

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1087096/1

בבית הדין הרבני נתניה

לפני כבוד הדיין:

הרב שניאור פרדס — אב"ד

המבקש: פלוני

הנדון: יוחסין, 'רוב בעילות אחר הבעל' – גדריו ותנאיו

פסק דין

עיקרי הנקודות לדיון

(א) 'רוב בעילות אחר הבעל' בפרוצה

שיטה א: לא אמרינן 'רוב בעילות' ב'פרוצה ביותר';

שיטה ב: גם ב'פרוצה ביותר' אמרינן 'רוב בעילות';

שיטה ג: ב'פרוצה ביותר' אמרינן 'רוב בעילות' ומכל מקום חוששין לממזר;
סיכום השיטות ומשמעותן לגבי הנידון שלפנינו.

(ב) 'רוב בעילות אחר הבעל' – הביאור והגדר

החזקה המסייעת ל'רוב בעילות' חזקה 'אשה מזנה מתהפכת' – באשת איש;

טעמים נוספים לומר 'רוב בעילות' גם ב'פרוצה ביותר';

הנפקא מינה במחלוקת זו לגבי הנידון שלפנינו;

גדר 'פרוצה ביותר';

בiodע הבעל שהיא פרוצה עם אחד.

(ג) ההכרעה ההלכתית במחלוקת הפוסקים לגבי 'פרוצה ביותר'

במקרים הדומים לנידון שלפנינו;

אשת איש שהתגרשה אזרחית, נישאה אזרחית לאחר וניתקה קשר עם הראשון.

(ד) נידונים נוספים התלויים במחלוקת זו

א. בבעל זקן; ב. לגבי דיני ממונות – ירושה ומזונות.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

(ה) צירופים נוספים להיתר במקרה שלפנינו

א. תלייה בנכרי; ב. רוב בצירוף דין 'קרוב'; ג. תלייה ביולדת למקוטעין; ד. תרי רובי.

א. המקרה והנידון

(א) בתאריך ז' בתמוז התשע"ו (13.7.2016) הופיעו לדיון המבקש ואמו גב' [ז']. אם המבקש נישאה ל[ק'] בפאריז בתאריך ל' באדר א' התשל"ח (9.3.1978). לזוג זה נולדו שתי בנות.

(ב) בשנת 1986 החלה האם בהליכי גירושין בבית המשפט האזרחי, כשנתיים לאחר מכן – בתאריך ט"ו באייר תשמ"ח (2.5.1988) – התגרשה מבעלה [ק'] אזרחית באופן סופי, אך מתן הגט ברבנות היה רק בתאריך י"ד בשבט התשמ"ט (20.1.1989).

(ג) עוד בשנת 1986 הכירה יהודי בשם [מ']. לדבריה, קיימה אתו יחסים במשך יותר משנה – הדבר החל עוד לפני מתן הגט מבעלה. לדבריה, הפסיקה את הקשר עם [מ'] כשהייתה בחודש הרביעי להיריון של המבקש, והוא נולד קצת יותר משבעה חודשים לאחר מתן הגט – בתאריך כ"ה באב התשמ"ט.

האם ציינה בדבריה כי המבקש נולד בחודש השמיני לפי חשבון הרופא, ושקל 2.5 קילוגרם, ומחמת שהיה קטן מדי נערכה לו הברית רק לאחר שבועיים.

(ד) בדיונים – בתאריך ח' בתמוז תשע"ו (14.7.2016) ובתאריך כ"ח בתמוז תשע"ו (3.8.2016) – אמרה האם לפני בית הדין כי קיימה יחסים עם [ק'] לאחר ה'גט' האזרחי, ובמקביל קיימה יחסים גם עם [מ'].

לשאלת בית הדין מדוע סיפרה לכולם כי המבקש הוא בנו של [מ'] השיבה האם כי אף שלפי האמת אין היא יכולה לדעת בבירור מי הוא אביו של המבקש, שכן כאמור היא קיימה יחסים עם שניהם במקביל, אך בזמנו היא סברה מחמת הבושה כי מוטב לקבוע שהמבקש הוא בוודאות בנו של [מ'] מאשר להשאיר את אבהותו של המבקש בספק.

באותה תקופה לא הייתה מודעת לכך שעל הצד שהוא בנו של [מ'] נוצרה בעיית ממזרות, ולכן היה נראה לה שמוטב להחזיק את המבקש כבנו של [מ'].

(ה) האם הוסיפה כי לא רק שקיימה יחסים עם שני האנשים הנ"ל במקביל, אלא אף המשיכה לחיות עם בעלה בדירת הוריו באופן רציף כמו לפני גירושיהם, עד כחודשיים אחרי מתן הגט. באותה תקופה היא קיימה יחסים במקביל עם [מ'] מחוץ לבית.

לטענתה, היא המשיכה לקיים יחסים עם בעלה כל שבוע-שבועיים עד לאחר מתן הגט, ובמקביל קיימה יחסים באותה תדירות גם עם [מ'].

(ו) יצוין כי המבקש מעולם לא נקרא על שם אחד האנשים הנ"ל, לא בעל פה ולא בתעודות לידה (ראה להלן עדותו של [ק'] לגבי רישום בביטוח לאומי). המבקש הוסיף שהוא נוהג לעלות לתורה רק בשמו הפרטי ללא ציון שם אביו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

(ז) לשאלת בית הדין אם היא תבעה אי פעם את אחד האנשים הנ"ל לשלם דמי מזונות עבור המבקש, השיבה האם שעם [מ'] אין היא בקשר מאז שנפרדו, והיא גם לא תבעה אותו, ואילו את [ק'] היא תבעה בעבור מזונות הבנות הגדולות, והואיל ו[ק'] היה משלם סכום הגון עבור הבנות לא ראתה צורך לתובעו בנוסף עבור המבקש, וגם משום שהיה ספק אם המבקש הוא בנם המשותף ולא יהיה זה הגון מצדה לתבוע מספק.

(ח) בדיון העלה בית הדין את [ק'] לשיחת טלפון בנוכחות המבקש והאם. [ק'] אישר כי הוא לא דיבר לא עם המבקש ולא עם גרושתו – אמו של המבקש – כשנתיים. בדבריו טען [ק'] מעצמו (בלי לשמוע את גרסת האם) כי האם והוא גרו תחת קורת גג אחת עד כחודשיים לאחר מתן הגט, וזאת במטרה שהאם תמצא מקום טוב לה ולבנותיו מחוץ לבית הוריו. [ק'] אישר כי קיים יחסים עם האם לפחות עד מתן הגט, בתדירות של כאחת לשבועיים.

עוד הוסיף [ק'] שהוא היה מודע לקשר של האם עם [מ'], ולכן אינו יודע אם הוא אביו של המבקש, וכי זו גם הסיבה שהוא התייחס אל המבקש בקרירות לעומת היחס שהעניק לבנותיו.

(ט) [ק'] מציין שהוא כלל לא ידע שהאם הייתה בהיריון בזמן מתן הגט. לעומת זאת הוא מציין כי המבקש היה רשום בביטוח לאומי על שמו, אלא שהרישום היה רק מכוח נישואיו עם אם המבקש.

הוא נהג לשלם פרמיה לביטוח לאומי במשך שנים כדי שהאם והמבקש יהיו מבוטחים, על הצד שהם יחזרו לגור בצרפת, ואף שהיה בידו לבטל זאת – לא עשה כן כי ייתכן שהמבקש הוא בנו.

לדבריו, הוא הוזמן לברית וגם לבר מצוה של המבקש (עובדה שהוכחה על ידי האם), אך העדיף שלא להגיע מחמת הספק, וגם כדי שלא לפגוש בבני משפחת האם וב[מ'] שייתכן כי הוא אבי המבקש.

(י) יש לציין כי לשאלת בית הדין השיבה האם שקיימה יחסים עם [מ'] בחדר בבית מלון שהוא שכר עבור שניהם. [מ'] היה מגיע ראשון לכניסה לבית המלון, ולאחר מכן הייתה היא מגיעה.

עוד אמרה כי לא השתמשה באמצעי מניעה לא עם בעלה ולא עם [מ'] משום שהיא לא הייתה מודעת לדברים אלו.

(יא) תקציר העובדות: לפי גרסת האם, היא חייתה עם בעלה [ק'] עד אחר מתן הגט וקיימה יחסים עמו, ובמקביל קיימה יחסים גם עם [מ']. לא היא ולא [ק'] יודעים לומר מיהו אביו של המבקש.

מבחינת [ק'] הדבר בספק, הוא מעולם לא רשם את המבקש בתעודת זהות כבנו, אך עם זאת לא נמנע משלם עבורו ועבור אמו תשלום ביטוח לאומי במשך שנים.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יסודות הדין

והנה, כדי לדון בהיתרו של הבן מחשש ממזר תחילה עלינו לברר אם ניתן להכשירו מחמת דין 'רוב בעילות אחר הבעל'. עניין זה הוא ההיתר העיקרי בנידון שלפנינו, ועל כן יש להאריך בכל פרטי הדינים ההלכתיים הנובעים מחמתו.

בנוסף להיתר הנזכר, יש לדון גם אם אפשר להשתמש כצירוף להיתר בסניפים דלהלן:

א. תלייה בנכרי כדי להכשירו מדין ספק ספקא: ספק מהבעל או מהאחר, ואם תמצי לומר שלא מהבעל – ספק שמא נתעברה מנכרי;

ב. רוב עם דין 'קרוב' – שמחמת שניהם יש לתלות את הבן בבעל ולא באחר;

ג. תלייה ב'יולדת למקוטעין' – מכיוון שהבן נולד בתחילת החודש השמיני, ייתכן שנתעברה לאחר מתן הגט;

ד. 'תרי רובי' – מחמת שהיו גרים בסביבה שרובה גויים, וגם רוב העוברים ושבים שם הם גויים.

ב. 'רוב בעילות אחר הבעל' – בפרוצה

מקור הדין

במסכת סוטה (כו ע"א) איתא:

[...] דתני רב תחליפא בר מערבא קמיה דר' אבהו: אשה מזנה בניה כשרין, רוב בעילות אחר הבעל. בעי רב עמרם, היתה פרוצה ביותר (רש"י: דאיכא למיחש דרוב בעילותיה משל אחרים) מהו (רש"י: שיהו בניה כשרים)? אליבא דמאן דאמר אין אשה מתעברת אלא סמוך לווסתה (רש"י: לפני ווסת נדותה יום אחד, דלא ידע הבעל את ווסת נדתה דלנטרה אותו היום מלזנות שלא תתעבר בזנות) לא תיבעי לך, דלא ידעי בה ולא מנטר לה, כי תיבעי לך אליבא דמאן דאמר אין אשה מתעברת אלא סמוך לטבילתה (רש"י: לאחר שטבלה ביום טבילתה או ליום מחר) – מאי? כיון דידע בה נטורי מנטר לה, או דלמא כיון דפרוצה ביותר לא (רש"י: מצי מינטר לה, שנשמטת מאצלו פתאום)? תיקו.

שיטה א – לא אמרינן 'רוב בעילות' בפרוצה ביותר

והנה מדברי רש"י בשאלת הגמרא לגבי 'פרוצה ביותר', דהיינו משום שרוב כמות בעילותיה משל אחרים, מוכח אפוא כי 'רוב בעילות אחר הבעל' הוא מדין רוב כפשוטו, ועל כן בפרוצה ביותר ליכא רוב. ואמנם רש"י כתב כן במקומות נוספים – ראה מסכת יבמות ס"ט ע"ב (רש"י דיבור המתחיל "דדימא מעלמא"), ועיין עוד בהגהת רבי ברוך פרנעקיל לבית שמואל (סימן ד ס"ק כו) שכתב: "ויעוין חולין דף י"ג ע"ב רש"י דיבור המתחיל 'בניו ממזרים'".

גם מדברי התוספות משמע לכאורה כדעת רש"י, שכן התוספות (סוטה שם דיבור המתחיל 'רוב בעילות אחר הבעל') הקשו מדין הבא על ארוסתו, וזו לשונם:

לא איירי אלא בקלא דפסק, דפסקינן כרב (יבמות כה ע"א) דלא תצא, דרוב בעילות אחר הבעל. ואף על גב דרב דאמר בסוף פרק אלמנה ביבמות (סט

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ע"ב) הבא על ארוסתו בבית חמיו הולד ממזר, ומוקי בגמרא בדדימא מיניה ומעלמא, ולא שדינן לה בתר דידיה – דוקא ארוס שאין מצוי אצלה, אבל בבעל שכנסה מודי [...]

כלומר מכיוון שארוס אינו 'מצוי אצלה' וביאותיו מועטות, לכן לא נאמר בו 'רוב בעילות אחר הבעל', ומתבאר שהחילוק הוא בכמות הביאות, וכדעת רש"י.

הלכה זו של רוב בעילות אחר הבעל, הובאה בדברי הרמב"ם (איסורי ביאה פרק טו הלכה כ) שכתב וזו לשונו:

אשת איש שיצא עליה קול שהייתה זונה תחת בעלה והכל מרננין אחריה, אין חוששין לבניה שמא ממזרים הם, שרוב בעילות אצל הבעל, ומותר לישא בתה לכתחלה, אבל היא עצמה חוששין לה משום זונה. ואם היתה פרוצה יותר מדאי, אף לבניה חוששין."

וביאר המגיד משנה (שם) וזו לשונו: "שם בגמרא [...] פרוצה ביותר מהו, וסלקא בתיקו. ופסק רבינו לחומרא, וכן עיקר, דאמרין התם דאיכא למאן דאמר דודאי חוששין."

בפשטות נראה כי גם דעת הרמב"ם כדעת רש"י שדין 'רוב בעילות' היינו רוב כפשוטו, וספק הגמרא בפרוצה ביותר הוא מחמת שבכי האי גוונא אין רוב. ואף שבגמרא נשארו בתיקו, מכל מקום הרמב"ם פסק לחומרא, ועל כן אין הולכין אחר הרוב וחוששין לבניה לעשותם ממזרים.

וראה גם בשולחן ערוך (אבן העזר סימן ד סעיף טו) שהביא את דברי הרמב"ם ופסק כן, והבית שמואל (ס"ק כו) כתב בביאור דעתו כמבואר לעיל, וזו לשונו:

ואם היא פרוצה ביותר חוששין וכו', והיינו חשש ממזר כיון דלא שייך בה לומר רוב בעילות מהבעל, וכן הוא בפסקי מהרא"י (סימן לז), וכן משמע בפירוש רש"י.

גם מלשון הסמ"ג (לא תעשה קיז) מדויק שהנידון הוא בפסול ממזרות, שכתב וזו לשונו: "אשת איש שיצא עליה קול [...] אין חוששין לבניה שמא ממזרים [...] אלא אם כן היתה מפקרת עצמה [...]"

לסיכום: מהשיטות הנזכרות לעיל מתבאר, כי דין 'רוב בעילות אחר הבעל' היינו רוב כפשוטו, דהיינו רוב מבחינת הכמות, ועל כן אם אכן יש רוב – אין חשש ממזר, אולם במקום שאין רוב וכבפרוצה ביותר, שוב יש חשש ממזר.

