

הרב יעזר אריאל

תביעה לבדיקת רקמות

ראשי פרקים:

א. העובדות

ב. בדיקת רקמות של הבן

1. דין רוב גדול מאוד בדיני ממונות
2. האם האב נאמן על בנו מן הפנויה מדין יכיר?
3. האם האב נאמן לחזור בו מכח בדיקת רקמות?
 - א. חזרה מדין "יכיר" לפי שיטת הרא"ש
 - ב. האם התובע נאמן לחזור מהודאת בעל דין?

ג. בדיקת רקמות לבירור כשרות הבת

1. דין רוב מול רוב אחר שסותר אותו
2. האם סומכים על הרוב בספק ממזרות?
 - א. שיטות הפוסקים שסומכים על הרוב בספק ממזרות
 - ב. שיטת בית מאיר על פי הרשב"א
 - ג. שיטת פני יהושע ורעק"א
 - ד. האם יש חילוק בין רוב רגיל, ובין רוב גדול מאד בממזרות
 - ה. הימנעות מבדיקת רקמות, ומגילוי פסול ממזרות
 - ו. בדיקת רב סעדיה אינה הוכחה גמורה

ד. בדיקת רקמות לצורך מזונות הבת

ה. פסק דין

א. העובדות¹

בני זוג נישאו זה לזה בחופה וקידושין. בין בני הזוג היה קשר זוגי עוד לפני הנישואין, ובשעת הנישואין האשה היתה בהריון. כעבור שבעה חודשים מיום הנישואין, נולד להם הבן הראשון. מאוחר יותר נולדה להם גם בת. בני הזוג מאשימים זה את זה בהאשמות חמורות של בגידות הדדיות, ושניהם מעוניינים בגירושין, והבעל תובע לאסור את האשה על גבר מסוים, שלטענתו היה לה איתו קשר של חיי אישות.

בנוסף הבעל רצה לעכב את הגירושין, עד שתיערך בדיקת רקמות לבירור היחוס של הילדים, בטענה שיש בידו עדויות, שהאשה בגדה בו אחר הנישואין עם גבר זר, לכן הוא תובע לערוך בדיקת רקמות לבת שהריונה ולידתה חלו אחר הנישואין, כדי לדעת באופן עקרוני האם היא בתו, או בתו של הגבר הזר.

עוד תובע הבעל לערוך בדיקת רקמות גם לבן הראשון שהריונו החל לפני הנישואין, משום שנודע לו, שגם לפני הנישואין היה לאשתו קשר

1. תיק ביה"ד האזורי צפת מס' 1-22-031953268

ידידותי עם אותו הגבר, ויש לחשוש שכשם שהתקיימו יחסי אישות עם הגבר הזר אחרי הנישואין, כך גם אירע בינה ובין אותו הגבר בטרם הנישואין, בשעה שהיה לה קשר ידידותי איתו.

האשה הכחישה וטענה, שאמנם היה לה קשר ידידותי עם הגבר הזר, אבל לא היה ביניהם קשר של יחסי אישות לא לפני הנישואין, ולא אחרי הנישואין, ולכן הילדים נולדו לה מבעלה בלבד.

יש לציין, שהבעל התחייב בפני ביה"ד, שבכל מקרה הוא ימשיך לשלם מזונות עבור הילדים, גם אם באמצעות הבדיקה יתברר, שהם אינם ילדיו. אבל יש לו ענין עקרוני לברר האם אלו הם ילדיו.

לעומתו, הגישה האשה תביעה להגדלת מזונות הילדים. ביה"ד הודיע להם שבגלל ההאשמות ההדדיות החמורות, יש לזרז את הגירושין, ורק אחרי הגירושין יתבררו התביעות ההדדיות.

הצדדים התגרשו, ואחרי הגירושין האשה תבעה הגדלת מזונות, ואילו האב מסרב להגדיל את המזונות ללא בדיקת רקמות. במהלך הדיון הופיע בביה"ד עד שהעיד על מעשה כיעור. כמו כן הופיעה בפנינו אשה ששמעה רינונים על הנתבעת, ולדבריה גם הנתבעת בעצמה הודתה בפניה על כך. אלא שמנימוקים שונים קבע ביה"ד, שהעדויות אינן מספיקות לאסור את האשה על אותו גבר. בית הדין כתב בפסק דינו, שהוא מתרשם שיש דברים בגו, אבל אינו יכול לאוסרה, כל עוד לא הושלמו העדויות הנדרשות לכך.

באשר לתביעה לבדיקת רקמות: כאמור לעיל, הבעל הסכים לשלם מזונות לילדיו, גם במקרה שבדיקת הרקמות תוכיח שאלו אינם ילדיו, ולכאורה אין מקום לבדיקת רקמות! אבל מאחר שהאשה תובעת הגדלת מזונות, לכן יכול הבעל להתנות את הסכמתו להגדלת מזונות בכיצוע בדיקת רקמות, כי אם יתברר שאלו אינם ילדיו, אין הוא מוכן להגדיל את מזונותיהם, מעבר לסכומים שהתחייב לפני הגירושין.

ב. בדיקת רקמות של הבן

1. דין רוב גדול מאוד בידינו ממנות

באשר לתביעה לבדיקת רקמות: אמנם הבעל הסכים לשלם מזונות לילדיו, גם במקרה שבדיקת הרקמות תוכיח שאלו אינם ילדיו, ולכאורה אין מקום לבדיקת רקמות! אבל מאחר שהאשה תובעת הגדלת מזונות, לכן יכול הבעל להתנות את הסכמתו להגדלת מזונות בכיצוע בדיקת רקמות, כי אם יתברר שאלו אינם ילדיו, אין הוא מוכן להגדיל את מזונותיהם, מעבר לסכומים שהתחייב לפני הגירושין.

בתחילה יש לרונ בהשלכה שיש לבדיקה לענין מזונות הילד הראשון: בדיקת רקמות השוללת את אבהותו של האדם הנבדק ביחס לילוד מגיעה היום לרמת הוכחה של קרוב ל-100%².

בדרך כלל ביה"ד אינו מסתמך על הרוב, בשאלות ממוניות, כי "אין הולכים בממון אחר הרוב" (ב"ק כזב, ב"ב צב,ב). אבל כשקיימת הוכחה של רוב גדול מאוד, נחלקו הפוסקים אם הולכים בממון אחר הרוב: לדעת הגהות המרדכי (כתובות, סימן שז, וראה גם מרדכי יבמות, סימן צד) אשה שבעלה טבע במים שאין להם סוף, האשה גובה כתובתה מנכסי בעלה, אע"פ שהיא אסורה להינשא לאחר, כך גם נפסק בשולחן ערוך (אהע"ז יז, לה).

המרדכי בנימוקו הראשון להלכה זו כתב, שאם הרוב שכיח, והמיעוט אינו שכיח, הולכים בממון אחר הרוב, כגון אם הבעל טבע במים שאין להם סוף, האשה גובה כתובתה, כיון שהרוב הוא רוב גדול מאוד. מה שאין כן לענין אישות, אסור לה להינשא לאחר, בגלל חומרת איסור אשת איש.

נימוקו השני של המרדכי הוא, שהאשה נחשבת למוחזקת בכתובתה, ולכן אם יש רוב המסייע לה, הולכים בממון אחר הרוב.

מדברי הגר"א (בביאורו לאהע"ז יז, ס"ק קט"ז) עולה, שנימוקו הראשון של המרדכי הוא הנימוק העיקרי, ויש לפסוק לפי נימוקו הראשון. וכך גם נראה מדברי הבית יוסף (שם, לה).

לכאורה הרבה פוסקים חולקים על שיטת המרדכי: הראב"ד (נחלות פ"ז, ג) כתב, שבעל שטבע במים שאין להם סוף, אשתו אינה גובה כתובתה. נימוקו הוא, שגביית כתובתה תלויה במדרש כתובה, שם נאמר: "לכשתנשאי לאחר תטלי כתובתך", וכיון שאשה שבעלה טבע במים שאין להם סוף, אסורה להנשא לכתחילה, לכן גם אינה גובה כתובתה.

2. ראה מאמרו של הרב ד"ר מרדכי הלפרין בתחומין ד, עמ' 432, ובספרו רפואה מציאות והלכה עמ' 384, שם כתב, שבבדיקת MHC (הידועה גם בשם HLA) שהיתה מקובלת בעבר, ב-91% מהמקרים ניתן לשלול אבהות (ובכך לקבוע ממזרות) ברמת הוכחה של קרוב ל-100%, אך ב-100% משום שיש להביא בחשבון גם טעויות מעבדה בשיעור של 1 ל-300, וגם בבדיקות חוזרות עדיין יכולות להיות טעויות (ראה שם עמוד 400). במאמר מאוחר יותר (רפואה מציאות והלכה שם עמ' 415) כתב, שבבדיקת ד.נ.א. המקובלת היום, בכמעט 100% מהמקרים ניתן לשלול אבהות ברמת ההוכחה של 100%, אך גם זאת בהנחה שלא היו טעויות במעבדה, וככל הנראה הבדיקות במעבדה הולכות ומשתכללות. אם כן רמת ההוכחה של הבדיקות השוללות אבהות, מוגדרת כרוב גדול מאד של כמעט 100%, וראה גם להלן הערה 2 על פרק ב, ד.

המגיד משנה (שם) כתב, שגם הרמב"ם מודה לראב"ד בדין זה (ראה גם ב"ש סי' יז, קז). בבאר היטב (שם, ס"ק י) כתב בשם כנסת הגדולה, שרוב הפוסקים חולקים על שיטת המרדכי, ופוסקים כדעת הרמב"ם והראב"ד, שהאשה אינה נוטלת כתובתה במים שאין להם סוף.

אלא שמחלוקת הפוסקים היא רק בדין מדרש כתובה, ואין ביניהם מחלוקת בשאלה העקרונית האם הולכים בממון אחר רוב גדול מאד, כי יש להוכיח, שגם הרמב"ם והראב"ד סומכים בממון על רוב גדול מאד: הרמב"ם והראב"ד פסקו (שם) שאם העידו שני עדים, שהבעל טבע במים שאין להם סוף, היורשים יורדים לנחלה על פיהם. מכאן עולה, שהרמב"ם והראב"ד סוברים, שרק לענין כתובת אשה, אין סומכים על הרוב במים שאין להם סוף, בגלל מדרש כתובה. אבל לענינים ממוניים אחרים, הולכים בממון אחר רוב גדול מאד. לכן היורשים יורדים לנחלה, מכיון שרובא דרובא אינם חיים במים שאין להם סוף.

