

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1197420/1

בבית הדין הרבני האזורי באר שבע

לפני כבוד הדיינים:

הרב אהרן דרשביץ – אב"ד, הרב עובדיה חפץ יעקב, הרב אברהם צבי גאופטמן

המבקשת: פלונית

הנדון: נישואי מינקת שהתעברה מתרומת זרע

נימוקים

להחלטה מיום י"ח כסלו תשע"ט (26.11.2018) בהיתר נישואי מינקת

בירור העובדות

הופיעה המבקשת, רווקה כבת ארבעים, אשר ילדה בת לפני כשבעה חודשים מתרומת זרע. כיום היא מעוניינת להינשא לרווק כבן ארבעים. לדבריה, ניסתה להניק את התינוקת עם לידתה, אך לא הצליחה מפאת מחסור בחלב. הופיע הבעל המיועד והצהיר כי הוא משתכר בשכר גבוה, וקיבל על עצמו בקנין לזון ולפרנס את הבת ע"ס של 2,000 ש"ח לחודש עד הגיעה לגיל שנתיים.

בירור הדין

א. נישואי מינקת שפסק חלבה, וכלל לא הניקה

חכמים אסרו על מעוברות ומיניקות להינשא עד שימלאו לוולד כ"ד חודש, זאת כדי להבטיח תזונה מלאה לוולד באמצעות הנקה, דבר העלול להיפגע במקרה בו אמו תתעבר, כמובא בבביתא ביבמות (מב ע"א):

"תניא: לא ישא אדם מעוברת חברו ומינקת חברו, ואם נשא יוציא ולא יחזיר עולמית. גזרה שמא תעשה עוברה סנדל [...] אלא, משום דחסה [...] אלא, סתם מעוברת למניקה קיימא, דלמא איעברה ומעכר חלבה וקטלה ליה." עיי"ש.

בדברי הרא"ש (כתובות פרק ה סימן כ) מצינו התייחסות למי שנבצר ממנה להניק את בנה מסיבות פיזיולוגיות, וז"ל:

"והיכא שגמלתו בחיי בעלה נראה שמותרת לינשא דליכא למיגזר מידי ולא גזרינן אטו לא גמלתו בחייו... וכן משמע הלשון מינקת שמת בעלה שהיתה מניקתו כשמת בעלה, ומטעם זה נמי נראה להתיר אשה שדדיה צמקו ואינה רגילה להניק לעולם או שפסק חלבה בחיי בעלה ושכרו לו מינקת בחיי בעלה."

לדברי הרא"ש, כאשר התינוק נגמל או ששכרו לו מינקת טרם פטירת האב, אין האשה נכללת בהגדרת "מינקת חברו", שהרי אינה מניקה בזמן הפטירה. לאור זאת כתב להתיר אשה שדדיה צמקו או שאינה רגילה להניק לעולם או שפסק חלבה בחיי הבעל (ועיין במ"ש הריב"ש סימן שס).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הדברים הובאו להלכה בשולחן ערוך (שם), וז"ל:

"אם גמלתו בחיי בעלה, או שאינה חולבת לעולם, 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."

בשו"ת יביע אומר (חיי"א, אה"ע מא) כתב דאין לחלק בין מצב בו אין לה חלב כלל או שיש לה חלב מעט, דבאין לה חלב מספיק, דמי לצימוק דדים שלא גזרו חז"ל, וכמו שכתב ג"כ בשו"ת נטע שעשועים (סימן נה) שיש לסמוך בזה על הגאון שב יעקב (אה"ע סימן ט).

נעיר כי בנדונו של היב"א מדובר באשה שהניקה בחודש הראשון ולא היה לה מספיק חלב, כך שהוצרכה להוסיף חלב תינוקות וכדומה, ואילו בנדו"ד לא הצליחה כלל להניק.

נציין, כי המצבים שנמנו לעיל, בהם מי שהניקה בזמן התאלמנותה - רשאית להינשא, הינם מקרים בהם החלב פסק מסיבה רפואית, כגון: צימוק דדים או אינה חולבת לעולם, ולא כאשר התינוק נגמל בשל החלטה של האשה להימנע מהנקה.

