|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית דין רבני אזורי בפתח תקווה** | | |
|  | | |
| קביעת מעמד אישי | | 8 מרץ 2016 751549-3 |
|  | | |
| **הדיינים** | 1. הרב יגאל לרר - אב"ד 2. הרב מנחם האגר 3. הרב דוד בר שלטון | |
|  | | |
| **המבקש** | פלוני ע"י עו"ד עביר אלנקיב | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **המשיבה** | פלונית ע"י עו"ד עידית פוליבודה | |

**פסק דין**

הנדון: קביעת מעמד אישי לבני זוג ששבו לחיים משותפים לאחר גירושיהם ולילדי האישה

הצדדים היו נשואים בראשונה לבני זוג אחרים ולא נולדו להם ילדים מאותם קשרי נישואין. בשלב מסוים התגרשו כל אחד מבני זוגם ולאחר מכן נישאו זל"ז בחופ"ק כדמו"י. בתאריך ח' בתמוז תשס"ט (30.6.2009) התגרשו בביה"ד. מנישואין אלו לא נולדו לצדדים ילדים, ובמעמד סידור הגט לא היתה האישה בהריון.

במהלך הנישואין של הצדדים פנו הצדדים לבדיקות בנושא הפריון. מצב האישה נמצא תקין ואילו אצל האיש נמצאה בדיקת זרע במצב של מיעוט זירעונים.

כדי שהאישה תיכנס להריון היה צורך בהשבחת הזרע ובהפריה חוץ גופית. גם הליך זה לא צלח והאישה לא הרתה.

זמן רב לאחר סידור הגט של הצדדים עבר המבקש ניתוח כדי לאפשר מעבר תקין של הזרע, וגם ניתוח זה לא סייע להפריית בת זוג אחרת של המבקש באותה תקופה.

הצדדים התגרשו כאמור ללא ילדים משותפים.

לאחר הגירושין, ביום הולדתו של הבעל, 17/10/2009, כשלושה וחצי חודשים לאחר הגירושין של הצדדים, קיימו הצדדים בהתאם להודעתם יחסי אישות באופן חד-פעמי.

האישה הצהירה בפני ביה"ד כי במהלך כשנה לאחר הגירושין לא הייתה בקשר של יחסי אישות, עם שום אדם, למעט אותו לילה בו קיימה יחסי אישות עם הבעל לשעבר.

כמו כן, הצהירה האישה שמקשר חד פעמי זה, נכנסה להריון, ולאחר כתשעה חודשים נולד בן שלטענתה הוא בנו של המבקש, בעלה לשעבר.

המבקש הצהיר כי כאשר נודע לאישה שהיא בהריון, הודיעה לו על כך, והמבקש הגיב בשמחה רבה על כך שסוף סוף יזכה לצאצא ולהיות "אבא".

מכאן ואילך היה פשוט למבקש כי ההריון הוא ממנו וכך גם התנהג כולל הימצאותו בזמן הלידה יחד עם האישה, כאבא לכל דבר.

המבקש גם היה בברית של הילד שנולד, ואף היה סנדק של הילד בברית.

לאחר לידת הילד, עבר המבקש לגור עם האישה והילד באופן קבוע, והוחזק הילד כבנו של המבקש לכל דבר גם ביחס למשפחה המורחבת ולחברים, כאשר לכל מכרי הצדדים היה ברור ופשוט שאבי הילד הוא המבקש, בעלה לשעבר של המבקשת.

המבקש הדגיש שסיבת המעבר שלו לגור עם גרושתו היתה כדי להיות קרוב לבנו.

בשלב מסוים, כחצי שנה לאחר שנולד הילד, הוצא הבעל מהבית מכוח צו הגנה בגין אלימות, שהוציאה המבקשת כנגדו בביהמ"ש. מרגע עזיבתו את בית המבקשת, ניתק כל מגע עם הילד שהוחזק עד לזמן זה כבנו לכל דבר.

לאחר שעזב המבקש את בית המבקשת, ועבר לגור עם חברה, נוכח לדעת שהחברה לא נכנסה להריון, ושוב הבין ש"הבעיה" אצלו, מאחר שלחברתו החדשה שלושה ילדים מגבר אחר.

משכך התחיל המבקש לחשוב, שאולי הילד הזה של המבקשת אינו בנו.