על פי נימוק זה, כתב בהגהות הרעק"א (אהע"ז סי' יז, ס"ק מז) שאשה שבעלה טבע במים שאין להם סוף, אינה גובה כתובתה, אבל גובה תוספת כתובתה ונדוניא. נימוקו הוא, משום שמדרש כתובה נאמר רק על תקנת חז"ל בעיקר כתובתה, בשיעור מאתיים זוז. אבל אינה מפסידה תוספת כתובתה ונדוניא במים שאין להם סוף, כי האשה זוכה בתוספת זו, מכח התחייבות ישירה של הבעל, ולא ממדרש כתובתה.

לכן בכל הנוגע ליחוס הבן הראשון, שהריונו החל לפני הנישואין, הבעל לשעבר זכאי לתבוע בדיקת רקמות, כדי להיפטר מהגדלת מזונות, גם אם רמת ההוכחה איננה 100% שכן רוב גדול מאד גם בממון הולכים אחר הרוב.

נוסף לכך, גם האשה מודה, שהיה לה קשר ידידותי עם גבר זה לפני הנישואין, והבעל הביא עדויות שיצרו חשש כבד, שהקשר בינה ובין גבר זה, היה מלווה ביחסי אישות, לכן קיימת עילה מספקת לברר את יחוס הילד על ידי בדיקת רקמות.

אין מקום לטעון שהילד הוא אישיות עצמאית, ובעודו קטן אינו בר מחילה להתיר לאחרים, לפגוע בגופו, ולהוציא ממנו דם לצורך בדיקה! כי מאחר שהאם מייצגת את הילד בתורת אפוטרופסית, ודורשת את הגדלת המזונות למענו ובעבורו, לכן הבדיקה נעשית לטובת הילד, לצורך ברור זכותו להגדלת מזונות. האם לא תוכל לאחוז את החבל בשני ראשיו: לדרוש הגדלת מזונות עבור הילד ולמענו, ומאידך, למנוע בדיקה שנועדה לצורך הילד, להגדלת מזונותיו.

2. האם האב נאמן על בנו מן הפנויה מדין יכיר?

יש לברר שתי שאלות על נאמנות האב על בנו:

א. האב החזיק את הילד כבנו לכל דבר במשך כמה שנים, האם עד כה היה נאמן על בנו מדין "יכיר"?

ב. במידה שהאב היה נאמן עד כה על הילד להחזיקו כבנו, האם יוכל לחזור בו, אם תוצאות הבדיקה יקבעו, שהילד אינו בנו?

נאמנות פנוי הבא על הפנויה, לומר שהילד הנולד ממנה הוא בנו מדין "יכיר", תלויה במחלוקת הפוסקים:

א. הרמב"ם (יבום וחליצה פ"ג ה"ד) כתב:

"מי שזינה עם אשה, בין פנויה, בין אשת איש, ונתעברה, ואמר: העובר ממני הוא, ואפילו היא מודה לו, אע"פ שהוא בנו לענין הירושה, הרי זה ספק לענין יבום, כשם שזינתה עם זה, כך זינתה עם אחר. ומאין יודע הדבר שזה בנו? אלא לעולם ספק הוא, ולהחמיר דנין בו, וחולצת ולא מתיבמת."

המגיד משנה (שם) מבאר את דברי הרמב"ם:

"דין זה אינו מבואר בגמרא, אבל דעת רבינו, דעד כאן לא אמרינן האומר זה בנו, נאמן לפטור את אשתו מן היבום, אלא כשהוא אומר שהוא בנו מאשתו, שידוע לו שבנו הוא, אבל בנו מאנוסתו, או ממפותרו, אינו יודע אם זה בכירור, הלכך מחמירין בו."

המגיד משנה בהמשך דבריו מקשה על הרמב"ם:

"וזה דבר ברור הוא באשת איש, ש"ל שרוב בעילות אחר הבעל, ושמא מן הבעל הוא זה. אבל בפנויה היה נראה לחלק, בין אם היא חשודה ממנו בלבד, או חשודה מאחרים, שאם אינה חשודה מאחרים, אלא ממנו בלבד, הא אמרינן ביבמות פרק אלמנה לכה"ג (דף סט, ב) כהן שבא על בת ישראל תאכל בתרומה. ואיכא תרי לישני בגמ': לישנא קמא — דוקא דלא דיימא מעלמא, לישנא בתרא — אע"ג דדיימא מעלמא. ונראה דעת רבינו פ"ז ה' תרומות כלישנא קמא. וכיון דלענין תרומה דאיכא איסור דאורייתא, שדינן הולד בתר ידיה, גבי יבום נמי, אמאי לא נהמניה? וכל שכן ללישנא בתרא!"

להלן דברי הרמב"ם (תרומת פ"ז ה"ד) שהובא בדברי המגיד משנה:

"מי שנשאת לכהן שוטה, או שאונס אותה, או שפיתה אותה כהן וילדה, אוכלת בשביל בנה, ואע"פ שהדבר ספק, הואיל ובלא קידושין היא, שמא מאחר נתעברה, הרי הולד בחזקת זה שבא עליה, והוא שלא יצא עליה קול עם אחר, אלא הכל מרננין אחריה בזה הכהן."

נמצא שהרמב"ם בהלכות תרומות, פסק כלישנא קמא בסוגיא ביבמות (ט, ב) שאם הפנויה אינה דיימא מעלמא, הרי היא בחזקת שנבעלה מהכהן המודה שבעל אותה, והבן הנולד ממנה מתייחס אחריו, כיון שלא יצא עליה קול שנבעלה מאחר.

מאידך, הרמב"ם בהלכות יבום שהובאו דבריו לעיל, פסק שהבן הנולד מן הפנוי והפנויה נידון בספק!

הב"ח והב"ש (ס', ד', מ'; ס"י קנו, טו) תירצו את קושית המגיד משנה: יש לייחס את הילד אחרי אביו הפנוי, רק באיסור תרומה בזמן הזה שהוא מדרבנן, כיון שלא דיימא מעלמא. אבל באיסור יבום דאורייתא, חוששים שמא אינו בנו של הפנוי, ואינה מתייבמת, אלא חולצת.

הטור הביא את שו"ת הרא"ש (כלל פכ, א) שחלק על הרמב"ם וכתב: "ודבריו תמוהין, מאחר שקוריהו ספק, למה כתב, שיורשו ומוציא הממון מחזקת היורשים?"

לכן הרא"ש חולק, ופוסק שגם אם האשה דיימא מעלמא, הפנוי נאמן על בנו מכח דין "יכיר", הן לממון והן ליבום וחליצה.

אבל הדרישה (אהע"ז ס"י קנו, כד) מיישב את שיטת הרמב"ם: "ואפשר לחלק ולומר, דבאמת אין האב נאמן על בנו, אך לענין ירושה נאמן לומר שהוא בנו, מטעם מגו, שאם היה רוצה היה נותן לו במתנה." לסיכום קיימות שתי שיטות להלכה:

א. שיטת הרמב"ם (לפי ביאור הב"ח, הב"ש והדרישה): פנוי אינו נאמן על בנו באיסור דאורייתא, אבל באיסור דרבנן כגון תרומה, הקלו בו והחשיבוהו בחזקת בנו, בתנאי שלא דיימא מעלמא. כמו כן נאמן בדיני ממונות, אם יש לו מגו.

ב. שיטת הרא"ש: פנוי נאמן על בנו אפילו באיסור תורה והן באיסור דאורייתא, וגם אם הפנויה דיימא מעלמא.

השולחן ערוך (אעה"ז קנו, טו) פסק לענין יבום כשיטת הרמב"ם, שפנוי הבא על פנויה אינו נאמן על הילד לענין יבום, אבל יש לו דין ספק.

הב"ש (ס"י ד, ס"ק מ) כתב, שמפשטות דברי הרמב"ם והשולחן ערוך עולה, שבאיסור דאורייתא הוולד נידון כספק, ואין לחלק בין אם האשה דיימא מעלמא, או לא דיימא מעלמא, אבל באיסור דרבנן אם אינה דיימא מעלמא, הבורעל נאמן לומר שהילד הוא בנו.

גם בשו"ת ברית אברהם (אהע"ז יא, הובא בפ"ת קנו, נא) פסק, שבאיסור דאורייתא הילד נידון בספק, אפילו אם אמו לא דיימא מעלמא.

בהתאם להלכה זו כשבאים לבית הדין פנוי ופנויה, ומודים שניהם שהעובר או הילד הוא בנו של המבקש, בית הדין כותב בפסק הדין להכרת אבהות, שעל פי הודאת הצדדים, העובר או הילד הוא בנם של המבקשים, פרט ליבום וחליצה.

לאור האמור ניתן להשיב על השאלה הראשונה שנידונה לעיל – האם האב היה נאמן עד כה מדין יכיר? התשובה היא – עד כה האב היה נאמן להחזיקו כבנו, והיה חייב במזונותיו לפי כל השיטות, וכדלהלן:
לפי שיטת הרא"ש, האב היה נאמן מדין "יכיר", כיוון שהחזיקו כבנו כל השנים.

לפי שיטת הרמב"ם, האב היה נאמן להחזיקו כבנו לענין מזונות, מכח הודאת בעל דין. נאמנות זו עולה על נאמנות האב להחזיקו כבנו לענין ירושה. כי בירושה האב נאמן רק מכח מגו, ולא מטעם הודאת בעל דין, משום שבהודאתו הוא חב לאחריני, ומפסיד יורשים אחרים, לכן האב נאמן רק מכח מגו. לעומת זאת, נאמנותו במזונות היא בגלל הודאת בעל דין, ללא צורך במגו, כיון שאינו חב לאחריני בהודאה זו, לכן הוא נאמן.

3. האם האב נאמן לחזור בו מכח בדיקת הרקמות

א. חזרה מדין יכיר לפי שיטת הרא"ש

נותרה לבירור השאלה השניה: במידה שמסקנת בדיקת הרקמות תקבע שהילד הראשון שהריונו החל לפני הנישואין – אינו בנו, האם האב יהיה נאמן לחזור מהכרת בנו?

יש להוכיח שהאב יהיה נאמן לחזור בו מהכרת בנו, אם על פי תוצאות בדיקת הרקמות יתברר, שהילד אינו בנו, הן לפי שיטת הרא"ש והטור שפסקו, שפנוי נאמן לומר על הוולד, שהוא בנו מן הפנויה, מדין "יכיר", והן לפי הרמב"ם שהאב אינו נאמן מדין "יכיר", אלא מכח הודאת בעל דין. כי במסכת בבא בתרא (קכח, ב) מבואר, שהאב נאמן לחזור מהכרת הילד כבנו, אם יש לו אמתלא:

"היה עובר על בית המכס ואמר בני הוא, וחזר ואמר עבדי הוא נאמן."

