

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

תיק 1045950/3

בבית הדין הרבני האזורי באר שבע

לפני כבוד הדיינים:

הרב אברהם צבי גאופטמן

המבקש: פלוני
המבקשת: פלונית

הנדון: דין מעוברת ומינקת חברו בפונדקאית המתגרשת

פסק דין

בתיק שבפני יש לקיים בירור הנוגע לאופן כתיבת "מעשה בית דין" לאחר גירושי הצדדים. מעשה בית הדין מציין, בין השאר, את המועד בו רשאית הגרושה להינשא, כאשר בדרך כלל המועד הנקוב הוא צ"ב יום לאחר מתן הגט, מדין הבחנה. לחילופין, כאשר הגרושה בהריון או שהיא אם לתינוק שטרם מלאו לו כ"ד חודש, מציין המעב"ד כי היא רשאית להינשא לאחר כ"ד חודש, מדין מינקת.

בנדו"ד הגרושה הינה אם פונדקאית הנושאת ברחמה תאומים (בעת הגירושין בסוף חודש חמישי להריון), שנוצרו מביצית של אשה אחרת שהופרתה בזרעו של תורם. בהסכם עליו חתומה האם הפונדקאית נכתב כי מיד לאחר הלידה, יימסרו התינוקות לרשותה של האם בעלת הביצית.

לפיכך, מאחר שהאם הפונדקאית התחייבה למסור את התינוקות באופן מידי לאחר הלידה, וכלל לא תניק אותם, יש לדון האם תהיה רשאית להינשא ככל אשה גרושה, לאחר צ"ב יום, ושלא כמעוברת או מינקת אחרת הרשאית להינשא רק בחלוף כ"ד חודש ממתן הגט. [במעב"ד רשום: "ומותרת האשה להנשא לעלמא לבר מכהן (יש לציין כי האישה בהריון כתוצאה מפונדקאות)".]

מאחר שהמקרה שבפנינו הינו מקרה לא שכוח, בשל העובדה שבד"כ אם פונדקאית אינה אשה נשואה, וכן בשל המנהג לציין במעב"ד את המועד בו האשה רשאית להינשא כנ"ל, נתני ליבי לעיין קמעא בסוגיה זו שהזמן גרמא.

בירור הדין

א. פונדקאות באמצעות אשה נשואה

למרות שהשאלה הנידונה בפנינו הינה נקודתית ועוסקת בדין מעוברת ומינקת חברו באם פונדקאית, יש להעיר כי עצם המצב בו אשה נשואה משמשת כאם פונדקאית, טעון התייחסות הלכתית לענין היתרה של האשה לבעלה, וכן לענין מעמדו של הולד (מבלי להיכנס לשאלות הלכתיות ומוסריות נוספות העשויות להתעורר מהמצב בו אשה נשואה משמשת כאם פונדקאית, שאין כאן המקום להאריך).

מצינו בדברי הפוסקים כי אשה נאסרת על בעלה רק מחמת ביאה אסורה. כך גם לגבי פסול ממזרות, שנוצר רק כתוצאה מביאת איסור, ולא מחמת זרע של איש האסור על האשה שהוכנס

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לרחמה. לפי זה גם אשה נשואה המשמשת כאם פונדקאית, אינה נאסרת על בעלה, והעובר כשר לבוא בקהל. כך מבואר באגרות משה (אבן העזר ח"א סימן י, וז"ל:

"הנה בדבר האשה אשר עברו כעשר שנים ולא ילדה והחסרון אמרו הרופאים שהוא ממנו שלכן מחמת שרצתה להוליד בן כרצון כל הנשים... הלכה להרופא וזרק ברחמה זרע של איש אחר שלא ברשות בעלה ונשאל מע"כ מהבעל אם מותרת לו ואיך הוא דין הולד. הנה ברור שבלא ביאת איש לא נאסרה אשה לבעלה ואיסור סוטה לבעלה הוא רק מצד איסור הביאה ולא מצד הזרע של איש אחר שיש במעיה דאם בעלה איש אחר אף בביאה שלא יצא זרע ואף בשלא כדרכה נאסרה על בעלה מדין סוטה ואם בא זרע לגופה שלא מביאה כאמבטי שנזכר בגמ' שלא נעשה איסור זנות לא נאסרה על בעלה. וכן הולד הוא כשר שגם ממזרות הוא רק כשהיה ע"י ביאה."

