

האם קיים פיתרון לבעיית הממזרות באמצעות טכנולוגיות רפואיות בשטח הפריון?

יוסי גריץ *

ראשית דבר

א. הקדמה

ב. הבעיה ההלכתית

פרק א: טכניקות ההולדה וייחוס אחר המוליד: היבט הלכתי

א. הזרעה מלאכותית והפריה חוץ גופית

ב. ייחוסו של ילוד אחר מולידו וכשרותו

ג. הביצית המופרית ומעמדה ההלכתי

ד. האם מתירה ההלכה לבצע טיפולי פוריות ללא התוויה רפואית?

פרק ב: הממזר והדין

א. מיהו ממזר?

ב. כשרות הנולד על דרך ההזרעה המלאכותית וההפריה חוץ גופית

ג. על הכלל "הולד הולך אחר הפגום"

פרק ג: הזרעה מלאכותית והפריה חוץ גופית כפתרון לבעיית הממזרות

א. מבוא

ב. קטיעת רצף הממזרות על ידי השימוש בהזרעה מלאכותית ובהפריה החוץ גופית

ג. האם מותר לזוג שאינו לוקה בפוריותו להיזקק להפריה חוץ גופית?

סיכום

* דוקטור, מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. שלמי תודה לחברי ועמיתי ד"ר ישראל צבי גילת, לסוקר ולעוזר ההוראה שלו על הערותיהם ותרומתם למאמר זה.

ראשית דבר

א. הקדמה

"איזהו מעוות שאינו יכול לתקון? זה הבא על הערוה והוליד בן ממזר".¹ אמירה זו של רבי שמעון בן מנסיא מבטאת את מצוקת הממזר – וחמור מזה המוגדר כספק ממזר² – בשל הקביעה כי הפסול שדבק בו בלתי הפיך, היינו מעוות שאינו ניתן לתיקון. לא זו בלבד שהממזרים אסורים לבוא בקהל על לא עוול בכפם,³ אלא שאינם יכולים ל"השתחרר" – הם וצאצאיהם – מפסול זה. אמנם, ההלכה משווה את מעמדו של הממזר לזה של כל בני האדם,⁴ ויש ממזרים שמעמדם מכובד מזה של כהן גדול,⁵ אך אין בכך כדי להקהות את הפגיעה בממזר בשל ההגבלות המוטלות עליו בתחום הנישואין.

אכן, מצוקת הממזרים לא נעלמה מעיני חז"ל המעידים כי הקדוש ברוך הוא בכבודו ובעצמו חב כביכול חובה לנחמם.⁶ לא פכדי הגדיר ר' עקיבא איגר את

1 חגיגה ט, ב.

2 "כיצד ספק ממזר? כגון שבא מספק ערוה, שבא אביו על אשה שנתקדשה ספק קידושין, או שנתגרשה ספק גירושין". ראו קידושין ע"ג, א; רמב"ם, איסורי ביאה ט"ו, ח; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ד, סעיף כ"ד. מעמדו של ספק ממזר, גרוע יותר ממעמדו של ממזר וודאי, שכן מי שמוגדר ספק ממזר אסור לו להינשא הן עם ישראלית כשרה, שמא הוא ממזר, ואף לא עם ממזרת ודאית, שמא הוא ישראל כשר, ולא זו בלבד, אלא אף עם ספק ממזרת אסור לו להינשא. מכאן, ספק ממזר יכול להתחתן רק עם גיורת, זאת בשונה ממזר ודאי שיכול להתחתן גם עם ממזרת ודאית (שולחן ערוך, אבן העזר סימן ד, סעיף ל"ו). מעמד הספיקות נחות יותר שכן, מעלה עשו חכמים כיוחסין ואסרו גם את הספיקות (רמב"ם, איסורי ביאה ט"ו, כ"א). ראו בהרחבה יובל סיני יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל (תשס"ט) 63.

3 על מהות מוסד הממזרות והרצינות העומד ביסודו ראו בהרחבה יצחק בר-דע משפט והלכה (תשל"ח) 16–21.

4 לדוגמא, ממזר חייב בפריה ורביה ככל אחד מיהודים. כמו כן, אדם יוצא ידי חובת פריה ורביה בהולדת בן ממזר (ירושלמי יבמות ב, ו; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ד, סעיף ו). אולם, בספר חסידים (סימן ת"ק) כתב כי "המוליד ממזר לא קיים מצות פריה ורביה". ראו בהרחבה בענין זה בפירושו של ר' ראובן מרגליות (מקור החסד, שם, אות א) המביא בשם הרמ"א (שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, סעיף ו בהגה) שיש לחלק בין ממזר ידוע שיצא לשאינו ידוע ולא יצא. וכן דעת הרדב"ז שאין אדם יוצא ידי חובת פריה ורביה בהולדת בן ממזר כיון שזו מצוה הבאה בעבירה (שו"ת הרדב"ז חלק ז' סי' ב). ראו עוד לענין זה בשו"ת שאילת יעב"ץ חלק ב, סימן צ"ז; שו"ת הר צבי, אבן העזר, סימן א ועוד. כמו כן יוער כי ממזר יכול לשמש כדיין אך לא בסנהדרין (רמב"ם, סנהדרין ב, א; שם, סנהדרין י"א, י"א; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ז, סעיף ב).

5 הוריות י"ג, א.

6 ראו מדרש ויקרא רבה, פרשה לב, ח: "ושבתי אני ואראה את כל העשוקים" (קהלת ד, א). חנינא חייטא פתר קרייה בממזרים. "ושבתי אני ואראה את כל העשוקים" – אילו הממזרים. "והנה דמעת העשוקים" – אימותיהן של אילו עברו עבירה ואילין עליביא מרחקין להון. אביו

העיסוק בדינם של פסולי הקהל, קרי הממזרים, כעיסוק ב"דיני נפשות ממש"⁷ לכן, אף ש"לא יבוא ממזר בקהל ה' גם דור עשירי"⁸, היינו לעולם, הכירו חכמי ההלכה בצורך לעשות במקרים מסוימים כל שניתן כדי לטהר את הממזרים,⁹ אם על ידי הפקעת הקידושין (הראשונים) למפרע¹⁰ ואם על ידי היטמעות הממזר במשפחה כשרה בלי לחקור את עברו.¹¹

של זה בא על ערוה זה מה עשה וזה מה איכפת לו. 'ואין להם מנחם', אלא ומיד עושקיהם כוח, זה סנהדרין גדולה של ישראל שהיא באה עליהן בכוח התורה ומרחקתן, על שם 'לא יבא ממזר בקהל ה' (דברים כ"ג, ג). 'ואין להם מנחם' – אמר הקב"ה עלי לנחמן, לפי שבעולם הזה יש בהן פסולת אבל לעולם הבא אמר זכריה 'אנא חמיתיה אלו כורסון כולו דהב נקי', הדה הוא דכתיב: 'ראיתי והנה מגורת זהב כולה וגולה על ראשה' (זכריה ד, ב). "מדרש זה המובא על ידי השופט אלון בע"א 1354/92 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד מח(1) 711, 735, משקף את התקווה מחד גיסא, ואת ההכרה במצבו הקשה של הממזר מאידך גיסא. למרות ההכנה לכאבו של הממזר, הממזרות איננה עונש אלא אזהרה, התרעה וסנקציה על מולידיו בכח של ממזר כי את חטאם ישאו כל ימי חייהם הילד פרי אהבתם האסורה וצאצאיו. הרציונל העומד ביסוד דיני הממזרות הוא השמירה על מוסד המשפחה וטהרתה. לא בכדי קבעו חכמים שאיסור עריות הוא אחד משלושה הלאווים שהדין מורה "יהרג ואל יעבור" (תוספתא שבת ט"ז, י"ד; סנהדרין ע"ד, א). ראו לענין זה הרב ברוך דע, לעיל הערה 3, בע' 14, 16–21. ראו עוד לענין זה ע"א 407/60 פלונית נ' אלמוני, פ"ד טו(1) 212, 217; ישראל צבי גילת "ישובתי אני ואראה את כל העשוקים – אילו הממזרים" פרשת השבוע גליץ מס' 517 (אוניברסיטה בריאליז, סוכות תשס"ד).

7 שו"ת ר' עקיבא איגר, סימן ק.

8 דברים כ"ג, ג.

9 ראו בהרחבה חוות הדעת של מיכאל ויגודה בירור חשדות לכשרות יוחסין בבתי הדין (משרד המשפטים המחלקה למשפט עברי, 28.3.03), הוגשה לבית הרבני הגדול במסגרת ערעור מס' 621/תש"ס שהוגש בפניו בתיק 1/99009, בפסקה 4 לחוות הדעת והמקורות שם. עוד יוער כי פרופ' גילת מביא בספרו מדרש שאינו נמצא בדפוסים שלנו ושרד בכתבי יד (ויקרא רבה, פרשה ל"ב, ז): "ר' מאיר אומר: אין ממזרים טהורים לעתיד לבוא ... ר' יוסי אומר: טהורין הן לעתיד לבוא ... אמר רב הונא: אם איזו והלכה כר' יוסי, עלובין הן הדורות". כלומר, אם לא תימצא דרך לטהר את הממזרים, לפחות לעתיד לבוא, הרי עלובים הם הדורות והעומדים בראשם. ראו יצחק דב גילת פרקים בהשתלשלות ההלכה (תשנ"ב) 208.

10 הדרך לטהר ממזרים בדיעבד על ידי הפקעת קידושין אמם לבעלה הראשון, מקובלת בהלכה. ואכן, ספרות רבה נכתבה בסוגיה זו, בעיקר כפתרון לבעיית העגונות ומעוכבות גט והמחלוקת רבה, עד כמה ניתן לעשות שימוש בכלל זה גם בימינו. ההנחה ביסוד כלל זה ("כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש" – גטין ל"ג, א) היא כי בכוחם של חכמים להפקיע נישואיו של אדם, שכן "כל המקדש אשה, על דעת שהנהיגו חכמי ישראל בישראל הוא מקדשה – שיהיו קיימין קידושין לפי דברי חכמים ויהיו בטלים לפי דברי חכמים, על ידי גטין שהכשירו חכמים" (רש"י, כתובות ג, א, ד"ה: "כל המקדש"). על הפקעת קידושין ראו ר' שלמה ריסקין "הפקעת קידושין – פתרון לעגינות" תחומין כב (תשס"ב) 191; ר' זלמן נחמיה גולדברג "הפקעת קידושין אינה פתרון לעגינות (תגובה)" תחומין כג (תשס"ג), 158; ר' שלמה ריסקין "כח ההפקעה מונע עיגון (תגובה לתגובה)" תחומין כג (תשס"ג) 161; ר' זלמן נחמיה גולדברג "אין הפקעת קידושין ללא גט (תגובה)" תחומין כג (תשס"ג) 165; ר' אוריאל לביא "האם ניתן להפקיע קידושין של סרבן גט" תחומין כז (תשס"ז) 304; אליאב שוחטמן "הפקעת קידושין – דרך אפשרית לפתרון מעוכבות הגט" שנתון המשפט העברי כ (תשנ"ה–תשנ"ז) 349. על הפקעת קידושין בימינו ראו ר' דוד לאו "הפקעת קידושין למפרע בימינו" תחומין יז (תשנ"ז) 251. עוד יוער כי הרב גורן

לפסול הממזרות שתי תוצאות בולטות בדין: התוצאה האחת, הגבלות על הנישואין. הממזר מותר לשאת ממזרת¹² או גיורת¹³ ומנוע מלשאת בת ישראל כשרה. הוא הדין ממזרת. התוצאה השניה, פסול הממזרות מועבר לצאצאים. כאשר אחד מן המולידים הוא ממזר, הולד הולך אחר הפגום,¹⁴ בין שהנישואין ביניהם תופסים (כגון, ממזר שנשא יהודיה כשרה) ובין שאינם תופסים (ממזרת שנישאה ללא יהודי).¹⁵ בהתחשב במגבלות אלה ובכמיהה הטבעית בממזר כבכל אדם להיות הורה, מוצעת במאמר זה דרך שתאפשר לממזרים לממש את הורותם על דרך ההזרעה המלאכותית או ההפריה החוץ גופית, ובכך למנוע לידה בפסול והדבקות תורת הממזרות על צאצאיהם.

ב. הבעיה ההלכתית

טכנולוגיית ההזרעה המלאכותית וההפריה החוץ גופית הוכנסו כשיטות טיפול בזוגות המתקשים בהולדה בדרך הטבע. ככל טיפול רפואי, גם טכנולוגיות אלה אינן נטולות סיכון, לכן אין להיזקק להן כדבר שבשגרה. אף על פי כן, אין מניעה הלכתית לאפשר לבני זוג היכולים להיבנות בדרך הטבע להעמיד — במקרים חריגים — צאצאים בדרך זו.¹⁶

בענין האח והאחות הפקיע את נישואי הוריהם ובכך התיר להם לבוא בקהל. עם זאת, למען הדיוק ייאמר כי היתרו של הרב גורן נסמך על קביעתו כי אבי האחים לא היה יהודי, וממילא נישואיו אינם נישואים (ר' שלמה גורן פסק הדין בענין האח והאחות (תשל"ג) 30).
 11 קידושין ע"א א; יבמות ע"ח, ב: "צדקה עשה הקב"ה עם ישראל, שמשפחה שנטמעה — נטמעה". וכך פסק להלכה הרמ"א בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן ב, סעיף ה בהגה: "וכל זה (היינו, ממזר שנטמא) דוקא למי שיודע בדבר. אבל משפחה שנתערב בה פסול, ואינו ידוע לרבים, כיון שנטמעה נטמאה והיודע פסולה אינו רשאי לגלותה, אלא יניחנה בחזקת כשרות, שכל המשפחות שנטמעו בישראל כשרים לעתיד לבא". דרך נוספת לטהר ממזרים (זכרים) היא שישא הממזר שפחה כעצת ר' טרפון וישחרר את הילד שיולד להם: "ר' טרפון אומר: יכולין ממזרים להטהר. כיצד? ממזר שנשא שפחה — הולד עבר, שחררו — נמצא הבן בן חורין" (קידושין ס"ט, א. וכך נפסק להלכה בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן ד, סעיף כ). ברם, בימינו שאין עבדות נוהגת על פי חוק, ספק אם ניתן להשתמש בדרך זו. דן בכך באריכות ר' יצחק יעקב וייס, ראב"ד העדה החרדית בירושלים. מסקנתו להלכה היא כי לא ניתן להיזקק לדרך זו בימינו בהיותה נוגדת את חוקי המדינה (שו"ת מנחת יצחק, חלק ה, סימנים מ"ז — נ"ב). ראו עוד בהרחבה יהודה פריס יד יהודה (חלק א, תשס"ט) 289–297.