האב נאמן לחזור בו מהודאתו, בגלל שיש לו אמתלא, מאחר שעבר על בית המכס ורצה להפטר מתשלום, לכן אמר "זה בני". גם בנידון שלפנינו אם יתברר על ידי בדיקת רקמות, שהילד אינו בנו, האב יהיה נאמן לחזור, בטענה שכתוצאה מבדיקת הרקמות התברר לו שההכרה בילד כבנו היתה בטעות, ויהיה נאמן לחזור בו.

בשו"ת הרעק"א (סי קכח) הובא בפ"ת אהע"ז (סי ד' ס"ק לו) דן על נאמנות האב לחזור מטענת "אינו בני", בטענת טעות. כגון: בעל שמצא את אשתו בשעה שזינתה, וגם יש לו עדי כיעור, וגירשה על פי פסק בית הדין. מאוחר יותר האשה ילדה ותבעה ממנו מזונות בערכאות, ובעלה טען שם שהילד אינו בנו. כשהבן הגיע לגיל עשרים, נידונה בביה"ד שאלת כשרות הבן. בביה"ד הופיעו שני עדים, שאמר בפניהם אחרי הדיון בערכאות, שהוא סבור שאינו בנו מאחר שנעדר מביתו לכמה שבועות, וכששב לביתו בעל

אותה פעם או פעמים, ואח"כ התברר שהיא בהריון, לכן הוא סבור שהאשה הרתה מאדם אחר עוד לפני ששב לביתו.

הרעק"א השיב, שהדברים שאמר לפני העדים, מבטלים את טענתו בערכאות, "ואינו בכלל חוזר ומגיד, וגם ליכא סתירה בדבריו, אחרי שלדעתו לא נתעברה מביאתו פעם אחת, יש לומר דבשביל זה אמר בערכאות שאינו בנו, שהוא שופט כן על פי שכלו, ובאמת הוא טועה בדמינו ונתעברה ממנו אז".

גם במקרה שלפנינו, אם בדיקת רקמות תוכיח, שהילד אינו שלו, יוכל הבעל לטעון, שאמנם עד כה החזיק את הילד כבנו, אבל עכשיו אחרי בדיקת הרקמות, התברר לו שהחזיק אותו לבנו בטעות, או על כל פנים שהוא ילד מסופק, והמוציא מחברו עליו הראיה.

הרעק"א בהמשך התשובה שם, כתב שאפילו אם יש רוב גדול מאד, האב לא נאמן מדין "יכיר":

"עוד נ"ל אף אם יהיה הדין בנידון דידן, אילו מעידים עדים שנתרחק מביתו זמן מה, בענין שכפי החשבון, יהיה הלידה יותר מט' חודשים מיום הרחקו ביתו, דאין מתירין הוולד ביש עדי כיעור. מכל מקום הוא אינו נאמן לומר שהיה כן, די"ל דאינו נאמן רק בהכרת דבר ברור שאינו בנו, אבל בזה, שאף לדבריו אפשר שזהו בנו, דדילמא אישתהי, אינו נאמן לומר שיהיה כן, שיסופק לנו אם הוא בנו, וזה אינו דרך הכרה."

ביאור דברי הרעק"א הוא כדלהלן: במקרה הנידון שם, יש עדים על מעשה כיעור, לכן אם היו באים עדים נוספים ומעידים שהבעל לשעבר התרחק מביתו יותר מט' חודשים, היה הבן פסול מטעם ממזרות, כמבואר ברמ"א סי' ד' סעיף טו. אבל מכיון שאין עדים על התרחקות הבעל לשעבר יותר מט' חודשים, אלא הבעל לשעבר בלבד טוען טענה זו, הבעל נאמן רק מדין "יכיר", ועל פי דין "יכיר", האב צריך להכיר בהכרה ברורה שזה בנו, ולא בהכרה מסופקת, וכל עוד לא התברר לאב בירור מוחלט שהילד הוא בנו, אינו יכול לטעון שאינו בנו מכח השהייה הארוכה בבטן אמו, כיון שאין זו הוכחה והכרה מוחלטת שהילד אינו בנו.

האפשרות של שהיית העובר תקופה ארוכה קרוב ליב' חודש היא נדירה מאד³ ויש רוב גדול מאד המוכיח שאין זה בנו, ואעפ"כ אינו נחשב לוודאות מוחלטת. כך גם בדיקת רקמות אע"פ שהיא הוכחה קרובה מאד ל-100%, אבל עדיין אינה הוכחה מוחלטת⁴, ומאחר שקיים ספק קל, שאולי הילד הוא בנו, לכן האב אינו יכול לטעון בוודאות שהילד אינו בנו, ואינו נאמן מדין "יכיר".

3. אחד למליונים, ראה להלן הערה 6.

4. ראה לעיל הערה 2.

אלא שגם אם רמת הוכחה כזו אינה מספיקה להכרה מוחלטת מדין "יכיר", מכל מקום רמת הוכחה זו מספיקה בדיני ממונות, לפטור אותו מחיוב הגדלת המזונות, בפרט שהאב מוחזק והאם הבאה להוציא ממון ממנו עליה נטל ההוכחה.

אמנם לבעל לשעבר, אין יסוד מוצק לחשוד שהילד נולד מאדם זה, ידועה לו רק העובדה, שהיה לאשתו קשר ידידותי עם גבר מסוים בתקופה שלפני הנישואין. גבר זה חשוד שלכאורה קיים יחסי אישות עם אשתו אחרי הנישואין – עובדה שלא התבררה כל צרכה בביה"ד, והבעל לשעבר חושד שחיי אישות ביניהם התקיימו גם לפני הנישואין!

אבל מכיון שביה"ד התרשם, שיש רגלים לדבר לחשוד שהאשה זינתה אחרי הנישואין עם הגבר הנידון, והיה לה קשר ידידותי עם גבר זה גם לפני הנישואין, יש לבעל לשעבר עילה לתבוע לערוך בירור מעמיק, גם על התקופה שלפני הנישואין, באמצעות בדיקת רקמות.

ב. האם התובע נאמן לחזור מהודאת בעל דין?

לעיל התבאר, שלפי שיטת הרמב"ם, הבעל אינו נאמן על בנו מהפנויה מדין "יכיר", אלא מכח הודאת בעל דין, שהודה שהוא בנו לענין חיוב מזונות. כך גם מקובל בבתי הדין לחלק בין איסורים לממונות, ולכן אם פנוי ופנויה תובעים הכרת אבהות על הילד, בית הדין פוסק, שהילד הוא בנו, פרט לדין יבום וחליצה. הנימוק לכך הוא, כי לעיל הובאה מחלוקת הפוסקים, אם יש דין "יכיר" לפני לייחס את בנו לענין איסור דאורייתא. לכן בית דין פוסק, שהבן הוא בנו לענין חיוב מזונות בלבד. כי האב חייב במזונות בנו מן הפנויה מדין הודאת בעל דין, וכן נאמן לענין ירושה, משום שיש לו מגו, שהרי הוא יכול לתת לו את נכסיו במתנה כמבואר בדרישה (אהע"ז קנו, ראה גם לעיל), אבל לענין יבום וחליצה, לדעת הרמב"ם קיים ספק, אם הבעל נאמן, ולכן הבן חולץ ולא מייבם.

לכאורה, מאחר שהאב החזיק את הילד כבנו, והתחייב במזונותיו מדין הודאת בעל דין, כיצד יוכל לחזור מהודאתו? הרי נפסק בשולחן ערוך (ח"מ, סי' פ) שאי אפשר לחזור מהודאת בעל דין! אמנם הודאת האב לא נעשתה בבית הדין, אבל בשולחן ערוך (ח"מ פא, סעיפים ה, יד) נפסק, שהמודה מעצמו מחוץ לבית הדין, ללא תביעת התובע, הרי זו הודאת בעל דין, ואינו יכול לומר משטה אני כך. אמנם המודה (שם, יד) יכול לטעון שהודאתו היתה כדי שלא להשביע את עצמו, (כמבואר בשו"ע ח"מ פא, יד). אבל בנידון שלפנינו, הבעל עשה לבנו ברית מילה, והוציא עליו הוצאות למזונותיו, לכן אינו יכול לטעון, שהודאתו נועדה שלא להשביע את עצמו.

אלא שהאב נאמן לחזור מהודאתו, בטענה שטעה בהודאתו, אם בדיקת הרקמות תוכיח שהילד אינו בנו, כמבואר במסכת גיטין יד', א:

"הנהו גינאי דעבוד חשבונא בהדי הדדי, פש חמש איסתרי גבי חד מינייהו, אמרי ליה יהבינהו ניהליה למריה ארעא בטסקא, באפי מרי ארעא וקנו מיניה. לסוף עבוד חשבונא בין דיליה לנפשה, לא פש גבי ולא מידי... אמר ליה, אם כן קנין בטעות הוא, וכל קנין בטעות חוזר."

הרי"ף (שם דף ו, א, בדפי הרי"ף) ור"ת (בתוספות שם ד"ה "לא פש") כתבו, שאפשר לחזור מהודאתו, אם הטעות גלויה לעדים, או שבעל דינו מודה שנעשתה טעות. לכן גם במקרה שלפנינו, אם בדיקת הרקמות תוכיח, שהילד אינו בנו, הבעל יוכל לחזור מהודאתו הראשונה. כי תוצאות בדיקת הרקמות גלויות לכל, וכולם יודעים שהבעל טעה בהודאתו הראשונה, ולכן הבעל רשאי לחזור בו מהודאתו.

עוד יש להוכיח מהסוגיה במסכת בבא בתרא (קכח, ב): "היה עובר על בית המכס ואמר בני הוא, וחזר ואמר עבדי הוא נאמן", מכאן שהאב נאמן לחזור מהכרת הילד כבנו, אם יש לו אמתלא. לעיל (פרק ב, 3) הובאה גם תשובת הרעק"א (סי קכח) שפסק, שהאב לחזור מטענתו הראשונה ביחס ליחוס בנו, אם התברר לו שטעה בחישוב חודשי ההריון. מאותו נימוק יכול לחזור גם מהודאת בעל דין ביחס להכרת בנו.

