

מעמדם של ילדים שנולדו בהפריה מלאכותית לעניין איסור ייחוד

ראשי פרקים:

- א. מבוא
- ב. איסור ייחוד: מקורות האיסור ומעמדו בהלכה
- ג. פורמליזם ומהות
- ד. איסור ייחוד בין הורים וילדים מאומצים
- ה. מעמדם של הורים לילדים שנולדו בהפריה מלאכותית
 1. מעמדו של האב
 2. מעמדה של האם
- ו. איסור ייחוד עם הנולדים מהפריה מלאכותית
 1. ייחוד בין אב לילדה
 2. ייחוד בין אם לילד

א. מבוא**

הרפואה המודרנית היא קרקע פורייה לצמיחת נקודות מפגש חדשות ומרתקות בין ההלכה לבין המדע, המוסר והמשפט. במאמר זה אני מבקש לבחון נקודת מפגש אחת בין הרפואה המודרנית לבין ההלכה: איסור ייחוד בין הורים וקרובים אחרים לבין ילדים שנולדו בהפריה מלאכותית.

איסור ייחוד משמעו, כי על גבר ואישה שאינם נשואים זה לזה להימנע משהיה לבדם במקום בו יכולים הם לקיים יחסי אישות האסורים על פי ההלכה¹. כנגד זאת, הורים וילדים (ובתנאים מסויימים אף אחים ואחיות) מותרים בייחוד. פיתוחן של שיטות הפריה מלאכותית מעורר לפיכך את השאלה, מה מעמדם של ילדים שנולדו בתהליך זה לצורותיו השונות לעניין

* אני מודה לגר"ש דיכובסקי ולפרופ' ברכיהו ליפשיץ על הערותיהם למאמר, ולד"ר גיל סיגל וד"ר יעקב חבה על העידוד לכתיבתו. האחריות לדברים מוטלת כמובן עלי.

** המקורות התלמודיים, ספרות הפסיקה וספרות השו"ת, הנזכרים ברשימה זו, מצוטטים לפי מהדורות הדפוס המקובלות. במרבית המקרים בהם נזקקתי לספרות זו השתמשתי בתקליטור **פרוייקט השו"ת** לצורך העתקת המקורות וציטוטים, תוך פתיחת ראשי תיבות והוספת סימני פיסוק נדרשים. תקליטור זה שימש אותי גם לעיון באנציקלופדיה התלמודית. בד בבד, השתמשתי בתקליטור "תחומין" לציטוט כרכי **תחומין**, **אסיא**, שו"ת **חוות בנימין** (הרב ש' ישראל) ו**אנציקלופדיה הלכתית רפואית** (הרב פרופ' אברהם שטינברג, ירושלים: המכון על שם ד"ר פלך שלזינגר, תשס"ו). ההדגשות בכל הציטוטים הן שלי.

1. לעיון ראשוני ראו רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, כב; שו"ע, אבן העזר, כב. לפירוט המרכיבים השונים של דיני ייחוד ראו במאמרו של הרב עזריה ברזון, "איסור ייחוד בימינו", **תחומין י** (תשמ"ט), עמ' 302-323 (להלן: הרב ברזון, איסור ייחוד), והפניותיו, שם. המקורות התלמודיים ומקורות הלכתיים נוספים לאיסור ייחוד, כולל הפרטים הנזכרים בהמשך המבוא, יידונו בהרחבה לאורך מאמר זה.

ייוחד עם הוריהם או עם יתר הקרובים. שאלה זו איננה אך סוגייה הלכתית נקודתית. ההכרעה בה מושתתת על דיונים מקדימים בשאלות עקרוניות המתעוררות מהמפגש בין הרפואה המודרנית לבין ההלכה, כדוגמת קביעת מעמדם של ההורים הנוטלים חלק בתהליך ההפריה המלאכותית. כמו כן, טיבה של הסוגייה מעורר ביתר שאת סוגיות תורת-משפטיות העומדות בבסיס ההכרעה ההלכתית, כדוגמת משקלם של טעמים מהותיים בפסיקת ההלכה. שאלות אלו הן לב דיונו של המאמר הנוכחי.

מהלך דיונונו הוא כדלקמן: ראשית (סעיף ב), נבחן את מקורותיו של איסור ייחוד ואת מעמדו בהלכה. בשלב שני (סעיף ג) נדון בטעמו של האיסור ומשקלו בהכרעה ההלכתית. על בסיס זה נבחן (סעיף ד) כיצד מתבטאים הדברים בדיון ההלכתי בדבר ייחוד בין הורים מאמצים ("הורות חברתית") לילדיהם. כאן נראה, כי הפוסקים חלוקים בשאלה, האם יש לאסור ייחוד בין הורים מאמצים לילדיהם, שכן לא מתקיים ביניהם קשר פורמאלי של הורות, או שמא ניתן להתיר ייחוד במצב זה. ההיתר מתבסס על הסברה, כי היחסים בין ההורים המאמצים לילדיהם זהים ליחסים בין הורים ביולוגיים לילדיהם והטעם המאפשר ייחוד בקבוצה הראשונה רלוונטי גם לקבוצה השנייה. כתשתית לדיון זה נסקור את העמדות השונות באשר לשאלה, מי מבין המעורבים בתהליך ההפריה המלאכותית מוגדרים כהוריו של היילוד (סעיף ה). יש מצבים שונים של הפריה מלאכותית המשפיעים על קביעת מעמדם של ההורים, ויש מגוון רחב של עמדות בין הפוסקים שעסקו בשאלה זו. על בסיס דיון זה נפנה (סעיף ו) לשאלת איסור ייחוד בין הורים לילדים שנולדו בהפריה מלאכותית. הדיון בשאלה זו יפגיש את מסקנות הסעיפים הקודמים, ובכלל זה מעמדם של ההורים וילדיהם, משקלה של ההורות החברתית לגבי איסור ייחוד ושאלת מקומם של טעמי איסור ייחוד בהכרעה ההלכתית.

ב. איסור ייחוד: מקורות האיסור ומעמדו בהלכה

האיסור ההלכתי על קיום יחסי אישות בין איש לאישה שאינם נשואים איננו אחיד בכל המקרים, אלא תלוי במעמד של השניים וביזיקה ביניהם. כך, בעוד שיחסי אישות בין איש לאישה נשואה שאיננה אשתו או בין קרובי משפחה מוגדר כגילוי עריות, הרי שהאיסור על קיום יחסי אישות עם אישה שאיננה נשואה ואיננה נידה מוגבל הרבה יותר, ולדעת כמה מן הראשונים אף איננו מן התורה². להבחנה זו השלכות נכבדות, ולדוגמא: ילד הנולד

2. ראו רמב"ם, אישות א, ד-ה, וראו השגת הראב"ד על אתר. כאמור בדברי הראב"ד, הדברים נקשרים לשאלת מעמדה של הפילגש, ראו לדוגמא טור, אבן העזר כו; שו"ת מהרש"ם, אבן העזר רלג ועוד. על עניין זה נכתבה ספרות ענפה, החורגת מגבולותיו של המאמר הנוכחי.

מיחסים המוגדרים כגילוי עריות יוכרז כממזר, ואילו ילד הנולד מיחסים שאינם גילוי עריות, אף אם אסורים על פי ההלכה, לא יוכרז כממזר.³

מעמדם של האיש והאישה והקשר המשפחתי שביניהם משמעותיים גם לענין איסור ייחוד. מאחר שאיסור ייחוד עומד בזיקה למניעת קיום יחסי אישות אסורים⁴, אזי יש לצפות כי חומרתו של איסור ייחוד ומידתו ישתנו בהתאם למעמדם של האיש והאישה. כך אכן מוצגים הדברים בתלמוד הבבלי (סנהדרין, כא ע"א-ע"ב)⁵:

אמר רב יהודה אמר רב: באותה שעה [לאחר מעשה תמר ואבשלום (שמואל ב יג, א-כב) – א"ן] גזרו על הייחוד ועל הפנויה.

ייחוד דאורייתא [=מן התורה (ואיננו גזירת חכמים) – א"ן] הוא! דאמר רבי יוחנן משום רבי שמעון בן יהוּצדק: רמז לייחוד מן התורה מניין, שנאמר: 'כי יסיתך אחיך בן אמך', וכי בן אם מסית בן אב אינו מסית? אלא לומר לך: בן מתייחד עם אמו, ואין אחר מתייחד עם כל עריות שבתורה!

אלא אימא: גזרו על ייחוד דפנויה.

על פי רב יהודה בשם רב, בעקבות מעשה האונס של תמר על ידי אבשלום גזרו חכמים "על הייחוד ועל הפנויה", היינו: על ייחוד בין איש לאישה המוגדרים כעריות וכן על יחסי אישות עם פנויה (רש"י, שם, ד"ה "על הייחוד"). ברם, התלמוד דוחה את הדברים שכן לדעתו מעמדו של איסור ייחוד, קרי: איסור ייחוד בין איש לאישה המוגדרים כעריות, הוא מן התורה ואיננו גזרת חכמים. כמקור⁶ לכך מובאת דרשת הכתוב: "כי יסיתך אחיך בן אמך", ממנה לומדים חכמים, שאפשרות הסתה קיימת רק בין בן ואם, ואילו קרובים אחרים אסורים להתייחד זה עם זה. הגמרא מבארת לפיכך את דברי רב יהודה כמתייחסים לפנויה בלבד, ומכאן: "גזרו על ייחוד דפנויה".

על פי סוגייה זו, מתקבלות שלוש רמות של קשר בין איש ואישה לענין איסור ייחוד. הקרובים ביותר, כגון אם ובנה⁷, כלל אינם אסורים בייחוד.

3. ראו: רמב"ם, איסורי ביאה טו, א.

4. במובנה של הזיקה בין ייחוד למניעת יחסי אישות אסורים נעסוק להלן, סעיף ג.

5. סוגייה זו מופיעה גם במסכת עבודה זרה, לו ע"ב (בשינויים קלים הנובעים מהקשר בו מובאים הדברים). על פי הסוגייה שם, ייחוד עם גויה אסור אף הוא מגזירת חכמים, אך זו גזירה מאוחרת עוד יותר. גזירה זו נעשתה על ידי תלמידי בית שמאי ובית הלל, כחלק מגזירת י"ח דבר. הדרשה שלהלן, המוצאת סמך לאיסור ייחוד מן התורה, מובאת גם בקידושין פ ע"ב, וראו על סוגייה זו להלן.

6. ליתר דיוק: כ"רמז", ראו להלן.

7. הסוגייה מציינת בן ואם, אולם למעשה כלולים בקבוצה זו גם ייחוד של אב ובת וייחוד שגם אחים ואחיות, ראו להלן בגוף הטקסט. כמו כן, מותרים בייחוד איש ואשתו נידה. באשר

קרובים אחרים, שהיחסים ביניהם הם גילוי עריות, וכן איש ואישה נשואה שאיננה אשתו, אסורים בייחוד מן התורה. ייחוד של איש ואישה שאיננה נשואה מותר מן התורה אך אסור מגזירת חכמים.

