

# ביטול נישואיה של עגונה - הרב שלמה משה עמאר, הרב עזרא בר-שלום והרב ציון בוארון 1

א. סיפור העובדות

ב. נמצא אחד קרוב או פסול - מהו הזמן הקובע?

ג. כשייחדו עדי קידושין

1. רק אלה שיוחדו מצטרפים לעדות

2. בקידושין שעת הראיה היא שעת העדות

ד. ספק אם ייחדו עדים

1. נאמנותו של מסדר הקידושין

2. בספק בטלה העדות

ה. פסולו של העד הכשר

ו. כשאיש לא נתכוון להעיד

ז. נוכחותם של כשרים בקהל המוזמנים

1. מתחשבים רק באלו שבאו לבית דין

2. כשייחדו עדים

3. העדים לא נתייחדו ע"י החתן והכלה

4. מסדר הקידושין ייחד עדים על דעת החתן והכלה

ח. סיכום פסול הקידושין מטעם נמצא אחד מהם קא"פ

ט. העד הכשר לא ידע בפסולו של העד השני

י. קבלת עדות שלא בפניו

יא. עברייני שאינו יודע שבכך הוא נפסל לעדות

יב. חזקת האשה כאשת איש

יג. סיכום ופסק דין

1.מזקנים נתבונן

2.הסכמת הרבנים

3.פסק הדין

## א. סיפור העובדות

הגב' ... נישאה 1 ברבנות מסויימת בארץ. כ- 3-4 אחרי הנישואין התגלו אצל הבעל בעיות נפשיות קשות, אשר התבטאו בהתפרצויות אלימות כלפי אשתו והסביבה. הבעל אושפז לסירוגין בבי"ח לחולי נפש, וחוליו הוגדר כ'סכיזופרניה פראנואידית' והאשה תבעה גירושין. הצדדים היו בדיונים רבים בביה"ד בחיפה, ולבסוף, לאחר שכבר נחתם 'הסכם גירושין' בביה"ד, חזר בו הבעל מהסכמתו לגירושין. עקב אלימות קשה כלפי אשתו הוכנס הבעל לבית סוהר, ובעת מעצרו ניסה לשלוח יד נפשו והגיע עד שערי מוות. כל מאמצי הרופאים להצילו לא צלחו, ומאז הוא נשאר בגדר 'צמח'. כבר חלפו כ- 6 שנים, ולא נראה סיכוי כלשהו לשיפור במצבו. כיון שכך נשארה האשה עגונה באין מוצא ופתרון.

ביה"ד בחיפה, בראשות הג"ר שאר-ישוב הכהן שליט"א, נכנס לעובי הקורה, ולאחר בירור מקיף נתגלה שאחד מעדי הקידושין הוא פסול לעדות משום היותו מחלל שבת בפרהסיא. העד עצמו הופיע בביה"ד בחיפה והעיד על עצמו כנ"ל. כמו"כ נתקבלו שם עדויות על כך, אלא שלא הושלמו. הרב ש"י הכהן כתב פסק דין ארוך ונאה בענין זה, והעביר את התיק להכרעתו של כב' נשיא ביה"ד הגדול הראשל"צ כמוה"ר הגר"ש עמאר שליט"א, ובמצוותו נכנסתי לענין זה.

בישיבת בית הדין, שהתקיימה בלשכת כב' נשיא ביה"ד הגדול ובראשותו, הופיע שנית אותו עד קידושין, והעיד על עצמו שמאז היותו בחור הוא מחלל שבתות בפרהסיא, ועושה הכל בשבת אעפ"י שהוריו היו שומרי שבת. כך היה בהיותו בחו"ל, ובכך המשיך מאז עלה ארצה. באותו מעמד הופיע גם חוקר פרטי, שהעיד בפני ביה"ד שטרח ונסע מספר פעמים אל מקום מגורי העד, וחקר אצל שכנים ומכרים על אודותיו, ושמע מפייהם דברים ברורים לאמור: ידוע ומפורסם אצלם שהעד אינו שומר שבת כלל ועיקר.

החוקר הציג עצמו כיהודי שומר תורה ומצוות, וכך אכן נראים פני הדברים. כמוכן, היה קשה להסתמך על עדות מפי השמועה; ואע"פ שמדובר בעדות שהיא לבירור ולגילוי מילתא בעלמא ויש מקום להקל, בכל זאת נעשו מאמצים לחפש עדים שיהיו שומרי תורה ומצוות, ושיעידו מתוך ידיעה אישית. ואכן, לאחר זמן הופיעו בפני ביה"ד שני עדים שומרי תורה ומצוות (כל אחד בזמן אחר) והעידו בדברים ברורים על אותו עד שהוא מחלל שבתות בפרהסיא בנסיעה בשבת, צליית בשר על האש בחצר הבית, ביקוע עצים לצורך הצלייה וגיזום עצים וכו'.

ביה"ד אף טרח וקיים ישיבת בית דין באותה רבנות מקומית ששם סודרו הקידושין, ואשר שם מקום מגורי שני עדי הקידושין, ושמע את דברי העדים אשר העידו על הקידושין זה בפני זה.

העד הנ"ל מסר עוד, שהקידושין נעשו בבית ההורים, וזאת כפי המקובל בעדתם של בני הזוג, מחשש לעין הרע, ושלפי דעתו כל הנוכחים שם היו קרובי משפחה, חוץ ממנו שהיה שכן קרוב. ביה"ד שאל את מסדר הקידושין בענין יחוד עדים במעמד הקידושין, והוא השיב שדרכו מאז ומתמיד להכריז בעת הקידושין: *פלוני ופלוני הם עדי הקידושין*, וזאת משום החשש להצטרפות קרוב או פסול לעדות הקידושין. במוסגר יש להוסיף: גם על אודות העד השני של הקידושין יש ספקות כבדי משקל ביחס לכשרותו לעדות.

עלינו לברר אפוא שלושה דברים עיקריים:

א. האם שייך בנדון דידן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה?

ב. האם יחוד עדים לקידושין מוציא את שאר העדים הכשרים מכלל העדות?

ג. ענין הוחזקה אשת איש ונתברר אח"כ שהקידושין בטלים.

## ב. נמצא אחד קרוב או פסול - מהו הזמן הקובע?

בדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה הביא מרן בשו"ע (חו"מ סי' לו) שלוש שיטות עיקריות:

I. שיטת רשב"ם ורמב"ם ועוד, דהכל תלוי בשעת ראיית העדות. וז"ל (בסעיף א):

עדים רבים שנמצא אחד מהם קרוב או פסול - עדותן בטלה. במה דברים אמורים, שנתכוונו כולם להעיד. וכיצד בודקין הדבר? אמרים להם בית דין: כשראייתם דבר זה, באתם כדי להעיד או לראות בלבד? וכל מי שאומר להעיד באתי - מפרישים אותו. אם נמצא באלו שנתכוונו להעיד קרוב או פסול, עדותן בטלה.

II. שיטת הרא"ש והתוס', דתרתני בעינן - כיוון לראות כדי להעיד, ובא לבית דין והעיד. ועל כן אין העדות פסולה עד שיבוא הפסול לבית דין ויעיד. גם הרשב"א (ב"ב דף קיג) הסכים לשיטה זו.

III. שיטת הרי"ף, שאותה הביא בסעיף ב בשם י"א, שצריך שהכשר ידע בפסלותו של העד הפסול. ועל כן, אם העיד הקרוב עם הרחוק, ולא ידע הרחוק מקורבתו של זה - עדות הרחוק כשרה. וסיים, דיש מי שחולק על זה, ואומר שאפילו לא הכיר בקורבתו נתבטלה עדות הרחוק.

לפי הכלל דאזלינן בתר י"א בתרא, משמע שדעת מרן בזה כהיש מי שחולק. בבאר-היטב (אה"ע מב, ח) הביא משם מהר"ם פדווה, דדווקא בפסול קרוב בעינן ידע; אבל בפסול עבירה אף דלא ידע ג"כ אין עדותן עדות, ויש חולקים. גם מדהביא מרן בשו"ע את שיטת רשב"ם ורמב"ם בסתם, ואח"כ הביא דעת הרא"ש ותוס' בשם י"א, מבואר דס"ל דהעיקר להלכה כרשב"ם וכרמב"ם, דלא בעינן תרתני. גם הש"ך (חו"מ לו, ח) הכריע כדעה הראשונה; וכן בעין-יצחק מקאוונא (סי' סד ענף ג) כתב דהעיקר כשיטת השו"ע והש"ך, דלדינא קיי"ל דנפסלו מעת ראייה לבד, כדעה הראשונה.

