|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| מדינת ישראלמשרד המשפטיםהמחלקה למשפט עברי |  | המרכז להוראתהמשפט העברי ולימודוהמרכז האקדמי "שערי מדע ומשפט" |

פרשת השבוע

|  |  |
| --- | --- |
| פרשת שמות, תשפ"ג, גיליון מס' 528  | עורכים: אביעד הכהן, מיכאל ויגודהעריכה לשונית: יחיאל קארה  |

**הורות פיזיולוגית מול הורות גנטית - האם יש תשובה לכל שאלה?**

אברהם וינרוט\*

**מבוא**

מקובל לחשוב שאין שאלה שאין עליה תשובה משפטית. על כן, יש אומרים כי מלוא כל הארץ משפט. אבל, לעיתים המציאות טופחת על פניה של הנחה זו. כך הוא במקרה שאירע בבי"ח "אסותא"[[1]](#footnote-2), בו התעורר קונפליקט בין אם פיזיולוגית (זו שנושאת את הילדה ברחמה) לאם גנטית.

בדיקה גנטית באישה שעברה טיפולי הפריה חוץ גופית (להלן: האם הפיזיולוגית או האם היולדת) העלתה כי אין התאמה גנטית בינה ובין העובר שהיא נושאת ברחמה. התברר כי בשלב כלשהו בתהליך ארעה תקלה נוראה והושתלה ברחמה ביצית מופרית של זוג אחר. שתיים אוחזות בעובר, ונוצר מעין "משפט שלמה" בשאלה של מי הילדה. מצד אחד, מקור החומר הגנטי בבעלת הביצית (להלן: האם הגנטית), ולכן לכאורה יש לייחס אליה את הוולד, כשם שמייחסים אותו לאביו אף שאינו נוטל כל חלק בהריון ובלידה. מן הצד השני, ניצבת האם הפיזיולוגית הנושאת בעול הגופני ובסיכוני ההיריון והלידה. יש לזכור גם כי מי שהפך את הביצית המיקרוסקופית לעובר והוציא את האפשרות להריון מן הכוח אל הפועל היא האם הפיזיולוגית.

נראה להלן כי סוגיה זו היא מן הסוגיות שגדולי הפוסקים השאירו ב'צריך עיון'. כך למשל הרב עובדיה יוסף, שפסק כמעט בכל נושא אפשרי, לא כתב דבר בעניין זה, וכמוהו גם הרב שלמה זלמן אוירבאך, ובכוונת מכוון עשו כן. נסקור להלן בקצירת האומר את הסוגיה המורכבת הזו, אשר נשברו עליה קולמוסים רבים[[2]](#footnote-3), ונבקש להראות כי לעיתים נכון יותר שלא לפסוק.

**המשפט הישראלי**

בדין הישראלי אין תשובה משפטית ברורה לשאלה מי האם במקרה זה. החוק מסדיר תרומת ביצית וקובע כי נשללת ההורות מן האם הגנטית ומועברת לאם היולדת[[3]](#footnote-4), אך הקביעה מתייחסת לתרומת ביצית הנעשית בהסכמת התורמת. החוק גם מסדיר נשיאת עוברים (פונדקאות) וקובע כי ההורות תעבור מן האם הפונדקאית אל ההורים המיועדים מכוח "צו הורות"[[4]](#footnote-5). אך גם במקרה זה הקביעה מתייחסת לפונדקאות שנעשתה באופן הסכמי. אין הסדר חוקי למצב שבו נוצר קונפליקט בין אם ביולוגית לאם יולדת בהעדר הסכמה ביניהם.

אמנם, בתי המשפט נוטים להכיר בזיקה הגנטית כקובעת הורות[[5]](#footnote-6). בעניין **ה.ל**[[6]](#footnote-7)אף נקבע: "הנה כי כן, זכותה של האם הגנטית להכרה משפטית באימהותה לגבי הקטינה מובנת מאליה. המשפט מכיר אפריורית בזכותו של כל פרט לקשר הורי עם צאצאו, ובכך מהדהד קול המשפט את 'קול הדם'. זו היא זכות טבעית בעלת ממד חוקתי" (ההדגשה במקור).

אולם, מעיון בחוק עולה לכאורה כי יש יתרון לאם היולדת דווקא, שכן בחוק תרומת ביציות מכיר החוק בהורות האם היולדת ושולל את ההורות הביולוגית של התורמת באופן מוחלט, ואילו בחוק הסכמים לנשיאת עוברים נקבע[[7]](#footnote-8) כי ההורים המיועדים יוכרו כהורים רק מכוח צו הורות שניתן על ידי בית המשפט. יתר על כן, בנסיבות חריגות עשוי בית המשפט לאפשר לאם הפונדקאית לחזור בה מן ההסכם ולהחזיק בילד.

נראה כי אין מקרה יותר מובהק של שינוי נסיבות מאשר אי הסכמה מלכתחילה לשאת את העובר עבור זוג אחר, כפי שאירע בעניין אסותא. קשה להניח כי יעקרו את הילד מחיק האם היולדת וימסרו אותו לאם הביולוגית, רק כדי "שקול המשפט יהדהד את קול הדם"[[8]](#footnote-9). עם זאת, בהעדר הסדר חוקי מפורש, קשה לצפות מה תהיה קביעת בית המשפט.

**הגישה הגנטית**

במקורות ההלכתיים אין תקדים למקרה שבו עובר של אישה אחת צמח ברחמה של אישה אחרת[[9]](#footnote-10). הפוסקים בני דורנו נחלקו בשאלה האם להעדיף את האם הגנטית או את האם הפיזיולוגית על בסיס סברות שונות.

רבי מאיר ברנדסדורפר[[10]](#footnote-11) סבר כי בעלת הביצית היא האם, וכי האישה הנושאת את העובר ברחמה אינה משמשת אלא כאינקובטור עד שיהיה ראוי לצאת לאוויר העולם. בדומה לכך כתב הרב אביגדור נבנצל[[11]](#footnote-12) כי בעלת הביציות היא האם, ואילו האם הפיזיולוגית "היא כמו אינקובטור בבית חולים". כך נוקטים פוסקים נוספים[[12]](#footnote-13), ביניהם הרב יוסף שלום אלישיב[[13]](#footnote-14), אם כי קבע שלחומרא יש לחשוש שגם היולדת היא האם[[14]](#footnote-15).

**הגישה הפיזיולוגית**

לעומת זאת, פוסקים רבים סברו כי היולדת היא האם. כך למשל הרב וולדנברג[[15]](#footnote-16) נקט כי הביצית הניטלת מגופה של אישה, מתבטלת לגופה של האם הפיזיולוגית והופכת לחלק ממנה, ועל כן הוולד מתייחס אליה[[16]](#footnote-17). הרב משה סולובייצ'יק כתב בשם אביו[[17]](#footnote-18) כי מעוברת שמתגיירת תוך 40 יום ליצירת הוולד, בנה נחשב לישראל גמור ואינו צריך גיור, שכן עד לאותו מועד יש לראות בביצית המופרית מים בעלמא[[18]](#footnote-19), ומה שהפך את העובר לבר קיימא הוא האם הנושאת אותו ברחמה. הרב חיים וולקין ציין בשם הרב אלישיב כי אין להתייחס לביצית הנתרמת יותר מאשר "חומר סינטטי". על כן, וולד הנולד מתרומת הביצית של גויה לא צריך גיור אפילו לחומרא[[19]](#footnote-20).

**דחיית הגישה הגנטית**

הרב זלמן נחמיה גולדברג[[20]](#footnote-21) הביע דעתו אף הוא כי האם היולדת היא האם. הרב ד"ר איתמר ורהפטיג[[21]](#footnote-22) ביקר את גישתו וציין כי בסברה נראה כי זו שממנה נלקחת הביצית ראויה להיות האם, שהרי "הילד הנוצר מתרכובת זרע האב וביצית האם והם המשפיעים על תכונותיו". הרב גולדברג דחה את הביקורת בציינו כי אילו היינו מניחים שאדם יורש את אימו בגלל תכונותיו הגנטיות וכן אילו היינו מניחים כי האיסור לשאת קרובים נובע מהקפדת התורה שלא לשאת אישה הדומה לתכונותיו, הרי שהגנטיקה הייתה מכרעת. אולם לא כן הדבר. דיני הירושה ודיני העריות אינם קשורים כלל לגנטיקה. כך למשל, מצינו כי אדם הבא על אם חמותו עובר על איסור עריות ואילו מי שבא על אם אימו אינו עובר על איסור תורה. בדומה, בת הבן ובת הבת אסורות ואילו אם האם, כאמור, אינה אסורה מדאורייתא. כמו כן, אחות אביו ואחות אימו הן איסור עריות ואילו בת אחיו ובת אחותו מותרות. על כן כותב המגיד משנה[[22]](#footnote-23) כי איסור עריות הוא גזירת הכתוב "ודבר שאין לו טעם בכל פרטיו". זאת ועוד, הכלל הוא כי "גר שהתגייר כקטן שנולד" ומדין תורה הוא מותר בקרוביו הגנטיים. נמצא כי הדינים השונים אינם מושפעים מתכונות האופי והמראה של הילד[[23]](#footnote-24).

הרב גולדברג הביא ראיה לכך שהלידה היא שמגדירה את האימהות מן הגמרא במסכת יבמות[[24]](#footnote-25), לפיה חל איסור אשת אח על תאומים שנולדו לאישה שהרתה ולאחר מכן התגיירה. העובדה שבעת הורתם לא הייתה האם יהודייה אינה גורעת מן האחווה ביניהם, ומכך נובע שהשעה הקובעת לעניין הגדרת האימהות היא הלידה, ולכן מוגדרים הם כאחים[[25]](#footnote-26).

ואולם מנגד ניתן להצביע על פסק הרמב"ם[[26]](#footnote-27) לפיו כהן שנשא גרושה מעוברת, הוולד כשר שהרי לא בא מטיפת עבירה, וזאת אף שנולד לאמו כשהיא כבר חללה. מכאן הוכיח הרב שך[[27]](#footnote-28) כי שעת היצירה היא הקובעת ולא שעת הלידה.

**שתיקת הרב עובדיה יוסף ואחרים**

בסוגיה חשובה מסוג זה היינו מצפים לתשובה מפורטת וענפה של הרב עובדיה יוסף, שכתב תשובות בכל תחומי החיים, לרבות בנושאי פוריות[[28]](#footnote-29), וראה בפסיקת ההלכה משימה המוטלת על כתפיו וחובה כלפי התורה וכלפי הדורות הבאים. בפועל, הרב עובדיה השיב תשובות בעל פה לשאלות שנשאל בנושא, אך לא כתב בו דבר. מדוע?

הרב אריה כ"ץ[[29]](#footnote-30) סקר תשובות שונות בעל פה של הרב עובדיה, ומצא כי בתחילה צידד בעמדת האם הפיזיולוגית ולכן התיר תרומת ביצית, ומאידך אסר פונדקאות שכן הילד עלול להיחשב לבן הפונדקאית ויש בכך חשש לממזרות. לעומת זאת, בסוף ימיו נטה לכך שבעלת הביצית היא האם ההלכתית. הרב כ"ץ הסיק שהרב עובדיה לא כתב בנושא מכיוון שהוא לא הכריע בו בצורה מוחלטת. אולם, נשאלת השאלה, **מדוע** לא הכריע הרב עובדיה יוסף בעניין זה?

ייתכן כי התשובה נמצאת בדברים שכתב הרב משה שטרנבוך בשו"ת תשובות והנהגות[[30]](#footnote-31):

יש לדעת שכל הכרעות הפוסקים בעניין פונדקאות אינם אלא מסברה ואין ראיותיהם וסברותיהם מכריעות, שכן עניין ה"פונדקאות" חדש הוא ואין מקורות מהש"ס ומהפוסקים הקדמונים לעניין זה. על כן, נאלצים לפסוק בסוגיות כאלו מסברה ובהבאת ראיות שאינן מכריעות בדימוי מילתא למילתא.

הווי אומר כי בפנינו שאלה הלכתית שבהיעדר מקורות ברורים, אין מקום להכרעה מוחלטת בה. העדר ההכרעה בשאלה ההלכתית העקרונית אינו מונע הכרעה בסכסוך המעשי בעניין משמורת על הילד[[31]](#footnote-32). אכן, גם במצבים של ספק מורה בית הדין מה יעשו במקרה שבא בפניו. כך למשל נקבע כי יש לנהוג לחומרא, לשני הצדדים, בנוגע לאיסור עריות[[32]](#footnote-33). להלכה יש דרך להגיע להכרעות מעשיות והיא מורה מה לעשות בפועל גם במקרי ספק[[33]](#footnote-34), אבל ההיבט ההלכתי המהותי של השאלה - לא פתיר.

נראה כי כך סבר גם הרב שלמה זלמן אוירבך, ומשום כך גם הוא לא כתב בנושא[[34]](#footnote-35). כך כתב הרב אשר וייס[[35]](#footnote-36):

אין כל מקור להכריע בשאלה גדולה זו, ובעל כורחנו צריכים אנו להכריע בזה מסברה והיה צריך רמב"ן ורשב"א כדי להכריע בשאלות חמורות המתעוררות בכל תחומי החיים עקב התפתחות המדע והטכנולוגיה, ובעיקר בתחום ההלכה והרפואה, אך לדאבון לב יתומים אנו וכאצבע בקיר בסברה... צדק מרן הרב שלמה זלמן אוירבך שנקט כי תשובה לשאלה זו תינתן בידינו רק לעתיד לבא, ואין בידינו להכריע בזה בסברה, ומשום כך יש להחמיר בה כשני הצדדים.

**סוף דבר**

הרב עובדיה יוסף סבר כנראה כי בסוגיה חמורה שכזו, בהעדר ראיות מפורשות, אין מקום לפסיקת הלכה מכוח סברה, ויש להשאיר את הסוגייה בתיקו. ייתכן כי באי כתיבתו יש הוראה אקטיבית מצידו, כי המציאות מזמנת לעיתים שאלות שאין בהן הכרעה. לא לכל שאלה יש תשובה מוחלטת.

1. \* עו"ד, משרד פרופ' אבי וינרוט ושות', תל-אביב; פרופסור חבר ומרצה לדיני קניין במרכז האקדמי פרס.

 <https://www.israelhayom.co.il/health/article/13065952> [↑](#footnote-ref-2)
2. הסוגייה נסקרה בהרחבה בספרו של הרב צבי רייזמן, **רץ כצבי – פוריות, יוחסין, אישות**, חלק א (מהדורה שנייה, לוס-אנג'לס, תשע"ו), פרקי מבוא, פרק ד, עמ' לט. ראה גם מרדכי הלפרין, "הגדרת הורות והזכות לאיתור השורשים הביולוגיים", **דילמות באתיקה רפואית** 161 (רפאל כהן-אלמגור עורך 2002). [↑](#footnote-ref-3)
3. סעיף 42(א) לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 קובע כי "יילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית, יהיה ילדה של הנתרמת, לכל דבר ועניין". סעיף 42(ג) אף מטעים כי "הזכויות והחובות הקיימות בין הורים ושאר קרוביהם ובין ילדי ההורים לא יהיו קיימות בין התורמת ושאר קרוביה ובין היילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביציות". [↑](#footnote-ref-4)
4. סעיף 10 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק הסכמים לנשיאת עוברים") קובע כי "עם לידתו יהיה הילד במשמורת ההורים המיועדים ויחולו עליהם כלפיו האחריות והחובות של הורה כלפי ילדו". כמו כן קובע סעיף 12(א) כי "עם מתן צו הורות יהיו ההורים המיועדים הורים ואפוטרופוסים בלעדיים על הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר ועניין". סעיף 13(ב) אף קובע כי "לאחר מתן צו הורות לא יאשר ביהמ"ש חזרה מהסכם לנשיאת עוברים". [↑](#footnote-ref-5)
5. ראה למשל עדי ניב-יגודה ורועי גילבר, "פרשת החלפת העוברים: האם על המשפט לתת עדיפות לזיקה הגנטית או לזיקה הפיזיולוגית?" **פורום עיוני משפט (תגוביות משפט)** מז (25.10.22) <https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/post/nivyagoda_gilber>. המחברים מבקשים להסיק זאת (שם, ליד ציון הערה 27) מבע"מ 9447/16 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו, 28.2.2017). באותו תיק אישה הרתה מבן זוג שממנו נפרדה לפני הלידה. היא נתנה את הילד לאימוץ מיד עם לידתו. ההורים הגנטיים ביקשו לבטל את צו האימוץ ומבוקשם ניתן להם. [↑](#footnote-ref-6)
6. תמ"ש 956-06-21 **ה.ל נ' היועמ"ש** (נבו 1.5.2022). בתיק זה, שתי נשים הביאו לעולם ילד משותף; ביצית נשאבה מאחת מהן, הופרתה והועברה לרחמה של השנייה. שתי הנשים נפרדו אך פנו במשותף בבקשה להצהיר כי האם הגנטית תוכר כאם משפטית. בקשתן התקבלה חרף עמדת המדינה כי אין להורות הגנטית נפקות משפטית. וראה רות זפרן, "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן", **דין ודברים** ב (תשס"ו), עמ' 223, בעמ' 274-265. [↑](#footnote-ref-7)
7. סעיף 13(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים. [↑](#footnote-ref-8)
8. מרדכי הלפרין (לעיל, הערה 2), בעמ' 172, מציין כי עמדת ההסתדרות הרפואית העולמית היא לראות את האם היולדת כאם הטבעית, בין היתר, לנוכח הקשר הרגשי שנוצר בעת ההיריון ללידה, בין האם לבין וולדה. [↑](#footnote-ref-9)
9. בדברי אגדה יש לדברים מקור ביחס למעשי ניסים. לפי מסורת מדרשית העובר שבבטן לאה עבר לרחל במעשה נס ולהיפך. כך מובא בתרגום יונתן בן עוזיאל על בראשית ל, כא: "שמע ה' תפילת לאה והחליף את העוברים שהיו במעיהן ויוסף ניתן במעי רחל ודינה במעי לאה" (מובא בחידושי אגדות למהרש"א, נידה לא ע"א). עובר שנוצר ביולוגית במעי לאה נחשב לבן של רחל, שהיא האם הפיזיולוגית. מצד שני, על הפסוק "ושאול בן הכנענית" (בראשית מו, י) מבאר רש"י כי "לא הייתה דינה רוצה לצאת עד שנשבע לה שמעון שיישאנה". בפירוש מושב זקנים מבעלי התוספות הקשה: "איך נשא שמעון את אחותו? והלא אחותו מן האם אסורה לבני נח?". תרוצו הוא כי ההיריון של דינה נוצר ברחמה של רחל. בדומה לכך כתב רבנו יעקב בן הרא"ש בפרוש הטור על התורה שם, כי שמעון יכול היה לשאת את דינה שכן האם הביולוגית (רחל) היא אם העובר, ולא האם הפיזיולוגית - לאה. אולם, הכלל הוא שאין להסתמך על ראיות מדברי אגדה. ראה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, יורה דעה, סימן קסא: "המדרשים והאגדות עיקר כוונתם על המוסר ועל הרמזים ועל המשלים שבהם והכל עיקר הדת, **אבל אין עיקר כוונתם על פסקי הלכות לכן אין למדים מהם לפסק הלכה כלל**". [↑](#footnote-ref-10)
10. "בענין התרמת ביצית זרה ודין יחום הולד", **ישורון** כא (תשס"ט), עמ' תקנז, אות א (=שו"ת קנה בשם, חלק ד, סימן צה). [↑](#footnote-ref-11)
11. **ישורון** כא (תשס"ט), עמ' תקפה. הרב נבנצל העיד כי שמע מהרב שלמה זלמן אוירבך שבעלת הביציות היא האם (מובא אצל מרדכי הלפרין, **רפואה, מציאות והלכה**, ירושלים תשע"ב, עמ' 28). כך מעיד גם הרב פרופ' זאב לב, "בענין ילוד מאם פונדקאית", **אור המזרח** לז (תשמ"ט), עמ' 150, בעמ' 158. אבל השווה להלן, הערה 34, עדותו של אברהם-סופר אברהם ממנה עולה שלימים חזר בו הרב אוירבאך והותיר את השאלה פתוחה. [↑](#footnote-ref-12)
12. ובהם: הרב שלמה משה עמאר, "אימהות בתרומת ביציות", **אסיא** פז-פח (תש"ע), עמ' 102-100 (הוא מציין כי בשיחה בעל פה הסכים עמו הרב עובדיה יוסף); הרב יעקב אריאל, שו"ת באוהלה של תורה, חלק א, סימן ע (הוא מעיד שכך נקט גם הרב שלמה זלמן אוירבך); הרב שלמה גורן, **תורת הרפואה**, עמ' 183-176; הרב שלמה דיכובסקי, **לב שומע לשלמה,** חלק ב, סימן מג, עמ' רד; הרב גורטלר, אב"ד רחובות, ת' (אזורי רח') 1022417/1 **פלונית ופלוני** (נבו 23.3.2015). למקורות נוספים ראה אברהם שטיינברג, **אנציקלופדיה הלכתית רפואית,** ערך "הפריה חוץ-גופית",כרך ב, עמ'855. וראה דיון נרחב בסוגיה זו בת' (גדול) 1/1174963 **פלונית** (נבו 28.3.2022) (להלן: "עניין **פלונית**"). [↑](#footnote-ref-13)
13. הוא מנמק (בדומה לרב נבנצל): אם תיווצר אפשרות לקחת ביצית של אישה ולהשתיל אותה ברחם בהמה שתוליד את העובר, האם הבהמה תיקבע את הייחוס של העובר?! כך מעיד בשמו הרב אברהם שרמן, "יחוסם של נולדים מהפריה חוץ גופית מתורמת זרע - בירור שיטת מרן הגר"ש אלישיב שליט"א", **ישורון** כא (תשס"ט), תקלה, בעמ' תקלו. [↑](#footnote-ref-14)
14. החומרה חורגת מאיסור עריות ונוגעת גם לדינים רבים אחרים כגון גיור וייחוד ועוד. ראה אבישלום וסטרייך, "מעמדם של ילדים שנולדו בהפריה מלאכותית לעניין איסור ייחוד", **אסיא** צא-צב (תשע"ב), עמ' 122; אבישלום וסטרייך ואברהם סתיו, "גיור ילדים שנולדו מתרומת ביצית או פונדקאות של גויה", **תחומין** מא (תשפ"א), עמ' 167. [↑](#footnote-ref-15)
15. שו"ת ציץ אליעזר, חלק כ, סימן מט; חלק יט, סימן מ; חלק טו, סימן מה. וראה: אברהם-סופר אברהם, **נשמת אברהם**, כרך ג (אבן העזר), ירושלים תשס"ז, סימן א, עמ' לא (בשם הרב אלישיב); הרב מרדכי אליהו והרב אפרים גרינבלט במכתבם לרב מנחם בורנשטיין, ראש מכון פוע"ה, בתוך **אסיא** צט-ק (תשע"ו), עמ' 107; הרב שאול ישראלי, שו"ת חוות בנימין, חלק ב, סימן סח; חלק ג סימן קח (הוא מבאר כי מעת שהביצית נפרדה מהרחם אין לה כבר שום שייכות לאישה שממנה באה); הרב מנחם מנדל שפרן, **עטרת שלמה - קובץ זיכרון לרב שלמה זלמן אוירבך**, חלק ה (תש"ס), עמ' עד. וראה עוד: הרב אריה כ"ץ, "ייחוס הוולד בתרומת ביצית", **אסיא** צט-ק (תשע"ו), עמ' 101. גם הרב הראשי לישראל, הרב דוד לאו, פרסם בעקבות פרשת אסותא שזו דעתו: "עמדתי היא שיש לראות באם הפונדקאית שיולדת את הוולד כאם הביולוגית" (מכתב מיום ב' בחשוון תשפ"ג, פורסם באתר ערוץ 7, <https://www.inn.co.il/news/581234>). הווה אומר כי לשיטתו להריון יש משקל מכריע אף מהבחינה הביולוגית. [↑](#footnote-ref-16)
16. הרב משה שטרנבוך, העלה סברה לפיה כאשר מוציאים איבר מאדם ומשתילים אותו באדם אחר, הרי שבעת הוצאתו הוא מאבד את כל חשיבותו ולאחר השתלתו הוא הופך להיות חלק בלתי נפרד מן האדם שבו הושתל. לעניין זה ראו: "חיוב פדיון הבן כשנולד מרחם שהיה אצל אישה שכבר הולידה", קובץ עץ חיים (ע"ש מרן ה"דברי חיים") שנה טז, חוברת ב (תשפ"ב)', קל"ט-ק"מ. אכן, הדברים עוסקים בהשתלת רחם (להבדיל מתרומת ביצית) ושם מוסכם על כל הפוסקים שהולכים בתר היולדת (כפי שמעיר הרב שפרן). אך הסברה המועליתנכונה לכאורה ביחס לכל אורגן המוצא מן האדם ומושתל בזולתו. [↑](#footnote-ref-17)
17. "בדין תינוק המבחנה", **אור המזרח** כט (תשמ"א), 128-122 (מובא אצל הרב י"מ בן מאיר, "הפריית מבחנה - יחוס עובר הנולד לאם פונדקאית ולאם ביולוגית", **אסיא** מא (תשמ"ו), עמ' 25, הערה 7. וגם אצל הרב מרדכי הלפרין, להלן, הערה 19). [↑](#footnote-ref-18)
18. יבמות סט ע"ב (עובר ישראל במעי בת כהן שנתלאמנה נחשב "מיא בעלמא" עד 40 יום ואינו פוסלה מלאכול בתרומה). הרב יוסף פרנקל (מחבר הספר "אתוון דאורייתא") בספרו, **בית האוצר**, מערכה א, כלל ד, ערך "אב", כתב כי מכיוון שהעובר עד 40 יום נחשב מיא בעלמא "איך ייפול על מיא בעלמא שם אב?". כמו כן תמה איך ייתכן להגדיר את בעלת הביצית כאם בשעה שהעובר הוא מיא בעלמא, הלא הכלל הוא כי "עובר ירך אימו" ואם כן, הוא חלק מגופה. [↑](#footnote-ref-19)
19. מובא אצל הרב מרדכי הלפרין, **רפואה, מציאות והלכה** (לעיל, הערה 11), סימן כד, עמ' 294. לתיאור השתלשלות דעתו של הרב אלישיב בנושא חדשני זה, ראה הלפרין, שם, הערה 12. [↑](#footnote-ref-20)
20. הרב זלמן נחמיה גולדברג, "ייחוס אמהות בהשתלת עובר ברחם של אחרת", **תחומין** ה (תשמ"ד), 259-248. [↑](#footnote-ref-21)
21. בהערות עורך, שם, עמ' 268. [↑](#footnote-ref-22)
22. מגיד משנה, הלכות אישות, פרק א, הלכה ד. [↑](#footnote-ref-23)
23. בעניין **פלונית (**לעיל, הערה 12), כתב הרב לוז כי גם לגבי קדושת ישראל אין משמעות לגנטיקה, כשם שאברהם אבינו התקדש בקדושתו אף שהוא בא מתרח וקדושתו הוטבעה בו במהלך חייו ולא בראשית יצירתו. ראה גם דברי הרב לוז בת' (אזורי ב"ש) 1014227/2 **פלוני נ' פלונית** (נבו 25.5.2015). [↑](#footnote-ref-24)
24. יבמות צז ע"ב. לדיון בראיה זו ראו גם הרב א"י הלוי כלאב, "מיהי אמו של ילוד - ההורה או היולדת?", **תחומין** ה (תשמ"ד), עמ' 260. אבל השווה הרב יעקב אריאל (לעיל, הערה 12), אשר דחה את הראיה מכוח דברי הרב נפתלי טרופ בחידושי הגרנ"ט לכתובות, סימן כח. [↑](#footnote-ref-25)
25. הרב ד"ר מרדכי הלפרין בספרו , **רפואה, מציאות והלכה** (לעיל, הערה 11), סימן כ"ד, עמ' 291, דן בשאלה מעניינתמה יהא דינו של עובר כאשר האם מתכוונת בעת הגרות לטבול עבור עצמה בלבד ולא עבור העובר. מאחר שהאימהות נקבעת לפי הלידה נמצא כי ייוולד עובר גוי לאם יהודייה. [↑](#footnote-ref-26)
26. רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק יט, הלכה ז. [↑](#footnote-ref-27)
27. אבי עזרי, שם, הלכה ג. [↑](#footnote-ref-28)
28. בשו"ת יביע אומר, חלק ב, אבן העזר, סימן א, דן הרב עובדיה יוסף עוד בשנת תשי"ד בהזרעה מלאכותית וייחוסו של הוולד. ושם בסימן כא, דן בהפריה חוץ גופית. [↑](#footnote-ref-29)
29. הרב אריה כ"ץ (לעיל, הערה 15). [↑](#footnote-ref-30)
30. שו"ת תשובות והנהגות, חלק ה, סימן שיח. [↑](#footnote-ref-31)
31. בעניין זה עולים שיקולים שונים, של טובת הילד, ציפיות לגיטימיות של האם הפיזיולוגית וקשריה הרגשיים עם העובר, ומנגד ייתכן כי האבהות הוודאית של האב (בעלה של האם תורמת הביצית) תהווה שיקול. [↑](#footnote-ref-32)
32. אבישלום וסטרייך טען בצדק כי הכרעה לחומרא איננה פתרון הלכתי מתאים לפרשת "אסותא" שכן יש להכריע – מי יקבל את הילד. ראו: אבישלום וסטרייך "הזכות להורות במקרה של החלפת עוברים: היבטים הלכתיים ומשפטיים" (עתיד להתפרסם באסיא) אוקטובר 2022. [↑](#footnote-ref-33)
33. כך למשל בדיני ממונות נעשה שימוש בכללים של המוציא מחברו עליו הראיה, מוחזקות וכיו"ב. אכן, דיני הממונות אינם חלים על הורות, שכן ההורה אינו בעלים של הילד. גם הרציונלים של החזקה כי כל מה שתחת יד אדם, הרי הוא שלו לא חלים במקרה דנא. אבל, היקש בהחלט יכול לבוא בחשבון, שכן אין להוציא ילד מחזקת הוריו הפיזיולוגיים בהיעדר מקור מוחלט להכרעה שונה. [↑](#footnote-ref-34)
34. הרב אברהם סופר אברהם (לעיל, הערה 15), עמ' לה, כתב בשם הרב שלמה זלמן אוירבך: "אמנם גדולי הדור דנו בשאלה זו והכריעו לפי סברות, אך אין ראיה ברורה לדבר". הרב צבי רייזמן (לעיל הערה 2) מציין בעמ' מו-מז, את מכתבו של הרב פרופ' שטיינברג כי לדברי הרב שלמה זלמן אוירבך הסוגיה דנא היא "אחד המצבים היחידים שאין הוא מוצא מקור בהלכה להכריע, ולפיכך יש לנהוג לחומרה, היינו שגם תורמת הביצית וגם נושאת ההיריון הן אמהות". הרב רייזמן מציין כי שמע כך גם בשם הרב יוסף שלום אלישיב. [↑](#footnote-ref-35)
35. הרב אשר וייס בתשובה המובאת אצל הרב צבי רייזמן שם, בעמ' נה, וכן בנספח לפרקי המבוא. [↑](#footnote-ref-36)