12 שולחן ערוך, אבן העזר סימן ד, סעיף כ"ד.

13 שם, סעיף כ"ב.

14 קידושין ס"ו, ב; רש"י, שם, ד"ה: "אחר הפגום שבשניהם". וכך נפסק להלכה בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן ד, סעיף י"ח.

15 שולחן ערוך, אבן העזר סימן ד, סעיף י"ח: "ישראל שנשא ממזרת, או ממזר שנשא ישראלית, הולד ממזר לעולם". ואילו בסעיף כ נפסק: "גוי ועבד שבאו על הממזרת, הולד ממזר" על פי הכלל הקובע לגבי "כל מי שין לה לא עליו ולא על אחרים קידושין — הולד כמותה". ראו עוד קידושין ס"ו, ב; רמב"ם, איסורי ביאה ט"ו, ג; מגיד משנה, שם. ראו בהרחבה פריס, לעיל הערה 11, בע' 268.

16 לדוגמא, כדי למנוע לידת ילד בפגם על ידי ביצוע בדיקות טרום השרשה. הגישה המקובלת

החידוש בפרוצדורות אלה הוא ביכולת הרופאים ליצור הריון שלא דרך אישות. ואכן, מאז הכנסתן כשיטות טיפול זכו זוגות רבים להיכנסות בדרך זו. דא עקא, העמדת צאצאים – חשובה ככל שתהיה – איננה חזות הכל. הגם שהמצווה הראשונה מתרי"ג מצוות היא מצוות פריה ורביה, אין ההלכה מעודדת הולדה בכל מחיר. בעיקר אמורים הדברים בעזרה רפואית המעוררת בעיות הלכתיות קשות העלולות לערער את התא המשפחתי ומערכת דיני המשפחה.

ככל שהדבר צריך לענייננו, שלוש בעיות הלכתיות בדרכי הולדה אלה:¹⁷ הבעיה האחת, האם מותר להוציא זרע לצורך ההולדה בדרך זו? הבעיה השנייה, האם מתייחס הילד הנולד על דרך ההזרעה המלאכותית או ההפריה החוץ גופית אחר מולידיו, בין שהורתו מתאי רביה של הוריו ובין שהורתו מתאי רביה של תורמים? הבעיה השלישית, האם כשר היילוד הנולד בדרך זו לבוא בקהל?

עד להכנסת טכנולוגיית ההזרעה המלאכותית ולאחריה ההפריה החוץ גופית לצורותיה כשיטות טיפול, לא נדרשו חכמי ההלכה לשאלה כיצד קם היחס הורה – ילד. שכן, התמזגות תאי הרבייה של המולידים, קרי ההפריה, לא יכולה היתה להתרחש אלא בגוף האשה לאחר קיום יחסי אישות. לפיכך, לא הוצרכו להכריע בשאלה אם ייחוסו של ילד אחר מולידיו נגזר מקשר הדם בינו לבין מולידיו, מיחסי האישות שהביאו ליצירת ההריון ממנו נולד או מקשר הדם ויחסי האישות גם יחד. ברור היה כי העובדה הביולוגית עומדת ביסוד הקשר ההורי.¹⁸ אולם, משהושגה היכולת הרפואית ליצור ביצית מופרית מחוץ לרחם על ידי "הפגשת" הזרע והביצית על גבי צלוחית במעבדה והחזרתה כעבור זמן לרחם, נדרשו חכמי ההלכה לקבוע האם מתייחס הנולד בדרך זו אחר מולידיו (תורמי תאי הרבייה) אם לא? גדר הספק טמון בשאלה, אם די בקשר הדם כדי להקים את היחס הורה – ילד, או שמא כדי לייחס ילד אחר מולידיו, הורתו צריכה להיות גם דרך אישות? זאת ועוד, בהתחשב בתרומת בני הזוג לתהליך ההולדה – הזכר את הזרע והנקבה את הביצית ונשיאת ההריון – הרי שבקביעת

בהלכה להימנע מלידת ילד בפגם היתה למנוע נישואי בני זוג או אחד מהם בעלי סיכון להעברת הפגם בתורשה: "לא ישא אדם אשה לא ממשפחת מצורעין ולא ממשפחת נכפין, והוא שהוחזק שלש פעמים שיבואו בניהם לידי כך" (יבמות ס"ד, ב; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ס, סעיף ז). וכן, "כמו שלא ישא איש אשה ממשפחת מצורעים או נכפים, הוא הדין שלא תינשא אשה לאיש ממשפחות כאלו" (חזון איש, יורה דעה, סימן קנ"ד, ס"ק ב). ראו עוד לענין זה שו"ת עמוד הימיני, סימן ל"ג; שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק ד, סימן י; ר' זלמן נחמיה גולדברג "תקלות העלולות לצמוח מהשתלת עוברים" תחומין י (תשמ"ט) 273; ר' אליהו בקשייזרון "מחלות המסכנות בני זוג וצאצאיהם" תחומין כז (תשס"ו) 126.

17 יצוין כי הן ההזרעה המלאכותית והן ההפריה החוץ גופית מעוררות בעיות הלכתיות קשות נוספות. כך לדוגמא השאלה אם מקיים אדם מצוות פריה ורביה בדרך זו? האם פוטר היילוד את אמו מיבום וחליצה ועוד. לא בכדי הגבילו איפוא חכמי ההלכה את ההיתר להעמיד צאצאים בדרך זו רק לבני זוג נשואים ואף זאת בשעת הדחק. ראו בהקשר זה יוסי גרין פרו ורבו בעידן המודרני: משפט והלכה (2008) 171–173.

18 השו" הגדרתו של השופט חיים כהן בע"א 86/63 אלצפדי נ' בנימין, פ"ד יז 1419, 1425.

הייחוס אחר האב אין נפקא מינה אם ההולדה היא על דרך ההזרעה המלאכותית או על דרך ההפריה החוץ גופית. אין הדבר כן באשר לייחוס אחר האם. זו יכול שתהיה תורמת הביצית אם הורתו של הילד מתרומת ביציות, או האם הנושאת אם לידתו על דרך הפונדקאות.¹⁹

הוא הדין ביחס לכשרותו של הילד לבוא בקהל. עד להתחדשות טכנולוגיות ההולדה האמורות, אם הורי הילד כשרים היו והנישואים ביניהם תפסו – ילדם כשר. אם הילד נולד לאשת איש שלא מבעלה או אם אחד המולידים היה ממזר אף היילוד יהיה ממזר. ברם, משהושגה היכולת ליצור הריון שלא דרך אישות, התעוררה שאלת תקפותם של כללים אלה. לשון אחרת, האם נפגמת כשרותו של ילד בשל כך שהורתו לא היתה דרך אישות? ואף אם תאמר כי הנולד בהפריה חוץ גופית איננו ממזר, אין זאת אלא בצאצא שהוריו כשרים, אך אם ההורים או אחד מהם ממזרים, האם פסול הממזרות ידבק בצאצא גם אם הורתו לא היתה דרך אישות (שכיבה)?

כאמור, מצווה לפתוח בזכות ולמצות את כל דרכי ההיתר כדי להקל על הממזרים.²⁰ אשר על כן, מוצע לעשות שימוש בטכנולוגיית ההזרעה המלאכותית וההפריה החוץ גופית, לרבות הולדה על ידי אם נושאת, כדי למנוע העברת הפסול מההורים או אחד מהם לילדם. ייאמר מיד. אין בהצעה זו לערער את מוסד הממזרות והרציונל המונח ביסודו, ואין ההצעה מכוונת לפגוע חלילה בדיני איסור והיתר. נהפוך הוא, ההצעה מוכיחה כי ניתן – מבלי לפרוץ את המסגרת ההלכתית – להתאימה למציאות המשתנה על ידי "ניצול" הטכנולוגיות הרפואיות המתקדמות ולהיטיב עם הממזר וצאצאיו, וללדת באמצעותן ילדים הכשרים לבוא בקהל למרות שהורים, או אחד מהם, הם ממזרים.

המאמר נחלק לשלושה פרקים: בפרק הראשון סקירה קצרה של הטכנולוגיות הרפואיות והצגת עיקרי הגישות בספרות ההלכה כלפי כל אחת מהן, תוך התמקדות בדיני הכשרות והייחוס (אחר האב או אחר האם). הפרק השני ייוחד לדין, ובקצירת

¹⁹ יצוין כי בארץ השימוש בטכנולוגיית ההזרעה המלאכותית איננו מוסדר בחוק אלא בתקנות ובכללים. ראו תקנות בריאות העם (בנק זרע), תשל"ט-1979; חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 6/89 מיום 5.4.89 בנושא: "ניהול בנק זרע"; חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 22/92 מיום 20.7.92 בנושא "ניהול בנק זרע והזרעה מלאכותית"; חוזר המנהל הכללי של משרד הבריאות מס' 6/92 מיום 23.1.1992 (כללים בדבר ניהול בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית). חוזר זה מעדכן את הכללים שנקבעו בחוזר מס' 6/89 מיום 5.4.89; תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), תשמ"ז-1987; חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 14/86 מיום 26.12.8; חוזר ראש מינהל הרפואה מיום 25.7.99 בו מפורטים הכללים הרפואיים לטיפול הפריה חוץ גופית שגובשו על ידי ועדת מומחים שמינה שר הבריאות. רק ההולדה על דרך הפונדקאות מוסדרת בחקיקה ראשית. ראו על ההסדר בחוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996; גרין, לעיל הערה 17, בע' 275-301; בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419.

²⁰ הרב גורן, לעיל הערה 10, בהקדמה לפסק הדין בענין האח והאחות.

האומר, בדיני הממזרות הרלבנטיים לענייננו. בפרק השלישי יידון הפתרון המוצע לבעיית הממזרות על ידי השימוש בטכניקות הרפואיות בשטח הפיריון.

פרק א: טכניקות ההולדה וייחוס אחר המוליד: היבט הלכתי

א. הזרעה מלאכותית והפריה חוץ גופית

קודם לידתה של ילדת המבחנה הראשונה בשנת 1978, המענה הרפואי לזוגות שהגורם לעקרות הוא הבעל היתה הולדה על דרך ההזרעה המלאכותית. זו פעולה רפואית באמצעותה מוחדר זרע בהזרקה לנרתיקה או לרחמה של האישה, ללא קיום יחסי אישות. כיון שכך, ניתן לבצע את הפרוצדורה בשלושה מצבים בהתאם למקור הזרע, ובלבד שאין כל פגם בפוריות האישה, הן מבחינה אנטומית והן מבחינה פיזיולוגית:²¹ אפשר ליצור את ההריון מזרע הבעל, מזרעו של תורם זר שאינו בעל האישה (בין יהודי בין שאינו יהודי) ומזרע זרע הבעל זרע תורם.²²

בשנת 1978 הושגה פריצת דרך משמעותית בשטח הפיריון עם הכנסתה של טכנולוגיית ההפריה החוץ – גופית. הפריה חוץ הגופית היא פעולת הפריה של ביצית אשה על ידי תאי זרע, מחוץ לגוף האשה, והחזרת הביצית המופרית לרחם אשה, או הקפאת הביציות המופרות העודפות, והחזרתן בעתיד לרחם אשה.²³ לאחר הכנה מתאימה של האשה, נשאבות מהמטופלת ביציות המופגשות עם הזרע הניטל מהבעל. שתים או שלוש מן הביציות המופרות שהתקבלו מוחזרות לרחם האשה והאחרות מוקפאות.²⁴

שלוש תכונות מייחדות טכנולוגיה זו: התכונה האחת, שניתן להשתמש בה ליצירת ההריון בביציות של תורמת. התכונה השנייה היכולת להחזיר את הביציות המופרות לרחמה של אשה פונדקאית שאיננה בעלת הביציות שתישא את ההריון, תלד את הילד ותמסור אותו לבעלת הביציות. התכונה השלישית שבדומה להזרעה המלאכותית מקור הזרע יכול שיהיה או מבן הזוג או מתורם (יהודי או שאינו יהודי).

הדין העברי רואה בחיוב את הדרישה ברופאים, ואף אוסר על החולה לסמוך

21 אברהם שטינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית (כרך א, תשס"ו) ערך: "הזרעה מלאכותית".

22 שם, שם. ההתוויה הרפואית לביצוע הזרעה מלאכותית מהכעל היא כאשר קיימת הפרעה אנטומית באיבר המין, הפרעות פסיכולוגיות או רפואיות הגורמות לאין – אונות או מיעוט תאי זרע. כמו כן, משמשת טכנולוגיה זו את מי שחלה ונזקק לטיפול רפואי העלול לפגוע בפוריותו ורוצה לשמר את האפשרות להעמיד צאצא ביולוגי על ידי הפקדת זרע קודם הטיפול.

23 שם, כרך ב, ערך: "הפריה חוץ גופית".

24 חוזר ראש מינהל רפואה מס' 8/2004 (החזרת עוברים בתהליך הפריה חוץ גופית) מיום 28.4.04.

על הנס,²⁵ אך אינו מתיר כל טיפול רפואי. הוא הדין בפריה ורבייה. אף שהיא המצווה הראשונה שנצטווה האדם אין הוא חייב להעמיד צאצא בכל מחיר ובכל דרך.²⁶ ברם, רבים הם הרוצים בטיפולי פוריות כדי שיהיו להם ילדים גם אם אינם חייבים בטיפולים אלה. מכאן התלבטותם של חכמי ההלכה אם להתיר את השימוש בטכנולוגיות אלה. הקושי הראשוני נעוץ בצורך להפיק זרע שלא דרך אישות, מעשה הנתפס כהוצאת זרע לבטלה, שהוא מן העבירות היותר חמורות.²⁷ לכך נוספו הספקות אם הילוד מתייחס אחר מולידיו כאשר הורתו אינה דרך אישות, ספק המשליך על כשרותו של הילד, על קיום מצוות פריה ורבייה בדרך זו,²⁸ דיני יבום וחליצה²⁹ וירושא.

ככל שהדבר צריך לענייננו, יש לראות באיסוף הזרע שלב בתהליך ההולדה, בבחינת סתירה לצורך בניה, לפיכך אין הפקת הזרע לצורך ההפריה החוץ גופית בבחינת השחתה. דא עקא, כיון שהבעיות ההלכתיות בהולדה בדרכים אלה אינן מתמצות בהוצאת הזרע, התירו רוב הפוסקים רק לבני זוג נשואים להיזקק לפרוצדורות אלה.³⁰ עם זאת יצוין, כי מקצת מן הפוסקים בדעה, כי כל הוצאת זרע שלא דרך אישות עולה כדי השחתה, מה גם שלא כל הזרע מוזרק לרחם האשה, לכן אינם מתירים את הפרוצדורה גם לבני זוג נשואים.³¹ לעומת זאת, אין חולק כי הפריית אשת איש מזרעו של תורם

25 ראו בהרחבה יוסי גרין משפט ורפואה: יחסי חולה-רופא (תשס"ג) 51–56.