בטור הביא מה שכתב הרמ"ה:

הא דאמרינן כשאומר שכא לראות אינו פוסל - זהו דווקא שלא העידו ביחד בבית דין בתוך כדי דיבור; אבל אם העידו יחד בתוך כדי דיבור, אפילו אמרים שלא באו אלא לראות... ונמצא אחד קרוב או פסול, עדותן בטלה.

בשו"ת מהרש"ך (ח"א סי' כה) כתב דאפשר לומר שסברת הרמ"ה מוסכמת מהרמב"ם, דכיון שהעידו ביחד תוך כדי דיבור בטלה כל העדות, אף על פי שלא כיוונו להעיד בשעת ראייה.

יש עוד שיטה אחרת, הביאה רבינו חננאל בפירושו על הסוגיא דמכות (ו, א), שבזמן ההגדה אמרים להם לראות באתם או להגיד העדות. והר"ח דחה פירוש זה, "משום דיש על הפירוש הזה פירכא", והוסיף: "אמנם הדבר שקבלנו מרבתינו הוא שפירשנו", וכוונתו לשיטת רשב"ם ורמב"ם, דאזלינן בתר שעת ראייה. ובכך העיד שכך דעת רבותיו. הפירוש שדחה ר"ח, דאזלינן בתר שעת הגעת העדים לבית הדין, כתבו הר"ן

בחידושיו לב"ב (דף קיג) לאחר שהביא את פירוש הרשב"ם. והקשה עליו, ומסיק דוודאי כשבאו לפני ב"ד קאמר, ששואלין אותם אם באו לשם כדי להעיד, שאם לכך באו מצטרפין עם הכשרים ופוסלין אותן.

והדברים מבוארים יותר בתוס' רי"ד ב"ב שם, שדחה פירוש רשב"ם ורמב"ם, וכתב:

העיקר הוא, דכשבאו ביחד לבית דין התרו בהן ב"ד ... שקודם שיעידו, שואלין אותם שיגידו האמת למה באו, אם באו להעיד או אם באו לראות היאך יגמור דינו של זה. וכל מי שיאמר להעיד באנו - אם נמצא אחד מהן קרוב או פסול, עדותן בטלה; וכל מי שיאמר כי אני לא באתי להעיד מפני שאני קרוב, אלא באתי לראות היאך יגמור הדין של זה ... - אינו פוסל אותן.

בשו"ת מהרש"ך (שם) כתב, דמהר"ם אלשקאר (סי' יו) הביא פירוש אחר מהרשב"א, דיראה דכוונת הרשב"א דמאי דשיילינן אי למיחזי אתיתו, לאו אשעת מעשה שיילינן, דהיינו כסברת כל המפרשים, אלא אשעת ביאתן לב"ד להעיד שיילינן, קודם שיעידו, דבכהאי גוונא מצטרפי ופסולי.

בשו"ת הרדב"ז (ח"ה סי' ב' אלפים קנה) - בנדון שהיו מסובים ב' אחים ואחד זר, וקידש אחד בפניהם בפתע פתאום, אי אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה - כתב, דלפי שיטת רש"י ורמב"ם ורוב המפרשים, דאשעת מעשה שיילינן, שהוא עיקר העדות, ברור דהווי קידושין, ותקיים העדות באחד מן האחים והאחד הרחוק, לפי שהמסובים ישבו לראות ולא להעיד, שהרי מעשה הקידושין נעשה בפתע פתאום. ויבוא אחד מהאחים והאיש הזר, ויעידו בפנינו על מה שראו, כיון שאין כאן פיסול עדות, שכבר נסתלק האח האחד. ולפי השיטה השניה (תוס' רי"ד ור"ן), אעפ"י שלא נתכוונו בתחילה להעיד, שיילינן להו: עתה שבאתם לבית דין, למה באתם? אם אמרו להעיד באנו - כל העדות בטלה, ואין כאן קידושין; ואם אמרו לראות באנו ולא להעיד - מוציאין אחד מן האחים, והשנים מעידין מה שראו, והרי היא מקודשת.

ומסיק הרדב"ז, דאף על פי שיש לפסוק כרש"י ורמב"ם, וכל העדות נפסלת (ע"י כוונה להעיד בשעת ראייה) - הני מילי להלכה, אבל למעשה יש להחמיר ולהצריכה גט. ואין העדות נפסלת עד שיעידו יחד הפסולים והכשרים בתוך כדי דיבור. ומסיק דיש לחוש לחומרת שני הפירושים משום חומרת אשת איש.

## ג. כשייחדו עדי קידושין

1. רק אלה שיוחדו מצטרפים לעדות

מרן כתב שם (חו"מ סי' לו סוף סעיף א), דאם הזמין התובע עדים כשרים, ועמדו שם קרובים או פסולים - אפילו נתכוונו להעיד והעידו, לא נתבטלה עדות הכשרים. וכן כשאדם מצוה להחרים כל מי שיודע לו עדות שיבוא ויעיד, והעידו כשרים ופסולים, לא נתבטלה עדות הכשרים, שלא היתה כוונתו אלא בראויים להעיד. ודבר זה כתבו הטור בשם אביו הרא"ש בתשובה.

מהר"י ווייל (שו"ת סי' ז) נשאל על דבר קידושין שייחדו שני עדים, והעדים היו פסולים. וכתב, דנראה שכיון דייחדו עדים אלו, והם פסולים, פשיטא שהקידושין לא הווי קידושין. אע"ג שהקידושין נעשו בפני המון עם, ואיכא למימר תתקיים העדות בשאר - כיון שייחדו עדים פסולים, א"כ היתה כוונתם שהעדים שייחדו יהיו עדים, ולא האחרים. והביא ראייה לזה מדברי האשר"י במכות, שכתב: "ויראה שאם הזמין המלוה עדים כשרים - ... אלמא שתלוי בהזמנת העדים. ומכל שכן לפי רשב"ם (ב"ב קיג), שכתב שאם כיוונו להעיד, דפסלי כל העדות.

וז"ל הר"ן בחידושיו (ב"ב קיג): "ונמצאו כללי השמועה, שמחשבה בלבד אינה עושה אותו עד לפסול את הכשרים. הוזמן להעיד - נעשה עד לפסול את חבריו, אם הוא פסול".

אך בתשובת הרשב"א (ח"א סי' אלף קפט), אחר שהביא שיטת רש"י, כתב:

ויש אומרים, דאפילו הזמינום לעדות, וכל שכן בשלא הזמינום אלא בשנתכוונו הם להעיד, אינן פסולין אלא אם כן נצטרפו עם הכשרים והעידו בבית דין. והיינו דאמרינן להו: למיחזי אתיתון או לאסהודי אתיתון. כלומר, אתיתון עכשיו, שאין פסולין אלא כשנצטרפו בקיום דבר.

## 2. בקידושין שעת הראיה היא שעת העדות

ואפשר שבקידושין, שאין צריך לבוא לבית דין כבעדות נפשות ועדות עבירה, הוה ליה קיום דבר בשעת ראית העדות, והוה ליה כהעידו בבית דין, ובזה יודו כולם. אך מהרדב"ז, שכתב דיש להחמיר בקדושין כשני הפירושים, מתבאר דלא סבירא ליה הכי.

וכ"כ רבינו יהודה בן הרא"ש בתשובה (זכרון-יהודה סי' פא):

ולפי זה... שהקרובים כיוונו להעיד, כי לכך נקראו, אף על פי שלא היו מעידים אחר כך בבית דין, נפסל עדות הכשרים בראיתם... ואפילו למי שמפרש שבשעת הגדה תליא מילתא, אפשר שיודה בקידושין שחלו בראיה, לפי שאז הוא כשעת עדות בבית דין.

