



תאריך: ז' במנחם אב התשע"ח
19 יולי 2018

בעניין: אושרת אברג'יל בן חיים

ת"ז:

ב"ה

פסק דין

תיאור המקרה

בא לפנינו מקרה של אישה כבת 36 שמסורבת גט מבעלה מזה כשמונה שנים. כבר שנים שהבעל ממאן לתת לה גט. ההתדיינות נערכה בבית"ד הרבני המחוזי בחיפה, שכבר הטיל עליו את כל חומר הדין, ובכלל זה הרחקות דרבינו תם ואיסור לקברו בקבר ישראל. נערכו מגעים עם הבעל, סוכם על פגישות שונות ברחבי העולם ואף על מתן גט, אבל הלה מושך את הזמן ובסופו של דבר מסרב לתת את הגט. יצויין כי בתוך התהליך הבעל תבע לדין את הדיינים ואת עוה"ד של האישה, ואת שופטי בג"צ. שליחי הרבנות שנפגשו עמו מעריכים שאין שום סיכוי לקבל ממנו גט מרצונו, ואף רואים בו לקות נפשית מסוימת.

ביום י"א אב תשע"ג 18-7-13 בקשה האישה מבית הדין האזורי בחיפה שיבטלו את קידושיה לאחר שנודע לה כי אחד מעדי הקידושין הורשע ונגזר דינו על עבירות של מעשים מגונים בקטין. העברות התבצעו בין השנים 2003-2006 והעד המורשע שימש כעד קידושין בשנת 2008.

בשנת 2011 הורשע עד הקידושין והחל לרצות את עונשו מיד לאחר מכן, במשך שלוש וחצי שנים, בנוסף נגזר דינו לעוד שנתיים מאסר על תנאי ותשלום פיצויים בסך 50,000 שקל לקטין - המתלונן, וכן טיפול תרופתי להורדת דחף מיני למשך חמש שנים.

מקרה זה הובא לפנינו כבר בשנת 2014 ביחס לאפשרות ביטול הקידושין.

בירור העלה שעדי הקידושין היו הרב עורך החופה ועמו עוד עד. בשיחה טלפונית של חד מינן (מ"א) עם הרב עורך החופה התברר כי הוא הורה לחתן לייחד את העדים לפני הקידושין וכך אכן נעשה. וכאמור לאחר מכן התברר שהעד האחר שהיה עמו הורשע במעשים מגונים בנער שהשתתף במקהלה שהוא ניהל. המעשים המגונים נעשו לפני העדות על הקידושין, אבל ההרשעה בבית המשפט היתה לאחר מכן.

עיון בכתבי האישום ובפסה"ד והפרוטוקולים של בית המשפט מעלה שההרשעה הושגה אחרי עסקת טיעון בה הודה הנאשם (=העד) בכמה וכמה מעשים מגונים של מגעים בעל אופי מיני (ליטוף האיבר, נשיקת פיו של הנער לאיברו וכו'). נציין שבכתב האישום המקורי היתה תלונה על הכנסת איבר לפיו של הנער (שנחשבת משפטית כמעשה סדום) ועוד, אבל בגלל עסקת הטיעון ההודאה וההרשעה הן רק על מעשים מגונים וכנ"ל. המעשים נעשו לאורך כמה שנים, כשהנער היה בן 12-16. הראיות להרשעה היו עדות הנער והודאת הנאשם. לפי דברי הגורמים

המטפלים וביהמ"ש הנאשם לא הודה ולא הכיר באשמתו וגם לא הביע חרטה על מעשיו, אם כי הודה במעשים ואף הסכים לקבל טיפול בזריקות לנטרול היצר המיני שלו. השאלה שעלתה היא האם ניתן לבטל את הקידושין בלא גט עקב פסלותו של העד. נציין כי ביטול הקידושין יש לו שתי השלכות: היתר האישה להינשא וכשרות הוולד שהיא נושאת כעת ברחמה מחשש ממזרות. לכשרות הוולד נתייחס בסוף הפסי"ד.

התנהלות בית הדין האזורי והגדול

נציין כי המקרה נדון בבית הדין האזורי הממלכתי בחיפה, שנוהג במקרה זה בצורה תמוהה ובלתי מובנת, אנושית והלכתית. האישה מסורבת גט כבר מאז תשע"א. בעת האחרונה במצוקתה היא חיה עם אדם אחר, וכעת היא בהריון מתקדם. יש כאן בעיית עגינות שלה ובעיית כשרות הוולד, וכן איסור לבעלה ולבועלה שבית הדין היה מודע לו ואף קבע בפסק דין מיום 5-4-16 כו אדר ב תשע"ו כי לאור הודאת האישה על חייה המשותפים עם בן זוגה, במידה והאישה תרצה להינשא עמו, נישואין אלו טעונים בירור.

יתר על כן, עצם חשש הממזרות הוא עצמו מסייע לביטול הקידושין שכידוע במקום חשש ממזרות נקטינן לקולא. ואמנם ע"פ הפרוטוקול והחלטת ביה"ד האזורי שהם שוקלים לבטל את הקידושין, וכי קיים בסיס גדול לביטול הנישואים וכי בכוונתם להוציא פסק דין בנושא (פרוטוקול מיום ה' 2-10-13 שורה 57).

זאת ועוד, ביום 3-10-13 כ"ט תשרי תשע"ד הובא עד הקידושין ממקום מאסרו והעיד בחסיון בפני כב' בית הדין (ללא נוכחות בעלי הדין וב"כ וללא פרוטוקול). בו ביום ניתנה החלטה של בית הדין "לאחר העיון בחומר שבתיק ושמיעת העדות ישנו בסיס לתביעת האישה, בית הדין מעביר לתגובת הבעל תוך 60 יום, אם הוא מעוניין ליתן גט, אם התשובה שלילית בית הדין יוציא פסק דין". עה"ח כב' הרב דניאל אדרי, כב' הרב אייל יוסף וכב' הרב דוד בר שלטון.

ביום 10-7-14 י"ב תמוז תשע"ד מבקש בית הדין את פרוטוקולי החקירות של עד הקידושין, חו"ד של המרכז להערכת מסוכנות וכן חו"ד מומחים מטעם ההגנה. ולבקשת ב"כ האישה לאחר החלטת כב' בהמ"ש המחוזי בנצרת הומצא חומר החקירות לעיני ביה"ד בלבד.

רק ביום 26-12-17 קבע בית הדין כי "בית הדין עבר על החומר הן בהרכבו הנוכחי והן בהרכבו הקודם ולא מצא מקום להתיר". ומיד לאחר מכן סגרה הנהלת בית הדין את תיק בקשת ביטול קידושין.

לבקשתנו לפתיחת התיק ולקבלת נימוקים לצורך הערעור, ולבקשת בית הדין הגדול מיום 15-3-18 כ"ח אדר תשע"ח לקבלת נימוקים, קובע בית הדין האזורי ביום 18-3-18 ב' ניסן תשע"ח: "בית הדין לא מצא מקום להתיר על פי החומר שהוגש לבית הדין... בכדי לאסור אין צורך בכתיבת ספרים, להתיר יש להאריך".

סירובו של בד"ר אזורי לתת נימוקים בניגוד לתקנות בתי הדין של הרבנות הראשית (תקנה קמ"ב, קי"ד לתקנות הדיון) ובניגוד לבקשה מפורשת של בית הדין הגדול מנעו מהאישה למצות זכויותיה להגשת ערעור ואילצו אותה להגיש את הערעור במסגרת בר"ע שעד לכתובת פסק הדין טרם ניתנה בו החלטה. יתרה מכך ביה"ד הגדול גם ביקשו את חומר החקירה של העד בפרקליטות ובמשטרה, וגם זה טרם נעשה למיטב ידיעתנו עד לרגע זה.

ההתנהלות כולה נראית על פניה במקרה הטוב כמו אדישות לגורל האישה שנמצאת במצוקה גדולה ובמצב הלכתי ואנושי מורכב ביותר, עבודה, עבור הוולד ועבור הבועל, ובמקרה הפחות טוב ממש כמו התנכלות. וגם אם יש לביה"ד סיבה נסתרת לדבר, קשה לקבל זאת. אי לכך ראינו לעצמנו חובה להיכנס לעובי הקורה, ללבן את הסוגיא ולבחון האם ניתן להתירה מכבליה בלא גט על ידי ביטול הקידושין ולהכשיר את הוולד.

מתווה עקרוני לבירור הדין

נראה שיש כאן כמה אפשרויות להגדיר את המצב: 1. אלו קידושין בשני עדים כשרים. 2. זהו מקדש בע"א (שיש דעות שחוששים לקידושיו). 3. זהו מקדש בעדים שכולם פסולים (כלומר ללא עדים כלל).
והדבר תלוי בבירור השאלות הבאות:

- א. האם העד דן אכן פסול לעדות קידושין (דאורייתא או דרבנן): מה מהות העבירה? מהן הראיות לכך שהוא עבר אותה?
 - ב. דין מקדש בעד אחד (העד הנותר), אי חוששים לקידושיו או לא.
 - ג. האם יש דין נמצא קאו"פ בקידושין, ואז אין כלל עדים כשרים לקידושין.
 - ד. האם ייחוד העדים מועיל לבטל עדות הקהל, או שהוא לא מועיל לזה כלל.
 - ה. דין גט במי שחיים ביחד במקום מעשה קידושין.
- אם כן, בירור ביטול הקידושין עקב פסלותו של העד במקרה זה זוקק בירור במתווה הבא:
0. הסמכות שלנו לדון.

1. האם יש במעשים שעשה העד עבירה שפוסלתו לעדות, והאם זה מה"ת או מדרבנן. אם הוא לא פסול מה"ת – לרוב הדעות אין לבטל את הקידושין (אם כי בדברינו נראה שיש חולקים בזה).
 2. גם אם מדובר בעבירה שפוסלת לעדות מה"ת, האם יש די בראיות שהובאו שאכן נעשו מעשים כאלו (הודאת פיו ועד אחד – המתלונן, שהובילו להרשעה בביהמ"ש). אם לא – שוב אין לבטל את הקידושין.
 3. גם אם העד עצמו נפסל, יש לדון בשלוש שאלות: א. האם ייחוד העדים מועיל, ולמה? ב. דין המקדש בע"א. ג. דין נמצא קאו"פ בקידושין.
- ונפרט לשלוש אפשרויות:

- א. ייחוד העדים מועיל שהקהל כלל לא מצטרף לעדות. אזי הדיון הוא בתוך כת העדים עצמה, האם יש דין נמצא קאו"פ: אם אין דין נמצא קאו"פ בקידושין – אזי יש כאן קידושין בע"א, ויש לדון בתוקפם. אם יש בקידושין דין נמצא קאו"פ – אזי אלו קידושין בלא עדים כלל.
- ב. ייחוד העדים לא מועיל וחוששים לצירוף הקהל. במקרה זה הקהל מצטרף לכת אחת עם שני העדים והפסול בתוכם, והדין תלוי בדין נמצא קאו"פ בקידושין, ואז או שאלו קידושין בלא עדים כלל או שאלו קידושין בשני עדים כשרים.
- ג. יש אפשרות שייחוד העדים לא מועיל לכך שהקהל אינם עדים אבל הוא מגדיר את הקהל ככת נפרדת מהשניים המיוחדים, ואז העדים מהקהל לא נפסלים על ידי העד הפסול ששייך לכת של השניים. במקרה זה אולי הקהל הם עדי הקידושין במקום שני העדים שיוחדו, ושוב אין לבטל את הקידושין. אמנם גם לגבי הקהל יש לדון האם הוא כת או אוסף עדים בודדים, שהרי גם בקהל יש עדים פסולים (קרובים).
4. ולבסוף, גם אם החלטנו לבטל את מעשה הקידושין, עדיין יש לדון האם חיהם יחד במשך שנים לא מחילים קידושין וזוקקים גט?
5. ועוד נבחן האם יש לצרף סברא דאדעתא דהכי (שימאן לתת לה גט ויחזיקה עגונה) לא נתקדשה.

0. הסמכות שלנו לדון במקרה

יש כאן שתי בעיות עיקריות: הבעל והעד הנפסל אינם בפנינו, ויש ב"ד אחר שכבר דן בזה. כאן נביא את הדברים כפי שכתבנו אותם בפס"ד קודם (עניין ביטול קידושין מחמת אומדנא דאדעתא דהכי לא התקדשה). הגראד"ל הוא הרב אברהם דב לוי שליט"א אב"ד ליוחסין וממונות בירושלים. שם הדיון היה על הבעל ואצלנו על עד, אבל ניתן בקלות ליישם את הדברים לכאן. ובפרט שגם במקרה דידן ביטול הקידושין נוגע לבעל ולכן מעיקר הדין הבעל גם הוא היה צריך להופיע בפנינו כדי שנוכל להכריע בעניינו.

א. האם ניתן להתיר קדושי אישה מבלי לשמוע את הבעל

הנדון שבא לפנינו הוא היתר האישה. כפי שנראה להלן, ההיתר נסמך בין היתר גם על קביעת מעמדו של הבעל (איסורית: האם הוא יהודי או גוי, וממונית: האם הטבעת היתה שלו), ובודאי יש לה השלכה על מעמדו של הבעל (האם הוא נשוי או רווק), ולכן עולה השאלה האם ניתן לדון בשאלות אלו שלא בפניו.

והנה הגראד"ל הביא שני טעמים מדוע אין לפסוק על אדם שלא בפניו: 1. מדין שאין גומרין דינו של אדם שלא בפניו. 2. מטעמו של החזו"א חו"מ סי' ג סק"א, שאם הבע"ד היה כאן הוא היה מאיר את הנסיבות שברקע העדות ואולי משנה את המסקנות ממנה. ואף שהחזו"א כתב זאת על דיני ממונות, מסברא יש מקום להרחיב זאת גם לאיסורים.

כדי לפתור את הבעייה, יצא הגראד"ל לדון בדין פלגינן נאמנות, כעין מה שמצינו בסוגיית יבמות גבי ע"א אומר מת בעלה, נאמן להתירה להינשא ואינו נאמן להוריד היורשים לנחלה. וכ"פ הרמ"א אבהע"ז סי' יז סוסמ"ג. וביאר בקוה"ע סי' כא אות ז שזהו דין פלגינן נאמנות, שאנו מאמינים לע"א לעניין היתרה להינשא אבל לא מאמינים לו לעניין ירידה לנחלה. מכוח זה כתב הגראד"ל יש להאמין לעדויות ולראיות לעניין היתר האישה ולא לעניין מעמד הבעל (בממונות ובאיסורים). וכן הדין הכא, שאנחנו דנים להתיר את האישה ולא דנים לעניין הבעל. וראה דבריי שם מה שהערתי על כך, ואכ"מ.

באשר לדברי החזו"א שהובאו אצל הגראד"ל, אעלה שתי נקודות להתיר לדון על כך שלא בפני הבעל:

1. החזו"א עצמו נסמך על הש"ך חו"מ סי' יג סק"ח, אבל הב"ח שם פליג עליו וס"ל שבדיעבד דינם דין, והקצוה"ח שם סק"א הכריע כהב"ח (וראה מה שהחזו"א הקשה עליהם).

2. החזו"א עצמו שם בקושייתו על הקצוה"ח כתב: "והדברים תמוהים: איך יתכן לדון בלא שמיעת טענות הנתבע בזמן שהוא אנוס לבוא לב"ד, ואיך יהי' בזה כח...". רואים בדבריו שגם הוא טוען שבדיעבד אין דינו דין רק כשהבע"ד אנוס מלבוא. משמע שכשאינו אנוס לכו"ע הדין דין. ובנדון דידן הרי הבעל ממאן לבוא ולדון בפני ב"ד קמא (וכנראה גם בפנינו). ובודאי כך הסברא נותנת שכשהבע"ד ממאן לבוא ניתן לדון שלא בפניו ובדיעבד ודאי דיננו דין.

לעצם דין קבלת עדות וגמ"ד שלא בפני בע"ד (ראה סקירה מפורטת בשו"ת חבל נחלתו ח"א סי' מז) מקור הדין הוא בב"ק קיב ע"א, שאין מקבלים עדים בפני קטנים דהוי כקיבלם שלא בפני בע"ד. ובנמוק"י שם (לט ע"א בדפיו) כתב שהוא לעיכובא, והמקבל שלא בפני בע"ד לא עשה לא כלום והוי כטועה בדבר משנה. אמנם בב"י חו"מ סי' כח סקט"ו הביא שראב"ן ור' ירוחם ס"ל שבדיעבד מהני, והרא"ש וריב"א ס"ל שהוא לעיכובא, כנמוק"י הנ"ל. וכן הכריע הב"י שם להלכה והביא עוד חבל ראשונים שסוברים כן, וכ"פ בשו"ע שם סט"ו.

אמנם יש לזה כמה הסתייגויות:

- א. **בנמוק"י** שם הביא מהריטב"א שבדבר ברור ניתן לקבל עדים שלא בפני בע"ד.
- ב. ושם בגמרא איתא שאם עדי חולים והבע"ד אינו בא ניתן לקבל עדותם שלא בפניו, וכ"פ הרמב"ם בפ"ג מהל' עדות הי"א :

גם בדיני ממונות אין מקבלין עדות אלא בפני בעל דין, אם היה בעל דין חולה או שהיו העדים מבקשים לילך למדינת הים ושלחו לבעל דין ולא בא הרי אלו מקבלים עדים שלא בפניו...

כלומר שבאונס ניתן לקבל עדות שלא בפני בע"ד.

וכן הרשב"א שהובא בשו"ת מהר"י בן לב ח"ג סי' כ (החקירה הו') כתב שאם הבע"ד אינו כאן ניתן לקבל עדות שלא בפניו.

- ג. בד"מ הקצר שם כתב שהיכא שהבע"ד אלם או שהעדים חוששים להעיד בפניו יש להקל:
- כתב מהרא"י ז"ל בפסקיו סימן קע"ה מדברי ראב"ן שמעינן שמקילינן בדבר היכי דאיכא צד וטעם להקל לכן היכא דידיענין שאם יגבו העדות בפניו יתעכב קבלת העדות על ידי כחות ואלמות אם ידוע זה מקבלין עדות שלא בפניו.**

ואף שהדברים נסמכים על הראב"ן שהוא מהסיעה המקילה רואים שנקט כן גם להלכה. וכן מפורש ברמ"א שם, שהביא את שתי הדעות והיקל כדעת ראב"ן היכא שיש צורך.

אמנם בדבר שבערווה יש לדון שאולי חמיר טפי ודמי לדיני נפשות. ובשו"ת מהריב"ל שם הניח כדבר פשוט שהוא ממש כדיני ממונות. אבל בשו"ת הרמ"א סי' יב כתב :

ואע"ג דכתב שם המרדכי בשם ריב"ן להכשיר בדיעבד, נראה דלענין הלכה יותר יש לסמוך אדברי הפוסלים דהוה רובא ובתראין, ואף לדברי ריב"ן היינו דוקא בענין ממון הקל. וכן מה שכתב מהר"ר איסרל בפסקיו דבמקום אלם דדחלי מיניה גובין לכתחילה עדות שלא בפניו היינו דוקא בענין ממון, כמו שכתב שם בעצמו מטעם הפקר ב"ד הפקר (יבמות פט, ב) והכי דיינין לאלמי ולכל חבריו. אבל לאפקועי אשה מבעלה בעדות שלא בפניו פשיטא דלא מהני כלל, כדמשמע מתשובת הרא"ש דלעיל מאחר דבעי דרישה וחקירה כדיני נפשות, כמו שכתב הרא"ש בתשובתו. גם לענין קבלת עדות שלא בפניו הוה דינו כדיני נפשות, ושם פשיטא דלא מהני עדות שלא בפניו דכתיב והועד בבעליו (שמות כא, כט) יבוא בעל השור ויעמוד על שורו...

אם כן, לשיטתו בדבר שבערווה לא מועילה עדות כזאת גם בדיעבד, ואפילו היכא שהבע"ד אלם. הוא משווה זאת לדיני נפשות (וכן הוא בתשובת בעל בית מאיר בשו"ת רעק"א מהדו"ק סי' ק, שכתב שדין פסול קהל הוי כמו דיני נפשות).

אמנם במקום שאין ברירה והבע"ד לא מוכן כלל לבוא, שם יש מקום להקל יותר, שהרי לא סביר לתת לו כוח הכרעה (ווטו) לגרום שלא נדון את דין האישה. יתר על כן, הרי מה שאין דנים שלא בפניו הוא מחמת החשש מפגיעה בזכויותיו (והא ראייה שהגמרא ב"ק קיב משווה קבלת עדות בפני קטנים לקבלת עדות שלא בפני בע"ד, אף שזה כן נעשה בפניהם פיזית. לכן נראה שהכוונה היא מפני שאין להם דעת ולא יוכלו להגן על זכויותיהם), ואם הוא מוותר על זכויותיו שפיר דמי. ולטעם זה, נראה שכאן אין צורך בנוכחות הבע"ד לא רק מדין שזהו אונס, אלא שכלל אין חובה לדחות העדויות מפני שאינו מוכן לבוא.

בשולי הדברים אעיר שגם הרמב"ם בפ"ג מעדות וגם בהל' מלו"ל פ"י"ב ה"ז כתב שבעדות בשטר לכל הדעות גובים שלא בפניו, ואם ירצה יערער לאחר מכן. לכן לגבי עדויות שנתקבלו בב"ד קמא או בשטר יש לדון שלא בפניו לכו"ע.

ב. האם רשאי ביי"ד לדון בהיתרה של האישה לאחר שבי"ד אחר החל לדון בה

מקור דין זה בבי"ב קלח ע"ב "ביי"ד אחר ביי"ד לא דייקי". הגראד"ל הביא מהש"ך וסמ"ע רס"י יט שלא אומרים כן אלא כשיצא פס"ד מביי"ד קמא, וכאן לא יצא פס"ד סופי. אמנם גם אם הם לא פסקו עדיין את הדין, מכיון שהם יושבים על המדוכה קשה מסברא לומר שזה מצב של חוסר פס"ד. סוף דבר, להיכנס לדיון של ביי"ד קמא ממש לפני הגיעו לסופו וכתובת הפס"ד, אינו דומה למצב של טרם פס"ד שעליו דיברו הפוסקים הנ"ל. אך באמת כל זה לא חשוב, שכן חזקו עלינו דברי החת"ס ועזרת כהן שהובאו אצל הגראד"ל שבעת שהפסק מוטעה אין לקבלו מחמת הדין דביי"ד בתר ביי"ד לא דייקי. ובפרט יש לדון באותן נקודות שבהן כלל לא דן ביי"ד קמא, שבו נראה מסברא שלא שייך הכלל "ביי"ד בתר ביי"ד לא דייקי".

ג. האם אפשר לפסול העד שלא בפניו

בזה דנו בביי"ד האזורי ב"ש (הבאנו דבריהם ומקורם בסיכום בסוף פרק 3), והביא שם הר"א אברגיל שאפשר לפוסלם שלא בפניהם, ותמך את דבריו מדברי הריב"ש סי' רס"ו ומדברי הראשונים בכתובות יט ע"ב, שכיוון שאין מחייבים אותם בממונם או בגופם לא בעינן בפניו, עיי"ש. אמנם חבריו שם חלקו עליו והביאו מחלוקת הפוסקים בזה. אבל אצלנו הרי העדויות התקבלו בפני בימ"ש, ופסול העד הכא בא אחרי קבלת העדויות שם. ולכן נראה שאצלנו לכל הדעות אפשר לפסלו שלא בפניו. בפרט שאין לביי"ד הרבני אפשרות מעשית לדון את העד עצמו (ואפילו את החומר מביהמ"ש לגביו לא מסכימים לתת להם), מחוסר סמכות. וראה להלן בפרק 1-2, בדיון על דיני ראיות לפסול עד, שנביא שם חבל פוסקים שדי בכך שהוא רשע מפורסם וידוע בכדי לפסלו, ואין צורך לגביית עדות בזה, ע"ש. ועוד ראה שם שדי בחשד, ולחשד לרוב הדעות לא בעינן קבלת עדות ממש. ומעבר לכל הרי איננו פוסלים אותו כשלעצמו, אלא רק לצורך ביטול הקידושין הללו, כעין פלגינן נאמנות דלעיל. ולזה די לנו בכך שהבע"ד דהכא נדונים בפנינו, ולגבי פסלות העד לעדויות אחרות אולי באמת תידרש קבלת עדות ופס"ד בפניו.

2-1. פסלות העד

פסלות עד מחמת עבירה

בשו"ע חו"מ רס"י לד איתא:

א. רשע פסול לעדות...

ב. איזהו רשע, כל שעבר עבירה שחייבים עליה מלקות; ואצ"ל אם חייבים עליה מיתת ב"ד. ל"ש אם עבר לתיאבון, ל"ש אם עבר להכעיס.

הגה: עבר עבירה שאין בה מלקות, פסול מדרבנן (רבינו ירוחם נ"ב ח"ד).

