

סימן א : בענין אבהות בפנייה המיוחדת לאיש*¹

הערעור שלפנינו הוא על פסק דין של כב' ביה"ד האזורי לפתח תקוה מיום י"ב תמוז תשל"ז (תיק 1074/לז) ותיק 1091/לז) בו נפסק שאין הצדדים יכולים להתגרש עפ"י ההסכם שנערך ביניהם בפני ביהמ"ש מחשש של גט מעושה, וכן שאין לקבוע בבירור את אבהותו של הילד י. שנולד כשבעה חדשים אחר הנישואין של הנ"ל, ואבהותו של המשיב על הילד הנ"ל מוטלת בספק.

הערעור הוגש ע"י האשה ונסב על שתי הנקודות הנ"ל, אולם בהופיע הצדדים בפנינו התברר, שבינתיים האשה כבר קבלה את הג"פ עפ"י ההסכם נוסף שנערך ביניהם. ובי"ד זה החליט באותו מעמד, שהערעור ישמע רק באשר לאבהות.

בערעור נטען: א. שענין האבהות וכן החיוב במזונות הילד נידון בערכאה אחרת עפ"י התביעה שהוגשה ע"י המשיב, וממילא אין סמכות לביה"ד לדון בדבר, שכן אין תביעה אחת יכולה להיות נידונה בשני מקומות שיפוט; ב. שעל סמך הנתונים היה על ביה"ד לפסוק שהמשיב הוא אבי הילד שנולד למערכת אחר נישואיהם, כנ"ל.

המשיב טען, שהוא מסכים לבטל את התביעה שהגיש לביהמ"ש בנידון, והוא מסכים שביה"ד יהיה הערכאה היחודית שתדון בדבר ויש לקבל את פסק הדין של ביה"ד, ולחלופין - להחזיר את התיק לביה"ד כי בינתיים הגיעו לידו הוכחות חדשות באשר לאבהות הילד.

וזוהי השתלשלות הדברים:

הצדדים התחתנו כדמו"י ביום 29 אפריל 1976 (דהיינו ביום כ"ט ניסן תשל"ו), ביום 21.10.76 הוגשה ע"י הבעל תביעה לגירושין (תיק 149/לז) בה נטען בין השאר: (1) הנתבעת בגדה בי והודתה בזמנו בפני; (5) לא היתה בתולה למרות שנשבעה לי שהיתה; (7) נכנסה להריון לפני הנישואין ואני מסרב להכיר באבהות; (8) אמה מסרבת למסור לנו את דירתה שהבטיחה לנו.

אולם ביום 5.12.76 הודיע הבעל שהוא מבקש לבטל את התביעה, ובהתאם לזה נסגר התיק.

ביום 26.11.76 (דהיינו: ד' כסלו תשל"ז) נולד הילד. הבעל נוכח בברית המילה, ובאותו מעמד נקרא הילד בשם י. בן ג. - כלומר: בתור בנו של הבעל.

ביום ב' אדר תשל"ז (22.2.77) חודשה תביעת הגירושין ע"י ב"כ הבעל, וכוותרת התביעה: גירושין, מזונות והחזקת הילד. בתביעה נאמר בין השאר: (1) הצדדים נשואים כ-9 חדשים ומנשואין אלה נולד להם בנס י. ביום 26.11.76; (6) ... והוגשה תביעה לגירושין ולהחזקת ולראית הילד...; (3) המשיבה מסתתרת עם הילד, אינה מאפשרת למבקש לראות את בנו, דבר המוציא מדעתו ועלול חלילה להביאו למעשי יאוש.

בישיבת ביה"ד מיום כ"ז אדר תשל"ז בנוכחות הבעל ובאי כח הצדדים ובהעדר האשה: ביה"ד שואל והבעל משיב (לפי הרשום בפרוטוקול): ש. לבעל: מתי התחלת לחיות אתה לפני הנישואין? ת. חדשים. ש. מתי נולד הילד? ת. 7 חדשים אחרי החתונה. ש. מה בקשר לילד שנולד, זה ממך? ת. כאשר נודע לי שהיא בהריון היה לי ספק אם זה שלי. כשהלכתי אתה לדיסקוטק לפני הנישואין התחבקה עם בחורים ונצמדה אליהם בנוכחותי... נודע לי לפני החתונה שהיא בהריון והיו לי ספקות אם הוא שלי. ש. וכעת אתה חושב שהוא שלך? ת. כן, כי הוא דומה לי והיא לא אמרה לי מעולם שהילד הוא לא שלי.

ב"כ הבעל: האשה הזאת מחליפה מטות עם גברים אחרי החתונה. ש. מה השמות? הבעל: היא שכבה עם מ. אחרי החתונה שהתברר לי שהוא ערבי. היא גם נשבעה לי בילד ששכבה עם שני גברים וזה היה 14.2.77. ב"כ הבעל: יש צו לראות את הילד והם לא מכבדים אותו, לכן אנו מבקשים החזקת הילד. ב"כ האשה: היא אמרה שאבא שלו אמר שהנו מסוגל להרוג אותה ואת הילד. הבעל: אני רוצה לראות מיד את הילד. אני אעקב אחריה ואז יהא המצב יותר גרוע.

