

מנן הגאון רבי אברהם אלקנה כהנא שפירא זצ"ל

בעניין קידושין בעדים פסולים

תמצית מכתב תשובה להג"ר יצחק אייזיק הלוי הרצוג זצ"ל בתוספת דברים חדשים

נידון השאלה באשה שנתקדשה בטמפל רפורמי ולא היה יחוד עדים כלל, ואח"ז נפרדה ממנו וילדה באותו זמן בת, ואח"ז נתגרשה גירושין אזרחיים והתחתנה בנישואים אזרחיים עם אחר וילדה בת, ובתעודות הבת הראשונה רשום ע"ש הראשון והשניה ע"ש השני, ועתה הבנות רוצות להנשא, מה דינן.

תמצית הדברים מהתשובה שכתבתי היא, דאם יחדו עדים פסולים בשעת הקידושין יש להכריע שהקידושין בטלו וכ"כ הגאונים בעין יצחק ח"ב וביד דוד ד' קלו, ובמהרש"ם ח"ב קי, אבל בלא יחדו עדים כלל והיה רק ראייה של פסולים וכשרים, הגאון ביד דוד נוטה לומר שלרוב הראשונים אין העדים פסולים ובמהרש"ם נוטה להביא הוכחה כהש"ך דאם גם הכשרים לא כוונו נתבטלה העדות והקידושין פסולים. ואם היה פסול בהגדה, נראה מגדולי המחברים הספרדים שהקידושין בטלו ולא כהבי"ש.

והנה בריטב"א בקידושין ובגיטין מפורש דהקידושין בטלו גם בראיה לחוד וגם אם לא כוונו להעיד, אע"ג דשיטתו בסוגי' דמכות היא לא כהרמב"ם דסבר דלא סגי בצרוף של ראייה, אלא לשיטתו צריך הגדה דוקא, אבל ראית קידושין הוי כהגדה ולא בעי גם כונה להעיד, אעפ"י שהלכה כרבי, ובשו"ת הר"י בן הרא"ש פב כתב דהקידושין בטלי לשי' הרמ"ה דסגי בראיה בלא הגדה או בהגדה בלי ראייה, והוסיף דבקידושין י"ל דיוודו גם אלו שסוברים שצריך הגדה. אכן שם מיירי שהפסולים הוזמנו לעדים בקידושין, אכן אם הוא תופס כהריטב"א דקידושין שאני, י"ל דכמו דלא בעי הגדה ממש כן לא בעי כונה ג"כ כמ"ש הריטב"א, והוראת הר"י בן הרא"ש היתה למעשה.

ואם כי באמת הרי הם שני דברים, שדין הגדה ודין כונה הרי הם דברים חלוקים בסוגיא שם, שהגדה נלמד לשי' הראשונים ממה שאמרו שם במקיימי דבר הכתוב מדבר, וזה גם לר"י ודין כונה הוא לרבי משום מה יעשו שני אחים, וא"כ הרי י"ל שאם גם קידושין שאני מכל עדויות, שבראייה שלהם כבר קיימו דבר, ולהכי אי"צ כבר להגדה בפה. אבל מה שרבי סובר שרק אם כוונו בשעת ראייה להעיד פוסלים ובלא כונה כזו אין פוסליו, בזה לא שאני קידושין מכ"ד, אבל כיון שחזינו שהריטב"א משוה אותם כהדדי א"כ ע"כ הביאור הוא שכונה להעיד היא דוקא בענין שקשור בהגדת עדות, משו"ז צריך כונה להגדה. אבל בקידושין שאין קשורים כלל עם הגדה, להכי כונת ההגדה לא מעלה ולא מורידה, ושלא בכונה הוי כמו בכונה, והוי ראייה של עדים פסולים וכשרים, ופסול.

ואם כי דוקא לשיטת הרמב"ם ההכרח הזה לכאורה אינו קיים, שהרי לרמב"ם לעולם לא צריך הגדה בכלל כדי לפסול ואפ"ה כונה להעיד צריך אליבא דרבי, וא"כ ה"נ בקידושין

אע"ג שלא צריך הגדה מ"מ כונה צריך. אבל באמת אין הדמיון שוה, שבכל עדות אם כי לא צריך הגדה לדין הפסול, אבל הראיה היא מכשיר של הגדה כדי שיעיד, ולהכי צריך כונה להעיד, אבל בקידושין שהראיה היא הפועלת במעשה הקידושין בלי זיקה להגדת עדות שם אין כלל שום זיקה להגדת עדות וסגי בראית פסולים לפסול העדות.

