

שבט תשפ"ד, 75 למדינת ישראל

בס"ד

נייר עמדה - לקיחת זרע מחללים – טיוטה לדין¹

מבוא

1. לקדושים אשר בארץ המה

1.1 המת אסור בהנאה כהקדש

1.2 איזה חלקים במת אסורים בהנאה

1.3 מתי היא שעת ההנאה בהזרעה מלאכותית

1.4 הנאה שלא כדרכה במת

1.5 ניוול המת

1.6 סיכום היחס הנכון למתים

2. הפריה לאחר המוות והנזק למשפחתיות בישראל

2.1 הפריה לאחר המוות - סוגיית מפתח בעניין מבנה המשפחה

2.2 יתמות מתוכננת

2.3 טובת האלמנה

2.4 הפריה לפנויה - ביטול המשפחה בישראל

2.5 מה עומד מאחורי המאבק על הפריה לאחר המוות

3. בין ייבום להפריה לאחר המוות

3.1 ההבדלים בין ייבום ובין הפריה לאחר המוות

3.2 האם הוולד מתייחס אחר אביו בהפריה לאחר המוות

3.3 טעם הייבום על פי הזוהר וההשלכה לחללי צה"ל

סיכום

¹ נכתב ע"י הרב רועי זאגא והרב בועז מלט, בהנחיית ראש ביהמ"ד הרב יעקב יקיר.

מבוא

מאז תחילת מלחמת חרבות ברזל אנו עדים להתרחבותה של תופעה חדשה - לקיחת זרע לאחר המוות מחיילים שנפלו במלחמה. לצערנו, חיילים רבים נהרגו במלחמה, והם מטופלים על ידי הרבנות הצבאית בעיקר בבסיס 'שורה'. במקביל, אכ"א פונה למשפחות החללים ושואל האם ברצונם לקחת זרע מבן המשפחה שנהרג ולשמר אותו. במקרה בו תשובת המשפחה חיובית, חיילי הרבנות הצבאית מקבלים הוראה שיש לשלוח את החלל לבית חולים לצורך לקיחת זרע. לקיחת הזרע נעשית על ידי חיתוך של אחד האשכים והקפאתו.²

במקביל, בוועדת הבריאות של הכנסת מתקדם הליך חקיקה של הצעת חוק 'שימוש בזרע של נפטר לשם הולדה', הבאה להסדיר את לקיחת הזרע מהנפטר ואת השימוש בו להולדה.

תופעה זו מעוררת סימני שאלה רבים, האם על פי התורה מותר לקחת זרע מנפטר? האם זה נכון וראוי לקחת זרע מחלל צה"ל שלא הותיר אחריו ילדים, על מנת שאולי יולד ילד מזרעו? לאיזו אישה יגיע הזרע הנלקח מהחללים? האם זה חיובי ליזום הולדת ילד שיגדל ללא אב חי?

נבחן סוגיה זו בשלושה היבטים.

ההיבט הראשון הוא היחס אל המת, התורה מדמה את המת לקודשים, ועל כן אסור ליהנות ממנו ולנוולו, ויש להתייחס אליו בחרדת קודש.

ההיבט השני הוא מבנה המשפחה. מבנה המשפחה הטוב על פי התורה הוא איש ואשה וילדים, מצב בו אין אב חי משהו לאשה והילדים תואר של אלמנה ויתומים שהיחס אליהם הוא כזקוקים לחסד ועזרה מפאת חסרונם. נבחן גם את ההשפעות של לקיחת הזרע על מבנה המשפחה בישראל.

ההיבט השלישי הוא ההשוואה למצוות הייבום, הדומה והשונה בין הפריה לאחר המוות ובין יבום.

1. לקדושים אשר בארץ המת

1.1 המת אסור בהנאה כהקדש

הגמרא³ מלמדת כי המת אסור בהנאה. 'אתיא שם שם מעגלה ערופה, כתיב הכא (במדבר כ, א) ותמת שם מרים, וכתוב התם (דברים כא, ד) וערפו שם את העגלה בנחל, מה להלן אסור בהנאה אף כאן נמי אסור בהנאה, והתם מנלן אמרי דבי רבי ינאי כפרה כתיב בה כקדשים'. כלומר, המת נלמד בגזירה שוה מעגלה ערופה שיש בה מעילה כקדשים. איסור זה הוא מדאורייתא⁴ והוא המלמד על האיסור המפורסם של יין נסך כמבואר שם בגמרא.

² כך נמסר לנו ממכון פועה.

³ עבודה זרה כט ע"ב.

⁴ כך דעת רוב הראשונים והפוסקים, ראה מקורותיהם ביביע אומר חלק ג, יו"ד סימן כ (תשובה של הגר"צ אבא שאול).

המקור לאיסור ההנאה מן המת נותן לנו הסתכלות חדשה על המתים, כל אדם שמת נחשב כקודשים, כשייך לגבוה, ועל כן ההנאה מן המת נחשבת כמעילה⁵. יחס זה יכול להסביר גם את איסור ניוול המת⁶, יש להתייחס לגופת המת בחרדת קודש ולא לזלזל בה, ובוודאי שלא לנוול אותה.

גדולי הדורות הקודמים דנו באיסור ההנאה מן המת ובאיסור ניוול המת בשלוש סוגיות המקבילות לסוגייתנו. האחת היא ניתוח גופת מת לצורך לימודי רפואה, השנייה היא לקיחת אברים מהמת לצורך השתלתם בחולה מסוכן, והשלישית היא לקיחת קרניות מהמת לצורך השתלתן בעיור. בפרקים הקרובים נסקור את הסברות שנידונו על ידי גדולי ישראל בסוגיות אלו, את המסקנות ההלכתיות ואת ההשלכות שלהן לשאלת לקיחת הזרע מן המת.

1.2 איזה חלקים במת אסורים בהנאה

הגמרא⁷ דנה באשה שאמרה לפני מותה 'תנו שערי לבתי', האם השיער שלה מותר בהנאה. ישנה מחלוקת ראשונים כיצד להבין את דברי הגמרא. לפי רש"י⁸ והרמב"ם ישנה מחלוקת בגמרא האם שיער המת אסור בהנאה, והרמב"ם⁹ אף פסק להיתר. ולפי הרמב"ן¹⁰, הרשב"א¹¹, והטור¹², פירוש הגמרא הוא שלכל השיטות שיער המת אסור בהנאה. השולחן ערוך¹³ פסק ששיער המת אסור בהנאה, ואילו הש"ך בנקודות הכסף התיר את השיער.

הרב צבי פסח פרנק¹⁴, רבה של ירושלים בקום המדינה, דן בשאלה מה טעמם של המתירים את השיער. רש"י כתב שטעם המתירים הוא שהשיער לא משתנה מחמת המיתה, והרמב"ם כתב שהשיער אינו גופו של המת. לכאורה יש כאן מחלוקת, אך הרב פרנק הביא את רבנו גרשום שכתב את שני הטעמים יחד - השיער אינו כגופו לפי שאינו משתנה מחמת המיתה. מכאן הסיק הרב פרנק שאין כאן מחלוקת, אלא הגדר הוא שמה שמשתנה לאחר המיתה נחשב כגוף המת ואסור בהנאה, ומה שלא משתנה כמו השיער והשיניים, שנוי במחלוקת לעיל.

הזרע מושפע מהמוות ועל כן לכר"ע נחשב כגוף המת, ובפרט שהמציאות היא שלוקחים חתיכה מהאשך שהוא ודאי וודאי גופו של המת.

הר"ן¹⁵ הזכיר דעה שרק מה שמטמא טומאת מת אסור בהנאה ועל פי זה ניתן לומר שפחות מכזית מותר¹⁶, אולם הר"ן דוחה דעה זו שאם כן איך נחלקו לגבי שיער אם אסור בהנאה, הרי שיער אינו מטמא. ובפשטות שיעור הנאה מן המת הוא בשוה פרוטה כדין מעילה שממנה נלמד איסורו¹⁷.

⁵ ההשוואה בין המת לקדשים היא כל כך חזקה עד שעל פי התוספות (זבחים ע"ב ד"ה ובטריפה) כשם שעור הקודשים מותר כך גם עור המת מותר מדאורייתא. אמנם להלכה עור המת אסור גם הוא.

⁶ חולין י"א ע"ב, ב"ב קנד ע"א, ערכין ז ע"א.

⁷ ערכין ז ע"ב.

⁸ שם.

⁹ הל' אבל יד, כא.

¹⁰ תורת האדם עמ' צז.

¹¹ שר"ת הרשב"א חלק א של.

¹² יר"ד שנט.

¹³ יר"ד שנט, ב.

¹⁴ הר צבי יר"ד רעו.

¹⁵ חידושי הר"ן חולין קכב ע"א ד"ה שמא.

¹⁶ על אף שחצי שיעור אסור מן התורה, בגוונא של חצי שיעור שלא חזי לאיצטרופי כגון קרניות יש סברה שמותר.

¹⁷ כיום שמוכרים זרע בבנק הזרע הוא בודאי שוה פרוטה.

1.3 מתי שעת ההנאה בהזרעה מלאכותית

הרב אונטרמן¹⁸ חידש סברה להתיר השתלת קרניות על אף שאין בדבר פיקוח נפש. לדעתו ההנאה מהקרנית היא לאחר שהקרנית נקלטה בגוף החדש והחזירה לחולה את ראייתו, ובשלב זה היא כבר חזרה לתחיה ופסקה להיות מת, ולכן מותרת בהנאה.