אמנם האב אמר לפני הגירושין, שהוא מוכן להמשיך לשלם את המזונות שנפסקו בביה"ד, גם אם יתברר בבדיקה שהילדים אינם מתייחסים אליו, ואילו כעבור שנה חזר בו ומבקש לפוטרו כליל מחיוב מזונות! אלא שלדבריו הראשונים היה יכול להיות תוקף רק אילו היה אומר את דבריו בלשון התחייבות, ולדעת רוב הפוסקים קבלה בפני בביה"ד אינה צריכה קנין (ראה ש"ך חו"מ כב, ס"ק טז). אבל דבריו נאמרו בלשון הסכמה – שהוא מוכן להמשיך ולקיים את פסק הדין למזונות, גם אם יתברר בבדיקה שהילדים אינם מתייחסים אליו, ולא נעשתה כאן התחייבות. בנוסף הוא גם לא בקש מביה"ד שיתנו תוקף של פסק דיין לאמירתו, כדרך המקובלת בהסכמי גירושין שהצדדים מבקשים מביה"ד לתת תוקף של פסק דיין להתחייבותיהם! לכן בביה"ד אחרי אותה ישיבה לא כתב בפסק הדין שהבעל התחייב לשלם מזונות גם אם יתברר בבדיקה שהילדים אינם מתייחסים אליו, משום שביה"ד לא ראה בדבריו התחייבות בעלת תוקף משפטי, אלא הבעת כוונות טובות בלבד.

לסיכום: יש לקבל את תביעת הבעל לבדיקת רקמות הילד הראשון, כי בית הדין התרשם על פי עד כיעור, שיש לחשוש שהיה לאשה קשר קרוב מאד עם גבר זר, ומכח חשד זה הבעל חושש, שמא היו לה יחסי אישות עם גבר זה גם לפני הנישואין. אמנם האב החזיק את הילד כבנו, אבל האב נאמן

לחזור מהכרתו, ולהפטר ממזונות הילד, אם מסקנות הבדיקות יקבעו שהבן אינו מתייחס אחריו. לכן יש לאב זכות לדרוש לברר את האמת לאמיתה על ידי בדיקת רקמות, ומוטל על האשה לבצע בדיקת רקמות, ואם הבדיקה לא תבוצע תוך שלושים יום האב יפטר ממזונות הילד⁵.

ג. בדיקת רקמות לבירור כשרות הבת

1. דין רוב מול רוב אחר שסותר אותו

התביעה השניה של האב היא – לבצע בדיקת רקמות גם לבת שהריונה ולידתה היו אחרי הנישואין. לפני הגירושין האב טען שהמטרה העיקרית של הבדיקה היא – כדי לדעת באופן עקרוני האם היא בתו, או בתו של הגבר הזר. אחרי הגירושין הוסיף לטעון, שאם יתברר בבדיקה, שהילדה אינה בתו, הוא רוצה להפטר ממזונותיה!

אלא שלבדיקה זו קיימת השלכה לא רק למזונות, אלא גם לשאלת כשרות הבת, שהריונה החל אחרי הנישואין. בדיקת רקמות מהווה הוכחה בשיעור של קרוב ל-100%, ובמקרה שתוצאות הבדיקה יקבעו, שקיימת אי זהות בין תאי האב ובין תאי העובר, יש חשש פסול בבת, לכן בנושא זה יש לברר שתי שאלות:

- א. אם יתקבלו תוצאות הקובעות שהבת פסולה, האם ניתן לסמוך על בדיקות אלה, ולפסול את הבת בפסול ממזרות, ולאוסרה לבוא בקהל?
- ב. בהנחה שיש לפסול את הבת על פי תוצאות הבדיקות הקובעות שהבת פסולה, האם ביה"ד צריך להענות לבקשת האב לבצע בדיקת רקמות של הבת, כשיש חשש שמא יתברר שהבת פסולה?

כאשר לשאלה הראשונה: לכאורה לעומת הרוב שנוצר מכח בדיקת רקמות, קיים רוב להכשיר את הבת – "רוב בעילות אחר הבעל" (סוטה כז, ב חולין יא, ב) ! גם במסכת כתובות (טז, ב) נאמר, שאם יש הוכחה של רוב נגד רוב אחר, "איתרע ליה רובא". רוב שסותר רוב אחר, נידון כספק השקול – כמחצה נגד כמחצה. לכן יש להגדיר את הילד לכאורה כספק ממזר, שהוא כשר מן התורה ואסור מדרבנן, (וראה גם פד"ר יג', עמ' 58; שורת הדין ה, עמ' צ') ולכן הנתבעת שטוענת שלא נבעלה לאחר, נאמנת להכשיר את בנה, כי רבנן נתנו לאם נאמנות, להכשיר את בנה המסופק, אם היא טוענת טענת ברי. לכן

5. על פסק הדין הוגש ערעור מצד האם לביה"ד הגדול. לדעת הרב משה טופיק שהיה בדעת; מיעוט, האב אינו יכול לחזור מהודאתו אחרי שהחזיקו כבנו, וגם הבדיקה אינה מהווה הוכחה גמורה לפוטרו ממזונות. אבל לדעת רוב הדיינים – הרב שלמה בן שמעון והרב חגי איזר, יש לדחות את הערעור בהסתמך על הנימוקים שנכתבו לעיל.

הבת כשרה גם אם תוצאות בדיקת הרקמות קובעות, שהבת אינה מתייחסת אחר בעלה!

אלא שבדרך כלל יש נאמנות לאם בספק ממזר, בגלל שהספק הוא שקול, ומהתורה ספק ממזר כשר, ורבנן פסלו את הוולד, ומאיך הכשירו אותו כשאמו טוענת טענת ברי להכשירו. אבל במקרה שלפנינו, **הספק אינו שקול**, כי הרוב שנוצר מכח של בדיקת רקמות, הוא **רוב גדול מאד**, ודינו שונה מדינו של רוב רגיל, שהרי התברר לעיל, שאפילו בדיני ממונות הולכים אחר רוב גדול מאוד. לכן יש לדון לפסול את הבת מן התורה, כי יש לסמוך על רוב של בדיקת רקמות לפסול, ולכאורה האשה אינה נאמנת להכשיר את בתה, במקום שהתורה פסלה את הבת מכח הרוב! אלא שלהלן יתברר, שקיימת מחלוקת בין הפוסקים, אם אפשר לסמוך על רוב גדול מאד, לעשות את הילד לממזר ודאי.

2. מחלוקת הפוסקים אם סומכים על הרוב בספק ממזרות

א. שיטות הפוסקים שסומכים על הרוב בספק ממזרות

הבית שמואל (סי' ד', לט) דן בדברי המגיד משנה (איו"ב, פט"ו, הי"ב) והר"ן (קידושין דף ל, ב, בדפי הר"ף ד"ה "מתניתין") שדנו בדברי הגמרא (קידושין עז, א) על דברי אבא שאול: "שבודקין את אמו ואומרת לכשר נבעלת נאמנת". הראשונים הנ"ל מבארים את שיטת אבא שאול:

"משום דבלא דיבורה היה הולד ספק ממזר, וכשר מדאורייתא לבוא בקהל, משום הכי נאמנת להכשיר, דהא מדאורייתא כשר".

הבית שמואל הקשה על דברי המ"מ והר"ן: בגמרא כתובות יד, א', נאמר שרבן גמליאל מכשיר אפילו ברוב פסולין אצלה, דברי הראשונים מובנים בספק ממזר, כי ספק ממזר כשר מהתורה, אבל מדוע האשה נאמנת גם אם הרוב פסולין אצלה? הרי אם הרוב פסולין אצלה, יש להכריע את הספק על ידי רוב, והבן הוא ממזר ודאי!

הבית שמואל מתרץ, שהאשה נאמנת נגד רוב פסולין דווקא אם יש ספק קבוע – ספק האם האשה הלכה אל הבעל, וכל קבוע כמחצה על מחצה דמי, או שמא הבעל הלך אליה, וכל דפריש מרובא פריש. אבל אם ידוע שהבעל הלך אליה, הרי הבעל בוודאי פרש מהרוב, והבן פסול מהתורה מכח רוב, והאשה אינה נאמנת להכשיר את בנה, אם הרוב סותר את דבריה!

גם הפרי חדש (יו"ד ס"ס קי' פתיחה לכללי ס"ס) וכן בחידושי המהרי"ט (קידושין עג, ב) פסקו שהולכים אחר הרוב בממזרות לעשותו ממזר ודאי.

יש להוכיח שזו היא גם דעת הרמב"ם בתשובה שהובאה בחידושי הרשב"א: הרשב"א (קידושין עג, ד"ה ממזר ודאי) הביא את דברי הרמב"ם בתשובה, שהוכיח מדין ספק ממזר, שכל הספקות של תורה דינם לקולא

מהתורה, ורק מדרבנן לחומרא, כי מדין ספק ממזר למדים על כל הספקות של תורה, שדינם לקולא מהתורה.

גם בכסף משנה (טומאת מת פ"ט הי"ב) כתב, שהמקור לדברי הרמב"ם שפסק, כל הספקות של תורה להקל, מקורם הוא בדין ספק ממזר:

"וכתב הר"ן בספ"ק דקידושין ובתשובה סי' נ' שהביא ראיה לדבריו, מדאמרין פרק עשרה יוחסין, התורה אמרה לא יבוא ממזר, ממזר ודאי הוא לא יבוא, הא ספק ממזר יבוא, וכן דעת הרמב"ן, ואע"פ שהביא שם טענות החולקות על רבנו, מ"מ זה דעת רבנו."

לפי הרמב"ם בתשובה הנ"ל כל הספקות הם לקולא מהתורה, ודין זה נלמד מספק ממזר, ואם תמצוי לומר שאין הולכים אחר הרוב בספק ממזר, אם כן לדעת הרמב"ם המשווה את כל הספקות לספק ממזר, גם בשאר ספקות של תורה נלמד מספק ממזר של ילכו בהם אחר הרוב!

אבל מאחר שלימוד זה מופרך, שהרי הוא סותר לכלל שהולכים אחר הרוב בכל האיסורים (חולין י,א,ב) לכן פשוט שלדעת הרמב"ם המשווה את כל הספקות לספק ממזר, דין ספק ממזר אינו חורג מדין שאר ספקות שבתורה, שהולכים בהם אחר הרוב!

עולה מדברי הפוסקים הנ"ל, שאם יתברר לפי תוצאות בדיקת הרקמות, שהבת אינה מתייחסת אחרי הבעל, האם אינה נאמנת להכשירה.

לפי האמור אם ביה"ד יחליט לבצע בדיקת רקמות, ומסקנותיה יקבעו שהילדה אינה בתו, הרי שלדעת הפוסקים הנ"ל, אפשר לסמוך על הרוב שנוצר מכח בדיקת רקמות, ולפסול את הבת בפסול ממזרות.

