

הזרעה מלאכותית והפריה חוץ-גופית במשפט העברי: היבטים השוואתיים, הלכתיים-מתודולוגיים ומוסריים *

דניאל סינקלר **

- א. הקדמה
- ב. הזרעה מלאכותית באמצעות הזרע של הבעל (להלן: "AIH"): עמדות יהודיות וקתוליות
 1. עמדת ההלכה
 2. העמדה הקתולית
 3. סממנים נטורליסטיים בעמדה ההלכתית
- ג. הזרעה מלאכותית באמצעות זרע של תורם ("AID") וסוגיות הניאוף והממזרות
 1. רקע כללי
 2. מקורות ההלכה
 3. התגבשות ההלכה במאה העשרים – גישתו המקלה של הרב פיינשטיין
 4. גישתו המחמירה של הרב טייטלבוים
 5. סייגים לגישה המקלה
- ד. בעיות הלכתיות נוספות שמתעוררות בעקבות שימוש בזרע של יהודי בהליך של AID
- ה. טיעונים מוסריים נגד השימוש ב-AID
- ו. הפריה חוץ גופית ("IVF")
 1. עמדות הפוסקים המודרניים
 2. בעיות הלכתיות המתעוררות בנוגע ל-IVF בעזרת תורמת ביציות או אם פונדקאית: קביעת האימהות והזהות היהודית

* מאמר זה מבוסס על מאמרו של המחבר: D. Sinclair "Assisted Reproduction in Jewish Law" *Fordham Urban L. J.* (2002) 71-106. דיון מקיף בכל התחום של רבייה מלאכותית במשפט העברי נמצא בספרו של המחבר: D. Sinclair *Jewish Biomedical Law: Legal and Extra-Legal Dimensions* (Oxford, 2003) 68-120.

** פרופסור למשפטים, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. ברצוני להודות לעו"ד שרה שויצקי, כוגרת התואר ראשון, הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, על עזרתה הרבה בהכנת המאמר לדפוס.

2.1 קביעת אימהות

2.2 זהות יהודית

ז. סיכום

א. הקדמה

במהלך השנים, עם התקדמות המדע והרפואה, התפתחו טכנולוגיות שונות להתמודדות עם בעיות פוריות של בני זוג. הטכנולוגיה הראשונה בתחום הרבייה המלאכותית, שפותחה לשימוש של הציבור הרחב, היא טכנולוגיית ההזרעה המלאכותית¹. באמצעות טכנולוגיה זו, למעשה, מחזירים זרע ישירות לגרתיק או לרחם האישה המטופלת, ללא קיום יחסי מין². טכנולוגיה מתקדמת יותר היא טכנולוגיית ההפריה חוץ-גופית, שנועדה לפתור מקרים מסוימים של אי-פוריות נקבית. הפריה חוץ-גופית, היא הליך שבו מזרזים ייצור ביציות בגוף האישה באמצעות הורמונים. שואבים מספר ביציות, ומפרים אותן עם זרע במבחנת זכוכית. לאחר ההפריה, בדרך כלל מחזירים שלוש עד ארבע ביציות מופרות, בתקווה שלפחות ביצית אחת תיקלט בהצלחה ותביא להיריון וללידה. בשנת 1978 נולדה התינוקת הראשונה בעולם באמצעות תהליך זה³. מאמר זה ידון בחלקו הראשון בהזרעה מלאכותית, ובחלקו השני בהפריה חוץ-גופית. הדיון יתמקד ביחס שבין המשפט למוסר בתחום רגיש זה, ובמסגרת זו אציג את ההבדל העקרוני בין גישת המשפט העברי ובין גישתה של הכנסייה הקתולית לרבייה מלאכותית; אבחן את סוגיית הנטורליזם (Naturalism), דהיינו האמונה שאסור לסטות מההסדרים הטבעיים של מעשה בראשית; אדון בהרחבה בהתמודדות המתודולוגית של ההלכה עם טכנולוגיית הפריה, ואף אצביע על האופן שבו משפיעה העמדה ההלכתית בנוגע להזרעה מלאכותית והפריה חוץ-גופית, על המשפט הישראלי, בעניינים כמו עקרון האנונימיות של תורם הזרע ובחירת אם פונדקאית על פי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו–1996.

1. התהליך אצל בני האדם התחיל במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה. ראו א' שטיינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית (מהדורה שנייה, תשמ"ח, כרך א) 148.
2. יש לציין שהיום זוג המתקשה להשיג היריון על ידי הזרעה מלאכותית בצורה זו, יתקדם לתהליך של הפריה חוץ-גופית שבו מחזירים הזרע היישר לביצית הנמצאת במבחנה, ראו א' לזין וע' ספרן "הפריה חוץ-גופית" אסיא נה (1994) 5.
3. א' שטיינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית (תשנ"א, כרך ב) 115–117.

ב. הזרעה מלאכותית באמצעות הזרע של הבעל (להלן: "AIH"⁴): עמדות יהודיות וקתוליות

מתוך כלל המקרים שבהם נעזרים בהזרעה מלאכותית, השימוש בטכנולוגיה של AIH נמוך יחסית, ומומלץ במקרים שבהם הבעל סובל מפגם אנטומי באיבר מינו או מאין אונות (אימפוטנציה) פסיכולוגי חמור. כמו כן, נעשה שימוש בטכנולוגיה זו, אם כי לעתים רחוקות, במקרים שבהם לבעל יש ספירת זרע נמוכה. במקרים מסוימים ממליצים על השימוש בטכנולוגיית ה-AIH אם הבעל עתיד לעבור טיפול רפואי שגורם או שעלול לגרום לעקרות.

1. עמדת ההלכה

מרבית פוסקי ההלכה מתירים את השימוש ב-AIH⁵. עמדת מיעוט הפוסקים, המתנגדים לשימוש בטכנולוגיה זו, היא כי השימוש בטכנולוגיה זו מפר את האיסור ההלכתי של השחתת זרע. לאור עמדת המיעוט, כל מגע מיני שבו הבעל אינו פולט זרע ישירות לתוך מערכת הרבייה של אשתו, נחשב להשחתת זרע, ויש להימנע ממנו מכול וכול⁶. בהתאם להגדרה זו, איסוף זרע לשם הזרעה מלאכותית מנוגד לאיסור של השחתת זרע. טיעון נוסף שמעלים פוסקי ההלכה המעטים המתנגדים לשימוש ב-AIH הוא החשש מכך שזרעו של הבעל יוחלף בזרעו של אחר, בין שבשגגה ובין שבמזיד. החלפה כזו תוביל לפגיעה מהותית במעמדו המשפטי של הילד. נימוקי המיעוט אינם מקובלים על הרוב בנוגע לאיסור של השחתת זרע. טענת הפוסקים המתירים את השימוש ב-AIH היא, שכאשר מטרת ההליך היא

4 Artificial Insemination Using The Husband's Sperm

5 שאלת יעב"ץ מג; שו"ת מהרש"ם, ג, רסח; שו"ת זקן אהרן, ב, צז; שו"ת פרי השדה, ג, נג; שו"ת שרידי א, ג, ה; שו"ת מנחת יצחק, א, נ; שו"ת יביע אומר, ב, אבן העזר א; שו"ת אגרות משה, אבן העזר א, עא; ב, יא, יח; ד, לב.

6 שו"ת דברי מלכיא, ד, קז-קח; שו"ת ישכיל עבדי, ה, אבן העזר י; שו"ת ציץ אליעזר, ט, נא. פוסקי הלכה אלו אוסרים את השימוש ב-AIH, אפילו אם כוונת הבעל היא להשתמש בזרע על מנת להקים משפחה. ישנה הנחה מיסטית חזקה בבסיס האסכולה האוסרת, אשר באה לידי ביטוי במיוחד בעמדתו של ה"ר עובדיה הדיה (ראו שו"ת ישכיל עבדי ה). הנמקות דומות עומדות בבסיס התנגדותו לשימוש ב-AIH במטרה להתגבר על בעיית חוסר פוריות הנובעת מביזין מוקדם. לפי המשפט העברי אסור לקיים יחסי מין במהלך תקופת הווסת, כך שבמקרה שאישה מבייצת מוקדם מן הרגיל, במהלך פרק הזמן שבו ההלכה אוסרת על קיום יחסי מין, היא לא תוכל להרות (ראו א' שטיינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית (חשנ"ד), כרך ד (300). על מנת להתגבר על קושי זה, מספר פוסקי הלכה מציעים לעשות שימוש ב-AIH בפרק הזמן שבו האיסור של קיום יחסי מין הוא מדרבנן בלבד, אולם ה"ר הדיה, שבנוסף להיותו פוסק חשוב היה גם קבליסט בעל שם, עומד בדעתו ש"הוולד שיווצר מזה, הרי הוא מלוכב בחיצוניותו ובפנימיותו, בטומאה רצוצה, שקשה לחלצו ממנה". על כן, הוא מתנגד לשימוש ב-AIH על מנת לפתור את בעיית הפוריות שמתעוררת בעקבות כיון מוקדם. לגבי היחס בין ההלכה לקבלה בתחום זה ראו: D. Lasker "Kabbalah, Halakhah, and Modern Medicine" 8 Modern Judaism (1988) 1-14

להביא ילד לעולם, אין זה רלוונטי מבחינה הלכתית אם במסגרת התהליך להשגת מטרה זו, ישנה הפסקה בין פליטת הזרע הזכרי לבין חדירתו לאיבר הרבייה הנקבי. אמנם חלק מהזרע הזכרי תמיד הולך לאיבוד, אך כך הוא המצב גם בקיום יחסי מין "טבעיים". בנוגע לחשש מפני החלפת הזרע, כלל ידוע הוא שהחשש הערטילאי מפני התממשות תרחיש שכזה, אינו מספיק כדי לאסור הליך המותר עקרונית מבחינה הלכתית, בייחוד כשההליך נועד לצורך הגשמת מטרה מכובדת ונעלה כהקמת משפחה⁷. בכל מקרה, ניתן לנקוט אמצעים שונים על מנת להבטיח שהסיכוי להחלפות זרע יהיה מינימלי. בהקשר זה, כבר כיום, במספר קליניקות שבהן מטופלים יהודים שומרי מצוות, ישנם מפקחים זמינים שעברו הכשרה, ושנושאים באחריות לוודא ששום זרע זר לא יתערב בהליך מרגע איסוף הזרע ועד להחדרתו לגוף האישה⁸.

בהנחה שטכנולוגיית AIH מותרת על פי ההלכה, ובמיוחד במקרה של זוג שעברו זו הדרך היחידה להביא ילדים לעולם, יש להתיעץ עם סמכות הלכתית על מנת למצוא את הדרך הראויה והמקובלת ביותר לאיסוף הזרע⁹. כמו כן, יש צורך בייעוץ הלכתי, כאשר קיימת אפשרות שהזרעה תתבצע בתקופת הווסת של האישה על מנת לייעל את קליטת הזרע ואת התעברות האישה. הצורך בייעוץ הלכתי במקרה זה עולה משום שבתקופה זו האישה אסורה על בעלה מבחינה הלכתית, ועל כן גם כל מגע ביניהם אסור¹⁰.

אחת השאלות המתעוררות בהקשר של AIH היא אם השימוש בטכנולוגיה זו ממלא אחר הציווי המקראי של "פרו ורבו"¹¹. חלק מפוסקי ההלכה טוענים שמאחר שמגע מיני הוא רכיב חיוני ובלתי נפרד של קיום מצווה זו, הבאת ילד באמצעות AIH לא מקיימת את החיוב¹². מנגד, יש שיטענו כי למעשה, מהות הציווי על פרייה ורבייה היא עצם ההתרבות והבאת צאצאים חיים לעולם, ולעומת זאת התהליך שבאמצעותו מביאים את הצאצאים לעולם אינו מעכב. על פי דעה זו, הציווי התורני על פרייה ורבייה בהחלט מתקיים כאשר הבעל מזריע את אשתו בדרך מלאכותית¹³. בין שתי העמדות הללו, קיימת עמדת ביניים, שאומצה על ידי הר' שלמה זלמן אויערבאך. לפי עמדתו, אף שהתרבות באמצעות AIH אינה עולה כדי קיום מלא של מצוות "פרו ורבו" מדאורייתא, הרי שהיא מספיקה בהחלט כדי

7 ראו במקורות שצוטטו לעיל בהערה 5.

8 ראו: A. Dickter "Kosher Conception" *Jewish Week* 7.11.1997.

9 שו"ת אגרות משה אבן העזר, א, ע.

10 שו"ת אגרות משה אבן העזר, ב, יח; שו"ת יביע אומר ב, אבן העזר א; שו"ת מנחת יצחק, א, נ; ראו הערה 6 לעיל.

11 משנה: יבמות ו, י; ראו גם: D. Feldman *Marital Relations, Birth Control and Abortion in Jewish Law* (New York, 1974) 46-59.

12 טורי זוב, אבן העזר א, ח; שו"ת משפטי עוזיאל, אבן העזר יט; שו"ת ישכיל עבדי ה, אבן העזר י.

13 שו"ת מנחת יצחק, א, נ; שו"ת יביע אומר, ב, אבן העזר א; שו"ת ציצ' אליעזר, ג, כז.

לקיים את המצווה מדרבנן של "לשבת יצרה" (קרי ההוראה הכללית ליישב את העולם)¹⁴. באמצעות דירוג קיום המצווה ברמה הנמוכה יותר של מצווה מדרבנן, מצליח הר' אויערבאך להבטיח שעדיין תהיה משמעות הלכתית דתית להתרבות באמצעות AIH, אף שהיא אינה עולה כדי מלוא העצמה הנורמטיבית של המצווה מדאורייתא.

על כן, לפי מרבית פוסקי ההלכה, לא רק שהשימוש בטכנולוגיית AIH מותר, אלא שהוא אף מהווה קיום של מצווה. יש מקום לשער שגישת זו לשימוש ב-AIH, משקפת גם את ההשלכות החברתיות שיש לעקרונות בחוגים דתיים. בחוגים אלו, ילדים מהווים מוקד חשוב של חיי הדת במשפחה ובקהילה. אין ספק, שרגישות ללחצים הדתיים והחברתיים המופעלים על זוגות אלה להביא ילדים לעולם, תורמת למגמה בקרב פוסקי הלכה למצוא דרכים לעזור להם גם על ידי שימוש בדרכי רבייה מלאכותיות¹⁵.

יש לציין את העובדה שפוסקי ההלכה המתנגדים לשימוש באמצעי רבייה מלאכותיים מתבססים על חששות הלכתיים כגון האיסור של השחתת הזרע, ועל הסתייגויות בנוגע לקיום מצוות פרייה ורבייה. מזה יש להסיק שאין במשפט העברי דרישה עקרונית שתהליך הרבייה יבוצע באופן טבעי בלבד.

2. העמדה הקתולית

גישה זו מנוגדת לחלוטין לדוקטרינה של הכנסייה הקתולית, אשר נוקטת גישה נטורליסטית, ואוסרת כל התערבות טכנולוגית בתהליך הרבייה של בני האדם. בעקבות זאת, הזרעה מלאכותית, הן באמצעות זרעו של הבעל והן באמצעות זרעו של תורם זר, וכן הפריה חוץ-גופית – אינן אופציות עבור זוגות נשואים קתוליים הנאבקים בבעיות פוריות. לפי הדוקטרינה הקתולית, כפי שעולה מהוראת האפיפיור משנת 1987¹⁶, אסור להפריד את ההולדה מקיום יחסי מין במסגרת חיי הנישואין. איסור זה, המכונה "עקרון אי-הפרדה" (Inseparability Principle), דורש כי ילדים יבואו לעולם אך ורק כתוצאה מקיום יחסי מין בין בעל לאשתו, ולפיו כל טכניקת רבייה אחרת המחליפה את המגע המיני בתהליך ההולדה, אסורה¹⁷. עקרון

14 ישעיה, מה, יח; משנה עדויות א, יג; יבמות, סב, א; Feldman, *supra* note 11, at p. 48; נשמת אברהם, אבן העזר, א, ט (מצטט את דברי הר' שלמה זלמן אויערבאך).

15 ראו: Y. Jakobovits "The Longing for Children in a Traditional Jewish Family" *Be Fruitful and Multiply: Fertility Therapy and the Jewish Tradition* (Jerusalem, R. Grazi ed., 1994) 5-11.

16 U.S. Catholic Conference, *Congregation for the Doctrine of the Faith, Instruction on Respect for Human Life in its Origin and on the Dignity of Procreation, Donum Vitae* (להלן: "Donum Vitae") (1987) 11.

17 R. McCormick *The Critical Calling: Reflections on Moral Dilemmas Since Vatican II* (Washington, 1989) 333; P. Hannam "In Vitro Fertilization" 55 *Irish Theological Quarterly* (1989) 14.

אִי-הֶפְרָדָה מְבוֹסָס עַל הָרַעִיּוֹן שִׁילְדִים הַנּוֹלָדִים בְּכָל דֶּרֶךְ שֶׁאֵינָה יַחֲסִי אֶהְבָּה בֵּין בֶּעַל לְאִשְׁתּוֹ, יִיצְאוּ נַפְסִידִים בְּכָךְ שֶׁהֵיכּוֹלֵת שְׁלֵהֶם לֹאֲהוּב וּלְהִיּוֹת נֹאֲהָבִים תִּהְיֶה פְּגוּמָה. כְּמוֹ כֵּן, רַעִיּוֹן נֹסֵף הָעוֹמֵד בְּבִסִּים עֶקְרוֹן אִי-הֶפְרָדָה הוּא הַחֲשָׁשׁ מִפְּנֵי הַקְּלוּת הַיַּחֲסִית שֶׁבָּהּ נִיתֵן לְנֹצֵל לְרַעָה טִכְנִיקוֹת שֶׁל רַבִּיָּה מְלָאכּוֹתִית¹⁸.

