

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1183311/1

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: דחיית בקשה לנישואי מינקת

פסק דין

לאחר העיון בחומר שבתיק, ושמיעת דברי המבקשת וכן האיש עמו מעוניינת להינשא, ומאחר ולמבקשת בן קטין בגיל 7 חדשים ולדברי שניהם, הקטין אינו בנו של האיש הנ"ל, והאישה איננה יודעת מי אבי הקטין, ולאור המובא בשולחן ערוך אבן העזר סימן י"ג, ושיקולים נוספים שהיו לעינינו, ביה"ד אינו מתיר למבקשת להינשא עד הגיע הקטין לגיל כ"ד חודש.

ניתן ביום ז' באב התשע"ח (19.07.2018).

הרב אברהם צבי גאופטמן

הרב עובדיה חפץ יעקב

הרב אהרן דרשביץ – אב"ד

נימוקים להחלטה הנ"ל

בירור העובדות

המבקשת התגרשה לפני כשנתיים וחצי, ולפני כשבעה חודשים נולד לה בן. כעת פתחה בביה"ד תיק היתר נישואין בשל רצונה להינשא ל[נ], עמו מצויה בקשר זה מכבר.

באשר לזהות אבי התינוק, טענה כי שמו [ע], עמו היתה בקשר במשך כמה ימים. בתחילה אמרה כי הוא נכרי, אך בהמשך הדיון, טענה שאמו יהודייה. בדיון נוסף שהתקיים כמה ימים אחר כך, שבה ואמרה שהאב הינו נכרי.

עוד סיפרה, כי ארבעת ילדיה מנישואיה הקודמים מצויים במשפחות אמנה, ואף התינוק, אותו הניקה הנקה מלאה, נלקח ע"י הרשויות, כאשר לדבריה, אמורים להחזירו לה כעבור כשנה.

בפני ביה"ד הופיע [נ]. לדבריו, הוא מצוי בקשר עם המבקשת במשך כשנתיים, אך הוא בטוח שהתינוק אינו בנו. לטענתו, הוא נפרד מהמבקשת למשך כשבועיים, ובזמן זה הרתה מגבר אחר.

לשאלת ביה"ד, אמר כי אם הרשויות יחזירו את התינוק לחזקת האם, הוא מוכן לגדל את התינוק, למרות שאינו בנו. בשל העובדה ששכרו נמוך, ניאות [נ] להתחייב לשלם עבור התינוק לכל היותר סך של 600 ₪ לחודש, עד גיל שנתיים.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בירור הדין

א. דין נישואי מינקת בנתעברה מנכרי

מצינו בברייתא ביבמות (מב ע"א):

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

קודם שנדון אם איסור נישואי מינקת חל כאשר הולד אינו מצוי בחזקתה של האם, יש לברר אם בנדון זה, בו טענה המבקשת שנתעברה מנכרי, קיים כלל דין מינקת חברו.

בעניין זה מצינו בפתחי תשובה (שם, סקי"ח) סברה מחודשת של הנודע ביהודה (תניינא סי' ל"ח), לפיה המעוברת והמניקה ממי שאינו בכלל קדושין, מותרת להינשא, דדוקא במעוברת חברו גזרו אבל לא מי שאינו בכלל חברו, כגון כותי ועבד. הפתחי תשובה מזכיר אף את דברי הפוסקים שמיאנו בחילוק זה, 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 חברו 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 הביא את דברי הבית מאיר (שו"ת סימן ה'): :

"דתקנה זו שלא ישא מינקת חברו 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 שהולד 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 חברו, אינו מצד זכותו של "חברו", אלא מצד התינוק, שזכה בחלב אמו, ואין להשיג גבולו לקפח פרנסתו.

לכן גם בנדו"ד אין להתיר את נישואי המינקת בהסתמך על העובדה שנתעברה מנכרי, מה עוד שקשה להסתמך על דבריה שאכן נתעברה מנכרי, הן בשל שינוי גרסאותיה התדיר, הן בשל העובדה שיש להסתפק אם אכן המבקשת יודעת ממי נתעברה, זאת בשל אורח חייה, כפי שנראה לקמן.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב. דין נישואי מינקת כאשר הולד נלקח מרשותה

לכאורה כאשר התינוק כלל אינו בחזקת אמו ואינו יונק ממנה, אין מקום לאסור את נישואי האם, שהרי גם אם תתעבר, אין הדבר נוגע לתינוק שאינו ברשותה. אמנם, הדברים אינם פשוטים, וכדלקמן.