ב. שיטת בית מאיר על פי הרשב"א

הבית מאיר (סי' ד, כו) חולק על דברי הבית שמואל, ופוסק, שאשה נאמנת להכשיר את בנה, גם אם הרוב פסולין אצלה, כגון, אם ידוע, שהבועל פירש מן הרוב והלך אליה.

הבית מאיר מוכיח את דבריו, גם מדברי הרשב"א (קידושין עג, ב, ד"ה "כל שנאסף") שכתב:

"מכלל שמועה זו נראה, שלא אמרו ממזר ודאי אמרה תורה, ולא ספק ממזר, אלא בשמחצה מיהא כשרין אצלה, דכל כי האי, הוא דהוי ספק. אבל כל היכא דרוב פסולין אצלה, כממזר ודאי משוי לה, דרובא דאורייתא. אלא אם כן בדקו את אמו, ואמרה לכשר וראוי לי נבעלתי, כרבן גמליאל, ורבי אליעזר, ואבא שאול."

מסיום דברי הרשב"א עולה שאם בדקו את אמו, ואמרה "לכשר נבעלתי", נאמנת, ואין הולכים אחר הרוב, אע"פ שהרוב פסולין אצלה,

כפשטות דברי הגמרא כתובות יד, א, שם נאמר, שרבן גמליאל מכשיר אפילו ברוב פסולין. הרשב"א אינו מחלק בין רוב ודאי, כגון שהבועל פירש מן הרוב, ובין ספק רוב, כגון שלא ידוע אם הבועל פירש מן הרוב, שלא כדעת הב"ש שהובא לעיל (2, א') שפסק שברוב ודאי אין הולכים אחר הרוב.

הבית מאיר דן בשיטות הראשונים, בשאלת נאמנות האם על בנה, מדוע לדעת הרשב"א האם נאמנת אפילו אם יש רוב ודאי? הרי רובא דאורייתא!

במסקנת דבריו כותב הבית מאיר:

"לכן אפשר דמסתבר, דכולי עלמא מודים לשיטת הרשב"א, ודלא כהבית שמואל. ואי משום קושיה מרוב פסולים, י"ל שבודאי מה שלא ביארה תורתנו הקדושה, איך נדון בספיקן, אלא שכללה אחרי רבים להטות, אנו חייבים לתפוס הרוב כודאי, שכן אמרה תורה לילך בתר הרוב, בין לקולא בין לחומרא. מה שאין כן גבי ממזר, דהתורה הוציאה משפט ספק שלו, להורות, דספק שלו שרי, תו ליכא לאיפלוגי. ואפילו ברוב פסולים ממש, דהיינו דאזלו לגבה, נמי דין תורה שרי. וראיה מהר"ן סוף פרק קמא דקידושין כתב, דהיינו טעמא דאמרינן גבי ערלה, כל המקיל בארץ, הלכה כמותו אפילו בחו"ל, ואפילו יחיד במקום רבים, דכל ספק שרי, ואפילו קרוב לוודאי, משום דכך הלכה ספקה מותר, ודאה אסור. וזה כתב אף לדידיה דס"ל בכל מקום ספק דין תורה להחמיר."

עולה מדבריו, שאשה נאמנת להכשיר את בנה, גם אם הרוב הם פסולים. כי התורה ביארה בפירוש את דינו של ספק ממזר, "לא יבוא ממזר בקהל ה', ממזר ודאי הוא דלא יבוא, הא ספק ממזר יבוא" (קידושין עג, א). מכאן שכל עוד אין וודאות מוחלטת על פסולו של הממזר, יש להכשירו בגלל ספק קל.

ג. שיטת הפני יהושע ורעק"א

הפני יהושע (קידושין עג, א, ד"ה אלא דאכתי קשיא) קדם לבית מאיר וכתב:

"דאע"ג דבכל התורה אזלינן בתר רובא ובתר חזקה למשווי כודאי, אפילו הכי שאני הכא, דעיקר ילפותא דממזר ספק לא יבוא, לא ילפינן, אלא משום דדמיה לספק קהל, כמו שכתבו בתוספות ישנים בש"ס שנדפסו מחדש. ולענין ספק קהל משמע דלא מקרי קהל ה' ודאי, אלא בודאי גמור, משא"כ ברוב ומיעוט, לא שייך לומר שהוא ודאי קהל ה', דקמי שמיא גליא, ואפשר שהוא מהמיעוט, כיון שהדבר מצוי ושור שחוט לפנינו, לית לן למימר דמיקרי קהל ה' ודאי."

בשב שמעתתא (א, פ"א) כתב שלפי שיטת פני יהושע מתיישבים דברי הרמב"ם, שפוסק שספיקא דאורייתא מן התורה לקולא (איסורי ביאה פ"ח, ח; טומאת מת פ"ט יב; כלאים פ"י, כז): הרשב"א (קידושין עג, א, ד"ה ממזר ודאי) הקשה,

מדוע לפי שיטת הרמב"ם יש צורך בדרשה להתיר ספק ממזר? הרי ספק ממזר מותר מן התורה ככל ספק תורה אחר, שדינו לקולא!

השב שמעתתא הביא את תירוצו של פני יהושע, שיש צורך בפסוק מיוחד בספק ממזר, כדי להכשירו, אפילו אם לפי הרוב עולה, שהוא ממזר.

השב שמעתתא (שמעתתא א, פרק א) דחה את שיטת פני יהושע, מכח דברי הגמרא חולין (יא, ב): בגמרא שם נאמר, שדין הלך אחר הרוב מקורו בדין מכה אביו ואמו:

"רב מרי אמר, אתיא ממכה אביו ואמר רחמנא קטליה, וליחוש דילמא לאו אביו הוא! אלא לאו משום דאמרינן זיל בתר רובא, ורוב בעילות אחר הבעל."

לפיכך הקשה השב שמעתתא, למה אסור לממזר לבוא בקהל ה' הרי כל קהל ה' מתייחסים אחר אבותיהם, רק מכח רוב בעילות אחר הבעל, ורוב נחשב לספק לדעת פני יהושע, אם כן, כל ישראל מוגדרים כקהל ספק, וממזר מותר בקהל ספק!

אבל יש ליישב את קושיית השב שמעתתא: רוב מוגדר כספק לדעת פני יהושע, רק במקרים שיש ריעותא וחשש לגבי כשרות הוולד. לכן אם יש ריעותא, אין בכוחו של הרוב להוציאו לגמרי מידי ספק. אבל אם אין כל ספק לגבי כשרות הוולד, כגון, בבני אדם שנולדו בחזקת כשרות, ללא כל ריעותא, אזלינן בתר רובא, והרוב נחשב לוודאי.

לחילוק זה יש סיוע מדברי השב שמעתתא במקום אחר (שמעתתא ב, ד) שם כתב, שהכלל "אין הולכים בממון אחר הרוב" נאמר, רק כשיש ריעותא, כגון שור ונמצא נגחן, אבל כשאינן כל סיבה להסתפק, הולכים בממון אחר הרוב, וזה לשונו:

"ודדאי היכא דליכא ריעותא ואין מקום להסתפק, ודאי לא נחתינן לספיקא. וכגון טבח שלקח בהמה ונאבדה ותובע המוכר הדמים – ודאי לא מצי הלוקח לטעון טריפה היתה, והיה מקח טעות, ואין הולכין בממון אחר הרוב! ... והא דאין הולכין בממון אחר הרוב, היינו היכא דהספק לפנינו, ויש במה להסתפק."

כך גם מפורש בדברי פני יהושע הנ"ל בדין ספק ממזר:

"כיון שהדבר מצוי ושור שחוט לפנינו, לית לן למימר דמיקרי קהל ודאי."

כוונתו היא, ששתוקי הוא בבחינת "שור שחוט לפנינו", שהרי נולדה בו ריעותא, ואין אנו יודעים מיהו אביו, לכן אינו מוגדר כקהל ודאי, אלא כספק קהל, ומותר לו לישא ממזרת גמורה, כיון שאינו קהל ודאי, וכך הוא מותר בקהל, כיון שאינו ממזר ודאי.

לעומת זאת, אם השור אינו שחוט לפנינו, ואין בו ריעותא, אינו בגדר ספק. לפי זה סתם ישראלים הם כשרים ומוגדרים כקהל וודאי, על אף שכשרותם היא מכח רוב בעילות אחר הבעל, כמבואר במסכת חולין. כי כל עוד אין עילה לחשוש על כשרותו של אדם, דינו כדין שור שאינו שחוט לפנינו, ואין כל ריעותא וספק בכשרותו.

יסודו של הפני יהושע, שרוב אינו נחשב לוודאי, נמצא גם בשיטה מקובצת (ב"מ ו, ב, ד"ה קפ"א אחד מן המנויין) בשם הרא"ש. התוספות (שם דף ו, ב, ד"ה קפ"א) הקשו, מדוע אם קפ"א אחד מן המנויין לתוך העדר כולם פטורים ממעשר? למה לא יתבטל ברוב ויתחייבו כולם במעשר!

הרא"ש תירץ את קושיית התוספות:

"ועוד יש לומר, כיון שחזינן דאפילו היכא דיכול לעישורי, ממה נפשך פטור, משום עשירי ודאי אמר רחמנא, ולא עשירי מן הספק, ואפילו הכי אמרינן, כל דפריש מרובא פריש, עשירי ספק מיקרי. אלא שהתורה התיירה ספק זה באיסורין, דכתיב אחרי רבים להטות, ונהפך האסור להיתר על ידי ביטול ברוב, אבל הכא לא נפיק מכלל ספק עשירי."

עולה מדברי הרא"ש, שקיימת גזרת הכתוב "עשירי ודאי", ורוב אינו מועיל לעשותו כוודאי, כי רוב מוגדר כספק, ואינו כודאי מוחלט.

בשערי יושר (שער א, פרק ה) מבאר את דברי הרא"ש: דין רוב אינו ברור החלטי מצד הסברה, אלא רק בגלל שהתורה גזרה לסמוך על הרוב. לכן, במקום שהתורה הצריכה בירור מוחלט, אין בכוחו של רוב לברר בירור בדרגה מוחלטת של וודאות:

"דכיון דרוב אינו בירור גמור כעדים, אלא שהתורה אמרה ליזיל בתר רובא, שמצוי יותר שנכוון אל האמת... אבל לענין מעשר דבעינן עשירי ודאי... כיון דרוב לא הוי בירור גמור, ועדיין הוא מסתפק, והדבר בעצמותו משתנה על ידי העלם ידיעת ודאי, ורוב אינו גורם לעשות ידיעה ודאית."