ועיין בפסק דיננו בתיק 1151229/1 בו עסקנו במי שלא הניקה את בנה מבחירה אישית ולא בשל אילוצים גופניים [ב"אוצר הפוסקים" (ח"ב, סימן יג, עמ' צו) הובא חבל פוסקים שהקילו כאשר לא התחילה להניק בצירוף טעמים נוספים. עיין שם גם בדעת הפוסקים שהחמירו ואסרו]. למסקנה, בשל חומרת איסור חכמים בענין זה, כתבנו בפסק הדין הנ"ל להקל אך ורק בצירוף טעמים נוספים.

ב. התחייב הנושאה לזון ולפרנס הולד

כאשר הרוצה לשאת את המינקת מתחייב לזון ולפרנס את הולד, ישנו סניף נוסף להיתר הנישואין, וכמובא בספר יהושע (פסקים וכתבים, אות פד) לגאון רבי יהושע העשיל באב"ד זצ"ל, וז"ל:

"נלענ"ד שאם הבעל השני הנושא את האשה יתחייב את עצמו בחיוב גמור ובשבועה על דעת רבים לפרנס ולזון ולכלכל את הילד היתום כל הני חודשים עד תשלום כ"ד חודש, בכל מה שיצטרך, הן מינקת הן ביעי וחלב הוא צד גדול להצטרף בהיתר, דהא מקשו בגמ' (יבמות מב) גבי מינקת דילמא איעברה ומיעבר וכו', ופריך אי הכי דידה נמי, ומשני לא יהיב לה בעל, ומשמע שם להדיא דאי יהיב לה בעל, היה להתיר בכהאי גוונא, ולא דמי ליורשים דצריכה לבוא לפני בי"ד וכו'."

בדבריו מסתמך על דברי הגמרא ביבמות (מב, ע"ב), שלאחר שהסיקה שטעם איסור הנישואין הוא שהמניקה תתעבר והחלב ייפסק, עמדה על כך שלכאורה לפי טעם זה, היה מקום להפריש כל אשה נשואה מבעלה מחשש שמא תתעבר ותחדל מלהניק את בנה, ותירצה הגמרא שאם אכן תתעבר בזמן ההנקה, תוכל האם בסיועו של הבעל להאכיל את התינוק בביצים וחלב, מה שאין כן כאשר בעלה אינו אביו הביולוגי של התינוק, שיש לחשוש מכך שיימנע מלספק לו צרכיו. עוד שאלה הגמרא, מדוע שלא נתיר את הנישואין, ובמקרה שהאשה תתעבר, תוכל לתבוע את יורשי הבעל הראשון שיפרנסו את בנה, ותירצה הגמרא שהאשה מתביישת לפנות לביה"ד כדי לתבוע את היורשים עבור בנה, והדבר עלול להביא למותו של הולד.

לכאורה עולה מדברי הגמרא שאם היתה ערובה לכך שהבעל החדש אכן היה דואג לכלכלת התינוק במקרה שהאם תתעבר, יש להתיר למינקת להינשא. ואין לדמות זאת לתביעה של האשה מהיורשים שסייעו במזונות התינוק, משום ששם בכדי להביאם לתמוך בוולד, על האשה לפנות

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לביה"ד, והיא מתביישת לעשות כן, מה שאין כן כאשר המשודך מתחייב מעיקרא בחיוב גמור ואף נשבע על דעת רבים, דבכגון זה ודאי יסייע בכלכלת הבן, אף בלא תביעת האשה.

אמנם מצינו דיוק זה מהגמרא ביבמות, כבר בדברי הנודע ביהודה (מהדו"ת אבה"ע לה), אך לא סמך על כך להיתרא, וז"ל:

"וא"כ קשה יתירוה ע"י שישבע זה שישאנה למיהב לה אלא ודאי שאין שבועה מועלת אי מטעם חשש הריב"ש שיעבור על השבועה ע"י שום היתר שיורה לעצמו או משום גזירה שהשוו גזירתן ודכי ריש גלותא קלא אית להו".

לדבריו, לא ניתן להתיר נישואי מינקת על סמך שבועת המשודך, הן מצד החשש שיעבור על שבועתו, הן מפני שיש לומר שחכמים לא חילקו בגזירתם, ואסרו אף בכגון זה.

ועיין באוצר הפוסקים (שם, עמ' פד).

מכל מקום, ודאי שיש לצרף נתון זה להיתרא בנדו"ד, וכפי שהכריע בשו"ת מהר"ש ענגל (ח"ג, סימן קכב), וז"ל:

"אף אם נימא דהתחייבות שנותן הבעל מהני, יש לומר דכל זה בשלא התחילה להניק, דאז יש קצת פוסקים דאף באלמנה אם נתנה מיד למינקת מותר, ומצרפין לזה אם יש התחייבות מאיש בטוח, אבל בכבר הניקה איזה זמן וחל עליה איסור מינקת, שוב לא פקע, אף אם אחר כך הבעל השני מקבל עליו חיובים."

