

הרב אריה כץ

דין אלמנת הנולד מתרומת זרע של אדם לא ידוע ונפטר ללא זרע

פתיחה

התופעה של נשים שאינן מצליחות להינשא ולוקחות זרע מבנק הזרע כדי להרות וללדת התרחבה בשנים האחרונות מאוד. פוסקים רבים סוברים שמדובר בתופעה שאינה רצויה, גם במצבים שבהם אין בעיית יוחסין בעצם לקיחת הזרע, כגון שמדובר בזרע של אדם ידוע או שמדובר בבירור בזרע של גוי (שהוולד אינו מתייחס אחריו כשהאם יהודייה).¹ כאשר מדובר בזרע של יהודי שאינו ידוע (או אפילו כשלא ברור אם מדובר ביהודי או בגוי, אבל אין רוב גויים), מדובר באיסור ברור של הולדת ילד שאביו אינו ידוע, מחשש שאח יישא את אחותו מאביו ללא ידיעה.² כשנולד ילד כזה, דנו הפוסקים אם יש להחיל עליו את גזרת חז"ל על 'שתוק' - מי שנולד לאב לא ידוע, וייתכן שאותו אב פסול מלבוא בקהל, וממילא גם בנו כזה. חז"ל גזרו שוולד כזה פסול מלבוא בקהל גם במקום שרוב האנשים כשרים לבוא בקהל, עד שאימו תצהיר שאבי הילד כשר לבוא בקהל.³ במקרה שלנו, מובן שהאישה אינה יכולה להצהיר שאבי הילד כשר לבוא בקהל, שהרי היא אינה יודעת מי הוא. אף על פי כן, הפוסקים הכשירו בדיעבד את הנולדים מתרומת זרע של אדם לא ידוע לבוא בקהל, מטעמים שונים.⁴

א. הצגת הבעיה

מעבר לאיסור לגרום להולדת ולד שאביו הוא יהודי שאינו ידוע, ולשאלת כשרותו של ולד כזה לבוא בקהל בדיעבד לאחר שכבר נולד, דומה שיש לתת את הדעת לחשש נוסף

1. ראה ספר פוע"ה כרך שני - פוריות, פרק נה - תרומת זרע, בפסקה 'תרומת זרע לפנויה' (עמ' 437-442). לתשובות רבות של פוסקים שהתנגדו להולדה ללא אב ראה שו"ת פוע"ה - פוריות, יוחסין וגנטיקה, בשאלה - 'הורות ללא נישואין', עמ' 250-279.
2. למקור בדברי חז"ל והראשונים באיסור זה, ולהשלכה המפורשת שלו לאיסור תרומת זרע מאדם שאינו ידוע, ראה בספרי שו"ת שאגת כהן, ח"א סי' כ (וקודם לכן - 'חשש נישואי אח ואחות בתרומת ביצית מאישה לא ידועה', אמונת עתיך 125, תשרי תש"פ, עמ' 136-142). וראה שם, הערה 11, שחשש זה מביא לאיסור לעשות מעשה כזה, אך בדיעבד לאחר שנעשה מעשה, החשש אינו גורם לוולד להיפסל מלבוא בקהל (בעניין זה ראה גם מאמרי - עוד על חשש נישואי אח ואחות בתרומת ביצית מאישה לא ידועה, אמונת עתיך 135 (ניסן תשפ"ב), עמ' 143-145).
3. ראה קידושין עג ע"א; שו"ע, אה"ע סי' ד סעי' כו.
4. ראה ספר פוע"ה, שם עמ' 444, ובהערה 97 שם.

שקיים במקרה שבו נולד ולד כזה, חשש שלא ראיתי שעסקו בו הפוסקים:⁵ מכיוון שמדובר בוולד שנולד מתרומת זרע, יש סבירות גבוהה מאוד שנולדו לתורם הזרע בנים נוספים מנשים אחרות שקיבלו תרומת זרע. בנים אלו הם אחים מאב של הוולד שאנו דנים עליו.⁶ אם אותו ולד יישא אישה וימות ח"ו ללא זרע, אלמנתו תצטרך חליצה מאחד מאחיו כדי שתוכל להינשא. מכיוון שאין ידוע מיהם אחיו,⁷ לכאורה האלמנה תישאר עגונה, ולא תוכל יותר להינשא לאף אדם מישראל.