הגרש"ז אורבך¹⁹ והרב צבי פסח פרנק²⁰ הוכיחו שניהם מדברי ה'חיות דעת'^{21,22}, שכבר בשעת ההשתלה עוברים על איסור ההנאה. ה'חיות דעת' התייחס לסתירה בדברי השולחן ערוך: לגבי פתילות ושמנים שנשארו מנר חנוכה אסור השו"ע לבטלם בידיים, ואילו באיסורי אכילה דרבנן התיר השו"ע לבטלם בידיים. תירץ ה'חיות דעת', שיש לחלק בין איסורי אכילה לאיסורי הנאה, איסורי אכילה מדרבנן מותר לבטל בשישים, ואילו איסורי הנאה אסור לבטל מכיוון שעצם הביטול נחשב הנאה שבכך מתרבה ההיתר. מכאן הסיק הגרש"ז אורבך שההנאה מתחילה עוד לפני שהקרנית נקלטה על ידי הגוף החדש: 'הא גופא שמתעסק במת לעשותו מחובר לחי כדי ליהנות ממנו אח"כ ה"ז חשיב הנאה מעכשיו ואסור'. וכן הרב פרנק כתב 'הנחת הקרום על העין שהוא מכשיר לו שיהיה מן הרואים זה גופא הנאה היא לו כמו מוסיף היתר בתערובות כדי שיתבטל האיסור, שלדעת החו"ד הוספה בתערובות זה גופו הנאה לו מה שמכשיר לו ליהנות, אף על פי שעדיין לא נהנה כלום'.

נבוא כעת להקיש מדבריהם להזרעה מלאכותית מזרעו של המת, ודאי שלפי הגרש"ז אורבך והרב פרנק עצם ההתעסקות בלקיחת הזרע, בהזרעה ונתינת הזרע ברחם האשה יש בהם משום הנאה שהרי יובילו להריון וללידה²³. אך גם לדברי הרב אונטרמן יתכן לומר שהשתלת קרנית שונה מהזרעה מלאכותית, שכן הקרנית לאחר שנקלטה בגוף החדש נעשית חלק מהחי וחזרה לתחיה, וכשחוזרת ראייתו של המושתל הוא נהנה מדבר חי. אולם הזרע גם לאחר שנקלט ברחם אינו נחשב ליצור חי עד שיעברו ארבעים יום²⁴ ועל כן לא פקע ממנו איסור ההנאה עד אז, ומסתבר לומר שכבר בהתחלת ההריון נחשב הנאה שנתעברה מזרע המת.

1.4 הנאה שלא כדרכה במת

הרב חיים דוד הלוי²⁵ ביסס את ההיתר להשתיל איבר מהמת בחי על הסברה שההנאה שנאסרה ממת היא דוקא כדרך שרגילים ליהנות, ואילו השתלת איברים נחשבת 'הנאה שלא כדרכה'²⁶. סברת 'הנאה שלא כדרכה' נזכרה ברדב"ז²⁷ ובמשנה למלך²⁸ לגבי רפואה שנהגה בזמנם לאכול בשר מומיה לרפואה²⁹. הגמרא בפסחים³⁰ אומרת כי היתר זה נאמר רק באיסורים בהם נאמר לשון אכילה, ואילו במת לא נאמרה לשון אכילה, אם כן מה יסוד ההיתר?

¹⁸ שבט מיהודה עמ' שיד.

¹⁹ מנחת שלמה תניינא צז.

²⁰ הר צבי יורה דעה רעז.

²¹ יורה דעה צט, ביאורים אות ח.

²² הגרש"ז לא ציין לחוות דעת, אלא כתב 'מה שהסכימו גדולי האחרונים (ואין אני פורטם כי רבים הם)'.
²³ שבהם ודאי יש הנאה שהרי יש נשים שמשלמות לבנק הזרע על מנת להרות, ואם הן משלמות על כך ודאי שזו הנאה לדידם.

²⁴ רמב"ם הל' תרומות ח,ג.

²⁵ אסיד ד, עמ' 258, בהרצאה לרופאים.

²⁶ יצוין כי בתחילת ההרצאה הדגיש הרב כי דבריו הם להלכה ולא למעשה.

²⁷ שו"ת הרדב"ז חלק ג, תתקעט.

²⁸ הל' יסודי התורה ה,ח והל' אבל יד, כא (בהל' אבל הוא בתחילה כותב להפך ולבסוף מזכיר את דבריו בהל' יסודי התורה להיתר).

²⁹ כיוון שבשר המומיה השתנה לחלוטין על ידי החומרים בהם חנטו אותו, אכילתו נחשבת הנאה שלא כדרכה.

³⁰ כד ע"ב.

התוספות³¹ חדשו כי בהקדש מותרת הנאה שלא כדרכה כיון שמעילה נלמדת בגזירה שוה מתרומה שבה נאמר אכילה. מכאן הסיק המשנה למלך כי גם במת שנלמד מעגלה ערופה ומקודשים מותרת הנאה שלא כדרכה. לעומת זאת, ר' עקיבא איגר³² פסק כי הנאה שלא כדרכה אסורה במת על פי תשובת 'גינת ורדים'. הרב משה פיינשטיין³³ והגרש"ז אוירבך³⁴ וכן הרב בן ציון אבא שאול³⁵ פסקו כי להלכה 'הנאה שלא כדרכה' אסורה במת³⁶.

ה'ציץ אליעזר'³⁷ סובר כי השתלת איברים נחשבת הנאה כדרכה, שכן מי שקיבל את ההשתלה עושה באיבר את אותו שימוש שגם המת עשה באיבר זה בחייו. יש לחקור מה הטעם של מי שהבין שהשתלה נחשבת 'הנאה שלא כדרכה'. האם הטעם הוא שאף על פי שזה היה השימוש אליו נועד איבר זה מחיים, לאחר מיתה כבר אין זו דרך ההנאה באיבר זה, או שמא הטעם הוא שהנאה זו מיוחדת בטבע רק לבעל האיבר עצמו ואילו לגבי אחרים אין זו ההנאה הטבעית באיבר.

הנפקא מינה היא לגבי זרע מן המת, האם הפריה בזרע המת נחשבת הנאה שלא כדרכה כיון שלאחר מיתה הזרע כבר לא מיועד להפריה, או שמא נחשבת זו הנאה כדרכה שכן הנאת הזרע גם לאחרים היא הפריה. (העובדה שההזרעה נעשית בדרך מלאכותית ולא על ידי ביאה אין בכוחה לשוות להנאה שם של 'שלא כדרכה' אלא של 'שינוי', כמו אדם המושח עורות בחלב המת על ידי רגלו, 'הנאה שלא כדרכה' פירושה הוא שימוש בדבר לצורך אחר מהצורך הרגיל).

לסיכום, על פי הציץ אליעזר ודאי שהזרעה מלאכותית היא הנאה כדרכה, על פי הרב חיים דוד הלוי יש להסתפק אם הזרעה מלאכותית בזרע המת נחשבת כדרכה או שלא כדרכה, ואילו לפי הגרש"ז אוירבך, הרב משה פיינשטיין והגר"ב צ' אבא שאול גם הנאה שלא כדרכה אסורה במת.

1.5 ניוול המת

סוגיית ניוול המת נידונה על ידי הפוסקים הן ביחס לניתוח המתים לצורך לימודי רפואה והן ביחס ללקיחת קרניות לצורך השתלה בחי.

בעניין ניתוחי מתים לצורך לימוד, ה'נודע ביהודה'³⁸ והחת"ס³⁹ התירו זאת רק כאשר יש חולה מסוכן לפנינו החולה באותה המחלה, ואם ינתחו את המת יוכלו לדעת כיצד לרפא את החי. מצב זה, של 'חולה לפנינו' נחשב כפיקוח נפש הדוחה את איסור הניוול. גם במקרה כזה אסר ה'בנין ציון'⁴⁰ מטעם שאסור להציל עצמו בממון חברו⁴¹.

³¹ פסחים כה ע"א.

³² בהגהות לשולחן ערוך י"ד ש"ט, א.

³³ אגרות משה א, רכ"ט.

³⁴ מנחת שלמה תניינא צ"ז.

³⁵ תשובה שנדפסה ביב"א חלק ג, י"ד כ.

³⁶ הרב עובדיה יוסף ביב"א שם כא, הכריע כי מצד 'הנאה שלא כדרכה' הדבר מותר, אלא שהוא אוסר מצד ניוול המת.

³⁷ חלק יג, צ"א.

³⁸ נודע ביהודה מהדורה תניינא חלק י"ד, ר"י.

³⁹ שו"ת חתם סופר יורה דעה, שלו.

⁴⁰ שו"ת בנין ציון קע, קע"א.

⁴¹ אף שלפי פסק השו"ע מותר להציל עצמו אלא שצריך לשלם על כך, כאן לא ניתן לשלם על כך שכן מדובר בבזיון למת שלא ניתן להשיב.

לעומת זאת, במקרה בו המת עצמו צוה לנתחו לאחר מותו התיר הבנין ציון, ואילו החת"ס וכן הרב קוק⁴² אסרו זאת מטעם שניווול המת הוא בזיון לא רק לעצמו אלא גם לה' שכן 'קללת אלהים תלוי' וכדברי הרמב"ן על פסוק זה, 'וחלק גבוה מי יתיר'⁴³.

הרב עובדיה יוסף⁴⁴ דן בשאלת הניווול ביחס ללקיחת קרניות מן המת, והוא מסיק שלצורך גדול כזה של החזרת מאור עיני אדם ניתן לדחות את איסור הניווול, אלא שהוא חושש פן יעשו זאת באופן תדיר, ולא רק באופן שלא ניתן כלל להשיג קרניות מגוי, ועל כן התיר רק כשהמת ציוה מחיים, וגם זאת רק בשעת הדחק גדול כשלא ניתן להשיג קרניות מגוי.

בתוך דבריו הרב עובדיה קובל על המצב הקשה הנוהג כיום בו ניוול המת נעשה היתר, ונצטט מעט מדבריו: 'זמה מאד צר לנו ויחרד לבנו על השערוריות הנעשות בבתי החולים בארץ בניתוחי המתים וביתורם, ופשתה המספחת בבתי הספר לרפואה שעושים בגופות המתים כחומר ביד היוצר, וכל זה לרגלי התכחשותם לכל קדשי ישראל, והתפרקותם מהדת והאמונה בהשארת הנפש, ובאין מוסר יפרע עם. כי לא די האסון אשר פקד את משפחת המת, הם מוסיפים בהתעללותם בגויית המת שבר על יגון...'. עוד מוסיף שם הרב עובדיה שבמקרה שהמת כהן ואיבר פנימי נלקח על ידי הרופאים ולא הובא לקבורה יחד עם הנפטר, אסור לקרוביו הכהנים להיטמא לו⁴⁵.

בענין סוגיית ניוול המת, ישנו הבדל גדול בין המצב הנוהג כיום בו לוקחים חלק מהאשך לבין שאיבת זרע על ידי מזרק. שכן הרב משה פיינשטיין⁴⁶ כתב כי לקיחת נוזלים מן המת על ידי מזרק לא נחשבת ניוול. גם מצד חיוב הקבורה ישנה בעייתיות בלקיחת האשך עצמו שכן מסתבר שלא קוברים את האשך לאחר ההפריה. ובמקרה של כהן יהיה אסור לקרוביו הכהנים לעמוד באותו אהל יחד עם הנפטר ובטח שלא להשתתף בקבורה.

1.6 סיכום היחס הנכון למתים

רבים מגדולי ישראל התירו ניתוחי מתים למיניהם רק במצב של פיקוח נפש, שכן היחס הנכון למתים הוא כאל הקדש, יחס של חרדת קודש אשר איננו מאפשר ביזוי המת או שימוש והנאה ממנו. על אחת כמה וכמה הדבר נכון כשמדובר בחללי צה"ל שמתו על קידוש ה' ונקראים בפי כל 'קדושים'. המצב כיום בו חותכים אשך מרבים מהחללים הקדושים הוא חילול קדושתם וכבודם, וכן השימוש בו אסור על פי רבים מגדולי ישראל⁴⁷.

⁴² דעת כהן סימן קצט.

⁴³ לשון הרב קוק שם.

⁴⁴ יב"א חלק ג, יר"ד כג.

⁴⁵ כמבואר ביר"ד סוף סימן שעג.

⁴⁶ ש"ת אגרות משה יורה דעה חלק ב סימן קנא: "אבל נראה לע"ד דאם לא יחתכו האברים ולא יפתחו צוארו ובטנו, רק רוצים לתחוב נידעל/מחט/ להוציא ממנו איזה לחלוחית להודיע מזה איזו דברים הנוגעים להמחלה שזה אין להחשיב לניווול שהרי דבר כזה מצוי טובא בזמננו שעושים כן גם לחיים ויש להתיר בפשיטות, וכן להוציא מעט דם לבדוק וכדומה ע"י נידעל אינו ניוול ויש להתיר. ואף שלא מצאתי זה בפירוש נראה זה לע"ד ברור".

⁴⁷ לאור כל זה יש לתמוה על מה שציטט הרב הלפרין מדברים ששמע בעל פה מהגר"ן גולדברג (אסיא סה-סו אלול תשנ"ט עמ' 47): "שאלה: האם מותר לשאוב זרע מכיס האשכים של גבר מת על מנת להפרות את אישתו ולהשאיר לו זכר בעולם?

תשובה: ללא הסכמה של הנפטר, כמובן שהדבר אסור. אך אם קיימת הסכמה מפורשת או אפילו אומדן ברור שזה רצונו, אז אין בכך איסור. נציין, שעל פי ההלכה צריך סיבה כדי לאסור, וללא סיבה כזו המצב הטבעי הוא היתר. לעניין זה נוגעת גם העובדה שהתורה החשיבה מאוד את הרצון האנושי להשאר שם וזכר בעולם, כפי שניתן ללמוד מפרשת ייבוש".

במיוחד תמוה המשפט 'נציין, שעל פי ההלכה צריך סיבה כדי לאסור, וללא סיבה כזו המצב הטבעי הוא היתר'. האם לקיחת זרע מהמת ושימוש בו הוא מעשה ש'אין סיבה לאוסרו'?! הרי יש כאן סוגיות גדולות של איסור הנאה מן המת ואף אם יכריע להיתר לשון כזו איננה שייכת.

הרב יגאל שפרן (תחומין כ' 'אבהות לאחר מיתה') כתב כי שלח לגר"ן את מאמרו האוסר את לקיחת הזרע מהמתים והשימוש בו, בבקשה לשמוע את דעתו. הגר"ן שלח לו מכתב תשובה בו הסתייג מהיתר שפורסם בשמו.

2. הפריה לאחר המוות והנזק למשפחתיות בישראל

2.1 הפריה לאחר המוות - סוגיית מפתח בעניין מבנה המשפחה

סוגיית ההפריה לאחר המוות משפיעה במישורין ובעקיפין גם על מבנה המשפחה. ההשפעה המיידית היא על האלמנה או הפנויה שמופרות מזרעו של המת ועל היתום שגדל ללא אב, אך ישנה גם השפעה עקיפה על כל תרבות המשפחתיות בישראל. ניתן היה לחשוב שמדובר בהשפעה זניחה, אך כשרואים את ההשקעה והמאמצים⁴⁸ שמשקיעים ארגונים דוגמת ארגון 'משפחה חדשה'⁴⁹ בקידום ההפריה לאחר המוות, ניתן להבין כי יש לסוגיה זו פוטנציאל גדול להשפיע על מבנה המשפחה בישראל.

המבנה הבריא של משפחה על פי התורה הוא אב ואם וילדים. אחת הקללות הנזכרות בתורה היא 'והיו נשיכם אלמנות ובניכם יתומים'⁵⁰, שכן האלמנה והיתום הם 'תשושי כח'⁵¹, 'זמעתם מצויה ונפשם שפלה'⁵². הקב"ה יכול היה לברוא את העולם ללא צורך בזכר ונקבה להביא חיים לעולם, אבל לא עשה כן, אלא הצריך את כל חלקי הבריאה להביא חיים דווקא על ידי התקשרות זוגית. על ידי יחסים של נתינה וקבלה. הקב"ה רצה שילדים יגדלו בבית שיש בו אבא ואמא, שנבראו עם תכונות אופי שונות ויכולת הענקה מגוונת לילדיהם. הסדר הפשוט והנכון הזה נתון כיום למתקפה רבתי במגוון תחומים ודרכים.

בפרקים הקרובים נסקור את ההשפעה של ההפריה לאחר המוות על מבנה המשפחה, מן הפרט אל הכלל.

2.2 יתמות מתוכננת

יתמות איננה דבר פשוט. ילד הגדל ללא אב, יקשה עליו לגדול בצורה טובה ובריאה, לעומת ילד שאינו יתום. נפילת מיטב בנינו במלחמה או בפיגועים מביאה ליתומים רבים בקרבנו. המדינה ככלל, ומשרד הביטחון בפרט, משקיעים מאמצים רבים בליווי האלמנות ובגידול היתומים בגלל אותם קשיים ידועים. האם יהיה זה נכון לפעול בצורה יזומה להביא לעולם עוד 'יתומים מלידה' לאותם שנפלו במלחמות ישראל?! מסלול הייבום היהודי מאפשר לנפטר ללא בנים, המשכיות בעולם בתוך מסגרת ביתית טובה ובריאה. ואילו הבאת ילד בצורה המדוברת יוצרת נתוני פתיחה גרועים לחיי ילד זה, ולמה לעשות לו את העוול הזה?

אולם, מאידך, אם ניקח לדוגמא מקרה של חייל נשוי-טרי שנפל בקרב. אם ייודע להוריו שכלתם האלמנה כבר נכנסה להריון וצפוי להיוולד להם נכד מבנם האהוב, בוודאי שהם ישמחו מאוד למרות שיהיה זה יתום מלידה, וכמו שציינו גידולו לא יהיה דבר פשוט כלל ועיקר. לכאורה א"כ, בשורת המשכיות גוברת על קשיי היתמות?

גם מדברים ששמענו בעל פה מהרב בורשטיין נראה כי נפלה טעות בציטוט שציטט הרב הלפרין בשם הרב גולדברג. הרב בורשטיין סיפר כי שאל רבים מגדולי ישראל לגבי לקיחת זרע לאחר מיתה וכן לגבי שימוש לאחר מיתה בזרע שנלקח מחיים. לגבי לקיחה לאחר מיתה כולם אסרו ואילו לגבי שימוש בזרע שנלקח מחיים ענה לו הגר"ן גולדברג כי הדבר מותר שכן אין מקור לאוסרו. מתוך כל הדברים נראה כי גם לשאלתו של הרב הלפרין התכוון הגר"ן לענות לגבי שימוש לאחר מיתה בזרע שנלקח מחיים ששם אכן אין מקור מפורש האוסר.