על שיטה זו העיר בשו"ת בנין עולם (אבן העזר סימן ה ס"ק כו) בזו הלשון:

ופסקו הפוסקים בבעיא זו לחומרא, דחוששין על בניה מספק [...] ולכאורה צריך עיון, למה פסקו לחומרא, הא יש כאן ספק ספיקא להכשיר הולד: ספק אחד שמא כמאן דאמר מצי מנטר לה, ואפילו תאמר דלא מצי מינטר לה על כל פנים מידי ספיקא לא נפקא, דעל כל פנים כיון דגם בעלה בא עליה כמה פעמים הוא ספק השקול שמא מבעלה נתעברה. אך זה יש לעיין קצת דהוי ספק ספיקא משם אחד [...] אם מבעלה נתעברה או לאו. אבל יש עוד לדקדק קצת, כיון דקיימא דמן התורה ספק ממזר מותר לבוא בקהל, רק דרבנן אסרוהו, אם כן עיקר הבעיא במילתא דרבנן, דאפילו נאמר דודאי לא מצי מינטר לה, על כל פנים מידי ספיקא לא נפקא, והא קיימא לן דתיקו במילתא דרבנן לקולא?

וביישוב הקושיה כתב הבנין עולם (סוף ס"ק כז) בזו הלשון:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ואפשר לומר, דלכך פסקו הפוסקים הך בעיא לחומרא, משום דבכמה מקומות מצינו שהחמירו חכמים ביוחסין, וכמו שאמרו בכמה מקומות מעלה עשו ביוחסין. אבל הוא דחוק [...]

ולכן נראה יותר דלזה דקדק רש"י ז"ל וכתב "דאיכא למימר רוב בעילותיה משל אחרים". ורצה לומר דיש רוב להיפוך – לאיסור, דאף על גב דבעלה מצוי אצלה, מכל מקום כיון דפרוצה ביותר בעילותיה משל אחרים הם יותר מבשל בעלה.

ואם כן אתי שפיר, דאם נאמר דלא מצי מנטר לה, הוי ממזר ודאי, דאזלינן בתר רובא, ולכן שפיר פסקו הפוסקים הבעיא לחומרא. ואתי שפיר גם הקושיה ראשונה שהקשיתי דהוי ספק ספיקא.

שיטה ב – גם בפרוצה ביותר אמרינן 'רוב בעילות'

ומאידיך גיסא מצינו שיטה שונה בביאור דברי הגמרא (סוטה שם), וכן בדברי הרמב"ם דלעיל, והיא שיטת המהר"י וייל המובאת בבית שמואל (שם), וזו לשונו:

מיהו הרא"ש פרק י"ב כתב בשם הלכות גדולות, דאמרינן רוב בעילות מהבעל אפילו אם היא פרוצה ביותר, וכן כתב הגהות מימוניות פרק ט"ו, והחולקים על הלכות גדולות לא חולקים עליו בזה. וכן כתב בתשובת מהר"י וייל, דסוגיא דסוטה איירי לענין איסור כהונה, אבל ליכא חשש ממזר. ומדייק כן מהרמב"ם שכתב אם היא פרוצה חוששין אף לבנים, והיינו דחוששין לה ולהבנים. וחששא שלה הוא לאיסור כהונה, כן הוא החשש הבנים, לכן בניה לכתחלה אסורים, ובדיעבד צריך עיון אם מוציאם אותה מישראל.

לפי שיטה זו, הרי שגם בפרוצה ביותר אמרינן 'רוב בעילות אחר הבעל', ועל כן אין חוששין לממזרות. וספק הגמרא הוא רק לעניין פסולי כהונה, ובזה פסק הרמב"ם להחמיר.

וכן כתב גם המאירי (סוטה שם), וזו לשונו:

[...] ולממזרות אין חשש, שאפילו הייתה פרוצה ביותר ואינה חוששת שלא לזנות אף בשעת העיבור כגון סמוך לטבילתה או סמוך לוסתה, מכל מקום רוב בעילות אחר הבעל, ואף בתלמוד המערב (פרק א הלכה ז) אמרו: 'פורשין מן המזוהמת ואין פורשין מבתה'. וירא שמים והנוהג סלסול בעצמו, יצא מתחת ידי שניהם.

בהמשך דבריו כתב הבית שמואל שם, שלפי שיטה זו מצינו קולא נוספת, דהנה על דברי השולחן ערוך דלעיל, שהעתיק את דברי הרמב"ם שבפרוצה ביותר חוששים גם לבנים, הוסיף הרמ"א בהגהתו, וזו לשונו: "הגה: ומכל מקום היא נאמנת לומר על בניה שהם כשרים (מהר"ם פאדוואה סימן לג)."

ויש לעיין כי על פי השיטה שבפרוצה ביותר ליכא רוב בעילות, אם כן יש להחשיבה כנבעלה מאחרים ובניה ממזרים, ומדוע אם כן נאמנת להכשירם? אכן לשיטת המהר"י וייל, שגם בפרוצה ביותר אמרינן 'רוב בעילות אחר הבעל', אתי שפיר וכפי שכתב הבית שמואל (שם), וזו לשונו:

ולפי זה שפיר מה שפסק בתשובות מהר"ם פאדוואה ואיתא בסמוך בהג"ה: אם היא פרוצה ביותר ואומרת הולד הוא מבעלה נאמנת להכשיר. ולמד זאת מתוספות שם, שכתבו כן אליביה דשמואל דלא סבירא ליה רוב בעילות

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מהבעל, ומכל מקום מהני כשאומרת הולד מהבעל, כן הכי נמי לדין אם היא פרוצה ביותר נאמנת להכשיר הולד. ובט"ז השיג עליו וכתב דאין לדמות פרוצה לדין דשמואל כי רש"י כתב שם פרוצה ביותר איכא חשש דרוב בעילות הם מאחרים, אם כן אין לדמות לדין דשמואל כי לשמואל אף על גב דלא סבירא ליה רוב בעילות מהבעל מכל מקום ליכא חשש דרוב בעילות הם מאחרים, אבל פרוצה ביותר איכא חשש דרוב בעילות מאחרים. ואם היה רואה דברי פוסקים האלה לא היה משיג כי לרוב פוסקים לא אמרין שום חשש ממזרים, אפילו אם היא פרוצה ביותר.

ההשגות על שיטה זו

כמובא לעיל, הבית שמואל הבין מדברי הרא"ש שלדעת ההלכות גדולות אומרים 'רוב בעילות' אפילו בפרוצה ביותר, אולם יש החולקים על הבנה זו, דהנה זו לשון הרא"ש (בבא בתרא פרק ח סימן כא):

כתוב בהלכות גדולות הלכה כרבי יהודה [...] אבל האומר בני זה ממזר ולא לענין בכורה, לא מהימן לשוויה ממזר, ואפילו אשתו פרוצה ביותר, דרוב בעילות אחר הבעל.

ומזה דייק הבית שמואל שגם בפרוצה ביותר אמרין רוב בעילות מהבעל, ועל כורחך ספק הגמרא (סוטה שם): "פרוצה ביותר מהו" הוא לגבי איסורי כהונה ולא באיסור ממזרות לישראל.

ואולם הבית מאיר (לסימן ד שם) השיג על דבריו, וביאר את כוונת ההלכות גדולות באופן אחר, וזו לשונו:

[...] ומכל מקום תמוה להעמיד הסוגיא [...] באשת כהן דווקא [...] ולעניות דעתי ישתקע פירוש זה ולא יאמר [...] ומעולם לא עלה על דעת הלכות גדולות לפרש האיבעיא לאשת כהן. וטעמו פשוט, מפני דספק ממזר דרבנן, פסק לקולא באיבעיא דלא איפשיטא. וזה מדויק בהרב המגיד שכתב, וסלקא בתיקו ופסק לחומרא וכן עיקר [...] הרי שהרגיש שיש פוסקים לקולא [...]

לדבריו ספק הגמרא בפרוצה ביותר מתפרש כפשוטו לגבי חשש ממזרות לישראל, אלא שמכיוון שספק ממזר אסור מדרבנן, לפיכך נפסק שמקילין בדרבנן.

ואף שלהלכה בין לדעת הבית שמואל ובין לדעת הבית מאיר, בפרוצה ביותר אין חשש ממזרות בבנה, מכל מקום יש נפקא מינה ביניהם אם בן זה פוטר מחליצה, כמו שכתב בשו"ת עמודי אש (קונטרס בית הנשים סימן כ אות ב), וזו לשונו:

והן אמת שבשו"ת מהר"י וייל (סימן פח) כתב בפשיטות דאף בפרוצה ביותר פוטר הבן מחליצה האשה האחרת, ולמד כן מדברי בעל הלכות גדולות שהביא הרא"ש פרק יש נוחלין, דאף בפרוצה ביותר אמרין רוב בעילות אחר הבעל, והיינו דמפרש הסוגיא דסוטה לענין כהונה. אולם ראיתי להבית מאיר (סימן ד) שהשיג על המהר"י וייל, דמבעל הלכות גדולות אין ראייה דמפרש הסוגיא לענין כהונה, רק כיון דבפרוצה ביותר הוי איבעיא דלא איפשיטא בסוטה, פסק ההלכות גדולות לקולא כיון דהוי דרבנן דספק ממזר מדרבנן, מה שאין כן לענין יבום דהוי מן התורה, מניין לו למהר"י וייל ללמוד מהלכות גדולות דפוטר דהא הוי דבר תורה.

נמצא אפוא שלדעת הבית מאיר שהטעם שאין חשש ממזר בפרוצה ביותר, משום דספק דרבנן לקולא, אם כן לגבי דין מהתורה יש להחמיר, וממילא בן זה לא יפטור את אמו מחליצה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אולם לדעת הבית שמואל שהטעם משום 'רוב בעילות', אם כן הוא הדין לגבי דין מהתורה, וממילא גם לעניין חליצה יפטור הבן את אמו.

השגה נוספת: רבים מהפוסקים השיגו על שיטת המהר"י וייל המובאת בבית שמואל, ובפרט על דיוקו מהרמב"ם. ומתחילה נעתיק את דבריו כפי המובא בתשובתו (סימן פח ובקצרה בסימן כד), וכך כתב בתוך דבריו:

מה שכתב דמרננים על שהייתה פרוצה ביותר ואיכא למיחש דלאו בתו היתה, כדמשמע בסוטה [...] ובמיימוני [...] אי משום הא לא איריא, הא דלא הוי אלא חששי בעלמא.

והכי איתא באשירי פרק יש נוחלין, דכתב משמיה דהלכות גדולות וזו לשונו: "אבל [...] ואפילו אשתו פרוצה ביותר, דרוב בעילות אחר הבעל." עכ"ל. ואף על גב דהאשירי ושאר פוסקים פליגי אהלכות גדולות, לא פליגי אלא [...] אבל במאי שכתבו ואפילו אשתו פרוצה ביותר לא אשכחן דפליגי.

וכן משמע לשון הרמב"ם דליכא אלא חששא בעלמא, וליכא חשש ממזרות וזו לשונו: "[...] ואם הייתה פרוצה ביותר אף לבתה חוששין." עכ"ל.

ומדקאמר "אף לבתה חוששין" משמע חששא בעלמא לכתחילה, דאם לא כן הוה ליה למימר הרי זו ספק ממזרות, כדנקט לעיל מיניה גבי ארוסה שעברה. או שמא לכהן אסורה דווקא [...]

וכן משמע לישיני דגבי האשה עצמה קאמר "חוששין לה משום זונה", כלומר דווקא משום זנות ולא לאוסרה על בעלה [...] ואם כן הא דקאמר בתר הכי "אף לבתה חוששין", הוי הפירוש נמי: לכהונה או חששא בעלמא כלומר לכתחילה [...]

ובתרומת הדשן (סימן לז, צוין בבית שמואל והובא בדרכי משה) העיר על ראייתו מלשון הרמב"ם, וזו לשונו:

אמנם תמיהני על מהר"ר ישראל שכתב שאפילו פרוצה ביותר אין חוששין לבניה משום ממזרות רק לכהונה, דלא מוכח הכי כל עיקר במיימוני, דמשמע בפשיטות התם דאפסול ממזרת קאי. ואף כי בעיא מפורשת היא במסכת סוטה [...] ופירש רש"י שם בהדיא דלישראל קאי, ועיין שם דנשארה הבעיא בתיקו, ומיניה כתב רמב"ם פסק שלו [...]

גם החכם צבי (בהגהתו על הט"ז) העיר על שיטת המהר"י וייל, ולדעתו הרמב"ם והרא"ש והגהות מימוניות ורוב הפוסקים, אינם סוברים שהסוגיא עוסקת באיסורי כהונה, אלא באיסור ממזר, וכך כתב בתוך דבריו:

כתב בית שמואל: "[...] ואלו היה רואה דברי פוסקים אלו לא היה משיג, דלרוב פוסקים לא אמרין שום חשש ממזרות אפילו אם היה פרוצה ביותר." עכ"ל. ואני אומר דגם הוא לא ראה דברי פוסקים אלו, כי ליתא לא באשר"י ולא בהגהות מימוניות, רק מהר"י וייל כתב כן דהסוגיא איירי לענין איסור כהונה ולא חשש ממזרות [...] ומה שכתב הבית שמואל ומדייק מרמב"ם [...] בודאי אינו כן, דהרמב"ם קאי על מה שכתב למעלה מזה [...] וקאי אלמעלה דגם בניה ממזרים, ולא כמו שהבין הוא דקאי עלה עצמה גם כן. ומהר"י וייל בעצמו גם כן אינו מפרש כן בדבריו [...] ומה שכתב מהר"י וייל שכן הוא באשר"י פרק החולץ, זה ליתא בהרא"ש שם וגם הטור והבית יוסף ודרכי משה ופרישה וב"ח, ושום פוסק לא הביא דברים אלו בשם הרא"ש. וכי אפשר דלא הוי אשתמיט שום פוסק מלהביא דבר זה בשם הרא"ש? בפרט

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הטור כתב בפשיטות דחוששין לבנים שהם ממזרים, ולא הביא דברי אביו שחולק בדבר [...] וגם מהר"י וייל כתב כן בשם מרדכי וליתא גם במרדכי [...] ובאמת כל הפוסקים – הרמב"ם והטור בית יוסף ומהרא"י ומ"מ ודרכי משה ופרישה וב"ח – לא סבירא להו כן דאיירי מדין כהונה, ואף אם היה דעת הרא"ש כן, הרי רש"י ותוספות וכל הפוסקים הנ"ל לא סבירא להו כן דאיירי מדין כהונה [...]

לדבריו הסוגיה עוסקת באיסור ממזרות ממש, ודין פרוצה ביותר הוא לפי שאין שייך בה רוב בעילות אחר הבעל, ולכן הבנים הם ספק ממזרים. והיינו כדעת רש"י דלעיל, אלא שלדעתו זו גם דעת רוב הראשונים.

ואמנם פוסקים רבים דחו את ראיות המהר"י וייל מהרמב"ם, ולטענתם ברור כי הרמב"ם מדבר על פסול ממזרות ולא על פסול כהונה, וממילא מוכח כי בפרוצה ביותר לא אמרינן רוב בעילות אחר הבעל. וראה גם באוצר הפוסקים (סימן ס"ק א) בשם אפי זוטרי (ס"ק כד), שממה שכתבו הרמב"ם והטור והשולחן ערוך ברישא – "אין חוששין שהם ממזרים" – משמע דחוששין דסיפא היינו גם ממזרות.

