ב"ה

תיק 918758/2

בבית הדין הרבני האזורי אשקלון

לפני כבוד הדיינים:

הרב דוד דב לבנון – אב"ד, הרב צבי בירנבאום, הרב יעקב מ' שטיינהויז

המבקשת: ש'

המבקש: פלוני

הנדון:מעמד ילדי אישה שנישאה בקווקז וחייתה עם אחר בלא גט

פסק דין

לפנינו נדון ייחוס המבקשת ש', מיהו אביה והאם כשרה לבוא בקהל.

הרקע והעובדות

מעיון בחומר שבתיק ומשמיעת ההורים עולה כי אֵם המבקשת, הגב' י', התחתנה עם ב' בעיר קוקנד שבאוזבקיסטן בשנת 1984. הם נפרדו ועלו ארצה, הבעל נעלם וסירב לתת גט תקופה ארוכה עד שאותר ונתן את הגט בשנת 2008. בינתיים, האישה הנ"ל חייתה עם גבר אחר בשם א', וילדה לו שני ילדים לפני מתן הגט. לאחר הגט נולד ילד שלישי. שניהם הצהירו על כך שא' הוא אביהם של שלושת הילדים: ש', ז', א'.

לאור כל זאת, עלתה שאלת כשרות שני הילדים הראשונים הנ"ל,שנולדו לפני הגט, לבוא בקהל.

ביה"ד שסידר את הגט כבר חקר את האישה ואתבעלה הראשון האם הם התקדשו כדת משה וישראל עם רב בחופה וקידושין או שהיו נשואים רק אזרחית (בזאקס), והם אמרו דברים הסותרים זה את זה. ביה"ד התרשם שהייתה הודאה שהייתה חופה, אולם כאשר הם נחקרו על מעשה הקידושין עלו ספיקות שונים בכשרות הקידושין.

דיון והכרעה

לאחר העיון בחומר שבתיק ביה"ד פוסק ששלושת הילדים הנ"ל הם ילדיהם של י' וא' הנ"ל, והם כשרים לבוא בקהל.

יצוין בזה, שביה"ד בעבר כבר פסק לקולא במקרה דומה. כן העלינו שאלה זו עצמה לפני כבוד הגאון הרב בנימין בארי שליט"א שהיה אב"ד אשקלון כשאם המבקשת התדיינה בביה"ד, הוא שחקר את הצדדים הנ"ל–אם המבקשת ובעלה הראשון– וסידר להם את הגט. הוא גם חקר מקרים רבים של נישואין באזור הנ"ל בקווקז ומצא שקשה לסמוך על קידושין שלהם כפי שיבואר להלן, ושלח לביה"ד נימוקים להיתר.

**להלן הנימוקים להיתר.**

אין עדים על קידושין, רק שויא אנפשיה

במקרה דנן אין עדים על הקידושין, וכל מה שאנו יודעים הוא רק מתוך דבריהם, והם נאמנים לאסור את עצמם מדין "שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא", אולם ביחס לילדים - הם אינם נאמנים, וכפי שהגמ' בקידושין דף ס"ו אומרת,שפסולו של ממזר הוא על פי שני עדים.

בנוסף לכך, הם לא אמרו דברים ברורים על מעשה הקידושין, ויש לנו ספק אם יש כאן "שויא אנפשיה". ואעפ"כ מפני חומר איסור אשת איש סידר להם ביה"ד,בזמנו, גט פיטורין.

אומנם לכאורה הם הוחזקו כנשואים, אולם אין חזקה לנישואין כדת משה וישראל, אלא אפשר שנישאו כפי המקובל בחו"ל, בנישואין אזרחיים.גם המסמכים המעידים שהיא נשואה מתייחסים רק לנישואין האזרחיים.

