

בפני כבוד הדיינים:

הרב דניאל אדרי - אב"ד

הרב שמואל אברהם חזן - ראב"ד

הרב אברהם מאיר שלוש

מבקשת:

פלונית

ע"י בא כוח המבקשת טו"ר אהרן מזרחי

נגד

משיב:

פלוני

פסק דין

הצדדים נישאו בתאריך כ"ד אלול תשנ"ד (31.8.1994) לדבריהם בנישואין עם עדים פסולים, כאשר האישה בת 16 והאיש בן 37. בשלב מסוים טענו שכלל לא נישאו, ולא היה רב מקדש. לבני הזוג נולדו שני ילדים [ש.] יליד 1997 ו[ח.] יליד 1998.

האישה פתחה תביעת גירושין בתאריך י"ג באלול תשס"ו (6.9.2006).

הצדדים פתחו תיק לביטול נישואין בתאריך י"ג בחשוון תשס"ח (25.10.2007), בכתב התביעה נכתב בכתב יד הצדדים "חוקית אנחנו כלל לא היינו נשואים, לא ידענו שעדים מהמשפחה זה לא חוקי. התחתנו בבית מול חמשה או ששה אנשים מהמשפחה וכרגע אני נמצאת בהריון בחודש השישי וצריך לסדר את העניין הזה בדחיפות כדי למנוע ממזרות לילד.

בתאריך כ"ה באלול תשס"ו (17.10.2006) התקיים דיון ראשון. האישה מעוניינת להתגרש הבעל מעוניין בשלום בית. במהלך הדיון העלה הבעל טענה שהאישה בוגדת עם גבר בשם [ע.] ואף ראה אותו נכנס לבית בזמן שהוא לא היה בבית, לדברי האישה, [ע.] הוא כבן משפחה שלה, הצדדים הופנו לשירותי הרווחה.

בתאריך כ"ט בכסלו תשס"ז (20.12.2006) התקבל תסקיר שירותי הרווחה מ[ק.ק.] כפי העולה מהתסקיר, מדובר בבני זוג שנישאו לפני 12 שנה ולהם שני ילדים בני 8 ו-9, בין בני הזוג קיים פער גילאים של 20 שנה, האישה [ר.] מתארת שנות נישואים קשות המלוות באלימות פיזית, מילולית ונפשית, האישה פוחדת מהבעל וחוששת לחייה. הבעל [א.] מתאר שנות נישואין יפות שנקטעו בעקבות בגידתה של [ר.]. המלצתם – לסייע לצדדים להתגרש.

בתאריך ב' בשבט תשס"ז (21.1.2007) הצדדים חתמו על הסכם גירושין, ההסכם קיבל תוקף של פסק דין.

דיון נוסף התקיים בתאריך כ"ה באייר תשס"ז (13.5.2007) האישה מעוניינת להתגרש, הבעל מעוניין בשלום בית ואף הגיש בקשה לביטול הסכם הגירושין, וטען שהאישה חיה עם גבר אחר.

בדיון שהתקיים בתאריך ט"ו בתמוז תשס"ז (1.7.2007) האישה עומדת על דעתה להתגרש, הבעל מעוניין, אך קודם מבקש לקבל משמורת על הילדים וטענות חדשות בעניין כספים, כמו כן שוב עולה טענה בגין בגידה של האישה, כאשר האישה מכחישה את עניין הבגידה.

האישה בשלב זה הגישה תלונות במשטרה נגד הבעל, הבעל קיבל צו הרחקה מהאישה.

בתאריך י"ח בתמוז תשס"ז (4.7.2007) ניתן פסק דין לגירושין.

כפי העולה מסיכום העובדות והדיונים עד שלב זה, אף על פי שהאישה סבלה אלימות נפשית ופיזית, לא הועלתה טענה של פסול או ביטול הקידושין לא על ידי האישה ולא על ידי בא כוחה, כמו כן האישה לא אמרה אמת (בלשון המעטה) לבית הדין. האישה בדיונים האחרונים הכחישה את עניין הבגידה וזאת כאשר היא בהריון מאיש זר. (בדיון בתאריך י"ג בחשוון תשס"ח (25.10.2007) טענה האישה שהיא בחודש השישי להריונה מאדם בשם [ש.], ובדיון בכ"ה באייר תשס"ז (13.5.2007) וכן בדיון בט"ו בתמוז תשס"ז (1.7.2007) הכחישה את עניין הבגידה, אף על פי שהייתה בהריון בחודש השני או שלישי).

בדיון שהתקיים בתאריך י"ג בחשוון תשס"ח (25.10.2007), טענה האישה שמעוניינת לדחות את הדיון, מאחר שבכוונתה להגיע להסכם. עוד הוסיפה האישה שברצונה להגיש בקשה לביטול הנישואין, מכיוון שהעדים הם קרובי משפחה, והצהירה לפרוטוקול שהיא בחודש השישי להריונה ואינה מעוניינת שתהיה בעיה על כשרות הוולד, מאחר שבעודה נשואה הכירה בחור בשם [ש.]. הייתה עמו כחודש היו ביניהם יחסי אישות והתעברה ממנו. לדעת בית הדין יש להתגרש, ואם האישה מעוניינת לפתוח תיק לביטול הנישואין – אין מניעה.

בתאריך א' בשבט תשס"ח (8.1.2008) הגיעו בני הזוג כדי להתגרש, בית הדין החליט לא לסדר לצדדים גט לאור האמור בפרוטוקול, ניתנה החלטה כדלהלן:

"הצדדים מעוניינים להתגרש. הם הוזמנו היום לסידור גט אולם בית הדין על פי שיקול דעתו החליט לא להסדיר את הגט.

הצדדים חיים בנפרד כשנתיים והאישה בחודש התשיעי להריונה ודי למבין.

האישה פתחה תיק לביטול הנישואין בטענה שעדי הקידושין היו עדים פסולים.

הנושא המרכזי הוא ברור יוחסין אף על פי שטרם נפתח תיק, לכן לדעת בית הדין יש לאחד את כל הדיונים בהרכב מיוחד שיסדיר את הגט, ידון בתביעה לביטול הנישואין ובכשרות של הוולד.

לאור הנסיבות המיוחדות האלו בית הדין מוצא לנכון להעביר את התיקים לטיפולו של כבוד הרב הגאון הרב שלמה עמאר שליט"א הרב הראשי לישראל, הראשון לציון ונשיא בית הדין הגדול לערעורים".

לאור החלטת בית הדין הועבר התיק על ידי נשיא בית הדין הגדול לבית הדין בפתח תקוה לכבוד הרב הגאון אב"ד הרב ציון בוארון לסידור גט מהרש"ם, (בהחלטת בית הדין הנ"ל לא נכתב בפירוש "גט מהרש"ם" מאחר שאחד הדיינים התנגד שדבר זה ירשם, כדי שלא יראה שהוא נותן יד לגט מהרש"ם, והושגה פשרה לכתוב "הרכב מיוחד שיסדיר את הגט"), הצדדים התגרשו בתאריך ט' בשבט התשס"ח (16.1.2008) בפתח תקוה בגט מהרש"ם.

בתאריך י"ג באדר א' תשס"ח (19.2.2008) כחודש לאחר סידור הגט נולדה הבת א' והיא פסולת חיתון.

בתאריך כ"ב בתמוז תשע"ב (15.7.2012) הגישה האישה על ידי ב"כ בקשה לתיקון מעמד אישי/ביטול נישואין, לתקן את מעמדה של המבקשת מגרושה לרוקה.

לטענת האישה כמובא בכתב התביעה בשנת 1994 בהיותה בת 16.5 נערך טקס קידושין שלה עם [א.] בביתו, טקס שלא עמד בכללי ההלכה (ללא רב, עדים כשרים וכיו"ב) ומבחינתה המטרה היחידה היתה לצאת מבית הוריה דבר שלא התאפשר לה ללא נישואים. (דברים אלו מקבלים חיזוק מדברי פקידת הסעד משירותי הרווחה [ק.] בתסקיר מתאריך כ"ט בכסלו תשס"ז (20.12.2006) שכתבה "בני הזוג [ב.] נישאו בשנת 1992 לאחר תקופת הכרות קצרה, [ר.] הייתה בת 17 ואילו הבעל היה בן 37, אמה ואחיה התנגדו לנישואין אך היא לא ויתרה, כיום מסבירה זאת כחלק ממרד גיל ההתבגרות).

בדיון הראשון שנערך בתאריך י"ב באלול תשע"ב (30.8.2012) סקרה האישה בפני בית הדין את השתלשלות הדברים.