26 ראו בהרחבה גרין, לעיל הערה 17, בע' 71–74.

27 נידה י"ג, א. רמב"ם, איסורי ביאה כ"א, י"ח; רי"ף, שבת ל"ט, א, ד"ה: "תניא"; רא"ש, נידה פרק ב, סימן א; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן כ"ג, סעיף א; בית שמואל, שם, ס"ק א; ערוך השולחן, אבן העזר, סימן כ"ג, סעיף א.

28 מהר"ם שיק, על תרי"ג מצוות, מצוה א; שו"ת שאילת יעבץ, חלק ב, סימן ד; טורי זהב, אבן העזר, סימן א, ס"ק ח; ברכי יוסף, אבן העזר, סימן א, אות י"ד. ואולם, רוב הפוסקים סוברים כי המוליד בדרך זו מקיים מצוות פריה ורבייה. ראו שו"ת חכם צבי הנוספות, סימן ט; שו"ת בית יעקב, סימן רכ"ב; שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק ב, סימן י"ח; אבן העזר, חלק ה, סימן ס"ו; שו"ת הר צבי, הגהות על הטור, סימן א; שו"ת מנחת יצחק, חלק א, סימן נ.

29 ראו בהקשר זה חסדי דוד על התוספתא, יבמות פרק ח; שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק ב, סימן י"א; שו"ת תורת יצחק, סימן א; ברכי יוסף, אבן העזר, סימן א, אות י"ד; שו"ת משפטי עוזיאל, אבן העזר, חלק ב, סימן י"ט; שו"ת חלקת יעקב, חלק א, סימן כ"ד; שו"ת שאילת יעבץ, חלק ב, סימן צ"ז; ר' שלמה זלמן אויערבך "הזרעה מלאכותית" נועם א (תשי"ח) קמ"ה; שו"ת מנחת שלמה, תנינא, סימן קכ"ד; נשמת אברהם, אבן העזר, סימן א, אות ד.

30 בית חדש, יורה דעה, סימן קצ"ה; בית שמואל, אבן העזר, סימן א, ס"ק י; חלקת מחוקק, אבן העזר, סימן א, ס"ק ח; שו"ת התשב"ץ, חלק ג, סימן רס"ג; שו"ת שאילת יעבץ, חלק ב, סימן צ"ז; שו"ת זקן אהרן, חלק ב, סימן צ"ז; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ט, סימן נ"א; ראו בהרחבה יצחק אינדיג "חייב מזונות בגולד מהזרעה מלאכותית" דיני ישראל ב (תשל"א) 83.

31 המתנגד הכולט הוא הרא"י וולדינגברג. ראו שו"ת ציץ אליעזר, חלק ט, סימן נ"א; חלק ט"ו, סימן מ"ה; חלק כ, סימן מ"ט. כמו כן התנגד להפריה האדמו"ר מליובבין. ראו יוסף שמחה גינצבורג ואברהם ברוך פבזנר "הפריית מבחנה והזרעה מלאכותית – הוראת כ"ק הרבי מליובאוויטש" אסיא ס"א–ס"ב (ניסן, תשנ"ח) 47. ראו עוד ר' מאיר אמסעל "נטיעת עובר לרחם אשה" המאור שנה ל, קונטרס ה (סיון, תשל"ח) 45; ר' יהודה גרשוני "תינוקת המבחנה הראשונה בעולם לאור ההלכה" אור המזרח כרך כז, חוברת צב (תשרי, תשל"ט) 15.

יהודי אסורה,³² נחלקו הדעות ביחס להפריה חוץ גופית מתורם זרע שאיננו יהודי. יש האוסרים ויש המתירים. הוא הדין בהולדה על דרך ההפריה החוץ גופית. רוב הפוסקים מתירים במגבלות שהזכרנו, היינו מבעל לאשתו בלבד ויש האוסרים.³³

ב. ייחוסו של ילוד אחר מולידו וכשרותו

1. ייחוס, כשרות ודרך ההולדה: הדילמה

הדין העברי מייחס חשיבות רבה לקיומו, שימורו והמשכיותו של התא המשפחתי המורכב מבני זוג נשואים הטרוסקסואליים וילדיהם. ואכן, להגנת הערך הגלום בתא המשפחתי נקבע כי ההולדה תהיה בתוך המשפחה ובמסגרת הנישואין,³⁴ ו"דווקא דרך נישואין ולא דרך זנות".³⁵ "לכך חייב כל אדם לישא אשה כדי לפרות".³⁶ קיום מצוות פריה ורביה, המצווה הראשונה מתרי"ג מצוות, חשובה ככל שתהיה, איננה הרשאה להעמיד צאצאים בכל תנאי ובכל מחיר.

שניים מן הכללים השלובים זה בזה חשובים לענייננו: הכלל האחד המגדיר את הייחוס של ילד לאביו מולידו,³⁷ ייחוס ודאי,³⁸ "שאין השכינה שורה אלא על הוודאים שזרעו מיוחס".³⁹ הכלל האחר הקובע את כשרות הילד ומעמדו ההלכתי. בעיקר אמורים הדברים ביחס לכלל הקובע כי הולד הולך אחר הפגום.⁴⁰ לשני כללים אלה נפקויות הן לגבי מערכת החוכות והזכויות בין הילד להוריו והן לגבי המשכיות התא המשפחתי ופסלות הצאצאים.

עם הכנסת ההזרעה המלאכותית וההפריה החוץ גופית כשיטות טיפול בעקרות, התעוררה השאלה אם ההולדה בדרך זו איננה מנתקת את היחס המשפטי בין ההורה לילדו. גדר הספק טמון בשאלה אם די בקשר הדם או שיש צורך בהולדה מהריון שנוצר מיחסי אישות ("דרך שכיבה") כדי לייחס את הילד אחר מולידו. כאשר ההולדה

³² שו"ת חלקת יעקב, חלק ג, סימן כ"ד; שם, סימן מ"ד; שו"ת יביע אומר, אבן העזר, חלק ב, סימן א; שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן ע"א; שו"ת שרידי אש, חלק ג, סימן ה; הרש"ז אורעבך, לעיל הערה 29.

³³ ראו בהרחבה גרין, לעיל הערה 17, בע' 150–155.

³⁴ טור, אבן העזר, סימן א.

³⁵ בית חדש, אבן העזר, סימן א.

³⁶ טור, אבן העזר, א; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, סעיף א.

³⁷ במדבר א, ב: "ויתילדו על משפחותם לבית אבותם". וכך פוסק הרמב"ם: "כהנים ולוויים וישראלים מותרין לבוא זה בזה, והולד הולך אחר הזכר, שנאמר: ויתילדו על משפחותם לבית אבותם — בית אביו הוא משפחתו ואין בית אמו משפחתו (איסורי ביאה י"ט, ט"ו). ראו עוד פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל (כרך שני, תשמ"ט) 105.

³⁸ רש"י, שם: "הביאו ספרי ייחוסיהם".

³⁹ רש"י, יבמות מ"ב, א, ד"ה: "ולזרעך אחרך".

⁴⁰ ראו המקורות הנזכרים לעיל בהערה 14.

היא בדרך הטבע, דיני היוחסין ברורים. אולם, כאשר ההולדה אפשרית רק בעזרת אחת הטכנולוגיות הרפואיות האמורות, עולה השאלה אם מתייחס היילוד אחר מולידיו ואם כשר הוא לבוא בקהל. כדי להתיר את הספקות בנוגע למעמדו של היילוד, וכד בבד לאשש את ההצעה לקטיעת רצף הפסלות במשפחה, יש להכריע במתח בין העקרונות שמציבה ההלכה לשמירה על התא המשפחתי: בין הכלל הקובע את ייחוסו של יילוד אחר מולידיו, לרבות התנאי כי ליצירת ההריון יקדמו יחסי אישות, לכלל הקובע כי אם אחד מן המולידים ממזר – היילוד כמותו.

ב.2. על הייחוס ומאפייניו

בשתי דרכים נוצר יחס הלכתי – משפטי בין הורה לילדו: הדרך האחת, הטבעית, על בסיס חוקי הביולוגיה, היינו קשר הדם בין היילוד למולידו. הדרך האחרת, שאינה מעניינת של מאמר זה, היא על ידי צו שיפוטי הקובע כי בין פלוני לאלמוני תתקיים מערכת יחסים הוזה לזו הקיימת בין הורה לילדו אף שאין ביניהם קשר דם.⁴¹ העקרון המקובל בדין העברי הוא כי תפיסת המשפחה מבוססת על הקשר הביולוגי,⁴² כשנוי בתלמוד: "שלושה שותפים הן באדם, הקדוש ברוך הוא ואביו ואמו".⁴³ עם זאת, במקרים מסוימים שוללת ההלכה קשר הורי בין ילד למולידיו למרות קשר הדם ביניהם. כך בנולד מנישואי תערוכת⁴⁴ וכך במתגייר.⁴⁵

41 לדוגמא צו אימוץ. ההלכה איננה מכירה באימוץ כפי שהוא מוכר במשפט הישראלי, אך ההורה המאמץ חב כלפי המאומץ אותן החובות שחב הורה ביולוגי. ראו לענין זה נילי מימון דיני אימוץ ילדים (תשנ"ד) 510–582. דוגמא נוספת הנוגעת לענייננו, היא הולדה מזרע של תורם בהסכמת בעל היולדת. למותר לציין כי אין ההלכה מכירה בהסכמה כבסיס ליצירת יחסי הורות בין בני אדם. אף על פי כן, די בהסכמה לחייב את בעל האם בכל החובות הממוניות שחב הורה כלפי ילדו. ואכן, בית הדין הרבני הכיר בחובתו של אדם כלפי ילדו מכח הסכמתו ליצירת ההריון בדרך של הזרעה מלאכותית. ראו יוסי גרין "הזרעה מלאכותית בפסיקה ובחקיקה" אסיא ה' (תשמ"ו) 125.

42 ר' יהושע בן מאיר "השתלת עובר – יחוס אמהות לאם הפונדקאית או לאם הביולוגית" שו"ת עמק הלכה (חלק ב') 141; ר' יהושע בן מאיר "הורות משפטית והורות גנטית בהלכה" אסיא יב (תשמ"ז–תשמ"ח) 80. ר' עזרא ביק "יחוס אמהות בהשתלת עוברים" תחומין ז' (תשמ"ו) 268.

43 קידושין ל', ב. נוסח אחר מופיע במסכת נידה (ל"א, ב) ובו מודגשת השותפות המלאה ביצירת האדם והעברת תכונות תורשיות: "שלושה שותפים יש באדם, הקדוש ברוך הוא אביו ואמו, אביו מזריע הלובן שממנו עצמות וגידים וצפורנים ומוח שבראשו ולובן שבעין, אמו מזרעת אודם שממנו עור ובשר ושערות ושחור שבעין, והקב"ה נותן בו רוח ונשמה וקלסתר פנים וראיית עין שמיעת האוזן ודיבור פה והילוך רגליים ובינה והשכל". על דברים אלה ועל בדיקת רקמות לצורך קביעת אבהות ראו דב פרימר "קביעת אבהות על ידי בדיקת דם במשפט הישראלי ובמשפט העברי" שנתון המשפט העברי ה' (תשל"ח) 219.

44 ילד זה יתייחס אחר אמו ולא אחר אביו, בין שהיא יהודיה והאב אינו יהודי ובין שהאב יהודי והאם אינה יהודיה (רש"י, יבמות כ"ב, א, ד"ה: "מעידין לכתחילה"; רש"י, יבמות צ"ז, ב, ד"ה: "חולצין").

45 הלכה פסוקה כי גר שנתגייר כקטן שנולד (יבמות כ"ב, א; רמב"ם, איסורי ביאה י"ד, י"א; עדות י"ג, ב; טור, שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רס"ט, י). בין המתגייר למולידיו יש קשר דם המתנתק

כאמור, עד להכנסת טכנולוגיות ההולדה על דרך ההזרעה המלאכותית וההפריה החוץ גופית, נוצר היחס ההלכתי בין הילד למולידיו ב"מפגש" של תאי הרבייה (ההפריה) בגוף האשה, "מפגש" שהתאפשר רק לאחר קיום יחסי אישות. האב והאם תרמו כל אחד את חלקן לתכונות הגנטיות אותן ישא הילד. כיון שה"מפגש" בין תאי הרבייה לא יכול היה להתקיים אלא דרך אישות, לא התעוררה השאלה מה מקומה של הפיאה בקביעת היחס ההורי: האם הביאה יוצרת את היחס ההורי בין הילד למולידיו, או שמא היא תנאי הכרחי ליצירת ההריון וככזו איננה משפיעה על הקמת היחס ההלכתי הורה – ילד. משנוצרה הביצית המופרית החלה התפתחות רציפה לעובר ולילד.⁴⁶

הגישה המקובלת בהלכה כפי שביטא אותה גולאק לפני שנים רבות היתה כי "יחסי הקרבה נקבעים כדרך שהם קיימים בטבע ואין הם משתנים על פי רצון האדם או על ידי מעשים מלאכותיים שהוא עושה".⁴⁷ אולם, עתה, משניתן ליצור הריון שלא דרך אישות, יש מקום לערער על תקפותה של הגדרה זו. ואכן, כפי שיתבאר בסמוך, יש מחכמי ההלכה הסוברים כי ילד הנולד מהריון שלא נוצר דרך אישות איננו מתייחס אחר מולידיו. יש הסוברים כי גם כשרותו איננה נפגמת.

אין חולק כי קשר הדם קובע מבחינה ביולוגית את ייחוסו של אדם אחר הוריו. ילד מתייחס תמיד אחר תורמי תאי הרבייה מהם נוצר ההריון. דא עקא שביחס הלכתי – משפטי עסקינן, ולכן אין הכרח לאמץ את הקביעה הביולוגית ולהסיק ממנה באופן גורף על מעמד וכשרות היילוד. קביעה זו צריכה להיגזר מטובת הילד⁴⁸ וזו מובילה להגמשה ודיפרנציאציה בהגדרה. לאמור, לענין מסוים (מזונות) יאומץ המבחן הביולוגי בעוד אשר לענין אחר (כשרות) ייקבע מבחן אחר.

