

תחומין כב עמוד 392

הרב אברהם ח' שרמן

הפרייה חוץ-גופית אצל זוג פרוד

ראשי פרקים

- א. שותפות ממונית
 1. שותפות לזמן קצוב אינה ניתנת לפירוק
 2. מטרת השותפות אינה יצירת וולד, אלא הקמת משפחה
 3. השותפות היא בזרע ובביצית, ולא בוולד
- ב. שותפות של נישואין
 1. טענת "חוטרא לידה" - לאו דווקא
 2. "חוטרא לידה" - אינו מהתחייבויות הבעל
 3. לידת בן אינה מהתחייבויותיו של הבעל
 4. חובת האשה כלפי בעלה שיהיה לו בן
 5. סיכום
- ג. חובת הבעל לגמול חסד עם אשתו
- ד. הפרייה חוץ-גופית - שאלת איסור והיתר
- ה. סיכום ופסק דין



בפנינו נשמע ערעורה של האשה על פסק דינו של ביה"ד האזורי שפסק: אין להשתיל ברחמה של האשה הביצית שהופרתה מזרע הבעל, כנגד רצונו. אך יחד עם זה ראוי שהבעל יסכים לכך, לאחר שהאשה תתחייב לפרנס את הילד שיוולד בכל הוצאותיו עד גיל שמונה עשרה שנה. ולפיכך העיכוב שהטיל ביה"ד על השתלת הביציות בתוקפו.

מדובר בצדדים שנשאו זל"ז כדת משה וישראל. לבעל אלו נשואים שניים; מנשואיו הראשונים נולדו לו שלשה ילדים. לאשה אלו נשואין ראשונים, ואין לה ילדים. לאחר שהוברר לזוג שהאשה אינה יכולה להרות וללדת בדרך טבעית, הסכימו שניהם לעבור הליך של הפרייה מבחנה חוץ גופית (I.V.F). לאחר שהאשה עברה תהליך רפואי קשה, מורכב ומכאיב, נשאבו מגופה ביציות שהופרו בזרע הבעל, ונעשו שני נסיונות, שלא צלחו, להשתיל ברחמה. כעבור כשנתיים חל משבר עמוק ביחסי בני הזוג - הבעל הגיש תביעת גירושין, והאשה בקשה שלום בית. לדברי הבעל זמן קצר לאחר הנשואין פרצו סכסוכים ביניהם. ביה"ד דחה את תביעת הגירושין, וגם לא המליץ על גירושין. הבעל תבע, שיוצא צו כנגד האשה שימנע ממנה להמשיך את תהליך ההפרייה, ולהשתיל ברחמה ביצית המופרית בזרעו. ביה"ד האזורי נענה לבקשתו, והוציא צו מניעה זה.

נחלק את טענות הצדדים ופסק דינו של ביה"ד האזורי לארבעה מישורים:

- I. במישור המשפטי-הלכתי שבתחום דיני השותפות הממונית שנמצא בשו"ע ח"מ.
- II. במישור ההלכתי מתחום השותפות המיוחדת שבין איש לאשתו במסגרת הנשואין, ע"פ ההלכות שבשו"ע אה"ע.

- III. במישור עשית הישר והטוב, לסייע ביד האשה למלא את שאיפתה להיות אם, ולזכות בילד פרי בטנה.
- IV. במישור מעמד הביצית המופרית וקביעת ישותה, ויחס ביה"ד וההלכה כלפיה.

א. שותפות ממונית

1. שותפות לזמן קצוב אינה ניתנת לפירוק

האשה טוענת, שלאחר שנוצרה שותפות בינה לבין בעלה, בהסכמתו, בביצית שהופרטה ע"י זרעו, אין הוא יכול לחזור בו ולהפסיק את המשך תהליך השותפות, עד לסיומו של התהליך, היינו עד יצירת הוולד. טענה זו נתמכת בשו"ע חו"מ קעו, טו: השותפים שהתנו ביניהם שיעמדו בשותפות זמן קצוב - כל אחד מהם מעכב על חברו, ואינו יכול לחלוק עד שיגיע הזמן, או עד שיכלה ממון השותפים. ואין אחד מהם יכול ליטול מהקרן ולא מהשכר עד סוף הזמן.

סוף תהליך ההפרייה (יצירת הולד) הוא הזמן המקביל למה שנפסק בשו"ע שם בסעיף יז: "היה זמן ידוע למכירת אותה סחורה - יש לכל אחד מהם לעכב שלא יחלקו עד שתמכר בזמן הידוע למכירתה, ואין אחד מהם נוטל לא מהקרן ולא מהריוח עד זמן החלוקה, אלא אם התנו ביניהם."

2. מטרת השותפות אינה יצירת וולד, אלא הקמת משפחה

כנגד טוען הבעל, שהסכמתו להכנס לשותפות כזו מבוססת על ההנחה ועל התקווה שהזוג ימשיך לחיות בשלום, והילד שיולד כתוצאה מתהליך ההפרייה יגדל עמם בביתם המשותף, ואולי אף יהווה גורם מאחד ביניהם. כיון שנוצר משבר נשואין עמוק ביניהם, וניכר שאף האשה רואה שאין מנוס מגירושין - אומדנא דמוכח היא שלא לכך נתן הבעל את הסכמתו. לראייה הביא בא-כח הבעל את דברי ה"ר שאול ישראלי המובאים באנציקלופדיה הלכתית רפואית לפרופ' א' שטיינברג (כרך ד, בנספח לשאלת הבעלות על ביצית מופרית), שזכותו של הבעל לסרב להמשיך את השותפות בנסיבות שבני הזוג נמצאים בהליכי גירושין, ומקורו בדברי הרמב"ם (הל' שותפין ח,א): "הנותן ביצים לבעל התרנגולים להושיב התרנגולים עליהם עד שיצאו האפרוחים, ויגדל אותם בעל התרנגולים ויהיה הריוח ביניהם... ואינו יכול למכור שלא מדעת חברו תוך זמן זה."

בעל התרנגולים אינו רשאי למכורם, כיון שחלות השותפות יוצרת שעבודים הדדיים המחייבים את הפעולות הנדרשות לשם השגת המטרה, שהיא היווצרות האפרוחים. כך גם בשותפות שנוצרה בהסכמה בין בני הזוג בהפריית הביצית באמצעות הזרע - השותפות מחייבת את שני הצדדים שלא להפסיק את הפעולה, עד להשגת המטרה - היווצרות הולד. אולם הר"ש ישראלי כותב שם, ששעבוד זה קיים כל עוד לא חל שינוי אצל אחד השותפים ביחס לתהליך מימוש השותפות ומילוי מטרתה. אבל כאשר חל בינתיים שינוי מהותי אצל אחד השותפים, ולטענתו המשך השותפות גורם לו נזק ממוני או אחר (כגון: ילד שיגדל ללא שני הורים), רשאי אותו צד שניזוק להפסיק את השותפות. לדברי הר"ש ישראלי, השינוי ביחסים שבין בני הזוג הוא "שינוי מוחלט ממה שהיה בזמן קבלת ההתחייבות ההדדית", ויש לראות זאת כאונס, ולכן "אין לחייבו [את הבעל] להסכים למסור החומר המוקפא... שגם לו חלק ובעלות בחומר המופרד."

הר"ש ישראלי כתב דבריו על מקרה הזוג נחמני, שבו רצתה האשה להמשיך בתהליך ההפרייה גם לאחר גירושה מבעלה. משום כך טען בא-כח האשה, שאין המקרה ההוא דומה למקרה דנן, שבו הצדדים עדיין אינם גרושים, והאשה אף מבקשת שלום בית. אין הם אפוא אלא כשותפים המסוכסכים זע"ז, ושנוי הנסיבות אינו סופי ובלתי הפיך, כפי

שהיה בתיק נחמני. מה עוד, שביה"ד האזורי דחה את תביעת הגירושין של הבעל, ועדיין קיים סכוי שהשלוש וחיי השיתוף יחזרו בין בני הזוג.

ב"כ הבעל טוען, שגם האשה מודה "שאין כל אפשרות של חיים משותפים בין בני הזוג", כפי שהכריז בא כוחה בבית המשפט, ולא נותרה אלא הפעולה הפורמלית של מתן הגט. לדבריו, מאבקה של האשה בנושא הביצית המופרית הוא חלק מהתנאים שהיא מציבה להסכמתה לגירושין. ממילא, דומה המקרה דן למקרה נחמני, הגם שמדובר שם בהידינויות שלאחר גירושין.

טענה זו של ב"כ הבעל נראית לי, כיון שהשותפות שאותה תובעת האשה להמשיך שונה לחלוטין מהשותפות שעליה הסכימו השניים בעת שנכנסו לתהליך ההפרייה החוץ-גופית. הסכמתם אז היתה לזכות בזרע של קיימא, ילד שימשיך ויגדל בתוך מסגרת התא המשפחתי, כששניהם - הבעל והאשה - ישמשו לו כאב וכאם. זוהי שותפות שמטרתה היא **הקמת משפחה**. אולם האשה כיום תובעת שותפות אחרת, שמטרתה **לידת ילד**, ותו לא. לא לשותפות זו הסכים הבעל מלכתחילה, ועל כן לא יכולה האשה לתבוע את המשך קיומה של השותפות. על דבר זה לא נשתתפו ולא נוצרה כל מחויבות מצד הבעל לאפשר לה להשתמש בביצית המופרית על מנת שיוולד בן למציאות של משפחה חד-הורית.

כיון שעוסקים אנו בשותפות שונה לחלוטין, שוב אין אנו זקוקים להשען בנידון דידן על אומדנא דמוכח שתברר שלא לכך התכוין הבעל בשעה שנתן הסכמתו, או לטעון טענת אונס שיש בשינוי הנסיבות. די לנו בכך שהתפוררות התא המשפחתי פוגעת בגוף ההסכמה ובמהות השותפות.¹

כנגד זה טוענת האשה, שהסכסוכים בין בני הזוג פרצו זמן קצר לאחר הנישואין (ולכך מודה הבעל), ובכל זאת הסכימו שניהם לעבור את תהליך ההפרייה. הדבר מלמד שהסכמתו להיכנס לשותפות אינה דווקא במטרה של הקמת משפחה, אלא די היה לו בכך שיוולד ילד. אולם עליות וירידות במערכת החיים הזוגיים הם דבר מוכר וקיים, וכל עוד לא הגיש הבעל תביעת גירושין, אין לראות בסכסוכים מעין אלו סימנים מובהקים להתפוררותו של התא המשפחתי. הסכמת הבעל לתהליך ההפרייה בתנאים כאלו עדיין היא הסכמה להקמת משפחה, ולא להולדת ילד גרידא.

3. השותפות היא בזרע ובביצית, ולא בוולד

אחד מדיני ביה"ד האזורי כתב בנימוקיו לפסק הדין, שעל המקרה אין להחיל דיני שותפים, ומשום כך לדעתו יש לדחות את תביעת האשה שלא לפרק את השותפות בינה לבין בעלה. בדבריו הוא קובע, שאם אכן היה מקום לשותפות הנובעת מהקנאה ממונית שכל אחד מהשותפים מקנה את חלקו לחברו להיות בו שותף, הרי שלא היה צורך במעשה קנין של כל אחד מהשותפים, שהרי לדעת הרמ"א (חו"מ קעו, ב) בדיבור בלבד נפעלת השותפות, והטעם הוא (עי' בהגר"א שם ס"ק יח) שכל אחד מקנה לזולתו, כדי שגם הוא יקנה לו. גם אם צריכים מעשה קנין, כמוש"כ הרמב"ם (הל' שותפות ד, א) והשו"ע (חו"מ קעו, א), במקרה דן יכול הקנין להיעשות בדיבור בלבד. אבל בנידוננו אין

1. [לא ברור כיצד נימלט מטענת אונס - כיצד פקעה התחייבות הבעל? על כורחנו לומר שעל דעת שינוי נסיבות כזה לא התחייב. זוהי בעצם טענת אונס שפוגמת בגמירות דעת המתחייב. ולעצם הענין, אם יש כאן טענת אונס אם לאו, ראה מאמרי בתחומין טז עמ' 181. - הערת עורך (א.ו.)]

תגובת המחבר: התפוררות התא המשפחתי הינה שינוי במהות, ועליה כלל לא חלה התחייבות הבעל לאשתו. לעומת זאת, טענת אונס היא רק כשהנסיבות השתנו, אבל המהות נותרה בעינה ולא השתנתה.

המדובר בקנין שזה מקנה זרע, וזו מקנה ביצית, אלא רוצים הם להיות שותפים בעובר, ובו לא יכול להיות קנין.

אמנם - כך ממשיך הדיין הנ"ל - יכול אדם להקנות את שערו, או אם חתך אבר מגופו, שאז, בהיותם מנותקים מהגוף, הרי הם ככל חפץ דעלמא. ואם כן, אפשר להקנות ביצית או זרע אדם כדי לחקור אותו וכדומה. אבל בנידוננו אין הכוונה להקנות ביצית או זרע כשלעצמם, אלא ליצור שיתוף בעובר בר קיימא, ובו הרי לא שייך קנין, כיון שאינו חפץ הנקנה. אין לאדם מישראל בעלות קנינית על גופו, או על גוף זולתו, וכמו"כ אין לאדם בעלות על עובר.