ב. דין אלמנת מי שאביו אינו ידוע

כדי להכריע בשאלה זו, עלינו לעסוק קודם בשאלה הכללית של אלמנת אדם שאביו אינו ידוע, ואותו אדם נפטר ללא זרע, וממנה לעבור לעיסוק בנדון שלפנינו – כשאותו אב לא ידוע הוא תורם זרע.

שו"ת 'נודע ביהודה'⁸ דן באלמנת אדם כזה שלא ידוע מי היו הוריו אף שהיה ידוע כיהודי, והכשירוהו לבוא בקהל. אדם זה נשא אישה ונפטר ללא זרע. השואל שם רצה לאסור על אלמנתו להינשא, שמא היו לנפטר אחים ויש כאן ספק איסור מן התורה. לדבריו, מהרשב"ם⁹ אפשר לדייק שמי שנפטר ללא בנים ואיננו יודעים אם יש לו אחים – אשתו אסורה להינשא עד שיוחזק לנו שלא היו לו אחים, וזו לשון הרשב"ם:

ידוע במקומו ובמשפחתו, ולא נשמע מעולם שהיה לו אח... אבל באסופי שאין לו מכיר מאב ואם, מאין יהיה לה חזקה שאינה זקוקה? ולעולם היא עומדת בספיקה. מאידך גיסא, השואל הביא ראיה להקל מהמשנה ביבמות (ק"ט ע"א), האומרת שמי שבעלה מת והייתה לה חמות (אם בעלה) במדינת הים, אינה חוששת שמא חמותה ילדה בן שהוא אחי בעלה מאב, ואם כן היא זקוקה לחליצה. ה'נודע ביהודה' עצמו דחה את הראיה מיבמות להקל, שכן מדברי המשנה שם משמע שמדובר במקרה שבו החמות הלכה למדינת הים, וקודם לכן ידוע שלא היו לבעל אחים מאב. במצב כזה, החשש הוא שאותה חמות התעברה פעם אחת, וכאן יש מיעוט של צורך בחליצה (כמבואר בגמרא שם): מחצית מהלידות הן של בנות (ואחות אינה מצריכה חליצה כמובן), ויש לצרף לכך שחלק מההריונות מסתיימים בהפלה, ואם כך רוב הלידות אינן של בן חי שמצריך חליצה.

5. טרם כתיבת המאמר דנתי בנושא עם שניים מחברי בית הדין הגדול. שניהם אמרו לי שלא זכור להם שהעניין שיובא להלן נידון בעבר (הדבר מסתבר, שכן תרומת זרע לאישה לא נשואה הייתה נדירה מאוד עד לפני כשני עשורים, ונראה שאכן עוד לא אירע מקרה כזה. אומנם הבעיה שלהלן רלוונטית גם למי שנולד לאישה נשואה מתורם זרע לא ידוע, דבר שקיים כבר עשרות רבות של שנים, אולם בדרך כלל עניין כזה אינו מתגלה, ונראה שזו הסיבה שהפוסקים לא דנו בו).

6. אומנם בעבר היה דיון בין הפוסקים בשאלה אם מי שנולד שלא כתוצאה ממעשה ביאה מתייחס אחרי בעל הזרע, אך למעשה כיום הדעה המקובלת להלכה ללא עוררין היא שוולד כזה מתייחס אחרי בעל הזרע לכל דבר, ראה באריכות בספר פוע"ה שם, פרק מח – 'הזרעה מלאכותית' (עמ' 292-294). ראה גם בספרי שו"ת שאגת כהן, ח"א סי' סב; שם, ח"ב סי' נח.

7. למעט במקרה שבו האישה הרתה והולידה בן נוסף מזרעו של אותו תורם, שאז אותו בן הוא אח ידוע. אומנם צריך עיון אם אפשר לסמוך בזה על דברי מנהל בנק הזרע שמדובר בזרע של אותו אדם, ואין כאן מקום להאריך.

