

הולדה לאחר מיתה באמצעות הפריה חוץ-גופית והשלכותיה על דיני יבום וחליצה

יוסי גריין*

- א. אקדמות מילין
- ב. יבום וחליצה – מקור הדין, היקפו וגדריו
 1. מקור הדין ותכליתו
 2. מצות חליצה קודמת למצוות יבום
 3. זיקת יבום ממתי?
 4. "דרכיה דרכי נועם": הכלל והשלכותיו לדיני היבום
- ג. הפריה וחובת יבום בהלכה
 1. האם פוטר זרע מוקפא מיבום וחליצה?
 2. ביאה, החדרת הזרע או הביצית המופרית ומצוות יבום.
- ד. האם די בביצית מופרית כדי לפטור מיבום וחליצה?
 1. הצגת הבעיה
 2. על מעמדה ההלכתי של הביצית המופרית – הערות כלליות.
 3. ה"חיים מאימתי"?
 4. האם הגדרת עובר משתרעת גם על ביצית מופרית?
 5. סיכום
- ה. סוף דבר

א. אקדמות מילין

השתכללותה של הטכנולוגיה הרפואית בתחומי פריה ורבייה כשיטות טיפול לזוגות עקרים, הציבה בפני חכמי ההלכה סוגיות כבדות משקל. ביסודה ניתוק תהליך ההולדה מיחסי אישות והתמשכותו לאורך פרקי זמן ארוכים יותר מהתמשכות הריון המושג בדרך הטבע.¹ ההזרעה המלאכותית, ובעיקר ההפריה החוץ-גופית לצורותיה השונות,

* מרצה, ראש המרכז למשפט ורפואה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. תודתי נתונה לפרופ' הרב א. שטיינברג, חתן פרס ישראל, המרכז הרפואי "שערי צדק", לד"ר מ. ויגודה מנהל המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, לד"ר א. לוינגר, רופא בכיר במחלקה פנימית ב', מרכז רבין, קמפוס בילינסון ולעז"ר מ. ורמוט אשר הואילו לקרוא את טיוטת הרשימה והעירו הערות אשר מצאו ביטוי במאמר.

1 עד שנתחדשה ההולדה בדרך זו, הושג ההריון בתהליך ההפריה שהתקיים בגוף האשה, בסמוך

מחייבים בחינה מחודשת של הכלים המשפטיים וההלכתיים וההסדרים הנוהגים. במיוחד נדרשת בחינה מחודשת של מערכת דיני המשפחה. יתרונותיה וחסרונותיה של ההפריה החוץ-גופית, כרב שלביותו של תהליך ההולדה. כך למשל, נפתח פתח לאדם הרוצה לשמר את האפשרות להעמיד צאצאים, אך נפגע או עלול להיפגע, במערכות ייצור הזרע כתוצאה ממחלה ממארת, קרינה או בנסיבות אחרות להפקיד זרעו עובר לטיפול הרפואי. אדם זה יכול להפקיד את זרעו בבנק הזרע ולהקפיא עד להחלטה על ההולדה.² אם הפרה זרע זה ביצית אשה, כי אז ניתן להקפיא את הביצית מופרית. נקודת המוצא במאמר זה היא, כי, אין ההפריה החוץ-גופית בין בעל לאשתו נוגדת את ההלכה.³ לפיכך, אם הפקיד אדם זרע בעצה עם אשתו, קודם שהחל בטיפול רפואי כאמור, במטרה להוליד ילדים גם אם לא יקום מחוליו, יש מקום לבחון את התוצאות ההלכתיות במקרה של פטירת החולה במהלך הטיפול הרפואי, כאשר אין ולא היו לו ילדים אך יש לו אחים, וכן יש בהקפאה זרע שלו או ביצית מופרית שהופרתה בזרעו.⁴ האם די בזרע או בביצית המופרית המצויים בהקפאה כדי להתיר את אלמנתו להינשא ללא חליצה?⁵ האם, וכמה זמן, יש להמתין לילדים העתידיים להיוולד ומה ההשלכות

או לאחר קיום יחסי אישות. מאז הוכנסה ההפריה החוץ גופית כשיטת טיפול, מתחיל תהליך ההולדה, להבדיל מן הבחינה ההלכתית-משפטית, בהפגשת הזרע והביצית מחוץ לרחם אשר לאחריה מושלת הביצית המופרית ברחם האשה המיועדת לשאת את ההריון. המפגש בין הזרע והביצית יכול שיעשה לאחר זמן כל עוד הזרע נשמר בהקפאה. הוא הדין בביצית המופרית, השתלחה ברחם יכולה להתבצע כעבור חדשים רבים, ואף לאחר מיתת בעל הזרע או בעלת הביצית, ובלבד שתישמר בהקפאה.

2 ראה לענין זה כלל 28 מהכללים בדבר ניהול בנק זרע והזרעה מלאכותית המובאים בחזור המנהל הכללי של משרד הבריאות מס' 34/92 מיום י"ז בחשוון ה'תשנ"ג (13.11.92); תקנות בריאות העם (בנק זרע), תשל"ט-1979.

3 ההתערבות הרפואית בתהליכי פריה ורבייה מעוררת קשיים הלכתיים, משפטיים, מוסריים וחברתיים שאין ואסור להתעלם מהם. שאלות כגון ייחוס הולד אחר תורמי הזרע והביצית, או כשרותו לבוא בקהל, מחייבות התייחסות הדין, גם אם יהיה מי שיסבור כי די בהן לשלול את הפרוצדורה. לדעתי, בהתחשב ביתרונות הטמונים בהפריה החוץ-גופית כשיטת טיפול בעקרות, אינני רואה מניעה הלכתית לקבוע הסדרים ליישומה, ובעיקר הסדרי רישום ומעקב אחרי תאי הרבייה מרגע שנשאבו מגוף בני הזוג ועד להשגת ההריון. דומני, כי מעיקר הדין, אין סיבה לאסור את ההפריה החוץ-גופית מבעל לאשתו. ואכן, חששם הגדול של המתנגדים לתהליך הוא "שמא ישא אחותו מאביו" (יבמות ל"ז, א; בית חדש, יורה דעה, קצ"ה בשם רבינו פרץ מבעלי התוספות; בית שמואל, אבן העזר, שם, ס"ק י; חלקת מחוקק, אבן העזר, א, ס"ק ח; משנה למלך, הלכות אישות ט"ו, ד). כאשר ההפריה נעשית מזרע וביצית של בני זוג נשואים, אין בסיס לחשש זה. ראה הרב ש"ז אויערבך, "בדין הזרעה מלאכותית", נועם א (תשי"ח), עמ' קמ"ז (להלן – הרש"ז אויערבך).

4 האפשרות שאדם יותיר זרע ו/או ביצית מופרית בהקפאה לאחר מותו איננה תופעה חריגה בהתחשב בהתמשכות טיפולי הפוריות ושיעורי הצלחתן מחד גיסא והגברת המודעות לטכנולוגיה ויתרונותיה מאידך גיסא. בדרך כלל, שואבים מגוף האשה מספר רב יותר של ביציות מהנדרש לביצוע ההפריה. הביציות מופרות בזרע הבעל ומושתלות ברחם האשה. הביציות המופרות העודפות, היינו, אלה שלא הוחדרו לרחם מוקפאות. בכך נחסכת מהאשה פעולה פולשנית חוזרת בגופה לשאיבת ביציות למקרה שלא נקלט הריון באותו מחזור טיפולים.

5 למותר לציין, כי פרוצדורה זו מעוררת שאלות הלכתיות רבות נוספות. כך למשל, לו יצויר שבמות

ההלכתיות להמתנה זו? ובהקשר הרחב יותר, האם לא נשתנו הטבעיים באופן המחייב לשנות את הדין ולהתאימו למציאות המשתנה?⁶

נדרשתי לשאלה זו בעקבות דיון בבקשת אלמנת חולה שנפטר, להיבנות מזרע בעלה אותו הפקיד בבנק הזרע סמוך לפטירתו. לבני הזוג לא היו ילדים אך למנוח יש אח והורים שהתנגדו לבקשה. בית המשפט נעתר לבקשת האלמנה והורה למנהל בנק הזרע למסור לה את הזרע המוקפא.⁷ בית המשפט לא דן בהיבטים ההלכתיים, אך להחלטתו השלכות הלכתיות. כך למשל, אם תבקש האלמנה להינשא, בין שיוולד לה בן מאותו זרע ובין שלא, האם תחויב ביבום וחליצה?⁸

הבעל לא היו לו אחים, אך מצויות בהקפאה ביציות מופרות של אביו שנפטר בחייו. כלום תחויב האלמנה להמתין עד שיוולד ילד לחמותה מאותן ביציות מופרות ועד שיגדל וייבמה, או שמא יש להתירה להינשא מיד כיון שבשעת מיתת בעלה לא היו לו אחים בעולם? האם יש יסוד לחלק בדיני יבום וחליצה בין ביצית מופרית שהותיר הנפטר עצמו לבין ביצית מופרית שהותיר אחריו אביו? שאלה אחרת שלא נרחיב בה במסגרת זו נוגעת לדיני הירושה: האם יירש היילוד שיוולד באחת מדרכי ההפריה החוץ גופית את אביו, אם ההריון נוצר מזרעו לאחר מות האב. ראה לענין זה, י. גרין, "ולא תהא הביצית המופרית כעובר לדיני הירושה?" מאזני משפט א (תש"ס), 393. לשאלה אם נכון להעמיד צאצאים אחר המוות ראה, י. שנקר, "העמדת צאצאים לאחר המוות", מכתב לחבר, ינואר 1998, 16.

ראה לענין זה, א. סופר-אברהם, נשמת אברהם, אבן העזר, סימן קנ"ו, אות א (להלן – נשמת אברהם). לא בכדי נקטתי לשון זו. אין חולק כי שמירה קפדנית על דיני המשפחה ומסגרתה הן מיסודות המשפט העברי ואינן צריכות ראייה. אף על פי כן, הברכה הטמונה בהולדה בדרך של ההפריה החוץ גופית, גם אם מעוררת בעיות הלכתיות, יכול שתהיה עדיפה אם האפשרות האחרת היא פירוק התא המשפחתי או אימוץ ילדים. ראה, הרב א. נבנצאל, "הפריה מבחנה", אסיא חוב' ל"ד (תשרי תשמ"ג), 205. לענין היחס התורני השקפתי לחידושים מדעיים בכלל ראה, א. שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית-רפואית, כרך ו, ערך "תורשה" 545 (להלן – אנציקלופדיה הלכתית רפואית).

ה"פ 1922/96 פלונית נ. פלוני ואח' (טרם פורסם). בית המשפט המחוזי בתל אביב נתבקש להורות למנהל בנק זרע למסור למבקשת את זרע בעלה המוקפא המצוי בבנק הזרע. למבקשת, ולבעלה המנוח לא היו ילדים. במהלך טיפולי פוריות לקה המנוח במחלת הסרטן שדרורה את מצבו. סמוך לפטירתו מסר זרע להקפאה. למגינת לב בני המשפחה לא עלה הטיפול יפה והחולה נפטר. האלמנה ביקשה, כאמור, להשתמש בזרע ולהוליד ילד בדרך הפריה חוץ גופית, אך חמיה התנגד, ולכן עתרה לבית המשפט בבקשה להורות למנהל בנק הזרע למסור לה את הזרע המוקפא. במקרה דומה (ה"פ 429/96 פלונית נ. בנק הזרע ואחרים, לא פורסם) אישר בית המשפט המחוזי בחיפה ונתן תוקף של פסק דין להסכמה שהגיעו חברתו והוריו של אדם שהפקיד זרע לפני טיפול במחלת הסרטן ממנה נפטר, לפיה היא תהא רשאית לעשות שימוש בזרע לצרכי הפרייה.

אמנם, שאלת הירושה שזורה בסוגיית היבום, אך נבדלת ממנה, שכן, אפשר שהזרע יישאב מגופו של אדם בסמוך לאחר מותו והאלמנה תופרה מזרע זה (ראה ה"פ 10440/99 פלונית נ. היועץ המשפטי לממשלה, לא פורסם). הדעת נותנת כי גם אם יולד ילד מאותו הזרע הוא לא יפטור את אמו מיבום וחליצה, שכן, בשעה שקמה זיקת היבום (שעת הפטירה) לא היה למנוח בן. ברם, ייתכן שיירש את אביו אם יוכח שהורתו מאותו הזרע. סכסוכים לא מעטים מקורם בסירוב ליתן חליצה. ניתן לשער שאם תכיר ההלכה בזרע מוקפא ו/או בביצית מופרית כזרע לענין יבום וחליצה, יימנעו מקצת מסכסוכים אלה. מכל מקום, במשפט הישראלי ניתן לאכוף על יבם לחלוץ לאלמנת אחיו. ראה, סעיף 7 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג–1953; סעיף 6 לחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), תשנ"ה–1995; סעיף 47(ג)4 לחוק העונשין, תשל"ז–1977.

ואם תזכה האלמנה להיבנות מאותו הזרע, האם יירש היילוד את אביו המת?⁹ ייאמר מיד, אין הדיון מצטמצם לזרע מוקפא, אלא גם, ובעיקר, למקרה שהחולה הותיר אחריו ביצית מופרית שהופרתה בזרעו קודם פטירתו.¹⁰ אשר על כן, יש להבחין בין שני מצבים: המצב האחד, כאשר המנוח השאיר אחריו במותו זרע המצוי בהקפאה. המצב האחר, כאשר הוא מותיר אחריו ביצית מופרית. ברקע הדברים מובלעת ההנחה, כי בהפקדת זרעו עובר לטיפול, גילה המנוח דעתו כי רצונו להעמיד צאצא.

שלוש שאלות הלכתיות משפטיות צריכות הכרעה: השאלה האחת, האם די בהימצאות זרע מוקפא בשעת מיתה כדי להתיר את האלמנה להינשא לאחר שלושה חדשי הבחנה, או לחילופין לחייבה להמתין עם ההחלטה על הנישואין עד שיעשה נסיון להשיג הריון ולהגיע ללידת חי מאותו הזרע? דומה, כי יהא זה מרחיק לכת לפטור אלמנה מיבום וחליצה על יסוד זרע המצוי בהקפאה אף אם התכוון המנוח להיבנות מהזרע שהפקיד עובר לטיפול.¹¹ האמנם?

השאלה השנייה, האם ישתנה הדין אם הותיר אחריו המנוח בהקפאה ביצית מופרית שהופרתה בזרעו קודם פטירה? כלומר, האם לענין פטור מיבום וחליצה יש בסיס להבחנה בין זרע מוקפא לביצית מופרית? לכאורה אם זרע בהקפאה יפטור מיבום, ביצית מופרית לא כל שכן, שהרי ביצית מופרית היא שלב מתקדם יותר לקראת לידת צאצא מאשר זרע. אך גם אם אין בכח הזרע המוקפא כדי לפטור אלמנה מיבום

9 לענין יבום וחליצה אין נפקא מינה אם הביצית שהופרתה מזרעו של המנוח נשאבה מאלמנת המנוח או מגופה של תורמת, "הואיל ויש לו זרע מכל מקום" (רמב"ם הלכות יבום וחליצה, א, ג, על פי יבמות כ"ב, א-ב; שולחן ערוך, אבן העזר, קנ"ו, א). לפיכך, די אם נוכיח כי ביצית מופרית הינה תחילת הריון כדי להחיל דיני יבום וחליצה ללא תלות בזהותה של תורמת הביצית. יוער, כי למעשה, על פי המצב המשפטי השורר בארץ מאז בוטלה תקנה 8(ב) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), ה'תשמ"ז-1987 (להלן – תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית)), ניתן לעשות שימוש בזרע ו/או בביצית שהופרתה בזרע של נפטר ללא כל הגבלה ו/או התניה כלשהן. תקנה 8(ב)(2) ותקנה 10(ג)(1) לתקנות הנ"ל מחייבות המתנה של שנה וקבלת דו"ח עובד סוציאלי כתנאי לעשיית שימוש בביצית המופרית מזרעו של נפטר. תקנה 8(ב) הנ"ל בוטלה (ובעקבותיה תקנה 10(ג)(1) המפנה אליה) בהסכמת המדינה בבג"צ 2078,2444/96 ויץ ואח' נ. שר הבריאות ואח' (לא פורסם). בכללים לניהול בנק זרע (לעיל, ליד הערה 2). באשר לתקנות 11 ו-13 שבוטלו אף הן ראה בג"צ 5087/94 זברו נ. שר הבריאות, תק-על 95(2), (1037) אין התייחסות כלל למסירת זרעו של נפטר לאלמנתו או ליורשיו על פי דין או על פי צוואה. לעובדה זו נפקות בדין, כיון שאם הביצית המופרית נחשבת כתחילת הריון, מחייבת ההלכה להמתין עד לאחר הלידה כדי להתירה להינשא. היש הגיון הלכתי לחייב אלמנה להמתין מספר שנים עד הפרייתן וקליטתן של הביציות הקיימות? יחד עם זאת, אם לא תושלנה הביציות המופרות ברחם האלמנה, אליבא דכולי עלמא תחוייב האלמנה ביבום וחליצה.

11 לפחות עד ששיעורי הצלחה של התהליך, ובעיקר בשלב ההפשרה של הזרע המוקפא, יהיו גבוהים דיים כדי שההלכה תכיר בהפריה החוץ גופית כטיפול רפואי אולם מהו שיעור הצלחה גבוה? האם די בשיעור הצלחה העולה על 50% בהשגת הריון כדי לפטור את האלמנה מיבום וחליצה? האם אין לומר כי בשל כובד ההכרעה ראוי להחמיר ולדרוש שיעור הצלחה גבוה יותר כדוגמת שיעורי הצלחה של הריונות להגיע ללידת חי. ראה י. גרין, הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה, (תל אביב, 1995), 38 (להלן – גרין).

וחליצה, האם בכוחה של ביצית מופרית לפוטרה? הלא אם חיי העובר מתחילים מרגע ההפריה,¹² בין שזו מתרחשת בגוף האשה ובין מחוצה לו הביצית המופרית תחשב כתחילת ההריון והווה ליה (למנוח) בן בשעת מיתה.

מכאן נגזרת השאלה השלישית בדבר היחס בין דיני הירושה לדיני היבום? היתכן כי יילוד יחשב כבנו של נפטר לירושה, אך לא יחשב כבנו לפטור את אמו מיבום וחליצה? הלא גם אם ההפריה התרחשה לאחר מיתה, וגם אם הביצית המופרית הושלתה ברחם האלמנה לאחר מיתה,¹³ יירש הילוד את אביו, כלום לא יפטור את אמו מיבום וחליצה?¹⁴

באופן העמדת השאלות מובלעות, למעשה, שלוש הנחות המהוות את נקודת המוצא לדיון: ההנחה הראשונה, שהפקדת הזרע, הקפאתו ושימורו יעשו בבנק זרע מוכר,¹⁵ על פי הכללים וההוראות לניהול בנק זרע ובפיקוח מלא.¹⁶ ההנחה השנייה, שאין ההלכה שוללת הפקדת זרע עובר לכל טיפול רפואי העלול לפגוע בפוריות.¹⁷ ההנחה

12 ראה להלן פרק ד.3.

13 להבדיל מנטילת זרע והולדה לאחר מיתה. הבקשה להתיר נטילת זרע לביצוע הפריה מלאכותית מזרעו של אדם שנפטר אינה מעניינו של מאמר זה, כיון שאין חולק שהיילוד, גם אם הוא בנו של המנוח, איננו פוטר את אמו מיבום וחליצה. ראוי להעיר, כי, באחד המקרים בהם נדרש בית המשפט לבקשה שכזו (ה"פ 10440 לעיל הערה 8) אימץ את עמדת היועץ המשפטי לממשלה וקבע, כי, "ראוי ללכת בנתיב ההנחה הבסיסית שאדם מעוניין בדרך כלל בהמשכיות ובהקמת זרע גם לאחר מותו, כאשר בת זוגו מעוניינת בכך, אלא אם הביע אותו אדם התנגדות מפורשת או משוערת נגד המשכיות כזו". בית המשפט נענה בכך לבקשת אלמנתו של אדם שנהרג שבועיים לאחר חתונתם, לאשר לה ביצוע הפריה מלאכותית מזרעו של בעלה המנוח. היועץ המשפטי לממשלה איננו נוקט עמדה בסוגיית ההורות והירושה, אך מאמץ את תפיסת "הרצון המשוער".