האגרות משה תמך יתידותיו בדברי הב"ח (יו"ד סי' קצ"ה):

"מצאתי בהגהת סמ"ק ישן מהר"ר פרץ שכתב אשה נדה יכולה לשכב אסדיני בעלה ונזהרות מסדינים ששכב עליהם איש אחר פן תתעבר מש"ז של אחר ואמאי אינה חוששת פן תתעבר בנדוטה מש"ז של בעלה ויהא הולד בן הנדה, והשיב כיון דאין כאן ביאת איסור הולד כשר לגמרי אפי' תתעבר מש"ז של אחר כי הלא בן סירא כשר היה אלא דמש"ז של איש אחר קפדינן אהבחנה גזירה שמא ישא אחותו מאביו."

חזינן אפוא מרבינו פרץ שהחשש שמא תתעבר מש"ז של אחר, הוא רק מצד הבחנה, אך לא מצד ממזרות, מאחר שאין כאן ביאת איסור. עוד הזכירו הפוסקים שבן סירא נולד מכך שאמו נתעברה באמבטיה, והיה כשר. ועיין בט"ז יו"ד סימן קצ"ה סק"ז, וכן בב"ש אה"ע סימן א (סק"י) ובח"מ שם (סק"ח).

כך גם נוקט להלכה בשו"ת "יביע אומר" (ח"ח אבן העזר סימן כא) באשר למעמדו של הולד, ובסוף דבריו כתב שזו דעתם של עמיתיו בביה"ד הגדול, וז"ל:

"וזכורני כי זה כעשרים שנה, בהיותי ביחד בבית הדין הגדול ירושלים, עם עמיתי הגרי"ש אלישיב, והגר"ב זולטי, דברנו בזה, והיה פשוט לכולנו שגם אם קיבלה האשה זרע מאיש אחר וילדה, שאין הולד ממזר, מכיון שאין כאן ביאת איסור."

לעומתם, סובר הגרש"ז אויערבך זצ"ל (מנחת שלמה תנינא סימן קכד) כי פסול ממזרות אינו תלוי בביאת איסור אלא בכך שהולד מורכב ונוצר משני גופים מחולקים שאין קידושין תופסין בהם. ודייק כן מדעת התוס' ביבמות (טז, ע"ב), שהקשו על הסובר כי עכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר, מדוע הולד ממזר מגוי, הרי מהתורה ביאתו של גוי ביאת היתר היא, ורק בי"ד של שם גזרו על כך, ותירצו התוס' בתירוצם הראשון דאף על גב דביאת היתר היא מדאורייתא בצנעא, מ"מ כיון דלא תפסי בה קידושין הוי ממזר. הוכיח מכך הגרש"ז זצ"ל:

"הרי להדיא דלא תלוי כלל אם ביאתו לעולם היתה ע"י ביאת איסור או היתר אלא תלוי רק בזה אם הוא בא ממי שקדושין תופסין בה או לא, וכמו כן בהזרעה מלאכותית אף על גב דליכא כלל שום ביאה [...] דהענין של ממזרות דומה לפרידה הבאה מכלאי בהמה דאין שום סברא לחלק בין רביעה כדרכה להזרעה מלאכותית."

באשר לראיה מבן סירא, כתב הגרש"ז אויערבך זצ"ל כי אין לסמוך על האגדה מבן סירא, שהיא מפוקפקת, ובנוגע לדברי רבינו פרץ, אפשר שסובר כתירוצו השני בתוס' שאה"נ אינו ממזר

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מדאורייתא, או שלדעתו בביאת גוי יש לאו של "בתך לא תתו לבנו" דהוי ממזר לר"ע, עי"ש. מכל מקום הסיק שלפי מה שכתבו התוס' שהתירוץ הראשון הוא עיקר, נראה שהולד ממזר.