ובשו"ת משפטי-עוזיאל (אה"ע סי' נז) כתב, דבזמננו, שנוהגים שעדי הקידושין חותמים בכתובה - כיון שחתם העד הפסול בכתובה, חשיב כאילו העידו בבית דין, משום דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בבית דין (כ"כ ביביע-אומר ח"ה אה"ע סי' יב משמו).

בנדון שלפנינו, אחד מעדי הקידושין פסול לעדות משום שהוא מחלל שבת בפרהסיא (בנסיעה, עישון, עשיית מלאכות בחצר, צלי אש, גיזום דשא וכיו"ב). ומסדר הקידושין אמר בפני בית דין, שהוא דרכו בעת סידור הקידושין להכריז פלוני בן פלוני ופלוני בן פלוני הם עדי הקידושין. נמצא אפוא שהוא אפוא שהוא איל והעד הפסול נתייחד לעדות, הרי שנפסלה עדות הכשרים, כפי המבואר בתשו' ר"י בן הרא"ש, משום דהוי כהעידו הפסולים והכשרים בביץ דין יחדיו. או מן הטעם שכתב מהרי"ו, שכיון שייחדו עדים פסולים, אם כן כוונתם שהעדים שייחדו יהיו עדים ולא האחרים.

ולפי זה, גם אי לא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אליבא דתוס' ורא"ש, דתרתני בעינן, ואם כן עדות הכשר קיימת, מכל מקום הא אין כאן אלא עד אחד, ואין כאן קידושין, כהסכמת כל הפוסקים כמעט.

## ד. ספק אם ייחדו עדים

### 1. נאמנותו של מסדר הקידושין

אלא דזה לא יגהה מזור, לפי שיש חשש גדול שבין הקהל נמצאים עדים כשרים, והרי הם עדים אעפ"י שלא כיוונו להעיד ולא באו לב"ד. ואעפ"י שמסדר הקידושין העיד שכל סידורי קידושין שלו נעשים בהזמנת עדים ובהכרזה, מכל מקום אפשר דלא סגי בעדותו זאת, לפי שאינו אלא עד אחד, דאיך יהיה עד אחד נאמן לפסול

את הקידושין כתוצאה מדבריו אלה. ובנדון שלפנינו העד השני אינו יודע בין ימינו לשמאלו, ומכל שכן שאינו זוכר ענין הכרזה או ייחוד עדים לקידושין.

ונראה שענין זה, לברר אם דרכו לייחד עדים, הוי כגילוי מילתא בעלמא, דלא בעינן עדות ממש. ועוד, שבלאו הכי דרכם של מסדרי הקידושין היא להזמין העדים ולהעמידם סמוך אליו בעת סידור הקידושין, וגם דבר זה אפשר דחשיב כייחוד עדים ממש.

## 2. בספק בטלה העדות

ועוד, גם אליבא דרש"י ורמב"ם וכו', דסבירא להו דכוונת הפסול בשעת ראייה להעיד מבטלת את כל העדות, כתב מהר"ם אלשקאר (בסי' יו), דכבר כתב הרמב"ן ז"ל עצמו, וזולתו מן המפרשים פ"ק דמכות, דמסתמא פסולה היא העדות, עד שיאמרו למיחזי אתינא - דכיון שהדבר בספק, בטלה העדות. גם הרדב"ז בתשובה (ח"ב סי' תשז וח"ז סי' מז) כתב דכל דאיכא ספיקא אי לאסהודי אתו, בטלה כל העדות, ושכן כתבו הרמב"ן והרמ"ה. ובכנסת-הגדולה (ח"מ סי' לו הגה"ט אות י), אחר שהביא את דברי הרדב"ז ומהר"ם אלשקאר, כתב דכן כתב מהר"ש חאקין בתשובה כתב יד; ומאידיך גיסא, מהר"י בי רב כתב בתשובה (סי' עד ועה) דעדותן קיימת.

ולפי זה, כאשר אנו מסופקים אם נתייחדו העדים בשעת הקידושין אם לאו, כל שנמצאו העדים פסולים, שניהם או אחד מהם, הרי שכל העדות בטלה, עד שיתברר לנו שלא נתייחדו העדים בשעת הקידושין, לפי שיש לנו לפסוק כהנך תלתא ראבוותי - מהר"ם אלשקאר רדב"ז ומהר"ש חאקין - ולא כמהר"י בי רב, שהוא אחד והם רבים. כל שכן וכל שכן שהם כתבו כן משם הרמב"ן והרמ"ה ז"ל.

## ה. פסולו של העד הכשר

נחזור לשיטה העיקרית בדין עדות שבטלה מקצתה, שהיא שיטת רש"י ורמב"ם. הרמב"ם (הל' עדות ה, ד-ה) כתב, כשבאים עדים מרובים לבית דין, אומרים להם "כשראיתם זה... להעיד באתם או לראות באתם?" ומפרישים אלו שבאו לראות לבד ואלו שנתכוונו להעיד לבד; ו"אם נמצא באלו שנתכוונו להעיד קרוב או פסול, עדות כולם בטלה." ודקדק בלחם-משנה שם מלשון הרמב"ם, דאפילו אותם שאמרו לראות, שחותכין הדין על פיהם אעפ"י שלא נתכוונו להעיד, וכדכתב הרמב"ם לקמן, מ"מ כיון שנמצא אחד שנתכוון להעיד שהוא קרוב או פסול, נתבטלה גם עדותם של מי שנתכוונו לראות. ולהכי כתב הרמב"ם "עדות כולם בטלה" - כלומר, אפילו אותם שנתכוונו לראות בלבד עדותם בטלה, כיון שבאותם שנתכוונו להעיד, שהם עיקר הדבר, נמצא בהן קרוב או פסול.

ולפי זה יוצא, שכאשר נתייחדו עדי קידושין, אזי אפילו שנעשו הקידושין ברוב עם, שבוודאי היו שם כשרים שראו מעשה הקידושין, אף על פי כן כאשר נמצא קרוב או פסול בעדי הקידושין שנתייחדו, הרי הקידושין בטלים. דכיון שנתייחדו לעדות, הרי שיש כוונה להעיד, ועל ידי כך עדות הכל בטלה, אפילו של אותם הכשרים שבאו לראות וראו ראייה מעליא את הקידושין 2.

הן אמת שמרן בשו"ע שינה מלשון הרמב"ם, ובמקום לכתוב "עדות כולם בטלה" כתב: "עדותן בטלה" - דמשמע דקאי על אותם העדים שנתכוונו להעיד, ולא על אלה שבאו לראות. ולא שמרן פליג על הרמב"ם, אלא שהוא מפרש כן בדעת הרמב"ם, ושינה בלשון כדי לשלול את פירושו של הלחם-משנה בדעת הרמב"ם.

בעל לחם-משנה חזר וכתב כך בדעת הרמב"ם בשו"ת שלו לחם-רב (סי' כו), אולם כתב שם, דמפירוש רבינו חיים שבתוס' (מכות ו, א ד"ה לאסהודי) - דלעדים הכשרים שיילינן אם למיחזי אתו, ואז לא הוי עדותן בטלה אפילו נמצא אחד קרוב או פסול; או לאסהודי אתו עם הפסולים, ואז עדותן בטלה - למדנו שאם הכשרים אומרים שלא נתכוונו להעיד אלא לראות, אעפ"י שהפסולים נתכוונו להעיד חותכין הדין עפ"י הכשרים; דכיון שבאו רק לראות, לא יצטרפו עם הפסולים. וסיים, דהואיל ולדעת התוס' העדים שנתכוונו רק לראות כשרים הם ותפסי קידושין, על כן אין להתיר ערוה נגד בעלי התוס', שדבריהם נכונים בטעם.

בנדוננו, שמסדר הקידושין אומר שייחד עדים, וברור שהעד השני נתכוון להעיד עם העד הפסול, גם אם נאמר שהעד הפסול לא נתכוון להיות עד, הרי שלדברי רבינו חיים עדות הכשר בטלה, שהרי אומר שנתכוון להעיד עם העד הפסול, ולא ידע שהוא מחלל שבת. ולפי דברי התוס' עולה באופן ברור שעדות שני העדים בטלה - זה מחמת פסלותו, וזה מחמת הצטרפותו לפסול.