אם כן, בנדון דידן בו לא החלה האם להניק, יש לצרף כסניף להיתרא אף את עובדת התחייבותו של הבעל המיועד.

ועיין עוד כמה שכתבנו בפס"ד הנ"ל אף בענין זה.

ג. האם התקנה חלה על מי שהתעברה מתרומת זרע

סניף נוסף לקולא בנדו"ד הינו העובדה שהמבקשת התעברה באמצעות תרומת זרע שקיבלה מתורם אנונימי, ובהסתמך על כמה טעמים:

(1) שיטת ר"ש הזקן

ידועה שיטתו של ר"ש הזקן, הסובר כי חכמים לא גזרו בגרושה מינקת, וז"ל התוספות (יבמות מב, ע"א, ד"ה סתם מעוברת), וז"ל:

"רבינו שמשון זקנו של רשב"א היה אומר דגרושה מינקת מותרת לינשא משום דלא משעבדא להניק כדאמרי' בפ' אף על פי (כתובות נט: ושם) נתגרשה אינו כופה. ואין נראה לר"ת, דהא למאי דהוה בעי למימר דטעמא משום סנדל או משום דיחסא לא היה חילוק בין אלמנה לגרושה, והוא הדין להאי טעמא דאינו חוזר בו אלא מהטעם בלבד, ועוד אלמנה גופה אי אמרה איני ניזונית ואיני עושה או תבעה כתובתה לא משעבדא, וכן פוסק בשאלתות דרב אחאי דלא שנא גרושה ולא שנא אלמנה."

לדברי ר"ש הזקן, גרושה מינקת מותרת להינשא, שלא כאלמנה, מפני שאינה משועבדת לבעלה לשעבר להניק את בנו, ואילו ר"ת חולק על כך, וסובר שאסורה להינשא.

ויעוין בחידושי הר"ן (כתובות ס ע"א) שביאר את מחלוקת הר"ש הזקן ור"ת באופן שונה:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"וכתב רת"ם ז"ל דמעשה בא לפני רבינו שמשון באשה שנתגרשה והיתירה לינשא לאחר שלשה חדשים, וטעמא משום דכיון שהאב קיים ממסמס לה בביצים וחלב. אבל רת"ם ז"ל כתב דאפילו נתגרשה אינה יכולה לינשא אלא לאחר עשרים וארבע חדש כדין אלמנה. וטעמא משום דכיון דאינה רגילה אצלו בושה לתבוע ממנו כדי צרכו."

לדבריו, טעמו של ר"ש הזקן הוא דבגרשה, הרי האב קיים, והוא ידאג למזונות בנו, לכן אין חשש מכך שהאם תינשא, תתעבר ותחדל מלהניק. אולם ר"ת סובר שלא תינשא, מפני שבושה מלתבוע האב.

נפקא מינה בין הטעמים השונים תהיה במקום בו אין ידוע מיהו האב, כגון בנדו"ד בו הופרתה מתרומת זרע מתורם אנונימי, דלטעמו של ר"ש הזקן המובא בתוספות, תוכל להינשא, שהרי אינה משועבדת להניק, מה שאין כן לטעם המוזכר בר"ן, לפיו האב יזון את בנו, דזה אינו שייך כמובן, כאשר זהות האב אינה ידועה.

להלכה, פסק השולחן ערוך (אבן העזר יג, יא):

"גזרו חכמים שלא ישא אדם ולא יקדש מעוברת חבירו, ולא מניקת חבירו, עד שיהיה לולד כ"ד חדשים [...] בין שהיא אלמנה בין שהיא גרושה בין שהיא מזונה. (ויש מקילין במזנה) (הגהות מרדכי פרק החולץ בשם י"א). ויש להקל במופקרת לזנות, כדי שיהא בעלה משמרה (תשובת ר"י מינין סימן ה')."

חזינן אפוא, שהשו"ע פסק כרבינו תם שלא חילק בין גרושה לאלמנה, ודלא כשיטת הר"ש הזקן, וכמשמעות הגמרא שלא חילקה בדבר, וכן מצינו בערוך השולחן (אה"ע יג, טז) שכתב כי רבים מרבותינו חלקו על שיטת הר"ש. מכל מקום, ודאי שניתן לצרף שיטתו כסניף נוסף להיתרא, ולדמות אשה שהתעברה מתרומת זרע לאשה גרושה, שעל שתיהן לא חל שעבוד להניק את הולד.