וליישב את דיוקו של המהר"י וייל מהרמב"ם, כתב בשו"ת נודע ביהודה (מהדורא תניינא אבן העזר סימן ב) כי הייתה לפניו גרסה שונה בלשון הרמב"ם, שמחמתה פירש את כוונתו באופן אחר, וזו לשונו:

[...] והיה למהר"י וייל הגירסא ברמב"ם: "ואם היא פרוצה ביותר אף לבתה חוששין" (ואינו כן הגרסא שלפנינו ברמב"ם שכתב "אף לבניו [צ"ל לבניה] חוששין"). ולכך מפרש דהרמב"ם חשש רק לכהן, אבל לישראל לא חיישינן משום חשש ממזרות, דרוב בעילות אחר הבעל אף בפרוצה ביותר [...]

ואכן גם בספר נתיבות לשבת לבעל ההפלאה (אבן העזר סימן ד ס"ק יג) דייק כן מלשון הרמב"ם, וזו לשונו:

ולעניות דעתי יש משמעות יותר מדכתב בתחילה "אין חוששין לבניה" ואחר כך כתב "ומותר לישא בתה" וכן בסוף דבריו "חוששין אף לבתה" ולא כתב "לבניה" אלא דמיירי לכהונה [...]

אלא שעדיין עלינו לדון בהשגה העיקרית על שיטה זו, כי לכאורה מסוגיית הגמרא אפשר להוכיח שהספק בפרוצה ביותר הוא לגבי חשש ממזרות לישראל ולא לגבי פסולי כהונה, וכפי שתמה השואל המובא בשו"ת נודע ביהודה (מהדורא תניינא אבן העזר סימן ב), וזו לשונו:

מה שהקשה על הבית שמואל באבן העזר (סימן ד ס"ק כו) דכתב בשם מהר"י וייל דאפילו בפרוצה ביותר לא חיישינן לבניה משום ממזרות, וסוגיא דסוטה איירי לענין איסור כהונה אבל ליכא חשש ממזרות, ועל זה כתב מעלתו: איך אפשר לומר כן, הא בסוטה (דף כז) אמר: "כי תבעי לך אליבא דמאן דאמר אין אשה מתעברת אלא סמוך לטבילתה" וכו', והיינו דמנטרי אותה באותו יום מלזנות שלא תתעבר בזנות, ואי איירי לענין איסור כהונה, מאי מהני שמנטרה סמוך לטבילתה, הא אם זינתה קודם לכן אסורה לבעלה והבנים שילדה אחר כן מבעלה הם חללים, כמו שכתב הבית שמואל (בס"ק כה). ע"כ לשון מעלתו.

אמנם הנודע ביהודה שם העיר, שבדברי המהר"י וייל לא מפורש שכן הביאור גם בסוגיית הגמרא במסכת סוטה, אלא שכתב כן לפרש את דברי הרמב"ם, והבית שמואל הוא שהבין כך

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בכוונתו, ואם כן הקושיה הנ"ל תקשי על הבית שמואל. מכל מקום בהמשך דבריו (שם), דחק הנודע ביהודה ליישב את הסוגיה אליבא דשיטה זו, וזו לשונו:

ומתוך חומר הקושיא, שלא לשוות הבית שמואל כטועה חס ושלום, אמרתי לפרש דבריו בכוונת מהר"י וייל דהא איבעיא בגמרא הוא דכפרוצה ביותר אי אמרינן דבעלה מנטרי אותה אחר טבילתה או לא מצי מנטרי וחיישינן לבתה משום חשש ממזרות, איירי באשת ישראל, דאין בתו של ישראל אסורה משום חללה דאין חללה אלא מפסולי כהונה, ואשת ישראל שזינתה תחת בעלה וילדה אחר כך מבעלה, אין הולד פגום לכהונה אף שהייתה אסורה לבעלה, ולא נעשה הולד חלל לכהונה כמו שכתב הבית שמואל (בס"ק כה) ודלא כדעת הים של שלמה (בפרק ד דיבמות סוף סימן לח). ואם כן ליכא משום חשש חללה בבתה של פרוצה אשת ישראל אלא משום חשש ממזרות, וקא מיבעיא ליה אי חיישינן לאסור בתה לכהונה משום חשש ממזרות. וסבירא ליה למהר"י וייל דלישראל לא חיישינן משום ממזרות, דרוב בעילות אחר הבעל אפילו בפרוצה ביותר, אפילו הכי להשיאה לכהן חיישינן שמא היא ממזרת, דלכהן חיישינן טפי אף בחשש רחוק, דכהן חמור מישראל אף לענין חשש ממזרות. כן נראה לי ליישב דברי הבית שמואל אליבא דמהר"י וייל, וזה הוא שכתב מהר"י וייל דהוא חששא בעלמא ומחמרינן רק לכהן ולא לישראל, וכוונתו דליחוסי כהונה מדקדקין ביותר, וחיישינן מה שלא חיישינן לגבי ישראל.

נמצא לפי זה, שאמנם חשש הגמרא הוא חשש ממזרות, ואף שלישראל אין לחוש לפי שרוב בעילות אחר הבעל אפילו בפרוצה ביותר, אולם ספק הגמרא הוא לגבי כהונה, לפי שלגבי כהן חיישינן טפי.

וכן כתב בספר נתיבות לשבת לבעל ההפלאה (אבן העזר סימן ד ס"ק יג), ליישב את פסק הרמב"ם, וזו לשונו:

ויותר היה נראה דהא דפסק האיבעיא הייתה פרוצה ביותר לחומרא, אף דקיימא לן דספק ממזר מותר מן התורה [...] דאף דספק ממזר מותר מן התורה, היינו דוקא בקהל ישראל, אבל לקהל כהונה לא עדיף מספק חלל דאסור מן התורה [...] ואם כן יש לומר דהא דפסק האיבעיא לחומרא היינו דוקא לכהונה. אלא דעדיין צריך עיון בדעת הרמב"ם, דסבירא ליה דכל ספיקא דאורייתא לחומרא הוא מדרבנן. מיהו יש לומר דאיסור כהונה שאני [...]

שיטה ג – בפרוצה ביותר אמרינן 'רוב בעילות' ומכל מקום חוששין לממזר

בערוך השולחן (סימן ד סעיפים כו – כח) מובאת שיטה שלישית: לדבריו גם בפרוצה ביותר יש דין 'רוב בעילות אחר הבעל', ואם כן לכאורה אין חשש לממזרות, אבל מכל מקום מחמת עצה טובה וחששא בעלמא ראוי להחמיר ולחוש אף לחשש רחוק שכזה.

למסקנה זו הגיע הערוך השולחן, לאחר שהעיר על סתירת פסקי הרמב"ם לגבי דינה של אשה שיצא עליה שם מזנה, וזו לשונו (סעיף כו):

כתב הרמב"ם ז"ל בפרק ט"ו מהלכות איסורי ביאה (הלכה כ):

"אשת איש שיצא עליה קול שהיא זונה תחת בעלה והכל מרננים אחריה, אין חוששין לבניה שמא ממזרים הם, שרוב בעילות אצל

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הבעל, ומותר לישא בתה לכתחלה, אבל היא עצמה חוששין לה משום זונה, ואם הייתה פרוצה יותר מדאי אף לבניה חוששין", עכ"ל.

ובסוף פרק י"ז כתב:

"יצא קול על הבתולה שהיא בעולה, אין חוששין לה ותנשא לכהן גדול. יצא לה שם מזונה בעיר, אין חוששין לה, ואפילו הוציאה בעלה משום שעברה על דת יהודית או בעידי דבר מכוער ומת קודם שיתן לה גט, הרי זו מותרת לכהן, שאין אוסרין אשה מאלו אלא בעדות ברורה או בהודאת פיה", עכ"ל.

וליישב את פסקי הרמב"ם כתב (סעיף כז) וזו לשונו:

ויראה לי דבדין השני דינא קתני, דמן הדין אין לאסור אלא בעדות ברורה או בהודאת פיה, דאף על הנטען מאשת איש סבירא ליה להרמב"ם שאין מוציאין ממנו [...] ובדין הראשון אינו דינא, אלא עצה טובה בעלמא למי שירצה לחוש לישא אשה מטוהרת, ולכן אמר דבהבת אין שום חששא כלל מפני שרוב בעילות אחר הבעל, אבל עליה בעצמה יש לחשוש משום זונה ואינו ראוי לכהן ליקח אותה (משנה למלך), ואף גם ישראל המיישר דרכיו אינו ראוי ללוקחה, שתקלקלנו לשמש עמו משנאסרה לו (רש"י סוטה כז ע"א).

וכתוצאה של חילוק זה, מביא הערוך השולחן נפקא מינה גם לנידון דידן, וזו לשונו:

וכשהיא פרוצה ביותר, דאז אפשר שרוב הבעילות לא היה מהבעל, ראוי להמחשב דרכיו להתרחק גם מזרעה, וזהו לשון חששא אבל לא מדינא (וכן משמע מרש"י שם דאינו מדינא, וכן כתב הבית מאיר).

ובהמשך דבריו מביא הערוך השולחן את תירוצי האחרונים על הסתירה האמורה, ודחה את דבריהם, ובסוף דבריו חזר על מסקנתו – בין לגבי האם ובין לגבי זרעה, וזו לשונו:

ולכן נראה כמו שכתבתי [...] דכהן יש לו לחשוש יותר, דזונה אסורה לו מן התורה, אבל לישראל מותרת, אמנם מן הכיעור כשרוצה להתרחק שלא תכשילנו בבעילותיו, גם הוא ראוי להתרחק, וזהו שכתב ואם היא פרוצה ביותר חוששין אף לבנים, כלומר חששא בעלמא.

ובזה מיישב גם את הגהת הרמ"א שהובאה לעיל, וזו לשונו (סעיף כז):

וזהו שסיים רבינו הרמ"א: "ומכל מקום היא נאמנת לומר על בניה שהם כשירים." עכ"ל. כלומר דמעיקר הדין אין לאוסרם כשאומרת שהם כשירים אף אם היא פרוצה ביותר [...] וזה שכתב דבפרוצה ביותר חוששין גם לבניה, רוצה לומר גם לחשש ממזירות, דלחשוש ודאי שיש לחשוש גם לממזירות, אבל מדינא אין לאסור, דלא כמו שיש שרוצה לאסור מדינא (שם).

נמצא כי לדעת הערוך השולחן, גם בפרוצה ביותר אמרינן רוב בעילות אחר הבעל, ומעיקר הדין אין לחשוש בה לממזרות. אלא שמכל מקום לכתחילה ראוי לחוש.

סיכום השיטות ומשמעותן לגבי הנידון שלפנינו

על פי המבואר עולה כי בנידון שלפנינו לכל השיטות תולין את הבן בבעל, וכדלהלן:

א. לפי השיטה שאומרים 'רוב בעילות אחר הבעל' גם בפרוצה ביותר, ברור ופשוט שגם בנידוננו נאמר כן, ותולין שהבן הוא מהבעל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב. גם לפי השיטה שבפרוצה ביותר אין דין 'רוב בעילות אחר הבעל', ואם כן יש חשש ממזרות, מכל מקום בנידון דנן הרי אין ביאותיה מאחרים מרובות משל בעלה, וכפי שהעידו גם האב וגם האם, שהביאות היו בתדירות דומה בינו ובין הבעל, ואם כך לכולי עלמא הדין שתולין את הבן בבעלה.

ג. 'רוב בעילות אחר הבעל' – הביאור והגדר

מהאמור לעיל נמצאנו למדים, כי הפוסקים חלוקים אם אמרינן 'רוב בעילות אחר הבעל' גם לגבי אישה 'פרוצה ביותר' או לא. ומלבד שצריך לברר את שורש מחלוקתם, גם יש לעיין בטעמים של הסוברים שאומרים 'רוב בעילות' גם בפרוצה ביותר, והרי מאחר שפרוצה היא ונבעלה מאחרים פעמים רבות, כיצד אפוא אפשר לסמוך על 'רוב' שכזה, והרי מסתבר שאין זה רוב כלל, ושמא אף רוב בעילותיה הן משל אחרים (וכמו שכתב רש"י, וכדקדוק הבנין עולם המובא לעיל).

ונראה בביאור העניין, דהנה יש לחקור אם רוב זה – 'רוב בעילות אחר הבעל' – הוא אכן כשאר דיני רוב, והיינו שהנידון בו הוא מבחינת הכמות ותלינן שכמות רוב הבעילות הן מהבעל, או שאין זה כשאר דיני רוב, ואף שלשון הגמרא והראשונים היא 'רוב בעילות', מכל מקום 'רוב' זה שורשו מחמת חזקה, ואף שמבחינת הכמות אין כאן רוב, מכל מקום מחמת החזקה עומד גם הרוב (ויבואר להלן).

החזקה המסייעת ל'רוב בעילות'

הגדרה מחודשת זו ברוב שלפנינו, מקורה בספרי הפוסקים. דהנה בספר תועפות ראם (לרא"מ טיובש, תשובה מד) דן בתביעת מזונות של אם שהייתה פרוצה ביותר, והשאלה היא אם אפשר לומר בכי האי גוונא רוב בעילות אחר הבעל להוציא ממון מהאב למזונות הבן, או לא. וזו לשון השאלה:

[...] ורננו אחריה ששר אחד יוצא ובא בביתה יום יום, ולא היה עדות רק קלא, ואחרי זה נתגלה קלונה בעורמת הבעל, ונודע שבשעה שלא היה אישה בביתה השר הזה לן אצלה כל הלילה [...] ושלחה בגט פיטורין, רק שהיא הרה ותובעת ממנו צרכי הולד, והבעל אומר כי הוא מנכרי הזה שנחשדה ממנו [...] וכאשר שאלוהו אם בא עליה בעת שנחשדה בעיניו. והודה כי בא עליה לפרקים, ואומר שבודאי ביאת הנכרי היה מרובה משלו כי נתיחדה עמו פעמים הרבה. והיא אומרת: "ממך העובר, לא נבעלתי כי לא בא לשכב עמי גם באותו הלילה שנתפשתי עמו" [...]

ובתוך דבריו תשובתו כתב וזו לשונו:

[...] מכל מקום גם בזה יש לומר דרוב בעילות אחר הבעל, והיינו משום דאשה מזנה מתהפכת שלא תתעבר, ולכן תלינן בביאת הבעל, ואפילו בביאת אחרים מרובה על ביאת הבעל, מכל מקום אמרינן רוב בעילות שתתעבר אחר הבעל [...]

כלומר 'רוב בעילות' כוונתו ל'רוב בעילות שתתעבר מהן' כי מאחר שיש חזקה 'אשה מזנה מתהפכת שלא תתעבר', אם כן כשבאים לדון ממי נולד הבן, אין ללכת אחר הכמות, אלא אחר

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הבעילות שמהן ייתכן שהתעברה בכך זה, ועל כן אף בפרוצה ביותר אמרינן 'רוב בעילות – שתתעבר מהן – אחר הבעל'.

הגדרה כעין זו, כתב ההפלאה בספרו נתיבות לשבת (אבן העזר סימן יט ס"ק א) וזו לשונו:

דהא דאמרינן רוב בעילות אחר הבעל, אין הפירוש דתלינן ברוב ביאות, דאם כן אם נתעברה מביאה ראשונה לא שייך זה. ועוד הוכחנו מבין תשעה לראשון ובין שבעה לשני – אפילו אם שמשה עם בעלה ראשון פעמים הרבה, ואין להסתפק מבעל אחרון אלא כשנתעברה מביאה ראשונה, וכן להיפך – אפילו כשנצטרך לומר דמבעלה ראשון נתעברה מביאה אחרונה, אפילו הכי מספקינן ליה. אלא הפירוש הוא, שרוב הנשים הנבעלות הם נבעלות מבעליהן. ואכתי מנא ידעינן זה דרוב הנבעלות נבעלות מבעליהן, היינו משום חזקה דכל איש ואשה [...]