(הלכתית) עם הגיר. בין הגר לבני משפחתו, היינו בניו לבין הוריו (והוריהם) ובניו לבין בני המשפחה האחרים (אחיו). אין קשר הורי ויחסי אֶתְנָה (מלשון אח) למרות שיש ביניהם קשר דם. לגר אין יחס משפטי כלשהו עם קרוביו הביולוגיים לפני שנתגייר וגם אם אלה יתגיירו אחריו. על נפקותה של קביעה זו ראו אנציקלופדיה תלמודית (כרך ו) ערך: "גר". יועד, כי משיקולי מדיניות, ממשיכה ההלכה לראותם כקרובי משפחה מדרגה ראשונה. כך למשל, גר שנתגייר רשאי מדין תורה לשאת את אחותו מאמו שנתגיירה אחריו, אך כדי שלא יאמרו באנו מקדושה חמורה לקדושה קלה נאסר עליהם להינשא זה לזו (רמב"ם, איסורי ביאה י"ד, י"ב; שולחן ערוך, יורה דעה סימן רס"ט, סעיף א). כמו כן אין גר מתאבל על הוריו (שולחן ערוך, יורה דעה סימן שע"ד, סעיף ה).

46 ראו בהקשר זה ישעיהו ליבוביץ "הרפואה וערכי החיים" דברי הקתדרה לתולדות הרפואה א(1) (1977) 2.

47 אשר גולאק יסודי המשפט העברי (חלק שלישי, תשכ"ז) 11.

48 על טובת הילד בדין העברי ראו אליאב שוחטמן "למהותם של כללי ההלכה בסוגיית החזקת הילדים" שנתון המשפט העברי ה (תשל"ח) 285.

ב.2.1 ייחוס אחר האב

ילד הנולד מהריון שנוצר בדרך הטבע להורים הנשואים נישואין כשרים הוא ילד כשר המתייחס בדרך כלל אחר אביו.⁴⁹ אין הדבר כן כאשר הורתו של הילד איננה דרך אישות. ואכן, שלוש גישות מסתמנות בתשובה לשאלה אם הילד הנולד על דרך ההזרעה המלאכותית או ההפריה החוץ גופית מתייחס אחר אביו.

הגישה האחת, המקובלת על רבים מחכמי ההלכה, מייחסת את הילד אחר בעל הזרע גם אם הוֹרְתוֹ היתה שלא דרך אישות. גישה זו מעוגנת בפסיקה של רבינו פרץ בן אליהו מקורביל, מבעלי התוספות שחי במאה השלוש עשרה, המובאת על ידי הב"ח:

"מצאתי בהגהת סמ"ק ישן מהר"ר פרץ שכתב: אשה יכולה לשכב אסדיני בעלה, ונזהרות מסדינים ששכב עליהם איש אחר פן תתעבר בנידותה משכבת זרע של אחר ויהא הולד בן הנדה? והשיב: כיון דאין כאן ביאת איסור הולד כשר לגמרי אפילו תתעבר משכבת זרע של אחר, כי הלא בן סירא כשר היה,⁵⁰ אלא דמשכבת זרע של אחר קפדינן אהבחה, גזירה שמא ישא אחותו מאביו כדאיתא ביבמות".⁵¹

לדעת רבינו פרץ, כפי שהובנה על ידי הפוסקים, כשרותו של ילד שאמו הרתה אותו

⁴⁹ בראשית ה, א; שמות א, א; קידושין ס"ו, ב; בבא בתרא ק"ט, ב; יבמות נ"ד, ב; רמב"ם, איסורי ביאה י"ט, ט"ו; טור, אבן העזר, סימן י; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ח, סעיף א. ראו עוד בהרחבה בן ציון שרשבסקי דיני משפחה (מהדורה רביעית, תשנ"ג) 352.

⁵⁰ בן סירא – שלא נאסר לבוא בקהל – הוא על פי האגדה בנו של ירמיהו ("סירא" עולה בגימטריא "ירמיהו") שנולד מהריון שנוצר מזרע שקלטה אמו שרחצה באמבטיה לאחר אביו (ירמיהו) שפלט שם זרע. יש הסבורים כי בן סירא היה חכם גדול (אנציקלופדיה פחד יצחק, ערך "בן בתו"). את האנציקלופדיה חיבר ר' יצחק לאמפורנטי שחי בתחילת המאה השמונה עשרה באיטליה ונודע כרופא מומחה). מקורה של אגדה זו בליקוטי המהרי"ל (ספר מנהגים שחיבר ר' יעקב ב"ר משה הלוי מוולין במאה החמש עשרה). יש המפקפקים באמיתותה של האגדה אודות בן סירא והשתרבותה לספרות ההלכה. לכן, אף שהיא מוזכרת בספרות ההלכה אין לסמוך עליה ולהסיק ממנה להלכה, בעיקר משום שקיימות גירסאות אחרות מהן נלמד כי כשרותו של הילד איננה נפגמת אף שהלכתית הוא מוגדר כבן הנידה. לפיכך, ספק אם יש ראייה מאגדה זו (ראו שלטי הגבורים, שבועות, תחילת פרק ב. ראו עוד שו"ת ציץ אליעזר, חלק ט, סימן נ"א; הרש"ז אויערבך, לעיל הערה 29. יש הסבורים כי אין לשלול את ההסתמכות על הגהת הסמ"ק וכי יש מקום להסיק ממנה להלכה (שו"ת יביע אומר, אבן העזר, חלק ב, סימן א). ראו עוד בהרחבה ר' מאיר אמסעל "אפשרות התעברות באמבטי ועל אגדת בן סירא" המאור ה חוברת ז (ניסן תשי"ד) 25.

⁵¹ ב"ח, טור, יורה דעה, סימן קצ"ה בשם הסמ"ק; ראו עוד ט"ז, שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קצ"ה, ס"ק ו). עוד יוער כי קיימות בספרות ההלכה גרסאות נוספות של פסק זה. על פי אחת מהן הושמטה הסיפא בלשון רבינו פרץ ("שמא ישא אחותו מאביו"). ראו עוד מיכאל קורנאלדי "מעמדו המשפטי של הנולד מהפריה מלאכותית מתורם זר או תרומת ביצית" שנתון המשפט העברי יח-יט (תשנ"ב-תשנ"ד) 295, 303.

בנידוּתה (מבעלה) שלא דרך אישות איננה נפגמת.⁵² גם פסול בן הנידה⁵³ לא דָּבָק בו כיון שלא הוֹרָה מביאת איסור. אף על פי כן אסור לאשה נידה להרות בדרך זו ממי שאינו בעלה משני טעמים: כדי להבחין בין זרע לזרע ("קפדינן אהבחנה")⁵⁴ ומחשש "שמא ישא אחותו מאביו".

לענייננו חשוב הטעם השני. כיון שמשכבת זרע שפלט גבר אחד ניתן להפרות יותר מאשה אחת, הילדים שיוולדו לכל אחת מנשים אלה יחשבו כילדי בעל אמם למרות שנוולדו לה מזרעו של גבר שאינו בעלה. לכשיגדלו ילדים אלה, עלולים הם להינשא זה לזה בלי שידעו כי הם אחים מאב.⁵⁵ בחשש "שמא ישא אחותו מאביו" מובלעת למעשה ההנחה, כי למרות שהילד נולד מהריון שנוצר שלא דרך אישות הוא מתייחס אחר בעל הזרע. שאם לא תאמר כן, מה מקום יש לחשש לנישואי אח ואחות, הלא כל אחד מהילדים הנולדים מאותה שכבת זרע איננו מתייחס אחר בעל הזרע, וכנראה הם חסרי אב (הלכתי) ואין ביניהם יחסי אֶחָוָה (כלומר, אין ההלכה רואה אותם כאחים). מכאן ראייה, כי לא הדרך בה נוצר ההריון יוצר את הקשר ההורי בין הילד למולידו, אלא קשר הדם ביניהם. הוּוה אומר, מבחן האבהות הוא מבחן ביולוגי.⁵⁶ הגישה השניה היא גישתו של החיד"א (רבי חיים יוסף דוד אזולאי), הסובר כי אין ראייה מפסיקת רבינו פרץ כי ילד שהוֹרָתו איננה בביאת איסור מתייחס אחר מולידו.

52 בית שמואל, אבן העזר, סימן א, ס"ק י'; חלקת מחוקק, אבן העזר, סימן א, ס"ק ח; שו"ת תשב"ץ, חלק ג, סימן רס"ג; שו"ת שאילת יעבץ, חלק ב, סימן צ"ז; שו"ת זקן אהרן, חלק ב, סימן צ"ז; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ט, סימן נ"א; שו"ת יביע אומר, אבן העזר, חלק ב, סימן א. "בן הנידה" איננו סטטוס משפטי, אלא הגדרה לתכונות אופי של ילד שאמו הרתה אותו בעת נידוּתה. יוער, כי ההלכה אוסרת על אשה לקיים יחסי אישות בתקופת המחזור. ילד הנולד לאשה מהריון שנוצר בנידוּתה מוגדר כ"בן הנידה". על טומאת הנידה, משמעותה וביסוסה הפילוסופי ראו פירוש הרמב"ן, בראשית ל"א, ל"ה. ראו עוד שו"ת דברי מלכאל סימן ק"ז; שו"ת זקן אהרן, סימן צ"ז.

54 על פי ההלכה אשה אשר התגרשה או התאלמנה, אסורה להינשא עד עבור תשעים יום מיום גירושיה או ממות בעלה. הוראה זו – המוכרת יותר כדין הבחנה – מנומקת בצורך "להבחין בין זרעו של (הבעל) הראשון לבין זרעו של האחרון (הבעל השני)". לאמור, אם תינשא הגרושה או האלמנה קודם חלוף תשעים הימים מגירושיה או ממות בעלה, ותלד בתום שבועה חדשים מנישואיה השניים, יתעורר ספק לגבי זהותו של אבי הילוד, האם הוא הבעל הראשון משום שהלידה התרחשה בחודש התשיעי להריון, או שהבעל השני הוא אבי הילוד שנוולד בחודש השביעי להריון. בטעמו של דין זה נחלקו שמואל ורבא. שמואל סבור שגזירת הכתוב לדעת בוודאות ייחוסו של אדם, ואילו לדעת רבא מנומק דין זה בחשש שמא ישא את אחותו מאביו, וייבם אשת אחיו מאמו, ויוציא את אמו לשוק, ויפטור את יבמתו לשוק. ראו יבמות מ"א, א; רמב"ם, גירושין, י"א, י"ח – י"ט; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן י"ג, סעיף א; בית שמואל, אבן העזר, שם, ס"ק א.

55 על ההשלכות הנוספות של הגזירה "שמא ישא אחותו מאביו" ראו יבמות מ"ב, א; קידושין ע"ג, א; משנה למלך, אישות ט"ו, ד.

56 שו"ת תשב"ץ, חלק ג, סימן רס"ג; שו"ת ישכיל עבדי, אבן העזר, חלק ה, סימן י'; שו"ת עמק הלכה, סימן ס"ח; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ג, סימן כ"ז; שו"ת יביע אומר, אבן העזר, חלק ב, סימן א.

לדעתו, רבינו פרץ אוסר על אשה נשואה להרות מזרע של אחר רק מדין הבחנה (בין זרע לזרע) ולא מחשש שמא ישא הבן את אחותו מאביו. שכן, ילד הנולד שלא דרך אישות חסר אב (הלכתי) "דהכא, הגם דלא שייכא גזירה שמא ישא אחותו מאביו, ואין אב, מכל מקום יש להקפיד בדין עירובא זרע הבא ממקום אחר". על פי פרשנות זו, ההנמקה "שמא ישא אחותו מאביו" איננה עומדת בפני עצמה אלא הנמקה התומכת בעיקר הטעם (שהוא דין הבחנה) לאסור הזרעה משכבת זרע של אחר. החשש, אליבא דהחיד"א, איננו מנישואי עריות אלא מייחוס מוטעה של היילוד אחר בעל אמו (השני), שאיננו אביו. לכן, הילד יתייחס אחר מולידו רק אם הוֹרְתו בדרך הטבע.⁵⁷ משאין ראייה מפסק של רבינו פרץ כי הולד מתייחס אחר בעל הזרע גם אם הוֹרְתו שלא דרך אישות, הדעת נותנת, אף כי הדבר לא נתבאר, כי ילד יתייחס אחר מולידו רק אם ההריון נוצר בדרך הטבע. נמצא, כי כל פליטת זרע שלא דרך אישות, אפילו נוצר מאותה שכבת זרע הריון המסתיים בלידת ילד, מנתקת את הקשר ההלכתי משפטי בין היילוד לבעל הזרע. התוצאה איננה רק שלילת הפרוצדורה, אלא הגדרת מעמדו ההלכתי של הילד הנולד מהזרעה מלאכותית כ"שתוקי" החסר אב.⁵⁸

הגישה השלישית היא זו של הט"ז והסוכרים כמותו. לשיטתם, ילד שהורתו איננה דרך אישות מתייחס אחר מולידו רק לחומרא. כלומר, לענין עריות מתייחס הילוד אחר מולידו (הוא איננו פוטר את אמו מיכוס וחליצה) אך לשאר עניינים (כגון פריה ורביה, מזונות וירושה) אין הוא נחשב כבנו של בעל הזרע.⁵⁹ בענין זה מרחיב הרב עוזיאל, המביא את דעות הפוסקים המחשיבים ילד זה כבנו של בעל הזרע, אך סובר כי יש לדחות גישה זו משני טעמים עיקריים: הטעם האחד, שאין למדים מן האגדות ולכן אין ראייה מדברי המהרי"ל שבן סירא היה בנו של ירמיהו מהריון באמבטי. הטעם השני, נגזר מהאיסור לאשה נידה לשכב על סדינים ששכב בעלה, שמא תתעבר בדרך זו ויש לחשוש שמא ישא אחותו מאביו. משמע, היילוד יחשב כבנו לחומרא אבל לא לקולא. אם כן, "מהאמור נמצינו למדים כי הולד הנוצר משכבת זרע... על ידי זריקת שכבת זרע

⁵⁷ ברכי יוסף, שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, אות י"ח. למסקנה זו הגיע החיד"א אחר שבדק – על פי עדותו – כתבי יד רבים והעלה כי לשון הפסק המיוחס לרבינו פרץ איננו מדויק.

⁵⁸ ראו שרשבסקי, לעיל הערה 49, בע' 357. ילד שתוקי" הוא "כל שהוא מכיר את אמו ואינו מכיר את אביו" (משנה, קידושין ד, א). אמנם, מעיקר הדין השתוקי כשר לבוא בקהל, "מאי טעמא? רוב כשרים אצלה ומיעוט פסולים אצלה" (קידושין ע"ג, ב), אולם חכמים "מעלה עשו ביוחסין" (קידושין, שם) ולכן החמירו בדינו ועשו אותו ספק ממזר. סטטוס זה הוא הקשה מכולם. שכן, להתחתן עם ישראלית כשרה איננו יכול מחשש שהוא ממזר. להתחתן עם ממזרת (וראית) איננו יכול שמא ישראל כשר הוא. מאותו טעם אינו יכול לשאת ספק ממזרת כמותו. לפיכך, רשאי הוא לשאת גיורת בלבד (שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ד, סעיף ל"ו). בכל הכבוד הראוי, הגדרת ילד "שתוקי" שאיננו מכיר את אביו, צריכה להתפרש כמי שזהות אביו אינה ידועה כלל, אך במקרה שזהותו של בעל הזרע ידועה, ובמיוחד כאשר ההולדה היא מזרע הבעל, קשה להגדיר את הילד כשתוקי. הוא הדין כאשר ההולדה היא מתרומת זרע. אמנם, זהות בעל הזרע איננה ידועה לנתרמת, אך זהותו ידועה למנהל בנק הזרע.