גם במקרים שהאישה מציגה "כתובה" עינינו הרואות שאי אפשר ללמוד ממנה דבר: בדרך כלל לא ידעו למלא אותה, אין בה עדות על נישואין, וגם אין אנו יודעים מתי נכתבה וייתכן מאד שהיא נכתבה בביתו של עורך הקידושין עוד לפני שהתחיל הטקס. והנה גמרא מפורשת היאבגיטין דף פט ע"א שאפי' התאספו לחתונה והיו נרות דולקות ונשים אומרות פלונית מתקדשת היום אין בכך כלום ואפי' קול לא הוי, וכן נפסק בשו"עאה"ע סימן מ"ו, וז"ל הגמ' שם:

לא ששמעו קול הברה, אלא כדי שיהו נרות דולקות ומטות מוצעות, ובני אדם נכנסין ויוצאין ואומרים פלונית מתקדשת היום. מתקדשת, ודלמא לא אקדשה! אימא: פלונית נתקדשה היום.

והרי ק"ו הוא, אם התאספות אנשים לחופה ונרות דולקות אין בה כלום, הרי כתובה שנכתבה כפי שאנו רואים בעליל ע"י עם הארץ שברובה ריקה ואין לנו שום ידיעה מהי משמעותה ומתי נכתבה בוודאי שאין בה כלום.

רוב היהודים נישאים בחופה וקידושין אינו רוב

אומנם לכאורה היה מקום לומר שאין צורך בעדות על הקידושין, כי אפשר לקבוע שהיו נישואין כדת משה וישראל מכוח רוב. הרי ברור לנו גם מהמסמכיםשהאמא הייתה נשואה בעבר, וכל הספק הוא האם הייתה נשואה כדת משה וישראל או שמא רק בנישואין אזרחיים, והואיל ולפי הידוע לנו, וזוהי גם התרשמותנו מהרבה מקרים שהובאו לפנינו, שרוב היהודים במקומות אלו לא הסתפקו בזאקס אלא גם עשו חופה, א"כ הרי הרוב הזה קובע שנישאו כדת משה וישראל.

אולם נראה שגם אם נכון הדבר שברוב הנישואין שנעשו ברוסיה האסיאתית נערכה חופה,עדיין, כפי שנברר להלן,להרבה שיטות אין זה רוב כי זהו רובא דתליא במעשה. ונרחיב מעט:

בגמ' בכורות כ. מבואר שרובא דתליא במעשה אינו רוב, ולכן אין לומר רוב בהמותמתעברות ויולדות. כך גם נפסק להלכה. גם בענייננו הרי זה רובא דתליא במעשה כי אנחנו צריכים לקבוע ע"פ רוב שהם הלכו ל"כלי קודש" שיערוך להם חופה.

אומנם דנו הפוסקים אם רובא דתליא במעשה מדאורייתא אינו רוב או רק מדרבנן (ועי' ב"הגהות וחידושים" בסוף בכורות מהדורת נהרדעא מה שהביא בשם מהרש"ם), אמנם דעת הרבה פוסקים שמדאורייתא אינו רוב. בשדי חמד חלק ה' עמוד 297 דן בזה והוא מביא שלדעת ר"ת אינו רוב מדאורייתא. רע"א בשו"ת סימן קס"ב כותב שמפשטות דברי הרשב"א משמע שזה מדרבנן אבל נוקט שלדעת הרמב"ם והרי"ף מדאורייתא אין זה רוב. גם פשטות דברי הרמב"ן בה' בכורות שמדאורייתא אינו רוב. הפנ"י כתובות כ"ג סובר שמדאורייתא אינו רוב. ועי' בשו"ת שואל ומשיב מהדורה א' ח"א סימן ז' שמרחיב הרבה בעניין זה ומיישב כמה מקומות שמהם משמע שגם רובא דתליא במעשה הוא רוב ולדבריו נידון דידן בוודאי דינו כרובא דתליא במעשה.

עולה מכל הנ"ל שדעת הרבה פוסקים ראשונים ואחרונים שרובא דתליא במעשה אינו רוב אפי' מדאורייתא.