מִן הָרָאוּי לְצִיֵּין כִּי יִשְׁנָה גַם עֲמַדַּת מִיעוּט קְתוּלִית, אֲשֶׁר מַחֲשִׁיבָה אֶת הָאִיסוּר הַגּוֹרֵף שֶׁהוֹשֵׁת עַל טִכְנִיקוֹת הַפְּרִיָּה מְלָאכּוֹתִיּוֹת בִּ"Donum Vitae" כִּיִּשּׁוּם קִיצוֹנִי מְדִי וְקִשָּׁה יֹתֵר עַל הַמִּידָה שֶׁל עֶקְרוֹן אִי-הֶפְרָדָה. לְפִי נִקְוֶה מִבֶּט זֶה, כֹּאשֶׁר זֶה נִשְׁוִי מִשְׁתַּקֵּק נוֹאשׁוֹת לְהַבִּיא יֶלֶד לְעוֹלָם, יֶלֶד שֶׁיִּהְיֶה בָּשָׂר מִבְּשָׂרָם, וְהֵם פּוֹנִים לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּטִכְנִיקַת רַבִּיָּה מְלָאכּוֹתִית כְּאִמְצָעִי לְהַשִּׁיג אֶת הַמַּטְרָה הַזֶּה, עֵצָם מַעֲשֶׂה הַרְבִּיָּה הוֹפֵךְ לְהִיּוֹת חֶלֶק בְּלֹתִי נִפְרָד שֶׁל רֹכִיב הָאֶהְבָּה שֶׁבֵּין הַבֶּעַל לְאִשְׁתּוֹ¹⁹. בְּנוֹגֵעַ לְחֲשָׁשׁ מִפְּנֵי נִצּוֹל לְרַעָה שֶׁל טִכְנִיקוֹת הַהוֹלָדָה הַמְּלָאכּוֹתִיּוֹת, עֲמַדַּת הַמִּיעוּט הַקְּתוּלִי הַלִּיכְרָלִי הֵיא שִׁישׁ לְהַתְמוּרֵד עִם חֲשָׁשׁ זֶה בְּאִמְצָעוֹת שִׁילּוּב שֶׁל סִנְקִצִּיּוֹת דְּתוּת, וְנִקְיִטַּת צַעֲדֵי זְהִירוֹת פְּרָקְטִיִּים מֵרָאשׁ. אֵין לְרֹאוֹת כִּחֲשָׁשׁ זֶה כְּשֶׁלְּעֲצָמוֹ אוֹ כְּתוֹצָאָה הַנוֹבֶעֶת מִהַתְּגַשְׁמוֹתָיו גּוֹרֵם בְּסִיסִי שֶׁבִּגְנִיּוֹ יֵשׁ לְאִסוּר בְּאוֹפֶן טוֹטָלִי אֶת הַשִּׁמּוּשׁ בְּאִמְצָעֵי רַבִּיָּה מְלָאכּוֹתִיִּים בְּכָל נִסִּיבָה שֶׁהִיא²⁰.

3. סַמְמָנִים נְטוֹרִלִיסְטִיִּים בְּעַמְדָה הַהִלְכִיתִית

עַל אֵף הַהִבְדָּל בֵּין הָעַמְדָה הַקְּתוּלִית לְבֵין עַמְדַּת הַמִּשְׁפָּט הָעֵבְרִי, יֵשׁ בֵּין הַגִּישׁוֹת הַשּׁוֹנוֹת קוֹי דְּמִיּוֹן מְסוּיָמִים. אֵין לְהַתְעַלֵּם מִהַגִּישָׁה הַנְטוֹרִלִיסְטִית הַחֲלָשָׁה הַמִּסְתַּתֶּרֶת מֵאֲחֹרֵי הַדּוֹקְטְרִינָה הַהִלְכִיתִית שֶׁלִּפְנֵי AIIH אֵינוֹ מִשְׁתַּוּוֹה לְרַבִּיָּה טְבָעִית, וְאֵינוֹ עוֹלָה כְּדִי קִיוֵּם מִצְוֹת פְּרִיָּה וְרַבִּיָּה מְדֹאֲרִיָּיתָא. נִיתֵן לְרֹאוֹת בְּדִירוֹג הַהִלְכִתִי הַנִּמּוֹךְ יוֹתֵר שְׁנִיתֵן לִ"AIH", רֹאִיָה לִכֵּךְ שֶׁגַם בַּהֲלָכָה הַיְּהוּדִית יִשְׁנָה גִישָׁה נְטוֹרִלִיסְטִית, אִם כִּי מוֹסוּוֹת וּבְלֹתִי מְפּוֹרֶשֶׁת, לְגַבִּי רַבִּיָּה מְלָאכּוֹתִית. יֵשׁ גַּם מְקוֹם לְטַעֲוֶן שְׂדַעוֹת הַפּוֹסְקִים הַמַּתְנַגְּדִים לְשִׁמּוּשׁ בִּ"AIH" מֵהוּוֹת בִּיטוּי לְאוֹתוֹ נְטוֹרִלִיזְם מוֹחֲלָשׁ. בִּיטוּי מִיּוֹחַד לְגִישָׁה נְטוֹרִלִיסְטִית כְּמִשְׁפָּט הָעֵבְרִי נִיתֵן לְמִצְוָה בְּעַמְדַּת הַר' עֲמָנוּאֵל יַעֲקוֹבֹבִיךְ הַמְּבַטָּאת גִּישָׁה נְטוֹרִלִיסְטִית חֲזָקָה בְּנוֹגֵעַ לְטֶכְנֹלֹגְיָה שֶׁל רַבִּיָּה מְלָאכּוֹתִית כֹּאשֶׁר מְדוּכָר בַּהֲזָרָעָה מְלָאכּוֹתִית בְּאִמְצָעוֹת זֶרַע שֶׁל תּוֹרֵם, כְּפִי שִׁפּוּרֵט לְהַלֵּךְ. הַשְּׂאֵלוֹת הַמִּשְׁפָּטִיּוֹת וְהַמּוֹסְרִיּוֹת הַמַּתְעוֹרְרוֹת בְּמִקְרָה שֶׁל שִׁמּוּשׁ בְּזֶרַע מְתוֹרֵם, הֶרְבָּה יוֹתֵר רִצְיִנִּיּוֹת וּמוֹרַכְכוֹת מֵאֲשֶׁר הַשְּׂאֵלוֹת הַמַּתְעוֹרְרוֹת כְּמִקְרָה שֶׁבּוֹ עוֹשִׂים שִׁמּוּשׁ בְּזֶרַע שֶׁל הַבֶּעַל. בְּעַקְבוֹת זֹאת, פּוֹסְקֵי הַלָּכָה רַבִּים הַמַּתִּירִים אֶת הַשִּׁמּוּשׁ בְּזֶרַע שֶׁל תּוֹרֵם מִבְּחִינָה הַלְכִיתִית טְהוּרָה, מְבַטְּאִים אֵף הֵם הַסְתִּיגִיּוֹת מוֹסְרִיּוֹת מִפְּנֵי הַתְּהַלִּיךְ. לְפִי הַר' יַעֲקוֹבֹבִיךְ הַתְּנַגְּדוֹת מוֹסְרִית זֶה נּוֹבֶעֶת לְמַעֲשֶׂה

18 עַל פִּי: McCormick, *supra* note 17, at pp. 347–349, דּוֹגְמָה לְנִצּוֹל לְרַעָה הֵיא הַחֲלָפֶת הַזֶּרַע שֶׁל הַבֶּעַל עִם זֶרַע שֶׁל תּוֹרֵם.

19 T. Shannon & L. Cahill *Religion and Artificial Reproduction* (New York, 1988) 111–115, 127–139; רֹאוּ גַם: McCormick, *supra* note 17, at p. 348.

20 McCormick, *supra* note 17, at p. 348.

מכך שהשימוש בטכניקות מלאכותיות לרבייה, הופך את תהליך ההפריה וההיריון לפעולה מכנית, נטולת אותן סגולות מיסטיות ואנושיות מיוחדות, ההופכות את האדם לשותפו של האל בתהליך רביית המין האנושי והפצתו בארץ:

“The use of artificial reproductive techniques turns childbearing into a mechanical act bereft of those mystical and intimately human qualities that make man a partner with God in the creative propagation of the race”²¹.

ההתייחסות לאופי המכני של ההזרעה מזכירה במידה רבה את התאוריה הנטורליסטית שבבסיס הגישה הקתולית. יש לציין שהר' יעקובוביץ כתב מילים אלה בספרו פורץ הדרך על אתיקה רפואית יהודית שיצא לאור בסוף שנות השישים של המאה הקודמת בשפה האנגלית. ניתן להניח שהוא עשה שימוש בשיח הנטורליסטי בשל העובדה שחלק גדול מקוראי ספרו, שהנם אנגלוסקסים במוצאם, ככל הנראה משתייכים למכירי ומוקירי שיח זה, והוא ביקש לפנות אליהם בצורה המשכנעת ביותר.

מן הראוי לציין בהקשר זה, כי גם במשפט המוסלמי, הקרוב למשפט העברי בעמדתו לגבי טכנולוגיות רבייה מלאכותית, ישנה דעת יחיד נטורליסטית באופייה. גם במשפט המוסלמי, כמו במשפט העברי, אין התנגדות עקרונית לשימוש באמצעי רבייה מלאכותיים כדי להתמודד עם בעיות פוריות בתוך מסגרת הנישואין.

בהתאם לנורמות הלכתיות ספציפיות במשפט המוסלמי, ותוך הקפדה על מספר כללים הלכתיים²², ניתן למשל לאפשר את השימוש ב-AIH. עם זאת, גם במשפט המוסלמי קיימת דעת יחיד שלפיה ילד הנולד באמצעים מלאכותיים אכן חסר את אותם רגשות וחמימות אנושית שילדים הנולדים בדרך הטבע נהנים ממנה. לפי דעה זו, כל אמצעי הרבייה המלאכותיים אסורים²³.

דרך אחרת להסתכל על החריגים הללו לעמדה ההלכתית המקובלת היא לראות בתופעות הנטורליזם המוחלש, ובמיוחד בגישתו של הר' יעקובוביץ, תרומה חשובה לעמדה ההלכתית המקובלת, בכך שהם מזהירים אותנו מפני אימוץ בלתי מבוקר של טכנולוגיית הפריה. אין בהלכה התנגדות עקרונית לטכנולוגיה זו, אולם עדיין יש לבדוק את ההשלכות המדעיות, הרפואיות, החברתיות והמוסריות שלה, ולוודא שרבייה מלאכותית אינה רק בגדר מותר על פי דין, אלא אף דרך טובה שניתן וראוי להביא באמצעותה ילדים לעולם. יתרה מזו, בעצם הדירוג ההלכתי הנמוך יותר של פרייה ורבייה באמצעות כל הליך מלאכותי להבאת ילדים לעולם,

21 I. Jakobovits *Jewish Medical Ethics* (New York, 1975) 248–249

22 המשפט המוסלמי עומד על כך כי יש לנקוט אמצעי זהירות על מנת למנוע מצב שזרע של תורם יתערבב עם זרעו של הבעל. ראו: V. Rispler-Chaim *Islamic Medical Ethics in the*

Twentieth Century (Leiden, 1993) 18–27

23 ראו: *Ibid* at p. 24

ניתן להבטיח שהטכנולוגיה החדשה לא תהפוך לכלי המנוצל לרעה בידי בן או בת זוג תוך כדי סכסוך בחיי הנישואין. במקרה שאחד מבני הזוג לא ירצה, מסיבות מובנות ומתקבלות על הדעת, להתחיל בהליך של רבייה מלאכותית, לא תאפשר ההלכה לבן זוגו לכפות עליו את ההליך בטענה שקיימת חובה הלכתית להביא ילדים לעולם כתנאי להמשך הנישואין²⁴. בן הזוג המסרב יכול לטעון כי הואיל וממילא רבייה באמצעים מלאכותיים אינה עולה כדי קיום הציווי ההלכתי מדאורייתא, עדיף להישאר במצב של "שב ואל תעשה". זאת משום שמילוי חובה מדרבנן לא בהכרח מצדיק לדחות את חששותיהם של מיעוט הפוסקים האוסרים את השימוש בהליכים המלאכותיים הללו. מובן שאין במסקנה זו כדי לגרוע מן ההישג ההלכתי של זוג שעושה שימוש בטכנולוגיית הפריור מתוך הסכמה הדדית מלאה, על מנת להתגבר על בעיית פוריות. זוג זה כוודאי זוקק ליכולתו קיום מצווה מדרבנן. במילים אחרות, ובהקשר של AIH, עצם סיווג השימוש בטכנולוגיה זו כמצווה מדרבנן מהווה את הבסיס לאלמנט הבחירה לגבי השימוש בה, אשר אולי לא היה קיים מבחינה הלכתית, לו AIH היה נחשב כאמצעי תקף לקיום החיוב של פרייה ורבייה מדאורייתא²⁵. בזכות זאת, הושג היעד שנועד להבטיח שטכנולוגיה של תקווה לא תהפוך לכלי של ניצול לרעה.

ג. הזרעה מלאכותית באמצעות זרע של תורם ("AID"²⁶) וסוגיות הניאוף והממזרות²⁷

1. רקע כללי

מנקודת מבט הלכתית, השימוש בזרע של תורם בהזרעה מלאכותית (AID) מעלה בעיות רבות יותר מאשר הזרעה המבוצעת באמצעות הזרע של הבעל (AIH). הבעיות העיקריות המתעוררות בעקבות שימוש ב-AID הן: ניאוף, ממזרות, האפשרות של גילוי עריות בין ילדיו של תורם הזרע מאימהות שונות, ובעיות בתחום דיני המשפחה והמעמד האישי הנובעות מהעובדה שמקורו של ילד שנולד בעקבות AID עשוי להיות בלתי ידוע.

עם זאת, AID הוא הצורה הנפוצה ביותר של הזרעה מלאכותית, ולעיתים קרובות הוא הפתרון היחיד למגוון רחב של בעיות פוריות, לרבות במצבים של עקרות טוטלית של הגבר, ספירות זרע נמוכות, סיבוכים הנובעים מאי-התאמה בין סוגי

24 שו"ע אבה"ע, קנר, א; אורז הפוסקים נג-ס.

25 J.D. Bleich *Bioethical Dilemmas* (Hoboken, 1998) 207–208, 241

26 Artificial Insemination Using Donor Sperm

27 ממזר הוא תוצר של מעשה ניאוף או של גילוי עריות, אשר נאסר עליו לבוא בקהל ישראל ולהתחתן עם יהודי/ה אחר/ת. מותר לו להינשא לממזר אחר או לגר, אך בשני המקרים, צאצאיו גם הם בגדר ממזרים. ראו משנה קידושין, ג, יב; יבמות, מה, ב; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, טו, א; שו"ע אבה"ע, ד, יג.

הדם של בני הזוג – במיוחד ברכיב ה-Rh ובעיות הקשורות למערכת החיסונית באיברי הרבייה. כמו כן נעשה שימוש ב-AID כמוצא האחרון במקרים שבהם לא ניתן למצוא סיבה הנגלית לעין הגורמת לאי-פוריות. ההערכה היא שכשלושים אחוזים ממקרי אי-הפוריות נובעים מליקויים במערכת הרבייה הזכרית²⁸. לעתים קרובות AID מהווה את התקווה היחידה לזוג עקר המשתוקק לילד בעל קרבה גנטית לאם, שהיא תוכל לשאתו ברחמה במשך כל תקופת ההיריון המגיעה לשיאה בלידה. הטרגדיה שבאי-פוריות, ומשמעותה המיוחדת עבור משפחות יהודיות דתיות, אוזכרה בהקשר של AIH, אך היא אינה פחות רלוונטית גם בהקשר הנוכחי.

הבעיה המשפטית הקשה ביותר המתעוררת בהקשר של AID היא החשש מפני ניאוף וההשלכות שיש למעשה שכזה על הילדים הנולדים בעקבותיו. המקור ההלכתי הבסיסי לעניין AID הוא הסוגיה התלמודית הדנה באפשרות להרשות נישואין בין כהן גדול לבתולה הרה. לפי דין תורה, כהן גדול נדרש להינשא לבתולה²⁹. בתלמוד מוצגת השאלה הבאה: האם בתולה הרה מותרת לכהן גדול אם לאו? בניסיון לספק לתרחיש זה בסיס עובדתי, התלמוד מציע שיתכן שהבתולה נכנסה להיריון כתוצאה מרחצה באמבטיה שהיה בה זרע שפלט אדם, זמן קצר לפני שנכנסה³⁰. יש להבהיר כי חשיבות הדיון התלמודי הזה לענייננו טמונה באור שהוא שואף לשפוך על ההגדרה המשפטית של התהוות עברות הקשורות בקיום יחסי מין במשפט העברי, ולא בהיסטוריה, באנתרופולוגיה או בפיזיולוגיה של התעברות בתולה. השאלה שהתלמוד מבקש להשיב עליה היא אם בהקשר של נישואין לכהן גדול, אישה אינה נחשבת בתולה רק לאחר שקיימה מגע מיני עם גבר, או – שמא התעברות מספיקה על מנת לשלול ממנה את מעמדה כבתולה, אפילו בהיעדר כל פעולה של מגע מיני?

