



פרשת נחמני בראי המשפט העברי

ליאור כהלון*

1. מבוא

- א. השימוש במקורות המשפט העברי
- ב. הזכות להורות מול הזכות שלא להיות הורה

2. הבטים הלכתיים

- א. השחתת זרע
- ב. על ממזרות ופונדקאות
- ג. מצוות פריה ורביה - כללי

3. דינו של בעל שאינו מקיים מצוות פריה ורביה, והאנלוגיה לפרשת נחמני

4. דין הבעלות בעוברים

5. הלכות שותפים

6. סיכום ומסקנות

1. מבוא

עניינה המרכזי של רשומה זו הוא פסק הדין בענין בני הזוג נחמני¹. אין חולק, כי ניתוח מעמיק של הפרשה - כפי שנעשה בפסק הדין - מחייב יצירת קונסטלציה ענפה, הסוקרת והמבהירה את עמדותיהן של הגישות, ואת השימוש שעשו באבני הבוחן המשפטיות, שהוביל לתוצאות השונות.

ברם, אין אנו מתיימרים למצות בדיון זה את מכלול ההיבטים המאלפים שלאורם הוכרע פסק הדין, וקל וחומר שאין בכוונתנו לפסוק הלכות, או להציג באופן חד משמעי את עמדתם של חכמי ההלכה בדורנו לגבי סוגיה סבוכה זו. אלא בכוונתנו להיעזר בפסק הדין כציר מרכזי, לצורך הבהרת עמדתו של המשפט העברי ביחס לסוגיה הנדונה על היבטיה השונים, ולמקד את הדיון לניתוח מקורות היהדות שהוצגו בפסק הדין בפרט, ולניתוח מקורות ממערכת המשפט העברי בכלל, תוך התבוננות מבעד למשקפיים התאורטיות של המשפט העברי.

* תלמיד השנה השנייה, המכללה ללימודי משפט "שערי משפט"; בוגר תואר ראשון במדעי החברה, אוניברסיטת בר-אילן.
1 דנ"א 2401/95 רותי נחמני נגד דניאל נחמני (טרם פורסם). (להלן "פרשת נחמני").



מורשת ישראל בטרם בדק היטב, באם לא נמצאה לו תשובה בחקיקה, בפסיקה ואולי בהיקש. השופט זמיר מוסיף וטוען, כי פרשת נחמני, זרועה נורמות משפטיות כגון: תקנות, הסכמים, הסתמכות, השתק ועוד, המחייבות את עיבודו של חומר הגלם המשפטי הזה, עד להשגת הפתרון השיפוטי ההולם.

1(ב). הזכות להורות מול הזכות שלא להיות הורה

בבסיס המחלוקת ניסו מרבית השופטים לאתר את נקודת האיזון שבין הזכות להיות הורה לעומת הזכות שלא להיות הורה. חלק הארי של השופטים אף אימץ את התיזה שהעלתה הד"ר דפנה ברק-ארז לפיה: "לא ניתן להניח על קיומה של סימטריה בין שתי הזכויות² רק משום שהן אוחזות בשתי קצוותיו של חבל ההורות ... ככלל הזכות ל"יש", והזכות ל"אין" אינן שקולות תמיד"³.

מקורות המשפט העברי שימשו כלי שרת יעיל בידי חבר השופטים בכדי ללמדנו, כי זכות ההורות הינה אחת מזכויות היסוד הנשגבות ביותר בתרבות האנושית לדורותיה⁴. כך למשל, הרבו לאזכר את זעקת רחל אמנו: "הבה לי בנים ואם אין מתה אנוכי"⁵. וכן "כל אדם שאין לו בנים חשוב כמת"⁶. ואכן, לית מאן דפליג, אודות חשיבות ההורות ומעמדה המרכזי של הזכות להיות הורה,

אלא שהקונפליקט המרכזי, עסק בברור הנפקות

1(א). השימוש במקורות המשפט העברי

מן המפורסמות, שיש ומקורות המשפט העברי מובאים בפסיקה, אך ורק לצורך השראה פרשנית⁷ המנחה את שיקול דעת השופט, בבחינת תנא דמסייע, ויש שהם משמשים מקור מרכזי לפסיקתו של ביהמ"ש העליון. פרשת נחמני רוויה במקורות וערכים שנשאבו מן המשפט העברי, מרביתם אכן משמשים כהשראה פרשנית, אולם כפי שיוכח להלן, אחדים מן השופטים נאחזו בסבך הפרשיה, תוך שימוש במקורות המשפט העברי, כמקור עזר מהותי בפסיקתם.

השופטים חלוקים בדעתם בדבר הצורך ואולי אף ההכרח, בשילובו של המשפט העברי בפרשה.

מחד, ניצבים השופט טל, השופטת שטרסברג-כהן ושופטים אחרים, המבססים את השימוש במקורות המשפט העברי בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם - 1980 (דין השיור), כחלק מעקרון השיטה שלנו. לטענתם, במקרה הנדון, בו קיים פער בין קצב התפתחות המדע והטכנולוגיה לעומת קליטת החידושים ועיגונם בחקיקה ובפסיקה, בהחלט מוצדק שימוש זה.

בקצהו השני של הציר, ניצבים השופט זמיר ושופטים אחרים, הסבורים כי השימוש בחוק יסודות משפט מוצדק, כל אימת שאין נורמות משפטיות המסדירות את הנושא אליבא דהשופט זמיר, ביהמ"ש אינו רשאי לדלג אל עבר עקרונות החרות, הצדק, היושר, והשלום של

2 הרחבה בענין המשפט העברי כמקור להשראה, וככלי עזר משפטי בכלל, ראה אצל מ' אלון, **המשפט העברי**, חלק ג', ע' 1462.

3 בדומה, בע"א 506/88 **שפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 87. נקבע כי הזכות למות אינה שקולה לזכות לחיות.

4 דפנה ברק-ארז, "על סימטריה ונטרליות: בעקבות פרשת נחמני" **עיוני משפט** כ (1) 198-199.

5 בע"א 461/62 **צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' שושנה (רוזה) מזיאר**, פ"ד י"ז(2) 1319. אמר השי זילברג כי: "היהדות מאז ומתמיד מאדירה ומפארת את הערך הכביר של חיי אנוש. תורת ישראל, אינה שיטה פילוסופית של דעות ואמונות, אלא תורת חיים של החיים, ולמען החיים".

6 בראשית ל,א.

7 מסכת נדרים, סד, ע"ב.



מנוגדות. להלן, ננסה לפתח את התפישות השונות, תוך הצגת מצע נורמטיבי רחב יותר לפרשנויות, לאור מקורות נוספים של הדין העברי.

2. הבטים הלכתיים

קודם שניגע בבעיות הקונקרטיות אשר "הולידה" פרשת נחמני, מן הראוי לפרוש בקצרה, מקצת מהבעיות ההלכתיות אשר התפתחו בדורות האחרונים, בעקבות החידושים בתחום ההנדסה הגנטית¹¹ בכלל, וההפרייה החוץ גופית בפרט.

