

“ואתם פרו ורבו” (בראשית א, כ”ח), גם לאחר מיתה? הרהורים על ההולדה לאחר מיתה בדין העברי

יוסי גריין*

- א. ראשית דבר
- ב. “אפילו אדם צריך תיקון” – על טכנולוגיה מתחדשת וההלכה
ג.1. הערות כלליות
- ג.2. “דרכיה דרכי נעם”: קו מנחה בפסיקה ההלכתית
- ג. ההפריה החוץ גופית: הילכו הטכנולוגיה וההלכה יחדיו?
 - ג.1. טכנולוגיות ההפריה החוץ-גופית ומאפייניה
 - ג.2. יחס ההלכה להפריה החוץ-גופית
 - ג.3. הולדה לאחר מיתה מהי?
- ד. על פריה ורביה, נישואין והקשר ביניהם
 - ד.1. האם הנישואין הם תנאי להולדה?
 - ד.2. האם מכירה ההלכה בזכות להורות?
- ה. על ההולדה לאחר מיתה והשלכותיה ההלכתיות
 - ה.1. הולדה לאחר מיתה מתאי רביה מוקפאים
 - ה.2. האם מחייבת ההלכה להוציא עובר מגופה של נפטרת?
 - ה.3. על נטילת זרע מן המת לצורך הולדה
 - ה.3.1. הצגת הבעיה
 - ה.3.2. על איסור הנאה מן המת, איסור ניולול וחובת הקבורה
 - ה.1.2.3. ניתוח המת – הערות כלליות
 - ה.2.2.3. על איסור ניולול המת
 - ה.3.2.3. על איסור הנאה מן המת
 - ה.4.2.3. חובת קבורה
- ו. זכויות הילד הנולד לאחר מיתה
 - ו.1. “אלו נוחלין ומנחילין: האב את הבנים”: ייחוס וירושה בהלכה
 - ו.2. מזונות הילד הנולד לאחר מיתה
- ז. סוף דבר

* מרצה בכיר, ראש המרכז למשפט ולרפואה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.

א. ראשית דבר

הולדה לאחר מיתה איננה תופעה חדשה. ילדים נולדים לאחר מות אביהם. בעבר אף נתבקשו בתי המשפט בארץ להתיר ליילד אישה שנפטרה חרף התנגדות בעלה¹. אולם, עם התקדמות הטכנולוגיה הרפואית בשטח הפריזון, השיגו הרופאים את היכולת לסייע בהולדה גם מתאי רבייה של המת. עם קבלתה של טכנולוגיה ההפריה החוץ-גופית כשיטת טיפול המאפשרת להתגבר על בעיות עקרות, אין מניעה להעמיד צאצא לאדם גם לאחר מותו. אם תוחזרנה ביציות מופרות לרחמן של נשים לאחר מות תורם הזרע או תורמת הביצית מהן נוצרו בחייהם ובהסכמתם², ואם תיקלטנה ויתפתח הריון, צפויה הלידה לאחר מות ההורים או אחד מהם. יתרה מזו, משהושגה הטכנולוגיה המאפשרת יצירת ביציות מופרות במעבדה, הזרע המשמש להפריית הביצית, יכול שינתן בחיי ההורה המיועד ויכול שיופק מגוויתו סמוך לאחר מותו³. לכן הייתה זו רק שאלה של זמן עד שיונחו על שולחן בתי המשפט עתירות להתיר הולדה מזרעו של מת שניטל ממנו לפני מיתה ומצוי בבנק הזרע⁴, או להתיר הוצאת זרע מן המת כדי להעמיד לו צאצא לאחר מותו⁵. כפועל יוצא מהישגי הטכנולוגיה הרפואית בתחום זה, נתבקשו עוד בתי המשפט לקבוע את מעמדם המשפטי וזכויותיהם של ילדים שנולדו לאחר מות מולידם. ברוב המקרים הכריעו בתי המשפט בבקשה לאחר דיון⁶, בחלקם נתנו תוקף של פסק דין להסכמות שהגיעו אליהם הצדדים⁷ ומקצת הבקשות תלויות ועומדות⁸. ההכרעה בסוגיה זו אינה מן ההכרעות הקלות, ולא רק משום שהמחוקק הישראלי טרם אמר את דברו בסוגיה זו בצורה ברורה. ההכרעה איננה קלה כיוון שאין בחקיקה

- 1 מ"א (י"ם) 38/89 ביה"ח הדסה נ' חיים ממך, פורסם באסיא מט – נ, (תמוז תשנ"ג), 96; מ"א (י"ם) 103/92 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פורסם באסיא סה-סו (אלול תשנ"ט), 13.
- 2 תקנה 14 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), תשמ"ז-1987.
- 3 יוער כי נכון לכתיבת שורות אלה, חסרה טכנולוגיה להקפאה ושימור ביציות לא בשלות ולהופכן לביציות בשלות שתוכלנה להתפתח לעוברים תקינים. ראו לענין זה להלן הערה 58.
- 4 ה"פ (תל אביב-יפו) 1922/96 פלונית נ' שירותים רפואיים בינלאומיים ואח' (לא פורסם).
R v. Humab Fertilisation and Embryology Authority, ex p Blood [1997] 2 All ER 687 (1997) 35 BMLR 1 CA.
- 5 ה"פ (חיפה) 429/96 פלונית נ' בנק הזרע שליד בית החולים רמב"ם (לא פורסם); בש"א 1130/01 פלוני נ' בית החולים רמב"ם (לא פורסם).
- 6 ה"פ (תל אביב-יפו) 10440/99 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם); תמ"ש 11870/03 י"ש נ' מדינת ישראל (טרם פורסם); ראו גם לעיל הערה 1 – מ"א (י"ם) 38/89; מ"א (י"ם) 103/92.
- 7 לעיל הערה 5 – ה"פ (חיפה) 429/96.
- 8 לעיל הערה 5 – בש"א 1130/01. יוער, כי בית המשפט התיר במקרה זה רק את הפקת הזרע מן המת, אך לא את השימוש בו. ההחלטה להתיר לרופאים ליטול זרע מן המת היתה הכרחית, כיון שניתן לעשות זאת עד שתיים עשרה שעות לאחר המיתה. ככל שיקדימו להפיק את הזרע סמוך למיתה, הסיכוי למצוא זרעונים תקינים גדול יותר. ההחלטה אם להתיר את השימוש בזרע המוקפא טרם ניתנה בעת כתיבת שורות אלה.

החלקית מענה לבעיות המשפטיות המתעוררות בעטיה של ההפריה החוץ-גופית בכלל, והשימוש בתאי הרבייה לאחר המיתה בפרט.⁹

היועץ המשפטי לממשלה, אשר מטבע הדברים נקרא להתייצב בדיון מסוג זה ולהציג את עמדתו¹⁰, פירסם הנחיות בעניין זה המאפשרות את הפרוצדורה¹¹, אך בסופו של דבר לא נקט עמדה בשאלות המהותיות הנוגעות לזכויות הילד העתיד להיוולד¹². אין תימה בדבר, שהרי ההכרעה בשאלות אלה יורדת לשורשה של כל שיטה משפטית. בית המשפט המתבקש להתיר את ההולדה לאחר מיתה, מתבקש אמנם להכריע, בשאלה המשפטית, כמצוות המלאך העומד מעל ראשו ומצווה אותו לפסוק, אך ההיבט המשפטי איננו ממצה את הדיון. השאלה אינה טכנית במהותה, היינו אם זכותו של כל בן אנוש, לרבות של בן זוג שהתאלמן, ליצור חיים (בכל מחיר?) עדיפה על זכותו של המת לכבוד, או אם זכותו של אדם להעמיד צאצאים גם לאחר מותו גוברת על זכויותיו של הילד שלא להיוולד חסר ייחוס הורי או חסר זכויות כלכליות בשל נסיבות הולדתו. השאלה היא בראש ובראשונה שאלה ערכית, אשר על כן, בהכירי את בתי המשפט בארץ, בבואם להכריע בסכסוך שיש לו השלכות ערכיות החורגות מתחום המשפט, רואה הוא צורך לתמוך את פסיקתו בעקרונות מן הדין העברי¹³.

מטרת מאמר זה היא לסייע לבתי המשפט, לרופאים ולכל החפץ בכך, להכיר את גישתה של ההלכה היהודית ביחס לאפשרות שנוצרה להעמיד לאדם צאצאים לאחר מותו¹⁴. במאמר ארבעה חלקים מרכזיים: החלק הראשון ייוחד לטכנולוגית ההפריה החוץ-גופית במבחן ההלכה. בחלק השני יידון הקשר בין שנים מערכי היסוד בהלכה: נישואין והולדה. בחלק השלישי יתבארו הדינים הקשורים בהולדה לאחר מיתה ובחלק הרביעי אעמוד על זכויותיו של הילד הנולד לאחר מות מולידיו.

9 להיבטים המשפטיים הכרוכים בהולדה לאחר המיתה במשפט הישראלי, ייחדתי מאמר נפרד העתיד להתפרסם במאזני משפט בכרך לכבודו של פרופ' אבנר שאקי מבכירי המשפטנים והמורים בארץ. אמנם, הבעיות המשפטיות וההלכתיות שמעוררת טכנולוגיה זו דומות בשתי שיטות המשפט, אך יש סוגיות שהן ייחודיות למשפט העברי. כגון, השימוש בתאי רבייה בכלל (הפקדת זרע בבנק הזרע) ולאחר מיתה בפרט, האיסור לנוול את המת, וכן האיסור ליהנות מהמת או מאבריו.

10 ראו פקודת סדרי דין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) (נוסח חדש).

11 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה 1.2202 מיום א' חשון ה'תשס"ד (27 אוקטובר 2003) (להלן – "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה").

12 בכל הכבוד הראוי, קשה להבין את הימנעותו של היועץ המשפטי מקביעת עמדה בשאלות הנוגעות לזכויותיו של הילד העתיד להיוולד (הזכות למזונות, לירושה) ובענין ייחוסו אחר מולידו, נוכח נטייתו שלא להתנגד לבקשה מסוג זה. אמנם, את עיקר הדברים מייחד היועץ המשפטי לענין ההסכמה המשווערת של המנוח, אך אי אפשר לנתק בין ההסכמה לתוצאותיה והשלכותיה ההלכתיות. להנחיות היועץ המשפטי התייחסתי בהרחבה במאמרי הנזכר לעיל בהערה 9.

13 ראוי לציין, כי ברוב המקרים, הפניה לדין העברי נעשית ללא קשר לחוק יסודות המשפט, תש"מ-1980.

14 על המונחים "דין עברי", ו"הלכה" ראו בהרחבה מ' אלון, המשפט העברי, חלק א (ירושלים, תשל"ג), 83-113; א' גולאק, יסודי המשפט העברי, חלק א (תל אביב, תרפ"ב), 3-19.

ב. "אפילו אדם צריך תיקון"¹⁵ – על טכנולוגיה מתחדשת וההלכה

ב.1. הערות כלליות

הדין העברי שמרן מטבעו בעיקר בכל הנוגע לדיני איסור והיתר. אף על פי כן, אין חכמי ההלכה מעלימים עינם מן המציאות המשתנה¹⁶. די הזכיר כי דיין המבקש לדון דין אמת לאמיתו, מצווה להיות חכם בעניני תורה ופיקח בעניני עולם¹⁷. אמנם, ההלכה, בדומה לשיטות משפט אחרות, מפגרת אחר ההתקדמות הטכנולוגית בתחומי העשייה השונים¹⁸, אף על פי כן, פסיקה הלכתית המתעלמת מענייני העולם ומהידע והטכנולוגיה המצויים לוקה בחסר.

פריצת דרך גדולה בחקר הרפואה בתחומי פרייה ורבייה, היתה השגת הידע והיכולת ליצור הריון שלא בדרך הטבע ומבלי שיקדמו לכך יחסי אישות. ההפריה החוץ-גופית אשר ביסודה ניתוק התלות בין ההריון ליחסי אישות, מאפשרת לזוגות פוריים שאינם יכולים לקיים יחסי אישות להתגבר על עקרותם ולהתברך בילדים ביולוגיים. הפיצול בין יחסי האישות ליצירת ההריון, הביא לכך שניתן ליצור הריון גם מתאי רבייה שהופקדו קודם מיתה ואף מזרע שהופק לאחר מיתה. כלומר, בעזרתה של פרוצדורה רפואית פשוטה יחסית, ניתן להעמיד צאצאים לאדם לאחר מותו בלי שנשאל אם רצונו בצאצאים לאחר מותו, ובלבד שתימצא האישה המוכנה לשאת את ההריון וללדת את הילד. "אדישות" הרופאים ביחס לזהות התורמים של תאי הרבייה, למצבם האישי ולקשר המשפטי ביניהם, יוצרת את הקושי ההלכתי – משפטי להתיר את הפרוצדורה. שהרי, מחד גיסא, מותו של אדם איננו מנתק את קשר הדם בינו לבין צאצאיו. אלה יורשים אותו, ניזונים לעתים מעזבונו, חייבים בכבודו וממשיכים את מורשתו. מאידך גיסא, החלת אותם עקרונות גם על מי שנוצר או הורה לאחר מות

15 ראש הפרק נקבע על דרך ההיקש ובשינויים המחויבים, מתשובתו של רבי הושעיא לפילוסוף ששאלו "אם חביבה היא המילה מפני מה לא נתנה לאדם הראשון? אמר לו (רבי הושעיא): ... כל מה שנברא בששת ימי בראשית צריכין עשייה, כגון החרדל צריך למתוק, התורמוסים צריך למתוק, החיטין צריכין להיטחן, אפילו אדם צריך תיקון (בראשית רבה, פרשה יא, ו), ראו גם מסכת בבא בתרא פרק "לא יחפור".

16 ראו לענין זה בהרחבה, הרב נ' גוטל, השתנות הטבעיים בהלכה (ירושלים, תשנ"ח), קעז ואילך; א' וסטרייך, "רפואה ומדעי הטבע בפסיקת בתי הדין הרבניים", משפטים כו (תשנ"ו), 425; ד' פרימר, "קביעת אבהות על-ידי בדיקת-דם במשפט הישראלי ובמשפט העברי", שנתון המשפט העברי ה (תשל"ח), הרב ד"ר א' ליכטנשטיין, "הפלות מלאכותיות – הבטי הלכה", תחומין כ"א (תשס"א), 93; א' וולף ור. גפני, "ועד אין בה והיא לא נתפשה" – ראיות מדעיות בהליך השיפוטי", משרד המשפטים דף פרשת-השבוע, פרשת נשא, תשס"ב, גליון מס' 75, הוצאת המחלקה למשפט עברי.

17 פירוש הגר"א, משלי, ו, ד. השוו דרישה, טור, חושן משפט, א, ס"ק ב.

18 ראו המ' 759/92 צדוק נ' בית האלה בע"מ, פס"מ נ"ב(2), 485, 501; י' טירקל, תיקון הלב", הפרקליט מ' (תשכ"א), 34.

מולידו טומנת בחובה סכנה לא רק לשלומו ולטובתו של הילד העתיד להיוולד, אלא למוסד המשפחה כתא הגרעיני הראשוני של כל חברה ולערעור מערכת דיני המשפחה. הלזאת יקרא "תיקון"? האם ראוי ליצור לאדם צאצא לאחר מותו, רק משום שהטכנולוגיה הרפואית מאפשרת זאת?

אין ספק כי "תיקון" גדול יש בטכנולוגית ההפריה החוץ-גופית. ביכולת להתגבר על בעיות עקרות ולאפשר הורות לזוגות שאינם יכולים או מנועים מלקיים יחסי אישות, היא כשלעצמה ברכה גדולה, אך מכאן ועד התרת הרסן בתחום ההולדה המרחק גדול. גם לפי הדין העברי העמדת צאצאים איננה חזות הכל. פריה ורביה איננה עדיפה תמיד ובכל מחיר. לא כל דרכי ההולדה כשרות ומותרות. גם השמירה על קדושת החיים, קדושת המשפחה וכבוד המת הם ערכים הראויים להגנת הדין. אמנם, קדושת החיים וקדושת המשפחה אינם מושגים הלכתיים, אך יש בהם לשקף את עליונות חיי האדם והתא המשפחתי על ערכים אחרים¹⁹. בשל ערכם האינסופי של חיי אדם אסורה פגיעה בהם, אף כי אין חובה להאריכם בכל מחיר. בשל ייחודם וחשיבותם של החיים מרגע היווצרותם, שוללת ההלכה פגיעה בעובר, אך בד בבד איננה אוסרת לפגוע בו ולהעדיף את חיי אמו על חייו כאשר הוא מסכן אותה או עלול לגרום לה צער²⁰. בשל חשיבותו של התא המשפחתי, מחייבת ההלכה את ההולדה במסגרת הנישואין, אך איננה מפלה בין ילד שנולד מחוץ לנישואין למי שנולד לבני זוג נשואים, ואף כשרותו איננה נפגמת רק בשל כך שאמו לא הייתה נשואה בעת שילדה אותו. האם ראוי לאפשר הולדה יזומה לאחר מיתה? האם זה ה"תיקון" שאליו התכוונו חז"ל?

הדיון במאמר זה, ינוע בין שני הקצוות הללו: בין הקצה המקדש חיים²¹, לרבות יצירת החיים כחובה דתית, לקצה המקדש את מוסד המשפחה²². בין הקצה המחייב פריה ורביה כחובה דתית, לקצה המחייב הצבת סייגים כדי למנוע פגיעה וערעור יציבותו של התא המשפחתי. יחד עם זאת, אין לטעות ביחסה החיובי של ההלכה

19 ראו י' גרין, משפט ורפואה (חושן למשפט, תשס"ג), 25, ה"ש 35.
20 ראו אהלות, פרק ז, משנה ו; ירושלמי, שבת יד, הלכה ד; בבלי, סנהדרין עב, ב; רש"י, שם, ד"ה: "יצא ראשו"; ערכין, פרק א, משנה ד; ר"נ (מדפי הרי"ף), חולין יט, א, ד"ה: "ולענין"; רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש א, ט; שו"ת שאילת יעבץ, סימן מג; שו"ת רב פעלים, סימן ד, ועוד.

21 בהנחה שהביצית המופרית היא תחילת החיים. ראו י' גרין, לעיל הערה 19 בעמ' 233–240.
22 הגישה המלמדת על חשיבותה של המשפחה כגרעין הבסיסי ביותר בחברה, גרעין שיש לשומרו, מוצאת את ביטויה בשורה ארוכה של דינים והלכות המסדירים את מערכת היחסים לפני ואחרי הקמת התא המשפחתי וכמובן בעת פירוקו, את מכלול היחסים בין חברי התא המשפחתי (ראו בהרחבה ב"צ שרשבסקי, דיני משפחה (ירושלים, תשנ"ג, מהדורה רביעית), 351–409. עוד יוער כי הקמת המשפחה ההטרוסקסואלית הוא הדבר הטבעי ביותר בהתפתחות האדם: "על כן יעזוב איש את אביו ואת אמו ודבק באשתו" (בראשית ב, כד). המשפחה כפי שמתוארת במקורות היא השלמות שאליה יש לשאוף: "תנו רבנן האוהב את אשתו כגופו, והמכבדה יותר מגופו, והמדריך בניו ובנותיו בדרך ישרה, והמשיאן סמוך לפירוקו, עליו הכתוב אומר: וידעת כי שלום אהלך (איוב ה, כ"ד)" (יבמות סב, ב).

ההתקדמות הטכנולוגית המקדמת את יישובו של העולם. אין ההיתר ההלכתי להיזקק להפריה חוץ-גופית יכול וצריך להתפרש כהשלמה מובנת מאליה ואף מוצדקת במוסד המשפחה ובנישואין.

ב.2. "דרכיה דרכי נעם": קו מנחה בפסיקה ההלכתית

ככלל, מתייחסת ההלכה בחיוב לחידושי הטכנולוגיה בתחומי הרפואה. לחכמי ההלכה יש הכלים והסמכות להתמודד עם ההתקדמות הטכנולוגית. בין השאר, עושים הם שימוש נרחב בכלי הפרשני המקובל לפתרון שאלה שאין לה פתרון בהלכה הקדומה, הלא הוא ההיקש, ללמוד "דבר מדבר ונלמוד דבר מדבר, כי חכמי התלמוד לא הספיקו לכתוב כל הנולדות העתידות לבוא, המתחדשות בכל יום, אלא שהבאים אחריהם יוצאים בעקבותיהם ומדמיין מילתא למילתא"²³. עם זאת, ברור, כי השימוש בכלי זה מחייב זהירות רבה. פסיקה נועזת איננה פסולה כשלעצמה, כל עוד יודע פוסק ההלכה היכן ומתי לעצור לפני שיתדרדר במדרון התלול²⁴. כל פסיקה, על אחת כמה וכמה פסיקה חדשנית בשטח הפרייה, צריכה לעבור את מבחן ההגיון, הלא הוא מבחן ה"שכל והסברא" בלשונו של רבי דוד אבן זמרא. מבחן זה אמור לשקף, בענינו, את האיזון הראוי בין השמירה על ערכי היסוד של ההלכה לקליטתן של טכנולוגיה מתקדמת המאפשרות הולדה שלא בדרך הטבע.

מבחן ה"שכל והסברא" אשר נתחדש על ידי רבי דוד אבן זמרא, מגדולי חכמי ההלכה במאה השש עשרה, בפירושו לפסוק "דרכיה דרכי נעם וכל נתיבותיה שלום"²⁵. לאמור, "וצריך שמשפטי תורתנו יסכימו אל השכל והסברא"²⁶. בכך קבע עקרון הלכתי חשוב ביותר, עקרון היורד לשורש השיטה ההלכתית, הראוי לשמש נקודת מוצא לכל דיון הלכתי. משמעות הכלל היא, כי, אין לחשוש מדחיית מסקנה הלכתית מתבקשת ו/או מתחייבת, אם סבור הפוסק כי התוצאה אליה היא מובילה בלתי סבירה בנסיבות הענין. שכן, אין בהלכה הפסוקה הנוגדת את השכל והסברא "דרכי נעם ושלום"²⁷. למותר לציין, כי אין לפרש כלל זה כהיתר גורף הניתן לפוסק ההלכה לפסוק ככל העולה על רוחו. אין הוא צינור לקליטתה של כל טכנולוגיה רפואית, אף שכח דהיתרא עדיף²⁸. דרכיה דרכי נעם הוא כלל הצריך להתפרש כהנחיה של הקדוש ברוך הוא לחכמי ההלכה להפעיל את סמכותם, להחמיר מקום שהדבר הכרחי, אך להקל (ככל

23 ראו שו"ת הרא"ש, סימן עח.

24 ראו בהרחבה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ה, ערך "גזרה", עמ' תקט; א' שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך ב, ערך "הפריה חוץ-גופית" – נספח, "עקרונות כלליים ביחס ההלכה לחידושים טכנולוגיים", 15 (להלן – "אנציקלופדיה הלכתית רפואית").

25 משלי ג, י"ד.

26 שו"ת הרדב"ז, חלק ג, אלף נב.

27 חידושי הרמב"ן, יבמות פז, ב, ד"ה: "אשת אחיו". השוו תוספות, שם, ד"ה: "אשת אחיו".

28 משנה ידים, ד, ג. יעוין עוד בהסברו של רש"י (ביצה ב, ב, ד"ה: "דהיתרא עדיף ליה").

יכולתם) בכל ענין שניתן לבססו על אדני ההלכה ושכלם האנושי. "הקב"ה נתן עוז וכח לעמו, שהם תלמידי חכמים, בדבר הזה להיות מקילין בדבר"²⁹, אבל לא כמצוות אנשים מלומדה וגם לא בכל מחיר ובכל תנאי. גם שיקולים לבר הלכתיים הם לגיטימיים, כשם שעל פוסקי ההלכה להתחשב בנסיבותיו האישיות של השואל. עמד על כך השופט אלון בהרחבה בפרשת שפר, כשקבע כי צריך עקרון זה לשמש "כקו מנחה בכל פסיקה, בכל ענין וענין, בסוגיות הקשות והחמורות של רפואה והלכה ... והשימוש בעיקרון זה צריך שיעשה בזהירות הדרושה, ובעיון רב, כחלק ממכלול העקרונות שעל פיהם יוכרע כל מקרה ומקרה לגופו, בשילוב הדרוש ובאיזון הראוי"³⁰.

על מהותו של הכלל, גדריו ותחולתו עמדתי במקום אחר ואינני רואה צורך לחזור על הדברים³¹. אעיר רק, כי אם יש תחום בו על חכמי ההלכה להפעיל את סמכותם זו בזהירות רבה, אך תוך פתיחות מירבית, שטח הרפואה בכלל וטיפולי הפוריות בפרט הוא התחום. ברכה רבה צפויה למתקשים בהולדה עם השתכללות טיפולי הפוריות המתקדמים, אך הברכה מלווה בחשש ההולך ומתממש להרס התא המשפחתי המקובל מקדמת דנא ויטודותיו. כגודל הברכה בהרחבת המשפחה באמצעות טיפולי הפוריות, כך גודל הסכנה להתערערותה. לכן, גם אם לרבות מן הבעיות ההלכתיות המתעוררות בגין טיפולים אלה ניתן למצוא פתרון במסגרת ההלכה, אל לפוסק ההלכה להעלים עינו מן הסכנות הטמונות בהן. גם אם "טוב לו להשמיענו כח דברי המתיר סומך על שמועתו ואינו ירא להתיר"³², אל לו לחשוש מהגבלת השימוש בפרוצדורה ואפילו דחייתה, אם יגיע למסקנה כי הנזק הכרוך באימוצה של הפרוצדורה עולה על התועלת הצפויה ממנה. איש איננו מעלה על דעתו לבטל בהבל פה או במאמר את החשש מפני התערערות דיני המשפחה והפגיעה במעמדו ובזכויותיו של הילד הנולד לאחר מיתה, כשם שאין להעלות על הדעת כי חשש רחוק לפגיעה בתא המשפחתי, יגרור הטלת איסור גורף על השימוש בכל טכנולוגית ההפריה החוץ-גופית.

נקודת המוצא לדיון משלבת, איפוא, בין שלושה עקרונות: העקרון הראשון, שכל דבר שלא נדע טעם לאוסרו – מותר הוא בלי טעם³³. העקרון השני, שעל כל

29 חידושי הלכות ואגדות מהרש"א, סוף מסכת יבמות, קכב, ב.
 30 ע"א 506/88 יעל שפר (קטינה) נ' מדינת ישראל, פד"י מ"ח(1), 87, 131. ראו עוד מ' אלון, "הדין, האמת, השלום והפשרה", מחקרי משפט יד (תשנ"ח), 269, 304.
 31 י' גרין, לעיל הערה 19, בעמ' 94.
 32 רש"י, ביצה ב, ב, ד"ה: "דהיתרא עדיף ליה". מעניינת בהקשר זה דעתו של היעב"ץ (לר' יעקב עמדין, מחכמי ההלכה במאה השמונה עשרה) לפיה "לכופף את הרבים להחזיק בחומרא יתרה, ולגזור על הצבור גזרה שאין יכולין לעמוד בה, אין זו מן המדה בתורה. שדרכיה דרכי נועם וכו'. אדרבה בכמה מקומות מצינו, שאע"פ שיש מקום לת"ח להחמיר על עצמו. לא הורו להחמיר לאחרים, כאותה ששינו בג"ד שהי' ר"ג מחמיר, ואמרו לו אע"פ שב"א היו מחמירים על עצמם היו מקילים לכל ישראל" (שו"ת שאילת יעב"ץ, חלק ב, סימן קמו).
 33 תפארת ישראל, ידים, פרק ד, משנה ג.

מסקנה אליה מגיע הפוסק חייבת להתאים אל ה"שכל ואל הסברא"³⁴, והעקרון השלישי, המעדיף, בכל מקרה שניתן, את הכח להתיר ולהקל.

ג. ההפריה החוץ גופית: הילכו הטכנולוגיה וההלכה יחדיו?

1.1. טכנולוגיות ההפריה החוץ-גופית ומאפייניה

אחד ההישגים הגדולים של הטכנולוגיה הרפואית בתחומי פריה ורבייה היא בהכנסת שיטת טיפול ה"עוקפת" את הצורך בקיום יחסי אישות כדי ליצור הריון. עם הכנסת טכנולוגית ההפריה החוץ-גופית כשיטת טיפול, נפתח הפתח גם לבני זוג פוריים³⁵ – אשר מסיבות רפואיות ואחרות נבצר מהם לקיים יחסי אישות – להעמיד בעזרה רפואית צאצאים ביולוגיים.

טכנולוגית ההפריה החוץ-גופית מתאפיינת על ידי ארבעה מאפיינים בולטים: המאפיין האחד, המעבר לתהליך הולדה. בידוע כי תחילתו של הריון הנוצר בדרך הטבע ביחסי אישות המתקיימים סמוך למועד הביוץ המשווער והמשכו (אם הושגה ההפריה) בתשעה ירחי לידה. הריון הנוצר בדרך של הפריה חוץ-גופית, מושג בדרך כלל לאחר תהליך רב שלבי ארוך ומתמשך המתחיל בהכנה לשאיבת הביציות מהאישה וצפוי להסתיים בלידה. תהליך זה יכול שיתמשך על פני חדשים רבים (ואף שנים) כיוון שלא כל הריון נקלט לאחר מחזור הטיפולים הראשון. הרופאים נאלצים לא אחת לחזור על הנסיונות להשיג את ההריון המיוחל תוך שימוש בביציות המופרות שהוקפאו בתחילת התהליך.³⁶

34 יוער כי במבחן ה"שכל והסברא" הכוונה לשכלם האנושי של חכמי ההלכה. ראו קצות החושן, על ה"שולחן ערוך", בהקדמה.

35 בני "זוג פוריים" הם בני זוג אשר מערכת הרבייה שלהם תקינה. הזכר מייצר זרע תקין והאישה מבייצת ומסוגלת לשאת הריון. טכנולוגית ההפריה החוץ-גופית מאפשרת גם לבני זוג שאינם פוריים, או שאחד מהם איננו פורה, להעמיד צאצאים באמצעות תאי רבייה שנתקבלו מתורמים. יתרון נוסף בטכנולוגיה, שהיא מאפשרת לאשה שאיננה מבייצת לשאת את ההריון אף אם נוצר מביצית של תורמת, ובכך לאפשר לשני הזוג לחוות את ההריון והתפתחותו. טכנולוגיה זו מאפשרת גם למי שאיננה יכולה לשאת הריון להיות אם ביולוגית בעזרת הריון שתישא עבורה אם נושאת (פונדקאית). עוד יוער, כי כאשר ההריון נוצר בדרך הטבע, קיימת זהות בין ההורות הביולוגית להורות המשפטית, מה שאין כן בהריון הנוצר בדרך של הפריה חוץ גופית מתאי רבייה של תורמים או בעזרתה של פונדקאית.

36 יוער כי התמשכותו של תהליך ההולדה איננו רק בשל אי הצלחה להשיג הריון במחזור הטיפולים המוקדמים, אלא גם מבחירה של בני הזוג. אלה יכולים, לאחר הצלחת הטיפול, להותיר את הביציות המופרות העודפות בהקפאה עד להחלטה אם להעמיד צאצא נוסף מאותן הביציות או לתרום אותן. טכנולוגיה ההפריה החוץ-גופית בכלל, ואפשרות ההולדה לאחר שנים בפרט, מעוררים קשיים משפטיים לא מבוטלים לגבי ההסכמה לתהליך ומהותה ולאפשרות לחזור ממנה. ראו ה"פ 599/92 נחמני נ' נחמני, פס"מ נז(1), 142; ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פד"י מ"ט(1), 485; דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פד"י נ(4), 661, 734.

המאפיין השני של ההולדה בדרך הפריה חוץ-גופית הוא, "שיתופם" בתהליך ההולדה של תורמי תאי רביה, "שיתוף" המעורר שאלות בנוגע לייחוסו של היילוד אחר מולידו ואף לכשרותו לבוא בקהל.

המאפיין השלישי של טכנולוגית ההפריה החוץ-גופית, הוא היכולת ליצור הריון גם מתאי רביה של אנשים לאחר מותם, בין שתאי הרביה הופקדו בחייהם ובין שהופקו מהם סמוך לאחר מותם.

המאפיין הרביעי, הוא יכולתם של הרופאים לאבחן מחלות גנטיות העוברות בתורשה ולמנוע את הולדתם של ילדים פגומים. הדבר נעשה באמצעות בדיקת תאים מהביצית המופרית טרם החזרתה לרחם האשה.

2.2 יחס ההלכה להפריה החוץ-גופית

טכנולוגית ההפריה החוץ-גופית לצורותיה השונות, הציבה בפני חכמי ההלכה דילמה קשה. מחד גיסא, הכנסתה כשיטת טיפול פתחה פתח להרחבת המשפחה לקבוצות אוכלוסיה פוריות אשר אך לפני פחות משנות דור אובחנו כעקרות. מאידך גיסא, כרוכה הפרוצדורה בפעולות אשר על פניו נוגדות את ההלכה (הוצאת זרע לבדיקה ולהפריה), ולא פחות חמור מזה קוראת תיגר על המשך קיומו של התא המשפחתי המקובל מדורי דורות.

הפיצול בין יצירת ההריון וקיום יחסי אישות איננו המצאה של החוקרים במאה העשרים. חכמי ההלכה ידעו על האפשרות שאישה תתעבר בלא שתקיים יחסי אישות כבר לפני כאלף ושמונה מאות שנה³⁷. כאלף שלוש מאות שנים מאוחר יותר, אף נפסקה ההלכה כי ילד הנולד לאישה שהרתה מבעלה שלא דרך יחסי אישות, הוא ילד כשר לכל דבר וענין. אף על פי כן, אסרו חכמים על אישה בעת נידתה לשכב על סדין בסמוך לזרע שפלט בעלה, מחשש "שמא ישא אחותו מאביו", אף שאם יחדור הזרע לגופה והיא תהרה, אין הילד שייולד בן הנדה, כיוון שהורתו לא הייתה מביאת איסור³⁸.

37 חגיגה יד, ב; תוספות כתובות ו, א, ד"ה "רוב בקיאיין הן"; תוספות, יבמות יב, ב, ד"ה: "דאפילו לרבי יהודה".

38 בית חדש, שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קצה; טורי זהב, שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קצה, אות ו. ראו עוד יבמות לז, א; בית שמואל, שולחן ערוך, אבן העזר סימן א, ס"ק י; חלקת מחוקק, שולחן ערוך, אבן העזר סימן א, ס"ק ח; משנה למלך, אישות, טו, ד. מקור הדברים בדברי רבינו פרץ מבעלי התוספות שהובאו בהגהת סמ"ק: "אשה נדה יכולה לשכב על סדיני בעלה, ועליה להזהר שלא לשכוב על סדינים ששכב עליהם איש אחר, פן תתעבר מזרע של אחר, ואם תאמר למה אינה חוששת פן תתעבר בנדותה מזרע של בעלה, ויהיה הולד בר נדה, והשיב, מפני שאין כאן ביאת איסור, ולכן הולד כשר לגמרי, אפילו אם תתעבר מזרע של אחר, כי הלא בן סירא כשר היה, אלא שמזרעו של אחר יש להקפיד משום הבחנה, גזרה שמא ישא אחותו מאביו". עוד על פסק רבינו פרץ ראו מ' קורניאלדי, "מעמדו המשפטי של ילד הנולד מהפריה מלאכותית מתורם זר או תרומת ביצית", שנתון המשפט העברי יח-יט (תשנ"ב-תשנ"ד), 295; ג' גרין, "הזרעה מלאכותית כפתרון לעקרות הדתית", אסיא ה (תשמ"ו), 112.

ההנמקה השוללת את ההולדה מהריון שלא נוצר מיחסי אישות ("שמא ישא אחותו מאביו"³⁹), משקפת את עמדתו של הדין העברי: לא דרך יצירת ההריון מקימה את הקשר בין ילד למולידו. הילוד מתייחס אחר מולידו גם אם הורתו איננה תוצאה של יחסי אישות טבעיים בין הוריו מולידיו. שאם לא תאמר כן, מפני מה יש לחשוש לנישואי אח ואחות – גם אם משכבת זרע של גבר אחד אפשר להפרות יותר מאישה אחת – הלא הורתו הייתה שלא בדרך הטבע? מכאן, היחס הורה – ילד הוא תוצאה של קשר ביולוגי בין היילוד למולידו. לאמור, מבחן האבהות איננו נגזרת של יחסי אישות אלא של קשר הדם.⁴⁰ מטעם זה התירו רבים מחכמי ההלכה לבני זוג נשואים להיזקק להולדה בדרך של הזרעה מלאכותית מהבעל לאשתו⁴¹, או בדרך של הפריה חוץ-גופית מתאי רביה שנלקחו משני בני זוג הנשואים זה לזו⁴². כשרותו של הילד הנולד בדרך זו איננה נפגמת⁴³, הוא מתייחס אחר מולידו, אם כי יש הסבורים שהוא מתייחס לחומרם בלבד⁴⁴. עוד נפסק כי אדם מקיים מצוות פריה רביה בהולדה שלא בדרך הטבע⁴⁵. יש מחכמי ההלכה השוללים את הפרוצדורה כיוון שהולד הנולד בדרך זו איננו מתייחס אחר בעל הזרע. לשיטתם, ייחוס ילד אחר מולידו מותנה בכך שהריון נוצר כתוצאה מיחסי אישות טבעיים⁴⁶. כל פליטת זרע שלא דרך אישות, אפילו נוצר מאותה שכבת זרע ילד, מתנתק הקשר ההלכתי משפטי בין היילוד לבעל הזרע. אשר על כן, אין בעל הזרע מקיים מצוות פריה ורביה בהולדה בדרך זו⁴⁷. באשר לכשרותו של הילוד, יש הסבורים כי הוא ספק ממזר⁴⁸. יחד עם זאת, כל חכמי ההלכה מאוחדים בדעה כי יש לאסור חד משמעית על זוג נשוי להעמיד צאצאים בדרך של הפריה חוץ-גופית מזרעו של תורם זר יהודי⁴⁹.

39 על השלכות נוספות של הגזירה "שמא ישא אחותו מאביו" ראו יבמות מ"ב, א.
 40 שו"ת תשב"ץ חלק ג, סימן רסג; שו"ת ישכיל עברי, אבן העזר, חלק ה, סימן י; שו"ת עמק הלכה, סימן סח; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ג, סימן כו; שו"ת יביע אומר, אבן העזר, חלק ב, סימן א.
 41 ההזרעה המלאכותית התחדשה לפני ההפריה החוץ גופית. זו פרוצדורה רפואית בה מוחדר זרעו של אדם לגופה של אשה. ראו בהרחבה אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך א, ערך "הזרעה מלאכותית", 148.
 42 ראו בהרחבה יי אינדיג, "חייב מזונות כנולד מהזרעה מלאכותית", דיני ישראל ב (תשל"א), 83.
 43 בית שמואל, שולחן ערוך, אבן העזר סימן א, ס"ק י; חלקת מחוקק, שולחן ערוך, אבן העזר סימן א, ס"ק ח.
 44 טורי זהב, שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, ס"ק ח; שו"ת דברי מלכיאל, חלק ד, סימן קז.
 45 שו"ת חכם צבי הנוספות, סימן ט; שו"ת בית יעקב, סימן רכב; שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק ב, סימן יח; אבן העזר, חלק ה, סימן סו; שו"ת הר צבי, הגהות על הטור, סימן א; שו"ת מנחת יצחק, חלק א, סימן נ.
 46 שו"ת משפטי עוזיאל, אבן העזר, סימן יט.
 47 שו"ת שאילת יעב"ץ, חלק ב, סימן ד וסימן צז; טורי זהב, אבן העזר, סימן א, ס"ק א; ברכי יוסף, אבן העזר, סימן א, אות יד; מהר"מ שיק על תרי"ג מצות, מצוה א, אות ג.
 48 הרב ש"ז אויערבך, "הזרעה מלאכותית", נועם א (תשי"ח), קנז; שו"ת ציץ אליעזר, חלק יג, סימן צז.
 49 סיכום הדעות והתנאים ראו אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך ב, ערך "הפריה חוץ גופית",

אין לכחד כי הקושי ההלכתי באימוצה של טכנולוגית ההפריה החוץ-גופית כשיטת טיפול, נעוץ בצורך ליתן תאי זרע להפריית הביצית במעבדה. הקושי איננו רק במתן הזרע בדרך אוננות, אלא בכך, שהזרע מוקפא לעתים לזמן ארוך בלי שיובטח כי יעשה בו שימוש ובכך יתברר למפרע כי הוצא לבטלה.

הדין העברי אוסר השחתת זרע, שהוא מן האיסורים היותר חמורים שבתורה⁵⁰. אף על פי כן, נחלקו הדעות אם האיסור הוא איסור מוחלט. יש הסבורים כי לא יכול להיות הצדק הלכתי להוצאת זרע שלא דרך ביאה, אף אם המטרה נראית מוצדקת. לכן, הוצאת הזרע לצורך הטיפול, או לבדיקת איכותו בכלל האיסור⁵¹. רוב חכמי ההלכה סוברים כי האיסור הוא על השחתת הזרע ולא על הוצאתו כשלעצמה. אוננות לשם סיפוק עצמי אסורה בתכלית האיסור. הפקדת זרע לשם בירור סיבת העקרות, לא כל שכן לצורך הולדה בדרך של הפריה חוץ-גופית, גם אם סיכויי ההצלחה אינם מובטחים, אינם יכולים להחשב כהשחתה⁵² אלא כתיקון, בבחינת סותר על מנת לבנות⁵³, בין אם ההפריה תיעשה בסמוך למתן הזרע ובין לאחר זמן⁵⁴. הוצאת הזרע הכרחית לשם קיום המצווה וככזו איננה אסורה⁵⁵.

נמצא, כי חולה המפקיד זרע לפני שהוא מתחיל בטיפולים העלולים לפגוע בפוריותו, אינה השחתה, אם כי המגמה המסתמנת היא לצמצם את ההיתר לאדם נשוי בלבד, הגבלה שאיננה מובנת⁵⁶. שהרי, גם מי שאיננו נשוי רוצה לשמר את הפוטנציאל

115, 128 ואילך; י' אינדיג, לעיל הערה 42; מ' שטרן (עורך), הרפואה לאור ההלכה (ירושלים, תשמ"ט), חלק ב, טו; הרב מ' קרויזר, "הזרעה מלאכותית", נועם א (תשי"ח), קיא.

50 נדה יג, א; רמב"ם, איסורי ביאה כא, יח; משנה למלך, איסורי ביאה כא, יח; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן כג.

51 שו"ת דברי מלכיאל, חלק ד', סימנים קז-קח; שו"ת משפטי עוזיאל, אבן העזר, סימן יט; שו"ת משנה הלכות, חלק י סימנים רמ-רמא.

52 שו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן כד, אות ד; שו"ת שאילת יעבץ, חלק א, סימן מג; שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן ע. ראו עוד בהרחבה אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך א, ערך "הזרעה מלאכותית", 151.

53 שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק ג, סימן סג.

54 שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן רסח; שו"ת עמק הלכה סימן סח; שו"ת הר צבי, אבן העזר סימן א; שו"ת זקן אהרן, סימן צג; שו"ת יביע אומר חלק ב, אבן העזר, סימן א. יצוין אגב כך, כי מטעם זה התירו חכמי ההלכה הוצאת זרע לביצוע בדיקה רפואית (שו"ת אחיעזר, חלק ג, שו"ת שבט סופר סימן א; שו"ת אבני נזר, סימן סג; שו"ת בנין אב, חלק ב, סימן ס).

55 שו"ת משיב דבר, חלק ב, סימן פח.

56 ראו לענין זה א' סופר-אברהם, נשמת אברהם, חלק ד' אבן העזר, סימן כג, אות א שהביא דעת הרש"ז אויערבך. וראה עוד, הרב א' בקשי-דורון, "שאלה חמורה בענין שמירת זרע לקיים פריה ורביה", אסיא מד (ניסן תשמ"ח), 34; שו"ת בנין אב, חלק ב, סימן ס; הרב צ' שושארד, "הקפאת זרע לקיום מצוות פרו ורבו", אסיא נא-נב (אייר תשנ"ב), 72; הרב מ' קורצטג, "בענין שמירת הזרע לקיום מצות פריה ורביה", אסיא, שם, 75; הרב ש' דיכובסקי, "בדיקות פוריות והשלכותיהן", תחומין יח (תשנ"ח), 161; שו"ת באהלה של תורה, חלק א, סימן ס"ט; ד"ר ד' מלאך, "הקפאת זרע לקיום מצות פריה ורביה", אסיא נא-נב (אייר תשנ"ב), 183.

להעמיד צאצאים לאחר החלמתו. מדוע, אם כן, לשלול מרווק את הסיכוי להעמיד צאצאים רק משום שבמועד שחלה טרם נישא?⁵⁷

ג.3. הולדה לאחר מיתה מהי?

מן הבחינה הרפואית והמקצועית, משהשיגו הרופאים את היכולת ליצור טרום עובר על ידי "הפגשת" הזרע עם הביצית על גבי הצלוחית במעבדה, רכשו (במגבלות היכולת המדעית) את ה"שליטה" על יצירת ההריון והתפתחותו. "שליטה" של הרופאים על התהליך, פירושה היכולת לכוון את המועד האופטימלי, לא בהכרח הרצוי, ליצירת הביצית המופרית ועל המועד בו תושלל ברחם.

מנקודת המבט המקצועית (הטכנית), להבדיל מהערכית, כל ה"דרוש" לצוות הרפואי כדי לסייע בהולדה, הם תאי רבייה ורחם אישה לנשיאת ההריון. הצוות הרפואי "אדיש" לזהותם (לרבות הדתית) של המבקשים והמעורבים בתהליך ההולדה ולמצבם המשפטי. לצוות חשוב שיופקדו בידי תאי רבייה תקינים כדי לאפשר לו ליצור ביציות מופרות, אותן ניתן להחזיר לכל רחם אישה ובכל זמן⁵⁸. רוצה לומר, כי מן הבחינה הטכנית, אין נפקא מינה אם תורמי הזרע או הביצית, או אחד מהם, בחיים או לאו, אם זהותם ידועה או לאו, אם יהודים הם או לא, בין במועד הפקדת (או הפקת) הזרע⁵⁹, בין במועד ההפריה ובין במועד השתרותה של הביצית המופרית ברחם. אולם, אין לראות את ההולדה כעניין טכני גרידא. הצוות הרפואי איננו מתעלם

57 ראו לענין זה הרב א' בקשי-דורון, "הקפאת זרע לקיום פרו ורבו", אסיא מד (ניסן תשמ"ח), 40; הרב מ' ביתן, "הקפאת זרע לשם קיום מצוות פריה ורבייה", אסיא נז-נח (כסלו תשנ"ז), 216.

58 בכפוף לכך שיווצרו התנאים ההכרחיים להשגת ההריון והלידה, קרי איכות תאי הרבייה טובה, נושאת ההריון עברה הכנה מתאימה, וצפוי הריון תקין.

59 יוער, כי, נכון לכתובת שורות אלה אין אפשרות להקפיא ביציות של אישה צעירה הנזקקת לטיפול רפואי העלול לפגוע בפוריותה. לפיכך, אי אפשר שיוותרו בהקפאה אלא ביציות מופרות או זרע. אף על פי כן, למיטב ידיעתי, נוהגים הרופאים ליטול רקמת שחלה מאישה צעירה הנזקקת לטיפול העלולים לפגוע בפוריותה ולהקפיא אותה. לא ידוע על הצלחות בענין זה, למעט דיווח על רקמת שחלה שהופשרה, הושלתה מתחת לרקמת העור של חולה, ובעזרת זריקות הורמונליות החלה לשחרר ביציות. אחת מהביציות הופרתה במעבדה מזרע בעלה, הושלתה ברחמה והיא הרתה. זה נסיון ראשון ויחיד בו הצליחו רופאים ליצור עובר בריא מרקמת שחלה שהוקפאה. התקוה להצלחת התהליך מובנת, אך יש להזהר מציפיות שווא, מה עוד שמצבם של הילדים העתידיים להיוולד בדרך זו עדיין אינו ברור. מן הסתם יאלצו להיות תחת השגחה רפואית. עוד יש לציין, כי נכון להיום, אין אפשרות לשאוב ביציות מאשה שנפטרה, למעט מאשה שהיתה בטיפול פוריות תחת גירוי שחלתי ונהרגה ביום הביוץ או בסמוך לו וידוע על כך. במקרה כזה ניתן לשאוב מגופה ביציות ולהקפיאן, אך ספק אם הביציות הללו כשירות להפריה. אמנם, תיאורטית, אם וכאשר ישיגו המדענים את היכולת לגרום לגירוי שחלתי של אשה שנפטרה, תתעורר השאלה אם לא יהיה בכך משום ניוולה ואם תהיה זו סיבה מוצדקת לדחות את קבורתה. ראו לענין זה בהרחבה להלן בפסקא ה.3.2 על כל חלקיה.

משיקולים מוסריים וערכיים גם לא מהמטופלים. גם אם טכנולוגית ההפריה החוץ-גופית מאפשרת להעמיד צאצאים לאדם מתאי הרבייה שלו גם לאחר מותו, אי אפשר להתייחס להולדה כאל תהליך טכני, קר ומנוכר. ההולדה היא הרבה מעבר לזה. ההולדה היא זכות וחובה גם יחד, אך זכות הניתנת להגבלה⁶⁰. ההולדה היא צורך הטבוע באדם להרחיב את המשפחה ולהגשים את עצמו, אך גם להקים שם למת⁶¹. העמדת צאצאים משקפת את ערכיה של החברה בכלל ושל החברה היהודית בפרט. יחד עם זאת, משהושגה הדרך להעמיד לאדם צאצאים לאחר מותו, ולמרות שברוב המקרים שותפים בהולדה שני בני זוג, יש נסיבות בהן לא ניתן לדחות על הסף בקשה לאשר הולדה לאחר מיתה, כשם שאין להתירה כדבר שבשגרה.

ההולדה לאחר מיתה בהקשר נשוא דיוננו, פירושה, הולדה מהריון שנוצר או נקלט לאחר מותו של המוליד⁶², להבדיל מהריון שנוצר בחיי המוליד (בין בדרך הטבע ובין בהפריה חוץ-גופית) ועדיין נישא בשעת המיתה. איש איננו מעלה על דעתו למנוע את הלידה לאחר מותו של אבי העובר, כשם שאין למנוע הוצאתו של עובר מרחמה של נושאת הריון שנפטרה.

ניתן להשיג הריון לאחר מיתה באחד משלושה מצבים: המצב האחד, כשבני זוג המתקשים להעמיד צאצאים בדרך הטבע, החלו בהסכמה בתהליך הולדה בדרך של הפריה חוץ-גופית⁶³, אך למצער נפטר אחד מהם (או אפילו שניהם) במהלך הטיפול כשבהקפאה נותרו ביציות מופרות. את הביציות המופרות ניתן להחזיר לרחמה של בת הזוג (אם בן הזוג נפטר) או לרחמה של פונדקאית (אם בעלת הביצית נפטרה⁶⁴ או אם שניהם נפטרו). המצב השני, כאשר אדם חלה והוא נזקק לטיפול רפואי העלול לפגוע בפוריותו⁶⁵. החולה, כדבר שבשגרה, מפקיד זרע בבנק הזרע קודם לטיפול הרפואי.

60 כך למשל, כאשר ההריון מסכן את חיי האישה, רשאית היא להשתמש באמצעי מניעה למרות גישתה העקרונית של ההלכה השוללת תכנון המשפחה (ראו שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק ד, סימן לג; שם, חלק ג סימן יב; שו"ת ציץ אליעזר, חלק יד, סימן צו). הוא הדין אם היא או בעלה נושאים גן פגום העובר בתורשה לילדים העלולים להיוולד פגומים (שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק ד, סימן לג). השוו סעיף 6 לחוק ביטוח בריאות ממלכתית, תשנ"ד-1994.

61 דברים כ"ה, ו.
62 למעשה, הגדרה זו איננה לגמרי מדויקת, כיון שכבר הבעתי את דעתי כי ברגע ההפריה מתחיל ההריון, אף בטרם הוחדרה הביצית המופרית לרחם. כיון שהגדרה זו איננה מקובלת על כולם, ובכלל זה על הרופאים, לכן נזקקתי להגדיר את ההולדה לאחר מיתה כהולדה מהריון שנוצר או נקלט לאחר מותו של המוליד, או מהריון שהתפתח מביצית מופרית שהוחזרה לרחם לאחר מות תורם הזרע או תורמת הביצית מהם נוצרה. ראו לענין זה "גרין, "ולא תהא הביצית המופרית עוֹבֵר לירוש"ה"? מאזני משפט א (תש"ס), 393.

63 במצב הראשון כמתחייב מתקנה 14 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית).

64 למען הסר ספק יובהר, כי הדברים אמורים מן הבחינה הרפואית בלבד. שכן, מן הבחינה המשפטית הדבר נוגד את תקנה 10(ג) (ב) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית).

65 תקנה 2 לתקנות בריאות העם (בנק זרע), תשל"ט-1979 (להלן – "תקנות בריאות העם (בנק זרע)"). להשלמת הדברים ראו לעיל הערה 59.

בזרע זה שהוקפא, ניתן להפרות אישה וליצור הריון גם לאחר מותו של החולה⁶⁶. המצב השלישי, כאשר הזרע נשאב מגופו של אדם סמוך לאחר פטירתו, מוקפא ומוחזר לרחמה של אישה בדרך של הזרעה מלאכותית, או משמש להפריית ביצית אישה המוחזרת לרחם.

ד. על פריה ורביה, נישואין והקשר ביניהם

ד.1. האם הנישואין הם תנאי להולדה?

תכלית בריאתו של האדם היא לפרות ולרבות. זו "כוונת הבריאה באדם"⁶⁷. האדם מצווה לפרות ולרבות כדי לקיים את המין האנושי, "שיהיה העולם מיושב, שהוא ברוך הוא חפץ ביישובו"⁶⁸. כדי שיהיה העולם מיושב, מצווה כל אחד לפעול בתחום אחריותו, להינשא ולהקים את התא המשפחתי כיוון ש"לזה (לפרות ולרבות – י"ג) אי אפשר בלא העזר ועל כן צווהו לדבוק בעזר שעשה לו"⁶⁹. אף על פי כן, למרות שנישואין והולדת ילדים קשורים אהדדי, אין הם מותנים זה בזה ואין יחסי תלות ביניהם. אדם חייב, כאמור, לישא אישה כדי לקיים מצוות פריה ורביה, אך יוצא ידי חובת המצווה, גם בילדים שנולדו לו מחוץ לנישואין. אדם חייב להינשא, אך אין הנישואין וחלותם מותנים בכך שיוכל להעמיד צאצאים עם בת זוגו⁷⁰, אם כי עדיף שלא לעשות כן לכתחילה⁷¹. אי

66 יוער כי על פי חוזר מנכ"ל משרד הבריאות (מס' 4/90 מיום 7.2.90 בנושא "ניהול בנק זרע") על אלמנה המבקשת לעשות שימוש בזרע בעלה המנוח המצוי בבנק הזרע, להגיש בקשה בכתב לא יאוחר משנה מיום פטירתו של הבעל, שאם לא כן על מנהל בנק הזרע להשמידו לאחר פטירתו של אדם.

67 טור, אבן העזר, סימן א.

68 ספר החינוך, מצוה א. את ההבחנה בין החובה להעמיד צאצאים מכח מצוות פריה ורביה ("פרו ורבו") לחובה להמשיך ולהוליד ילדים גם מכח "לשבת יצרה" (שיהא העולם מיושב – י"ג), מסביר הרב וולדינברג: "דנראה דההבדל בין העשה דפרו ורבו להעשה דלשבת יצרה הוא בזה, דהעשה דפרו ורבו היא מצוה פרטית שכל אחד בפני עצמו מחויב בה, והעשה דלא תהו בראה לשבת יצרה היא מצוה כללית שמוטל על כל הכלל להשתדל שהעולם יהא מיושב [ואין זה נוגע להפלוגתא באי גם אשה מחויבת במצוה זו דלשבת יצרה, דיש לומר דהפלוגתא היא אי נימא דכל שישנו בהמצוה הפרטית דפרו ורבו אם כן הוי בר חיובא ומחויב גם במצוה הכללית של לשבת יצרה להשתדל שהעולם יהא מיושב, וכל שאינו בהמצוה הפרטית דפרו ורבו אינו בר חיובא ואינו מחויב במצוה הכללית דלשבת יצרה, או דילמא דלא תליא זה בזה. ואשה הרי אינה מחויבת בהעשה דפרו ורבו" (שו"ת ציץ אליעזר, חלק ד, סימן טז, פרק יב). נפקא מינה לענין מקור החיוב איננו רק לגבי חיובה של אשה במצוות פריה ורביה, אלא גם לגבי אדם שהוליד שני ילדים וקיים מצוות פריה ורביה. האם ממשיכה לרבוץ עליו המצווה ליישב את העולם? ראו שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, סעיף ה.

69 טור, אבן העזר, סימן א.

70 שו"ת יביע אומר, אבן העזר, חלק ג, סימן ד.

71 שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן סז; שם, אבן העזר, חלק ד, סימן עא.

יכולת להוליד ילדים הינה עילת גירושין⁷², אך אין כופין על בני הזוג להתגרש אם אין רצונם בכך⁷³. המצב הרצוי הוא שההולדה תהיה במסגרת הנישואין. מצוות פריה ורביה תופסת מקום מרכזי בסולם הערכים ההלכתי, עד שנפסק כי "מי שאינו עוסק בפריה ורביה כאילו שופך דמים" ו"כאילו ממעט את הדמות"⁷⁴. האיש מצווה על פריה ורביה ולא האישה⁷⁵, אך כיוון שאי אפשר לקיים המצווה בלא האישה, יש לה מצווה שמסייעת היא לבעלה לקיים מצוותו⁷⁶, "לכך חייב כל אדם לישא אישה כדי לפרות"⁷⁷. ההולדה צריך שתהיה "דווקא דרך נישואין ולא דרך זנות"⁷⁸. נחלקו הראשונים אם הקידושין⁷⁹ הם תנאי לקיום מצוות פריה ורביה או אינם אלא הכשר (תנאי לקיום – י"ג) מצווה. המחלוקת מתמקדת בשאלה, מפני מה לא תיקנו חכמים ברכה עובר לקיום מצוות פריה ורביה או ברכה בעת הקידושין (כגון, "אשר קדשנו במצוותיו וציוונו לקדש אישה")? לדעת רבינו אשר, ברית הנישואין כשלעצמה, אינה ערובה להצלחת בני הזוג להעמיד צאצאים מאותם הנישואים, לכן אם יברכו עובר לקיום מצוות פריה ורביה, ולאחר מעשה יתברר בדיעבד כי הנסיון נכשל, או כי לא יוכלו להיבנות, תחשב הברכה בדיעבד ככרחה לבטלה. ש"אם לקח פילגש וקיים פריה ורביה אינו מחויב לקדש אישה, וכן הנושא זקנה, אילונית או עקרה וכן סריס חמה שנשא ממברכין ברכת חתנים ואין חיוב במצווה זו שאין בה קיום מצוות פריה ורביה והילכך לא נתקנה ברכה במצווה זו. אף בנושא אישה לשם פריה ורביה כיוון שאפשר לקיים מצוות פריה ורביה בלא קידושין לא תיקנו חכמים ברכה במצווה זו"⁸⁰. כלומר, המצווה היא

- 72 שרשבסקי, לעיל הערה 22, בעמ' 298–299, 312–313.
- 73 אין כופין גירושין אפילו במקרים קיצוניים, כגון שאחד מבני הזוג או שניהם חולים במחלות תורשתיות העוברות בתורשה. ראו שו"ת תשובות והנהגות, חלק א, סימן תתצ.
- 74 יבמות סד, ב. ראו לענין זה בהרחבה י' לורברבוים, "צלם אלהים ומצוות פריה ורביה: חז"ל והרמב"ם", עיוני משפט כ"ד (תשס"א), 695.
- 75 יבמות פה, ב; רמב"ם, אישות טו, ב; שולחן ערוך, אבן העזר סימן א, סעיף יג. ראו עוד: שו"ת קול מבשר, חלק א, סימן כה; שו"ת יביע אומר, אבן העזר, חלק ג, סימן כ.
- 76 ר"נ על דפי הרי"ף, קידושין טז, ב, ד"ה: "איכא דאמרי בהא איסורא".
- 77 טור, אבן העזר, א; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, סעיף א.
- 78 בית חדש, אבן העזר, סימן א.
- 79 לפי ההלכה הקמת התא המשפחתי נעשית בשני שלבים. תחילה האיש מקדש או מארס את האישה (האירוסין) ולאחר מכן כונסה לביתו (הנישואין). כיום, שני השלבים מתבצעים באותו מעמד בטקס החופה (ראו לענין זה, ב"צ שרשבסקי, לעיל, ליד הערה 22 בעמ' 25–33). המחוקק הישראלי איננו מבחין בין הקידושין לנישואין. ראו למשל סעיף 1 לחוק גיל הנישואין, תשי"ו–1950. על קשר הנישואין בהשקפתה של היהדות ראו י' גרין, לעיל ליד הערה 54, בעמ' 534. על המשפחה ביהדות ראו א' מלמד, המשפחה, ערש או הרס ילדיה (הוצאת "אח", 1999), 384–455. על קשר הנישואין כנגזרת מהזכות לפרטיות המוגנת על ידי התיקון הארבע עשר לחוקת ארצות הברית ראו *Griswald v. Connecticut* 381 U.S. 479, 487 (1965).
- 80 רא"ש, כתובות פרק א, סימן יב. ראו עוד בית יוסף, אבן העזר, סימן לד, אות א.

שיהיו לאדם ילדים ולא בהכרח ממי שהקידושין תופסים לגביה⁸¹, או במלים אחרות, הנישואין הם הכשר מצווה.

לדעת הרמב"ם יש מצווה לקדש אישה⁸², לכן פילגש אסורה להדיוט ומותרת למלכים בלבד בלא כתובה ובלא קידושין⁸³. מכאן, שאין אדם רשאי לקיים מצוות פריה ורביה אלא עם אשתו. נמצא, כי הנישואין אינם הכשר מצווה אלא חלק ממצוות פריה ורביה⁸⁴.

מכל מקום, בין שהקידושין והנישואין הם הכשר המצווה ובין שהם חלק ממצוות פריה ורביה, מטרת הנישואין היא הקמת משפחה, מטרה המשרתת את תכלית האדם לפרות ולרבות. אולם, אין הנישואין מעכבים, שכן כאמור, אדם יוצא ידי פריה ורביה גם בכך שהוליד מחוץ לנישואין⁸⁵, כשם שאי יכולת להוליד ילדים במסגרת הנישואין מקימה עילת גירושין⁸⁶. וכך אמנם נפסק להלכה⁸⁷: "מצווה על כל אדם שישא אשה ... ובית דין כופין אותו לישא אשה כדי לקיים מצוות פריה ורביה". הנישואין משלימים את האדם⁸⁸ ומעניקים את ההכשר לבני הזוג לחיות חיי אישות. עם זאת, פקיעת הנישואין איננה פוטרת מפריה ורביה⁸⁹.

נכונותם של חכמי ההלכה להתיר את קשר הנישואין בשל אי יכולת להוליד ילדים, מעידה על החשיבות הרבה שמייחסת ההלכה לעצם קיומו של התא המשפחתי הגרעיני בכלל וההולדה במסגרת הנישואין בפרט. אולם, מיסוד הנישואין והתא המשפחתי כערך לאחר מתן תורה⁹⁰, מבטאת את הגישה המגנה על זכותם של הילדים וטובתם להיוולד לתוך המשפחה הגרעינית ולגדול במסגרתה⁹¹.

האם יש נפקות הלכתית לדרך הבאתו של הילד לעולם? האם קיים אדם מצוות

81 במונח "נישואים תופסים" הכוונה לנישואין כשרים. לאמור, נישואים של אלו המותרים לבוא זה בזה (קידושין ס"ט, א; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה יט, טו; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ח, סעיף א). זאת בניגוש למי שהנישואין אינם תופסים לגביהם בשל האיסור להינשא זה לזו. ראו לענין זה בהרחבה ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 22, 355.

82 רמב"ם, הלכות אישות א, א.

83 רמב"ם, הלכות מלכים ד, ד. וכן כתב בספר המצוות, מצוות עשה רי"ג: "הוא שציונו לבעול בקידושין ולתת דבר ביד האשה, או בשטר או בכיאה וזו היא מצוות קידושין".

84 ראו עוד בהרחבה שו"ת פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סימן עה; שו"ת היכל יצחק, אבן העזר, חלק ב, סימן ל; שו"ת ציץ אליעזר, חלק א, סימן כז.

85 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן, סעיף ו בהגהה.

86 משנה יבמות סד, א.

87 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן, סעיף ג. יודגש כי הכפיה היא על הנישואין ולא על פריה ורביה, אף שכופין על המצוות. ראו אוצר הפוסקים, חלק א, אות פג; א' שטיינברג, "הגישה היהודית הכללית למניעת הריון", אסיא כה-כו (סיון תשמ"מ), 5.

88 בראשית רבה, פרשה יז, ב.

89 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, סעיף ח.

90 רמב"ם, הלכות אישות א, א.

91 עוד על הקשר בין נישואין ומצוות פריה ורביה, ועל המצווה בכללותה ראו י' לורברבוים, לעיל הערה 74, בעמ' 732-742.

פריה ורביה בכך ובת שנולדו לו בדרך של הפריה חוץ-גופית וללא יחסי אישות, בין שהיה נשוי ובין שלא?

התשובה חיובית. די שיש לאדם צאצאים (ביולוגיים), ואין נפקא מינה באיזו דרך באו הילדים לעולם. וכך נפסק להלכה⁹²: "כיון שיש לאדם זכר ונקבה, קיים מצות פריה ורביה". הדגש הוא על ה"יש", על הקיום הפיסי ולא על האופן בו נוצר אותו ה"יש". כלומר, די שיהיו לאדם צאצאים ביולוגיים גם אם הורתם הייתה בהפריה חוץ-גופית, כדי שיצא חובת פריה ורביה.

הרחיב בענין זה ר' יוסף באב"ד, מחכמי ההלכה במאה התשע שערה, בספרו "מנחת חינוך". המחבר מבחין בין הכשר מצווה לקיום המצווה. הכלל הוא שאדם אינו יוצא ידי חובת מצווה המחייבת מעשה בשעה שהוא פטור מלקיימה, בין שעשה את המעשה המכשיר את המצווה ובין שעשה את המצווה גופא (כגון, שאכל מצה בליל הסדר בשעה שאיבד את כשירותו המשפטית). אין ההלכה מתחשבת בקיום מצוות למפרע. על אדם לקיים מצווה בשעה שחייב בה, ומה שקיים בשעת הפטור אינו עולה כדי קיום המצווה בשעת החיוב. חריג לכלל זה היא מצוות פריה ורביה⁹³: "דעיקר המצווה שיהיה לו בנים ולקחת האשה אינה אלא הכשר מצווה, ולכן אע"ג דההכשר מצווה היה בפטור אבל עיקר המצווה שיהיו לו בנים זה מקיים בזמן חיובו". מסביר הרב פרנק, רבה הראשי של ירושלים, שאין הכוונה לקיום מצוות פריה ורביה בשעה שאינו חב בה (כגון, שהיו לאדם ילדים קודם שנתגייר), אלא שהילדים שאדם הוליד מפקיעים ממנו את המצווה הרובצת עליו כל עוד לא קיים אותה⁹⁴.

נמצא, לכאורה, אליבא דכולי עלמא, כי אדם נשוי המפקיד זרע קודם התחלתו של טיפול רפואי העלול לפגוע בפוריותו ונפטר, אך קודם פטירתו הופרו בזרע זה ביציות של אשתו, והביציות המופרות הוקפאו – אין מניעה הלכתית, להחזיר לבקשת אלמנתו, את הביציות המופרות לרחמה על מנת שתהרהר ותקים שם לבעלה המנוח. שכן, לשיטת הרמב"ם תהליך ההולדה החל בחיי המנוח ובמהלך נישואיו, ולרבינו אשר אין הנישואין תנאי להולדה. ואף על פי שהנישואין פקעו בשעת המיתה והמת פטור מן המצוות, תיזקף המצווה לזכותו למפרע. שהרי, כשם שלא מפסיקים הריון בשל מותו של אבי העובר, כך אין להפסיק התפתחותה של ביצית מופרית לעובר בשל מותו של בעל הזרע⁹⁵. גם לשיטת ה"מנחת חינוך" אליבא דהרב פרנק, מסתבר, כי הפקדת הזרע, בין שהתכוון החולה להוליד ממנו ילד ובין שביקש לשמר

92 שולחן ערוך, אבן העזר סימן א סעיף ה.

93 מנחת חינוך, מצווה שו.

94 שו"ת הר צבי אורח חיים, חלק ב, סימן עו. מטעם זה גם יוצא אדם ידי חובתו בפריה ורביה אף אם הוליד בן ממזר. ראו שו"ת ציץ אליעזר, חלק ד, סימן טז, פרק ג.

95 על מעמדה ההלכתי וזכויותיה של הביצית המופרית ראו י' גרין, "הולדה לאחר מיתה באמצעות הפריה חוץ-גופית והשלכותיה על דיני יבום וחליצה", מאזני משפט ב (תשס"א-תשס"ב), 207, 240-233.

את האפשרות להעמיד ממנו צאצא, היא הכשר המצווה בשעה שזו רבצה עליו. לכן, הולדת הילד מאותו זרע, לא כל שכן מביצית שהופרטה מזרע זה לפני הפטירה, תחשב למפרע לזכותו של המנוח. אין הדבר כן, כאשר הזרע ניטל לאחר המיתה. המת איננו חייב במצוות פריה ורבייה, ולכן אין נטילת הזרע מן המת יכולה להחשב כהכשר מצווה. ממילא, לא ניתן לזקוף לזכותו של המנוח למפרע קיום מצוות פריה ורבייה שלא החל בה בחייו⁹⁶.

ד. האם מְפִירָה ההלכה בזכות להורות?

"בהדי דכבשיה רחמנא למה לך? מאי דמפקדת איבעי לך למעבד ומה דניחא קמיה קודשא בריך הוא לעביד"⁹⁷. בתשובה זו שהשיב ישעיהו הנביא למלך חזקיה, גלומה תמצית גישתה של ההלכה בענין זה. הנביא ישעיהו, לפי דברי חז"ל, מודיע למלך כי נגזר דינו למיתה בשל כך שלא עסק בפריה ורבייה. המלך טען להגנתו, כי לא העמיד צאצאים, כיוון שראה ברוח הקדש כי עתיד לצאת ממנו בן רשע (מנשה). על כך השיבו הנביא כי האדם מופקד על פריה ורבייה. התנהגותם של הילדים העתידיים להיוולד אינה עילה למנוע את הולדתם. חובתו של אדם להעמיד צאצאים והשאר "באחריותו" של האל. לפיכך, השאלה אם לאדם הזכות להיות הורה אינה מתעוררת כלל בהלכה. טרמינולוגיה זו זרה לדין העברי השולט על מערכות חייו של האדם. השימוש הראוי ביחס להולדה, בדומה לעניינים רבים אחרים, הוא במונחים של חיוב לקיים מצוות האל. למרות שהדין מכיר בפרטיותו של האדם, האוטונומיה שלו מוגבלת למדי. לפיכך, השאלה אם לאדם הזכות להיות הורה, איננה מסורה לשיקול דעתו. מחובתו להיות הורה כמתחייב מהמצווה הראשונה שחב בה כל אדם הנושא אישה⁹⁸, עד שאמרו כי מי שאין לו ילדים חשוב כמת⁹⁹, וכל מי שאינו עוסק בפריה ורבייה כאילו שופך דמים¹⁰⁰.

הדין העברי רואה בחיוב רב את המשפחה המורחבת וברוכת הילדים, ובעיקר ילדים שלא נדבקה בהם פסלות כלשהי כנדרש בתלמוד הירושלמי¹⁰¹: "אשתך כגפן פוריה בירכתי ביתך, בניך כשתילי זיתים סביב לשולחנך" (תהילים קכ"ח, ג), בניך כשתילי זיתים סביב לשולחנך, מה זיתים אין בהן הרכבה אף בניך לא יהא בהן פסולת". אשר על כן, לא הותרה ההולדה בדרך של הפריה חוץ-גופית מבעל לאשתו, ואף

M. Halperin, "Post-mortem Sperm Retrieval", *Jeish Medical Ethics (Assia)*, Vol. 4(1), 96

9

97 ברכות י, א.

98 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, א.

99 בראשית רבה, פרשה ע"א, ט.

100 יבמות ס"ג, א; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, א.

101 ירושלמי, כלאים פרק א, הלכה ז. השוו אליה רבה (מהדורת איש שלום), פרשה יח, ד"ה: "אשתך כגפן פוריה" (תהילים קכ"ח, ג).

הכירה ההלכה ביכולתו של אדם לקיים מצוות פריה ורביה בדרך זו¹⁰², לא משום שהדין מכיר בזכותו של אדם לחוות הורות בכל דרך ובכל זמן שיחפוץ. ההולדה הותרה כיון שכל עוד מעורבים בתהליך ההפריה החוץ-גופית בעל ואישה, אין לדין אינטרס להתערב, כשם שאינו מתערב בהרחבת המשפחה הנעשית בדרך הטבע. כל עוד שלימות התא המשפחתי נשמרת, וכל עוד המסגרת הכללית של דיני המשפחה אינם נפרצים בדרך ההולדה – הדין איננו מתערב במעשה ואיננו פוגם בכשרותו ובתוצאותיו.

ה. על ההולדה לאחר מיתה והשלכותיה ההלכתיות

ה.1. הולדה לאחר מיתה מתאי רביה מוקפאים

המסקנה כי אין בהפקדת זרע לצורך הולדה בדרך של הפריה חוץ-גופית איסור השחתת זרע, היא, כי יש מקום, ואולי אף חובה, להמשיך בתהליך ההולדה שהוחל בו בהפקדת זרע בבנק הזרע לפני המיתה. דווקא האיסור החמור להוציא זרע לבטלה מחייב שלא לקטוע את תהליך ההולדה עם המיתה, כדי שלא יסתבר בדיעבד כי הזרע שהופקד בבנק הזרע הוצא לבטלה¹⁰³. אם בזרע שנותר לאחר מיתה כך, בביצית מופרית, שהיא שלב מתקדם יותר בתהליך ההולדה, אשר נותרה בהקפאה על אחת כמה וכמה.

ברם, מסקנה זו, ככל שהיא שובה את הלב, איננה מחייבת בהכרח להתיר את ההולדה מתאי רביה מוקפאים לאחר המיתה. אמנם, לתאי הרבייה, בין בשלב שלפני ההפריה ובין לאחריה, פוטנציאל להתפתח לעובר ולילד, אך אין בכך די. כדי לממש פוטנציאל זה, יש צורך בהפריית הביצית (אם נותר לאחר המיתה זרע שהוקפא), או בהפשרת הביצית המופרית (אם זו נותרה בהקפאה לאחר המיתה) ובהחזרתה, לאחר יצירת התנאים להשתרשותה, לרחמה של האישה אשר תישא את ההריון. פוטנציאל התלוי במעשה איננו נחשב לפוטנציאל בעיני ההלכה. אין דין הביצית המופרית כדין עובר המתפתח ברחם, גם אם התהליך הביולוגי שעוברת הביצית המופרית מרגע ההפריה במעבדה ועד להקפאתה זהה לתהליך המתרחש בגוף האישה לאחר ההפריה. לפי דעה זו, הביצית המופרית "אפילו איננה בגדר תחילת עיבור"¹⁰⁴, ש"אין דין הפלה אלא מרחם דווקא"¹⁰⁵. לכן, אין מניעה הלכתית להשמיד

102 שו"ת ציץ אליעזר, חלק ג', סימן כג; שו"ת יביע אומר חלק ב, אבן העזר, סימן א.
103 טיעון זה נסמך על היקש מהאיסור להפסיק באופן יזום הריון ללא הצדק הלכתי, כדי שלא יסתבר בדיעבד, שהוצאת הזרע ממנו נותר ההריון היתה לבטלה. ראו שו"ת חוות יאיר, סימן לא.

104 שו"ת שבט הלוי, חלק ה, סימן מז.

105 הרב ח. ד. הלוי, "על דילול עוברים והמעמד ההלכתי של העוברים במבחנה", אסיא מז-מח (כסלו, תש"נ), 14; הרב נ.א. רבינוביץ, "בין עובר לעובר", תחומין יז (תשנ"ז), 340.

ביציות מופרות שאין כוונה להשתמש בהן להולדה. יתרה מזו, בשל העדר מעמד הלכתי לביציות המופרות, לא נוצר יחס משפטי כלשהו בין הילד שנולד לאחר מות מולידיו מביציות מופרות שהייתה בהקפאה בשעת המיתה, לבין תורמי הזרע ו/או הביצית מהם נוצר ההריון¹⁰⁶.

עוד יש להעיר, כי אלמלא הכלל "דרכיה דרכי נועם", אין ספק כי הדין העברי היה אוסר הקפאת תאי רבייה והפשרתן לאחר מיתה. שכן, לו יצויר כי אדם נפטר ללא ילדים בהותירו אחריו ביציות מופרות בהקפאה. אם למנוח אח, כי אז חייב הוא לייבם את האלמנה או לחלוץ לה כדי להתירה להינשא, כפי שאכן נהגו. והנה, אם לאחר שתינשא בשנית, יופשרו הביציות המופרות מזרע המנוח שהיו בהקפאה ויוחזרו לרחמה של אישה, וזו תלד ילד למנוח, לידת הילד תאסור את האישה על יבמה משום אשת אחיו. היעלה על הדעת להרע את מצבה של האלמנה לעומת מצבה בשעת הפטירה? ודאי שלא, שאין זה מדרכי הנועם¹⁰⁷. הנה כי כן, נראה, כי לאסור הולדה לאחר מיתה מביציות מופרות שהיו בהקפאה בשעת מיתה.

ה. האם מחייבת ההלכה להוציא עובר מגופה של נפטרת?

אחת מדרכי ההולדה לאחר המיתה אשר לגביה אין מחלוקת בדין העברי, היא, יילוד עובר מרחם אמו שנפטרה. ההלכה מחייבת להציל את העובר ובלבד שייקבע מותה של נושאת ההריון. אם ההתערבות להצלת העובר באה קודם שנקבע מותה של האם, כי אז אם הניתוח עלול להחיש את מותה – אסורה ההתערבות בתכלית האיסור¹⁰⁸. עם זאת, כיוון שההתערבות צריכה להיות סמוך ככל האפשר לפטירת האם, או לחילופין כאשר המערכות החיוניות בגופה נתמכות על ידי מכשירים, די במוות המוחי כדי לקבוע את מותה של נושאת ההריון. דא עקא, קביעה זו נתונה במחלוקת הפוסקים¹⁰⁹.

¹⁰⁶ יש התולים את ההגנה על הביצית המופרת מפני השמדתה בתוצאה המצופה מן הטיפול. תהליך שאיבת ביציות מאישה הוא תהליך פולשני, מכאיב הכרוך לעתים בסיכון חיים. לכן, שואבים הרופאים מספר גדול ככל האפשר של ביציות לצורך הפרייתן במעבדה. הביציות שהופרו מיועדות בדרך כלל להחזרה לרחם האישה כדי להוליד. אולם, יש ובעצה אחת עם בני הזוג, מחליטים הרופאים שלא להשתמש בכל הביציות שבהקפאה. ביציות אלה, שאינן מיועדות להשתלה לרחם אינן מוגנות וניתן לזרוקן. בכל הכבוד הראוי, אינני רואה את הבסיס העיוני וההלכתי להבחנה זו שהיא במידה רבה הבחנה שרירותית. ההיפך הוא הנכון, דווקא בהבחנה זו הצדק להמשיך בתהליך ההולדה גם לאחר מיתה, אם יוכח בנסיבות הענין כי תאי הרבייה ניתנו ונוצרו לצורך הפריית האלמנה. ראו לענין זה הרב מ' אליהו, "השמדת ביציות ודילול עוברים", תחומין יא (תש"נ), 272.

¹⁰⁷ ראו לענין זה שו"ת מעשה חושב, חלק ג, סימן א.

¹⁰⁸ שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלט, סעיף א. ראו עוד ראו שו"ת ציץ אליעזר, חלק יג, סימן צז; י' גרין, לעיל הערה 19 בעמ' 554; הרב י' זילברשטיין, תורת היולדת (בני ברק), פרק ס, הערה 4.

¹⁰⁹ גדר המחלוקת האם יש להמתין בקביעת המוות לקריסת שלוש המערכות בגוף המקובלות מדורי דורות כסימן מיתה כפי שנפסק על יד ה"חתם סופר" במאה השמונה עשרה. היינו, הפסקת פעולת הלב, הפסקת נשימה וקריסת מערכת העצבים המרכזית (שו"ת חתם סופר, סימן שלו).

מבלי לקבוע הלכה, דעתי נוטה לקבל את המוות המוחי כקריטריון מספיק לקביעת מותו של אדם. לכן, משנקבע של נושאת ההריון על מבחני המוות המוחי, סלולה הדרך להכריע בשאלה. וכך שנוי במשנה¹¹⁰: "א"ר נחמן אמר שמואל: האשה שישבה על המשבר ומתה בשבת, מביאין סכין ומקרעים את כריסה ומוציאין את הוולד. פשיטא? מאי עביד? מחתך בבשר הוא! אמר רבה: לא נצרכה, להביא סכין דרך רשות הרבים. ומאי קמשמע לן? דמספיקא מחללינן שבתא". כלומר, לא רק ביום חול יש להציל את העובר הנתון במצוקה, אלא גם בשבת, ואפילו כרוכה הצלתו בחילול שבת ואפילו לזה שאין חזקתו חי. די בספק שהעובר יוצא חי מרחם אמו המתה, כדי להקים את החובה להצילו. כך פסקו להלכה הרא"ש¹¹¹, הריטב"א¹¹², הרמב"ן¹¹³, הרמב"ם¹¹⁴ והר"י קארו¹¹⁵.

שלושה נימוקים מוזכרים בספרות ההלכה המחייבים את הצלת העובר, בין בחול בין בשבת. לדעת הר"י עטלינגר, מחשובי פוסקי ההלכה במאה התשע עשרה, אין בנייתו הקיסרי להוצאת העובר מגופה של נושאת ההריון שנפטרה משום ניוולה, כיון שמקובל לילד נשים בניתוח קיסרי להצלת עובר הנקלע למצוקה. וזו לשונו¹¹⁶: "ניוול המת לא יקרא רק מה שמשקץ ומתעב המת בעיני רואיו, ובפרט מה שנקרא ניוול

או שאם התקדמות המדע והשתכללות הכלים המדעיים לאיבחון גזע המוח, די בהרס בלתי הפיך של גזע המוח המופקד על מערכת הנשימה, כדי לקבוע את מותו של האדם (ראו לענין זה החלטת מועצת הרבנות הראשית מיום א, מרחשון תשמ"ז אשר פורסמה באסיא מב-מג (ניסן תשמ"ז), 70, בתוספת הערות העורך הרב ד"ר מ. הלפרין). אין זה המקום לדון בסוגיה זו עליה נשתברו קולמוסין רבים ולא הוכרעה עד עצם היום הזה (ראו בהקשר זה, א' שטיינברג, "קביעת רגע המוות" – סקירת עמדות, אסיא נג-נד (אלול תשנ"ד), 5). אעיר רק לענייננו, כי קביעת מותה של נושאת הריון על פי המבחנים שקבע ה"חתם סופר", עלולה לגרום לנזק בלתי הפיך לעובר ואף למותו ובכך לייתר את הניתוח. עוד יוער, כי אף שהרמ"א שולל את ההיתר לנתח אשה הרה שמתה לא רק בשבת אלא אף בימי חול, "דאין בקיאין במיתת האם בקרוב כל כך שאפשר לוולד לחיות" (שולחן ערוך, אורח חיים, סימן של, סעיף ה, בהגהה), נראה, כי לאור השתכללותה של הטכנולוגיה הרפואית בתחומים אלה, ולאור בקיאותם של הרופאים בקביעת המוות המוחי, אף לשיטת הרמ"א יותר לנתח את נושאת ההריון להצלת העובר. עוד לענין המוות המוחי והשלכותיו לעניינים שברפואה, ראו י' גרין, לעיל ליד הערה 19, בעמ' 466-471. כמו כן יוער כי המוות המוחי הוכר כקריטריון הקובע את מותו של האדם גם במשפט הישראלי. ראוע"פ 341/82 בלקר נ' מדינת ישראל, פד"י מ"א(1), 1; י' גרין, שם, 488-489.

- 110 ערכין ז, א.
 111 רא"ש, יומא, פרק ח, סימן יג.
 112 חידושי הריטב"א, נידה מד, ד"ה: "דכתיב".
 113 תורת האדם, (בתוך: כתבי הרמב"ן, מהדורת שעוועל, ירושלים, תשכ"ד), שער הסכנה, מא. ומוסיף הרמב"ן בהסתמך על בעל הלכות גדולות (הלכות גדולות על פי מהדורת ונציה, מכון ירושלים, תשנ"ב, הלכות יום הכפורים, דף קפח) כי הדברים אמורים אף בשלבים הראשונים של ההריון כשהעובר בן פחות מארבעים יום.
 114 רמב"ם, הלכות שבת ב, טו.
 115 שולחן ערוך, אורח חיים, סימן של, סעיף ה.
 116 שו"ת בנין ציון סימן קעא. לשאלה מה נחשב על פי ההלכה כניוול המת, ראו בפסקא ה.2.2.3. להלן. השוו סעיף ג6 לחוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953.

גם גבי החי, אבל להוציא העובר ע"י חתיכת בטנה מאן לימא לן דזה ניוול יקרא אחרי שידוע שע"פ דרכי הרפואה גם בחיים לפעמים נעשה כן, והרבה פעמים מצאנו בדברי רז"ל יוצא דופן (=תינוק הנולד בניתוח קיסרי – י"ג), הרי שהיה ידוע דרך רפואה זו אצלם ואין זה ניוול".

הראשון לציון, הרב ב"צ חי עוזיאל, סבור כי אם ניתוח לחילוץ של עובר הנתון במצוקה ברחמה של אמו שנפטרה דוחה שבת, אינו דין שהצלתו תדחה את ניוולה של אמו¹¹⁷: "מדנקט דינא במתה בשבת, משמע דבמתה בחול אין שום ספק בדבר שמקרעין כריסה ולא חיישינן לנוול כלל משום שיש בו ספק פקוח נפש. ומסוגיא זו מוכח, דבמקום פקוח נפש אע"ג שיש בו גם אסור שבת דוחים איסור דניוול ושבת".

הר"י וינברג, מחכמי ההלכה במאה העשרים, בדעה הנסמכת על הרמב"ן, כי ברגע פטירתה של האם, רוכש העובר מעמד עצמאי וזכות מוגנת להיוולד. מאותו רגע נחשב העובר "כילוד ולא כירך אמו הוא, ולא כבדידה תלי (ולא בה תלויה חיותו – י"ג), אלא חי הוא ודלת ננעלה בפניו"¹¹⁸ וכמונח בקופסא דמי"¹¹⁹. העובר הבשל, היכול לשרוד מחוץ לרחם אמו, חשוב "כחי גמור שמותר לחלל עליו את השבת"¹²⁰. מכאן, בדומה לשיטתו של הרב עוזיאל, אם הצלת עובר הכלוא ברחם אמו המתה דוחה איסורי שבת, על אחת כמה וכמה שהצלתו תדחה את האיסור לנוולה, ככל שהוא קיים¹²¹. כיוצא בזה פסק הרב עובדיה יוסף¹²²: "ואשה שמתה שאני, שהוא חי ואמו מתה, והרי הוא כילוד וכמי שיצא לאויר העולם".

בטרם חיתום סוגיה זו, אעיר, כי אף שהכל מסכימים כי יש ליילד את הנפטרת, קשה להשלים בנסיבות המקרה נשוא דיוננו, עם הפסיקה השוללת את ההכרה במוות המוחי כקריטריון מיתה, פסיקה העלולה לאיין את החובה להציל את העובר. האם ניתן להשלים עם מותו של עובר חיוני אשר סיכוייו לחיות טובים בעוד סיכויי האם לחיות אפסו? הלא ניתן לשער כי, לו נשאלה נושאת ההריון אם להעניק חיים לעובר שהיא נושאת ברחמה, בודאי הייתה משיבה בחיוב ולא הייתה מניחה לו למות עמה¹²³. אמנם, אין דוחין נפש מפני נפש¹²⁴, ודין אחד להורג את הגוסס ולהורג את הבריא¹²⁵, אך האם שוות נפשות האם והעובר? האם קיימת סימטריה ביניהם באותה שעה? אשר

117 שו"ת פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סימן לב.

118 תורת האדם, לעיל הערה 113.

119 תוספות, נדה מד, ב, ד"ה: "איהו".

120 שו"ת שרידי אש, חלק א, סימן קסב. ראו עוד שו"ת ציץ אליעזר, חלק ד, סימן יד.

121 ראו עוד שו"ת ציץ אליעזר, חלק י"א, סימן מג.

122 שו"ת יביע אומר, חלק ד, אבן העזר, סימן א.

123 ראו עוד בהרחבה הרב י' שפרן, "הצלת עובר בגופה של נפטרת – היבטים הלכתיים", אסיא מט-נ (תמוז, תש"נ), 95.

124 אהלות, פרק ז, משנה ו; רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש א, ט; שו"ת פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סימן נא.

125 רמב"ם, הלכות אבל ד, ה; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלט, סעיף א.

על כן, אפשר ובנסיבות הענין, יש מקום לשקול החרגת הצלתו של עובר מרחם אמו שנפטרה, מהמחלוקת העקרונית בסוגית המוות המוחי. לאמור, די בקביעה רפואית כי נושאת ההריון מתה מוות מוחי כדי להתיר את ההתערבות.

שאלה מעניינת, אשר לא מצאתי לה תשובה בהלכה, המתעוררת אליבא דמי שמכיר במוות המוחי כקריטריון מיתה, נוגעת לחיבורה של נושאת הריון למכשירי החיאה, עד שריאותיו של העובר יבשילו והוא יוכל לשרוד מחוץ לרחם. האם תתיר ההלכה "החזקתה" של אישה הרה ב"חיים", על מנת להציל את עובריה? האם יש לבעל מעמד בענין זה?¹²⁶

גדר הספק טמון במתח בין האינטרס של העובר המחייב להציל אותו, לאינטרס של האם המחייב להגן על כבודה. מחד גיסא, מחללים שבת להצלת עובר¹²⁷. לכן, חיבורה של נושאת ההריון למיכשור הרפואי כדי להעניק חיים לעובר איננה עולה כדי ניוול המת. מאידך גיסא, ההיתר לחלל שבת להצלת עובר, אינו אלא להצלת עובר שיש לו חזקת חיים, במובן זה שסיכוייו לשרוד ולהתפתח טובים ככל שהדבר תלוי באמו המספקת לו את התנאים להתפתחותו. לא כן כאשר אמו אינה בין החיים. יכולתו להתפתח תלויה בגורמים חיצוניים לאם.

דעתי נוטה לגזור את התשובה מגיל ההריון. אם נושאת ההריון מתה מוות מוחי עד סוף הסימסטר השני להריון, שעד אז, ברוב המקרים, אין העובר יכול לשרוד – אין לחבר אותה למכשירים ולהאריך את חייה באמצעים מלאכותיים. אם מתה האם מוות מוחי בסימסטר השלישי, והעובר אובחן כבעל כושר לשרוד מחוץ לרחם, נראה כי יש לשמר את האפשרות להציל את העובר.

ה.3. על נטילת זרע מן המת לצורך הולדה

ה.1.3. הצגת הבעיה

"כי ישבו אחים יחדיו ומת אחד מהם ובן אין לו"¹²⁸. פסוק זה, המהווה את המקור

¹²⁶ תשובה חיובית לשאלות אלה תחייב, מן הסתם, דיון בסוגיות נוספות בתחום זה. כגון, האם מתירה ההלכה להעטר לבקשת בעל שאשתו מתה מוות מוחי לחברה למכשירי החיאה כדי להמשיך בגירוי שחלתי שהוחל בו, על מנת להפיק ממנה ביציות, להפרותן בזרעו ולהקים שם למנוחה בעזרת פונדקאית או רעיתו העתידית בזיווג שני? האם מתירה ההלכה לחברה למכשירי החיאה על מנת להתחיל בגירוי שחלתי? הדעת נותנת שלא. עם זאת יוער, כי המשפט הישראלי איננו מאפשר להתקשר בהסכם פונדקאות אלא לבני זוג, על כן השאלה איננה רלבנטית. ראו סעיף 1 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם), תשנ"ו, 1996; בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' מדינת ישראל, פד"י נ"ז(1), 419.

¹²⁷ תוספות, נדה מד, א, ד"ה: "איהו מיית ברישא"; הלכות גדולות, לעיל הערה 113; תורת האדם, שם, עמ' מ; חידושי הרמב"ן, נדה מד, ב, ד"ה: "והא דתנן"; קרבן נתנאל (על הרא"ש), יומא פרק ח, כלל יג, אות י.

¹²⁸ דברים כה, ה.

לדיני יבום וחליצה, נדרש בגמרא: "ובן אין לו, עיין עליו"¹²⁹. לאמור, עשה כל מאמץ כדי לפטור את האלמנה מהצורך ביבום וחליצה. למשל, על ידי הקביעה כי "בן" פירושו בן מכל מקום ובכל ענין¹³⁰. לכן, אף זרע¹³¹ שנולד לאחר מות האב, כגון שאשתו הייתה בהריון בשעת פטירה, פוטר את אמו למפרע מיבום אם ילדה זרע של קיימא¹³².

למעט ענין זה, לא מצאתי בספרות ההלכה התייחסות מפורשת לשאלה אם יש להתיר את ההולדה לאחר מיתה, לא כל שכן ליטול זרע מן המת לצורך הולדה. זאת ועוד, גם ההתייחסות הנ"ל אינה אלא לגבי הריון שנוצר בדרך הטבע ובחיי המנוח. יחד עם זאת, על יסוד ההיתר לבצע הפריה חוץ גופית מבעל לאשתו¹³³, היינו שהתועלת בהולדה בדרך זו (קיום מצוות פריה ורבייה) עולה על ה"נוק" הכרוך בה (הוצאת הזרע שלא דרך ביאה), ניתן לגזור את התשובה גם לענייננו.

המת בטל (פטור) מן המצוות¹³⁴, לרבות ממצוות פריה ורבייה, על כן אין הוא צפוי להפיק תועלת כלשהי מהעמדת צאצאים לאחר מותו. המוות מאיין לא רק את ה"תועלת" שבהולדה אלא גם את ה"מחיר". שהרי, אף שהמת איננו מבצע עבירה בהוצאת הזרע מגוויתו, הרופא הנוטל את הזרע פוגע בכבודו. בהעדר "תועלת" משמיט ה"מחיר" את הבסיס ההלכתי המצדיק את ההולדה בדרך זו, וממילא את ההצדק ההלכתי בהעמדת צאצאים לאחר המיתה.

יתרה מזו, גם התחייבותה של האלמנה כחלק מחובות הנישואין לסייע לבעלה למלא את חובתו בפריה ורבייה¹³⁵ פוקעת עם מותו של הבעל. אלא, שההתקדמות הטכנולוגית בשטח הפרייון, מחייבת בחינה מחודשת של קביעה זו. שכן, משהשיגה הטכנולוגיה הרפואית את היכולת ליצור הריון מזרעו של אדם גם לאחר מותו, אפשר שתמשיך לרבוץ על האלמנה¹³⁶ מחויבותה לסייע לבעלה אם תוכיח כי בעלה רצה בכל

129 יבמות כב, ב; שם, לה, ב.

130 רש"י, יבמות שם; רמב"ם, יבום וחליצה א, ה; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קנו, סעיף ד.

131 "זרע" פירושו יוצא חלציו של המנוח, הן בן והן בת ואפילו נכדים (אם מתו על פני הוריהם) ואפילו מאשתו מזיווג קודם.

132 יבמות לה, ב; רמב"ם, יבום וחליצה א, ה; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קנו, סעיף ד. יוער, כי כיום אין נוהגת מצוות היבום אלא חליצה בלבד, בכל מקרה שנתחייב אחי המת ביבום אלמנת אחיו. ראו א' וסטרייך, עילות למתן היתר נישואין לבעל במשפט העברי, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, סיון תש"ג. עוד יוער, כי כיום "שאינן מתכוונות (=המייבמים – י"ג) לשם מצוות חליצה, מצוות חליצה קודמת למצוות יבום" (משנה, בכורות א, ז; כתובות סד, א; יבמות לט ב ובהרחבה שרשבסקי, לעיל הערה 22, בעמ' 235 והמקורות שם; מ"ע פרידמן, "עכשיו אמרו מצוות חליצה קודמת למצוות יבום", אישות ומחשבה בהלכה ובמחשבת ישראל יג (תשנ"ז), 35.

133 ראו לעיל פסקה ג.2.

134 שבת קנא, ב.

135 ראו הטקסט הנסמך להערה 76 לעיל.

136 נוכח עמדתו העקרונית של הדין העברי השולל הקמת משפחה חד הורית במכוון, אף שאין פגם בכשרותו של הילד הנולד לאם שאינה נשואה, הכוונה בדיון זה לבקשת אלמנה להעמיד צאצא מבעלה המת.

מאודו בצאצאים משותפים עמה גם לאחר מותו¹³⁷. זאת ועוד, אם יוכח רצונו המשוער של המנוח בילד לאחר מותו, גם אם הזרע יופק לאחר המיתה, אפשר שתקום חובה על האלמנה ללדת מזרעו של המת מכח המצווה לקיים דברי המת¹³⁸. ולא זו אף זו, אפשר שנוכח היכולת להעמיד צאצא לאחר מיתה, תרבוץ עליה, גם אם לבעלה המת אין אחים, החובה להקים שם למת.

ה.3.2. על איסור הנאה מן המת, איסור ניוולו וחובת הקבורה

ה.1.2.3. ניתוח המת – הערות כלליות

הרבה קולמוסין נשתברו בשאלת ניתוחי המתים בהלכה ואין זה המקום להאריך. הסוגיה ראויה לדיון בפני עצמה¹³⁹. במסגרת זו נאיר, ובקצירת האומר, את העקרונות הבסיסיים הצריכים לענייננו.

ככלל, אוסרת ההלכה נתיחה לאחר המוות, למעט נתיחה לצורך פיקוח נפש. איסור זה מעוגן בחובה לכבד את המת על ידי הבאתו לקבורה שלם וסמוך ככל האפשר לפטירתו, כמתחייב מהגישה השוללת בעלות על גוף האדם. כשם שאין גופו של אדם מושא לבעלות בהיותו קניינו של האל¹⁴⁰, אף גוויתו אינה מושא לבעלותו שלו, של יורשיו או של השלטון¹⁴¹. על גוף המת רובצת קדושה מיוחדת המוציאה אותו מגדר חפץ המקבל בעלות. לכן, הסכמה לנתיחה, בין הסכמה של המנוח בחייו ובין של משפחתו הקרובה לאחר מותו, אינה מעלה ואינה מורידה. נתיחת המת מותרת על פי מבחן אובייקטיבי אחד, הוא מבחן הדין. מקום שהדין מתיר את הנתיחה – אין היא עולה כדי פגיעה בכבודו של המת¹⁴². לפיכך, השאלה איננה אם רשאי אדם להורות על נטילת זרע מגוויתו, או אם ניתן לייחס לו הסכמה משוערת, אלא אם ניתן להצדיק נוכח

137 אפשר שבנסיבות שנוצרו, אם אכן תצליח האלמנה להוכיח את רצונו המשוער של בעלה המנוח בילדים, תמשיך לרבוץ עליה גם חובת פריה ורביה מכח חובתה ליישב את העולם ("לשבת יצרה"). אולם, חולשתו של טיעון זה בולטת לעין. שהרי חיובה במצוות פריה ורביה איננו דווקא מבעלה המת. תינשא בזיווג שני ותקיים המצווה.

138 הכלל המצווה לקיים דברי המת נשנה בתלמוד בגטין יד, ב; כתובות ע, א; תענית כא, א. הכלל המיושם בדיני הירושה, מצוי בתחום המוסרי. אין חובה משפטית-פורמלית לקיים דברי המת, אלא חובה מוסרית המוטלת על היורשים לקיים צוואת אביהם. בשינויים המחוייבים לענייננו, השאלה היא אם מצווים היורשים לקיים צוואה מפורשת או משוערת של המת להקים לו זרע לאחר מותו. על הכלל ומהותו ראו בהרחבה י' ריבלין, הירושה והצוואה בדין העברי (רמת גן, תשנ"ט), 103.

139 ראו בין השאר, הרב י' אריאלי, "בעית ניתוחי מתים", תורה שבעל פה, הרצאות בכינוס הששי לתורה שבעל פה, תשכ"ד, סא; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ד, סימן יד; אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך ד, ערך "ניתוח המת", 528.

140 רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת נפש א, ד; רדב"ז (מכת"י) על הרמב"ם, סנהדרין יח, ו. על היבטים נוספים בסוגיה זו והדעות השונות ראו נ' זהר, "האדם כקנין האלהים", בין דת למוסר (אוניברסיטת בר אילן, תשנ"ד), 145; גרין, לעיל ליד הערה 17 בעמ' 79.

141 ראו שו"ת חתם סופר, חלק ו, סימן י; שו"ת דעת כהן, סימן קצט.

142 ראו שו"ת נודע ביהודה, מהדורה תניינא, יורה דעה, סימן רי.

התפתחות הטכנולוגיה הרפואית שטח הפיריון נטילת זרע מגופו של המת לצורך הפריית אלמנתו? האם העמדת צאצא למת, אפילו יוכח כי מאד רצה בו, שקולה כנגד פיקוח נפש כדי להתיר את נטילת הזרע?

בהפקת זרע מגוף המת מתעוררות למעשה שלוש בעיות הלכתיות: הבעיה האחת, האם אין בהתערבות החודרנית לנטילת הזרע משום ניוול המת? הבעיה השנייה, האין בשימוש בזרע להפריה משום הנאה מן המת, הנאה האסורה לפי ההלכה¹⁴³? הבעיה השלישית, האם אין החובה המוטלת על קרובי המת להביאו לקבר ישראל, סמוך ככל האפשר לפטירתו, גוברת על רצון המת אפילו אין בהפקת הזרע ושימוש איסור?

ה. 2.2.3. על איסור ניוול המת

האיסור לנוול את המת נישנה בתלמוד¹⁴⁴: "מעשה בבני ברק באחד שמכר בנכסי אביו ומת, ובאו בני משפחה וערערו לומר קטן היה בשעת מיתה, ובאו ושאלו את רבי עקיבא: מהו לבודקו? אמר להם: אי אתם רשאים לנוולו".

בהמשך מנסה בעל הסוגיה להבין מי הם המערערים על העסקה, האם הם בני המשפחה או הלקוחות. מסקנתו – המערערים הם הלקוחות, והעילה – סכסוך כספי בגינו מבקשים הם פתוח את קברו של המוכר המת כדי לברר את גילו. המערערים שמעו את תשובת רבי עקיבא ושתקו בהבינם כי אין בסכסוך כספי עילה מספקת לנוול את המת שהוא איסור מדאורייתא.

ככל שהדבר צריך לענייננו, מחילופי הדברים וממהלך הסוגיה, ברור, כי לדעת רבי עקיבא קרובי הנפטר אינם רשאים לנוולו מכח החובה המיוחדת המוטלת עליהם לכבד את קרובם המת ולקבורו¹⁴⁵. נמצא, כי הסכמה של קרובי המת להתערבות העלולה לגרום לניוולו – חסרת תוקף הלכתי¹⁴⁶.

אם נדייק בחילופי הדברים בין רבי עקיבא לבני המשפחה, ניווכח, כי סכסוך כספי כשלעצמו אינה עילה מספקת להתיר ביצוע פעולות רפואיות העלולות לנוול את המת ולבזותו, מה שאין כן לגבי התערבות פולשנית הצפויה להועיל למת או לפעול לטובתו. ואכן, מכלל לאו נשמע ההן. אם הפגיעה בכבודו של המת היא לתועלתו או לצורך גדול, כגון ניתוח להציל עובר מרחמה של נפטרת¹⁴⁷, או לצורך לימוד רפואה כשהחולה לפנינו¹⁴⁸ – בודאי שהנתיחה מותרת, כיון שאינה לשם השחתה או ביזוי

143 לשאלה אם המת כולו אסור בהנאה או רק חלקים ממנו, ראו רמב"ם, אבלות יד, כא; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שמט, ב.

144 בבא בתרא קנד, א. וכך נפסק להלכה ברמב"ם, מכירה כט, טז; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קז, סעיף ב; שם, סימן רלה, סעיף יג.

145 תוספות, שם, ד"ה: "זווי יהבינן".

146 ראו עוד באריכות, פסקי עזריאל בשאלות הזמן, סימן לב.

147 ערכין ז, א.

148 שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חלק יורה דעה, סימן רי.

אלא לתועלת, וככזו אינה נחשבת כניוולו של המת¹⁴⁹. וכך מסביר זאת הרב עוזיאל¹⁵⁰:
 "שטעם מותר המת לירשיו הוא משום שאומדין דעתו של אדם שנוח לו שיתכזה אחרי
 מותו משום הנאת ירשיו".

מה נחשב אם כן לניוול המת? אילו פעולות בגוויה הן בגדר ניוול? והאם יכול המת
 למחול על ניוולו? יש הסבורים כי המת מתנוול רק כאשר חותכים את העור והבשר
 ונראים האיברים הפנימיים¹⁵¹, ויש הסבורים שהניוול שייך רק אם נקבר ונרקב בשר
 המת¹⁵². מכאן, שאם ההתערבות החודרנית בגופו של המת איננה חושפת את האיברים
 הפנימיים, או שההתערבות נעשית סמוך למיתה בטרם נרקב הבשר או התעכל – אין
 בהתערבות משום ניוול של המת.

הרב משה פיינשטיין, מחשובי הפוסקים במאה העשרים, סובר, כי אם ההתערבות
 בגוויה היא מסוג הפעולות שנהוג לבצע באנשים חיים, אין היא בגדר ניוול. לכן,
 נטילת ביופסיה מגופה איננה נחשבת כניוולה כיון שביופסיה ניטלת מחולים כדבר
 שבשגרה¹⁵³:

"אבל נראה לעניות דעתי דאם לא יחתכו האברים ולא יפתחו צווארו ובטנו,
 רק רוצים לתחוב נידעל (=מחט) להוציא ממנו איזה לחלוחית להיודע מזה
 איזו דברים הנוגעים להמחלה, שזה אין להחשיב לניוול. שהרי דבר כזה מצוי
 טובא בזמננו שעושים כן גם לחיים ויש להתיר בפשיטות, וכן להוציא מעט דם
 לבדוק וכדומה ע"י נידעל אינו ניוול ויש להתיר. ואף שלא מצאתי זה בפירוש
 נראה זה לע"ד ברור. ולכן מה ששמעת שאפשר לראות ע"י נידעל בעלעקטערי
 כשיתחבו בגופו של המת כל חולי שבו מה שצריך לרופאים לידע אם אמת
 הדבר נראה שאין לאסור זה משום שאין בזה שום ניוול".

נמצא, לכאורה, על דרך ההיקש, כי אין בנטילת זרע מן המת לצורך הפריה משום
 ניוול. בחייו נוהג מטופל ליתן זרע לצורך בדיקה רפואית או לצורך הפריית אשתו,
 לרוב בדרך של אוננות, אך לעתים גם בשאיבתו ישירות מן האשך באמצעות מחט.
 אשר על כן, אין בנטילת זרע מן המת לצורך הפריה משום ניוול¹⁵⁴.

149 ראו באריכות בשו"ת משפטי עוזיאל, חלק א, יורה דעה, סימן כח.
 150 שם, סימן כט. דברי הרב עוזיאל מוסבים על מימרא של רבי נתן במשנה: "מותר המת בונין לו
 נפש על קברו" (שקלים, פרק ב, משנה ה). מסביר רש"י: "דלא מחיל (= מוחל הנפטר – י"ג),
 הלכך בונים לו מצבה על קברו מאותו מותר שכבר זכה בו המת".
 151 שו"ת יביע אומר, חלק ג, סימן כ.
 152 שו"ת בנין ציון החדשות, סימן יז.
 153 שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק ב, סימן קנא. כיוצא בזה פסק לפניו הר"י עטלינגר: "ניוול
 המת לא יקרא רק מה שמשקץ ומתעב המת בעיני רואיו ובפרט מה שנקרא ניוול גם גבי החי
 אבל להוציא העובר ע"י חתיכת בטנה מאן לימא לן דזה ניוול יקרא אחרי שידוע שע"פ דרכי
 הרפואה גם בחי לפעמים נעשה כן והרבה פעמים מצאנו בדברי רז"ל יוצא דופן הרי שהי' ידוע
 דרך רפואה זו אצלם ואין זה ניוול" (שו"ת בנין ציון, סימן קעא).
 154 יוער, כי פרופ' שטיינברג, משיג על פרשנות גורפת זו, וסובר כי "כללי ההיתר הזה מוגבלים

ה.3.2.3. על איסור הנאה מן המת המת אסור בהנאה. וכך שנוי¹⁵⁵: "ומת גופיה מנלן (=שאסור בהנאה – י"ג)? אתיא 'שם', 'שם' מעגלה ערופה, כתיב הכא: 'ותמת שם מרים' (במדבר כ, א) וכתיב התם: 'וערפו שם את העגלה בנחל' (דברים כ"א, ד), מה להלן אסור בהנאה אף כאן נמי אסור בהנאה". וכך פוסק הרמב"ם להלכה: "המת אסור בהנאה כולו, חוץ משערו שהוא מותר בהנאה מפני שאינו גופו"¹⁵⁶.

אמנם, נחלקו הדעות האם האיסור הוא מן התורה¹⁵⁷ או רק מדרבנן¹⁵⁸, אך להלכה נפסק כי ההנאה מגופו של המת, לרבות נוי המת המחוברים לגופו, כגון פאה נכרית וכיוצא בה, אסורים כמו המת עצמו¹⁵⁹. אולם, כאשר ההנאה היא לצורך פיקוח נפש – יידחה האיסור. כך פוסק הרב איסר יהודה אונטרמן, הרב הראשי לישראל, כי אין בעקירת איבר מן המת להשתלתו בחולה נזקק, משום איסור הנאה מן המת¹⁶⁰.

האם, הפריית אישה בזרע שנלקח מן המת לאחר מותו יכולה להחשב כהנאה מן המת? האמנם? הרב יגאל שפרן מדמה את רצונה של האלמנה בילדים למצב של פיקוח נפש, בדומה למצבו של אדם הזקוק להשתלת קרניות הנלקחות מן המת. כשם שאיסור הנאה מן המת מתבטל מפני השתלת קרנית, כך יתבטל איסור ההנאה מן המת בהולדת הילד¹⁶¹. אלא שהוא דוחה סברא זו בהעדר בסיס להשוואה בין השתלת קרנית של מת לנטילת זרע ממנו. למושלת הזקוק לקרנית אין חלופה אחרת, ולכן ההשתלה היא בגדר פיקוח נפש, בעוד אשר לאלמנה, לא כל שכן לבת הזוג שלא הייתה נשואה למנוח, פתוחה הדרך להיבנות לאחר שתינשא לאחר¹⁶².

דווקא לפעולות הנעשות באנשים חיים לצורך בירור ואיבחון, אבל פעולות הנעשות באנשים חיים לצורך ריפוי והצלה – אסורות בגוף המת. טעם ההבדל הוא, שמצינו בחז"ל דוגמאות להתיר פעולות ניוול במת לצורך בירור ואיבחון מצבים שונים, אבל פעולות הנעשות לצורך ריפוי והצלה – מותרות במת רק לצורך פיקוח נפש, בדיוק כמו שהדבר מותר בחי, אבל שלא לצורך פיקוח נפש הוא מוגדר כניוול "אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך ד, ערך "נתוח המת", 554, ה"ש 123). שאם לא תאמר כן, יוצא שכמעט כל ניתוח לאחר המוות יהא מותר, שכן ניתוחים פולשניים רבים נעשים כיום באנשים חיים.

155 עבודה זרה כט, ב. ראו סנהדרין מז, ב.

156 רמב"ם, אבל יד, כא.

157 רש"י, סנהדרין מז, ב, ד"ה: "פינהו"; תוספות, שם מח, א, ד"ה: "משמשין"; שו"ת יביע אומר, יורה דעה, חלק ג, סימן כ.

158 משנה למלך, אבל כא, יד; שו"ת שאילת יעבץ, חלק א, סימן מא. ראו עוד בשו"ת יחל ישראל, סימן עו.

159 שולחן ערוך יורה דעה סימן שמת, סעיף ב.

160 שו"ת שבט מיהודה, חלק א, 314–315.

161 הרב י' שפרן, "אבהות לאחר מיתה", תחומין (תש"ס), 347, 349.

162 טענה מעניינת יכול שתהיה בפי האלמנה שיש בה כדי להצדיק את רצונה בילד מבעלה. לו בעלה לא יכול היה להעמיד צאצאים, לא רק שהייתה זכאית לגט, אלא אף היו כופין אותו לגרשה בשל עילה זו (שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קנד, סעיף ז), לו הייתה באה גם בטענת "בעינא חוטרא לידה ומרה לקבורה" (יבמות סה, ב. רש"י (שם, ד"ה: "בעינא"): "עץ שתשען עליו לעת זקנתה, ואם תמות יקברנה"). אם כן, אם בחייו זכאית היא ל"חוטרא לידה", על

ה. 4.2.3. חובת קבורה

חובת הקבורה על פי ההלכה מוטלת על היורשים ובכלל זה על האלמנה¹⁶³: "אמר ר' יוחנן משום ר"ש בן יוחאי: רמז לקבורה מן התורה מנין? תלמוד לומר: כי קבור תקברנו". הרמב"ם פוסק להלכה כי מצוות עשה מן התורה לקבור את המת¹⁶⁴: "ההספד כבוד המת הוא, לפיכך כופין את היורשין ליתן שכר מקוננים והמקוננות וסופדין אותו, ואם צוה שלא יספדוהו אין סופדין אותו, אבל אם צוה שלא יקבר אין שומעין לו, שהקבורה מצוה שנאמר כי קבור תקברנו". חובת הקבורה איננה תלויה כלל ברצון המת. זו חובה עצמאית המוטלת על היורשים ובמקרים חריגים על הציבור (מנכסיו של המת)¹⁶⁵, ואפילו מי שאין לו ממון שציווה ואמר: אל תקברוני – אין שומעין לו¹⁶⁶. ומסביר הש"ך שאין שומעין לו משום דאיכא בזיונא דחיי (=שיש בזיון לחיים – י"ג)¹⁶⁷, כלומר, בזיון לא רק לקרובי המת אלא לכל הנכרא בצלם אלקים¹⁶⁸. אולם, יש הסוברים כי אם אדם מחל על בזיונו בעודנו חי ומסכים שינתחוהו לאחר מיתה – מחילתו תקפה¹⁶⁹.

דין זה משלים לעקרון שהוזכר ולפיו אין בעלות על המת, לא לקרוביו ולא לכל אדם אחר. לכן, כאשר ההלכה אוסרת נתיחת המת, לא תועיל הסכמת המנוח שאיננו בעלים על גוויתו, ולא תועיל הסכמת המשפחה כיוון שאינם יכולים להשתחרר מחובת הקבורה המוטלת עליהם, אלא אם אחרים קברו אותו. ברם, דינים אלה נאמרו כאשר אין צפוי המת להפיק תועלת כלשהי מהלנתו, אך כאשר נראה כי טובה היא למת לפעול בגופו, אפשר ויתפרשו דינים אלה על דרך הצמצום. כך למשל, נטילת הזרע המאפשרת המשכיות השושלת המשפחתית תכבד את הנפטר בעולם האמת. העולה במקובץ מן הדברים כי אין מניעה הלכתית להתיר נטילת זרע מנפטר על מנת להפרות בו את אלמנתו. ואכן, הרב ז"נ גולדברג, אב"ד בירושלים, נשאל אם מותר לשאוב זרע מכיס האשכים של גבר מת על מנת להפרות את אשתו ולהשאיר לו זכר בעולם. בתשובתו קבע כי "ללא הסכמה של הנפטר, כמובן שהדבר אסור, אך אם

אחת כמה וכמה לאחר מותו של הבעל צריכה היא חוטרא לידה. אלא שקל וחומר זה, מטעה וחסר בסיס. שכן, תכלית הכפיה על הגירושין לאפשר למבקשת להינשא לאחר ולהיבנות ממנו, אפשרות שנפתחה בפניה עם מות בעלה. תתכבד, איפוא, האלמנה ותינשא ותלד ילדים מבעלה בזיווג השני. מדוע צריכה היא להיבנות דווקא מבעלה המת?

163 סנהדרין מו, א; שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן שמא.
 164 רמב"ם, הלכות אבל, פרק יב, א. יעויין עוד בשו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תשפ; שו"ת ציץ אליעזר, חלק יא, סימן עד; אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך ד, ערך "נתוח המת", 353.
 165 רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, פרק יא, הלכה כד; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שמח, סעיף ב.
 166 שולחן ערוך, שם, סעיף ג.
 167 שך, שם, ס"ק ו.
 168 שו"ת ציץ אליעזר, חלק יא, סימן עד בשם שו"ת דברי חיים, חלק א, סימן סד.
 169 רש"י, סנהדרין מת, א, ד"ה: "מחיים"; שו"ת נודע ביהודה, מהדורה תניינא, סימן רי; הרב אריאלי, לעיל ליד הערה בעמ' נו.

קיימת הסכמה מפורשת, או אפילו אומדן ברור שזה רצונו, אז אין בכך איסור¹⁷⁰. הטעם לכך נעוץ בחשיבות שההלכה מייחסת לרצון האנושי להשאיר שם וזכר בעולם. עוד פסק כי ליורשים האחרים של הנפטר אין מעמד לענין זה¹⁷¹.

ו. זכויות הילד הנולד לאחר מיתה

ו.1. "אלו נוחלין ומנחילין: האב את הבנים"¹⁷²: ייחוס וירושה בהלכה

כדי שירושה תעבור מהמוריש ליורשיו על פי דין, להבדיל מירושה על פי צוואה, צריך שתהיה ביניהם קירבת משפחה¹⁷³. בנו של אדם של אדם שנפטר, המתייחס אחריו על פי ההלכה, יורש אותו: "אלו נוחלין ומנחילין: האב את הבנים"¹⁷⁴. מטבע הדברים, כשנקבעה הלכה זו הכוונה הייתה למוריש ויורש שהקשר ביניהם היא קשר ביולוגי. ייחוס הקירבה במשפט העברי נוצרים ונקבעים על ידי קשר הדם, "כדרך שהם קיימים בטבע ואין הם משתנים על פי רצון האדם או על ידי מעשים מלאכותיים שהוא עושה"¹⁷⁵. לפי זה, למרות שהכושר לרשת נקבע בשעת מותו של המוריש, יתכן כי גם יורש שלא היה בחיים באותה השעה יירש אותו, כגון עובר¹⁷⁶. כן יורשים בני בנים שאביהם מת על פני אביו (=סבם)¹⁷⁷. נמצא, לכאורה, כי כל המתייחס אחר מולידו יורש אותו, למעט מי שהודר מן הירושה, גם אם נולד בדרך הפריה חוץ-גופית ואף לאחר מותו של המוריש.

ולא היא. נחלקו הדעות האם ילד שנולד בדרך של הפריה חוץ-גופית מתייחס אחר מולידו. רוב חכי ההלכה סוברים כי הילוד מתייחס אחר בעל הזרע¹⁷⁸, אך יש

170 הרב ז"ג גולדברג, "על תרומת ביצית, פונדקאות, הקפאת זרעו של רווק ונטילת זרע מן המת", אסיא סה-סו (אלול, תשנ"ט), 45, 47.

171 שם.

172 בבא בתרא ח, א.

173 על דיני הירושה בדין העברי בכלל ראו בהרחבה ריבלין, לעיל ליד הערה 131.

174 בבא בתרא ח, א. וכך נפסק להלכה: "סדר נחלות כך: מי שמת – בנו יורשו" (שולחן ערוך, חושן משפט סימן רעו, סעיף א). יוער, כי על פי דין תורה, אם אין למוריש בנים (וצאצאיהם) עוברת הירושה לבנות (וצאצאיהן). כמו כן יצוין, כי דיני הירושה בדין העברי הם קוגנטיים. המוריש איננו יכול להתנות עליהם אלא בדרך של "מתנה מחיים". ראו רמב"ם, הלכות נחלות ו, א.

175 גולאק, לעיל ליד הערה 14, חלק ג, 11.

176 קידושין סו, ב; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה טו, ג; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ד, סעיף יט.

177 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רעו, סעיף ג: "מי שהיו לו שני בנים, ומתו שניהם בחייו, והניח האחד שלשה בנים והשני לא הניח אלא בת אחת, ואחר כך מת הזקן, בת הבן יורשת חצי הנכסים, ושלת בני הבן האחר יורשים החצי האחר, שאנו רואים כאילו הבנים קיימים ויורשים בשווה, וכל אחד מוריש לבניו חלקו".

178 בית חדש, שולחן ערוך, יורה דעה סימן קצה; טורי זהב, שם, ס"ק ז; משנה למלך, הלכות

המייחסים אותו אחר בעל הזרע לחומרא בלבד¹⁷⁹ ויש השוללים כל קשר משפטי-הלכתי בין היילוד לבעל הזרע למרות קשר הדם ביניהם¹⁸⁰. יש הגיון רב בייחוס הוולד אחר בעל הזרע. שכן, הריון הנוצר בדרך הטבע או בעזרה רפואית איננו מנתק את קשר הדם בין היילוד לבעל הזרע. גם לא המיתה. הדין העברי איננו מכיר בניתוק קשר דם, אף שהוא מכיר בניתוק קשר הלכתי-משפטי. כך למשל, לא מתקיים יחס הלכתי בין מתגייר לקרוביו¹⁸¹, או בין ילד שנולד ליהודיה מנכרי שבא עליה¹⁸², אף שקשר הדם קיים ביניהם. ואכן, קשר הדם מקים את מערכת היחסים בתוך המשפחה הגרעינית. אולם, התוצאות ההלכתיות הנובעות מקשר זה, אינן נקבעות רק על בסיס הקשר הביולוגי. כך למשל, לאופן יצירת ההריון, למועד בו נוצר, לכשרותם של המולידים יש השלכות ישירות על הקשר בין היילוד למולידו. ואכן נחלקו חכמי ההלכה בדורות האחרונים חלוקים בשאלה אם ילד שנולד מהריון שנוצר לאחר¹⁸³ ר' יחזקאל לנדא, פסק, אף שלא מצא אסמכת בפוסקים שקדמו לו, כי ילד הנולד מהריון שנוצר לאחר מיתה, מתייחס אחר בעל הזרע, אך לא כדבר המובן מאליו ולא לכל דבר וענין. לדוגמה, לענין ירושה הרי הוא כבנו של בעל הזרע לכל דבר, אך לענין יבום וחליצה אין הוא נחשב כבנו¹⁸⁴. לעומתו סבור ר' יצחק מקרלין כי בן

אישות פרק טו, הלכה ד; בני אהובה, הלכות אישות פרק טו; שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן רסח; שו"ת בית יעקב, סימן קכב; שו"ת אגרות משה חלק אבן העזר, סימן יח; שו"ת שואל ומשיב, חלק ג, סימן קלב; שו"ת הר צבי, אבן העזר, סימן א; שו"ת יביע אומר, חלק ב, אבן העזר, סימן א; שם, חלק ה, אבן העזר, סימן כא.

179 חלקת מחוקק, אבן העזר, סימן א, ס"ק ח.

180 שו"ת דברי מלכיאל, חלק ד, סימן קד; שו"ת תשובה שלמה, חלק ב, אבן העזר, סימן ד; שו"ת משפטי עזריאל, אבן העזר, סימן יט; שו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קעח. לשיטה זו אין הראיה מבן סירא אלא אגדה, ואין למדין מן האגדות.

181 לכן ההבחנה בין ההורות המשפטית-הלכתית להורות הביולוגית. מבחינתה של ההלכה, הגר שנתגייר כקטן שנולד. אין בינו לבין מולידו יחס משפטי כלשהו. אף על פי כן, בשל קיומו של קשר הדם אין ההלכה מתעלמת מעברו של הגר ומיחסיו עם קרוביו הביולוגיים. ראו לענין זה מ' קורינאלדי, "מעמדו המשפטי של ילד הנולד מהפרייה מלאכותית מתורם זר או תרומת ביצית", שנתון המשפט העברי יח-יט (תשנ"ד), 295.

182 יבמות, מה, ב.

183 גרין, לעיל ליד הערה 19, בעמ' 220-221.

184 שו"ת נודע ביהודה, מהדורה קמא, אבן העזר, סימן סט. הסבר אפשרי לייחוס הדיפרנציאלי של הילד אחר אביו, הוא שלמרות שההריון נוצר בשעה שהאב המוריש לא היה בחיים, זהותו ידועה והוא הדין בזהות הילד. ומכיון שהירוש על פי דין תורה הוא הילד, ומכיון שבדיני ממונות עסקינן, די בקשר הדם שאיננו מוטל בספק כדי להכיר בילד כיוורש. אין הדבר כן לגבי ייחוסו של הילד הנולד לאחר מיתה לאביו לענין יבום וחליצה. ההכרעה אם לפטור את האשה מיבום היא בתחום דיני איסור והיתר. ה"נהנית" מייחוסו של הילד אחר אביו לענין זה היא האם ולא הבן. אם יתעורר ספק לגבי ייחוסו של הילד אחר אביו המת, עלול הוא להיפגע על ידי הכרזתו כממזר. אשר על כן, סבר ה"נודע ביהודה" כי יש להחמיר ולא לראותו כבנו של בעל הזרע לענין יבום וחליצה. ראו עוד לענין זה, הרב מ. הרשור, "בעיות הלכתיות בתינוק מבחנה", הלכה ורפואה א (תשמ"מ), ש"ז.

מתייחס אחר מולידו לכל דבר וענין ואין לחלק בין יבום וחליצה לירושה. לדעתו, הילד הנולד לאחר מיתה במסכת העובדתית כפי שהוצגה על ידי ה"נודע ביהודה", לפטור את אמו מיבום וחליצה, כיוון ש"כל שיש סופו להיות לו זרע (=בן), או שהיה לו ואחר כך מת, לאו בת יבום היא, והכל משום דרכיה דרכי נועם"¹⁸⁵.

הנה כי כן, חלוקים ה"נודע ביהודה" ו"הקרן אורה" בשאלה אם בנוסף לקשר הדם צריך קיום פיסי בעולם בשעת המיתה לענין יבום וחליצה, אך אין הם חולקים בשאלה אם צריך קיום פיסי גם לענין ירושה. גם לשיטת ה"נודע ביהודה" די בקשר הדם כדי להקנות זכות ירושה גם למי שלא היה בעולם בשעת נפילת הירושה.

האם עולה מכך, כי בכל מקרה יירש היילוד את בעל הזרע, בין שהזרע הופקד בחיי המנוח וההריון נקלט לאחר מותו, ובין שהזרע נלקח לאחר מיתה? כנראה שלא. שכן, ה"נודע ביהודה" נשאל בדינו של בן שנולד מהריון שנוצר בדרך הטבע, הגם שקיימת אפשרות סבירה כי ההריון נקלט לאחר המיתה, בעוד אשר בענייננו מדובר בזכויותיו של בן שנולד מהריון שנוצר שלא בדרך הטבע. ה"נודע ביהודה" נשאל ביחס לדין הבחנה לגבי הריון שנוצר מיחסי אישות, אף כי לא ברור אם ההפריה התרחשה לפני מיתה או לאחריה למרות שאין חולק כי ההריון הוא תוצאה של יחסי האישות שנתקיימו לפני המיתה. דא עקא, כיוון שהכושר לרשת ולפטור מיבום וחליצה נקבעים בשעת הפטירה, לא ניתן לשלול את האפשרות כי באותה השעה האלמנה הייתה בהריון. בנידון דידן, לא הייתה הפריה בשעת מיתה (למעט אם הותר אחריו המנוח ביצית מופרית מזרעו). לכן השאלה אם די בקשר הדם, גם אם בשעת פטירה הילד טרם נוצר. ה"נודע ביהודה" פסק, כאמור, כי די בקשר הדם כדי לזכות את הילד בירושה גם אם טרם נוצר בשעת הפטירה, מה שאין כן לפטור את אמו מיבום וחליצה, ועל כך חולק עליו ה"קרן אורה".

יוער עוד בהקשר זה, כי כאשר יצירת ההריון היא לאחר מיתה בדרך של הפריה חוץ גופית, אין די בקשר הדם כדי לייחס את היילוד אחר מולידו. זאת כיוון שכדי להשיג את ההריון המיוחל יש צורך ב"מעשה" (=שאיבת הזרע, הקפאתו, הפשרת הזרע המוקפא ו/או הביציות המופרות אם נוצרו והוקפאו והחזרתן לרחם האישה). ואכן לענין ירושה פסק הרב שאול ישראלי כי "ולד שנולד מזרע מוקפא אחרי מות בעל הזרע, אין לו שום יחס קרבה למשפחת האיש שממנו בא הזרע המוקפא, והיורשים כדין ירשו, ואין הולד יכול לתבוע חלקו בירושה"¹⁸⁶. ניתן לייחס יילוד לאביו רק אם בשעת המיתה הייתה אמו בהריון. הרש"ז אויערבך פסק בענייננו של "מי שהוציא את זרעו לתוך כלי ומת בלי בנים לפני שהכניסו את הזרע לתוך רחם האשה, דאע"ג שנתעברה אח"כ וילדה ולד של קיימא, אפי"ה חייבת ביבום משום דאף שהולד מתייחס אחריו והוא בנו לכל דבר, מ"מ כיון דבשעה שמת בעלה עדיין מחוסר מעשה

185 קרן אורה ליבמות, סוף פרק תשיעי.

186 שו"ת חוות בנימין, חלק ג, סימן קז.

של הכנסת הזרע לגופה, מיד כבר חל עליה חובת יבום, ואף שלענין ירושה שפיר נקרא יורש, היינו מפני שדין ירושה לא תלוי דוקא בשעת מיתה ויכול שפיר לחול עליו שם יורש, גם זמן רב לאחר מיתת המוריש"¹⁸⁷.

נמצינו למדים, לשיטת ה"נודע ביהודה", גם אם בשעת הפטירה העובר טרם נוצר, הוא יורש את מולידו (ובלבד שיוכיח כי נולד מזרעו). אם נולד מזרע שניטל לאחר מיתה, מסתבר כי אינו יורש את בעל הזרע. לדעת הר"ש ישראלי אם הנולד לאחר מיתה מזרע שהוקפא לפני המיתה איננו מתייחס אחר מולידו, הנולד מזרע שניטל לאחר המיתה לא כל שכן. לדעת הרש"ז אויערבך הנולד לאחר מות המוריש יורש אותו אם הוחל בהולדה בחיי המוריש. הוזה אומר, הנולד מזרע שניטל לאחר מיתה אינו יורש את מולידו¹⁸⁸.

2.1. מזונות הילד הנולד לאחר מיתה

מהקביעה בדבר ייחוסו של היילוד נגזרת ההכרעה לגבי זכותו למזונות מן העזבון. כבר נתבאר כי אב חב במזונות ילדיו כאשר הוא אב¹⁸⁹. לענין זה אין נפקא מינה מהו הקשר המשפטי שהיה בין האב לאם ילדו¹⁹⁰. אב חייב במזונות ילדו מכח אבהותו (הביולוגית). אולם, במות האב פוקעת חובת המזונות המוטלת עליו, ולא זו בלבד אלא שאין חיוב המזונות כחוב כספי רגיל המוטל על העזבון. זה הכלל: במות המוריש מתחלקת הירושה בין היורשים כמבואר בתלמוד¹⁹¹, ונפסק להלכה ברמב"ם¹⁹² ובשולחן ערוך¹⁹³.

187 הרב אויערבך, לעיל ליד הערה 48.
188 ראוייה לציון דעתו העקרונית של ר"ש ישראלי, שהיא דעת מיעוט בין חכמי הלכה, כי האדם בעלים על גופו בכפוף למספר סייגים (כמו איסור התאבדות, איסור חבלה), ולכן רשאי לתרום איברים מגופו להצלת חיים. ר"ש ישראלי אף מוסיף כי "נראה שאותה זכות לתרום מגופו קיימת לאדם, במתן רשות לשימוש הצלה גם כאשר לאחר מותו". אפשר שעל דרך ההיקש ניתן לומר, לשיטתו כי אם הותר לאדם להפקיד זרע בחייו לצורך הפריית אשתו, ואף להפקיד זרע לפני טיפול, אפשר שיותר ליטול ממנו זרע לאחר מותו אם נגדיר את ההורות כהצלה (של אשתו מבדידותה). אולם, קשה לומר זאת, שהרי אין הוא מייחס את היילוד למולידו, על כן, ברור, כי אין לעודד הפקדת זרע כדי להשתמש בו לאחר המיתה. ראו עוד הרב ש' ישראלי, "תרומת איברים מן המת – הסכמת הנפטר ומעמד המשפחה", אסיא נט–ס (אייר, תשנ"ז), 105.

189 על הבסיס המשפטי לחיוב האב במזונות ילדיו ראו שרשבסקי, לעיל הערה 22 ליד הערה 2 בעמ' 372; י.צ. גילת, דיני משפחה (חושן משפט, תשס"א), 155–207.

190 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ע"א, סעיף ד. וראו עוד שו"ת היכל יצחק, אבן העזר, חלק א, סימן כב.

191 בבא בתרא קלט, א: "הניח בנים גדולים וקטנים – אין הגדולים מתפרנסין על ידי הקטנים, ולא הקטנים ניזונין על הגדולים, אלא חולקין בשווה".

192 רמב"ם, נחלות פרק ט, הלכה יב: "מי שמת והניח בנים גדולים וקטנים אין הגדולים מתפרנסים פרנסת הקטנים ולא הקטנים ניזונים מזונות הגדולים אלא חולקים בשווה".

193 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רפו, סעיף א. יוער, כי הירושה מתחלקת שווה בשווה בין היורשים גם אם הוצאותיו של כל אחד מהם אינם שווים: "מי שמת והניח בנים גדולים וקטנים או בנות גדולות וקטנות, והגדולים צריכים להוציא יותר במלבושים והקטנים צריכים להוציא

חריג לכלל זה הוא זכותה של הבת למזונות מן העזבון. על פי דיני הירושה בת אינה יורשת את אביה אלא במקרים חריגים¹⁹⁴, ולכן היא זכאית למזונות מן העזבון¹⁹⁵. מכאן, שבנים שיוולדו לאדם לאחר מותו, בין שנולדו מזרע שנלקח לפני פטירה ובין מזרע שנלקח לאחריה – אינם זכאים למזונות¹⁹⁶. יתכן, שחיוב העזבון או הירושים במזונות עולה כדי גזל.

ז. סוף דבר

הכרעה הלכתית המתעלמת מההתקדמות המדעית ומנסיבותיו האישיות של היחיד לוקה בחסר, על אחת כמה וכמה בתחומי פריה ורביה ובעיקר כאשר חיים צעירים נקטעים באיבם. הקמת משפחה והרחבתה, לרבות בעזרה רפואית, הם מערכי היסוד של הדין העברי. ההלכה מייחסת חשיבות רבה למצוות פריה ורביה. אף על פי כן, אין ההישג המדעי בתחום ההולדה כשלעצמו, מצדיק פגיעה בעקרונות הלכתיים. לכן, אסרו חכמי ההלכה על זוגות נשואים להיבנות בעזרת טכנולוגית ההפריה החוץ-גופית מזרעו של תורם, אך התירו בתנאים מסוימים מבעל לאשתו.

במאמר זה בקשתי לבחון את יחסה של ההלכה לאפשרות ההולדה לאחר מיתחם בהקשר לשלושה נושאים. בראשון שבהם, עניינו בחשיבותו של מוסד הנישואין וההגנה המתחייבת על התא המשפחתי כערך נורמטיבי שאינו נופל בחשיבותו מהעמדת צאצאים. לדעתי, אין ההולדה נתפסת בהלכה כענין טכני גרידא. ההולדה היא תהליך בעל משמעות בחיי הזוג הנשוי. היא יעד ערכי שאליה שואף הזוג, אך הוא גם צורך טבעי. הכמיהה לילדים היא מן המפורסמות, אך אין היא חזות הכל. ההולדה, חשובה ככל שתהיה, איננה מצדיקה פגיעה במוסד הנישואין ובתא המשפחתי, כשם שאיננה מצדיקה פגיעה בחיי האם.

בחלקו השני של המאמר, נידונה בהרחבה גישתה של ההלכה לכל אחת מאפשרויות ההולדה לאחר המיתה. המסקנה העולה מדיון זה, היא, כי בעוד אשר אין מחלוקת כי יש ליילד נושאת הריון שנפטרה כדי להעניק חיים לעובר בר חיות, נחלקו הדעות

יותר במזונות, אין ניזונים ולובשים מן האמצע, אלא חולקין בשווה וכל אחד ילבוש ויוזן משלו".

194 אם בנות האב אין לו בנים או צאצאיהם יורשת הבת את אביה. ראו בבא בתרא קטו, א; רמב"ם, הלכות נחלות א, א; שולחן ערוך, חושן משפט סימן רעו, סעיף א.

195 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קיב, סעיף ו.

196 יוער, בכפוף לאמור בסמוך, כי בכל הקשור לחיוב מזונות, מאבד גורם זה מחשיבותו נוכח היכולת המדעית ניתן לדעת את מינו של העובר כבר בשלב ההתפתחות הראשונית של הביצית המופרית. כך, שאם הילוד הוא זכר, לא ישתילו את הביצית לרחם האלמנה. סוגיה זו מעוררת, כמובן, את השאלה אם מותר לבחור את מינו של העובר, אך כיון שסוגיה זו ראויה לדיון בפני עצמה לא נרחיב בה.

ביחס למקרים האחרים. ברור, כי הצלת יילוד מרחם אמו שנפטרה, אינה רק חובה המוטלת על הרופאים, אלא שאיננה צריכה את הסכמת אביו. ברגע פטירתה של נושאת ההריון קונה העובר זכות מוגנת (עצמאית) להיוולד.

נחלקו הדעות, כאמור, ביחס לשני המקרים האחרים בהם ניתן להעמיד צאצאים לאחר מיתה. יש הסבורים כי אם תהליך ההולדה החל בחיי המוליד, אין המיתה כשלעצמה מצדיקה את הפסקתו. ההחלטה אם להתיר את ההולדה איננה נגזרת מהקשר המשפטי (קשר הנישואין) בין המולידים, קשר שפקע עם המיתה. הנישואין הם רק הכשר מצווה. לכן, די בכך שבעת שהוחל בתהליך ההולדה, קרי בשעה שהופקדו תאי הרבייה או לחילופין בשעה שהופרתה הביצית, היו בני הזוג נשואים כדי להמשיך בתהליך ההולדה. אין זאת אומרת כי בכל מקרה בו הותיר אחד מבני הזוג תאי רבייה בהקפאה או ביצית מופרית ישתמשו בה להולדה. בהחלט ניתן למנוע את ההולדה אם צפויה פגיעה בזכויותיו של היילוד, כיון שאין מולידו המת חב כלפיו, וכנראה שגם לא עזבונו, חובה כלשהי.

הוא הדין בנוגע להולדה מזרע שנלקח סמוך לאחר פטירה. במקרה זה מתווסף גורם נוסף למערכת השיקולים אם להתיר את ההולדה. נטילת הזרע מחייבת חדירה לגופו של המת, פגיעה בכבודו והנאה מן המת. גם במקרה זה ניתן לומר כי הפגיעה בכבוד המת וההנאה ממנו אינן צריכות כשלעצמן למנוע את ההולדה מזרעו של המת. אולם, פגיעה צפויה בזכויות הילד העתיד להיוולד ובטובתו, הקושי בהוכחת רצונו המשווער של המת בילדים לאחר מותו, האפשרות שהאלמנה תינשא ותקים את ביתה מחדש, מעוררים ספק אם ה"תועלת" שיש למת מנטילת הזרע עולה על ה"נזק" בנטילת הזרע, כדי לשלול את הפגיעה בכבודו של המת ובהנאה ממנו.

הנושא השלישי במאמר, עניינו בזכויותיו של הילד. אין חולק כי זכויותיו של ילד שנולד לאחר מות אביו, מהריון שנוצר בדרך הטבע בחייו, אינן נפגעות מעצם הלידה לאחר המיתה. הילד יורש אביו המנוח וזכאי למזונות מן העזבון. הדעת נותנת שאף ילד שנוצר בחיי אביו, אף שההריון נישא לאחר מותו, יירש אותו ויהנה ממזונות מן העזבון, אף שהכושר לרשת נרכש בעת המיתה. זכויות אלה אינן עומדות לילד שנוצר מזרע שנלקח לאחר המיתה. למרות קשר הדם בין המוליד ליילוד, אין הוא נחשב כבנו. אשר על כן, אין להתיר את הולדתו.

העולה במקובץ מן הדברים הוא, כי אם ההריון נוצר בדרך הטבע, ואבי העובר נפטר קודם הלידה, אין בעיה הלכתית כלשהי. אם נושאת ההריון נפטרה יש ליילד אותה, בודאי אליבא דמי שמכיר במוות המוחי כקריטריון מיתה. אם הותירו בני זוג או אחד מהם תאי רבייה בהקפאה, אין מניעה הלכתית להתיר את ההולדה לאחר המיתה, בכפוף לטובת הילד העתיד להיוולד. לעומת זאת, הנטייה היא לאסור הולדה מזרע שניטל לאחר המיתה בשל הפגיעה בזכויות הילד העתיד להיוולד ובטובתו. מסקנות אלה משקפות את האיזון ההלכתי הראוי, בין האינטרס הציבורי הרחב המחייב שמירה נוקשה על המסגרות ההלכתיות למרות החשיבות בהתקדמות מדע

הרפואה, לאינטרס של היחיד לממש את כמיהתו לילדים גם לאחר מותו. מסקנות אלה הן ביטוי מוסרי לגישה המחייבת שמירה על ערכי היסוד של ההלכה בתחום דיני המשפחה והרכבה, אך בד בבד מאפשרת לדיין להתחשב בנסיבותיהם האישיות של המבקשים להוליד מתאי רביה של נפטרים.