8. נודע ביהודה, תניינא אה"ע סי' קמה.

9. רשב"ם, בבא בתרא קלה ע"א ד"ה האי.

לעומת זאת, במקרה שבו לא ידוע מי האב, וייתכן שיש לו כמה ילדים נוספים, יש מקום להחמיר; וזו לשונו:

אבל במי שאנו מסופקים בו שיש לאביו זרע רב, הן אמת דאמרינן מיעוטא מפילות, אבל לא אמרינן דהשאר הם כולם נקבות, ואדרבה אמרינן שמחצה זכרים ומחצה נקבות, וזכר אחד גורם איסור, ואין כאן רובא להיתרא, וזה לא שמעינן ממתניתין דמותרת.

דהיינו כשמן הסתם היו כמה הריונות, סביר להניח שאחד מהם הסתיים בלידת בן זכר חי, ועל האלמנה לחשוש שנולד לבעלה אח והיא זקוקה לחליצה. אלא שלאחר מכן ה'נודע ביהודה' הודה שמסתימת דברי הראשונים נשמע שאין לחלק, וגם במקום שיש אפשרות שהחמות ילדה כמה פעמים, כלתה מותרת ואינה חוששת שנולד לבעלה אח. ה'נודע ביהודה' דחה גם את הראיה מדברי הרשב"ם להחמיר, שכן הרשב"ם התייחס למקרה שבו יצא קול על עדים שיש לבעל אחים שנמצאים במדינת הים, ולכן צריך חזקה ברורה שאין לבעל אחים, ולא די בכך שאיננו יודעים על אחים כאלה. ה'נודע ביהודה' הוכיח מדברי ה'שלחן ערוך' (אה"ע סי' קנז סע' ו): 'לא היה מוחזק באחים, ואמר יש לי אחים - אינו נאמן', שאין צורך בחזקה שאין אחים כדי להתיר את אלמנתו להינשא, אלא די שאין חזקה על אחים.

ה'נודע ביהודה' נתן שני טעמים לכך שאין חוששים מספק שיש לבעל אחים: (1) קודם שהאישה נישאה לבעלה הייתה לה חזקת היתר שהיא לא זקוקה לייבום וחליצה, וחזקה זו לא פקעה (שהרי הנישואין יצרו רק ספק ולא ודאי צורך). במקום ספק הולכים אחרי החזקה.

(2) יש כאן ספק ספקא להתיר: האחד, שמא אבי הבעל אינו יהודי, וממילא אין צורך בחליצה אפילו היו לו בנים נוספים; והשני, שמא לא היו לבעל אחים מאב, וממילא אלמנתו מותרת.

בניגוד לדבריו בסימן הנ"ל, שבהם היה נראה לו פשוט להתיר, בתשובה אחרת (שם סי' קמג) ה'נודע ביהודה' הסתפק מאוד בשאלה מדוע באמת לא נחשוש שהיו לבעל אחים נוספים מאביו הלא ידוע. נראה שם שהוא סבור שמעיקר הדין האלמנה אינה יכולה להינשא,¹⁰ אלא שהוא חיפש בכל זאת סיבות להתיר:

היה ראוי להחמיר בזה, אבל היה נפיק מזה חורבא במדינות הללו דשכיחי פנויות המתעברות ויולדות בזנות, ולא יהיה תקנה לבני זנונים, שאיזו אישה תינשא להם להיות באחריות עיגון לעולם, אם ימות בלא זרע.

ה'נודע ביהודה' מצא בתשובתו זו שני סניפים להתיר. על שני הסניפים הוא כתב שאינם חזקים, ואף על פי כן עקב הצורך הגדול הוא הסכים להתיר:

10. בתשובה זו כתב ה'נודע ביהודה' שקשה לסמוך רק על הרוב ועל החזקה, כיוון שמדברי חז"ל רואים שכשיש דבר שמגרע אותם, אין מתירים את האלמנה להינשא ללא ידיעה ברורה שאינה זקוקה לחליצה, כגון בהייתה חמותה במדינת הים, שאם היא הלכה לשם כשהיא מעוברת, כלתה אסורה, אף על פי שהייתה חזקה שכלתה אינה זקוקה ליבם, וכן עדיין יש מחצה נקבות ומיעוט מפילות וביחד רוב שאינה זקוקה ליבם.