לאחר הכל יש להדגיש כי גם לגירסתו של הרב הלפרין הגר"ן דיבר על שאיבה ולא על חיתוך אשך, על אשתו של הנפטר ולא על פנויה, ובהסכמת הנפטר ולא בחזקה מסתמא שכל אדם רוצה בכך, כמו שמתמירים לטעון בהצעת החוק.

⁴⁸ ראה להלן 2.5 'מה עומד מאחורי המאבק על הפריה לאחר המוות'.

⁴⁹ ארגון שמטרתו היא בין היתר לקדם את הצורות הלא רגילות של משפחה, כמו זכר-זכר, נקבה-נקבה ועוד.

⁵⁰ שמות כב, כג.

⁵¹ רש"י שם, כא.

⁵² רמב"ן שם.

אלא שיש לחלק בין יתמות מתוכננת ליתמות מלידה, ויש לחלק בין 'מצווה ועושה' לאינו מצווה ואחרים עושים. כאשר נודע לנו שהנפטר עוד בימי חייו כשהיה מצווה על מצות פרו ורבו הספיק לקיים מצווה יקרה וחשובה זו אנו שמחים שיהיה לו המשך בעולם, למרות קשיי היתמות. על זה אנו נאמר, מאת ה' היתה זאת היא נפלאות בעינינו. אולם לאחר מות האדם כשהוא פטור ממצוות, והוא מהרוגי מלכות שזכו להגיע למקום עליון ביותר בגן עדן, האם במצב כזה נכון מצידנו ליזום עוד יתומים, להביא לעולם יתומים מלידה?

המנהלים את המאבק בעד הפרייה לאחר המוות, בוחרים לעצום את עיניהם ולא לראות בקשיי היתומים, אלא לטעון שאין שום בעיה בלהיות יתום וזה נורמלי ובריא לחלוטין בימינו⁵³.

2.3 טובת האלמנה

במקרה של חייל נשוי הדיון על הפרייה לאחר המוות נוגע לאלמנתו. כמובן שהאלמנה בתקופה הראשונה עוברת תהליך קשה של פרידה מבעלה האהוב, של התנחמות והשלמה עם המצב. ייתכן שבמצב המורכב בו היא נמצאת מיד עם היוודע מותו של אהובה היא תחשוב ותרצה להביא לעולם עוד ילד מבעלה המנוח, או שהיא לא תחשוב כך אבל לא יהיה לה נעים מהורי בעלה ולכן היא תסכים להרות מבעלה לאחר מותו. אבל שומה עלינו לראות את טובתה מול עינינו. למרות שלא כל המקרים זהים ולא דומה מקרה של אלמנה צעירה בת עשרים לאלמנה בת שלושים עם ארבעה ילדים, אנו כן יכולים לומר אמירה כוללנית - טובתה של האלמנה (וגם של ילדיה היתומים אם ישנם כאלה) להמשיך את החיים קדימה, להתחתן ולבנות בית חדש. הנה חז"ל נתנו שלושה חודשי המתנה שאותם בכל מקרה היא צריכה להמתין⁵⁴, (ובדרך כלל ממתינה אף יותר מכך מסיבות מובנות). אם האלמנה תקבל הזרעה מלאכותית מזרעו של בעלה המת, הרי שאותה אלמנה תאלץ להמתין תקופה ארוכה מאוד עד שתוכל להתחתן מחדש - תשעה חודשים של ההריון ועוד שנתיים של ההנקה לכל הפחות⁵⁵. בנוסף לזה יש חשש שגברים פחות יישושו להתחתן עם אלמנה אם לתינוק לא שלהם. הבאת ילד לעולם בדרך זו בעצם דוחה ומעכבת את המשך החיים שלה בצורה משמעותית מאוד. היא גם שמה את האלמנה בעמדה קשה מול משפחת בעלה המנוח, להם יש את השיקול שלהם והרצון שלהם להמשיך הזרע ואפשר כמובן להבין אותם לגמרי, אבל אנו צריכים להיות אביהם של יתומים ואלמנות, לראות את טובתם, ולדאוג להם לבית איתן שיתן להם יציבות, פרנסה, אהבה ובריאות נפשית. הארגון המקדם את הפרייה לאחר המוות - 'משפחה חדשה', מקדם גם משפחות חד הוריות⁵⁶. מתוך דבריו ניתן להסיק, שלדידו אין בעיה מהותית בלהישאר אלמנה בודדת, ניתן להחליף את ההגדרה מ'אלמנה' ל'משפחה חד הורית' ולהמשיך להתנהל.

⁵³ <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000897362>

⁵⁴ אבן העזר יג, א.

⁵⁵ שם, יא.

⁵⁶ <https://www.newfamily.org.il/about/>

2.4 הפריה לפנויה - ביטול המשפחה בישראל

במקרה שהחלל רווק, או נשוי שאלמנתו אינה מעוניינת בהפריה לאחר המוות, המועמדות להפריה מזרעו של המת הן פנויות⁵⁷. הזרעה מלאכותית לפנויות נאסרה על ידי גדולי ישראל⁵⁸ מכמה טעמים, אנו נתמקד כאן באחד מהטעמים הרלוונטי במיוחד לסוגיה של הפריה לאחר המוות מזרעם של חללי צה"ל.

כיום ישנה תופעה רווחת בציבור שגם זוג שאינם שומרי תורה ומצוות הרוצה ללדת ילדים מחליט להתחתן כהלכה, שכן לידת ילדים וגידולם נתפסים כמציאות השייכת לזוג נשוי ולא לרווקות/רווקים. אם תפרוץ התופעה של רווקות שהרו מזרע חללי צה"ל וזכות גם לכבוד והערכה בעבור זה, הרי שהדבר עלול לערער את התפיסה כי על מנת ללדת ילדים יש להתחתן, ולכרסם במוטיבציה של הציבור שאינו שומר תורה ומצוות להתחתן.

גם לגבי הציבור הדתי, היום הדבר נדיר מאוד שפנויות הרות לזרע זר, אולם אם התופעה של פנויות שהרו מזרע חללי צה"ל תתרחב, הרי שמצב של פנויה דתיה הרה שוב לא יהיה חריג והדבר יפרוץ את גדר הקדושה והמשפחה.

2.5 מה עומד מאחורי המאבק על הפריה לאחר המוות

כדי להבין את ההשלכות של ההפריה לאחר המות עלינו לראות מי הגוף המקדם זאת בעשרים שנה האחרונות ומהן מטרתיו. ובכן, הרוח החיה מאחורי יוזמת שימוש בזרע נפטרים ב-20 השנים האחרונות היא עו"ד אירית רוזנבלום מנכ"לית ארגון 'משפחה חדשה'. כפי שמופיע באתר של 'משפחה חדשה', היא זו שניסחה את הצעת החוק הקודמת בנושא זה, שהונחה על שולחן הכנסת ב-2017 על ידי ח"כ רויטל סויד. באתר העמותה⁵⁹ נכתב עוד כי במהלך השנים ניהלה העמותה, עשרות דיונים משפטיים כדי להביא להפריה לאחר המוות, וכן הקימה את 'בנק הצוואות הביולוגיות' כלומר, צוואות של אנשים המורשישים את זרעם וכדו' לאחרים לאחר מותם.

האם אכן המטרה של ארגון משפחה חדשה היא דאגה לחללי צה"ל ולהמשכיות שלהם?

תחת הכותרת 'אודות' באתר של משפחה חדשה מופיע כי מטרת הארגון היא להביא להכרה ציבורית וחוקית בכל צורות המשפחה שאינן רגילות (כמו זכר-זכר, נקבה-נקבה וכדו'). אחת ממטרות הארגון היא קידום חקיקה המכירה בכל צורות המשפחה וכן במשפחה החד הורית כמשפחה לכל דבר. כלומר, מטרת העל של הארגון היא נרמול הצורות החריגות של משפחה מכל הסוגים, משפחות זכר-זכר, נקבה-נקבה, משפחות חד הוריות, זוגיות ללא חתונה ועוד. על רקע זה, מובן כי העיסוק הרחב שלהם בשימוש בזרע נפטרים אינו נובע, לכאורה, מדאגה להמשכיות ובטח שלא מדאגה להמשכיות לחללי צה"ל, אלא מרצון לנרמל את המשפחה החד הורית. לתת במה דרכה יוכלו לא רק לאפשר לאשה הרוצה 'ילדים ללא זוגיות' את הדבר, אלא אף לזכות אותה בהערכה ציבורית על כך ש'הסכימה' לתת המשכיות לחייל הגיבור שמסר נפשו להצלת עם ישראל.

⁵⁷ גדולי ישראל אסרו לנשואה לקבל הזרעה מלאכותית מזרע של זר, ראה אנציקלופדיה הלכתית רפואית, חלק ב עמ' 566.

⁵⁸ ראה לדוגמא:

<https://www.medethics.org.il/article/%D7%94%D7%96%D7%A8%D7%A2%D7%94-%D7%9E%D7%9C%D7%90%D7%9B%D7%95%D7%AA%D7%99%D7%AA-%D7%9C%D7%A4%D7%A0%D7%95%D7%99%D7%95%D7%AA/>
[/https://www.newfamily.org.il](https://www.newfamily.org.il)⁵⁹

נראה כי יש בהפריה לאחר המוות אף בכדי לסייע גם למשפחות הלהט"ב, במיוחד כשמדובר בנשים, שכן אחת הבעיות העומדות בפני משפחות הלהט"ב היא כיצד ניתן ללדת ילדים ללא איש ואשה, ובנק הזרע אינו נחשב כמקור המוצלח ביותר לזרע. הפריה לאחר המוות נותנת פתרון מוערך עבור משפחות הלהט"ב למקור לילדים שאף יזכה אותם בהערכה על תרומתם להמשכיות חללי צה"ל.

ח"כ רויטל סויד שהגישה את הצעת החוק לשימוש בזרע חללי צה"ל ב-2017 אמרה בריאיון ל'השומרים': 'התמקדתי בחיילים, כי הבנתי שאני מייצרת כאן תרבות חדשה שלא קל לעכל, היה לי חשוב להצליח ולו עם חלק מהאנשים שזקוקים לפתרון, מתוך הנחה, שכמו בכרטיס אדי, זה יעלה את המודעות בהמשך. חיילי צה"ל והמשפחות השכולות הן קונצנזוס, הציבור אומר שמי ששלח את הבן שלו להילחם למען המדינה, זכאי להמשכיות כחלק מהפיצוי וההתמודדות עם האובדן, ולכן קל להתחיל מהם. רציתי שבאותו שלב בתהליך החיול, שבו כל חייל כותב מי היורשים שלו ומה יעשו בחפצים שלו, יהיה גם טופס שמתייחס לזרע שלו.'

פרופ' צבי טריגר, מומחה לדיני משפחה מהפקולטה למשפטים במכללה למנהל מסביר: 'נוצרת פה המשפחה האלטרנטיבית האולטימטיבית, אם המשפחות הלהט"ביות כפרו בצורך בזכר ונקבה. הולדה אחר המוות כופרת בצורך בהורים חיים.'

3. הפריה לאחר המוות או יבום

3.1 ההבדלים בין יבום לבין הפריה לאחר המוות

המצדדים בלקיחת הזרע מהחללים, טוענים כי מצוות יבום שבתורה, בה אלמנת הנפטר מתחתנת עם אחיו על מנת שהילד שיוולד יהווה 'שם' לנפטר, מלמדת כי 'יש מקום לרצון האנושי להשארת זכר בעולם'. על כן הם ממליצים לקחת זרע מהחללים, על מנת שתימצא אישה שתסכים ללדת ממנו ולהשאיר המשך לנופלים. אולם, ישנם הבדלים רבים בין מצוות יבום ובין הפריה לאחר המוות, הבדלים אשר לא מאפשרים ללמוד ממצוות יבום כי גם בהפריה לאחר המוות ה' חפץ (מלבד הבעיות שנזכרו בנייר העמדה לעיל). נסקור כאן את ההבדלים בין מצוות יבום לבין הפריה לאחר המוות:

א. טובת הילד

במצוות יבום, הילד שנולד הוא ילד ביולוגי לכל דבר של היבם והיבמה. יש לו זוג הורים חיים ולרוב גם אחים, הוא ילד הגדל במשפחה רגילה לכל דבר בלי שמץ יתמות. הקשר של הילד הזה לנפטר לא מעיב כהוא זה על הקשר של הילד לאביו הביולוגי, וכן להיפך קשר טוב שיהיה לו עם אביו לא אמור לפגוע בקשר הנשמתי שלו לנפטר. לעומת זאת, בהפריה לאחר המוות הילד נולד ליתמות, ואף ללא אחים⁶⁰, גם אם אמו תתחתן לאחר מכן הוא יהיה בן חורג ואח חורג במשפחה החדשה.

⁶⁰ א"כ אמו תלד כמה ילדים מזרע המת שיהיו גם הם יתומים, אך אז עוד יותר יקשה עליה להתחתן שוב.

ב. טובת האלמנה

בייבום האלמנה מתחתנת ובונה חיי משפחה חדשים שמוציאים אותה מאלמנותה ובדידותה. בחתונה זו ישנו יתרון אפילו על מצב בו האלמנה מתחתנת עם אדם אחר שאינו קשור לבעלה המנוח. שכן בחתונה זו האלמנה נשארת בתוך המשפחה ומתחתנת עם אדם השותף לאבל על פטירת בעלה הקודם, דבר המקל את המעבר מחיי הנישואין הקודמים ומזכר בעלה המנוח, לחיי הנישואין החדשים. גם למשפחת הנפטר הדבר מיטיב. במקום להרגיש שחופץ מלאבד את בנם שמת הם אבדו ממשפחתם גם את אשתו, היא נשארת איתם. דוגמה לדבר זה ניתן לראות במשפחות בהם נפטרה האישה, והאלמן מתחתן עם אחותה, דבר שמקל על ההתאוששות של כולם. בהפריה לאחר המוות לעומת זאת, האלמנה נשארת בודדה, והילד אף מקשה עליה למצוא חתן חדש ולפתוח חיים חדשים ומאושרים.

ג. המשך גנטי או המשך לנשמה ולדרך

בייבום הילד שנולד אינו המשך גנטי של הנפטר, אלא של אחיו והאלמנה. הקמת השם שהילד נותן לנפטר הינה המשך לנשמתו⁶¹ וכנראה גם לדרכו הרוחנית של הנפטר⁶², שכן הוא בן לאנשים הקרובים ביותר לנפטר, שבוודאי יגדלו אותו לאור אהובם שמת, אך אינו מתייחס לנפטר גנטית. בהפריה לאחר המוות לעומת זאת המשך הוא גנטי של הנפטר ולא דווקא לדרכו הרוחנית, שכן במקרה שהנפטר רווק ואשה זרה יולדת מזרעו, היא תגדל את הילד בדרכה שלה ולא בדרכו של הנפטר שאותו כלל לא הכירה⁶³.

ד. הכוונה הטובה והקדושה שבין ההורים מקדשת את הילד

ישנה משמעות גדולה לכוונה של ההורים בעת החיבור היוצר את הולד. כוונה טובה מקדשת את הילד ומביאה נשמה קדושה לעולם⁶⁴, ואילו כוונה שאינה טובה מזיקה לילד⁶⁵. בשעה שאיש ואשה זכו ובחיבור ביניהם שוכנת השכינה⁶⁶, הנשמה שתבוא תהיה קדושה וטובה. בייבום ישנו סיכוי טוב כי החיבור יעשה בכוונה טובה ותשרה בו השכינה, וכי נשמת הילד שיוולד תקבל גם היא קדושה מכך. בהפריה לאחר המוות לעומת זאת אין כל כוונה, שכן האיש כבר מת וההפריה נעשית בדרך מלאכותית ולא על ידי חיבור של קדושה בין איש לאשה. יש לחשוש כי בדרך כזו לא תבוא נשמה מקודשת וטובה⁶⁷.

בשו"ת ישכיל עבדי⁶⁸ כתב כי על פי הסוד ישנה בעיה גדולה בהזרעה מלאכותית: 'גם אם אל סודו תדרוש הרי ענין הזיווג הוא בבחינת זיווגי מידות העליונות יחוד קוב"ה ושכינתא שילוב הויה אדנות כידוע גופא בגופא ורוחא

⁶¹ ראה להלן 3.3 טעם היבום על פי הזוהר וההשלכה לחללי צה"ל.

⁶² יש להניח שהאח יגדל את הבן ברוח אחיו המת.

⁶³ אם לא יתרחש שינוי תרבותי, אזי הפנויות הרוצות הזרעה מלאכותית על פי רוב אינן דתיות ולרוב אף לא מסורתיות, גם לסביות הן קהל שעשוי לקפוץ על הזרעה מלאכותית.

⁶⁴ אגרת הקודש פרק חמישי, רקנאטי כי תצא ד"ה 'כי יקח איש אשה'.

⁶⁵ הגמרא בבבלי כ"ב אומרת כי ישנן תשע סיטואציות של חיבור בכוונה שאינה טובה המביא ללידת ילד שיהיה מ'המורדים והפושעים ב'.

⁶⁶ סוטה יז ע"א.

⁶⁷ הרב שטרנבוך תשובות ונהגות ו, רמד. וכן הרב דב ליאור במכתב שכתב לשאלתנו על סוגיה זו.

⁶⁸ חלק ה, אבה"ע, י.

ברוחא, וכל שהוא בבחינת פירוד הרי הוא כמקצץ בנטיעות ח"ו ומלבד שאין כאן אפילו ריח של מצוה אלא שגדול עונו מנשוא ועונו ישא בזה ובבא רחמנא ליצלן'.

הרי שישנם הבדלים גדולים בין מצות יבום ובין הפריה לאחר המוות, ולא ניתן לומר כי מצוות יבום מלמדת כי גם הפריה לאחר המוות היא רצויה. אם ישנו רצון חזק להמשכיות לנפטר, ראוי לאפשר לזוג הרוצה בכך לקיים מצוות יבום כמצוותה ולא לפנות לדרך של הפריה לאחר המוות. בארצות ספרד נהגו לקיים מצות יבום ורק בארץ הנהיגה הרבנות הראשית מנהג האשכנזים שלא לייבם⁶⁹. אך אם הנהיגה זו גורמת לכך שיחתכו אשך מהמת ויפרו בו את אלמנתו (או אשה זרה) על כל הבעיות הכרוכות בכך, כפי שצוין בנייר עמדה זה, ודאי שהייבום עדיף.

3.2 האם הולד מתייחס אחר אביו בהפריה לאחר המוות

חכמי התורה דנו ביחוסו של הנולד מהזרעה מלאכותית. הדיון מתחלק לשניים, החלק הראשון הוא כשהזרעה המלאכותית נעשתה בחיי בעל הזרע, והחלק השני שיותר נוגע לענייננו הוא כשהזרעה נעשתה לאחר מותו. השאלה אם הולד מתייחס אחרי בעל הזרע נוגעת הן לעניין פטור מייבום של האלמנה, הן לעניין ירושה, והן לעניין איסור הולד בקרובות אביו.

דיון זה תחילתו במי שנתעברה באמבטי. בשו"ת התשב"ץ⁷⁰ כתב: "ואם נאמין לספרי' חיצוני' מצי' בספר בן סירא כי אמו נתעבר' מש"ז של ירמיה באמבטי וסירא בגימ' ירמיהו ובזה הוכשרה הבת לבוא בקהל ולירש בנכסי אביה וליאסר בקרובי אביה". למדנו מדבריו כי מי שנתעברה באמבטי, דהיינו שלא בביאה, מזרע של אדם חי, הולד מיוחס לבעל הזרע המוגדר כאביו.

הב"ח ביו"ד⁷¹ הביא הגהת סמ"ק בשם רבינו פרץ: "אשה נדה יכולה לשכב אסדיני בעלה ונזהרות מסדינים ששכב עליהן איש אחר פן תתעבר משכבת זרע של אחר ואמאי אינה חוששת פן תתעבר בנדותה משכבת זרע של בעלה ויהא הולד בן הנדה והשיב כיון דאין כאן ביאת איסור הולד כשר לגמרי אפילו תתעבר משכבת זרע של אחר כי הלא בן סירא כשר היה אלא דמשכבת זרע של איש אחר קפדינן אהבחנה גזירה שמא ישא אחותו מאביו כדאיתא ביבמות". הב"ש בריש אה"ע⁷² למד מדבריו, שהנולד מזרע אדם חי גם כשלא היתה ביאה הוי בנו לכל דבר. הח"מ שם⁷³ הסתפק במי שנתעברה באמבטי האם מיקרי בנו של בעל הזרע והאם קיים בולד שנוצר מצוות פרו ורבו. אמנם הברכי יוסף והט"ז⁷⁴ דחו את הראיה מהגהת הסמ"ק. לדבריהם, משמע מדבריו, שאם נתעברה משכבת זרע בלא ביאה יש לחוש לזרע האב לחומרא, ולכן יהיה אסור בקרובות אביו, אך לא למדנו שהוא בנו לכל דבר, לירושה ולפטור אשתו מייבום, וכן שקיים בזה מצוות פרו⁷⁵.

⁶⁹ יש לציין כי הרב עובדיה קיים יבום גם בארץ לזוג שרצה בכך.

⁷⁰ חלק ג סימן רסג.

⁷¹ סי' קצה.

⁷² סי' א ס"ק י.

⁷³ סי' א ס"ק ח.

⁷⁴ בריש אה"ע.

⁷⁵ שו"ת ציץ אליעזר חלק ט סימן נא - קונ' רפואה במשפחה פרק ד:

"(ב) מאידך על ראית הב"ש והמל"מ מהגהת סמ"ק מעיר הברכי יוסף באה"ע שם לדחותה ביחוד וכותב וז"ל: ותו דאף אמנם נימא דבנידון זה הוא דאמר גזירה שמא ישא אחותו, עדיין צריכין אנו למודעי' מאי פסקא דקיים פו"ר כיון דלא כיוון משום אקרובי ולא קרב זה אל אשה כלל והוא יגע לריק באמבטי עכ"ל. ובעצם נראה שגם הט"ז באה"ע שם סק"ח נתכוין לכלול בדבריו גם הערה זאת, שכותב ואין זה ראיה דשמא לחומרא אמרינן לקולא לא אמרינן בפרט במידי דתלי בקום ועשה והיא נתעברה מעצמה דאינו יוצא בזה ע"ש, הרי דכלל הט"ז בדבריו לסתור בשתים, ראשית משום דשמא לחומרא אמרינן לקולא לא אמרינן, ושנית, כעין הערתו של הברכ"י, מפני שמצוה זאת תלי בקום ועשה ובכאן היא נתעברה מעצמה".

עד כאן עסקנו בנתעברה בלא ביאה בחיי בעל הזרע. אך במקרה דנן אנו עוסקים בהזרעה מלאכותית לאחר שבעל הזרע נפטר. מה יהיה הדין בכה"ג?

הנודע ביהודה בתשובותיו⁷⁶ חידש שולד שנקלט הריונו לאחר מיתת אביו, אינו פוטר מייבום למרות שהביאה עצמה הייתה מחיים. לדעתו, ולד זה הוי בנו של אביו לעניין ירושה, אך אינו בנו לעניין יבום.

בשו"ת הר צבי דן בזרע שנלקח מחיים ומוזרע מלאכותית באשה לאחר מות האיש, האם הולד שיווצר פוטר מיבום: "והנה בחלקת מחוקק מסתפק אי בכה"ג [שנתעברה באמבטי] חשיב בנו. והבית שמואל [ס"ק י' הביא ראייה דחשיב כבנו], וכן מבואר בתשב"ץ. וכל זה בשנזרק הזרע בזמן שהאב חי, אבל אם נזרק בזמן שהאב לא בחיים, אפשר שלא נחשב כבנו לענין פטור זיקת יבמין...

ואף שהנוב"י בעצמו כתב על דבריו שהוא דבר חדש שלא נמצא בפוסקים, ואיך נעשה מעשה להמציא חומרא חדשה ולומר שאם בא על אשתו שעה אחת לפני מותו שתחייב אח"כ לחלוץ מספק אף אם נתעברה וילדה בן, מ"מ בנידון דידן, כשמת, עדיין לא נזרע הזרע לגוף האשה, ומחוסר מעשה גרע טפי מהנדון של הנוב"י שכבר נזרע הזרע בגוף האשה והקליטה ממילא באה ואינה מחוסר מעשה.

אולם עצם דברי הנוב"י תמוהים. דהא מכיון שהוא בנו לכל דבר, א"כ הבן הוא זה שיורש נכסיו, ולא האב, והרי בגמרא יבמות [י"ז ע"ב וכ"ד ע"א] אמרינן דיבום בנחלה תלה רחמנא, דיקום על שם אחיו, ומכיון דבכה"ג הבן יורש ואחיו אינו קם לנחלה על שם אחיו, א"כ אינו זוקק ליבום והוי אשת אח שלא במקום מצוה.

ודבר זה קיים גם בנידון דידן. שהרי לענין ירושה גם בנ"ד נקרא בנו אף שבשעת מיתה עדיין לא נזרע, שדין ירושה לא תלוי דוקא בשעת מיתה ויכול שפיר לחול שם יורש גם זמן רב לאחר מיתת המוריש]... ולמעשה הדבר צריך תלמוד, ואין לפוטרה בלא חליצה]. למדנו מדבריו שמיקרי בנו לעניין ירושה ולא הכריע לגבי יבום.

הרב שלמה זלמן אוירבך⁷⁷, נקט כי בהזרעה לאחר מיתה מזרע שהוצא מחיים אין הוא בנו לעניין יבום למרות שהוי בנו לכל דבר: "ומ"מ נראה במי שהוציא את זרעו לתוך כלי ומת בלא בנים לפני שהכניסו את הזרע לתוך רחם האשה, דאע"ג שנתעברה אח"כ וילדה ולד של קיימא אפי"ה חייבת ביבום, משום דאף שהולד מתיחס אחריו והוא בנו לכל דבר, מ"מ כיון דבשעה שמת בעלה עדיין מחוסר מעשה של הכנסת הזרע לגופה מיד כבר חל עלי' חובת יבום, ואף שלענין ירושה שפיר נקרא יורש, היינו מפני שדין ירושה לא תלוי דוקא בשעת מיתה ויכול שפיר לחול עליו שם יורש גם זמן רב לאחר מיתת המוריש, כמו למ"ד שאין זכיה לעובר אפי' בירושה דממילא, דאפי"ה שפיר חייל עליו שם יורש גם לאחר מיתת האב כמבואר בר"פ מי שמת משא"כ ביבום".

הרב שאול ישראל⁷⁸ סובר כי ולד הנולד מהזרעה מלאכותית לאחר מיתת בעל הזרע אינו מיוחס כלל אל בעל הזרע לכל דיני התורה: "אכן כל זה הוא בשהזרע נמצא במעי האם ועומד להקלט, מבלי כל צורך בפעולה נוספת. ולא כן הדבר בזרע שנמצא בשעת מות הבעל מחוץ לגוף האשה במצב של קפאון, שרק באופן מלאכותי ע"י פעולות הנדרשות להוציאו ממצב זה ולזווגו עם הביצית שבמעי האשה (אם שזו אשתו לשעבר ואם זו אשה

⁷⁶ מהדורא קמא - אבן העזר סימן סט: "ואמרת בלבי הן אמת שבתורה כתיב ומת אחד מהם וכן אין לו מ"מ אם הניח אשתו מעוברת מקרי יש לו אף שעדיין לא נולד אם נולד אח"כ מקרי למפרע יש לו בן אבל אם בשעת מותו לא היתה אפילו מעוברת בודאי אם היה באותה שעה אצל הנביא ואומר שאינה מעוברת היתה מותרת באותה שעה ליבם ולא הוה אסרינן אותה מטעם הריון שתקבל אח"כ אי לאו איסורא דרבנן שאסרו תוך ג'. וא"כ אני אומר אשה שלא קלטה הזרע קודם מיתת בעלה אף שקלטה אחר מותו ובנו הוא לכל דבר מ"מ לענין יבום כבר קרינן בה וכן אין לו בשעת מיתה ובת יבום היא וא"כ שפיר היבמה מתיבמת אחר מיתת בעלה ג' חדשים דממנ"פ אם נקלט הזרע קודם מותו כבר הוכר עוברה ואם לא נקלט קודם מותו אף שנקלט אחר מותו שפיר מתיבמת".