נמצא לפי זה, שבמקום שהתורה גזרה שצריך דין "וודאי", יש צורך בוודאות גמורה, משום כך רוב אינו נחשב לעשירי ודאי. כך גם לדעת הפני יהושע, פסול ממזרות נאמר רק בממזרות וודאית, מכיון שהתורה גזרה – "ממזר ודאי לא יבוא, אבל ממזר ספק יבוא", כי רוב אינו בירור החלטי.

בעוד שהפני יהושע כתב את דבריו בצורה מסופקת – "לולא דמסתפינא", הרי שבשו"ת הרעק"א (מ"ת סי' מח) הביא הוכחה לדברי הפני יהושע, מדברי הרא"ש הנ"ל, והשווה קהל ודאי לעשירי וודאי, על פי הרא"ש, ופסק כדבריו להלכה.

מדבריהם יש ללמוד, שאין לסמוך על בדיקת רקמות, לפסוק שהבת פסולה בודאי, כי הבדיקה מהווה הוכחה בדרגה של רוב בלבד, שמוגדר

כספק ולא כוודאי. לכן גם אם לפי בדיקת הרקמות יתברר, שהבת השניה אינה מתייחסת אחרי אביה, הבת מוגדרת כספק ממזר, ויש להכשירה מן התורה, ורבנן האמינו לאם להכשיר את הבת, כיון שהאם טוענת טענת ברי שלא נבעלה לאחר. לכן אין כל תועלת בבדיקת הרקמות של הבת השניה.

ד. האם יש חילוק בין רוב רגיל, ובין רוב גדול מאד בספק ממזרות

אחרי שהובאה לעיל מחלוקת הפוסקים, אם בממזרות הולכים אחר הרוב, יש לדון בשתי שאלות:

השאלה הראשונה: לדעת הפוסקים שאין הולכים אחר הרוב בממזרות, האם ניתן ללמוד מדבריהם שגם בבדיקת רקמות אין הולכים אחר הרוב? או שמא בדיקה שתוצאותיה מבוססות על רוב גדול מאד, הולכים בה אחר הרוב, שהרי בדיני ממונות הולכים אחר רוב גדול מאד לדעת כמה פוסקים (ראה לעיל סימן א)!

השאלה השניה: גם אם תמצוי לומר שלדעת פוסקים אלה בממזרות אין הולכים אחר הרוב אפילו ברוב גדול מאד, מהו פסק ההלכה? האם הולכים אחר הרוב בממזרות כדעת כמה פוסקים שהובאו לעיל, או שמא ההלכה כדעת הפוסקים שאין הולכים אחר הרוב בממזרות כלל? תשובה לשתי השאלות יש ללמוד מפסק ההלכה ברמ"א סי' ד, סעיף יד:

"אבל תוך יב' חודש אין לחוש. דאמרינן דאשתהי כ"כ במעי אמו. ודוקא שלא ראו בה דבר מכוער. אבל אם ראו בה דבר מכוער, לא אמרינן דאשתהי כ"כ וחיישינן ליה".

הסיכוי שהעובר ישתהה קרוב ליב' חודש הוא נדיר מאד – כנראה אחד לכמה מליונים⁶, ואעפ"כ חוששים למיעוט רחוק להכשיר את העובר, והרמ"א פסק להלכה, שאין הולכים בממזרות אחרי הרוב, אפילו ברוב גדול מאד.

ועוד: הרמ"א פסק שאם ראו באשה זו ששהתה קרוב ליב' חודש דבר מכוער – "חיישינן ליה", נמצא שאפילו אם יש רגלים לדבר, שראו בה דבר מכוער, אינו ממזר ודאי, אלא רק "חיישינן ליה", ודינו כדין ספק ממזר שכשר מהתורה ופסול מדרבנן.

לכן פסק בתשובת הרעק"א (מ"ק קכה, הובאה לעיל סי' א) שאשה שילדה בחודש שנים עשר, וטענה שלא נבעלה לאחר, אלא לבעלה בלבד, הרי היא נאמנת להכשיר את הוולד. כי אמנם האפשרות שהאשה תלד כעבור תקופה

6. ראה י' פרויס, **הרפואה במקרא ובתלמוד** (תרגום: אורי וירצבורגר, הוצאת מגנס ירושלים תשע"ג) עמ' 579-580 על דיווחים רפואיים של משך הריון חי בן 11 חודשי לבנה + 10 ימים. (הדיווחים של פרויס הם מהמאה ה-19, כלומר מלפני כ-150 שנה. כיום הדבר איננו מציאותי יותר מאחר והריון עודף יותר משבועיים שלושה בחודש העשירי מסתיים תמיד ביילוד באמצעות חתך קיסרי עקב הסכנה המיידית לחיי העובר). -- העורך.

ארוכה, היא אפשרות רחוקה מאד, אבל הוולד מוגדר רק כספק ממזר, ופסול רק מדרבנן, לכן האם נאמנת להכשיר את הוולד.

כמו כן פסק שם הרעק"א, שגם בעל הטוען על הילד שאינו בנו, בטענה שעברו קרוב לשנים עשר חודש, משעה שבא על אשתו עד שנולד הילד, האב אינו נאמן מדין "יכיר". כי יש צורך בהכרה ברורה ומוחלטת. אמנם יש רוב גדול מאד שמסייע לאב, כי האפשרות שילד זה הוא בנו, היא אפשרות רחוקה מאוד. אבל אין זו ידיעה מוחלטת, והאב לא נאמן מדין "יכיר" לפסול את בנו.

גם מדברי הפני יהושע שהובאו לעיל, יש להוכיח, שגם ברוב גדול מאד, לא יצא מכלל ספק ממזר, כי הפנ"י נימק את שיטתו:
"דקמי שמיא גליא, ואפשר שהוא מהמיעוט."

ההסבר לדבריו הוא, שהתורה גזרה שרק "ממזר ודאי" יאסר, וכל מי שאין עליו הוכחה מוחלטת, גם אם יש ספק רחוק להכשירו, אינו נחשב לממזר ודאי. כי בממזרות צריך בירור החלטי שהוא ממזר, ואם יש חשש שמא "כלפי שמיא גליא" שהוולד אינו ממזר, אין לפסלו מדין ממזר, כי עדיין יש ספק קל שמא הוא מהמיעוט, ובממזר דרשו חז"ל "ממזר ודאי" וקהל ודאי", לכן יש צורך בבירור מוחלט.

לאור האמור, גם אם תבוצע בדיקת רקמות, שתוצאותיה יוכיחו, שהבת אינה שלו, מכל מקום בדיקת הרקמות קובעת רק על פי רוב של פחות מ-100% שהילד אינו מתייחס אחר אביו, ואין לפסלו מדין ממזר, בשעה שאמו טוענת בטענת ברי שלא נבעלה לאחר, והיא נאמנת להכשיר את הבת שפסולה רק מדרבנן.

גם בנשמת אברהם (מהדורה שניה, אבן העזר, הלכות פריה ורביה סימן ד, ס"ק א, 1) כתב:

"קרה מקרה ששני תינוקות נתחלפו בבית חולים ובבדיקת הוכיחו לא רק איזה תינוק מתאים לאחד הזוגות אך גם שלא יתכן שהוא שייך לזוג השני. ואמרו לי הגרש"ז אויערבאך זצ"ל והגרא"י וולדינברג זצ"ל דאין לסמוך אך ורק על תוצאות הבדיקה הנ"ל אלא כסניף לדברים אחרים. מאוחר יותר כתב לי הגרש"ז אויערבאך זצ"ל: אך אם הבדיקה הזאת מפורסם ומקובל בכל העולם ע"י הרבה ניסיונות ברורים לדבר אמת וברור, מסתבר שגם מצד ההלכה אפשר לסמוך על זה, עכ"ל. ואמר לי הגאון זצ"ל, דה"ה לגבי קביעת אבהות, (דהיינו לחייב או לפטור אותו מחיוב מזונות – א.ס.א) ע"כ. ואין לטעות ולומר מזה שהגאון זצ"ל התכוון לומר שבדיקה זאת יכול להתקבל בהלכה לקבוע אותו כממזר, כל שיש אפשרות רחוקה ביותר שהוא אינו ממזר כגון שהאם זינתה עם עכו"ם."

יש לציין שהב"ש (סי' ד, ס"ק נב) כתב, שתולים שמא מגוי נתעברה, דווקא שאמרה מגוי נתעברתי, אבל אם לא אמרה מגוי נתעברתי – כגון שאינה אומרת כלום, או שאינה בפנינו, הרי הוא ספק ממזר ואסור מדרבנן (וראה עוד נוב"י מ"ק אהע"ז סי' ד, ופ"ת שם, ס"ק לו, ויש לעיין עוד בשו"ת רעק"א סי' קכח, ופ"ת שם לז). לפי זה אם טענה שנבעלה מבעלה, אין לתלות בגוי הואיל וטענה להיפך.

מכל מקום גם מדבריו למדנו, שבדיקת רקמות אמנם מהווה הוכחה לדיני ממונות, אבל בממזרות די בחשש רחוק כגון שנבעלה לעכו"ם, כדי להכשיר את הוולד. יש לנמק את דבריו כמבואר לעיל: מאחר שהתורה גזרה "ממזר ודאי", לכן כל עוד אין לפנינו הוכחה אבסולוטית, שאינה מותירה כל ספק, הוולד אינו נפסל בממזרות (וראה שם הערה 18).

אמנם בשו"ת "חיים שאל" (ח"ב, כה, ג)⁷ כתב כדלהלן:

"ואשר שאלת איך קוברן אדם כד' שעות, ויתכן שעדיין הוא חי, כמו שאירע איזה פעמים! דע דקי"ל לא חיישינן למיעוטא, ואפילו רבי מאיר למיעוטא דמיעוטא לא חיישינן"

מדבריו עולה, שאין לחשוש כלל למיעוט רחוק, ולכאורה הוא הדין בממזרות!

אבל יש לחלק: בדין ממזרות קיימת גזרת הכתוב – "ממזר ודאי", אם כן התורה גזרה שהממזרות צריכה להיקבע באופן ודאי ומוחלט, ולא רק על בסיס של רוב, גם אם הרוב גדול מאד, ולכן אפילו ילדה קרוב לשנים עשר חודש, תולין את הוולד בבעלה! אבל בשאר דיני התורה לא חיישינן למיעוטא.

אמנם גם בפקוח נפש נאמר: "וחי בהם" לחשוש גם לספק פקוח נפש, כמבואר ביומא פה, ב, ופירש רש"י (שם ד"ה "דשמואל לית ליה פירכא"): "שיחיה בהם ודאי ולא שיבא לידי ספק מיתה!"

אבל בפקוח נפש הכללים נקבעים לפי החששות הסבירות המקובלות אצל הרופאים שתפקידם להציל חיים, כי מכיוון "שניתנה רשות לרופא לרפא", יש לסמוך על קביעתו מהו פקוח נפש, ומאחר שהרופאים אינם חוששים לחששות רחוקות, ואין בהם משום פקוח נפש, לכן גם לפי ההלכה, אין צורך לחשוש יותר מכללי הרפואה.

גם אילו היה מקום לחשוש לחומרא לדעת שאר הפוסקים, ההולכים אחר הרוב בממזרות, היינו רק אם השאלה היתה במצב של **לכתחילה**, אבל דין כשרות הבת מוגדר **כדיעבד** כמבואר בגמ' כתובות יד, א, ובדיעבד בוודאי

7. ראה גם בספרו של הרב ד"ר הלפרין **רפואה מציאות והלכה** סי' א, הערה 16.

יש להכשיר את הבת, על פי פסק הרמ"א וכשיטת פני יהושע, הרעק"א, ובית מאיר על פי הרשב"א.

מאחר שלא ניתן לפסול את הבת כתוצאה מבדיקה המבוססת על רוב, הבדיקה מתייתרת ואין בה תועלת. כמו כן תוצאות הבדיקה עלולים להוציא לעז שאינו מוצדק על הבת שכביכול היא פסולה, אע"פ שניתן לסמוך על דעת הפוסקים המכשירים את הבת! לכן ביה"ד דוחה את תביעת לבצע בדיקת רקמות בילדה⁸.

ה. הימנעות מבדיקת רקמות, ומגילוי פסול ממזרות?

מנימוק נוסף יש לדחות את תביעת האב לבצע בדיקת רקמות בילדה:

במסכת עדויות (פ"ה, ז) נאמר:

"אמר רבי יהושע מקובל אני מרבן יוחנן בן זכאי ששמע מרבו ורבו מרבו, הלכה למשה מסיני, שאין אליהו בא לטמא ולטהר לרחק ולקרוב, אלא לרחק המקורבין בזרוע, ולרחק המרוחקין בזרוע. משפחת בית צריפה היתה בעבר הירדן ורחקה בן ציון בזרוע. ועוד אחרת היתה שם וקרבה בן ציון בזרוע."

אמר רבי יהושע מקובל אני מרבן יוחנן בן זכאי ששמע מרבו ורבו מרבו, הלכה למשה מסיני, שאין אליהו בא לטמא ולטהר לרחק ולקרוב, אלא לרחק המקורבין בזרוע, ולרחק המרוחקין בזרוע. משפחת בית צריפה היתה בעבר הירדן ורחקה בן ציון בזרוע. ועוד אחרת היתה שם וקרבה בן ציון בזרוע."

המשנה בעדויות הנזכרת, הובאה גם בגמרא במסכת קידושין (עא, א):

"עוד אחרת היתה וקרבה בן ציון בזרוע, כגון אלו, אליהו בא לטמא ולטהר לרחק ולקרוב."

הגמרא מבארת את המשנה:

לעומת זאת היום מקובלת בדיקת ד.נ.א, ואם תוצאותיה ישללו את קשר האבהות בין האב לבתו, הקביעה היא מוחלטת ברמה של 100% ולכאורה לפי הנימוק האמור כאן, יש מקום לקבל את תביעת האב לבצע בדיקת רקמות. גם בנשמת אברהם (ח"ג אהע"ז סי', ד, ס"ק א) כתב בשם הגרש"ז אויערבך זצ"ל, שאם בדיקת הרקמות מפורסמת בכל העולם כבדיקה החלטית, על סמך נסיונות רבים, אפשר לסמוך עליה! אלא שאעפ"כ לפי המבואר להלן סעיף ה' יש לדחות את תביעת האב מנימוק אחר.

"כגון אלו – דידיעין, אבל משפחה שנטמעה נטמעה."

רש"י (ד"ה תנינא) כתב:

8. ראה לעיל הערה 2.

"דכל משפחה שנטמעה נטמעה, דאין להפרישה ולהרחיקה, ולברר ספק מטמיעיהם, מי נטמע, מי לא נטמע, אלא יניחם והם ספק, והם כשרים לעתיד לבוא."

הר"ן שם (דף ל, ע"א ד"ה תנו רבנן) כתב בשם הרמב"ן, שלעתיד לבוא המשפחות שנטמעו יהיו טהורות, מכיון שספק ממזר מותר מן התורה, ולכן גם בזמן הזה אין לגלותם:

"ופשיטא לן שאין בין העוה"ד לימות המשיח לענין מצוות כלום, וכי היכי דחזינן דאליהו לא יגלה משפחות המטומעים, אע"פ שכולן יהיו גלויות לפניו, אף אנו אין עלינו לגלותן ולא רשאים בכך."

הבית יוסף (טור אהע"ז סי', ב', ה) פסק כדעת הרמב"ן והר"ן, והביא גם את דברי הרמב"ם (מלכים פי"ב ה"ג) שמשפחה שנטמעה נטמעה, ולכן כתב, שלעתיד לבוא תשרה רוח הקדש על מלך המשיח, "ייתיהסו כולם על פיו ברוח הקדש שתנוח עליו... אבל אינו אומר על שהן בחזקת כשרות – זה ממזר וזה עבד, שהדין הוא, שמשפחה שנטמעה נטמעה".

גם הרמ"א סי' ב' סעיף ה' פסק להלכה כדעת הרמב"ן והר"ן:

"וכל זה דווקא למי שיודע בדבר, אבל משפחה שנתערב בה פסול ואינו יודע לרבים, כיון שנטמעה נטמעה, והיודע פסולה אינו רשאי לגלות, אלא יניחנה בחזקת כשרות שכל המשפחות שנטמעו בישראל כשרות לעתיד לבוא, ומ"מ כשר הדבר לגלות לצנועין".

לכן יש להמנע מחיפוש וגילוי ממזרים על ידי בדיקת רקמות, כל עוד לא נודע לנו על ממזרות ברורה. כי כל עוד לא נעשתה הבדיקה, יש להשאיר את הבת בחזקת כשרות, וסומכים על רוב בעילות אחר הבעל, כל עוד אין הוכחה הסותרת את הרוב.

גם הרש"ש במסכת בבא בתרא (נח, א, ד"ה "אל כולהו נכסי דהאי") כתב, שיש להמנע מבדיקה המגלה ממזר, כל עוד לא הוכח שהבן ממזר. בסוגיה שם נאמר:

"ההוא גברא דשמעה לדביתהו דקא אמרה לברתה, אמאי לא צניעת באיסורא, הך איתתא עשרה בני אית לה, ולית לי מאבוך, אלא חד. כי שכיב אמר להו כל נכסי לחד ברא, לא ידעי להי מינייהו, אתו לקמיה דרבי בנאה. אמר להו זילו חבוטו קברא דאבוכון. עד דקאי, ומגלי לכו להי מינייכו שבקא. אזלו כולהו, ההוא דבריה הוה לא אזל. אמר להו כולהו ניכסי דהאי."

הרשב"ם (שם ד"ה אמר להו כולהו ניכסי דהאי") כתב:

"שלא רצה לחבוט על קברו של אביו, שזהו הצנוע שבכם. ומסתברא דלזה אהב יותר. ויפה דן רבי בנאה, דלא שייך הכא, אלא שודא דדייני,

והיינו שודא, שלא רצה לחבוט, והכי נמי אמרינן גבי ההוא דאמר נכסי לטוביה (כתובות דף פה,ב)."

הרש"ש כתב על דברי הרשב"ם:

"ואולי דבא ליישב בזה קושית האליה רבה בסי' תקס"ח אות טו', דלפי מה שכתב בספר חסידים דטבע הבן להתבלע בעצם האב המת, הוה ליה לבדוק בזה! ולפירושו אתי שפיר, דאכתי לא יודע בזה צניעותו, אשר כיון האב גם לזאת".

להבנת קושיית האליה רבה ותירוץ הרש"ש, מובאת כאן הבדיקה הנזכרת בספר חסידים (סי' רלב):

"מעשה ברב סעדיה בן יוסף החכם, באחד שהלך למדינת הים עם עבדו, והוליך עמו ממון גדול, ואשתו היתה מעוברת. לימים מת האדון והניח כל הממון, והלך העבד והחזיק בנכסיו, ויאמר העבד אני בנו. כשגדל הבן שהולידה שמע שמת אביו, הלך לתבוע נכסיו שהחזיק בהם העבד. ונתחתן בגדולי הדור, והיה ירא הבן לפתוח פיו, פן יהרגוהו, ונתאכסן בבית רב סעדיה... וצוה רב סעדיה להקיז דם זה בספל אחד, ודם זה בספל אחר, ולקח עצם של אבי הבן והניח בספל העבד ולא נבלע הדם. ולקח העצם בספל הבן ונבלע הדם בעצם, כי הוא גוף אחד. ולקח רב סעדיה הממון ונתנו לבנו שבא".

קושיית האליה רבה היא: מדוע רבי בנאה לא ביצע בדיקה מעמיקה יותר לכירור זהותו של הבן – באמצעות הבדיקה של הרב סעדיה?

הרש"ש בתירוץ השני כתב:

"או משום דעל ידי נסיון דספר חסידים יתגלה שהם ממזרים, ורבי בנאה לא רצה שיוודע פסולם על ידו (וכמו שכתבו הרע"ב בשלהי עדויות והוא לקוח מפירוש הרמב"ם, עיין שם). אבל נסיון שלו, שאינו רק הודעת צניעותו יותר משאר אחיו, וזה נכון בעיני".

אם כן גם מדבריו יש ללמוד, שאין לחפש ולחקור אחר כשרות הבן באמצעות בדיקות העלולות לגלות פסול ממזרות וכמבואר לעיל⁹.

9. -- העורך.

9. וכ"כ הגרי"ש אלישיב בפסקי תשובות ח"א, תש"ס סי' קלה.

ו. בדיקת הרב סעדיה אינה הוכחה מוחלטת

קיימת אפשרות לתרץ באופן נוסף את קושיית האליה רבה על הרשב"ם – מדוע רבי בנאה פסק על פי שודא דדייני, ולא באמצעות בדיקה של הרב סעדיה?

הרשב"ם כתב:

"ויפה דן רבי בנאה, דלא שייך הכא, אלא שודא דדייני, והיינו שודא, שלא רצה לחבוט, והכי נמי אמרינן גבי ההוא דאמר נכסי לטוביה (כתובות דף פה, ב)."