אם כן, הרשע שעבר עבירה שיש בה מלקות פסול לעדות מה"ת. להלן נברר האם מעשיו של העד דינן יש בהם עבירה דאורייתא שפוסלת לעדות.

ובסכ"ד שם:

כל מי שהעידו עליו שעבר עבירה פלונית, אף על פי שלא התרו בו, שהרי אינו לוקה, פסול; והוא שעבר על דברים שפשט בישראל שהם עבירה. אבל אם ראוהו עובר על דבר שקרוב העושה להיות שוגג, צריכים להזהירו ואחר כך יפסל. כיצד, ראוהו קושר או מתיר בשבת, צריכים להודיעו שזה חילול שבת, מפני שרוב העם אינם יודעים זה. וכן אם ראוהו עושה מלאכה בשבת או ביום טוב, צריכים להודיעו שהיום שבת, שמא שוכח הוא. וכן המשחק בקוביא תמיד, או מי שנעשה מוכס או גבאי שמוסיף לעצמו, צריכים העדים להודיעו שהעושה דבר זה פסול לעדות, שרוב העם אינם יודעים דברים אלו. וכן כל כיוצא בזה.

כלומר כדי לפסול את העד צריך שיידע שמדובר בעבירה. נראה פשוט שעבירה זו שבה אנחנו עוסקים היא מאלו שפשטו בכלל ישראל וידוע לכל בר בי רב שהן אסורות.

ובסכ"ג שם:

הפסול מן התורה, שהעיד, עדותו בטלה אף על פי שלא הכריזו עליו בבתי כנסיות ובבתי מדרשות. והפסול מדבריהם, העדות שהעיד קודם שהכריזו עליו, כשרה.

הגה: ואפילו פסול מן התורה, אין לפסלו אלא בודאי, אבל לא מספק, כגון שהעיד בב"ד ואחר כך באו עדים עליו שעבר עבירה שנפסל בה מן התורה. אבל אם אין יודעין אם עבר קודם שהעיד או אחר כך, מוקמינן גבוא אחזקתו וכל מה שהעיד כשר, עד דידיעין דעבר קודם לכן (ריב"ש סימן רס"ו). הפסולים מדרבנן שצריכים הכרזה, אם הענישן ברבים על עבירתן, כגון שהוציאן מב"ה, הוי כאלו הכריזו עלייהו (מרדכי פ' זה הבורר).

כלומר עד נפסל רק על סמך עדות של שני עדים כשרים ולא מספק. דבר זה לא קיים אצלנו, שכן יש לכל היותר ע"א (הנער המתלונן) והודאת פיו של העד. עוד בעינן שמעשי העבירה שעשה נעשו לפני זמן העדות. אצלנו כמובן מעשי העבירה נעשו לפני העדות.

אמנם מבואר בשו"ע שם שאם עשה תשובה הוא חוזר לכשרותו, אבל במקרה דינן מופיע בחו"ד המקצועית שהעד לא עשה תשובה כלל, וגם את"ל שיש לראות את הודאתו כתשובה, הרי היא ניתנה בזמן שאחרי עדות

1 וראה חבל מפרשים שכתבו שהה"י לגבי חשוד, שאדם נעשה חשוד רק על פי שני עדים: בש"ש שמעתתא ג פ"ד דחשוד פסולו בשניים. וכן הכריע הברכת שמואל קדושין ס"י כא דאפילו לדון חשדות על ישראל ג"כ בעי עדות ובי"ד, וכמו שכתב הבית הלוי ח"ב ס"ד דחזקת כשרות של ישראל אינה רק כשאר חזקות, אלא כל זמן שאין ריעותא בישראל הוא ודאי כשר ובעי עדות לפוסלו אפילו לעשותו חשוד.

הקידושין (המשפט כולו התנהל אחרי עדות הקידושין), ולכן בזמן העדות הוא ודאי היה פסול. אם כן, אין כאן מקום לדון בדיון חזרה לכשרות של בעל תשובה.

דיני ראיות לפסול אדם לעדות

ברמ"א חו"מ הנ"ל סכ"ג פסק שבעיני שני עדים כשרים לפסול אדם לעדות, ואין פוסלים אותו מספק או בראיות פחותות משני עדים. וכן אנו מוצאים בסכ"ה שם שלא מועילה הודאת פיו דאין אדם משים עצמו רשע:

אין אדם נפסל בעבירה ע"פ עצמו, אלא על פי עדים שיעידו עליו, שאין אדם משים עצמו רשע (רמב"ם פכ"ב מטוען).

ומקורו ברמב"ם עדות פי"ב ה"ב (עפ"י סנהדרין כז ע"א). וכ"כ הרמב"ם בפ"ג ה"ז, ושו"ת הרשב"א ח"א סי' תרכא (עפ"י סנהדרין כה ע"א מההיא דבר בניתוס), ותשב"ץ ח"ב סי' נה. וראה גם אמרי בינה דיני שחיטה סי' ד, ותומים סי' פז סקכ"ז.²
אמנם יש כמה הסתייגויות חשובות לענייננו.

א. כשאומר כן בדרך תשובה יש הסוברים שהוא נאמן. ראה פת"ש יו"ד סי' א סק"ו בשם חו"מ ושו"ת שיבת ציון סי' כג ושו"ת חת"ס סי' ד. אמנם רבים חלקו על זה. ראה כנה"ג הגה"ט סד בשם משפטי צדק, ובנובי"ת אבהע"ז סי' כג וסי' קנו, ושו"ת חת"ס אבהע"ז ח"ב סי' קטו ושו"ת גבעת שאול סי' יז. אמנם זה רק אם עשה כן בדרך תשובה. ואם אצלנו עשה כן בדרך תשובה הרי לכאורה ממ"נ עלינו להכשירו לעדות כבעל תשובה. ולא היא, שהרי כשעשה כן זה היה אחרי העדות, ולכן גם אם חשיב כמי שעשה תשובה זה לא מכשירו למפרע.

אמנם בנדון דידן לא נראה שעשה כן בדרך תשובה, אבל בוודאי שלא בא לשים עצמו רשע (אלא להינצל מכתב האישום החמור יותר), ובזה י"א דנאמן (ראה להלן סעיף ב).

ב. י"א שכשאינו כוונתו לפסול את עצמו הוא נאמן, והרי כאן ודאי לא בא לפסול עצמו. ראה בזה בפת"ש חו"מ סי' לד סקל"ט בשם שו"ת מהר"ם מלובלין סי' פא. וכן הוא בדבר משה או"ח סי' ה (ראה חי' רעק"א בשו"ע כאן) שהביא כן בשם שו"ת הרמ"א סי' ל. וכן הוא בדעת תורה יו"ד סי' א סקע"ג. ובוודאי כשבא ליזכות את עצמו, כמו אצלנו, הוא נאמן. ראה בזה בשו"ת הרמ"א שם בשם המרדכי (ראה אלפי מנשה אות יז וחנא וחסדא הובא בשד"ח מערכת ע אות שנד שביארו דבריו).

ג. י"א שכשיש ראיה נוספת לדבריו הוא נאמן לשים עצמו רשע. נזכיר שאצלנו עמידתו על כך שרוצה את הזריקות לנטרול היצר המיני הוא ראיה מסייעת חזקה מאד, זאת פרט לעדות המתלונן שגם היא ראיה מסייעת. ראה בזה בכנה"ג הגה"ט סג בשם משפט צדק (מלמד) ח"ג סי' סד.

אמנם יש החולקים על כל זה וסוברים שאין אדם משים עצמו רשע דקרוב הוא אצל עצמו ואינו נאמן בשום אופן וצורה. ראה שו"ת מהר"ם לובלין הנ"ל, ושו"ת משאת בנימין סי' נא בית אפרים אבהע"ז סי' כא ושער משפט כאן סק"ד.

ד. י"א שאדם נפסל בהודאת פיו וע"א. ראה ראב"ן סי' כז הובא בפת"ש חו"מ שם סק"מ שהביא חבל פוסקים שסברו כן:

² וביאר בחי' הגרש"ש כתובות סי' יג דכל היכא דמעיד על אדם לגרע ממנו איזה מעלה או להחשיבו בגירעון ופסול לאיזה דבר צריך שני עדים, דלא גרע ענין זה ממעיד על אדם להחזיקו ברשע ולפוסלו לעדות או שלא יהיה נאמן על איזה דבר, שענין זה הוא שאם יעיד לא תתקבל עדותו, והרי בזה הוא מחסרו מעלה זו, דהרי הוא מעיד ואין עדותו פועלת כלום והרי מגרעין ממנו מעלה של פעולת העדות, וענין זה כעין דבר שבממון לגרע האדם מקניינו, ומה לי קנינים בממון ומה לי קנינים באיכותו ועצמותו.

אמנם לפי דעת הראב"ן שהובא במרדכי דב"ב [סי' תקכ"ח] גבי נסכא דר' אבא דסובר דאף דאין אדם משים עצמו רשע, אבל אם איכא עד אחד והוא מודה לדברי העד, נעשה רשע אף דאינו נפסל על פי עד אחד כו', וכ"כ בכנסת הגדולה הגה"ט אות נ"ז שכן היא דעת הרשב"א [בתשובה ח"א סי' תתל"ז] ומהרי"ק [סי' ל"ג] והרשד"ם [יו"ד סי' רט"ו] ומשפטי צדק [ח"ב סי' מ"ט] כדעת הראב"ן דאם מודה לדברי העד נפסל בעד אחד.

וראה גם דברי אמת בדעת תשובת הרי"ף שהובאה בספר התרומות שער י ח"א סי' ג, וכנה"ג הגה"ט נז בשום שו"ת הרשב"א הנ"ל ומשפט צדק ח"ב סי' מט.

והאחרונים נחלקו בטעם הדבר. דיי"א שהוא מפני שע"א נאמן כשניים היכא שהבע"ד לא מכחישו (ראה חשק שלמה הגה"ט מא בדעת ראב"ן הנ"ל, וכן משמע במהרשד"ם הנ"ל). ולשיטה זו הרי יש כאן ממש שני עדים לפסלו. ויש שהסבירו שאדם משים עצמו רשע כשיש עד מסייע, כעין סברת סעיף ג לעיל (כן משמעות לשון ראב"ן, ובחקרי לב חו"מ סי' כב, ודבר משה הנ"ל, ושו"ת חת"ס או"ח סי' יא ואבהע"ז סי' נב). אמנם פוסקים וראשונים רבים חלקו בזה, וראה מקורות בספר הלכה פסוקה חו"מ סי' לד ח"א אות ח הערה 33.

ה. ועוד כתב הפת"ש שם בשם כמה פוסקים שיש לקבל הודאתו היכא שעשה כן שלא כדי להודות שהוא רשע אלא כדי להינצל וכשברור שאין עילה לא להאמין לו:

ועיין בתשובת מהר"ם לובלין סימן פ"א דהגאון מו"ה פייבוש ז"ל מקראקא כתב דאפשר לחלק, דהא דקיי"ל אין אדם משים עצמו רשע היינו דוקא היכא שבא להודות שהוא רשע, ואף שרוצה לעשות תשובה י"ל אערומי קא מערים שהוא לפסול עדיותיו שהעיד כבר, אבל היכא שאנו רואים שאדרבה הוא רוצה להתנצל עצמו ולומר שלא חטא, רק שע"י דבריו הוא נתפס שאנו רואים שחטא, נעשה חשוד אף ע"פ עצמו. [קצת דמיון לחילוק זה כתבתי בפתחי תשובה לאה"ע סימן קט"ו ס"ק כ"ה בשם תשובת מהרי"ט חלק א' סי' צ"ב, בענין אשה האומרת טמאה אני לך, דאינה נאמנת משום דאמרינן עיניה נתנה באחר, דאי חזינן שמעשיה מוכיחין שחפיצה בבעלה מהימנא ע"ש]. והוא ז"ל חלק עליו וכתב דלא מסתבר לחלק בהכי, דהא דאין אדם נפסל על פי עצמו לא מסברא בעלמא אמרו כן אלא מדינא משום דאדם קרוב אצל עצמו וכו', וכיון דמן התורה הוא דאינו נפסל על פי עצמו מטעם קורבה, אין לחלק בשום אופן, ע"ש. ועיין בכנה"ג בהגה"ט אות ס"ב שכתב וז"ל, אף על גב דאין אדם משים עצמו רשע, אבל אם בא להעיד לטובתו וע"י זה משים עצמו רשע נאמן. הרי"ם איסורלס ז"ל בתשובה סי' ל' בשם מרדכי דהחולץ, עכ"ל. ולכאורה דברים אלו מכוונים לדברי הגאון מהר"פ מקראקא הנ"ל, אולם בכנה"ג שם מסיים על זה, ובדקתי במרדכי דהחולץ ולא מצאתי, ע"ש [ועיין בספר שער משפט סקי"ד מ"ש בזה].

וראה עוד שם שהאריך לדון בזה.

אם כן, בנדון דידן הרי יש ע"א בנוסף להודאת פיו, והודאתו נעשתה כדי להינצל, ויש ראייה מסייעת מכך שהוא עצמו מסכים ואף דורש מביהמ"ש להורות לסוהרים לתת לו לקבל טיפול בזריקות, ואדם לא נותן לעשות לעצמו כזאת אם לא ברור שאכן הוא זקוק לזריקות הללו. אם כן, יש כאן רוב צדדים לקבל את הודאתו ועדות הע"א בזה.

ובר מן דין, גם אם אין בכל זה משום עדות מספיקה לפסלו, עדיין לאותו דבר שהוא חשוד עליו יש מקום לסברא שהוא נפסל גם על סמך חשד וקול בעלמא, כמו ששנינו "החשוד על הדבר לא דנו ולא מעידו" (ראה משנה בכורות לה ע"א. אמנם ראה מחלוקת הרמב"ם והראב"ד ה' עדות פ"א ה"ח). ובגדר מהו חשוד ולמה נפסל ראה עוד להלן לגבי חשוד בעדות גיטין וקידושין.

ועוד יש מקום לפסלו גם בלא עדות ממש, היכא שהוא ידוע כעברין. דהנה, אנו מוצאים בציץ אליעזר ח"ח סי' לז שכתב:

וכן גם לרבות מכח הפסול של עוברי עבירה דאורייתא מצינו לעוד כמה מגדולי הפוסקים קמאי ובתראי דסברי נמי בכנ"ל דבמוחזק לרשע ומפורסם בכך אין צורך לקבלת עדות, יעוין בשטמ"ק בב"ק ד' קי"ב שכותב בשם הראב"ד דכיון דידוע לבי"ד אי"צ בזה לעדות דלא תהא שמיעה גדולה מראי', ובשו"ת אחיעזר ח"ג סי' כ"ה מסתייע בדברי ראב"ד אלה להוכיח דבדבר שהוא בפרהסיא והכל יודעים מזה אי"צ בזה לקבלת עדות, ומוסיף להביא שכ"כ גם היש"ש ב"ק פ"ג דין ז' דלענין גזילה קיימת שיצאה מתחת ידם והכל יודעים שאינה שלהם כה"ג אי"צ לקבלת עדות וכו' עיי"ש. ובספר שו"ת אבן יקרה מהדו"ת, אע"פ שבסי' ז' העלה בפשיטות דלא כנ"ז אלא דלענין לפסול לעדות אין מועיל אפי' ידיעה ברורה אם אין עדים בדבר כיעו"ש, בכל זאת מצינו לו להלן בדבריו בסי' קל"א שאע"פ שבדברי התשובה חזר לנטות ג"כ קו להצריך גביית עדות כדת גם בידינו בבירור שעשו עבירות אלו שנפסלין מחמתן, בכל זאת הוסיף לכתוב בסוף התשובה במלואי אבן שבשולי הגליון, דהדבר מובן מאליו שכל דבריו בזה הוא רק כשהארוס נכון ועומד לגרש כבנידון שלפניו, אבל אם הוא מעכב את הגירושין יש לישא וליתן עוד להתיר לגבות עדות הפוסלים גם שלא בפני עדי הקדושין וגם לפסול הקדושין אם ידוע שהם פוסלים גם בלאו גב"ע גביית עדות וכמו שמביא בכנה"ג בהגהב"י אות קע"ט בשם ר"מ אלבילא עיי"ש.

וגם בשו"ת חבל נחלתו, ח"יב סי' מז, כתב על זה:

ויעוין גם בשו"ת מהרש"ם ח"ב סי' קי"א שכותב בנידונו שם שהעיקר לביטול הקדושין הוא במה שהיו הקדושין ע"י הרב המסדר שהוא מן המתחדשים המגולח זקן ורובם ככולם מינים ואפיקורסים והחזן שלו מן הקאהרשיהל אשר הוא רשע כמוהו הוא עד הקדושין וכבר כ' בתשו' מהר"ם שיק יו"ד סי' י"ט דגם בלא נתברר שום רשעות רק מה שעוברים בכל יום בכמה לאוין במלבושיהם ותהלוכותיהם נידונים כרשעים. ומוסף לזה הוא מוסיף וכותב: וכבר כתב בכנה"ג לא"ע סי' מ"ב הגהב"י אות קע"ט בשם תשו' רמ"א ותשו' ר"מ אלבילי דבמוחזק לרשע אי"צ לגב"ע כלל ופוסלים אותו מצד חזקתו עיי"ש, הרי שהדעה המהלכת בדברי הפוסקים לא להצריך לגב"ע כלל במוחזקים לרשעים, ומכ"ש כשיש בדבר צד דחק ועיגון. ואני מבין מתוך דברי שאלתו של כת"ר כי נידונו הוא דומה להנידון של המהרש"ם ברב מסדר קדושין מן המתחדשים וכל משרתיו רשעים.

אם כן, פסולי עדות בעלמא שידועים כרשעים אין צריך קבלת עדות על כך. להלן נראה שלענין עדי קידושין גם מעיקר הדין די בחשד כדי לפוסלם ולא צריך עדות.

אמנם יש לדון האם בנדון דידן יש לפסול מטעם זה, שהרי העד נעשה ידוע כעברין רק אחרי שהורשע בבימי"ש, כלומר רק אחרי עדות הקידושין שלו. ולכן גם אם מעשיו נעשו קודם לכן, יש מקום לסברא שאינו נפסל אלא משעה שיצא עליו הקול, כלומר משעה שהורשע בבימי"ש. אמנם נראה יותר לפסלו שכן הקול כאן הוא תחליף

לעדות, ולכן הוא אמור לפעול כמו עדות. ובעדות הרי ברור שהוא נפסל למפרע משעת המעשה עצמו, ולכן נראה מסבירא שגם במקום שלא מצריכים קבלת עדות הוא נפסל משעת המעשה עצמו. אמנם כל זה מותנה בכך שאכן עבירת קרבה לזכור פוסלת לעדות. כעת נעבור לברר עניין זה.

קרבה לזכור

כזכור, במקרה של העד דידן יש הודאת פיו וע"א על מעשי קרובה לזכור, וכנראה שלא היתה בעילה ממש. אמנם לפי כתב האישום המקורי היתה הכנסת אבר לפיו של הנער ויש על כך עדות של ע"א (הנער המתלונן) אך לא הודאה, וזה אולי חשיב כבעילה שלא כדרכה (ראה רש"י יבמות לד ע"ב ד"ה ישלא': שלא במקום זרע, ועוד להלן) שהיא כבעילה לכל דבר ועניין, אבל בכתב האישום המתוקן שהעד הודה בו מדובר על נגיעת פיו של הנער באיברו לכמה שניות. אם כן, עלינו לדון מה דין מעשי קרבה לזכור, האם יש להם גדר קרבה לעריות או לא. לאחר מכן נדון האם קרבה לעריות פוסלת לעדות, ואלו ראיות די בהן כדי לפסלו. הרמב"ם בספהמ"צ לאו שנ כתב:

והמצוה הש"נ היא שהזהירונו שלא לבא על הזכור והוא אמרו יתעלה (שם) ואת זכר לא תשכב משכבי אשה. וכבר נכפלה האזהרה בזה הענין בעצמו ואמר (תצא כג) לא יהיה קדש מבני ישראל. וזה הוא הדרך האמתי שזה הלאו הנכפל לחזוק, לא שהוא אזהרה לנשכב, ושמאמרו לא תשכב נלמד האזהרה לשוכב ולנשכב... והעובר על לאו זה חייב סקילה ואם לא ייסקל הרי הוא בכרת אם היה מזיד. ואם היה שוגג יקריב חטאת קבועה:

למדנו שעונשו של משכב זכר הוא סקילה וכרת ושגגתו חטאת.

ובהל' איסורי ביאה פ"א ה"ד הוא כותב:

העריות שיש בהן מיתת ב"ד מהן שמיתתן בסקילה, ומהן שמיתתן בשריפה, ומהן שמיתתן בחנק, ואלו שמיתתן בסקילה: הבא על אמו, ועל אשת אביו, ועל אשת בנו והיא הנקראת כלתו, והשוכב עם זכר, והשוכב עם בהמה, והאשה המביאה את הבהמה עליה.

כלומר משכב זכר הוא אחד מן העריות, ודינו סקילה.

ובה"ד שם:

הבא על הזכר או הביא זכר עליו כיון שהערה אם היו שניהם גדולים נסקלים שנאמר ואת זכר לא תשכב בין שהיה בועל או נבעל, ואם היה קטן בן ט' שנים ויום אחד ומעלה זה שבא עליו או הביאו על עצמו נסקל והקטן פטור, ואם היה הזכר בן ט' או פחות שניהן פטורין וראוי לבית דין להכות הגדול מכת מרדות לפי ששכב עם זכר ואף על פי שהוא פחות מבן ט'.

נזכיר שאצלנו המתלונן היה בגיל מבוגר דיו.

ובפ"ד ה"י שם הוא מביא שאפילו גויים נאסרו בזה:

העכו"ם אין אסורים עליהם משום ערוה אלא אמו ואשת אביו ואחותו מאמו ואשת איש וזכר ובהמה כמו שיתבאר בהלכות מלכים ומלחמותיהן, אבל שאר עריות מותרין להן.

וראה בשו"ת אגרות משה או"ח ח"ד ס"י קטו שהאריך בגנותו של העובר על זה שאף בני נוח נצטוו עליו. וכן החינוך סוף מצווה רט כתב:

וזאת מן העריות שנצטוו עליה כל בני העולם בכלל, בין ישראל או כל שאר האומות. וכתב הרמב"ם זכרונו לברכה שנראה בעיניו כי אפילו עבדים כנענים ישנן בכלל איסור זה של זכור ונהרגין עליו, אף

על פי שאינן בכלל איסור עריות של קורבה, שהן מותרות אפילו באמם ואחותם, לפי שהם יצאו מכלל גוים ולכלל ישראל לא באו, אף על פי כן איסור זכור, וכן איסור בהמה שוה בכל אדם.

עד כאן איסור הזכור שהוא אחד מהעירות. כעת עלינו לדון בדין קירבה לעריות.

בספהמ"צ, לאו שנג, כתב הרמב"ם:

והמצוה השנ"ג היא שהזהירונו מקרוב לאחת מכל אלו העריות ואפילו בלא ביאה. כגון חבוק ונשיקה והדומה להם מפעולות הזנות. והוא אמרו יתעלה באזהרה מזה (אח"מ יח ו) איש איש אל כל שאר בשרו לא תקרבו לגלות ערוה. כאילו יאמר לא תקרבו מהן קירוב יביא לגלות ערוה. ולשון ספרא [פ"ג ה"ב (בד"ח הט"ו)] לא תקרבו לגלות אין לי אלא שלא יגלה מניין שלא יקרב תלמוד לומר ואל אשה בנדת טומאתה לא תקרב אין לי אלא בנדת בל תקרב ובל תגלה ומניין לכל העריות שהן בכל תקרבו ובל תגלו תלמוד לומר לא תקרבו לגלות. ושם (ה"ח ובד"ח הכ"א) אמרו ונכרתו הנפשות העושות מה תלמוד לומר לפי שנאמר לא תקרבו יכול יהו חייבין כרת על הקריבה ת"ל העושות לא הקרבות. וכבר נכפלה האזהרה באיסור אלו הדמיונות ואמר (שם) לבלתי עשות מחוקות התועבות. אולם אמרו (שם) כמעשה ארץ מצרים אשר ישבתם בה לא תעשו וכמעשה ארץ כנען אשר אני מביא אתכם שמה לא תעשו הנה לא יזהיר בשני אלו הלאוין מחוקות התועבות לבד אבל אמנם יזהיר בהם מהתועבות עצמן אשר בארם אחר זה. וזה שהוא הביא שני הלאוין האלה כלל על כל העריות. ובעבור שהזהיר שלא לעשות כמעשה ארץ מצרים וכמעשה ארץ כנען, וזה כולל כל מה שהיו עושין מן הזימה ומן עבודת האדמה ומרעיית המקנה ויישוב הארץ גם כן, שבבאר כי אותם הפעולות אשר הזהירך מהם הוא כך וכך ערות לא תגלה ערות לא תגלה וכמו שביאר בסוף המאמר ואמר כי את כל התועבות האל עשו אנשי הארץ. ולשון ספרא יכול לא יבנו בתים ולא יטעו כרמים כמותם תלמוד לומר ובחוקותיהם לא תלכו לא אמרתי אלא בחוקים החקוקים להם ולאבותיהם. ושם אמרו מה היו עושים האיש נושא איש ואשה נושאה אשה ואשה נשאת לשני אנשים. הנה כבר התבאר כי אלו הלאוין שהם כמעשה ארץ מצרים וכמעשה ארץ כנען לא תעשו הם אזהרה מבעילת כל העריות על הכלל ואחר כן כפל האזהרה בהם בפרט ערוה ערוה.