לדברי האישה, הם נשאו בטקס פרטי בבית הורי הבעל, הטקס התקיים ללא רב היות שהיא היתה בת 16 ואף רב לא היה מוכן לקדש אותם. בטקס הוא נתן לה טבעת שאמא שלו קנתה עבורו. לאחר שלושה חודשים התקיים האירוע באולם. וב-2008 הם התגרשו בבית הדין בפתח תקוה, לדברי האישה נכחו במעמד הקידושין: אמה, אם הבעל, גיסי הבעל – [ג.] ז"ל ו[ח.] שיבדל"א ואחיות הבעל. שני הגיסים לא היו שומרי שבת.

בהחלטה שניתנה לאחר הדיון הועבר להרכב היוחסין.

בדיון שהתקיים בתאריך ט' באדר תשע"ג (19.2.2013) הופיעה האישה ובא כוחה וכן הבעל מר [ב.], האישה חזרה וסיפרה שהתקיים טקס פרטי בביתם ולאחר מכן אירוע באולם. בטקס לא היו עדים כשרים, לא היה רב מאחר שהייתה קטינה אף רב לא היה מעוניין לקדש אותם, הטבעת שהיא קבלה היתה של אמא של החתן.

למרות זאת הצדדים קבלו מהרבנות תעודה שהם נשואים. לדברי האישה אמא של הבעל הכירה מישהו מהרבנות, נתנה לו כסף, וקבלה תעודה שהם נשואים. האישה אמרה שלא נהגה ללכת למקווה, הלכה פעמיים שלוש ולא יותר, האישה חזרה ואמרה שבטקס לא קבלה ממר [ב.] מתנות חוץ מהטבעת שנאמרה לה שהיא מאימא שלו, (עיין פרוטוקול הדיון מתאריך 19.2.2013).

הבעל מר [ב.] נחקר על ידי בית הדין, הבעל אישר את דברי האישה שבטקס שהתקיים בביתו לא היו נוכחים עדים כשרים למעט בני משפחה (אחיות אימהות וגיס) לא היה רב, לא היה יין, נתן טבעת שאמו קנתה, ולא אמר לה כלום. באולם הוא לא נתן לה מתנות. הבעל לא זוכר אם האישה הלכה למקווה.

בא כוח האישה הראה לפני בית הדין את הסרט של האירוע באולם בו הזמר מודיע שטקס החופה נערך קודם לכן בבית, לדברי אם האישה, ההודעה של הזמר באה בעקבות שאלת האורחים למה אין חופה, ולכן הודיעו זאת בפומבי כדי להשקיט אותם.

הופיעה הגב' [ל.], אם האישה, ונחקרה, חזרה על אותם הדברים, כדלקמן:

אם האישה: הבת היתה בת 16 והבחור היה בן 37 עשו מסיבה באולם. היא היתה קטינה ולא רציתי שהיא תינשא. היא ברחה והיתה אצל אמו או אחיות. אני לא זוכרת שום מסיבה. עשו באולם ולא היה חופה וגם לשם היה לי מאד קשה ללכת. ראיתי ששמו לה משהו ביד.

ביה"ד: האם היית בבית שלו וראית שהוא מסר לה טבעת?

ת. אני לא שמתי לב אם הוא נתן לה טבעת. לא היה רב. הוא היה מבוגר מאבא שלה, ואני התנגדתי. אצל הגרוזינים זה לא מקובל.

ביה"ד: שניהם אומרים שאת ראית את מסירת הטבעת?

ת. אני לא ראיתי שום טבעת. רציתי לשלוח אותה לפנימייה. אינני יודעת מה אמו עשתה ולפי הדין המקובל אצלנו זה לא חתונה. לקחו אותה למקווה. אינני זוכרת מתי זה היה האם לפני האולם או אחר כך. אני הגעתי רק כאשר הכינו את הכיבוד. לא רציתי להתקרב לשם.

ב"כ האישה: ברצוני להראות את הסרט באולם שהוזמר מודיע שהטקס היה קודם.

האישה: אנשים שאלו למה אין חופה. ולכן אמרו שהחופה היתה מזמן כדי להשקיט את כולם.

בהחלטת בית הדין, נדרשה מחלקת הנישואין במועצה הדתית [ק.] להמציא לידי בית הדין את תיק הנישואין של בני הזוג.

בתאריך כ"ח אדר תשע"ג (10.3.2013) הועבר לידי בית הדין תיק הנישואין של בני הזוג. בתיק נמצאים: פרטי בני הזוג, שמות העדים, בקשה לנישואין, הצהרת הרב המקדש, שמות העדים בחופה והעתק הכתובה (כתובה דאירכסא).

בעקבות קבלת תיק הנישואין והמידע החדש שהגיע לבית הדין התקיים דיון נוסף בתאריך י"ג באייר תשע"ג (23.4.2013).

בדיון נשאלה האישה כיצד ייתכן שיש תיק מסודר עם בקשה לנישואין, רב מקדש עדים וכתובה, ולדבריה לא היו דברים מעולם? בית הדין אף הציג לאישה את הממסכים השונים שמופיעים בתיק.

האישה חזרה על דבריה, שלא היתה חופה ולא היה רב, וכל התיק סודר בעקבות פניה שלהם למועצה הדתית ותשלום למישהו שיסדר את הדברים.

בית הדין שאל את האישה, למה היא לא אמרה בדיון הגירושין שלא היו נישואין כלל ואת הטענות שמעלה היום? ועל זה היא השיבה שהיא לא רצתה להלשין על מי שסידר את העניינים.

בית הדין קבע מועד נוסף לדיון בתאריך י"ט בסיון תשע"ג (28.5.13) וזימן לדיון את הרב החתום על סידור הקידושין של בני הזוג.

לתאריך הנ"ל לא הופיעה האישה, הרב החתום הופיע ועזב את בית הדין טרם שהוכנס לדיון. בית הדין הוציא החלטה נוספת ובה זימן את האישה והרב לדיון נוסף.

בתאריך י' בתמוז תשע"ג (18.6.2013) התקיים דיון, הרב החתום הופיע לדיון ונחקר על ידי בית הדין.

הרב נשאל על ידי בית הדין האם הוא זוכר את האירוע המדובר? הרב השיב שנהג לעזור לרב המקומי לערוך חופות וקידושין הוא לא רואה הבדל בין מקרה זה למקרים אחרים, והוא סומך על מה שנכתב בכתב ידו, ואם לא היתה חופה וקידושין כדת לא היה חותם על הכתובה.

בית הדין שאל את הרב למה העתק הכתובה שנמצא בתיק הוא כתובה דאירכסא ולא כתובה רגילה?

הרב השיב שהוא לא רואה הבדל בין הכתובה לכתובות אחרות, וחזר ואמר שהוא לא היה חותם אם לא היה מקדש.

בני הזוג הופיעו באמצע הדיון ונשאלו האם הם מכירים את הרב?

בני הזוג השיבו שהם לא מכירים ולא פגשו אותו, וטענו שבאירוע לא היו קידושין כי שום רב לא היה מוכן לחתן אותם. בית הדין חזר ושאל את בני הזוג: הרב אומר שהוא קידש אתכם בבית איך אתם מכחישים את זה? בני הזוג השיבו שהרב לא קידש אותם ובחתונה שלהם לא היה שום גורם מהמועצה הדתית, וגם בסרט החתונה לא רואים שום אדם דתי, יש לציין שאמרו דברים אלו בפניו של הרב.

בית הדין שאל את הרב איך קידשת קטינה? הרב השיב שהוא לא אמר לבדוק את גיל האישה, הוא מקבל תיק מהמועצה הדתית והם עושים את הברורים.

בהמשך, התעמתו הרב והאישה בשאלה כיצד נפתח התיק ברבנות.

בעוד שהאישה טענה שמעולם לא היתה ברבנות והיא לא מכירה את הרב שהופיע בבית הדין או את הרב המקומי, וחזרה וטענה שמישהו ברבנות לקח את כל המסמכים שלהם וסידר את כל העניין, הרב טען שלא ייתכן שיש תיק נישואין בלי שבני הזוג הופיעו ברבנות.

הרכב היוחסין בחיפה לא היה פעיל באותה תקופה, וכן עקב עומס התיקים הרב בבית הדין בחיפה, בתאריך ח' תשרי תשע"ה (2.10.14) הועבר התיק לבית הדין הגדול לטיפולו של נשיא בית הדין הגדול הראשל"צ הרה"ג יצחק יוסף שליט"א. הראשל"צ הרה"ג יצחק יוסף הפנה את התיק לראב"ד ת"א הגר"נ בן שמעון שליט"א שיביע דעתו אם נכון להעביר את התיק או להמתין לאיוש מחדש של הרכב היוחסין בחיפה. בתאריך י"ז בחשוון תשע"ה (10.11.14) החליט הגר"נ בן שמעון שהתיק ימתין לאיוש מחדש של הרכב היוחסין בחיפה.