רעיון זה הלך והתגבר אצלו לנוכח העובדה שלא הצליח ללדת ילדים גם מנשים אחרות וכן בעקבות כל הטיפולים ותוצאות הבדיקות, עד שב-08/2013 דרש ע"י פקידת הסעד לבצע בדיקת אבהות לילד לוודא שהוא אכן בנו.

יש לציין כי המבקש הביע בפני ביה"ד רצון עז שהבדיקות יוכיחו שהוא אבי הילד.

עם האמור, מצבו הלא-כשיר ללדת כפי שהוכח בבדיקות, הניתוח לפתיחת מעברי הזרע, ומעל לכל העובדה שאשתו בהיותה נשואה לו ושאר החברות שלו לפני הנישואין ולאחר הנישואין לא הרו ממנו, גרמו לו לצורך לברר אם אכן הילד הוא בנו.

לאחר שהצדדים נפרדו בצו הרחקה לאיש כאמור לעיל, המבקש חי עם יותר מחברה אחת שלא הרו ממנו, ואילו המבקשת חיה עם גבר שממנו יש לה בת.

המבקש פנה לביהמ"ש לביצוע בדיקת רקמות לבירור אבהות לילד, וביהמ"ש הפנה את הצדדים לביה"ד לבירור מקדמי האם בדיקת הרקמות עלולה להביא לתוצאה של הטלת פגם או פסול כלשהו על כשרות הילד.

יובהר כי אם הממצא שיעלה בעקבות בדיקת הרקמות הוא כי הילד הינו בנו של המבקש, אין כל חשש שיוטל על הילד פגם כשרות כלשהו, כתוצאה מהבדיקה.

הבירור העומד לפתחו של בית הדין הוא, האם במקרה שממצאי הבדיקה יוכיחו שהילד איננו ילדו של המבקש אלא של אחר, האם יוטל אז פגם כלשהו על כשרותו של הילד. ואם כך הוא הדבר, יש למנוע את ביצוע הבדיקה.

ביה"ד מבהיר בזאת, כי המקום לחשש כלשהו קיים רק אם ביה"ד יקבע שיחסי האישות החד פעמיים שקיימו הצדדים לאחר הגירושין, סמוך להריון של האשה, גרמו לקשר של נישואין בין הצדדים, וממילא כל קשר נוסף של האשה עם איש אחר, הוא קשר אסור, והילד שנולד מהאחר הינו לפחות ספק ממזר.

קיום יחסי אישות לאחר גירושין ללא חופה קידושין ונישואין, יכולים לגרום קשר נישואין חדש בין הצדדים בשני מקרים: א. אם התייחדו בפני עדים. ב. אם דרו יחד למשך זמן, כאיש ואשה נשואים לכל דבר וכך מוכרים היו בחברה שלהם, כמבואר בשו"ע אבן העזר סימן קמ"ט ובכל הפוסקים הדנים בדבר.

על אף האמור, יש לציין, שבמקרים שהצדדים מצהירים בפני ביה"ד כי חזרו לקיום יחסי אישות אפילו חד-פעמיים ואין עדים בדבר אלא על פי הודאתם, בכל זאת נהוג בבתי הדין לחומרת איסור אשת איש לחייב את הצדדים בגט לחומרא וכפי שגם העיד על מנהג בתי הדין, הגר"י רוזנטל בספר משנת יעקב (נשים ב עמוד קפ"ג) הלכות גירושין פרק י' הלכה י"ז.

בנדון העומד לפנינו, בסמוך להריון האשה ולגירושי הצדדים, קיימו הצדדים יחסי אישות פעם אחת בלבד, וכל זאת לפי הודאתם בלבד, ללא כל עדות ראיה או ידיעה בלא ראיה.

עם האמור, בעקבות הדיון, עלו בבית הדין שאלות כבדות משקל המצריכות בירור והכרעה, שאינן קשורות כלל לעניין הראשון שהונח בפני ביה"ד. העובדות – כמפורט בראשית הדברים ובפרוטוקול הדיון – המצריכות בירור הינן כדלהלן:

א. המבקש חזר לגור עם המבקשת באופן קבוע לאחר לידת הילד. הצדדים גרו יחדו כאיש ואשה, עד לעזיבתו של המבקש כחצי שנה לאחר מיכן.

ב. לאחר עזיבת הבעל לשעבר, חיה האשה עם גבר אחר וילדה ממנו בת.