אם התשובה היא שהסטטוס של בתולה אובד רק בעקבות מגע מיני עם גבר, הרי שמותר לכהן להתחתן עם הבתולה ההרה, וחשוב מכך – ניתן להסיק מתוצאה זו כלל הלכתי שלפיו ככל העברות הקשורות בקיום יחסי מין במשפט העברי, היסוד העובדתי של העברה הוא קיום מגע מיני, ולא התעברות בלבד. על כן אישה יהודייה נשואה שנכנסת להיריון מזרעו של גבר יהודי שאינו בעלה מבלי לקיים אתו יחסי מין, אינה בגדר נואפת. מאידך, אם התשובה היא כי עצם ההיריון הוא זה שאינו עולה בקנה אחד עם הסטטוס של בתולה, אז הבתולה ההרה אסורה לכהן גדול. ובמקרה כזה ההלכה הכללית תהיה שהתעברות בפני עצמה מספיקה

28 שטיינברג, לעיל הערה 1, בע' 149.

29 ויקרא, כא, יג.

30 חגיגה, יד, ב-טו, א. כמו כן, מספר פוסקי הלכה האמינו באפשרות של התעברות בעקבות מרחץ באמבט, ראו רבנו חננאל, חגיגה, טו, א; תשבץ ג, רסג. אולם רוב פוסקי ההלכה אינם מקבלים אפשרות זו כאפשרות סבירה להתעברות, ראו אוצר הפוסקים, א, מב.

כדי להוות את היסוד העובדתי של עברות הקשורות בקיום יחסי מין אסורים, כגון ניאוף וגילוי עריות.

2. מקורות ההלכה

מפירושיהם של רש"י ותוספות לסוגיה זו עולה כי המסקנה היא שעצם המגע המיני, ולא ההתעברות, מונע מבתולה להינשא לכהן גדול³¹. מספר רב של פרשנים ופוסקים הולכים בעקבות רש"י ותוספות, ועל כן ההלכה הנובעת מפרשנות זו היא כי לפי המשפט העברי אך ורק המגע המיני, ולא ההתעברות בפני עצמה, מהווה את היסוד העובדתי בהגדרת העברות הקשורות בקיום יחסי מין אסורים, כגון ניאוף וגילוי עריות³². מקור הלכתי נוסף העוסק בעניין זה הוא פסק הלכה שניתן על ידי רבנו פרץ מקורביל, בעל תוספות צרפתי מהמאה השלוש-עשרה, בנוגע לאישה הנכנסת להיריון בתקופת נידותה. לפי ההלכה, קיום יחסי מין בין איש לאשתו אסורים בתקופת הנידות³³. רבנו פרץ דן בתרחיש שבו אישה נשואה נכנסת להיריון בתקופת נידותה לאחר ששכבה על סדיני בעלה, זמן קצר לאחר שזה פלט עליהם את זרעו. לפי רבנו פרץ, במקרה כזה כלל לא מתעוררת שאלה הלכתית לגבי קיום יחסי מין עם אישה נדה מאחר שלא היה שום מגע מיני ממשי³⁴. עם זאת, הוא ממשיך ואומר כי על אישה נשואה להקפיד להימנע מלשכב על סדינים שיש עליהם זרע של גבר זר. הסיבה לכך נעוצה בחשש מפני גילוי עריות: אם האישה תיכנס להיריון

31 רש"י, שבת קנא, ד"ה "ושמואל אמר"; תוספות, כתובות, ו, ב ד"ה "רוב בקיאי"; נידה, סד, ב, ד"ה "שאני שמואל"; ראו גם ב' פירר "בענין פריין מלאכות" נעם ו (1964) 299–295 הדן בעמדת התוספות בחגיגה, יד, ב, ד"ה "בתולה שעברה", וכיצד ניתן ליישב אותה עם שתי התוספות האחרות המוזכרות בהערות שוליים זו. הר' פירר מבסס את עמדתו על הגנה לשונית המוצעת על ידי הר' יואל סירקס בהגהותיו למסכת חגיגה.

32 ראו תשב"ץ, ג, רסג; שאלת יעב"ץ, צו; חלקת מחוקק, אבן העזר א, ו; בית שמואל, אבן העזר א, י; שו"ת שרידי אש, ג, ה; שו"ת יביע אומר, אבן העזר א, ו; ראו גם: F. Rosner "Artificial Insemination in Jewish Law" *Jewish Bioethics* (New York, F. Rosner & J.D. Bleich eds., 1979) 111; אך ראו גם משנה למלך, הלכות אישות, טז, ד; טורי זהב, אבן העזר, א, יח; שו"ת ציץ אליעזר, ג, כז.

33 הצאצא של מגע מיני שכזה, אינו כפוף לכל פסול או פגם משפטי (ביאר הגר"א, אבן העזר, ד, ל).

34 במהלך הקטע כפי שהוא מצוטט בבית חדש, יורה דעה, קצה, ישנה הפניה לאגדה בנוגע להולדת בן סירא, אשר ספרו נמצא בספרים החיצוניים. לפי אגדה זו, שמעון בן סירא נולד לנביא ירמיהו ולבתו שהתעברה מזרעו, כתוצאה מכך שנכנסה להתרחץ בבית המרחץ לאחר שאביה הוכרח לפלוט את זרעו בעל כורחו, ראו י' אייזנשטיין (עורך) מדרש אל"ף ב"ת דבן סירא (1928) 43; האגדה תומכת ברעיון שהתעברות שכזו בבית המרחץ לא מביאה לידי ממזרות מאחר שבן סירא, למרות מוצאו, "כשר היה". אגדה זו מופיעה במבחר יצירות הלכתיות. ראה למשל ליקוטי מהרי"ל, ה; תשב"ץ, ג, רסג; חלקת מחוקק, אבן העזר א, יח; ברכי יוסף, אבן העזר א, יד; פחד יצחק, ד"ה בן ביתו; שו"ת יביע אומר, אבן העזר ח, כא. הר' עובדיה יוסף משתמש באגדה זו כדי להוכיח שילד שנולד לאישה יהודייה נשואה בעקבות שימוש ב-AID כאשר הזרע הוא ממקור יהודי, אינו ממזר; אך ראו שו"ת ציץ אליעזר, ט, נא; נא, Jakobovits, *supra* note 21, at pp. 247–248, שאינם מייחסים כל משקל משפטי רציני לאגדה זו.

מהזרע הזר ותלד, ייתכן מצב שבו הילד שיוולד ירצה להינשא לצאצא של אביו הביולוגי מבלי לדעת שהם אחים, ובכך הם יבצעו גילוי עריות, וכל ילד שיוולד במסגרת מערכת הנישואין הזאת יהיה ממזר³⁵. ההלכה שקבע רבנו פרץ, האוסרת על אישה נשואה לשכב על סדין המכוסה בזרע של גבר שאינו בעלה, נובעת אך ורק מהחשש מפני האפשרות של גילוי עריות. העובדה שהזרע שממנו נוצר העובר ברחם של אישה נשואה הוא לא של בעלה אלא של גבר זר, אינה משפיעה כלל על כשרותו של אותו ילד "כיוון שאין כאן ביאת איסור הולד כשר לגמרי". לאור זאת, גם לשיטת רבנו פרץ, המגע המיני בלבד, ולא ההתעברות, מהווה את היסוד העובדתי שבהגדרת עברת הניאוף במשפט העברי.

דעתו של רבנו פרץ מצוטטת על ידי כל הפרשנים המרכזיים לשולחן הערוך³⁶, והיא מספקת את הביסוס העיקרי לרבים מפוסקי ההלכה הקובעים שבהיעדר מגע מיני, הזרעתה של אישה נשואה מזרעו של תורם זרע, אינה מהווה ניאוף³⁷.

3. התגבשות ההלכה במאה העשרים – גישתו המקלה של הרב פיינשטיין אין אינדיקציות לכך שהלכתו של רבנו פרץ מבוססת על מקרה אמיתי. אכן, הרעיון שניתן להיכנס להיריון בדרכים אחרות מאשר קיום יחסי מין לא התקבל על דעת מרבית פוסקי ההלכה כאפשרות ממשית או פרקטית³⁸. אולם, באמצע המאה העשרים השתנו פני הדברים. עם המצאת ההזרעה המלאכותית, הפכה סוגיית ההתעברות ללא מגע מיני להיות נושא הלכתי רלוונטי ביותר ונושא לוויכוח טוער בין שני פוסקים חשובים בצפון אמריקה: הר' משה פיינשטיין והר' יואל טייטלבוים³⁹.

35 המשפט העברי מכיר אך ורק בהורות טבעית, על כן, אביו של ילד שנולד בעקבות הזרעה מלאכותית הוא תמיד תורם הזרע, ראו: M. Brody "The Establishment of Maternity and Paternity in Jewish and American Law" 3 *National Jewish L. Rev.* (1988) 117, 118–119. הלכתו של רבנו פרץ מצוטטת בבית חדש, יורה דעה קצה; שלטי הגיבורים, שבועות פרק ב; ברכי יוסף, אבן העזר א, יד; ראו גם רמב"ם, בפירושו למשנה, מסכת סנהדרין ז, ד, המסביר שמזורות נוצרות גם אם ההורים לא היו מודעים לכך שמערכת היחסים שלהם הייתה למעשה גילוי עריות.

36 טורי זהב, אבן העזר א, ה; חלקת מחוקק, אבן העזר א, ח; בית שמואל, אבן העזר א, י.
37 ראו למשל שו"ת שואל ומשיב ג, קלב; שו"ת משפטי עזיאל, אבן העזר יט; שו"ת שרידי אש ג, ה; שו"ת מנחם משיב כו; שו"ת אגרות משה, אבן העזר א, עא; שו"ת אויערבאך "הזרעה מלאכותית" נועם א (תשי"ח) 145. ראו גם מ' קורנילד "מעמדו המשפטי של ילד הנולד מהפריה מלאכותית מתורם זר או מתרומת ביצית" שנתון המשפט העברי יח–יט (תשנ"ב–תשנ"ג) 295.

38 ראו במקורות שצוטטו לעיל, הערה 30.
39 למעשה, מספר שנים קודם לכן, היה ה-AID הנושא המרכזי של כך שלם בכרך הראשון של כתב העת ההלכתי נועם, אך הייתה זו דווקא קביעתו המעשית של הר' פיינשטיין שעוררה את הסערה בעולם הרבני. מן הראוי לציין, שבכרך זה, פסק הר' אויערבאך באופן מלא באשר לסטטוס של אישה נשואה שעברה AID עם זרע של תורם יהודי, אף שהוא הכריז שהצאצא יהיה ספק ממזר. עם זאת, הוא גינה את האפשרות שיעשה שימוש בזרע מתורם לא יהודי, הן על בסיס מוסרי והן על בסיס אידאולוגי.

הוויכוח החל בשאלה שהוצגה לר' פיינשטיין בנוגע לזוג עקר שהשתוקק נואשות לילד. ברור היה שבעיית בני הזוג נבעה מהבעל, שסבל ממחסור בזרע בר קיימא. הר' פיינשטיין התיר לבני הזוג לעבור טיפולי AID במרפאת פוריות מקומית⁴⁰. הוא הסתמך על עמדת התלמוד הנ"ל ועל פסיקתו של רבנו פרץ. על מנת להתגבר על הבעייתיות של גילוי עריות פוטנציאלי הטמון בהליך מסוג זה, הגביל הר' פיינשטיין את ההיתר שלו לתורם זרע לא יהודי. הטעם לכך הוא שאבהות של לא יהודי אינה רלוונטית מבחינה משפטית בהלכה, ולכן, באופן עקרוני, צאצאי אימהות שונות שאביהם המשותף אינו יהודי חופשיים להתחתן זה עם זה ללא חשש שיופר האיסור של גילוי עריות⁴¹. גם אם תורם הזרע הלא יהודי התגייס, התחתן עם אישה יהודייה, ואחד מילדיהם המשותפים מעוניין להינשא ל"תוצר" של AID שבו השתתף האב לפני הגיור, לא יבוצע כל מעשה של גילוי עריות. כל זאת משום שהאב לא היה יהודי בשעה שלקח חלק בהליך של AID. יש לציין, שלפי השקפתו של הר' פיינשטיין, ניתן להניח בבטחה שמרבית הזרע בבנקי הזרע ובמרפאות הפוריות שבצפון אמריקה, הוא ממקור לא יהודי. על כן, בני הזוג שפנו אליו בשאלה המוזכרת לעיל, יכולים להשתמש בשירותיו של כל בנק זרע כדי לנסות לפתור את בעיית הפוריות שלהם, ובכך להימנע מפירוק נישואיהם.

לשיטתו של הר' פיינשטיין, לא מתעוררת כל שאלה של ניאוף או ממזרות בנוגע ל-AID, גם אם הזרע מגיע מתורם יהודי. רק בשל החשש מפני האפשרות של גילוי עריות בין הילד שנולד בעקבות AID לילדים אחרים של אותו תורם זרע, הלכתו המתירנית מוגבלת לשימוש בזרע של תורם לא יהודי. נראה כי מרבית פוסקי ההלכה בדורו תמכו בהיבט המשפטי הטהור שבגישתו⁴², אף שכפי שיפורט בהמשך, הם הרחיקו עצמם מגישה זו במישור המוסרי.

4. גישתו המחמירה של הרב טייטלכאום

פסיקתו של ר' פיינשטיין נתקלה בביקורת קשה מצד מספר רבני התקופה⁴³.

40 שו"ת אגרות משה, אבן העזר א, עא. מן הראוי לציין כי הר' פיינשטיין מפנה לרעיון המצוטט באוצר הפרוסקים א, מב שלפיו "ומה... שסובר דהוולד מאמבטי הוא ממזר... הם דברי הבל... אבל... דווקא מישום מעשה הביאה הוא ממזר ולא כשנתעברה באמבט".

41 תלמוד בבלי: יבמות מה, ב; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, טו, ג; טור, אבה"ע, טז; שו"ע אבה"ע, ד, א.

42 בעניין ממזרות, סובר הר' אויערבאך כי התוצר של AID עם זרע יהודי הוא ספק ממזר, ראו לעיל הערה 37. לפי הר' יחיאל ווינברג הצאצא הוא בגדר שתוקי, דהיינו אדם שאביו אינו ידוע. ראו שו"ת שרידי אש ג, ה. ההלכה מתייחסת לשתוקי כאל ספק ממזר בלבד, וניתן לפתור את הפגם במעמדו באמצעות הצהרתה של אמו בדבר זהות אביו, או באמצעות ניתוח סטטיסטי של תורמי הזרע במרפאה שבה ביקרה האם.

43 כתב העת ההלכתי האמריקני המאור, פרסם מספר מאמרים בין השנים 1961–1965, המתחים ביקורת קשה על הר' פיינשטיין גם בגלל הנועות שלו בפסיקת ההלכה. עורך כתב העת עצמו מצא לנכון לציין שללא ספק ניתן להסתמך על פסיקותיו המחמירות של הר' פיינשטיין, שכן אם הוא מחמיר בעניין מסוים, בטוח שעניין זה אסור מעבר לכל צל של ספק; אולם

הר' יואל טייטלבוים, מנהיגם הרוחני של חסידות סאטמר, הפך להיות מתנגדו העיקרי של הר' פיינשטיין בעניין זה. לפי הר' טייטלבוים⁴⁴, חלק בלתי נפרד מהאיסור ההלכתי של ניאוף, הוא איסור גרימת חוסר בהירות ובלבול באילן היוחסין המשפחתי, כלומר חוסר ודאות באשר לזהות האב הוא בבחינת ניאוף במשפט העברי. רעיון זה נגזר מפירושו של הרמב"ן למשמעות המילה "לזרע" בפסוק: "ואל אשת עמיתך לא תיתן שכבתך לזרע לטמאה בה"⁴⁵. לפי פירוש הרמב"ן לתורה, מילה זו באה ללמד כי חלק בלתי נפרד מהגדרת איסור הניאוף המוזכר בתורה הוא חוסר בהירות באשר לייחוס המשפחתי. החשש מפני בלבול יוחסין מובא גם על ידי מחברו של ספר החינוך, שהוא ספר העוסק בין השאר בטעמי המצוות כטעם מרכזי לאיסור ניאוף⁴⁶.