הסוגייה התלמודית המצוטטת מזכירה בקבוצה הראשונה אם ובנה, המותרים בייחוד. למעשה, כלולים בקבוצה זו גם אב ובתו, כפי שמפורש במשנה (קידושין, ד יב). נוסף להורים וילדים, בתלמוד (קידושין, פא ע"ב) מובאת עמדת רב יהודה בשם רב אסי, המתיר ייחוד של אח ואחות. ברם, קיימת הבחנה במידת היתר הייחוד בין אח ואחות לבין הורים וילדים: בעוד שהאחרונים מותרים בייחוד קבוע, הכולל גם מגורים משותפים, אח ואחות מותרים רק בייחוד מזדמן, ואינם מותרים במגורים משותפים.⁸ מנגד, מובאות בתלמוד עמדות תנאים ואמוראים שהחמירו ונמנעו מייחוד בין כל העריות. כך, קובע שמואל באופן גורף (קידושין, שם): "אסור להתייחד עם כל עריות שבתורה ואפילו עם בהמה". לביסוסה של עמדה זו מובאת ברייתא, האוסרת ייחוד בין אדם לאחותו ובין אדם לחמותו, אלא בפני עדים ("אחותו וחמותו ושאר כל עריות שבתורה אין מתייחד עמהם אלא בעדים"). למעשה, רמב"ם ושולחן ערוך – ציינו את היתר הייחוד בין הורים וילדים, ולא ציינו את היתר הייחוד בין אחים,⁹ ונראה שקיבלו את עמדתו האוסרת של שמואל רק ביחס לאיסור ייחוד אחים ואחיות ולא איסור גורף על ייחוד בין קרובים (כפשט דבריו של שמואל)¹⁰. ברם, היתר ייחוד בין אח ואחות התקבל על ידי כמה נושאי כלים של השולחן ערוך, בהתבסס על הכרעתו של הרא"ש בעניין¹¹.

באשר לקבוצה השנייה (שאר העריות), התלמוד בסוגייתנו מגדיר את איסור הייחוד בקבוצה זו כ"דאורייתא", היינו: איסור מן התורה. דרך כלל, ההבחנה בין דאורייתא לדרבנן משמעותית לעניין חומרת האיסור, ויש לה נפקות במקרה של מחלוקות, ספקות וכיוצא בזה, שבהם הנטייה באיסור תורה

לאיש ואשתו נידה, טעם ההיתר שונה מהיתר ייחוד בין הורים וילדים. ישנם מספר הסברים לכך, ראו תלמוד בבלי, כתובות, ד ע"א; סנהדרין, לז ע"א.

8. ראו רש"י, שם, ד"ה "מתייחד עם אחותו": "לפרקים, אבל אינו דר תמיד ביחוד אצלה בבית".

9. ראו רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, כב א; שו"ע, אבן העזר, כב א.

10. ראו **בית שמואל**, שם, ס"ק א. הבית שמואל מציע, שהרמב"ם והשו"ע התירו ייחוד בין הורים לילדים מאחר שהיתר זה נזכר במפורש במשנה (ראו בגוף הטקסט לעיל) ועמדת שמואל נדחתה מפני עמדה זו של המשנה. עמדת שמואל התקבלה ביחס לייחוד בין אחים, שאיננו נזכר להיתר במשנה, אלא רק בדברי רב אסי.

11. ראו בית שמואל וחלקת מחוקק על אתר, וכדברי החלקת מחוקק (שם, ס"ק א): "ועם אחותו התירו ייחוד ארעי. וכתב הרא"ש הלכה כרב אסי [המתיר ייחוד עם אחות – א"ו], ומכל מקום המחמיר תבא עליו ברכה". זו גם מסקנתו של הרב ולדנברג, ראו **ציץ אליעזר**, שם, פרק כ. וראו עוד בדברי הרב ולדנברג, שם, המזכיר שיטות אשר לפיהן לפי רב אסי מותר להתייחד עם כל העריות בדרך עראי (כגון חמותו, דודתו וכיוצא בזה) בדומה לאחותו.

תהיה לחומרא, ואילו באיסור דרבנן הנטייה בדרך כלל לקולא¹². אף מידת יכולתם של חכמים להקל במצבים מסויימים שונה בין איסור תורה לאיסור חכמים, ולהלן נראה את ביטויים של הדברים בענייננו. לצד זאת, בסוגייתנו גופה הגדרת האיסור כדאורייתא איננה חד משמעית. כבסיס לקביעה שאיסור ייחוד של עריות הוא דאורייתא מצטטת הגמרא מדרש, הפותח בלשון: "רמז לייחוד מן התורה מניין". לשון זו מאפיינת מדרשים המשתמשים בתורה כמעין אסמכתא להלכה שלהם, כאשר תוקף ההלכה עשוי להיות אף מדרבנן¹³.

אכן, מפרשי התלמוד ופוסקי ההלכה נחלקו באשר לתוקף איסור ייחוד בין איש ואישה המוגדרים כעריות. פרשנים רבים נקטו, שאיסור ייחוד במקרים אלו הוא מן התורה¹⁴. כך למשל משתמע מפירוש רבינו חננאל לסוגייה במסכת עבודה זרה לו ע"ב ("אבל ייחוד דבת ישראל אם היא אשת איש מן התורה הוא"), מפירוש רש"י, שבת, יג ע"א, ד"ה "מה אשת רעהו" ("דאסור לן ייחוד מן התורה, בקדושין [=מהסוגייה במסכת קידושין, פ ע"ב – א"ו] מאחיך בן אמך") ועוד¹⁵. מאידך גיסא, יש ראשונים הסבורים שאיסור ייחוד הוא מדרבנן. כך עולה בפשטות מלשון הרמב"ם, הכותב: "ואיסור ייחוד העריות מפי הקבלה"¹⁶. בתווכ, כפי ששכיח במצבים בהם קיים קונפליקט פרשני, יש ראשונים המנסים לפשר בין שתי המגמות, תוך שהם מגדירים רמת ביניים: איסור מן התורה שרמתו פחותה מאיסור רגיל, שכן מקורו הוא באסמכתא בלבד (היא ה"רמז" הנזכר לעיל). כך למשל כותב ר' מנחם המאירי¹⁷: "ואף על פי שאין הייחוד בכלל מנין המצות, מכל מקום איסור תורה הוא קרוי, כמו

12. ראו **אנציקלופדיה תלמודית**, ערך "איסור דאורייתא", כרך ב, עמוד עה טור א; שם, "איסור דרבנן", עמוד עו טור ב.

13. לענין רמז ואסמכתא ראו ריטב"א, ראש השנה טז, א: "והא דקאמר: אמר הקב"ה אמרו לפני מלכות זכרונות ושופרות, משום דאף על גב דפסוקי מלכות זכרונות ושופרות אינם מן התורה אלא מדרבנן כדפרישנא, מכל מקום ממה שאמרה [תורה] זכרון תרועה יש לתלמוד שראוי להזכיר פסוקי תרועה ופסוקי זכרון, ומלכות נפקא לן כמו שדרשו רז"ל... שכל מה שיש לו אסמכתא מן הפסוק העיר הקב"ה שראוי לעשות כן אלא שלא קבעו חובה ומסור לחכמים, וזה דבר ברור ואמת. ולא כדברי המפרשים האסמכתות שהוא כדרך סימן שנתנו חכמים ולא שכונת התורה לכך, ח"ו ישתקע הדבר ולא יאמר שזו דעת מינות הוא, אבל התורה (העידה) [העירה] בכך ומסרה חייב הדבר לקבעו [ל]חכמים אם ירצו כמו שנאמר ועשית על פי הדבר אשר יגידו לך. ולפיכך תמצא החכמים נותנין בכל מקום ראייה או זכר או אסמכתא לדבריהם מן התורה כלומר שאינם מחדשים דבר מלבם וכל תורה שבע"פ רמוזה בתורה שבכתב שהיא תמימה וח"ו שהיא חסירה כלום". מזוית מבט אחרת, ניתן לקשור נושא זה לדין המפורסם בשאלת "מדרש יוצר" מול "מדרש מקיים" (ראו מנחם אלון, **המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו**, ירושלים: מאגנס, תשמ"ח, עמ' 243-256 ועוד), כאשר מקרים מעין נדון דידן משקפים את המדרש המקיים.

14. ראו במאמרו של הרב ברזון, איסור ייחוד (לעיל, הערה 1), עמ' 306 הערה 10.

15. ראו **ציץ אליעזר**, חלק ו סימן מ, פרק א.

16. הלכות איסורי ביאה, כב ב, ראו **ציץ אליעזר**, שם, וראו עוד הרב ברזון, איסור ייחוד (לעיל, הערה 1), עמ' 306-307.

17. בית הבחירה, קידושין, פ ע"ב, ד"ה "אמר המאירי לא יתיחד".

שהביאווה דרך אסמכתא מדכתיב 'בן אמך' כדאיתא בגמרא [כפי שיש (כפי שלמדנו) בגמרא – א"ן], וכן במסכת עבודה זרה הקשו: 'יחוד דעריות דאורייתא היא', ורצה לומר שהוא איסור תורה מדרך רמז ואסמכתא". לעניין הנדון כאן, מכל מקום, ברי כי ייחוד עם עריות חמור מייחוד עם פנויה. ברם, באם ננקוט כראשונים הסבורים שאף ייחוד עם עריות איננו מן התורה, אזי יתכנו מצבים בהם נטיית ההלכה תהיה להקל, בהתאם לכללים הנוגעים לאיסורים שאינם מן התורה, וראו על יישום הדברים להלן.

בקבוצה השלישית כלולים איש ואישה שהקשר ביניהם איננו מוגדר כעריות¹⁸. ייחוד במקרה זה איננו אסור מן התורה ואף לא בדרך אסמכתא, אלא מגזירת חכמים. גזירה זו היא גזירה קדומה, המיוחסת בתלמוד לדוד המלך.

ההבחנה בין שלוש הקבוצות משמעותית לשאלת מקומו ומעמדו של איסור ייחוד במקרים של הפריה מלאכותית. שיוכם של הנדונים לקבוצה הראשונה עשוי לפתור את בעיית הייחוד. ומנגד, שיוכם לשתי הקבוצות האחרות עשוי להצביע על קיומו של איסור ייחוד, בהתאם להבחנה בין שתי קבוצות אלו. ההבחנה בין הקבוצה הראשונה לשנייה רלוונטית לדיוננו גם בכך שהיא מסייעת לאתר את טעמיהם של דיני הייחוד. לכך עשויה להיות השלכה במצבים מיוחדים, בהם קיים פער בין ההגדרה הפורמאלית של הצדדים לבין הרלוונטיות המהותית של האיסור עבורם. לנקודה זו נפנה כעת.

ג. פורמליזם ומהות: על המפגש בין טעמו של איסור ייחוד לבין הקריטריונים להחלתו

שאלת "טעמי המצוות" ומשקלם בהלכה היא גורם משמעותי, גלוי או סמוי, בוויכוחים הלכתיים רבים, כמו גם בנדון דידן¹⁹. בתורת המשפט האזרחי נדונה מקבילה מעניינת לשאלה זו בדמות המתח בין פורמליזם לבין מהות. מתח מעין זה קיים בשיטות משפט אזרחיות²⁰, ובישראל הוא נמצא בעשורים האחרונים במוקד הדיון באופיו של המשפט הישראלי ובתורת המשפט המנחה אותו²¹. מהכתיבה התיאורטית הרבה סביב נושא זה אני מבקש לדלות כמה מאפיינים הרלוונטיים לנדון דידן.

18. לעניין אישה נידה שאיננה אשתו ראו ציץ אליעזר, שם.

19. ראו דברי הרב ז"נ גולדברג, להלן, סמוך להערות 79-80. בהקשר לענייננו ראו בדברי הפוסקים המובאים להלן בפנים.

20. ראו למשל:

Frederick Schauer, "Formalism", 97 *Yale Law Journal* (1988), pp. 509-548

21. ראו לדוגמא בעלמא, מנחם מאוטנר, *ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי*, תל אביב: מעגלי דעת, תשנ"ג; ישראל צינגלאוב, "פרשנות לגיטימית או התערבות הפוגעת

מלומדים שונים הצביעו בשנים האחרונות על מקומו ותפקידו של המתח בין פורמליזם למהות בהלכה²². בענייננו, דומה כי למתח זה יש משקל נכבד בסוגיית איסורי ייחוד, ויתרה מכך, הבחירה בדרך אחת על פני חברתה עשויה אף להכריע את הכף בעניינים שבנדון. בסעיף הנוכחי נתייחס למתח זה סביב איסורי ייחוד באופן כללי, ובסעיפים שלאחר מכן נבחן כיצד מתבטאים הדברים במקרה הקונקרטי הנדון כאן.