ובמקום אחר שם (סימן ג ס"ק ח), חזר ההפלאה על דבריו, וזו לשונו:

[...] אלא דאזלינן בתר רובא, שרוב נשים מתעברות מבעליהן ולא מזנות, והיינו דאמר רוב בעילות אחר הבעל, פירוש דרוב הנשים הנבעלות הן מבעליהן ולא מזנות [...]

וכן כתב גם בספרו פנים יפות על התורה (ויקרא יח ט), וזו לשונו:

דהא דאמרינן רוב הבעילות אחר הבעל, אין הפירוש מפני שרגיל אצלה מביאות הרבה, דלא חילקה התורה אפילו לא נתייחד עמה הבעל אלא פעם אחת תולין הולד בבעל, אלא הפירוש הוא דרוב הנבעלות הם מבעליהן, להכי כל היכא דאיכא למתלי בבעל אזלינן בתר רוב הבעולות מבעליהן. לפי זה דחייבי כריתות שאין תופסות קידושין כלל ואין שם בעל עליו, ליתא להאי רובא, ואדרבא כיון דלדידיה איכא איסור כרת ולכולי עלמא ליכא איסור כרת, איכא למיתלא יותר באחרים [...]

מבואר אפוא כי גם לדעת ההפלאה 'רוב בעילות אחר הבעל' אינו רוב כפשוטו – שהולכים לפי כמות הבעילות, אלא שיסודו מחמת חזקה. ואולם החזקה לדעת ההפלאה היא 'חזקת כשרות' – שאישה נבעלת על ידי בעלה ולא בזנות, ולפיכך הולכים אחר רוב הנשים שבעולם שהן נבעלות מבעליהן ואינן מזנות, ונמצא שעל פי החזקה יש רוב לקבוע כי אישה זו נבעלה מבעלה.

ואולם דבריו צריכים ביאור כי כאמור גם בפרוצה ביותר אמרינן רוב בעילות אחר הבעל, והרי בכי האי גוונא יש ריעותא ברוב זה, דאף שרוב הנבעלות הן מבעליהן, מכל מקום אישה זו הלא רוב בעילותיה מאחרים? ועוד, גם באישה שאינה פרוצה ביותר, אלא שידוע ודאי שזינתה תחת בעלה – אפילו רק פעם אחת – אם כן שוב נתבטל הרוב, שהרי אי אפשר לקבוע על פי הרוב שבעילותיה מבעלה ולא מזנות, כיון שידוע שזינתה?

הערה זו (השנייה) על ההפלאה, מצינו בשו"ת עמודי אש (קונטרס בית הנשים סימן כ אות ב) שכתב וזו לשונו:

וראיתי בקונטרס נתיבות לשבת [...] דהפירוש רוב בעילות אחר הבעל היינו דעל פי רוב אשה שיושבת תחת בעלה איננה מזנה [...] אולם הפירוש הזה נסתר מתוך דברי הרמ"א שכתב להדיא דאפילו אם איכא עדים שזינתה אמרינן רוב בעילות אחר הבעל, ומוכח דלא כפירושו. וכן הוא בירושלמי סוטה (פרק א הלכה ז): "אשת איש שזינתה הוולדות לבעל, מפני שרוב

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בעילות אחר הבעל" [...] ומוכח דאף בודאי זינתה אמרינן רוב בעילות אחר הבעל, וכמו שכתב הרמ"א.

ואולם, שלא כהעמודי אש שהבין את כוונת ההפלאה כפשוטה ועל כן תמה על דבריו, יש שביארו את דברי ההפלאה כפי המובא לעיל בשם התועפות ראם. וכן כתב המחצית השקל (סימן ד על בית שמואל ס"ק כג) לאחר שהביא את דברי ההפלאה, וזו לשונו:

אלא הפירוש הוא 'רוב בעילות אחר הבעל' היינו שרוב נשים שבעולם נבעלות ומתעברות מבעליהן ולא מזנות (היינו אפילו זינתה בודאי, כבסעיף כ"ו בהג"ה וחלקת מחוקק (ס"ק יד ר"כז) ובית שמואל (ס"ק כב), מכל מקום תולין בבעל, וכן הוא בירושלמי (סוטה פרק א הלכה ז), דאמר רבי יוחנן "אשת איש שזינתה – רוצה לומר, אפילו ודאי זינתה – הולדות לבעל, מפני שרוב בעילות מן הבעל", עיין שם).

והוא כדאמרינן ביבמות (לה ע"א, ר"ט ע"ב) דאשה מזנה מתהפכת ומזנה שלא תתעבר בזנות, כבסימן י"ג סעיף ו', ואפילו יש לה בעל דתוכל לתלות בבעלה, מכל מקום מתהפכת ומזנה שלא יהיו לה בנים ממזרים [...]

נמצא אפוא כי החזקה שעל פיה עומד הרוב של 'רוב בעילות', היא חזקת 'אשה מזנה מתהפכת שלא תתעבר', ולדעת המחצית השקל זוהי גם כוונת ההפלאה במה שכתב שרוב נשים שבעולם נבעלות מבעליהן ולא מזנות, שמחמת חזקה זו תולין שנתעברה מבעלה כדרך רוב הנשים דעלמא.

חזקה 'אשה מזנה מתהפכת' – באשת איש

אלא שעדיין יש לעיין כי אם טעם 'רוב בעילות' הוא מחמת חזקת 'אשה מזנה מתהפכת' – כדי שלא תתעבר, הלא חזקה זו שייכת דוקא בפנויה, שאם תתעבר יתגלה קלונה ברבים, אולם באשת איש כיון שתולה בבעלה אינה צריכה להתהפך, וליתא לחזקה.

ומצינו שנחלקו בזה הפוסקים, דהנה באוצר הפוסקים (שם) הביא את דעת הבנין עולם לרבי יצחק אייזיק חבר (אבן העזר סימן ה אות י), שאישה היושבת תחת בעלה אין בה חזקה זו של מתהפכת, וזו לשונו:

דמה דאמרינן "אשה זונה מתהפכת" היינו דוקא היכא דלית לה בעל, שעושה כן כדי שלא תתעבר ומחמת בוש קא עבדה הכי, מה שאין כן ביש לה בעל דאין לה בוש, שתולה בבעלה וכמו שאמרו בסוף קידושין: "תנא וכולם מזנות ותולות בבעליהן" [...]

וכתב באוצר הפוסקים שם שכן כתב בית משה (ס"ק יח). ואולם לאחר שהביאו דעה זו, הביאו באוצר הפוסקים את דעת החולקים בזו הלשון:

אולם המאירי [...] שפירש ד'פרוצה ביותר' היינו שמזנה אפילו סמוך לטבילתה שיכולה אז להתעבר מאחרים, משמע דסתם מזנה נשמרת מלהתעבר, דלזה אין יצרה תקפה, ומה שאמרו וכולן תולות בבעליהן, הכונה שאין מפחדות מלזנות מחשש 'שמא' תתעבר, אבל וודאי יש לומר דנזהרות ומתהפכות. וכן משמע בתפארת צבי (חלק אבן העזר דיני עריות סימן ד), דאמרינן מתהפכת אף באשת איש, וכן כתב לחם שערים ותועפות ראם דבסמוך. ובאמרה נתהפכתי אפשר דנאמנת לכולי עלמא [...] ונפקא מינה בדליכא רוב בעילות מהבעל [...]

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וראה גם בשו"ת אגרות משה (אבן העזר חלק ג סימן ט) שנקט בפשיטות שבאשת איש גם שייכת חזקה זו (בסמוך יובאו דבריו בהרחבה), וזו לשונו בסוף התשובה שם:

אחר שכתבתי חפשתי בספר אוצר הפוסקים ומצאתי בסימן ד' (ס"ק סא אות א, ובאות ד) **שיש הסוברים שמזנה מתהפכת אף ביש לה בעל, כדכתבתי, ומסתבר כן [...]**

נמצא אפוא כי לשיטה שחזקת 'אשה מזנה מתהפכת' שייכא גם באשת איש, ניחא שמחמת חזקה זו אמרינן 'רוב בעילות אחר הבעל', אולם לשיטה שחזקת 'אשה מזנה מתהפכת' שייכא דווקא בפנויה ולא באשת איש, אם כן אזלה לה החזקה. ולפי זה עדיין צריך ביאור: מדוע אם כן בפרוצה ביותר אמרינן 'רוב בעילות אחר הבעל', והלוא ליכא רוב ביאות, ואדרבה, ייתכן שרוב בעילות אצל אחרים?

וצריך לומר בזה, שאמנם ליכא חזקה, אך מכל מקום יש טעמים אחרים שמחמתם גם בפרוצה תולין את הולד בבעל, שעל כן אמרינן 'רוב בעילות – שמתעברת מהן – אחר הבעל', ולא מאחרים, וכדלהלן.

טעמים נוספים לומר 'רוב בעילות' גם בפרוצה ביותר

טעם נוסף המחזק את השיטה ש'רוב בעילות אחר הבעל' אינו רוב בכמות כשאר רוב, וגם במקרה שרוב הבעילות אינן מבעלה מכל מקום אמרינן להאי רובא וכמבואר, הביא מרן הגאון הגדול רבי עובדיה יוסף זצ"ל בשו"ת יביע אומר (חלק ז אבן העזר סימן ו ס"ק ד, ועוד) וזו לשונו:

ויש לחזק סברת ההפלאה הנ"ל, על פי מה שכתבו התוספות – יבמות (ק"ט ע"א בדיבור המתחיל "רבי מאיר"), דהא דקיימא לן רוב בעילות אחר הבעל, אף על גב דהוי רוב התלוי במעשה, יש לומר דלא חשיב תלוי במעשה שממילא הוא בא שאדם נזקק לאשתו. וכן כתבו התוספות – בכורות (כ ע"א), עיין שם. ואם כן כשהיא נבעלת למי שאסורה עליו בחייבי כריתות, לא שייך לומר דהוי ממילא כאדם הנזקק לאשתו, ואיתרע רובא של בעילותיו כיון דהוי רוב התלוי במעשה. וצריך עיון.

על סברה זו הוסיף בנו הראשון לציון והרב הראשי לישראל הגאון רבי יצחק יוסף שליט"א, בספרו שו"ת הראשון לציון (חלק א סימן כו עמודים תקיז–תקיח) בזו הלשון:

[...] וכעין זה כתב גם הפני יהושע (כתובות כג, א דיבור המתחיל "מאן דמתני לה ארישא"), לא אמרו חזקה זו אלא בתשמיש איש ואשתו שהוא מצוי, ואמרינן בעלמא רוב ומצוי, מה שאין כן בביאת זנות דודאי מקרי רובא דתליא במעשה ולא הוי רובא. עיין שם.

גם בשו"ת אגרות משה (אבן העזר חלק ג סימן ט) הכריח בתחילת דבריו שרוב בעילות אינו מחמת כמות הביאות, וכשיטת ההפלאה, וזו לשונו:

[...] רוב בעילות הלך אחר הבעל, ופשוט שהוא אף בבעל שזמן עונותיו אינו בכל יום אלא שנים בשבת ואחת בשבת, אף שהבעל הא פורש ממנה בנדתה אף בזמננו שהוא שנים עשר יום, שהרי רובא דרובא בני אדם אינם טיילין שעונתן בכל לילה, ובודאי איירי בשומרי תורה דאטו ברשיעי עסקינן, אף שלהנאפים הרי יש לחוש גם על זמן נדתה, דכיון דהם רשעים ועברי על איסור אשת איש ודאי לא יחושו לא היא ולא הבעלים לאיסור נדה, וגם

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הבעל אינו בועלה אלא שתיים בשבת או רק אחת בשבת והן מזנין בכל יום, ומכל מקום אמרינן דרוב בעילות הלך אחר הבעל [...]

ובהמשך דבריו הביא לזה מספר טעמים, ואחד מהם הוא המבואר לעיל שאישה מזנה מתהפכת, וזו לשונו:

[...] והטעם נראה כי מצד זהירותה שלא ידע הבעל ובני אדם לא אפשר לה בהמציאות שתזנה אלא לפעמים רחוקות. ואולי מצד היראה שלא יודע, עושיין בחפזון שאין הבעילה ראויה כל כך להריון, ולכן ביאות המנאפים שתוכל להתעבר מועטים. וגם במזנה הא אמר רבה בכתובות (דף לז) שמשמשת במוך ומתהפכת כדי שלא תתעבר. ואף ששם איירי באין להם בעלים, שאפשר באית לה בעלים לא איכפת לה להתעבר משום שתתלה בבעלה, מכל מקום ודאי מסתבר שכל מזנה שהוא לתאוה בעלמא אינה רוצה להתעבר מהמזנה, וגם הנואפים אין רוצים שתתעבר מהם ומכינים להם מוך, שלכן בשביל כל אלו הדברים רוב בעילות שאפשר להתעבר מהן הוא מהבעל, אף שזמן עונתו מוגבלת רק בימים המותרין ורק שתיים ואחת בשבת וזמן הנואפים הוא בכל יום, כי רוב בעילות הנואפים אין ראויין להתעבר.

ביאור המחלוקת לגבי חשש ממזר בפרוצה ביותר

על פי המבואר לעיל נראה כי מחלוקת הפוסקים לגבי פרוצה ביותר – אם הוולד ממזר לפי שלא שייך בזה 'רוב בעילות אחר הבעל', או שגם בפרוצה ביותר אמרינן 'רוב בעילות' והוולד מותר ואינו ממזר – תלויה בשני הצדדים בהגדרת רוב זה:

אם נאמר ש'רוב בעילות' הוא כשאר רוב שהנידון בו הוא מבחינת הכמות, ותלינן שכמות רוב הבעילות הן מהבעל, אם כן בפרוצה ביותר אין רוב הבעילות של הבעל, ומכיוון שאין רוב הרי שהוולד ממזר. אך אם אין זה כשאר רוב, אלא עיקרו מחמת חזקה – כחזקת 'אשה מזנה מתהפכת שלא תתעבר', או שאר טעמים שמחמתם תולים שהעיבור היה מהבעל ולא מאחרים, אם כן גם בפרוצה ביותר שייך רוב זה.

הנפקא מינה במחלוקת זו לגבי הנידון שלפנינו

על פי המבואר עולה כי לפי השיטה שבפרוצה ביותר לא אומרים 'רוב בעילות אחר הבעל', לפי שרוב זה הוא מבחינת הכמות (לעיל – שיטה א), כבר נתבאר לעיל דהיינו משום שבעילות האחרים מרובים משל הבעל, דאם לא כן הרי הווי ספק ממזר שפסול מדרבנן, ונמצא שספק הגמרא הוא בדרבנן, ודינו לקולא. ומכיון שבנידון שלפנינו העידו שניהם שביאות הבעל והבועל היו בתדירות שווה, יש לתלות הבן בבעל, ועל כל פנים בכלל ספק הווי וכשר.