(2) אין להחשיבה כמינקת חבירו

בפתחי תשובה (שם, סק"ח) עסק באיסור נישואי מינקת, כאשר אבי הולד הוא נכרי. בדבריו הוא מביא סברה מחודשת של הנודע ביהודה (תניינא סי' ל"ח), לפיה המעוברת והמיניקה ממי שאינו בכלל קדושין, מותרת להינשא, דדוקא במעוברת חבירו גזרו אבל לא מי שאינו בכלל חבירו, כגון כותי ועבד.

כעין זה ניתן לומר אף בנדו"ד, דאף שמסתבר שתורם הזרע הינו יהודי, יש לומר שכאשר מפקיר את זרעו לכל מאן דבעי, אינו בכלל "חבירו", דמשמעות "חבירו" הינה דוקא כאשר קיים אב מוגדר לולד, שאז אסרו חכמים על אדם אחר להיכנס לגבולו במה שנוגע לולד שלו, מה שאין כן במי שמסתלק מאבהותו ותורם זרע באופן בו זהותו תישאר חסויה לעולם.

חיזוק לסברה זו ניתן להביא על פי שיטות הפוסקים הסוברים שהבן אינו מיוחס אחר האב, בהזרעה מלאכותית (עיין חלקת מחוקק, אה"ע סימן א, סק"ח).

גם לסוברים שאף בהזרעה מלאכותית הבן מיוחס לאביו (עיין ב"ש שם, סק"י, משנה למלך פט"ו מאישות ד, הגהות הר צבי על הטור, סימן א, הגרש"ז אורבך ב"נועם" כרך א, עמ' קסה, ויבי"א ח"ב אה"ע א, וכן מקובל להורות), בנדון דידן גרע טפי, משום שבהזרעה רגילה ניתן לומר שהרופא המזריע הוא שלוחו של האב (עיין הגהות הר צבי, שם), משא"כ במי שתורם תרומת זרע, שאין לו כל חלק בהליך ההפריה, ואף אינו יודע לרחמה של מי יוכנס זרעו. בכגון זה, אפשר שלא ניתן להתייחס לולד כבן חבירו, וממילא אם הולד לא תוגדר כ"מינקת חבירו".

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

והנה אף שלהלכה, הכריעו רוב הפוסקים כי גם בהפריה חוץ גופית, הבן הנושא את המטען הגנטי של בעל הזרע מיוחס אחריו, אפשר שכל זה נוגע אך ורק להגדרת יחוסו של הבן לאב, מה שאין כן בנדו"ד, וכפי שהתבאר.

לפיכך יש מקום לומר שבנדו"ד אין דין מינקת חבירו.

אמנם למעשה, כבר הביא הפתחי תשובה את דברי הפוסקים שמיאנו בסברה זו, וז"ל:

"ועיין בתשובת רבינו עקיבא איגר ז"ל ס"ס צ"ה כתב סברא הנ"ל דמעוברת ערבי בשם חכם אחד שרצה לומר כן... והוא ז"ל דחה דבריו, דמלשון מינקת חבירו ליכא דיוקא... גם בתשובת חמדת שלמה סימן ו' שנשאל על ענין זונה מופקרת שעשתה שידוך עם נער א' ואח"כ נמצא כריסה בין שיני' שזינתה עם ערבי תוך זמן הנ"ל כו' והאריך מאד אם יש להקל מחמת שהיא מופקרת ולא הזכיר כלל דברי הנו"ב הנ"ל שיש להקל מטעם אחר כיון שהיתה מעוברת מערבי. מבואר שדעתו ג"כ דאין זה היתר כלל".

בביאור הענין הזכיר את דברי הבית מאיר (שו"ת סימן ה'): :

"דתקנה זו שלא ישא מינקת חבירו איננו איסורא בלחוד, אלא דינא הוא מעיקרא ומטעם פיסוק חיותי' של תינוק נגעו ביה, דלא גרע התינוק שזכה בשדי אמו ממי שזכה בפריסת מצודה, כדאיתא במס' ב"ב שאני דגים כו', דמשם נלמד בח"מ סימן קנ"ו דין מערופיא, והכא בהצטרף נמי סכנתא החמירו בתקנתם לגרש אם עבר ונשא, וכן הביאו התוס' (סוטה כ"ו ע"א בד"ה לא ישא כו') ירושלמי עליו הכתוב אומר אל תשיג גבול עולם ובשדה יתומים אל תבא ע"ש. ולפי זה פשיטא דאין לחלק בין מעוברת מערבי כיון דהולד הוא ישראל, כדלעיל סימן ד' סק"א ע"ש (ועיין בתשובת חתם סופר סימן ל"ג שקילס מאוד סברא זו של הגאון בית מאיר)..."