הר' טייטלבוים מתבסס הן על דברי הרמב"ן בפירושו לתורה והן על דברי בעל ספר החינוך בעניין הגדרת איסור ניאוף, בהגיעו למסקנתו שעל פי ההלכה AID הוא מעשה ניאוף כי הוא גורם לטשטוש ביוחסין של הצאצא. במישור ההלכתי המובהק, מתייחס הר' טייטלבוים בעיקר לפסיקתו של רבנו פרץ, כאשר הוא יוצר הבחנה בין מקרה שבו ההתעברות הייתה מקרית בלבד, דהיינו המקרה של האישה השוכבת על גבי סדינים המוכתמים בזרע של גבר זר, לבין היריון מתוכנן כמו במקרה של AID. במקרה שרבנו פרץ מתאר, אין פגם במעמדו של הילד מאחר שפולט הזרע לא התכוון להכניס את האישה להיריון, והאישה לא התכוונה להיכנס להיריון בעקבות שכבתה על הסדינים המוכתמים בשכבת זרע. אין שום הוכחה שאם ההיריון היה מתוכנן, היה רבנו פרץ מגיע לאותה מסקנה, ומכיוון שקיימת אפשרות סבירה שבמקרה זה הוא היה פוסק בצורה אחרת, אין להשתמש בהלכתו של רבנו פרץ כדי לנקות את התוצר של הזרעה מכוונת מכתם הממזרות⁴⁷. אולם לא ניתן למצוא כל תימוכין לפרשנות זו בדברי רבנו פרץ עצמו, שכן דבריו אינם מצביעים על כך שהסוגיה המרכזית שהוא מתמודד עמה היא כוונת הצדדים המעורבים בהתעברות, אלא עיסוקו הוא בהגדרת היסודות העובדתיים של העברות העוסקות בקיום יחסי מין עם אישה

את פסיקותיו המקילות יש לבחון בקפדנות "כי כחא דהיתר של הגאון הזה שליט"א, עולה פי כמה על כל המקילים שהיו בישראל" (מ' עמסל "עוד פרטים נחוצים באיסור ההזרעה המלאכותית" המאור טז (1965) 147).

44 שו"ת דברי יואל, אבן העזר, קז-קי.

45 ויקרא, יח, כ. הרמב"ן מפרש שניתן להשתמש במילה "לזרע" באופן "שאפשר שאמר 'לזרע', להזכיר טעם האיסור כי לא יודע הזרע למי הוא, ויבואו מזה תועבות גדולות ורעות לשניהם". למעשה, הרמב"ן מעלה פירוש זה אך ורק כפירוש אפשרי. הוא ממשיך וטוען כי הפירוש הנכון בעניין הוא שהמילה "לזרע" נועדה להדגיש כי החטא אינו רק לשכב עם אישה אסורה, אלא לקיים עמה יחסי מין באופן שניתן להביא בעקבותיהם ילד לעולם.

46 ספר החינוך, יתרו, ה.

47 הר' טייטלבוים מספק הסבר דומה לכך שבן סירא, לעיל הערה 34, היה נקי מכל רבב, למרות מוצאו המפוקפק ביותר.

נידה, ובהתעברות מזרע של אדם זר. לו הטעם האמיתי מאחורי פסיקתו של רבנו פרץ היה טמון בחוסר הכוונה להעביר את הזרע מהגבר לאישה הנשואה באמצעות הסדין המוכתם בזרע, הרי שצריך היה להיות לכך ביטוי כלשהו בדבריו, ולא כך הוא מצב הדברים. כמו כן, נראה שאין משמעות או חשיבות כלשהי לכוונה בדיני ממזרות בהלכה. תמיכה לרעיון זה ניתן למצוא במקרה שבו אישה מאמינה בטעות שבעלה נפטר, ועל סמך זאת מקבלת היתר מבית דין רבני להינשא שנית; הלכה מבוססת וידועה היא, כי אם יתברר שבעלה הראשון אינו מת, תוכרז האישה נואפת וילדיה מהנישואין השניים יוכרזו ממזרים, וזאת על אף שהאישה פעלה ללא כוונה לבצע מעשה ניאוף.⁴⁸ הלכה זו תומכת בגישה שממזרות מוגדרת במונחים פיזיים בלבד, והכוונה מאחורי המעשים אינה רלוונטית. ייתכן שגם הר' טייטלבוים חש את החולשה שבטיעונו באשר לחוסר הכוונה שבהתעברות, ועל כן הוא מוסיף וטוען שלעברת הניאוף מישורים רבים הנדרשים לעיון ולהבנה, אשר חלקם מובנים רק למקובלים וחלקם אינם מובנים לאף אדם, כפי שכתב בתשובתו: "ובאמת בטעמי המצוות יש עוד הרבה טעמים נסתרים שאינם ידועים אלא לחכמי האמת, ויש עוד בהם עניינים גבוה מעל גבוה מה שלא נתגלה עדיין לשום בריה"⁴⁹. על כן, אין זה בטוח להסתמך אך ורק על הבנה רציונלית טהורה של ההלכה, בייחוד כשמדובר בעברות חמורות כעברת הניאוף. לשיטתו של הר' טייטלבוים, הגישה הנכונה היא לנקוט משנה זהירות לפני שמאפשרים לפעול בכל צורה שהיא שעשויה להביא לידי עברת ניאוף.

ביקורתו של הר' טייטלבוים כלפי הר' פיינשטיין אינה מתמצה אך ורק בדיון במקורות ההלכתיים והחזון-הלכתיים הנוגעים ל-AID במשפט העברי, אלא מדובר בביקורת עמוקה ומקיפה יותר, הגולשת אף לרובד התאורטי שמאחורי קבלת ההחלטות ההלכתיות. כמעט תמיד מבוססות הכרעותיו ההלכתיות של הר' פיינשטיין במישרין על מקורות תלמודיים, וככלל הוא אינו מקדיש תשומת לב רבה לפרשנים מאוחרים או לפוסקים מאוחרים. הר' טייטלבוים מצטט את המחלוקת הקדומה בין אלה התומכים בפסיקת ההלכה על סמך התלמוד בלבד ובין אלה התומכים בפסיקה על סמך פרשנויות מאוחרות יותר. הוא לכשעצמו מעדיף את גישתו של ר' יוסף אבן מיגש, נציגה המרכזי של האסכולה השנייה המוזכרת לעיל, הדוגלת בכך שראוי יותר לפסוק הלכה על סמך ובעזרת פרשנויות מאוחרות יותר לתלמוד, כגון הגאונים⁵⁰, מאשר לפסוק הלכה אך ורק על סמך התלמוד עצמו:

"אין בזמננו זה מי שיגיע בתלמוד לגדר שיוכל לסמוך להורות ממנו

48 ערוך השולחן, אבן העזר יז, נו.

49 שו"ת דברי יואל, אבן העזר, קז-ק; וראו בכלליות: Lasker, *supra* note 6.

50 הגאונים היו פוסקי הלכה, בעיקר מבבל, בתקופה שלאחר חתימת התלמוד. הם ייסדו את שיטת הקודיפיקציה ההלכתית וספרות השו"ת הסדורה על מנת לסכם ולייצב את הגוף הנרחב של משפט התלמוד; על הגאונים, ראו ש' אסף תקופת הגאונים וספרותה (תשכ"ז).

(מהתלמוד)... עד שאני אומר שמי שאינו סומך על עצמו, אם הוא נתלה בתשובות הגאונים ובהוראתם, שהם הלכות פסוקות וסברות קצרות (ו)ברורות, הוא יותר משובח מאותם המדמים להורות מן התלמוד"⁵¹.

לגישתו של הר' טייטלבוים, אמרתו זו של הר' אבן מיגש רלוונטית ביותר לתקופתנו, שבה מחברים בני דורנו שאינם מבינים לעומק את כל הרבדים של ההלכה, מתיימרים לפסוק הלכה אך ורק לפי התלמוד: "ומה נאמר ומה נדבר בדור שפל ואפל כזה, ה' ירחם... שהכל בחשיכה יתהלכו אין רואה ומבין ואין מציל... ובזמננו זה עכשיו אין זה אלא מחסרון דעת ואין בהם תבונה... ותמה אני היאך יעלה על הדעת להקל באיסורים נוראיים כאלו של אשת איש וממזרות בפיטומי מילים (פטפטי סרק) כאלה שאין בהם ממש כלל"⁵².

לגופו של עניין, מסקנתו של הר' טייטלבוים היא שטכנולוגיית AID עולה כדי מעשה של ניאוף, המביא לכך שכל צאצא שייווצר בעקבות שימוש בטכנולוגיה זו יהיה ממזר, ועל כן הוא אוסר מכול וכול את השימוש בה.

5. סייגים לגישה המקלה

הר' פיינשטיין הגיב למגוון הביקורות שהשמיע כלפיו הר' טייטלבוים בתשובה נוספת שכתב בנושא AID⁵³. כאשר להגדרה של ניאוף, עומד הר' פיינשטיין על כך שיש לעשות הבחנה חדה בין קיום מגע מיני פיזי, שהוא למעשה היסוד העובדתי של עברת הניאוף, לבין בלבול בייחוס המשפחתי, שאינו מהווה יסוד כלשהו של עברת הניאוף, אך ניתן לראות בו ממד חוץ-משפטי בפריפריה של האיסור. על מנת להוכיח את עמדתו, מראה הר' פיינשטיין את חוסר ההיגיון בעמדה שלפיה בלבול בייחוס המשפחתי מהווה יסוד משפטי מרכזי בעברת הניאוף; לשיטתו, קבלת עמדה זו מובילה בהכרח לטיעון, שאין חולק כי הוא מוטעה, שמעשה של ניאוף עם אישה עקרה אינו מהווה עברה לפי ההלכה, מכיוון שבמקרה כזה לא מתעורר החשש של בלבול היוחסין⁵⁴. ללא ספק, המגע המיני לכשעצמו מהווה את האלמנט המרכזי היחיד של עברת הניאוף; בלבול יוחסין מהווה לכל היותר ממד חוץ-משפטי ופריפראלי של עברת הניאוף. כן טוען הר' פיינשטיין, שהמקור העיקרי שבו משתמש הר' טייטלבוים לביסוס טענתו שחוסר בהירות באשר לאילן היוחסין המשפחתי מהווה רכיב בלתי נפרד של עברת הניאוף, הוא פירוש הרמב"ן לתורה, אשר לשם הדיוק אינו מהווה יצירה הלכתית מוסמכת, אלא יצירה פרשנית, ולכן, עמדתו של הר' טייטלבוים משוללת למעשה כל ביסוס נורמטיבי אמיתי התומך בה⁵⁵. יתרה מזו, הר' פיינשטיין טוען שייתכן כי ההערה בעניין בלבול

51 שו"ת הר"י מיגש קיד. על המחלוקת הזו, ראו מ' אלון המשפט העברי (1992) 955–957.

52 שו"ת דברי יואל, אבן העזר, קי.

53 שו"ת אגרות משה, אבן העזר, ב, יא.

54 אבן עזר, ויקרא, יח, כ.

55 לגבי המעמד ההלכתי של פרוש הרמב"ן לתורה, ראו שו"ת נדע ביהודה ב, יורה דעה כח;

היוחסין והניאוף כלל לא נאמרה על ידי הרמב"ן עצמו, אלא נאמרה על ידי "תלמיד טועה"⁵⁶.

באשר לגישתו הכללית בעניין פסיקת ההלכה, טוען הר' פיינשטיין נגד הר' טייטלבוים ושאר מבקריו כי, בעוד שפסיקתו בעניין AID מבוססת על ניתוח הלכתי טהור, הפסקים שלהם מושפעים "מדעות חיצוניות", שעלולים להוביל למצב שבו הם "אוסרים את המותר ומתירים את האסור" בפסקיהם. הר' פיינשטיין עומד על כך שיש להעריך פסקי הלכה לפי קריטריונים משפטיים אובייקטיביים, ולא ניתן לסתור או לשלול מן היסוד פסקים מקלים אך ורק בשל המתירנות שבהם:

"וכל השקפתי היא רק מידעת התורה, בלי שום תערובות מידיעות חיצוניות, שמשפטיה אמת; בין שהיא להחמיר, בין שהיא להקל. ואין הטעמים מהשקפות חיצוניות וסברות בדויות מהלב כלום, אף אם להחמיר, ולדמיון שהוא ליותר טהרה וקדושה"⁵⁷.

הר' פיינשטיין אינו מפרט מהן אותן "ידיעות חיצוניות" שעליהן הסתמכו פוסקי ההלכה שהתנגדו לפסקו. אך מעיון בפסקי ההלכה של הפוסקים הללו נראה כי "הידיעות החיצוניות" שאליהן כיוון הר' פיינשטיין בדבריו הן: ההנחה שלפיה תמיד עדיף לטעות לחומרה ולהוסיף איסורים כאשר מתמודדים עם סיטואציה חדשה ולא מוכרת – כמו במקרה של AID – מאשר להקל ולעבור, ולו בטעות, על איסורים חמורים. וכן, מגוון רחב של טיעונים אשר התכונה המשותפת להם היא שהם נעדרים כל ייחוס הלכתי נורמטיבי. הר' פיינשטיין מדגיש שעד לתחילתו של הדיון הנוכחי, לא קם ולו פוסק הלכה משמעותי אחד שאימץ את הגישה שלפיה ילד שנולד בעקבות תהליך של AID עלול להיחשב ממזר:

"ושפיר כתבתי דמה שהביא... דחולקין וסוברין דהולד ממזר אינו כלום, דאין בכוחם לחלוק על כל דבותינו אלה בלא מקור מסביר חיצוני שבארתי שהוא כסותר כל עניין האיסור דעירות, לפי דיני התורה המבוארים בגמרא"⁵⁸.

ד' סינקלר "מעמדה של הרפואה וטיפול רפואי נגד רצונו של החולה" שנתון המשפט העברי יח-יט (1992-1994) 27. יש לציין שלפי פירושו של הרמב"ם, כל הלכה הנלמדת מספר ויקרא, יח, כ, מוגבלת לגבר הנואף, ואינה חלה על האישה. ראו ספר המצוות, מצוות לא תעשה, שמו.

56 "התלמיד התועה" מופיע בעוד תשובות של הר' פיינשטיין; למשל שו"ת אגרות משה, חושן משפט א, סט, הן בהפלה של עובר החולה בטאי זקם. ניתן להניח שאין באן טענה בעלת אופי היסטורי או ספרותי, אלא כלי להפיג בו את המתח בין מסקנותיו של הפוסק לבין עמדות הלכתיות מנוגדות, במיוחד כשאותן עמדות מעוגנות במקורות ספרותיים שאינם בעלי אופי הלכתי מובהק. דוגמה מובהקת למקור כזה הוא פירוש הרמב"ן לתורה, לעיל הערה 55.

57 שו"ת אגרות משה, אבן העזר, ב, יא.

58 שם, שם.

הר' פיינשטיין דוגל בעמדה שלפיה יש להכריע בסוגיות שתחום זה מעורר באמצעות מקורות הלכתיים טהורים, ואין להתפשר ולהיעזר במקורות שאינם הלכתיים בהגדרתם ובמהותם.

על כן, עמדתו של הר' פיינשטיין נותרה כשהייתה, ללא שינוי; אין כל מחסום או איסור הלכתי לשימוש בטכנולוגיית AID כאשר נעשה שימוש בזרע שאינו יהודי. כמו כן, אם הצאצא הנולד הוא ממין נקבה, אין כל מניעה או הגבלה שהיא תינשא לכהן⁵⁹. מובן שגם אם משתמשים בזרע יהודי, ונוהרים מפני מצב של נישואין בין קרובים, אין בעיה של ניאוף או ממזרות.

בשנת 1965 יצא לאור ספר בברוקלין, ניר-יורק, אשר משתמע ממנו כי הר' פיינשטיין חוזר בו מעמדתו המקלה בעניין AID. לפי הכתוב בספר זה, אין יותר להסתמך על תשובתו המקורית בחיי היום-יום, מאחר שההיתר ניתן למקרים הקשים והחמורים ביותר, והתבונה להכריע אם מקרה מסוים נופל בגדר קטגוריה זו היא למעשה מעבר ליכולת אפילו של פוסק ההלכה המנוסה ביותר⁶⁰. כעשר שנים מאוחר יותר ראה הר' פיינשטיין לנכון לחזור ולשנות את עמדתו בנוגע ל-AID, ובתשובה נוספת הוא קובע:

"הנה ממה שכתבתי בתשובותי בחלק א', אכן העזר, סימן ע"א, ובחלק ב', אכן העזר, סימן י"ח, וכן מה שכתבתי בחלק ב', סימן י"א, כולם אמת וברור לדינא, לא שייך להתחרט מהם"⁶¹.

עם זאת, הוא מוסיף שלא בכל מצב הוא פוסק למעשה בהתאם לקביעתו ההלכתית, אלא מפעיל את שיקול דעתו בהתאם לנסיבות העניין. הר' פיינשטיין מסביר שחשוב מאוד להבין ולקחת בחשבון שלא רק ששימוש ב-AID עשוי שלא לקרב בין בני זוג, אלא הוא עשוי אף להוביל לפרידתם. אפשרות זו קיימת במיוחד במקרים שבהם אין תמיכה וייעוץ הולמים לבני הזוג. ללא תמיכה וייעוץ הולמים, עלולה להתעורר סיטואציה שבה בעל האישה שעברה את תהליך ההזרעה באמצעות זרע של תורם, לא יהיה מוכן לקבל את הילד כילדו הוא. התוצאה תהיה טרגדיה גם לילד וגם למשפחה כולה. לכן יש להמליץ על השימוש בטכנולוגיה זו אך ורק לבני זוג שהוכנו כראוי לקבל ילד בהליך של AID על כל ההשלכות שיש לדבר. אף על פי כן, בנוגע למעמד ההלכתי שיש ל-AID, הר' פיינשטיין חוזר על עמדתו המקורית, וקובע באופן חד-משמעי שאם בני זוג בוחרים לבצע הליך של AID באמצעות זרע של לא יהודי ומצליחים להתקדם בהליך זה לשלביו הסופיים,

59 לגבי איסורי חיתון של כוהנים, ראו שולחן ערוך, אבן העזר ו, א; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, כ, א; רמ"א, אבן העזר ג, ו.