למותר לציין, כי אין בכונתנו לנסות ולהציג פיתרון הלכתי מסכם לנושא כה סבוך, אלא על מנת שנוכל להניח תשתית עיונית לדיונו, ראינו לנו, לעניין את הקורא, ולתמצת עבורו 'בקצירת האומר', גישות ועקרונות כפי שהובאו בספרות ההלכה.

חכמי ההלכה אינם שוללים על הסף ביצועה של הפרייה חוץ גופית, מאידך, גם לא קיימת הסכמה רחבה המתירה את הנושא. כפי שניתן היה להניח, בנידון דידן, נתפתחו ומתפתחות בימים אלה, שתי אסכולות מרכזיות¹². ברם, באחדים מן הנושאים ניתן לראות קו מחשבה כללי, השזור במטווה אחיד. כך למשל, אין חולק, כי ע"פ ההלכה, חל איסור להפרות אישה נשואה מזרעו של תורם זר¹³. הנה כי כן, גם חכמי ההלכה השייכים לאסכולה שהתירה את השימוש בהפרייה החוץ גופית, מצטרפים לדעה זו. זאת ועוד, לא עלה בידנו לאתר גישה הלכתית, אשר התירה באופן גורף, ביצוען של הפריות מלאכותיות, ומרבית הפוסקים אשר התירו את הפעולה, הכפיפו את ביצועה, בסייגים הלכתיים מגבילים, כגון הדעה הרווחת (בקרב המתירים) לפיה יש לצמצמם את ההיתר, אך למצבים

המעשית, של המשקל הרב המצוי בכף המאזנים הנושאת את זכות ההורות. וכך עלתה על נס השאלה המשפטית הנוקבת:

האם נוכח חשיבותה המרכזית של זכות ההורות, ניתן יהיה לכפות הורות ולפגוע עי"כ בזכות ההפוכה, שכאמור אינה בהכרח סימטרית?⁸

מענין לגלות בין השיטין, כיצד תוך כדי תהליך בניית התשובות המשפטיות לשאלה זו, מתגלה מחלוקת מלומדים סמויה, לענין פרשנותם של מקורות הלכתיים, שלמעשה נוגעים בלב ליבה של הסוגיה. במה דברים אמורים? השופט טל, נאחז בקרנות המשפט העברי כתמיכה לגישתו, ומסביר כי "ביחסים שבין בני זוג ההלכה קובעת שיש שעבוד של הבעל כלפי אשתו לסייע לה בהבאת ילדים לעולם. אמנם, אין שעבוד זה ניתן לאכיפה, אך העדר הכפייה אינו רלוונטי לענינו, שכן שאלת הכפייה איננה עומדת כלל על הפרק. הבעל מחויב לסייע ועל אחת כמה וכמה הוא אינו רשאי לחבל בתהליך".⁹ יוצא, כי השופט טל לומד מכלל ההן - של חובת הבעל לסייע, על הלאו - שבאיסור לחבל.

לעומתו השופט שטרסברג-כהן טוענת שספק רב, אם עמדתו של השופט טל משקפת נכונה את גישת המשפט העברי על רבדיו, שכן: "גם המשפט העברי המטיל מצוות פריה ורביה על האיש ולא על האישה (יבמות פו מו) אינו מוצא לכפות אותו אם אינו ממלא את חובתו. הסרוב מעניק לאישה עילה לגירושין ולא עילה לאכיפה ולכפייה (הרמב"ם הלכות אישות פט"ו ה', שו"ע (אבן העזר) סימן קנ"ד סעי' ד')."¹⁰

עינו הרואות, המחלוקת שנתגלעה צמחה על בסיס פרה-דיספוזיציה נורמטיבית זהה, אך הובילה לתוצאות

8 השי' גולדברג היטיב לבאר לנו עד כמה עצומה התחבטות זו בהאי לישנא: "כאן אנו באים לשאלה הקשה מכל, אם עדיף צערה של רות כעקרה מאונס על פני צערו של דני כהורה מאונס, כשמאזנים לשקילת עוצמותיהן של פגיעות רגשיות אלה טרם נבראו". לעיל הערה 1.

9 דברי השי' טל בפרשת נחמני, שם, על בסיס האמור ביבמות סה ע"ב.

10 פרשת נחמני, שם.

11 הרחבה בענין ראה: מ' דרורי, "ההנדסה הגנטית: עיון ראשוני בהבטים המשפטיים וההלכתיים", תחומין, ח"א, ע' 280-286.

12 דומה כי האסכולה הרחבה יותר הינה גישת המתירים, אולם זאת בכפוף לסייגים כפי שיובהר להלן.

13 ראה א' שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך שני, ערך "הפרייה חוץ גופית".



שבהשחתת הזרע, לבין קיום מצוות העשה של פרו ורבו, הוא הרציונל, שאינו מאפשר להתיר את ביצועה של ההפריה המלאכותית.

2(ב). על ממזרות ופונדקאות

ספרות הפוסקים דנה בשאלה, האם "ממזרות" הינה תולדה של עירוב גנטי זר או שמא היא תולדה של מעשה ניאוף? הבחנה זו משמשת נדבך נוסף בסוגייתנו, שכן היא עשויה לקבוע את מעמדו המשפטי וההלכתי של צאצא הנוצר בהפרייה חוץ גופית, בעזרתה של אם פונדקאית.

כאשר מדובר באם פונדקאית נשואה²³, אין בפעולה מעשה ניאוף, ויתרה מזו אין כאן אף עניין של עירוב גנטי זר, שכן מבחינה גנטית העובר נוצר בהפרייה ביצית וזרע של זוג הנשוי כהלכה. מאידך גיסא, אם באמהות חילופית²⁴ עסקינן, הרי שגם אם היא נעשתה בהזרעה מלאכותית, אזי קיימת תופעה של עירוב גנטי זר, שכן האשה הרה בעקבות הזרעה מלאכותית, מזרעו של האב

בהם לא קיימת כל דרך אחרת בה יוכלו בני הזוג להבנות¹⁴.

2(א). השחתת זרע

אבן הנגף המרכזית שיוצרת סוגיה זו מבחינת ההלכה, הינה איסור הוצאת זרע לבטלה¹⁵. מרבית הפוסקים¹⁶, התיירו את מתן הזרע לצורך הפרייה הביצית במעבדה, וסברו כי אין בכך משום הוצאת זרע לבטלה. כך למשל המהרש"ם¹⁷, לא ראה בפעולת ההפריה המלאכותית השחתת זרע, ותרץ זאת באומרו: "... מותר דמכל מקום לא הוא דרך השחתה כיון שעושה בשביל התיקון."¹⁸

גם הרב עובדיה יוסף נקט בגישה מתירה דומה¹⁹, לגבי הזרעה מלאכותית, ולא ראה בפעולות שכאלה, השחתת זרע, זאת בכפוף לסייגים שהצגנו לעיל²⁰.

מנגד היו שראו בפעולות אלו השחתת זרע²¹, כך למשל, הרב הדיה²² סבר כי חוסר הסימולטניות בין עברת הלאו

14 דוגמא נוספת לצמצום ההיתר הינה ההמתנה עשר שנים בטרם השימוש בהפרייה החוץ גופית. ביסוס לגישה נלמד לאור הנאמר בבראשית טז, ג': "ותקח שרי אשת אברם את הגר המצרית שפחתה מקץ עשר שנים לשבת אברהם בארץ כנען ותתן אותה לאברהם אישה לו לאישה". ראה למשל דברי ר' מרדכי שבדרון בתשובות מהרש"ם, חלק ג' סימן רסח. כמו כן ראה הנאמר ביבמות ו, ו בענין עשר שנים. 15 עון זה חמור מכל העבירות שבתורה כיון שיש בו משום הריגת הנפש. וראה מה שכתב רש"י בבראשית לח, ז, בענין ער ואונן שמתו בחטא זה.

16 כגון, שו"ת מנחת יצחק, חלק א' סימן נ; שו"ת שרידי אש חלק ג' סימן ה'; שו"ת עמק הלכה חלק א' סימן סח.

17 ר' שלום מרדכי (ברי משה) הכהן שבדרון, מגדולי המשיבים במרכז היהודי בגליציה במאה התשע עשרה.

18 שו"ת מהרש"ם, ח"ג סימן רסח.

19 פסיקתו צוטטה בתוך משה דרורי, "ההנדסה הגנטית: עיון ראשוני בהבטים המשפטיים וההלכתיים" תחומין, ח"א, ע' 287.

20 דהיינו, שאין כל דרך אחרת להבנות, וכן שהזרע נלקח מהבעל ולא מתורם זר.

21 הראש"ל ר' בן ציון עוזיאל בשו"ת משפטי עוזיאל, חלק אבן העזר סימן יט, וכן שו"ת ישכיל עבדי חלק ה' אבן העזר סימן י, וכן שו"ת ציץ אליעזר חלק ט"ו סימן נ"ה, וכן ר' מלכיאל צבי טננבוים בשו"ת דברי מלכיאל חלק רביעי סימנים קז-קח.

22 הרב הדיה, "הזרעה מלאכותית", נועם, כרך א', ירושלים, תשי"ח, עמ' קל ואילך.

23 "אם פונדקאית הינה אשה המסכימה להענות לפנייה של בני זוג להרות בעקבות השתלה של ביצית מופרית ברחמה, ולשאת בתוכה, עובר שהינו תוצאה של הפרייה חוץ גופית של ביצית וזרע, שמקורם בד"כ מהזוג המזמין. האם הפונדקאית מתחייבת למסור את התינוק שיולד בעקבות ההריון לידיהם של הוריו הגנטיים - הזוג המזמין, ולוותר על כל זכויותיה לגבי התינוק. תופעה זו מוכרת כ"FULL SURROGACY". - א. בן-דרור אימוץ ופונדקאות (1994) 243.

24 "אם חילופית הינה אשה המסכימה לעבור הזרעה (בד"כ מלאכותית) בזרע גבר "מזמין", ומתחייבת למסור את התינוק שיולד בעקבות ההריון, תינוק שהינו תוצר של ביצית שלה וזרע הגבר המזמין, לידיו של הגבר המזמין ולידי רעייתו, ולוותר על כל זכויותיה כחורה. תופעה זו מוכרת כ"PARTIAL SURROGACY". - שם, עמ' 242.

המזמין.

כפי שתכננו בני הזוג נחמני, אכן מתמלאות דרישות קיום מצוות פריה ורביה.²⁹

הגמרא במסכת יבמות³⁰ פותחת את הדיון בסוגיית פריה ורביה במתן מענה לשאלה:

מי מצווה במצוות פריה ורביה הבעל או האישה?

מחד, אומרת המשנה כי האיש מצווה על מצוות פריה ורביה. מאידך, אומר ר' יוחנן בן ברוקה כי האיש והאישה, שניהם מצווים במצווה זו. כדכתיב: "ויברך אותם אלוקים ויאמר להם אלוקים פרו ורבו".³¹ (ואין הלכה כדעת ר' יוחנן בן ברוקה).

הרמב"ם פסק³², כי אין האישה מצווה על מצוות פריה ורביה, והיא אף אינה חייבת להנשא.

בהמשך הדיון בגמרא, מביאים האמוראים חיזוקים לגישות השונות, ובנסותם להגיע להכרעה בשאלה הנ"ל, הציגו חכמי הגמרא ארועים המשיקים לסוגיה שלפננו:

א. מעשה באישה שביקשה להתגרש מבעלה לאחר עשר שנים שלא ילדה. פסק ר' יוחנן "יוציא ויתן כתובתה". כלומר, במצב כזה כשברור שהאישה אינה יולדת שלא באשמתה, כופין את הבעל לגרש את אישתו ולתת לה כתובתה.

ב. וכן מעשה באישה שבאה לפני רב אמי וביקשה להתגרש, מכיון שבעלה אינו מסוגל להפרותה. אמר לה, והרי אינך מצווה במצוות פריה ורביה, אמרה לו,

העולה במקובץ מן הדברים הוא, כי עילת הממזרות לא מתקיימת כשהמדובר באם פונדקאית נשואה²⁵. דברים אלו מסייג הרב הלפרין²⁶ באומרו כי מכיוון שממזרות הינה כתם שאינו ניתן לתיקון וכי חומרתו רבה גם במצבי ספק ממזרות, לפיכך ראוי לדעתו, לוודא מראש קיום קונצנוס הילכתי רחב לפני מתן היתר להתקשרות עם אם פונדקאית נשואה²⁷.

2(ג). מצוות פריה ורביה - כללי

מבחינה הלכתית, חלוקות הדעות לגבי קיום מצוות פריה ורביה ע"י הפרייה חוץ-גופית, ויש אף שסברו כי בפעולה זו לא קוימה המצווה כלל.²⁸ בסיס המחלוקת נבע מהנחות יסוד נבדלות, שהציגו הגישות השונות. חכמי ההלכה שראו בפעולת ההפרייה החוץ גופית דרך לגיטימית לקיום מצוות פרו ורבו, הניחו כי העדר יסוד יחסי האישות, אינו תנאי הכרחי לעצם קיום המצווה.

לעומתם, המצדדים בגישה ההפוכה, סברו כי קיום המצווה מחייב השתתפות פיזית בפעולת הביאה.

3. דינו של בעל שאינו מקיים מצוות פריה ורביה והאנלוגיה לפרשת נחמני

להלן נרחיב את הדיון לגבי בעל שאינו מקיים מצוות פריה ורביה, תוך הסכמה להנחת היסוד לפיה בהפריה,

25 ראה דברי הרב מ. בלייכר, הפריית מבחנה לעניין דין "הלך אחר הפגום", אסיא, מט-נ: 68, 1990.

26 הרב מרדכי הלפרין, "אם פונדקאית", משרד הבריאות, ינואר 91, עמ' 3-4. בתוך, אסופת מאמרים לקראת הכנס הבנ"ל השני לרפואה אתיקה והלכה תשנ"ו - 1996, מכון שערי צדק, ירושלים.

27 דיונו לא עסק בפונדקאית רווקה, שכן פשיטא, שבמצב זה אין חשש לקיום עילת ממזרות כלל.

28 כך למשל סבר הרב מ' שטרנבוך, בשבילי הרפואה, ח, תשמ"ז עמ' כט-לר.

29 בדומה לעמדתו של הרב א' נבנצאל, אסיא, ה, תשמ"ו, ע' 92-93.

30 יבמות סה, ע"ב.

31 בראשית א, כח.

32 הרמב"ם ספר נשים, הלכות אישות, פט"ו ה"ב. שו"ע אבן העזר א, א.



הבסיס להשוואה שונה מהותית:

זאת ועוד, אף המקורות הנוספים³⁵, לא הניחו את דעתנו לחלוטין, שכן, ההפניה לדברי הרמב"ם בהלכות אישות, מסייעת אך לעניין פסיקתו לפיה, האיש מצווה על מצוות פריה ורביה, ולא האישה. בנוסף, לאור הסוגיה ביבמות אמנם קיימת לאישה עילה לגרושין בלבד, ברם, סביר להניח, כי לא ניתנה לאישה זכות לאכיפה ולכפייה, כיוון שבנסיבות הארוע בהם מדובר בבעל עקר, אין היגיון ואין כל תועלת באכיפה ובכפייה. הגמרא ביבמות דנה בארועים בהם לא קוימה מצוות פריה ורביה בשל פגם ביכולת, ולא בשל פגם ברצון. ומכאן שתתכן הטענה לפיה מסקנתה של השי' שטרסברג-כהן, על בסיס מקורות אלו, מרחיקת לכת.

4. דין הבעלות בעוברים

שאלת הבעלות על אברים בגוף האדם נידונה בהרחבה במחקרו של דר' פרנקל, אשר שלל את קיום הבעלות באברים³⁶. לדידו כשם שאדם אינו יכול לשעבד או למכור את גופו, כך אין הוא יכול לשעבד או למכור אבר שהופרד מגופו.

לפי גישות רוב הפוסקים³⁷, הדין העברי, שולל את האפשרות לקבל בעלות על גופו של אדם. ואולם ספק אם יש לקבוע דין דומה לעובר או לביצית מופרת.

להלן ננסה להוכיח כי מבחינה הלכתית, דין הבעלות בעוברים³⁸ אינו בהכרח זהה לדין הבעלות על הגוף, וכי יתכן שמן הראוי להתייחס לעובר ו/או לביצית מופרת,

ומי ידאג לי לעת זיקנתי (תרגום חופשי) אמר לה: " כי הא - ודאי כפינן" - במקרה כזה בודאי שכופין את הבעל להוציא ולתת לה כתובתה.

הנה כי כן, במצבים בהם הבעל אינו ממלא אחר מצוות פריה ורביה, עומדת לאישה עילה לגרושין, למרות שע"פ ההלכה אין היא מצווה במצוות פריה ורביה. הרציונל לקביעה זו טמון בצורך של האישה בילדים שיתמכו בה לעתיד לבוא.

השי' שטרסברג-כהן טוענת כי "המשפט העברי אינו מוצא לכפות אותו (את הבעל) אם אינו ממלא את חובתו. הסרוב מעניק לאישה עילה לגרושין ולא עילה לאכיפה ולכפייה"³³, ומציגה תימוכין לדבריה בשלושה מקורות³⁴. במקור הראשון נאמר: "האומר איני זן ואיני מפרנס או שאינו רוצה לשמש כופין אותו ויוציא מיד ויתן כתובתה... אבל מפני מומין שבו אין כופין אותו להוציא..."

מקור זה מעורר שאלות ותהיות קשות:

ראשית, האם יהיה זה ראוי, להסיק ממצב בו התקיים סרוב לקיום חובת עונה, כפשוטם של דברים, למצב בו הסרוב הינו להמשך קיום תהליך רפואי של הפרייה מלאכותית, שזהו כשלעצמו תהליך שונה לחלוטין?

שנית, המקור הנ"ל דן בארועים בהם הכפייה למתן כתובתה, נקבעה למרות חוסר רצונו של הבעל למתן גט, ואולם כידוע, בפרשיתנו מר נחמני אינו מסרב למתן גט, ולהפך, הוא אף מעונין בכך. לפיכך, לא נהיר לנו, כיצד ניתן להסיק מההן של היכולת לכפות גירושין, על הלאו של אי היכולת לאכוף ולכפות את ההמשך התהליך, כאשר

33 לעיל הערה 1.

34 א. שו"ע אבן העזר, סימן קנ"ד, סעי' ד'
ב. הרמב"ם הלכות אישות, פט"ו, ה.
ג. יבמות, פ', מו.

35 מקורות ב' וגי בהערה 34.

36 ד' פרנקל האספקטים המשפטיים של השתלת אברים חיבור לשם קבלת תואר דר' למשפטים, (האוניברסיטה העברית בירושלים, תשל"ז).

37 ראה בענין זה לדוג' הרמב"ם הלכות רוצח א, ד.

38 על נושא זה ראה בהרחבה: אלינסון, אליקים גציל, העובר בהלכה, סיני, כרך סו, תש"ל ע' כ-מט. וכן צ' פרייזלר, זכותו וירושתו של עובר לפי המשפט העברי (עבודת גמר בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים).

הביצית המופרת לרחמה של האם הפונדקאית, מאבד הבעל את זכותו (הקניינית) בדמי הולדות, שכן ההתייחסות עוברת לאם שברחמה גדל ומתפתח העובר.

בכדי לקבוע האם מוצדקת וראויה ההקבלה שבין הסוגיות יש תחילה לבחון:

האם הדיון בפרשת נחמני מיצג שימור חיים שנוצרו, או שמא נסוב הדיון לגבי יצירת חיים יש מאין? ובאופן פרטני: האם הביצית המופרת הינה עובר, או שהיא עדיין בשלב הפרה-עוברי?⁴⁷

דומה כי במתן מענה לשאלות אלו נצא נשכרים בכל שביל שנבחר. ממה נפשך? במידה ואכן מדובר במצב עוברי, הרי שיש לראות במחלוקת הראשונים, את היסוד לפתרון הבעיה, כפי שהבהרנו לעיל. במידה והמדובר הוא לגבי שלב פרה-עוברי, הרי שהנפקא מינא שניתן להסיקה מתוך סוגיית קניין עוברים מתקומת, רק אם נקיש מדעת הרא"ש והתוספות קל וחומר, שאם בעוברים אין לבעל קניין, לא כל שכן, שאין לו זכות קניין בביצית המצויה בשלב הפרה-עוברי.

יוצא איפוא, שאם ההקבלה בין הסוגיות ראויה, אזי, הן לדעת הרא"ש והן לדעת הרמב"ם משתמע כי זכותו של מר נחמני אינה עדיפה.

דברים אלו ניתן להסיקם מדברי הרא"ש, לאור קביעתו כי הולדות אינם בגדר קניין. ואילו התרוץ למסקנה זו כפי

באופן נפרד, ולהמנע מהכללתם בגדר אבר גוף סטנדרטי.