אך מסקנה זו, שאין לאדם בעלות על גופו, אינה נוגעת לכאורה לנידוננו. כבר נגע הר"ש ישראלי, בפרק ב מתוך חוות דעתו בענין בני הזוג נחמני בשאלת הבעלות והזכויות שיש לבעל על הזרע שניתן לצורך הפריה חוץ-גופית. עיקר בירורו מושתת על ההלכה שזרע זה מתייחס לבעליו כבנו, והוא מדמה זאת לנתעברה באמבטי, "שרוב האחרונים נוטים לומר, שאכן מתייחס אחרי האב" (עין חלקת-מחוקק אה"ע א, ח ובית-שמואל שם סק"י ובמאמר שנדפס בתורה-שבע"פ קובץ לג). ועוד הוא מוסיף: "לכאורה נראה, שלפי שיטת הרא"ש ובעלי התוס'... זיכתה התורה לבעל ואפילו בא עליה בזנות, דמשמע דאזלינן אחר בעל הזרע שהולד מתייחס אחריו. א"כ גם בזה התשלום לבעל." לדבריו, יחס האבהות קובע גם את הזכויות הממוניות שיש לבעל בעובר.

למסקנה דומה, שלנותני הזרע יש בעלות עליו הגיע גם ה"ר לוי יצחק הילפרין בשו"ת מעשה-חושב ח"ג סי' ב. הוא דן בשאלה האם מותר להשמיד תאים מופרים והשמורים בהקפאה, שאין בהם צורך להפריה מלאכותית; והאם צריך ליטול רשות מבעל אותם תאים מופרים כדי לעשות כך. מסקנתו היא (סעיף ב, עמ' סב): "קודם השימוש בתאים המופרים הנ"ל יש ליטול רשות מבעליהם של התאים המופרים להשתמש בהם." לדבריו (בסעיף ה), "גם האשה בעלת הביצית חשיבא בעלים על הביצית המופרית, ולא רק בעלה. דאין מסתבר כלל לומר שהיא משועבדת לו להוציא מגופה ביציות להפריה, אלא הדבר נעשה בהסכמת שניהם, בכדי להשתתף בתוצאה. וממילא שניהם חשיבי שותפים מלאים על הביצית המופרית, וצריך ליטול משניהם רשות להשתמש בה."

למסקנה זו הוא מגיע, למרות שדעתו היא שהעובר אינו מתייחס אחר בעל הזרע לענין אבהות וקיום מצות פרו ורבו (שם א, ח). ובכל זאת יש לאדם בעלות על היוצא מגופו ואין הוא מפקירו. משום כך מסקנתו היא שכיון שבני הזוג הסכימו לתהליך ההפריה החוץ-גופית, הם נעשו שותפים מלאים ובעלים על הביצית המופרית.

מסקנתם זו של הר"ש ישראלי ושל הר"ל"י הילפרין אינה סותרת את הקביעה שלאדם אין בעלות על גופו. בנושא זה נגעתי במאמרי "תרומת איברים למטרת רווח כספי - בעלות אדם על גופו ועל צערו" (תחומין כ עמ' 353-362). מסקנתי שם היא, שיש לאדם בעלות על גופו, אפילו שיחבלו בו, כאשר הדבר נעשה לשם מטרה שיש בה מצוה. כמו כן הוא רשאי לקבל תמורה ממונית. הכלל, שאין לאדם בעלות על גופו, נאמר רק כשרוצה להשתמש בו למטרת השחתה, חבלה, צער וכאב.

עפ"י בנדון דנן, כאשר שני בני הזוג הסכימו ליתן מגופם - האשה את הביצית, והבעל את זרעו - לשם תהליך הפרייה שבסופו ב"ה ייווצר ולד, תתקיימה מצוות פרו ורבו ו"לשבת יצרה", ויזכו שניהם להיות אב ואם, נוצרה ביניהם שותפות מלאה באותם חלקים מגופם, שממיוזוגם תתקיימה מטרות אלו. כל גדרי שותפות שייכים בזה, ועצם המיזוג שעשו הצדדים בביצית ובזרע אין לך מעשה קנין וגמירות דעת למעלה מזה ליצירת השותפות.

הא למה זה דומה, לשותפות בפירות, שעליה נפסק בשו"ע חו"מ קע"ב: "וכן אם ערבו פירותיהם, או ששכרו מקום בשותפות והניח זה כדו וזה חביתו שנשתתפו בהם - הרי אלו שותפים בהם." וביאר בסמ"ע (ס"ק ח): "בעירבוב פירותיהם, בלא קנין סג. כיון דכל אדם ניחא ליה בפירות שלו, והם ערבו יחד עד שאינו ניכר איזהו של זה ואיזהו של זה, מחשב קנין לענין שותפות." קל וחומר כאשר בעל ואשה מסכימים לערב זו את ביצתה וזה את זרעו למיזוגם לשם תהליך הפרייה והיווצרות וולד, יש כאן גמירות דעת לשותפות, על כל הזכויות והחובות הנובעות מכך. גם בנידון זה אין צורך בקנין שיתן תוקף מלא לשותפות.

השותפות איננה מתחילה, כמוש"כ הדיין הנ"ל, בעובר שעתיד להיווצר, אלא במיזוג שבין הביצית והזרע. לבעל הזרע יש זכויות ממוניות מליאות בזרע היוצא ממנו, וכמסקנתי במאמרי הנ"ל, שתמורת מח עצמות ואיברים שתורם אדם הוא רשאי אף לקבל תשלום. אמנם כפי שנתפרש בסעיף הקודם יש כאן טענת אונס, או שינוי מטרת החווה, שמצדיקה את טענת הבעל. על כן, רשאי הבעל להתנגד להמשך השותפות בהליך ההפרייה החוץ-גופית, והאשה מנועה מלקבל את הביצית המופרית להשתלתה בתוך רחמה.

ב. שותפות של נישואין

1. טענת "חוטרא לידה" - לאו דווקא

האשה במקרה הנדון טוענת גם שבעלה חייב לה את קיום תנאי השותפות שיש בחיי נישואין, שאחד מהם הוא חובתו לסייע בידה למלא את שאיפתה הטבעית להיות אם, ואת זכותה שיהיה לה בן "חוטרא לידה ומרה לקבורה" כדברי הגמ' (יבמות סה, ב) - "עץ שתשען עליו לעת זקנתה ואם תמות יקברנה" (רש"י, שם).

אין האשה צריכה לטעון טענה זו במילים אלו ממש, וכמו שפסק בית הדין הגדול (בהרכב הרה"ר לישראל הרי"א הרצוג וה"ר עבדיה הדאיה זצ"ל, והרי"ש אלישיב שליט"א - פד"ר ח"ד עמ' 356-357): "אין הכוונה שהאשה צריכה לטעון לשם מטרה זו, והיינו להשען עליו חפצה, ורצונה בילד, ואז טענתה טענה; אלא גם אם רצונה בילד בשביל הנאתה הפרטית שיש לאם מבניה וקורת רוח שלה, טענה אלימתא היא... עיקר הטענה 'דבעינא חוטרא לידה' באה רק לשלול שאין כוונתה לשם מצות פרו ורבו, דעל זה אמרינן 'זיל לא מיפקדה'."