ובשו"ת שבט הלוי (ח"ג, סימן קעה) הביא בשם האדמו"ר מסאטמר שעיקר האיסור הוא הכנסת הזרע של איש האסור עליה, אף בלא ביאה, ולכן נאמר לגבי סוטה "ושכב איש אותה שכבת זרע". והזכיר את דברי הרמב"ן בפירושו עה"ת (ויקרא יח, כ) שטעם איסור אשת איש הוא כי לא יודע הזרע למי הוא, עי"ש. לדבריו אין להביא ראיה מרבינו פרץ העוסק במקרה בו הזרע נכנס מאליו בלי מעשה, משא"כ בהזרעה מלאכותית. ועיין שם שה"ש"בט הלוי" עצמו כתב שהכנסת זרע איש זר לרחמה של אשה יש בה איסור עשה של "ודבק באשתו" ולא באשת חבירו.

ואפשר שגם לדברי האדמו"ר מסאטמר, כאשר אין מוכנס לרחמה של האשה זרע, אלא ביצית שכבר הופרתה, כמו במקרה של אם פונדקאית, הולד לא יהיה ממזר, דאין הדבר בכלל "ושכב איש אותה שכבת זרע" (וכן הביא בספר "רץ כצבי", אה"ע ח"א, עמ' סה, עי"ש).

ועיין עוד בשו"ת חלקת יעקב (ח"ג, אה"ע טו).

ב. דין מינקת חבירו באם פונדקאית

בעיקר השאלה העומדת בפנינו, האם קיים איסור נישואי מעוברת ומינקת חבירו באם פונדקאית, לכאורה הדבר תלוי בייחוס העובר לכשייוולד, האם הוא נחשב כבנה של בעלת הביצית (עיין אסיא פז-פח, עמ' 100), או כבנה של הפונדקאית שנשאה אותו ברחמה (עיין ציץ אליעזר ח"ט סימן מ, חוות בנימין ח"ב, סימן סח). שאלה זו נתונה במחלוקת הפוסקים, כאשר יש הסוברים כצד הראשון, יש כצד השני, ויש שחששו לשני הצדדים, ואכמ"ל (ועיין תחומין ח"ה עמ' 248, במאמרו של הגר"ז גולדברג זצ"ל, וראה סיכום השיטות השונות בספר "רץ כצבי" אה"ע חלק ראשון, עמ' נט).

והנה אם נאמר שבעלת הביצית היא האם, אזי פשוט שלא שייך דין מינקת חבירו בכגון דא, שהרי הפונדקאית אינה נחשבת כאם הוולד, וממילא ברור שלא מוטל עליה להניקו. לכן כל השאלה שייכת רק אם ננקוט כפוסקים הסבורים כי האם הפונדקאית היא זו שנחשבת כאם הוולד.

לכאורה יש לומר שמאחר שהפונדקאית חתומה על הסכם, לפיו היא מחויבת למסור את הולד לידי בעלת הביצית, מיד עם הלידה, ולא תניק אותו, לא גרע הדבר ממי שאין ביכולתה להניק, לגביה נפסק בשולחן ערוך (אה"ע יג, יא):

"וכן אם גמלתו בחיי בעלה, או שאינה חולכת לעולם, כגון שיש לה צימוק דדים, או שפסק חלבה בחיי בעלה, ושכרו לו מינקת בחיי בעלה או שנתנה בנה למניקה שלשה חדשים קודם מיתת בעלה והיא לא הניקה כלל תוך הג' חדשים, מותרת לינשא".

אך יש לחלק ששם מדובר במי שאינה יכולה להניק מבחינה פיזיולוגית (עיין ח"מ סק"י, ב"ש סק"ז ואבנ"מ סק"ב שגם באופן בו מסרה בנה למניקה קודם מיתת בעלה, מדובר שבשל כך פסק חלבה), ואילו כאן אין מניעה גופנית, ואי יכולתה להניק נובעת אך ורק בשל הסכם עליו היא חתומה, ומנין לנו להתיר לה להינשא גם בכגון זה.