"וכי ינצו אנשים ונגפו אישה הרה ויצאו ילדיה ולא יהיה אסון ענוש יענוש כאשר ישית עליו בעל האישה ונתן בפלילים"³⁹. רש"י במקום מבהיר, כי העונש בא בכדי לשלם את דמי הולדות לבעל. הרמב"ן⁴⁰ מאושש את דברי רש"י ומוסיף כי המזיק חייב בדמי הולדות כאשר ישית עליו הבעל, ולא כאשר תשית עליו האישה, כיון שאין לה חלק וזכות בהם.

במסכת בבא קמא⁴¹, דנו בנושא דין הבעלות בעוברים, ושם עולה מדברי רבה⁴² כי העוברים הם בני קניין, ורק לאחר הלידה הם בני חורין. רב חיסדא חלק על רבה וסבר כי העוברים אינם בני קניין.

הרמב"ם⁴³ פסק כדעת רבה וקבע כי יש קניין בעוברים וזכותו של הבעל לקבלת התשלום קימת מכח היותו בעל לאשתו, שאם לא כן חוזרת הזכות הטבעית אל האישה.

מן העבר השני, אימצו הרא"ש⁴⁴ ובעלי התוספות את דעת רב חיסדא וסברו כי הולדות אינם בגדר קניין, והתשלום דנן משקף ענישה גרידא, כדכתיב "ענוש יענוש"⁴⁵.

הרב שי' ישראלי זצ"ל⁴⁶, משליך באופן אנלוגי מדיני הבעלות בעוברים לענייננו, וסבור כי לאור גישתו של הרמב"ם, זכותו של מר נחמני קיימת, כל עוד הגבי נחמני היא אשתו כדן. אולם, במקרה דנן, בעצם העברת

39 שמות כא, כב.

40 רבנו משה ברי נחמן, מנושאי כליו של הר"ף, מחבר ספרי הלכות ופסקים רבים אשר חי בספרד במחצית הראשונה של המאה השלש עשרה.

41 בבא קמא מג ע"א.

42 רבה ורב חיסדא (אשר יוזכר להלן) שייכים לדור השלישי של אמוראי בבל.

43 שו"ע חו"מ פה ע"א, תכג, א.

44 ר' אשר ברי' יחיאל, מחכמי אשכנז וספרד, אשר חי במחצית השנייה של המאה השלש עשרה, ותחילתה של המאה הארבע עשרה.

45 ראה הערה 39.

46 הרב שי' ישראלי, "על הסכמה וחזרה בהריון ולידה דרך הפריה במעבדה", **אנציקלופדיה הלכתית רפואית**, כרך ד', ע' כח-מא.

47 על שאלה זו השיב כבוד הנשיא ברק בפרשת נחמני, כי בדומה לעמדתה של השופטת שטרסברג-כהן אף הוא יוצא מנקודת הנחה ראשונית לפיה הביצית המופרת אינה עובר, אלא מוחזקת כפרה-עוברית. מאידך, ע"פ הגישה הרווחת בדן העברי, חיי האדם מתחילים עם ההפרייה, ולפיכך הביצית המופרת הינה ישות אנושית חיה וקיימת. הרחבה בענין ראה אצל י' גרין "הפריה חוץ גופית בראי **ההסכמה**" תשמ"ה - 1995, ע' 126, וכן ראה **לעיל** הערה 23 שם ע' 328.



למכור שלא מדעת חבירו⁵⁰. לאור מקור זה יוצא, כי השותפים יוצרים שיעבודים הדדיים המחייבים את הפעולות הנדרשות לשם השגת המטרה, למעט במצבים בהם ניתנה הסכמה של השותף האחר, לסגת מן המחויבות, ולפרק את השותפות. מכאן, שההפרייה העתידית ברחמה של האם הפונדקאית, היא מסוג פעולות ההמשך השיתופיות, המחייבות את שני הצדדים, ולכן בשלב זה לכאורה לא יוכל מר נחמני לפרוש מן השותפות, אלא בהסכמת שותפתו לחיים, הגבי נחמני.

ואולם מנגד עולה השאלה: **האם שינוי מהותי שחל אצל אחד השותפים, מהווה עילה מספקת לפירוק השותפות, כיון שהדבר גורם לו הפסד ממון או הפסד כלשהו אחר? ובמילים אחרות, האם יש ממש בטענתו של מר נחמני לפיה בעקבות שינוי הנסיבות, הוא מנוע מהמשך הטיפול בהפרייה הביצית, כיון שכעת עלול הדבר להביא לו לנזקים כלכליים ו/או לנזקים אחרים?**

הרב ישראל⁵¹ ביסס את פתרונו לשאלה זו על סמך דין פועל שהשכיר עצמו בדבר אבוד:

"שכר את החמר ואת הקדר להביא פרייפין וחלילים כללה או למת ופועלים להעלות פשתנו מן המשרה וכל דבר שאבד וחזרו בהם ... שוכר עליהם או מטען⁵²."

הרמ"א⁵³ בבארו את פסק ההלכה בסוגיה הציג את שתי הדעות המרכזיות ופסק כדעת הש"ך.

הש"ך⁵⁴ סבר כי אם אכן נגרם נזק ממון או אי מילוי ההסכם מצידו של הפועל, נחייבו⁵⁵ ואחריותו תהיה

שנלמדה מדברי הרמב"ם, טמונה בקביעה לפיה, הזכות הקניינית קיימת כל עוד לא הועברו הביציות לאם הפונדקאית, ומשהועברו, אבדה הזכות.

מאידך, גם אם תאמר, כי ההקבלה אינה מושלמת, אזי עדיין נמצאנו למדים, על דרך ההיקש ובקל וחומר, שלדעת הרא"ש אין לבעל זכות בעוברים, וכל שכן שאין לו זכות בביצית המופרת.

5. הלכות שותפים

קיים בסיס לוגי איתן לטענה לפיה, הכנסת הביצית והזרע למבחנה בהסכמת שני בני הזוג יצרה שותפות בין השניים. לפיכך ברורה מאליה המגמה להציג מקורות מן המשפט העברי אשר עסקו בעניני שותפים ולהקיש מתוך הדין הראוי - יליד ביתנו, לדין המצוי.

בדרך זו נקט הרב ישראלי כשסבר שיש לראות בביצית המופרת, כעין שותפות עיסקית הנערכת בין שני אנשים, אשר לכל אחד מהם יש דבר כלשהו שהוא מביאו לשותפות. כגון אותם שניים שערכו פירותיהם או ששכרו מקום בשותפות והניח זה כדו וזה חבית⁴⁸, הוא הדין אף כאן שכל אחד מבני הזוג הביא לביצית המופרת זה כדו וזה חביתו, ועי"כ הם הפכו לשותפים בביצית, ומכאן שיש לדון אותם לפי דיני השותפות.

אומרת המשנה⁴⁹ "אין מושיבים תרנגולים למחצה", על כך אומר הרמב"ם "הנותן ביצים לבעל תרנגולים להושיב התרנגולים עליהם עד שיצמחו האפרוחים ... אינו יכול

48 חו"מ קעו ב'

49 ב"מ סח ע"א.

50 פ"ח משותפים ה' א.

51 ראה לעיל הערה 46, שם עמ' לט.

52 בבא מציעא עו ע"א.

53 ר' משה איסרליש (1530-1572) מחבר ספרי הלכה ופסיקה בכל מקצועות היהדות. שלושת ספריו העקריים בתחום ספרות הפוסקים: "דרכי משה", "תורת חטאת", ו"המפה".

54 ר' שבתי (ברי מאיר) כהן, חי באמצע המאה השבע עשרה, מונה הש"ך ע"ש סיפרו "שפתי כהן", מנושאי הכלים החשובים ביותר של השולחן ערוך חושן משפט.

55 החיוב דנן הוא בשל דינא דגרמי.

הרב י" שפרן⁵⁹ עומדת בסתירה לאנליזה ההלכתית, שהוצגה לעיל אשר הובילה בסופו של דבר את הרב שישראל להעדיף את זכותו של מר נחמני. טול למשל, גיטין לא' א', לגבי השותפין ביין, שאמנם בדרך כלל אין האחד יכול למכור שלא מדעת חברו, (חוץ משלושת הפרקים אשר בהם בודקים את היין, שרק אז הוא אינו צריך להמלך בדעת שותפו). כלומר ביצוע פעולה בדבר השיך לשותפות, אינו מצריך התייעצות או עידכון השותף השני. מכאן ניתן להקיש, כי הגב' נחמני אינה צריכה להועץ בבעלה, כאשר מגיעה השעה היעודה לביצוע הפעולה, וזאת מכיון שבשעה שנכנסו לשותפות הסכימו שניהם להפריה.

בח"מ מצוי ביסוס לגישה זו לפיה "... משהגיע זמן המכר יכול כל אחד מהם למכור ואין חברו יכול לעכב עליו"⁶⁰. ואולם, כנגד דברים אלו מקשה ומשיב הרב שפרן: שמא ההקבלה בין הסוגיות אינה מושלמת, כיון שהשותפין במסכת גיטין ממשיכים בשותפותם, והם רק חלוקים לגבי הזמן המדויק שבו יש לבצע את המכר, ואילו בני הזוג נחמני, נראה כי שותפותם פורקה. מאידך, יש להשיב: ראשית, בני הזוג נחמני אינם גרושים, והאישה אף הגישה בקשה לשלום בית, לפיכך נראה כי בני הזוג נכנסים בכל זאת לגדר שותפים מסוכסכים שותפותם עדיין לא פורקה. ושנית, גם שותפים שהחליטו שיש לבצע פירוק שותפות, אין האחד רשאי ליטול חלקו, באם לא הגיע הזמן שקבעו לפירוק.⁶¹

פרשנות הלכתית משפטית נוספת הוצגה ע"י עו"ד גרין⁶², ולאחר שהניח הכותב תשתית עיונית ענפה, שהביאה לליבון הסוגיות, ציין עו"ד גרין בין יתר דבריו, כי אם השופט טל אינו כדאי לחלוק על הרב ישראל⁶³

מוגבלת רק אם מדובר בהפסד שלא ניתן לכימות ממוני⁵⁶.

הגרי"א⁵⁷ לעומת זאת סבר, כי גם במקרה של הפסד ממון, לא נחייב את הפועל.

מסוגיה זו ניתן ללמוד על יכולת פירוק שותפות, בניגוד להסכם הראשוני שהיה קיים בין הצדדים. כלומר, כאשר אחד הצדדים טוען טענת 'אונסי' ניתן יהיה לראות את התחייבותו כבטלה, ואין לשותף השני זכות לכפות את המשך השותפות, למרות שע"כ עלול להגרם לו נזק ממון או נזק אחר. הרציונל העומד בבסיס טענה זו הוא מתוך כך, שלא העלו על הדעת הצדדים שאכן יגיע השותף למצב. החריג שיצרו הנסיבות החדשות, יש להתיר את השותפות.

מן הכלל אל הפרט. בשלב הראשוני בו נמסרו הזרע והביצית להפריה, לא עלה על הדעת שהיחסים בין בני הזוג ישתבשו, ובנוסף לו היתה לאחד הצדדים המחשבה, שדבר זה עלול להתרחש, לא היה מלכתחילה, נכנס לעובי הקורה. לפיכך המסקנה העיונית המתבקשת היא, כי הבעל במצבו החדש, משקף את מצבו של 'האנוסיעף הפטור מהתחייבויותיו, ולכן לא יהיה סביר להחיל בתנאים החדשים שנוצרו את ההתחייבויות ההדדיות.

הרמב"ם⁵⁸, חולק אמנם בענין זה לגבי עצם החיוב בדבר האבד, אבל לענין מסקנתנו הכללית משתמע מתוך דבריו, כי בדומה לגישה שהצגנו, החוזר בו מהתחייבויותיו מחמת 'אונסי' שבה עקב שינוי תנאים, אין לחייבו להמשיך בשותפות.

מענין לראות כיצד פרשנות הלכתית של מקורות אחרים בתחום דיני השותפות במשפט העברי, כפי שבוצעה ע"י

56 בהמשך דברנו מפורטת ההקבלה לפרשת נחמני, אולם כבר בשלב זה, ראוי לעמוד על פסיקה זו שהציבה גדר אך למצב בו הנוק לא ניתן לכימות. דומה כי, אי מילוי ההסכם בפרשת נחמני, עלול להוליך בין היתר, אף לנוקים אמוצינולים שקשה יהיה לתמחרם, יחד עם זאת, ברי כי במצבים מסוימים, סביר וראוי יהיה, לנסות לכמת ממונית אף הפסדים שכאלה.

57 ר' אליהו (ברי שמעון זלמן) - הגאון מוילנא (1720-1797). מגדולי ישראל במחצית השניה של המאה השמונה עשרה.

58 שו"ע סעיף שלג ס"ה.

59 ראה לעיל הערה 46, שם ע' כו.

60 חו"מ קעו, יד.

61 חו"מ קעו טו.

62 י' גרין לעיל הערה 47.

63 למרות שעמדתו של השי' טל מנוגדת לעמדת הרב ישראלי, הוא נמנע מפאת כבודו של הרב ישראלי מלחלוק עליו, ומוסיף כי בעיה חדשה זו עדיין לא נידונה דיה בספרות התשובות.



הקיצוני, יצר סיטואציה חדשה לגמרי, אשר ממנה והלאה, יש לבחון האם נעשו הפעולות מרצון, או שמא נמשכו בדלית ברירה. ההסכמה נטולת הלחצים שרירה וקיימת, וניתן ללמוד הימנה לענין העדר האונס, כל עוד לא שונו הנסיבות, דהיינו, כל עוד לא עלו על שרטון היחסים בין בני הזוג. הדברים מבוססים על ההנחה הסבירה לפיה, לו היה חוזה מר נחמני את המצב אליו הוא נקלע בעל כורחו, היה נמנע מלתת הסכמתו. מכאן שניתן בהחלט לייחס למר נחמני את הגדרת האונס הפטור מהתחייבויותיו.