בפרוטוקול מישיבת ביה"ד מיום כ"ו ניסן תשל"ז בנוכחות הבעל והאשה וב"כ הצדדים: ש. לבעל: הילד הזה שלך? ת. אני חושב שכן. ש. מתי הכרת אותה? ת. בינואר 76 ואז התחלתי לחיות אתה. האשה: מפברואר היה לנו חדר נפרד. הבעל: גם לפני כן חיינו יחד פעמיים שלוש בשבוע. ש. אחרי שהתחלת לחיות אתה אתה חושד בה שהי' לה עסקים עם עוד בחור? ת. כמובן שהיה לי חשדות. ש. אתה יכול לקבוע אם כן שהילד הוא שלך? ת. רק לפי זה שהוא דומה לי... שאלה לאשה: היו לך עסקים עם בחורים אחרים אחרי שהכרת אותה? ת. לא. ש. קבלתם היתר נשואין בקשר להריון? האשה: לא, כי לא גיליתי לרבנות שאני בהריון, רק בביהמ"ש גיליתי.

באותה ישיבה היתה גם החלפת דו"ד באשר למקום השיפוט בנוגע לילד. וזה עפ"י הרשום בפרוטוקול: הבעל: יש גם תביעה בענין מזונות הילד וראיית הילד. ב"כ האשה: יש כבר תביעת מזונות בביהמ"ש. ב"כ הבעל: התביעה בביהמ"ש הוגשה אחרי שהוגשה כאן התביעה. ב"כ האשה: אין אפשרות לכרוך מזונות הילד בתביעת הגירושין, רק מזונות האשה. ולגבי זה הגשנו כבר בביהמ"ש. ש. אם ביה"ד יחליט שיש סמכות? ת. אני לא מוכן לטעון לגבי גובה המזונות כי אני אביא בג"ץ שאין סמכות לדון במזונות הילד והגשנו כבר שם תביעה. ש. מה לגבי ראיית הילד? ת. אנחנו אמרנו כבר שהאב הוא אדם אלים. אבל לטובת הילד אנו מוכנים שיראה את הילד פעם בשבועיים...

עד כאן העובדות והטענות שלפני ביה"ד. בתיקים גם עדויות של ערבי בפני ביהמ"ש שחי עם האשה אחרי נישואיה, וכן דברי האשה בפני חוקר המשטרה בחתימת ידה (תיק 2000 תשל"ז) בה אמרה בין השאר: למעשה כשהכרתי את בעלי אני כבר לא הייתי בתולה, אני קיימתי יחסים עוד כשהייתי באמריקה עם החבר שהיה לי בשם ב.. גם בתקופה שהייתי בארץ קיימתי יחסים מיניים עם גברים. אני פגשתי את ג. בתחילת חודש ינואר 1976 ולאחר כמה זמן התחלנו לקיים יחסי מין. אבל יחד אתו היה לי גם קשר מיני עם גבר נוסף. כשנוכחתי שאני בהריון מאד נבהלתי. אמרתי את זה לג.

¹ *ערעור תשלח 46/ בפני כב' הדיינים: הרב אליעזר גולדשמידט, הרב שאול ישראלי, הרב מרדכי אליהו.

והחלטנו להתחתן. למען האמת אני לא יודעת אם ג. הוא האבא של הילד שלי ובעצם אני בטוחה שהוא לא האבא של הבן שלי.

בחקירת השוטר החוקר בפני ביה"ד (פרוטוקול מיום י"ב כסלו תשל"ח) על טענת ב"כ האשה שהחוקר הוא שהכתיב לה מה לכתוב, והיא כתבה את הדברים מתוך לחץ, אומר העד: אני מוכן להשבע שוב שהכל כתבה מצד עצמה ללא שום לחץ או תיקון מצדי. האשה: אני כתבתי, אבל הוא הכתיב לי את הכל, אעפ"י שאמרתי לו שזה שקר, הוא אמר לי תכתבי ששכבת עם איזה גבר תמצאי שם של מישהו ותקבלי את הגט מהר, ואני עשיתי זאת כי רציתי להפטר ממנו ולקבל גט.

בכ"א כסלו תשל"ח אחר מו"מ בין הצדדים הוסכם על מתן ג"פ והתנאים לכך. נאמר עוד: הבעל: אני נותן גט בכל אופן, אפילו שיתברר שלא בגדה... ב"כ האשה בשם האשה מצהיר: שלא היו דברים מעולם ואנחנו מכחישים כל טענות בגידה.