אם כן, אין בזה כרת אבל יש כאן לאו.

וכן בפכ"א מהלי איסורי ביאה ה"א-ג כתב הרמב"ם את איסור קירבה לעריות:

א. כל הבא על ערוה מן העריות דרך איברים או שחבק ונשק דרך תאוה ונהנה בקרוב בשר הרי זה לוקה מן התורה, שנאמר לבלתי עשות מחוקות התועבות וגו' ונאמר לא תקרבו לגלות ערוה, כלומר לא תקרבו לדברים המביאין לידי גילוי ערוה.

ב. העושה דבר מחוקות אלו הרי הוא חשוד על העריות, ואסור לאדם לקרוץ בידי וברגליו או לרמוז בעיניו לאחת מן העריות או לשחוק עמה או להקל ראש ואפילו להריח בשמים שעליה או להביט ביפיה אסור, ומכין למתכוין לדבר זה מכת מרדות, והמסתכל אפילו באצבע קטנה של אשה ונתכוון להנות כמי שנסתכל במקום התורף ואפילו לשמוע קול הערוה או לראות שיערה אסור.

ג. והדברים האלו אסורין בחייבי לאוין, ומותר להסתכל בפני הפנויה ולבדקה בין בתולה בין בעולה, כדי שיראה אם היא נאה בעיניו ישאנה ואין בזה צד איסור ולא עוד אלא שראוי לעשות כן, אבל לא יסתכל דרך זנות הרי הוא אומר ברית כרתי לעיני ומה אתבונן על בתולה.

השגת הראב"ד/ אתבונן על בתולה. כתב הראב"ד ז"ל /א"א/ חכמים אמרו האי צורבא מרבנן דאזיל לקדושי איתתא לידבר עם הארץ בהדיה דילמא מחלפא ליה מיניה אלמא אין דרך ת"ח בכך עכ"ל.

חזינן שלשיטת הרמב"ם איסור קירבה לעריות קיים בכל העריות ללא יוצא מן הכלל, ואף לוקים על הלאו הזה. וכל מי שעושה דברים אלו הרי הוא חשוד על העריות. ובה"ג שם חזינן שזה אף בחייבי לאוין (וראה בדברי המ"מ שם בה"א).

אמנם הרמב"ן בהשגותיו לספהמ"צ שם כתב:

וכיון שלא עשו כן נבין מהם כי אצלם זה האיסור מדרבנן, או יהיה מן התורה דכל דמתהני מאיסורא איסורא הוא כענין בחצי שיעור, אבל אין זה עיקר מדרש בלאו הזה אלא קרא אסמכתא בעלמא. והרבה מאד כן בסיפרא ובסיפרי. ודע כי הקריבה לאשה בכתוב תאמר על הביאה כענין (תצא כב) ואקרב אליה ולא מצאתי לה בתולים וכתוב (ישעי' ח) ואקרב אל הנביאה ותהר ותלד בן. וכן היו נכונים לשלשת ימים אל תגשו אל אשה (יתרו) לא מנעם רק מהביאה מפני שהפולטת שכבת זרע בשלישי טמאה כמו שביארו בגמר שבת (פו א). וכן ואשה אשר תקרב אל כל בהמה לרבעה אותה (קדושים כ) אינו אלא קריבה שלרביעה.

מדבריו עולה שאין מלקות על קריבה לעריות. הוא מסתפק האם זה לאו דאורייתא ללא מלקות (כעין חצי שיעור) או איסור דרבנן בעלמא. וכן הוא בזהר הרקיע לתשב"ץ. אמנם רוב ככל קושיותיו הן מאשתו נידה, וכבר ברמב"ם עצמו נראה שהרגיש בקושיות אלו באומרו שנידה שאני (ראה הלי' איסורי"ב, פכ"א ה"ד), וראה לב שמח ומגילת אסתר שם, והדברים עתיקים. אמנם הריב"ש בתשובה המכונה "תקנת הריב"ש" הביין שדעת הרמב"ן למסקנה שהוא איסור דרבנן.

ובשו"ע אבהע"ז סי' כא לא ברור כמי פסק. אמנם שם בסוה"א כתב שהדברים הללו אסורים גם בחייבי לאוין, ועל כך כתב הגר"א שם סק"י:

ואלו הדברים כו'. כמ"ש בשבת ס"ד ב' א' ר"ש למה מנה כו' וערש"י שם ד"ה המסתכל כו' ושם הוא בל"ת דלא תתחתן במ:

חזינן שהוא אסור מה"ת אף בחייבי לאוין, ואם כן פשיטא שכך הוא גם בחייבי כריתות. ולהלכה פסק הש"ך יו"ד סי' קנז סק"א כרמב"ם:

רק לאו בעלמא כו' - דהא אמרינן בש"ס (ס"פ סורר ומורה) מעשה באדם אחד שנתן עיניו באשה אחת והעלה לבו טינא ואמרו הרופאים אין לו תקנה עד שתבעל לו אמרו חכמים ימות ואל תבעל לו תעמוד לפניו ערומה ימות ואל תעמוד לפניו ערומה תספר עמו מאחורי הגדר ימות כו' ובודאי שדברים אלו אינם ג"ע ממש אלא שעובר בהן בלא תקרבו לגלות ערוה שהוא לאו דג"ע כ"כ הר"ן פא"מ והנ"י ס"פ סורר ומורה ולפי זה משמע דס"ל כהרמב"ם בס' מנין המצות מצוה שני"ג שכ' זו"ל הזהיר הכתוב מהקרב אל א' מהעריות ואפילו בלא ביאה כגון חיבוק ונישוק והדומה להם מן הפעולות הזרות והוא אמרו באזהרה מזה איש איש אל כל שאר בשרו לא תקרבו לגלות ערוה כו' וכ"כ הסמ"ג לאוין קכ"ו וכ"כ הרא"ה בספר החנוך מצוה קפ"ח והכתר תורה בלאוין שכ"ט אבל הרמב"ן בהשגות שלו על ספר מנין המצות חלק על הרמב"ם ואומר שאין מלקי' מן התורה אלא בביאה גמורה או בהעראה ע"ש שהאריך.

והרב ר"י ליאון בספר מגלת אסתר שלו דף קי"ח סתו כל דברי הרמב"ן והעלה כהרמב"ם ע"ש וכן נראה לי מהך עובדא דהעלה לבו טינא ומכל מקום משמע דאף הרמב"ם לא קאמר אלא כשעושה חיבוק ונישוק דרך חיבת ביאה שהרי מצינו בש"ס בכמה דוכתי שהאמוראים היו מחבקים ומנשקים לבנותיהם ואחיותיהם וכן כתב הר"י יצחק ליאון שם בהדיא וכן משמע להדיא ממ"ש הרמב"ם ר"פ

כ"א מהל' א"ב ז"ל כל הבא על העריות דרך אברים או שחבק ונשק דרך תאוה ונהנה בקירוב בשר ה"ז לוקה מן התורה כו' וכן כתב הסמ"ג והכתר תורה שם אלמא דאינו לוקה אלא בדרך תאוה וחיבת ביאה וזהו דלא כב"י לקמן ס"ס קצ"ה גבי מישוש הדפק באשתו נדה חולה, וכתבו עוד הרב המגיד שם והר"י ליאון דאף להרמב"ם ליכא מלקות בקריבה אלא בחייבי כריתות ולא בחייבי לאוין ומכל מקום משמע דבערוה דרבנן לכ"ע יעבור ואל יהרג ופשוט הוא וכן משמע בב"י שם:

חזינן שהוא פוסק להלכה שבקירוב מתוך תאוות ביאה ודאי איכא איסור תורה ולוקים עליו.

וכן בפת"ש שם סק"א כתב:

רק לאו בעלמא - עש"ך דהעיקר כהרמב"ם דעל חיבוק ונישוק יש מלקות מה"ת אך דוקא בדרך חיבת ביאה.

וראה גם שו"ת חוות יאיר סימן קפב ובאג"מ אבהע"ז ח"א סי' נו ועוד הרבה שפסקו בפשיטות כהרמב"ם וכן עמא דבר. לכן נראה שלגבי נדון דידן די לנו בזה להוכיח שקירבה לזכור אסורה מה"ת (ראינו שאפילו הרמב"ן מעלה צד כזה) ולרוב הפוסקים אף לוקים עליה.

פסול חשוד על העריות

בסוגיית סנהדרין כו ע"ב נחלקו אמוראי בדין החשוד על העריות:

אמר רב נחמן החשוד על העריות כשר לעדות אמר רב ששת עני מרי ארבעין בכתפיה וכשר אמר רב ומודה רב נחמן לענין עדות אשה שהוא פסול אמר רבינא ואיתימא רב פפא לא אמרן אלא לאפוקה אבל לעיולה לית לן בה פשיטא מהו דתימא הא עדיפא ליה דכתיב מים גנובים ימתקו וגו' קא משמע לן דכמה דקיימא הכי שכיחא ליה.

לר"נ החשוד על העריות כשר לעדות פרט לעדות אישה לאפוקי (רש"י: עדות מת בעלה או נתגרשה). כלומר לר"נ החשוד על העריות אינו פסול ממש אלא רק חשוד לשקר, ולכן הוא כשר להעיד לעיולי (כלומר שהיא מקודשת, שכן אין לו נגיעה בזה).

אמנם זוהי רק גירסת רש"י (ראה גם ח"מ אבהע"ז סי' מב סק"ז שהביא כן גם בשם תשובת רש"י). אבל בב"ש אבהע"ז סי' כא סק"א כתב:

בין לענין קדושין - היינו לפי גירסת הרי"ף והרמב"ם דפסול לעדות בין לאפוקי ובין לעיולי ולא כגירס' שלנו.

אם כן, הרי"ף והרמב"ם גורסים שפסול בין לאפוקי ובין לעיולי. ונפ"מ לדידן, שהרי אצלנו הדיון הוא בעדות קידושין (עיולי).

ובשו"ת מהרשד"ם סי' נ כתב שאף כי יש פוסקים מובהקים שדעתם להכשיר חשוד לעיולי, אגן אזלינן להלכה כדעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והטור והתוס' והמ"מ ועוד שלא שנא אפוקי לא שנא עיולי.

והנה, בדין החשוד על העריות נחלקו הראשונים שם. יש מהם שפירשו שמדובר על מי שממש בעל ערווה ובכך נעשה מכאן והלאה חשוד על העריות. למשל, הרא"ש שם פ"ג סי' יג הביא שיטת ר"ת שכתב דמיירי בבעל ממש ואף דייק כן ברש"י. וכן הוא ברי"ף בתשובה הובאה ברמב"ן במלחמות שם ובנמוק"י שם.

אבל בתוד"ה 'לרצונו', סנהדרין ט ע"ב, ותוד"ה 'ואין', יבמות כה ע"ב, כתבו בשם רש"י שמדובר בחשוד בעלמא. וכן הוא בבעה"מ בסנהדרין שם. וגם הרא"ש עצמו דחה דברי ר"ת וכתב: "שהוא רגיל וגס בעריות ומתייחד עמהם וסני שומעניה".

להלכה נחלקו הפוסקים האם הלכה כר"ש או כר"נ. ובביאור הגר"א אבהע"ז סעי' מב סקכ"ד כתב:
**המקדש כו'. סנהדרין כ"ו ב' א"ר ששת עני כו' ואף ע"ג דקי"ל כו' נ דוקא בחשוד בעלמא כמ"ש תוס'
שם ד"ה החשוד כו' ולעדות אשה פסול אף כה"ג כמ"ש בהג"ה ועמש"ש:**
כלומר שאף לפוסקים כר"נ, זהו בשאר דברים. אבל בדבר שבערווה ועדות אישה החשוד פסול.
ובאמת להלכה הביא ברמ"א חו"מ שם סכ"ה:

**הגה: ומכל מקום אין עושין אותו עד, לכתחלה, כדלקמן סימן צ"ב סעיף ה'. וכן אין נפסל על קול וחשד
בעלמא, כגון מי שחשוד על עריות, שרגיל עם עריות ומתייחד עמהם, וקול יוצא עליו, כשר לכל עדות
חוץ מלעדות אשה (טור). ועיין בדין החשודים בי"ד סימן קי"ט.**
הוא מביא כדבר פשוט שפסול לעדות אישה על סמך חשד בעלמא וללא עדים, והחשד הוא שרגיל ומתייחד עם
העריות, ולא הזכיר דעת החולקים שבעינן ביאה ממש כדי לפסלו. הוא גם לא מחלק בין עיולי לאפוקי, וכגירסת
הרי"ף והרמב"ם, כלומר שהפסול הוא גם לעדות קידושין.
וכן הוא ברמ"א אבהע"ז סי' מב ס"ה:

**הגה: החשוד על העריות, אף על פי שאין עדים שבא על הערוה, רק שחשוד בעלמא (תוספות
והרא"ש), פסול לעדות אשה, בין לענין קדושין בין לענין גירושין (הרמב"ם).**
לשיטתו בחו"מ אזיל, שלגבי עדות קידושין נפסלים גם בחשד בעלמא ולא בעינן ביאה ממש. ועוד רואים כאן
להדיא שהוא לא מחלק בין אפוקי (גירושין) לעיולי (קידושין), כפי שראינו גם בדבריו בחו"מ.
ובח"מ שם סק"ד כתב:

**החשוד על העריות וכו' - הנה הפרש גדול יש בין בא על הערוה ממש לחשוד בעלמ' שמתייחד עם
העריות דבחשוד בעלמ' נראה שאינו רק פסול מדרבנן דאינו לאו מפורש בתורה רק שהוא חשוד לאותו
דבר אבל אם בא על הערוה ממש ויש עדים בדבר למאן דפסק כרב ששת (סנהדרין פז"ב דף כ"ו) הוא
פסול מדאוריית' ומיהו לדעת קצת פוסקים הפוסקים כרב נחמן שם אף בבא על הערוה ממש מאחר
שיצרו תוקפו כשר לעדות רק בעדות אשה נקרא חשוד מדרבנן:**

הוא מביא מחלוקת אמוראים ופוסקים לגבי מי שבא ממש על הערוה ויש עדים בדבר, שלר"ש הוא נפסל מה"ת
ולר"נ פסול רק מדרבנן ורק בעדות אישה (ונראית כוונתו לעדות בדבר שבערווה, כמו שהביא כאן הרמ"א לגבי
גיטין וקידושין בכלל). להלכה הכריעו רוב הפוסקים כר"ש (וכך משמעות לשון השו"ע ורמב"ם), אבל דעת קצת
פוסקים כר"נ. ובדבר שאינו מפורש בתורה, הוא נפסל רק מדרבנן (לא ברור האם רק לעדות אישה).
אמנם למעלה ראינו שבקירבה לעריות וגם לזכור הוי לאו דאורייתא ולרמב"ם ודעימיה אף לוקים עליו. לכן
נראה פשוט שהח"מ לא דיבר על זה אלא רק על הסתכלות וייחוד עם עריות או רגילות עמהן, ולא על קורבה
ממש.
ואכן בב"ש שם סק"כ ביאר זאת כך:

**והחשוד על העריות נראה דאינו פסול רק מדרבנן דאינו לאו מפורש רק שהוא חשוד לאותו דבר ואם
מחבק ומנשק לערוה חייבי כריתות או מיתות ב"ד הוא חשוד על העריות ופסול מדאוריית' עיין
ברמב"ם ה"א ובמגיד שם ואם מיחד עם עריות הוא פסול מדרבנן וע' בר"ן שם וכ"כ בח"מ:**
כלומר חיבוק ונישוק לערווה לא כלול בזה, והוא פסול מה"ת. החשוד שעליו מדבר הח"מ שנפסל מדרבנן הוא
רק המתייחד עמן (כפי שהוא עצמו כותב). ולמעלה ראינו שיש המבחינים בין הסתכלות על עריות לבין קירבה
בדרך בשר וחיבוק ונישוק, ולזה כנראה מכיין גם הח"מ כאן.

אמנם במה שכתב הרמ"א בשם הרמב"ם לפסול את החשוד על העריות אף ללא ביאה ממש, פקפקו בזה האחרונים. כבר בב"י חו"מ סי' לד בבדה"ב כתב שמשמע ברמב"ם שהחשוד על הערווה היינו מי שבא עליה ממש בפני עדים, ולא פסל חשוד בעלמא. אמנם בהל' עדות פ"י ה"ב כתב הרמב"ם בפירושו:

אי זהו רשע כל שעבר עבירה שחייבין עליה מלקות זהו רשע ופסול, שהרי התורה קראה למחוייב מלקות רשע שנאמר והיה אם בן הכות הרשע, ואין צריך לומר מחוייב מיתת בית דין שהוא פסול שנאמר אשר הוא רשע למות.

והרי ראינו שקירבה לעריות לשיטתו היא לאו שיש בו מלקות ולכן פשיטא שנפסל לעדות והן הן דברי הרמ"א. על כן ברור שמה שהב"י מפקפק הוא רק היכא שיש לנו חשד ובלי עדים על זה, ובזה הוא כותב שלא נפסל. אבל בנדון דידן נראה שאף לב"י נפסל, שהרי יש לנו ע"א והודאת פיו מחוזקת (שעומד על כך שיתנו לו זריקות) וכנ"ל. ועוד דבכנה"ג חו"מ בהגהות ב"י אות לו-לח הביא מהב"י שם שבקול שיוצא עליו שהוא חשוד על העריות פסול לעדות אישה לכו"ע, דהחשוד על הדבר לא דנו ולא מעידו.³ ואף לרש"י ודעימיה מה שבעינן ביאה ממש זה רק לפסלו לשאר עדויות ולא לעדות אישה. אם כן, אף להב"י ורמב"ם החשוד פסול לעדות קידושין, גם אם ע"א והודאת פיו לא הוו כשני עדים.

אמנם ראה בש"ך יו"ד סי' קיט סק"י"ח שכתב שלא קי"ל כר"מ שהחשוד בדבר לא דנו ומעידו, ומסיק שפסול משום נוגע. אמנם לפי זה ייתכן שפסול רק לאפוקי (שאז מתירה לו) ולא לעיולי (שאז אוסרה לו). אבל כבר כתבו הפוסקים (ראה ב"ש שם סק"א) שלגורסים כרמב"ם ורי"ף שאין הבדל בין עיולי ואפוקי, הסברא לפסלו היא שרוצה לאסרה עליו דמים גנובים ימתקו (ההו"א בגמרא שנחתה לפי גירסת רש"י). נציין שפסול נוגע הוא מה"ת, ולכן גם לש"ך עולה שהוא פסול מה"ת. וראה עוד מקורות בספר הלכה פסוקה שם ח"ב ס"ב הערה 51. ושם בהערה 50 הביא חבל פוסקים שפוסלים רק מדרבנן, וביניהם את הב"ש והח"מ שהבאנו למעלה וכבר ראינו שלא כן הוא לגבי מעשי קירבה מינית גופניים. כן הביא מפסקי הלכות יד דוד, ולהלן נראה שלא כן הוא. שו"ר בבית אפרים סי' כא שהביא מהרמב"ם הל' סנהדרין פ"ט ה"ד וכתב שלשיטתו החשוד על העריות הוא מי שקרב אליהו "בדרך מדרכי הזנות אע"פ שלא גילה ערוה". והרי זה בדיוק מה שקרה בנדון דידן. ומסכם כל זאת להלכה ר"ד פרידמן מקרלין, בפסקי הלכות יד דוד, ח"א דף קסט ע"ב – קע ע"א, הוא כותב בגוף ההלכה:

כן המחבק או מנשק לאחת מחייבי כדיתות ומיתות ב"ד נפסל לעדות ממון מה"ת ולעדות גיטין וקידושין הדבר ספק אם נפסל מה"ת או רק מדבריהם, ודעתי נוטה שהוא פסול מה"ת. אבל המתניח עם העריות או שבא על חייבי עשה ושניות אינו פסול אלא מדבריהם.

לכאורה נראה שקצת ספק לו בדבר. אבל באות רלו-רלו בהערותיו שם, אחרי שתירץ את קושיות הרמב"ן על הרמב"ם, הוא מסכם את העולה להלכה:

³ אמנם ראה בש"ך יו"ד סי' קיט סק"י"ח שכתב שלא קי"ל כר"מ שהחשוד לא דן ומעיד, אלא פסול משום נוגע. אמנם לפי זה ייתכן שפסול רק לאפוקי (שאז מתירה לו) ולא לעיולי (שאז אוסרה לו). אבל כבר כתבו הפוסקים שלגורסים כרמב"ם ורי"ף שאין הבדל בין עיולי ואפוקי, הסברא לפסלו היא שרוצה לאסרה עליו דמים גנובים ימתקו. נציין שפסול נוגע הוא מה"ת

<p>מהדברים שנחשד עליהם לעצור להנחתו וגם האיש הזה בנקל לו לעצור גם כמעשה בעריות חמורות וזה ברור בעיני בלא ספק לדעתי ומה גם לפי פירוש הרב ז"ל בהך דחשוד על העריות דסנהדרין הנ"ל כה"ג ומסיק הגמרא שם דהכל מודים לעדות פסקי הלכות > יד דוד < עמוד מס 342 א פרידמאן, דוד בן שמואל הודפס ע"י תכנת אוצר החכמה</p> <p>נשים פסול הוא בין לעולה ובין לאפוקה דודאי פסול הנהו לעדות נשים מה"ס אך מחמת חומר עניני עדות נשים כתבתי הסכמ' שיש לפקפק בזה והסכמת דעתי והמורה בעת מעשה יסקול בדעתו אשר יבחור:</p> <p><small>ד"ר יהודה ליידיץ, סניף 241 ג פרידמאן, דוד בן שמואל הודפס ע"י תכנת אוצר החכמה</small></p>	<p>דע"ז שהנחתי לעיל לכן נראה לי ברור דהעיקר להלכה ולמעשה כדעת הרב ז"ל בזה לכן הדבר ברור שפסול לעדות ממון שהרי עובר על לאו שיש בו מלקות מפורש מה"ס לתאיתו ונקרא רשע ופסול לעדות ואף שלדעת הרב ז"ל שייך זה לפלוגתא דר"כ ור"ש סנהדרין (דף כ"ו ב') החשוד על העריות וכו' אבל כבר ביארתי לעיל שהרב ז"ל פוסק כר"ש בזה וממילא מוכרח דלעדות נשים פסיל אף שהיא מקל לחומר וכשיטת הרב ז"ל שיפסל מכל מידיי לאוין שלוקין עליהם אף שהיא מקל לחומר אך אנכי הבאתי לעיל בלות קפ"ז דעת הרי"ז והא"א שדעתם דלא נפסל מקל לחומר לכן לדעתם נראה שאינו נפסל החשוד הזה להעיד בעניני נישין וקדושין מה"ס אבל עכ"ז נראה לי שאף לדעתם אינו נאמן דיוקא מעניני ממון אמרינן דלא נחשד על עניני א"א שקשה לעולם יותר מדור המבול וא"א להם בחזרה אבל החשוד שנחשד על העריות כבר נחפרץ בעניני עריות ובנקל לו לעצור על דעת קונו ומדתו להערוה ויעיד לה שקר כרלוניה שגם זה אינו עושה מעשה כפועל בעריות רק מעיד הנהו לא חמור לו יותר</p> <p><small>פסקי הלכות > יד דוד < עמוד מס 342 א פרידמאן, דוד בן שמואל הודפס ע"י תכנת אוצר החכמה</small></p>
--	--

נראה בבירור שדעתו היא שבקירבה לעריות נפסל לעדות בין לעילוי ובין לאפוקי, ורק משום חומר אשת איש הוא חושש לדעות יחידאיות. ובמקום עיגונא נראה פשוט שהוא יפסול את העד הלכה למעשה. ובערוה"ש אבהע"ז סי' מב ס"ג כתב:

ודע דלענינות דעתי היה נראה מתוך סוגית הש"ס דזה שבארנו אינו אלא בבא להעיד על הקדושין או על הגירושין דלכן אין אנו מאמינים לו מפני שחשוד לשקר מפני תאותו המזוהמת אבל כשהיה עד בשעת הקדושין וודאי החשוד כשר מן התורה אבל גדולי האחרונים לא הבינו כן [עי' חמ"ח סקט"ו וב"ש סקכ"א] והדבר פשוט שיש לילך הכל לחומרא והרבה יש לדקדק בזמה"ז בעידי גיטין וקדושין דהפרוצים באיזה עבירה אפילו עבירה קלה הלא הם פסולים לעדות:

היה נראה לו מסברא להכשיר מה"ת עד קידושין חשוד, שהרי מדובר רק בחשש שקר ועדות קידושין אינה עדות רגילה. אבל הוא מסיק שלא כן הבינו גדולי האחרונים שפסלו אותו מה"ת גם לעדות קידושין. ושוב נעיר שאם פוסלים אותו מדין חשוד על העריות, היה אולי מקום לסברא שהוא נפסל רק מעת שנודע הדבר ונעשה חשוד, כלומר מעת שהורשע בבימי"ש. אבל עדות הקידושין שלו היתה לפני שהורשע ואולי אז עוד לא היה חשוד ולא נפסל. אבל כמו שראינו למעלה, גם כאן נראה יותר שהחשד הוא במקום העדים, וכמו שעדים פוסלים אותו למפרע משעת המעשה כך גם החשד והקול פוסלים אותו משעת המעשה. צריך להבין שהחשד כאן אינו על אורח חיים כללי של האדם אלא זהו קול על מעשה שנעשה בזמנים מסויימים. ולכן גם אם הקול יוצא בזמן מאוחר, תוכן הקול הוא מעשים שנעשו קודם, ולכן מסברא נראה ששעת הפסול היא משעה שהוא עשה את המעשים, כמו שהיה קורה אם היתה עדות על המעשים הללו.