בנודון דידן, המבקשת הניקה את הוולד הנקה מלאה, והתינוק נגמל מהנקתה בכך שנלקח ממשמורת האם, באמצעות רשויות הרווחה.

דברים מפורשים מצינו בגמרא בכתובות (ס, ע"ב) דאיסור נישואי מינקת הינו גם במקום בו כבר גמלה את התינוק, מטעם "לא פלוג", כדפרש"י (שם, ד"ה בגזירותיו):

"לא פלוג רבנן במינקת שמת בעלה, בין שהיא מניקתו, בין שאינה מניקתו."

או מטעם "גזירה", כדכתבו התוס' (שם, ד"ה ואמר ר"נ), וז"ל:

"וגזרינן [...] גמלתו אטו שמא תגמלנו ועדיין הוא צריך לינק."

אמנם יש לדון מכיון שהתינוק נלקח עפ"י חוק, האם יש לדמות הדבר ל"בי ריש גלותא", כמובא בגמרא (שם):

"רב נחמן שרא להו לבי ריש גלותא."

ופירש"י (שם):

"אלמנות שהיו בהן מניקות ונתנו בניהם למניקה והתירום לינשא."

כלומר, התירו לאלמנות מניקות מבית ראש הגולה להינשא, כאשר התינוק נמסר למניקה, בשל העובדה שהמניקה חוששת מלחזור בה ממחויבותה כלפיהם, כמבואר בגמרא, משא"כ באלמנות אחרות, שיש לחשוש שהמניקה תחזור בה, והתינוק יחזור לאמו ויסתכן.

לכאורה כאשר רשויות הרווחה הוציאו את התינוק מרשות האם לזמן מוגדר, על מנת שיששה במשמורת אחרת, אין חשש שיוחזר לחיק האם בתוך הזמן, ולכן היה מקום להתיר לאם להינשא, כעין זה מצינו באוצר הפוסקים (דף פו, ע"ב) בשם הבית יצחק (סימן נב) לגבי אשה שהשליכה את בנה ביום היוולדו, ומסרוהו לעכו"ם שהמירוהו כפי חוקם, וכשנודע לה מזה, השתדלה להחזירו וסרבו מאחר שכבר הומר, וכתב דכיון שעפ"י החוק אין מחזירין לה את הולד דמיא להא דאמרינן בכתובות (ס, ע"ב) שאני דבי ר"ג דלא הדרי בהו, עיי"ש.

לכאורה הדבר תלוי במחלוקת הראשונים אם ניתן לדמות את ההיתר שנאמר לגבי ריש גלותא למקרים נוספים, כמבואר בדברי הר"ן (שם, כה, ע"א בדפי הרי"ף), וז"ל:

"ויש מי שכתב דלאו דוקא דבי ריש גלותא אלא כל כיוצא בו, ואחרים התירו עוד אפילו לאיניש דעלמא אם נשבעה המינקת להניקו כל ימי ההנקה. ולא נראה לי כן... (ד) לא פלוג רבנן בתקנת גזרות שלהם בין אשה לאשה, וגזרו סתם שתמתין כל אשה ג' חדשים, והכי נמי לא פלוג רבנן במניקה שמת בעלה... אבל דבי ריש גלותא קלא אית להו, ומעתה אין להתיר בנשבעה דהא לית לה קלא. והרי"ף ז"ל לא כתב הא דריש גלותא ולא הרב רבינו משה בר מיימון ז"ל [...] ואפשר שהשמיטה משום דסבירא להו דדוקא ריש גלותא ואין לנו כיוצא בו."

הר"ן מביא שיש מי שכתב שניתן לדמות את ההיתר של ריש גלותא למקרים אחרים, אמנם הוא עצמו סובר כי אין להשוות בין ההיתר שנאמר בבי ריש גלותא, בו אין חשש שהמינקת,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שהתינוק נמסר לידה תחזור בה, לבין מקרים אחרים שאף בהם אין חשש חזרה, כגון כאשר נמסר הבן למינקת שנשבעה שלא תחזור בה.