דברים אלו נסמכים על מש"כ בתוס' יבמות סה, א ד"ה שבינו לבינה, שדי בכך "שטוענת שרוצה יהא לה זכר, דמי שאין לו בנים חשוב כמות." וכן הוכיח בערוך-השלחן (אה"ע סי' קנד) מלשון הרמב"ם (הל' אישות טו, ו), שכתב: "האשה שבאה לתבוע מבעלה לגרשה אחר עשר שנים מפני שלא ילדה... שומעין לה, אע"פ שאינה מצווה על פו"ר... צריכה היא לבנים בזקנותה" - משמע "גם בטוענת סתמית, שהיא רוצה בילד, מספיק לחייב בגט, דבסתמא כן הוא כוונתה, שרצונה בבנים לסמוך לעת זקנותה, ואין תולין לומר שהיא טועה וסוברת שהיא מצווה על פרו ורבו."

2. "חוטרא לידה" - אינו מהתחייבויות הבעל

כבר נפסק בשו"ע (אה"ע קנד, ו): "האשה שתובעת גט בטענה שאינה ראויה לבנות ממנו - אין שומעין לה. ואם טענה שחפצה לילד כדי שיהיה לה בן שתשען עליו... כופין אותו להוציא." גם בנידון דידן מבקשת האשה מבעלה לממש את זכותה להיות אם, והוא אינו רוצה. כלפי זאת טוענת האשה: עד שאתה כופהו לגירושין, כפהו להסכים להמשיך את תהליך ההפרייה, ובזה ימלא את חובתו כבעל.

טענתה זו של האשה מתבססת על הנחת יסוד מוטעית, שמסגרת הנישואין בין איש לאשה יוצרת התחייבות מצד הבעל לפעול למען האשה שתזכה לילד שתוכל להישען עליו @397 לעת זקנה, וכן לממש את זכותה הטבעית להיות אם. אבל הדבר אינו כך. חיוב זה שאשתו תהיה "אם הבנים" אינו חל על הבעל; הנישואין יצרו כלפיו רק חובות בתחום חיי האישיות (מצות עונה) והמחיי (מזונות ומדור), אלה המנויים בין עשרה הדברים שמתחייב אדם לאשתו (רמב"ם הל' אישות יב, א-ב; שו"ע אה"ע סט, א-ב). ביניהם לא מנו כלל חובת האיש לפעול שהאשה תבנה ממנו בבנים. ראייה לכך מהסוגיא ביבמות סה, ב שרב נחמן קיבל את הטענה דבעינא חוטרא. אילו היה חייב הבעל שיהיו לאשתו ילדים, מדוע היה רב נחמן זקוק לטענה דבעינא חוטרא; די היה בכך שהבעל אינו ממלא ואינו יכול למלא את התחייבותו כלפי אשתו, ומשום כך הוא חייב לגרשה, כשם שאומרים במזונות.

ההלכה שכתב הרמב"ם (הל' אישות טו, י) - "האשה שבאה לתבוע בעלה לגרשה אחר עשר שנים מפני שלא ילדה, והיא אומרת שאינו יורה כחץ, שומעין לה - אע"פ שאינה מצווה על פריה ורביה, צריכה היא בנים לזקנותה, וכופין אותו להוציא" - אינה נובעת מחיובים של הבעל כלפי אשתו, אלא מכך שביסוד הנישואין מונחים דעתה, רצונה והסכמתה של האשה להינשא, על מנת שכתוצאה מהנישואין תזכה להיבנות מזרע של קיימא, וזאת מכל טעם שיהיה: אם משום בן שתישען עליו (כלשון השו"ע), או בנים לזקנותה (כלשון הרמב"ם) או שיהיה לה זכר, "דמי שאין לו בנים חשוב כמת" (כלשון תוס', על יסוד דברי רחל אמנו - בראשית ל, א - "הבה לי בנים, ואם אין מתה אנכי"). כל הרצונות הללו מהווים תנאי יסודי ביצירת מסגרת הנישואין, ועל דעת שיתמלאו רצונותיה הסכימה האשה להינשא. ממילא, כשהבעל אינו יכול לממש את זכותה להבנות, דינם של נישואין אלו להתפרק ע"י גט פיטורין, ואפילו מתוך חיוב וכפייה.

נימוק זה מובא כנימוק השני בדבריו של הרשב"א (שו"ת ח"א סי' אלף רנה) בקבלתו טענתה של אשה לחייב את בעלה לגרושין בשל אי יכולתו לקיים חיי אישות:

I. בשם ר' יצחק ב"ר אברהם (ריצב"א המובא בתשובות מיימוניות הל' אישות פט"ו), שאין הבעל ממלא כלפיה כראוי את חובת העונה, "והביא

ראיה מההיא דאמר שמואל (כתובות מח, א): האומר אי אפשי אלא הוא בבגדו והיא בבגדה - יוציא ויתן כתובה."

II. "ועוד נראה לי, דהכל יודעים כלה למה נכנסת חופה (שבת לג, א), ועל דעת כן נשאת לו."

אולם מדברי הריצב"א עצמו (בהגהות מיימוניות, שם) משמע שגם הנימוק הראשון בנוי על העדר התנאי הבסיסי בנישואין, ולא על התחייבותו של הבעל בלבד, שכן כתב: "הני מילי התם מצי למיבעל ולקיומי מצות עונה, אבל הכא שאינו יוכל לקיים מצות עונה, והיא נשאת מתחילה לכך, פשיטא דיוציא ויתן כתובה."

ועי' בהעמק-שאלה שאילתא ס, ש"מצות עונה לא צריך קרא, דהסברא נותנת דעל זה נשתעבד לה, והכל יודעים כלה למה נכנסת לחופה. וגם כי נאסרה ע"י בעלה להשיג הנאה זו ממקום אחר, והוא גזול הנאתה ממנה. והרי אפילו בתענוג גידול בנים² אם מונע ממנה כופין אותו להוציא ליתן כתובה...". הרי לך שאף חיי אישות הם מהדברים הבסיסיים של מסגרת הנישואין. מדברי הרשב"א עולה שזכות האמהות היא תנאי עוד

2. בכך הרחיב את הטעם "בעינא חוטרא", בדרך שנתבאר לעיל מתוך פסק הדין של ביה"ד הגדול.

יותר בסיסי, שהרי כתב: "הכל יודעים כלה למה נכנסת לחופה ועל דעת כן נשאת לו...
וכל שכן בבאה מחמת טענה דאמרה בעינא חוטרין לידה ומרה לקבורה."

ההבדל בין חובת העונה, שהיא מחיובי הבעל כלפי אשתו, לבין זכות האמהות, שהיא תנאי בסיסי בנשואין, נובע מכך שחיוב העונה, כמו גם חיוב המזונות ושאר חיובי הבעל כלפי אשתו, הוא חיוב הדדי, שמטרתו קיום השיתוף שבין איש לאשתו ושלמות המשפחה. אבל רצונה ושאיפתה של אשה לאמהות הם מטרה אישית של האשה, שיכולה להתממש גם בנפרד מבעל וחיי נשואין, היינו: גם אם תהיה אלמנה או גרושה. הנשואין משמשים רק כמכשיר למילוי רצונה של האשה לאמהות; וכאשר היא נשאת, ודאי על דעת כן היא נשאת. אולם מאחר ומטרה זו היא אישית, ואינה קשורה בהכרח לשיתוף ושלמות שבחיי הנשואין, לא הטילה התורה או חז"ל על הבעל חיובים למלא שאיפה ומטרה זו. גם בהסכמת האיש והאשה לנשואין לא מונחת התחייבות מצד הבעל לפעול למלוי צורך אישי זה. הכפייה על הבעל נובעת אך ורק מכך שרצון האשה הוא תנאי בסיסי בנשואין.

3. לידת בן אינה מהתחייבויותיו של הבעל

כיון שמטרה זו אינה כלולה בהתחייבויותיו של הבעל, אף לא בדרך הטבעית, ק"י שאין לחייב את הבעל לפעול באופן לא טבעי - כגון בדרך של הזרעה מלאכותית, או הפרייה חוץ-גופית - שהאשה תזכה ללדת ולהבנות.

לענ"ד, כמו כן הבעל אינו יכול להכריח את אשתו לעבור תהליכי הפרייה לא טבעיים, וכן אשה אינה יכולה לכופ על בעלה לעבור תהליכים כאלו. למסקנה זו הגיע הרש"י אורבך זצ"ל במאמרו על הזרעה מלאכותית (קובץ נועם ח"א עמוד קנח), אך מטעם אחר. תחילה הוא מסתפק "איך הוא הדין כשהאשה תובעת מבעלה לעשות כן [הזרעה מלאכותית מזרע הבעל] משום חוטא לידה, והוא אינו רוצה; או איפכא, שהבעל רוצה להכריח את אשתו לעשות כן משום מצות פו"ר ושבת - אם מחייבים אותם על כך או לא. וכן בכהאי גוונא, ששהה עשר שנים ולא ילדה האשה, והאשה אינה מסכמת להזרעה מלאכותית, אם גם בכה"ג תוכל לכופ את בעלה לגרשה." מסקנתו (עמ' קסו) היא: "איש ואשה שאין להם בנים, והאשה תובעת גט - אין הבעל יכול לטעון דאפשר בהזרעה זו." לדעתו, חיובי הבעל האשה בנשואין הם רק במסגרת הדרכים הטבעיות כדרך כל הארץ, והזרעה מלאכותית אינה כלולה בהתחייבויות אלו.

כך פסק גם ה"ר ח"ג צימבליסט שליט"א בביה"ד הרבני בתל-אביב (בכ"ה בחשון תשכ"ה, כמובא במאמרו של י' גרין בקובץ "אסיא" ה - תשמ"ו - ובאנציקלופדיה הלכתית רפואית, בערך הזרעה מלאכותית) בקבלו טענת אשה שרצונה להרות בדרך הטבע, ובשל כך חייב את בעלה בגט, למרות שלדברי הרופאים היתה אפשרות לתהליך הפרייה חוץ-גופית.

אולם לדברינו, אין אנו זקוקים להתחקות אחר מהות התחייבויותיהם ההדדיות של הבעל ושל האשה. אין מצידו כל התחייבות לפעול ולדאוג שיהיו לאשה בנים - לא בדרך הטבעית, ולא בדרך מלאכותית. הטענה לפירוק חיי הנשואים ע"י גט מוצדקת רק משום שהתנאי הבסיסי לחיי הנשואין לא התקיים, ותנאי זה הוא: העמדת צאצאים בדרך הטבעית.

4. חובת האשה כלפי בעלה שיהיה לו בן

מאידך גיסא, על האשה חל החיוב שמצות פו"ר שמצווה בה בעלה תתקיים. שיתוף הנשואין יוצר אצל האשה שותפות במצוה זו. דבר זה מצינו באבני-נזר אה"ע עט"ט, בבארו את הנאמר באשה, שמצוה שתקדש "בה ובשלוחה". הוא מביא את דברי הר"ן,

ד"אע"ג דאיתתא לא מפקדא אפ"ר, מ"מ מצוה יש לה במה שמסייעת לבעל לקיים מצותו; ומביא על כך את קושית חדושי אנשי שם: אם כך, מדוע צריכה היא לטעון "בעינא חוטרא לידא ומרה לקבורה" - "אמאי לא קאמר משום שיש לה מצוה בבנים, שמסייעת על זה?" על כך תירץ באבני-נזר:

ואני אומר כי יש עיקר לסיוע זה מן התורה... הרי דמצות יבום גם עליה. הנה משמע, שהמצוה גם עליה... ואף שהיא אינה מחוייבת בפ"ר, וכיון שכן אינה בערבות ג"כ, ואעפ"כ מצוה להקים לבעלה שם. משמע דמשום שהוא בעלה, חייבתה תורה להקים לו שם. וכל שכן כשבעלה חי, שמחוייבת להשתדל שיהיה לבעלה בנים.³ וע"כ בשעת קידושין, שנעשה בעלה, חייבתה תורה להקים לו שם, שהרי חיובה ומצוותה באים כאחד. אבל בתובעת לבעלה שיגרשנה משום בנים, אומרים לה: זיל לא מיפקדת - דכיון שאין לה בעל אחר, אין עליה שום חיוב להתגרש ולהינשא, דבעצמותה אין חיוב עליה.

משום כך קובע הוא בהמשך (ס"ק ל): "ולפי זה שפיר מוזהרת שלא להשחית זרעו - כיון שיש לה בעל, היא מצווה על פ"ר של בעלה, ואסור לה להשחית זרע בעלה."

מדבריו למדנו, שהאשה שותפת לבעל בקיום מצות פ"ר, ואף היא משתעבדת בגופה לקיים מצוה זו, היינו: לעשות את כל הנדרש שתתקיים המצוה, ולהמנע מפעולות שעלולות לגרום שהילדים לא יוולדו.⁴ אם אסור לה להשחית את זרעו של הבעל (כדברי אבני-נזר), עאכ"כ שאסור לה לגרום להפלת העובר, ולא רק מדין איסור הריגה ורציחה שיש בהפלה. לפי זה חובת שמירת ההריון חלה עליה גם בשלבים הראשונים של ההריון, אף בתוך ארבעים היום הראשונים, שבהם העובר אינו אלא מייא בעלמא. מטעם זה היא חייבת אפילו לעבור ניתוח קיסרי, אם אינה יכולה ללדת באופן טבעי (עי' אנציקלופדיה הלכתית רפואית ח"ה ערך עובר, הערה 189 בשם הרי"ש אלישיב).