אמנם מצינו בשו"ת אגרות משה (אבן העזר ח"א סימן לב) שנשאל באופן דומה לגבי נישואי מעוברת, שהבטיחה למסור את הולד לאימוץ לידי אשה אחרת, ועשו על כך חוזה ע"י עו"ד בדיני ערכאות בעד הרבה כסף, ושתייהן אינן יכולות לחזור בהן.

וכתב לדמות את הדבר ל"בי ריש גלותא", כמוכא בגמרא בכתובות (ס, ע"ב):

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

“רב נחמן שרא להו לבי ריש גלותא”.

ופירש”י (שם):

“אלמנות שהיו בהן מניקות ונתנו בניהם למניקה והתירום לינשא”.

כלומר, מאחר שקיימת התחייבות של מינקת לקבל את התינוק ולהניקו, התירו לאלמנות יולדות מבית ראש הגולה להינשא, בשל חששה של המניקה לחזור בה מהתחייבותה כלפיהם, ולכאורה כך גם במקום בו נחתם חוזה מחייב על פיו התינוק יימסר לאימוץ. ממילא הוא הדין בנדו”ד כאשר קיים חוזה לפיו התינוק יימסר מיד עם הלידה לבעלת הביצית, ולא יישאר אצל היולדת.

ועיין באג”מ שדן בדברי הראשונים, אם ניתן לדמות את ההיתר של ריש גלותא למקרים אחרים, כגון שנשבעה המינקת להניקו כל ימי ההנקה. מכל מקום, לדברי התשובות מיימוניות שכתב שאין להשוות בין מינקת שהתחייבה ל”בי ריש גלותא” לבין מינקת שנשבעה להניק, מטעם שאין להשוות בין מורא שמים למורא בשר ודם (ועיין בכיפור הגר”א, שו”ע שם, סק”ח, והארכנו בענין זה בפס”ד בתיק 1183311/1), אם כן בנדו”ד בו עסקינן בהתחייבות חוזית חלוטה, יש לדמותו להא דריש גלותא, ולהתירה להינשא.

יתירה מכך, ידועה שיטת ר”ש הזקן הסובר שגרושה אינה משועבדת להניק, מפני שאינה משועבדת לאבי הבן להניקו (עיין בתוספות יבמות מב, ע”א, ד”ה סתם מעוברת, וראה בפס”ד הנ”ל), כש”כ בנדו”ד, שהפונדקאית כלל אינה משועבדת לאביו הביולוגי של העובר, ואכמ”ל.

עוד יש לומר דחכמים כלל לא תיקנו דין מעוברת חבירו ומינקת חבירו במלתא דלא שכיחא, וכדמצינו ב”ברכי יוסף” (אה”ע שם, סק”י) שדן אם שייך איסור נישואי מינקת חבירו במי שהתעברה באמבטיה, ומטעם שהדבר אינו שכיח, ואפשר שחכמים לא גזרו בכך. והארכנו בדבר בפס”ד בתיק 1197420/1, לגבי מי שהתעברה מתרומת זרע, וכש”כ בנדו”ד בפונדקאית, שהדבר מצוי אף פחות. עי”ש היטב.

לכן, בצירוף כל הנ”ל נראה שבנדו”ד לא שייך דין מינקת חבירו, ובפרט לשיטות הסוברות שבעלת הביצית היא הנחשבת לאם הולד.

ג. דין מעוברת חבירו במקום בו לא שייך דין מינקת חבירו

אמנם יש לדון אם ניתן להתירה להינשא אף קודם שתלד, או שיש לאוסרה מדין מעוברת חבירו.

וז”ל הגמרא כיבמות (מב ע”א):

“לא ישא אדם מעוברת חבירו ומינקת חבירו, ואם נשא יוציא ולא יחזיר עולמית, גזרה שמא תעשה עוברה סנדל... אלא משום דחסה (רש”י: שממעכו בשעת תשמיש דחסה לשון לחץ שלוחצו). אי הכי, דידיה נמי, דידיה חייס עילויה. הכא נמי חייס עילויה (רש”י: שאין אדם מתכוין להרוג הנפש). אלא, סתם מעוברת למניקה קיימא, דלמא איעברה ומעכר חלבה וקטלה ליה. אי הכי, דידיה נמי, דידיה ממסמסא ליה בביצים וחלב. דידיה נמי ממסמסא ליה בביצים וחלב, לא יהב לה בעל. וליתבעיניה ליורשים, אמר אביי: אשה בושה לבא לבית דין, והורגת את בנה”.

ממהלך הגמרא עולה לכאורה שלמסקנה איסור נישואי מעוברת חבירו אינו משום “דחסה”, שאין לחשוש שהעובר ייפגע בשל תשמיש, אלא משום שמעוברת עומדת להניק, וחוששין שמא תתעבר וייעכר חלבה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אולם ברמב"ם (פי"א מהלכות גירושין הכ"ה) פסק:

"וכן גזרו חכמים שלא ישא אדם מעוברת חבירו ומניקת חבירו, ואף על פי שהזרע ידוע למי הוא, מעוברת שמא יזיק הולד בשעת תשמיש שאינו מקפיד על בן חבירו, ומניקה שמא יתעכר החלב והוא אינו מקפיד לרפאות החלב בדברים המועילין לחלב כשיתעכר".

עולה מדבריו שאיסור מעוברת חבירו נובע מחשש נזק לולד בשעת תשמיש, שאינו מקפיד על בן חבירו, ולא כמשמעות הסוגיה, שטעם זה לא נשאר למסקנה.

ובשו"ת מהרי"ק סימן קלט כתב לבאר:

"דאם כן היתה הלכה זו מקופחת מתוך המיימון והסמ"ג דמאחר שטעם דשמא יזיק וכו' לא הספיק לו לתלמוד [...] א"כ האיך יתלו הטעם בשמא יזיק ולא יתלה בסתם מעוברת וכו', דבשלמא לאותו תירוץ אשר בחרת שייך שפיר לתלות בשמא יזיק וכו', מאחר דאיכא כמה נשים דלא שייך בהן טעם דסתם מעוברת וכו' כגון צימוקי דדין ואינך שהוזכרו בספר א"ה (אבן העזר), ומשום כך תלו הטעם בשמא יזיק אשר בו יספיק לכל הנשים".

לדברי המהרי"ק נקט הרמב"ם בהסבר שכולל יותר נשים, כגון הסובלת מצמוק דדים, שלא שייך בה הטעם שעומדת להניק, ואילו טעמא דדחסא שפיר שייך בה. אולם הכסף משנה (שם) הקשה על כך, שאף אם טעם זה כולל יותר, מכל מקום מאחר שנדחה, אין מקום להביאו. לכן ביאר באופן אחר, וז"ל:

"לכך נ"ל דרבינו לא גריס אלא וטעמא דדחסא לעולם איתה, ואף על גב דאקשי ליה דידה נמי חייס עליה, ה"מ לאהדורי ליה דלא חייס כולי האי על דחבריה כדחייס על דידיה, וכיון דלא חייס על דחבריה כדחייס על דידיה איכא למיחש דחייס ליה שלא במתכוין, אלא דאהדר ליה לפי דרכו דאפילו תימא דחייס על דחבריה כעל דידיה, איכא למיחש דילמא איעברא ומיעכר חלבא והאי טעמא היה צריך לאומרו כדי לתת טעם למינקת חבירו ומש"ה קאמר דשייך נמי במעוברת חבירו אבל לפום קושטא עיקר טעמא דמניקת לא הוי אלא משום דחסא דהא ודאי לא חייס על דחבריה כדחייס על דידיה וכמו שכתבת".