המורם מדבריו שדין איסור נישואי מינקת חבירו, אינו מצד זכותו של "חבירו", אלא מצד התינוק, שזכה בחלב אימו, ואין להשיג גבולו לקפח פרנסתו. ממילא אין הדבר משנה האופן בו נתעברה האם.

מכל מקום, לשיטת הנודע ביהודה, אפשר שיש צד נוסף להקל בנישואי מניקה שהתעברה מתרומת זרע.

(3) חכמים לא גזרו באופן שאינו שכיח

ה"ברכי יוסף" (אה"ע שם, סק"י) דן בשאלה דומה אם איסור נישואי מניקת חבירו חל אף על מי שהתעברה באמבטיה, ומטעם שהדבר אינו שכיח, ואפשר שחכמים לא גזרו בכך, וז"ל:

"יש להסתפק באשה שנתעברה באמבטי, אי שריא לינשא כשהיא מעוברת ומניקה, או אסירא, כדין מעוברת חבירו ומנקת חבירו. ונראה להביא ראיה מהא דאמרינן בחגיגה דף י"ד ע"ב, על שאלו את בן זומא בתולה שעיברה מהו לכהן גדול, מי חיישינן לשמואל דאמר יכולני וכו' או דילמא דשמואל לא שכיחא, אמר ליה דשמואל לא שכיחא, וחיישינן שמא באמבטי עיברה. וכתב רש"י בתולה שעיברה מהו לכהן גדול, והיא אומרת שימצאו לה בתולים, אי נמי כהן גדול נשאה ולא ידע שהיא מעוברת ומצא לה בתולים, ואח"כ נמצאת מעוברת מהו לקיימה. עכ"ל... ולפי זה איפשיטא בעיין, דהרי פשיט בן זומא דשמואל לא שכיחא, וחיישינן באמבטי עיברה וכשרה לכהונה, ובתולה זו המעוברת באמבטי משיאין אותה לכ"ג ולא חיישינן למעוברת חבירו, דהא מוכרח דמשיאין אותה כי מעברה, דאי ילדה ודאי אזדו להו בתולים. וכן בדין,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דכיון דגזרת חכמים היא, הא קי"ל דמלתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן... ודאי נתעברה באמבטי מילתא דלא שכיחא מיקרי, ועין רואה ואזן שומעת הרי הוא בבל ימצא. אלא מיהו יש לדחות ראייה זו, דכיון דגזרת חכמים היא שמא הא דבן זומא מקמי הך גזרה הוי, אבל בתר דגזור רבנן דלא ישא מעוברת חבירו, אף דהא מילתא דלא שכיחא, כיון דאיכא סכנת ולד, חמירא סכנתא, ולא פלוג ואף נתעברה באמבטי לא תנשא".

הברכי יוסף מביא ראייה מהגמרא בחגיגה, לפיה כהן גדול יכול לשאת בתולה שנתעברה באמבטיה, ולא מצינו כל מניעה מצד איסור נישואי מעוברת חבירו. לדבריו, ההסבר לכך הוא שחכמים לא גזרו במציאות שאינה שכיחה. אמנם כותב שיש לדחות הראייה, שאפשר שבאותו זמן טרם גזרו חכמים איסור נישואי מעוברת ומינקת חבירו [ולענ"ד נראה שכלל אין להביא ראייה מכהן גדול, דאפשר שכלל לא גזרו בו, שהרי אין לחשוש שלא יפרנס הולד בביצים וחלב, עיין במ"ש לעיל סעיף ב, דמצינו שיש מצוה לגדל ולהעשיר את הכה"ג, ואין עניות במקום עשירות, ואכמ"ל].

לגופו של ענין כותב, שמאחר שהגזירה היא מחמת הסכנה לולד, וחמירא סכנתא מאיסורא, יש לומר שחכמים לא חילקו, ואסרו אף במילתא דלא שכיחא.

