

הרב מנחם קופרמן

הכרעה הלכתית וקביעת המעמד האישי ביוחסין

עיון בפסקי הרמב"ם בדיני היוחסין

מבוא

האחרונים דנו אם הכלים להכרעות הלכתיות (כגון חזקה, רוב או עד אחד) במציאות מסופקת מבררים את המציאות האובייקטיבית עצמה ("בירור") או רק מורות לאדם כיצד לנהוג ("הנהגה")¹²⁵.

במאמר זה ברצוננו להראות שבתחום היוחסין, ההכרעה ההלכתית היא להנהגה בלבד. כלומר, גם לאחר הכרעות שונות בהנהגת איסור והיתר במצבים שבהם ייחוסו של האדם הוא מסופק, הספק בהגדרת מעמדו האישי עדיין עומד בעינו. לעובדה זו ביטויים הלכתיים שונים, כאשר ישנם מצבים שבהם עשויים לדון באדם על פי הכרעת הרוב או החזקה מצד אחד, ומצד שני בה בעת לדון בו כספק בשאלות הנגזרות מהמציאות של המעמד האישי.

הפרקים שלפנינו מתמקדים בפסקי הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה. יתבאר כי תפיסה זו, שההכרעה ההלכתית אינה משפיעה על הגדרת המעמד האישי, עולה בבירור מתוך דברי הרמב"ם באופן עקבי. היסוד המשותף לדברי הרמב"ם הוא שבנידונים הלכתיים הקשורים לקביעת ייחוסו של אדם, הוא מקפיד להבדיל בין השאלה ההלכתית שנוגעת לאיסור ולהיתר – שבה ההכרעה נעשית על-פי כללי "הנהגה" (רוב, חזקה ועד אחד), ובין שאלות הנובעות מהגדרת המעמד האישי, שבהן נשאר הספק על עומדו.

יצוין, כי במקומות מסוימים הקו בין שאלה שנוגעת לאיסור ולהיתר לבין שאלה הלכתית הנובעת מההגדרה המציאות של הייחוס אינו חד-משמעי. מכל מקום, ניתן לומר באופן כללי שכאשר השאלה נוגעת למציאות הקונקרטית-עכשווית שעומדת לפנינו, היינו אם לאדם מותר או אסור לעשות מעשה מסוים – היא תוכרע על פי הכללים ההלכתיים שמורים לו כיצד לנהוג ("הנהגה"). לעומת זאת, כאשר השאלה מתייחסת למציאות שלאחר מעשה – נשאר הספק במקומו.

א. מעמדו האישי של ספק ממזר

בין עשרת היוחסין שעלו מבל (משנה, קידושין פ"ד מ"א) מוזכר השתוקי. במשנה (שם, מ"ב) מוגדר שתוקי כילד יהודי שזהות אביו אינה ידועה: "ואלו הם שתוקי? כל שהוא מכיר את אמו ואינו מכיר את אביו". כמו כן מבואר (שם, מ"ג) שדינו כספק ממזר, משום שלא ידוע אם אביו כשר או ממזר: "ואלו הן הספיקות? שתוקי אסופי וכותי", וכן פסק הרמב"ם (איסורי ביאה¹²⁶, פרק טו הל' יא-יב):

פנויה שנתעברה מזנות... – הרי זה הילוד ספק ממזר, כשם שזינתה עם זה שהודה לה כך זינתה עם אחר, וזה הוא

הנקרא שתוקי שמכיר את אמו ואינו מכיר את אביו ודאי.

בגמרא קבע רבא (עג.) שעל אף ייחוסו הבלתי ידוע, מותר שתוקי מדאורייתא לבוא בקהל, ואיסורו הוא רק מדרבנן, משום "מעלה עשו יוחסין":

אמר רבא: דבר תורה שתוקי כשר. מאי טעמא? ... התורה אמרה: "לא יבא ממזר" – ממזר ודאי הוא דלא יבא, הא ממזר

ספק יבא; בקהל ודאי הוא דלא יבא, הא בקהל ספק יבא. ומה טעם אמרו שתוקי פסול? ... מעלה עשו ביוחסין.

וכן פסק הרמב"ם (שם, הל' כא):

דין תורה שספק ממזר מותר לבוא בקהל שנאמר "לא יבא ממזר בקהל ה'" – ממזר ודאי אסור לבוא בקהל ולא ספק, אבל

חכמים עשו מעלה ביוחסין ואסרו גם הספיקות לבוא בקהל...

מדברי הרמב"ם עולה שהוא הבין שדברי רבא, שהתייחסו באופן ממוקד לשתוקי ואסופי, תקפים גם לספק ממזר, בהתאם לדבריו לעיל שדינו של שתוקי כספק ממזר.

¹²⁵ לדוג' נחלקו האחרונים האם ניתן להקל בספק ספיקא מול חזקה: עי' שו"ת משאת בנימין, סי' לח; ש"ך, יו"ד סי' קי, כללי ספק ספיקא (ס"ק סד), כז-כט. לגבי רוב חילק בעל שב שמעתא (ש"ב פט"ו) בין רובא דאיתא קמן שאינה כודאי לרובא דליתא קמן שמכריעה את המציאות. ועוד מקומות רבים.

¹²⁶ מעתה, כל פסקי הרמב"ם מתייחסים להלכות איסורי ביאה, אלא אם צוין אחרת.

עד כאן ביחס לדינו של שתוקי בקהל ישראל. אך מה דינו של שתוקי (או כל ספק ממזר) בממזרת ודאית?

במשנה מובאת דעתו של ר' אליעזר¹²⁷ שנפסקה להלכה, שלפיה ספק ממזר אסור בממזרת ודאית, וכן בספקות כמותו: "ודאן בספיקן וספיקן בודאן וספיקן בספיקן – אסור". אמנם מדברי הגמרא דלעיל ("בקהל ודאי הוא דלא יבא, הא בקהל ספק יבא") משמע שהוא מותר בהם מהתורה, ואיסורו, בדומה לדינו בקהל ישראל, הוא רק מדרבנן, משום מעלה ביוחסין. כך הבין גם הבית יוסף (סי' ד אות כד):

ואמרינן בגמרא דממזר מותר מדאורייתא דכתיב "לא יבא ממזר בקהל ה'" – בקהל ודאי הוא דלא יבא, הא בקהל

ספק יבא, אלא שחכמים עשו מעלה ביוחסין ואסרום.

אלא שהבנה זו של דין התורה, שלפיה ספק ממזר מותר בקהל ישראל מחד גיסא וכו בזמן מותר בממזרת ודאית מאידך גיסא – יוצרת קושי בהגדרת מעמדו האישי, משום שאם דינו כישאל, מדוע הותר בממזרת ודאית? ואם דינו כממזר ודאי, מדוע התירו התורה בקהל ישראל?

המהרי"ט (שו"ת, ח"ב-יו"ד סי' א) כתב שיש כאן חידוש ייחודי של התורה, המאפשר (בניגוד לכל שאר דיני הספקות) הנהגה סותרת. במילים אחרות, התורה התירה את ספק הממזר בקהל ישראל כוודאי, וכו בזמן התירה אותו בממזרת כאילו הוא ודאי ממזר:

...דכי שרי רחמנא ספק ממזר לגמרי שרייה מתורת ודאי ולא מתורת ספק ונ"מ שיהא מותר בבת ישראל

ובממזר, דאי מחמת ספיקא הוה תרתי דסתרן אהדדי ואי נסיב ישראלית תו לא מצי נסיב ממזרת... ודמי לשתי חתיכות

אחת של חלב וא' של שומן שאסור לאכול את שתיהן ואעפ"כ התורה התירה. וגזרת הכתוב היא דקהל ה' לא משמע

אלא קהל ודאי... אבל כשהאחד ספק מותרים לבא זו בזו ואפילו תרתי דסתרן בהדי הדדי רחמנא שריינהו דאלו

לספק גרידא לא אתא קרא לשריא דבלאו קרא אין בו איסור תורה...¹²⁸

לעומת זאת, הרמב"ם (שם, הל' כא-כב) הסביר את האיסור מדרבנן של ספק ממזר בקהל ישראל ובממזרת ודאית בכך שאיננו יכולים לקבוע את זהותו באופן ודאי:

דין תורה שספק ממזר מותר לבוא בקהל... אבל חכמים עשו מעלה ביוחסין ואסרו גם הספיקות לבוא בקהל. לפיכך

ממזר ודאי מותר לישא ממזרת ודאית אבל ממזר ספק או שתוקי או אסופי אסור לישא בת ישראל ואסור לישא ממזרת,

ואפילו ממזרת מספק אסורה לו **שמא אחד מהן אינו ממזר והשני ממזר ודאי**¹²⁹.

מדברי הרמב"ם עולה שגם לאחר חידוש התורה שספק הממזר מותר בקהל, מעמדו האישי עדיין נשאר מסופק. וכך כתב באופן מפורש (שם, הל' לג) גם ביחס לאיסור המסופקים בינם לבין עצמם:

דבר ברור שהשתוקי אסור לישא שתוקית ואסופי אסור באסופית מפני שהן ספיקות.

כלומר, בניגוד לדעת המהרי"ט, סובר הרמב"ם שעל אף שמ"דבר תורה שתוקי כשר", אין התורה משנה את מעמדו האישי המסופק, "מפני שהן ספיקות". בהגדרה מרחיבה יותר, ניתן לומר שהרמב"ם מבחין בין הדיון ההלכתי הנוגע לעניין איסור והיתר, לבין

¹²⁷ יש גורסים 'ר' אלעזר.

¹²⁸ המהרי"ט ניסה בכך לתרץ את קושיית הראשונים על הרמב"ם, מדוע הביא את הגמרא כמקור להיתרו של ספק ממזר בקהל מדאורייתא? הרי שיטתו בכל מקום היא שספק דאורייתא לקולא, ואם כן לא צריך לימוד מיוחד להתירו. סיכום של פתרונות הראשונים והאחרונים לקושיה זו מובא בספר שב שמעתתא (ש"א פ"א).

¹²⁹ הלכות כא ו-כב צוטטו כאן ברצף על-פי מהד' פרנקל (הציון "כב" בסוגריים) ומהד' הרב קאפח. ההבדל בפסיקא כאן הוא משמעותי: לפי הפיסוק הרגיל שמבדיל בין הלכות כא ו-כב יוצא שלדעת הרמב"ם איסורי ספק ממזר בישראל ובממזרת ודאית מבוססים על שני עקרונות שונים: איסור ספק ממזר בישראלית – "מעלה עשו ביוחסין" (הל' כא) ואילו ספק ממזרת בממזרת ודאית או בספק ממזר כמותו – "שמא אחד מהן אינו ממזר והשני ממזר ודאי". נראה כי קריאה זו בדברי הרמב"ם היא יסוד הבנת המ"מ (שם, הל' יב) שאיסור ספק ממזר בישראלית הוא מדרבנן, בעוד איסורו בממזרת ודאית – מדאורייתא (עי' מאמרו של הגר"ש ישראלי בקובץ זה, שהתבסס על דברי המ"מ). אנו העדפנו את הקריאה הרצופה, משום שבקריאה הפסוקה מתעורר קושי תחבירי: הרמב"ם פותח בכך שמדאורייתא מותר ספק ממזר לבוא בקהל ונאסר רק מדרבנן משום מעלה עשו ביוחסין, וממשיך: "לפיכך ממזר ודאי מותר לישא ממזרת ודאית אבל ממזר ספק או שתוקי או אסופי אסור לישא בת ישראל". ההקבלה בין היתר ממזר ודאי בממזרת ודאית לאיסור ספק ממזר בבת ישראל אינה סימטרית; היה על הרמב"ם להקביל בין ממזר ודאי לספק ממזר **בממזרת**! על כורחנו יש להוסיף למשפט את המילים "ואסור לישא ממזרת" (שמופיעות בהל' כב) וממילא ההקבלה מובנת, וההסבר המשותף לאיסור ספק ממזר בין בישראלית ובין בממזרת ודאית הוא "שמא אחד מהן אינו ממזר והשני ממזר ודאי". לפי זה יוצא ש"מעלה עשו ביוחסין" ו"שמא אחד מהן אינו ממזר... אין הסברים שונים לאיסורים שונים, אלא "מעלה עשו ביוחסין" היא הסיבה מדוע **גזרו חז"ל** על ספק ממזר בין בישראלית ובין בממזרת ודאית (שלא כפי שפירש המ"מ, אלא כהבנת הב"י שהובאה לעיל), ואילו "שמא..." הוא **ההסבר ההלכתי** לכך שיש כאן ספק דאורייתא (שמדרבנן לקולא – לשיטת הרמב"ם). חלוקה זו של הרמב"ם בין סיבת הדין (המניע של חכמים לקבוע את האיסור או את ההיתר) ל**מנגנון** המאפשר לחכמים לעשות זאת (הבסיס ההלכתי שעליו מושגת הדין) באה לידי ביטוי בכמה מקומות בפסקי הרמב"ם (עיי' לדוגמה שבת, פרק כד הל' יב-יג; גירושין, פרק א הל' כג; פרק יג הל' כט; איסורי ביאה פרק יח הל' יז; אבות הטומאות, פרק טז הל' א; וכלאים, פרק י הל' כז. ואכמ"ל).

השאלה המציאותית הנוגעת למעמד האישי. לפיכך, במה שנוגע להלכה נפסק שספק הממזר מותר מדאורייתא ואסור מדרבנן בקהל ובממזרים ודאיים, ויחד עם זה נשאר מעמדו האישי המסופק על עומדו.

האחרונים נחלקו במספר מקרים הממתישים את המחלוקת העקרונית בין הרמב"ם למהרי"ט:

1. קידושי ספק ממזר בבת ישראל (לשיטת ר' עקיבא) האבני מילואים (סי' ד ס"ק יב ד"ה ולענ"ד) חידש שעל אף שלשיטת ר' עקיבא קידושין אינם תופסים בחייבי לאוין (כגון ממזר בבת ישראל), יתפסו קידושין של ספק ממזר בבת ישראל:

דלר"ע אין קידושין תופסין בחייבי לאוין היינו ממזר ודאי שהוא מחייבי לאוין אבל ספק ממזר דמותר מן התורה לבא בקהל – לא הוי חייבי לאוין וקידושין תופסין בו, דשתוקי שקידש – קידושיו קידושין ודאי כיון דאינו מחייבי לאוין ולא ספק קידושין עליה אלא קידושין ודאי כיון דהתורה אמרה ספק ממזר יבא בקהל... **דספק ממזר מותר לאו משום ספק הוא אלא דגזירת הכתוב דספק מותר ואפילו תרי ספיקא דסתרו נמי מותר** ושתוקי מותר בישראלית ובממזרת כהרד"י... ואע"ג דאסור בממזרת ודאי ובישראלית ודאי, אינו אסור ממה-נפשך אם ישראלית היא אסורה לו ואם ממזרת היא אסורה לו...

נראה שהאבנ"מ הבין את היתר ספק ממזר בישראלית כפי שהבינו המהרי"ט, שספק הממזר הוא מעמד ביניים מיוחד שהותר מהתורה באופן מוחלט בין בממזרת ודאית ובין בבת ישראל (כפי שישראל מותר בין בכהנים ובין בגרים, על אף שכהנים וגרים אסורים אלה באלה). לפי הבנה זו, היתר התורה משפיע בעצם על יחסנו אל המציאות, ומעתה הוא אינו נידון כספק כלל אלא כהיתר ודאי, בין בבת ישראל ובין בממזרת ודאית. הרב אלחנן וסרמן (קובץ הערות ליבמות, סי' ג ס"ק ז) היטיב לבטא את המשמעויות ההלכתיות של תפיסה זו:

ואפילו מי שידוע שהוא ממזר – מותר לו להשיאו בת ישראל ואינו עובר משום "לפני עור" ... ואפילו יתברר אחר-כך שהוא ממזר – מכל מקום לא ייאסר למפרע אלא מכאן ולהבא כמו בביטול על-ידי תערובות **שהאיסור נהפך להיתר**. ואם אחר-כך יוכר האיסור, אינו אסור אלא מכאן ולהבא ולא למפרע.

ר' אלחנן (שם, סי' ד ס"ק ב) חולק על סברת האבנ"מ וקובע כי היתרו של ספק ממזר מדאורייתא בקהל אינו קובע דבר ביחס למציאות האיסור. לכן, לשיטת ר' עקיבא, קידושיו של שתוקי בבת ישראל תופסים רק מספק:

בספק ממזר אף דמותר בתורת ודאי, מכל מקום כיון דישנה לסיבת האיסור – לא תפסי בה קידושין אלא בספק. לפי דבריו, היתרו של ספק ממזר בישראלית איננו משנה את היותו ספק ממזר, אלא רק מלמד שהתורה התירה לאדם להיכנס למצב של ספק איסור. כלומר, אין כאן שינוי ביחס למציאות אלא קביעה הלכתית שכניסה למצב של ספק (בנידון דידן ספק ממזר) אינה אסורה מהתורה. לכן, לדעתו, בנידון תפיסת קידושין – לא השתנה דבר, משום שתפיסת הקידושין תלויה במציאות הממזרות ולא באיסור ההלכתי, וההיתר ההלכתי אינו משפיע על המציאות עצמה¹³⁰.

נראה כי ר' אלחנן מבטא כאן את דעתו של הרמב"ם, שלפיה היתרו של ספק הממזר בקהל אינו משפיע כלל על מעמדו האישי, כפי שהתבאר. באופן זה נקל להבין כיצד ראה הרמב"ם בהיתרו המיוחד של ספק ממזר **מקור** יסודי לדין "ספיקא דאורייתא – לקולא"¹³¹. כלומר, התורה לימדה אותנו בהיתר זה כי היא מתירה לאדם להכניס את עצמו למצב של ספק, וממילא האיסור בדבר הוא רק מדרבנן. הבנה זו אינה אפשרית לשיטת המהרי"ט והאבנ"מ, שלפיהם היתרו של ספק ממזר בקהל חידש שהוא אינו נידון יותר כספק ונתן לו מעמד אחר.

2. ולד של ספק ממזר שבא על בת ישראל

ר' אלחנן (שם, סי' ג ס"ק ח) מוכיח את שיטתו שההיתר בקהל אינו משנה את מעמדו האישי המסופק של ספק הממזר מדינו של ולדו של ספק ממזר זה:

ואין נראה כן, דאף דספק הותר בתורת ודאי, מכל מקום סיבת האיסור לא נפקעה לגמרי גם בשעה

¹³⁰ בעניין הגדרת תפיסת הקידושין כנידון התלוי בהגדרת המציאות של המעמד האישי נרחיב לקמן בפרק השלישי.

¹³¹ הרב י' קאפח (רמב"ם במהדורתו, שבת פרק כז עמ' תקעו טור ב) הפנה לתשובה מפורשת של הרמב"ם, שלפיה היתרו של ספק ממזר בקהל מהווה מקור לתפיסה הכללית שספק דאורייתא לקולא: "וכבר בארנו בכלל העיקרים שבארנום שכל הדברים מותרים מן התורה וזולתי מה שנתברר אסורו, ושארם ספקא דאורייתא לחומרא אינו אסור אלא מדבריהם, לא מן התורה. ובפירוש אמרו 'ממזר ודאי אסרה תורה' (קידושין עג.), והוא הדין בכל אסורי לאוין...".

הוא ספק. ותדע, שאם הוליד זרע בשעת ספיקו ואחר-כך נתברר שהוא ממזר – בודאי נפסלו גם בניו כמוהו מכאן ולהבא. ולמה כן? הרי נולדו בשעה שהיה כשר? אלא ודאי משום דסיבת הפסול היה בו מתחלתו ולא הותר על-ידי ספיקו אלא האיסור בפועל, ומשום הכי בנו כמוהו, וכשנתברר על האב – נתברר גם על הבן... והידיעה אינה אלא זמן הפסול בפועל ולא סיבתו.

ר' אלחנן נאמן לשיטתו שההיתר אינו משפיע כלל על הגדרת המעמד האישי. לכן, על אף שהותר ספק הממזר בבת ישראל (מדאורייתא) – בניו עדיין מסופקים, משום שמעמדו האישי נשאר מסופק. וכן פסק הרמב"ם (פרק טו, הל' כג-כד):

כיצד? שתוקים ואסופים וספק ממזרים אסורים לבוא זה עם זה ואם נשאו לא יקיימו אלא יוציאו בגט והולד ספק כאבותיו... כיצד? שתוקי או אסופי שנשא גיורת או משוחררת או גר ומשוחרר שנשא שתוקית או אסופית – הולד שתוקי או אסופי.

כלומר, אף במקום שבו מותר ספק הממזר אפילו מדרבנן (שהרי להלכה גר מותר בממזרת) – הולד כמותו, משום שפגמו (או "ספק פגמו") עדיין עליו. לסיכום, הישארותו של ספק הממזר בספקו על אף היתרו מדאורייתא לבוא בקהל ממוחשת בכך שקידושו עדיין נתפסים כספק ושהולדות נשארים כמותו, כפי שהוכח מפסקי הרמב"ם.

ב. נישואי וולד שאביו אינו ידוע עם אשה שיכולה להיות ערוה

מצינו ראייה נוספת להבחנה של הרמב"ם בין הדיון ההלכתי שנוגע לאיסור והיתר ובין הגדרת המעמד האישי, בהקשר לדיני הנישואין של וולד שאביו אינו ידוע (שתוקי או אסופי).

על אף שכאמור מדרבנן נאסר שתוקי לבוא בקהל, נחלקו תנאים במשנה (כתובות פ"א מ"ט) מה דינו במקרה שאמו טוענת שנבעלה לכשר:

היתה מעוברת ואמרו לה: מה טיבו של עובר זה? מאיש פלוני וכהן הוא – רבן גמליאל ורבי אליעזר אומרים: נאמנת. רבי יהושע אומר: לא מפיה אנו חיינן, אלא הרי זו בחזקת מעוברת לנתין ולממזר עד שתביא ראיה לדבריה. להלכה פסק שמואל בגמרא (שם, יד.) כשיטת רבן גמליאל ור' אליעזר, שהאשה נאמנת להכשיר את ולדה השתוקי: "אמר רב יהודה אמר שמואל: הלכה כרבן גמליאל". כך עולה גם מדברי הגמרא בקידושין (עד.), שם פסק רבא כדעת אבא שאול במשנה (שם, פ"ד מ"ב):

אבא שאול היה קורא לשתוקי – בדוקי.

מאי בדוקי? אילימא שבדוקין את אמו ואומרת לכשר נבעלתי נאמנת, כמאן כרבן גמליאל, תנינא חדא זימנא?... חדא להכשיר בה וחדא להכשיר בבתה... אמר רבא: הלכה כאבא שאול.

וכך פסק גם הרמב"ם (שם, הל' יא):

פנויה שנתעברה מזנות. אמרו לה מהו העובר הזה או הילוד הזה? אם אמרה בן כשר הוא ולישראל נבעלתי – הרי זו נאמנת והבן כשר.

יש לציין כי לדעת הרמב"ם שתוקי שנבדקה אמו מותר בקהל גם אם האם לא זיהתה את האב בשמו אלא רק טענה באופן סתמי "לכשר נבעלתי". יתרה מכך, גם אם תטען האם שהאב הוא אדם מסוים, סובר הרמב"ם (שם, הל' יד) שאין לאשה נאמנות מוחלטת על קביעת זהותו ביחס לוולד, אלא רק לעניין כשרותו לבוא בקהל:

פנויה שזנתה ואמרה בן זה בן פלוני הוא, אם אותו פלוני כשר – הרי הבן כשר, ואינה נאמנת להיות זה בנו של פלוני... ואם אותו פלוני ממזר אינה נאמנת להיות הבן ממזר ודאי על פיה כמו שביארנו, אלא יהיה ספק ממזר.

מכל מקום סובר הרמב"ם (שם, הל' כט) שוולד שהוכשר על ידי אמו מותר לבוא בקהל, על אף שזהות אביו אינה ידועה וישנו חשש מסוים שהאשה שהוא מתחתן עמה היא קרובה של אביו ואסורה עליו משום עריות:

ומנין אני אומר שאין השתוקי והאסופי אסור בכל אשה שאפשר שתהיה ערוה עליו? שהרי הכשר שנבדקה אמו אינו אסור בכל אשה שאפשר שתהיה ערוה עליו, והרי נאמר בתורה "אל תחלל את בתך להזנותה" (ויקרא יט, כט) ואמרו חכמים שאם יעשה זה נמצא אב נושא בתו ואח נושא אחותו. ואילו היה הדין שכל מי שאינו ידוע אביו בודאי אסור בכל אשה שאפשר שתהיה ערוה עליו לא היינו באים למדה הזאת לעולם ולא תהיה הארץ מלאה זמה! הא למדת,

שאינן אוסרין עריות ומחזיקין אותן בשאר בשר בספק עד שידוע בודאי שזו ערוה עליו, שאם אתה אומר כן כל היתומים שבעולם שלא הכירו אבותיהם היו אסורין להנשא בכל מקום שמא יפגעו בערוה.

הרמב"ם מבסס את ההיתר על הפסוק "אל תחלל את בתך להזנותה". לפי דבריו, הצורך של התורה להזהיר מפני מצב שבו יש סכנה שאח ישא את אחותו מפאת חוסר ידיעת זהות הוריהם מורה על כך שהנישואין עצמם אינם אסורים במצב כזה. לו היו נישואין כאלה אסורים מראש על פי דין תורה משום חשש פגיעה בערוה, לא הייתה התורה צריכה להתריע מפני התוצאה החמורה, היווצרותם של ממזרים.

על בסיס לימוד זה פסק הרמב"ם שאפילו שתוקי (שלא נבדקה אמו ואסור בקהל מדרבנן) מותר בנשים שיכולות להיות באופן תיאורטי קרובות של אביו: "ומנין אני אומר שאין השתוקי והאסופי אסור בכל אשה שאפשר שתהיה ערוה עליו, שהרי הכשר שנבדקה אמו אינו אסור בכל אשה שאפשר שתהיה ערוה עליו...". מדברי הרמב"ם עולה שעל אף חוסר הוודאות בקביעת ייחוסו של השתוקי, לא חששה התורה לכך שהוא יפגע באיסור ערוה, משום "שאינן אוסרין עריות ומחזיקין אותן בשאר בשר בספק עד שידוע בודאי שזו ערוה עליו".

על פניו נראה שהרמב"ם סותר הנחה זו בעצמו, בכך שפסק (שם, הל' כז) שבמקרה ששתוקי נשא אשה שיכולה להיות באופן תיאורטי קרובה של אביו קידושיו מסופקים ואשתו היא אשת איש ביחס לאדם אחר רק מספק:

וכן יראה לי שהשתוקי שנשא אשה שאפשר שהיא ערוה עליו והרי היא ספק אשת איש, שאין קידושין תופסין בעריות.¹³²

דבריו לכאורה קשים, שהרי אם התירה התורה את נישואיו מתוך הנחה שלא חוששים שהוא יפגע בערוה, מדוע אם כן נחשבים קידושיו למסופקים, הרי חשש זה לא קיים? וכן הקשה הב"ש (סי' ד ס"ק סו) על דבריו (שנפסקו להלכה בשו"ע שם, סע' לז):

כבר כתבתי, שתוקי אם אין בו חשש ממזר מותר לישא אשה ואין חוששין שמא ישא אחותו כמ"ש ברמב"ם פט"ו. וצריך טעם למה חוששין כאן שאשתו ערוה עליו? אע"ג דאירי כאן בשתוקי דיש בו ממזר, מכל מקום לענין קידושין למה חיישין שנשא ערוה, מנ"ל להרמב"ם דין זה?

נראה שעל מנת לתרץ את הסתירה בדברי הרמב"ם יש להבחין בין שני תחומים שונים שבהם עולה השאלה אם ליישם את החשש של פגיעה בערוה במקרה שזהות האב אינה ידועה, ולחלק בין שאלות שנוגעות לאיסור והיתר ובין החשש לערוה כאשר מדובר בקביעת המעמד האישי.

על פי חלוקה זו ניתן להבין שבהלכה כט קבע הרמב"ם כי אין לחשוש לפגיעה בערוה בנוגע לשאלה האם מותר לשתוקי (וכן לוולד כשר שזהות אביו אינה ידועה) להינשא לאשה שיכולה באופן תיאורטי להיות קרובתו. עם זאת, הרמב"ם הבין שהוראת התורה וחז"ל שאין השתוקי חייב לחשוש לכך בדיני איסור והיתר עדיין אינה קובעת בוודאות כי אכן הוא לא נשא לאשה את קרובתו. לפיכך עדיין עומד בעינו חשש זה בשאלה הנוגעת למעמד האישי של בני הזוג, כלומר לתפיסת הקידושין ביניהם, ולכן פסק הרמב"ם בהלכה כז שקידושיו של השתוקי מסופקים.

במילים אחרות, לדעת הרמב"ם נוצר מצב שבו קידושיו של השתוקי מסופקים מבחינת קביעת המעמד האישי, על אף שהם מותרים לגמרי מבחינה הלכתית. בהקשר זה יש לראות את שאלת חלות הקידושין כשאלה הנוגעת למעמד האישי ולא כשאלת איסור והיתר. המשמעויות האיסוריות של הקידושין הן רק נגזרת של חלותם, אך השאלה הבסיסית אם הם חלים או לא קשורה לקביעת המעמד האישי בלבד.

מכל מקום, ניתן לראות כאן שוב את הבחנתו הברורה של הרמב"ם בין קביעת המעמד האישי ביוחסין, המוכרעת רק על ידי ודאות

¹³² יש להעיר שהרמב"ם כתב הלכה זו רק ביחס לקידושיו המסופקים של שתוקי, ולא הזכיר דין זה באופן מפורש גם ביחס לקידושי וולד כשר שאביו אינו ידוע. אם כן, ניתן היה לטעון שרק קידושיו של שתוקי שדינו כספק ממזר הם מסופקים (כפי שמשמע מדברי הב"ש לקמן), אך אם הוכשר על ידי בדיקת אמו – גם הרמב"ם יודה שהם ודאיים.

אך נראה כי בנידון דידן הרמב"ם סבר שגם וולד שהוכשר על ידי אמו נכלל במושג "שתוקי" הנזכר בהלכה כז, וקידושיו גם הם מסופקים, משום שהגדרתו של השתוקי "שמכיר את אמו ואינו מכיר את אביו" (שם, הל' יב) אינה נמדדת במידת כשרותו לבוא בקהל אלא בכך שאביו אינו ידוע. כלומר, גם וולד שנבדקה אמו והוא כשר אינו יוצא מכלל הבעיה של אי ידיעת זהותו של אביו, כפי שהתבאר לעיל. לכן נראה שאין סברה לחלק בינו לבין השתוקי שלא הוכשר, ודינו לענייניו כספק ממזר שקידושיו מסופקים.

נראה כי ניתן לעגן טענה זו בכך שהרמב"ם הוכיח את היתר השתוקי והאסופי באשה שיכולה להיות ערוה עליהם מהיתרו של הכשר באשה כזו. לו הייתה רמת החשש של הכשר בקרובה שונה באופן מהותי מזו של השתוקי, לא הייתה תקפות להוכחה זו. לכן נראה כי גם הצד השני של המטבע, היינו דין אשתו של השתוקי והאסופי כספק אשת איש, תקף גם לכשר שנבדקה אמו, וגם קידושיו מסופקים.

גמורה, לבין ההכרעה ההלכתית בדיני איסור והיתר, שנקבעת על פי כללי הסתברות הלכתיים, כגון רוב, חזקה וכד'.

ג. דיני אסופי ו'תינוק מושלך'

הסוגיות בגמרא

אסופי, כפי שהוגדר במשנה בקידושין (פ"ד מ"ב), הוא תינוק שנמצא ברחוב וזהות הוריו אינה ידועה¹³³:

אסופי? כל שנאסף מן השוק ואינו מכיר לא את אביו ולא את אמו.

בדומה לשתוקי, מבואר במשנה (שם, מ"ג) שהאסופי נידון גם הוא כספק ממזר, משום שמעמדו האישי אינו ידוע וייתכן שאחד מהוריו הוא ממזר: "ואלו הן הספיקות?... אסופי". כמו כן, האסופי מותר גם הוא בקהל מדאורייתא אך נאסר מדרבנן, משום "מעלה עשו ביוחסין" (גמרא, שם עג.).

כל זה נכון ביחס לדינו של האסופי רק כאשר ברור שהוא נולד להורים יהודיים, וחוסר הוודאות הוא רק ביחס לשאלה אם הוא מותר בקהל. אך כאשר המצב אינו כן, מתווספת לבעייתיות בקביעת זהותו של האסופי גם הספק אם הוא גוי או ישראל. התייחסות לבעיה זו נמצאת במשנה במכשירין (פ"ב מ"ז):

מצא בה [=עיר שישראל ונכרים דרים בה¹³⁴] תינוק מושלך, אם רוב גוים – גוי; ואם רוב ישראל – ישראל; מחצה למחצה –

ישראל. רבי יהודה אומר: הולכין אחר רוב המשליכין.

על אף שמפשוטה של משנה משמע שכל דיני התינוק שנמצא נקבעים על פי הרוב, קובעת הגמרא (כתובות טו): כי יש ליישם את ההכרעה על פי הרוב רק במקרים נקודתיים:

אמר רב: לא שנו אלא להחיותו¹³⁵, אבל ליוחסין – לא, ושמואל אמר: לפקח עליו את הגל¹³⁶.

רש"י (ד"ה אבל ליוחסין לא) מסביר שרב בא לומר שבענייני יוחסין לא מספיק רוב אחד, וניתן להכריע רק על פי "תרי רובי" משום מעלה ביוחסין:

אבל ליוחסין לא – דאם בת היא אסורה לכהן... חיישינן שמא בת עובד כוכבים היא ולמ"ד גיורת פסולה לכהונה אפילו

קטנה זו אסורה לכהן, דתרי רובי בעינן ליוחסין¹³⁷.

בכך מהווים דברי רב המשך ישיר לסוגיה הקודמת שבה הוזכר דין תרי רובי ביוחסין ("וליוחסין לא בעינן תרי רובי?").

בהמשך הסוגיה (שם) מובאים שלושה מקומות נוספים בהם מיושם דין המשנה בתינוק מושלך:

"אם רוב עובדי כוכבים – עובד כוכבים" למאי הלכתא? אמר רב פפא: להאכילו נבילות.

"אם רוב ישראל – ישראל" למאי הלכתא? אמר רב פפא: להחזיר לו אבידה¹³⁸.

"מחצה על מחצה – ישראל" למאי הלכתא? אמר ריש לקיש: לנזקין.

הקשיים בפסקי הרמב"ם

הרמב"ם (שם, הל' כה-כז) פסק סוגיה זו להלכה, אלא שבדבריו מתעוררים מספר קשיים, כפי שיבואר בהמשך:

האסופי שנמצא בעיר שיש בה עכו"ם, בין שהיה רוב עכו"ם או רוב ישראל – הרי זה ספק עכו"ם לענין יחוסיין, קידש

אשה צריכה גט מספק, מי שהרגו לא היה נהרג עליו. הטבילוהו בית דין לשם גרות או שטבל משהגדיל – הרי הוא כשאר

אסופים הנמצאים בערי ישראל.

¹³³ בגמרא (שם, עג): מבואר שבמקרים שבהם ניכר כי הולד לא הושלך מתוך הזנחה וכד' לא חוששים לממזרות על אף שזהות ההורים אינה ידועה, והולד מוחזק כישאל כשר.

¹³⁴ משנה זו היא חלק מרצף של משניות העוסקות בדינים שונים הקשורים בעיר שישראל ונכרים דרים בה.

¹³⁵ רש"י: "בית דין מצווין לפרנסו משום 'וחי אחיך עמך' (ויקרא כה, לה)".

¹³⁶ למסקנת הסוגיה, שמואל אינו חולק על רב אלא מתייחס באופן עצמאי לרישא של המשנה. לדעתו, יוצא דופן הוא פיקוח נפש שבו (בניגוד לשאר דיני האסופי בהם הולכים אחר הרוב) מחללים את השבת גם אם רוב תושבי העיר הם גויים, משום ש"אין הולכין בפיקוח נפש אחר הרוב" (שם): "אלא כי איתמר דשמואל ארישא אתמר: 'אם רוב עובדי כוכבים – עובד כוכבים' – אמר שמואל: ולפקח עליו את הגל אינו כן".

¹³⁷ כך הכריע הרמב"ם (סי' ד ס"ק נד) להלכה, גם לשיטת הרמב"ם. ולקמן יתברר שאין דבריו מוכרחים.

¹³⁸ רש"י: "רבותא היא דמוציאין מיד ישראל הזוכה בה, ועוד דאמור רבנן (סנהדרין עו): המחזיר אבידה לכנעני עליו הכתוב אומר 'למען ספות הרוה את הצמאה' שהשוה מצרים לשיבתן של ישראל, ונאמר 'לא יאבה ה' סלות לו'".

היה רוב העיר עכו"ם – מותר להאכילו נבילות, היה רובן ישראל – מחזירין לו אבידתו כישראל, מחצה על מחצה – מצוה להחיותו כישראל, ומפקחין עליו את הגל בשבת, והרי הוא לענין נזקין ככל ספק ממון המוציא מחבירו עליו הראיה.