ג. בהמשך נטען, כי הרב מתעלם מהעובדה לפיה הבעל, שהוא בעצם הגורם לפירוד והמונע את המשך התהליך, עלול לצאת נשכר.

על-כך יש להעיר, כי הצגת הפירוד כפתרון שלילי בהכרח, הינה כללית מידי, ורבות הן הדוגמאות בהן מערכות יחסים בין בני זוג הוליכו למבוי סתום, אשר בו המפלט הסביר והמומלץ יותר היה ביצוע הפירוד. מכאן, שראוי לבדוק כל מקרה לגופו, ולקבוע האם הגורם לפירוד פעל שלא כדין, שאז אולי יהיה זה מוצדק "להענישו", או שמא הוא נקט בדרך חוקית, הגונה וצודקת.

זאת ועוד, גם אם התחוויר כי הגורם לפירוד אינו טלית שכולה תכלת, אזי עדין אין זה סביר להניח, כי הכרעה שיפוטית תתבסס אך על הגורם ותתעלם מן התוצאה, ויפה עשו השופטים אשר תרו גם אחר האיזון בין התוצאות השונות, כלומר, בין הפגיעה בזכות להורות, ובין הפגיעה בזכות ההפוכה.

ד. הטענה הרביעית קבלה על כך, שלא נתבהר מתוך דברי הרב הבסיס העיוני להשוואה בין שותפות בנכס חומרי המקבל בעלות, לבין שותפות בביצית מופרת שאינה מקבלת בעלות.

דומה כי הבסיס העיוני להשוואה בין השותפויות הנ"ל, מצריך הכרעה קודמת, לגבי מעמדן המשפטי של הביציות

(להלן: הרב), על אחת כמה וכמה שהוא אינו מוצא לעשות כן, ולפיכך הוא ניגש אך לבחינת ההנחה שהוצבה ביסוד תשובתו של הרב. בהמשך הדברים מפרט עו"ד גרין עניינים מתוך פסיקת הרב שנתפשו בעיניו כבעייתיים.

להלן נפרט את הבעיות שהועלו וננסה לבחון אותם מהבטים נוספים⁶⁴:

א. עפ"י הטענה הראשונה, מסקנתו של הרב, לפיה אין לאכוף בני זוג לבצע הפריה חוץ גופית כדרך להולדת ילדים, גורפת, ויש לצמצמה, ומן הראוי לקבוע, כי כאשר מדובר ביחסים תקינים בין בני זוג יש לקבל את מסקנתו של הרב, אולם באם מדובר במוצא אחרון לשיקום מערכת יחסים, ספק אם המסקנה תתקבל.

דומה כי, כנגד טענה זו ניתן להשיב, כי הנסיון לצמצם את המסקנה "הגורפת", מציב כביכול פתרון שלכאורה נתפס כתיקון עדין. דא עקא, אין ספק, כי נסיון זה מוביל בהכרח לדעה המנוגדת. רוצה לומר, הדיכטומיה שהוצגה כפתרון מצמצם, יכול שתתפס כמעושה וכמלאכותית, שכן ברי, שכאשר היחסים תקינים והשלום והשלווה שוררים בין בני הזוג, הסיכוי שהעניין יגיע לערכאות הינו מזערי, ונראה כי, בני הזוג לא יזדקקו כלל להכרעות שיפוטיות. זאת ועוד, לדידנו אין המדובר כאן, במוצא אחרון לשיקום מערכת היחסים, ולמניעת פירוק התא המשפחתי כפי שנטען, שכן סביר, כי גם מוצא אחרון זה, אבד מן העולם. לפיכך מדוייקת יותר תהא האמירה, כי מדובר במוצא אחרון עבור הגברת נחמני, להיבנות מאותן ביציות מופרות.

ב. טענה נוספת עסקה בעובדה, כי בני הזוג החלו בתהליך מרצונם החופשי, ולפיכך קשה לייחס למי מהם "אונס" בשלב כלשהו בתהליך.

מנגד יש לומר, כי אמנם התהליך כולו, החל בהסכמה חופשית של שני בני הזוג, אולם דומה, כי שינוי הנסיבות

64 יצויין כי אין לפרש את דברנו כבאים לחלוק על עמדתו של עו"ד גרין, אלא שמגמתנו היא ניתוח בפרספקטיבה שונה במעט, הבאה להגדיל תורה ולהאדירה.

1. לבסוף, הטענה האחרונה התייחסה להערה האחרונה שבדברי הרב, בהם הוא קבע כי למרות כל האמור לעיל, הוא רואה את ההסכם כבלתי ניתן לביצוע, כיוון שהוא התחייבות למעשה עבירה, שכן עצם התכנון להעברת זרע מישראל למעי נוכריה, יש בו משום איסור השחתת זרע. על כך חוכך בדעתו עו"ד גרין ושואל, האם מכלל הן נשמע הלא? כלומר, כלום דובר בפונדקאית יהודיה לא היה נשלל ההסכם?

- על דברים אלה ברצוננו להעיר, כי די יהיה לעלעל בפסיקתו של הרב בכדי להסיק, כי בנדון דנן, לא תתכן הטענה לפיה, מכלל ההן ישמע הלאו. מתוכן דברי הרב משתמע, כי בעניין פונדקאית נוכריה אין ספק שההסכם נשלל על הסף, מאידך, אילו דובר בהסכם בו נקשרים בני הזוג עם פונדקאית יהודיה, הרי שאז טובים ויפים לעניין כל הדברים שנאמרו בפסיקתו של הרב, אשר גם על-פיהם הועדה בסופו של דבר טובת הבעל. יוצא איפוא, כי שלילת ההסכם עם פונדקאית נוכריה בוצעה על הסף, ואילו שלילת ההסכם עם פונדקאית יהודיה, נעשה באופן פרטיקולרי, ומטעמים אחרים לחלוטין, ויהיה זה מרחיק לכת במקרה זה להסיק מההן על לאו וודאי.

6. סיכום ומסקנות

פרשת נחמני מפגישה את מערכת המשפט העברי עם צורכי הזמן והשעה, ודומה כי ניתן היה להשתמש ביתר שאת בפרשה זו, כנדבך מרכזי נוסף, להחזרת עטרת היצירה והחידוש, לעולם המשפט העברי, כפי שנהוג היה במחוזותינו מקדמא דנא. אין כוונתנו בדברים אלו להצבת חידושים שהם בבחינת "ישן מפני חדש תוציאוי"⁶⁵, אלא תרים אנו אחר חידושים היונקים באופן שורשי מן העבר,

המפורות. שכן, במידה ויוכח כי הביצית המופרת הינה סוג של נכס, אזי ברורה מאליה האנלוגיה שבוצעה בין שותפות בנכס, לבין שותפות בביצית.

