

## צבי רייזמן

### ביצית מופרית שהוחזרה בטעות לרחם אשה אחרת - מי תגדל את הילד

#### ראשי פרקים

|                                                     |                                      |
|-----------------------------------------------------|--------------------------------------|
| א. פתיחה                                            | ט. מסקנות                            |
| ב. מי האם ההלכתית                                   | י. הכרעת הדין בתינוק 'אסותא'         |
| ג. האב הוא בעל הזרע                                 | 1. הרב דוד לאו                       |
| ד. בעלות ההורים על ביציות מופרות ועוברים            | 2. הרב יצחק זילברשטיין               |
| ה. להורים אין בעלות על ילדיהם                       | 3. רבני מכון פוע"ה                   |
| ו. זכות ההורה וטובת הילד                            | 4. מסקנה                             |
| ז. הוצאת ילד מרשות הוריו                            | 5. הרב משה שטרנבוך                   |
| ח. חיוב האב במזונות כאשר הילד אצל היולדת שאינה אשתו | נספח: תגובת הרב אריה כץ ותשובת המחבר |



#### א. פתיחה

בחודש תשרי תשפ"ג, התפרסמה בישראל פרשת "החלפת עוברים", שנעשתה במהלך טיפולי הפריה חוץ גופית בבית החולים 'אסותא' בראשון לציון. במהלך מעקב הריון באשה שהרתה לאחר הפריית עובר ברחמה, התגלתה העובדה המדהימה, כי לעובר אין כל קשר גנטי אליה או אל בעלה.

בית החולים נדרש להסביר את התקלה, ושכנע את בית המשפט, כי לא מדובר במחדל כללי במערך טיפולי הפוריות, אלא בטעות של החלפה בין שתי נשים במהלך החזרת העוברים לאחר הפריית הזרע והביצית, בדומה לטעות של החלפת תינוקות בין יולדות. בית המשפט הורה על בדיקה גנטית של בני הזוג, שהיתה סבירות גבוהה שהם הוריו הביולוגיים של העובר, ולהשוותם עם המטען הגנטי של העובר. לאחר שהתוצאות שללו את הקשר לאותו זוג, הופרכה טענת בית החולים, והתברר שככל הנראה מדובר בכשל מערכתי ושרשרת של טעויות במערך טיפולי הפוריות בבית החולים.

בשעת כתיבת השורות, עדיין לא ידוע מי הם האב - בעל הזרע, והאם - בעלת הביצית, של העובר העומד במרכז הפרשה (תינוקת שנולדה כבר). כמה זוגות שטופלו בבית החולים במקביל, תבעו לערוך בירור מי הם ההורים הביולוגיים, ובמידה שאכן יתברר כך, הם יתבעו את החזקה על התינוקת. כמו כן, יש מקום להעלות חשש כי עוברים נוספים הוחלפו בבית חולים זה, ואינם הצאצאים הגנטיים של הנשים שילדו אותם.

פרסום הפרשה, שב והעלה לסדר היום את הדיון ההלכתי מי אמו של הנולד מהפריית ביצית של אשה אחת ברחמה של אשה אחרת: בעלת המטען הגנטי - הביצית, או היולדת שנשאה את העובר ברחמה בזמן ההריון וילדה אותו. ההשלכות של ההכרעה בשאלה זו, לכשימצאו ההורים הגנטיים, מי יקבל את החזקה על הילד, האם הוא ישאר אצל האם היולדת אף שהתברר שהביצית אינה שלה ואין לה ולבעלה קשר גנטי לילד, או שמא הילד יעבור לחזקת ההורים הגנטיים, בעלי הזרע והביצית, אף שהאם לא הרתה וילדה אותו.

מובן מאליו, שלא עלינו המלאכה לשבת על מדוכה זו, המסורה לגדולי הפוסקים בדורנו, ועם זאת לא נמנע מלהציע את אשר העלתה מצודתנו, לדון בשאלות דלקמן:

א. מה הם גדרי **בעלות וחזקה** של הורים על ילדיהם בכלל, ועל עוברים בפרט, והמסתעף מכך, לטענת **מוחזקות** היולדת שהעובר ברשותה, כנגד בעל הזרע ובעלת הביצית הרוצים להוציאו מידה.

ב. כאשר יש ספק מי האם לעניין יוחסין, האם יש לכך השלכה לטענת "מוחזקות" בעובר.