לדבריו, לרמב"ם היתה גירסה אחרת, לפיה טעמא ד"דחסא" לא נדחה, משום שאין אדם חס על עובר חבירו כפי שחס על שלו, ואת הטעם שהביא התרצן אח"כ דכל מעוברת - "למניקה קיימא" נקט לשיטת המקשן, הסובר שאדם חס על עובר חבירו כפי שחס על שלו, וזהו אף הטעם של מינקת חבירו, אך מכל מקום הטעם העיקרי אף למסקנה הוא משום "דחסא".

הכרח לדעת הרמב"ם מצינו בשו"ת שבות יעקב (ח"א סימן צה):

"ולע"ד נראה דדברי הרמב"ם וסמ"ג פשוטים ומוכרחים בש"ס כי לכאורה קשה להו לפי מה דמסיק בש"ס הטעם דסתם מעוברת למיניקה קיימא, מ"מ אמאי יוציא מיד, אמאי לא אמרינן, דעכ"פ ימתין ויקיים אותה עד שתלד ואז יוציא כדאמרינן בהמדיר חדש אחד יקיים. ואין מקום לומר דזה מטעם קנס אין זה סברא כלל כיון דעדיין לא קעבר כלל דלישא כשהיא מעוברת ליכא איסור רק דלא ישא אותה כיון דצריך לגרשה אחר כך כשתלד ותניק ודי בקנס זו דצריך לגרשה ולא מהני מעשיו אבל מ"מ קשה אמאי יגרשנה מיד. לכן ס"ל הרמב"ם וסמ"ג דלהכי צריך לגרשה מיד משום טעמא דדחסא".

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כלומר, ניתן ללמוד מהדין שאם כנס מעוברת חבירו, עליו להוציא מיד, שהטעם של דחסא נשאר למסקנה, שהרי אם הטעם היחידי הוא משום שעומדת להניק, היה עליו לגרשה רק לכשתלד, ולא לאלתר. עי"ש.

ועיין בעמודי אור סימן פב (אות ג), שכתב טעם נוסף בדעת הרמב"ם, ואכמ"ל.

ועיין בבית שמואל (סימן יג סק"כ) דמשמע שנקט כדעת הרמב"ם להלכה, וביאר בכוונת הרמב"ם שכל מה שנאסר משום דחסה, יהיה אסור אף לפי הטעם שהובא במסקנה, ונפק"מ למי שיש לה צמוק דדים וכדו'.

תבנא לדינא, לגבי אם פונדקאית, גם אם אין מקום לאסור נישואיה מדין מינקת חבירו, יש מקום לאוסרה מדין מעוברת חבירו בשל חשש סכנה לולד, ואף שכתב האגרות משה (אה"ע ח"א, לב בסוף התשובה) כי דעת הרמב"ם היא דעה יחידה וכל הראשונים חולקין עליו, הרי כתב כן במקרה בו המעוברת פנתה בבקשה להתיר לה להינשא, והיה צורך בדבר, וצדדים נוספים להקל. אולם בנדו"ד בו אין נישואי המעוברת עומדים על הפרק בשלב זה, וכל הנידון הוא רק לגבי אופן כתיבת המעב"ד, הרי שבהחלט יש להתחשב בדעת הרמב"ם, ובכל האחרונים שדנו בשיטתו, ושכן נראית דעת הב"ש להלכה, וכידוע חמירא סכנתא מאיסורא, ובוודאי נכונים הדברים בהריון בסיכון, ובנדו"ד, ועל כן יש לכתוב במעב"ד כי האשה רשאית להינשא לכל אדם פרט לכהן לאחר שתלד.

מסקנה

האשה רשאית להינשא לכל אדם פרט לכהן, לאחר שתלד, מדין מעוברת חבירו, ואין צריכה להמתין כ"ד חודש נוספים, מדין מינקת.

פסק הדין מותר לפרסום לאחר השמטת פרטים מזהים.

ניתן ביום י"ב בתמוז התשפ"ב (11/07/2022).

הרב אברהם צבי גאופטמן

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה