

“עד ארבעים יום מיא בעלמא” (יבמות ס”ט, ב) – האומנם היתר להשמדת ביציות מופרות?

יוסי גריין *

- א. אקדמות מילים
- ב. על גיל ההיריון והתפתחותו בדין העברי
- ג. חיים מאימתי?
- ד. “עד ארבעים יום מיא בעלמא”: העיקרון ומשמעותו
- ה. חילול שבת להצלת עובר
 1. דיני פיקוח נפש בקצירת האומר
 2. על הצלת עובר בן פחות מארבעים יום
- ו. הביצית המופרית ו”זכותה” להגנה מפני השמדתה
- ז. סיכום

א. אקדמות מילים

עם השתכללותה של טכנולוגית ההפריה החוץ-גופית לא רק כשיטת טיפול לזוגות עקרים, אלא גם כתשתית מחקרית בביציות מופרות לצורך טיפול, מקבלת המחלוקת הנוקבת הקיימת בחברה בנוגע להפסקות ההיריון פן נוסף. המחקר בתאי גזע (Stem Cells)¹ הולך ותופס מקום לאור התועלת הצפויה בפיתוח רקמות להשתלה ולריפוי. הצפי לריפוי מגוון רחב של מחלות, לרבות מחלות חשוכות מרפא, מהווה את הזרז לפיתוח מחקר זה. דא עקא, תאי הגזע המשמשים למחקר הם תאים של עובר אנושי (Human Embryo Stem Cells)

* דוקטור למשפטים. מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.
1 “תאי גזע הם תאים המסוגלים להתפתח לכדי צורה אחת ויותר של רקמה אדם אנושית”. ראו בהרחבה דו”ח הוועדה המייעצת לביואתיקה של האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים על השימוש בתאי גזע עובריים לצורכי מחקר רפואי, אוגוסט 2001; ראו: [http://stwww.weiz-
.mann.ac.il/bioethics/PDF/Embryonic_Stem_Cells_hebrew.pdf] (last visited on 16.8.04)

הניטלים מהביצית המופרית כחמישה עד שבעה ימים לאחר ההפריה וקודם השתלתה ברחם. את התאים הללו ניתן לגדל במצע מלאכותי שבו הם יכולים להתרבות. אולם בד בבד עם הוצאת התאים לצורך יצירת רקמות להשתלה (שרירי לב, אונות כבד, אינסולין, מח עצם ודם), שם למעשה החוקר קץ לפוטנציאל הטמון בביצית המופרית להתפתח לעובר². האם להתיר את המחקר בהתחשב בתועלת הרבה הצפויה ממנו בעתיד?

בשאלה זו מובלעת למעשה ההנחה כי המחקר בתאי גזע עובריים מותר בישראל. ספק רב אם אכן כך הוא הדבר, על כן ראוי להסדיר סוגיה זו בחקיקה ראשית. מכל מקום יובהר, כי המצב המשפטי השורר נכון לכתיבת שורות אלה הוא, שנטילת ביצית תיעשה רק למטרה של הפריה חוץ-גופית והשתלתה לאחר הפרייתה³. יתרה מזו, נטילת ביצית תיעשה רק מאישה הנמצאת בטיפול רפואי עקב ליקויי פוריות וכי רופא אחראי קבע כי יש בנטילת הביצית משום קידום הטיפול בה⁴. אמנם המחקר מאפשר לשמור ביצית מופרית בהקפאה עד עשר שנים⁵, אך אין להסיק מכך, אלא ברוחק רב, כי מותר לאחר עשר שנים להשמיד או לערוך מחקרים בביציות המופרות.

כדי להתגבר על החסר בחוק, ההנחה העומדת בבסיס מאמר זה היא, שהביציות המופרות הן למעשה עוברים אנושיים בעלי אישיות משפטית. לפיכך, הדרך החוקית לאפשר את המחקר היא לקבל את אישורה של ועדת הסיניק⁶.

אין ספק כי, כדברי השופט קדמי בפרשת נחמני, "הפריה הביצית" אינה סתם שלב משלבי התפתחותו של העובר, אלא היא המעשה היוצר אותו⁷. התמזגות הזרע והביצית היא נקודת הזמן שבה מתחילה התפתחותו של העובר. לפיכך, השאלה איננה אם הביצית המופרית היא תחילת ההיריון, אלא אם היות הביצית המופרית מחוץ לרחם אישה, מביא להפקעת המעמד והזכויות המשפטיות שיש לעובר המתפתח ברחם?

מן הבחינה הביולוגית, יצירתו והתפתחותו של העובר בשלבים הראשונים ל"חיייו" זהה, בין שהוא נוצר ומתפתח על צלוחית במעבדה ובין שהוא נוצר בגוף האישה, למעט הבדל אחד: בתהליך המתרחש במעבדה מקפאים את התפתחותה

2 יוער כי "חיים פוטנציאליים" או "פוטנציאל חיים" אינם זהים ל"חיים אנושיים". ככל שהדבר צריך לעניינו, חיים אנושיים הם חיים של מי שיצא כבר לאוויר העולם. חיים פוטנציאליים הם חיים עתידיים שמוכנס המשפטי הוא זכות לחיים אנושיים שיתגבשו ויתממשו לאחר הלידה. לכן ב"פוטנציאל חיים" של העובר הכוונה ליכולת להתפתח לעובר בעל צורת אנוש ברחם אישה המקנה לו הגנה מפני השמדתו.

3 ס' 3 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), תשמ"ז-1987 (להלן: "תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית)").

4 שם, בס' 4.

5 שם, בס' 9.

6 ס' 1 לתקנות בריאות העם (ניסויים רפואיים בבני-אדם), תשמ"א-1980.

7 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (נ) 734, 661.

“עד ארבעים יום מיא בעלמא” (יבמות ס”ט, ב)

של הביצית המופרית בדרך מלאכותית עד להחלטה על הפשרתה והחדרתה לרחם אישה להמשך התפתחותה.⁸

מן הבחינה המשפטית, כאמור, מעמדה של הביצית המופרית, לרבות זכותה להתפתח לעובר, איננו מוסדר, לא במשפט הישראלי ולא בדין העברי. אמנם בחקיקת משנה נקבעו הסדרים באשר לשימוש בה והקפאתה, אך מעמדה המשפטי כזוה איננו מוסדר. הוא הדין במשפט העברי. יש בהלכה, שלא כמו בחקיקה הישראלית, התייחסות לגיל ההיריון לצורך קביעת מעמדו של העובר, אך אין התייחסות מפורשת – מטעמים מובנים – להריון שתחילתו מחוץ לרחם אישה. על רקע חסר זה, נשמעה הטענה כי יש הצדק הלכתי להתיר מחקר בתאי גזע, כיוון שעד ארבעים יום העובר המתפתח כ”מיא בעלמא הוא”⁹ (כמים סתם), חסר מעמד הלכתי ואין מניעה הלכתית להשמירו.¹⁰

נוסף לטיעון זה, נשמעים שני טיעונים נוספים השזורים זה בזה וראויים אף הם לבחינה: הטיעון האחד, שכל עוד העובר מחוץ לרחם, אין מניעה להפסיק את התפתחותו. הטיעון השני, שכל עוד הביציות המופרות מחוץ לרחם וברור לכול כי אינן מיועדות להחזרה לרחם, הרי הן “ביציות עודפות”, אין מניעה להתיר את המחקר בהן כדי להשיג רקמות להשתלה.

מטרת מאמר זה כפולה: להוכיח כי אין בהיגד בדבר היות העובר עד ארבעים יום “מיא בעלמא” ולא כלום כדי לבסס היתר להשמיד ביציות מופרות ולהתיר או לאסור מחקר בתאי נבט, וכד בכו, למצוא את הבסיס ההלכתי, ככל שהוא קיים, להתיר את המחקר לאור הסיכוי הגדול הטמון בגידול רקמות לצורך השתלה.

ב. על גיל ההיריון והתפתחותו בדין העברי

עד שהוחל במחקר בביציות המופרות ברור היה כי העדיפות הניתנת בדין לחייה של נושאת ההיריון על חיי עובריה, אינה מלמדת כי חיי העובר אינם חיים או כי חייו אינם בעלי ערך. נהפוך הוא, חיי העובר כשלעצמם הנם בעלי חשיבות, אלא שהם נדחים ואינם נחשבים רק ביחס לחיי האם כאשר הם מסכנים אותם.¹¹ אשר על כן, הטענה כי אישיותו העצמאית (“נפשיותו”) של העובר, קרי זכותו לחיים, נגזרת משלבי התפתחות ההיריון, חסרת בסיס הלכתי.

8 ס' 1 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית).

9 יבמות סט, ב.

10 ליום הארבעים של ההיריון יש נפקות גם לעניין דילול עוברים. אמנם כיום הבעיה פחות חריפה כיוון שעל פי הוראות מנכ”ל משרד הבריאות מחוזרים לרחם עד שלושה עוברים כדי להימנע מהיריון רב-עוברי. סוגיה זו ראויה לדין בפני עצמו ולא כאן המקום להרחיב בה. על ההיבטים ההלכתיים של דילול עוברים ראו מ’ אליהו “השמדת ביציות ודילול עוברים” תחומין יא (תש”ג) 272; ח”ד הלוי “על דילול עוברים והמעמד ההלכתי של עוברים במכחנה” אסיא מז–מח (תש”ג) 14; ג”א רבינוביץ “בין עובר לעובר” תחומין יז (חשנ”ז) 340.

11 משנה, אהלות ז, ו; רמב”ם, הלכות רוצח ושמירת נפש א, ט; שו”ע חר”מ, תכ”ה, ב.

ואכן, העיקרון הבסיסי השולט בדין העברי הוא כי משנוצר העובר מוקנית לו ברגע ההפריה זכות מוגנת להיוולד, למעט במקרים שהדין רואה בהולדתו פגיעה קשה באמו או בעצמו¹². קביעה זו היא קביעה אובייקטיבית, הנגזרת מהעובדה שהעובר המתפתח נצפה בעין מרגע היווצרותו (כישות חיה), קיימת ותופסת מקום בעלת פוטנציאל להתפתח הראויה להגנת הדין. ההלכה רואה את ההיריון כיחידה אחת המתפתחת ברצף מרגע ההפריה ועד גמר הלידה.

עם זאת, אין ברצף ההתפתחותי של ההיריון כדי לשלול את הנפקות ההלכתית שיש לכל אחד מארבעת המועדים במהלך ההיריון המתפתח המוזכרים בספרות ההלכה. הראשון שבהם הוא היום שבו מתחיל ההיריון ומתחילים החיים על ידי התמזגות הזרע והביצית¹³. המועד השני הוא יום הארבעים מיצירת העובר, היום שבו מסתיימת התקופה הראשונה של ההיריון. המועד השלישי מציין אף הוא את סיומה של תקופת ההיריון הראשונה על פי חישוב אחר, היינו היום שבו ניכר על האישה שהיא נושאת היריון, ובלשון חז"ל "הוכר עובריה"¹⁴. המועד האחרון הוא היום שבו מסתיים ההיריון בין בלידה ובין בהפלה.

ג. חיים מאימתי?

אי-אפשר לו לדין במעמדה ההלכתי והמשפטי של הביצית המופרית מבלי להקדים ולנקוט עמדה בשאלה, מתי מתחילים החיים. אמנם, מן הבחינה המדעית השאלה "חיים מאימתי" איננה קיימת: תחילת החיים ברגע ההפריה. לפיכך מופנית הדרישה למערכת המשפט האזרחית והדתית גם יחד לקבוע את נקודת ההתחלה של החיים. הדרישה ממערכת המשפט היא לקבוע, אם הזכות לחיים – שהיא זכות יסוד אשר נתקדשה בתולדות עמנו ובתולדות האנושות¹⁵ ואשר נקלטה ועוגנה במשפט הישראלי¹⁶ – נרכשת ברגע ההפריה או במועד אחר כלשהו. במילים אחרות, מאימתי נחשבים החיים כראויים להגנה: מרגע היווצרותם או משלב כלשהו בהתפתחותם לקראת חיים אנושיים?

בהתפתחות האדם ניתן להצביע על שתי גישות: הגישה האחת, רואה את היווצרות החיים ברגע מסוים, הרגע שבו חודר הזרעון לביצית ומתחילה חלוקת התאים. באותו הרגע רוכש האורגן הנוצר מעמד משפטי (מוסרי) שלא ניתן להתעלם

12 שו"ת שאלת יעבץ, חלק א סימן מג; שו"ת רב פעלים, סימן ד.

13 ראו סנהדרין צא, ב. יצוין כי בהיריון שנוצר בדרך הטבע, ההפריה יכול שתתרחש כעבור יום או יומיים. לעובדה זו נפקות לדיני יבום וחליצה, ירושה, ממזרות ועוד. ראו שו"ת נודע ביהודה; שו"ע אבה"ע, קמא, סט; יבמות מז, ב; י" גרין "הולדה לאחר מיתה באמצעות הפריה חוץ גופית והשלכותיה על דיני יבום וחליצה" מאוני משפט ב (תשס"א-תשס"ב), 207.

14 ראו נידה ח, ב; רמב"ם, איסורי ביאה ט, ד; שו"ע יו"ד, קפט, לג.

15 ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מויאר, פ"ד יז(2) 1319, 1333.

16 ס' 2 ר' לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

“עד ארבעים יום מיה בעלמא” (יבמות ט”ט, ב)

ממנו. על פי הגישה האחרת, החיים מתהווים בתהליך רציף, מתפתח והמשכי המתחיל ברגע ההפרייה ומסתיים בלידה. ההיגיון העומד ביסוד הגישה הראשונה הוא שכאשר נוצר המפגש בין הזרע והביצית, מתחילה חלוקת הביצית המופרית לגוש רב־תאי. חלק מתאים אלה יהוו את העובר והחלק האחר את המערכת הקשורה להזנת העובר כגון שליה וקרומי עובר. בתום ארבעים הימים הראשונים להפרייה, לעובר המתפתח יש את מרבית האברים, אף כי צורתו כאדם ניתנת לזיהוי בסוף השבוע השביעי מההפרייה. ככל תא לאתר התלכדות תאי הרבייה מצוי המטען הגנטי הקובע את זהותו הביולוגית הייחודית של היילוד העתיד להיוולד מהן. לפיכך אישיותו של האדם נקבעת ברגע ההפרייה. ההיגיון המונח ביסוד הגישה השנייה הוא שתהליך היווצרותו של אדם הוא תהליך מתמשך, וככל שמתווספות ליצור המתפתח תכונות אנרשיות יותר, מעמדו ו”אישיותו” המשפטית, ההלכתית והמוסרית הולכים ומתחזקים עד שייצא לאוויר העולם. למעשה, הגישה הנכונה היא המשלבת בין שתי הגישות. עמד על כך פרופ’ ישעיהו ליבוביץ¹⁷:

”חיי האורגניזם האנושי הם רצף אחד, לא מספר שלבים נפרדים הבאים בזה אחר זה, רצף אחד – משעת ההפרייה שקדמה תשעה חדשים ללידה עד מאה ועשרים שנה שלאחר הלידה. והאדם אינו דמות המופיעה לפנינו ברגע זה, אלא הוא זהה עם הרצף הזה של תשעה חדשים פלוס 120 שנה. אדם איננו יש המוגדר בדמותו בתקופה מסוימת של חייו, אלא הוא התהליך כולו, על כל גלגוליו ודמויותיו – הביצה המופרית, המורולה, הבלאסטולה, הגאסטולה, העובר, היילוד, התינוק, הילד, הנער, המבוגר, הזקן. בתהליך זה מוגדרות בבירור רק שתי נקודות: הנקודה ההתחלתית, שהיא רגע ההפרייה, והנקודה הסופית, 120 שנה ותשעה חדשים לאחריה. ואילו בקו המחבר את שתי הנקודות האלה, לא ניתן לקבוע מבחינה אובייקטיבית נקודה שבה האובייקט הביולוגי הזה מתחיל להיות אדם”.

נמצא, כי גיל ההיריון משקף את כושר ההישרדות של העובר המתפתח מראשית התהוותו, קרי מרגע ההפרייה ועד צאתו לאוויר העולם¹⁸. כל שלב בהתפתחות ההיריון הכרחי להמשך התפתחות העובר, אך אין הוא צריך לשנות את מערכת הזכויות של העובר המתפתח.

גם אם בקביעת נקודת ההתחלה של החיים נכלל מרכיב שרירותי, שיטת משפט המקדשת את החיים, רואה חשיבות רבה בקביעת קו הגבול שבו מתחילים חיי האדם. שכן מאותה נקודת זמן הנקבעת כתחילת החיים, אין לפגוע בחייה של

17 י' ליבוביץ "הרפואה וערכי החיים" דברי הקתדרא לתולדות הרפואה אוניברסיטת תל אביב (כרך ראשון חוברת א, 1977) 2.

18 א' שטינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית (תשנ"ו, כרך ה) 91 (הערך "עבר").

הישות המתפתחת אלא בנסיבות ובעילות הקבועות בדין. ואכן, החיים על פי השקפתה של ההלכה היהודית מתחילים ברגע ההפריה, כמתבאר מדו־השיח בין אנטונינוס לרבי יהודה הנשיא¹⁹:

“אמר ליה אנטונינוס לרבי: נשמה מאימתי ניתנת באדם, משעת פקידה (ההפריה) או משעת יצירה²⁰? אמר ליה: משעת יצירה. אמר ליה: אפשר לחתיכת בשר עומדת ג' ימים בלא מלח ואינה מסרחת? אלא משעת פקידה. דבר זה למדני אנטונינוס ומקרא מסייעו, שנאמר: ופקודתך שמרה רוחי (איוב י').”

נחלקו הדעות מהי שעת הפקידה. לדעת רש"י “משעה שהמלאך פוקד הטיפה ומביאה לפני המקום מה תהא עליה... מיד נזרקה בו נשמה וחיות”²¹. לדעת הרמ"ה (ר' מאיר הלוי אבולעפאי) שעת פקידה היא “משעה שהאישה קולטת את הטיפה לבית הריון, והיא שעת הפקידה”. כדכתיב: “וה' פקד את שרה”, כלומר, “שנתן לה הריון”²². למעשה, עד להשתכללות טכנולוגית ההפריה החוץ-גופית, לא היתה נפקות למחלוקת זו. הן רש"י והן הרמ"ה מסכימים כי השעה שבה נזרקה הנשמה באדם, היינו רגע תחילת החיים, היא בשעת ההפריה וזו התרחשה בגוף האשה. אולם, משהוכנסה ההפריה החוץ-גופית כשיטת טיפול, נבדלות שתי הגישות: לשיטת רש"י ניתן לומר כי “המלאך פוקד את הטיפה” על גבי הצלוחית במעבדה, ולכן באותו רגע קנה האורגן החדש את חיותו. מלשון הרמ"ה נראה כי הנשמה ניתנת באדם “בקליטת הטיפה לבית ההריון” (הרחם). כלומר כל עוד הביצית המופרית מחוץ לרחם היא אורגן המתפתח מבחינה ביולוגית, אך חסרה את הנשמה הנותנת לה את חיותה מבחינה משפטית. עם השתרשות הביצית המופרית ברחם “תיכף אחר קליטה יש בו רוח חיים”²³. כלומר, האורגן הנוצר רוכש את חיותו.

אין להתעלם מכך שדיון זה נסמך על אגדה הכוללת אלמנטים מיסטיים, והראיה שאין חכמי ההלכה מזכירים אותה כראיה לאסור הפסקות הריון יזומות. אף על פי כן, נראה כי הרעיון הגלום באגדה זו, בעיקר על פי פרשנותו של הרמ"ה, יכול להוות אינדיקציה ליחסה של ההלכה לביצית המופרית. את הגישה הרואה את תחילת החיים ברגע ההפריה ניתן להסביר באחת משתי דרכים: האחת לפיה זריקת הנשמה, אותו חלק אלוה ממעל, היא שמעלה את חיותו של האורגן המתפתח לשווה ערך לחיים אנושיים מרגע התהוותם בלי קשר בפוטנציאל לממשם. האחרת,

19 סנהדרין צא, ב; ראו נוסח דומה, בראשית רבה, פרשת נח, לו, יב; ש' גורן “השחלת ביצית מופרית מאישה לאישה” תורת הרפואה (תשס"א) 173, 178; י' גרין הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה (תשנ"ה) 126 (הערת שוליים 43).

20 שעת יצירה מפרש רש"י, “שנרקם כולו בבשר וגידים ועצמות”, ד"ה “יצירה”, היינו הושלמה צורתו.

21 רש"י, סנהדרין צא, ב, ד"ה “פקידה”.

22 יד רמ"ה, סנהדרין צא, ב, ד"ה “פקידה”.

23 שו"ת מהר"י מינץ, סימן ו.

”עד ארבעים יום מיא בעלמא“ (יבמות ס”ט, ב)

מניחה כי ברגע ההפריה האורגן הנוצר רוכש את התכונות שיש לבני אדם בעלי הרכב כרומוזומים דומה.

ד. ”עד ארבעים יום מיא בעלמא“: העיקרון ומשמעותו

כדין העברי מוזכר העובר כאישיות בעלת מעמד הלכתי החל מיום הארבעים להתפתחות ההיריון בשלושה עניינים, שאינם קשורים כלל ועיקר להפסקת היריון או למניעת התפתחותו של העובר. בשלושה עניינים אלו נקבע יום הארבעים מתחילת ההיריון כסיומה של תקופה בהתפתחות העובר, תקופה שיש לה תוצאות כדין. למותר לציין כי אין הכוונה להתכחש לקיומו הפיזי של העובר המתפתח באותה תקופה, אלא שבתוך ארבעים הימים מיצירתו נחשב הוא לאותם שלושה עניינים כ”מיא בעלמא”, כלומר כאילו אינו בעולם. העניין האחד נוגע לאכילת תרומה על ידי בת כהן שהתאלמנה מבעלה (הישראל) כשהיא מעוברת. וכך שנוי בתלמוד²⁴: ”אמר רב חסדא: טובלת ואוכלת עד ארבעים, דאי לא מיעברא — הא לא מיעברא, ואי מיעברא — עד ארבעים מיא בעלמא היא“.

דברי רב חסדא מתייחסים לבת כהן שנישאה לישראל שמת מיד לאחר שנבעלה לו. הדין הוא שבת כהן אוכלת בתרומה כל עוד היא חיה בבית אביה. משנישאה לישראל, היא מפסיקה לאכול בתרומה. נפטר בעלה (הישראל) ואין לה ילדים ממנו, אם תשוב לבית אביה, חוזרת לאכול בתרומה. אם בשעה שמת בעלה היתה מעוברת, פוסל אותה העובר מלאכול בתרומה. רב חסדא סובר כי יש לצמצם את תחולת הדין הפוסל את האלמנה המעוברת מלאכול בתרומה, רק לאחר עבור ארבעים יום מתחילת ההיריון. לדעתו, בתוך ארבעים הימים, טובלת האלמנה ואוכלת בתרומה כיוון ”שכל המ’ (הארבעים) יום אינו עובר אלא מים בעולם הוא חשוב”²⁵. הווה אומר, שלמרות קיומו הפיזי של העובר מרגע ההפריה, הוא הופך לישות קיימת לעניין האכלת אמו בתרומה רק לאחר ארבעים ימי היריון שבהם הוא הופך מרקמת בשר ל”נפש“.

עניין נוסף שבו יש ליום הארבעים להיריון נפקות להלכה, נוגע לדיני טומאה וטהרה של היולדת²⁶: ”המפלת ליום מ’ (הארבעים) — אינה חוששת לולד“.

הדין הוא שיוולדת נטמאת טומאת לידה, אך אם הפילה את עובריה עד יום הארבעים לטבילתה²⁷ או לבעילתה²⁸ אינה נטמאת טומאת לידה ודינה כנידה²⁹. מסביר רש”י

24 יבמות סט, ב.

25 רמב”ם, תרומות ח, ג.

26 נידה ל, א; רש”י, כריתות ז, ד”ה ”המפלת“; השו”י ירושלמי, נידה פרק ג, הלכה ב.

27 רש”י, נידה ל, א, ד”ה: ”ליום“; חכמת שלמה, נידה ל, א, ד”ה ”המפלת“.

28 פירוש המשניות לרמב”ם, נידה, סוף פרק ג.

29 ויש המפרשים ”אינה נטמאת טומאת הנידה“, דברי חמדות, נידה ל, א, ט”ו בשם הרשב”א.

שהמפלת איננה חוששת כיוון "שלא נגמרה יצירתו עד שיכלו כל ארבעים יום"³⁰. וכך פוסק הרמב"ם להלכה שהמפלת בתוך ארבעים אינה נטמאה טומאת לידה כיוון ש"אין צורת הולד נגמרת לפחות מארבעים יום, אחד הזכר ואחד הנקבה"³¹. ברור לרש"י ולרמב"ם כי העובר המתפתח הוא ישות חיה וקיימת במהלך ארבעים הימים הללו, אלא שלעניין טומאת הלידה אין הוא נחשב ל"נפש" שהושלמה צורתו אלא לאחר יום הארבעים להיריון. רק מיום הארבעים ואחד להיריון, הפסקת ההיריון נחשבת ללידה והמפלת נטמאת טומאת הלידה. וכך נפסק להלכה³².
 דין נוסף לגביו נחשב יום הארבעים כגורם בעל נפקות, מצינו בדיני ירושה וכהונה. וכך שנוי במשנה³³:

"אי זהו בכור לנחלה ולכהן?... והמפלת ליום ארבעים — הבא אחריהם בכור לנחלה ולכהן". התנא מתחבט בשאלה אם תינוק הנולד לאישה שההיריון שקדם ללידה הופל כטרם חלפו ארבעים יום ממועד ההפריה, נחשב כבכור לנחלה ולכהונה. גדר הספק נעוץ בגישה הרואה בעובר המופל בתוך ארבעים יום להתעברות 'מיא בעלמא... דמ' יום יצירת העובר'³⁴.

מסקנת התנא היא, שהבא אחרי הנפל שהופל בתוך ארבעים הימים הראשונים להיריון הוא בכור לנחלה ולכהונה. לכן פטור אבי הילוד מפדיון הבן ולכן יורש הילוד פי שניים כדין יורש בכור. וכך פוסק להלכה ר' יוסף קארו: "המפלת ליום ארבעים, הנולד אחר כל אלו בכור לפידיון"³⁵.

הנה כי כן, בכל שלושת הדינים מכירים חכמי ההלכה במציאותו הפיזית של העובר המתפתח, אלא שאין בעובדה זו כדי לפגוע בזכויות כלכליות ואחרות של נושאת ההיריון או של אבי העובר³⁶. נמצא כי קביעה המחשיבה את העובר עד יום הארבעים לתחילת ההיריון כ"מיא בעלמא" אינה הוראה נורמטיבית המתירה להפסיק את התפתחותו של עובר שאיננו מסכן את חיי אמו. אין בין דינים אלה להפסקת התפתחותו של העובר (בוודאי לא הפסקה יזומה) ולא כלום³⁷. ואכן, בנדון הראשון העובר איננו מופל כלל, הוא ממשיך להתפתח גם לאחר ארבעים הימים. בשני המקרים האחרים, הדיון נסב סביב ההשלכות ההלכתיות של הפלה ספונטנית. לפיכך ברור כי יש לראות את ההיגד בדבר מעמד העובר בתוך ארבעים הימים הראשונים להיריון, בהקשר המצומצם שבו התלבנו הדינים. אלא שעדיין

30 רש"י, לעיל הערה 27, ד"ה "המפלת".

31 רמב"ם, איסורי ביאה, י, א; וכן פירש בפירושו המשניות, לעיל הערה 28.

רמב"ם, שם; שו"ע יו"ד, קצד, א.

32 בכורות מז, ב.

34 רש"י, שם, ד"ה "ליום".

35 שו"ע יו"ד, שה, כג.

36 יוער כי יש חשיבות ליום הארבעים להתפתחות העובר גם לכושרו של העובר ליזכות כמתנה.

ראו לעניין זה בבא בתרא קמב, ב; שו"ע חו"מ, רי, א.

37 M. Feldman Birth Control and Jewish Law (New York, 1968) 272

יש לשאול מה הראיה מהדינים האמורים, הלא עניינם בהיריון שנוצר ומתפתח בדרך הטבע, ואילו ענייננו בביצית מופרית טרם השתלחה ברחם אישה. האם לאור הבדל זה אין מקום להתיר השמדת ביצית מופרית שאין כוונה להשתילה ברחם אישה³⁸?

ה. חילול שבת להצלת עובר

1. דיני פיקוח נפש בקצירת האומר

דומה כי נוסף על האמור לעיל, המכשול העיקרי להתיר את המחקר בתאי נבט – מחקר הכרוך בפגיעה בעובר המתפתח במעבדה – טמון בהיתר לחלל שבת להצלת עובר במצוקה, היתר המשתרע גם על עובר בן פחות מארבעים יום. היתר זה מנומק בכך, שלעניין הצלה, העובר נחשב כישות עצמאית – קביעה התואמת את ההשקפה ההלכתית הדיפרנציאלית בנוגע ל”נפשיותו” של העובר. ואכן, אף שהריגת עובר איננה נחשבת כרציחה “משום פיקוח נפש מחללין עליו (על העובר) את השבת”³⁹, בדומה לחילול שבת להצלת הגוסס אף שההורג גוסס בידי אדם, פטור.

אמנם במישור העיוני ניתן לחלק בין עובר לגוסס, אך להלכה אין לכך נפקות. חיי הגוסס גם בשעותיו האחרונות הם חיים אנושיים, מה שאין כן לגבי חייו של העובר העתיד להיות בן אנוש. אם כך, השאלה היא מהו החריג לכלל; האם החובה להציל חייו של גוסס היא ההוראה החריגה לכללי פיקוח נפש (“וחי בהם ולא שימות בהם”, רק אדם הכשיר לחובות וזכויות) או ההיתר לחלל שבת להצלת עובר הוא החריג לדיני ההצלה, לרבות עובר בן פחות מארבעים יום?

כדי להבין את העיקרון, ראוי להקדים שורות אחדות על דיני פיקוח נפש. הלכה רווחת בישראל לך דבר העומד בפני פיקוח למעט עבודה כוכבים, גילוי עריות ושפיכות דמים⁴⁰. כלומר אסור לאדם להקריב את חייו או לסכנם כדי לקיים מצווה, למעט אם נדרש לעבור על אחת משלוש העברות החמורות הנ”ל. האיסור להקריב חיים כדי לקיים מצווה, או נכון יותר ההיתר לעבור על איסורי תורה להצלת

38 יצוין, כי אין להסיק היתר גורף מהפסקת היריון בתוך ארבעים יום גם לדעת חכמי ההלכה המקלים בהפלת עובר בן פחות מארבעים יום וגם לדעת המתירים הפסקת היריון ל”צורך גדול”. לשיטתם, אם קיימת התוויה רפואית להפסיק את ההיריון, עדיף שיופסק בטרם חלפו ארבעים יום מתחילת ההיריון. ראו שו”ת אחיעזר, ג, סה; שו”ת תורת חסד, אבן העזר, סימן מ”ב, אות ל”ג; שו”ת שאילת יעב”ץ, א, מג; שו”ת צפנת פענח, נט; שו”ת שרידי אש, ג, קכו.

39 תוס’ נדה, מד, א, ד”ה “איהו מיית ברישא”.

40 כתובות יט, א; א; סנהדרין עז, א; פסחים כה, ב; יומא, פב, ב; תוס’ עבודה זרה, כז, ב, ד”ה “יכול אפילו”; רא”ש, עבודה זרה, ב, ט; עוד על דיני פיקוח נפש בהלכה ראו בהרחבה ח”י אברמוביץ וחי בהם, (תשי”ז), כא–פח.

חיים, הורחב והוחל גם על מצבים שבהם אין ודאות שהנתון בסכנה ישרוד לאחר ההצלה.⁴¹

הבסיס המשפטי לדין זה שהוא מאישיות המשפט העברי, מעוגן בדרשת הפסוק "אשר יעשה אותם האדם וחי בהם (ויקרא י"ח, ה) וחי בהם, ולא שימות בהם"⁴². שיחיה בהם ולא שיבוא בעשייתם לידי ספק מיתה⁴³. התורה היא תורת חיים, מצוותיה ניתנו למען החיים. אין טעם בדרישה לקיים את מצוות הדת אם על המקיים להקריב את חייו בקיום המצווה. אלמלא ההיתר לעבור על איסורי תורה כדי להציל חיים, היה עקרון קדושת החיים מאבד מחשיבותו⁴⁴. לפיכך אין לאמץ כללים נוקשים ולערוך מאזן סיכויים והסתברויות כאשר ניתן להציל חיים. העדפת החיים על קיום מצווה איננה רק כאשר נשקפת סכנה ודאית למקיים המצווה, אלא גם אם נקלע למצב של ספק סכנה. גם ספק סכנה יכול שיתפתח ויתדרדר למצב של סכנה ודאית⁴⁵, כך נפסק להלכה ברמב"ם⁴⁶, בטור⁴⁷ ובשולחן ערוך⁴⁸.

יתרה מזו, ההצדקה לחלל שבת לשם הצלת חולה הנתון בסכנה, איננה נגזרת רק מהסכנה המידית, אלא גם מסיכויי של החולה לשרוד ולקיים שבתות רבות לכשיינצל. מצבו העכשווי של החולה איננו הגורם הבלעדי הקובע אם לחלל שבת להצלתו, אלא הפוטנציאל הטמון בו לקיים מצוות בעתיד. רעיון עמוק זה, אף שלא נפסק להלכה כיוון שניתן להפריכו⁴⁹, מובא בשמו של רבי שמעון בן מנסיא: "ושמרו בני ישראל את השבת (שמות לא, טז) אמרה תורה: "חלל עליו שבת אחת, כדי שישמור שבתות הרבה"⁵⁰.

41 שו"ע או"ח, שכט, ד.

42 יומא פה, ב.

43 רש"י, יומא פה, ב, ד"ה "דשמואל"; ראו כיוצא בזה, מראה הפנים, ירושלמי, שם, ד"ה "וחי בהם"; רי"ז על הרי"ף, שם, ד"ה "אשר".

44 רי"ף, יומא פה, ב, ד"ה "מפני שהוא"; רבינו חננאל, שם, ד"ה "אסיקנא"; רא"ש, שם, ח, טו.

45 עור אפשר לומר כי רוב בני האדם אינם יודעים להבחין בין מצב של ספק סכנה למצב של סכנה ודאית, לכן מחללים שבת אף על ספק סכנה. ראו שו"ת תשב"ץ, סב.

46 רמב"ם, שביבת עשור, ב, ח.

47 טור, או"ח, שכט.

48 שו"ע או"ח, שכט, ב.

49 ראו בהרחבה א'ח' שרמן "הפריה חרץ-גופית אצל זוג פרוז" תחומין כב (תשס"ב) 392.

50 השו"ו, מכילתא דרבי ישמעאל, פרשת תשא לא, יג; תוספתא שבת טז, יג; שבת קלב, א; שבת קנא, ב; שו"ת ציץ אליעזר, ח, טו, קונטרס "משיבת נפש"; ג' רוקבר מסירות נפש (תש"ס) 83. אכן, גם בית הדין מוסמך להתקין הוראות שעה לבטל מצווה או לעבור על מצווה "כשם שהרופא חותך ידו או רגלו של זה, כדי שיחיה כולו", כך בית דין מורים בזמן מן הזמנים לעבור על קצת מצוות לפי שעה, כדי שיתקיימו כולם, כדרך שאמרו חכמים הראשונים: "חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה" (רמב"ם, ממרים, ב, ד). מסביר הרא"ה קוק, הרב הראשי לארץ ישראל, כי "העשייה של חלל שבת אחת היא כדי לחקן ולשמור שבתות, אשר משום כך יהא נחשב תיקון וקיום ושמירה ולא קלקול וביטול וחילול" (שו"ת עזרת כהן, כ).

”עד ארבעים יום מיא בעלמא” (יבמות ס”ט, ב)

מכאן קצרה הדרך להתיר חילול שבת להצלת עובר⁵¹, ”ואפילו לזה שאין חזקתו חיי”⁵² ואף עובר שאינו מסכן את אמו⁵³. וכן נפסק בטור⁵⁴ ובשולחן ערוך⁵⁵.

2. על הצלת עובר בן פחות מארבעים יום

שנוי במשנה⁵⁶: ”עוברה (נושאת הריון) שהריחה (מאכל ביום הכפורים) מאכילין אותה עד שתשיב נפשה”. מסביר רש”י ”שאם אינה אוכלת שניהם מסוכנים”⁵⁷. כלומר אם נושאת הריון מתאווה למאכל מסוים ביום הכיפורים, ויש לחשוש שמא תפיל את העובר אם לא תאכל — מאכילין אותה. אם נדייק בלשונו של רש”י ניווכח כי אין להפריד בין הסכנה הנשקפת לאם לסכנה הנשקפת לעובר. ברם, אין חולק כי יש לחלל את יום הכיפורים להצלת נושאת ההריון, לכן אין ראייה מהמשנה כי מותר לחלל את יום הכיפורים להצלת העובר עצמו. הרא”ש⁵⁸, הר”נ⁵⁹ ובעל שלטי הגבורים⁶⁰ הסוברים כרש”י מדייקים יותר בלשונום ופוסקים ”דלא משכחת סכנת עובר בלא סכנת עוברת ולא סכנת עוברת בלא סכנת עובר, דמפלת בחזקת סכנה היא”. בכך מתייחד לכאורה הדיון בחילול יום הכיפורים להצלת עובר, לא כל שכן עובר פחות מבן ארבעים יום.

אמנם אפשר לפרש את המשנה באופן שאם נושאת ההריון לא תאכל תסכן את עצמה, אך בכך אין כל חידוש. שהרי ”לב יודע מרת נפשו”⁶¹. לכן אין לומר כי הרא”ש והר”נ מבחינים בין סכנה לעובר לבין סכנה לאמו. דא עקא, שלא נתבאר אם ההוראה להפסיק את הצום כדי להציל העובר נסמכת על אישיותו העצמאית של העובר כבעל זכות להיוולד (מעט שנוצר) או על הסכנה הנשקפת לאמו מהמשך הצום וללא קשר למעמדו ההלכתי. אם ננקוט פרשנות דווקנית, נתקשה לתאר מצב שבו תהיה הצדקה לטפל בעובר הנתון במצוקה שאיננו מסכן את אמו. ואכן, בכלים ובידע הרפואי שהיו

51 ערכין ז, א.

52 רמב”ם, שבת, ב, טו.

53 רא”ש, יומא, ח, יג.

54 טור, או”ח, של.

55 שו”ע או”ח, של, ה. אולם ה”מגן אברהם”, ממפרשי שו”ע או”ח, של, י בשם הרמ”א (שו”ת הרמ”א, מ) והגודע ביהודה (שו”ת נודע ביהודה חו”מ, [מהדורא תניינא] ג”ט) חולקים ואוסרים לחלל שבת להצלת עובר. ראו שו”ת ציץ אליעזר, י, כה, ד; נשמת אברהם או”ח, של, ה, יד.

56 יומא פב, ב.

57 רש”י, שם, ד”ה ”עוברת שהריחה”.

58 יומא, ח, יג.

59 ר”ג על הרי”ף, יומא, פב, א, ד”ה ”וכתוב”; שו”ת שבט הלוי, ז, פ. על המשמעות ההלכתית וההשלכות המעשיות של עיקרון זה ראו רמב”ם, ממרים, ב, ד; קרבן נתנאל על הרא”ש, יומא ח, יג, י.

60 שלטי הגבורים, יומא פב, א, ד”ה ”וכתב הרא”ש”.

61 משלי יד, י; יומא, פג, א. על הכלל ומהותו ראו בהרחבה י” גרין משפט ורפואה (תשס”ג) 179–191.

ידועים בתקופת הרא"ש והר"נ (המאות השלוש-עשרה עד החמש-עשרה) לא ניתן היה להפריד בין העובר לאמו⁶². אולם כיום מאפשרת הטכנולוגיה הרפואית לטפל בעובר ולתקן פגמים בעודו ברחם אמו בלי שיסכן את אמו. בהמשך מפורש בגמרא⁶³: "תנו רבנן: עוברת שהריחה בשר קודש או בשר חזיר ... מאכילין אותה ... שאין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש חוץ מעבודה זרה, גילוי עריות ושפיכות דמים".

מכאן הסיק ר' שמעון קיירא בספר "הלכות גדולות" המיוחס לו, כי מותר להאכיל את האם ביום הכיפורים כדי להציל את עוברת, לא משום שהוא חלק מגוף אמו (ובכך הסכנה היא לאם), אלא בשל היותו אישיות עצמאית נפרדת מאמו⁶⁴. שאם לא תאמר כן, מה רבותא יש בהדגשה שמאכילים "אפילו אשה עוברת", הלא מאכילים כל חולה שהצום מסכן את חייו? זאת ועוד, לעניין החובה להציל את העובר, אין בעל "הלכות גדולות" מתייחס לגילו. די לו בפוטנציאל הטמון בעובר להתפתח ולהגיע ללידה, גם אם לא ישרוד לאחר הלידה אלא זמן מועט, כדי להתיר לאמו להפסיק את הצום אפילו איננו מסכן אותה.

הרמב"ן מצטט בספרו "תורת האדם" את בעל "הלכות גדולות", ומסיק שאף שהדבר לא נאמר במפורש, מחללים את השבת גם להצלת עובר בן פחות מארבעים יום⁶⁵. לדעת בעל הלכות גדולות "משום סכנת ולד". הרמב"ן, כפי שהבין את דעתו של בעל "הלכות גדולות", מחללים שבת להצלת עובר גם אם אין הוולד מסכן את אמו ואין היא מסוכנת, לא כל שכן שאם ייוולד עובר פגום ויחמר מצבה הנפשי⁶⁶. אמנם בתוך דבריו מזכיר הרמב"ן את דעת התוספות⁶⁷, האוסרים לחלל שבת להצלת עובר שלא יוכל לשרוד, היינו שלא מלאו חודשיו או שהוא בן פחות מארבעים יום, אך בחידושו למסכת נידה פסק ש"מחללים שבת גם להציל את העובר"⁶⁸. בכך אימץ הרמב"ן את דעת בעל "הלכות גדולות" שלעניין חילול שבת נחשב העובר כישות עצמאית מנותקת מאמו, גם כאשר מצוקתו איננה מסכנת את אמו.

62 ואכן הן הרא"ש (בבא קמא ה, ב) והן הר"נ (על הרי"ף, בבא קמא יט) סוברים כי העובר ירך אימו. עם זאת, אין בטכנולוגיה החדשה כדי לשלול דעה זו, אם נקבל את הדיפרנציאציה המקובלת בהלכה, שלפיה לעניינים מסוימים העובר ייחשב כירך אמו ולאחרים לא ייחשב. יומא, לעיל הערה 56.

64 הלכות גדולות — הלכות יום כיפור (מהדורת נצייה, תשנ"ב) קפ"ח.

65 תורת האדם (מהדורת שעוועל, תשכ"ד); קרבן נתנאל, לעיל הערה 59.

66 חידושי הרמב"ן, נידה, מד, ב, ד"ה "והא דתנן" (מהדורת המרכז לחינוך תורני, תשנ"ד).

67 תוס' נידה, מד, א, ד"ה "ואיהו". לשיטת התוספות ההתערבות הכרוכה בחילול שבת מותרת רק כאשר העובר מסכן את אימו ("עוברת שהריחה"), או כאשר החול תהליך הלידה ("יושבת על המשבר"). כשנושאת ההיריון אינה בסכנה — אין מחללין שבת. ברור על פי דעה זו, כי אין מחללים שבת אלא להצלת אדם ("אשר יעשה אותם האדם וחי בהם") והעובר אינו אדם. ההיתר לחלל שבת איננו נגזרת של מצבו העתידי של החולה אלא מצבו העכשווי. ראה עוד שו"ת נודע ביהודה, חושן משפט, נט (מהדורא תניינא) שכתב ש"אין מחללין שבת בשביל עובר אם אין סכנה לאמו". ראו עוד שו"ת ציץ אליעזר, יא, מג; שו"ת שרידי אש, א, קסב. 68 קרבן נתנאל, לעיל הערה 59.

”עד ארבעים יום מיא בעלמא” (יבמות ס”ט, ב)

לדעת הרמב”ן ההצדק לחלל שבת להצלת עובר איננה בשמירה על ”חיייו” העכשוויים הקיימים, אלא על חיי העתידיים לכשייוולד. לעניין הפוטנציאל הטמון בהתפתחות העובר, גיל ההיריון איננו מעלה ואיננו מוריד. וכך מסביר הרב אונטרמן, רבה הראשי של מדינת ישראל דאז, את סברת הרמב”ן:

”בפיקוח נפש אנו דנים גם על מה שעומד להיות בלי פעולה נוספת לפי דרכו של עולם, ואף שעדיין איננו בפועל במציאות, ולכן, מכיוון שקיימת חזקה דרוב נשים ולד מעליא ילדן, הרי העובר שבמעי האישה, מהתחלת מציאותו נחשב כאדם שאסור לפגוע בחייו, מאחר שהוא עומד להיות כן, ואנו רואים אותו כאילו יש לו חיות עצמית”⁶⁹.

יתרה מזו, פרשנות מרחיבה מובילה למסקנה שיש להתייחס לעובר כאל אישיות משפטית נפרדת מאמו, בין שהיא מסכנת את חייו ובין שאיננה מסכנת אותו. כך למשל כאשר נושאת ההיריון נפטרת מן העולם במהלך הריונה, לא כל שכן בלידתה, רוכש לעצמו העובר מעמד עצמאי כילוד שהדלת נעולה בפניו. היעלה על הדעת שהרופאים לא יתערבו להציל את העובר גם אם כרוך הדבר בחילול שבת? האין פגיעה בעובר, בין במישרין בין בעקיפין (ע”י מניעת התפתחותו), מעמידה אותו במצב שהדלת נעולה בפניו?⁷⁰

ואכן, באמירה כי פוטנציאל החיים הטמון בעובר מהווה את הבסיס להיתר לחלל שבת להצלתו, מובלעת ההנחה כי לעובר יש חזקת חיים במוכן זה שרוב הנשים ההרות מגיעות ללידת ילוד חי⁷¹.

מכל מקום, לעניין חילול שבת העובר נחשב כנפש ש”לא היה שייך להתיר חילול שבת אם היה מותר להפילו, כדכתב כן החוות יאיר, דמותו להורגו ומותר לחלל שבת אין לו שחר”⁷². וכך נפסק להלכה⁷³. הרמב”ם מתייחס לעובר כישות עצמאית הזכאית להגנת הדין להבטחת התפתחותה ללא קשר לגיל ההיריון. אין הדברים

69 אי” אונטרמן שבט מיהודה א (תשמ”ד) י.

70 אמנם, בדוחק רב ניתן לומר כי ההיתר לטפל בעובר כאשר אמו יושבת על המשכב, חריג לכלל האוסר לחלל שבת להצלת עובר. לפיכך, אין די בפוטנציאל הטמון בעובר לשמור שבתות הרבה כדי להתיר לחלל שבת להצלתו כל עוד אין סכנה לאמו. מכאן, שאם אין העובר אישיות עצמאית המתירה לחלל שבת להצלתו לאחר עובר ארבעים יום מתחילת ההיריון, על אחת כמה וכמה שאיננו כזה כשהוא פחות מארבעים יום. לדעת, יש לראות בעובר אישיות משפטית נפרדת מאמו. ואכן, לא רק פרשנות של מקורות הלכתיים מבססת טענה זו, אלא התקדמות הטכנולוגיה הרפואית בתחום המיילדות היא, היא, המאששת יותר יותר את ”עצמאותו המשפטית” של העובר.

71 ראו בהקשר זה שו”ת חתן סופר, סימן קיט.

72 שו”ת אגרות משה, חושן משפט, חלק ב’, סימן סט.

73 ביאור הלכה, של, ז. וראו עוד י” נויבירט שמירת שבת כהלכתה (תשל”ט) פרק לו, סעיף ב. ואולם ר’ צבי יהודה ברלין צמצם תחולת ההיתר לחלל שבת להצלת עובר (בשל חיי הפוטנציאליים) רק למקרה שפיקוח הנפש הוא ודאי ולא מספק פיקוח נפש. ראו העמק שאלה, שאילתא א, ח; שאילתא קס”ז, י”ז.

מפורשים, אך הם משתמעים מההנמקה להעדפת חיי האם המתקשה בלידתה על חיי העובר (בטרם "הוציא ראשו ורובו")⁷⁴: "שהוא כרוּדף אחריה להורגה"⁷⁵. אין קדימות האם לעובר משום שהעובר איננו "נפש", אלא בשל היותו רודף אחר אמו להרגה. אלמלא ה"רדיפה", כגון שאיננו מסכן את אמו – אין היתר לפגוע בעובר. דומה כי במישור העיוני, ניתן להחיל את דיני העובר על הביצית המופרית גם לשיטת הרמב"ם, אם כי הדבר צריך עיון כיוון שביצית מופרית בהקפאה איננה יכולה ל"רדוף" אחר בעלת הביצית (או הפונדקאית שתישא את ההיריון), שהרי היא מחוץ לרחם, אלא אם תימנע האפשרות להציל את תורת הביצית על ידי גידול רקמות מתאים שיילקחו מהביצית המופרית אם וכאשר תמומש האפשרות לגדל רקמות.

ולכסוף אעיר כי ההתחשבות בפוטנציאל הטמון בעובר להתפתח ולהגיע ללידת חי, באה לכיטוי גם בתשובתו של ר' יאיר בכרך האוסר הפסקת היריון. לדעתו, המשמיד את "שראוי להיות נוצר (עובר) מכל טיפה", כודאי "אחר שקלטה הזרע", עובר על איסור הוצאת זרע לבטלה ודינו כשוּפך דמים⁷⁶. השאלה כיצד לפרש את האיסור להוציא זרע לבטלה; האם האיסור חל ומיד על כל הוצאת זרע בכל דרך שאינה בביאה, או שמא האיסור חל למפרע על כל הוצאת זרע שלא בביאה, אם מאותה שכבת זרע לא הושג היריון? אין ספק כי אם נקבל את ההנחה כי מותר להשחית עובר בן פחות מארבעים יום, תהיה התוצאה בלתי סבירה, שכן מצבו של עובר בשלבי התפתחותו הראשונים (והוא הדין בביצית מופרית) ועד ארבעים יום היריון יהיה גרוע יותר מזה של הזרע עצמו שאסור להשחיתו⁷⁷. לכן יש להרחיב את האיסור להשחית זרע כמשתרע בין בתקופה שלפני ההפריה ובין לאחריה.

ו. הביצית המופרית ו"זכותה" להגנה מפני השמדתה

עם השתכללותה של טכנולוגיית ההפריה החוץ-גופית לא רק כשיטת טיפול, אלא גם כתשתית מחקרית בעוברים הנוצרים במעבדה, הוטל לפתחם של חכמי ההלכה והמשפט הצורך לגבש את עמדתם בנוגע למעמדה ההלכתי והמשפטי של הביצית המופרית. המעבר מהולדה בדרך הטבע לתהליך הולדה רב-שלבי וממושך, הביאה לקיומם (בדיעבד) של שני סוגי עוברים (בהקפאה): הסוג האחד, עוברים המיועדים להחזרה לגוף האישה במטרה ללדת ילד. הסוג האחר, עוברים "עודפים" אשר לא

74 אהלות, לעיל הערה 11.

75 רמב"ם, רוצח ושמירת נפש א, ט. על מהותו של דין רודף ראו סנהדרין, עד, א.

76 שו"ת חוות יאיר, סימן ל"א. איסור הוצאת זרע לבטלה הוא מן האיסורים היותר חמורים בדין העברי. ראו נידה, יג, א; רי"ף, שבת, לט, א, ד"ה "תניא"; רא"ש, נידה, ב, א; שו"ע אבעה"ז, כג, ב.

77 ראו ש' גורן "מעמדו של העובר בהלכה" תורת הרפואה (תשס"א) 195, 199.

"עד ארבעים יום מיה בעלמא" (יבמות ס"ט, ב)

יושתלו בגוף התורמת ואשר ניתן לתרום אותן לנשים אחרות או להשתמש בהן לצורכי מחקר.

לכאורה, ההבחנה בין שני סוגי הביציות המופרות היא מלאכותית. שכן, מה לי עוברים המיועדים להעמדת צאצאים, מה לי עוברים שייתרמו למחקר, לרבות בהסכמת בני הזוג, אלה גם אלה הם עוברים אנושיים. אלא אם כן תאמר כי הוויתור המודע על הסיכוי לממש את הפוטנציאל של הביציות המופרות להתפתח, בצירוף הקביעה כי בארבעים הימים הראשונים להריון העובר הוא "מיה בעלמא", פוגמים במעמדה של הביצית המופרית.

אין חולק כי מי ששולל מעמד משפטי מן העובר המתפתח ברחם בטרם חלפו ארבעים יום מיצירתו, ישלול, ובצדק, מעמד משפטי אף מן הביצית המופרית המצויה בהקפאה. שכן, קשה לחקוף את הטענה כי מעמדה של הביצית המופרית מחוץ לרחם עדיף מעובר המצוי ברחם אישה. אמנם הקפאת הביצית המופרית אינה אלא שלב בהתפתחות ההריון שהופסק באופן מלאכותי על מנת להמשיך בו בשלב מאוחר יותר, אך אין בכך כדי לשנות את העובדה כי הביצית המופרית מצויה מחוץ לרחם. לכן השאלה מתעוררת אליבא דמי שסובר כי לעובר יש מעמד מרגע היווצרותו: האם ניתן לבסס את הטענה כי כל עוד הביצית המופרית מצויה מחוץ לרחם אישה זכויותיה פחותות משל עובר המתפתח ברחם?

המטרה בהקפאת ביציות מופרות היא להימנע ככל האפשר משאיבה חוזרת של ביציות שהיא פעולה חודרנית שיש בה סיכון לתורמת. ואכן, מחוקק המשנה מאפשר הקפאת ביצית מופרית לחמש שנים ולבקשת בעלת הביצית ובעלה לחמש שנים נוספות⁷⁸. אולם אין בתקנות הסדר לגבי גורל הביציות לאחר חלוף עשר השנים.

לכאורה, שתיקת מחוקק המשנה מלמדת כי השמדת ביציות מופרות אסורה, שאם לא תאמר כן, מדוע לא קבע בתקנות כי לאחר עשר שנים ניתן לעשות כל שימוש בביציות המופרות. מאידך, שתיקת מחוקק המשנה יכולה ללמד על הסכמה להשמדתן לאחר חלוף עשר שנים, שכן מה שלא נאסר במפורש מותר. דעתי נוטה לאפשרות השנייה, לולא ההוראה המפורשת המתירה שאיבת ביציות אך ורק לשם הפריית אישה. ואכן, בהנחה שיימצא הסדר חוקי שיתיר את השימוש בביציות המופרות למטרות מחקר, הסדר הנחוץ בהתחשב בכך שלמעשה נשאבות יותר ביציות מהנחוץ להפריה, האם ניתן להתיר את השימוש בביציות המופרות למטרות מחקר?

כבר נתבאר כי מבחינת ההתפתחות הביולוגית הראשונית, אין הבדל בין ביצית מופרית המתפתחת על צלוחית במעבדה לזו המתפתחת ברחם האישה. ואף על פי כן נראה כי יש לחלק בין ביצית מופרית בהקפאה לבין היריון המתפתח בגוף האישה. הביצית המופרית המצויה בהקפאה במעבדה תוכל לממש את הפוטנציאל

78 תקנה 9 לתקנות כריאות העם (הפריה חוץ גופית).

הטמון בה להתפתח לעובר רק אם תשתרש ברחמה של מי שתישא את ההיריון. על מנת להשיג את ההיריון המיוחל, יש לבצע פעולות נוספות (הפשרה והחדרה לרחם), מה שאין כן בהיריון המתפתח בדרך הטבע. תהליך החזרתה של הביצית המופרית לרחם מפחית את ההסתברות למימוש הפוטנציאל של הביצית המופרית שמחוץ לרחם בהשוואה לפוטנציאל שיש לביצית מופרית שנוצרה ללא העזרה רפואית. אין די בפוטנציאל כשלעצמו כדי להקנות הגנה לביצית המופרית, למעט אילו שמתוכננות להחזרה לגוף האישה. יתרה מזו, פוטנציאל התלוי במעשה איננו פוטנציאל המקנה הגנה לביצית המופרית מפני השמדתה. לכן יש הסבורים כי עובר מחוץ לרחם "אפילו אינו בגדר תחילת עיבור"⁷⁹ ו"אין דין הפלה אלא מרחם אשה דווקא"⁸⁰. ואכן, עד שלא יוכח מדעית כי סיכוייה של ביצית מופרית בהקפאה להתפתח לעובר זהים לסיכוייה של ביצית מופרית שנוצרה בגוף האישה בדרך הטבע להתפתח להיריון, אין דין הביצית המופרית כדין ההיריון.

הרב מרדכי אליהו, לשעבר הראשון לציון, סובר כי "כל הביציות המופרות, האמורות להיות מושתלות ברחם האם — אין להשמידן, כיוון שעתידי לצאת מהן עובר חי. אבל הביציות, שלא נבחרו להשתלה, מותר לזרוקם"⁸¹. בכל הכבוד הראוי, קשה לקבל את ההבחנה בין ביציות המיועדות להשתלה ברחם לאלה שאינן מיועדות, הבחנה שהיא שרירותית למדי. לדעתי, אין לאפשר לאיש, לא לרופא ולא לבני הזוג, להחליט על השמדת ביציות כיוון ששיקוליהם בהכרח הם שיקולים סובייקטיביים, בין שיהיו אלה שיקולים ערכיים או כלכליים. המבחן צריך להיות מבחן אובייקטיבי. אין מקום להבחין בין היריון שיצירתו בעזרה רפואית להיריון שנוצר בדרך הטבע. כך למשל אין מקום לאסור הפסקת היריון שנוצר בדרך הטבע ולהתיר הפסקת היריון, קרי הפסקת התפתחותה של ביצית מופרית בהקפאה, שנוצרה שלא בדרך הטבע. הוא הדין בנוגע לסירובה של אישה לשאת היריון. אין היגיון לאפשר את החופש לבני זוג או לאחד מהם להפסיק את תהליך ההולדה שראשיתו בעזרה רפואית אך בו בזמן לאסור עליהם להפסיק היריון שנוצר בדרך הטבע.

נמצא כי לא רק שאין בסיס ביולוגי להבחין בין ביצית מופרית בהקפאה לעובר ברחם אישה, אלא שגם אין בסיס משפטי והלכתי. ואכן, העובר נוצר מרגע ההפריה. יש להתייחס לביצית המופרית כאל עובר בין שהוא מצוי ברחם האישה ובין שהוא מחוץ לרחם⁸². לכן יש להחיל על הביצית המופרית את דיני ההיריון הקבועים בהלכה. לאמור, מותר להפסיק היריון, דהיינו להפסיק את התפתחותו

79 שו"ת שבט הלוי, חלק ה, סימן מז; נשמת אברהם אבן העזר יא (ה3).

80 הרב ח"ד הלוי, לעיל הערה 10, בע' 14.

81 הרב אליהו, לעיל הערה 10. כמו כן הרי"ל הלפרין, מחכמי דורנו שאף הוסיף "שעדיין אין עליו שם עובר כלל, ואינו אפילו כעובר שהוא בן פחות מארבעים יום". ראו שו"ת מעשה חושב, חלק ג, סימן ב.

82 כך, למשל, ועל דרך ההיקש, כלום ניתן להעלות על הדעת כי מותר יהיה להשמיד עובר המתפתח ברחם מלאכותי אם וכאשר יפתחו המדענים רחם מלאכותי? הניתן להעלות על הדעת כי אסור יהיה לחלל שבת כדי להציל את אותו העובר רק משום שהוא מתפתח מחוץ לרחם?

ל“צורך גדול”. ואמנם הרב עמדין התיר להפסיק היריונה של אשת איש שזנתה, אף שאין פגם בעובר, רק כדי להציל אותה מרעתו. יתרה מזו הוא השאיר ב“צריך עיון” את השאלה אם אין להפסיק את התפתחותו של עובר כשר שאינו מסכן את אמו אך גורם לה כאב (בהיוולדו)⁸³. כמו כן התיר הרב בן איש חי להפסיק היריון “היכא דאיכא [היכן שיש] פגם משפחה וביזיון וחילול השם, אם יישאר העובר ולא תפיל אותו”⁸⁴. כן התיר הרא”י וולדינברג להפסיק היריון של עובר שאובחן כחולה במחלת “תיי סקס”⁸⁵. לפיכך השאלה איננה אם מותר לגרום להפסקת התפתחותה של הביצית המופרית אלא אם המטרות שלשמן תופסק ההתפתחות יכולות להיחשב כ“צורך גדול”. תשובתי חיובית. במחקר שיאפשר גידול רקמות טמונה ברכה רבה בתחומי הריפוי השונים. לכן ניתן להגדיר את הפסקת התפתחות הביצית המופרית למטרת המחקר כ“צורך גדול” הנובע מההתקדמות הטכנולוגית, בדומה להיתר לערוך בדיקה טרום השרשה לפני ההחזרה לרחם אף על פי שברור כי הביציות שתמצאנה פגומות לא תוחזרנה לרחם (אלא תושמדנה)⁸⁶.

ז. סיכום

שני תהליכים עוברים על החברה בישראל ככל שהדבר נוגע לעניינים שברפואה בכלל, ובתחום פריה ורבייה בפרט. התקדמות טכנולוגית מדהימה בד בבד עם הפנמה הולכת וגוברת של ההכרה באוטונומיה של הפרט לשלוט על חייו ולתכנן את משפחתו. מתד גיסא, העיסוק בשלבים הראשונים בהתהוותו של האדם, שלב שהוא חבוי מעין האדם, אך בעל כושר התפתחות לאדם, נגלה לעין עם השתכללות הטכנולוגיה המדעית והרפואית. מאידך גיסא, הופנמה ההכרה בזכות האדם לשלוט על גופו ועל רקמות ונוזלי גוף הניטלים או מופרשים ממנו. היכולת המדעית לעקוב אחר שלבי התפתחותו הראשונים של העובר ברחם ומחוצה לו, ובטרם גובשה זהותו האישית יכול שתוביל לשתי מסקנות הפוכות: האחת, כי העובר בשלבים אלה הוא ישות חסרת מעמד משפטי ומוסרי בין שהוא ברחם ובין שהוא מחוצה לו. השנייה, כי היכולת לצפות במכשור המדעי את התפתחותו של העובר בכל

83 שו”ת שאילת יעבץ, סימן מג.

84 שו”ת רב פעלים, סימן ד.

85 שו”ת ציץ אליעזר, חלק יג, סימן פג.

86 ראו בהקשר זה א’ לוי ומ’ גרנט “אבחון טרום – לידתי של מחלות מולדות לפני תום ארבעים יום מההפריה” אסיא מז–מח (תשנ”ג) 185; א’ לוי “בדיקת סיסטי שליה לפני יום הארבעים – הסיכון למומים מולדים” אסיא נג–נד (תשנ”ד) 124; ח’ קטן וי’ קטן “שיטות חדשות באיבחון טרום לידתי כשליש הראשון של ההיריון” אסיא סט–ע (תשס”ב) 156. באבחון הגנטי לפני ההשרשה יכול שיתבצע בשלבים שונים במהלך התפתחותו של העובר במעבדה. יש בדיקות המתבצעות בשלב שבו התא התחלק לארבעה עד שישה תאים, ויש בשלב הבלסטוציט חמישה-שישה ימים אחרי ההפריה כשיש כבר מאות תאים. הביציות המופרות שנמצאו פגומות אינן מוחזרות לרחם ומושמדות.

שלב ושלב, מקנה לו מעמד משפטי ומוסרי. הפועל היוצא מהמסקנה הראשונה הוא כי אין מניעה להפסיק את התפתחותו של העובר כל עוד הוא חסר מעמד משפטי והלכתי. מעמד זה מוקנה לו ביום הארבעים ואחד להתפתחותו. הפועל היוצא מהמסקנה השנייה הוא, כי ליום הארבעים אין משמעות כיוון שהעובר רכש את אישיותו ברגע היווצרותו.

דעתי נוטה למסקנה השנייה. לכן ביקשתי במאמר זה להעמיד דברים על דיוקם, להציג את הפרשנות הנכונה להיגד התלמודי בדבר היות העובר עד ארבעים יום מיא בעלמא. היגד זה איננו מבסס היתר להפסיק התפתחותו של עובר, בין שהוא ברחם ובין שהוא בהקפאה. ההיתר להשתמש בביציות המופרות למחקר איננו מצוי בהיגד זה, אלא בטיעון כי פוטנציאל הריפוי הטמון במחקר זה יכול להיחשב כ"צורך גדול" המאפשר בנסיבות מסוימות להפסיק את התפתחותו של עובר.

העובדה כי העובר הוא אדם בכוח, מטילה חובה על הסוכבים אותו, חובה מסוג שונה מזו הקיימת בין שני בני אדם. חובה זו יכול שתביא למצב של ניגוד עניינים בין זכותם של הבעלים על הביצית המופרית לשלוט על תכנון המשפחה ועל המופרש מגופם, לבין זכותו של העובר כאדם בפוטנציה להגנה על חייו המתפתחים. לכן אין בפוטנציאל החיים הטמון בעובר עילה אפריורי להידחות מפני זכויותיה של החברה, אך ל"צורך גדול", קרי לצורך קידום המחקר הרפואי בתחום ההשתלות והפוטנציאל הטמון במחקר זה להתגבר על החסר באברים להשתלה, ובכך להציל חיי אדם, או לפחות לשפר את איכותם, תגבר זכותה של החברה. גישה זו יונקת את קיומה מהעובדה שהאמת המשפטית איננה אמת מוחלטת. היא יחסית. תפקיד איש ההלכה להכריע במתח הזה, אך אין זאת אומרת שמערכת המשפט יכולה להתפרנס מגופו של הדין בלבד, אלא זקוקה לנשמה יתרה בדמותן של נורמות ערכיות.⁸⁷

87 ע"א 391/80 לסרסון נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237, 264.