מכל מקום, מהמשך דבריו נראה שנוטה לומר שהגם שאין ראייה מהגמרא בחגיגה, מסתבר שלא גזרו במקום שאינו שכיח, אף שמדובר בסכנה, וז"ל:

"אמנם אני חוכך בזה, חדא, דהא דמעוברת חבירו ומנקת חבירו וגזרת הבחנה, נראה קצת דכחדא שריין, ובזמן אחד נגזרו. ומבריייתא דספרי הנז"ל (אות ד ד"ה ובהכי), משמע דבימי ר' עקיבא ור' אליעזר כבר היתה כזאת גזרת הבחנה, וכ"ש בימי בן זומא, ומסתמא גם גזרת מעוברת ומנקת כבר נגזרה. אף כי יש לדחות. ותו דכיון דגזרה היא, סוף סוף גם דאיכא לתא דסכנת ולד, במילתא דלא שכיחא מסתברא דלא גזור. ומכל מקום אין ראייה לנדון דידן מהא דחגיגה, די ש מקום לדוחה לומר דהא דבן זומא מקמי הגזרה דמעוברת חבירו. אי נמי דהך בעיא לדין תורה הוא דבעו".

גם ב"שדי חמד" (ח"ג, מערכת המ"ס, קעג) הביא מה"ברכי יוסף", שאף כשגזרת חכמים היא במקום חשש סכנה, לא גזרו במילתא דלא שכיחא.

אמנם עיין בציץ אליעזר (ח"ט, סימן נא, פרק ד), שהבין בדעת הברכ"י שנטה להכריע כי יש בזה דין מעוברת חבירו, וכ"כ בשם הישועות יעקב (שם, בפירוש הארוך סק"ח) והדברי מלכיאל (ח"ד, סימן קז).

ובאוצר הפוסקים (שם, עא, אות ב) הביא דהתורת חסד (סימן ג) כתב בפשיטות דמותרת, דבמילתא דלא שכיחא לא גזרו, ואילו הכרם שלמה לאה"ע, כתב דלא פלוג.

והנה לא אכחד כי יש להסתפק אם כלל שייך לומר "לא גזרו רבנן במילתא דלא שכיחא", בעניינים כמו מעוברת ומינקת חבירו, ושורש הספק הוא עפ"י המבואר במשנה למלך (פ"ד מהלכות מלוה ולוה הי"ד), שהביא מחלוקת בין הרד"ך למהר"י טאיטאצאק, האם אמרינן מילתא דלא שכיחא בכל תקנות חז"ל, או שמא רק בגזירות שיש בהן גדרים וסייגות, וז"ל:

"אך ראיתי בתשובות מהרדכ"ץ בית ל"ב ח"ד דהא דמחלקינן בין מילתא דשכיחא למילתא דלא שכיחא היינו דוקא בגדרים וסייגות, וטעמא דדי לנו במה שהחמירו וגזרו במילתא דשכיחא אבל במילתא דלא שכיחא לא גזרו דליכא למיטעי משום אקראי בעלמא, אבל כשאין הענין משום גדר אלא מילתא באנפי נפשה שרצו לזכות את ישראל פשיטא שעל כל צד זכייה ותועלת תקנו

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ע"כ... אך למהר"י טאיטאצאק הובא בספר שארית יהודה סי' כ"ה דס"ל דאף בתקנות איכא למימר מילתא דשכיח תקנו רבנן מילתא דלא שכיח לא תקנו".

לדברי הרד"ך (בית ל"ב חדר ד בסופו, ובתחילת חדר ה) חכמים לא גזרו במציאות שאינה שכיחה דווקא בגזירות שעניינן סייג לתורה, כמ"ש "ושמרו את משמרת" – עשו משמרת למשמרתי, משום שאין צורך בגדר וסייג במציאות שאינה רווחת, אך בתקנה עצמית שעניינה לזכות את ישראל, אין לחלק בה בין שכיח ללא שכיח. לפי זה לכאורה, בתקנת מעוברת ומינקת חבירו שנועדה לזכות את ישראל ולהבטיח את כלכלת התינוקות, אין לחלק בין שכיח ללא שכיח, שהתקנה כללה כל צד זכות ותועלת לתינוקות ישראל. וצ"ע.