מאותו טעם פסק חתם-סופר (שו"ת אה"ע ח"ב סי' א) שניתן לגרש בעל כורחה "אשה מרשעת ומעלליה רעים בחילול שבת בפרהסיה ובאיסורים חמורים אחרים כמפורסמים, עד שלבסוף רצחה פרי בטנה ונתפסה למלכות." הוא למד זאת בקל וחומר - "הרי הנודרת ואינה מקיימת מתגרשת בע"כ, משום שבניה מתים בחטא נדרים. מכל שכן זו, שממיתה בניה בן קטן בן ג' או ד' שנים בשעט נפש, ונאמר 'התשכח אשה עולה מרחם בן בטנה, גם אלה תשכחנה'. א"כ אי אפשר להבנות ממנה, כי תשחית זרעה והריונה גם כן."⁵

אולם חיוב זה של קיום מצות פ"ר במסגרת הנישואין - בין על הבעל כמצווה על המצוה, ובין על האשה שמחוייבת מכח הקדושין והנשואין עם הבעל - חל רק בדרכים הטבעיות, וכדרך כל הארץ בהם מתקיימת מצות פ"ר. אבל כאשר דרך קיום המצוה

3. השוואה זו צריכה עיון, שכן החובה להקים שם שייכת רק כלפי מי שכבר מת ואין לו זרע. זוהי מטרה אישית כלפי המת, ואין היא קיימת כלפי בעלה החי, שאצלו המטרה היא עצם הולדת הצאצאים, ולא השארת שם וזכר. לאדם חי אין צורך בהשארת שם וזכר, כמו גם למי שמת והשאיר אחריו זרע.

4. כיון שהאשה משועבדת לקיום מצות פ"ר, מובנת מסקנתו של בעל תרומת-הדשן (פסקים וכתבים סי' סח), שאשה שיושבת תחת בעלה ואינה בת בנים, ונודרת ואינה מקיימת, ובעלה רוצה לגרשה בלא כתובה: "מצי טעין, אילו לא פשעת ונדרת ולא קיימת, הוי מתרחש ניסא." הסיבה היחידה שמטעמה כתב שצריך לדקדק הרבה בהלכה זו היא, משום שהאידנא בלאו הכי אנשים ונשים פרוצים בנדרים. ובפתחי-תשובה (אה"ע קטו, א) כתב שספיקו של תה"ד הובא בבית-שמואל, משום דנפקא מינא היכא דאכשור דרי.

5. הסבר זה כעילה לחיוב אשה בגט והפסדת כתובתה, ניתן לאומרו בנוסף לנימוק של עוברת על דת. עי' במאמרי "גירושין בשל רצח מתוך רחמים", תחומין י (פ"ג) עמ' 328-331.

היא בתהליכים חריגים, כהזרעה מלאכותית או הפריה חוץ-גופית, לא הטילה התורה חיוב ושעבוד לא על האיש ולא על האשה לפעול לקיומה של המצוה, כפי שכתב הרש"ז אורבך זצ"ל כנ"ל, וכפי שפסק הרח"ג צימבליסט שליט"א.

5. סיכום

לאור האמור, מאחר ואין לבעל שעבוד לממש לאשה את זכותה לאמהות, כש"כ שלא קיים חיוב בדרך הלא-טבעית של הפריה חוץ-גופית. גם אם יש הסכמה מכללא בעצם הכניסה לחיי הנישואין, שהבעל ידאג למען האשה למימוש שאיפתה זו, ודאי שאין הכוונה לבצע זאת בדרכים לא טבעיות ובנסיבות של סכסוכים והעדר שלום בית. על כן גם מכח זה אין ביה"ד יכול לחייב את הבעל ליתן הרשות להמשכת תהליך ההפרייה.

ג. חובת הבעל לגמול חסד עם אשתו

ביה"ד האזורי המליץ לבעל להסכים לבקשת האשה באופן שחיוב מזונות של הילוד לא יחולו עליו, בעיקר משום "שעברה כמה טיפולים קשים ומכאיבים על סמך הסכמת הבעל, ואין לך 'כדי מחסורו אשר יחסר' לגביה יותר מזה." אמנם ביה"ד מסכים שאי אפשר לכפות את הבעל על כך, כיון שאין כופין על מצות עשה שמתן שכר בצידה. אולם ב"כ האשה טען שחובה זו לגמילות חסדים איננה רק כלפי האשה, אלא גם כלפי הוולד שעתידי להיווצר מהביצית המופרית, וחובה זו אינה מוטלת רק על הבעל אלא גם על בית הדין עצמו, כאביהם של יתומים גם פוטנציאליים.

טיעונים אלו מחייבים לבחון את עמדת ההלכה ביחס לביצית המופרית, ובמיוחד בתנאים שנוצרו בנדוננו. הרי ראוי לקחת בחשבון גם את העובדה שילד זה עלול להיוולד לעולם של הורים מסוכסכים, ולגדול במשפחה חד-הורית, או אצל אב חורג. ומאידך גיסא - כך טען ב"כ האשה - צו שימנע מהאשה להמשיך בתהליך ההפרייה גוזר עליה על כח החיים הטמון בביצית המופרית. אם שקדו חכמים להתיר אף לחלל שבת להצלת חיים עתידיים שבעובר, קל וחומר שיש לאפשר לאשה לסיים תהליך שכבר החלה בו.

היסודות לדיון בנושא חילול השבת עבור עובר הובאו בדברי הרמב"ן יומא פב, א, שם הביא את דברי בעל הלכות גדולות:

ודקאמר נמי משום סכנת וולד - שמע מינה אפי' ליכא למיחש לסכנה דידה, מחללין. והיינו דגרסי בערכין ז, א: "אמר רב נחמן אמר שמואל: האשה שישבה על המשבר ומתה בשבת, מביאין סכין ומקרעין את כרסה, ומוציאין את הולד... אמר רבא: לא נצרכה אלא להביא סכין דרך רשות הרבים. מאי קמ"ל, דספיקא מחללין שבתא?! מהו דתימא, התם הוא דהווי ליה חזקה דחיותא, אבל הכא דלא הוי לי חזקה דחיותא מעיקרא, אימא לא - קמ"ל...". אלמא דמעיקרא דלית ביה משום הצלת נפשות. ותנן גבי תינוק בן יום אחד: "ההורגו חייב". ודוקא בן יום אחד, אבל עובר לא... אפי' הכי לענין שמירת מצוות מחללין עליה. אמרה תורה: חלל עליו שבת אחת, שמא ישמור שבתות הרבה. הלכך אפי' בהצלת עובר פחות מבן ארבעים יום, שאין לו חיות כלל מחללין עליו, כדעת בעל הלכות.

ואיכא דסבירא ליה, שאין מחללין משום נפלין, אלא עוברה שהריחה חששא דידה היא, שכל מפלת בחזקת סכנה. וטעמא דיושבת על המשבר טעמא אחרינא הוא, דכיון שמתה הרי הוא כילוד לאו ירך אמו הוא, ולא בדידה

תליא, אלא חי הוא, ודלת ננעלת בפניו. ליכא! אלא דלא הוי חזקה דחיותא, וספק נפשות להקל.⁶

נמצא, שלדעת הרמב"ן, חילול השבת הותר לא משום שמירה על חיים קיימים, אלא משיקולי עתידו של העובר שישמור שבתות הרבה.⁷

הטעם "חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה" נאמר ע"י רבי שמעון בן מנסיא ביומא פה,ב, בין טעמים אחרים שנאמרו שם להתיר חילול שבת למען פיקוח נפש. אך טעם זה לא הובא להלכה, אולי משום שיש לו פירכא, שאין אומרים לאדם חטא בשביל שיזכה חברך. הכיצד אפוא משתמשים בו להיתר לחלל שבת עבור עובר?

אלא שהרמב"ם מביא סברה זו - "חלל עליו שבת אחת..." - במקום אחר: בהל' ממרים ב,ד. הוא משתמש בה כדי לבאר הוראות שעה שמתקין בית דין, ואף עוקר בהן דברי תורה, וכדבריו שם:

בי"ד שראו לחזק הדת ולעשות סייג כדי שלא יעברו העם על דברי תורה, מכין ועונשין שלא כדין, אבל אין קובעים הדבר לדורות ואומרים שהלכה כך היא. ואם ראו לפי שעה לבטל עשה או לעבור על מצוות לא תעשה כדי להחזיר רבים לדת או להציל רבים מישראל מלהיכשל בדברים אחרים - עושין לפי מה שצריכה השעה. כשם שהרופא חותך ידו או רגלו של זה, כדי שיחיה כולו, כך בי"ד מורים בזמן מן הזמנים לעבור על קצת מצוות לפי שעה, כדי שיתקיימו כולם, כדרך שאמרו חכמים הראשונים: חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה.

כבר למדתי מכאן במקום אחר,⁸ שגם הצלת העובר מאותו טעם, הוא מתקנת חכמים, כשם שההצלה מסכנה רוחנית מותרת בשבת. אמנם גם היתר זה חל בספק סכנה, כדוגמת ההיתר להצלת חיים, כיון שחכמים התירו על פי אותם כללים.

אולם היתר זה הוא מחמת הפוטנציאל בלבד, וכאשר מסתבר שהעובר לא יהיה בכלל השומרים שבתות הרבה, בטל ההיתר לעבור עבירה להצלתו, כיון שאצל עובר, במיוחד אם הוא פחות מבן ארבעים יום, אין ישות של חיים כלל ("מיא בעלמא"). וכן כתב בעל בית-מאיר (על שו"ע או"ח הל' שבת ס"י של) בדבריו לה"ר עקיבא איגר, ביחס למומרת מעוברת או קראית מעוברת, אם מחללים שבת להצלתם של העוברים:

כיון דכל עיקר היתר חילול הוא כדי שישמור שבתות הרבה, ותינוק שנשבה תיתי מהי תיתי, הוא בחזקת שלא ישמור שבת, כיון שנשבה בקטנותו וסובר שגוי הוא... ומודה שעל מי שהוא בחזקת ודאי שלא ישמור שאין לחלל עליו. וכן מומרת מעוברת - מהיכי תיתי לחלל על העובר אם הוא בחזקת שיטמע ביניהם ע"י אמו. ואין דומה למ"ד דעל עובר מחללין משם שמא ישמור, דשם הוי ספק שקול וגם אף למה דקיי"ל אין הולכין בפיקוח נפש אחר הרוב... משא"כ תינוק שנשבה, וכן המומרת, היכי שאין ידינו תקיפה, ובדאי ישאר מטומע ביניהם ולא ישמור שבת - מה בכך שאין דינו כגוי, מכל מקום מהיכי

6. דברי הרמב"ן הובאו בראשונים שבאו אחריו - ע"י ח"י הרשב"א נדה מה,ב ובהערות 184-189 שבמהדורת מוסד הרב קוק בההדרת הר"ד מצגר.

7. וכך נפסק להלכה, שמחללין את השבת להצלת עובר - ע"י טור בהל' יום הכפורים, ס"י תריז, ובי"ח שם בהבנתו בדברי הטור. וע"י עוד פסק המהרש"ם בדעת-תורה (או"ח תריז,א; ומובא גם בספר אורחות-חיים או"ח תריז,ח); ציץ-אליעזר ח"י"א ס"י מג; שמירת שבת כהלכתה לו,ב והערה ד בשם הרש"י אורבך.

8. תורה שבע"פ חוב' כה (תשמ"ד), וע"י עוד מאמרי בתחומין ג עמ' 24-29: פקוח נפש בשבת כלפי הפורשים מדרך התורה.

תיתי לחלל עליו, אחרי שידוע קרוב לודאי שלא ישמור שבת? וכי מפני הספק רחוק שאולי לכשיתגדל ויתוודע לו שהוא יהודי יסכן בעצמו לברוח ולקבל דת יהודית אנחנו נחלל שבת?!, זה לא מסתבר לענ"ד. אמנם היכי שדינו תקיפה ליקח בן המומרת לגבולינו, אז לתלי' בפלוגתא כדכתב מר.

בשו"ת שבט-הלוי ח"ח סי' סז דן על אודות הצלת עוברים של אבות ואמהות מחללי שבת, ובנה את תשובתו על דברי בית-מאיר הנ"ל, וז"ל:

וכל זה שייך גם בזמן הזה, באלו הולדות שנוולדים בעו"ה לרוב מבנות ישראל החיות בין הגויים ממש, שבודאי וקרוב לודאי מאד שיתגדלו כגויים גמורים, ואין כאן כלל גדר שישמור מצוות. אבל במחלל שבת בארץ ישראל וכיו"ב, שיש מעוט השכיח דהבנים יחזרו לדת ישראל, וגם ידינו תקיפה לעשות בעלי תשובה, אין לנו טעם מספיק לאסור חילול שבת עליהם... איברא, בתשובת מהרש"ם ח"ב סי' קנ"ו פסק הלכה למעשה כדעת הסוברים דמותר למול בניהם בשבת, דילמא נפק מיני' זרעא מעליא, וגם יכול לחזור בתשובה, וגם יש לו דין תינוק שנשבה - יעשה.