ואולם, לפי השיטה שגם בפרוצה ביותר אומרים 'רוב בעילות', הרי נתבאר דהיינו משום החזקה שאישה מזנה מתהפכת כדי שלא תתעבר, וכאן הרי לא שייכא חזקה זו, וגם הטעמים האחרים המובאים בפוסקים שמחמתן אומרים בפרוצה ביותר 'רוב בעילות' אינם שייכים בנידון דידן, שהרי לדברי האשה היא אינה יראה במעשיה עם הבועל, והכול נעשה בדיעת הבעל.

ונמצא לפי זה כי לשיטה זו – שכדבריה נוקטים להלכה, כמובא להלן – לכאורה אי אפשר לתלות בנידון שלפנינו את הבן בבעל (אם לא שגם לשיטה זו נאמר כדלעיל, שמכיוון שביאות הבעל והבועל שוות במספרן, על כן הווי ספק ממזר, וצריך עיון).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אלא שעדיין יש לדון להכשיר במקרה שלפנינו מכיוון אחר, כי יש לדון אם אכן האישה מוגדרת 'פרוצה ביותר' כי אם אינה מוגדרת כך, אזי שייך בה 'רוב בעילות אחר הבעל', ויבואר בסמוך.

גדר 'פרוצה ביותר'

מצינו בפוסקים דעות שונות בנוגע להגדרת אשת איש 'פרוצה ביותר', וכאמור לעיל לכאורה יש בזה נפקא מינה גם לגבי הנידון שלפנינו.

בנידון זה ביאר בשו"ת מהר"י ברונא (סימן סו, הובא גם באוצר הפוסקים שם ס"ק סז אות א), וזו לשונו:

ואף על גב דכתב המיימוני בפרק ט"ו דהיכא ד"היתה פרוצה יותר מדי" – "אף לבניו חוששין" עכ"ל, **ההיא מיירי דאיכא עדי כיעור, ופרוצה בפרהסיא בגיפוף ובנישוק ובייחוד, ואיכא רגלים לדבר, שהרי אין אוסרין על הייחוד (קידושין פא ע"א), ופירשו תוספות סוף פרק קמא דכתובות (יג ע"א בתוספות דיבור המתחיל "מעלה") דבאשת איש מיירי [...]**

ובאוצר הפוסקים שם הביא בשם הסמ"ג (לא תעשה קיז) שכתב בהגדרת 'פרוצה ביותר', וזו לשונו: **"דמפקרת עצמה לכל לכתחילה בפרהסיא."**

ובאגרות משה (אבן העזר חלק ג סימן ט) כתב בתוך דבריו בזו הלשון:

ומסתבר דפרוצה ביותר היא אשה שאינה מתביישת כלל לא מבעלה ולא מאחרים, וקצת משמע כן מלשון הגמרא [...] ואם נרצה לאוקמי [...] צריך לפרש שעל חבוק ונשוק היא פרוצה ביותר בפרהסיא, וגם מבעלה לא נזהרת, שלכן בשביל דברים המכוערים לא חשש הבעל לגרשה מאחר שאין איסורה ברור [...] אבל בזהירה שלא ידעו מזנותה, ודאי אין להחשיבה פרוצה ביותר.

ובסוף דבריו הוסיף שם האגרות משה בזו הלשון:

אחר שכתבתי חפשי בספר אוצר הפוסקים [...] גם ראיתי (בס"ק סז אות א) בפירוש פרוצה ביותר, שמביא שהסמ"ג כתב **דמפקרת עצמה לכל בפרהסיא, ובשם מהר"י מברונא הביא דפרוצה בפרהסיא בגיפוף ונישוק, והוא כדכתבתי שני הפירושים [...]**

ביודע הבעל שהיא פרוצה עם אחד

ויש לעיין מה יהא הדין באישה שאמנם אינה פרוצה בפרהסיא כפי שכתבו הפוסקים לעיל, אולם הבעל יודע באופן ברור כי היא מפקירה עצמה לאדם מסוים באופן קבוע, ונמצא שכלפי אותו אדם היא פרוצה ביותר. ולכאורה הדעת נוטה לומר כי אישה זו היא גם בגדר 'פרוצה ביותר' (וכן הוא הנידון שלפנינו).

אלא שסברה זו כבר נידונה בשו"ת חתם סופר (שם) אשר כתב לדחותה, וזו לשונו:

וחשיב האי גברא בנידון שלפנינו כיון שמצאה בשעת מעשה, הרי היא בעיניו כפרוצה ביותר, ובאותן הימים הרי לא בעלה אלא שתי בעילות, הוה ליה הפרוצים שכיחים יותר, ונידון הוא כזקן והיא כפרוצה ולא תלינן רוב בעילות אחריו, כן יש ליישב דמיונו. אבל מכל מקום לא נראה לי לאמת כי

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

גומר בת דבלים שהכל גומרים בה כדבילה, אבל הכא נהי דאשכח בה פרוץ אחד, כולי עלמא מי חשידי [...]

נמצא אפוא שאף כאשר הבעל ראה או יודע שאשתו זינתה עם אחר בקביעות, עדיין אין לה דין של 'פרוצה ביותר'. ומעתה גם במקרה שלפנינו, מכיוון שהאישה לא הפקירה עצמה לכול בפרהסיא, ולא הייתה פרוצה בגיפוף ונישוק, לפיכך אינה בכלל 'פרוצה ביותר' ולכל הדעות יש לומר 'רוב בעילות אחר הבעל', ולתלות את הבן בבעלה.

ד. ההכרעה ההלכתית במחלוקת הפוסקים ב'פרוצה ביותר'

במקרים הדומים לנידון שלפנינו

מדברי פוסקי זמננו עולה כי בנידונים הדומים למקרה שלפנינו, נוקטים שגם בפרוצה ביותר אומרים 'רוב בעילות אחר הבעל', לפי שהגדרתו היא שרוב בעילות שמתעברת מהן תולין בבעל, וכשיטת ההפלאה ודעימיה המובאת לעיל.

שיטה זו מובאת פעמים רבות בפסקיו של מרן הגאון הגדול רבי עובדיה יוסף זצ"ל, כצירוף להיתר ממזרות, וכפי שכתב בשו"ת יביע אומר (חלק ט אבן העזר סימן ו) בנידון דלהלן הדומה למקרה שלפנינו, וזו לשון תיאור המקרה:

בענין אשה שנשאת בחופה וקידושין כדת משה וישראל וילדה לבעלה שלווה ילדים, ואחר כך התגרשה מבעלה בערכאות [...] לדבריהם לא רצה בעלה לתת לה גט, ולכן הלכה ונישאת לאחר בערכאות ללא מתן גט מבעלה. מהבעל השני יש לה שני ילדים בן ובת, לגבי הבת נראה לבית הדין שאין בעיית ממזרות [...] אבל הבן נולד כחדשיים לאחר זיכוי הגט, והבחור הזה שומר תורה ומצוות ומבקש תרופה לבעיתו. לפי התאריכים מתברר שכאשר נישאה לבעלה השני בערכאות, הייתה כבר בהריון [...] והיא טוענת שההריון היה מבעלה השני, אולם יש מקום לומר שכשם שזינתה עמו כך זינתה עם אחר – או מבעלה הראשון שהיה מבקר אצלה מפני ילדיהם המשותפים או מנכרי שרוב העיר ורוב סיעה הם עכו"ם [...]

ובתוך דברי תשובתו, כתב שם וזו לשונו:

[...] ויותר יש לתלות הולד בבעלה הראשון שהיא מותרת לו על פי הדין, ולא בבעלה השני שהוא חי עמה באיסור אשת איש. ופוק חזי להגאון בעל ההפלאה בספרו פנים יפות (פרשת אחרי מות בפסוק "ערות אחותך לא תגלה") שכתב:

"ונראה דהא דאמרינן רוב בעילות הלך אחר הבעל, אין הפירוש מפני שבעלה רגיל אצלה בביאות הרבה יותר מאחרים [...] אלא הפירוש הוא שרוב הנבעלות ומתעברות מבעליהן, הילכך בחייבי כריתות שאין קידושין תופסין בהן, ואין שם בעל עליו ליתא להאי רובא, ואדרבה תלינן שנתעברה מאחרים שאין בהם איסור כרת [...]"

וכבר צירפנו דברי ההפלאה הנ"ל להלכה ולמעשה להיתר בנידון שבא לפנינו, בפסק דין של בית הדין הגדול, שניתן ביום כ"א חשוון תשל"ו, בהסכמת חברינו הגאונים רבי בצלאל זולטי ורבי אליעזר גולדשמידט זצ"ל, שסמכו ידיהם על הפסק דין הנ"ל להתיר לבא בקהל ה' להלכה ולמעשה [...] והכי נמי יש לתלות הבן שהוא מבעלה הראשון, ואף על פי שהאשה טוענת שהוא מבעלה השני, אין בדבריה כלום כדי לאסור את הבן, וכמו שכתבתי

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לעיל שאין האם נאמנת כלל לפסול את הולד [...] וכל שכן בצירוף החזקה דאשה מזנה בודקת ומזנה [...] אבל מבעלה שלא קיבלה ממנו גט, שפיר יש לתלות בו. ועל כל פנים בצירוף מה שכתבו הפוסקים הספק שמא מגוי נתעברה [...]

יצוין כי על פי המבואר בדברי התשובה הנזכרת, מדובר במקרה שהבעל הראשון היה מבקר אצלה.

מקרה נוסף מובא בשו"ת יביע אומר (חלק ז אבן העזר סימן ו אות א), וזו לשונו:

אשה שלפי דבריה נישאת לבעלה הראשון בחופה וקידושין כדת משה וישראל על ידי רב חרדי, וילדה לו שלשה בנים, ולאחר מכן נפרדו בגירושין אזרחיים על ידי הערכאות, ולא קבלה ממנו גט [...] ואף היא הלכה ונישאת על ידי הערכאות לאיש אחר וילדה לו בנים ובת אחת [...] ועתה כשהגיע פרקה להנשא לבחור ירא שמים, קמה וגם נצבה השאלה אם מותר לה לבוא בקהל ה', מאחר שלפי דברי אס הנערה שלא קבלה גט כדת מבעלה הראשון, כל בניה מהבעל השני פסולים לבא בקהל [...]

וגם במקרה זה התיר מרן הגאון רבי עובדיה יוסף זצ"ל על פי שיטת ההפלאה, וזו לשונו (שם אות ד):

קיימא לן בסוטה (כז ע"א) 'רוב בעילות הלך אחר הבעל'. ולפי פשוטם של דברים, הבעל השני, שהוא חי עמה יום ויום ורוב הבעילות ממנו, עדיף מבעילות בעלה הראשון שחיתה עמו חיי אישות דרך מקרה כשבא לבקר את ילדיו, ואזלינן בתר רובא, ואם כן אין לתלות מספק שהבת היא מהבעל הראשון. אולם נראה דלאו מילתא פסיקתא היא לומר כן בהחלט כי ראיתי להגאון בעל ההפלאה בספרו פנים יפות [...] וכן כתב עוד בספרו נתיבות לשבת (סימן ד ס"ק ט), שגם בהלך בעלה למדינת הים שאינו מצוי אצלה כל כך אמרינן רוב בעילות אחר הבעל, דכיון דאיכא נמי חזקת כשרות עדיף טפי לתלות בו וכו' [...] ואם כן [...] יש לתלות הולד בבעלה הראשון שהיא מותרת לו, ולא בבעלה השני שהוא חי עמה באיסור אשת איש [...]

והכי נמי יש לומר בנידון דידן, דלא שייך לתלות את הבת בבעלה השני של האם, ולפוסלה מלבוא בקהל, יותר מבעלה הראשון שהוא בעל נעוריה, והמשיכה לחיות עמו חיי אישות גם לאחר שנפרדו זה מזה בערכאות. ואדרבה יש לתלות הבת בבעלה הראשון יותר, וכפי שטוענת האשה. ועיין באור זרוע (ספק ספיקא תרנו) בשם רבינו חיים כהן, שאפילו באופן שהלך בעלה למדינת הים נאמנת לומר בעלי בא עלי וממנו הריתי, ואף לגמלא פרחא חיישינן, שהרי דבר גדול התיר רבה תוספאה באשתהי י"ב חודש (יבמות פ ע"א), ואף על פי שהוא מיעוט שאינו מצוי כלל לא פסלינן הולד, וכל שכן בזה [...]

ונראה ברור כי המקרה שלפנינו קל בהרבה מהמקרים המובאים בשו"ת יביע אומר, שהרי שם הבעל גירש את אשתו ב'גט' אזרחי, והאישה נישאה בנישואין אזרחיים לאדם אחר, ואף על פי כן יקל שם בצירוף שיטת ההפלאה. ואם כן על אחת כמה וכמה במקרה דנן, שהאישה המשיכה לדור בבית בעלה גם לאחר ה'גט' האזרחי כמקודם עד לגט ההלכתי ואף מעט לאחריו, ועוד שלבועל לא נישאת אזרחית אלא רק קיימה עמו יחסים במקביל ליחסיה עם בעלה, הלוא בוודאי בזה יש לתלות שהמבקש, בנה של האישה, הוא בן בעלה הראשון.

זאת מלבד מה שנכתב לעיל כי לשיטת ההפלאה וכל הפוסקים כמותו, דקיימא לן רוב בעילות אחר הבעל ומייחסים את הבן אחריו גם ב'פרוצה ביותר' או בזקן (כמובא להלן פרק ה אות

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

א) – אף שרוב בעילות הן מאחר – מחמת חזקת 'אשה מזנה מתהפכת', ואם כן במקרה דנן שאין כלל רוב בעילות מאחר אלא, לטענתם, היו קשרים מקבילים וזהים, ומכיוון שגרה בביתו ועדיין לא קיבלה גט הלכתי, הרי היא אשתו על פי ההלכה לכל דבר ועניין.

על כן אף יש לתלות שמסתמא בעילותיה עמו היו רוב ביחס לאחר. מה גם שאין הגדרתה כ'פרוצה ביותר' לפי דברי המהר"י ברונא המובא לעיל, שהרי לדעתו ההגדרה היא: "דאיכא עדי כיעור ופרוצה בפרהסיא בגיפוף ובנישוק וביחוד ואיכא רגלים לדבר [...] ועוד: גם ב'פרוצה ביותר' שרוב בעילותיה עם אחר, כדאי הוא הבית שמואל והסוברים כמותו, שדין פרוצה ביותר מובא בגמרא לגבי איסורי כהונה בלבד.

אשת איש שהתגרשה אזרחית ונשאת לאחר אזרחית, וניתקה קשר עם הראשון

והנה בשו"ת מנחת יצחק (חלק ו סימן קמג), מובא המקרה דלהלן בזו הלשון:

בחורה כבת עשרים ושנים בקשה להנשא, ואחרי החקירות נתבררו העניינים דלהלן: א. אמה של הבחורה הזאת הייתה נשואה ליהודי אחד כדת וכדין משה וישראל; ב. האשה הזאת עזבה את בעלה וקבלה רשות מבית משפט של העכו"ם להנשא למי שתרצה ואחרי שנה מההיתר הזה לקחה יהודי אחר ונשאת לו בממשלה [...] ג. אשה זו, אם הבת, מעולם לא התגרשה מבעלה העיקרי; ד. כעבור שנה בערך נולדה לה בת בהיותה עם היהודי השני שנשאת לו על פי הממשלה; ה. הבת הזאת היא הבחורה הנ"ל שמבקשת להנשא [...]