(1) מי שזינה עם פנויה, ייתכן שמעולם לא נשא אישה. דווקא כשלאדם יש אישה, יש מקום לחשוש שמא נולדו לו בנים נוספים, אך לא כשאיינו יודעים אם הייתה לו אישה.

(2) יש גאונים שכתבו שמי שהיה לו אח משומד בשעה שנשא אישה, ומת ללא זרע, אשתו פטורה מהחליצה מהאח המשומד, שכן על דעת שתיפול לפני אותו יבם לא הסכימה להתקדש.¹¹ כך גם במקרה שלפנינו - כיוון שאם האלמנה תזדקק לחליצה היא תישאר עגונה לעולם, שכן היא אינה יודעת מיהם האחים של בעלה, על דעת זה לא התקדשה, והיא פטורה מחליצה. הטור¹² אומנם תמה על שיטת הגאונים הזו, וגם ה'שלחן ערוך' (שם סע' ד) כתב שאין לסמוך עליה, אך ה'נודע ביהודה' כתב שאפשר לצרף זאת לסניף לעיקר ההיתר.¹³ אומנם הוא הדגיש וכתב שלא היה סומך לחוד רק על סברה זו.

דברי ה'נודע ביהודה' הובאו להלכה גם על ידי ה'פתחי תשובה'.¹⁴ שו"ת 'עונג יום טוב'¹⁵ עסק אף הוא באותו עניין. לדבריו, לפי הרשב"ם שהובא לעיל, יש לומר שאין כאן חזקת היתר שאינה זקוקה ליבם, שכן לאחר שאותה אישה נישאה היא הייתה בחזקת איסור עקב היותה אשת איש. אומנם לאחר מיתת בעלה היא כבר אינה אשת איש, אבל הספק נוצר בשעת המיתה, ואז היא הייתה בחזקת איסור, ולדברי הרשב"ם, אף על פי שאין מדובר באותו איסור, שכן בתחילה האיסור הוא אשת איש ועכשיו הוא חשש של יבמה לשוק, מחזיקים באופן כזה מאיסור לאיסור.¹⁶ אומנם הרשב"א¹⁷ חלק על כך וסבר שאין מחזיקים מאיסור אשת איש לאיסור יבמה לשוק. גם לעניין ייבום¹⁸ הוא חלק על דברי הרשב"ם, וכתב שמי שאינו מוחזק באחים, גם אם נפטר ללא בנים - אשתו מותרת לשוק. אך ה'עונג יום טוב' הקשה על כך, שגם אם אין כאן חזקת איסור, עדיין יש כאן ספק דאורייתא שצריך להחמיר בו. ה'עונג יום טוב' הביא את דברי ה'נודע ביהודה' שראינו לעיל, שיש כאן ספק ספקא להתיר, ודחה אותם, שכן לדבריו הכול בגדר ספק אחד. גם דברי ה'נודע ביהודה' שיש לאישה חזקת היתר נכונים דווקא במקום שבו כשהאישה נישאה היה ידוע שאין לבעלה את, ורק לאחר מכן נולד הספק כגון שלאחר מכן הלכו אביו ואשתו למדינת הים, ולא ידוע אם הולידה שם בן. אבל אם בשעת הנישואין כבר היה ספק אם יש לבעלה את, כגון כשאביו אינו ידוע - אין חזקת היתר. בסופו של דבר ה'עונג יום טוב' טען שיש כאן מחלוקת ראשונים: לפי הרשב"א לעיל האישה מותרת להינשא לכל אדם, ואילו מדברי הרי"ף והרמב"ם הוא מדקדק שאסורה במקרה כזה. אף על פי כן, הוא התיר את האישה בצירוף שני טעמים:

11. הדברים מבוססים על ההווה אמינא של הגמרא ביבמות קי"ב, שיבמה שנפלה לפני מוכה שחין תצא בלא חליצה, שעל דעת זה לא נתקדשה לבעלה הראשון. הגמרא אומנם דוחה זאת בטענה: 'איתתא בכל דהוא ניהא לה', אך לדעת אותם גאונים, כשמדובר במשומד אין כאן אפילו 'כל דהוא'.

12. טור, אה"ע סי' קנז.

13. זאת כנראה בעקבות דברי הרמ"א, שם, שקיבל באופן חלקי ביותר את שיטת הגאונים.

14. פתחי תשובה, אבה"ע סי' קנז ס"ק י.

15. עונג יום טוב, סי' קפ.

16. ראה בדבריו, שהאריך ליישב את כל המקומות שמהם עולה שאין מחזיקים מאיסור אחד לאיסור אחר, ואת ההבדל שביניהם לנידון שלפנינו. עוד בעניין זה, של החזקה מאיסור לאיסור, ראה שב שמעתא, ש"א פ"ז.

17. רשב"א, יבמות ל"ב.

18. שם, קידושין סד ע"א.

(1) יש ראשונים שהתירו, וגם לדברי הרמב"ם שאסר אפשר לדקדק שהאיסור הוא מדרבנן. במקרה כזה של מחלוקת ראשונים שבה גם האוסרים אסרו מדרבנן, יש ללכת אחרי המתירים.

(2) במקרה הנידון לא היה ברור שאין לבעל בנים מקודם לכן, שכן הוא לא אמר כלום בעניין זה, וממילא אין חזקה בעניין זה לאף כיוון.

ג. ההשוואה לאלמנת מי שנולד מתרומת זרע

ננסה לראות אם היתרו של ה'נודע ביהודה' תקף גם במקרה של אישה שקיבלה תרומת זרע מבנק הזרע במדינת ישראל:

כאמור ההיתר של ה'נודע ביהודה' מבוסס בעיקרו על כך שאם מדובר בספק שקול - הרי שיש חזקת היתר כנגדו, ומעבר לכך יש ספק ספקא להתיר, וייתכן גם שהספק אינו שקול. במקרה של תרומת זרע, יש לחשוש שיש כאן רוב ברור שלאותו ולד יש אחים לא ידועים, ואם כן חזקת היתר לא תועיל כנגד אותו רוב. על פי הנוהל החוקי שקיים כיום במדינת ישראל אין הגבלה על מספר תרומות הזרע שכל תורם יכול לתת ועל מספר הנשים המקבלות זרע מתורם אחד, מלבד אמירה כללית, כלשון חוזר מנכ"ל:¹⁹ 'על האחראי להימנע מלקבל תרומות זרע רבות מדי מאותו תורם'. כמו כן, הנוהל אמור להגביל קבלת תרומות זרע בכמה בנקי זרע מאותו תורם, אבל בפועל עד לשנים האחרונות לא הייתה שום הקפדה על כך. כך, במסמך רקע על 'תרומת זרע בישראל', שהוגש לוועדה לזכויות הילד בכנסת בכ' באדר א' תשס"ה, צוין (עמ' 3) שיש מנהלים של בנקי זרע שמגבילים את מספר התרומות מכל תורם לעשר, אולם הדבר אינו מונע מהתורמים לתרום בבנקים נוספים. בכל אופן, אפילו אם מדובר רק בעשר תרומות לתורם, נראה שיש כאן רוב ברור שלולד יש אחים נוספים מאב שאינם ידועים. זאת בניגוד למי שנולד לפנויה שזינתה, שאיננו יודעים כלל אם אביו נשא אישה או אם הוא זינה עם פנויות נוספות. גם התלייה שאולי תורם הזרע אינו יהודי בעייתית, שכן רובם המוחלט של תורמי הזרע במדינת ישראל הם יהודים, ויתרה מכך - מכיוון שזרע של תורם גוי מבוקש יותר מזרע של תורם יהודי, כיוון שהוא מעורר פחות בעיות הלכתיות וכדלעיל, אין נותנים זרע של גוי לאישה שאינה מבקשת זאת.²⁰ ממילא לא ברור כלל שהטעמים הראשונים של ה'נודע ביהודה' להיתר קיימים במקרה של מי שנולד מתרומת זרע, ודאי במציאות של היום שבה אין כלל פיקוח ובקרה על מספר מנות הזרע שכל תורם יכול לתרום.

גם לגבי היתרו של ה'עונג יום טוב', לא ברור שהוא קיים כאן: הסניף השני להיתר, ולפיו לא ברור שאין לבעל בנים, אינו קיים במקרה שלנו, שבו אנו מכירים את הבעל מרגע לידתו, ואנו יודעים שלא היו לו בנים אחרים. לגבי עיקר היתרו - שאף הפוסקים האוסרים ייתכן שאסרו רק מדרבנן, המעיין שם יראה שהסיבה שמדובר באיסור דרבנן ולא באיסור תורה היא שיש מיעוט של בעלים שיש להם אח שזוקק לייבום. אולם כאמור לעיל,

19. ראה חוזר מנכ"ל משרד הבריאות (20/07) מיום כ"ז בחשוון תשס"ח "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" סעיף 13.

20. יש מקום לדון בשאלה אם יש נאמנות למנהל בנק הזרע לומר שמדובר בזרע גוי, וכן לחלק בין זרע שיובא מחו"ל לבין זרע שניתן בארץ, אך אין זה נושא המאמר כאן.

במקרה של תרומת זרע מיעוט זה אינו קיים, ואדרבה, מסתבר שיש רוב של אחים שזוקקים לייבום. אומנם הטעם האחרון של ה'נודע ביהודה' להיתר שעל דעת שתישאר עגונה עולמית לא נישאה לאותו בעל - קיים וביתר שאת גם במקרה של תרומת זרע. ואולם כפי שהוא בעצמו כתב בפירוש - אי אפשר לסמוך עליו בפני עצמו, אלא רק כסניף להיתר מבוסס יותר, שאינו קיים כאן.

סיכום

א. מי שיש לו אחים מאב, ונשא אישה ומת ללא זרע, אלמנתו אסורה להינשא לאחר קודם שתקבל חליצה מאחד האחים.

ב. אצל סתם אדם שלא הוחזק שיש לו אחים, אין לחשוש שיש לו אחים ולאסור על אלמנתו להינשא במקרה שבו הוא נפטר ללא זרע.

ג. הפוסקים דנו אם היתר זה קיים גם במקרה של אדם שאינו יודע מי אביו, ואין לו דרך לדעת אם לאביו יש בנים נוספים. מדברי ה'נודע ביהודה' עולה שהיה מקום לחשוש לאיסור במקרה כזה, אבל כיוון שאיסור כזה פירושו עגונות עולמית של אלמנתו, הוא חיפש ומצא טעמים להיתר. גם ה'עונג יום טוב' חיפש ומצא טעמים להיתר.

ד. מרבית הטעמים להיתר שכתבו ה'נודע ביהודה' וה'עונג יום טוב' אינם שייכים במקרה שבו אדם נולד מתרומת זרע שנלקחה מבנק זרע במדינת ישראל, ויש חשש כבד שאלמנתו של אדם כזה שנפטר ללא זרע תישאר עגונה.

ה. בזמנו הורה לי מו"ר הגרז"נ גולדברג זצ"ל שיש לעשות את כל המאמצים כדי לתקן את המצב החוקי במדינת ישראל באופן שיהיה מנגנון מסודר שימנע נישואי אח ואחות במקרים של קבלת תרומת זרע. לדבריו, אף שככלל אין לתמוך בתרומת זרע לרווקות, אין להתעלם מהמצב בשטח וחייבים לעשות הכול כדי לתקנו, גם אם המחיר יהיה השלמה עם המציאות שבה נשים יולדות ילד ללא אב. נראה שבמסגרת התיקון יש להסדיר גם את היכולת למצוא את הבנים הנוספים של תורם הזרע במקרה שבו הבן נפטר בעודו נשוי ומבלי שהשאיר אחריו זרע.