לאור האמור, גם בנידוננו עלינו לבחון האם בכך שנצווה על הבעל לאפשר את תהליך ההפרייה אנו פועלים לטובתו של הוולד. אנו יודעים שהילד יוולד לתוך סכסוך חמור בין אביו לבין אמו, וקרוב לוודאי שיהיה בן למשפחה חד-הורית, כשאביו הטבעי איננו עמו, ולא עוד אלא שלא היה חפץ כלל בלידתו. אף אם אמו תינשא בעתיד לאדם אחר, אין כל ערובה שאביו החורג ינהג כלפיו כאב במסירות הראויה. אדרבא, יש חשש שהוא יתנהג כלפיו באופן לא ראוי, מצב שהוא גרוע מלגדול רק אצל אמו כמשפחה חד-הורית. נראה שלגבי יצור פוטנציאלי זה הגנוז בביצית המופרית, היו חכמי ישראל נמנים וגומרים: "נוח לו שלא נברא משנברא", כפי שנמנו וגמרו לגבי כל אדם (ערובין יג, ב).⁹

השקפת היהדות בענין זה תואמת לרוח הדברים שבדו"ח הועדה הציבורית המקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ גופית שקבעה: "אין לתת יד להולדת ילדים מתוך סכסוך" (עמוד 36 לדו"ח הועדה). משום כך המליצה שלקיום תהליך כזה נדרשת הסכמת שני בני הזוג. גמילות החסד שנדרשת במקרה זה מהבעל כלפי אשתו, עלולה להיות פגיעה קשה בילוד.¹⁰

ד. הפרייה חוץ-גופית - שאלת איסור והיתר

ב"כ הבעל טען שעכשיו אין הוא רוצה להיכנס בענין זה לספק איסור, שהרי הרא"י ולדנברג פסק בשו"ת ציץ-אליעזר חט"ו סי' מה: "לאור כל האמור בדברינו עד כה, נלענ"ד להלכה שאין להיתר בשום פנים את ההפרייה המלאכותית במבחנה."

9. מסקנה זו של בית שמאי ובית הלל גם יחד שימשה לט"ז (או"ח מו, ד) להסביר מדוע ברכות "שלא עשני גוי" ו"שלא עשני אשה" נאמרות בלשון שלילה, ולא בחיוב - "דטוב לו שלא נעשה אלא לכל הפחות על שלא נעשה עכו"ם. ועי' מהרש"ק בשו"ת שנות-חיים סי' קמח, שהקשה אם כך, מדוע בברכת הנישואין נאמרת הברכה בנוסח חיובי - "יוצר האדם"? וההסבר הוא שבדו"ח הייעוד האלוקי הוא חיובי, אלא שלגבי כל אדם ואדם יש חשש שמא לא יגשים את ייעודו.

10. [מנקודת מבט של חסד, הרי עדיף ילד למשפחה חד-הורית מאשר לא להיוולד כלל. הרי יש להניח שאם, שכל כך משתוקקת לפרי בטן, תעשה כל שביכולתה לגדל את ילדיה ברוב טובה. כל השאלה היא, לענ"ד, רק המחיר שנדרש מהאב לקיום חסד זה, ועי' על כך במאמרי בתחומין טז עמ' 181-186. - הערת עורך (א.ו.). הנחתו של עמיתי, א.ו., שהחסד להיוולד אפילו למשפחה חד-הורית גדול מהחסד שלא להיוולד כלל, טעון בירור, שהרי "נמנו וגמרו: נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא" (ערובין יג, ב). - הערת עורך (א.ד.).]

גם אם לא נקבל טענה זו, שנאמרת ע"י בעל שכביכול "שינה טעמו", ומבקש עתה לדקדק בשמירת התורה והמצוות, מכל מקום בוודאי בית הדין (שכאמור לעיל, נדרש בעצמו להורות על המשך התהליך בהיותו "אבי יתומים") חייב להזדקק לחשש זה.

שלושה נימוקים הביאו את הרא"י ולדנברג למסקנתו זו. בנידוננו לא שייך כבר הנימוק הראשון, האוסר זאת משום השחתת הזרע, שהרי הביצית כבר הופרתה בזרעו של הבעל.

גם הנימוק השני, הקובע שבהפרייה חוץ-גופית לא מקיימים את מצות פריה ורביה ואת מצות "לשבת יצרה", אינו מתאים לנדונינו, שכן הבעל קיים כבר מצוות אלו, והסכמתו לתהליך ההפרייה ניתנה על מנת שהאשה תזכה להבנות. מה עוד, שיש פוסקים הקובעים שמצות פו"ר מתקיימת גם באופן זה - ע"י המובא בשמו של הראש"ל¹¹ ה"ר עובדיה יוסף שליט"א בתחומין א עמ' 287):

גם תינוקת מבחנה מתייחסת להוריה להיחשב כבתם לכל דבר... אמנם לענין להתיר לכתחילה לעשות כן נחלקו גדולי הרבנים בדורינו... יש להתיר כשאין שום אפשרות אחרת לזוג להבנות, אלא בדרך זו, ובלבד שתהיה הקפדה מלאה שהזרע יהיה של הבעל בלבד.

ה"ר י"ש אלישיב שליט"א הורה לי, שרק זוג שלא קיים עדיין מצות פרו ורבו רשאי לקיימה בדרך של הפרייה חוץ-גופית. אם כן, בנידוננו, כשמטרת השלמת תהליך ההפריה היא למלא את רצונה של האשה לזכות ולהבנות, קשה להתיר זאת.

וכאן עולה הנימוק השלישי של הרא"י ולדנברג, החושש לעילולתה של ההשגחה שאכן הזרע והביצית של אותם בני זוג הם שיוכנסו למבחנה והם שיושתלו ברחמה של האשה. הוא מכנה זאת "פירצה הקוראת לגנב", וממשיך:

וכל השגחה, ולו הטובה ביותר, לא תהא בה ערובה בטוחה במאה אחוז שלא יחליפו ולא ימירו זרע אחר במקום זה זה וכן שלא יבואו לאחר מכן להשתיל ביצית זרע של זוג זה אל תוך רחמה של אשה אחרת פנויה או אשת איש ותוצרנה על ידי כן בעיות חמורות וקשות בכל שטחי החיים המשפחתיים על גווניהם השונים, ותמלא הארץ זמה, ונמצא אח נושא אחרת... על כן גם מכח זה אין להורות כל היתר בזה ולא לתת למחיצת כרם של אחינו בית ישראל שתתפרץ ותשאר כעיר פרוצה אשר אין לה חומה.

לאור דברי הפוסקים הנ"ל מתעוררת השאלה, האם ביה"ד יכול להמליץ לבעל לגמול חסד עם האשה, כאשר קיים חשש שהשלמת תהליך ההפריה עלול לפגוע בטובת שלמות וטוהר היחס של בית ישראל.

ה. סיכום ופסק דין

מסקנת הדברים: לאחר בחינת הערעור מכל המישורים שנתבררו, אין לקבל את ערעורה של המערערת.¹¹

11. פסק זה נתקבל בבית הדין הגדול לערעורים ברוב דעות, ביום ה' בכסלו תשס"ב.