מקרה זה שונה מהמקרים דלעיל שבהם דן מרן הגאון רבי עובדיה יוסף זצ"ל, לפי שבמקרה זה האם נישאה – אזרחית אמנם – לאדם אחר, וניתקה את קשריה עם הראשון. בכי האי גוונא אפשר לומר שרוב בעילותיה ואפילו כולן מן השני, שהרי עמו היא חיה והם כבעל ואישה לכל דבר. לא כן במקרים הנ"ל שבהם עדיין היה לה קשר עם בעלה הראשון, וכפי שהדגיש היביע אומר בדברי תשובתו כמצוטט לעיל, ומכיוון שהוא בעלה על פי ההלכה, עדיין אפשר לומר כלפיו 'רוב בעילות'.

ברור ופשוט שגם המקרה שבפסק דיננו שונה לחלוטין ממקרה זה, לפי שבנידון דידן המשיכה האישה לחיות בביתה הקודם עם בעלה הראשון כדרך הנשואים, ושפיר יש לומר רוב בעילות אחר הבעל הראשון.

ואכן במקרה זה פסק במנחת יצחק (שם) בזו הלשון:

הנה לדאבוני אינני רואה היתר בזה מב' טעמי [...] ב' מצד הלכה: כיון שנשאת לשני בערכאות, והייתה מיוחדת לו כבעל ואשה, דהויא בכי האי גוונא בלתי אמירתה כממזרת ודאית [...]

ה. נידונים נוספים התלויים במחלוקת זו

א) בבעל זקן

והנה יש לדון באשה שזינתה ובעלה זקן וביאותיו מועטות, אם תלינן בו מדין 'רוב בעילות אחר הבעל'. ונראה לומר כי אם 'רוב בעילות' הוא כשאר רוב שיסודו בכמות הביאות, אם כן בכי האי גוונא שהבעל זקן הרי שלא שייך לתלות בו את רוב הבעילות, והוולד ספק ממזר. אולם אם הרוב מיוסד על חזקה שהמזנה מתהפכת (או שאר הטעמים), אם כן גם בזקן

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

למרות מיעוט ביאותיו, שייך בו 'רוב בעילות אחר הבעל', לפי שוודאי לא תתעבר אלא מהביאות של בעלה ולא של אחרים.

המקור לנידון זה, הוא הגמרא במסכת פסחים (פז ע"א – ע"ב) וזו לשונה:

[...] אמר לו הקדוש ברוך הוא להושע: בניך חטאו [...] אמר לפניו: רבוננו של עולם, כל העולם שלך הוא, העבירים באומה אחרת. אמר הקדוש ברוך הוא: מה אעשה לזקן זה? אומר לו, לך וקח אשה זונה והוליד לך בנים זנונים, ואחר כך אומר לו שלחה מעל פניך. אם הוא יכול לשלוח, אף אני אשלח את ישראל [...] לאחר שנולדו [...] אמר לו הקדוש ברוך הוא להושע [...] בדול עצמך ממנה. אמר לו, רבוננו של עולם, יש לי בנים ממנה ואין אני יכול להוציאה ולא לגרשה. אמר ליה הקדוש ברוך הוא: ומה אתה – שאשתך זונה ובניך בני זנונים ואין אתה יודע אם שלך הן אם של אחרים הן – כך, ישראל שהן בני [...] ואתה אמרת העבירים באומה אחרת?!

ובביאור 'בני זנונים' פירש רש"י (שם דיבור המתחיל "וילדי זנונים"): "שתלד לך בנים זנונים – ספק שלך ספק של אחרים."

וצריך ביאור: הרי קיימא לן רוב בעילות אחר הבעל, ומדוע אם כן בניו של הושע מאותה אישה הם "ספק שלך ספק של אחרים"? וכך העיר המהרש"ל בפירושו חכמת שלמה (פסחים שם) ותירץ: "הכא שהיה זקן, שאני [...]"

ואמנם המהר"ץ חיות למסכת סוטה (שם) דחה את דברי המהרש"ל, וכתב שהטעם שלא אומרים שם 'רוב בעילות אחר הבעל' הוא אחר, וזו לשונו:

והקשה מהרש"ל [...] ותירץ [...] שהיה הושע זקן, וכי האי גוונא אין תולין בבעל ע"ש. ובאמת לא מצינן שום חילוק בפוסקים דבזקן אשתני דינא דאין תולין רוב הבעילות בו. ועיין נודע ביהודה (מהדורא קמא חלק אבן העזר סימן ט), דאפילו בעלה חולה שיש בו סכנה תולין שנתעברה מבעלה, אפילו לא הולידה בנים עד כה. עיין שם. ואיך נחדש דין זה דבזקן לא אמרינן רוב בעילות בבעל? וצריך לומר: הא דקראם הפסוק 'ילדי זנונים', משום דהיתה פרוצה ביותר.

ובפשוטו נראה בין לדעת המהרש"ל ובין לדעת המהר"ץ חיות כי 'רוב בעילות אחר הבעל' הוא רוב מבחינת הכמות כשאר דין רוב, ולכן לדעת המהרש"ל בזקן שביאותיו מועטות ואשתו זינתה עם אחר, וכן לדעת המהר"ץ חיות בפרוצה ביותר אין אומרים רוב בעילות אחר הבעל.

אולם המהרש"א (פסחים שם) מיישב את הערת החכמת שלמה באופן אחר, וזו לשונו:

[...] והוא חשב דבניו הם, כדאמרינן 'רוב בעילות' הולכים 'אחר הבעל', ושומר לו הקדוש ברוך הוא "ובניך זנונים הם ואין אתה יודע אם שלך הן" כו', רצונו לומר שאין אתה יודע בודאי אם שלך הם, דיש לחוש למיעוט בעילות מאחרים. וק"ל [...]

ובספר ילקוט הגרשוני (פסחים שם) הביא את דברי המהרש"א הנזכרים, וביארם בזו הלשון:

והכוונה בזה על פי מה שכתבו הראשונים ז"ל, דרוב אינו בגדר ודאי, אלא ספק הוא והתורה התירתו וכנודע. וזה שאמר "שאינ אתה יודע 'בוודאי' וכו'. אלא שראיתי פלפול באיזה אחרונים אם גם ברובא דליתא קמן אמרינן רוב ספק הוי, או רק ברובא דאיתא קמן, ומכאן ראייה דאף רובא דליתא קמן אינו בגדר ודאי וכנ"ל, ויש להאריך בזה [...]

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לדברי המהרש"א אכן הולכים אחר הרוב אף בזקן, ושלא כדעת המהרש"ל, ולהלכה הילדים כשרים מדין רוב, אלא שמאחר שעל פי המיעוט (אף שאין חוששין לו מבחינה הלכתית) הילדים אינם בני הושע, נמצא שהוא אינו יודע בוודאות שהם ילדיו. ומתבאר כי לדעת המהרש"א 'רוב בעילות' אינו רוב מבחינת הכמות, אלא מחמת חזקת 'אשה מזנה מתהפכת', שעל כן רוב בעילות שמתעברת מהן מהבעל הן, ולפיכך גם בזקן קיים רוב זה. ונמצא לכאורה כי נידון זה שלפנינו, הוא במחלוקת המהרש"ל והמהרש"א.

אלא שעד כאן נתבאר הדין בזקן, שמחמת זקנותו אין לומר 'רוב בעילות' מבחינת כמות הביאות, והנידון בזה הוא כפי הנידון לגבי 'רוב בעילות' בפרוצה ביותר, שכאמור לעיל נחלקו הפוסקים אם הוא רוב בכמות או רוב הנובע מחמת חזקה.

ואולם יש לדון בהצטרפות שני הדברים: זקן ו'פרוצה ביותר'. והיינו במקרה שהבעל זקן וביאותו מועטות וגם האישה פרוצה ביותר, ונמצא שרוב רובן של הבעילות הן מאחרים, ולתלות את הוולד בבעל הוי מיעוט שבמיעוט. והנידון הוא לשיטת הסוברים ש'רוב בעילות' אינו רוב בכמות – אלא מחמת חזקה – שעל כן גם בפרוצה ביותר אמרין 'רוב בעילות' שמתעברת מהן אחר הבעל – האם בכי האי גוונא גם הם יודו שאין כאן רוב כלל, ואדרבה, יש בזה רוב בעילות מאחרים?

ואכן מצינו לחלק מהפוסקים שביארו כך את המעשה דהושע הנזכר לעיל, שהנידון הוא גם מחמת שהושע היה זקן וגם היא הייתה פרוצה ביותר, והבנים הם "בני זנונים" לפי שבכי האי גוונא אין רוב כלל.

וכן כתב הפרי מגדים, כמובא בספר כרם שלמה (לר"ש קויפמאן, אבן העזר סימן ד אות כו) וזו לשונו:

[...] דתולין רוב בעילות בבעל וכו', הפרי מגדים באורח חיים (פתיחה הכוללת אות יח [צ"ל: חלק ד אות כה]) כתב [...] וזו לשונו:

"[...] לכאורה זקן תש כחו, אין בועל כי אם ביאה אחת או שתיים וליכא רוב, ומכל מקום דוקא כי התם דליכא חזקת צדקת. ועדיין צריך עיון דלא מצינו חילוק זה בפוסקים." עכ"ל [...]

יתר על כן, חלק מהפוסקים אף ביארו שזו גם כוונת המהרש"ל הנזכר לעיל (פסחים שם) וכן העלה החתם סופר (חלק א אבן העזר סימן יג), וזו לשונו:

והנה, אף על גב דכתב בית שמואל (סימן ד ס"ק כו) דלהלכות גדולות וכמה פוסקים אפילו פרוצה ביותר מכל מקום רוב בעילות אחר הבעל, נראה לי דיצא להם כן ממה שכתב מהרש"ל בספר חכמת שלמה בפסחים ריש פרק האשה, שאמר הקדוש ברוך הוא להושע בניך ספק שלך ספק של אחרים אף על גב דרוב בעילות אחר הבעל, מכל מקום משום הכי דקדק ש"ס שאמר הקדוש ברוך הוא מה אעשה לזקן הזה דוקא, הואיל והיה זקן. עיין שם. מזה יצא להלכות גדולות ורמב"ם, דהרי התם גומר בת דבלים שהכל דשין בה כדבילה ואפילו הכי אי לאו דזקן הוה לא הוה אמר הקדוש ברוך הוא שהבנים ספיקות, שמע מינה אפילו בגומר בת דבלים רוב בעילות אחר הבעל, כן נראה לעניות דעתי.

ביאור זה בדעת המהרש"ל כתב גם בספר תורת הקנאות (סוטה שם) לאחר שדחה את דברי המהר"ץ חיות (המובאים לעיל), וזו לשונו:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עוד אעורר כמה שכתב הגהות הר"ץ חיות [...] והקשה מהרש"ל [...] ותירץ דזקן שאני. והגר"ץ הביא מהנודע ביהודה דאפילו בעלה חולה ולא הולידה כמה שנים תולין בבעל עיין שם. ואיני יודע מאי ראייה משם דמיירי באשה כשירה, כמבואר בנודע ביהודה (חלק אבן העזר סימן סט) דלא איתרע חזקת כשרותה, אבל אנן בזונה איירינן דלית לה חזקת כשרות, ורק תלינן בבעל משום רוב בעילות, ושפיר יש לומר דזה אינו בזקן.

וכן כתב בספר בצל הכסף (חלק ב סימנים א–ב, הובא באוצר הפוסקים) וכן כתב בספר ילקוט הגרשוני (שם), וזו לשונו:

והנה המהרש"ל [...] וכתב בתשובות חתם סופר ז"ל (חלק אורח חיים סימן רח) דרצה לומר זקן וגם פרוצה, אבל בחדא מינייהו בודאי לא – עיין דבריו. וכן כתב רבינו הפרי מגדים ז"ל [...]

והנה לפי שיטה זו, שכוונת המהרש"ל שכתב שלגבי הושע לא אומרים 'רוב בעילות' לפי שהיה זקן היא שהצטרפו שני הדברים – זקן ופרוצה ביותר, אבל באחד מהם תלינן בבעל, נמצא שהמהרש"ל לא נחלק על המהרש"א, ושניהם סוברים כפי השיטה ש'רוב בעילות' אינו רוב כפשוטו אלא רוב הבא מחמת חזקת 'אשה מזנה מתהפכת' ועל כן גם בפרוצה ביותר וכן גם בזקן שאשתו כשרה – אף שביאות הבעל מועטות – מכל מקום אזלינן אחר הבעל, לפי ש'רוב בעילות' שמתעברת מהן תלינן בבעל. אמנם בהצטרפות שניהם – זקן ופרוצה ביותר, דאז הוויין ביאות הבעל מיעוט שבמיעוט, לא תלינן בו. ואף ש'מתהפכת', מכל מקום ייתכן שלא נתהפכה יפה.

וכן היא מסקנת החתם סופר (שם), וזו לשונו:

ומינה דעל כל פנים בזקן ופרוצה לא אמרינן רוב בעילות. ולא דוקא זקן בשנים, אלא זקן תלמיד חכם שאינו מצוי כתרנגול [...] הוה להו הפרוצים שכוחים יותר [...] ולא תלינן רוב בעילות אחריו [...]

(ב) תוקפו של 'רוב בעילות' לגבי דיני ממונות – ירושה ומזונות

לכאורה היה מקום לתלות נידון זה במחלוקת שנתבארה לעיל כי אם 'רוב בעילות' אחר הבעל הוא רוב מבחינת הכמות, אם כן לעניין ממון שהכלל הוא 'אין הולכים בממון אחר הרוב' – אין הולכים אחר רוב בעילות, אולם אם 'רוב בעילות' הוא מחמת חזקה – שפיר אפשר גם להוציא ממון על פיה.

ואכן לפי השיטה שהרוב יסודו בחזקה כבר נתבאר לעיל בשם התועפות ראם שגם לגבי מזונות הבן אמרינן 'רוב בעילות' לחייב את אביו במזונותיו, שכתב וזו לשונו:

וגם אם נאמר כן, מכל מקום גם בזה יש לומר דרוב בעילות אחר הבעל, והיינו משום דאשה מזנה מתהפכת שלא תתעבר, ולכן תלינן בביאת הבעל ואפילו בביאת אחרים מרובה על ביאת הבעל, מכל מקום אמרינן רוב בעילות שתתעבר אחר הבעל [...]

אלא שבשו"ת חוט השני (סימן יח, ציון בפתחי תשובה סימן ד ס"ק יט) מבואר שאף אם רוב זה הוא כשאר דין רוב – מוציאין על פיו ממון, ועל כן פסק על פי 'רוב בעילות' שהבן יורש את אביו. וזו לשונו בתוך דבריו:

הלכך שדינן הולד בתריה לעניין [...] אכן אם הוא בנו לענין ממון, הא מילתא צריכא עיונא [...] ואף על גב דמשמע מדברי הפוסקים [...] מדלא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

חילקו בזה ואמרו שאף על פי שהולד כשר מכל מקום אינו בנו לענין ירושה, משמע מזה שהוא בנו אפילו לענין ירושה. יש לומר דהא ברוב בעילות אחר הבעל הוי רוב מעליא, משום דאשה בעלה משמרה [...] איברא שיש לדקדק מתשובות הרא"ש דסבירא ליה גבי אשה מזנה הוא בנו אף לענין ירושה [...] נראה להדיא מדבריו דסבירא ליה דסמכינן אחזקה של רוב בעילות אחר הבעל אפילו לענין ירושה [...]