⁷⁷ נעם א', בעריכת הרב כשר, עמ' קנה. מנחת שלמה תנינא (ב-ג) סי' קכד.

⁷⁸ חוות בנימין ח"ג סי' קז, אבהות בהזרעה שלא כדרכה, אות יב.

אחרת) שמבלי פעולה זו לעולם לא יוולד, בזה הדין "ובן אין לו" נשאר לעולם, ואין לו מאז שום ייחוס אל המת...⁷⁹ וממילא ברור שולד שנולד מזרע מוקפא אחרי מות בעל הזרע, אין לו שום יחס קרבה למשפחת האיש שממנו בא הזרע המוקפא. והיורשים כדין ירשו, ואין הולד יכול לתבוע חלקו בירושה. זהו מה שנראה לנו נכון וברור. והשי"ת יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות".

הרב אברהם יצחק כלאב⁸⁰ חלק על הרב ישראלי. לדעתו הולד הוא בנו לכל דבר, אך אינו בנו למפרע: "לדעת הרה"ג ש ישראלי זצ"ל זרע של אדם שמת פוקע ממנו יחוסו של האב. ולענ"ד לא נראה כך, אלא הולד שנולד מזרע זה הוא בנו לכל דבר, אך אינו יורש את אביו למפרע. ומי שירש בשעת מיתתו של האב לפני שנתעברה האשה בזרעו הוא היורש ולא מוציאים ממנו מה שכבר זכה. וכן אם נתייבמה אמו לפני שנתעברה ואח"כ נתעברה מזרעו של בעלה ראשון מותרת ליבם. ואם תפול ירושה שזכה בה המת לאחר שכבר נתעברה האשה בזרעו הוא העובר כשילד יזכה בירושתו".

לסיכום, על אף שבהזרעה מלאכותית מחיים ישנה מחלוקת אם הולד נחשב כבנו של בעל הזרע לכל דבר או רק לחומרה, כשההזרעה המלאכותית נעשית לאחר המוות רבו הדעות שאין הולד מתייחס אחר בעל הזרע לענין פטור ממצות יבום, ועל פי הרב ישראלי הוא אף לא מתייחס אחריו כלל.

3.3 טעם היבום על פי הזוהר וההשלכה לחללי צה"ל

המצדדים בלקיחת הזרע מחללי צה"ל, טוענים כי מצוות ייבום שבתורה מלמדת כי יש מקום לרצון האנושי להשארת זכר בעולם, ועל כן הם ממליצים לקחת זרע מהחללים, על מנת שתימצא אישה שתסכים ללדת ממנו ולהשאיר המשך לנפטרים. הם מוסיפים ואומרים כי לחיילים שמתו למען עם ישראל במלחמה מגיע כי ישאר מהם זרע ממשיך.

אולם התבוננות בטעם מצוות הייבום על פי דברי הזוהר מלמדת כי למצוות ייבום ישנו טעם אחר לחלוטין, וכי דווקא החיילים שמתו במלחמה אינם זקוקים לנסינות אלו להשאיר מהם זרע.

הזוהר⁸¹ מסביר כי אדם שהתרשל ולא הותיר אחריו ילדים, אינו יכול לרשת את מקומו בעולם העליון ועל כן הוא צריך לחזור ולרדת לעולם הזה על מנת לתקן את העובדה שלא עסק בפריה ורבייה:

'ההוא דמית בלא בנין, כד נפיק מהאי עלמא, ההוא בר נש לא עאל בפרגודא, ולא נטיל חולק בההוא עלמא, ונשמתי לא אתכלילת באתר דכל נשמתי אתכלילו, ואתגזר דיוקניה מתמן, הה"ד (ויקרא כב ג) ונכרתה הנפש ההיא מלפני, הואיל וכדין הוא, ברא ליה קב"ה פריק דיפרוק ליה מידא דמחבלין, ודא אחוי דקריב ליה, שנאמר (דברים כה ה) כי ישבו אחים יחדיו וגו', וכתוב בא אל אשת אחיך ויבם אותה וגו', בגין דנשמתי לא עאלת קמיה

⁷⁹ ונימוקו עמו: "דאי אפשר לומר, שבכה"ג ייחשב כבן המת, ויפקע אז ממנה דין יבום, דכאן הרי יש לדרוש בכיוון הפוך את הדרשה דגמרא ד"דרכי נועם", דאין זה דרכי נועם מאחר שבשעת מות הבעל לא הי' לו בן, ולא הי' עומד להיות לו בן (אם לא ייעשה מעשה, כנ"ל) שממילא חל עליו דין יבום, כשעברו על האשה צ' יום של הבחנה, אם איתא שאם אח"כ יעשה מעשה בזרע המוקפא, ויוכנס למעי אשה ויתפתח לולד, דאז יפקע למפרע זיקת היבום ויהיו הבנים ממזרים, והאשה תצא מהיבם, כדין מיובמת בטעות. הרי ודאי דקרינן בזה "דרכיה דרכי נועם" ואין זה דרכי נועם להוציא מהיבם ולעשות בניה ממזרים".

⁸⁰ שורת הדין יג, עמ' רא, 'למי שייכת ביצית מופרת'.

⁸¹ חלק א' קפו ע"ב, פרשת וישב.

קב"ה, אלא היא קיימא לבר, בגין דלא זכה לאנהרא בהאי עלמא בההוא גופא. מאן דלא זכה בהאי אתר, יהך לאתר אחרא ויזכי ביה...⁸².

וכן כתב האר"י הקדוש בשער הגלגולים⁸³ שהנפטר בלא בנים חוזרת נשמתו לרדת לעולם בילד שיוולד מהיבום: 'מי שבא בסוד היבום, הוא לסבת שמת בלא בנים, והרי הוא כאילו לא הצליח כלל ועיקר, וכאילו לא היה בעולם, וגוף הראשון הוי כלא היה, כנזכר בפרשת וישב, ולכן צריך שהנפש ההיא שהיתה בגוף הראשון בכל חלקיה, חוזרת להתגלגל לגמרי עתה מחדש לצורך עצמה, וגוף השני זה הוא גופו העיקרי, וכשנתקן בו ויפטר מן העה"ז, הנה בעת תחית המתים לא תשוב הנפש כי אם בו'.

בהמשך להסבר זה מוסיף הזוהר לשאול⁸⁴, האם אדם צדיק שהשתדל בפריה ורביה אלא שלא עלתה בידו, מקבל חלקו לעולם הבא, או שגם הוא צריך לחזור ולהיוולד:

'רבי חייא בעא, האי דאיהו זכאה שלימא, ואשתדל באורייתא יומי ולילי, וכל עובדוי לשמא דקב"ה, ולא זכה לבנין בהאי עלמא, כגון דאשתדל בהו ולא זכה, או דהוו ליה ומיתו, מה אינון לעלמא דאתי, א"ל רבי יוסי, עובדוי וההיא אורייתא קא מגינן עליה לההוא עלמא, אמר רבי יצחק, עלייהו ועל אינון זכאי קשוט, (כגון רבי יוחנן דהוו ליה בנין ומיתו, וכגון רבי חזקיה דאיהו עקר), עלייהו כתיב (ישעיה נו ד) כי כה אמר יהו"ה לסריסים אשר ישמרו את שבתותי, ובחרו באשר חפצתי, ומחזיקים בבריתי, מה כתיב בתריה, ונתתי להם בביתי ובחומותי יד ושם טוב מבנים ומבנות, שם עולם אתן לו אשר לא יכרת, בגין דאלין אית לון חולקא לעלמא דאתי, א"ל רבי יוסי, יאות הוא ושפיר. תא חזי, זכאה שלים דהוו כל אלין ביה, ואשתלים כדקא יאות, ומית בלא בנין, והא קא ירית דוכתיה בההוא עלמא, אתתיה בעיא ליבומי או לא, אי תימא דלבעי ליבומי, הא בריקניא איהו, דהא אתריה קא ירית בההוא עלמא, אלא ודאי בעיא ליבומי, בגין דלא ידעינן אי הוה שלים בעובדוי אי לאו⁸⁵.

עולה מדברי הזוהר שצדיק שהשתדל בפריה ורביה אלא שלא עלתה בידו, יורש מקומו בעולם העליון, ואינו יורד שוב לעולם הזה. ועליו נאמר 'ונתתי להם בביתי ובחומותי יד ושם טוב מבנים ומבנות שם עולם אתן לו אשר לא יכרת'. למרות זאת אשתו מתייבמת מכיון שאנו לא יודעים מי היה צדיק שלם ומי לא.