אחת ממשמעויותיו של הפורמליזם היא מתודה פרשנית ביחס לטקסט, דהיינו: פרשנות החוק בהתאם ללשונו, ללא התחשבות מוצהרת במטרותיו ובלא לערב שיקולים מהותיים בהכרעת הדין. בהקשר לאיסור ייחוד, מתודה זו תיצמד להגדרות הפורמאליות של הצדדים בכדי להכריע בשאלה האם האיסור קיים או לא, ולא תידרש לבחינת מימושו של הטעם העומד מאחורי האיסור במקרה הספציפי הנדון²³. בניגוד לגישה זו, מתודה לא פורמליסטית תערב בשיקוליה גם שיקולים פונקציונאליים, כדוגמת טעמו ותכליתו של החוק, המניע העומד מאחורי יצירתו או אף שיקולי מדיניות חברתית המשפיעים על יישומו. בעניין איסור ייחוד, מתודה זו תשקול במצבים מסויימים את מימושו של טעמו של איסור ייחוד בכדי להכריע בשאלת החלתו.

בפרק הקודם ראינו כי איסור ייחוד קשור בטבורו למניעת קיום יחסי אישות אסורים. הנחה זו יוצרת מדרג מבחינת חומרת האיסור: איסור ייחוד נועד למנוע את האיסור החמור ממנו. כעת עולה השאלה, האם זוכה איסור ייחוד למעמד עצמאי, וכשקיימים הקריטריונים להחלתו אזי האיש והאישה המדוברים אסורים להתייחד, או שמא יש לראותו בזיקה לחשש מפני קיום יחסי אישות אסורים, וקיומו של האיסור תלוי באפשרות מימושו של חשש זה. גישה פורמליסטית תיטה לאפשרות הראשונה, היינו: כאשר מתקיימים הקריטריונים לאיסור, אזי הצדדים אסורים בייחוד, תוך ניתוק הקשר בין

ביציבות המשפטית? גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים", הפרקליט, נ (תשס"ח), עמ' 261-310.

22. ראו יאיר לורברבוים וחיים שפירא, "איגרת השמד' לרמב"ם: ויכוח הרטמן-סולובייצ'יק בראי הפילוסופיה של המשפט", בתוך: מחויבות יהודית מתחדשת, על עולמו והגותו של דוד הרטמן (עורכים: א' שגיא וצ' זוהר), כרך ראשון, ירושלים: מכון שלום הרטמן והוצאת הקיבוץ המאוחד, תשס"ב, עמ' 345-373. לגישות נוספות בעניין זה ראו גם אבישלום וסטרייך, התפתחות ומגמות פרשניות דיני הניקין התלמודיים לאור מקרי פטור חריגים, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר אילן – היחידה ללימודים בין-תחומיים, התשס"ז, עמ' 21-22.

23. ראו וסטרייך, שם, עמ' 21 ועמ' 100; שאואר, שם, עמ' 537. הפורמליזם הוא גם תפיסה באשר לטיבה של מערכת המשפט, כמערכת עצמאית וסגורה, הפועלת רק מתוך שיקולים פנייים ומתאפיינת בהתפתחות פנימית אינרטי, בלא תלות בגורמים פונקציונאליים אחרים. ראו מאוטנר, שם, עמ' 13-23; שאואר, שם, עמ' 510 הערה 1.

איסור זה לאיסור יחסי אישות בין הצדדים. גישה מהותנית מאידך גיסא תיתן משקל גדול יותר לטעמו של האיסור ולמטרותיו.

במאמרו המקיף בנושא "איסור ייחוד בימינו"²⁴ מצביע הרב עזריה ברזון על מחלוקת ראשונים, במרכז רש"י ותוספות, בשאלת איסור ייחוד כשאין חשש לעבירה. תוספות (קידושין פא, א, ד"ה "בעלה") מדייקים מרש"י, כי אין להתייחד עם אישה נשואה אפילו כאשר בעלה בעיר²⁵. מכך מסיק הרב ברזון, שאיסור ייחוד מן התורה לפי שיטת רש"י (בהתאם לפירוש התוספות) הוא איסור של קרבה לעריות, ולפיכך גם אם אין חשש לעבירה – אסור להתייחד²⁶. על שיטת רש"י חולקים התוספות וסבורים, כי איסור ייחוד נובע מחשש ביאה אסורה, ולפיכך כשבעלה בעיר כלל אין איסור ייחוד מן התורה²⁷.

מחלוקת זו, כפי שמבארה הרב ברזון, נוגעת במרכז בשאלה האם יש להבין את איסור ייחוד כאיסור עצמאי או כאיסור שנועד למניעת יחסי אישות אסורים. על פי הטרמינולוגיה אשר בה השתמשנו בראש סעיף זה, מחלוקת זו נובעת בין השאר מתפיסת האיסור כאיסור פורמליסטי, שיש לו קיום עצמאי, אל מול תפיסת מהותנית של האיסור, הקושרת אותו לטעם העומד ביסודו. הדברים משליכים על פרטים הלכתיים רבים, שעליהם עומד הרב ברזון במאמרו הנזכר. יש לכך השלכה גם לעניין הנדון כאן, כפי שנראה בסעיפים שלהלן.

ד. איסור ייחוד בין הורים וילדים מאומצים

מעמדם של ילדים הנולדים בהפריה מלאכותית לעניין איסור ייחוד מושפע מקביעת מעמדם של ההורים הביולוגיים, ופעמים מההכרעה בשאלה מי הם ההורים הביולוגיים. ברם, משתלב בדיון זה גם ממד נוסף: הורות חברתית, שאף הוא משליך על שאלת תיחמו והגדרתו של איסור ייחוד. לשון אחרת, אם נכריע ביחס לכמה קשרים שנוצרו בעקבות הפריה מלאכותית, כי ה"הורים" אינם מוגדרים הורים מבחינה ביולוגית²⁸, אין המסקנה בהכרח, כי חל עליהם איסור ייחוד. במצבים אלו, כאשר מדובר בהורים המגדלים את ילדיהם, מעמדם איננו גרוע משל הורים לילדים

24. הרב ברזון, איסור ייחוד (לעיל, הערה 1).

25. הרב ברזון, איסור ייחוד (לעיל, הערה 1), עמ' 303-304. במקרה זה האשה חוששת שבעלה יגיע, ואין לפיכך חשש למעשה איסור בינה לבין האיש עימו היא מתייחדת, ראו רש"י, קידושין פא, א, ד"ה "בעלה בעיר".

26. שם, עמ' 306-307. היתר ייחוד בין הורים לילדים מוסבר לפי שיטה זו כהיתר הנובע מסמכותם של חכמים, שכן מדובר באיסור תורה שחכמים קובעים את היקפו. כמו כן, קיים כאן טעם מטה-פיזי, ראו להלן, סמוך להערה 31.

27. שם, עמ' 312, וראו שם ראשונים ופוסקים נוספים הנוקטים עמדה זו.
28. ראו להלן, סעיף ה.

מאומצים, שאין ביניהם קשר ביולוגי. בסעיף זה נבחן את השאלה האם קיים איסור ייחוד בין הורים לילדים מאומצים, ומסקנות דיוננו ישתלבו בהמשך בעניין ילדים שנולדו בהפריה מלאכותית.

בפרק הקודם עמדנו על המתח בין גישה פורמליסטית לגישה מהותנית ביחס לאיסור ייחוד. מתח זה משפיע בצורה ישירה על שאלת איסור ייחוד בין הורים לילדים מאומצים. עמדה פורמליסטית תסבור, כי מאחר שילדים מאומצים אינם מוגדרים פורמאלית כילדים (הגדרה התלויה בהורות הביולוגית), חל לגביהם איסור ייחוד. עמדה מהותנית עשויה לומר, שאין איסור ייחוד במקרים כאלו, מטעם זהה לטעם שבשלו אין איסור ייחוד בין הורים ביולוגיים לילדיהם. קושר את הדברים זה בזה הרב ברזון, במאמרו הנזכר בהערה הקודמת:

באוצר הפוסקים (ח"ט עמ' רנט ורסג) ובדבר הלכה (עמ' 28) מובאת דעת הפוסקים המחמירים בייחוד של אם עם בנה המאומץ, או אב עם בתו המאומצת. לכאורה, זו היא המסקנה הפשוטה היוצאת משיטת רש"י, שהרי אפילו אם נאמר שאין חשש ביאה במקרה של אימוץ, מכל מקום הייחוד אסור מחמת עצם המצב של קריבה לערוה. אולם לשיטת תוספות, הרי יש מקום לומר שאין חשש ביאה במקרה של אימוץ.

אכן, הפוסקים נחלקו באשר לדין ייחוד בין הורים לילדים מאומצים, ובדבריהם מפורש המתח הנזכר, קרי: האם ועד כמה ניתן להתחשב בטעמים העומדים ביסוד ההלכה. נציג בעניין זה שתי עמדות קוטביות, אחת להיתר ואחת לאיסור.

הרב יצחק יעקב וייס, בעל שו"ת מנחת יצחק, כותב²⁹:

ושם (מנחת יצחק, ד מט, אות ט) הבאתי מאוצר הפוסקים מהרבה גדולי התורה שדחו דברי הרוצה לצדד היתרא דייחוד וכיוצא בזה, וכתבו דהוי בכלל אביזריהו דגילוי עריות עיין שם... לא ידעתי האיך יעלה על הדעת לחדש סברות למצוא היתר בדבר דלרוב פוסקים אסור מן התורה, ולרמב"ם הוי מדברי קבלה...

פוסקים רבים לדברי הרב וייס סבורים, שקיים איסור ייחוד בין הורים לילדים מאומצים. איסור זה מתואר כאיסור חמור, "אביזריהו דגילוי עריות"³⁰. השיקול הפורמליסטי כמעט מפורש בדברי הרב וייס: "האיך

²⁹. שו"ת מנחת יצחק, חלק ט סימן קמ.

³⁰. הרב וייס מתייחס כאן לייחוד עם בני הקבוצה השנייה, שלדעת ראשונים רבים הוא מן התורה. אף לדעת הרמב"ם, שאיסורו הוא מדברי קבלה, האיסור כאן חמור יותר מאשר ייחוד בקבוצה השלישית, שאיסורו הוא מגזירת חכמים, ראו לעיל סמוך להערה 16.

יעלה על הדעת לחדש סברות למצוא היתר בדבר דלרוב פוסקים אסור מן התורה". בהמשך דבריו הרב וייס קושר את עמדתו לטעם מטה-פיזי שנאמר בהלכה זו: לדעת רש"י (קידושין, פא ע"ב, ד"ה "ודר"), ייחוד בין הורים לילדים הותר משום שאנשי כנסת הגדולה גרמו לכך שיצר העריות לא יתקיים בין קרובים³¹. טוען הרב וייס (שם), כי הדברים אמורים רק כלפי הורים ממשיים ולא כלפי הורים מאמצים, שהרי "זה לא שייך היכא דאינם קרובים במציאות רק מאומצים"³².