גם לדעת הסוברים שמדאורייתא גם רובא דתליא במעשה הוא רוב ורק מדרבנן אינו רוב אכתי יש להסתפק, שלעניין ממזרותמכיוון שבכל מקרה הוא ספק ממזר בגלל הספקות בקידושין שנעשו ע"י עם הארץ וכמו שנבאר לקמן,א"כ כל הפסול הוא רק מדרבנן ומדרבנן לכולי עלמא אין כאן רוב (ויש לומר עוד שגם לשיטות שמדאורייתא הוי רוב מכל מקום בנדון דנן הוי ספק קידושין מכיוון שמדאורייתא יש להעמידה בחזקת פנויה, וסברה אחרונה זו צריכה עיון יותר מעמיק). עולה מן הנ"ל שמעיקר הדין הואיל ויש לנו ספק האם נעשו בכלל קידושין כדת משה וישראל יש להעמיד את האם בחזקת פנויה.

ולעניין זה אין לומר שיש כאן "איתרע חזקתיה", ולכן אין להעמידה בחזקת פנויה כי "איתרע" נחשב אם ידוע שהתחיל המעשה וספק אם נגמר (עיין תוס' כתובות דף כ"ג. ד"ה תרווייהו, ולהלן נרחיב יותר בגדר איתרע), אבל כאן הספק הוא שמא לא היה בכלל מעשה קידושין, ופשוט שמה שאנחנו יודעים שהיו נישואין אזרחיים אין זה נחשב כאיתרע לגבי קידושין כדת משה וישראל, ואע"פ שלגבי האישה עצמה יש מקום להחמיר מספק שהרי "שויא אנפשה" שהיו קידושין, מ"מ לגבי הילדים אינם נאמנים לאסרם בהעדר עדות על הקידושין.

הספיקות בקידושין שנערכו בשנים אלו בקווקז

את הדברים הבאים כתב לנו הגאון הרב בנימין בארי שליט"א, ולחיבת הקודש ולתועלת הדיינים הבאנו את דבריו:

ברוסיה האסיאתית, להבדיל מרוסיה האירופית, נהגוהיהודים הספרדייםגם תחת המשטר הקומוניסטי לעשות בנוסף לנישואין האזרחיים (ובלשונם "זאקס") גם נישואין בחופה כמנהג ישראל. מובן מאליו שאם היו נישואין כדת וכדין והם לא התגרשו כדת משה וישראל יש חשש של ממזרות, ועל בי"ד לבדוק בכל מקרה ומקרה לגופו אם יש במקרה שהגיע לפניו פתח של היתר, אולם כפי הידוע לנו, בהרבה מדינות ברוסיה האסיאתית נערכו הקידושין ע"י עמי הארץ שלא ידעו הלכות קידושין כי הם לא למדו מעולם הלכות קידושין. אם לפחות היו מקבלים את ידיעותיהם מפי אנשים בני תורה שלמדו במקום מסודר הייתה חזקה שידעו לעשות נישואין כהלכתם, אבל הצרה היא שגם ה"רבנים" שלהם שהיו עורכי קידושין מבוגרים יותר אף הם לא למדו בתלמודי תורה ובישיבות שהרי לא היו תחת המשטר הקומוניסטי שהשתלט על כל המדינות האלה בשנת 1917 בתי ספר יהודיים ובוודאי לא תלמודי תורה ולא ישיבות, וה"רבנים" שלהם היו בגדר של טופח שלא על מנת להטפיח.

הדברים המראים בצורה ברורה את "עם הארצות" שלהם הן ה"כתובות" שהוצגו לפנינו פעמים רבות, ובדרך כלל ניכר היה שנכתבו ע"י אנשים שלא הבינו בכלל מה הם כותבים.

למרבה הצערהם בכלל לא ידעו לעשות גיטין,ובדרך כללהגיטין שהוצגו לפנינו היו בגדר חספא בעלמא.