⁵⁹ טורי זהב, שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, ס"ק ח.

לתוך הרחם אינו נחשב כבנו... לא לענין זה שיחשב כאלו קיים מצות פריה ורביה ולא לענין פטור אשתו זיקת יבום וחליצה".⁶⁰

ב.2.2 ייחוס אחר האם

לאשה שני תפקידים בתהליך ההולדה: תרומת החומר הגנטי (בדומה לזכר) ונשיאת ההריון והלידה. בתהליך ההפריה החוץ גופית ניתן להפריד בין שני התפקידים, כאשר אשה אחת תורמת את הביצית ואשה אחרת נושאת את ההריון. בשני המקרים ההריון נוצר ללא ביאה. במי תכיר ההלכה כאמו של הילד: בתורמת הביצית או בנושאת ההריון? מחד גיסא, תורמת הביצית מעניקה לילד את (מחצית) תכונותיו הגנטיות, בעוד אשר נושאת ההריון נותנת "שירותי רחם" בלבד. מן הבחינה הביולוגית הילד הוא ילדה של תורמת הביצית, לכן מן הדין לקבוע אותה כאם הילד. מאידך גיסא, אף שנושאת ההריון איננה תורמת מבחינה גנטית לילד, היא זו המאפשרת לביצית או לביצית המופרית לממש את הפוטנציאל הטמון בה להתפתח לעובר. אלמלא "שירותי הרחם", מהביצית, לרכות הביצית המופרית, לא יכול להתפתח עובר וילד. על כן ראוי להכיר בה כאם הילד.

למעשה, קיימות ארבע אפשרויות להגדיר את היחס אם – ילד: האפשרות האחת, לייחס את הילד אחר שתי האמהות המעורבות בהולדתו, כיון שביאתו לעולם התאפשרה רק על ידי שיתוף הפעולה בין שתיהן. האפשרות השנייה – ההפוכה – לשלול את אִמְהוּתן של שתי הנשים המעורבות בלידה, ולהחשיב את הילד כחסר אם משפטית – הלכתית. שלילת האמהות משתי הנשים המעורבות בהולדה מנומקת בכך, שאף לא אחת מהן השלימה את תהליך ההולדה בשלמותו, תהליך הכולל, כאמור, את תרומת החומר הגנטי ואת נשיאת ההריון. האפשרות השלישית היא לקבוע את תרומת החומר הגנטי כאמו של הילד בשל קשר הדם בינה לבין היילוד. האפשרות הרביעית להכיר בנושאת ההריון היולדת את הילד כאמו של הילד בשל כך שהיא זו אשר בסופו של דבר הביאה אותו לעולם.

משיקולי מדיניות הלכתית, המתחשבת בשיקולים פסיכולוגיים וחברתיים אין זה ראוי לנתק ילד מִיִּלְדוֹתוֹ. ילד זקוק לאם ולא לשתי אמהות. אין הגיון ואין זו טובתו של הילד ליחס אותו לשתי אמהות. אמנם, מבחינת זכויותיו אפשר ומצבו יהיה טוב יותר, אך טבעו של עולם שלילד יש אִם אחת. אין זה גם סביר לשלול מילד יחוס אחר אמו כאשר זהותה ידועה. אם כך, במי מן השתים תכיר ההלכה כאמו של הילד:

⁶⁰ שו"ת משפטי עוזיאל, אבן העזר, חלק ב, סימן י"ט. יושם לב להערותו של הרב עוזיאל לפיה "דברים אלה כתבתי לקוצר השגתי לברורה של הלכה זו, ולמעשה הלכה זו בכללה היא בגדר ההלכות שאמרו עליהם הלכה ואין מורין כן". ראו עוד לענין זה שו"ת בר ליואי, חלק ב, סימן א; שו"ת דברי מלכיאלי, חלק ד, סימן ק"ז; שו"ת שרידי אש, חלק ג, סימן ה; ר' מנחם מנדל כשר תורה שלימה פרשת משפטים יז (תשי"ז) מילואים סימן צ (בקונטרס "עבד עברי").

בתורמת הביצית או ביולדת? במלים אחרות, האם מבחן האמהות הוא מבחן ביולוגי או מבחן הלידה?
 רוב חכמי ההלכה מאמצים את מבחן הלידה וקובעים כי היולדת היא האם כמשתמע מסוגית הגמרא:

”שני אחים תאומים גרים וכן משוחררין, לא חולצין ולא מייבמין ואיו חייבין משום אשת אח”⁶¹ היתה הורתן שלא בקדושה ולידתן בקדושה, לא חולצין ולא מייבמין, אבל חייבין משום אשת אח.”⁶²

בעל הסוגיה דן בהשלכות ההלכתיות של גיור אשה שהרתה בגוייתה, התגיירה במהלך הריונה וילדה תאומים.⁶³ האם יש לגייר את התאומים לאחר הלידה או די בגיורה של אמם והתאומים נולדו כיהודים לכל דבר וענין? מחד גיסא, הוֹרְתָן של התאומים היתה “שלא בקדושה”. כלומר, יצירתם של התאומים (ההפריה) היתה מתאי רביה של הורים שאינם יהודים. לכן, גם אם הגיור של האם מועיל לעוֹבְרִים להכניסם לחיק היהדות, אין הם יכולים להחשב כאחים לאחר לידתם מכח העיקרון הקובע כי גר שנתגייר כקטן שנולד.⁶⁴ מאידך גיסא, ניתן לומר כי גיור האם מועיל גם לתאומים שהיא נושאת ברחמה בהיותם חלק בלתי נפרד ממנה. מכאן ש”לידתן בקדושה” ואין הם צריכים גיור. הם אחים שנולדו לאם יהודיה כשרה למרות שהוֹרְתָן מהורים שאינם יהודים.⁶⁵ נפקא מינה לשני עניינים: ליכום וחליצה ולאיסור אשת אח.

61 מסביר רש”י שאינם חייבים משום אשת אח אפילו קידשו לאחר שנתגיירו, דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי הלכך אין לו אחווה ואפילו מן האם. כלומר, לענין זה אין התאומים נחשבים כאחים כיון שגר שנתגייר כקטן שנולד (רש”י, יבמות צ”ז, ב, ד”ה: “חייבים משום אשת אח”).

62 יבמות צ”ז, ב.

63 יוער, כי הכלל בהלכה באשר לגיורה של נושאת הריון הוא כדברי רבא: “נכרית מעוברת שנתגיירה, בנה אין צריך טבילה” (יבמות ע”ח, א). כלומר גיור האם ההרה מועיל לעובר, בין שהוא ירך אמו ובין שאינו ירך אמו (חלק בלתי נפרד ממנה).

64 יבמות כ”ב, א.

65 לכאורה, אין בסיס להשוואה ולמסקנה העולה ממנה. שכן, בתורמת ביצית ובפונדקאות מדובר בשתי נשים, ואילו בסוגיית הגמרא מדובר באשה אחת. אולם, ברמת ההפשטה ניתן למצוא מכנה משותף אם נקבע כי רגע הגיור (המעבר לדת היהודית) שווה ערך להחזרת הביציות המופרות לרחם. פעולת הגיור “יצרה” מצב שבהולדה מעורבות שתי נשים: זו שהרתה את התאומים (האם (המזמינה) הלא יהודיה) וזו שילדה אותם (הפונדקאית היהודיה). עד לגיור האם ל”ביציות המופרות”, קרי העוברים, מעמד שונה מאשר לאחריו. קודם הגיור הם אחים לא יהודים בעוד אשר לאחריו הם ישויות נפרדות שאין ביניהם על פי גישת ההלכה קירבה. מחדש בעל הסוגיה ואומר כי יש ביניהם קירבה והם אחים לענין אשת אח. שינוי מצב זה אפשרי רק אם נקבל את ההנחה כי הלידה “הפכה” אותם לאחים יהודים. במלים אחרות, ה”ביציות המופרות שהוחזרו לרחם” (העוברים קודם הגיור) הפכו לאחים ברחם אמם. על דרך ההיקש, רגע הגיור משול לרגע החזרת הביציות לרחם. ולהיפך, רגע החזרת הביציות משול לרגע הגיור המשנה את “מצבו” של העובר בהשוואה למצבו הקודם. ברגע החזרת הביצית המופרת לרחם מתנתק הקשר ההלכתי בין הביצית המופרת ו”הוריה” הלא יהודים (הוא הדין בהריון שנוצר מתורמת ביציות) שהחל ברגע ההפריה ונוצר קשר הלכתי בין הביצית המופרת ממנה עתיד להיוולד הילד עם אמו ה”חדשה”

מסקנת בעל הסוגיה היא כי גיור האם מועיל והתאומים נחשבים על פי ההלכה כאחים יהודים ככל שהדבר נוגע להלכות הנגזרות מייחוס אחר האם, מה שאין כן לגבי ייחוס אחר האב. לכן, לכשיגדלו התאומים וישאו נשים וימות אחד מהם בלא בנים, אחי המנוח פטור מלייבם את אלמנת אחיו, משום שלענין יבום וחליצה היחוס הוא אחר האב, ותאומים אלה אינם נחשבים כאחים המתייחסים אחר אביהם הנכרי.⁶⁶ לעומת זאת חל עליהם איסור אשת אח בהיותם אחים, כיון שהיחוס הוא אחר האם ולכן אסורים בחיתון.⁶⁷ קשר "האָחָנָה" (הזיקה בין האחים) נוצר, איפוא בשעת הלידה ולא בשעת ההפריה. גיור האם מועיל לתאומים והרי אמם היא "ישראלית שילדה בנים".⁶⁸ וכך נפסק להלכה ברמב"ם⁶⁹ ובשולחן ערוך.⁷⁰

נמצינו למדים, כי למרות שהביצית ממנה נוצרו התאומים היתה של אשה לא יהודיה, הרי מ"שהושתלה" הביצית המופרית ברחמה של היולדת (רגע הגיור) – נושאת היא ברחמה עוברים כשרים. ומכאן, שהייחוס אחר האם – הגם שהוא חריג לכלל לפיו ההורות נגזרת מקשר הדם – איננו נקבע בשעת יצירת הולד (ההפריה) אלא על פי הלידה. מכאן, שמבחן האמהות הוא מבחן הלידה. לשון אחרת, הולד מתייחס אחר האם היולדת, גם כאשר העיבור נעשה מחוץ לגופה ומביצית של תורמת.⁷¹ הדעה כי היולדת היא אמו של הילד הנולד מתרומת ביציות מקובלת על רוב חכמי ההלכה, הגם שאיננה נקייה מספקות.⁷²

הצפויה ללדת אותו (קרי הגיורת או האם הנושאת בהתאמה). ולכן, אף שהביציות הן של אשה לא יהודיה, הרי משהוחרזו לרחם האשה היהודיה (רגע הגיור) נטמאו בגוף האם הנושאת היהודיה, הפכו לחלק ממנה וכשיוולדו הילדים יחשבו כאחים. רוצה לומר, אלמלא הלידה, התאומים הללו היו נחשבים כאחים שאינם יהודים החייבים בגיור. שאם לא תאמר כן, הרי שברחמה של נושאת ההריון מתפתחים עוברים של אם שאיננה יהודיה, בעלת ישות נפרדת מבעלת הביצית, וכל אחד מהעוברים הוא בריה חדשה שאין בינו לבין אחיו קשר.

66 רש"י, יבמות צ"ז, ב, ד"ה: "לא חולצין ולא מייבמין". וכך נפסק להלכה רמב"ם, יבום וחליצה א, ח; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רס"ט, סעיף א.

67 רש"י, יבמות צ"ז, ב, ד"ה: "אבל חייבין".

68 רש"י, שם.

69 יורה דעה, סימן רס"ט, סעיף ד.

70 רמב"ם, איסורי ביאה י"ד, ג; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רס"ט, סעיף ד.

71 ר' זלמן נחמיה גולדברג "קביעת אימהות – בשולי הדברים" תחומין ה (תשמ"ד) 268; ר' זלמן נחמיה גולדברג "ייחוס אמהות בהשתלת עובר ברחם של אחרת" תחומין ה (תשמ"ד) 248; יוער כי דברי הרב גולדברג אינם מתייחסים לפונדקאית דווקא אלא להשתלת ביצית של תורמת ברחם אשה כחלק מתהליך ההפריה החוץ גופית. ראו עוד הערת העורך ותשובת הרב גולדברג, שם, 268; מיכאל קורנאלדי דיני אישים, משפחה וירושה: בין דת למדינה (תשס"ד) 103–106.

72 בין המשיגים פרופ' לב הסובר כי אין המשל דומה לנמשל כיון שהגמרא ביבמות דנה באשה אחת, בגוף אחד, שמעמדה ההלכתי השתנה באמצע ההריון, ואילו בסוגית הפונדקאות מדובר בשתי נשים. ראו זאב לב "תינוק מבחנה: מעמד האם הפונדקאית" שו"ת עמק הלכה (חלק ב) 163. ראו השגות על גישתו במאמרו של ר' אברהם יצחק הלוי כלאב "תינוק מבחנה: מעמד האם הפונדקאית – תגובות והשגות למאמרו של פרופ' ז' לב" שו"ת עמק הלכה (חלק ב) 173. ואכן, הרב כלאב סבור כי מבחן הלידה מצומצם יותר, והוא קובע את היחוס רק כאשר האם

ג. הביצית המופרית ומעמדה ההלכתי

שתי תכונות מאפיינות את הביצית המופרית: התכונה האחת, שהיא ישות תרפסת מקום, חיה, קיימת ונצפית במקשור מתאים מחוץ לגוף האשה. התכונה השנייה, שהיא בעלת פוטנציאל להתפתח לעובר ולילד.⁷³ לכן, ברגע ההפריה על הצלוחית במעבדה, נוצרת ישות משפטית חדשה מיוחדת (טרומ עובר) בעלת הפוטנציאל הטמון בה להתפתח לעובר ולילד. ישות זו רוכשת את התכונות שיש לבני אדם בעלי הרכב כרומוזומים דומה,⁷⁴ מנותקת מתורמי תאי הרבייה מהם נוצרה וקיימת, ואף שאין היא עובר אי אפשר להתעלם מקיומה. ואכן, חיי אדם מתחילים על פי ההלכה בשעת ההפריה (פקידה),⁷⁵ שהיא לדעת רש"י "משעה שהמלאך פוקד הטיפה ומביאה לפני המקום מה תהא עליה ו מיד נזרקה בו נשמה וחיות",⁷⁶ ולדעת הרמ"ה "משעה שהאשה קולטת את הטיפה לבית הריון (רחם), והיא שעת הפקידה. כדכתיב: וה' פקד את שרה, כלומר, שנתן לה הריון".⁷⁷

דיון זה נסמך אמנם על אגדה שיש בה רכיבים מיסטיים, אך זריקת הנשמה –

המיועדת והאם הנושאת בנות אותה הדת. אולם כאשר תורמת הביצית והיולדת אינן בנות אותה דת, "שהיולדת היא אם הילוד כאשר שניהם יהודים. אבל ביצית מופרית של גויה שהושלתה ברחם ישראלית, או הפוך, בעלת הביצית היא הקובעת את דינו של הולד להיות יהודי או גוי".⁷³ ראו ר' אברהם יצחק הלוי כלאב "מיהי אמו של ילוד, ההורה או היולדת" תחומין ה (תשמ"ד) 260, 267. יש הסבורים כי אין ראייה מהסוגיה בענין מעוברת שנתגיירה, שכן הגמרא דנה בגיורת הנושאת עוברים שלה שנוצרו מהביציות שלה, ולכן התאומים שילדה לאחר גיורה מתייחסים אליה. אולם כשמדובר בקביעת אמהות של ילד שנולד על ידי אם נושאת, העובר שנשאה ברחמה לא נוצר מביצית שלה אלא מביצית של האם המיועדת, אין בכך הגיור למחוק את העובדות שלפני ההשתלה. גם הכלל הקובע כי גר שנתגייר כתינוק שנולד אמור רק לגבי יחוס. ראו ר' עזרא ביק "יחוס אמהות בהשתלת עוברים" תחומין ז (תשמ"ו) 268.