## ו. כשאיש לא נתכוון להעיד

עוד נראה, דאפילו שלא נקבל את עדותו של מסדר הקידושין כב' עדים, ונחמיר ונאמר שלא נתייחדו עדים כלל לקידושין, ואף אחד לא נתכוון לעדות אלא לראות את החופה ולשמוע שבע ברכות - וכמ"ש מהר"י בי רב (הובא בב"י חו"מ סי' לו) דמסתמא אמרינן שבאו לראות, משום דאנן סהדי שההולכים לחופה אינם הולכים להעיד אלא לשמוע שבע ברכות ולשמח חתן וכלה - מכל מקום הלא חידש הש"ך (לו, ג), דהא דאין העדות נפסלת כאשר הפסולים לא כיוונו להעיד אלא לראות, הוא דווקא באופן שהכשרים כיוונו להעיד; אבל כאשר גם הפסולים וגם הכשרים לא נתכוונו להעיד אלא לראות, עדות כולן בטלה, משום דלא מסתבר לומר דקרובים שבאו לראות לא ייחשבו עדות, וכשרים ייחשבו לעדות. וסיים הש"ך, דכן נראה לו ברור דעת הרמב"ם ושו"ע. לפי זה יוצא לנו קולא, דכאשר מסדר הקידושין לא ייחד עדים, ואף אחד לא כיוון להעיד לא הפסולים ולא הכשרים, עדות כולן בטלה, ולא הוי קידושין.

בקצות-החשן שם (ס"ק א) כתב: "לכן ראוי ונכון... לייחד עדים בשעת קידושין... דאם לא כן הוזה ליה נמצא אחד מהן קרוב או פסול, כיון דבמעמד שם עומדים בערבוביא פסולים עם כשרים". והביא גם מש"כ הריטב"א בשם רבו, דכשנמצאים קרובים או פסולים במעמד הקידושין, עדות כולן בטלה, ושעל כן צריך לייחד עדים בשעת הקידושין. וכעין מה שכתב הריטב"א כן הוא נמי בחידושי רבינו קרשקש בגיטין (דף יח), וכן נראה דעת רבינו פרץ, הביאו הש"ך (לו, ח), ד"צריך לברר עדים בגיטין וקדושין, דאם לא כן רגילות הוא ששם עומדים קרובים, ועדותן בטלה".

איברא דבנתיבות-המשפט (ביאורים לו, א) הקשה על דברי הש"ך, ונראה דפליג עליה. וכן בבית-מאיר (אה"ע סי' מב) הרבה להקשות ולהשיב על דברי הש"ך, ודחה דבריו. מאידך גיסא, מהרש"ם (שו"ת ח"ב סי' קיא) כתב בנידונו: "גם אי נימא דכיון שהמסדרים האלה שאינם יודעים בטיב קידושין... מסתמא אין מייחדים עדים בשעת הקידושין, א"כ ממילא מתבטל כל העדות ע"י הקרובים, כדעת הש"ך". ומצאנו לכמה אחרונים שכתבו לצרף דעת הש"ך להקל בענין כזה.

## ז. נוכחותם של כשרים בקהל המוזמנים

1. מתחשבים רק באלו שבאו לבית דין

לשיטת התוס' רי"ד והר"ן ועוד, דהא דשיילינן לאסהודי אתיתו, קאי על שעת הגעת העדים לביה"ד - הנה בדוננו העד הפסול בא לביה"ד כדי להעיד, וגם העיד שהוא היה נוכח בעת הקידושין, ושהוא היה אחד מעדי הקידושין. ועשינו גם זימון מיוחד שיהיו נוכחים במקום גם שני עדי הקידושין, והעד הפסול אמר דבריו בפני העד הכשר (וגם העד הכשר אישר שהוא היה העד השני). הרי שלפי שיטה זו, עדות הכשרים בטלה. ונמצא שבנידון דידן - הן לשיטת רש"י ורמב"ם, דביתר שעת ראייה אזלינן, ובין לשיטת תוס' רי"ד וראבוותי דעימיה, דביתר שעת ביאתן לב"ד אזלינן, הרי שעדות הכשרים בטלה. אלא דנראה דלשיטת הרמב"ם ורשב"ם ורוב הפוסקים עדות כל הכשרים בטלה, גם אלה שלא באו לב"ד. אבל לשיטת תוס' רי"ד, רק הנך כשרים שבאו לב"ד עם הפסולים עדותן בטלה, דהכל תלוי במה שבאים לב"ד; אבל אלו שלא באו, יכולים לבוא בפני עצמם לבית דין ולהעיד.

## 2. כשייחדו עדים

אולם אם נסמוך על דברי מסדר הקידושין ונעמיד גם נידון דידן באופן ודאי שנתייחדו עדי קידושין, כבר כתבנו דבכהאי גוונא אעפ"י שהיו המון עם במקום, ובתוכם עדים כשרים שראו הקידושין, אעפ"י אין אחד בהם שיכול להעיד. וזאת הן מסברת מהרי"ו, דכיון שזימנו את העדים הפסולים א"כ כוונתם שהעדים שייחדו יהיו עדים ולא האחרים; או מן הטעם שכתב ר"י בן הרא"ש, דכשזימנום ודאי נתכוונו להעיד, כי לכך נקראו, וגם הוי כהעידו יחד בבית דין, דלפי שקידושין חלים בראיה כשעת עדות בב"ד דמי. ונמצא שהקידושין בטלים בלא ספק בנדון שלפנינו, גם לשיטת התוס' רי"ד, שהרי שעת קידושין חשיבה כשעת הגדה, וכאילו כולם הגידו בבית דין.

אלא שהחתם-סופר כתב בתשובה (אה"ע סי' ק; הובאה בפתחי-תשובה אה"ע מב, יא) דאפילו היו עדי הקידושין פסולים, מ"מ הדבר פשוט דאשה זו מתקדשת עפ"י עדות כל העומדים שם. ואף שייחדו עדים ונמצא דעדות כולן בטלה, לא נאמרו הדברים אלא בעדות נפשות או ממון; אבל בדברים שבתחילת עשייתן צריכים עדים, דעת הבעלים אינה אלא על הכשרים, ולא כל כמיניהו של העדים הפסולים לבטל רצון הבעלים. ועוד כתב שם, דאפילו אם שאר אנשים שהיו שם לא השגיחו על הקידושין, כנהוג, כיון שיש ידיעה גמורה וברורה שנכנסה לחופה, והיו שם רבנים מסדרי קידושין, ויצאה מהחופה בחזקת נשואה, פשיטא דאנן סהדי וכולנו עדי קידושין שהתקדשה. ואם כן, אעפ"י שהזמין הרב את זה העד הפסול, לא כל כמיניה לפסול הקידושין, שהחתן והכלה לא רוצים שיהיה עליהם עדים זולת הכשרים.

אולם לפי מש"כ הלחם-משנה בדעת הרמב"ם, דכאשר העדים הפסולים נתכוונו להעיד בטלה כל העדות, וגם עדותם של הכשרים שבאו רק לראות בטלה, כיון שבאותם שנתכוונו להעיד שהם עיקר הדבר נמצא קרוב או פסול - בוודאי שלפי"ז אין מקום למש"כ החת"ס, משום דגם אי אמרינן דלאו כל כמיניה של מסדר הקידושין לייחד עדים פסולים, מכל מקום הרי כיון שהזמנו לעדות, והרי ודאי שכיוונו להעיד "כי לכך נקראו" (לשון ר"י בן הרא"ש), נמצא שעדות כולן בטלה, לשיטת רש"י ורשב"ם ורוב הראשונים, דבשעת ראייה תליא מילתא.

וכדברי הלח"מ (בדעת הרמב"ם) כן נראה נמי דעת מהר"י וייל (שו"ת סי' ז, הנזכר לעיל ג/1), שלמד מדברי הרא"ש, דכאשר מייחדים עדים הרי שהוציאו את השאר מן הכלל; וכשייחדו פסולים, הקידושין בטלים - ואעפ"י שהיו "המון עם", ובתוכם הרבה כשרים, וראו מעשה הקידושין - "אלמא שתלוי בהזמנת העדים". ואחרי זה סיים וכתב: "ומכל שכן לפי רשב"ם פרק יש נוחלין, שכתב שאם כיוונו להעיד דפסלי כל העדות". הרי דפשיטא ליה בדעת רשב"ם (שהיא נמי דעת הרמב"ם) דאפילו לא זימנו עדים אלא שהעדים מעצמן נתכוונו להעיד, גם עדות הכשרים שלא נתכוונו בטלה. ועל כן, אפילו כשהקידושין היו "בהמון עם", בטלים הקידושין.