אולם יש להדגיש דבר חשוב מאד. לאור מה שבדקנו וחקרנו, אי אפשר לראות את כל מדינות רוסיה האסיאתית כמכלול אחד. יש ערים שעדיין שרדו בהם רבנים מהדור הישן, ועורכי הקידושין הצעירים יותר למדו מהם (כגון טשקנט או בוכרה שבמדינת אוזבקיסטן), ובהם "עם הארצות" הייתה קטנה יותר (אם כי גם במדינות אלה רבים מאד מעורכי הקידושין לא היו מודעים לפסול של קרובים),ויש מדינות כדוגמת מדינות הקווקז שבהם עורכי הקידושין היו אנשים שלא קרו ולא שנו וגם לא היה להם ממי ללמוד. ולכן בהגיע לפני בי"ד שאלהשל כשרות לבוא בקהל עליו לחקור היטב ולקבל עדויות על טיב הקידושין ועל ידי מי נעשו.

דינם של קידושי ספק

יש לברר האם בספק קידושין מעמידים על חזקת פנויה או שמאמצד חומרת אשת איש לא מוקמינן אחזקה.

והנה בגמ' כתובות דף כב עמוד ב

תנו רבנן: שנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה - הרי זו לא תנשא, ואם נשאת - לא תצא; שנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה - הרי זו לא תנשא, ואם נשאת - תצא. מאי שנא רישא, ומאי שנא סיפא?

ולכאורה מכאן נראה שלא מעמידים את האישה בחזקת פנויה. אמנם התוס' דף כג עמוד א בד"ה מאי שנא הקשו, וז"ל:

מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא - ואם תאמר שנא ושנא דרישא אית לן לאוקמה בחזקת פנויה וסיפא בחזקת אשת איש? ויש לומר דברישא אף על גב דאית לן לאוקמה בחזקת פנויה מ"מ תרי ותרי ספיקא דרבנן היא כדמוכח בפרק ד' אחין (יבמות דף לא. ושם) והוה לן למימר תצא מדרבנן.

הרי מפורש בתוס' שאם אין ספקאשל תרי ותרי מוקמינן על חזקת פנויה. גם ראשונים אחרים באותה סוגיה תמהו על הגמ' מהי השאלה 'מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא?' והרי בספק התקדשה יש חזקת פנויה. יש שתרצו כתוס' ויש שתרצו אחרת, אבל מדברי כולם עולה שאם אין ספקא דתרי ותרי ואין איתרע מעמידים על חזקת פנויה.

יש לציין עוד שהנההגמ' קידושין דף ה ע"ב בדין נתן הוא ואמרה היא מסיקה"ספקא היא וחיישינן מדרבנן", והר"ן (דף ב' ע"ב בדפי הרי"ף בסוף העמוד) כתב'דאית לן לאוקמי אחזקה, אלא מצד חומרא דערוה אסרוה רבנן', ומשמע שמדרבנן לא מוקמינן אחזקה. אמנם יש שפרשו את טעמו של הר"ןמשום דאיתרע חזקתיה, ויש שאמרו שהטעם הוא משום דהוי ספקא דדינא, עיין שו"ת רע"אח"א סימן ל"ז, וכן בשערי יושר ש"ב פ"ט, ומכל מקום גם אם דברי הר"ן קאי על כל ספק קידושין הרי מפורש בדבריו שמדאורייתא מוקמינן אחזקה.

לפי מה שכתבנו לעילשבנדון דנן יש ספק בקידושין מעיקר הדין יש להעמידה בחזקת פנויה.

ספק קידושין במקום דאיתרע החזקה

אם היה לנו ברור ע"פ עדים שהייתה חופה (דבר שלא קרה!) וכל הספק הוא האם נעשו קידושין כהלכתם, לכאורה אי אפשר היה להעמיד על חזקה שהרי יש כאן איתרע חזקתיה, ובמקום דאיתרע חזקתיה לא מוקמינן אחזקה.