לדבריו, זהו גם הטעם שהרי"ף והרמב"ם לא הזכירו את ההיתר של בי ריש גלותא [אמנם עיין במגיד משנה (פי"א מהלכות גירושין הכ"ו)], שכתב שהרמב"ם והרי"ף לא הזכירו הא דריש גלותא או מפני שסבורים שאינה הלכה או שלא אמרו אלא בדריש גלותא בדוקא, שנודע לכל פתדם על הבריות. אם כן, הוא מעלה אפשרות לפיה אין הלכה כרב נחמן בהא דריש גלותא].

גם השו"ע (יג, סעיף יא), פסק שאין לדמות נשבעה המינקת לבי ריש גלותא, וז"ל:

"... שלא ישא אדם ולא יקדש... מניקת חבירו... אפילו נשבעה המינקת או נדרה על דעת רבים שלא תחזור בה... אפילו אם נשבעה לאדם גדול כמו אלו שהולכים בחצר המלך".

אמנם ברמ"א הביא בשם ההגהות מרדכי (כתובות, סימן רפ"ט) די"א שאם נשבעה המינקת וכנס, לא יוציא.

והנה לדברי הר"ן, הסיבה שאין להתיר כאשר נשבעה המינקת היא שחכמים לא חילקו בגזירתם ואסרו את נישואי מניקת חבירו, בין שמניקה בפועל ובין שאינה, מחשש שמא יחליפו ויבואו להתיר נישואי אם המניקה בפועל את בנה, ושונה הדבר לגבי ריש גלותא, מפני שהדבר מפורסם, ולא יבואו ללמוד מהיתר זה למצבים אחרים (וכעין זה כתב הרא"ש, שם).

בשו"ת אגרות משה אבן העזר (ח"א סימן לב) נשאל בנדון דומה, אודות אם שחתמה חוזה בשטר ע"י עו"ד בדיני ערכאות עם אשה אחת למסור לה הולד ולקחה הרבה כסף בעד זה, כך שלא תוכל לחזור בה, ולאחר שדן בדברי הר"ן, הביא מתשובות מיימוניות טעם אחר לכך שאין להשוות בין ריש גלותא לבין נשבעה המינקת, וז"ל:

"אבל בתשובת מיימוניות שם ממהר"מ כתב טעם אחר, דלא למידמי מורא הקדוש ברוך הוא למורא הבריות, כדאמר ולואי שתהא מורא שמים עליכם כמורא בשר ודם, עיין שם, וא"כ לא סבר שתקנו לא פלוג במינקת אלא משום דאף בנשבעה על דעת רבים, יש לחוש שמא תחזור ולא תחוש להאיסור."

כלומר, אין הדבר פשוט להשוות מורא שמים למורא בשר ודם, ועל כן אף אם מצינו שמינקת יראה מלחזור בה בשל החשש מבי ריש גלותא, עדין יתכן שתעבור על שבועתה ותחדל מלהניק. לדבריו, יש נפקא מינה בין טעמים של הר"ן והרא"ש לבין טעמו של המהר"מ, וז"ל:

"ויש חלוק לדינא באם יהיה אופן שלא תוכל לחזור, שלטעם הר"ן והרא"ש תהא אסורה מטעם גזירת לא פלוג, דאתי לאיחלופי דלית ליה קלא ואף באם היה גם קלא אולי לא כל הקולות שוות, וקשה היה לדמות זו לזו. אבל לתשובת מהר"מ שבתשובות מיימוניות תהא מותרת. ולכן בהא דידן דעשתה בשטר ע"י עו"ד בדיני ערכאות עם אשה אחת למסור לה הולד ולקחה הרבה כסף בעד זה שאין יכולין לחזור, תלוי זה במחלוקתם בהטעמים של האוסרים במינקת שנשבעה, דלהר"ן והרא"ש יש לאסור, דאולי אין נחשב זה לקלא, וגם אולי ממש אין קלא שהרבה עושין זה בצנעא, ולמהר"מ יש להתיר כיון שאין בזה שום חשש".

דהיינו, הנפקא מינה תהיה במקום בו האשה שמסרו לה הולד להנקה אינה יכולה לחזור בה בשל הכרח כל שהוא. לדעת הר"ן, לא נתיר את נישואי האם, משום לא פלוג, ושאיני ריש גלותא, דאית להו קלא, וגם אם בנדון מסוים יש קול, אין להשוות קול אחד למשנהו. אמנם לטעמו של המהר"מ, ניתן יהיה להתיר את נישואי האם, מפני שדווקא את דינה של מינקת שנשבעה לא ניתן

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ללמוד מריש גלותא, שאין להשוות מורא בשר ודם למורא שמים, אולם כאשר מדובר בהכרח אחר המונע חזרה, ניתן להתיר.