ובפרט למש"כ מהר"י בן הרא"ש (בסי' פא), דיש להחשיב את שעת ראיית מעשה הקידושין "כשעת עדות בבית דין, והו"ל כאילו העידו יחד בתוך כדי דיבור, שעדות כולן בטלה אליבא דהרמ"ה. וכעין זה בחידושי רבינו קרשקש גיטין (דף יח) ז"ל: "משום דהכא (בקידושין) עיקר עדותן היא עכשיו בראייתן, וכמו שבאים כולם להעיד דמי, הלכך עדות כולן בטלה" כשנמצא במקום קרוב או פסול.

בשו"ת ציץ-אליעזר (ח"ח סי' לז) הביא ממה שכתב החת"ס. ואח"כ כתב שבספר משפטי-שמואל סתר דברי החת"ס. והביא בציץ-אליעזר את דברי מהר"י וייל, שהם היפך דברי החת"ס, וכתב שגם בשו"ת מהרש"ך (ח"א סי' כה) כתב תחילה מדעתו כסברת מהר"י, ואח"כ ראה במהריב"ל דברי מהר"י, ושמה על זה מהרש"ך שמחה גדולה. ושגם בשו"ת נאמן-שמואל (סי' נט), אשר החיד"א בשם-הגדולים מכנהו "אביר הרועים", הסכים לדעת מהר"י, ושלא מצא שום פוסק שיחלוק על דברי גדול הדור מהר"י. וכן בשו"ת כרם-שלמה (אה"ע סי' כה) העלה שדברי מהר"י שרירין וקיימין, ולא מצא לו חולק בפירושא ולא מכללא, ודינו של מהר"י נראה ומקובל לכולי עלמא. והביא בציץ-אליעזר מבעל שדי-חמד בשו"ת אור-לי (סי' ע, דף עג) שגם כן כתב, שאין כל הפוסקים מודים להחת"ס, וכמו שיראה הרואה בכל תשובותיהם, שביטלו העדות קידושין ע"י צירוף הפסולים, ולא סמכו "לאנן סהדי" שכתב החת"ס.

ועוד הביא משו"ת אור-לי (אות יח) דגם בחידושי מהר"י ט על הרי"ף, פ' האיש מקדש, מפורש דקאי בשיטת מהר"י, דבמייחד עדים פסולים בטלה כל העדות. וז"ל מהר"י ט שם: "ואפשר דאפילו היו שם עדים אחרים (כשרים, טמונים מאחורי הגדר), ונמצאו (אותם שקבלה הקידושין בפניהם) פסולים - הואיל ולא ידעה בעדים הכשרים, אינה מקודשת. מאי טעמא? היא לא כיוונה אלא לפסולים, ולא גרע מנמצא אחד מהן קרוב או פסול דעדות כולם בטלה. ומאחר שהיא לא ידעה בכשרים, הווה ליה כייחודה עדים והם פסולים". וכתב עוד, שלשיטה זו דמהר"י ומהר"ט ומהרש"ך, הסכים נמי מהר"י מקאוונא בשו"ת עין-יצחק (ח"ב סי' סד).

איברא דמלשון הר"ן (ב"ב קיג) שהעתקנו לעיל (ג/1), שכתב "הוזמן להעיד נעשה עד לפסול את חבריו אם הוא פסול, וכן מלשון הרשב"א (שהעתקנו שם), שכתב "יש אומרים דאפילו הזמינום לעדות... אינן פוסלים", נראה דלא ס"ל כשיטת מהר"י. שהרי גם הר"ן לא כתב אלא שבהוזמן להעיד "הוא פסול את חבריו", ולא כתב שחבריו יצאו מכלל עדות. ולפי"ז הרי לשיטת הר"ן לא נפסל הכשר כשלא הכיר בפסול, דאילו למהר"י יצאו כולם מכלל עדות בכל ענין. וצ"ע.

והוסיף בציץ-אליעזר, דעל האמור יש לזכור שהריטב"א בקידושין (דף מג) כתב בשם רבו ז"ל, ורבים קיימי כוותיה, דכל שלא מייחד עדים כשרים לקידושין, אז כיון דאיכא בין הנוכחים קרובים, מבטל ג"כ עדות הכשרים. ובשו"ת מהרש"ם (ח"ב סי' קיא) כתב:

ודעת הריטב"א בקידושין (דף מג) בשם מורו, דבקידושין, דכל קיום המעשה תלוי בעדים, מיפסלי בראיה לבד. וכן מצאתי בתשובת ר"י בן הרא"ש (סי' פא) שהסכים לבטל עדות הקידושין ע"י שנמצא קרוב או פסול. ושגם להסוכרים דבהגדה בב"ד תליא מילתא, אפשר שיוזו דבקידושין הוי בשעת ראייה כשעת עדות בב"ד. ע"ש. וזה דלא כהבית-שמואל (מח, ח), ודלא כשו"ת בשמים-ראש (סי' לז) בשם ר"י מטראני. וסיים הציץ-אליעזר בזה הלשון:

אחרי כל הדברים האלה, מי יוכל להטיל דופי ברב שיבוא ויסמוך על ארזי הלבנון אדירי התורה האמורים, ובמושב בית דין יפקיע קידושין פגומים כאלה כדי להציל אשה מעגונותה...

בשׁו"ת מהרש"ך (ח"א סי' כה), שהוזכר באחרונים, נשאל על אודות אשה שקיבלה קידושין בפני עשרה, שמתוכם היו רק שנים כשרים לעדות, שנתייחדו מעצמם להיות עדי קידושין, "אם מותרת האשה הזאת להנשא בלא גט. והביא ג' השיטות:

I. רש"י רשב"ם וכו', דאזלינן בתר שעת ראייה.

II. דעת תוס' ורא"ש, דתרתני בעינן - כוונה להעיד בשעת ראייה, וגם הגדה בב"ד.

III. שיטת הרמ"ה, דאם העידו יחדיו תוך כדי דיבור, אעפ"י שלא נצטרפו בשעת ראייה, נמי בטלה העדות, דהעיקר היא בשעת הגדה.

ועוד הביא משם מהר"ם אלשקאר בשם רשב"א, דתלוי בשעת ביאתן לב"ד, אם באו כדי להעיד, והבאנו הדברים לעיל. וכן הביא שיטת ר"ח כהן שכתבו בתוס' מכות (ו, א). וכתב למסקנה:

דיראה ... דאין כאן בית מיוחד להצריכה גט ... מחמת הקידושין הללו. והטעם, דלא מיבעיא מאחר שהזמנו ונתייחדו בשעת קבלת הקידושין עדים פסולים ... דאין מקום לחוש ... אלא אפילו אם לא ייחד עדים, אלא שהזמננו בערבוביא, והיו שם בתוך כל העדים אלו השני עדים [הכשרים] ... מכל מקום ייראה לומר, כיון שמה שהחזיקה אשה זו ונתפרסמה בחזקת מקודשת היה מחמת העשרה שנתקבצו, א"כ הוה ליה כאילו העידו כולם בבית דין, וא"כ יש להקל. דאע"ג דאיכא לספוקי אי בשעת מעשה למיחזי קאתו אי לאסיהודי, מ"מ לדברי הרמ"ה ולדברי הרמב"ם (לחד פירושא שכתבתי למעלה) דסבירא להו דאפילו לא באו בשעת מעשה אלא לראות מ"מ כל שהעידו יחד [בתוך כדי דיבור] בב"ד, נצטרפו ונתבטלה עדותן. א"כ אין לחוש לקדושין הללו, כיון שמה שהחזיקה בעיר בחזקת מקודשת, הוי כאילו העידו כולם בב"ד ... וא"כ יש להקל מטעם ספק ספקא - ספק אי כהרמב"ם לחד פירושא וכהרמ"ה נקטינן, א"כ עדותן בטלה; ואפילו אם תמצני לומר דכאידיך פירושא דהרמב"ם וכהרא"ש נקטינן, מ"מ דילמא לאסיהודי קא אתו [הפסולים] ועדותן בטלה.