יסוד זה נאמר בתוס' כתובות כ"ג. בד"ה תרוייהו שם נאמר שאם זרק לה קידושין וע"א אומר קרוב לה וע"א אומר קרוב לה לכתחילה לא תנשא, וכן נפסק בשו"ע אבן העזר סימן מ"ז ס"ג.

אלא שעדיין יש לברר האם ב"איתרע" לא מוקמינן אחזקה מדאורייתא או מדרבנן. מהתוס' הנ"ל מוכח שזהו מדרבנן, כי תוס' קאי על הברייתא שבה נאמר שלא תינשא לכתחילה ואם נישאת לא תצא והעמידוה בספק קרוב לו או קרוב לה "דכיוון בוודאי זרק לה הקידושין לית לן למימר אוקמא אחזקתה להתירה לכתחילה", ואמרו"לכתחילה" שהרי בברייתא נאמר שאם נישאת לא תצא,ואם כן הרי מגופא דברייתא מוכחשרק לכתחילה אי אפשר לסמוך עלהחזקה אבל מדאורייתא סומכים על חזקה זו אפי' איתרע. וכן מבואר בתוס' הרא"ש שבכהאי גוונא הוי ספיקא מדרבנן(ובאמת כך מפורש ביבמות דף לא ע"א שבא' אומר קרוב לה וא' אומר קרוב לו הוי ספיקא מדרבנן, ולא ברור לי למה מציינים כולם את התוס' כמקור ליסוד של איתרע כשהדברים מפורשים בגמ', ובגמ' זאת מפורש שמדאורייתא מוקמינן אחזקה). גם באוצה"פ סימן מז מביא בשםכמה פוסקים שמדאורייתא יש חזקת פנויה.

אך עיין בבית הלוי חלק גסימן טז שמביא בשם מהרי"ט שבאיתרע גם מדאורייתא אין חזקה, ודן בכך גם הפני יהושע גיטין כח ובקונטרס אחרון קידושין סימן ט'. ועי' שב שמעתתא (שער ו פרק יח) שמקשה על מהרי"ט ופשיטא ליה שמדאורייתא יש חזקה, כי אין לחלק בדאורייתא בין לכתחילה ובין דיעבד, ומכל מקום חזינן שדעת רוב הפוסקים שמדאורייתא יש חזקה גם באיתרע.

אמנם יש מקום לומר שאפילו לשיטות שבאיתרע אין חזקה מדאורייתא, יתכן מאוד שבנידון דידן אין איתרע. כי יש לומר שאיתרע מיקרי כשהתחיל מעשה קידושין ואם היה מגיע לסיומו היה נגמר כהלכתו רק שקרתה תקלה ונפל קרוב לו ולא הגיע המעשה לתכליתו. וכן במקרה השני של תוס' שהיו מיטות מוצעות ונרות דולקות עמדו לעשות מעשה קידושין ורק אנו מסתפקים שמא נעצר המעשה באמצע, ובזה יש גם סברה גדולה לומר שאין להעמידה על חזקתה כי לפי מהלכן הרגיל של המאורעות הייתה צריכה להתקדש, אבל בנידון דידן הספק הוא שהם אינם יודעים לסדר קידושין כהלכתם,ונמצא שלצד זה לא התחיל אפי' מעשה קידושין וגם לא עמדו לכך, וממילא אין כאן איתרע. סברה דומה מצאתי באוצה"פסימן מז עמוד 64 בשם נפש חיה שאם מחולקים אם הייתה האמירה קודם הנתינה או לאחריה אין זה איתרע, ובנידון דידן עדיפא מיניה. אמנם אפילו אם ננקוט שיש כאן איתרע, הרי לדעת רוב הפוסקים מדאורייתא מוקמינן אחזקה.