הדעות שמי שקרב לעריות פסול לעדות מה"ת אף לר"נ

למעלה ראינו ברמ"א אבהע"ז שהחשוד על העריות נפסל לעדות. ובב"ש שם כתב שפסול מה"ת. וגם בח"מ דייק שפסל מדרבנן רק היכא שמדובר בייחוד או הסתכלות בעריות, אבל לא במעשה קירוב בשר מתוך תאוה וחימוד כמו בנדון דידן. אבל כל זה נאמר לדעת ר"ש. כעת נראה שיש הפוסלים אותו מה"ת גם לדעת ר"נ, ובוודאי שכן הוא לעדות אישה כגיטין וקידושין (וכן פשט הסוגיא דסנהדרין שמודה ר"נ בעדות אישה). בר"ן סנהדרין שם כתב:

אמר רב נחמן החשוד על העריות כשר לעדות פי' הריא"ף ז"ל כגון שבא על הערוה וכן פירשו הראשונים עד שנמצא כתוב במקצת נוסחאות אמר ליה רב ששת עני מרי ארבעין בכתפיה וכשר אמר ליה יצרו תקפו וזהו טעמו של רב נחמן שהכשיר. והקשה עליו הרב המאור ז"ל דאם כן אין זה חשוד אלא שבא על הערוה ממש. ועוד למה פסק הריא"ף ז"ל כרבי שמעון [נדצ"ל: ר"ש] משום דהילכתא כוותיה באיסוריה דהא הך פלוגתא לענין דינין היא אם הוא כשר לעדות או פסול. לפיכך פירשו ז"ל חשוד על העריות שהוא מתיחד עמהם. והכשיר רב נחמן משום שאינה עושה עבירה גמורה אלא יחוד שאף על פי שהוא אסור מן התורה אינו סבור לעשות עבירה בענין גנב ניסן וגנב תשרי ורבי שמעון אהדריה ארבעין בכתפי' וכשר שהרי עבירה גמורה היא דמלקינן על לא טובה השמועה ורב נחמן לא חש לפירכיה וקיימא לן כרב נחמן ומיהו רב נחמן גופיה מודה בבעל דפסול לעדות כן דעת הר"ז ז"ל. וכן הסכים הרשב"ד ז"ל.

הוא כותב שאף לר"נ שמכשיר חשוד בעריות לעדות, זה רק מפני שאינו סבור שעושה עבירה, ולכן זה נאמר רק באיסור ייחוד. אבל בנדון דידן הרי מדובר במעשים שהם ודאי עבירה לכל הדעות וכל בר בי רב יודע זאת, ולכן כאן יודה גם ר"נ שהוא פסול מה"ת, וכדברינו לעיל. אך יש לשים לב שכל זה נאמר על עדות רגילה, שאפילו אליה ר"נ פוסלו מה"ת. אבל לעדות על דבר שבערוה נראה מפשט הגמרא שוודאי ר"נ כלל לא חולק, וכפי שראינו ברמ"א ורמב"ם עדות קידושין הרי היא כעדות בדבר שבערוה. ועוד כותב הר"ן שם:

אלא דמכל מקום איכא למידק בעיקר מחלוקת זו דמשמע דפלוגתא דרב נחמן ור' שמעון שייכא בפלוגתא דאביי ורבא דלקמן דרבא דבעי רשע דחמס דין הוא שיכשיר בא על הערוה כרב נחמן ואביי דלא בעי רשע דחמס היינו כרבי שמעון [נדצ"ל: רב ששת] ופסול לעדות ואם כן מה זה תמיה של רבי שמעון ארבעין בכתפיה וכשר ליהדר ליה רשע דחמס בעינן, ויש שתירצו דבא על הערוה דמי למומר אוכל נבלות לתאבון דמודו ביה אביי ורבא דפסיל דכפין ואכיל כפין ומסיהיד והכי נמי על בולמוס של עריות יהא מעיד עדות שקר כגון שתאמר לו האשה שיעיד עדות שקר ותשמע לו. ולא הועילו כלום דאם כן מאי טעמיה דרב נחמן. ולי נראה דאין זו קושיא דבהא פליגי אי דמי למומר אוכל נבלות לתאבון או לא, ומ"מ יל"פ ההוא דמומר אוכל נבלות לתאבון שמשום חשש ממון ממש שאוכל אותה מפני שמוצא אותה בזול לחמדת ממון. ויש שתירצו עוד דבא על הערוה רשע דחמס הוא שהוא פוגם את האשה והוא רע לשמים ורע לבריות. ומכל מקום בא על הבהמה קשיא להו דודאי פסול לעדות וכדאיתא בפרק קמא.

לפיכך הפירוש הנכון דפלוגתא דרב נחמן ורבי שמעון לא שייכא בפלוגתא דאביי ורבא כלל דפלוגת' דאביי ורבא היא אי חשוד לדבר קל הוי חשוד לדבר חמור או לא דלאביי הוי חשוד ולרבא ל"ה חשוד וכדאמרין לקמן בפלוגתא דרבי מאיר ורבי יוסי דודאי המומר לאוכל נבלות אינו רע לבריות ואינו חמור כמעיד עדות שקר שהוא רע לשמים ורע לבריות. ובא על הערוה ודאי אף על פי שנאמר שאינו רע לבריות מכל מקום חמור הוא ממעיד עדות שקר שהוא מחויבי כריתות ומיתות בית דין ודינו שיהיה פסול לעדות אלא משום דרב נחמן הוה מכשיר משום דיצרא דעבירה תקיף ליה טובא ואפשר שיהא חשוד על הערוה ולא יעיד עדות שקר ורבי שמעון [נדצ"ל: ר"ש] השיב לו ארבעין בכתפיה וכשר שמ"מ רשע הוא מעבירה חמורה וגופו פסול לעדות והלכה כדבריו דרבא קא כוותיה דרשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד כלומר רשע בעבירה חמורה אבל בעבירה קלה הרי רבא עצמו מכשיר מומר אוכל נבלות

להכעיס וטעם אוכל נבלות לתאבון דפסול לכ"ע מפני שהוא רשע דחמס שאוכל אותה מפני שמוצא אותה בזול וכדכתיבנא:

אם כן, למסקנה נראה שהר"ן סובר שר"י לא פוסל את החשוד מה"ת דיצרא דעבירה תקיף ליה טובא. אבל כאמור זה מדבר על עדויות רגילות. אבל בעדות בדבר שבערווה שם נפסל גם החשוד וגם לר"י (שלא חולק על ר"ש בזה), וכנ"ל.

אמנם באג"מ אבהע"ז ח"א סי' נו שהוזכר לעיל, כתב בין היתר על פסול החשוד לעדות:

ובבעה"מ כתב דבבעל את הערוה אפי' ר"נ מודה דהא רע לשמים ורע לבריות הוא, וברור שאין כוונתו רע לבריות כפשוטו שהרי פוסל אף בבא על הערוה מרצונה הטוב אלא כוונתו דיש לזה דין רע לבריות דהוא עד דחמס כדמצינו באוכל נבלות לתיאבון שאף לרבא פסול כדפרש"י בדף כ"ז דכיון דמשום ממון קעביד דהא שכיחא בזול טפי מדהיתרא הו"ל כרשע דחמס, וה"ה כשגם הנבלה ביוקר אבל לא היה שם בקרוב בשר כשר דהא לא מחלק לרבא לומר שמכשיר אף באוכל נבלות לתיאבון אם הוא תיאבון אחר שלא בשביל הזול דממון אלא משמע דכל תאוה דינו כעובר בשביל תאוה הממון שהרי בשביל תאוה חזינן שחשוד לעבור עבירה ולכן חשוד נמי לתאוה ממון למישקל שוחדא ואסהודי שיקרא. וא"כ גם בעובר בשביל תאוה זנות נמי הוא כרשע דחמס והוי ממילא דינו כרע לבריות אף שבעל ברצונה כיון דחזינן דעובר בשביל תאוה על איסורין וזהו כוונת בעה"מ ברע לבריות שכתב ולא נראה לו לחלק בסברא בעלמא דיצרו תוקפו יותר בעריות להכשיר בפסול דאורייתא, ואם כן להרמב"ם שגם חבוק ונשוק הוא לאו שלוקין עליה מדאורייתא שזהו הרשע שפסלה תורה לעדות כמפורש ברמב"ם פ"י מעדות ה"ב, נמי אין לחלק מצד יצרו תוקפו משאר עבירות כיון שעכ"פ נקרא רשע בתורה ככל מחוייבי מלקות שגם עליו נאמר והיה אם בן הכות הרשע, ולכן פי' הכ"מ להרמב"ם צע"ג שאין מקום לחלק להרמב"ם בין בא על הערוה לחבוק ונשוק לענין עדות.

הוא מסיק שהעובר על קירבה לעריות מחמת חימוד נפסל לעדות מה"ת כרשע דחמס. יתר על כן, הוא אף מעלה צד שהדבר נכון גם להפוסקים כר"י שפוסל רשע מתוך תאוה רק מדרבנן, שכן כאן הוי כרע לבריות ונפסל כרשע דחמס. ובוודאי שייפסל לדבר שבערווה שהרי הוא חשוד בזה גופא, כדין חשוד על הדבר שלא מעידו. ובוודאי שקו"ח הוא שלשיטתו עד כזה יפסל מה"ת גם לעדות על דבר שבערווה.

גדר בעילה שלא כדרכה

לסיום החלק הזה, יש להוסיף עוד סניף לפסול העד. ראינו שיש שיטות ראשונים (ר"ת וסיעתו) שפוסלים את העד רק אם היתה בעילת ערוה ממש. אמנם אין הלכה כמותם, ובמקום עיגונא נראה דאין לחשוש לזה, ובכל זאת נוסיף עוד סניף לפסול את העד גם לשיטות אלו.

קיי"ל שבעריות בעילה שלא כדרכה היא כבעילה אסורה לכל דבר (ראה הוריות ד ע"א, רמב"ם איסור"ב פ"א הי"י, ועי' רמב"ן יבמות נד ע"א). ובפשטות הכוונה בעילה שלא במקום זרע (רש"י יבמות לד ע"ב ד"ה 'שלא'). ואם בבעילת ערווה שהיא אישה נאסרה ביאה שלא כדרכה, אזי קו"ח ביחס לביאת זכור ששם אין סוג בעילה אחר. והנה, כבר הזכרנו שבכתב האישום המקורי נכלל סעיף על הכנסת אברו של העד לפיו של הנער המתלונן אלא שהוא נמחק בכתב האישום המתוקן. במינוח המשפטי זהו אישום חמור יותר – מעשה סדום, להבדיל מאישום על מעשים מגונים שמופיע בכתב האישום המתוקן. כעת נראה שהכנסת אבר לפיו של זכור יש מקום לראות

אותה כבעילה שלא כדרכה. אמנם לגבי פסול העד במקרה דידן, הרי אין על כך הודאת פיו אלא רק ע"א. לגבי תוקף הראיות על מעשה זה נדון בסעיף הבא.

ראשית, מסברא נראה שהכנסת אבר לפה אינה שונה מהכנסת אבר לפי הטבעת. דמאי שנא מהאי? ובפרט לפי מש"כ רש"י הנ"ל (יבמות לד ע"ב, ד"ה 'שלא'), שביאה שלא כדרכה היא ביאה "שלא במקום זרע", והרי פירוש זה סובל גם את הפה כמו פי הטבעת. ובפרט בזכור, הרי כל ביאתו היא רק לא במקום זרע, אם כן מה מקום לחלק בין ביאה לפי הטבעת לביאה בפה?!

ושוב ראיתי בפרישה אבהע"ז סי' כה סק"ו שכתב:

ור"י פירש דאפילו בהוצאת שכבת זרע נמי מותר לשמש שלא כדרכה. טעמו דר"י כמ"ש ומכאן יש

ללמוד דכל תשמיש שאינה כדרך כל הארץ נכלל בשם שלא כדרכה שהרי ר"י פליג גם אדרך אברים

שמותר וכללינהו בשם שלא כדרכה.

אם כן, פשיטא ליה שכל ביאה שלא כדרך הארץ הוא ביאה שלא כדרכה. אמנם זה נאמר לקולא לגבי יחסים בין בעל לאשתו, אבל סביר מאד שכן הוא גם לעצם הגדרת ביאה בנדון דידן.

והנה, אנו מוצאים בחז"ל שני לשונות עיקריים שנוגעים לביאה לא רגילה: "שלא כדרכה" ו"דרך איברים". האפשרות האחרת היא לראות הכנסת אבר לפה כביאה דרך איברים. נראה כעת את הגדרת שתי הביאות הללו. בסוגיית סוטה כו ע"ב דנים בקינוי וסתירה:

ואלא שכבת זרע ל"ל מיבעי ליה לכדתניא ש"ז פרט לדבר אחר מאי דבר אחר אמר רב ששת פרט לשקינא לה שלא כדרכה אמר ליה רבא שלא כדרכה משכבי אשה כתיב אלא אמר רבא פרט לשקינא לה דרך אברים א"ל אביי פריצותא בעלמא היא ופריצותא מי אסור רחמנא אלא אמר אביי פרט לשקינא לה בנשיקה...

חזינן שיש ביאה "שלא כדרכה" ויש "דרך איברים" שהיא רק פריצותא. מה ההבדל? רש"י כאן כותב:

דרך אברים פריצותא בעלמא הוא - שוכב עמה בקירוב בשר.

דרך איברים הוא שכיבה בקירוב בשר, וזו רק פריצות (וכבר הקשו המפרשים לשיטת הרמב"ם שקירבה לערווה גם היא אוסרת על בעלה, ואכ"מ). משמע שכל מגע אחר הוא שלא כדרכה. ונראה פשוט שהכנסה לפה אינה סתם שכיבה בקירוב בשר, ומכאן שזה כנראה נכלל בביאה שלא כדרכה וכדברי הפרישה הנ"ל.

וכן נראה מפשט הגמרא עצמה, שכן הגמרא כאן דוחה שלא יכול להיות שזה למעט ביאה דרך איברים כי זו רק פריצותא. ולכאורה הגמרא יכלה להביא שזה בא למעט קינוי על הכנסת אבר לפיו. אלא נראה שפשיטא לגמרא שדרך איברים הוא רק שכיבה בקירוב בשר, אבל הכנסת אבר לפה היא כמו ביאה שלא כדרכה.⁴

כן בנידה יג ע"ב כתב רש"י בסתמא:

דרך אברים - היינו שכבת זרע לבטלה ואינו משכב זכור דמשכב זכור כתיב (ויקרא כ) משכבי אשה.

כלומר דרך איברים אינו אלא הוצאת זרע לבטלה.

אמנם קשה מדוע דבר זה נקרא דרך איברים? לכאורה זה גופא מוכיח שמדובר בביאה ממש ולא בקרבת בשר בעלמא? ונראה שרש"י יבמות נה ע"ב חש בזה וכתב:

דרך אברים - מיעוץ דדים ודש מבחוץ בשאר אברים.

⁴ וקצת בדוחק היה מקום לפרש שהכנסה לפה נחשבת כדרך איברים ולכן הגמרא לא העלתה את זה כאפשרות בפני עצמה. אלא שלפי זה יוצא שפשיטותא של הגמרא אינה כה פשוטה, שהרי הכנסה לפה ממש אינה פשיטא שלא אוסרת בקינוי וסתירה והוי רק פריצותא. לכן נראה יותר שהפשיטותא של הגמרא היא לאידך גיסא, שהכנסה לפה היא לא אפשרות מפני שזה היינו ביאה שלא כדרכה.

והקשו עליי דבפשטות משמע מלשונו שדרך איברים הוא גם ביאה אלא שבשאר איברים, ושלא כדבריי שדרך אברים הוא קירוב בשר בעלמא. אלא שמיניה וביה קשיא על לשונות רש"י שראינו למעלה שכתב שהיינו קרבת בשר גרידא.

על כן נראה שכוונת רש"י היא אחרת. הוה קשיא ליה מדוע שכיבה בקירוב בשר קרויה "דרך איברים", ולכן הוא מסביר שזה מפני שהוצאת הזרע נעשית דרך חיכוך באברים אחרים (לא במקום התורף אלא במיעוך הדדין). ולכן האברים שבהם מדובר כאן אינם הפה כהצעת המקשים עליי אלא הדדין. לומר צריך לקרוא את רש"י כך: ביאה דרך איברים היא שכיבה בקירוב בשר, והוצאת הזרע (=דש מבחוץ) נעשית על ידי מיעוך הדדים, והיינו דש מבחוץ בשימוש בשאר איברים. ולכן גם נקט "דש מבחוץ", דאין כוונתו שדש בתוך הפה או באברים אחרים. אם כן, התיישבו דברי רש"י זה עם זה, והם עולים עם דיוקנו בסוגיית סוטה ועם דברי הפרישה הנ"ל.

תוקף הראיות על ביאה שלא כדרכה

אם כן, ראינו שהכנסת אבר לפה יש מקום להחשיבה כבעילה שלא כדרכה. אמנם לגבי מעשה זה יש לנו רק ע"א (המתלונן) ואין כאן הודאת פיו (שהרי הוא הודה רק בכתב האישום המתוקן). השאלה היא האם הראיות שבידינו מספיקות כדי לפסלו מצד בעילת זכור.

ראשית, עלינו לזכור שבהתחלה הנאשם כפר גם באישומים הקלים (המעשים המגוונים), ומה שלאחר מכן הוא הודה בהם היה כדי להיפטר מהאישום הזה (על מעשה סדום). אם כן, הוא עצמו העריך שהיה בו ממש ושיש סיכוי טוב שביהמ"ש היה מקבל זאת. ואם הודה במעשים המגוונים יש סיבה לחשוש שגם המעשה סדום התבצע על ידו. בכל אופן, יש כאן לפחות קול וחשד על מעשה זה.

ויש מהפוסקים שכתבו שהיכא שידוע שעבר עבירה מקבלים הודאת פיו על כך שעבר עבירה חמורה יותר (ראה יש"ש ב"ק פ"ח ס"י כג, וחכ"צ ס"י ג ואורח משפט ס"י לד ס"י). אם כן, אותה סברא עצמה תועיל גם בע"א, שאם העד בא רק להחמיר יותר את המעשה שהנאשם מודה שנעשה הוא יהיה נאמן.

עוד יש לזכור שחזקת הכשרות של העד איתרעא בעקבות הודאתו במעשים מגוונים, ולכן גם לגבי המעשה המכונה מעשה סדום יש ע"א בלא חזקה נגדו. והנה, באין חזקת כשרות נראה שלדעת הרבה פוסקים די בע"א לפסלו. וזאת אף שאצלנו הוא עצמו מכחיש את העד, הרי הוא חשוד לשקר ובוודאי כשהוא גם בע"ד להעיד על עצמו. ראה בזה יבמות פז ע"ב וגיטין ב ע"ב ובראשונים שם שע"א מועיל באיסורים גם לאסור כשאין חזקה נגדו (ראה בשו"ע יו"ד ס"י קכז ס"ג ועוד). וראה גם מהרי"ק שורש עב שכתב שע"א נאמן אפילו בדבר שבערווה כשלא איתחזק איסורא, ולמד כן בתוס' גיטין ב, ועוד האריך להביא מקורות בזה בשו"ת תורת חסד (לובלין) אבהע"ז ס"י מ (בעמוד הראשון). ושם באותה האריך בדברי מהרי"ק הנ"ל). ולמעלה ראינו סברא בפוסקים שהודאת פיו וע"א מועיל לפסול. וראינו שיש שפירשו שהנאמנות היא מכוח הודאת פיו, אבל יש שפירשו שהנאמנות היא מפני שגם ע"א נאמן היכא שהבע"ד לא מכחישו, וזה אפילו להוציא מחזקת כשרות שלו. אם כן, נראה שבנדון דידן זה אפילו מצב טוב יותר, שהרי הבע"ד שמכחיש אינו נאמן בזה שהרי הוא חשוד לשקר ובע"ד, ובנוסף החזקת כשרות שלו כנגד הע"א איתרעא, ולכן ע"א יהיה נאמן לפסלו.

אם כן, בהנחה שמעשה כזה חשיב כבעילה שלא כדרכה (ראה לעיל), ובזכור פשיטא שבעילה שלא כדרכה מחייבת (שהרי אין שם בעילה אחרת), נראה שיש כאן לפחות בסיס של חשד וקול ואפילו ע"א עם סיוע ובלא חזקת כשרות לנאשם על מעשה בעילה ממש. אם כן, יש סניף לפסלו לעדות גם לשיטת ר"ת ודעימיה. יש לזכור שהדיון בסוגיית סנהדרין כו הוא על "חשוד", והראשונים דייקו שחשוד הוא מי שאין עליו עדות ממש, ולכן אפשר שגם לשיטות

שדורשות בעילה ממש די לנו בקול ובחשדות כעין אלו כדי לפסלו (אמנם בחלק מהראשונים כתבו שבעינן בעילה ושני עדים עליה, אבל דברינו כאן הם רק לסניף).

הערה על הודאות ועדויות שלא בפני ביי"ד

עד כאן הנחנו שהעדות וההודאה שניתנו בפני בימ"ש הן תקפות מבחינה הלכתית. אמנם יש לדון כאן בשתייהן. עדות צריכה להינתן בפני ביי"ד, ואפילו ע"א כשמקבלים את עדותו לצורך שדורש ביי"ד (להבדיל מעדות איסורים, ואולי אפילו מעדות לאישה שמת בעלה) צריך להעיד בפני ביי"ד. וגם הודאה חוץ לביי"ד אינה הודאה.⁵ לפני שנעיר על שני אלו, נציין כי לפי הרמ"א ודעימיה (כולל הח"מ והב"ש, כפי שראינו) עד נפסל לעדות קידושין בחשד בעלמא, ומסברא נראה פשוט שעדות ע"א והודאה בפני בימ"ש והרשעה וישיבה בכלא בוודאי חשובים לפחות כחשד. כאן ענייננו הוא רק בשאלה האם ניתן לבסס כאן ראיות מעבר לחשד בעלמא, לאותן שיטות שלא די בחשד.

לא נאריך בדין זה כאן, שכן מדובר בסניף בלבד, אך נציין שבגיטין י ע"ב במשנה מצאנו ששטרות העולים בערכאות של עכו"ם כשרים, ולגבי גיטין נחלקו ת"ק ור"ש. ובגמרא שם מבואר שאפילו לגבי גט הם היו כשרים לולא היו בני כריתות. ובאמת מהרי"ק בשורש קכא למד מכאן שערכאות נאמנים אף היכא שצריך עדות גמורה (כגון להוציא ממון), בדבר שהם בני הכי. אמנם בתוד"ה 'והא', שם, כתבו דהוי מצי למיפרך דלאו בני עדות ניהו, ומשמע שאינם נאמנים אף לעדות בעלמא ולא רק לכריתות. אבל יש לזכור שאצלנו מדובר בבימ"ש של יהודים, ולכן עקרונית הם בני כריתות ובני עדות, ולכן יש להם נאמנות כשני עדים. עוד יש לזכור שאצלנו מי שיפסול את העד הוא ביי"ד, אלא שהעדויות שעליה הוא נסמך היא עדות שהתקבלה בערכאות. כלומר לא הערכאות עצמם פוסלים את העד, ולכן מדובר רק בנאמנות של הערכאות לומר שהיתה עדות או הודאה בפניהם. וראה עוד מה שהאריך בזה בשו"ת תורת חסד (לובלין) אבהע"ז סי' מ, וראה גם יביע אומר ח"ז אבהע"ז סי' יד אות ב, ע"ש במקורות שהביא.

ולגבי הודאת בע"ד בפני בימ"ש נראה פשוט שיש לזה דין הודאה שהרי ודאי לא יכול לומר שמשטה היה אם אמר כן בפני בימ"ש ודנו אותו על פי זה. אמנם קצת יש לדחות שהרי יכול לטעון שאמר כן כדי שלא ידונו אותו על עבירה החמורה של מעשה סדום.

ובשו"ע חו"מ סי' פא סי"י כתב:

הודאה בפני עד אחד, הויא הודאה, בין לישבע על פיו אם כפר, בין לפרוע, אם הודה שהודה בפניו.

כלומר די בהודאה בפני ע"א, ובוודאי בפני בימ"ש. ובקצוה"ח שם סק"יב כתב שאפילו בקרקעות שהע"א לא מחייבו שבועה לא יכול לומר שמשטה היה בו. אמנם בש"ך שם סק"יב הביא שנחלקו הרמב"ן ובעה"מ האם שייכת טענת שיטוי בפני ע"א, אבל פשיטא שבפני בימ"ש גם לפי בעה"מ לא שייך לטעון משטה. ובתומים שם סק"יז כתב שם שהלכה רווחת בישראל כמחבר ואפילו לא מועיל לטעון קים לי כהרז"ה, ע"ש.

בשולי דבריי אומר שאם הודאה בפני בימ"ש היא הודאה חוץ לביי"ד אז יש מקום לסברא שגם אם מקבלים אותה כהודאה (ראה לעיל), בכל זאת לא אומרים כאן אין אדם משים עצמו רשע. אם אין לזה דין הודאה או עדות מלאות, אז זו רק ראייה בעוצמה של עדות, ואם כן אולי לא נאמר כאן הדין שלא מקבלים זאת להפליא את עצמו.

⁵ אמנם כבר בשו"ת חבל נחלתו שם (ח"י"א סי' מז) אות ה העיר שכדי לפסול אדם בעיני סמוכים ולא די בביי"ד מדין שליחותי הו, וראה שם שלא עמדו בזה אבל מנהג העולם פשוט לא כן.

ובפרט שכל הדיון שאנו עורכים כאן אינו לפסול את העד לעדויות הלאה (שהרי זה נעשה שלא בפניו, ולא קיבלנו בעצמנו את העדויות וההודאות), אלא רק לפסול את הקידושין הללו, בזה יש מקום לעשות כעין "פלגינן", שהוא נאמן לפסול את הקידושין אבל לא לפסול את עצמו.

פסול העד מדין מזיק וחובל בחברו,

העד ביצע את זממו בנער המתלונן, ולכן מעבר להיותו קרב לזכור שנדון עד כאן, יש לדון גם מדין חובל ומזיק לחברו. דהנה, הרמ"א חו"מ סי' לד ס"ד כתב בשם ב"י:

המגביה ידו על חברו להכותו, פסול לעדות, מדרבנן (ב"י).

ובנו"כ שם ביאר שם שאף שנקרא רשע וכנראה יש בו לאו דאורייתא, מכיון שאין בו מלקות לא נפסל מה"ת. וראה גם במהרי"ט ח"ב אבהע"ז סי' מג בשם המרדכי.

וכתב על כך הגרעק"א בגליון השו"ע שלו עפ"י שו"ת ב"י:

נ"ב אבל בהכאה שיש בו כדי ש"פ דהדין דממונא משלם מלקו לא לקו מ"מ פסול מה"ת כיון דהלאו יש בו מלקות אלו הכהו הכאה שאין בו ש"פ מש"ה גם ביש בו ש"פ מפסיל כ"כ הב"י בתשו' דיני קדושי' ס"ב.

כלומר שכל דברי הפוסקים כאן נאמרו על המרים יד על חברו, אבל בחובל ומכה ממש באופן שיש בו שו"פ ודאי עבר על לאו דהחובל בחבירו, וזהו לאו שיש בו מלקות, ולכן נפסל מכוחו לעדות מה"ת אף שמשלם ואינו לוקה (שהרי מ"מ הא בפחות משהו פרוטה הוא לוקה ונפסל לעדות, וא"כ לא יתכן שבפרוטה יהיה עדיף לענין זה, ופשוט). וכ"כ בפת"ש שם סק"א בשמו.

גם הפנ"י ב"ק סוף פרק הכונס כתב מסברא:

ובאמת צ"ע לדינא מאן דמזיק ממון חברו בידיים אי מיקרי גזלן לענין עדות ומלשון הפוסקים לא מצינו דפסול אלא מסור לחוד אלא מסברא נראה דפסול דמה לי גוזל לעצמו ומה לי גוזל על מנת לאבדה ואף על פי שמשלם הזיקו מ"מ פושע מיקרי ולא גרע מחמסן וכן משמע מסוגייתינו מלשון המפרשים דמבעיר בכוונה וכן בטש בכספתא מיקרי גזלן גמור וצ"ע:

סברתו היא שמזיק פסול לעדות דמאי שנא מגזלן, שהמזיק אינו אלא גזלן על מנת לאבד.

אמנם יש לדון האם מעשים כגון אלו חשיבי כמזיק, שהרי לכאורה לא הזיק את גופו שו"פ, ואולי הוי רק כמרים יד שנקרא רשע ונפסל מדרבנן. ונראה פשוט שכגון דא הוי מזיק ממש, ולא גרע מבושת שגם היא הזיק נפשי, שהרי מצינו בסנהדרין נו בסוגיית תקלה וקלון, שאף בהמה שנרבעה לקטן חייבת מיתה, ולמ"ד קלון הרי יש בזה קלון. אם כן, מאי שנא זכור מבהמה, הוי ודאי קלון ושפיר לא גרע מבושת. יש להוסיף לכך את הנזק הנפשי שודאי שו"פ (ובודאי בימינו) כפי שמתואר בפרוטוקולים של המשפט. אם כן, העד הוא מזיק ולפחות מדין בושת וריפוי (נפשי), שהנם תשלומים נזיקיים, ולכן שפיר נפסל לעדות כדברי רעק"א והפנ"י הנ"ל.

אמנם לגבי דיני ראיות לכאורה יש לדון, שהרי כאן יש לנו הודאת פיו וע"א ולא שני עדים. והרי כאן אינו חשוד על העריות שראינו שדי לנו בחשד בעלמא. אמנם כאן הודאת פיו היא על ממון ולא על איסור, אבל לענין פסילתו לעדות הרי אין מקבלים את דבריו. באשר לזה ראה כל הדיון למעלה בזה שמקבלים הודאת פיו עם ע"א בכה"ג ובודאי כשיש ראיות מסייעות וכשלא בא לפסול את עצמו לעדות, וכמובן שלאותו חלק מהפוסקים שהבאנו שדי ברשע מפורסם אזי גם כאן לא צריך קבלת עדות כדי לפוסלו.

אמנם גם לגבי העד יש לדון, שהרי כאן הוא כבר נוגע בדבר, שהרי הוא מעיד על חיוב ממון אליו עצמו. אבל כאן עולה הטיעון ההפוך, שלגבי פסלות העד די לנו בזה, שהרי אפשר לפלוג את דיבורו ולהאמינו על העד שבייש ופגע, ולא להאמינו שזה קרה לו. וכן מצינו בסנהדרין כה לגבי בר בניתוס, שהעד מעיד "לדידי אוזפי בריביתא", ומקבלים את דבריו להצטרף לעד נוסף לפסול את המלווה, אף שבוודאי לגבי ההלוואה עצמה לא מקבלים את עדותו שהרי הוא נוגע בדבר.

סיכום

בנדון דידן העד הודה (בפני בימ"ש) ויש גם ע"א (בפני בימ"ש) על מעשי קירבה מיניים וגופניים עם זכור, ולכן לפי הראשונים שהובאו בפת"ש ניתן לקבל שכך הווה כתרי סהדי: או משום שע"א נאמן כתרי היכא שהבע"ד לא מכחישו או משום שבע"ד נאמן כשיש עד המסייעו. ובפרט שהודאתו היתה לא כדי להרשיע את עצמו, וגם בזה יש פוסקים שמאמינים לו לפסול עצמו. ועוד שיש ראיות מסייעות (שאף העד עצמו עמד על כך שיקבל זריקות לנטרול היצר המיני ומוכח שמודה שאכן נכשל בזה), שגם בזה יש פוסקים שמאמינים לו כתרי סהדי.

יתר על כן, גם את"ל שאין כאן גדר עדות ממש, מדברי הרמ"א אבהע"ז והנו"כ ושי"פ עולה שדי לנו בחשד בעלמא כדי לפסלו. והרי כאן ודאי הוי לפחות גדר של חשד, שהרי יש פסק בימ"ש עם ע"א והודאת פיו, והוא ישב עפ"י זה בכלא כמה שנים. אם כן, אין ספק שכל זה הוי לפחות גדר של חשד וקלא שפוסלו לעדות אם עשה מעשה אסור שפוסלו. ובר מן דין, ראינו כמה פוסקים שכתבו שאם הוא רשע מפורסם אין צורך לגביית עדות כדי לפוסלו, והוי כמו שני עדים. והרי פס"ד של בימ"ש שפורסם בציבור וישיבה בכלא וכו' ודאי חשיב כרשע מפורסם. וראינו שאף לר"נ יש פוסקים שהוא נפסל לעדות מה"ת, ובדבר שבערווה (כגון עדות אישה, גיטין וקידושין) עוד יותר ברור שאף לר"נ הוא נפסל מה"ת.

אמנם כל זה רק אם המעשה שעשה אכן הוי עבירה דאורייתא שפוסלתו לעדות. ואכן למעלה ראינו שמעשה זה של קירבת בשר מתוך תאוה עם זכור אסור מה"ת ולוקים עליו לדעת רוב גדולי מהפוסקים. אם כן, נראה שמעשה כזה אכן פוסל את העד מדאורייתא כרשע, ובוודאי שהוא פסול לעדות קידושין, שהרי להלכה כתב הרמ"א כדעת רוב הפוסקים שגורסים עיולי ואפוקי, שקידושין הם כדבר שבערווה שהחשוד על העריות פסול להעיד בו אף לר"נ, ולדעות כמה פוסקים אף לר"נ הוא מה"ת.

ולכן נראה שלפוסקים כר"ש דקי"ל כוותיה ודאי העד פסול, וכן נראה להדיא ברמ"א להלכה. ואף להפוסקים בד"ן החשוד כר"נ הרי כפי שראינו לכמה וכמה דעות גם לשיטת ר"נ העד נפסל מה"ת ובוודאי שגם ר"נ פוסלו לדבר שבערווה, ובכלל זה אף לקידושין.

נוסיף לזה עוד סניף שיש ע"א עם סיוע על מעשה בעילה שלא כדרכה ממש באופן שאיתרעא חזקת הכשרות שכנגדו, ואם כן גם לר"ת ודעימיה שדורשים בעילה ממש יש מקום לפסול את העד.

וגם אחרי הכל, אם עדיין תמצוי לומר שהעד פסול רק מדרבנן, הרי יש עוד לצרף כאן את דעת הראשונים (ראה מרדכי פ"ג דסנהדרין בשם העיטור) שאף המקדש בעדים פסולים מדרבנן לא חוששים לקידושיו ויוצאה ממנו בלא גט.

ונוסיף לכך את העובדה שהעד הזיק וחבל בחברו (נפשית) והודה בכך, ולכן הוא נפסל לעדות גם מטעם זה כפי שראינו בסעיף הקודם.

ואם כל זה מתקיים במקום עיגונא וחשש ממזרות כבנדון דידן, כי אז נראה שוודאי יש לסמוך על כוחא דהיתירא בפרט שהוא רוב הדעות שכמותן הלכה אף לכתחילה, ולפסול את העד.

אם כן, מסקנתנו היא שיש לפסול את העד מן התורה גם לקידושין, ובזה תם החלק הראשון של מתווה הדין שתואר למעלה במבוא. כעת עלינו לעבור להמשך הדין, מה דינם של שאר העדים (העד שהעיד עמו והעדים בקהל), ואם יש כאן עד אחד כשר, מה דין קידושין בע"א.

3. דין נמצא קאו"פ בקידושין וקידושין בע"א

עד כאן ראינו שאחד העדים במקרה שלנו פסול מה"ת לעדות קידושין. כעת יש לדון האם הוא פוסל את העד שעמו ואולי גם את שאר העדים שבקהל. כבר עמדנו על כך שהוברר כי היה כאן ייחוד של העדים (הרב והעד שנפסל). אם כן, עלינו לחלק את הדיון לכמה ענפים שתלויים בשלוש שאלות: א. האם ייחוד העדים מועיל, ולמה? ב. דין המקדש בע"א. ג. דין נמצא קאו"פ בקידושין. ראינו שלוש אפשרויות:

- א. ייחוד העדים מועיל והקהל כלל לא מצטרף לעדות. במקרה כזה הדיון הוא בתוך כת העדים עצמה האם יש דין נמצא קאו"פ: אם אין דין נמצא קאו"פ בקידושין – אזי יש כאן קידושין בע"א, ויש לדון בתוקפם. אם יש בקידושין דין נמצא קאו"פ – אזי אלו קידושין בלא עדים כלל.
- ב. ייחוד העדים לא מועיל וחוששים לצירוף הקהל. במקרה כזה הקהל מצטרף לכת אחת עם שני העדים והפסול בתוכם, והדין תלוי בדין נמצא קאו"פ בקידושין, ואז או שאלו קידושין בלא עדים כלל או שאלו קידושין בשני עדים כשרים.
- ג. יש אפשרות שייחוד העדים לא מועיל לכך שהקהל אינם עדים אבל הוא מגדיר אותם ככת נפרדת מהשניים המיוחדים, ואז אפילו אם יש דין נמצא קאו"פ בקידושין הם לא נפסלים על ידי העד הפסול ששייך לכת אחרת (של השניים). במקרה כזה הקהל הם עדי הקידושין במקום שני העדים שיוחדו, ושוב אין לבטל את הקידושין.

ייחוד והזמנת עדים

ברמב"ם ה"ל' עדות פ"ה ה"ה, כתב:

וכיצד בודקין את הדבר כשיבואו לבית דין עדים מרובין כת אחת אומר להם כשראיתם זה שהרג או חבל להעיד באתם או לראות, כל מי שאומר לא להעיד עליו אלא לראות מה הדבר ובכלל העם באתי מפרישין אותו, וכל מי שאומר לא הייתי עומד אלא להעיד ולכוין העדות מפרישין אותו, אם נמצא באלו שנתכוונו להעיד קרוב או פסול עדות כולם בטלה, במה דברים אמורים כשהיה בהן קרוב או פסול אבל אם כולם כשרים אחד שנתכוון להעיד או שלא נתכוון להעיד הואיל וראה הדבר וכיון עדותו והיה שם התראה חותכין הדין על פיו, בין בדיני ממונות בין בדיני נפשות.

דבריו מבוססים על סוגיית מכות ו, שם הגמרא דנה האם עדים פסולים שלא התכוונו להעיד נכללים בכת העדים כדי לפסול את הכשרים מדין נמצא קאו"פ. הרמב"ם מכריע שלעניין עצם כשרות העדות אין צורך בכוונה להעיד או בייחוד וזימון של העדים לעדות, אבל כשיש עדים פסולים אז רק עדים שהתכוונו להעיד פוסלים את הכשרים מדין נמצא קאו"פ. וכן הוא בטוש"ע חו"מ סי' לו ועוד. וראה בזה בשו"ת מהרש"ך ח"א סי' כה ועוד הרבה. אבל כעת עולה שאלה אחרת. אמנם לא צריך לייחד עדים כדי שיוכלו להעיד, אבל אם יש עדים פסולים בקהל, האם ניתן לייחד שני עדים כשרים כדי למנוע את פסילתם על ידי הפסולים שבקהל. הייחוד אמנם אינו נצרך, אבל השאלה אם עשאוהו האם זה מועיל. נציין כי שאלה זו עולה הן לגבי קידושין והן לגבי שאר עדויות. בדין זה עוסק הרא"ש שם בפ"א דמכות, סי' יא:

ויראה שאם הזמין המלוה עדים כשירים ועמדו שמה קרובים או פסולים אפי' אם כווננו להעיד ובאו והעידו בב"ד לא נתבטלה עדות הכשירין דכיון שיחד את עדיו לאו כל כמינייהו להפסיד לזה ממונו

דהא דקאמר הש"ס דשיילי' להו אי למיחזי אתו אי לאסהודי אתו היינו דבר הנעשה בפני רוב עם בלא הזמנת עדים ובאים כולם להעיד אבל המזמין את עדיו והוציא את כל אחרים מכלל העדות לאו כל כמינייהו לבטל העדות.

וכן כשאדם צריך לעדות ומצוה לאחרים להחרים כל מי שיודע לו עדות שיבוא ויעיד ובאו בערבוביא והעידו כשירין ופסולין ראיתי רבותי דנין שלא נתבטלה עדות הכשירין שלא היתה כונתו אלא בראוין להעיד.

הוא כותב כדבר פשוט שיש לאדם הכוח לזמן עדים ולהפריש אותם בזה משאר העדים שלא יפסלו אותם. וכן הוא בנמוק"י (שם ב ע"ב) וברי' ירוחם מישרים נתיב ב ח"ב (כפי שפירשו הר"ש חכים שהביאו הב"י חו"מ סוס"י לו). וכ"כ עוד הרבה אחרונים, וכ"פ בשו"ע חו"מ סי' לו ס"א:

עדים רבים, שנמצא אחד מהם קרוב או פסול, עדותו בטלה. במה דברים אמורים, בזמן שנתכוונו כולן להעיד. אבל אם לא נתכוונו כולם להעיד, תתקיים העדות בשאר. וכיצד בודקים הדבר, אומרים להם בית דין: כשראיתם דבר זה, באתם כדי להעיד או כדי לראות בלבד, כל מי שאמר: להעיד באתי, מפרישים אותו, אם נמצא באלו שנתכוונו להעיד קרוב או פסול, עדותו בטלה (אפי' לא ידעו זה מזה). (תוספות) ואם היו כל העדים כשרים, אחד שנתכוון להעיד ואחד שלא נתכוון להעיד וראה הדבר וכוון עדותו, חותכין הדין על פי עדותו. הגה: אבל אינן יכולים לכתוב שטר על כך, אף על פי שראו הקנין, וסתם קנין לכתובה עומד, הואיל ולא הזמינם לכך (תשובת רשב"א סימן אלף וע"ג) (וע"ל סימן ל"ט סעיף ה'). וי"א שאפילו כוון לראות כדי להעיד, אינו פוסל אלא אם כן בא לבית דין והעיד; דתרתיה בעינן, כוון לראות כדי להעיד, ובא לב"ד והעיד.

ואם הזמין התובע עדים כשרים, ועמדו שם קרובים ופסולים, אפי' נתכוונו להעיד, והעידו, לא נתבטלה עדות הכשרים. וכן כשאדם צריך לעדות ומצוה להחרים כל מי שיודע לו עדות שיבא ויעיד, והעידו כשרים ופסולים, לא נתבטלה עדות הכשרים, שלא היתה כונתו אלא בראויים להעיד.

חזינן שלדעה הראשונה אין דין נמצא קאו"פ בראיה בעלמא (כרמב"ם הני"ל) ולי"א כן. אבל בנתכוונו הפסולים להעיד פוסלים את השאר. ואם התובע הזמין עדים כשרים אזי הפסולים לא פוסלים אותם אף כשנתכוונו להעיד. ובפשטות משמע שאם מזמן דווקא שניים כוונתו בדווקא אליהם ולא לכשרים אחרים שבקהל. רק אם זימן בערבוביא יש מקום לפרש שכוונתו לכל הכשרים. אם כן, בנדון דידן שייחד את שני העדים הללו בדווקא, כוונתו דווקא אליהם ולא לקהל.

אמנם הש"ך שם סק"יז כתב שאם העדים הפסולים התכוונו להעיד הם פוסלים גם עדים מזומנים, והשו"ע קאי רק היכא שהאחרים לא התכוונו להעיד מעצמם. אבל דבריו שם הם רק על עדים שבאו לבי"ד, ואז פשיטא שכוונתם להעיד, אבל אורחי החתונה לא באים להעיד ואין זאת כוונתם, ולכן נראה שייחוד העדים מועיל להפרישם מכלל העדות לעניין נמצא קאו"פ לכל הדעות.

ובקצוה"ח שם סק"ו כתב שאם זימן בעל המעשה בעת המעשה שני כשרים, אז לכו"ע לאו כל כמיניה של הפסולים, גם אם התכוונו להעיד, לפסול את הכשרים. וכן הוא בסמ"ע שם סק"ו ודרישה סק"א. ובש"ך שם סקט"ז כתב זאת גם בדעת הרא"ש, שאם ייחד עדים ודאי מועיל.

אמנם עדיין יש לדון האם כשאדם מזמן עדים פסולים והיו שם גם כשרים, האם מועיל זימונו להוציא את הכשרים מכלל העדות או לא. יש מהפוסקים שאומרים שלא מקבלים את הכשרים שכן הוא התכוין לייחד רק את הפסולים. ראה שו"ת מהר"י ווייל סי' ו, שדייק כן ברא"ש הני"ל שהכל תלוי בהזמנת בעל המעשה. הובאו

דבריו בכנה"ג הגב"י יד. וכ"כ מהרש"ך ח"א סי' כה. נציין ששם מדובר אפילו בעדי קידושין, והפוסקים הללו הכריעו דיוצאה בלא גט.

אמנם יש מהפוסקים שכתבו שהמזמן עדים ודאי התכוין להכשיר את העדות ולא לפוסלה (אטו בשופטני עסקינן), ולכן בכה"ג תתקיים העדות בכשרים. כן הוא בקצוה"ח סי' לו ואב"מ סי' מב, וכן סם חיי סי' ו (הובא באוצר הפוסקים אבהע"ז סי' מב ס"ד) דייק כן מדברי הריב"ש והרמ"א שם שכתבו:

הגה: ואפילו ייחד עדים, יכולים אחרים שראו המעשה להעיד (ריב"ש סי' תע"ט).

אבל נראה שדיוקו אינו הכרחי, שהרי במקרה שהמיוחדים פסולים אזי אם הזימון לא קיים אז הפסולים שיוחדו יפסלו את העדים הכשרים, ואז אף אחד לא יכול להעיד. הוא מניח שאין הצטרפות לפסול בזמן הראיה, וזה דלא כרמב"ם והשו"ע הנ"ל שכתבו שלענין נמצא קאו"פ בעינן כוונה להעיד ואז נפסלים גם בראיה, והרי הפסולים שיוחדו ודאי התכוונו להעיד.

וראה גם מהריב"ל ח"א סי' קס שהסיק שלא כדאי לסמוך על מהר"י ווייל להוציא את האישה בלא גט. אמנם במקום עיגונא ייתכן שגם הוא היה מסכים. וכן בכרם שלמה סי' כא הציע שגם ריב"ש מדבר כשהפסולים הזדמנו מעצמם להעיד, אבל אם בעל המעשה ייחד אותם אז הם העדים והכשרים לא יכולים להעיד.

בכל אופן, נראה שגם אם כוונתו לייחד כשרים ולא פסולים, אי אפשר לומר שזה חשיב כאילו ייחד עדים כשרים, אלא לכל היותר שלא ייחד את הפסולים. ולכן לצד שיש דין נמצא קאו"פ ודאי שכולם נפסלים אף לסברת האב"מ וקצוה"ח הנ"ל.

לסיכום, נראה שלכל הדעות יש בכוחו של בעל המעשה לייחד עדים, אלא שאין צורך בכך לעצם העדות. אבל אם ייחד נראה שבוודאי מהני לכו"ע, והמחלוקת שישנה היא רק היכא שייחד פסולים האם אזינן בתר מעשיו או בתר כוונתו ומהי כוונתו. כלומר הויכוח הוא האם עדיין כוונתו לייחד דווקא את שני אלו או שאמדינן שבכוונתו להכשיר את העדות ומשתמשים בכשרים. וכבר הערנו שגם בזה נראה שגם אם כוונתו להכשיר את העדות, עדיין ברור שלא ייחד את הכשרים אלא את הפסולים. לכל היותר יכול מישהו לטעון שאין כאן עדים מיוחדים כלל (אבל ברור שאין כאן כשרים שיוחדו), והרי הפסולים פוסלים את הכשרים כי ברור מעצם זה שיוחדו שבכוונתם היתה להעיד.

כעת נעבור לדון בדינים אלו בקידושין.

ייחוד עדים ודין נמצא קאו"פ בקידושין

קידושין שונים משאר עדויות בתרתי: 1. העדות היא לקיום הדבר ולא לבירור המציאות, ולכן גם אין שם הגדת עדות בבי"ד. 2. לא ברור אם יש דין נמצא קאו"פ בקידושין.

מקור הדברים בסוגיית קידושין מג ע"א:

איתמר רב אמר שליח נעשה עד דבי רבי שילא אמרי אין שליח נעשה עד מ"ט דבי רבי שילא אילימא משום דלא א"ל הוי לי עד אלא מעתה קידש אשה בפני שנים ולא אמר להם אתם עדיי ה"נ דלא הוו קידושי אלא רב אמר שליח נעשה עד אלומי קא מאלומנא למילתיה דבי רבי שילא אמרי אין שליח נעשה עד כיון דאמר מר שלוחו של אדם כמותו הוה ליה כגופיה.

רואים מכאן שאין צורך לייחד את עדי הקידושין. וכך פסק בשו"ע אבהע"ז סי' מב ס"ד:

אם קידש בפני עדים, אפילו לא אמר: אתם עדים, מקודשת.

כלומר לא צריך לומר להם שהם העדים, ולא חוששים שבאו למחזי ולא לאסהודי. וכ"כ בפת"ש שם סק"א:

אפי' לא אמר אתם עדים - ע' בס' בית מאיר שכ' הא ודאי דאפי' אם העדים מעצמן לא כיוונו לעדות רק באו למיחזי הוי עדים ומקודשת וכמבואר בח"מ סי' ל"ו ס"א כו' וכן נראה מתשו' רשב"א סימן אלף ע"ג (שהובא קצת בש"ע ח"מ סי' ל"ט ס"ה) כו'.

ובאמת כן פסקו כמעט כל הפוסקים שלא צריך כוונה להעיד כדי להיחשב כעד כשר. וזה כמו שראינו לגבי שאר עדויות.

אמנם כפי שראינו אין מכאן ראייה שאם עשה ייחוד שהוא לא מועיל. בסוגיית קידושין שם מדובר רק על עצם דין ייחוד, אבל במקרה של הסוגיא שם אין עדים נוספים שהייחוד בא להוציא אותם. ובפרט אין שם התייחסות לשאלת הייחוד שמטרתו למנוע את דין נמצא קאו"פ אם יש עדים אחרים פסולים. השאלה היא אם ייחוד כאן מועיל? למעלה ראינו שהדעות חלוקות אבל שלרוב מוחלט של הפוסקים ודאי ייחוד מועיל, וכל המחלוקת, עד כמה שישנה, היא למה כוונת המייחד כשייחד פסולים. אבל בהא לא פליגי שיש בכוחו לייחד עדים.

אם כן, עלינו לדון כאן אם בכל זאת מייחדים את העדים, האם זה מועיל להפרישם מהאחרים ולמנוע את פסולם מדין נמצא קאו"פ? ובנדון דידן שמכלל המיוחדים יש עד פסול, עולה גם השאלה ההפוכה: האם הקהל מצטרפים לכת שבה יש עד אחד פסול או שזו כת נפרדת והוי כקידושין בע"א, ואם הקהל מצטרפים האם כולם נפסלים והוי כקידושין בלא עדים, או שהקידושין מתקיימים בכשרים?

בתוד"ה 'שמואל', מכות ו ע"א:

שמואל אומר הלכה כרבי יוסי - קשה היאך מצינו ידינו ורגלינו כשנותנין גט שיש במעמד קרובים והיה לנו לומר דעדות הכשרים בטל והאי דומיא דדיני נפשות דשרינן אשת איש שיש בה מיתת בית דין וטעם דפרישית לעיל גבי עדות נפשות שייך נמי בגט וגם לרבי נמי קשה שפעמים יתכוין אחד מן הקרובים להעיד לכן נראה לר"י דגם לר' יוסי לא אמרו דעדותן בטלה אלא דוקא באותן שמעידים בפני ב"ד אבל בשביל ראייה לחודה לא.

מסקנת התוס' היא שאין דין נמצא קאו"פ בעדי קידושין שכן הם עדי ראייה שלא באים להעיד בב"ד, ובראייה אין דין נמצא קאו"פ. לכן לשיטתם אין צורך לייחד את העדים, וכ"כ הרא"ש כאן סי' יא. אמנם ראשונים אחרים חלוקים על תוס' בזה. למשל, הריטב"א קידושין מג (וכן במכות שם ובגיטין יח) כתב:

מיהו כל היכא שיש באותו מעמד כשרים ופסולים או קרובים צריך לייחד עדי הקידושין, דאי לא כיון דאיכא עד פסול בנייהם עדות כולם בטלה ואף על גב דאמרי למחזי אתינא, דכי אמרינן התם (מכות ו') א' דאמרינן להו למחזי אתיתון או לאסהודי אתיתון ואי אמר למחזי אתינן תתקיים העדות בשאר, היינו בדיני ממונות ובדיני נפשות שאין העדות מתקיימת עד שבאין לבית דין ושעת ראייה לא חשיבא עדות, אבל הכא בקידושין אין העדות באה לאמת הדבר בלבד אלא אפילו ידעינן דהכי קושטא דמילתא שקידשה אינה מקודשת בלא עדות ואין לקדושין קיום בלא עדות וגזרת הכתוב הוא, וכיון דכן שעת מעשה הוא שעת עדותן וכיון דאיכא צירוף פסולי עדות עמהן עדות כולן בטלה, דומיא דבעלמא כשיש צירוף פסולי עדות כשבאין להעיד בבית דין שעדות כולן בטלה, וכי אמרינן למחזי אתיתון או לאסהודי אתיתון היינו היכא דאתו למחזי בשעת מעשה, כך הורה רבינו נר"ו הלכה למעשה, אבל אין זה דעת המפרשים ז"ל וראוי להחמיר.

הוא סובר שעדות קידושין היא עדות לקיום הדבר, ושם עיקר העדות הוא הראייה ולא ההגדה בב"ד, ולכן שם יש דין נמצא קאו"פ בראייה עצמה (ראה גם קצוה"ח סי' לו סק"א). ובשיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), מכות סי' רפו, הביא כמה ביאורים במחלוקת זאת, ע"ש.

הריטב"א שם כותב שיש לייחד את עדי הקידושין כי היכי דלא יפסלום העדים הפסולים (הקרובים) מהקהל שרואה הקידושין. כמובן שלדעת התוס' אין צורך בזה. בשו"ע לא מזכיר את הדין הזה, ומקובל בהרבה פוסקים (ראה קצוה"ח סי' לו סק"א ועוד) שמן הדין אין בזה צורך, דקיי"ל כתוס', אך ראוי להיזהר בזה. ולהלן נראה שגם הרמב"ם ורש"י והשו"ע כנראה סוברים שיש דין נמצא קאו"פ גם בקידושין, שכן לשיטתם הצטרפות בראיה גם היא פוסלת.

אמנם כל מחלוקת תוס' וריטב"א היא האם צריך לייחד את העדים כדי למנוע את פסילתם על ידי הפסולים מהקהל או לא. אבל כעת עולה השאלה ההפוכה: בהנחה שהבעל ייחד את העדים, האם זה מועיל להוציא את שאר הקהל מכלל העדות? בפשטות נראה שכן, שהרי לא נחלקו הראשונים אלא בשאלה האם יש צורך לייחדם, אבל לא מצינו מי שאמר שלא מועיל הייחוד? בריטב"א ודאי רואים שמועיל הייחוד, וגם בתוס' והרא"ש לא רואים שחלקו עליו בזה (אלא בצורך לייחד). וכן ראינו למעלה לגבי ייחוד בעדות ממון שמועיל לדעת כל הראשונים.

אמנם הרמ"א אבהע"ז סי' מב ס"ד כותב:

הגה: ואפילו ייחד עדים, יכולים אחרים שראו המעשה להעיד (ריב"ש סי' תע"ט).

והנו"כ ביארו שכתב כן מפני ששיטתו היא שאין צורך לייחד עדים (כתוס' והרא"ש הנ"ל). לכאורה נראה שלא רק שייחוד העדים לא נצרך, אלא הוא גם לא מועיל, כלומר אף שייחד את העדים שאר הנוכחים גם הם נחשבים כעדים, ולכן יכולים גם אחרים שראו את המעשה להעיד. אבל זה תמוה, דמדוע העובדה שלא צריך לייחד עדים אומרת שהייחוד לא מועיל? היה מקום לומר מסברא שהדבר אינו תלוי בחתן, וכל מי שראה הוא בגדר עד, אבל מסברא זו לא היה מועיל ייחוד גם להוציא את הפסולים, וכפי שראינו אין מחלוקת שייחוד מועיל, וכל המחלוקת היא האם הוא נצרך.

לכן נראה יותר לבאר שכוונת הרמ"א לומר שיכולים להעיד בבי"ד על כך שהיו קידושין, שהרי בזה יכול להעיד כל עד שראה את המעשה ככל עדות לבירור המציאות. אבל בעדי הקידושין הם עדים לקיום הדבר, ובזה לכו"ע החתן הוא שקובע ויכול לייחד עדי קידושין ולהוציא אחרים מכלל העדות. לפי זה, הרמ"א לא מדבר על יכולתם לשמש כעדי קידושין אלא רק על יכולתם להעיד אח"כ על הקידושין. ואכן הריב"ש סי' תעט עסק בעדות על הקידושין ולא בעדי הקידושין עצמם.

אמנם יש מקום לומר כסברא שראינו למעלה לגבי זימון עדים בממון שגם אם לכו"ע ייחוד העדים אכן מועיל, אבל כוונת החתן שייחד אותם היא רק להוציא את הפסולים ולא להוציא את הכשרים, ולכן שאר עדי הקהל הכשרים יכולים להיחשב אפילו כעדי קידושין ממש. וסברא זו מצאנו בשו"ת הב"ח החדשות סי' צג שהביא תשובת ר"א אפשטיין (ראה שער משפט סי' לו סק"ה ופת"ש שם סק"ט), לגבי מי שהזמין עדים על הלוואה, וכתב:

ומ"מ לקושטא דמילתא אני אומר שאין הכוונה במה שמייחד העדים רק להוציא הפסולים מהחבורה ולא הכשרים וכך דעתי נוטה כי למה יפסול הכשרים.

וראה שם ראייתו משו"ע חו"מ סי' ע ס"ד. אם כן, נראה שהה"ח בקידושין. אבל כבר פקפקנו בזה גם בממון, ע"ש.

ומהרש"ך ח"א סי' כה כתב:

ועתה אבוא לענין פסקא דדינא דנדון דידן, דיראה לענ"ד דאין כאן בית מיחוש להצריכה גט לאשה הזאת מחמת הקידושין הללו, והטעם, דלא מיבעיא מאחר שהזמנו ונתייחדו בשעת קבלת הקידושין

עדים פסולים מן התורה כמו שבא בשאלה, דאין מקום לחוש כמו שעוד אבאר בסיעתא דשמיא, אלא אפילו אם לא יחד העדים אלא שהזמינם בערבוביא, והיו שם בתוך כל העדים אלו השני עדים שיש לחוש לעדותן כמו שבא בשאלה, דהיינו העד הכשר והעד האחר שהיה אח אם אמה של המקודשת, דהיינו שלישי בראשון כגון ראובן לבן בן שמעון, שכתב הטור ז"ל [חו"מ סי' לג סט"ז] שר"ת [תוס' ב"ב קכט ע"א ד"ה אי] פסל והרי"ף [ב"ב שם] מכשר, מכל מקום יראה לומר כיון שמה שהוחזקה אשה זו ונתפרסמה בחזקת מקודשת היה מחמת אותם העשרה שנתקבצו, א"כ הוה ליה כאילו העידו כולם בב"ד, וא"כ יש להקל, דאף על גב דאיכא לספוקי אי בשעת מעשה למיחזי קא אתו אי לאסהודי, מכל מקום לדברי הרמ"ה ולדברי הרמב"ם לחד פירושא שכתבתי למעלה דסבירא להו דאפילו לא באו בשעת מעשה אלא לראות, מכל מקום כל שהעידו יחד בבית דין נצטרפו ונתבטלה עדותן, אם כן אין לחוש לקידושין הללו כיון שמה שהחזיקה בעיר בחזקת מקודשת הוי כאילו העידו כולם בב"ד, וכמו שכתבתי:

הוא טוען שאם ייחד את העדים הפסולים אז ודאי אין כאן בית מיחוש. אבל גם אם לא ייחד את העדים, בגלל שכל העדים הם הבסיס לכך שהאישה מוחזקת מקודשת, הרי זה נחשב כאילו כולם העידו בב"ד, ולכן הפסולים ודאי פוסלים את האחרים. אמנם בשיטת הרא"ש ותוס' אי אפשר לומר כן, שהרי הם כותבים בפירוש שהפסולים לא פוסלים (אמנם הם לא דיברו על מצב שייחד עדים, וכנ"ל).

אם כן, נראה ברור שכל דיני ייחוד העדים שנאמרו בממונות הם נכונים גם לקידושין, ואף יותר מכך. ייתכן שבקידושין הייחוד מועיל עוד יותר מממונות, שהרי בקידושין העדים הם לקיום הדבר ושם בידו של בעל המעשה לקבוע מי יהיו העדים ולהוציא אחרים. וזאת אף אם בממונות (לפחות כשהתכוונו להעיד) אולי יש מקום לסברא שאין זה בידו לקבוע מי יעיד ומי לא, שהרי כל מי שראה את המעשה יש לו דין עד. ולכן כתבנו כאן שאמנם אלו שאינם מיוחדים יכולים לבוא ולהעיד, אבל ספק אם הם יכולים להימנות בין עדי הקידושין עצמם. בזה נראה פשוט שהייחוד של החתן הוא הקובע. מה שנותר לנו לברר הוא את דין נמצא קאו"פ בקידושין.

דין נמצא קאו"פ בקידושין

ראינו שלגבי דין נמצא קאו"פ בקידושין נחלקו הראשונים (תוס' והרא"ש נגד הריטב"א). להלכה כתבו הפוסקים שלדעת הרמב"ם (הלי' עדות פ"ה ה"ה הנ"ל) ורש"י הפסול פוסל את חברו גם בראיה, אם כן כדי למנוע פסילה מעדי הקהל יש לייחד עדים (אף שכמובן לעצם העדות אין צורך בייחוד כזה) גם בקידושין. וכן ראינו למעלה שהובאה דעת הרמב"ם הזאת גם בשו"ע חו"מ סי' לו בסתמא לפני ה"א, ולכן נראה שכן דעת השו"ע. ולכן גם באבהע"ז (כפי שנראה מייד) השו"ע לא הביא שבקידושין אין דין נמצא קאו"פ, ומסתמא דעתו היא שהוא נאמר גם בקידושין. אם כן, לפי הרמב"ם והשו"ע ורש"י יש דין נמצא קאו"פ בקידושין, ובפרט כמו במקרה דידן שהפסול זומן לעדות וברור שכוונתו היתה להעיד.

אמנם בשו"ת הבי"ח החדשות הנ"ל כתב שקשה לומר כן בדעת הרמב"ם שצריך לייחד עדים כשיש פסולים בקהל, אבל לעני"ד אין כל דוחק בזה, וכנ"ל. יתר על כן, בוודאי קשה לומר שאפילו אם עשה ייחוד של העדים זה לא מועיל.

והנה, הרמ"א אבהע"ז סי' מב סוס"ב כתב:

וכן אם קידש לפני שנים, והאחד מהם קרוב, הוי כמקדש לפני עד אחד. וע' לקמן סימן מ"ז סעיף ג'.

רואים שכשאחד מעדי הקידושין פסול השני נותר בכשרותו ולא נפסל. נראה לכאורה שלהלכה אין דין נמצא קאו"פ בקידושין וממילא גם מעיקר הדין לא צריך לייחד עדי קידושין. ועיי' שם בנו"כ מה שכתבו לבאר את שיטתו אף אי דין נמצא קאו"פ שייך גם בקידושין.
אמנם בח"מ שם סק"ו כתב:

והא' מהם קרוב - ולא נפסל השני בצירופו לקרוב (כמבואר בח"ה סי' ל"ו) דמיירי שלא נצטרף בשע' ראיה לדעת הרא"ש דבעי תרתי (כוון בשעת ראיה כדי להעיד ובא לב"ד והעי') או לדעת הרי"ף שנאמן לומר שלא הכיר בקורבתו ומשום חומר' דקידושין חיישינן לכתחל' ועיין בח"מ סי' ל"ו ועיין בתשובת מהר"ם פאד"וה סי' ל"ז מ"ש מזה:

ולפי זה אצלנו ממ"נ העד הכשר לא נפסל, לרא"ש מפני שאין צירוף בראיה ולרי"ף מפני שלא ידע בפסולו של חברו. אבל גם לשיטתו יש לדחות שהרי אצלנו הפסול מזומן להעיד, ובוזה ייתכן שהזימון מצרפו לפסול את חברו גם לשיטת התוס' והרא"ש, בפרט בעדות קידושין שלא עומדת להגדה בבי"ד.
ובב"ש שם סק"ח, אחרי שהביא את דברי הח"מ, כתב:

גם י"ל דלא נתכוין לשם עדות ומ"מ מה שמעידים היום מהני אף על גב דלא נתכוונו לשם עדות, שוב ראיתי לשיטת הרא"ש א"צ לזה אלא אף על גב דנתכוונו לשם עדות והעידו כבר ס"ל דנתבטלו העדות היינו לענין דהב"ד א"י לפסוק על פיהם אבל כאן בעת הקדושין עדיין לא נתבטלו עדותן א"כ הקדושין היו קידושין כשירים א"כ אף על גב דהב"ד א"י לפסוק ע"פ עדותן מ"מ המקדש קידש לפני כשירים, וכן אם קידש רק לפני שנים וא' מהם קרוב והעידו כבר לפני הב"ד מ"מ בעת הקדושין היה הקדושין לפני ע"א ובספר ב"ה כתב היכ' דשניהם מודים מהני עדות של הכשר ולית' דהא ילפינן מקר' דעד קרוב מבטל העדות והוי כאלו היה מקדש לפני עדות פסולי' ולא מהני הודאה שלהם אלא נ"ל כמ"ש.

הוא מעלה אפשרות שלא היתה לפסול כוונה להעיד, ולפי זה ברור שאצלנו שהיתה לו כוונה להעיד הוא פוסל את חברו. אמנם למסקנה הוא כותב שלדעת הרא"ש אין צורך לזה, אבל עדיין ייתכן שזה נכון שגם לרא"ש כשהעדים מזומנים וכוונתם להעיד אז הפסול כן פוסל.

וכבר הערנו שהמחבר כלל לא הביא את דין נמצא קאו"פ בקידושין, ונראה פשוט שלשיטתו ודאי יש דין זה גם בקידושין, כרמב"ם וכשיטתו בחו"מ סי' לו הנ"ל. ובשו"ת מהרש"ם ח"ג סי' נ אות יט כתב:

עוד יש לדון בכל הנ"ל דל"מ לשי' רוב הפוסקים דקרובי האם פסולים מה"ת א"כ כיון דהעד רא"י הוא דודו של המקדש והי' ד' עדי ביחד הרי קיי"ל דנמצא א' קא"פ = קרוב או פסול = עדותן בטלה לגמרי ואף דהב"ש סי' מ"ב סק"ח כ' די"ל דלשי' הסוברים דדוקא בצירוף עדותן בב"ד נפסלי' א"כ הי' כשרים בשעת קידושין הנה מלבד דעב"פ יש לצרף שי' הפוסקים הסוברים דברא"י לבד נפסלים ואף דלא נתכוין להעיד כפי דבריו הרי בני"ד גם שאר העדים לא נתכוונו להעיד וכבר כ' הש"ך רס"י ל"ו דבכה"ג גם בלא נתכוין הקא"פ להעיד עדותן בטלה ובתשו' א' הבאתי סמוכין לדבריו מד' רש"י ונימוק"י יבמות כ"ה בסוגי' דהרגתיו בהא דאמר רבא אדם קרוב א"ע = אצל עצמו = וכ' רש"י ונימוק"י שם דכיון שזה מתכוין להעיד נאמן הוא על חברו וא"נ ע"ע = על עצמו = ע"ש והנה מ"ש דכיון שזה מתכוין להעיד לא נודע הכוונה דהא קיי"ל דכל עד א"צ כוונה להעיד זולת דעת תוס"ש כריתות י"ב וכבר תמהו עליו כל הפוסקים ואולם נראה דכבר נודע קו' הראשונים ז"ל בהא דאמרי' פ"ד = פלגינן דבורא = דנימא עדות שבטלה מקצתה ב"כ ותי' דמה שנוגע לעצמו אינו בגדר עדות כלל ובאס"ז כתובות י"ח ביאר הטעם דהא אפי' בנמצא קא"פ אם לא נתכוין הקא"פ להעיד אין עדות הכשרים מתבטל

וה"נ מה שאדם מעיד ע"ע איננו מתכוין להעיד בזה כיון שאינו בגדר עד ולכן שאר עדותו שמעיד על אחרים אינו מתבטל ע"ש וא"כ התיינח אם מה שמעיד על אחרים מתכוין להעיד אבל אם גם בזה אינו מתכוין להעיד שוב אמרי' עשמב"כ וכמ"ש הש"ך הנ"ל ולכן הוצרכו רש"י ונימוק"י לומר דמיירי בנתכוין להעיד וא"ש ולענ"ד הוא כוונה נאותה בד' רש"י ונימוק"י וסמך גדול לד' הש"ך הנ"ל.

אם כן, הוא מוכיח, וכן שיטת הש"ך, שהיכא שהכשרים לא התכוונו להעיד הם נפסלים גם על ידי פסול שלא התכוין להעיד, כלומר נפסלים בראיית העדות בעלמא, ובוודאי אצלנו שהפסול כן התכוין להעיד שהוא פוסלם בראיה.

אמנם בשו"ת בשמים ראש סי' לו הביא בשם הרי"ד שאין בקידושין דין נמצא קאו"פ. על כך נעיר שהספר הוכר כזיוף, ובשו"ת מהרש"ם שם (ח"ג סי' נ) אות כ כתב שזה נגד כל דברי הראשונים (ראה דבריו שיובאו בסיכום להלן). גם בפת"ש אבהע"ז סי' מב סק"ט כתב בשם נובי"ת אבהע"ז סי' נו שמפקפק האם יש דין נמצא קאו"פ בקידושין. ועי' שד"ח חלק "דברי חכמים" סי' עד שהאריך בזה.

בשולי דברינו נעיר שברא"ש מכות שם סי' יא הביא תשובת הרי"ף שאין דין נמצא קאו"פ היכא שהעד הכשר לא ידע שהוא מעיד עם פסול. ולפי זה בנדון דידן הרי הרב לא ידע שהעד שעמו הוא פסול. אך הרא"ש שם דחה את הדברים, וכן סברו רוב ככל הפוסקים להלכה.

האם העדים מהקהל ראו את נתינת הטבעת?

הרמ"א אבהע"ז סי' מב ס"ד כותב:

וצריכים העדים לראות הנתינה ממש לידה או לרשותה, אבל אם לא ראו הנתינה ממש לידה, אף על פי ששמעו שאמר: התקדשי לי בחפץ פלוני, ואחר כך יצא מתחת ידה, אינן קידושין עד שיראו הנתינה ממש (תשובת רשב"א סי' תש"פ). ואין הולכין בזה אחר אומדנות והוכחות.

כלומר עדים אחרים שלא ראו את נתינת הטבעת ממש אינם עדים. עובדתית מי שלא נכלל בעדים המיוחדים ולא מצוי תחת החופה בדרך כלל לא ממש רואה את נתינת הטבעת ולכן יש כאן עוד סניף לטעון ששאר הקהל אינם עדים. וראה נובי"ת אבהע"ז סי' עה ההיתר הוא"ו, הביאו בפת"ש אבהע"ז סי' מב סק"ו. וכן הוא בקצוה"ח סי' לו סק"א שאם הקהל אינו רואה במזמוטי חתן וכלה הוי כמקדש בלא עדים (הביאו פת"ש אבהע"ז שם סק"א: **גם בס' קצה"ח סי' ל"ו סק"א הזכיר דברי הריטב"א קדושין הנ"ל ומסיים דודאי מטעם זה ראוי ונכון לייחד עדים כדי לעשות באופן שלא יהיה שום חשש בקידושין ועוד לפעמים שהמסדר ושושבינן פסולי קורבא והעולם עומדים מרחוק במזמוטי חתן וכלה ואין רואין ואין שומעין שום קדושין וא"כ הרי הוא כמקדש בלא עדים וגם השושבינן בלא"ה איתא בכנה"ג סי' ל"ג דהמה פסולים משום אוהב ולכן ראוי להזמין שני עדים כשרים שישמעו מפי החתן ל' הקידושין כו' עכ"ל.**

אמנם ראה להלן שהחת"ס (שהובא גם הוא בפת"ש שם) פקפק בזה, וכתב שאם הכל יודעים שהאישה נכנסה לחופה ויוצאה ממנה הרי התקדשה בטבעת. ומסברא נלענ"ד שהם יכולים להעיד על הקידושין (שהיו קידושין) מכוח אותו אגן סהדי, אבל לא להיות עדי קידושין ממש. ולכן לנדון דידן זה לא משנה.

המקדש בע"א

בקידושין סה ע"א-ע"ב מציינו כמה אמוראי דס"ל שהמקדש בע"א לא חוששים לקידושיו אפילו שניהם מודים. וכן פסק ברמב"ם הלי' אישות פ"ד ה"ו:

המקדש בעד אחד אין חוששין לקידושיו ואף על פי ששניהם מודין, קל וחומר למקדש בלא עדים, המקדש בפסולי עדות של תורה אינה מקודשת, בפסולי עדות של דברי סופרים או בעדים שהן ספק פסולי תורה אם רצה לכנוס חוזר ומקדש בכשרים ואם לא רצה לכנוס צריכה ממנו גט מספק, ואפילו כפרה האשה והכחישה את העדים ואמרה לא קדשתני כופין אותה ליקח גט, וכן דין כל קידושי ספק אם רצה לכנוס חוזר ומקדש ודאי ואם לא רצה צריכה ממנו גט מספק.

וכן פסקו רוב הפוסקים.

וכן בשו"ע אבהע"ז סי' מב ס"ב כתב:

המקדש שלא בעדים, ואפילו בעד אחד, אינם קדושין. ואפילו שניהם מודים בדבר ואפילו קדשה בפני עד אחד ואחר כך קידשה בפני עד אחר, זה שלא בפני זה, אינה מקודשת.

ובביאור הגר"א שם סק"ח כתב:

המקדש כו'. דכולהו אמוראי ס"ל כד לבד ר"פ ורב כהנא בתראה הוא וכן רב אשי קיבל דבריו:

אמנם ברמ"א שם הביא דיש חולקים בזה:

הגה: ויש מחמירים אם מקדש לפני עד אחד (טור בשם סמ"ג) אם שניהם מודים; אבל אם אחד מכחיש העד, אין לחוש (כך מפרש הרשב"ץ לדעת הסמ"ג). ובמקום עיגון ודחוק, יש לסמוך אדברי המקילין. ואין חילוק בין אומר העד שנתקדשה לפניו לבד, או שאומר שנתקדשה לפני שנים והוא לבד דאה, והאחרים אומרים שלא ראו (ב"י וכן משמע בתשובת הרשב"א). וכן אם קידש לפני שנים, והאחד מהם קרוב, הוי כמקדש לפני עד אחד. וע' לקמן סימן מ"ז סעיף ג'.

כלומר יש שמחמירים לחשוש לקידושין בפני ע"א אם שניהם מודים (וזהו המצב אצלנו. האישה לא כופרת שהיו קידושין). עוד מוסיף הרמ"א שאם קידש בפני שניים ואחד קרוב הוי כקידושין בפני ע"א, וזהו המצב אצלנו (לולא העדים מהקהל).

ובביאור הגר"א שם סק"ט כתב על כך:

ויש מחמירים כו'. כר"פ וכבר כ' הרשב"א שיחידאה הוא הסמ"ג וכל הפוסקים חולקים עליו ולית דחש לה:

ואף הרמ"א הנ"ל כתב שבמקום עיגונא ודאי אין לחשוש לזה, והרי זהו המצב אצלנו. מה עוד שיש אצלנו גם חשש ממזרות של הוולד, וזהו סניף גדול לנקוט כוחא דהיתירא.

ובפת"ש סק"ו הביא מהנוב"י:

יש לסמוך אדברי המקילין - עיין בתשו' נו"ב תניינא סי' ע"ה שהאריך שם בדין קדושין בעד א' ויסוד דבריו להתיר את הבתולה שעליה נשאל מחמת שבעה היתרים. הא' שדעת רוב בנין ורוב מנין דא"ח לקדושין בעד א' וגם הרמ"א מיקל במקום עיגון ודחוק וכאן שהמקדש הלך לו לבית אביו רחוק ארבעים פרסאות הרי זה נחשב לדחוק ועיגון ואין לומר שראוי לנסות מקודם לכתוב לשם אולי יתרצה בנקל לשלוח גט ז"א כי לא נכון לעשות כן שאם יכתבו הב"ד מכאן לשם שיגרש יתחזק הקול ביותר ולכן נראה דע"כ לא קאמר הרמ"א להחמיר אלא כשהמקדש כאן לפנינו ויכולים לשאלו תיכף אם יגרש בנקל אבל כשהוא במקום רחוק לא החמיר.

ואם מצב כזה הוי שעת הדחק שלא חוששים לקידושין, הרי שסרבן גט וחשש ממזרות ודאי הוי שעת הדחק, ופשוט.

סיכום

אם כן, להלכה המקדש בע"א אין חוששים לקידושיו, בוודאי במקום עיגונא וממזרות. ולגבי דין נמצא קאו"פ בקידושין, ראינו שנחלקו הפוסקים, ונראה שלרובם יש דין נמצא קאו"פ גם בקידושין. כן הוא ברמב"ם והמתבר ורש"י והריטב"א, נגד תוס' והרא"ש והרמ"א. אמנם כתבנו שגם תוס' והרא"ש והרמ"א אולי יודו אצלנו שהעד הפסול זומן להעיד שבכה"ג הוא פוסל את הכשרים שעמו. ועוד ראינו את סברת מהרש"ם שאם הכשרים (אלו מן הקהל) לא התכוונו להעיד הם נפסלים מכוח הפסול (אפילו לא התכוין גם הוא להעיד). ולפי זה גם בשיטת תוס' והרא"ש והרמ"א הפסול פוסל את הכשרים מן הקהל (גם אם לא את הכשר שעמו. אבל זה רק מקדש בע"א שלא חוששים לקידושיו).

והנה, במקרה דידן הרב הורה למקדש לייחד את שני העדים (הרב והעד הפסול). אז נכנסת כאן השאלה של הייחוד האם הוא מועיל או לא. וראינו בזה מחלוקת, שמא המייחד התכוין להכשיר העדות ולא לפוסלה. אך נראה כי לרוב הפוסקים הייחוד מועיל בין לקולא ובין לחומרא.

נמצא שהמצב הוא כזה: יש כאן שני עדים מיוחדים שאחד מהם פסול, ולכן או הוי כמקדש בע"א שאין חוששים לקידושיו. או שהפסול פוסל את השני (לאותן דעות שיש נמצא קאו"פ בקידושין, ואולי לכו"ע אם הם מודים כשהפסול התכוין להעיד) ואז הוי כמקדש בלא עדים כלל ובוודאי אין כאן קידושין. ואם הייחוד לא מועיל להפריד את הכתות זו מזו, אז יש לנו עד אחד פסול שהתייחד לעדות והוא פוסל את כל השאר לפי הרמב"ם והשו"ע ורש"י ודעימייהו. ואולי זה אף לשיטת תוס' והרא"ש והרמ"א, שהרי הם מדברים על כך שאין נמצא קאו"פ בעדות ראייה, אבל כשמייחדים הפסול להעיד יש לומר שגם לשיטתם נפסלים כל השאר. ובפרט לפי מהרש"ם (שהוכיח כן גם בש"ך) שאם הכשרים לא התכוונו להעיד הם נפסלים על ידי הפסול לכו"ע. ולפי זה יש לנו אולי ע"א על הקידושין (הרב שהתכוין להעיד) ולא יותר.

אמנם אם נאמר כסברת הקצוה"ח ואבנ"מ ודעימייהו, שכוונת המייחד רק להכשיר את העדות ולהוציא הפסולים, הרי ברור שסברא זו לא מועילה לייחד את הכשרים מהקהל שלא יוחדו, אלא לכל היותר להוריד את ייחוד הפסול ולהפכו לעד רגיל. והיא גם לא מועילה להוציא מכלל העדות, אלא להותירו כעד רגיל (לא מיוחד), שהרי ודאי לא ניתן לומר שהבעל התכוין להפריש אותו החוצה היפך מה שעשה בפועל. אבל אם כן אז יש לנו כאן בעצם שני עדים שלא יוחדו שאחד מהם פסול, ושאר העדים גם נחשבים כלא מיוחדים (למעט הפסולים שביניהם, שאותם הייחוד כן הצליח להפריש מהעדות), ועדיין עולה השאלה האם העד הפסול פוסל את כל השאר מדין נמצא קאו"פ. ולמעלה ראינו שזה מועיל חלכל הפוסקים ואולי לכו"ע. וגם לנוב"י שמפקפק האם יש דין נמצא קאו"פ בקידושין, הרי ראינו שלשיטתו אי ראיית הטבעת פוסלת את העדים מן הקהל ולכן ממ"נ לשיטתו אין כאן קידושין.

אם כן, יש כאן כמה וכמה ספיקות כדי להכשיר הקידושין: צריך שלא יועיל הייחוד, דאם מועיל הייחוד אין כאן קידושין (או שזהו מקדש בע"א או בלי עדים כלל). וגם אם לא מועיל הייחוד אכתי צריך שלא יהיה דין נמצא קאו"פ בקידושין. וגם את"ל שאין דין נמצא קאו"פ, עדיין ייתכן שזה רק בעדים שרואים אבל לא בעדים מזומנים (כסברת הב"ש הנ"ל). וגם את"ל אין נמצא קאו"פ בקידושין סתם, יש את סברת מהרש"ם והש"ך שעד כשר שלא התכוין להעיד נפסל לכו"ע על ידי עד פסול. וגם את"ל שכל זה לא נכון והעד הפסול לא פוסל את עדי הקהל, עדיין צריך להניח שאם העדים ראו את נתינת הטבעת וחשיבי כעדי קידושין, שאל"כ אין כאן קידושין על פיהם (אלא הם יכולים רק להעיד על הקידושין).

ונסכם בלשון כמה פוסקים. מהרש"ם שם אות כ כתב:

ואמנם גם להסוברים דבעי דוקא גם צרוף עדותן בב"ד הנה מדברי הריטב"א קידושין מ"ג בשם מורו מבואר היפוך ד' הב"ש ואדרבא בקידושין דכל הקיום /קיום/ המעשה תלוי בעדים י"ל דמיפסלי בראי"י לבד וגם מצאתי בתשו' הר"י בן הרא"ש סי' פ"א שהסכים לבטל כל העדות ע"י קא"פ וכ' דגם למי שסובר דבהגדה בב"ד תלוי מילתא אפשר שיודה בקידושין שתלוי בראי"י לפי שאז הוא כשעת עדות בב"ד וגם להסוברים דקרובי אם פסולים רק מדרבנן כבר נודע דלשי' כמ"פ גם בדרבנן עדותן בטל וע' תומים סי' ל"ו מ"ש מדברי הריטב"א וע' בתשו' הר"י בן הרא"ש שם שנחלקו גדולים בזה לענין קידושין וע' תשו' מבי"ט ח"א סי' רפ"ז באמצע התשו' המבואר דס"ל דגם בדרבנן העדות בטל וגם ברשד"ם חיו"ד סי' י"ג באמצע התשו' מבואר כן - אך דבנ"ד כיון דאנו קיי"ל דפס"ע = דפסולי עדות = דרבנן צריכה גט א"א להקל בזה אבל כיון דנתבאר דהעד הרי"מ פסול גמור מחמת רשעו א"כ כל העדות בטל כדין נמצא קא"פ - וע' בשו"ת רע"א סי' צ"ד באורך בזה שהעלה דלהסוברים דהמקדש בע"א אין חוששין לקידושין יש להקל בנמצא א' קא"פ לבטל כל העדות לגמרי יעו"ש טעמו וע' עבוה"ג סי' ל"ד באמצע התשו' מ"ש בזה וכה ראיתי בשו"ת בשמים ראש המיוחסות לרא"ש סי' ל"ז תשו' הר"י מטראני דסובר דבגיטין וקידושין ל"ש כלל דין נמצא א' קא"פ אבל הוא נגד כל ד' הראשונים ז"ל.

וכן כתב מהרש"ך ח"א סי' כא :

ואחזור לנדון דידן ואומר דאפילו אם לא הוזמנו אותם השני עדים הפסולים מן התורה אלא שהיו כולם בערבוביא, אין לחוש לאותם השני עדים אשר מחמתם היה מקום לחוש מהטעמים שכתבתי, כל שכן אחר שהוזמנו ונתייחדו העדים פסולים מן התורה, דיראה דאין מקום לחוש לשאר העדים אפילו שיהיו כשרים גמורים, דכי היכי דאמרינן דהיכא דהזמין התובע עדים כשרים ועמדו שם עדים קרובים או פסולים, אפילו אם כווננו להעיד והעידו לא נתבטלה העדות של הכשרים, וכמו שכתב הטור חשן המשפט סימן ל"ו [ס"ג]. אם כן הכא נמי בנדון דידן כל שהזמין הפסולים כבר בטל האחרים ועשה עיקר מהפסולים. ואף על גב דלכאורה יראה דאיכא למידחי הך מלתא ולומר דכיון דבעדות קדושין לא בעינן הזמנת עדים, ומטעם זה כתב הריב"ש [סי' תעט] דאף כשהוזמנו שני עדים יכולים להעיד אותם שלא הוזמנו, ואם כן יראה דאף על פי שהוזמנו עדים פסולים יכולים להעיד האחרים, מכל מקום לפחות תועיל הזמנת הפסולים לומר דכיון שהוזמנו נמצא דלאסהודי קא אתו ונתבטלו הכשרים בצרופן :

איברא דלסברת ה"ר חיים הכהן שכתבתי למעלה, כל שלא באו הכשרים אלא לראות אף על פי שהפסולים נתכוונו להעיד לא נתבטלה העדות, דאכתי יכולים הכשרים לכוון העדות ולהעיד. מכל מקום יראה דאין ראוי להחמיר ולחוש לסברת ה"ר חיים, דיחידאה הוא, ולא ראיתי לשום אחד מהמפרשים שיפרש דברי רבא כמו שפירש הוא, ועוד דאפילו אם באנו לחוש לסברת ה"ר חיים, יראה דמכל מקום יש להקל מטעמא דאכתי איכא לספוקי, דמאן לימא לן דאותם העדים הכשרים הלכו לראות, ולא הלכו לאסהודי ולהצטרף עם העדים הפסולים אעפ"י שלא הוזמנו, ואף על פי שכתב הרב הגדול מהר"י בי רב זלה"ה [בשו"ת סי' נז] דרוב ההולכים לשמחת חופה וקדושין אינם הולכים אלא לראות, מכל מקום סברת הרב זלה"ה אינה כל כך מוסכמת, ואין לנו לצרף כל הסברות להחמיר על האשה הזאת :

וכן הביא מהרש"ך שם ממנה"י בן לב :

כל זה ראיתי ונתון אל לבי בענין זה וקיימתיו מסברתי הקלושה והחלושה. אחר כך בחפשי בספר הראשון של הרב הגדול מוהרר"י נ' [לב] על ענין אחר, פגעתני באקראי ומצאתי מ"ש בשאלה (ק"א) [ק"ב] שמצא תשובה אחת מרב אחד גדול בדורו וזה לשונו, שלומך ישגא לחדא, ששאלת על ענין הקדושין שייחדו ב' עדים והעדים היו פסולים בן ראובן נשוי עם בת שמעון, נראה דכיון דייחדו עדים אלו, והם פסולים, פשיטא דקדושין אלו לא הוו קדושין, אף על גב דהקדושין נעשו לפני המון והיו שם הרבה עדים כשרים, ואיכא למימר תתקיים בשאר, כדאיתא באשרי פרק יש נוחלין [ב"ב פ"ח ס"י ג] ובפרקא קמא דמכות [ס"י יא], שאני התם דלא ייחדו עדים פסולים, אבל הכא כיון דייחדו עדים פסולים, אם כן היתה כוונתם דהעדים שייחדו יהיו עדים ולא האחרים, וכי האי גוונא איתא באשרי פרק קמא דמכות [שם] וזה לשונו, ויראה שאם הזמין המלוה עדים כשרים, ועמדו ב' עדים קרובים או פסולים, אפילו אם כווננו להעיד ובאו בבית דין והעידו, לא נתבטלה עדות הכשרים, דכיון דייחד את עדינו לאו כל כמיניה להפסיד את ממונו, ומאי דקאמר חלמודא דשיילינן להו אי למחזי אתו אי לאסהודי, היינו בדבר הנעשה בפני העם בלא הזמנת העדים ובאו כולם להעיד, אבל הזמין את עדינו והוציא כל האחרים מכלל העדות, לאו כל כמיניה לבטל העדות, עכל"ה:

בראותי תשובה זאת אורו עיני ושמח לבי, כי כוונתי אני בעניי לדעת הרב הגדול הנז' בעל התשובה הנזכרת, לדמות ולומר דכי היכי דהזמנת וייחוד העדים כשרים סגי לקיים העדות אף על פי שנצטרפו עדים פסולים בהדיהו, לאו כל כמיניהו לבטל העדות, הכי נמי בהזמנת וייחוד העדים פסולים, נמי נתבטל העדות אף על גב דאיכא הרבה כשרים בהדיהו, ולא אמרינן תתקיים בשאר:

וכל זה עוד נכתב רק ביחס לשאלה האם הקידושין נפסלים מעיקר הדין. אך אצלנו מדובר במקום עיגונא וממזרות, וייתכן שגם הדעות שנטו לכיוונים האוסרים זהו כשהנדון הוא לחזור ולקדש ולהוציא בכך לעז על הקידושין הראשונים ועל העורך שלהם, או להניח להם לחיות כבעל ואישה שאין בזה איסור גדול. אבל בנדון דידן השאלה היא האם להכריע כך ולהותירה עגונה ולפסול את הוולד, או לבטל הקידושין ולהוציאה בלא גט. ובזה ודאי יש לחפש כל טצדקי לפסול הקידושין, ואולי בזה יסכימו כל הפוסקים שבמצב כזה יש לבטל הקידושין.

תשובת 'חת"ס'

הן אמנם נראה שבכמה מהאחרונים מצאנו שלא סמכו על כל זה לבטל הקידושין. וראש לכולם החת"ס סוס"י ק, הביאו בפת"ש אבהע"ז ס"י מב סק"י"א וז"ל:

ועיין בתשו' ח"ס ס"י ק' ברב א' שסידר קדושין וצירף עמו שמש א' להיות ב' עדים מיוחדים והיו שם עוד רבנים ואנשים הרבה בחופה אבל לא השגוהו על הקדושין כנהוג ואחר איזה שבועות נודע להרב שהשמש שצירף עמו הוא קרוב להכלה שני בשני בחד בעל ונשאל אי צריכה להתקדש שנית בעדים כשרים וכ' הרב השואל שקשה להצריך לקדש שנית משום זילותא דרבנים שהיו בעת החופה ולא הרגישו וזולת המשפחה שכבר הוא איזה שבועות אחר החתונה.

והוא ז"ל השיב מהיות טוב מה הפסד וזלזול יש אם בלט ובסתר בפני ב' עדים כשרים יקדש שנית (עמש"ל ס"י כ"ח ס"י"ט ס"ק כ"ח) אך תורה היא כו' וכ' דמצד שלא היו כאן ב' עדים כשרים שראו מעשה הקדושין פשוט יותר מביעא בכותחא דא"צ לקדש שנית כיון שיש ידיעה גמורה וברורה כזו שנכנסה לחופה והיו שם רבנים מסדר קדושין ומברכין ויצאו מהחופה בחזקת נשואה ועדיין הוא כן

בלי פקפוק וערעור פשיטא אנן סהדי וכולנו עדי מסירת הקדושין כדין והאריך שם בדברי הריב"ש סי' תע"ט (שהובא קצת לעיל סי' ל"ז ס"ז בהגה) ובדברי תה"ד סי' ר"ז (שהובא לקמן סי' מ"ה ס"א בהג"ה ובב"ש שם ס"ק י"ב) וגם בדברי תשו' הרשב"א סי' תש"פ וסי' אלף קע"ט (שהובא בהגה דסעיף זה ועמש"ל ס"ק י"ב) ומסיים דזה פשוט דאשה זו וכיוצא בה מתקדשת ע"פ עדות כל העומדים שם במזמוטי חתן וכלה אך מה שיש לפקפק הוא מצד שהרב ייחד את הפסול להעיד נמצא עדות כולן בטילה אלא דהב"ש סק"ח כ' דלדעת הרא"ש כשרים הקדושין ואם אח"כ באו לב"ד להעיד לא יופסלו למפרע כולי אמנם אמת נכון הדבר מ"ש באבני מלואים סי' מ"ב ובקצה"ח סי' ל"ו סק"ו (ליישב קושיית הרא"ש פ"ק דמכות דאי נימא בראיה לחוד פוסל כדעת הרמב"ם איך תמצא קדושין וגיטין כשרין שנעשין בפומבי כו') נהי דראוי ונכון לייחד עדים בקדושין וגיטין מ"מ העיקר דלא נאמרו דברי רי"ף ורמב"ם אלא כגון עדות ממון ונפשות אבל דברים שתחלת עשייתן צריכין עדים אף על פי שאין מייחדים עדים מ"מ דעת הבעלים אינם אלא על הכשרים ולא כל כמינייהו דפסולים לבטל רצון הבעלים כו' וא"כ הכא אף על פי שהזמין הרב המסדר זה הפסול להצטרף לאו כל כמיניה להפסיד הקדושין שהחתן והכלה מיאנו בו ולא רצו שיהיו עליהם עדים זולת הכשרים כו' (והגם דהרא"ש שהקשה קושיא הנ"ל ע"כ דלית ליה הך סברא אך לדעת הרא"ש בלא"ה ניחא כמ"ש הב"ש סק"ח הנ"ל נמצא דממ"נ אין כאן חשש) ובלא"ה נ"ל כל עדות שהוא ע"י אנן סהדי א"צ דין עדות ולא יופסל ע"י צירוף פסולים וקרובים דהרי כל אנן סהדי פסולין וכשרים מצורפים אלא כל אנן סהדי לא צריך כלל וכמ"ש רמב"ם סוף הל' גירושין כו' ומסיים ע"כ אין כאן בית מיחוש מעיקר הדין להצריך לקדש שנית רק משום מהיות טוב עכ"ד ע"ש.

ועיין בתשו' חו"י סי' י"ט שאלה כזו ממש וכ' ג"כ דבחופה הנעשית לפני קהל ועדה סגי בשמיעה לחוד ואף אם לא השגיח שום אדם לראות מעשה הקדושין מ"מ קדושין גמורים הם כו' (ויובא בס"ק שאח"ז) אך מצד שהמסדר ייחד את הפסול וי"ל דנתבטל כל העדות בזה חוכך להחמיר להצריך קדושין שנית דאף דלדעת התו' והרא"ש אין חשש מ"מ הא הש"ך הכריע כהרמב"ם וסייעתו ולא יהא אלא ספק ושקול יש להחמיר בדבר שאפשר לתקן ומטעם זה אין לסמוך ג"כ בזה על דעת הרי"ף שהובא בש"ע שם ס"ב באם אין הרחוק יודע בקורבתו של זה עדות הרחוק כשירה אלא יש לחוש להחמיר כהיש מי שחולק שם ואף דהרמ"א ז"ל מסיים שם כיון שהעיד הפסול עמו בב"ד כבר כ' הש"ך דהיינו להי"א בסעיף א' אבל לסברא הראשונה ה"ה אפי' לא העיד כו' עכ"ד ע"ש (ומה דמסיים שם וז"ל והכי דעת תורה ודעת נוטה שאם יש עוד א' עם המסדר ששמע וראה א"צ קדושין אחרים משא"כ באפס זולת המסדר כו' עכ"ל והובא לקמן ס"ק כ"א הוא תמוה שזהו היפך ממ"ש לפני זה) ולע"ד בכה"ג שאין הרחוק יודע בקורבתו של זה פשוט דא"צ לחוש להחמיר לקדש שנית כי עיקר יסודו של החו"י בזה הוא ע"ד הש"ך שכ' דהיינו להי"א כו' וכבר חלקו עליו התומים ובנה"מ שם וכתבו דהרמ"א כ' זה לכ"ע ופשוט דיש לסמוך על זה בצירוף סברת הס' אבני מלואים ותשו' ח"ס הנ"ל):

כלומר החת"ס מכשיר את הקידושין מעיקר הדין. אך קשה מאד על דבריו, שהרי לשיטתו אין בי"ד בעולם יכול לפסול קידושין מחמת פסלות העדים, וזה לא שמענו מעולם, ובפרט במקום עיגונא לשחרר אישה מכבליה ששמענו כמה וכמה מקרים כאלה מגדולי הדורות. ולחומר הקושיא נראה שדברי חת"ס לא נאמרו במקום עיגונא אלא רק לעניין השאלה האם לחזור ולקדש לחומרא. ובחו"י שמובא כאן מצדד להחמיר למסקנה. באשר לטענת האנן סהדי של החת"ס, ראה בפרק הבא.

פסקים בדורנו ובבתי הדין בישראל ויחסם לדברי ה'חת"ס'

שו"ר במאמרו של הג"ר שאר ישוב הכהן, אב"ד חיפה, באתר מוסדות אריאל, "ביטול נישואיה של עגונה", שכתב בפשיטות שבכה"ג יש לבטל את הקידושין ולא חוששים לדברי חת"ס, ע"ש בכל מקורותיו.

ועוד כתב שם שהוא ובית דינו הכריעו לדינא כבר כמה פעמים לבטל את כל העדים מדין נמצא קאו"פ אם יש עד אחד פסול, ולהתירה בלא גט, וזה גם היכא שהחתן ייחד את העדים. וזה אפילו על עד מחלל שבת, שרבים מפוסקי זמננו סוברים שאינו פסול (כי לא ברור לו שעושה איסור), וקו"ח בנדון דידן שהוא פסול על עבירות שידועות לכל בר בי רב.