ושוב חזר על הדברים וכתב:

דאפילו אם לא הזמנו אותם השני עדים הפסולים ... אלא שהיו כולם בערבוביא, אין לחוש לאותם השני עדים [כשרים] ... מהטעמים שכתבתי. כל שכן אחר שהזמנו ונתייחדו העדים פסולים.

והביא סיוע לדבריו משׁו"ת מהרי"ו הנ"ל. ואח"כ כתב, דאעפ"י שלסברת ר"ח הכהן - כל שלא באו הכשרים אלא לראות אעפ"י שהפסולים נתכוונו להעיד לא נתבטלה העדות, דאכתי יכולים הכשרים לכוון העדות ולהעיד - מכל מקום ייראה דאין ראוי להחמיר ולחוש לסברת ה"ר חיים, דיחידאה היא, ולא ראיתי לשום אחד מהמפרשים שיפרש ... כמו שפירש הוא. ועוד, דאפילו אם באנו לחוש לסברתו ... מכל מקום יש להקל מטעמא דאכתי איכא לספוקי, דמאן לימא לן דאותם העדים הכשרים הלכו לראות ולא הלכו לאסיהודי ולהצטרף עם העדים הפסולים ... ואעפ"י שכתב ... מהר"י בירב, דרוב ההולכים לשמחת חופה וקדושין אינם הולכים אלא לראות, מכל מקום סברת הרב אינה כל כך מוסכמת, ואין לנו לצרף כל הסברות להחמיר על האשה הזאת.

וסיים תשובתו בכותבו:

מכל הצדדין וצדי צדדין האשה הזאת מותרת להנשא, ואין לחוש לקידושין הנזכרים להצריכה גט מחמתן.

מדקדוק הלשון שכתב "אמנם בשעת הקידושין היו שנים מהם פסולים מדאורייתא, שנתייחדו מעצמם להיות עדי קידושין, "ואעפ"י כקורא לזה הרב "הזמנת וייחוד עדים פסולים" שעל ידי כך נתבטל העדות", אע"ג דאיכא הרבה עדים כשרים - "הרי מפורש נגד סברת החת"ס, ואפילו אם הם נתייחדו מעצמם, ולא שהחתן ייחד אותם, לא אמרינן לא כל כמינייהו לפסול הקידושין, ושאינן כוונת המקדש אלא לעדים הכשרים. ודוק. גם מלשון

מהר"י וייל משמע קצת כן, דלאו דווקא כשייחדם החתן - שכתב "ייחדו עדים", וחזר על זה כמה זימני "ייחדו עדים", ולא ליישמיט חדא זימנא לכתוב שייחדם החתן. ואעפ"י שאפשר לומר שכוונתו שייחדם החתן והכלה, מ"מ הוא קצת דוחק, שאין דרך הכלה לייחד עדים, וגם אין דרך העולם שהחתן עצמו מייחד עדים, כי אם מסדר הקידושין.

ולגופו של ענין נלע"ד, דהואיל ומסדר הקידושין על דעת החתן הוא עושה, ובפני החתן והכלה הוא מייחד את העדים, ושתקו וסברו וקיבלו, הוה ליה כאילו החתן והכלה עצמם מינו את העדים.

#### 4. מסדר הקידושין ייחד עדים על דעת החתן והכלה .

ביביע-אומר (ח"ח אה"ע סי' ג אות ד) הביא את דברי מהרי"ו, החוות-יאיר (סי' יט) אשר כתב היפך זה, ומהריב"ל המפקפק על דברי מהרי"ו. ומנגד הביא להקת פוסקים דאזלי בשיטת מהרי"ו. ומוסיף, דהעיקר כדברי האחרונים שהסכימו כולם לדברי מהרי"ו.

ואח"כ (באות ה) הביא דברי האבני-מילואים (סי' מב), ועליהם דברי החת"ס בתשובה (אה"ע סי' ק), שכתב שבקידושין אין כוונת המקדש אלא על הכשרים, ואין הקדושין נפסלים ע"י קרוב או פסול. ולפיכך, אעפ"י שהרב ייחד עד הפסול לעדות עמו (כן היה בנדון שנשאל עליו החת"ס) לעדות הקידושין, לא כל כמיניה לפסול הקידושין, מאחר שהחתן והכלה מיאנו בו ולא רצו שיהיו עליהם עדים זולת הכשרים. ודחה מש"כ באבני-מילואים, דאין קידושין נפסלים בעדות קרוב או פסול, ושדבר זה הוא נגד דברי התוס' והרא"ש ורמב"ן וכו', אשר נתקשו היאך מצינו ידינו ורגלינו שלא יתבטלו הקידושין משום שנמצאים קרובים ופסולים במעמד הקידושין. וזה הרי מפורש להדיא דלא כסברת האבני-מילואים והחתם-סופר.

והביא אח"כ (באות יא) מה שכתב בשו"ת פרח-מטה-אהרן ח"ב (סי' קיז) לחלק, דדווקא כשהחתן עצמו ייחד העדים ונמצאו פסולים, עדות כולן בטלה; אבל אם החזן ייחד העדים, תתקיים העדות בשאר. ושכיוצא בזה כתב הכנסת-הגדולה חו"מ (לו, ד), ושכן כתב בס' ראש-משביר (אה"ע סי' כד). ומנגד הביא, שבשו"ת שביתת-יו"ט (חו"מ סי' א) כתב דאעפ"י שהחתן לא ייחד העדים מעצמו, מ"מ הדבר מבואר בשו"ת נאמן-שמואל (סי' עט) דאין ספק שמה שמוליך החזן את הכתובה להחתימה בעדים, חשיב ייחוד העדים והזמנתם ע"י החתן עצמו, כי החזן שלוחו, ושלוחו של אדם כמותו. וגם, כיון שבשעה שבאים לקדש, החזן מראה להם הטבעת קודם הקידושין, בוודאי שאין לך ייחוד העדים גדול מזה, ונפסלו כל שאר העם העומדים שם להעיד על הקידושין. והביא, שגם הרב כרם-שלמה (סי' כא) כתב שאין חילוק בזה בין ייחד העדים הבעל עצמו לבין כשהזמנו בעצמם, שלעולם נתבטלה בזה עדות הכשרים, לדעת מהרי"ו ומהרש"ך.

ביביע-אומר כתב דלכאורה יש להעיר על זה מדברי החתם-סופר, שכתב דלא כל כמיניה של הרב להפסיד הקידושין ע"י העד הפסול שהזמין לעדות - דלפי האמור י"ל דסבירא ליה להחתם-סופר כדברי הרב פרח-מטה-אהרן וסיעתו, דבכהאי גוונא לא חשיב ייחוד עדים, כיון שלא ייחדם החתן עצמו.

ונראה לי לחזק סברת השביתת-יו"ט והכרם-שלמה, דכבר הבאנו דברי מהרש"ך, שגם "בנתייחדו מעצמם להיות עדי קידושין", אף על פי כן חשיב ליה "ייחוד עדים והזמנתם", ושכך נפסלת כל העדות.

וגם יש להוסיף בזה, דכאן לא שייך לומר לאו כל כמיניה על מה שעושה החזן ומייחד עדים (פסולים), דלאו כל כמיניה שייך רק בשליח שעושה שליחות, ושעל זה שייך לומר לאו כל כמיניה, וככל שליח שעושה שליחות, דא"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, וע"כ המעשה בטל. אך לא בנידון דידן שהוא מייחד עדים בפני החתן, והחתן לא השמיע שום התנגדות - הרי זה כאילו החתן עצמו ייחד את העדים, משום דשתיקה כהודאה. עיין שו"ע אה"ע

לה,ה; ויש לזה עוד ראיות מכמה מקומות, שכאשר עושים בפניו דברים, ושותק, חשיב כהודאה, וכאילו עשה הדבר בעצמו.