עד כאן העובדות והטענות כפי הרשום בתיקים. אחר עיון בטענות והעובדות זה אשר עלה בידינו:

כב' ביה"ד כותב בנימוקיו לקביעה, שאבהות הילד מוטלת בספק, כדלהלן:

"אשר לבקשת הבעל שביה"ד יקבע אם אמנם הוא אבי הילד י. והוא טען שיש לו ספיקות גדולות אם לאשה לא היו בחורים אחרים בזמן שנכנסה בהריון לפני שהתחתנו, והילד יתכן שאינו שלו. והנה בתביעה הראשונה של הבעל לגט מחשון תשל"ז כותב באמת הבעל בכתב התביעה שהאשה בהריון ומסרב להכיר באבהות, אולם בכתב התביעה השני שהוגשה אחרי כמה חדשים (בהתחלת אדר תשל"ז) כותב כבר ב"כ הבעל שמנשואין של הצדדים נולד להם בנס י. ומבקש שביה"ד יקבע שהילד ישראלי בחזקתו של התובע. הרי זה כמו הודאה מצד הבעל שהילד הוא שלו, אם כי למעשה לא הבעל בעצמו כתב כתב התביעה רק בא"כוחו, אולם ב"כ הצהיר בפני ביה"ד שכל מה שכתב זהו בשם הבעל, ועוד זאת שביום י' אדר תשל"ז הופיע הבעל וב"כ והתביעה הראשונה היתה שהם רוצים צו לראות את הילד, אולם בישיבה השניה של ביה"ד כשהתחילו לפרט את בירור אבהות הילד אמר הבעל שבזמן שהיא היתה בהריון היו לו ספיקות אם הילד הוא שלו, אבל כעת הוא משוכנע שזה שלו היות שהוא דומה לו ושוב דרש צו לראות את הילד או להחזקתו.

אולם בישיבת ביה"ד מיום כ"ו ניסן תשל"ז כשהאשה הופיעה והשיבה לשאלת ביה"ד שמלבד בעלה לא חיתה חיי אישות עם אנשים אחרים אף לפני הנשואין והילד י. הוא מבעלה שנכנסה בהריון לפני שהתחתנו, אז הבעל אמר שיש לו חשדות שהיה לאשה עסקים עם גברים אחרים גם אחרי שהתחיל לחיות אתה, ולשאלה אם יכול לקבוע שהילד הוא שלו אמר הבעל רק לפ"י שהוא דומה לו, והבעל אמר שהוא מצא אצל האשה רשימות עם מספרי טלפונים של אנשים אחרים, ולשאלה נוספת של ביה"ד למה נכתב בכתב התביעה הראשונה שלו "שנולד להם בנס י.", וכן התביעות החוזרות ונשנות על ראית הילד שזה מוכיח שהחזיק אותו כבנו, היתה התשובה ע"ז שזה היה לפני שמצא הרשימות שלה.

בישיבת ביה"ד מיום כ"ט סיון תשל"ז ביקש כבר הבעל לקבוע אם הילד הוא שלו, הוא גילה שכמה בחורים שכבו אתה לפני החתונה והוא לא מצא אותה בתולה ויש לו עכשיו ספק גדול אם הילד הוא שלו, ואף שקודם חשב שזה ילד שלו אבל עכשיו יש לו ספק גדול מאד. האשה שוב אמרה שלא חיתה חיי אישות רק עם בעלה אף לפני שהתחתנה והיא היתה בתולה והילד הוא של בעלה.

והנה אחרי עיון בדבר נראה שאי אפשר לקבוע שהילד הוא של הבעל, שאף פעם לא אמר בפני ביה"ד שברור לו שהילד הוא שלו ורק שהוא חושב שהוא שלו היות שהוא דומה לו, ומשום זה החזיק אותו כבנו ולכן אין לזה שייכות למה שפסק הרמ"א באהע"ז סי' ד' סכ"ט שאם הי' לו חזקת כשרות (והכונה להילד) ע"פ האב שוב אינו נאמן עליו רק בשהדי, ומשום שבני"ד לא הוחזק ע"פ האב אף פעם בתור ילד שלו לפי הדין, אלא שהוא קבע לפי הרושם שלו מכיון שהוא דומה לו שהוא ילד שלו. ועיין בתשו' מהרש"ם ח"ג סי' קס"א בעובדא שהבנים שנולדו לאשה הי' דומים לקרוב שלה שהי' לן בבית הזוג אחרי חמש שנים מנשואיהם ועד אז לא ילדה שום ילד ובאותו ימים שהקרוב הי' נתעברה והי' חשש על העובר שאינו מבעלה, והיה עוד ריעותא בכומר תולדה של הבעל, ודן שם הגאון בין השאר מה שהילדים דומים להקרוב, וכתב אף שמבואר במדרש וברש"י פי' תולדות שהכל העידו על יצחק שהוא בן אברהם אחרי שנעשה נס שהי' דומה לאברהם, היינו שבעיני הבריות הי' כן אבל לדינא אין זה הכרע ומביא רא"י לזה. הרי שאף שהכל העידו על יצחק שהוא בן אברהם, ונמצא שבעיני האנשים הי' ברור להם שמצד הדמיון שהי' ליצחק כלפי אברהם שהוא בן אברהם בכל זאת אין לקבוע מתוך זה לגבי דבר שקשור עם דין התורה.

א"כ גם בני"ד שאף שהי' ברור להבעל שזה בנו אחרי שנולד וראה אותו שהוא דומה לו, אבל אחרי שנולדו לו ספיקות כלפי קביעות זו שהילד י. הוא שלו אין זה סותר מה שהחזיק אותו זמן מסויים בתור ילד שלו מאחר שחזקה זו לא היתה לפי הדין, ומעולם לא הוחזק ע"פ דין שהילד הוא שלו אף בזמן שהי' מוחזק בעיני הבעל שהוא שלו, וכיון שאח"כ נתגלו לו ספיקות בענין אבהותו של הילד שפיר אי אפשר לקבוע שהבעל הוא אביו של הילד, ואף אם לא היה מתחרט ממה שהחזיק אותו בבנו ורק היה עומד בהודאתו שזה בנו ג"כ לא היו יכולים לפסוק ולקבוע שהילד י. הוא בנו של הבעל, מאחר שהקביעות שלו הוא רק במה שהילד דומה לו, אבל לא הוכחות אחרות, והוכחות אלו אין להם מקור לפי הדין וממילא חיישינן מדאפקרה נפשה כו', ואפילו אם היא מיוחדת. עיין בדברי המחבר והרמ"א באהע"ז סי' ד' סכ"ו ובח"מ ובבי"ש שם, ובני"ד גם לא ברור אם היא לא דיימא מעלמא, ולפי דברי הבעל ידוע שיש לה עוד בחורים, אשר לפ"י אי אפשר לחייב אותו במזונות הילד מצד ספק, ועיין בתשו' הריב"ש סי' מ"א בפנויה שהיא מעוברת ותובעת את שמעון שהולד הוא שלו ושיטפל בו לפי שחייב אדם לזון את בנו הקטנים, וכתב הריב"ש שאין ממש בדברים, שאפילו אם נודע שבא עליה שמעון והיא טוענת ברי שהיא מעוברת ממנו כיון שאין שמעון מודה לה בזה הרי אפשר שנתעברה מאחר דכי היכא

דמפקרה נפשה לגבי שמעון מפקרה נפשה לגבי אחריני, ומסיק הריב"ש שהוא פטור מלזון את הילד, אולם אע"פ שאינו חייב במזונות הילד אבל מ"מ אסור הילד בקרובות אותו פלוני וכמו שפסק הרמב"ם בפט"ו מה' איסורי ביאה ה"ד, וכן פסק בשו"ע אהע"ז סי' ד' סכ"ו, אלא שהבעל אמר שהוא ישלם את מזונות הילד אף שיוחלט שאינו בנו."

אולם החזקת הילד בתור בנו כבר היתה עם הכנסתו בברית, דהיינו יותר מחדשיים עוד לפני הגשתו התביעה השניה ביום ב' אדר תשל"ז, ואשר גם בה מדבר על הילד כבנו ודאי (בשאלה שהיתה לפני הרא"ש, כלל פ"ב, בכגון דא - האיש שנידונה אבהותו על הילד, ולא היה נוכח בברית המילה). אם כן, דל תביעתו לפני ביה"ד הנ"ל, כבר החזיקו כבנו לפני כן. ואין לך החזקה גדולה מזו שנעשתה לפחות בפני מנין אנשים. והרי אז לא אמר הבעל על סמך מה מחזיק אותו כבנו, ואם שזה רק על סמך הכרת פניו שדומה לו, כפי שאמר בחקירת ביה"ד ביום כ"ז אדר תשל"ז. והרי יתכן שהכרתו אז באבהותו, כשם שסגירת התיק הקודם על ידו ביום 5.12.76, בו פקפק בענין זה, היתה על סמך הוכחות נוספות (כגון - רוב בעילות והיותם יחד כל הזמן מאז עברו לגור בחדר נפרד). ואם כן, מה שאמר אח"כ בביה"ד, שכל עיקר הסתמכותו היא על הדמיון אליו, אינו אלא הסבר שבא לאחר שהוחזק. ובזה לכאורה כשם שאינו נאמן לחזור בו, כן אינו נאמן לומר מה היה הנימוק שבגללו החזיקו כבנו.

אולם עי' ש"ש (ש"ו פ"ח ופ"ט) ... להוכיח דמי שאמר בני יכול לחזור ע"י אמתלא לכו"ע, דרך **אם חוזר** בו ממה שאמר לפני כן, במקום שהתורה האמינתו אינו נאמן, לאיזה דעות, אבל מהני אמתלא **לפרש** דבריו הראשונים.

א"כ בניד"ד הרי מה שאומר בפני ביה"ד ומסביר הא דהחזיקו כבנו, שהוא מצד הכרת פניו בדמיון אליו, הרי"ז בגדר פירוש דבריו הראשונים שבה נאמן, וכן ע"ש עוד שהעלה שבכה"ג שאינו ידוע שהוא בנו רק על פיו, נאמן גם לחזור בו ע"י אמתלא "ומשום דרחמנא לא הימניה לומר בני הוא כל שאינו ידוע שהוא בנו". ולפ"ז הן יש לקבל חזרתו ממה שהחזיקו כבנו ע"י שהכניסו בברית בתור בנו.

ברם עיי"ש עוד בפ"י שהסיק שאם הוחזק שלוש יום, שוב לא מהני אמתלא, וכמו בהחזקה נדה בשכנותיה שבעלה לוקה עליה.

דהוי כהאי דבנה כרוך אחריה דהוה ליה כאיסור ודאי, וכה"ג סוקלין על החזקות, והרי גם בנידוננו הוחזק כבנו מאז הכנסו בברית יותר משלושים יום, א"כ ככה"ג אין אמתלא מועילה, והפך להיות בגדר ודאי, וממילא, אין לקבל דבריו שאמר בפני ביה"ד עם חקירתו שכל עיקר לא החזיקו כבנו אלא מצד הכרת פניו, שכיון שהוחזק הפך הדבר לוודאי, ובזה אין מועילה אמתלא בשום פנים, ואעפ"י שזוהי אמתלא הבאה לפרש דבריו הראשונים.

אכן, הרי עוד טרם נולד הילד הוגשה ע"י הבעל תביעת גירושין ובה ונאמר גם בנוגע לעבר: "נכנסה להריון לפני הנשואין ואני מסרב להכיר באבהות". אם כן, הרי זה לכאורה כאומר אין זה בני אמנם חזר בו מהתביעה אחר זמן מה וביקש לסגור התיק, ולא הגיע כלל לבירור בפני ביה"ד, יש לדון אם מהני מה שחזר בו.

עי' בתשו' רע"א סי' ק"י שדן בהכחיש קודם שזה ממנו, אם מהני חזרתו ע"י אמתלא (שהכחיש קודם מחמת בושה). אך שם היה המדובר בהכחיש בפירוש, ואמר שלא ממנו בבירור, ואילו כאן היו דבריו סתומים מעיקרא, ולא פירש משום מה מסרב להכיר באבהות, והנימוק מפני "שנכנסה להריון לפני הנשואין" אינו אומר לכל היותר אלא שזה עשה לו ספיקות. ובזה הרי אין גדרי נאמנות של "יכיר". ובקשתו לסגירת התיק, וביותר - נוכחותו והשתתפותו בהכנסתו בברית, הרי היא כאומרת, שנוכח לדעת שאין כאן ספק, ובטוח באבהותו. כשם שגם חזר ואישר בדבריו בפני ביה"ד כשנשאל אם הוא בטוח שזה בנו. אלא שהוסיף ונימק שזה מחמת הדמיון אליו. אך בנימוק זה אין אנו צריכים לקבל דבריו להאמינו כאילו זהו הנימוק היחיד, כנ"ל. (וגם בתשובה הנ"ל הגרע"א מסיק לקבל חזרתו, ונוטה לקבל האמתלא גם לענין בנו ליורשו ולפטור אשתו מן החליצה, ע"ש). וכן, עיקר בקשתו היתה כפי שמפורטת שם - לענין הגירושין, ואילו ענין הילד הוזכר רק כדרך אגב.

והנה כל האמור הוא מצד הודאת הבעל. אכן נ' שבניד"ד, לכל הפחות, באשר לקביעת האבהות למילתא דאיסורא, שעל זה הוא שסובב פסק הדין (מבלי לנגוע בשאלת תביעת המזונות שהיא תביעה ממונית) יש לדון גם מצד גוף העובדות, וכדלהלן:

האשה אמרה בפני ביה"ד ביום כ"ו ניסן תשל"ז: מפברואר היו לנו חדר נפרד. ועל זה הוסיף הבעל: גם לפני כן חיינו יחד פעמיים שלש בשבוע. הרי שזוהי עובדא שאינה שרויה במחלוקת שמחודש פברואר חיו יחד בחדר נפרד, ומכיון שהילד נולד בסוף נובמבר, הרי זה אומר שתשעה חדשים מלאים עברו, ויותר מזה, מאז גרו יחד בחדר נפרד, היינו כדרך איש ואשה נשואים. והרי בנשואה אמרינן: אשה מזנה בניה כשרים - רוב בעילות אחר הבעל (סוטה כ"ז). וכ"ה להלכה (א"ע סי' ד' ט"ו). וברש"י יבמות (ס"ט: ד"ה דדיימא מעלמא) ... בני דומה שהם כשרים, דהתם כיון דנשואה היא רוב בעילות הלך אחר הבעל. אבל הכא לאו אורחיה למיבעל כולי האי בלי חופה. עכ"ל. הרי שמחלק בין אשה נשואה לבין ארוסה **בבית חמיה**, ואילו כאן כיון שעברו בריש גלי לגור בחדר נפרד, ללא כל בושה ורתיעה, הרי זה כמו באשה נשואה, דשייך בזה מ"ש שם רוב בעילות הלך אחר הבעל, אף בודאי זינתה, וכש"כ בניד"ד שאין לנו הוכחות על אותה תקופה של שעת ההריון על התנהגות האשה. ואף טענות הבעל הן על הזמן שאחר הנישואין, בעיקר.

אכן לפנינו האמור בשו"ע בענין פנויה שעברה (סי' ד' סכ"ו):

"פנויה שנתעברה וילדה... אם אומרת של פלוני הוא - ואם אותו פלוני הוא כשר הולד כשר. ומ"מ אין אנו מחזיקים אותו כבנו ודאי ליורשו, אם אינו מודה שהוא בנו (ואפילו היתה מיוחדת לו אינה נאמנת עליו. והוא מהנמוק"י בשם הריטב"א).

ובביאור הגר"א (ס"ק נ"ז) על מש"כ בשו"ע שהודאתם ל"מ כ' בזה:

"ממש"כ בפ"ק דחולין מנ"ל דאזלינן וכו' ממכה אביו וכו'. ואם איתא - דלמא כשהוא והיא אומרים עליו שהוא בנו. אלא דאין נאמנים. ולא מהימנינן, אלא משום דרוב בעילות" וכו'.

הרי שכל שהם חיו בלא קידושין "אפילו היתה מיוחדת לו" אין סומכים עליה, ואפילו אם הוא מודה לה. אך בתשובה חוט השני סי' י"ח כתב בנידון דומה:

"...כ' הרא"ש ז"ל: דההיא דכתובות ההיא דקאמרה מיניה ר"ל שהיה רגיל אצלה, הלכך שדין רוב בעילות בתריה. וההיא דפ' אלמנה מיירי שאומר הארוס שלא בא עליה אלא פעם אחת, הלכך אמרין מדאפקרה נפשה וכו' עכ"ל. והמדקדק בדבריו יראה להדיא, שסובר דההיא דכתובות אעפ"י שהיה רגיל אצלה מ"מ אמרין דמדאפקרה נפשה לגבי ארוס אפקרה נמי לאחרני אליבא דאביי בל"ק, ומ"מ הולד כשר, משום דרוב בעילות הן מן הארוס, דוגמת מה שאמרו בפ' ארוסה אשה מזנה בניה כשרים, רוב בעילות אחר הבעל. ולכן מכשירין הולד אפי' לר' יהושע. וזהו מה שכי' הלכך שדין רוב בעילות בתריה, משמע הא מיעוטן שדין בתר אחריני.

לאחר שנתבאר זה אומר אני, גם בנידון דידן, כיון שהוא רגיל אצלה טפי מאחריני... ועוד שהבועל הזה היה יכול להיות אצלה ביום ובלילה והאחרים לא היו יכולים להיות אצלה רק ביום. ואפי' ביום לא היה אפשר רק לעתים, ולא תדיר, הלכך שדין הולד בתריה לענין לאסור בקרוביו. ואם קידש אחד מקרובותיו אין קידושיו קידושין, אפילו מספק ולפטור מן החליצה ויבום, לדעת הרא"ש. ואף הרמב"ם מודה במיוחדת, כמו שכי' הרא"ש כנ"ל, דהא רובא דאורייתא הוא, ולענין יוחסין להקרא בן פלוני. אכן אם הוא בנו לענין ממון, הא מילתא צריכא עיונא כיון דמטעם רוב קאתינן עליה, וקיי"ל אין הולכים בממון אחה"ר... ואע"ג דמשמע מדברי הפוסקים דהא דאמרין אשה מזנה בניה כשרים, רוב בעילות אחר הבעל דסמכינן ארובא אפי' לענין ירושה... י"ל דהא דרוב בעילות אחר הבעל הוי רוב מעליתא משום דאשה בעלה משמרה. אבל בניד"ד ל"ש האי טעמא וכו'. איברא שיש לדקדק מתשוב' הרא"ש דס"ל דסמכינן אחזקה של רוב בעילות אחר הבעל אפי' לענין ירושה, ואפי' בפנייה המיוחדת לו כמש"כ בתחלת התשובה ואעפ"י דדיימא נמי מעלמא וכו'. ואין לומר דשאני התם שנהג בו מנהג בנים וכנזכר בתחלת התשובה, שהרי כתב בתחלת התשובה שאין זה נחשב לכולם, אפי' אמר שהוא בנו, כל היכא דאיכא לספקי שמא אינו בנו, משום דאיהו גופא לא ידע וכו'. ועוד שלמה שפירשתי לעיל דברי הריטב"א מוכח להדיא דלא אזלינן בתר רובא לענין ירושה אפי' בפלגש המיוחדת לו אי דיימא מעלמא, ונהי דלא ס"ל כוותיה, כיון שנראה מדברי הרא"ש דאזלינן בתר רובא בפלגש המיוחדת לו. מיהו איכא למימר דוקא במיוחדת גמורה, וכמו שהיה בנידון של הרא"ש, אבל ברגילה עמו בביתו, לא אזלינן בתר רובא, כיון שאין הולכים בממון אחה"ר. וכו'. סוף דבר, לא מצאתי ראיה ברורה שאוכל לסמוך עליה לשיהיה בנו ודאי לענין ממון... אבל לענין יוחסין אזלינן בתר רובא, דרובא דאורייתא הוא כדילפינן בפ"ק דחולין, והוי בנו לכל דבר ליוחסין ולאסור בקרובות הבעל ומותר בקרובות הנחשדים האחרים. וכן לענין יבום וחליצה."

הרי שהוא מכריע בכהאי דנידון דהרא"ש שהיא במיוחדת גמורה שהוא כבנו לכל דבר וכפי שפסק הרא"ש, בכל מה שנוגע לעניני יוחסין; ורק לענין תביעת מזונות לא הכריע באופן מחולט.

ונראה להעיר עוד, שאעפ"י שנראה מדבריו שהכריע להלכה בנידון יוחסין בניגוד לריטב"א, וכמו שכי' בלשונו (בסוף דבריו, ביחס לריטב"א) "דלא ס"ל כוותיה, כיון שנראה מדברי הרא"ש דאזלינן בתר רובא בפלגש המיוחדת לו". ולפי"ז הרמ"א שהביא דברי הריטב"א להלכה, נראה שנוקט להלכה כהריטב"א. וא"כ אכתי מס' פלוגתא וסי' הכרעה להלכה לא יצאנו. אך באמת, לפי המשך דבריו ש"דברי הרא"ש במיוחדת גמורה", והוא כפי שכי' שם לעיל מזה דבנידון דהרא"ש "שהוא אינו ירא מאחרים אבל אחרים יראים ממנו, והוי ממש דומיא דאשה מזנה דהוי רוב חשוב", א"כ י"ל דדברי הריטב"א שאמנם ג"כ הם אמורים במיוחדת לו, אולם אין זה במיוחדת לו בפומביות ובריש גלי, שמכל מקום הבושה על פניהם, כמו שמצינו להלן (ריש סי' כ"ו) לענין פלגש שכופין אותו להוציאה מביתו:

"ואפילו אם ייחדה לו..."

והרמ"א מוסיף בטעמא דמילתא:

"דודאי בושה היא מלטבול ובא עליה בנדותה"

ובביאור הגר"א שם סק"ד:

"כמ"ש בב"ר פ' נ"ב ובריש ויק"ר: משל למלך וכו' וכשהולך אצל פלגשו הולך במטמוניות וכו'."

א"כ מסתבר שדברי הריטב"א הם בכה"ג, שאמנם מיוחדת היא לו, אך זה רק "במטמוניות", ואילו בפרהסיא אינם מודים בזה מחמת בושה, כדרך הפלגשים, ואילו דברי הרא"ש כשגרה אצלו בקביעות ובגלוי, ואינם בושים מזה. ואם כן, אין כאן מחלוקת, ואף דברי הרמ"א שהביא להלכה הא דהריטב"א, הם רק בכה"ג ולא בגופא דעובדא דהרא"ש. וניד"ד הרי דומה להא דהרא"ש, ואולי אף יותר מזה, שעברו לגור בחדר נפרד, כדרך איש ואשה שע"י חו"ק, ולא התבוששו, שבה קיימים דברי הרא"ש, שהוא כבנו לכל דבר, במה שנוגע לעניני יוחסין.

ואשר לטענת הסמכות, נראה לנו שצדק כבי' ביה"ד שמאחר שהתביעה הוגשה לראשונה לבית הדין, ואף משהועלה הדיון לראשונה בפני ביה"ד לא נטענה טענת סמכות, הסמכות היתה לבית הדין לדון בנידון. בפרט, שהשאלה שכבי' ביה"ד דן בה היא שאלת יוחסין שממנה תוצאות בעניני אישות, ובזה המקום הנכון לדיון הוא אך ורק בפני ביה"ד, ובמוקדם או מאוחר ממילא תצטרך להיות בזה הכרעת בית דין.

אולם, כמובן מאליו, אין הדלת סגורה בפני המשיב להביא הוכחות נוספות, אם אכן יש לו כאלה, וביה"ד ידון בהם לכשיובאו לפניו.

על פי כל הנ"ל דעתי היא כי יש לקבל את הערעור באשר לסעיף ב' של פסק הדין נשוא הערעור. והילד י, יש לראותו כבן של המשיב ג.

שאול ישראלי



אנו מצטרפים למסקנתו של כב' הגר"ש ישראלי (שליט"א) [זצ"ל], כי הואיל וג. החזיק בשעתו את י. כבנו, אין להאמינו אחרי זה בטענה כי החזיקו כבנו מפני שהוא דומה לו.
אליעזר גולדשמידט ומרדכי אליהו

פסק דין

לפיכך אנו מחליטים לקבל את הערעור, וקובעים כי י. הוא בנו של ג.