ברם, ישנם פוסקים מרכזיים הסבורים שאין איסור ייחוד בין הורים לילדים מאומצים, כדוגמת הרב משה פיינשטיין ואחרים³³. דיון מפורט בעניין מובא בשו"ת ציץ אליעזר³⁴. הרב ולדנברג מתיר ייחוד עם ילדים מאומצים, תוך שימוש ניכר במתודה מהותנית ביחס להלכה זו. היתרו מתבסס על ניתוח טעם היתר הייחוד בין הורים ביולוגיים לילדיהם והשלכתו ליחסים בין הורים מאמצים לילדיהם. בהתבסס על ה"לבוש" מבאר הרב ולדנברג, כי היתר ייחוד בין הורים ביולוגיים לילדיהם נובע מכך "שאינן דרכה לבא עמו לידי הרגל עבירה והוא הדין האב את בתו"³⁵. ברם, מציאות זו שבה אין חשש מ"עבירה" איננה נובעת מהקשר הביולוגי בין ההורים וילדיהם, ואף לא מהיבט מטה-פיזי, אותו ראינו בשיטת רש"י לעיל³⁶. ההרחקה נובעת, לדברי הרב ולדנברג, ממציאות החיים המשותפים, "מכח

31. על פי סנהדרין, סד ע"א.

32. לפי רש"י, הגורם המכריע הוא השאלה מה מעמדם של הצדדים, האם הם מוגדרים כהורים וילדים או לא, ובמידה והתשובה חיובית אזי חל עליהם פועלם של אנשי כנסת הגדולה. הרב וייס מסתייע בשיקול זה כדי לשלול כל היתר למקרים בהם חסרה ההגדרה הנוכרת, גם אם יש "סברות למצוא היתר" לעניין. הטענות הללו שמציג הרב וייס, בפרט בהשוואה לשיקולי ההיתר שמציגה העמדה המהותנית (להלן), משקפים אם כן גישה פורמליסטית מובהקת.

33. ראו שו"ת **אגרות משה**, אבן העזר ד סד, ס"ק ב. הרב פיינשטיין משלב בתשובתו שיקולים נוספים מעבר ליחסי ההורים והילדים, כגון הנוכחות של בן הזוג או הימצאותו באזור ומודעותו למתרחש (שיקולים המשפיעים על הקריטריונים הפורמאליים להיתר ייחוד). בהתאם לכך, נטייתו של הרב פיינשטיין היא להחמיר במקרה שבן הזוג הלך לעולמו. הרב שלמה דיכובסקי נוטה אף הוא להתיר ייחוד בין הורים לילדים מאומצים, משיקולים הדומים לשיקוליו של הרב ולדנברג (להלן), ובפרט לאור הצורך החברתי הרב שיש בכך ומאחר שאיסור ייחוד במצבים אלו הוא "גזירה שאין רוב הציבור יכול לעמוד בה" ולא ניתן למנוע אהבה ואחוה בין הורים לילדיהם המאומצים (כך מסר לי הרב דיכובסקי, אשר הביע עמדה זו בכנס שהתקיים בנושא אימוץ לפני שנים אחדות). לגישות נוספות המתירות ייחוד בין הורים לילדיהם המאומצים ראו במאמרו של הרב ברזון, איסור ייחוד (לעיל, הערה 1), עמ' 317, ושם, הערה 19, וראו ניתוח דברי הציץ אליעזר להלן בגוף הטקסט.

34. **ציץ אליעזר**, חלק ו סימן מ, פרק בא.

35. שם, סעיף קטן ב. הקטע המצוטט הוא אזכור דברי הלבוש. מכאן ולהלן זו פרשנותו של הרב ולדנברג לדברים אלו.

36. ראו לעיל, סמוך להערה 31. דיונו של הרב ולדנברג מציג כנקודת מוצא את התפיסה אשר לפיה יש איסור ייחוד בין הורים לילדיהם המאומצים, בהתבסס על שיטת רש"י הנוכרת.

זה שיחסי הטיפוח הוגדרו ביחסים של אם ובן, והוא הדין אותו הדבר באם עם בתו". מכאן קצרה הדרך לאנאלוגיה לענין ילדים מאומצים³⁷:

ואם כן לפי זה יש לומר אותו הדבר ואותו הטעם גם בכך ובת מאומצים: דמכיון שהושרש בלבותם מאז קטנותם שהיא לו כאם והוא לה כבן, וכן באיש הוא לה לאב והיא לו כבת, וביחסי טיפוח כאלה גדלו אצלם, אזי מכח הרגשה זאת תו אין דרכה של האשה לבא עמו לידי הרגל עבירה, וכן אותו הדבר גבי איש דתו אין דרכו לבא עמה לידי הרגל עבירה. וממילא יש מקום להתיר לפי זה גם החיבוק והנישוק הבא ונובע מיחס וחיבה אבהותי ואמהותי, דלאו קירבה כזאת הוא דקאסרה תורה.

המהלך הלא פורמליסטי בו נוקט הרב ולדנברג איננו עוצר בשאלת טעמיה של ההלכה. הרב ולדנברג מציין כאן מימד נוסף, המשפיע על ההכרעה לשלילת איסור ייחוד במקרה של ילדים מאומצים. אלו הם שיקולי מדיניות חברתית כלליים, כדבריו³⁸:

בספר יראים סימן קצ"ב מסביר טעם היתר הייחוד לנדה, מפני שאי אפשר שלא יתייחד עם אשתו נדה, ואין גזרין גזירה אלא אם כן רוב הצבור יכולין לעמוד בה... ולפי זה במגביל [כך במקור – א"ו] לנימוק זה יש להתיר בבת מאומצת וכן בכך מאומץ כשהיא פנויה...³⁹ **דיש לומר דזהו גם כן כעין גזירה שאין רוב הציבור יכולין לעמוד בה, דהרבה מן הילדים שמסוג זה יצטרכו להיות מוטלים למעמסה על הציבור באין להם מאסף.**

הכרעה זו נוקטת כאמור באופן מובהק בגישה מהותנית. ראשית, היא מאתרת את טעמה של ההלכה (בענייננו – היתר ייחוד בין הורים לילדיהם) ומיישמת זאת גם במצבים בהם הקריטריונים הפורמאליים להלכה זו אינם מתקיימים. שנית, היא משלבת בדיון ההלכתי שיקולים חברתיים, הנתפסים דרך כלל כשיקולים חוץ-הלכתיים, שאינם רלוונטיים לבחינת מעמדם הפורמאלי של הילדים ביחס להוריהם המאמצים⁴⁰.

37. **ציץ אליעזר**, שם.

38. **ציץ אליעזר**, שם, סעיף קטן ה(א).

39. טעם ספציפי זה הוא במקרים בהם האיסור מדרבנן, היינו: באישה פנויה המגדלת בן מאומץ. הרב ולדנברג מוסיף בקטע שהושמט בציטוט שבגוף הטקסט, שזה גם כאשר האישה היא נידה, וזאת לדעת הפוסקים הסבורים שאיסור ייחוד עם פנויה נדה הוא מדרבנן (למרות שקירבה עימה אסורה מן התורה). בהמשך כותב הרב ולדנברג, שלגבי אישה נשואה ייתכן שניתן לסמוך על דעת הרמב"ם, הסבור שאיסור ייחוד איננו מן התורה אלא "מדברי קבלה".

40. נוסף לאלו משלב כאן הרב ולדנברג גם שיקולים מטה-הלכתיים (שם, סעיף קטן ה(ג)). התורה מתאפיינת בכך ש"דרכיה דרכי נועם", ויש המבארים את היתר ייחוד בין איש לאשתו הנידה כמתבסס על עקרון זה ("דאין זה דרכי נועם שיהיה קם מן המטה אם פירסה אשתו נדה, ושיהיה צריך האדם שומר בביתו"). טעם זה נכון לדברי הציץ אליעזר גם להורים

אנו מוצאים, אם כן, כי ביחס לילדים והוריהם המאמצים, קיימות שתי גישות בין הפוסקים. זרם דומיננטי⁴¹ סבור, כי יש איסור ייחוד במקרים אלו. לצד זאת, כמה פוסקים מרכזיים חולקים, ומתירים ייחוד בין הורים לילדיהם המאומצים. מאחורי מחלוקת זו עומד לכאורה מתח תורת משפטי. בעוד שהקבוצה הראשונה מדגישה את המימד הפורמאלי של האיסור, ולפיכך מחילה אותו גם על ילדים מאומצים, הקבוצה השנייה נוקטת גישה מהותנית, ומתבססת על ניתוח טעמיה של ההלכה ועל שיקולים רחבים יותר, על אף שנאמרו בהקשרים אחרים.

לסימו של סעיף זה, יש לעמוד על תופעה פרשנית מעניינת. במסגרת הוויכוח בין שתי הקבוצות אנו מוצאים לעיתים שיקולים משותפים, המשמשים את הפוסקים למטרות מנוגדות. כך, למשל, כותב הרב וייס⁴²:

ותמה אני לבנות יסוד להתיר במה שלא מצינו מדברי ראשונים ואחרונים שישמיענו הדין במציאות כזה, שכבר היה בעולם לגדל יתומים מיום הולדם בביתם, לחוות דעתם שאין איסור יחוד למגדלם עמהם, רק מאיזה טעם שמובא בפוסקים לפרש מה שהתירה התורה, לומר שגם במציאות שאסרה התורה יש להתיר היכא דשייך אותו טעם שכתבו הפוסקים במציאות שהתירה התורה, דבדאי לא נתכוון הלבוש לקבוע הלכה להקל על פי אותו טעם...

היינו, בהתייחס למסקנה מדברי הלבוש, לפיה אין איסור ייחוד בין הורים לילדיהם המאומצים⁴³, טוען הרב וייס טענה עקרונית: גם בעבר קיימת היתה מציאות שבה הורים אימצו ילדים. ברם, הפוסקים המוקדמים ("ראשונים ואחרונים") לא התייחסו למציאות זו. אילו מותר היה להתייחד עם ילדים מאומצים, היו הפוסקים משמיעים את הדברים במפורש, ומכאן יש איסור במצב זה. אין לפיכך להתבסס על דיוק שאיננו חד משמעי, העומד בניגוד למה שעולה מדברי (או: משתיקת) פוסקים אחרים.

וילדיהם המאומצים: "ואם כן לפי זה יש לומר ככעין זה גם בנידוננו, דבהיות דבשעה שלקחום לאימוץ עוד לא היו בגיל של איסור יחוד ובהיתר לקחום, וכך גדלו והורגלו אצלם ונתקשרו זה לזה בקשרים נפשיים בתורת חניכים ומחנכים, אם כן אחר כך כשגדלו תו אין זה דרכי נועם לגזור עליהם גזירת הפרשה. ולכן יש לומר דבכגון יחוד כזה לא אסר הכתוב. וידעתי מה שיש גם לחלק בין הנושאים אבל סניף מיהא הוי." יש להעיר, לעניין הדיון התיאורטי בתורת המשפט של ההלכה, כי הטיעונים שהובאו בהערה זו ("דרכיה דרכי נועם") משקפים מישור אחר שאיננו בהכרח לא-פורמליסטי, אלא נוגע להבחנה בין כללים לעקרונות בשיטת המשפט.

41. במספר מקורות זרם זה מובא כעיקרי אם לא כבלעדי, ראו במאמרו של הרב ברזון, איסור ייחוד (לעיל, הערה 1), עמ' 317.

42. שו"ת מנחת יצחק, ט קמ.

43. ראו בדברי הרב ולדנברג לעיל, סמוך להערות 34-38. הרב וייס איננו מזכיר במפורש את שמו של הרב ולדנברג, אך מתמודד עם הטיעונים שהאחרון מעלה.

טיעון זה מופיע במאמרו של הרב עזריה ברזון בשם הרב נחום אליעזר רבינוביץ, אך כתימוכין לכך שאין איסור ייחוד בין הורים לילדיהם המאומצים. כותב הרב ברזון כך:

שאלתי את הרב נחום אליעזר רבינוביץ, ראש ישיבת "ברכת משה" במעלה אדומים, וענה לי: "התופעה של אימוץ איננה חדשה, אלא היא היתה קימת במשך כל הדורות. וכבר אמרו חז"ל (סנהדרין יט, ב): 'כל המגדל יתום בתוך ביתו מעלה עליו הכתוב כאילו ילדו'. איך יתכן שלא כתבו חז"ל שצריך להיזהר מאיסור ייחוד במצב זה של מגדל יתום בתוך ביתו – אם אכן איסור זה נוהג. מדוע איסור חמור זה נשמט מכל ספרות הפוסקים במשך הדורות, ולא נתעורר עד דורנו אנו".

היינו, שתיקתם של הפוסקים מלמדת, כי אין איסור ייחוד בין הורים לילדיהם המאומצים. טיעון זהה כמעט לחלוטין לדברי הרב וייס, אך מוליך למסקנה הפוכה בתכלית.

פירוש הדברים הוא כי במסגרת הדיון ההלכתי מועלים שלל נימוקים. את הנימוקים העיקריים ייחסנו למתח בין גישות פורמליסטיות לגישות מהותניות. ברם בשיח ההלכתי מובאים גם נימוקים נוספים, שהם לעיתים נימוקים המהווים אסמכתא משנית להכרעה ההלכתית. לפיכך, נימוק זהה עשוי להתפרש בשתי דרכים שונות בעליל, בהתאם להבנתו של הפוסק.

ה. מעמדם של הורים לילדים שנולדות בהפריה מלאכותית

מה מעמדם ההלכתי-פורמאלי של הורים לילדים שנולדו בהפריה מלאכותית? לצורך שאלה זו יש להבחין בין מעמדו של האב למעמדה של האם. כפי שנראה, בעוד שהתשובה לשאלת מעמדו של האב פשוטה יחסית, שאלת מעמדה של האם מורכבת הרבה יותר, ושנויה במחלוקת רחבה בין הפוסקים. נפנה לפיכך ראשית לבחינת מעמדו של האב בתהליך זה.

כרקע לדברים יש לציין, כי קיימים מספר צירופים, המשלבים כמה וכמה הורים פוטנציאליים, כדלקמן⁴⁴:

ניתן, איפוא, לבצע תערובות מורכבות של ביציות, תאי זרע ורחם, כגון: תרומת ביצית מאשה א', תרומת זרע מגבר ב', הפריה חוץ-גופית, השתלת הביצית המופרית באשה ג', ומסירת היילוד לזוג המורכב מאשה ד' וגבר ה'. ניתן, באמצעות שילובים כאלו, להגיע לחמישה סוגי "הורים": אב גנטי, תורם הזרע; אב-

44. אנציקלופדיה רפואית הלכתית, ערך "הפריה חוץ גופית", עמ' 836.

מגדל; אם גנטית, תורמת הביצית; אם פונדקאית, נושאת ההריון; אם-מגדלת, אם חברתית-משפטית.

ייתכנו גם שילובים בין ההורים הללו, כגון מקרים בהם האם החברתית היא בעלת הביצית, או מקרים בהם האם החברתית היא נושאת ההריון, ומספר שילובים גם ביחס לאב. כך מתקבלת קבוצה גדולה של מקרים שונים. בדברים שלהלן נשים דגש על האפשרויות העיקריות לדיוננו, תוך שנעמוד על העקרונות המנחים, שיסייעו להכרעה גם בצירופים אחרים.

1. מעמדו של האב בהפריה מלאכותית

חלקו של האב בהולדת ילדיו מצומצם להפריית הביצית של האם. זאת להבדיל מהאם, שתורמתה כפולה: תרומת הביצית וגידול העובר ברחמה. ההפריה בענייננו נעשית באופן מלאכותי, באמצעות הפריה חוץ גופית, קרי: הפריית הביצית בתנאי מעבדה שלא בגוף האישה (IVF), ולעיתים באמצעות הזרעה מלאכותית (AIHD), היינו: החדרת הזרע לגופה של האישה בתהליך רפואי. בין כך ובין כך, מדובר בהפריה בלא שמתקיימים יחסי אישות בין הגבר לבין האישה⁴⁵.

התלמוד מכיר באפשרות של הפריה בלא יחסי אישות. כך מובא בסוגייה הבאה (חגיגה, טו ע"א-ע"ב):

שאלו את בן זומא: בתולה שעברה מהו לכהן גדול? מי חיישינן לדשמואל, דאמר שמואל: יכול אני לבעול כמה בעילות בלא דם, או דלמא דשמואל לא שכיחא⁴⁶? אמר להו: דשמואל לא שכיח, וחיישינן שמא באמבטי עיברה...⁴⁷

נושאי כליו של השולחן ערוך דנו בשאלת מעמדו של ילד שנולד בדרך זו, כלשון החלקת מחוקק: "אשה שנתעברה באמבטי, אם קיים האב [מצוות – א"ו] פריה ורביה, ואם מקרי בנו לכל דבר" (חלקת מחוקק, אבן העזר א, ס"ק ח).

45. ראו אנציקלופדיה רפואית הלכתית, ערכים "הזרעה מלאכותית", עמ' 545, ו"הפריה חוץ גופית", עמ' 817-819. לעניין הנדון כאן, השאלה המרכזית היא מעמדו של אב שמזרעו נולד לילד ללא יחסי אישות. אשר על כן, אין הבדל מהותי מבחינה זו בין הזרעה מלאכותית להפריה חוץ גופית.

46. כהן גדול מחוייב לשאת אישה בתולה בלבד (ויקרא כא יד). במקרה המדובר נשא הכהן הגדול אישה בתולה, וזו נמצאה מעוברת, אך היא טוענת כי מעולם לא נבעלה ולפיכך לטענתה מותרת לכהן גדול. חכמים מסתפקים האם חוששים שנבעלה ודם הבתולים שלה נשתמר, כדברי שמואל הטוען כי הוא יכול לבעול בלא לפגוע בדם הבתולין של האישה (רש"י: "שהיה בקי בהטייה, וזו נמי נבעלת כן"), או שמא המציאות המתוארת על ידי שמואל אינה שכיחה.

47. תשובתו של בן זומא היא כי המציאות המתוארת על ידי שמואל איננה שכיחה, ולפיכך לא מניחים שהאישה בתולה, אלא מעריכים שהאישה הופרתה בלא בעילה, וזאת מזרע של אדם שיצא "באמבטי" (רש"י: "כלי שרוחצין בו כל הגוף, ויש לומר שהטיח שם אדם שכבת זרע ונכנס במעיה").

החלקת מחוקק התחבט בעניין והשאיר את השאלה בגדר ספק, אולם הבית שמואל (בית שמואל, אבן העזר א, ס"ק י) הכריע בדבר:

ויש להביא ראיה, מה שכתב...⁴⁸ אשה מוזהרת שאל תשכב על סדין ששכב עליהן איש אחר פן תתעבר משכבת זרע של אחר, גזירה שמא ישא אחותו מאביו – נשמע דהוי בנו לכל דבר.

לפי הלכה זו, אישה עשויה להתעבר משכבת זרע שנוותר על סדין, ועל כן לא תשכב על סדין ששכב עליו איש אחר, בכדי למנוע חשש גילוי עריות ("שמא ישא אחותו מאביו", שהרי אביו איננו ידוע). מכאן מסיק הבית שמואל, שילד שנולד בדרך זו מיוחס לאביו, בעל הזרע שהפריה את האישה, והיינו "נקרא בנו לכל דבר". באותה מידה לענייננו, ילד הנולד בהפריה חוץ גופית או בהזרעה מלאכותית מוגדר כבנו של אביו, בעל הזרע.

יש להעיר, עם זאת, כי הדברים שונים לעניין ממזרות, ויש מקום להבחין בין ילד שנולד מהפריה רגילה לילד שנולד מהפריה מלאכותית. במקרים שבהם בני זוג מעוניינים לבצע הזרעה מלאכותית או הפריה מלאכותית מזרע של גבר זר, מוסכם אומנם על פוסקי דורנו שהדבר אסור⁴⁹, אך פוסקים רבים סבורים שאין להכריז על הילד כממזר, אף על פי שהוא מוגדר כבנו של בעל הזרע⁵⁰. הטעם הוא משום שהכרזה על ילד כממזר איננה תלויה בלידה אסורה אלא במעשה ביאה אסור. לפיכך, במקרה שבו הילד נולד בלא קיום יחסי אישות בין אישה נשואה לגבר זר, אזי לא התקיים כאן גילוי עריות, והילד איננו ממזר. זאת על אף העובדה שמבחינה ביולוגית הוא בנו של אדם האסור על אימו. קביעה זו מתבססת על אסמכתאות מספרות הפסיקה הקלאסית. כך כותב הב"ח⁵¹:

מצאתי בהגהות סמ"ק ישן מה"ר פרץ שכתב: אשה נדה יכולה לשכב אסדיני בעלה, ונזהרות מסדינים ששכב עליהם איש אחר פן תתעבר משכבת זרע של אחר. ואמאי אינה חוששת פן תתעבר בנדתה מש"ז של בעלה ויהיה הולד בן הנדה? והשיב, **כיון דאין כאן ביאת איסור הולד כשר לגמרי אפי' תתעבר מש"ז של אחר,**

48. המובאה היא מהגהות סמ"ק, שהובאה על ידי הב"ח ביורה דעה סימן קצה, ראו להלן, סמוך להערות 51-54.

49. יש הסבורים שיש כאן איסור של אשת איש, ויש האוסרים מדרבנן או משיקולים של מדיניות מוסרית והלכתית; ראו **אנציקלופדיה רפואית הלכתית**, ערך "הזרעה מלאכותית", סעיף "הזרעה מלאכותית מתורם זר שהוא יהודי", עמ' 566-580.

50. שם, סמוך להערות 132-136 ובהערות אלו.

51. יורה דעה קצה, ד"ה "מצאתי בהגהות סמ"ק". זוהי המובאה המלאה של דברי הב"ח, שצוטטו לעיל על ידי הבית שמואל. דברי הב"ח הובאו גם במשנה למלך, אישות טו, ד, ד"ה "היה הבן סריס" (וראו שם מסקנתו, השוללת את האפשרות להתעברות באמבטי).

כי הלא בן סירא כשר היה⁵², אלא דמש"ז של איש אחר קפדינן
כי היכי דקפדינן אהבחנה⁵³, גזירה שמא ישא אחותו מאביו⁵⁴
כדאיתא ביבמות, עכ"ל הסמ"ק.

לפי הסמ"ק, על אף העובדה שהילד מיוחס לאביו הביולוגי, כשאין
ביאת איסור הילד לא יוכרו כממזר (ובהקשר אחר, לא יהיה בן נידה). קביעה
זו רבת משמעות לעניין הפריות מלאכותיות, שכן היא מסירה לפחות
בדיעבד בעיות קשות העלולות להתעורר בתהליך זה. ומכל מקום אם נשוב
לעניין הנדון כאן, מעמדו של האב, יש לראות את הילד כבנו של האב
(כעמדת הבית שמואל), ולכל הפחות מספק (כעמדת החלקת מחוקק)⁵⁵.

2. מעמדה של האם בהפריה מלאכותית

חלקה של האם בעיבור ובלידה מורכב יותר מאשר חלקו של האב. בעוד
שהורותו של האב מתבטאת בהפריה בלבד, חלקה של האם כפול: תרומת
הביצית וגידול הילד ברחמה. בטכנולוגיות מודרניות של הפריה מלאכותית
(IVF) ניתן לפצל את פונקציות ההורות לשתי "אמהות": בעלת ביצית והאם
המגדלת את העובר ברחמה. "האם החברתית", זו שתגדל את היילוד כבנה,
עשויה להיות כל אחת מהשתיים הנזכרות⁵⁶: במקרה אחד עשויה להיות זו
בעלת הביצית, כאשר היא איננה יכולה מבחינה רפואית לגדל את הילד
ברחמה (או שהיא חסרת רחם), ונוקקת לפיכך לאם פונדקאית. במקרה אחר
האם החברתית עשויה להיות האם המגדלת את העובר ברחמה, כאשר מסיבה
רפואית היא נזקקה לתרומה מתורמת הביצית⁵⁷. בין כך ובין כך, עומדת על
הפרק השאלה מי משתי אלו היא אמו ההלכתית של היילוד.

52. לפי האגדה, בן סירא היה בנו של ירמיה הנביא, שרחץ באמבטי ומוזה התעברה אמו של בן
סירא. ראו במאמרו של הרב ד"ר מרדכי הלפרין, "הורות ביולוגית והורות גנטית", **גיליונות
פרשת השבוע**, משרד המשפטים – המחלקה למשפט עברי, 204 (תשס"ה),
www.daat.co.il/mishpat-ivri/skirot/204-2.htm (נצפה בר"ח סיוון תשס"ט), הערות
17-16 (להלן: הלפרין, הורות).

53. במקרה בו התאלמנה או התגרשה האישה, אסורה להנשא בתוך שלושה חודשים בכדי
שניתן יהיה לזהות את אביו של הילוד.

54. היינו: למרות שאין כאן ביאת איסור, מקפידים שלא יולד ילד משכבת זרע של אחר שמא
ישא אחותו מאביו.

55. שאלה אחרת היא האם אב מקיים מצוות פריה ורביה בדרך זו; ראו **אנציקלופדיה רפואית
הלכתית**, ערכים "הזרעה מלאכותית", עמ' 562-563, ו"הפריה חוץ גופית", עמ' 851-852.

56. כאשר לשאלה האם מותר או ראוי לעשות זאת לכתחילה, ראו **אנציקלופדיה רפואית
הלכתית**, ערך "הפריה חוץ גופית", עמ' 855-870.

57. במקרים בהם האם החברתית איננה נוטלת חלק לא בביצית ולא בהריון, אין לה כל זיקה
ליילוד, ומעמדה הוא כשל הורה מאמץ.

פוסקי ההלכה נתחבטו בשאלת מעמדה של האם⁵⁸. ההשלכה שיש לדילמות אלו היא למגוון רחב של תחומים – שאלות ייחוס, ירושה ועוד. שאלה זו משליכה גם לסוגיית איסור ייחוד, כפי שנראה להלן. ומכל מקום, מן הראוי לציין, כי סוגיית ייחוד היא מהשאלות הפחות חמורות הנגזרות מן העניין⁵⁹, ואף לכך יש חשיבות – ראו להלן. בין הפוסקים שעסקו בשאלה זו מצאנו מגוון עמדות: קביעה כי היולדת היא אמו של היילוד; קביעה כי האם הגנטית, בעלת הביצית, היא אמו של היילוד; קביעה כי אין ליילוד אם וראיית שתי הנשים כאמהותיו של היילוד. שאלה זו נסקרה בהרחבה בספרות שעסקה בעניין הפריה מלאכותית, כמובא בהערות השוליים שלהלן. בדברינו כאן נציג לפיכך בתמצות את השיטות השונות ונעמוד על עיקרי טיעוניהם, ובהמשך נקשר זאת לשאלת הלכות ייחוד.

קבוצה גדולה של פוסקי זמננו הכריעה, כי היולדת, זו שנשאה את העובר ברחמה, היא אמו של היילוד. מספר ראיות הובאו לעמדה זו, ונסתפק כאן בשתי ראיות – אחת מדברי אגדה ואחת מדברי הלכה. בתלמוד הבבלי מובא המדרש הבא ביחס לאסתר (מגילה יג, א): "ובמות אביה ואמה, למה לי? אמר רב אחא: עיברתה – מת אביה, ילדתה – מתה אמה". על כך כותב רש"י:

ובמות אביה ואמה למה לי – מאחר דכתיב 'כי אין לה אב ואם', אלא ללמדנו שאפילו יום אחד לא היה לה אב ואם. בשעה שנתעברה אמה מת אביה – נמצא שלא היה לה אב משעה שנראה להקרות אב. וכשילדתה אמה מתה – ולא נראית לקרות אם.

מדברי רש"י הנזכרים מדייק ר' יוסף ענגל, בעל גליוני הש"ס⁶⁰, כי אב נחשב כאב משעת העיבור, ואם נחשבת כאם משעת הלידה. ולענייננו, מסיק הרב זלמן נ' גולדברג, כי הגדרת אב אומנם תלויה בשעת ההפריה⁶¹, אולם הגדרת אם תלויה בשעת הלידה. לפיכך, האישה שגידלה את העובר ברחמה וילדה אותו היא המוגדרת כאימו. הרב זלמן נחמיה גולדברג, המביא ראיה זאת, מעיר עם זאת, כי אין ממקור זה ראייה לכך שהיולדת היא האם

58. ראו הרב הלפרין, הורות (לעיל, הערה 52). לסיכום האפשרויות השונות והצגת הדעות השונות ראו להלן, וראו גם הרב יהושע בן מאיר, "הורות משפטית והורות גנטית בהלכה", **אסיא יב** (תש"ן), עמ' 80-89 (להלן: הרב בן מאיר, הורות). [וכן בספר **רפואה מציאות והלכה** (מכון שלזינגר, ירושלים תשע"ב) סימן כד, פרקים ח-יח].

59. לא בכדי, כמעט שלא מצויה במאמרים השונים העוסקים בשאלות המתעוררות בהפריה מלאכותית זה התייחסות לשאלת הייחוד. הדגש הוא דרך כלל על שאלות של ייחוס, עריות, ירושה ועוד (כחריג ראו **אנציקלופדיה רפואית הלכתית**, ערך "הזרעה מלאכותית", עמ' 570, המזכיר חשש איסור ייחוד בין אב חברתי לבת שנולדה מהזרעה מלאכותית של גבר זר. ברם, גם כאן אין דיון בהלכות ייחוד במצבים המורכבים יותר, היינו: במצבים בהם קיימת זיקה ביולוגית או גנטית כלשהי בין הילד להורה).

60. מובא במאמרו של הרב זלמן נחמיה גולדברג, "ייחוס אמהות בהשתלת עובר ברחם של אחרת", **תחומין ה** (תשמ"ד), עמ' 252 (להלן: הרב גולדברג, ייחוס אמהות).

61. ראו לעיל, סעיף ה.1. מקור זה מצטרף לראיות שנדונו בסעיף הנזכר.

היחידה. לשם כך נזדקק למקור הבא – שהוא מקור הלכתי, ולפיכך בר סמכא יותר לענייננו. בתלמוד הבבלי (יבמות צו, ב) מובא כדלקמן:

שני אחים תאומים גרים, וכן משוחררים – לא חולצין ולא מייבמין,
ואין חייבין משום אשת אח. היתה הורתן שלא בקדושה ולידתן
בקדושה – לא חולצין ולא מייבמין, אבל חייבין משום אשת אח.
היתה הורתן ולידתן בקדושה – הרי הן כישראל לכל דבריהן.

"גר שנתגייר כקטן שנולד דמי", ולפיכך גר נחשב כאדם חדש לעניינים רבים⁶². לכן, שני אחים תאומים שנתגיירו (או עבדים משוחררים, הנחשבים כגרים לעניין זה), אינם חייבים בייבום או בחליצה ואין ביניהם איסורי עריות, ולפיכך האחד רשאי לשאת את אלמנת או גרושת אחיו. ברם, אם אימם התגיירה בזמן שהיתה בהריון, כך שנולדו לאם יהודיה, אזי אומנם אינם חייבים בייבום ובחליצה⁶³, אולם יש ביניהם איסור עריות, והאחד איננו רשאי לשאת את אשת אחיו. מכאן, שאימם של השניים מוגדרת לפי שעת הלידה, ובשל כך בענייננו שניים אלו הם אחים מן האם לכל דבר ועניין.

למסקנה זו שותפים כאמור פוסקים רבים, ככל הנראה רוב הפוסקים בני זמננו שעסקו בנושא⁶⁴, אף כי יש המסתייגים ממנה באופן חלקי לעניין יחוס, כאשר בעלת הביצית איננה יהודיה⁶⁵. בפרט תומכים פוסקים רבים בראיית היולדת כאם הילד כאשר מדובר בהפריה חוץ גופית, בה הולד כלל לא היה ברחמה של בעלת הביצית⁶⁶.

62. אך לא לכל דבר – לעניין חובותיו הכספיים למשל הוא איננו "קטן שנולד", וחייב לשלם גם על חובותיו מזמן שהיה גוי; ראו הרב גולדברג, יחוס אמהות (לעיל, הערה 60), עמ' 254.

63. הטעם הוא משום שייבום וחליצה תלויים באחים מן האב, ואין להם אב שכן אביהם היה ועודנו גוי; ראו רש"י, שם, ד"ה "לא חולצין ולא מייבמין".

64. ראו למשל **ציץ אליעזר**, חלק כ סימן מט. לרשימת פוסקים הנוקטים עמדה זו ראו הלפרין, הורות (לעיל, הערה 52), הערה 29; **אנציקלופדיה רפואית הלכתית**, ערך "הפריה חוץ גופית", עמ' 860 הערה 129, וראו גם להלן, הערה 66.

65. ראו הרב אברהם יצחק הלוי כלאב, "מיהי אמו של ילוד, ההורה או היולדת", **תחומין ה** (תשמ"ד), עמ' 262, הסבור כי ביצית של גויה שהשתלה ברחם של ישראלית, הולד יהיה גוי.

66. בין הרב כלאב ובין הרב גולדברג, מתייחסים במאמריהם הנוכחים (פורסמו בשנת תשמ"ו, 1986) להפריה שנעשתה בתוך רחמה של בעלת הביצית, ומשם הועבר העובר לרחמה של האם שגידלתו. שניהם מוסיפים ומציינים, כי במידה וההפריה תיעשה מחוץ לגופה של בעלת הביצית [כפי שמקובל היום ב"תינוקות מבחנה" – א"ן], נטייתם לראות ביולדת את אמו של העובר תהיה גדולה אף יותר. ראו הרב גולדברג, יחוס אמהות (לעיל, הערה 60), עמ' 259 (הרב גולדברג מציין שם, אות יא, כי גם לסוברים שהעיבור קובע אמהות – שיטה אותה הוא מזהה עם ר' עקיבא איגר, שם, עמ' 249 – ייתכן שכאשר מדובר בהפריית מבחנה, שנעשתה מחוץ לרחמה של בעלת הביצית, האם תהיה היולדת ולא בעלת הביצית), וכן ראו הרב כלאב, שם, עמ' 262 ("יש להוסיף שדברינו אמורים כאשר הביצית הופרתה ברחם הראשונה, ואח"כ הועברה"). הרב ישראלי (חוות בנימין, סח) סבור בדומה לכך, כי יצירת העובר ברחם האישה נעשית בתום ארבעים יום מההפריה, ולפיכך אם בתוך ארבעים יום אלו (ובוודאי במקרים של הפריה חוץ גופית) העובר הועבר למעיה של אם פונדקאית, היא המוגדרת כאמו. גם הרב ביק, המכריע בניגוד לרב גולדברג, שהעיבור ולא הלידה קובע

ברם, יש הרואים את בעלת הביצית כאמו של היילוד, כפי שמוכח בשם הרב שלמה גורן⁶⁷ ופוסקים נוספים⁶⁸. אף לעמדה זו הובאו מספר ראיות, כגון הראיה שלהלן מדברי אגדה (נידה לא, א):

תנו רבנן: שלשה שותפין יש באדם, הקב"ה ואביו ואמו. אביו מזריע הלובן, שממנו עצמות וגידים וצפרנים ומוח שבראשו ולובן שבעין; אמו מזרעת אודם, שממנו עור ובשר ושערות ושחור שבעין; והקב"ה נותן בו רוח ונשמה וקלסתר פנים וראיית העין ושמיעת האוזן ודבור פה והלוך רגלים ובינה והשכל. וכיון שהגיע זמנו להפטר מן העולם הקב"ה נוטל חלקו, וחלק אביו ואמו מניח לפניהם.

לפי זה, אם כן, שעת ההפריה והקשר הגנטי הם הקובעים את זיקת האמהות, ומכאן שיש לראות בבעלת הביצית את אמו של היילוד. לשיטה זו הובאו אף ראיות ממקורות הלכתיים⁶⁹. דומה אם כן, שיש ראיות לכאן ולכאן, אף כי מטבעם של דברים הן אינן מכריעות, שכן הן מושתתות על מקורות אגדיים או מקורות הלכתיים המלמדים רק בדרך של היקש לענייננו. כפי שמסכם זאת הרב יהושע בן מאיר: "לגבי הפריה חוץ-רחמית ואם פונדקאית, דהיינו לגבי קביעת אימהות, עדיין קיימת התייחסות מועטה בספרות הפוסקים. בבירור בעיה זו התבססו במידה רבה על דברי אגדה, אם כי נמצא מקור הלכתי בתלמוד לקביעת אימהות על פי לידה בלבד (ללא ביאה ועיבור)"⁷⁰.

בתוון, יש פוסקים שלא הכריעו, ורואים בשתיים את אמהותיו של היילוד לחומר⁷¹. כך קובע למעשה גם הרב אריאל⁷². המעניין בדבריו של הרב אריאל הוא כי נטיתו על סמך ניתוח המקורות ההלכתיים היא לומר

אמהות, משאיר בספק את שאלת מעמדה של האם בהפריה חוץ גופית, ראו הרב עזרא ביק, "ייחוס אמהות בהשתלת עובריים", **תחומין ז** (תשמ"ו), עמ' 269-270.

67. ראו הלפרין, הורות (לעיל, הערה 52), הערה 29.
68. זו עמדתו של הרב שלמה דיכובסקי (כפי שמסר לי בשיחה בעל פה). לדברי הרב דיכובסקי, כך נאמר לו גם בשם הרב י"ש אלישיב. [הוספת עורך: מאז, נשתנתה דעתו של הגרי"ש אלישיב. ראה: מ' הלפרין, **רפואה מציאות והלכה** (מכון שלזינגר ירושלים תשע"ב) ס' כ"ד בהערה 12. -- העורך]. כך סבור גם הרב ד"ר א' ורהפטיג, בתגובתו למאמרו של הרב ז"נ גולדברג ("הערות העורך"), ראו "העורך" והרב זלמן נחמיה גולדברג, "קביעת אמהות", **תחומין ה** (תשמ"ד), עמ' 268-269.

69. ראו ורהפטיג, שם; הרב ביק, לעיל, הערה 66; וראו גם עמדת הרב אריאל, להלן.
70. ראו הרב בן מאיר, הורות (לעיל, הערה 58). כוונתו ב"מקור הלכתי... לקביעת אמהות על פי לידה בלבד" היא למקור העוסק בגיור תאומים, ממנו יש ראייה לכך שהלידה קובעת אמהות, ראו לעיל בגוף הטקסט.

71. ראו **נשמת אברהם**, חלק ד, אבן העזר ה, עמ' טז בשם הרב שלמה זלמן אויערבאך. הרב בן מאיר, הורות (לעיל, הערה 58), מעלה אפשרות נוספת, לפיה אף לא אחת מהשתיים היא אמו של היילוד, וראו כעמדה זו **אנציקלופדיה רפואית הלכתית**, ערך "הפריה חוץ גופית", עמ' 863, ושם, הערות 134; 137.

72. ראו הרב יעקב אריאל, "הפריה מלאכותית ופונדקאות", **תחומין טז** (תשנ"ו), עמ' 171-180.

שבעלת הביצית היא האם, אף כי למעשה קובע כי מדובר בספק⁷³. ספק הלכתי זה הופך אצל הרב אריאל לוודאי, היינו: העובר מתייחס לשתי האמהות. כאן נוקט הרב אריאל בטיעון רגשי, אולי אפילו אינטואיטיבי, ולא הלכתי-פורמאלי. כדבריו⁷⁴:

בספר נשמת-אברהם (...) כתב בשם הרש"ז אויערבך זצ"ל, שילד שנולד לאם פונדקאית דינו מסופק, ויש להטיל עליו את החומרות שיש בשתי האמהות, אמו הורתו ואמו יולדתו. **נראה שגם מבחינת התחושות הטבעיות – לשתייהן יש תחושה אימהית כלפי העובר. ההלכה, המייחסת את העובר לשתייהן, תואמת גם את תחושותיהן הטבעיות.**

היינו: הספק ההלכתי משמעו, כי בפועל ההלכה מייחסת את העובר לשתי האמהות. ייחוס זה מתאים לדעת הרב אריאל לתחושה הטבעית של שתייהן, שכן שתייהן רואות בו את ילדן.

למעשה, כאמור, פוסקים רבים נוטים כיום לראות ביולדת את אמו של העובר*. ייתכן, כי בעניינים של גילוי עריות, ייחוס וכיוצא בזה, ילכו הפוסקים לחומרא. כך למשל, עשויים פוסקי הלכה לאסור נישואין בין יילוד לבין קרובי משתי "אמהותיו", בעלת הביצית וזו שילדתו, או לדרוש גיור לחומרא למי שנולד מביצית של לא יהודיה. השאלה העומדת לפתחנו כאן נוגעת לעניין איסור ייחוד, שיש בו מרכיבים קלים יותר מאלו הקיימים בשאלות הנזכרות, וההכרעה עשויה להיות מושפעת מכך. נפנה כעת לבחינת הדברים.

1. הפריה מלאכותית ואיסור ייחוד

לאור האמור בחלקים הקודמים, אני מבקש להציג כאן קווים לפתרון השאלה, מה מעמדו של ילד הנולד בהפריה מלאכותית לעניין איסור ייחוד. אדגיש, כי אין באמור להלן משום קביעת עמדה הלכתית, שאיננה מסמכותי, אלא העלאת שיקולים שיש בהם – כך אקווה – בכדי להפרות את הדיון בשאלה זו.

73. הרב אריאל דוחה את ראיותיו של הרב גולדברג על סמך שיקולים החורגים ממסגרת המאמר הנוכחי. לבסוף מכריע כי "מסתבר יותר לומר שהייחוס תלוי בביצית של האם הטבעית, ולא ברחם של האם היולדת" (שם, עמ' 177-178).

74. שם, עמ' 178.

* על השינוי שחל בשנים האחרונות בדעת חלק מהפוסקים ראה: מ' הלפרין, **רפואה מציאות והלכה**, סימן כד, פרקים יז-יח, כאשר כיום רוב הפוסקים נוטים לראות דווקא את האם הגנטית כאם ההלכתית. -- העורך.

1. ייחוד בין אב לילדה שנולדה בהפריה מלאכותית

כפי שראינו בפרק הקודם, מעמדו של האב נקבע בשעת ההפריה. לפיכך, גבר שמזרעו הופרתה אישה, היילוד הוא ילדו לכל דבר. כך יהיו הדברים גם לעניין הלכות ייחוד: כאשר נולדה בת מזרעו של האב, היא בתו לכל דבר, ומותרים בייחוד. הדברים אמורים גם במקרה בו מדובר בהזרעה מלאכותית או הפריה מלאכותית מזרעו של גבר שאיננו בעלה של האם, ואיננו האב החברתי של היילוד. גם הפוסקים הנדרשים לטעמים העומדים מאחורי הלכות ייחוד לעניין ילדים מאומצים, מכירים במקביל במעמדה של ההורות הפורמאלית. הטעמים המהותיים מובאים על ידם כהצדקה למקרים קשים, שאין בהם הורות פורמאלית⁷⁵, אך ההורות הפורמאלית היא תנאי מספיק לעניין היתר ייחוד. ביחס לאב החברתי במקרה שכזה, בו ההפריה נעשתה מזרע של גבר זר, מעמדו הוא כשל אב מאמץ. במקרה זה דיני ייחוד בינו לבין הבת שתיולד הם כבין הורים וילדים מאומצים, נושא אותו בחנו בפרק ד לעיל.

לסיכומו של דבר, לעניין אב קיימת זיקה ישירה בין ההגדרה הפורמאלית של ההורות לבין דיני ייחוד. פלוני שמזרעו נעשתה הפריה לצורותיה (הזרעה מלאכותית או הפריה חוץ גופית), הרי הוא האב של היילוד ודינו לעניין ייחוד כדין כל הורים וילדים. באותה מידה, יש לשער כי מאחר שילדיו של האב, כולל היילוד שנולד בהפריה מלאכותית, מוגדרים כילדיו, הרי שלעניין ייחוד דינם יהיה כדין אחים. בהתאם לכך, לשיטות המתירות ייחוד בין אח ואחות⁷⁶, נראה כי גם אחים אלו יהיו בתנאים המתאימים, מותרים להתייחד זה עם זה⁷⁷.

2. ייחוד בין אם לילד שנולד בהפריה מלאכותית

דין ייחוד נעשה מורכב יותר ביחס לאם וליילד שנולד בהפריה מלאכותית, בהתאם למורכבות הגדרת האם במצבים אלו. אם נלך לפי ההגדרה הפורמאלית של האם, אזי היתר ייחוד בין האם לבין בנה יהיה תלוי בשאלה מיהי אמו של היילוד. לפי השיטות הסבורות שהיולדת היא אמו של

75. ראו לדוגמא את לשונו המסוייגת של הרב ולדנברג, **ציץ אליעזר**, חלק ו סימן מ, פרק כא: "והנה לכאורה פשוט הדבר דאין כל מקום להתיר הייחוד בזה... אבל לאחר העיין נראה לפי עניות דעתי להציע כמה צדדי היתר שלא להצריכם לפרוש זה מזה..."

76. ראו לעיל, סמוך להערות 8-11.

77. מצב שכזה איננו תקין ויש להסתייג ממנו, שכן פעמים רבות לא קיים קשר רגשי כלשהו בין האחים וייחוד עלול להוביל לתקלה. למעשה, בעיית תרומת הזרע יוצרת בעיות קשות יותר מאשר שאלת הייחוד בין האחים, כדוגמת שאלות של ייחוס, חשש ממצב של נישואי אח ואחות ועוד, ובשלן הכתיבה ההלכתית כיום מתנגדת לתרומת זרע מגבר זר; ראו **אנציקלופדיה רפואית הלכתית**, ערך "הזרעה מלאכותית", סעיף "הזרעה מלאכותית מתורם זר שהוא יהודי", עמ' 566-580.

היילוד, שזו, כאמור לעיל, שיטה מרכזית בין פוסקי ההלכה,⁷⁸ אזי היא תהיה מותרת בייחוד עם הבן הנולד. לפי השיטות הסבורות שבעלת הביצית היא האם, היא תהיה מותרת בייחוד עם בנה. ולפי אלו הסבורים כי לילד שתי אמהות ודאיות, שתיהן תהיינה מותרות בייחוד.

הגישה הפורמליסטית איננה מתחשבת בשאלה מי היא האם החברתית של היילוד. כך, בין אם מדובר באם פונדקאית, המגדלת ילד ברחמה עבור בעלת הביצית, ובין אם מדובר במי שתרמה ביצית לאם שתגדל את הילד ברחמה ולאחר מכן תגדלו כבן, שאלת הייחוד תיקבע לפי ההגדרה הפורמאלית של האם. עמדה שכזו מוצגת בהקשר קרוב על ידי הרב זלמן נ' גולדברג, לעניין כיבוד הורים ומספר נושאים נוספים, הנוגעים לילדים שנולדו בהפרייה מלאכותית⁷⁹:

מעתה, גם לגבי שאלה דידן אם הולד חייב בכיבוד האם בעלת הביצית או האם שלדה אותה, **אין לדון שמי שתכונותיה שוות לתכונות הילוד היא האם שחייבין בכבודה, אלא צריכים לדון מכח פירושו של 'אמך' בלשון תורה**, וכן לענין ירושה.

יחד עם זאת, הרב גולדברג מכיר בכך שיש משקל גם לטעמים המהותיים העומדים ביסוד הלכות אלו:

וכן אם נדון שאלה דידן מכח טעמי המצווה, **יותר מסתבר שהאם המולידה היא האם לגבי דיני תורה**, עיין בטעם המצווה של כיבוד אב בספר החינוך מצווה לג, אף שיתכן שמכח טעם המצווה שתי האמהות בכלל, וכן אם נתבונן בטעם אסור עריות שכתב החינוך בפר' קדושים נראה שיותר שייך הטעם באם המולידה מאשר באם בעלת הביצית.

אולם למעשה, קובע הרב גולדברג שאין לתת משקל (מכריע?) לטעמי ההלכה, ויש, כאמור בראשית הדברים, להתבסס על המעמד הפורמאלי שקובעת ההלכה ליולדת ולבעלת הביצית:

רק אין רצוני להאריך בטעמי המצווה, **שלא מצינו שסומכים להלכה על טעמי המצוות** [ואם כי המלחמות בחולין (דף כז, ב לדפי הרי"ף) כתב סברה, ש"אותו ובנו" אינו נוהג באב רק באם ואין למדים לכל דיני התורה שלא לחשוש לזרע אב "משום שחס רחמנא בזה שבנה כרוך אחריה דומיא דשילוח הקן, אבל זכר שאין בנו כרוך אחריו ואין מכירין זה את זה כלל לא הקפידה

78. ראו לעיל, ה.2.

79. דברי הרב גולדברג מובאים בתוך: "העורך" והרב זלמן נחמיה גולדברג, "קביעת אמהות", **חומין ה** (תשמ"ד), עמ' 272.

בהן תורה, אבל בעלמא חוששין לזרע האב וכו' עד כאן. הרי שסמך על טעם המצווה להגדיר אותו ובנו שנוהג רק בנקבה ולא בזכר. מכל מקום לא נראה לדון בהלכה מכח טעמי המצוות.

אם נשליך את עמדתו העקרונית של הרב גולדברג לדיונו, השאלה המכריעה תהיה כאמור מי מוגדרת כאמו של הילד, ולפי זה ייקבעו דיני הייחוד בין האם לבין ילדה. כך תתקבל התוצאה שנוכרה לעיל: לשיטות רבות האם שנשאה את העובר ברחמה וילדה אותו היא אמו, ומותרים בייחוד; לדעות אחרות בעלת הביצית היא האם, והיא מותרת בייחוד עם בנה; ולעמדות אחרות שתיהן מותרות בייחוד שכן שתיהן מוגדרות כאם. להגדרות אלו יש השלכה גם ביחס לשאלת ייחוד בין ילדיה האחרים של כל אחת מהאמהות לבין ילדים שנולדו בהפריה מלאכותית. ההכרעה כאן – לפוסקים המתירים ייחוד בין אחים⁸⁰ – תהיה תלויה אף היא בשאלת קביעת מעמדה הפורמאלי של האם.

ברם, יש מקום לטעמי להרהר בשאלה, האם אכן אימוצה של עמדה פורמליסטית נוקשה מוצדק בהקשר הנוכחי. דיני ייחוד מושתתים מעצם טיבם על הטעמים העומדים מאחוריהם, ושיקולים מהותיים מעורבים בהם באופן בלתי ניתן להפרדה⁸¹. אין זה לפיכך דומה לדיון הכללי בשאלת טעמי המצוות, עליו נסבו דבריו של הרב ז"נ גולדברג לעיל. אומנם, ביחס לילדים מאומצים ראינו, כי רבים אינם מסתפקים בשיקולים מהותיים, ולפיכך אוסרים ייחוד בין הורים מאמצים לילדיהם. אך גם לידם ייתכן שיש מקום לגישה שונה ביחס להורים לילדים שנולדו בהפריה מלאכותית. במקרים אלו מעבר לטעם המהותני החברתי קיים קשר גנטי או ביולוגי, שיש לו השפעה מכרעת על דיני הייחוד. ניתן לפיכך להציע את מערך השיקולים שלהלן.

שאלת הייחוד מתעוררת דרך כלל בין האם החברתית לבין הילד אותו היא מגדלת כבנה, ויש לפיכך שני מצבים בהם שאלה זו מתעוררת: במקרה של תורמת ביצית, כאשר האם הנושאת את העובר ויולדת אותו היא שמגדלת אותו, ובמקרה של אם פונדקאית, היולדת ילד עבור בעלת ביצית, כשזו האחרונה מגדלת אותו כבנה.

(א) כאשר היולדת היא גם האם החברתית, לדעת הפוסקים שהיא אמו הפורמאלית, הבעיה כלל איננה מתעוררת. ייתכן, כי גם לשיטת הפוסקים הרואים בבעלת הביצית את האם, העובדה שהאם החברתית גם נשאה את

80. לעיל, סמוך להערות 8-11.

81. ראו לעיל, סעיפים ב-ג. אם מדובר בגזירת חכמים, ודאי הוא שלטעם הגזירה יש משקל בקביעת היקפה. ברם, גם אם מדובר באיסור תורה, לטעמו של האיסור הנוכחי יש משקל מכריע בקביעת גדריו, לפי זרם נכבד בראשונים, ראו שיטת התוספות וראשונים נוספים, הנוכרת לעיל, סוף סעיף ג (סמוך להערות 24-27).

הילד ברחמה וילדה אותו, תאפשר להכיר בה כאם לעניין ייחוד (גם אם סוברים פוסקים אלו שאם מאמצת רגילה אסורה בייחוד עם בנה). הטעם הוא מהותי: כאשר קיים קשר ביולוגי וחברתי גם יחד, איסור ייחוד נעשה רלוונטי עוד פחות, ויש להתירו, בדומה לטעמים שמצאנו בהיתר ייחוד בין הורים "פורמאליים" לילדים. (ב) כאשר האם החברתית היא האם הגנטית (במקרים של "אם פונדקאית"), ניתן לדעת להתבסס על מערך שיקולים זהה בכדי להתיר ייחוד. לדעות לפיהן בעלת הביצית היא אם פורמאלית הייחוד מותר. אף לדעות לפיהן אין היא אם פורמאלית, נראה כי הצירוף בין הזיקה הגנטית לבין הקשר החברתי מחזק את מעמדה כאם לכל הפחות לעניין ייחוד, וודאי הוא שמעמדה עדיף על של אם מאמצת בלא זיקה גנטית לילדה. יש מקום לפיכך לומר, שאף פוסקים שאינם מתירים ייחוד בין ילדים מאומצים להוריהם המאמצים יאפשרו ייחוד במקרה שכזה.

יש להדגיש, כי לפוסקים המתירים ייחוד בין אם לילד מאומץ, על אחת כמה וכמה שמותר יהיה לאם שיש לה זיקה ביולוגית או גנטית לילד להתייחד עם בנה, שהרי בכל מקרה מותר לאם החברתית להתייחד עם בנה, ובפרט אם קיים ביניהם קשר נוסף כאמור. ברם, גם לפוסקים החולקים בילדים מאומצים, יש מקום לדעתי לשקול היתר ייחוד, כמפורט לעיל.

שאלת הייחוד עשויה להתעורר גם ביחס ליולדת או לבעלת הביצית, כשזו איננה האם החברתית. במקרים אלו הטעם המהותי להיתר הייחוד ניכר פחות, ולפיכך השאלה עשויה להיות מוכרעת רק לפי קביעת הזיקה הפורמאלית בין ההורים לילדיהם, והיינו: אם היולדת היא האם, מותר יהיה לה להתייחד עם בנה, ואם בעלת הביצית היא האם, מותר יהיה לה להתייחד עם בנה⁸². לצד זאת, גם כאן עשויים להיות שיקולים להתיר את הייחוד באופן כולל. ייתכן שניתן להסתפק בזיקה ביולוגית או גנטית לילד, גם בלא מעמד פורמאלי של אמהות, בכדי להתיר את הייחוד, אולי בהתבסס על הנחה שקשר שכזה יוצר חיץ המונע קיום יחסי אישות בין האם לילד⁸³.

יש להעיר לסיום, כי במידה ונראה בדיני הייחוד מערך של הלכות שאיננו מן התורה (כאשר מדובר בייחוד בין פנוי לפנויה, ולפי שיטת הרמב"ם וראשונים אחדים – גם בייחוד בין איסורי עריות⁸⁴), אזי הנטייה להקל תגבר⁸⁵. מאחר והפוסקים נחלקו בשאלת מעמדה של האם, אזי ביחס

82. כאמור לעיל, סמוך להערה 75, גם אם ניתן משקל להורות החברתית, ניכר בדיוני הפוסקים בעניין, שההורות הפורמאלית היא תנאי מספיק לצורך היתר ייחוד בין הורים לילדים.

83. השערה זו היא בגדר הצעה בלבד, שיש עוד להעמידה למבחן, ובאופן אישי קשה לי לקבלה. מכל מקום, נראה כי היא מנוגדת לעמדה שהועלתה על ידי הרב גולדברג, המצוטט לעיל, סמוך להערה 79.

84. ראו לעיל, פרק ב.

85. בדומה לסברא המובאת בציץ אליעזר, לעיל, הערה 39.

לשתי האמהות קיים לכל הפחות ספק, שמא היא אמו של הילד. בהקשרים אחרים הספק בעניין מעמדה של האם נוגע לאיסורי תורה, ולפיכך הנטייה תהיה להחמיר, כפי שמסכם זאת באנציקלופדיה רפואית הלכתית⁸⁶:

לאור העובדה שאין הוכחה הלכתית לצד מהצדדים של קביעת אמהות, נראית הגישה הרואה אמהות הלכתיות לחומרא בשתי הנשים המתחלקות בפונקציות האם בתהליך הפריה חוץ-גופית. היינו, האשה שתורמת את המטען הגנטי (הביצית), והאשה הנושאת את ההריון והיולדת (הפונדקאית) – כל אחת מהן היא אם-הוולד לחומרא.

ברם, ביחס לדיני ייחוד, כשאלו נדונים ברובד של דרבנן, כאמור לעיל, לדברים עשויה להיות משמעות הפוכה. בשל העובדה שאין הוכחה חד משמעית לכל אחד מהצדדים, אזי הן תורמת הביצית והן היולדת הן בגדר ספק אם. במקרה שכזה יש לתת משקל לכלל: "ספק דרבנן להקל" ולפיכך יש מקום לומר, שהילד הנולד בהפריה מלאכותית מותר בייחוד עם שתייהן, אם לא מדובר בייחוד האסור מן התורה.

מקור: אסיא צא-צב עמ' 122-146 (2012).

86. ראו אנציקלופדיה רפואית הלכתית, ערך "הפריה חוץ גופית", עמ' 867.