בעקבות ההחלטה הנ"ל, התיק הוחזר לבית הדין בחיפה.

בתאריך י' בטבת תשע"ו (22.12.15) לאחר איוש הרכב היוחסין בחיפה, נקבע מועד חדש לדיון. הדיון התקיים בתאריך י"ז אדר ב' תשע"ו (27.3.2016) בפני הרכב היוחסין החדש, הופיעו הצדדים חזרו על סיפור הדברים כפי שאמרו בדיונים הקודמים ובפני ההרכב הראשון.

מבדיקת הסיפור של בני הזוג מול המסמכים שהוצגו בבית הדין עולות כמה תמיהות משמעותיות.

הצדדים נישאו בתאריך כ"ד באלול תשנ"ד (31.8.1994), ואילו בטופס שנישלח למחלקת הרבנות המשרד לענייני דתות בירושלים בעניין הדיווח כי בני הזוג נרשמו לנישואין מופיע התאריך ח' אייר תשנ"ה (8.5.1995) היינו הרישום לנישואין התבצע כשמנה חודשים לאחר הנישואין, דבר המעורר תמיהה גדולה.

אם האישה חתמה על תצהיר המאשר את נישואי בתה. ייתכן שהיה צורך בזה – מאחר שהבת הייתה קטינה. התצהיר נחתם ביום ח' באייר התשנ"ה (8.5.1995) ואילו האישה נישאה בתאריך כ"ד אלול התשנ"ד 31.8.1994, היינו כשמנה חודשים לאחר הנישואין, וגם עובדה זו מצטרפת לשורת התמיהות העולות בפרשה זו.

תמיהה נוספת מצאנו בהצהרת הרב המקדש על המועד הקידושין, המאשר את נישואי הצדדים, שם נכתב כי הקידושין התקיימו בתאריך י' בסיון התשנ"ה (8.6.1995) בעוד שלפי האמת האישה נישאה בתאריך כ"ד אלול התשנ"ד (31.8.1994), כתשעה חודשים לפני כן, והדברים אומרים "דרשני".

ותימה גדולה שבעתיים – מדוע נכתבה "כתובה דאירכסא" ולא כתובה רגילה?

ועוד, התאריך שבו נכתבה ה"כתובה דאירכסא" הוא יום ט"ז תמוז תשנ"ה ושם מופיע התאריך שבו נערכו הקידושין הוא י' בסיון תשנ"ה (8.6.1995) כאשר בפועל האישה נישאה בתאריך כ"ד אלול התשנ"ד (31.8.1994), נמצא שהכתובה נכתבה כעשרה חודשים לאחר הנישואין והדברים מתמיהים עד למאד.

גם אם נאמר שהתאריך שנישאו הוא י' בסיון כפי שכתוב בכתובה, מדוע עשו כתובה דאירכסא? וכי יעלה על הדעת שחודש לאחר עריכת החופה, הכתובה תלך לאיבוד והצדדים יבואו למשרד הרבנות לכתוב כתובה דאירכסא? ובפרט שעל פי דברי הצדדים כמו כן התרשמות בית הדין, הצדדים אינם נמנים עם האוכלוסייה שיודעת את משמעות האיסור לגור עם אשה ללא כתובה, הרי לא מדובר במשפחות חרדיות לדבר השם שבהם היה ניתן להבין את הדחיפות בכתיבת כתובה דאירכסא זמן קצר אחר הקידושין, הרי הצדדים הצהירו שהאישה כמעט לא הלכה למקווה למעט פעמיים שלשה, וכי דוקא עניין הכתובה מעניין אותם. וגם אם נאמר שחששו לאיבוד הכתובה ולאיסור ההלכתי לגור ללא כתובה, עדיין לא מובן מדוע להזדרז לכתוב מיד כתובה דאירכסא הרי יש העתק כתובה ברבנות, שפוסקים רבים מתירים לסמוך עליה ואפשר לחיות אם האשה על סמך כתובה זו, ולכל הפחות היו צריכים לומר לצדדים תחפשו את הכתובה בבית, שלא ייתכן שאבדה בתוך חודש, ורק אם לא תמצאו את הכתובה נסדר לכם כתובה חדשה – כתובה דאירכסא.

תמיהה נוספת מצאנו בדברי הרב המקדש שאמר שאינו רואה הבדל בין כתובה רגילה לכתובה דאירכסא. (עיין פרוטוקול הדיון 18.6.2013).

אין ספק שבפני בית הדין עומדת שאלה מרכזית והיא האם היו נישואין בין גברת [ב.] ומר [ב.] כפי שטוען הרב החתום, אשר נסמך על מסמכי הרבנות הראשית, או שמא לא היו נישואין, והמסמכים שוכתבו לאחר מכן לפי בקשת המשפחה.

לאור המובא לעיל בעניין הסתירה בין תאריך כתיבת המסמכים ותאריך החתונה – אין ספק שדברים אלו מוכיחים את טענת הצדדים, שהמסמכים אינם מקוריים, ושוכתבו לאחר מכן לפי בקשת המשפחה כדי למנוע בעיות, ועל כל פנים מכלל הספק לא יצאנו.

התבאר אם כן שיש ספק רציני אם היו בכלל קידושין בין הצדדים. ואמנם, זה ברור שאם הדיון היה בעניין האישה עצמה, האם להתירה להינשא לאחר ללא גט, היה עלינו להחמיר להצריך גט לחומרא, מפני חומרת אשת איש שהחמירו בה הרבה, אולם מכיוון שהנידון שלפנינו הוא לענין לאו דממזרות, דאדרבה התורה הקלה בו להתיר בפירוש את ספקו, וגם רבנן מצינו שהקלו הרבה, שראוי להתאמץ ולמצוא תקנה לדמעת העשוקים וכו' פשוט וברור שיש להתיר את הבת שנולדה לאישה, להינשא לקהל, בצירוף הספקות שיובאו לקמן.

לאור האמור שספק גדול אם היו קידושין, בית הדין לא התייחס לטענת האישה שהעדים היו פסולים מאחר שעל הכתובה (אם נאמר שהיו קידושין) יש עדים כשרים, וכן לטענה שהטבעת היתה של האם, וכן לסוגיה בכתובות (דף כ"ב ע"ב) שנותנת נאמנות לאישה מכוח החזקה דאין אישה מעיזה פניה בפני בעלה.

שמה התעברה מגוי

סניף נוסף להתיר בנדון דידן, שיש להסתפק שמה התעברה מגוי, ולא כמו שאמרה שהתעברה מפלוני, ואף אם היה עם פלוני בצורה סדירה עדיין אנו תולים שמה נתעברה מגוי על פי מה שכתב הגר"י אלחנן (בשו"ת עין יצחק חאהע"ז סימן ז' אות י"א) שיש לתלות בעכו"ם והולד כשר, ולא שייך לומר בזה שרוב בעילות אחר "הבעל השני", היות שהיא יושבת עמו באיסור אשת איש ומדאפקרה נפשה לגביה אפקרה נפשה לעלמא, ואמרינן שמגוי נתעברה. עיין שם.

ואין להקשות מהגמרא סוטה (דף כ"ז ע"א) דהא קי"ל רוב בעילות הלך אחר הבעל, ולפי פשוטם של דברים "הבעל השני" שהוא חי עמה יום ויום ורוב בעילות ממנו נאמר שהוולד ממנו ולא מגוי. יש לומר דלאו מילתא פסיקתא היא לומר כן. שהרי כתב מרן השולחן ערוך באבן העזר (סימן ד' סעיף כ"ו) וזה לשונו:

פנויה שנתעברה וילדה וכו' ואפילו אם אומרת של פלוני הוא ואנו מכירים באותו פלוני שהוא ממזר, אין זה הולד אלא ספק, אפילו אם מודה אותו פלוני שנבעלה לו, שכשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר.

וקשה, למה לא נאמין לו אם הוא מודה שהוולד ממנו והולד יהיה ממזר, כמו שכתב מרן שם בסעיף כ"ט וזה לשונו:

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

ויש לומר, שמה שכתב מרן בסעיף כ"ט – שם מדובר באשתו הנשואה לו בחופה וקידושין, ובוזה נתנה לו התורה נאמנות מדין "יכיר", ונאמן לפסול הבן, כמו שכתב מרן בתחילת הסעיף – "אשת איש" שאומרת על העובר וכו', ואילו בסעיף כ"ו מדובר בפנויה שאינה נשואה לו בחופה וקידושין, אלא חיים באיסור, ובאופן זה אין אנו מאמינים לו אפילו אומר שהוא בנו, דאין הוא נאמן ואין לו דין יכיר, וכן לא אמרינן באופן זה "רוב בעילות אחר הבעל", כפי שכתב מרן, דכל שחיים בזנות, אמרינן כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם איש אחר ולכן הולד רק ספק ממזר.