השאלות העולות בעקבות העובדות הנ"ל הינן כדלהלן:

א. האם הקשר הקבוע בין הצדדים מחשיב אותם לנשואים ומצריך גט.

ב. במידה וביה"ד יחייב את הצדדים בגט, האם בעקבות כך, הקשר של האשה עם גבר אחר טרם סודר הגט היה קשר אסור, וההשלכות ביחס לבת שנולדה ולהמשך הקשר של האשה עם הגבר השני.

לצורך המשך הדיון בנדון, יש לציין כי הצדדים הצהירו בפני ביה"ד כי אינם שומרי תורה ומצוות ולא שמרו על טהרת המשפחה.

מקור הדין בנידון זוג שהיה נשוי והתגרשו כדמו"י, וקיימו יחסי אישות לאחר הגירושין, הוא בשו"ע אהע"ז סי' קמט, וכן שם ביחס לזוג שאינם שומרי תו"מ ולא שמרו על טהרת המשפחה, כנידון התיק אשר בפנינו.

בנידון הנ"ל, נצטט מפסק דין שנתן אב"ד ההרכב הגר"י לרר שליט"א, ופורסם ב-"שורת הדין" כרך יא עמ' קפח, אשר כותרתו "בדין חופ"ק לזוג שהתגרש וחיו יחד לאחר הגירושין", וז"ל:

הרמב"ם הל' גירושין פ"י הל' יט כתב וז"ל:

"הורו מקצת הגאונים שכל אשה שתבעל בפני עדים צריכה גט חזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות...וכל הדברים האלה רחוקים הם בעיני עד מאד מדרכי ההוראה ואין ראוי לסמוך עליהן שלא אמרו חכמים חזקה זו אלא באשתו שגירשה בלבד.." עכ"ל.

(מקור הלכה זו הוא במשנה גיטין דף פא המגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי)

ובשו"ע אהע"ז, סימן קמט סעיף א פוסק המחבר, וז"ל:

"המגרש את אשתו, וחזר ובעלה בפני עדים או שגלוי לכל שבא עליה (רמ"א) קודם שתינשא לאחר... הואיל ואשתו היתה, הרי זה בחזקת שהחזירה ולשם קידושין בעל ולא לשם זנות... שחזקה היא שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות והרי בידו לעשות בעילת מצוה, לפיכך הרי זו מקודשת קידושי ודאי..." עכ"ל.

ובב"ש שם ס"ק ג כתב "דקידושי ודאי" פשוטו כמשמעו דאין תופסין בה קידושין של אחר. נמצא שבהכנסת האשה לביתו של המבקש לשם מגורים משותפים, התבצעו הקידושין והנישואין (כ"כ הב"ש, סימן לג ס"ק ד, דבכך נעשו גם הקידושין וגם הנישואין).

ודין זה שקידושין ונישואין יכולים לחול יחד במעשה ביאה אחד, יש לכאורה להוכיח מתוס' יבמות דף פט: ד"ה משתגדיל, דמיירי התם בנשא קטנה ומשהגדילה בעלה, די"ל דכוונת התוס' היא שהחופה מתמשכת עד זמן הביאה משהגדילה, וקידושין ונישואין חלים יחד[1], וע"ע "שער המלך" חופת חתנים, סעיף ב, דהוכיח דקידושין ונישואין יכולים לחול במעשה ביאה אחד.

ועיין בערוך השלחן אהע"ז סימן קמט סעיף ב, דכתב וז"ל: "וא"כ גם כשגלוי לכל שנשאה והיינו דרו יחד כדרך איש ואשתו לא גרע מעדים". ואף שלא אמר לה בפירוש שמקדש אותה, מ"מ למ"ד דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות הוי כאילו אמר לה, כ"כ הב"ש סימן לג ס"ק ה.

אף שיאמר הבעל שלא התכוון לשם קידושין אלא לשם זנות, אינו נאמן נגד חזקה דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, כ"כ הח"מ סימן לג ס"ק.

א"כ בנידון דידן לכאורה כיון שהיו נשואים והתגרשו, ולאחר הגירושין חיו יחד, נתקיים בהם הגדר של "גלוי לכל שבא עליה" וחשיב כקידשה והכניסה לחופה בקידושי ודאי כדמו"י ואין עוד צורך בעריכת חופ"ק מחדש.

אלא שהתברר לביה"ד שהצדדים לא שמרו על טהרת המשפחה והאשה לא טבלה כלל במקוה בתקופה זו, וא"כ יוצא שהיו אלו בעילות באיסור נדה.

וא"כ יש לחקור, האם החזקה דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, דאם יכול לבועלה בהיתר חזקה שלא יעשה זאת באיסור, זה רק במציאות שאם יבעל לשם קידושין ולא לשם זנות הרי יהיה הכל בהיתר גמור, אבל אם היא נדה שאף כשבועל לשם קידושין יש איסור בבעילה זו, לא אמרינן דבועל לשם קידושין מטעם חאאעובב"ז. שחזקה זו לא נאמרה על אדם המוכיח בעליל שלא איכפת לו מבעילת איסור, או שמא י"ל דאף שהיא נדה ולא איכפת לו מאיסור נדה, מ"מ מה שיכול לקיים בהיתר מקיים בהיתר, ולכן גם הוא בועל לשם קידושין והוא בכלל חזקה דאין אדם עושה בב"ז.

ובענין זה מובא בפ"ת אהע"ז סימן קמט, ס"ק (ב) וז"ל:

"עיין באר היטב, ומ"ש בשם הרדב"ז המתייחד עם גרושתו והיא בנדה אינה צריכה גט, הנה במל"מ פ"י מה"ג דין יח הביא דבברי הרדב"ז הנ"ל דאפילו ראינו שנבעלה אין חוששין וכו' אך ברדבז עצמו ח"א סימן שנ"א לא נזכר לשון זה, רק כלשון שהביא הבה"ט בשמו "המתייחד" עם גרושתו[2] ומ"מ נכונים דברי המל"מ, דמדברי הרדב"ז שם מבואר דאין חילוק, שכתב הטעם בזה דממה נפשך אם הוא זהיר בנדה הרי לא בעל ואם אינו זהיר בנדה כיון שלא חייש לאיסור כרת לא חייש לבעילת זנות וכו' ע"ש. ועיין במל"מ שם שהסכים עם הרדב"ז וכתב עליו שדבריו נכונים.

ועיין בספר אבני מילואים לעיל סימן לג סק"א שכתב על דברי הרדב"ז הנ"ל דמדברי הרשב"א בתשובה סימן קפא מבואר שאינו סובר כן, דשם מבואר דאפילו לא ראינו שנבעלה אמרינן הן הן עדי יחוד וכו' ואע"ג דאסורה לו מה"ת דכשם שאסורה לבעל אסורה לבועל אפ"ה כיון דקידושין תופסין בה אין אדם עושה בב"ז וגמר לשם קידושין ואפילו לא ראינו אלא היחוד אמרינן הן הן וכו' ודלא כהרדב"ז.

ומדברי הש"ג פרק מי שאחזו שכתב בגרושה מן הנישואין שאם נשאת לאחר ונתארמלה ואחר כך נתייחדה עם בעלה הראשון אינה צריכה גט ממנו שאף אם בא עליה באותו יחוד אין בעילתו אלא לשם זנות שאם יבעל לשם אישות הרי הוא לוקה, ע"כ אין מזה ראיה לדברי הרדב"ז דשאני התם דמחזיר גרושתו [לאחר שנשאת לאחר] דקי"ל קידש לוקח בעל אינו לוקה {ולכן יש לומר שלא התכוון לשם אישות}, אבל בנדה דבין לשם זנות בין לשם אישות איסורו שוה [ביחס לאיסור נדה] וכיון דאיסורא דעבד עבד, אמרינן דלענין זה דאין אדם עובב"ז בחזקתו קאי, דחשוד לדבר אחד אינו חשוד לדבר אחר" עכ"ל הפ"ת.

וכן בבאר היטב שם סימן קמט ס"ק א, הביא בשם המהר"י הלוי סימן יד, שאם המגרש כהן אינה צריכה גט. וכנה"ג כתב:

"ואני מפקפק בזה דכל שקידושין תופסין בה יש לחוש שמא לשם קידושין בעל דבין הכי ובין הכי עובר על לאו גרידא יש לחוש שמא לשם קידושין בעל". עכ"ל.

וכן בתשובות הגרע"א סימן קפב בדין כהן הבא על גרושתו אם אמרינן ביה חזקה אאעובב"ז אם לאו וז"ל:

"לא מבעיא למ"ש המל"מ בשם הרדב"ז דאם היא נדה כיון דבלא"ה עושה עבירה בביאתו אבדה החזקה דאין אדם עובב"ז א"כ ה"ה הכא בכהן המגרש, אלא אף למה דדחה המל"מ דמ"מ י"ל דהוי חזקה דמה דיכול למעבד בהיתר עושה מ"מ י"ל בכהן המגרש שאני..."

וכתב הפ"ת אדברי הגרע"א בדעת המל"מ דדוחה את דעת הרדב"ז וז"ל הפ"ת:

ואני בעניי לא ידעתי מקומו, דבמל"מ פ"י מה"ג דין יח הביא דברי הרדב"ז הנ"ל וכתב עליו שדבריו נכונים..." עכ"ל.

וכן בשו"ת הריב"ש סי' ו כתב וז"ל:

"...והיתה בחזקת נדה ולא טבלה לנדתה... ואם לאיסור כרת התיר עצמו בביאתו איך יחוש לאיסור קל של פנויה" עכ"ל.

ובשו"ת בית יצחק, אה"ע סי' כט סעי' י, כתב דהרדב"ז סותר דבריו, דבסי' שנ"א כתב דאם היה פרוץ ורגיל לבוא ביאות אסורות לא בעל לשם קידושין.

ובח"ב סי' רעז פוסק דאפילו בהוציאה בעלה משום זנות דאסורה עליו מ"מ חיישינן שבעל לשם קידושין דאאעובב"ז.

ותירץ הבית יצחק וז"ל:

"אך לפי הנראה דהרדב"ז בסי' שנא כתב הרבה סברות דמומר אינו צריך גט וצירף כל הסברות, ובסי' רעז היכי דל"ש כל הסברות חשש להחמיר, ולדינא לכאורה יש סברה להחמיר" עכ"ל.

היוצא מכל הנ"ל, דבבא על גרושתו כשהיא נדה, אי אמרינן ביה חזקה אאעובב"ז והתכוון לשם קידושין במחלוקת הפוסקים היא שנויה. ועל כן הוי ספק מקודשת, שאם תרצה להנשא לאחר תצטרך מהמגרש הבא עליה גט מספק, ואם ירצו להמשיך כבעל ואשה צריך לקדשה כדמו"י.

וכ"כ בערוך השלחן אה"ע סימן קמט סעיף ג, וז"ל:

"דבר פשוט הוא שחזקה זו שאין אדם עושה באשתו בעילת זנות, אינו אלא כשאין עבירה בביאה זו, ולכן אם היא נדה שעובר באיסור כרת... לא אמרינן חזקה זו, ומ"מ י"א דאם רק קידושין תופסין בה יש לחוש לקידושין, ואף שלא נראה כן מ"מ יש לילך בזה לחומרא להצריכה גט ממנו, ופשיטא שאם קבלה קידושין מאחר שצריכה ממנו גט, וכלל גדול הוא באיסור אשת איש שאי אפשר לברר הדין להדיא מהש"ס, יש לילך לחומרא בכל צד" עכ"ל.

ויותר מכך, דהנה האור שמח סובר, דהכלל דאאעובב"ז מבוסס על כך שבבא על גרושתו אנו תולים שחוזר בו מהגירושין, ודעתו ודאי לקדשה מצד עצם הרצון לקדשה ולא כדי למנוע איסורים, וממילא אומדנא זו, שאינה קשורה במניעת האיסור שמתבצע בזמן הבעילה, קיימת אף אם יש יותר מאיסור אחד בזמן הביאה, כגון ביאת זנות וביאת נדה ולא ימנעו כולם ע"י כוונה לשם קידושין וע"כ כיון שבנדה תופסין קידושין, ודאי לשם קידושין בעל.

וז"ל האור שמח על הרמב"ם הנ"ל:

"והמכוון מדברי רבינו דלא מן חומר האיסור דבעילת זנות אמרו חזקה זו, רק באשתו אמרינן דמתחרט על הגט... ולדעתי יש סעד לסברת רבינו משמועה ערוכה בפ"ג דקידושין... אמנם אי בעיל בפני עדים שנים, ודאי דאין עושה בעילתו זנות ואמרינן בשניהם מתחרטין על הגט ונבעלת אליו לשם אישות שרוצה לחזור וליקח אותה לאשה ולהחזיר גרושתו... וכ"ז רק לסברת רבינו דלאו משום חומר איסור מיירי משום איסור זנות, רק דבאשתו תולין דרוצה לקנותה לאשה להיות בלתי תלוי בספק, ועיין רא"ש שהסביר כדפרישית.