ח. סיכום פסול הקידושין מטעם נמצא אחד מהם קרוב או פסול

סיכום האמור עד כאן הוא שישנן חמש שיטות עיקריות בענין "נמצא אחד קרוב או פסול":

I. דעת רשב"ם רמב"ם ורוב הראשונים, דאזלינן בתר שעת ראייה, שאם התכוונו הפסולים להעיד הרי שעדות כולן פסולה.

II. סברת התוס' והרא"ש, דאינו פסול אלא אם כן גם כיוונו הפסולים לראות כדי להעיד, וגם באו והעידו, דתרתו בעינן.

III. שיטת הרמ"ה, דרק אם העידו יחד הכשרים והפסולים בבית הדין תוך כדי דיבור, עדות כולן בטלה.

IV. שיטת תוס' רי"ד והר"ן, שהובאה גם בשו"ת מהר"ם אלשקר (סי' טז) ובשו"ת מהרש"ך, דתלוי בשעת ביאתן לבית הדין, אם באו לביה"ד כדי להעיד.

V. שיטת מהרי"ו ומהרש"ך, דאם ייחדו עדים, הרי שכל העדים האחרים יצאו מכלל עדים, ואינם מעלים ומורידין. ועל כן, כשנמצא קרוב או פסול באותם שנתייחדו, בטלים הקידושין (ושיטה זו סמכו עליה גדולי האחרונים, כפי שהבאנו).

בנדון שלפנינו נתברר שנתייחדו עדים, ויש כוונה להעיד מצד אלה שנתייחדו, ונמצא דאליבא דרשב"ם ורמב"ם ורוב הראשונים עדות כולן בטלה. ומכל שכן לשיטת מהרי"ו ומהרש"ך ומהרי"ט בחידושיו על הרי"ף.

עוד זאת, דאותו עד פסול בא והעיד בבית הדין, דנמצא דאיכא תרתי - גם כוונה להעיד וגם בא והעיד - ונמצא שגם אליבא דתוס' והרא"ש כל העדות בטלה. עוד כתבנו, שבית הדין גם קיים ישיבה מיוחדת, שבה העידו שני העדים, הכשר והפסול, זה בפני זה על הקידושין, ונמצא שגם אליבא דהרמ"ה העדות בטלה. ואליבא דתוס' רי"ד נמי, הרי באו שניהם והעידו ועדותן בטלה.

ולכל הנ"ל יש להוסיף, שהחופה היתה בבית ההורים בחוג מצומצם, ונמצא שיש להסתפק אם בכלל היו עדים כשרים במקום. ובמוסגר יש להוסיף, שגם העד השני של הקידושין יש עליו ספיקות.

אבל עדיין יש לדון בכמה פרטים:

I. סברת הרי"ף, שכאשר העד הכשר לא ידע בפסולו של העד השני, לא בטלה כל העדות.

II. קבלת עדות שלא בפני העד הפסול (לפוסלו), כאשר מסכים הוא לכך.

III. האשה הוחזקה לאשת איש, ונתברר אח"כ שהקידושין בטלים - האם מבטלים את החזקה ומתירים את האשה?

IV. פסול עדים בחילול שבת וכיו"ב, כשאינם יודעים שבוזה הם נפסלים לעדות.

## ט. העד הכשר לא ידע בפסולו של העד השני

בענין שיטת הרי"ף בתשובה, שאם האחד לא ידע בפסולו של העד השני, עדות הכשר קיימת, כתב בתשובת מהר"ם אלשקאר (סי' יו):

ידוע הוא שזאת התשובה כבר דחה אותה הרא"ש ז"ל בפסקיו פ"ק דמכות (סי' יא) בשתי ידים. גם בתשובת רבינו האי גאון ז"ל, אביהם של ישראל, מצאנו חילוף הדברים שבאו בתשובת הרי"ף ... גם הרי"ב בן הרא"ש ז"ל הסכים לדברי אביו, לדחות תשובת הרי"ף ז"ל. אבל הרמב"ם ז"ל ורוב המפרשים כתבו סתם, נראה דלא סבירא להו הך מילתא; דאי הוה סבירא להו, ודאי דהו מדכרי לה.

מאידך גיסא, עיין ביביע-אומר (ח"ח אה"ע סי' ד אות טו) שדייק מלשון השו"ע, שדעת מרן לפסוק כהרי"ף, ושכן דעת כמה ראשונים. ונמצא לפי"ז שהוא ספיקא דדינא. ונראה דאעפ"כ לא תברא בנדון שלפנינו, דעדיין איכא למיעבד ספק ספיקא - ספק שמא אין הלכה כהרי"ף; ואם תמצי לומר הלכה כהרי"ף, עדיין י"ל שמא בנידוננו לא היו כשרים במעמד הקידושין, דשמא היו כולם קרובים; ואם תמצי לומר שהיו גם רחוקים, עדיין ספק שמא גם הרחוקים פסולים, משום שאינם שומרים תורה ומצוות. ויש לצרף מש"כ מהר"ם פאדווה (סי' לז) דמה שכתב הרי"ף, שכל שלא ידע הכשר בפסולו של חברו עדותו קיימת - היינו דווקא בעדות ממון, דבגילוי מילתא סגי; אבל גבי קידושין, שאפילו שניהם מודים בקידושין לא מהני אם לא בעדים כשרים, הואיל ונתבטלה עדותן מגזירת הכתוב מודה הרי"ף דלא מהני. והובא בשו"ת פרה-מטה-אהרן (ח"ב סי' יח) ובחשן-שלמה (הג' הטור ס"ק כט), וכ"כ מהר"א ילזו בשו"ת יש-מאין בקונטרס מעשה-אליהו (המקורות מיביע-אומר הנ"ל).

## י. קבלת עדות שלא בפניו

ובענין מה שנתקבלו עדויות שהעד מחלל שבת, שלא בפני העד - הנה אעפ"י שנחלקו הפוסקים בזה, אם אפשר לפסול עדים שלא בפניהם - עיין ש"ך חו"מ (סי' לח בסופו) שהביא משם הריב"ש דלפסול עדים אין צריך בפניהם, ולא נראו לש"ך ראיות הריב"ש. ומיהו משמע דכל זה ע"י הזמה, לומר עמנו היו; אבל לפוסלם בעבירה, בגזלנות או בחילול שבת, משמע דהש"ך מודה בזה. שהרי כתב על ראית הריב"ש שהביא מדברי הרמב"ן, דשאני התם שמעידים על גופן של עדים שהם גזלנים, משא"כ הכא בהזמה. ומבואר, דכאשר מעידים עליהם בעבירה דגזלנותא, שהוא בגופן של עדים, נפסלים העדים אפילו שלא בפניהם.

באגרות-משה (אה"ע ח"א סי' עז) כתב, שהש"ך הסכים עם הריב"ש "כפסול עבירה, אבל התומים שם מסיק דצריך דווקא בפניהם, ורק בדיעבד כשר לראבי"ה. ולענין קידושין מסיק, שאין מקבלין שלא בפניהם לפוסלם". והביא שם מנתיבות-המשפט (ס"ק ב), דמשמע שיש לקבל גם בקידושין שלא בפניהם לפוסלם. ומסיק באגר"מ, דעל כן "צריך לכתחילה לקבל העדות בפניהם, אבל כיון ש[בנידון דידן] זה אי אפשר, יש להקל במקום עיגון כזה לקבל אף שלא בפניהם". וכן כתב בשו"ת מהרש"ם (ח"ב סי' קיא), דבמקום שאי אפשר, אעפ"י שהעידו עליו שלא בפניו, סגי בקבלת עדות שלא בפניו. ועיין באוצר-הפוסקים (אה"ע מב, ה אות כ) מערכה מול מערכה.

ועכ"פּ בנדון שלפנינו, שהעד עצמו הגיע לביה"ד והעיד על עצמו שהוא מחלל שבתות בפרהסיא, לכולי עלמא לא בעינן שיעידו על כך בפניו דווקא. דאחר שהוא עצמו מודה בזה, הרי שעצם העדות של העדים גילוי מילתא בעלמא היא. ועדיפא מינה כתב הר"ח עוזר זצ"ל בשו"ת אחיעזר (ח"ג סי' כה): "אין לומר משום שלא הוגבה עדות על זה [פסולם], ואינם נפסלים בלא בירור עדות, דבדבר שהוא בפרהסיא [כחילול שבת בפרהסיא], והכל יודעים מזה, אין צריך בזה קבלת עדות".