עוד כתב מרן באבן העזר הלכות ייבום (סימן קנ"ו סעיף ט') וזה לשונו:

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

וקשה, אם הוא מודה שהוולד ממנו וגם האישה אמרה שהוולד ממנו, מדוע לא נאמין לו ונתיר את האישה לשוק ללא חליצה? אלא יש לומר שאף אם הוא מודה והאישה מודה – לא נתנה התורה נאמנות ודין "יכיר" אלא רק לזיה שנשא את האישה בחופה וקידושין, אבל אם זינה עם אשת איש או פנויה, אין לו נאמנות מדין "יכיר" לקבוע את מעמדו האישי של הילד, היות שיש לומר כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם איש אחר, שהרי היא חיה איתו בזנות. ועיין בתשובת שב יעקב (סימן ל"ח) ובתשובת חתם סופר (ח"ב סימן ע"ה) ועיין בזה באריכות בשו"ת שמש ומגן (לרה"ג הרב שלום משאש זצ"ל ח"א אהע"ז סימן ג').

עוד יש לומר על פי מה שכתב הגאון בעל ההפלאה בספרו פנים יפות (פרשת אחרי מות פסוק ערות אחותך לא תגלה), הביאו מוריניו ורבינו הרב הגאון הרב עובדיה יוסף זצוקלה"ה בספרו יביע אומר (ח"ז סימן ו' אות ד), שכתב:

ונראה דהא דאמרינן רוב בעילות הלך אחר הבעל, אין הפירוש מפני שבעלה רגיל אצלה בביאות הרבה יותר מאחרים, שהרי אפילו לא נתייחד הבעל עמה אלא פעם אחת, תולין את הולד בבעל, שהרי לא חלקה התורה בזה. אלא הפירוש הוא שרוב הנבעלות הן מבעליהן. ולכן בחיבי כריתות שאין קידושין תופסים בהם, ואין שם "בעל" עליו, ליתא להאי רובה, ואדרבה יש לתלות שנתעברה מאחרים שאין בהם איסור כרת.

וכבר כתבו הפוסקים להתיר פסולי קהל בספק ספקא, וכמ"ש בשו"ת מהרי"ו (סימן ע"ד) הובא בדרכי משה (סימן ד' אות ז') וכן הובא בבית שמואל (סימן ד' ס"ק מג) וזה לשונו:

אישה שנתגרשה ונתעברה ספק קודם גירושין ספק לאחר גירושין וילדה, ופסק דבדקין את אמו, אם אמרה לכשר נבעלתי לאחר גירושין נאמנת, ואפילו אם אינה נבדקת כשר מכח ספק ספקא, ספק לאחר גירושין, ואם תמצא לומר קודם גירושין – שמא בא עליה גוי או עבד שהולד כשר, ואפילו אם אומרת שקודם גירושין זנתה לא הוי אלא ספק ממזר, דאין אישה נאמנת על בנה.

וכן כתב בשו"ת חתם סופר (חאה"ע"ז סימן י' הובא גם ביביע אומר שם אות ז'), בדין בן שנולד לאישה אחת שהיתה אשת איש, ובעלה שהיה חולה נדד למרחקים ונעלם ואבד זכרו, ולדבריה עד אחד אמר לה שמת בעלה בארץ מרחק ונקבר, והבן נולד שנתיים לאחר שאבד בעלה והעלה להכשיר את הבן מטעם ספק ספקא, שמא מגוי נתעברה, ושמא מת בעלה והיא טוענת ברי לי שאילו היה קיים היה בא, וכפרש"י כתובות כב ע"ב. ואף לחולקים בזה על רש"י, שאני הכא שחזקת חי יש בה ריעותא, שהיה חולה הרבה ונע ונד מאונא לאונא וכו'. ומכיון שכבר יש ספק אחד מעליא, דשמא נתעברא מגוי, שהרוב שם גוים וספק ממזר מותר מן התורה, יש לצרף הספק דשמא פנויה היא וחזקת חי הורעה בכהאי גוונא לכן יש לסמוך בשעת הדחק, שאין אנו מוצאים גיורת שתינשא לו. ומסתברא עוד דמשום מעלת יוחסין אין להחמיר כל כך היכא דאיכא למיחש לתקלה אחרת, ולוקח נפשות חכם, וכל הקולא דתקנת עגונות אף דאישה לא מפקדא אפריה ורביה, הוא משום שלא תצאנה בנות ישראל לתרבות רעה חס ושלוה, על כן יש להקל. עיין שם, וכן כתב באבן העזר סימן יג'.

ובמקרה דידן אפילו אם גם האב העיד ואומר שהילדים ממנו, אינו נאמן, שלא האמינה התורה אלא לאיש החי עם אשתו בחופה וקידושין כדת משה וישראל, אבל נשואי ערכאות או שחי עמה באיסורי כרת, אינם כלום, אלא כזנות בעלמא, ובפרט שהיא אשת איש גמורה, כפי שפסק הרמ"א (סימן ד' סעיף כט) "והא דאב נאמן על בנו, היינו במי שהוא בחזקת אביו, כגון באשתו הנשואה לו, אבל פנויה שאומרת זהו בן פלוני והוא אומר שנתעברה ממזר, אינו נאמן לפוסלו", עיין שם, ולכן שפיר תלינן שנתעברה מגוי.

וכתב מוריניו ורבינו מרן הגאון הרב עובדיה יוסף זצוקלה"ה (בספרו יביע אומר ח"ט סימן ד'):

ואף על פי שבשו"ת חתם סופר חלק אבן העזר סימן י' כתב שאין לצרף ספק דשמא מגוי נתעברה, כי חרפה היא לה להיבעל לגוי, שאני הכא דאיכא תרי רובי שמגוי נתעברה. ועוד שהחתם סופר עצמו בחלק אבן העזר סימן יג' העלה להקל בנידונו מכח ספק ספקא דשמא מגוי נתעברה וכו' עיין שם (והבאתיו לעיל) וכן העלה בשו"ת הגאון רעק"א (סימן קו.) וכן מתבאר מדברי הרמ"ה (בפרק יש נוחלין ב"ב קכז ע"ב).

ועיין עוד בשו"ת הרשב"ץ (ח"ג סימן פח') עיין שם. ובשו"ת צל הכסף (חלק ב' חלק אבן העזר סימן ב') הביא חבל נביאים ראשונים ואחרונים, ומכללם רש"י, הרמב"ם, הרמ"ה, הר"ן, המגיד משנה, מרן השולחן ערוך, מהרימ"ט, הרב שער המלך והחקרי לב כולו ס"ל דתלינן שנתעברה מגוי, וכן העלה הגאון רבי אברהם פלאגי' בספר עיני כל חי (דף קלו ע"ג). גם הרבנים הגדולים חברי בית הדין הגדול בירושלים ראשי אלפי ישראל הגאונים רבי יעקב שאול אלישר ורבי רחמים יוסף פראנקו, ורבי שמ"ח גאגין, ועל צבאם ונשיאם

הגאון הראש"ל רבי אברהם אשכנזי בפסק דינם שהובא בספר עיני כל חי דף קנ"ו ע"א, צירפו ספק זה דשמא מגוי נתעברה להכשיר הולד, ובפרט שרוב העיר גויים, אזלינן בתר רובא, שהם כשרים לגבי הולד ולהתירו לבא בקהל. והוכיחו גם ממה שכתב בשו"ת בני יעקב ששון סימן יוד שאף על פי שלא היתה דיימא מעלמא, רק מהנואף שישב עמה, ושניהם מודים שהולד ממנו, עם כל זה תלינן שנתעברה מגוי, עיין שם. וסיימו בזה הלשון: לכן אנו מסכימים ומעריבים על הדין ועל האמת להכשיר את הנ"ל לבא בקהל. וכתב על זה הגאון הראש"ל רבי אברהם אשכנזי בדברי הסכמתו על דברי בית הדין הנ"ל, שכל דבריהם נכונים וישירים בנויים על דברי הפוסקים, ועל אדני השכל הישר והאמת ואין דבריהם צריכים חיזוק עיין שם.

גט מהרש"ם

כאמור לעיל הצדדים התגרשו בפתח תקוה בגט מהרש"ם על ידי הרה"ג דיין בית הדין הגדול הרב ציון בוארון שליט"א כפי שכתב בהסכם הגירושין שערך לצדדים, הצדדים נישלחו אלי לסידור גט על ידי נשיא בית הדין הגדול.

כידוע אחת מהאפשרויות למצוא היתר לממזרים היא בדיקת תקינות הקידושין, שאם נמצא שהקידושין מעיקרא לא חלו, יתברר למפרע שבזמן ביאת הגבר הזר, האישה כלל לא היתה אשת איש והביאה למעשה היתה ביאת היתר. המהרש"ם העלה הצעה מעשית להפקעת נישואין באופן יזום על ידי בית הדין, הצעה שיש שחלקו עליה, נביא לקמן את דברי החולקים ודברי המצדדים.

המשנה מסכת גיטין (דף לב ע"א) דנה בשולח גט על ידי שליח ולאחר מכן מבטלו וז"ל המשנה:

השולח גט לאשתו, והגיע בשליח או ששלח אחריו שליח, ואמר לו גט שנתתי לך בטל הוא – הרי זה בטל, קידם אצל אשתו או ששלח אצלה שליח, ואמר לה גט ששלחתי לך בטל הוא – הרי זה בטל, אם משהגיע גט לידה, שוב אינו יכול לבטלו. בראשונה היה עושה בית דין ממקום אחר ומבטלו, התקין רבן גמליאל הזקן שלא יהו עושין כן, מפני תיקון העולם.

נמצא שאדם ששולח גט עם שליח יכול לבטלו כל עוד הגט לא הגיע ליד אשתו. בראשונה היה הבעל מבטל את הגט שלא בפני השליח אלא בפני בית דין, אך כדי למנוע תקלות, התקין רבן גמליאל שיבטל רק בפני השליח.

הגמרא בגיטין (דף לג עמוד א) מביאה מחלוקת תנאים במקרה בו הבעל עבר על תקנת רבן גמליאל וביטל את הגט שלא בפני השליח, וזה לשון הגמרא:

תנו רבנן, בטלו – מבטל, דברי רבי, רבן שמעון בן גמליאל אומר, אינו יכול לא לבטלו ולא להוסיף על תנאו, שאם כן, מה כח בית דין יפה. ומי איכא מידי דמדאורייתא בטל גיטא, ומשום מה כח בית דין יפה שרינן אשת איש לעלמא? אין, כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה. אמר ליה רבינא לרב אשי, תינח דקדיש בכספא, קדיש בכיאה מאי איכא למימר? – שויוה רבנן לבעילתו בעילת זנות.

נמצא שלפי דברי רבי אם הבעל מבטל את השליח שלא בפניו, הביטול מועיל והגט בטל, ואילו לפי רבן שמעון בן גמליאל לכאורה הביטול לא מועיל והגט גט, הגמרא מסבירה שלמעשה הגט בטל שהרי מדאורייתא הביטול של הגט בר תוקף, אלא שחכמים הפקיעו את הקידושין, ונמצא שהאישה הזאת מעולם לא היתה אשתו, מאחר שכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש.

והנה ידוע שאחת הסיבות שתקנו חכמים לכתוב זמן בגט, כדי שלא יחפה על בת אחותו, היינו שמא מי שנשוי לבת אחותו ותזנה תחתיו בעדים, ובגלל קרבת המשפחה ירצה לחפות עליה שלא תיהרג, יכתוב לה עתה גט,

והיא תאמר שקיבלה הגט עוד לפני שזינתה. ולכן תקנו לכתוב זמן בגט לחסום אפשרות זו. והקשו הראשונים בסוגיין, שאם מי שמבטל השליח הגט בטל, נמצא שאדם יכול לחפות על בת אחרתו שאחר שתזנה ישלח לה גט על ידי שליח ויבטל השליח? וזה לשון התוספות (גיטין דף לג ע"א ד"ה ואפקעינהו):

ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה – הקשה הרב רבי שמואל, אם כן יחפה על בת אחרתו, וכשיבואו עדים שזינתה ישלח לה גט ויבטל שלא בפני שליח ופקעי קידושין ונמצא שהיא פנויה? ואומר ר"י דלא קשה, דאין לחוש אלא כשמחפה עליה שלא כדין, אבל הכא – כדין מחפה, ומן התורה פטורה, ועוד הקשה רבינו שמואל, דהיכי מחייבין לעולם מיתה אשת איש שזינתה והא התראת ספק היא דשמא ישלח לה גט ויבטלנו, ועוד, יכולין ממזרים ליטטר? ואומר רבינו תם דכי האי גוונא לא הוי התראת ספק, דאזלינן בתר רובא ורוב אין מגרשין נשותיהן וכששולחין גט אין מבטלין, ועוד, דאוקמינן אחזקתה שהיא עכשיו נשואה, דאם לא כן נזיר שהיה שותה יין או מטמא למתים אמאי לוקה דאם אמרו לו אל תשתה אל תשתה חייב על כל אחת ואחת (נזיר דף מב). והא התראת ספק היא, שמא ישאל על נזירותו, ומה שהקשה אם כן יחפה על בת אחרתו ויכולין ממזרין ליטטר אי ידעינן שלכך מתכוין – לא מפקעינן קדושין מיניה, דלתקנה עשו חכמים ולא לתקלה, שמתוך כך יהיו בנות ישראל פרוצות בעריות, אבל אם ברור לנו שלא נתכוין לכך לא חיישינן אם יכולים ליטטר.

מדברי התוס' עולה שלרבן שמעון בן גמליאל הנישואין פוקעים, ונחלקו ר"י ור"ת האם אפשר לזום את הפקעת הקידושין על ידי ביטול השליח, לפי ר"י הדבר אפשרי והיות שמן התורה פטורה – אין בכך חשש אף אם יחפה על בת אחרתו, ולכאורה גם טיהור המזמרים אינו בעייתי, אך לפי ר"ת אם הוא מתכוון לכך לא מפקיעים את הקידושין, ורק במקום שלא התכוון לכך אמרו חכמים שהקידושין פוקעים.

על שיטה זו חולק הרשב"א. לפי הרשב"א אין אפשרות לבטל קידושין למפרע. ביטול קידושין יכול להתבצע רק אם עיקר מעשה הקידושין היה שלא ברצון חכמים, אבל אם מעשה הקידושין היה כדין וכהלכה ואחר כך התחדשו סיבות כלשהן אי אפשר להפקיע את הקידושין למפרע. וזה לשון הרשב"א (מסכת כתובות דף ג ע"א):

כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושי מיניה. ואם תאמר, מאי שנא מטבע במים שאין להם סוף דלא אפקעינהו רבנן לקידושיה משום עגינות? יש לומר דבכדי לא מפקיעי להו רבנן לקידושי אלא היכא דאיכא סרך גיטא כדהכא [...] וההיא דאותבה אבי כרסיא ואתא חבריה וחטפה מיניה והווי תמן רב ברונא ורב חננאל ולא אצרכוה גיטא (יבמות ק"י א'), אי נמי בתלוהו וקדיש דאפקעינהו רבנן לקידושיה כדאיתא התם בפ' חזקת הבתים (מ"ח ב'), התם משום דעיקר הקידושין שלא ברצון חכמים היו דהוא עשה שלא כהוגן אבל במקום שחלו הקידושין ברצון חכמים והשתא הוא דאפקעינהו להו, אי איכא סרך גיטא – אין, אי לא – לא, והכא נמי לאו אפקעתא גמורה היא, אלא משום דאמדינן ליה לדעתיה דבעל דאסקה אדעתא לאונסיה ומדאיבעי ליה לאתנויי ולא אתני – שמע מינה אחולי אחליה לאונסיה.

לפי הרשב"א אם הקידושין נעשו כדין אין כוח ביד חכמים להפקיע את הקידושין, רק בדאיכא סרך גיטא, דהיינו היה מתן גט ואז אומדים את דעתו של הבעל שלא התכוון שהגט יתבטל, והקידושין למעשה פוקעים מכוח הגירושיין ולא למפרע, וכן כתב הרשב"א גם בתשובה (בשו"ת ח"א סימן אלף קסב).

עד כאן כל דברינו הם לשיטת רשב"ג. אך למעשה נפסקה הלכה כרבי וז"ל הרמב"ם (פרק ו מהלכות גירושיין הלכה ט"ז):

שליח שנטל הגט וקודם שיגיע ליד האישה חזר הבעל ואמר לו גט ששלחתי עמך בטל הוא, או שקדם ואמר לאישה גט ששלחתי לך בטל הוא, או ששלח שליח אחר לבטלו, או שאמר לאחרים גט ששלחתי לאשתי בטל הוא, הרי זה בטל ואף על פי שהגיע גט לידה.

וזה לשון הרב המגיד שם:

עוד שם (דף ל"ג) תנו רבנן, בטלו – מבוטל, דברי רבי. פירוש אפילו לאחר תקנת רבן גמליאל והלכתא כרבי וכדעת מי שפסק בגמרא שם כמותו, וכן מוסכם מכל המפרשים זכרם לברכה.