ועיין באג"מ שצייין לביאור הגר"א (שו"ע שם, סקל"ח) שהביא רק את טעמו של המהר"מ, משמע שדעתו נוטה כמהר"מ, ועי"ש שכתב בדנדון דידיה גם לדעת הרא"ש נראה שמותרת, ולכן הסיק להתירא בדנדון בו הולד נמסר בדיני ערכאות לאשה אחרת שאין יכולה לחזור.

אמנם נראה שאין בכך להתיר את נישואי המבקשת בדנדון דידן, לא מיבעיא לדעת הסוברים שכלל אין לדמות היתירא דבי ריש גלותא למצבים אחרים, וכן לא מיבעיא לטעמו של הר"ן שהתירו דוקא בריש גלותא בגלל הקול, אלא אפילו לטעמו של המהר"ם לא ניתן יהיה להתיר בדנדוננו, שהרי לדברי המבקשת עצמה, היא מצפה שהרשויות ישיבו את התינוק למשמורתה בעוד מספר חודשים, ואם כן ודאי שאין לדמותו לריש גלותא שאין חשש שהמינקת תחזיר את התינוק.

נציין עוד כי הבעל המיועד סירב להתחייב לזון את בן המבקשת בסכום סביר במידה שהרשויות ישיבוהו לחיק אמו. לדבריו, הוא משתכר בסכום זעום ועל כן יכול להתחייב בסך מצומצם בלבד.

ג. איסור נישואי מינקת בנתעברה בזנות

בנדון דידן נתעברה וילדה המבקשת מחוץ למסגרת הנישואין, ויש לדון אם איסור נישואי מינקת חל אף באופן זה, ועיין בפסק דיננו בתיק מס' 1151229/1, שם הארכנו בביאור שיטת ר"ש הזקן, הסובר כי גרושה מינקת מותרת להינשא.

התוספות (יבמות מב, ע"א, ד"ה סתם מעוברת) כתבו כי לדברי הר"ש הזקן, גרושה מינקת מותרת להינשא, מפני שאינה משועבדת לאבי הבן להניק בנו, ואילו ר"ת חולק על כך, וסובר שאסורה להינשא. לעומתם, בחידושי הר"ן (כתובות ס ע"א) ביאר את מחלוקתם באופן שונה, לדבריו, טעמו של ר"ש הזקן הוא דבגרושה, הרי האב קיים, והוא ידאג למזונות בנו, ולכן אין לחשוש מכך שאם הולד תינשא, תתעבר ותחדל מלהניק. אולם ר"ת סובר שלא תינשא, מפני שבושה מלתבוע האב.

נפקא מינה בין הטעמים השונים תהיה כבנדו"ד שאין ידוע בבירור מיהו האב, כגון באשה מזנה שילדה, 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.

ועיין בתשובת הגרע"א (סימן צה), שכתב דרובא דרבוותא, התוס' ביבמות וכתובות והרא"ש והסמ"ג והמרדכי, הביאו את היתרו של הר"ש בגרושה ותלו הדבר בכך שאינה משועבדת להניק, וממילא גם זונה מותרת. וא"כ דעת הר"ן אליבא דהר"ש יחידאה נגד הנך רבוותא.

מכל מקום, השולחן ערוך (אבן העזר יג, יא) פסק כרבינו תם שלא חילק בין גרושה לאלמנה, ודלא כשיטת הר"ש הזקן, וכמשמעות הגמרא שלא חילקה בדבר.

אלא שבנדו"ד היה מקום לכאורה להחיל את דברי הרמ"א (שם) בשם המהר"י מינץ שכתב להקל במופקרת לזנות, וז"ל:

"ויש מקילין במזנה (הגהות מרדכי פרק החולץ בשם י"א). ויש להקל במופקרת לזנות, כדי שיהא בעלה משמרה (תשובת ר"י מינץ סימן ה)."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ועיין בפסק דינו הנ"ל שהבאנו את דברי הפוסקים אשר דנו בשאלה מי נחשבת כמופקרת לזנות, עיין פתחי תשובה (יג, סק"ט), שו"ת רבי עקיבא איגר (מהדו"ק סימן צה) וביע אומר (ח"ט, אבן העזר טו).