אין צו להוצאות.

ניתן ביום י"ב אייר תשל"ט.

אליעזר גולדשמידט שאול ישראלי מרדכי אליהו

סימן ב : בענין נאמנות בממזרות²

נאמנות אדם מדין "יכיר"
בירור דעת התשב"ץ
בירור דעת הראשונים דפליגי ארשב"ם
עיון בבאור האו"ש בדעת הרמב"ם
בירור דעת הר"ן
בירור דעת הנמוק"י
מילואים
הערות בדבריו של הגר"ש אלישיב שליט"א

נאמנות אדם מדין "יכיר"

אם האיש הנידון טוענת שנתעברה כשהיתה שתויית יין במסיבה בבית אמה ובעלה, והיא לא ידעה בשכבו ובקומו, וממי היא נתעברה. מדבריה מסתבר שהעיבור בא מבעל אמה.

בעל האם ג"כ הודה בפני ביה"ד שבא עליה כמה פעמים בהיותם ישנים באותו חדר על מטה אחת. עפ"י גם נרשם האיש בלידתו על שם בעל האם בתור אב, ואם האיש הנידון בתור אמו. אכן בציבור ידוע היה כאילו הוא בנו של אם אמו ובעלה. ויש לנו לברר הדין במקרה זה, אם הסבתא של האיש הנידון נשואה לבעלה, שהוא לפי הרישום אבי האיש הנידון, כדין תורה, מה הנאמנות שבדבריהם לקבוע מעמדו של האיש כממזר שנולד מביאת אדם שבא על בת אשתו.

והנה איתא בשו"ע (א"ע סי' ד' סכ"ו) :

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

ומבואר שם בב"ש בשם הה"מ דרך להכשיר נאמנות האם אבל לא לפסול, כי מה"ת ספק ממזר מותר בקהל ישראל, ובדרבנן הימננה. משא"כ בבאה לפסול אינה נאמנת, ונשאר הדבר בספק כאילו לא אמרה כלום.

ודיבורו הוא ג"כ לא מהני לקבוע בודאי פסול, כמבואר : שכשם שזינתה עם זה כן זינתה עם אחר.

אכן בח"מ שם מבואר דהא דחיישינן לזנות גם עם אחר הוא רק בדימא נמי מעלמא, ואילו לא דיימא מעלמא כל שמודה שבא עליה אין מספקינן באחר. וכן הסברא שהזכיר בראש דבריו מצד אשה בודקת ומזנה, לא שייך אלא באופן שזינתה מרצון ובכוונה. וא"כ בנידון שלנו שטוענת שבא עליה שלא בידיעתה, ואף לדבריו לא היתה עכ"פ דיימא מעלמא, א"כ לכאורה הבעל נאמן לישויה ודאי ממזר, דהנימוק כשם שזינתה עם זה כן זינתה עם אחר ל"ש בנידון זה למיהב ליה דין שתוקי גרידא.

ויש נאמנות לאב, בכל כה"ג שאין להסתפק שמא זינתה גם עם אחר, כל שהוא מודה שבא עליה, הרי יש ללמוד מפסק הלכה בענין נאמנות האב על בנו, דנחלקו הראשונים אם נאמן אדם להכיר מי שאינו ידוע שהוא בנו בתור בנו. לדעת הרשב"ם (ב"ב קל"ד:) אין בזה תו"נ שאמרה תורה "יכיר", שזהו רק כשידוע שהוא בנו ובא להכירו בתור בכור. אבל מי שאינו ידוע כבן אין בזה תורת נאמנות, ורק מדין מיגו נאמן. והיינו רק בנוגע לנכסים שכבר ישנם תח"י, דמיגו דאי בעי היה מקנה לו אותם. וכן היא שיטת התוס' שם. ואילו דעת הרמב"ם וכן הר"ן בשם הרשב"א, וכן לפי הפסק בשו"ע (חו"מ סי' רע"ט) נאמן אדם לומר זה בני. והוסיף הרמב"א דהיינו גם בנוגע לנכסים שיפלו לו כשהוא גוסס, דלא שייך שם מיגו כלל. ונראה שזוהי גם דעת המחבר שסתם וכתב שנאמן לומר שהוא בנו, ולא חילק כלום בין נכסים שתח"י עכשיו לבין מה שיפול לו לאחר מכן. ולהני דעות צ"ל לכאורה שהוא משום דסברי דקרא ד"יכיר" אמור גם במי שאין ידוע שהוא בנו, ושלא כרשב"ם הנ"ל. ונאמנות מקרא ד"יכיר" הרי היא, לפסק הלכה דנקטינן כר' יהודא, לא רק בנוגע לירושה כי גם בנוגע לכשרות ופסלות הולד, שהרי לר"י נאמן לומר זה ב"ג וב"ח או ממזר, וזה לא רק לחומרא,

² *חוות דעת בעניין תיק תש"ל 130. הכתורות נתרו ע"י המערכת.