נמצא אם כן שטעם מצוות יבום הוא לא לתת המשכיות או זכר לנפטר, אלא להחזיר לעולם הזה את נשמת הנפטר שלא עסק בפריה ורביה ולא זכאי למקום בעולם העליון, על מנת שיוכל לתקן את מעשיו.

⁸² תרגום ללשון הקודש: 'אותו שמת בלי בנים, כשיוצא מן העולם הזה, אותו האיש לא נכנס לפרגוד ולא נוטל חלק בעולם ההוא, ונשמתו לא נכללת במקום שכל הנשמות נכללו, ונגזרת דמותו משם, זהו שכתוב בתורה ונכתרה הנפש ההיא מלפני. הואיל וכך הוא, בורא לו הקדוש ברוך הוא גואל שיגאלנו מיד המשחיתים, וזה אחיו שקרוב אליו, שנאמר כי ישבו אחים יחדו וגו' וכתוב בא אל אשת אחיך ויבם אותה וגו' משום שנשמתו לא נכנסת לפני הקדוש ברוך הוא, אלא היא עומדת בחוק, משום שלא זכה להאיר בעולם הזה בגוף ההוא. מי שלא זוכה במקום הזה, ילך למקום אחר ויזכה בו...'.
⁸³ הקדמה ג.

⁸⁴ חלק א' קפז ע"ב.

⁸⁵ תרגום ללשון הקודש: 'רבי חייא שאל, זה שהוא צדיק שלם ומשתדל בתורה ימים ולילות וכל מעשיו לשמו של הקדוש ברוך הוא ולא זכה לבנים בעולם הזה, כגון שהשתדל בהם ולא זכה או שהיו לו ומתו - מה הם לעולם הבא? אמר לו ר' יוסי, מעשיו והתורה ההיא מגינים עליו לעולם ההוא. אמר רבי יצחק, עליהם ועל אותם צדיקי אמת (כמו ר' יוחנן שהיו לו בנים ומתו, וכמו ר' חזקיה שהוא עקר) עליהם כתוב כה אמר ה' לסריסים אשר ישמרו את שבתותי ובחרו באשר חפצתי ומחזיקים בבריתי, מה כתוב אחריו, ונתתי להם בביתי ובחומותי יד ושם טוב מבנים ומבנות שם עולם אתן לו אשר לא יכרת, משום שלא היה יש חלק לעולם הבא. אמר לו ר' יוסי, נאה הוא ויפה. בא וראה, צדיק שלם שהיו בו כל אלה והושלם כראוי ומת בלי בנים, והנה יורש מקומו בעולם ההוא - האם אשתו צריכה יבום או לא? אם תאמר שצריכה להתיבם, הרי זה לריק, שהרי את מקומו ירש בעולם ההוא. אלא ודאי צריכה ליבום, משום שאיננו יודעים אם היה שלם במעשיו או לא'.

החיילים שנפלו במלחמה, הם מהרוגי מלכות עליהם אמרה הגמרא⁸⁶ 'אין אדם יכול לעמוד במחיצתן', כלומר הם מקבלים מקום מאד נשגב בעולם העליון. נשמותיהם אינן צריכות לחזור לעולם הזה על מנת לתקן, ולכן אין ללמוד ממצוות יבום לעניינם.

נראה שהמטרה הרחוקה יותר העומדת מאחורי הצעת חוק זה איננה דאגה כנה ועמוקה להמשכיות לאותם חיילים שנהרגו על קידוש ה', אלא יצירת "בנק זרע" איכותי של אבות ידועים, כדי לאפשר לפנויות לאגף את בנק הזרע הקיים, וללדת ילד שהוא לא "שתוק". כך ניתן, מצד אחד, להתגבר על הרתיעה של נשים רבות מלהביא ילד 'שאינו לו אבא' לעולם מחוץ למסגרת משפחתית, ומצד שני לגדל ילד לאב שאינו קיים בעולם, ללא צורך להתחשב בדעתו בנוגע לאופן גידול הילד. בקיצור זו החלופה האידיאלית לאותם שחושבים שילדים צריכים לגדול להורה אחד משמורן היכול לגדלו ללא צורך בהתחשבות בהורה שני.

סיכום

המצב כיום בו נלקחים אשכים מרבים מחללי צה"ל, מנוגד ליחס של חרדת קודש בו מדריכה אותנו התורה להתייחס לגופות הנפטרים ויש בו משום איסור הנאה מן המת ואיסור ניוול המת.

ההפריה לאחר המוות עלולה לגרום נזק גדול למבנה המשפחה בישראל. היא מזיקה הן ליתום ולאלמנה שיישארו במצב חסר וקשה, והן לתפיסה הכללית בציבור לגבי נורמות של משפחה. הפריה לאחר המוות מקודמת בעשרים השנים האחרונות הן במאבקים משפטיים והן בהצעות חוק בכנסת על ידי ארגון שמטרתו היא לקדם את כל הצורות הלא רגילות של משפחה, ולבטל את מעמדה של המשפחה הרגילה בישראל. הקשר זה של המאבק מלמד כי הדאגה להמשכיות החיילים היא נושא משני אצל הארגון המרכזי העוסק בקידום החוק ואילו הסיבה הראשית היא יצירת תרבות משפחה חדשה בישראל.

השוואה בין הפריה לאחר המוות ובין ייבום מלמדת כי המרחק ביניהם רב. ייבום הוא מסגרת משפחתית טובה וקדושה בה הילד שנולד מהווה המשך רוחני של הנפטר, ואילו הפריה לאחר המוות מייצרת המשך גנטי לנפטר אך במסגרת משפחתית גרועה ולא דווקא בדרכו של הנפטר.

מבחינה הלכתית לא ברור כי הילד שנולד בהפריה לאחר המוות מתייחס אחר אביו, ולרוב הדעות הוא לא פוטר מייבום.

על פי פנימיות התורה, הייבום בא לתת מענה לנפטר שעקב חטאו לא יכול למצוא את מקומו בעולם העליון, ואילו חללי צה"ל שמתו על קידוש השם מקומם בשמי שמיים.

יש להוסיף כי דבר פסול שמקבל גושפנקא חוקית הוא בעייתי יותר מדבר שלא נעשה בשם החוק, ואין לתת יד לחוק כזה⁸⁷.

⁸⁶ פסחים נ ע"א.

⁸⁷ עקדת יצחק, בראשית שער כ: ומכאן אתה מוצא תשובה נכונה לאנשי הגבעה כי אם נהגו כמנהגיהם בשני העניינים רצוני בכלות רגל העוברים והשבים ובהתיר הנבלה הזאת כמוהם הנה לא היה זה להם דבר מזה בתשומת דתית ולא הותר להם לעשות כן מדיניהם חלילה אבל היו כמדינה שחקיה טובים ועושים אינם אותם ולזה לא יקשה לנו למה לא המטיר עליהם גפרית ואש מאת ה' מן השמים אבל היה עליהם מדיניהם על זה עון פלילי והיו שופטי העיר או השבט חייבים לבערם מן העולם ובמה שראו ולא מיחו בידם או העלימו עיניהם מן מה שעשו בפרהסיא היה החטא ההוא מוטל על כל השבטים והיה מאת הש"י להפרע מכלן אחרי מלאת יד התובעים את דינם. וכן הוא הדין בכל מה שחטאו היחידים בכל צבור וצבור

בפרוץ באחד מהאיסורים שבתורה כגון בין נסך או גבינה של עכו"ם או שעטנז וכיוצא שהעלם עין השופטים והמנהיגים מתיר אותם כאלו הם מותרים מן הדין שכבר הפכו בזה חטאות היחיד אל חטאות הצבור מכללם. וכמה פעמים נתחבטתי על זה על אודות הנשים הקדשות שהיה אסורן רופף ביד שופטי ישראל אשר בדורנו ולא עוד אלא שכבר יאותו בקצת הקהלות ליתן להם חנינה ביניהם גם יש שמספיקין להם פרס מהקהל כי אמרו כיון שמצילות את הרווקים או הסכלים מחטא אסור אשת איש החמור או מסכנת הגויות מוטב שיעברו על לאו זה משיבאו לידי אסור סקילה או סכנת שריפה. ואני דנתי על זה פעמים רבות לפנייהם ולפני גדוליהם והסברתי להם שהחטא הגדול אשר יעבור עליו איש מבית ישראל בסתר ושלא לדעת הרבים וברשות ב"ד חטאת יחיד הוא והוא שבעונו ימות ע"י ב"ד של מעלה או מטה וכל ישראל נקיים כמו שהיה עון פילגש בגבעה אם היו ב"ד שלהם מוסרין האנשים הרשעים ההם לבדם ביד ישראל. אמנם החטא הקטן כשיסכימו עליו דעת הרבים והדת נתנה בבתי דיניהם שלא למחות בו הנה הוא זמה ועון פלילי וחטאת הקהל כלו ולא נתן למחילה אם לא בפורענות הקהל כמו שהיה בבני בנימן על השתתפם בעון והוא היה עון סדום כמו שביארנו שהם ובתי דינן שלהם הסכימו שלא להחזיק יד עני ואביון. ולכן הוא טוב ומוטב שיכרתו או ישרפו או יסקלו החטאים ההם בנפשותם משתעקר אות אחד מהתורה בהסכמת הרבים כמו שאמר בזה שעשתה בו פרשה בפני עצמו לא תהיה קדשה וכו' (דברים כ"ג:ח) כמו שיתבאר שם ב"ה. ומי שלא יקבל זה בדעתו אין לו חלק בבינה ונחלה בתורת אלהית".