

# הזרעה מלאכותית במשפט העברי: היבטים השוואתיים, הלכתיים-מתודולוגיים ומוסריים\*\*

מלאכותית, מנוגד לאיסור של השחתת זרע. טיעון נוסף שמעלים אותו מיעוט של פוסקי ההלכה נגד השימוש בטכנולוגיה של AIH הוא החשש מכך שזרעו של הבעל יוחלף בזרעו של אחר, בין שבשגגה ובין שבמזיד. החלפה כזו תוביל לפגיעה מהותית במעמדו המשפטי של הילד. נימוקי המיעוט אינם מקובלים על הרוב בנוגע לאיסור של השחתת זרע. טענת הפוסקים המתירים את השימוש ב-AIH היא, שכאשר מטרת ההליך היא להביא ילד לעולם, אין זה רלוונטי מבחינה הלכתית, אם במסגרת התהליך להשגת מטרה זו, ישנה הפסקה בין פליטת הזרע הזכרי לבין חדירתו לאיבר הרבייה הנקבי. אמנם חלק מהזרע הזכרי תמיד הולך לאיבוד, אך כך הוא המצב גם בקיום יחסי מין "טבעיים". בנוגע לחשש מפני החלפה של הזרע, כלל ידוע הוא שהחשש הערטילאי מפני התממשות תרחיש שכזה, אינו מספיק כדי לאסור הליך המותר עקרונית מבחינה הלכתית, בייחוד כשההליך נועד לצורך הגשמת מטרה מכובדת ונעלה כהקמת משפחה<sup>6</sup>. בכל מקרה, ניתן לנקוט אמצעים שונים על מנת להבטיח שהסיכוי להחלפות זרע יהיה מינימלי. בהקשר זה, כבר כיום, במספר קליניקות שבהן מטופלים יהודים שומרי מצוות, ישנם מפקחים זמינים שעברו הכשרה, ושנושאים באחריות לוודא שאף זרע זר לא יתערב בהליך מרגע איסוף הזרע ועד להחדרתו לגוף האישה<sup>7</sup>. בהנחה שטכנולוגיית AIH מותרת על פי ההלכה, ובמיוחד במקרה של זוג שעבורו זו הדרך היחידה להביא ילדים לעולם, יש להתיעץ עם סמכות הלכתית על מנת למצוא את הדרך הראויה והמקובלת ביותר לאיסוף הזרע<sup>8</sup>. כמו כן, יש צורך בייעוץ הלכתי, כאשר קיימת אפשרות שההזרעה תתבצע בתקופת הווסת של האישה על מנת לייעל את קליטת הזרע ואת התעברות האישה. הצורך בייעוץ הלכתי במקרה זה עולה משום שבתקופה זו האישה אסורה על בעלה מבחינה הלכתית, ועל כן גם כל מגע ביניהם אסור<sup>9</sup>. אחת השאלות המתעוררות בהקשר של AIH היא אם השימוש בטכנולוגיה זו ממלא אחר הציווי המקראי של "פרו ורבו"<sup>10</sup>? חלק מפוסקי ההלכה טוענים שמאחר שמגע מיני הוא רכיב חיוני ובלתי נפרד של קיום מצווה זו, הבאת ילד באמצעות AIH לא מקיימת את החיוב<sup>11</sup>. נקודת המבט הנגדית לטענה זו היא שמהות הציווי של "פרו ורבו" מונחת למעשה בעצם ההתרבות ובהבאת צאצאים חיים לעולם, ולעומת זאת התהליך שבאמצעותו מביאים את הצאצאים לעולם אינו מעכב. על פי דעה זו, הציווי התורני על פריה ורבייה בהחלט מתקיים כאשר הבעל מזריע את אשתו בדרך מלאכותית<sup>12</sup>.

## הקדמה

הזרעה מלאכותית, דהיינו החדרת זרע לנרתיקה או לרחמה של אישה ללא קיום יחסי מין<sup>1</sup>, היא הטכנולוגיה הראשונה בתחום הרבייה המלאכותית שפותחה לשימושו של הציבור הרחב<sup>2</sup>. במאמר זה נדון בהבדל העקרוני בין גישת המשפט העברי ובין גישתה של הכנסייה הקתולית להזרעה המלאכותית; סוגיית הנטורליזם (Naturalism), דהיינו האמונה שאסור לסטות מההסדרים הטבעיים של מעשה בראשית; ההתמודדות המתודולוגית של ההלכה עם הזרעה מלאכותית, והיחס בהלכה בין המשפט למוסר בסוגיה זו. כמו כן נצביע על האופן שבו משפיעה העמדה ההלכתית בנוגע להזרעה מלאכותית על המשפט הישראלי בעניין עקרון האנונימיות של תורם הזרע, ובהקשר של בחירת אם פונדקאית על פי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו-1996 (להלן: "חוק ההסכמים").

## א. הזרעה מלאכותית באמצעות הזרע של הבעל (להלן: "AIH"<sup>3</sup>) עמדות יהודיות וקתוליות

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

## 1. עמדת ההלכה

מרבית פוסקי ההלכה מתירים את השימוש ב-AIH<sup>4</sup>. עמדת מיעוט הפוסקים, המתנגדים לשימוש בטכנולוגיה זו, היא כי השימוש בטכנולוגיה זו מפר את האיסור ההלכתי של השחתת זרע. לאור עמדת המיעוט, כל מגע מיני שבו הבעל אינו פולט זרע ישירות לתוך מערכת הרבייה של אשתו, נחשב להשחתת זרע, ויש להימנע ממנו מכול וכול<sup>5</sup>. בהתאם להגדרה זו, איסוף זרע למטרה של הזרעה

\* פרופסור למשפטים, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. ברצוני להודות לגב' שרה שויצקי, תלמידה לתואר ראשון בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, על עזרתה הרבה בהכנת המאמר לדפוס.

2 התהליך אצל בני האדם התחיל במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה. ראו א' שטיינברג **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** (מהדורה שנייה, 1988, כרך א) 148. Artificial Insemination Using The 3 Husband's Sperm.

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

5 שו"ת דברי מלכאל ד, קז-קח; שו"ת ישכיל עבדי ה, אבן העזר י; שו"ת ציץ אליעזר ט, נא. פוסקי הלכה אלו אוסרים את השימוש ב-AIH, אפילו אם כוונת הבעל היא להשתמש בזרע על מנת להקים משפחה. ישנה הנחה מיסטית חזקה בבסיס האסכולה האורתדוקסית, אשר באה לידי ביטוי במיוחד בעמדתו של הר" עובדיה הדיה (ראו שו"ת ישכיל עבדי, **לעיל**).

הנמקות דומות עומדות בבסיס התנגדותו לשימוש ב-AIH במטרה להתגבר על בעיית חוסר פוריות הנובעת מביוץ מוקדם. לפי המשפט העברי אסור לקיים יחסי מין במהלך תקופת הווסת, כך שבמקרה שאישה מבייצת מוקדם מן הרגיל, במהלך פרק הזמן שבו ההלכה אוסרת על קיום יחסי מין, היא לא תוכל להרות. ראו א' שטיינברג **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** (מהדורה ראשונה, 1994, כרך ד) 300. על מנת להתגבר על קושי זה, מספר פוסקי הלכה מציעים לעשות שימוש ב-AIH בפרק

הזמן שבו האיסור של קיום יחסי מין הוא מדרבנן בלבד, אולם הר" הדיה, שבנוסף להיותו פוסק חשוב היה גם קבליסט בעל שם, עומד בדעתו ש"הוולד שיוצור מזה, הרי הוא מלוכש בחיצוניותו ובפנימיותו, בטומאה רצוזה, שקשה לחלצו ממנה". על כן הוא מתנגד לשימוש ב-AIH על מנת לפתור את בעיית הפוריות שמתעוררת בעקבות ביוץ מוקדם. לגבי היחס בין ההלכה לקבלה בתחום זה ראו: D. Lasker "Kabbalah, Halakhah, and Modern Medicine" 8 *Modern Judaism* (1988) 1-14.

6 ראו **לעיל** הערה 4.  
7 ראו: A. Dickter "Kosher Conception" *Jewish Week* 7.11.1997.  
8 שו"ת אגרות משה, אבן העזר א, ע.  
9 שו"ת אגרות משה, אבן העזר ב, יח. שו"ת יביע אומר ב, אבן העזר א; שו"ת מנחת יצחק א, ג.

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

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

12 שו"ת מנחת יצחק א, נ; שו"ת יביע אומר ב, אבן העזר א; שו"ת ציץ אליעזר ג, כז.

13 ישעיה, מה, יח; משנה עדויות א, יג; תלמוד בבלי: יבמות, סב, א; Feldman, *supra*, note 10, at p. 48; נשמת אברהם, אבן העזר א, ט (מצטט את דברי הר" שלמה זלמן אויערבאך).



אילוסטרציה על-פי ד"ר, אדם וחווה 1506.

בין שתי העמדות הללו, קיימת עמדת ביניים, שאומצה על ידי הר" שלמה זלמן אויערבאך. לפי עמדתו, אף שהתרבות באמצעות AIH אינה עולה כדי קיום מלא של מצוות "פרו ורבו" מדאורייתא, הרי שהיא כן מספיקה כדי לקיים את המצווה מדרבנן של "לשבת יצרה" (ההוראה הכללית ליישב את העולם)<sup>13</sup>. באמצעות דירוג קיום המצווה ברמה הנמוכה יותר של מצווה מדרבנן, מצליח הר" אויערבאך להבטיח שעדיין תהיה משמעות הלכתית דתית להתרבות באמצעות AIH, אף שהיא אינה עולה כדי מלוא העצמה הנורמטיבית של המצווה מדאורייתא. ◀

\*\* מאמר זה מבוסס על מאמרו של המחבר: D. Sinclair "Assisted Reproduction in Jewish Law" 30 *Fordham Urban L. J.* (2002) 71-106. דיון מקיף בכל התחום של רבייה מלאכותית במשפט העברי נמצא בספרו של המחבר: D. Sinclair *Jewish Biomedical Law: Legal and Extra-Legal Dimensions* (Oxford, 2003) 68-120. גרסה מורחבת של המאמר תתפרסם בהמשפט ט (תשס"ד).  
1 יש לציין שהיום זוג המתקשה להשיג הריון על ידי הזרעה מלאכותית בצורה זו, יתקדם לתהליך של הפרייה חוץ-גופית שבו מחדיירים הזרע היישר לביצית הנמצאת במבחנה, ראו א' לוינ' וע' ספרן "הפרייה חוץ-גופית" **אסיא** נה (1994) 5.

### 3. סממנים נטורליסטיים בעמדה ההלכתית

על אף ההבדל בין העמדה הקתולית לבין עמדת המשפט העברי, יש בין הגישות השונות קווי דמיון מסוימים. אין להתעלם מהגישה הנטורליסטית החלשה המסתתרת מאחורי הדוקטרינה ההלכתית שלפיה AIH אינו משתווה לרבייה טבעית, ואינו עולה כדי קיום מצוות פריה ורבייה מדאורייתא. ניתן לראות בדירוג ההלכתי הנמוך יותר שניתן ל-AIH, ראייה לכך שגם בהלכה היהודית ישנה גישה נטורליסטית, אם כי מוסווית ובלתי מפורשת, לגבי רבייה מלאכותית. יש גם מקום לטעון שדעות הפוסקים המתנגדים לשימוש ב-AIH מהוות ביטוי לאותו נטורליזם מוחלש. ביטוי מיוחד לגישה נטורליסטית במשפט העברי ניתן למצוא בעמדת הר' עמנואל יעקובוביץ המבטא עמדה נטורליסטית חזקה בנוגע לטכנולוגיה של רבייה מלאכותית כאשר מדובר בהזרעה מלאכותית באמצעות זרע של תורם. כפי שיפורט להלן, ההסתעפויות המשפטיות והמוסריות במקרה זה הרבה יותר רציניות ומורכבות מאשר אלו של AIH. בעקבות זאת, פוסקי הלכה רבים המתירים את השימוש בזרע של תורם מבחינה הלכתית טהורה, מבטאים אף הם הסתייגויות מוסריות מפני התהליך. לפי הר' יעקובוביץ התנגדות מוסרית זו נובעת למעשה מכך שהשימוש בטכניקות מלאכותיות לרבייה, הופך את תהליך ההפריה וההריון לפעולה מכנית, נטולת אותן סגולות מיסטיות ואנושיות מיוחדות, ההופכות את האדם לשותפו של האל בתהליך רביית המין האנושי והפצתו בארץ:

“The use of artificial reproductive techniques turns childbearing into a mechanical act bereft of those mystical and intimately human qualities that make man a partner with God in the creative propagation of the race”<sup>20</sup>.

ההתייחסות לאופי המכני של ההזרעה, מזכירה במידה רבה את התאוריה הנטורליסטית שבבסיס הגישה הקתולית. יש לציין שהר' יעקובוביץ כתב מילים אלה בספרו פורץ הדרך בשפה האנגלית על אתיקה רפואית יהודית שיצא לאור בסוף שנות השישים של המאה הקודמת. יש להניח שהוא עשה שימוש בשיח הנטורליסטי בשל העובדה שחלק גדול מקוראי ספרו, ככל הנראה משתייכים למכירי ומוקירי שיח זה, ועל מנת לפנות אליהם בצורה המשכנעת ביותר. מן הראוי לציין בהקשר זה, כי גם במשפט המוסלמי, הקרוב למשפט העברי בעניין זה, ישנה דעת יחיד נטורליסטית באופייה. גישתו העקרונית של המשפט המוסלמי בתחום של רבייה מלאכותית אמנם דומה לזו של המשפט העברי, דהיינו שגם בו אין התנגדות עקרונית לשימוש באמצעי רבייה מלאכותיים כדי להתמודד עם בעיות פוריות בתוך מסגרת הנישואין. לפי המשפט המוסלמי, AIH מותר בהתאם לנורמות הלכתיות ספציפיות<sup>21</sup>. עם זאת, גם שם קיימת דעת יחיד הגורסת כי ילד הנוולד בעזרת אמצעים מלאכותיים אכן חסר את אותם רגשות וחמימות אנושית שילדים הנוולדים בדרך הטבע נהנים ממנה. לפי דעה זו, כל אמצעי הרבייה המלאכותיים אסורים<sup>22</sup>.

על כן, לפי מרבית פוסקי ההלכה, לא רק השימוש בטכנולוגיית AIH מותר, אלא שהוא אף מהווה קיום של מצווה. יש מקום לשער שגישה זו לשימוש ב-AIH, משקפת גם את ההשלכות החברתיות שיש לעקרות בחוגים דתיים. בחוגים אלו, ילדים מהווים מוקד חשוב של חיי הדת במשפחה ובקהילה. אין ספק, שרגישות ללחצים הדתיים והחברתיים המופעלים על זוגות אלה להביא ילדים לעולם, תורמת למגמה בקרב פוסקי הלכה למצוא דרכים לעזור להם גם על ידי שימוש בדרכי רבייה מלאכותיות<sup>14</sup>.

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

### 2. העמדה הקתולית

גישה זו מנוגדת לחלוטין לדוקטרינה של הכנסייה הקתולית, אשר נוקטת גישה נטורליסטית, ואוסרת כל התערבות טכנולוגית בתהליך הרבייה של בני האדם. בעקבות זאת, הזרעה מלאכותית, הן באמצעות זרעו של הבעל והן באמצעות זרעו של תורם זר, וכן הפריה חוץ-גופית – אינן אופציות עבור זוגות נשואים קתוליים הנאבקים בבעיות פוריות. לפי הדוקטרינה הקתולית, כפי שעולה מהוראת האפיפיור משנת 1987 (Donum Vitae)<sup>15</sup>, אסור להפריד את ההולדה מקיום יחסי מין במסגרת חיי הנישואין. איסור זה, המכונה “עקרון אי-ההפרדה” (inseparability principle), דורש כי ילדים יבואו לעולם אך ורק בעקבות קיום יחסי מין בין בעל לאשתו, וכל טכניקת רבייה אחרת המחליפה את המגע המיני בתהליך ההולדה, אסורה<sup>16</sup>. עקרון אי-ההפרדה מבוסס על הרעיון שילדים הנוולדים בכל דרך שאינה יחסי אהבה בין בעל לאשתו, ייצאו נפסדים בכך שהיכולת שלהם לאהוב ולהיות נאהבים תהיה פגומה. כמו כן, יש חשש מכך שדי בקלות ניתן לנצל לרעה טכניקות של רבייה מלאכותית<sup>17</sup>.

מן הראוי לציין כי ישנה גם עמדת מיעוט קתולית, אשר מחשיבה את האיסור הגורף שהושת על טכניקות הפריה מלאכותיות ב-Donum Vitae כיישום קיצוני מדי וקשה יתר על המידה של עקרון אי-ההפרדה. לפי נקודת מבט זו, כאשר זוג נשוי משתוקק נואשות להביא ילד לעולם, ילד שיהיה בשר מבשרם, והם פונים להשתמש בטכניקת רבייה מלאכותית כאמצעי להשיג את המטרה הזו, עצם מעשה הרבייה הופך להיות חלק בלתי נפרד של רכיב האהבה שבין הבעל לאשתו<sup>18</sup>. בנוגע לחשש מפני ניצול לרעה של טכניקות ההולדה המלאכותיות, עמדת המיעוט הקתולי הליברלי היא שיש להתמודד עם חשש זה באמצעות שילוב של סנקציות דתיות, ונקיטת צעדי זהירות פרקטיים מראש. אין לראות בחשש זה כשלעצמו או בתוצאה הנובעת מהתגשמותו גורם בסיסי שבגיניו יש לאסור באופן טוטלי את השימוש באמצעי רבייה מלאכותיים בכל נסיבה שהיא<sup>19</sup>.

הרבייה. כמו כן נעשה שימוש ב־AID כמוצא האחרון במקרים שבהם לא ניתן למצוא סיבה הנגלית לעין הגורמת לאי־הפוריות. ההערכה היא שכשלושים אחוזים ממקרי אי־הפוריות נובעים מליקויים במערכת הרבייה הזכרית<sup>27</sup>. לעתים קרובות AID מהווה את התקווה היחידה לזוג עקר, המשתוקק לילד בעל קרבה גנטית לאם, שהיא תוכל לשאתו ברחמה במשך כל תקופת ההריון המגיעה לשיאה בלידה. הטרגדיה שבאי־פוריות, ומשמעותה המיוחדת עבור משפחות יהודיות דתיות, אוזכרה בהקשר של AIH, אך היא אינה פחות רלוונטית גם בהקשר הנוכחי.

הבעיה המשפטית הקשה ביותר המתעוררת בהקשר של AID היא החשש מפני ניאוף וההשלכות שיש למעשה שכזה על הילדים הנולדים בעקבותיו. המקור ההלכתי הבסיסי לעניין AID הוא הסוגיה התלמודית הדנה באפשרות להרשות נישואין בין כהן גדול לבתולה הרה. לפי דין תורה, כהן גדול נדרש להינשא לבתולה<sup>28</sup>. בתלמוד, מוצגת השאלה הבאה: האם בתולה הרה, מותרת לכהן גדול או לא? בניסיון לספק לתרחיש זה בסיס עובדתי, התלמוד מציע שייכתן שהבתולה נכנסה להריון כתוצאה מרחצה באמבטיה שהיה בה זרע שפלט אדם, זמן קצר לפני שנכנסה<sup>29</sup>. יש להבהיר כי חשיבות הדיון

דרך אחרת להסתכל על החרגים הללו לעמדה ההלכתית המקובלת היא לראות בתופעות הנטורליזם המוחלש, ובמיוחד בגישתו של הר' יעקובוביץ, תרומה חשובה לעמדה ההלכתית המקובלת, בכך שהם מזהירים אותנו מפני אימוץ בלתי מבוקר של טכנולוגיית הפריון. אין בהלכה התנגדות עקרונית לטכנולוגיה זו, אולם עדיין יש לבדוק את ההשלכות המדעיות, הרפואיות, החברתיות והמוסריות שלה, ולוודא שרבייה מלאכותית אינה רק בגדר מותר על פי דין, אלא אף דרך טובה שניתן וראוי להביא באמצעותה ילדים לעולם.

יתרה מזו, בעצם הדירוג ההלכתי הנמוך יותר של פריה ורבייה באמצעות כל הליך מלאכותי להבאת ילדים לעולם, ניתן להבטיח שהטכנולוגיה החדשה לא תהפוך לכלי המנוצל לרעה בידי בן או בת הזוג במהלך סכסוך בחיי הנישואין. במקרה שאחד מבני הזוג לא ירצה, מסיבות מובנות ומתקבלות על הדעת, להתחיל בהליך של רבייה מלאכותית, לא תאפשר ההלכה לבן זוג לכפות עליו את ההליך בטענה שקיימת חובה ההלכתית להביא ילדים לעולם כתנאי להמשך הנישואין<sup>23</sup>. בן הזוג המסרב יכול לטעון כי הואיל וממילא רבייה באמצעים מלאכותיים אינה עולה כדי קיום הציווי ההלכתי מדאורייתא, עדיף שיישאר במצב של "שב ואל תעשה". מילוי חובה מדרבנן לא בהכרח מצדיק לדחות את חששותיהם של מיעוט הפוסקים האוסרים את השימוש בהליכים המלאכותיים הללו. מובן שאין במסקנה זו כדי לגרוע מן ההישג ההלכתי של זוג שעושה שימוש בטכנולוגיית הפריון מתוך הסכמה הדדית מלאה, על מנת להתגבר על בעיית פוריות. זוג זה בוודאי זוקף לזכותו קיום מצווה מדרבנן. במילים אחרות, ובהקשר של AIH, עצם סיווג השימוש בטכנולוגיה זו כמצווה מדרבנן מהווה את הבסיס לאלמנט הבחירה לגבי השימוש בה, אשר אולי לא היה קיים מבחינה הלכתית, לו AIH היה נחשב כאמצעי תקף לקיום החיוב של פריה ורבייה מדאורייתא<sup>24</sup>. בזכות זאת, הושג היעד שנועד להבטיח שטכנולוגיה של תקווה לא תהפוך לכלי של ניצול לרעה.

## ב. הזרעה מלאכותית באמצעות זרע של תורם ("AID"<sup>25</sup>) וסוגיות הניאוף והממזרות<sup>26</sup>

### 1. רקע כללי

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

עם זאת, AID הוא הצורה הנפוצה ביותר של הזרעה מלאכותית, ולעתים קרובות הוא הפתרון היחיד למגוון רחב של בעיות פוריות, לרבות במצבים של עקרות טוטלית של הגבר, ספירות זרע נמוכות, סיבוכים הנובעים מאי־התאמה בין סוגי הדם של בני הזוג – במיוחד ברכיב Rh<sup>-</sup> – ובעיות הקשורות למערכת החיסונית באיברי

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

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

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

17 על פי: McCormick, *supra* note 16, at pp. 347-349, דוגמה לניצול לרעה היא החלפת הזרע של הבעל עם זרע של תורם.

18 T. Shannon & L. Cahill *Religion and Artificial Reproduction* (New-York, McCormick, *supra* note 16, at p. 348; 1988) 111-115, 127-139.

19 McCormick, *supra* note 16, at p. 348.

20 Y. Jakobovits *Jewish Medical Ethics* (New-York, 1975) 248-249.

21 המשפט המוסלמי עומד על כך כי יש לנקוט אמצעי זהירות על מנת למנוע מצב שזרע של תורם יתערבב עם זרעו של הבעל. ראו: V. Rispler-Chaim *Islamic Medical Ethics in the Twentieth Century* (Leiden, 1993) 18-27.

22 ראו: *Ibid.*, at p. 24.

23 שולחן ערוך, אבן העזר קנד, א; אוצר הפוסקים יג-ס.

24 J.D. Bleich *Bioethical Dilemmas* (Hoboken, 1998) 207-208, 241.

25 Artificial Insemination Using Donor Sperm.

26 ממזר הוא תוצר של מעשה ניאוף או של גילוי עריות, אשר נאסר עליו לבוא בקהל ישראל ולהתחתן עם יהודי/ה אחר/ת. מותר לו להינשא לממזר אחר או לגו, אך בשני המקרים, צאצאיו גם הם בגדר ממזרים. ראו משנה קידושין ג, יב; תלמוד בבלי: יבמות מה, ב; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה טו, א; שולחן ערוך, אבן העזר ד, יג.

27 ראו שטיינברג, *לעיל* הערה 2, בע' 149.

28 ויקרא, כא, יג.

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

הם יבצעו גילוי עריות, וכל ילד שייולד במסגרת מערכת הנישואין הזאת יהיה ממזר<sup>34</sup>. ההלכה שקבע רבנו פרץ, האוסרת על אישה נשואה לשכב על סדין המכוסה בזרע של גבר שאינו בעלה, נובעת אך ורק מהחשש מפני האפשרות של גילוי עריות. העובדה שהזרע שממנו נוצר העובר ברחם של אישה נשואה הוא לא של בעלה אלא של גבר זר, אינה משפיעה כלל על כשרותו של אותו ילד: "כיוון שאין כאן ביאת איסור הולד כשר לגמרי". לאור זאת, גם לשיטת רבנו פרץ, מגע מיני בלבד, ולא התעברות, מהווה את היסוד העובדתי שבהגדרת עברת הניאוף במשפט העברי.

דעתו של רבנו פרץ מצוטטת על ידי כל הפרשנים המרכזיים לשולחן הערוך<sup>35</sup>, והיא מספקת את הביסוס העיקרי לרבים מפוסקי ההלכה הקובעים שבהיעדר מגע מיני, הזרעה של אישה נשואה מזרעו של תורם זרע, אינה מהווה ניאוף<sup>36</sup>.



### 3. התגבשות ההלכה במאה העשרים - גישתו המקלה של הרב פיינשטיין

אין אינדיקציות לכך שהלכתו של רבנו פרץ מבוססת על מקרה אמיתי. אכן, הרעיון שניתן להיכנס להריון בדרכים אחרות מאשר קיום יחסי מין לא התקבל על דעת מרבית פוסקי ההלכה כאפשרות ממשית או פרקטית<sup>37</sup>. אולם באמצע המאה העשרים, השתנו פני הדברים. עם המצאת הזרעה המלאכותית, הפכה סוגיית ההתעברות ללא מגע מיני להיות נושא הלכתי רלוונטי ביותר, ונושא לוויכוח סוער בין שני פוסקים חשובים בצפון אמריקה: הר' משה פיינשטיין והר' יואל טייטלבוים<sup>38</sup>. הוויכוח החל בשאלה שהוצגה לר' פיינשטיין בנוגע לזוג עקר שהשתוקק נואשות לילד. ברור היה שבעיית בני הזוג נבעה מהבעל, שסבל ממחסור בזרע בר קיימא. הר' פיינשטיין התיר לבני הזוג לעבור טיפולי AID במרפאת פוריות מקומית<sup>39</sup>. הוא הסתמך על עמדת התלמוד הנ"ל ועל פסיקתו של רבנו פרץ. על מנת להתגבר על הבעייתיות של גילוי עריות פוטנציאלי הטמון בהליך מסוג זה, הגביל הר' פיינשטיין את ההיתר שלו לתורם זרע לא יהודי. הטעם לכך הוא שאבהות של לא יהודי אינה רלוונטית מבחינה משפטית בהלכה, ולכן, באופן עקרוני, צאצאי אימהות שונות שאביהם המשותף אינו יהודי חופשיים להתחתן זה עם זה ללא חשש שיופר האיסור של גילוי עריות<sup>40</sup>. גם אם תורם הזרע הוא יהודי התגיי, התחתן עם אישה יהודייה, ואחד מילדיהם המשותפים מעוניין להינשא ל"תוצר" של AID שבו השתתף האב לפני הגיר, לא יבוצע כל מעשה של גילוי עריות. כל זאת משום שהאב לא היה יהודי בשעה שלקח חלק בהליך של AID. יש לציין, שלפי נקודת מבטו של הר' פיינשטיין, ניתן להניח בבטחה שמרבית הזרע בבנקי הזרע ובמרפאות הפוריות שבצפון אמריקה, הוא ממקור לא יהודי. על כן, הזוג שפנה אליו בשאלה המוזכרת לעיל, יכולים להשתמש בשירותיו של כל בנק זרע כדי לנסות לפתור את בעיית הפוריות שלהם, ובכך להימנע מפירוק נישואיהם.

התלמודי הזה לענייננו טמונה באור שהוא שואף לזרות על ההגדרה המשפטית של התהוות עברות הקשורות בקיום יחסי מין במשפט העברי, ולא בהיסטוריה, באנתרופולוגיה או בפיזיולוגיה של התעברות בתולה. השאלה שהתלמוד מבקש להשיב עליה היא אם בהקשר של נישואין לכהן גדול, אישה אינה נחשבת יותר לבתולה רק לאחר שקיימה מגע מיני עם גבר, או – אם התעברות מספיקה על מנת לשלול מהאישה את מעמדה כבתולה, אפילו בהיעדר כל פעולה של מגע מיני?

אם התשובה היא שהסטטוס של בתולה אובד רק בעקבות מגע מיני עם גבר, הרי שמותר לכהן להתחתן עם הבתולה ההרה, וחשוב מכך – ניתן להסיק מתוצאה זו כלל הלכתי שלפיו בכל העברות הקשורות בקיום יחסי מין במשפט העברי, היסוד העובדתי של העברה הוא קיום מגע מיני, ולא התעברות בלבד. על כן, אישה יהודייה נשואה, אשר נכנסת להריון מזרעו של גבר יהודי שאינו בעלה מבלי לקיים אתו יחסי מין, אינה בגדר נואפת. מאידך, אם התשובה היא כי עצם ההריון הוא זה שלא יכול לדור בכפיפה אחת עם הסטטוס של בתולה, אז הבתולה ההרה אסורה לכהן גדול. ובמקרה כזה ההלכה הכללית תהיה שההתעברות

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

### 2. מקורות ההלכה

הן רש"י והן תוספות פירשו סוגיה זו באופן כזה שהמסקנה היא שעצם המגע המיני – ולא ההתעברות – מונע מבתולה להינשא לכהן גדול<sup>30</sup>. מספר רב של פרשנים ופוסקים הולכים בעקבות רש"י ותוספות, ועל כן ההלכה הנובעת מפרשנות זו היא כי לפי המשפט העברי אך ורק מגע מיני, ולא התעברות בפני עצמה, מהווה את היסוד העובדתי בהגדרת העברות הקשורות בקיום יחסי מין אסורים, כגון ניאוף וגילוי עריות<sup>31</sup>.

מקור הלכתי נוסף העוסק בעניין זה הוא פסק הלכה שניתן על ידי רבנו פרץ מקורביל, בעל תוספות צרפתי מהמאה השלוש-עשרה, בנוגע לאישה הנכנסת להריון בתקופת נידותה. לפי ההלכה, קיום יחסי מין בין איש לאשתו אסורים בתקופת הנידות<sup>32</sup>. רבנו פרץ מתייחס לתרחיש שבו אישה נשואה, נכנסת להריון בתקופת נידותה לאחר ששכבה על הסדינים של בעלה, זמן קצר לאחר שהוא פלט עליהם את זרעו. לפי רבנו פרץ, במקרה כזה כלל לא מתעוררת שאלה הלכתית לגבי קיום יחסי מין עם אישה נדה מאחר שלא היה שום מגע מיני ממש<sup>33</sup>. אך עם זאת, הוא ממשיך ואומר כי על אישה נשואה להקפיד להימנע מלשכב על סדינים שיש עליהם זרע של גבר זר. הסיבה לכך נעוצה בחשש מפני גילוי עריות: אם האישה תיכנס להריון מהזרע הזר ותלד, ייתכן מצב שבו הילד שייולד ירצה להינשא לצאצא של אביו הביולוגי מבלי לדעת שהם אחים, ובכך

111 Rosner & J.D. Bleich eds., 1979); אך ראו גם משנה למלך, הלכות אישות טו, ד; טורי זהב, אבן העזר א, יח; שו"ת ציצן אליעזר ג, כז.  
 32 הצאצא של מגע מיני שזכה, אינו כפוף לכל פסול או פגם משפטי (ביאר הגר"א, אבן העזר ד, ל).  
 33 במהלך הקטע, כפי שהוא מצוטט בבית חדש, יורה דעה, קצה, ישנה הפניה לאגדה בנוגע להולדת בן סירא, אשר ספרו נמצא בספרים החיצוניים. לפי אגדה זו, שמעון בן סירא נולד לנביא ירמיהו ולבתו שהתעברה מזרעו, כתוצאה מכך שנכנסה להתרחץ בבית המרחץ לאחר שאביה הוכרח לפלוט את זרעו בעל כורחו. ראו ' אייזנשטיין (עורך) **מדרש אלף בית דבן סירא** (1928) 43. האגדה תומכת ברעיון שהתעברות שכזו בבית המרחץ לא מביאה לידי ממזרות מאחר שבן סירא, למרות מוצאו, "כשר היה". אגדה זו מופיעה במבחר יצירות הלכתיות. ראה למשל ליקוטי מהרי"ל ה; תששץ ג, רסג; חלקת מחוקק, אבן העזר א, יח; ברכי יוסף, אבן העזר א, יד; פחד יצחק, ד"ה בן ביתו; שו"ת יביע אומר, אבן העזר ח, כא. הר' עובדיה יוסף משתמש באגדה זו כדי להוכיח שילד שנולד לאישה יהודייה נשואה בעקבות שימוש ב-AID כאשר הזרע הוא ממקור יהודי, אינו ממזר; אך ראו שו"ת ציצן אליעזר ט, נא; Jakobovits, *supra* note 20, at pp. 247-248, שאינם מייחסים כל משקל משפטי רציני לאגדה זו.  
 34 המשפט העברי מכיר אך ורק בהורות טבעית, על כן, אביו של ילד שנולד בעקבות הזרעה מלאכותית הוא תמיד תורם הזרע, ראו: M. Brody "The Establishment of Maternity and Paternity in Jewish and American Law" 3 *National Jewish L. Rev.* (1988) 117, 118-119. הלכתו של רבנו פרץ מצוטטת בבית חדש, יורה דעה קצה; שלטי הגיבורים, שבעות פרק ב; ברכי יוסף, אבן העזר א, יד; ראו גם רמב"ם, בפירושו למשנה, מסכת סנהדרין ז, ד, המסביר שממזרות נוצרת גם אם ההורים לא היו מודעים לכך שמערכת היחסים שלהם הייתה למעשה גילוי עריות. טורי זהב, אבן העזר א, ה; חלקת מחוקק, אבן העזר א, ח; בית שמואל, אבן העזר א, י.  
 36 ראו למשל שו"ת שואל ומשיב ג, קלב; שו"ת משפטי עוזיאל, אבן העזר יט; שו"ת שרידי אש ג, ה; שו"ת מנחם משיב כו; שו"ת אגרות משה, אבן העזר א, עא; הר' ש"ז אויערבאך "הזרעה מלאכותית" **נועם** א (1958) 145. ראו גם מ' קורנילדי "מעמדו המשפטי של ילד הנולד מהפרייה מלאכותית מתורם זר או מתרומת ביצית" **שנתון המשפט העברי יח-יט** (תשנ"ב-תשנ"ג) 295.  
 37 ראו במקורות שצוטטו **לעיל** בהערה 29.  
 38 למעשה, מספר שנים קודם לכן, היה ה-AID הנושא המרכזי של כרך שלם בכרך הראשון של כתב העת ההלכתי **נועם**, אך הייתה זו דווקא קביעתו המעשית של הר' פיינשטיין שעוררה את הסערה בעולם הרבני. מן הראוי לציין, שבכרך זה, פסק הר' אויערבאך באופן מקל באשר לסטטוס של אישה נשואה שעברה AID עם זרע של תורם יהודי, אף שהוא הכריז שהצאצא יהיה ספק ממזר. עם זאת, הוא גינה את האפשרות שיעשה שימוש בזרע מתורם לא יהודי, הן על בסיס מוסרי והן על בסיס אידאולוגי.  
 39 שו"ת אגרות משה, אבן העזר א, עא. מן הראוי לציין כי הר' פיינשטיין מפנה לרעיון המצוטט באוצר הפוסקים א, מב שלפיו "ומה... שסובר דהולד מאמבטי הוא ממזר... הם דברי הכל... אבל... דווקא משום מעשה הביאה הוא ממזר ולא כשנתעברה באמבטי". תלמוד בבלי: יבמות מה, ב; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה טו, ג; טור, אבן העזר טו; שולחן ערוך, אבן העזר ד, א.  
 41 בעניין ממזרות, סובר הר' אויערבאך כי התוצר של AID עם זרע יהודי הוא ספק ממזר, ראו **לעיל** הערה 38. לפי הר' יחיאל ווינברג הצאצא הוא בגדר שתוקי, דהיינו אדם שאביו אינו ידוע. ראו שו"ת שרידי אש ג, ה. ההלכה מתייחסת לשתוקי כאל ספק ממזר בלבד, וניתן לפתור את הפגם במעמדו באמצעות הצהרתה של אמו בדבר זהות אביו, או באמצעות ניתוח סטטיסטי של תורמי הזרע במרפאה שבה ביקרה האם.  
 42 כתב העת ההלכתי האמריקאי **המאור**, פרסם מספר מאמרים בין השנים 1961-1965, המותחים ביקורת קשה על הר' פיינשטיין גם בגלל הנועזות שלו בפסיקת ההלכה. עורך כתב העת עצמו מצא לנכון לציין שלא ספק ניתן להסתמך על פסיקותיה המחמירות של הר' פיינשטיין, שכן אם הוא מחמיר בעניין מסוים, בטוח שעניין זה אסור מעבר לכל צל של ספק! אולם את פסיקותיו המקילות יש לבחון בקפדנות "כי כחא דהיתר של הגאון הזה שליט"א, עולה פי כמה על כל המקילים שהיו בישראל". מ' עמסל "עוד פרטים נחוצים באיסור ההזרעה המלאכותית" **המאור** טז (1965) 147.  
 43 שו"ת דברי יואל, אבן העזר, קז-ק.  
 44 ויקרא, יח, כ. הרמב"ן מפרש שניתן להשתמש במילה "לזרע" באופן "שאפשר שאמר 'לזרע', להזכיר טעם האיסור כי לא יודע הזרע למי הוא, ויבואו מזה תנועות גדולות ורעות לשניהם". למעשה, הרמב"ן מעלה פירוש זה אך ורק כפירוש אפשרי. הוא ממשיך וטוען כי הפירוש הנכון בעיניו הוא שהמילה "לזרע" נועדה להדגיש כי החטא אינו רק לשכב עם אישה אסורה, אלא לקיים עמה יחסי מין באופן שניתן להביא בעקבותיהם ילד לעולם, ראו פירוש הרמב"ן לתורה, **שם**.  
 45 ספר החינוך, יתרו ה.  
 46 הר' טייטלבוים מספק הסבר דומה לכך שבן סירא (**לעיל** הערה 33), היה נקי מכל רבב, למרות מוצאו המפוקפק ביותר.

לשיטתו של הר' פיינשטיין, לא מתעוררת כל שאלה של ניאוף או ממזרות בנוגע ל-AID, גם אם הזרע מגיע מתורם יהודי. רק בשל החשש מפני האפשרות של גילוי עריות בין הילד שנולד בעקבות AID לילדים אחרים של אותו תורם זרע, הלכתו המתירנית מוגבלת לשימוש בזרע של תורם לא יהודי. נראה כי מרבית פוסקי ההלכה בדורו תמכו בהיבט המשפטי הטהור שבגישתו<sup>41</sup>, אף שכפי שיפורט בהמשך, הם הרחיקו עצמם מגישה זו במישור המוסרי.

#### 4. גישתו המחמירה של הרב טייטלבוים

פסיקתו של ר' פיינשטיין נתקלה בביקורת קשה מצד מספר רבני התקופה<sup>42</sup>. הר' יואל טייטלבוים, מנהיגם הרוחני של חסידות סאטמר, הפך להיות מתנגדו העיקרי של הר' פיינשטיין בעניין זה. לפי הר' טייטלבוים<sup>43</sup>, האיסור ההלכתי על ניאוף מוגדר במונחים של גרימת חוסר בהירות ובלבול באילן היוחסין המשפחתי, כלומר, חוסר ודאות באשר לזהות האב הוא בבחינת קיום מגע מיני אסור. רעיון זה נגזר מפירושו של הרמב"ן למשמעות המילה "לזרע" בפסוק: "ואל אשת עמיתך לא תיתן שכבתך לזרע לטמאה בה"<sup>44</sup>. לפי פירוש הרמב"ן על התורה, מילה זו באה ללמד כי חלק בלתי נפרד מהגדרת איסור הניאוף המוזכר בתורה הוא חוסר בהירות באשר לייחוס המשפחתי. החשש מפני בלבול יוחסין גם מובא על ידי מחברו של **ספר החינוך**, שהוא ספר העוסק, בין השאר, בטעמי המצוות, כטעם מרכזי לאיסור ניאוף<sup>45</sup>.

הר' טייטלבוים, מתבסס הן על דברי הרמב"ן בפירושו לתורה, והן על דברי בעל **ספר החינוך** בעניין הגדרת איסור ניאוף, בהגיעו למסקנתו שעל פי ההלכה, AID הוא מעשה ניאוף כי הוא גורם לטשטוש ביוחסין של הצאצא.

במישור ההלכתי המובהק, מתייחס הר' טייטלבוים בעיקר לפסיקתו של רבנו פרץ, כאשר הוא יוצר הבחנה בין מקרה שבו ההתעברות הייתה מקרית בלבד, דהיינו המקרה של האישה השוכבת על גבי סדינים המוכתמים בזרע של גבר זר, לבין הריון מתוכנן כמו במקרה של AID. במקרה שרבנו פרץ מתאר, אין פגם במעמדו של הילד מאחר שפולט הזרע לא התכוון להכניס את האישה להריון, והאישה לא התכוונה להיכנס להריון בעקבות שכיבתה על הסדינים המוכתמים בשכבת זרע. אין שום הוכחה שאם ההריון היה מתוכנן, אזי רבנו פרץ היה מגיע לאותה מסקנה. ייתכן מאוד שהיה פוסק בצורה אחרת. על כן אין להשתמש בהלכתו של רבנו פרץ כדי לנקות את התוצר של הזרעה מכוונת מכתם הממזרות<sup>46</sup>.

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

31 ראו תששץ ג, רסג; שאלת יעב"ץ צו; חלקת מחוקק, אבן העזר א, ו; בית שמואל, אבן העזר א, י; שו"ת שרידי אש ג, ה; שו"ת יביע אומר, אבן העזר א, ו; ראו גם: F. Rosner, "Artificial Insemination in Jewish Law" *Jewish Bioethics* (New-York, F.

וסברות קצרות (ו)ברורות, הוא יותר משובח מאותם המדמים להורות מן התלמוד<sup>50</sup>.

לגישתו של הר' טייטלבוים, אמרתו זו של ר' יוסף אבן מיגש רלוונטית ביותר לתקופתנו, שבה מחברים בני דורנו, שאינם מבינים לעומק את כל הרבדים של ההלכה, מתיימרים לפסוק הלכה אך ורק לפי התלמוד: "ומה נאמר ומה נדבר בדור שפל ואפל כזה, ה' ירחם... שהכל בחשיכה יתהלכו אין רואה ומבין ואין מציל... ובזמננו זה עכשיו אין זה אלא מחסרון דעת ואין בהם תבונה... ותמה אני היאך יעלה על הדעת להקל באיסורים נוראיים כאלו של אשת איש וממזרות בפיטומי מילים (פטפוטי סרק) כאלה שאין בהם ממש כלל<sup>51</sup>."

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

## 5. סייגים לגישה המקלה

הר' פיינשטיין הגיב למגוון הביקורות שהשמיע כלפיו הר' טייטלבוים בתשובה נוספת שכתב בנושא AID<sup>52</sup>. באשר להגדרה של ניאוף, עומד הר' פיינשטיין על כך שיש לעשות הבחנה חדה בין קיום מגע מיני פיזי, שהוא למעשה היסוד העובדתי של עברת הניאוף, לבין בלבול בייחוס המשפחתי, שאינו מהווה יסוד כלשהו של עברת הניאוף, אך ניתן לראות בהימנעות מגרימתו ממד חוץ-משפטי בפריפריה של האיסור. על מנת להוכיח את עמדתו, מראה הר' פיינשטיין את חוסר ההיגיון בעמדה שלפיה בלבול בייחוס המשפחתי מהווה יסוד משפטי מרכזי בעברת הניאוף; שכן קבלת עמדה זו מובילה בהכרח לטיעון, שאין חולק כי הוא מוטעה, שמעשה של ניאוף עם אישה עקרה אינו מהווה עברה לפי ההלכה, מכיוון שבמקרה כזה לא מתעורר החשש של בלבול היוחסין<sup>53</sup>. ללא ספק, המגע המיני לכשעצמו מהווה את האלמנט המרכזי היחידי של עברת הניאוף; בלבול יוחסין מהווה לכל היותר ממד חוץ-משפטי ופריפריאלי של עברת הניאוף. כן טוען הר' פיינשטיין, שהמקור העיקרי שבו משתמש הר' טייטלבוים לביסוס טענתו שחוסר בהירות באשר לאילן היוחסין המשפחתי מהווה רכיב בלתי נפרד של עברת הניאוף, הוא פירוש הרמב"ם לתורה, אשר לשם הדיוק אינו מהווה יצירה הלכתית מוסמכת. משום כך, עמדתו של הר' טייטלבוים משוללת למעשה כל ביסוס נורמטיבי אמיתי התומך בה<sup>54</sup>. יתרה מזו, הר' פיינשטיין טוען שיייתכן שההערה בעניין בלבול היוחסין והניאוף כלל לא נאמרה על ידי הרמב"ם עצמו, אלא נאמרה על ידי "תלמיד טועה"<sup>55</sup>.

באשר לגישתו הכללית בעניין פסיקת ההלכה, טוען הר' פיינשטיין נגד הר' טייטלבוים ושאר מבקריו כי, בעוד שפסיקתו בעניין AID מבוססת על ניתוח הלכתי טהור, הפסקים שלהם מושפעים "מדעות חיצוניות", ובעקבות זאת נוצר מצב שבו הם "אוסרים את המותר ומתירים את האסור". הר' פיינשטיין עומד על כך שיש להעריך

אולם לא ניתן למצוא כל תימוכין לפרשנות זו בדברי רבנו פרץ עצמו, שכן דבריו אינם מצביעים על כך שהסוגיה המרכזית שהוא מתמודד עמה היא כוונת הצדדים המעורבים בהתעברות, אלא עיסוקו הוא בהגדרת היסודות העובדתיים של העברות העוסקות בקיום יחסי מין עם אישה נדה, והתעברות מזרע של אדם זר. לו הטעם האמיתי מאחורי פסיקתו של רבנו פרץ היה טמון בחוסר הכוונה להעביר את הזרע מהגבר לאישה הנשואה באמצעות הסדין המוכתם בזרע, הרי שצריך היה להיות לכך ביטוי כלשהו בדבריו, ולא כך הוא מצב הדברים. כמו כן, נראה שאין משמעות או חשיבות כלשהי לכוונה בדיני ממזרות בהלכה. תמיכה לרעיון זה ניתן למצוא במקרה שבו אישה מאמינה בטעות שבעלה נפטר, ועל סמך זאת מקבלת היתר מבית דין רבני להינשא שנית; הלכה מבוססת וידועה היא, כי אם יתברר שבעלה הראשון אינו מת, תוכרז האישה נואפת, וילדיה מהנישואין השניים יוכרזו ממזרים, וזאת על אף שהאישה פעלה ללא כוונה לבצע מעשה ניאוף<sup>47</sup>. הלכה זו תומכת בגישה שממזרות מוגדרת במונחים פיזיים בלבד, והכוונה מאחורי המעשים אינה רלוונטית.

ייתכן שגם הר' טייטלבוים חש את החולשה שבטיעונו באשר לחוסר הכוונה שבהתעברות, ועל כן הוא מוסיף וטוען שלעברת הניאוף מישורים רבים הנדרשים לעיון ולהבנה, אשר חלקם מובנים רק למקובלים, וחלקם אינם מובנים לאף אדם, כפי שכתב בתשובתו: "ובאמת בטעמי המצוות יש עוד הרבה טעמים נסתרים שאינם ידועים אלא לחכמי האמת, ויש עוד בהם עניינים גבוה מעל גבוה מה שלא נתגלה עדיין לשום בריה"<sup>48</sup>. על כן, אין זה בטוח להסתמך אך ורק על הבנה רציונלית טהורה של ההלכה, בייחוד כשמדובר בעברות חמורות כעברת הניאוף. לשיטתו של הר' טייטלבוים, הגישה הנכונה היא לנקוט משנה זהירות לפני שמאפשרים לפעול בכל צורה שהיא שעשויה להביא לידי עברת ניאוף.

ביקורתו של הר' טייטלבוים כלפי הר' פיינשטיין אינה מתמצה אך ורק בדיון במקורות ההלכתיים והחוץ-הלכתיים הנוגעים ל-AID במשפט העברי, אלא מדובר בביקורת עמוקה ומקיפה יותר, המתפרשת אף לרובד התאורטי שמאחורי קבלת ההחלטות ההלכתיות. כמעט תמיד מבוססות הכרעותיו ההלכתיות של הר' פיינשטיין במישורין על מקורות תלמודיים, וככלל הוא אינו מקדיש תשומת לב רבה לפרשנים מאוחרים או לפוסקים מאוחרים. הר' טייטלבוים מצטט את המחלוקת הקדומה בין אלה התומכים בפסיקת ההלכה על סמך התלמוד בלבד, ובין אלה התומכים בפסיקה על סמך פרשנויות מאוחרות יותר. הוא לכשעצמו מעדיף את גישתו של ר' יוסף אבן מיגש, נציגה המרכזי של האסכולה השנייה המוזכרת לעיל, הדוגלת בכך שראוי יותר לפסוק הלכה על סמך ובעזרת פרשנויות מאוחרות יותר לתלמוד, כגון הגאונים<sup>49</sup>, מאשר לפסוק הלכה אך ורק על סמך התלמוד עצמו:

"אין בזמננו זה מי שייגיע בתלמוד לגדר שיוכל לסמוך להורות ממנו (מהתלמוד)... עד שאני אומר שמי שאינו סומך על עצמו, אם הוא נתלה בתשובות הגאונים ובהוראתם, שהם הלכות פסוקות

לנסיבות העניין. הר' פיינשטיין מסביר שחשוב מאוד להבין ולקחת בחשבון שלא רק השימוש ב-AID עשוי שלא לקרב בין בני זוג, אלא הוא עשוי אף להוביל לפרידתם. אפשרות זו קיימת במיוחד במקרים שבהם אין תמיכה וייעוץ הולמים לבני הזוג. במקרים אלה, ייתכן שבעל האישה שעברה את תהליך ההזרעה לא יהיה מוכן לקבל את הילד כילדו הוא. התוצאה תהיה טרגדיה גם לילד וגם למשפחה כולה. לכן יש להמליץ על השימוש בטכנולוגיה זו אך ורק לבני זוג שהוכנו כראוי לקבל ילד בהליך של AID על כל ההשלכות שיש לדבר. אף על פי כן, בנוגע למעמד ההלכתי שיש ל-AID, הר' פיינשטיין חוזר על עמדתו המקורית, וקובע באופן חד-משמעי שאם בני זוג בוחרים לבצע הליך של AID, באמצעות זרע של לא יהודי, ומצליחים להתקדם בהליך זה לשלבי הסופיים, הצאצאית כשרה לחלוטין ויכולה אף להינשא לכהן.

באותה התקופה שהתפרסמה תשובתו המקורית של הר' פיינשטיין, טען גם הר' אויערבאך שמאחר שהתוצר של AID שבו עושים שימוש בזרע של תורם לא יהודי יהיה נקי מכל גגם משפטי, יש לשקול להתיר את השימוש בטכניקה זו לזוג השרוי במצוקה נוראה העולה לכדי "ממש שאלת חיים"<sup>61</sup>. אולם גישתו של הר' אויערבאך הוצגה יותר כהתעמקות תאורטית בסוגיה מאשר כפסק הלכה מעשי, ולוותה באזהרה חמורה על כך שדבריו מהווים אך ורק בסיס לפוסקי הלכה מנוסים בפסיקות הלכתיות בעתיד, ולא כדבר

פסקי הלכה לפי קריטריונים משפטיים אובייקטיביים, ולא ניתן לסתור או לשלול מן היסוד פסקים מקלים אך ורק בשל המתירנות שבהם:

"וכל השקפתי היא רק מידיעת התורה, בלי שום תערובות מידיעות חיצוניות, שמשפטיה אמת; בין שהיא להחמיר, בין שהיא להקל. ואין הטעמים מהשקפות חיצוניות וסברות בדויות מהלב כלום, אף אם להחמיר, ולדמיון שהוא ליותר טהרה וקדושה"<sup>56</sup>.

הר' פיינשטיין אינו מרחיב בעניין "הרעיונות החיצוניים" שעליהם הסתמכו מתנגדיו בוויכוח אתו. ככל הנראה, אחד מהרעיונות הללו הוא בבסיס ההנחה שתמיד עדיף לטעות לחומרה ולהוסיף איסורים כאשר מתמודדים עם סיטואציה חדשה ולא מוכרת, כמו במקרה של AID, מאשר להקל ולעבור ולו בטעות על איסורים חמורים. "רעיון חיצוני" נוסף הוא מגוון רחב של טיעונים חוץ-הלכתיים שמתנגדיו עושים בהם שימוש נרחב כדי לסתור את עמדתו. התכונה האופיינית המשותפת של כל ה"טיעונים החיצוניים" הללו היא, שהם נעדרים כל ייחוס הלכתי נורמטיבי. הר' פיינשטיין מדגיש שעד לתחילתו של הדיון הנוכחי, לא קם ולו פוסק הלכה משמעותי אחד שאימץ את הגישה שלפיה ילד שנולד כתוצאה מתהליך של AID עלול להיחשב ממזר:

"ושפיר כתבתי דמה שהביא... דחולקין וסוברין דהולד ממזר אינו כלום, דאין בכוחם לחלוק על כל רבותינו אלה בלא מקור מסברא חיצונית שבארתי שהוא כסותר כל עניין האיסור דעריות, לפי דיני התורה המבוארים בגמרא"<sup>57</sup>.

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

על כן, עמדתו של הר' פיינשטיין נותרה כשהייתה, ללא שינוי; אין כל מחסום או איסור הלכתי לשימוש בטכנולוגיית AID כאשר נעשה שימוש בזרע שאינו יהודי. כמו כן, אם הצאצא הנולד הוא ממין נקבה, אין כל מניעה או הגבלה שהיא תינשא לכהן<sup>58</sup>. מובן שגם אם משתמשים בזרע יהודי, ונזהרים מפני מצב של נישואין בין קרובים, אין בעיה של ניאוף או ממזרות.

בשנת 1965, יצא לאור ספר בברוקלין, ניר-יורק, אשר משתמע ממנו כי הר' פיינשטיין חוזר בו מעמדתו המקלה בעניין AID. לפי הכתוב בספר זה, אין יותר להסתמך על תשובתו המקורית בחיי היום-יום, מאחר שההיתר ניתן למקרים הקשים והחמורים ביותר, והתבונה להכריע אם מקרה מסוים נופל בגדר קטגוריה זו היא למעשה מעבר ליכולת אפילו של פוסק ההלכה המנוסה ביותר<sup>59</sup>. כעשר שנים מאוחר יותר, ראה הר' פיינשטיין לנכון לחזור ולשנות את עמדתו בנוגע ל-AID, ובתשובה נוספת הוא קובע:

"הנה ממה שכתבתי בתשובתי בחלק א', אבן העזר, סימן ע"א, ובחלק ב', אבן העזר, סימן י"ח, וכן מה שכתבתי בחלק ב', סימן י"א, כולם אמת וברור לדינא, לא שייך להתחרט מהם"<sup>60</sup>.

עם זאת, הוא מוסיף, שלא בכל מצב הוא פוסק למעשה בהתאם לקביעתו ההלכתית, אלא הוא מפעיל את שיקול דעתו בהתאם

47 שולחן ערוך, אבן העזר יז, נו.  
 48 שו"ת דברי יואל, לעיל הערה 43, וראו בכלליות: Lasker, *supra* note 5.  
 49 הגאונים היו פוסקי הלכה, בעיקר מבבל, בתקופה שלאחר חתימת התלמוד. הם ייסדו את שיטת הקודיפיצייה ההלכתית וספרות ה"שו"ת" הסדורה על מנת לסכם ולייצב את הגוף הנרחב של משפט התלמוד; על הגאונים, ראו ש' אסף **תקופת הגאונים וספרותה** (תשכ"ז).  
 50 שו"ת הר"י מיגש קיד. על המחלוקת הזו, ראו מ' אלון **המשפט העברי** (1992) 955-957.  
 51 שו"ת דברי יואל, אבן העזר, קי.  
 52 שו"ת אגרות משה, אבן העזר, ב, יא.  
 53 ראו אבן עזרא, ויקרא, יח, כ.  
 54 לגבי המעמד ההלכתי של פרוש הרמב"ן לתורה, ראו שו"ת נודע ביהודה ב, יורה דעה כח; ד' סינקלר "מעמד הריפוי האנושי והטיפול הרפואי הכפוי במשפט העברי" **שנתון המשפט העברי** יח-יט (1992-1994) 27. יש לציין שלפי פירושו של הרמב"ם, כל הלכה הנלמדת מספר ויקרא, יח, כ, מוגבלת לגבר הנואף, ואינה חלה על האישה. ראו ספר המצוות, מצוות לא תעשה, שמו.  
 55 "התלמיד הטועה" מופיע בעוד תשובות של הר' פיינשטיין; למשל שו"ת אגרות משה, חושן משפט א, סט, הדין בהפלה של עובר החולה בתיי זקס. ניתן להניח שאין כאן טענה בעלת אופי היסטורי או ספרותי, אלא כלי להפיג בו את המתח בין מסקנותיו של הפוסק לבין עמדות הלכתיות מנוגדות, במיוחד כשאותן עמדות מעוגנות במקורות ספרותיים שאינם בעלי אופי הלכתי מובהק. דוגמה מובהקת למקור כזה הוא פירוש הרמב"ן על התורה, לעיל הערה 54.  
 56 ראו לעיל הערה 52.  
 57 **שם**.  
 58 לגבי איסורי חיתון של כוהנים, ראו שולחן ערוך, אבן העזר ו, א; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה כ, א; רמ"א, אבן העזר ג, ו.  
 59 צבי חמד, קונטרס מא-מג. אזכור לכך שהר' פיינשטיין חזר בו מעמדתו המקורית נמצא בשו"ת ציץ אליעזר ט, סא; שו"ת חלקת יעקב ג, מז.  
 60 שו"ת אגרות משה, אבן העזר ד, לב.  
 61 ראו אויערבאך לעיל הערה 36.



את עצמו ואת האלמנה מזיקת הייבום על ידי חליצה<sup>65</sup>. לאחר החליצה, האישה חופשית להינשא למי שלבה יחפוץ. כיום, הנורמה היא לבצע חליצה ולא ייבום, ואם האלמנה לא קיבלה חליצה, אין היא יכולה להינשא שוב. אם האלמנה מתחתנת בלי חליצה, בעלה החדש ידרש להתגרש ממנה<sup>66</sup>. אישה שילדה בעקבות AID נמצאת במצב המאפשר לה להתחמק בקלות מלבצע חליצה, כיוון שהיא יכולה להסתיר את העובדה שהילד אינו ילדו הביולוגי של בעלה, אלא תוצר של AID. ישנם פוסקי הלכה מעטים המחשיבים פרצה אפשרית זו כחמורה מספיק כדי לאסור לגמרי את השימוש ב-AID<sup>67</sup>. קיימת גם בעיה בכיוון ההפוך, דהיינו חיוב חליצה לאלמנה שבעלה אכן הביא ילד לעולם על ידי תרומת זרעו לאישה אחרת. אולם רוב הפוסקים תומכים בגישתו של הר' פיינשטיין הסובר, שניתן לפתור את בעיית החליצה באמצעות רישום זהות הילדים שנולדו בעקבות AID ברבנות, שחלק מסמכותה לנהל את רישום הנישואין, אחראית גם על עניין פסולי החיתון. אכן, יסוד הכרחי בגישתו הליברלית של ר' פיינשטיין לעניין השימוש ב-AID הוא ויתור על הסודיות באשר לזהות של תורמי הזרע ושל צאצאיהם למטרות הלכתיות<sup>68</sup>.

האפשרות של הסתרת העובדה שילד נולד בעקבות הליך של AID מטרידה בתחומים הלכתיים נוספים שבהם יש משמעות משפטית מכריעה לייחוס המשפחתי של צאצא ממין זכר. בהקשר זה חשוב לציין, שהמשפט העברי מגדיר אבהות במונחים ביולוגיים טבעיים בלבד<sup>69</sup>, והוא אינו מכיר באימוץ כתחליף להורות טבעית<sup>70</sup>. אחד מהתחומים ההלכתיים שבו קביעת האבהות הטבעית משמעותית ביותר הוא קביעת ההשתייכות למעמד הכהונה. מעמד זה מועבר אך ורק לצאצאיו הזכרים של כהן. לכן, ובמקרה הקל יותר, אם תורם הזרע אינו כהן, ובעלה של האישה שעברה טיפולי הזרעה מלאכותית הוא כהן, בנם למעשה אינו זכאי למעמד של כהן. אולם בסיטואציה זו, האב עלול להתפתות לגדל את בנו ככהן, תוך הסתרת מוצאו האמיתי של הבן. באופן דומה וחמור יותר, אם תורם הזרע הוא כהן, גם בנו יהיה כהן, ואם בעל האישה שעברה הזרעה מלאכותית אינו כהן, הוא עשוי להתפתות שלא לגלות את עובדת היות בנו כהן, כדי להימנע מחשיפה ציבורית של דרך הבאת ילדו לעולם. כתוצאה מכך, עלול להיווצר מצב שבו כהן יתחתן עם גרושה, נישואין שהם אסורים על פי ההלכה. גם במקרה זה, פוסקי הלכה מודרניים נחלקים בדעותיהם באשר לחשיבות שיש לייחס לסוגיה זו. חלק מפוסקי ההלכה רואים בבעייתיות זו סיבה מספקת כדי להתנגד לגמרי לשימוש ב-AID<sup>71</sup>, ואילו פוסקים אחרים טוענים שניתן להתגבר בקלות על הבעייתיות הזו בכך שידרשו מזוגות המבקשים להשתמש בטכנולוגיה זו גילוי מלא באשר לעובדת השימוש בה, בכל העניינים ההלכתיים שבהם יש צורך לקבוע את האבהות של הצאצא<sup>72</sup>. כמו כן, יכולות להתעורר בעיות בהגדרת האבהות של תורם זרע יהודי, ובקביעת היקפה. לפי מרבית פוסקי ההלכה, אם תורם הזרע הוא יהודי, הוא אבי הילד מכל בחינה אפשרית, כולל השתייכות למעמד הכהונה וירושה<sup>73</sup>. אולם פוסקים

הלכה מחייב בפני עצמו. זה ככל הנראה מה שמנע מעמדתו להפוך למטרה מרכזית לביקורת מהסוג שהופנתה כלפי הר' פיינשטיין. בנוסף לכך, הר' אויערבאך דאג להביע הסתייגויות תקיפות בעלות אופי מוסרי נגד השימוש בזרע של לא יהודי, לצורך הכשרת הליך ה-AID.

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

נראה כי הר' טייטלבוים הוא דעת מיעוט בעניין זה. אפילו הר' יחיאל יעקב ויינברג – שלשיטתו הצאצא שנוצר כתוצאה מהליך של AID שבו נעשה שימוש בזרע של יהודי תמיד יהיה בגדר "שתוק"<sup>62</sup>, שהוא ילד שאמו ידועה אך אביו אינו ידוע, ולכן הוא בחזקת ספק ממזר – מסכים שמכוח עקרון הרוב, כאשר הזרע אינו ממקור יהודי, הצאצא אינו לוקה בשום גנם הלכתי<sup>63</sup>.

לאור כל זה, אם נבחן את הוראת סעיף (3)2(א) לחוק ההסכמים שהוזכר בהקדמה, נראה כי העדיפות שהחוק מעניק לשימוש בפונדקאית רווקה חופפת לגישת הר' טייטלבוים הסובר שהחזרת זרע של אדם זר לרחמה של אישה נשואה בין שבפני עצמו ובין שלאחר שהפרה ביצית, מהווה ניאוף והילד הוא ממזר. כל זה אינו רלוונטי למקרה של אישה רווקה. גם הטעם של בלבול יוחסין אינו רלוונטי, כי אין האישה נשואה לאחר. אולם אין להקשות על זוג יתר על המידה כשמדובר בדעת מיעוט, ולכן אם לא נמצאה פונדקאית רווקה, יש לסמוך על דעת הרוב המיוצגת על ידי הר' פיינשטיין, ולהתיר שימוש בפונדקאית נשואה.

## ג. בעיות הלכתיות נוספות שמתעוררות בעקבות שימוש בזרע של יהודי בהליך של AID<sup>64</sup>

בעיה הלכתית נוספת המתעוררת משימוש בזרע יהודי בהליך של AID היא החשש מפני סיטואציה שבה אישה שהרתה באמצעות AID, ובעלה נפטר – למעשה ללא ילדים ביולוגיים משל עצמו – תינשא שוב לאחר מותו מבלי להשיג תחילה חליצה מגיסה. לפי דין תורה, אישה שבעלה נפטר עליה מבלי להניח אחריו ילדים, נדרשת להינשא לאחיו על מנת להמשיך את זרעו של בעלה המת ולקיים את שמו. הליך זה קרוי ייבום. אולם אחיו של הנפטר יכול לשחרר

ולמעשה על טיעונים מוסריים יותר מאשר על טיעונים משפטיים<sup>78</sup>. הר' ויינברג תומך את התנגדותו ל-AID ברעיון שעצם הכנסת זרע של אדם זר לרחמה של אישה נשואה, אפילו אם מדובר בזרע של גוי, מהווה "מעשה כיעור ותועבת מצרים"<sup>79</sup>. הביטוי "תועבת מצרים" הוא מקראי במקורו, ולקוח מספר ויקרא, מתוך דברי המוסר שבהקדמה לפרק העוסק בציוויים נגד קיום יחסי מין אסורים. איסורים אלו מלווים באזהרה כללית, "כמעשה ארץ מצרים אשר ישבתם בה לא תעשו, וכמעשה ארץ כנען אשר אני מביא אתכם שמה לא תעשו, ובחוקותיהם לא תלכו... כי את כל התועבות האלה עשו אנשי הארץ אשר לפניכם ותטמאו הארץ"<sup>80</sup>. בכך שהר' ויינברג ביסס את התנגדותו לשימוש בטכנולוגיית AID דווקא על האזהרה הכללית, ולא על אחד מהאיסורים הספציפיים של גילוי עריות המופיעים באותו פרק של גילוי עריות, הוא מצביע על כך שאין איסור הלכתי ספציפי כנגד AID, אלא האיסור נובע מהמוסר. הר' יעקב ברייש, שעמו הר' ויינברג התכתב בעניין זה, מאמץ גישה דומה. בהתאם לעמדת הרוב, הר' ברייש אינו מסכים עם עמדתו של הר' טייטלבוים שלפיה התוצר של AID הוא ממזר, אך הוא כן גורס כי מפרספקטיבה דתית-רוחנית, אין לעשות מעשי כיעור מן הסוג הזה, אשר ניתן להשוותם לתועבות ולמעשי מצרים וכנען. כמו כן מוסיף הר' ברייש כי השימוש בטכנולוגיית AID מנוגד ל"הרגשות דתיות בכלל"<sup>81</sup>. לדעתו, כאשר בוחנים את המוסריות

אחרים טוענים שמאחר שתמיד יש יסוד של אי-ודאות באשר לזהות תורם הזרע ב-AID, הוא נחשב לאבי הצאצא רק לעניין חומרות הלכתיות, כגון: האיסור על נישואין של אח ואחות זה עם זה. בכל שאר המובנים, כמו למשל בעניין זכויות ירושה, לא מתקיימת זיקת האבהות, והייחוס המשפחתי של הילד הולך אחר הייחוס המשפחתי של אמו או של אבי אמו<sup>74</sup>. סוגיה זו קשורה קשר הדוק לקביעה באילו עניינים יש להטיל חובת גילוי באשר לעובדת היות הילד המדובר תוצר של AID, כדי לפתור את הבעייתיות שעשויה להתעורר בקשר למוצאו, לייחוס המשפחתי שלו ולהשלכות ההלכתיות שיש לקביעות אלו.

בהקשר זה, ראוי לציין שהמגמה הכללית הנוהגת כיום בשיטות משפט שונות ברחבי העולם היא לשמור על אנונימיות מוחלטת לגבי זהות תורם הזרע, אבל עם זה לספק אינפורמציה לגבי זהות הגנטית לילדים הנולדים מ-AID כדי למנוע נישואין במסגרת דרגות יחסי הקרבה העלולים לגרום פגיעה גנטית בצאצא. כמו כן, יש הסדרים לקבלת מידע באשר למוצאו האתני של התורם ובאשר לבריאותו הגנטית. אולם זכותו של ילד שנולד מ-AID לדעת את זהות אביו הביולוגי טרם התקבלה. יוצא מכלל זה הוא המשפט השוודי, המעמיד לצאצא הזכות לדעת את זהות תורם הזרע שלו, בהגיעו לגיל בגרות<sup>75</sup>.

לגבי המצב בארץ, כיום שומרים על האנונימיות המוחלטת של תורם הזרע. אולם בזמן האחרון, עם עליית מספר הילדים הנולדים מ-AID עם זרע יהודי, בקשו דיינים העוסקים בענייני מעמד אישי להנהיג רישום של ילדים אלה כדי למנוע, בין השאר, נישואי כהן עם גרושה. בקשה זו נתקלה בהתנגדות משרד הבריאות ומשרד המשפטים משתי סיבות: האחת, ששמירה על האנונימיות של התורם כלל חיונית לנושא של תרומת זרע, והשנייה, שלקראת חתונתו של כל אדם, יש אפשרות לוודא שאין קרבת משפחה בין החתן לכלה. מובן שאפשרות זו אינה מספיקה כדי לפתור את המגוון הגדול של חששות הלכתיות בהקשר זה, כגון נישואי כהן וגרושה, והסתרת חליצה. כעת הנושא נדון על ידי שני המשרדים, מתוך מגמה לשמור בצורה מוחלטת על אנונימיות התורמים, אבל לקבוע נוהל משפטי שימנע נישואין בין קרובים המסוכנים מבחינה בריאותית בלבד<sup>76</sup>.

## ד. טיעונים מוסריים נגד השימוש ב-AID

מרבית פוסקי ההלכה מסכימים עם הר' פיינשטיין הטוען ששימוש בטכנולוגיית AID אינו מהווה, בפני עצמו, מעשה ניאוף לפי המשפט העברי. כמו כן, ראינו שניתן לפתור את רוב, אם לא את כל, הבעיות ההלכתיות הנלוות לשימוש בטכנולוגיית AID, כאשר משתמשים בזרע של לא יהודי, או שיודעים בוודאות את זהותו של תורם הזרע. עם זאת פוסקים רבים עדיין מתנגדים להתרת AID מלכתחילה בגלל טעמים שבמסור<sup>77</sup>. אנו חוזרים אם כן לנקודה שהעלה הר' יעקובוביץ, דהיינו שההתנגדות המשמעותית ביותר שהועלתה על ידי רבים מפוסקי ההלכה המודרניים ל-AID, מבוססת בעיקרה

62 תלמוד בבלי: קידושין, עד, א; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, טו, יב; שולחן ערוך, אבן העזר, ד, כו.  
63 שו"ת שרידי אש, ג, ה.  
64 לרשימה של בעיות שונות ראו שטיינברג, לעיל הערה 2, בע' 155.  
65 דברים, כה, ה-ו.  
66 אולם ילדיה מן הנישואין השניים לא יהיו ממזרים, ראו תלמוד בבלי: יבמות, יג, ב; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, ד, יד.  
67 שו"ת זקן אהרון ב, צז; שו"ת ציץ אליעזר, ג, כז.  
68 שו"ת אגרות משה, אבן העזר, א, עא.  
69 ראו: Brojde, *supra* note 34, at pp. 118-119.  
70 לגבי אימוץ בחקיקת החכמים, ראו אלון לעיל הערה 50, בע' 669-670.  
71 שו"ת מנחת יצחק, ו, קמ.  
72 שו"ת אגרות משה, אבן העזר אבן העזר, ד, לב.  
73 תשב"ץ ג, רסג; בית שמואל, אבן העזר א, י; חלקת מחוקק, אבן העזר, א, ח; אויערבאך, לעיל הערה 36, בע' 156.  
74 טורי זהב, אבן העזר, א, ח; שו"ת משפטי עוזיאל, אבן העזר יט; שו"ת זקן אהרון, ב, צז; ראו: Brojde, *supra* noth 34, at p. 120 n. 24.  
75 ראו: J. Mason & A. McCall Smith *Law and Medical Ethics* (London, 1999) 66-67.  
76 ראו א' פפר "תורמי זרע עלולים להיחשף עקב דרישת הדיינים" הארץ 2002.4.2.  
המידע לגבי המצב הנוכחי בישראל מבוסס על שיחה עם עו"ד מירה היבנר-הראל, היועצת המשפטית של משרד הבריאות. מובן שזה ישתנה אם תוכח טביעת אצבע גנטית של כהונה, כך שמבחן ה-DNA יוכיח גם את כהונת הגבר הרוצה לשאת אישה גרושה.  
77 ראו סיכום הדיינים בשטיינברג, לעיל הערה 2, בע' 154-155.  
78 ראו: Jakobovits, *supra* note 20, at pp. 248-249.  
79 שו"ת שרידי אש, ג, ה.  
80 ויקרא, ג, כ-יג, כו-ל; יחזקאל, כג, יט; ראו גם אנציקלופדיה מקראית, כרך ח' 468-466.  
81 שו"ת חלקת יעקב, א, כד.

זהירות לגבי נושאים כגון המבנה המשפחתי המסורתי והחשש מפני פגיעה במבנה זה על ידי טכניקות כמו AID. אין להתעלם מהנטורליזם המוחלש שבגישתו של הר' יעקובוביץ ל-AID<sup>89</sup> ומנימת הזהירות העולה ממנו בנוגע לשימוש בטכנולוגיות הרבייה.

## ה. סיכום

למשפט העברי יש היסטוריה ארוכת שנים בנושא של משפט ורפואה, המתחילה לפני כשלושת אלפים שנה עם התורה, וממשיכה לתוך המאה העשרים ואחת בספרות השו"ת, המתמודדת בין השאר גם עם ההתפתחויות האחרונות העולות ממחקרים רפואיים עדכניים ומטכנולוגיות רפואיות חדשות. המשפט העברי כולל מגוון רחב של עקרונות ראשוניים ומשניים, וכן גישה מוצקה המבוססת על מקרים ותקדימים הלכתיים שונים באשר לפתרון בעיות שונות המתעוררות בתחום זה. המסגרת ההלכתית שבמשפט העברי מאפשרת מידת גמישות ופתיחות רבה יותר לטכניקות רבייה מלאכותיות חדשות שמתגלות, מאשר הגישה הנטורליסטית שעומדת בבסיס הגישה הקתולית. עם זאת, תמיד קיימת מידת מה של זהירות בדיונים ההלכתיים בתחום זה, שמן הראוי לשים לב אליה לפני שקופצים בפזיזות הישר למים העמוקים ושוקעים לתוך הכמות העצומה של האפשרויות שיש למדע להציע בכל הנוגע לאמצעי רבייה מלאכותיים. ללא ספק אחד הלקחים החשובים ביותר שניתן להפיק וללמוד מההלכה הוא, שרבייה, תהא אשר תהא הדרך שבה היא מבוצעת, היא משימה רצינית ומקודשת, הדורשת את מלוא האחריות והמחויבות. היא מהווה קיום של ציווי דתי, בין שמדאורייתא ובין שמדרבנן, וככזו, אין היא נתונה לבחירה, אלא היא בגדר חובה. גישה זו מנוגדת לרעיון של "אוטונומיה רבייה" (procreative autonomy) המאפיין דיונים עכשוויים במשפט ובמוסר הכללי בתחום זה. המשפט העברי מתחיל מן התפיסה של "מחויבות להתרבות" (procreative responsibility) ומתקדם לעבר צורכי הפרטים צעד אחר צעד, עקב בצד אגודל, מתוך הסדקים והפרצות שבעקרונות המשפטיים המרכיבים את ההלכה בתחום זה. ייתכן שניתן להפיק מגישה זו לקח בעל חשיבות רבה לתחום הביוראתיקה במשפט ובמוסר בכלל

◆ הביוראתיקה במשפט ובמוסר בכלל

שבהליך ה-AID אל מול הסטנדרט של "רגשי הדת", תמיד טכניקה זו תימצא חסרה ופחותה. כן טוען הר' ברייש שטכנולוגיית AID מנוגדת ל"רוח היהדות". ככל הנראה, כוונתו באמירה זו היא שהזרעה מלאכותית פוגעת בערך היהודי-מסורתי של צניעות בכל הקשור למערכת היחסים האינטימית שבין איש לאישה, וכן בכל הקשור להליך הרבייה, בכך שמביאים לידיעת הכלל את מה שראוי היה שישמר בפרטיות. ערך זה מרכזי ביותר לאורח החיים היהודי, בייחוד בהקשרו המקראי, וכן הוא משחק תפקיד משמעותי ביותר באפיון ייחודו של עם ישראל לעומת שאר העמים – מצרים וכנען – ובעיצוב זהותו של עם ישראל כעם נבחר<sup>82</sup>.

הר' וולדינברג מעלה פירוש מצומצם יותר לקטגוריה של "תועבות מצרים וכנען"<sup>83</sup>. לפי הר' וולדינברג, עצם החדרת הזרע של גבר זר לרחמה של אישה נשואה הוא תועבה גדולה, מאחר שלפי התלמוד, נוכחות האל שורה רק על צאצאים שייחוסם המשפחתי ודאי<sup>84</sup>. יש לציין שהר' וולדינברג אינו מאמץ את גישתו של הר' טייטלבוים, הרואה בבלבול יחסין את אחד מאבני היסוד המשפטיים המרכיבים את האיסור ההלכתי על ניאוף. בעיני הר' וולדינברג, השימוש בטכנולוגיית AID הוא בגדר עברה מוסרית בתכלית, הנופלת תחת האיסור הכללי על "תועבות מצרים וכנען".

טיעון מוסרי נוסף המועלה על ידי חלק מפרוסקי ההלכה המודרניים כנגד השימוש ב-AID, מתמקד בהצעתו של הר' פיינשטיין להשתמש בזרע של לא יהודי על מנת להימנע מהבעייתיות של גילוי עריות פוטנציאלית. בנוסף לכך שהצעה זו מנוגדת למגוון רחב של תפיסות מיסטיות באשר לחסרונות הבריורחניים שבזרע לא יהודי, ההצעה מואשמת בכך שהיא פותחת דלת אחורית להתבוללות<sup>85</sup>. אכן, יש משהו משונה בכך שיהודים רבים מחשיבים נישואין ללא יהודי כדבר מתועב, בעוד שפוסק הלכה בולט ממליץ על השימוש בזרע של לא יהודי כדי לפתור בעיית פוריות!

לאור כל זה יש לסכם ולומר שקיים מתח מסוים בהלכה בין המשפט למוסר לגבי השימוש ב-AID. המשמעות המעשית של מתח זה היא, שזוג הנזקק להשתמש בטכנולוגיית AID, יודע מראש שלא תתעוררנה בעיות הלכתיות משמעותיות בעקבות ההליך. אכן, הר' ברייש, המגנה את השימוש ב-AID, אפילו באמצעות זרע של לא יהודי, בביטויים מוסריים מאוד חזקים, עושה מאמצים גדולים מאוד כדי להראות כי מבחינה משפטית-הלכתית, ניתן להניח שזרע שנלקח מבנק זרע מחוץ לישראל איננו ממקור יהודי, ועל כן הילד שנולד כתוצאה ממנו יהיה נקי מכל סטיגמה הלכתית משמעותית<sup>86</sup>. יתרה מזו, האפשרות לנהוג על פי גישתו של הר' פיינשטיין מוצגת בחוברת העוסקת בענייני פוריות שיצאה לאחרונה בארצות-הברית<sup>87</sup>. גם בישראל, אחת מהתכונות המיוחדות המאפיינות מרפאות פוריות ישראליות רבות היא הזמינות של זרע ממקור לא יהודי<sup>88</sup>. בהקשר זה, עולה הרושם כי יהודים דתיים "מצביעים ברגליהם" באשר לשימוש בטכנולוגיית AID, והם נוטים להסתמך על גישתו של הר' פיינשטיין כדי לפתור בעיות פוריות דחופות במיוחד.

אולם אין לזלזל בממד המוסרי. אין כל רע בנקיטת מידת מה של

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

83 שו"ת ציץ אליעזר ג, כז.

84 תלמוד בבלי: יבמות, מב, א.

85 שו"ת ציץ אליעזר ג, כז; שו"ת ישכיל עבדי, אבן העזר י; שו"ת דברי יואל, אבן העזר קז-קי.

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

87 ראו: R. Grazi & J. Wolowelsky "New Ethical Issues" *Be Fruitful and Multiply*, supra note 14, at pp. 202-203. לדעת מחברים אלו: "a Jewish couple who is sensitive to halakhic concerns should insist on obtaining donor semen from non-Jew. Not all couples are aware of this, and the physician should discuss this in his or her counseling session"

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

89 Jakobovits, supra note 20, at pp. 248-249