ועוד הביא שם מתשובת יביע אומר ח"ח אבהע"ז סי' ג סק"י, ומסכם זאת כך:

עיינן עוד שם, שהביא ביביע-אומר כל דברי הראשונים והאחרונים בבקיות נפלאה, בענין עדי קידושין שנמצא אחד מהם קרוב או פסול. והכריע בנידונו לסמוך על שיטות הרי"ף והעיטור, שאפילו המקדש בפסולי עדות דרבנן אין חוששים לקידושין. וביחוד דן הרבה בשיטת החתם-סופר (סי' ק) הנזכר לעיל, שאם עדי הקידושין פסולים, יתקיימו הקידושין בשאר הנוכחים במקום. והביא שו"ת דברי-מלכיאל ח"ד, שכתב שאע"פ שהנדע-ביהודה (מהדו"ת אה"ע סי' עו) צידד דבקידושין לא אמרינן סברא דנמצא אחד מהם קרוב או פסול, אולם כל הפוסקים חולקים על זה. עוד הביא שו"ת ברית-יעקב להשיג על דברי הבית-שמואל, ודעתו שעדים במעמד הקידושין דינם כהגדה בבית דין. ועי"ש שהכריע כדעת המהרשד"ם (סי' קעב) וכדעת שו"ת לחם-רב (סי' קו) ושו"ת דברי-ריבנות להקל לבטל הקידושין. והזכיר שם דברי האחיעזר (אה"ע סי' כה) שהעיר על דברי הב"ש שאין נראה כן מדברי הרשב"א בתשובה (ח"א סי' אלף קפט). ועוד הביא בשם הרבה אחרונים דהעיקר להקל, ולא כדברי הב"ש.

עוד האריך שם לדחות להלכה את שיטת קצות-החושן (לו,ו) וכן בספרו אבני-מילואים (מב,ו), דכל דמכוון על העדים, דעתו על הכשרים שבאותו מעמד; דאפילו הזמין הרב עד פסול, לאו כל כמיניה לבטל דעת החתן, שסומך רק על הכשרים שבאותו מעמד. וכתב על זה ביביע-אומר שם: "במחכ"ת נפלאתי מאד על דבריו, שהרי דעת כל רבותינו הראשונים, ומכללם התוספות והרא"ש והרמב"ן והרשב"א והר"ן, היפך דברי האבני-מילואים וקצות-החושן. וכן דעת כל גדולי האחרונים, ומכללם המהר"ם אלשקר והרדב"ז והמהר"י בי רב והמהרשד"ם והמהר"י אדרבי בשו"ת דברי-ריבנות והמהר"א הלוי בשו"ת זקן-אהרן". והוסיף, שנראה שהאבני-מילואים לא כתב כן (להחמיר) להלכה למעשה, והכריע על פי דעת רוב הראשונים והאחרונים, שקידושין שנמצא אחד משני עדים קרוב או פסול, הקדושין בטלים. וביחוד הדין כן אם ייחדו שני עדים, והיה אחד קרוב או פסול, שאין כאן קידושין כלל ועיקר.

ראוי לציין שבתשובה זו לא מדובר באיסור דאורייתא של אשת איש, אלא בספק ממזר, שספיקו מותר מן התורה, ובוודאי שיש לסמוך בזה על דברי רבותינו הראשונים והאחרונים להקל. אך לענ"ד נראה שאמנם יש לפסוק כן גם בדיננו. אמנם אנו דנים בהיתר עגונה, שהוא חשש איסור אשת-איש, אך אין זה דומה כלל לשאלות המצויות בנדון, כגון נישואים אזרחיים או קידושי רפורמים וכדומה, ששם יש לחזר אחרי גט. בנד"ד אין שום דרך להתיר אשה זו אפילו ע"י כפיית גט. על עיגון חמור כזה בוודאי

שיש לומר בלשון חז"ל: "משום עיגונא אקילו בה רבנן" (יבמות פח, א ועוד), ולצרף ענין זה של נמצא אחד מהם פסול, כסניף להיתר המבוסס על ענין 'מקח טעות' שהסברנו לעיל.

לאחר מכן הביא תשובת מגן ושמש להר"ש משאש אב"ד ירושלים, וסיים אותה כך:

ראיתי בספר מגן-ושמש (ח"ב סי' יעמ' רל"ג) מאת ידידנו הג"ר שלום משאש זצ"ל רבה של ירושלים, שכתב להתיר בכגון דא, בענין שהיה לפניו שהיה עד אחד פסול. והביא דברי החתם-סופר שהחמיר לקיים הקידושין באחרים שנכחו במעמד, אע"פ שייחד את הפסול להעיד. והביא דעת החולקים שהובאו באוצה"פ ס"ק ל"א בשם מהר"י וייל סי' ז, שכתב: "דכיון שייחדו עדים והם פסולים, פשיטא דלא היו קידושין, אע"ג דנעשו ברוב עם והיו שם עדים רבים (כשרים), דכיון שיחדו עדים א"כ היתה כוונתם שהעדים שייחדו אותם יהיו עדים ולא האחרים." וסמך דבריו על שיטת הרא"ש פ"ק דמכות בייחד עדים כשרים, שאין לפסול גם אם עמדו בשעת המלווה פסולים הרבה. והביא תשובת מהר"י ברונא סי' ל"ה, ודחה דברי הנאמן-שמואל, שרצה לומר דמוהרי"ו לא התירה לגמרי. והביא דברי בעל גבעות-עולם סי' יא, דוודאי מהר"י וייל התירה לשוק בלא גט, וכמו שהבינו מהריב"ל ומהרש"ך וכנה"ג, ושכ"כ מהר"א אלפנדרי סי' יד.

בהמשך התשובה דן במגן-ושמש שם בשיטות האחרונים בפירוש דברי הריב"ש שהביא הרמ"א (מב, ב), דאפי' ייחד עדים יכולים גם אחרים להעיד – דזה מיירי בעדים כשרים, אבל הזמין פסולים ודאי נתבטלה עדות הכשרים בצירופם. וכתב כן בשם מהרש"ך ח"א סי' כה ועוד. והביא דברי שב-יעקב סי' כא להצריכה גט, ומשיב-דבר ח"א סי' לא, דבטלה כל העדות, ובית-יצחק שמעלקיס סי' צט אות ח ועוד, עיי"ש...

להלכה הסיק שם רבה של ירושלים הג"ר שלום משאש זצ"ל להתיר במה שנוגע לממזרות, וכתב: "איך שיהיה, כל הפוסקים הנ"ל סוברים דביש עד אחד פסול וייחד עדים (כך היה המעשה שבא לפניו) שהעדות בטילה. וגם להמחמירים להצריך גט, אינו אלא משום חומרא בעלמא, כיון דאפשר לתקן. אך ודאי לענין ממזרות מעמידים הדבר עפ"י הדין, שאין כאן קידושין מעיקרו, וממילא אין בניס אלו ממזרים." וכתב (עמ' רלד) דגם החת"ס יודה דלעשות ממזרים כשיש בהם עד פסול וייחדו עדים, גם הוא יודה דאין עושים חומרא אלא קולא, ובזה יודה לכל הפוסקים דמבטלים העדות. עוד הביא שם מאוצה"פ את דברי המהר"ם שיק חו"מ סי' נז, שהחת"ס עצמו נהג לייחד עדים, ושכן כתב בערוך-השולחן סע' לא. ובאמת כך מנהג א"י, שרוב הרבנים מייחדים עדים, וכך ראיתי שנהג מורי ורבי הג"ר איסר זלמן מלצר זצ"ל בעל אבן-האזל, וכך אנו נוהגים בא"י על פי הוראות הרבנות הראשית...

ובאשר לדין נמצא קאו"פ כתב שם למסקנתו:

וגם אם נסבור כשיטת הראשונים, שסתם חתן, ובודאי רב, דעתו על עדים כשרים כדי לקיים הדבר (כך משתמעת שיטת רש"י ושיטת הרמב"ן) – עי' אבני-מילואים (סי' מב) שחילק בין דיני ממונות ונפשות לבין גיטין וקידושין, דאיש ואשה צריכים שניהם כוונה שיהיו הקידושין בעדים, והמקדש שלא בעדים לא היו קידושין כלל; וכל שמכוון לעדים, מסתמא דעתו על הכשרים, ותו לא מפסיל ע"י קרובים ופסולים. וכשיטה זו כתב בקצות-החושן שם, ועל פי זה החמיר החתם-סופר כמו שהזכרנו (ראה תשובתו אה"ע ח"א סי' ק) לסמוך על עדות האורחים. ודעתו, שאע"פ שהחתן הזמין עד שהיה קרוב ופסול – אפשר לסמוך על אחרים שהיו במקום. אך, אמנם, נראה, שגם לדעתו ראוי לזמן עדים;

ובזמננו כל רב מובהק המסדר קידושין, מייחד עדים ואומר לחתן לומר להם בקול רם "אתם עדי", וזה בא להוציא מן הכלל את כל הקהל חוץ מהם. ולכן, אם אחד משני העדים פסול, הויה עדות שבטלה וכו', ופשוט שכך יש לדון להלכה.

ומסיים בהבאת עוד תקדימים מכל גדולי הפוסקים בבתי הדין בארץ:

נזכיר עוד שיפה הביאה הטוענת לפנינו תקדימים שהיו בבית הדין בארץ והיו פה בעיה"ק חיפה פס"ד הגאונים הרב אבא רודנר זצ"ל, הרב יעקב רוזנטל שליט"א, והרב עזרא חמוי זצ"ל, שבקידושין כאלו האשה מותרת לכל אדם (פד"ר ח"א עמ' 22) וכן פסקו להלכה הגאונים הרב זלמן נחמיה גולדברג שליט"א, הרב עזרא בצרי שליט"א והרב אליהו עצור שליט"א (פד"ר חלק יט עמ' 129-229), וכך פשטה ההוראה בכל בתי הדין בארץ.

נציין שבהערה 1 שם מופיע:

הצעה לפסק דין בענין היתר עגונה, בתיק שהיה בדין בביה"ד הרבני האזורי בחיפה. פסק הדין הסופי בתיק זה, המתיר את העגונה, ניתן ע"י הראש"ל שלמה עמאר, הרב עזרא בר-שלום והרב ציון בוארון (שכתב את הפסק). ראו בנפרד בכרך זה.

עוד פסק כזה מופיע בבית הדין האזורי ב"ש, תיק 1-92507, די ניסן תשס"ט (ראה באתר דעת). הרב אליהו אברגיל האב"ד, כותב כך:

וברור שהמקדש בפסול עדות דאורייתא אינו קידושין, כן פסק השו"ע אהע"ז סימן מ"ב סעיף ה'. ובשו"ע חו"מ סימן ל"ד ס"א רשע פסול לעדות, איזהו רשע, כל שעובר עבירה שחייבים עליה מלקות ואצ"ל אם חייבים עליה מיתת בי"ד ולא שנא לתאבון ולא שנא להכעיס. ושם, בסעיף כ"ג, הפסול מן התורה שהעיד עדותו, בטלה, אעפ"י שלא הכריזו עליו בבתי כנסיות ובבתי מדרשות, ע"כ.

ואף דאולי יש עוד עדים כשרים באולם בשעת הקידושין ויש א"כ לכאורה שני עדים כשרים זה אינו דעיין להריטב"א לקידושין דף מ"ג ע"א, וז"ל: "וכל דאיכא במעשה הקידושין כשרים ופסולים וקרובים, צריך לייחד עדים כשרים לקידושין דאי לא כיון דאיכא נמי קרובים ופסולים בתבטלת גם עדות הכשרים" וכו', שגזירת הכתוב הוא, שאין קיום לקידושין בלא עדים, וכיוון שכן שיש צירוף פסולי עדות עימהם עדות, כולם בטלה, ע"כ.

וא"כ, בנידון דידן, הואיל והעדים פסולים ממה נפשך עדות כולם בטלה. ואם יחדו עדים, הרי נמצא אחד עדותם בטלה מהם פסול. ואם לא יחדו עדים, נמי בטלה כל עדות מדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

וכן פסקו בשו"ת יביע אומר חלק ח' אהע"ז סימן ג' אות ה' ובמשפטי עוזיאל אהע"ז סימן נ"ז, למה דחש החתם סופר בשו"ת אהע"ז סימן ק', דאם נמצא אחד העדים שפסול, תתקיים העדות בשאר הנוכחים דזה אינו והוא נגד הפוסקים הראשונים הריטב"א הנ"ל ורבנו ירוחם סימן ז' דפשיטה ליה דלא הוה קידושין, עיין שם.

ואף שני חבריו שם לא חלקו עליו אלא היכא שלא ייחדו את העדים. אבל כשייחד עדים גם הם הסכימו לדברי בעל יביע אומר הנ"ל.

וראה גם פס"ד של ביה"ד האזורי ת"א (הרבנים שאנן, בר-אור ושטסמן), תיק 10-373701, שתקצירו הובא בדף הדין והדיין, גליון 34, חשוון תשע"ד (אוקטובר 2013), תקציר 10 (באתר מרכז רקמ).
7

4. האם חיים ביחד הוּוּ כקידושין?

דברי ה'חת"ס'

מדברינו עד כאן עולה שבמקום עיגונא נראה שאפשר לבטל הקידושין שתצא בלא גט. אמנם החת"ס שהבאנו בסוף הפרק הקודם כתב:

דמצד שלא היו כאן ב' עדים כשרים שראו מעשה הקדושין פשוט יותר מביעא בכותחא דא"צ לקדש שנית כיון שיש ידיעה גמורה וברורה כזו שנכנסה לחופה והיו שם רבנים מסדר קדושין ומברכין ויצאו מהחופה בחזקת נשואה ועדיין הוא כן בלי פקפוק וערעור פשיטא אנן סהדי וכולנו עדי מסירת הקדושין כדין והאריך שם בדברי הריב"ש סי' תע"ט (שהובא קצת לעיל סי' ל"ז ס"ז בהגה) ובדברי תה"ד סי' ר"ז (שהובא לקמן סי' מ"ה ס"א בהג"ה ובב"ש שם ס"ק י"ב) וגם בדברי תשו' הרשב"א סי' תש"פ וסי' אלף קע"ט (שהובא בהגה דסעיף זה ועמש"ל ס"ק י"ב) ומסיים דזה פשוט דאשה זו וכיוצא בה מתקדשת ע"פ עדות כל העומדים שם במזמוטי חתן וכלה.

ועוד הוסיף שהיכא שהעדות היא באנן סהדי, אין דין נמצא קאו"פ שאל"כ לא מצאנו אנן סהדי בשום מקום, ע"ש.

אך סברא זו אינה פשוטה כלל ועיקר. ראשית, שאר העדים לא ראו את נתינת הטבעת, וראינו למעלה שנראה כי זה מעכב בעדות הקידושין. ומנלן שיש בקהל עדים כשרים (לא שושבינים, קרובים ופסולים) שראו את נתינת הטבעת ממש? הרי למעלה ראינו בשו"ע שלא מועילות אומדנות לזה, וכך הבאנו מהנוב"י ורעק"א ועוד. שנית, אם החתן והכלה התכוונו להתקדש בעדים אלו שייחדום, אם כן – אין כוונתם להתקדש בהך אנן סהדי. והוי כאילו ייחדו את העדים והוציאו את האנן סהדי. שאל"כ כל קידושין בפני עדים פסולים או אפילו בלא עדים כלל הוּוּ קידושין מחמת האנן סהדי ואין מקום לפסול כלל קידושין בגלל פסול של עדים, ואת זה לא שמענו מעולם. וזה גרע ממקדש בלא עדים כלל, שהרי שם ייתכן שהעולם יהיה העדים באנן סהדי. אבל כאן כשייחד את העדים הרי התכוין שאלו יהיו עדי הקידושין ולא האנן סהדי בעלמא.

האם ביאה שאחר כך היא במקום קידושין בעדים?

בתשובת ושב הכהן סימן ל (וראה גם בספרו תורת יקותיאל בתשובות שבסוף הספר סימן א) כתב לסמוך על שיטת הרא"ה שהובאה בשיטה מקובצת כתובות עג ע"א:

ואע"פ שבמקדש בלא עדים אין חוששין לקידושין, הכא כיון דהויא מילתא דכולי עלמא יודעים בה, כ"ע סהדי.

וכן הובא בשיטה מקובצת דברי הריב"ש המביא דעת הרא"ה. ועי' בנמוק"י יבמות פח, ע"א:

והריב"א ז"ל משבח דברי רבנו הרא"ה וכו', ופרסום כזה נחשב בכל מקום כעדות גמורה, ואפילו מדאורייתא.

הדברים הובאו בפס"ד של הגר"א גולדשמיט (פס"ד בית הדין הרבני הגדול, כרך ו), ושם הביא גם את תשובת הרא"ם ח"א סימן צד (הוצ' ירושלים סימן צו) שאשת הצדוקי היא אשת איש, והבא עליה חייב משום אשת איש, שאע"פ שנתקדשה לבעלה לא היה אלא בפסולי עדות דאורייתא, מ"מ כל העולם הם עדי ביאה וכו', א"כ

הוה ליה כאילו נתקדשה בפנינו וכו'. עיי"ש עוד מ"ש דעת תשובת דרכי-נועם סימן מו "בלי שום אמירה והודעה וכו' "ומה שדייק בלשון ביאור הגר"א סימן כו סק"ג על דברי השו"ע, "ואפילו אם ייחדה לו", "וכתב הגר"א: ר"ל כיון שידוע שבא עליה הוי כעדים". וכן מסתברים דברי בעל תרומת הדשן סי' רז ומפורש לבעל גינת ורדים בספרו גן המלך סימן טז: "דמי שמייחד אשה בביתו והדבר מפורסם, דחשוב ליה כאילו הן הן עדי ייחוד הן הן עדי ביאה". אמנם כידוע הריב"ש בסי' ו חלק על הרא"ה בזה וכתב שכן דעת רוב הפוסקים (אך ראה מש"כ על כך בושב הכהן שם), ועיי"ש בפס"ד שהביא גם פוסקים שחולקים בזה.

אך נראה שכל זה לא נגע לנדון דידן גם לשיטת הרא"ה ודעימיה, שהרי שם מדובר שקידשה בביאה, ואילו אצלנו ברור שהתכוין לקדשה במסירת הטבעת בפני עדים, ולכן לא תועיל הביאה שאח"כ גם אם אן סהדי שבא עליה. דאל"כ ביטלת תורת קידושין מן העולם, וכל הנושא בלי קידושין חשיב גם כמקדש. וזהו מה דקי"ל על דעת קידושין הראשונים הוא בועל (ראה כתובות עג ע"ב וברמ"א אבהע"ז סוס"י לא, וכן בשו"ע שם סי' קמט ס"ג). ואף שלפי הרא"ה שכתב שאף אשת צדוקי חשיבא כמקודשת לו אף שקידש בשני פסולים, וזה נראה לא כדברינו, הרי שבוודאי במקום עיגונא לא נחשוש לדעות מיעוט תמוהות כאלו.

ובתשובת הרב שאר ישוב הכהן הנ"ל סוף הפרק הקודם סיכם את דברי הר"ש משאש בזה כך:

אמנם צ"ע עוד בענין מה שדרו אח"כ זמן מה כאיש ואשתו. נראה לומר שהלא סברו בטעותם שהיו קידושין, ולכאורה אינו כלום מה שדרו אח"כ כאיש ואשתו, שעל דעת קידושין הראשונים הוא בועל, כמפורש בכתובות עג, א ונפסק ברמ"א סוף סי' לא. ועיי"ש בשו"ע אה"ע קמט, ג. והלא הוא אינו יודע שלא היו הקידושין עפ"י דין, ולכן ודאי לא התכוון לקדשה בביאה, ואין לחשוש לזה (עיי' באגר"מ אה"ע עמ' קמט שהאריך בזה).

5. סברת אדעתא דהכי

לסיום הדברים נציע עוד סניף להיתר האישה, שמכיון שהוא מחזיקה מסורבת גט, אזי אדעתא דהכי (שימאן לתת לה גט ויחזיקה עגונה) לא נתקדשה לו. הן אמנם שסברא זו קשה להתיר מכוחה לבד, אכתי חזיא להצטרף כסניף להיתר.

בפס"ד קודם של חד מינן (מ"א, עם הרבנים ביגמן וא"ד לוי) הוכחנו באורך שבסוגיית ב"ק קי נראה להדיא שאכן אומרים כסברא זו גם בקידושין. אמנם הגמרא שם אומרת שלמעשה לא אומרים כן מחמת חזקת טב למיתב, שניחא לה להתקדש גם אם הדבר כרוך במחירים קשים. אבל בפס"ד שם ראינו כמה וכמה מקרים ומקורות שבכל זאת מבטלים את הקידושין מכוח סברא זו. עוד עמדנו שם על כך שבימינו ודאי דעת הנשים גבוהה יותר, ואינן מוכנות להינשא לכל אחד. לכן בימינו נראה מסברא שאישה לא מוכנה להתקדש לאדם שיחזיקה כעגונה וכאלמנה בחייה.

כמובן שצ"ע עד היכן אומרים את הסברא הזאת, שכן לפי זה יכולה אישה תמיד לכפות גט על בעלה. אבל נראה שבמקום בו דעת כל אישה סבירה היא כזאת, שפיר אפשר לומר כן. וסתם נשים בימינו ודאי לא מוכנות להיות מוחזקות כשבביות, ואדעתא דהכי לא התקדשו.

הבאנו שם כמה וכמה מקורות לביטול מחמת "אדעתא דהכי", ולא נמנה אותם הכא כי רוכלא. כאן נביא רק את דברי שו"ת **שואל ומשיב** מהדו"ק ח"ג סי' ק, שדן בחתן שקידש אישה כשהוא יושב בכלא, וכתב:

ולפ"ז הרי אמרו בב"ק דף ק"י אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קידשה עצמה ומשני התם אנן סהדי דניחא לה בכל דהו דאמר ר"ל טב למיתב טן דו וכו' ולפ"ז רואה אני הדברים קל וחומר ומה התם שלבעלה הראשון נתקדשה באמת רק ליבם שהוא מוכה שחין רצה לומר דתיפוק בלא חליצה אי לאו דטב למיתב טן דו מכל שכן דלבעלה שכבר יושב בבית האסורים ומוכתב למלכות מי יודע מה יהיה בסופו וטן דו וודאי לא שייך שאי אפשר לה לישא אותו פשיטא דאדעתא דהכי לא רצתה להתקדש ואין לך מום גדול מזה ובודאי לא עלה על דעתה שתתקדש בזה ואין הקידושין קידושין כלל כנלפע"ד ברור דאין בזה חשש קידושין ואף שבתוס' כתובות מ"ז ע"ב ובב"ק שם יש הרבה עקולי ופשוטי בזה אבל בני"ד וודאי כ"ע מודים ועיין מל"מ פ"ו מזכיה.

אמנם דבריו לא עוסקים בביטול קידושין מסברת אדעתא דהכי, אלא בשאלה האם מעיקרא מעשה הקידושין היה לרצונה (שכן מדובר שם בבעל שקידשה כשהוא כבר יושב בכלא בעת הקידושין, והשאלה האם היא התרצתה לו). אבל בכל אופן חזינן שחזקת טב למיתב לא שייכת במקרה שהאישה לא מרוויחה מבעלה טן דו, ובכה"ג אינה רוצה להתקדש לו. אם כן, גם אם זה קורה אחרי הקידושין יש לדון לבטל את הקידושין.

עוד ראינו שם שלגבי בעל מוכה שחין (לחלק מהראשונים) וכן לגבי בעל שהמיר (לחלק מהראשונים) יש סברת אדעתא דהכי לבטל קידושין שכבר חלו. אם כן, אפשר שגם סרבנות גט דיה ליצור אומדנא דאדעתא דהכי לא נתקדשה לו. ואף דיש לחלק בקל, בכל זאת די לנו בזה כדי לצרף את הסניף הזה להתיר את האישה מכבלי עגינותה, בנוסף לכל אופני ההיתר שפורטו עד כאן.

דין הוולד

כאמור, האישה נושאת כעת וולד ברחמה, שלדבריה אינו מהבעל. אמנם יש לדון כאן בחזקה דרוב בעילות אחר הבעל היכא שבאופן מובהק אינם בקשר והבעל בחו"ל, אך בר מן דין כל הספיקות שהעלינו לביטול הקידושין

והיתר האישה, גם אם יש בהם לעורר אך ספק בעלמא לגבי האישה הרי שלגבי הוולד זה ספק ממזר שאינו ממזר מה"ת (אלא דרבנן עשו מעלה ביוחסין לפסלו). ובנוסף לחזקת רוב בעילות אחר הבעל יש לצדד דהוי ספק ספיקא. ומכיון שכאן התרנו את האישה לשוק ולא הוי סתם ספק, נראה פשוט שלעניין הוולד הוא כשר אף מדרבנן לבוא בקהל גם בלא החזקה דרוב בעילות אחר הבעל.

פסק דין

הכרענו פה אחד שהקידושין הנדונים כאן בטלים, והאישה מותרת לשוק ואינה צריכה גט. היא מותרת לבועל, והוולד שכעת ברחמה כשר אף הוא לבוא בקהל.

חתימות הדיינים

דיין

דיין

אב"ד