ולפי דברי רבינו נראה ברור דאף אם היתה נדה, ג"כ אמרו דלשם קידושין בעיל כיון דלא משום חומר האיסור, רק שרצונו לחזור ולהתקשר עמה שתהיה אשתו וחוזר בו מהגט. וכיון דבנדה תופסין הקידושין ודאי לשם קידושין בעל. ואם כי הריב"ש בסימן ו' כתב והיתה בחזקת נדה וכו' ואם לאיסור כרת התירו בביאתו איך יחוש לאיסור קל דפנויה.

זה לדברי הגאונים דאפילו בפנויה בעלמא אמרו חאאעובב"ז והוא משום חומר איסור דפנויה והיכי דמצי למיעבד התירא, לא שביק ואכיל איסורא, אז יתכן לומר כן כיון דעבר על איסור חמור, תו לא איכפת ליה במה דפש איסורא דזנות. אבל לשיטת רבינו דהוא ענין אחר אין כאן מקום לסברא זו ודו"ק". עכ"ל.

אלא שהאור שמח הוא יחיד בהבנה זו בדעת הרמב"ם וכבר תמה ה"דבר אברהם" ח"ג סימן כט וז"ל:

"ומזה תשובה נמי למה שרצו קצת לומר דחזקה דאאעבב"ז אינו משום חומר האיסור, אלא ענין טבעי לאדם וממילא גם הפורשים מדת אאעבב"ז אלא מכווני לאישות, ולהאמור אין זה מחויב כלל כיון דלאישות ממין אחר קא מכווני". עכ"ל.

וכן בספר חוות בנימין למו"ר מרן הגר"ש ישראלי זצ"ל (ח"ב סימן נה) תמה וז"ל:

"ולכאורה דבריו אינם מובנים, שמאחר שלא איכפת לו באיסור, א"כ גם אם רצונו לחזור ולהתקשר עמה, משום מה זה צריך להיות דוקא ע"י קידושין כדמו"י, והרי הוא מזלזל בתורת משה, ואיסוריה אינם איסורים בעיניו, א"כ למה יקפיד על הקידושין דוקא שיהיו כדת וכדין". עכ"ל.

מ"מ מכח שיטת האור שמח והפוסקים האחרים שהובאו למעלה מידי ספק קידושין לא יצאנו. ואף הדבר אברהם שכתב דברים הנוטים לצד המקילין, מ"מ למסקנה לא הכריע לקולא. ובעיקר, די"ל דמה שכתב הדבר אברהם "דלאישות ממין אחר קא מכווני" זה אינו אלא בנישאו בנישואין אזרחיים, וכתוכן תשובתו שם ומי יימר דס"ל כן גם בבא על גרושתו בסתם.

על כן בנידון דידן אף דחיו יחד כבעל ואשה מ"מ כיון שהיתה נדה אין כאן אלא ספק קידושין וספק חופה.

ויש לדון בסיבות נוספות אשר בכוחן להטיל ספק בקידושין ובנישואין בנידון דידן מכח חאאעובב"ז.

דהנה בשו"ת בית אפרים אה"ע ח"א סי' מב כתב וז"ל:

"עוד יש לצדד בנידון שלנו קצת להיתרא מצד הסברה דכל החזקה שאמרו בגמ' דאאעובב"ז, הא ודאי לשם קידושין בעל, אינו אלא בדורות הראשונים שהיו דרכם לקדש בביאה... היה דין זה ברור לכל, אבל בזמנינו ובמדינות הללו שאין דרכם לקדש בביאה אין דין זה ידוע אלא לחכמים הבקיאים בהל' קידושין... והלואי שרוב המורין בדורנו ידעו הל' קידושין על מתכונתו." עכ"ל.

וכיון שדין קידושי ביאה אינו ידוע על כן אין לומר שהתכוון לשם קידושין.

אלא שבשו"ת בית יצחק, חאה"ע סי' כט כתב וז"ל:

"וכת"ה כתב דמסתמא הוא עם הארץ ואינו יודע שיכול לקדשה בביאה דלא שכיח בזמן הזה לקדש בביאה דרב מנגיד, והוא סברה, אך אמאי לא חילקו הפוסקים בזה בשו"ע" עכ"ל.

עוד כתבו הפוסקים דבתקופתנו כאשר רבה הפריצות אין יסוד לחזקת אאעובב"ז וסמכו את דבריהם על דברי התרומת הדשן שאלה רט.

אך נראה די"ל דכל זה אינו אלא אם האדם הנידון הוחזק כפרוץ לזנות אבל בסתמא לא מחזקינן כל איש בפני עצמו לפרוץ על אף דלשיטתם תקופה שלנו הוגדרה כדור פרוץ, וכך גם כותב התה"ד שם וז"ל:

"דלא שייך לומר דאאעובב"ז הואיל ובלאו הכי פרוץ הוא בזנות וחשוד אניאוף, וכה"ג איתא בפרק כל הנשבעין דקאמר אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, ודקדק רב אלפס דדוקא אם אינו מוחזק ומפורסם בגניבה, אבל אם מוחזק ומפורסם בגניבה אמרינן גנבים הם, וכ"כ התוס' שם בשם הרוקח..." עכ"ל,

וכן י"ל דכל זה אינו אלא בפנוי הבא על הפנויה דקיל, וכתוכן פסק התה"ד שם וכפי שהרמ"א מביא להלכה באעה"ז סימן לג לגבי פנוי הבא על הפנויה, וע"כ גם צירפו ענין זה, אבל בהבא על גרושתו יש להחמיר.

וכן י"ל דכל זה אינו אלא בביאות אקראיות אם בכלל, אבל בנד"ד שחיו כבעל ואשה במשך כשמונה שנים ונולדו להם שני ילדים משותפים בתקופה זו י"ל דלכל היותר סברא זו תיצור ספק.

ויש להדגיש שכל מה שכתבתי כאן לא כתבתי אלא בגרוש הבא על גרושתו. אבל כלל לא לגבי פנוי הבא על הפנויה דשם יש לדון לסמוך על הסיבות המקילות שהבאנו, וכפי שכבר חילק הרמב"ם בהל' גירושין פ"י הי"ט, וכפי שחילק השו"ע בפסקיו באהע"ז סימן קמט בגרוש הבא על גרושתו לעומת סימן ל"ג בפנוי הבא על הפנויה וברמ"א שם. ואף בגרוש הבא על גרושתו לא כתבתי אלא היכא דליכא עיגונא דאיתתא, אבל היכא דאיכא עיגונא דאיתתא או ספק ממזרות יש לדון להקל עפ"י היסודות האמורים לעיל."

עכ"ל הפסק המצוטט מ"שורת הדין" כאמור לעיל.

נמצא כי בתיק המונח בפנינו אין חיוב גט מעיקר הדין מהטעמים שהובאו לעיל – אי שמירת טהרת המשפחה ובמיוחד בזמנינו שאין הדרך לקדש בביאה – אף לא בעקבות התקופה בה גרו יחדיו, וכל שכן על קיום היחסים החד פעמי בסמוך להריון הראשון, אלא לחומרת איסור אשת איש בלבד כפי הנהוג בבתי הדין.

לפיכך, גם במידה וביה"ד היה מצריך גט לחומרה, לא היה בגט זה בכדי להטיל פגם כלשהוא על ילדי האשה ו/או הטלת איסור על המשך הקשר של האשה עם בן הזוג האחרון.

עם האמור, מחשש ללעז על ילדי האשה במידה ויינתן גט, מחליט ביה"ד להתיר את הצדדים לעלמא ללא גט, כפי שיבואר להלן:

שאף שבמציאות שהאשה התגרשה בגט פסול מדרבנן ונישאת לאחר ויש לה בנים ממנו, בה פסק המחבר, אהע"ז סי' קנ סעי' א, שלא יוציא (הבעל השני) מפני שבכך יוציא לעז על הבנים, הוסיף הרמ"א שם בשם תרומת הדשן, וז"ל:

"מיהו נותנים גט אחר כשר ואין בזה משום הוצאת לעז על הבנים",

אולם ה"פרישה", אהע"ז סי' קנ סעי' ז, כתב בטעם השני בדברי התרומת הדשן, שהסיבה לכך שאין במתן הגט הוצאת לעז, היא משום:

"דהכל יודעין דאם איתא דגט הראשון היה בטל או פסול מן התורה, היתה אסורה לישב תחת השני, וירגישו דאין בו אלא חשש פסול מדרבנן וליכא לעז."