לדעת הש"ך ברמב"ם (וכיון שהמחבר הביא שי' הרמב"ם בראשונה ושי' הרא"ש כי"א נראה שתפס שיטה זו כעיקרית) בלא כוונת הכשרים והפסולים ג"כ בטלה העדות וה"נ בטלי הקידושין. אולם הבית אפרים (אהע"ז נח) מצדד דלפי מ"ש הבי"ש בס"ל מב גם להש"ך לא יבטלו הקידושין ע"י ששניהם לא כווננו בשעת הקידושין משום דבכל עדות ע"י הראיה באמת לא נעשו עדים והוי עדים ע"י הגדה, אבל בקידושין הוו עדים על קיום המעשה בלא כונה ונעשו עדים רק הכשרים ולא הפסולים. אבל כבר הבאתי מר"י בן הרא"ש שע"י הגדה ג"כ בטלו הקידושין. וכ"כ שגדולי המשיבים הספרדים חלקו על הבי"ש וגם על הסברת הבי"א יש לדון. ועיין בזקן אהרן (שחי בזמן המהרי"ק) שהביא תשובה זו של הר"י בן הרא"ש ועיין בפרח מטה אהרן ח"ב (יח) אריכות בזה.

אכן הנתיבות מפרש בש"ך שבעי הגדה דוקא, אבל בש"ך עצמו בס"ק יח חוזר שוב ומדגיש שסגי בראיה בלא הגדה כשלא כווננו שניהם. אבל הכרעת התומים והנתיבות היא כסמ"ע ולא כש"ך אפילו בהגדה.

אבל בזה יש לומר דקידושין שאני וגם לסמ"ע אם הגידו הפסולים עדותן בבי"ד יפסלו. ועוד י"ל דגם הרא"ש שחולק על הריטב"א שאי"צ בהגדה בקידושין, אבל מ"מ הגדה לרא"ש אינו משום שצריך צירוף הגדה, דהרי לרא"ש לא צריך תוכ"ד ואפילו זה לא בפני זה פסולים, אלא הוא תנאי שרק עדים שקיימו הדבר ע"י הגדה, עדים כאלו פוסלים בצירופם, והפסול הוא בצירוף בשעת ראיה אם הם מגידים עדותם בבי"ד שלהכי לא צריך להעיד כאחת, וא"כ כשהעיד הפסול בפני בי"ד י"ל דאפילו לא כיון מהני, ובזה יודו להריטב"א.

ומה שהפסול נאמן להעיד שראה, הבאתי שכבר כתב הרמב"ן שמשפק נפסלה העדות עיי"ש וכעת ראיתי בשו"ת מהר"ם אלשקר (טז) מה שחולק עם מהריב"ר בקידושין בפני פסולים והביא את הרמב"ן הזה וכתב דכל שהעידו בסתם אנו מסיקים שכווננו להעיד בשעת הקידושין כ"ז שלא אמרו למחזי, ותימה דהש"ך הביא את המהר"ם אלשקר וחולק עליו ולא הזכיר כלל מהרמב"ן שמוכח שהפסולים נאמנים להעיד שראו, והש"ך עצמו כתב שרק הכשרים נאמנים להעיד על זה.

ועיין מהרי"ט ח"א קלח דסמכינן להתיר בא"א על ס"ס, ועיין בנו"ב סא בקידושי קטן דסמכינן על ס"ס, והשאג"א חשש רק לשי' הרא"ש אבל החליט דמתירין עפ"י ס"ס, ונראה דכ"ז במיעוט קבוע דצריך לחשוש לו שאל"כ יבוא בהיתרו לידי תקלה אבל לא בספק במקרה שאין לומר שנבוא לידי תקלה.

ועיין במהרש"ם ח"ב קי קיא שדן בקידושי ריפורמה ושם צירף דהבעל נעשה מומר, ולדעתו יש ספק כמ"ד דקידושין של מומר אינם תופסים. ולפי"ד גם אם קידש פקע קידושין לדידהו. וצ"ע מתשב"ץ ח"ב מו בקידושי אנוסים דחשש שאם יש ישראל בעיר יש לחשוש לקידושי ביאה. אולם דבריו צ"ב. וי"ל דכונה לשם נישואין מהני גם לקידושין ויש לחשוש ליחוד

וביאה. וכ"ז נראה רק אם חופה היא יחוד, אבל לרוב הראשונים דחופה אינה יחוד אין לחשוש. ולדבריו צ"ע לר"ה דחופה קונה מ"ט דר"ש דקדש בפחות מש"פ אם בעל לא קנה הרי עכ"פ חופה קונה, וע"כ דכונה לשם נישואין לא מהני לשם קידושין. עוי"ל דצריך קרא דכי יקח ובנישואי חופה יש לומר דאין דין כי יקח דוקא. ועכ"פ בקידושי אנוסים נראה שחולק על הריב"ש, ובשו"ע פסק כהריב"ש.

בנוגע להכשר הבת הא', י"ל שאפילו אם מהני אמתלא דאם שמבעלה היא, הרי י"א דאמתלא מהני לבטל מה שאמרה קודם אבל לא שתהיה לה נאמנות על עכשיו, וא"כ הרי שוב אין עדות של האם אם זה מבעלה והרי היא חשודה לזנות ולא גרעה מדיימא מעלמא דהולד ספק ממזר אם לא נקבל טענת ברי לי. אכן כאן הרי היה מקום לחשוש שהוא מהבעל ולכתחילה לא היתה נאמנת לפסול הולד, אבל זה אינו ברור, כיון שלא היתה עם הבעל ול"ש רוב בעילות אחר הבעל, וי"ל. אבל נראה דכאן יש דין דיכיר ודין דהוחזק כבן על אביו וכה"ג ודאי כשר. ונראה דאפילו למ"ש הרמב"ם דחוששין לאפקריה, הוא רק כ"ז שלא הוחזק, אבל הוחזק הוי בנו גמור, ועיין ברא"ש ביש נוחלין. ואע"ג שאסורה עליו שייך יכיר, די"ל שהיה בשוגג.

אבל על הבת השניה הרי להפך, הוחזקה כבת של אחר והוי הוחזקה לממזרת והרי גם לא דיימא מעלמא. אבל בזה נראה שא"א שדיימא מאחד ממילא הרי היא חשודה לאיסור עריות. ודוקא מה שדיימא מארוסה י"ל שמזה אין להוכיח שזנתה עם אחרים, אבל לא במקרה דילן, וכר"מ שביאר שהאומרת שנבעלה לממזר חוששין שזינתה עם אחר, והיינו דלהכשיר הולד חיישינן אפילו לא דיימא וא"כ ה"נ הכא להכשיר הולד נחשוש על גוי אעפ"י שלא דיימא.

והספק אם מגוי, צ"ע, דעכ"פ שתוקי שאינו מכיר אביו פסול מדרבנן. וזה קשה גם למ"ש ברעק"א ועין יצחק. ושם י"ל דהיא הרי טוענת ברי לי שמבעלי ורק דאם יש דין יכיר האב נאמן לפוסלו, וע"ז כתבו דהרי גם אם יש דין יכיר הוי רק ספק ממזר שאינו יודע אם לא זנתה עם גוי, ובספק הרי י"ל כראשונים שבכלל אינו נאמן כה"ג, ואם ע"י ס"ס מסתלק דין יכיר הרי היא אומרת ברי לי שמבעלי ובשתוקי הרי מהני ברי דאם. אבל הכא הרי ברי שלה הוא על הבעל שפסול ורק שי"ל שע"י שבושה אין בזה סתירה אם תגיד, או שאנו נחשוש לזה, אבל ברי הרי ליתא עכ"פ, ושתוקי מתכשר ע"י בדיקת האם והיא נבדקה ולא טוענת מגוי, משא"כ התם נבדקה ואומרת מבעלי.

אכן י"ל דהעיקר הוא מ"ש מהרי"ו דבס"ס הולד כשר גם אם לא בדקו אמו, והספק השני שמא מגוי ואעפ"י שלא נבדקה לגמרי עיי"ש. אלא דבאמת ק"ל מכתובות טו בארוסה שילדה דאמרה מארוס, חדא דמודה ועוד דהלכה כר"ג ולדברי המהרי"ו הרי גם לר"י כשר דהוי ס"ס שמא מארוסה ושמא מגוי ובס"ס הרי ר"י מודה. ובשלמא אם נימא שהמהרי"ו מיירי דוקא שלא נבדקה כלל אז י"ל דיש ספק דמגוי, אבל בנבדקה ואמרה מבעלי אין בכלל ספק של גוי, להכי ניחא מ"ש בכתובות דאין כאן ס"ס, אבל לרעק"א דגם כה"ג יש ס"ס דגוי קשה.

אכן הרי יסוד זה דגם כשאמרה מבעלי יש ספק על גוי, הרי יוצא ממה שכתב הבי"ש בשי' הר"מ ביכיר שהוא רק בחזקת ממזר, היינו משום דספק שמא מגוי נולד. ובאמת בדברי הבי"ש במהדורא קמא בדפוס ראשון יש כאן הבדל גדול ממה שנמצא לפנינו, וכבר עמד ע"ז הגאון במשיבת נפש (כ), אבל עכ"פ במצויים כאן נכרים חוששים לגוי גם כשלא טוענת וקשה כנ"ל.

ולכאורה י"ל דבעי למימר שכשר הולד גם לכהונה וזה דוקא לר"ג, אבל לר"י לכהונה הא ליכא ס"ס, אבל הרי מתרץ שם ה"נ בדיעבד, דולד כדיעבד דמי, הרי מפורש שלהכשירו בקהל מיירי, שרק לזה הוא כדיעבד, דאין לו את מי לישא.

ונראה לכאורה דהרי שתוקי אסור לכו"ע, אם כי היא פנויה וכל הכשרים אינם פוסלים הולד ואפ"ה הולד אסור משום ספק פסולים, ואעפ"י שגם מחמת כשרים וגם גויים אין לפסול, מ"מ אסרי, א"כ כשפנויה זו נתארסה ועכשיו גם הכשרים פוסלים את הולד ורק הארוס נשאר בכשרותו, לא שייך לומר עתה כשיש פחות כשרים שהולד יהיה כשר מחמת הגויים, דאם קודם שהיו גם כשרים וגם גויים פסלו הולד, כ"ש עתה יש רק גויים; והיינו שהכל הוא ספק אחד אם מגוי וארוס או מאחרים, ואי"ז ס"ס ולהכי לר"י פוסל. ולכאורה לפי"ז יקשה על רעק"א שדן בזה ס"ס. אכן כ"כ קודם דשם הדיון על איסור תורה, אבל על דין שתוקי אי"צ לס"ס דיש טענת ברי ודין ס"ס מסלק רק פסול דיכיר.

אכן בר"ח או"ז (קד) מצאתי שהקשה באמת למה לר"י האב נאמן על בנו שהוא ממזר, שמא עכו"ם בא עליה והולד כשר ואפילו בעיר שרובה ישראל סמוך מיעוטא דגויים לחזקת צדקת דישאל ואיתרע לה רובא. הנה חזינן דתפס בפשיטות דביכיר הולד ממזר ודאי, וזה כמו שתפס הבי"ש בשיטת הטור עכ"פ ולא כמ"ש הבי"מ דהרמב"ן והטור לא פליגי אלא תלוי אם יש שם עדים לתלות או לא. אלא שמ"ש הר"ח או"ז דסמוך חזקת צדקת למיעוט תמוה, דחזקת צדקת לא שייך לפסול הילד. ואם ר"ל דמכח חזקה נימא דלא נאמינו, הלא זה דין יכיר מה"ת שהאב נאמן, והרי חזינן לראשונים דעל האם באמת אינו נאמן כלל ועל הבן נאמן, וחזקה זו התורה בטלה אותה כשיש הכרה מהאב, ולא דמי כלל למה שלמדנו בדין סמוך מיעוטא לחזקה לאורועי את הרוב וצ"ע.

אמנם אם ס"ס של זנות מגוי כשאין טענת ברי לא מהני, א"כ גם המהרי"ו צ"ע, שהרי המהרי"ו מיירי בלא בדיקת האם. אלא שהרי המהרי"ו בין כך קשה מה דאמר ספק לאחר שגירשה, הרי גם פנויה שזנתה הולד אסור, וכבר הקשה כן בבי"ש ותירץ שאין שם פסולים. א"כ ג"ז ל"ק. ובאמת א"ל כמהרי"ו שבסימן הקודם כתב שם דהבועל הודה שהוא בנו אלא דחשש לדאפקריה לאיסור מעוברת חבירו אבל לדין שתוקי י"ל דמהני זה שהודה להתיר. ואם כי לפי מהלך דבריו על המהרי"ו הלשון קשה לפי"ז, הנה גם תירוצו של הבי"ש נראה להיות קשה לפי מהלך דבריו על המהרי"ו, וצ"ע עוד.

והנה מצאתי באו"ז הגדול בהל' יבום (תרנז) באשה שנתעברה ואמרה לכשר נבעלתי, ואח"כ הביא הבן עדים שקודם שנתעברה אמו היתה בחזקת גרושה וכו' עיי"ש שהביא מר"י הלבן שהחמיר וה"ר חיים כהן האריך לדון האידך התירו לה להנשא, ועיי"ש שם שבאו עדים שאחד העיד בפני הובא לה הגט לפני הקהל וכו' והאי לה נ' דט"ס או שס"ל בשבילה אבל לא

שראה הגירושין) ואחר ראה הגט ביד האשה וכו' ולבסוף כתב ומ"ש הרב שהוא ספק ספיקא ספק מגורשת ספק אינה מגורשת ואת"ל אינה מגורשת שמא מעכו"ם נבעלה, אינו נראה, דרוב מצויין אצלה ישראל הוי וכו'.

הנה זה מעין העובדא דמהרי"ו, אולם מדבריו יש להבין דידוע היה מתי נתעברה והספק היה רק מתי נתגרשה, דחזקה דהשתא הוה שהיא מגורשת וע"ז דנו מצד ס"ס, ובמהרי"ו נראה דהספק היה להיפך שידוע מתי נתגרשה ולא ידוע מתי נתעברה.

והנה עכ"פ גם האו"ז סובר שדנין דין ס"ס מכח ספק של גוי, אבל רק אם מצויין הן וכו' דאם אין מצויין אצלה אין דנים דין ס"ס כמ"ש תוס' כתובות ט א ד"ה ואי ברוב דרצון. (אבל בעיר גדולה שיש אפ"י תרי רובי דעכו"ם מאי מהני ס"ס.) ועל האו"ז לא קשה קושיית הבי"ש, שהרי אמרה מכשר, ואע"ג דזה לא מהני בדין מכח ספק אשת איש, עדיין ע"ז מהני הס"ס, ואעפ"י שהיא אומרת מישראל מ"מ מצרפין ספק שנבעלה לגוי וכמוש"נ.

אמנם גם מ"ש האו"ז וגם מהרי"ו הס"ס בא בבת אחת משא"כ הכא אם לצרף את ספק קידושין לריטב"א והרמב"ן (שהכל ספק אחד אם ראיית פסולים בקידושין פוסלת את הכשרים) לספק גוי, הרי כבר אתחזק איסורא קודם ושוב אין דנים ס"ס. והנה באמת מ"ש שאין זה ס"ס בכ"מ, הוא משום דכיון דספק ראשון אסור מה"ת שוב אין ס"ס, אבל הכא י"ל דהוי ספק דרבנן שהרי יש לה חזקת פנויה וגם ספק ממזר בכלל איסור דרבנן. אבל הרי מפורש בר"מ שבספק קידושין וגירושין הוי ספק ממזר (ועיין קידושין יב. וממ"ש גם בספק גירושין אע"ג דיש חזקת א"א נראה או דגם כה"ג הוי ספק ממזר ומותר מה"ת או דמירי בספיקא דדינא, ושי' הר"מ דלא אזלינן כה"ג בתר חזקה, וצ"ע) ועיין בעויו"ט בזה.

אלא די"ל דשמא בכלל לא היו עדים כשרים, אבל כיון שכ"ז לא נתברר והיא הוחזקה כא"א צ"ע אם יש לעשות מזה ספק, ועיין במהרי"ק שהתריע על מהר"ם דפסלי בביטול קידושין שהוחזקו, משום שקרובים העידו שהיו רק קרובים. אבל י"ל שכיון שזה מצוי הוי הוחזק וידוע שעפ"ר פסולים הם, ויש לעשות מזה ספק ראשון, שלכתחילה לא הוחזקה בודאות כא"א, שהכל יודעים שרובם בודאי פסולים היו ומעולם לא הוחזק בסתמא שנתקדשה בפני עדים כשרים וכה"ג יש כבר לצרף ס"ס בן של גוי.

והנה בבאר יצחק פסק שגם בספיקא דדינא כשר ספק ממזר, ועיין באוה"פ בספק פצו"ד שהביאו הרבה אחרונים שכתבו כן. ומה שבתשב"ץ כתב שפסול נראה די"ל דשם הדין בהוחזקה אשת אח וספק נפל אינו מוציא מחזקת איסור אשת אח ולהכי הוי ממזר, אבל בהוחזקה פנויה י"ל דידודה. ואם כי הראיה של בא"י מעשירי ודאי ולא ספק בכורות יש לדחות, דהתם הגדר דמנין שאינו ודאי אינו מנין ולהכי אין הבדל משום מה המונה אינו יודע, אבל עכ"פ אינו יודע למנות שזהו העשירי, אבל בספק אחר ל"ש כן. אבל כיון שהרבה אחרונים הכריעו כך אין מזיחין אותם.

אולם כיון שהענין חמור מאד ולא נתברר על הפסולים שום בירור רק ע"ס חזקה חזקה שהם פסולים (וכמ"ש הכנה"ג אהע"ז מב שפסולין אי"צ קבלה וכ"כ בב"צ אהע"ז) וחזקה שכולם פסולים, ולפי"ז הרי יוצא שבהרבה מדינות ומחוזות מבטלים את כל הקידושין

שלהם וזה דבר קשה ובעי על כל פנים הסכמה כללית של גדולי הדור וכמ"ש הרשד"ם בענין קידושי אנוסים שנו"נ בזה בדור שלפניו, והביא שיש הסכמה מהר"י טיטאצק וחבריו גדולי סלוניקי שלא יהא שום דין קידושין בקידושי אנוסים עיי"ש.

משום כך נראה שעל כל פנים צריך לקבל עדות מהפסולים שהיו בשעת הקידושין ויועיל גם לשיטת הנתיבות וכמו"ש גם לסמ"ע והרא"ש, וממילא אין בזה פסק כללי אלא רק על מקרה של קבלת עדות, ולפי הרמב"ן נאמנים הפסולים להעיד.

אכן עכ"ז הדבר קשה מאד, והמהרש"ם שהקל בקידושי ריפורמה כתב רק על יחוד עדים פסולים וגם בזה רק צירוף של קידושי מומר, והגר"ד מקרלין דחה לגמרי שי' הריטב"א. לכן אינני אומר לא היתר ולא איסור, ואם כבוד מרן הגאון שליט"א יחליט בדבר אני אגרר אחריו להיתר או לאיסור בצירוף עוד גדול אחד כפי שמרן שליט"א יחליט ועיי' ברעק"א קא).

וע"ד מה שכתב כת"ר בענין פסול עדים כ"ז שלא נודע פסולם, הדבר ברור כשמש כמו"ש כת"ר שמיד נפסלו וכמ"ש מגמרות מפורשות. ומ"ש באבן שתיה דבריו נראים להיות דחויים. אכן מ"ש מחו"י נראה שאין כונתו שלא נפסלו לפני שנודע, אלא כונתו שאם כי הם פסולים לעדות אבל אין איסור על פסול לעדות להעיד ואין עבירה בידו כ"ז שאומר אמת, ורק הבי"ד אין מקבלין דבריו. וכיון שכן מצוה בידו להציל עשוק מיד עושקו שהרי הוא אומר את האמת ובי"ד אין יודעים שהוא פסול והוא בעצמו אין עליו איסור להעיד, וממילא מחוייב להגיד מה שיודע לא בתור מצות הגדת עדות אלא מדין השבת אבידה. וכמו שאם יכול להציל בערכאות בעדותו אעפ"י שאין כלל דין עדות שם ה"נ בבי"ד מצד חיוב השבת אבידה חייב להעיד, וז"ב שגאון כחוי"י לא יטעה בדבר פשוט כזה.

אברהם אלקנה כהנא שפירא