ג. במקרה דנן, לדעת הפוסקים שהיולדת היא האם, הרי שהאב ההלכתי אינו בן זוגה של האם, ויש לברר את צדדיה ההלכתיים של מציאות כזו שהאב והאם אינם בני זוג.

ד. אם יוכרע להשאיר את הוולד אצל היולדת, האם היא תוכל לתבוע מזונות מהאב בעל הזרע, למרות שנולד אצלה שלא ברצונו. מנגד, יתכן שיוכל לתבוע הסדרי ראייה, וכן שהילד יעבור אליו בגיל חינוך, מדין חינוך ולא מחמת בעלותו, בדומה לדיוני גירושין.

ה. האם טובת הילד היכן יגדל מהווה שיקול להוציאו מרשות הוריו. ובנדוננו, האם רשאי בית הדין לקבוע על פי שיקול זה אצל מי יגדל הילד, אף אם היא אינה האם ההלכתית.

### ב. מי האם ההלכתית

בראשית הדברים, נחזור ונסכם בקצרה את שיטות הפוסקים בנדון יחוסו של הוולד מתרומת ביצית של אשה שהופרה עם זרע האב ברחמה של אחרת, אשר נתבארו בהרחבה בספרי רץ-כצבי - פוריות ח"א (פרקי מבוא, פרק ד) ופוריות ח"ב (סי' ח), וכן במאמרי בתחומין לז עמ' 96-101.

1. הפונדקאית היא האם - הרא"י וולדנברג,<sup>1</sup> הר"מ אליהו,<sup>2</sup> הר"ש ישראל,<sup>3</sup> הרז"י גולדברג,<sup>4</sup> הרמ"מ שפרן,<sup>5</sup> הר"ש ואזנר.<sup>6</sup>

2. בעלת הביצית היא האם - הר"א נבנצל<sup>7</sup> והר"מ בראנדסדורפר.<sup>8</sup>

3. בעלת הביצית היא האם מדינא, והפונדקאית היא אם לחומרא - הר"ש אלישיב,<sup>9</sup> הר"ע יוסף.<sup>10</sup>

4. שתיהן אמהות מספק - הרש"י אוירבך.<sup>11</sup>

5. יש להחמיר שמעיקר הדין יש כאן שתי אמהות - הר"מ שטרנבוך.<sup>12</sup>

1. שו"ת ציץ-אליעזר ח"י"ט סי' מ.
2. במכתבו לרבי מנחם בורשטיין, ראש מכון פוע"ה (שנת תשס"ז).
3. שו"ת חוות-בנימין ח"ג סי' קח אות ה.
4. תחומין ה עמ' 248.
5. עטרת-שלמה ח"ה עמ' עד.
6. שו"ת שבט-הלוי ח"א סי' רלו.
7. במכתבו אלי (שבט תשס"ט).
8. שו"ת קנה-בשם ח"ד סי' צה אות א.
9. נשמת-אברהם אה"ע סי' א אות ו מספר 11; רבי אברהם שרמן, קובץ ישורון חלק כא.
10. תשובה בכתב ידו מתאריך י"ב בכסלו תשע"ג.
11. נשמת-אברהם (שם).
12. שו"ת תשובות-והנהגות ח"ה סי' שיח, ובמכתבו אלי בסיוון תשע"ב כתב כי שתי הנשים שותפות ביצירת הוולד, ולכן שתיהן נחשבות כאמהות לא מחמת הספק אלא מדינא.

למדנו כי מידי ספק לא יצאנו, ושמעתי בשם הרש"ז אורבך והר"ש אלישיב שלא ניתן לפסוק בנושא זה, היות שלדבר מחודש זה אין מקורות, וההכרעה היא מסבא בלבד. אי לכך המסקנה המקובלת כיום בדיני יוחסין, שמספק יש להחמיר לשני הצדדים.

בנדוננו אי אפשר להסתפק בהכרעה זו, כי כ"משפט שלמה" בשעתו, שתי נשים לפנינו התובעות חזקה מעשית על הילד: האחת - בעלת המטען הגנטי [אם וכאשר הדבר יתברר], והשניה - "פונדקאית" שגידלתו ברחמה וילדתו. אין מנוס אפוא, מהכרעה לידי מי יימסר הילד.