נמצא כי לכל השיטות, מוציאים ממון למזונות וירושה על פי 'רוב בעילות', או מטעם החזקה, או מטעם אלימותו של הרוב.

הכרעה זו מובאת גם בפסקי דין רבניים (חלק ג עמוד 108), בפסק דינם של הרבנים הגאונים הגר"י עדס, הגר"ש אלישיב והגר"ב זולטי זצ"ל, שכתבו בזו הלשון:

אך נראה, מכיון דלגבי שאר דברים אנו מחזיקים את הולד כבן או בת שלו, הואיל והתורה לא האמינתו ככי האי גוונא ותולין רוב בעילות בבעל, דמועיל גם לענין ירושה, כמו שכתב בשו"ת חוט השני [...]

ואמנם בהמשך פסק זה, הביאו סברה מחודשת לחייב אב במזונות בנו, אף על פי שהוא בנו רק על פי רוב בעילות, וזו לשונו:

כל שכן שאין בידו לפטור את עצמו מחיוב מזונות גם בטוען טענה כזו שלפיה אינו בנו, ובאופן שאינו נאמן מדין יכיר, משום דתקנת חז"ל מה שהתקינו באושא שיהא אדם זן בניו ובנותיו כשהן קטנים (כתובות מט ע"ב), היינו אם הבן מתייחס אחריו לגבי שאר דברים הרי הוא בכלל תקנה זו (ועיי' הפלאה סוף פרק קמא דכתובות ותשובות רבי עקיבא איגר מהדורא תניינא סימן קח וקמח).

כלומר כאשר תיקנו חכמים באושא שאב חייב במזונות בנו, נכלל בזה גם בן שנקבע על פי רוב שהוא בנו. ובאמת היא מילתא בטעמא, שהרי כוונת התקנה הייתה לטובת הקטנים, ואם כן כאשר דנו לגבי מזונות בן או בת שיש ספק בייחוסם ונקבע על פי רוב בעילות שפלוגי הוא האב, מסתבר שחכמים הטילו את חיוב המזונות על הקרוב ביותר שהוא האב, אף שקביעתם זו מבוססת על רוב. ונמצא כי גם אם לענין ירושה ושאר דיני ממון לא היינו הולכים בזה אחר הרוב, מכל מקום מזונות שאני, ויש בהם סברה מיוחדת לחייבו בכל עניין.

ואמנם, אפשר היה לחייב את האב במזונות של מי שנקבע על פי 'רוב בעילות' שהוא בנו, מסברה נוספת הרמוזה בפסק הדין הנ"ל (בסוגריים) – שם ציינו לדברי הפלאה (כתובות שם), שאף שנפסק כשמואל שאין מוציאים ממון על פי רוב, היינו רק במקרה שכל הנידון הוא רק לגבי ממון, אבל אם נקבע – על פי רוב – דין לגבי איסורים, אזי גם אם עולה שאלה של ממון באותו עניין, על כורחך הולכים אחר הרוב גם להוציא ממון. על פי סברה זו, מכיוון שנפסק על פי 'רוב בעילות' שהוא בנו לגבי איסורי קורבה, ייבום וחליצה וכדומה, הרי שגם כלפי ממון עלינו ללכת אחר רוב זה.

אלא שעל חידושו נחלקו הפוסקים, וכמו שכתב בהגהות ברוך טעם על הפלאה (שם) להוכיח מתוספות (בבא קמא לח ע"ב דיבור המתחיל "על הכותית") שלא כדבריו. גם מדברי הבית שמואל משמע שפסק להלכה שלא כדברי הפלאה, שהרי על פסק השולחן ערוך (סימן ד סעיף לד) לגבי אסופי שנמצא בעיר שרובה ישראל שדינו כירושלם לענין איסורים (יוחסין), כתב הבית שמואל (ס"ק נו) וזו לשונו:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ולענין נזיקין, אם נגח תורא דידן לתורא שלו, כתבו תוספות ביומא שם (פה ע"א דיבור המתחיל "לא צריכא") דמשלם לו נזק שלם במועד. אף על גב בממון אין הולכים אחר הרוב, היינו כשבא לידו מדעת הבעלים.

מפורש בדבריו, שרק בממון שבא לידו מדעת בעלים משלם נזק שלם על פי רוב ישראל, אבל מעיקר הדין אין הולכין בממון אחר הרוב, גם אם נפסק על פי אותו רוב לענין איסורין, ושלא כדעת ההפלאה.

גם דעת הטור (שם, הזכירו הבית שמואל בסוף דבריו) דלא כבעל ההפלאה, וכפי שביארו הפרישה (שם ס"ק נה) בזו הלשון: "ולכן אפילו ברוב ישראל פטור הישראל, דיכול לומר לו אייתי ראייה דישאל את, דהוצאות ממון הוא דלא אזלינן בתר רובא [...]"

וכן דעת המגיד משנה (איסורי ביאה פרק טו הלכה כו), וזו לשונו:

ויש לדקדק ברוב ישראל, אם נגח שור של ישראל את שורו, אם חייב הישראל לשלם נזק כלל. ומסתברא דלא, דהא קיימא לן דלא אזלינן בממונא בתר רובא [...]

הרי שלהלכה נקטו הפוסקים שלא כדעת ההפלאה, אלא שברוב ישראל אין משלם את נזקי ממנו, משום שאין הולכין בממון אחר הרוב.

1. צירופים נוספים להיתר במקרה שלפנינו

(א) תלייה בנכרי

והנה, במקרה שלפנינו אפשר לכאורה להוסיף סניף להיתר, וזאת משום שיש ספק ספקא להיתר. שהרי מחד גיסא כאמור, לאישה יש קשר עם שני אנשים – הבעל והבועל – במידה שווה, ואם כן לפנינו ספק שקול אם נתעברה מבעלה או מהאחר. ואף אם נימא שנתעברה מהאחר, עדיין יש לומר שנתעברה מגוי, ובפרט שמקום מגוריהם היה בצרפת שמצויים שם גויים רבים.

ואמנם עניין זה של צירוף ספק שמא נתעברה מגוי שנוי במחלוקת הפוסקים לגבי אישה שזינתה ונתעברה אם יש להסתפק שמא מגוי נתעברה וממילא הוולד אינו ממזר ודאי. וכמו כן יש לדון בענייננו, אם אפשר לצרף ספק גוי לספק אם מבעלה נתעברה כדי להיתר את הוולד מחמת ספק ספקא.

דהנה, על פסק הטור והשולחן ערוך (סימן ד סעיף כט), שאב שאמר על העובר או על אחד מבניו שאינו ממנו, הרי הוא ממזר ודאי, כתב הבית שמואל (ס"ק נב) וזו לשונו:

כן כתב הטור, שמע מינה דסבירא ליה אם לא אמרה היא מכותי נתעברתי לא אמרינן אנן שמא מכותי נתעברה. אבל הרמב"ם כתב דהוא 'בחזקת ממזר' והיינו ספק ממזר, די ש לומר שמא מכותי נתעברה [...]

כלומר, לדעת הרמב"ם יש מקום להסתפק שמא נתעברה מגוי, ואילו לדעת הטור כל שלא טענה כן אין להסתפק בזה. גם הנודע ביהודה (מהדורא קמא אבן העזר סימן ד) נקט כעין זה בדעת הרמב"ם, שבתחילת דבריו הביא את סתירת פסקי הרמב"ם, וכמובא משמו בפתחי תשובה (ס"ק לו) בזו הלשון:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וחילוק דבר זה מבואר ברמב"ם פרק ט"ו מהלכות איסורי ביאה, דבהלכה ט"ז כתב: "נאמן לומר עובר זה אינו בני וממזר הוא ויהא ממזר ודאי", ובהלכה י"ט כתב: "אשת איש שהייתה מעוברת" כו' "ואמר האב אינו בני, או שהיה בעלה במדינת הים, הרי זה בחזקת ממזר" כו' ולא כתב גם בזה "ממזר ודאי".

ובישוב הסתירה כתב:

והיינו כיון שאינו מעיד שהוא ממזר, רק שמעיד שאינו ממנו, ולכן אינו ממזר ודאי, דאולי מערבי נתעברה. ודבר זה מבואר בבית שמואל (ס"ק נב). ואף שדעת הטור שגם זה ממזר ודאי, מכל מקום מי יקל ראש להתירו בממזרת נגד הרמב"ם במקום דמסתבר טעמיה, שהרי דבר זה נעלם מעיני אשה אם זינתה מישראל או מערבי [...]

ואולם בשער המלך (איסורי ביאה פרק טו הלכות טו–יז) יישב את הסתירה באופן אחר, וכמובא בפתחי תשובה (שם) בזו הלשון:

ועיין בספר שער המלך [...] והוא ז"ל מחלק באופן אחר: דבהלכה ט"ז מיירי כשהיא טוענת שממנו נתעברה, דהתם ודאי לא תלינן לומר שמא מכותי ועבד כיון שהיא טוענת בהיפך. ובהלכה י"ט מיירי שהיא אינה טוענת כלום, כגון שמתה וכיוצא, אז הולד ספק ממזר דחיישינן שמא מכותי ועבד נתעברה.

כלומר במקרה שהאם לפנינו וטוענת שהבן מישראל – אין להסתפק שנתעברה מגוי, ואם אינה לפנינו, בזה דעת השער המלך (וכן כתב הפרישה, הובא בבית שמואל ס"ק מד) שתולין שמא מגוי.

ואולם מכך שהוצרך השער המלך להעמיד שהאם מתה ועל כן אינה טוענת כלום ולא נקט כפשוטו שהיא לפנינו ושותקת, משמע שלדעתו כל שהאם לפנינו ואינה טוענת להדיא שהוולד מגוי – אין תולין שמא נתעברה מגוי. והיינו כדעת הטור, אבל שיטת הרמב"ם – כאמור לעיל – שבכי האי גוונא תולין שמא מגוי.

ואכן הפוסקים חולקים בזה, ולדעתם אפילו היא לפנינו ואינה טוענת מנכרי נתעברתי, מכל מקום יש להסתפק בנכרי. וכן העלה רבי עקיבא איגר בתשובתו (מהדורא קמא סימן קו), וזו לשונו:

גם מה שכתב [...] דבהיא לפנינו ואינה אומרת דמנכרי, דגם להרמב"ם לא מספקינן בנכרי, ושכן כתב גם בספר שער המלך. באמת גם הבית שמואל כתב כן (בסימן ד ס"ק מד) בשם הפרישה, אולם עם כל זאת לבי מהסס וקשה עלי כתורמס, מאיזה סברא נימא כן, הלא בודאי אין ראייה מדלא טענה [...]

ובהמשך דבריו דחה רבי עקיבא איגר את מה שכתב הבית שמואל (המובא לעיל) לדקדק בלשונות הרמב"ם והטור, והביא ראייה לדבריו שיש לתלות שמא נתעברה מנכרי, וכפי המובא בשמו בפתחי תשובה (ס"ק לט) בזו הלשון:

וראייה מכרעת דמספקינן בערבי, מסוגיא דפרק קמא דכתובות (דף יג ע"ב): חורבא דדברא משום רוב פסולים כו', וכן [...] הרי דתלינן בערבי לחומרא לענין יחוס כהונה, ומהיכי תיתי לן להמציא דבר חדש, דלענין ספק ספיקא וכן להקל באשת איש שזינתה לדונו כממזר ודאי, שלא להסתפק בערבי?

ולהלכה כבר כתב בשו"ת עין יצחק (חלק א אבן העזר סימן ז ענף ב אות ו–ח), וזו לשונו:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יש לנו לסמוך על דברי הגאון רבי עקיבא איגר זצ"ל [...] וכמו כן בנידון דידן יש לנו ספק ספיקא הזה, ספק שמא מבעלה וספק שני שמא מנכרי, ועל כן יש לנו להתירו לבא בהקהל [...]

ואף שמנגד מנה העין יצחק כמה מהפוסקים (חלקם הובאו לעיל), שלשיטתם אין אומרים ספק ספקא מחמת הספק שמא נבעלה לעכו"ם, ובפרט כשהיא עצמה לא טענה כן, מכל מקום מדברי התוספות בכתובות (ט ע"א דיבור המתחיל "ואי בעית אימא") הוכיח שלא כדבריהם, וזו לשונו:

הרי דהיכא דהוי גנאי לה לטעון כך, אז אין לנו שום הוכחה לומר מדלא טענה כן [...] אם כן כל שכן בנידון דידן [...] דהא בודאי מתביישת להודות דמנכרי נתעברה [...] ובלאו הכי אין סברא כלל לדון ההוכחה מדלא טענה כו', דהא אין האם נאמנת לפוסלו [...]

ועיין שם בפתחי תשובה ובעין יצחק שהזכירו פוסקים רבים הסוברים שמסתפקים בגוי ומצרפים ספק זה לספק ספקא: המהרי"ט (סימן טו); הבית מאיר (סימן ד סעיף כז); הנודע ביהודה (המובא לעיל) והחתם סופר (סימן יג) שנקט כרבי עקיבא איגר. וסוף דבר הכריע העין יצחק בזה הלשון: "והעיקר הוא דלא כדברי הבית שמואל והשער המלך בזה [...]"

נידון זה מובא בהרחבה בשו"ת יביע אומר (חלק ט שם), למרן הגאון הגדול רבי עובדיה יוסף זצ"ל, שגם הוא פסק כדלעיל, וזו לשונו:

ומכיון שברור שנתעברה עוד לפני נישואיה בערכאות לבעל השני, יש לתלות שנתעברה מן הנכרי, מכיון שרוב העיר גוים [...] והואיל ויש עוד ספק שמא נתעברה מבעלה הראשון כשהיה בא לבקר את בניו בביתה, הרי יש כאן ספק ספיקא להקל, שמא מבעלה הראשון, ואם תמצי לומר מאיש אחר שמא מגוי נתעברה. וכבר כתב בשו"ת מהר"י וייל (סימן עד) שיש לצרף ספק דשמא מגוי נתעברה עם ספק אחר להתיר הולד [...] ואף על פי שהאור זרוע (סימן תרנז) הביא תשובת רבינו חיים כהן, שרצה מתחלה להתיר בנידונו מטעם ספק ספיקא, שמא נתעברה בולד זה לאחר שנתגרשה, ואם תמצי לומר קודם גירושין, שמא מגוי נתעברה, ושוב חזר ודחה ספק ספיקא זה, משום שרוב המצויים אצלה ישראל הם. עיין שם. יש לומר [...] וכן הגאון רבי יצחק אלחנן [...] שגם ספק שאינו נשקל מצטרף לספק שקול להחשב ספק ספיקא להתיר [...] ושכן דעת הרמ"א ביורה דעה (סימן קפז סק"ה) [...] ולפי זה הספק ספיקא שבנידון דידן סמכינן עליו להתיר הולד לבא בקהל. וכן בשו"ת חתם סופר [...] וכן העלה בשו"ת רבי עקיבא איגר [...] והנה מצאנו שכן דעת הרמ"ה בפרק יש נוחלין (בבא בתרא קכז ע"ב), ועיין עוד בשו"ת הרשב"ץ (חלק ג סימן פח).