⁷³ ראו בהרחבה גרין, לעיל הערה 17, בע' 195–198, 232–237.

⁷⁴ ר' שלמה גורן "השתלת ביצית מופרית מאשה לאשה" תורת הרפואה (תשס"א) 173.

⁷⁵ סנהדרין צ"א, ב: "אמר ליה אנטונינוס לרבי: נשמה מאימתי ניתנת באדם, משעת פקידה (ההפריה) או משעת יצירה (השלמת צורת אדם)? אמר ליה: משעת יצירה. אמר ליה: אפשר לחתיכת בשר עומדת ג' ימים בלא מלח ואינה מסרחת? אלא משעת פקידה". יוער כי במדרש (בראשית רבה, פרשת נח, פרשה ל"ז, י"ב) הגידסא שונה במקצת: "שאל אנטונינוס את רבי: נשמה מאימתי ניתנה באדם, משעה שיצא ממעי אמו או עד שלא יצא ממעי אמו? מאימתי נתת בי את הנשמה? משפקדתני". ראו לענין זה הרב גורן, שם, בע' 178; יוסי גרין "ואתם פרו ורבו" (בראשית א, כ"ח), גם לאחר מיתה? הרהורים על ההולדה לאחר מיתה בדין העברי" מאזני משפט ג (תשס"ג-תשס"ד) 119, 126, 128.

⁷⁶ רש"י, סנהדרין צ"א, ב, ד"ה: פקידה. ראו ר' יעקב וינר "המעמד ההלכתי של ביצית מופרית בגוף החי ובמבחנה, היבטים הלכתיים של הפריה מלאכותית ולידת תינוק מבחנה" הרפואה, כרך 128 חוברת ו (1995) 388.

⁷⁷ יד רמ"ה, סנהדרין צ"א, ב, ד"ה: "פקידה". הנפקות בין רש"י לבעל יד רמה תהיה לגבי ההפריה במעבדה. לדעת רש"י תחילת החיים ברגע ההפריה, בין שזו מתרחשת על צלוחית במעבדה ובין בגוף האשה. לשיטת הרמ"ה, תחילת החיים בהשתרשות הביצית המופרית ברחם.

אותו חלק אלוה ממעל – ב"שעת הפקידה" (כשיטת רש"י), היא שמעלה את "חייו" של האורגן המתפתח לחיים אנושיים מרגע התהוותם ללא קשר לפוטנציאל לממשם.

ד. האם מתירה ההלכה לבצע טיפולי פוריות ללא התוויה רפואית?

אך טבעי כי שיטת משפט המעמידה את מצוות פריה ורביה בראש תרי"ג מצוותיה,⁷⁸ תראה בחיוב כל שיטת טיפול המאפשרת לבני זוג המתקשים בהולדה להיבנות. דא עקא, על אף חשיבותה של מצוות פריה ורביה אין ההלכה מחייבת הולדה בכל מחיר. לכן, גם אם אי יכולת להעמיד צאצאים נחשבת כמחלה, לא כל טיפול רפואי מותר כדי להתגבר על "מחלת" העקרות. הרשות שניתנה לרופא לרפא איננה הרשאה לבצע כל טיפול אפילו יסכים לכך החולה. ואכן, הדין העברי מאזן בין ההלכות השונות כשהמבחן הוא טובתו של החולה. כך לדוגמא ההלכה אוסרת על האדם לחבול בגופו, ואף על פי כן אין היא אוסרת התערבויות כירורגיות העולות כדי חבלה.⁷⁹ על כן השאלה איננה אם ההליך הרפואי מותר או אסור, אלא האם בנסיבות הענין יש הצדקה להתיר את ההליך כדי להשיג את התוצאה הרצויה? מהם אם כן השיקולים אם להתיר לבני זוג היכולים להעמיד צאצא בדרך הטבע להיזקק לפרוצדורה רפואית הכרוכה בסיכון לילודת?

ההלכה מחייבת את הרופא לרפא עד שהמונע עצמו הרי הוא כשופך דמים.⁸⁰ עם זאת, טיפול רפואי מטבעו כרוך בסיכון. לכן, כדי שלא יאמר הרופא מה לי בצער הזה ונמצאתי הורג נפשות, נתנה לו התורה רשות לרפא וכל עוד פועל הרופא במסגרת אותה ההרשאה הרי הוא מקיים מצווה.⁸¹ הריון ולידה כרוכים בסיכון לחיי האשה. אף על פי כן לא אסרה ההלכה את ההולדה. נהפוך הוא, בשל חשיבותה נקבעה כראשונה מתרי"ג המצוות. משכך, על אף הסיכון שבטיפולי הפוריות לא שללה ההלכה טיפולים אלה אלא במגבלות שדנו בהן. למרות שהחזרת הזרע או הביצית המופרית, כמו גם שאיבת הביציות מהאשה הן פרוצדורות שיש בהן סיכון ואף עולות כדי חבלה האסורה, לא נאסרו. על כן, השאלה היא האם הולדת ילד כשר שלא בדרך הטבע מותרת כאשר ההולדה אפשרית בדרך הטבע.

ההלכה "מייצעת" לבני זוג בעלי תכונות מסוימות שלא להינשא זה לזו כדי למנוע לידת ילד בפגם.⁸² אמנם, ההלכה איננה מבחינה בין ילד שנולד בפגם לילד בריא. שניהם נבראו בצלם אלקים ולשניהם זכויות שוות. אך זה משיצאו לאויר העולם. לכן, הולדת ילד ממזר יכולה להתפרש כמחלה, שעד להכנסת טכנולוגית ההפריה החוץ

78 בראשית א, כ"ח.

79 ראו גרין, לעיל הערה 25, בע' 454–457.

80 ראו בהרחבה הרב גורן, לעיל הערה 74, בע' 9–26. ראו עוד: J. David Bleich "Ethico-Halakhic Considerations in the Practice of Medicine" *T Dine Israel* (1976) 87.

81 ראו גרין, לעיל הערה 25, בע' 100–106, 112–122.

82 לעיל הערה 16 והמקורות שם.

גופית נחשבה כחשוכת מרפא. עתה, משקיימת אפשרות להתגבר על המחלה, אינני רואה מניעה הלכתית לעשות שימוש בטכנולוגיות אלה.

פרק ב: הממזר והדין

א. מיהו ממזר?

הממזר הוא ילד שהוריו יהודים, ושחיי האישות ביניהם הינם בבחינת ערווה מן התורה, היינו חייבי כריתות או מיתה, ושמסיבה זו נישואין ביניהם אינם תופסים.⁸³ מעמדו של הממזר זהה למעמדו של הכשיר, למעט הגבלות על נישואיו.⁸⁴ לפיכך, פסלות הממזרות קשה היא ביותר כפי שפסק הרמב"ם להלכה:

"איזה הוא ממזר האמור בתורה? זה הבא מערווה מן העריות⁸⁵ — חוץ מן הנדה, שהבן ממנה פגום ואינו ממזר. אבל הבא על שאר העריות — בין באונס בין ברצון, בין בזדון בין בשגגה — הולד ממזר. ואחד זכרים ואחד נקבות, אסורין לעולם. שנאמר 'גם דור עשירי, לא יבוא'.⁸⁶"

וכן נפסק להלכה בשולחן ערוך כי הממזר אסור לבוא בקהל עד עולם.⁸⁷ במה דברים אמורים? בממזר שהוריו מיחסי אישות בין אשת איש למי שאינו בעלה, אך ילד הנולד לאשת איש מזרעו של תורם שאינו בעלה — הולד אינו ממזר.⁸⁸

ההגבלות ההלכתיות המוטלות על הממזר הן בתחום הנישואין והייחוס המשפחתי. לממזר אסור לשאת ישראלית כשרה ואין הממזרת יכולה להינשא לישראלי כשר. נישואיו מותרים לשפחה כנענית,⁸⁹ לגיורת או לממזרת, ובלבד שפסלותם וודאית.⁹⁰ ילדו של הממזר לעולם יהיה ממזר — בין שהנישואים מותרים ובין שהם נישואי עבירה

83 שרשבסקי, לעיל הערה 49, בע' 353 והמקורות שם, בהערה 14.

84 יודגש כי הכוונה היא לממזר ודאי. בדינו של ספק ממזר ראו לעיל הערה 2.

85 ככל שהדבר צריך לעניינו, שנים מן העריות המקיימים יחסים מולידים ילד ממזר: אשה נשואה עם מי שאינו בעלה וקרובים מדרגה ראשונה. רשימת העריות מנויה בתורה (ויקרא י"ח, ו–כ"ג).

86 רמב"ם, איסורי ביאה ט"ו, א.

87 יבמות ע"ח, ב; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ד, סעיף א. ראו עוד חלקת מחוקק, שם, ס"ק א. על מהות האיסור ראו שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן י"א.

88 שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן י.

89 ראו רמב"ם, איסורי ביאה ט"ו, א; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ד, סעיף כ. למותר לציין כי אין כיום אפשרות להשיא את הממזר לשפחה כנענית לכן אין דרך זו רלבנטית, אף שלאחר מלחמת העולם השנייה נידונה הצעה ברוח זו לטיהור ממזרים. על הדיון בין שנים מגדולי הפוסקים בדור שלאחר המלחמה ראו שו"ת חלקת יעקב, אבן העזר, סימנים כ"ג–כ"ה; שו"ת מנחת יצחק, חלק ה, סימנים מ"ז–נ"ב ובהרחבה בהערה 11 לעיל.

90 ראו לעיל הערה 2.

— מכח הכלל שהולד הולך אחר הפגום שבשניהם.⁹¹ דא עקא, הממזר מצוי במעין מעגל שוטף. שכן, מחד גיסא, חייב הוא בפריה ורביה,⁹² ולכן אין זה מתקבל על הדעת לאסור עליו לשאת אשה. מאידך גיסא, ילדיו (פסולים) כמותו ואין להרבות ממזרים.⁹³ המדיניות ההלכתית המקובלת בתחום זה היא שלא למהר ולהכריז על פסול הממזרות. נהפוך הוא, ההלכה מציעה דרכים להגן על הילד. כך לדוגמא אין נפסלים ילדיה של אשת איש שיצא עליה קול שהיתה מזנה תחת בעלה, והכל מרננים אחריה, שמא הם ממזרים, כיון שרוב בעילות תולים בבעל.⁹⁴ כיוצא בזה אין אשה נאמנת לפסול את בנה.⁹⁵ חכמי ההלכה אף עושים שימוש בכוחם להפקיע נישואין לבעל הראשון.⁹⁶ כמו כן אין לחשוף את זהותו של ממזר שנטמא במשפחה כשרה שכיון שנטמע — נטמע.⁹⁷

ב. כשרות הנולד על דרך ההזרעה המלאכותית וההפריה החוץ גופית

לשאלה אם הנולד על דרך ההזרעה המלאכותית או ההפריה החוץ גופית כשר לבוא בקהל השלכות על דיונו. עיקר הבעיה טמונה בכשרותו של הנולד לאשה נשואה מזרעו של תורם זר, בין שזהותו ידועה ובין שזהותו אינה ידועה. האם כשר הוא לבוא בקהל או שמא דבק בו פסול הממזרות בהיוולדו לאשת איש שלא מבעלה? כל חכמי ההלכה אוסרים על אשת איש ללדת על דרך ההזרעה המלאכותית מזרעו של תורם זר יהודי אפילו בהסכמת בעלה, על אחת כמה וכמה ללא הסכמתו.⁹⁸ אף על פי כן, יש לברר מהו מעמדו ההלכתי של הילד שנולד בדרך זו לבני זוג שלא שָׁעו לאיסור ההלכתי. האם הוא פסול מלבוא בקהל?

גדר הספק טמון בשאלה אם הממזרות היא תוצאה של יחסי אישות ("קורבת בשר") או תוצאה של "מפגש" (עריב) בין תאי הרבייה של מי שאסורים לבוא זה בזה. שאם תאמר כי תוויית הממזרות מודבקת על מצחו של מי שהורתו במגע מיני בין מולידי, כי אז הילד הנולד בדרך של הזרעה מלאכותית או הפריה חוץ גופית איננו ממזר כיוון שלא היתה ביאת איסור, מה שאין כן אם הממזרות היא תוצאה של ערוך תאי הרבייה של מולידי האסורים זה לזה.

שלוש גישות מסתמנות בהלכה. הגישה האחת התולה את פסול הממזרות בביאת

91 קידושין ס"ז, ב; רמב"ם, איסורי ביאה ט"ו, ז.

92 מנחת חינוך, מצוה א.

93 ראו בהקשר זה ר' אליהו מאיר בלאך "בענין הזרעה מלאכותית" הפרדס ט (סיון, תשי"ג) 1.

94 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ד, סעיף ט"ו.

95 שם, סעיף כ"ט.

96 ראו לעיל הערה 10 והמקורות שם.

97 ראו לעיל הערה 11 והמקורות שם.

98 ראו בהרחבה גרין, לעיל הערה 17, בע' 164–165 והמקורות שם.