נראה כי דברי השופט דב לוין משלימים בצורה נאה, את החוליה שאולי חסרה, ועשויים להאיר את הדרך בה נקט הרב: "יקשה לומר על ביצית שהיא נכס וקניין, אבל מבחינה משפטית צריך לומר, למרות שזה אולי לא נעים, כי היא אכן נכס... זהו חומר גלם שממנו רוצים לייצר מוצר. עד שלא נולד הילד החי, הביצית היא חומר גלם ששייך לשני בני הזוג, אם רוצים הם מכניסים אותו לתהליך הייצור..."⁶⁵

ה. בטענה החמישית צויין, כי לשיטתו של הרב, עובר, שהורתו אינה בדרך הטבע, אינו מתייחס אחר תורמי הזרע והביצית. ואולם, מקשה הכותב, על כך חלוקות הדעות, אך גם אם נקבל את קביעתו של הרב הרי שפירוש דווקני של שיטה זו, עלול לשלול מתורמי הזרע והביצית את ההחלטה ביחס לגורלה של הביצית המופרת, וההכרעה תעבור לבית-הדין כאביהם של יתומים.

- ראשית, אכן ניטש ויכוח בספרות ההילכתית בעניין התייחסות עובר שהורתו אינה כדרך הטבע⁶⁶. ברם, הגישה הרווחת בקרב גדולי הפוסקים, העדיפה את התייחסות ללידה עצמה, על פני התמורה הגנטית, שאינה מלווה בהריון ולידה⁶⁷, בדומה לעמדתו של הרב.

ושנית, גישת הרב תמכה יתדותיה על דברי הרמב"ם לפיהם, הזכויות בדמי הולדות קיימות רק כאשר מדובר בבעל ואישה כדן, לפיכך עובר שהורתו אינה כדרך הטבע אינו מתייחס אחר תורמי הזרע והביצית.

65 לעיל הערה 23, שם עמ' 489.

66 סיכום הדעות בענין זה ראה **האנציקלופדיה ההילכתית רפואית**, כרך ב', ערך "הפרייה חוץ גופית". וכן אצל נשמת אברהם, חלק ג', אבן העזר, א', ס"ק ה.3.

67 ראה על כך דברי ד"ר מרדכי הלפרין, לעיל הערה 26.

68 ויקרא כו,ו.



והאמת יוסיפו שלום לחברה⁷³. נשיא ביהמ"ש העליון השופט ברק, אמר באותו מעמד, כי אחת הדרכים למציאת הסינתזה וההרמוניה בין מדינה יהודית ודמוקרטית היא: "לבחור מבין ערכיה הדמוקרטיים של מדינת ישראל את הערכים הדמוקרטיים, אשר יעלו בקנה אחד עם ערכיה כמדינה יהודית, ומתוך ערכי המשפט העברי יש לבחור את הערכים אשר יעלו בקנה אחד ויתאימו לערכים הדמוקרטיים..."⁷⁴. נראה כי לא יהיה זה מרחיק לכת, באם נאמץ גישה שתכלול את שני המבחינים הנ"ל, אף לבחירה בין השקפות שונות בתוך המשפט העברי. שכן לדידנו, אנליזה הלכתית משפטית האוחזת במצפנים נורמטיביים קיימים, דהיינו, השמה לנגד עיניה בצד עקרון השלום, את ערכי הציונות ואת ערכי המורשת היהודית⁷⁵, עשויה בהחלט להוביל לתכלית הנכספת, של הקניית תבנית משפטית חדשה וראויה, בנושאים שנראו לפני שנים אחדות כחלום רחוק.

יפים לעניין זה (וללא כל שינויים מחוייבים) דברי הרא"ש: "אנו נלמד דבר מדבר, כי חכמי התלמוד לא הספיקו לכתוב כל הנולדות דעותיות לבוא, המתחדשים כל יום, אלא שהבאים אחריהם יוצאים בעקביהן ומדמים מילתא למילתא"⁷⁶.

משמשים פתרונים בהווה, ומשליכים בהשראתם אל עבר העתיד.

סופם של דברים נעוץ בתחילתם, כאמור, לא היה לא ידנו להידרש במסגרת מצומצמת זו לכלל ההיבטים המשפטיים וההלכתיים המתבקשים נוכח פרשיה סבוכה זו⁶⁹. דומה כי לעיתים עלה בידנו אך להקהות את חודן של אותן בעיות חדישות, המנסרות בחלל עולמם של הדין העברי והדין הכללי כאחד. ואולם דיינו, לו הותרנו אחרנו שובל של סימני דרך ועקרונות בסיסיים, שיכול ויכוונו אל עבר התפישות ההלכתיות והמשפטיות השונות שהוצגו. קונספציות אלו, זאת ייאמר, מלמדות על קיומו של פלורליזם חיובי של דעות בעולמה של היהדות, אשר כולן מהוות חלק מהותי ממערכת המשפט, בבחינת "אלו ואלו דברי אלוקים חיים"⁷⁰. וכאן מתבקשת השאלה הגדולה:

כיצד ידע המשפטן לברור ממכלול ההשקפות שהוצגו, את זו הראויה מכל, להתמוגג בדין הכללי?

בהקשר לענין קרוב, אמר המשנה לנשיא ביהמ"ש העליון בדימוס, פרופ' מנחם אלון⁷¹, כי הסינתזה בין מערכות דיניים שונות⁷², תבחן גם לאור השאלה האם הדין

69 כך למשל, נמנענו מניתוחים הלכתיים ומישפטיים אודות אפשרות החזרה מהסכם כפרט, ודיני החוזים השלובים במשפט העברי בכלל, וכן נמנענו מדיונים אודות עקרון הצדק באספקלריה של המשפט העברי. נושאים אלו, שימשו נדבך מרכזי בפרשת נחמני.

70 עירובין יג, ב. גיטין ו, ב. בימים אלה, יצא לאור סיפורו של פרופ' א' שגיא מהמחלקה לפילוסופיה באוניברסיטת בר-אילן: **אלו ואלו - משמעותו של השיח ההילכתי**. ספר זה, דן בהבנות השונות של ביטוי זה ע"י חכמים בתקופות שונות, ובתוך כך, ניזונה משמעותה ומעמדה של המחלוקת כתופעה הלכתית הסטורית, לעומת הכרעה וציות לסמכות.

71 הדברים נאמרו במהלך רב שיח משפטי (ביום 4.12.96). בנושא: **"המשפט העברי במשפט המדינה לקראת שנת אלפיים"**, אשר נערך במכללת שערי משפט.

72 במקרה זה דובר בסינתזה בין הדין העברי לדין הכללי.

73 הדברים מעוגנים באימרתו של רבן שמעון בן גמליאל, נשיא ישראל ונשיא הסנהדרין בתקופת יבנה לפיהם: "על שלושה דברים העולם עומד, על הדין, על האמת ועל השלום". אבות א, יח.

74 גם דברים אלו נאמרו באותו מעמד **לעיל** הערה 71.

75 כבי הנשיא ברק, בהרצאה הנ"ל, **לעיל** הערה 71, עמד על התעלות מעמדם של הערכים היהודיים בד בבד עם הערכים הדמוקרטיים לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר הפכו לבעלי מעמד חוקתי.

76 תשובות הרא"ש, כלל ע"ח, סימן ג'.