יראה לי שכל מדינה שיש בה שפחה או עכו"ם הראויה לילד, הואיל והאסופי הנמצא שם ספק עכו"ם או ספק עבד כשישא הגירות כמו שביארנו – הרי זו ספק אשת איש והבא עליה פטור, שאין הורגין על ספק. הקשיים הם:

- א. מדוע פסק הרמב"ם (הל' כה) שגם לענין קידושין ורצח נחשב התינוק המושלך לספק, והרי רב קבע שרק תחום היוחסין אינו כלול בדין המשנה שהולכים אחר רוב ישראל או רוב גויים? באופן דומה ניתן להקשות גם על קביעתו (הל' כז) שאפילו ברוב ישראל "הרי זה ספק אשת איש" ו"אין הורגין על הספק", על אף שאין זה קשור למעלה ביוחסין.
- ב. מדוע פסק הרמב"ם (הל' כו) שמצווה להחיותו אפילו כאשר יש רק "מחצה על מחצה" ישראל? הרי חידושו של רב הוא שלא מספיק רוב אחד ביוחסין, ואם כן "לא שנו אלא להחיותו" מתייחס דווקא לרישא, "אם רוב ישראל – ישראל", וממילא ב"מחצה על מחצה" אין מצווה להחיותו?¹³⁹
- ג. הרמב"ם פסק (שם) שמפקחים את הגל על האסופי דווקא כאשר יש רוב ישראל או "מחצה על מחצה", אך משמע שברוב גויים – אין מפקחים¹⁴⁰. המגיד משנה ביאר עפ"י דברי הרמב"ם בתשובה (סי' שג) שפסק זה מתבסס על דברי ר' יוחנן (יומא פה:), החולק על שמואל וסובר שגם בפיקוח נפש הולכים אחר הרוב. אך גם לאחר הסבר זה יש עדיין מקום להקשות: מדוע פסק הרמב"ם שהולכים בפיקוח נפש אחר הרוב, ואילו ביחס לקידושין ורצח פסק שלא הולכים אחר הרוב (בין ישראל ובין גויים) ומקודשת רק מספק ואין ההורגו נהרג? וכי גרע פיקוח נפש מדיני קידושין?!

ביאור המגיד משנה

המגיד משנה (הל' כה) מתייחס באופן ישיר לקושיה הראשונה, ומתרץ שקידושו של האסופי מסופקים, וכן ההורגו אינו נהרג עליו, משום שמדובר במקרה שהם קבועים בעיר, ולכן גם אם רוב העיר הם ישראלים – קיימא לן שכל קבוע כמחצה על מחצה דמי, והספק הוא שקול:

"אמר רב: לא שנו אלא להחיותו, אבל ליוחסין – לא... ומפורש שם דאפילו ברוב ישראל אינו ישראל לענין יוחסין, ובודאי שאם קידש אשה שהיא ספק מקודשת ומי שהרגו לא היה נהרג עליו. והטעם, משום שאיכא מקצת עכו"ם או מקצת ישראל קבועים בעיר, וכל קבוע בין מועט בין מרובה כמחצה על מחצה דמי. ובהל' כז הוסיף, שדיני קידושין ורצח נלמדים בק"ו מדיני היוחסין:

ומ"ש כאן לכו"ע הוא דלא אמרינן "אם רוב ישראל – ישראל" להרוג על קידושין, אלא ודאי בספיקא דיינינן להו. דהשתא לגבי יוחסין אמרינן דלא אזלינן בתר רובא דישראל משום מעלה דיוחסין¹⁴¹, להרוג את הנפש על קידושין

– לא כל שכן!

אלא שלפי המ"מ עדיין לא נפתרות שתי הקושיות האחרות. ביחס לקביעת הרמב"ם שדברי רב מתייחסים דווקא ל"מחצה על מחצה" מודה המגיד:

בזה חלוקים עליו הרבה מן המפרשים ז"ל שסוברים דבמחצה על מחצה אין מצווין להחיותו אלא דוקא ברוב ישראל...

כמו כן, אין התייחסות בדברי המ"מ לקושיה השלישית, מדוע פסק הרמב"ם שבפיקוח נפש הולכים אחר הרוב ואילו בענין קידושין ורצח נחשב האסופי למסופק. קושיה זו מתעצמת לאור העמדת המ"מ את דברי הרמב"ם בקבוע. זאת, משום שבהל' שבת (פרק ב הל' כ-כא)¹⁴² פסק הרמב"ם להדיא שהליכה אחר הרוב בפיקוח נפש היא רק במקרה של "פריש" ולא של קבוע:

היתה חצר שיש בה גוים וישראלים אפילו ישראל אחד ואלף גוים ונפלה עליהם מפולת – מפקחין על הכל מפני ישראל. פירש אחד מהם לחצר אחרת ונפלה עליו אותה חצר – מפקחים עליו שמא זה שפירש היה ישראל והנשארים גוים.

¹³⁹ ואכן, כך הבינו התוספות (שם, ד"ה אם וד"ה להחזיר) וכך פירש רש"י: "לא שנו" – דאם רוב ישראל – ישראל".

¹⁴⁰ וכן פסק להדיא בהל' שבת (פ"ב הל' כ-כא), שהולכים בפיקוח נפש אחר הרוב.

¹⁴¹ ומשום קבוע כפי שבאר לעיל.

¹⁴² וכן מפורש בשו"ת סי' שג.

נעקרו כולן מחצר זו לילך לחצר אחרת ובעת עקירתם פירש אחד מהן ונכנס לחצר אחרת ונפלה עליו מפולת ואין ידוע מי הוא – אין מפקחין עליו, שכיון שנעקרו כולם אין כאן ישראל קבוע וכל הפורש מהן כשהן מהלכין הרי הוא בחזקת שפירש מן הרוב. לפיכך אם היה הרוב ישראל אע"פ שנעקרו כולם ופירש אחד מהם לחצר אחרת ונפלה עליו מפולת – מפקחין.

בדברי הרמב"ם מבואר שלא מפקחים את הגל ברוב גויים רק משום ש"אין כאן ישראל קבוע, וכל הפורש... הרי הוא בחזקת שפירש מן הרוב". כלומר, על פי האמור בהל' שבת יש להעמיד את הל' כו אצלנו דווקא בפריש. אם כן, ישנה קושיה על דברי הרמ"ם, שהעמיד את הל' כה ו-כו בקבוע: רישא וסיפא – קבוע, ומציעתא – פריש?!

שיטת הרמב"ם: חילוק בין איסור והיתר למעמד אישי

לאור הקשיים העולים מפסקי הרמב"ם ומהסבר הרמ"ם נראה כי ניתן לבאר את דברי הרמב"ם על-ידי החילוק שעשינו בין הכרעה בשאלות הנוגעות לאיסור והיתר לבין הכרעה בדבר קביעת מעמדו האישי של התינוק שנמצא. עיון חוזר בפסקי הרמב"ם לאור הבחנה זו, מעלה שבשאלות הנוגעות למעמדו האישי נידון האסופי תמיד כספק ישראל ספק עכו"ם, ולעומת זאת בשאלות הנוגעות לאיסור והיתר, פסק הרמב"ם שהוא נידון על פי כלל הרוב המכריע את הספקות: רוב ישראל – ישראל, רוב עכו"ם – עכו"ם.

לתוך הקטגוריה של שאלות הנוגעות להגדרת המעמד האישי יש להכניס את השאלה אם קידושיו קידושין¹⁴³ ואם מי שהורגו נהרג עליו¹⁴⁴. ביחס לשני עניינים אלה פסק הרמב"ם מפורשות (הל' כה) שדינו של האסופי כספק גם במקום בו יש רוב. "האסופי שנמצא בעיר שיש בה עכו"ם בין שהיה רוב עכו"ם או רוב ישראל – הרי זה ספק עכו"ם לעניין יחוסין. קידש אשה – צריכה גט מספק; מי שהרגו – אינו נהרג עליו". ניסוחו של הרמב"ם, "הרי זה ספק עכו"ם לענין יחוסין", מורה על כך שעל אף שיש רוב – הספק בעניין מעמדו האישי עדיין עומד בעינו, ולכן לא ניתן לקבוע בוודאות שקידושיו קידושין, וכן לא ניתן להאשים את מי שהורגו ברציחת אדם מישראל באופן ודאי.

על פי זה מובנת גם ההלכה (כז) בה קבע הרמב"ם שאפילו עכו"ם או עבד אחד בעיר מספיקים על מנת שנוכל להחשיב את האסופי כספק עכו"ם, משום שרוב אינו כלי שבו ניתן להכריע בשאלות הנוגעות למעמד האישי ("יחוסין"). לכן במקרה זה אשתו של האסופי היא ספק אשת איש ולא הורגים את הבא עליה משום ש"אין הורגין על הספק".

מאידך גיסא, ניתן להכניס לתוך הקטגוריה של שאלות הנוגעות לאיסור והיתר את הדוגמאות שמובאות בגמרא, כגון האכלת נבלות והשבת אבידה. באלה פסק הרמב"ם (הל' כו) שההכרעה נעשית על פי הרוב: "היה רוב העיר עכו"ם – מותר להאכילו נבלות; היה רובן ישראל – מחזירין לו אבידתו כישראל".

לפי היגיון זה יש להכניס גם את שאלת חילול שבת עבור פיקוח נפש לתוך קטגוריה זו, משום שזוהי שאלה הלכתית, אם מותר או אסור לחלל את השבת עבור אדם שקבור תחת גל אבנים. לאור זאת ניתן לתרץ את הקושיה מדוע בקידושין ורצח פסק הרמב"ם שדינו של האסופי כספק ואילו בפיקוח נפש פסק שהולכים אחר הרוב. התשובה היא שקידושין ורצח הן שאלות שנוגעות ישירות להגדרת המעמד האישי, בעוד שהשאלה על חילול שבת היא הלכתית גרידא.

"יחוסין" – המעמד האישי

על פי ההסבר הנ"ל בפסקי הרמב"ם כשלעצמם, ניתן להסביר אחרת גם את הסוגיה בגמרא, ובכך תישובנה הקושיות האחרות:

לדעת הרמב"ם, כאשר מצמצם רב את דין המשנה וקובע "לא שנו אלא להחיותו, אבל ליחוסין – לא", אין הוא מחלק רק בין שני דינים מקומיים, כפי שהבין רש"י ("להחיותו" – "וחי אחיך עמך"; "ליחוסין" – איסור בתו לכהונה) אלא בין שני אבות-טיפוס של הלכות: "להחיותו" כמייצג את ההלכות שנוגעות לאיסור והיתר, ו"ליחוסין" כמייצג את הדינים הנוגעים להגדרת המעמד האישי. בכך, לפי הבנת הרמב"ם, קובע רב קביעה מהפכנית, שלפיה הכלל שמופיע במשנה שדיני האסופי מוכרעים על פי הרוב ("אם רוב עכו"ם – עכו"ם, אם רוב ישראל – ישראל") אינו תקף כלל לעניין הגדרת מעמדו האישי, ויש ליישמו רק בנוגע לאיסור והיתר¹⁴⁵.

¹⁴³ כפי שהתבאר לעיל (פרק ב) ביחס לקידושיו של שתוקי עם אשה שיכולה להיות ערוה עליו.

¹⁴⁴ שהרי ההורג גוי אינו חייב מיתה.

¹⁴⁵ יש להעיר שלפי דברי הרמב"ם יוצא שהגמרא השתמשה במושג "יחוסין" בסוגיה זו בשני מובנים שונים: נושא הדיון בסוגיית הגמרא הוא כשרות האשה שנאנסה לכהונה, ועל כך אמרה הגמרא שצריך תרי רובי משום "מעלה עשו ביחוסין" (טו). הנידון הוא איסור האשה לכהונה, ללא קשר למעמדה האישי. במילים



היוצא מדברינו, שלדעת הרמב"ם משנת "תינוק מושלך" מתרוקנת, בעצם, מתוכנה, משום שלדעתו הרוב אינו מגדיר את האסופי עצמו מבחינה משפטית כ"ישראל או כנכרי, אלא רק מורה כיצד להתנהג במקרים נקודתיים של איסור והיתר. ייתכן שמקורה של תפיסת הרמב"ם בשאלות הגמרא (כתובות טו): החזרות ונשנות "למאי הלכתא". כלומר, הגמרא הבינה שהקביעות של המשנה אם הוא ישראל או עכו"ם על בסיס רוב הן משמעותית רק לשאלות הלכתיות **מסוימות**, ולא לקביעת המעמד האישי באופן כללי.

אם כן, אין מקום לקושייה הראשונה כיצד למד הרמב"ם מדברי רב שמתייחסים ליוחסין גם בעניין ספק קידושין ובכך שלא הורגים את מי שהורגו. לאור דברינו הדבר ברור: המשותף לכל אלה הוא שהם שייכים לקביעת מעמדו האישי המסופק של התינוק המושלך. כמו כן, על-פי הסבר הסוגיה דלעיל מובן שלדעת הרמב"ם דברי רב אינם מתייחסים דווקא לפסקה "אם רוב ישראל – ישראל" (כפי שהבינו שאר הראשונים) אלא למשנה כולה, על כל חלקיה, כולל הפסקה "מחצה למחצה – ישראל" (וזהו בעצם החידוש המרכזי, שעל אף שבדרך כלל הולכים אחר הרוב, במקרה של ספק שקול – נידון האסופי כ"ישראל).

ד. נאמנות חיה

הסוגיה

אם כן, הרמב"ם מבחין בין קביעת המעמד האישי, המצריכה ראייה גמורה, לבין דיני איסור והיתר, שנקבעים על פי כללים הלכתיים כגון רוב. המונח ההלכתי שבו השתמש הרמב"ם בהתייחסו למעמד האישי הוא "יוחסין". לאור הבחנות אלה, נראה כי ניתן ליישב פסיקה תמוהה נוספת של הרמב"ם בסוגיה הדנה בנאמנות חיה לקבוע את ייחוסו של וולד שזהותו אינה ידועה. איתא בברייתא ובגמרא (קידושין עג:):

תנו רבנן: נאמנת חיה לומר זה כהן וזה לוי זה נתין וזה ממזר. במה דברים אמורים – שלא קרא עליה שם ערער, אבל קרא עליה ערער – אינה נאמנת.

ערער דמאי? אילימא ערער חד, והאמר רבי יוחנן אין ערער פחות משנים? אלא ערער תרי. ואיבעית אימא: לעולם אימא לך ערער חד, וכי אמר רבי יוחנן אין ערער פחות משנים – הני מילי היכא דאיתא חזקה דכשרות, אבל היכא דליכא חזקה דכשרות – חד נמי מהימן.

נחלקו בגמרא אם נאמן מערער יחיד לסתור את עדות החיה, כאשר לפי התירוץ הראשון – אינו נאמן, ולפי התירוץ השני, אם אין לוולד חזקת כשרות – נאמן אפילו מערער אחד לפוסלו ולסתור בכך את עדות החיה, אולם כאשר יש לוולד חזקת כשרות – גם לפי תירוץ זה אין המערער היחיד יכול לפוסלו.

הקשיים בפסיקת הרמב"ם

הרמב"ם (שם, הל' לב) פסק ברייתא זו להלכה על פי התירוץ השני בגמרא, שנאמנות החיה מתבטלת אפילו במקום מערער אחד:

נאמנת חיה לומר זה הבן כהן הוא או לוי או נתין או ממזר מפני שלא הוחזק ואין אנו יודעין יחוסן. במה דברים אמורים – בשהוחזקה בנאמנות ולא ערער עליה אדם, אבל אם ערער עליה אפילו אחד ואמר בשקר מעידה – אינה נאמנת, והרי הבן בחזקת כשר ואין לו ייחוס.

אלא שפסק זה של הרמב"ם צריך בירור, הן מצד תוכן דבריו כשלעצמם והן ביחס לסוגיית הגמרא:

א. סיבת נאמנות החיה (כאשר אין ערער על דבריה) אינה מוזכרת בגמרא¹⁴⁶. הרמב"ם הסביר שהיא נאמנת "מפני שלא הוחזק ואין אנו יודעין יחוסן". מבלי להיכנס לכך שנאמנות החיה מתבססת על כך שלא עומדת בפנינו אפשרות אחרת מלבד להאמין לדבריה, עולה מדברי הרמב"ם שהיא מבוססת על כך שהוולד "לא הוחזק". אלא שקביעה זו נסתרת לכאורה מדבריו בסוף הלכה זו, שם כתב שבמקרה שערער אדם על עדותה "הרי הבן בחזקת כשר". אם בתחילה העידה החיה על וולד ש"לא הוחזק", מאין הגיעה חזקת הכשרות שעליה מושתתת פסיקת הרמב"ם כאשר עדותה נסתרת?

אחרות, ה"מעלה ביוחסין" פירושה חומרא באיסורי כהונה. לעומת זאת, מימרתו של רב "אבל ליוחסין – לא", שממנה מקשה רב ירמיה, מתייחסת למושג זה כמובן כשרות הוולד לכהונה, היינו הגדרת **מעמדו האישי**, ולא לעניין איסור זה או אחר. לפיכך, לולא הקישור של הסוגיה ניתן היה לומר שמדובר בשני נידונים שונים לחלוטין, ואין להקשות מדינו של הוולד (מעמד אישי) לדין האשה לכהונה (איסור והיתר). ייתכן שמשום כך העדיף הרמב"ם לפרש את דברי רב ושמאל באופן נפרד, ולא כפי שמשמע ממהלך הסוגיה.

¹⁴⁶ בשאלה זו עסק הרב משה ארנוייך במאמרו המופיע בקובץ זה. במאמרו ביאר את פסיקת הרמב"ם באופן שונה מזה המובא כאן.

ב. נוסף לכך, עצם פסיקתו של הרמב"ם כי הוולד הוא "בחזקת כשר" אינה מתיישבת לכאורה עם הסוגיה בגמרא שעליה היא מבוססת. זאת משום שבגמרא מבואר שהמערער נאמן לפסול את דברי החיה רק כאשר אין לוולד חזקת כשרות, "היכא דליתא חזקה דכשרות חד נמי מהימן". אם כן, ממה נפשך פסיקתו של הרמב"ם אינה מובנת: אם מדובר על מצב שבו יש לוולד חזקת כשרות, מדוע נאמן המערער לפוסלו? ומאיך גיסא, אם אין לו חזקת כשרות, חוזרת הקושיה הקודמת: על מה התבסס הרמב"ם בכותבו "הרי הבן בחזקת כשר"?

"לא הוחזק" ו"בחזקת כשר"

נראה שכדי לבאר את פסק הרמב"ם יש להבחין בדבריו בין שתי סוגי חזקות: האחת קשורה במעמדו האישי של הוולד, היינו הגדרת ייחוסו ככהן, לוי, נתין או ממזר **מבחינה מציאותית**, והשנייה נוגעת **לשאלה ההלכתית** אם מותר לו לבוא בקהל או שלא. על פי הבחנה זו ניתן לומר שבביטוי "לא הוחזק", שמופיע בתחילת ההלכה, מתייחס הרמב"ם למעמדו האישי, היינו ייחוסו המשפחתי של הוולד, וכוונתו לומר שנתנית הנאמנות לחיה מבוססת על כך שאין לנו שום מידע מוקדם בדבר ייחוסו של הוולד, "שלא הוחזק ואין **אנו יודעים ייחוסו**". יתרה מכך, משמע מדבריו שזאת הסיבה היחידה לכך שהחיה נאמנת לייחוסו, "נאמנת חיה... מפני שלא הוחזק". מפני כך מתייחס הרמב"ם בהקשר זה רק לייחוסו בעניין הגדרת המעמד האישי, ולא בשאלת היתרו לבוא בקהל. במילים אחרות, "לא הוחזק" הוא קביעה **במישור המציאותי** בלבד, ולא במישור ההלכתי. לעומת זאת, הכרעתו של הרמב"ם "הרי הבן בחזקת כשר" במקרה שנותרת נאמנות החיה על ידי מערער אינה מתייחסת כלל למעמדו האישי אלא רק **למעמדו ההלכתי**, היינו היתרו לבוא בקהל. יוצא מכאן, שלמרות שאיננו יודעים את ייחוסו המשפחתי ("לא הוחזק") – הוא מותר (אפילו מדרבנן) לבוא בקהל ("בחזקת כשר")¹⁴⁷.

עתה מיושבת הקושיה הראשונה דלעיל, ואין שום סתירה בין הביטוי "לא הוחזק" שמופיע בתחילת ההלכה, ובין הקביעה "והרי הבן בחזקת כשר" שמופיעה בסופה. כלומר, מצד אחד זהותו האישית של הוולד עדיין אינה ידועה **מהבחינה המציאותית**¹⁴⁸, ומצד שני אנו מתירים אותו לבוא בקהל **מבחינה הלכתית**. זוהי כוונת הרמב"ם במילים "והרי הבן בחזקת כשר, ואין לו ייחוס". כלומר, אמנם איננו יודעים את ייחוסו המשפחתי ("ואין לו ייחוס"), אך אין זה מונע אותנו מלהתיר אותו לבוא בקהל.

ביאור סוגיית הגמרא

מתוך פרשנות זו של פסק הרמב"ם יש לנסות ולהבין כיצד הוא הבין את הברייתא והסוגיה בגמרא כשלעצמם: בברייתא נאמר "נאמנת חיה לומר זה כהן וזה לוי זה נתין וזה ממזר" ולא "זה כשר וזה פסול". נראה כי מכאן הבין הרמב"ם שהדיון בגמרא סביב נאמנות החיה נוגע לייחוסו המשפחתי של הוולד ולא לכשרותו לבוא בקהל. אמנם, לפי זה צריך לומר שהרמב"ם פירש שהמושג "חזקה דכשרות" שמופיע בסוגיה מתייחס למעמדו האישי של הוולד ולא למעמדו ההלכתי. כלומר, שכוונת הגמרא באומרה "היכא דליתא חזקה דכשרות" היא שעד אחד נאמן לערער על ייחוסו של מעמד אישי רק כאשר באופן עקרוני הוולד "לא הוחזק" – "ליתא חזקה דכשרות", וזיהויו מבוסס על דבריה של החיה בלבד. אך כאשר "איתא חזקה דכשרות", היינו כאשר ידוע לנו **עוד קודם הדיון** שהוולד נמנה על הייחוסים המותרים בקהל – לא יוכל עד אחד לערער על ייחוסו, ועדותו לא תהיה קבילה כלל¹⁴⁹.

במילים אחרות, הרמב"ם הבין שכוונת ר' יוחנן במימרתו "אין ערער פחות משנים" היא שבניגוד לדיונים הלכתיים הנוגעים לאיסור והיתר (בהם ניתנת להכריע גם על ידי רוב, חזקה, עד אחד וכד'), ייחוסו של אדם (בין כשר – כהן, לוי או ישראל, ובין כפסול – נתין או ממזר)¹⁵⁰ נחשב לעובדה מציאותית שניתן לערער עליה רק על ידי ראיה ברורה, היינו שני עדים^{151 152}.

¹⁴⁷ בדומה לדיון של ורד שאמרה אמו "לכשר נבעלתי" (שמותר לכתחילה לבוא בקהל על אף שאיננו יודעים את זהותו של אביו).

¹⁴⁸ שהרי העובדה שיש ערעור על נאמנות החיה אינה מעלה או מורידה ביחס לקביעת זהות הוולד. לנקודה זו יוקדש דיון נרחב יותר בהמשך.

¹⁴⁹ החידוש בפירוש זה של הגמרא הוא בכך שבניגוד לרוב הראשונים, שהבינו שהפסקה "איתא חזקה דכשרות" מלמדת שעד אחד אינו נאמן לבטל את עדות החיה כאשר **מצטרפת** לדבריה חזקת כשרות של הוולד, הבין הרמב"ם שבאופן כללי עד אחד אינו נאמן לבטל את כשרותו של אדם גם **ללא** נאמנות החיה.

¹⁵⁰ והוא הדיון בייחוס לכהונה, כפי שיבואר בהמשך.

¹⁵¹ שיטת הרמב"ם היא שבכל מקום לא מתבטל ייחוסו של אדם ידוע אלא בעדות שני עדים. עיין פרק כ הל' ב ואילך לגבי הקריטריונים לקביעת כוהנים מיוחסים לעומת כוהני חזקה.

¹⁵² יש להעיר שהפרשנות של המושג "חזקה דכשרות" המופיע בסוגיה בגמרא כמושג העוסק בהכרעה מציאותית של ייחוס משפחתי הוא לכאורה מחודש, משום ש"חזקת כשרות" הוא מושג שמופיע בדרך כלל בגמרא ביחס להכרעות הלכתיות ולא מציאותיות. נראה שהרמב"ם דחה את פרשנות המושג "חזקה דכשרות"

נפקא מינה מפירושו זה של הגמרא היא שבמקרה שהוולד "לא הוחזק" קודם עדות החיה יהיה עד אחד נאמן לסתור את דבריה, בין להכשיר ובין לפסול. זאת משום שלפי הרמב"ם אין נאמנותה מתבססת על "חזקת כשרות", ולכן גם אם העידה שהוולד כשר – יהיה נאמן העד לפוסלו. וכן להיפך, במקרה שהוולד הוחזק לפסול – לא יהיה נאמן עד אחד להכשירו.

ערעור נאמנות החיה

בהקשר זה יש לברר נקודה נוספת: אם נכונה ההנחה שלדעת הרמב"ם לא ניתן לערער על ייחוסו של אדם אלא בראיה ברורה של עדות שני עדים, מדוע נאמן עד אחד לפסול את עדות החיה? הרי עד אחד נאמן באיסורים, ומשעת עדותו ואילך נידונה המציאות על פי עדות העד האחד כוודאית¹⁵³? ניתן היה לטעון שבדברי הרמב"ם מתייחסים דווקא למקרה שבו הכחיש המערער את החיה קודם שהוחזק הוולד על פי דבריה¹⁵⁴, אך העמדה מסוג זה היא דחוקה משום שאין לה בסיס בדברי הרמב"ם. אם כן, חוזרת השאלה מדוע נאמן המערער באופן מוחלט לערער את דברי החיה¹⁵⁵? נראה לומר, שכל הנ"ל נכון כאשר המחלוקת בין העדים היא על **תוכן עדותם** (כגון שאחד מכשיר ואחד פוסל וכד'), אך בנידון דידן המערער נאמן משום שהוא אינו חולק כלל על תוכן דברי החיה (היינו על זהותו של הוולד ככהן או ממזר), אלא על **עצם זכותה לקבוע את זהותו**. הרמב"ם כתב:

במה דברים אמורים – **בשהוחזקה בנאמנות ולא ערער עליה** אדם, אבל אם ערער עליה אפילו אחד ואמר **בשקר מעידה** – אינה נאמנת, והרי הן בחזקת כשר ואין לו ייחוס.

קריאה מדוקדקת בדברי הרמב"ם מראה כי הערעור מתייחס לחיה עצמה (ולא לתוכן דבריה): "בשהוחזקה" – החיה; "ערער עליה" – בלשון נקבה, היינו על החיה ולא על הוולד עצמו; "בשקר מעידה" – הרמב"ם כותב כי המערער טוען שהחיה עצמה היא שקרנית, ולא מכניס לפיו טענות הקשורות לזהותו של הוולד הנדון. כלומר, המערער אינו סותר את תוכן דבריה באופן ישיר אלא טוען שהיא **עצמה** אינה נאמנת לקבוע את מעמדו של הוולד. מכאן שיכולתו של המערער לבטל את נאמנות החיה אינה קשורה כלל לתוכן דבריה, היינו לגופה של טענתה שהוולד כהן או ממזר, אלא לעצם זכותה להעיד על הוולד.

לשם ההמחשה, ניתן לומר כי לדעת הרמב"ם ההבדל בין ערעור על תוכן דברי החיה לבין ערעור על עצם נאמנותה כמוהו כהבדל בין הכחשת עדות לפסילת העדים בגזלנות; הראשונה מתייחסת לתוכן הדברים, ואילו השנייה לאנשים העומדים מאחורי העדות, כאשר במקרה שהעדויות עצמה מוכחשת – לא ניתן לקבל את דברי אף אחת מהכתות¹⁵⁶, בעוד שבמקרה שהכת השנייה טוענת שהעדים הראשונים אינם כשרים לעדות – היא נאמנת בכל מקרה.

הבנה זו בדברי הרמב"ם היא, בעצם, המשך לדבריו הראשונים בדבר סיבת נאמנות החיה. כיוון שכל יסוד נאמנותה הבלעדית הוא רק משום ש"לא הוחזק ואין אנו יודעים ייחוסן", היינו משום שאין לנו ברירה אלא להאמין לה, תהיה נאמנותה תקפה כל זמן שאין לנו שום סיבה **שלא** להאמין לה. לכן, כאשר מתעורר חשש כלשהו בדבר מהימנות דבריה, אפילו על ידי מערער אחד הטוען שאין היא מהימנה – מתבטל הכוח שנתן לה את נאמנותה בתחילה, ודין הוולד חוזר למצב שבו אין לנו יכולת לקבוע את ייחוסו.

לכן, במקרה שבו המערער נאמן, אין זה אומר שקיבלנו את דבריו על פני דברי החיה באופן חיובי, אלא רק ביטלנו את ההסתמכות הראשונית שהייתה לנו על דבריה. במצב זה חוזר מעמד הייחוס להיות ניטראלי, "ואין לו ייחוס". **הספק המציאותי** נשאר על עומדו ואין לנו אלא **ההכרעה ההלכתית**, "הרי הן בחזקת כשר" – ותו לא¹⁵⁷. על פי פרשנות זו מתבטל הצורך להעמיד את דברי הרמב"ם

בגמרא כמתייחס לכשרות הלכתית, מפני שכאמור פשוטה של ברייתא עוסקת בשאלת המעמד האישי, "זה כהן וזה לוי...". אמנם לפי זה יוצא שהסוגיה עצמה עירבה בדין בין ייחוס להכרעה הלכתית. מקום נוסף שבו יוצא לפי הרמב"ם שהגמרא מערבת בין מונחי היוחסין למונחים של איסור והיתר הוא הסוגיה בכתובות טו: שהובאה לעיל (פרק ג) ביחס לבידור המושג "יוחסין" בתינוק מושלך.

¹⁵³ וכך פסק הרמב"ם עצמו (סנהדרין, פרק טז הל' ו'): "אינו צריך שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה, אבל האיסור עצמו בעד אחד יחזק. כיצד? אמר עד אחד חלב כליות הוא זה, כלאי הכרם הם פירות אלו, גרושה או זונה אשה זו, ואכל או בעל בעדים אחר שהתרה בו, הרי זה לוקה, אף על פי שעיקר האיסור בעד אחד."

¹⁵⁴ בדומה לדיני עד אחד באיסורים, שאינו נאמן אם הוכחש מיד, כפי שפסק הרמב"ם (שם): "במה דברים אמורים שלא הכחיש העד בעת שקבע האיסור, אבל אם אמר אינו חלב זה וזו אינה גרושה, ואכל או בעל אחר שהכחיש – אינו לוקה עד שיקבעו האיסור שני עדים."

¹⁵⁵ בשאלה זו דן גם הב"ש (סי' ד ס"ק ס).

¹⁵⁶ רב הונא ורב חסדא נחלקו אם הם כשרים להעיד בעדויות אחרות.

¹⁵⁷ לפי זה צריך לומר שהסיבה שאסופי ושתוקי נחשבים לספקות ואילו ולד שאין אנו יודעים את ייחוסו (כגון בנידון דידן) אינו נחשב לספק הוא משום שבאסופי יש ריעותא, משום שהוא נמצא זרוק ברחוב, וכן בשתוקי משום שאמו זינתה. אך כאן, שאין שום ריעותא ורק איננו יודעים את ייחוסו – הוא נחשב "בחזקת כשר", כפי שפסק הרמב"ם באופן כללי לגבי משפחות ש"כל המשפחות בחזקת כשרות" (קידושין עו:; רמב"ם, פרק יט הל' יז).

במקרה שבא המערער קודם שהתקבלו בבית הדין דברי החיה, משום שכל זה רק כאשר יש הכחשה בתוכן הדברים, אך כאשר הערעור על העד עצמו – אין זה משנה מתי הוא בא מבחינה כרונולוגית. מכל מקום, מתוך הדברים עולה כי גם בסוגיית נאמנות חיה לייחס את הוולד הבחין הרמב"ם בין הכללים ההלכתיים שנוגעים לאיסור והיתר ("בחזקת כשר") לבין הכללים שנוגעים לקביעת המעמד האישי ("לא הוחזק" ו"אין לו ייחוס").

סיכום

בתחילת המאמר הוצגה הטענה כי כאשר ישנו מצב בו ייחוסו של אדם הוא מסופק, הכלים להכרעה הלכתית (כגון חזקה, רוב ועד אחד) יכולים להכריע רק בשאלות הלכתיות הקשורות לדיני איסור והיתר, אך אינם יכולים להכריע את הספק המציאותי בדבר ייחוסו של האדם. טענו כי זוהי שיטתו של הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה. טענה זו הוכחה מארבע סוגיות שונות שבהן הבחין הרמב"ם בין המישור ההלכתי של איסור והיתר לבין הנידון המציאותי של קביעת המעמד האישי:

א. הרמב"ם נוקט שספק ממזר מותר מדאורייתא בקהל, אך בד בבד נשאר הספק המציאותי על עומדו. כלומר, התורה לא הכריעה את הספק אלא התירה לו לבוא בקהל ולהיכנס לכתחילה למצב מסופק. יתרה מכך, התבאר שגם במקרה שהוכשר השתוקי על ידי אמו – הספק בייחוסו נשאר, ולכן הוא אסור בספקות אחרים ובממזרת ודאית. ר' אלחנן כתב שהנפקא מינה של תפיסה זו היא שוולד של ספק ממזר מישראלית הוא ספק כמותו, משום שאביו נשאר ספק על אף היתרו מהתורה, וכן פסק הרמב"ם.

ב. הרמב"ם פסק ששתוקי שהוכשר על ידי אמו מותר בישראלית ואין חוששים שנושא את קרובתו, על אף שזהות אביו אינה ידועה. למרות היתרו נשאר מעמדו האישי מסופק, ולכן פסק הרמב"ם שקידושי תופסים רק מספק.

ג. הרמב"ם פסק שהכרעה על-פי הרוב במקרה של תינוק מושלך (ספק גוי ספק ישראל) תקפה רק לשאלות של איסור והיתר, כגון מצוות השבת אבדה, החייאתו וחילול שבת. אמנם ביחס לשאלות הקשורות במעמדו האישי, כגון ייחוסו, תפיסת קידושין והריגת רוצחו – נשאר מעמדו מסופק (בניגוד להסברו של המ"מ, שביסס את פסקי הרמב"ם על דין "קבוע").

ד. בסוגיית נאמנות חיה לייחס את הוולד התברר שלדעת הרמב"ם אין עד אחד יכול לערער על ייחוסו של אדם שהוחזק ייחוסו קודם לכן, "אין ערער פחות משניים". משום כך נאמנות החיה אפשרית רק כאשר ייחוסו של הוולד לא היה ידוע מראש. הבחנת הרמב"ם בין המישור ההלכתי לזה המציאותי באה לידי ביטוי בפסק "בחזקת כשר ואין לו ייחוס", היינו שהוא מותר מבחינה הלכתית על אף שאין ייחוסו מבורר מבחינה מציאותית.

סוף דבר, מאמר זה מבסס את הבחנתו של הרמב"ם בדיני ייחוסין בין קביעת המעמד האישי לבין פתרון השאלות ההלכתיות הקשורות בו ומתוך כך מעלה הרהורים בקשר ליחסה המורכב של ההלכה לספקות בכל דיני התורה: מתוך הדברים מתחזקת ההנחה, שכאשר אדם נתקל בשאלה הלכתית התלויה במצב בו המציאות מסופקת, אין ההלכה מתעלמת מעצם מציאותו של הספק מצד אחד, אך מצד שני אין היא מורה לאדם לדרוך במקום, אלא נותנת לו כלים על-פיהם הוא יכול להכריע את השאלה ההלכתית, על אף שהספק המציאותי נשאר בתוקפו. במילים אחרות, ההלכה אינה מהווה תשתית לקביעת המציאות אלא מורה לאדם כיצד להתמודד איתה גם במצבים שהיא אינה ברורה לו.

תוספת למאמר על פי סוגיית "האיסור בעד אחד יוחזק":

אם נכונים הדברים שיש לחלק בין הרובד המציאותי לשאלות שנוגעות לאיסור והיתר, קשה מדברי הרמב"ם בהל' סנהדרין (פרק טז הל' ו):

אינו צריך שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בעד אחד יוחזק. כיצד אמר עד אחד חלב כליות הוא זה, כלאי הכרם הם פירות אלו, גרושה או זונה אשה זו, ואכל או בעל בעדים אחר שהתרה בו - הרי זה לוקה, אף על פי שעיקר האיסור בעד אחד. במה דברים אמורים? שלא הכחיש העד בעת שקבע האיסור, אבל אם אמר אינו חלב זה, וזו אינה גרושה, ואכל או בעל אחר שהכחיש - אינו לוקה עד שיקבעו האיסור שני עדים.

רואים מדברי הרמב"ם שהגדרת האיסור משפיעה לכאורה על ההגדרה המעשית ונענשים על פי עדות עד אחד בלבד.

רעק"א בתשובה (סימן קז)

תוספות חולין צו ע"ב – הבעל על אישה שהותרה להינשא על ידי זיהוי הבעל בסימנים - אינו נהרג.