אמנם עיין בתשובת המהר"י מינץ (סימן ה), שהתיר נישואי מינקת שנתעברה בזנות, וכתב בסוף דבריו, שאין על האם המזנה חיוב הנקה בחנם, וז"ל:

"ולהניקו בחנם לא אמרי' דתקנו, בפרט בזנות כי האי דלא שכיחי להתעבר כיון דאפשר באפוכי מיפך או במוך ומילתא דלא שכיחי לא גזרו ביה רבנן משמע ממנו דשייך כאן הך כללא."

יוצא מדבריו שגם בענייני מינקת שייך לומר "מילתא דלא שכיחא לא גזרו רבנן" [וכן מצינו בתשובת שבות יעקב ח"ג קטז, שכתב לגבי מינקת שנתעברה בזנות, דבמילתא דלא שכיחא לא גזרו רבנן]. ולכאורה דלא כשיטת הרד"ך, ועיין היטב בתשובת ברכת אברהם (אה"ע יז), שעמד על כך, ואכמ"ל.

אם כי יש לעיין מפני מה המהר"י מינץ לא כתב טעם זה בעיקר היתרו לנישואי מינקת מזנה, ובתשובות הבית מאיר (סוף אה"ע, סימן ה) העיר על כך, ואף חידש הגדרה יסודית ב"מילתא דלא שכיחא לא גזרו רבנן", וז"ל:

"אמנם אחרי עיוני במקצת מקומות דאיירי ממילתא דלא שכיחא לא גזרו או לא תיקנו, רואה אני די"ל דוקא כמו במקום שהביא וכו' [...] שלא התעוררו לעשות תקנה בלא שכיח [...] משא"כ בנדו"ד איך יש לומר אחרי שהוכרחו לעשות תקנה לולדות השכיחים, איך יפקיעו מתקנתם ולדות הבאים ע"י לא שכיח, אפשר אילו היה במציאות לתקן ביחוד ולדות דזנות לא היו מחדשים בעבורם תקנה, משא"כ כשהם בתוך הבאים בשכיח, דהא סוף סוף בנים הצריכים לזה בעולם שכיחי, ויוכל להיות נמי חרי דתקנה זו מכח לתא דסכנה נגעו בה והוי פיקוח נפש, אף להם לבד היו נזקקין לתקנה, ובפרט למה שהעליתי דעיקרה דינה הוא מדזכה התינוק משדי אמו ודאי דלא שייך בזה לחלק מדעתנו משום לא שכיחי."

לדברי הבית מאיר, חכמים יימנעו מלתקן במיוחד תקנה הנוגעת למציאות שאינה שכיחה, אולם כאשר כבר תיקנו תקנה למציאות שכיחה, תקנתם כוללת אף מציאות שאינה שכיחה. עוד הוסיף כי תקנה מעין זו, שנועדה למנוע סכנה, אפשר שהיו מתקנים במיוחד אף במילתא דלא שכיחא, ובפרט לשיטתו שמהות התקנה היא העובדה שהתינוק כבר זכה בחלב אמו, והבא לישא את המינקת נחשב כמי שבא ליטול מהוולד את אשר זכה בו. ועיין ב"שדי חמד" (ח"ג מערכת מ"ם, קעב).

זאת ועוד, כיום, הפרייה מלאכותית הינה דבר מצוי מאוד, ועל כן אף אם נאמר שלא גזרו במציאות שאינה שכיחה כמי שנתעברה באמבטיה, מכל מקום אין זה נוגע למעשים רבים שבכל יום בהם מתבצעת הפרייה מלאכותית, וכ"כ הציץ אליעזר (שם), וז"ל:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"ונראה לענ"ד שגם הברכ"י לא מספקא ליה כי אם בנתעברה ע"י אמבטי שהוא מילתא דלא שכיחא כלל שיכנס זרע לתוך רחמה ברחיצתה באמבטי, וכמו שהר"ח בחגיגה שם קורא לזה מעשה נסים, וכמו שהברכ"י בעצמו כותב דעין רואה ואזן שומעת הרי הוא בכל ימצא (ויעוין גם בשו"ת שו"מ מהדו"ג ח"ג סי' ל"ד מ"ש בזה עיין שם). ולכן במילתא דל"ש כי האי מסתפק הברכ"י לומר דאולי בכי האי לא גזרו רבנן, ועל בכי האי הוא דמסתפק להוכיח מההיא דחגיגה שהמדובר ג"כ בכגון זאת, אבל בעיבור ע"י הפרייה - מלאכותית שהעיבור לא בא במקרה שנכנס הזרע מאליו לתוך גופה, אלא מתעברת היא ע"י פעולת רופא המכניס לתוך רחמה הש"ז באמצעות מכשיר המיוחד לכך, והוא מילתא דשכיחא שתתעבר מכך, ובדרך שהפעולה נעשית אין שום עיכוב לזה במה שהש"ז לא נכנס באופן ישר ע"י שכיבת איש אתה, בכל כגון האי יש לומר שגם הברכ"י יודה בפשיטות שיש בזה הגזירה של מעוברת ומינקת חבירו ואסורה להנשא עד כלות ימי העיבור וההנקה."

