

## סימן מב: דין הורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה

- א. פתיחה  
ב. גיור מעוברת ועוברת  
ג. מילת הורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה  
ד. קורבה בהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה  
ה. עדות בהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה  
ו. מעמדו של הנולד לאם פונדקאית  
ז. סיכום  
ח. הערת הרב בעל "אורחותיך למדני"



### א. פתיחה

גר שהתגייר, אף על פי שהוא נחשב כיהודי, ישנם דינים רבים שמיוחדים לו, כגון היתר לישא ממזרים<sup>1</sup>, איסור לגיורת להינשא לכוהן<sup>2</sup>, אין לו קרובים מן התורה כללי ועוד דינים נוספים שנובעים ממעמדו המיוחד. חלק מדינים אלו נעלמים בדורות מאוחרים יותר, וחלק ממשכיים הלאה לבניו<sup>4</sup>. אולם בין הגר לבין בנו, קיים לכאורה שלב ביניים של מי שהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה: כלומר אימו התעברה בהיותה גויה והתגיירה בעודה מעוברת, כך שכאשר נולד הבן, הוא כבר יצא מתוך הרחם של אישה יהודייה. דוגמא למצב ביניים זה ניתן לראות במשנה בכתובות (מד ע"א), שאומרת:

הגיורת שנתגיירה בתה עמה וזינתה – הרי זו בחנק, אין לה לא פתח בית האב ולא מאה סלע. הייתה הורתה שלא בקדושה ולידתה בקדושה – הרי זו בסקילה, ואין לה לא פתח בית האב ולא מאה סלע; הייתה הורתה ולידתה בקדושה – הרי היא כבת ישראל לכל דבריה.

הדיון במשנה שם עוסק במוציא שם רע, דהיינו מי שטוען לאחר הנישואים שאשתו זינתה בין האירוסים לנישואים והביא עדים על כך. דינה הוא שאם מדובר בעדי אמת – סוקלים אותה על פתח בית אביה, ואילו אם מתברר שמדובר בעדי שקר, הבעל לוקה ומשלם מאה סלעים. אצל גיורת הדינים הללו משתנים. לעומת זאת, מעמדה של אישה שהייתה הורתה שלא בקדושה ולידתה בקדושה הוא מעמד ביניים, שנלמד מפסוקים שם בהמשך הגמרא. באופן עקרוני ישנן שתי אפשרויות להגדיר מצב זה: אפשרות אחת היא שבשעת העיבור נוצר משהו חדש, וכאשר מעבירים את האם גיור, גם העובר עובר גיור ביחד עימה, ולכשייולד ייחשב כגר.

1. ראה משנה קידושין (סט ע"א) וגמרא שם (עב ע"ב), מחלוקת רבי יוסי ורבי יהודה.  
2. קידושין (עח ע"א).  
3. גר שנתגייר כקטן שנולד דמי: יבמות (כב ע"א, סב ע"א, צז ע"ב ועוד).  
4. ראה במקורות לעיל.

לעומת זאת ניתן לומר שאין לעובר שום מעמד בפני עצמו, ורק כאשר הוא יוצא לאוויר העולם, הוא מקבל ייחוס, ולכן דינו כישראלי שנוולד לגיורת. לשאלה זו השלכות רבות ביותר, וניתן להגדירה בקצרה: מה קובע את ייחוס האדם: רגע העיבור או רגע הלידה? במאמר זה ברצוני לסקור נפקא מינות רבות ומגוונות שתלויות בחקירה זו, ולהראות שיש בכך מחלוקת, אשר מתחילה בראשונים וממשיכה עד לאחרוני זמנינו.

### ב. גיור מעוברת ועוברת

הגמרא במסכת יבמות (ע"א) אומרת שמצרית מעוברת שהתגיירה, בנה נחשב מצרי שני ולא ראשון<sup>5</sup>, ולכן ילדיו יהיו מותרים לבוא בקהל. מכאן ראייה לכאורה שדינו של הוולד הוא כבן גיורת ולא כגר בעצמו, אלא שהגמרא (שם) מסיקה בסופו של דבר שיש כאן לימוד מיוחד של: "אֲשֶׁר יִנְלְדוּ (דברים כג, ט) – הכתוב תלאם בלידה", ומשמע מכך שדווקא לעניין חישוב הדורות הדבר תלוי בלידה, אך לדברים נוספים קביעת היחס תלויה בעיבור. על כך מקשה הגמרא:

ואלא הא דאמר רבא: נוכרית מעוברת שנתגיירה – בנה אין צריך טבילה, אמאי אין צריך טבילה [הרי יש חציצה בינו לבין המים]?

ועונה (שם ע"א): "שאני עובר, דהיינו רביתיה". רש"י (שם ד"ה והיינו) הסביר שכיוון שזה מקום גידולו, אין כאן חציצה. מגמרא זו עולה בבירור שהעובר עובר גיור בעודו בבטן אימו ונחשב כגר, והסיבה שאינו צריך טבילה חדשה היא שנחשב שהוא עצמו טבל, ואין כאן חציצה, כיוון שזהו מקומו הטבעי.

אך התוספות במקום (ד"ה אלא הא) הקשו:

ואם תאמר: ומאי פריך מרבא, הא בהדיא אית ליה דעובר ירך אימו הוא בפרק כל האסורין (תמורה ל ע"ב) ובפרק שור שנגח את הפרה (בבא קמא מו ע"א), דקאמר היא וולדה נגחו היא וולדה נרבעו?

וענו:

ואמר ר"י, שרוצה ליישב דברי רבא דהכא אפילו כרבי יוחנן<sup>6</sup>.

כלומר באמת הגמרא כאן, שסוברת שטבילת גויה מעוברת לשם גיור יוצרת גיור נפרד של האם וגיור נפרד של העובר, היא רק לרבי יוחנן הסובר שעובר לאו ירך אימו הוא, אך רבא עצמו סובר שעובר ירך אימו הוא, ואינו צריך גיור. לפי זה תלויה השאלה של מעמד הורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה, בשאלה האם עובר ירך אימו הוא או לאו ירך אימו הוא.

5. כוונת הדברים היא שמצרי שהתגייר אסור לבוא בקהל ישראל הוא ובנו, אך הדור השלישי לגיור כשר לבוא בקהל.

6. כן כתבו במפורש גם התוספות בסנהדרין (פ ע"ב ד"ה עובר), שמסקנת הגמרא איננה להלכה, שכן להלכה עובר הוא ירך אימו.

דהיינו – לסוברים שעובר ירך אימו, הייחוס לאם נקבע רק בלידה, ודין הוולד כישראלי שנולד לגיורת, ואילו לסוברים שעובר לאו ירך אימו, הייחוס לאם נקבע כבר בעיבור, ולכן דין הוולד כגר שנתגייר בעודו עובר.<sup>7</sup>

בחקירה זו ניתן לתלות שלושה דינים אשר מופיעים בפתחי תשובה (יורה דעה סימן רסח ס"ק ו-ח) לגבי מעוברת שהתגיירה שבנה אין צריך טבילה, ואלו הם:

עיין בספר תפארת למשה, שכתב: דווקא כשנתגיירה היא, אבל אי לא נתגיירה היא, מצרכינן טבילה לבנה, עיין שם.

עיין בדגול מרבבה, שכתב: אם ידעו בית דין בשעת טבילה שהיא מעוברת, הדין פשוט, אבל אם לא ידעו בית דין שהיא מעוברת, יש בזה אריכות דברים, עד כאן דבריו.

עיין בספר תפארת למשה, שכתב: דאם הייתה הורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה, כגון שנתגיירה עובדת כוכבים מעוברת, אינו יכול למחות.

הפתחי תשובה הביא בשם התפארת למשה שני דינים לגבי מעוברת שהתגיירה: האחד הוא שאין אפשרות לגייר את העובר ללא אימו, ולכן אם היא לא התגיירה, וטבלה רק בשביל העובר, לאחר שנולד, הוא צריך טבילה נוספת.

השני הוא שבמקרה של אישה מעוברת שהתגיירה, אין הוולד יכול למחות לכשיגדיל כפי שיכול למחות מי שהתגייר בעודו קטן, וממילא מוכח שאין דינו כגר קטן.

נראה שדינים אלו תלויים אחד בשני: אם אנו מגדירים את העובר כישות עצמאית, הרי שאמורה להיות לו האפשרות להתגייר ללא אימו (ואין חציצה בטבילה, שכן: "שאני עובר דהיינו רבייתיה"), וממילא גם תהיה לו אפשרות מחאה כשיגדיל. לכן נראה שהתפארת למשה סבור שמי שעובר גיור זו האם בלבד, וכשנולד הוולד, הוא כיהודי שנולד לגיורת. ממילא אין לו אפשרות מחאה, וכן ברור שאי אפשר לטבול רק בשביל גרות הוולד, שהרי עובר אינו יכול להתגייר, כיוון שאינו ישות עצמאית, אלא הוא חלק מאימו.

לעומתו נראה שהדגול מרבבה פקפק בדין זה, מכיוון שהוא הסתפק האם תופס לגבי הוולד גיור של מעוברת שבית הדין לא ידעו על היריונה. נראה שזה משום שהוא סובר שיתכן שיש כאן שני גיורים נפרדים: אחד לאם ואחד לעובר שנעשים ביחד, ואם כך, על בית הדין להיות מודעים לכך שהם מגיירים שתי נפשות, ולא רק אדם אחד.

### ג. מילת הורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה

הגמרא ביבמות (מז ע"ב) אומרת שמי שבא להתגייר, וקיבל על עצמו להיות כאחד מישראל אף על פי שהסבירו לו את הקושי הכרוך בכך, מלים אותו מיד, ולאחר שהתרפא, מטבילין אותו מיד. על כך כתבו התוספות (שם ד"ה מטבילין):

7. אמנם יש לומר שהדברים אינם מוכרחים, ודינו הוא כגר אף לסוברים שעובר ירך אימו הוא, שכן ניתן לומר שאין הכוונה שמהותו התחילה משעת הלידה, אלא שעד הלידה דינו כאימו, ואחר כך דינו כעצמאי, אך הוא ממשיך את אותו מעמד שהיה לו כשהיה חלק מאימו. ייתכן שכן סבר הרמב"ם, שפסק (הלכות שחיטה פרק יב הלכה י והלכות נזקי ממון פרק יא הלכה יב) שעובר ירך אימו הוא, ואף על פי כן נראה להלן, שיתכן והוא סובר שמי שהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה דינו כגר ולא כישראלי שנולד לגיורת.

משמע שהמילה קודם טבילה, וכדאמר אין גר עד שיימול ויטבול. ותימה, דאמר בהערל (יבמות ע"א): "מעוברת שנתגיירה – בנה אין צריך טבילה?" ואומר ר"י, דשאני התם דאכתי לא חזי למילה.

התוספות הקשו מדוע מעוברת שהתגיירה, בנה אינו צריך טבילה, הרי המילה תהיה רק לאחר לידתו, וההלכה היא שהמילה צריכה להיות קודם הטבילה? על כך ענו התוספות שעובר עוד לא ראוי למילה. אפשר לפרש את תשובתם בשני אופנים:

האחד הוא שבאמת הוולד נחשב כמי שעבר גיור בעודו עובר, ודינו כגר, אלא שאימילתו אינה מעכבת, כיוון שבעודו בבטן אימו לא הייתה אפשרות למולו, ודינו כאישה או כסריס, שאינם זקוקים למילה בכדי להתגייר<sup>8</sup>, עד שתהיה לו האפשרות לעבור מילה.

האופן השני הוא שכוונתם של התוספות לומר שמכיוון שבעודו עובר הוא אינו ראוי למילה, אין כאן כלל גיור של העובר, אלא גיור של האם, והוולד דינו כישראל לכל דבר, שאין לו שום אישיות עצמאית עד שייולד.

לעומת התוספות, לרמב"ן (שם) דברים מפורשים בעניין:

ומיהו אם טבל ואחר כך מל, הרי זה גר, דלא שנא מילה וטבילה ולא שנא טבילה ומילה. תדע, דהא אמרינן לקמן בפרק הערל (ע"א): "גיורת מעוברת שטבלה – בנה אין צריך טבילה", והרי קדמה טבילה למילתו אם זכר הוא, והוה ליה למימר: בתה אינה צריכה טבילה.

כלומר הרמב"ן הוכיח מכך שמעוברת שנתגיירה, אין בנה צריך טבילה, שבדיעבד גם טבילה שהייתה לפני המילה מועילה לגירות, שהרי העובר קודם עבר טבילה, ורק לאחר שייולד מלים אותו. מדבריו מוכח שהוא סובר שברית המילה של הוולד היא חלק מתהליך הגיור, אחרת לא הייתה לו שום הוכחה שטבילה לפני מילה מועילה. אם כן, מוכח שהרמב"ן סובר שבגיור מעוברת מגיירים למעשה שניים: את האם ואת עוברתה, ואם העובר הוא זכר, תהליך הגיור נשלם לאחר הלידה בשעה שהוולד נימול.

מכאן יוצאת נפקא מינה נוספת<sup>9</sup>, והיא מהי מטרתה של המילה שעובר הוולד, דבר שקובע את זמן המילה. שהרי אם מדובר בישראלי שנולד לגיורת, דינו כישראל לכל דבר, ומילתו ביום השמיני ודוחה שבת. אך אם דינו כגר, ומילתו היא לשם גרות, היא אינה צריכה להיות דווקא ביום השמיני, וכן אינה דוחה שבת, שהרי לא מצאנו שמילת גר תדחה שבת.

אלא שצריך עיון על כך מהגמרא בשבת (ק"א), שמביאה מחלוקת במי שאין אימו טמאה בטומאת לידה אם נימול לאחד או לשמונה, ומדיון הגמרא שם עולה שמעוברת שהתגיירה ביחד עם הוולד – לכולי עלמא הוא נימול לשמונה. ולכן צריך לומר, שאף הרמב"ן שכתב שהמילה היא לשם גירות, מודה שהמילה היא לשמונה, מכיוון שכאשר הוולד נולד,

8. ראה שולחן ערוך (יורה דעה סימן רסח סעיף א).

9. בנוסף לשאלה האם בדיעבד מועילה טבילה לפני מילה, אשר מדברי התוספות רואים שלא חייבים לתלותה בחקירה של מעמד הוולד.

זה כבר תוך כדי תהליך הגרות, ולכן מילתו אינה רק לשם גרות, אלא יש בה גם צד של מילת ולד ככל הוולדות.

#### ד. קורבה בהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה

לעומת הרמב"ן שראינו לעיל, שכתב בפירושו שמי שהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה דינו כגר, רש"י בכמה מקומות כתב בפירושו שדינו כישראל לכל דבר.

הגמרא ביבמות (צ"ב ע"ב) אומרת:

שני אחים תאומים גרים, וכן משוחררים – לא חולצין ולא מייבמין, ואין חייבין משום אשת אח; הייתה הורתן שלא בקדושה ולידתן בקדושה – לא חולצין ולא מייבמין, אבל חייבין משום אשת אח; הייתה הורתן ולידתן בקדושה – הרי הן כישראל לכל דבריהן.

על פי ההלכה, אסור לאח לישא את אשת אחיו, בין אם הוא אחיו מהאב ובין אם הוא אחיו מהאם, ואיסור זה דינו כרת. לעומת זאת, דין ייבום וחליצה, שפירושו שכאשר האח נפטר ללא בנים, יש חובה על אחד האחים לשאת את אלמנתו (ייבום) או לחלוץ לה, קיים רק באחים מן האב. תאומים שהתגיירו, אין ביניהם שום קירבה, ועל כן הם פטורים מייבום וחליצה, ואין עליהם חיוב אשת אח. במקרה ההפוך שהוריהם התגיירו לפני העיבור, דינם כישראלים רגילים, וחל עליהם גם איסור אשת אח וגם חיוב ייבום וחליצה. אולם ישנו מצב ביניים בו הורתם הייתה שלא בקדושה, ולאחר מכן התגיירה אימם קודם שילדתם. במצב כזה הם פטורים מייבום וחליצה, שהרי רגע האבהות בוודאי נקבע בשעת העיבור, ומכיוון שאביהם היה נוכרי, אין להם קורבה מן האב. לעומת זאת, לגבי אשת אח חל עליהם חיוב, והסביר רש"י (שם ד"ה אבל):

אבל חייבין כרת משום אשת אח מן האם, שהרי היא כישראלית שילדה בנים.

כלומר מכיוון שכאשר נולדו, הם נולדו לאם ישראלית, הרי הם כישראלים לכל דבר, ויש להם קורבה מן האם, וממילא חל עליהם איסור אשת אח. דווקא מן האב אין להם קורבה, כיוון שבשעה שנקבעה אבהותו, הוא היה נוכרי, אך האימהות נקבעת בשעת הלידה, ואז הייתה האם ישראלית.

וכן על הגמרא האומרת (שם צ"ב ע"א):

גר שהיה לידתו בקדושה והורתו שלא בקדושה – יש לו שאר האם ואין לו שאר האב. כיצד? נשא אחותו מן האם – יוציא...

כתב שם רש"י:

נשא אחותו מן האם – שנולדה בהיותה עובדת כוכבים יוציא, ואף על גב דלאו אחותו היא, דכקטן שנולד דמי, גזירה דלמא אתי למנסב אחותו שנולדה אחריו, דבה היא איכא כרת, דלידת שניהם בקדושה, ואחותו גמורה מן האם הוויא, כישראלית שילדה בן ובת.

אמנם לכאורה דברי רש"י מוכרחים, שהרי הגמרא כתבה בפירוש שתאומים שהייתה הורתם שלא בקדושה ולידתם בקדושה חייבים משום אשת אח, ואם אין להם קורבה מהתורה כלל, לא שייך לומר חייבים.

אלא שהבית יוסף (יורה דעה סימן רסט) כתב:

ומדברי נימוקי יוסף בסוף פרק קמא דיבמות (ג ע"ב מדפי הרי"ף ד"ה תנו רבנן) נראה, דהיינו דווקא כשהן תאומים, ואינו נראה בעיניי.

ואף על פי שסיום דברי הבית יוסף הוא שאין דברי הנימוקי יוסף נראים, בשולחן ערוך (שם סעיף ד) נפסק דין זה בפירוש רק לגבי תאומים:

שני אחים תאומים שהייתה הורתן שלא בקדושה ולידתן בקדושה, חייבים משום אשת אח, אבל לא חולצין ולא מייבמין.

זהו ציטוט מדברי הרמב"ם (הלכות איסורי ביאה פרק יד הלכה יד). אמנם ניתן לומר שתאומים לא דווקא והוא הדין לאחים שאינם תאומים, כגון במקרה שבו האח הראשון הייתה הורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה, והשני הורתו ולידתו בקדושה<sup>10</sup>, וכדברי רש"י השניים שראינו לעיל, והסיבה שהרמב"ם והשולחן ערוך הזכירו דווקא תאומים, היא משום שבמקרה זה מדברת הגמרא. לפי זה הרבותא היא שאפילו כשהם תאומים, וברור שנולדו לאותו אב, לא שייך בהם ייבום וחליצה, כיוון שהורתם הייתה שלא בקדושה. אך השפתי כהן (שם ס"ק ו) סבר אחרת:

דעת הבית יוסף דאפילו אינן תאומים, כיוון שלידתן בקדושה – חייבים משום אשת אח, וכן דעת הבית חדש. וצריך עיון, דמדברי המחבר משמע להדיא דדווקא תאומים, וכן משמע בעטרת זהב, וכן משמע להדיא ברמב"ם והרב המגיד (סוף פרק ד מהלכות איסורי ביאה), עיין שם.

לדעת השפתי כהן, אמור דין איסור אשת אח דווקא בתאומים שנולדו בקדושה, ולא באחים שאינם תאומים, שלידת שניהם הייתה בקדושה, והורתו של הראשון הייתה שלא בקדושה. לכאורה הדברים קשים, שהרי ממה נפשך, אם הרגע הקובע לקורבת האם הוא הלידה, הרי גם אם הם אינם תאומים, הם צריכים להיות קרובים מהאם ולהיות אסורים באשת האח, ואם מה שקובע הוא רגע העיבור, הרי גם תאומים צריכים להיות מותרים, שהרי בשעת העיבור היו גויים, ולאחר שעברו גיור, הם כבר אינם קרובים?

מוכרחים לומר בשיטת הרמב"ם והשולחן ערוך על פי השפתי כהן, שהחיוב בתאומים הוא מדרבנן בלבד (ובניגוד לרש"י שכתב בפירוש שיש כאן חיוב כרת), וזה מחמת גזירה שהם דומים לאחים מן האם (וכמו שגזרו קורבה בגרים לגבי דברים אחרים, עיין בגמרא ביבמות שם). גזירה זו קיימת דווקא כאשר שניהם הייתה הורתם שלא בקדושה ולידתם בקדושה, שזה שייך רק בתאומים, אך כאשר אחד מהם הוא ישראל גמור, לא גזרו, שהכול רואים שיש הבדל ביניהם.

10. מציאות אחרת אינה אפשרית באחים שאינם תאומים.

כך כתב הערוך לנר (יבמות מב ע"א), והסביר שהגזירה היא דווקא בתאומים, כיוון שבהם יש לחשוש שמא העיבור יהיה לאחר הגרות, ויחשבו שהיה קודם, ויבואו להתיר אשת אח מן האם, ולכן גזרו גם כאשר העיבור היה קודם הגיור. במקרה שבו הם אינם תאומים, לא גזרו, כיוון שמעמדם שונה בבירור.

נראה שאפשר להוכיח מדברי הנימוקי יוסף עצמם, שהוא סובר שהאיסור בתאומים הוא רק מדרבנן, שהרי הוא אומר שחייבין משום אשת אח, "משום דדמו לאחים מן האם", ואם כן, אינם אחים ממש.

### ה. עדות בהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה

הטור בחושן משפט (סימן לג ס"ק לד) הביא את דברי הגמרא (יבמות כב ע"א) שאחים גרים יכולים להעיד, ולא גזרו בהם שמא יבואו להחליפם בישראל, כיוון שעדות לבית דין מסורה ולא לכלל. הבית יוסף (שם) הסתפק מה הדין כאשר אותם אחים הייתה הורתם שלא בקדושה ולידתם בקדושה:

אם לידת שניהם בקדושה, אף על פי שהורתם שלא בקדושה, הרי הן אחים מן האם, ופסולים מדרבנן. ואפשר דכיוון דעדות לבית דין מסורה, כל שאין הורת שניהם ולידתם בקדושה, כשרים הם, ולישנא דנתגייר שייך אפילו נתגיירה אימו כשהייתה מעוברת, וצריך עיון.

לכאורה נראה שבכל מקרה הבית יוסף סבר שמי שהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה נחשב כגר, גם לפי הסברא הראשונה, שהרי הוא כתב שפסולו הוא רק מדרבנן. אם דינם כישראלים, ויש להם קורבה, הם צריכים להיות פסולים מדאורייתא. אלא שמוכח שהוא סובר שאין להם קורבה כלל מן התורה, וכל מה שהסתפק זה רק אם שייך לגזור בהם מדרבנן, כיוון שאף על פי שעדות לבית דין מסורה, כאן כשזה ממש דומה לאחים ישראלים רגילים, גם בית דין עלולים לטעות.

אמנם בדרכי משה (שם) השיג על דברי הבית יוסף, שכן מפירושו הר"ש משאנץ על שביעית (פרק י משנה ט) מוכח, שמי שהייתה לידתו בקדושה, אינו נחשב גר כלל. ואלו דברי הר"ש: "היכי מתוקמא מתניתין בלידתו בקדושה, הא נתגיירו בניו עמו קתני?", ומכאן מוכח שהוא סובר שאין כאן גרות<sup>11</sup>, ואם כן, יש להם אחווה גמורה, ואסורים להעיד מדאורייתא. השפתי כהן (חושן משפט סימן לג ס"ק ז) הקשה על הבית יוסף:

ולדידי בלאו הכי ליכא ספיקא כלל, דכיוון דאמרינן ביבמות בפרק נושאין על האנוסה: הייתה הורתן שלא בקדושה ולידתן בקדושה, חייבין כרת משום אשת אח, וכן כתב הרמב"ם (פרק יד מהלכות איסורי ביאה הלכה יד), והוא פשוט ומוסכם מכל הפוסקים, וכמו שנתבאר ביורה דעה (סימן רסט סעיף ד), אם כן פשיטא דפסולים להעיד, כיוון דפסולים

11. אמנם ניתן לדחות ראייה זו ולומר שקושייתו אינה מ"נתגיירו", אלא מ"בניו עמו", וזה לכאורה שייך בכל מקרה רק לאחר לידה, אלא אם כן נגיד שאם שייך גרות בעובר, זה נקרא "עמו", וצריך עיון.

מדאורייתא. ומאי דאמרינן בפרק ב דיבמות, עדות לבית דין מסורה, היינו בפסולי דרבנן, וזה ברור.

אלא שלפי דברי הערוך לנר לעיל, אין כאן כלל קושיא, כיוון שגם באשת אח זהו רק איסור מדרבנן, ומה שהשפתי כהן כתב "כרת", אלו הם דברי רש"י, אך בגמרא וברמב"ם לא מוזכר חיוב כרת, אלא רק חייבים. עוד צריך עיון מדברי השפתי כהן ביורה דעה שראינו לעיל, שכתב שלדעת הרמב"ם, רק תאומים אסורים משום אשת אח, ועל כורחך מדרבנן וכדברי הערוך לנר<sup>12</sup>, ואילו בחושן משפט הוא כתב בפשיטות שדעת הרמב"ם שאסורים מדאורייתא.

אמנם לתומים (שם ס"ק ו) תירוץ אחר על קושיית השפתי כהן, והוא שהבית יוסף דיבר בשיטת הרמב"ם שקרובי האם פסולים רק מדרבנן, והרי הורתם שלא בקדושה ולידתם בקדושה, הם קרובים רק מצד האם ולא מצד האב, ולכן בכל מקרה אין להם פסול עדות מדאורייתא, והוא הסתפק אם חכמים גזרו בזה כמו בכל קרובים מן האם, או שבגרים לא גזרו<sup>13</sup>.

אך קשה לקבל תירוץ זה, משום שהבית יוסף כלל לא הביא בשולחן ערוך את דעת הרמב"ם בעניין פסולי עדות מן האם, ומוכח שלא סבר כמוהו, ולכן יותר נראה שהבית יוסף סבר כשיטת הראשונים שמי שהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה, נחשב כעובר שהתגייר, ולכן אין לו קורבה מדאורייתא.

### ו. מעמדו של הנולד לאם פונדקאית<sup>14</sup>

בדורנו אנו עם השתכללות הרפואה, נוצרה אפשרות להשתיל ביצית מופרית של אישה שאין ביכולתה ללדת (כגון שאין לה רחם) ברחמה של אישה זרה, בו ישהה העובר עד ללידתו. בעקבות התפתחות זו דנו הפוסקים מי היא אימו של העובר מבחינה הלכתית: האם הגנטית, כלומר בעלת הביצית, או האם היולדת, כלומר הפונדקאית. לכאורה, שאלה זו תלויה במעמדו של מי שהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה: אם מעמדו כגר, הרי מוכח שרגע קביעת ההורות הוא העיבור, כלומר האם ההלכתית היא האם הגנטית<sup>15</sup>, אך אם דינו כישראל, הרי מה שקובע את ההורות זוהי הלידה, ואם כן, האם הפונדקאית היא האם ההלכתית. מורי ורבי הגרז"נ גולדברג שליט"א במאמרו בתחומין (כרך ה עמ' 248 ואילך) מנה נפקא מינות רבות לשאלת הייחוס: האם הוא אסור באחותו מהאם הראשונה או השנייה; איזה אם הוא

12. אמנם על פי דברי הרב כלאב שיובאו להלן, דין זה הוא מדאורייתא, אך הסברו ברמב"ם דחוק ביותר.  
13. השפתי כהן בוודאי שלא יכול לקבל תירוץ זה, כיוון שקודם לכן (ס"ק א) הוא טען שגם הרמב"ם מודה שקרובי האם פסולים מדאורייתא, ומה שהרמב"ם קרא לפסול קרובים מן האם לעדות "דברי סופרים", זה מכיוון שזה נלמד מדרשה, ולכן לא נכלל במניין המצוות, אך תוקפו מדאורייתא (וכדברי המגיד משנה על קידושי כסף בהלכות אישות פרק א הלכה ב).

14. ראה גם לעיל, סימנים טו-יט.

15. אמנם אפשר לדחות את הצד הזה בטענה שרגע העיבור אינו נחשב לרגע ההפריה, אלא לרגע שבו נקלטת הביצית המופרית ברחם הפונדקאית (ראה גם לעיל, סימנים יא, יד), ולפי זה, בכל מקרה האם הפונדקאית תיחשב לאם ההלכתית.



יורש; אם אחת מהאימהות הייתה נוכרית או פסולת קהל, מה דינו; מה קורה לגבי חיוב בן בכור בפדיון הבן אם אחת מהאימהות הייתה בת כוהן או לוי שפוטר מפדיון ועוד. בעיקר השאלה הוכיח הגרז"נ גולדברג מדין אחים שהייתה הורתם שלא בקדושה ולידתם בקדושה שחייבים משום אשת אח, שמה שקובע את הייחוס הוא הלידה, ועל כן האם היולדת ולא האם הגנטית היא האם ההלכתית. למרות זאת, בקשר ליהדותו של הוולד טען הגרז"נ גולדברג שהדבר תלוי בשאלה אם עובר ירך אימו הוא או לא, ולסוברים שעובר לאו ירך אימו הוא, הוולד צריך גיור, אך לאחר שנתגייר הוא מתייחס אחרי אימו. כלומר לפי דבריו, יש לנתק בין שאלת היהדות לשאלת הקורבה, שהקורבה בכל מקרה מתייחסת אחרי הלידה, אך הגרות תלויה בשאלה האם העובר הוא חלק מאימו או לא, ואין הוא רואה הכרח לקשר בין הדברים כפי שקישרנו.

אמנם לדעתנו, פשוט שקורבה נקבעת על פי הלידה, ואין כאן התייחסות להבנת השפתי כהן שראינו לעיל ברמב"ם ובשולחן ערוך.

לגרא"י כלאב (תחומין שם, במאמר שלאחר מכן) הסבר ברמב"ם שלפיו עולה שגם לשיטתו הייחוס נקבע בלידה: דווקא תאומים נחשבים אחים כיוון שמעמדם זהה, אך כאשר אח אחד הורתו הייתה שלא בקדושה ולידתו בקדושה, והאח השני הורתו ולידתו בקדושה, הם אינם חייבים משום אשת אח, כיוון שיש הבדל בין "כולו בן" לבין "מקצתו בן". על פי שיטתו, אמנם הקורבה נקבעת בלידה, אך יש הבדל בין קורבה שהייתה גם בעיבור לבין קורבה שהייתה רק בלידה.

חידוש נוסף שחידש הגרא"י כלאב הוא שכל זה אמור לעניין קורבה, אך לעניין ייחוס הוולד כיהודי או כגוי, מה שקובע זה העיבור.

הרב עזרא ביק (תחומין ז מעמ' 266 ואילך) חלק על מסקנותיהם של הגרז"נ גולדברג ושל הגרא"י כלאב. טענתו היא שיחוס יכול להיקבע על פי לידה דווקא כאשר היולדת היא האם הגנטית, כגון בגר, שעצם הגיור אינו משנה את עובדת היות האם גם אם גנטית. אמנם גר שנתגייר, כקטן שנולד דמי, אך אין זה משנה את עובדת הישארותה של אימו כאם גנטית, אף על פי שלא תמיד היא האם ההלכתית. אך לא ייתכן מצב של מי שאינה אם גנטית כלל, שתיחשב כאם הלכתית, ועל כן רגע העיבור הוא הקובע.

גם הגר"י אריאל שליט"א (תחומין טז מעמ' 171 ואילך, ובשו"ת באהלה של תורה חלק א סימן ע) דן בדברים, והגיע למסקנא שיש להפריד בין הדיון במעמדו של הגר לבין הדיון של אם פונדקאית, כיוון שיש הבדל בין עיבור טבעי להפריה מלאכותית.

## ז. סיכום

במאמר זה דנו בשאלה העקרונית באיזה רגע נקבע מעמד הוולד: האם בשעת העיבור או בשעת הלידה, וראינו שיייתכן שהדבר תלוי במחלוקת האמוראים האם עובר ירך אימו הוא. בבואנו לדון בשיטת הראשונים, ראינו שרש"י סובר בפירוש שמה שקובע הוא רגע הלידה, לעומת דעת הרמב"ן שהקובע הוא רגע העיבור, כאשר על פי הבנת השפתי כהן גם הרמב"ם סובר כך, וכן עולה מדברי הנימוקי יוסף.

ראינו שלשאלה זו נפקא מינות נוספות, כגון יכולת המחאה של הגר לכשיגדל, היכולת לגייר עובר ללא אימו, הצורך בידיעת בית הדין שהגירות מעוברת, האם יש קורבה מן התורה לאחים שהייתה הורתו של אחד מהם בקדושה ולידתו שלא בקדושה ועוד. בבואנו לדון בשאלה מי היא האם ההלכתית במקרה של אם פונדקאית: האם בעלת הביצית שהיא אחראית על העיבור, או הפונדקאית שהיא היולדת<sup>16</sup>, ראינו שיש מפוסקי זמננו שהבינו שהדבר תלוי בשאלה באיזה רגע נקבע ייחוס הוולד, יש שחילקו בין קביעת האימהות לבין קביעת היהדות כשאנו דנים מי האם, אך ישנם שסוברים למעשה שיש לנתק בין שתי השאלות הללו, שאף אם נאמר שרגע קביעת מעמד הוולד הוא הלידה, זה דווקא כאשר היה שינוי במעמד של אימו בזמנים הללו, שהוא שינוי שנובע מהלכה, אך לא כשמדובר בשתי נשים שונות.

### ח. הערת הרב בעל "אורחותיך למדני"

נראה שמה שכתב השפתי כהן: "דמדברי המחבר משמע להדיא דדווקא תאומים", אינו מוכרח, שהרי כלל גדול בידינו, כמו שכתב הברכי יוסף (יורה דעה סימו רעו אות ב) בשם מהר"י ז"ל: "ולכך צריך לעיין בבית יוסף, וכפי הסכמתו בבית יוסף יובנו דבריו בשולחן ערוך". ולכן כיוון שמרן בבית יוסף סבר שמה שאמרו בדין תאומים לאו דווקא הוא, הוא הדין שכן דעתו בשולחן ערוך, שהרי דרך מרן להביא לשון הפוסק, ויש לפרש באותה לשון כמו שכתב מרן בבית יוסף. ולכן אם מרן הביא לשון הרמב"ם שכתב "תאומים", וכדמצינו בגמרא, ומצינו שסבר מרן בבית יוסף שדין תאומים הנ"ל הוא לאו דווקא, ולכן הכי יש להבין כוונת מרן בשולחן ערוך. אלא עדיין יש לדון בזה לפי מה דמצינו במקומות אחרים, שכך היא דרך מרן בשולחן ערוך שלא להכריע את הדין, אלא הוא נותן רשות לקורא לפרש את דבריו בשולחן ערוך כמו שירצה, אפילו כשזה כנגד הפירוש של מרן בבית יוסף. וכן כתב היד מלאכי בכללי השולחן ערוך (אות יא):

דרך מרן לעולם להעתיק בשולחן ערוך לשון הפוסק אות באות, ואף שיש קושיא או פירוש בדברי הפוסק ההוא, דנפקא מינה לעניין דינא, הוא ז"ל מעתיק דבריו לבד, ואחר כך כל אחד יפרש כפי עיונו. הר"ב הלכה למשה.

וכן ראיתי ברב ברכות (בסוף מערכת ז), שהוא הביא דעת היד מלאכי הנ"ל, עיין שם. ולכן מצינו שלכאורה מרן סותר את עצמו בחושן משפט מסימן לד סעיף טז לסיומן שע סעיף ג, שבסימן לד הוא פסק כרמב"ם, ובסימן שע הוא פסק כרא"ש והטור. וכתב בהלכה למשה (לבעל הדבר משה) בהלכות גזילה (פרק ו דף נד ע"ד):

ודברי מרן בשולחן ערוך הם סתומים, דבסימן לד העתיק דברי רבנו (הרמב"ם) בהלכות עדות, ובסימן שע אחר שהעתיק דברי רבנו שבדין י שבפרקין (הלכות גזילה פרק ו הלכה י), כתב אחר כך: יש מי שאומר שהמשחק בקוביא עם הגוי וכו', וכדברי

<sup>16</sup>. כאמור לעיל, יש מקום לראות גם את הפונדקאית כאחראית על העיבור, אולם הצד ההפוך – האחריות על הלידה, שייך בוודאי רק לפונדקאית.

רבינו ז"ל שבדין יא, וסיים ז"ל: וחלקו עליו לומר שאינו פסול, אלא אם כן אין לו אומנות אחרת, דהיינו סברת הרא"ש ז"ל ובנו. וקשה, מאחר שכבר פסק בסימן לד כדברי רבינו ז"ל, אם כן לפי שיטתו שבכסף משנה התם מיירי במשחק עם הגוי או עם ישראל בחינם, אם כן היאך הביא מחלוקת במשחק עם הגוי הכא, אם לא שכבר ידוע שדרך מרן לעולם להעתיק בשולחן ערוך לשון הפוסק אות באות, ואף שיש קושיא או פירוש בדברי הפוסק ההוא דנפקא מינה לענין דינא, הוא ז"ל מעתיק דבריו לבד, ואחר כך כל אחד יפרש כפי עיונו.

עיין שם כל דבריו.

הרי שאין כוונת מרן להכריע הפירוש באותו דין, ואף לדעת מרן הרשות נתונה לכל חכם לפרש דברי השולחן ערוך כפי מה שנראה לו.  
וגם מצינו שכתב מרן בחושן משפט (סימן רסג סעיף ב):

היה דרכו להחזיר כלים כאלו בשדה, ואין דרכו להחזירן בעיר, ומצאן בעיר – אינו חייב להחזיר, מצאם בשדה – חייב להחזיר עד שיגיעו לרשות הבעלים, ואף על פי שהרי נכנס בהם לעיר ואין דרכו בכך. וכן אם מצא בהמה והכישא, נתחייב לטפל בה ולהחזירה, אף על פי שאינה לפי כבודו, שהרי התחיל במצווה.

והמקור לדבריו הוא מהרמב"ם בהלכות אבידה (פרק יא הלכות יג-יד), עיין שם.  
ועל זה כתב בהלכה למשה בהלכות אבידה (פרק יא דף צו ע"ד):

ומרן ז"ל בשולחן ערוך העתיק דברי רבנו ז"ל, ותמה עליו הסמ"ע, דמאחר דאיכא ב' פירושים בדבריהם, כמו שכתב בבית יוסף, למה סתם לכתוב כלשון רבינו דאיכא למיטעי ביה. ואין זה תמיהא על מרן ז"ל, דכן דרכו בכמה מקומות להעתיק דברי הפוסקים בסתמא אף שיש פירושים בדבריהם, וכוונתו לומר מה שנפרש באמת על דברי הפוסק ההוא נפרש על דבריו.

הרי מרן בשולחן ערוך לא חש לברר כוונתו, אלא הוא רק הביא לשון הפוסק, וכל חכם יכול לפרש כפי דעתו, ואף מרן הסכים לזה.  
ועיין עוד בהלכה למשה בהלכות מכירה (דף צב ע"ג), שכתב:

...אם כן, אין הכרע לומר דסובר בשולחן ערוך כמו שכתב בבית יוסף, דכן דרך מרן ז"ל להעתיק בשולחן ערוך לשון הפוסק, ומה שנפרש בדברי הפוסק ההוא הוא נפרש בדבריו.

ולכן הכי יש לומר בנידון דידן, שמרן רק העתיק לשון הרמב"ם בדין תאומים, והרשות נתונה לכל חכם לעיין בבית יוסף לראות המחלוקת בין נימוקי יוסף ומרן, ושוב החכם יכול לבחור איזה פירוש נראה לו יותר נכון, והוא יכול לפסוק כאותו פירוש, אף כשהוא כנגד פירוש מרן עצמו בבית יוסף. וזה מפני שאף מרן הסכים לזה, שכוונתו בשולחן ערוך רק להביא לשון הפוסק, ושוב החכם הקורא יכול לפרש בדברי מרן מה שנראה לו יותר נכון. ולכן אין לומר כשפתי כהן הנ"ל: "דמדברי המחבר משמע להדיא דדווקא תאומים", שזה אינו, שמרן רק הביא לשון הרמב"ם, והוא סמך על הקורא לעיין בבית יוסף לראות שיש מחלוקת בין נימוקי יוסף ומרן, ושוב החכם יכול לבחור הפירוש שנראה לו יותר נכון. כן נראה לעניות דעתי.

2. ולגבי דעת השפתי כהן הנ"ל, שכתב שדין תאומים הנ"ל מיירי בתאומים דווקא. יש להביא מה שכתב הרש"ש ביבמות (צ"ע"ב), וזה לשונו:

...אמנם בטלה דעת השפתי כהן, וכל שכן דעתי השפלה, כנגד דעת רש"י שפירש דהיינו לעלמא, אבל לדידהו אסור וחייבין כרת. ועיין נודע ביהודה (מהדורה קמא חלק אבן העזר סוף סימן כג), שהביא מרש"י דלקמן (צח ד"ה אחותו מן האם), דלא כדעת השפתי כהן. ונעלם מכבוד תורתו פירוש רש"י שלפנינו שלא הביאו.

ועיין עוד בדגול מרבכה על השפתי כהן הנ"ל.  
והרש"ש כיון למה שכתב רש"י שם:

דאף על גב דתרווייהו לידתן בקדושה – דאתי לאיחלופי בישראל ולמישרי יבמה לשוק בלא חליצה, אפילו הכי שרו לעלמא, דמידע ידעי דייבום מן האב הוא, ועובד כוכבים אין לו אב, ודווקא לעלמא, אבל לדידהו מודי רב אחא דאפילו כרת דאשת אח איכא, כיוון דלידתן בקדושה, הרי כאן אחווה מן האם, ודקא משני רב אחא ולדידהו נמי שריין, ארישא קאמר ולא אסיפא.

3. כבוד תורתו הביא מה שכתב הערוך לנר לפרש דעת השפתי כהן שהאיסור של תאומים הוא רק מדרבנן. ואפשר לפרש דעת השפתי כהן באופן אחר, והוא כמו שכתב הרב השואל באחיעזר (חלק יורה דעה סימן כט אות ו), וזה לשונו:

והנה מעלת כבוד תורתו הוסיף נופך לבאר החילוק, דדווקא תאומים, על פי מה שכתב הרמב"ן להביא ראיה דטבילה מהני קודם מילה, מהא דעוברת שנתגיירה, בנה אין צריך טבילה, מבואר בדעתו שהמילה היא לשם גרות, וקשה למאי דקיימא לן דעובר לאו ירך אמו הוא, אמאי חייב משום אשת אח? ותירץ בזה דהדבר תלוי בפלוגתא דרבי ורבי אלעזר ברבי שמעון אם שני דברים המתירים מעלים זה בלא זה, דביבמות (זק) מדמה גם כן לעניין חליצה ורקיקה, ולהכי במעוברת שנתגיירה, הטבילה הועילה במקצת לעניין גרות, ובתאומים שיש להם שווי אחווה וטיפה נתחלקה, חייב משום אשת אח, מה שאין כן אם האחד הורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה, כיוון שצריך הראשון לגרות של מילה, אינם אחים לחיוב אשת אח, עד כאן דבריו.

ולפי זה, מצינו שלדעת השפתי כהן אין האיסור בתאומים רק מדרבנן, אלא מדאורייתא.  
אלא כתב האחיעזר שם על פירוש הנ"ל:

אני שמעתי ולא אבין חילוקו, כיוון דהועילה הגרות במקצת על ידי טבילה, להתחייב גם כן משום אשת אח לכשאנים תאומים...

אלא צריך לומר לרב השואל, שאין זה מספיק, אלא בעינן אף: "שיש להם שווי אחוה וטיפה נתחלקה", כדמצינו בתאומים.

4. עוד כתב האחיעזר שם:

...ובאמת היא קושיא אלימתא לשיטת הרמב"ן, גם תאומים מאי טעמא חייב משום אשת אח, כיוון דהמילה לשם גירות, וגר שנתגייר כקטן שנולד דמי? ודוחק לומר דהך

בריינתא אתי כמאן דאמר דעובר ירך אימו, או כרבי יוחנן דסבירא ליה דעל ידי טבילה גרידא הווי גר, וכל זה דלא כהלכתא, וכמו כן קשה לי במתניתין דבכורות (דף מו), דנתגיירה מעוברת, בנה בכור לכוהן, וצריך ליתן ה' סלעים, כיוון שאינו גר עד שיימול, וכשנולד אכתי לאו ישראל, אם כן אמאי חייב ב-ה' סלעים, והא בבניך כתיב... ונראה ביישוב הקושיא, דהא דאמרינן דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי, פירש רש"י בסנהדרין (דף נח), דהווי כקטן שנולד בלי אב ואם, כל זה כשהאב והאם הם נוכרים, דלכשנתגייר לית להו חיים, כמבואר ביבמות (דף סב), נתגיירו לית להו חיים משום דהווי כקטן שנולד, אבל כשאימו מישראל, אין לו דין כקטן שנולד לגבי אימו, ויש לו חיים לגבה, ואף על פי שצריך גירות, מכל מקום כיוון דשנתגייר ואין לו חיים לגבי האב, הרי הוא מתייחס אחר אימו, על כל פנים לגבי דין זה דשארות, כיוון דאימו מישראל, לא הווי כקטן שנולד לגבה, וחייב משום אשת אח, וכן לגבי ה' סלעים, כיוון דאימו ישראלית, אף על פי שהוולד צריך גרות, מכל מקום אין לו דין קטן שנולד לגבי אימו, ולהכי חייב ה' סלעים...

עיינן שם שהוא מיישב כמה קושיות בתירוץ זה.  
ולפי פירוש זה נראה שלא כהשפתי כהן הנ"ל, שפירוש האחיעזר שייך אף באחים שאינם תאומים.