בדרך זו פסק גם הראשון לציון והרב הראשי לישראל, הגאון רבי יצחק יוסף שליט"א, בספרו שו"ת הראשון לציון (חלק א סימן כו עמוד תקיח), וזו לשונו:

ואף שהאם סיפרה [...] שנתעברה מאחי בעלה הפסול לה [...] כבר הזכרנו בשם מהר"א פלאג' [...] שהביאו תשובת בני יעקב שכתב דאף שהייתה אשת איש ולא דיימא אלא מחשוק הנואף, ושניהם מודים שהולד ממנו, עם כל זה סבירא להו דתליא שמגוי נתעברה [...]

אמנם מה שכתב במה שכתב השער המלך שאין להסתפק שמא נבעלה לגוי במקום שהיא טוענת להיפך, בזה לכאורה מודים הפוסקים הנ"ל. וכך גם הכריע מרן הגרי"ש אלישיב זצ"ל (קובץ תשובות חלק א סימן קמב), וזו לשונו:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וזה יש ליישב גם בדברי מהר"י וייל, דאף כשאינה לפנינו מכשירין ליה לבא בקהל מטעם ספק ספיקא – ספק לאחר שנתגרשה נתעברה ואם תמצוי לומר קודם שמא מגוי – מכל מקום כשהיא לפנינו ואומרת קודם גרושין ומישראל, אי אפשר להכניס את הגוי בתור ספק ולדון בו מדין ספק ספיקא, כשהיא אומרת להדיא דמיהודי נתעברה [...]

ואולם בשו"ת הראשון לציון להגר"י יוסף שליט"א (חלק א סימן ט עמוד תמז) פסק על פי פוסקים רבים, שאף בטוענת להיפך, מכל מקום תולים הוולד בגוי לצרף לספקות, וזו לשונו:

”ואף שהאשה טוענת שנתעברה מפלוני הפסול לה – הנה עיין למהר"א פאלאג'י בספר עיני כל חי שם (דף קנו, ב) בתשובת גאוני ירושלים רבי יעקב שאול אלישר, רבי רחמים יוסף פרנקו ורבי שמ"ח גאגין, שהביאו תשובת הרב בני יעקב (סימן י) שכתב, דאף שהייתה אשת איש ולא דיימא אלא מהחשוק הנואף, ושניהם מודים שהולד ממנו, עם כל זה סבירא להו דתליא שמגוי נתעברה. והסכימו לדבריו.

ובתשובה שאחרי זה, מהראשון לציון הגאון רבי אברהם אשכנזי, כתב על דברי בית הדין הנ"ל שכל דבריהם נכונים וישרים ובנויים על דברי הפוסקים ועל אדני השכל הישר והאמת, ואין דבריהם צריכים חיזוק. עיין שם. וכן מסקנת מהר"ד פיפאנו בשו"ת אבני האפד (בקונטרס נושא האפוד שבסוף חלק ב סימן כח). וכן נראה מדברי הבית מאיר בחידושי לאבן העזר (סימן ד סעיף כז), שנטה לסמוך על רוב נכרים גם היכא שטוענת שמישראל נתעברה [...] וכן הביא בשו"ת יביע אומר (חלק ט אבן העזר סימן ג אות ח) לדברי מהר"א גאטניו בעל שו"ת בצל הכסף, בתשובה שהובאה בספר עיני כל חי (דף לקח, א), שכתב ללמוד מדברי הרמ"ה (בבא בתרא פרק יש נוחלין סימן קי), דאף שאמרה האשה שהבן הגדול הוא מבעלה – כל שיש לנו ספק דשמא מגוי קאתי, אינו אלא ספק ממזר [...]

לגבי המקרה שלפנינו, נראה כי לכל הדעות יש לצרף להיתר את האפשרות שנתעברה מגוי, ולומר בזה ספק ספיקא. ואף שהאם אומרת שהמבקש הוא בן של אחד מן השניים – או בעלה או הבועל – ואם כן היא אומרת בוודאות שהוולד אינו מגוי, וכיצד ננקוט הפך דיבורה? אולם כאמור דעת רבי עקיבא איגר שאף שאינה אומרת שהוא מגוי ואף שהיא לפנינו מכל מקום תולין בגוי, ובפרט שבמקומם יש רוב נכרים, ועל פי סברת העין יצחק שהיא בושה להודות שנבעלה לגוי, ומאחר שבנידון דנן יש צירופים רבים להתירו, ניתן לצרף גם ספק זה להתירו מדין ספק ספיקא.

(ב) רוב בצירוף דין 'קרוב'

סניף נוסף להיתר במקרה שלפנינו, ניתן לצרף את מה שכתב בשו"ת בנין עולם (אבן העזר סימן ה ס"ק יא), וזו לשונו:

מה שהקשה במאי דבעי התם: הייתה פרוצה ביותר אי אמרינן רוב בעילות תולין בבעל, מה בכך, הא בעינן תרי רובי ליוחסין? גם כן לא קשה מידי, דהך רובא שתולין בבעל עדיף מרוב כשרים אצלה דבפרק קמא דכתובות, דכאן בעלה מצוי אצלה ביותר, ורוב ומצוי עדיף מרובא דעלמא. וכן הוא בפרק לא יחפור (בבא בתרא כד ע"א) גבי רוב וקרוב: "אמר ליה [...] רוב ומצוי קאמרת, רוב ומצוי ליכא למאן דאמר." ופירש רש"י שם דרוב דמים מן המקור וגם תדירים לזוב משם דמים, וכן הוא ממש בנידון דידן. וגם הוא רוב וקרוב ביחד, דתמיד היא בבית בעלה וקרובה אליו בכל עת. וגם שייך

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לומר כאן נמצא כאן הייתה, והיא ברשות בעלה ובביתו, תלינן גם כן דהולד הוא ברשותו. ועיין בפרק המדיר בסוגיא דמומין, דקאמר שם "מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא, רישא כאן נמצא" כו', הרי דכל שהיא ברשות בעלה ובביתו אמרינן דהוה חזקה גמורה אפילו להוציא ממון יעוין שם. הרי דעדף מרובא, דבממון אין הולכים אחר הרוב, ואם כן כאן דיש רוב וחזקה ומצוי וקורבה, ודאי דעדף מהא דרוב כשרים אצלה כמו שכתבתי [...]

והנה, במקרה דנן האישה המשיכה לגור בקביעות בביתו של בעלה עד לאחר סידור הגט בבית הדין, נמצא אם כן שיש בה את המעלות שהזכיר הבנין עולם. ולפיכך, גם אם אין לומר שבעלה 'מצוי' יותר מהבועל האחר – לפי דבריהם ששניהם חיו עמה בשווה (הגם שהסברה נותנת שהייתה מצויה עם בעלה יותר, כיוון שגרה עמו), מכל מקום דין 'קרוב' ודאי שייך כאן. והרי זו סיבה נוספת להתיר במקרה דנן, שיש לומר כלפי הבעל גם 'רוב' וגם 'קרוב'.

(ג) תלייה ביולדת למקוטעין

נראה לצרף סניף נוסף להיתר בנידון שלפנינו, שעל פיו נוכל לתלות כי אם המבקש נתעברה בבנה זה, רק לאחר מתן הגט בבית הדין וממילא אין כל שאלה לגבי כשרותו של הבן, דהנה הרמ"א בהגהתו על השולחן ערוך (אבן העזר סימן ד סעיף יד) פסק בזה הלשון:

אשה שנתעברה מבעלה סוף סיון וילדה תחילת כסליו, אף על פי שאין ביניהן רק חמשה חדשים, לא חיישינן לבנה לומר שהייתה מעוברת קודם לכן, דהחדשים גורמים והוה ליה בן שבעה (בתשובת ר"י מינץ סימן ו) [...]

ובטעמו של פסק זה, כתב בחלקת מחוקק (שם ס"ק יב) וזו לשונו:

היינו כרבי יהודה דסבירא ליה בנדה (לח ע"א) שיפורא גרים אפילו ביולדת לתשעה, ומכל שכן ביולדת לשבעה דכולי עלמא סבירא להו דיולדת למקוטעין [...]

אלא שהפוסקים נחלקו אם ההלכה כהרמ"א או לא, וכמובא בפתחי תשובה (ס"ק יז), וזו לשונו:

עיין בספר בית מאיר כאן ובשו"ת שבסוף ספרו (סימן י) ששפך סוללה בהרבה קושיות על דברי מהר"ם מינץ והרמ"א ז"ל והביא שם דגם מהר"ט (חלק ב סימן טו) החליט לפסוק דלא כהר"י מינץ. וגם נדפס שם תשובת הגאון רבי דוד טעבל ז"ל מליסא, והגאון מהר"ם ברבי ז"ל, שהשיבו לחזק פסק הרמ"א, והוא ז"ל חזר ופקפק בדבריהם, ומסיים שדבר זה צריך עיון רב למעשה ע"ש. ועיין בתשובת נודע ביהודה (סימן כב) [...] מבואר שפוסק בפשיטות כהר"י מינץ והרמ"א ז"ל [...]

ובהמשך דבריו הביא הפתחי תשובה את תשובת החתם סופר (סימן ו), שדן ביולדת לשבעה כפי הנידון שברמ"א, ומסקנתו כהכרעת הרמ"א, עיין שם.

והנה בוולד שנולד לשמונה חודשים, מובא בגמרא (יבמות פ ע"ב) בזה הלשון: "הא גמרו (סימניו) אמרינן האי בר שבעה הוא ואישתהווי הוא דאישתהי (רש"י: ולשבעה נגמרה צורתו אלא שנשתאה)".

וכתב החזון איש (אבן העזר קטו ס"ק ד דיבור המתחיל "שם") וזו לשונו: "הוא הדין אפילו ידוע שהוא בן שמונה דכיון שנגמרו סימניו אמרינן אשתהי."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כלומר: בכי האי גוונא יש לומר שהוא בן שבעה ואשתהי עד החודש השמיני. והוסיף החזון איש (שם ס"ק ה) לאחר שכתב שכיום בני ח' חיים ומתקיימים, וזו לשונו:

וכמדומה שעכשיו נשתנה הטבע, וכפי בחינת הרופאים אפשר שהוסיפו השתלמותם אחר שבעה ונגמרו לשמונה, והרי נשתנו הטבעים ללדת למקוטעין מה שכתב כמו שכתב הרמ"א [...]

והנה במקרה דנן, כאמור, סידור הגט נערך בי"ד בשבט תשמ"ט, והמבקש נולד בכ"ה באב תשמ"ט. ומאחר ששנת תשמ"ט הייתה שנה מעוברת נמצא כי מזמן מתן הגט ועד לידת המבקש עברו שבעה חודשים ואחד עשר יום, בפרק זמן זה ישנם שמונה שמות חודשים – משבט ועד אב.

יצוין שהאם אכן אמרה שהמבקש נולד בחודש השמיני לפי חשבון הרופא, ואף עברו שבועיים ימים עד שעשו לו ברית. ואמנם אם נקוט כדבריה שנאמרו כמסיה לפי תומו, ייתכן שהיא נתעברה לאחר מתן הגט, והבן אכן נולד בחודש השמיני היינו כמה ימים בתוך החודש השמיני וכפי חשבון הרופא. ואף שהאם אמרה שנתעברה לפני מתן הגט – בזה היא אינה נאמנת, שהרי לאם אין נאמנות לפסול את בנה ולעשותו ממזר. מנגד, הבעל הראשון אמר כי כלל לא ידע שהאם הייתה מעוברת בזמן מתן הגט, ולדברינו ייתכן שלא ידע זאת משום שאכן עדיין לא הייתה מעוברת.

ונמצא לפי זה שלדעת הרמ"א שכפי שהיולדת לשבעה יולדת למקוטעין הוא הדין ביולדת לשמונה, שפיר יש לומר בנידון שלפנינו שהאם התעברה מיד לאחר מתן הגט וילדה בתחילת החודש השמיני.

יתרה על כך, במקרה דידן נראה שלדעת הכול יש לומר שהלידה הייתה בתחילת החודש השמיני כי אף שביולדת לשבעה נחלקו הפוסקים אם ההלכה כדעת הרמ"א שיוולדת למקוטעים ושיפורא גרם, מכל מקום ביולדת בשמיני נקטינן האידנא שנשתנו הטבעיים (כדברי החזון איש), וילדה לשביעי שלא למקוטעין, אלא שהוולד השתהה עד החודש השמיני וגמר השתלמותו.

ועל כל פנים נמצא לפי זה, שיש בידינו היתר מרווח לתלות את כשרותו של המבקש. לפי שיש לומר שהאם אכן התעברה מיד לאחר מתן הגט, שהרי הבן נולד לאחר הגט יותר משבעה חודשים, ואם כן יש לומר לגביו שנולד בחודש השמיני למקוטעים ושיפורא גרם או שהוא בן שבעה חודשים ואשתהי עד תחילת השמיני. ומכל מקום על פי האמור, אנו תולים כי הבן אינו ממזר כלל – בין אם הוא בנו של הבעל, ובין אם הוא בנו של הבעל – כיוון שנתעברה בהיותה פנויה.

(ד) תלייה בתרי רובי

צירוף נוסף במקרה דנן להיתר המבקש, הוא מדין תרי רובי. דהנה בשו"ת עין יצחק (חלק א אבן העזר סימן ז אות יא) כתב בתוך דבריו:

[...] והנה בנידון דידן יש שני רובי המסייעים להכשיר את הוולד, דידוע אשר דירת האשה יש שם רוב העיר הם נכרים, וכן רוב עוברים ושבים האורחים שם הרוב נכרים [...] דאף להטור מספקינן דנבעלה לאינו יהודי, ומה שכתב כמו שכתב רבי עקיבא איגר [...] אם כן יש לנו יסוד היתר בנידון דידן מטעם אחר [...] דנראה לי דלשיטת הטור דסבירא ליה דאף באינו ידוע מי הלך למי, דתנשא לכתחילה במקום דאיכא רוב העיר ורוב סיעה, אם כן הוא הדין בנידון דידן יש שני רובי כנ"ל. וכל שכן בנידון דידן דנחשב

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כדיעבד, ומה שכתב כמו שכתב רש"י והר"ן לכתובות (דף יד) והמגיד משנה (הלכות איסורי ביאה פרק יח הלכה יג), דהיכא דפוסלו מקהל נחשב כדיעבד [...]. וזהו היתר מרווח לדברי הכל.

את דברי העין יצחק הללו, צירף גם מרן הגאון רבי עובדיה יוסף זצ"ל (שו"ת יביע אומר שם) כסניף להיתר ממזרות שבו דן שם.

והנה במקרה שלפנינו, הלא מקום מגורי האם בזמן שהתעברה הוא בצרפת, מקום בו רוב התושבים הם נכרים, וגם רוב העוברים ושבים האורחים שם הם נכרים. ומכיוון שיש לפנינו תרי רובי, שפיר יש לסמוך על כך להתיר ולהכשיר את הולד. בעניין תרי רובי הרחיב חברי הגאון הרב חיים ו' וידאל שליט"א במאמר נפרד בבקיאות ובחריפות רבה כידו הטובה עליו.

ז. פסק הדין

על פי כל הנימוקים הנזכרים, המבקש [פלוני] כשר לבוא בקהל.

ניתן ביום י"ב בכסלו התשע"ז (12.12.2016).

הרב שניאור פרדס – אב"ד