איסור כעולה על דרך ההיקש מתשובת רבינו פרץ.⁹⁹ לאמור, אם הילד שהוֹרָה בעת נידותה של אמו איננו מוגדר כבן הנידה כיון שלא היתה ביאת איסור, אף כשרותו של הנולד על דרך ההזרעה המלאכותית איננה נפגמת כיון שלא היתה ביאת איסור. הגישה השנייה השוללת את ההיקש מתשובת רבינו פרץ, איננה תולה את הממזרות בביאת איסור אלא בערוב תאי רביה של האסורים לבוא זה בזה. גישה זו מנומקת בכך שאין בסיס להיקש כיון שהמסכת העובדתית וההלכתית שונה. "בן הנידה" איננו סטטוס משפטי והוא איננו פסול מלבוא בקהל אף שהוֹרָה שלא בטוהרה, מה שאין כן הנולד לאשת איש מזרע שאינו של בעלה. הממזר מוגדר כ"זה הבא מערוה מן העריות".¹⁰⁰ הדגש הוא על יצירת ההריון ("זה הבא" בכל דרך), לרבות על ידי עירוב תאי רביה של אלה האסורים לבוא זה בזה (אשת האיש ותורם הזרע). לכן, הילד הנולד לאשת איש מזרעו של תורם זר הוא ממזר גם אם להוֹרָתו לא קדמו יחסי אישות בין מולידיו.

גישה שלישית היא המחמירה מאד עם היילוד בהגדירה אותו כספק ממזר אשר כאמור, מעמדו גרוע יותר מזה של הממזר וודאי.¹⁰¹ הילד הנולד לאשת איש מזרע של תורם איננו ממזר כיון שלא היתה ביאת איסור, אך הוא איננו כשר כיון שנוצר מערוב של תאי רביה של האסורים לבוא זה בזה. אשר על כן דינו כספק ממזר החמור יותר ממזר.¹⁰²

ג. על הכלל "הולד הולך אחר הפגום"

דיני היוחסין בהלכה שנויים במשנה:

"כל מקום שיש קידושין ואין עבירה הולד הולך אחר הזכר, ואיזו? זו כוהנת לווייה וישראלית שנשא לווי וישראל, וכל מקום שיש קידושין ויש עבירה

⁹⁹ ב"ח, טור, יורה דעה, סימן קצ"ה.

¹⁰⁰ יבמות מ"ט, א; רמב"ם, איסורי ביאה ט"ו, א; טור, אבן העזר, סימן ד; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ד, סעיף י"ג.

¹⁰¹ ראו לעיל הערה 2.

¹⁰² כאן המקום להעיר כי פסול הממזרות איננו פוגם בזכותו של הממזר לרשת את מולידו. נראית בענין זה דעתם של ריבלין (יוסי ריבלין הירושה והצוואה במשפט העברי (תשנ"ט) 109) ואינדיג (לעיל הערה 30), שאם הולד מתייחס אחר בעל הזרע, הרי שגם הממזר מתייחס אחר מולידו לענין הירושה והוא יירש את בעל הזרע. עם זאת, אין לדחות על הסף את הסברא של הרב כשר לפיה רואה ההלכה תורם שהפקיד זרעו בבנק הזרע כמי שהפקיד אותו למעשה ולא התכוון לקבל אחריות על היילוד, ולכן הילד איננו צריך לרשת את בעל הזרע (הרב מנחם מנדל כשר, "יחוס היילוד", נועם א (תשי"ח), קכ"ח). דעה דומה הביע שיפמן, לעיל הערה 37, כרך א בע' 118, הסובר, בצדק, כי תורם הזרע איננו מתכוון לקיים קשר כלשהו עם היילד, ותורמתו היא על דעת זה שלא יתקיים קשר הורי בינו לבין הילד שיוולד מזרעו. חכמי ההלכה אינם מתייחסים לאפשרות זו. על כן, נראה כי דעתו של הרב כשר הינה דעת מיעוט.

הולד הולך אחר הפגום ואיזו? זו אלמנה לכהן גדול גרושה וחלוצה לכהן הדיוט ממזרת ונתינה לישראל בת ישראל לממזר ולנתינ, וכל מי שאין לה עליו קידושין, אבל יש לה על אחרים קידושין – הולד ממזר. ויזה? זה הבא מן העריות. וכל מי שאין לה לא עליו ולא על אחרים קידושין – הולד כמותה. ויזה? זה ולד שפחה ונכרית.¹⁰³

ככל שהדבר צריך לענייננו הכללים הם אלה: כאשר הנישואין הם נישואים כשרים – הולד מתייחס אחר אביו.¹⁰⁴ כאשר הנישואין תקפים אך אסורים כיון שיש בהם עבירה, כגון ממזר וישראלית כשרה או ממזרת וישראל, הולד מתייחס אחר הפגום שביניהם. כאשר הנישואים הם נישואי תערובת שאינם תקפים הולד הולך אחר האם.¹⁰⁵ יש מקרים בהם חל הכלל גם כשהנישואין מותרים כגון ממזר הנושא גיורת וכן ממזרת הנישאת לגר, הילד שיוולד הוא ממזר כיון שהולד הולך אחר הפגום. והטעם לכך שקהל גרים אינו קרוי קהל ה'.¹⁰⁶

הרציונל העומד ביסוד הכלל "הלך אחר הפגום" הוא הגנה על שלימות וטהרת התא המשפחתי. שכן, מבחינה ביולוגית הכלל חסר משמעות. תאי רבייה של כשרים או של פסולים מתפתחים לעובר ולילד באותו אופן. לפיכך, ענייננו בסנקציה עונשית מרתיעה התואמת את הקונספט הרואה בפסלות הילד על לא עוול בכפו אמצעי שתכליתו להגן על הערך הגלום בתא המשפחתי. והראיה, שהפסלות שדבקה בילד פרי התנהגות פסולה של מולידיו איננה נמחקת לעולם, שהרי גם כאשר הנישואין מותרים הילד ממזר.

פרק ג: הזרעה המלאכותית והפריה חוץ גופית כפתרון לבעיית הממזרות

א. מבוא

חמש מסקנות מתבארות מהדיון עד כה: המסקנה הראשונה היא כי אין מניעה הלכתית לעשות שימוש בטכנולוגיית ההזרעה המלאכותית או ההפריה החוץ גופית מבעל לאשתו לצורך הולדה. עם זאת, אף שחכמים שוללים הפריה מזרעו של תורם זר, אין בהתנגדותם כדי לפגוע בכשרות היילוד למרות שהורתו בניגוד להלכה. המסקנה השנייה היא כי למרות שהייחוס אחר האב נקבע בדרך כלל על בסיס קשר הדם (בדיקת רקמות), רבים מחכמי ההלכה סוברים כי הילד הנולד מהריון שנוצר שלא דרך אישות

¹⁰³ קידושין ס"ו, ב.

¹⁰⁴ וכך נפסק להלכה, רמב"ם, איסורי ביאה י"ט, ט"ו.

¹⁰⁵ שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ד, סעיף י"ח.

¹⁰⁶ רמב"ם, איסורי ביאה ט"ו, ז.

איננו מתייחס אחר מולידו. המסקנה השלישית המתבארת היא כי היחוס אחר האם נגזר ממבחן הלידה. לאמור, ילד מתייחס אחר זו שנשאה אותו ברחמה וילדה אותו ולא אחר תורמת הביצית. המסקנה הרביעית, הנסמכת על דעת רוב חכמי ההלכה, היא, כי יכול ילד להתייחס לפסול דין מבלי שנפגמת כשרותו, כיון שייחוס לחוד ופסולות לחוד. כלומר, פסול הממזרות דבק בילד שהורתו מיחסי אישות בין האסורים זה לזה. לכן, ילד הנולד מהריון שאיננו תוצר של ביאת איסור כשר לבוא בקהל. לשון אחרת, לכלל הקובע כי הולד הולך אחר הפגום אין תחולה כאשר הורתו של הילד איננה דרך אישות. המסקנה החמישית היא כי משעה שהופרש הזרע מגוף האדם, וכן הביצית מגוף האשה, נותק הקשר ההלכתי בין תאי הרבייה ובעליהם ונוצרת ישות חדשה. רוצה לומר, כי אישיותו ההלכתית של האדם מתגבשת ברגע ההפריה, בין שזו מתרחשת בגוף האשה ובין מחוץ לגוף האשה.

על מסקנות אלה מתבססת הטענה כי על ידי שימוש בטכנולוגיית ההזרעה המלאכותית או ההפריה החוץ גופית יכולים בני זוג – שאחד מהם או שניהם – ממזרים, להעמיד צאצאים בלי שתדבק בילדיהם תווית הממזרות. שימוש בטכנולוגיות אלה יכול שיעשה הן על ידי זוגות הנשואים כדת משה וישראל והן על ידי זוגות המקיימים תא משפחתי שאיננו מוכר על פי ההלכה.¹⁰⁷ כאשר התא המשפחתי מוקם על פי ההלכה ייתכנו שלושה מצבים: ממזר הנושא ממזרת, ממזר הנושא גיורת וממזרת הנישאת לגר. כאשר הממזר או הממזרת מקיימים תא משפחתי שלא על פי ההלכה יתכנו שני מצבים:¹⁰⁸ ממזר החי עם יהודיה כשרה ללא נישואין וממזרת החיה עם יהודי כשר ללא נישואים.¹⁰⁹ ההולדה יכול שתהיה מתאי הרבייה של ההורים או אחד מהם, או מתאי רבייה של תורמים. בכל מקרה פסול הממזרות איננו דבק ביילוד.

¹⁰⁷ למותר לציין כי משיקולי מדיניות אף לא שיטת משפט תציע הקלות והסדרים לאלה העוברים על חוקיה. עם זאת, במציאות בה חיים יחד כיחידה משפחתית פסולי חיתון, קיימות שתי אפשרויות: או להתעלם מהמציאות ולפסול את הילד, או להעדיף את טובת הילד ולהעלים עין מהתנהגות הוריו. לדעתי, עדיפה הדרך השנייה תוך הדגשה כי זו בבחינת הלכה ואין מורין כן. דהיינו, כאשר שיקולים של מדיניות הלכתית (שלא יזלזלו בהלכה) מכתיבים שלא להתיר התנהגות מסוימת, אף שיש בסיס להקל. על משמעות העקרון ראו ר' יואל עמיטל הלכה ואין מורין כן www.ctzion.org.il/dk/5768/1148mamar2.html (נבדק ב־14.2.10).

¹⁰⁸ אמנם, כבר נתבאר כי הממזר נושא בחטא הוריו, אך אין זאת אלא כאשר הורתו היתה בדרך אישות. עם זאת, כאשר אדם מחליט במודע לעבור על ההלכה ולהקים תא משפחתי הנוגד את ההלכה, חזקה עליו שכשיבקש להעמיד צאצאים יעשה הכל לצמצם את הפגיעה בילדיו. אמנם, ככלל, אין ההלכה מעוררת הקמת משפחה חד – הורית מרצון, גם לא על דרך ההפריה החוץ גופית. מוסד המשפחה הוא ערך מרכזי בסולם הערכים של הדין העברי השולל הולדה מחוץ לנישואין. "על כן יעזוב איש את אביו ואת אמו ודבק באשתו, וזהו דוקא דרך נישואיו ולא דרך זנות" (ב"ח, אבן העזר, א) ואף שאין לסייע בידי עוברי עבירה, אין ההלכה יכולה להתעלם מטובת הילד הצפוי להיוולד. לכן, אינני רואה מנוס מדין בכשרות הילד הנולד לבני זוג ממזרים שהקימו תא משפחתי שלא על פי ההלכה.

¹⁰⁹ מצב נוסף אפשרי כשממזר יעמיד צאצא מאשה שאינה יהודיה ובנם הלא יהודי יתגייר ויחשב כיהודי כשר.

ב. קטיעת רצף הממזרות על ידי השימוש בהזרעה מלאכותית ובהפריה החוץ גופית

ב.1 הולדה על דרך ההזרעה המלאכותית

ר' משה פיינשטיין נשאל מה דין הוולד שנולד לאשה כשרה מזרע ממזר שנתעברה באמבטי. בתשובתו קבע כי הילד איננו נפסל והוא כשר לבוא בקהל. וזו לשונו:

"לא שייך האיסור על זריקת זרע לגוף האשה שלא בביאה לא בעריות דקורבה ולא בעררה דאשת איש, וממילא ליכא (אין) ממזרות שהוא רק מצד מעשה הביאה שרק בזה נאמר בקרא באיסור אשת אב'. ודין זה, שהלך אחר פסולו, נראה שהוא דוקא על ידי ביאה, כדין ממזר מאיסור ערוה, ולא כשהוא מזרע ממזר על ידי אמבטי, דהא הקרא ודאי איירי [שהרי הפסוק מדבר בוודאי] כדרך העולם, שהוא על ידי ביאה, ואין למילף מזה כשהוא על ידי אמבטי. ונמצא שאף שמתייחס אחר בעל הזרע שהוא ממזר, הוא ולד כשר."¹¹⁰

החידוש בתשובת הר"מ פיינשטיין הוא, בצמצום תחולת הכלל הפוסל את הילד ("הלך אחר הפגום") רק אם ההריון נוצר בדרך הטבע (בביאת איסור). פסול הממזרות טבוע בזרע כשלעצמו רק כשהוא נפלט ישירות לגוף האשה דרך אישות, אך אם מופרש הזרע או נשאב מגוף האדם לכלי לצורך ההזרעה המלאכותית או ההפריה החוץ גופית, אין תחולה לכלל ופסול הממזרות איננו דבק בילד. כיוצא בזה דעת הרב משאש, רבה של ירושלים, כפי שמצטט הרב רלב"ג ממכתבו אליו מיום כ' אדר ב, תשס"ג:

"כיון שאנו עסוקים לסוברים שאין הולד ממזר רק אם נולד מביאת איסור, אם כן אפילו יהיה נותן הזרע ממזר, כיון שאינו על ידי ביאת איסור לא הוי ממזר."¹¹¹

ההנחה המובלעת בפסיקת הר"מ פיינשטיין והר"ש משאש היא כי משהופרש הזרע מגוף ההורה הממזר, נותק – ככל שהדבר נוגע לכשרות הילד – הקשר ההלכתי בין הזרע לבעליו. כלומר, הזרע בכלי שינה את מהותו ההלכתית ו"השתחרר" מפסול הממזרות (מכח הכלל "הלך אחר הפגום"). מש"נרפא" הפגם בזרע, מוחזר למעשה לרחם האשה זרע כשר, ולכן כשרותו של הילד איננה נפגמת, למרות ייחוסו אחר אביו הממזר.

על פי גישה זו, המעוגנת בפסיקת רבינו פרץ, כשרות הילד איננה תלויה בייחוס ולהיפך. הפסלות נגזרת מהמעשה האסור בעוד אשר הייחוס אחר בעל הזרע תלוי בקשר הדם. נמצא, כי ילד יתייחס אחר מולידו בין שהורתו מיחסי אישות ובין שהורתו

¹¹⁰ שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק ב, סימן י"א; שם, חלק א, סימן י.

¹¹¹ ר' מרדכי רלב"ג "ייחוס ולד הנולד על ידי הזרעה מלאכותית" תחומין כד (תשס"ד) 139, 144.

בהזרעה מלאכותית, בין שאביו ממזר ובין שהוא כשר. לא כן בנוגע לכשרותו. הוא מותר לבוא בקהל אם אביו ממזר, רק אם הורתו איננה מביאת איסור.

ב. הולדה על דרך ההפריה החוץ גופית

ככל שהדבר נוגע לאב הממזר, אין נפקא מינה אם ההולדה היא על דרך ההזרעה מלאכותית או ההפריה חוץ גופית. אולם, כאשר הולדה היא על דרך ההפריה החוץ גופית, כשרות הילד תיגזר משתי קביעות: האחת, כי דין הביצית הנשאבת מגוף האשה הממזרת כדין הזרע המופרש מגוף הממזר. הקביעה האחרת, כי כאשר ההולדה היא על דרך הפונדקאות – הולד מתייחס אחר היולדת ולא אחר תורמת הביצית.

אכן, לדעתי עם שאיבת הביצית מגוף האשה הממזרת משנה היא את זהותה ההלכתית – משפטית. לא עוד ביצית הנגועה בפגם הממזרות, אלא ביצית זרה לזו שנשאבה מאשה כשרה. לכן, בהתמוגגות הזרע והביצית, בין שהם של הממזרים ובין שרק אחד מהם של ממזר, על גבי הצלוחית במעבדה נוצר אורגן חדש "משוחרר" מפסול הממזרות.¹¹² דא עקא, כיון שלדעת רוב חכמי ההלכה, הילד מתייחס אחר יולדתו, השאלה היחידה היא לרחמה של איזו אשה תוחזר הביצית המופרית העתידה להתפתח לילד. אם הביצית המופרית תוחזר לרחם אשה פונדקאית כשרה – הילד כשר לבוא בקהל.¹¹³

נמצינו למדים, כי ילד הנולד על דרך ההזרעה המלאכותית או ההפריה החוץ גופית מזרעו של ממזר הנושא גירות,¹¹⁴ או ממזרת הנשואה לגר, וכן לממזר וממזרת נשואים¹¹⁵ – מותר לבוא בקהל. הוא הדין בממזר החי עם אשה יהודיה כשרה ("ישראלית") וממזרת החיה עם יהודי כשר ("ישראל").¹¹⁶ גם בילדיהם לא נדבק פסול הממזרות.¹¹⁷

ר' שלמה זלמן אויערבך חולק על הר"מ פיינשטיין וסובר כי פסול הממזרות "בקליטת הזרע תליא מְלֵתָא לא בביאה".¹¹⁸ כלומר, הממזרות איננה תלויה כלל בשאלה אם הורתו של הילד היתה בביאת איסור או על דרך ההזרעה המלאכותית, אלא

112 יושם לב כי תשובתו של הר"מ פיינשטיין (לעיל הערה 110) ניתנה כשההולדה היא בהזרעה מלאכותית. לאור גישתו הליברלית של הר"מ פיינשטיין בסוגיות אלה, יש לדעתי יסוד לנקוט בפרשנות מרחיבה ולהקיש מפסיקה זו גם למקרה שההולדה היא על דרך ההפריה החוץ גופית. 113 ראו לענין זה ר' משה בלייכר "הפריית מבחנה – השלכות לטיהור זרעם של ממזרים" אסיא מ"ט-נ (תמוז, תש"נ) 68.

114 קידושין ס"ט, א; רמב"ם, איסורי ביאה ט"ו, ז'; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ד, סעיף כ"ב.

115 ראו יבמות ע"ח, ב; קידושין ס"ט, א; רמב"ם, איסורי ביאה ט"ו, ל"ג; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ד, סעיף כ"ד. ובלבד שהם ממזרים בוודאות ולא אחד מהם ספק ממזר (שולחן ערוך, שם).

116 ראו לענין זה מחלוקת הרמב"ם והראב"ד (איסורי ביאה ט"ו, ב). ראו עוד רמב"ם, אישות א, ד.

117 ראו בנספח למאמר זה טבלא המסכמת את האפשרויות בהן יכולה ההולדה על דרך ההזרעה המלאכותית או ההפריה החוץ גופית לקטוע את רצף הממזרות.

118 שו"ת מנחת שלמה תנינא (ב-ג) סימן קכ"ד.

"רק בזה אם הוא בא ממי שקידושין תופסין בה או לא, וכמו כן בהזרעה מלאכותית אע"ג דליכא כלל שום ביאה".¹¹⁹ הקידושין בין ממזר לגיורת, בין ממזר לממזרת ובין ממזרת לגר תופסים, ולפי שהכלל "הלך אחר הפגום" איננו מתפרש על דרך הצמצום כחל רק על ביאת איסור – הילד הנולד בהזרעה מלאכותית או בהפריה חוץ גופית מתאי רבייה של ממזר או ממזרת פסול לבוא בקהל.

כדי לצאת מגדר הספק, מוצעת דרך נוספת לקטוע את רצף הממזרות על ידי שימוש בתאי רבייה של תורמים.¹²⁰ כך לדוגמא, כאשר ממזרת נישאת לגר והולדה תהיה על דרך ההפריה החוץ גופית מביצית של תורמת (כשרה). הביצית המופרית שתיווצר מזרע הגר וביצית התורמת איננה נגועה בפסול הממזרות. לכן אם תוחזר הביצית המופרית לרחם פונדקאית – הילד שייוולד כשר.¹²¹ הוא הדין אם הביצית המופרית תיווצר מתאי הרבייה של ממזר וממזרת ותוחזר לרחם פונדקאית כשרה.¹²²

ג. האם מותר לזוג שאינו לוקה בפוריותו להיזקק להפריה חוץ גופית?

הממזרים חייבים בכל מצוות עשה ולא תעשה, על כן השימוש בטכנולוגית ההפריה החוץ גופית לצורך ההולדה כפתרון לבעיית הממזרות איננו נקי מספקות. מחד גיסא, ההפריה החוץ גופית הינה דרך טיפול ב"מחלת" העקרות. מאידך גיסא, לא כל שיטת טיפול מותרת. ואכן, ההיתר לבני זוג המתקשים בהולדה להיבנות על דרך ההפריה החוץ גופית איננו היתר גורף ובדאי לא ככרירה ראשונה. ההפריה החוץ גופית הותרה במקרים מיוחדים ולאחר שמוצו האפשרויות הטיפוליות המקובלות ולאחר עשר שנות נישואין. אם כך, האם להתיר את ההולדה בדרך זו גם לבני זוג היכולים להעמיד צאצא בדרך הטבע?

גדר הספק טמון בכך שלא קיימת התוויה רפואית לביצוע התהליך שהוא כשלעצמו איננו נטול סיכונים. שאיבת הביציות היא פעולה פולשנית העולה כדי חבלה

119 שם.

120 דרך נוספת הפתוחה בפני האב הממזר היא הולדה מתרומת זרע של אדם כשר או נכרי. אמנם, אין מחלוקת כי הפריית אשת איש לכתחילה בזרעו של תורם זר יהודי הוא מעשה פסול (שו"ת ציץ אליעזר, חלק ג', סימן כ"ז; שו"ת חלקת יעקב, אבן העזר סימן י"ב; שו"ת שרידי אש, חלק א' סימן ע"ט) אך בדיעבד אין בכך כדי לפגום בכשרות הילד אם הדבר נעשה בניגוד לדין. כך למשל סבור הר"מ פיינשטיין כי ילד הנולד לאשת איש מתרומת זרע איננו ממזר כיון שהממזרות נגזרת מביאה אסורה (ראו שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א' סימן ע"א). אם ירצה לצאת לחלוטין מידי ספק לגבי כשרות הילד ישתמש בזרע של נכרי (שו"ת אגרות משה, שם; אויערבך, לעיל הערה 29).

121 יוער, כי אליבא דהסוברים שהייחוס אחר האם נקבע על פי מבחן גנטי – אזי לא תיפגם כשרותו של הנולד מביצית מופרית שנוצרה מזרע הגר ומביצית התורמת, גם אם תוחזר לרחם הממזרת.

122 ראו עוד שו"ת חלקת יעקב, אבן העזר, סימן י"ב; שם, סימן ט"ו; שו"ת יביע אומר, חלק ב, סימן א.

האסורה.¹²³ אמנם, חבלה לצורך רפואה הותרה,¹²⁴ אך כאמור, אין ההפרה נדרשת לצורך רפואה. האם ניתן בנסיבות הענין להגדיר את תהליך ההפרה החוץ גופית כשימוש לצורך רפואה על ידי מניעת לידתו של ילד בפגם שאיננו גופני? ההלכה איננה מעודדת הולדה מתוכננת של ילדים בפגם ובודאי לא הולדת ממזרים. לכן, בהנחה כי הממזרות (של ההורים או של אחד מהם) שוות ערך בשינויים המחויבים לפגם רפואי¹²⁵ (בדומה להורה הנושא גן פגום), אינני רואה הצדקה למנוע מהם לממש את הכמיהה הטבעית להורות ולמנוע מהם ילד ביולוגי. משל למה הדבר דומה? להורה הנושא גן פגום ובמקום לאפשר לו בדיקת טרום השרשה שהיא ה"ריפוי" למחלתו, מונעים ממנו את ההולדה או לחילופין משאירים אותו להחליט אם ללדת ילד בפגם. היעלה על הדעת כי ההלכה תאפשר הולדת ילד בפגם כאשר קיימת הטכנולוגיה היכולה למנוע זאת? ודאי שלא. ואכן, על דרך ההיקש ניתן לומר כי דין יהיה דין אמת לאמיתו רק כאשר הדין הדן את הדין יהיה חכם בענייני תורה ופיקח בענייני עולם.¹²⁶

סיכום

"עתידים ממזרים להיטהר לעתיד לבוא".¹²⁷ במה דברים אמורים? בממזרים המצויים כבר בעולם והעתידים להיוולד בדרך הטבע. אך מדוע להמתין עד שיבוא אליהו ויטהרם אם ניתן למנוע את לידתם בפסול הממזרות על ידי שימוש בטכנולוגיות רפואיות מתחדשות?

הפתרון המוצע במאמר זה למנועי החיתון בשל פגם הממזרות הוא – בכל מקרה בהתאם לנסיבותיו – ללדת בעזרת טכנולוגיית ההזרעה המלאכותית או על דרך ההפרה החוץ גופית. הולדה בדרך זו בה ההריון נוצר שלא דרך אישות, קוטעת את רצף הפסלות על ידי שלילת ייחוס הפסול של הילד למולידו הממזר. אמנם, ילד זה הוא למעשה חסר הורה משפטי – הלכתי, אך איננו שתוקי או אסופי כיון שזהות הוריו ידועה. במקצת המקרים הוא גם ילדו הביולוגי של הממזר או הממזרת. הסכמת בני הזוג על ההולדה בדרך זו מחייבת אותם כלפי הילד בכל החובות שחב הורה כלפי ילדו.

123 בבא קמא צ"א, ב. רי"ף, בבא קמא, צ, א, ד"ה: "שהחובל בעצמו"; רא"ש, בבא קמא, פרק שמיני, כלל י"ג; רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, ה, ח. וראה סיכום הדעות אנציקלופדיה תלמודית, כרך י"ב, ערך "חובל".

124 סנהדרין פ"ד, ב'. ראו בהרחבה גרין, לעיל הערה 25, בע' 378–383.

125 על פי הכלל שהולד הולך אחר הפגום ההסתברות להולדת הילד בפגם ודאית, בעוד אשר הורה הנושא גן פגום ההסתברות שיוולד ילד בפגם איננה ודאית ובכל זאת מותרת עריכת בדיקות טרום השרשה. ראו לענין זה גרין, לעיל הערה 17, בע' 423–480.

126 פירוש הגר"א, משלי, ו, ד.

127 קידושין ע"ב, ב.

לסיום, יודגש, כי אין בפתרון זה עקירת דבר מן התורה. נהפוך הוא, יש בו הצעה מדרכי השלום.¹²⁸ במאמר זה מובהר כי ניתן – במסגרת ההלכה – להקל על הממזרים מבלי לפגוע בכלל היסודי בדיני הממזרות הקובע כי הולד הולך אחר הפגום. אין בהולדה על דרך ההזרעה המלאכותית או ההפריה החוץ גופית פתרון לכל הממזרים, אך יש בה כדי למנוע במקרים רבים לידת ממזרים גם על ידי הורים שדבק בהם פסול הממזרות. אשר על כן, מי שבכוחו להקל על מצוקת הממזר איננו יכול ואיננו רשאי להעלים עינו ממצוקתם. עליו לעשות כל טצדקי לאפשר לממזרים לממש את הורותם מבלי לפסול את צאצאיהם ובמסגרת ההלכה, אם כפי שנטען במאמר זה הדבר אפשרי.

128 אגדות המהרש"א סוף מסכת יבמות, ד"ה: "בסיומא דמסכת יבמות".

נספח : מגוון האפשרויות לקטיעת רצף הממזרות על ידי השימוש בטכנולוגיית ההזרעה המלאכותית וההפריה החוץ גופית

האב (בעל הזרע)	האם (בעלת הביצית)	האם (נושאת ההריון)	דרך ההולדה	הילד	הערות
ממזר	כשרה		בדרך הטבע	ממזר	מכת הכלל "הלך אחר הפגום"
כשר	ממזרת		בדרך הטבע	ממזר	מכת הכלל "הלך אחר הפגום"
ממזר	כשרה		בהזרעה מלאכותית	כשר	
ממזר	כשרה		בהזרעה מלאכותית מזרע תורם	כשר	ההולדה בהסכמה, המעשה פסול (אם הזרע מתורם יהודי), אך אין בו כדי לפגום בכשרות הילד, אם הזרע של נכרי – הילד כשר
כשר	ממזרת	אם נושאת כשרה	הפריה חוץ גופית	כשר	מכת הקביעה כי הילד מתייחס אחר היולדת
כשר	ממזרת/כשרה	אם נושאת ממזרת	הפריה חוץ גופית	ממזר	מאותו טעם
ממזר	גיורת	גיורת	הפריה חוץ גופית	כשר	
גר	ממזרת	אם נושאת כשרה	הפריה חוץ גופית	כשר	
ממזר	ממזרת	אם נושאת כשרה	הפריה חוץ גופית	כשר	גם אם ההולדה היא מביצית של תורמת כשרב או נכרית – הילד כשר