וכדברי הרמב"ם פסק גם השו"ע (אבן העזר סימן קמא סעיף ס').

ואם כן לכאורה כל הדברים הנ"ל אינם להלכה ולמעשה, היות שלפי רבי הגט בטל כדין תורה, והגירושין אינם גירושין, אבל ייתכן ואף לרבי ולהלכה יש מציאות בה נזדקק להפקעת הקידושין.

אם נעיין במשנה שהובאה לעיל בתחילת דברינו נראה לכאורה שבמשנה הובאו שתי תקנות בעניין ביטול הגט. מעיקר הדין הבעל יכול לבטל את הגט בכל מקום ובפני כל אחד, תקנה ראשונה היתה שיעשה בית דין במקומו ויבטל בפניהם את הגט, תקנה שנייה היתה תקנת רבן גמליאל שיבטל בפני השליח.

הגמרא (גיטין דף לב עמוד ב) מביאה מחלוקת אמוראים בפני כמה היה מבטל בראשונה וזה לשון הגמרא:

בראשונה היה עושה. איתמר בפני כמה הוא מבטלו? רב נחמן אמר בפני שנים, רב ששת אמר בפני שלשה.

תוס' (שם ד"ה ורב נחמן) מקשה למאי נפקא מינה בשאלה בפני כמה היה מבטל בראשונה? הרי אחרי תקנת רבן גמליאל חייב לבטל בפני השליח, וזה לשון התוס':

ורב נחמן אמר בפני שנים דלתרי נמי בית דין קרי להו – [...] ואם תאמר ומאי נפקא מינה השתא בפלוגתא דרב נחמן ורב ששת בפני כמה מבטלו, הא תיקן רבן גמליאל שלא יהו עושין כן? ואומר ר"י דנפקא מינה לרבי דאמר לקמן אם ביטלו מבוטל, ופסק לקמן רב נחמן כוותיה, ומודה רבי דאם ביטלו בפני שנים – לרב ששת, או בפני אחד אפילו לרב נחמן, דאינו מבוטל, דאפילו קודם תקנת רבן גמליאל לא היה מבוטל דדוקא בפני שלשה לרב ששת מבוטל, דליכא למיחש לממזרות אבל בפני שנים דאיכא למיחש לממזרות לא, ולרב נחמן אף על גב דבפני שנים איכא למיחש לממזרות כדאמרינן בסמוך ואפילו הכי הוי מבוטל מכל מקום בפחות משנים דאיכא למיחש טפי אינו מבוטל, ובהא אפילו רבי מודה דאמרינן מה כח בית דין יפה.

מתירוץ התוס' עולה שאכן היו שתי תקנות בעניין ביטול הגט, ומחלוקת רבי ורבן שמעון בן גמליאל האם הגט בטל או לא היא רק במקרה בו קיים את התקנה הראשונה ועבר על תקנת רבן גמליאל, דהיינו ביטול בפני שניים לרב נחמן או בפני שלושה לרב ששת, אבל אם עבר גם על התקנה הראשונה דהיינו ביטול בפני אחד לרב נחמן או בפני שניים לרב ששת, אף על פי שמעיקר הדין הגט בטל לכל הדעות – אין ביטולו ביטול והגט קיים, וממלא יש נפקא מינה.

השאלה מהי התקנה הראשונה כדי שנדע מתי רבי מודה שביטולו מבוטל והגט קיים, ובפרט שהלכה כרבי.

יש שחלקו על שיטת תוס' וזה לשון הפני יהושע (מסכת גיטין דף לג עמוד א):

גמרא. ומי איכא מידי דמדאורייתא כו'. לפי מה שכתבו התוספות לעיל כדיבור המתחיל "ורב נחמן" שייכא הקושיא נמי אליבא דרבי וקודם התקנה למאי דמודה רבי דלרב נחמן בפחות משנים ולרב ששת בפחות משלושה לא הוי ביטול אף בדעיבד, משום חשש ממזרות, אף על גב דמדאורייתא הוי גיטא. אלא כיון דלא שמעינן להא מילתא בהדיא אלא מדיוקא ושקלי וטריא, משום הכי ניחא ליה לתלמודא להקשות בפשיטות אליבא דרבן שמעון בן גמליאל. ועוד יש לומר דנהי דמודה רבי דבפחות משלושה לרב ששת ופחות משנים לרב נחמן לא הוי ביטול, אפשר דהיינו דלא הוי ביטול להקל להתירה לכהונה או ליבם, אבל להתירה לעלמא אפשר דחיישינן לחומרא, דהוי ביטול, וכמו שנסתפקו התוספות בזה לעיל כדיבור המתחיל "מהו דתימא" עיין שם, אבל הכא מקשה שפיר דרבן שמעון בן גמליאל קאמר אינו יכול לבטל ולא להוסיף על תנאו, משמע להדיא דלא חיישינן כלל לדבריו כיון שעבר על התקנה אם כן מקשה שפיר. מיהו כל זה לסברת התוספות, אבל כבר כתבתי שאין דבריהם מוכרחים

דאיכא למימר דהא דלא הוי ביטול לרב ששת בפחות משלישה לאו משום מה כח בית דין יפה ומשום חשש ממזרות אלא משום דמדינא לא הוי ביטול, דאין דיבור מבטל דיבור אלא כשעושה בפני בית דין כמבואר בירושלמי, ולרב נחמן נמי הא דבעינן שנים היינו מדינא דאין דבר שבערוה פחות משנים וכן נראה שהוא שיטת הרמב"ם ז"ל וכן נראה מלשון הרשב"א ז"ל בחידושי, והא דקתני במתניתין בפני בית דין דמשמע דבעינן שנים ביחד – לאו לדינא איתמר, אלא דבראשונה היה רגיל לעשות כן ואורחא דמילתא נקט, ומכל שכן דאתי שפיר לפי מה שנראה בלשון רש"י במשנתנו דלשון המשנה משמע שהיה רגיל לבטל בפני שלישה. ולפי זה קושיית הש"ס כאן עליה דרבן שמעון בן גמליאל דוקא, ולפי מה שאכתוב בסמוך אתי שפיר טפי דאפילו מטעם דבר שבערוה נמי צריכין להיות ביחד, וכמו שכתבנו נראה לי שיטת הרמב"ם ז"ל וכן כתב הר"ן ז"ל דהא דבעינן שנים לרב נחמן היינו משום דאין דבר שבערוה פחות משנים ועיין מה שאכתוב בזה בסמוך.

לפי הפני יהושע, לא היו שתי תקנות אלא תקנת רבן גמליאל בלבד, ומעיקר הדין צריך לבטל בפני שניים לרב נחמן, שאין דבר בערוה פחות משניים, או שלוש לרב ששת דאין דיבור מבטל דיבור אלא בפני בית דין. נמצא שאין מצב לשיטת רבי שנפסקה להלכה בו מפקיעים קידושין על ידי ביטול שליח.

נמצאנו למדים שלדעת התוס' יש אפשרות ליזום הפקעת קידושין למפרע על ידי ביטול השליח, וזאת כאשר יבטל את השליח שלא כפי התקנה הראשונה, ואז גם לדעת רבי שנפסקה להלכה, הקידושין בטלים למפרע.

על האפשרות לבצע זאת למעשה ישנן שלושה פקוקים:

א. שיטת ר"ת שכאשר האדם יזום זאת כדי להכשיר ממזרים, חכמים לא תקנו את ביטול הקידושין דלתקנה עשו ולא לתקלה שיהיו בנות ישראל פרוצות בעריות.

ב. שיטת הרשב"א שכלל לא מקבל את האפשרות של הפקעת קידושין למפרע לאחר שנעשו כדין וכהלכה.

ג. שיטת הפני יהושע שכל הפקעת הקידושין נאמרה רק לשיטת רבן שמעון בן גמליאל שאין הלכה כמותו, ולא נאמרה לשיטת רבי.

הגאון המהרש"ם העלה את הרעיון להלכה (ולא למעשה) ליזום הפקעת קידושין ועל ידי כך ניתן יהיה להתיר ממזרים. בפני המהרש"ם הובאה שאלה על אישה שאמר לה שבעלה מת והיא התחתנה עם אחר ונולד לה ילד ואחר כך בא בעלה. הרב השואל הציע להתיר את הילד חיווה את דעתו בפני המהרש"ם, המהרש"ם דן בהיתר של הרב ודחה אותו. לאחר מכן מוסיף המהרש"ם ואומר שאם לא היו מגרשים את האישה הוא היה נותן לה גט על ידי שליח ומבטל אותו כדי להפקיע את הקידושין. וזה לשון המהרש"ם (חלק א' סימן ט'):

ולא אכחד כי אם היה כת"ר מתייעץ עמי, טרם שעשו מעשה גירושין של בעל הראשון, הייתי ממציא עצה ותושיה להלכה ולא למעשה על פי דברי התוס' (גיטין לג.) ד"ה ואפקעינהו, שהקשה הר"ש אם כן יחפה על בת אחותו, דכשיבואו עדים שזינתה ישלח לה גט על ידי שליח, ויבטלנו שלא בפני שליח, ופקעו קידושין? (ועי' בתוס' לב: ד"ה ור"נ, דגם רבי מודה בבטלו בפני א', לר"נ אינו מבוטל לכ"ע) ותירץ הר"י דכיון דכדין מחפה אין לחוש. ושם בסוה"ד תירץ עוד דהיכא דידעינן דלכך מתכוון, לא מפקעינן קידושין, דלתקנה עשו חכמים ולא לתקלה, שמתוך כך יהיו בנות ישראל פרוצין בעריות ע"ש. ואם כן לא מיבעיא לתירוץ א' פשיטא שהיה מועיל בנדון דידן להכשיר המזמר למפרע באופן זה שישלח לה גט על ידי שליח ויבטלנו בפני עד אחד. וגם לתירוץ ב' יש לומר דבכהאי גוונא שעשתה בטעות על פי בית דין אין בזה חשש תקלה, ושפיר הפקיעו הקידושין למפרע. ועיין שם ברשב"א (כתובות ג.) שתירץ עוד דעל ידי הפקעת קידושין גמר ויהיב גיטא, אבל יש מקום לסמוך על דברי התוס' ושאר פוסקים שלא תירצו כן. ועוד דיש לומר דבנדון דידן שיעשה כן בעצת בית דין – גם הרשב"א מודה. ואף ד"ל דכיון שיעשה כל בעילותיו ביאת זנות אין אומרים לאדם חטא כדי שיזכה חברך, כיון דמחזקינן לה כמזידה בשביל שלא דייקא דמהאי טעמא תצא מבעלה, אם כן בפשעה הרי קיי"ל דאין אומרים לו חטא, ועיין תוס' שבת דף ד וכו' אך לפי מה שכתב הבית שמואל (סימן קנ"ז סוסק"ו) דבכהאי גוונא ליכא משום בעילת זנות,

ורצונו לומר כיון שהוא בעל בהיתר ולא היה לו לחוש שמא יזדמן אחר כך סיבה לבטל הקידושין, עיין שם ותבין, אם כן הכי נמי בזה וכו' אולם בנדון דידן שכבר נעשו מעשה הגירושין – אין חכמה ואין עצה ותושיה.

המהרש"ם טוען שגם ר"ת יודה בנידון דידן שבית הדין יוזמים את מהלך הפקעת הקידושין שכה"ג אמרינן אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה. גם בשיטת הרשב"א אומר המהרש"ם שייתכן ויודה לדברי תוס' במקרה כזה.

מהרש"ם מעלה עוד בעיה בהפקעת הקידושין (בעיה שלא תמנע את הפקעת הקידושין אבל תמנע מבית הדין אפשרות להציע הצעה כזאת) והיא שאם יופקעו הקידושין יתברר שכל בעילות הבעל במשך חיי הנישואין היו בעילות זנות ובמקרה בו האישה פשעה לא אמרינן חטא כדי שיזכה חברך? ועל זה משיב על פי דברי הבית שמואל דבכהאי גוונא שהוא בעל בהיתר לא אמרינן דהוי בעילת זנות.

בגמרא כתובות (דף ג' ע"א) כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושי מיניה, כתב בחידושי הרמב"ן שם וכי אישה כזו שניתרת על ידי הפקעת קידושין אינה אסורה לקרובים ולכהן? וכתב משום כך "ואפשר דקדושין מעקרי לגמרי וממזרים אינם נטהרים, ואסורים לכהן וקרובים מדבריהם". הביאו הגרש"ז אויערבאך (מוריה שנה ב' קו' ט – י ע' ו), והקשה שלפי זה לא הרווחנו כלום בעצתו של המהרש"ם כיון שהוא על כל פנים ממזר מדבריהם, ותירץ דמכל מקום נראה כיון שגם להרמב"ן אינו אלא ממזר דרבנן שפיר סובר המהרש"ם דברבנן אפשר לסמוך אכללא דספיקא דרבנן לקולא ולטהרו לגמרי, כיון דמפשטות דברי התוספות ועוד ראשונים משמע דאפילו מדרבנן אין הולד ממזר וגם מסיום דברי הרשב"א בגיטין (ל"ג ע"א) שכתב "ומתוך כך אתרמי דנטהרו ממזרין דידה", משמע שטהורים גם מדרבנן.

גם בשו"ת עין יצחק (או"ח סימן כ"ח אות כג') דייק מדברי הרמב"ן דבאפקעינהו הקידושין בטלים מדאורייתא אבל עדיין קיימים מדרבנן, וכן הוא בשו"ת ברית אברהם (אבהע"ז סימן נט אות ה), דנשארין קידושין ולא לו מהני גט זה, עיין שם.

ויש לומר שאף שכתב הרמב"ן בחידושי דמדרבנן אסורה לכהן ולקרובים, ובניה ממזרים מדרבנן, וכן הסיק בשו"ת עונג יו"ט ובשו"ת כתב סופר (חלק אבן העזר סימן נ"א), שכתב שלכו"ע אסורה מדרבנן לכהן ולקרובים, כל זה דוקא לענין היתר עצמה שהוא איסור אשת איש שיש להחמיר כדמצינו כמה דברים שהחמירו באשת איש החמורה. אך לגבי הילדים שהנידון בהם הוא רק באיסור לאו, ואיסור כזה שהתורה הקלה בספק, שספק ממזר מהתורה מותר, ומדינא הקידושין בטליו ורק מצד חומרא דאשת איש ראוי להחמיר, אין טעם להחמיר באיסור לאו וגם הוא איסור קל שבספק הוא רק חומרא דרבנן. כל שכן במקרה דידן בהצטרף הספיקות אם בכלל היו קידושין וספק שמא התעברה מגוי, לכו"ע ואף לדעת הרמב"ן יש להכשיר את הילדים ואין הם ממזרים. ויש לסמוך על הכלל דספיקא דרבנן לקולא וכל שכן שיש כמה ספיקות לטהרם לגמרי, וכן מפשטות דברי התוספות ועוד ראשונים משמע דאפילו מדרבנן אין הולד ממזר וכן משמע מדעת הרשב"א בגיטין ל"ג ע"א.

בשאלה האם ניתן ליישם את דברי המהרש"ם למעשה, נחלקו האחרונים, לקמן נביא מקצת הבעיות שעוררו האחרונים ואת השיטות המקלות.

השגות הגרש"ז אוירבעך (מוריה שנה ב' קו' ט – י ע' ו):

א. לשיטת הרמב"ן (כתובות דף ג ע"א) הילד ישאר ממזר מדבריהם. העונג יו"ט (סימן קס"ט) נשאל על ידי חכם אחד האם ניתן לטהר ממזר על ידי ביטול שליח הגט והפקעת הקידושין, ובתשובתו הביא את דברי הרמב"ן וכתב שלכן אין למעשה תקנה לטהר את הילד על ידי הפקעת הקידושין, ועוד הוסיף וכתב שלכן לא ראינו עצה זו בשום פוסק מהפוסקים ולא מצאנו שרבותינו נהגו בדבר. כדברי העונג יו"ט כתבו עוד אחרונים.

ב. האחרונים נחלקו בשאלה האם במקרה בו לשיטת רבי מבטלים את הביטול של הבעל ומפקיעים את הקידושין, האם מפקיעים אותם למפרע או מכאן ולהבא. הנודע ביהודה (או"ח סימן ל"ה) כתב שגם לרבי אמרינן אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה והקידושין בטלים למפרע. אבל האבני מילואים (סימן קמא' ס"ק ח') כתב שלרבי לא צריך להגיע לדין אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה היות שלא ביטל בפני בית הדין כהאי גוונא יש כח ביד בית הדין לעקור דבר מהתורה ולבטל את הקידושין מכאן ולהבא, ועיין שם בדברי הגרש"ז שהסביר באורך מה העדיפות לביטול קידושין מכאן ולהבא ולא למפרע. ועיין שם עוד בשיטות נוספות באחרונים.

ג. מדברי התוס' נראה שרבינו לא יסכים שבמקרה בו בית הדין יוזמים את הפקעת הקידושין יועיל הדבר. נראה שקושיית התוס' היתה איך לא הוזכר הרעיון של היתר ממזרים בש"ס הרי יש מקרים בהם מצוה לרחם על האישה וילדיה ולהתיר אותם ואם כן איך חז"ל לא גילו סוד זה? לכן צריך לומר שכשרבינו תם אמר שאם הדבר יזום לא תקנו חכמים, כוונתו לומר שגם אם בית הדין יוזמים את זה, לא תקנו כהאי גוונא שהקידושין יופקעו. וכן משמע מדברי השיטה מקובצת (כתובות דף ג ע"א) שכתב שלא היה ולא נברא דרך להכשיר ממזר שנולד מאשת איש.

ד. המהרש"ם כתב שכדי לבטל את הקידושין למפרע הבעל יבטל את השליח בפני עד אחד, כך יעבור על התקנה הראשונה לרב נחמן ורבי יודה שהקידושין בטלים למפרע. על זה מפקפק הגרש"ז וכותב שעד אחד לא נאמן להעיד שביטלו את הגט, ובפרט לדעות הראשונים שבביטול בפני עד אחד הביטול לא מועיל מעיקר הדין, כי אין דבר שבערווה פחות משניים, ולא צריכים לשם כך תקנה. ועיין שם שהביא מחלוקת ראשונים ואחרונים בשאלה האם ביטול בפני אחד מועיל מעיקר הדין או לא. ודן עוד בשאלה האם יועיל שיבטל בפני שניים זה שלא בפני זה.

ה. שיטת הרשב"א (שהובאה לעיל) וכן דעת עוד ראשונים, שכלל לא תקנו חכמים הפקעת קידושין למפרע.

עיין שם עוד שדן בשאלה האם אף במקרה בו בית הדין יוזם את ביטול השליחות ועל ידי כך את הפקעת הקידושין תקנו חכמים את תקנתם או שמא תקנו לבטל הקידושין רק כשהבעל ביטל את השליחות מעצמו. ועוד דן שם בשאלה בה דן המהרש"ם האם במקרה זה אמרינן שכל בעילות הבעל הם בעילות זנות למפרע או לא.

בסוף דבריו (עמוד 25) מסכם הרב שש בעיות שיש בהצעתו של המהרש"ם וכותב שצריך להחמיר באיסור תורה.

עיין עוד בשו"ת ציץ אליעזר (חלק טו סימן נח), שאף הוא דן בהצעת המהרש"ם וכתב שהגרי"א הרצוג רצה לצרף את דברי המהרש"ם לעוד ספיקות כדי להתיר מקרה של ממזרות. והוא עצמו התנגד לכך, וכתב שאין לסמוך על גט מהרש"ם למעשה, עיין שם.

לעומתם הגר"ע יוסף כתב במכתב לגר"י חזן בתאריך כ"ו בתמוז תשל"ח בשעה שהאחרון כיהן כאב"ד בחיפה (פורסם במשנת יוסף גליון ז, תשרי חשון תשעה, סימן ו) וביקש ממנו לסדר גט מהרש"ם לזוג, וכתב שאפשר לסמוך על דברי המהרש"ם למעשה, ולצרף את דעתו לעוד ספיקות כדי להתיר ממזרים, וזה לשון המכתב:

"עובדיה יוסף"

ראשון לציון הרב הראשי לישראל

ב"ה, ירושלים כ"ז תמוז תשל"ח

לכבוד ידידנו הרב הגאון המפורסם

כמהר"ר יצחק חזן שליט"א

אב בית הדין חיפה

שלום וישע רב

בהמשך לשיחתי עם כת"ר, הנני שולח אליו את התיק של י.ח. – מ.ח., כדי לסדר גט על ידי שליח, ויבטלנו בפני עד אחר, וזאת על פי הוראה גאון ישראל המהרש"ם (בתשובה חלק א' סימן ט' בד"ה ועיין בתשובות המיוחסות להרמב"ן), שהמציא עצמה זו ותושיה להכשיר הבנים, לפי מה שכתבו התוספות (גיטין לג.) בד"ה ואפקענהו, הקשה הר"ש אם כן יחפה על בת אחותו, וכשיבואו עדים שזינתה ישלח לה בעלה גט ויבטלנו שלא בפני השליח ופקעי קידושין ונמצא שהיא פנויה וכו', ועוד יכולין ממזרים להיטהר על ידי כך. ותירץ הר"י, שאין לחוש אלא כשמחפה עליה שלא כדין, אבל הכא כדין מחפה ומן התורה פטורה וכו' עיין שם. (ואף על פי שלפי דברי ר"ת שם נראה דלא מהני, מכל מקום לדעת ר"י מיהא שפיר דמי, ואפשר שגם לר"ת אם בית דין עושה כן יש לומר דמהני וצריך עיון) ואין לחוש שעושה כל בעילותיו בעילות זנות, כיון שהוא בעל בהיתר ולא היה לו לחוש פן תזדמן סיבה לביטול קידושין, כמ"ש בית שמואל (סימן קנו סוף סק"ו) עכת"ד (וע"ע בשו"ת מהרש"ם ח"ב סימן לג ובמפתחות). וטוב שבשעת כתיבת הגט לא ידע הבעל שיצטרך אחר כך לבטלו, ורק לאחר שימסרנו לשליח יאמרו לו לבטל שלא בפני השליח, כמו שכתב בשו"ת עונג יום טוב (סימן קמט). ויותר נכון שיבטל הבעל את הגט בפני שני עדים זה שלא בפני זה, דהא אין דבר שבערווה פחות משנים. וע' בתוס' (גיטין לב: סוף ד"ה ורב נחמן), ובמהרש"א וקרני ראם שם, ובפני יהושע שם, ובס' בית מאיר (סימן קמא סעיף מ), ובספר תורת גיטין שם. ובשו"ת אור גדול (סימן ט' אות ד). ע"ש. ואין כאן מקום להאריך. ולאחר מכן יחזור הסופר לכתוב (בציווי הבעל) גט אחר והבעל ימסרנו מידו לידה כדת.

והנה אף על פי שהמהרש"ם כתב כן להלכה ולא למעשה, ואפשר גם כן לפקפק על זה לפי מה שכתב בשו"ת ברית אברהם (חאה"ע סימן נט אות ה), דאכתי אף לאחר ההפקעה יש קידושין מדרבנן, עיין שם, ולפי זה עדיין הם ממזרים מדרבנן, מכל מקום מפשט דברי התוספות הנ"ל לא משמע כן. ועיין עוד בשו"ת חיים שאל (ח"ב סימן מח), ויוסף אומץ (סימן קא אות ג), ובחידושי הרש"ש (נדרים צ), ובשו"ת בנין ציון ח"א (סימן קכט). ואין כאן מקום להאריך עוד. ועל כל פנים למה נסתום פתח ההיתר בזה, שאפשר שבשעת הדיון על גורל הבנים, ימצאו עוד סניפים להקל, וכבר קרה פעם אחת, שצירפנו הטעם הנ"ל לספק, והסכימו עמנו גדולי התורה בירושלים. לפיכך יואיל כת"ר לסדר הגט בהקדם על פי הנ"ל, ולמצווה רבה תחשב לו. ומה' ישא ברכה.

נא לדרוש בשמי בשלומם של כבוד ידידי נפשי חברי בית דינו, הרבנים הגאונים רבי שלמה שלוש, רבי שמואל דיקמן, שליט"א, ולהראותם מכתבי זה ולהצטרף לדבר מצוה הנ"ל.

בכבוד ובידידות נאמנה.

עובדיה יוסף

ראשון לציון הרב הראשי לישראל"

ובדידי הוה עובדא, בליל שלישי ט' אדר תש"ע נכנסתי אל הקודש פנימה ושאלתי את מוריני ורבינו הרב הגאון הרב עובדיה יוסף צוקלה"ה, האם יש לעשות גט מהרש"ם כמובא בחלק א' סימן ט' ולסמוך על זה להתיר ממזרים, והשיב לי ודאי, צריך לעשות הכול כדי לנסות ולהציל את המסכנים, ועוד הוסיף ואמר שכמה וכמה פעמים עשה יחד עם עוד רבנים ודיינים גדולים גט מהרש"ם וכל שכן כשיש עוד צדדים להקל, וזכורני שאמר "גט מהרש"ם ושמא מגוי" – די בכדי להתיר, וטוב יותר עם יהיו עוד ספקות, ושאלתי במקרה אחר, את

הרב הגאון חבר בית הדין הגדול הרב ציון בוארון שליט"א בעניין זה, ואמר לי בגט מהרש"ם ו"שמא מגוי" – בכדי להתיר.

מסקנה

לאור האמור לעיל הבת פלונית ת.ז. [...] ילידת י"ג באדר התשס"ח (19.2.2008), כשרה לבוא בקהל ולהינשא כדת משה וישראל.

מותר לפרסם לאחר השמטת פרטים מזהים.

ניתן ביום ו' בטבת התשע"ז. (04/01/2017).