### ג. האב הוא בעל הזרע

בתחילת עידן טיפולי הפוריות, התחבטו הפוסקים האם האב מקיים מצות פרו ורבו בטיפול פוריות, ודנו בזה ממחלוקת הפוסקים ב"נתעברה באמבטי", האם הוולד מתייחס אחר אביו. כמדומה שבימינו כבר אין צורך לשנות פרק זה, אשר נתבאר בהרחבה בספרנו רץ-כצבי (פוריות ח"א, פרקי מבוא פרק ג), שכבר נמנו וגמרו גדולי דורנו, כי הנוולדים מהפריה חוץ גופית [כאשר בעלת הביצית היא גם היולדת] מתייחסים להוריהם ללא כל פקפוק, כדברי הר"ש ואזנר במכתבו לעמותת 'בוני עולם'<sup>13</sup>: "על פי התורה יחוס הילדים הנ"ל להוריהם כבנו ובתו לכל דבר, ומקיימים בזה מצות פרו ורבו".

הר"ש אלישיב הוסיף על מכתב זה: "הריני מצטרף לדברי ידידי הגאון הגאב"ד דזכרון מאיר שליט"א, למחות במי שמוציא לעז על צאצאים אלו אשר כשרים לבא בקהל ה' ללא פקפוק".

הר"ע יוסף חתם על מכתב זה והוסיף: "גם אני מצטרף לדברי הגאונים הנ"ל, וחלילה להוציא לעז על העושים כן".

נמצא כי בנדון דידן, גם אם שאלת היוחסין - מי האם לא הוכרעה בוודאות, אין כל ספק כי בעל הזרע שהוא בן זוגה של בעלת הביצית - הוא האב. אם כן, לדעה שהיולדת היא האם, הרי שלוולד יש אב ואם שאינם בני זוג.

### ד. בעלות ההורים על ביציות מופרות ועוברים

לכשימצאו ההורים הגנטיים, ובשל הספק ההלכתי הבלתי מוכרע מי נחשבת האם - יש לדון אם הנושאת את העובר ברחמה מוחזקת בו, ותוכל לטעון להשאירו ברשותה, כנגד בעל הזרע ובעלת הביצית הרוצים להוציאו מידה. למיטב ידיעתי, שאלה זו טרם נדונה בדברי הפוסקים. נראה לענ"ד כי יש לברר תחילה האם יש להורים בעלות על ילדם, בכל אחד משלבי התפתחותו: הפריית הביצית, התפתחות העובר, ולאחר הלידה.

בספרנו רץ-כצבי (פוריות ח"א סי' ט) הרחבנו את היריעה בנדון בעלות על תינוקות שנולדו בפונדקאות, וחזרה מהסכם פונדקאות, שבו מתחייבת הפונדקאית להעביר את התינוק מיד לאחר הלידה לידי בני הזוג - האם לקביעת יחוס התינוק מי משתייהן אמו, יש השלכה על שאלת הבעלות עליו, ואם בעלת הביצית היא האם - האם זו עילה לאפשר לה לדרוש את התינוק מהפונדקאית שילדה אותו, גם ללא הסכם.

נציין בקצרה את עיקרי הדברים שנתבארו:

- **בעלות על ביציות מופרות** - לדעת הר"א שרמון, נוצרה שותפות מלאה בין בעל הזרע לבעלת הביצית, ומשום כך, אם החליטו בני זוג להיפרד לפני שהוחזרה הביצית

13. הובא בספר תורת-המשפחה, מדריך לזוגות.

המופרית לרחם האשה, רשאי כל אחד מהם להחליט על ביטול הרצון להפרות ולהפסיק את השותפות. לעומתו, הר"ש דיכובסקי סובר שהיות ובביצית המופרית יש "חיות עצמית משלה", לכן "מאותו רגע שנוצרו חיים חדשים, פסקה הבעלות של בעל הזרע ושל בעלת הביצית", ושוב אינם יכולים להחזיר את הגלגל לאחור.

• **בעלות על עוברים** - לדעת הר"ש ישראלי (שו"ת חוות-בנימין ח"ג סי' קח-קט), נחלקו הרמב"ם והרא"ש בסוגיית דמי וולדות מי הבעלים על העובר. הרמב"ם סבר שהאשה היא הבעלים, ולכן אם אינה נשואה היא זוכה בדמים, אלא שאם היא נשואה זוכה הבעל בדמי וולדות, מצד כל מה שקנתה אשה קנה בעלה. אולם הרא"ש סבר שאין כלל קנין ובעלות על העובר, ותשלום דמי וולדות הוא עונש ולא תשלום לניזק.