נמצא כי הסיבה לאי חשש הלעז, היא כאשר ישנה בפנינו הוכחה שהגט ניתן לחומרה בלבד, דוגמת המציאות בנידון שם שהותר לאשה להמשיך לחיות עם הבעל השני על סמך הגט הראשון הכשר מדאורייתא.

לפיכך בנידון דידן, שבמידה וביה"ד יחייב גט לחומרת איסור אשת איש, מאחר ואין הוכחה לכך שהגט ניתן לחומרה בלבד שהרי אין האשה נשואה בשנית, גם להרמ"א והתרומת הדשן יהיה מקום לחשש לעז על ילדי האשה, ועל כן אין להצריך גט.

וכ"כ הגאון רבי יעקב רוזנטל זצ"ל בספר משנת יעקב, נשים ב' עמ' קפג, וז"ל:

"והנה הנהוג בזה בביה"ד, בכגון זה באלו שלא שומרים על טהרת המשפחה וכדומה, ושניהם מודים שחיו יחד אחר הגט, או שיש עדים שחזרו לחיות יחד צריכים גט.

אולם במקום עיגון, או אם האשה נישאת כבר לאחר, ובפרט כשיש לה ילדים מהשני, יש לסמוך על הפוסקים שמתירין בזה בלא גט ובפרט בדורנו."

וכן פסק מרן הראשון לציון הגאון רבי עובדיה יוסף זצ"ל בחוות דעת שנתן על תיק 023059231-21 בבית הדין האזורי בתל אביב, בתיק הדומה לנידון דידן, אלא ששם האשה נישאה לבועל, והנידון שם האם אסורה עליו והאם צריכה גט כדי להיות מותרת לעלמא, וכך כתב:

"...לדעתי כאן, שעכשיו כבר נישאת האשה לאיש אחר, לא תצא, בהסתמך על מה שכתב גאון עוזינו השאגת אריה בתשובה שהובאה בשו"ת בית אפרים (חאה"ע סי מג) שהחזקה שאמרו אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, לא שייכת אלא בדורות הראשונים שהיתה דרכם לקדש בביאה ע"י עדי יחוד, והיה זה דין ברור וידוע לכל, אבל בזמנינו שאין דרכם לקדש בביאה כלל, אין דין זה ידוע אלא לחכמים הבקיאים בהלכות קידושין וכו', ע"ש.

ולכן אחר שכבר נישאת האשה כדמו"י וחזרו בתשובה שלימה, אין להצריכה גט מבעלה הראשון שכל כוונתו למנוע את נישואיהם.

ולכן יש לאשר נישואיהם, ותו לא מידי. ויש עוד צדדים להקל כאשר עיני המורים יחזו מישרים

הנלע"ד כתבתי, עובדיה יוסף."

בהתאם לאמור מחליט ביה"ד, כי בנידון התיק המונח בפנינו, חזרת המבקשים זה לזה ביחסי אישות ובמגורים קבועים ללא חופ"ק לאחר שהתגרשו אינה מחייבת מתן גט ואינם נחשבים נשואים זה לזה, ואין חשש ממזרות לילדי האשה שנולדו לאחר גירושי הצדדים.

בעקבות כך, כל ממצא שיעלה בבדיקת הרקמות, בין אם הוא ילדו של המבקש, בין אם הוא של אחר, לא יגרום כל פגם בכשרות הילד בעקבות חזרת הצדדים.

מותר לפרסם לאחר השמטת פרטים מזהים.

ניתן ביום כ"ח באדר א התשע"ו (08/03/2016).

הרב יגאל לרר – אב"ד הרב מנחם האגר הרב דוד בר שלטון

[1] אא"כ תאמר שפשט התוס' הוא דהחופה חלה לפני הקידושין בעודה בביתו של הבעל ואילו הקידושין יחולו רק כשבועל אותה בגדלות וכך כתבתי בספרי קונטרס "גאולת הצבי" ח"א ערך "קידושין" וערך "חופה".

[2] די"ל דכל מה שכתב הרדב"ז דבבא על גרושתו כשהיא נדה אינה צריכה גט זה בדוקא בראו אותם מתייחדים בלבד, דאז לא אמרינן בהם הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה משום דהיא נדה ע"כ מסתמא לא בעל כלל, ואילו בראוה שנבעלה יודה הרדב"ז דאף שהיא נדה מ"מ אמרינן דבעל לשם קידושין.