וכל שכן בנדון שלפנינו, שבאו שני עדים כשרים והעידו בפני בית הדין (שלא בפניו, משום שלא היה יכול להגיע עוד פעם לביה"ד) ואישרו את אשר היה ידוע, ואת אשר הוא עצמו אמר ודיבר על עצמו, שבוודאי תו לא חיישינן לענין עדות שלא בפני בעל דין.

## יא. עברייני שאינו יודע שבכך הוא נפסל לעדות

אעפ"י שכתב הסמ"ע (לד, נו) שאין העד נפסל בעבירה עד שידע שהוא נפסל בכך לעדות (וכן נראה מהב"ח שם, לכאורה), מכל מקום עיין בנתיבות-המשפט (שם ס"ק טז) שתמה על זה וכן בשו"ת אחיעזר (ח"ג סי' כה) הניח דברי הסמ"ע בצ"ע, דכיון דפסול רשע הוא מן התורה, משום "אל תשת ידך עם רשע להיות עד", וכיון שעבר אדאורייתא ונפסל על ידי זה, מהיכי תיתי נחדש ונאמר דבעינן שידע שנפסל על ידי זה.

בשו"ת מהרשד"ם (אה"ע סי' י) דן על אודות בחור ובחורה שנולדו להורים אנוסים בספרד, ונתקדשו בפני עדים אנוסים. בסוף התשובה הביא הסכמת גדולי הדור, ובראשם מהר"י טאיטצאק, שכל הקידושין שנעשו שם, אעפ"י שקידש בפני ישראל אין לחוש לאותן קידושין כלל, כי אין שם עדים כשרים. והרי, שאעפ"י שאותם העדים נולדו בספרד להורים אנוסים, והוזה להו כתינוק שנשבה, שהוא באונס, שהרי גדלו על טעות אבותיהם, וגם פשיטא שאין יודעים מאומה מענין פסלותם לעדות ע"י חילול שבת ושאר עבירות - אעפ"י כעדותם בטלה. ומהרשד"ם שם (סי' קי) חזר והביא את ההסכמה הנ"ל, וכינה את בעלי ההסכמה "גאוני עולם" וכו'.

וכ"כ בתשובת בית-יוסף (סו"ס ה), שאין לחוש לקידושין של אנוסי ספרד. וחתומים עמו גדולי הדור, מהר"א שלום מהר"י סאגיס והמבי"ט זיע"א. וההסכמה הנ"ל הובאה נמי בשו"ת מהריב"ל (ח"א סי' כד) ובכנסת-הגדולה. ובלא ספק, אם היו רואים הסמ"ע והב"ח ההסכמה הנ"ל, לא היו כותבים מה שכתבו. ועיין ביביע-אומר, שמעמיד דברי הסמ"ע ושאר אחרונים, דאיירי באופן שאין מחללין שבת ברבים, רק בצניעה.

ועל כן נראה, שאין ספק בזה שהעד שמחלל שבת פסול הוא לעדות, והקידושין בטלים.

## יב. חזקת האשה כאשת איש

פש גבן ענין מה שהאשה הוחזקה לאשת איש, ובפרט שכבר ילדה לו בנים שלשה, והיאך נוכל עתה לבוא ולבטל חזקה זו? והרי אפילו ענין קול קידושין, פלוגתא איכא אי מבטלין קלא, וקל וחומר בנדון זה.

ואפשר לענ"ד לומר, דכהיום בדורותינו, הואיל ושכיח דבר נישואי תערובות ונישואין אזרחיים, ודבר זה נפרץ בעוה"ר - אשר על כן, הרי שבזה תו אין האינדנא חזקת אשת איש, מלבד לאנשים חרדים המתגוררים באזור חרדי. דעל אנשים חילוניים, אעפ"י שדרים יחד ויש ילדים משותפים, לא שייך לומר חזקה דאשת איש, דמי

יימר שנשאו בחופה וקידושין? שמא הם מתגוררים בלא חופה וקידושין, וכמו שמצוי הרבה דבר זה (וביותר בקרב העולים החדשים מרוסיה). ועל כן, לענ"ד אין כאן ענין של חזקה.

ועיין יבמות (ק סע"ב): "זו שקידושיה קידושי טעות שאפילו בנה מורכב על כתפה - ממאנת והולכת לה". ועיין תוס' רי"ד בכתובות (ג, ב) שכתב, דלאו דווקא ממאנת (שהיא קטנה) אלא הוא הדין מותרת לכל אדם בלא גט. דהיינו, שאעפ"י שהחזקה לאשת איש, שהרי בנה על כתפה, ואין לך מוחזקת לאשת איש יותר מזו, אעפ"י כ שנמצא שהקידושין היו קידושי טעות לא חיישינן לחזקה. ומכל שכן דלא חיישינן לקלא.

## יג. סיכום ופסק דין

### 1. מזקנים נתבונן

סמוך לחתימה ראיתי את פסק דינו של הר"א עצור (בפד"ר כרך יט) על אודות אשה שנישאה בחופה וקידושין ונולד ילד אחד, ונתברר אח"כ שיש לבעל בעיות נפש, והאשה דרשה גט פיטורין, והבעל סירב בעקשנות. ונתברר אח"כ שאחד מעדי הקידושין פסול לעדות. ומסיק להתירה בלא גט. והסכים עמו זקן הרבנים כמוהר"ש משאש זצ"ל, מכל הטעמים שכתב, זולת הטעם של מקח טעות, שאיני מסכים עמו. ויש להתחיל לכופו בשוטים עד שיגרש. ואם ראינו שאי אפשר בשום אופן לכופו לגרש, אזי יש לשחררה מכבלי עיגונה בלי גט עפ"י הטעמים, דעד אחד פסול ונשאר רק עד אחד, שאין קידושין תופסים בעד אחד כמ"ש מרן, וגם מור"ם מודה ביש עיגון ודחק. וגם מטעם עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. והדברים פשוטים למדי, וכדברי הפוסק שליט"א". והדברים באורך בשו"ת שמש-ומגן (ח"ג סי' כז).

ומזקנים נתבונן, דלא חש לדברי החולקים על מהרי"ו, ולא לענין חזקה. ועל כן מכל מה שכתבנו נראה דיש להתיר את האשה מעגינותה, והשי"ת יצילנו משגיאות.

### 2. הסכמת הרבנים

פסק הדין דלעיל נכתב ע"י הרב ציון בוארון, ועליו נתקבלו ההסכמות הבאות של הראשל"צ הג"ר עובדיה יוסף שליט"א ושל הראשל"צ הג"ר שלמה עמאר שליט"א, וכדלהלן:

בתיק זה השתתפתי ביחד עם הגאון הכותב נר"ו, הן בחקירת הענין והצדדים הנוגעים, והן בקבלת העדויות. וקראתי כל אשר כתב. ואני מצטרף לכל הנ"ל. עיינתי בפסק הדין שכתב הרב הפוסק שליט"א עליון למעלה, ואף ידי תיכון עמו להתיר את האשה בלא גט, כיון שהוא מקום עיגון. ובפרט שגם מני"ר [= מרן נרו יאיר] הגאון הראש"ל מהרש"מ עמר שליט"א כבר הסכים על הפס"ד הנ"ל. אפריון נמטייה.

כ' באלול תשס"ד הרב עובדיה יוסף

## 3. פסק הדין

**אחר העיון במכלול החומר שבתיק, מגיעים למסקנה שהקידושין והנישואין של הגב'... עם מר... הם בטלים מעיקרן. והגב' הנ"ל רשאית להנשא לאחר כדמו"י.**

**את מעמדה יש לשנות מנשואה לפנויה.**

כה בתשרי תשס"ה

1. פסק דין של בית הדין הגדול לערעורים בירושלים בתיק מס' 011105293-64-1.

2. מדברי מהר"י וייל משמע דגם הוא סבירא ליה כלחם-משנה, כפי שנביא לקמן. אך דברי הלחם-משנה הם בוודאי נגד סברת החתם-סופר שנביא להלן.