60 צבי חמד, קונטרסט מא-מג. אזכור לכך שהר' פיינשטיין חוזר בו מעמדתו המקורית נמצא בשו"ת ציצן אליעזר, ט, סא; שו"ת חלקת יעקב, ג, מז.

61 שו"ת אגרות משה, אבן העזר ד, לב.

הצאצא כשר לחלוטין, ואם מדובר בנקבה — היא יכולה אף להינשא לכהן ללא כל חשש.

באותה התקופה שהתפרסמה תשובתו המקורית של הר' פיינשטיין, טען גם הר' אויערבאך כי הואיל והתוצר של AID שנעשה באמצעות זרע של תורם לא יהודי יהיה נקי מכל פגם משפטי, יש לשקול להתיר את השימוש בטכניקה זו לזוג השרוי במצוקה נוראה העולה לכדי "ממש שאלת חיים"⁶². אולם גישתו של הר' אויערבאך הוצגה יותר כהתעמקות תאורטית בסוגיה מאשר כפסק הלכה מעשי, ולוותה באזהרה חמורה על כך שדבריו מהווים אך ורק בסיס לפוסקי הלכה מנוסים בפסיקות הלכתיות בעתיד, ולא כדבר הלכה מחייב בפני עצמו. זה ככל הנראה מה שמנע מעמדתו להפוך למטרה מרכזית לכיקורת מהסוג שהופנתה כלפי הר' פיינשטיין. בנוסף לכך, הר' אויערבאך דאג להביע הסתייגויות מוסריות תקיפות באשר לשימוש בזרע של לא יהודי לצורך הכשרת הליך ה-AID.

באשר לשאלה המעשית כיצד ניתן לקבוע שהזרע שנלקח מבנק הזרע הוא ממקור לא יהודי, הר' פיינשטיין קובע חזקה על סמך העובדה שמרבית תורמי הזרע במדינה כמו ארצות-הברית אינם יהודים. על כן, בכל מקרה ספציפי ניתן להניח שמקור הזרע הוא מאחד מחברי הרוב, כלומר: מתורם זרע לא יהודי, וכתוצאה מכך נמנעים לגמרי מהאפשרות הבעייתית שיווצר מצב של גילוי עריות. לעומת זאת, הר' טייטלבוים עומד על כך שיש לפעול לפי סטנדרט קפדני יותר לצורך קביעת הייחוס המשפחתי ולכן, גם אם הוא היה מקבל את הגדרתו של הר' פיינשטיין לעברת הניאוף, הוא עדיין היה מנוע מלקבל את פסיקתו המתירנית, מאחר שניתן להימנע מהפוטנציאל של ממזרות בקרב ילדיו של תורם הזרע רק אם ניתן לדעת בוודאות שהוא אינו יהודי. מכיוון שזוהות תורם הזרע אינה מסוג האינפורמציה שבדרך כלל מוסרים לזוג עקר המבקש לעבור AID, הוא בכל מקרה היה אוסר על השימוש בטכנולוגיה זו.

נראה כי הר' טייטלבוים הוא דעת מיעוט בעניין זה. אפילו הר' יחיאל יעקב ויינברג — שלשיתתו הצאצא שנוצר כתוצאה מהליך של AID שבו נעשה שימוש בזרע של יהודי תמיד יהיה בגדר שתוקי⁶³, שהוא ילד שאמו ידועה אך אביו אינו ידוע, ולכן הוא בחזקת ספק ממזר — מסכים כי מכוח עקרון הרוב, במקום בו מרבית תורמי הזרע אינם יהודים, ניתן לקבוע חזקה כי הזרע אינו ממקור יהודי, ולכן הצאצא אינו לוקה בשום פגם הלכתי⁶⁴.

לאור האמור לעיל, אם נבחן את הוראת סעיף 2(3)(א) לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו-1996 נראה כי העדיפות שהחוק מעניק לשימוש בפונדקאית רווקה מתמודדת עם גישתו המחמירה של הר' טייטלבוים, הרואה בכל החדרת

62 אויערבאך, לעיל הערה 37.

63 קידושין, עד, א; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, טו, יב; שולחן ערוך, אבן העזר, ד, כו.

64 שו"ת שרידי אש, ג, ה.

זרע של אדם זר לרחמה של אישה נשואה — בין שבפני עצמו ובין שלאחר שהפריה ביצית — ניאוף, המביא לבלבול יוחסין והופך את הילד לממזר. כאשר מדובר בפונדקאית רווקה, אין גישתו של הר' טייטלבוים רלוונטית, שכן לא מתעורר החשש לקיום יחסי מין עם אשת איש, שהוא זה המעורר את החשש לבלבול יוחסין והופך את הילד לממזר. עם זאת, גם החוק מכיר בכך שאין להקשות על זוג יתר על המידה כשמדובר בדעת מיעוט, ולכן אם לא נמצאה פונדקאית רווקה, החוק מאפשר בתנאים מסוימים להיעזר בפונדקאית נשואה, ובכך למעשה החוק סומך על דעת רוב פוסקי ההלכה המיוצגת על ידי הר' פיינשטיין.

ד. בעיות הלכתיות נוספות שמתעוררות בעקבות שימוש בזרע של יהודי בהליך של AID⁶⁵

בעיה הלכתית נוספת המתעוררת משימוש בזרע יהודי בהליך של AID היא החשש מפני סיטואציה שבה אישה שהרתה באמצעות AID, ובעלה נפטר — למעשה ללא ילדים ביולוגיים משל עצמו — תינשא שוב לאחר מותו מבלי להשיג תחילה חליצה מגיסה. לפי דין תורה, אישה שבעלה נפטר עליה מבלי להניח אחריו ילדים, נדרשת להינשא לאחיו על מנת להמשיך את זרעו של בעלה המת ולקיים את שמו. הליך זה קרוי ייבום. אולם אחיו של הנפטר יכול לשחרר את עצמו ואת האלמנה מזיקת הייבום על ידי חליצה⁶⁶. לאחר החליצה, האישה חופשית להינשא למי שלבה יחפוץ. כיום, הנורמה היא לבצע חליצה ולא ייבום, ואם האלמנה לא קיבלה חליצה, אין היא יכולה להינשא שוב. אם האלמנה מתחתנת בלי חליצה, בעלה החדש יידרש להתגרש ממנה⁶⁷. אישה שילדה בעקבות AID נמצאת במצב המאפשר לה להתחמק בקלות מלבצע חליצה, כיוון שהיא יכולה להסתיר את העובדה שהילד אינו ילדו הביולוגי של בעלה, אלא תוצר של AID. ישנם פוסקי הלכה מעטים המחשיבים פרצה אפשרית זו כחמורה מספיק כדי לאסור לגמרי את השימוש ב-AID⁶⁸. אולם רוב הפוסקים תומכים בגישתו של הר' פיינשטיין. הסובר שניתן לפתור את בעיית החליצה באמצעות רישום זהות הילדים שנולדו בעקבות AID ברבנות, שכחלק מסמכותה לנהל את רישום הנישואין, אחראית גם על עניין פסולי החיתון. כמובן קיימת גם בעיה בכיוון ההפוך, דהיינו חיוב חליצה לאלמנה שבעלה אכן הביא ילד לעולם על ידי תרומת זרעו לאישה אחרת. אכן, יסוד

65 לרשימה של בעיות שונות ראו שטיינברג, לעיל הערה 1, בע' 155.

66 דברים, כה, ה-ו.

67 אולם ילידה מן הנישואין השניים לא יהיו ממזרים, ראו יבמות, יג, ב; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, ד, יד.

68 שו"ת זקן אהרן, ב, צז; שו"ת ציץ אליעזר, ג, כז.

הכרחי בגישתו הליברלית של ר' פיינשטיין לעניין השימוש ב-AID הוא ויתור על הסודיות באשר לזהות של תורמי הזרע ושל צאצאיהם למטרות הלכתיות.⁶⁹ האפשרות של הסתרת העובדה שילד נולד בעקבות הליך של AID מטרידה בתחומים הלכתיים נוספים שבהם יש משמעות משפטית מכריעה לייחוס המשפחתי של צאצא ממין זכר. בהקשר זה חשוב לציין שהמשפט העברי מגדיר אבהות במונחים ביולוגיים טבעיים בלבד⁷⁰, והוא אינו מכיר באימוץ כתחליף להורות טבעית.⁷¹ אחד מהתחומים ההלכתיים שבו קביעת האבהות הטבעית משמעותית ביותר הוא קביעת ההשתייכות למעמד הכהונה. מעמד זה מועבר אך ורק לצאצאיו הזכרים של כהן. לכן, ובמקרה הקל יותר, אם תורם הזרע אינו כהן, ובעלה של האישה שעברה טיפולי הזרעה מלאכותית הוא כהן, בנם למעשה אינו זכאי למעמד של כהן. אולם בסיטואציה זו, האב עלול להתפתות לגדל את בנו ככהן, תוך הסתרת מוצאו האמיתי של הבן. באופן דומה וחמור יותר, אם תורם הזרע הוא כהן, גם בנו יהיה כהן, ואם בעל האישה שעברה הזרעה מלאכותית אינו כהן הוא עשוי להתפתות שלא לגלות את עובדת היות בנו כהן, כדי להימנע מחשיפה ציבורית של דרך הבאת ילדו לעולם. כתוצאה מכך עלול להיווצר מצב שבו כהן יתחתן עם גרושה, נישואין שהם אסורים על פי ההלכה. גם במקרה זה, פוסקי הלכה מודרניים נחלקים בדעותיהם באשר לחשיבות שיש לייחס לסוגיה זו. חלק מפוסקי ההלכה רואים בבעייתיות זו סיבה מספקת כדי להתנגד לגמרי לשימוש ב-AID⁷², ואילו פוסקים אחרים טוענים שניתן להתגבר בקלות על הבעייתיות הזו בכך שידרשו מזוגות המבקשים להשתמש בטכנולוגיה זו גילוי מלא באשר לעובדת השימוש בה, בכל העניינים ההלכתיים שבהם יש צורך לקבוע את האבהות של הצאצא.⁷³ כמו כן, יכולות להתעורר בעיות בהגדרת האבהות של תורם זרע יהודי, ובקביעת היקפה. לפי מרבית פוסקי ההלכה, אם תורם הזרע הוא יהודי, הוא אבי הילד מכל בחינה אפשרית, כולל השתייכות למעמד הכהונה וירושה⁷⁴. אולם פוסקים אחרים טוענים שמאחר שתמיד יש יסוד של אי-ודאות באשר לזהות תורם הזרע ב-AID, הוא נחשב לאבי הצאצא רק לעניין חומרות הלכתיות, כגון האיסור על נישואין של אח ואחות זה עם זה. בכל שאר המובנים, כמו למשל בעניין זכויות ירושה, לא מתקיימת זיקת האבהות, והייחוס המשפחתי של הילד הולך אחר הייחוס המשפחתי של אמו או של אבי אמו.⁷⁵ סוגיה זו קשורה קשר הדוק לקביעה כאילו עניינים יש להטיל חובת

69 שו"ת אגרות משה, אבן העזר, א, עא.

70 ראו: Broyde, *supra* note 35, at pp. 118–119.

71 לגבי אימוץ בחקיקת התכמים, ראו אלוך, לעיל הערה 51, בע' 669–670.

72 שו"ת מנחת יצחק, ו, קמ.

73 שו"ת אגרות משה, אבן העזר, ד, לב.

74 תשב"ץ ג, רסג; בית שמואל, אבן העזר א, י; חלקת מחוקק, אבן העזר, א, ח; אויערבאך,

לעיל הערה 37, בע' 156.

75 טורי זהב, אבן העזר, א, ח; שו"ת משפטי עוזיאל, אבן העזר יט; שו"ת זקן אהרן ב, צז;

Broyde, *supra* note 35, at p. 120.

גילוי באשר לעובדת היות הילד המדובר תוצר של AID, כדי לפתור את הבעייתיות שעשויה להתעורר בקשר למוצאו, לייחוס המשפחתי שלו ולהשלכות ההלכתיות שיש לקביעות אלו.

בהקשר זה ראוי לציין שהמגמה הכללית הנוהגת כיום בשיטות משפט שונות ברחבי העולם היא לשמור על אנונימיות מוחלטת באשר לזהות תורם הזרע, אך עם זאת יש לספק אינפורמציה לגבי זהותו הגנטית של הילד הנולד מ-AID כדי למנוע נישואי קרבה העלולים לגרום פגיעה גנטית בצאצא. כמו כן, יש הסדרים לקבלת מידע באשר למוצאו האתני של התורם ובאשר לבריאותו הגנטית. אולם זכותו של ילד שנולד מ-AID לדעת את זהות אביו הביולוגי טרם התקבלה. יוצא מכלל זה הוא המשפט השוודי, המעמיד לצאצא הזכות לדעת את זהות תורם הזרע שלו, בהגיעו לגיל בגרות.⁷⁶

לגבי המצב בארץ, כיום שומרים על האנונימיות המוחלטת של תורם הזרע. אולם בזמן האחרון, עם עליית מספר הילדים הנולדים מ-AID בעזרת זרע יהודי, ביקשו דיינים העוסקים בענייני מעמד אישי להנהיג רישום של ילדים אלה כדי למנוע, בין השאר נישואי כהן עם גרושה. בקשה זו נתקלה בהתנגדות משרד הבריאות ומשרד המשפטים משתי סיבות: האחת, ששמירה על האנונימיות של התורם ככלל חיונית לנושא של תרומת זרע, והשנייה, שלקראת חתונתו של כל אדם, יש אפשרות לוודא שאין קרבת משפחה בין החתן לכלה. מובן שאפשרות זו אינה מספיקה כדי לפתור את המגוון הגדול של חששות הלכתיות בהקשר זה, כגון נישואי כהן וגרושה, והסתרת חליצה. כעת הנושא נדון על ידי שני המשרדים, מתוך מגמה לשמור בצורה מוחלטת על אנונימיות התורמים, אבל קבוצה נוהל משפטי שימנע נישואין בין קרובים המסוכנים מבחינה בריאותית כלבר.⁷⁷

ה. טיעונים מוסריים נגד השימוש ב-AID

מרבית פוסקי ההלכה מסכימים עם הר' פיינשטיין הטוען ששימוש בטכנולוגיית AID אינו מהווה, בפני עצמו, מעשה ניאוף לפי המשפט העברי. כמו כן, ראינו שניתן לפתור את רוב, אם לא את כל, הבעיות ההלכתיות הנלוות לשימוש בטכנולוגיית AID, כאשר משתמשים בזרע של לא יהודי, או שיוצעים בוודאות את זהותו של תורם הזרע, אולם עם זאת פוסקים רבים עדיין מתנגדים להתרת AID מלכתחילה בגלל טעמים שבמוסר.⁷⁸ אנו חוזרים אם כן לנקודה שהעלה הר'

76 ראו: 66–67 J. Mason & A. McCall Smith *Law and Medical Ethics* (London, 1999).

77 ראו א' פפר "תורמי זרע עלולים להיחשף עקב דרישת הדיינים" הארץ 2.4.2002. המידע לגבי המצב הנוכחי בישראל מבוסס על שיחה עם עו"ד מירה היבנר-הראל, היועצת המשפטית של משרד הבריאות. כמובן זה ישתנה אם תוכח טביעת אצבע גנטית של כהונה, כך שמבחן ה-DNA יוכיח גם את כהונת הגבר הרוצה לשאת אישה גרושה.

78 ראו סיכום הדינים בשטיינברג, לעיל הערה 1, בע' 154–155.

יעקובוביץ, דהיינו שההתנגדות המשמעותית ביותר שהועלתה על ידי רבים מפוסקי ההלכה המודרניים ל-AID, מבוססת בעיקרה למעשה על טיעונים מוסריים יותר מאשר על טיעונים משפטיים.⁷⁹

הר' יחיאל יעקב ויינברג תומך את התנגדותו ל-AID ברעיון שעצם הכנסת זרע של אדם זר לרחמה של אישה נשואה, אפילו אם מדובר בזרע של גוי, מהווה "מעשה כיעור ותועבת מצרים"⁸⁰. הביטוי "תועבת מצרים" הוא מקראי במקורו, ולקוח מספר ויקרא, מתוך דברי המוסר שבהקדמה לפרק העוסק בציוויים נגד קיום יחסי מין אסורים. איסורים אלו מלווים בהזהרה כללית: "כמעשה ארץ מצרים אשר ישבתם בה לא תעשו, וכמעשה ארץ כנען אשר אני מביא אתכם שמה לא תעשו, ובחוקותיהם לא תלכו... כי את כל התועבות האלה עשו אנשי הארץ אשר לפניכם ותטמא הארץ"⁸¹. בכך שהר' ויינברג ביסס את התנגדותו לשימוש בטכנולוגיית AID דווקא על ההזהרה הכללית, ולא על אחד מהאיסורים הספציפיים של גילוי עריות המופיעים באותו פרק של גילוי עריות, הוא מצביע על כך שאין איסור הלכתי ספציפי של AID, אלא האיסור נובע מהמוסר.

הר' יעקב ברייש, שעמו התכתב הר' ויינברג בעניין זה, מאמץ גישה דומה. בהתאם לעמדת הרוב, הר' ברייש אינו מסכים עם עמדתו של הר' טייטלבוים שלפיה התוצר של AID הוא ממזר, אך הוא כן גורס כי מפרספקטיבה דתית-רוחנית, אין לעשות מעשי כיעור מן הסוג הזה, אשר ניתן להשוותם לתועבות ולמעשי מצרים וכןען. כמו כן מוסיף הר' ברייש כי השימוש בטכנולוגיית AID מנוגד ל"הרגשות דתיות בכלל"⁸². לדעתו, כאשר בוחנים את המוסריות שבהליך ה-AID אל מול הסטנדרט של "רגשי הדת", תמיד תימצא טכניקה זו חסרה ופחותה. כן טוען הר' ברייש שטכנולוגיית AID מנוגדת ל"רוח היהדות". ככל הנראה, כוונתו באמירה זו היא שהזרעה מלאכותית פוגעת בערך היהודי-מסורתי של צניעות בכל הקשור למערכת היחסים האינטימית שבין איש לאישה, ולהליך הרבייה, בכך שמביאים לידיעת הכלל את מה שראוי היה שיישמר בפרטיות. ערך זה מרכזי ביותר לאורח החיים היהודי, בייחוד בהקשרו המקראי, וכן הוא משחק תפקיד משמעותי ביותר באפיון ייחודו של עם ישראל לעומת שאר העמים — מצרים וכןען — ובעיצוב זהותו של עם ישראל כעם נבחר.⁸³

הר' וולדינברג מעלה פירוש מצומצם יותר לקטגוריה של "תועבות מצרים וכןען"⁸⁴. לפי הר' וולדינברג, עצם החדרת הזרע של גבר זר לרחמה של אישה

79 ראו: Jakobovits, *supra* note 21, at pp. 248–249.

80 שו"ת שרידי אש, ג, ה.

81 ויקרא, יח, ג, כ-יג, כו-ל; יחזקאל, כג, יט; ראו גם אנציקלופדיה מקראית (ח) תדמור עורך, חשמ"ב, כרך ח) 468–466.

82 שו"ת חלקת יעקב, א, כד.

83 ראו: S. Stern *Jewish Identity in Early Rabbinic Writings* (1994) 5.

84 שו"ת ציץ אליעזר, ג, כז.

נשואה הוא תועבה גדולה, מאחר שלפי התלמוד, נוכחות האל שורה רק על צאצאים שייחוסם המשפחתי ודאי⁸⁵. יש לציין שהר' וולדינברג אינו מאמץ את גישתו של הר' טייטלבוים, הרואה בכלבול יוחסין את אחד מאבני היסוד המשפטיים המרכיבים את האיסור ההלכתי על ניאוף. בעיני הר' וולדינברג, השימוש בטכנולוגיית AID הוא בגדר עברה מוסרית בתכלית, הנופלת תחת האיסור הכללי על "תועבות מצרים וכנען".

טיעון מוסרי נוסף המועלה על ידי חלק מפוסקי ההלכה המודרניים נגד השימוש ב-AID מתמקד בהצעתו של הר' פיינשטיין להשתמש בזרע של לא יהודי על מנת להימנע מהבעייתיות של גילוי עריות פוטנציאלי. בנוסף לכך שהצעה זו מנוגדת למגוון רחב של תפיסות מיסטיות באשר לחסרונות הבירורוניים שבזרע לא יהודי, ההצעה מואשמת בכך שהיא פותחת דלת אחורית להתבוללות⁸⁶. אכן, יש משהו משונה בכך שיהודים רבים מחשיבים נישואין ללא יהודי כדבר מתועב, בעוד שפוסק הלכה בולט ממליץ על השימוש בזרע של לא יהודי כדי לפתור בעיית פוריות!

לנוכח זאת יש לסכם ולומר שקיים מתח מסוים בהלכה בין המשפט למוסר לגבי השימוש ב-AID. המשמעות המעשית של מתח זה היא שזוג הנזקק להשתמש בטכנולוגיית AID, יודע מראש שלא תתעוררנה בעיות הלכתיות משמעותיות בעקבות ההליך. אכן, הר' ברייש, המגנה בביטויים מוסריים מאוד חזקים, את השימוש ב-AID, אפילו באמצעות זרע של לא יהודי, עושה מאמצים גדולים מאוד כדי להראות כי מבחינה משפטית-הלכתית, ניתן להניח שזרע שנלקח מבנק זרע מחוץ לישראל איננו ממקור יהודי, ועל כן הילד שנולד ממנו יהיה נקי מכל סטיגמה הלכתית משמעותית⁸⁷. יתרה מזו, האפשרות לנהוג על פי גישתו של הר' פיינשטיין מוצגת בחוברת העוסקת בענייני פוריות שיצאה לאחרונה בארצות-הברית⁸⁸. גם בישראל, אחת מהתכונות המיוחדות המאפיינות מרפאות פוריות ישראליות רבות היא הזמינות של זרע ממקור לא יהודי⁸⁹. בהקשר זה, עולה הרושם כי יהודים דתיים

85 יבמות, מב, א.

86 שו"ת ציץ אליעזר, ג, כז; שו"ת ישכיל עבדי, אכן העזר, י; שו"ת דברי יואל, אכן העזר, קז-ק.

87 שו"ת חלקת יעקב, א, כד, וראו שו"ת אגרות משה, אכן העזר, א, עא. יש לציין שאחד מהטיעונים של הר' ברייש נגד השימוש ב-AID הוא שהשימוש נאסר על ידי האפיפיור, ולו היה ניתן לכך היתר הלכתי ביהדות, הדבר היה גורם לחילול השם!

88 ראו: R. Grazi & J. Wolowelsky "New Ethical Issues": *Be Fruitful and Multiply, supra*; Y. Jakobovits "The Longing for Children in a Traditional Jewish Family" *Be Fruitful and Multiply: Fertility Therapy and the Jewish Tradition* (Jerusalem, R. Grazi ed., 1994) לדעת מחברים אלו: "a Jewish couple who is sensitive to halakhic concerns should insist on obtaining donor semen from non-Jew. Not all couples are aware of this, and the physician should discuss this in his or her counseling session". *Ibid.*, at pp. 202–203.

89 D. Ross "Artificial Insemination for a Single Woman" *Jewish Legal Writings by Women* 89 (Jerusalem, M. Halpern & C. Safrai eds., 1998) 46.

"מצביעים ברגליהם" נגד השימוש בטכנולוגיית AID, ונוטים להסתמך על גישתו של הר' פיינשטיין כדי לפתור בעיות פוריות דחופות במיוחד. אולם אין לזלזל בממד המוסרי. אין כל רע בנקיטת מידת-מה של זהירות לגבי נושאים כגון המכנה המשפחתי המסורתי והחשש מפני פגיעה במבנה זה על ידי טכניקות כמו AID. אין להתעלם מהנטורליזם המוחלש שבגישתו של הר' יעקובוביץ ל-AID⁹⁰ ומנימת הזהירות העולה ממנו בנוגע לשימוש בטכנולוגיות הרבייה.

ו. הפריה חוץ גופית ("IVF")⁹¹

1. עמדות הפוסקים המודרניים
בין פוסקי ההלכה המודרניים, הר' וולדינברג מתנגד בכל תוקף לשימוש ב-IVF, אפילו במקרה של זוג נשוי העושה שימוש בזרע הבעל ובביציות של האישה במטרה להחדיר את הביציות המופרות לרחמה שלה ולא לרחם של אם פונדקאית⁹². הוא מעלה מספר טיעונים נגד ההליך, אשר הראשון מביניהם קשור לעברה של השחתת זרע. כפי שכבר נדון לעיל, לעתים קרובות עושים שימוש ב-AIH כדי להתגבר על בעיות פוריות של הבעל הנובעות מפגמים אנטומיים באיבר המין שלו או מאימפוטנציה פסיכולוגית חמורה. לפי הר' וולדינברג, הטיועון שעושים בו שימוש בהקשר של AIH — על מנת להצדיק את העובדה שהבעל אינו פולט את הזרע למערכת הרבייה של אשתו הוא — הוא שזו הדרך היחידה שבאמצעותה הוא יכול להתגבר על בעיית הפוריות שלו ולקיים את מחויבותו הדתית להתרבות. טיועון זה אינו עומד בהקשר של IVF, אשר לשיטתו של הר' וולדינברג, נועד להתמודד עם אי-פוריות של האישה בלבד. ומאחר שהציווי על פרייה ורבייה אינו חל על האישה⁹³, הבעל אינו יכול להצדיק את השחתת זרעו כדי לאפשר IVF. טיועון נגד נוסף שמעלה הר' וולדינברג, הוא שהיסוד לחשש מפני האפשרות שיווצר בלכול בתאי רבייה או בקדם-עוברים העומדים להשתלה, רציני הרבה יותר במקרה של IVF מאשר ב-AID, וזאת בהתאם לגורם הזמן הכרוך בכל אחד מההליכים. ב-IVF שמים הן את הזרע והן את הביצית במבחנת זכוכית לפרק זמן של יומיים עד שלושה ימים. במהלך זמן זה הביצית מופרית ומוחדרת לרחם. תקופת הזמן שבה גם הזרע וגם הביצית נמצאים מחוץ לגוף בתנאי מעבדה ארוכה יותר ב-IVF מאשר בהזרעה מלאכותית, שבה רק הזרע נמצא מחוץ לגוף

90 Jakobovits, *supra* note 21, at pp. 248–249

91 In Vitro Fertilization

92 שו"ת ציץ אליעזר, טו, ה.

93 רמב"ם, הלכות אישות, טו, ב.

ומזדקק ישירות לתוך מערכת הרכייה של האישה. ומכאן נובעים חששותיו של הר' וולדינברג בנוגע לאפשרות החמורה שייווצר בלכול כתאי רבייה או בקדם-עוברים. עוד טוען הר' וולדינברג שמאחר שהליך IVF מתבצע במבחנה כתנאי מעבדה, הילד שנולד כתוצאה מהליך זה משולל כל ייחוס משפחתי, ואין לו לא אב ולא אם לפי המשפט העברי. הר' וולדינברג משתמש בעמדה זו על מנת לפסוק שהבעל המעורב בהליך של IVF אינו מקיים למעשה כל מצווה, אפילו לא ברמה של מצווה מדרבנן, כי לא נוצר כל יחס של הורות כתוצאה מ-IVF. על כן, עליו להימנע מלהשתמש בהליך זה. מרבית הפוסקים דוחים את עמדתו של הר' וולדינברג בעניין החשש להשחתת זרע. לשיטתם, כל עוד המטרה הסופית היא הולדה, האיסור על השחתת זרע אינו חל על תהליך הרבייה⁹⁴. כמו כן, כפי שנדון לעיל בעניין הזרעה מלאכותית, יש לנקוט אמצעי מניעה מעשיים כדי לוודא שלא יתרחשו החלפות של זרע וביציות. לאור נקיטת אמצעים אלו, הסיכויים שזרע או קדם-עובר יוחלפו נמוכים מאוד, ועל כן אין זה מוצדק לאסור את השימוש בתהליך בכללותו בשל החשש שייווצר בלכול כתאי המין או בעוברים.

בנוגע להיעדר כל ייחוס משפחתי של הצאצא הנולד, המקור של רעיון זה מונח באמרה של הר' מנחם עזריה מפאנו, שלפיו לילד שהוא תוצר של "תרכובת זרה" אין במשפט העברי, באופן עקרוני, ייחוס משפחתי, לא מצד אביו ולא מצד אמו. כוונת הר' מנחם עזריה היא לזיווג שאינו מוכר על פי ההלכה בכלל, כגון נישואין בין יהודי ולא יהודי. אולם במקרה של ילד הנולד לאם יהודייה ואב לא-יהודי, הילד אכן ייחשב לצאצאה של אמו מכיוון שהוא נוצר ברחמה ולכן הוא הפך להיות חלק ממנה. מובן שבמקרה של אם לא יהודייה, אין שהייה בזמן יצירתו של הילד ברחם יהודי, ולכן במקרה זה אין בכלל יחסי הורות לילד המוכרים על ידי המשפט העברי⁹⁵. החידוש בקביעתו של הר' מנחם עזריה הוא השלילה במישור העקרוני של כל ייחוס משפחתי לילד שנולד לזוג מעורב בגלל ה"מזירות" של היחסים ביניהם.

הר' וולדינברג טוען שהמושג "תרכובת זרה" שייך גם לתינוק הנוצר במבחנה בתהליך הפריה חוץ-גופית. לכן לתינוק זה אין הורים על פי המשפט העברי, כי הוא הגיע לרחם רק אחרי שנוצר, וזה מאחר מדי כדי ליצור קשר של אימהות עם בעלת אותו הרחם. יש לציין שכאן ה"זרות" נובעת מהצורה הלא-טבעית של הכניסה להיריון של התוצר של IVF.

אולם הטעם העומד מאחורי המושג של "תרכובת זרה" לפי הר' מנחם עזריה הוא העברה שבבסיס הנישואין הללו, דהיינו ה"זרות" של הזיווג מבחינה משפטית. אין כל הוכחה לכך שהר' מנחם עזריה התכוון לשלול מילד שנולד באופן לא טבעי

94 ראו במקורות שצוטטו לעיל בהערה 5.

95 שו"ת רמ"ע מפאנו, קטז. הקביעה ההלכתית שאין אבהות על פי ההלכה לאביו הלא-יהודי של ילד הנולד לו ולאשתו היהודייה משחקת תפקיד מרכזי בהיתרו של הר' פיינשטיין להיעזר בטכנולוגיה של AID אם משתמשים בזרע מתורם לא יהודי, כפי שהסברנו לעיל.

את הייחוס המשפחתי שלו. המילה "זרה" משמשת במובן משפטי בלבד. אף על פי כן, הר' וולדינברג טוען ש"התרכובת הזרה" שהר' מנחם עזריה מתכוון אליה כוללת כל הליך רבייה שבו המפגש בין הביצית לזרע מתרחש מחוץ לגוף האישה.⁹⁶ כמו כן, בכל הנוגע לקביעה מי היא אם היילוד, הרעיון שלפיו כל התערבות מלאכותית במהלך הפריית הביצית של האם מנתקת את הקשר בין האם לילד אינו מבוסס לחלוטין, מאחר שלפי המשפט העברי, הקשר בין האם לילד נוצר בשעת הלידה ולא בתקופת ההיריון. על כן העובדה שהזרע והביצית נפגשו בתוך כלי זכוכית אינה רלוונטית לקביעת האימהות. השימוש שעושה הר' וולדינברג במושג "תרכובת זרה" לגבי IVF מחזק את הרושם שהוא מתנגד בעיקר לחוסר הטבעיות שבהליך. ביטוי של הר' מנחם עזריה באשר לילד של זוג מעורב, מאפשרת לר' וולדינברג לבסס את התנגדותו על מקור הלכתי, אף שקשה לראות בו תקדים משכנע. בהקשר זה, פסיקתו של הר' וולדינברג היא דוגמה מובהקת לחידרה של נטורליזם לתוך ההלכה, וככזו, אין זה מפתיע שגישתו נותרה קול בודד בין פוסקי ההלכה בתחום זה.

תשובתו של הר' וולדינברג עוררה טיעוני נגד מצד הר' אביגדור נבנצל, הרב של הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים.⁹⁷ הר' נבנצל מציין את המחיר האנושי הגבוה שמשלמים בני זוג המשתוקקים נואשות להרות ולהוליד את ילדם עצמם ובשרם באמצעות הביציות והרחם של האישה והדבר נאסר עליהם. התנהלות על פי המגמה שהותוותה בפסיקתו של הר' וולדינברג עשויה להוביל לגירושין, "ונמצאנו הורסים בניין אשר לשלמותו אמרה תורה, שמי שנכתב בקדושה ימחה על המים".⁹⁸ הר' נבנצל חוזר על טענת האסכולה המתירנית באשר לשימוש ב-AIH, שלפיה איסור השחתת הזרע אינו ישים בהקשר של טיפולי פוריות שזוג נשוי מעורב בהם. מאחר שהמטרה היחידה מאחורי כל פעולה של פליטת זרע בהקשר זה היא להביא לידי לידה של ילד, התפיסה של השחתת זרע פשוט אינה רלוונטית.

בנוגע לחששו של הר' וולדינברג מפני החלפה של ביציות וזרע, הר' נבנצל סובר כי בעוד ש"הפוטנציאל שיתרחש שיבוש מן הסוג הזה תמיד קיים, קשה

96 גישה דומה לזו של הר' וולדינברג מופיעה בשו"ת דברי מלכיאל, אולם היא כמעט לגמרי ייחודית, והר' מלכיאל טנבאום בעצמו אינו פוסק בהתאם לעמדה זו בסוף תשובתו; ראו: J.D. Bleich *Contemporary Halakhic Problems* 4 (New York, 1998) 238–242. יש לציין שלדעת קורנילדי, לעיל הערה 37, היה מקום לאמץ גישה זו בישראל כדי להתפטר מהבעיות ההלכתיות הכרוכות ברבייה מלאכותית ולהתייחס לצאצאי טכנולוגיה זו על ידי דיני אימץ. בנוסף לפתרון גורף לבעיות הטכנולוגיה מבחינה הלכתית, צעד זה היה משווה את המשפט הישראלי להרבה שיטות משפט אחרות בעולם. כמובן, אין דעה זו מקפת את דעתם של רוב הפוסקים המודרניים העוסקים בתחום זה.

97 "הפריה במבחנה – הערות" ספר אסיא (מ' הלפרין עורך, תשמ"ו, כרך ה) 91–92.

98 הכוונה היא לטקס הסוטה, דהיינו, אישה החשודה בגילוי עריות שאולצה לשתות משקה ובו מגילה ועליה נכתב שם השם. ברור הדבר, כי הנזל היה מוחק את שם השם מהמגילה, אולם על מנת להביא לשלום בית בין בעל לאישתו בכך שיוכח שהאישה לא חטאה, מחיקת שם השם הייתה מותרת (במדבר, ה, יא–לא; תלמוד בבלי: שבת, קטז, א).

להצדיק הכרעה בנוגע לעתידו של זוג יהודי אך ורק על בסיס חשש מפני התרחשות של שיבוש פוטנציאלי במהותו".

בתקיפה ישירה על פסיקתו של הר' וולדינברג שהמלאכותיות שבטכניקות רבייה מלאכותיות בפני עצמה שוללת מן הצאצא שנוצר באמצעותם כל ייחוס משפחתי, הר' נבנצל מצביע על כך "דאין לנו לילך בתר חיצוניות הדברים אלא בתר פנימיותם", וכל עוד המטרה היא הפריית הביצית, מן הראוי הוא שאופן ההפריה לא יהיה רלוונטי. לשיטתו של הר' נבנצל, לא צריכה להיות כל הבחנה בין טכנולוגיות רפואיות מודרניות המקובלות ומותרות לשימוש למשל לצורך ריפוי של איברים פגומים, לבין טכנולוגיות רפואיות העוסקות ברבייה. בדיוק כפי שאף אחד לא יטען שה"מלאכותיות" שבאיבר מלאכותי פוגעת בציורי ההלכתי להירפא, כך גם אין לשלול מטכנולוגיות רבייה מודרניות את חשיבותן הרפואית אך ורק בשל אופיין המלאכותי. הר' נבנצל חולק גם על היישום שעושה הר' וולדינברג לרעיון שהביע הר' מנחם עזריה מפאנו בדבר "תרכובת זרה" בעניין צאצא של זוג יהודי כתוצאה משימוש ב-IVF. שני המקרים שונים לגמרי. הר' מנחם עזריה מתמודד עם מערכת יחסים אסורה במישור המשפטי בלבד. בשימוש בטכנולוגיית IVF במקרה של זוג יהודי נשוי לא מתעוררת בעיה משפטית מן הסוג הזה, ולכן לא עולה כל שאלה בדבר היות הילד תוצר של "תרכובת זרה". אכן, "הכא האיש והאישה שניהם כשרים וראויים להוליד זה מזו, אלא שהוצרכו למעט עזרה".

שתיים מן הסוגיות שעלו במחלוקת שבין הר' וולדינברג והר' נבנצל זכו לטיפול מיוחד באנציקלופדיה לאתיקה רפואית יהודית של פרופ' אברהם שטיינברג. הסוגיה הראשונה היא הגישה הנטורליסטית שאימץ הר' וולדינברג. שטיינברג מציין ש"לפי השקפת היהדות לא מקובלת התפיסה הדורשת לשמור על חוק הטבע, ולא לאפשר לאדם ולטכנולוגיה להתערב בתהליכים הטבעיים, אלא אדרבה, האדם הוא שותף להקב"ה בשיפור ושיכלול העולם בכל התחומים"⁹⁹. יתרה מזו, שטיינברג ממשיך וטוען כי בהקשר של טיפול רפואי, יש חיוב הלכתי לפתח טכנולוגיות חדשות במטרה להתגבר על כל צורה של מגבלה גופנית, בייחוד בתחומים שבהם הבעיה הגופנית משפיעה גם על מערכת היחסים בין בעל לאשתו¹⁰⁰.

הסוגיה השנייה עוסקת בחשש מפני ניצול לרעה במסגרת הליך ה-IVF, ובמיוחד בחשש מפני החלפה של תאי מין במעבדה במהלך החדרת הזרע שנלקח מן התורם. הר' נבנצל דוחה את העמדה שלפיה עצם קיומו של חשש מן הסוג הזה, אפילו אם הוא מוצדק, מצריך איסור גורף של השימוש בטכנולוגיית רבייה מלאכותית. שטיינברג דן בסוגיה זו בנספח לכרך העוסק ב-IVF, שבו הוא מעלה כמה נקודות חשובות¹⁰¹. כעיקרון, אין לדורנו סמכות להכפיף את כלל היהודים לאיסור חדש

99 שטיינברג, לעיל הערה 3, בע' 125.

100 שם, בע' 126-127.

101 שם, בע' 150-168.

המהווה סייג שמטרתו להגן על מצוות בין מדאורייתא ובין מדרבנן. סמכות זו פסקה עם חתימת התלמוד¹⁰², ועל כן כל פסיקה המאזנת יותר לתקופת התלמוד, שמטרתה להגן על מצוות קיימות היא בעל כורחה בהיקף מקומי בלבד. כמו כן, ישנה מגמה כללית שלא להוסיף פסיקה מקומית מן הסוג הזה לפסיקה הקיימת כבר וכלולה בתלמוד, אלא אם כן היא נחשבת הכרחית ונחוצה ביותר על ידי כל הסמכויות ההלכתיות המקומיות¹⁰³. שטיינברג מסכם את מגוון ההלכות והתקנות בעניין הגישה ההלכתית להתקנת סייגים הלכתיים במקרים שבהם קיים חשש ממשי הנובע משיקולים מעשיים שמא יופרו המצוות וההלכות הקיימות, ומסקנתו היא שאין כל בסיס לפסוק באופן גורף נגד השימוש ב-IVF על יסוד חשש זה¹⁰⁴. כמו כן הוא מציין כי על פוסקי הלכה בתחום זה להיות בעלי רמה גבוהה של מומחיות מדעית ורפואית על מנת לבסס את פסיקותיהם על עובדות ולא על השערות. ולכן בתחומים שבהם פוסקי הלכה בדרך כלל אינם מיומנים דיים כדי לקבל הכרעות משפטיות מדויקות בנוגע לעובדות אמפיריות, יש להשתמש בצמצום, אם בכלל, במדיניות שלפיה עדיף להחמיר ולאסור את השימוש בהתפתחויות חדשות¹⁰⁵. גם באשר ל-IVF יש להדגיש את הכמיהה לילדים דווקא בין יהודים שומרי מצוות ואת מצוקתם הנפשית החמורה כשהטבע לא משתף פעולה עם אותה כמיהה¹⁰⁶.

עוד יש לציין שבמובנים רבים ישנה הקבלה מעניינת בין מחלוקת זו לבין המחלוקת שבין הר' פיינשטיין והר' טייטלבוים בסוגיית ה-AID. בשני המקרים, העמדה המתירנית מבוססת על גישה פורמליסטית באשר לאופן פסיקת ההלכה, ודחיית עמדה שלפיה כל סטייה מדרך ההולדה הטבעית מנוגדת לדת ולמוסר. עמדת המתנגדים מסתמכת על גישה המורכבת ממקורות שונים, שלפיה רק הולדה טבעית מוסרית ומקובלת מבחינה דתית ומוסרית. התנגדות זו מתורגמת לאחר מכן להתנגדות הלכתית נורמטיבית.

2. בעיות הלכתיות המתעוררות בנוגע ל-IVF בעזרת תורמת ביציות או אם פונדקאית: קביעת האימהות והזהות היהודית

2.1 קביעת אימהות

רבות מבעיות הפוריות מצד האישה ניתנות לטיפול אך ורק בעזרת ביציות מתורמת

102 רא"ש, שבת ב', טו; שדה חמד, מערכת גימל, יא; שטיינברג, לעיל הערה 3, בע' 155.

103 שו"ת ריב"ש רעא; שו"ת רשב"א ג', תיא; שו"ת מהרש"ל קכא.

104 ראו משנה ידים ד; תלמוד בבלי: ברכות, ס, א; רש"י, ביצה ב, ב ד"ה "דהתרה"; שדה חמד, מערכת כ' יט.

105 שטיינברג, לעיל הערה 3, בע' 158–166.

106 ראו: S. Barris & J. Comet "Infertility: Issues From the Heart" *Be Fruitful and Multiply*: 19–37

(Jerusalem, R. Grazi ed., 1994); *Fertility Therapy and the Jewish Tradition*; מאמר זה דן במוטיבציה החברתית הגבוהה שבבסיס המגמה לחפש אחר טיפולי פוריות מצדם של יהודים אורתודוקסים.

או מאם פונדקאית, ושתי השיטות הללו מעוררות בעיות הלכתיות משמעותיות באשר לקביעת האימהות ולכינון הזהות היהודית. השאלה בדבר זהות האם – אשר חשובה לצורך סוגיות הלכתיות שונות כגון גילוי עריות, זהות יהודית, והיבטים מסוימים של המשפט האזרחי – מתעוררת בהקשר של IVF. במקרה שבו האם הגנטית והאם שבסופו של דבר יולדת הן שתי נשים שונות, כמו במקרה של שימוש באם פונדקאית במסגרת פונדקאות מלאה, דהיינו שהביצית אינה של האשה הפונדקאית והיא מספקת אך ורק את הרחם¹⁰⁷. העמדה שהתקבלה במידה רבה בקרב פוסקי ההלכה היא שהאם היולדת בלבד נחשבת אמו ההלכתית של הילד¹⁰⁸. התקדים התלמודי המנחה מאחורי עמדה זו הוא ההלכה שלפיה אחים שאמם התגיירה במהלך ההיריון אינם כפופים לחיוב של ייבום וחליצה, אך בכל זאת נאסר עליהם להינשא זה עם אשת זה¹⁰⁹. הסיבה לכך שדיני ייבום אינם ישימים במקרה זה היא שהאחים אינם קרובים זה לזה מצד האב מאחר שהאבהות של לא יהודי אינה מוכרת במשפט העברי, ודיני הייבום נוגעים רק לאחים מאותו האב. אף על פי כן, יש ביניהם קרבה מצדה של אמם, ולכן הם אסורים זה על אשת זה שהרי שניהם יצאו מרחמה לאחר שהיא התגיירה. במילים אחרות, מאחר שהקשר הביולוגי של האחים עם אביהם הלא יהודי חסר כל משמעות חוקית לפי המשפט העברי, החיוב לבצע חליצה לאלמנתו של מי מהם עם מות אחד האחים אינו חל. אולם האיסור של קיום יחסי מין עם אשת האח¹¹⁰ אכן חל עליהם, מכיוון שהם נחשבים אחים מצד אמם.

אם כן, השאלה שמעלה התלמוד היא זו: הואיל וגיוור מנתק את כל הקשרים המשפטיים שקדמו לו בין בני אותה המשפחה הביולוגית¹¹¹, מדוע שני האחים שאמם התגיירה נחשבים קרובים זה לזה מצד אמם? הרי לנוכח האמור לעיל, מכיוון שהאם התגיירה עוד לפני לידת האחים, הגיוור חל גם עליהם, ועל כן הם אמורים להיות בגדר זרים לגמרי – זה לזה ולאמם. הוכחה לכך שגיוור באמת מנתק את כל הקשרים המשפטיים בין בני אותה המשפחה הביולוגית ניתן למצוא בהיתר ההלכתי, ברמה של מדאורייתא בלבד, לגר להתחתן עם כל קרובת משפחה שהיא גיורת, מאחר שכל קרובי המשפחה שעברו גיוור נדמים כאילו הם נולדו מחדש¹¹². מן הראוי

107 נ' גולדברג "יחוס אמהות בהשתלת עובר כרחם של אחרת" תחומין ה (1984) 249; מ' הרשור "בעיות הלכתיות בחינוך מבחנה" הלכה ורפואה א (1980) 313–320; א' כילאב "האם אמהות נקבעת לפי ההתעברות או לפי הלידה?" תחומין ה (1984) 260–267; מ' שטרנבוך "על חינוקות מבחנה" בשבילי הרפואה ח (1978) 29–41 י"ב מאיר "הפריית מבחנה – יחוס עובר הנולד לאם פונדקאית ולאם ביולוגית" אסיא מא (1986) 25–40; ע' ביק "יחוס אמהות בהשתלת עוברים" תחומין ז (1987) 266–270.

108 ראו המקורות שם; 131–140 pp. Broyde, *supra* note 35.

109 יבמות, צז, ב.

110 ויקרא, יח, טז.

111 יבמות, כב, א; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, יד, יב; שולחן ערוך, יורה דעה, סט, א.

112 שולחן ערוך, יורה דעה, רסט, א.

לציין, כי נישואין בין קרובי משפחה ביולוגיים נאסרו על ידי החכמים וזאת משום שנישואין שכאלו מנוגדים למוסכמות המוסריות המקובלות באופן אוניברסלי¹¹³. מכל מקום, ניתן להשיב על השאלה המוצגת בתלמוד בטענה שעצם העובדה ששני האחים יצאו לאוויר העולם מתוך רחם יהודי, ולא בשל העובדה שהם קשורים מבחינה גנטית לאמם, היא הסיבה שהם נחשבים ילדיה, ועל כן כפופים לאיסור על אח להינשא לאשת אחיו. עניין זה הועלה על ידי רש"י, המעיר כי בכל הקשור לסוגיה של נישואין עם גיסות, הקשר בין האחים נוצר בלידתם, "שהרי היא (האם שהתגיירה) כישראלית שילדה בנים"¹¹⁴. על כן האימהות נקבעת לפי הלידה¹¹⁵, ולא לפי קשר גנטי. לנוכח זאת, הכלל במקרה של פונדקאות הוא שהאישה שיוולדת בפועל את הילד היא אמו מבחינה משפטית, ולא תורמת הביצית. ישנה עמדת מיעוט הרואה כתורמת הביצית את האם ההלכתית של הילד¹¹⁶. רוב פוסקי ההלכה לא קיבלו עמדה זו¹¹⁷, מאחר שהיא בעיקר מבוססת על מקורות אגדיים¹¹⁸.

הר' דוד בלייך, הציג הצעה מעניינת, דהיינו שלאור הספק בהלכה בעניין האימהות של ילד הנולד לאם פונדקאית בפונדקאות מלאה, יש לקבוע לו שתי אימהות לצורכי ההלכה¹¹⁹. הר' בלייך מפתח תאוריה כללית, תוך שהוא מצטט מספר דוגמאות הלכות מההלכות הקשורות בחקלאות, שלפיה כפי שבמקרה שבו יש ספק בנוגע למעמדו של צמח שהורכב על גבי צמח אחר, הפתרון הטוב ביותר הוא לאמץ את הגישה המחמירה ולהתייחס אל חלק הצמח שהורכב כחלק בלתי נפרד מהצמח שעליו הוא הורכב לצורך כל האיסורים ההלכתיים הרלוונטיים, כך גם במקרה של אם פונדקאית נאסר על הצאצא להינשא לשתי קברצות של קרובים: לאלו מצדה של תורמת הביצית, ולאלו מצדה של האם הפונדקאית.

למעשה, האנלוגיה בין רבייה מלאכותית של בני אדם והלכות בנושא חקלאות אינה חדשה. הר' יקותיאל קמלר דן בהשלכות המשפטיות של השתלות שחלה בכתב עת הלכתי שפורסם בוורשה בשנת 1932. באשר לקביעה מי היא אמו של ילד שנולד לאישה שעברה השתלת שחלה, הר' קמלר גורס שהאם היא זו שילדה

113 טור, יורה דעה, רסט.

114 רש"י, תלמוד בבלי: יבמות, צז, ב, ד"ה "אבל חייבים".

115 תוספות, כתובות, יא, א, ד"ה "מטבילין אותו".

116 ש' גורין "השתלת עוברים לאור ההלכה" הצפה 17 (1984) 12; א' ורהפטיג "נספח לדיון בעניין תינוקות מבחנה" תחומין ה (1984) 268–269.

117 ראו במקורות שצוטטו לעיל, בהערה 107; 238; 96, *supra* Bleich.

118 הגימוקים העיקריים הם: הקטע האגדי בתלמוד שלפיו העובר מתחיל להיות ייצור חי מוזמן להתעברות (סנהדרין, צא, ב); האגדה שיש שלושה שותפים באדם – האל, אביו ואמו – משעת ייצירתו דהיינו, משעת ההתעברות (נדה, לא, א); והעובדה שהתורה משתמשת במילה "ילדיה" כשהיא מתארת הריגת עובר בתוך רחם אמו כתוצאה ממכה לאישה ההרה תוך כדי מאבק בין אנשים נצים (שמות, כא, כב). כל המקורות האלה הם בעלי אופי אגדי מובהק.

119 Bleich, *supra* note 96, at pp. 237–272.

את הילד מכיוון שהשחלה הפכה להיות חלק בלתי נפרד מגופה בשעת ההשתלה. ההנמקות שלו מבוססות, בין היתר, על הלכות עורלה, העוסקות באיסור אכילת פרות של עץ חדש שנשתל במשך שלוש שנים אחרי השתילה¹²⁰. מקריאה פשוטה של התלמוד עולה כי ניתן לאכול פרות אשר צמחו על גבי ענף מעץ עורלה שהורכב על עץ שמלאו לו כבר יותר משלוש שנים, מאחר שהענף שהורכב הפך להיות חלק בלתי נפרד מהעץ שעליו הוא הורכב¹²¹. הר' קמלר מיישם את העיקרון הזה ישירות על המקרה של השתלת השחלות, ופוסק לטובת האם היולדת¹²².

הר' בלייך עשה ניתוח מעמיק של המקורות העוסקים בהרכבת צמחים¹²³, והגיע למסקנה שבכל המקורות המעמד הסופי של הרכבה שכזו נותר לא ברור מבחינה הלכתית. לכן יש להתמודד עם כל ההסתעפויות ההלכתיות הנובעות מן ההרכבה באמצעות יישום של המגבלות החלות גם על הצמח שהורכב וגם על הצמח שעליו נעשתה ההרכבה. כלומר, ליתר ביטחון, יש לנהוג בצמח המורכב כאילו הוא תוצר גם של התורם וגם של המקבל¹²⁴. לכן, מבחינה הלכתית, ילד שנולד לאם פונדקאית בסיוע של תורמת ביצית מחויב להימנע מלהינשא הן עם משפחת תורמת הביצית והן עם משפחת האם היולדת.

רעיון האימהות הכפולה עורר ביקורת. הר' אויערבאך מתנגד לעצם קיומה של כל אנלוגיה בין ההלכות בענייני חקלאות לבין ההלכה המסדירה את נושא הרבייה המלאכותית בבני אדם¹²⁵. גם הר' נבנצל העלה התנגדות דומה לרעיון האימהות הכפולה¹²⁶.

בנוסף לשאלה המתעוררת בדבר התאמת מקורות אלו לצורך פתרון סוגיה בהקשר אנשי שעניינה קביעת אימהות, ישנו גם הבדל יסודי ומהותי בין הסוגיה של קביעת אימהות המוטלת בספק בשל שימוש ב-IVF, לבין הסוגיה של הכלאות חקלאיות המוזכרת לעיל. במרבית התקדימים הלקוחים מתחום החקלאות, אין

120 ראו ויקרא יט, כג; משנה, מסכת ערלה.

121 סוטה, מג, ב; מנחות, סט, ב.

122 ראו י"י גרינולד כל בו על אבילות (1990, כרך א) 306, המצטט את מאמרו של הר' קמלר, בתלמוד ודמיון התבל, 44–45. כמו כן הר' קמלר מחדד כי הרחם הוא זה שמזין את העובר, יותר מאשר הביצית, והוא מצטט כלל תלמודי נוסף, הפעם מעולם ניהול המשק החי, בכדי להראות כי ההזנה משחקת תפקיד מרכזי בהגדרת האמהות (חולין, עט, א). ראו גם 106–109 J.D. Bleich *Contemporary Halakhic Problems* (New York, 1977).

123 ראו ז' לב "בענין ילוד מאם פונדקאית" אור המזרח (1989) 133, 150. לב מנתח את נושא האימהות מנקודת המבט של הלכות שונות בענייני חקלאות וניהול משק החי, אשר מהווים את הרקע לטיעונו של ר' בלייך.

124 הר' בלייך, ללא ספק, קורא את הדיון בתלמוד במסכת מנחות, סט, ב, באופן הרבה יותר מורכב מאשר הר' קמלר. יתרה מזו, הוא מנתח מקרים אחרים מדיני החקלאות, החל מהסוגיה בדבר הסטטוס של התבואה בשלב שלפני הנפת העומר ועד לאיסור על כלאים בכרם ומשליך מהם לענייננו.

125 לב, לעיל הערה 123, בע' 158.

126 ראו לעיל הערה 97; כילאב, לעיל הערה 107, בע' 267.

פתרון בתלמוד לעניין ההשלכות ההלכתיות של ההרכבה, והשאלות נותרות ללא מענה. לעומת זאת, בעניין קביעת האימהות אין זה המצב. במקרה זה ניתן למצוא תימוכין בתלמוד לכך שהאימהות נקבעת לפי מי שילדה את הצאצא, וזהו הפתרון היחיד לעניין זה. עוד יש לציין שחוסר הוודאות במקרה של קביעת האימהות אינו אותו סוג של חוסר ודאות שאליו מכוונים במקרה של צמחים מורכבים. על כן עמדתו של הר' בלייך אינה לגמרי משכנעת. כמו כן, יש לקחת בחשבון את הערותיו של שטיינברג שהוזכרו לעיל בנוגע לצורך להימנע מלהכריע במקרים המוטלים בספק לחומרה בלבד, כאשר באים להעריך את רעיון האימהות הכפולה. אף על פי כן, מנקודת מבט מדעית, גישת האימהות הכפולה נראית די מבטיחה אם ניתן להבין את חוסר הוודאות של פוסקי ההלכה המודרניים באשר לקביעת האימהות במקרים של אם פונדקאית, כתגובה לאתגר שמציבה הגנטיקה המודרנית לגישה המסורתית. אין ספק כי לפי הגנטיקה המודרנית יש לראות בתורמת הביצית את האם של היילוד, ולא בזו שילדה אותו בפועל. כמו כן ברור הוא הדבר כי אין במשפט העברי המסורתי הבנה אמיתית של מהות תפקיד הביצית בתהליך הרבייה האנושי¹²⁷, ולכן אין זה סביר שקיים מודל הלכתי מכריע שלפיו האימהות נקבעת על סמך שלב ההתעברות בלבד. אך בניגוד לרקע זה, כל אסמכתה שניתן להביא מן המשפט העברי לטובת הכרה בתורמת הביצית כאם היילוד, ובכך לקרב את עולם ההלכה לעובדות המדעיות־גנטיות, מקודמת בברכה. המגמה ההלכתית המועדפת היא שההלכות יהיו כמה שיותר קרובות לעולם המציאות ומבוססות על עובדות מדעיות, וזאת אף שבמקרה של הר' בלייך, האנלוגיה שהוא עשה בין ההלכות מתחום החקלאות לעניינינו בהתבסס על עולם המדע אינה משכנעת. לפי נקודת מבט זו, גישת האימהות הכפולה מובילה לסוגיה של תפקיד המדע בהלכה. למטרות הדיון הנוכחי, מספיק להפנות את תשומת הלב לכך שבדרך כלל, מערכת היחסים בין התאוריה המדעית לבין קבלת ההחלטה ההלכתית, היא מערכת יחסים דינמית, וישנן די דוגמאות מן העבר שבהן תפיסות מדעיות אומצו על ידי פוסקי ההלכה, וזאת אף שמלכתחילה נדמה היה כי ישנה אי־התאמה בין תפיסות אלו לבין תקדימים הלכתיים מסורתיים¹²⁸. ייתכן שדינמיקה זו היא שעמדה מאחורי אימוץ

127 בתורה כתוב "אישה כי תזרע" (ויקרא, יב, ב) ולפי הפירוש של רבינו בחיי, הכוונה היא לדם הנידות. לפי פירוש הרמב"ן, מדובר בדם הרחם המתאחו בזרע הגבר בסוף מעשה הביאה. יש גם מהאחרונים הסוברים שזרע האישה היא דם הנידות, ראו מעדני יום טוב, נידה ב, ב; חזון איש, אישות לו, ג, יורה דעה קד: ג. גם ראו נספח בנושא של זרע הנקבה ב: D. Feldman, *Marital Relations, Birth Control and Abortion in Jewish Law* (New York, 1974) 132–143.

128 באופן כללי, מתעורר ספק רציני באשר להתאמה בין ההגדרות הדתיות המוכרות להורות לבין אפשרויות הרבייה הקיימות כיום כתוצאה מהתפתחויות הטכנולוגיות המודרניות, וייתכן כי לאור זאת היה צורך להביא לשינויים די מהפכניים בתפיסה הקיימת בדבר הורות, והגדרת המשפחה; ראו י' וילר "אם פונדקאית ושינויים בתפיסת ההורות" אסיא (1996) 57–58. לגבי היחס בין הלכה ומדע, ראו: D. Sinclair "Torah and Scientific Methodology" 39 *Le'ela* (1995) 33.

קריטריון שהוא לפחות בחלקו גנטי בנוגע לקביעת אימהות, אף שרק העתיד יגיד אם זה מה שאכן לבסוף יקרה. בהקשר זה יש לציין שלפי סעיף 2(4) של חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו-1996, נקבע שהאם הנושאת חייבת להיות בת דתה של האם המיועדת. קביעה זו מתאימה לדעת רוב הפוסקים הסוברים שאימהות נקבעת על פי האם הנושאת, ולכן רצוי שתהיה התאמה בין דתה ובין דת האם המיועדת.

2.2 זהות יהודית

בעיה נוספת שקשורה בתרומת ביצית ובפונדקאות היא כינון זהות יהודית. לפי ההלכה, היוולדות לאם יהודיה היא הקריטריון הקובע זהות יהודית¹²⁹. ניתן היה לסבור שמאחר שהלידה מכריעה מי היא אם היילוד, כל עוד האם הפונדקאית היא יהודייה, זהות תרומת הביצית אינה רלוונטית. אולם זה לא כל כך פשוט. אף שקיימת דעה כזו בין הפוסקים, יש מספר פוסקי הלכה מודרניים העומדים על כך שהצאצא שנולד כתוצאה מהשתלת ביצית מתורמת לא יהודייה לרחם של אישה יהודייה חייב לטבול במקווה – שזהו אחד מהתנאים המקדמיים המרכזיים של גיור – לפני שהוא או היא מוסמכים להיכנס "לקדושת ישראל". אכן, טבילה זו היא צורה של גיור שחלה במקרים שבהם יש ייחוס משפחתי יהודי מצד האם, אך טרם הושלמה הזיקה במלואה לעם היהודי¹³⁰. לפי נקודת מבט זו, גם ההתעברות וגם ההולדה צריכים להתרחש בגופה של אישה יהודייה כדי שהילד שיוולד ייחשב יהודי גמור. המקור מאחורי עמדה זו הוא פסק הלכה תלמודי¹³¹, הקובע כי צאצא שנולד לאישה שהתגיירה במהלך ההיריון הוא יהודי לכל דבר ועניין, מכיוון שהאם עברה את טקס הגיור בשעה שהעובר היה בתוך רחמה, ובזכות זאת הגיור חל גם עליו¹³². יש לשים לב לעובדה כי במקרה שבו הצאצא הוא ממין זכר, ברית המילה שהוא עובר לאחר הלידה מקפלת בתוכה למעשה קיום של שני חיובים; האחד הוא החיוב שחל על גר לעבור ברית מילה כחלק מהליך הגיור שלו, והשני הוא החיוב שחל על כל ילד יהודי למול לפי ההלכה. במטרה ליישב בין עמדה זו הנותנת משמעות כפולה לברית המילה ובין העיקרון שלפיו הלידה היא זו שמכוננת את זהותו של הנולד, יש לעשות הבחנה ברורה בין ייחוס משפחתי יהודי מצדה של האם מצד אחד, לבין מעשה הגיור ההכרחי כדי להעניק לאדם המתגייר את התכונה של "קדושה ישראל"

129 קידושין, סו, ב; שולחן ערוך, אבן העזר, ד, יט-כ.

130 חידושי הגר"ט, נשים וגזיקין, יא, ע"א, ד"ה "והנראה בזה"; Bleich, *supra* note 96, at pp. 248–262; שטרנבוך, לעיל הערה 107, בע' 36.

131 יבמות, עח, א.

132 אכן נראה כי זוהי סברת התלמוד כי הוא ממשיך לבסס את הרעיון שגוף האם אינו מהווה חציצה בין העובר לבין מימי המקווה שבו נעשית הטבילה. הסיבה לכך היא כי הימצאותו ברחם אמו היא "דרך רביתיה" (דרך גידולו הטבעי), וחציצות טבעיות אינן שוללות את חוקף הטבילה; רשב"א, יבמות, מז, ב-מח, א; נימוקי יוסף, יבמות, טז, עא; בית יוסף, יורה דעה, רסח; דגול מרבבה, יורה דעה, רסח, ו.

מצד שני. ילד שנולד לאישה שהתגיירה במהלך ההיריון, למעשה נולד לאם יהודייה ולכן יש לו זהות יהודית, אף שבתחילת התהוותו של העובר האישה לא הייתה יהודיה. אולם בשל היות האישה לא יהודייה בשעת ההתעברות, נוצר פגם בכל הקשור ל"קדושת ישראל", ולכן, אף שהתוצר של הפריה זו נולד לאם יהודייה, עליו לעבור גיור בפני עצמו. מעמדה זו נובע כי בסיטואציה שבה ביצית של אישה לא יהודייה מושלת אצל פונדקאית יהודייה, הצאצא שנוצר עדיין נדרש לעבור מעין גיור¹³³.

לא כל הפרשנים מאמצים את הפרשנות הזו להלכה התלמודית הנדונה; חלק גורסים כי ילד של גיורת יהודי לחלוטין, וזאת אך ורק בזכות העובדה שהוא נולד לאם יהודייה¹³⁴. לשיטתו של הר' שלמה זלמן אויערבאך, ילד שנולד כתוצאה מהחדרת ביצית של אישה לא יהודייה לרחמה של אם פונדקאית יהודייה, נדרש לעבור גיור¹³⁵. אולם הר' נחמיה זלמן גולדברג טוען שהתוצאה של החדרת ביצית מופרית, שבמקורה נלקחה מאישה לא יהודייה, לרחמה של אם פונדקאית יהודייה, הוא צאצא יהודי שאינו נדרש לבצע שום פעולה של גיור, וזאת אך ורק במקרה שבו השתלת הביצית המופרית התרחשה בשלבים המוקדמים של התפתחות העובר. הבסיס לעמדה זו הוא העיקרון התלמודי שהעובר הוא איבר מאיבריה של אמו – "עובר ירך אמו" – לכל הפחות בשלבים המוקדמים של ההיריון¹³⁶. הר' אהרון סולובייצ'יק, הגורס כי עובר שהושלת ברחם הפונדקאית לפני שעברו ארבעים יום מתקופת ההיריון, זוכה בזהות הדתית והלאומית של אמו מכוח הלידה בלבד, מאמץ למעשה גישה הדומה לזו של הר' גולדברג¹³⁷. מאחר שהשתלת הביצית כהליכים המקובלים כיום בטכנולוגיית IVF מתבצעת בתוך שלושה ימים מיום ההפריה, ברור כי לאור האמור לעיל, הזהות היהודית של הילד תיקבע לפי זהותה של האם הפונדקאית.

ז. סיכום

למשפט העברי יש היסטוריה ארוכת שנים בנושא של משפט ורפואה, המתחילה לפני כשלושת אלפים שנה עם התורה, וממשיכה לתוך המאה העשרים ואחת בספרות השו"ת המודרנית המתמודדת, בין השאר, עם ההתפתחויות האחרונות העולות ממחקרים רפואיים עדכניים ומטכנולוגיות רפואיות חדישות. המשפט העברי כולל מגוון רחב של עקרונות ראשוניים ומשניים, וכן גישה מוצקה

133 Bleich, *supra* note 96, at pp. 258–262.

134 ביאורי הגר"א, יורה דעה רסח, ה'; Broyde, *supra* note 35, at pp. 136–138.

135 לב, לעיל הערה 123, בע' 170.

136 ראו במקורות שצוטטו לעיל, בהערה 107; Broyde, *supra* note 35, at pp. 131–140.

137 מ' סולובייצ'יק "בדין תינוק המבחנה" אור המזרח (1981) 100, 127–128 (מצטט את אביו הר' אהרון סולובייצ'יק).

המבוססת על מקרים ותקדימים הלכתיים שונים באשר לפתרון בעיות שונות המתעוררות בתחום זה. המסגרת ההלכתית שבמשפט העברי מאפשרת מידת גמישות ופתיחות רבה יותר לטכניקות רבייה מלאכותיות חדישות שמתגלות, מאשר הגישה הנטורליסטית שעומדת בבסיס הגישה הקתולית. עם זאת, תמיד קיימת מידת מה של זהירות בדיונים ההלכתיים בתחום זה, שמן הראוי לשים לב אליה לפני שקופצים בפזיזות הישר למים העמוקים ושוקעים לתוך הכמות העצומה של האפשרויות שיש למדע להציע בכל הנוגע לאמצעי רבייה מלאכותיים. ללא ספק אחד הלקחים החשובים ביותר שניתן להפיק וללמוד מההלכה הוא שרבייה – תהא אשר תהא הדרך שבה היא מבוצעת – היא משימה רצינית ומקורשת, הדורשת את מלוא האחריות והמחויבות. היא מהווה קיום של ציווי דתי, בין שמדאורייתא ובין שמדרבנן, וככזו, אין היא נתונה לבחירה, אלא היא בגדר חובה. גישה זו מנוגדת לרעיון של "אוטונומיה ברבייה" (Procreative Autonomy) המאפיין דיונים עכשוויים במשפט ובמוסר הכללי בתחום זה. המשפט העברי מתחיל מן התפיסה של "מחויבות להתרבות" (Procreative Responsibility) ומתקדם לעבר צורכי הפרטים צעד אחר צעד, עקב בצד אגודל, מתוך הסדקים והפרצות שבעקרונות המשפטיים המרכיבים את ההלכה בתחום זה. ייתכן שניתן להפיק מגישה זו לקח בעל חשיבות רבה לתחום הביראתיקה במשפט ובמוסר בכלל.