מקור הדין לדברי הרשב"ם נמצא במסכת כתובות (פה, ב). שם נאמר שהאומר נכסי לטוביה ויש שני טוביה, על הדיין לפסוק לפי "שודא דדייני". לפי פירוש רש"י (שם ד"ה שודא דדייני):

"הטלת הדיינים לפי מה שיראו הדיינים, שהיה דרכו של מת לקרב את זה יותר מזה."

ההכרעה לפי שודא דדייני לרש"י ורשב"ם אינה מכח אומדנא גמורה, ולכן רק במקרים מיוחדים כשאין אפשרות לברר את האמת, הדיינים יכולים לפסוק על פי נטיית הלב, ולא להשאיר את הממון מונח עד שיבוא אליהו.

גם הרא"ש (כלל קז, ו) הוכיח מהסוגיה של רבי בנאה שדיין יכול לדון לפי ראות עיניו, אפילו באומדנא מועטת:

"אלמא כל דינא דלא אפשר לברורי, לא אמרינן יהא מונח עד שיבוא אליהו, אלא ידון הדיין, לפי מה שעניו רואות אומד דעתו בסברה מועטת, שנראה לו שאותו שהיה בנו, היתה יראתו תקועה בלבו וחלק כבוד לאביו, ונתן לו כל הנכסים."

מבואר בדברי הרא"ש שרבי בנאה דן על פי סברה מועטת. בהמשך דבריו כתב הרא"ש:

"והחכם רבי בנאה למד דין זה מאב החכמים, במעשה שבא לפניו על שתיים נשים זונות, שדן אותם באומד הדעת, שנראה לו שרחמי האם נכמרו על בנה ונתן לה הילד החי, והופיעה רוח הקודש בבית דינו של שלמה עליו השלום, ואמרו כי היא אמו."

כוונת הרא"ש היא, שגם משפט שלמה נפסק על פי סברה מועטת, כדין שודא דדייני, על אף שלא היתה זו הוכחה מוחלטת. וכתב עוד שרבי בנאה למד את דינו ממשפט שלמה. הרא"ש באותה תשובה לעיל כתב עוד, שאומדנא מסוג זה יכול לדון רק דיין מומחה (וראה עוד שו"ע חו"מ סי' טו, ד).

על פי דרכו של הרשב"ם ותשובת הרא"ש, יש לפרש את המעשה של רב סעדיה כדוגמת המעשה של רבי בנאה: הבדיקה של הרב סעדיה אינה

מהווה הוכחה גמורה, הרב סעדיה השתמש בבדיקה זו על פי דין שודא דדייני, מאחר שהרב סעדיה ראה בחכמתו שדברי הבן נראים כנים, ודברי העבד רחוקים מן האמת. לכן השתמש בבדיקת עצם האב עם דם הבן, שלפי דעתו יש בה נטייה קלה לאחד הצדדים, ולצורך שודא דדייני די בסברא מועטת, כמבואר בשו"ת הרא"ש הנ"ל. בדיקה זו לא היתה מועילה לבירור לברר על פיה פסול יוחסין.

לאור האמור מתיישבת גם קושיית האליה רבה על הרשב"ם – מדוע רבי בנאה פסק על פי שודא דדייני, ולא באמצעות בדיקה של הרב סעדיה? רבי בנאה הכריע את הספק על פי כללי ההלכה שנאמרה בכתובות (פה), א) על מקרה דומה בדין נכסי לטוביה: שם נקבע, **שבדיני מתנה** הדיין צריך לתת את המתנה למי שדעתו של הנותן קרובה אליו יותר, בתורת "שודא דדייני". לעומת זאת הבדיקה של הרב סעדיה אינה מוכיחה למי מהבנים דעתו קרובה יותר. אמנם גם במעשה של רב סעדיה, הבדיקה הועילה בתורת "שודא דדייני", אבל הנידון שם, לא היה **בדיני מתנה**, כי האב לא נתן מתנה בחייו, אלא השאלה שנידונה שם היתה **בדיני ירושה** – מי הוא היורש האם העבד או הבן? ומאחר שהרב סעדיה ראה בחכמתו שדברי העבד רחוקים מן האמת ודברי הבן כנים, לכן פסק על פי "שודא דדייני", לבצע את בדיקת הדם עם העצם.

אמנם אילו הבדיקה של הרב סעדיה היתה מוכיחה באופן מוחלט מיהו הבן, היה מקום להשתמש בבדיקה זו גם בדיני מתנה, כי מן הסתם דעתו של אדם קרובה אצל בנו האמיתי! אבל מאחר שהבדיקה אינה מועילה אלא בתורת שודא דדייני, בדק רבי בנאה בדיקה המבררת למי מהבנים דעתו של האב קרובה יותר. אלא שמכל מקום גם תירוצו השני של הרשב"ם נכון להלכה, כמבואר לעיל.

ד. בדיקת רקמות לצורך מזונות הבת

עד כה התברר, מדוע אין להענות לבקשת התובע לביצוע בדיקת רקמות לבירור כשרות הבת. אבל באשר לתביעת מזונות יש לברר: מאחר שיש רגלים לדבר, שאשת התובע לשעבר בגדה בו – כפי שצוין גם בפסק הדין, האם בעתיד האב יוכל לטעון, שיש לפוטרו מהגדלת מזונות, כי קיים ספק שמא אם היתה נעשית הבדיקה, היה מתברר שהבת אינה ממנו, ואין להוציא ממנו ממון מספק.

לכאורה היה עלינו לחלק בין דיני יוחסין ובין דיני מזונות: בדיני יוחסין כל עוד לא מתבצעת בדיקת הרקמות, הבת היא בחזקת כשרות, אבל בדיני מזונות האב שהוא מוחזק בממון, יכול לכאורה לטעון שאין להוציא

ממנו ממון מספק, כיוון שיש רגלים לדבר לחשוש שמא האם בגדה בו, ושמה הבת אינה ממנו.

אלא שכל עוד לא נעשתה הבדיקה, הבת נשארת בחזקתה שהיא בתו גם לענייני ממונות, מאחר שאביה החזיק אותה כל השנים כבתו. אמנם האב מערער עתה על חזקה זו, בגלל שיש רגלים לחשד, ויתכן שאם היתה נעשית בדיקת רקמות, היה מתברר שהבת אינה ממנו, והיה נפטר ממזונותיה! אבל אחרי שהתברר לעיל, שהבדיקה אינה יכולה להיעשות בגלל מניעה הלכתית, אין להוציא את הילדה מחזקתה שהוחזקה כבתו, וכל עוד לא הוכח ההיפך, אין הספק מוציא מידי ודאי.

לפי הנימוק הראשון שהתברר לעיל (פרק ג, 2, ד) שגם אם היתה נעשית הבדיקה ותוצאותיה היו מעידים שהבת אינה מתייחסת אחריו, הבת היתה נשארת בחזקת כשרות, קיים נימוק נוסף לחייב את האב במזונות בתו: דיני ממונות נגדרים אחר דיני יוחסין, ומאחר שבדיני יוחסין בית הדין הכריע שהבת מתייחסת אחריו, לכן גם בדיני ממונות האב חייב במזונות בתו. בפד"ר (ג, עמ' 108; ראה גם יביע אומר ח"ג סי' א, ס"ק יא) כתב הגר"ש אלישיב זצ"ל כדלהלן:

"אך נראה מכיוון דלגבי שאר דברים אנו מחזיקים את את הולד כבן או כבת שלו, הואיל והתורה לא האמינתו בכה"ג, וותולין רוב בעילות בבעל, דמועיל גם לענין ירושה, כמ"ש בשו"ת חוט השני סי' יח' זה לשונו:

"נראה להדיא מדבריו (ש"ת הרא"ש כלל פב) דס"ל דסמכינן אחזקה של רב בעילות אחר הבעל אפילו לענין ירושה איירי, כמ"ש בתחילת התשובה".

הגר"ש אלישיב זצ"ל, ציין לעיין בדברי ההפלאה בחידושו לכתובות (טו, ב, ד"ה לא נצרכה). ההפלאה שם דן בתינוק שנמצא בעיר שרובה ישראל, ונגח שור של ישראל את שורו, בעל השור הנוגח חייב. אמנם אין הולכים בממון אחר הרוב, ויש לחשוש שהוא גוי, ושור של ישראל שנגח שור של גוי פטור, כמבואר במשנה (ב"ק לו, ב)! אבל לדעת ההפלאה מאחר שנפסק שמעמדו של התינוק הוא ישראלי, לענין שאר דברים, כגון להחיותו, וההורגו חייב, וחייב במצוות, והוא בר שליחות (אלא שלענין יוחסין החמירו בו מדרבנן וצריך תרי רובי) לכן גם בדיני ממונות סומכים על הרוב.

סברתו של ההפלאה היא, שהשאלה המרכזית הנידונת בביה"ד היא – מהו יחוסו של הוולד, ובשאלה זו נקבע מעמדו האישי כישראלי, על פי הכלל הלך אחר הרוב. לכן השאלות הממוניות נגרות אחר השאלה המרכזית של היחוס, ויש לפסוק שדינו כישראלי גם לגבי דיני ממונות.

מכל האמור יש ללמוד גם לנידון שלפנינו: התברר לעיל שאין לחפש ולגלות פסולי ממזרות באמצעות כל סוגי הבירורים – כולל בדיקת רקמות,

וכל עוד לא הוכח שהבת פסולה, יש להכשירה ליוחסין, ומאחר שדין המזונות נגרר אחר שאלת היחוס, לכן כשביה"ד פוסק שהבת כשרה ומתייחסת אחרי אביה, הרי הוא חייב גם במזונותיה¹⁰.

ה. פסק הדין

א. ביה"ד מקבל את תביעת הבעל לשעבר, לביצוע בדיקת רקמות לצורך בירור שאלת אבהותו על הילד הראשון שהריונו החל לפני הנישואין, ואם תוך שלושים יום לא תבוצע הבדיקה, האם לא תוכל לתבוע מממנו הגדלת מזונות.

ב. ביה"ד דוחה את תביעת הבעל לשעבר, לביצוע בדיקת רקמות הבת שהריונה החל בתקופת הנישואין.

10. בספר **רפואה מציאות והלכה** (הרב ד"ר מרדכי הלפרין) עמ' 417 הערה 18 הובאה שאלה דומה שנידונה בביה"ד באשדוד, שם הדיינים נחלקו האם דיני מזונות נגזרים אחר קביעת דין היחוס, או שדיני המזונות נידונים לפי הכללים בדיני ממונות. אך מדברי חוש השני, ההפלאה והרעק"א הנ"ל יש להוכיח, שדיני ממונות נגזרים מקביעת מעמד של הילד לענין יוחסין.