מכל מקום, בנדו"ד ברור שהמבקשת עונה על ההגדרה "מופקרת לזנות", כפי שהצהירה בעצמה בתיק הגירושין שלה, וכפי שהודתה גם כעת. לדבריה, בעלה לשעבר שלח אותה לעסוק בכך, אך הודתה שבנוסף לכך, היה אדם עמו היתה בקשר מרצונה, בזמן נישואיה. מדבריה עולה שגם לאחר שנתגרשה, לא חדלה ממנהגה.

אך לכאורה יש מקום גדול לחלק, בין מופקרת לזנות, אודותיה כתב המהר"י מינץ שיש להתיר נישואיה כדי שיהיה בעלה משמרה, הן מצד תקנתה הן מצד תקנת הציבור (עיין בעיקר בתחילת תשובתו של המהר"י מינץ), לבין המבקשת דנן, אשר גם כאשר היתה נשואה בעבר, עסקה בזנות, וממילא אם נתיר לה להינשא, אין כל ערובה שבעלה יהא משמרה, והדבר עלול להביא תקלה חמורה יותר עבורה ועבור הציבור, כאשר יש.

הן אמנם, מצינו בשו"ת מהר"ם שיק (אבן העזר סימן לד), שהביא בשם מקצת תשובות, ביאור מחודש לכך שיש להקל במופקרת לזנות, וז"ל:

"הטעם דאין במופקרת תועלת אם לא תנשא, דיש לחוש דשוב תזנה ותתעבר ואין תועלת לוולד".

לדבריו, מאחר שטעם האיסור בנישואי מינקת חבירו הוא שמא תתעבר וייעכר חלבה, הרי שבמופקרת לזנות לא שייך טעם זה, משום שאף אם לא נתירה להינשא, יש לחשוש שתזנה שוב ותתעבר. לפי זה גם בנדון דידן היה מקום להתיר נישואיה.

דא עקא, שבדברי המהר"י מינץ, שהוא מקורו של הרמ"א, מצינו מפורש שטעם ההיתר במופקרת הוא כדי שיהיה בעלה משמרה ולא מפני שיש לחשוש דשוב תזנה ותתעבר. יתירה מכך, המהר"י מינץ כתב (שם) דלא שכיח להתעבר בזנות, כיון דאפשר באפוכי מיפך או במוך. לכן נראה שבנדו"ד אין להקל מצד היותה מופקרת.

ומצאתי כדברינו באוצר הפוסקים (סימן יג, אות פג, ג) שהביאו בשם הזכרון יהודה (מהדו"ת סי' קסט), וז"ל:

"בזינתה תחת בעלה וגירשה אף דהיא מופקרת אין להתירה להינשא, דבזו שראינו דאף שהיה לה בעל ומכל מקום זינתה, לא שייך גבה דבעלה ישמרנה, ומה גם שזוה שרוצה לישאנה הוא איש זקן והיא ילדה צעירה".

ונדו"ד זהה לנדונו אף בסיפא של דבריו, ויעויין בשו"ע אה"ע (ב, ט), ודוק לדידן.

ד. סיכום ומסקנה

להלכה נפסק כי גם במקום בו התינוק נגמל מההנקה, אמו אסורה להינשא, משום לא פלוג או מצד גזירה שמא תגמלנו כדי להינשא. נציין, כי אין לדמות נדון זה להיתר שנאמר לגבי מניקות דבי ריש גלותא, מפני שדווקא שם כאשר התינוק נמסר למינקת, פרנסתו מובטחת עד מלאת כ"ד חודש, משא"כ בנדו"ד בו קיימת אפשרות שהתינוק יוחזר לחיק אמו ולא יהיה לו ממה להתפרנס, בפרט לאור העובדה שהבעל המיועד סירב להתחייב על סכום מזונות סביר לטובת התינוק. נציין עוד שבנדו"ד אין להקל מטעם מופקרת מפני שקולא זו נועדה לתקנת האשה ולתקנת הציבור כדי שיהיה בעלה משמרה, משא"כ בנדון זה ולאור נסיון העבר.