14 ההכרעה בשתי השאלות הראשונות בסמכותו הבלעדית של בית הדין הרבני. על כן, טבעי הדבר שהדיון ייוחד למשפט העברי. הדיון בשאלה השלישית הינה בסמכות מקבילה, לפיכך, בית הדין הרבני יצטרך להכריע בשתי שאלות השזורות זו בזו: השאלה האחת, מהו היחס בין יבום וירושה? כלומר, האם צאצא הפוטר את אמו מיבום וחליצה יחשב גם כצאצא לענין ירושה? או שמא אפשר שצאצא יירש את בעל הזרע ממנו נולד, שהרי ילדו הביולוגי הוא, אך לא יפטור את אמו מיבום וחליצה, כגון שההריון הושג לאחר מיתה? גדר הספק נעוץ, למעשה, בשאלה אם בן הנולד מהריון שהושג בדרך של הפריה חוץ גופית, ולאחר מיתה, מתייחס אחר בעל הזרע לכל דבר וענין? האם הריון שנוצר שלא דרך אישות מנתק את הקשר המשפטי הורה – ילד בין היילוד לבעל הזרע? בית המשפט האזרחי יצטרך בעת הדיון בצו הירושה, להכריע בשאלה אם יירש היילוד את אביו אם נולד מזרעו בדרך של הפריה חוץ גופית לאחר עבור 300 יום ממות האב (סעיף 3(ב) לחוק הירושה תשכ"ה-1965). תביעת היבמה לחליצה היא ענין של נישואין במוכן חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, כיון שהיא נובעת מהיות היבמה נשואה לאחיו של היבם. ראה, ב. שרשבסקי, דיני משפחה, מהדורה רביעית (ירושלים, תשנ"ג), 241 (להלן – שרשבסקי). על כללי הירושה בדין העברי בכלל ראה, י. ריבלין, הירושה והצוואה במשפט העברי (אוניברסיטת בר אילן, תשנ"ט), 18.

15 תקנה 2 לתקנות בריאות העם (בנק זרע), תשל"ט-1979.

16 חשיבותה של דרישה זו לענין מעקב אחר זהות תורם הזרע, דרישת סף הלכתית להתרת הפרוצדורה. ראה לעיל הערה 3.

17 השאלה אם רשאי אדם, לרבות רווק, שלקה במחלה ליתן מזרעו להקפאה קודם לטיפול העלול לפגוע בפוריותו נתונה במחלוקת הפוסקים בדורנו. אמנם, הפקדת זרע טרם נישואין איננה

השלישית, שהילד הנולד באחת מדרכי ההפריה החוץ-גופית מתייחס לכל דבר וענין אחר תורם הזרע.¹⁸

רלבנטית לדיון זה, על כן לא אדון בה, אך כעקרון, נראה לי, כי יש לאמץ את דעת רוב הפוסקים כי הפקדת הזרע איננה אסורה, כיון שגם האוסרים עקרונית את ההפריה יתירו להיזקק לה במקרים מסוימים, ובתנאי שהשגת הזרע תעשה באופן המותר בהלכה. ראה, דעת הרש"ז אויערבך, נשמת אברהם, חלק ד' אבן העזר, סימן כ"ג, אות א. וראה עוד, הרב א. בקשי-דורון, "שאלה חמורה בענין שמירת זרע לקיים פריה ורביה", אסיא מ"ד (ניסן תשמ"ח), 34; שו"ת בנין אב, חלק ב, סימן ס; הרב צ. שושארד, "הקפאת זרע לקיום מצוות פרו ורבו", אסיא נ"א-נ"ב (אייר תשנ"ב), 72; הרב מ. קורצטג, "בענין שמירת הזרע לקיום מצוות פריה ורביה", אסיא, שם, 75; הרב ש. דיכובסקי, "בדיקות פוריות והשלכותיהן", תחומין י"ח (תשנ"ח), 161; שו"ת באהלה של תורה, חלק א, סימן ס"ט; ד. מלאך, "הקפאת זרע לקיום מצוות פריה ורביה", אסיא נ"א-נ"ב (אייר תשנ"ב), 183. יוער כי בבסיס איסור הפקדת הזרע, לדעת האוסרים, השלילה המוחלטת של מעשה אוננות אשר סופו הוצאת זרע לבטלה והשחתתו. מקור האיסור בגמרא (גיטה י"ג, א'): "אמר רבי יוחנן: כל המוציא שכבת זרע לבטלה – חייב מיתה". והרמב"ם פוסק כי העושה כן "בגדויו הוא יושב" (הלכות איסורי ביאה, כ"א, י"ח) וכך נפסק להלכה בשולחן ערוך (אבן העזר, סימן כ"ג, סעיפים א', ב'): "אסור להוציא שכבת זרע לבטלה, ועוון זה חמור מכל עבירות שבתורה". הרצינול העומד ביסוד האיסור הוא "שלא נברא הזרע באדם אל ישב בו העולם, כי לא תהוה בראה לשבת יצרה. וכשהוא משחיתו, הרי הוא כמחריב את העולם" (לבוש, שולחן ערוך, שם; ערוך השולחן, אבן העזר, שם). נמצא, וזה הבסיס להנחתנו, כי כל הפקדת זרע שתכליתה הולדה (בדרך של הפריה חוץ גופית) איננה נחשבת כהשחתה אלא כתיקון, בין אם ההפריה תיעשה בסמוך למתן הזרע ובין לאחר זמן. החולה הנותן את זרעו למעבדה דומה לסותר על מנת לבנות (ראה לענין זה, שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק ג, סימן ס"ג). יש הסבורים כי הוצאת זרע לשם קיום מצוה איננה אסורה (שו"ת משיב דבר, חלק ב, סימן פ"ח). ואולם, נראה, כי ככל שירכשו הרופאים נסיון בכל שלבי ההולדה בדרך של הפריה חוץ גופית, וככל שזו תהפוך לשיטת טיפול מקובלת, החשש שאם יכשל הטיפול יתברר כדיעבד שהזרע הוצא לבטלה, הולך ופוחת ועמו ההתנגדות לתהליך. ולכן, סבורני, כי גם האוסרים הפקדת זרע לפני טיפול יסירו התנגדותם ככל שהסתברות להעמיד צאצאים מאותה הזירמה הולכת וגדלה. ראה עוד שו"ת עזרת כהן, סימן ל"א; שו"ת מטה לוי, חלק ב, יורה דעה, סימן ל"א. יחד עם זאת, אין לכחד כי יש מן הפוסקים האוסרים הוצאת זרע שלא דרך אישות, כיון שבשעה שמוציאו הרי הוא לבטלה וחשוב הדבר כהשחתה, על אחת כמה וכמה אם בשעת הוצאתו אין ודאות שההריון יושג בעוד מפקיד הזרע בחיים (ראה, שו"ת דברי מלכיאל, חלק ד', סימנים ק"ז-ק"ח; שו"ת משפטי עזיאל, אבן העזר, סימן י"ט; שו"ת משנה הלכות, חלק י' סימנים ר"מ-רמ"א). וראה בהרחבה, אנציקלופדיה תלמודית, כרך י"א, ערך "השחתת זרע"; אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך ב, ערך "זרע"; נשמת אברהם, חלק ד, אבן העזר, סימן כ"ג, אותיות א-ב; הרב מ. ביתן, "הקפאת זרע לשם קיום פריה ורביה", אסיא נ"ז-נ"ח (תשנ"ז), 216.

18 השאלה אם הילד הנולד מהפריה חוץ גופית מתייחס אחר תורם הזרע נתונה במחלוקת פוסקים. בין הסוברים כי הולד מתייחס אחר בעל הזרע, ר' שמעון ב"ר צמח דוראן, מחכמי ספרד במאה החמש עשרה (שו"ת התשב"ץ, חלק ג', סימן רס"ג) ר' יואל סירקיס, מחכמי פולין בסוף המאה השש עשרה ותחילת המאה השבע עשרה (בית חדש, שולחן ערוך, יורה דעה, קצ"ה), ר' שמואל ב"ר אום שרגא פיביש, מחכמי פולין במאה השבע עשרה ומפרושי השולחן ערוך (בית שמואל, שם, סימן א, ס"ח), ר' משה לימא מחכמת ליטא במאה השבע עשרה ומנושאי הכלים לשולחן ערוך (חלקת מחוקק, שם, ס"ק ח), הר"א וולדינברג מגדולי פוסקי דורנו בהלכות רפואה (שו"ת ציץ אליעזר, חלק ט, סימן נ"א; שם, חלק ט"ו, סימן מ"ה). ואיל ר' דוד ב"ר שמואל הלוי שחי בסוף המאה השש עשרה ואמצע המאה השבע עשרה, מנושאי הכלים לשולחן ערוך (ט"ז, שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, ס"ק ח) פסק כי הילד מתייחס אחר תורם הזרע רק לחומר. חשיבות ייחוס

המשותף לשלוש הבעיות ההלכתיות, ובכפוף להנחות שבבסיס הדיון, בשאלה אם קיים צאצא בעת פטירתו של מפקיד הזרע ומה השלכות קיומו על דיני יבום וירושה. האם נכון לומר כי עם השתכללות טכנולוגית ההפריה החוץ גופית וההסתברות למימוש הפוטנציאל הטמון בהם להולדה, ייחשבו הזרע או והביצית המופרית המצויים בהקפאה כחיים לענין דיני יבום וירושה בבחינת 'בן יש לו' או שמא, כדי לפטור אלמנה מיבום וחליצה הדרישה היא לקיום פיסי של הבן בעת הפטירה, כלומר, הימצאותו של ילד בעולם, או לכל הפחות נשיאת הריון בשעת המיתה? במלים אחרות, האם כדי לפטור אלמנה מיבום וחליצה וכדי לזכות בירושה די במבחן ביולוגי-גנטי הקושר את היילוד עם מולידו ללא קשר למועד היוולדו? לאמור, אם הכושר לרשת נגזר מהמטען הגנטי אותו נושא היורש (העתידי), כי אז, אם יש יורש בעולם, ממילא יפטור את אמו מחליצה. אך אם כשיר לרשת רק מי שקיים פיזית בשעת המיתה, בין ברחם בין בעולם, כי אז הן הזרע והן הביצית המופרית אינם ממלאים את דרישה זו. דא עקא, אפשר שעל פי השקפה זו, די בפוטנציאל החיים הטמון בזרע ובביצית המופרית בשעת המיתה כדי לפטור את האלמנה מיבום וחליצה, ללא קשר לזכויות היילוד בירושה?

למותר לציין כי גם אם נגיע למסקנה כי הביצית המופרית היא תחילת הריון, אין הכוונה לומר כי מעמדה עדיף על מעמדו של העובר, אלא שיש להחיל לגביה אותם הדינים. כלומר, יש להמתין עד להשגת הריון ולראות האם תגיע האלמנה ללידת חי – אם כן, תיפטור מחליצה.

ב. יבום וחליצה – מקור הדין, היקפו וגדריו

1.1. מקור הדין ותכליתו

מקורו של מוסד היבום ודיניו בתורה:¹⁹

"כי ישבו אחים יחדיו ומת אחד מהם ... ובן אין לו, לא תהא אשת המת החוצה ... והיה הבכור אשר תלד יקום על שם אחיו המת ולא ימחה שם מישראל".

הרציונל העומד ביסוד מצוות היבום הוא הקמת שם למת.²⁰ אשה שנתאלמנה מבעלה מותרת להינשא לכל מי שתחפוץ. אולם, אם מת בעלה בלא שהשאיר אחריו

היילוד אחר תורם הזרע נעוצה בדרשת חז"ל על הפסוק "כי ישבו אחים יחדיו" (דברים כ"ה, ה), פרט לאחים מן האם ולא מן האב (יבמות י"ז, א'). וראה, הרש"ז אויערבך, לעיל הערה 3 בעמ' קמ"ז.

19 דברים כ"ה, ה'–י'. למעשה, את המנהג לייבם את אשת המת מצינו כבר אצל יהודה. ראה, בראשית ל"ח, ח. על היבום לפני מתן תורה ראה, מ. אלון, המשפט העברי (ירושלים, תשל"ג), 186 (להלן – אלון).

20 ראה רמב"ן על התורה, בראשית ל"ח, ח.

זרע,²¹ אחי המת חייב לשאת את האלמנה לאשה (=ליבמה) ולהמשיך ולקיים באופן זה את התא המשפחתי המורחב. "ואם לא יחפוץ האיש לקחת את יבמתו",²² תוכל האלמנה להינשא²³ רק לאחר שתקבל חליצה מיבמה או כשימות היבם.²⁴ אם קיים אחי המת (=היבם) את המצוה ויבם את אלמנת אחיו, הילד העתיד להיוולד לו וליבמתו ייקרא על שם דודו המת.²⁵

יש הסבורים כי היבום בא לתקן פגמים שהותיר אחריו מי שנפטר מן העולם בלא שזכה להעמיד צאצאים (ברי קיימא). על פי גישה זו, פטירתו של אדם בלא בנים, סימן קללה היא לו,²⁶ שהרי זרעו נכרת עד סוף כל הדורות, "וזרע רשעים נכרת",²⁷ ו"שם רשעים ירקב".²⁸ הולדת צאצא ליבם מאלמנת אחיו, מוחקת את הקללה הרובצת על המת ומקיימת את שמו בעולם.²⁹

אשר על כן, הקמת שם למת הינה מטרה שהשגתה מצדיקה יצירת זיקה בין

21 הכוונה לזרע בהקשר הרחב ביותר, וכך שנוי בתלמוד: "תנו רבנן: בן – אין לי אלא בן, בן הבן, או בת הבן, או בן בת הבן מניין? תלמוד לומר: אין לו – עיין עליו. בת – אין לי אלא בת; בת הבת, ובן הבת, ובת בן הבת מניין? תלמוד לומר: אין לו – עיין עליו" (בבא בתרא קט"ו, א). אף בן ממזר פוטר מן היבום: "מי שיש לו בן מכל מקום – פוטר וכו'. מכל מקום לאתווי מאי? אמר רב יהודה: לאתווי ממזר. מאי טעמא? דאמר קרא: ובן אין לו, עיין עליו" (יבמות כ"ב, ב). כלומר, צאצא לרוב, זרע של קיימא, פוטר מן היבום. יעויין עוד רא"ש, יבמות פרק ב, כלל ג; בבא בתרא פרק ח, כלל ז; חידושי הרמב"ן, יבמות כ"ב, ב, ד"ה: "ומפרשינן בגמרא"; ספר החינוך, מצוה תקצ"ט; רמב"ם, הלכות יבום וחליצה א, ג; שולחן ערוך, אבן העזר, קנ"ו, ב.

22 דברים כ"ה, ז–י.

23 למעט לכהן האסור בחלוצה. ראה, יבמות כ"ד, א'; רמב"ם, הלכות אישות א', ז'; שולחן ערוך, אבן העזר ר', א'.

24 ראה, קדושין ב', א'; רמב"ם, יבום וחליצה א', ב'; שולחן ערוך, אבן העזר קנ"ז, א'. וראה בהרחבה שרשבסקי, לעיל הערה 14 בעמ' 234. על מצוות החליצה, מהותה וגדריה, ראה בהרחבה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ט"ו, ערך "חליצה".

25 שאלה מעניינת, שלא כאן המקום להרחיב בה, נוגעת ליחס שבין מצות יבום למצות פריה ורביה. לכאורה, אם תכלית היבום היא להקים שם למת, היינו, להעמיד לו צאצא, דבר שנבצר ממנו בחייו, היחס צריך להיות יחס ישר. האמנם? האם מקיים היבם מצות פריה ורביה בהולדת ילד מיבמתו. כך למשל, אם הולידו היבם ויבמתו ילד אחד ואין ליבם ולא היו לו ילדים קודם שייבמה, האם קיים היבם מצות פריה ורביה אם אותו ילד הוא בנו היחיד, או שמא קיים רק מצוות יבום? על מצוות היבום בכללותה, מהותה ודיניה, ראה בהרחבה אנציקלופדיה תלמודית, כרך כ"א, ערך "יבום".

26 ראה מ. ע. פרידמן, "עכשיו אמרו מצוות חליצה קודמת למצוות יבום", אישות ומחשבה בהלכה ובמחשבת ישראל, י"ג (תשנ"ז), 35 (להלן – פרידמן).

27 תהלים ל"ז, כ"ח.

28 משלי י, ז.

29 יוער כי פרופ' פרידמן אף מרחיק לכת וסובר כי בימינו היו אומרים על מצות היבום, שהיבם תורם את זרעו לאחיו המת ובכורו של היבם והיבמה נחשב כבנו של דודו המנוח. דבריו אלה משתמעים לדעתו מפירוש הספורנו לדברים כ"ה, ו': "ולא ימחה שמו מישראל – שיהיה הולד נחשב אצל ה' יתעלה קיום פריה ורביה למת, שהרי נולד על ידי קידושיו של מת, ואין צריך לקדשה קידושין אחרים". ספק רב בעיני יש בסיס לפרשנות זו המייתרת לכאורה את הצורך ביבום, שכן יכול אחי המת לתרום מזרעו לאלמנת אחיו ולהקים שם למת בדרך של הפריה חוץ-גופית בלא שיישאנה.

היילוד לנפטר.³⁰ אם בתקופתם כך, כאשר הטכנולוגיה הרפואית המתקדמת בתחומי פריה ורבייה לא היתה מוכרת, על אחת כמה וכמה בימינו, כאשר ניתן להשיג אותה מטרה בלא התערבות הדין.

ב.2. מצות חליצה קודמת למצוות יבום

חז"ל מתלבטים בשאלה מה קודם למה: יבום לחליצה או חליצה ליבום. לאמור, האם קמה חובת חליצה רק כאשר היבם מסרב ליבם את אשת אחיו, או כאשר היבום בלתי אפשרי, או שמא החובה לחלוץ קיימת תמיד, למעט, במקרים שיש מניעה הלכתית? אמנם, מעיקר הדין ("בראשונה"), מצוות היבום קודמת למצוות חליצה (שהיו מתכוונין לשם מצוה), אולם "עכשיו, שאינן מתכוונין לשם מצוה, אמרו: מצוות חליצה קודמת למצוות היבום".³¹ כלומר, מחשש שאין המייבם מתכוון בנישואין לשם מצוות יבום (אלא לשם נוי או לשם אישות) ויפגע באיסור אשת אח,³² העדיפו חכמי ההלכה לקבוע בתקנות ולגזור "על תושבי ארץ ישראל, ועל אלה שיעלו מעתה והלאה לאסור עליהם מצוות יבום לגמרי, וחייבים לחלוץ".³³ התרת האיסור תתאפשר "רק במסיבות מיוחדות ועל פי החלטת המועצה המורחבת בחתימת הרבנים הראשיים לישראל".³⁴ כגון שהיבם או היבמה רוצים ביבום.

מתקנת רבנו גרשום האוסר ריבוי נשים, וכדי שלא להפלות בין יבם נשוי ליבם שאיננו נשוי, לרוב השיטות (של חכמי אשכנז) אין נוהגת מצוות יבום בימינו, ולכן מחייבים כיום חליצה גם במקום שהיבם פנוי.³⁵ יחד עם זאת, אף שבימינו, אינה נוהגת מצוות יבום, אין מצוות החליצה הנוהגת במקומה, אלא במקום שיש מלכתחילה תחולה למצוות היבום.³⁶

30 אין זה המקום לדון ולהאריך בדיני יבום וחליצה, אך אי אפשר שלא להעיר על הקושי העיוני בהבנת מצוות היבום, לאור ההלכה הפוטרת מיבום וחליצה אלמנה שהיתה מעוברת בשעת מיתה ש"אם ילדה ויצא הולד חי לאויר העולם, אפילו מת בשעה שנולד" (רמב"ם, יבום וחליצה א', ה'; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קנ"ו, א'). יצויין כי ה"מחבר" מצמצם תחולת דין זה, שהוא מדברי סופרים, לתינוק "שכלו חדשיו ונולד לתשעה חדשים גמורים". אולם, הרמ"א בהגהה מעיר על אתר, "שעכשיו נשתנה הענין" וכן "שהחוש מכחיש זה", ולכן יש להקל בדרישה לתשעה חדשים מלאים. משנה, בכורות א, ז; כתובות ס"ד, א; יבמות ל"ט, ב. וראה בהרחבה, שרשבסקי, לעיל הערה 14, בעמ' 235 והמקורות שם; פרידמן, לעיל הערה 26.

31 רש"י, יבמות ל"ט, ב, ד"ה: "אמר רב"; בכורות י"ג, א, ד"ה: "עכשיו". וראה בהרחבה אנציקלופדיה תלמודית, כרך כ"א, ערך "יבום", בעמ' שמ"ח.

32 אם כי לגבי עדות המזרח אין המצב כל כך חד משמעי. ראה, שרשבסקי, לעיל הערה 31 והמקורות המצויינים שם; פרידמן, הערה 26.

33 ראה תקנה ג לתקנות קבועות לגדרי אישות בישראל שנתקבלו פה אחד בכנס הרבנים הארצי שהתקיים בירושלים בימים י"ח-כ"א שבט, תש"י.

34 ראה א. ווסטריין, עילות למתן היתר נישואין לבעל במשפט העברי, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, תש"ן, 64, 87, 175.

35 יבמות ג', א'; רמב"ם, הלכות יבום וחליצה א', י"ט.

ב.3. זיקת יבום ממתי?

מתי, ועל יסוד מה, קמה זיקת היבום (=מצב עובדתי המאפשר ליבם לקדש את אלמנת אחיו): האם בשעת המיתה, ועל יסוד המצב העובדתי ששרר באותה שעה בה אין לנפטר ילד בעולם? או שמא, בשעת לידה ועל יסוד המצב שישורר בעתיד אם וכאשר יתממש הסיכוי להשיג את תכלית המצוה בזרעו של הנפטר? כלומר, כל עוד קיים סיכוי שיוקם שם למת מזרעו הוא – מה לי על ידי בן שנולד בדרך הטבע, מה לי שיוולד בדרך של הפריה חוץ גופית – לא תקום זיקת יבום והאלמנה מותרת להנשא ללא צורך ביבום וחליצה.

שנוי בגמרא:³⁷

“אמר ליה רב יהודה מדאסקרתא לרבא: לא נעשה מתים כחיים לענין יבום מקל וחומר: ומה במקום שעשה וולד מן הראשון כולד מן השני לפוסלה מן התרומה, לא עשה מתים כחיים, מקום שלא עשה וולד מן הראשון כולד מן השני לפוסלה מן היבום אינו דין שלא נעשה מתים כחיים? תלמוד לומר, דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום.”

הממרא של רב יהודה מתייחסת למצב שבו התאלמנה אשה מבעלה ולה ילד מבעלה המת, נישאה, ולאחר נישואיה נפטר הבן ואין ולא היו למנוח ילדים אחרים. לכאורה, מקל וחומר, סובר רב יהודה כי יש לחייב את האשה ביבום וחליצה. שכן, דין הוא כי אשה ישראלית הנישאת לכהן ממשיכה לאכול בתרומה גם לאחר מות בעלה אם השאיר אחריו בן. אולם, אם נפטר בנה – פוסקת מלאכול בתרומה. מכאן, סובר רב יהודה, ניתן ללמוד קל וחומר לענין יבום וחליצה: שאם מות הבן מחזיר את האלמנה למצבה קודם נישואיה (לענין אכילת תרומה) אינו דין שמות הבן יחזיר את האלמנה למצב שלפני נישואיה (השניים) ותחזור ותתחייב ביבום וחליצה.

על כך משיב רבא, בלא שראה צורך לסתור את הקל וחומר עצמו, בציטוט הפסוק מספר משלי:³⁸ “דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום”. פירוש הדברים, אם נחייב את האלמנה בחליצה לאחר מות בנה, אף שנישאה קודם לכן בהיתר, ניגרום לכך שתתגנה על בעלה השני, דבר העומד בסתירה לרעיון הגלום בפסוק “דרכיה דרכי נועם”. נמצא, כי המועד הקובע בו קמה זיקת היבום הוא שעת המיתה, כפי שמסביר רש"י:³⁹ “ולא נעשה מתים כחיים, ותחזור לזיקה אם ימות בנה לאחר זמן, דרכיה דרכי נועם, וזו שהיה לה בן ולא נזקקה ליבם וניסת לשוק ומת בנה, אם תאמר תחלוץ הרי היא מתגנה על בעלה, הלכך על כרחך בן אין לו בשעת מיתה קאמר, והרי יש לו”. תשובתו של רבא

37 יבמות פ"ז, ב.

38 משלי ג', י"ז.

39 יבמות, שם, ד"ה: “ולא”.

מקיימת גם את עקרון השוויון "דבריה התורה יהיה הכל בנועם ומזג השווה, לא שיהא הענין מעוקם, שאחת תהא שרויה בשמחה, והשניה – בצער".⁴⁰ העולה מן האמור, כי זיקת היבום קמה בשעת מיתה, כפי שקבעה הגמרא עוד קודם: "כל יבמה שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבוא עליה, הרי היא כאשת אח שיש לה בנים ואסורה".⁴¹

ב.4. "דרכיה דרכי נועם": הכלל והשלכותיו לדיני היבום

מעיון בסוגיה התלמודית, ומהמסקנה המתבארת, ניתן בידי פוסקי ההלכה עקרון הלכתי חשוב: "דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום". ואכן, בעל הסוגיה עושה שימוש בעקרון זה עד שהוא גובר על מסקנה העולה מקל וחומר.

עקרון הלכתי זה, היורד לשורש השיטה המשפטית, קובע כי במצבים מסוימים תידחה מסקנה הלכתית מתבקשת ו/או מחייבת, מפני התוצאה הבלתי נעימה הכרוכה בה ש"אין כאן נועם ושלום".⁴² כך בענין ארבע מינים⁴³ וכך בעניינה של אלמנה שהקימה את ביתה מחדש.⁴⁴

ר' דוד אבן זמרה אף הרחיב עקרון זה כשקבע כי על חכמי ההלכה לפסוק באופן "שמשפטי תורתנו יסכימו אל השכל והסברא".⁴⁵ היינו, על פי שכלם האנושי של חכמי ההלכה שבדור.⁴⁶ אם בכל ענין כך, בהכרעות בענייני רפואה על אחת כמה וכמה "צריך שישמש (עקרון זה) כקו מנחה בכל פסיקה, בכל ענין וענין, בסוגיות הקשות והחמורות של רפואה והלכה... והשימוש בעיקרון זה צריך שיעשה בזירות הדרושה, ובעיון רב, כחלק ממכלול העקרונות שעל פיהם יוכרע כל מקרה ומקרה לגופו, בשילוב הדרוש ובאיוון הראוי".⁴⁷

40 חכמת שלמה, יבמות, שם, ד"ה: "תלמוד לומר".

41 יבמות כ"ז, א.

42 חידושי הרמב"ן, יבמות י"ז, ב, ד"ה: "אשת אחיו". והשווה תוספות, שם, ד"ה: "אשת אחיו".

43 סוכה ל"ב, ב. וראה רש"י, שם, ד"ה: "דרכיה"; תוספות, שם, ד"ה: "דרכיה"; שם, ל"ג, א, ד"ה: "הכי נמי".

44 יבמות פ"ז, א.

45 שו"ת הרדב"ז, חלק ג', אלף נ"ב.

46 ראה "קצות החושן" בהקדמה ל"שולחן ערוך", חושן משפט: "אמנם לזאת יחרד איש פן ידבר בתורה בדברים אשר לא כן, ושכל האנושי לואה (=עייף) להשיג האמת ... אך לא ניתנה התורה למלאכי השרת, ואל האדם נתנה אשר לו שכל האנושי ... ונתן לנו את התורה כפי הכרעת שכל האנושי אף על פי שאינו אמת, ואם כן המחדשו הוא חידוש גמור, רק שיהיה אמת בהכרעת השכל האנושי ... שתעלה אמת מן הארץ והאמת יהיה כפי הסכמת החכמים בשכל האנושי ...".

47 ע"א 506/88 יעל שפר (קטינה) נ. מדינת ישראל, פד"י מ"ח (1), 87, 131. על הכלל "דרכיה דרכי נועם" כהנחיה כללית וככלי עזר לחכם ההלכה ראה אלון, לעיל הערה 19, עמ' 987. בהקשר זה מעניינת גישתו של בעל משך חכמה (בפירושו לתורה, בראשית ט, ז) המנמק את פטור האשה ממצוות פריה ורביה בטעם זה: "לא רחוק הוא לומר הא שפטרה התורה נשים מפריה ורביה וחיובה רק האנשים, כי משפט ה' ודרכיו דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום. ולא עמסה על הישראלי

ככל שהדבר נוגע לסוגיה נשוא הדיון, משהוכרה ההפריה החוץ-גופית על ידי חכמי ההלכה כשיטת טיפול, יישום הכלל מביא למסקנה, שאין לחייב את האלמנה לחלוץ אחרי שנפטרה מן החובה, ש"אין זה דרכי נועם אם יש לה (=לאלמנה) להזדקק לזה שנפטרה הימנו".⁴⁸ כלומר, אין העקרון "דרכיה דרכי נועם" משמש כלי לאימוץ טכנולוגיה חדשה, אלא משאומצה הטכנולוגיה ראוי כלי הלכתי זה לשמש את פוסקי ההלכה בקביעתה. ואכן, אין זה מדרכי הנועם לסובב את הגלגל לאחור ולחייב בחליצה וביבום אלמנה שנישאה בהיתר רק בשל שינוי נסיבות לאחר נישואיה (מות הבן שפטרה מיבום או מות אחותה שהיא אשת היבם) ולגרום לה בכך שתתגנה על בעלה.

מכאן, ששעת המיתה קובעת את זיקת היבום ומה שנעשה באותה שעה, על יסוד המצב העובדתי הקיים באותה שעה – נשאר בתוקפו, "דמדין דרכיה דרכי נועם לפינן (למדים) דאין משתנה דין שכבר נקבע מחמת שינויים שנתהוו לאחר קביעת הדין".⁴⁹ יתרה מזו, בשל אי הודאות הכרוכה בהפריה החוץ גופית ובסיכויי הצלחתה להגיע ללידת חי, מחייבים השכל והסברא שלא יהא בחוסר הודאות הצפוי כדי לשנות את המצב העובדתי בשעת המיתה גם אם מאוחר יותר ייוולד ילד בר קיימא.⁵⁰ זאת ועוד, הכלל "דרכיה דרכי נועם" פועל גם בכיוון ההפוך. ומכאן, הוכחה נוספת המאששת את העקרון ששעת המיתה מקימה את זיקת היבום. לו יצויר כי אדם אשר לא נתברך בילדים הפקיד זרע ונפטר. אלמנתו תחכה שלושה חדשי הבחנה ממות הבעל,⁵¹ תתיבם ותלד ילדים ליבם. אם נניח שלאחר מיתה תעשה שימוש בזרע

מה שאין ביכולת הגוף לקבל ... ואם כן, נשים שמסתכנות בעיבור ולידה, ומשום זה אמרו מיתה שכיחה ... לא גזרה התורה לצוות לפרות ולרבות על האשה".

48 תוספות, כתובות ב', א', ד"ה: "אחות אשתו".

49 שו"ת מעשה חושב, חלק ג', סימן א'.

50 שם. עם זאת יוער כי המשיב ר' לוי יצחק הלפרין, מחכמי דורנו משאיר את השאלה בצריך עיון. כאן המקום להעיר כי יש חשיבות לגורם המעכב את קיום מצות יבום. התוספות (ביבמות ב', א', ד"ה: "ואחות אשתו") מקשים על העדר עקביות, לכאורה, בקביעת זיקת היבום בשעת מיתה. שהרי, אם היבמה אסורה על היבם בשעת מיתה, מדוע יבמה שהיא נידה בעת מיתה איננה נפטרת מיבום, אלא ממתנינים לה עד שתטבול, מה שאין כן יבמה שהיא אחות אשתו, שפטורה מיבום לעולם אף אם תמות אשתו קודם שתיפול היבמה לפניו ליבום? בתשובה מבהירים התוספות עקרון יסודי בדניי יבום וחליצה: חובת יבום קמה בשעת מיתה, ובלבד שאין מניעה מצד היבם לקיימה. לכן, יש להבחין בשעה שקמה זיקת היבום בין אלמנה שהיא אחות אשתו של היבם, ליבמה שהיא נדה באותה שעה. במקרה הראשון, הגורם המונע את היבום אינו תלוי באלמנה אלא ביבם. לכן, אם בשעת מיתה היה היבם נשוי לאחות היבמה, גם אם לאחר זמן תמות אשת היבם באותה השעה לא יכול היה ליבמה בשל גורם התלוי בו, אין להשיב את המצב לקדמותו משום "דרכיה דרכי נועם". לעומת זאת, אם בשעת מיתה היתה היבמה נדה, זהו גורם חולף שאינו תלוי ביבם אלא ביבמה (שהרי, היבם מנוע מלבוא גם על אשתו בנידותה). אשר על כן, משום "דרכיה דרכי נועם", אין בפגם החולף ששורר בעת המיתה, כדי לפגוע ביבם וביבמה המנועים מלעשות מעשה עד שיחלוף הגורם המעכב ויוכל ליבמה.

51 דין הבחנה מחייב אלמנה המבקשת להינשא להמתין שלושה חדשים כדי "להבחין בין זרעו של הראשון לזרעו של השני" (יבמות מ"א, א; רמב"ם, הלכות גירושין, י"א, י"ח; שולחן ערוך, אבן

המוקפא של בעלה המת, תהרה ותלד בן – תיפטר למפרע מחובת היבום ונמצאו ילדיה ממזרים והיא תצא כדין מיובמת בטעות. למותר לציין, כי אין זה מדרכי הנועם להוציא את היבמה מהיבום ולעשות בניה ממזרים.⁵²

ולענייננו, בשל התמשכותו של תהליך ההולדה בדרך זו, אי אפשר להתעלם מ"התוצרים" ומהפוטנציאל הטמון בהם להרחבת המשפחה בשלבי ההולדה השונים. לכן, בכואנו ליישם את הכלל "דרכיה דרכי נועם" ביחס להיתר נישואיה של האלמנה (והוא הדין לענין הירושה) אסור לנו להתעלם מהמציאות המתחדשת. עלינו לשאול את עצמנו האמנם מחייבים השכל והסברה להקים את זיקת היבום על פי מבחן הזמן או על פי מבחן התכלית?

נמצא, איפוא, כי הכלל "דרכיה דרכי נועם" פועל בכל כיוון בו מתחייב הצורך לפעול באופן שהתוצאה אליה מגיע הפוסק תוכל לעמוד במבחן השכל והסברה. אין הגישה הדווקנית, הקשוחה והבלתי מתפשרת ממאפייניה של ההלכה בכלל ובהלכות רפואה בפרט. מציאת הפשרה איננה צריכה להצטמצם להכרעות בהתדיינות בין בעלי הדין, בלבד אלא גם בהעמדת ההתקדמות הטכנולוגית לרשות ההלכה ומציאת ההסדר הנאות במסגרתה.

ג. הפריה וחובת יבום בהלכה

ג.1. האם פוטר זרע מוקפא מיבום וחליצה?

אין בספרות ההלכה דיון בשאלת מעמדו של זרע מוקפא או ביצית מופרית בהקפאה, למעט בסוגית ייבומה של אלמנה מעוברת או לחילופין בקליטת הזרע (הפריה)

העזר, ט, י"ג). כלומר, אלמנה (וכן גרושה) אסורה להנשא עד עבור תשעים ימים מיום שמת בעלה, מחשש שקודם שיוכר העובר ותלד כעבור שבעה חדשים מנישואיה השניים, לא יודע אם היילוד נולד לתשעה והוא בנו של הנפטר, או נולד אחרי שבעה חדשי הריון והוא בנו של בעלה השני. על דין הבחנה ראה בהרחבה שרשבסקי, לעיל הערה 14 בעמ' 52. וראה להלן הערה 53. הרב ש. ישראלי, "אבהות בהזרעה שלא כדרכה", תורה שבעל פה ל"ג (תשנ"ב) מ"א, מ"ה; שו"ת חוות בנימין, סימן ס"ו (להלן – הר"ש ישראלי). אכן, בשיטתו של הר"ש ישראלי ניתן למצוא תימוכין לגישה הפוטרת אלמנה מיבום אם הותיר בעלה המנוח ביצית מופרית, שהיא תחילת הריון. שהרי, מלכתחילה פטורה האלמנה מיבום, לכן אף אם תבצע הפריה חוץ גופית מזרע בעלה לאחר מותו ואף לאחר נישואיה, לא תתחייב ביבום למפרע (כיון שבשעת מיתה לא היה לה בן), ילדיה לא יהיו ממזרים, ובלבד שההפריה תעשה במגבלת הזמן. יחד עם זאת, אין זה אלא אליבא דהשיטה הגורסת שהמזורות היא תוצאה של ביאת איסור ובהפריה חוץ גופית אין ביאה כלל, כלומר, שמתור לאלמנה לאחר שנישאה, ליבם להרות מזרע בעלה המנוח. ראה בהקשר זה הרש"ז אויערבך, לעיל הערה 3. וראה עוד, ב"ח, יורה דעה, סימן קצ"ה בשם הסמ"ק (שהביא פסק של רבי פרץ בן אליהו מבעלי התוספות); ב"ש, אבן העזר, סימן א', ס"ק א; ח"מ, שם ס"ק ח'; שו"ת תשב"ץ, חלק ג, סימן רס"ג; משנה למלך (על הרמב"ם), הלכות אישות ט"ו, ו'; שו"ת מנחם משיב, חלק ב, סימן כ"ו; שו"ת עמק הלכה, סימן ס"ח; שו"ת יביע אומר, חלק ב, סימן א'; שו"ת אגרות משה, חלק אבן העזר, סימן י'.

והשלכותיה על דיני המשפחה. אף על פי כן, די במקורות המצויים בידינו בעניינים דומים כדי להקיש מהם ולנסות לשער מה תהיה הפסיקה אם וכאשר זו תיגדש. הרבה לפני שנתחדשה טכנולוגית ההפריה החוץ גופית נחלקו שנים מגדולי חכמי ההלכה האחרונים, ר' יחזקאל לנדא בעל שו"ת ה"נודע ביהודה" ור' יצחק מקארלין בעל ה"קרן אורה" (פירוש על מסכת יבמות) בשאלה דומה לסוגיה נשוא דיוננו. ה"נודע ביהודה" נשאל בדין הבחנה⁵³ "שאלה חמורה מאד": היאך מתייבמת אלמנת אדם שנפטר מיד לאחר שקיים יחסי אישות ובטרם נקלט הזרע (והושגה ההפריה) בתום שלושה חדשים מיום המיתה,⁵⁴ הלא עליה להמתין שלושה ימים נוספים (המועד המירבי להפריית ביצית בזרע המצוי בגוף האשה), ובסה"כ תשעים ושלושה ימים, הוא המועד החולף מהשגת ההריון עד להכרת העובר?⁵⁵ משיב ומחדש ר' יחזקאל לנדא "דבר חדש שלא נמצא בשום פוסק":

"הן אמת שבתורה כתיב ומת אחד מהם וכן אין לו, מכל מקום אם הניח אשתו מעוברת מקרי יש לו אף שעדיין לא נולד, אם נולד אח"כ מקרי למפרע יש לו בן. אבל אם בשעת מותו לא היתה אפילו מעוברת, בודאי אם היה באותה שעה אצל הנביא ואומר שאינה מעוברת היתה מותרת באותה שעה ליבם ולא הוה אסרינן אותה מטעם הריון שתקבל אח"כ אי לאו איסורא דרבנן שאסרו תוך ג'. ואם כן אני אומר אשה שלא קלטה הזרע קודם מיתת בעלה אף שקלטה אחר מותו ובנו הוא לכל דבר, מכל מקום לענין יבום כבר קרינן בה וכן אין לו בשעת מיתה ובת יבום היא. ואם כן שפיר היבמה מתיבמת אחר מיתת בעלה ג' חדשים דממה נפשך, אם נקלט הזרע קודם מותו כבר הוכר עוברא ואם לא נקלט קודם מותו אף שנקלט אחר מותו שפיר מתיבמת".⁵⁶

כלומר, אם לא נקלט הזרע ונוצר הריון קודם מיתת הבעל, האלמנה חייבת ביבום, כיון שלענין יבום וחליצה אין העובר שנוצר לאחר מיתה נחשב כבנו של המנוח, משום שחובת היבום קמה בשעת המיתה, ובאותה שעה טרם נקלט הזרע. ולפי, שאין האלמנה מעוברת בשעת פטירה, מתקיים בנפטר "ובן אין לו", אף אם לאחר הפטירה ייקלט הזרע וייוולד למנוח ילד שייחשב כבנו לכל דבר וענין. ייחוס היילוד אחר אביו המנוח לענין ירושה במובחן מיבום מוסבר על ידי ה"נודע ביהודה" בכך, שההריון נוצר בשעה שהמוריש לא היה כבר בחיים, אך כיון שזוהות בעל הזרע והיילוד ידועים,

53 על דין הבחנה ראה לעיל הערה 51. הדין מנומק בכך שהעובר ניכר לאחר שלושה חדשים (נידה ח, ב). ראה בהרחבה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ח, ערך "הבחנה".

54 לענין יבום וחליצה פוסק הרמב"ם (הלכות יבום וחליצה א', י"ט): "היבמה לא תתיבם ולא תחלוץ עד שתמתין תשעים יום חוץ מיום המיתה ומיום היבום ומיום החליצה כשאר כל הנשים. ומפני מה לא תחלוץ? מפני שאינה ראויה ליבום". וכן נפסק להלכה טור, אבן העזר, סימן קס"ד; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קס"ד, א'.

55 שו"ת נודע ביהודה, מהדורה קמא, אבן העזר, סימן ס"ט (להלן – ה"נודע ביהודה").
56 ראה עוד, הרב מ. הרשלר, "בעיות הלכתיות בחינוך מבחנה", הלכה ורפואה א (תש"מ), ש"ז.

ואין חולק כי היילוד הוא ילדו של הנפטר מן הדין שיירשנו.⁵⁷ נמצא, כי היות הזרע כשלעצמו בגופה של האשה בשעת המיתה, איננה מעלה ואיננה מורידה לענין יבום כל עוד לא הושגה ההפריה ונוצר ההריון.

ר' יצחק מקרלין בחידושו למסכת יבמות, חולק על ה"נודע ביהודה", בשל התוצאה הבלתי סבירה אליה היא מובילה:⁵⁸ בנו של הנפטר יירשנו, אך לא יפטור את אמו מיבום וחליצה, ו"היכן מצינו יבום שלא במקום נחלה, וזה הבן יורשו ואחיו מייבם"?⁵⁹ והדברים ברורים, שהרי התורה אומרת שהיילוד שיוולד ליבם "יקום על שם אחיו המת", כלומר, אין להפריד מן התורה בין חובת היבום לזכויות בירושה. מקום שיש יורש פוטר הוא את אמו מהיבום. ולהיפך, מקום שחייבת ביבום, משמע אין יורש. אשר על כן, יש לחלק בין מצבים שהדין מצריך את הקיום הפיסי בעולם לבין מצבים שהדין מסתפק בפוטנציאל להתפתח, להיוולד ולהתקיים:⁶⁰

"(לענין תרומה) בעינן (=צריך) שיהיה הולד קיים ולא קודם שנוצר ולא אחר שמת, אבל לענין יבום, כל שיש סופו להיות לו זרע (=בן), או שהיה לו ואחר כך מת, לאו בת יבום היא, והכל משום דרכיה דרכי נועם".

ביסוד המחלוקת השאלה, אם כדי להתיר את האלמנה להינשא ללא יבום וחליצה יש צורך בקיום עובר בעולם בשעת המיתה ללא תלות במצבו העתידי, או שמא די בסיכוי שיש בזרע להגיע לקיום הפיזי כדי לפטור את האלמנה מחובת יבום. לדעת ה"נודע ביהודה" נדרש קיום פיזי של עובר בשעת המיתה, לדעת ה"קרבן אורה" די בפוטנציאל להיוולד.⁶¹ לפיכך, לשיטת ה"נודע ביהודה", אם זרע המצוי בגוף האשה בשעת פטירה איננו פוטר מיבום וחליצה קודם שנקלט, זרע המצוי בהקפאה מחוץ לרחם, לרבות ביצית מופרית עד שלושה ימים מההפריה, על אחת כמה וכמה שלא יפטרו מיבום. לשיטת ה"קרבן אורה" יתכן לומר, שאין נפקא מינא באיזה שלב התפתחות נמצא ההריון ומהו גיל ההריון, ואפילו הוא מתפתח מחוץ לגוף האשה, ובלבד שיש

57 מחלוקת יכול שתתעורר אם הזרע משתייך לאביו של היילוד. ראה, י. אינדיג, "הזרעה מלאכותית", דיני ישראל ב' (תשל"א), 82.

58 קרבן אורה ליבמות, סוף פרק תשיעי (להלן – ה"קרבן אורה").

59 שם. וראה עוד יבמות כ, ב.

60 שם.

61 כי זאת יש לזכור, השאלה העומדת בבסיס המחלוקת, והתשובות המוצעות מוצגות על רקע הידע הרפואי שהיה לפני המשיבים בתקופתם (המאה השמונה עשרה). לכן, לא נתבאר מהו הקיום הפיזי הנדרש? הלא גם לביצית מופרית יש קיום פיזי. האם כדי לפטור מיבום נדרש קיום פיזי ברחם אשה? כיוצא בזה, לא נתבאר מהי רמת ההסתברות הנדרשת כדי להתייחס לפוטנציאל הטמון בביצית המופרית להתפתח לעובר. ברור כי ההסתברות להגיע ללידת חי מביצית שהשתרשה ברחם גבוה יותר מזו שטרם הוחדרה לרחם. האם גם לשיטת המסתפקים בפוטנציאל שיש בביצית בשעת הפטירה להתפתח לעובר, נדרשת רמה מינימלית של סיכוי והוא השתרשות הביצית ברחם?

בזרע פוטנציאל להפרות ביצית ולהשיג הריון כדי להתירה לשוק.⁶² לכן, גם אם תיטען הטענה כי ה"נודע ביהודה" וה"קרן אורה" דנים במציאות שבה טכנולוגית ההפריה החוץ גופית טרם נודעה, יתכן לומר כי משהושגה הפריה, גם אם מחוץ לרחם האשה, הרי זה כנקלט הזרע והאלמנה תיפטר מיבום.⁶³

יחד עם זאת, אינני מתעלם מהאפשרות לפרש את שיטת ה"קרן אורה" כמתייחסת רק להריון שהחל בגוף האשה, אף שבשעת מיתה לא נקלט הזרע. אם פרשנות זו נכונה, כי, אז אין ראייה מדבריו. ואכן, על פי פרשנות דווקנית מצמצמת, אפשר שיש מקום לחלק בין המקרה אליו מתייחס ה"קרן אורה" לפרוצדורת ההפריה החוץ גופית. שכן, ר' יצחק מקרלין דן במציאות שבה הזרע מצוי ברחם האשה, והיא ראויה להתעבר בהסתברות גבוהה יותר מיד לאחר מיתת בעל הזרע, מאשר מזרע שיש להפשירו, להפגישו עם הביצית ולהחדיר את הביצית המופרית לרחם. במקרה הראשון, די בהסתברות הגבוהה להתפתח לעובר כדי להחשיב את הזרע כ"בן" לענין יבום וחליצה, מה שאין כן בזרע המצוי בהקפאה בשעת מיתה מחוץ לרחם אשה, ובהסתברות נמוכה להיקלט, כדי לחייבה ביבום וחליצה.

שאלת המפתח היא, איפוא, האם בבוא פוסק ההלכה להכריע בשאלת חיובה של האלמנה ביבום וחליצה יהיה מוכן להסתפק בפוטנציאל הטמון בזרע כדי לשחרר את האלמנה מהצורך בחליצה, או שמא, בהכריעו את ההלכה עליו ליתן משקל לא רק לפוטנציאל, אלא גם לעשייה הכרוכה בהפריה ולהסתברות שאותו פוטנציאל ימומש ויושג הריון שיסתיים בלידה? אם בפוטנציאל בלבד עסקינן, אין נפקא מינה אם בהקפאה ואם ברחם אשה מצוי הזרע. אולם, אם פוטנציאל הדורש מעשה ובמאזן הסתברויות עסקינן, אין די בהימצאות הזרע בהקפאה בשעה בה קמה זיקת היבום. לכאורה, פוטנציאל התלוי במעשה אינו פוטנציאל. ולא היא. המבחן איננו העדר המעשה אלא מבחן התוצאה הסופית. גם עובר ברחם אמו אינו יכול לממש את הפוטנציאל הטמון בו להתפתח ללא "תנאי המחיה" שמספקת לו אמו, אף שלעניינים מסוימים יחשב כבעל זכויות. מאידך, אלמלא תנאי הרחם ("המעשה") לא ניתן לממש את הפוטנציאל. בין שנאמר ש"המעשה" שולל את הפוטנציאל ובין שאין בו כדי לפגום בו, אין די בפוטנציאל כשלעצמו, גם אליבא דהגורסים שהזרע או הביצית המופרית יפטרו מיבום וחליצה. שכן, מן הבחינה ההלכתית הפטור מיבום גם של אלמנה שהותירה בעלה המנוח מעוברת כפוף לכך שהיילוד יולד חי ויחיה לפחות שלושים יום ויצא מגדר נפל.⁶⁴

אין ספק כי קשה להלום את שיטת ה"נודע ביהודה" המנתקת את הקשר בין

62 נמצא לפי זה כי תיתכן פרשנות המצמצמת את ההיקש מתשובת ה"נודע ביהודה" רק למקרה של הזרעה מלאכותית. ראה לענין זה, שו"ת תורת יצחק, סימן א'.

63 ראה גם הרב ד.מ. רגנשברג, "דין בן שנולד בהזרעה מלאכותית", הלכה ורפואה ד' (תשמ"ה), כ"ד.

64 ראה בהרחבה להלן בפרק ד.3.

יבום וירושה. הקושי מתחדד יותר נוכח תמיהתו מדוע לא תתיבם האלמנה כעבור תשעים ושלושה ימים ולא כעבור תשעים יום. ייתכן, והתשובה מצויה בחסרונו של הידע הרפואי העכשווי בתקופת התלמוד בדבר האפשרות שהפריה בגוף האשה יכול שתתרחש עד שלושה ימים לאחר הביאה.⁶⁵

הר"ש ישראלי מיישב את חילוקי הדינים בין יבום לירושה בכך ש"רוב זרע נקלט מיד" ואין לחשוש למיעוט שיקלט עד שלושה ימים.⁶⁶ בכל הכבוד הראוי, אם "רוב" זה היה ידוע לחז"ל מבחינה רפואית, מדוע לא חששו לזה ואסרו על האלמנה להינשא עד עבור תשעים ושלושה ימים ממות הבעל?

הרש"ז אויערבך, סובר כ"נודע ביהודה" שאם אדם הפקיד זרע לצורך הזרעה מלאכותית באשתו, אך נפטר קודם שהוחדר הזרע לרחמה – אין במתן הזרע כדי לפטור את האלמנה מיבום.⁶⁷ הטעם לכך, שבשעה שקמה זיקת היבום "עדיין מחוסר מעשה של הכנסת הזרע לגופה, מיד כבר חל עליה חובת יבום". במלים אחרות, לא עצם ההפריה קובעת את זיקת היבום אלא החדרת הזרע לגוף האשה. אם הוחדר הזרע לרחם בדרך של הזרעה מלאכותית, על אחת כמה וכמה אם הוחדרה ביצית מופרית, קודם מיתה – פטורה האלמנה מיבום, אם לאו-קומה חובת יבום, בין שהותיר המנוח זרעו בין שהותיר ביצית מופרית.⁶⁸ אולם "לענין ירושה שפיר נקרא יורש, היינו מפני

65 לענין זה ראה, אנציקלופדיה תלמודית, כרך שמיני, ערך "הבחנה", ק"ב, ק"ו.

66 הר"ש ישראלי, לעיל, הערה 52.

67 הרש"ז אויערבך, לעיל הערה 3 בעמ' קנ"ד. יצויין כי הרש"ז אויערבך פירסם את דבריו במאמר ולא כפסק הלכה בהדגישו שאין לסמוך עליהם הלכה למעשה, שכן הדברים "הם רק להועיל אם מעט ואם הרבה לגדולי הדור אשר החובה עליהם להכריע בהלכה זו, והם ידעו מה לקרב ומה לרחק", בעיקר "שחלק מהדברים שכתבתי הם רק דברי סברא ואין להם בית אב".

68 שיטת ה"נודע ביהודה" הנשענת על פער זמנים בין מעשה הביאה לקליטת הזרע, קרי ההפריה, מעוררת קושי הלכתי. עומד עליו הרש"ז אויערבך הנזקק בשל כך להגדרה מחודשת של תחילת ההריון "במי שבא על אשתו כדרך כל אדם (= הריון הנוצר בדרך הטבע): "ודאי אמרינן דמיד כשהכניס זרעו לתוך גוף האשה ולא מחוסר עוד שום מעשה בידי אדם, כהתחלת הריון יחשב". הגדרה זו הכרחית כדי להתגבר על בעיות הלכתיות קשות. שכן, אם הולכים אחר מועד ההפריה, כי אז אדם הבא על אשת איש ונפטר מיד לאחר הביאה, או שקיבלה את גיטה מיד לאחר הביאה ועוד לפני קליטת הזרע, לכאורה הולד שיוולד מביאה זו יהיה כשר. וכי הביאה האסורה עצמה תפסול את הולד? ולהיפך, אם בא על הפנויה ועד שנקלט הזרע נתקדשה – הולד ממזר, והלא אין כאן ביאת איסור? וכי סביר שאדם ימות שעה לאחר שבא על אשתו ואלמנתו תתחייב חליצה מספק אף אם נתעברה מאותה ביאה וילדה בן? ואכן, הרש"ז אויערבך מסתפק במי שהכניסו מזרעו לתוך רחם אשתו ובתוך ב' או ג' ימים מת בלא בנים – אם אשתו חייבת בחליצה, אף אם נתעברה מאותו הזרע וילדה בן, כיון שקליטת הזרע היתה לאחר מותו. ראה, הרש"ז אויערבך, "בדין הזרעה מלאכותית", אסיא, חלק א (תשל"ו), 162. לאור האמור לעיל לא נתברר לנו גדר ספקו של הרש"ז, שהרי דבריו מתייחסים למקרה שהיה מעשה בהחדרת הזרע לרחם האשה קודם מיתה. אם כן, מדוע לא תיפטר האלמנה מיבום? יתכן לפרש את כוונת הרש"ז אויערבך שהוצאת הזרע שלא דרך ביאה מנתקת את הקשר המשפטי-הלכתי בין הזרע לבעליו, לענין יבום.

שדין ירושה לא תלוי דווקא בשעת מיתה ויכול שפיר לחול עליו שם יורש, גם זמן רב לאחר מיתת המוריש".⁶⁹

העולה מדברי הרש"ז אויערבך הוא, כי, החדרת הזרע לרחם שווה לביאה.⁷⁰ בהריון הנוצר בדרך הטבע, הביאה קודמת למיתה, מעשה ההפריה איננו מצריך התערבות כלשהי והוא מתרחש מאליו. לכן, אין האלמנה חייבת ביבום, כיון שיצירת הולד על פי ההגדרה החלה, ודי בכך כדי לפטור מיבום, גם אם בדיעבד ההפריה היתה לאחר מיתה. לא כן בתהליך ההולדה בדרך של הפריה חוץ גופית, אם עד שעת מיתה לא הוחדר הזרע המוקפא לגוף האלמנה, כאילו לא נבעלה. הוא הדין ביצית מופרית אף שהיא בשלב מתקדם בתהליך ההולדה. זיקת היבום קמה בשעת מיתה, והיא בלתי תלויה בתהליכים שיתרחשו בגוף האשה לאחר מיתה, לכן אין די בהפקדת זרע ו/או ביצית מופרית לפני התחלת טיפול כימותרפי כדי לפטור את האלמנה מחובת יבום. הר"ש ישראלי, נוקט בשיטת ה"קרן אורה" שאין לחלק בין יבום לירושה. לדעתו, אף שביאה קודם מיתה פוטרת את האלמנה מיבום גם אם לא נקלט הזרע, שכן תהליך ההפריה מתרחש בגוף האשה, הרי שאין בהחדרת זרע המצוי בהקפאה לרחם האשה לאחר מיתה כדי לפוטרה מיבום.⁷¹ גישתו מנומקת בכך, שזרע המצוי בהקפאה מחייב עשייה נוספת מחוץ לגוף האשה על מנת להשיג את ההריון המיוחל (=הפשרה, הפריה והחדרה לרחם האשה), "שמבלי פעולה זו לעולם לא יוולד, בזה הדין 'ובן אין לו' נשאר לעולם, ואין לו מאז שום ייחוס אל המת". עשייה זו מנתקת את יחוס היילוד אחר בעל הזרע שנפטר.⁷² לפיכך, לעולם "בן אין לו בשעת מיתה" לענין יבום, ו"בן אין לו" לענין ירושה כיון שאינו מתייחס אחר בעל הזרע "והיורשים כדין ירשו, ואין הולד יכול לתבוע חלקו בירושה".⁷³

69 שם. בכל הכבוד הראוי, קשה על הרש"ז אויערבך, שכן, לשיטתו, כל עוד קיימות ביציות מופרות (בהקפאה) מזרעו של המנוח שניתן להפשירן ולהוליד ילדים, הרי הילדים שיוולדו מהן יירשו את אביהם. כלומר, עד שלא ימוצו אפשרויות ההולדה מזרעו של המנוח, לא ניתן לחלק את העזבון, כיון שלא ניתן לקבוע את מספרם הסופי של היורשים.

70 ולכאורה, אם החדרת הזרע לרחם נחשבת כביאה, קשה על הרש"ז אויערבך מהמשך דבריו שאם יבם שייבם את אלמנת אחיו נזקק להזרעה מלאכותית לא קיים מצוות יבום, כאן שהמצוה צריכה מעשה? הוזה אומר, החדרת הזרע לרחם איננה נחשבת כביאה. לכן נראה כי אין הכרח לומר כי "מחוסר מעשה" שווה לביאה. יתכן, שהרש"ז אויערבך התכוון שינתן פירוש מרחיב לקביעה "מחוסר מעשה" באופן שיכלול גם "מחוסר עשייה". לאמור, מחוסר הפריה. פירוש זה מושתת על פרשנות דווקנית לדברי הרש"ז אויערבך "עדיין מחוסר מעשה של הכנסת הזרע לגופה". לאמור, רק הכנסת הזרע לגופה של האשה, אולם, ביצית מופרית כיון שכבר החל ההריון ולעצם ההחדרה לגוף האשה אין נפקות. אלא שפרשנות זו איננה עומדת במבחן הכלל "דרכיה דרכי נועם" הפועל במקרה זה בכיוון הפוך. המבחן לשיטת הרש"ז אויערבך הוא מבחן ההחדרה לגוף, ולענין זה מה לי החדרת זרע מה לי החדרת ביצית מופרית. לכן, לשיטה זו, מסתבר כי אין הבדל בין זרע מוקפא לביצית מופרית מוקפאת, אם בשעת המיתה היו מחוץ לרחם האלמנה.

71 הר"ש ישראלי, לעיל הערה 52.

72 והוא הדין לגבי ביצית מופרית המצויה בהקפאה.

73 ראוי להעיר, כי, גם לשיטת הר"ש ישראלי אי ייחוסו של הנולד בדרך הפריה מלאכותית לבעל

לשיטת הר"ש ישראלי, אם בשעת מיתה לא היה לבעל בן, תזקק האלמנה ליבום. שכן, בהנחה שהאלמנה תהרה בדרך של הפריה חוץ-גופית מזרעו של המנוח, ונאמר כי היילוד יתייחס אחר אביו, תפקע למפרע זיקת היבום ויהיו בניה מן היבם ממזרים ותצא מן היבם, כדין מיובמת בטעות, והלא "דרכיה דרכי נועם", ואין זה מדרכי הנועם להוציאה מהיבם ולעשות בניה ממזרים. על כן, אין ההפריה שתתבצע לאחר מות הבעל מפקיעה את חובת היבום, היילוד לא יתייחס אחר בעל הזרע ולא יירשנו. הכלל "דרכיה דרכי נועם", פועל גם בכיוון ההפוך, על כן אין הזרע או הביצית המופרית שבהקפאה פוטרים את האלמנה מיבום וחליצה. המבחן היחיד לענין זה, הוא הימצאות הזרע או הביצית המופרית בגוף האשה בשעת פטירה. במלים אחרות, אין די בפוטנציאל הטמון בזרע המוקפא ובהסתברות הגבוהה יותר למימוש הפוטנציאל הטמון בביצית המופרית, כל עוד לא הוחדרו לגוף האשה קודם מיתה כדי לפטור את האלמנה מיבום.

נמצא, כי בספרות ההלכה, שתי שיטות בדין חליצה לאלמנה שבעלה הותר זרע לפני מותו ובטרם הושגה הפריה באותו הזרע נפטר. לשיטת ה"נודע ביהודה" והפוסקים כמותו – חייבת האלמנה בחליצה, כיון שבשעת מיתה לא נקלט הזרע, על אחת כמה וכמה אם לא הוחדר לגוף האשה. לשיטת ה"קרבן אורה" – בכפוף לאמור לעיל⁷⁴ – פטורה האלמנה מחליצה, כיון שדי בפוטנציאל הטמון בזרע כדי לפטרה מיבום או לכל הפחות לעכב את החליצה עד שתלד, שאם תלד זרע של קיימא מאותה שכבת הזרע – תיפטר מחליצה.

זאת ועוד, ה"נודע ביהודה" וה"קרבן אורה" אינם חלוקים בשאלת היבום בלבד. למעשה, נסובה מחלוקתם בשאלה מהו היחס בין דיני היבום לדיני הירושה. האם בן היורש את אביו על פי דין פוטר את אמו מיבום וחליצה גם אם יצא לאויר העולם לאחר מות אביו. לדעת ה"נודע ביהודה" אין זיקה בין יבום וירושה. המבחן הבלעדי לפטור את האלמנה מיבום איננו מועד לידתו של היורש אלא קיומו הפיזי, לרבות בשלב העוברי, בשעה שקמה זיקת היבום (שעת המיתה).

עד להיכן משתרע העקרון "דרכיה דרכי נועם" מכוחו ניתן להסתפק בפוטנציאל הטמון בזרע? אין ספק, כי הזרע המצוי בהקפאה הוא ישות תופסת מקום ובעלת הכח והיכולת להתפתח לעובר ולילד לכשיתחבר לביצית אשה ויושתל ברחם. אמנם, כדי לממש פוטנציאל זה נדרשות פעולות נוספות (החל מהפגשת הזרע עם הביצית וכלה בהשתלתה ברחם אשה), אך משום דרכי נועם, ומשום כושרו של הזרע להתפתח

הזרע, מוסבר בנימוק הקשר המשפטי-הלכתי בין הילוד לאביו מקום שהותרו לא היתה בדרך הטבע. ואכן, קשה על הר"ש ישראלי, שהרי לשיטתו ספק בן הנולד לאדם בדרך של הפריה חוץ-גופית בחייו מתייחס אחריו, לא כל שכן לאחר מותו. נמצא, כי הולדה בדרך של הפריה חוץ-גופית פוגמת באבהות ובייחוס בהשוואה לאבהות לילד שנוצר בדרך הטבע.

74 בעמוד 235.

לילוד, אין לכאורה בפעולות אלה כדי לפגום בפוטנציאל ולחייב את האלמנה ביבום אפילו אם בשעת המיתה נשאר בשלב הזרעי.⁷⁵ ולא היא. ספק אם ניתן להצדיק פרשנות מרחיבה כל כך. הגם שמדובר במגבלה טכנית, אין בכוחה לפגוע בזכויותיה ובחירותה של האלמנה. הרצון להקל עם האלמנה ולמנוע ממנה את מסכת היסורים הנלווית לחליצה, איננו יכול לגרום לפריצת מסגרות הדין. אמנם, די בקשר הדם בין הילד שיוולד, בכל דרך הולדה, ובין בעל הזרע, כדי ליצור זיקה בין מוריש ליורש, אך אין די בקיומו של יורש אליבא דה"נודע ביהודה" כדי לפטור את האלמנה מחליצה אם הילוד טרם נוצר בשעת המיתה. לפיכך, הילד שיוולד מזרעו המוקפא של אביו (המוריש) המנוח יירשנו, אך אמו תתחייב בחליצה. מסקנה זו הגיונית על אף הקושי לחייב אלמנה ביבום וחליצה כאשר יש לה בן המתייחס אחר אביו, אף אם ההריון נקלט לאחר מיתה, הלא דרשו חכמינו "זרע אין לו, עיין לה",⁷⁶ וכאן יש לו בן?

יתרה מזו, בתרחיש המתואר יש להתחשב בגורם נוסף העשוי, לכאורה, להשפיע על הפסיקה: רצונו וכוונתו של המנוח בעת הפקדת הזרע. אף שלהלכה המועד המקים את זיקת היבום הוא שעת המיתה, הדעת נותנת כי משהוכנסה ההפריה החוץ גופית כשיטת טיפול מקובלת, אין להתעלם מכוונתו של מפקיד הזרע עובר לטיפול הרפואי. איש איננו כופה על אדם שלקה במחלה להפקיד זרעו קודם הטיפול במחלתו, אך משעשה כן, ועוד בעצה אחת עם אשתו, מגלה הוא דעתו שלא רק לשמר את כושרו להוליד התכוון, אלא גם שיעשה שימוש בזרע המופקד להולדת ילד. חזקה על מפקיד הזרע כי רצונו בצאצא שיירש אותו אם חלילה לא יעמוד בטיפול. מבחינה זו, אין נפקא מינה אם בשעת מיתה יהיה הזרע בהקפאה או שיהיה בשלב מתקדם יותר בתהליך ההולדה.⁷⁷ אם מפקיד הזרע מכיר את דיני היבום, ניתן לייחס לו אף רצון לפטור בדרך זו את אשתו מיבום וחליצה אם חלילה יגזר עליו להסתלק מן העולם. אשר על כן, יהא זה מדרכי הנועם לפטור את האלמנה מיבום וחליצה, למרות שבשעת המיתה לא היו לנפטר ילדים בעולם, אך יש לו שארית בדמות הזרע המוקפא.⁷⁸ זאת ועוד. עד שנתחדשה טכנולוגית ההפריה החוץ גופית לא היתה כל דרך להקים שם למת על ידי מימוש פוטנציאל ההולדה לאחר מיתה. לכן, ניתן היה לבסס את זיקת היבום על הקביעה העובדתית כי בשעת המיתה לא היה לנפטר זרע בעולם. והראיה, שבעל הסוגיה מביא כדוגמא לשינוי נסיבות המצדיק לפטור אלמנה מיבום וחליצה

75 ראה להלן הערות 77, 78 והטכסט הסמוך להן.

76 יבמות כ"ב, ב.

77 נראה כי גם לא תהיה נפקות לרצון האלמנה להמשיך בתהליך ההולדה אם לאו.

78 יחד עם זאת, אין הכרח להסיק זאת בדעת ה"נודע ביהודה", שכן אין לרצון מפקיד הזרע נפקות לדיני יבום וחליצה. שהרי, ברוב המקרים הביאה נעשית ברצון הבעל, ולמרות זאת אין בה כדי לפטור את האלמנה מיבום וחליצה.

מקרה שבנו של המנוח נפטר. האינן בסיס לטענה שבמציאות, במידע ובידע הקיימים כיום שינוי נסיבות יכול שיהיו הקפאת זרע או הפריית ביצית והולדת בן לאחר מיתה. ולא זו אף זו. ההתפתחות הטכנולוגית בתחומי פריה ורבייה מאפשרת לאמץ גישה חדשה לפיה, אם ניתן להשיג את תכלית המצוה להקים שם למת מזרעו של מת, יש להעדיפה על פני האפשרות להקים שם למת מזרע אחיו.⁷⁹ אמנם, אפשר כי הסיכויים להעמיד צאצא באופן זה פחותים בהשוואה לאלו שמזרע היבם, אך עדיף צאצא מאונו ובשרו של המנוח מאשר מזה של אחיו. העדפה זו מנומקת בכך שבהעדר היכולת לקיים את רצון המת, ובהתחשב בידע הרפואי בתקופתם, די היה במציאות העובדתית בשעת המיתה. במציאות שהיתה בזמנם לא היתה נפקות משפטית-הלכתית לפוטנציאל ההולדה כמשמעותה כיום. שכן, טכנולוגית ההפריה החוץ-גופית לא נודעה, ובוודאי לא הוצעה כשיטת טיפול, לכן לא יכול היה להיות לנפטר ילד בעולם, ולא עתיד היה להיוולד לו ילד לאחר מיתה, אלא אם הותיר את האלמנה בהריון במוותו.⁸⁰ כיום, כאשר בשעת המיתה קיים פוטנציאל להולדה, המאפשר להקים שם למת מזרעו שלו גם לאחר מותו, יהא זה מדרכי הנועם למלא אחר רצון בעל הזרע והשגת התכלית היותר שלמה של המצוה.⁸¹

ולבסוף, על פי פרשנות מאד מרחיבה, אפשר לומר כי עובדת הימצא זרע מוקפא בנסיבות נתינתו מלמדת כי הוחל בתהליך ההולדה. לפיכך, מן הדין שתקום זיקת היבום רק לאחר שימוצה התהליך ולא יוולד ילד. כי זאת יש לזכור, בנסיבות הענין הפקדת הזרע איננה עומדת בפני עצמה, שהרי איסור הוצאת זרע הוא מן החמורים שבאיסורים.⁸² את הוצאת הזרע יש לראות – על אף ריחוק הזמן – כחלק ממצות פריה ורבייה ולא רק כהצדק שלא לראותו מוצא לבטלה. מתן הזרע הוא תחילתו של תהליך ההולדה שתכליתו להקים שם למת. זרע שמפקיד אדם מרצונו החופשי, ובמודע, עובר לטיפולי הקרנות, הינו יותר מפוטנציאל. זה מעשה המשקף, כאמור, את כוונתו ואולי את רצונו האחרון. לכן, משום דרכי נועם אין להסתפק בבדיקה עובדתית בשעת מיתה, אלא יש להמתין עד שימומש הפוטנציאל הטמון בזרע המוקפא.

79 יוער כי הקמת שם למת איננה מסתכמת בהכרח בהולדת בן שייקרא על שם המנוח. גם גידולו, חינוכו ועיצוב אישיותו של הבן בכלל הקמת שם למת. משאביו מולידו של הילד איננו בחיים, נפגמת הקמת השם למת. נמצא, כי אף שהקמת שם למת מזרעו של היבם עדיפה, מכיון שכיום חליצה קודמת ליבום, אין לפרשנות זו משמעות הלכתית.

80 או קיים יחסי אישות עד שלושה ימים לפני המיתה.

81 ד"ר ויגודה העירני כי מסקנה זו מחייבת לקבוע שהאלמנה אינה חייבת להסכים לתהליך זה, ואם תרצה בו, תהיה חייבת לקבל חליצה. למעשה, תולה ד"ר ויגודה את פטורה של האלמנה מחליצה ברצונה. אינני סבור שההכרעה ההלכתית צריכה להיות תלויה ברצון האלמנה. שכן, זיקת היבום קמה בשעת מיתה. לפיכך, יש לקבוע את ההלכה על פי המצב העובדתי ששרר באותה שעה. לחילופין, אם נכונה ההנחה כי אדם מפקיד זרע כדי להתברך בבנים הוא עושה זאת בשיתוף אשתו ועל דעתה. כלומר, בשעת מיתה היתה נכונות גם של האלמנה להעמיד צאצא.

82 נידה י"ג, א; יבמות ע"ז, א; שולחן ערוך, אבן העזר, כ"ג, א; שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן רס"ח. וראה לעיל הערה 17.

מכל מקום, בנסיבות שדן בהן ה"נודע ביהודה" אין הילוד נחשב כבנו לפטור את אמו מיבום וחליצה, קל וחומר שאין בכח זרע מוקפא לפוטרה מיבום וחליצה.⁸³ לדעת ה"קרן אורה" תיפטר האלמנה מיבום.⁸⁴ אלא שיש לאבחן את הסיטואציה שה"נודע ביהודה" דן בה, החסרה מעשה הפריה מהפקדת זרע קודם טיפול רפואי והפריית ביצית, שכפי שיתבאר בסמוך חסרה מעשה החדרה, לכן אפשר לשער, שאילו ידע ה"נודע ביהודה" על אפשרות זו, היה מודה שהילד שנולד מביצית מופרית שהותר אדם לפני מותו יפטור את אמו מיבום וחליצה.

2.ג. ביאה, החדרת הזרע או הביצית המופרית ומצות יבום

תרומתה של טכנולוגית ההפריה החוץ גופית הינה בתהליך יצירת ההריון. מרגע שהושג ההריון, קרי, מרגע ההפריה, הוא אמור להתפתח באותו האופן בו מתפתח ההריון הנוצר בדרך הטבע. לכן השאלה אם לדרך יצירת ההריון נפקות לדיני יבום וחליצה? זאת ועוד, כבר נתבאר כי יש מן הפוסקים הסוברים כי החדרת הזרע לרחם כמזה כביאה.⁸⁵ האם פירוש הדבר כי היבם יכול לקיים מצות יבום בדרך של הפריה חוץ גופית? או שמא הביאה היא תנאי לקיום מצוות היבום?

כאמור, תכלית היבום הינה להקים שם למת, היינו, להעמיד צאצא. לפיכך, אילונית⁸⁶ ועקרה מלידה, אינן זקוקות ליבום כיון שאינן מסוגלות ללדת, אף שביכולתן לקיים יחסי אישות.⁸⁷ עוד מצינו בדיני היבום כי יבם שייבם אשת אחיו, גירשה מיד לאחר מכן, יצא ידי חובת היבום אף שלא הושגה תכלית המצוה להקים שם לאחיו המת.⁸⁸ הווה אומר, אין הדרישה להקים שם למת תנאי המעכב את האלמנה מלהינשא, ובלבד שתהיה כשירה להיבעל ביאה הראויה להוליד. ואכן, להלכה פסק הרמב"ם כי "הכונס את יבמתו ונמצאת מעוברת, מפרישין אותה וממתנין לה, אם הפילה יחזור ויקיים".⁸⁹ וכל כך למה? "שאינן ביאת המעוברת ביאה לפטור מן היבום".⁹⁰ נמצא, כי אם נראה בהחדרת הזרע המוקפא לרחם האלמנה (והוא הדין בביצית המופרית), מעשה שווה לביאה, ומכיון שקיים פוטנציאל הולדה בזרע זה, הרי ניתן לראות בהחדרת הזרע

83 יחד עם זאת, מסתבר כי במצב העובדתי שה"נודע ביהודה" דן בו, מסתבר כי לשיטת ה"קרן אורה", הרש"ז אויערבך והר"ש ישראלי ייחשב שיש לנפטר בן ואלמנתו תיפטר מיבום.

84 בכפוף לאמור לעיל בטכסט הסמוך להערה 71.

85 ראה לעיל ליד הערה 68 בדעת הרש"ז אויערבך.

86 אילונית הינה אשה החסרה סימני נערות ואיננה מסוגלת לילד מתחילת ברייתה. ראה, רש"י, כתובות ל"ה, ב, ד"ה: "אילונית".

87 יבמות כ"ד, א; רמב"ם, הלכות יבום וחליצה ו', ח; שולחן ערוך, אבן העזר, קע"ב, א.

88 רמב"ם, הלכות יבום וחליצה, א, ט"ו.

89 שם, א, כ"ב.

90 מגיד משנה, שם, הלכה כ: "חליצת המעוברת אינה חליצה וביאת המעוברת אינה ביאה".

לרחם ביאה הראויה להולדה – ועל כן תעוכב חובת יבום עד שיתברר אם הושג הריון על כל המשתמע מכך להלכה.

למעשה, להזרקה עצמה, קרי, החדרת הזרע או הביצית המופרית לרחם, השלכות על המשך קיומו של התא המשפחתי. חכמי ההלכה חלוקים בשאלה האם לאסור אשת איש על בעלה כאשר הרתה בדרך של הפריה חוץ גופית מזרעו של תורם זר. ר' יהודה רוזאניס, בחידושו על הרמב"ם, הסיק "דאין ספק שגם אינה נאסרת על בעלה כיון שאין ביאת איסור, וקבלת שכבת זרע של אחר לבד אינה בכלל ערוה".⁹¹ לפיכך, פסקו רבים מחכמי ההלכה האחרונים, כי אין לפרק את התא המשפחתי גם אם נזקקה האשה הנשואה להזרעה מלאכותית מזרעו של תורם זר.⁹² משמע, לפי גישה זו שאין לראות בהחדרת הזרע מעשה שווה ערך לביאה.

יש מחכמי ההלכה הסוברים כי הלאו של "לא תתן שכבתך לזרע"⁹³ משתרע גם על החדרת זרע מתורם לגוף האשה בכל דרך,⁹⁴ לא כל שכן אם הדבר נעשה בכוונה תחילה. לכן, אף אם החדרת הזרע לגוף האשה כשלעצמה, לא היה "בדרך שכיבה ממש, הרי גוף זרע עצמו שניתן בה מאיש אחר, מטמאה"⁹⁵ ולכן נאסרת על בעלה. לשיטה זו האיסור יכול להתפרש בשני אופנים: או שהמעשה (=החדרת הזרע) נחשב כביאת איסור גם אם לא נתקיימו יחסי אישות, או שערום זרע של האסורים זה בזה מקים את האיסור גם בלא ביאה. בין כך ובין כך, ברור, כי לאסור אשה על בעלה כאשר לא היתה ביאת איסור, הינה חומרא גדולה עם האשה. בהנחה כי הפרוש הראשון הוא הנכון, מן הדין אליבא דאותה גישה, ומאותם טעמים, ליישם את העקרון גם לקולא (אלא אם תאמר שניתן לראות בהחדרת הזרע ביאה רק לחומרא). ולפי שענייננו בהחדרת זרע הבעל לרחם האשה, ומכיון שהזרקה הזרע נחשבת כביאה, ומכיון שההזרקה לרחם יכולה להעשות גם לאחר מיתה – קיים הבעל מצות פריה ורביה למפרע ופטר את אשתו מחליצה אם יוולד ילד מאותה הזרקה.

מאידך, לא בכל מקרה די בקיום פיזי של בן יוצא חלציו של הנפטר, כדי לפטור את אלמנתו מיבום וחליצה. אמנם, כאמור, ההגדרה של בן לענין היבום רחבה, ואפילו בן ממזר ועובד כוכבים⁹⁶ פוטר מיבום, אך בנו מן השפחה ומן הכותית אינו פוטר

91 משנה למלך, הלכות אישות, פרק א, כ"ב.

92 שו"ת חלקת יעקב, חלק ג, סימן כ"ד; שו"ת תשובה שלמה, אבן העזר, חלק ב, סימן ד; שו"ת שרידי אש, סימן ו; שו"ת אגרות משה, אבן העזר, סימן י; שם, סימן י"א; שם, סימן ע"א; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ג, סימן כ"ד.

93 ויקרא י"ח, כ'.

94 בני אהובה, הלכות אישות, פרק ט"ו. שו"ת מערכי לב, סימן ע"ג; הרב י. טייטלבוים, "תשובה בדבר ההזרעה מלאכותית בזרע איש אחר", המאור, שנה ט"ז, קונטרס ט-י, אב-אלול, תשכ"ד, 3; הרב ש. יודלביץ, "בירור הלכה באיסור השתמשות בפריה מלאכותית", נועם י' (תשכ"ז), צ"ז.

95 שו"ת ישכיל עבדי, חלק ה, סימן א', פרק ו', אות א'.

96 ראה פרישה, אבן העזר קנ"ו, ס"ק ז' שהכוונה לבן מומר.

משום שמבחינת ההלכה "כאילו אינם".⁹⁷ הוא הדין לשיטת הסבורים שהבן הנולד בדרך של הפריה חוץ גופית איננו מתייחס אחר בעל הזרע. עצם הזרקה הביצית המופרית לרחם, לא תשנה את הקביעה המשפטית-הלכתית שלנפטור אין בן, לא בחייו ולא במותו. ממילא, אין די בביצית המופרית על אחת כמה וכמה בזרע המוקפא כדי לפטור את האלמנה מיבום וחליצה.

ד. האם די בביצית מופרית כדי לפטור מיבום וחליצה?

ד.1. הצגת הבעיה

לית מאן דפליג כי ביצית מופרית היא שלב מתקדם יותר בתהליך ההולדה מאשר זרע שהופרש מהגוף והוקפא. האם פירוש הדבר כי די בביצית מופרית שהותיר אחריו אדם כדי לפטור את אלמנתו מיבום וחליצה? לכאורה, על פי מבחן סיכויי ההולדה בעתיד, אין נפקא מינה בין זרע לביצית מופרית שנותרו בהקפאה, שהרי אם תיזקק האלמנה ליבום ואחר כך ייולד לה ילד, בין מהזרע המוקפא ובין מביצית מופרית שהיתה בהקפאה, ילדיה יהיו ממזרים ולא יהא זה מדרכי הנועם. אף על פי כן, נראה לי, כי יש לראות בביצית מופרית תחילת הריון, ומכיון שלהלכה נפסק כי אלמנה שהיתה מעוברת בשעת מיתה וילדה מותרת לשוק לאחר תקופת המתנה, ראוי לבחון האין להקיש מדין זה ולפטור את האלמנה שבעלה הותיר ביצית מופרית בהקפאה קודם פטירתו.

שנוי במשנה:⁹⁸

"החולץ ליבמתו ונמצאת מעוברת וילדה, בזמן שהולד של קיימא – הוא מותר בקרובותיה והיא מותרת בקרוביו, ולא פסלה מן הכהונה (רש"י: "דלאו חליצה היא דהא לא מיבעיא").⁹⁹ אין הולד של קיימא – הוא אסור בקרובותיה והיא אסורה בקרוביו ופסלה מן הכהונה".

נחלקו האמוראים מה יהא הדין אם נושאת ההריון הפילה את העובר וההריון הופסק. רבי יוחנן סבר שאינה צריכה חליצה מן האחים וריש לקיש מחייבה בחליצה.¹⁰⁰ להלכה פוסק הרמב"ם כמשנה:¹⁰¹

97 רמב"ם, הלכות יבום וחליצה א', ד'.

98 יבמות ל"ה, ב'.

99 כלומר, שאין האלמנה צריכה לחלוץ, אין זו חליצה, והרי היא כמי שלא נחלצה מעולם. ראה עוד רמב"ם, הלכות יבום וחליצה, א', ה'.

100 שם. על המחלוקת, נימוקיה וגדריה ראה בהרחבה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ט"ו, ערך "חליצה", אות ה'.

101 רמב"ם, הלכות יבום וחליצה, א', ה'.

"מי שמת והניח אשתו מעוברת, אם הפילה אחרי מותו הרי זו תתייבם. אם ילדה ויצא הולד חי לאויר העולם, אפילו מת בשעה שנולד הרי אמו פטורה מן החליצה ומן היבום".

וכן נפסק להלכה בשולחן ערוך.¹⁰²

נמצא, כי המבחן הקובע אם תקום זיקת יבום למפרע הוא הצלחת הריונה של האלמנה. אם היתה האלמנה בהריון בשעת מיתה, יש להמתין עד שיתברר גורל ההריון: אם תפיל את עובריה – תתייבם. אם יגיע ההריון לסימומו המוצלח ויוולד תינוק בר קיימא – תיפטר מן היבום ותוכל להנשא ללא חליצה. הטעם לכך, שזיקת היבום קמה כאשר "בן אין לו"¹⁰³ בשעת מיתה, ובמקרה זה הותר אחריו בן במצב עוברי. לכן השאלה המכרעת היא, אם תחשב הביצית המופרית כתחילת הריון, לפחות לדיני יבום וחליצה?

כדי להשיב על כך, ולדעתי בחיוב, אייחד דברים, ובקצירת האומר, על מעמדה ההלכתי והמשפטי של הביצית המופרית. קודם לכך, אקדים ואבהיר, כי יש להגביל את זמן ההמתנה ללידת הילוד לענין הפטור מיבום וחליצה.¹⁰⁴

עד להתחדשות טכנולוגית ההפריה החוץ-גופית משך ההריון שנוצר בדרך הטבע היה מוגבל בזמן ולא עלה בדרך כלל על תשעה חדשים. משנשתכללה ההפריה החוץ-גופית כשיטת טיפול ונוצרה אפשרות להפריד בין יצירת ההריון (מחוץ לגוף אשה) והמשכו (ברחם אשה), יכול שההריון יימשך מעבר לתשעה חדשים. היכולת לעצור את התפתחות ההריון לאורך זמן (על ידי הקפאת הביצית המופרית) ולהמשיכו זמן רב לאחר מות בעל הזרע, מחייבת לקבוע זמן בו ניתן להמשיך בתהליך בהריון, בין שנוצר לפני מיתה ובין לאחריה. שכן, אין זה מ"דרכי הנועם" לעכב אלמנה לזמן בלתי מוגבל מלהינשא, וכפועל יוצא מכך, להתלות את הירושה עד אין קץ. גם האינטרס של אלמנת המנוח ויורשיו ראויים להגנה.

לפיכך, הדיון במעמד הביצית המופרית לענין הפטור מיבום וחליצה, מושתת על הקביעה כי משך הזמן המירבי בו יתאפשר לאלמנה שבעלה הותר אחרי ביצית מופרית להרות (בעצמה או באמצעות פונדקאית) מאותה הביצית הוא עד שנה מיום הפטירה.¹⁰⁵ לאחר שנה "תופקרנה" הביציות המופרות, לפחות במובן זה, שינותק כל

102 שולחן ערוך, אבן העזר, קנ"ו, ד'.

103 דברים כ"ה, ב'.

104 ולענין זה אין נפקא מינה אם ההריון נוצר בדרך הטבע או בדרך של הפריה חוץ גופית. למותר לציין כי בקביעה זו, אינני נוקט עמדה בשאלה מה ייעשה בביציות המופרות לאחר שנה. הגבלת הזמן נועדה לאפשר מימוש הפוטנציאל להמשכת ההריון כדי לקבוע את מצבה ההלכתי-משפטי של האלמנה וכושרה להקים בית בזיווג שני.

105 התקופה המירבית של התמשכות ההריון על פי חז"ל היא שנים עשר חודש (ראה, יבמות פ, ב; רמב"ם, הלכות אישות ט"ו, ד; טור שולחן ערוך, אבן העזר ד, י"ד). עם זאת, ניתן לראות בהגדרת תקופה זו (=שנה) כבחירה שרירותית בעיקרה, אף, שכאמור, ניתן להסבירה. מטעם נוסף בחרתי לקבוע את השנה כמועד ההמתנה המירבי למימוש פוטנציאל ההולדה: שלושה

קשר הלכתי-משפטי (הורה – ילד) בינן לבין תורמי הזרע והביצית גם אם הביציות תישמרנה בהקפאה תקופה בלתי מוגבלת. הוראה זו תיקבע בתקנה מיוחדת כתוצאה ישירה מהשתכללותה של הטכנולוגיה הרפואית בתחום פריה ורבייה.

ד.2. על מעמדה ההלכתי של הביצית המופרית – הערות כלליות

ההריון הוא תהליך שראשיתו בהפריה וסופו בלידה או למצער בהפלה.¹⁰⁶ עד שהוחל בתהליך ההולדה בדרך של הפריה חוץ גופית, ההריון התחיל לאחר השתרשות הביצית המופרית בדופן הרחם.¹⁰⁷ משהוחל בהולדה בדרך זו, על ידי השגת ההפריה במעבדה, ומשהשתכללה היכולת לשמר את הביצית המופרית מחוץ לרחם, התעוררה השאלה האם החל ההריון עוד לפני שהשתרשה הביצית המופרית בדופן הרחם, או שמא תחילת ההריון תמיד, על פי הגדרה, עם השתרשות הביצית המופרית ברחם? האם הביצית המופרית היא תחילת ההריון ללא קשר למצבה ולמקום הימצאה? ובמלים אחרות, מאימתי מתחילים החיים: משעת ההפריה, ואז שווה מעמד הביצית המופרית למעמדו של העובר, או רק משעה שהשתרשה הביצית המופרית ברחם נושאת ההריון? נפקא מינה לענין מעמדה ההלכתי וכשרותה לזכויות של הביצית המופרית.

חדשים אסורה האלמנה להינשא מדין הבחנה (הגם שהדעת נותנת שהאלמנה תבקש לעשות שימוש מוקדם ככל האפשר בביציות המופרות, משום תקנת הציבור לקיים דין הבחנה, וכן לאפשר לה לשקול היטב אם ברצונה להעמיד צאצא לבעלה המת) בתוספת תשעה חדשי הריון. עוד יש להעיר, כי בקביעה זו, מובלעת ההנחה כי הדין מכיר בזכותה של האלמנה להחליט אם לנסות להרות מהביצית המופרית ולהקים שם לבעלה המנוח, וכן להיפטר מחליצה, או לוותר על האפשרות להעמיד צאצאים לאחר מיתה ולחוב בחליצה. דומה, כי קביעה זו לתקופת הזמן המוצעת, משקפת גם איזון נכון בין האינטרס של האלמנה לאפשר לה לממש את הפוטנציאל הטמון בביצית המופרית ללא לחץ זמן ולהימנע מחליצה, לאינטרס המנוח למלא אחר רצונו להקים לו זרע בעולם, לאינטרס של היורשים לחלק את הירושה מוקדם ככל האפשר לאחר הפטירה. יוער, כי, תקנה 9 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) מגבילה את מועד שימורן של ביציות מופרות בהקפאה לתקופה שלא תעלה על חמש שנים ולבקשת האשה ממנה ניטלה הביצית ובעלה לחמש שנים נוספות. כמו כן, נקבעו הסדרים למקרה של פטירת אחד מבני הזוג (תקנה 10ג) לתקנות).

106 עם השתכללותה של הטכנולוגיה הרפואית לא כל הפלה מביאה את ההריון לסופו. כך למשל, דילול עוברים מביאה להפסקת התפתחותם של חלק מן העוברים אבל ההריון בכללותו נמשך. על הקושי בהגדרת פרוצדורת הדילול ראה, גרין, לעיל הערה 11 בעמ' 169.

107 אנציקלופדיה רפואית-הלכתית, כרך ב, ערך "הריון". אין ספק כי הגדרה זו, הינה במידה רבה הגדרה שרירותית. זו הגדרת השלב הבא אחרי ההפריה (= מפגש "מוצלח" בין הזרע לביצית) בתהליך ההולדה. כל עוד אין נפקות הלכתית להגדרת השלבים בתהליך ההולדה, ניתן לקבל הגדרה זו, מה עוד שתהליך ההולדה כולו מתרחש בגוף האשה. ברם, כאשר תהליך ההולדה איננו מתחיל בגוף האשה, וכאשר ניתן להקפיא את התהליך בשלבו ההתחלתי, נראה לי כי יש הגיון לשנות את ההגדרה הנ"ל. העובדה כי להריון הנוצר בדרך של הפריה חוץ גופית יש השלכות הלכתיות כבדות משקל, מחייבת לקבוע כי ההריון מתחיל משהושגה ההפריה ועוד לפני השתרשות הביצית המופרית ברחם.

לכאורה, כל עוד הביצית המופרית לא השתרשה ברחם אין הריון. שהרי, מפורסמת דרשת הגמרא "שופך דם האדם באדם דמו ישפך (בראשית ט, ו), איזהו אדם באדם, זה עובר במעי אמו".¹⁰⁸ הווה אומר, הגדרת עובר כאדם היא דווקא אם היה במעי אמו. ולפיכך, יש מקום לטעון, שלכל דבר וענין לא יוגדר עובר כאדם אלא אם כן נוצר ו"עבר" דרך רחם אשה.¹⁰⁹ ואולם, אי אפשר להתעלם משתי התכונות המאפיינות את הביצית המופרית אותה ניתן להגדיר כשלב הראשון בהתפתחות העובר: התכונה האחת היא התכונה הפיזית. אף שהמדובר באותו שלב התפתחות בכשנים עד שמונה תאים בעלי פוטנציאל להתפתח לעובר, הביצית המופרית הינה ישות פיזית, בעלת נוכחות, כאן ועכשיו, ישות שאין להתעלם מקיומה. התכונה השנייה, הינה כאמור, הכושר להתפתח. הביצית המופרית היא בעלת יכולת וכושר להתפתח לעובר ולילד. לכאורה, די בשתי התכונות כדי להקנות לביצית המופרית מעמד בדין גם כאשר היא מחוץ לרחם. האמנם?

ד.3. ה"חיים מאימתי"?

מן הבחינה הביולוגית, התפתחות העובר היא תהליך רציף והמשכי שראשיתו ברגע מסוים. רגע זה הוא המפגש בין הזרע והביצית (לאחר שתא הזרע הבקיע את מעטפת הביצית), שקודם לו הביוץ והמשכו לאחר ההפריה בחלוקת התאים. בשלב זה מתקבל הבלסטומר (Blastomer) המתפתח לבלסטוציט (Blastocyte).¹¹⁰ גיל ההריון מתבטא ברמת ובכושר ההישרדות ולא ברמת הפוטנציאל שבו להיוולד. כל שלב בהתפתחות ההריון הכרחי להמשך התפתחות העובר. לפיכך ברור כי העובר הוא יצור חי מראשית התהוותו, קרי, מרגע ההפריה ועד צאתו לאויר העולם.¹¹¹

108 סנהדרין נ"ז, ב.

109 ראה לענין זה שו"ת חכם צבי, סימן צ"ג; הרב מ. הרשלר, "בעיות הלכתיות בתינוק מבחנה", הלכה ורפואה א (תש"ם), ש"ז.

110 כאשר ההריון נוצר בדרך הטבע מתרחש תהליך ההפריה בדרך כלל בחצוצרה, ממנה נודדת הביצית המופרית לרחם, כאשר בתהליך הנדידה ממשיכה חלוקת התאים עד לקבלת הבלסטוציט. בדרך כלל משתרשת הביצית ברחם כעבור ארבעה עד ששה ימים ממועד ההפריה. בהפריה החוץ גופית התהליך מתרחש מחוץ לגוף האשה והביצית המופרית מושלת לגופה עד להשתרשותה ברחם והתפתחות ההריון. בהקשר זה יוער, כי, ניתן לראות את תחילת החיים המתרחשת בנקודת זמן (רגע ההפריה) הרי שניתן לראות את תחילת החיים כתהליך, שככל שמתווספות ליצור המתפתח תכונות אנושיות יותר, מעמדו ו"אישיותו" המשפטית, ההלכתית והמוסרית חזקים יותר. דווקא משום שההלכה מקדשת את החיים, יש חשיבות רבה לקביעה אימתי מתחילים החיים, גם אם בקביעה זו יש מרכיב שרירותי. שכן, משנקבע קו הגבול של תחילת החיים, לא ניתן לפגוע בחייה של הישות המתפתחת אלא במקרים הקבועים בהלכה. יחד עם זאת, אם תחילת החיים ברגע ההפריה, הביצית המופרית היא תחילת הריון, יתכן ותקום חובה על הרופא להשתיל את הביצית ברחם, שהרי ההלכה אוסרת להפסיק הריון. יתרה מזו, יתכן שאף אסור להקפיא את הביצית המופרית עד להשתלתה.

111 אנציקלופדיה הלכתית-רפואית, כרך ה', ערך "עובר", 91.

גישת ההלכה, כפי שעולה מהויכוח בין אנטונינוס לרבי,¹¹² היא, כי הנשמה והחיות ניתנים באדם משעת ההפריה (פקידה):¹¹³

”אמר ליה אנטונינוס לרבי: נשמה מאימתי ניתנת באדם, משעת פקידה או משעת יצירה?¹¹⁴ אמר ליה: משעת יצירה. אמר ליה: אפשר לחתיכת בשר עומדת ג' ימים בלא מלח ואינה מסרחת? אלא משעת פקידה.”¹¹⁵

רש"י פירש כי שעת הפקידה היא "משעה שהמלאך פוקד הטיפה ומביאה לפני המקום מה תהא עליה ... מיד נזרקה בו נשמה וחיות".¹¹⁶ ר' מאיר הלוי הגדיר שעת פקידה "משעה שהאשה קולטת את הטיפה לבית הריון, והיא שעת הפקידה. כדכתיב: וה' פקד את שרה, כלומר, שנתן לה הריון".¹¹⁷ למעשה, הסכימו רש"י והרמ"ה לקביעה העקרונית כי השעה שבה נזרקה הנשמה באדם, היינו, רגע תחילת החיים, הוא במועד ההפריה.¹¹⁸ אלא שנחלקו אם מקום ה"מפגש" בין תאי המין (=ההפריה) יכול שיתקיים מחוץ לרחם. לשיטת רש"י, ניתן לשער, בהתחשב בעובדה שהטכנולוגיה לא היתה ידועה באותה עת, כי אין הכרח שאותו ה"מפגש" יתרחש בגוף האשה. גם אם יתקיים על גבי הצלוחית במעבדה, ויוכתר בהצלחה, קנה היצור החדש את חיותו. מלשון הרמ"ה,

112 לכאורה, אין להתייחס לויכוח זה כיותר מאשר לאגדה (טהורה) בעלת אלמנטים מיסטיים. ואכן, רבים מחכמי ההלכה אינם מתייחסים אליה בהכרעותיהם בסוגית הפלות. אין הם רואים בעובר "נפש", אף שהנשמה והחיות ניתנים באדם בשעת ההפריה. אף על פי כן, דומני, כי הרעיון המבוטא באגדה זו יכול להוות אינדיקציה לגישתה של ההלכה. יתרה מזו, הטיעון כאילו אין העובר "נפש" גורף מדי. העובר איננו "נפש" כשהוא מסכן את אמו וכל עוד לא יצא רובו, אבל הוא "נפש" כאשר איננו מסכן את אמו, ומכח "נפשיותו" זו קנה זכות להיוולד. ואכן, הרמב"ם מנמק את ההיתר לפגוע בעובר המסכן את אמו בהיותו רודף אחריה (וזה טבעו של עולם), כיון שהרמב"ם מחשיב את העובר כ"נפש". ראה, רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש א, ט.

113 סנהדרין צ"א, ב. יוער כי במדרש (בראשית רבה, פרשה ל"ז, י"ב) הגירסא שונה במקצת: "שאל אנטונינוס את רבי: נשמה מאימתי ניתנה באדם, משעה שיצא ממעי אמו או עד שלא יצא ממעי אמו? מאימתי נתת בי את הנשמה? משפקדתי". ראה לענין זה, גרין, לעיל הערה 11 בעמ' 126, ה"ש 43.

114 שעת יצירה מפרש רש"י (ד"ה: "יצירה"): "שנקרם כולו בבשר וגידים ועצמות".

115 ומסיים רבי ואומר: "דבר זה למדני אנטונינוס ומקרא מסייעו, שנאמר: ופקודתך שמרה רוחי (איוב י'). יוער כי התאור על דרך יצירת הולד בספרות ההלכה משקף את השקפת חז"ל על קדושת חיי האדם, ערכם וחשיבותם. ראה, נדה ל"א, א; תנחומא, פרשת פקודי, ג. יחד עם זאת, אינני נוקט עמדה בשאלה מה טיבם של חיים אלה. גם לשיטת רבי שלמד מאנטונינוס שחיים מתחילים עם הפריה, לא נתבאר מה מהותם של חיים אלה. האם חיי ביצית מופרית הם חיים אנושיים הראויים להגנת הדין? האם ניתן לייחס תכונות אנושיות לעובר? לפרה-עובר?

116 רש"י, שם, ד"ה: פקידה".

117 חידושי הרמ"ה, שם, ד"ה: פקידה".

118 הרב ראובן מרגליות (מרגליות הים, לסנהדרין, שם) מביא ראיה כי שעת ההפריה היא תחילת החיים ממקור תלמודי אחר: "קטן מאימתי בא לעולם הבא ... רבינא אמר: משעה שיזרע, דכתיב זרע יעבדנו". וראה, א. ורהפטיג, "תוקפו של הסכם להפריה חוץ גופית", תחומין ט"ז (תשנ"ו), 181, 186.

נראה, כי תהליך ההפריה יושלם רק "בקליטת הטיפה לבית ההריון (=הרחם)"¹¹⁹ ורק אז ירכוש האורגן הנוצר את חיותו. לפיכך, על פי הרמ"ה אין בביצית המופרית המצויה בהקפאה חיות.

דומה, כי הגישה הרואה את תחילת החיים ברגע ההפריה, נשענת על שתי תפיסות: התפיסה האחת, שתכונה התפיסה הפילוסופית-מוסרית, לפיה, זריקת הנשמה, אותו חלק אלוה ממעל, ב"שעת הפקידה"¹²⁰, היא שמעלה את חיותו של האורגן לחיים אנושיים מרגע התהוותם ללא תלות בפוטנציאל לממשם.¹²¹

התפיסה האחרת, הפרקטית, לפיה כל שלב בהתפתחות ההריון מותנה בסיום התפתחותו של השלב שקדם לו. לפיכך, לפחות במישור העיוני ניתן להחיל כל הוראה החלה על השלב העוברי (fetus) גם על השלב הטרום עוברי (pre-embryo). הביצית המופרית מהווה חוליה בשרשרת ההתפתחות של העובר. היא נושאת מטען גנטי שטמון בה הפוטנציאל להשלמת ההתפתחות והפיכה לעובר ולאדם. במובן זה הביצית המופרית בכלל אדם (Homo Sapiens) גם לפני שהושרשה ברחם האשה. ככל שמתקדמים לאורך סולם ההתפתחות, הפוטנציאל הולך וגדל. ככל שהמדרגה בתהליך גבוהה יותר, הערך המוסף של ההתפתחות גדול יותר. וכך, בכל שלב בסולם ההתקדמות גדל הסיכוי להשלים את ההריון ולהביאו לסימומו המוצלח.¹²²

119 לעיל ליד הערה 117.

120 כשיטת רש"י לעיל ליד הערה 116.

121 יוער כי מהשקפה זו נגזרת גישתה העקרונית של ההלכה השוללת הפסקת הריון, למעט לצורך הצלת חיי נושאת ההריון. שהרי, אם לביצית המופרית מעמד בהלכה מכח היותה ישות עצמאית חיה וקיימת, מן הדין שיצטמצם כוחם של תורמי תאי המין להחליט על עתידה. ואכן, על פי גישה זו, במתח בין "הוריה" של הביצית המופרית לבין הביצית עצמה, ככל שהדבר נוגע לזכותה לממש את הפוטנציאל הטמון בה ולהתפתח לעובר – הוכרעה הכף לטובת הביצית המופרית. חרטת הורים אינה עילה להפסקת הריון. לפי זה ניתן להבין גם את גישתה של ההלכה השוללת את השימוש באמצעי מניעה המונעים את השתרשותה של הביצית המופרית ברחם, כיון שפעולתה תגרום להשמדת הישות החדשה שנוצרה עם ההפריה. ראה לענין זה בהרחבה, אנציקלופדיה הלכתית-רפואית, כרך ב, ערך "הפלה"; שם, כרך ד', ערך "מניעת הריון".

122 ראה בהקשר זה דעת המיעוט של הרב ד"ר מ. הלפרין, דו"ח ועדת אלוני לבחינת נושא ההפריה החוץ גופית, סעיף 6.6. והשווה דעת השופט קדמי בדנ"א 2401/95 נחמני נ. נחמני, פד"י (נ4), 661. לא כאן המקום להאריך בסוגיה הקשה של הגדרת חיים, לרבות תחילתם. רבים נוטים לדבר על פוטנציאל חיים של העובר המקנה לו הגנה מסוימת ולא על חיים אנושיים. אולם מהו קריטריון זה? מכח מה פוטנציאל החיים של העובר מקנה לו זכויות? הלא, בכל הכבוד הראוי, חייו האנושיים של העובר אינם נופלים מחייו האנושיים של תינוק בן יומו, גם הוא איננו יכול לחשוב, לדבר ולתקשר עם סביבתו? אלא מאי? שמא תאמר שמיצא מרחם אשה רכש את אנושיותו, או אולי בשל צורתו האנושית רכש את אנושיותו? הוזה אומר, הפוטנציאליות שלו בשלב העוברי אינה בשלה מספיק כדי להקנות לו חיים אנושיים. אך האם די במאזן הסתברויות כדי לקפח חיים? אשר על כן, יש לומר כי גם מבחן הצורה חשוב. לפרה עובר אין עדיין צורת אדם על כן "חייו" אינם אנושיים. דא עקא, גם לעובר בן שלושה חדשים שהושלמה צורתו, אין זכות להיוולד ולפי שהכרעה נדרשת, נראה בכל זאת להעדיף את מבחן הפוטנציאל, אולי בצירוף (מצטבר?) מבחן הצורה והאנושיות. דומה, כי דווקא בתפישה ההלכה המקדשת חיי אדם, שאחד מביטוייה גלום בהשקפה על שותפות הקדוש ברוך ביצירת האדם (גידה ל, א), הדברים ברורים

ד.4. האם הגדרת עובר משתרעת בהלכה גם על ביצית מופרית?

אין בספרות ההלכה בירור בשאלת מעמדה ההלכתי-משפטי של הביצית המופרית. יחד עם זאת, אם צודק אני בגישתי כי הביצית המופרית היא תחילת החיים, ניתן ללמוד בדרך ההיקש, על יחסה של ההלכה לביצית המופרית מיחסה לעובר.¹²³ בהקשר זה יצומצם הדיון, ככל שהדבר נחוץ לענייננו, למעמד העובר בשלושה תחומי משפט: דיני משפחה (אישות), דיני נפשות (הפסקת הריון וחילול שבת להצלת עובר) ודיני ממונות (זכיה לעובר).

בתלמוד נידונה השאלה אם יכול אב לקבל קידושין לעובר ממין נקבה:¹²⁴ "האומר לחברו: אם ילדה אשתך נקבה הרי זו מקודשת לי – אינה מקודשת. אמר רבי חנינא:

יותר: החיים מתחילים מרגע ההפריה על כל המשתמע מכך להלכה. למותר לציין, כי אין בכך כדי לגרוע מהקביעה העקרונית שכל עוד לא יצא העובר לאויר העולם, יידחה מפני נפש אמו כאשר הוא מסכן אותה. ראה אהלות פרק ז, משנה ו'; רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש א' ט; על מעמד העובר בהלכה בכלל ראה, א. אפטוביצר, "עמדת העובר בדיני העונשין של ישראל", סיני, י"א (תש"ב-תש"ג), י"ב; א. אלינסון, "העובר בהלכה", סיני ס"ו (תשל"ל), כ; ר. וינברגר, "מעמדו המשפטי של העובר בדין העברי", תקדים ג-ד (תשנ"ב), 139; י. בזק, "מעמדו של העובר בהלכה ובמשפט הישראלי" סיני קט"ו (תשנ"ה), רי"ז. על זכות העובר להיוולד במשפט הזר ראה פרשת *Row v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) (שם נתקבל העקרון שיש להגן על העובר, אך לא משום שהושלמה צורתו). במשפט הישראלי ראה, ע"א 413/80 פלוני נ' פלונית, פ"ד לה (3), 57. ראה עוד, א. מרמור, "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני, תשובה לחיים גנו", עיוני משפט י"ט (2), 433, 435. על מעמדה של ביצית מופרית במשפט הישראלי ראה, ע"א 5587/93 נחמני נ. נחמני, פד"י מ"ט (1), 485. שאלה מעניינת יכול שתעורר אם יבקש קרובו של בעל הזרע "לייצג" את הביצית המופרית בתביעה להימנע מהשמדתה. על פי סעיף 33(א)(6) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב-1962 ניתן למנות אפוטרופוס לעובר. העובר כשיר להיות מיוצג בבית המשפט בעניינים שלדעת האפוטרופוס הדבר דרוש (מ"א י"ם) 424/86 פלונית נ. אלמוני, לא פורסם). לכאורה, אם הביצית המופרית איננה בגדר עובר, לא ניתן למנות לה אפוטרופוס. אולם, אם תחילת החיים ממועד ההפריה, הדעת נותנת שניתן למנות לביצית המופרית אפוטרופוס. השופט שטרסברג-כהן קבעה בשלב הערעור בפרשת נחמני כי "הביצית המופרית איננה מצויה בשלב שבו ראויה היא להגנה על 'חיה' במובן המקובל של ביטוי זה ... אין מקום להכיר בזכות הביצית המופרית כזכות פוזיטיבית המטילה חובה על 'הוריה' להמשיך בתהליך שיביא אותה להתפתחות חיי אנוש, ואין למדינה אינטרס להגן על 'חיה' על ידי כפיית אחד מתורמי המטען הגנטי להמשיך בתהליך" (ע"א 5587/93, עמ' 520).

123 ראוי להקדים ולהעיר, כי, בדין העברי, נחשב העובר כישות משפטית לעניינים מסוימים, אף שרבים נוטים לאמץ את הדעה שהעובר הוא ירך אמו, ולכן משולל זכויות עצמאיות. למותר לציין, כי השאלה אם עובר ירך אמו או לאו איננה רלבנטית לנידוננו, כל עוד הביצית המופרית איננה מתפתחת ברחם. אף על פי כן, אין להסיק מכך שאין בסיס להיקש ממעמדו של העובר למעמדה של הביצית. להיפך, כשם שאין ההלכה שוללת מהעובר את מעמדו ההלכתי-משפטי לעניינים מסוימים, כך אין היא שוללת, לדעתי, את מעמדה של הביצית המופרית לעניינים מסוימים, ולכן יש בסיס להיקש. לשאלה אם העובר ירך אמו או לאו, נוטים רוב חכמי ההלכה לפסוק בחיוב (תמורה י, א; גטין כ"ד, ב; רמב"ם, הלכות עבדים ז, ה), אם כי יש הסבורים כי העובר איננו ירך אמו (תמורה כ"ה, ב; ראב"ד על הרמב"ם, הלכות עבדים ז, ה).

124 קדושין ס"ב, ב.

לא שנו אלא שאין אשתו מעוברת, אבל אשתו מעוברת דבריו קיימין". לפי רוב השיטות מסקנת הסוגיה היא שאין הקידושין תופסים במצב העוברי כיון שהעובר אינה אישיות משפטית לענין דיני אישות.¹²⁵

בדיני נפשות ידועה עמדתה הנחרצת של ההלכה השוללת הפסקת הריון.¹²⁶ אמנם, ראשונים¹²⁷ ואחרונים מתלבטים בשאלה אם התנגדות ההלכה להפסקת הריון חלה גם על עובר קודם ארבעים יום.¹²⁸ יש האוסרים¹²⁹ ויש המתירים.¹³⁰ ואולם, בין שיש בהפסקת הריון קודם ארבעים יום איסור רציחה ובין שאין – היתר גורף להפסיק הריון ודאי שאין,¹³¹ אלא שאם ישנה הוראה רפואית להפסיק הריון, עדיף שיהא זה קודם חלוף ארבעים הימים.¹³²

דומה, כי, יותר מכל, יש ללמוד בדרך ההיקש על יחסה של ההלכה לביצית המופרית, ואולי בעיקר, מהרציונל העומד ביסוד ההיתר לחלל שבת להצלת עובר כפי שניסחו רבי שמעון בן מנסיא: "ושמרו בני ישראל את השבת (שמות ל"א, ט"ז). אמרה תורה: חלל עליו שבת אחת, כדי שישמור שבתות הרבה".¹³³ כלומר, אין לדון את העובר על פי מצבו הנוכחי אלא על פי מצבו העתידי, אם תינתן לו האפשרות להגיע לאותו מצב. מטעם זה "אפילו בהצלת עובר פחות מבן ארבעים יום שאין לו חיות כלל מחללין עליו כדעת בעל הלכות". כלומר, לדעת הרמב"ן, המביא דברי בעל הלכות גדולות, היתר זה משתרע גם על עובר שגילו פחות מארבעים יום. אין בדברי הרמב"ן

125 המחלוקת נסבה סביב השאלה אם קיבל האב קידושין תקפים אף שתחולתם מרגע הלידה אם לא. ראה אלינסון, לעיל הערה 122, בעמ' כ"ה–כ"ז והמקורות שם.

126 סיכום הדעות והגישות השונות ראה, אנציקלופדיה הלכתית רפואית, ערך "הפלה"; א. שטיינברג, "הפלה מלאכותית לאור ההלכה", אסיא א (תשל"ו), 107.

127 על מחלוקת הראשונים בשאלה זו ראה, בית יוסף, חושן משפט, סימן ר"י; ש"ך, שם, ס"ק ג'.
128 משום שהעובר נחשב "כמיא בעלמא" ולא נגמרה יצירתו. ראה, יבמות ס"ט, ב; רש"י, בכורות כ"א, ב, ד"ה: "ארבעים"; ומשמעות הדבר כפי שמבהיר הרמב"ם, (תרומות ח, ג) שכל אותם ארבעים יום אינו בגדר עובר.

129 שו"ת אגרות משה, חושן משפט, חלק ב, סימן ס"ט.

130 שו"ת ציץ אליעזר, חלק י"ד, סימן ק.

131 סיכום הדעות ראה בהרחבה הרב י. ה. הנקין, "הפלה קודם ארבעים יום", אסיא נ"ט–ס (אייר תשנ"ז), 133; שטיינברג, לעיל הערה 126.

132 עם זאת, מן הראוי להעיר כי לשיטה זו אין נפקה מינה אם הביצית המופרית בכלל עובר ואם איננה בכלל עובר. וראה הר"מ אליהו הפוסק שאם יש הוראה לדילול עוברים, "עדיף לעשותו לפני שיעברו ארבעים יום מתחילת ההריון". ראה, הרב מ. אליהו, "השמדת ביציות ודילול עוברים", תחומין י"א (תש"נ), 272.

133 יומא פ"ה, ב. וראה עוד מכילתא דרבי ישמעאל, כי תשא, פרשה א. רי"ף, שבת ס"ה, ב, ד"ה: "תניא"; רמב"ם, הלכות ממרים ב, ד; תורת האדם, ענין הסכנה, שער המיחוש (עמ' כ"ח); חידושי הרמב"ן, נידה מ"ד, ב, ד"ה: "ואמאי". אמנם, בהמשך הוסיף והביא הרמב"ן דעת יש אומרים שאין מחללים שבת, מה גם שבעל הלכות גדולות דן בעובר המצוי ברחם אשה. ראה בהרחבה שו"ת ציץ אליעזר, חלק י"א, סימן מ"ג; ראה עוד שו"ת שבט הלוי, חלק ג, סימן ל"ז; שם, חלק ה' סימן מ"ז.

התניה שההריון יתפתח ברחם האשה. די בקיומו של עובר כדי להצילו אפילו כרוכה ההצלה בחילול שבת.¹³⁴

ולבסוף, בדיני ממונות "הלכתא, המזכה לעובר לא קנה",¹³⁵ אך יש זכיה לעובר בדרך ירושה ובמתנה שניתנה לו על ידי אביו.¹³⁶ המעמד הניתן לעובר לענין זה מעוגן בתפיסה שהעובר הוא ישות קיימת בעולם, אף כי אינו כשיר לצורך קבלת הקנין. אישיות משפטית זו נרכשת רק משהושלמה צורת העובר.¹³⁷ כעבור ארבעים יום.¹³⁸ קשה, איפוא, להצביע על יחס אחיד בהלכה למעמדו ההלכתי-משפטי של העובר. קיימת הבחנה ברורה בין מעמדו של העובר בדיני האישות למעמדו לענין דיני נפשות ובתנאים מסוימים בדיני ממונות. לדעתי, ככל שהדבר נוגע לביצית המופרית, העקרון צריך להיגזר מזכותו של העובר להיוולד. לאמור, מן האיסור להורגו מחד גיסא, ומן ההיתר לחלל שבת להצלתו מאידך גיסא. אמנם, לרוב השיטות בהלכה אין לעובר דין "נפש",¹³⁹ אך אין זאת אלא כאשר הוא מסכן את אמו. כאשר עומדת להכרעה עדיפות חיי נושאת ההריון או העובר, ההכרעה היא לטובת הנפש שכבר קיימת בעולם. אולם, כאשר ההכרעה הנדרשת היא להציל חיי עובר שאינו מסכן את אמו ולאפשר את המשך התפתחותו – יש להצילו, אפילו כרוכה ההצלה בחילול שבת. ההיתר לחלל שבת להצלת עובר, אינו יכול להתפרש אלא כהכרת הדין בקיומה של ישות בעלת הכושר להתפתח לעובר. אין פוטנציאל להתפתח אלא למה שכבר נוצר, קיים ומתפתח שלב אחר מרגע כניסת הנשמה, קרי רגע ההפריה.

לפי זה, אף שהויכוח בין רבי יהודה לאנטונינוס אינו אלא בבחינת אגדה, אין להתייחס

134 נמצא, לכאורה, כי מותר לחלל שבת אף על הצלת ביצית מופרית. למותר לציין, כי מסקנה זו מרחיקת לכת, לכן ראוי להדגיש שהסברא היא לכאורה. שכן, כל עוד לא התפתח רחם מלאכותי, מטבעה ביצית מופרית איננה מתפתחת לחיים אנושיים אלא משתוחדר לרחם אשה. לא כן עובר המתפתח ברחם. יחד עם זאת, לשיטתי, המחייבת לשמר ביצית מופרית עד שנה לאחר מותו של תורם הזרע, מכיון שלביצית המופרית יש נפקות לענין חיובה של אלמנה בחליצה, יתכן ויהיה בסיס הלכתי להתיר חילול שבת אף לצורך "הצלתה" של ביצית מופרית. והדבר צריך עיון. ראה בהרחבה, גרין, לעיל הערה 11 בעמ' 126–128. ואולם, לשיטת הר"מ אליהו (לעיל הערה 132), אין להתיר לחלל שבת לשימורה של ביצית מופרית. ואכן, יש מקום לומר שמכיון שיש חובה לחלל שבת גם על הצלת מי שרוצץ מוחו ולא יחיה, הנימוק ש"ישמור שבתות הרבה", אינו המבחן היחיד בדין חילול שבת להצלת חולה מסוכן.

135 בבא בתרא קמ"א, ב. וראה בהרחבה המקורות, האסמכתאות והשיטות השונות לענין זה במאמרו של אלינסון, לעיל הערה 122, בעמ' כ"ב–כ"ה.

136 בבא בתרא, שם.

137 נדה ל, א, רש"י, ד"ה: "המפלת": "שלא נגמרה יצירתו עד שיכלו כל ארבעים יום". וכן פסק הרמב"ם (הלכות איסורי ביאה י, א): "ואין צורת הולד נגמרת לפחות מארבעים יום".

138 נימוקי יוסף על הרי"ף, בבא בתרא ק"מ, ב; ש"ך, שולחן ערוך, חושן משפט, ר"י, ס"ק ב. על כשרות העובר לרשת ראה, ריבלין, לעיל הערה 14, עמ' 103–105.

139 למעט, הרמב"ם (הלכות רוצח ושמירת הנפש, א, ט) המנמק את ההיתר להפסיק הריון בדין רודף ולא בקביעה כי לעובר אין נפש כשיטת רש"י. ראה לענין זה, סנהדרין ע"ב, ב, רש"י, ד"ה: "יצא ראשו".

אליו כאל ויכוח בשאלה מיסטית. לדעתי, יש לויכוח תוצאות משפטיות-הלכתיות: אימתיות מתחילים חיים הראויים להגנת הדין מחד גיסא, ומהי נקודת הזמן בהתפתחות החיים בה יש תוצאות הלכתיות לקיומה של הישות המתפתחת מאידך גיסא. כלומר, תחילת החיים הינה הגדרה משפטית-הלכתית שאחת מנגזרותיה תהיה קביעת מעמדה ההלכתי של הביצית המופרית. פרשנות דווקנית תביא להגדרה משפטית-הלכתית מחודשת לפיה תחילת ההריון מרגע ההפריה בין שהושגה ברחם האשה בדרך הטבע ובין שהושגה על גבי הצלוחית במעבדה. ולפי שיחסה של ההלכה למעמד העובר נקבע על יסוד המידע הרפואי המוגבל שהיה בפני חכמי ההלכה באותה עת, הרי משניתן בימינו לבודד את הביצית המופרית ולקיימה מחוץ לרחם, ובהתחשב בפוטנציאל הטמון בה להתפתח לעובר, אין מניעה להחיל עקרונות אלה על העובר, קרי הביצית המופרית, המתפתח מחוץ לרחם אשה. לפי פרשנות אחרת, השאלה מתי מתחילים חיי אדם הינה שאלה פילוסופית גרידא, שאיננה חשובה לקביעת יחסה של ההלכה למעמדה של הביצית המופרית. ואכן, חשובי הפוסקים הדנים בסוגיית ההפלות אינם מתייחסים אליה. גישה זו נשענת על יחסה השונה של ההלכה להפסקת הריון בהשוואה ליחסה של הנצרות.¹⁴⁰ עם זאת, ראוי לסייג את הדברים. שכן, החלת אותם עקרונות על טרום עובר, לא תוביל בהכרח לאותן המסקנות. והראיה, שקשה להצביע על דעה מוסכמת בהלכה. כך למשל, לשיטת האוסרים הפלה משום איסור רציחה, לכאורה, אסור יהיה להשמיד גם ביצית מופרית, אלא אם תאמר כי אין טרום עובר בכלל עובר כל עוד איננו ברחמה של נושאת ההריון. לפיכך, גם לשיטת חכמי ההלכה הסוברים כי יש איסור רציחה בהפסקת הריון, אין איסור בהשמדת ביצית מופרית.¹⁴¹ כיוצא בזה לענין חילול שבת. גם המתירים לחלל שבת להצלת עובר יאסרו חילול שבת להצלת ביצית מופרית כיון שאין היא בכלל עובר.¹⁴² הטעם לכך, בהסתברות הנמוכה שיש לביצית המופרית לשרוד, הסתברות המוציאה אותה מכלל החזקה שרוב עוברים בני קיימא.¹⁴³

140 ראה D. Feldman, *Birth Control in Jewish Law* (3rd ed, 1968), 271.
 141 הרב הרש"ר, לעיל ליד הערה 109, בעמ' ש"ט; הרב מ. שטרנבוך, "תינוק מבחנה", בשבילי הרפואה ח (תשמ"ז), כ"ט.

142 הרב ת. ד. הלוי, "המעמד ההלכתי של הביציות המופרות במבחנה", אסיא מ"ז-מ"ח (תש"נ), 14; א. סופר-אברהם, "טיפולי פוריות והפריה חוץ גופית בשבת ויום טוב", אסיא, נ"ה (ניסן תשנ"ה), 42 (בשם הגר"י נויבירט שאף הוסיף שאין לחלל שבת להצלת ביציות מופרות אפילו אם כתוצאה מכך תצטרך האשה לעבור מחזור טיפולים נוסף); שו"ת שבט הלוי, חלק ה, סימן מ"ז. בכל הכבוד הראוי, דווקא מטעם זה צריכה להיות המסקנה הפוכה, כיון שהעובר הוא ישות פיזית ויש בו הפוטנציאל להתפתח לילד בדומה לעובר, אם כי בהסתברויות נמוכות יותר, על כן מחייבת המסקנה דווקא לראות בביצית המופרית עובר. לכן, גם פסקתו של הר"מ אליהו איננה נהירה, שכן מצד אחד סבר כי "כל הביציות (בעודן במבחנה), האמורות להיות מושגות ברחם האם – אין להשמידן, כיון שעתיד לצאת מהן עובר חיי". ואולם לחלל שבת להצלת הביציות המופרות אסור. ראה, הרב מ. אליהו, לעיל ליד הערה 132. ראה עוד לענין זה, אנציקלופדיה הלכתית-רפואית, כרך ב, ערך "הפלה".
 143 שו"ת שבט הלוי, לעיל ליד הערה 133.

מכל מקום, בדרך ההיקש ומשילוב בין דיני נפשות ודיני ממונות, נוטה אני לדעה כי ביצית מופרית תפטור את האלמנה מיבום וחליצה. שכן, אליבא דהסוברים כי יש להקיש לענין ביצית מופרית מדיני נפשות הנוגעים לעובר, ולאור הכרת הדין בזכות העובר לרשת את אביו,¹⁴⁴ גם טרום עובר רוכש את הכושר לרשת. ואכן, חשיבות יתרה יש לשילוב זה לענין דיני יבום וחליצה, שהרי קשורים הם זה בזה: שמשנקבע כי העובר הוא ישות משפטית בעלת זכות להיוולד ולרשת, ממילא תיפטור האלמנה מיבום אם הוא קיים בשעת מיתה.

ד. 5. סיכום

ביסוד הדיון השאלה אם שווה מעמדה של ביצית מופרית לעובר לענין יבום וחליצה. דומה, כי התשובה צריכה להיגזר מההשקפה הרואה את תחילת החיים ברגע ההפריה. העובדה שההלכה איננה רואה בביצית המופרית אוסף תאים בלבד, אלא ישות בעלת חיות שניתנה לה בידי האל מרגע היווצרה, ישות בעלת כושר להתפתח לעובר, מחייבת לראות בה ישות משפטית חיה וקיימת. אמנם, מקצת "זכויותיה" ו"חובותיה" יתגבשו עם הלידה (או לפחות משתשרש ברחם אשה), אך זכויותיהם וחובותיהם של תורמי הזרע והביצית מהם נוצרה מתגבשים ברגע ההפריה. אשר על כן, משהחלו חייה של הביצית המופרית – הוחל ההריון, ומשכך, אם הותיר אחריו המנוח ביצית מופרית, כי אז בשעה שקמה זיקת היבום רכשה האלמנה מכח אותו ההריון את ה"זכות" להינשא ללא יבום אם תגיע ללידת חי,¹⁴⁵ גם אם בשעת מותו של בעל הזרע טרם השתרשה הביצית המופרית ברחם אשה.

אם כך, משום "דרכיה דרכי נועם", יש להגביל את המועד בו יאפשר הדין לאלמנה למצות את הסיכוי ללדת ילד או לפחות לנסות להשיג הריון מאותה ביצית מופרית. לכן, מוצע לקבוע כי עד שנה לאחר מות בעל הזרע, זכאית האלמנה לממש את זכותה לנסות להיפטר מיבום וחליצה על ידי כניסה להריון מהביצית המופרית שנוצרה מזרע בעלה ומצויה בהקפאה בשעת המיתה. בתום מועד זה, לא תוכל לשנות את מצבה גם אם נותרו ביציות מופרות מזרע בעלה ותתחייב בחליצה. אם תחליט האלמנה שלא לנסות ליצור הריון מהביציות המופרות שנותרו, תתחייב בחליצה לאלתר. לאחר עובר מועד זה, יתבטל כל יחס משפטי בין תורמי הזרע והביצית לביצית המופרית.

144 למעט הפוסקים המגבילים את כושרו לרשת מיום הארבעים ואחת.

145 ראה לעיל פסקא ד. 2.

ה. סוף דבר

מטרת מאמר זה היתה לבחון את השאלה, האם ניתן לפטור מיבום וחליצה אלמנה שלבעלה המנוח לא היו ילדים במותו, אך הותיר אחריו זרע או ביצית מופרית מזרעו בהקפאה. גדר הספק אם הזרע או הביצית המופרית שהיו בהקפאה בשעת מיתה יכולים להחשב כבן לענין יבום וחליצה. לכאורה, התשובה פשוטה: לביצית המופרית, כל שכן לזרע, המצויים בהקפאה אין חיים כלל, בודאי לא חיים אנושיים. לפיכך, אין בהם כדי לפטור את האלמנה מיבום וחליצה. דא עקא, אם הנשמה ניתנת באדם משעת פקידה, הרי שיש חיים גם בביצית המופרית מה שאין כן בזרע. לכן, יש לראות הריון זה כמתפתח בשני שלבים: השלב הראשון מחוץ לרחם האלמנה כשהחל קודם פטירת המנוח; והשלב השני שהתממש עם השתלת הביצית המופרית ברחם. את פוטנציאל החיים רכשה הביצית המופרית ברגע ההפרייה, ואת יכולתה להגיע לחיים עוקריים ואף לחיים אנושיים – תממש הביצית המופרית אם יוצרו התנאים המתאימים, הווה אומר, שבשעת מיתה ניתן להתייחס לאלמנה כמעוברת. ולפי שאין חולק כי הילד העתיד להיוולד מאותו הזרע או מאותה הביצית המופרית, אף שלא היה בגוף האשה במיתת המוריש, עתיד לרשת אותו, שהרי ילדו הוא, מן הדין שיפטור את אמו מיבום וחליצה.

למרות חדשנותה של הטכנולוגיה הרפואית, עקרונות התשובה באשר לזרע המצוי בהקפאה בשעת מיתה נקבע במחלוקתם של שניים מחכמי ההלכה האחרונים, בשאלה אם זרע המצוי בגוף אשה בשעת מיתה, אך בטרם הפריה פוטר מיבום. לדעת ה"נודע ביהודה", רק אם היתה הפריה (=קליטה), קודם מיתה ייחשב היילוד כבנו של הנפטר לענין יבום וחליצה, אם לאו תתחייב ביבום וחליצה אף שהבן שיוולד יירש את אביו. לדעת ה"קרן אורה", אין לחלק בין דיני הירושה לדיני היבום. אין זה מסתבר שיהיה לאדם בן הירוש אותו אך אינו פוטר את אמו מחליצה.

אמנם, ה"נודע ביהודה" וה"קרן אורה" חלוקים בדין בן שנולד מהריון שנוצר בדרך הטבע, הגם שלאחר מיתה, אך על דרך ההיקש ניתן לומר כי לדעת ה"נודע ביהודה", המצב הזירעי בשעת מיתה אף שהוא בגוף אשה, איננו פוטר את האלמנה מיבום, לא כל שכן זרע שאיננו בגוף האשה לרבות ביצית מופרית. הטעם לכך, שאין די בפוטנציאל הטמון בזרע או בביצית המופרית להגיע ללידה אם לא נוצר ההריון קודם מיתה.¹⁴⁶ דיני יבום וחליצה עומדים בפני עצמם, ואין נפקות לקשר הדם בין הבן

¹⁴⁶ לפי זה מסתבר, שאם היתה ביצית מופרית מוחדרת לרחם האשה, לפני מות הבעל, אפילו טרם השתרשה ברחם, היתה הביצית המופרית פוטר את האלמנה מיבום וחליצה. נמצא, לדעת ה"נודע ביהודה", כי מצבה של הביצית המופרית בתוך שלושה הימים (עד הקליטה) טוב יותר מזרע מוקפא. הווה אומר, גם ה"נודע ביהודה" יודה, כי אין חסרון במעשה הפריה ולכן יחשב הדבר שיש לו בן ותיפטר האלמנה מיבום וחליצה.

לאביו המנוח, קשר שדי בו לענין ירושה אך לא לדיני איסור והיתר. המבחן אליבא דה"נודע ביהודה" אחד הוא: מבחן ההריון, כלומר, האם היתה האלמנה מעוברת בשעת מיתה אם לאו. ה"קרן אורה" איננו מתייחס כלל למצב הזירעי, לא כל שכן לביצית המופרית. המבחן לשיטתו הוא מבחן התוצאה. אם הפוטנציאל הטמון בזרע או בביצית המופרית המצויים בגוף האשה בשעת מיתה ימומש ויוולד ילד, תיפטר האלמנה מיבום וחליצה למפרע, כיון שאין לחלק בין ירושה ליבום. אם יש בן יורש, יש בן הפוטר מיבום וחליצה. דיני הירושה אינם מנותקים מדיני יבום וחליצה.

עם השתכללותה של טכנולוגית ההפריה החוץ גופית והיכולת לשמר זרע עובר לטיפולים רפואיים ולהחדירו לגוף האשה או להשיג הפריית ביצית, נראה, כי על דרך ההיקש ניתן להתייחס לזרע לאחר שהופרש מגופו של המנוח, כזרע המצוי בגופה של האלמנה בשעת מיתה. חשובי הפוסקים בדורנו אשר נדרשו לסוגיה זו (הרש"ז אויערבך והר"ש ישראלי) פוסקים כשיטת ה"קרן אורה", אך מנימוקים שונים. הרש"ז אויערבך פוסק כי המבחן הקובע איננו מבחן התוצאה אלא מבחן המעשה (או בלשונו "חסרון המעשה"¹⁴⁷), היינו, החדרת הזרע לגוף האשה. לאמור, אם הזרע הוחדר לגוף האשה קודם מיתה, לא רק שהיילוד יירש את אביו, אלא שיפטר את אמו מיבום. אם הזרע איננו בגוף האשה בשעת מיתה, תתחייב ביבום, גם אם יירש היילוד את אביו. הוא הדין בביצית המופרית. לדעת הר"ש ישראלי, המבחן הוא מקום הימצאות הזרע או הביצית בשעת מיתה. אם "אך נמצא במעי האשה ויקלט"¹⁴⁸ יפטר את אמו מיבום וחליצה. כלומר, אין די בביצית מופרית כדי לפטור מיבום וחליצה.

נמצא, לכאורה, אליבא דכל השיטות, כי גם אם הותיר המנוח ביצית מופרית בהקפאה, אין בעובדה שלביצית המופרית פוטנציאל הולדה גדול יותר מזרע מוקפא, כדי לשנות את הדין ולפטור את האלמנה מיבום. שאם לא תאמר כן, ביטלת למעשה את דין היבום והחליצה. שהרי, כיצד מתייבמת? הלא אפשר שבמקום כלשהו בעולם הותיר אחריו המנוח ביצית מופרית, ואם תתיבם עלול להתברר שהיבום בטעות יסודו.¹⁴⁹

¹⁴⁷ מלשון הרש"ז אויערבך נראה בבירור כי הוא מתכוון לעשיה ממש כפי שהתבאר לעיל. יחד עם זאת, אפשר שמבחן "חסרון המעשה" שהרש"ז אויערבך מתכוון אליו יכול שיתפרש פירוש שונה במקצת. כלומר, לא חסרון במעשה החדרה לרחם האשה עסקינן, אלא בחסרון מעשה ההפריה. שכן, על הרקע שהדברים נאמרו (דין בסוגית ההזרעה מלאכותית ולא בהפריה מלאכותית), ניתן לומר כי יש ליתן משקל רב יותר לפוטנציאל החיים הטמון בביצית המופרית, פוטנציאל המצטרף לעובדה שהיילוד יתייחס אחר בעל הזרע ויירשנו, כדי לפטור את אמו מיבום. בהקשר זה יוער כי אף שלא נוכל להתעלם מגישתו הבסיסית של הרש"ז השוללת את ההפריה החוץ גופית, אני מניח שניתן למצוא דרך התואמת את ההלכה (הן מבינה מינהלית והן מבחינה רפואית) להתגבר על הקשיים שהתהליך מערים, אפשר ואף הרש"ז היה מסכים להכניסה כשיטת טיפול.

¹⁴⁸ הרב ישראלי, לעיל הערה 52, עמ' מה.

¹⁴⁹ אמנם, אפשר שבסיטואציה שה"נודע ביהודה" דן בה תחוייב האלמנה להמתין לכל היותר תשעים ושלושה ימים, ואז אם הוכר עוברת תיפטר מיבום, ואם לאו – תתיבם.

לדעתי אין לחשוש לאפשרות זו שכן בכתי החולים מתנהל מעקב אחר בני הזוג המטופלים ואחר הביציות המופרות שבהקפאה. אשר על כן אף שקטונתי מלהכריע בין גדולי ההלכה, בודאי מלחלוק עליהם, חושבני שראוי לחלק בין זרע לביצית מופרית. לגבי זו האחרונה, מוצע לשקול את האפשרות לפטור את האלמנה מיבום וחליצה, כיון שהריונה של אשה מתחיל בעת ההפריה. הביצית המופרית היא עובר, אף שאינה ברחם אשה. לפיכך, יש להחיל במקרה זה את הדין החל על מי שמת והותיר את אשתו מעוברת.¹⁵⁰ יחד עם זאת, אין בהצעה היתר גורף להחיל על הביציות המופרות דיני עובר לענין יבום וחליצה ללא הגבלת זמן. יש להמתין בהחלטה על הפטור מיבום וחליצה עד שנה מיום המיתה. אם תהרה האלמנה בתוך שנה – יש להמתין עד הלידה. אם לא תהרה – יופקרו הביציות המופרות מבחינת דיני היוחסין ולא תהיה להן כל שייכות משפטית לתורמיהן, והירושה תחולק בין היורשים. מעבר לזמן זה, אין לכבול את היבמה באלמנותה ואת היבם בחבותו לחלוק, ואין להתלות את חלוקת הירושה בין היורשים.

זאת ועוד, אם הרציונל בדיני היבום שלא ימחה שמו של הנפטר, אין מניעה לפטור את האלמנה מיבום וחליצה, גם אם הותיר בעלה המנוח אחריו זרע מוקפא, לא כל שכן ביצית מופרית. הפוטנציאל הטמון בזרע ובביצית המופרית להגיע ללידה, יטו את הכף לטובת הקמת שם למת מזרעו הוא ולא מזרע אחריו.

150 יבמות ל"ה, ב'; רמב"ם, הלכות יבום וחליצה, א', ה'; שולחן ערוך, אבן העזר, קנ"ו, ד'.