[עיין שם שהוסיף כי אם נתעברה בנישואיה מתרומת זרע של אדם אחר, יש להפריש בעלה ממנה בימי העיבור וההנקה, ואם הדבר נעשה ברצונו ובידיעתו של הבעל, יתכן שדינו ככנס במזיד מעוברת ומינקת חבירו, שעליו להוציאה בגט. אמנם עיין במנחת שלמה (תניינא סימן קכד) הסובר שהבעל אינו צריך לפרוש מאשתו, עפ"י האבני מלואים (סי' י"ג סק"א) שכתב "דלא אסרו חז"ל מעוברת חבירו ומינקת חבירו אלא היכא שנשאה באיסור שהיתה מעוברת או מינקת אבל אם בשעה שנשאה הי' בהיתר דנמצאת מעוברת לית לן בה כיון דבהיתר נשאה ולא בעי הפרשה"].

למרות האמור, יש לומר שאף שהזרעה מלאכותית שכיחה בימינו, עלינו ללכת אחר זמן התקנה, ומאחר שבאותה התקופה הדבר לא היה שכיח, לא חלה על כך הגזירה. וכן משמע מהתוס' ד"ה משום (בבא בתרא יט, ע"א) שאף שחכמים אסרו הטמנה בדבר המוסיף הבל, אין גזרתם חלה על הטמנה בסלעים, כיון שאין דרך להטמין בהם, ולא גזרו רבנן במילתא דלא שכיחא. והוסיפו התוס' שמנהגם להטמין בסלעים.

יוצא אפוא, שלמרות שהדבר הפך להיות שכיח, מכל מקום הגזירה לא חלה על כך, דאזלינן בתר זמן התקנה (עיין בקונטרס אמרות משה סימן נט, המופיע בסוף הספר אגרות ורשימות קהלות יעקב ח"ב).

אחר כתבי זאת, מצאתי בשו"ת יביע אומר (חלק יא, אה"ע סימן לט) שנשאל בנדון דומה במעוברת מהזרעה מלאכותית, שכתב בדעת הברכ"י יוסף שהעלה להקל בנתעברה באמבטיה, והסיק דהוא הדין בנדון דידיה, בצירוף התחייבות בקנין מצד האיש שרוצה לישאנה.

אם כי עדין יש מקום לחלק ולומר שהברכ"י יוסף עוסק בדין "מעוברת חבירו", וכן הוא בתשובת היב"א, שלגבי זה יש לדון לגבי אופן התעברותה, ואם הדבר נכלל בגזירת "מעוברת חבירו", אמנם כאשר מדובר לאחר הלידה, בדין "מינקת חבירו", איזו שייכות יש לאופן העיבור, הרי מדובר על תינוק שכבר נולד, ומה יש לחקור כעת על האופן בו בוצעה הפרייתו. וצ"ע.

ד. סיכום ומסקנה

לפיכך, בשל העובדה שהאם לא הניקה מעולם את בתה, והבת ניזונת מתחליפי חלב, בצירוף הענין שמדובר במקרה של הזרעה מלאכותית, שלא היתה שכיחה בזמן גזירת חכמים, ויש לדמותה לגרושה מינקת שר"ש הזקן התירה להינשא מפני שאינה משועבדת להניק, ובהתחשב בכך שמדובר באיש ואשה רווקים בני ארבעים, שסוף סוף מצאו את זיווגם, כאשר האיש טרם קיים מצוות פריה ורביה, ולאחר שקיבל על עצמו בקנין לזון ולפרנס את הבת, ביה"ד מתיר למבקשים להינשא כדת משה וישראל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מותר לפרסום לאחר השמטת פרטים מזהים של המבקשת.

ניתן ביום י"א בטבת התשע"ט (19.12.2018).

הרב אברהם צבי גאופטמן

הרב עובדיה חפץ יעקב

הרב אהרן דרשביץ – אב"ד

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה