

"עד שכמעט לא נמצא ממזר מהתורה רק כשהיו אביו ואמו חבושים בבית האסורים" – על פתרונות חדשניים להתרת מקרי ממזרות בבתי הדין בישראל

עמיחי רדזינר*

אמרתי לרבנו: א"כ כל הממזרים מחו"ל מותרים?
וענה מו"ר נר"ו: יהיו מותרים, למה לא.
...אח"כ ראיתי שלמעשה זאת תשובה מפורשת בשו"ת יביע אומר [חלק ט אבה"ע סימן ד].¹

א. מבוא

בשנים האחרונות מותקפים בתי הדין הרבניים של מדינת ישראל משתי חזיתות. הביקורת הידועה יותר לציבור הרחב מגיעה מן החזית הליברלית הטוענת כי מדיניותם של בתי הדין מחמירה מדי וכי היא גורמת לריבוי מקרים של עגינות וממזרות.² אולם ישנה חזית אחרת, הנוקטת לשון חריפה יותר, אשר נפתחה מצידם של גורמים שונים בעולם החרדי הטוענים טענה הפוכה. לדידם, בתי הדין הרשמיים נוקטים מדיניות מקלה עד מאוד בתחום כפיית הגיטין עד כדי הקביעה שיש לחשוש לכשרותם של מרבית הגיטין המסודרים בבתי הדין וממילא למעמדה של האישה שנישאה לאחר קבלת הגט ולמעמד ילדיה.³ כפי שנראה להלן, מצד חזית זו עולות גם טענות כי בתי הדין הרשמיים

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. אלא אם צוין אחרת, ההדגשות אינן במקור ופסקי הדין הרבניים לקוחים ממאגר 'נבו'. בחלק מן המקרים נפתחו ראשי תיבות והושלמו קיצורים. תודתי לדוד בס, אבישלום וסטרייך, צבי זוהר, שי זילברברג ואברהם (רמי) ריינר על הערות ושיח.

¹ זהו דו שיח בין הרב עובדיה יוסף לבין מזכירו הרב יהודה נקי. דבריו של הרב יוסף מזכירים את משנת זבים ב, ב, שבה תמהים תלמידיו של ר' עקיבא על דבריו המאפשרים להימנע מהגדרת אדם כזב: "אמרו לו: אין כאן זבין מעתה?! אמר להם [ר' עקיבא]: אין אחריות זבים עליכם!". הרב יהודה נקי קיבץ את הדברים ששמע מפי הרב יוסף בסדרה רחבה של ספרים: יהודה נקי **מעין אומר**. הדברים הללו מובאים שם בחלק ח (תשע"א), עמ' תכב, והם מובאים כהסכמה לפסיקתו של הרב שלום משאש שהתיר ממזר בדרך שיכולה לסייע למעשה לכל ממזר שחי בסביבה שרובה נכרית. להרחבה על מקרה זה ועל דרך ההיתר ראו בהערותיו של הרב נקי שם, בעמ' תכב–תכד, בתשובת הרב יוסף ביביע אומר הנזכרת למעלה ובתשובתו של הרב משאש באותו מקרה, שנכתבה לפי בקשתו של הרב יוסף והיא קדמה לתשובתו: שלום משאש **שו"ת שמ"ש ומגן ח"ג** אה"ע סימן מו (תש"ס). הרב משאש משתמש בכלי זה גם בכמה תשובות בחלק ד של **שמ"ש ומגן** (תשס"ז), וראו גם להלן ה"ש 33. גם בתי הדין בארץ משתמשים רבות בספק 'שמא מגוי נתעברה'. ראו: עמיחי רדזינר ואבישלום וסטרייך "מעוות לא יוכל לתקון"? על השימוש ב'גט מהרש"ם' במדינת ישראל" **ספר היובל לכבוד אליקים רובינשטיין** 575, 636 (מרים מרקוביץ ביטון עורכת, תשפ"א). על המסקנה העולה מדברי הרב יוסף יש רבים החולקים, גם בתוככי ביה"ד הרבני. ראו למשל להלן ליד ה"ש 209.

² על עניין הממזרות והשפעתו על סוגיית העגינות ראו למשל: Susan Weiss, *Women, Divorce, and Mamzer: Paradoxes of a Social Status in the Israeli State, in Love, Marriage and Jewish Families*: Revolution 256, 257–258 (Sylvia Barack Fishman ed. (2015) השחורה" מקור ראשון – מוסף שבת <https://musaf-26.3.2017>

[shabbat.com/2017/03/26/%D7%9C%D7%91%D7%98%D7%9C-%D7%90%D7%AA-%D7%94%D7%A8%D7%A9%D7%99%D7%9E%D7%94-%D7%94%D7%A9%D7%97%D7%95%D7%A8%D7%94-%D7%A8%D7%91%D7%A7%D7%94-%D7%9C%D7%95%D7%91%D7%99%D7%A5](https://musaf-26.3.2017)

³ ראו עמיחי רדזינר "גט בהשגחת הבד"ץ: 'ענייני נישואין וגירושין' בבתי דין פרטיים" **משפט, חברה ותרבות** א 69 (2019).

פועלים בדרכים חדשניות ובעייתיות כדי לטהר אנשים מחשש ממזרות. חלק מן הפרסומים התוקפים את בתי הדין הרשמיים זכו למענה, חלקי או מלא, אנונימי או תחת שם.⁴ לאחרונה נכתבה חוברת נוספת התוקפת את בתי הדין הרשמיים במגוון סוגיות.⁵ החוברת מכילה מכתבים רבים ששלח מחברה לגורמים שונים, בכללם דיינים המכהנים בבתי הדין הרשמיים, ובהם השגות שונות על פסיקתם. אחד המכתבים נשלח אל הרב דוד בירדוגו, דיין ביה"ד האזורי בירושלים, ובו ביקורת על פסקי דין שונים ובכללם כאלה העוסקים בהיתר ממזרים.⁶ הכותב מלין על ההקלות שהתפתחו לדבריו "בשנים האחרונות", בהן אלה שיעמדו במוקד מאמר זה כמו שיטת 'פנים יפות' והיו אביו ואמו בבית האסורים':

...וכל העניין שמסתמכים על הפנים יפות הוא תמוה, כי דבריו הם נגד גמ' ערוכות לכאורה, והיכן שמענו לפסוק בדאורייתא בדעת יחיד נגד כל הפוסקים, וישנם סתירות בפנים יפות גופי', ויתירה מזו דאם כן לא מצינו ממזר אלא בהיו אביו ואמו בבית האסורים, וזהו דבר שאין הדעת סובלת, **דאם כן היאך מצינו ממזרים בספרות השו"ת בכל הדורות...** [וכבר אמר הגר"ש וואזנר זצ"ל שמי שיצא נגד הרה"ר גורן, ולא יוצא נגד מה שקורה כיום, צריך לעלות לקבר של גורן ולבקש מחילה].⁷

תגובתו של הרב בירדוגו לטענה זו מרתקת וראויה לדיון רחב.⁸ לדבריו, הדיינים כיום אכן מחדשים את כליהם, אך בכך הם ממשיכים את דרכם של "אדירי התורה רבנו עקיבא איגר"⁹... ועוד פוסקים... ומי שלא עלה בדעתו לעשות ספק ספיקא זה בנדון שבא לפני הגאון רבי עקיבא איגר, היה פוסק שהולד ממזר. ואטו תקשי עליו שא"כ היאך מצינו ממזרים כו'?" לפיו, יש להפנות את הקושייה של המשיג לא רק לפוסקי ההלכה בדורות הקודמים:

וגם [יש] להפנותה לסנהדרין ש"שכללו" את השיטה של 'הצילו העדה' כ"כ עד כדי שלא חיבו אף אדם מיתה אפילו פעם אחת במשך שבעים שנה, על אף שיש בתורה עשרות חיובי מיתה, ובגלעד שכיחי רוצחים כו', וסנהדרין שבכל זאת 'הצליחה' לחייב מיתה ננזפה ונקרא שמה לדורות בתואר המפוקפק 'חובלנית', וגם להפנותה לפרשת בן סורר ומורה דאיתא בילקוט שמעוני [תורה פרשת כי תצא רמז תתקכט] כמאן אזלא הא דתניא בן סורר ומורה לא היה ולא עתיד להיות ולמה נכתב אלא דרוש וקבל שכר, כמאן כרבי יהודה, ואיבעית אימא רבי שמעון היא דתניא אמר רבי שמעון וכי מפני שאכל זה תרטימר בשר ושתה חצי לוג יין אביו ואמו מוציאין אותו לסקלו, אלא לא היה ולא עתיד להיות ולמה נכתב אלא דרוש וקבל שכר. ע"כ.

ההשוואה של הרב בירדוגו בין דין הממזר לבין דינו של 'בן סורר ומורה' ולהנחיה שעל הסנהדרין להימנע מלהוציא אנשים להורג, למרות רשימת העבירות הארוכה שבתורה המחייבת עונש זה,¹⁰

⁴ ראו רדזינר, שם, בעמ' 99 הערה 153; קונטרס השיבה שופטינו כבראשונה (בעילום שם, תש"פ). להלן יוזכרו גם חיבורים העוסקים בהגנה על דרכו של בית הדין הרשמי בהתרת ממזרים.

⁵ רפאל סויד קונטרס דייני ישראל (תש"פ). תודתי למחבר על שהעביר לי חיבור זה.

⁶ שם, "מכתב לדיין הרב דוד בירדוגו", י' שבט תש"פ.

⁷ הסוגריים במקור. לא ברור מה המקור לדברים שבתוכן, אולם הרב שמואל וואזנר היה אחד מראשי הלוחמים בהיתר 'האח והאחות' מכתם הממזרות שנתן הרב גורן. לניתוח המקיף ביותר של פרשה זו, שהייתה ללא ספק פרשיית הממזרות והתרתה הידועה בתולדות המדינה, ראו יאיר הלוי מהפכת החרדיות החדשה בשנות השבעים 191–82 (עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן תש"פ). לגבי עמדת הרב וואזנר ראו שם בעמ' 104, 116, 121.

⁸ "מכתב תגובה מהדיין הרב דוד בירדוגו", כ"ב אדר תש"פ, אצל סויד, לעיל ה"ש 5. ניתן לראות את המכתב גם בפורום 'אוצר החכמה': t.ly/n0mz.

⁹ כוונתו לתשובה בה הכשיר הרב איגר ממזר בין היתר מכה 'ספק ספיקא': שו"ת רבי עקיבא איגר מהדורא קמא סימן קכח: "ספק כהנך רבוואתא ואינו נאמן כלל דאינו בנו, וספק שמא מנכרי".

¹⁰ לדיון בכך ראו: עמיחי רדזינר "צדק צדק תרדוף: תפיסות שונות של צדק שיפוטי במשנת התנאים" צדק שלי, צדק שלך, צדק בין תרבויות 59, 80–85 (ידידיה צ' שטרן עורך, תש"ע).

היא לא פחות ממדהימה.¹¹ בעוד שכבר קבעו התנאים כי "בן סורר ומורה לא היה ולא עתיד להיות. ולמה נכתב? לומר דרוש וקבל שכר",¹² הרי שבפרפרזה על השגתו של רבי יונתן בעניין זה,¹³ ממזרים ראינו בכל הדורות ואף ישבנו על קברם. לפיכך האם בהשוואת הסוגיות יש טענה כי כפי ששיקולים מוסריים הנחו את התנאים בביטולו המעשי של דין בן סורר ומורה,¹⁴ כך יש להפעיל שיקולים אלה גם בסוגיית הממזרות?¹⁵ יתר על כן, הרב בירדוגו מסיק מן ההשוואה השלכות מעשיות. לדבריו, ניתן ללמוד מן הסנהדרין שהמתח שבין חומרת העונש וההיבט ההרתעתי שבו לבין השאיפה להימנע מביצועו צריך לחול גם בסוגיית הממזרות:¹⁶

אלא מאי אית לך למימר, שעיקר כוונת התורה בענינים מסוימים היא: או לדרוש ולקבל שכר, או לגרום להרתעה, ואכן כל ישראל נרתעים ת"ק על ת"ק פרסה מעבירות שעונשם מיתה ולו רק משום שנקבע שעונשם מיתה. וכן נרתעים ביותר מלהוליד מאשת איש ועריות מחמת כתם הממזרות. ואולם כשהדבר מגיע למעשה, מצווה התורה מצוה אחרת את הדיינים 'הצילו העדה' עד כדי כמעט ריקון חיובי המיתה מתוכנם, ולשיטת כבוד תורתו [=המשיג: רפאל סויד] יש לומר גם על זה שהוא דבר ש'אין הדעת סובלת' דאם כן למה נכתבו כ"כ הרבה אזהרות ועונשין של מיתה אם בסוף הם מבוטלים ע"י כל מיני סעיפים של חקירות ודרישות שתמיד, אבל תמיד, תימצא דרך להציל את הנאשם, ואם לא תימצא, האשמה היא לא בנאשם אלא בסנהדרין, והיא זו שמקבלת את הנזיפה, ורק אם זה פעם אחת ליותר מע' שנה, נו, מעלימים עין.

והנה מה שכתוב והצילו העדה נאמר בפסוק רק לענין רוצח בשגגה, וחז"ל הם שלמדו מזה להציל כל מי שנאשם בכל עון שחייבים עליו מיתה. וא"כ מדוע לא נלמד מזה שרצון התורה הוא להציל גם את הממזרים מכתם הנצח שעלול לדבוק בהם? והלא דברים ק"ו, ומה, רוצח שפל זה שרצח במזיד, והוא מסוכן לחברה, ואם ימיתוהו אין מיתתו עולם, ואדרבה מיתתו כפרתו, אף על פי כן מצוה להצילו ע"י צירוף שיטות דחיות לספק ספיקא [אלא במה?], ממזר זה שהוא בבחינת עשוק, אבות אכלו בוסר, והוא לא חטא ואשם, על אחת כמה וכמה שמצוה להצילו? ובמה ינצל? כדרך שהצילו העדה את הרוצח, בחקירות ובדיקות, אולי לא כך היה המעשה, סתירות בבדיקות כו', אבל לא רק בזה, אלא גם ע"י ספקות בהלכות, והיו צריכים ממש להתאמץ כדי למצוא ספקות וספקי ספקות כדי להצילו, אחרת לא מובן איך אחת לע' שנה נקראת חובלנית, במה היא אשמה שהרוצח נתפס על חם כשהוא רוצח בפני שני עדים והמציאות ברורה, אלא ודאי התביעה עליהם היתה שהיו צריכים להמציא ספקות וספקי ספקות בהלכות ובגדרי רוצח, והתראה, ועדים, ולצרף גם שיטות דחיות שאולי עם היותן דחיות, הן על כל פנים מייצרות ספק כל שהוא הראוי להצטרף לספק רגיל אחר ולהפוך לרוב לקולא, ועל סברות דחיות אלו יומלץ אבן מאסו כו'.

וזה בדיוק מה שעשו הפוסקים בכל הדורות עד כמה שידעתם הגיעה להמציא ולצרף ספקות כדי להציל את הממזרים, ומי שלא עלתה על דעתו לצרף, פסל אותם, וזהו שאמרו שחכמת

¹¹ להצעת השוואה דומה ראו להלן בה"ש 363.

¹² תוספתא מסכת סנהדרין (צוקרמאנדל) פרק יא הלכה ו ומקבילות. לגבי הוצאה להורג בסנהדרין ראו משנת מכות א, י. וראו להלן ליד ה"ש 306.

¹³ סנהדרין עא ע"א.

¹⁴ השיקול המוסרי בעיצוב דין זה מפורש כבר בדברי התנאים, וראו: משה הלברטל **מהפכות פרשניות בהתהוותן** 46–67 (תשנ"ט).

¹⁵ השיקול המוסרי כגורם במאמץ להיתר ממזרים יוזכר בהמשך המאמר, וראו למשל להלן ליד ה"ש 241.

¹⁶ על כך שאסור לתת להיבט ההרתעתי שבמוסד הממזרות להפריע למאמץ למצוא כל דרך להקל במקרים קונקרטיים עמד הרב בירדוגו גם בספרו. ראו: דוד בירדוגו **שו"ת בדבר משפט ח"א עא, פב–פג (תשע"ג)**. הוא נוגע שם בהשגתו של הרב מנשה קליין, (שם, עמ' עט), שטען כי פתרון של ביטול קידושיה של אישה על מנת לשנות רטרואקטיבית את מעמדו של ילדה שנולד שלא מבעלה, יעודד נשים לנאוף. על המתח שבין שימור מוסד הממזרות כגורם מרתיע ובין העובדה שבתי הדין משתדלים להימנע מקביעת ממזרות ראו: פנחס שיפמן "על יכיר ועל יסתיר: אמת עובדתית ואמת משפטית בחשש לממזרות" **הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון 209** (ברכיהו ליפשיץ ואה' עורכים, 2012); רדזינר ווסטרייך, לעיל ה"ש 1. וראו להלן ה"ש 369.

אדם מגיעה עד היכן שמגיעים ספריו, וידיעת הספרים היא שימוש תלמידי חכמים. והנה לפי חז"ל הוא נקרא חובלן, ואפשר ידונו אותו בשמים מדוע לא שידד עמקים בהלכות ולחפש בשו"ת שקדמוהו כדי למצוא מזור למזור, שהרי לא בשמים היא, וכדרך שפוסקים בבית דין של מטה כך פוסקים בבית דין של מעלה. וא"כ במקום לשבח את מי שבעמלו האין סופי בתורה שלא נטל לעצמו מעולם אפילו שעה אחת של חופש מהתורה הקדושה ובזכות זה הגיע לידיעת התורה הבלתי נתפסת שלו שבזכותה אכן 'שכלל' את ה'הצילו העדה' כרצון ה' וכרצון יראיו שכתבו [במדרש קהלת] שדמעת העשוקים היינו של הממזרים שיש להצילם, עליו תלונותיכם? והלא לפי מה שנתבאר מצוה היא על כל היכול לטהר ממזרים לעשות כן מדין והצילו העדה.

מכאן כבר ברור שהרב בירדוגו אינו רואה כל בעיה בכך שהדיין בן ימינו מחפש כל דרך אפשרית להתרת הממזר, גם אם מדובר בדרך חדשנית. להפך, הוא ראוי לכל שבח על כך ש"שכלל" את ה'הצילו העדה' כרצון ה". לאור זאת, גם אינו מתרגש מן העדות על דברי הרב וואזנר שיש לבקש מחילה מן הרב גורן. מלבד העובדה שהוא מפקפק בשמועה זו, הוא מוסיף כי בהחלט ייתכן שלאחר כמה שנים היה מתיר הרב עובדיה יוסף את האח והאחות, אף על פי שלא עשה זאת בזמן אמת,¹⁷ משום ש"ייתכן שבאותן השנים טרם התחדשו למו"ר בעל יביע אומר ההיתרים הנ"ל". לטענתו, פיתח הרב יוסף במהלך השנים דרכי היתר שלא השתמשו בהן קודם לכן דווקא בשל ריבוי המקרים שעלה בהם החשש לממזרות:¹⁸

אבל ההיתרים שחידש ביביע אומר לאחר שנים רבות כשהשאלות בנושא הממזרות הונחו לפתחו מכל קצווי תבל וראה כי היא מכת מדינה ומכה עולמית מחמת ההפקרות ועוד סיבות שהזמן גרמן, והיה צורך להשתדל בכוחא דהיתרא לא רק כדי להצילם מהממזרות אלא גם כדי להצילם מלצאת לת"ר ומלרדת שחת בכל תחומי היהדות אם יתיאשו בגלל הכתם הרובץ עליהם, או אז אור כגבר חלציו ושידד עמקים ביושר העיון והבקיאות לחפש היתרים ללא דופי, שהרי כל ה'דופי' שנמצא לו הוא "שאם כן לא מצינו ממזר אלא בבית האסורים וזה אין הדעת סובלת" כלשון כבוד תורתו, ועל זה כבר השבנו לעיל שאדרכה היא תהילתו והיא תפארתו שקיים מצוות והצילו העדה כדת של תורה וכרצונו יתברך.

חשוב להדגיש שאין להקל ראש באיום שמעלה מוסד הממזרות ובקשר שבינו לבין כוחו העדיף, לעיתים רבות, של הגבר בסכסוכי גירושין על פני אשתו. גם אין לכחד כי ישנם מקרים שבהם היתר הממזרות ניתן לאחר שנים רבות של סבל וחשש.¹⁹ כמו כן, יש לציין שהדיונים העוסקים בהתנהגותן המינית של נשים – אשר חלקם יידונו להלן – אינם נעשים לאוזניהם של בני ובנות דורנו, וודאי

¹⁷ על התנהלותו הלא חד משמעית של הרב יוסף בפרשה זו ראו הלוי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 112–115.
¹⁸ הרב בירדוגו מעלה את שיקול מציאות זמננו כגורם לצורך בהקלה בטיהור ממזרים גם בספרו, לעיל ה"ש 16, עמ' פג. אחת הראיות המרכזיות שמביא הרב אשר גריידי לסברתו שלא ייתכן שהרב עובדיה יוסף כתב תשובות המתירות ממזרים שיוחסו לו (ראו להלן ה"ש 35), היא העובדה שלא השתמש בכלים המופיעים בהן בפרשת האח והאחות, "שאפילו הרב גורן לא סמך על היתר 'האח והאחות' בסגנון היתר כזה". אולם מעבר לשיקולים הפוליטיים שליוו פרשה זו ולחשש מפני הרב גורן (עליהם מרחיב הלוי, לעיל ה"ש 7), הרי שעיון בתשובות הרב יוסף, כפי שייעשה גם להלן, מגלה שהצדק עם הרב בירדוגו, וחלק מדרכי ההיתר שלו עולות רק בשלב מאוחר יחסית בחייו. על ההתפתחות של דרכי ההתרה של הרב יוסף לאורך השנים עמד אמיר זוארץ **מדיניותו ההלכתית ודרכי פסיקתו של הרב עובדיה יוסף (צ"ל) בסוגיות בדיני משפחה** 211 (עבודה לתואר דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, התשע"ו) לאורך הפרק השמיני, וראו בייחוד סיכומו בעמ' 460.

¹⁹ לאחרונה ניתן היתר ממזרות לאדם שהוכנס לרשימת מעוכבי הנישואין בשנת 1980: תיק (ת"א) 1040737/1 (3.5.2020). פסק הדין מורכב מחוות דעת של מספר דיינים וארכו קרוב לשלוש מאות עמודים. עותק של פסה"ד שמור בידי. וראו גם תיק (ב"ש) 1181337/1 (3.12.2018) שבו אישה ילידת 1989 קיבלה בשנת 2018 היתר להינשא, לאחר שבשנת 1991 קבע בית הדין כי היא "מעוכבת לינשא בחו"ק כדמו", סיבת העיכוב – חשש ממזרות"; תיק (גדול) 1226866/1 (21.10.2020) בו הותר אדם שחשש הממזרות נקבע לגבי בשנת 1990.

לאותן נשים שבעניינן דן בית הדין, אולם הם משמשים בסוגייתנו מרכיב מרכזי בדיון ההלכתי לדורותיו. אולם לא בנושאים אלה עוסק המאמר, אלא בדרכים שבהם בית הדין משתמש **לאחר מעשה** – כאשר כבר נולד ילד לאשת איש שלא מבעלה ההלכתי או מקיום יחסים אסורים, בדרך כלל בין גבר לאחות אשתו או גרושתו²⁰ או בין אישה לאחי בעלה המת, אם היו למת ילדים.²¹ כפי שנראה להלן, בדורות האחרונים המקרים האחרונים האלה היו כנראה נפוצים יותר ממה שניתן לשער. בכפוף לבעיה הידועה, שחלק ניכר מן הפסיקה הרבנית אינו מתפרסם, הרי שניתן להראות שבית הדין עושה מאמצים רבים כדי להגיע למסקנה שמישהו אינו ממזר ועל כן רשאי להינשא. כך, למשל, מן הנתונים שבידינו עולה שבין השנים 2010–2017 נוספו רק שני ממזרים ושני 'ספק ממזרים' לרשימת "מעוכבי החיתון" במדינת ישראל.²² לפי רשימה זו, מספר הממזרים במדינת ישראל (החל משנת 1954 וכלה בשנת 2017) עומד על 84, ומספר הממזרים מספק על 139.²³ רשימה דומה משנת 2019 מלמדת כי מספר הממזרים המשיך לרדת. מצוין ברשימה זו כי ישנם 78 ממזרים ו-126 ספק ממזרים על אף העובדה שבשנים 2016–2018 נפתחו בבתי הדין כ-1500 תיקים לבידור יוחסין.²⁴ להערכתנו, רוב הממזרים ירשו את מעמדם זה מהוריהם ואינם דור ראשון לממזרות. הערכה זו מתחזקת מן העובדה כי מספר הממזרים בישראל הולך ופוחת²⁵ למרות הגידול הניכר באוכלוסייה ובמתירנות המינית. מנתון זה ניתן להסיק כי באמת בתי הדין, או לפחות חלקם, עושים כמעט כל שביכולתם כדי למנוע את הכרזתו של אדם כממזר. מובן שנתון זה משמש גם את הטוענים כי בתי הדין מקלים יתר על המידה.²⁶

מאמר זה ייחזק לבחינת שני כלים מרכזיים, וככל הנראה חדשניים למדי, שדיינים מבתי הדין הרשמיים משתמשים בהם רבות.²⁷ **חשוב לציין כי כלים אלה לעולם לא יישמשו את הדיין ככלי יחיד.** כל המכיר את פסקי הדין להיתר ממזרים, בימינו ובימים עברו, יודע שברוב המכריע מצרף הדיין או הפוסק צירופים שונים כדי להגיע להיתר. להלן יאוזכרו גם פתרונות רדיקליים פחות, או

²⁰ שולחן ערוך אבן העזר סימן טו סעיפים כו, כט.

²¹ שם, סעיף כב.

²² "רשימת מעוכבי חיתון", <https://foi.gov.il/he/node/5322>. עם זאת, ייתכן שההגדרה 'עיוכב זמני' הכוללת שם 227 איש, כוללת גם אנשים החשודים בממזרות (ראו: הנחיות סדר דין בענין כשרות יוחסין **קובץ חיקוקים והנחיות לבתי הדין הרבניים** 84 (בעריכת שמעון יעקבי התשע"ח) סעיף 7). עם זאת, גם אם אכן כך, הרי דומה שהנתונים מלמדים שלאחר שמתקיים דיון במעמד, גם אם לאחר שנים רבות, כמעט כולם מותרים להינשא. ראו לעיל ה"ש 19. למקרה חריג שבו דיין לא הצליח להתיר במקרה דומה ראו: אריאל אדרי **שו"ת שחר אורח** ה"ב קא–קי (תש"פ). עם זאת, מדבריו עולה כי בהרכב היה דיין שמצא דרך להתיר את המבקשת אך הוא חולק עליו. לא ניתן לדעת מי מבין שתי הדעות התקבלה על דעת הדיין השלישי, ולכן גם לא ברור מה עלה בגורלה של המבקשת. וראו גם להלן ה"ש 237; תיק (ב"ש) 1065411/1 (ללא תאריך) שבו השתנתה החלטת דיין אחר משנת 2013 שקבע כי ילדים הם ממזרים, בין היתר משום שהוריהם טענו כך.

²³ אדם שהוא ספק ממזר, מוגבל בנישואיו רק מדרבנן (משנה תורה, איסורי ביאה, טו כא), וממילא הגדרתו כספק פותחת פתח רחב להתרתו המלאה, כפי שנראה במספר מקרים להלן. ראו למשל ליד ה"ש 253, 298.

²⁴ הדוחות השנתיים של פעילות בתי הדין הרבניים ניתנים להורדה מאתר בתי הדין הרבניים - <https://t.ly/jzSB>.
²⁵ בשנת 2004 נמנו 92 ממזרים ו-184 ספק ממזרים ("325 אלף חסרי דת, 3,300 פסולי חיתון" **הארץ** (10.6.2004) goo.gl/EHE7es); בשנת 2000 נמנו 115 ממזרים (יוסף אלגזי "סעיף 'הממזרים' בחוק מרשם האוכלוסין" **הארץ** (17.6.2002) goo.gl/3xG9AB). בדיון בוועדה לביקורת המדינה בכנסת מיום 17.10.1990 (פרוטוקול מס' 157, עמ' 9), קבע היועץ המשפטי למשרד מבקר המדינה כי לפי חישובי המשרד רשומים ברשימות מעוכבי הנישואין כ-200 ממזרים.

²⁶ ראו למשל מכתבו של הרב פנחס שפירא, ראש בד"ץ 'שערי שלום', מיום י' סיון תש"פ הממוען ל"מרנן ורבנן גדולי הדור שליט"א" (עותק שמור בידי המחבר), הטוען כי נתונים אלה מלמדים על "ישראלולף אחד גדול" וטוען שהירידה במספר הממזרים לאורך השנים מלמדת על ההפרכות השוררת לדעתו בבתי הדין. דרך אגב, אומר כי גם מעמד ה'שתוק' הולך ונעלם מן ההלכה בת זמננו, ובתי הדין כמעט ולא פסקו כנראה, לפחות בעשרות השנים האחרונות, כי מי שאביו אינו ידוע, כרבים מאוד שנולדו מתרומת זרע אנונימית, הוא 'שתוק'. בכונתי לעמוד על עניין זה במקום אחר.

²⁷ ודוק, ברור שלא כל הדיינים בבתי הדין הרשמיים תומכים בכלים אלה, ואעמוד על כך בהמשך.

כאלה שמופיעים פעמים רבות יותר במקורות קדומים, שבהם משתמשים דיינים.²⁸ כמו כן קשה להכחיש כי גם בדורות הקודמים פעלו פוסקים שונים בדרכים הנראות כמכחישות את המציאות כדי להתיר ממזרים.²⁹ עם זאת, רמת החידוש שיש בפסיקת דורנו ובכלים שאימצה והמשמעות הרחבה העולה מהם – מניעה על הסף של אפשרות הממזרות במספר עצום של מקרים – הם בעלי עניין רב. כלים אלה מצטרפים לכלי החדשני של 'גט מהרש"ם' שעליו עמדתי במאמר קודם,³⁰ הביטול המעשי של 'דין יכיר', שהוא הלכה פשוטה וחד משמעית בשולחן ערוך,³¹ להסתמכות על שיטות מרחיבות בפסילת עדי הקידושין³² ולשימושו – הרחב מאוד וכנראה חסר התקדים – של הרב עובדיה יוסף בכלי ה'תרי רובי' וה'ספק ספיקא', שהביא למסקנה המצוטטת בראש מאמר זה.³³ לצד הרב יוסף, יש לציין את הרב שלום משאש (1909–2003), רבה הראשי של מרוקו ולאחר עלייתו לארץ ב-1978 ועד למותו, רבה הספרדי של ירושלים וראש אבות בתי הדין שלה, שגם נקט דרכים

²⁸ כך למשל בתיק 1040737/1, לעיל ה"ש 19, מופיעים נימוקים רבים להיתר. רק בדבריו של הדיין הרב אבירן הלוי בתיק זה מופיעים 12 נימוקים מצטברים להיתר.

²⁹ דוגמאות לכך יידונו בהמשך, וראו במקורות להלן בה"ש 341. וראו למשל: **שו"ת רבי עקיבא איגר**, מהדורא קמא סימן צט, המתיר ילד שנולד כאחד עשר חודשים לאחר שבעל אימו עזב את הבית מיד לאחר הפסח, כשיש עדים על הסתרתה עם הגבר הזר בחג השבועות ובין פסח לשבועות היה לה מחזור חודשי פעמיים.

³⁰ רדזינר ווסטרייך, לעיל ה"ש 1.

³¹ שולחן ערוך אבן העזר סימן ד סעיף כט: "האב שאומר על העובר שאינו ממנו, או על אחד מבניו שאינו בנו, נאמן לפוסלו והוא ממזר ודאי", נקל להבין מה השפעתו של סעיף זה, ודאי כשבעל האישה מחויב לשלם מזונות למי שהוא מאמין שאינו בנו. אומנם מצאנו דיינים שקבעו ממזרות בין היתר על פי דין זה (ראו למשל הרב אדרי, לעיל ה"ש 22), אולם דומה שדיינים רבים כיום מפרשים אותו באופן שאינו מאפשר את קיומו כמעט בשום מצב. ראו: שיפמן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 216. וראו עוד את הסיכום הרחב בנושא זה אצל הרב זן בר (בתיק 1040737/1, לעיל ה"ש 19, בעמ' 117 לחוות דעתו) האוסף את כל השיטות המצמצמות את יכולת הפעלתו (למשל: "אין אומרים יכיר כאשר האדם נוגע בעדות ובוודאי בהכרה זו כשמסיר ממנו חובות תשלומי מזונות"; "אין אומרים יכיר כאשר האב מחלל שבת וחוטא בכל מיני חטאים"; "אין אומרים יכיר באדם שלא מבין משמעות דין ממזר"). דומה שגם למהלך זה תרם רבות הרב עובדיה יוסף. ראו למשל תשובתו ב**שו"ת יביע אומר** ח"י אבן העזר סימן יב, שם הוא דן במקרה שלא היה ברור שלא מדובר בבנו והדבר אף נתמך בבדיקה גנטית. הרב יוסף דוחה את דבריו של האב, ובין היתר מסביר מדוע הוא פוסק כנגד עמדת השו"ע, שלא כדרכו.

³² דוגמה בולטת היא ההסתמכות על תשובת מהר"י וייל (סימן ז) שממנה עולה כי אם יוחזר עדי הקידושין, הרי שפסילת אחד מהם תביא לביטול הקידושין ולא ניתן יהיה להסתמך על העובדה שאת הקידושין ראו עדים כשרים. ראו, למשל: תיק (פ"ת) 221270/1 (13.3.2000); תיק(ח"פ) 989812/1 (2.2.2018). שיטה זו מנוגדת לפסיקה של ר' יוסף קארו והרמ"א (אבן העזר מד, ד) ושל הרב פיינשטיין, למשל, שפסק בניגוד לשיטה זו, גם במקום שהיה מדובר בהיתר ממזרים (**שו"ת אגרות משה** אבן העזר חלק ד סימן כד (תשמ"ה)). אף כאן יש תרומה גדולה לפסיקתו של הרב עובדיה יוסף שצידד בהסתמכות על שיטה זו בכמה מתשובותיו.

³³ להרחבה על גישתו של הרב יוסף, באמצעות ניתוח עשרות תשובות שלו בנושא (אם כי אינו דן בכלים שבהם עוסק מאמר זה) ראו: זוארץ, לעיל ה"ש 18, בעמ' 373–461. בסיכומו הוא עומד על המספר הרב של היתרי הממזרים שבהם היה מעורב הרב יוסף, ועל העובדה שבנושא זה פנו אליו גם "חוגים זרמים שאינם נשמעים בדרך כלל לפסיקותיו ההלכתיות של הרב יוסף בשטחי הלכה אחרים". לא יהיה זה מופרך להניח כי מספר הממזרים שהתיר הרב יוסף הוא גדול יותר מכל פוסק אחר בתולדות ההלכה. גם מבקריהם של בתי הדין מן הצד החרדי מבינים את תרומתו הרבה של הרב עובדיה יוסף למציאות שבה מתירים מעט כל ממזר. ראו למשל יהודה חטאב **קונטרס קדושת ישראל בעניני יוחסין** (תשע"ו), התוקף לאורך חיבורו את מדיניות ה'תרי רובי' וה'ספק ספיקא' שמפעילים בתי הדין בעקבות פסיקותיו של הרב יוסף אם כי הוא נמנע מלתקוף אותו ישירות ומנסה להצביע על הטעויות שבה ועל התוצאות האבסורדיות, שלדעתו היא מובילה אליהן. למשל בעמ' י: "...והנה היתר זה הוא מחודש מאד, כי לפ"ז אין ממזרים בכלל בחו"ל, שהרי תמיד יש שם תרי רובי להתיר, וגם בא"י אין ממזר מקרובים, שהרי יש תרי רובי שאינם קרובים". יש ממש בדבריו, ראו לעיל ה"ש 1, וראו גם להלן ליד ה"ש 209. וראו עוד סויד, לעיל ה"ש 6, המתלונן כי "בכל עניין תרי רובי בממזרות, הנה היתר זה 'השתכלל' בשנים האחרונות, שבתחילה התירו רק ברוב עכו"ם, וכיום אף ברוב ישראל, אף בלי ספק נוסף", ונענה בידי הרב בירדוגו בהסכמה עקרונית (לעיל ה"ש 8): "אכן כך הדבר, ואם קשה לכת"ר על זה אדרבה ירד נא לעומקה של הלכה ויסתור את כל הפוסקים שהביא ביביע אומר ח"י [אבן העזר סי' יא]... אבל לכתוב סתם כך 'השתכלל' שיש בזה משמעות מזלזלת ח"ו כאילו נעשה הדבר מתוך קלות דעת כי התחשק או שהיה אינטרס למישהו להקל, זו לא דרכה של תורה".

רדיקליות להיתר ממזרים.³⁴ כפי שנראה, שני פוסקים אלה עומדים מאחורי עליית השימוש בכלים שנתאר להלן, ומעמדם ההלכתי הגבוה סייע להם להתקבל בקרב חלק מן הזיינים ולסייע לפתרונם של מקרי ממזרות קשים.³⁵

ניתן להציג את הכלי החדשני הראשון והנפוץ יותר מבין שני הכלים שבהם אדון באמצעות שני משפטים שכתב הרב הראשי ונשיא בית הדין הגדול לשעבר, הרב שלמה עמאר, במסגרת שני דיונים שבהם טיהר מכתם הממזרות ילדות שנולדו קרוב לוודאי לנשים נשואות שלא מבעליהן:

דאף על גב דהיתה יותר עם השני, מכל מקום חז"ל קבעו דרוב בעילות אחר הבעל, ואף על גב שבפועל רוב הבעילות הן לא מהבעל, אמרינן דרוב בעילות הן מהבעל, וכמו שכתב בעל ההפלאה שהובא ביביע אומר...³⁶
וע"כ תלינן רוב בעילות בבעל אפילו אם בפועל רוב הבעילות היו מזרים. וכדעת בעל ההפלאה שהובא ביביע אומר...³⁷

משפטים אלה ודאי נקראים במבט ראשון כאוקסימורון. בפרק השלישי אנסה להסביר גישה מהפכנית זו, שמטבע הדברים גם זוכה להתנגדויות חריפות המכוונות כלפי הזיינים המשתמשים בה. מכל מקום, ניתן גם ללמוד מהם על מקומו הרב של הרב עובדיה יוסף בהחזרת הגישה לבתי הדין. הרב עמאר אינו מסתפק בהפניה לדברי "בעל ההפלאה", פוסק חשוב ומרכזי בן המאה השמונה עשרה שבהמשך ארחיב עליו, אלא סומך את יתדותיו גם על כך שהם הובאו בשו"ת יביע אומר. אך כדי להבין את החידוש שיש בשיטה זו, יש לדון מעט בכלל התלמודי המוכר 'רוב בעילות אחר הבעל'.

ב. 'רוב בעילות אחר הבעל': הכלל, פרשנותו ומגבלותיו

1. 'רוב בעילות אחר הבעל' – יסודו והבנתו הרווחת

דומה שכלל זה הוא הכלל המוכר ביותר בסוגיית הממזרות, והדרך הנפוצה ביותר כדי לטהר אדם מכתם הממזרות. כדי להבין את החידוש שבמדיניות בתי הדין, יש להציג בקצרה את הכלל ומקורותיו וכן את ההיגיון העומד מאחוריו.³⁸ כלל זה מופיע במפורש פעמיים בתלמוד הבבלי³⁹

³⁴ לדיון רחב בפסיקתו בסוגיית היתר הממזרים ראו: אלי יוסף רבי שלום משאש ומשנתו ההלכתית בסוגיות דיני משפחה 299–373 (עבודה לתואר דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, התשע"ו). הוא אינו דן בשני הכלים שיידונו במאמר זה.

³⁵ עם זאת, קיים הבדל ביחס לשני פוסקים אלה. בעוד שהשגות על הרב משאש הן גלויות ומפורשות, אלה שנכתבו על הרב יוסף בדרך כלל נמנעו מלהזכיר את שמו. ברור למדי שהגורם לכך הוא מעמדו הרם יותר של הרב יוסף בעולם ההלכתי בן זמננו. הגדיל לעשות הרב אשר גריידי היתר ממזרים (ללא ציון שנה. עותק שמור בידי המחבר) התוקף בחריפות שתי תשובות של הרב יוסף (יביע אומר חלק יא, אבן העזר סימנים יג–יד), אולם מציין מספר פעמים (וגם על שער החיבור) כי לא ייתכן שהרב יוסף כתב את התשובות הללו, אלא מדובר בתשובות שכתבו אחרים ויוחסו אליו כדי להכשיר היתרי ממזרים שאינם מתקבלים על הדעת. וראו לעיל ה"ש 18 ולהלן ה"ש 204.

³⁶ שו"ת שמע שלמה ח"ו אבן העזר סימן ב עמ' ריט (תשס"ח). יש לציין כי הרב עמאר, שכמה מפסקיו בנושא יוזכרו להלן, היה פעיל מאוד בהתרת ממזרים, ואף ספג על כך ביקורת חריפה מצד גורמים שסברו כי הוא מקל מדי. ראו: אבישי בן חיים "הרב הראשי תחת מתקפה" מוסף שבת – מעריב (20.10.2006). מתואר שם מסמך אנונימי ביקורתי כנגד הרב עמאר, שנכתב כנראה בידי אדם המודע היטב למה שקורה בבתי הדין, ובין היתר נכתב בו: "מאז שהתחלת בעבודה זו אין עוד ממזרים בישראל ופקידי הנהלת בתי הדין הממונים על 'הרשימות השחורות' מחוסרי עבודה. כל ממזר יודע את הכתובת".

³⁷ שם, סימן ג, עמ' רכח. לפסק דין זה מצורפת הסכמתו הקצרה של הרב עובדיה יוסף ובה נאמר: "כמוהו ירבו בישראל בכחא דהיתרא. והמבקשת... מותרת לבא בקהל ה' כדת משה וישראל".

³⁸ הרבה נכתב על כלל זה ויישומו. לסיכום השיטות השונות ראו למשל: אוצר הפוסקים חלק א, סימן ג ס"ק נב וסימן ד ס"ק סא (תש"ז); אנציקלופדיה תלמודית בערך 'יחס', כרך כד קלא–קמח (תש"ס); תיק (נת') 1087096/1 (12.12.2016).

³⁹ סוטה כז ע"א, חולין יא ע"ב.

ופעם אחת בתלמוד הירושלמי,⁴⁰ אולם השימוש בו, ללא אזכורו המפורש, נעשה כנראה גם במקומות אחרים בתלמוד.⁴¹

הסוגיה המרכזית של כלל זה היא הסוגיה בבבלי סוטה כז ע"א. הסוגיה עוסקת בשאלה האם עדיף לשאת אישה החשודה על הניאוף או שמא את בתה. לדעת שמואל, יש להעדיף את האם משום שלידתה הייתה בכשרות ואילו ייתכן שלידתה של הבת הייתה בחטא. אך לדעת רבי יוחנן,⁴² יש להעדיף את הבת – "שזו עומדת בחזקת כשרות" – על פני האם שעלולה להמשיך לזנות גם לאחר הנישואין. התלמוד מכריע כדעתו של רבי יוחנן:

והלכתא: ישא אדם בת דומה [=חשודה על ניאוף] ואל ישא דומה, דתני רב תחליפא בר מערבא קמיה דר' אבהו: אשה מזנה - בניה כשרין, רוב בעילות אחר הבעל.

להמשכה של הסוגיה יש חשיבות רבה מאוד להבנת ההיגיון שמאחורי כלל זה:

בעי רב עמרם: היתה פרוצה ביותר, מהו? אליבא דמאן דאמר אין אשה מתעברת אלא סמוך לווסתה, לא תיבעי לך, דלא ידעי בה ולא מנטר לה, כי תיבעי לך - אליבא דמאן דאמר אין אשה מתעברת אלא סמוך לטבילתה, מאי? כיון דידע בה נטורי מנטר לה, או דלמא כיון דפרוצה ביותר לא? תיקו.

לפי דברים אלה, ברור שההצדקה לכלל היא יכולתו של הבעל לשמור על אשתו מפני ניאוף, בפרט בזמן שרק בו, לפי ההנחות המדעיות של תקופת התלמוד, יכולה האישה להתעבר. ⁴³ בכל זאת התלמוד משאיר בתיקו את השאלה האם גם במקרה שבו הבעל יכול לדעת את מועד העיבור, יש לחשוש לכך שהאישה – אם היא ידועה בחוסר נאמנותה – התעברה שלא ממנו. בשל כך ההלכה שנקבעה בקודקסים המרכזיים של ההלכה היא שיש לחשוש לכשרותם של הילדים במקרה זה. כך קובע השולחן ערוך:⁴⁴

אשת איש שיצא עליה קול שהיתה מזנה תחת בעלה, והכל מרננים אחריה, אין חוששין לבניה שמא הם ממזרים, שרוב בעילות תולים בבעל. אבל היא בעצמה, חוששין לה משום זונה... ואם היא פרוצה ביותר, חוששין אף לבנים.

כבר כאן אנו יכולים להבין שלפי פסיקה זו אמורה להיות בעיה במקרה של אישה 'פרוצה ביותר', למשל אישה שעזבה את בעלה ללא גט וחיה באופן קבוע עם גבר אחר. מציאות כזו תשוב ותעלה בפסקי הדין שיידונו להלן. מכל מקום, נקל להבין שהכלל 'רוב בעילות אחר הבעל' יכול להציל את רוב הילדים החשודים שנולדו שלא מבעל אימם מכתם הממזרות. ההבנה הפשוטה שהאישה הנשואה שלפנינו מקיימת את רוב יחסיה עם בעלה ולכן יש להניח שהוא אבי הילד, עולה למעשה כבר מהתלמוד עצמו המבחין בין נשואה לארוסה. התלמוד אינו מחיל את חזקת 'רוב בעילות' במקרה של

⁴⁰ סוטה א, ז, יז ע"א.

⁴¹ בבלי נזיר מט ע"א (וראו שם תוד"ה 'ומשני'); ירושלמי קידושין ד, י, סו ע"א.

⁴² מעניין שבירושלמי, לעיל ה"ש 40, הכלל 'רוב בעילות מן הבעל' מיוחס לרבי יוחנן, בעוד שכאן הוא מובא בפי תלמיד תלמידו רב תחליפא בר מערבא. זאת ועוד, דברי שמואל מובאים בירושלמי שם במהופך: "שמואל אמר: פורשים מן המזנה ואין פורשין מבתה". לסיבת ההבדל בין התלמודים ראו: עדיאל שרמר **זכר ונקבה בראם 148** – 149 (תשס"ד).

⁴³ מובן שלפי הידע הרפואי שלנו קשה להבין את הגישה הראשונה שלפיה אישה מתעברת רק סמוך לווסתה (וראו אברהם שטיינברג **אנציקלופדיה רפואית** ערך 'הריון' כרך ג 12–13 (תשס"ו)), אולם אין ענייננו במאמר זה בנייתוח תפיסת התלמוד לגופה אלא בדרך שבה עוצבה על פיו ההלכה במשך הדורות עד לימינו.

⁴⁴ שולחן ערוך אבן העזר סימן ד סעיף טו.

אישה שנתארסה בלבד, ולכן קובע כי יש מקום לחשוש לכשרותו של הילד שנולד לה.⁴⁵ כפי שמבחינן שם רש"י:

שחשודה מאחרים דליכא לאכשורי כשאר בני דומה שהם כשרים דהתם כיון דנשואה היא רוב בעילות הלך אחר הבעל אבל הכא לאו אורחיה למיבעל כולי האי בלא חופה.

וכן בעלי התוספות בסוגיה בסוטה:⁴⁶

ואף על גב דרב דאמר בסוף פרק אלמנה ביבמות הבא על ארוסתו בבית חמיו הולד ממזר ומוקי בגמרא בדדיימא מיניה ומעלמא ולא שדינן לה בתר ידידיה דוקא ארוס שאין מצוי אצלה אבל **בבעל שכנסה מודי**.

הבנה פשוטה זו, שלפיה הכלל 'רוב בעילות אחר הבעל' מבוסס על המציאות שבה אם אין סיבה לחשד, אישה מקיימת את רוב יחסיה עם בעלה ולכן הוולד ייחשב כילדו, עולה גם מן הסוגיה השנייה בבבלי שבה הכלל מופיע.⁴⁷ הסוגיה שם עוסקת בחיפוש מקור לקביעה שבמקרי ספק יש להכריע על פי רוב המקרים הקיימים במציאות כלומר הכלל 'זיל בתר רובא' המופיע בסוגיות שונות בתלמוד. רב מרי, ככל הנראה רב מרי הראשון, תלמידו של ר' יוחנן שאת שיטתו ראינו בסוגיית סוטה לעיל, מביא לכך ראיה מציווי התורה (שמות כא, טו) "ומכה אביו ואמו מות יומת". על כך יש לשאול שאלה ברורה העולה על רקע המאמץ הרב שעושה הדין התנאי כדי למנוע הוצאה להורג כמעט בכל מקרה:⁴⁸ "וליהוש דלמא לאו אביו הוא?" והתשובה, שבה ההוכחה המבוקשת היא שאנו מניחים שזה אביו – עד כדי שהוצאתו להורג מסתמכת על כך – משום שאנו פוסקים על פי הרוב "ורוב בעילות אחר הבעל".⁴⁹ על כך שואל התלמוד: "דלמא כגון שהיו אביו ואמו חבושים בבית האסורין!", כלומר אולי נניח, במסגרת המאמצים לזכות את הבן מעונש מוות, שהכלל יהיה תקף רק אם היו הוריו הספציפיים כלואים יחדיו בתא אחד, דבר שרק הוא יכול להבטיח שהוא בנו של מי שנתפס כאביו, אבל לא במקרים אחרים? והתלמוד עונה, "אפילו הכי אין אפטרופוס לעריות", כלומר אפילו אז יש לחשוש שבא עליה סוהר או גבר אחר שהורשה להיכנס לתא, ובכל אופן אנו מפעילים את הרוב הספציפי. כלומר כל אישה מקיימת את רוב יחסיה עם בעלה ולכן הכלל חל גם במקרים שבהם החשש לזנות גדול הרבה יותר. וכך על פי הסוגיות בחולין ובסוטה, ר' יהודה בן קלונימוס, מבעלי התוספות בגרמניה במאה השנים עשרה, מסכם את הגישה הזו:⁵⁰

רובא, אמר רב מרי... משום דאמרינן רוב בעילות אחר הבעל. פירוש אף על גב דאיכא למימר בשביל הצלה שמא אמו של מכה זה זינתה והואיל ולא בנו של מוכה, הא לא אמרינן דכיון **שהבעל מצוי אצל זה תדיר יש לתלות אחר ביאותיו ולא אחר ביאות אחרים דכיון דהגופים בעולם רוב שייך בהו אף על גב דהביאות אי אפשר בתערובת וכדגרסינן במסכת סוטה פרק נערה המאורסה ושומרת יבם: תני רב תחליפא בר מערבא דר' אבהו: אשה מזנה בניה כשרים**

⁴⁵ ראו מחלוקת רב ושמואל ביבמות סט ע"א, ופסיקת השו"ע, אבן העזר סימן ד סעיף כז.

⁴⁶ סוטה כז ע"א, ד"ה 'רוב בעילות'. וכן בכתובות יד ע"א סוד"ה 'ההוא': "אבל מודה דהכא דקאמר מיניה היינו שבא עליה ביאות הרבה והיה רגיל אצלה תמיד וכדאמרינן רוב בעילות הלך אחר הבעל". וראו להלן ה"ש 53.

⁴⁷ חולין יא ע"ב.

⁴⁸ ראו לעיל ה"ש 10.

⁴⁹ לירושלמי (לעיל ה"ש 41) יש כנראה שיטה אחרת, שלפיה הוצאתו להורג של הבן מבוססת על החזקה שהוא בנו של אביו, כלומר מכיוון שהוא הוחזק בפנינו כבנו, אנו מניחים זאת. וראו: רמב"ם, הלכות איסורי ביאה פרק א הלכה כ ושו"ע אבן העזר סימן יט סעיף א שלכאורה פסקו כך, והקשו עליהם אחרונים משום שמסוגייתנו עולה אחרת. ראו למשל בית שמואל שם, ס"ק א.

⁵⁰ יחוסי תנאים ואמוראים רצו (מהדורת ר"ל מימון, תשכ"ג). על יהודה בן קלונימוס וחיבוריו ראו אפרים אלימלך אורבך בעלי התוספות 361–378 (תשמ"ו).

רוב בעילות אחר הבעל. ואין לתלות בבני מנאפין לעשות בניה ממזירין **שהבעל רוב הוא אצלה מפני תדירותו והמנאפין מיעוט הן דקביעות של בעל כרוב הוא.**

וכפי שסיכם גישה זו הרב שניאור פרדס בבית הדין הרבני בנתניה:⁵¹

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.

הבנה סטטיסטית זו משותפת ככל הנראה לרוב הגדול של הראשונים והאחרונים שעסקו בכלל זה.⁵² כך למשל, מציגים זאת שניים מגדולי פרשני השולחן ערוך, הבית שמואל:⁵³

תולין בבעל - **משום דהבעל מצוי לה** מה שאין כן בארוסה לא תלינן בארוס אפילו אם בא עליה בודאי משום דאינו מצוי לה.

וערוך השולחן:⁵⁴

דרובא דרובא מהבעילות הם של הבעל ובכל התורה כולה אזלינן בתר רובא ולכן כלל גדול הוא דרוב בעילות אחר הבעל והולכין בזה בכל דיני התורה ואפילו לענין ירושה... ולא תקשה לך למה תלינן רוב בעילות בבעל ולא בארוס כפי מה שיתבאר **דודאי כן הוא דהיא עם הבעל תמיד ובהיתר מה שאין כן בארוס.**

מיד נחזור למגבלות העולות מהסבר זה בבואנו להתיר ממזרים במקרים שונים, אולם יש לומר שלמרות קיומן, עדיין קשה להפריז בעוצמתו של הכלל דנן. כאמור, דומה שהוא הכלל הנפוץ ביותר בספרות ההלכתית לדורותיה העוסקת בטיהור ממזרים. אביא רק שתי דוגמאות לעוצמתו. ראשית, רבים מפוסקי ההלכה, גם כיום, מוכנים להניח שילד שנולד כ-12 חודשים לאחר שאימו פגשה לאחרונה את בעלה אינו ממזר,⁵⁵ וכמותו ילד שנולד בגודל טבעי כחמישה חודשים מאז שפגשה אישה את בעלה לראשונה, לאחר תקופה ארוכה שבה לא ראו זה את זה.⁵⁶ הנחות אלה משמשות

⁵¹ תיק 1087096, לעיל ה"ש 38.

⁵² ראו באנציקלופדיה תלמודית, לעיל ה"ש 38, ובפרט בהערה 861; תיק 1087096, לעיל ה"ש 38; יצחק בר-דע **משפט והלכה** 66 (תשל"ח?); שלום יצחק מזרחי **דינא דספיקא** תלז-תנו (תשע"ח); הנ"ל "בענין רוב בעילות אחר הבעל, באשה המיוחדת לחיבי כריתות" (עותק שמור בידי המחבר). וראו עוד להלן ה"ש 157.

⁵³ בית שמואל סימן ד ס"ק כג, וראו גם דבריו בסימן ג ס"ק טז: "כי רוב בעילות דתלינן בבעל היינו בזנתה תחת בעלה אז אמרינן כיון דהבעל מצוי לה בודאי רוב בעילות ממנו אבל אם זנתה קודם הנשואין י"ל דכבר היתה מעוברת".
⁵⁴ אבן העזר, סימן ד סעיף כח. וראו גם שם, סעיפים כו-כז, לח-לט. עניין רב יש בדבריו בסעיף לג, שם הוא קובע שאם אישה טוענת שבנה אינו מבעלה לא מאמינים לה, אלא לעניין איסור נישואיו עם קרובות. הגבר שעליו היא מצביעה במקרה שבו "הבעל אינו בביתו תדיר אף שלפרקים בא" שאז "ודאי דחוששין לאסרו להולד בקרובותיו של זה הפלוני, אף על גב שלפוסלו להולד אינה נאמנת".

⁵⁵ על פי התלמוד, יבמות פ ע"ב. ראו: שו"ע אבן העזר ד, יד המציין גם את שיטת בה"ג שאף אם מדובר בתקופה ארוכה משנה, אינו בחזקת ממזר, אך קובע שיש להחמיר מספק. להרחבה על הדעות השונות בסוגיה זו ראו אנציקלופדיה תלמודית, לעיל ה"ש 38, בעמ' קסג-קעח; אוצר הפוסקים, לעיל ה"ש 38, בסימן ד ס"ק מג. על הנחות המדע בתקופת הז"ל ראו יצחק (יוליוס) פרויס **הרפואה במקרא ובתלמוד** 579-580 (2012). בימינו ידועים מקרים, המתרחשים אחת לכמה מיליוני לידות, של הריונות שיכולים להמשך עד ל-46 שבועות (עדיין הרבה פחות מ"ב חודש). ראו שטיינברג, לעיל ה"ש 43, בעמ' 3-4. באמת היו פוסקים שקבעו שבזמננו לא ניתן לקבל טענה למשך כה ארוך של הריון, אך עמדתם נותרה במיעוט. ראו: אנציקלופדיה תלמודית שם, בעמ' קסד.

⁵⁶ רמ"א אבן העזר ד, יד. להרחבה ראו: אנציקלופדיה תלמודית שם, בעמ' קעח-קפ. במקרה זה נדרש אבי השיטה, ר' יהודה מינץ (בשו"ת מהר"י מינץ סימן ו), להתמודד עם העובדה שלפי התלמודים זמן ההיריון המינימלי ארוך בהרבה (בבלי נידה לח ע"א; ירושלמי שם א ג, מ"ט ע"ב).

בין היתר את בתי הדין הרבניים בישראל⁵⁷ אף על פי שאינם מכחישים כי מדובר בהנחות שקשה לקבלן מבחינה מציאותית. כדברי הרב שלמה זיכובסקי:⁵⁸

ההלכה כי ב'אישתהי' י"ב חודש, נחשב העובר כבן בעלה של האשה משמעותה, שאין להתיחס בדין ממזרות לעובדות ההגיוניות, אלא לכללי ההלכה. כידוע השתהות העובר י"ב חודש במעי אמו, רחוקה ביותר מבחינה רפואית, ולמעשה לא נשמע הדבר הזה עידן ועידנים. ואף על פי כן, מבחינה הלכתית, די בזה בכדי להתיר את העובר... [זאת משום ש] כאשר מדובר בממזרות, יש לעשות כל מאמץ, אפילו כשמדובר בסדק קל ובאפשרות לא הגיונית, ע"מ להציל את הילד. על כן, גם אם הסבירות וההגיון מצביעים לכיוון האיסור, יש להעדיף את הפתח הצר להיתר.

דוגמה שנייה לכוחו של הכלל היא העובדה שמרבית הפוסקים יעדיפו את הכלל הסטטיסטי הזה על פני בדיקות גנטיות שתוצאתן קרובה לדיוק של מאה אחוז, ולכן יימנעו מלקבוע ממזרות לילד שהבדיקה מלמדת כי קרוב לוודאי שאינו בנו של בעל אימו.⁵⁹ יש עניין בעובדה שאותן בדיקות ישמשו חלק מן הפוסקים – המתנגדים להסתמכות עליהן לצורך קביעת ממזרות – בהקשרים אחרים, רגישים לא פחות, כמו התרת עגונות.⁶⁰ יתר על כן, נמצאו מקרים שבהם בית הדין היה מוכן לקבל תוצאות בדיקה גנטית כדי לחייב או לשלול מזונות מן האב או בעל האם, אולם דחה את ההסתמכות עליה בהטלת ספק בכשרות ייחוסו של הילד.⁶¹ אכן, דומה שרובם הגדול של הדיינים

⁵⁷ ראו למשל תיק (רחובות) 561/כח פד"ר ה 371, 374; ערעור 280/מח פד"ר יז 141, 145.
⁵⁸ פס"ד 515/נה, מובא אצל מיכאל ויגודה "בירור חשדות לכשרות יוחסין בבתי הדין" (2003), <https://t.ly/nnGi>.
 וראו גם בדברי הרב איגרא, תיק (ב"ש) 499105/6 (1.12.2016), המצביע על כך שהנחה זו לא הייתה סבירה גם בעבר: "העולה מדברי רעק"א שכל שהמציאות אינה ידועה ניתן לתלות אפילו בדבר רחוק כמו תלייה בגוי וכמו דאשתהי י"ב חודש (שהרי אם ננסה לברר ברישום לידות מסופקני אם ימצא אחד לכמה מיליונים שאישה תלד לי"ב חודש. וא"ת נשתנו הטבעים, כבר בגמרא מבואר שמסתמכים על רוב נשים לט' ילדן ומיעוט לז' (יבמות דף לז ע"א) ובודאי י"ב חודש לא היה שכיח גם אז, ואנו פוסקים עד היום שתולים באישתהי י"ב חודש)".

⁵⁹ ראו למשל: שטיינברג, לעיל ה"ש 43, בערך 'אבהות', כרך ב בעמ' 15–19; אברהם-סופר אברהם נשמת אברהם ח"ג סו–עח (מהדורה שנייה, תשס"ז); צבי רייזמן רץ כצבני: פוריות, יוחסין, אישות תקיג–תקכ (תשע"ו); הראל דביר וערן הנדל "מהימנות בדיקות דנ"א לקביעת ממזרות" אסיא קז–קח 52 (תשע"ח). בעמ' 65–68 הם דנים בעמדתו החריגה של הרב ז"נ גולדברג בסוגיה זו. וראו עמדת הרב יוסף, להלן ליד ה"ש 86, ועמדת הרב משאש, להלן ליד ה"ש 198.

⁶⁰ ראו למשל: אשר וייס, שו"ת מנחת אשר ח"ג סימן פז (תשע"ו) ומקורות נוספים בדברי נשמת אברהם הנ"ל. מובן שיש שיקולים שונים בהיתר עגונות ומזורים, ובכל זאת מצאנו שהיה מי שתמה מדוע ניתן לקבל את הבדיקה במקרה אחד ולשלול את אמינותה במקרה אחר. כנראה שלא במקרה, מדובר במחברים שמלינים על מדיניות התרת המזורים הקלה מדי לדעתם של בתי הדין. ראו: חטאב, לעיל ה"ש 33, בעמ' נט–סא; סויד, לעיל ה"ש 5, סימן ו סעיף ו, סימן יט סעיפים ב–ג, סימן לב.

⁶¹ ראו מגוון פסקי דין אצל יאיר שיבר "אבהות, ממזרות, בדיקת סיווג רקמות, כלום הגיעה העת לשינוי!?", <https://t.ly/CcBH>, בסעיף 7; מרדכי הלפרין רפואה מציאות והלכה 417–418 (תשע"ב). חשוב לומר שלא כל הדיינים מסכימים לכך, אולם המקרים שהביא שיבר הספיקו לו כדי לקרוא לשינוי סעיף 28 לחוק מידע גנטי, תשס"א–2000, המגביל מאוד את יכולתו של בית המשפט לבצע בדיקת אבהות במקום שיש חשש לממזרות. לדבריו, שאינם משוללי יסוד אך גם אינם נכונים בהכרח לכל הרכב (ראו בה"ש הבאה), סביר ש"בית-הדין הרבני לא ישנה מדרכו הנזכרת ויכריז על קטין כממזר, וזאת על סמך בדיקת סיווג רקמות בלבד".

בבתי הדין יעדיפו את הכלל של 'רוב בעילות' על פני תוצאותיה המשכנעות לכאורה של בדיקת הרקמות.⁶² את המדיניות הזו ניסח בית הדין הרבני באשדוד כבר בשנות השמונים:⁶³

לא נוכל להשתמש ברוב הטבעי של בדיקת רקמות בכדי לסתור את רוב בעילות אחר הבעל ואת ה"יכיר" וה"מוחזקות" שבעקבותיו (הרב דיכובסקי).⁶⁴ למסקנא נראה לומר מכיון שהבדיקה עדין אינה ראייה חותכת במאה אחוזים וכן כאן התוצאות היו נדירות אף לפי דעתם וכן הוחזקה כבתו ורוב בעילות אחר הבעל, לא נוכל להוציאה מחזקת בתו וע"כ אנו פוסקים שהיא בתו לכל דבר (הרב אליעזרוב).⁶⁵

1.1. מגבלות ההיתר על פי ההבנה הרווחת

אף על פי שהכלל 'רוב בעילות אחר הבעל' גם על פי הגישה הרווחת הוא בעל עוצמה רבה, השימוש בו נתקל בקשיים במקרים שונים שבהם הפוסק רוצה לטהר אדם מכתם הממזרות אולם ההנחה הסטטיסטית המובאת לעיל תיצור בהם בעיה. מובן שהסבר זה רק יקשה על טיהור ממזר שנולד מיחסי קרובים כגון מי שאביו חי דרך קבע עם אחות גרושתו, אך לפי הסבר זה גם סיטואציות אחרות ייתקלו בבעיה. כאמור, כבר התלמוד נשאר ב'תיקו' לגבי מקרה של אישה 'פרוצה ביותר', ובעקבות כך השולחן ערוך סבור שיש לחשוש לכשרותו של בנה. כך, למשל, קבע אחד מפוסקי דורנו במקרה של אישה שחיה בנפרד מבעלה תקופה ארוכה:⁶⁶

אם יצא הבעל או הפליגה האשה למדינת הים ויודעים אנו שחיו במרחקים ודאי לא אמרינן רוב בעילות אחר הבעל, דכאשר ברור הדבר שאי אפשר שתיבעל לו איך נתלה בדבר שמופרך מן המציאות...

ובר מן דין ידעתי שרבים מגדולי הזמן נקטו כפי הנראה דרך כאשר האיש ואשה הגרים יחדיו כדרך כל הארץ אמרינן רוב בעילות אחר הבעל, עיין אגרות משה (אבהע"ז ח"ג סי' ט'),⁶⁷ ציץ אליעזר (חלק כ"א סימן ל"ט), מנחת יצחק (ח"ג סימן ק"ז, ח"י סימן קכ"ו).

⁶² אולם רווחה בבתי הדין גם עמדה שונה אשר סברה שבדיקה זו מספיקה ואף בבדיקת הדם שנהגה בעבר ואשר תוצאותיה היו מדויקות פחות מאלה של בדיקת הרקמות לפחות כדי להעלות ספק על כשרותו של הילד. ראו, למשל: תיק (ת"א) 1004/תש"ך, פד"ר ה' 346; דוד לבנון "בדיקת רקמות להכרת אבהות" שורת הדין ה' ע' (תשנ"ט); חיים שלמה שאנן **עיונים במשפט** אבן העזר חלק א צח-קח (תשע"א). לאור זאת, מובן מדוע יש חשיבות בסעיף החוק הנזכר בהערה הקודמת ומובנת רתיעתו של נשיא בית הדין הגדול לאשר בדיקות כאלה. עם זאת, קרוב לוודאי שדיינים רבים יתעלמו מתוצאות הבדיקה אילו תעשה באופן פרטי. ראו לאחרונה: תיק (ב"ש) 104682/2 (6.5.2020). לביקורת על מדיניות זו ראו: שיפמן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 217-218.

⁶³ תיק (אשדוד) 866/מ"א פד"ר יג' 51. באותו מקרה הייתה לפני ביה"ד חוות דעת שקבעה שלפי בדיקת הרקמות ברור שהילדה אינה בתו של בעל אימה. בית הדין טען בין היתר (שם, בעמ' 60) כי יש מקום לסמוך על מאמר שהובא לפניו שבו נקבע "כי מידת הדיוק בבדיקת רקמות לגבי שלילת אבהות מגיעה ל-99.6 אחוז. על כן, למרות קביעתו של ד"ר גזית כי יש לשלול באופן מוחלט את אבהותו של המבקש כלפי הילדה, ניתן להניח, שאין זו שלילה מוחלטת וכי ישנם פרומילים בודדים המאפשרים את האבהות". לפסקי דין נוספים ראו שיבר, לעיל ה"ש 61, בסעיף 6. לפס"ד מן העת האחרונה הטוען זאת ומביא מקורות נוספים לכך ראו חוות הדעת של הדיין הרב איתן זן בר בתיק 1040737/1, לעיל ה"ש 19, בעמ' 78-79.

⁶⁴ שם, בעמ' 64. זאת למרות שלפני כן הוא ציין את עדיפותה הסטטיסטית המובהקת של בדיקת הרקמות (שם, בעמ' 59): "אם נבוא לשקול בפלס את הרוב בבדיקת רקמות, לעומת רוב בעילות אחר הבעל, הרי הרוב בבדיקת רקמות הוא בודאי רוב של טבע שאינו תלוי במנהג בני אדם, והוא רוב מוחלט שלא חוששים בו למיעוט. אולם רוב בעילות אחר הבעל נוטה יותר לרוב של מנהג, כי הדבר תלוי בהתנהגות בני אדם, כשדרך כלל ההתנהגות היא כזאת, ותמיד ישנה אפשרות שפרט זה או אחר ינהג אחרת. ויש לומר, רוב של טבע עדיף מרוב של מנהג".
⁶⁵ שם, בעמ' 65.

⁶⁶ הרב אשר וייס "בחשש ממזרות ובדין רוב בעילות אחר הבעל" (20.12.2012) <https://t.ly/AnJc>. היה מדובר שם על מקרה של אדם שנולד לאימו כשנה וארבעה חודשים לאחר שעזבה את בעלה לטובת גבר אחר, שעזמו חייתה כבת זוג לכל דבר עד למותו. בסופו של דבר הרב וייס מצא דרך להכשיר את המבקש.
⁶⁷ ראו דיון להלן ליד ה"ש 83.

ועל כן נראה עיקר בזה דהכל לפי הענין והמציאות. דכאשר נפרדו לזמן מסויים אך אין ביניהם נתק מוחלט, ואפשר להניח שביקרו זה את זה, עדיין אמרינן רוב בעילות אחר הבעל, **מה שאין כן אם גבה טורא בינייהו, וחומת הריב והמדון חוצצת ביניהם לחלוטין**, ואין לו לדיין בזה אלא מה שעניו רואות.

כך היה גם מי שהחמיר במקרה שמספר הבעילות של הבעל אינו גבוה יותר מזה של החשוד:⁶⁸

עיקר הספק בזה הוא משום דבזה לא שייך לומר תולין רוב בעילות אחר הבעל כיון שהבעל אומר שלא היה עמה רק שני פעמים ועל הפעם הראשון אין לספק שמא נתעברה ממנו דהא קיימא לן דאין אשה מתעברת מביאה ראשונה⁶⁹ אם כן אין לתלות עיבורה רק בביאה שניה של הבעל אם כן אין כאן רוב בעילות נגד הנואף...

מובן לגמרי שהרוצה להתיר ממזר ייתקל בבעיה קשה במקרה שאמו נישאה כדת משה וישראל,⁷⁰ אך התגרשה רק באופן אזרחי ולאחר מכן נישאה אזרחית לבעל שני. לפי הגיונו הפשוט של הכלל דנן, המניח שרוב היחסים שאישה מקיימת הם עם בעלה, יהיה קשה מאוד לומר שעדיין נראה שרוב בעילותיה הן מן הגרוש (האזרחי) שלה. כך הרב אלישיב מציג את הדברים בתשובה למקרה מעין זה:⁷¹

והנה לא נזכר בפרטי העובדות מהי עמדת הבעל כלפי הבת, ואם נניח שהבת הזאת הוחזקה כל הזמן כבתו של הבעל שנישאת לו בערכאות וחיים יחד בבית אחד כל הזמן, וכך היא רשומה בכל התעודות כבתו של הבעל, וכמו כן החזיק הבעל את הבת הזאת כבתו, אם כך הם פני הדברים הלוא כתב הרא"ש בתשובה כלל פ"ב דבמיוחדת גם להרמב"ם שדינן הולד אבתריה,⁷² **כי רוב בעילות הוא מהבעל הזה.**

⁶⁸ יחיאל מיכל בורנשטיין שו"ת **לחם שערים** סימן פה דף ס ע"ב (תרס"ח).

⁶⁹ יבמות לד ע"א. המציאות כמובן הקשתה על קביעה זו והכמים בכל הדורות ניסו להסביר עניין זה, ואכמ"ל. הפוסק דנן דן בעניין זה ובכל זאת מקבל אותו כעובדה לצורך פסיקתו.

⁷⁰ אינו מדבר כלל על אישה שנישאה באופן אזרחי בלבד ונפרדה ללא גט. במקרה זה אין כמעט ספק שילד מבן זוגה השני יותר ללא קושי ולא יוגדר ממזר אפילו מספק. על נושא זה נכתב כידוע רבות ואין כאן המקום להרחיב. די אם אזכיר שהרב הראשי ונשיא ביה"ד הגדול לשעבר, הרב אליהו בקשי דורון, הציע להקים מערכת נישואין אזרחית בישראל בדיוק כדי למנוע ריבוי איסורי אשת איש ומקרי ממזרות. ראו: אליהו בקשי-דורון "הצעה לפתרון בעיית סרבני הגט" **תחומין** לה 264 (תשע"ה). וראו למשל תיק (אשקלון) 1004753/1 (15.7.2015): "והנה בנידון דידן האשה אמרה שהיא כבר בהריון מאיש אחר. נקדים ונאמר שזה ודאי שהולד לא יהיה ממזר, גם לפי הפוסקים המחמירים ומצריכים גט, כפי שמובא ב"אגרות משה" חלק ב' סימן י"ט, וכן כתב ציץ אליעזר חלק כ"ב סימן ס"ז, וכן הביא בשו"ת משנה הלכות (להרב מנשה קליין) שציין שאף הרב הנקין המחמיר מעיקר הדין ומצריך גט [למי שנישאו בנישואין אזרחיים], אבל לא לעשות את הילדים ממזרים". על הגישות השונות בין פוסקי המאה העשרים לגבי דרישת הגט בנישואין אזרחיים ראו: אליקים אלינסון **נישואין שלא כדת משה וישראל: עיון בספרי הלכה** 179–196 (1975). על מדיניות בתי הדין בישראל בסוגיה זו ראו: עמיחי רדזינר "אכן, רטוריקה בלבד: תגובה למאמרו של אבישלום וסטרייך" **משפחה במשפט** 1–579 (2014).

⁷¹ יוסף שלום אלישיב **קובץ תשובות** חלק ג רמב (תשס"ג).

⁷² תשובת הרא"ש, כלל ב סימן א, עוסקת במקרה של אדם שנפטר ולא היו לו ילדים מאשתו החוקית, אולם היה לו ילד מפילגשו. לפי הרמב"ם (הלכות יבום וחליצה פ"ג ה"ד), במקרה שאדם הודה כי יש לו בן, וגם אם הילד מודה בכך, עדיין נזקקת אשתו לחליצה מספק. הרא"ש קובע כי הרמב"ם דיבר על זנות אקראית, אולם יודה "בנדון זה שהיתה מיוחדת לו בביתו דכבי האי גוונא לא קאמר שתחלוץ", ולכן פוטר מחליצה. עמדתו זו מובאת אצל הרמ"א בשו"ע אהע"ז סימן קנו סעיף ט.

על כן ברור היה לרוב הפוסקים שבמקרה שכזה לא ניתן יהיה להתיר את הוולד.⁷³ כך כותב הרב פיינשטיין באופן חד:⁷⁴

אבל להכשיר את הבת הראשונה שהיה קודם הגירושין אין שום מקום להכשירה כי **ממזרת ודאית היא מדאורייתא** דאשה אינה יוצאה בלא גט והיא ערוה שיש בה כרת...

ומה לגבי בעל שאומנם חי עם אשתו אך כושר ההולדה שלו נמוך עד אפס? אכן, נמצאו דעות הקובעות שייטכן שבמקרה כזה אין מקום להפעלת הכלל דנן, ודאי אם יש אינדיקציות ל'פריצותה' של האישה. כך, למשל, המהרש"ל קובע שבאדם זקן הבא על אשתו לעיתים רחוקות לא יופעל הכלל.⁷⁵ החת"ם סופר מרחיב זאת וקובע כי אותו היגיון יחול גם על תלמידי חכמים ועל כל מי שמשמש מיטתו לעיתים רחוקות.⁷⁶

ומינה דעל כל פנים בזקן ופרוצה לא אמרינן רוב בעילות ולא דוקא זקן בשנים אלא זקן ת"ח שאינו מצוי כתרנגול וחשיב האי גברא בנידן שלפנינו כיון שמצאה בשעת מעשה הרי היא בעיניו כפרוצה ביותר, ובאותן הימים הרי לא בעלה אלא ב' בעילות הוי לה הפרוצים שכיחים יותר ונידון הוא כזקן והיא כפרוצה ולא תלינן רוב בעילות אחריו.

מסיבה זו היו גם פוסקים שחששו לכשרות הוולד כאשר בעל אימו היה אסיר בכלא או אושפו לתקופה ארוכה,⁷⁷ וכן במקרים אחרים שבהם יש לחשוש שהוולד אינו יכול להיות בנו של בעל אימו.⁷⁸

2. רוב בעילות אחר הבעל – הגישות המרחיבות והשימוש בהן בבתי הדין בישראל

כדי להתמודד עם הקשיים הללו ועם קשיים אחרים, הוצעו במהלך הזדורות הסברים נוספים שנועדו להתמודד עם חלק מהבעיות שמעורר ההסבר הרווח. אמנה כאן כיוונים מרכזיים שעלו בספרות ההלכה:

1. **הגדרה מצמצמת ל'פרוצה ביותר'** – כזכור, התלמוד נשאר בספק לגבי קיומו של הכלל במקרה של אישה 'פרוצה ביותר', ולכן ספרי הפסיקה המרכזיים כתבו שיש חשש לכשרותו של הוולד במציאות כזו. התלמוד לא הגדיר למה כוונתו במונח זה, אך באופן פשוט ניתן להבין שמדובר בכל מצב שהתנהלותה של האישה יכולה להוליד ספקות בכשרות ילדיה.⁷⁹ עם זאת, ראשונים, בפרט באשכנז, קבעו למונח זה רף גבוה ביותר. כך הסמ"ג,⁸⁰ המעתיק את לשון הרמב"ם⁸¹ בשינוי מילות הסיפא של האחרון ("ואם היתה פרוצה יותר מדאי אף לבניה חוששין"):

⁷³ אלינסון, לעיל ה"ש 70, בעמ' 192 הערה 94 כותב כי "כן הורו מורי ההוראה פה אחד". להלן נראה את החידושים שנתחדשו בבתי הדין בישראל לאחר שדברים אלה נכתבו.

⁷⁴ **שו"ת אגרות משה** אבן העזר חלק א סימן נג (תשכ"א): "בדבר האשה שנתגרשה בערכאות ולא רצה הבעל ליתן גט פטורין כדין התורה וניסת לאחד בערכאותיהם וילדה בת ואח"כ נתרצה הבעל ושלח לה גט". לאחר הגט היא ילדה בת שנייה שעמיה כמובן אין כל בעיה. דברים דומים הוא כותב ב**אגרות משה** אבן העזר חלק ג סימן יז (תשל"ג).

⁷⁵ חכמת שלמה לפסחים דף פז עמוד א ד"ה 'וילדי זנונים'. ראו גם פרי מגדים בפתיחה כוללת ח"ה אות כה. לעמדה זו היו מתנגדים. למשל, מהר"ץ חיות לסוטה כז ע"א: "ובאמת לא מצינן שום חילוק בפוסקים דבזקן אשתני דינא דאין תולין רוב הבעילות בו ועי' נו"ב מהדו"ק מהאע"ז סי' ס"ט דאפילו בעלה חולה שיש בו סכנה תולין שנתעברה מבעלה אפילו לא הולידה בנים עד כה ע"ש. ואיך נחדש דין זה דבזקן לא אמרינן רוב בעילות בבעל".

⁷⁶ **שו"ת חתם סופר** חלק ג (אבן העזר א) סימן יג.
⁷⁷ ראו אברהם עבר הירשאוויץ **שו"ת בית אברהם** 20–32 (תרפ"ג). שם מובאות גם עמדות שסוברות שאין כאן ממזרות.

⁷⁸ ראו מקרים שונים באוצר הפוסקים, לעיל ה"ש 38, בסימן ד ס"ק סא.

⁷⁹ כהגדרתו הרחבה של רש"י: "דאיכא למיחש דרוב בעילותיה משל אחרים".

⁸⁰ ספר מצוות גדול לאוין סימן קיז.

⁸¹ הלכות איסורי ביאה פרק טו הלכה כ.

גרסינן במסכת סוטה פרק ארוסה "אשת איש שיצא עליה קול שהיא מזנה והכל מרננים אחריה אין חוששין לבניה שמא ממזרים הם שרוב בעילות אחר הבעל ומותר לישא בתה לכתחילה", **אלא אם כן היתה מפקרת עצמה לכל בפרהסיא.**

וכך מהר"י ברונא הדורש עדות:⁸²

ואף על גב דכתב המיי' [=הרמב"ם] בפט"ו דהיכא דהיתה פרוצה יותר מדי אף לבניו חוששין עכ"ל, ההיא מיירי **דאיכא עדי כיעור ופרוצה בפרהסיא בגיפוף ובנישוק וביחוד ואיכא רגלים לדבר.**

גישה זו אומצה והועצמה בידי הרב משה פיינשטיין.⁸³ לדבריו, גם אם אין ספק שהאישה קיימה יחסים עם מספר גברים, אולם היא טרחה להסתיר קשרים אלה מבעלה, הרי שאינה 'פרוצה ביותר'. לדבריו, "מסתבר דפרוצה ביותר היא אשה שאינה מתביישת כלל לא מבעלה ולא מאחרים", אולם אם היא "זהירה להסתיר מעשיה" מבעלה או מאחרים, נתלה את ילדה בבעלה. הגדרה זו שימשה את בתי הדין לא פעם, וכנראה שגם בכך יש תרומה רבה לרב עובדיה יוסף. כבר בשנת תשי"ז מצאנו שהשתמש בה ביושבו כדיין בביה"ד בפתח תקווה בקביעתו כי למרות שלכאורה "נראה שהיא פרוצה ביותר עד שכל אנשי המשק כמעט ידעו שקיימה יחסי אישות עם הנחשד, וגם היא הודתה שחיתה אתו. ואנן קי"ל באה"ע (בסי' ד' שט"ו) שאם היתה פרוצה ביותר חוששין אף לבנים",⁸⁴ הרי שניתן לסמוך על הגישה המצמצמת: "בנידון דידן לא הגיעה לידי כך להפקיר עצמה לכל בפרהסיא, שלא נסתרה אלא עם הנחשד ה' ובהסתר ובהחבא, וכשהרגישו מי שנתקרב לחלון חדרם היו מתרחקים זה מזה כמובא בעדויות שבפרוטוקול".⁸⁵ במקרה אחר השתמש הרב עובדיה יוסף בהגדרת הסמ"ג כדי להתיר ילד שנולד לאם שהודתה שקיימה יחסים עם אחר ושביקת רפואיות הוכיחו שהילד הוא אכן בנו ושבעלה סבל מבעיות פוריות קשות.⁸⁶ לאחר שהוא קובע "שאינו לנו לסמוך על בדיקת רקמות הדם, ואנו דנים כפי ההלכה שרוב בעילות אחר הבעל", הוא ממשיך וקובע שהכלל יחול גם כאן:

אף על פי שהאשה הודתה לבסוף שיש לה קשר אישות עם אותו פלוני אלמוני, מ"מ קיימא לן בסוטה (כז א) אשה מזנה בניה כשרים, רוב בעילות אחר הבעל. ועכ"פ אינה בגדר פרוצה

⁸² שו"ת מהר"י מברונא סימן סו. עם זאת, הרב עובדיה יוסף סבר שעמדה זו מאפשרת ביתר קלות הגדרה של 'פרוצה ביותר' מאשר עמדתו של רש"י (לעיל ה"ש 79). ראו: **שו"ת יביע אומר** ג רו (תש"ד).

⁸³ **שו"ת אגרות משה** אבן העזר חלק ג סימן ט (תשל"ג). התשובה עוסקת בכתה של אישה שקיימה יחסים עם שלושה גברים בעת שבעלה היה מאושפז למשך תקופה ארוכה, ובמהלכה אף התגרשה ממנו באופן אזרחי ונישאה לאחד מן הגברים הללו. עם זאת, היא המשיכה לבקר את בעלה הראשון מדי פעם. ביקורים אלו אפשרו לפוסק לתלות את הילדה בו. בסופה של התשובה הוא כותב כי רק לאחר שכתבה ראה את דברי הסמ"ג ומהר"י ברונא, והוא מסביר מדוע גישתו מציעה פתרון העדיף על הפתרון שהם הציעו. לשימושו של הרב פיינשטיין בהגדרתו זו בהקשר אחר ראו: **שו"ת אגרות משה** אבן העזר חלק ד סימן פג אות ב (תשמ"ה).

⁸⁴ תיק (פ"ת) 771/תשט"ו פד"ר ב 254, 258. פסק הדין של הרב יוסף פורסם בהרחבה ב**יביע אומר** ח"ג אבן העזר סימן א (תש"ד) והוא מכיל חומר רב שלא פורסם בפד"ר. גם שני הסימנים הבאים ביביע אומר עוסקים במקרה זה, כך שהדין ביביע אומר ארוך פי כמה מזה שבפסה"ד. ייתכן שהרב יוסף עיבה את פסה"ד המקורי בהמשך וייתכן שלא כל הכולל בו התקבל על דעת שאר חברי ההרכב, שחתום פה אחד על פסה"ד, וראו להלן ה"ש 172. לעיון בתשובה זו, שהיא ככל הנראה הדיון הראשון (לפחות מבין אלה שהתפרסמו) של הרב עובדיה יוסף בהיתר ממזרים, ובה פותחו היסודות של חלק מן הכלים ששימשו אותו גם בהיתרים עתידיים, ראו: זוארץ, לעיל ה"ש 18, בעמ' 375–381.

⁸⁵ פד"ר ב, שם, בעמ' 259.

⁸⁶ **שו"ת יביע אומר** חלק י אבן העזר סימן ט (תשס"ב). לדיון בתשובה זו ראו: זוארץ, לעיל ה"ש 18, בעמ' 434–436.

ביותר, שהרי כתב הסמ"ג (ל"ת קיז) שפירוש פרוצה ביותר, היינו שמפקרת עצמה לכל בפרהסיא, מה שאין כן בנידון דידן.

בשלוש השנים האחרונות אנו מוצאים שימוש רב בהגדרה זו, בפרט בפועלו של הרב יהודה דרעי שיושב ברבים מתיקי היוחסין.⁸⁷ כך למשל במקרה שבו בני זוג נפרדו כ-15 חודשים לפני לידת הילד, שנולד חודשיים לפני מתן הגט, והילד רשום כבנו של בן זוגה של אימו הרואה אותו בנו לכל דבר, ואף אימו מודה שהוא אביו.⁸⁸ הרב דרעי מעלה שורה ארוכה של נימוקים מסוגים שונים כדי להתיר את הילד. אחד מהם הוא:

ואף שהיה מקום לכאורה להחשיבה כדין "פרוצה ביותר", שהרי הודתה בפנינו שזינתה תחת בעלה וגם עברה להתגורר בבית הנטען, ולדעת רבים מרבתינו הראשונים והאחרונים חוששין לבניה אף משום ממזרות. מכל מקום כבר הוכחתי בפס"ד אחר... ע"פ ראיות ברורות, שאין דין פרוצה ביותר נוהג אלא במי "שמפקרת עצמה לכל בפרהסיא בזנות" – כהגדרת הסמ"ג, או לפחות "כשיש עדי כיעור ופרוצה בפרהסיא בגיפוף ונישוק וביחוד ואיכא רגליים לדבר" – כהגדרת מהר"י מברונא. מה שאין כן האשה שלפנינו שאין אנו חיים אלא על פי הודאתה שזינתה תחת בעלה ובצנעא, וזה פשוט.

2. **ביטולה של מגבלת 'פרוצה ביותר'** – למרות הלשון הברורה של התלמוד, שלפיה קיים ספק ביכולתנו להחיל הכלל 'רוב בעילות' במקרים של אישה 'פרוצה ביותר', ספק שקיבלו כאמור מרבית הפוסקים המרכזיים והורו לחשוש לממזרותו של הילד במקרה זה,⁸⁹ היה מי שהציע כי לא עולה מלשון זו כל חשש לגבי ממזרותו של הוולד. כבר בעל הלכות גדולות מתעלם ממגבלה זו ופוסק כי "אפילו אשתו פרוצה ביותר, רוב בעילות אחר הבעל",⁹⁰ ודבריו מובאים אצל מספר ראשונים.⁹¹ מהר"י וייל, פוסק מרכזי ביותר בגרמניה בסוף תקופת הראשונים, אינו מתעלם מדברי התלמוד אך מציע שתי אפשרויות פרשניות שהפכו מגבלה זו ללא רלוונטית לצורך קביעת ממזרות.⁹² הראשונה היא שמדובר ב"חששא בעלמא כלומר לכתחילה", בלשונו. כלומר הרוצה להחמיר על עצמו ימנע מנישואין עם ילדי האישה, אולם אין להם כל מעמד של ממזר לכל דבר ועניין.⁹³ השנייה, והידועה יותר – בפרט משום שהובאה בדברי הבית שמואל⁹⁴ וממנו הכירו אותה פוסקים רבים – טוענת כי החשש הוא רק לגבי כהן, מכיוון שהתנהגותה של האם, אם היא נשואה לכהן, מטילה ספק שמא בתה חללה, ועל כן ראוי לכהן להימנע מלשאת את הבת: "או שמא לכהן אסורה דווקא דהוי כעין ספק ספיקא דילמא ממזרת היא הבת ואם תמצא לומר מבעלה היא, מ"מ אסורה לכהן דשמא זינתה קודם שנתעברה הבת ואם כן בתה היא חללה אם היא אשת כהן". כלומר, בתה אולי אסורה לכהן, אבל אין לקבוע שהיא ממזרה. יש לשים לב שעל בנה כלל לא מדובר כאן. בכל

⁸⁷ הרב דרעי הוא רבה של באר שבע, אולם תיקים מועברים אליו גם מהרכבים במקומות אחרים. ראו על כך להלן ליד ה"ש 352. לדיינים אחרים שהשתמשו בהגדרה מצמצמת זו ראו: הרב שניאור פרדס, תיק 1087096, לעיל ה"ש 38; הרב איתן זן בר, תיק 1040737/1, לעיל ה"ש 19, בעמ' 43.

⁸⁸ תיק (ב"ש) 1126307/1 (12.06.2019). וראו עוד פסקים של הרב דרעי: תיק 1065411, לעיל ה"ש 22; תיק 1181337/1, לעיל ה"ש 19; תיק (ב"ש) 1083854 (18.12.2018); חוות דעתו לתיק 1040737/1, לעיל ה"ש 19 (חוות הדעת מיום 30.4.2020 פורסמה בנבו). ברוב המקרים הילדים הותרו כבר בשנות הילדות שלהם.

⁸⁹ וראו גם בית שמואל סימן ד ס"ק כו.

⁹⁰ ספר הלכות גדולות סימן כט – הלכות עריות (מהדורת הילדסהיימר ח"ב 79 (תש"ם)). בדפוס ורשה אנו מוצאים דברים אלה גם בסימן ח – הלכות מילה, וראו על כך במהדורת הילדסהיימר ח"א 222 (תשל"ב).

⁹¹ ראו בית שמואל שם; אוצר הפוסקים, לעיל ה"ש 38, בסימן ד, ס"ק סח אותיות ז, ט; אנציקלופדיה תלמודית, לעיל ה"ש 38, בהערה 971.

⁹² שו"ת מהר"י וייל, סימן פח. בסימן כד הוא חוזר על הפירוש שמדובר בדין השייך לנישואי כהן בלבד.

⁹³ לפוסקים נוספים שטענו זאת ראו: אוצר הפוסקים, לעיל ה"ש 38, בסימן ד, ס"ק סח אות ה; אנציקלופדיה תלמודית, לעיל ה"ש 38, בהערה 972.

⁹⁴ בית שמואל, סימן ד ס"ק כו.

מקרה, אומר מהר"י וייל: "למה לן לחקור ולדרוש אחר עדים? כיון דאין כאן אלא חששא בעלמא", כלומר אין לחקור האם יש כאן ממזרות. כפי שמסכם הדיין הרב שניאור פרדס:⁹⁵

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.

הבעיה בשיטת מהר"י וייל ברורה. לא רק שדבריו אינם מתיישבים עם לשון התלמוד, אלא שגם דבריו העולים מלשונם של הרמב"ם והרא"ש, לא מחוורים. כבר בדורו תמה על שיטה זו ר' ישראל איסרלין, בעל 'תרומת הדשן':⁹⁶

אמנם תמיהני על מהר"ר ישראל,⁹⁷ 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 במס' סוטה פ' ארוסה ופ' רש"י שם בהדיא דלישראל קאי, ועיין שם דנשארה הבעיא בתיקו ומיניה כתב רמב"ם פסק שלו.

וכן תמהו על דבריו אחרונים שונים, עד שכתב עליהם בעל 'בית מאיר' את המילים החריפות: "ולעניות דעתי ישתקע פירוש זה ולא יאמר".⁹⁸ אולם קשיים אלה ואחרים לא מנעו מהרב עובדיה יוסף להסתמך על שיטה זו כדי לדחות את פשט דברי התלמוד, הרמב"ם והשו"ע, וכך היא הוכנסה לבית הדין, לכל המאוחר, בסוף שנות החמישים:⁹⁹

ואף על פי שדעת הרמב"ם ומרן לפסוק לחומרא, דבפרוצה ביותר חוששים אף לבנים, הנה בתשו' מהרי"ו (סי' פח) הנ"ל, כתב להשוות דעת הרמב"ם לבה"ג והרא"ש, דלא קאמר הרמב"ם אלא לחוש לכתחלה אבל לעשות הולד לספק ממזר לא אמר. א"נ דר"ל שאסורה הבת לכהונה...

בשנים האחרונות שיטה זו מצויה במספר פסקי דין. למשל הרב שניאור פרדס דן במקרה של ילד שנולד כ-15 חודשים לאחר שהוריו התגרשו ואזרחית ואימו אמרה שהוא בנו של אדם מסוים שאינו בעלה שכן הגט סודר במקרה זה שבעה חודשים לפני לידת הילד. כמובן, גם כאן מעלה הדיין כיוונים שונים בהם:¹⁰⁰

על כן אף יש לתלות שמסתמא בעילותיה עמו [=עם הבעל] 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:

⁹⁵ תיק 1087096, לעיל ה"ש 38.

⁹⁶ שו"ת תרומת הדשן, פסקים וכתבים סימן לו.

⁹⁷ ככל הנראה הכוונה למהר"י ברונא שלמד אצל מהר"י וייל וגם אצל ר' ישראל איסרלין. ראו דבריו, שכנראה נשלחו לר"י איסרלין, בשו"ת מהר"י מברונא, סימן סז.

⁹⁸ בית מאיר אבן העזר סימן ד סעיף טו. גם מהר"י חיות נוקט מילים חריפות (מהר"י חיות סוטה כז ע"א): "ונעלם במחכ"ת סוגיא זו דבעי הש"ס לומר הטעם משום דידע הבעל זמן טבילתה ומשמר אותה. ואם רק לענין כהונה נאמר מה מועיל דהבעל משמר אותה בליל טבילתה?!". וראו עוד, למשל, דברי החכם צבי בהגהה על הט"ז אבן העזר סימן ד ס"ק ה, הטוען כי העיון במקורות שר"י וייל מסתמך עליהם מלמד שאינם מצדדים במסקנתו, ואף חכם לא הבין אותם כמותו "ובאמת כל הפוסקים הרמב"ם והטור ב"י ומהרא"י ומ"מ וד"מ ופרישה וב"ח לא ס"ל כן דאיירי מדין כהונה". הנודע ביהודה (שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא אבן העזר סימן ב) מציע מדעתו כי לר"י וייל הייתה גרסה אחרת בלשון הרמב"ם.

⁹⁹ לעיל ה"ש 84. הציטוט למעלה מן הנוסח ביביע אומר, שם. על תארוך הדברים ראו להלן ה"ש 172.

¹⁰⁰ תיק 1087096, לעיל ה"ש 38. המשפט הראשון הוא על בסיס שיטת ההפלאה שתידון בהמשך. ראו עוד, למשל, הרב זן בר, תיק 1040737/1, לעיל ה"ש 19, עמ' 41.

גם ב'פרוצה ביותר' שרוב בעילותיה עם אחר, כדאי הוא הבית שמואל והסוברים כמותו, שדין פרוצה ביותר מובא בגמרא לגבי איסורי כהונה בלבד.

3. **רוב בעילות אחר הבעל = בעילות המובילות להריון** – לאחרונה כתב הרב יהודה דרעי את הדברים האלה באחד מתיקי היוחסין שטיפל בהם:¹⁰¹

יש מן הפוסקים שהורו, שאין תולים לעולם שנתעברה אשת איש בזנות כל שאפשר לתלות בבעלה אפילו על צד רחוק, משום שאשה מתהפכת כדי שלא תתעבר. ולפי הנראה, פשוט שיש לסמוך על סברא זו כצד גדול לקולא.

יסוד הדברים בתשובתו של ר' יצחק בר ששת ברפת (הריב"ש), מגדולי חכמי ספרד בסוף המאה הארבע עשרה, אשר קבע כלל בעל משמעות רבה:¹⁰²

אלא שאין תולין לעולם בזנות, כל שאפשר לתלות בבעלה אפילו על צד הרחוק שאין חושדין בכשרות. ועוד דאשה מזנה מתהפכת כדי שלא תתעבר. וזה ברור.

דבריו מבוססים על דברי אביו בבבלי יבמות לה ע"א. הסוגיה שם דנה בתקופת ההמתנה שעל נשים שונות לחכות לפני נישואיהן לאחר. לפי דבריו, אישה המקיימת יחסי זנות 'מתהפכת', כלומר דואגת שהזרע לא יפריח אותה. יש לציין שבתלמוד שם מובאת דעה חולקת שלפיה "חיישינן שמא לא נתהפכה יפה יפה". אומנם תשובת הריב"ש לא עסקה כלל בחשד ממזרות, אולם היו אחרונים שהביאו אותה מאות שנים לאחר כתיבתה בהקשר זה אף על פי שהדבר כלל וכלל אינו פשוט ולכאורה שימוש זה נסתר מדברי ברייתא מפורשת.¹⁰³ כך הרב אהרן משה טויבש, בן המאה התשע עשרה, שעסק במקרה שבו האישה קיימה מספר יחסים רב יותר עם הנטען מאשר עם בעלה:¹⁰⁴

וגם במה שטוען הבעל שהוא בעלה לפרקים ועם השר [הנטען] נתיחדה כמה פעמים... 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.

הרב משה פיינשטיין הציע הסבר דומה מדעתו. לדבריו, ייתכן שמיעוט הבעילות הן של הבעל, אולם האישה משתמשת באמצעי מניעה בביאות האחרות:¹⁰⁵

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

¹⁰¹ תיק (ב"ש) 1165099/1 (4.7.2019).

¹⁰² שו"ת הריב"ש סימן תמז.

¹⁰³ יבמות קיח ע"ב: "תנא: וכולן מזנות ותולות בבעליהן" (וראו גם קידושין עג ע"א א: "אשת איש בבעלה תולה" וכן כתובות לז ע"א בדברי רבה). מסיבה זו היו שסברו שהנחת 'מתהפכת' כלל אינה שייכת לאשת איש, אלא לפנויה בלבד. ראו למשל: יצחק אייזיק חבר שו"ת בנין עולם אבן העזר סימן ה אות י (תשמ"ח): "דמה דאמרינן אשה זונה מתהפכת היינו דוקא היכא דלית לה בעל, שעושה כן כדי שלא תתעבר ומחמת בושא קא עבדה הכי, מה שאין כן ביש לה בעל דאין לה בושא, שתולה בבעלה וכמו שאמרו בסוף קידושין: תנא וכולן מזנות ותולות בבעליהן". וראו עוד אנציקלופדיה תלמודית, לעיל ה"ש 38, הערה 955; אוצר הפוסקים, לעיל ה"ש 38, בסימן ד ס"ק סא אות א.

¹⁰⁴ אהרן משה טויבש שו"ת תועפות ראם סימן מד (תרט"ו).

¹⁰⁵ שו"ת אגרות משה אבן העזר חלק ג סימן ט, לעיל ה"ש 83. בסוף התשובה הוא מציין: "אחר שכתבתי הפשתי בספר אוצר הפוסקים ומצאתי בסימן ד' ס"ק ס"א אות א' ובאות ד' שיש הסוברים שמזנה מתהפכת אף ביש לה בעל כדכתבתי ומסתבר כן".

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.

כנראה, גם עמדתו של הרב טויבש הגיעה לבתי הדין בארץ בפסק הדין של הרב עובדיה יוסף משנת תשי"ז.¹⁰⁶ כזכור, באותו מקרה מדובר היה באישה שעברה לחיות עם אדם אחר. כך הרב יוסף כותב:

ואפשר דבנידון דידן שנפרדה מבעלה, ולא היה הדבר בידה לחזור אליו, ג"כ י"ל ששימשו ע"י אמצעי מניעת הריון. וי"ל. וגם הלום ראיתי באוצר הפוסקים (סי' ד ס"ק סא אות ה), שהביאו מ"ש התועפות ראם [=הרב טויבש] (חאה"ע סי' מד), שאפילו היו ביאות של אחרים מרובות מביאות הבעל, אמרינן רוב בעילות אחר הבעל. וה"ט משום שאשה מזנה מתהפכת שלא תתעבר.

הרב עובדיה יוסף חזר על הדברים גם בתשובות אחרות,¹⁰⁷ ודעתו השפיעה על בתי הדין הרבניים. כך למשל בפסקו של הרב משה מלכה, אב"ד פתח תקווה: "לכן יש לומר בפשיטות **שרוב בעילות הראויות להתעבר הן מהבעל**",¹⁰⁸ וכך בדבריו של הרב דוד לבנון, אב"ד אשקלון:¹⁰⁹

ולפי זה נראה להסביר מדוע פשוט לנו שמוציאין ממון מהאב עבור בנו (מזונות וירושה), על פי "רוב בעילות אחר הבעל", אף על פי שאין הולכין בממון אחר הרוב. מפני שרוב בעילות וכו' כמוהו כ"חזקה", שאין לנו להסתפק שמא אינו בנו, ואין זה רק רוב מספרי, אלא הוא מתבסס גם על אומדנא ש"אשה מזנה מתהפכת ומזנה" (ולכן גם בפרוצה ביותר לא חיישינן לממזרות...). נמצא, שהסברא מורה לנו שזה בנו בלא בספק, ובכהאי גוונא מוציאין ממון.

בשנים האחרונות עמדה זו מופיעה במספר פסקי דין. למשל, הרכב בית הדין בחיפה השתמש בה במקרה שבו קיימה אישה קשרים הדוקים עם גבר לאחר שנפרדה מבעלה, אך לפני שקיבלה גט, ואף טענה שברור שבנה הוא בנו של אותו גבר.¹¹⁰ וכך, למשל, ציין ביה"ד בבאר שבע שעסק באישה שעזבה את בעלה לטובת גבר אחר:¹¹¹

יש מן הפוסקים שהורו, שאין תולים לעולם שנתעברה אשת איש בזנות כל שאפשר לתלות בבעלה אפילו על צד רחוק, משום שאשה מתהפכת כדי שלא תתעבר. ולפי הנראה, פשוט שיש לסמוך על סברא זו כצד גדול לקולא.

2.1. מגבלותיהן של הגישות המרחיבות

אין ספק ששלושת כיווני הפרשנות שראינו בסעיף הקודם משמעותיים ביותר, ועל כן שימשו את בתי הדין במקרים שונים כדי להתיר ממזרים. עם זאת, הם עדיין מוגבלים בכוחם בשלושה מקרים מרכזיים: האחד, כאשר קשה מאוד להניח כי לאישה היה קשר עם בעלה בתקופה שבה נוצר

¹⁰⁶ לעיל ה"ש 84. הציטוט למעלה הוא מדבריו ביביע אומר.

¹⁰⁷ ראו למשל **יביע אומר** חלק י סימנים ה, יב.

¹⁰⁸ תיק 1205/תשמ"א פד"ר יב 163, 174. פסה"ד מסתיים בהתרת הבת ובאמירה: "וכן הסכים עמי להלכה ולמעשה גם כב' הרב הראשי הראשל"צ הגר"ע יוסף שליט"א" (שם, בעמ' 176).

¹⁰⁹ לבנון, לעיל ה"ש 62, בעמ' פ.

¹¹⁰ תיק (חיפה) 913999/1 (22.5.2016): "... דברי התועפות ראם... שאפילו היו ביאות של אחרים מרובות מביאות הבעל, אמרינן רוב בעילות אחר הבעל. משום שאשה מזנה מתהפכת שלא תתעבר ע"ש. וכן הסכים גם בשו"ת אגרות משה (חלק ג סימן ט) ע"ש. והכא נמי בנדון דידן שאם המבקש נפגשה מעת לעת עם בעלה בטרם התגרשו...". אותו הרכב השתמש בעמדה זו במקרה נוסף: תיק (חיפה) 1088722/1 (10.1.2017).

¹¹¹ תיק 1181337/1, לעיל ה"ש 19. וראו גם לעיל ה"ש 101; חוות הדעת לתיק 1040737/1, לעיל ה"ש 88.

ההיריון; השני, כאשר אישה שלא קיבלה גט חיה בצורה גלויה עם בן זוג קבוע ואולי אף נשואה לו אזרחית, ואינם מסתירים את העובדה שיש להם ילדים משותפים (הרב פיינשטיין, למשל, הצדיק כזכור את שיטתו בכך שהאישה "אינה רוצה להתעבר מהמזנה וגם הנואפים אין רוצים שתתעבר מהם"¹¹²); והשלישי, כאשר לא מדובר באישה נשואה הלכתית, אולם הגבר שהיא חיה עימו בקביעות הוא קרוב משפחה האסור עליה באיסור כרת.

אכן, כך כותב הרב דוד דב לבנון מבית הדין באשקלון, בפסק דין שעוסק בילד שנולד כשנתיים לאחר פרידת הוריו ללא גט.¹¹³ לאחר שהוא קובע "שלפי מסקנת דברי בית שמואל, לדעת רוב הפוסקים לא חוששים לממזרות אפילו אם היא פרוצה ביותר, וכל החשש הוא לכהונה בלבד", הוא מקשה:

אולם צ"ע האם הדין הזה נאמר גם במקרה שלנו. לכאורה השו"ע (לפי פרשנות ב"ש) שגם בפרוצה ביותר אין חשש לממזרות (רק חוששין לבנים לעניין כהונה), מדבר במקרה של אשה שיושבת תחת בעלה אלא שהעם מרגנים עליה שהיא פרוצה ביותר, והואיל וסוף כל סוף היא גרה עם בעלה, עדין שייך לומר רוב בעילות אחר הבעל. **אולם אם האשה חיה בנפרד מבעלה, ומרגנים עליה שהיא פרוצה ביותר, אם כן רוב בעילות אינם מהבעל, ואיך אפשר להכשיר את הולד?**

מובן ששאלה זו מתקיימת גם לגבי כיוון הפרשנות השלישי. 'רוב בעילות אחר הבעל' הן בעילות המובילות להריון כאשר לא התקיים קשר בין הבעל והאישה כלל. אך במקרה של קשר בין קרובים, ככל שנרחיב את תחולת הכלל 'רוב בעילות אחר הבעל', רק נקשה על היתר הילד. מכל מקום, הרב לבנון מציע שם לבחון כיוון ל"היתר ע"פ נתיבות לשָׁבֶת... לרבי פינחס הלוי הורוביץ בעל ההפלאה", ולכיוון מהפכני זה אפנה כעת.

ג. שיטת 'בעל ההפלאה': פרשנות מהפכנית לכלל 'רוב בעילות אחר הבעל' ושימושה במדינת ישראל

1. חידושו של 'בעל ההפלאה'

רבי פינחס הלוי הורוביץ (להלן: רפ"ה), הידוע בכינויו 'בעל ההפלאה' על שם ספרו הגדול העוסק בתלמוד ובהלכה, היה רבה של פרנקפורט במשך 33 שנה, עד לפטירתו בשנת 1805, ונחשב לאחד מגדולי הפוסקים בדורו.¹¹⁴ שיטתו המהפכנית בדיני ממזרות מופיעה בשניים מחיבוריו שהתפרסמו לאחר מותו: באופן רחב בספרו 'פנים יפות' הכולל אוסף ביאורים הלכתיים, מדרשיים וחסידיים על התורה,¹¹⁵ ובאופן צר יותר בחיבורו ההלכתי 'נתיבות לשָׁבֶת' הכולל אוסף ביאוריו וחידושויו על חלק אבן העזר של השולחן ערוך.¹¹⁶ על כן אציג את דבריו בחיבור הראשון, ולאחר מכן אשווה אותם לאמור בחיבור השני.

¹¹² לעיל ליד ה"ש 105.

¹¹³ תיק (אשקלון) 928649/1 (23.7.2015).

¹¹⁴ על תולדותיו ראו: מרדכי הלוי הורוויץ רבני פרנקפורט 144–178 (תשל"ב). על דרכי לימודו והשפעתו ראו: אוריאל טויטו **שיטתם של רבי פינחס הלוי איש הורוביץ ורבי אריה ליב בלימוד התלמוד ובפסיקת ההלכה** (עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר אילן תשע"ב). שם ספרו מורכב מראשי התיבות של שמו: הקטן פינחס הלוי איש הורוויץ (ראו הקדמתו לספר הפלאה על מסכת כתובות).

¹¹⁵ על חיבור זה ראו: ישראל נתן השל "על הספר הק' 'פנים יפות' להגה"ק בעל הפלאה זי"ע ושאר ספריו הק"ק קובץ בית אהרן וישראל ט, ה קלה-קנ (תשנ"ד).

¹¹⁶ אף על פי שקשה לומר את הדברים בוודאות, יש יסוד להניח שהדברים ב'פנים יפות' קדמו לדברים ב'נתיבות לשבת'. מקורות שונים שעסקו בשיטתו מפנים גם לדבריו בספר המקנה על מסכת קידושין עה ע"ב (כנראה, הראשון שהפנה אליו היה הרב עובדיה יוסף, כבר בתשובתו הראשונה העוסקת בשיטת רפ"ה, להלן ה"ש 172, וייתכן שבשל כך גם חכמים מאוחרים יותר הפנו לשם). אולם דומני כי דיונו של רפ"ה שם בעניין 'רוב בעילות אחר הבעל' אינו

רפ"ה מציג ב'פנים יפות' את הקושי הזה:¹¹⁷ התורה אוסרת בפרשת העריות שבספר ויקרא (יה, ט) על קיום יחסים עם אחות מאב או מאם: "עֲרַנְתָּ אֶחֻותְךָ בַּת אָבִיךָ אוֹ בַת אִמְךָ מוֹלֶדֶת בֵּית אוֹ מוֹלֶדֶת חוּץ לֹא תִגְלֶה עֲרַנְתָּן", ורש"י שם מפרש: "מולדת בית או מולדת חוץ – בין שאומרים לו לאביך קיים את אמה ובין שאומרים לו לאביך הוצא את אמה, כגון ממזרת או נתינה". כלומר האיסור קיים בין אם הבת היא פרי נישואין מותרים ('מולדת בית') ובין אם נולדה מנישואין אסורים ('מולדת חוץ') כגון מנישואי אדם כשר עם ממזרת או עם נתינה.¹¹⁸ שתי הדוגמאות שהביא רש"י הטרידו את הרמב"ן בפירושו על הפסוק משום שאיסור הנישואין עם נשים אלה הוא איסור ברמה נמוכה, 'לאו' בלבד לממזרת ואיסור דרבנן לנתינה, וממילא נישואין אלה תקפים לכל דבר, גם אם הם אסורים.¹¹⁹ אולם, הרמב"ן טוען שמדברי רבא ביבמות כג ע"א, שמהם לקוחות המילים שהביא רש"י לפני המילה 'כגון', עולה שאסור לאדם לקיים יחסים גם עם בת אביו שנולדה מאיסורי עריות ברמה גבוהה של 'כרת', כלומר יחסים שהנישואין בהם אינם תקפים כלל ותוצריהם יחשבו ממזרים. ובלשונו:

כגון ממזרת או נתינה, לשון רש"י. ואינו נכון, כי יצא מזה שאחותו מן העריות לא תהיה בכלל האיסור הזה, והן כולן בכרת חוץ מן הנולדת משפחה ונכרית. ואני תמה על הרב, שהרי בגמרא ... והנה פירושו שאומרים לו הוצא שתוציאנה מבייתך שאינה אשתך, ואין קידושין תופסין בה שהם חייבי כריתות ומיתות בית דין, ואף על פי כן חייב עליה משום אחותו, אבל אחותו מן השפחה ומן הנכרית אינה בכלל האיסור הזה מפני שהולד כמוה.¹²⁰

במילים אחרות, מדברי רש"י ניתן ללמוד לכאורה שהפסוק אינו אוסר עליו את אחותו שנולדה מיחסים שאסורים באיסור חמור יותר מאשר איסור לאו גרידא.¹²¹ זו הקושיה שרפ"ה מנסה לענות עליה כדי להגן על רש"י. הוא מודה כי ברור שדברי רבא בתלמוד כוללים גם איסורי לאו וגם איסורי כרת, אלא שהוא נקט לשון כללית ועמומה¹²² – "בין שאומרים לו לאביך הוצא" כדי ללמדנו עניין עקרוני על זיהוי האחות האסורה:

מציג את שיטתו המהפכנית המופיעה בשני החיבורים האחרים. להפך, מדבריו שם בד"ה 'עובר לית ליה' עולה שבהחלט יש ממזרות מחייבי כריתות. וראו עוד: גריידי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 42.
¹¹⁷ פנחס הלוי הורוביץ **פנים יפות** לויקרא יח ט (מהדורת ירושלים תש"ע שא–שב).
¹¹⁸ נתינים בספרות התלמודית הם צאצאי הגבעונים שנתגירו בימי יהושע, ואסור להם להינשא עם ישראלים כשרים. ראו משנה קידושין ד, א.

¹¹⁹ לגבי ממזרת ראו: רמב"ם הלכות איסורי ביאה פרק טו הלכה ב. לגבי נתינה: שם, פרק יב הלכות כב–כג.
¹²⁰ יבמות כג ע"א: "אמר קרא: בת אשת אביך, מי שיש לו אישות לאביך בה, פרט לאחותו משפחה ועובדת כוכבים".
¹²¹ ייתכן שהתשובה הפשוטה לקושי זה היא זו שמציע ר' אליהו מזרחי, פרשנו של רש"י, התומך את פירושו בדברים אחרים שרש"י כותב בפירושו לאותו פרק. לדבריו, "אין פירוש 'כגון ממזרת ונתינה' שב על האם, כאשר חשב עד שתהיה בתה אחותך מחייבי לאוין בלבד, אלא על הבת קאי. ומילתיה דרבא הכי פירושו: בין שאומרים לו לאביך הוצא את אמה, שהיא באיסור חייבי כריתות או באיסור חייבי לאוין שאז בתה היא אחותך, אף שהיא ממזרת, כגון שאמה מחייבי כריתות או נתינה, כגון שאמה נתינה, שהיא מחייבי לאוין. ונקט נתינה משאר כל חייבי לאוין, מפני שאין שום שם לכלול כל הבאין מחייבי לאוין, כמו שם הממזר שכולל כל הבאין מחייבי כריתות, לפיכך תפש נתינה, והוא הדין כל הבאין משאר חייבי לאוין". כלומר "מולדת בית או מולדת חוץ" הוא פירוש ל"בת אביך", וגם אם היא ממזרת, כלומר נולדה מאיסורי כרת, או רק נתינה המובאת כדוגמה למי שנולדה מאיסור לאו בלבד, הרי שהיא בגדר איסור אחות. לכאורה ברור למדי שפשט הכתוב 'מולדת' מוסב על הבת ולא על אימה, וכך אכן הבינו פרשנים רבים, למשל רס"ג ורמב"ם. ע. המהר"ל בגור אריה על המקום דוחה את פירוש הרא"ם: "ואין זה נראה, דבכל הספרים גרסינן [ברש"י] 'כגון בת ממזרת', אכן זה היה נוסח הדפוס הראשון של רש"י, אולם אינו קיים בנוסחים אחרים. עם זאת, יש לומר כי הנוסח של חלק מכתבי היד הטובים של פירוש רש"י הוא אכן "בת ממזרת ובת נתינה", ואכמ"ל.
¹²² 'עמומה' משום שניתן היה להבין ממנה ש'הוצא' בגט ואז אכן מדובר רק בחייבי לאוין. הרמב"ן עצמו עומד על כך בפירושו לתלמוד (חידושי הרמב"ן למסכת יבמות כג ע"א): "בין שאומרים לו לאביך הוצא. פי' לאו דוקא שאם כן חייבי לאוין משמע, אלא בין שהיא בבית אביך בין שהיא חוץ מבית אביך דהיינו חייבי כריתות, והוצא מביתך בלא גט קאמר לפי שאינה אשתך ואלו חייבי לאוין לאו מולדת חוץ היא".

משום דאי לאו שהכניסה בביתו אין ידיעה ברורה שהיא בתו דיש לומר כי היכי דאפקרא לגבי האי אפקרא נמי לגבי כולי עלמא, כדאיתא ביבמות דף ס"ט,¹²³ אבל כשהכניסה בביתו קיימא לן דרוב הבעילות אחר הבעל.

כלומר הלשון 'הוצא' מלמדת על הצורך להניח שאכן מדובר באחות מאב על פי חזקת 'רוב בעילות' המתקיימת במי שחי דרך קבע עם אישה, גם אם היא אסורה לו. אם כך, מדוע התעקש רש"י להביא דווקא דוגמאות של איסורי לאו? כאן מגיע חידושו הגדול של רפ"ה שרש"י אכן אינו סובר שבאיסורי כריתות היוצרים ממזרים מתקיימת חזקת 'רוב בעילות', וממילא אין חשש שתיוולד מהם בת שהיא בוודאות אחותו מאב. זו לשונו:¹²⁴

[א] דהא דאמרינן רוב הבעילות אחר הבעל, אין הפירוש מפני שרגיל אצלה בביאות 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.

[ב] לפי זה בחייבי כריתות שאין תופסין קידושין כלל, ואין שם בעל עליו, ליתא להאי רובא. ואדרבא, כיון דלדידיה איכא איסור כרת ולכולי עלמא ליכא איסור כרת, איכא למיתלא יותר באחרים כדאמר ביבמות שם.¹²⁵ מה שאין כן בחייבי לאוין, כיון דתפסי בהו קידושין, שם בעל עליהן, ותו דלכולי עלמא איכא איסור אשת איש שהיא במיתה, איכא למיתלא יותר בבעלה שאינו אלא לאו.

קשה להמעיט בגודלו של החידוש המופיע בדבריו. "והוא חידוש נפלא" כדברי אחד מפרשניו.¹²⁶ למעשה, הוא נראה כמעט כדבר והיפוכו. בזוג נשוי לעולם נאמר כי רוב בעילות אחר הבעל, "אפילו לא נתייחד עמה הבעל אלא פעם אחת", וזאת לכאורה גם אם האישה חיה בקביעות עם גבר אחר. אולם בזוג שעל יחסיו חל איסור חמור לעולם לא תוחל חזקה זו, גם אם הם חיים יחדיו בקביעות, משום ש"אין שם בעל עליו". למעשה, קידושיהם אינם תקפים, ואילו החזקה מניחה כי מדובר ב'בעל' הלכתי, כלומר מי שנישואיו לאישה זו תקפים.¹²⁷ זו לכאורה המסקנה הפשוטה מן הדברים והשלכותיה עצומות. כך כותב אחד המתנגדים להסתמכות של בתי הדין הרבניים על הבנה זו:¹²⁸

¹²³ ביבמות סט ע"ב מובאים דברי האמורא רב שלפיהם מי שבא על ארוסתו (=המקודשת לו) בבית חמיו, הרי שהילד שיוולד מיחסים אלה ייחשב ממזר גם במקרה שבו הוריו מודים שזה ילדם. התלמוד מנסה להבין את הדברים ומציע שתי שיטות. שיטת רבא מצמצמת את תחולת דברי רב ומגבילה אותם רק למקרה שבו מדובר באישה שידוע כי היא חשודה בקיום יחסים עם אחר. שיטת אביי, לעומת זאת, קובעת שגם אם אין חשד ידוע על האישה, הרי שיש לחשוד בה: "מדאפקרא נפשה לגבי ארוס – אפקרא נפשה לעלמא". מעניין שרפ"ה מביא את דברי אביי החולקים על רבא כדי להסביר את דברי רבא בסוגייתנו.

¹²⁴ פנים יפות, לעיל ה"ש 117, בעמ' שב. האותיות לסימון שני הרבדים בטיעון נוספו על ידי.

¹²⁵ יבמות ע"א. מדובר בהמשך הסוגיה הנזכרת בהערה הקודמת, ובדיון בשיטת רבא שלפיה גם אם הארוסה חשודה ואם הארוס מודה שקיים עימה יחסים, הרי שאין הולד ממזר גם לדברי רב. זאת משום שסביר לייחס את הולד ליחסים מותרים (יחסית) ולא לאלה האסורים.

¹²⁶ אברהם גוטסמן פנים מסבירות קמז (תשכ"ו).

¹²⁷ ראו ניסוחו של הרב אשר וייס, לעיל ה"ש 66: "ובמקום אחר דנתי בדרכו המחודשת של בעל ההפלאה... דאם אשתו אסורה עליו משום ערוה אף שחיים הם ביחד כדרך איש ואשתו בהם הלכה זו ואין לתלות את הילדים בו כיון שלפי דין התורה אינו בעלה. וחידוש זה השתית הגאון על הבנה מחודשת בהלכה זו, דאין הסברא משום דרוב הבעילות של נשים מבעליהן הן, אלא משום דרוב הנשים הנשואות נבעלות ע"י בעליהן, ומשוי"כ אין הדבר תלוי אלא אם אכן איש זה שעמה בבית בעלה הוא עפ"י ההלכה"; הנ"ל, מנחת אשר, לעיל ה"ש 60, בעמ' רפז: "ונראה לכאורה לפי דבריו דשני צדדים יש למטבע זו, וזו לעומת זו. דכשם דלא תלינן הולד בבעל שאינו נשוי כדן, כך לעולם תלינן הולד בבעל שהיא נשואה לו אף שהם חיים בנפרד, ולא במי שהיא חיה איתו ללא קידושין".

¹²⁸ חטאב, לעיל ה"ש 33, בעמ' לב. ראו גם דבריו להלן ליד ה"ש 219. והשוו לדברי הרב איגרא, להלן ה"ש 209.

לא שייך כלל לומר כהבנת הפוסקים בפנים יפות זה, **דאם כן אין בכלל ממזרים בעולם**, דתמיד נתלה הבן בכשרים או בגוי, וזה לא שייך, שהרי בש"ס ובפוסקים כתוב הרבה פעמים על ממזרים.

דברים דומים מביע מבקר אחר של דייני זמננו שהסתמכו על שיטה זו, אשר הציע פרשנות מצמצמת לדברי רפ"ה משום שלדבריו הבנתם הפשוטה אינה מתקבלת על הדעת:¹²⁹

והנה דברי הפנים יפות מרפסין איגרא. חדא דא"כ למה באמת לדינא מחייבים לבא על אחותו מן האב שנשא חייבי כריתות, והלא עדיף לן למתלי שאינה כלל אחותו, ומעלמא אתיא. ועוד, **אם כן איך משכחת לן ממזר שהוא הנולד מחייבי כריתות**, דהרי אף אם למשל אחד בא על אחותו וילדה, מ"מ אית לן למיתלי דאפקרא נפשה גם לאינם חייבי כריתות לגבה, ורוב הבעילות מינייהו, ונמצא דאין הבן נולד מחייבי כריתות, ואטו לא משכחנא ממזר אלא כשהיו חבושים בבית האסורים¹³⁰ וידוע שלא נבעלה רק להחייבי כריתות!?

אלה אכן קושיות חזקות ונוספות עליהן קושיות אחרות. להשגות אלה ואחרות אחזור מיד. ראוי לפני כן להבהיר את המהפכה הגלומה בדברים האלה של רפ"ה. לפי פשט דבריו בחלקם הראשון, הכלל 'רוב בעילות' אינו עוסק במישור היחסים של זוג ספציפי, אלא בדרכו של עולם. סטטיסטית בקרב רוב הזוגות שבעולם הנשים מקיימות את יחסיהן עם בעליהן דווקא, ולכן הכלל יחול על כלל הזוגות הנשואים,¹³¹ ללא חריגים.¹³² בשפה ההלכתית יש כאן למעשה מעבר מרוב לחזקה¹³³ או מ'רובא דאיתא קמן', כלומר מבחינת הזוג העומד לפנינו בלבד, ל'רובא דליתא קמן', כלומר לדיון בכלל הזוגות בעולם.¹³⁴ כך ניסח זאת אחד מן העוסקים בשיטתו:¹³⁵

ועל זה תירץ הפנים יפות דהאי רוב הוא כעין **רובא דליתא קמן** דהיינו שידעינן שרוב בעילות **שבעולם** הם בעילות היתר דרוב הנבעלות הם מבעליהם, וכשאנו רואים שנולד לנו בן ועל

¹²⁹ אשר זאב שרייבר **מטה אשר** א 94 (תש"ע). והשוו גם זאת לדברי הרב איגרא הנ"ל.

¹³⁰ אכן, היו שסברו כך. בכך יעסוק הפרק הרביעי של המאמר.

¹³¹ ורק עליהם. והשוו **פנים יפות** לדברים כא טו ("פי תהיין לאיש שתי נשים האחת אהובה והאחת שנואה וילדו לו בנים האהובה והשנואה והיה הבן הכור לשנואה"): "לפי פשוטו יש לפרש הא דכתיב כי תהיין, היינו דוקא שנולד אחר נשואין, דרוב בעילות אחר הבעל. אבל אם היה בזנות, אף שהוא מודה שבא עליה, או שיש עדים שבא עליה, איכא למימר כי היכי דאפקרא לגבי האי וכו'".

¹³² ראו למשל יגאל לרר "בירוד יוחסין לנולד תשעה חודשים מסידור הגט" **שורת הדין** י לא, מו (תשס"ו): "ויש לציין דלפי הבנת הנתיבות לשבת דרוב בעילות אחר הבעל אינו רוב הנובע מהשכיחות והזמינות או ממעמדה האיסורי של האשה, אלא רוב הנאמר לנשים בכלל ובכל מצב, רוב הנובע מהמציאות דרוב הבעילות של נשים בכלל, הן, כאשר הן נשואות ולבעליהן, הרי א"כ רוב זה יאמר אף באינה דרה יחדיו עם בעלה או בזקן, דגם נשים אלו שייכות לרוב נשים בעלמא דעליהן נאמר רוב זה. ולפי"ז, לפי הבנת הנתיבות לשבת, ידחה גם טעם ב דלעיל, דגם בנידון דידן אף שהצהיר הבעל לשעבר בפני ביה"ד שלא חי עם אשתו בבית אחד כבעל ואשה מזה כשנתיים, עדיין שייך למימר גביה רוב בעילות אחר הבעל".

¹³³ השוו לשיטת הירושלמי והרמב"ם, לעיל ה"ש 49.

¹³⁴ אין כאן המקום להאריך בביאור מושגים תלמודיים אלה שהכתיבה עליהם רחבה מני ים. ראו למשל: דב ליאור "קביעת יוחסין אצל יהודי ברית המועצות" **על מדין** 145, 147 (תשנ"ב), המסביר ע"פ האחרונים שב'רובא דאיתא קמן' "התורה מרשה לנהוג היתר במקרה זה של ספק", אך אינו מגדיר את המציאות כוודאית, ואילו 'רובא דליתא קמן' מגדיר את המציאות כוודאית מכוח הסברה: "פה אני רשאי לטעון שהרוב פושט את הספק באופן ודאי... כאן יש מקום לסברה ומכוח הסברה אפשר לומר שהרוב הופך את הספק לודאי ולמוחלט". וראו אשר וייס **מנחת אשר לספר שמות** רצח (תשס"ד): "ונראה בהגדרת רובא דליתא קמן דאף דלא הוי בירור וסברא מ"מ הוי ודאי, דזה הוא דין התורה שנתחדש ברובא דליתא קמן, דיש לנו להתייחס אל כל דבר כאילו הופיע בפנינו במתכונתו הטבעית ודרכו הרגילה ואין לנו לחדש ספיקות מדעתנו".

¹³⁵ מטה אשר, לעיל ה"ש 129, בעמ' 95. ראו עוד למשל: הרב אשר וייס, לעיל ה"ש 66; יהיה טובול **שו"ת מראות ישרים** ח"ב קצה-קצט (תשס"ו).

כרחנו שקדמה בעילה ללידתו, ולא נודע אם אותה בעילה היתה כשרה או פסולה, תלינן מסתמא דהיתה כרוב בעילות שבעולם, והשתא לפי זה אין נפקא מינה כמה פעמים נבעלה לבעלה, דלעולם על כל בעילה שתודע לנו שנבעלה ולא נדע למי ניתלה שהיתה לבעלה, **נמצא דרוב זה גופא מבטל את החשש שיש על כל אשה שמא נבעלה לאחר, דלעולם לאחר שתחוש שנבעלה תצטרך לפסוק שזה היה עם בעלה, ואם לא יתכן שהיה עם בעלה אין צריך כלל לחוש שאירע בעילה כזאת.**

אכן, תלמידו הגדול של רפ"ה, החת"ם סופר, עומד במספר מקומות על כך שמדובר בחזקה ולא ברוב:¹³⁶

דמנא ידעינן שהבעל הזה בעל רוב בעילות שמא לא בעל אלא בעילת מצוה ופירש, והמנאפיים בעלו והולידו? אלא על כרחך צריך לומר **דאזלינן בתר חזקת מנהג** שזה נשא אשה בפנינו ונוהג עמה כדרך איש ואשתו מנהג עולם שבועל בעונתו אפילו כמה בעילות בהיתר ובמצוה **אעפ"י שלא ראינו כן**. וזה בכלל הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה דמסתמא עשה כמנהג עולם ומדאזלינן בתר חזקה זו שוב ידעינן בבירור שהבעל בעל רוב בעילות והנואף מיעוט ואזלינן בתר רובא דהבן מבעילת הבעל הוא...

עם זאת, דבריו נראים צרים מאלה של רבו, שאינו מוזכר על ידו כלל בהקשר זה, ואין בפסיקתו זכר לחלק השני של דברי ה'פנים יפות'.¹³⁷ אכן, דומה שהחידוש בחלק השני של דבריו גדול הרבה יותר אך מבוסס בדברי פוסקים אחרים הרבה פחות. מי שעמד על כך בכמה מקומות הוא הרב אשר וייס שהראה כי לרעיון 'רוב בעילות' כחזקה ולא כרוב, יש רגליים איתנות בתולדות ההלכה ועל כן ניתן לקבל את חלקם הראשון של דברי רפ"ה ולדחות את חלקם השני: "נראה לעניות דעתי דלאו הא בהא תליא ואף אם נדחה דבריו [של רפ"ה] לגבי בעלה בפועל שאינו בעלה בדין, כגון בחיובי ערוה, נראה דהלכה כדבריו לגבי בעל ואשה החיים בנפרד".¹³⁸

2. הקשיים בשיטת 'בעל ההפלאה'

את דברי רפ"ה ב'פנים יפות', על שני חלקיהם, דחו רוב המאזכרים אותם לאורך המאות התשע עשרה והעשרים, וגם בימינו הם זוכים לביקורות נוקבות. דומה כי רק בבית הדין הרבני בישראל, ובעקבות דברי הרב עובדיה יוסף, הם שימשו כמקור מרכזי להתרת ממזרים. הקשיים בדברי רפ"ה עולים מכמה כיוונים, ואציין כמה מהם:

¹³⁶ **שו"ת חתם סופר** חלק ג (אבן העזר א) סימן מא. ראו עוד שם, סימן עו; **שו"ת חתם סופר** חלק ב (יורה דעה) סימן שלה. אך ראו לעיל דבריו ליד ה"ש 76 וכן ראו בחידושי לחולין דף יא עמוד א ד"ה 'משום'.
¹³⁷ החת"ם סופר נתן את הסכמתו להדפסה הראשונה של 'פנים יפות' בשנת 1825. אומנם ביה"ד בחיפה כתב במספר פסקי דין – לרבות כאלה העוסקים בחשש ממזרות מיחסי קרובים, ראו למשל בתיק (חיפה) 1150422/1 (22.1.2018) – את המשפט הבא: "ובשו"ת שיבת ציון (חלק א' סימן ה') דקדק מתשובת החתם סופר (סימן מ"א וסימן ע"ה [כצ"ל: ע"ו, ע"ר]) שאף הוא שר המסכים לדברי רבו ההפלאה"ה", אך ההפניה אינה ברורה לי. לא מצאתי שו"ת בשם זה המתאים למראה המקום שניתן כאן, ואם כוונתו לשו"ת 'שיבת ציון' הידוע, זה של ר' שמואל לנדא, בנו של הנודע ביהודה, הרי שבסימן סז, שבו פסק שילד שנוולד לאישה מאחי בעלה שלא במקום ייבום הוא אכן ממזר, מובעת עמדה הפוכה מזו של רפ"ה. תשובה זו נושאת את התאריך תקע"ו, כלומר שנים לפני שנדפסו 'פנים יפות' ו'נתיבות לשבת', שהודפס לראשונה בשנת 1837. במכתב מר"ח שבת תשפ"א כתב לי הרב יוסף רפאל סאסי שאף הוא נתקשה בשאלה זו, והרב אברהם מאיר שלוש שעמד בראש ההרכב הנ"ל בחיפה כתב לו כי חלה טעות סופר והכוונה היא לשו"ת שערי ציון של הדיין הרב ציון בוארון, שעמדתו תידון להלן ליד ה"ש 212.
¹³⁸ הרב אשר וייס, לעיל ה"ש 66. וראו עוד: מנחת אשר, לעיל ה"ש 60, בח"א סימן עד; ח"ג סימן פג–פה, שם הוא דוחה את חלקם השני של דברי רפ"ה וקובע (ח"ג, עמ' רפט) כי "רוב רובם של הפוסקים נקטו דכל שדרים ביחד כדרך איש ואשתו לעולם תולין בהם את הילדים בין לקולא ובין לחומרא, דהנחה זו דרוב בעילות וכו' אינו תלויה בתוקף הקידושין אלא במה שהם נוהגים בפועל כאיש ואשתו, ומשום כך כתבו גדולי האחרונים דגם בזוג הנשוי בנישואין אזרחיים בערכאות אמרינן רוב בעילות הלך אחר הבעל". עם זאת בח"א סימן עד (עמ' רלג) הוא מציע חידוש לא מבוטל שלפיו ניתן לומר שאין חזקת 'רוב בעילות' בזוג החי באיסור בקביעות, ללא נישואין אזרחיים.

1. **האם ניתן לבסס חידוש כה חשוב על החיבור 'פנים יפות'?** – בסופו של דבר מדובר בחיבור השייך לסוגה של פרשנות התורה והוא בלול מדברי הלכה, מדרש וחסידות.¹³⁹ אומנם, פוסקי הלכה נעזרים לא מעט בפרשנות המקרא, ואף ב'פנים יפות' המחבר נעזר בכלי זה בדיונים הלכתיים אחרים,¹⁴⁰ אך עדיין קשה לבסס כיוון כה חדשני ורחב על דיון שנראה כפלפול בעלמא שנועד לתרץ קושי על דברי רש"י בפירושו לתורה.¹⁴¹ זאת ועוד, מן הדברים עולה שמדובר בהסבר לשיטת רש"י בלבד אך הרמב"ן וכנראה גם ראשונים אחרים לא נדרשו להסכים לו.¹⁴² התשובה שהציע חיבור שנועד להגן על הסתמכותו של הרב עובדיה יוסף על שיטת רפ"ה פשוטה:¹⁴³ "שהרי ההפלאה כתב סברא זו גם בספרו שנועד להלכה והוא הס' נתיבות לשבת". 'נתיבות לשבת' הוא אכן חיבור הלכתי המוסב על סימנים א-כה בשולחן ערוך אבן העזר, אך האם הדברים המופיעים בו חופפים לאלה שב'פנים יפות'?

2. **דברי רפ"ה ב'נתיבות לשבת'** – שני חיבוריו של רפ"ה מוזכרים זה לצד זה בפסקי דין שונים. כך למשל כתב הרב עובדיה יוסף:¹⁴⁴

כבר כתב הגאון בעל ההפלאה בספר נתיבות לשבת (סי' ד סק"ט), ובספרו פנים יפות (פרשת אחרי מות, פסוק ערות אחותך לא תגלה), דהא דאמרינן רוב בעילות אחר הבעל, [א] אין הפירוש מפני שהוא רגיל אצלה בביאות הרבה יותר מאחרים, שהרי אפילו לא היה עמה הבעל זמן רב, תולים את הולד בבעל, שלא חילקה התורה בכך, אלא הפירוש הוא שרוב הנבעלות לאיש הן מבעליהן (היושב עמהן בנישואין כשרים), ולהכי כל היכא דאיכא למתלי בבעל, אזלינן בתר רוב הנבעלות מבעליהן, [ב] הילכך בחייבי כריתות ומיתות בי"ד שאין קידושין תופסים בהם, אדרבה יש לתלות יותר את הולד שהוא מאחרים שאין בהם איסור כרת. ע"ש.

אולם עיון ב'נתיבות לשבת' מלמד כי לכל היותר ניתן למצוא שם את הסעיף הראשון:¹⁴⁵

הא דאמרינן רוב בעילות אחר הבעל אין הפירוש מפני שבעלה שכיח לה פעמים... אלא הפירוש הוא דרוב בעילות אחר הבעל היינו שרוב נשים שבעולם נבעלות ומתעברות מבעליהן ולא מזנות, ואם כן גם בהלך למדינת הים שייך רוב זה. א"כ אף דאיכא נמי למימר כל דפריש מרוב פריש, כיון דאיכא נמי חזקת כשרות עדיפא טפי.

¹³⁹ לעיל ה"ש 115.

¹⁴⁰ כך על פי חיפוש בפרויקט השו"ת ובאנציקלופדיה התלמודית. דומני שהדוגמה הידועה ביותר היא דבריו לגבי נכרי ששבת ממלאכה בשבת בפירושו לבראשית ה, כב.

¹⁴¹ חטאב, לעיל ה"ש 33, בעמ' לב: "ובר מן דין אני מתפלא על הפוסקים שמתירים ממזרים עפ"י הפנים יפות הנ"ל, שהרי הוא לא כתב את דבריו בדרך פסק הלכה, אלא בדרך פלפול לתרץ (בדוחק עצום) קושי רמב"ן על רש"י, וודאי שאי אפשר לפסוק הלכה עפ"י זה, ובפרט הלכה תמוהה כזאת, שלפ"ז אין בכלל ממזרים בעולם". מובן שייטכן שמדובר בפלפול שמטרתו היא מעין מבוא לחידוש ההלכתי של רפ"ה שנוצר באופן עצמאי ולא רק כמענה לקושיה על רש"י. עדיין, כפי שנראה מיד, רפ"ה עצמו אינו חוזר עליו במלואו בהקשרים הלכתיים.

¹⁴² אומנם בהמשך דבריו מזכיר שוב רפ"ה את דברי הרמב"ן, אך ברור מדבריו שאינו סובר כי הרמב"ן מקבל את שיטתו בהסבר רש"י. וראו גם לעיל ה"ש 121 על כך שיש הסבר פשוט יותר לדברי רש"י.

¹⁴³ יוסף רפאל סאסי **מוציא אסירים בכושרות** סג (תשע"ט). מעניין לציין שבחיבור האנציקלופדי החשוב ביותר על אבן העזר, אוצר הפוסקים (לעיל ה"ש 38, בסימן ד ס"ק סא), מופיעים רק הדברים שב'נתיבות לשבת', ואין אזכור של 'פנים יפות'.

¹⁴⁴ **שו"ת יביע אומר** חלק י אבן העזר סימן ו (תשס"ד). ציון הסעיפים נוסף, בדומה לחלוקה של דברי 'פנים יפות' ראו לעיל, ליד ה"ש 124.

¹⁴⁵ פנחס הלוי הורוביץ **נתיבות לשבת** לסימן ד, ס"ק ט (מהדורה חדשה, ירושלים תשנ"ב, עמ' כ). וראו גם שם, סימן ג, ס"ק ח (עמ' טו).

הא ותו לא.¹⁴⁶ נוסף על כך, פשט דבריו שם הוא כשיטת הריב"ש שנידונה לעיל, ולפיה אישה דואגת שלא להיכנס להריון מביאת זנות,¹⁴⁷ ואם כן חזרנו לבעיות שעליהן עמדנו לעיל. כך, הרב יוסף שלום אלישיב כתב:¹⁴⁸

והנתיבות לשבת הסביר דזה דתלינן רוב בעילות בבעל, אין הפירוש מפני שבעלה שכיח אצלה ודנין על מספר הביאות, אלא רוב המתעברות הם מבעליהן ולא מזנות, ועושה כל מצדקי שלא להכנס להריון מזנות. ועיין שו"ת תועפות ראם סימן מ"ד.

והוא מסיק מיד שאם כך, לא ניתן להקל במקרה העומד לפניו של אישה שחייתה עם גבר לאחר גירושין אזרחיים בלבד, "ורואה את עצמה כנותקת הקשר שבינה לבין בעלה. הרי אין לה כל ענין לא להכנס להריון מהבועל".¹⁴⁹

בעיה דומה התעוררה בבית הדין הרבני באשקלון. הרב דוד לבנון כתב כי סברתו של רפ"ה היא "שחזקה" אשה מתהפכת ומזנה, היינו שתעשה כל תצדקי כדי לא להתעבר מגבר זר". דבר זה מעורר בעיה במקרה העומד לפניו:¹⁵⁰

אולם בגלל שהאשה היתה בשקועה בסמים, ולא היתה במצב נפשי שהיתה יכולה להקפיד על כך שלא תלד מזנות, צ"ע אם אפשר לסמוך על כך להתיר במקרה שלנו.

יתר על כן, מדבריו של 'נתיבות לשבת' לסימן ד ס"ק יט ניתן להבין שכאשר האישה 'מיוחדת' לגבר מסוים שאינו בעלה, ניתן לתלות שהילד הוא ממנו.¹⁵¹

3. **דברי רפ"ה ב'גבעת פנחס'** – הדיין הרב ציון בוארון עסק במקרה של ילד שנולד לאישה מאחי בעלה, שלא במקום ייבום.¹⁵² במהלך הדיון הוא דן כמובן בשיטת 'פנים יפות', אך מתקשה משום שבספר השו"ת של רפ"ה, 'גבעת פנחס', עולה לכאורה גישה סותרת.¹⁵³ באותה תשובה התיר רפ"ה למשודך לשאת את משודכתו שנתעברה, ואין לדידו לחשוש לאיסור התלמודי של נשיאת מעוברת חברו,¹⁵⁴ אף אם המשודך לא היה מודה שהעובר ממנו. זאת משום "שהיה ידוע שרגיל להתיחד עמה", ולכן סביר שהולד ממנו ולא ממישהו אחר.¹⁵⁵ אולם מדברי רפ"ה ב'פנים יפות' וב'נתיבות לשבת' עולה שבמקום איסור אין להשתמש בכלל 'רוב בעילות', ואם כן מדוע להביאו

¹⁴⁶ על הפער בין הכתוב בשני החיבורים עמד זאב ליטקה **פסקי דיין: אישות, יוחסין, ממוזרות** רו (תשע"ו). וראו גם דברי רפ"ה בספר 'המקנה', לעיל ה"ש 111.

¹⁴⁷ ראו המקורות באנציקלופדיה תלמודית, לעיל ה"ש 38, בהערה 861 ובתיק 1087096, לעיל ה"ש 38.

¹⁴⁸ יוסף שלום אלישיב, **קובץ תשובות ד קלא** (תשע"ב). ראו גם דבריו שם, ח"א בעמ' רלו-רלו (תש"ס).

¹⁴⁹ ח"ד, שם. ראו גם תשובתו של הרב אלישיב המובאת אצל שלמה ידידה זעפרני **יבא ידיד** ח"ב רצה (תשע"ח), לגבי מקרה של אשה שנישאה אזרחית לגבר שני ללא קבלת גט מבעלה הראשון: "והוסיף לבאר דנישואין אזרחיים גרע ממיוחדת לו כיון שלדעתם נחשב הדבר כאיש ואשה לכל דבר. וכפרט כשהאב אומר שזה בנו, הוי הבן ממזר גמור". וראו גם דבריו של זעפרני, שם, בעמ' רעז.

¹⁵⁰ תיק 928649, לעיל ה"ש 113. וכן הרב אריאל אדרי שם: "הצטרף להיתר הגר"ב בארי שליט"א אולם טעמו לא ברירא לי וכמ"ש הגר"ד לבנון. לענ"ד דברי הנתיבות לשבת יתכן ואינם שייכים כאן ומציאות חייה של האם ידועה לרבים והחזקה".

¹⁵¹ ראו דברי הרב איגרא המובאים אצל אריאל אדרי **שחר אורך** א סח (תשע"ו). סעיף קטן זה אכן הפריע לרב עובדיה יוסף, שהרבה להסתמך על 'פנים יפות' כפי שנראה להלן. ראו יביע אומר, לעיל ה"ש 144. לניסיון יישוב מאוחר ראו סאסי, לעיל ה"ש 143, בעמ' סה.

¹⁵² ציון בוארון **שערי ציון** ג סימן ה (תשע"ה), בעמ' קצו.

¹⁵³ פנחס הלוי הורוביץ **שו"ת גבעת פנחס** סימן ז (תרמ"ו).

¹⁵⁴ יבמות מב ע"א. שולחן ערוך אבן העזר סימן יג סעיף יא: "גזרו חכמים שלא ישא אדם ולא יקדש מעוברת חברו, ולא מניקת חברו, עד שיהיה לולד כ"ד חדשים".

¹⁵⁵ עמדה זו חוזרת גם בתשובות נוספות בשו"ת גבעת פנחס: סימנים א, ד, יח. ראו: ליטקה, לעיל ה"ש 146, בעמ' רח.

כאן? תשובתו של הרב בוארון מסבירה זאת וממחישה את גודל החידוש שבדברי 'פנים יפות' שהוא 'כמילתא בלא טעמא':¹⁵⁶

וצריך לומר שהוא מחלק בין כאשר יש איסור שיש בו כרת, דלא שדינן בתר דידיה, לבין זנות שאין בו כרת דאז במיוחדת לו שדינן הולד בתריה, אעפ"י שאין שם קידושין. ואעפ"י שדבר זה הוא כמילתא בלא טעמא, דהואיל וברשיעי עסקינן וחיים יחד באיסור כרת, ויודעים שיש איסור, מדוע נתלה יותר באחרים משום שלדידהו אין איסור כרת?!... אבל האי טעמא דלדידיה איסור כרת ולאחרים אין כרת, אין מובן, כיון דברשיעי דלא איכפת להו לא מאיסור לאו ולא מאיסור כרה עסקינן, שהרי חיים יחד במזיד אעפ"י שיוודעים שיש לו איסור בדבר, ומדוע א"כ נאמר לגבי הולד דיש לתלות באיסור לאו יותר מאיסור כרת!?

4. סתירה מדברי הראשונים – סביר להניח שאילו היו לרפ"ה תימוכין לחידושו בדברי חכמים שקדמו לו, הוא היה מביא אותם. אכן מבקרי ההסתמכות עליו הצביעו על כך שמדברי הראשונים עולה עמדה שונה וסותרת:¹⁵⁷

ואכתי קשה אסברת בעל ההפלאה ז"ל, דבהדיא מתבאר מדברי הראשונים ז"ל דהך כללא דרוב בעילות אחרי הבעל נאמר דוקא בגוונא שהאשת איש היא מצויה וקבועה תחת בעלה, והיינו משום דמפרשי דרוב בעילות אחרי הבעל הוא פשוטו כמשמעו, שהאשה נבעלת הרבה יותר פעמים מבעלה ולא מאחרים, ומשום הכי דוקא הוא דתלינן העיבור בבעלה ולא בזולתו.

קושי גדול מאוד עולה מעמדתו של רש"י בפירושו לתלמוד, שהרי כל המהלך של רפ"ה ב'פנים יפות' נועד לכאורה לבאר את שיטתו בפירושו למקרא.¹⁵⁸ על סוגיית סוטה כז ע"א שנידונה לעיל אומר רש"י: "היתה פרוצה ביותר – דאיכא למיחש דרוב בעילותיה משל אחרים". ועל כך יש לשאול:¹⁵⁹

אמנם דבריו [של בעל ההפלאה] צריכים עיון, שהנה הגמרא דנה בפרוצה ביותר מהו וכתב רש"י שיש לחוש שרוב בעילות אינם מהבעל, ולדבריו צריך עיון סוף סוף הרי רוב הנבעלות בעולם אינם אלא מהבעל ומאי אכפת לן בכך שהיא פרוצה ביותר!?

מסיבה זו פוסקים במאה התשע עשרה שהכירו את דברי רפ"ה דחו את שיטתו: ר' שלמה דרימר¹⁶⁰ ור' יחיאל מיכל בורנשטיין.¹⁶¹

¹⁵⁶ בוארון, לעיל ה"ש 152. וראה אצל סאסי, לעיל ה"ש 143, בעמ' צו–צח שמנסה להסביר את ההבחנה בין המקרים. ¹⁵⁷ טובול, לעיל ה"ש 135, בעמ' ר. לפירוט דעות רבות בראשונים ובאחרונים שמהן משתמע שלא כרפ"ה ראו: מזרחי, "בעניין", לעיל ה"ש 52, המסכם: "כל חכמי ישראל כולם מיאנו בצד זה [=שיטת רפ"ה], ואף בראשונים מתבאר הפכו". וראו גם לעיל ה"ש 52.

¹⁵⁸ ודאי שמבחינת פירוש רש"י עצמו, אין קושי בדבר, שהרי סתירות למכביר קיימות גם בין מקומות שונים בפירושו לתלמוד (ישראל מ' תא שמע הספרות הפרשנית לתלמוד באירופה ובצפון אפריקה א 50 (תשנ"ט)), וודאי שבין פירוש המקרא לפירוש התלמוד שלו (אברהם גרוסמן חכמי צרפת הראשונים 209–210 (תשס"א)). אולם מנקודת המבט של בעל הלכה הבונה לכאורה את שיטתו על דיוק בשיטת רש"י, קושי זה אמור להטריד, מה גם שמשקלו ההלכתי של הפירוש לתלמוד ודאי עולה על זה של הפירוש למקרא.

¹⁵⁹ מרדכי אלתר כגור כאזרח תקמט (תשע"ג). גריידי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 40 מציין גם לדברי רש"י ביבמות סט ע"ב בסוגיה העוסקת במי שארוסה בא עליה. בד"ה 'דדיימא מעלמא' אומר רש"י "דהתם כיון דנשואה היא רוב בעילות הלך אחר הבעל אבל הכא לאו אורחיה למיבעל כולי האי בלא חופה". אולם מדובר הרי במקרה שבו היו כבר קידושין, ואם כן מדוע לא תופעל כאן כבר חזקת 'רוב בעילות' לשיטת הפנים יפות!?

¹⁶⁰ שו"ת בית שלמה אבן העזר חלק ב סימן עד (מהדורת מנדלבוים תשע"ז, עמ' רעז).

¹⁶¹ שו"ת לחם שערים, לעיל ה"ש 68, בהערה השלישית.

5. **סתירה מדברי התלמוד** – זו אולי הבעיה הגדולה ביותר בדברי ה'פנים יפות' על שני חלקיהם. הקושי על החלק השני ברור לגמרי, שהרי לפיו יש לתמוה על הדיון הארוך בממזרות מחייבי כריתות ומיתות בספרות התלמודית ובכל ספרות ההלכה שאחריה.¹⁶² אולם גם החלק הראשון וכמותו הדברים ב'נתיבות לשבת' נתקלים בסתירות מן התלמוד עצמו. ראשית, יש קושי מן הסוגיה הבסיסית לדיוננו בסוטה כז שנידונה לעיל, המניחה בפשטות שב'פרוצה' יש בעיה להניח כי 'רוב בעילות אחר הבעל'. גם הצד להקל המופיע בתלמוד מניח שבעלה נמצא לצידה ומשמרה כל העת ('כיון דידע בה נטורי מנטר לה'). הרעיון שבחלק זה נסתר גם מסוגיות אחרות.¹⁶³ כך, הרב עזריאל הילדסהיימר דוחה את דברי 'נתיבות לשבת' לאור דברי הסוגיה ביבמות לז ע"א,¹⁶⁴ והרב בן ציון אבא שאול מקשה עליהם מסוגיית חולין יג ע"א–ע"ב.¹⁶⁵ ניתן לדון על תוקפם של קשיים אלה ואחרים, אך קשה שלא להודות שמדובר בשיטה ייחודית ביותר ואף יחידאית, ודאי באשר לחלקם השני של דברי ה'פנים יפות'. ממילא מתעורר בחזקה הספק שמא אכן אינם פסיקה הלכתית, אלא דיון דרשני ותיאורטי שמטרתו להגן על קושי בפירוש רש"י לתורה. כך מסכם את הדברים אחד מחשובי הפוסקים בזמננו, בתשובה למי שניסה להסתמך על דברי רפ"ה במקרה של ילד שנולד לאישה החיה דרך קבע עם הגרוש של אחותה:¹⁶⁶

רובם של הפוסקים נקטו דכל שדרים ביחד כדרך איש ואשתו לעולם תולין בהם את הילדים בין לקולא ובין לחומרא, דהנחה זו דרוב בעילות וכו' אינו תלויה בתוקף הקידושין אלא במה שהם נוהגים בפועל כאיש ואשתו, ומשום כך כתבו גדולי האחרונים דגם בזוג הנשוי בנישואין אזרחיים בערכאות אמרינן רוב בעילות הלך אחר הבעל.

וכך, הדיין הרב אוריאל לביא, שדן במקרה שבו התבקש היתר נישואין למי שנולדה לאימה שנישאה בשנית ליהודי לאחר שהתגרשה מבעלה הראשון באופן אזרחי בלבד. לאחר שהוא מציין את שיטת רפ"ה שהייתה יכולה לסייע, שהרי יחסיה עם הגבר השני הם בגדר "חייבי מיתה שאין קידושין תופסים בהם", הוא דוחה זאת משום "שדעת ההפלאה בגדר הלכה זו של 'רוב בעילות אחר הבעל', היא דעה יחידאה".¹⁶⁷ למרות כל זאת, בבתי הדין בישראל משתמשים פעמים רבות בשיטת רפ"ה. לכך נעבור כעת.

3. שיטת 'בעל ההפלאה' בבתי הדין בישראל

3.1. הרב עובדיה יוסף

¹⁶² ראו לעיל ליד ה"ש 129. הסוגיה הבולטת היא ביבמות כג ע"א, לעיל ה"ש 120, המלמדת כי באופן פשוט תיתכן אחת מחייבי כריתות. ראינו שרפ"ה היה מודע לכך וניסה להסביר על פיה את רש"י, וממילא אם כך דבריו מצטמצמים לשיטתו בלבד, וכאמור לעיל ליד ה"ש 142.

¹⁶³ לרשימה מפורטת ראו לאורך חיבורו של חטאב, לעיל ה"ש 33. וראו גם פירוט אצל סאסי, לעיל ה"ש 143, בעמ' עה–עט המנסה גם להציע יישובים לסתירות מתוך רצון להגן על שיטת הרב עובדיה יוסף.

¹⁶⁴ 'שו"ת ר' עזריאל אבן העזר סימן ט אות ו (תשל"ו).

¹⁶⁵ בנציון אבא שאול **אור לציון** כתובות א עה (תשס"ה): "ודבריו צע"ג דהא אמרינן חולין י"ג ריש ע"ב – 'שחיסת מין לע"ז וי"א אף בניו ממזרים. ות"ק אשתו לא מפקר', ומוכח שאפילו אליבא דת"ק אלמלא הסברא של אשתו לא מפקר היו בניו ממזרים, ולפי"ד ההפלאה צריך לילך אחר רוב ולדות שבעולם שהמה מהבעל". ראו גם הנ"ל, **אור לציון: תשובות א רג** (תשמ"ז).

¹⁶⁶ מנחת אשר, לעיל ה"ש 60, בעמ' רפט. הרב וייס מסתפק בהמשך דבריו אם יש דרך להתיר את הילדים במקרה זה באופן אחר ומציע לפנות לגדולי הדור. מעניין לציון כי התשובה ממוענת לתלמידו, הרב זאב ליטקה, ועולה ממנה שהוא זה שהציע את ההסתמכות על דברי 'פנים יפות'. אולם בחיבורו, לעיל ה"ש 146, בעמ' רו–ריב, שולל הרב ליטקה את כלל שיטת רפ"ה ומציג אותה כשיטה קשה שלא ניתן להסתמך עליה להלכה וייתכן שחזר בו בעקבות דברי רבו.

¹⁶⁷ אוריאל לביא **עטרת דבורה א 70** (תשס"ט). בסופו של דבר הוא מתיר את הבת (למעט לכהן) עקב טענתה של האם שקיימה במקביל גם יחסים עם גוי.

הרב שניאור פרדס, אב ביה"ד בנתניה, כתב בשנת 2016 כך: 168

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.

אך כאמור, שיטת 'בעל ההפלאה', ודאי זו המופיעה בספרו 'פנים יפות', רחבה יותר מאשר ההבנה ש'רוב בעילות' הן בעילות המובילות לעיבור, וממילא הבנה זו אינה ייחודית לו. למעשה, עיון בדברי הרב פרדס מלמד שהוא מצא את ההסתמכות על שיטת רפ"ה **במובנה הרחב רק בתשובות הרב עובדיה יוסף**.¹⁶⁹ כך דומה כי הראשון שהסתמך הלכה למעשה על שיטת רפ"ה, במובנה הרחב והמלא היה הרב יוסף,¹⁷⁰ ובזכות מעמדו הרם היא התקבלה בקרב דיינים שונים בבתי הדין הרבניים למרות שלילתה הכמעט מוחלטת בדורות הקודמים.¹⁷¹ בחינת הפסיקה של בתי הדין מגלה ששיטה זו היא אחד מן הבסיסים המרכזיים כיום להתרת ממזרים, גם במקרים שנראים קשים ביותר. כאמור, לעולם יצטרפו אליה שיקולים וספקות אחרים כפי שהיה מקובל תמיד בתחום זה.

ככל הנראה, השימוש בשיטת רפ"ה עולה לראשונה בפסק דין של הרב עובדיה יוסף מסוף שנות החמישים.¹⁷² כזכור, באותו מקרה היה מדובר באישה שעזבה את בעלה וחיה עם גבר אחר, והדבר היה ידוע לחברי הקיבוץ. היא חזרה לחיות עם בעלה בהמשך, אך מסמכים רפואיים העידו כי ההיריון שממנו נולדה הילדה נוצר בבירור בטרם חזרת בני הזוג לחיות יחד. הרב יוסף טוען כי למרות "שידוע שבקיבוצים החפשיים הם פרוצים בעריות, ופריצי טובא אהדדי, בעוונותינו הרבים. מ"מ אין לפסול את הבת על סמך זה"¹⁷³ ואף אצלם שייכת חזקת 'רוב בעילות'. הוא מעיד על עצמו שבעת שעסק במקרה זה גילה את דברי רפ"ה:¹⁷⁴

ובהיותי בזה ראיתי להגאון בעל הפלאה בספרו פנים יפות על התורה (פרשת אחרי מות פסוק ערות אחותך), שכתב, דהא דאמרינן רוב בעילות אחר הבעל, אין הפירוש מפני שרגיל אצלה בביאות הרבה, שהרי אפילו לא נתיחד עמה הבעל אלא פעם אחת, תולין הולד בבעל. שלא חילקה התורה בכך. אלא הפירוש הוא שרוב הנבעלות הן מבעליהן, ולהכי כל היכא דאיכא למתלי בבעל אזלינן בתר רוב הנבעלות מבעליהן. ולכן בחייבי כריתות שאין קידושין תופסין

¹⁶⁸ תיק 1087096, לעיל ה"ש 38. לעובדות המקרה ראו לעיל ליד ה"ש 100.

¹⁶⁹ הפוסקים האחרים שהוא דן בשיטתם אינם מזכירים את דברי רפ"ה. ועוד, אחד מ'פוסקי זמננו' הנזכרים על ידו הוא הרב יצחק יעקב וייס, **שו"ת מנחת יצחק** ו סימן קמ"ג (תשל"ו). באותו מקרה מדובר היה באישה שהתגרשה אזרחית מבעלה ונישאה אזרחית ליהודי אחר. הרב וייס קובע שאין לו דרך להתיר את בתה, בין היתר משום ש"כיון שנשאת לשני בערכאות, והייתה מיוחדת לו כבעל ואשה, דהויא בכי האי גוונא בלתי אמירתה כממזרת ודאית". הרב פרדס מנסה לאבחן מקרה זה מן המקרים שבהם דן הרב יוסף: "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" (ההדגשה במקור). אולם עיון בשאלה שמשיב עליה הרב וייס מגלה שטיעון זה אינו נכון. נאמר שם במפורש כי האישה טוענת שהמשיכה לאהוב את בעלה הראשון ולקיים עימו יחסים גם לאחר שהתגרשה ממנו, וכי הבת היא מזרעו. מכל מקום, דומה שאילו הרב וייס היה מוכן להסתמך על שיטת רפ"ה, היה לו לפחות ספק אם מדובר ב'ממזרת ודאית'.

¹⁷⁰ אם כי הרב יוסף עצמו ניסה לטעון כי השיטה נהגה בבתי הדין עוד לפניו. ראו בדיון להלן ליד ה"ש 183.

¹⁷¹ בפסקי דין שונים ניתן לראות כי לציון של שיטת רפ"ה מוצמדים המקורות שבהם נזכרו בשו"ת יביע אומר, מן הסתם כדי לומר כי בזכות אזכורים אלה ניתן לסמוך עליה. ראו למשל: הרב עמאר, להלן ה"ש 195 וה"ש 215; הרב בוארון, **שערי ציון** א רלו (תשס"ב); תיק 1088722, לעיל ה"ש 110; תיק (חיפה) 895409/1 (9.6.2013) ועוד.

¹⁷² יביע אומר חלק ג סימן א, לעיל ה"ש 84. הדיון בשיטת רפ"ה אינו מופיע בפסה"ד שפורסם בפד"ר, שם, וכאמור, אין לדעת אם זה בשל התנגדותם של שאר חברי ההרכב לשיטה זו או משום שהרב יוסף גילה אותה בעת הכנת פסה"ד לפרסום. מכיוון שחלק ג' של יביע אומר יצא לאור בשנת תש"ך ופסה"ד ניתן בשנת תשי"ז, הרי שזהו טווח השנים שבו נכנסו דברי רפ"ה לפסיקתו של הרב יוסף.

¹⁷³ שם, עמ' רז.

¹⁷⁴ שם.

בהם ואין שם בעל עליו ליתא להאי רובא, ואדרבה יש לתלות יותר באחרים שאין בהם איסור כרת. וכמו שכתוב ביבמות (סט:): כיוצא בזה. עיין שם. (וכן כתב עוד בספרו נתיבות לשבת (סי' ד סק"ט). והובא באוצר הפוסקים (שם ס"ק סא אות ג-ו).

הרב עובדיה יוסף עומד בהמשך על חלק מן הקשיים בשיטה זו ומזכיר אחרונים שדחו אותה, אולם בכל זאת מאמץ אותה. מעניין לראות כי הוא מעלה בהמשך את סברת 'מתהפכת',¹⁷⁵ אולם אינו מציג אותה כסברה העומדת מאחורי דברי רפ"ה. בנקודה זו עמדתו שונה מעמדתו של הרב אלישיב.¹⁷⁶ חשוב מזה, כאמור, הרב יוסף היה מוכן לפעול על פי דברי רפ"ה בעניין "פרוצים בעריות", ואילו ככל הנראה הרב אלישיב לא היה מוכן לקבל עמדה זו.¹⁷⁷ בשנת תשל"ח חזר הרב יוסף להשתמש בשיטת רפ"ה בעת שישב בדין כנשיא בית הדין הגדול.¹⁷⁸ מדובר במקרה 'קל' יחסית, שבו בעל רצה להיפטר מחובת המזונות לילדיו. הוא הודה שמעולם לא חשד באשתו, אולם בדיקה רפואית לימדה שאינו יכול להוליד. מצד שני, חוות דעת רפואית שהוגשה לבית הדין קבעה שיש תיעוד להולדת ילדים, גם אם במקרים נדירים, בקרב גברים שסבלו מבעיה דומה. על כן גם בית הדין האזורי דחה את טענותיו של הבעל, ולא נתפלא לראות כי דחה הרב יוסף את ערעור הבעל על כך. אחד מטיעונו נסמך על דברי רפ"ה:¹⁷⁹

וכן כתב עוד בספרו נתיבות לשבת (סי' ד סק"ט), שאף בהלך בעלה למדינת הים שאינו מצוי אצלה כל כך אמרינן רוב בעילות אחר הבעל, דכיון דאיכא נמי חזקת כשרות עדיף טפי לתלות בו... וכל שכן בנידון דידן שהבעל עצמו מעיד שאשתו הגונה וצנועה, ומעולם לא חשד בה בזנות, וגם הבעל החזיק כל הזמן את הילדים כבניו לכל דבר, והאשה טוענת ברי שכל ילדיה מבעלה הם. ויש סיוע מספרי הרופאים שיש מקרים שגברים כגון אלה הולידו בנים.

התשובה הבאה של הרב עובדיה יוסף שנמצא בה שימוש בשיטת רפ"ה היא תשובה שנשלחה לארה"ב כנראה בשנות השמונים או תחילת שנות התשעים,¹⁸⁰ והיא עוסקת במקרה קשה יותר. מדובר באישה שנישאה לבעלה הראשון כהלכה ונפרדה ממנו באופן אזרחי בלבד. בעלה התנצר ואילו היא נישאה ליהודי אחר באופן אזרחי וילדה לו בת, הטוען שמדובר בבתו לכל דבר. מובן שהרב יוסף פועל במספר כיוונים כדי להתיר את הבת, והמרכזי שבהם הוא שימוש ב'ספק ספיקא'.¹⁸¹ אחד הספקות שהוא מציע הוא "שאפשר שנתעברה מבעלה הראשון" משום שלדברי האישה הוא הגיע לבקר את ילדיהם המשותפים גם לאחר נישואיה השניים. בעלה הראשון, שהתנצר כאמור, סירב לשתף פעולה עם בית הדין. אולם אז ישנה בעיה עם דין התלמוד:¹⁸²

ולכאורה אכתי לא איפרק מחולשא, דהא קיימא לן בסוטה (כז א) רוב בעילות הלך אחר הבעל, ולפי פשוטם של דברים, הבעל השני שהוא חי עמה יום יום, ורוב הבעילות ממנו, עדיף מבעילות

¹⁷⁵ לעיל ליד ה"ש 106.

¹⁷⁶ לעיל ה"ש 148. ביביע אומר שם (עמ' רז), נזכר בהקשר אחר "ידידי הגאון מהרי"ש אלישיב שליט"א".
¹⁷⁷ ראו **קובץ תשובות** ה"ד, בעמ' קלא: "אך זהו פשוט שאין זה ענין להמקרה שלפנינו שהם מסוג של תרבות אנשים חטאים... הרי אין לה כל ענין לא להכנס להריון מהבועל, כי אצל הפרוצות הללו כולם שוות בעיניה, וממילא עלינו לדון מצד רוב מספר הביאות. והיות והם גרו ביחד, אזלינן בתר רוב בעילות, ויש לייחס את הבן להבועל". אומנם שם מדובר בזוג שהתגרש אזרחית, אולם ייתכן שהלשון החרפה מלמדת על היחס לכל מי שאינו מקפיד על הנורמות ההלכתיות בחיי משפחה. וראו גם לעיל ה"ש 149.

¹⁷⁸ **שו"ת יביע אומר** חלק ח אבן העזר סימן ד (תשנ"ה).

¹⁷⁹ שם, בעמ' שפט.

¹⁸⁰ **שו"ת יביע אומר** חלק ז אבן העזר סימן ו (תשנ"ג). לדיון בה ראו זוארץ, לעיל ה"ש 18, בעמ' 387–391. זוארץ, בהערה 93 שם, מציע לתארך את התשובה בין השנים תשמ"ג–תשנ"ג.

¹⁸¹ ראו לעיל ה"ש 33.

¹⁸² שם, עמ' שכ.

בעלה הראשון שחיתה עמו חיי אישות דרך מקרה כשבה לבקר את ילדיו, ואזלינן בתר רובא, ואם כן אין לתלות מספק שהבת היא מהבעל הראשון.

התשובה לכך מוצעת על פי שיטת רפ"ה, ובפרט על בסיס החידוש השני שב'פנים יפות':

אולם נראה דלאו מילתא פסיקתא היא לומר כן בהחלט, כי ראיתי להגאון בעל ההפלאה בספרו פנים יפות... ולכן בחייבי כריתות שאין קידושין תופסים בהם, ואין שם בעל עליו, ליתא להאי רובא, ואדרבה יש לתלות שנתעברה מאחרים שאין בהם איסור כרת. עד כאן. וכן כתב עוד בספרו נתיבות לשבת (סימן ד' סק"ט). ... ואם כן אפילו אם היתה האשה נאמנת לומר שנישואיה לראשון היו בחופה וקידושין, ולא קיבלה ממנו גט, ונישאת לשני בערכאות, והיתה נבעלת לשניהם, **יש לתלות הולד בבעלה הראשון שהיא מותרת לו, ולא בבעלה השני שהוא חי עמה באיסור אשת איש.**

הרב יוסף כנראה רואה את גודל החידוש שבטיעון זה, אך הוא גם מציג את הקשיים שיש בו ואת החולקים עליו, ולכן הוא מביא לו מיד שני חיזוקים מפסיקת בתי הדין הרבניים בעבר:¹⁸³

ועיין בפסקי בית הדין הרבניים ח"א (עמוד קנ) שכתבו גם כן, שאפילו אם היו עדים המעידים שהאשה והנחשד גרו ביחד בדירה אחת בקביעות מתמדת, גם אז אין לחוש לפסול הולד, משום דאמרינן אף בכהאי גוונא רוב בעילות אחר הבעל. וכדמוכח בשו"ע אה"ע (סי' ד סעיף טו), שאפילו אם הכל מרננים אחריה שהיא מזנה תחת בעלה, אין חוששים לבניה שמא ממזרים הם, שרוב בעילות אחר הבעל. עכת"ד. והדברים מוסברים ע"פ דברי ההפלאה. וכן צירפנו דברי ההפלאה להלכה ולמעשה להיתר שיצא מאתנו בפסק דין של בית הדין הגדול מיום כ"א חשוון תשל"ו, בהסכמת חברינו הגאונים רבי בצלאל זולטי זצ"ל, ורבי אליעזר גולדשמידט זצ"ל, אשר סמכו ידיהם על הפסק דין הנ"ל להתירה להנשא לקהל ה' להלכה ולמעשה. והכי נמי יש לומר בנידון דידן דלא שייך לתלות את הבת בבעלה השני של האם, ולפוסלה מלבוא בקהל...

עיון בפסק הדין הראשון שהוא מציין, אשר ניתן בביה"ד האזורי בת"א,¹⁸⁴ תמוה. באותו מקרה, שבו נולדה בת לאישה שלא קיבלה גט והיא וכן זוגה הנוכחי הודו שזו בתם, התנהל הדיון סביב שאלת חיובו של האב, בן הזוג השני, במזונות הילדה בעוד שבית הדין נמנע מלהכריע אם מדובר בממזרת אם לאו. זהו המשפט שהרב יוסף מתכוון אליו וכדאי לתת את הדעת על כל מה שנאמר בו:¹⁸⁵

אמנם אין לקבוע הלכה בנדון זה, כי גם אם היו מעידים עדים שהתובעת והנתבעת גרו בקביעות מתמדת יחד, גם אז לא היו חששות בכשרות הולד, עיין שו"ע שם סעיף ט"ו.¹⁸⁶ **אולם פשוט הדבר, כי אין לקבוע בדבר כשרות הולד, מבלי לשמוע את הבעל, ומכל שכן שאין לפסלה ולקבוע שהיא של התובע [=הגבר שעומו חיה האישה] – על פי הנתבעת והתובע לבד.**

¹⁸³ מעניין שהרב יוסף אינו מפנה לדברים שכתב ביביע אומר ח"ג, לעיל ליד ה"ש 174, אף על פי שהשוואת לשון שני הפסקים, בסעיף הדן בשיטת רפ"ה, מלמדת כי הראשון עמד לפניו בעת שכתב את השני אף שבמהלך התשובה הוא מפנה לתשובה קודמת שלו ביביע אומר, בהקשר אחר. ייתכן שהתשובה לכך נעוצה בכך שהדברים לא נכתבו בזמנו בבית הדין. ראו לעיל ה"ש 84.

¹⁸⁴ תיק (ת"א) 226/תשי"ד פד"ר א 145. הדיינים היו הרבנים אליעזר גולדשמידט, שלמה שמשון קרליץ ויוסף בבליקי.

¹⁸⁵ שם, בעמ' 150.

¹⁸⁶ לעיל ה"ש 44.

ניתן אולי להציע שההפניה הזו נובעת מהעובדה שבית הדין היה מוכן לשקול את הפעלת 'רוב בעילות' גם לגבי אישה שחיה שנים עם גבר אחר. דבר זה ודאי חמור יותר מאשר 'רינון' בלבד, והוא באופן פשוט בגדר 'פרוצה ביותר'.¹⁸⁷ עם זאת, בית הדין בהחלט אינו מכריע כאן על בסיס 'רוב בעילות' והוא ודאי אינו מזכיר את חידושו העצום של רפ"ה. ייתכן שבשל כך לא נמצאה הפנייה זו כמקור להסתמכות על דברי רפ"ה בפסקיו האחרים של הרב עובדיה יוסף שבהם הוא מסתמך עליהם,¹⁸⁸ בניגוד לפסה"ד השני שהוא מזכיר,¹⁸⁹ ואילו אפנה כעת.

הרב יוסף מציין כי שניים מגדולי הדיינים, הרב בצלאל ז'ולטי (רבה של ירושלים) והרב אליעזר גולדשמידט, 'סמכו ידיהם' על פסק דין שכתב בשנת תשל"ו ובו הסתמך על דברי רפ"ה הלכה למעשה. הבעיה היא שאין בידינו פסק דין זה ואינו נזכר בפסקו של הרב יוסף מתשל"ח שנידון לעיל. כאמור, הרב גולדשמידט ישב בהרכב שנתן את פסה"ד הראשון שהרב יוסף מציין (בפד"ר א'). הרב ז'ולטי היה שותף, לצד הרבנים אלישיב ועדס, לפס"ד שבו נקבע כי ניתן לסמוך על הגישה "דפירוש רוב בעילות תולין בבעל הכוונה רוב נשים מתעברות מבעליהן ולא מזנות כי לא שכח שתתעבר מזנות", אולם מיד לאחר מכן נאמר כי אם יוכיח הבעל שלא התקיימו יחסים בינו לבין אשתו בעת יצירת ההיריון, ובית הדין יקבע כי הדרך פתוחה בפניו לעשות זאת וייתן פס"ד בהתאם, אזי לא ניתן יהיה לקבוע כי הילדה היא אכן בתו!¹⁹⁰ קשה לראות כיצד שני פסקי הדין מתיישבים עם עמדת רפ"ה המובאת בדברי הרב יוסף, וייתכן שהסכמת הדיינים שהוא מזכיר נוגעת למסקנתו של פסה"ד, אך אין זה אומר שקיבלו את כל הטענות המופיעים בו.

השימוש בעמדת רפ"ה חוזר בפסקי דין שונים של הרב עובדיה יוסף: **בשנת תש"ן** במקרה של ילד שנולד יותר מאחד עשר חודש לאחר שעזבה אישה את בעלה ולפני שקיבלה גט.¹⁹¹ **בשנת תשנ"ד** במקרה של ילד שנולד לאימו שהתגרשה מבעלה הראשון באופן אזרחי בלבד ונישאה אזרחית ליהודי אחר, ועימו היא חיה עשרות שנים.¹⁹² מכיוון שהשאלה נשאלה מארה"ב, הרב יוסף מניח "כי היכי דאפקרה נפשה לגבי הנואף שהוא בעלה השני, כך זינתה עם אדם אחר, וכיון שהרוב גרם, אמרינן שמא מגוי נתעברה וילדה את הבן הזה".¹⁹³ אולם שואל הרב יוסף, הרי דין התלמוד הוא ש"רוב בעילות אחר הבעל, וכאן שהיא מיוחדת לו נלך אחר רוב בעילות שלו והולד ממזר"? ומיד עונה, "הא ליתא, דבכהאי גוונא סמכינן על מה שכתב הגאון ההפלאה בספרו פנים יפות..."¹⁹⁴ **בשנת תשנ"ה** הוא דן במקרה דומה של גירושין אזרחיים בשאלה שנשאלה מדרום אפריקה.¹⁹⁵ מכיוון שהיו לאישה ילדים משותפים עם בעלה הראשון והוא בא לבקרו, הרב יוסף מציע שהבן

¹⁸⁷ ראו בלשונו של השו"ע עצמו, לעיל ה"ש 44. וראו עוד למשל לעיל ליד ה"ש 157–158.

¹⁸⁸ השוו לדרך שבה נזכר פס"ד זה בשו"ת **יביע אומר** חלק יא אבן העזר סימן ג (תשע"ח). עם זאת, היה דיון שציין לפסה"ד כמקור כזה, כנראה בשל העובדה שהוא מובא בתשובת הרב יוסף. ראו: אליהו אברז'ל **שו"ת דברות אליהו** ח"ה, עמ' רכז (תשע"ב).

¹⁸⁹ ראו אזכורו ב**יביע אומר** חלק ט אבן העזר סימן ו (תשס"ב), פסקי דין ירושלים הקצד, יביע אומר חלק יא סימנים ג, ו, יא, יד.

¹⁹⁰ ערעור 20/תשי"ז פד"ר ג' 97, 107–108. יש לציין כי הרב אליעזר גולדשמידט ישב בהרכב הראשון שקבע עוד ב-1955 כי האחים לנגר הם ממזרים (שלמה גורן **פסק הדין בעניין האח והאחות** 33–34 (תשל"ג)), כלומר הרבה לפני שניתן היה לייחס מניעים 'פוליטיים' להחמרה בפרשה זו. הרב ז'ולטי היה מראשי המערכה נגד היתרו של הרב גורן והציע פרכות שונות לדרך היתרו ראו הלוי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 164–168.

¹⁹¹ יביע אומר, לעיל ה"ש 188. מובן שכמו תמיד גם כאן הרב עובדיה יוסף מוסיף כלים נוספים להיתר, בין היתר את העובדה שהריון יכול להימשך עד לשנים עשר חודש, ראו לעיל ה"ש 55.

¹⁹² **יביע אומר** חלק יא סימן יא. כפי שמציין שם הרב יוסף, במקרה זה דן גם הרב יחזקאל ראטה. עיון בתשובתו (**שו"ת עמק התשובה** ח"ד סי' צ (תשס"ד)), מגלה כי הוא לא הציע כלל את כיוון הפתרון של 'שמא מגוי', אלא מתבסס על מציאת פגמים בקידושין עם הבעל הראשון מכיוון שאצל הרב יוסף מופיע רק ככיוון שני להיתר.

¹⁹³ יביע אומר, שם, עמ' שסט. וראו לעיל ה"ש 1.

¹⁹⁴ שם.

¹⁹⁵ יביע אומר, לעיל ה"ש 189. ראו זוארץ, לעיל ה"ש 18, בעמ' 394–396. שאלה זו הופנתה ככל הנראה בתחילה לרב שלמה עמאר שכיהן אז כאב"ד בפת תקווה. הרב יוסף מציין את דיונו עם הרב עמאר, שם בעמ' שסו. ראו: **שו"ת שמע שלמה** חלק ג, אבן העזר סימנים א–ב (תשנ"ח). בעמ' רי' אנו יכולים לראות כיצד הרב עמאר מפנה לשיטת רפ"ה באמצעות הפניה ליביע אומר ח"ז, לעיל ה"ש 180.

הנידון בשאלה נולד ממנו, שהרי לפי שיטת רפ"ה "יש לתלות הולד בבעלה הראשון שהיא מותרת לו ע"פ הדין, ולא בבעלה השני שהוא חי עמה באיסור אשת איש".¹⁹⁶

בתשנ"ו נידון בידי הרב שלום משאש, רבה של ירושלים דאז, מקרה שבתי דין קודמים לא הצליחו להתיר.¹⁹⁷ במקרה זה הודתה אישה שהילד אינו מבעלה, וכן היו בדיקת רקמות שהוכיחה מי אביו הביולוגי ובדיקה רפואית שהראתה כי בעלה אינו יכול להוליד. הרב משאש התיר את הבן מתוך קביעתו שאין להסתמך על בדיקות רפואיות ויש להעדיף על פניהן את הכלל 'רוב בעילות אחר הבעל',¹⁹⁸ אולם אינו מזכיר את שיטת רפ"ה.¹⁹⁹ "וכיון שהענין חמור" כדבריו, הוא שלח את דבריו לרב עובדיה יוסף שסמך ידיו עליהם, והוסיף: "וכבר כתבתי בכמה מקומות לסמוך על ההפלאה בפנים יפות (פר' אחרי מות) שפירוש רוב בעילות אחר הבעל שרוב הנבעלות ומתעברות הן מבעליהן... וגם בנידון דידן יש לסמוך על זה, דאפילו אם היא פרוצה ביותר תלינן הולד בבעלה". גם **בתשס"א** עסק הרב יוסף במקרה של ילד שנולד לאם שלא התגרשה בגט ונישאה לאחר בנישואין אזרחיים.²⁰⁰ הגט ניתן ארבע שנים לאחר שנולד לה בנה. במקרה זה לא ניתן היה לתלות בשום פנים את הילד בבעלה הראשון, שממנו נפרדה שנים קודם לכן. הרב יוסף מניח שיש כאן ספק 'שמא מגוי', "ואף על גב דאמרינן בעלמא רוב בעילות אחר הבעל, זהו כשהם נשואים בהיתר כדת משה וישראל, אבל באשת איש שיושבת יחד עם איזה בליעל, הבעל אשת איש, לא שייך בזה רוב בעילות אחר הבעל. וכמ"ש הגאון הפלאה בפנים יפות... הילכך בחייבי כריתות שאין קידושין תופסים בהם, ואין שם בעל עליו, ליתא להאי דינא".²⁰¹

בשנת **תשס"ג** כתב הרב יוסף תשובה לצרפת על אודות אדם שסבתו לא קיבלה גט מבעלה ונישאה כמה שנים לאחר מכן אזרחית ליהודי, שממנו נולד אביו של המבקש.²⁰² הרב יוסף מציג את שיטת רפ"ה כמובנת מאליה, וממילא קובע כי לפיה יש לתלות את לידת הבן מגוי, שהרי הם הרוב באותו מקום, ולא מן הבעל ה'אזרחי': "ודע דליכא למימר בנידון דידן רוב בעילות אחר הבעל, שזה נאמר בבעל שנשא כדת משה וישראל, ולא בנואף הבא על אשת איש". בדומה לכך, **בתשס"ז** הוא דן במקרה דומה לזה הקודם, אולם בו האישה עזבה את בעלה שבצרפת וחיה בישראל עם גבר, שלו ילדה חמישה ילדים.²⁰³ בכל זאת, הרב יוסף מתיר את הילדים: הוא מעלה ספק שמא בעלה הגיע מצרפת והילדים הם ממנו, וספק שני של 'שמא מגוי' אף על פי שהתגוררה בסביבה של רוב יהודי מובהק. העובדה שהיא חיה במשך שנים רבות עם הגבר השני אינה משנה משום שלפי שיטת רפ"ה "באשת איש שיושבת יחד עם איזה בליעל, הבעל אשת איש, לא שייך בזה רוב בעילות אחר

¹⁹⁶ יביע אומר, לעיל ה"ש 192, בעמ' שסה.

¹⁹⁷ תיק 100/107 פסקי דין מבית הדין לדיני ממונות ולבירור יהדות של הרבנות הראשית לירושלים ה קפז; שלום משאש שו"ת שמ"ש ומגן ג אבן העזר סימנים יז-יח (תש"ס).

¹⁹⁸ ראו לעיל ה"ש 59.

¹⁹⁹ מנגד, בהערה שהוסיף בגוף דברי הרב עובדיה יוסף הוא כותב: "אמר הכותב עי' בירחון אור תורה חשון תשנ"ה סי' ט"ו שנסתייעתי מדברי הפלאה שהביא הראש"ל". ראו: שלום משאש "ענין ממזרות" אור תורה חשון תשנ"ה פח, בעמ' צא [= שמ"ש ומגן, לעיל ה"ש 197, סימן ז]. תשובה זו אינה עוסקת בהלכה למעשה, אלא בתגובה לביקורת שנתקבלה על פסק דינו (שיידון להלן ליד ה"ש 292), שבו לא נזכרת שיטת רפ"ה זו, כפי שאינה נזכרת גם בפסקים אחרים של הרב משאש שניתנו לפני שנת תשנ"ה. מכך ניתן לשער שרק באותה עת הוא נתוודע לשיטת רפ"ה, וזאת באמצעות פסיקתו של הרב יוסף. לשימוש נוסף שלו בשיטה זו, בשנת תשס"א ואף כאן במסגרת תגובה לביקורת על פסיקתו, ראו: שלום משאש שו"ת שמ"ש ומגן ד אבן העזר סימן ד, עמ' פ (תשס"ז). וראו להלן ליד ה"ש 52.

²⁰⁰ יביע אומר חלק ט אבן העזר סימן ב. גם במקרה זה הפנה הרב יוסף את השאלה לרב משאש (שמ"ש ומגן ד, שם, בעמ' פז-צח), אולם האחרון התיר לפי שיטתו שתיידון להלן בפרק הבא ('חבושים בבית האסורים') ולא הזכיר את שיטת רפ"ה.

²⁰¹ שם, עמ' שנז.

²⁰² יביע אומר, לעיל ה"ש 144. וראו לעיל ה"ש 151.

²⁰³ יביע אומר חלק יא אבן העזר סימן יג. התשובה אינה נושאת תאריך, אולם ניתן ללמוד עליו מתיאור המקרה הזהה שמופיע בהיתרו של הרב ישראל מאיר יונה, "בענין ספקות שאינם שקולים בהיתר בספק ממזר" בית הלל מח קלב קלו (תשע"ג). לביקורת חריפה ביותר על היתרו של הרב יונה, ראו חטאב, לעיל ה"ש 33, בעמ' ו-י.

הבעל.²⁰⁴ קביעה זוהי מופיעה בתשובתו האחרונה של הרב יוסף בנושא, משנת תשע"ב. גם בתשובה זו הוא דן באישה שעזבה את בעלה, לו נשאה בירושלים, וחיה שנים עם גבר אחר והרתה לו.²⁰⁵

ניתן לסכם ולומר כי דבריו של רפ"ה במובנם הרחב שבספר 'פנים יפות', שכפי שראינו ספק עד כמה רפ"ה עצמו סמך עליהם להלכה, זכו למעמד הלכתי מרכזי בעיקר הודות לפסיקותיו של הרב עובדיה יוסף. קשה להאמין שבתי הדין היו משתמשים בהם הלכה למעשה, אילו לא היה הרב יוסף מאמץ אותם.²⁰⁶ על כן אפשר לומר כי במידה רבה שיטת ה'פנים יפות' היא לא פחות מכך שיטת ה'ביע אומר'. כמו כן, עיון בפסיקה מלמד שבמשך הזמן הולך ומרחיב הרב יוסף את הסתמכותו של שיטה זו. בכך יש תמיכה, לפחות חלקית, בהשערתו של הרב דוד בירדוגו על התפתחות דרכי ההיתר של הרב יוסף.²⁰⁷

3.2 פסיקת בתי הדין הרבניים

כאמור, אימוץ שיטת רפ"ה בידי הרב עובדיה יוסף פתחה את הדרך לשימושה בקרב דיינים נוספים. לא אוכל לסקור את כל פסקי הדין, ולכן אצביע על המרכזיים או המעניינים שבהם. השימוש בשיטת רפ"ה נעשה בשני מקרים, שעליהם עמדתי כבר לעיל: א. כדי להתיר ילד שנולד לאשת איש מגבר זר, ובמקרה זה כדי לקבוע שהוא עדיין קשור לבעל 'ההלכתי'; ב. כדי להתיר מי שנולד מיחסי קרובים שנישואיהם אסורים באיסור חמור, ובמקרה זה כדי לקבוע כי הילד אינו קשור לבן זוגה הקבוע של האישה.

מובן שאיני טוען שכל הדיינים מצדדים בשיטת רפ"ה. ראינו כבר את עמדת הרב אוריאל לביא,²⁰⁸ ודומה כי גישה שלילית עולה גם מפסיקתו של הרב אליעזר איגרא. אף על פי שאינו מזכיר את שיטת רפ"ה, ניתן להבין שאינו מקבלה לאור ביקורתו על שיטת הרב עובדיה יוסף:²⁰⁹

וראינו אם כן שלהרבה פוסקים המיוחדת יוצר ודאות שגורמת לא לתלות כלל באחרים, ולדעתם הולד ודאי ממזר. וגם לחולקים שהחשיבוהו רק ספק ממזר, ראינו שלא פשוט שרוב יכול להכריע הספק. וגם ההסתמכות על תרי רובי לא מצאנו בגוונא של מיוחדת ודיימא מיניה. זאת ועוד, שאם תמיד נתלה בתרי רובי אף במיוחדת לעולם לא נמצא ממזר באשת אה, שהרי תמיד רוב כשרים אצלה ובמציאות ימינו אין דלתות מדינה נעולות וחשיב תרי רובי, ובחזו"ל שהרוב העיר ורוב סיעה גויים, לא ימצא ממזר אפילו מאשת איש.

עם זאת, דיינים רבים – רובם כמובן ספרדיים²¹⁰ – אימצו את שיטה זו. בשל העובדה שרבים מפסקי הדין אינם מתפרסמים ובשל כך שגם דיינים שפרסמו את פסקיהם בספריהם לא תמיד ציינו את

²⁰⁴ שם, עמ' שעג. טיעון זה אינו נזכר כלל בדברי הרב יונה הנ"ל. אכן, יש לתמוה על כך שלפסק של הרב יונה נוספה רק הסכמה קצרה של הרב יוסף, ללא האריכות שבתשובה ביביע אומר (בית הלל, שם, בעמ' קלו). העורכים של יביע אומר כרך יא, שיצא לאחר מותו של הרב יוסף, מציינים בעמ' שעב שתשובה זו כתב הרב יוסף 'לחלק הנוכחי'. מסיבה זו ואחרות רצה לטעון גריידי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 8 ועוד, שמדובר בזיוף. אולם לפחות בסוגיה הנוכחית אין חידוש בשימוש בשיטת רפ"ה והוא מופיע רבות, כפי שראינו, בתשובות שהתפרסמו בחייו של הרב יוסף.

²⁰⁵ יביע אומר חלק יא אבן העזר סימן ט, בעמ' שסד.

²⁰⁶ ראו לעיל ה"ש 171 ולהלן ה"ש 215.

²⁰⁷ ראו לעיל ליד ה"ש 18 ובתוכה.

²⁰⁸ לעיל ה"ש 167.

²⁰⁹ שחר אורך, לעיל ה"ש 151, בעמ' סח. וראו לעיל ה"ש 151 שהוא דווקא מזכיר את דברי רפ"ה ב'נתיבות לשבת', שמהם עולה שיש להחמיר. בסופו של דבר התיר ביה"ד את הילד. יש לציין שבאותו מקרה, שבו נידון ילד שנולד לכאורה לאחי בעלה המת של אימו שלא במקום ייבום, ניתנה הסכמה להיתר מהרב יצחק יוסף שכמובן אינו מהסס להסתמך באריכות על שיטת רפ"ה כפי שהיא מובאת אצל אביו. ראו שם, עמ' נט-ס. עם זאת, בשני מקרים אחרים לפחות, מזכיר הרב איגרא את דברי רפ"ה בקצרה וללא הסתייגות: תיק 932006; תיק 499105, לעיל ה"ש 58.

²¹⁰ אני נוקט הגדרה זו כלפי דיינים המגדירים עצמם כך. אין כאן המקום לדון אם הם אכן צאצאים ליהודי ספרד או הולכים בדרך ההלכה הספרדית דווקא.

התאריך של הפסק, נוכל רק לשער מהו המועד שבו אימצו דיינים נוספים את שיטת רפ"ה. ככל הנראה מדובר על אמצע שנות התשעים. הרב שלמה עמאר מסתמך עליה בפסק דין משנת תשנ"ה שמתיר ילד שנולד לאם שהתגרשה אזרחית בלבד (מקרה שנידון לעיל),²¹¹ וכן הרב ציון בוארון בפס"ד משנת תשנ"ו בעת שכיהן כאב ביה"ד בבאר שבע.²¹² המקרה הזה היה מקרה קשה מאוד – גבר נשא אישה, ולאחר מכן חי במקביל לאורך שנים רבות עם אחותה, שממנה נולדו לו שישה ילדים. הדיון בשיטת רפ"ה, המכונה בפי הרב בוארון "דבר חידוש", תופס מקום נרחב בפסק הדין²¹³ משום שהוא מאפשר לו לפתור את הבעיה שאם הילדים הייתה 'מיוחדת' לבעל של אחותה. עניין זה מהווה קושי של ממש לשיטות פוסקים שונים, כפי שהוא עצמו מראה. הוא מסכם באופן חד את החידוש ההלכתי והמציאותי שבשיטה:²¹⁴

דאפילו כשהכניסה לביתו דהיינו מיוחדת לו לגמרי אף על פי כן בחייבי כריתות שאין קידושין תופסין כלל ליתא להאי רובא דרוב בעילות אחריו... אשר גם בנידון דידן שלגביו היא באיסור כרת ולאחרים היתר, שדינן בתר היתרא... שתולין בהיתר ולא באיסור, וההיתר נחשב לרוב נגד האיסור... ואף על פי שבמציאות אינו כן.

הרבנים עמאר ובוארון מסתמכים על שיטת רפ"ה גם במקומות נוספים להיתר ממזרים שנולדו מאשת איש, למשל, במקרה משנת תשס"ה שבו אמרה אישה שבתה נולדה מגבר זר, ואכן בעלה היה באותה עת בכלא והגט ניתן מאוחר יותר,²¹⁵ וכן להיתר כאלה שנולדו מיחסי קרובים.²¹⁶ מדובר במקרים שבהם הן האב והן האם אינם מכחישים שהילד הוא פרי יחסיהם, ולעיתים אף מתעקשים על כך. מעמדם של דיינים אלה כנראה מביא לכך שפסקיהם עומדים במוקד הביקורת כלפי השימוש בשיטת רפ"ה, ומסיבות ברורות, לא פסקיו של הרב עובדיה יוסף, שעליו הם מסתמכים בכל הפסקים.²¹⁷ בחיבור שמוקדש למתקפה על היתרי הממזרים בבתי הדין,²¹⁸ הדיון בפסיקתם תופס נתח נרחב, ובין היתר עולה ביקורת חריפה, שאינה מסתפקת באמירה ששיטת רפ"ה מופרכת לגופה, אלא גם מאשימה את הדיינים בזמננו שהרחיבו אותה:²¹⁹

ונוראות נפלאות על הדברים התמוהים ביותר הללו, א' לפ"ז יוצא שאין בכלל ממזרים מאשת איש בעולם, דלדבריו תמיד תולים בבעל הראשון אע"פ שהיא נשואה לאחר, והרי בש"ס ובכל הפוסקים רואים שיש ממזר מאשת איש, וודאי היינו כשהיא נשואה לאחר...

²¹¹ לעיל ה"ש 195. לימים שימשה תשובה זו כמקור להסתמכות על שיטת רפ"ה במקרה של ילד שנולד מאחי בעלה של האם. ראו להלן ה"ש 224.

²¹² שערי ציון א, לעיל ה"ש 171, סימן ה. תאריך פסה"ד נלמד ממכתבי ההסכמה של הרבנים עובדיה יוסף ושלמה עמאר המובאים בסוף הסימן (עמ' רמב). מעמ' רלד אנו למדים שהרב עמאר ישב בדין במקרה זה, על אף שכיהן באותה עת בפתח תקווה. הדבר מלמד כמובן על 'תפירת' הרכבים אד-הוק מדיינים שעמדותיהם לעניין התרת ממזרים ידועות. וראו להלן, ליד ה"ש 358.

²¹³ שם, עמ' קצו – קצח, רא. מובן שגם כאן דבריו של הרב יוסף מובאים בהקשר זה. במקרה זה ליביע אומר ז, ו, לעיל ה"ש 180.

²¹⁴ שם, עמ' רלו.

²¹⁵ שו"ת שמע שלמה ח"ו אבן העזר סימן ב (תשס"ח). הרב עמאר מציין שהוא סומך בפסקיו על שיטת רפ"ה, "אע"ג דיש מה לתמוה בדברי ההפלאה". ראה גם שם, סימן ד, עמ' רכח; שם, חלק ח סימן ו (ילדים שנולדו לאישה מן הבעל של אחות בעלה, אך הקרבה אינה הבעיה. בעלה של האם היה ככל הנראה עקר). בעמ' רסא מדגיש הרב עמאר כי הוא סומך על שיטה זו למרות הקשיים שיש בה משום ש"מרן זללה"ה [=הרב עובדיה יוסף] בכמה תשובות סמך ע"ד ההפלאה אפילו בכה"ג שלא נתיחדה עם בעלה אלא פעם אחת, או שהיו נפרדים, ורק נפגשים לעתים רחוקות מאד".

²¹⁶ שערי ציון, לעיל ה"ש 152.

²¹⁷ ראו לעיל ה"ש 33 וה"ש 35.

²¹⁸ חטאב, לעיל ה"ש 33.

²¹⁹ שם, עמ' מה. בייחוד מכוונים הדברים כנגד תשובתו של הרב עמאר הנזכרת לעיל ה"ש 215.

ב' הרי דברי ההפלאה הנ"ל (שאם נבעלה לבעלה אפילו פעם אחת אע"פ שנבעלת לאחרים יותר אמרינן רוב בעילות אחר הבעל והולד מותר) **נפרכים לחלוטין** מהגמ' (סוטה דף כז ע"א)²²⁰... ק"ו בן בנו של ק"ו כאן שעזבה את בית בעלה ונשואה (בערכאות) לאדם אחר, ודאי שהבנים אסורים. (וכבר כתבתי שראיתי מי שהקשה קושיא זאת על ההפלאה ומכח זה נחלק עליו). ואיך הרב שמע שלמה מוסיף עוד יותר מההפלאה הנ"ל, דאע"פ שנפרדה מבעלה ונישאה (בערכאות) לאחר, והיא אומרת שלא נבעלה לו כלל, עם כל זה אנו אומרים דכיון שאולי היא משקרת ונבעלה לו לפעמים לכן נותנים לזה דין של רוב בעילות אחר הבעל, **דזה לא יתכן כלל**.

גם דיינים ספרדים אחרים השתמשו בשיטת רפ"ה.²²¹ כך, אצל הרב אליהו אברז'ל, אב"ד ירושלים, היא מופיעה כמקור מרכזי להיתר ילדים שנולדו לנשים שחיו בפירוד מבעליהן תקופה ארוכה,²²² להיתר ילד שנולד לאישה שנישאה אזרחית ליהודי אחר אף על פי שלא קיבלה גט מן הבעל הראשון²²³ וכן להיתר ילדה שנולדה לאישה מאחי בעלה שלא במקום ייבום.²²⁴ גם הרב נסים בן שמעון, ראב"ד תל אביב, הסתמך על השיטה בשני סוגי המקרים: להיתר מי שנולד לאישה שחייתה בקביעות עם גבר ללא קבלת גט מבעלה²²⁵ ולהיתר אישה שנישאה אזרחית לאחי בעלה המת שלא במקום ייבום.²²⁶

מבין הדיינים המכהנים כיום, ניתן למנות כמובן את הרב הראשי יצחק יוסף, לשעבר נשיא בית הדין הגדול, ההולך כתמיד בדרכי אביו,²²⁷ כמצייג את שיטת רפ"ה כשיטה מבוססת שפוסקים רבים סמכו עליה.²²⁸ לאור זאת, היא משמשת כטיעון מרכזי בשלושה פסקי דין שבהם הוא מתיר ילד שנולד מיחסים של אישה ואחי בעלה, שלא במקום ייבום.²²⁹ נוספים עליו, הרב יהודה דרעי, ראב"ד באר שבע ("דהנה נודע בשערים חידושו של בעל ההפלאה בספרו פנים יפות"²³⁰) וההרכב של ראב"ד חיפה: הרב אברהם מאיר שלוש, היושב עם הרבנים דניאל אדרי ושמואל אברהם חזן

²²⁰ ראו לעיל ליד ה"ש 162.

²²¹ דין אשכנזי שהשתמש בשיטה באופן בולט הוא הרב שניאור פרדס בתיק 1087096, לעיל ה"ש 38, וראו דבריו לעיל, ליד ה"ש 168. אצל הרב דוד לאו היא מוזכרת בצורה שולית למדי. ראו: דוד לאו "התרת ממזר על ידי צירוף כמה ספקות" **תחומין** לח 145, 147 (תשע"ח). וראו לאחרונה בפסק דינו של הרב לאו בתיק 1226866/1, לעיל ה"ש **Error! Bookmark not defined.** "כאמור לעיל לדעת בעל ההפלאה נראה שאדברה גם בנדון שלפנינו יש לומר 'רוב בעילות אחר הבעל', ואף על פי שקשה להכריע כדבריו בבירור, ומדברי הרבה אחרונים נראה שלא כדבריו, מכל מקום נראה שיש לצדד שיש כאן לפחות ספק אם לתלות את הוולד בבעל או באיש אחר. ואם כן, מצד זה הוולד אינו אלא ספק ממזר ומותר מן התורה".

²²² דברות אליהו ח"ה, לעיל ה"ש 188, סימנים קז, קיא; ח"י סימן קנה (תשע"ט).

²²³ שם, ח"י, סימן קנח.

²²⁴ שם, סימן קנג.

²²⁵ נסים בן שמעון **ספר משפטי הבשן** ח"א סימן נא בעמ' קעה (תשע"ו); שם, ח"ד סימן נא בעמ' קעד (תשע"ח); שם סימן נב בעמ' קפ.

²²⁶ שם, ח"ד סימן ו, בעמ' נד.

²²⁷ שמעון יעקבי "לסיכום חמש שנות נשיאות הראשון לציון הרב הראשי לישראל נשיא בית הדין הרבני הגדול הגאון רבי יצחק יוסף" **כנס הדיינים התשע"ח** 406, 410 (שמעון יעקבי ויחיאל חיים פריימן, עורכים, התשע"ט): "אצל מורנו הראשון לציון, השמירה על חומות הדת ומסורת פסיקת ההלכה בעניינים הנוגעים לכלל ישראל, מתקיימת בכפיפה אחת עם פסיקה בכוחא דהיתרא במקרים פרטיים, **בדרכו של אביו מרן זצוק"ל** שלחם כארי נגד הנוטים מדרך ההלכה הצרופה, ובה בעת בכוחו העצום בהלכה **פסק בכוחא דהיתרא בעניינים החמורים ביותר של תקנת עגונות ויוחסין**". וראו עוד להלן ה"ש 234.

²²⁸ ראו מכתב ההסכמה שלו לסאסי, לעיל ה"ש 143, בעמ' השני של המכתב.

²²⁹ שחר אורן, לעיל ה"ש 151, בעמ' נח-סב. במקרה זה בני הזוג האסורים זה על זו אף נישאו אזרחית. מדובר בפסק דינו שנשלח לביה"ד באשקלון שבעצמו התיר את המבקש, אך נמנע מלהיעזר בשיטת רפ"ה, ראו לעיל ה"ש 209. מקרה נוסף הוא בהסכמתו להיתר ביה"ד בחיפה: תיק 895409, לעיל ה"ש 171, והשלישי הוא בהיתר ששלח לארה"ב: תיק (גדול) 1077762/1 (4.5.2016).

²³⁰ דברי הרב דרעי בתיק 1040737, לעיל ה"ש 88, שבו הותר אדם שנולד לאישה שחייתה עם גבר זר לפני גירושיה. גם הרב איתן זן בר, דין מטבריה שהיה מעורב בהיתר זה, לעיל ה"ש 31, מקדיש בפסק דינו מקום נרחב לדיון בשיטת רפ"ה.

("וידועים דברי הגאון בעל ההפלאה בספר נתיבות לשבת ובספרו פנים יפות"²³¹). אף אצלם השימוש בשיטה מופיע בשני סוגי חשש הממזרות: ילד מאשת איש²³² וילד מיחסי אישה ואחי בעלה. גם הרב אפרים כהן מביה"ד בתל אביב השתמש ונעזר בשיטת רפ"ה, וכן הרב יאיר בן מנחם בעת שכיחן כדיין בנתניה.²³³

ניתן לסכם ולומר שברבים מתיקי הממזרות שנידונו בשנים האחרונות מתבטאת שיטת רפ"ה (או אולי שיטת הרב עובדיה יוסף שרפ"ה רק שימש כמקור נוסף במהלכו הגדול להקלה בדיני הממזרות). לא ברור עד כמה רפ"ה עצמו סמך על שיטה זו בפועל. ככל הנראה אין זה מקרה שתיקים בנושא זה מגיעים לדיינים המוכנים להשתמש בה וכי הם מכהנים בהרכבים המיוחדים המכונים 'הרכבי יוחסין'.²³⁴

ד. "חבושים בבית האסורים" – שיטתו של הרב שלום משאש ויישומה

1. מבוא

לצד השימוש בשיטת רפ"ה, שאומנם מקורה בדברי חכם שחי לפני יותר ממאתיים שנה אך השימוש ההלכתי בה החל במדינת ישראל, נמצאה בפסיקת בתי הדין בישראל שיטה נוספת להתרת ממזרים. שיטה זו מבחינה מעשית נוצרה בדור האחרון, אך מטבעו של השיח ההלכתי היא מציגה עצמה כמבוססת על מקורות קדומים. זכויות היוצרים שלה שמורות לרב שלום משאש.

הרב משאש עסק רבות בהתרת ממזרים, הן בשבתו כדיין והן בתשובות ששלח למקומות שונים בארץ ובעולם. גם הרב עובדיה יוסף הפנה אליו מקרים שונים, וסמך ידיו על כל תשובותיו של הרב משאש בסוגיה זו.²³⁵ יש לציין כי מחקר מקיף שעסק בפסיקתו בדיני משפחה הצביע על כך שעמדתו

²³¹ ציטוט מדברי ההרכב בתיק 1088722, לעיל ה"ש 110, שבו הותרה ילדה שנולדה לאישה שנפרדה מבעלה כשנה לפני לידתה, וביה"ד מסיק "שיש להתיר את המבקשת להינשא, דתלינן רוב בעילות אחר הבעל".
²³² בבאר שבע: 1040737, לעיל ה"ש 88; תיק 499105/6, לעיל ה"ש 58, העוסק בילדה שנולדה לאמה כארבע שנים לאחר שנפרדה מבעלה ללא גט ואף נרשמה בטעות כאלמנה; תיק 1065411/1, לעיל ה"ש 22; תיק 1126307/1, לעיל ה"ש 88, שאף בו טענו כך הזורים וכן בעלה של האישה, ובו הילד רשום בכל המסמכים על שם בן זוגה של האישה.

בחפיפה: תיק 1088722, לעיל ה"ש 110; תיק 913999/1, לעיל ה"ש 110, שבו קיבל בעבר בית דין את "בקשת האם להורות כי אבי בנה [אלמוני] הוא מר [ש] ולא הגרוש [פלוגי]", אך הורה להעבירו ל"הרכב יוחסין"; תיק 1166325/1 (22.4.2018), שבו הותרו ילדים מאישה שהתגרשה אזרחית וחיה בקביעות עם גבר זר; תיק 895409, לעיל ה"ש 171, שבו הותרו ילדים שנולדו לאישה מאחי בעלה; תיק 1150422, לעיל ה"ש 137, כנ"ל ובו האישה וגיסה אף נישאו אזרחית.

²³³ הרב כהן בתיק (ת"א) 1039533/1 (21.9.2015). מדובר בהיתר ילד שאימו חייתה עם גבר לפני גירושיה וטענה שהילד ממנו; הרב בן מנחם בפסק דין שפורסם כמאמר: יהודה יאיר בן מנחם "היתר ממזר תרי רובי" חקר משפט-אוצר פסקי דין רבניים חלק ב מה, צט (ירוחם ארלנגר, עורך, התשפ"א). שם הותר בן לאשה שנישאה שנית בחו"ל ליהודי, ובנם נולד כשלוש שנים לפני שקבלה את הגט מבעלה הראשון.

²³⁴ ראו בפרק הסיכום להלן. גם הרב אברז'ל, שבדרכו עסקנו לעיל, כיהן בהרכב כזה. ראו: שמעון יעקבי "דברי פְּרָדָה מן 'המשמר היוצא' כנס הדיינים התשע"ח" 231, 233 (שמעון יעקבי ויהואל חיים פריימן, עורכים, התשע"ט). וראו שם, בעמ' 236 לגבי הרב דוד לבנון: "הרב לבנון כיהן גם כחבר הרכב מיוחד ליוחסין, אך משסבר כי המצב שבו הרכב זה מורכב מדיינים מבתי דין שונים הנצרכים להתכנס למקום אחד - חשש לטובתם של בעלי הדין ולא לכבודו שלו והציע כי בהרכב המיוחד יכהנו שלושה דיינים מבית הדין בבאר שבע", במילים אחרות – התיקים הועברו להרכבו של הרב יהודה דרעי. והשוו לעיל ה"ש 150. ראו גם יעקבי, לעיל ה"ש 227, בעמ' 412: "כחשובי הפוסקים לפניו, וכאביו מרן זצוק"ל, שם מורנו הראשון לציון את תקנתם של פסולי החיתון בראש סדר יומו. במקביל לכתובת עשרות ומאות פסקי דין בשבתו בבית הדין הרבני הגדול ופסקי הלכה במענה לשאלות שהופנו אליו מכל קצוות הארץ, פעל מורנו הראשון לציון לאחר פרישתם לגמלאות של ראשי אבות בתי הדין בתל אביב ובחיפה לכינונם מחדש של בתי הדין המיוחדים לענייני יוחסין בבתי הדין בארץ ואיושם על ידי דיינים מומחים ומנוסים, כשמורנו הראשון לציון מעודד ומחזק את דייני בתי הדין המיוחדים להורות בכוחא דהיתרא בדרכו של אביו מרן הראשון לציון זצוק"ל".

²³⁵ יוסף, לעיל ה"ש 34, בעמ' 372. סקירת כלל תשובותיו של הרב עובדיה יוסף בנושא זה מלמדות שרבות מהן הן למעשה התכתבות או תגובה לדברי הרב משאש. וראו גם לעיל הערות שוליים 1, 200.

של הרב משאש השתנתה במהלך חייו.²³⁶ בעוד שבפסיקות במרוקו ניתן למצוא מקרים שבהם קבע שיש להכריז שאדם מסוים הוא ממזר, לאחר עלייתו לארץ הוא התאמץ בכל כוחו להתיר ונזהר מקביעת ממזרות גם במקרים הקשים ביותר.²³⁷ אני מקבל את הסברו של אלי יוסף כי הסיבות לשינוי נעוצות בין היתר בהבנה כי המציאות החברתית – שמצד אחד היא מתירנית יותר ומצד שני מלווה בהולדת ממזרים מתוך בורות וחוסר ידיעה של איסורים הלכתיים – מחייבת זאת.²³⁸ לאחרונה תוארה דרכו של הרב משאש בפסק דין של התרת ממזרות שניתן בבית הדין הרבני בתל אביב ושנסמך רבות על חידושו בתחום זה:²³⁹

תעוזתו הגדולה של הרב בעניין התרת ממזרות באה גם במקרים שהיו כבר כמה הרכבי בית הדין שכתבו לאסור... עיון בספריו של הרב מגלה כי מכל קצות תבל הופנו אליו שאלות בנושא ממזרות, בבחינת "כל דבר הגדול יביאו אליך" (שמות יח, כב), והרב השתדל על אף גילו המופלג להכנס לעומק הדין ולמצוא פתחי היתר להתירם ממזרותם. עיון בשו"ת שמש ומגן ח"ד שהודפס אחרי מותו של הרב מגלה כי חציו של הספר עוסק בנושאי ממזרות.²⁴⁰ יש לציין כי מרן הגאון הרב עובדיה יוסף שליט"א כתב (חזון עובדיה תעניות עמוד תעט) בהספדו על הגאון רבי שלום משאש כי בתי הדין מכל רחבי הארץ היו פונים אליו לעניין התרת ממזרים ועגונות, והוא היה להם כמלאך מלא רחמים.

בתשובות שונות הרב משאש אינו מסתיר את מגמתו במהלכו אלה. כך למשל במכתב לאחד ממבקרי, שביקר היתר המסתמך על החידוש שיידון להלן:²⁴¹

באופן שלא ראיתי שום דבר במכתבו הארוך, מה שיחזיר אותי מסברתי. וכך חובתינו וכך יפה לנו לחפש בחורין ובסדקין להתיר הממזרים, שעליהם נאמר (קהלת ד, א וע"י ויקרא רבה לב, ח²⁴²), דמעת העשוקים ואין להם מנחם, אלו הממזרים, שאלה הצאן מה עשו, האם אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקנה.

²³⁶ יוסף, לעיל ה"ש 34, בעמ' 369–372. ושם בעמ' 369: "שיטתו של רש"מ [=הרב שלום משאש] בדיני ממזרות ידעה שינוי במשך השנים. ניכר ההבדל בפסיקה, בין מרוקו לבין ארץ ישראל, שבה נגלו לרש"מ 'שערי היתר' ובעמ' 370: "תשובות רש"מ בענייני ממזרות, ובמיוחד אלו שנכתבו בארץ ישראל, מצביעות על מגמת היתר העוברת כחוט השני בכל פסיקותיו. היתר הממזרות הוא מטרה המקדשת כמעט את כל האמצעים המקובלים בהלכה". לעדותו העצמית של הרב משאש על השינוי בעמדתו לאחר עלייתו ראו שמ"ש ומגן ד, לעיל ה"ש 199, בעמ' קטו.

²³⁷ לדברי הרב אריאל אדרי, שחר אורן, לעיל ה"ש 22, בעמ' קי, ככל הנראה יש רק שתי תשובות שנכתבו בישראל ובהן הרב משאש לא מצא דרך להתיר אדם מכתם הממזרות (שמ"ש ומגן ד, לעיל ה"ש 199, בסמינים יא, כז). וראו דברי יוסף, לעיל ה"ש 34, בעמ' 347–348. אולם, גם במקרה שנידון לעיל ליד ה"ש 212, לא הסכים הרב משאש להצטרף להתיר של בית הדין בבאר שבע. ראו שמ"ש ומגן ג, לעיל ה"ש 197, סימן כח. עם זאת, מטיעוניו שם נראה שלפניו עמד נוסח שאינו זהה לפסה"ד הסופי שהתפרסם קרוב לשנה לאחר תשובתו של הרב משאש.

²³⁸ יוסף, לעיל ה"ש 34, בעמ' 371.

²³⁹ הרב זן בר, תיק 1040737/1, לעיל ה"ש 19, עמ' 12, המצטט דברים שכתב הרב צבי סגרון ז"ל, שכטוען רבני עסק בין היתר בייצוג בתיקי ממזרות קשים.

²⁴⁰ 46 מתוך 49 התשובות בחלק אבן העזר של כרך זה עוסקות בהיתרי ממזרות.

²⁴¹ שמ"ש ומגן ד, לעיל ה"ש 199, בעמ' פז. לציטוטים נוספים דומים ראו יוסף, לעיל ה"ש 34, בעמ' 370–371.

²⁴² הרב כמוכחן משמיט את המשכו של המדרש שממנו עולה כי על החכמים בארץ לרחק את הממזר, ואילו מנחם הוא הקב"ה: "[ח] ושבת אני ואראה את כל העשוקים, אילו הממזרים. והנה דמעת העשוקים (קהלת ד, א). חנינא חייטא פתר קרייה בממזרים. ושבת אני ואראה את כל העשוקים, אילו הממזרים. והנה דמעת העשוקים, אימותיהן שלאילו עברו עבירה ואילין עליביא מרחקין להון. אביו שלזה בא על ערוה זה מה עשה וזה מה איכפת לו. ואין להם מנחם אלא ומיד עושקיהם כוח, זה סנהדרין גדולה של ישראל שהיא באה עליהן בכוח התורה ומרחקתן, על שם לא יבא ממזר בקהל ה' (דברים כג, ג). ואין להם, אמ' הקדוש ברוך הוא עלי לנחמן. לפי שבעולם הזה יש בהן פסולת אבל לעתיד לבוא אמ' זכריה אנא חמיתיה אולוכרוסון דדהב נקי".

מובן שככל פוסק ודיין העוסק בהיתרי ממזרות, גם הרב משאש השתמש בכלים שונים, ולעיתים קרובות בכמה כלים במקביל, כדי להגיע להיתר.²⁴³ על המקורי והנועז שבהם ברצוני לעמוד כאן. מדובר בכלי שלמרות ניסיונו של הרב משאש לאששו ולתמכו במקורות קדומים, הוא הותקף בגינו שוב ושוב, ודומה בעיני שאף הוא עצמו התקשה להכחיש שמדובר בחידוש ניכר. כך הוא למשל כותב לאחד ממבקריו:²⁴⁴

וממילא פרחה לה תמיהתו שתמה עלי, דלפי"ז לא נמצא ודאי ממזר רק בנמצא חבוש בבית האסורים, דכפי מה שאמרנו אין תמיהה כלל, **ואדרבה יש לשמוח על המציאה**, למעט בממזרים כל מאי דאפשר...

סיכום תמציתי של אותה 'מציאה' מוצג בדברי הרב צבי סגרון:²⁴⁵

כוונת דברי הגר"ש משאש היא שהנה ידוע שקי"ל להלכה שגוי ועבד הבאים על בת ישראל הוולד אינו ממזר, כמו שפסק השו"ע אבן העזר סימן ד סעיף יט, והלכה זו תמיד מהווה סבה להקל בדיני ממזרות שיש לחוש שהוולד בא מגוי, שכשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר. לאור זאת יש לשאול היאך יש לנו ממזר מן התורה שעליו ציוותה התורה: "לא יבוא ממזר בקהל ה'?" והשיב הרב: אם יהיו האשה והבועל חבושים בבית הסוהר שאז אין להסתפק מגוי, והמקור לזה הוא במרדכי יבמות סימן יב והרמ"א אבן העזר סימן קנו סעיף ט: ואם היו חבושים בבית האסורים שודאי הוא ממנו פוטר [מן החליצה ומן היבום], וכ"כ הב"ש שם ס"ק א: זרע ממזר- היינו בחבושים בבית האסורים יחדיו, דאל"כ יש לחוש שמא זינתה עם אחר כמו שכתוב בסעיף ט.

מיד אבחן את המקורות המוצגים כאן לשיטה זו, אולם דומה שהדברים ברורים. לפי האמור כאן, רק אם האישה והגבר האסור עליה, כלומר יהודי שאינו בעלה או קרוב באיסור עריות חמור, מצויים יחדיו בתא כלא באופן שאינו מאפשר לאחר להיכנס אליו, נוכל לקבוע כי הילד נולד מיחסיהם והוא ממזר בוודאות. בכל מקרה אחר נוכל לתלות את לידתו בנוכרי במקרה של אישה נשואה או בכל גבר שאינו קרוב במקרה של אישה החיה עם קרוב. מדובר כמובן במסקנה כה מרחיקת לכת, המציבה סימן שאלה גדול על כל ההיסטוריה ההלכתית של קביעת הממזרות, וכפי שכתב הרב מנשה קליין במכתבו לרב משאש לאחר שקרא את דבריו:²⁴⁶ "עד שכמעט לא נמצא ממזר מהתורה רק כשהיו אביו ואמו חבושים בבית האסורים". הוויכוח בין המצדדים בשיטה זו ובין המתנגדים לה הוא כה קוטבי, עד שמצד אחד היא הוצגה בשנת תשס"ז כדבר מקובל ומובן מאליה בעוד שהכותב אינו מזכיר כלל את הרב משאש:²⁴⁷ "דאנן נקטינן שרק בחבושין בבית האסורין שהוא ודאי גמור, הוא [ממזר] מהתורה", ומצד שני בתגובה לדברים אלה נכתב:²⁴⁸

... כל מי שיקרא את התשובה יראה שהכונה שלו היא אחרת לגמרי, שרוצה לומר שאין בכלל ממזרים בעולם... ואם יקשו לו את הקושיא הזאת (דאם כן איך יש בכלל ממזרים בעולם),

²⁴³ על המרכזיים שבהם עמד יוסף במחקרו, לעיל ה"ש 34, אולם הוא לא עמד על המוסד שייבחן להלן.

²⁴⁴ ש"מ"ש ומגן ד, לעיל ה"ש 199, בעמ' קיז.

²⁴⁵ לעיל ה"ש 239.

²⁴⁶ מנשה קליין שו"ת **משנה הלכות** חלק יז סימן ז (תשס"ט). המכתב נכתב בהתייחס לשתי תשובות בחלק ט של שו"ת יביע אומר (סימן ב, לעיל ה"ש 200, וסימן ה) המביאות את דבריו של הרב משאש שהסתמך על שיטה זו כדי להתיר ילדים שנולדו לאישה שהתגרשה אזרחית בלבד ונישאה אזרחית ליהודי אחר. הרב משאש הגיב על תשובה זו והחלה התכתבות בין השניים המובאת בש"מ"ש ומגן ד, לעיל ה"ש 199, בעמ' קנ-קנח, ובצורה חלקית גם כאן: הרב שלום משאש זצ"ל והרב מנשה קליין (הקטן) "נישואין אזרחיים וממזרות" **תחומין** כד 181 (תשס"ד).

²⁴⁷ ישראל מאיר יונה, לעיל ה"ש 203, בעמ' קלה.

²⁴⁸ חטאב, לעיל ה"ש 33, בעמ' ז.

יתרץ שיש ממזרים רק בהיו שניהם (הבעל והאשה לבד) בבית האסורים כמה חודשים, וודאי שהבן בא ממנו. אבל זה ממש חוכא ואיטלולא, איך יתכן שאף פוסק בעולם לא כתב את זה, שאין בכלל ממזרים בעולם רק בהיו שניהם בבית האסורים.

לפני בחינת שיטה זו, יש לומר שכנראה רק בשנות התשעים – זמן רב לאחר שהחל לפתח את שיטת ה'חבושים' – נחשף הרב משאש לשיטת רפ"ה כנראה מתשובת הרב עובדיה יוסף,²⁴⁹ והוא אף מסתמך עליה הלכה למעשה במקרה אחד.²⁵⁰ אולם השימוש שלו בשיטת ה'חבושים' מרובה לאין שיעור משום שהוא העדיף אותה על פני שיטת רפ"ה. הדברים מתחזרים ממכתב שכתב בשנת תשס"א לאחד ממבקריו,²⁵¹ ובו אינו מתווכח בנקודה זו עם בר הפלוגתא שלו שטען כי יש להבין את שיטת רפ"ה בצורה מצמצמת כפי שהבין אותה הרב אלישיב, כלומר שרוב בעילות משמעו "רוב נשים אין מתעברות אלא מבעליהן".²⁵² כנראה, לא ראה צורך לחלוק על כך משום שלדבריו השיטה שהוא מציע היא רחבה ומבוססת יותר:²⁵³

אמנם מלבד טעם ההפלאה, יש טעם מוסבר יותר. והבאתיו בספרי שמ"ש ומגן ח"ג אהע"ז סי' ו, ומצאנו ל"ד רבנים שאמרו הטעם דגבי ממזר לא אמרינן רוב בעילות, דאפילו רוב פסולים אצלה חיישינן למיעוטא, דהתורה אמרה ממזר ודאי הוא דלא יבא כגון חבושים בבית הסוהר. הא ספק ממזר יבא, אם כן אף דאיכא רוב בעילות של הבועל, עם כל זה איכא מיעוט שאינם מן הבועל, ובשביל מיעוט זה נקרא ספק ממזר ומן התורה מותר. ואין כאן אלא ספק, ויש להוסיף שמא מגוי.

בדומה לשיטת רפ"ה, גם מכאן יכולים אנו ללמוד שהכלל של 'רוב בעילות' יכול רק לסייע בהכשרת אדם, אולם לא בכיוון השני, בקביעתו כממזר למרות שהמציאות הפשוטה מלמדת שהוא אכן כזה, ובלשונו: "דגבי ממזר לא אמרינן רוב בעילות".

2. מקורו של טיעון 'חבושים בבית האסורים'

כזכור, התלמוד הבבלי טוען שהכלל 'רוב בעילות אחר הבעל' קובע את חזקת הילד כבנו של בעל אימו, גם אם הוריו לא היו חבושים יחדיו משום שאפילו בתא הכלא "אין אפטרופוס לעריות".²⁵⁴ טיעון זה מופיע בהקשר של דיני ממזרות במקום נוסף בתלמוד.²⁵⁵ לפי אחת השיטות בסוגיה שם, אביי טוען כי לשיטת רב, אישה החשודה שהיא מקיימת יחסים עם הארוס שלה, כלומר לאחר הקידושין וטרם הנישואין, כשהיא כבר במעמד של אשת איש – "הולד ממזר, מאי טעמא? דאמרינן: מדאפקרא נפשה לגבי ארוס, אפקרא נפשה לעלמא". אך בשל החשש שמדובר בילד של אדם אחר, נדרש אביי להסביר את קביעת המשנה שעליה מוסבת הסוגיה, הקובעת כי אישה שהרתה לכהן, גם שלא בתוך נישואין, תהיה זכאית לאחר לידת הילד לאכול בתרומה מכוח בנה, והרי ייתכן שהכהן כלל אינו אבי הילד. עונה אביי: "שהיו שניהם [=היולדת והכהן] חבושים בבית האסורין". לכן, בניגוד לכאורה לאמור בחולין, אין כאן חשש לקיום יחסים עם גבר אחר.

²⁴⁹ ראו שמ"ש ומגן ג ז, לעיל ה"ש 197, בעמ' רכא, המזכיר את 'מציאת' שיטה זו בתשובת הרב יוסף, לעיל ה"ש 180. מדובר במכתב תשובה למי שביקר את פסק דינו הראשון העושה שימוש מעשי בשיטה ה'חבושים', ראו להלן ה"ש 292.

²⁵⁰ שמ"ש ומגן ד, לעיל ה"ש 199, בעמ' קח.

²⁵¹ שם, עמ' פ.

²⁵² ראו לעיל ה"ש 148. לדברי הרב זעפרני, שעומו מתפלמס הרב משאש במכתבו, ראו זעפרני, לעיל ה"ש 149, בעמ' רע"א.

²⁵³ שמ"ש ומגן ד, לעיל ה"ש 199, בעמ' פ-פא.

²⁵⁴ לעיל ליד ה"ש 49.

²⁵⁵ יבמות סט ע"ב.

ספק אם ניתן להסיק מסקנה הלכתית רחבה לגבי 'חבושים' משתי סוגיות אלה. מכל מקום, שימוש הלכתי בהן נעשה ככל הנראה לראשונה במחצית השנייה של המאה השלוש עשרה בגרמניה. מרדכי בן הלל הכהן, תלמידו של מהר"ם מרוטנבורג, ב'מרדכי' למסכת יבמות²⁵⁶ דן בקביעת המשנה "מי שיש לו בן מכל מקום פוטר אשת אביו מן היבום".²⁵⁷ לפי המשנה, כל בן שיש לאדם מכל אישה שהיא, למעט שפחה או גויה, פוטר את אשתו של אותו אדם מייבום או מחליצה. אם כך, שואל ה'מרדכי', כיצד ניתן להסביר את דברי הרמב"ם שקבע כי לא תמיד נפטור מחליצה:²⁵⁸

מי שזינה עם אשה בין פנויה בין אשת איש ונתעברה ואמר זה העובר ממני הוא ואפילו היא מודה לו אף על פי שהוא בנו לענין ירושה הרי זה ספק לענין יבום, כשם שזינת עמו כך זינת עם אחר ומאין יודע הדבר שזה בנו ודאי והרי אין לו חזקה אלא לעולם ספק הוא ולהחמיר דנין בו וחולצת ולא מתיבמת.

כדי ליישב את דברי הרמב"ם עם קביעתה הגורפת של המשנה, המרדכי מצמצם אותה מאוד באמצעות דברי אביו: "וצריך לומר דמתני' [מירי] כגון שהיו חבושים בבית האסורין, וכן משמע סוף פרק אלמנה לכ"ג²⁶⁰". בעקבותיו הולך תלמידו, ר' אלכסנדר זוסלין הכהן, המעיר בקשר לדברי רב יהודה (יבמות כב ע"ב) שכוונת המשנה היא שגם בן ממזר פוטר את אשת אביו מייבום וחליצה:²⁶¹

מי שיש לו בן מכל מקום פוטר את אשתו מן הייבום ואפילו ממזר חוץ מן הבן שיש לו מן השפחה ומן הנכרית - צריך לומר **הא דממזר פוטר, כגון שהיו אביו ואמו חבושים בבית האסורים, דאי לאו הכי הוה ספק**. וכן כתב במיימוני: מי שזנה עם אשת איש ונתעברה ממנו ושניהם מודו בנו הוא לענין ירושה וספק לענין יבום כשם שזנתה עמו זנתה עם אחר.

מספר קשיים עולים מההסבר שהממזר הפוטר מחליצה הוא רק מי שהיו הוריו חבושים, מה גם שהמרדכי ובעל האגודה נוקטים לשון 'כגון' המעידה שאין זו האפשרות היחידה. מלבד העובדה שהתלמוד בחולין מניח שאף בתא הכלא "אין אפוטרופוס לעריות",²⁶² הרמב"ם עצמו קבע בראש הלכות ייבום וחליצה כי ממזר פוטר בוודאות את אשת אביו מייבום וחליצה, ולא הגביל את הלכה זו למציאות מסוימת.²⁶³ לאור הדיון ביבמות סט ע"ב, ההסבר הפשוט הוא שיש כמובן להבחין בין ילד שהוא בוודאות בנו של המנוח, למשל מי שחי באופן קבוע עם אישה האסורה לו, שאז הוא פוטר מחליצה גם אם הוא ממזר, ובין ילד שיש לגביו ספק, גם אם ייתכן שאינו ממזר ואימו פנויה, משום שייתכן שאימו זנתה גם עם אחרים.²⁶⁴

עוד יש לומר כי ראשונים אחרים חלקו על דברי הרמב"ם בפרק ג. כך למשל, בעל ערוך השולחן מסכם:²⁶⁵ "ובאמת דעת הרשב"א והרא"ש דכל שבא עליה ואינו יודע שאחר בא עליה ושניהם מודים שממנו הוא פטורה מן החליצה ומן היבום וגם המגיד משנה הסכים לזה אם אינה חשודה מאחרים". מכל מקום, דברי 'המרדכי' מצאו את דרכם גם להלכות הייבום בשולחן ערוך.²⁶⁶

²⁵⁶ מרדכי ליבמות כב ע"א, אות יב.

²⁵⁷ משנה יבמות ב ה.

²⁵⁸ רמב"ם, הלכות יבום וחליצה פרק ג הלכה ד.

²⁵⁹ מילה זו אינה נמצאת בכתב יד בודפשט של המרדכי, הנחשב לככיר כתבי היד של חיבור זה.

²⁶⁰ הכוונה לדברי אביו הנ"ל.

²⁶¹ ספר האגודה מסכת יבמות פרק ב סימן טז (מהד' בריזל תשל"ט, עמ' יד).

²⁶² ראו שלמה האס ספר כרם שלמה על אבן העזר לד ע"ב (תר"ה).

²⁶³ הלכות יבום וחליצה פרק א הלכה ג.

²⁶⁴ ראו: נחום אליעזר רבינוביץ' יד פשוטה נשים ב סח-ע (תשס"ג). וראו עוד שו"ת רמ"ע מפאנו סימן קטז קובע בפשטות שאם האישה 'מיוחדת' למנוח, ודאי שאין ספק בייחוס הילד ואין צורך בחליצה גם לשיטת הרמב"ם.

²⁶⁵ ערוך השולחן אבן העזר סימן קנו סעיף לד. ראו גם דברי הטור והבית יוסף שם.

²⁶⁶ שולחן ערוך אבן העזר סימן קנו סעיף ט.

לאחר שר' יוסף קארו מעתיק את דברי הרמב"ם: "מי שזינה עם אשה, בין פנויה בין אשת איש, ונתעברה, ואמר: זה העובר ממני הוא, ואפילו היא מודה לו, הרי זה ספק, וחולצת ולא מתיבמת", הרמ"א מוסיף: "ואם היו חבושין בבית האסורים, שודאי הוא ממנו, פוטר (מרדכי פרק כיצד). וי"א אפילו בזונה אחרת המיוחדת לו (המ"מ פ"ג²⁶⁷)". ודוק, הרמ"א אינו מעיר דבר על קביעת ר"י קארו בסעיף ב' ש"שאפילו היה לו זרע ממזר... הרי זה פוטר את נשיו מן החליצה ומן היבום", והוא גם מציע עמדה שלפיה יחסי זנות קבועים גם יכולים ליצור ודאות בשאלת אבהות.²⁶⁸ מכאן כמובן עולה כי קשה לטעון שהרמ"א קובע כי ממזר, אפילו לעניין פטור מייבום, הוא רק מי שהיו הוריו חבושים יחדיו.

צעד חשוב בכיוון זה עושה בעל ה'בית שמואל' בחיבורו מסוף המאה השבע עשרה המשמש אחד מנושאי הכלים החשובים לחלק אבן העזר של השולחן ערוך. על סעיף ב' הנ"ל, הוא מעיר בקצרה:²⁶⁹ "זרע ממזר – היינו בחבושי' בבית אסורים יחדיו, דאם לא כן יש לחוש שמא זנתה עם אחר כמ"ש בסעיף ט' וכ"כ המרדכי ואגודה". כאן כבר לא מדובר בדוגמה בעלמא כבדברי הראשונים שהוא מציין ("כגון שהיו"), אלא בהגדרה חד משמעית – ממזר הפוטר מייבום הוא רק מי שהוריו היו חבושים יחדיו.

על דבריו אלה של ה'בית שמואל' הקשה בעל ה'בית מאיר'. הוא הביא דוגמה משכנעת ביותר למקרה אחר של בן ממזר הפוטר בוודאות מייבום – "בנשא ממזרת שהקדושין תופסין בה והיא אשתו גמורה ושייך לגבה רוב בעילות אחר הבעל ככל הנשים ופוטר ההוא בן ואפילו הוא ממזר".²⁷⁰ טיעון דומה מעלה בעל שו"ת שיבת ציון המציע הצעה המתיישבת עם לשונו של המרדכי המשתמש כאמור ב'כגון':²⁷¹ "ומזה נראה לי לומר דבאמת לאו כוונת המרדכי הוא לאוקמי מתני' דוקא שהיה חבוש בבית האסורים בדרך חיוב, אלא שהמרדכי חזא מנייהו נקט הואיל ובסוגיא דסוף פרק אלמנה מוקי בכהאי גוונא נקט גם המרדכי אופן זה".

עוד יש לדון כמובן בשאלה אם הגדרתו המצמצמת של בעל 'בית שמואל' לממזר ודאי מוגבלת לעניין שאלת הצורך בחליצה או שמא מדבריו עולה המסקנה שלכל דבר ועניין ממזר הוא רק מי שהוריו היו חבושים? דומה כי האפשרות הראשונה נכונה, וכך בעל 'שיבת ציון' מעיר:²⁷² "ועוד שהב"ש סותר את עצמו עם מה שכתב בסימן ד' ס"ק מ"ב יעוין שם". כוונתו היא להערתו של ה'בית שמואל' על דברי הרמ"א בסימן ד סעיף כו. הסעיף שם עוסק בפנויה שנתעברה מפלוני ועל כך קובע ר' יוסף קארו: "ואם אותו פלוני הוא כשר, הולד כשר. ומ"מ אין אנו מחזיקים אותו בבנו ודאי ליורשו, אם אינו מודה שהוא בנו". הרמ"א מעיר על כך: "ואפילו היתה מיוחדת לו, אינה נאמנת עליו", ועל זה כותב ה'בית שמואל':²⁷³

בחלקת מחוקק²⁷⁴ הבין דאיירי כשהוא מודה לדבריה ומכל מקום חיישינן שמא זנתה עם אחר. וליתא, כי בכי האי גוונא לא חיישינן, כמ"ש בס"י קנ"ו אלא קאי על אם אינו מודה.

²⁶⁷ בית שמואל סימן קנו ס"ק טו: "וי"א אפילו בזונה אחרת המיוחדת. מה שנרשם המגיד משנה פ"ג ליתא אלא הרא"ש בתשובה כך כתב דרמב"ם מודה במיוחדת והרא"ש לשיטתו כתבתי בסמוך". כוונתו לתשובת הרא"ש כלל פב סימן א המסתיימת בקביעה: "ואף לפי דבריו בנדון זה שהיתה מיוחדת לו בביתו דבכי האי גוונא לא קאמר שתחלוץ, כי אף הוא לא כתב אלא זנות באקראי פנויה דומיא דאשת איש".

²⁶⁸ וראו בדברי הבית שמואל הנזכרים בהערה הקודמת ובביאור הגר"א שם, ס"ק ל. וראו להלן ליד ה"ש 309.

²⁶⁹ בית שמואל סימן קנו ס"ק א. הוא חוזר על כך גם בסימן קנו ס"ק א בעניין הקביעה שאח ממזר זוקק לייבום, ואף כאן הוא קובע שיש צורך בוודאות שמדובר באהיו: "כבר כתבתי ר"ס הקודם דאיירי דהיו חבושי' בבית האסור' יחדיו". וראו דברי הבית מאיר שם התמה על דברים אלה וטוען שאין דמיון בין הספקות של בן ממזר ואח ממזר.

²⁷⁰ בית מאיר אבן העזר סימן קנו סעיף ב. וראו דברים דומים בשו"ת התם סופר חלק ו, ליקוטים סימן קא.

²⁷¹ שו"ת שיבת ציון סז, לעיל ה"ש 137.

²⁷² שם. וראו גם פתחי תשובה לסימן קנו ס"ק ג.

²⁷³ שם ס"ק מב. לניסיון יישוב לקושי זה, הטוען כי הגדרת הבית שמואל בסימן קנו תואמת את גישתו של ר' יוסף קארו לגבי הגדרת ממזר בכלל(!), ראו שחר אורן, לעיל ה"ש 151, בעמ' מז.

²⁷⁴ שם, ס"ק כה. וראו שיטת הריטב"א, להלן ליד ה"ש 288.

כלומר, לדברי ה'בית שמואל', אם שני בני הזוג מודים שהילד הוא בנם, הודאה זו תקבע את ייחוסו וממילא את כשרותו, גם אם לא היו חבושים, ואין לחשוש שמא זנתה האישה עם אחר. מעניין לציין שגם רפ"ה תומך בעמדה זו.²⁷⁵ עוד יש להוסיף שנושא החבושים כלל לא נזכר בדברי ה'בית שמואל' בסימן ד', הסימן העוסק בהגדרת הממזרות ובקביעתה. מזאת ניתן להסיק שדרישת החבושים מוגבלת לסוגיית הייבום בלבד. אכן, ר' רפאל הכהן כ"ץ, רבה של המבורג במאה השמונה עשרה, קבע בצורה משכנעת שאי אפשר להוציא את דברי 'המרדכי' מגבולות דיני הייבום, שבהם החמיר הרמב"ם בחשש שמא זינתה עם אחרים.²⁷⁶

קשיים אלה הם שמנעו ממעט הפוסקים שבחנו לאורך הדורות את שיטת 'המרדכי' וה'בית שמואל' כאפשרות למצוא מזור לילדים שנולדו מיחסי קרובים מלהשתמש בה. מצאתי רק מקור אחד שבוחן את השיטה למטרה זו באופן חיובי לפני הרב משאש, אולם ספק אם ניתן לראות בו תקדים. מדובר בתשובה משנת תרמ"ח של הרב משה שמואל גלזר,²⁷⁷ העוסקת במקרה 'קל' יחסית שבו יצא 'קול', כלומר התפשטה שמועה על כך שילד מסוים נולד לאדם מאחות אשתו. הרב גלזר עומד על כך שאי אפשר לפסול אדם בשל שמועה בלבד וללא עדות ברורה,²⁷⁸ וכעניין אגבי אומר שגם אם 'קול' יש משמעות, הרי שכאן לא ניתן להאמין לו:

גם יש לצדד ולומר כי קול כזה בלאו הכי אינו מעיד על ממזר ודאי, כי מי יודע אם לא זנתה ג"כ עם אחרים כמו שזנתה עם זה. ומה שאומרים שהוא בן ראובן [=בעל אחותה] כוונתם לספק בן ראובן, וכמו שכתבו הפוסקים דודאי ממזר ליכא אלא בחבושים בבית אסורים.

דומה שאי אפשר להסיק מכאן דבר על השימוש בעמדה זו במקרה שבו לא מדובר ב'קול' בלבד. הבחינה הבאה של שיטה זו שמצאתי על ציר הזמן ההיסטורי היא בתשובה ששלח הרב ישראל זאב מינצברג, שעמד בראש בית הדין החסידי בירושלים וכיהן בבד"ץ העדה החרדית, לרב צבי פסח פראנק.²⁷⁹ התשובה עסקה בילדים שנולדו לזוג של גבר ואחות אשתו שחיו יחדיו במוצהר במשך שנים רבות לפני שניתן גט לאישה הראשונה וכן לאחריו. במהלך דיונו הארוך בוחן הרב מינצברג את שיטת 'המרדכי', מקשה עליה וקובע שהיא דעה יחידאית הנסותרת מהתלמוד גופו, ובכל מקרה היא מוגבלת לסוגיית הצורך בייבום.²⁸⁰ על כן הוא מסיים וקובע שהילדה שביקשה היתר במקרה זה היא "ממזרת גמורה... לית דין ולית דיין להתירה לבוא בקהל ה'".²⁸¹

גם הרב אלישיב בחר את שיטת 'המרדכי' באחת מתשובותיו שעסקה במקרה של בת שנולדה לאישה ולאחי בעלה שלא במקום ייבום. בני הזוג חיו יחדיו בקביעות תקופה ארוכה, הוכרו כידועים בציבור ונרשמו כהוריה של הבת.²⁸² על כן, הרב אלישיב קובע "במיוחדת לו והוא אומר שהוא בנו, בודאי שדינן אבתריה והוא כבנו לכל דבר ונקטינן להלכה שלא כמרדכי... וכן הכריעו החלקת מחוקק והבית שמואל".²⁸³

²⁷⁵ נתיבות לשבת, לעיל ה"ש 145, סימן ד ס"ק כא, עמ' כז.

²⁷⁶ רפאל הכהן כ"ץ שו"ת **ושב הכהן** סימן לה, עמ' רו-רו (מהדורת בני ברק תשמ"ח). הוא עומד על כך שבסוגיה ביבמות סט ע"ב, לעיל ה"ש 123, פוסקים כרבה ולא כאביי, ולכן אין לחשוש שזנתה עם אחרים. אלא שלדעת 'המרדכי', רק בסוגיית הייבום החמיר הרמב"ם וחשש לשיטת אביי. שמא ניתן למצוא את החומרה היתרה בענייני ייבום וחליצה גם בדברי פוסק בן זמננו, שקבע כי בן שנולד מזרע אביו בהזרעה מלאכותית נחשב כבנו לכל דבר, למעט העובדה שהאם עדיין זקוקה לחליצה. ראו: אפרים רחמים כהן **ספר ארץ אפרים** סימן כז (תשס"א).

²⁷⁷ משה שמואל גלזר שו"ת **דור רביעי** סימן סג, עמ' צה (תשל"ז).

²⁷⁸ ראו למשל שו"ע אה"ע סימן ב סעיף ג. והשוו: שם, ד טו.

²⁷⁹ ישראל זאב מינצברג שו"ת **שארית ישראל** אבן העזר סימן א (תשכ"ג). אין תאריך על התשובה, אך מעובדות המקרה נראה שניתן לתארך אותה לעשור השני של המאה העשרים.

²⁸⁰ שם, עמ' רח ועמ' רי.

²⁸¹ שם, עמ' ריד.

²⁸² יוסף שלום אלישיב **קובץ תשובות הרפג** (תשע"ו).

²⁸³ שם, עמ' רפה. בסופו של דבר הרב אלישיב אינו מוצא דרך להתיר את המבקשת בגלל החיים המשותפים הארוכים והידועים לכול של הוריה. **קובץ תשובות ח"ד**, עמ' קכז מופיעה שאלה שקיבל הרב אלישיב מלונדון בשנת תשמ"ד

אך קשיים ואלה ואחרים לא הרתיעו את הרב משאש מלהיעזר ולהשתמש בטיעון ה'חבושים' ברבות מפסיקותיו, ולכן לא מפליא שהוא נאלץ להגן עליו שוב ושוב מפני ביקורות של משיגים שונים.²⁸⁴ עם זאת, מעמדה של גישתו שודרג בעקבות תמיכתו הבלתי מסויגת של הרב עובדיה יוסף המשתמש בה ומביא אותה בתשובות מאוחרות שלו, למשל זו:²⁸⁵

והנה שלחתי השאלה הנ"ל לידידי הגר"ש משאש גאב"ד ירושלים, לחוות דעתו בזה, ופסק גם כן בכחה דהיתרא, שסמך סמיכה בכל כחו, לומר, שכשם שזינתה עם השני באיסור אשת איש, כך זינתה עם אדם אחר, וכיון שהרוב גוים, אמרינן שמא מגוי נתעברה וילדה את הבן הזה, ושמא אין כאן קידושין כלל. וכמו שהעלה בשו"ת שמש ומגן ח"ג (חאה"ע סי' ו). ואף על פי שהיתה מיוחדת לשני, לא יצא הדבר מידי ספק דשמא אין הבן ממנו, וקיימא לן ודאי ממזר הוא שלא יבא, הא ספק ממזר יבא. ואפילו ברוב פסולים אמרינן שהוא ספק ממזר, ומן התורה כשר הוא לבא בקהל. **ודוקא אם היו חבושים בבית האסורים, אז הוי ודאי ממזר, וכמו שכתב הרמ"א בהגה (סי' קנו ס"ט)...**

3. פסיקת הרב משאש

טיעון ה'חבושים' עולה לראשונה בדברי הרב שלום משאש בשנת תש"ל, עוד בעת שכיהן בקזבלנקה.²⁸⁶ כמו תשובות אחרות באותו כרך, התשובה אינה ממוענת לאיש ואינה מכילה שאלה, והיא נראית כמו בירור הלכה עקרונית ולא פסיקת הלכה בעניין מעשי. התשובה אינה עוסקת בממזרות דווקא, אלא בשאלה הכללית המתבטאת בכותרתה: "מיוחדת לו שילדה והבועל אינו מכיר", כלומר האם ניתן לייחס ילד לגבר שמקיים קשר קבוע ללא נישואין עם האם שאינו בהכרח מביא לממזרות, והגבר מכחיש שמדובר בבנו. הרב משאש מזכיר עמדות שסוברות שהתשובה חיובית, אולם לדעתו אין זה כך. לדבריו, שניים מגדולי הדיינים במרוקו במאה העשרים, הרב יהושע בירדוגו והרב רפאל אנקוואה, פסקו כך בעבר. לאור דברי הרמ"א וה'בית שמואל', הוא קובע שגם אם היא 'מיוחדת' לו וגם אם שניהם מודים שזה ילדם, עדיין לא ניתן לקבוע בוודאות את שאלת האבהות.²⁸⁷

... וכן פשט דברי ההג"ה בסי' קנ"ד ס"ט וז"ל ואם היו חבושים וכו' שודאי הוא ממנו פוטר ע"כ. מוכח דדייק בלישניה דודאי הוא ממנו, אבל באופן זולת זה אי אפשר לומר דודאי הוא ממנו אפילו במיוחדת, ואפילו בשניהם מודים וכמו שכתב בש"ע שם, וכן מוכח ממה שסיים ו"א אפילו בזונה אחרת המיוחדת ע"כ. **משמע דלדיעה א' אפילו מיוחדת כל שלא היו חבושים אמרינן כשם וכו'.** ... ועיין עוד בב"ש סי' קנ"ו סק"א דכל שאינם חבושים אמרינן שמא זנתה עם אחר... וגם לענין חליצה נ"ל כיון דאיכא סברא דדוקא בחבושין וכו'. אף דאיכא סברת הרא"ש שהביא ההג"ה בשם י"א, דאפילו במיוחדת לבד פוטר מן החליצה וכמוכח לעיל, ודאי דמספק צריך להחמיר ולחלוץ.

מכאן אנו רואים שהרב משאש מודע היטב לכך שהדיון המקורי בדרישת ה'חבושים' עסק בחליצה דווקא וכי גם שם הטיעון מתייחס בדברי הרמ"א רק לדעה אחת. בכל זאת, הוא לא נמנע מלאמץ

העוסקת באישה שחיייתה בקביעות עם גבר לאחר גירושין אזרחיים בלבד. השואל מעלה את שיטת 'המרדכי' (שם, עמ' קכח) אולם הרב אלישיב בתשובתו כלל אינו מזכיר אותה. וראו גם קובץ **תשובות ח"א**, סימנים קמב וקמח המציעים פרשנות מצמצמת לדברי 'המרדכי' וקובעים שלא יחולו במקום שבו בני הזוג 'מיוחדים' זה לזו.

²⁸⁴ מדובר בלפחות שישה רבנים שהשיגו על שיטתו בהם הרב יעקב זמיר, דיין בית הדין הרבני. ראו: שמ"ש ומגן ח"ג, לעיל ה"ש 197, בסימנים ו-ז; שם, ח"ד, לעיל ה"ש 199, בסימנים ד-ו, מג-מה, צה-צח. גם לאחר מותו מותקפת שיטתו בחריפות. ראו למשל: חטאב, לעיל ה"ש 248; מטה אשר, לעיל ה"ש 129, בעמ' 97-98.

²⁸⁵ יביע אומר, לעיל ה"ש 200, בעמ' שנו-שנו.

²⁸⁶ שלום משאש **ספר תבואות שמ"ש** חלק אבן העזר סימן קס (תשמ"א).

²⁸⁷ שם, עמ' שלא.

טיעון זה. עוד יש לומר כי הרב משאש נשען גם על דברי הריטב"א בטיעונו לגבי אי נאמנותה של פנויה שנתעברה ומצביעה על גבר פלוני כאבי הילד: ²⁸⁸ "ואפילו בפלגש המיוחדת לו נמי אינה נאמנת עליו וכן עיקר". אולם, דברים אלה שהם כאמור בסיס לפסיקת הרמ"א ²⁸⁹ עוסקים בכלל בשאלת הירושה, ואף במקרה – כמו זה שהרב משאש דן בו בתשובתו – שבו הגבר אינו מודה שזה בנו, ודאי לשיטת ה'בית שמואל' שעליה מסתמך הרב משאש. ²⁹⁰ כאמור, הרב משאש לא דן בתשובה זו בענייני ממזרות דווקא, וייתכן שהשאלות שעניינו אותו היו שאלת הצורך בחליצה, שאלת חיובו של הגבר כלפי הילד והשאלה האם ירושתו תועבר אליו.

השימוש בטיעון בדיני ממזרים עולה רק לאחר עלייתו של הרב משאש לארץ, ²⁹¹ בפסק דין שנתן בתשמ"ב בשבתו כראב"ד ירושלים. ²⁹² באותו מקרה נידונה בקשתה של אישה להתירה מכתם הממזרות לאחר שנרשמה בתעודת הזהות כבתם של אישה ובעל אחותה, ואביה הרשום טען שעד לאחרונה האמין שזו בתו וכך התייחס אליה. המשוכה הראשונה שעומדת בדרכו של הרב משאש היא כמובן 'דין יכיר', ואותה הוא פותר כך: ²⁹³

ונראה לי לתרץ, דודאי לענין איסור והיתר לגבי יוחסין, אפילו יודה שהוא ממנו, אינו אלא ספק ממזר ... וראיה גדולה לזה ממה שכתב מרן בשו"ע אה"ע סי' קנ"ו ס"ט, "מי שזינה עם אשה בין פנויה בין אשת איש ונתעברה ואמר זה העובר ממני הוא, ואפילו היא מודה לו הרי זה ספק וחולצת ולא מתייבמת", ובהגהה "ואם היו חבושים בבית האסורים בודאי הוא ממנו", ע"ש וטעמו של מרן ז"ל, דאע"פ שאומרת ממנו כיון שאינה אשתו רק בזנות בעלמא אין לו דין יכיר, ויש לומר כשם שזינתה עם זה וכו', ונהי דלענין ירושה מחזיקין אותו לבנו בהודאתו שהוא בנו וכמ"ש בסי' ד' הנ"ל מ"מ לענין איסור הוי ספק כל שאינה אשתו, וכמו שאמרנו לענין ממזרות.

כלומר הודאתו של אדם על בנו מן הפנויה יכולה להועיל רק לעניין הירושה, ²⁹⁴ אך לא לעניין יוחסין (שם, קנו, ט). ²⁹⁵ ובמילים פשוטות, אין 'דין יכיר' בבנו מן הפנויה! דא עקא שכאן לא היה מדובר בזנות חד פעמית, אלא בחיים משותפים של ממש, ומדוע להניח "שכשם שזינתה עם זה, כך זינתה עם אחר"? על כך עונה הרב משאש: ²⁹⁶

ואף שהיו מחוברים זה עם זה ודורים יחד, והוו כנשואים הרי כתבנו משם מור"ם [=הרמ"א] ז"ל **דדוקא בחבושים בבית הסוהר אז ודאי הוולד ממנו ופוטרי מן החליצה, אבל זולת זאת הוי ספק כיון שהיא פנויה ואינה אשתו, והוא מדברי המרדכי כמו שכתב ב"דרכי משה", וכן משמע מדברי ה"נימוקי יוסף" בסוף פרק אלמנה לכהן גדול והביאו הבית יוסף ע"ש, וכ"כ ה"בית שמואל" בסי' קנ"ו משם המרדכי והאגודה, וכן היא דעת הריטב"א הביאוהו האחרונים, ועיין בספרי "תבואות שמש" חלק אה"ע, סי' ק"ס, ובפרט בנידון דידן שהיא אסורה עליו בכרת, והיא יודעת שאינה ראויה להינשא לו, ובודאי שאין ביניהם כי אם אהבת זנונים, ותוכל ללכת עם אחרים באין מכלים (עיין "פתחי תשובה" סי' קנ"ו ס"ק כ"ב), ואם עושה איסור כרת, כל**

²⁸⁸ חידושי הריטב"א ליבמות ע"א, ד"ה 'אבל היכא' (מהדורת מוסד הרב קוק, עמ' תשע"ה). הדברים מובאים גם בדברי הנמוקי יוסף בדף כג ע"ב מדפי הרי"ף, ד"ה 'ומאי דאמרינן'.

²⁸⁹ לעיל ליד ה"ש 273.

²⁹⁰ ראו לעיל ה"ש 273. לדיון בדברי הריטב"א שהם חידוש גדול לגופם, בקשיים שבהם ובדרך הבנתם ראו אוצר הפוסקים לעיל ה"ש 38, בסימן ד ס"ק קט, אותיות א–ב, עמ' 174; ליטקה, לעיל ה"ש 146, בעמ' ר–רג.

²⁹¹ ראו לעיל ה"ש 236.

²⁹² תיק (ירושלים) 1122/מ"ב פד"ר יג 248. פורסם גם בשו"ת שמ"ש ומגן א אבן העזר סימן ג (תשמ"ו). פסה"ד קיבל את הסכמתם של הרבנים עובדיה יוסף ועזרא בצרי.

²⁹³ שם, בעמ' 251.

²⁹⁴ שולחן ערוך אבן העזר סימן ד סעיף כו.

²⁹⁵ שם, סימן קנו סעיף ט.

²⁹⁶ שם, בעמ' 252.

שכן איסור קל, ובפרט דלפי דבריה והודאתה הרי היתה עם אחרים ורגילה היא בכך, ומי יאמין לה שלא נשארה במנהגה גם אח"כ.

בכך יצר הרב משאש ספק בממזרות הבת, ובאמצעות הקביעה שספק ממזר אסור רק מדרבנן²⁹⁷ הוא מסכם:²⁹⁸

באופן שנראה לעניות דעתי דכיון שהוא רק איסור דרבנן ויש רוב כשרים וחזקת כשרות לאמה, ואין כאן נישואים, וגם הבת מעוברת ויש הצלת ב' נפשות, וגם יש טעם לחזרתם מדבריהם הראשונים, לכך יש לסמוך על דברי המקילין.

בפסק דין דומה משנת תשמ"ח שדן בהתרת חמישה ילדים שנולדו לאם שהיא אחות גרושתו של אביהם,²⁹⁹ כבר הציג הרב משאש את דבריו מפסק הדין הקודם כדבר מובן מאליו: "שלגבי יוחסין אפילו יודה שהוא ממנו, כיון שאינה נשואה לו בחופה וקידושין" הרי שרק "כשהיו חבושים בבית הסוהר", יש מקום לוודאות בממזרות. על כן, במקרה דנן "הבנים יצאו מדין איסור תורה ואינם אלא ספק ממזר דמותר מהתורה ואסורים רק מדרבנן".

בשנות התשעים נמצא טיעון ה'חבושים' בכמה פסקים שכתב הרב משאש. רוב הפסקים דנים במקרים של נשים שחיו בקביעות עם גבר זר, ללא גט מהבעל הראשון. לדוגמה בפס"ד משנת תשנ"ד,³⁰⁰ שעסק באישה שהתגרשה אזרחית בלבד מבעלה ונישאה אזרחית ליהודי אחר וממנו נולדה הבת ששני בני הזוג אומרים שזו בוודאות בתם. בפס"ד זה הרב משאש חוזר שוב על טענתו שאין דין יכיר בזוג שאינו נשוי כהלכה אף אם נשוי אזרחית, לאור קביעת השו"ע בסימן קנ"ו סעיף ט', כי זה ספק בנו לעניין חליצה. בד בבד הוא מדגיש את דברי הרמ"א הראשונים ("ושם בהגה שאם היו חבושים בבית הסוהר בודאי הוא ממנו"), אך אינו מזכיר את דבריו האחרונים ("וי"א אפילו בזונה אחרת המיוחדת לו"), וממשיך:³⁰¹

ומינה לנד"ד. כיון דליכא נישואין ורק נתחברו בזנות, שהרי הוא יודע שעדיין לא נתגרשה בגט, והיא א"א, י"ל כשם שזינתה עם זה והניחה בעלה, כך זינתה עם אחרים גוים וישראלים. ואף שהיו מחוברים יחד זה כמה שנים, וגם נישאו באזרחות. **עם כל זה הרי כתב מור"ם דדוקא בחבושים בבית הסוהר, אבל זולת זה הוי ספק.** והוא מדברי המרדכי כמו שכתב בדרכי משה. ומשמע שכתב זה רמ"א בסתם גם לדעת מר"ן.

מהלך זה התמיה אפילו דיין בבית הדין הרבני בנתניה, המכהן כיום בבית הדין הגדול, הרב יעקב זמיר:³⁰²

והנה לא זכיתי להבין דברי קדשו, דאפילו נימא שזינתה עם אחרים מ"מ הרי היא נישאה עם בועלה בנישואין אזרחיים וחיה אתו זה כ"ב שנה, **ואם כן למה לא נימא רוב בעילות אחר הבעל-הבועל,** גם ללא צורך לנאמנותו של הבועל שהבת ממנו. כשם שאשת איש שזינתה אמרינן רוב בעילות אחר הבעל ותלינן הולד בבעל גם בלי נאמנות הבעל, מלבד בפרוצה ביותר, כמבואר בש"ע (אה"ע סי' ד' סעיף ט"ו), דבר שלא הוכח בנדון דידן שהיתה חשודה מאחרים

²⁹⁷ לעיל ה"ש 23.

²⁹⁸ תיק 1122, לעיל ה"ש 292, בעמ' 258.

²⁹⁹ שו"ת שמ"ש ומגן ב אבן העזר סימן י (תשנ"ג). הציטוטים להלן מעמ' רלא-רלב שם. סימן יא שם הוא הסכמת הרב עובדיה יוסף לפסק זה.

³⁰⁰ שמ"ש ומגן ג, לעיל ה"ש 197, סימן יב.

³⁰¹ שם, עמ' רכה.

³⁰² יעקב זמיר (בן-לולו) "הערה לפסק הגר"ש משאש שליט"א בענין ממזרות" אור תורה, אייר תשנ"ו, תרד בעמ' תרה.

חוץ מהאיש שחיה אתו בנישואין אזרחיים, אם כן יש לומר רוב בעילות אחר הבעל-הבועל. ואף שבנדון דידן חיו בחטא בלי חופה וקידושין, אבל למעשה חיו כבעל ואשה לכל דבר, כולל חיי אישות, ונישאו בנישואין אזרחיים, ומסתמא רוב הבעילות היו ממנו. ואם כן לפי זה לכאורה הבת הנ"ל היא ממזרת דאורייתא.

אולם הרב משאש חוזר בתשובתו למשיג על עמדתו שלפיה בבני זוג החיים באיסור לא ניתן לתלות בוודאות כי הילד שנולד הוא אכן בנו של הגבר:³⁰³

ומשמע דלסתמא דדינא דמור"ם, דאפילו מיוחדת אין חוששין לרוב בעילות שלו, ותמיד נשאר ספק ממזר ולא ודאי. ודוקא בחבושים בבית הסוהר כמ"ש שם. וסתמיות דבריו שכתב כן גם לדעת מר"ן. וא"כ זאת שיושבת עמו באיסור אשת איש, אע"פ שנשאת באזרחות, הם יודעים בעצמם דזה לא שוי כלום מן הדין. שהרי יודעים שלא יוכלו להנשא בכשרות אצל הבי"ד, ובשביל זה הלכו להנשא אצל העכו"ם. ואם כן למרבה נחשוב אותה כמיוחדת לו. והרי הוכחנו לדעת מר"ן ומור"ם בב' מקומות בסי' ד' ובסי' קנ"ו דגם במיוחדת יש לחוש שהולכת עם אחרים. ודוקא בחבושים בבית הסוהר, אז ודאי שהוא ממנו. וזה מתאים עם מה שכתבו הפוסקים הנ"ל דממזר ודאי הוא דלא יבא, דהכוונה דחבושים בבית הסוהר, או ע"י הודאת והכרת האב ממש בכתובה וקדושין כדת וכהלכה, שהוא ממזר, ... אבל זולת זה לא נקרא ממזר. דאף דאיכא רוב בעילות, עדיין יש ספק שמא מהמיעוט ואינו ממזר ודאי.

על עמדה זו הוא שב וחוזר שוב ושוב, למשל בתשובתו לרב מנשה קליין שהשיג עליו:³⁰⁴

הראת לדעת שנישואי ערכאות אין להם שום ערך ושום חשיבות כלל וכאילו אינם, ולמרבה הוי כמיוחדת לו. וכבר אמרנו דבמיוחדת לו אין אומרים שהוא שלו, וכמו שגם מעלת כבוד תורתו מודה בזה, שאינו אלא ספק ממזר כפלגא ופלאגא ומותר מהתורה, ובספק אחר כל דהו יש להתירו. ומ"ש מעלת כבוד תורתו שלא הנחנו לאסור כי אם בחבושים בבית הסוהר,³⁰⁵ אלו לא דברינו כי אם דברי הפוסקים.

קשה שלא לחבר גישה זו לדבריו בכמה פסקאות קודם לכן שלפיהם יש להגדיל ככל הניתן את מרחב הספק כדי להגיע לאיסור דרבנן בלבד, "ואין לנו לעשות חילוקים מדעתנו ומסברתנו כדי להרבות ממזרים". כמעט מתבקש לומר שלשיטתו כדי למעט בממזרים דווקא יש לעשות "חילוקים מדעתנו ומסברתנו". דבר זה מזכיר מאוד את המגמה של חז"ל בקשר לצמצום האפשרות להפעיל את עונש המוות, שעמד עליה הרב בירדוגו ודבריו הובאו בראשית המאמר.³⁰⁶

4. אימוץ השיטה בידי הרב עובדיה יוסף

כאמור, שדרוג נכבד למשקלה של שיטה זו נוסף כאשר החל הרב עובדיה יוסף להשתמש בה. הרב יוסף נחשף אליה ככל הנראה לאחר שביקש ממנו הרב משאש לתת הסכמה לפסקיו הרדיקליים להתרת ממזרים.³⁰⁷

³⁰³ ש"מ"ש ומגן, לעיל ה"ש 197, בסימן ו בעמ' ריה.

³⁰⁴ ההתכתבות עם הרב קליין מובאת בש"מ"ש ומגן ד, לעיל ה"ש 199, בסימנים צה-צח. הציטוטים כאן הם מעמוד קנד.

³⁰⁵ לעיל ליד ה"ש 246.

³⁰⁶ ראו לעיל ליד ה"ש 10.

³⁰⁷ ראו למשל תיק 1122 לעיל ה"ש 292, בעמ' 258; ש"מ"ש ומגן, לעיל ה"ש 197, בעמ' רכה ועמ' רלו. בשנים תש"ס-תשס"א התייעץ הרב יוסף עם הרב משאש לגבי שני מקרים שנשלחו אליו מחו"ל ועסקו בנשים שהתגרשו באופן אזרחי בלבד וילדו ילדים לגברים אחרים (יביע אומר ה"ט, לעיל ה"ש 189 וה"ש 200). בשני המקרים השתמש הרב משאש בטיעונו: "לא הוי אלא ספק ממזר, עד שיהיו חבושים בבית הסוהר" (שם, עמ' שסג).

שימוש ישיר של הרב יוסף בשיטת החבושים נמצא לראשונה בתשובה הנושאת את התאריך כ"ח אדר תשנ"ד.³⁰⁸ בתשובה זו הרב יוסף מתמודד עם העובדה שהרמ"א מוכן להכיר גם ב'מיוחדת',³⁰⁹ קביעה המקשה להתיר ילד שנולד לאימו שלא קיבלה גט מבעלה הראשון וחיה שנים רבות עם גבר אחר במסגרת נישואין אזרחיים:³¹⁰

ולדידי חזי לי שישנם כאן שני טעמים נכונים להתרא, האחד שמכיון שההורים פרוצים בעריות, וכדמוכח גם ממה שנישאת לאחר בלי גט, אמרינן כי היכי דאפקרה נפשה לגבי הנואף שהוא בעלה השני, כך זינתה עם אדם אחר, וכיון שהרוב גוים, אמרינן שמא מגוי נתעברה וילדה את הבן הזה. ... ואע"פ שהיתה מיוחדת לו, מ"מ לא יצא הדבר מידי ספק, וקיימא לן ממזר ודאי הוא שלא יבא הא ספק יבא. והרמ"א בהגה באה"ע (סי' קנו ס"ט) לפי הסברא שכתב בסתם, כתב, שאפילו בזונה המיוחדת לו אינו נאמן לומר הולד הזה ממני, ואפילו היא מודה לו, ואינו אלא ספק, **אלא אם כן היו חבושים בבית האסורים**, שאז בודאי הוא ממנו. ואע"פ שכתב אח"כ וי"א שאם היתה מיוחדת לו סומכים על דבריו שהולד ממנו, קיימא לן הלכה כסתם אף בדברי הרמ"א, כמו שכתב הש"ך (יו"ד סי' רמב בקיצור הנהגת איסור והיתר דין ה'³¹¹).

בשנת תשנ"ט הופנתה לרב יוסף שאלה מבית הדין לבירור יהדות ויוחסין של רבנות ירושלים.³¹² באותו מקרה נידונה כשרותה של בת שנולדה כשנתיים לאחר שנישאה אימה בנישואין אזרחיים לאח של בעלה הראשון, שממנו התגרשה כדת משה וישראל. דעת הרוב בבית הדין שכתב אב בית הדין, הרב אברהם דב לוין, הייתה זו:³¹³

ולעניות דעתי יש מקום להחמיר בדינה, וכן נוטה דעת ידידי הגר"ב שרגא שליט"א, אב"ד מקודש בירושלים. ... חדא. מכיון שאמה היתה נשואה אזרחית לבעלה השני, **לענין רוב בעילות אחר הבעל אין דינה כפנויה שזינתה, אלא כנשואה** ... ועוד. מכיון שבת זו נולדה לזוג שהם נשואים זה לזו אזרחית, והוחזקה כבתם לכל דבר וענין, באופן כזה נאמר שורפין וסוקלין על החזקות, וכמו שפסק הרמב"ם אסורי ביאה פ"א ה"כ...

דעת המיעוט של הרב שמואל ביבאס הייתה שיש כאן כמה נקודות המאפשרות לקבוע כי הילדה רק ספק ממזרה. בטיעון המרכזי של דבריו הביא שתי תשובות של הרב משאש העומדות על כך "דדוקא כשהיו חבושים בבית הסוהר אז ודאי שהוא ממנו".³¹⁴ כדי להוציא את הילדה מספק ממזרות, הוא מציע בדיקת רקמות שתוצאותיה יתקבלו רק כדי להתיר ולא כדי לאסור.³¹⁵ בית הדין שלח את פסק דינו לרב יוסף, שצידד כמובן בעמדת הרב ביבאס, ואף הקל ממנו ופסק "להתיר את הבת לבוא בקהל ה' גם בלי בדיקת רקמות".³¹⁶ מכל טיעוני ההיתר של הרב ביבאס, הרב יוסף מציין רק את ההפניות לדברי הרב משאש!³¹⁷

³⁰⁸ לעיל ה"ש 192.

³⁰⁹ לעיל ליד ה"ש 267.

³¹⁰ לעיל ה"ש 185, בעמ' שסט.

³¹¹ כלל זה אינו מוסכם על הכול. ראו: יצחק יוסף, עין יצחק ג: כללי השלחן ערוך והרמ"א תר-תרא (תשס"ט).

³¹² תיק 102-101 נט פסקי דין מבית הדין לדיני ממונות ולבירור יהדות של הרבנות הראשית לירושלים ו ריז. על בית דין זה ראו: עמיחי רדזינר "בית הדין-הרבני בין בג"ץ לבד"ץ: השפעת בג"ץ על מעמדו ההלכתי של בית-הדין הרשמי" **משפט וממשל** יג 271 327-353 (2011).

³¹³ שם, עמ' רכג-רכד. הרב לוין מסתמך גם על פסיקת הרב אלישיב שהחמיר במקרה דומה. להסתייגות נוספת של הרב לוין מהיתרי הממזרים של הרב משאש (לגבי המקרה הנזכר לעיל ליד ה"ש 292) ראו: שמ"ש ומגן ג, לעיל ה"ש 197, בעמ' רצא-רצג.

³¹⁴ שם, עמ' רכ.

³¹⁵ שם, עמ' רכב.

³¹⁶ שם, עמ' רכח.

³¹⁷ שם, עמ' רכה.

וכך, בתשובה משנת תשס"ג העוסקת באישה שילדה לבעלה ה'אזרחי' שנים לאחר שהתגרשה אזרחית בלבד מבעלה הראשון שנישאה כדת משה וישראל, הרב יוסף מביא את שיטת רפ"ה ולאחריה את הדברים האלה:³¹⁸

ואף על פי שהיתה מיוחדת לו לנואף, בעודה אשת איש, מ"מ מוכח מדברי המרדכי (פ"ב דיבמות סי' יב), והרמ"א בהגה (סי' קנו ס"ט), דלא אמרינן שבודאי הולד ממנו, **אלא רק בהיו חבושים בבית האסורים**, שאז אמרינן שבודאי הוא ממנו, הלא"ה תלינן ליה באחרים, דאמרינן דאפקרה נפשה לעלמא... וכן העלה בשו"ת שמש ומגן ח"ג (חאה"ע סי' ו עמוד ריח) בד"ה גם. ושם (עמוד ריט) בד"ה הרי. ושם (סימן ז עמוד רכא) בד"ה וכן. ע"ש.

וכך, בתשובה מאחרית ימיו של הרב יוסף³¹⁹ שבה הוא חוזר על דבריו משנת תשנ"ד³²⁰ אף על פי ששם אירע המקרה בחו"ל וממילא גובר ההיגיון הסטטיסטי של 'שמא מגוי נתעברה', ואילו במקרה דנן הוא היה בירושלים.

5. שיטת 'חבושים' בבתי הדין הרבניים

פסיקתו של הרב משאש מצאה את דרכה לפסיקתם של דיינים נוספים, ודאי לאחר שאימצה הרב עובדיה יוסף. עם זאת, דומה שהיו גם דיינים שהסתייגו ממנה.³²¹ פסה"ד הראשון שנמצא מאמץ גישה זו הוא פרי עטו של הרב ציון בוארון.³²² כזכור, באותו מקרה היה הדיין צריך להתמודד עם העובדה שלא היה ספק בכך שהאם הייתה 'מיוחדת' לבעלה של אחותה. הרב בוארון מצביע על קשיים שונים בשיטת ה'חבושים' שפורטו לעיל, ובכל זאת אינו נמנע מלאמץ אותה כדי להטיל ספק בכך שהילדים הם אכן ילדיו של זוג זה.³²³ הדואליות הזו משתקפת גם בדברי הסיכום שלו:³²⁴

והנה ממה שהעמידו המרדכי והאגודה והרמ"א והבית שמואל (עפ"י הרמב"ם) זהא הממזר פוטר איירי דוקא **בחבושין בבית האסורים שהוא אופן זר ורחוק מאוד** יוצא שהבינו בדעת הרמב"ם דאפילו בפלגש המיוחדת ודרים יחד באיש ואשתו נמי שייך הספק דשמא זינתה עם אחרים, ולא אמרינן דרוב בעילות ממנו. ... **ועל כן לא נניח דברי הראשונים** המרדכי ואגודה שהסכים עמהם הרמ"א (ואולי גם מרן) שפירשו בדעת הרמב"ם דרק **חבושים בבית אסורים הוי ודאי**.

הוא חוזר על השימוש בשיטה זו במקרה דומה שדן בו בשנת תשס"ה למרות הודאתו כי "הן אמת דשיטה זו אינה מוסכמת".³²⁵

הרב ניסים בן שמעון בפס"ד מן העשור הקודם עוסק במקרה של ילד שנולד לאישה שלא קיבלה גט ונישאה אזרחית לגבר אחר.³²⁶ הרב בן שמעון רצה להכשיר את הילד בין היתר בשל

³¹⁸ יביע אומר, לעיל ה"ש 144, בעמ' שצב.

³¹⁹ **יביע אומר** חלק יא אבן העזר סימן ט, בעמ' שסד.

³²⁰ לעיל ה"ש 310.

³²¹ ראו לעיל ה"ש 302. הסתייגות משיטה זו, גם אם בצורה לא מפורשת, ניתן לחוש בדברי הדיינים הרב לביא, לעיל ה"ש 167, בעמ' 49; הרב לבנון, שחר אורך, לעיל ה"ש 151, בעמ' לב; הרב איגרא, שם, עמ' סו-סז. יש לציין כי שיטה זו לא עולה בפסקי הדין הרבים שבהם התיר הרב שלמה עמאר ממזרים, אשר כפי שראינו הרבה להסתמך על שיטת רפ"ה.

³²² לעיל ה"ש 212.

³²³ שם עמ' קצה-קצז.

³²⁴ שם, עמ' רלה.

³²⁵ שערי ציון, לעיל ה"ש 152, בעמ' קצא-קצב.

³²⁶ משפטי הבשן ח"א, לעיל ה"ש 225, בסימן כו. פסק הדין אינו נושא תאריך, אך הרב משאש נזכר בו כ'זצ"ל', כלומר הדברים נכתבו לאחר פטירתו בשנת 2003.

העובדה שאימו התגוררה בעת עיבורו בעיר שרובה נוכרים, אולם הוא היה מודע לכך שקיימת אותה הבעיה הבסיסית שעמדתי עליה לאורך המאמר:³²⁷

אלא שעדיין יש מקום לדחות דכל האמור לעיל היינו כאשר אשת איש לאחר שנפרדה מבעלה וכל אחד פנה לדרכו ואחר זמן ילדה האשה כן שאין לתלות בבעל ובוודאי זינתה, בזה יש מקום לכל האמור, מה שאין כן אם לאחר שעזבה את הבעל או שהוא עזב אותה הלכה ונשאת לאחר בערכאות ומתגוררים בבית אחד וידוע לכל שהם זוג נשוי, בכגון זה לא שייך לומר שמא זינתה עם גוי, ואדרבא יש מקום לומר רוב בעילות אחר "הבעל".

התשובה לכך היא:

ואע"פ שהיתה מיוחדת לו לנואף בעודה אשת איש, מ"מ מוכח מדברי המרדכי... והרמ"א... דלא אמרינן שבוודאי הוולד ממנו, אלא רק בהיו חבושים בבית האסורים, שאז אמרינן שבוודאי ממנו הוא, הא לאו הכי תלינן ליה באחרים, דאמרינן דאפקרא נפשה וכו'.... על סמך האמור פסק מרן הראשל"צ [=הרב עובדיה יוסף] בפס"ד רבים להתיר לבוא בקהל, וכן כתב רבה של ירושלים הגר"ש משאש זצ"ל בספרו שמש ומגן...

מבין הדיינים המכהנים היום ניתן לזהות כמה דיינים המשתמשים בשיטה זו, ולא במקרה הם נבחרו לשבת בהרכבי יוחסין.³²⁸ כך, נמצא שהרב אייל יוסף, שכהן בהרכב היוחסין של ביה"ד בחיפה, השתמש בשיטה בעת שדן בהיתר חמישה ילדים ושנים עשר נכדים שנולדו לאישה מאחי בעלה שלא במקום ייבום.³²⁹ במקרה זה הייתה הודאה ברורה של בני הזוג האסורים שאלה ילדיהם, ואף לא היה ניתן למצוא פגם בקידושין הראשונים. הרב אייל יוסף, שכתב את עיקרו של פסה"ד, נדרש כמובן למצוא שני ספקות כדי להכשיר את הצאצאים. הספק הראשון שהוא מציג הוא 'שיטת החבושים'. בשיטה זו הוא מסתמך על דברי קודמיו, ומתעד למעשה את ה'קפיצה' שנעשתה בדורנו מהיות דרישת ה'חבושים' פרט בדיני ייבום לשימוש בה בהגדרת הממזרות בכלל בעודו מתעלם מן הדעה השנייה ברמ"א:

הרמ"א באה"ע סי' קנו' סעי' ט' הביא בשם המרדכי והאגודה שמי שזינה עם אשה בין פנויה ובין אשת איש, אפילו שניהם מודים, אין העובר פוטר מחליצה אלא אם כן היו חבושים בבית האסורים. וכתב הב"ש ס"ק א' שממזר ודאי שייך רק בחבושים בבית האסורים אבל לא היו חבושים בבית האסורים לא הוזה ממזר ודאי אלא ספק ממזר, דחיישינן שמא זינתה גם עם אחרים ולכן אינו פוטר מחליצה.

עוד בנושא זה כתבו מרן מאור ישראל שליט"א בשו"ת יביע אומר חלק ח' וחלק ט' וחלק י' ובשו"ת שמש ומגן ובשו"ת תבואות שמש לגאון הרב משאש זצ"ל ובשו"ת שמע שלמה³³⁰ ובשו"ת שערי ציון שנוקטים להלכה שממזר ודאי שייך רק בחבושים בבית האסורים, אבל בפנויה שזנתה, גם אם אומרת שזנתה עם פסול אינה נאמנת, דאמרינן כשם שזנתה עם זה כך זנתה עם אחרים, והולד ספק ממזר ולא ממזר ודאי.

³²⁷ שם, עמ' קעה.

³²⁸ ראו להלן בפרק הסיכום על הרכבים אלה ועל המינויים אליהם.

³²⁹ תיק 895409, לעיל ה"ש 171. התיק הועבר לבית הדין בחיפה מבית הדין בצפת לאור התקנות המחייבות זאת, ראו להלן ליד ה"ש 355.

³³⁰ כוונתו לא ברורה לי. כאמור, לעיל ה"ש 321, בדברי הרב שלמה עמאר לא נמצא שימוש בטענה זו.

גם הרב אריאל אדרי, שישב בהרכבי יוחסין באשקלון ובאר-שבע והיה מקורב מאוד לרב משאש השתמש בשיטה הזו בפסיקותיו.³³¹ בפס"ד של בית הדין באשקלון משנת תשע"ד³³² נידון מקרה של ילדי בן שנולד לאישה מאחי בעלה שלא במקום ייבום. בני הזוג חיו שנים בקביעות ואף נישאו אזרחית. האב המשווער אף הכיר בילד כבנו וכך הילד נרשם בתעודת הזהות. בעקבות כך נקבע בשנות השמונים שהילד הוא ממזר או לכל הפחות ספק ממזר, ולכן אסור לבוא בקהל. בכל זאת החליט ביה"ד באשקלון לדון שוב בתיק על מנת להתיר את הילדים שנולדו לאותו בן.³³³ טיעון 'החבושים' מרכזי מאוד בדרך היתרו של הרב אדרי,³³⁴ והוא חוזר פעמים רבות לאורך פסק דינו, ומנסה למצוא לו תמיכה בדבריהם של אחרונים רבים.³³⁵ בסיכומו הוא קובע שהבן המדובר הוא רק 'ספק ממזר' משום שגם אם אימו הייתה 'מיוחדת' לאחי בעלה, הרי "חיישינן שכשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר והולד ספק בנו הוא, ואפילו כשהוא והיא מודים שכך הדבר יש להסתפק באבהותו". אבל את אותו ספק יש להעביר הלאה גם לגבי בניו שלו: "שכן גם הוא דר בזנות עם אשה כאשר שניהם יודעים בודאות שמבקש זה אסור לבוא בקהל ולכן נישאו בנישואין אזרחיים בחו"ל, וממילא גם באבהותו על בניו יש להסתפק והרי בניו מותרים מדין ספק ספיקא". כמו כן הרב יהודה דרעי, ראב"ד באר שבע וראש הרכב היוחסין שם, נעזר בשיטה זו בשלושה מקרים לפחות בשנים האחרונות. במקרה אחד היה מדובר בכשרות שמונה צאצאים של בת שנולדה לאישה שהרתה לגבר זר, שחיה עימו בקביעות בעת שהייתה נשואה לאחר. הבת אף נרשמה כבתו של אותו גבר.³³⁶ הרב דרעי מציג כיוונים רבים להיתר. אחד מהם הוא מסכם כך:

אמנם נחלקו רבותינו הראשונים אם תולים ספק מגוי גם כשאומרת שנתעברה מישראל פלוני וידוע שהיא מיוחדת לו וחייה עמו כפילגש, מכל מקום העיקר להלכה שגם בזה יש מקום לתלות ספק מגוי אלא אם כן היו חבושים יחדיו בבית האסורים, דכשם שזינתה עמו כך זינתה עם אחרים. וכן נראה בדעת הרמ"א וסתימת השו"ע, וכן היא מסקנת כמה מגדולי הפוסקים.

הוא חוזר על כך בשני מקרים דומים של אישה שעזבה את בעלה ללא גט וילדה ילד לגבר אחר שהכיר בו כילדו.³³⁷ במקרה השלישי, שנידון למעשה בהרכב מיוחד של בית הדין בתל אביב,³³⁸ נקטו שיטה זו שני דיינים: הרב איתן זן בר הדין בהרחבה בשיטה זו ומסכם אותה:³³⁹ "ע"פ כמה שו"ת כגון שמש ומגן לרב משאש ועוד רק כאשר אשת איש ונטען חבושים יחד בבית האסורים אמרינן ודאי ממזר, וספק ממזר הוי דרבנן", וכן הרב יאיר בן מנחם הקובע בעקבות הרב משאש והרב יוסף כי "נראה להלכה שגם כאשר האם מיוחדת לנטען אין לתלות בו את הולד אלא אם כן היו חבושים יחדיו".³⁴⁰

³³¹ הרב אדרי אף ערך את הספר ילקוט שמ"ש: פסקי ומנהגי הרב שלום משאש זצ"ל (תשס"ה) שהוא סיכום פסקיו של הרב משאש באורה חיים. אומנם שמו נכתב שם כ'אליהו אריאל אדרעי', אולם מדובר באותו אדם, וראו בהסכמת הרב משאש המופיעה בראש הספר.

³³² שחר אורן, לעיל ה"ש 151, סימן ב. תאריך פסה"ד אינו מופיע שם, אולם הוא מופיע ('תשרי תשע"ד') על מכתבו של הרב יצחק יוסף שתמד בהיתר ואשר פורסם במקום נוסף: יצחק יוסף "היתר בפסולי חיתון" משנת יוסף א כד (תשע"ד).

³³³ שם, עמ' כח. הוא מצביע על פגם פרוצדורלי בהחלטה הקודמת שמאפשר לו זאת.
³³⁴ אם כי נראה ששני חבריו להרכב, הרבנים לבנון ואיגרא, הסתייגו ממנו והגיעו להיתר בדרכים אחרות. ראו לעיל ה"ש 321.

³³⁵ ראו שם, עמ' לה-נח. וראו סיכומו בעמ' נז: "ומכל הכתוב כאן מקור נוסף להכרעת רבותינו הראש"ל הגר"ע יוסף זצ"ל וכמור"ר הגר"ש משאש זצ"ל".

³³⁶ תיק (ב"ש 1134339/1) 11.7.2018). פסה"ד ניתן בהסכמת הרבנים אריאל אדרי ואהרן דרשביץ.

³³⁷ תיק 1181337/1, לעיל ה"ש 19. מדובר באותו הרכב; חוות דעתו לתיק 1040737/1, לעיל ה"ש 88.

³³⁸ תיק 1040737/1, לעיל ה"ש 19.

³³⁹ שם, עמ' 116 לפסק דינו.

³⁴⁰ שם, עמ' 48-50 לפסק דינו. הציטוט לקוח מן הכותרת של הסעיף בפסק הדין. הוא עושה שימוש דומה בשיטה זו בפסק הדין שנזכר לעיל בה"ש. **Error! Bookmark not defined.** בעמ' עה-עה.

ה. דברי סיום, סיכום והרהורים להמשך

מאז תקופת התלמוד, לאורך הדורות פעלו חכמים שונים על מנת לצמצם את היכולת להגדיר אדם כממזר. 341 מאמר זה התרכז בשני כלים חדשניים ורדיקליים למדי שעיקר התפתחותם ושימושם אירע במדינת ישראל בדור האחרון. כלים אלה, שברוב המקרים מופעלים לצד כלים אחרים המבוססים יותר במקורות ההלכה בדורות הקודמים, מסייעים לדיין הרוצה בכך להסיר את כתם הממזרות מעל אדם או להפכו לספק ממזר בלבד, שבעזרת ספק קל אחר נוצר 'ספק ספיקא' המאפשר התרה מוחלטת. למעשה, השימוש בהם הופך ברוב המקרים את קביעת הממזרות לבלתי אפשרית, ודאי במקרי ממזרות מיחסי קרובים שאירעו לא פעם ולא פעמיים כפי שראינו, לרוב אלה יחסי אישה עם אחי בעלה המת שלא במקום ייבום או גבר ואחות אשתו או גרושתו.

התפתחות זו לא נעלמה מעיניהם של מבקרי בתי הדין הרשמיים. מתוך העלאת קושיות מבוססות ביותר שלהן שותפים גם רבנים שלא ניתן לראותם כקטגורים של המערכת ואף דיינים המכהנים בה, הגיעו המבקרים למסקנות שקשה לטעון שהן מופרכות כגון דברי הרב מנשה קליין המשמשים ככותרת למאמר זה,³⁴² או הדברים שהובאו בפתיחת המאמר,³⁴³ שדומני כי לאחר קריאתו הם מובנים יותר. ההשוואה בין היעדרות השימוש בכלים דנן כדי להתיר ממזרים לאורך הדורות ובין ריבוי השימוש בהם בדור האחרון אומרת דרשני, ודומה כי ההסבר לכך טמון בשילוב שבין אומץ ליבם ההלכתי של שני 'גיבורי' המאמר: הרב עובדיה יוסף והרב שלום משאש לבין הבנתם את צורך השעה ואת מצוקת הממזרים. כאמור, נכתבו מחקרים מקיפים על פסיקתם בדיני משפחה בכלל ובסוגיית הממזרות בפרט והדברים שנידונו כאן רק מחזקים את מסקנותיהם שנבנו על בסיס בחינת תשובות רבות. על כן ודאי צודק אמיר זוארץ בהגדירו את פסיקתו של הרב עובדיה יוסף בתחום הממזרים כ'פסיקה טלאולוגית',³⁴⁴ כלומר פסיקה שמטרתה להתיר את הממזר כמעט בכל מחיר, וזו לשונו:³⁴⁵

נוכחנו שעל מנת לאפשר הכרעה מקלה בנוגע להתרת ממזרות מוכן הרב יוסף להעדיף פסיקה הלכתית שנוגדת את פסיקתו של ר"י קארו ומאמץ אותה להלכה, וזאת בניגוד לעקרון יסודי בשיטתו ההלכתית. יתרה מזאת: לשם הכרעה מקלה העדיף הרב יוסף באופן עקבי פסיקה אשכנזית על פני פסיקתם המפורשת של ר"י קארו ואף של הרמב"ם, שהוגדרו כל אחד בנפרד ושניהם גם יחד על ידו כ"מארי דאתרא" (רבני המקום) של א"י.

כל המהלכים שהוצגו לעיל מבוססים על שימוש בדברי פוסקים אשכנזיים: רפ"ה, המרדכי, האגודה, הרמ"א והבית שמואל, ובכל זאת רבנים ספרדים מובהקים פיתחו אותם והשתמשו בהם. צודק גם אלי יוסף הקובע כי³⁴⁶

תשובות רש"מ [=הרב שלום משאש] בענייני ממזרות, ובמיוחד אלו שנכתבו בארץ ישראל, מצביעות על מגמת היתר העוברת כחוט השני בכל פסיקותיו. היתר הממזרות הוא מטרה המקדשת כמעט את כל האמצעים המקובלים בהלכה. באלו יעשה שימוש מרבי.

³⁴¹ ראו למשל, לעיל ה"ש 55. וראו עוד: מנחם פינקלשטיין **הגיוור – הלכה ומעשה** 355–356 (התשנ"ד); דניאל שפרבר **דרכה של הלכה** 56–57 (התשס"ז); דניאל שפרבר **נתיבות פסיקה** 160–161 (התשס"ח).

³⁴² לעיל ה"ש 246. לאורך המאמר הובאו ציטוטים דומים נוספים.

³⁴³ ליד ה"ש 7.

³⁴⁴ זוארץ, לעיל ה"ש 18, בעמ' 460.

³⁴⁵ שם, 459.

³⁴⁶ יוסף, לעיל ה"ש 34, בעמ' 370.

הילוכו זה של הרב משאש נבע הן מן האתגר המוסרי שמעוררת סוגיית הממזרות³⁴⁷ הן מן האתגר החברתי שבה:³⁴⁸

נראה שרש"מ הבין שהמצב החברתי בימיו דורש התייחסות שונה לדיני ממזרות. משום שרבים לא יוכלו להינשא בשל מעשי הוריהם בעבר. בעיקר הדברים אמורים כלפי חוקי הנישואין האזרחיים שצירופם לחוסר הידיעה ובורות, יצר מקרים רבים של שאלות ממזרות. הצאצאים המבקשים להינשא כדת משה וישראל, מי בשל חזרה בתשובה ומי בשל רצונו להיות מזוהה עם עם ישראל, עשויים היו למצוא את עצמם ניצבים בפני שער חסום אלמלא הפרשנות היצירתית שגילה רש"מ בדרכי ההיתר השונות.

מעמדם של הרב עובדיה יוסף והרב שלום משאש, ובפרט של הראשון (ספק בעיניי אם היקף קבלת שיטת ה'חבושים' היה זהה לולא אימוץ החידוש של הרב משאש בידי הרב יוסף), הוא שאיפשר את קבלת החידושים בקרב דיינים שונים, אשר שלא במפתיע, רובם 'ספרדים'. בשורות הבאות ארצה לעמוד על כמה נקודות העולות מן המאמר, חלקן זקוקות לדיון רחב החורג מגבולות המאמר.

1. **על הדין ועל הדיין** – המשפטים האחרונים עמדו על זיהוי עדתי מובהק למדי של הדיינים הנוקטים שיטות רפ"ה ו'חבושים' אף על פי שדווקא פוסקים אשכנזיים כתבו את המקורות הבסיסיים לשיטות אלה. מובן שאיני טוען שכל דיין ספרדי יסכים להשתמש בשיטות אלה או שדיין אשכנזי בהכרח יסתייג מהן. בכל זאת נקודה זו מעניינת וחשובה בעיקר משום שהזיהוי העדתי והמגזרי של דיינים הוא כידוע מרכזי מאוד בדיונים על מינוי דיינים. האם מסקנות המאמר מחזקות את טענתם של נציגי תנועת ש"ס שיש עניין רב במינוי דיינים ההולכים בדרכו של הרב עובדיה יוסף דווקא?³⁴⁹ דעתי האישית, שאנסה לבסס במקום אחר, היא שיש לבחון כל דיין לגופו ושיטת המינוי המגזרי היא רעה חולה שראוי שתעבור מן העולם.

לגבי העניין דנן יש להעיר שתי הערות. ראשית, הרב אריאל אדרי למשל, שהסתמך כאמור באופן נרחב על שיטת ה'חבושים' של הרב משאש, מונה במכסת 'הציונות הדתית' והוא מלמד באחת הישיבות הציוניות החשובות ביותר, ישיבת הר המור. שנית, העיסוק בהתרת ממזרים הוא נושא חשוב מאוד, אולם הוא אחוז קטן ביותר מכלל פעילותו של בית הדין. גם אם נניח שכל דיין שהציעה ש"ס ילך בהכרח בדרכו של הרב עובדיה יוסף, הנחה שכלל אינה הכרחית,³⁵⁰ המינוי המגזרי אינו מעיד בהכרח על עמדה מקלה של הדיין, ויהיו שיעדיפו לומר, על עמדה הקשובה לצורכי הזמן והחברה. כך, לדוגמה, השינויים הגדולים בתחום שהתיקום שבו רבים לאין שיעור מתיקי הממזרות:

³⁴⁷ ראו לעיל ליד ה"ש 241 ובתוכה. היבט זה קיים גם אצל הרב יוסף. ראו למשל: יביע אומר ח"ז, לעיל ה"ש 180, סימן ז בעמ' שכו: "ויפה דן יפה הורה כת"ר להתיר הבנים לבוא בקהל, ואף ידי תכון עמו. וישר כחו וחילו על שחתר בכל עוז בתשובתו הרמתה להקל בנידון דידן בראותו דמעת העשוקים שאין להם מנחם."

³⁴⁸ יוסף, לעיל ה"ש 34, בעמ' 371. לאור הדברים האמורים כאן, יש מקום לשאול האם השופט משה זילברג – אילו היה חי עימנו היום, היה ממתן את ביקורתו ודרישתו מן הרבנות ובתי הדין, שהשמיע בשנת 1973 בעת שהביע את מורת רוחו מן הטיפול בבעיית הממזרות בארץ (משה זילברג **באין כאחד: אסופת דברים שבהגות ובהלכה** 267 (תשמ"ג)): "אלא מה רוצה אני, ומה הן דרישות שאיפוא מאת הרבנות הראשית? דרישתי היא, כי במקרה והלכה מסויימת מביאה לידי התנגשות קשה עם האינטרסים של חברה מודרנית, וההלכה מרשה את תיקונה של ההלכה הישנה, יעשו את הכל לשם תיקון ההלכה, כדי לגרום לכך שהתורה תהיה 'דרכיה דרכי נועם, וכל נתיבותיה שלום'".
³⁴⁹ ראו למשל דבריו של אריה דרעי לאחר מינוי 24 דיינים חדשים בשנת 2018 אשר פורסמו בדף הפייסבוק הרשמי של ש"ס (t.ly/ODW0): "אני גאה לברך בברכת מזל טוב את עשרים וארבע הדיינים החדשים שליט"א, ובייחוד את ארבעה עשר הרבנים הגאונים מבני עדות המזרח, אשר נבחרו לכהן כבוד כדיינים בבתי הדין... זהו יום בשורה לעולם התורה וליהדות ספרד המעטירה, כאשר תלמידי חכמים מופלגים ויראי שמיים נכנסים לדון דין אמת, לעמוד על משמר ההלכה והפסיקה, בדרכו הסלולה של מרן אביר הרועים רבנו עובדיה יוסף זצוק"ל".

³⁵⁰ ראו למשל, היחס ליהדותם של עולי אתיופיה של הרב אטיאס, רבה של פ"ת וראב"ד בית הדין בה לנוכח עמדתו של הרב יוסף: t.ly/a9ev; t.ly/pRF3.

עילות הגירושין והרחבתן וממילא הפיכת הגירושין ל'קלים' יותר. שורשם של שינויים אלה נעוץ בפסיקתם של דיינים אשכנזים המזוהים דווקא עם הציבור הליטאי.³⁵¹

עם זאת, מובן שיש חשיבות רבה בקיומם של דיינים ההולכים בשיטתו של הרב עובדיה יוסף ומוכנים לנקוט אמצעים רדיקליים למדי לצורך התרת ממזרים. דומה כי מערכת בתי הדין והעומדים בראשה מבינים זאת היטב, ולכן אין זה מקרה כי דיינים כאלה ממונים לכהונה ב'הרכבי יוחסין', שאליהם מועברים תיקים מן ההרכבים הרגילים,³⁵² ואף קרוב לוודאי שהרוב המוחלט של דיינים ספרדים בהרכבים אלה אינו מקרי.³⁵³ העיון בהנחיות שנכתבו לשם הסדרת פעילותם של הרכבים אלה³⁵⁴ מלמד כי הן משדרות רצון רב לפתרון בעיות יוחסין ודומה שלא במקרה השתתפו בעיצובן גם גורמים ממשד המשרד ומשרד הרווחה.³⁵⁵ הדבר בא לידי ביטוי כבר בהצהרה שבסעיף 2 המצטטת מקורות המלמדים כי "חז"ל ביטאו את צערם העמוק ואת עומק הפגיעה באדם שנמצא ממזר", ועל כן "בתי הדין הרבניים, אשר אמונים על דברי חז"ל, שמים דברים אלו לנגד עיניהם בדונם בענייני יוחסין". כך הסעיפים הטכניים שבהמשך מלמדים על הדרכים הננקטות כדי להגיע להיתר. למשל, בתי הדין מחויבים להעביר תיקי יוחסין לנשיא ביה"ד הגדול, והוא יעבירם להרכב יוחסין (סעיפים 3–4). וכך, בעוד שהחלטה להיתר היא סופית (סעיף 6): "הגיע הרכב... למסקנה כי אין להטיל פגם בכשרות היוחסין של אדם, בין קטין ובין בגיר, **יהא בכך פסק-דין סופי**", החלטה אחרת חייבת להיות מנוסחת "בלשון 'לא מצאנו, לעת עתה, דרך להתיר את נשואי פלוני בקהל, ועל כן עניינו טעון בירור נוסף', זאת על מנת להותיר פתח פורמלי בידי לחיפוש דרכי היתר" (סעיף 7). לאור זאת, גם אם ניתנה החלטה לגבי קטין, אין הדבר מונע ממנו "בהיותו בגיר, לבקש לדון מחדש בעניינו, אף ללא ראיות או טענות חדשות" (סעיף 11). גם במאמר זה הוזכרו מקרים שבהם נפתחו מחדש תיקי יוחסין, לעיתים לאחר עשרות שנים, וההיתר נמצא.³⁵⁶

סעיף חשוב ומעניין מאוד באותן הנחיות הוא סעיף 4. לפי האמור בו, נשיא ביה"ד הגדול יכול לקבוע את הרכב הדיינים בכל תיק על פי שיקוליו: "התיק עם השאלה שהתעוררה, יחד עם יתר תיקי הצדדים המעורבים, יועברו לנשיא בית הדין הרבני הגדול, על מנת שיקבע את ההרכב המיוחד של בית דין רבני אזורי, שידון בתיק כאמור".³⁵⁷ נקל להבין שבחירת הדיינים על סמך נכונותם לקבל את הכלים הרדיקליים להתרת ממזרות תחרוץ קרוב לוודאי את גורלו של המבקש.³⁵⁸ לסיום נקודה זו, מעניין לציין כי ההבנה שלעיתים נבחרים דיינים אד-הוק לצורך תוצאה מסוימת, שמטבע

³⁵¹ שי זילברברג ועמיחי רדזינר "תחייתה של עילת 'מות הנשואין': שיטת רבינו ירוחם בבית הדין הרבני" **משפטים** מט 113 (תשע"ט); אבישלום וסטרייך ועמיחי רדזינר "מהפכנות ושמרנות בפסיקת בית הדין הרבני: על אכיפת גירושין בטענת 'מאיס עלי'" **עיוני משפט** מב 639 (2020).

³⁵² ראו למשל לעיל, ה"ש 329. ההיגיון של יצירת הרכבים מיוחדים מזכיר את זה שהביא את בתי הדין ליצור בשנות התשעים 'הרכב עגונות' מיוחד כדי לסייע למסורבות גט בכלים שדיינים רבים חששו להפעיל. במשך הזמן הרכב זה נהיה מיותר והוא בוטל. ראו דברי הרב דיכובסקי בערעור (גדול) 8455-64-1 (17.9.2008).

³⁵³ הרב יצחק יוסף מינה בתאריך 15.9.2016 דיינים לארבעת הרכבי היוחסין הפועלים בארץ. בשניים מתוכם (ת"א והמרכז, חיפה והצפון) שלושת הדיינים ספרדיים, ובשניים האחרים (ירושלים ובאר שבע והדרום) שניים הם ספרדיים. אצל מחליפו בנשיאות בית הדין הגדול, הרב דוד לאו, במינוי מיום 26.12.2018, נותר דין אשכנזי אחד בלבד (בהרכב של באר שבע והדרום). עותק ממכתבי המינוי שמור בידי המחבר. לגבי קודמם בתפקיד: הרב עמאר, ראו לעיל ה"ש 36. לעדות מכלי ראשון על כך שיצירת הרכבי היוחסין הייתה מתחילה במגמה שימונו אליהם דיינים המקלים בנושא זה ראו: יעקב שפירא "ביקורת הממסד הרבני - דת, לאום ומשפט" **ספר היוכל לכבוד אליקים רובינשטיין** 805, 833–834 (מרים מרקוביץ ביטון עורכת, תשפ"א).

³⁵⁴ הנחיות סדר דין בענייני כשרות יוחסין, לעיל ה"ש 22.

³⁵⁵ אומר שוב כי ודאי שישנם מקרים שאינם נפתרים, ראו לעיל ה"ש 22.

³⁵⁶ ראו למשל: התיקים הנזכרים לעיל בה"ש 19; תיק 895409, לעיל ה"ש 171; לעיל ליד ה"ש 333.

³⁵⁷ למעשה יש לו סמכות כללית לקביעת הרכבים בכל נושא לפי סעיף 8א(ב) לחוק הדיינים, תש"ו-1955.

³⁵⁸ וראו לעיל ה"ש 234. יש לומר כי גם במקרים אחרים אפשר להעביר תיקים להרכב מסוים (ראו **תקנות הדין בבתי הדין הרבניים בישראל - התשנ"ג**, סעיפים כ–כא). בשנים האחרונות מצאנו זאת במקרי עגינות קשים שתיקיהם שנידונו בערים אחרות הועברו להרכבו של הרב דניאל אדרי בחיפה, שהיה מוכן לפסוק על ביטול הקידושין. ראו: תיק (חיפה) 1068330/1 (12.1.2017); פסה"ד לביטול קידושיו של סרבן הגט עודד גז. פסה"ד לא פורסם, אך ניתן לראות פרטים לגביו כאן: מרכז היוחסין היהודי העולמי **על שבר בת עמי** (תשע"ט), <https://t.ly/OuRk>.

הדברים לא נוהגים להצהיר עליה בריש גלי, קיבלה לאחרונה ביטוי מפורש בהצעת חוק שהוגשה לכנסת:³⁵⁹

לאור העובדה שעל פי ההלכה היהודית בית הדין הגדול אינו קובע תקדימים המחייבים את בתי הדין האזוריים, אין חשש לצירוף דיין עמית ספציפי להרכב בית הדין הגדול, לצורך הגעה לתוצאה מסויימת.

2. ביטול מוסד הממזרות או צמצומו? מדי פעם עולות קריאות המציעות לבטל כליל את דין הממזרות, כלומר קוראות לפוסקי ההלכה להצהיר שדין הממזרות אינו מתקיים בימינו ועל כן לעולם לא יוגדר אדם כממזר. קריאות אלה אינן מוכנות כמובן להסתפק בפתרונות המוצעים לכל מקרה לגופו, גם אם מדובר בפתרונות ההופכים את קביעת הממזרות לקשה עד מאוד וכגון אלה שהובאו לעיל. כך, למשל, פרופ' זאב פלק המנוח במאמר משנת 1974:³⁶⁰

Instead of finding *ex post facto* some circumstances to liberate a particular person from the rule of *mamzerut*, a more generalising attitude appears advisable.

לפי הצעתו (והוא מודע למחירה הכבד), יש לקבוע שממילא אין לנו ביטחון בכשרות ייחוסם של כלל היהודים, ולכן אין מקום לקבוע שדווקא יהודים מסוימים ייחשבו ממזרים.³⁶¹ גישה עקרונית דומה התקבלה הלכה למעשה בוועדת ההלכה של כנסת הרבנים של התנועה הקונסרבטיבית, שאימצה ברוב גדול את תשובתו של הרב אלי קפלן ספיץ.³⁶² התשובה סוקרת בהרחבה פתרונות שונים שהוצעו לאורך הדורות, אך טוענת שפתרונות אלה אינם יכולים לפתור כל מקרה ממזרות ולכן אינם מניחים את הדעת. לדעת מחבר התשובה, האתגר המוסרי שמציב מוסד הממזרות מחייב לקבוע שאינו תקף בימינו, וממילא אין טעם לנהל דיון בשאלת הממזרות של אדם כזה או אחר.³⁶³

³⁵⁹ הצעת חוק הדיינים (תיקון – מינוי דיין עמית בבית הדין הרבני הגדול), התש"ף–2020, בדברי ההסבר.
³⁶⁰ Ze'ev Falk "Reflections on the Case of Mamzerut" 3 *Immanuel* 94 (1974). הוא חזר על הדברים בספרו: Ze'ev Falk *Religious Law and Ethics: Studies in Biblical and Rabbinical Theonomy* 147 (1991), בו הוא קובע כי לפוסקי ההלכה לא היה די אומץ לבטל את דין הממזרים כפי שהיה ראוי לדעתו. ראו עוד: רבקה לוביץ מסוף העולם ועד סופו: מסע הייסורים של נשים בבית הדין הרבני 197 (2017): "הגעתי לתובנה שאת בעיית הממזרים יש לפתור מן היסוד ולא לחפש פתרון לגופו של כל מקרה".

³⁶¹ לאחרונה הציעו גורמים נוספים פתרון דומה. ראו למשל: <http://av1r0senthal.blogspot.com/2017>. כיוון דומה הציע הרב יעקב ישראל קנייבסקי ('הסטייפלער') כדי לפתור את הבעיה שיש בנישואין עם 'בני נידה' (המקשה כמובן על שידוכיהם של חוזרים בתשובה): "ולפי"ז גם כל שאר חתנים אף על פי שהוחזקו אבותיו משומרי התורה לא יצאו מספק גדול שהם בני תשע מדות חדא דנהו שאבותיו שמרו ע"ט המשפחה שמא אחד מאבות אבותיו עד דור המדבר היה אחד מהם מבני הנדה והוי כל דורותיו בפגם זה". דברים אלה מצוטטים אצל הרב מנשה קליין שו"ת משנה הלכות חלק ז סימן ריא עמ' שלא (תשס"ט), המביע מהם זעזוע של ממש וטוען שגם אם מטרתו של הרב קנייבסקי מכך ש"חפש בחורין ובסדקין בכחה דהתירה לקרב שלא לנעול דלת בפני בעלי תשובה ח"ו ובכלל מה תהא עליהם ומהיכן ישאו להם נשים ולכן המציא להם היתר" (שם, עמ' של), הרי שלדעתו "חס מלהזכיר ולומר שרוב חתנים הקדושים זרע קודש מחצבתם מהורים קדושים הם ח"ו זרע פגום ולא מיוחסים... ואיה זרע ישראל הכשרים אם רוב החתנים הם מהם א"כ גם רוב הכלות שלהם בדומה להם וכי על זה אנו ואבותינו מוסרין נפשן זה יותר משלשת אלפים שנה!?" (שם, עמ' שלא).

Rabbi Elie Kaplan Spitz "Mamzerut", Committee on Jewish Law and Standards EH ³⁶² 4.2000a, t.1y/FO78

³⁶³ הוא מציע מספר כיוונים המאפשרים זאת לדעתו. אחד מהם הוא הכיוון של הפרשנות (שם, עמ' 577–579). לדבריו, השיקולים המוסריים הם שהנחו את חז"ל לבטל את דיניהם של 'בן סורר ומורה' ועיר הנידחת (סנהדרין עא ע"א) וכך עלינו לעשות לדין הממזרות ולקבוע שהוא בחזקת 'דרוש וקבל שכר בלבד' אך לא מתקיים בפועל. מרתק להשוות טיעון זה לטיעונו של הרב בירדוגו המופיע בתחילת המאמר (לעיל ליד ה"ש 11). ברור שגם אם התוצאה הלכה למעשה די קרובה, הדרך של שניהם שונה לחלוטין. הרב בירדוגו כמובן מציע להשתמש בכל כלי אפשרי כדי

מובן שזו עמדה רדיקלית המציעה למעשה להצהיר על ביטול והתעלמות מדין מפורש בתורה ולקבוע שהתורה ונותנה אינם מוסריים. על כן לא ייפלא שהיו גם רבנים קונסרבטיביים שהסתייגו ממנה,³⁶⁴ וקל וחומר שפוסקים אורתודוקסיים יתקשו מאוד לקבלה, אפילו כבסיס לדיון.³⁶⁵ אם כי במהלך הדורות צומצמה מאוד האפשרות להכריז על אדם כמזמר, ונראה כי במדינת ישראל תהליך הצמצום מתעצם,³⁶⁶ בין השאר בזכות הכלים הרחבים והיצירתיים מאוד שראינו.

אך קשה להתכחש לפער הגדול המתקיים בין שתי הגישות. גם אם ברוב הגדול של המקרים מוסר כתם הממזרות מן החשוד בו, ביטול דה-יורה של מוסד הממזרות היה כמובן חוסך ממנו את עצם ההליך השיפוטי. הליך זה יכול להימשך שנים רבות ולעבור מהרכב להרכב, וללא ספק הוא גוזל מן המבקש זמן, כסף ושלווה נפשית. ביטול הדין יוכל אולי גם למנוע את המקרים שבהם נקבע שהאדם שהוא קרוב לוודאי אביו של הילד לא ייחשב כאביו המשפטי, ומנגד האדם שקרוב לוודאי שאינו אביו יישא בחובת המזונות כלפיו, כפי שקורה לא פעם במדינת ישראל.³⁶⁷

אין להתעלם מנקודה נוספת. ביטול מוסד הממזרות בהכרח יסיר את האיום שבעצם קיומו של המוסד, גם אם הוא ממומש בפועל במקרים נדירים מאוד. קשה להקל ראש באיום זה, שללא ספק הוא גורם מרכזי במצוקתן של מסורבות הגט.³⁶⁸ למעשה, הטענה שמוסד הממזרות נדרש כדי להרתיע נשים עלתה בדברים מפורשים שאמרו פוסקים שונים כשהתנגדו לפתרונות חדשניים שהוצעו כדי לטהר ממזרים, בין היתר מתוך חשש שהדבר ייקח מן ההלכה את המכשיר ההרתעתי המרכזי מפני יחסים אסורים.³⁶⁹

אף על פי שאין ספק כי יש ממש בטענות אלה, ברור לי שאין לצפות שפוסקי ההלכה ישקלו הכרזה על מותו של מוסד הממזרות ועל מחיקתו מספר החוקים ההלכתי. אך גם אם המוסד לא יבוטל דה-יורה, לא ניתן להתעלם מן החידושים הרדיקליים ההופכים את הפעלתו דה-פקטו למציאות נדירה ביותר.

3. פתרון חדשני נוסף? האם יש סיכוי למציאת פתרונות נוספים שיצמצמו מאוד את אפשרות הקביעה הוודאית של ממזרות? מובן שבהיעדר נבואה קשה לענות על שאלה זו, וכן קשה לראות דמות הלכתית שיכולה להיכנס לנעליו הענקיות של הרב עובדיה יוסף ולהציע כיוון דרמטי חדשני

לא להגיע להכרזת ממזרות, כפי שהפעלת הכלים הקיימים בדין יימנעו מהכרזת ילד כבן סורר ומורה. הוא אינו מציע, כפי שמציע הרב ספיץ, למנוע על הסף קיום דיון בשאלה האם מישוה הוא ממזר או לא.

³⁶⁴ Rabbi Daniel S. Nevins "A Concurring Opinion Regarding Mamzerut", Committee on Jewish Law and Standards, EH 4.2000b, <https://t.ly/3Dxc>, לדבריו, אין לאיש סמכות לבטל דין מן התורה, ועל כן יש לפעול בדרך המקובלת של מציאת ספקות ראייתיים ופרוצדורליים כאלה ואחרים שיאפשרו לנו להימנע מלהגיע למסקנה שפלוגי ממזר. יש לציין כי בדבריו הוא מסתמך באריכות על תשובות של הרב עובדיה יוסף.
³⁶⁵ לתיאור יפה של הגישה הקלאסית של ההלכה ראו: David Weiss Halivni "Can a Religious Law be Immoral?" Perspectives on Jews and Judaism: Essays in Honor of Wolfe Kelman (Arthur A. Chiel ed., 1978) 165, 166–167.

"I suspect that by declaring bastardy, ממזרות, immoral, causing an open conflict between morality and the law, it closed the possible avenues of adjustment. **The point being that even when the Rabbis altered a law, they never abrogated it.** They retained the integrity of the law. By integrity I mean partial applicability. They did not totally eliminate the law. It still remained valid and pertinent to an extreme and rare situation... Once one has formulated, as in the case of bastardy, ממזרות, the need for changing the law because of moral exigency, any subsequent change will be interpreted as an admission that initially there was no moral sensitivity, imputing to the Lawgiver a defective moral awareness. The Rabbis instinctively shied away from such a formulation".

³⁶⁶ ראו לעיל ליד ה"ש 22 ואילך.

³⁶⁷ ראו למשל לאחרונה: תמ"ש (נצ') 20992-08-14 ל.ש נ' ר.ג (18.9.2018). וראו עוד: שיבר, לעיל ה"ש 61, והפסיקה המובאת בו.

³⁶⁸ ראו לעיל ה"ש 16 וליד ה"ש 19. וראו בדבריה של לוביץ, לעיל ה"ש 2.

³⁶⁹ למעשה טיעון זה עלה כבר בימי הביניים והוא חזר ועלה גם בדור האחרון. ראו רדזינר ווסטרייך, לעיל ה"ש 1, בעמ' 588, 608, 624-620. וראו להלן בה"ש 370 ו-374.

שיזכה לתמיכה רחבה. עם זאת, שערי השערות לא ננעלו, וייתכן שניתן לזהות כיוון לפתרון שאולי יתקבל לפחות בקרב דיינים מסוימים.

בשנים האחרונות נבחנה האפשרות שאדם המוגדר כבר כממזר יוכל להוליד ילדים שלא יירשו ממנו את מעמד הממזרות באמצעות הפרייה מלאכותית.³⁷⁰ האם יכולה טכנולוגיית ההפרייה המלאכותית לסייע לא רק למניעת ממזרות בדור השני, אלא גם במניעת ההכרזה על ממזרותו של אדם שנולד כנראה מיחסי עריות? אסביר את כוונתי. העמדה הרווחת בין פוסקי ההלכה בני זמננו, גם אם יש החולקים עליה, סבורה שממזרות אינה יכולה להיווצר מהפרייה מלאכותית. במילים אחרות, ילד שנולד לאשת איש מזרעו של יהודי אחר עלול להיחשב כממזר רק אם ההיריון נוצר באופן טבעי. כך למשל פסק לאחרונה הרב יהודה דרעי בהרכב היוחסין של באר שבע.³⁷¹ לאור זאת עולה השאלה, האם, כפי שאנו טוענים עבור האישה שיש ספק שמא ילדה נולד מיחסים מותרים או מיחסים עם גוי, גם כשהיא עצמה מודה שלידתו היא מיחסים אסורים, נוכל לטעון כי יש ספק שמא הילד נולד שלא באמצעות יחסי אישות? למשל, האם על בסיס ה'ספק ספיקא' שהרב עובדיה יוסף נקט בו 'שמא מבעלה ושמא מגוי', אף במקרה שהאישה כבר נישאה אזרחית ליהודי אחר וטוענת שילדה ממנו,³⁷² נוכל לטעון 'שמא מבעלה ושמא מהפרייה מלאכותית' במקרה של אישה נשואה או 'שמא מגוי ושמא מהפרייה מלאכותית' במקרה של אישה נשואה שבעלה אינו בקשר עימה ובמקרה של אישה שחיה עם אחי בעלה וכדומה?

ככל הידוע לי, אפשרות זו עדיין לא נבחנה בבית הדין הישראלי, אולם שני פוסקים חשובים העלו אותה. הרב יצחק זילברשטיין, במסגרת דיון שבו הוא מסביר מדוע אין לקבוע ממזרות על סמך בדיקות רפואיות, כותב את הדברים האלה:³⁷³

ויש להוסיף, שבאותם מקומות שקיימת אפשרות לתלות שהאשה נתעברה באמצעות הזרעה מלאכותית, ודאי שאין לפסול את הולד, מאחר וישנם פוסקים הסוברים שבזה אין הולד ממזר, ואין האשה נאסרת על בעלה.

מהמשך דבריו שם עולה שבית הדין יכול להעלות שיקול זה גם במקרה שהאישה עצמה אינה טוענת אותו.

³⁷⁰ ראו תהילה בארי-אלון "עיון מחודש ביסודות ההלכתיים לטיהור ממזרים נוכח התקדמות הרפואה" שנתון המשפט העברי כו 43 (תשס"ט-תשע"א); יוסי גרין "האם קיים פיתרון לבעיית הממזרות באמצעות טכנולוגיות רפואיות בשטח הפרייון? מאזני משפט ז 411 (תש"ע). יש לציין כי אחד הפוסקים המצדדים בעמדה זו הוא הר"ש משאש. ראו: שמ"ש ומגן ד, לעיל ה"ש 199, בעמ' קי-קיב. לעמדה המסתייגת מפתרון זה ראו: אריה כץ שו"ת שאגת כהן ח"א 145-156 (תש"פ). מעניין לציין כי אחד מנימוקיו לשלילת טיהור הממזר בדרך זו הוא החשש כי פתרון 'קל' מדי לבעיית הממזרות עלול להקשות את הממד המאיים שבסנקציה זו ולהרבות עבירות (שם, עמ' 155-156).

³⁷¹ תיק (ב"ש) 1139387/1 (17.4.2018). לסיכום הגישות בסוגיה זו ראו עוד: מיכאל ויגודה "אישה נשואה הטוענת שהרתה מתרומת זרע של אחי בעלה, וקובע שגם בו נראה שדעת רוב הפוסקים היא שלא מדובר בממזרות. נשואה שהרתה מתרומת זרע של אחי בעלה, וקובע שגם בו נראה שדעת רוב הפוסקים היא שלא מדובר בממזרות. לעיל ה"ש 189, בעמ' שסה. וכפי שסוכם הדברים בידי הרב יהודה דרעי, תיק 1181337/1, לעיל ה"ש 19: "דהנה יעויין בשו"ת יבי"א (חלק ט אבן העזר סימן 1) שהאריך להוכיח ממקורות רבים וסברות ישרות כי ה' הטובה עליו, שיש להתיר בן שנולד מאשת איש אשר נפרדה מבעלה ונישאה לאחר בערכאות, מכח ספק ספיקא - שנולד מבעלה הראשון או מגוי, אפילו כשהאם אומרת בפירוש שהבן הזה נולד מבעלה השני וגם הוא מודה בכך". וראו עוד, למשל: יביע אומר, לעיל ה"ש 180, בעמ' שכ: "ועד כמה שנאמר שהוא דבר מוזר, מ"מ אינו מן הנמנע בהחלט, ומידי ספיקא לא נפקא".

³⁷³ יצחק זילברשטיין שיעורי תורה לרופאים, ד, 348 (תשע"ב). לדיון אוהד בשיטתו המציג מקורות נוספים לגישה זו ואת עמדתו המסתייגת של הרב אשר וייס, ראו: רייזמן, לעיל ה"ש 59, בעמ' תקנז-תקס. מי שעוד העלה אפשרות זו בקצרה הוא כץ, לעיל ה"ש 370, בעמ' 175.

אפשרות דומה העלה הפוסק והדיין האמריקאי הרב מרדכי ויליג, אם כי הוא השאיר אותה ב'צריך עיון'. במסגרת דיונו בהסתמכות על DNA לצורך היתר העגונות באסון התאומים, הוא מעלה את הנקודה הזו:³⁷⁴

אם נקבע שאפשר לסמוך על DNA לגמרי, ניצור בעית ממזרות שה DNA יוכיח שהולד איננו מהאב. ... אבל לאמתו של דבר, הוכחה DNA שבעל האם איננו האב איננה ראייה שהולד ממזר, דאולי האב נכרי, ואף אם מוכיחים DNA שהחשוד היהודי הוא האב הביולוגי, יש לדון אם אפשר לתלות בהזרעה מלאכותית אשר לדעת האגרות משה³⁷⁵ ועוד אין ולד הנוצר ממנה ממזר, וצ"ע.

האם נמצא בעתיד שיקול זה בפסיקת בתי הדין? ימים יגידו.

4. **הלכה ומציאות** – הפער בין האמת העובדתית ובין האמת המשפטית הוא כידוע נושא שהעסיק רבים וטובים, הן באשר למשפט בכלל והן באשר להלכה בפרט. מובן שהכלים השונים שהוצעו במהלך הדורות כדי להימנע מן המסקנה כי מאן דהוא ממזר הם דוגמה קיצונית לפער אפשרי כזה.³⁷⁶ נושא זה אינו מעניינו של המאמר, אולם בכל זאת יש להזכיר כי הכלים שהוצגו בו מקצינים עוד יותר את הפערים שבין המציאות הנתפסת בעיני האדם הסביר ובין הקביעה ההלכתית שלפיה לא ניתן לתלות ילד ביחסים קבועים של בני זוג שלעיתים אף נשואים אזרחית זה לזה. הרב משה אמסלם, אב"ד אשדוד, עמד על המתח שהדיין לעיתים מתלבט בו:³⁷⁷ "הרבה פעמים יש לנו את ההתלבטות הזו. יש שהגדירו זאת כמתח שיש לכאורה בין האמת העובדתית לבין האמת ההלכתית במיוחד בסוגיות של יוחסין וכיוצא בהן". אך דומני שראינו כי ככל שהתלבטות זו עולה בדיוני ממזרות, ההכרעה של דיינים רבים תהיה ברורה וחד משמעית. אולי נאה לסיים מאמר זה בדבריו של הרב משה פיינשטיין באחת מתשובותיו המוקדמות, המביעים בדיוק את הפער המדובר:³⁷⁸

[שאלה:] אם יש לומר שכשנתערב ממזר במשפחה נעשה התר גמור, ואף אליהו שידע האמת הוי בתורת נבואה ועדיין הוא תערובת, והטעם שלא יחזרו לאיסורם כשיוודעו. [תשובה:] דלא מסתבר דיהיה חלוק בהאיסור בין ידע ללא ידע אלא דהותרו מצד שנתערבו ולא נודע מי הוא הפסול, ולכן לא יגלה אליהו. ואף שהוא יודע בברור מי הוא הממזר והעבד ויוצאי חלציו וא"כ אין כאן תערובות כיון שיכול לברר, צריך לומר דכיון דידיעתו הוא מידיעת נבואה אינו כלום לשנות הדין שנעשה לפי ידיעת בני אדם דלפי ידיעתנו ניתנה התורה ומה דהותר בדין תורה ברוב וחזקה ועדים וכדומה מותר גם כלפי שמיא, אף אם ידוע שם שאינו כן, דלא בשמים היא ולכן כפי שמסור לדון בארץ כן הוא הדין בהחלט, דאם לא כן לא היתה התורה מתרת שיורו וידונו דין שקר, ולכן כיון שעד עתה היה היתר גמור להתחתן

³⁷⁴ מרדכי ויליג "שאלות בענין העגונות מאסון מגדלי התאומים" קול צבי ד 3, 12 (תשס"ב). וראו עוד: חיים ג'קטר "ביכורי סוכה" הדרום עד-עה 82, 115 (תשס"ה) שעל בסיס דברים אלה הציע אחד מתלמידיו "שבימינו הלא אפשר לומר שבכלל אין חשש לממזירות שתמיד יש לתלות שהולד נוצר דרך הזרעה מלאכותית". הרב ג'קטר מעיר על כך: "ואמנם הצעה זו היא גאונית, אבל בכל זאת לא ראייתי שמופיע שיקול כזה בספרות השו"ת של ימינו הדנות במקרים של ממזירות פוטנציאלית". אחד ההסברים שהוא מציע להיעדרות זו הוא נימוק שימור האיום שנידון לעיל: "אין לומר סברה כזאת שבכלל יבטל דין ממזירות בימינו, שמתוך כך יהיו בנות ישראל פרוצות בעריות".

³⁷⁵ שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן י וסימן עא (תשכ"א). כאמור, פוסקים רבים סבורים כך.

³⁷⁶ בכך עוסק מאמרו של שיפמן, לעיל ה"ש 16. לדעתו, הפער הקיצוני בין האבהות העובדתית המתגלה בבדיקה המדעית ובין האבהות ההלכתית הנוצרת כדי למנוע ממזרות גורם במקרים שונים לעוול של ממש.

³⁷⁷ משה אמסלם "דברי ברכה וסקירת השינויים בתנאי השירות" כנס הדיינים התשע"ח 324, 326 (שמעון יעקבי ויחיאל חיים פריימן, עורכים, התשע"ט).

³⁷⁸ שו"ת אגרות משה אבן העזר חלק ד סימן ט סעיף ד (תשמ"ה). הדברים נכתבו בשנת תרצ"ד והם סוג של דיון עיוני ולא שו"ת של ממש.

עד שכמעט לא נמצא ממזר מהתורה

במשפחה זו ובהיתר נתחתנו בעוד משפחות מחמת שפסולי קהל מותרין בתערובות היה היתר
גמור גם כלפי שמיא לא יוכל אליהו בנבואתו לפוסלם.