מה הדין כשיש ספק ספקא

והנה אם היה כאן רק ספק אחד בזה היה מקום להסתפק שהואיל ויש מקום לומר שאיתרע חזקתיהאי אפשר להעמיד על חזקת פנויה, אבל כשיש ספק ספקא להתיר ואין חזקת איסור בוודאי שמעמידים על חזקת פנויה, שהרי אפי' במקום שיש חזקת איסור כתב הש"ך שאם יש שלושה ספקות להתיר מקילים,וקל וחומר כאן שאין חזקת איסור. ועיין ביביע אומר חלק ו חלק אה"ע סימן ו מביא הרבה פוסקים שאם יש ספק ספיקא בקידושין מעמידים על חזקת פנויה, ושם כותב להלכה שגם אם הספקות הם בגלל "פלוגתא דרבוותא" ג"כ נחשב ספק ספיקא ולא כפי מי שסובר שאם יש מחלוקת הפוסקים גם מצדדים שונים אין זה נחשב כספק ספיקא, ושם הוא פוסק שאפילו אם הספק ספיקא אינו מתהפך נקטינן להלכה דהוי ספק ספיקא.

בנידון דידן כפי שבררנו יש כאן כמה ספקות. הן ספקות במציאות על העדים ועל מעשה הקידושין, והן בגלל מחלוקות הפוסקים, ורובם של הספקות מתהפכים.

נציין את הספקות המרכזיים.

1. הספק הראשון הוא אם בכלל היו כאן קידושין.
2. ספק גדול נוסף אם היו עדים כשרים, וכפי שהרחבנו לעיל ידוע לנו שעורכי הקידושין לא היו מודעים לצורך בעדים שאינם קרובים, ולא ידעו על הצורך לייחד עדים כשרים.
3. גם אם היו עדים שאינם קרובים יש ספק שמא היו רשעים.כתבתי לעיל שלענ"ד קשה לראות כל מחלל שבת במציאות של הימים ההם והמקום ההוא כפסול לעדות, אבל בכל זאת יש כאן סניף נוסף לקולא.
4. ספק נוסף האם הטבעת הייתה של החתן או שניתנה כבר לאישה קודם לכן בזאקס.
5. כפי שכתבנו לעיל יש ספקות נוספים במעשה הקידושין.

עולה מכל הנ"ל שגם אם נחמיר בספק אחד ולא נעמיד בחזקת פנויה הרי אין להחמיר בספק ספקא, ואפילו אם נחמיר לגבי האישה ונחייבה בגט בגלל חומרא של אשת איש, במה שנוגע לעניין הילדים בוודאי אין להחמיר, כי מדאורייתא ספק ממזר מותר והאיסור הוא רק מדרבנן, והן מפני שאין לך עיגון גדול מזה.

מסקנת הדברים

עולה מכל הנ"ל שכאשר מדובר בקידושין שנעשו ע"י עם הארץ יש לנו בסיס להתיר את הילדים לבוא בקהל, לא מיבעיא במקום שאין לנו עדות שהייתה חופה, אלא אפילו במקום שברור שהייתה חופה, מכל מקום בגלל הספקות שנופלים בקידושין יש מקום להתיר את הילדים לבוא בקהל.

לאור כל זאת אנו פוסקים שהילדים ש'וז' כשרים לבוא בקהל ולהינשא כדת משה וישראל. וכמובן הבן א' שנולד לאחר הגט.

**הערהחשובה:כלדברינולהתיראמוריםלענייןחששממזרות, אבלאיןללמודמהדבריםהנ"לשישלהתיראתהאישהלהינשאועלכךישלדוןבנפרד.**

ניתן לפרסם פסק דין זה לאחר השמטת פרטים מזהים.

ניתן ביום י"ד בשבט התשע"ח (30/01/2018).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
| הרב דוד דב לבנון – אב"ד | הרב צבי בירנבאום | הרב יעקב מ' שטיינהויז |