונות ששלח לה עכ"ל.

ומספר אור זרוע גדול הועתק לי אותה תשובה דרבינו שמחה באורך. וכתב בה דאפילו לפרש"י לא בעי עדים בשולח סבלונות אי הוה באתרא דרובא מקדשי והדר מסבלי, משום **דהך סברא דשולח סבלונות חששא ברורה כחזקה שאינה פוסקת, שהיא באה מכח הרוב**, כמו החזקה אין עדים חותמים על השטר אלא אם כן נעשה גדול. וכן חזקה אין אדם פורע בגו זמנו, וחזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, **דכל הני חזקות באים מן הרוב כלומר רוב בני אדם אין עושין אלא בענין זה, אפילו בדיני נפשות סמכין אחזקה כהאי גוונא**. וחזקה הפוסקת כגון אשה זו בחזקת פנויה עומדת או בחזקת אשת איש עומדת. והכי נמי אית לן למימר דכל השולח סבלונות אחר שידוכין הואיל וכן דרך חיתונים ודאי בתורת קידושין שלח, ואנן סהדי כאילו קדשה בפנינו ולא בעי עדים על הקידושין. ואף על גב דבעלמא אפילו פירש להדיא לשם קידושין בלא עדים לא מהני אפילו שניהם מודים, שאני התם דליכא למימר דאנן סהדי, אבל הכא איכא למימר אנן סהדי ומהני שפיר".

התרומת הדשן בשם האור זרוע מדבר על חזקות הבנויות על אומדנא, כמו חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, או חזקה אין אדם פורע תוך זמנו, וכתב כי חזקות אלו הבנויות על רוב, נחשבות כודאות גמורה, וסומכים עליהם אפילו בדיני נפשות.

על פי דבריו חידש הישועות יעקב שגם חזקת כרוכין בה מחזיקים את הבן שגדל אצל אביו, כי אכן הוא בנו, נובעת מאותו טעם, כי סברא היא שאדם שמגדל ילד על פי רוב הוא בנו, ומכחה נובעת ודאותה של חזקה זו. כדרכו של השערי יושר.

כך גם כתב הבית מאיר שם (סי' יט סעי' א) בתוך דבריו:

"... הכא איירי מחזקה דאתיא מכח רובא, שעל הרוב כל עסק המוחזק בתמידות לי יום, הוא האמת...

ודאי דאך בתר דסליק שמעתן כמבואר בחולין ברש"י דאזלינן בתר רובא או מקרא או מן הלכה למשה מסיני, וכן חזקה... רוב דרוב בעילות אחר הבעל, כן יש למיזל נמי בתר חזקה זו של לי יום דנמי מכח רובא אתיא..."

לדבריהם התשובה לקושייה היא, שהבבלי והירושלמי אינם חולקים. מכה אביו חייב באמת משום שיש חזקה שהוא אביו, אלא שחזקה זו נוצרה מרוב. היינו, שמכיוון שברוב המקרים המגדל ילד הוא בנו, ישנה חזקה שזהו בנו. והוסיף, שכן הדין בהרבה מיני חזקות שמצינו בש"ס. כל החזקות שמקורם

בסברא, כמו אין אדם פורע תוך זמנו וכדומה, יסודם בדין רוב.

ג. התירוץ השלישי – חילוק בין המקרים

לכאורה לפנינו דרך שלישית ליישב את קושיית הב"ש. בספר ערוך השולחן (שם סעי' א-ב) כתב שיש לחלק בין שני מקרים, בין מקרה שהבן נולד בפנינו, והחזקנו מעולם שהיה בנו, לבין מקרה שבאו לפנינו אב ובנו ממקום אחר. וכך כתב:

"מי שהוחזקו בשאר בשר דנין על פי חזקה זו אף על פי שאין שם ראייה ברורה שזה קרוב. ומלקין וחונקין וסוקלין על חזקה זו. כיצד הרי שהוחזקו שזו אחותו או בתו או אמו ובא עליה בעדים, הרי זה לוקה או נשרף או נסקל. אף על פי שאין ראייה שזו אחותו או בתו או אמו, אלא חזקה זו בלבד.

וכתב הרמב"ם בפ"א מאיסורי ביאה, שראיה לדבר זה מה שדנה תורה במקלל אביו ומכה אביו שיומת, ומניין לנו ראייה ברורה שזה אביו, אלא בחזקה, כך שאר קרובים בחזקה עכ"ל. ובש"ס (חולין יא, ב) ילפינן מפסוק זה דאזלינן בתר רובא, דאם לא כן, דילמא לאו אביו הוא, אלא משום דרוב בעילות אחר הבעל.

אמנם בירושלמי קדושין (פ"ד ה"י) דריש לה מהאי קרא לחזקה דלכן הורגין אותו, וכי דבר ברור הוא שזהו אביו, והלא חזקה הוא שהוא אביו והורגין, אף כל מוחזקין לעריות הורגין עיין שם.

ואפשר לומר דחדא מילתא היא, דזהו רוב הבא מכח חזקה, דאטו מה דאמרין רוב בעילות אחר הבעל, (וכי) יש עדים על זה, אלא זהו מכח חזקה כיון שדרו כאיש ואשתו.

וגם זהו ודאי בהבן הנולד לפנינו אצל אביו אין צריך חזקה לזה אלא רובא, דרוב בעילות אחר הבעל, דלא ניחוש שמא עיברתו מאחר. אבל בבן ואביו הבאים לפנינו מרחוק ודרו בכאן בחזקת אב ובן, דבזה לא שייך רובא אלא חזקה.

והתורה שאמרה מכה אביו יומת, ודאי דמייירי בין בבן הנולד אצלנו ובין בבן דחזקה... "נמצא שיישובו של הערוך השולחן על הסתירה שמצד אחד נלמד ממכה אביו דין רוב ומאידך נלמד מאותו פסוק דין חזקה הוא, כי הפסוק מכה אביו יומת אינו מחלק בין המקרים, ומשמע שהוא מדבר הן על בן שנולד לאביו בפנינו, והן על בן שבא עם אביו מרחוק, ובשני המקרים ממיתים על פי הפסוק מכה אביו יומת. ומכאן נלמדים, לדבריו, שני הכללים – רוב וחזקה. דהנה, בן הנולד בפנינו אין צריך לחזקה שהם מתנהגים זה עם זה כאב ובן, שהרי הוא נולד בפנינו לאביו, אלא שנזקקים אנו לדין רוב בעילות אחר הבעל, שהרי מנין נדע שהוא באמת אביו, ואולי האם התעברה מאיש זר. אולם מכיון שיש דין רוב בעילות אחר הבעל, אזי נקבע שהבן נולד מאביו בעל אמו. והוסיף כי גם רוב זה מתבסס על חזקה – "רוב הבא מכח חזקה" – שהרי מנין נקבע שרוב בעילות אחר הבעל – האב. אלא הטעם הוא שמכיון שדרו ההורים כאיש ואשתו, חזקה שבא עליה, ואזי חל עליהם דין רוב בעילות אחר הבעל. אולם במקרה שהאב והבן באו לפנינו ממקום רחוק אזי כדי לקבוע שהוא אביו, נזקקים אנו לחזקה שכיון שהתנהגו זה עם זה כאב ובן, חזקה שהוא בנו.

כך גם כתב בספר עצי ארזים (שם סק"א) וביארם יותר בשילוב עם התירוצים הקודמים, וז"ל:

"... חזקה זו שאנו דנים בה דמייירי שלא נתברר לנו מעולם בבירור גמור שזה שאר בשרו... ממה שאנו רואים אותם נוהגים יחד, ועל זה קאמר בירושלמי דילפינן ממכה אביו,

דמסתמא לא מיירי קרא דוקא בנשא אשה והוליד בן בפנינו ולא זזה יד העדים עד שהגדיל הבן והכהו, אלא מסתמא מיירי נמי באב ובנו שבאו ממדינת הים והתנהגו עצמם כאב ובן, ואם כן לא נודע לנו מעולם בבירור שהיה בנו דנימא אוקי אחזקתו ראשונה, ודאי דגם בכהאי גוונא אזלינן בתר חזקה... ואם כן יש לומר דבכהאי גוונא אזלינן בתר חזקה כיון שאנו רואים אותו נוהגים יחד כאב ובן בחזקה שכן הוא... הא דיליף הש"ס דאזלינן בתר רובא... דמסתמא קרא איירי בכל ענין אפילו באיש ובנו שבאו ממדינת הים ואין אנו יודעין כלל שנולד לו הבן הזה מאשתו אפילו הכי דיינין להו על פי מה שאנו רואים נוהגים יחד כאב ובן, אבל מכל מקום יליף הש"ס שפיר דאזלינן בתר רוב דאם לא כן איהו גופא מנא ידע דבנו הוא דדילמא זינתה אשתו..."

העצי ארזים מבאר כי בבן הנולד וגדל לפנינו די בדין רוב, אלא שודאי דברה התורה גם באב ובן הבאין לפנינו ולא ראינו לידתו, ושם בהכרח שכל חיובו של הבן אשר הכה את אביו נסמך על החזקה בה הוחזק שזהו אביו, ואף על פי כן יש מקור גם לדין רוב, מכיון שלא יתכן שכל הדין נסמך רק על החזקה, משום שהאב עצמו אינו יודע שזהו בנו, לולי שסומך הוא על הרוב (ובפרט זה נסמך הוא על הדרך הראשונה שנתבארה לעיל) ומכך למדו את שני הדינים, דין הרוב ודין החזקה.

למסקנת החוט המשולש החזקה היא מדין רוב

בשו"ת חוט המשולש (ח"א סימן ה) דן בהרחבה בשאלה זו, דחה את המהלך הראשון והרחיב בדרך השניה, נביא את דבריו. תחילה הביא את הסתירה בין הבבלי לירושלמי והרמב"ם, וז"ל:

"גרסינן בירושלמי קדושין (פ"ד הלכה י) תני איש ואשה שבאו ממדינת הים, הוא אומר אשתי היא והיא אומרת בעלי הוא. אין הורגין עליהן משום אשת איש. הוחזקו, הורגין עליהן משום אשת איש... ומנין שהורגין על החזקות ר"ש בריה דר"י בי ר' בון אמר כתיב ומכה אביו ואמו מות יומת וכי דבר ברי הוא שזה הוא אביו. והלא חזקה הוא שהוא אביו ואת אמרת הורגין אף הכא הורגין כו'.

ולכאורה הירושלמי פליג אש"ס דילן חולין (דף יא, ב) דמפרש טעמא דמכה אביו משום רובא דרוב בעילות הלך אחר הבעל. ואולם הרמב"ם לאשר הביא (פ"א מאיסורי"ב ה"כ) הירושלמי כצורתו. והביאו האחרונים הח"מ והב"ש ש"מ דהירושלמי וש"ס דילן בחדא שיטתא קיימי. וטעמא בעי למה לן תרי טעמא אחדא מלתא (וקושיית הב"ש שם ודאי לא קשה מידי דמה ענין חזקה קמיינתא, לחזקה דמחזקינן במילתא דודאי כך הוא)".

בתחילה הביא את התירוצ הראשון כפי שתירץ הבכור שור, כי שני הדינים נצרכים, הרוב מברר בשעת הלידה כי הוא אביו, והחזקה מאמתת שאותו אחד שנולד אז, הוא הניצב בפנינו היום, ודחה תירוצ זה, וז"ל:

"והיה נראה לכאורה לומר דתרווייהו טעמי צריכי, טעמא דרובא מהני בשעת לידת הולד, דאי לאו טעמא דרובא הוה אמרינן בשעת לידתו דלמא לאו אביו הוא. משום הכי בעי טעמא דרובא. אבל אכתי אחר י"ג שנה משעה שנולד הולד הזה והגיע לכלל עונשין, אטו מי איכא סהדי שמכירים ויודעים שזה שנולד לפני י"ג שנה, זהו שהכה, משום הכי בעי טעמא דחזקה. כך היה נראה לכאורה.

אבל הא ליתא, דאם כן מאמו הוה ליה נמי למילף, ובירושלמי דייק לה מאביו דוקא. וכן הוא ברמב"ם שם. ועוד הא איכא לאוקמי קרא שהולד היה חבוש בבית האסורים מעת שנולד עד שהגדיל (כעין דדחי לה התם בחולין בש"ס דילן)".

החוט המשולש תמה על תירוצ זה (שכאמור לעיל תירצוהו כמה אחרונים) שאם החזקה נצרכת רק כדי לברר שזה

שחטא לפנינו בגדלותו, הוא אותו אחד שנולד בזמנו, אם כן חזקה זו נצרכת גם במכה אימו בדיוק כמו במכה אביו, ולמה הירושלמי והרמב"ם הביאו את המקור לדין חזקה דוקא ממכה אביו. אלא על כרחך שהחזקה נצרכת לעצם ההנחה כי הוא אביו, דבר שלא ניתן להוכיחו אף בשעת הלידה, בשונה ממכה אימו שלפחות בשעת הלידה אפשר להעיד כי היא אימו.

בנוסף הקשה, כי עצם השאלה מנין לנו שזה אותו בן שנולד לפני שנים רבות, אינה מוכרחת ואי אפשר ללמוד ממנה, שהרי ניתן להעמיד את הפסוק כאשר היה הולד חבוש בבית האסורים לפנינו מאז שנולד ועד היום. ובשלמא לענין הנדון מי הוא אבי הולד, כבר דחתה הגמ' בחולין (יא, ב) המובאת לעיל כי אין אפוסטרופוס לעריות, ולא ניתן להעיד שלא נבעל לאחר, אבל להעיד כי זה שעבר את האיסור לפנינו הוא אותו אחד שנולד לפני שנים, שפיר אפשר להעיד על כך אם היה חבוש בבית האסורים במשך כל השנים.

ולכן תירץ החוט המשולש כי הצריכותא שונה מעט, וכעין מה שהבאנו מהחת"ס, כי לולי החזקה מנין לנו שרוב הבעילות אכן היו של הבעל, וז"ל:

"על כן נראה דהני תרי טעמי בעי, דאי לאו טעמא דרובא הוה לן למיחש למיעוטא דבעילת זנות. אבל אכתי הא גופא דרוב בעילות דבעל הוא לא ידעינן אי לאו טעמא דחזקה, דאטו מי איכא סהדי על רוב בעילות דבעל, ואף עידי יחוד לא שכיחי ודאי על רוב בעילות דבעל. משום הכי בעי נמי טעמא דחזקה לאחזוקי בבעל רוב בעילות, והיינו משום דכל מידי דדרכא דמלתא בהכי מחזקינן בהכי, ודרכא דמילתא דהבעל בועל רוב בעילות..."

ונראה דהא דאמרין נמי הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה. היינו נמי משום הך חזקה דדרכא דמלתא בהכי והיינו נמי טעמא דכרוכין אחריה. וכן הגדילתו בחזקת בנה. והיינו נמי טעמא דסגי כשראו כדרך המנאפים ולא בעינן שיראו כמכחול בשפופרת. משום דמחזקינן בכל מלתא דדרכא דמלתא בהכי כדכתב הרמב"ם להדיא (שם דין יט) שחזקת צורה זו שהערה. והיינו נמי טעמא דכל הך שכתב שם בדין כ וכו'."

ושוב חזר החוט המשולש וכתב, כי נראה יותר כדרך השניה דלעיל, שהרוב והחזקה כאן חד הם, ועיקר דין חזקות אלו הוא כי מחזיקים אנו כל דבר על פי הרוב, וז"ל:

"והאמת הברור בפירוש הירושלמי, דלא לאוסופי טעמא על ש"ס דילן אתא, אלא דכולה חדא טעמא הוא, דהך חזקה גופיה דמחזקינן ליה באביו הוא מחמת רובא בעילות אחר הבעל. וכל מידי דרובא הכי איתא הוי חזקה, וחזקה קרינן, כמו גבי קטן וקטנה יבמות (ק"ט, א) דמשום דרובא דקטנים לאו סריסים נינהו ורוב קטנות לאו איילוניות מחזקינן להך קטן וקטנה נמי לאו בסריס ואיילוניות, וכן כל הך דחשיב להו בפרק קמא דחולין (דף יא) משום דרוב בהמות כשרות נינהו, מחזקינן להו בהאי בהמה נמי בכשרה.

ודכוותיה נמי הך ילפותא דילפינן ממכה אביו נמי משום דרוב בעילות אחר הבעל, מחזקינן ליה בהאי נמי דאביו הוא."

והביא החוט המשולש ראיה לדבר, מכך שהבבלי עצמו שלמד ממכה אביו את דין רוב, קרא במסכת נזיר (מט, א) לבירור זה כי הוא אביו - "חזקה". הגמרא שם ביארה למה היה צורך לכתוב במפורש בפסוק כי כהן גדול אינו מותר להטמא בין לאביו ובין לאימו, בזה"ל:

"לאביו ולאמו למה לי, צריכי, דאי כתב אביו, הוה אמינא היינו טעמא דלא מיטמא ליה, משום דחזקה בעלמא הוא, אבל אמו דידיעין דילידתיה ליטמא להו."

ופירשו התוספות, וז"ל:

"דאי כתב אביו ולא לאמו, הוה אמינא דווקא לאביו אינו מיטמא, **משום דקורבא דאביו חזקה בעלמא הוא, משום דרוב בעילות אחר הבעל**, אבל אמו דודאי ילידתיה אימא דמיטמא לה".

הרי שלראיה זו כי הוא אביו מכח רוב בעילות אחר הבעל, קראה הגמ' חזקה. כך מצינו גם במקומות נוספים שהרוב נקרא חזקה. וז"ל החוט המשולש:

"והכי קרי ליה נמי בש"ס דילן נזיר (מט, א) דקאמר התם דאי כתב אביו, הוה אמינא וכו' משום דחזקה בעלמא הוא. וכן כתבו התוס' שם משום דקורבא דאביו חזקה וכו' משום דרוב וכו'.

וכן בסוגיא דידן קידושין (פ, א) קרי ליה לרובא חזקה, דקאמר התם דאריב"ל שורפין על החזקות וכו' רוב תינוקות מטפחין וכו'. אלא אינו חזקה לר"י ששורפין כו' אם רוב שרצים טמאה.

...ולפי זה על כרחך האי דכרוכין אחריה... מטעמא דחזקה קאתינן עלה **דמשום רובא דנשים מגדלות את בניהן ובניהם כרוכים אחריהם מחזקין נמי להאי שהוחזק ליכרך אחריה שהיא אמו. ואף על גב דאיכא נמי ודאי נשים שמגדלות בני אשה אחרת והבנים כרוכים אחריה, דדבר הנראה לעינים הוא שהאשה שניה לבעלה מגדלת את בני אשתו הראשונה וכרוכים אחריה. ומשום הכי נמי אמרינן התם בשתי נשים שמביא ראייה על הגדולים ועל הקטנים וכפירש"י שם ע"ש. מכל מקום הו נשים שמגדלות בני אשה אחרת מיעוטא לגבי נשים המגדלות את בניהן. וכל עוד שלא איתרע לן הך רובא, אמרינן כיון דרובא דכרוכים הם אחרי אמם, מחזקין להאי הכרוך בחזקת שהוא בנה (אבל בשתי נשים איתרע לן הך רובא כיון שאמר בפירוש שהיה לו אשה אחרת ומתה חיישינן שמא בנה של אחרת היה וגידלתן. כי דבר ההוה הוא במי שמתה לו אשתו הראשונה והניחה בנים קטנים ונושא תיכף אשה אחרת שהאשה ההיא מגדלתן וכרוכים אחריה) כן הוא הפירוש הברור בהירושלמי. ואף שפשיטות הרמב"ם הנ"ל נוטין לדברי פירוש השני שכתבתי. מכל מקום על כרחך הרמב"ם דחיק ומוקים אנפשיה לפרש ולישב על פי הפירוש הברור הזה בירושלמי".**

למסקנתו של החוט המשולש, עיקר דין חזקה בכלל, וחזקת כרוכין בפרט, הוא מכח דין רוב, כי אנו דנים ומפרשים כל מצב לפי המצוי ברוב המקרים, ועל כן אנו תולים כי מכיון שרוב הנשים המגדלות בנים הכרוכים אחריהם, הא אכן בניהם, הרי כל בן הכרוך אחר אשה כבן אחר אימו, ננקוט בודאות כי אכן היא אימו.

מסקנת הבכור שור כתרין זה

גם הבכור שור על אף שלעיל הבאנו שתירץ בתחילה כדרך הראשונה, כי גם החזקה וגם הרוב נצרכים כדי לברר את חיובו של מכה אביו, מכל מקום בהמשך דבריו חזר וכתב בהגדרת חזקת כרוכין, כי היא מתבססת על רוב מוחלט. נביא את כל דבריו.

וז"ל הבכור שור:

"... אלא דלכאורה מילתא אחרייתא קשיא, דבירושלמי הביא ראייה לחזקה דהכא ממכה אביו דילמא לאו אביו הוא, ובריש חולין (יא, ב) יליף ממכה אביו דאזלינן בתר רובא ולא אמרינן דלמא לאו אביו הוא.

ובאמת לא קשה מידי, דאפילו לטעם החזקה מכל מקום מוכח דאזלינן בתר רובא, דאף על גב דראינו האב נוהג עמו כאב עם בנו, מכל מקום דלמא אביו גופיה טעי ומנא ליה דלא זינתה אשתו, אלא שמע מינה דאזלינן בתר רובא ורוב בעילות כו', ובהאי טעמא לחוד לא

סגי דאטו סימנא אית לסהדי בגוויה משעה שנולד שלא הוחלף באחר, אלא סמכי אביו ואביו סמיך אאמו, ואפשר שגם היא אינה יודעת בסימן, כי אם מוחזק לה שלא נתחלף".

הבכור שור הקשה כקושיית האחרונים הנ"ל כי בירושלמי למדו שאפשר לסמוך על "חזקות" מדין מכה אביו אשר חייב מיתה, למרות שאין דרך לדעת כי אכן הוא אביו, מלבד על סמך שכן הוחזק הדבר, ואילו בגמרא בחולין (יא, ב) למדו מכח שאלה זו כי סומכים על הרוב, דרוב בעילות אחר הבעל ומזה מוכרע כי אכן הוא אביו.

על שאלה זו תירץ בתחילה כי שני הדברים נצרכים, שכן גם אם נסמוך על החזקה שאביו גידלו כמו בן, מכל מקום הרי אביו עצמו אינו יודע שהוא בנו, ועל כרחינו שבזה אנו סומכים על הרוב שמכוחו יודע האב שהוא בנו, ומכח זה החזיקו. מאידך אין לומר שכל חיוב מכה אביו מושתת רק על הרוב, משום שאף אם אכן הבן שילדה אשתו הוא בנו, מכל מקום הרי אין הוכחה שזה אותו בן הנמצא לפנינו היום, ובוה צריך לסמוך על החזקה שהוחזק כבנו כל השנים. לכן מובן שמדין מכה אביו למדו גם את דין הרוב וגם את דין החזקה.

על כך ממשיך הבכור שוב וכותב:

"ואין לומר הכי נמי מטעם רוב הוא, דרוב ילדים אינם מתחלפים באחרים, וכחאי גוונא היא בתוספות יבמות דף מז, א.

יש לומר האמת כן הוא וחזקה זו מטעם רובא, אלא דעדיף משאר רוב דהכא המיעוט לא שכיח כלל. תדע דקאמר אין שורפין תרומה על החזקה, ומפרש רובא, דקאמר דרובא דהתם לאו חזקה גמורה היא, וק"ל".

הבכור שור שואל כי עדיין יש להקשות אולי זה שלא חוששים שהבן הנמצא לפנינו הוחלף ואינו זה שנולד לו מאשתו, אינו מטעם החזקה, אלא משום שסומכים גם בזה על הרוב, כי רובם של בנים אינם מתחלפים (וכעין מה שכתבו התוספות ביבמות מז, א, יובאו דבריהם להלן). על כך תירץ כי נראה שאכן עיקרו של דין הוחזק הוא מדין רוב, אלא שהוא רוב חזק ומוחלט יותר, משום שהמיעוט לא שכיח כלל, ולכן נחשב כודאות גמורה.

תוקף החזקה כאשר יש סיבה לחשוש לאימוץ

כאמור גם מסקנתו של החוט המשולש כך היא, וכבר הבאנו לעיל כי כך נקטו הבית מאיר הישועות יעקב והשערי יושר, שחזקת כרוכין בה מחזיקים את הבן שגדל אצל אביו, כי אכן הוא בנו, נובעת מכח הרוב שאדם שמגדל ילד על פי רוב הוא בנו, ומכך נובעת ודאותה של חזקה זו.

לדבריהם אפוא חזקת כרוכין הינה רוב מוחלט שהמיעוט הוא אינו שכיח כלל, כלשונו של הבכור שור. לפי זה במקרה בו ישנה ריעותא וסיבה מסוימת לחשוש כי ישנו הסבר אחר לכך שהבנים כרוכין אחריה, שוב אין תוקף לחזקה זו. הדברים מבוארים בדברי החוט המשולש שהבאנו לעיל, וז"ל:

"...ולפי זה על כרחך האי דכרוכין אחריה... מטעמא דחזקה קאתינן עלה, דמשום רובא דנשים מגדלות את בניהן ובניהם כרוכים אחריהם, מחזקינן נמי להאי שהוחזק ליכרך אחריה שהיא אמו.

ואף על גב דאיכא נמי ודאי נשים שמגדלות בני אשה אחרת והבנים כרוכים אחריה, דדבר הנראה לעינים הוא שהאשה שניה לבעלה מגדלת את בני אשתו הראשונה וכרוכים אחריה.

ומשום הכי נמי אמרינן התם בשתי נשים שמביא ראייה על הגדולים ועל הקטנים וכפירש"י שם ע"ש. **מכל מקום הוו נשים שמגדלות בני אשה אחרת מיעוטא לגבי נשים המגדלות את בניהן. וכל עוד שלא איתרע לן הך רובא, אמרינן כיון דרובא דכרוכים הם אחרי אמם, מחזקינן להאי הכרוך בחזקת שהוא בנה.**

(אבל בשתי נשים איתרע לן הך רובא, כיון שאמר בפירוש שהיה לו אשה אחרת ומתה, חיישינן שמא בנה של אחרת היה וגידלתו. כי דבר ההוא הוא במי שמתה לו אשתו הראשונה והניחה בנים קטנים ונושא תיכף אשה אחרת, שהאשה ההיא מגדלתו וכרוכים אחריה).".

הרי כי במקרה בו ישנה סיבה ספציפית להסתפק ולחשוש שמא אינם בניה של אשה זו, וישנה סיבה אחרת לכך שנכרכו אחריה, כגון שהיא אשתו השנייה, ויתכן שהבן הוא מהאשה הראשונה שמתה, והשניה היא שגידלתם ולכן נכרכו אחריה, שפיר חיישינן להכי, ולא מועילה החזקה.

במקרה דנא הרי על פי הנתונים שבתיק המיעוט הוא בהחלט שכיח, ואולי אף ישנו רוב הפוך כפי שצדדו חלק מהמבררים. יש לומר כי בכהאי גוונא בטלה חזקת רוב זה, והדבר חוזר לספק גמור (או אף למצב של רוב הפוך, כדלקמן).

האם לדין סוקלין שורפין ומלקין על פי חזקה, נצרך מעשה או סגי בדיבור

יש לברר אם מה שהתחדש בגמרא ונפסק להלכה שסוקלין שורפין ומלקין על פי חזקה, די בהוחזקו כקרובים או כבעל ואשה אצל בני העיר על פי דיבורם בלבד כאשר באו לעיר וסיפרו שהם קרובים, או שבעינינו גם מעשה ממש שמחזק את דיבורם, מעשה זה המוכיח התנהגות כמו של בן לאמו או איש לאשתו.

כתב הרמב"ם (איסורי ביאה פ"א ה"כ) :

"מי שהוחזק בשאר בשר, דנין בו על פי החזקה אף על פי שאין שם ראייה ברורה שזה קרוב. ומלקין ושורפין וסוקלין וחונקין על חזקה זו. כיצד הרי שהוחזק שזו אחותו או בתו או אמו ובא עליה בעדים, הרי זה לוקה או נשרף או נסקל. ואף על פי שאין שם ראייה ברורה שזו היא אחותו או אמו או בתו אלא בחזקה בלבד, ומעשה באשה אחת שבאת לירושלים ותינוק מורכב לה על כתיפה והגדילתו בחזקת שהוא בנה ובא עליה, והביאה לבית דין וסקלוה. ראייה לדין זה מה שדנה תורה במקלל אביו ומכה אביו שיומת, ומנין לנו ראייה ברורה שזה אביו, אלא בחזקה, כך שאר קרובים בחזקה".

והנה, יש לדון בכוונת הרמב"ם האם מספיקה חזקה על פי דיבורם בלבד, או שצריך גם שיראה הדבר על ידי מעשים שביניהם שמגלים שהם איש ואשתו.

לשונו של הרמב"ם במה שכתב: "אף על פי שאין שם ראייה ברורה", משמעה לכאורה שלפחות נצרכים אנו לראיה שאינה ברורה. כך גם בהמשך לשונו ששב על לשון זו ומיד לאחריה הביא את המעשה מהגמרא, ששם מלבד שהוחזקו, היה גם מעשה שהגדילתו לבנה שהיה מורכב כתינוק על כתפיה. אמנם מצינו בהבנת דברי הרמב"ם כמה דרכים וכפי שנביא להלן.

הטור (אבהע"ז סי' יט) קיצר את הדברים וכך כתב:

"מי שהוחזק בשאר בשר, דנין על פי חזקה זו אף על פי שאין שם ראיה ברורה שזה קרוב, ומלקין וחונקין וסוקלין על חזקה זו. כיצד הרי שהוחזק שזו אחותו או בתו או אמו ובא עליה בעדים הרי זה לוקה או נשרף או נסקל אף על פי שאין ראיה שזו אחותו או בתו או אמו אלא חזקה זו בלבד. איש ואשה שבאו ממדינת הים היא אומרת זה בעלי והוא אומר זו אשתי אם הוחזק בעיר ל' יום שהיא אשתו, הורגין עליה משום אשת איש, אבל תוך ל' יום אין הורגין עליה משום אשת איש".

גם בהבנת דבריו יש להסתפק כאמור מה נדרש כדי להגדיר שיש חזקה לפנינו, דיבור בלבד או אף מעשה.

ובשו"ע שם (סי' יט סעי' א) נפסק:

"מי שהוחזק בשאר בשר, דנין על פי חזקה זו אף על פי שאין שם ראיה ברורה שזה קרוב, ומלקין וחונקין וסוקלין על חזקה זו".

ושם בסעיף ב נפסק:

"איש ואשה שבאו ממדינת הים, היא אומרת זה בעלי, והוא אומר זו אשתי, אם הוחזקו בעיר שלשים יום שהיא אשתו, הורגין עליה".

והנה בבית שמואל (שם סק"א) הביא את דעת המהרי"ק המחלק בשאלה זו בין מלקות לנפשות, וכותב הבית שמואל כי לדעתו הרמב"ם והטור אינם סוברים כן, וז"ל:

"ומהרי"ק בתשובה סי' פז מחלק בדינים אלו וכתב, לענין מלקות אזלינן אחר החזקה בלא ראיה, אבל לענין דיני נפשות בעינן ראיה עם חזקה, כגון שנוהג עמה כאיש עם אשתו או בנה כרוך אחריה. ולכאורה לא משמע כן מהרמב"ם והטור".

דיוקו של הב"ש מהרמב"ם והטור מובן, כי מהרמב"ם והטור שהביאו את דין נפשות ומלקות בחדא מחתא, ולא חילקו ביניהם, נראה ודאי כי בשניהם מדובר באותה חזקה, ואין חילוק ביניהם.

אך יש להסתפק בכוונת דברי הבית שמואל בהבנתו את דברי הרמב"ם, במה שכתב שלא משמע מדבריו כדעת המהרי"ק, האם כוונתו שהרמב"ם שלא מחלק ביניהם ומביאם יחדיו, מצריך וזקק מעשה כראיה לחזקה בין בנפשות ובין במלקות, בניגוד לדעת המהרי"ק שמחלק ביניהם, או אולי כוונתו להיפך שדעת הרמב"ם היא שבכל גווני אין צריך ראיה ומעשה לחזקה, ודי בחזקה על פי דיבורם.

להלן נביא כי נחלקו הפוסקים בדין זה, ונחלקו גם בהבנת כוונתו של הבית שמואל כאן.

דעת המהרי"ק לחלק בין מלקות ובין נפשות

והנה, בשו"ת מהרי"ק (סי' פז) הנזכר כתב בזה"ל:

"... ופשיטא דאין לומר דלא מקרי חזקה, אלא היכא שיש עמה מעשה גמור המעיד עליה כההיא דפרק י' יוחסין (שם) איש ואשה תינוק ותינוקות שהגדילו בבית נסקלים זה על זה ונשרפים זה על זה. דהנה יש מעשה גדול המעיד על החזקה שהרי היא עמו כאשה עם בעלה לכל דבר, וכן תינוק כרוך אחר אמו כדאיתא התם, מעשה באשה אחת שבאתה מירושלים ותינוק מורכב על כתפה וכו' והביאנו לבית דין וסקלוה, לא מפני שבנה היה אלא מפני שכרוך אחריה.

דודאי גבי דיני נפשות לסקול ולשרוף צריך חזקה גדולה כי הך, כדכתיב ושפטו העדה והצילו, ובכל דוכתא אמרינן ספק נפשות להקל, ואיכא תנאי נמי דסבירא להו דאין הולכין בדיני נפשות אחר הרוב כדאמרינן סוף פרק קמא דמכות (ז, א) דאמר רשב"ג ורבי עקיבא

אילו היינו סנהדרין לא היה אדם נהרג וכו'... שהיו מחזירין הרבה שלא להרוג את הרוצח. וגם רבנן דפליגי עליהו התם, פשיטא דמודו דבעינן ראייה גדולה טרם נהרוג אותו. ומשום הכי בעינן שיהגו האיש והאשה זה עם זה בכל דרך איש עם אשתו וכן שיהיו הבנים כרוכים אחר האם בטרם שנוציא את זה לסקילה או לשריפה.

אבל לענין אחר ואפילו להלקותו דפשיטא דגם בזה בעינן ראייה גדולה קודם שנלקהו, מכל מקום לא בעינן כולי האי, אלא מכיון שאנו מוחזקין שכן הוא כלומר שזו אשתו של פלוני או שזו ארוסת פלוני, פשיטא דמלקין על חזקה זו ולא בעינן מעשה מוכיח כמו בדיני נפשות, כדמשמע מתוך פרש"י שכתב וז"ל, מלקין על חזקות על דבר שאנו מחזיקים בו שהוא כן ואפילו אין עדות בדבר עכ"ל. משמע בהדיא דלא בעינן רק שנהיה מוחזקים בו שכן הוא.

כיוצא בנדון הזה שהיו מוחזקים כל כך זמן שזו האשה נתארסה לאיש ההוא, ואפילו לאחר שהמיר הוחזק בה להיותה מקודשת כמו שתי שנים, ופשיטא דהויא חזקה אלימתא לאוסרה, מקל וחומר דמלקות שהרי אנו אוסרים מספק ואין אנו מלקין מספק, וזה פשוט.

ותדע שכן הוא דאפילו לענין מלקות לא בעינן חזקה אלימתא כל כך, כלומר שיהיה עמה מעשה המוכרח שכן הוא, כדבעינן לגבי דיני נפשות דהיינו לסקול ולשרף כדפירשתי לעיל, מדגרסינן שם בפרק י' יוחסין (פ, א) אמר רבי יוחנן מלקין על החזקות וסוקלין ושורפים על החזקות וכו', ועתה יש לדקדק מאי הנה חזקות דאמר רבי יוחנן, אמאי לא עריב ותני להו בחדא, מלקין ושורפין וסוקלין על החזקות..."

כאמור הבית שמואל כתב שלדעת המהרי"ק ישנו חילוק בין דיני נפשות שבהם נדרש מעשה כראיה לחזקה, ובין מלקות שסגי בחזקה על פי דיבורם. וזאת משום שבדיני נפשות חייבים להשתדל ולהציל את הנידון ממיתה, אף בצד רחוק, ומשום כך בעינן לחזקה גדולה ומעשה מוכיח יותר. בניגוד למלקות או איסור אף שגם בהם צריך בירור ודאי וחזקה, מכל מקום אין צריך מעשה מוכיח כל כך כמו בחיוב מיתה.

יש להעיר שבדברי המהרי"ק שהבאנו וציטטנו, אולי משמע לכאורה לא כן, וכי גם למלקות בעינן "ראיה גדולה" כלשונו, אלא שלא בעינן ראייה גדולה כמו שבעינן לנפשות, אך גם במלקות לא סגי בחזקה על פי דיבורם בלבד ללא ראייה כלל (ועיין לקמן בדעת ה"בית אפרים" שגם משמע מדבריו שצריך ראייה למלקות).

כדבריו נראה גם מתשובת הרמ"א

כדעת המהרי"ק כי יש חילוק בין החזקה הנצרכת למיתה, ובין החזקה הנצרכת לאיסור ומלקות, יש ללמוד גם מתשובתו של הרמ"א (שו"ת רמ"א סי' ב).

השאלה שם עסקה כלשון הרמ"א:

"על אשה אחת שילדה ג' פעמים בחדש השמיני וחששה שעין הרע גרם לה זאת, ורצתה להסתיר עיבורה מבני בית אשר איתה ושכנותיה. והסכים בעלה עמה שתאמר טמאה היא בפני בני ביתה בתחלת עיבורה כדי להסתיר הענין. ועכשיו שאלתה אם בעלה מותר לבא עליה תוך אותן הימים בחדרו אשר עמו, מאחר שלפי האמת היא טהורה".

ובתשובתו כתב בתוך דבריו:

"... מהא דאמרינן סוף קידושין א"ר חייא בר אבא א"ר יוחנן מלקין על החזקות סוקלין ושורפין על החזקות ואין שורפין תרומה על החזקות. מלקין על החזקות כדבר יהודה, דאמר רב יהודה הוחזקה נדה בשכינותיה בעלה לוקה עליה משום נדה. סוקלין ושורפין על

החזקות כדברה בר רב הונא, דאמר רבה בר רב הונא איש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו בתוך הבית נסקלין זה על זה. אמר ר' שמעון בן פזי אמר ריב"ל משום בר קפרא, מעשה באשה שבאת לירושלים ותינוק מורכב לה על כתיפה והגדילתו ובא עליה והביאום לבית דין וסקלו, לא מפני שבנה ודאי היה אלא שכרוך אחריה, ע"כ.

הרי לך דאף על גב דאותו המחזיק עצמו שיודע אם הוא אמת או לא, אפילו הכי סוקלין ושורפין אותו, **ובודאי אילו היה מועיל לו שום אמתלא וטענה, לא היה נסקל ונשרף על החזקה.**

[וואפשר] לחלק ולומר דלעולם גבי נדה אין לוקה עליה אלא בעלה, דלא מהימנין ליה נגד החזקה, אבל לדידה שריא הואיל והיא יודעת האמת. **והא דסוקלין ושורפין על החזקות, התם שאני דהחזקה לא היתה על פיה אלא אחרים החזיקוה בכך, כדמשמע הלשון איש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו בבית, וכן מעשה באשה שבאת לירושלים דהחזקה על פי אחרים. אבל כשהחזקה על פיה כמו בנדות שאין אחרים יודעים אלא על פיה, שלובשת בגדי נדות או שאמרה להם טמאה אני, אימא לעולם דלא מיקרי חזקה.**

או שיש לחלק בין חזקת נדות, דמוקמינן לה אחזקת טהורה לחזקת עריות, דלא הוה להם חזקת היתר מעולם. ולכאורה נראה כן מהא דאיתא פרק ב דכתובות האשה שאמרה אשת איש הייתי וגרושה אני נאמנת שהפה שאסר הוא הפה שהתיר, ולומד התם מקרא דאמרין הפה שאסר הוא הפה שהתיר. ובודאי מיירי התם אף על פי שלא אמרה כן תוך כדי דבור רק הוחזקה באשת איש ימים רבים, אפילו הכי יכולה לומר אחר כך גרושה הייתי. וכמו שאמרו התם מעשה באשה אחת גדולה, שהיתה גדולה בנוי וקפצו עליה בני אדם שאינן מהוגנים לקדשה ואמרה להן מקודשת אני, לימים עמדה וקדשה עצמה. אמרו לה חכמים מה ראית לעשות כן, אמרה להם בתחילה שבאו עלי בני אדם שאינם מהוגנים אמרתי מקודשת אני, עכשיו שבאו עלי אנשים מהוגנים עמדתי וקדשתי את עצמי. וזו הלכה העלה רב אחא שר הבירה לפני חכמים באושא ואמרו אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת..."

הרמ"א חידש כי במצב של חזקה גמורה שסוקלים עליה, ולא מועיל בה שום אמתלא, אולי אסור הדבר גם למי שיודע את האמת, שאינה כפי החזקה. אלא שחילק הרמ"א בין חזקה שנוצרה רק על ידי האשה, כגון באמרה נטמאתי, או בלבשה בגדי נידות, שחזקה כזו אינה מספיקה כדי לחייב מיתה, ובה יועיל אמתלא, וממילא גם מותר האיסור למי שיודע את האמת. לבין חזקה שהוחזקה לנו שלא על ידי האשה, שהיא חזקה גמורה שסוקלין עליה ולא מועילה בה שום אמתלא.

והנה בלבשה בגדי נידות מפורש בגמ' שלוקין על חזקה זו, למרות שאת זה מחשיב הרמ"א שם להחזקה שעשתה האשה, והשוה את זה לאמרה טמאה אני, שלשיטתו אין סוקלין עליה ומועיל אמתלא, ועל כרחק שהרמ"א גם הוא מחלק כמהרי"ק בין מלקות ואיסור בעלמא, לבין החזקה הנצרכת לחיוב מיתה.

וכיון שרמ"א משוה את האשה שהוחזקה בדיבור בעלמא שאמרה טמאה אני, לחזקה על ידי שלבשה בגדי נידות, נמצא שהרמ"א סובר ממש כמהרי"ק, שלהחזיק למלקות סגי בדיבור בעלמא, ואילו לענין מיתה צריך מעשה, ולדבריו גם לא מספיק מעשה שעושה האשה מרצונה כלבישת בגדי נידות, שזה נחשב כעין אמירה בעלמא, וצריך הנהגה קבועה הניכרת לעומד מן הצד, כגון איש ואשה החיים יחד וכדומה.

בערוך השולחן הכריע כמהרי"ק

כשיטת המהרי"ק הכריע הערוך השולחן (שם סעי' ג-ה), שכתב וז"ל:

"יש מהגדולים שכתב דבחזקות כאלו לענין מלקות ואיסור, אזלין בתר חזקות כאלו גם בלא ראייה להחזקה, אבל לענין מיתת בית דין בעינן ראייה עם החזקה כגון שנוהג עמה כאיש עם אשתו ושבנה כרוך אחריה (מהרי"ק ספ"ז).

וגדולי האחרונים כתבו דלא משמע כן מהפוסקים (בית שמואל ובית מאיר), ואדרבא מדכתב הרמב"ם שם באשה שאמרה מקודשת אני, אינה נהרגת על פיה עד שיהיה שם עדים או הוחזק עכ"ל, הרי דבחזקה נהרגת אף על פי שאין שם ראייה להחזקה (בית מאיר), אך אפשר לומר דחזקה לאחר שלשים יום מהני כמו ראייה.

אמנם יראה לי דודאי בחזקות אלו לא כל החזקות שוות, והרי בחזקה זו דכרוכין אחריה יש פלוגתא בגמרא (קדושין פ, א), ואנן קיימא לן דסוקלין על ידי חזקה כזו. אבל יש מי שסובר דלא מהני לסקילה, ולשארי דברים מהני (ע"ש בתוס' ד"ה לא שנו), ואם כן אם נאמר דמהני לסקילה גם חזקה קלה בלא ראייה, תיהוי פלוגתא רחוקה. ועוד דמשמע שם דמי שסובר דמהני חזקה זו אינו אלא בחזקה שיש בה ראייה כמו שהבנים כרוכים אחרי אמן וכיוצא בזה.

הן אמת שבירושלמי שם משמע דמהני גם בחזקה בלא ראייה גם לסקילה, אבל שיטת הש"ס שלנו אינו כן. וכיון דלהירושלמי מהני גם לסקילה חזקה בלא ראייה, ודאי דגם לדין מהני לכל הפחות למלקות חזקה בלא ראייה (ועי' מגיד משנה פ"ב מאיסורי ביאה ה"י), אבל לסקילה לא מהני בלא ראייה. וזה שכתב הרמב"ם, יש לפרש גם כן שהיה איזו ראייה כגון שהתנהגה כאשת איש ולא כפנויה (וגם ראיות המהרי"ק שם ברורות, מדפלגינהו רבי יוחנן לתרתי ע"ש).

נמצא שהערוך השולחן הסיק כדעת המהרי"ק שבנפשות בעינן מעשה גמור לביסוס החזקה, בניגוד למלקות. אמנם גם במלקות דייקנו מלשון המהרי"ק שאולי בעינן מעשה קטן, ודלא כמשמעות הבית שמואל בהבנת דברי המהרי"ק דלא בעינן מעשה כלל. אמנם מתוך דבריו משמע שחזקה שהוחזקה במשך ל' יום דינה כחזקה עם מעשה (כעין סברתו נדייק להלן מדברי הט"ז), ובכהאי גוונא אין צורך כלל במעשה וראיה נוספים ואף בענייני נפשות, וכך רצה לבאר גם בדעת הרמב"ם.

בסוף דבריו מבאר הערוך השולחן שבענין זה נחלקו הבבלי והירושלמי. לדעת הירושלמי אין צריך ראייה אפילו לחיוב מיתה, ולבבלי צריך ראייה. כאמור מסקנתו כמהרי"ק שלמיתה בעינן ראייה ומעשה כבסיס לחזקה, ורק למלקות די בחזקה ללא ראייה.

שיטת הזכרון יוסף שצריך מעשה בין במלקות ובין בנפשות

אולם בשו"ת זכרון יוסף (אבן העזר סי' ח) מצינו דעה שונה שבעינן מעשה והתנהגות בין במלקות ובין בנפשות.

המעשה הנידון בתשובה שם עוסק בדבר אשה אחת ששמה אסתר שנישאה בעודה בתולה לאיש אחד וכבר התעברה ממנו. אולם טרם נישואיה אלו היתה משודכת לנער אחד ואף נכתבו התנאים שביניהם, ובבואם למדינה זו ביטלו את הקישור שביניהם וקרעו את התנאים וקידשה השני. שלושה חודשים אחר החתונה הגיע מכתב על עדות אחד בשם זימלא שהמשודך הראשון כבר קידש את אסתר בטבעת זהב בפני שני עדים, אשר זוכרים שנכתב ענין הקידושין הנ"ל בתנאים. אסתר נחקרה על כך וטענה שמעולם

לא התקדשה לנ"ל, ולדבריה הוא רק נתן לה טבעת זהב אחת במתנה, ואף בשעת נתינת הטבעת לידה לא היה שם שום אדם בעולם, ומה שאמרה לפני כמה בני אדם ולפני עדי התנאים שהתקדשה בפני עדים, עשתה זאת מדאגה פן יחזור בו המשודך יתחרט וימנע מלהינשא לה, ולכן הערימה להודות שהתקדשה להנ"ל בפני זימלא ומשרתו, וזימלא הנ"ל הוא זה אשר יעץ לה להגיד כך. וגם המשודך הנ"ל אישר את דבריה. במקרה זה לא ראו את ה"מקודשת" עם המקדש ולא הועד על מעשים המחזקים את החזקה, אלא שהחזקה על פי דבריה שהייתה מקודשת והיא מבארת את דבריה על ידי אמתלא.

בתחילת התשובה מביא הזכרון יוסף את הדעה הראשונה היא דעת המהרי"ק, ומשיג עליה, וז"ל:

"גרסינן במסכת קידושין דף פ ע"א אמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן, מלקין על החזקות וסוקלין ושורפין על החזקות כו'. ופסקוה הרמב"ם בפ"א מהלכות איסורי ביאה (הל' כ) וטור וש"ע אה"ע סי' יט, והוסיפו לכתוב איש ואשה שבאו ממדינת הים כו'.

והנה מפשטות דבריהם ולשונם משמע **דלא בעינן מעשה המוכיח על החזקה** כמהרי"ק הנ"ל, וכן משמע לכאורה מדברי בית שמואל סי' יט ס"ק א ע"ש, **אלא דאם הוחזקו על ידי אמירתם כך בעיר שלשים יום אפילו בלי שום מעשה לראיה על אמיתת דבריהם, נעשים מוחזקים כדבריהם וסוקלין ושורפין עליהם**, וכן משמע מדברי הח"מ שם סק"ג.

ולפי זה אינה נאמנת האשה אסתר דנדון דגן לסתור דבריה הראשונים אפילו על ידי אמתלא טובה ומבוררת, אחרי שכבר הוחזקה לארוסת יוסף במדינות העסין זה שנים ימים ויותר, דלאחר חזקה לא מהני אמתלא כמו שכתב הטור בשם הרשב"א (צ"ל הרמב"ן) ב"ד סי' קפה וכן הסכימו האחרונים בשו"ת מהרח"ש (תורת חיים) ח"ג סי' נב וחו"ט השני סי' יז וחו"י סי' קלח ובסוף שו"ת באר שבע סי' עה וכ"מ בשו"ת רמ"א סי' ב".

ובהמשך חולק הזכרון יוסף על דעת המהרי"ק וכותב:

"אמנם לפי דברי אי אפשר לומר כן מפני כמה טעמים, (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 למ"ד יום. (ג) 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 שאמרו אם הוחזקו בעיר כו' שהיא אשתו כו' דהיינו על ידי מנהג כנ"ל, הוחזקו, ולכך בעינן דוקא איש ואשתו שבאו ממדינת הים. **וכן לגבי סקילה ושריפה** בעינן שיהיה הוא בקטנותו כרוך אחר אמו בסקילה, ובתו כרוכה אחריו בשריפה, **ולגבי מלקות דאחותו שהזכיר הרמב"ם והנ"ל, בעינן שיהיה הוא ואחותו היו כרוכין אחר אמם בקטנותם**.

והיינו מה שכתב הרמב"ם מי שהוחזק בשאר בשר כו' כיצד הרי שהוחזק שזו אחותו כו' אלא בחזקה בלבד, ומעשה באשה אחת כו' והיינו הכל חזקה דכרוכים כו'. והיינו טעמא שלא כתב הרמב"ם משך זמן החזקה שלשים יום גבי שורפין וסוקלין הנ"ל, משום דחזקה דכרוכין היא מן הסתם יותר משלשים יום וכמו שכתב החלקת מחוקק בסי' יט סק"ג..."

בהמשך דבריו מביא ראיה לדבריו מדברי השלטי גיבורים בזה"ל:

"וזהו פירוש האמיתית בדברי הגהות האלפסי (קדושין לב, ב בדפי הרי"ף) הובא בחלקת מחוקק שם ס"ק ג, והכי פירוש, **"החזקה לפי המנהג"**, פירוש אופן החזקה הוא על פי המנהג הנ"ל, דמנהג איש ואשתו במיני יחוד וקירוב, והבנים להיות כרוכין אחר אביהם ואמם, וזמן המשכת מנהגים כאלה להיות חזקה הוא שלשים יום. ואין עונשין אותה על פי עצמה פירוש על ידי אמירתה בלי שום מעשה המוכיח על אמיתת דבריה, אפילו שהתה בחזקת אמירה זו בעיר יותר משלשים יום. וכן מצאתי בפירוש הנ"ל בהג"ה הנ"ל בריא"ז ולא כפשטות משמעות דברי הח"מ שם, דאם כן יהיה לכאורה דברי הג"ה הנ"ל סותרין זה לזה.

אכן באמירה בעלמא בלי מעשה המוכיח כנ"ל, לא נקרא חזקה כלל אפילו בהמשך זמן רב. ומה שכתב הב"ש שם לאחר דברי מהרי"ק דלא משמע כן מדברי הרמב"ם, היינו מדכיל הרמב"ם מלקין בהדיה סוקלין ושורפין כו' משמע דגם לענין מלקות בעינן ראייה על החזקה...."

נמצא כי הזכרון יוסף סבור שחזקה זוקקת עמה ראייה ומעשה, ולא די בחזקה על פי דיבורם. לדעתו כוונת הבית שמואל במה שכתב שלא משמע ברמב"ם כדעת המהרי"ק, היא שלדעת הרמב"ם בעינן מעשה יחד עם החזקה הן לעניין נפשות והן לענין מלקות. וממשיך הזכרון יוסף בחיזוק דעתו וכותב:

"וכיון שהוכחנו דחזקה דירושלמי והרמב"ם הנ"ל היינו דבר הלמד מענינו שם שהיא חזקת כרוכין אחריה, אם כן ראוי לומר דיו לבא מן הדין להיות כנדון, דבעינן נמי בכל מקום מעשה לראיה על החזקה כהתם במכה אביו ואמו כנ"ל, אבל אמירה בעלמא בלי שום מעשה לראיה על החזקה, אפילו בהמשך זמן רב, ליכא למילף כלל ממכה אביו ואמו דהורגין ועונשין עליה.

ומהאי טעמא אמרינן במסכת כתובות דף כב (ע"א), ומעשה נמי באשה אחת גדולה כו' עד אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת (בגמרא שם מובא מעשה באשה שאמרה שהיא מקודשת, ולבסוף התקדשה לאחר, ונתנה אמתלא לדברים שאמרה בתחילה, והדין שם שנאמנת), דמשמע מדלא מפליג התם בין גו תלתין לבתר תלתין, וגם מדקאמר לימים דמשמע אפילו ימים רבים, כמו שכתב הרמ"א בתשובה הנ"ל דאפילו לאחר שלשים יום מהני אמתלא, ועל כרחך דהיינו טעמא כיון דלא הוחזקה על ידי מעשה כנ"ל, לא הוי חזקה ההיא כעדים ומהני אמתלא.

ומהאי טעמא היה מועיל אמתלא לאבינו יצחק בשנותו את טעמו לפני אבימלך לאמור על רבקה אחותי היא, והרי כתיב ויהי כי ארכו לו הימים כו', אלא על כרחך משום דלא היה רק אמירה בלי מעשה המוכיח כנ"ל, היה מועיל להם אמתלא.

... והא שכתב הרמב"ם בפ"א מהלכות איסורי ביאה דין כג, וכן האשה שאמרה מקודשת אני אינה נהרגת על פיה עד שיהיה שם עדים או הוחזק עכ"ל, היינו על דרך משל במקום שאין מיחדין רק ארוס וארוסה, ועל ידי מנהג כזה נעשה מוחזקת, מה שאין כן בנדון דידן דלא היה גביה מנהג או מעשה המוכיח על אמיתת הדבר והויתו, לא מיקרי חזקה שלא תועיל אמתלא כנ"ל.

ואף על גב דס"ל למהרי"ק דלענין מלקות וכל שכן לאסור אשה על בעלה לא בעינן ראייה על החזקה, מכל מקום כדי (כדאי) הוא הרמב"ם שאינו מחלק בהם כמו שכתב הב"ש לסמוך עליו בשעת הדחק, ובפרט דמשמע בהדיא דגם הטור והב"י בש"ע לא מחלקי בהכי, שהרי סתמו גם כן וכיילי עם מלקין ושורפין וסוקלין. ובפרט שלעניות דעתי אין דברי המהרי"ק מוכרחין כלל...."

תורף דבריו הוא כי גם אם עברו שלושים יום, לא די בכך שהיא אומרת ומספרת על עצמה שהיא התקדשה, כי לדיבור אין שום משמעות גם אם תאריך החזקה עקב הדיבור זמן רב. ובשביל שייחשב כמוחזק בעינן מעשה, שרואים על פי ההתנהגות שביניהם, ועל פיו נשפוט את המציאות, אך לאמירה בלבד אין ערך. גם המעשה צריך שיתאריך במשך ל' יום.

מקורות נוספים לשיטה זו

גם בשו"ת פני יהושע (ח"א אבן העזר ס"א א) סבר כשיטת הזכרון יוסף שצריך מעשה יחד עם החזקה, וכך כתב בתוך דבריו:

"והא דהוחזקה כאן ימים רבים על פי דיבורה, כבר כתבתי דזה לא מקרי חזקה אלא באיש ואשתו שהתנהגו כדרך איש ואשתו, אבל בדיבורה לא מקרי חזקה כדמוכח בגמרא, דלימים משמע אפילו לימים רבים (כוונתו לגמ' בכתובות כב, א הנ"ל, של האשה שאמרה שהתקדשה ואחר כך נתנה אמתלא לדבריה) וכן כל הפוסקים שהביאו האי דינא לא לישתמיט חד מינייהו ולכתוב דאם אמרה אשת אני ואני ולאחר לי יום אמרה אמתלא לא מהני, וכולם כתבו סתם, משמע דמהני אפילו לאחר שנה. ואם באת לומר דלעולם הוי חזקה בדיבורה ואפילו הכי מהני אמתלא, אם כן פשיטא דזכינן לדין דאפילו בחזקה מהני אמתלא כמ"ש לעיל, אבל האמת יורה דרכו בדיבורם לא הוי חזקה עד שיתנהגו כמנהג איש ואשתו".

ובהמשך ציטט את השלטי גיבורים - הגהות אלפסי כשיטתו בזה"ל:

"וכן מצאתי בהדיא בהג"ה שסביב האלפסי ז"ל פרק י' יוחסין... שכתב על סוקלין ושורפין על החזקות וז"ל, הוחזקה היא על פי המנהג והרגל שרואים אותה העולם שנוהגת בו כדרך בן, וכן הנדה לובשות בגדי נדותה ונוהגת כדרך נדה, ועל פי עצמה מוחזקת, אבל אם לא הוחזקה על פי המנהג, אין עושין אותה על פי עצמה כמבואר בקונטרס הראיות וכמה היא החזקה לי יום כמו שמבואר בתלמוד ארץ ישראל..."

לדבריו בין לנפשות ובין לאיסור (כמו איסור נדה) בעינן למעשה, ולא סגי בדיבור להחזיק החזקה.

גם בשו"ת חוט המשולש להגר"ח מוולוז'ין (חלק א סימן י) סבר שבין למלקות ובין למיתה בעינן מעשה יחד עם החזקה, וכך כתב:

"ונראה ברור הא דתני בסיפא דברייתא הוחזקו הורגין עליהן משום אשת איש, לאו למימרא דלאחר שלשים שהם במדינה זו ומחזיקים הם בדבורם שהם איש ואשתו, מחמת זה הוא דהוי חזקה והורגין רק על פי דיבורם בעלמא שהוחזקו בדבורם זה לי יום, **זנראה ברור אף אם יאמרו שהיא אשתו והוא בעלה ימים רבים, אם לא נראה ביניהם שום קריבות והתנהגות כאיש ואשתו ודאי דאין הורגין על פי עצמם, וכמו שכתב בש"ג בשלהי קדושין דעל פי עצמם אין נהרגין אם לא על פי שנוהגין כמנהג והרגל...**

ומה שכתב הרמב"ם שם (ספ"א דאיסורי ביאה) עד שיהיו שם עדים או עד שתוחזק, היינו נמי חזקה דהתנהגות כאשה ארוסה... והוא ברור דכיון דלדידה לא הימנה, לאו דיבורה כלום, ואם כן מה לי אם אומרת יום א' או לי יום, וכן אם היא לבדה אומרת כן או גם אישה אומר כן, הואיל ואין ביניהם שום קריבות וגם לדידה לא הימניה רחמנא.

ואין לחלק ולומר דאף דנודה דדבורם לא מהני אף אם מחזיקים בדבורם לי יום, מכל מקום היינו אם לא הוחזקו בעיני הבריות על פי דבורם הוא דלא מהני, אבל אם הוחזקו בעיני הבריות לאיש ואשתו, אף שהחזקה הוא רק על פי דבורם מכל מקום נימא דהוי חזקה. אבל לא מסתבר כלל לומר דהורגין על פי חזקה שהוחזקו על פי דבורם לחוד, דאכתי על פי עצמן נהרגין... שמע מינה נמי דכל החזקות, היינו נמי דהתנהגות דוקא, וכמו שכתב השלטי גיבורים שלהי קדושין..."

בהמשך מקשה הגר"ח מוולאז'ין שמהרמב"ם לא משמע כן, וכך כתב:

"הארכת בפירוש הירושלמי אף שלדעתי הוא פשוט אבל בהשקפה ראשונה ברמב"ם (פ"א דאיסורי ביאה הל' כ-כא) לכאורה לא משמע כן. ולכאורה נראה דברי הרמב"ם דבהוחזקו על ידי דיבורם לי יום סגי, ע"ש שמהפך בדין כא מסדר הברייטא ונקט הוא אומר זאת אשתי והיא אומרת זה בעלי, אם הוחזקה בעיר לי יום שהיא אשתו היו הורגין. וכן משמע לכאורה בדין כ, מי שהוחזק בשאר בשר כו' הרי שהוחזק שזו אחותו כו', **משמע לכאורה דבחזקה בעלמא בלא התנהגות סגי, וכן למד הבית שמואל בדעת הרמב"ם ע"ש**."

יש לציין כי בחוט המשולש הבין מדברי הב"ש שאכן למד מהרמב"ם שגם למיתה מספיקה חזקה על פי דיבורו, אלא שתמה על דבריו, ולא כזכרון יוסף הנ"ל שפירש גם את הב"ש להפך.

בהמשך אף תמה על שיטת המהרי"ק וחילוקו בין מיתה למלקות, וז"ל:

"והמהרי"ק היטיב לראות בש"ס דילן, והירושלמי לא הזכיר המהרי"ק כלל, דהך דאיש ואשה תינוק ותינוקת הבין גם המהרי"ק וכתב להדיא דבעינן דוקא שהאיש בכל דבר כבעל עם אשתו, וכן התינוק והתינוקת כרוכין אחריהן. אלא לענין מלקות נתלה בדקדוקים קלים לומר דלא צריכים לראיות גדולות כמו לענין סוקלין ע"ש.

ובאמת אין כדאי בדקדוקים להוציא מפשטא דסוגיא, דמשמע ודאי דגבי מלקות נמי בעינן שנוהג כדרך הנהוג בדבר זה, כגון שהחזקה נדה דמיינתי הש"ס התם דהיינו דוקא שהתנהגה כנדה בלבושה, לא על פי דיבורה, וכמ"ש הרמב"ן ורשב"א שם עין טור יו"ד סי' קפה...."

ולבסוף יישב בחוט המשולש גם את דברי הרמב"ם, ופירש שגם כוונת הרמב"ם רק לחזקות הבאות על ידי מעשים, ודייק כן מדברי הרמב"ם בזה"ל:

"וואף שברמב"ם נראה קצת דוחק לפרש כן, אבל על כרחך דחקינן ומוקמינן גם דברי הרמב"ם כן. וכל דברי הרמב"ם נמי מתיישבין ברווחא להתפרש דחזקה היינו על פי התנהגות באח ואחות כאם ובנה, דהיינו איש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו בתוך הבית. ומשום הכי הביא הרמב"ם שם מעשה דאשה שבאת לירושלים כו' והגדילתו בחזקת בנה, למימר דוקא התנהגות כאם ובנה כגון שהגדילתו והיה כרוך אחריה, וכדנקט הש"ס להדיא טעמא מפני שכרוך אחריה. ובדין כא דייק נמי לכתוב אם החזקה בעיר ל' יום שהיא אשתו דוקא, דהיינו על ידי התנהגות כאשתו, דאי בדבורם לחוד הוי חזקה הוה ליה למינקט אם החזקה כן ל' יום. וכן יש לדקדק גם בטוש"ע.

ובהכי ניחא הא דמסיים הרמב"ם בסוף הפרק או תוחזק ולא נקיט או תוחזק ל' יום, אלא דברישא מיירי נמי בל' יום, דאפילו אמרה כן ל' יום אינה נהרגת אם לא שתוחזק על ידי התנהגות כארוסה. כן נראה לי לפרש דברי הרמב"ם.

והנה כל בקי בדרכו יודע שרוב כוונתו נלמד על ידי לדרוש סמוכים בסידורו. והנה כאן בדין יט סיים שחזקת צורה זו שהערה, דהיינו חזקה דהתנהגות, וכן כאן בדין כד נקט החזקה נדה בשכנותיה, דהיינו נמי חזקה דהתנהגות. נוח להבין כוונתו דחזקה דדין כ וכו' נמי היינו חזקה דהתנהגות".

במסקנתו פירש החוט המשולש גם את דברי הרמב"ם וטוש"ע כי גם הם כוונתם כנ"ל שחזקה נוצרת רק על פי התנהגות, וגם מה שכתב הרמב"ם שאם הוחזקו ל' יום הורגין, אין הכוונה באמירה בלבד, אלא רק אם גם הוחזקו במעשים שנראים שהם אכן קרובים.

נמצא שלדעת חלק מהאחרונים - הזכרון יוסף, הפני יהושע והגר"ח מוואלוז'ין, בכדי להחשב כהחזק, יש צורך בחזקה המבוססת על מעשה ממש, וכגון איש ואשה המתנהגים כדרך איש ואשתו, או בנים כרוכים אחר אָמם, אבל בדיבור בעלמא אפילו דיבור של בעל הדבר, לא יחשב לחזקה ותועיל עליו אמתלא.

שיטת הבית אפרים שגם לדעת המהרי"ק לא די בדיבור

בשו"ת בית אפרים (ח"א אבן העזר סי' מט) באר בדרך חדשה את שיטת המהרי"ק, ולדעתו גם המהרי"ק מסכים כי גם במלקות לא סגי בדיבור ליצירת החזקה. וז"ל:

"... ועיינתי במהרי"ק וראיתי שלא נזכר בדבריו חזקה דלמ"ד יום כלל, וגם נראה לעניות דעתי שלא מיירי בחזקה הנצמחת על ידי אמירת בעל דבר.

רק דהתם הוה עובדא ידידיה שזו הוחזקה זמן רב לארוסה, ועל זה כתב דאף על פי שאין איתנו ראייה שנהגו זה עם זה כבעל ואשתו, מכל מקום למלקות לא בעינו, אלא מכיון שאנו מוחזקין שזו ארוסתו של פלוני מלקין עליה, ורצה לומר דאף על גב שאין אנו יודעין מחמת מה אנו מוחזקין בכך, מכל מקום מסתמא היה הדבר ידוע אז כשנתארסה בפומבי, ומאז נצמחה החזקה זאת, ואמרין שמסתמא היו אז עדים כשרים כדת משה, ולפיכך הוחזקה זו לאשת איש מאז עד עתה, מה שאין כן היכא שהחזקה זאת ידוע לנו מבטן מי יצא, כגון על פי עצמם או עד אחד דעלמא, באמת יש לומר דמודה מהרי"ק דאף למלקות לא מהני כההיא דרב חסדא..."

הבית אפרים מפרש, כי גם לדעת מהרי"ק לא די באמירה בעלמא שעל פיה החזקנו אותם לקרובים, וכל חילוקו של המהרי"ק הוא רק שלענין מלקות לא צריך דוקא מעשה שנהגו בו לפנינו, אלא די בכך שהם מוחזקים לנו כאיש ואשה או כקרובים גם בלי שנדע מכח מה נבעה החזקה זו, ותלינן שכנראה הוחזק לנו משום שבזמנו ראינו וידענו שאכן כך הוא, בשונה מחיוב מיתה שאי אפשר לחייב בלי שראינו לפחות מעשה המחזיק ויוצר את החזקה. אבל אם ידוע שכל ההחזקה נוצרה על ידי אמירה שלהם, או של עד אחד, אין כל מעלה ומשמעות להחזקה שכזו.

בהמשך דן הבית אפרים בדעת הרמב"ם, אשר לכאורה משמע מדבריו שסומכים על חזקה מכח דיבור בעלמא, וכך כתב הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה פרק א הלכה כא:

"איש ואשה שבאו ממדינת הים, הוא אומר זאת אשתי והיא אומרת זה בעלי, אם הוחזקה בעיר ל' יום שהיא אשתו, הורגין עליה. אבל בתוך הל' יום אין הורגין עליה, משום אשת איש".

משמעותם הפשוטה של דברי הרמב"ם היא שאין לנו כל ידיעה על מצבם מלבד אמירתם, ואם מכח אמירה זו הוחזקו בעיר ל' יום, הרי זו חזקה והורגים עליה.

ובהלכה כג כתב הרמב"ם עוד:

"וכן האשה שאמרה מקודשת אני, אינה נהרגת על פיה, עד שיהיו שם עדים, או תוחזק".
ושוב משמע מדברי הרמב"ם שאם אמרה אשת איש אני אין סומכים על אמירה לבד, אלא אם כן תוחזק, הרי שאם תוחזק על פי אמירה זו בלבד, סגי בכך כדי להחשב כהחזקה אשת איש ונהרגת.

מבאר הבית אפרים, כי אין זו כוונת הרמב"ם, וז"ל:

"ולעניות דעתי שגם הרמב"ם שכתב אם הוחזקה בעיר למ"ד יום שזו אשתו כו', רצה לומר שהם מתנהגין כדרך איש ואשתו, וכמו שכתב בתחלה מי שהוחזק בשאר בשר כיצד הרי שהוחזק שזו אחותו כו' ראייה לזה ממכה אביו ואמו כו', התם במכה אביו מיירי שיש ראייה ואומדנא שראינוהו נוהג כבן עם אביו, ואם כן דיו לבא מן הדין להיות כנידון ודוקא כשיש ראייה ואומדנא.

אמנם מאי דנקיט הרמב"ם **"הוא אומר זאת אשתי" בסיפא, ולא כתב כן ברישא, נראה לעניות דעתי דברישא מיירי כשהם ניכרים לנו ומוחזקים בעינינו ובעיני כל שזו אחותו כו', על ידי שראינו אותם נוהגים זה עם זה באחוה, דמלקין וסוקלין על החזקה זו, דמסתמא חזקה זו אמיתית הוא וכמו שביארנו לעיל במהרי"ק. ואחר כך חידש לנו הרמב"ם במי שבאו ממדינת הים שלא ידענו אותם מתמול שלשום כלל, כהאי גוונא בעינן שיאמרו גם כן זו אשתי כו' ויתחזק על ידי מנהג אישות למ"ד יום, ובלא אמירתם רק מחמת אומדנא לחוד אין לדונם דלא אזלינן בתר אומדנא בדיני נפשות, וכיון שידוע לנו מה שהוחזקו אותם היה על פי אומדן דעת לבד, שהרי אי אפשר לומר בזה שמה שהוחזקו אותם היה**

מחמת שנתברר לנו אז שהרי מארץ רחוקה באו ואין מכיר אותם, מה שאין כן כשאמרו זו אשתי כו' אז בצירוף האומדן דעת שפיר הורגין וכאילו איכא עדים דמי... והוי כמו חזקה דאתיא מכח רובא, דרוב האומרים זו אשתי כו' ומתנהגים כדרך אישות, יש כאן צד אישות, מה שאין כן בלא אמירה, וכמו שכתב בשו"ת פני יהושע ואין להאריך".

לדבריו יש הבדל בין מי שנמצא במקום מאז ומתמיד לבין מי שהגיע ממדינת הים. שכן מי שהיה בפנינו, אם הוחזק וידוע לנו שהם אח ואחות או איש ואשתו, הורגים על כך גם אם לא זכור לנו מניין נוצרה החזקה. אולם מי שהגיע ממדינת הים, גם אם נהגו כאיש ואשתו או אח ואחותו, הרי זו אומדנא בלבד ואין הורגים על אומדנא, ומשום כך צריך לצרף אמירה יחד עם האומדנא, ורק אז יחשב כידיעה ברורה שניתן להרוג על פיה.

וכך ביאר גם את דברי הרמב"ם בהלכה כג, בזה"ל:

"ואם כן מה שכתב הרמב"ם גבי אמרה נתקדשתי דאין סוקלין עד שתחזק, אין רצה לומר שתחזק למ"ד יום וסגי בהכי לחוד, אלא עד שתחזק רצה לומר דבכהאי גוונא דוקא הורגין אם הוחזקה למקודשת דאמרינן מסתמא אתחזק קלא על ידי ראיה ברורה או שהוחזקה למ"ד יום עם איש אחד דבצירוף האומדנא סוקלין ושורפין, אבל אם אין כאן רק אמירה לחוד אף שנמשכה האמירה זו למ"ד יום, מכל מקום אין בו מועיל, ועל כל פנים דעת הרמב"ם גם כן דאין די באמירה לחוד, וכן מצאתי ראיתי בשו"ת פ"י חאה"ע סימן א יעו"ש... וגם בב"ש לא ראיתי שיאמר דלהרמב"ם די באמירה לבד".

נמצא, שלדברי ה"בית אפרים" גם המהרי"ק מסכים שצריך מעשה יחד עם החזקה. אלא שכתב, שאם אשת איש הוחזקה בפנינו, אין אנו צריכים לדעת כיצד הוחזקה, ורק אם באה ממדינת הים, צריך מעשה יחד עם החזקה. וכתב, שגם כוונת הב"ש בדעת הרמב"ם היא שצריך מעשה ולא די בחזקה על פי דיבור בעלמא.

השיטות שאין צורך במעשה בין במלקות ובין בנפשות

כאמור לעיל, נחלקו האחרונים בכוונת הבית שמואל ובהבנתו בדברי הרמב"ם, האם כוונת הב"ש היא שבין במיתה ובין במלקות סגי בחזקה על ידי דיבור, כפי שהבין מדבריו בחוט המשולש, וכך גם הבין הזכרון יוסף בתחילה, או שכוונת הב"ש היא שבשניהם צריך דוקא חזקה שעל ידי מעשה, כפי שכתב לפרש הזכרון יוסף בסוף תשובתו, וכפי שנקט גם הבית אפרים הנ"ל.

והנה בשו"ת רעק"א (קמא סי' קכא) נוקט בהבנת הבית שמואל בדברי הרמב"ם, שאין צורך במעשה כראיה לחזקה אפילו בנפשות, וסגי בחזקה המתבססת על דיבור בלבד, וכך כתב בתו"ד:

"אמנם מה שיש לצדד להיתר כיון דמצינו סוקלין ושורפין על החזקות, וכתב הרמב"ם (פ"א מהל' איסורי) איש ואשתו שבאו ממדינת הים, הוא אומר זאת אשתי והיא אומרת זה בעלי, אם הוחזק בעיר ל' יום שהיא אשתו הורגין עליה, משמע דאפילו הוחזקו רק מחמת דיבורם ולא ראינו מהם מעשה התנהגות אישות, מכל מקום כיון דאתחזק בעיר שהיא אשתו הורגין עליה, דמחזיקין כן לודאי, ובמהרי"ק מחלק דלמלקות מהני חזקה כזו, אבל לענין נפשות בעי על ידי מעשה, והבית שמואל (ריש סי' יט) כתב דמדברי הרמב"ם והטור לא משמע כן, ומשמע ודאי כיון דמחזיקין לודאי שהיא אשתו והוא בעלה, אם קידש לקרוביה אין קדושין תופסין בה, הכי נמי בנידון דידן כיון דנתחזקו בעיר כמה שנים לגרים אף בבא מכח דיבורה, מכל מקום כיון דאתחזק אתחזק..."

כשיטתו מובא באוצר הפוסקים באבהע"ז סי' יט בשם ספר בית משה, שבאר שכוונת הבית שמואל שם

במה שכתב שמלשון הרמב"ם והטור לא משמע כמהרי"ק, כי כוונתו שמלשונם משמע שסגי הן לעניין מלקות והן לענין מיתה בחזקה לחוד גם בלא ראייה, והוא מדכתבו סתם דנין על פי חזקה ומשמע גם בלא ראייה, וסיימו וסוקלין על חזקה זו. וציין לדברי הזכרון יוסף שפירש בסוף שכוונת הבית שמואל להשיג על המהרי"ק להפך, דגם לענין מלקות משמע מהרמב"ם והטור דבעינן ראייה בהדי החזקה, וכתב דאינו נכון.

כך גם סובר בשו"ת רדב"ז (ח"ד סימן רמה, אלף שטז) וחלק על המהרי"ק. וכתב שבחזקה לבד ללא שום מעשה הורגין ושכן משמע מהרמב"ם, וז"ל השאלה:

"מעשה שהיה באשה עשירה יצאתה משאלוני"ק בחזקת גרושה. ובאת לרודיס והיהודים הבאים בחברתה שידעו בגירושה החזיקו אותה בגרושה, והם בעצמם היו משתדלים לבקש לה מנוח אשר ייטב לה, ועמדה בחזקה זו חמש או שש שנים בלא ערעור, וכמה פעמים קפצו עליה בני אדם בתוך זמן זה ולא היה שם פוצה פה, כי כולם היו מחזיקים אותה בחזקת גרושה ובחזקה זו נתקדשה. וכשהגיע זמן הנשואין עמדו קצת משכילים ושאלו על גטה ואין בידה כי נאבד. ובקשו עדי גרושין ולא נמצא זולת עד אחד המעיד על גרושה, ועדים ששמעו מפי אחרים והלכו להם למדינת הים..."

ובתשובתו כתב הרדב"ז:

"אשה זו מותרת להנשא לכתחלה, כל שכן אחר שנשאת, וכל המפריש אותה מבעלה כאילו ממעט את הדמות, אפילו שאין בידה לא גט ולא עדים. דגרסינן פרק קמא דחולין, מנא הא מלתא דאמור רבנן אוקי מלתא אחזקתיה ומייתי לה מקראי. וכתב עלה רש"י ז"ל, במקומות הרבה סמכו על החזקות לאסור ולהתיר. וכתבו בתוספות עלה, ואין לומר דשאני הכא דאזלינן לחומרא, דמדאורייתא אין לחלק. למדנו דסומכין על החזקות בין להקל בין להחמיר כיון דחזקה מקראי מייתי לה כדאיתא התם.

ובשלהי קדושין גרסינן, אמר רבי יוחנן מלקין על החזקות וסוקלין ושוּרפין על החזקות ומייתי התם עובדי איש ואשה תינוק ותינוקת וכו'. ותו באשה שבאה לירושלים ותינוק מורכב על כתפה וכו'. ומעתה אשה שהוחזקה במקודשת, אף על פי שאין שם עדי קדושין ובא עליה אחר נהרגין, וכל שכן וקל וחומר אם הוחזקה במגורשת שתהיה מותרת להנשא דהא דיני נפשות חמירי טובא מאיסורי עריות. וליכא למימר דשאני נדון דידן דאיכא סהדי דמרעי לחזקה, דהא לא משהדי אלא שהיתה נשואה, ואפשר שנתגרשה ואינם מכחישים החזקה, וזה ברור מאד.

ואם תאמר, בשלמא היכא דאיכא מעשה דמוכח על החזקה, כהנך עובדי דאיש ואשה תינוק ותינוקת או באשה שבאתה לירושלים, בכולהו איכא מעשה דמוכח על החזקה. אבל בנדון דידן ליכא שום מעשה המוכיח על החזקה. הא לא קשיא כלל, דבחזקה לחודה בלא מעשה הורגין".

והוכיח הרדב"ז את דבריו מדברי הרמב"ם שכתב שמי שהוחזקה מקודשת, הורגין על פי חזקה זו, אפילו אם אין מעשה מוכיח, וכך כתב:

"וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל פרק ז (צ"ל: א) מהלכות איסורי ביאה, וכן האשה שאמרה מקודשת אני אינה נהרגת על פיה עד שיהיו שם עדים או תוחזק ע"כ. והכא ליכא מעשה המוכיח, חדא דלישנא דקאמר האשה שאמרה מקודשת אני משמע שאין המקדש לפנינו... ואפילו הכי נהרגת על ידי חזקה..."

בהמשך דבריו מתייחס הרדב"ז לדברי המהרי"ק והעיר והשיג עליו בזה"ל:

"ומכאן מודעא רבא למה שכתב הר"י קולון בשורש פז כמו שאני עתיד לבאר בעז"ה.

... ואפילו לדעת מהרר"י קולון ז"ל דבעי מעשה המוכיח עם החזקה, מודה הוא דלענין מלקות או לענין איסורא בחזקה לחודה בלא מעשה דמוכח סגי, אבל לענין מיתה דחמירא בעי מעשה דמוכח עם החזקה. ומוכח לה ז"ל מהאי דרבי יוחנן דקאמר מלקין על החזקות וסוקלין ושורפין על החזקות מדפליגיהו בתרתי. ותו כיון דשורפין על החזקות כל שכן שמלקין אלא להכי פלגיניהו לאשמועינן דלמלקות לא בעינן מעשה דמוכח...

אף על גב דאין משיבין את הארי אחרי מותו מכל מקום הניחו לי וכו'. וקל להבין (צ"ל: וקשיא לי) חדא **דמלקות פלגא דמיתה הוא ומה לי קטליה כוליה ומה לי קטליה פלגיה. ואי למיתה בעינן מעשה דמוכח, למלקות נמי נבעי.**

... תדע דהרמב"ם עריב ותני להו בפרק (צ"ל: בפר"ק - בפרק קמא) מהלכות איסורי ביאה. משמע דאין חילוק ביניהם. וכי תימא דבתרוייהו ראשון (לכאורה יש למחוק "ראשון") בעי הרב מעשה דמוכח על החזקה, ליתא שהרי כתב הוא ז"ל וכן **האשה שאמרה** מקודשת אני אינה נהרגת על פיה עד שיהיו שם עדים **או שתחזק**. והתם ליכא מעשה דמוכח כדאוכחנא לעיל..."

כך הוכיח גם הבית מאיר לשו"ע שם סעי' א בסוף דבריו, כי לדעת הרמב"ם אין צורך במעשה לכל דיני חזקה, בזה"ל:

"ומה שכתב על המהרי"ק לא משמע כן מהרמב"ם, לעניות דעתי להדיא מבואר דלא כמהרי"ק, שהרי סוף פרק א מהלכות איסורי ביאה כתב, וכן האשה האומרת מקודשת אני אינה נהרגת על פיה עד שתחזק".

עוד עיין בסדרי טהרה יו"ד סי' קפה סק"א שכתב בתו"ד בזה"ל:

"כתב הרמב"ם שם בפרק א דין כא, איש ואשה שבאו ממדינת הים, הוא אומר זאת אשתי והיא אומרת זה בעלי, אם הוחזקה בעיר שלשים יום שהיא אשתי הורגין עליה משום אשת איש, עכ"ל. **מוכח מדבריו, אף על פי שלא הוחזקה כי אם על ידי דבורם היו הורגין עליהן.** מיהו לדברי מהרי"ק צריך נמי ראייה לענין דיני נפשות שנהגו כאיש ואשה, מה שאין כן לענין מלקות".

נמצא, כי דעת הרדב"ז, וכך נקטו רעק"א הסדרי טהרה והבית מאיר (ועוד אחרונים) בהבנת הבית שמואל שדי באמירה לבד בכדי שתהיה חזקה, ואין צורך דווקא במעשה המוכיח.

צריך להדגיש, שגם לדעת הרעק"א והסוברים כשיטתו, האמירה אמנם מועילה בכדי ליצור חזקה, אך יש צורך שהאמירה תמשך למשך ל' יום לפחות. כך כתבו במפורש הרעק"א והסדרי טהרה. וברדב"ז הנ"ל בסוף דבריו, כאשר מחלק בין קול לבין חזקה כתב:

"קצורו של דבר גדר הקול הוא קול שיוצא בלי הסכמה ואינו הולך ומתחזק ולזמן קצר. **גדר החזקה שהולך ומתחזק הדבר בלי ערעור לזמן ארוך**".

גם לדעת הב"ח והט"ז שיובאו לקמן, משמע שאמירה בלבד מועילה, וכמובא לקמן.

פשרת החזו"א - הכל תלוי באמון הרואים

בחזו"א (יו"ד סי' קנח סק"ח) מצינו כעין פשרה בין השיטות, וכתב כי אין כאן דין מיוחד וברור האם חזקה צריכה מעשה, או דסגי בדיבור בעלמא, אלא הכל תלוי איך הדבר מוחזק אצל הרואים, וז"ל:

"מיהו מה שכתבו האחרונים ז"ל **פלוגתא אי חזקת הנהגה בעינן מנהג דוקא או דיבור, לפי מה שכתבתי לעיל אין בזה פלוגתא, ועיקר הנהגה הוא מה שמפיקים אמון בלב כל רואיהם בהמשך ל' יום, ואין בזה גדר מיוחד, ואם אמרה נתארסה וארכו דבריה עם חברותיה יום**

יום עד שאין הדבר ספק בעיר, מקרי חזקה מן הדין, ולא נחלק בזה ריא"ז, ומה שאמר מפי עצמה אין עונשין, היינו אמירה בעלמא, והשומעין אינן בטוחין בפשיטות בזה.

וראיה לזה, מהא דהביא ריא"ז סוגיא דב"ב קסז ע"ב בהוחזק שמו בעיר ל' יום, וכן ציין הגר"א אה"ע סי' יט, ובאמר שמו לא שייך הנהגה במעשה, ובדברי הגר"ח שם (חו"ט המשולש ח"א סי' ה) במוקף (בסוגריים) הרחיק את המביא סוגיא דב"ב למקור דברי הר"מ, ותימא שריא"ז עצמו הביאו וכן הגר"א."

לדברי החזו"א אין כאן שאלה עקרונית האם הוחזק הוא דוקא על ידי מעשה, או שדי בדיבור בעלמא, אלא הכל תלוי באמון שהדבר עורר בלב האנשים. אם על ידי דיבור שנמשך ל' יום כבר הגיע למצב שהשומעים בטוחים ואינם מטילים ספק בדבר, די בזה לכולי עלמא, ואם לא, צריך גם מעשים, אך הכל רק כדי להגיע לתכלית זו, שהציבור יחזיק את הדבר לפשוט, וזו היא "חזקה". להלן תובא שיטתו בהרחבה.

מתי צריך ל' יום – חילוק בין מקרים שונים

הנה, הרמב"ם הלכות איסורי ביאה פ"א ה"כ פסק:

"מי שהוחזק בשאר בשר דנין בו על פי החזקה, אף על פי שאין שם ראיה ברורה שזה קרוב, ומלקין ושורפין וסוקלין וחונקין על חזקה זו. כיצד הרי שהוחזק שזו אחותו או בתו או אמו ובא עליה בעדים, הרי זה לוקה או נשרף או נסקל, ואף על פי שאין שם ראיה ברורה שזו היא אחותו או אמו או בתו אלא בחזקה בלבד. ומעשה באשה אחת שבאת לירושלים ותינוק מורכב לה על כתיפה והגדילתו בחזקת שהוא בנה, ובא עליה והביאוה לב"ד וסקלוה. ראיה לדין זה מה שדנה תורה במקלל אביו ומכה אביו שיומת, ומנין לנו ראיה ברורה שזה אביו, אלא בחזקה, כך שאר קרובים בחזקה".

והנה, הרמב"ם שם הלכה לאחר מכן (הכ"א) פסק:

"איש ואשה שבאו ממדינת הים, הוא אומר זאת אשתי והיא אומרת זה בעלי, **אם הוחזקה בעיר ל' יום שהיא אשתו, הורגין עליה, אבל בתוך הל' יום אין הורגין עליה משום אשת איש**".

בהלכה כ' לא ציין הרמב"ם את הצורך בשלושים יום, ואילו בהלכה כא כתב הרמב"ם שיש צורך בהחזקה של ל' יום לחזקה.

המעיין בסוגיא במסכת קידושין שהובאה לעיל בעניין חזקה, יראה שלא מוזכר כלל התנאי שצריך שהחזקה תמשך ל' יום, ובמגיד משנה שם ובבית יוסף (אבן העזר סי' יט) שם לא ציינו מקור לדין זה. אך בדפוסים שלפנינו צויין בתוך דברי המ"מ והב"י כי המקור הוא מהסוגיא במסכת בבא בתרא (קסז, ב) וז"ל:

"אמר להו רב הונא בר חיננא, הכי אמר רב כל שהוחזק שמו בעיר שלשים יום, אין חוששין לו".

הנושא שם הוא שצריכים העדים לדעת את שמות האיש והאשה לפני שחותמים על הגט. ועל כך אומר רב, שאם הוחזק שמו בעיר ל' יום, מניחים שזהו שמו.

והנה הוספה זו נוספה במ"מ רק בדפוסים המאוחרים ואיננה בכתה"י, וכן בב"י נוסף דבר זה על פי חידושי הגהות ואיננו מהב"י, וכבר העיר על כך בחוט המשולש (ח"א סי' ה בסוגריים) וכתב ש"בדפוסים חדשים נתחכמו והוסיפו" מקור זה.

אלא שכבר הבאנו לעיל את תגובת החזו"א (יו"ד סי' קנח סק"ח) לדבריו, כי מקור זה הובא בריא"ז (שלטי גיבורים קידושין לב, ב), ואף בביאור הגר"א שם (ס"ק ב) ציין לשם. להלן נביא מהח"מ שכתב אף הוא כי המקור הוא מהירושלמי ומהסוגיא בב"ב שהבאנו.

כך גם שיטת הב"ח לטור אבהע"ז שם (סעי' א) שרק בהלכה כא הצריך הרמב"ם ל' יום, וביאר את החילוק בדרך מחודשת, וכך כתב:

"מי שהוחזק בשאר בשר וכו', נראה דבבא עם אשה ממדינת הים ואומר שזו אחותו או בתו או אמו, ובא עליה בעדים אפילו בתוך ל' יום נמי נידונין, שהרי אף לאחר ל' יום אי אפשר שיהא שם ראיה ברורה אלא בחזקה בלבד, אם כן כד ל' תוך ל' כמו לאחר ל'. וכיון שזה הודה שזו אחותו או בתו או אמו והיא אומרת שזה אחיה או אביה או בנה, הודאת בעל דין כמאה עדים דמי ונידונין על פי חזקה זו.

אלא דבבאים ממדינת הים וזה אומר זו אשתי וזאת אומרת זה בעלי ובא עליה איש אחר, אין הורגין על חזקה זו לאותו שבא עליה אלא דוקא לאחר ל' יום, דמצוי לאשתמוטי ולמימר כי היה סבור שאינו אשתו אלא אחותו היא או אשה זולתה, כי כל תוך ל' יום אינו מפורסם ואינה בחזקה שאשה זו אשתו של זה היא, אבל האשה ודאי נהרגת על פי חזקה זו אפילו תוך ל'.

וכן פירש רש"י, מלקין על החזקות על דבר שאנו מחזיקים כן ואפילו אין עדות בדבר עכ"ל פרק י' יוחסין (דף פ, א). והכי מוכח מדקאמר עלה בגמרא כדבר יהודא [ד]אמר רב יהודא הוחזקה נדה בשכינותיה בעלה לוקה עליה משום נדה, אלמא דלא מיירי הכא בחזקה דשלשים יום, אלא במה שאנו מחזיקין שכך הוא, דומיא דנדה דלפי שראו שכינותיה שהיא היתה מלובשת היום בגדי נידותיה לוקה עליה מיד, מה שאין כן באיש ואשה שבאו ממדינת הים דלגבי אחר שיהיה נהרג עליה בעינן ל' יום כדפירשתי, כנ"ל פשוט. ועיין בתשובת מהרי"ק שורש פז מחלק בין סוקלין ושורפין למלקין".

עיקר שיטתו ובמה נחלק על הט"ז תתבאר להלן בסמוך. אך את עיקר הגדרת החזקה לשיטתו יש ללמוד מתוך לשונו בחילוק בין אשה ובעלה שבאו ממדינת הים ובין נדה. לשונו של הב"ח כאן היא: "אלא במה שאנו מחזיקין שכך הוא דומיא דנדה דלפי שראו שכינותיה... בגדי נידותה לוקה עליו מיד". משמע שעיקר הגדרת החזקה היא מה שמוחזק לאנשים לפי אומדן דעתם הפשוטה שכך היא המציאות. ומשום כך תלוי הדבר לגופו של עניין כל מקרה לגופו לפי העניין.

והנה, הט"ז (שם סק"א) גם סובר שאין צורך במעשה וסגי בחזקה על פי דיבורם כאשר חזקה זו קיימת במשך ל' יום. אולם בעניין הצורך בל' יום בסוגי המקרים חלק על חמיו הב"ח, וכדלהלן. וכך כתב:

"אם הוחזקו בעיר ל' יום, נראה דגם אם באו ממדינת הים [ואמרו] זה אחי וזו אחותי או זו אמי, הוה הדין גם כן הכי דבעינן ל' יום לענין הריגה אם בא עליה. והא דלא הזכיר בסעיף א אלא חזקה סתם, שם מיירי שנתגדלו בבית מקטנותה (ובכתב יד: בחזקה זו, ואין קירוב זה תלוי במעשה, אלא מן הסתם היו מוחזקין בזה מקטנותם). אבל אם הקירוב (תלוי) באמירתה שאומרים כן זה על זה, לא מועיל עד ל' יום הן לענין אישות הן לענין קירוב דתולדה.

ובהוחזקה נדה בשכינותיה דאמרינן בגמ' בפרק עשרה יוחסין דף פ דבעלה לוקה עליה משום נדה, והיינו אם עשתה מעשה כגון שראוה שלבשה בגדי נדותה, מעשה זו הוה במקום אמירה דכאן עם ל' יום, אבל אם לא לבשה בגדי נדה אלא שאמרה כן שהיא נדה, יכולה לתרץ דבריה כמו שאמרו בהלכות נדה, וכן כאן בפחות מל' יום מהני גם כן לתרץ דבריה כל זה נראה לי ברור".

ובהמשך מביא את דברי הב"ח וחלוק עליהם, וכך כתב:

"אלא שראיתי למורי חמי ז"ל שמחלק ואומר דלענין בתו ואמו ואחותו אפילו בבאו ממדינת הים נדונין אפילו תוך ל' מכח החזקה, דכיון שהודו בזה הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, אלא דבאשתו אמרינן דבעינן ל' יום דוקא, דמצוי לתרוצי ולומר סבור הייתי.

ואין זה נכון כלל, דודאי אין חילוק כלל ביניהם כמו דאיתא בפרק עשרה יוחסין שם איש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו תוך הבית וכו', הרי שכולן שווין הן אישות הן קירוב תולדה, **ובכולן אם נתגדלו כבר הורגין עליהם, ובבאין ממדינת הים שבא האיסור עליהם מחמת אמירתה בעינן ל' יום לענין ההריגה.** אבל לענין איסורה פשוט דלא צריך ל' יום כיון דשוויה אנפשה חתיכה דאיסורא בפעם אחת סגי, כן נראה לעניות דעתי פשוט וברור."

מחלוקתם של הב"ח והט"ז עוסקת בשאלה באיזה מקרים יש צורך שתימשך החזקה שלושים יום. לדעת הב"ח אין צורך עקרוני בהמשכיות החזקה למשך שלושים יום. כבר בדיבורם שהם איש ואשתו או קרובים נחשב הדבר כעין "הודאת בעל דין כמאה עדים דמי" כלשוננו, ודי בכך כדי ליצור חזקה המועילה אפילו לעניין סקילתם. אלא שבאיש ואשתו, הגם שהחזקה שנוצרה מכח הודאתם יכולה להועיל על עצמם שאם תזנה האשה תחוייב בסקילה, אולם כלפי איש אחר שזינתה עמו, נזקקים אנו לשלושים יום כדי להורגו על שזינה עם אשת איש, רק מכיון שבפחות מכך יוכל לטעון שלא ידע שהיא אשת איש.

אולם דעת הט"ז היא כי רק חזקה הבאה מכח מעשה כגון שלבשה בגדי נידות, אין צורך בשלושים יום, אבל הבאים ממדינת הים ולא הוחזקו בפנינו אלא על ידי דיבורם, בין באישות ובין בקרובה בעינן לשלושים יום לגבי ענישה, כי רק בשלושים יום נוצרת חזקה על ידי דיבורם. ומכל מקום לגבי איסור, נאמנים על עצמם אפילו תוך ל' יום, לא מדין חזקה, אלא משום דשוויה אנפשה חתיכה דאיסורא.

נמצא שנחלקו הט"ז והב"ח בגדר "שלושים יום". לדעת הב"ח זמן זה אינו מהגדרת החזקה עצמה, ובא רק כהיכי תימצא כדי שלא יטען מאן דהו שלא ידע על כך. אולם לדעת הט"ז שלושים הימים יוצרים את החזקה, והם חלק מהגדרתה מהותה ויצירתה.

המדויק בלשוננו של הט"ז שכתב "והיינו אם עשתה מעשה כגון שראוה שלבשה בגדי נידותה, מעשה זו הוה במקום אמירה דכאן עם ל' יום", יראה שכוונתו שעצם האמירה שנמשכת ל' יום נחשבת כמעשה. ומשום כך כתב שלבשת בגדי נידות שהיא מעשה ממש, דומה להחזקה שנמשכת ל' יום. סברא דומה הובאה בלשוננו של ערוך השלחן לעיל.

בדרך אחרת ניתן לבאר את דעת הב"ח כי גם לשיטתו משך זמן שלושים יום אכן מגדיר הוא את החזקה. דהנה, בלשוננו כתב הב"ח:

"דמצוי לאשתמוטי ולמימר כי היה סבור שאינו אשתו אלא אחותו היא או אשה זולתה, **כי כל תוך ל' יום אינו מפורסם ואינה בחזקה שאשה זו אשתו של זה היא**, אבל האשה ודאי נהרגת על פי חזקה זו אפילו תוך ל'".

נמצא כי גם בתוך שלושים יום מכיון שאינו מפורסם ויכול לטעון שלא ידע מכך, הרי כי נחשב כלפיו ש"אינה בחזקה" כלשוננו "שאשה זו אשתו של זה היא". הרי כי כלפיו אין חזקה.

לדרך זו נמצא שהחזקה עצמה חלוקה בין האנשים, כי לגבי האשה עצמה לאחר אמירתה וחזקתה כזו, "ודאי נהרגת על פי חזקה זו אפילו תוך ל' יום" כלשוננו, אולם לאחר שאינו יודע רק לאחר ל' יום, אזי עד ל' יום אשה זו "אינה בחזקה".

החלקת מחוקק שם (סק"ג) פסק כדעת הט"ז שהן בחזקת שאר בשר והן בחזקת איש ואשה נצרכין ל' יום לשם החזקה, וכך כתב שם ביחס לדברי השו"ע שציטט את לשון הרמב"ם שבחזקת איש ואשה צריך שלושים יום, וז"ל:

"דין זה הועתק מדברי הרמב"ם הנ"ל ולא נתבאר במגיד משנה מקור דין זה. וראיתי בהגהות אלפסי כתב בזה הלשון, וכמה הוא החזקה שלשים יום כמו שמבואר בתלמוד ארץ ישראל. וכיוצא בזה אמרו (נבא בתרא קסז, ב) במי שהחזיק שמו בעיר ל' יום כמו שבארנו בפרק כל הגט. עוד כתב שם, וחזקה היא על פי המנהג אין עונשין אותה על פי עצמה.

ומלשון זה משמע דחזקה דשאר בשר בעי נמי שלשים יום. ואיש ואשה שבאו ממדינת הים והוא אמר אחותי היא והיא אמרה אחי הוא ותוך שלשים יום בא עליה, אין לוקין על פי עצמם כל זמן שלא הוחזקו ל' יום. וכן משמע פשוט לשון הגמרא, איש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו תוך הבית, משמע דוקא שגדלו זמן רב. גם הראיה שהביא הרמב"ם ממכה ומקלל אביו, הוחזקו בחזקה זו י"ג שנים.

אבל בב"ח לא כתב כן, והביא ראיה מלבישת בגדי נדה דהוי חזקה ליומא. ואין זו ראיה, דהתם אי אפשר לומר שלשים יום דאין דרך ללבוש בגדי נדה יותר מימים אחדים. **ויפה כתב בהגהות אלפסי שהבאתי דהחזקה לפי המנהג, אבל החזקה דשאר בשר אינה פחותה משלשים יום."**

גם הבית שמואל (שם סק"ב) סבר כהח"מ וז"ל:

"ל' יום, כן כתב הרמב"ם והטור. וכתב ב"ח דוקא לחייב איש אחר הבא עליה בעינן ל' יום, משום קודם ל' יום יכול לומר דלא היה ידע דהיא אשתו, אבל אחד שאמר על אשה אחת שהיא אחותו ובא עליה חייב אפילו תוך ל' יום. ובשלטי גיבורים פ"י לא משמע כן.

ובח"מ וט"ז השיגו על ב"ח וכתבו, קודם ל' יום מהני אמתלא שאומר, וכן אשה שאמרה שהיא נדה ושמשה עם בעלה תוך ל' יום מהני אמתלא שלה. אבל אם אמרה כל ל' יום שהיא נדה ואחר כך שמשה, לא מהני אמתלא, אבל אם לבשה בגדי נדותה לא מהני אמתלא אפילו תוך ל' יום הואיל דעשתה מעשה.

וכתב בח"מ אם אמרה שזה הוא בעלה וזנתה עם אחר, אסורה על זה אפילו תוך ל' יום, דשוינהו נפשה עליו חתיכה דאיסורא, ולכאורה נראה גם בזה מהני אמתלי תוך ל' יום אם לא ראינו שנוהג עמה כאיש עם אשתו."

נמצא כי לדבריהם מה שהרמב"ם לא הביא בהלכה הראשונה של שאר בשר שנשרף או נסקל על חזקת קרובים, את התנאי דבעינן ל' יום הוא משום ששם מדובר שהוחזק על ידי מעשה, שגדלה כדרך שבת גדלה אצל אביה, ומשום כך גם אין צורך שיאמרו זה על זה, וכפי שבאמת הרמב"ם לא נקט שם כלל את אמירתם. ורק בהלכה השניה באיש ואשה שבאו ממדינת הים, ואמרו שהם אשה ובעלה, שהחזקה היא רק על פי דיבורם, בזה בעינן שיוחזקו ל' יום. ומשום כך נצרכים לאמירתם דוקא, כי מבלי אמירתם וללא מעשה כיצד החזיקו עצמם ל' יום כבעל ואשה. מטעם זה בהחזקה נדה בין שכנותיה לא צריך שתוחזק ל' יום, כיון שעשתה מעשה שלבשה בגדי נידותה שוב לא בעינן לל' יום.

מדברי הט"ז נראה שלפי הב"ח שסובר שרק לאחרים שלא ידוע הדבר בעינן ל' יום, אזי יישוב דברי הרמב"ם הוא שרק בהלכה השניה שעוסקת באיש ואשה שאמרו זה על זה שהם בעל ואשה, והנידון אם איש אחר יהרג על פיהם, בזה בעינן ל' יום, כיון שהאיש שבא עליה יוכל לטעון קודם ל' יום שלא ידע שהיא אשת איש, אולם בהלכה הראשונה שדן הרמב"ם על אדם שאמר על אשה שהיא בתו ובא עליה שדינו בשריפה, לא בעינן ל' יום, שהרי האב עצמו יודע מכך שהיא בתו.

הגדרה נוספת בחזקת ל' יום

הגדרה חדשה מצינו בדברי הלבוש שם (סעי' א-ב) אשר באר את גדר חזקת ל' יום. בתחילה הוכיח כי בהכרח נצרכים אנו לדין חזקה, וז"ל:

"מדכתבה התורה עונשין בבא על הערוה או בשאר עונשין של חייבי לאוין ועשה, שמעת מינה שמלקין וחונקין וסוקלין ושורפין על החזקה, דאם לא כן הווי כל העונשין הכתובים בתורה לבטלה, דבלי ספק אי אפשר לעולם להביא עדות גמורה שזו דודתו וזו חמותו או שאר קרובות, ולמאי הלכתא כתבינהו רחמנא, אלא ודאי לסמוך על החזקה. לפיכך מי שהוחזק בשאר בשר דנין על פי חזקה זו אף על פי שאין שם ראייה ברורה שזה קרובו ומלקין וחונקין וסוקלין על חזקה זו.

כיצד, הרי שהוחזק שזו אחותו או בתו או אמו ובא עליה בעדים והתראה, הרי זה לוקה או נשרף או נסקל, אף על פי שאין כאן עדות וראייה גמורה שזו אחותו או בתו אלא חזקה זו בלבד.

איש ואשה שבאו ממדינת הים, היא אומרת זה בעלי והוא אומר זו אשתי, קבלו חז"ל נע"י רמב"ם איסורי ביאה פ"א הכ"א, אם הוחזקו בעיר שלשים יום שזו היא אשתו, הורגין עליה משום אשת איש, **דקים להו לחז"ל כיון שבשלשים יום לא נתברר שאינה אשתו, שוב לא יתברר לעולם שאינה אשתו והוחזקה לאשתו.** ושיעור השלשים יום אסמכוה אקראי... אבל נראה לי שאינן אלא הלכה למשה מסיני ככל שאר השיעורים... לפיכך נתנו ז"ל בכל דבר זמן בית דין שלשים יום אפילו להרוג עליו כגון הכא. אבל תוך שלשים יום לא הוחזקה ואין הורגין עליה משום אשת איש, דשמא יתברר עוד שאינה אשתו."

נראה כי דברי הלבוש מתייחסים לחזקה שאינה מבוססת על התנהגות ומעשים, אלא רק על פי דיבור וסיפור איש ואשה או אב ובן, שבאו ואמרו שהם כאלה. ובכהאי גוונא שאין מעשים והתנהגות, נצרכים אנו לשלושים יום בהם המשיכו להחזיקם ככאלה, וכפי שבאמת אמרו וספרו. לביאורו, אם שלשים יום לא התברר הפוך ממה שהם טענו, שוב יותר לא יתברר הדבר להפך ממה שאמרו, וזו חזקה שהאשה היא אשתו והבן הוא בנו.

עוד חלוקה מתי נצרכת אמירה בנוסף לל' יום

והנה, בשו"ת נודע ביהודה (מהדורא קמא אבן העזר סי' נד) באר בדרך אחרת את דברי הרמב"ם, וכך כתב בתו"ד וז"ל:

"והנה ראיתי בדברי הרמב"ם בפ"א מא"ב הלכה כ, מי שהוחזק בשאר בשר דנין על פי החזקה כו' כיצד הרי שהוחזק שזו אחותו או בתו או אמו וכו'. ובהלכה כא, איש ואשה שבאו ממדינת הים, הוא אמר זאת אשתי וכו' והיא אומרת זה בעלי, אם הוחזקו בעיר שלשים יום שזו אשתו הורגין עליה, אבל בתוך שלשים אין הורגין עליה.

הנה משמעות דבריו דבאיש ואשתו אפילו הוחזקו שלשים יום, אפילו הכי בעינן שאומר זו אשתי והיא אומרת זה בעלי. וטעמא בעי, דלמה בשאר בשר לא הזכיר הרמב"ם שאמר שזו אחותו אלא על החזקה לחוד דנין, ולמה באיש ואשתו לא מהני הוחזקו לחוד ובעינן שיאמרו זו אשתי וזה בעלי.

... ואם כן שהוכחתי דבאיש ואשתו לא מהני חזקה לחוד והיא גופא טעמא בעי למה בשאר קרובים שמחמת קורבה מהני חזקה לחוד.

אלא ודאי דבאיש ואשה אף **שמוחזקין באישות**, אכתי אי אפשר להרוג, שהרי לא הוחזקו שאין שם תנאי בקידושין ונישואין שלהם עד שיאמרו בפירוש זו אשתי וזה בעלי, שכיון

שאמר בפירוש זו אשתי ולא הזכיר תנאי, מסתמא אין שם תנאי, ולזה מהני חזקה. מה שאין כן בשאר קרובים שהם מצד תולדה ולא שייך בהו תנאי מהני חזקה בלי אמירה. ועל כל פנים יצא לנו מזה שהתנהגות איש ואשתו בחזקת אישות לא מקרי חזקה רק שהם איש ואשתו אבל אכתי לא איתחזק שהיא אשתו חלוטית בלי תנאי".

לדברי הנודע ביהודה גם בהלכה השניה נהגו כאיש ואשתו, ואף על פי כן נצרכים לומר זה על זה שהם בעל ואשה. שכן לפי פירושו, ההבדל בין איש ואשתו לשאר הקרובים הוא שאף שהוחזקו כאיש ואשתו, עדיין יתכן שנישאו על תנאי, שאם וכאשר לא יתקיים יבוטלו הנישואין, ורק אמירתם לאחר שהוחזקו שהם בעל ואשה, מבררת שאין ביניהם תנאי. בניגוד לחזקת שאר בשר שהוא מחמת תולדה ולא שייך בו ביטול של תנאי, שם סגי הוחזקו גם ללא אמירה.

סיכום הגדרות חזקה

א. נחלקו הפוסקים האם לחזקה צריך מעשה או שדי באמירה בלבד.

לדעת המהרי"ק לגבי מלקות ואיסורים אין צורך במעשה המוכיח, אלא שלגבי חיוב מיתה יש צורך במעשה המוכיח כמו איש שחי עם אשתו או בנים הכרוכים אחר אָמם.

לדעת השלטי גיבורים הזכרון יוסף והפני יהושע, כל חזקה צריכה מעשה המוכיח, אבל אמירה בלבד לא מספיקה בשביל ליצור חזקה, גם אם הדבר ימשך ימים רבים.

הרדב"ז, רעק"א ועוד, חולקים וסוברים שאמירה בלבד מספיקה בשביל כל חזקה, אם נמשכה החזקה ל' יום.

ב. הב"ח סובר שמה שצריך ל' יום היינו לגבי אחרים, שאחר שיבוא על מי שהוחזקה אשת איש לא יתחייב עד שיעברו ל' יום. טעמו, שיכול לומר סבור הייתי שאינה אשת איש. אבל לגבי שאר מיני קורבה, מיד בזמן שהודו נאסרו, ומתחייבים על פי הודאתם.

הט"ז חולק, ולדעתו אין הבדל בין אשת איש לשאר סוגי הקורבה לגבי איסור, ובשניהם נאסר מיד, משום ששוויה אנפשיה חתיכה דאיסורא. אבל לגבי חיוב מיתה או ענישה שמצריכה חזקה, צריך ל' יום.

ביארנו, שדעת הב"ח היא שהחזקה היא מיד, ורק צריך שיעברו ל' יום בכדי שלא יוכל לתרץ את עצמו שלא ידע שהיא אשת איש. לדעת הט"ז, משך הזמן של ל' יום הוא חלק מהגדרת החזקה. הסבר דומה ראינו בדברי הלבוש.

ג. הנודע ביהודה מוסיף, שבשאר קרובים אם הוחזקו על ידי מעשה, נחשב לחזקה גם ללא אמירה. אבל באשת איש, מכיוון שיתכן שיש תנאי בקידושין, צריך שתהיה אמירה יחד עם החזקה.

חיוב בירור במקום רוב וחזקה

למרות האמור, גם במקום שישנה חזקה, ישנם מקרים בהם מחוייבים לבדוק כאשר הדבר ניתן לברור, וכדלהלן.

מקור הדין הוא בהלכות שחיטה. בשו"ע יו"ד (סי' א סעי' א) נפסק:

"הכל שוחטין לכתחלה... וכל אדם, אפילו אין מכירין אותו... וגם אין יודעין בו שהוא מומחה ויודע הלכות שחיטה, מותר ליתן לו לכתחלה לשחוט, ומותר לאכול משחיטתו, שרוב הרגילין לשחוט הם בחזקת מומחין ומוחזקין.

במה דברים אמורים, כשאינו לפנינו, אז מותר לאכול משחיטתו וסומכים על החזקה. אבל אם הוא לפנינו, צריך לבדוקו אם הוא מומחה ויודע הלכות שחיטה...

המקור לדין זה הוא במסכת חולין (ב, א) במשנה, וכך שנינו שם:

"הכל שוחטין ושחיטתן כשרה, חוץ מחרש שוטה וקטן, שמא יקלקלו את שחיטתן. וכולן ששחטו ואחרים רואין אותן, שחיטתן כשרה".

ובארו שם בגמרא (ג, ב):

"רבינא אמר, הכי קתני, הכל שוחטין הכל מומחין (ופרש"י: ויודעים הלכות שחיטה) שוחטין, מומחין ואף על פי שאין מוחזקין (שלא שחטו לפנינו ג' פעמים, לראות אם יש בהם כח שאינן מתעלפין בשחיטה שיבאו לידי שהייה, או אין יודעין לאמן את ידיהם לכך). במה דברים אמורים (דחשיבי מומחין) שיודעין בו (אלו המוסרים לו בהמה לשחוט, מכירין בו ובדקהו) שיודע לומר הלכות שחיטה, אבל אין יודעין בו שיודע לומר הלכות שחיטה לא ישחוט, ואם שחט בודקין אותו, אם יודע לומר הלכות שחיטה מותר לאכול משחיטתו, ואם לאו אסור לאכול משחיטתו, חוץ מחרש שוטה וקטן דאפילו דיעבד (ויודעין הלכות שחיטה) נמי לא (דתמיד הם מוחזקים לקלקל שאין בהן דעת), שמא ישהו שמא ידרסו ושמא יחלידו.

וכלן ששחטו (ואחרים רואין אותן, שחיטתן כשרה) אהייא, אילימא אחרש שוטה וקטן, עלה קאי ואם שחטו מבעי ליה, אלא אשאין מומחין בבודקין אותו סגי, דליתיה לקמן דליבדקיה..."

נמצא כי למרות שאם אין השוחט לפנינו ואין אפשרות לבדוק, השחיטה כשרה, משום שרוב המצויים אצל שחיטה מומחים הם, מכל מקום כאשר השוחט נמצא לפנינו, ויש אפשרות לבדוק, לא מסתמכים על הרוך שמסתמא הוא יודע הלכות שחיטה, אלא חייבים לברר את הדבר.

כעין זה מצינו גם במסכת פסחים (ד, א):

"בעו מיניה מרב נחמן בר יצחק, המשכיר בית לחבירו בארבעה עשר, חזקתו בדוק או אין חזקתו בדוק. למאי נפקא מינה, לישיליה. דליתיה להאי דלשיליה".

ופירש רש"י:

"בארבעה עשר, שחרית, מי מחזקין ליה להאי משכיר דודאי בדקו אמש כמצות חכמים, אי לא.

למאי נפקא מינה, לישיליה להאי אם בדקו אם לאו. כגון דליתיה להאי משכיר למישיליה, ומיבעי לן לאטרוחי להאי שוכר לבדוק מספק..."

ומבואר כי גם אם החזקה אומרת שודאי בדק בעל הבית את ביתו כדין קודם שהשכירו, מכל מקום אם הוא נמצא לפנינו, חייבים לשאול אותו, ואין סומכים על החזקה.

והתוספות שם (ע"ב ד"ה לאו), כתבו בזה"ל:

"... ואומר ר"י דמיירי כגון שבעל הבית בעיר, אף על גב דחזקתו בדוק כיון דאיתיה בעיר צריך לישאל הימנו... אף על גב דגבי טבל סמכין אחזקת חבר ואין צריך אפילו לישאל, היינו משום דכיון ששולח לו לאכול, מסתמא תיקנה שלא יבא לידי מכשול, אבל גבי בדיקה אפילו לא יהיה בדוק לא יהיה כל כך מכשול, לכך צריך לישאל אם הוא בעיר".

ביארו התוספות שבחשש טבל אין צורך לשאול, כיון שבעצם זה ששלח לו החבר את הפירות, מוכח כי תיקן אותם, כדי שלא יבואו לידי מכשול. מה שאין כן בבדיקת חמץ שאין בו מכשול. נראה כי כוונת התוספות היא שמכיוון שבדיקת חמץ היא רק מדרבנן, שהרי ביטל את חמצו, לא יהיה מכשול כל כך כמו בטבל, ולכן לא נחשב כאילו אמר לו במפורש שהבית בדוק. ומכיון שאין כאן אמירה מפורשת שהבית בדוק, שוב אין סומכים על החזקה במקום שניתן לברר.

ובחידושי הר"ן שם כתב:

"למאי נפקא מינא דליתיה להיאך לשילוח, כלומר דאי איתיה להיאך לא נפקא מינא מידי, דאפילו נימא דחזקתו בדוק, כל היכא דאיתיה קמן שיילין ליה ולא סמכין אחזקה, דכל היכא דאפשר לן לברורי מלתא, מבררין. ולפיכך כתב הר"ף ז"ל בפ"ק דחולין (יב, א) דלא סמכין ארוב מצוין אצל שחיטה מומחין הן, אלא היכא דאזל ליה לעלמא וליתיה קמן דנבדקיה, אבל איתיה קמן לא סמכין אחזקה ובדקין ליה, וכמו שכתבתי שם בס"ד".

וכך נפסק בשו"ע או"ח (סי' תלו סעי' ב) בזה"ל:

"השוכר בית מחבירו ב"ד ואינו יודע אם הוא בדוק, אם הוא בעיר שואלו אם בדקו. ואם אינו בעיר, חזקתו בדוק ומבטלו בלבו ודיו".

והמגן אברהם (שם סק"ד) כתב:

"שואלו, דלא סמכין אחזקה היכא דאיכא לברורי כמ"ש ב"ד סי' א. ולא דמי לבדיקה דלא בדקין אחר כל י"ח טריפות וסמכין אחזקה, דהתם לא היה לו מעולם חזקת טרפות, אבל הכא כל השנה היה בחזקת חמץ, ובחזקת בדוק אתה בא להוציאו מחזקת חמץ, לא סמכין עליה לכתחלה דומיא דשחיטה, דבהמה בחייה בחזקת איסור אבר מן החי עומדת ע"ש, כן נראה לי בפירוש דברי הרב ב"י דלא כב"ח ועמ"ש ססי' תלז".

והמשנה ברורה (שם סק"ח) כתב:

"שואלו אם בדקו, דאף על פי שדרך הכשרים לבדוק בתחלת ליל י"ד כתיקון חכמים, וכל אחד מישראל בחזקת כשר הוא ומן הסתם בדק כבר, אף על פי כן צריך לשאול, לפי שכל השנה היה הבית בחזקת שיש בו חמץ, ובחזקה זו שמן הסתם בדקו, אתה בא להוציאו מחזקת חמץ, אין אנו סומכין על החזקה לכתחלה במקום שאפשר לברר".

והנה, הריטב"א (למסכת פסחים שם) חולק על כללו של הר"ן, ולדעתו ישנם סוגי חזקה שאין צורך לבדוק אחריהם, אפילו אם ניתן לברר, וז"ל:

"דליתיה קמן דנישיליה, יש למדין מכאן שאין סומכין על החזקות כל היכא דאפשר למידע קושטא, כגון ראה אחד ששחט או בדיקת סכין לאחר שחיטה, וכתב הר"ט ז"ל ולדברינו שכתבנו שם בס"ד (חולין ג, ב) דסמכין אחזקה יש לומר שאין כל החזקות שוות, וכן האמת, ע"כ".

ובחידושי הריטב"א מסכת חולין (ג, ב) כתב:

"ודעת הגאונים ז"ל דכי מכשרין שחיטת שאינן מומחין אצלנו, היינו על דעת שנבדוק אותו לאחר שחיטה, כל היכא דאיתא קמן, ואי אזיל ליה נמי מכשרין שחיטתו בדיעבד, אבל היכא דאיתא לקמן לא אכלין משחיטתו עד דנבדקיה. והיינו דלא אמרו להא [לישנא] לשאין מומחין לא חיישינן, כדאמרין באידך לעלופי לא חיישינן, דהתם ודאי לא חיישינן כלל ואפילו היכא דאיתא קמן, אבל בהא כיון דמיעוטא איכא שאין מומחין, חוששין לו כל היכי דאיתא למבדקיה לאחר ששחט מיהת.

אבל רבינו מורי הרא"ה ז"ל נוטה לדברי קצת האחרונים ז"ל דאף לשאינן מומחין לא חיישינן כלל אפילו היכא דאיתיה קמן, דכיון דרוב מצויין אצל שחיטה מומחין ודין תורה הוא ללכת אחר הרוב ואפילו לכתחלה, שוב אין לנו לחוש לכולם..."

לדעת הריטב"א והרא"ה אפשר לסמוך על הרוב לגמרי, אפילו כשיש חזקת איסור, ועל כן אין צורך לברר אם השוחט מומחה ויודע הלכות שחיטה. ורק בבדיקת חמץ הצריכו לשאול את המשכיר, משום ש"אין כל החזקות שוות".

נראה כי כוונת הריטב"א בשם הרא"ה היא כי למרות שבשני הדינים נאמר בגמ' כי יש "חזקה", מכל מקום "אין כל החזקות שוות", והחזקה כי השוחטים מומחים הם מוחלטת יותר, ולא מצוי כלל שוחט שאינן מומחה שישחוט, בשונה מחזקת הבדיקה בחמץ שאינה מצויה כל כך.

הדברים מבוארים בדברי הרא"ה בבדק הבית (בית א שער א דף ו, ב) שם כתב :

"... דודאי כי אמרינן רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן, לאו דוקא רוב ולאפוקי מיעוט, דהא לא אפשר... אלא ודאי הא לא אתיא כפשטא ולא דוקא רוב, אלא כל המצויין קאמרינן, שאין לך מצוי אצל שחיטה לעולם אלא מומחה, ואפילו מיעוט ליכא, והאי דנקט רוב אשגרת לישן הוא בגמרא.

וטעמא דמילתא, דכל המצויין אצל שחיטה סומכין אנו לומר שהן מומחין, לפי שדבר מפורסם הוא בישראל ואפילו אצל עמי הארץ שהנבלה אסורה וכן אבר מן החי [אסור], ואין תקנה בזה אלא בשחיטה, הילכך אין אדם מישאל נזקק לשחוט לעולם אלא אם כן יודע הלכות שחיטה. ואלו דברים קילורין לעינים".

הרי כי לשיטת הרא"ה בבדק הבית (והובאו דבריו גם בריטב"א חולין ג, ב) אין הדבר מצוי כלל שישחוט מי שאינו מומחה. דבריו נאמרו ביחס לשאלה למה לא נאמר כאן דין "סמוך מיעוטא לחזקה" (להלן תובא תשובת הרשב"א על דבריו), אך מכך יש ללמוד כי כנראה זו גם כוונתו בדבריו בפסחים, וזהו החילוק בין חזקת השוחט, לחזקת בדיקת הבית מחמץ, כי חזקת מומחיות השוחטים היא חזקה מוחלטת, והמיעוט בה נדיר, בשונה מחזקת החמץ, בה כנראה מצוי יותר החשש כי המשכיר נמנע או שכח לבדוק את החמץ, ולכן רק שם ישנו חיוב לברר.

כאמור להלכה נפסק כדעת הר"ן כי יש חובה לבדוק כאשר הדבר ניתן, ואין לסמוך על הרוב בכהאי גוונא, בין בחמץ ובין בשחיטה.

מיעוט המצוי

אמנם מצינו בביאור הגר"א (י"ד סי' א סק"ד) הדגשה נוספת בטעם חובת הבירור בבדיקת חמץ, וכך כתב :

"אבל אם (הוא לפנינו צריך לבדוק) כו', כמו שאמרו בפרק קמא דפסחים ד, א חזקתו בדוק או לא, למאי נפקא מינה לשיטתיה כו', אלמא היכא דאיתיה לא סמכין, והטעם משום דהוי מיעוט המצוי טובא וכמו בטריפות הריאה ועין לקמן סימן לט ס"א וס"ב..."

לדבריו הסיבה שיש חובה לברר ולא לסמוך על רוב וחזקה שהבית נבדק, הוא משום שהמיעוט שלא בודקים חמץ הוא "מיעוט המצוי", ובכהאי גוונא יש לחשוש ולא לסמוך על הרוב ללא בירור, אם אכן ניתן לברר. הדוגמא ממנה נלמד יסוד זה הוא מבדיקת הריאה בה המיעוט מצוי, ומשום כך מיעוט זה מחייב בירור ובדיקה, אף ששאר הטריפות לא מצריכות בדיקה משום שאינם מצויות כלל.

מקור דברי הגר"א נמצא בראשונים בסוגיא, וכפי שציין בשו"ע הרב שם (להלן יובאו חלק מדבריו), נראה כי נחלקו הראשונים בנקודה זו. נביא את הדברים.

הרמב"ן (חולין ג, ב) כתב בטעם חיוב הברור אם השוחט מומחה, למרות הכלל שרוב מצויים אצל שחיטה מומחים הם, בזה"ל:

"... ועכשיו לפי דברינו נתקיימו דברי הגאונים ז"ל שהסכימו כולן, דהיכא דשחט חד ואיתיה קמן למבדקה דצריך למבדקה, אם יודע הלכות שחיטה מותר לאכול משחיטתו, ואם לאו אסור לאכול משחיטתו, ולא אמרו רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם אלא היכא דליתיה קמן, אבל איתיה קמן צריך למבדקה.

וקבלה היא ונקבל בסבר פנים יפות שאין סומכין על רוב גרוע ושמיעוטו מצוי אלא במקום דלא אפשר, ואפילו לרבנן דלא חיישי למיעוטא, ובתשע חנויות דהוא רובא דאיתיה קמן נמי מסתברא דלא אזלינן בתר רובא אלא היכא דליכא ידיעה, אבל ודאי צריך הוא לשאול החנונים אם יש מי שידוע שהיא אסורה או מותרת, דהא גבי יוחסין לא סמכו על הרוב אלא תרי רובי בעינן (כתובות טו, א) והיאך אפשר שבאיסורין הולכין אחר הרוב ועשאוהו כודאי לכתחלה וגבי יוחסין לא סמכו עליו כלל.

ועוד דאיכא נמי חזקה דאיסורא שבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת, ורובא דאיכא חזקה בהדיה לא עשאוהו כודאי כדאיתא במסכת נדה (יה, ב), אלא משום קולא דבהמה לא אתרעי סמכין עלה, ודייך אם תסמוך עליו בשאינו לפנינו...

ומפני טעם זה הוצרכו כל הטריפות לבדוק בסירכות שבריא מפי שמיעוטן מצוי, והיינו דאמרין (יב, א) מצא תרנגולת בשוק וכו' ולא אמרו שמוסרין חולין לכתחלה לכל אדם, דאלמא אין מוסרין אלא בכיוצא בה, כלומר בשאי אפשר לבדקו כגון דאזל ליה לעלמא כמסורת רבותינו הגאונים ז"ל."

בדברי הרמב"ן נתבאר שתי טעמים לחיוב הברור, טעמו הראשון הוא משום שלעולם אין סומכים על רוב שמיעוטו מצוי אלא כשאי אפשר לברר, והטעם הנוסף הוא משום שכנגד הרוב ישנה חזקת איסור של הבהמה שעומדת בחזקת איסור קודם שנשחטה, ואף על פי שאחרי שראינו שודאי נשחט, הרוב מכריע שנשחט בהכשר ויצא מחזקת איסור, לא החשיבו רוב זה כודאי, במקום שאפשר לברר.

מדברי הרמב"ן שם נראה שהטעם השני אינו עומד בפני עצמו, אלא גם הוא נסמך על כך שהמיעוט מצוי, וכיון שבנוסף לזה יש גם חזקת איסור, יש חיוב לברר ולבדוק.

והנה הרשב"א שם (ג, א, ובתורת הבית בית א שער א ו, ב) הביא רק את הטעם השני וז"ל:

"... וזו היא סברת הגאון ז"ל דלא נחלקו על רבינא אלא בלמסור לו לכתחלה, ונסמוך על בדיקה שבסוף, אבל היכא דאיתיה קמן לכולי עלמא בודקין אותו אם יודע הלכות שחיטה אם לאו, וכן כתב הרב אלפסי ז"ל.

ויש דברים הרבה שסומכין על הרוב בדיעבד, וצריכין בדיקה היכא דאיתנהו קמן, כגון בדיקת סכין שלאחר שחיטה, ובדיקת ריאה שצריכה בדיקה בדאיתיה קמן, והיכא דאזלא לה כגון שנטלוה זאבים סומכין בה על רוב בהמות שאינן נטרפות, כדאי לקמן (ט, א), וגם זו כאחת מהן שאין אוסרין אותה בדליתיה לשוחט קמן, ובדאיתיה בדקין ליה, וסברתן של גאונים ז"ל תורה היא ואין לזוז ממנה.

וסעד לדבריהם הביא הרמב"ן ז"ל דהא איכא חזקה דאיסורא דבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת, ומן הדין היה שלא תצא מחזקתה אלא בידיעה ודאית ולא שנסמוך על

הרוב, אלא משום קולא דבהמה לא איתרעי שהרי שחוטה לפניך, סמכין ארובא, ודי אם נסמוך בכך היכא דליתיה קמן".

הרי כי הרשב"א לא הזכיר אלא את הטעם השני משום שהבהמה בחזקת איסור, ולא את הטעם הראשון משום שיש כאן מיעוט המצוי.

אמנם הרשב"א עצמו במקומות רבים (חולין נח, א, ובתורת הבית בית ג שער ג פד, א, ובשו"ת ח"א רעד, ועי' בדבריו בחולין ט, ב בשם רבינו יונה ואכמ"ל) נקט שחיוב בדיקת הריאה הוא משום מיעוט המצוי, ומכך למד שם לחיוב בדיקת תולעים בדברים שהתלעה בהם היא מיעוט המצוי, גם בלי שום חזקת איסור. מכך נראה כי לדעת הרשב"א רק טרפות הריאה המצויה מאוד, נחשבת כמיעוט המצוי ומצריכה בדיקה מטעם זה לבד, אבל שוחט שאינו מומחה אינו מצוי כל כך, ולא היה מצריך בדיקה, לולי שהרוב בא להוציא מחזקת איסור.

לעומתו הר"ן שם (ג, ב) לא הביא אלא את הטעם הראשון, וז"ל:

"והיכא דראה אחד ששחט ואזיל ליה לעלמא וכו', נראה מדברי הרב אלפסי דדוקא היכא דאזיל לעלמא ולא איפשר למבדקה, הוא דסמכין ארוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן, אבל כל היכא דאיתיה קמן בדקין ליה, וכן כתב בעל הלכות ראשונות ז"ל.

וטעמא דמילתא, דנהי דרוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן, מכל מקום מיעוט דאין מצויין שכיח טובא, והוה ליה כטרפיות דריאה דאסיקנא לעיל דכל היכא דאיתיה קמן בדקין ליה, וכי ליתיה קמן סמכין ארוב בהמות דכשרות ניהו.

ודכותה נמי אשכחן בפרק קמא דפסחים (ד, א) דאמרין התם המשכיר בית לחבירו בארבעה עשר חזקתו בדוק או אין חזקתו בדוק, ומתמהינן למאי נפקא מינה, ומהדרינן דליתיה קמן דלישייליה [ולאטרוחיה להאי מאן], אלמא דאי איתיה קמן לא סמכין אחזקה אלא בדקין ליה..."

הרי כי הר"ן נימק את טעם חיוב הבדיקה רק בכך שיש כאן מיעוט המצוי, וסובר שגם מיעוט כזה עדיין נחשב למיעוט המצוי כמו טרפות הריאה, ודי בכך לחייבו בבדיקה.

נמצא כי נחלקו הראשונים האם חיוב הבדיקה והבירור לענין מומחיות השוחט או לענין האם המשכיר בדק את הבית מחמץ, היא מכיון שגם מיעוט כזה עדיין נחשב כמיעוט המצוי כמו בדיקת טרפות הריאה, או שמיעוטים אלו קטנים יותר, וכל הסיבה שמחייבים בדיקה, הוא משום שישנה חזקת איסור אשר הרוב עומד נגדה, ולכן יש חובה לברר כאשר הדבר ניתן. להלן נביא כי נחלקו בכך הפוסקים להלכה.

סמוך מיעוטא לחזקה

והנה הגר"א שהבאנו לעיל, שנימק את חיוב הבדיקה משום שישנו מיעוט המצוי, וכדברי הר"ן, הביא בהמשך כי שאלה זו האם אותם השוחטים שאינם מומחים הם בגדר מיעוט המצוי, יש לה השלכה נוספת, לענין דין סמוך מיעוטא לחזקה. לא נרחיב בסוגיא זו, אך נציין את הדברים בקצרה. וז"ל הגר"א:

"(ליקוט) במה דברים אמורים (כשאינו לפנינו... אבל אם הוא לפנינו צריך לבדוק) כו', כיון שהוא מיעוט המצוי, אבל הרא"ש כתב בסימן טז בשם ר"ת (וכן הוא בתוס' בכורות כ, ב) דלהכי לא אמרינן סמכין מיעוטא לחזקה, משום דהוי מיעוט שאינו מצוי, ואף רבי מאיר מודה

דלא חיישינן למיעוטא, וסבירא ליה דההיא סוגיא דיבמות הוא אף לרבנן (ועין להלן סי' שטז ס"ק ה), ותוסי' אזלי לשיטתייהו דלא סבירא להו הא דר"ת (ע"כ)."

הגר"א כאן מציין לדברי הרא"ש (חולין פ"א סי' טז) שכתב כי לשיטת ר"ת הסובר שגם להלכה חיישינן למיעוטא במקום שיש חזקת איסור, משום דסמוך מיעוטא לחזקה, אם כן יקשה איך סומכים על רוב מצוים אצל שחיטה מומחים הם, הרי עלינו לחשוש למיעוט שאינם מומחים, בצירוף חזקת האיסור של הבהמה, ותירץ הרא"ש שלשיטת ר"ת בהכרח עלינו ליישב שהמיעוט שאינם מומחים אינו מצוי כלל, ובכהאי גוונא לכולי עלמא אין חוששים למיעוט, למרות שיש חזקת איסור.

וביאר הגר"א כי התוספות שפסקו כאן שצריך לבדוק את השוחט אם אפשר, ונקט הגר"א שהטעם הוא מדין מיעוט המצוי, כביאורו של הר"ן, הוא משום שהתוספות חולקים על ר"ת, וסוברים שלהלכה אין מצרפים מיעוט לחזקה גם אם המיעוט מצוי.

יש לציין כי גם דברי הרא"ש כאן אכן באו רק ליישב את שיטת ר"ת, אבל הרא"ש עצמו אינו סובר להלכה כר"ת. כפי שציין הגר"א מחלוקת זו האם להלכה אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה, היא ביו"ד סימן שטז סעיף ג לענין הקונה בהמה חולבת ואינו יודע אם ביכרה (ואם אכן לא בכרה, אזי הולד הבא קדוש בקדושת בכורה), רוב בהמות אינם חולבות אלא אם כן ילדו, אבל יש מיעוט החולבות למרות שלא ילדו, בשו"ע נפסק כדעת רוב הראשונים שסומכים על הרוב ומותר, וכך גם דעת הרא"ש (בכורות פ"א ס"ב), אך הרמ"א החמיר לחוש לדעת ר"ת שחיישינן למיעוט, כאשר המיעוט מצוי ויש גם חזקת איסור (אלא אם כן יש צדדים נוספים להתיר, ע"ש).

אמנם בשו"ע הרב (יו"ד סי' א קונטרס אחרון אות ה) הביא את דברי הר"ן הרשב"א והרא"ש הנ"ל, וכתב כי מצינו דרך נוספת (שלא כביאור הגר"א) בישוב שני הדינים יחדיו, לפיה ניתן לומר שגם הסוברים כר"ת דקיימא לן סמוך מיעוטא לחזקה, עדיין יכולים לסבור שמיעוט השוחטים שאינם מומחים הוא מיעוט המצוי, כמו שכתב הר"ן, ואף על פי כן כאן לא אוסרים מדין סמוך מיעוטא לחזקה, אלא רק מצריכים בדיקה, וז"ל:

"... ולחר"ן דסבירא ליה דמיעוטא דאין מומחין שכיח, הא דלא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה, הטעם הוא כמו שכתב במשמרת הבית דף ז ע"ב, משום דאף מאותו מעוט שאין מומחין יש שלא יקלקלו בשחיטתו, וכיון שכן נמצאו המקלקלים מיעוטא דמיעוטא ולמיעוטא דמיעוטא לא חיישינן ואפילו לרבי מאיר, עכ"ל."

כוונת הרשב"א במשמרת הבית (בית א שער א, דף ז, ב) לענות על קושיא זו שהקשה הרא"ה בבדק הבית שם (שהוזכר לעיל), כי אם השוחטים שאינם מומחים הם מיעוט המצוי, אם כן נימא סמוך מיעוטא לחזקה ויאסר גם כשאין אפשרות לבדוק, ומכורח שאלה זו הוכיח הרא"ה שהרוב המומחים הוא מוחלט ואין אפילו מיעוט המתנגד לו, ועל כן אין חיוב לבדוק כלל. על קושיית הרא"ה תירץ הרשב"א באופן אחר, כי למרות שישנו מיעוט שאינם מומחים, ולכן יש חיוב לבדוק כאשר הדבר ניתן לבדיקה, מכל מקום לא שייך כאן לאסור מדין סמוך מיעוטא לחזקה, משום שגם אם נחוש למיעוט שהשוחט לא היה מומחה, עדיין יתכן כי שחט כדיון, נמצא שהחשש לאסור בדיעבד הוא רק מיעוטא דמיעוטא, ובכהאי גוונא לא אוסרים לכולי עלמא.

כאמור נושא זה של סמוך מיעוטא לחזקה, דורש יריעה רחבה בפני עצמה, והובא כאן בקצרה רק בכדי

לחדד את שיטות הראשונים בטעם חיוב הבדיקה. להלן נראה כי במחלוקת זו תלויה מחלוקת הפוסקים לדינא בכללי חיוב הבדיקה באיכא לברורי.

עוד מקורות - שלח ואחוי, ובדיקת הציצית

מקור נוסף לדין זה, מצאנו בכהן שהעיד עליו עד אחד שיש בו מום ופסול לעבודה.

וכך מובא במסכת קידושין (טו, ב) :

"... אמר רבי טרפון, משל, לעומד ומקריב על גבי המזבח ונודע שהוא בן גרושה או בן חלוצה, שעבודתו כשירה. אמר רבי עקיבא, משל, לעומד ומקריב על גבי המזבח ונודע שהוא בעל מום, שעבודתו פסולה... התחיל רבי עקיבא לדון, מקוה פסולו ביחיד, ובעל מום פסולו ביחיד, ואל יוכיח בן גרושה ובן חלוצה שפסולו בשנים..."
ומקשה על זה הגמ':

"האי בעל מום שפסולו ביחיד היכי דמי, אי דקא מכחיש ליה, מי מהימן... אביי אמר לעולם דקא מכחיש ליה, ודקאמרת אמאי מהימן, דאמר ליה שלח אחוי, והיינו דקתני מקוה פסולו בגופו, ובעל מום פסולו בגופו, ואל יוכיח בן גרושה ובן חלוצה שפסולו מאחרים".
כלומר, גם כאשר הכהן מכחיש את דבריו של העד ואומר שאינו בעל מום, ולמרות שהעד אינו נאמן, בכל זאת אומרים לכהן לפשוט את בגדיו ולהראות שאינו בעל מום, מכיוון שהדבר ניתן לברר בקלות. עניין זה יתבאר לקמן.

מקור נוסף, הלובש ציצית, צריך לבדוק את החוטים קודם שיברך, למרות שניתן לסמוך על החזקה שהחוטים כשרים. וכך נפסק בשו"ע או"ח (ס"ח סעי' ט) בזה"ל:

"קודם שיברך, יעיין בחוטי הציצית אם הם כשרים, כדי שלא יברך לבטלה".

וכתב שם המגן אברהם (ס"ק יא) וז"ל:

"הרא"ש כתב דנהגו שלא לבדוק, דאוקי אחזקתייהו, אלא שהחרד על דבר ה' יש לו לבדוק. והב"ח כתב דלא אוקמינן אחזקתיה כיון שאין החזקה בטבע ממילא, אלא מכח אדם שתיקן הציצית [ורובא עדיף מחזקה] כדאמרינן ריש פרק האשה בתרא, [ובבכורות מסקינן] דרובא דתליא במעשה לא חשיב רוב ע"כ.

ולא ידענא מאי קאמר דהתם אמרינן שמא לא בא עליה זכר, ואם תמצי לומר בא עליה, שמא לא נתעברה, מה שאין כן כאן דנתקנו הציצית כהלכתן, אוקמיה אחזקתייהו כמו מקוה שהמשיכו לתוכה מ' סאה שאין צריך לבדוקה בכל עת שטובל בה.

אך נראה לומר דמכל מקום חייב לבדוק משום דאין סומכין על החזקה במקום דיכולים לבררו כמ"ש ביו"ד סי' א.

ולפי טעם זה אם בתוך שיתעסק בבדיקתו, לא יוכל להתפלל עם הצבור רשאי ללבוש בלא בדיקה. אך נראה לומר טעם אחר, דלא מקרי חזקה דעשויה ליפסק בכל שעה...

ומכל מקום יש לסמוך על זה בשעת הדחק אם יודע שהיו כל החוטים שלמים מאתמול, וכן משמע בב"ח כאן. ובסי' יז כתב דאם בדקו כשגנוזו אין צריך לבדוק בשעת הברכה וכמו שאמרו ביו"ד סי' יח ע"ש".

ובמשנה ברורה (שם סק"ב) גם פסק כן וז"ל:

"לבטלה, אף על גב דבלאו הכי יש חשש איסור שילבש בגד של ד' כנפות בלי ציצית, מכל מקום מוקמי ליה אחזקתיה שהיה כשר, רק משום חומר דלא תשא שיש על ברכה לבטלה החמירו לבדקו.

ולפי זה מי שלובש כמה בגדים של ציצית אין צריך לבדוק אלא אחד מהם כיון דברכה אחת לכולם.

אבל האחרונים כתבו דצריך לבדוק כולם. אחד דלא סמכינן אחזקה במקום דיכולין לבררו. וגם דחזקה גרועה היא דעשויין החוטין ליפסק, ולכן צריך לבדוק בכל יום בבוקר כששובשן, ואז אף שהסירן והסיר דעתו מהם אף דצריך ברכה כשחוזר ולובש, אפילו הכי אין צריך לחזור ולבדוק, דבזמן מועט כזה אינו רגיל ליפסק וסמכינן אחזקה. ואפילו בבוקר אם על ידי הבדיקה יתבטל מתפלה בצבור או שקראוהו לעלות לתורה, יכול ללבוש טליתו בלי בדיקה, והוא שידוע שהיו החוטין שלמים אתמול, ומכל מקום נכון לעיין קצת מאי דאפשר. ואם שאל טלית מאחר לעלות לתורה דמנהגינן שלא לברך עליו אין צריך לבדוק כלל (ועיין בביאור הלכה), ואם בדק הטלית כשהסיר אותו מעליו והניחו בכיסו שלו, אין צריך לחזור ולבדוק למחר כשמתעטף בו".

טעם חיוב הבדיקה

בפרי מגדים (אשל אברהם) שם ביאר, כי דין זה של חיוב בדיקה ב"איכא לברורי", הוא מדרבנן, בזה"ל:

"והוי יודע דכל היכא דאיכא לברורי מבררין ברוב וחזקה יראה דמדרבנן, דמן התורה אין צריך, דאי צריך, אין סברא לחלק בין מצי לברורי בקל או בטורח, ובכל ענין היה צריך לברר. ועיין חולין (י, ב) בנגע דלמא אדמפיק בציר ליה שיעורא. ובחידושי הרשב"א שם (ד"ה ומיהו), ולפי זה בטלית משי ויש לו אחר לברך, ועשה דגדילים אין בו מן התורה (לשיטת המחבר סימן ט סעיף א), יש לומר דאין צריך לבדוק ולברורי, דבדרבנן לא החמירו. ומיהו למה שכתב (המג"א) הטעם דעשויין לפסוק כל שעה אף בזה צריך לבדוק... ובדיקת הריאה מדבריהם, בירושלמי ביצה (פ"ג ה"ד) אמר רבי יודן ראיית ריאה מדבריהם, ובדיקת הריאה משום דאיכא לברורי בקל, יראה דרק מדרבנן".

והנה, מה שכתב הפמ"ג שהבדיקה היא מדרבנן, כך כתב הר"ן (חולין ג, א), וז"ל:

"מיהו היכא דאיתיה לריאה קמן ואפשר למיבדקה, אסור לאכול מן הבהמה עד שתבדק. וראיה לדבר מדאמרין בפרק אין צדין (כה, ב) נטיעה (איסור ערלה) מקטע רגליהון (קוטעת רגליהם) דקצביא ובוועלי נדות. כלומר שנטיעה זו הכל ממתניין אותה שלש שנים, וקצבים אין ממתניין לבהמה עד שתבדק הריאה, אלמא צריכין הן להמתין... ובדיקה זו מדבריהם היא ולא מדאורייתא..."

וכן כתב הש"ך ביו"ד (סי' לט סק"ג) וז"ל:

"יוכל הפורץ כו', משמע דבדיקה זו מדרבנן וכמבואר בדברי הפוסקים שהביא הב"י ועיין בס"ק ח".

ובסק"ח כתב הש"ך כי גם לדעת האוסרים את הבהמה אפילו בדיעבד אם נאבדה הריאה ולא נבדקה, מודים גם הם כי חיוב הבדיקה הוא רק מדרבנן, וז"ל:

"ויש מחמירים כו', בספרי הוכחתי בכמה ראיות דלכולי עלמא בדיקת הריאה אינו אלא מדרבנן... אלא דהאוסרים (גם בדיעבד אם נאבדה הריאה ולא נבדקה) סבירי להו דכיון דהצריכו חז"ל בדיקה, אסרו אפילו דיעבד כשלא נבדקה, משום דאם לא כן מה הועילו חכמים בתקנתן, דכל אחד ישליך הריאה בלא בדיקה, וכן כתב הב"ח, אבל ודאי היכא דהריאה לפנינו ונבדקה כל ספק שבה תלינן לקולא ומוקמי לה אחזקת היתר ע"ש... ואולי לזה דקדק הר"ב (הרמ"א) בצחות לשונו ויש מחמירין, ולא כתב ויש אוסרין, אלא רצה לומר

דהאוסרים לאו מדינא אסרי, אלא דסבירא להו שחכמים החמירו בדבר כדי לחזק דבריהם."

הרי כי לכולי עלמא חיוב הבדיקה הוא רק מדרבנן, ונחלקו רק האם התקנה היתה רק לחייב בדיקה לכתחילה, או שתקנו אפילו בדיעבד לאסור בלא בדיקה, כדי שלא ילך כל אחד וישליך את הריאה, בכדי להמנע מבדיקתה.

ובכבר העירו הפרי חדש (סי' לט סק"א) והפמ"ג (שפתי דעת ג) שם, כי הדברים מפורשים כבר ברמ"א בסעיף יז:

"וכן במקומות ששוחטין אצל עובד כוכבים, והניחו הבהמות אצל עובד כוכבים בין שחיטה לבדיקה, אין חוששין שמא העובד כוכבים הכניס ידו ונתק הסרכות, דבדיקת ריאה דרבנן וספיקא להקל (רשב"א סימן רנח)".

הרי כי גם הרמ"א שבסעיף ב החמיר בנאבדה הריאה ולא נבדקה, ולא התיר אלא במקום הפסד גדול, מכל מקום בסעיף יז הביא את דברי הרשב"א כי כל דין הבדיקה הוא מדרבנן, וספיקו להקל.

ובפרי מגדים (שפתי דעת ג) סיים שם בזה"ל:

"ראיתי מי שכתב דמיעוט המצוי הוה דבר תורה, ויש מי שאומר דמכל מקום איכא חזקה, ולא כלום הוא, דמיעוט המצוי דרבנן, ואי הוה מן התורה ליכא חזקה כלל, אלא וודאי כדאמרן".

ובבינת אדם (יובא להלן בהרחבה) כתב בתוך דבריו את טעם דין "איכא לברורי" על פי הרשב"א בזה"ל:

"... הטעם שכתב הרשב"א במשמרת הבית דלכן הצריכו הגאונים בדיקה לכתחילה, דהוי כמעלים עין מן האיסור... אם יוכל בקל לשואלו מחויב כדי שלא להעלים עין מן האיסור, כמו שכתב הרשב"א במשמרת הבית".

הרי כי חיוב הבדיקה במקום שמדינא היה אפשר להכריע על ידי רוב או חזקה, הוא תקנה דרבנן, בכדי שלא יראה כמעלים עיניו בכונה מן האיסור, ולכן תיקנו חכמים בדיקה זו רק במקרה שהבדיקה היא קלה ואין בה טורח, כפי שביאר הפמ"ג. להלן יתבארו פרטי הדינים מתי אכן יש חיוב בדיקה, ומתי אין חובה לבדוק.

כשאי אפשר לבדוק סומכים על הרוב לכתחילה

יש להדגיש כי כאמור כל חיוב בדיקת הריאה אינו משום שהרוב אינו מכריע בכהאי גוונא, אלא רק מכיון שכאשר ישנה אפשרות לבדוק, משום כך חייבו חכמים לעשות כן, אבל במצבים בהם לא שייך לבדוק, סומכים על הרוב אף לכתחילה.

דבר זה הודגש בדברי הש"ך ביו"ד סימן כח (סקכ"ו), שם נפסק בשו"ע בזה"ל:

"השוחט חיה לא יכסה עד שיבדוק הריאה, ואם נמצאת ספק טריפה, מכסה בלא ברכה..."
והקשה הש"ך למה חמורה ברכת כיסוי הדם מברכת השחיטה, אשר מברכים עליה קודם השחיטה והבדיקה, ורק בבהמה שנולדה בה ריעותא חוששים שמא תמצא טריפה, ואין מברכים עד אחר שתשחט ותיבדק, כפי שנפסק בסימן יט (סעיף א):

"השוחט צריך שיברך קודם אשר קדשנו במצותיו וצונו על השחיטה, ואם שחט ולא בירך, כשרה. הגה, ואם שחט דבר דאיתליד בו ריעותא וצריך בדיקה, ישחטנו בלא ברכה, וכשימצא כשר מברך על השחיטה, ובלבד שיהא סמוך לשחיטה".

הרי שבסתם בהמה מותר לברך על השחיטה ואין חוששים שמא תמצא טריפה, ולמה בברכת הכיסוי ממתנינים להמתין עד אחר בדיקת הריאה. הש"ך מחלק בין הדינים, וז"ל:

"עד שיבדוק כו', ואף על גב דלעיל סי' יט אמרינן דמברך על השחיטה קודם השחיטה, היינו משום דאי אפשר בענין אחר, דכל הברכות מברך עליהן עובר לעשייתן, וסמכין אחזקה דרוב בהמות בחזקת כשרות הן, כדלקמן סי' פא. אבל הכא כיון דאפשר לברורי מבררין, ודמי לדלעיל ריש סימן א דאין סומכין על החזקה במקום דיכולים לבררו".

נמצא כי למרות שיש מקום לחשוש שמא תמצא טריפה בבדיקת הריאה, מכל מקום מכיון שאי אפשר לבדקה קודם השחיטה, ולכתחילה חיוב ברכת המצוות הוא לברך לפני המצוה - "עובר לעשייתן", לכן אנו סומכים על הרוב ומברכים. אבל לענין ברכת כיסוי הדם, מכיון שאפשר להמתין עם הכיסוי עד לאחר שיבדוק את הריאה, הדרינן לכללא דכל היכא דאיכא לברורי, מחוייבים לברר, ואסור לסמוך על הרוב לכסות ולברך בלי בדיקה.

האם בעינן לברורי במקום רוב או חזקה כאשר אין חזקת איסור

דעת הבית יוסף היא, שרק כאשר ישנה חזקת איסור יש חיוב של בדיקה. הבאנו לעיל את הדין במקרה של שוכר בית מחברו ואינו יודע אם הוא בדוק מחמץ, למרות שיכול להסתמך על החזקה שבדקו את הבית, מכל מקום אם יכול לשואלו, חייב לברר.

באו"ח סי' תלז הביא הב"י את דברי הר"ן וכך כתב:

"וכתב הר"ן (שם ד"ה גרסינן), כלומר דאי איתיה למשכיר קמן לא נפקא לן מידי, דאפילו נימא דחזקתו בדוק, כל היכא דאיתיה קמן שיילינן ליה ולא סמכין אחזקה, דכל היכא דאפשר לברורי מילתא מבררין..."

והקשה הב"י מדוע שונה דין זה מבדיקת י"ח טריפות, שאינה חובה למרות שהבהמה לפנינו, וז"ל:

"ואם תאמר כי איתיה למשכיר קמן אמאי שיילינן ליה ולא סמכין אחזקה, מאי שנא מבחמה (חולין ט, א) דאיתא קמן ואפילו הכי לא בדקינן לה בכולהו טריפות אלא מוקמינן לה אחזקה.

ויש לומר, דשאני בהמה שהיא בחזקת כשרה משנולדה, אבל בית כל השנה בחזקת שאינו בדוק הוא".

כלומר, לדעת הבית יוסף, רק באופן שיש חזקת איסור, ישנו חיוב של בדיקה. ולכן, בית שחזקתו שיש בו חמץ חייב בדיקה, אך בהמה שאין לה חזקת טריפה אינה חייבת בבדיקה.

אמנם, הב"ח שם דחה את דבריו, וכתב:

"ולא ידעתי טעמו, דכיון דסמכין על חזקתו בדוק כשאנו לפנינו, אם כן כשישנו לפנינו נמי, ואי לא הוי חזקה גמורה, אם כן גם באינו לפנינו נצריכנו לבדוק.

אכן העיקר, דבהמה שאני שחזקת כשרותה ממילא היא, מה שאין כן בבית בדוק דאינו אלא על ידי שיבדקנו הבעל הבית, ואפשר שעל ידי שום סיבה, שלא בדקו, לכך צריך למישייליה. ומטעם זה בשוחט אי איתיה לקמן צריך למיבדקיה ואין סומכין ארוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן (חולין ג, ב), כיון דהחזקה אינה ממילא אלא על ידי שלמד הלכות שחיטה".

נמצא שהב"ח תרץ על קושית הבית יוסף באופן שונה. דעתו היא כי ישנו הבדל בין חזקה על דבר

שממילא הוא כך, לבין חזקה שנעשה מעשה, שאז חיישינן שאולי בכל זאת לא נעשה המעשה משום סיבה כלשהי, משום כך אם אפשר צריך לברר. דבריו יבוארו להלן בהרחבה.

מנגד, המגן אברהם (שם סק"ד) שהובאו דבריו לעיל, קיבל את דברי הב"י, וכתב בזה"ל:

"ולא סמכינן אחזקה היכא דאיכא לברורי כמו שנפסק ביו"ד סי' א. ולא דמי לבדיקה דלא בדיקין אחר כל י"ח טריפות וסמכינן אחזקה, דהתם לא היה לו מעולם חזקת טרפות, אבל הכא כל השנה היה בחזקת חמץ, ובחזקת בדוק אתה בא להוציאו מחזקת חמץ, לא סמכינן עליה לכתחלה דומיא דשחיטה, דבהמה בחייה בחזקת איסור אבר מן החי עומדת, עיי"ש. כן נראה לי בפירוש דברי הרב בית יוסף דלא כב"ח, ועמ"ש סוף סי' תלז".

אלא שבספר בינת אדם (שער רוב וחזקה סימן ט) ציין לדברי התוס' בחולין שמשמע משם שהתוס' חולקים על סברת הבית יוסף.

בגמ' שם נאמר בזה"ל:

"אלא אמר רבא, הכי קתני הכל שוחטין ואפילו כותי, במה דברים אמורים כשישראל יוצא ונכנס, אבל בא ומצאו ששחט, חותך כזית בשר ונותן לו, אכלו, מותר לאכול משחיטתו, לא אכלו, אסור לאכול משחיטתו".

כותי ששחט, ואין אנו יודעים האם שחט כראוי, צריך לחתוך חתיכת בשר ולתת לו לאכול, ואם יאכל הרי זו ראייה ששחט כראוי. הטעם הוא, שכותים חשודים להכשיל אחרים, אך אינם חשודים לאכול איסור בעצמם. וכתבו התוספות במסכת חולין (ג, א), וז"ל:

"ואם תאמר, כיון דרבא מדמה שחיטה ליון נסך, בא ומצאו לישתרי בלא חותך כזית בשר ונותן לו, כמו ביון נסך דשרי במתניתין בפרק ר' ישמעאל (עבודה זרה ס, ב) בעובד כוכבים שנמצא בצד הבור כשארין לו מלוה עליו (כי כאשר יש לו מלוה על היהודי, יש חשש שיגע הנכרי ביון, כיון שידוע שהיון הוא האמצעי לגביית חובו ונדמה בעיניו כיון שלו). ויש לומר כדפרישית לעיל כיון שיכול לברר על ידי כזית בשר יש לו לברר".

וכתב הבינת אדם (שער רוב וחזקה סימן ט) בזה"ל:

"ואמנם ריש חולין דף ג תוספות ד"ה אבל בא, שהקשו למה בשחיטת נכרי (צ"ל: כותי) צריך לחתוך כזית בשר, וביון נסך במצא נכרי בצד הבור מותר בלא בדיקה, ולא תירצו דשאני התם דיש חזקת איסור בבהמה, מה שאין כן במצא נכרי בצדו שיש חזקת היתר ליון. אלא ודאי משמע דתוספות לא סבירא להו חילוק זה, אלא דלעולם צריך לברר לכתחילה".

הבינת אדם מוכיח אפוא מדברי התוספות שלדעתם חזקת איסור אינה נימוק וטעם המחייב בירור בחזקה ורוב, ובהכרח כי לשיטתם החילוק הוא אחר, וגם כאשר ישנה חזקת איסור, ישנם מקרים שאין צריך לברר.

אמנם מאידך כבר הבאנו לעיל כי כסברת הב"י מצינו שכתב הרשב"א שם (חולין ג, א) בשם הרמב"ן, וז"ל:

"ויש דברים הרבה שסומכין על הרוב בדיעבד, וצריכין בדיקה היכא דאיתנהו קמן. כגון בדיקת סכין שלאחר שחיטה, ובדיקת ריאה שצריכה בדיקה בדאיתיה קמן, והיכא דאזלא לה כגון שנטלוה זאבים סומכין בה על רוב בהמות שאינן נטרפות כדאיתא לקמן (ט, א), וגם זו כאחת מהן, שאין אוסרין אותה בדליתיה לשוחט קמן, ובדאיתיה בדקינן ליה. וסברתן של גאונים ז"ל תורה היא ואין לזוז ממנה.

וסעד לדבריהם הביא הרמב"ן ז"ל **דהא איכא חזקה דאיסורא דבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת, ומן הדין היה שלא תצא מחזקתה אלא בידיעה ודאית ולא שנסמוך על הרוב, אלא משום קולא דבהמה לא איתרעי שהרי שחוטה לפניך, סמכינן ארובא, ודי אם נסמוך בכך היכא דליתיה קמן**.

לקמן נרחיב בדברי הבינת אדם.

האם גם באיסור דרבנן חייבים לברר במקום רוב

יש לברר האם כל האמור הוא באיסורים דאורייתא, אבל כאשר האיסור שעליו אנו מסופקים, הוא איסור מדרבנן, אין צורך לבדוק.

דהנה, הבאנו לעיל את דברי הפרי מגדים (או"ח אשל אברהם סי' ח סק"א), שכתב בזה"ל:

"והוי יודע דכל היכא דאיכא לברורי מבררין ברוב וחזקה יראה דמדרבנן, דמן התורה אין צריך. דאי צריך, אין סברא לחלק בין מצי לברורי בקל או בטורח, ובכל ענין היה צריך לברר, ועיין חולין (ו, ב) בנגע דלמא אדמפיק בציר ליה שיעורא. ובחידושי הרשב"א שם (ד"ה ומיהו), **ולפי זה בטלית משי ויש לו אחר לברך, ועשה דגדילים אין בו מן התורה** (לשיטת המחבר סי' ט סעי' א), **יש לומר דאין צריך לבדוק ולברורי, דברבנן לא החמירו**..."

מדברי הפרי מגדים נמצא שמכיון שכל חיוב הבדיקה אינו אלא מדרבנן, לא הצריכו לבדוק כאשר הנושא הנידון הוא רק מדרבנן.

אלא שיש להקשות על כך, שהרי כבר הבאנו לעיל כי מצינו דין זה גם לענין בדיקת חמץ בבית שאנו מסופקים האם בדקו אותו מחמץ. וז"ל הבית יוסף (או"ח סי' תלז):

"וכתב הר"ן (א, ב ד"ה גרסינן), ואפילו הכי כיון דפשטה רב נחמן ובדרבנן הוא, דאי מדאורייתא בביטול בעלמא סגי ליה (ד, ב) נקטינן כוותיה דחזקתו בדוק. **ומיהו אי איתיה למשכיר שיילינן ליה**..."

נמצא שגם אם כבר ביטלו את החמץ וחיוב הבדיקה הוא רק מדרבנן, עדיין צריך לשאול ולברר, וזה בניגוד לדבר הפרי מגדים.

והנה, גם הפרי מגדים עצמו שם (אשל אברהם סק"ד) כתב כדברי הבית יוסף בשם הר"ן, ולכאורה סותר הוא את משנתו, שכך כתב וז"ל:

"אבל הפרי חדש כאן (אות ב) האריך, וכן כתבתי בספר גינת ורדים (כלל סב) ופרי מגדים (פתיחה כוללת ח"א אות ד) ושושנת העמקים (כלל יב ד"ה ועתה וד"ה ודע) **דכל דבקל, מבררין ברובא גם כן, על ידי שאלה, ואף בדרבנן, כמו שכתב הבית יוסף בשם הר"ן כאן דאף בבטלו שיילינן ליה**..."

כך כתב הפמ"ג גם בפתיחה כוללת (חלק א אות ד) וז"ל:

"**וכל היכא דאיכא לברורי בקל מבררין אף בספק דרבנן, בריש פסחים (ד, א) למאי נפקא מינה נשייליה, והדברים ארוכים אין עת האסוף פה**".

ויתכן לחלק בין חיוב בגד משי בציצית, שכל עיקר חיובו הוא מדרבנן בלבד, לבין בית שחל עליו איסור בל יראה ובל ימצא מדאורייתא, אלא שאם מבטל את החמץ נשאר עליו רק איסור מדרבנן (ועי' עוד בדבריו של הפמ"ג בשושנת העמקים כלל יב). וצריך עוד עיון.

מקרים שלא חייבים לבדוק

על אף האמור לעיל, ישנם מקרים בהם אין צורך לברר, גם אם קיימת אפשרות כזאת. נציין מקורות לכך.

דהנה, הבית יוסף יו"ד (סימן לט אות א ד"ה כל טריפות) כתב בזה"ל:

"כל טריפות שמנו חכמים בבהמה ובעוף אין צריך לבדוק אחריהם, דחזקת בהמה חיה ועוף כשרים הם וכו', אלא שהצריכו לבדוק הריאה כשהיא לפנינו, לפי שהסירות מצויות בה. ובעל התרומה כתב דאפילו אינה לפנינו יש לחוש וכו' ולא התירו אלא בגדיים וטלאים וכו'.

בפרק קמא דחולין (יא, א) גבי מנא הא מילתא דאמור רבנן זיל בתר רובא, כתב רש"י (יב, א ד"ה פסח) ואהא סמכינן ולא בדקינן כל י"ח טריפות, ונקובת הריאה משום דשכיח בה ריעותא בדקינן, והיכא דאיתרמי דאיפרק ריאה ולא בדק מתאכלה, דסמכינן אהא וארב הונא (ט, א) דאמר נשחטה בחזקת היתר עומדת, ואין מפרסמין הדבר עכ"ל.

וכן פסק בשו"ע יו"ד הלכות טריפות (סי' לט סעי' א) וז"ל:

"אין צריך לבדוק אחר שום טריפות מן הסתם, חוץ מן הריאה צריך לבדוק בבהמה וחיה אם יש בה סרכא (ריב"ש ורי"ף חביב ועוד פוסקים) וכל הפורץ גדר לאכול בלא בדיקה, ישכנו נחש".

ויש לבאר באלו אופנים צריך בדיקה על פי ההלכה ובאלו אין צריך, ומדוע לא חייבו לבדוק האם הבהמה טריפה.

ונראה, דהנה הבאנו לעיל שבמקום שיש טרחה מרובה או הוצאה גדולה, לא אומרים שצריך לברר. סברא זו הובאה במגן אברהם לעיל לגבי ציצית, שאם בדיקתו תגרום לו להתבטל מתפילה במניין, אינו צריך לבדוק את הציצית. נראה שזה הטעם גם לאי בדיקת כל שאר הטריפות. נבאר את הדברים.

לעיל הובאו דברי רש"י (חולין יב, א ד"ה פסח) שכתב שדווקא בבדיקת הריאה החמירו לבדוק אותה, ואף על פי שאפשר לסמוך על הרוב, משום שטריפה זו מצויה יותר משאר טריפות וחוששין למיעוט המצוי.

ובפרי מגדים בפתיחה לסימן לט הביא את דברי רש"י, והקשה על ההלכה הנ"ל:

"הנה קיי"ל בחולין יב, א דאזלינן בתר רובא, ופירש"י ד"ה פסח דהלכה למשה מסיני דזיל בתר רובא או מאחרי רבים, ואין חילוק בין איתא קמן או ליתא קמן, ואהא סמכינן ולא בודקינן אחר ח"י טריפות, ונקובת הריאה (כן בודקים משום) דשכיח בה ריעותא, והיכא דלא בדק כשירה וסמכינן ארב הונא ואין מפרסמין עכ"ל. הנה כן קיימא לן דלא בודקינן אחר ח"י טריפות.

ויש לראות אמאי, הא כל היכא דאיכא לברורי מבררין, כדמוכח ריש פסחים המשכיר כו', וההיא דרוב מצוין ואי איתא צריך בדיקה לשואלו... ואם היינו אומרים דהוה מיעוטא דמיעוטא, וליכא למימר כהאי גוונא סמוך (מיעוטא לחזקת איסור) כו'... אלא דאם כן איך יליף בחולין דניזיל בתר רובא מעולה ועגלה ושאר לימודים, דשאני הני דמיעוטא דלא שכיח, ואף רבי מאיר מודה... וצ"ע.

והנכון בזה כמו שכתב המנחת יעקב כלל נט אות ח דכל היכא דאיכא טירחא אין צריך לברורי אף בחזקה, והיכא דליכא טירחא אף ברוב והוא הזין ספק ספיקא דהוה כמו רוב צריך לברורי יע"ש, ומשום הכי בדיקת ח"י טריפות הוה טורח גדול וסמכינן ארובא..."

ובערוך השולחן יו"ד (סי' לט סעי' א) כתב:

"כל הטריפות שמנו חכמים אין צריך לבדוק אחריהן, דחזקת בהמה חיה ועוף כשרים הם, שרוב בעלי חיים בריאים וכשרים הם (טור ועי' ב"ח), וכיון שנשחטה שחיטה כשרה הרי בחזקת היתר עומדת, עד שיוולד להן דבר שחוששין לו ובודקין על אותו דבר בלבד (רמב"ם פ"א ה"ג).

וחזקה זו באה מכח רוב, שרוב כשרות הן ורובא דאורייתא דכתיב (שמות כג, ב) אחרי רבים להטות. ואף על גב שאפשר לבדוק כל הטריפות, מכל מקום זהו הלכה למשה מסיני לסמוך ארובא אפילו היכא דאפשר לבדוק (רש"י חולין יב, א ד"ה פסח), ואף על גב דבכמה רובות החמירו חז"ל ואמרו כל היכי דאיכא לברורי מבררין, כמו ברוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן כמו שכתבנו בסי' א, זהו כשאפשר לברר בנקל דליכא טירחא, אבל כשיש טירחא רבה, לא אמרין כן, ואי מצרכין לבדוק אחר כל הטריפות אין לך טירחא מרובה מזה (פמ"ג בשם מ"י), לפיכך אין בודקין אחר כל הטריפות אלא אם כן רואין דבר שיש לחוש עליו, בודקין אותו דבר בלבד כמו שנתבאר".

לפי דבריהם, החילוק בין בירור שאין בו טרחה לבין בירור שיש בו טרחה, קיים גם בבדיקת טריפות, בדיקת כל הטריפות וחיפוש אחר נקב כל דהו, היא טירחא מרובה, ולכן הצריכו רק את בדיקת הריאה, שבה הבעיה מצויה יותר.

מקור הפטור מלברר במקום טורח

כאמור הפמ"ג (יו"ד פתיחה לסי' לט) כתב בשם המנחת יעקב שבמקום שיש טירחה בדבר, אין חיוב לברר. בספרו גינת ורדים (כלל סב) הביא הפמ"ג מקור לדין זה, מדין הבירור לענין בדיקת חמץ שהובא לעיל, וז"ל:

"אמנם עיקרן של דברים אלו, דודאי היכא דאפשר לברורי בקל ודאי מבררין ולא סמכין אחזקה, כמו התם דיכולין לשאול פי המשכיר, אבל היכא דליתיה למשכיר אי סמכין אחזקה אין צריך למבדק כולא ביתא, אף דבידו לברורי... אפילו הכי מוקמינן אחזקה, כיון דטירחא מילתא לחזור ולבדוק, ולא אמרו לשיייליה אלא היכא שהוא בקל, ואף בזה נראה שהוא מדרבנן וכמו שכתבתי מעיקרא".

וכבר מובאת ראיה זו בקצרה במנחת יעקב (כלל נט ס"ח) עצמו, וז"ל:

"... וחילוק זה מוכרח הוא מש"ס דפסחים דף ד ע"א, דבעי מיניה מרב נחמן בר יצחק המשכיר בית לחבירו חזקתו בדוק או לא, למאי נפקא מינה לשיייליה, דליתא קמן דלשיייליה, לאטרוחי להאי מאי, ע"כ. הרי להדיא דפשוט להש"ס דכל היכי דאיתא קמן אף דחזקתו בדוק מכל מקום צריכין למשייליה, מה שאין כן לענין אטרוחי אין צריך".

ראיתם היא מכך שכאשר המשכיר אינו לפנינו, סומכים על החזקה ופוטרים את השוכר מבדיקה, למרות שגם עכשיו יכול השוכר לבדוק את הבית אם יש בו חמץ, ובכך לצאת מידי ספק. אלא שכיון שהבדיקה כרוחה בטירחה, אינו מחוייב בה, וכלשון הגמ' בטעם הנידון "לאטרוחי להאי מאי", ורק כאשר המשכיר נמצא ואפשר לשאלו בקלות האם הבית נבדק, או אז ישנה חובה לשאול ולברר, ואין לסמוך בכהאי גוונא על החזקה.

דימוי הפטור מבירור בטורח מרובה לדין יש לו מתירין

והנה, בתשובת חתם סופר נשאל לגבי אשה שמת בעלה, והודיעו לה שיש לו אח במקום רחוק, האם חייבת להגיע לשם בכדי לברר את הדבר. ופסק, שאם השמועה היא על מקום מסוים, שאפשר לשלוח

לשם מכתב ולברר בקלות, ודאי חייבים לברר, אבל אם הדבר מצריך נסיעה הכרוכה בטירחה ובהוצאה גדולה, יכולים להסתמך על החזקה. מקור דבריו על פי הסוגיא שהובאה לעיל ממסכת קידושין, שכאשר ישנו ספק על כהן האם הוא בעל מום, אומרים "שלח אחוי", היינו, פשוט את בגדיך והוכח שאינך בעל מום. ולמד משם החתם סופר, שרק אם ניתן בקלות לבדוק, מחוייבים לברר.

וכך מובא שם בשו"ת חתם סופר (אבהע"ז ח"ב סי' סז), וז"ל:

"... דמיירי שאומרים שהעדים המה במקום ידוע ואפשר לברר, נראה לי דכולי עלמא מודים בכי האי גוני סגי בקלא בעלמא אפילו על ידי אשה וקטן. למה זה דומה לאומר לו עד אחד בא ואראך נתנסך יינך, דקיימא לן צריך לחוש לדבריו אפילו באתחזק, וילפינן ליה מהא דשלח ואחוי כמו שכתבתי במקום אחר והארכתני שם. והכא נמי דכוותיה כיון דמורים באצבע על מקום, הוה ליה כמו שלח ואחוי. וזה ברור לפי עניות דעתי ולא יחלוק שום אדם בזה..."

ובהמשך כתב בזה"ל:

"כל זה אם תשיגנו תשובה מקאפין האגין, אמנם אם לא נשיג תשובה מהם, או להתלמד במקום אחר כיוצא בזה במקום שאין בי דואר קביע לכתוב שם, אם תצטרך ליסע לשם לברר הדבר או לא, כי האשה עניה והדרך רחוק יותר מק"ן פרסאות וצריכה לעבור ימים גם כן, ובלי ספק שיותר נוח לה להשאר עגונה מליסע מסעות כאלו.

על כן נראה לי דלכאורה מה דפשיטא לי לעיל דהיכי דנפיק קלא שהיבם במקום ידוע כולי עלמא מודו מסברא דהוה ליה כמו שלח ואחוי, אשדי ביה נרגא, דהא מן התורה בודאי לא מהימן עד אחד כלל נגד החזקה, ואהא דהך שלח ואחוי אין שום פסוק או ראיה בש"ס, אלא הש"ס אומר כן בקידושין סג ע"ב גבי בעל מום מסברא, ועל כרחך היינו טעמא עד שתאכלהו בספק איסור אכלהו בהיתר, כיון דאיכא לברורי, כמו ביש לו מתירין. ואם כן ביש לו מתירין הא קיימא לן בהוצאה מרובה וטרחא גדולה לא אמרינן הך סברא, ואם כן הכא נמי לא נימא שלח ואחוי אלא בכגון הך דבעל מום..."

אלא על כרחך משום שאינו בקל לשלוח אחר העדים ולברר כיון שאינם בפנינו.... רק דאמרינן מסברא לא יחלוק שום אדם דצריכים לברר היכי דאיכא לברורי, מכל מקום אנן נאמר דזהו לא מקרי איכא לברורי ליסע דרך רב ולעבור ימים ולסכן נפשה... ואף על פי שהוא זה סברא בעלמא, מכל מקום כיון דנראה לי ברור דלא שייך שלח ואחוי אלא בהוצאה מועטת..."

החתם סופר חידש מסברא, כי מכיון שלא מצינו שום מקור או פסוק לדין "שלח ואחוי", כי כאשר אפשר לבדוק אין סומכים על החזקה, על כרחך שדין זה הוא מסברא, כמו הדין של "יש לו מתירין", משום ש"עד שתאכלנו באיסור תאכלנו בהתר", וכמו ששם הדין הוא שאם ההתר מצריך הוצאה וטירחה מרובה, לא נחשב כיש לו מתירין, הרי גם כאן כל הדין לברר הוא כאשר הדבר הוא כדוגמת "שלח ואחוי", שהאדם לפנינו ויכול לפשוט בגדו ולברר, אבל אם אין דרך לברר אלא בהוצאה וטירחה מרובה, אין חיוב לברר.

האם אדם חייב להעיר את אשתו כדי לברר

מצינו סברא דומה גם בהלכות נידה, שאם אינו יודע שאשתו טהורה, אין צריך לשאול אותה, אם יש בזה טירחה.

בשו"ע יו"ד (סי' קפד סעי' יא) נפסק:

"אשה שיש לה וסת לימים לבד, והגיע שעת וסתה, אסור לבא עליה עד שישאלנה. ואם אין לה וסת, יום ל' לראייתה הוי כהגיע שעת וסתה. ואם שהתה אחר הוסת שיעור שתספור ותטבול, יבא עליה ואין צריך לשאול".

והמנחת יעקב בתורת השלמים (סי' קפה סק"א) הקשה למה לא נחייב אותו לשאול אותה, כמו בכל מקום דאיכא לברורי, וז"ל:

"אבל קשה לפי מה שכתבתי לעיל [מנחת יעקב] כלל נט ס"ק ח ובקונטרס הספיקות [סוף ס"ק מה] דאף דהיכא דאיכא ספק ספיקא לא מתירין היכי שיש תקנה בשאלה, אם כן אמאי מתירין לעיל אף בלא שאלה".

ובפרדס רימונים (סי' קפד שפתי חכם ס"ק לא) תירץ על פי דברי המנחת יעקב עצמו המובאים לעיל, וז"ל:

"אמנם לדידי חזי לי דלא קשה מידי, דהא הרב בהגה בסי' קי פסק דבספק ספיקא אין צריך לברר עי"ש, וכבר הקשה זה המנחת יעקב בתו"ח כלל נט סק"ח אהא דמשמע מכמה דוכתי דצריך לברר, ותירץ דהיכא דאיכא טירחא אין צריך לברר, מה שאין כן היכא דאפשר לברר בדיבור בעלמא לשאול צריך לברר עי"ש, מעתה אתי שפיר כאן... ובישינה הרי איכא טירחא להקיצה וכמו שכתב רש"י בדף יב, א ד"ה ערה, והיכא דאיכא טירחא אין צריך לברר כנ"ל".

כמקור לדבריו שלהעיר את האשה חשיב טירחא, ציין לדברי רש"י בנדה (יב, א) אשר כתב לענין דין אחר (חובת הבדיקה באשה שיש לה וסת שלא בשעת וסתה) בזה"ל:

"ערה - דחזיא לעסוקי בטהרות בעיא בדיקה לבעלה, אי נמי דליכא טירחא לצעורה, אבל ישנה איכא צערא ולא אטרחווה רבנן, אי נמי ישנה דלא חזיא לטהרות אפילו רגילה לעסוק בטהרות לא בעיא בדיקה".

אמנם אף על פי שכפי שהביא הפרדס רימונים עיקר היסוד שאין חיוב לברר במקום טורח, הוא מדברי המנחת יעקב, מכל מקום המנחת יעקב עצמו כאן בתורת השלמים בכל זאת הקשה למה אין חיוב להעיר את האשה ולשאלה אם היא טהורה.

ביאור הדברים מצינו בערוך השולחן (סי' קפד סעי' מט) אשר הביא את דבריהם, וז"ל:

"... דהנה בגמרא אמרו בטעמו של ר"י דאמרין דוודאי טבלה משום ספק ספיקא, שמא לא ראתה ואם תמצי לומר ראתה, שמא טבלה עיין שם.

והקשו הגדולים הא קיימא לן בספק ספיקא דכל היכא דאיכא לברורי מבררין, ואם כן למה לא יברר על פי שאלת פיה (מנחת יעקב - תורת השלמים ריש סימן קפה)...

ויש מי שתירץ, דבאמת רבינו הרמ"א פסק בסימן קי בספק ספיקא דאין צריך לברר, עיין שם בסעיף ט. ואף למי שחולק בזה כמו שכתבתי בסימן קי סוף סעיף צא עיין שם, מכל מקום כשיש טירחא בהבירור וודאי דאין צריך לברר, והכא איכא טירחא להקיצה (פרדס רימונים סקל"א), ואינו מובן לקרא זה בשם טירחא".

הערוך השולחן חולק על תירוצו של הפרדס רימונים, וכנראה זה טעמו של המנחת יעקב, משום שאפשר להעיר את האשה ולשאול את פיה, ואין זה נחשב טרחה לענין ביטול חובת הבירור, אבל אם הייתה טרחה משמעותית יותר, גם הערוך השולחן אינו חולק ומודה שאין צריך לברר, וכמבואר מדברי המנחת יעקב.

להלן נביא כי נחלקו הפוסקים במקומות נוספים ברמת הטירחה המחוייבת לצורך בירור, וכגון בשוחט אשר כבר אינו לפנינו, אבל אפשר לרדוף אחריו ולבדוק, האם חובה לעשות כן, ויתכן שהדברים

מקבילים למחלוקת האחרונים כאן האם מדין הבירור יש חובה להעיר את האשה כדי לשאול.

כשניתן לרדוף אחריו

לעיל הזכרנו שלמרות שרוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם, אם השוחט נמצא בפנינו, צריך לשאול אותו אם יודע הלכות שחיטה. יש לדון אם השוחט הלך, אולם ניתן לרדוף אחריו ולהשיגו, האם יש לטרוח ולהשיגו כדי לברר אצלו. הפוסקים דנו בדבר.

הב"ח (יו"ד סי' א) כתב:

"כתב הראב"ן סימן רה (דף קא, ב) דנראה לי דאף רבינא (בלישנא קמא בחולין ג, ב) לא אמר דאם שחט בודקין אותו אלא כשהוא לפנינו, אבל אם אינו לפנינו ולא מצינן למירדף בתריה ולמיבדקה, אף רבינא מודה דסמכין ארוב מצויין אצל שחיטה מומחין ועיי"ש.

ולפי זה לדידן כשאנו לפנינו, אוכלין משחיטתו אפילו מצינן למירדף אבתריה, דסמכין על הרוב ולא מטרחינן למירדף אבתריה, והכי נקטינן."

לדעת הראב"ן, גם לשיטת רבינא בלישנא קמא שם (חולין ג, ב) שאין סומכים על רוב מצויים אצל שחיטה מומחים, ואם לא יודעים אם הוא מומחה אסור לאכול משחיטתו, הכוונה רק באופן שאפשר לרדוף אחרי השוחט ולברר. מכך למד הב"ח כי להלכה דקיימא לן שכן סומכים על הרוב, הכוונה שאין צורך אפילו לרדוף אחריו ולברר, ומה שכתבו הפוסקים שכן יש חיוב לברר, זה רק כאשר השוחט נמצא לפנינו ממש.

והש"ך שם (יו"ד סי' א סק"ה) הביא דבריו ופקפק בהם, וז"ל:

"אבל אם הוא לפנינו כו', ז"ל הב"ח, כתב ראב"ן דנראה לומר דאף רבינא לא קאמר דאם שחט בודקים [אותו] אלא כשישנו לפנינו ומצינן למיבדקה כו', ולפי זה לדידן **כשאנו לפנינו אוכלים משחיטתו אפילו מצינן למירדף אבתריה עכ"ל.**

וקשה לי דהא אמרינן בש"ס (חולין ג, ב) עלה דרבינא, וכולן ששחטו (ואחרים רואין אותו, שחיטתו כשרה) אהייא אילימא אחש"ו, עלה קאי, ואם שחטו מיבעי ליה. אלא אשאין מומחים, בבודקים אותו סגי [פירוש למה לי אחרים רואים אותו] דליתיה קמן דליבדקה. הרי דלרבינא אף על פי דליתיה קמן דליבדקה שחיטתו פסולה כשאין אחרים רואים אותו.

ויש ליישב דהא דמשני דליתיה קמן כו' איירי כשרודפים אחריו מגיעים אותו אלא שאינו לפנינו, וקאמר תנא דמתניתין דאין צריך לרדוף אחריו. והוא דוחק ומדברי שאר פוסקים לא נראה פירוש זה."

הש"ך תמה על פירושם של הראב"ן והב"ח, כי מפורש בגמ' שללישנא קמא אסור לאכול משחיטתו, למרות שהשוחט "ליתיה קמן" ואי אפשר לבדקו, ודוחק לפרש שהכוונה שאינו נמצא לפנינו ממש, אבל אפשר לרדוף אחריו ולבדוק.

והפרי חדש שם (סק"ו) חלק על דברי הב"ח וז"ל:

"ואינו מחוור דכל היכא דמצינן למירדף אבתריה כאיתיה קמן דמי... ואם כן מה שדקדק הב"ח אינו כלום ומטרחינן למירדף אבתריה..."

ולי נראה... מצו למירדף בתריה ולא רדפי, כיון דמעיקר הדין הוה ליה כאיתיה קמן, ובדאיתיה קמן לא סמכין ארוב מצויין... שחיטתו פסולה מדרבנן משום דלא רדפי אבתריה. אבל היכא דליתיה קמן כלל אז סמכין ארוב מצויין."

לדעת הפרי חדש חייבים לברר כאשר ניתן לרדוף אחריו, ואם לא עשו כן ולא רדפו, שחיטתו פסולה מדרבנן, ורק כאשר לא ניתן להשיגו אף אם נרדוף אחריו, ניתן לסמוך על הרוב. לדעתו גם הראב"ן מודה לזה (ודלא כפי שפירש בו הב"ח).

והפלתי (שם סק"ה) כתב:

"ואי מצינו לרדוף אחריהם, למד הב"ח מדברי ראב"ן (סי' רה) דסבירא ליה [ד]אף רבינא סבירא ליה רוב מצוין אצל שחיטה מומחים, רק סבירא ליה אי איתא קמן ומצינו לרדוף אבתריה, לא סמכינן ארוב, ובעי בדיקה. ועל זה קאמר הגמרא וכולן ששטו ואחרים וכו', דליתא קמן. [פירוש] אבל מצינו לרדוף, ומכל מקום באחרים עומדין על גביהן, אין צריך לטרחא זו. והש"ך (סק"ה) כתב שהוא דחוק בפירוש הלזה. ואמת וברור דלכך נתכוון הראב"ן..., ואם כן אינך אמוראי דלא סבירא להו כרבינא, וסבירא להו רוב מצוין וכו', שמע מינה דסבירא להו אפילו מצי למרדף לא צריך, וסמכינן ארוב מצויין וכו'. וזה דוחק לחדש בזה פלוגתא בין אמוראי.

רק הם סבירא להו הואיל ורוב מצוין, מותר לשחוט לכתחילה על סמך הבדיקה שאחר כך, ואם כן תו ליכא למימר אוקימתא דרבינא. **אבל בזה כולי עלמא מודה אם מצינו לרדוף אבתריה, דהוי כאלו לפנינו, וצריך בדיקה.**

והרמב"ן (במלחמות ג, ב) **מדמה זה לבדיקות הריאה, ואילו נאבדה ריאה, ומצינו למרדף ולהשיגה ולבודקה, וכי אינו מחוייבים לעשותו.**

הפלתי מסכים עם הב"ח כי לפירושו של הראב"ן גם ללישנא קמא דרבינא כל האיסור לסמוך על הרוב הוא אם ניתן לרדוף אחרי השוחט ולברר, אלא שנקט הפלתי שדין זה שחייבים גם לרדוף ולברר, הוא פשוט, גם כאן וגם בבדיקת הריאה, ולכן פירש כי החולקים על לישנא קמא דרבינא, לא חלקו בפרט הזה, אלא נחלקו רק אם מותר לתת לו לשחוט, על סמך שיבררו אחרי השחיטה. אבל גוף החיוב לרדוף ולברר, הוא מוסכם ואין בו מחלוקת, דלא כהבנת הב"ח.

ובכרתי שם (סק"ז) כתב בקצרה:

"ודעת הב"ח אפילו מצינו למרדף אבתריה אין צריך, ועיין פלתי (סק"ה) דלא מסתבר, עיין שם".

נמצא שלדעת הב"ח אין צריך אפילו לרדוף אחריו אף שניתן להשיגו והוא בכלל טירחא יתירה שלא הצריכו לבררה כשיש רוב. מאידך דעת הכרתי ופלתי והפרי חדש שמחוייבים לרדוף אחריו.

אלא שבפמ"ג (שפתי דעת סק"ה) כתב שכל המחלוקת היא כאשר אמנם השוחט כבר אינו לפנינו, אבל אפשר לרדוף אחריו בקלות, אך אם המרדף אחריו כרוך בטירחה מרובה, לכולי עלמא אין צורך בכך, מכיון שכאמור כל הדין לברר במקום בו ישנו רוב או חזקה, הוא רק אם אפשר לברר בקלות, וז"ל:

"ומכל מקום הא ודאי דעל ידי טורח לדידן אין צריך למירדף, דכי אמרינן כל היכא דאיכא לברורי מבררינן ברוב או בחזקה, היינו בקל לא על ידי טורח, ואני עתיד לבאר זאת בספר שושנת העמקים אי"ה".

ובדרכי תשובה שם (יו"ד סי' א סקי"ט) כתב:

"כשאני לפנינו, עש"ך, ועיי' שפתי דעת סק"ה שכתבו דהיכא דלא מצינו למירדף אבתריה רק על ידי טורח, לכולי עלמא אין צריך לברר וסמכינן על החזקה עיין שם.

... ועיי' בשו"ת בנין עולם חיו"ד סי' לג אות יא בהג"ה שכתב דאף דקיימא לן רוב מצויים אצל שחיטה מומחים הם, ואם שחט ואזיל לעלמא מותר הבשר, מכל מקום אם יש עדים

שאומרים שיש במקום פלוני עדים שיודעים בו שאינו יודע הלכות שחיטה, צריך לברר. וסיים בצ"ע..."

נמצא לסיכום, שאם המרדף אחרי השוחט כרוך בטירחה יתירה, לכולי עלמא אין צורך לרדוף אחריו, והוא בכלל טירחא יתירה שלא הצריכו לבררה כשיש רוב. לדעת הב"ח אפילו כאשר אין המרדף כרוך בטירחה, אין צריך לרדוף אחריו אף שניתן להשיגו, ורק כאשר השוחט לפנינו יש לבדקו. מאידך דעת הכרתי ופילתי והפרי חדש שבכחאי גוונא מחוייבים לרדוף אחריו.

עוד יש להוסיף, כי לפי מה שנביא להלן מדברי הבינת אדם אשר למד מהראשונים כי כאשר הוא בעיר, חייבים לשאול אותו, לכאורה תתפרש גם המחלוקת כאן האם צריך "לרדוף" אחרי השוחט, היינו לרדוף אחריו כאשר כבר יצא מן העיר, אבל אם הוא בעיר נחשב כנמצא לפנינו, וחייבים לשאול אותו לכולי עלמא.

לעיל הבאנו כי כעין זה נחלקו האחרונים עוד בשיעור הטירחה המחוייבת לצורך הברור, האם אדם חייב להעיר את אשתו כדי לברר אם היא טהורה, או שדבר זה נחשב כבר לטירחה יתירה.

עוד יש לעיין, גם באופן שניתן לבדוק וחייבים לברר, האם אנו נצרכים לברר גם בעזרת בדיקות מדעיות, או שלא חייבו אותנו חכמים אלא לבדוק מה שניתן בדרך הרגילה. נושא זה רחב, ומצריך דיון בפני עצמו, ולא כאן המקום לברר עד תום. נציין בו רק כמה מראי מקומות בקצרה.

בשו"ת משנה הלכות (חט"ז סי' קיד) דן האם אשת כהן מעוברת וספק האם העובר זכר או נקבה, צריכה לבדוק את מין העובר באולטרה סאונד לפני שתכנס באהל המת, או שניתן לסמוך על ספק ספיקא, שמא הוולד נקיבה, ואפילו הוא זכר, שמא הוא נפל, ואינה חייבת לבדוק. וכתב שמכיון שכבר נהגו בדורות שקדמו לסמוך על הרוב, אין אנו צריכים בזמנינו להסתייע בבדיקות שהתחדשו בזמנינו.

רעיון דומה מצאנו בשו"ת אגרות משה (יו"ד ח"ב סי' קמו), כאשר נשאל האם יש חשיבות בדברי הרופאים לקבוע את רגע המוות, שרצה השואל לומר שאין מתחשבים בדעתם כלל, ובתוך דבריו כתב טעם בדבר, אך למסקנה כתב שיש להתחשב בדברי הרופאים, מטעם אחר, ע"ש.

כאמור יש לדון רבות בנושא, ויתכן לחלק בין סברות מדעיות, לבין עובדות מדעיות בדוקות וברורות, כמו כן ישנו הבדל בין מקומות בהם הנושא הוא הגדרות על פי המדע, כגון ההגדרה מהו שרץ שאסרה התורה, או מה נקרא ריבוע, לבין מקומות בהם הבדיקה המדעית היא רק כלי המברר את ידיעת המציאות (ויתכן שזהו חילוקו של האגר"מ הנ"ל). לא קבענו בו מסמרות, ועוד חזון למועד (כל"נ).

מקומות שלא חייבו חז"ל לבדוק אף טרחה

אומנם, ישנם מקומות שגם ללא טירחה, לא חייבו חז"ל אפילו מלכתחילה בדיקה. ונציין מספר דוגמאות.

דהנה, מסכת גיטין (לא, א) מובא במשנה:

"המניח פירות להיות מפריש עליהן תרומה ומעשרות, מעות להיות מפריש עליהן מעשר שני, מפריש עליהן בחזקת שהן קיימין. אם אבדו הרי זה חושש מעת לעת, דברי רבי אלעזר.

רבי יהודה אומר, בשלשה פרקים בודקין את היין, בקידום של מוצאי החג ובהוצאת סמדר ובשעת כניסת מים בבוסר".

כלומר, אם הניח פירות בכדי להפריש מעשרות על סמך אותם פירות, יכול להניח שהם קיימים על פי החזקה. ומשמע, שאף אם יכול לבדוק את הפירות, אינו צריך לבדוקם. עוד אמר רבי יהודה שם שאם הניח יין בכדי להפריש ממנו תרומות ומעשרות על יין אחר, צריך לבדוק שלא החמיץ רק בשלשה פרקים בשנה, ומשמע שבשאר הפרקים אין צריך לבדוק אם היין החמיץ, גם אם אפשר לבדוק ולברר.

וכן פסק הרמב"ם (הלכות מעשר פ"ז ה"ד), וז"ל:

"המניח פירות להיות מפריש עליהן מעשרות, מפריש עליהן בחזקת שהן קיימים, ואוכל ושותה, עד שיעשו כל אותן הפירות שהניח מעשר ונותן ללוי. מצאן שאבדו הרי זה חושש לכל שהפריש ואינו מעשר ודאי".

יש אפוא לברר לברר באלו מקרים הצריכו חז"ל בדיקה לכתחילה, ולא הסתמכו על הרוב או החזקה, ובאילו מקרים לא הצריכו בדיקה כלל, ומהו טעם החילוק.

הבינת אדם הרחוב בדין זה ובחילוק בין נושאים שונים

בספר בינת אדם בשער רוב וחזקה (סי' ט) בנושא: "דין באיזה מקום סומכין על החזקה ואין צריך לברר ובאיזה צריך לברר", ביאר את החילוק בין הנושאים השונים. לדבריו, אם היה ידוע לנו שהדבר היה כשר, יש לסמוך על החזקה מבלי לבדוק תחילה. אך אם לא היה הדבר ידוע לנו בוודאות, ורק אנו מכשירים מפני שסומכים על החזקה, כשיש אפשרות לבדוק, חייבים לבדוק. נביא את דברי הבינת אדם.

בדיקה ובירור בנמצא בעיר

בתחילה פתח הבינת אדם בגוף חיוב הבירור, וז"ל:

"ואמנם במקום שיכולין לברר, כתבו הפוסקים דלכתחילה אסור עד שיברר, כדאמרין בפסחים דאפילו אי חזקתו בדוק אמרינן לשייליה, ומשני דליתא קמן דלישייליה. לאטרוחי להאי מהו. מוכח דאי איתא קמן לא סמכין אחזקה".

וממשיך הבינת אדם וכותב כי אם זה שאצלו אפשר לשאול ולברר, אינו נמצא לפנינו ממש, אבל נמצא הוא בעיר, גם בכהאי גוונא חייבים לשאול ולברר, וז"ל:

"ואפילו אם אינו לפנינו אלא שהוא בעיר, צריך לשאלו כדכתבו תוספות שם להדיא, וכן משמע שם ברש"י ד"ה דליתא להאי וכו'".

כפי שציין, מקור דינו הם על פי המפורש בתוספות שם (ד, ב ד"ה "לאר") כי כוונת הגמ' "דליתיה קמן" היינו כאשר אינו בעיר, ורק אז נחשב הדבר לטירחה שאינו מחוייב בה ויכול לסמוך על החזקה.

כך גם כתב הרא"ש (פסחים פרק א סימן ב) וז"ל:

"ומתוך דברי ר"י משמע אפילו אי חזקתו בדוק כשישנו בעיר צריך לשאול לו. וכן כתב ר' יצחק גיאות ז"ל המשכיר בית לחבירו בארבעה עשר ביום, ואינו יודע אם הוא בדוק או אינו בדוק שואלו, ואם אינו מצוי בעיר שהלך לו, חזקתו בדוק".

וכך היא גם לשון השו"ע (או"ח סי' תלו ס"ב):

"השוכר בית מחבירו בי"ד ואינו יודע אם הוא בדוק, אם הוא בעיר שואלו אם בדקו, ואם אינו בעיר, חזקתו בדוק ומבטלו בלב ודיו".

בבינת אדם כתב כי כך מדויק גם מדברי רש"י. וז"ל רש"י שם (ד, א ד"ה "כגון דליתיה להאי") :

"כגון דליתיה להאי, משכיר למישייליה, ומיבעי לן לאטרוחי להאי שוכר לבדוק מספק, מאי".

נראה לבאר את דיוקו, כי מכך שכתב רש"י כי הטירחה שעליה הסתפקו אם השוכר מחוייב בה, היא הטירחה לבדוק, ולא הטירחה ללכת ולשאול את המשכיר, נראה כי מדובר כאן רק כאשר המשכיר אינו בעיר, ולכן קל יותר לבדוק מאשר להשיג אותו, אבל אם היה המשכיר בעיר, הרי הוא בכלל מה שאמרו בגמ' שאם המשכיר נמצא ודאי חייבים לברר האם אכן בדק, ולא לסמוך על החזקה.

והנה לעיל הבאנו כי נחלקו הפוסקים כאשר השוחט הלך ואינו לפנינו, האם חייבים לרדוף אחריו כדי לבדוק אם הוא מומחה. לפי מה שהביא כאן הבינת אדם מדברי הראשונים והשו"ע כי כאשר הוא בעיר, חייבים לשאול אותו, לכאורה תתפרש גם המחלוקת דלעיל האם צריך "לרדוף" אחרי השוחט, היינו לרדוף אחריו כאשר כבר יצא מן העיר, אבל אם הוא בעיר נחשב כנמצא לפנינו, וחייבים לשאול אותו לכולי עלמא.

אמנם לא מבואר בדברי הבינת אדם מה היא בדיוק הגדרת "עיר" לענין זה, האם כוונתו רק בישוב קטן בו ניתן להגיע בקלות למקום בו נמצא המשכיר או השוחט, או אפילו בעיר גדולה כאנטיוכיא (עי' עירובין סא, ב, וצ"ע).

האם חיוב הבירור הוא רק במקום חזקת איסור

הבינת אדם דן בנושא זה, וכך כתב:

"ודעת הבית יוסף באורח חיים סימן תלז דדוקא במקום שיש חזקת איסור כחמץ וכיוצא בו, אף על גב דאיכא חזקת בדוק. וכן חזקת איסור דבהמה, אף על גב שיש חזקה דרוב מצויין, מכל מקום צריך לברר. אבל בדבר שהוא בחזקת היתר, אין צריך לברר אם אירע בו דבר האוסרו. ולכן אין צריך לבדוק אחר י"ח טריפות, כיון דנשחטה בחזקת היתר עומדת עיין שם.

ואמנם ריש חולין דף ג תוספות ד"ה "אבל בא" שהקשו למה בשחיטת נכרי צריך לחתוך כזית בשר, וביין נסך במצא נכרי בצד הבור מותר בלא בדיקה, ולא תירצו דשאני התם דיש חזקת איסור דבהמה, מה שאין כן במצא נכרי בצדו שיש חזקת היתר ליון, אלא ודאי משמע דתוספות לא סבירא להו חילוק זה, אלא דלעולם צריך לברר לכתחילה".

לעיל הבאנו כי אמנם הב"ח שם נחלק על הבית יוסף, אך לעומתו המגן אברהם (שם סק"ד) יישב את דעת הבית יוסף והסכים עימו.

אלא שהבינת אדם ציין לדברי התוס' בחולין שמשמע שחולקים על סברת הבית יוסף. הדין שם הוא, שכותי ששחט ואין אנו יודעים האם שחט כראוי, צריך לחתוך חתיכת בשר ולתת לו לאכול, ואם יאכל הרי זו ראייה ששחט כראוי. הטעם הוא, שכותים חשודים להכשיל אחרים, אך אינם חשודים לאכול איסור בעצמם. וכתבו התוספות במסכת חולין (ג, א), וז"ל :

"ואם תאמר, כיון דרבא מדמה שחיטה ליון נסך, בא ומצאו לישתרי בלא חותך כזית בשר ונותן לו, כמו ביון נסך דשרי במתניתין בפ' ר' ישמעאל (עבודה זרה ס, ב) בעובד כוכבים שנמצא

בצד הבור כשאין לו מלוה עליו (כי כאשר יש לו מלוה על היהודי, יש חשש שיגע הנכרי ביו, כיון שיועד שהיין הוא האמצעי לגביית חובו ונדמה בעיניו כיון שלו). ויש לומר כדפרישית לעיל **כיון שיכול לברר על ידי כזית בשר יש לו לברר**."

מכך שלא חילוק התוספות בין דיני שחיטה אשר באה נגד חזקת איסור, לבין דיני יין נסך אשר בהם היין נמצא בחזקת התר, למד הבינת אדם כי לדעת התוספות חיוב הבירור אינו תלוי בדוקא בכך שהדבר היה בחזקת איסור.

אמנם כאמור לעיל, כסברת הב"י מצינו שכתב הרשב"א שם (חולין ג, א) בשם הרמב"ן, וז"ל:

"ויש דברים הרבה שסומכין על הרוב בדיעבד, וצריכין בדיקה היכא דאיתנהו קמן. כגון בדיקת סכין שלאחר שחיטה, ובדיקת ריאה שצריכה בדיקה בדאיתיה קמן, והיכא דאזלא לה כגון שנטלו זאבים סומכין בה על רוב בהמות שאינן נטרפות כדאיתא לקמן (ט, א), וגם זו כאחת מהן, שאין אוסרין אותה בדליתיה לשוחט קמן, ובדאיתיה בדקין ליה. וסברתן של גאונים ז"ל תורה היא ואין לזוז ממנה.

וסעד לדבריהם הביא הרמב"ן ז"ל **דהא איכא חזקה דאיסורא דבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת, ומן הדין היה שלא תצא מחזקתה אלא בידיעה ודאית ולא שנסמך על הרוב, אלא משום קולא דבהמה לא איתרעי שהרי שחוטה לפניך, סמכין ארובא, ודי אם נסמך בכך היכא דליתיה קמן**."

סתירות בדין האם בעינין לברורי במקום חזקת איסור

הבינת אדם מביא מקורות נוספים בהם אין חיוב בדיקה, שלכאורה סותרים את תירוצו של הבית יוסף, וז"ל:

"ועם כל זאת (גם לדברי הבית יוסף) עדיין אינו מיושב, שהרי מצינו כמה מקומות דאפילו בדבר שיש לו חזקת איסור ואפילו הכי אין צריך לברר.

בגיטין דף ל (צ"ל: לא, א) המניח פירות להיות מפריש עליהן מעשרות, מפריש עליהן בחזקת שהן קיימין.

עוד שם, רבי יהודה אומר בגי' פרקים בודקין היין דאז הוא מצוי להחמיץ, משמע אבל חוץ לשלושה פרקים הללו אין צריך לבדוק כלל, ומשמע ודאי אפילו אין צריך שום טורח כלל.

וביורה דעה סימן רא סעיף סה מקוה שמימיו פעמים עולין ופעמים מתמעטין, **כשר הדבר לבדוק**. מוכח דמדינא אין צריך לבדוק, אף על גב שיש כאן חזקת טבל וחזקת טומאה. וכן כתב הרשב"א במשמרת הבית דף ה ע"א דסתם מקוה אין צריך למדוד, דמוקמינן אחזקה אף על גב דיש חזקת טומאה."

הבינת אדם הביא כמה דוגמאות של מקומות שבהם אין חיוב בדיקה, אפילו בלא שיש טורח בדבר, וזאת למרות שיש בהם חזקת איסור, הרי כי כאן לא די בחילוקו ותירוצו של הב"י.

והנה אין ליישב ששונים כל הדוגמאות שהובאו כאן משום שכנגד חזקת האיסור של הטבל או של הטמא שבא לטבול במקוה, יש גם חזקת כשרות של המקוה או חזקתם של הפירות. שכן נראה כי זה אינו, משום שהבית יוסף עוסק גם במקרה שיש סיבה להתיר כנגד חזקת איסור, בחזקת איסור של בהמה יש כנגדה את רוב מצויין אצל שחיטה מומחין, וכך גם בבדיקת חמץ אמנם הבית היה בחזקת חמץ, אבל כעת ישנה חזקה כי המשכיר בדק אותו, ואף על פי כן הדין הוא שהשוכר חייב לברר.

אולם יתכן שיש מקום לחלק חילוק זה בתוספת ביאור, דהנה, בכל המקרים שהובאו כאן, חזקת ההתר

היא בעיקר הספק שבו דנים. כגון הפירות שהניח לשם תרומות ומעשרות, שעליהם אנו דנים האם נותרו קיימים. ומשום כך כיון שיש חזקת קיימים על הפירות, אין חובה לברר גם כשיש כנגדה חזקה לאיסור - חזקת הטבל, כיון שיש חזקה להתיר. וכן ביין השאלה היא על היין עצמו אם הוא החמיץ או לא, ומעמידים אותו בחזקתו.

אבל בנידון הבית יוסף בענין החמץ ובדיקתו, אין בגוף הבית חזקה להתיר כלל. וכך הוא אף ביחס לבהמה שעליה הספק, ולה עצמה יש חזקת איסור, אשר מצריכה בירור, בעוד הרוב שהוא סברת ההיתר, אינו בגוף הבהמה שבה אנו מסתפקים, אלא בשוחט אם הוא מומחה. בכהאי גוונא הכריע הבית יוסף לאיסור. ואם כך, לכאורה לא קשה עליו קושיית הבינת אדם.

חילוק בין חזקה שבטבע לחזקה שבאה על ידי מעשה

כאמור לעיל הב"ח שם מחלק בין חזקה שבטבע לחזקה שעל ידי מעשה, וכך כתב שם הבינת אדם בשמו:

"והב"ח כתב לחלק בין חזקה דממילא, כגון חזקת כשרות דבהמה שזה הוא בטבע, מה שאין כן בחזקה שעל ידי מעשה, **חיישינן שמא היה איזה סיבה שעל ידי זה נמנע מלעשות, ולכן צריך לברר**".

לדעת הב"ח רק כאשר הרוב או החזקה אינם המצב הטבעי דממילא, אלא בנויים על מעשי האדם, בזה קיים תמיד החשש שמא מאיזו סיבה נמנע הדבר, ולכן צריך לברר. הבינת אדם מקשה על שיטת הב"ח בזה"ל:

"וגם לזה קשה, שהרי הרשב"א בחידושו ריש חולין כתב ראייה דמצינו דברים שסומכין בהם אחזקה בדיעבד ולכתחילה צריך בדיקה, כדקיימא לן חזקה למיאון, רצה לומר חזקה דרבא דכשהגיע לשנים בידוע שהביא סימנים, ואף על פי כן בודקין לחליצה (ועיין לקמן שער בית הנשים בתשובה דספק קטן מה שכתבתי שם), והרי חזקה דרבא הוא חזקה דממילא, ואף על פי כן צריך בדיקה".

אחת הדוגמאות שהביא הרשב"א בחולין (ג, א) לחיוב הבדיקה, היא מ"חזקה דרבא" (נדה מח, ב) כי קטנה אשר הגדילה בשנים, חזקה שגם הביאה סימנים, ואף על פי כן ישנו חיוב לבדוק. הרי כי למרות שחזקה זו היא טבעית ואינה תלויה במעשה, בכל זאת יש בה חיוב בדיקה, ודלא כחילוקו של הב"ח.

שיטת הבינת אדם - ג' סוגי חזקות

לאחר כל הדין ודברים מסיק הבינת אדם כדעת הב"ח. וז"ל:

"ולכן נראה לי דדברי הב"ח הם אמיתיים, ויסולק כל מה שהקשה עליו המגן אברהם בסימן ח כמו שנכתוב אם ירצה ה' בסימן יב. רק נקדים לברר ונאמר **שיש ג' מיני חזקות**:

א. **דבר שחזקתו הוא ממילא**. כגון חזקת טבל ואדם שנטמא ובהמה בחייה וכיוצא בו.

ב. **חזקה שעל ידי מעשה**. כגון שבדק הסכין והוא יפה, ועשה הציצית בהכשר וכיוצא בו, דכיון שעשה בו המעשה הרי הוא בחזקתו שלא נפסד ונתקלקל.

ג. **הדבר שהוא בחזקת איסור עד שעושין לו הכשר שיוכשר**. כגון, מצא תרנגולת שחוטה, וחבר שמת והניח מגורה פירות בני יומן, ובית שהוא בחזקת חמץ אף שההכשר בא על ידי מעשה ושמא לא נעשה המעשה. ואמנם קים להו לחכמים שרוב או חזקה שעושין כך, כגון

רוב מצויין אצל שחיטה, וחזקה על חבר שאינו מוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן, והכל חברים הם אצל בדיקות חמץ, וכיון שאנו יודעין שרוב בני אדם עושין כך, סמכין על זה כאילו ראינו בעינינו שעשה זה כמו שכתבתי לעיל סימן ו'.

והנה בודאי היותר טובה ובריאה היא חזקה ממין ב', ששם אין להסתפק כלל אם נעשה, שהרי ראינו בעינינו שהסכין הוא יפה ושהציצית הם בהכשר. מה שאין כן במין ג' אף שידענו וקים לנו שנעשה כך, מכל מקום יש לומר שמא נזדמן איזה סיבה ולא נעשה, כדאמרין בירושלמי הביאו תוספות בעבודה זרה דף מא ע"ב בחבר שמת, דדוקא כשמת בישוב הדעת עיין שם. ובודאי כמו כן יש מניעות הרבה, ואף שכתבנו לעיל סימן ו' דאדרבה חזקה זו יותר טובה אפילו מרוב היינו לענין דיעבד, אבל לענין לכתחילה לסמוך עליה שבודאי כן הוא, ודאי דמין חזקה ב' עדיף..."

עיקר החילוק הוא בין חזקה שנשאר המצב שראינו ובין חזקת רוב וסברא שכך קרה

ומבאר הבינת אדם את החילוק:

"והנה אחר שראינו בעינינו שהיה הסכין בדוק ויפה והציצית נעשים בהכשר, לא חיישינן כלל שמא נפגם או נפסק, דקיימא לן דלשמא מת לא חיישינן לכולי עלמא... ולא שייך בזה אפילו הטעם שכתב הרשב"א במשמרת הבית דלכן הצריכו הגאונים בדיקה לכתחילה דהוי כמעלים עין מן האיסור, דכיון דידענו שהיה יפה, הוי כאילו אנו רואין עכשיו שהוא עדיין כך ולא חיישינן כלל.

מה שאין כן בדבר דלא ראינו בעינינו שנעשה כך, כחזקת חבר, אף שכשיש טורח בזה אין צריך לשאול כלל כדמשמע להדיא... מכל מקום אם יוכל בקל לשואלו מחויב כדי שלא להעלים עין מן האיסור, כמו שכתב הרשב"א במשמרת הבית".

בהמשך מפרט הבינת אדם דוגמאות לפי חילוקו והכלל זה, ומבאר באלו מקרים יש לברר, וז"ל:

"ומעכשיו נציע המקומות אשר עלה בזכרוננו לפי מיעוט ידיעתי בש"ס ופוסקים מה שצריך בדיקה ושאינו צריך.

המקומות שהצריכו חז"ל בדיקה, חזקת בדוק באורח חיים סימן תלו, וחזקת חבר כתבו תוספות בפסחים דף ד שאין צריך לשואלו, דבודאי הפריש שלא יבוא לידי מכשול, משמע הא בלאו הכי, מן הדין צריך לשואלו... רוב מצויין אצל שחיטה ביורה דעה סימן א, חזקת בנות ישראל בודקות חלוקיהן ביורה דעה סימן קצ דאם היא בעינינו צריך לשאלה, בודקין לחליצה ולמיאון ולעדות בחושן משפט סימן לה ובאבן העזר סימן קסז. דוק ותשכח **שכל זה הוא שלא ראינו בעינינו שהוא כך, אלא דיש חזקה או רוב**, ובדיעבד סמכין על זה אבל לכתחילה צריך בדיקה.

ודברים שמצינו שאין צריך בדיקה כלל אפילו לכתחילה, הוא המניח פירות להפריש עליהן בגיטין פרק ג וכן פסק הרמב"ם בהלכות תרומה ומעשר (ועיין תרומות פרק ד משנה ב בתוספות יום טוב ור"ש שם), ולא מבעיא דאין צריך לבדוק אם נאבדו או נגנבו, דלזה בודאי דלא חיישינן דהוי חזקה דממילא ומיעוט על ידי מעשה, אלא אפילו לחוש שמא החמיץ מצד עצמו, אפילו הכי לא חיישינן, כדאיתא שם בג' פרקים בודקין היין, אבל חוץ לג' פרקים הללו לא חיישינן. תפילין ומזוזות באורח חיים ויורה דעה, ופירות שאין דרכן להתלע ביורה דעה סימן פד עיין שם בט"ז, ואשה אחר טבילתה אין צריכה לבדוק שמא יש עליה דבר חוצץ בסימן קצט, ואשה שיש לה וסתות בסימן קפד עיין שם בט"ז, וסכין המיוחד לשחיטה בסימן יח שכתב הרשב"א... ומקוה שמימיו לפעמים עולין ויורדין כתב הר"ן דכשר הדבר לבדקה ולא מדינא, וכן סתם מקוה אין צריך שום בדיקה כמו שכתב במשמרת הבית דף ה

ע"א, ואשה שיש לה מכה דאין צריכה לראות אם דם מכתה משונה... ולפי זה מה שאין בודקין אחר ח"י טריפות צריך לומר משום טירחא...

יצא לנו דבדבר שראינו בעינינו שהוא כך לעולם הוא בחזקתו ולא חיישינן כלל למקרה שמא נשתנה, ולכך לא צריך שום בדיקה אפילו בלא טורח כלל. אבל בדבר שאנו סומכין על רוב וחזקה שמסתמא הוא כך, צריך בדיקה לכתחילה אם אין בו טורח."

נמצא כי אם החזקה עליה אנו באים לסמוך, היא מכח מה שכבר ידענו פעם אחת שהדבר כשר, ישנה חזקה דמעיקרא שהמצב לא השתנה, ואין צריך בדיקה אפילו לכתחילה, ואפילו בלא טירחה. וזו הסיבה לגבי סכין שנבדק והוכשר שאין צריך לבדוק, וכן פירות שהניחם להפריש מהם מעשר, שנשארים בחזקת שהם קיימים. אולם אם אין לנו חזקה דמעיקרא, רק שאנו מסתמכים על כך שרוב הפעמים הוא כשר, אם ניתן לבדוק, מחוייבים לבדוק כשאין בכך טירחה (כדלהלן מיד בסמוך). ולכן, אף על פי שרוב מצויים אצל שחיטה מומחים הם, צריך לברר. וכן אם שכר בית ואינו ידוע אם הבית בדוק, חייב לשאול למרות שחזקתו בדוק.

אלא שלפי זה הוצרך הבינת אדם לומר שמה שאין בודקים את כל הי"ח טריפות בבהמה, היינו רק משום שיש בזה טירחה, וכפי שכתב, שהרי שם אין חזקת כשרות. וכבר ראינו לעיל שכך נקטו גם בפרי מגדים ובערוך השולחן.

חזקה שנעשה מעשה

בספר ארצות החיים להמלבי"ם הל' ציצית (או"ח סי' ח ארץ יהודה סק"ז) כתב לחלק בין אם החזקה מעידה שנעשה מעשה חדש, או שהחזקה היא שהמצב הקודם נשאר ולא נעשה מעשה חדש. לדבריו, חיוב הבדיקה הוא רק אם החזקה אומרת שנעשה מעשה חדש, שאז צריך לברר שמא בכל זאת לא נעשה, וזו כאמור לעיל גם שיטת הב"ח.

בשו"ע שם (או"ח סי' ח סעי' ט) נפסק:

"קודם שיברך, יעיין בחוטי הציצית אם הם כשרים, כדי שלא יברך לבטלה".

ובארצות החיים שם כתב בזה"ל:

"מה שתפס הטעם משום הברכה, כתבו האחרונים דברכה לבטלה חמור יותר משום חומרא דלא תשא..."

לפי דברי הבית יוסף (באו"ח סי' תלו) שהקשה למאי דפסקין דאם המשכיר בעיר צריך לשאלו אם בדק החמץ, משום דאין סומכין על החזקה היכא שיש לברורי, ואמאי אין בודקין אחר י"ח טריפות.

נראה בזה שמה שאין סומכין על החזקה וצריך לבררה, דוקא אם החזקה מעידה שנעשה מעשה חדש, ועל זה עדיין יש לומר, מי יאמר שנעשה מעשה כזה, דהא חזקה אינה כוודאי גמור, לזה (יש חיוב) יותר לברר שנדע בוודאי שנעשה המעשה, מה שאין כן היכא שאדרבא החזקה מעידה שלא נעשה מעשה חדש ממילא, אין צריך לברר, דאמרין מסתמא כן הוא שלא נעשה מעשה חדש. וסברא זו תמצא (בחינושי הרשב"א חולין דף צו) לחלק בין ספק הבא במקרה ובין ספק הבא בתולדה...

וכן בחושן משפט (סי' רמא), כתב הסמ"ע (סי' כג) הטעם באם אמר על מנת שתעשה דבר פלוני, צריך לברר שקיים התנאי, כי אמרין מסתמא נשאר הדבר כמו שהיה מעיקרא.

ולפי זה ניחא דבמשכיר בית לחבירו פסחים (דף ד), צריך לברר שנעשה מעשה הבדיקה, מה שאין כן ב"ח טריפות, אמרינן מסתמא לא נתחדש מעשה המטריפה ונשארה כשרה. ושוב ראיתי שזה כוונת הב"ח שם.

ובזה ניחא מ"ש (בתורת חטאת כלל נט), דגם בכלים של ישראל, אמרינן סתם כלים אינן בני יומן, ואין צריך לשאול כלל. ובמנחת יעקב תמה עליו, דהא אין סומכין על החזקה היכא שיש לברורי. ולפי זה ניחא, דכאן הא החזקה מסבבת לומר שלא נעשה מעשה להשתמש בכלי זה שתהיה בת יומא, ובזה אין צריך לברר.

וזה נראה טעם הסוברים שאין צריך לבדוק סכין אחר שחיטה. ולדידן דצריך לבדוק, טעם אחר יש בזה, כמו שכתב הב"ח ביו"ד (סי' יח).

ולפי זה ממילא הוא הדין בציצית אין צריך לברר, דמי יאמר שנעשה מעשה חדש הפוסל הציצית ומוציאם מחזקת כשרות, אדרבא מסתמא נשארו כמו שהיו מקודם..."

לפי דבריו מיושב שמה שאין בודקים את כל הי"ח טריפות, הוא משום ששם אין החזקה מעידה שנעשה מעשה חדש, ולכן אין צורך לברר את הדבר. החיוב בדיקה הוא רק במקרים כמו בספק האם נבדק החמץ וכיוצא בזה, שאנו צריכים לומר שנעשה כאן מעשה חדש.

והנה ישנו חילוק בין סברת הבינת אדם לבין סברת הארצות החיים, על אף שדבריהם קרובים. לדעת הבינת אדם, רק דבר שהייתה לנו ידיעה ברורה שהיה בהכשר, אין צריך לבדוק, שהרי כבר ידענו את כשרותו. ולכן כתב, שהמניח פירות להפריש עליהן, מכיוון שראה וידע שיש שם פירות שלמים, שוב אינו צריך לבדוק אחריהם. ואילו ב"ח טריפות, מכיוון שלא ראה ממש שאין טריפות, אלא הידיעה על כך היא רק מכח החזקה, היה צריך לבדוק אחריהם אם לא היה בזה טורח.

אך ה"א"רצות החיים" מחלק, שרק באופן שהחזקה אומרת שנעשה מעשה צריך לברר. ולכן, רק בבית שידוע שהיה שם חמץ וספק אם בדקו אותו, או בשוחט שישנו ספק האם למד הלכות שחיטה ושחט כשורה, צריך לשאול. אבל בבהמה שאנו מסופקים האם נטרפה, אין מקום כלל לברר. ואף אם לא הייתה טירחה בבירור הטריפות, אין צורך לברר. בניגוד לדעת הבינת אדם שהטעם בטריפות הוא רק משום טירחא, ולולי זה היו חייבים לבדוק אחריהם, לפי הכלל לשיטתו, כיון שלא ראינו מעולם את ההכשר.

ויצא לכאורה נפקא מינה תיאורטית בין השיטות בכהאי גוונא שבדיקת הטריפה אין בה טירחא, אזי לבינת אדם יהיה חייב לברר, ואילו לארצות החיים אין חיוב לברר אף בכהאי גוונא, שהרי כאן החזקה לא אומרת שנתחדש מעשה.

מקרים שאין צריך לברר, משום ש"מהיכא תיתי שיש איסור"

מצינו בדברי הש"ך יסוד וכלל בחיוב לבדוק ולברר כאשר ניתן הדבר. לפי יסוד זה נמצא שרק במקרים מסויימים מאד חייבו חז"ל להמשיך ולברר כאשר שיש רוב או חזקה.

דהנה, בהלכות הכשר דגים מובא בשו"ע יו"ד (סי' פג סעי' ה) נפסק:

"ציר דגים טמאים, אינו אלא מדרבנן. לפיכך מותר לקנות מהעובד גילולים דגים מלוחים, טהורים, אף על פי שמונחים עם הטמאים בכלי אחד, שמא לא נמלחו יחד".

וכתב שם הרמ"א בהגהתו:

"ויש אוסרים אם מונחין עם הטמאים בחבית אחת. וכן נוהגין שלא לקנותן, אפילו אם רואים רק שמונחים עם הטמאים המלוחים בערבוב על השלחן שמוכרין אותן שם (תרומת הדשן סי' קעד...) מלבד בהעריני"ג ומרקדיי"ש דמתירין בכל ענין, דודאי אין נמלחים עם הטמאים, משום דאין דרך למלחן עמהם (מרדכי). ואפילו בשאר דגים, אין להחמיר לפשפש ולבדוק אם יש ביניהם דגים טמאים. ואם רואה שהדגים הטמאים שרוים במים עם הטהורים, אפילו בהעריני"ג, יש לאסרו (הגהות ש"ד בשם מהרא"י ור' ירוחם). אבל אין חוששין שמא נישרו (יחדיו במים), כל זמן שאין רואים (שם)..."

והקשה שם הש"ך (סקי"א), מדוע בכל זאת לא נבדוק את הדגים בכדי לברר האם התערבו בהם טמאים. וכך כתב:

"אין להחמיר ולפשפש כו', דאחזוקי איסורא לא מחזקינן ואפילו היכא דאיכא לברורי שם. ולא דמי למה שכתב (הרמ"א) לעיל ריש סי' א בהג"ה, דאף על גב דרוב מוחזקין הן בשחיטה, אין לסמוך לכתחלה על החזקה במקום דיכולים לבררו (והוא גם כן מהאור זרוע), דהכא אין אנו מתירין הדגים מכח חזקה, אלא אדרבה אמרינן מהיכי תיתי יהא כאן איסור".

ובפרי מגדים שם הרחיב בביאור דברי הש"ך, וז"ל:

"עש"ך, וכלל הוא כל דמטעם חזקה או רובא כל היכא דאיכא לברורי בקל מבררין, מה שאין כן היכא דהטעם דמהיכי תיתי נחזק איסור, אין צריך לפשפש כלל אף דאיכא לברורי בקל".

נמצא כי ישנו יסוד וכלל עקרוני בדין זה שצריך לברר. ההבדל הוא בין מקרה בו ישנו ספק שאנו באמת חוששים בו, אלא שהכרענו מדין רוב או מדין חזקה, לבין מקרה בו אין בפנינו ספק כלל, שמהיכי תיתי ישנו ספק.

כי כאשר ישנו ספק סביר, לפי דין תורה צריך להכריע על פי רוב או חזקה, אך בכל זאת, מכיוון שניתן לעמוד על בירור הספק, קבעו חכמים שיש לבדוק אם הדבר ניתן. אך ישנם אופנים שבהם אין לנו סיבה להסתפק כלל, והרוב או החזקה קובעים לנו בבירור שכך היא המציאות. במקרים אלו אין מקום לבדיקה כלל. שאם לא נאמר כן, לא מצאנו ידינו ורגלינו בשום דבר ועניין, ולעולם נצטרך לבדוק את כל הבא לידינו.

ומבואר הדבר בלשון הש"ך שכתב שההתר בדגים אינו מדין חזקה כלל אלא מדין "מהיכי תיתי שיהיה כאן איסור". כלומר הכרעת הדין כאן אינה רק מכח דין חזקה הרגיל, אלא מדין חזק יותר, שאין לפנינו כל סיבה ועילה להסתפק בכלל.

חיוב בדיקה לבני משפחה - סיכום

מכל האמור לעיל ניתן להסיק, שעל אף שישנו חיוב בדיקה גם כאשר ניתן להסתמך על רוב, אין אנו מחוייבים לבדוק בני משפחה הבאים לפנינו מחו"ל ולוודא את קירבתם המשפחתית. במקרים אלו ניתן להסתמך על החזקה שהורים המגדלים ילדים הם אכן ההורים הביולוגיים, ואלו הם ילדיהם, ללא בדיקה אלא אם כן ישנה ריעותא, שבכהאי גוונא הדין שונה, וכפי שיבואר להלן.

זאת, מהטעמים המובאים לעיל:

א. לדעת הבית יוסף באו"ח (סימן תלז) והמג"א שם, חיוב הבירור הוא רק כאשר ישנה חזקת איסור.

ב. לדעת הארצות החיים, חיוב הבדיקה הוא רק כאשר החזקה תולה שנעשה מעשה, כי אז אנו חוששים שמא לא נעשה המעשה.

ג. אם אין כלל סיבה ועילה לחשוש ואין ספק כלל לפנינו ואין ריעותא כלל, לא הצריכו חז"ל בדיקה כלל, כמובא לעיל בשם הש"ך והפמ"ג ביור"ד סימן פג – "מהיכי תיתי יהא כאן איסור".

ד. אם הבדיקה כרוכה בטירחה מרובה או בהוצאה חריגה, אין צריך בבדיקה וברור.

כאמור, בנידון דנן בו ישנם ריעותות רבות, המעלות חששות לאימוץ, ככהאי גוונא הדין שונה, וודאי יש צורך בבדיקה וברור, לא רק מדין איכא לברורי, אלא משום שהרוב הורע ואינו יכול להכריע, או משום שאין לנו חזקת כרוכין כלל, כפי שיבואר להלן.

הצורך בבירור יהדות

נאמנות האומר "ישראל אני"

הדין הוא, שמי שבא לפנינו ואמר "ישראל אני" נאמן.

במסכת יבמות (מו, ב) מובא :

"תנו רבנן, מי שבא ואמר גר אני, יכול נקבלנו, תלמוד לומר אתך, במוחזק לך. בא ועדין עמו מנין, תלמוד לומר וכי יגור אתך גר בארצכם. אין לי אלא בארץ, בחוץ לארץ מנין, תלמוד לומר, אתך, בכל מקום שאתך. אם כן מה תלמוד לומר בארץ, בארץ צריך להביא ראיה, בחוץ לארץ, אין צריך להביא ראיה, דברי ר' יהודה. וחכמים אומרים, בין בארץ בין בחוצה לארץ צריך להביא ראיה..."

ובתוספות שם (מו, א ד"ה במוחזק לך) כתבו בזה"ל :

"אומר רבינו תם דדוקא בדידיעין דהוה עובד כוכבים מעיקרא, דאי לא הוה ידעין מהימן, מגו דאי בעי אמר ישראל אני דמהימן, כדמשמע בריש מסכת פסחים (ג, ב) גבי ההוא עובד כוכבים דהוה סליק ואכיל פסחים בירושלים.

ואין לומר שאני התם דהו סמכי ארובא דהו ישראל, דהא בכל מקום נמי איכא רובא, דרוב הבאין לפנינו בתורת יהדות ישראל הם.

ועוד ראיה משמעתין דאמר ליה רבי יהודה אי אתה נאמן לפסול את בניך, ואיהו גופיה כשר אלא דשוי נפשיה חתיכה דאיסורא, אבל אם בא על בת כהן לא פסלה כדפירשתי לעיל. ומההיא דלעיל (מה, א) דאמר ליה זיל גלי אין ראיה, דשמא לא היו בודקים אלא אם הוא ישראל אם לא אבל במשפחתו לא היו בודקין".

נמצא אפוא, שמי שלא היה ידוע לנו כלל האם היה ישראל או נכרי, נאמן לומר שהוא ישראל. לפי תוספות, הטעם הוא משום שרוב הבאים לפנינו בתורת יהדות הינם יהודים. אלא שאם היה מוחזק לנו כנכרי, צריך להביא ראיה שהתגייר.

ואמנם, בריטב"א שם (מו, א) הובא טעם נוסף לנאמנותו, משום שדבר זה הוא מילתא דעבידא לאיגלויי ולא משקר, וכן כתב הנמו"י שם (טז, א בדפי הרי"ף).

והרמב"ם (פי"ג מאיסורי ביאה הלכה ט - י) כתב :

"גירות שראינוה נהגת בדרכי ישראל תמיד, כגון שתטבול לנדתה ותפריש תרומה מעיסתה וכיוצא בזה, וכן גר שנוהג בדרכי ישראל שטובל לקריו ועושה כל המצות, הרי אלו בחזקת גרי צדק, ואף על פי שאין שם עדים שמעידים לפני מי שנתגייירו. ואף על פי כן אם באו להתערב בישראל, אין משיאין אותם, עד שיביאו עדים או עד שיטבלו בפנינו, **הואיל והוחזקו עכו"ם**.

אבל מי שבא ואמר שהיה עכו"ם ונתגייר בבית דין נאמן, שהפה שאסר הוא הפה שהתיר. במה דברים אמורים בארץ ישראל ובאותן הימים שחזקת הכל שם בחזקת ישראל, אבל בחוצה לארץ צריך להביא ראיה ואחר כך ישא ישראלית, ואני אומר שזו מעלה ביוחסין".

וכך נפסק בשו"ע יו"ד (סי' רסח סעי' י):

"עובד כוכבים או עובדת כוכבים שבא ואמר, נתגיירתי בבית דינו של פלוני, כראוי, אינו נאמן לבא בקהל עד שיביא עדים. ואם ראינום נוהגין כדרכי ישראל ועושים כל המצות, הרי אלו בחזקת גרי צדק, ואף על פי שאין שם עדים שמעידים בפני מי נתגייירו.

ואף על פי כן, אם באו להתערב בישראל אין משיאין אותם עד שיביאו עדים או עד שיטבלו בפנינו, **הואיל והוחזקו עובדי כוכבים**.

אבל מי שבא ואמר שהוא עובד כוכבים ונתגייר בבית דין, נאמן, שהפה שאסר הוא הפה שהתיר".

דהיינו, שמי שבא לפנינו ואומר שהיה נכרי והתגייר, אם לא היה ידוע לנו מקודם על כך שהוא נכרי, נאמן במיגו שהיה מחזיק עצמו כישראל. וגם אם היה מוחזק לנו כנכרי, ובא ואומר שהתגייר, מדינא נאמן הואיל ורואים אותו נוהג כמנהג ישראל בכל דבר, אלא שלגבי יוחסין החמירו יותר שאפילו נוהג כמנהג ישראל צריך להביא ראיה. אבל מי שלא הוחזק כנכרי, ונאמן מדין "מיגו" אינו צריך להביא ראיה כלל.

וכך ביאר הש"ך שם (סק"כ):

"אבל מי שבא וכו', כלומר דוקא במי שהוחזק עובד כוכבים ואמר נתגיירתי כו' הוא שנאמרו דברים הללו, אבל במי שלא הוחזק (עובד כוכבים, ואמר שהוא) עובד כוכבים ונתגייר בבית דין, נאמן במיגו דאי בעי אמר ישראל הוא".

אמנם, כמבואר בדברי הרמב"ם, גם מי שנאמן לומר שהוא ישראל על סמך מיגו, שבכחאי גוונא נאמן גם לגבי יוחסין, מכל מקום בחו"ל צריך להביא ראיה, ואינו נאמן.

והובאו הדברים בשו"ע שם, וז"ל:

"וכתב הרמב"ם במה דברים אמורים, בארץ ישראל באותן הימים, שחזקת הכל שם בחזקת ישראל, אבל בחוץ לארץ צריך להביא ראיה ואחר כך ישא ישראלית, שמעלה עשו ביוחסין".

אך בש"ך (ס"ק כא) הדגיש, שחומרא זו נאמרה רק לגבי מי שבא ואמר שהתגייר, אבל מי שבא ואמר שהוא ישראל גמור, נאמן אף ליוחסין.

וכך כתב שם:

"וכתב הרמב"ם כו', וכתב הב"ח ומיהו נוהגין להקל להאמינו אף להשיאו ישראלית. ואפשר **דאף הרמב"ם מודה באורחים שבאים והם בחזקת ישראלים שנאמנים** אף עכשיו שרובן עובדי כוכבים, אף להשיאו ישראלית, שכל המשפחות בחזקת כשרות הם כמו שנתבאר בא"ע סי' ב. ולא אמר הרמב"ם אלא במי שלא הכרנוהו בעובד כוכבים ואמר נתגיירתי

בבית דין פלוני דנאמן מדין מיגו, התם הוא דקאמר הרמב"ם דאפילו הכי מעלה עשו ביוחסין, שאין משיאין אותו ישראלית מדין מגו עד שיביא ראיה".

מה הדין כשאינו נוהג כישראל

והנה, יש להסתפק האם מה שאדם נאמן לומר שהוא ישראל, הוא רק אם נוהג כישראל, וכפי שמשמע מלשון התוספות: "הבאים לפנינו בתורת יהדות", או שנאמן בכל מקרה.

בשו"ת אגרות משה (אבהע"ז ח"א סי' ח) כתב על כך:

"והא דמסקי התוס' התם, והא דאמר בהחולץ מי שבא ואמר גר אני יכול נקבלנו תלמוד לומר אתך במוחזק לך, התם מייירי במוחזק לך באבהתיה שהם נכרים, דאי לאו הכי נאמן במיגו דאי בעי אמר ישראל אני, כוונתם דהא צריך לפרש דאייירי דנוהג בתורת ישראל, דאם לא כן פשיטא דאינו נאמן ואין צריך קרא על זה. ובכהאי גוונא הא סברי התוס' דנאמן דנחשב שהוא בחזקת ישראל מצד הרוב דבאין בתורת יהדות, הם ישראל. לכן תירצו דמייירי במוחזק לך באבהתיה שהם נכרים והוא נוהג בתורת ישראל, שאין מועיל זה להחזיקו בודאי גר שאולי לא נתגייר בבית דין, והוא כדפירשו התוס' ביבמות.

ואפילו להרמב"ם פיי"ג מאיסורי ביאה הי"י שעל מה שכתב שבחוץ לארץ צריך להביא ראיה ואחר כך ישא ישראלית, כתב ואני אומר שזו מעלה ביוחסין, וכן הוא בש"ע יו"ד סי' רסח סעי' י, משמע שמדינא נאמן אף שאין שם חזקת ישראל ולא הזכירו שהוא משום שנוהג בתורת ישראל, משמע שבלא חזקה כלום וגם לא ראינוהו עדיין שנוהג בתורת ישראל, נאמן מדינא (ובחדושי הארכתי לתרץ שיטת הרמב"ם ממה שלכאורה הוא דלא כסוגיין ביבמות ואין כאן המקום להאריך). אבל כשהוא בחזקת נכרי גם להרמב"ם והשו"ע אינו נאמן, כמפורש במגיד משנה ה"ז וה"י, ובש"ך סי"ק כא. ולכן בהא דידן שבאת לכאן בחזקת נכרית ונוהגת כנכרית לכולי עלמא ברור שאינה נאמנת לומר שהיא בת ישראלית להיות בדין ישראל".

האגרות משה נקט שנחלקו בזה התוספות והרמב"ם. התוספות למדו שנאמנותו היא משום הרוב, והרוב הוא משום שרוב הבאים בתורת יהדות הם ישראלים. אך ברמב"ם משמע שאין צורך בתנאי זה. וכנראה שהבין, שישנה חזקה או רוב, שהמציגים עצמם כישראל הינם יהודים, גם אם לא ראינו אותם נוהגים כישראלים.

יתכן שלמד כך הרמב"ם מהראיות שהביאו הראשונים מהסוגיא בפסחים המובאת לעיל, שבא אותו נכרי ואכל מקרבן הפסח, למרות שלא מובא שם שהיה ידוע שנוהג כישראל. וכן משמע מהמקרה ביבמות (מז, א) המובא בתוס' לעיל, שרבי יהודה אמר לאותו שבא ואמר שלא התגייר כדין שאינו נאמן לפסול את בניו, על אף שר' יהודה לא הכירו, ולא ידע כיצד הוא נוהג, כדמשמע מהלשון ש"בא לפניו".

אמנם בתשובה מאוחרת יותר (אבהע"ז ח"א סי' ו - שהיא המשך מסי' ה, ונכתבו בשנת תשכ"א, לעומת סי' ח הנ"ל שנכתב בתשי"ט) כתב האגרות משה עצמו כי גם לשיטת התוספות, אין צורך דוקא בהנהגת יהדות, אלא כל מי שבא ואומר ישראל אני, נאמן מדין רוב, וז"ל:

"ובדבר מה שאין ראיה על אם אשתו שהיתה יהודית, רק מה שהיא אמרה לבתה ולו שהיא יהודית, נראה דלתוס' ורא"ש יבמות דף מז דבאדם שבא ואמר ישראל אני נאמן משום דרוב הבאין לפנינו בתורת יהדות ישראל הם, אינו דוקא שראינום שומרי תורה ומצות, אלא אף על אמירתם לבד שהוא ישראל הוה הרוב ישראל, משום דעכו"ם לא יאמרו על עצמם שהם ישראלים בכל המדינות, שידוע שרובא דרובא דהעכו"ם ואולי כולם הם שונאי ישראל, ומתביישים לומר שהם ישראלים, וכל שכן באשה שהיא נשואה לעכו"ם שאם היא

גם כן עכו"ם לא תאמר על עצמה שהיא ישראלית, ויש להאמינה למה שאמרה שהיא ישראלית".

הרי שכאן נראה כי חזר בו האגרות משה וכתב כי כל נכרי שבא ואומר שהוא ישראל נאמן, משום שרוב האומרים כן, אכן הם יהודים, ורוב זה נובע מהעובדה כי רוב הנכרים היו מתביישים לזהות עצמם כיהודים. דבריו אלו לכאורה הם דלא כתשובתו הנ"ל (וכאמור תשובה זו מאוחרת יותר) וצ"ע.

כמובן כל זה הוא כשלא הוחזק לנו להפך, כי אם הוחזק לנו כנכרי ודאי שלכולי עלמא אינו נאמן לבוא ולומר שהוא ישראל, נגד החזקה, כמו שסיים באגרות משה הנ"ל.

כך כתב גם האחיעזר (ח"ג סי' כז) וז"ל:

"ועל דבר אם ערל יאמר שאמו היתה ישראלית והוא מהול מילדותו אם דבורו די להחזיקו שהוא יהודי, פשוט וברור הדבר שאינו נאמן אחרי שהיה מוחזק עד עתה בחזקת גיות ולא הסתפק אדם מעולם לאמר שהוא יהודי והנהגתו ככל הנכרים, ולא די שהוא אינו נאמן על עצמו, גם עד אחד אינו נאמן נגד החזקה, ובפרט חזקה שהוחזק בפנינו דאלימא, והא סוקלין ושורפין על החזקות.. ומה שנמצא שהוא מהול אין זה בירור מספיק כי יש ערבי מהול וגבעוני מהול ומפני עוד איזה סיבות".

שליטה בשפה יהודית

והנה ידועים דבריו של שו"ת חוט המשולש חלק א סימן ה, שכתב שבכדי להחשיבו לישראל, צריך לכל הפחות שידבר בשפה יהודית, אבל אם אינו דובר לשון יהודית הרי הוא בחזקת נכרי, וכך כתב:

"והיום נבא אל העיון בנידון דידן, באמה ובתה שבאו לפנינו ולא יוכלו לדבר בלשון יהודית, (א) אית לן לאחזוקינהו בנכרים או בגרים. דאף דאיכא נמי ישראלים שנטמעו בין הנכרים, ודאי מיעוטא נינהו. וכל מידי דדרכא דמלתא ברובא היא מחזקין בהכי כדאסיקנא לעיל בפירוש דברי הירושלמי וכעין שכתבו התוס' יבמות (מו, א ד"ה במוחזק לך) דרוב הבאים לפנינו בתורת יהדות ישראלים הם, וכן הוא בכל הפוסקים..."

לשיטת החוט המשולש אם זה שבא לפנינו וטוען כי הוא יהודי, אינו יודע לדבר בלשונם של היהודים, הרי מכח הרוב הוא מוחזק כנכרי, ואינו נאמן. לשיטתו כנראה מה שכתבו תוספות כי הרוב נאמר רק ב"באים בתורת יהדות", אינו בהכרח מכון להנהגה גמורה כישראל לכל דבר, אבל צריך לפחות מאפיינים בולטים המזהים אותו כיהודי, וזה מתבטא לכל הפחות בדיבור בשפה המקובלת בקרב היהודים.

אך בשורת הדין (חי"ד עמ' מג) שנביא להלן ציין ביחס לכך את דברי החזו"א, בזה"ל:

"אך עיין חזו"א יו"ד, סימן קנח סק"ח שכתב, שמה שכתב בחוט המשולש שאם אינו מכיר שפה יהודית לא יאמן אף כשאומר ישראל אני, כך קים ליה למרן (הגר"ח) ז"ל במקום הנידון ושעתו, אך אינו כלל לכל, דהרבה יהודים שכחים בשפה אחרת, ורוב הבאים בתורת יהדות ישראל הם בכל לשון".

לדברי החזו"א לא קבע בחוט המשולש כלל מוחלט כי לא ניתן להחזיק אדם כיהודי אם אינו דובר בלשונם של היהודים, ולא אמר כן אלא לפי מציאות מקומו ושעתו, אבל בעלמא הכלל שרוב הבאים לפנינו בתורת יהדות הם אכן יהודים, נאמר בדוברי כל הלשונות והשפות.

תשובותיו של הגר"ש אלישיב זצ"ל

גם הגר"ש אלישיב זצ"ל בקובץ תשובות (ח"א סי' קלג) הביא כי לדעת האחרונים כל הנאמנות לומר ישראל אני היא כאשר אנו רואים אותו נוהג כמנהג ישראל, ואף על פי כן נקט כי בעולים מברית המועצות ישנו רוב גם כשאינם שומרים תורה ומצוות, וז"ל:

"הנה הב"ח (הובאו דבריו בש"ך יו"ד סי' רסח) פסק באורחים שבאים ואומרים שישראלים הם, נאמנים אף להשיאם ישראלית. שכל המשפחות בחזקת כשרים הם, וכן הביאו הבית מאיר בסי' ב, וכתבו אחרונים במה דברים אמורים כשאנו רואים שהם מתנהגים כדת משה וישראל בכל ענינים, אבל בלאו הכי, ומכל שכן **כשרואים שאינו נוהג כדת ודאי חיישינן לכולי עלמא**, ואין משיאין לו אשה.

אמנם זה ודאי באלה העולים מרוסיא אין לראות בזה ריעותא, בזה שאינם מתנהגים כדת שהרי אפילו יהודים גמורים הבאים משם אינם יודעים משמירת תורה ומצוות. ועי' תוס' יבמות מז בכל מקום נמי איכא רובא דרוב הבאים לפנינו בתורת יהדות, ישראל הם. וזה ברור שרובם הבאים מרוסיא יהודים הם..."

נראה כי כוונתו היא, כי לדבריו עצם העובדה שאינם מתנהגים כיהודים שומרי מצוות, לא נחשבת לריעותא, משום שבברית המועצות כך היה מקובל, ולא נחשב לשינוי משאר היהודים. אך אף על פי שאין זו ריעותא, מכל מקום לא ניתן לייחס אותם לרוב. משום שבתוספות משמע, שהסיבה שמחשיבים אותם לישראלים, היא רק משום שיש רוב (- רובא דליתא קמן) שהבאים לפנינו "בתורת יהדות" הינם ישראלים. כאן, גם אם אין בכך ריעותא, עדיין לא קיים רוב כזה. ולכן, הורה הגר"ש אלישיב זצ"ל, שיש צורך ברוב אחר (- רובא דאיתא קמן) בכדי להתירם, וכפי שיבואר מיד בסמוך.

הגר"ש אלישיב זצ"ל חזר וביאר את כוונתו בתשובה זו, בתשובה לגר"ג צימבליסט שליט"א שנדפסה בקובץ תשובות חלק ד (סי' קלו).

הגר"ג צימבליסט שליט"א בשאלתו הנדפסת שם כתב בזה"ל:

"בעסקנו הרבה בבית הדין בענין אישור יהדותם של עולי רוסיא, נודמן לידי העתק מכתב הדר"מ להגר"א גינזבורג בנידון זה (ולאחר מכן נדפס בקובץ תשובות ח"א סי' קלג). ומאחר וכמה מן הדברים שם אינם מובנים לי, אמרתי לפנות להדר"ג שליט"א לבאר לי הדברים..."

... לעניות דעתי לכאורה כל זה אינו שייך לעולי רוסיא, ואדרבא **אם נבוא לדון מדין כל דפריש מרובא פריש היה עלינו לקבוע שדינו כגוי**, והוא משום דאותם היהודים ברוסיא שמתבוללים בגוים אינם מהוים קבוצה בפני עצמה, שהרי אינם נבדלים מן הגוים במאומה, אינם שומרים על היהדות כלל, לא כשרות ולא שבת ולא מילה ולא כלום, ואם כן כשאדם בא משם לארץ ישראל, אי אפשר לדון בו שבא מקבוצת היהודים שנתערבה בה איזו גויה, דאינו בא כלל מקבוצת היהודים, אלא בא מתוך כלל האוכלוסין שרובם גויים... מה שאין כן בעולי רוסיא שפרשו מעיר מוסקבה או לנינגרד או קייב, דהיינו שפרשו מעיר שרובה גוים. ואם כן אדרבא יש לפסוק שדינו כגוי..."

אולם כל זה אם נבוא לדון מדין כל דפריש מרובא פריש, דהיינו רובא דאיתא קמן, אבל עדיין יש כאן רובא דליתא קמן, וכמו שכתבו התוס' "דרוב הבאים לפנינו בתורת יהדות ישראלים הם" וכמו שציין הדר"ג "דאין כאן ריעותא בזה שאינם מתנהגים כדת, שהרי אפילו יהודים גמורים הבאים שם אינם יודעים משמירת תורה ומצוות".

ברם אם מכח זה קאתינן, יש לומר דרוב זה מיוסד על כך דמסתמא גוים לא יאמרו על עצמם שהם יהודים משום דרובא דגוים הם שונאי ישראל ומתביישים לומר שהם ישראלים

כן כתב הגר"מ פיינשטיין זצ"ל באגרות משה אה"ע סי' ו' עיין שם, ולפי זה בנדוננו שיש לעולי רוסיה זכויות חומריות רבות בבואם ארצה, ובעיקר שעל ידי כן הם מקבלים רשות לעזוב את רוסיה ולבוא לארץ ישראל, ואחר שכבר בא ארצה מובן מאליו שכדאי להם להרשם כיהודים ולהיות חלק מן העם הזה, מסתבר דליתא לסברא זו "דרוב הבאים לפנינו בתורת יהדות ישראל הם".

לדברי הגר"ח"ג צימבליסט בשאלתו להגר"ש"א זצ"ל, כאשר באים לדון בדין רוב במי שטוען ישראל אני, ישנם שני סוגי רוב. כאשר הטוען מגיע ממקום שרובם יהודים, ישנו "רובא דאיתא קמן" הקובע כי כל דפריש מרובא פריש, וגם הוא יהודי כמו רוב אנשי המקום. לעומת זאת כאשר הטוען ישראל אני מגיע ממקום שאין בו רוב ישראל, נאמנותו היא מדין "רובא דליתא קמן", וכפי שכתבו התוספות ש"רוב הבאים לפנינו בתורת יהדות" הם אכן יהודים.

כאשר דנים על יהדותם ונאמנותם של עולים מברית המועצות, לכאורה הם באים ממקום שרובם נכרים, וכל נאמנותם תתכן רק מהטעם השני, מדין "רוב הבאים לפנינו בתורת יהדות". ולכאורה גם דין זה לא מסתבר ששייך אצלם, שהרי אינם נוהגים כיהודים כלל, ומצד עצם הצהרתם, כל הצד להאמינם ולקבוע שישנו רוב, הוא כסברת האגרות משה הנ"ל כי חזקה שנכרי לא יאמר על עצמו שהוא יהודי, דבר שגם הוא לכאורה אינו קיים בנסיבות אלו כאשר ישנו רווח גדול בהצהרה זו, בכדי לקבל אישור יציאה מבריה"מ (באותם שנים) והטבות רבות.

עוד הוסיף הגר"ח"ג לתמוה בשאלתו לגר"ש אלישיב, כי אם בכל זאת סבור הגר"ש כי ה"רובא דליתא" קיים גם במקרה כזה, ולמרות האמור עדיין הטוען שהוא יהודי נאמן מדין רוב, אם כן איך בהמשך דן הגר"ש עצמו לאסרם מדיני קבוע, מכח החשש שהתערבו בהם פסולים, הרי דין זה אינו שייך אלא כאשר מכריעים מכח "רובא דאיתא" כאשר רוב בני המקום ממנו בא, יהודים הם, ולא כאשר נאמנותו מדין "רובא דליתא" הנותן להצהרתו אומדנא ונאמנות, ולא שייך לדון בזה על "תערובת" של מיעוט וקבוע, וז"ל:

"ויש להוסיף שאם אמנם נאמר דיש כאן הרוב שהזכירו התוס', שוב אין מקום לחשש שהזכיר הדר"ג ממה שאמרו באהע"ז סי' ב' ס"ה דמשפחה שנתערב בה ממזר, כל אשה מהם אסורה, דהא אם הוא נאמן שבא מהורים יהודים, הרי יש להאמינו בכל דבריו, ואם אומר שאמו ואם אמו עד הדור שלפני שבעים שנה, כולן יהודיות, מהיכא תיתי נחוש שנתערב בו פסול".

בתשובתו שם ענה לו הגר"ש בזה"ל:

כבוד תורתו כותב, אותם היהודים ברוסיה שמתבוללים בגוים אינם מהוים קבוצה בפני עצמה שהרי אינם נבדלים מן הגוים במאומה, אינם שומרים לא כשרות לא שבת - ולא כלום וא"כ כשאדם בא משם לארץ ישראל אי אפשר לדון בו שבא מקבוצת היהודים שנתערבה בה איזה גויה - אלא בא מתוך כלל האוכלוסין שרובם גוים - ולא דמי לאנוסים שהם שמרו על יהדותם בסתר והיו קבוצה בפני עצמה.

"א. עובדה היא, בחוק הרוסי רושמים בתעודת הזהות לאיזה לאום הוא שייך. יש לציין שהתבוללות ברוסיה הרבה פחות מארצות הברית, כי ברוסיה כשבעים אחוז מהיהודים לא התבוללו, לא חשוב הסיבה לכך אם זה בגלל שנאת הגוים כלפי היהודים או סבה אחרת, מכל מקום היהודים ברוסיה מוכרים כעם בפני עצמו. על אף שאין להם שום קשר לתורה ולמצוות..."

ג. התברר ללא כל ספק שבתוך עולי רוסיה יש בערך כשלושים אחוז נישואי תערובות. והרוב מהשלושים אחוז, הם מבנות נכר".

הרי כי הגר"ש ביאר את כוונתו, שבאמת מה שדן להתירם מדין רוב, לא נסמך על "רובא דליתא" מכח הכלל של "רוב הבאים לפנינו בתורת יהדות", משום שרוב זה אינו שייך כאמור במקרים כאלו בהם הטוען אינו שומר מצוות, וגם יש לו רווח בהצהרתו כי יהודי הוא. כל הרוב להתיר נסמך על כך שהגר"ש החשיב את היהודים בבריה"מ כקבוצה נפרדת מכלל האוכלוסיה, כיון שהובדלו ברישומים ובהתייחסות הציבור, ובקבוצה זו קיים "רובא דאיתא" של רוב שלא התבוללו ובאמת יהודים הם, ועל כך דן בהמשך כי למעשה אי אפשר להתיר מכח זה, אחרי שודאי מעורבים בהם גם מיעוט של בני תערובת, ויש לחוש בהם לדין קבוע, כפי שהאריך שם.

נמצא כי לדברי הגר"ש אלישיב זצ"ל בעולים מברית המועצות עצם העובדה שאינם מתנהגים כיהודים שומרי מצוות, לא נחשבת לריעותא כלל, משום שבברית המועצות כך היה מקובל, ולא נחשב לשינוי משאר היהודים.

אך אף על פי שאין כאן ריעותא, מכל מקום לא ניתן לייחס אותם לרוב המבואר בתוספות שיש רוב שהבאים לפנינו "בתורת יהדות" הינם ישראלים. כאן, גם אם אין בכך ריעותא, עדיין לא קיים רוב כזה. ולכן, הורה הגר"ש אלישיב זצ"ל, שיש צורך ברוב אחר והוא רוב הנכללים בקבוצה היהודית בבריה"מ הם יהודים, והסיק שם כי אין לסמוך על כך למעשה, מכיון שודאי התערבו בהם פסולים, ויתכן שדינם כדין מיעוט הקבוע במקומו, ולקח מן הקבוע שאין לסמוך בזה על הרוב, עי"ש שהאריך בדין זה, ופסק שמהאי טעמא אין להם נאמנות לומר ישראל אני, ואין לסמוך על הצהרתם בלבד בלי לבדוק ולברר כל מקרה לגופו.

נמצא שדעתו של הגר"ש אלישיב היא שלמעשה אין לסמוך על רוב לענין יהדותם של עולי בריה"מ. "רוב הבאים לפנינו בתורת יהדות" אינו שייך כאשר אין בהם שום סממן של יהדות, ועל כך שרוב בני הקהילה היהודית בריה"מ אכן יהודים, וכל דפריש מרובא פריש, אין לסמוך משום שמעורבים בהם גם נכרים, וכל קבוע כמחצה על מחצה דמי.

חשוב לציין עוד כי תשובתו של הגר"ש נכתבה בשנת תשנ"א, ועל פי הנתונים שהיו לפניו באותה עת, כפי שמביא שם ששיעור נישואי התערובת אינו עובר את ה- 30%.

על כן כשבאים לדון למעשה צריך לבדוק היטב כל מקרה לגופו, כאשר הדברים משתנים לפי השנים עליהם מדובר, ולפי המקום והקהילה. באופן כללי היתה עליה כל הזמן בשיעורי נישואי התערובת ברוסיה, כאשר בשנים המוקדמות אכן הם היו מיעוט, ועם השנים הם הפכו לרוב. ולדוגמה אם יש לנו עדות על סבא יהודי שהתחתן בשנות העשרים או השלושים, ואין לנו ידיעה על הסבתה, אפשר להניח על פי הרוב כי גם היא היתה יהודיה. אך ככל שמדברים על שנים מאוחרות יותר, הדבר הולך ומשתנה. לפי מה ששמענו, הגר"י בארנבאום שליט"א חבר בית הדין במוסקבה ערך בדיקות מקיפות, ולדבריו כבר בשנות השמונים נוצר רוב של נישואי תערובת, והתופעה הלכה והתרחבה יותר ויותר, כך שרק אם העדויות מתייחסות לשנים מוקדמות יותר, ניתן להכריעם על פי הרוב.

תמיד יש להביא בחשבון גם את המקום המדובר, ברית המועצות אינה גוש אחד של סטטיסטיקה.

בדיקה זו נעשתה רק ברוסיה עצמה, וברור שאצל יהודי בוכרה, קווקז, וגרוזיה נראה כי גם עד שנת 1990 הרוב הגדול לא התבוללו. כך גם באזורים כמו מולדובה שהקומוניסטים הגיעו לשם באיחור רב, וגם אצלם אחוזי ההתבוללות היו נמוכים וגדלו רק בשנים מאוחרות יותר. ניתן לשער שבכפרי אוקראינה ההתבוללות היתה מאוחרת יותר מהערים הגדולות שם. כך שלמעשה תמיד חייבים להיעזר במומחים, לפני שמכריעים על פי דיני רוב בשאלה זו, והרבה פעמים הנתונים הם ברורים, ורק לא כל דיין מתמצא בהם.

כאמור לדעת הגר"ש אלישיב גם בלאו הכי אין להתיר על פי רוב זה, משום שודאי היו מעורבים שם נכרים, וממילא יש לחוש למיעוט הקבוע במקומו, ונחשב כמחצה על מחצה.

תליה במחלוקת הפוסקים אם חזקה צריכה מעשה

בפסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל (חלק ב עמוד 60) מופיע פסק דין נוסף המתייחס לנידון זה, האם יש "הוחזק" ביהודי ללא שמירת מצוות, מכבוד הדיינים הגאונים הגר"נ רוזנטל זצ"ל, הגר"ב רקובר זצ"ל, והגר"ע הדאיה זצ"ל, וז"ל:

"... הספקות בזה הן שתיים: א. מאחר שלדבריה התנהגה כיהודיה חפשיה אולי יש בזה בדין הוחזק וכהא דסוקלין ושורפין על החזקות כמבואר בקדושין פא, וברמב"ם פ"א מאיסורי ביאה, איש ואשתו שבאו ממדינת הים הוא אומר זאת אשתי והיא אומרת זה בעלי, אם הוחזק בעיר ל' יום שהיא אשתו הורגין עליה...

בנוגע לספק א' נראה... אין בזה מדין הוחזק מכמה דברים:

א. מאחר שלא התנהגה כיהודיה השומרת תורה ומצוות, כי אין איש נעשה מוחזק ליהודי אלא באיתנהג בדרכי ישראל תמיד ובקיום תורה ומצוות, כמו שכתב הרמב"ם פ"ג מאיסורי ביאה ה"י:

"גירות שראינוה נוהגת בדרכי ישראל תמיד, כגון שתטבול לנדתה ותפריש תרומה בעיסתה וכיוצא בזה, וכן גר שנוהג בדרכי ישראל שטובל לקריו ועושה כל המצות הרי אלו בחזקת גרי צדק".

ובשו"ע יורה דעה סי' רסב סעיף י כתב:

"אם ראינום נוהגים בדרכי ישראל ועושים כל המצוות הרי אלו בחזקת גרי צדק".

ומבואר דלא נעשית מוחזקת אלא בנוהגת בדרכי ישראל בקיום כל המצוות.

ואם כן בענין שלפנינו שאף לפי דבריה התנהגה כיהודיה חפשיה שאינה מקיימת תורה ומצוות, אין בזה חזקת יהודיה. אמנם דברה עברית כיהודיה, אולם מאחר ששפה זו היא שפת המדינה ויש אף לא יהודים המדברים בשפה זו, אין בזה חזקה שהיא יהודיה. אולם יתכן לומר שדוקא שם שהוחזק כבר כגוי, וכדמבואר ברמב"ם שם, אז צריך התנהגות כיהודי בקיום כל המצוות, אבל בלא הוחזק לגוי אין דין זה.

אולם מסתבר שאין מדין הוחזק בלי שום הנהגת יהדות, דכשלא נוהג בכלל כיהודי, מה יחזיקו ליהודי".

נמצא כי לדבריהם פשוט שבלא שמירת מצוות או התנהגות אחרת מובהקת כיהודי, אין דין הוחזק כישראל. אך שוב חזרו ותלו שם נידון זה במחלוקת המובאת לעיל בהרחבה האם "הוחזק" צריך להיות דוקא על ידי מעשה, או שמספיק שיוחזק ל' יום על ידי דיבור בעלמא, וז"ל:

"אולם נימוק זה מספיק רק לשיטת הפוסקים דגבי דין הוחזק דקדושין פ"א הנזכר צריך גם התנהגות בהתאם לחזקה, ועיי' בשו"ת חתם סופר אהע"ז סי' עו דפסק כן שעיקר החזקה היא על פי מנהג ועיי', לא על פי דבור, וכתב זה על סמך דברי הריא"ז שהביא בשו"ג בקדושין פ"י ע"ש, ועיי' בספר חוט המשולש להגר"ח מוואלז'ין סי' ח (צ"ל: י) שכתב גם כן שהעיקר כדיעה זו, יעו"ש.

אולם לפי מה שכתב הגרע"א בסי' קכא בפירוש הרמב"ם בפ"א מאיסורי ביאה הכ"א דמספיק אמירה לבד, דהיינו דיש להחזיק שכן הוא על סמך אמירה לבד. (ומה דבפ"ג מאיסורי ביאה גבי גר כתב דצריך התנהגות, הוא משום דהוחזק כבר לגוי כמש"כ הרמב"ם שם ע"ש) ועיי"ש בשו"ת הגרע"א שדעתו נוטה לפסוק כן. **אם כן בנידון שלפנינו אף שאין בהתנהגותה כדי להחזיקה כיהודיה וכאמור לעיל, אבל מאחר שאמרה שהיא יהודיה עוד בזמן עלייתה ארצה, ונרשמה לדבריה בתעודת הזהות כיהודיה (תעודת זהות זו נאבדה וכעת יש לה העתק שסדרה אחרי הגירות) אם כן יהיה בזה מדין הוחזק מחמת דבריה".**

לדבריהם שאלה זו תלויה במחלוקת הפוסקים האם חזקה נוצרת גם על ידי דיבור בלבד, או רק על ידי מעשה. לסוברים שצריך דוקא מעשה, הרי בלי התנהגות כיהודי ושמירת מצוות וכדומה, אין כאן מה שיהיה חזקה. אבל לשיטה הסוברת כי באמירה בעלמא שלא הוכחשה והוחזקה במשך שלושים יום, נוצרת חזקה גמורה, אם כן אין צורך דוקא בשמירת מצוות, ודי בחזקה שנוצרה מכח אמירתם בלבד.

בירור יהודתם של עולי ברית המועצות

בצורך לברר את נאמנותם של הבאים מברית המועצות לגבי יהדותם, נכתב רבות.

עיי' בזה בשו"ת יביע אומר (אבן העזר, ח"ז סי' א), אגרות משה (אבהע"ז ח"א סי' ז), קובץ תשובות להגרי"ש אלישיב זצ"ל (ח"א סי' קלט וסי' קלג), פד"ר כרך ט (עמ' 357), תחומין כרך יב (תשנ"א) מאמרו של הרב פרבשטיין שליט"א, פסקי דין - ירושלים בירור יהדות ח"א (פס"ד המתחיל בעמוד יז), ועוד רבות.

סיכום נושא זה הובא על ידי הגאון רבי יצחק אושינסקי שליט"א אב"ד ירושלים בשורת הדין כרך יד (עמ' מג). נביא את עיקרי דבריו הנוגעים לענייננו.

כאמור לעיל, הבא ואומר "ישראל אני" נאמן.

נאמרו על כך שלושה טעמים בראשונים:

א. מדין רוב - רוב הבאים לפנינו בטענת יהדות הינם יהודים.

ב. מדין "מילתא דעבידא לאגלויי לא משקר".

ג. מדין חזקה, שגוי לא יציג עצמו כיהודי.

ככלל, קשה להסתמך בזמנינו על שני הטעמים האחרונים. מדין "מילתא דעבידא לאגלויי" קשה להסתמך, על פי מה שכתב הריב"ש (סי' רנה, וכן בנוב"י סי' כז) שכלל זה לא נאמר רק אם האפשרות שיתגלה שיקרו הוא קרוב ומייד. מה שאין כן בבאים מברית המועצות, שהאפשרות לגלות את האמת אינה שכיחה, אם בכלל. גם בשו"ת יביע אומר הנ"ל, הביא טעם זה בשם הריטב"א, והסיק שיש להסתמך על טעם זה כסניף בלבד.

מדין "חזקה" גם כן קשה להתיר. ה"חזקה" היא שגוי לא יציג עצמו כיהודי סתם כך, אך בזמנינו, כשיש לגויים תועלת ברורה להחשב כיהודים, אין סברא כזו. ועוד, שבוודאי אין זה בושה להחשב כיהודי

כיום בארץ ישראל.

הסברא שנותרה להתיר היא על פי הרוב. במאמר שם פירט מהו ה"רוב" הנצרך בכדי להתיר, האם הוא רוב המתנהגים כיהודים, או רוב הבאים בשפה היהודית, או שמות יהודיים וכו', ע"ש.

יש להוסיף על דברי הגר"י אושינסקי שליט"א, כי על אף שלעיל הבאנו את דברי האגרות משה (אבהע"ז ח"א סי' ה) כי גם מי שאינו נוהג כיהודי, נאמן לומר ישראל אני, בלי שום צורך בהנהגה יהודית או שם יהודי וכדומה, אך כמובא לעיל טעמו הוא משום שרוב מוחלט של הנכרים בכל המקומות, מתביישים שיחשבו אותם ליהודים, ולכן נוצר רוב הקובע כי רוב המצהירים על עצמם כיהודים, הם אכן כאלו.

נמצא כי גם לשיטתו, אצל העולים בזמנינו אי אפשר לומר כן, שהרי כאמור ודאי אין בכך בושה להחשב כיהודי בארץ ישראל, ואדרבה יש בכך רווחים והטבות רבות, ככהאי גוונא ברור כי גם לשיטת האגרות משה אין לסמוך על הצהרתו של אדם ולקבוע בכך כי הוא יהודי, ללא הוכחות נוספות, או נתונים אחרים שיצרו לנו רוב, כמו השפה היהודית או שמות יהודיים וכדומה.

נציין עוד מספר נקודות שהובאו בדברי הגר"י אושינסקי על פי הנהגות גדולי הפוסקים, וכך כתב בשם הגאון רבי משה פיינשטיין זצ"ל בזה"ל:

"קבלה בידינו מהגאון ר' משה פיינשטיין זצ"ל שקיימים שלשה דרכים לבירור יהדותם של יהודי ברית המועצות: א. רישום הלאום היהודי. ב. שמות מובהקים של יהדות. ג. ידיעת שפה יהודית וכן מסורת יהודית. הגר"מ פיינשטיין זצ"ל פסק שאפשר לאשר יהדות על סמך שתיים מתוך שלושת הראיות הנ"ל (מובא בספר "זכרון בספר" לרב פנחס גולדשמידט, אב"ד מוסקבה, בכללים)".

אמנם שמעתי שיש שפקפקו על קבלה זו שציטט הגר"י אושינסקי, כי לכאורה קשה לומר כללים מוחלטים בזה, וכל מקרה צריך בדיקה ושיקול לגופו, לפי נסיבותיו המיוחדות והתמונה השלמה מסביב, לפעמים גם שניים מאותם כללים לא יאפיינו יהודים, ולעיתים גם כלל אחד מהם יכול להספיק באופן מובהק, ויתכן אולי כי הגר"מ פיינשטיין זצ"ל דיבר על מקרה ספציפי שבו אמר כך, ואין לנקוט כן ככלל גורף, והדבר צריך בירור אצל זקני הדיינים או אצל תלמידי הגר"מ פיינשטיין זצ"ל.

עוד כתב שם בשם הגאון רבי זלמן נחמיה גולדברג זצ"ל בזה"ל:

"אודות רוב זה של הבאים לפנינו בתורת יהדות המובא בתוס', אמר לי הגר"י גולדברג שליט"א (זצ"ל), שלא נראה להסתמך על רוב זה בסתם אדם הבא לפנינו, אלא רק כאשר מצטרפת לזה הנהגתו היהודית של הבא לפנינו. רק אז ניתן לומר שרוב הבאים לפנינו כיהודים ומתנהגים כיהודים, הינם יהודים (ועי' לעיל שיש הסוברים שנאמן מדין רוב גם בלא צירוף מנהגי יהדות).

עוד אמר לי, שעל פי הסברות המובאות בראשונים ליצירת הרוב, נוכל גם אנו ליצור רוב (רובא דליתא קמך) בתוך קבוצות בעלי הנהגה מיוחדת. דוגמא לכך, אדם הבא לפנינו ודובר אידיש, שרוב הבאים לפנינו ודוברים אידיש הינם יהודים וכדומה.

ואמר לי הגר"י גולדברג שליט"א (זצ"ל), שמרבית ההסתמכות כיום בענין בירורי יהדות צריכה להיות על המומחים הנ"ל, שהתמחותם אינה רק אודות התעודות, אלא יודעים להכיר מוצא האדם והנהגותיו על פי השיחות שמנהלים איתו והסיפורים ששומעים ממנו, ועל פי זה ניתן הרבה להסתמך בהכרת האדם. וכן הוסיף, שניתן ליצור על פיהם את הרוב ההלכתי הנדרש כדי להתיר בקהל את האומר "ישראל אני", שהרי רוב זה נסמך גם על

סברות כגון "רוב הבאים לפנינו בהנהגה יהודית מסוימת או בעלי שפה מסוימת הינם יהודים" וכדומה, ובהנהגות אלו יכולים המומחים להבחין מתוך הסיפורים והשיחות..."
בעניין הבאים ממקום שהרוב יהודי הביא בשם הגאון רבי שלמה פיישר שליט"א בזה"ל:

"כיום יש לקבוע את הרוב על פי המקום שממנו הגיע עולה זה, האם במקום זה ישנם רוב יהודים או לא, וזאת בהסתמך על הראשונים בפסחים (והובאה שיטתם לעיל) המחדשים שאנו יוצרים רוב מאלו שעלו לרגל ולא מכל ישראל דווקא".

בעניין הדיבור בשפה יהודית (שפת האידית – אידיש) הביא בשם הגאון רבי משה מרדכי פרבשטיין שליט"א בזה"ל:

"בתוך הרוב של הבאים לפנינו בתורת יהדות כולל הגרמ"מ פרבשטיין "רוב המדברים אידיש הינם יהודים", אך אינו רוב בפני עצמו, אלא הוא רק כהנהגה יהודית, ונכלל ברוב הבאים בתורת יהדות שכולל גם הנהגות יהדות".

בתוך הדברים ציין שכאשר ישנו ספק על עצם יחוס המבקש להוריו, יש לברר עניין זה. וכך כתב בתוך דבריו:

"אם אין התעודה מקורית, מתעורר חשש לא רק בנושא יהדות אלא גם בעצם היחס שבין המבקש ובין הרשומים שם כהוריו (זכרון בספר, בכללים)".

רלוונטיות הרוב במקרה שלפנינו

במקרה דידן, קשה להתיר על פי הרוב מטעם נוסף, שהרי המקרה המובא בפנינו חריג (בגלל שהתעודה אינה מקורית, ומעור טעמים שיובאו להלן), ואינו דומה למקרים שניתן להתיר בהם מדין "רוב", ולכן יש צורך בהתייחסות מיוחדת.

יתירה מזו, יש מקום לומר כי בנידון דנן אי אפשר בכלל לבא ולהתיר מדין נאמנותו של "האומר ישראל אני", לא רק בגלל כל הסיבות הנ"ל והריעותות שלפנינו, אלא גם בגלל בעיה מהותית יותר. הרוב הנותן נאמנות לאומר "ישראל אני" רלוונטי כאשר הנידון הוא האם להאמין לו כי הוא ישראל, ובא ממשפחה יהודית, או לא להאמין לו, ולחשוש שהוא משקר ובאמת הוא נכרי גמור. לעומת זאת הספק שלפנינו הוא לא אם הוא ממשפחה יהודית או לא, ברור לנו שהמשפחה המדוברת (אמה של ס.) היא משפחה יהודית, והנידון העומד לפנינו כעת הוא רק האם התרחש אימוץ או לא, האם הם צאצאים ביולוגיים לסבתא היהודיה, או מאומצים במשפחה זו.

יתכן אפילו שהם עצמם אינם יודעים את התשובה האמיתית לכך, ואז אמירתו כלל אינה רלוונטית, ועל כל פנים ודאי שאין כאן משמעות לרוב הכללי, במקרה כזה שהספק הוא ספציפי מה התרחש במשפחה זו, והאם בת זו מאומצת או לא, ובשאלה זו הרוב אינו עונה כלל על הספק שלפנינו.

רוב שיש בו ריעותא

מכיוון שכל הנאמנות לומר "ישראל אני" נסמכת כאמור על הרוב, הרי כל זה נכון כאשר אין ריעותא במקרה המסוים שבא לפנינו, אולם כאשר ישנה ריעותא, ודאי חייבים לברר, וזאת משני טעמים ודינים שונים.

לעיל הזכרנו את דברי רש"י, שבבדיקת הריאה מכיוון שמצוי בה ריעותא צריך לבדוקה. אך יתירה מכך

מצינו עוד כי כאשר במקרה שבא לפנינו ישנה ריעותא ממש, בוודאי צריך לבדוק, ואי אפשר להסתמך על רוב או חזקה. נבאר ונרחיב את הדברים.

ריעותא המערעת את הרוב רק לכתחילה

הנה, רש"י במסכת חולין (יב, א) כתב:

"...אלא ודאי הלכה למשה מסיני הא דסמכין ארובא אפילו היכא דאפשר אי נמי אחרי רבים להטות, משמע בין רובא דאיתיה קמן בין רובא דליתיה קמן דמאי שנא האי מהאי. ואהא מלתא סמכין ולא בדקין כל י"ח טריפות. ונקובת הריאה משום דשכיח בה ריעותא בדקין, והיכא דאיתרמי דאיפרשה ריאה ולא בדק, מתאכלא, דסמכין אהא ואדבר הונא דאמר (חולין ט) נשחטה בחזקת היתר עומדת, ואין מפרסמין הדבר". כלומר, בשאר טריפות אין מקום לחשוש כלל, ולכן אין צורך לבדוק. אבל בריאה, מכיוון שמצויים טריפות, אף שניתן להסתמך על הרוב, ואם נאבדה הריאה הבהמה כשרה, מכל מקום לכתחילה חייב לברר.

נמצא כי במקרה זה הריעותא כנגד הרוב היא חלשה, ודי בה רק להצריך בירור לכתחילה. דין זה שייך לנושא של "איכא לברורי" שנתברר לעיל בהרחבה. אולם מצינו עוד יתירה מזו כי בריעותא גמורה, מתבטל כח הכרעת הרוב לגמרי ולא יועיל אפילו בדיעבד, כדלהלן.

המקור לדין ריעותא ברוב

המקור לדין "ריעותא" הוא במסכת כתובות (טז, א-ב). במשנה שם (טז, ב) מובא:

"האשה שנתארמלה או שנתגרשה, היא אומרת בתולה נשאתני, והוא אומר לא כי, אלא אלמנה נשאתיך, אם יש עדים שיצאת בהינומא וראשה פרוע, כתובתה מאתיים..." נמצא כי האשה צריכה להביא עדים על כך שהייתה בתולה כדי לגבות כתובה מאתיים.

ומקשה הגמרא (טז, א):

"וכיון דרוב נשים בתולות נישאות, כי לא אתו עדים מאי הוי".

ומתרצת גמרא:

"אמר רבינא, משום דאיכא למימר, רוב נשים בתולות נישאות ומיעוט אלמנות, וכל הנשאת בתולה יש לה קול, וזו הואיל ואין לה קול, איתרע לה רובא..."

אלא אמר רבינא, רוב הנשאת בתולה יש לה קול, וזו הואיל ואין לה קול, איתרע לה רובא".

כלומר, רוב הנשים הנישאות נישאות כשהן בתולות ואף יש להן קול שנישאו בתולות, ושם שאין קול זה הרי יש לפנינו ריעותא כנגד הרוב, ומשום כך אין לסמוך על הרוב ובעינן לראיה אחרת כמו עדים.

נמצא אפוא שלמרות שקיים "רוב" שנישאה בתולה, מכל מקום מכיוון שאין לה קול, הרי זו ריעותא, ואין אנו מסתמכים על הרוב.

מקור נוסף

מקור נוסף לדין ריעותא, הוא מהסוגיא במסכת יבמות (לז, א). סוגיא זו תובא להלן ביתר הרחבה, וכאן נציין רק את הנוגע לעניין ריעותא. המשנה שם (לז, ב), עוסקת במי שנשא את יבמתו חודשיים לאחר מות

אחיו, וילדה לאחר שבעה חודשים. ואם כן יש ספק האם הוא בנו של האח הראשון שמת, ונולד לאחר תשעה חודשי הריון, או שהוא בנו של היבם ונולד לאחר שבעה חודשי הריון.

ועל כך מקשה הגמרא:

"ספק בן תשע וכו', אמר ליה רבא לרב נחמן, לימא הלך אחר רוב נשים, ורוב נשים לתשעה ילדן".

ומתרצת הגמרא:

"רוב נשים ילדן לתשעה, ומיעוט לשבעה, וכל היולדת לתשעה, עוברת ניכר לשליש ימיה, וזו הואיל ולא הוכר עוברת לשליש ימיה, **איתרע ליה רובא**... אלא אימא, רוב היולדת לתשעה, עוברת ניכר לשליש ימיה, **והאי מדלא הוכר לשליש ימיה, איתרע ליה רובא**".

נמצא כי על אף שרוב הנשים יולדות לאחר תשעה חודשי הריון, מכל מקום אין להניח שהולד הוא בנו של הראשון, משום שברוב הנשים ההריון ניכר לאחר שלושה חודשי הריון, וכאן לא ניכר. ומכיון שכאן ההריון לא היה ניכר, ישנה ריעותא, ולא תולים בהכרח שנולד מהראשון.

יש להדגיש, שלמרות שבנידון דגן אנו מדברים גם על "חזקה", חזקת כרוכין, ולא רק על הנאמנות לומר "ישראל אני" שעיקרה מדין "רוב", מכל מקום גם החזקה כאן יסודה על רוב, שברוב הפעמים, משפחה שנמצאים יחד וכרוכין זה בזה, ההורים והילדים, הם אכן משפחה אמיתית, ואין כאן אימוץ.

כך מבואר בדברי הבית מאיר (אבן העזר סימן יט) שתירץ את קושיית הב"ש על הרמב"ם שהובאה לעיל, שכתב וז"ל:

"מי שהוחזק, כתב בית שמואל, הרמב"ם כתב ראיה לזה, וכבר הביא הה"מ ראיה זו בשם הירושלמי. ומה שכתב ולכאורה קשה, איני יודע מה קשה, חדא דאין ענין זה לזה, **הכא איירי מחזקה דאיתא מכח רובא, שעל הרוב כל עסק המוחזק בתמידות ל' יום הוא האמת**, ובחולין איירי מחזקה דלא נשתנה מכמות שהיה".

הגדרת הדברים התבארה בספר שערי יושר (ש"י פ"ח ד"ה כתב הרמב"ם) שכתב בתו"ד בזה"ל:

"... אבל מדברי הרמב"ם שם בפ"א מהלכות איסורי ביאה הלכה כ שכתב להוכיח על מעלת חזקה ממכה אביו, והוא על פי דברי הירושלמי בקידושין פרק עשרה יוחסין, דלכאורה הוא נגד הש"ס דידן פ"ק דחולין דילפינן מזה דאזלינן בתר רוב, אלא נראה דהרמב"ם מפרש שהירושלמי ותלמוד דידן אינם חלוקים בזה, והכל מטעם אחד הוא, וכמו דמצינו בגמרא חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו וחזקה שאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה **שהוא ענין הוכחת רוב ואנן סהדי, שעל פי הרגיל מוכח הענין שכך וכך הוא, הוא רובא דליתא קמן, ורוב מעליא כזה מועיל גם להוציא ממון**..."

עניין זה הורחב לעיל.

ראיה מסוגית סמוך מיעוטא לחזקה

והנה, כבר מתוך הסוגיא במסכת קידושין שהובאה לעיל, שהיא מקור דין "כרוכין", היה מקום ללמוד שלא הולכים אחר חזקה כשיש ריעותא.

מובא שם בהמשך הגמרא (פ, א):

"וואזדו לטעמייהו, דתנן, תינוק שנמצא בצד העיסה ובצק בידו, רבי מאיר מטהר, וחכמים מטמאין, מפני שדרכו של תינוק לטפח. והוינן בה, מאי טעמיה דרבי מאיר. קסבר, רוב

תינוקות מטפחין ומיעוט אין מטפחין, ועיסה בחזקת טהרה עומדת, וסמוך מיעוטא לחזקה איתרע ליה רובא. ורבנן, מיעוטא כמאן דליתא דמי, רובא וחזקה רובא עדיף".

וביאר שם רש"י:

"סמוך מיעוטא דאין מטפחים לחזקה דעיסה, ואיתרע רובא דמטפחין. דלרבי מאיר לא בטיל מיעוטא לגמרי, דשמעין ליה (נדה לב) דחייש למיעוטא, הילכך במקומו עומד, וכי משכח מידי לאיצטרופי בהדיה מצטרף.

מיעוטא כמאן דליתיה דמי, דבטיל ליה לגבי רובא, ורבנן לטעמייהו דלא חיישי למיעוטא".

ביאור הסוגיא בקצרה, שלדעת רבי מאיר מכיוון שהוא חושש למיעוטא, הרי המיעוט אינו מתבטל, ולכן יכול להצטרף לחזקה. אך לדעת חכמים, המיעוט לא נחשב כלל, ולא חוששים לו, ולכן הוא אינו מצטרף לחזקה. ולכן עיסה שביד התינוק שיש לה חזקת טהרה וגם מיעוט תינוקות אינן מטפחין באשפה והם טהורים, לרבי מאיר המיעוט והחזקה מצטרפים והעיסה טהורה, ולדעת חכמים העיסה טמאה מכח הרוב.

משמע מתוך הדברים, שכל צד שאנו חוששים לו, כגון מיעוטא לר"מ, או כל חשש סביר אפילו לרבנן, די בכך בכדי לערער את הרוב שהרי יש ריעותא נגד הרוב.

אך באמת מכאן אין ראיה, כי שם מדובר רק כאשר ישנה חזקה העומדת נגד הרוב, ובכהאי גוונא אם ישנו גם צד מיעוט שחוששים לו, מצטרף הוא לחזקה ומונע את הכרעת הרוב, בניגוד למקרה שלפנינו שאין חזקה נגד הרוב. זאת ועוד כי לשיטת רבנן לא כל ריעותא וצד שיש לחוש אליו, מונע את הכרעת הרוב, ואדרבה עיקר דין רוב נאמר כאשר יש סיבת ספק לפנינו, ואף על פי כן הרוב מכריע כנגד המיעוט.

רק כאשר ישנה ריעותא משמעותית המתנגדת להכרעת הרוב, כדוגמת שתי המקורות שהבאנו בהם ישנו רוב אחר המוכיח וסותר כנגד הכרעת הרוב הזה, כגון רוב הנישאות בתולות יש להם קול, שסותר את ההכרעה שנישאה בתולה על פי רוב הנשים שנישאות בתולות, וכך במקור השני שם ישנו רוב נשים שעוברין ניכר אלר שלושה חודשים, הסותר את ההכרעה כי הוא בנו של הבעל הראשון מכח הרוב שיולדות לתשעה חודשים, בכהאי גוונא הבאנו לעיל כי אין סומכים על הרוב מכח הריעותא.

ריעותא במומחיות השוחט

לכאורה מצינו מקור נוסף לדין זה. לעיל הבאנו את הכלל "רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן", כלומר שאם מישחו שחט ואין ידוע האם הוא מומחה לשחיטה, מניחים ששחט כראוי כי רוב השוחטים הם מומחים.

ובדרכי תשובה (יו"ד סי' א סק"ז) כתב:

"בחזקת מומחין ומוחזקין, עיין בתשובות הריב"ש סי' תצח, ומבואר בדבריו דדוקא כשאין ריעותא באדם השוחט לפנינו, אבל ביש עליו ריעותא לפנינו, לא אמרינן אצלו רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם, שכתב שם בנידון שנשאל באחד שבא לעיר לשחוט שלא ברשות השוחטים המוקדמים, והקהל שלחו אחריו ולא רצה להראות המחאתו ובקיאיתו והתחיל במחלוקת ויצא מהם בחרי אף ומקניט ומקנתר. וכתב שאסור מן הדין לסמוך עליו

כיון שהיה לו לענות בפניהם בנחת ומענה רך, שלא יתן מקום לחשוד אותו כמו שראוי לכל חרד בדבר ד', והוא לא עשה כן, איתרע חזקתו עיין שם.

ועי' ד"ק סק"ג שכתב דשוחט ובודק שיצא עליו רינון, **יש לומר דיצא מהרוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם**, וצריך בדיקה אחר הקול אם הוא אמת או לאו עיין שם..."

ביאור דבריו, שאף על פי שישנה חזקה שהוא כשר מדין "רוב", מכל מקום כאשר ישנה ריעותא, הרי הוא יצא מכלל הרוב, משום שרוב השוחטים אין להם ריעותא כזו.

אמנם יש להעיר על דבריו, כי המעיין בריב"ש (סי' תצח) שהוזכר בדרכי תשובה, יראה שלא כתב כן מדין ריעותא ברוב, אלא מדין איכא לברורי, וז"ל הריב"ש:

"הנה ראוי למוקדמין מן הדין לאסור הבשר שנשחט ונבדק על ידי אחר. אלא אם כן הוא מומחה להם. ואף על גב דקיימא לן (חולין ג, ב) רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן. כבר הסכימו הגאונים ז"ל וכל האחרונים ז"ל דהיינו היכא דליתיה קמן דלא אפשר למבדקה, אבל היכא דאיתיה קמן אין אוכלין משחיטתו עד שיבדק אם יודע הלכות שחיטה אם לאו... **וטעמא דמלתא משום דמעוטא דשאינן מומחין שכיח טובא, ולהכי לא סמכינן ארובא דמומחין אלא היכא דלא אפשר למבדקה...**

ואם כן זה השוחט ובודק למכור לרבים שלא ברשות המוקדמין והקהל, ולא היה מומחה אצלם, **היה ראוי שלא לאכול משחיטתו ומבדיקתו עד שיבדקו אותו** אם יודע הלכות שחיטה ובדיקה אם לאו, כיון שהיה מצוי בעיר. והוא כששלחו המוקדמין בעדו לחקור על הפרה בדרישה וחקירה, כדי שיצא הדין לאמתו מתחת ידיהם, היה לו לענות מפניהם ולאמר לפניהם ענין הפרה בנחת איך היה, ולהתנצל במענה רך כמו שראוי לכל חרד בדבר האלהים כשחושדין אותו בדבר ואין בו. וגם להראות בפניהם המחאתו ובקיאותו בהלכות שחיטה ובדיקה. ולא להתחיל במחלוקת ולבעוט במוקדמים היושבים על המשפט, ולהתריס כנגדם בהטחת דברים קשים. וגם הוא בכתבו שלא השיב להם מענה רך ויצא מעם המוקדמין והרבה מן הקהל שהיו עמהם בחרי אף.

ואם כן כדן עשו לאסרה, ולא יסמכו הקהל על שחיטתו ובדיקתו עד שיבדק אם יודע אם לאו, אחרי שאין המוקדמין יודעין בהמחאתו ובקיאותו ואפשר לבדקו, אלא שהוא מקניט ומקנתר ונותן מקום לחשוד אותו שהוא עושה בדיקתו פלסתר."

הרי שלא אסר הריב"ש משום שהורע עצם הרוב ולא ניתן לסמוך עליו, אלא מכח הדין הרגיל שאין סומכים על רוב מצויים אצל שחיטה מומחין אם ניתן לברר, ולכן כאן אין לאכול משחיטתו עד שיבררו אם הוא מומחה, וכל שהשוחט עצמו ברמות רוחו מעכב את הבדיקה ומונע אותה, אסור לאכול ממנה עד שנברר.

הדברים מפורשים עוד בהמשך תשובת הריב"ש, שם דימה דין בהמה זו, לטבח שאיבד את הריאה במזיד כדי לא לאפשר לבדקה, שלכולי עלמא אסור לאכול את הבהמה אפילו בדיעבד, מדין איכא לברורי, וז"ל:

"וכי תימא והלא בהמה שנשחטה בחזקת היתר עומדת עד שיודע לך במה נטרפה. ואחזוקי אסורא לא מחזקינן, דאזלינן בתר רובא ורוב בהמות כשרות הן. ואפילו בסירכות הריאה שהמיעוט מצוי וצריך לבדוק לכתחלה, מכל מקום אם בא זאב ונטל את הריאה ולא נבדקה, או ששכח טבח והוציאה, כשרה, לפי שבדיעבד סומכין על הרוב..."

לא היא, דהיינו אם פעם אחת אירע כן באונס או בשוגג, אבל שיעמוד מי שידוע לנו שאינו יודע לבדוק, ויבדוק תמיד, ושנאכל על סמך בדיקתו, זה ודאי אסור לדברי הכל. ואף על פי שאין בדיקה זו אלא מדבריהם. והוי כההיא דאין מבטלין איסור לכתחלה, דאם בטלוהו

בשוגג לכתחלה מותר, במזיד אסור... וכאן הרי הוא כנתבטל בשביל כל הקהל למי שירצה לקנות...

כל שכן שלפי מה שכתבתי למעלה ראוי להחמיר בזה כיון שהוא מזיד, דאם לא כן בטלת תורת בדיקה. וכל הקצבים יטלו הריאה מכל בהמתם במזיד ויקרעו לשנים קרעים כדי שנכשיר אותם כלם, ולא הועילו חכמים בתקנתם ולהצריך בדיקה לריאה מפני הסירכות המצויות בה, וזה אי אפשר."

הרי שטעמו של הריב"ש לאסור אפילו בדיעבד בלא בדיקה, הוא משום שעל אף שחובת הבדיקה אינה אלא מדרבנן, מכל מקום כאשר הבדיקה נמנעה במזיד, אסרו אפילו בדיעבד, וכדוגמת הדין שמדרבנן אסור לבטל איסור לכתחילה, ואם עבר וביטל במזיד, נאסר אפילו בדיעבד. דאם לא כן לא היה קיום לתקנה זו, וכל טבח יאבד את הריאה וימנע את הבדיקה. מכך למד הריב"ש לאסור גם במקרה של השוחט שמנע את הבדיקה אם הוא מומחה, גם שם למרות שכל הבדיקה היא מדין איכא לברורי, אם השוחט מנע את הבדיקה במזיד, אסור לאכול משחיטה זו אפילו בדיעבד.

דבריו אלו הובאו להלכה בש"ך, על דברי השו"ע (יו"ד סי' לט ס"ב) אשר פסק:

"מי שקרע בטן הבהמה וקודם שתבדק הריאה בא חיה או נוכרי, ונטלה והלך לו, הרי זו מותרת, ואין אומרים שמא נקובה או סרוכה היתה".

וכתב הש"ך (סק"ו) וז"ל:

"ונטלה והלך לו כו'. אבל אם השליכה או איבדה במזיד נראה דלכולי עלמא דינא כמו ביטל במזיד איסור דדבריהם, שנתבאר דינו בסי' צט סעיף ו, וכן כתב הריב"ש בתשובה סי' תצח ע"ש".

נמצא כי לא התחדש בריב"ש דין כי ישנה ריעותא אשר בכחה לבטל את הכרעת הרוב, ושלא כפי שנראה מדברי הדרכי תשובה.

עוד כתב שם בדרכי תשובה (שם סקכ"ו) בזה"ל:

"אין לסמוך על החזקה במקום דיכולין לבררו, עי' בשו"ת טוב טעם ודעת תליתאי סי' עט שנשאל על דבר שיצא ערעור על השוחטים שאינם בקיאים בהשחזת הסכין, אם מחוייבים לעמוד בנסיון.

והשיב דאף שנטלו קבלה והוחזקו על ידי שני עדים דהיינו השוחט ובודק והרב בשעה שנטלו קבלה שהם אומנים ובקיאים, מכל מקום היכא דיש חשש ערעור שאינם מבינים בהשחזת הסכין, צריכין לעמוד בנסיון עוד הפעם לברר, ובפרט היכא שיש רגלים לדבר אם מסרבין להראות סכינים וכו', ובודאי כל היכא דיש רגלים לדבר צריך לחוש להו עיין שם (וע"ל ס"ק יז)".

נמצא לכאורה כי גם כאשר ישנו "רוב", היינו במצב רגיל, אך אם ישנם רגליים לדבר שאין חשש, חובה לעמוד על הבירור, ולא להסתמך בסתם על רוב וחזקה. אמנם כפי שהבאנו, גם כאן אין זה משום שבטל כח הרוב, אלא משום שבשחיטה הדין הוא כי חייבים לברר אם הדבר אפשרי, ואם השוחט מונע את הבירור בכוונה, אזי אפילו בדיעבד אסרו את שחיטתו.

עוד מודגש שם, שלפעמים עצם העובדה שמסרבים להראות את הסכין, היא כשלעצמה מהווה ריעותא ורגליים לדבר שיש חשש שאכן הסכין אינו כשר. אך נראה כי יש לבדוק כל הימנעות כעין זו לגופה, שכן יתכן כי במקרים מסוימים לא תחשב ההימנעות מבדיקה, כריעותא.

איזה רוב מרע רוב אחר ומצריך בירור

הבאנו לעיל את הסוגיא במסכת כתובות (טז, א-ב), שלמרות שרוב נשים בתולות נישאות, אם ישנה ריעותא, היא צריכה בכל זאת להביא ראייה בכדי לגבות כתובת בתולה.

והנה, בתוספות שם (ע"ב ד"ה וזו הואיל) מובא חידוש נוסף, וכך כתבו שם:

"תימה דתנן בפירקין (כח, א), אלו נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקטנותן, זכורני בפלונית שיצאה בהינומא וראשה פרוע. וקאמר בגמרא, מאי טעמא, כיון דרוב נשים בתולות נישאות, גילוי מילתא בעלמא הוא. והשתא היכי מיירי, אם יש לה קול (כרוב הנשים הנישאות בתולות, שיש להם קול) למה צריך שום עדות לרב, ניזיל בתר רובא כדפריך הכא. ואי אין לה קול, אם כן איתרע לה רובא ויצטרך שני עדים כשרים".

כלומר, הדין הוא שבכדי להוכיח שאכן האשה הייתה בתולה כשנישאה ומגיע לה מאתיים בכתובתה, אין צורך בעדים שהם כשרים לגמרי. מי שראה את הסימנים בחתונתה המוכיחים שנישאה בתולה (כגון שיצאה בהינומא שהוא סימן לבתולה), כשהיה עדיין קטן, יכול להעיד על כך בגדלותו, על אף שבשאר עדויות אין זו עדות כשירה, משום שרוב הנשים נישאות בתולות. ועל כך מקשים התוספות, שאם לא היה לה קול והתערער הרוב שמגיע לה מאתיים, מדוע לא צריכים עדים כשרים.

ומיישבים התוספות:

"... ויש לומר דרוב נשים בתולות נישאות עדיף מרוב נשים הנישאות בתולות יש לה קול, וכי אין לה קול לא יתרע כל כך רוב דבתולות נישאות שלא יועיל עדות דראה בקוטנו ואחר עמו".

נמצא לדברי התוספות שבמקרה הזה ישנם שני סוגי רוב שונים. ישנו רוב של נשים בתולות נישאות, וישנו רוב הפוך של "כל הנשאת בתולה יש לה קול". שני סוגי הרוב מתנגדים זה לזה, הרוב הראשון מוכיח שנישאת בתולה ויש לה מאתיים בכתובתה, והרוב השני קובע שאין לה מאתיים משום שאילו נישאה בתולה, היה לה קול. הרוב הראשון גובר על פני הרוב השני, ועדיף ממנו. אך אף על פי כן, הרוב השני מחליש ומרע את הרוב הראשון ומחייב בדיקה. ואמנם אינו מחייב בדיקה של שני עדים כשרים, משום שהרוב הראשון עדיף ולא התבטל לגמרי אלא רק הורע ונחלש, לכן על אף שיש בכוחו לערער את ההנחה שנישאת בתולה ולחייב בדיקה, די לבדיקה זו בעדות חלשה של קטן המעיד בגדלותו מה ראה בקטנותו, כדי לחזק את הרוב הראשון מחדש, ואזי זוכה האשה בכתובת בתולה של מאתיים זוז.

מדברי התוספות למדנו כי למרות שהרוב המתנגד ויוצר את הריעותא אינו רוב גמור, מכל מקום יש בכוחו להרע רוב גמור, ולהצריך בירור נוסף.

מכך ניתן ללמוד לנשוא פסק הדין דנן, כי גם אם היה במקרה זה רוב של כרוכין אחריה, שהוא רוב גמור המכריע בכל מקום, מכל מקום אם ישנו רוב המתנגד לו, גם אם רוב זה אינו רוב מוחלט וברור, כגון שרוב המקרים הדומים ומזכירים את האופן הזה מלמדים על אימוץ, יש בכוחו לערער את הרוב הראשון ולחייבו בדיקה. גם אם הרוב השני רק מחליש את הרוב הראשון, וקל וחומר כאשר הוא נהפך לרוב גמור והפוך מהראשון, כדוגמת מקרה דנן עם הריעותות שבו.

ביאור כוונת התוספות שהרוב האחד עדיף מהרוב השני

בשיעורי רבי שמעון שקופ זצ"ל במסכת יבמות שם לעניין רוב יולדות לתשעה (פי' לה) כתב:

"הני רובא לאו שקולים הם ואינם מענין אחד, דהרוב לט' ילדן הוא רוב ממש שאמרה תורה לילך אחר רובא, והרוב דעוברן ניכר לשליש אינו רוב לילך אחר רוב לומר שיהיה בה ניכר או לא, כמובן, רק בגדר הוכחה ורגלים לדבר, שעל פי רוב היולדת לט' עוברת ניכר, וזו הואיל ולא ניכר, מוכח דלאו בן ט' הוא. והנה, אף שכמו שדין התורה הוא לילך אחר רוב כמו כן אנו סומכין על הוכחה כזו שמראה רגלים לדבר, אף שבא לא בדרך החלטי רק בגדר רוב, בכל זאת בכהאי גוונא אי אפשר לנו לעשות דין פסוק, דיש לנו שני דינים שסותרים זה את זה, דמטעם הלך אחר הרוב יש לנו להחזיקו לבן ט', ומטעם הוכחה עלינו להחזיקו לבן ז' ועל כן הוה ספק..."

בדרך זהה וביתר ביאור כתב בשיעורי רבי דוד פוברסקי זצ"ל שם (יבמות לו, א אות רלה) בזה"ל:

"הדין רוב דרוב נשים לט' ילדן, הוי דין דהרוב אומר ללכת אחר הרוב, לומר שהיא מרוב נשים אלו, מה שאין כן הרוב דעוברן ניכר לשליש ימיה, אין זה רוב בהנשים, שהרוב אומר שהיא מהנשים שעוברן ניכר, דהא אדרבא חזינן שאינו ניכר, ורק דהוי הוכחה מכח הרוב שאינה מעוברת מראשון, אבל אין זה ככל רוב דעלמא שאומר שהיא מהרוב, ולכן קאמר בגמרא דלאו רוב גמור הוא אלא רק שעושה רעותא ברוב הראשון אבל לא דחשיב רוב כנגד רוב..."

וכן מצינו בריש פרק ב דכתובות (טז, ב) דאיכא רוב נשים בתולות נישאות, ואיכא כנגדו רוב להיפך דרוב בתולות נישאות, יש להן קול, ולזו לא היה קול. דמבואר שם דהוי רק רעותא ברוב הראשון, ולא דחשיב רוב כנגד רוב. והיינו נמי כנ"ל, דרק רוב בתולות נישאות הוי רוב מעליא שאומר שהיא מהרוב, מה שאין כן רוב יש להן קול, לאו רוב מעליא הוא, דהא אין הרוב אומר שהיא מהרוב, אלא רק מוכיח לנו, שמכיון שלא היה אצלה קול על כרחך לא היתה בתולה, ולכן כיון דלאו רוב מעליא הוא, עושה רק רעותא באידך רוב..."

גם הגר"ש שקופ וגם הגר"ד פוברסקי ביארו, כי עיקר דין רוב הנאמר בתורה אשר בכוחו להכריע, הוא רק כאשר הרוב מכריע כי זה שלפנינו הוא מהרוב ולא מהמיעוט, ועל כך נאמר "אחרי רבים להטות", כך גם הרוב נשים בתולות נישאות, או הרוב נשים יולדות לתשעה חודשים, מכריע כי האשה שלפנינו היא אכן מהרוב. לעומת זאת הרוב הנגדי האומר כי רוב הנישאות בתולות יש להן קול, אינו בא להכריע שהיא מהרוב, כי אדרבה לאשה זו לא היה קול, אלא שאנו באים להביא הוכחה שלא נישאה בתולה, משום שאם היתה בתולה למה לא היה לה קול כמו רוב הנשים. נמצא שאין כאן רוב המכריע שהיא מן הרוב, אלא אנו באים להביא הוכחה מתוך הסתברות הרוב, כדי להחליש על פי רוב זה את הרוב הראשון. לא זהו דין הכרעת הרוב אשר התחדש ב"אחרי רבים להטות", ועל כן אין בכוח הוכחה זו אלא להרע ולמנוע מאיתנו להכריע על פי הרוב הראשון.

נמצא שמה שכתבו בגמרא ביבמות שהבאנו שרוב היולדות לתשעה ניכר עוברן בשליש ימיה, הינו רוב שרק גורע ומחליש את רוב יולדות לתשעה, ואינו רוב שעל פיו הולכים להכריע מי האשה שלפנינו. ורק רוב נשים יולדות לתשעה הוא רוב ניכר שעל פיו ניתן להכריע מי האשה שלפנינו. אלא שהרוב שניכר עוברן בשליש ימיה גורם להחליש את הרוב יולדות לתשעה מגרע ממנו ומרע אותו, אך לא מבטל אותו.

והוא אותו הגדר שמצינו בתוספות במסכת כתובות בעניין רוב בתולות נישאות יש להן קול. אין זה רוב שניתן לפסוק על פיו ולקבוע את מעמדה של האשה. אלא שמכיוון שרוב הנישאות בתולה יש לה קול ולזו אין קול, הרי זה רוב שמערער את הרוב של רוב נשים בתולות נישאות, וגורם להחשיב את המצב

ריעותא בהוכחת יהדות

בפסקי דין ירושלים (דיני ממונות ובירורי יחסין ח"ב עמ' תח) הובא מקרה שבו בת שגדלה בבית יהודי רצתה שיכירו ביהדותה. תורף המעשה היה שהאב גויס במלחמה והגיע לאוקראינה, שם נשא אישה ונולדה לו בת, והאם נפטרה. בסוף המלחמה חזר למקומו, נישא בשנית, והם גידלו את הילדה. וכתב שם:

"אבל בנידון דנן שהאמא שבאה לפנינו נולדה באוקראינה ואחר כך עברה לטבליסי, ולא ידוע מי היתה אִמָּה יולדתה, אמנם בטבליסי הוחזקה - זו שבאה לפנינו - כיהודיה, מכל מקום החשש הוא שאִמָּה יולדתה היתה גויה, והוחזקה באוקראינה לגויה, ואם כן אין מועילה לה חזקת היהדות שלה בטבליסי, מה גם שהיא עצמה ענתה לנו כמה פעמים שמעולם לא דברה עם אביה על הנושא הזה האם אִמָּה היתה יהודיה או לא, ומה שאומרת שאִמָּה נקראה "סופיה בת מיה", שהם בדרך כלל שמות יהודיים, אין זה מספיק להחזיקה כיהודיה ובפרט שאין הוכחה שאכן זה היה שם אִמָּה, ומאחר שנולדה באוקראינה שרובם גוים, וההתבוללות היתה שכיחה שם, אף אם אחוזי ההתבוללות היו מיעוט, מכל מקום אין הסתברות לומר שאביה נשא דוקא יהודיה, שהרי לא היה דתי, על כן נראה שאין לדון את האשה שבאה לפנינו כיהודיה.

ובגמרא כתובות כו: הכא במאי עסקינן דמוחזק לן באבוב דהאי כהן הוא ונפקי עליה קלא דבן גרושה או בן חלוצה הוא ואחתנייה. ועיי"ש ברש"י ד"ה ואחתנייה: מן הכהונה עד שיבדקו את הדבר, שמעלה הוא לכהונה. ע"כ.

והנה הגם שרש"י אומר שזו מעלה וחומרה בכהונה, נראה דבנידון דנן שיש ריעותא ביחוס של המבקשת, כיון שלא יודעים מי היתה האמא שלה, נראה שגם בישראל יש לחשוש, בפרט שמדובר בחזקה קלושה. ועי' רש"י שם שנפק עליה קלא, וז"ל: קול בעלמא. ובריטב"א כתב שכן דעת תוס', אך יש שפירשו דקול המוחזק בבית דין הוא. אך נראה שאין זו הכרעת הריטב"א."

נמצא לדעתם שלמרות שמספרת האשה שלאִמָּה היה שם יהודי, מכיוון שאין הדברים ברורים, וישנה ריעותא בחזקתה, צריכה גירות מספק.

הוכחה מהגמרא על חיוב בדיקה ברעותא

והנה, ניתן להוכיח מגמרא מפורשת, שמי שיש ריעותא ביהדותו, צריך להוכיח זאת.

דהנה, במסכת פסחים (ג, ב) מובא:

"ההוא ארמא דהוה סליק ואכיל פסחים בירושלים, אמר, כתיב כל בן נכר לא יאכל בו, כל ערל לא יאכל בו, ואנא הא קאכילנא משופרי שופרי. אמר ליה רבי יהודה בן בתירא, מי קא ספו לך מאליה. אמר ליה לא. כי סלקת להתם אימא להו, ספו לי מאליה. כי סליק אמר להו, מאליה ספו לי. אמרו ליה, אליה לגבוה סלקא. אמרו ליה מאן אמר לך הכי, אמר להו רבי יהודה בן בתירא, אמרו מאי האי דקמן, בדקו בתריה ואשכחוהו דארמא הוא, וקטלוהו. שלחו ליה לרבי יהודה בן בתירא, שלם לך רבי יהודה בן בתירא, דאת בניצבין ומצודתך פרוסה בירושלים..."

כלומר כי אותו גוי (ארמא) הגיע לירושלים והצטרף לאוכלי קרבן הפסח, והתפאר בכך לפני ר' יהודה בן בתירא. ר' יהודה בן בתירא ייעץ לו שיבקש לאכול מן האליה, שהיא אסורה באכילה ומוקרבת לגבוה, בכדי להכשילו. משעשה כך, התגלתה תרמיתו, בדקו אחריו וגילו שהוא אכן אינו יהודי.

מקשים התוספות שם, כיצד נתנו לו לאכול מלכתחילה מהקרבתן אם לא הכירו אותו אוכלי קרבן הפסח, וזה לשון התוספות (ד"ה ואנא אכילנא) :

"מכאן אין ראיה שנאמין לכל הבא לפנינו ואומר ישראל אני, דשאני הכא דרוב ישראל היו ואזלינן בתר רובא. אך יש להביא ראיה מפרק החולץ (מה, א) דאמר ליה זיל גלי או נסיב בת מינך. וכן מההוא דאתא לקמיה דרבי יהודה ואמר נתגירתי ביני לבין עצמי, אמר ליה נאמן אתה לפסול את עצמך ואי אתה נאמן לפסול את בניך, והיינו משום דמצוי למימר ישראל אני..."

כותבים התוספות אפוא, שכל מי שבא לפנינו ואומר "ישראל אני", נאמן הוא שהוא אכן ישראל. ולמרות שאין ראיה מהסוגיה בפסחים, משום ששם רוב העולים לרגל היו ישראלים, ולא ניתן ללמוד משם למקום שאין רוב כזה, מכל מקום ניתן לדייק כך מהסוגיא ביבמות. שם היה מדובר במי שהוחזק כישראל, ואחר כך אמר שלא התגיר כדין, משום שהתגיר בינו לבין עצמו ללא בית דין. משמע, שכשהגיע לפנינו החזקנו אחריו כישראל כשר מבלי לבדוק.

ובתוספות במסכת יבמות (מו, א) ביארו שדין זה הוא מחמת רוב, שרוב הבאים לפנינו הינם ישראלים, וז"ל:

"במוחזק לך, אומר רבינו תם דדוקא בדידעין דהוה עובד כוכבים מעיקרא, דאי לא הוה ידעין מהימן, מגו דאי בעי אמר ישראל אני, דמהימן כדמשמע בריש מסכת פסחים (ג, ב) גבי ההוא עובד כוכבים דהוה סליק ואכיל פסחים בירושלים. ואין לומר שאני התם דהוה סמכי ארובא דהוה ישראל, דהא בכל מקום נמי איכא רובא דרוב הבאין לפנינו בתורת יהדות, ישראל הם..."

אלא שלפי האמור צריך לשאול, אם אכן כל המגיע לפנינו מוחזק כישראל, מדוע שם באותו מעשה במסכת פסחים הוצרכו לבסוף לברר אחריו. ופשוט, שמכיוון שביקש לאכול מהאליה, שהיא מוקרבת לגבוה, העלה הוא את חשדם שמא אכן אינו ישראל, ולכן היו חייבים לבדוק.

מכאן ניתן להסיק, שגם בכל מקום בו יש לנו חשש שהבא לפנינו אינו אומר אמת, חובה עלינו לבדוק את הדבר, ולא להסתמך על הרוב ולהסתפק בכך. וסברא פשוטה היא, שאמנם ברוב המקרים הרגילים הבא לפנינו הוא אכן מוחזק כישראל, ואנו סומכים על רוב זה. אך באופן שהמקרה אינו מקרה רגיל, ואין הוא דומה לרוב המקרים המצויים, לא ניתן להסתמך על ה"רוב", מפני שהשינוי שקיים במקרה זה המחריג אותו, ומרע את הרוב, אינו כלול ב"רוב" המקרים המצויים.

דעת ה"יביע אומר" שאין חיוב לברר אלא אם ישנה ריעותא

דעתו העקרונית של היביע אומר לפסוק כדעת הבית יוסף שהחיוב לברר במקום רוב, הוא רק כשיש חזקת איסור, או במיעוט מצוי כדעת הפרי חדש. אולם במקרה דנן נראה פשוט שגם לדעתו חובה לברר את יהדות המבקשת וכפי שיבואר להלן.

דהנה, בשו"ת יביע אומר (ח"ז אבהע"ז סי' א) דן בנאמנות עולים מרוסיה על יהדותם, וכתב בתוך דבריו בזה"ל:

"... והנה ביבמות (מו סוף ע"ב) תנו רבנן, מי שבא ואמר גר אני יכול נקבלנו, תלמוד לומר וכי יגור "אתך" גר, במוחזק לך. וכתבו התוספות (שם מו, א) בד"ה במוחזק, אומר רבינו תם, דמיירי דוקא היכא דידיעין דהוה עכו"ם מעיקרא, דאי לא ידעין נאמן במגו דאי בעי אמר

ישראל אני, וכדמוכח בריש פסחים (ג, ב), שהבא לפנינו ואומר ישראל אני נאמן, גבי ההוא עכו"ם דהוה סליק לירושלים ואכיל פסחים. ואין לומר דשאני התם דהוה סמכי ארובא דהוה ישראל, דהא בכל מקום נמי איכא רובא, שרוב הבאים לפנינו בתורת יהדות ישראל הם...

אולם עדיין יש לדון בנידון דידן, לפי מה שאמרו בפסחים (ד א), השוכר בית מחבירו בארבעה עשר בניסן, חזקתו בדוק או אין חזקתו בדוק, ופריך, למאי נפקא מינה לשיייליה, ומשני, דליתיה בעיר לשיוליה. ע"כ.

וכתב הר"ן שם, דמדפריך למאי נפקא מינה לשיייליה, מוכח שאפילו אם היתה חזקתו בדוק צריך לברר על ידי שאלה, ולא סמכינן אחזקה, דכל היכא דאפשר לברורי מילתא מבררין. ולפיכך כתבו הר"ף והגאונים בפרק קמא דחולין, דאף על גב דקיימא לן רוב המצויים אצל שחיטה מומחים הם, מכל מקום לא סמכינן עלה אלא היכא דשחט ואזל לעלמא, וליתיה קמן דנשייליה, אבל היכא דאיתיה קמן לא סמכינן ארובא ובדקינן ליה. ע"כ...

ומכיון שאין לסמוך על הרוב בלבד מבלי לברר, גם כאן שהרוב הבאים לפנינו ישראל הם, צריך בכל זאת לברר עד כמה שאפשר. אלא שיש לדחות ולומר דשאני רוב המצויים אצל שחיטה, אף שמומחים הם, מכל מקום יש נגד הרוב חזקת איסור של הבהמה, שבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת, אבל רוב גמור שאין חזקה מתנגדת לו, אפשר שסומכים עליו בלא שום בירור. וכן מוכח מדברי הרמב"ן במלחמות פרק קמא דחולין (דף יב ע"א)...

ועיין עוד להר"ן (חולין יא ב) אחר סוגיית רובא, שכתב, שהמיעוט שאין מומחים שכיח טובא, והוה ליה כטרפות הריאה דכל היכא דאיתא קמן בדקינן לה, ומשום הכי כתבו הגאונים שאף בשחיטה צריך לבדוק, ודכוותה אשכחן בפרק קמא דפסחים (ד, א) למאי נפקא מינה לשיייליה. ע"כ. **ולפי זה בסתם רוב דשכיח טובא בנידון דידן יש לומר שאין צריך לברר...**

ועינא דשפיר חזי למרן הבית יוסף אורח חיים (סימן תלז) שכתב בההיא דפסחים (ד א), ואם תאמר, כי איתיה למשכיר קמן אמאי בעינן לשיוליה, ולא סמכינן אחזקה, מאי שנא מבהמה שחוטה דאיתא קמן ולא בדקינן לה בכולהו טריפות, אלא מוקמינן לה אחזקה. ויש לומר דשאני בהמה שהיא בחזקת כשרה משנולדה, אבל בית כל השנה בחזקת שאינו בדוק הוא. עכ"ל...

ולפי דברי מרן גם בנידון דידן שרוב הבאים לפנינו, ישראל הם מלידה, נראה שאין צריך לברר.

וכן לפי מה שכתב הפרי חדש (סימן תלז) לתרץ קושית הבית יוסף הנ"ל, דברובא דעדיף מחזקה אין צריך לברר, ודוקא גבי רוב מצויים אצל שחיטה מומחים הם הצריכו הגאונים לברר, משום דההוא רובא לא אליס כולי האי, כרובא דבהמות כשרות. ע"ש. ואפשר שכוונתו כמו שכתב הר"ן, דמיעוט שאינם מומחים שכיח טובא, ודמי לטרפות הריאה. אם כן בנידון דידן דהוי רוב גמור אין צריך לברר...

ועל כל פנים נראה שהואיל ועיקר דבר זה שבמקום רוב או חזקה צריך לברר אינו אלא מדרבנן, לדעת רוב האחרונים, וכמו שכתבו התבואות שור יורה דעה (סימן א סק"ג), והפרי מגדים אורח חיים (סימן ח אשל אברהם ס"ק יא). וכן כתבו בשו"ת זרע אמת חלק ג (חלק יורה דעה סימן קמב), ובשו"ת אריה דבי עילאי (חלק אורח חיים סימן ו), ובשו"ת חמדת שלמה (חלק אבן העזר סימן יט אות ה), והגאון מלבי"ם בספר ארצות החיים (סימן ח, המאיר לארץ סק"ז). ע"ש. יש לסמוך על תירוצי מרן הבית יוסף והפרי חדש להקל. ולפי זה גם בנידון דידן אין צריך לברר. וכן יש לסמוך על תירוצי המגן אברהם (סימן תלז) להקל..."

נמצא כי דעת הבית יוסף היא כי יש לחלק בין מקרה בו יש חזקת איסור כנגד הרוב, שאז חייבים לברר (כמו בבדיקת חמץ בבית שכל השנה היה בו חמץ) ובין בדיקת הטריפות שהבהמה בחזקת כשרות משנולדה. גם

המגן אברהם בסי' תלז סובר כדעת הבית יוסף (וסותר משנתו לסי' ט כפי שהקשה הנר"ב קמא יו"ד נה).

דעת הפרי חדש לחלק בין אם המיעוט מצוי ושכיח, שאז חייב לברר על אף שיש רוב (כמו ברוב שוחטין מומחין) ובין טריפות שהמיעוט אינו מצוי, שאין צריך לברר.

מסקנת היביע אומר היא שכיון שהחוב לברר כשיש רוב הוא מדרבנן לרוב הפוסקים, אזי ניתן לצרף את דעת הבית יוסף, המגן אברהם (במקום אחד), וכן מסקנת הנודע ביהודה (תנינא אר"ח ס"ס א), ואת דעת הפרי חדש שרק כשיש חזקת איסור או מיעוט שכיח צריך לברר. ולפיכך אין צריך לברר מי שבא ואומר שהוא יהודי כאשר רוב הבאים לפנינו ואומרים שהם יהודים, הם באמת יהודים. ולפי הרוב הזה הם מעולם היו יהודים ואין חזקת איסור.

אולם נראה פשוט שגם לדעתו, כל זה כאשר אין ריעותא כנגד הרוב, כאשר עולה מרוסיה בא בתמימות וטוען שהוא יהודי, אולם כאשר ישנן ריעותות המערערות את הרוב, וכל שכן אם הן אף הופכות את הרוב לרוב הפוך, כמקרה דנן כפי שהורחב לעיל, שוב גם לדעת הבית יוסף חמור טפי מחזקת איסור, וצריך לברר. וכן לדעת הפרי חדש, הרי לפי הריעותות אזי יש סיבה להניח כי המקרה דנן משתייך למיעוט, והוא כמו מיעוט מצוי שצריך בדיקה, ועוד חמור טפי. ובכהאי גוונא וודאי שמחוייבים לברר את טענת היהדות.

וכך כתב ביביע אומר שם בתוך דבריו:

"ובר מן דין יש לומר על פי מה שכתב הריטב"א בחידושו ליבמות (מז א) וזו לשונו: הקשה רבינו תם, דאמאי לא נאמן במגו דאי בעי אמר ישראל אני, כדמוכח מההוא גוי דסליק לירושלים ואכיל פסחים, ואם כן הפה שאסר הוא הפה שהתיר. ותיירץ דהכא מיירי שהיה מוחזק לנו שהוא גוי, דליכא מגו. הא לאו הכי כל שבא ואמר ישראל אני או גר אני נאמן, וסומכים על פיו לכל דבר, דמילתא דעבידא לאגלווי היא, ולא משקרי אינשי. וכן מעשים בכל יום. ע"כ. וכן כתב הנימוקי יוסף שם.

ולפי זה יש לומר דכיון דמילתא דעבידא לאגלווי היא ולא משקרי אינשי, יש לסמוך על כך לגמרי ואין צריך לברר יותר... טעמא דהוי מילתא דעבידא לאגלווי חזי לאצטרופי למה שכתבנו שאין צריך לברר יותר, אלא אם כן יש רגלים לדבר, שעדיין צריך בירור נוסף לכך".

ובסוף דבריו כתב:

"בהא סלקינן ובהא נחתינן שמעיקר הדין העולים מרוסיה ומצהירים שהם יהודים, נאמנים הם, ומכל מקום אם יש רגלים לדבר שהצהרתם אינה נכונה, צריך לחקור ולדרוש היטב. וכתורה יעשה".

נמצא כי כאשר יש רגלים לדבר ורעותות שטענת היהדות אינה נכונה, ודאי יש לבדוק לחקור ולדרוש היטב את הדברים.

ריעותא בטענת יהדות בפסקי דין רבניים

והנה, בפסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל (ח"ט עמ' 357 ואילך) בפני כבוד הדיינים הגאונים הגרא"ל רביץ - אב"ד, הגר"מ אילן והגר"ש אליעזר זצ"ל (פסק דינו של הגר"מ אילן זצ"ל) דנו באריכות בנאמנות לומר יהודי אני, בררו את כל הטעמים בדבר והנפקא מינה והמסתעף באריכות ובהרחבה על פי דעות הראשונים והפוסקים. עיי"ש. מסקנתם כי גם כאשר יש רוב או חזקה, אולם כאשר עולים ספקות וריעותות ודאי חייבים לברר והנידון נותר בספק.

נביא נקודות אחדות ואת המסקנה הנוגעת גם לעניננו, וכך כתבו שם :

"... לפנינו פרשה משפטית עקובה בענין ספק יהדותו של אדם... בית הדין הגיע בגביית העדויות עד כמה שידו מגעת, בהיות שמקום ורקע השתלשלות הענינים והספיקות הם מעבר למסך הברזל... על פי החומר והעדויות הנמצאים בתיק, בית הדין מוצא כי יש ספיקות בקשר ליהדותו של המבקש, ולכן אי אפשר להתיר לו להינשא אלא אם יתגייר מספק... ממכתבו של... מוכח דאם התובע היתה רשומה בלשכת האיפרכיה הנוצרית (איוונגליט קטולית), אלא שלא ברור אם היא התגירה. בהמשך הדיונים צורפה מטעם הנתבעת גם צלום תעודה שהביאה משלחת מבוקרסט שהורי אמו של התובע הם בעלי דת אוונגליש לותרן...

כיסוד לנאמנות של אדם האומר ישראל אני יש להביא הגמרא ביבמות ומחלוקת הראשונים בזה, דאיתא שם (יבמות) מו ע"ב: מי שבא ואמר גר אנכי, יכול נקבלנו, תלמוד לומר אתך במוחזק לך. וכתבו התוס' בשם ר"ת: דוקא בדידעין דהוה עכו"ם מעיקרא, דאי לא הוי ידעין, מהימן מיגו דאי בעי אמר ישראל אני דמהימן, כדמשמע בפסחים ג ע"ב גבי ההוא עכו"ם דהוי סליק ואכיל פסחים בירושלים וכו'.

וכן הוא בתוס' בפסחים ובתוס' הרשב"א (משאנן) ובחי' הר"ן בפסחים שם, וכן ברמב"ן, רשב"א, ריטב"א, נימוקי יוסף, מרדכי ובתוספות חד מקמאי ביבמות שם, ובריטב"א כתובות כד, שו"ת הרשב"א ח"ב סי' טו... אולם להלן פ"כ ה"ה כתב מגיד משנה בדעת הרמב"ם: במי שבא ואמר שהוא ישראל מעיקרו שצריך ראייה לענין יוחסין מפני מעלת היוחסין דאי לא מי שבא ואמר נתגיירתי יהיה נאמן מדין מגו וכו'...

הרי חבל ראשונים דסבירא להו דנאמן לומר גר אנכי במיגו דמצי לומר ישראל אני, ודוקא בהוחזק לנכרי צריך להביא עדים, וכמו שכתב הרמב"ם בפ"ג מהלכות איסורי ביאה שם. אמנם במאירי יבמות שם כתב דאפילו לא הוחזק לנכרי אינו נאמן, אלא דפסחים מיירי דבישראל גמור היה מחזיק עצמו...

עוד היה נראה לדייק מר"ת ובשיטת הראשונים המוזכרים לעיל בהדגשתם באומר ישראל אני, דדוקא באומר ישראל אני מחזיקין ליה בחזקת ישראל, ובטעם הדבר יש לומר דזהו אחד מיסודות החזקה, דגוי לא אומר שישאל הוא, ואם אומר שהוא ישראל זוהי חזקה, ולכן מחזיקין ליה בחזקת ישראל, מה שאין כן כשאינו אומר ישראל אני יש לדון אם אפשר להחיל עליו חזקה זאת, זולת לר"ן הנ"ל שמביא ראייה ממעשים בכל יום וכו'. על כל פנים בנידונינו דמיירי באומר ישראל אני, יש להחיל עליו דין חזקה זאת...

הבאתי רוב הראשונים דסבירא להו נאמן אדם לומר ישראל אני מדין רוב...

ולסיום דברינו יש להביא כאן דברי שו"ת אחיעזר ח"ג סי' כז שנשאל שם בתוך הדברים בערל שאמר שאמו ישראלית והוא מהול מילדותו, אם דבורו די להחזיק שהוא יהודי וכו', וכתב אחיעזר בתשובתו וזו לשונו: ועל דבר אם ערל יאמר שאמו היתה ישראלית והוא מהול מילדותו אם דבורו די להחזיקו שהוא יהודי, פשוט וברור הדבר שאינו נאמן אחרי שהיה מוחזק עד עתה בחזקת גיות, ולא הסתפק אדם מעולם לאמר שהוא יהודי והנהגתו ככל הנכרים וכו', וגדולה מזו מבואר בהרב המגיד פ"כ מהלכות איסורי ביאה ה"ה (הובאו דבריו לעיל) במי שבא ואמר שהוא ישראל מעיקרו אינו נאמן וצריך ראייה לענין היוחסין, אף כי שיטת התוס' ביבמות מז' אינה כן (ובדברינו נתבאר כי התוס' לאו יחידאה הוא, כי רוב הראשונים והפוסקים כתבו כדברי התוס'), ובפרט כי בהמעשה שבא אחר כך למול מחזק את החזקה הקודמת של גיותו וכו', והסיק שם דעל כל פנים למהוי ישראל גמור על פי הדין צריך הטפת דם ברית ודי לזה בדקירה בעלמא על ידי רופא או מוהל ישראל להוציא מעט דם וסגי בכך. והנה אף שבנידונינו לא הוחזק כעכו"ם, מכל מקום יש ספקות ביהדותו וכנ"ל, וגם יש ריעותא בזה שמל עצמו ועוד ספיקות כמבואר. ולכן יש למולו מספק... כאמור הוציא בית הדין פסק דינו שהתובע צריך לעבור גירות מספק..."

כאמור כאשר ישנן ריעותות כנגד רוב או חזקה, לא ניתן להסתמך עליהן. כך גם בנידון דנא הריעותות מבטלים את הרוב ויהדותה של המבקשת נתונה לפחות בספק אם לא יותר מכך.

דברי החזון איש מתי צריך לברר למרות החזקה

ביארנו לעיל בהרחבה, שקטנים הכרוכים אחר אישה מוחזקים שהם ילדיה. כמו כן, בני משפחה החיים יחד, מחזיקים אותם שהם אכן קרובי משפחה, ולא חושדים שסתם חיו יחד והתנהגו כאח ואחות וכיוצא בזה. עוד ראינו, שאיש ואשה המתנהלים כך, מניחים שהם נשואים.

וכתב על כך החזון איש (אבהע"ז סי' ח סק"ב) וז"ל:

"במקום אחר נסתפקנו דאפשר אי מחזקת עצמה לגרושה בעיר ל' יום, והוא באופן שכל בני העיר אינם מסתפקין כלל באמיתת הדברים, הוי כדין חזקה דתינוק ותינוקת שהגדילו בתוך הבית קידושין פ, א וכדין אשה שבאת ותינוק מורכב לה על כתפה שם.

ובחזקות אלו העיקר תלוי באומד דעתם של בני העיר, ואין כל המעשים שוין, ובמקום שבני העיר מטילין ספק באמיתת דבריהם אף אם ירבו ימים בהנהגתם אינו מועיל כלום, שהרי לא החזקו כלל כיון שמסתפקין בהן.

כגון איש ואשה שבאו לעיר זה אומר אשתי וזאת אומרת זה בעלי, ובני העיר מסתפקין בהם לפי תכונתם שעצת זמה ביניהם והם נואף ונואפת, אינה מתחזקת אשת איש, ואם לב העיר בטוחים בהם ואינם מעלים ספק בלבם כיון שהוחזקו ל' יום בהנהגתם, סוקלין ושורפין על חזקה זו, והלכך אם מחזקת עצמה לגרושה וכל בני העיר בטוחים באמתתה אפשר דמהני ל' יום..."

ובמגיה בספר חזון איש ציין לדברי החזון איש בסימן כ (סקי"ב) שכתב בתו"ד בזה"ל:

"וכמדומה מעשים בכל יום שנוסעים שני אנשים יחד לעיר אחרת, וכאשר יקרה מקרה שנעדר מהן, חבירו מספר שחלה ומת ומחזיקין על ידו ואין מושיבין בית דין על זה, **ואפשר דדבר המתקבל לכל בלי שום ספק, והדבר הולך ומתחזק בלי שום ערעור ל' יום**, מקרי הוחזק, כמו איש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו בתוך הבית נסקלין זה על זה בקידושין פ, א..."

ושם ציין למקור נוסף (סי' קא סקי"ט) בו כתב החזון איש וז"ל:

"וכי היכי דאיש ואשה שבאו לפנינו זה אומר זו אשתי וזו אומרת זה בעלי והתנהגו לפנינו כדרך הארץ, חשיבא האי חזקה כעדות גמורה, הכי נמי בכל התנהגות. ואחרי שהיא מתחזקת לגרושה בשם בית דין, והבית דין הן בעיר וידעו לפי מנהג העולם מזה, חשיב חזקה ואין צריך ל' יום לזה... ונראה דאשה שהוחזקה באשת איש ובאת ואמרה נתגרשתי ומעשה בית דין ביד, אף שאינה נאמנת מן הדין, **מכל מקום אם הדבר מתאמת בלב כל אנשי העיר, ואין מסתפק בשקרה על פי תבונת ובחינת אנשים**, ונמשך הדבר ל' יום בלי שום ערעור בזה, חשיב נמי כהנהגת גרושה וחשיב חזקה, והלכך בית דין אין מוחין בידה להחזיק עצמה לגרושה, **אבל אם יש מסתפקים באמתת דבריה, לא חשיב חזקה ואפילו עד עשר שנים והרי היא בחזקת אשת איש**."

החזון איש קובע כלל שלא בכל מקום ניתן להסתמך על החזקה. החזקה מושתתת על סברא שאכן כך הם פני הדברים. אך אם רואים לפי נסיבות העניין שהמקרה הבא לפנינו שונה, וישנו חשד באמיתות הדברים, לא מסתמכים על החזקה.

לעיל הבאנו את דברי החזון איש (בסימן קנח) אשר כתב לפי דרכו שגם בשאלה (שנידונה לעיל בהרחבה) האם

חזקה צריכה מעשים, או שאפשר להחזיק על פי דיבורם בלבד, אין לקבוע מסמרות וכללים, אלא הדבר תלוי בנסיבות הענין האם הציבור מאמין לדבריהם באופן מוחלט, או לא.

לדברי החזו"א בכהאי גוונא כנידון דנן בו עולים חששות, ואין הדבר נתקבל אצל המבררים ובית הדין כהנחה פשוטה, אין כאן חזקה, ומדינא חייבים לברר.

בנוסף כתב עוד בחזון איש שם (סי' קג סק"י) וז"ל:

"לעיל כתבנו להסתפק דאם הוחזקה גרושה על פי עצמה, באופן שהכל מאמתין הדבר ואינו מסתפקין כלל באמתת הדבר והוחזק הדבר ל' יום בלי שום ערעור, דאפשר דזה הוי כחזקת זו אשתי וזה בני וכיוצא בזה, דכיון דהיא מתנהגת מנהג פנויה חשיב חזקה, ואין צריך שוב להראות גיטה, ואם כן אף ערעור הבעל אין מועיל.

מיהו כשבני אדם מסתפקין באמתתה, אף אם תאריך ימיה אין זה חזקת גרושה, וכן אם אין סומכין על דבריה אלא על פי גיטה, בזה צריך קיום כשהבעל מערער, ולפי זה כשבאת האשה לעירה ואמרה נתגרשתי בבית דין פלוני שהוא סמוך לעיר ועבידי לאיגלווי, וגם הבעל או קרוביו במקום קרוב וכיוצא בזה שהדבר מתאמת בין אנשי העיר, אין מוחין בה, ואף אם נשאת אחר כך על פי חזקה זו אין מוחין בה, וצ"ע.

מיהו ודאי אין ראוי לעשות כן, אלא צריכין להעמיד הדבר בראיה מועילה על פי דין תורה".

הרי שכאן הוסיף החזו"א עוד, כי גם באופן בו כן ישנה חזקה מדינא, והציבור מאמין באופן ודאי לדברי האשה שבאה ואומרת שהיא גרושה, ובכהאי גוונא ישנה "חזקה" והדבר מוחזק על פי דבריה, ומדינא אנו מאמינים לה ומותרת להינשא, מכל מקום עדיין אין ראוי לסמוך על כך, וראוי לחפש ראיות גמורות ומוחלטות. זאת מלבד דבריו הקודמים שהבאנו כי במקום שאכן ישנו ספק סביר בדבריה, וישנו חשש שמא אין הדברים כפי שהיא מציגה אותם, הדבר צריך בירור מעיקר הדין.

חיוב בירור בחשש סביר לאימוץ

מקור נוסף לחיוב בירור כאשר חשש האימוץ נראה לבית הדין כסביר, מצינו בדברי התשב"ץ אשר הובאו בבית יוסף (אבהע"ז סי' מב). הבית יוסף עוסק בדיני יציאת קול, מתי יש חיוב לחוש לקול, ולברר, ומתי לא, וז"ל:

"כתב הריב"ש בסימן קכג על אשה שנאמר עליה שנתקדשה, והוציאו קול עליה שיש עדים בדבר, אלא שיצאו מהעיר לא הרחיקו יותר ממהלך שני ימים ועתידים הם לחזור, והיא מכחשת ואומרת שלא נתקדשה, והמקדש אומר יבואו עדים ויעידו. נראה שקול זה לא הוחזק בבית דין בשום אחד מהדרכים שנאמרו בו, אלא שהאיש ההוא אמר על האשה ההיא שהוא קידשה בפני עדים שהלכו להם, והוא המוציא הקול והיא מכחשת אותו, ולכן אין ממש בדבריו, ואין מעכבין אותה מלינשא והיא תחוש לעצמה".

המקרה היה במי שהוציא קול שקידש אשה, והיא הכחישה אותו. הדין הוא שהוא אינו נאמן כלל, ואינו יכול לאוסרה. והוסיף הריב"ש, שאפילו אם העדים נמצאים במקום קרוב, אין חיוב לרדוף אחריהם, מכיוון שעל פי דין האיש אינו נאמן, וכך כתב הבית יוסף:

"וכן כתב הר"ש בר צמח בתשובה (תשב"ץ ח"א סי' קלב), דלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורים בין מקום קרוב למקום רחוק, והיינו ממש ההיא דפרק קמא דקידושין (יב, ב) והא איכא

סהדי, ואמרינן השתא מיהא ליתנהו קמן. ואפילו אביי ורבא דחיישי, דוקא התם שאינו עדות בקידושין אלא אי שוה פרוטה."

כלומר, בקידושין דף יב מדובר שהיה מעשה קידושין גמור בעדים, ועל זה אין חולק, וכל הבירור הנצרך על ידי עדים הנמצאים במקום קרוב הוא אם מה שנתן לה, היה שווה פרוטה. בכהאי גוונא יש ריעותא לפנינו, שהרי היה מעשה קידושין, ורק בכהאי גוונא חוששים לקול ומבררים, לשיטת אביי ורבא.

אך סיים התשב"ץ לבסוף והוסיף:

"מיהו למעשה הכל תלוי ומסור לדיינים יראי שמים, אם רואין שיש ממש בטענותיו. ובין כך ובין כך יכולים בית דין להחרים כל מי שטוען דבר שאינו, אי נמי יכולין לכופ אותנו מיד לגרשה אם רואים שיש צורך בדבר זה..."

כלומר, גם אם אין לו נאמנות על פי דין, אם אכן רואים שיש ממש בטענותיו, מחוייבים לעמוד על הדבר ולבחון את נכונותם.

מדין זה למד הגר"ש אלישיב זצ"ל לענין מי שהודיעוהו שהוא מאומץ, כי למרות שאינם נאמנים מצד הדין נגד חזקת כרוכין אחריה, מכל מקום אם לפי נסיבות המקרה נראה שיש בזה ממש, צריך לחקור אחר הדברים. וכך כתב בקובץ תשובות (ח"א סי' קלד):

"לפני כמה שבועות סיפרה רחל לראובן שהוא איננו בנה וכי הוא בן מאומץ, היא הגידה לו שם העו"ד שסידר את האימוץ, הוא התקשר עם העו"ד והלה אישר את הדברים, ראובן גם שמע מעוד קרובים שהוריו היו מאמצים ילד יהודי, לפי דבריה של רחל, אם של ראובן היתה פנויה, ומעתה מה דינו של ראובן.

והנה אף שכל השנים הוחזק ראובן כבנם של ההורים שגידלו אותו וראובן היה כרוך כל השנים אחרי רחל, ובכהאי גוונא סוקלין על חזקה כזו... ואם כן הרי לכאורה אין שום צורך לחטט ולבדוק אחריו.

ובקידושין יב אמרינן והא איכא סהדי, השתא מיהא ליתנייהו קמן, ומבואר בתשובות הריב"ש סי' קכג דאפילו אם לדברי המערער נמצאים העדים במקום קרוב, אין מעכבין אותה לינשא, כי אין הבדל בין מקום רחוק למקום קרוב. וכן כתב בתשב"ץ הובאו דבריו בב"י אה"ע סוס"י מב. **מכל מקום מסיק דלמעשה הכל מסור לדיינים, אם רואין שיש ממש בטענותיו חיישינן וצריכים לברורי, עי' רמ"א סי' מו סעי' ב, ובמקרה דנן לפי הנסיבות נראים הדברים שאכן היה אימוץ, ואין להתעלם מלחקור בדבר...**

ומה שכתב "דאין לחוש לפסולי קהל, דריעותא דלא חזינן לא מחזיקין ואין שום רגלים לדבר לחוש לכך". אם יתברר שאכן הוא מאומץ ונולד מאשה פנויה, הלוא דינו לכאורה כשתוקי, כל עוד ולא אמרה אם לכשר נבעלתי... **על כל פנים הדבר טעון בירור, ויש להשתדל לברר כל הפרטים, ואחר כך אי"ה נשוב לדון בדבר."**

ולמדנו מכאן כי גם במקרים בהם אין חיוב בירור מדינא, מכל מקום אם נראה לבית הדין כי יש כאן חשש סביר, עליהם לדרוש ולחקור ככל הניתן, ורק אחר כך לפסוק את הדין על פי הנתונים שהתקבלו.

האם לידה מאוחרת מעוררת חשש אימוץ

נושא נוסף הנצרך לבירור ופסיקת הדין בנידון דנן, הוא מה משמעותה של לידה אחרי שנים רבות מהנישואין, כגון המקרה שלפנינו בו הנישואין היו בשנת 1925, ואילו הבת נולדה רק בסוף שנת 1937.

האם יש בעובדה זו כדי לעורר חשש או ספק שמא אינה אלא כְּתָה המאומצת בלבד. נרחיב בסוגיא זו ובמקורותיה.

האם אשה שלא ילדה זמן רב יש בה רוב שתלד

במסכת יבמות (לה, ב) איתא במשנה :

"הכונס את יבמתו, ונמצאת מעוברת וילדה, בזמן שהולד של קיימא, יוציא, וחייבין בקרבן (פרש"י: שבעל אשת אח שלא במקום מצוה), ואם אין ולד של קיימא (שהיה נפל), יקיים. ספק בן תשעה לראשון, ספק בן שבעה לאחרון, יוציא, והולד כשר (ממה נפשך), וחייבין באשם תלוי (שבעל אשת אח שלא במקום מצוה)".

ובגמרא שם (לז, א) מובא :

"ספק בן תשע וכו', אמר ליה רבא לרב נחמן, לימא הלך אחר רוב נשים, ורוב נשים לתשעה ילדן (פרש"י: ולייתי חטאת דודאי בר קמא הוא, ואשת אח בת בנים, בעל). אמר ליה... רוב נשים ילדן לתשעה, ומיעוט לשבעה, ו... רוב היולדת לתשעה, עוברה ניכר לשליש ימיה, והאי מדלא הוכר לשליש ימיה (דאי הוכר לא הוה מספקא לך), איתרע ליה רובא".

והתוספות שם (ד"ה וזו), כתבו בזה"ל :

"וזהו הואיל ולא הוכר, תימיה דאמאי לא מוקמינן לה בחזקת היתר ליבם ולא יתחייב באשם תלוי, ויהא נמי ולד שני כשר, דסמוך מיעוט יולדת לשבעה אחזקה, ואיתרע ליה רובא, ונסמוך ארובא דעוברה ניכר לשליש ימיה..."

וכי תימא (נדרף:) דאיכא רובא אחרינא דרוב נשים מתעברות ויולדות, לפיכך יש להחזיקה כמעוברת מן הראשון. (דוחים תוספות:) **דאין סברא כלל לומר בנשים ששהו עם בעליהן כמה שנים ולא עיברו, ומתו בעליהם, דרוב מעוברות.** ולקמן (ק"ט, א) (שהובאה סברא זו לסמוך על רוב זה, שם דוקא) הוא דאמר לה, גבי האשה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים".

ובגמרא שם (ק"ט, א) המצויינת בתוספות שם, מובא במשנה :

"אשה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים, ובאו ואמרו לה מת בעליך, לא תנשא ולא תתייבם, עד שתדע שמא מעוברת היא צרתה. היתה לה חמות, אינה חוששת".

ופירש רש"י :

"האשה שהלך בעלה כו' לא תנשא, הואיל ובלא בנים יצא בעלה. ולא תתייבם, שמא ילדה צרתה... היתה לה חמות, במדינת הים, וכשיצאה לא היה לה בן ואין יבם לזו, אינה חוששת שמא ניתן לה יבם. אף על גב דחיישינן לעיל שמא ילדה צרה, התם הוא דכל מה דילדה צרה בין זכר בין נקבה מפיך לה להא מיבם, אבל חמות דאי נמי ילדה לא זקיק לה להך אלא אם כן ילדה זכר, וכולי האי לא חיישינן שמא ילדה וזכר היה".

ובגמרא שם מובא :

"לא תנשא ולא תתייבם וכו', בשלמא יבומי לא, דדלמא מיעברא וקפגעה באשת אח דאורייתא, אלא לא תנשא אמאי. הלך אחר רוב נשים, ורוב נשים מתעברות ויולדות, לימא רבי מאיר היא, דחייש למיעוטא... אלא מחוורתא מתניתין רבי מאיר היא.

במאי אוקימתא, כרבי מאיר, אימא סיפא, היתה לה חמות אינה חוששת, אמאי (מה הטעם שאינה חוששת) הלך אחר רוב נשים, ורוב נשים מתעברות ויולדות, מיעוט מפילות, וכל היולדות, מחצה זכרים ומחצה נקבות, סמוך מיעוטא דמפילות למחצה נקבות והווי ליה זכרים מיעוטא וליחוש..."

ופירש רש"י :

"וכיון דרוב נשים מתעברות, ליכא למימר בזכרים מיעוטא דמיעוטא, אלא חד מיעוטא, דרוב נשים מתעברות ויולדות ומיעוט... וליחוש (לרבי מאיר)".

כאמור חילקו התוספות (הנ"ל, יבמות דף לו, א) כי רק באשה שהלך בעלה עם צרתה למדינת הים תלינן כי במשך הזמן מסתמא נתעברה וילדה כמו רוב הנשים, אבל אשה שידוע שלא נתעברה במשך שנים רבות, אין לתלות שבדיוק לפני מות בעלה נתעברה וילדה, דבכהאי גוונא אין רוב. להלן יובאו ביאורי האחרונים בחילוק התוספות.

ביאור הנודע ביהודה בדברי התוספות אם בשהתה זמן רב ישנו רוב הפוך שלא תלד

בשו"ת נודע ביהודה (מהדו"ק אבהע"ז סימן סט), עוסק במקרה שבא לפניו, ובתשובתו הוא מתייחס לדברי התוספות שהזכרנו, וכדלהלן.

לשון השאלה שם הוא:

"על דבר האשה בק"ק גידונג אשר שהתה עם בעלה שבע שנים ולא ילדה. ויהי כאשר חלה בעלה חליו אשר מת בו והכביד עליו חליו, עד אשר היו אנשים נכנסים ויוצאים אצלו והפקידו בני החבורה שומרים ביום ובלילה כנהוג, למען לא תצא נשמתו והוא יחידי, ואשתו טבלה לנדתה ג' ימים לפני מותו, וכבר הכביד החולי מאד וגם דעתו לא היתה מיושבת כל כך מרוב החולי, ובערב ר"ח סיון מת הבעל וחיים לכל חי שבק, והניח אח קטן בן שלש שנים, ובעת מותו היתה האשה בחזקת זקוקה ליבם קטן הזה, וכמו שני שבועות אחר מותו פירסה נדה. ובט"ו אדר ילדה בת והבת חיתה יותר משלשים יום, ועל ידי לידת הבת הזו האלמנה מחזקת עצמה בחזקת היתר לשוק. **והעם מרננים אחריה משלשה פנים.** הפך האחד **כי מאחר ששהתה שבע שנים ולא ילדה ומדוע יקרה לה מקרה חדש שתתעבר קודם מותו,** אלא ודאי אחר מותו זינתה ומאחר שאינו אישה נתעברה בזנות. והאשה משיבה שגם תוך שבע שנים שעברו הפילה ב' פעמים..."

ובתשובתו כתב הנודע ביהודה בתוך דבריו בזה"ל:

"ואומר אני אתתא דא שריא לעלמא ויצאה מזיקת היבם..."

ומה שכתב מעלתו שמדברי התוס' בפרק החולץ משמע שאף קודם לעשר שנים אם שהתה ולא ילדה, לא אמרינן גבה רוב נשים מתעברות ויולדות כדבעינן מימר לקמן, ואיכא ריעותא חדא, עד כאן דברי מעלתו.

הנה כוונתו דמעלתו מה שכתבו התוס' בדף לו ע"א בד"ה וזו הואיל ולא הוכר עוברה וכו', תימא דאמאי לא מוקי לה בחזקת היתר וכו'. וכי תימא דאיכא רובא אחרינא דרוב נשים מתעברות ויולדות, לפיכך יש להחזיקה כמעוברת מן הראשון, **דאין סברא כלל לומר בנשים ששהו עם בעליהם כמה שנים ולא עיברו ומתו בעליהן, דרוב מעוברות.** ולקמן הוא דאמר לה באשה שהלך בעלה וצרתה וכו'. ע"כ דברי התוספות.

והנה אף מדברי התוספות הללו לא ידענא ריעותא באשה זו, **שלא כתבו התוס' אלא דלא תלינן שהיא מעוברת מבעלה הראשון מחמת רובא, דבזו לא אמרינן רוב מתעברות, אבל גם כן לא אמרינן רוב נשים שלא עיברו כמה שנים מבעליהן, ששוב אינן מתעברות מאותן הבעלים, אלא איכא דשוב מתעברות ואיכא שגם שוב אינן מתעברות, ואין כאן רוב בשום צד,** דאם לא כן אלא דאמרינן רוב נשים שלא נתעברו מבעליהן כמה שנים שוב אינן מתעברות מהם עצמם, אם כן למה הוצרכו התוס' להקשות מכח סמוך מעוטא וכו', הוזה להו להקשות דאמאי לא תשאר מותרת ליבם, דהרי לצד היתר איכא תרי רובי, רוב נכרת

לשליש וכו' ורוב נשים שלא ילדו כמה שנים אינן מתעברות מאותם בעלים, ולאידך גיסא איכא חד רובא רוב יולדות לתשעה. אלא ודאי לא אמרינן כלל רוב נשים שלא נתעברו כמה שנים ששוב אינן מתעברות מבעל הזה. ואם כן אדרבה מוכח מדברי התוס' הללו דשכיח מאד בנשים שלא נתעברו זמן רב, ששוב מתעברות ואין כאן באשה זו שום ריעותא.

ומעתה אני אומר שהתוס' שכתבו דנשים שלא עיברו כמה שנים וכו' **משמע שאם עדיין אין כאן כמה שנים מהנישואין, אמרינן בהו אפילו רוב מתעברות ויולדות**, ואזלינן בתר רובא שנבעלה ונתעברה, וכבר כתבתי שאי אפשר לומר הדבר בלי גבול, דאם לא כן איזה גבול שמת באשה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים דאמרינן רוב נשים מתעברות, ואם היה הבעל וצרתה לפנינו זמן מועט ולא נתעברה תיכף, הכי יעלה על הדעת ששוב יצאה מרובא, הא ודאי ליתא, ואין לך להשיג גבול מה שלא מצאנו סמך בדברי רז"ל, **ואם כן הגבול הוא עשר שנים. ומכלל דקודם עשר שנים שפיר אמרינן אפילו בה רוב נשים מתעברות** וכו' ובפרט באשה זו שדבר זה עצמו אם לא נתעברה שבע שנים אין הדבר ברור, והרי היא אומרת שהפילה, ועל כל פנים אין כאן שום ריעותא".

נמצא לדברי הנודע ביהודה כי על אף שכתבו התוספות כי באשה שעברו כמה שנים מנישואיה ולא נתעברה, שוב אין לתלות מכח הרוב שבדיוק קודם מותו נתעברה, מכל מקום גם אין הרוב אומר להפך שודאי לא נתעברה, אלא שני הצדדים אפשריים. עוד יסד הנוב"י כי הגדרת "כמה שנים" לענין זה, הכוונה היא רק לאחר שעברו עשר שנים מהנישואין, אבל קודם לכן עדיין היא בחזקת רוב הנשים שמתעברות ויולדות.

פסק דין מהגאון רבי שלמה שפירא שליט"א

בפסק דין של בית הדין הגדול (תיק 117776/3) שנכתב על ידי הגאון רבי שלמה שפירא שליט"א נכתב (באות ז) בזה"ל:

"ויש להוסיף שאף בלאו הכי ואף אם אינה כרוכה אחריה, אף אם ילדה אחרי שנים רבות שהייתה נשואה, אין לתלות שמא לאו אמה היא. דאיכא רובא, דרוב נשים מתעברות ויולדות, ומעתה אם באה אשה נשואה בפנינו ומחזיקה מישהו כבנה, יש לסמוך על רוב זה אף אם נשואה שנים רבות, כל עוד אין כנגדו ראיה המגרעת את הרוב. ויש להעיר בזה מדברי התוספות ביבמות לז, א, דבסוגיית הגמרא שם דנו באשה שהתייבמה לפני שעברו שלושה חודשים ממות בעלה, והספק הוא אם הילד הוא מהבעל הראשון ונולד לתשעה או שמא הוא בנו של האחרון ונולד לשבעה. ואומרת הגמרא שכנגד רוב נשים היולדות לתשעה, ישנו רוב סותר שרוב היולדות לתשעה – עוברה ניכר לשליש ימיה – איתרע ליה רובא. ומסקנת הגמרא שראשון ראוי להיות כהן גדול, ושני ממזר מספק, דשמא אשת אחיו שלא במקום מצוה היא.

והקשו בתוספות:

"ויהא נמי ולד שני כשר, דסמוך מיעוט יולדת לשבעה אחזקה ואיתרע ליה רובא ונסמוך ארובא דעוברה ניכר לשליש ימיה... וכי תימא דאיכא רובא אחרינא דרוב נשים מתעברות ויולדות, לפיכך יש להחזיקה כמעוברת מן הראשון, דאין סברא כלל לומר בנשים ששהו עם בעליהן כמה שנים ולא עיברו ומתו בעליהם, דרוב מעוברת, ולקמן (יבמות קט, א) הוא דאמר לה גבי האשה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים".

ופשט דברי התוספות מורה לכאורה שלגבי נשים ששהו עם בעליהן כמה שנים לא נימא רוב נשים מתעברות ויולדות, ומשכך אין לומר דרוב זה יסתור את הרוב של מעוברות שניכר לשליש ימיה, ולפירוש זה אשה ששהתה עם בעלה כמה שנים ולא ילדה והלכה עמו למדינת

הים לא נחוש שמא התעברה שם, ונתיר לצרתה לחלוץ או להתייבם. אמנם עיין במהר"ם מלובלין שפירש דברי התוספות:

"ולקמן הוא דאמר לה גבי אשה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים, פירוש דהתם אין שום אדם רואה שום רעותא, דשמא צרתה מעוברת אף על גב דכשהלכה מכאן לא היתה מעוברת, שמא אחר מכן נפקדה ומתעברת ממנו, אבל הכא דאין רואין דלא הוכר בה שום עובר אין סברא כלל לומר".

וביאור דבריו שבאמת אשה שהלכה עם בעלה למדינת הים אחרי שהייתה עמו שנים רבות ואיננו יודעים מה ארע עמה, בזה עדיין איכא רוב נשים מתעברות ויולדות, ולהכי תני במשנה סתמא שלא תתייבם ולא תחלוץ מספק, כדין מוחלט בין שהתה בין לא שהתה. אך במקרה שהתוספות מדבר מידי ששהתה שנים רבות ולא התעברה, ואף בעת מות בעלה לא היה ניכר שהיא מעוברת, דבזה לא נימא רוב נשים מתעברות ויולדות ונימא שהיתה מעוברת מהבעל אף שלא ניכר כלל עוברת, וכפי הרוב שבדרך כלל ניכר. שמעינן מדברו שכל היכא שאין ריעותא הסותרת את הרוב הזה, אף אם שהתה שנים רבות ולא ילדה אכתי הרוב קיים.

ועיין בדברי התוספות רא"ש שם שתירץ קושיית התוספות על פי מה שרצה התוספות לפרש, וז"ל:

"דאיכא רובא אחרינא דרוב נשים מתעברות ויולדות, הלכך יש לה חזקה דמעוברת מראשון, ואף על גב דשהתה כמה שנים מבעלה ולא עיברה, אפילו הכי אמרינן לקמן להאי רובא גבי אשה שהלך בעלה למדינת הים".

ומבואר מדבריו שהך רובא איתא אפילו שהתה שנים רבות ולא ילדה, ולמה שפירש המהר"ם, גם התוספות סובר שהך רובא קיים אף בשהתה שנים רבות.

ועיין שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא – אבן העזר סימן סט שכתב בביאור דברי התוספות:

"והנה אף מדברי התוספות הללו לא ידענא ריעותא באשה זו, שלא כתבו התוס' אלא דלא תלינן שהיא מעוברת מבעלה הראשון מחמת רובא דבזו לא אמרינן רוב מתעברות, אבל גם כן לא אמרינן רוב נשים שלא עיברו כמה שנים מבעליהן ששוב אינן מתעברות מאותן הבעלים אלא איכא דשוב מתעברות ואיכא שגם שוב אינן מתעברות, ואין כאן רוב בשום צד, דאם לא כן אלא דאמרינן רוב נשים שלא נתעברו מבעליהן כמה שנים שוב אינן מתעברות מהם עצמם, אם כן למה הוצרכו התוס' להקשות מכח סמוך מעוטא וכו', הוה להו להקשות דאמאי לא תשאר מותרת ליבם, דהרי לצד היתר איכא תרי רובי, רוב נכרת לשליש וכו' ורוב נשים שלא ילדו כמה שנים אינן מתעברות מאותם בעלים, ולאידך גיסא איכא חד רובא, רוב יולדות לתשעה. אלא ודאי לא אמרינן כלל רוב נשים שלא נתעברו כמה שנים ששוב אינן מתעברות מבעל הזה. ואם כן אדרבה מוכח מדברי התוס' הללו דשכיח מאד בנשים שלא נתעברו זמן רב, ששוב מתעברות ואין כאן באשה זו שום ריעותא.

ומעתה אני אומר שהתוס' שכתבו דנשים שלא עיברו כמה שנים וכו' משמע שאם עדיין אין כאן כמה שנים מהנישואין, אמרינן בהו אפילו רוב מתעברות ויולדות ואזלינן בתר רובא שנבעלה ונתעברה, וכבר כתבתי שאי אפשר לומר הדבר בלי גבול, דאם לא כן איזה גבול שמת באשה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים דאמרינן רוב נשים מתעברות, ואם היה הבעל וצרתה לפנינו זמן מועט ולא נתעברה תיכף הכי יעלה על הדעת ששוב יצאה מרובא, הא ודאי ליתא ואין לך להשיב גבול מה שלא מצאנו סמך בדברי רז"ל, ואם כן הגבול הוא עשר שנים. ומכלל דקודם עשר שנים שפיר אמרינן אפילו בה רוב נשים מתעברות וכו'".

שמענין מדבריו דעד עשר שנים ודאי איכא האי רובא, וגם לאחר מכן דלא אמרינן האי רובא, לא אמרינן רוב אין מתעברות ויולדות, דנהי דרובא מתעברות ויולדות ליתא, הוי בכלל ספק השקול והרבה מתעברות ויולדות. ולכן היכא דליכא רעותא וראיה שההריון מהבעל שעמו נמצאת שנים רבות, אמרינן דמיניה התעברה, ודוקא בעובדא דמיירי התוספות דנישאת לאחר ולא ניכר העובר לשליש ימיה, בזה לא סמכינן על הרוב לומר שהיה מהראשון..."

לדברי הגר"ש שפירא כל זמן שאין ריעותא לפנינו, יש לתלות שזו היא אמה האמיתית למרות שלא ילדה כמה שנים, מכיון שלדברי הנודע ביהודה עד עשר שנים עדיין היא בכלל רוב נשים מתעברות ויולדות, וגם במקרה שעברו יותר מעשר שנים, עדיין אין בכך רוב שיכריע להפך.

השגות הגאון רבי ישראל בארנבאום שליט"א

והנה, הגאון רבי ישראל בארנבאום שליט"א חבר בית הדין במוסקבה התייחס לחלקים מפסק הדין שהבאנו וציטטנו, ותמה עליהם בזה"ל:

"עוד נכתב בפסק הדין שם דבר שלא מתקבל בעיני כלל:

"ויש להוסיף, שאף בלאו הכי ואף אם אין כרוכה אחריה, אף אם ילדה אחרי שנים רבות שהייתה נשואה אין לתלות שמא לאו אימיה היא דאיכא רובא, **דרוב נשים מתעברות ויולדות**, ומעתה אם באה אשה נשואה בפנינו ומחזיקה משהו כבנה יש לסמוך על רוב זה אף אם נשואה שנים רבות כל עוד אין ראיה המגרעת את הרוב".

כלומר, גם אם אין חזקה שהיא בתה... עדיין אפשר לקבוע שהיא בתה משום שרוב נשים מתעברות ויולדות.

לא הצלחתי לרדת לסוף דעתם בזה, דהרי אם דברים אלה כנים הם, מדוע הגמרא שהביאו ממש לפני כן בפסק הדין מצריכה כרוכין אחריה, והרי לדבריהם יש רוב נשים מתעברות ויולדות, ומאחר שמדובר שם באישה נשואה הרי אלו ילדיה גם ללא כרוכין, כביכול.

העולה אפוא מהגמ' **שלדין רוב נשים מתעברות ויולדות אין קשר להוכחה על הילדים ספיציפיים שהם שלה, אלא רק רוב כללי שרוב נשים יולדות במהלך חייהן. וכאשר חל ספק הדורש בירור לגבי ילד מסויים האם הוא בנה של אישה זו אם לאו, אין שום ראיה ושום קשור לרוב נשים יולדות.** והדברים פשוטים.

בהמשך הביאו הדיינים שליט"א מדברי הנודע ביהודה שכתב על פי דברי התוספות שיש גבול לדין רוב נשים מתעברות ויולדות, והוא "שהה עימה עשר שנים ולא ילדה". כלומר, לאחר עשר שנים ששהו ביחד כבר אין רוב נשים מתעברות ויולדות, ומאידך עדיין אין רוב הפוך אלא ספק. ולכן כתבו:

"שמענין מדבריו דעד עשר שנים ודאי איכא האי רובא, וגם לאחר מכן דלא אמרינן האי רובא לא אמרינן רוב אין מתעברות ויולדות, דנהי דרובא מתעברות ויולדות ליתא, הוי בכלל ספק השקול והרבה מתעברות ויולדות. ולכן היכא דליכא ריעותא שההריון מהבעל שעמו נמצאת שנים רבות אמרינן דמיניה התעברה".

אך תמהני, איזו ראיה יש מנודע ביהודה לנידון דנן. הנודע ביהודה שם בא לשלול את הטענה ש"אחר ששהתה שבע שנים ולא ילדה ומדוע יקרה לה מקרה חדש שתתעבר קודם מותו" שטענו נגד האשה [ומכאן זה טענו שבת שנולדה לה אחרי מיתת בעלה לא מבעלה נולדה], והוא דוחה את דברי הטוענים כן, ומוכיח מדברי התוספות (יבמות לו, א) שאין כלל שכוה, אלא אפילו אחרי עשר שנים שחיו יחד בלי שהביאו ילדים לעולם, בכל זאת "איכא דשוב מתעברות ואיכא שגם שוב אין מתעברות ואין כאן רוב לשום צד". היינו שהטענה נגד

חזקת הכשרות של האישה על סמך כלל זה [שכיון שלא הולידה שוב לא תוליד], גם אחרי עשר שנים אינה טענה. אבל מהיכתי תיתי שיהיה בזה כח הראיה לצד השני – שכל ילד שהאישה תצביע עליו ייחשב כבנה מפני שרוב נשים מתעברות ויולדות, וכביכול הרי חייב שיהיה לה איזה ילד אז כנראה הוא זה שלפנינו, וכי יתכן בכלל לומר סברה שכזו".

תמיהתו של הגר"י ברנבאום היא כי אף שאכן עולה מדברי התוספות והנוב"י כי גם לאחר כמה שנים ישנו הרוב נשים מתעברות ויולדות, מכל מקום אין רוב זה נוגע אלא לשאלות הנובעות מהספק האם אשה זו ילדה או לא, כגון דיני חיוב ופטור מיבום, אבל אין ברוב זה שום ראיה להכריע בשאלה ספציפית לגבי אדם מסוים האם הוא בנה של האשה או לא.

רק כאשר הבן כרוך אחריה ומוחזק כבנה, אלא שנבא לערער על כך ולהוכיח שאינו בנה מכח הראיה שהאשה לא ילדה כמה שנים, על כך נכונה התשובה העולה מדברי הנוב"י כי לעולם אין בכך ראיה או רוב ששוב לא תלד, וקודם שעברו עשר שנים אדרבה עדיין היא בחזקת רוב הנשים היולדות. אך כאמור כל זה הוא אחרי שראינו את הבן כרוך אחריה והוחזק כבנה, כי בלי זה אף אם הרוב יאמר שהאשה ילדה, אין בכך שום ראיה כי זה הנידון לפנינו הוא הנולד מאשה זו, ללא שיתקיים דין "כרוכין אחריה".

כאשר ישנם ריעותות נוספות ודאי צריך לבדוק

בעיקר מחלוקתם של הגר"ש שפירא שליט"א והגר"י בארנבאום שליט"א, האם גם בלא חזקת כרוכין, ניתן לשלול חששות אימוץ ולהכריע כי זו היא האם הביולוגית, מכח הכלל כי רוב נשים מתעברות ויולדות, לעניות דעתי נראה יותר כי אין בכוחו של רוב זה להכריע אלא בשאלות הנובעות מהספק האם אשה זו ילדה או לא, כגון דיני חיוב ופטור מיבום, האם נתלה כי נולד להם ילד או לא, וכאן קובע הרוב כי אשה זו היא מכלל הרוב, וילדה כבר. אבל כאשר הספק אינו על האשה אלא על הבן או הבת עצמם, האם הם בניה של האשה הזו או לא, אין הרוב הזה מכריע כלל.

כבר הבאנו לעיל מדברי האחרונים כי עיקר דין רוב שנלמד מ"אחרי רבים להטות", יכול להכריע רק כאשר הספק הוא האם אדם זה או חתיכה זו אשר עליה אנו דנים, היא מהרוב או מהמיעוט, והכלל הוא שכל דפריש מרובא פריש, אבל הוכחות נסיבתיות הנובעות מכח סטטיסטיקה של רוב, אף אם יכולות לשמש כריעותא וסיבה לבדוק ולבחון, מכל מקום אין בהם דין רוב ממשי הקובע ומכריע ספקות בדיני התורה, ועל כן גם אם ישנה סיבה להניח שכנראה האשה ילדה, ולא ידוע לנו על ילד אחר, לא נוכל להוכיח מכך שכנראה זה העומד לפנינו הוא בנה.

אולם במקרה דנן נראה לעניות דעתי כי כולם יודו, גם הגר"ש שפירא שליט"א, שהרי מלבד גילה של האשה והמתנת 13 שנה לילדה, הרי יש לפנינו רעותות נוספות, כאמור. גם הגר"ש שפירא שליט"א בפסק דינו שם כתב בין השאר בזה"ל:

"עם צאתם מברית המועצות קבלו המבקשת ואמה תעודות מוחלפות, דיו, תעודות שהוחלפו ביוזמת השלטונות, ותעודות אלו מהימנות עלינו. תעודות אלו משנת 1980, תקופה בה היו שערי ברית המועצות נעולים, והעולים רובם ככולם יהודים. מסיבה זו ניתן לסמוך על תעודות האם ועל תעודת המערכת שבה רשום ששני הוריה יהודים, ואין לחשוש שמא נעשה שינוי ברישומים שבתעודה זו, מהרישומים בתעודת הלידה המקורית..."

אין ספק שהמבקשת היתה רשומה יהודיה בתעודת הלידה המקורית (אפילו אם אכן הייתה מאומצת)... **אין בתעודה שהוצגה ממצא כלשהו המעורר חשד לאימוץ. אדרבא מועד הרישום מוכיח על פניו שהמבקשת הינה בת ביולוגית של הוריה. כידוע רישום הלידה נערך במועד סמוך ללידה בילד ביולוגי של הוריו** (הרישום מועיל לקבלת צרכיו של הילד במשטר שנהג אז), **לעומת זאת בילדים מאומצים הרישום נערך ברוב המקרים לאחר זמן, מפני שהילד המאומץ, ברוב המקרים לא נמסר לאימוץ סמוך ללידה, ופעמים רבות הוא רישום שני, משכך עצם רישום לידה במועד שאינו סמוך ללידה מעורר חשש אימוץ. חשש זה אינו מתעורר בנידון דידן...**

לא ברור מהי הריעותא והספק שנוצר מן המסמכים שיש בו בכדי להעלות חשש לאימוץ. אין ספק שהמבקשת הציגה תמונות מינקות ומילדות מוקדמת המוכיחות על קשר אמיץ לאם כבר מגיל צעיר. ולפיכך הפן העובדתי, התעודות והתמונות לא מעוררים חשש אימוץ, ומהיכי תיתי לשלוח המבקשת לבדיקה...

ומעתה מהיכי תיתי לתלות שהמוחזקת כאם והמבקשת הייתה כרוכה אחריה, שניחוש דלמא לאו אִמָּה היא. ומאחר שתלינן שהיא אִמָּה ויהדות האם מוכחת, אין לפקפק בבת". נמצא כי גם לדעת הגר"ש שפירא, במקרה בו תעודת הלידה מאוחרת ולא הונפקה סמוך ללידה, או אם ימצאו ריעותות נוספות מלבד הגיל והמסתעף ממנו, יש צורך בהמשך בירור היהדות.

האם שהיית עשר שנים לבדה מהווה ריעותא ברוב

בפסק דינו של הגר"ש שפירא שליט"א הביא שם בהמשך בשם שו"ת שם אריה (סי' צא). ראשית נצטט את דברי השם אריה. וכך כתב שם בתשובה:

"והנה, בכל דברי העדים לא נמצא דברים מכוערים ממש שיהיה בהם חשש זנות רק קצת פריצות, וכאשר כתב גם מעלת כבודו. אך עיקר החשש בזה מחמת שלא ילדה עשר שנים על פי דברי התוספות ביבמות לו ע"א ד"ה וזו, שכתבו דאין סברא כלל לומר בנשים ששהו עם בעליהם כמה שנים ולא ילדו לומר דרוב נשים מתעברות ויולדות. לכן אם היה כאן עדי זנות ממש אין לומר גם כן שרוב בעילות מן הבעל.

והביא גם דברי הנודע ביהודה בסי' סט שמתחילה כתב דאפילו בשהתה יו"ד שנים וכו', דנראה דבשהתה יו"ד שנים יש לחוש. ותמהתי דדבריו סותרים זה את זה. אך באמת אין בדבריו שום סתירה ושפתיו ברור מללו, דמתחילה קאמר לעניין דלא נימא להיפך רוב, דרוב שלא עברו אפילו יו"ד שנים לא ילדו עוד, זה לא אמרינן, אבל להורע הרוב דרוב מתעברים בזה מחלק, דיש לומר בשהתה יו"ד שנים ולא ילדה הוי סברא גדולה דלא תתעבר וליכא רוב. עיין היטב בדבריו ותראה שכך המשך דבריו.

והבאתי גם כן דברי מהר"ם מלובלין שכתב על מה שסיימו התוספות, ולקמן הוא דאמר לה גבי אשה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים וכו' דכוונת התוספות לחלק דהתם ליכא רעותא, לכך אף על גב דשהתה ולא ילדה מכל מקום דלמא אחר כך נפקדה. רק הכא דאיכא רעותא שלא הוכר עוברת כתבו התוספות דאין סברא, והאמת כדבריו כן הוא לפי דברי מהר"ם. וכן ראיתי בספר פתחי תשובה סוף סימן קנו שם רמז לדברי התוספות ומהר"ם אלו לעניין אם לחוש לשמא נתעברה כהאי גוונא ששהתה הרבה שנים ולא ילדה, וטעם הדבר נראה דבסברא בעלמא דלא ילדה יו"ד שנים לא מרעינן לרובא, דרובא סברא אלימתא היא מן התורה ולא מרעינן לה בסברא".

ומדברי השם אריה הסיק הגר"ש שפירא שליט"א בזה"ל:

"ולפי זה ברור שבאשה ששהתה עם בעלה אפילו למעלה מעשר שנים ולא ילדה, עדיין איכא הך רובא, ולא נתלה הולד בזנות, והוא הדין דשלא נאמר שאימצה".
אך יש להעיר ולציין, שהפתחי תשובה שם (אבהע"ז סי' קנו סקכ"ו) אמנם ציין לתוספות ולביאור המהר"ם, אולם מכל מקום נשאר בספק בנקודה זו ממש, האם הורע הרוב בשהתה עשר שנים. יש אפוא להדגיש כי שיטת הפתחי תשובה היא שלמרות ביאור המהר"ם, עדיין נותר ספק בעניין וכדלהלן.

דהנה, בשו"ע אבהע"ז (סי' קנו סעי' יג) נפסק על פי הסוגיה הנזכרת, בזה"ל:
"הלך בעלה וצרתה למדינת הים, ובאו שנים ואמרו לה מת בעליך, הרי זו לא תחלוץ ולא תתייבם עד שתדע אם ילדה צרתה או לא ילדה..."
וכתב הבית שמואל (סקי"ח):

"הרי זה לא תחלוץ וכו', הטעם אף על גב רוב מתעברות ויולדות, אם כן על פי הרוב היא פטורה מיבם, חיישינן למיעוט, משום חזקה מסייעת למיעוט, ולא תחלוץ מטעם דאתה מצריך כרוז לכהונה..."
ובפתחי תשובה (שם סוף סקכ"ו) כתב בזה"ל:

"ויש להסתפק אם בעלה שהה עם צרתה עשר שנים ולא ילדה, ושוב הלך עם צרתה למדינת הים, אי גם בכהאי גוונא לא תתייבם, אי שייך גם בה רוב נשים מתעברות ויולדות. ועיין בתוספות יבמות פרק החולץ דף לו בד"ה וזו הואיל ולא הוכר עוברת, במה שכתבו דאין סברא כלל לומר בנשים ששהו עם בעליהן כו', ועיין במהר"ם מלובלין שם ובתשובות נודע ביהודה קמא סי' סט".

נמצא כי למרות דברי המהר"ם בביאור התוספות, עדיין נשאר הפתחי תשובה בספק מה הדין למעשה אם חלפו עשר שנים ולא ילדה, האם עדיין שייך בה רוב נשים מתעברות, וזאת כנראה משום דברי הנודע ביהודה שציין, אשר סובר כאמור שלאחר עשר שנים כבר אין רוב שתלד. להלן נחזור לבאר כי יתכן שישנם טעמים נוספים לכך שהפת"ש נשאר בספק בדין זה.

ביאור הערוך לנר בפשט דברי התוספות

בנוסף, הערוך לנר במסכת יבמות שם באר את דברי התוספות בדרך אחרת, ולפי שיטתו אין רוב נשים מתעברות בכהאי גוונא, ואדרבא הרוב הוא הפוך לפחות מחמת הספק ולחומרא. נצטט את דבריו:
"ולקמן הוא דאמר לה, צריך ביאור דאם כן מאי קושיא כיון דלקמן קאמר כן.

ויש לפרש דהכי קאמר, **דודאי הסברא נותנת דנשים ששהו כמה שנים ולא ילדו על פי רוב שלא תלד עוד.** אכן כנגד זה, הסברא נותנת דרוב נשים יולדות כשלא שהתה עדיין זמן רב, ושאיין ראייה שאינה מן הרוב היולדות, ולכן **כיון שאין ליתן שיעור מתי מתחיל ומתי מסיים הרוב, זיל הכא לחומרא והכא לחומרא.** ולכן לקמן מקשה שפיר אהא דקאמר היתה לה חמות אינה חוששת דאמאי הא כשלא שהתה זמן רב שיש רוב נשים יולדות, ואם כן אמאי פסיקא ליה דאינה חוששת, או שהיה לו לחלק בין זמן רב לאין זמן רב או שהיה לנו לחוש לעולם מפני שאין שיעור מסוים. וכמו כן קשה הכא איפכא דאיך אמרינן דמחייבין באשם תלוי הא בשהתה זמן רב איכא רוב שהוא מן השני, ואיך יביא חולין לעזרה. כן יש לפרש בדברי התוספות.

אבל בתוספות הרא"ש הביא הראיה מגמרא דלקמן דרוב נשים מתעברות ויולדות באמת לתירוץ על קושיתם".

נמצא כי הערוך לנר נוקט שבאמת הסברא נותנת דנשים ששהו כמה שנים ולא ילדו יש בהן רוב הפוך,

שהן לא תלדנה יותר.

לביאורו של הערוך לנר בדברי התוספות כיון שבאופן עקרוני אשה ששהתה זמן רב ולא ילדה, ישנו רוב שהיא לא תלד עוד (צריך להדגיש כי מדובר בתקופה שלא היו אמצעי טיפול מפותחים לפיריון כבתקופתנו), הרי כי באמת יש לחוש לדבר. ומכיון שאין אנו יודעים להגדיר במדויק מהו שיעור "זמן רב", הרי כי תמיד יש לחוש לחומרא. לפיכך, בסוגיא בדף לז מקשים התוספות שהחומרא היא לחוש שהולד הוא מהשני, ונחשוש לאיסור חולין בעזרה, ולכן לא יביא אשם תלוי, ולא נחשוש ונתלה שהילד הוא מבעלה הראשון, משום שלחומרא נאמר שאין רוב נשים מתעברות בכהאי גוונא ששהתה זמן רב. זו קושיית התוספות. אולם להלן שם בדף קיט במקרה שהיתה לה חמות שהלכה למדינת הים ללא ילד נוסף, שדינה במשנה שם שאינה חוששת שמא ילדה, ומותרת לשוק בלא חליצה, דוקא שם מקשה הגמרא מדוע לא נחשוש לחומרא שמא נחשב כלא שהתה זמן רב, ואז ישנו הרוב שנשים מתעברות ויולדות והיא זקוקה ליבם.

לשיטת הערוך לנר אין כאן רק חסרון ברוב מתעברות ויולדות, אלא הוא קובע כי ישנו מחמת ספק ולחומרא, רוב הפוך, כי לאחר זמן רב שוב קובע הרוב שלא התעברה אחר כך. יש לציין כי הערוך לנר הוא מגדולי הפוסקים ואף כתב ספרי פסיקה כמו ביכורי יעקב ושו"ת בנין ציון ועוד. נמצא כי אמירה זו כפי שצוטטה יכולה להיות גם בסיס לפסיקה הלכתית. אלא שגם הוא ציין כי התוספות רא"ש חולק בזה על התוספות, ולדבריהם גם אחר שנים רבות עדיין עומדת בעינה התליה כי רוב נשים מתעברות ויולדות, הרי כי גם לשיטתו דין זה אינו מוסכם, והדבר שנוי במחלוקת ראשונים.

ביאור השאגת אריה בדברי התוספות

אמנם מצינו פירוש אחר בדברי התוספות המסכים עקרונית עם שיטת המהר"ם מלובלין בשינוי מסויים. דהנה, בשו"ת שאגת אריה (לנכד הב"ח, סי' ט) כתב בסוף דבריו:

"אחר שכתבתי כל הנ"ל עיינתי בתוס' דסוף פרק החולץ דף לז ע"א בד"ה וזו הואיל ולא הוכר כו', וכי תימא דאיכא רוב אחרינא דרוב נשים מתעברות ויולדות לכך יש להחזיקה דמעוברת מן הראשון, דאין סברא כלל לומר בנשים ששהו תחת בעליהן כמה שנים ולא עיברו ומתו בעליהן כשהיו מעוברות", עיין שם בתוספות, "ולקמן הוא דאמרינן לה גבי אשה שהלכה בעלה וצרתה למדינת הים", עכ"ל של תוספות הנ"ל.

אם כן קשה לי דצריך עיון לפי זה דמחלק תוספות הנ"ל דהיכא ששהו כמה שנים עם בעליהן ולא נתעברו לא אמרינן רוב זה, אם כן מה מקשה תוספות הנ"ל שהבאתי בדף קיט מהא דניתן לי בן במדינת הים דאינה נאמנת אף דיש לה מיגו דרוב נשים מתעברות ויולדות, דילמא בניתן לי בן איירי ששהתה כמה שנים עם בעלה ולא נתעברה, על כן איתרע לה רובא על כן אין שייך רובא, ומנא ליה לתוספות דמיירי שיש עדים ששניהם מתו דהיינו הבעל והבן.

ונראה דפירוש של תוספות דף לז דדוקא כשהיה כאן עד המיתה ולא היה לה בנים, אז אמרינן דאינה מעוברת דספק נולד לאחר מיתה, על כן אמרינן הרי ששהו כמה שנים יחד ולא עיברו ומתו בעליהן אז לא שייך רוב, ועל כן מדייק תוספות לשון ומתו בעליהן, רצה לומר ששהו כאן עד שמתו, מה שאין כן בהלכו למדינת הים אף דשהו כאן כמה שנים, מכל מקום יש לומר דילמא עיברה במדינת הים קודם שמת בעלה ונולד הספק מחיים, על כן שייך לומר רוב נשים מתעברות וק"ל, אבל הוא דוחק."

לביאור השאגת אריה נמצא כי בסתמא יש רוב נשים מתעברות ויולדות, ורק כאשר ישנה ריעותא אז

הרוב נחלש. במקרה הגמרא בדף לז ישנה ריעותא, משום שאם נסמוך על רוב זה ימצא שהאשה התעברה בדיוק לפני מות בעלה, וילדה לאחר מותו וזה חשש רחוק, ולכן רק בכהאי גוונא לא אומרים רוב זה. והוא כעין שיטת המהר"ם, אלא שלמהר"ם הריעותא היא משום שלא הוכר עוברה לשליש ימיה, ואילו לשאגת אריה הריעותא היא לחשוש שלמרות שכל ימיו לא התעברה במשך שנים רבות, בדיוק קודם מותו התעברה וילדה לאחר מותו של בעלה.

ביאור הבני דוד בדעת התוספות

דעה נוספת מצינו בביאור התוספות כעיקרון דעתם של המהר"ם והשאגת אריה, אלא שלדבריו אין במקרה התוספות ריעותא, אלא סיבה מיוחדת בגוף המקרה לחשוש שהולד אינו מן הראשון, וכדלהלן.

בספר בני דוד (קושטא תצ"ח) על הרמב"ם (פ"א מאישות הכ"ג) כתב:

"... ומה שכתבו תוספות עוד, ולקמן הוא דאמרינן גבי האשה שהלך בעלה וכו', קשה דמאי שנא התם מהכא, דהתם נמי הוא כהאי גוונא.

ונראה לומר דתוספות סבירא להו דלא אמרינן רוב נשים מתעברות ויולדות אלא בסתמא דלא ידעינן אם עוברה או לא, מספקא לן דלמא עוברה כיון דרוב מתעברין ואפילו שהא, אבל אם שהא עם בעלה ולא עוברה, ונישאת לאחר ועוברה, ויש ספק אם מן הראשון או מן השני, יותר יש לתלות שעוברה מן השני ממה שיש לתלות מן הראשון, והכא שנתייבמה זו יותר יש לתלות שהעובר מן היבם".

לדעתו, כאשר הספק הוא האם אשה התעברה או לא, אומרים תמיד שרוב נשים מתעברות ויולדות, אבל כאשר הספק הוא ממי היא נתעברה, והרי שתי אפשרויות הספק הם לפנינו בין הבעל הראשון שמת ובין היבם שהוא השני, מסתבר יותר לומר שילדה מהשני, מכיון ששהתה זמן רב עם הראשון ולא ילדה.

שיטת המהר"ם שיק - התוספות עסקו רק לפני שעברו עשר שנים

עוד מצינו בשו"ת מהר"ם שיק (אבהע"ז סי' ד) שאמנם פירש את דברי התוס' כעין פירושיהם של המהר"ם והשאגת אריה כי כאשר אין עוד ריעותא, עדיין היא בחזקת רוב הנשים שיולדות, אבל נקט שהתוספות דיברו דוקא לפני שעברו עשר שנים, וז"ל:

"... וכן הוא בתוס' ביבמות דף לז ע"א ד"ה וזו וכו', דאין סברא באשה ששהתה כמה שנים ולא ילדה דנימא שהוא מרוב נשים דמתעברות ויולדות. ובאמת מסתבר כן, דהרי חזינן דהיא אינה מרוב נשים, ובגוף דברי התוס' יבואר לקמן אי"ה..."

וכבר כתבתי לעיל דברי התוס' ביבמות דף לג ע"א ד"ה וזו וכו' שכתבו דלא מסתבר באשה ששהתה זמן רב ולא ילדה דנימא בה רוב נשים יולדות, ואפילו הכי סיימו דבפרק האשה בתרא אמרינן גם כן בכהאי גוונא רוב, ודבריהם צריכין ביאור. ועיין בערוך לנר שם דכתב שם הכוונה דאין כל השהיות שווין, ותליא אם שהתה זמן רב, והביא בשם תוספות הרא"ש דבאמת לפי מסקנת התוס' הוכיחו דגם בכהאי גוונא איכא רוב. ובאמת צריך טעם, ובנוב"י מהדו"ק חלק אהע"ז סי' סט האריך לצדד בזה, וגם כן לא כתב דבר ברור.

ולפי עניות דעתי, דתוס' בוודאי לא מיירי בשהה עשר שנים, לפלפל אם עדיין היא מן הרוב, דזה וודאי אינו, דהרי ילפינן מקרא ביבמות דף סד דצריך להוציא, ואם כן גלי לן הקרא בכהאי גוונא אינה מהרוב שתתעבר, ועל כרחך התוספות פלפלו רק בשהתה בפחות מעשר שנים, דבש"ס בזמן שהיה לנו כח, שהיו כופין אם עברו עשר שנים ולא ילדה, אם כן

בוודאי מיירי בלא שהו עשר שנים, ובפחות מעשר שנים נסתפקו התוס' אי שייך לומר באשה כזו ששהתה ולא ילדה, אם נימא רוב נשים מתעברות, ולבסוף מסקי דגם בכהאי גוונא אמרינן דהוי רוב".

לדברי המהר"ם שיק מסקנת התוספות היא שבלי ריעותא נוספת עדיין האשה בכלל הרוב (עי"ש שהאריך לבאר למה מצטרפות כמה ריעותות יחד), אך נקט כי כל נידון התוספות היה כשלא עברו עשר שנים, אבל כשעברו עשר שנים ודאי שכבר אינה בכלל רוב הנשים היולדות, דאם לא כן לא היה על בעלה חיוב לגרשה (להלן הארכנו בדין זה, והבאנו גם את ביאורו של המהר"ם שיק בזה).

נמצא כי גם לדעת המהר"ם שיק כשעברו עשר שנים ולא ילדה, אינה בכלל רוב הנשים, וכבר אין רוב שתלד בעתיד.

ביאורו של היעב"ץ

בהגותו של היעב"ץ שם מצינו פרשנות מעניינת בדברי התוספות, וז"ל:

"ולקמן הוא דאמר לה גבי האשה כו'. כלומר ולא קיימא במסקנא".

לפירושו של היעב"ץ כוונת התוספות היא כי אף שבקושיית הגמ' בדף קיט מבואר שסומכים על רוב מתעברות ויולדות גם כשעבר זמן רב ולא ילדה, מכל מקום דין זה לא נשאר למסקנה.

אך פרוש זה לכאורה מחודש מאוד, וקשה לקבלו לדינא, שכן אין שום מקור בדף קיט המראה כי דין זה השתנה במסקנא, ולא מסתבר שתוספות ידחו את דברי הגמרא מסברא בעלמא בלי להביא לכך שום מקור.

סיכום השיטות והעולה מהם

לסיכום, מצינו שהמהר"ם מלובלין, השאגת אריה והבני דוד הסכימו שללא ריעותא או סיבה מיוחדת מסתברת, תולים ברוב נשים מתעברות ויולדות גם בשהתה זמן רב. וכך היא ודאי שיטתם של תוספות הרא"ש.

לדברי הנודע ביהודה לאחר עשר שנים כבר אין רוב שהאשה תלד, אך מאידך גם אין רוב להפך לומר שכעבור כמה שנים כבר יש רוב שלא ילדה. כאמור כך עולה גם מדברי המהר"ם שיק.

מאידך, הפתחי תשובה מסתפק בכך. ומצינו כי לדעת הערוך לנר בפשט התוספות מספק ולחומרא לא סמכין על רוב זה בשהתה זמן רב גם ללא כל ריעותא נוספת.

יש להוסיף כי גם המהר"ם השאגת אריה והבני דוד שהבאנו, לא כתבו במפורש שגם אחרי עשר שנים עדיין הדין הוא שיש רוב יולדות, אמנם מסתימת האחרונים שלא חילקו במספר השנים יש מקום לדייק כן, אך לא מצינו מי שכתב כן במפורש, ואולי לא דיברו על אחרי עשר שנים, כפי שנקט המהר"ם שיק שאחרי עשר שנים הוא פשוט שאין רוב, ועל זה לא דנו התוספות. הרי שלא מצינו דעה החולקת במפורש על הנוב"י ומהר"ם שיק שנקטו שכעבור עשר שנים מהנישואין כבר אין רוב. ויתכן שזה באמת הטעם שהפת"ש לא פשט את ספקו למרות דברי המהר"ם, ולא רק משום שהנודע ביהודה חולק בזה.

נמצא כי לפחות מספק ישנה דעה הסוברת שישנו רוב הפוך שנשים שלא ילדו "כמה שנים" כלשון

הערוך לנר, או "זמן רב" כהמשך לשונו, יש רוב שהן לא תלדנה יותר. נראה כי דבריו נאמרו אף בפחות מעשר שנים, ובודאי כך הוא לדעתו בעשר שנים, ובודאי שלוש עשרה שנים כנידון דנן. אף רבים מהפוסקים החולקים על הערוך לנר מודים כי אחרי עשר שנות נישואין לכל הפחות יצאה האשה מכלל רוב הנשים היולדות, וכבר אין לנו רוב שתלד.

קל וחומר שיש לחוש במקרה דנן בו מצטרפות הרעותות הנוספות שהזכרנו, כמות האימוצים באותם שנים כפי שהזכרנו, ומאידך המציאות באותה תקופה שלא היה כל אפשרות לטיפול פריזן באותה עת, בצירוף בעיית התעודות שהוזכרה, והעדר כל תמונה שתחשב כחזקת כרוכין ברורה כלל.

חשש עקרות בשהו עשר שנים

לכאורה ישנו מקור נוסף לשאלה זו. לפי שורת הדין, מי ששהה עם אשתו עשר שנים ולא ילדה, חייב להוציאה בכדי לקיים את מצוות פריה ורביה. וכך שנינו במסכת יבמות (סד, א) :

"נשא אשה ושהה עמה עשר שנים ולא ילדה, אינו רשאי לבטל. גירשה, מותרת לינשא לאחר, ורשאי השני לשהות עמה עשר שנים. ואם הפילה, מונה משעה שהפילה".

ובגמרא שם :

"תנו רבנן, נשא אשה ושהה עמה עשר שנים ולא ילדה, יוציא ויתן כתובה, **שמא לא זכה להבנות ממנה**. אף על פי שאין ראייה לדבר, זכר לדבר, מקץ עשר שנים לשבת אברם בארץ כנען...".

לכאורה היה ניתן להסיק מכאן שמי שלא ילדה במשך עשר שנים הרי היא בחזקת עקרות. אך מהסוגיא מבואר שאינו כן. החשש שלא תלד הוא רק ממנו, שהרי הדין הוא שאחרי שמגרשה, מותר לאחר לינשא לה, אף אם לא קיים עדיין את מצוות פריה ורביה.

וכך מובא בהמשך הגמרא (סה, א) :

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

דין זה מופיע בשו"ע אבהע"ז (סי' קנר סעי' טז).

נמצא שרק לאחר נישואי השני היא מוחזקת כעקרה ממש, ועיי"ש בתוספות (ד"ה נישאת למי שאין לו בנים), שרק לגבי איסור מוחזקת מהשני, אולם לגבי ממון מוחזקת רק מהשלישי.

על פניו נראה, כי ניתן להסיק מכאן שגם אם אינה עקרה ממש, מכל מקום ישנה חזקה שלא תלד מבעל זה, שהרי מהאי טעמא חייב הוא להוציאה.

אך נראה יותר לומר, שגם אם חייב להוציאה בכדי לקיים את מצוות פריה ורביה, אין הדבר מלמד שהיא לא תלד יותר, והיא בחזקת עקרה. לעיל הובאו דברי הפתחי תשובה (אבהע"ז סי' קנו סקכ"ו בסופו) שהסתפק האם מי שצרתה לא ילדה עשר שנים, ויצאה עם בעלה למדינת הים, אנו חוששים שמא ילדה במדינת הים ואסורה להינשא ולהתייבם. מכאן, שהגם שצריך להוציאה, אין זה וודאי שלא מסוגלת ללדת.

והנה בגמרא שם בהמשך מובא :

"איבעיא להו, נישאת לרביעי והיו לה בנים, מהו דתיתבעיה לשלישי. אמרינן לה, שתיקותיך יפה מדיבוריך, דמצי אמר לה, אנא אדעתא דהכי לא גרשתיך. מתקיף לה רב פפא, אי איהי שתקא, אן מי שתקינן, נמצא גט בטל ובניה ממזרין. אלא אמרינן השתא הוא דברייתא". כלומר, שאם נישאה לשלושה אנשים ולא היו לה בנים מהם, ושוב נשאה לרביעי וילדה ממנו, אינה יכולה לתבוע מהשלישי את כתובתה, משום שיכול לומר שהבריאה לאחר שגירשה, אבל בזמן שהייתה אצלו הייתה עדיין עקרה. על כל פנים ראינו שמופיע בגמרא עצמה מציאות של מי שכבר מוחזקת כעקרה, ובכל זאת יולדת.

והנה, שם כיון שהיא נשאה כבר לשלושה בעלים ולא ילדה, אזי הוחזקה בעקרות, ובכל זאת יש מציאות שהיא תבריא ותלד מהרביעי ללא כל טיפול רפואי. קל וחומר שאם נשאת רק לבעל אחד ולא ילדה, שהחשש הוא רק שמא לא זכתה ללדת עם הבעל הזה ספציפית, ובודאי שאין כלל קביעה של עקרות כללית.

והטעם לכפיית הבעל להתגרש, הוא רק כדי שיקיים את המצוה עם אשה אחרת, ומחוייב הוא לעשות ככל שביכולתו לקיים את המצוה, ועל כן כאשר ישנו חשש שלא זכו להבנות יחדיו, חייב הוא לגרשה ולישא אחרת, אבל אין בדבר כל קביעה שעל ידי זה הוחזקה בעקרות, או שודאי לא תלד ממנו. וכיון שעיקר הבעיה בנישואין אלו היא רק השילוב של שני בני הזוג, שהוא סיבת המניעה מללדת, והוא חשש "עקרות" של הזוג הזה דוקא. משכך כיון שלא נקבעה כל חזקת עקרות כללית, אזי ודאי שיש צד שתלד גם מבעלה זה, שהרי אם יתכן ותבריא אפילו אחר שלשה בעלים, שכבר הוחזקה כעקרה ממש, קל וחומר שיתכן ותבריא אף בבעל הזה למרות חלוף עשר שנים.

כעין סברא זו כתב המהר"ם שיק (אבן העזר סי' ד) לענין אשה שהגיעה לגיל ארבעים ועדיין לא ילדה, ודימה אותה למי שלא ילדה עשר שנים, וז"ל:

"והנה התורה צותה לנו מצות עשה פרו ורבו, וזה הוא דבר שאינו ביד האדם, וכמו שכתב התו"ט במשנה סוף פרק הבא על יבמות, ועל כרחך בכלל הציווי של פרו ורבו היינו שישתדל לישא אשה ויבוא אליה, שזה נכלל בכלל המצות עשה..."

... לפי מה שהוכיח משם החוות דעת ביו"ד סי' קי דהתורה על ודאי נאמרה, וצותה לנו לעשות פסח, היינו שודאי הוא פסח, ואם כן גם כן בפרו ורבו שצותה התורה, הוא גם כן שישתדל לו אשה שבודאי יפריה וירבה ממנה, דהיינו על פי הרוב, כמו פסח ואינך. ולפי מה שכתבתי דבאשה שלא זכה להיבנות ממנה עד קרוב לארבעים שנה, כבר איתרע אצלה רוב נשים מתעברות ויולדות, אם כן בכהאי גוונא החיוב נשאר עליו משום מצות פריה ורביה לישא אחרת, כמו שאמרו חז"ל בשהה עם אשתו עשר שנים ולא ילדה".

לדבריו על אף שאין וודאות שאשה זו לא תלד יותר, מכל מקום כיון שיצאה מכלל רוב הנשים אשר מתעברות ויולדות, מחוייב הוא מכח המצוה לשאת אשה אחרת, אשר בה כן קיים הרוב שתלד, ודימה את דינו לאשה שלא ילדה עשר שנים, שגם שם החיוב לגרשה הוא מאותו טעם, משום שמצות פרו ורבו מחייבת אותו לקחת אשה כזו שעל פי הרוב עתידה ללדת.

כשרותו של ילד שנולד לאחר עשר שנים

אך מעבר לכל זה, נראה פשוט ביותר, שגם אם אשה לא ילדה עשר שנים ואחר כך מוצאים שיש לה

ילד, שאין לפנינו חזקה שאין זה בנה או הבן של בעלה. בוודאי שחזקת כרוכין אחריה, או חזקת קרובים גוברת על החזקה שלא תלד מבעל זה. וילד זה הוא ודאי שלה ושל בעלה.

לעיל הובאו דבריו של הנודע ביהודה (מהדו"ק אבהע"ז סימן סט) שקבע שלא אומרים "רוב נשים מתעברות ויולדות" לאחר עשר שנים, ואף על פי כן כתב כמובא לעיל שאין הכוונה שמוחזק לנו שאין זה בנה או בן בעלה, אלא שאין "רוב" של מתעברות ויולדות, אבל גם אין רוב הפוך. הנפקא מינה היא רק לגבי מי שהלכה צרתה ובעלה למדינת הים (שהובא לעיל) האם נחוש שילדה במדינת הים, בכהאי גוונא יש צד לחוש שלא תלד, ומשום כך יש צד שתותר האשה כאן להתייבם. אבל לא לגבי כשרות הוולד עצמו, כאשר לפנינו האשה נמצאת עם ולד לאחר עשר שנים, שודאי נתלה אותו בה ובבעלה.

וכך כתב שם הנודע ביהודה בתחילת דבריו:

"...מלבד שאין צורך בדבר זה שאפילו לא הפילה אין כאן ריעותא, וכמה נשים שאינן מתעברות כמה שנים בתחלתן ושוב מתעברות ויולדות ונדבר מזה לקמן, אבל אם אפילו היה איזו נפקותא לדינא, למה לא תהיה נאמנת במקום שאין אדם מכחישה.

ומה שהוצרכו ביבמות דף סה ע"ב לומר אם איתא דלא הפילה, אחזקי נפשה בנפלי לא מחזקה, דמשמע דאי לאו האי טעמא לא היתה נאמנת, התם מיירי שהבעל מכחישה בטענת ברי, אבל היכא שאין אדם מכחישה, אלים ברי דידה. ואם כן אם הבעל טוען שמא אף בלי טעם דאינה מחזקת עצמה בנפלי, היתה נאמנת..."

ביאור דבריו, הדין הוא שאם נשא אשה עשר שנים ולא ילדה, ובעלה רוצה לגרשה, והאשה טוענת שהיא התעברה והפילה ואם כן לא הוחזקה עשר שנים ללא עובר, ואינה חפיצה בגירושין, הרי היא נאמנת, משום שאשה לא מחזיקה את עצמה במפלת ללא צורך. דין זה מופיע בשו"ע אבהע"ז סימן קנד סעיף יג. לכאורה ניתן ללמוד מכך שלולא סברא זו שלא תחזיק עצמה כמפלת בכדי, היינו מחזיקים אותה כחשש עקרה מאיש זה, רק משום שעברו עשר שנים ולא ידוע לנו שילדה. אולם הנודע ביהודה דוחה ראיה זו. לדבריו, רק כאשר ישנה הכחשה מפורשת בין הבעל והאשה, אז היינו מניחים שהיא "עקרה" ממנו, לולא הסברא שלא תחזיק עצמה במפלת.

וכך כתב בהמשך דבריו:

"אבל אין ענין לטענה זו לנדון דידן ואפילו אי לא הפילה למה נחוש לה. ולפי דבריו כמה זמן תתן לאשה וכי אשה שלא תלד שנה אחת או חצי שנה אחר החתונה ושוב תתעבר ותלד, נחוש שלא נתעברה מבעלה כיון שלא נתעברה קודם, הא ודאי ליתא. ואם ליתא לחששא זו בזמן שנה, ליתא גם כן בשבע שנים, דאם לא כן, איזה גבול תגביל לה שיתחיל חששא זו. ולא עוד אפילו בשהתה עשר שנים ושוב נתעברה גם כן אין חוששין לה".

לפי זה צריך לבאר, שמה שצריך להוציא מי שנשא עשר שנים ולא ילדה, אין זה משום שבוודאי לא תלד. ביאור הדבר הוא, שמכיוון שמחוייב לקיים את מצוות פריה ורביה, וחלפו עשר שנים שודאי נחלש הרוב כלפיה עם בעלה, ולכן נתנו חז"ל גבול לדבר, שעד עשר שנים יכול להמתין ולא יותר, והסמיכו דבר זה על אברהם אבינו ע"ה (יבמות סד, א). כלומר מהלכות כפייה על מצוות במקרים שהסיכויים ללדת מאיש זה פחתו וכבר חלפו עשר שנים, אף אם אמנם יתכן והיא תלד עוד, חכמים צווהו שמבחינת ההשתלדות והחובה ללדת, הרי מאשה זו כבר נעשה מבחינתו המאמץ הסביר, ושוב אין בידו להמתין שאשתו זו תלד, למרות האפשרות הקיימת לכך, וכפוהו לשאת אשה אחרת שעמה הסיכוי הוא גדול יותר ללדת ולקיים מצות פרו ורבו. אך כאמור לא ניתן להסיק מכאן שאם נולדו לה

בנים לאחר עשר שנים, הבנים אינם שלה או של בעלה.

כאמור כל זה כאשר אין ריעותות נוספות. אך כאשר ישנם עוד ריעותות, יתכן וניתן לצרף סברא זו לנתונים נוספים. כלומר אשה שעברה עשר שנים ולא ילדה, אזי נוצר חשש שלא תלד עוד מבעלה זה. סברא זו מצטרפת לסברות נוספות בהגדרת הרעותא כנגד רוב כרוכין.

ניתוח הנתונים להלכה

הערכה כללית ללא קשר למקרה דנן

לכאורה נראה פשוט שבמקרה שהאשה אינה בת 38 בזמן לידת הבת, אלא לדוגמה בת 74, בית הדין יקבע שאין כאן חזקה כי זו האם, שהרי אין לידות טבעיות בגיל זה. כלומר, מובן וברור שאין כאן גזירת הכתוב אלא עניין של היגיון וטבע העולם. וכאשר זה לא טבעי והגיוני לחלוטין, לא תולים שאלו הם ילדיה. אם כן מה שעקרוני לדיון הוא לא עד כמה אסור לערער על החזקה, ולא כמה ראיות ישנן בש"ס ופוסקים שכאשר יש חזקה אין תולים באימוץ, אלא נקודת הדיון היא רק האם שלל הנסיבות שרואה בית הדין בכל מקרה לגופו, מהווים או לא מהווים ריעותא בחזקה, ועד כמה ניתן למתוח חוט של חזקה מול המצוי והאפשרי מבחינת המציאות.

והנה, זו עובדה מוגמרת שטיפולי פוריות לא היו קיימים בעולם הרפואה בשנות ה-30 של המאה הקודמת אפילו בעולם המערבי המתקדם, וכל שכן בברית המועצות. מבדיקת תיקי ברורי יהדות בבתי הדין, ניתן לקבוע בצורה שאינה משתמעת לשני פנים, שהרוב המוחלט של מקרים שמופיעים לפני בית הדין בלידות מאוחרות באופן משמעותי, בצירוף פרטים נוספים המהווים ריעותות נוספות, התבררו כמקרי אימוץ. בהתחשב במכלול נתונים כאלה, יש בהם לכל הפחות ריעותא גדולה, ואף יתכן לומר שיש כאן ביטול של החזקה אפילו אם הייתה קיימת, וראיה מכוח רוב הפוך לצד האימוץ דווקא.

לכל הפחות עלינו לומר שאיתרע לה החזקה. כי מי שיש בו נסיבות ופרטים שכאלה יתכן ושייך לרוב הפוך – של ילדים מאומצים, ואיתרע לה חזקה קמא. אך יותר נראה לומר עוד יתרה מזאת, שהחזקה מתבטלת על ידי עובדות כאלה לגמרי, וזאת מפני שצירוף הפרטים, יוצר קבוצה נפרדת ומובדלת על ידי מאפיינים ברורים כאלה, ובקבוצה זו ללא ספק ישנו רוב מוחלט שהם ילדים מאומצים. ועל כל פנים כאמור לפחות ישנה כאן רעותא גדולה ביותר וכדין רוב כנגד רוב.

רמת הצורך בבירור

לעיל הארכנו בכללי הדינים מתי ישנו חיוב לברר למרות הרוב או החזקה. הארכנו רבות בדין איכא לברורי, ובדין הנוסף של רוב שיש בו ריעותא ממשית.

והנה חילוק גדול יש בין שני דינים אלו. שכן אם אכן כל הצורך לברר היה משום שאיכא לברורי, הרי זה היה מצריך ברור רק לכתחילה, אבל אם בית הדין חקר ושלח שליחים וניסה לברר בכל האמצעים העומדים לרשותו, ולא הצליח להגיע לידי הוכחות ברורות וחד משמעיות, ואין דרך נוספת לברר, הרי כאמור לעיל במצב כזה הדין הוא ששוב סומכים על הרוב, והאשה מותרת להנשא בחזקת יהודיה.

אבל כיון שכאמור אנו נוקטים שיש כאן ריעותא גמורה, ולא עוד אלא שיתבאר מיד כי נראה יותר שאין כאן חזקה כלל, ועל כל פנים ודאי שהיא הורעה, הרי במצב כזה חוסר היכולת לברר, מעכב ואוסר אפילו בדיעבד.

חזקת כרוכין והעדר התמונות

כפי שהורחב לעיל הבסיס העיקרי לכל בירור קירבת משפחה הוא החזקה, וכך מתבררת קרבת ויחוס הבן או הבת לאמם, על ידי ש"בנה כרוך אחריה". במקרה שלפנינו העובדה היא שאין לפנינו חזקת כרוכין ברורה כלל, אין לנו שום עדויות מה היה באותו זמן, ואף לא הומצאה כל תמונה של הסבתא ס. עם אמה ש. למרות כמות התמונות הרבה שהמציאה המבקשת מאותה תקופה. בנוסף, לא הבחנו בדמיון בתמונות בין הסבתא ס. לסבתא רבה ש. ניסינו להיעזר גם במחלקת זיהוי פלילי, אך בנתוני התמונות ואיכותן הדבר לא מעשי.

גם ביחס לתמונה שהומצאה של הסבתא ש. יחד עם נכדתה מ. אם המבקשת, לא הוכח כלל מי התינוקת שבידה, ולא ידוע כלל כי מ. שהיום היא אשה בת ששים היא זו שבתמונה. גם בדיון אמרה המבקשת ביחס לתמונה זו בזה"ל: "נראה לי שזו סבתא עם אמא שלי" כך שגם היא בעצמה אינה יודעת בבירור מי בתמונה. גם התמונה שנטען שרואים בה את ס. יחד עם ב. שהיא בתה של ר. אחותה של ש. בתור ילדות, וכי מי יכול לדעת ולזהות שבאמת הן ב. וס.

זאת מלבד מה שביררנו לעיל מתוך הסוגיא והראשונים, כי כאשר ישנו חשש סביר לאימוץ, שוב אין שום חזקה או בירור גם אם רואים אותו כרוך אחריה, שכן כך היא הדרך גם בילדים מאומצים שהם כרוכים אחרי מי שגידלה אותם אף בכרוכין אחריה, וכאשר ניתן לתלות את כריכתן אליה מסיבה אחרת, ולא משום שהם בניה, חוששין לכך.

דין זה נאמר אפילו כאשר מדובר באשה רגילה, אשר הרוב קובע כי היא יכולה ללדת, ולמרות זאת חוששים שאינם בניה, קל וחומר כאשר עברו שנים רבות למעלה מעשור לנישואיה, שהבאנו לעיל כי לחלק מהפוסקים יצאה מכלל הרוב, וספק עם תלד עוד, שהדבר מוסיף לחשש ואפשרות האימוץ, והעובדה שגדלה את הבת והיא כרוכה אחריה, אינה מוכיחה כאמור כי הבת אינה מאומצת.

כך שבמקרה זה שממכלול הנסיבות והמסמכים עולה חשש, ואף יותר מחשש, לאימוץ, וכפי שיורחב בהמשך, לא נוכל לקבוע כי ישנה חזקה שאכן ס. היא בתה הביולוגית של ש.

דעתו של הגאון רבי ישראל בראנבאום שליט"א

בהתייחסות שכתב הגאון רבי ישראל בראנבאום שליט"א ביחס לתיק אחר, ובשינויי לשון לצורך התאמת הפרטים לתיק דנן, נכתב על ידו בין השאר (יצויין שזוהי דעתו שלו ואנו מביאים את עיקרי התייחסותו בלשוניו):

"וכך דעתו, כי יתכן והסוברים לפקפק בעניין האימוצים, אינם משערים את ההיקף העצום של תופעת האימוץ בברית המועצות בשנים דאז, הנובעת משתי סיבות עיקריות:

הראשונה, הכמות העצומה של ילדים הננטשים בבתי יולדות בברית המועצות מייד לאחר לידה על ידי אמותיהם הביולוגיות.

השניה, עצם העובדה שללא טיפולי פוריות, שכיום רווחים ומקיפים אחוזים נרחבים של האוכלוסייה בכל המדינות, אימוץ היה הפתרון היחיד לבעיית פוריות.

אין לפני בית הדין עדויות על כך שהמבקשת שנולדה בשנת... הייתה כרוכה בקטנותה אחר אמה, דהיינו שני עדים כשרים מהשכונה בה גרו בהיותה קטנה. מניין לנו שהשכנים לא היו מודעים לכך שהילדה הייתה לא בתם הביולוגית של שכנתם. הם יכלו גם יכלו להיות ערים לכך שהשכנה שהביאה תינוקת לביתה כשהייתה בת 38, הביאה אותה ללא היריון שקדם לכך, והייתה זאת ילדה מאומצת. כמובן שאנו לא יודעים מה ידעו או חשבו השכנים שם. ומסיבה זו אנו לא אומרים שהמבקשת הוחזקה כמאומצת. אבל כדי לקבוע חזקה, צריכים לדעת עובדה מינימלית זו – מה ידעו השכנים, שהרי כל כוחה של החזקה נובע מהנחה שהיות והדבר הוחזק במשך של לפחות שלושים יום (ח"מ סי' יט ס"ק ג שכל חזקה דשאר בשר אינה בפחות משלושים יום) אצל אנשי העיר ואיש לא ערער עליו - אין סיבה להסתפק בו כעת כעבור זמן רב, וכמבואר בחזו"א (אהע"ז סי' כ ס"ק יט) שהטעם לדבר ששיעור שלושים יום האמור בחזקה הוא כי בזמן זה מתווספת הכרת בני העיר, ואם יש ביניהם מעשה ערמה, היו מרגישים להטיל ספק בדבר. אך לשם קבלת ראיה זו מוכרחים הרי להוכיח שאכן הדבר הוחזק כך ללא עוררין אצל בני העיר, ובנידון דנן - אצל אלה שהכירו אותם באותם ימים, ולא להניח שכך היה מסתמא על פי תמונות משפחתיות. וכי אצל התמונות התאמת העניין במשך של שלושים יום, ובמקרה דנן גם לא ידוע כלל מי הם המצולמים בתמונות, ולא ניתן לזהות את המבקשת עם בת דודתה, ואת בת המבקשת עם סבתה בתור תינוקת, ואין ידוע לנו כלל מי בתמונה, ואין לפנינו חזקת כרוכין כלל וכלל.

אין לפנינו כלל וכלל הגדרת החזון איש **ובאיזה אופן נבדק כאן** אומד דעתם של בני העיר, ש"לבם היה בטוח בהם" ו"לא הטילו ספק בלבם" כלשונו של החזו"א שכתב בזה"ל:

"העיקר תלוי **באומד דעתם של בני העיר** ואין כל המעשין שוין, ובמקום שבני העיר מטילין ספק באמיתת דבריהם **אף אם ירבו ימים בהנהגתם אינו מועיל כלום**, שהרי לא הוחזקו כלל כיון שמסתפקים בהן. כגון איש ואשה שבאו לעיר זה אומר זה אשתי ואת אומרת זה בעלי, ובני העיר מסתפקים בהן לפי תכונתם שעצת זימה ביניהם והם נואף ונואפת, אינה מתחזקת אשת איש, **ואם לב העיר בטוחים בהם** ואינם מעלים ספק בלבם, כיון שהוחזקו ל' יום בהנהגתם סוקלין ושורפין על חוקה זו".

מניין שהמצולמות הללו הן הסבתא ואם המבקשת. וכי מישוהו יודע לזהות תמונה של תינוקת ולקבוע שזו האישה בת החמישים העומדת לפנינו כעת, והאם הזיהוי הזה נעשה בפועל. וכי כדי לקבוע חזקה די רק להניח שהדבר כך.

וגם כשאישה מסוימת החזיקה את התינוקת בידיים, או עמדה לידה אפילו עשר או עשרים פעם, האם הדבר זהה וממצה את המושג של "כרוכין אחריה". ואם רואים את התמונות מסוג זה, האם הן באמת משכנעות אותנו עד כדי ליצור חזקה שסוקלין ושורפין על פיה. כל שכן כשיש לפנינו רק תמונה אחת או שתים, ואין אנו יודעים לזהות כלל מי בתמונה".

עד כאן סיקור דעתו של הגר"י בארנבאום.

היקף האימוצים

בהקשר לתיק דנן העוסק בנושא האימוצים נדרשנו לברר את היקף האימוצים בברית המועצות באותה תקופה. קבלנו את חוות דעתו של הרב זאב ליטקה בענין זה, והוא מתבסס גם על חוות דעתו הנ"ל של הגר"י בארנבאום, וכך הוא כתב לנו:

"המציאות אותה אנו מכירים היום בנושא של אימוצים אינה דומה כלל וכלל למציאות שהיתה בעבר בברית המועצות לשעבר. על מנת להבין את המשמעות של הפער, ראשית

צריכים לשים לב לעובדה פשוטה. אם היום זוגות שיש להם קשיים ובעיות בפוריות יש להם פתרונות רפואיים שמסייעים לאלפי זוגות לזכות בפרי בטן, בעבר זה לא היה קיים כלל. אפילו לא במדינות המערב. כל שכן שלא בשנים עברו ברחבי ברית המועצות לשעבר.

בנוסף, המעט זוגות שלא מצליחים היום להביא ילדים למרות כל הטיפולים שהם יחסית מתי מעט ביחס לעבר, ממתנים 7-8 שנים בתור כדי לזכות בילד מאומץ. כלומר, לא רק שישנם הרבה פחות משפחות הרוצות לאמץ, הילדים שנשלחים לאימוץ הם עוד הרבה פחות ולכן נוצר תור כל כך ממושך.

עתה ננסה לבדוק מעט נתונים בנושא זה ממדינות ברית המועצות לשעבר. רק יש לשים לב שאין לנו נתונים ברורים על כל פרט, לא על כל השנים התפרסמו נתונים, אבל די בנתונים אלה כדי לחוש מעט את התקופה ואת המקום.

בשנת 2009 נותרו ברחבי רוסיה (רוסיה בלבד) יתומים וילדים ללא טיפול הורים: 681,301 ילדים (ניתן לשער שזה יותר מ-2% מכלל הילדים בכל רחבי רוסיה), מתוכם 151,000 במוסדות (בתי יתומים), ו-142,797 באימוץ. כלומר, אפילו בשנת 2009 ישנם הרבה יותר ילדים הזקוקים לאימוץ מאשר המשפחות הרוצות לאמץ (יותר מ-400%).

בשנת 1917 נמצאו במוסדות אימוץ ברחבי רוסיה כ-30,000 ילדים. עם הזמן, המספרים עלו באופן משמעותי, עד שבשנת 1923 נמצאו במוסדות כ-4,000,000 ילדים. כמו כן בשנת 1950 נמצאו כ-637,000 ילדים במוסדות. על פי הנתונים, בשנים שלאחר מלחמת העולם הראשונה וממלחמת האזרחים שהיה לאחריו, המספרים זינקו מהסיבה הפשוטה, מיליוני אנשים נהרגו בשנות המלחמה והותירו יתומים רבים. אין לנו כאן נתונים על השנים 1945-1949 אלא רק על 1950, אבל ניתן לשער שבשנים הללו המספרים היו גבוהים מאד.

כאמור, אין לנו נתונים ברורים על כמות האימוצים בשנים הללו, אבל מהנתונים הללו בהתחשב בכך שבשונה משנת 2009 שאז כבר היו טיפולי פוריות, הרי כי בשנים קודמות יותר לא היו טיפולי פוריות כלל. ניתן לשער שהם היו אימוצים בכמות של מאות אלפים ולא הייתה שום הגבלה, ילדים הזקוקים לאימוץ היה בשפע רב".

בהמשך הבהיר גם הוא את דבריו וכתב:

"ברור שלמרות המספרים הללו, כאשר אין כל ריעותא, לא מטילים ספק סתם באנשים שמא הם מאומצים. כי עדיין ביחס לכלל הילדים ברחבי בריה"מ המספרים הם נמוכים.

אך עם הניסיון המועט שרכשתי בשנים האחרונות, כאשר יש פער גדול בין הנישואין ללידה, בפרט בשנים מאוחרות יחסית, ניתן לומר ללא כל ספק שיש לפחות מיעוט המצוי של מאומצים בסיטואציות הללו. ובעצם הרבה יותר מעשרה אחוזים - המדד שקבעו הפוסקים לשיעור מיעוט המצוי".

לדבריו ברור שבשונה מהמציאות המוכרת לנו, זוג שלא היו לו ילדים, יכל לקבל ילד לאימוץ בקלות רבה, ולכן אפשרות האימוץ קיימת וסבירה, ויש לבדוק במקרים בהם עולה חשש כזה.

אמנם היה מקום אולי לטעון כי למרות שאכן האפשרות לקבלת ילד לאימוץ ילדים לאמוץ היתה קלה מאוד, מכל מקום בשונה מהמציאות המוכרת לנו, ביקוש כנראה לא היה שם. כפי שהוזכר לעיל בדברי הגר"י ברנבאום קיימת שם אפילו תופעה של הורים הנוטשים את ילדיהם, ואם אפילו את ילדיו שלו לא תמיד רוצה ההורה שם לגדל, קל וחומר לאמץ ילד אחר, וודאי בשנות המלחמה והרעב, שכל אחד היה עסוק בהצלת עצמו ומשפחתו, שיש קושי מסוים להניח שהלכו ואימצו ילד זר.

כמובא לעיל טענה זו העלה מברר היהדות בדימוס הד"ר רייז וכתב:

"ידוע שבשנות ה-30 גוועו ברעב 7.5 מיליון אזרחים באוקראינה. במצב כזה, אף אחד אינו מכניס הביתה עוד פה להאכיל..."

אך נראה לנו יותר כפי שענה על דבריו המברר הרב דן אלכסנדר, כי טענה זו נכונה ביחס למשפחות אשר זכו לילדים משלהם, שבהם סביר להניח כי לא היו לוקחים עליהם עול גידולו של ילד נוסף, אבל כאשר מדובר בזוג שלא היה להם ילדים, עדיין יש כאן אפשרות סבירה להניח כי ינצלו הזדמנות זו לאמץ ילד אחד, ובמיוחד בשעה שהיו באזור רחוק מהמלחמה.

סיפור טיפולי הפוריות

עוד יש להוסיף, כי גם המבקשת וגם סבתה עצמה בעדותה בדיון וגם ב"כ האשה חזרו וסיפרו בבית הדין כמה פעמים שלפי הסיפור המשפחתי, הסבתא רבה ש. עברה טיפול פריין בקייב עד שהצליחה לטענתם להרות, ולכן ילדה רק לאחר שנים רבות מנישואיה. נמצא כי המבקשת וב"כ מודים בפה מלא כי לש. הייתה בעיה רפואית של פריין.

מנגד הבאנו לעיל כי היכולות לפתור בעיות פריין בשנת 1937 היו אפסיות ואף בכלל לא. נושא הפריין אף בשנת 1970 היה בחיתוליו, ועל אחת כמה וכמה שבשנת 1937, לא היו פתרונות לנושא הפריין, עניין שהתפתח רק שנים רבות מאד לאחר מכן. כך שאם כדבריהם שאכן לקתה ש. בבעיות פריין הנצרכות טיפול, מסתבר כי הטיפול ודאי לא עזר כלל.

ענין זה מהוה תוספת של עוד ריעותא, וסיבה נוספת לחשוש כי מכיון שהיו לה בעיות פריין, סביר מאוד להניח שהפתרונות שהיו לרופאים בקייב להציע באותה תקופה, ואשר היו מאוד לא מפותחים, באמת לא הועילו, ולכן אימצו ילדה בכדי לגדלה כבתם.

ההנקה כראיה

טענה נוספת שנטענה בדיון על ידי ב"כ המבקשת הייתה כי לפי הסיפור המשפחתי, הסבתא רבה ש. הניקה את ס. אם אכן היו ראיות ועדיות לכך, היה מקום להגדיר זאת כחזקת כרוכין, שכן מלבד הכרוכין שבדבר הרי כי עצם יכולתה של אשה להניק היא הראיה הטובה לכך שהיא ילדה. אולם לא הובאו כל ראיות לכך, כך שעניין זה אינו מבוסס כלל.

פסק דין על פי יסוד זה שהנקה מהוה ראיה לאמהות ניתן בתיק אחר על ידי הרכב אחר (בתיק 1209849/1) בבית הדין הרבני האזורי פתח תקווה לפני כבוד הדיינים הגר"י רפפורט, הגר"ב לסרי, והגר"נ נשר שליט"א שם נכתב תחת הנושא "האם ההנקה מהווה הוכחה ללידה" בזה"ל:

"בגמרא במסכת בכורות (כ, א) נחלקו רבי עקיבא ורבי יהושע אם כשבהמה 'חולבת' (– נותנת חלב) יש בכך ראיה שילדה כבר או לא. ומבואר בגמרא שהמציאות היא שרוב הבהמות אינן חולבות אלא אם כן הן יולדות, אך ישנו מיעוט שחולבות אף שלא ילדו. נחלקו רבי עקיבא ורבי יהושע אם חוששים למיעוט או לא, לדעת רבי עקיבא אין חוששים למיעוט ולדעת רבי ישמעאל חוששים למיעוט.

נחלקו הראשונים בפסיקת ההלכה: דעת הרא"ש (שם סימן ב) שהלכה כרבי עקיבא ואין חוששים למיעוט, אך דעת רבנו תם (בתוספות שם ד"ה חלב) שיש לחוש למיעוט שחולבות אף על

פי שאינן יולדות, זאת משום שיש לסמוך מיעוט החולבות ללא לידה, לחזקת הגוף של הבהמה שלא ילדה שהיא חזקת הגוף דמעיקרא, לפיכך אינה מוחזקת שילדה אף אם היא חולבת. ראה בדברי התוספות שם באריכות בראיותיהם.

בהמשך למחלוקת זו נחלקו הפוסקים הראשונים בפסק ההלכה: דעת השולחן ערוך (יורה דעה סימן שטז סעיף א) שאין לחוש למיעוט, לעומת זאת דעת הרמ"א שם לפסוק כרבנו תם שיש לחוש למיעוט בצירוף חזקת הגוף. מקורו של הרמ"א הוא מדברי התרומת הדשן (סימן רעא) ומהר"י וייל (סימן קעד). מבואר בתרומת הדשן (שם) שפסיקה זו אמורה רק באופן רגיל, אך אם ישנה נאמנות של גוי מדין מסיח לפי תומו, או לחילופין כאשר ישנה אומדנה חיזונית, גם רבנו תם מודה שאין חוששים למיעוט והחלב מהווה ראיה ללידה קודמת.

כל זה הוא לגבי בהמה. להבדיל אלפי הבדלות יש לדון בבני אדם אם ההנקה היא ראיה שאם המבקשת ילדה בעבר, וכיוון שזו המבקשת כרוכה אחריה מינקות כאמור – אין לחוש לאימוץ. עניין זה לא נתבאר בפוסקים בפירוש, אך מדברי מהרי"ט אלגאזי (הלכות בכורות פרק א אות א) מבואר שבאישה ההנקה היא ראיה ודאית ולא בגדר רוב ומיעוט, שכן בבני אדם לא תיתכן מציאות של אישה החולבת' אם לא ילדה.

זו לשונו שם :

"והנה בפרק ג' דבכורות (דף כ"ב) ... ואמרינן דטעמא דמאן דאמר דחלב אינו פוטר הוא משום דהא איכא מעוטא דחולבות אף על פי שאינן יולדות וכו', דנמצא דבהמה איכא מעוטא דחולבות אפילו לא ילדו. וצריך לידע לרבי מאיר דאמר דדם נעקר ונעשה חלב אם הוא דוקא בחלב בהמה שילדה דומיא דאשה, **דכיון דמאשה יליף לא מצינו אשה חולבת אף על פי שלא ילדה**".

וכעין זה מבואר מדברי רבי עקיבא איגר (בשו"ת סימן פט) בפשיטות מלשון השאלה, עיין שם בדבריו...

אמנם היות שלא מצינו בפירוש בדברי הפוסקים התייחסות מפורשת לכך, ובשל מעלת היוחסין ושמירת כרם בית ישראל, יש לברר את הדין אף אם ננקוט (שלא כדבריו) שגם בבני אדם אין זה אלא בגדר רוב ומיעוט, כדלהלן..."

אך כאמור נושא זה אינו נוגע כלל לגידון דגן, בו לא הובאה כל ראיה או אסמכתא לסיפור ההנקה, ועל כן הדבר אינו יכול להוות חזקה או ראיה כלשהי.

יצוין שבית הדין הציע ואישר למבקשת לערוך בדיקה גנטית אשר יכולה לאשר את יהדותה באופן פוזיטיבי. האשה סרבה לכך מסיבות שונות, וזו זכותה המלאה, ובקשה כי בית הדין יתן את הכרעתו ההלכתית לפי כללי ההלכה גרידא בלא בדיקה זו.

לעניין טענת ב"כ המבקשת שערך הבדיקה הוא רק 60%, לא הומצאה או צורפה לטענה זו כל חו"ד מקצועית בענין, ועל פי המידע שבידינו טענתה אינה מבוססת כלל, המצב הוא להפך, וניתן להפנות בעניין לאנשי מקצוע ומומחים, המתמצאים בסוגי הבדיקות, ואשר בחלקם ניתן להגיע בעלות זולה לרמת דיוק של קרוב ל-100% בדבר יהדות הנבדק. אולם אין אנו נדרשים לנושא זה לאחר שאין הסכמה לבדיקה והעניין אינו רלוונטי.

כאמור בית הדין באמת אינו מחייב את המבקשת בבדיקה, ואף אין לבית הדין את הסמכות לכך. כל אשר הציע בית הדין היה שאם המבקשת תסכים או אז היא תערוך את הבדיקה, ויתכן שהבדיקה תסייע לה בבירור הענין בצורה מיטבית, אך משסרבה האשה וזו זכותה המלאה, בית הדין אינו נדרש לעניין

סיכום הריעותות בנידון דנן

כאמור לעיל במקרה הרגיל בו באים לפנינו בני משפחה החיים יחד, אין אנו מעלים ספק שמא היה אימוץ. אך בתיק זה התעוררו כמה ריעותות אשר הם מעלות את הספק וחשש האימוץ, ומצריכות הוכחה.

נסכם את הבעיות המחייבות בירור בתיק זה:

א. כאמור לעיל הסכמת הפוסקים היא כי העולים מבריה"מ מחוייבים בבירור יהדות, ואין לסמוך עליהם באמירת "ישראל אני" שאינם שומרי מצוות, ואף אינם נוהגים בשאר המובנים כיהודים.

ב. על הרוב דאיתא קמן - הבנוי על ההנחה שרוב הרשומים או נחשבים בבריה"מ כיהודים אכן היו כאלה, אי אפשר לסמוך אחרי שהבאנו כי הנתונים אינם מוסכמים כלל, שיעור נישואי התערובת עלה משנה לשנה, ויתכן שכבר לא היה רוב יהודי כשר. זאת מלבד פסק הגרי"ש אלישיב המובא לעיל כי גם אם יש רוב כזה, עדיין יש לאסור מדין קבוע.

בעיות אלו יכלו להפתר על פי ההוכחות והמסמכים שהציגה המבקשת כי אכן מדובר במשפחה יהודית שורשית, ולא היו בה נישואי תערובת. אלא שכאן עלתה שאלת האימוץ כפי שנפרט.

ג. הבעיה בתיק זה התעוררה עקב כך שסבתה של המבקשת אין לה תעודת לידה מקורית אלא רק תעודה משוחזרת שהוצאה בגיל 15. כפי שהוסבר לעיל "משוחזרת" פירושו שהיא נכתבה לא על ידי העתקה מהרישום המקורי, אלא על פי מבקש התעודה בעצמו או הוריו (כשונה מתעודת הנישואין של הוריה משנת 1973, שהינה תעודה "חוזרת", כלומר הועתקה מהרישום המקורי שהשתמר).

אמנם ניתן להסביר את הדבר בכך שיתכן והמסמכים המקוריים נאבדו במהלך המלחמה, אך אף על פי כן יש בכך שינוי מהמצב הרגיל, בו אם הילד אינו מאומץ, הרישום אמור להיות סמוך ללידה.

ד. יש להוסיף שברישום במקום לידת הסבתא נמצאים כל הרישומים של שנת 1937 ואילו רק הרישום הרלוונטי של הסבתא חסר, והדבר התמיה ועורר שאלה וחשש. אם כי יתכן שכיון שנולדה ס. בשלהי שנת 1937 (8/12), רישומה שולב בתחילת שנת 1938 וספר רישום זה של שנת 1938 לצערנו נעלם.

ה. בנוסף, אמה ילדה אותה בגיל מאוחר, קרוב לגיל 39, ולאחר כ-13 שנות נישואין. עניין שמעורר חשש לאימוץ שהיה שכיח בברית המועצות מאד אצל נשים שלא ילדו עד גיל מאוחר, בשל רמת הצלחה אפסית של טיפולי הפוריות שהיו בעת ההיא.

ו. על כך יש להוסיף את מה שהבאנו כי גם המבקשת ובאי כחה, וגם סבתה של המבקשת בעדותה, הצהירו כי הסבתא רבה עברה טיפולים כדי שתוכל ללדת. נמצא כי ישנה הודאה גמורה כי לסבתא רבה ש. הייתה בעיה רפואית להיכנס להריון. כאמור סיפור זה מהווה תוספת

ריעותא, וסיבה נוספת לחשוש כי מכיון שהיו לה בעיות פריון, סביר מאוד להניח שהפתרונות שהיו לרופאים בקיבץ להציע באותה תקופה, ואשר היו מאוד לא מפותחים, באמת לא הועילו, ולכן אימצו ילדה בכדי לגדלה כבתם.

ז. בנוסף, שם הסבתא ס. אף הוא עורר תהיות, כיון שהוא שם מוסלמי, והעלה חשש כבד שהיא אומצה בטג'יקיסטאן שם שהתה המשפחה לאחר הפינוי בשנת 1941. כאשר באפריל 1942 היא כבר רשומה על שם א. בעלה של ש. כך שהחשש הוא שהיא אומצה ממשפחה מוסלמית בחודשים ההם מאז שהם הגיעו לשם ועד הרישום הנ"ל.

הסבתא עצמה בחקירתה ציינה ששמה ס. ולא שם אחר הדומה לו עניין שמערער את קביעתו של ד"ר רייז שטען שיתכן שבאמת שמה אינו ס. אלא שם אחר דומה, ורק ברישום כתבו ס. מתוך רשימת שמות מוכנה ובלעדית (ראה בהמלצתו לעיל).

בעניין הרישום במסמכי הצלב האדום על שם האב, ולא על שם האם אשר נרשמה שם באותו היום, יש לציין כי אמנם המבררים טענו כי בדרך כלל נרשם ילד עם ראש המשפחה. אך הגר"י ברנבאום שליט"א העיר כי לדעתו כלל זה אינו מדויק. אומנם לא נדיר שהילד נרשם אצל האב, אבל ברוב הפעמים הוא רשום דווקא אצל האם, גם אם שני ההורים היו בפניו ביחד.

כאמור לעיל בדרך כלל הבסיס העיקרי לכל בירור קירבת משפחה ויחוס הבת אחרי אמה מתבררים ומוחזקים על ידי חזקת כרוכין, כאשר ראינו שהאם גדלה אותה בקטנותה והבת נכרכה אחריה, או לחילופין על ידי שהמשפחה הוכרה על ידי סביבתה במשך זמן, עד שהוחזק הדבר כפשוט שהם בני משפחה אחת, אם וכתה, אלא שכאמור במקרה שלפנינו חזקה זו אינה קיימת, מכמה טעמים.

ח. במקרה שלפנינו העובדה היא שאין לפנינו חזקת כרוכין ברורה כלל, אין לנו שום עדויות מה היה באותו זמן, ואף לא הומצאה כל תמונה של הסבתא ס. עם אמה ש. למרות כמות התמונות הרבה שהמציאה המבקשת מאותה תקופה. גם ביחס לתמונה שהומצאה של הסבתא ש. יחד עם נכדתה מ. אם המבקשת, לא הוכח כלל מי התינוקת שבידה, וכי מ. שהיום היא אשה בת ששים היא זו שבתמונה. גם בדיון אמרה המבקשת ביחס לתמונה זו בזה"ל: "נראה לי שזו סבתא עם אמא שלי" כך שגם היא בעצמה אינה יודעת בבירור מי בתמונה. גם התמונה שנטען שרואים בה את ס. יחד עם ב. שהיא בתה של ר. אחותה של ש. בתור ילדות, אין מי שיכול לדעת ולזהות שבאמת הן ב. וס. ניסינו להיעזר גם במחלקת זיהוי פלילי, אך בנתוני התמונות ואיכותן הדבר לא מעשי.

יוער כי גם אם היה זיהוי בתמונות לא ברור שהדבר נחשב כחזקה. "כרוכין" הינו חזקה וחזקה בנויה על-בסיס התנהגות אנושית לה ערים השכנים והסביבה, ולא על תצלום המנציח רק רגע מסוים ולא הליך חי מתמשך הנתמך בעדות.

ט. זאת מלבד מה שביררנו לעיל מתוך הסוגיא והראשונים, כי כאשר ישנו חשש סביר לאימוץ, שוב אין שום חזקה או בירור גם אם רואים אותו כרוך אחריה, שכן כך היא הדרך גם בילדים מאומצים שהם כרוכים אחרי מי שגידלה אותם אף בכרוכין אחריה, וכאשר ניתן לתלות את

כריכתן אליה מסיבה אחרת, ולא משום שהם בניה, חוששין לכך.

י. דין זה נאמר אפילו כאשר מדובר באשה רגילה, אשר הרוב קובע כי היא יכולה ללדת, ולמרות זאת חוששים שאינם בניה, קל וחומר כאשר עברו שנים רבות למעלה מעשור לנישואיה, שהבאנו לעיל כי לחלק מהפוסקים יצאה מכלל הרוב, וספק עם תלד עוד, שהדבר מוסיף לחשש ואפשרות האימוץ, והעובדה שגדלה את הבת והיא כרוכה אחריה, אינה מוכיחה כאמור כי הבת אינה מאומצת.

לסיכום, לאור הנתונים עניין טענת "חזקת כרוכין" הינה בעייתית מאד בתיק זה. אין לפנינו כל עדות על שהסבתא הייתה כרוכה לאמה. אין לפנינו עדויות מהשטח בעת לידתה או אחר כך המעידות כי היה ברור לכולם במקום לידתה שהיא בת של ש. אין לנו כל ידיעה מה סברו אנשי העיר באותה עת ומה ידעו אם הסבתא ס. היא בתה הביולוגית של ש. או שהיא מאומצת. התעודות והתמונות גם אם היה בהן ממש, והיינו בטוחים כי המופיעות בתמונות הן אכן השמות בהן נקבה המבקשת, (דבר שגם כן אינו מוכח), לא יכלו להעיד על כך. כל שכן כאשר הן בעייתיות שכן כאמור לא הצלחנו לזהות בתמונות את הדמיון בין ש. לס. ותעודת הלידה כאמור משוחזרת.

מעבר לכך כי גם אם הייתה המבקשת מצליחה להוכיח את המוחזקות הזו, דבר שלא נעשה בתיק זה, הרי אל מול זה ישנה ריעותא גדולה מאד כאשר הסבתא נולדה לאחר כ- 13 שנות נישואין בגיל למעלה מ-38 באותן השנים בהם אחוז ההצלחה לטיפול פוריות היה נמוך ביותר. יש להדגיש בעניין זה כי רובם ככולם של התיקים בבתי הדין הרבניים עם נתונים אלו בהם עלה בשל כך החשש, התגלו עובדתית באופן חד משמעי על פי הרישומים המקוריים כתיקי אימוץ (כולל אותו תיק ממנו באה לטעון ב"כ המבקשת). כלומר, חזקת כרוכין או חזקה אחרת מתבססת על דיני רוב. ובמקרה דנן מלבד שאין כלל דין כרוכין, גם אם היה כזה, במקרה דנן יש ממולר רוב הפוך עקב הגיל ומשך השנים.

כך שבמקרה זה ממכלול הנסיבות והמסמכים עולה חשש, ואף יותר מחשש, לאימוץ, וכפי שהורחב לעיל, לא נוכל לקבוע כי ישנה חזקה שאכן ס. היא בתה הביולוגית של ש. כך שללא הוכחה חותכת שתשלול את חשש האימוץ, לא נוכל לקבוע בודאות את יהדותה.

פסק הדין

מכח כל האמור לעיל נפסק:

לאור כל הנתונים שלפנינו, על אף כל מאמצינו, הספק בדבר יהדותה של המבקשת נותר בעינינו בעינו ואין בידינו לאשר את יהדותה של המבקשת.

הרב שניאור פרדס – ראב"ד

המסקנות ההלכתיות העולות מפסק הדין

- א. המשנה במסכת קידושין שדנה בעניין ייחוס לכהונה. מנושא זה של יחוס לכהונה, ניתן ללמוד כי המוחזק לבן של מי שמגדלו, קובעים שהוא אכן בנו ולא חוששים לאימוץ. וכמו ששם לא חוששים שאינו כהן, כך גם לעניינינו לא חוששים שאינו יהודי.
- ב. הלכה כדעת רבי יוחנן שחזקה זו שהכרוכין אחרי האשה הם ודאי בניה, מועילה גם לעניין יוחסין.
- ג. מלשון רש"י שביאר "שנדבקינן אצלה" משמע שהבנים הבאים עימה הם קטנים. וכך מבואר שם בגמרא כי חזקת "כרוכין" קיימת רק בכרוכין אחריה בקטנותן ונדבקינן אצלה.
- ד. המאירי הוסיף לבאר שכרוכין אחריה היינו כשגדלו עמה בחזקת בנים.
- ה. אמנם, אין לומר שרק אם יש עדות על כך שהיו כרוכין אחריה בהיותם קטנים, יועיל דין הוחזק בשאר בשר. משום שדין הוחזק נאמר גם כאשר אין חזקת גידול והנהגה, כמו הוחזק שיש לו אח לגבי יבום וכדומה, מקרים אשר לא שייך לומר שהיו כרוכין ודבוקין כמו לגבי אָמם, ואף על פי כן אנו סומכים על זה שהוחזקו כאחים.
- ו. צריך לומר שכאשר האב והאם הגיעו לפנינו זה עתה עם ילדים, על כך נאמר שרק אם הם כרוכין אחריה והם קטנים, יש חזקת כרוכין, בניגוד לבנים הגדולים אשר אינם מוחזקים מיד כבנים. אבל אם התארכו הימים וכולם מחזיקים אותה לבת של הוריה, זה עצמו יוצר חזקה, כמו שכתב החזו"א, שכל דבר שהתארך והתקבל באומד דעתם של בני אדם, הרי הוא חזקה.
- ז. מי שחזר ממדינת הים ואמר אשה נשאתי במדינת הים, מביא ראיה על האשה, ואינו צריך להביא ראיה על הבנים הקטנים. במה דברים אמורים באשה אחת, אבל בשתי נשים מביא ראיה על האשה גם על הבנים הקטנים.
- ח. נחלקו רש"י והרמב"ם מתי יש לחוש שהבנים כרוכים אחרי אשה אחרת שאינה אָמם, לדעת הרמב"ם בכל מקרה בו יש שתי נשים בבית, אין ראיה מכח שכרוכים אחרי אחת מהם שאכן הם בניה, ולעולם חיישינן שמא הם בניה של השניה, ורק נכרכו אחרי זאת שקירבה אותם יותר, ואילו לדעת רש"י והמאירי רק כאשר האשה מתה חיישינן שהבנים בניה הם ונכרכו אחרי השניה אשר אימצה אותם לאחר מות אָמם.
- ט. מאידך לדעת הרמב"ם אם האב לא בא לפנינו עם שתי הנשים וגם אין עדים על כך שנשא אשה נוספת, יהיה נאמן לומר שבנים אלו הם של אשה זו, במיגו שלא היה מספר עובדה זו. ואילו לדעת רש"י הדבר תלוי בתירוצי האחרונים, לדעת הבית מאיר גם לרש"י האב נאמן במיגו, אם לא יצא קול על האשה הנוספת שנשא, ואילו לתרוצו של הנצי"ב עולה כי לרש"י בכל מקרה אינו נאמן במיגו, ואין לו מיגו משום שהדבר עשוי להתגלות וחושש לשקר.
- י. לדברי כולם כאשר ישנה סיבה סבירה שאפשר לתלות בה את העובדה שנכרכו אחרי האשה למרות שאינם בניה, שוב אין ראיה מהעובדה כי הבנים כרוכים אחריה, שאכן היא אָמם

יא. במקרה דנן ישנן רעותות רבות הגורמות לחשוש שמא סבתה של המבקשת היא מאומצת, ואם כך אין להביא ראיה ממה שהיתה כרוכה באמה, שאכן היא בתה הביולוגית, שהרי יתכן כי מה שהיתה כרוכה בה הוא משום שהיא אמצה אותה מגיל צעיר, וממילא מבחינת הבת ותפיסתה ברור לה שהאם המאמצת היא אמה לכל עניין, על כן במקרה שלפנינו אין לסמוך על חזקת כרוכין.

יב. לפירוש התוספות חידשה המשנה שבסתמא לא חוששים שבנים של אדם אחר מתגדלין בביתו של איש זה, וכעין מאומצים על ידו. וכן כל זמן שלא שמענו שנשא במדינת הים אשה נוספת, אין לנו לחשוש לכך.

יג. לפירוש הפני יהושע חידוש המשנה לפי רש"י הוא כי לא חיישינן שמא במדינת הים גירש הכהן את אשתו והחזירה אחר שנאסרה לכהונה על ידי הגירושין, כל שלא שמענו על כך.

יד. נמצא כי לדברי כולם אין לחשוש לחששות שאין להן בסיס וריעותא לפנינו. מכך יש ללמוד גם לענין חששות למקרי אימוץ, כי בדרך כלל גם החשש שבן או בת הינם מאומצים אינו חשש שיש לחשוש לו, גם בלי ראיה מחזקת כרוכין, כל זמן שלא שמענו סיבות וריעותות שיכולות להעלות חשש כזה.

הגדרת החזקה ורמת בירורה

טו. הרשב"א בתורת הבית כתב שהחזקה מבררת לנו שכך היא המציאות, ונחשבת כידיעה ממש, שאין בכוח האשה להכחיש.

טז. בגמ' במסכת חולין למדו את דין חזקה מפרשת נגעים, ואילו בירושלמי במסכת קידושין למדו את מקורו של דין חזקה ממכה אביו ואימו, וכך כתב הרמב"ם. והקשה הבית שמואל מדוע בגמרא בבלי לא למדו את דין חזקה מדין מכה אביו ואימו.

יז. האחרונים ביארו שישנם שני סוגי חזקה: חזקה דמעיקרא, וחזקה ממה שהוחזק שכך היא המציאות. חזקה דמעיקרא פירושו, שידענו שכך הייתה המציאות, והחזקה מלמדת שהמצב לא השתנה ממה שהיה קודם. חזקה כזו נלמדת מנגעים, שהכהן ראה שיש נגע כגריס, ומדין חזקה אין חוששים שמא אחר כך השתנה הנגע ממה שהיה. אבל בירושלמי מדובר על חזקה מסוג אחר, שם מדובר שלא ידענו מעולם מה הנסיבות, ואנו מניחים שכך היא המציאות מכח חזקה, שכך מוחזק הדבר בסתמא.

כך כתבו בשו"ת חתם סופר ובחוט המשולש, וכך גם ביאר בדברי יחזקאל, וכבר קדם להם בחילוק זה הבכור שור.

יח. יוצא אם כן, שחזקה זו שאנו דנים בה עכשיו, שבן הכרוך אצל אימו חזקה שהיא ילדה אותו, שישודרה הוא מאומדנא שכך הוא דרך העולם, אינה מסוג החזקה שבבבלי במסכת חולין שנלמד מנגעי בתים. לקמן יתבאר, שחזקה זו מבוססת על רוב, שמכיוון שכך הוא ברוב

המקרים, אנו מניחים שכך קרה גם כאן.

יט. אמנם יש לציין כי בדברי הרדב"ז נראה שכן דימה את החזקות, וכי מקורה של חזקת כרוכין הוא מאותו מקור ממנו נלמדה חזקה דמעיקרא, כדברי הבית שמואל.

כ. עוד הקשו האחרונים, שהרמב"ם למד שמכה אביו חייב מכח חזקה שהוא אביו, והוא על פי המבואר בירושלמי, ואילו בגמ' בחולין משמע שהטעם שמכה אביו חייב הוא מדין "רוב", ומזה למדו כי סומכים על הרוב, וכיון שרוב בעילות אחר הבעל, מוכרע כי אכן הוא אביו. נאמרו על כך שלושה דרכים באחרונים:

כא. הדרך הראשונה היא כי הרוב והחזקה נצרכים זה לזה.

בדרך זו הלכו הבכור שור, הסדרי טהרה, החתם סופר והדברי יחזקאל. תורף דבריהם הוא שהחזקה והרוב נצרכים זה לזה. מכח "חזקה" אנו מחזיקים שבוודאי בעל אותה בתדירות כדרך כל הארץ, משום שרואים שנוהגים כאיש עם אשתו. וכן מכח החזקה אנו רואים שהאב מחזיק את הבן לבנו. אך עדיין אין כאן וודאות, משום שיתכן ואשתו זינתה, והוא עצמו אינו יודע מכך, ולכן מחזיקו כבנו. כאן נצרכים לסברא נוספת ש"רוב בעילות אחר הבעל". לכן נצרכים הן לחזקה והן לדין רוב בכדי לקבוע שהוא בנו.

כב. הדרך השניה היא תירוצו של השערי יושר, לדבריו גדר חזקה מסוג זה הוא באמת מדין רוב. שמכיוון שברוב המוחלט של המקרים, אב מגדל את בנו, לכן יש חזקה שאם גדל בביתו הוא אכן בנו.

כג. התרומת הדשן בשם האור זרוע מדבר על חזקות הבנויות על אומדנא, כמו חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, או חזקה אין אדם פורע תוך זמנו, וכתב כי חזקות אלו הבנויות על רוב, נחשבות כודאות גמורה, וסומכים עליהם אפילו בדיני נפשות.

כד. על פי דבריו חידש הישועות יעקב שגם חזקת כרוכין בה מחזיקים את הבן שגדל אצל אביו, כי אכן הוא בנו, נובעת מאותו טעם, כי סברא היא שאדם שמגדל ילד על פי רוב הוא בנו, ומכחה נובעת ודאותה של חזקה זו. כדרכו של השערי יושר.

כה. כך גם כתב הבית מאיר. כי מכה אביו חייב באמת משום שיש חזקה שהוא אביו, אלא שחזקה זו נוצרה מרוב, מכיוון שברוב המקרים המגדל ילד הוא בנו. והוסיף, שכן הדין בהרבה מיני חזקות שמצינו בש"ס. כל החזקות שמקורם בסברא, כמו אין אדם פורע תוך זמנו וכדומה, יסודם בדין רוב.

כו. דרך שלישית מצינו בערוך השולחן שכתב שיש לחלק בין מקרה שהבן נולד בפנינו, והחזקנו מעולם שהיה בנו, לבין מקרה שבאו לפנינו אב ובנו ממקום אחר. הפסוק מדבר בשני המקרים, ומכאן נלמדים שני הכללים – רוב וחזקה.

בבן הנולד בפנינו אין צריך לחזקה שהם מתנהגים זה עם זה כאב ובן, שהרי הוא נולד בפנינו לאביו, אלא שנזקקים אנו לדין רוב בעילות אחר הבעל, בכדי לדעת שהוא באמת אביו. והוסיף

כי גם רוב זה מתבסס על חזקה, שהרי מנין נקבע שרוב בעילות אחר הבעל – האב. אלא הטעם הוא שמכיון שדרו ההורים כאיש ואשתו, חזקה שבא עליה, ואזי חל עליהם דין רוב בעילות אחר הבעל.

אולם במקרה שהאב והבן באו לפנינו ממקום רחוק אזי כדי לקבוע שהוא אביו, נזקקים אנו לחזקה שכיון שהתנהגו זה עם זה כאב ובן, חזקה שהוא בנו.

כז. בחוט המשולש תחילה הביא את התירוץ הראשון כפי שתירץ הבכור שור, כי שני הדינים נצרכים, הרוב מברר בשעת הלידה כי הוא אביו, והחזקה מאמתת שאותו אחד שנולד אז, הוא הניצב בפנינו היום, ודחה תירוץ זה, כי אם החזקה נצרכת רק כדי לברר שזה שחטא לפנינו בגדלותו, הוא אותו אחד שנולד בזמנו, אם כן חזקה זו נצרכת גם במכה אימו בדיוק כמו במכה אביו, ולמה הירושלמי והרמב"ם הביאו את המקור לדין חזקה דוקא ממכה אביו.

כח. בנוסף הקשה, כי עצם השאלה מנין לנו שזה אותו בן שנולד לפני שנים רבות, אינה מוכרחת ואי אפשר ללמוד ממנה, שהרי ניתן להעמיד את הפסוק כאשר היה הולד חבוש בבית האסורים לפנינו מאז שנולד ועד היום. ולכן תירץ החוט המשולש כי הצריכותא שונה מעט, וכעין מה שכתב החת"ס, כי לולי החזקה מנין לנו שרוב הבעילות אכן היו של הבעל.

כט. שוב חזר החוט המשולש וכתב, כי נראה יותר כדרך השניה דלעיל, שהרוב והחזקה כאן חד הם, ועיקר דין חזקות אלו הוא כי מחזיקים ומפרשים כל מצב לפי המצוי ברוב המקרים, והביא ראיה לדבר, מכך שהבבלי עצמו שלמד ממכה אביו את דין רוב, קרא במסכת נזיר לביור זה כי הוא אביו - "חזקה".

גם הבכור שור על אף שלעיל הבאנו שתירץ בתחילה כדרך הראשונה, כי גם החזקה וגם הרוב נצרכים כדי לברר את חיובו של מכה אביו, מכל מקום בהמשך דבריו חזר וכתב בהגדרת חזקת כרוכין, כי היא מתבססת על רוב מוחלט. וכבר הבאנו לעיל כי כך נקטו הבית מאיר הישועות יעקב והשערי יושר, שחזקת כרוכין בה מחזיקים את הבן שגדל אצל אביו, כי אכן הוא בנו, נובעת מכח הרוב שאדם שמגדל ילד על פי רוב הוא בנו, ומכך נובעת ודאותה של חזקה זו.

ל. לדבריהם אפוא חזקת כרוכין הינה רוב מוחלט שהמיעוט הוא אינו שכיח כלל, כלשונו של הבכור שור. לפי זה במקרה בו ישנה ריעותא וסיבה מסוימת לחשוש כי ישנו הסבר אחר לכך שהבנים כרוכין אחריה, שוב אין תוקף לחזקה זו.

לא. יש לברר האם למה שהתחדש בגמרא ונפסק להלכה שסוקלין שורפין ומלקין על פי חזקה, די בהוחזקו כקרובים או כבעל ואשה אצל בני העיר על פי דיבורם בלבד, כאשר באו לעיר וסיפרו שהם קרובים, או שבעינן גם מעשה ממש שמחזק את דיבורם, מעשה זה המוכיח התנהגות כמו של בן לאמו או איש לאשתו.

לב. לשונו של הרמב"ם במה שכתב: "אף על פי שאין שם ראיה ברורה", משמעה לכאורה שלפחות נצרכים אנו לראיה שאינה ברורה. אמנם מצינו בהבנת דברי הרמב"ם כמה דרכים.

לג. בבית שמואל הביא את דעת המהרי"ק המחלק בשאלה זו בין מלקות לנפשות, וכותב הבית

שמואל כי לדעתו הרמב"ם והטור אינם סוברים כן.

לד. יש להסתפק בכוונת דברי הבית שמואל בהבנתו את דברי הרמב"ם, במה שכתב שלא משמע מדבריו כדעת המהרי"ק, האם כוונתו שהרמב"ם שלא מחלק ביניהם ומביאם יחדיו, מצריך וזוקק מעשה כראיה לחזקה בין בנפשות ובין במלקות, בניגוד לדעת המהרי"ק שמחלק ביניהם, או אולי כוונתו להיפך שדעת הרמב"ם היא שבכל גווני אין צריך ראיה ומעשה לחזקה, ודי בחזקה על פי דיבורם.

להלן נביא כי נחלקו הפוסקים בדין זה, ונחלקו גם בהבנת כוונתו של הבית שמואל כאן.

לה. יש להעיר שבדברי המהרי"ק שהבאנו וציטטנו, אולי משמע כי גם למלקות בעינין "ראיה גדולה" כלשונו, אלא שלא בעינין ראיה גדולה כמו שבעינין לנפשות, אך גם במלקות לא סגי בחזקה על פי דיבורם בלבד ללא ראיה כלל.

לו. כדעת המהרי"ק יש ללמוד גם מתשובתו של הרמ"א, שלהחזיק למלקות סגי בדיבור בעלמא, ואילו לענין מיתה צריך מעשה. לדבריו גם לא מספיק מעשה שעושה האשה מרצונה כלבשת בגדי נידות, שזה נחשב כעין אמירה בעלמא, וצריך הנהגה קבועה הניכרת לעומד מן הצד, כגון איש ואשה החיים יחד וכדומה.

לז. כשיטת המהרי"ק הכריע הערוך השולחן.

לח. אולם בשו"ת זכרון יוסף מצינו דעה שונה שבין במלקות ובין בנפשות החזקה זוקקת עמה ראיה ומעשה, ולא די בחזקה על פי דיבורם. לדעתו כוונת הבית שמואל במה שכתב שלא משמע ברמב"ם כדעת המהרי"ק, היא שלדעת הרמב"ם בשניהם בעינין מעשה יחד עם החזקה.

לט. לדברי הזכרון יוסף גם אם עברו שלושים יום, לא די בכך שהיא אומרת ומספרת על עצמה שהיא התקדשה, כי לדיבור אין שום משמעות גם אם תאריך החזקה עקב הדיבור זמן רב. גם המעשה צריך שיתאריך במשך ל' יום.

מ. גם בשו"ת פני יהושע סובר כשיטת הזכרון יוסף שבין לנפשות ובין לאיסור (כמו איסור נדה) בעינין למעשה, ולא סגי בדיבור להחזיק החזקה.

מא. גם בשו"ת חוט המשולש להגר"ח מוולוז'ין כתב שתמיד צריך מעשה יחד עם החזקה. אך יש לציין כי בחוט המשולש הבין מדברי הב"ש שלמד מהרמב"ם שגם למיתה מספיק חזקה על פי דיבורו, אלא שתמה על דבריו, ולא כזכרון יוסף הנ"ל שפירש גם את הב"ש כדבריו. אך הוא עצמו יישב ודייק גם מדברי הרמב"ם שכוונתו רק לחזקות הבאות על ידי מעשים.

מב. בשו"ת בית אפרים חידש, כי גם לדעת מהרי"ק לא די באמירה בעלמא להחזיק אותם לקרובים, וכל חילוקו של המהרי"ק הוא רק שלענין מלקות לא צריך דוקא מעשה שנהגו בו לפנינו, אלא די בכך שהם מוחזקים לנו כאיש ואשה או כקרובים גם בלי שנדע מכח מה נבעה החזקה זו, ותלינן שכנראה הוחזק לנו משום שבזמנו ראינו וידענו שאכן כך הוא, בשונה מחיוב מיתה שאי אפשר לחייב בלי שראינו לפחות מעשה המחזיק ויוצר את החזקה. אבל אם ידוע שכל ההחזקה נוצרה על ידי אמירה שלהם, או של עד אחד, אין כל מעלה ומשמעות להחזקה שכזו.

מג. נמצא, שלדברי ה"בית אפרים" גם המהרי"ק מסכים שצריך מעשה יחד עם החזקה. אלא שכתב, שאם אשת איש הוחזקה בפנינו, אין אנו צריכים לדעת כיצד הוחזקה, ורק אם באה ממדינת הים, צריך מעשה יחד עם החזקה. וכתב, שגם כוונת הב"ש בדעת הרמב"ם היא שצריך מעשה ולא די בחזקה על פי דיבור בעלמא.

מד. כאמור, נחלקו האחרונים בכוונת הבית שמואל ובהבנתו בדברי הרמב"ם, האם כוונתו היא שבין במיתה ובין במלקות סגי בחזקה על ידי דיבור, כפי שהבין מדבריו בחוט המשולש, וכך גם הבין הזכרון יוסף בתחילה, או שכוונת הב"ש היא שבשניהם צריך דוקא חזקה שעל ידי מעשה, כפי שכתב לפרש הזכרון יוסף בסוף תשובתו, וכפי שנקט גם הבית אפרים הנ"ל.

מה. דעת הרדב"ז, וכך נקטו רעק"א הסדרי טהרה והבית מאיר (ועוד אחרונים) בהבנת הבית שמואל שדי באמירה לבד בכדי שתהיה חזקה, ואין צורך דווקא במעשה המוכיח.

מו. גם לדעת הרעק"א והסוברים כשיטתו, האמירה אמנם מועילה בכדי ליצור חזקה, אך יש צורך שהאמירה תמשך למשך ל' יום לפחות. כך כתבו במפורש הרעק"א והסדרי טהרה. וברדב"ז הנ"ל בסוף דבריו, כאשר מחלק בין קול לבין חזקה כתב כי: "גדר החזקה שהולך ומתחזק הדבר בלי ערעור לזמן ארוך".

מז. גם לדעת הב"ח והט"ז שיובאו לקמן, משמע שאמירה בלבד מועילה.

מח. בחזו"א מצינו כעין פשרה בין השיטות, לדברי החזו"א אין כאן שאלה עקרונית האם הוחזק הוא דוקא על ידי מעשה, או שדי בדיבור בעלמא, אלא הכל תלוי באמון שהדבר עורר בלב האנשים. אם על ידי דיבור שנמשך ל' יום כבר הגיע למצב שהשומעים בטוחים ואינם מטילים ספק בדבר, די בזה לכולי עלמא, ואם לא, צריך גם מעשים, אך הכל רק כדי להגיע לתכלית זו, שהציבור יחזיק את הדבר לפשוט, וזו היא "חזקה".

מט. הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה פ"א הלכה כא כתב שיש צורך בהחזקה של ל' יום לחזקה, ואילו בהלכה כ לא ציין הרמב"ם את הצורך בשלושים יום.

נ. הב"ח נקט שרק בהלכה כא הצריך הרמב"ם ל' יום, וביאר את החילוק בדרך מחודשת. לדעתו מיד בדיבורם שהם איש ואשתו או קרובים נחשב הדבר כעין "הודאת בעל דין כמאה עדים דמי" כלשונו, ודי בכך כדי ליצור חזקה המועילה אפילו לעניין סקילתם. אלא שבאיש ואשתו, הגם שהחזקה שנוצרה מכח הודאתם יכולה להועיל על עצמם שאם תזנה האשה תחוייב בסקילה, אולם כלפי איש אחר שזינתה עמו, נזקקים אנו לשלושים יום כדי להורגו על שזינה עם אשת איש, רק מכיון שבפחות מכך יוכל לטעון שלא ידע שהיא אשת איש.

נא. הט"ז גם הוא סובר שאין צורך במעשה, וסגי בחזקה על פי דיבורם כאשר חזקה זו קיימת במשך ל' יום. אולם לדעת הט"ז רק בחזקה הבאה מכח מעשה כגון שלבשה בגדי נידות, אין צורך בשלושים יום, אבל הבאים ממדינת הים ולא הוחזקו בפנינו אלא על ידי דיבורם, בין באישות ובין בקורבה בעינן לשלושים יום לגבי ענישה, כי רק בשלושים יום נוצרת חזקה על ידי דיבורם. ומכל מקום לגבי איסור, נאמנים על עצמם אפילו תוך ל' יום, לא מדין חזקה, אלא

משום דשוויה אנפשה חתיכה דאיסורא.

נב. החלקת מחוקק והבית שמואל פסקו כדעת הט"ז שהן בחזקת שאר בשר והן בחזקת איש ואשה נצרכין ל' יום לשם החזקה. לשיטתם בהלכה הראשונה לא צריך ל' יום משום שמדובר שהוחזק על ידי מעשה, שגדלה כדרך שבת גדלה אצל אביה, ומשום כך גם אין צורך שיאמרו זה על זה. רק בהלכה השניה באיש ואשה שבאו ממדינת הים, ואמרו שהם אשה ובעלה, שהחזקה היא רק על פי דיבורם, בזה בעינן שיוחזקו ל' יום. מטעם זה בהחזקה נדה בין שכנותיה, כיון שעשתה מעשה שלבשה בגדי נידותה שוב לא בעינן לל' יום.

נג. הגדרה חדשה מצינו בדברי הלבוש אשר באר את גדר חזקת ל' יום. משום דקים להו לחז"ל דכיון שבשלשים יום לא נתברר שאינה אשתו, שוב לא יתברר לעולם שאינה אשתו על אף שהוחזקה לאשתו. נראה כי דברי הלבוש מתייחסים לחזקה שאינה מבוססת על התנהגות ומעשים, אלא רק על פי דיבורם.

נד. בשו"ת נודע ביהודה באר בדרך אחרת, כי גם בהלכה השניה נהגו כאיש ואשתו, ואף על פי כן נצרכים לומר זה על זה שהם בעל ואשה. שכן אף שהוחזקו כאיש ואשתו, עדיין יתכן שנישאו על תנאי, ורק אמירתם לאחר שהוחזקו שהם בעל ואשה, מבררת שאין ביניהם תנאי.

נה. לסיכום: נחלקו הפוסקים האם לחזקה צריך מעשה או שדי באמירה בלבד.

לדעת המהרי"ק לגבי מלקות ואיסורים אין צורך במעשה המוכיח, אלא שלגבי חיוב מיתה יש צורך במעשה המוכיח כמו איש שחי עם אשתו או בנים הכרוכים אחר אָמם.

לדעת השלטי גיבורים הזכרון יוסף והפני יהושע, כל חזקה צריכה מעשה המוכיח, אבל אמירה בלבד לא מספיקה בשביל ליצור חזקה, גם אם הדבר ימשך ימים רבים.

הרדב"ז, רעק"א ועוד, חולקים וסוברים שאמירה בלבד מספיקה בשביל כל חזקה, אם נמשכה החזקה ל' יום.

הב"ח סובר שמה שצריך ל' יום היינו לגבי אחרים, שאחר שיבוא על מי שהוחזקה אשת איש לא יתחייב עד שיעברו ל' יום. טעמו, שיכול לומר סבור הייתי שאינה אשת איש. אבל לגבי שאר מיני קורבה, מיד בזמן שהודו נאסרו, ומתחייבים על פי הודאתם.

הט"ז חולק, ולדעתו אין הבדל בין אשת איש לשאר סוגי הקורבה לגבי איסור, ובשניהם נאסר מיד, משום ששוויה אנפשיה חתיכה דאיסורא. אבל לגבי חיוב מיתה או ענישה שמצריכה חזקה, צריך ל' יום.

ביארנו, שדעת הב"ח היא שהחזקה היא מיד, ורק צריך שיעברו ל' יום בכדי שלא יוכל לתרץ את עצמו שלא ידע שהיא אשת איש. לדעת הט"ז, משך הזמן של ל' יום הוא חלק מהגדרת החזקה. הסבר דומה ראינו בדברי הלבוש.

הנודע ביהודה מוסיף, שבשאר קרובים אם הוחזקו על ידי מעשה, נחשב לחזקה גם ללא אמירה. אבל באשת איש, מכיוון שיתכן שיש תנאי בקידושין, צריך שתהיה אמירה יחד עם

חיוב בירור במקום רוב וחזקה

- נו.** גם כאשר ישנה חזקה, ישנם מקרים בהם מחוייבים לבדוק כאשר הדבר ניתן לברור.
- נז.** מבואר במסכת חולין כי למרות שאם אין השוחט לפנינו ואין אפשרות לבדוק, השחיטה כשרה, משום שרוב המצויים אצל שחיטה מומחים הם, מכל מקום כאשר השוחט נמצא לפנינו, ויש אפשרות לבדוק, לא מסתמכים על הרוב שמסתמא הוא יודע הלכות שחיטה, וחייבים לברר את הדבר.
- נח.** כעין זה מצינו גם במסכת פסחים כי גם אם החזקה אומרת שודאי בדק בעל הבית את ביתו מחמץ כדין קודם שהשכירו, מכל מקום אם הוא נמצא לפנינו, חייבים לשאול אותו, ואין סומכים על החזקה.
- נט.** ביארו התוספות שבחשש טבל אין צורך לשאול, כיון שבעצם זה ששלח לו החבר את הפירות, מוכח כי תיקן אותם, כדי שלא יבואו לידי מכשול. מה שאין כן בבדיקת חמץ שאין בו מכשול. נראה כי כוונת התוספות היא שמכיוון שבדיקת חמץ היא רק מדרבנן, שהרי ביטל את חמצו, לא יהיה מכשול כל כך כמו בטבל, ולכן לא נחשב כאילו אמר לו במפורש שהבית בדוק. ומכיוון שאין כאן אמירה מפורשת שהבית בדוק, שוב אין סומכים על החזקה במקום שניתן לברר.
- ס.** בחידושי הר"ן כתב כי אף על פי שחזקתו בדוק, מכל מקום אם אפשר צריך לשאול, ואין סומכים על החזקה כאשר ניתן לברר, כפי שמצינו גם לענין שחיטה.
- סא.** הריטב"א והרא"ה חולקים על כללו של הר"ן, ולדעתם אפשר לסמוך על הרוב לגמרי, ועל כן אין צורך לברר אם השוחט מומחה ויודע הלכות שחיטה. ורק בבדיקת חמץ הצריכו לשאול את המשכיר, משום ש"אין כל החזקות שוות".
- סב.** להלכה נפסק כדעת הר"ן כי יש חובה לבדוק כאשר הדבר ניתן, ואין לסמוך על הרוב בכהאי גוונא, בין בחמץ ובין בשחיטה.
- סג.** אמנם בביאור הגר"א מצינו כי הסיבה שיש חובה לברר ולא לסמוך על רוב וחזקה שהבית נבדק, הוא משום שהמיעוט שלא בודקים חמץ הוא "מיעוט המצוי", ובכהאי גוונא יש לחשוש ולא לסמוך על הרוב ללא בירור, אם אכן ניתן לברר.
- סד.** כפי שציין בשו"ע הרב, נראה כי נחלקו הראשונים בנקודה זו.
- סה.** בדברי הרמב"ן נתבארו שתי טעמים לחיוב הברור, טעמו הראשון הוא משום שלעולם אין סומכים על רוב שמיעוטו מצוי אלא כשאי אפשר לברר, וטעם נוסף משום שכנגד הרוב ישנה חזקת איסור של הבהמה שעומדת בחזקת איסור קודם שנשחטה, ואף על פי שאחרי שראינו שודאי נשחט, הרוב מכריע שנשחט בהכשר ויצא מחזקת איסור, לא החשיבו רוב זה כודאי, במקום שאפשר לברר.

סו. הרשב"א שם הביא רק את הטעם השני, משום שהבהמה בחזקת איסור, ולא את הטעם הראשון משום שיש כאן מיעוט המצוי, ונראה כי סובר הרשב"א שרק טרפות הריאה המצויה מאוד, נחשבת כמיעוט המצוי ומצריכה בדיקה מטעם זה לבד, אבל שוחט שאינו מומחה אינו מצוי כל כך, ולא היה מצריך בדיקה, לולי שהרוב בא להוציא מחזקת איסור.

סז. לעומתו הר"ן שם לא הביא אלא את הטעם הראשון, ונימק את טעם חיוב הבדיקה רק בכך שיש כאן מיעוט המצוי, וסובר שגם מיעוט כזה עדיין נחשב למיעוט המצוי כמו טרפות הריאה, ודי בכך לחייבו בבדיקה.

סח. הגר"א ציין לדברי הרא"ש שכתב כי לשיטת ר"ת הסובר שגם להלכה חיישינן למיעוטא במקום שיש חזקת איסור, משום דסמוך מיעוטא לחזקה, בהכרח עלינו ליישב שהמיעוט שאינם מומחים אינו מצוי כלל, ובכהאי גוונא לכולי עלמא אין חוששים למיעוט, למרות שיש חזקת איסור.

סט. וביאר הגר"א כי התוספות שפסקו כאן שצריך לבדוק את השוחט אם אפשר, ונקט הגר"א שהטעם הוא מדין מיעוט המצוי, כביאורו של הר"ן, הוא משום שהתוספות חולקים על ר"ת, וסוברים שלהלכה אין מצרפים מיעוט לחזקה גם אם המיעוט מצוי.

ע. דברי הרא"ש באו רק ליישב את שיטת ר"ת, אבל הרא"ש עצמו אינו סובר להלכה כר"ת.

עא. מחלוקת זו האם להלכה אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה, מובאת בסימן שטז לענין הקונה בהמה חולבת ואינו יודע אם ביכרה, רוב בהמות אינם חולבות אלא אם כן ילדו, אבל יש מיעוט החולבות למרות שלא ילדו, בשו"ע נפסק כדעת רוב הראשונים שסומכים על הרוב ומותר, וכך גם דעת הרא"ש, אך הרמ"א החמיר לחוש לדעת ר"ת שחיישינן למיעוט, כאשר המיעוט מצוי ויש גם חזקת איסור (אלא אם כן יש צדדים נוספים להתיר, ע"ש).

עב. בשו"ע הרב הביא את דברי הרשב"א, לפיהם ניתן לומר שגם הסוברים כר"ת דקיימא לן סמוך מיעוטא לחזקה, עדיין יכולים לסבור שמיעוט השוחטים שאינם מומחים הוא מיעוט המצוי, כמו שכתב הר"ן, ואף על פי כן לא אוסרים מדין סמוך מיעוטא לחזקה, אלא רק מצריכים בדיקה.

עג. הרא"ה בבדק הבית הקשה כי אם השוחטים שאינם מומחים הם מיעוט המצוי, אם כן נימא סמוך מיעוטא לחזקה ויאסר גם כשאין אפשרות לבדוק, מכך הוכיח הרא"ה שהרוב המומחים הוא מוחלט ואין אפילו מיעוט המתנגד לו, ועל כן אין חיוב לבדוק כלל.

עד. על כך תירץ הרשב"א, כי למרות שישנו מיעוט שאינם מומחים, ולכן יש חיוב לבדוק כאשר הדבר ניתן לבדיקה, מכל מקום לא שייך כאן לאסור מדין סמוך מיעוטא לחזקה, משום שגם אם נחוש למיעוט שהשוחט לא היה מומחה, עדיין יתכן כי שחט כדין, נמצא שהחשש לאסור בדיעבד הוא רק מיעוטא דמיעוטא, ובכהאי גוונא לא אוסרים לכולי עלמא.

עה. מקור נוסף לחיוב הברור, מצאנו בכהן שהעיד עליו עד אחד שיש בו מום ופסול לעבודה. גם כאשר הכהן מכחיש את דבריו של העד ואומר שאינו בעל מום, ולמרות שהעד אינו נאמן, בכל

זאת אומרים לכהן לפשוט את בגדיו ולהראות שאינו בעל מום, מכיוון שהדבר ניתן לברר בקלות.

עו. מקור נוסף, פסק השו"ע כי הלוּבש ציצית צריך לבדוק את החוטים קודם שיברך, למרות שניתן לסמוך על החזקה שהחוטים כשרים. וכתב המגן אברהם שהוא מאותו דין שמצינו בהלכות שחיטה כי אין סומכים על החזקה כאשר ניתן לברר, ולטעם זה אם עד שיבדוק יפסיד את תפילת הציבור, אינו חייב לבדוק. וכך פסק במשנה ברורה.

עז. בפרי מגדים ביאר כי דין זה הוא מדרבנן, כפי שכתב הר"ן.

עת. כתב הש"ך ביו"ד, כי אפילו לדעת האוסרים את הבהמה אפילו בדיעבד אם נאבדה הריאה ולא נבדקה, מודים גם הם כי חיוב הבדיקה הוא רק מדרבנן, ונחלקו רק האם התקנה היתה רק לחייב בדיקה לכתחילה, או שתקנו אפילו בדיעבד לאסור בלא בדיקה, כדי שלא ילך כל אחד וישליך את הריאה, בכדי להמנע מבדיקתה. וכתבו הפרי חדש והפמ"ג שם, כי הדברים מפורשים ברמ"א.

עט. בבינת אדם כתב על פי הרשב"א כי חיוב הבדיקה באיכא לברורי הוא תקנה דרבנן, בכדי שלא יראה כמעלים עיניו בכונה מן האיסור, ולכן תיקנו חכמים בדיקה זו רק במקרה שהבדיקה היא קלה ואין בה טורח, כפי שביאר הפמ"ג.

פ. כאמור כל חיוב בדיקת הריאה אינו משום שהרוב אינו מכריע בכהאי גוונא, אלא רק מכיון שכאשר ישנה אפשרות לבדוק, חייבו חכמים לעשות כן, אבל במצבים בהם לא שייך לבדוק, סומכים על הרוב אף לכתחילה.

פא. בשו"ע נפסק כי השוחט חיה לא יכסה עד שיבדוק את הריאה, ואם נמצאת ספק טריפה, מכסה בלא ברכה.

פב. הש"ך ביאר וחילק בין ברכת השחיטה לברכת הכיסוי. למרות שיש מקום לחשוש שמא תמצא טריפה, מכל מקום מכיון שאי אפשר לבדקה קודם השחיטה, ולכתחילה חיוב ברכת המצוות הוא לברך לפני המצוה - "עובר לעשייתן", לכן סומכים על הרוב ומברכים. אבל לענין ברכת כיסוי הדם, מכיון שאפשר להמתין עם הכיסוי עד לאחר שיבדוק את הריאה, אסור לסמוך על הרוב לכסות ולברך בלי בדיקה.

פג. דעת הבית יוסף היא, שרק כאשר ישנה חזקת איסור יש חיוב של בדיקה, וזהו הטעם שבית שחזקתו שיש בו חמץ חייב לברר, אך בהמה שאין לה חזקת טריפה אינה חייבת בבדיקה.

פד. אמנם, הב"ח שם דחה את דבריו, ותרץ על קושית הבית יוסף באופן שונה. דעתו היא כי ישנו הבדל בין חזקה על דבר שממילא הוא כך, לבין חזקה שנעשה מעשה, שאז חיישינן שאולי בכל זאת לא נעשה המעשה משום סיבה כלשהי, אם אפשר צריך לברר.

פה. מנגד, המגן אברהם קיבל את דברי הב"י.

פו. הבינת אדם הוכיח מדברי התוס' בחולין שמשמע שחולקים על סברת הבית יוסף, ולדעתם

החילוק הוא אחר, וגם כאשר ישנה חזקת איסור, ישנם מקרים שאין צריך לברר.

פז. אמנם מאידך כמובא לעיל כסברת הב"י מצינו שכתב הרשב"א שם בשם הרמב"ן.

פח. הפרי מגדים כתב כי בטלית משי שחיובה בציצית הוא רק מדרבנן, ויש לו אחר לברך, יש לומר דאין צריך לבדוק ולברורי. מדברי הפרי מגדים נמצא שמכיון שכל חיוב הבדיקה אינו אלא מדרבנן, לא הצריכו לבדוק כאשר הנושא הנידון הוא רק מדרבנן.

פט. אלא שיש להקשות על כך, שהרי מצינו דין זה גם לענין בדיקת חמץ בבית שאנו מסופקים האם בדקו אותו מחמץ. כפי שהביא הבית יוסף מהר"ן, וכך הביא הפרי מגדים עצמו בכמה מקומות, דכל היכא דאיכא לברורי בקל מבררין אף בספק דרבנן.

צ. יתכן לחלק בין חיוב בגד משי בציצית, שכל עיקר חיובו הוא מדרבנן בלבד, לבין בית שחל עליו איסור בל יראה ובל ימצא מדאורייתא, אלא שאם מבטל את החמץ נשאר עליו רק איסור מדרבנן. וצריך עוד עיון.

צא. על אף האמור לעיל, ישנם מקרים בהם אין צורך לברר, גם אם קיימת אפשרות כזאת. יש לבאר באלו אופנים צריך בדיקה על פי ההלכה ובאלו אין צריך, ומדוע לא חייבו לבדוק אחר שחיטת הבהמה את כל י"ח הטריפות.

צב. במקום שיש טרחה מרובה או הוצאה גדולה, לא אומרים שצריך לברר. סברא זו הובאה במגן אברהם הנ"ל לגבי ציצית, שאם בדיקתו תגרום לו להתבטל מתפילה במניין, אינו צריך לבדוק את הציצית. נראה שזה הטעם גם לאי בדיקת כל שאר הטריפות.

צג. רש"י כתב שדווקא בבדיקת הריאה החמירו לבדוק אותה, משום שטריפה זו מצויה יותר משאר טריפות וחוששין למיעוט המצוי.

צד. בפרי מגדים הביא את דברי רש"י, והקשה על כך דהא כל היכא דאיכא לברורי מבררין, ותיירץ על פי דברי המנחת יעקב דכל שיש טרחה בבדיקה, אין צריך לברר, בין בחזקה ובין ברוב. וכן כתב בערוך השולחן. בדיקת כל הטריפות וחפוש אחר נקב כל דהו, היא טירחא מרובה, ולכן הצריכו רק את בדיקת הריאה, שבו הבעיה מצויה יותר.

צה. המנחת יעקב והפמ"ג בספרו גינת ורדים הביאו מקור לדין זה, מדין הבירור לענין בדיקת חמץ שהובא לעיל, מכך שכאשר המשכיר אינו לפנינו, סומכים על החזקה ופוטרים את השוכר מבדיקה, למרות שגם עכשיו יכול השוכר לבדוק את הבית אם יש בו חמץ, ולצאת מידי ספק. אלא שכיון שהבדיקה כרוחה בטירחה אינו מחוייב בה.

צו. בתשובת חתם סופר פסק לגבי אשה שמת בעלה, והודיעו לה שיש לו אח במקום רחוק, שאם השמועה היא על מקום מסוים, שאפשר לשלוח לשם מכתב ולברר בקלות, ודאי חייבים לברר, אבל אם הדבר מצריך נסיעה הכרוכה בטירחה ובהוצאה גדולה, יכולים להסתמך על החזקה.

צז. ולמד כן מהסוגיא במסכת קידושין הנ"ל, שכאשר ישנו ספק על כהן האם הוא בעל מום, אומרים "שלח אחי", היינו, פשוט את בגדיך והוכח שאינך בעל מום. משם למד שרק אם ניתן

בקלות לבדוק, מחוייבים לברר.

צח. החתם סופר חידש מסברא, כי מכיון שלא מצינו שום מקור או פסוק לדין זה, על כרחך שדין זה הוא מסברא, כמו הדין של "יש לו מתירין", משום ש"עד שתאכלנו באיסור תאכלנו בהתר", וכמו ששם הדין הוא שאם ההתר מצריך הוצאה וטירחה מרובה, לא נחשב כיש לו מתירין, הרי גם כאן כל הדין לברר הוא כאשר האדם לפנינו, אבל אם אין דרך לברר אלא בהוצאה וטירחה מרובה, אין חיוב לברר.

צט. מצינו בהלכות נידה, שאם אשתו שהתה אחר הוסת שיעור שתספור ותטבול, יבא עליה ואין צריך לשאול. המנחת יעקב בתורת השלמים הקשה למה לא נחייב אותו לשאול אותה, כמו בכל מקום דאיכא לברורי.

ק. בפרדס רימונים תירץ כי להעיר את האשה נחשב כטירחה, ולכן אינו מחוייב בכך, כמקור לדבריו שלהעיר את האשה חשיב טירחא, ציין לדברי רש"י בנדה אשר כתב לענין דין אחר (חובת הבדיקה באשה שיש לה וסת שלא בשעת וסתה).

קא. הערוך השולחן חולק על תירוצו של הפרדס רימונים, וכנראה זה טעמו של המנחת יעקב, משום שאפשר להעיר את האשה ולשאול את פיה, ואין זה נחשב טרחה לענין ביטול חובת הברור, אבל אם הייתה טרחה משמעותית יותר, גם הערוך השולחן אינו חולק ומודה שאין צריך לברר, וכמבואר מדברי המנחת יעקב.

קב. למרות שרוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם, אם השוחט נמצא בפנינו, צריך לשאול אותו אם יודע הלכות שחיטה. כתב הב"ח כי אם השוחט הלך, אין צורך לטרוח לרדוף אחריו ולהשיגו.

קג. הש"ך שם הביא דבריו ופקפק בהם, והפרי חדש והכרתי ופלתי גם הם חלקו על דברי הב"ח ופסקו שחייבים לברר כאשר ניתן לרדוף אחריו, ואם לא עשו כן ולא רדפו, שחיטתו פסולה מדרבנן, ורק כאשר לא ניתן להשיגו אף אם נרדף אחריו, ניתן לסמוך על הרוב.

קד. אלא שבפמ"ג כתב שכל המחלוקת היא כאשר אפשר לרדוף אחריו בקלות, אך אם המרדף אחריו כרוך בטירחה מרובה, לכולי עלמא אין צורך בכך.

קה. לפי דברי הבינת אדם אשר למד מהראשונים כי כאשר הוא בעיר, חייבים לשאול אותו, לכאורה תתפרש גם המחלוקת כאן האם צריך "לרדוף" אחרי השוחט, היינו כאשר כבר יצא מן העיר, אבל אם הוא בעיר נחשב כנמצא לפנינו, וחייבים לשאול אותו לכולי עלמא.

קו. בשו"ת משנה הלכות (חט"ז ס"י קיד) דן האם אשת כהן מעוברת וספק האם העובר זכר או נקבה, צריכה לבדוק את מין העובר באולטרה סאונד לפני שתכנס באהל המת, או שניתן לסמוך על ספק ספיקא, שמא הוולד נקיבה, ואפילו הוא זכר, שמא הוא נפל, ואינה חייבת לבדוק. וכתב שמכיון שכבר נהגו בדורות שקדמו לסמוך על הרוב, אין אנו צריכים בזמנינו להסתייע בבדיקות שהתחדשו בזמנינו.

קז. רעיון דומה מצאנו בשו"ת אגרות משה (יו"ד ח"ב ס"י קמו), כאשר נשאל האם יש חשיבות בדברי הרופאים לקבוע את רגע המוות, שרצה השואל לומר שאין מתחשבים בדעתם כלל, ובתוך

דבריו כתב טעם בדבר, אך למסקנה כתב שיש להתחשב בדברי הרופאים, מטעם אחר, ע"ש.

קח. יש מקום לחלק בין סברות מדעיות, לבין עובדות מדעיות בדוקות וברורות, כמו כן ישנו הבדל בין מקומות בהם הנושא הוא הגדרות על פי המדע, כגון ההגדרה מהו שרץ שאסרה התורה, או מה נקרא ריבוע, לבין מקומות בהם הבדיקה המדעית היא רק כלי המברר את ידיעת המציאות (ויתכן שזהו חילוקו של האגר"מ הנ"ל). לא קבענו בו מסמרות, ועוד חזון למועד.

קט. ישנם מקומות שגם ללא טירחה, לא חייבו חז"ל אפילו מלכתחילה בדיקה.

קי. מבואר במשנה ונפסק ברמב"ם שאם הניח פירות בכדי להפריש מעשרות על סמך אותם פירות, יכול להניח שהם קיימים על פי החזקה. ומשמע, שאף אם יכול לבדוק את הפירות, אינו צריך לבדוקם.

קיא. בספר בינת אדם הכריע כי אם היה ידוע לנו שהדבר היה כשר, יש לסמוך על החזקה מבלי לבדוקו תחילה. אך אם לא היה הדבר ידוע לנו בוודאות, ורק אנו מכשירים מפני שסומכים על החזקה, כשיש אפשרות לבדוקו, חייבים לבדוק.

קיב. עוד פסק כי אף אם זה שאצלו אפשר לשאול ולברר, אינו נמצא לפנינו ממש, אבל נמצא הוא בעיר, גם בכהאי גוונא חייבים לשאול ולברר. כך למד מלשונות התוספות והרא"ש והשו"ע, וכך דייק גם מרש"י.

קיג. הבינת אדם הביא את המחלוקת המובאת לעיל. לדעת הבית יוסף החיוב לבדוק הוא רק כאשר הדבר נמצא בחזקת איסור. הב"ח נחלק על הבית יוסף, אך המגן אברהם הסכים עימו.

קיד. הבינת אדם ציין לדברי התוס' בחולין שמשמע שחולקים על סברת הבית יוסף. אמנם כאמור לעיל, כסברת הב"י מצינו שכתב הרשב"א שם בשם הרמב"ן.

קטו. הבינת אדם מביא מקורות נוספים בהם אין חיוב בדיקה, שלכאורה סותרים את תירוצו של הבית יוסף, מהדין הנ"ל שמותר להפריש מעשרות על סמך הפירות ששמר לצורך זה, ואינו צריך לבדוק אם הם עדיין קיימים, והמבואר ביורה דעה במקוה שמימיו פעמים עולין ופעמים מתמעטין, ש"כשר הדבר לבדוק", אבל מדינא אין צריך לבדוק, אף על גב שיש כאן חזקת טבל וחזקת טומאה.

קטז. יתכן שיש מקום לחלק כי במקרים שהובאו כאן חזקת ההתר היא בעיקר הספק שבו דנים. כגון הפירות שהניח לשם תרומות ומעשרות, שעליהם אנו דנים האם נותרו קיימים. ומשום כך כיון שיש חזקת קיימים על הפירות, אין חובה לברר גם כשיש כנגדה חזקה לאיסור - חזקת הטבל, כיון שיש חזקה להתיר. אבל בנידון הבית יוסף בענין החמץ ובדיקתו, אין בגוף הבית חזקה להתיר כלל. וכך גם כשדנים על הבהמה, ולה עצמה יש חזקת איסור, אשר מצריכה בירור, בעוד הרוב שהוא סברת ההיתר, אינו בגוף הבהמה שבה אנו מסתפקים, אלא בשוחט אם הוא מומחה. בכהאי גוונא הכריע הבית יוסף לאיסור.

קיז. כאמור לדעת הב"ח רק כאשר הרוב או החזקה אינם המצב הטבעי דממילא, אלא בנויים על מעשי האדם, בזה קיים תמיד החשש שמא מאיזו סיבה נמנע הדבר, ולכן צריך לברר.

קית. הבינת אדם מקשה על הב"ח כי אחת הדוגמאות שהביא הרשב"א לחיוב הבדיקה, היא מ"חזקה דרבא" כי קטנה אשר הגדילה בשנים, חזקה שגם הביאה סימנים, ואף על פי כן ישנו חיוב לבדוק. למרות שחזקה זו היא טבעית ואינה תלויה במעשה.

קיט. הבינת אדם מסיק כדעת הב"ח, ולמסקנתו יש שלושה מיני חזקות:

א. דבר שחזקתו הוא ממילא. כגון חזקת טבל ואדם שנטמא ובהמה בחייה וכיוצא בו.

ב. חזקה שעל ידי מעשה. כגון שבדק את הסכין ותקנה, או שעשה את הציצית בהכשר וכיוצא בהם, שלאחר שעשה את המעשה הרי הוא בחזקתו שלא נפסד ונתקלקל.

ג. דבר שהוא בחזקת איסור עד שעושין לו הכשר שיוכשר. כגון, מצא תרנגולת שחוטה, וחבר שמת והניח מגורה פירות בני יומן, ובית שהוא בחזקת חמץ אף שההכשר בא על ידי מעשה ושמא לא נעשה המעשה. אף שהרוב או החזקה קובעים שאכן כך נעשה.

קכ. החזקה הטובה ביותר היא המין השני, ששם ראינו בעינינו שהסכין הוא יפה ושהציצית הם בהכשר. מה שאין כן במין השלישי שאף שמחזיקים כי הדבר נעשה, מכל מקום יתכן שמאיזה סיבה לא נעשה כן.

קכא. לדברי הבינת אדם עיקר החילוק הוא בין חזקה שנשאר המצב שראינו, שבה אין שום צורך לבדוק, ולא שייך הטעם הרשב"א להחשיב את מי שאינו בודק כמעלים עין מהאיסור, כיון שראינו שנעשה מה שצריך. ובין חזקת רוב וסברא שכך קרה, ששם אם יכול לשאול ולבדוק בקל, מחוייב הוא לעשות כן.

קכב. לפי זה הוצרך הבינת אדם לומר שמה שאין בודקים את כל הי"ח טריפות בבהמה, היינו רק משום שיש בזה טירחה, שהרי שם אין חזקת כשרות. כך נקטו גם הפרי מגדים וערוך השולחן.

קכג. בספר ארצות החיים להמלבי"ם כתב לחלק בין אם החזקה מעידה שנעשה מעשה חדש, או שהחזקה היא שהמצב הקודם נשאר ולא נעשה מעשה חדש. לדבריו, חיוב הבדיקה הוא רק אם החזקה אומרת שנעשה מעשה חדש, שאז צריך לברר שמא בכל זאת לא נעשה, וזו גם כוונת הב"ח.

קכד. לדבריו מיושב שמה שאין בודקים את כל הי"ח טריפות, הוא משום ששם אין החזקה מעידה שנעשה מעשה חדש, ולכן אין צורך לברר את הדבר.

קכה. בשו"ע נפסק כי איסורו של ציר דגים טמאים, אינו אלא מדרבנן. לפיכך מותר לקנות מעכו"ם דגים מלוחים, טהורים, אף על פי שמונחים עם הטמאים בכלי אחד, כי שמא לא נמלחו יחד.

קכו. וברמ"א חלק וכתב כי יש אוסרים אם הדגים הטהורים מונחים עם הטמאים בחבית אחת. אבל אין צורך להחמיר לפשפש ולבדוק אם יש ביניהם דגים טמאים.

קכז. הש"ך הקשה מדוע בכל זאת לא נבדוק את הדגים בכדי לברר האם התערבו בהם טמאים, מדין איכא לברורי. הש"ך מתרץ, והרחיב בביאורו בפרי מגדים שם, כי מכיון שאין אנו מתירין את הדגים מכח חזקה, אלא משום ש"אמרינן מהיכי תיתי יהא כאן איסור", נמצא שאין לפנינו ספק

כלל, ובכהאי גוונא אין צורך לבדוק ולפשפש כלל.

קכח. נמצא כי כאשר ישנו ספק סביר, לפי דין תורה צריך להכריע על פי רוב או חזקה, אך בכל זאת, מכיוון שניתן לעמוד על בירור הספק, קבעו חכמים שיש לבדוק אם הדבר ניתן. אך ישנם אופנים שבהם אין לנו סיבה להסתפק כלל, והרוב או החזקה קובעים לנו בבירור שכך היא המציאות. במקרים אלו אין מקום לבדיקה כלל. שאם לא נאמר כן, לא מצאנו ידינו ורגלינו בשום דבר ועניין, ולעולם נצטרך לבדוק את כל הבא לידינו.

קכט. מכל האמור ניתן להסיק, שעל אף שישנו חיוב בדיקה גם כאשר ניתן להסתמך על רוב, אין אנו מחוייבים לבדוק בני משפחה הבאים לפנינו מחו"ל ולוודא את קירבתם המשפחתית, וניתן להסתמך על החזקה שהורים המגדלים ילדים הם אכן ההורים הביולוגיים, ואלו הם ילדיהם, ללא בדיקה אלא אם כן ישנה ריעותא, שבכהאי גוונא הדין שונה.

קל. זאת, מהטעמים המובאים לעיל:

א. לדעת הבית יוסף והמג"א, חיוב הבירור הוא רק כאשר ישנה חזקת איסור.

ב. לדעת הארצות החיים, חיוב הבדיקה הוא רק כאשר החזקה תולה שנעשה מעשה, כי אז אנו חוששים שמא לא נעשה המעשה.

ג. אם אין כלל סיבה ועילה לחשוש ואין ספק כלל לפנינו ואין ריעותא כלל, לא הצריכו חז"ל בדיקה כלל, כמובא לעיל בשם הש"ך והפמ"ג.

ד. אם הבדיקה כרוכה בטירחה מרובה או בהוצאה חריגה, אין צריך בבדיקה וברור.

הצורך בבירור יהדות

קלא. הדין הוא, שמי שבא לפנינו ואמר "ישראל אני" נאמן.

קלב. לפי תוספות, הטעם הוא משום שרוב הבאים לפנינו בתורת יהדות הינם יהודים. אלא שאם היה מוחזק לנו כנכרי, צריך להביא ראיה שהתגייר.

קלג. בריטב"א והנמו"י הובא טעם נוסף לנאמנותו, משום שדבר זה הוא מילתא דעבידא לאיגלויי ולא משקר.

קלד. ברמב"ם והשו"ע נפסק שמי שבא לפנינו ואומר שהיה נכרי והתגייר, אם לא היה ידוע לנו מקודם על כך שהוא נכרי, נאמן במיגו שהיה מחזיק עצמו כישראל. וגם אם היה מוחזק לנו כנכרי, ובא ואומר שהתגייר, מדינא נאמן הואיל ורואים אותו נוהג כמנהג ישראל בכל דבר, אלא שלגבי יוחסין החמירו יותר שאפילו נוהג במנהג ישראל צריך להביא ראיה. אבל מי שלא הוחזק כנכרי, ונאמן מדין "מיגו" אינו צריך להביא ראיה כלל.

קלה. אמנם, כמבואר בדברי הרמב"ם והשו"ע, גם מי שנאמן לומר שהוא ישראל על סמך מיגו, שבכהאי גוונא נאמן גם לגבי יוחסין, מכל מקום בחו"ל צריך להביא ראיה, ואינו נאמן.

קלו. בש"ך הדגיש, שחומרא זו נאמרה רק לגבי מי שבא ואמר שהתגייר, אבל מי שבא ואמר שהוא

ישראל גמור, נאמן אף ליוחסין.

קלז. יש להסתפק האם מה שאדם נאמן לומר שהוא ישראל, הוא רק אם נוהג כישראל, וכפי שמשמע מלשון התוספות: "הבאים לפנינו בתורת יהדות", או שנאמן בכל מקרה.

קלת. האגרות משה נקט שנחלקו בזה התוספות והרמב"ם. התוספות למדו שנאמנותו היא משום הרוב, והרוב הוא משום שרוב הבאים בתורת יהדות הם ישראלים. אך ברמב"ם משמע שאין צורך בתנאי זה. וכנראה שהבין, שישנה חזקה או רוב, שהמציגים עצמם כישראל הינם יהודים, גם אם לא ראינו אותם נוהגים כישראלים.

קלט. אמנם בתשובה מאוחרת יותר נראה כי חזר בו האגרות משה, וכתב כי גם לשיטת התוספות, כל נכרי שבא ואומר שהוא ישראל נאמן, משום שרוב האומרים כן, אכן הם יהודים, ורוב זה נובע מהעובדה כי רוב הנכרים היו מתביישים לזהות עצמם כיהודים. דבריו אלו לכאורה הם דלא כתשובתו הנ"ל, וצ"ע.

קמ. כמובן כל זה הוא כשלא הוחזק לנו להפך, כי אם הוחזק לנו כנכרי ודאי שלכולי עלמא אינו נאמן לבוא ולומר שהוא ישראל, נגד החזקה, כמו שסיים באגרות משה, וכך כתב גם האחיעזר.

קמא. בשו"ת חוט המשולש כתב שבכדי להחשיבו לישראל, צריך לכל הפחות שידבר בשפה יהודית, אבל אם אינו דובר לשון יהודית הרי הוא בחזקת נכרי. לשיטתו כנראה מה שכתבו תוספות כי הרוב נאמר רק ב"באים בתורת יהדות", אינו בהכרח מכוון להנהגה גמורה כישראל לכל דבר, אבל צריך לפחות מאפיינים בולטים המזהים אותו כיהודי, וזה מתבטא לכל הפחות בדיבור בשפה המקובלת בקרב היהודים.

קמב. אך בשורת הדין ציין ביחס לכך את דברי החזו"א, כי לא קבע בחוט המשולש כלל מוחלט כי לא ניתן להחזיק אדם כיהודי אם אינו דובר בלשונם של היהודים, ולא אמר כן אלא לפי מציאות מקומו ושעתו, אבל בעלמא הכלל שרוב הבאים לפנינו בתורת יהדות הם אכן יהודים, נאמר בדוברי כל הלשונות והשפות.

קמג. הגרי"ש אלישיב זצ"ל נקט כי עצם העובדה שאינם מתנהגים כיהודים שומרי מצוות, לא נחשבת לריעותא, משום שבברית המועצות כך היה מקובל, ולא נחשב לשינוי משאר היהודים. אך אף על פי שאין זו ריעותא, מכל מקום לא ניתן לייחס אותם לרוב. משום שהסיבה שמחשיבים אותם לישראלים, היא רק משום שרוב הבאים לפנינו "בתורת יהדות" הינם ישראלים. כאן, גם אם אין בכך ריעותא, עדיין לא קיים רוב כזה.

קמד. הגרי"ש אלישיב זצ"ל חזר וביאר את כוונתו בתשובה זו, בתשובה לגר"ג צימבליסט שליט"א שנדפסה בקובץ תשובות חלק ד.

קמה. הגר"ג צימבליסט שליט"א כתב כי כאשר באים לדון בדין רוב במי שטוען ישראל אני, ישנם שני סוגי רוב. כאשר הטוען מגיע ממקום שרובם יהודים, ישנו "רובא דאיתא קמן" הקובע כי כח דפריש מרובא פריש, וגם הוא יהודי כמו רוב אנשי המקום. לעומת זאת כאשר הטוען ישראל אני מגיע ממקום שאין בו רוב ישראל, נאמנותו היא מדין "רובא דליתא קמן", וכפי

שכתבו התוספות ש"רוב הבאים לפנינו בתורת יהדות" הם אכן יהודים.

כאשר דנים על יהדותם ונאמנותם של עולים מברית המועצות, הם באים ממקום שרובם נכרים, וכל נאמנותם תתכן רק מהטעם השני, מדין "רוב הבאים לפנינו בתורת יהדות". גם דין זה לא מסתבר ששייך אצלם, שהרי אינם נוהגים כיהודים כלל, ומצד עצם הצהרתם, כל הצד להאמינם ולקבוע שישנו רוב, הוא כסברת האגרות משה כי חזקה שנכרי לא יאמר על עצמו שהוא יהודי, דבר שגם הוא לכאורה אינו קיים בנסיבות אלו כאשר ישנו רווח גדול בהצהרה זו, בכדי לקבל אישור יציאה מבריה"מ (באותם שנים) והטבות רבות.

קמו. בתשובתו שם ענה לו הגרי"ש וביאר את כוונתו, שבאמת כל הרוב להתיר נסמך על כך שהיהודים בבריה"מ נחשבים כקבוצה נפרדת מכלל האוכלוסיה, כיון שהובדלו ברישומים ובהתייחסות הציבור, ובקבוצה זו קיים רוב שלא התבוללו ובאמת יהודים הם, ועל כך דן בהמשך כי למעשה אי אפשר להתיר מכח זה, אחרי שודאי מעורבים בהם גם מיעוט של בני תערובת, ויש לחוש בהם לדין קבוע, כפי שהאריך שם.

קמו. דעתו של הגרי"ש אלישיב היא שלמעשה אין לסמוך על רוב לענין יהדותם של עולי בריה"מ. "רוב הבאים לפנינו בתורת יהדות" אינו שייך כאשר אין בהם שום סממן של יהדות, ועל כך שרוב בני הקהילה היהודית בריה"מ אכן יהודים, וכל דפריש מרובא פריש, אין לסמוך משום שמעורבים בהם גם נכרים, וכל קבוע כמחצה על מחצה דמי.

קמח. חשוב לציין כי תשובתו של הגרי"ש נכתבה בשנת תשנ"א, ועל פי הנתונים שהיו לפניו באותה עת, כפי שמביא שם ששיעור נישואי התערובת אינו עובר את ה- 30%. על כן כשבאים לדון למעשה צריך לבדוק היטב כל מקרה לגופו, כאשר הדברים משתנים לפי השנים עליהם מדובר, ולפי המקום והקהילה. לפי מה ששמענו, הגר"י בארנבאום שליט"א חבר בית הדין במוסקבה ערך בדיקות מקיפות, ולדבריו כבר בשנות השמונים נוצר רוב של נישואי תערובת, והתופעה הלכה והתרחבה יותר ויותר, כך שרק אם העדויות מתייחסות לשנים מוקדמות יותר, ניתן להכריעם על פי הרוב. בדיקה זו נעשתה רק ברוסיה עצמה, וברור שבמקומות אחרים האחוזים שונים לגמרי, כך שלמעשה תמיד חייבים להיעזר במומחים, לפני שמכריעים על פי דיני רוב בשאלה זו, והרבה פעמים הנתונים הם ברורים, ורק לא כל דיין מתמצא בהם.

קמט. בפסק דין מהדיינים הגאונים הגרי"צ רונטל זצ"ל, הגר"ב רקובר זצ"ל, והגר"ע הדאיה זצ"ל, פסקו כי פשוט שבלא שמירת מצוות או התנהגות אחרת מובהקת כיהודי, אין דין הוחזק כישראל.

קנ. אך שוב חזרו ותלו שם נידון זה במחלוקת המובאת לעיל בהרחבה האם "הוחזק" צריך להיות דוקא על ידי מעשה, או שמספיק שיוחזק ל' יום על ידי דיבור בעלמא, לסוברים שצריך דוקא מעשה, הרי בלי התנהגות כיהודי ושמירת מצוות וכדומה, אין כאן מה שיהיה חזקה. אבל לשיטה הסוברת כי באמירה בעלמא שלא הוכחשה והוחזקה במשך שלושים יום, נוצרת חזקה גמורה, אם כן אין צורך דוקא בשמירת מצוות, ודי בחזקה שנוצרה מכח אמירתם בלבד.

קנא. בצורך לברר את נאמנותם של הבאים מברית המועצות לגבי יהדותם, נכתב רבות. היטיב לסכם נושא זה הגאון רבי יצחק אושינסקי שליט"א בשורת הדין, נביא את עיקר דבריו הנוגעים לעניינינו.

קנב. כאמור לעיל, הבא ואומר "ישראל אני" נאמן.

נאמרו על כך שלושה טעמים בראשונים:

א. מדין רוב - רוב הבאים לפנינו בטענת יהדות הינם יהודים.

ב. מדין "מילתא דעבידא לאגלויי לא משקר".

ג. מדין חזקה, שגוי לא יציג עצמו כיהודי.

קנג. ככלל, קשה להסתמך בזמנינו על שני הטעמים האחרונים. מדין "מילתא דעבידא לאגלויי" קשה להסתמך, משום שכתב הריב"ש שכלל זה לא נאמר רק אם האפשרות שיתגלה שיקרו הוא קרוב ומייד. מה שאין כן בבאים מברית המועצות, שהאפשרות לגלות את האמת אינה שכיחה, אם בכלל.

קנד. גם בשו"ת יביע אומר הנ"ל, הביא טעם זה בשם הריטב"א, והסיק שיש להסתמך על טעם זה כסניף בלבד.

קנה. מדין "חזקה" גם כן קשה להתיר. ה"חזקה" היא שגוי לא יציג עצמו כיהודי סתם כך, אך בזמנינו, כשיש לגויים תועלת ברורה להחשב כיהודים, אין סברא כזו. ובוודאי אין זה בושה להחשב כיהודי כיום בארץ ישראל.

קנו. הסברא שנותרה להתיר היא על פי הרוב. במאמר שם פירט מהו ה"רוב" הנצרך בכדי להתיר, האם הוא רוב המתנהגים כיהודים, או רוב הבאים בשפה היהודית, או שמות יהודיים וכו', עי"ש.

קנז. על אף שלדברי האגרות משה גם מי שאינו נוהג כיהודי, נאמן לומר ישראל אני, בלי שום צורך בהנהגה יהודית או שם יהודי וכדומה, אך טעמו הוא משום שרוב מוחלט של הנכרים, מתביישים שיחשבו אותם ליהודים, ולכן נוצר רוב הקובע כי רוב המצהירים על עצמם כיהודים, הם אכן כאלו.

קנח. נמצא כי גם לשיטתו, אצל העולים בזמנינו אי אפשר לומר כן, שהרי ודאי אין בכך בושה להחשב כיהודי בארץ ישראל, ואדרבה יש בכך רווחים והטבות רבות, בכהאי גוונא גם לשיטת האגרות משה אין לסמוך על הצהרתו של אדם ולקבוע בכך כי הוא יהודי, ללא הוכחות נוספות, או נתונים אחרים שיצרו לנו רוב, כמו השפה היהודית או שמות יהודיים וכדומה.

קנט. ישנם שלשה דרכים לבירור יהדותם של יהודי ברית המועצות: א. רישום הלאום היהודי. ב. שמות מובהקים של יהדות. ג. ידיעת שפה יהודית וכן מסורת יהודית. יש שהביאו כי הגר"מ פיינשטיין זצ"ל פסק שאפשר לאשר יהדות על סמך שתיים מתוך שלושת הראיות הנ"ל. אך שמעתי שיש שפקפקו על קבלה זו, והדבר צריך בירור אצל זקני הדיינים או אצל תלמידי

הגר"מ פיינשטיין זצ"ל.

קס. הגאון רבי זלמן נחמיה גולדברג זצ"ל הורה שמרבית ההסתמכות כיום בענין בירורי יהדות צריכה להיות על המומחים, שהתמחותם אינה רק אודות התעודות, אלא יודעים להכיר מוצא האדם והנהגותיו על פי השיחות שמנהלים איתו והסיפורים ששומעים ממנו, ועל פי זה ניתן הרבה להסתמך בהכרת האדם. ניתן ליצור על פיהם את הרוב ההלכתי הנדרש כדי להתיר בקהל, שהרי רוב זה נסמך גם על סברות כגון "רוב הבאים לפנינו בהנהגה יהודית מסוימת או בעלי שפה מסויימת הינם יהודים" וכדומה, ובהנהגות אלו יכולים המומחים להבחין מתוך הסיפורים והשיחות.

קסא. לדברי הגאון רבי שלמה פיינשטיין זצ"ל כיום יש לקבוע את הרוב על פי המקום שממנו הגיע עולה זה, האם במקום זה ישנם רוב יהודים או לא.

קסב. הגאון רבי משה מרדכי פרבשטיין שליט"א כולל בתוך הרוב של הבאים לפנינו בתורת יהדות את "רוב המדברים אידיש הינם יהודים", אך אינו רוב בפני עצמו, אלא נחשב כהנהגה יהודית, ונכלל ברוב הבאים בתורת יהדות שכולל גם הנהגות יהדות.

קסג. כאשר ישנו ספק על עצם יחוס המבקש להוריו, כגון שאין התעודה מקורית, יש לברר עניין זה. עד כאן מדברי הגר"י אושינסקי שליט"א בשורת הדין.

קסד. מכיוון שכל הנאמנות לומר "ישראל אני" נסמכת על הרוב, הרי כאשר יש ריעותא במקרה המסוים שבא לפנינו, ודאי חייבים לברר, וזאת משני טעמים ודינים שונים.

א. לעיל הזכרנו את דברי רש"י, שבבדיקת הריאה מכיוון שמצוי בה ריעותא צריך לבודקה.

ב. יתירה מכך מצינו עוד כי כאשר במקרה שבא לפנינו ישנה ריעותא ממש, בוודאי צריך לבדוק, ואי אפשר להסתמך על רוב או חזקה.

קסה. המקור לדין "ריעותא" הוא במסכת כתובות. במשנה שם מובא כי האשה צריכה להביא עדים על כך שהייתה בתולה כדי לגבות כתובה מאתים. ולמרות שקיים "רוב" שנישאה בתולה, מכל מקום מכיוון שאין לה קול, הרי זו ריעותא, ואין אנו מסתמכים על הרוב.

קסו. מקור נוסף לדין ריעותא, הוא מהסוגיא במסכת יבמות במי שנשא את יבמתו חודשיים לאחר מות אחיו, וילדה לאחר שבעה חודשים. וישנו ספק האם הוא בנו של האח הראשון שמת, ונולד לאחר תשעה חודשי הריון, או שהוא בנו של היבם ונולד לאחר שבעה חודשי הריון. ומבואר שם שעל אף שרוב הנשים יולדות לאחר תשעה חודשי הריון, מכל מקום אין להניח שהולד הוא בנו של הראשון, משום שברוב הנשים ההריון ניכר לאחר שלושה חודשי הריון, וכאן לא ניכר. ומכיון שכאן ההריון לא היה ניכר, ישנה ריעותא, ולא תולים בהכרח שנולד מהראשון.

קסז. למרות שבנידון דנן אנו מדברים גם על "חזקה", חזקת כרוכין, ולא רק על הנאמנות לומר "ישראל אני" שעיקרה מדין "רוב", מכל מקום גם החזקה כאן יסודה על רוב, שברוב הפעמים,

משפחה שנמצאים יחד וכרוכין זה בזה, ההורים והילדים, הם אכן משפחה אמיתית, ואין כאן אימוץ. כך מובא בדברי הבית מאיר והורחב בענין זה לעיל.

קסח. לכאורה מצינו מקור נוסף לדין זה. בדרכי תשובה כתב בשם הריב"ש כי למרות שרוב מצויין אצל שחיטה מומחים הם, מכל מקום כאשר ישנה ריעותא, הרי הוא יצא מכלל הרוב, משום שרוב השוחטים אין להם ריעותא כזו.

קסט. אמנם המעיין בריב"ש יראה שלא אסר שם משום שהורע עצם הרוב ולא ניתן לסמוך עליו, אלא מכח הדין הרגיל שאין סומכים על רוב מצויים אצל שחיטה מומחין אם ניתן לברר, ולכן כאן אין לאכול משחיטתו עד שיבררו אם הוא מומחה, וכל שהשוחט עצמו ברמות רוחו מעכב את הבדיקה ומונע אותה, זה גופא סיבה לחשוש ולאסור לאכול ממנה.

קע. הריב"ש ביאר שם כי על אף שחובת הבדיקה אינה אלא מדרבנן, מכל מקום כאשר הבדיקה נמנעה במזיד, אסרו אפילו בדיעבד, כדוגמת הדין שמדרבנן אסור לבטל איסור לכתחילה, ואם עבר וביטל במזיד, נאסר אפילו בדיעבד. דאם לא כן לא היה קיום לתקנה זו, וכל טבח יאבד את הריאה וימנע את הבדיקה.

קעא. דבריו אלו הובאו להלכה בש"ך, כי אם השליך או איבד את הריאה במזיד כדי למנוע את הבדיקה, דינו כמבטל איסור לכתחילה במזיד, שאסור אפילו בדיעבד.

קעב. עוד מבואר בדרכי תשובה שלפעמים עצם העובדה שמסרבים להראות את הסכין, היא כשלעצמה מהווה ריעותא ורגליים לדבר שיש חשש שאכן הסכין אינו כשר.

קעג. במקרה דנן גם סירבה המבקשת מלהבדק בבדיקה הגנטית, עניין שיכול היה להעלות חשש בדבר נאמנותה. אך יש עדיין לעיין היטב בכך, האם גם במקרה שלפנינו הסירוב לבדיקה מעלה חששות, או שכאן יש לפרש את הסירוב בדרכים אחרות.

קעד. הדין הוא שבכדי להוכיח שאכן האשה הייתה בתולה כשנישאה ומגיע לה מאתיים בכתובתה, אין צורך בעדים שהם כשרים לגמרי. מי שראה את הסימנים בחתונתה המוכיחים שנישאה בתולה (כגון שיצאה בהינומא שהוא סימן לבתולה), כשהיה עדיין קטן, יכול להעיד על כך בגדלותו, על אף שבשאר עדויות אין זו עדות כשירה, משום שרוב הנשים נישאות בתולות.

קעה. התוספות הקשו שאם לא היה לה קול והתערער הרוב שמגיע לה מאתיים, מדוע לא צריכים עדים כשרים. ומיישבים התוספות כי במקרה הזה ישנם שני סוגי רוב שונים המתנגדים זה לזה, הרוב הראשון מוכיח שנישאת בתולה ויש לה מאתיים בכתובתה, והרוב השני קובע שאין לה מאתיים משום שאילו נישאה בתולה, היה לה קול. הרוב הראשון גובר על הרוב השני, אך אף על פי כן, הרוב השני מחליש ומרע את הרוב הראשון ומחייב בדיקה. אך די לבדיקה זו בעדות חלשה של קטן המעיד בגדלותו מה ראה בקטנותו, כדי לחזק את הרוב הראשון מחדש, ואזי זוכה האשה בכתובת בתולה של מאתיים וזו.

קעו. מכך ניתן ללמוד לנשוא פסק הדין דנן, כי גם אם היה במקרה זה רוב של כרוכין אחריה, שהוא רוב גמור המכריע בכל מקום, מכל מקום אם ישנו רוב המתנגד לו, גם אם רוב זה אינו רוב

מוחלט וברור, כגון שרוב המקרים הדומים ומזכירים את האופן הזה מלמדים על אימוץ, יש בכוחו לערער את הרוב הראשון ולחייבו בדיקה. גם אם הרוב השני רק מחליש את הרוב הראשון, וקל וחומר כאשר הוא נהפך לרוב גמור והפוך מהראשון.

קעז. בשיעורי רבי שמעון שקופ זצ"ל ובשיעורי רבי דוד פוברסקי זצ"ל ביארו את דברי התוספות, כי עיקר דין רוב הנאמר בתורה אשר בכוחו להכריע, הוא רק כאשר הרוב מכריע כי זה שלפנינו הוא מהרוב ולא מהמיעוט, ועל כך נאמר "אחרי רבים להטות", כמו הרוב נשים בתולות נישאות, או הרוב נשים יולדות לתשעה חודשים, שמכריע כי האשה שלפנינו היא אכן מהרוב.

לעומת זאת הרוב הנגדי האומר כי רוב הנישאות בתולות יש להן קול, אינו בא להכריע שהיא מהרוב, כי אדרבה לאשה זו לא היה קול, אלא שאנו באים להביא הוכחה שלא נישאה בתולה, משום שאם היתה בתולה למה לא היה לה קול כמו רוב הנשים. נמצא שאין כאן רוב המכריע שהיא מן הרוב, אלא אנו באים להביא הוכחה מתוך הסתברות הרוב. לא זהו דין הכרעת הרוב אשר התחדש ב"אחרי רבים להטות", ועל כן אין בכוח הוכחה זו אלא להרע ולמנוע מאיתנו להכריע על פי הרוב הראשון.

קעת. גם בפסקי דין ירושלים הובא מקרה שבו בת שגדלה בבית יהודי רצתה שיכירו ביהדותה, ונפסק כי למרות שהאשה ספרה שלאמה היה שם יהודי, מכיוון שאין הדברים ברורים, וישנה ריעותא בחזקתה, צריכה גירות מספק.

קעט. מדברי הגמ' במסכת פסחים ניתן להסיק, שבכל מקום בו יש לנו חשש שהבא לפנינו אינו אומר אמת, חובה עלינו לבדוק את הדבר, ולא להסתמך על הרוב ולהסתפק בכך. ואמנם ברוב המקרים הרגילים הבא לפנינו הוא אכן מוחזק כישראל, ואנו סומכים על רוב זה. אך באופן שהמקרה אינו מקרה רגיל, ואין הוא דומה לרוב המקרים המצויים, לא ניתן להסתמך על ה"רוב", מפני שהשינוי שקיים במקרה זה המחריג אותו, אינו כלול ב"רוב" המקרים המצויים.

קפ. מסקנת היביע אומר היא שכיון שהחיוב לברר כשיש רוב הוא מדרבנן לרוב הפוסקים, אזי ניתן לצרף את דעת הבית יוסף, המגן אברהם, מסקנת הנודע ביהודה ודעת הפרי חדש שרק כשיש חזקת איסור או מיעוט שכיח צריך לברר. ולפיכך אין צריך לברר מי שבא ואומר שהוא יהודי כאשר רוב הבאים לפנינו ואומרים שהם יהודים, הם באמת יהודים.

קפא. אולם גם לדבריו כאשר יש רגלים לדבר ורעותות שטענת היהדות אינה נכונה, ודאי יש לבדוק לחקור ולדרוש היטב את הדברים.

קפב. בפסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל בפני הדיינים הגאונים הגר"ל רביץ הגר"מ אילן והגר"ש אליעזר זצ"ל (פסק דינו של הגר"מ אילן זצ"ל) דנו באריכות בנאמנות לומר יהודי אני, ומסקנתם כי גם כאשר יש רוב או חזקה, אולם כאשר עולים ספקות וריעותות ודאי חייבים לברר והנידון נותר בספק.

קפג. כתב החזון איש בכמה מקומות שלא בכל מקום ניתן להסתמך על החזקה. החזקה מושתתת על סברא שאכן כך הם פני הדברים. אך אם רואים לפי נסיבות העניין שהמקרה הבא לפנינו שונה,

וישנו חשד באמיתות הדברים, לא מסתמכים על החזקה.

קפד. עוד כתב כי גם באופן בו כן ישנה חזקה מדינא, והציבור מאמין באופן ודאי לדברי האשה שבאה ואומרת שהיא גרושה, ובכהאי גוונא ישנה "חזקה", ומדינא אנו מאמינים לה ומותרת להינשא, מכל מקום עדיין אין ראוי לסמוך על כך, וראוי לחפש ראיות גמורות ומוחלטות.

קפה. מצינו בדברי התשב"ץ אשר הובאו בבית יוסף כי מי שהוציא קול שקידש אשה, והיא הכחישה אותו. הדין הוא שהוא אינו נאמן כלל, ואינו יכול לאוסרה. ואפילו אם העדים נמצאים במקום קרוב, אין חיוב לדרוף אחריהם, מכיוון שעל פי דין אינו נאמן.

קפו. אך לבסוף הוסיף התשב"ץ כי גם אם אין לו נאמנות על פי דין, אם אכן רואים שיש ממש בטענותיו, מחוייבים לעמוד על הדבר ולבחון את נכונותם.

קפז. מדין זה למד הגרי"ש אלישיב זצ"ל לענין מי שהודיעוהו שהוא מאומן, כי למרות שאינם נאמנים מצד הדין, נגד חזקת כרוכין אחריה, מכל מקום אם לפי נסיבות המקרה נראה שיש בזה ממש, צריך לחקור אחר הדברים.

קפח. ולמדנו מכאן כי גם במקרים בהם אין חיוב בירור מדינא, מכל מקום אם נראה לבית הדין כי יש כאן חשש סביר, עליהם לדרוש ולחקור ככל הניתן, ורק אחר כך לפסוק את הדין על פי הנתונים שהתקבלו.

האם לידה מאוחרת מעוררת חשש אימוץ

קפט. התוספות חילקו כי רק באשה שהלך בעלה עם צרתה למדינת הים, תלינן כי במשך הזמן מסתמא נתעברה וילדה כמו רוב הנשים, אבל אשה שידוע שלא נתעברה במשך שנים רבות, אין לתלות שבדיוק לפני מות בעלה נתעברה וילדה, דבכהאי גוונא אין רוב.

קצ. לדברי הנודע ביהודה על אף שכתבו התוספות כי באשה שעברו כמה שנים מנישואיה ולא נתעברה, שוב אין לתלות מכח הרוב שבדיוק קודם מותו נתעברה, מכל מקום גם אין הרוב אומר להפך שודאי לא נתעברה, אלא שני הצדדים אפשריים.

קצא. עוד יסד הנוב"י כי הגדרת "כמה שנים" לענין זה, הכוונה היא רק לאחר שעברו עשר שנים מהנישואין, אבל קודם לכן עדיין היא בחזקת רוב הנשים שמתעברות ויולדות.

קצב. בפסק דין של בית הדין הגדול שנכתב על ידי הגאון רבי שלמה שפירא שליט"א נכתב כי אף אם אין הבת כרוכה אחריה, ואף אם ילדה אחרי שנים רבות שהייתה נשואה, אין לתלות שמא אין זו אמה, משום שרוב נשים מתעברות ויולדות, ולכן אם באה אשה נשואה בפנינו ומחזיקה מישהו כבנה, יש לסמוך על רוב זה אף אם נשואה שנים רבות, כל עוד אין כנגדו ראיה המגרעת את הרוב. מכיון שלדברי הנודע ביהודה עד עשר שנים עדיין היא בכלל רוב נשים מתעברות ויולדות, וגם במקרה שעברו יותר מעשר שנים, עדיין אין בכך רוב שיכריע להפך.

קצג. הגאון רבי ישראל בארנבאום שליט"א תמה על פסק זה, כי אף שאכן עולה מדברי התוספות והנוב"י כי גם לאחר כמה שנים ישנו הרוב נשים מתעברות ויולדות, מכל מקום אין רוב זה

נוגע אלא לשאלות הנובעות מהספק האם אשה זו ילדה או לא, כגון דיני חיוב ופטור מיבום, אבל אין ברוב זה שום ראיה להכריע בשאלה ספציפית לגבי אדם מסוים האם הוא בנה של האשה או לא.

רק כאשר הבן כרוך אחריה ומוחזק כבנה, אלא שנבא לערער על כך ולהוכיח שאינו בנה מכח הראיה שהאשה לא ילדה כמה שנים, על כך נכונה התשובה העולה מדברי הנוב"י כי לעולם אין בכך ראיה או רוב ששוב לא תלד, וקודם שעברו עשר שנים אדרבה עדיין היא בחזקת רוב הנשים היולדות. אך כאמור כל זה הוא אחרי שראינו את הבן כרוך אחריה והוחזק כבנה, כי בלי זה אף אם הרוב יאמר שהאשה ילדה, אין בכך שום ראיה כי זה הנידון לפנינו הוא הנולד מאשה זו.

קצו. לעניות דעתי נראה כי בלא חזקת כרוכין, לא ניתן לשלול חששות אימוץ ולהכריע כי זו היא האם הביולוגית, מכח הכלל כי רוב נשים מתעברות ויולדות, אין בכוחו של רוב זה להכריע אלא בשאלות הנובעות מהספק האם אשה זו ילדה או לא, אבל כאשר הספק אינו על האשה אלא על הבן או הבת עצמם, האם הם בניה של האשה הזו או לא, אין הרוב הזה מכריע כלל.

קצה. גם לדעת הגר"ש שפירא שליט"א, אם ימצאו ריעותות נוספות מלבד הגיל והמסתעף ממנו, יש צורך בהמשך בירור היהדות.

קצו. עוד הביא הגר"ש שפירא שליט"א כי בשו"ת שם אריה הביא את דברי התוספות והנוב"י, והביא גם את דברי מהר"ם מלובלין שביאר כי רק כשיש ריעותא מכך שלא הוכר עוברת, כתבו התוספות שאין רוב שתלד לאחר שנים רבות. וכתב כי גם הפתחי תשובה ציין לדברי המהר"ם.

קצו. אך יש להעיר ולציין, שהפתחי תשובה נשאר בספק בנקודה זו ממש, מה הדין אם בעלה שהה עם צרתה עשר שנים ולא ילדה, ושוב הלך עם צרתה למדינת הים, האם גם בכהאי גוונא לא תתייבם, ולמרות שציין את דברי המהר"ם בביאור התוספות, עדיין נשאר הפתחי תשובה בספק מה הדין למעשה אם חלפו עשר שנים ולא ילדה, האם עדיין שייך בה רוב נשים מתעברות.

קצח. הערוך לנר באר את דברי התוספות בדרך אחרת, ולפי שיטתו באמת הסברא נותנת שנשים ששהו כמה שנים ולא ילדו יש בהן רוב הפוך, שהן לא תלדנה יותר (צריך להדגיש כי מדובר בתקופה שלא היו אמצעי טיפול מפותחים לפריון כבתקופתנו). ומכיון שאין אנו יודעים להגדיר במדויק מהו שיעור "זמן רב", הרי כי תמיד יש לחוש ולפסוק מספק לחומרא.

קצט. אלא שגם הוא ציין כי תוספות הרא"ש חולקים בזה על התוספות, ולדבריהם גם אחר שנים רבות עדיין עומדת בעינה התליה כי רוב נשים מתעברות ויולדות, הרי כי גם לשיטתו דין זה אינו מוסכם, והדבר שנוי במחלוקת ראשונים.

ר. בשו"ת שאגת אריה פירש כי בסתמא יש רוב נשים מתעברות ויולדות, ורק כאשר ישנה ריעותא אז הרוב נחלש. במקרה הגמרא בדף לז ישנה ריעותא, משום שאם נסמוך על רוב זה ימצא שהאשה התעברה בדיוק לפני מות בעלה, וילדה לאחר מותו וזה חשש רחוק, ולכן רק בכהאי גוונא לא אומרים רוב זה. והוא כעין שיטת המהר"ם, אלא שלמהר"ם הריעותא היא משום

שלא הוכר עוברת לשליש ימיה, ואילו לשאגת אריה ריעותא היא לחשוש שלמרות שכל ימיו לא התעברה, במשך שנים רבות, בדיוק קודם מותו התעברה וילדה לאחר מותו של בעלה.

רא. בספר בני דוד (קושטא תצ"ח) כתב כי כאשר הספק הוא האם אשה התעברה או לא, אומרים תמיד שרוב נשים מתעברות ויולדות, אבל כאשר הספק הוא ממי היא נתעברה, והרי שתי אפשרויות הספק הם לפנינו בין הבעל הראשון שמת ובין היבם שהוא השני, מסתבר יותר לומר שילדה מהשני, מכיון ששהתה זמן רב עם הראשון ולא ילדה.

רב. לדברי המהר"ם שיק מסקנת התוספות היא שבלי ריעותא נוספת עדיין האשה בכלל הרוב, אך נקט כי כל נידון התוספות היה כשלא עברו עשר שנים, אבל כשעברו עשר שנים ודאי שכבר אינה בכלל רוב הנשים היולדות.

רג. לסיכום, המהר"ם מלובלין, השאגת אריה והבני דוד הסכימו שללא ריעותא או סיבה מיוחדת מסתברת, תולים ברוב נשים מתעברות ויולדות גם בשהתה זמן רב. וכך היא ודאי שיטתם של תוספות הרא"ש.

רד. לדברי הנודע ביהודה והמהר"ם שיק לאחר עשר שנים כבר אין רוב שהאשה תלד, אך מאידך גם אין רוב להפך לומר שכעבור כמה שנים כבר יש רוב שלא ילדה.

רה. מאידך, הפתחי תשובה מסתפק בכך. ומצינו כי לדעת הערוך לנר בפשט התוספות מספק ולחומרא לא סמכין על רוב זה בשהתה זמן רב גם ללא כל ריעותא נוספת.

רו. יש להוסיף כי גם המהר"ם השאגת אריה והבני דוד שהבאנו, לא כתבו במפורש שגם אחרי עשר שנים עדיין הדין הוא שיש רוב יולדות, אמנם מסתימת הפוסקים יש מקום לדייק כן, אך לא מצינו מי שכתב כן במפורש, ואולי לא דיברו על אחרי עשר שנים. הרי שלא מצינו דעה החולקת במפורש על הנוב"י ומהר"ם שיק שנקטו שכעבור עשר שנים מהנישואין כבר אין רוב. ויתכן שזה באמת הטעם שהפת"ש לא פשט את ספקו למרות דברי המהר"ם, ולא רק משום שהנודע ביהודה חולק בזה.

רז. נמצא כי לפחות מספק ישנה דעה הסוברת שישנו רוב הפוך שנשים שלא ילדו "כמה שנים" כלשון הערוך לנר, או "זמן רב" כהמשך לשונו, יש רוב שהן לא תלדנה יותר. בודאי כך הוא לדעתו בעשר שנים, ובוודאי שלוש עשרה שנים כנידון דנן. ואף רבים מהפוסקים החולקים על הערוך לנר מודים כי אחרי עשר שנות נישואין לכל הפחות יצאה האשה מכלל רוב הנשים היולדות, וכבר אין לנו רוב שתלד.

רח. קל וחומר שיש לחוש במקרה בו מצטרפות ריעותות נוספות, כמות האימוצים באותם שנים, ומאידך המציאות באותה תקופה שלא היה כל אפשרות לטיפול פריזן באותה עת, בצירוף בעיית התעודות, והעדר כל תמונה שתחשב כחזקת כרוכין ברורה כלל.

רט. לפי שורת הדין, מי ששהה עם אשתו עשר שנים ולא ילדה, חייב להוציאה בכדי לקיים את מצוות פריה ורביה.

רי. לכאורה היה ניתן להסיק מכאן שמי שלא ילדה במשך עשר שנים הרי היא בחזקת עקרות.

ריא. אך מהסוגיא מבואר שאינו כן. החשש שלא תלד הוא רק ממנו, שהרי הדין הוא שאחרי שמגרשה, מותר לאחר לינשא לה, אף אם לא קיים עדיין את מצוות פריה ורבייה.

ריב. על פניו נראה, כי ניתן להסיק מכאן שגם אם אינה עקרה ממש, מכל מקום ישנה חזקה שלא תלד מבעל זה, שהרי מהאי טעמא חייב הוא להוציאה.

ריג. אך נראה יותר, שגם אם חייב להוציאה בכדי לקיים את מצוות פריה ורבייה, אין הדבר מלמד שהיא לא תלד יותר, והיא בחזקת עקרה. כך מוכח גם מדברי הפתחי תשובה שהובאו לעיל.

ריד. בגמרא עצמה מופיע מציאות של מי שכבר מוחזקת כעקרה, ובכל זאת יולדת. שם כיון שהיא נשאת כבר עם שלושה בעלים ולא ילדה, אזי הוחזקה בעקרות, ובכל זאת יש מציאות שהיא תבריא ותלד מהרביעי ללא כל טיפול רפואי. קל וחומר שאם נשאת רק לבעל אחד ולא ילדה, שהחשש הוא רק שמא לא זכתה ללדת עם הבעל הזה ספציפית, ובודאי שאין כלל קביעה של עקרות כללית.

רטו. הטעם לכפיית הבעל להתגרש, הוא רק כדי שיקיים את המצוה עם אשה אחרת, ומחוייב הוא לעשות ככל שביכלתו לקיים את המצוה, ועל כן כאשר ישנו חשש שלא זכו להבנות יחדיו, חייב הוא לגרשה ולישא אחרת, אבל אין בדבר כל קביעה שעל ידי זה הוחזקה בעקרות, או שודאי לא תלד ממנו.

רטז. כעין סברא זו כתב המהר"ם שיק לענין אשה שהגיעה לגיל ארבעים ועדיין לא ילדה, כי על אף שאין וודאות שאשה זו לא תלד יותר, מכל מקום כיון שיצאה מכלל רוב הנשים אשר מתעברות ויולדות, מחוייב הוא מכח המצוה לשאת אשה אחרת, אשר בה כן קיים הרוב שתלד, ודימה את דינו לאשה שלא ילדה עשר שנים, שגם שם החיוב לגרשה הוא מאותו טעם, משום שמצות פרו ורבו מחייבת אותו לקחת אשה כזו שעל פי הרוב עתידה ללדת.

ריז. מעבר לכל זה, נראה פשוט ביותר, שגם אם אשה לא ילדה עשר שנים ואחר כך מוצאים שיש לה ילד, שאין לפנינו חזקה שאין זה בנה או הבן של בעלה. בוודאי שחזקת כרוכין אחריה, או חזקת קרובים גוברת על החזקה שלא תלד מבעל זה. וילד זה הוא ודאי שלה ושל בעלה.

ריח. לעיל הובאו דבריו של הנודע ביהודה שלא אומרים "רוב נשים מתעברות ויולדות" לאחר עשר שנים, ואף על פי כן כתב שאין הכוונה שמוחזק לנו שאין זה בנה או בן בעלה, אלא שאין "רוב" של מתעברות ויולדות, אבל גם אין רוב הפוך.

ריט. הדין הוא שאם נשא אשה עשר שנים ולא ילדה, ובעלה רוצה לגרשה, והאשה טוענת שהיא התעברה והפילה ואם כן לא הוחזקה עשר שנים ללא עובר, ואינה חפוצה בגירושין, הרי היא נאמנת, משום שאשה לא מחזיקה את עצמה במפלת ללא צורך.

רכ. לכאורה ניתן ללמוד מכך שלולא סברא זו שלא תחזיק עצמה כמפלת בכדי, היינו מחזיקים אותה כחשש עקרה מאיש זה, רק משום שעברן עשר שנים ולא ידוע לנו שילדה.

רכא. אולם הנודע ביהודה דוחה ראייה זו. לדבריו, רק כאשר ישנה הכחשה מפורשת בין הבעל והאשה, אז היינו מניחים שהיא "עקרה" ממנו, לולא הסברא שלא תחזיק עצמה במפלת.

רכב. נראה פשוט שבמקרה שהאשה אינה בת 38 בזמן לידת הבת, אלא בת 74, בית הדין יקבע שאין כאן חזקה כי זו האם, שהרי אין לידות טבעיות בגיל זה. כלומר, מובן וברור שאין כאן גזירת הכתוב אלא עניין של היגיון וטבע העולם. וכאשר זה לא טבעי והיגיוני לחלוטין, לא תולים שאלו הם ילדיה.

רכג. אם כן מה שעקרוני לדיון הוא לא עד כמה אסור לערער על החזקה, ולא כמה ראיות ישנן בש"ס ופוסקים שכאשר יש חזקה אין תולים באימוץ, אלא נקודת הדיון היא רק האם שלל הנסיבות שרואה בית הדין בכל מקרה לגופו, מהווים או לא מהווים **ריעותא** בחזקה, ועד כמה ניתן למתוח חוט של חזקה מול המצוי והאפשרי מבחינת המציאות.

רכד. מכיון שטיפולי פוריות לא היו קיימים בעולם הרפואה בשנות ה-30 של המאה הקודמת אפילו בעולם המערבי המתקדם, וכל שכן בברית המועצות. מבדיקת תיקי ברורי יהדות בבתי הדין, ניתן לקבוע בצורה שאינה משתמעת לשני פנים, שהרוב המוחלט של מקרים שמופיעים לפני בית הדין בלידות מאוחרות באופן משמעותי, בצירוף ריעותות נוספות, התבררו כמקרי אימוץ. בהתחשב במכלול נתונים כאלה, יש בהם לכל הפחות ריעותא גדולה, ואף יתכן לומר שיש כאן ביטול של החזקה אפילו אם הייתה קיימת, וראיה מכוח הרוב לצד האימוץ דווקא.

רכה. לכל הפחות עלינו לומר שאיתרע לה החזקה. כי מי שיש בו נסיבות ופרטים שכאלה יתכן ושייך לרוב הפוך – של ילדים מאומצים, ואיתרע לה חזקה קמא.

רכו. אך נראה עוד יתרה מזאת, שהחזקה מתבטלת על ידי עובדות כאלה לגמרי, וזאת מפני שצירוף הפרטים, יוצר קבוצה נפרדת ומובדלת על ידי מאפיינים ברורים כאלה, ובקבוצה זו ללא ספק ישנו רוב מוחלט שהם ילדים מאומצים. ועל כל פנים כאמור לפחות ישנה כאן רעותא גדולה ביותר וכדין רוב כנגד רוב.

רכז. לעיל הארכנו בכללי הדינים מתי ישנו חיוב לברר למרות הרוב או החזקה. מדין איכא לברורי, ומהדין הנוסף של רוב שיש בו ריעותא ממשית. חילוק גדול יש בין שני דינים אלו, כאשר הצורך לברר הוא רק משום שאיכא לברורי, הרי זה מצריך בירור רק לכתחילה, אבל אם בית הדין ניסה לברר, ולא הצליח, במצב כזה הדין הוא ששוב סומכים על הרוב, והאשה מותרת להנשא בחזקת יהודיה. אבל כיון שאנו נוקטים שיש כאן ריעותא גמורה, ולא עוד אלא שיתבאר מיד כי נראה יותר שאין כאן חזקה כלל, הרי במצב כזה חוסר היכולת לברר מעכב ואוסר אפילו בדיעבד.

רכח. הבסיס העיקרי לכל בירור קירבת משפחה הוא החזקה, על ידי ש"בנה כרוך אחריה" וכדומה. במקרה שלפנינו אין חזקת כרוכין ברורה כלל, ואין לנו שום עדויות מה היה באותו זמן, ואף לא הומצאה כל תמונה של הקרובים יחד, אין כאן לפנינו חזקה כלל.

רכט. עוד ביררנו לעיל, כי כאשר ישנו חשש סביר לאימוץ, שוב אין שום חזקה או בירור גם אם רואים אותו כרוך אחריה, שכן כך היא הדרך גם בילדים מאומצים שהם כרוכים אחרי מי שגידלה אותם אף בכרוכין אחריה, וכאשר ניתן לתלות את כריכתן אליה מסיבה אחרת, ולא

משום שהם בניה, חוששין לכך.

רל. דעתו של הגאון רבי ישראל בארנבאום שליט"א היא כי המפקקים בעניין חשש האימוצים, אינם משערים את ההיקף העצום של תופעת האימוץ בברית המועצות בשנים דאז, הכמות העצומה של ילדים הננטשים בבתי יולדות בברית המועצות מייד לאחר לידה על ידי אמותיהם הביולוגיות. והעובדה שללא טיפולי פוריות באותם שנים, אימוץ היה הפתרון היחיד לבעיית פוריות.

רלא. הטענה שהסבתא עברה טיפולי פריזן עד שהצליחה להרות, מוסיפה לריעותא. כיון שמורים כי הייתה בעיה רפואית של פריזן, ומנגד היכולות לפתור בעיות פריזן בשנת 1937 היו אפשריות.

רלב. אם היו עדויות וראיות כי אכן האם הניקה את בתה זו, היה מקום להגדיר זאת כחזקת כרוכין, שכן מלבד הכרוכין שבדבר הרי כי עצם יכולתה של אשה להניק היא הראיה הטובה לכך שהיא ילדה. אולם לא הובאו כל ראיות לכך, כך שעניין זה אינו מבוסס כלל.

רלג. פסק דין על פי יסוד זה שהנקה מהוה ראיה לאמהות ניתן בבית הדין הרבני האזורי פתח תקווה לפני כבוד הדיינים הגר"י רפפורט, הגר"ב לסרי, והגר"נ נשר שליט"א.

שם הביאו כי מצינו לגבי בהמה שהחלב מהוה ראיה שהבהמה ילדה, ואמנם נחלקו הפוסקים האם חוששים בזה למיעוט, אבל מבואר בתרומת הדשן שפסיקה זו אמורה רק באופן רגיל, אך אם ישנה נאמנות של גוי מדין מסיח לפי תומו, או אומדנה חיצונית, גם רבנו תם מודה שאין חוששים למיעוט והחלב מהוה ראיה ללידה קודמת.

רלד. כל זה הוא לגבי בהמה. להבדיל אלפי הבדלות יש לדון בבני אדם אם ההנקה היא ראיה שאם המבקשת ילדה בעבר, וכיוון שזו המבקשת כרוכה אחריה מינקות כאמור – אין לחוש לאימוץ. עניין זה לא נתבאר בפוסקים בפירוש, אך מדברי מהרי"ט אלגאזי מבואר שבאישה ההנקה היא ראיה ודאית ולא בגדר רוב ומיעוט, שכן בבני אדם לא תיתכן מציאות של אישה המניקה אם לא ילדה. וכעין זה מבואר מדברי רבי עקיבא איגר.

רלה. אמנם היות שלא מצינו בפירוש בדברי הפוסקים התייחסות מפורשת לכך, ובשל מעלת היוחסין ושמירת כרם בית ישראל, יש לברר את הדין אף אם ננקוט (שלא כדבריהם) שגם בבני אדם אין זה אלא בגדר רוב ומיעוט. עד כאן מפסק הדין הנ"ל.

רלו. כאמור נושא זה אינו נוגע כלל לנידון דנן, בו לא הובאה כל ראיה או אסמכתא לסיפור ההנקה, ועל כן הדבר אינו יכול להוות חזקה או ראיה כלשהי.

הרב שניאור פרדס - ראב"ד