אם נניח שהאם היא בעלים על העובר, הרי שיש מקום לתלות את שאלת הבעלות הזו בשאלת היחוס - מי האם, בעלת הביצית או הפונדקאית. והיות שיש ספק מי האם, ישאר התינוק אצל זו שילדה אותו, שהיא המוחזקת.

אמנם בנדוננו יש לפקפק במוחזקות של היולדת, שהרי הוולד לא הגיע אליה כדין, אלא ברור שנלקח בטעות מבעלי הזרע והביצית. ואף שהיולדת אינה אשמה בהחלפה, יש בזה כדי לערער את מוחזקותה שלא נעשתה כדין, בבחינת תפיסה.

בנוסף, אם נאמר שהורים הם הבעלים של ילדיהם, ובשל כך זכותם להוציאו מיד המחזיק בו. נמצא כי בנדון דידן (ובכל פונדקאות) גם אם שאלת האם לא הוכרעה, ואולם ברור כי בעל הזרע הוא אביו. אם כן לפנינו - אב ודאי ואם ספק, ויש לומר: "אין ספק מוציא מידי ודאי", ולפיכך, האב שהוא ודאי בעל זכות בגידולו, יוכל לקבלו מיד היולדת שאינה אם ודאית.

#### ה. להורים אין בעלות על ילדיהם

ברם נראה כי הורים אינם **בעלים** על ילדיהם. ולמרות שהם שותפים ביצירתו, כדברי הגמרא (נדה לא, א) "שלושה שותפין יש באדם, הקב"ה ואביו ואמו", אין הם בעלים עליו. כך נראה מדברי החתם-סופר (שו"ת, חו"מ סי' קיא) שכתב כי אין כל תוקף למכירת ילדים, וז"ל:

אחד שמתו בניו, ושוב כשהיה לו בן מכרו לחברא קדישא בעד חמשה זהובים, והיה תנאי שאם יגיע זמן נישואי הבן יחזיר האב לחברא קדישא עשרה זהובים ויקנה בנו מהם. עוד נדר ליתן בכל שבוע ב' פגים לחברא קדישא עד נישואי בנו. והנה עברו כ"ז שנים ולא נתן פרוטה אחת ושבק חיים, והבן רוצה לישא אשה והחברא קדישא מוחים בידו עד שישלם כל הנ"ל, והאב לא הניח אחריו נכסים אלא כדי כתובת אשתו והבנים לא ירשו כלום.

וכתב החתם-סופר בתוך דבריו:

פשוט שאין אב יכול למכור בנו ולא להקדישו, רק הבת למעשי ידה וליעוד עד שתביא סימנים, אבל גופה לא. ואפילו בכור, שציוה הקב"ה לפדותו, מצוה בעלמא הוא ואם אינו פודהו איננו לכהן ולא קדוש לשום דבר. ומה שהנהיגו לומר הכהן לאב "מה בעית טפי וכו'", חיבוב מצוה בעלמא הוא.

מבואר בדבריו שאין כל תוקף למכירת ילדים על ידי הוריהם, היות וילדים אינם בבעלות הוריהם ואינם רכושם הקנייני שניתן למוכרו.

וכך נקט להלכה, הרב שמואל אליעזר שטרן, רב מערב בני-ברק, במכתבו אלי (נדפס בספרי רץ-כצבי, שם) בנדון חזרה מהסכם פונדקאות:

בישראל אין לא לאב ולא לאם כל בעלות על צאצאיהם. ואף שהאב זכאי בבתו במעשי ידיה ובקידושיה, אבל לא מעבר לכך, ואין לו בה כל קנין בגופה, וכל שכן בבנו שאין לו בו כל זכות ממונית והדברים פשוטים וברורים...  
 ישראלית שהוחדר לרחמה עובר זר, אין לה כל זכות ממונית בעובר שבמעיה. וכיון שכן אין להסכם שנערך על ידה כל תוקף הלכתי, ואין זה נוגע כלל לסוגיא של מכירת דבר שלא בא לעולם. וכמובן, דאין לה לא זכות למכור, וממילא אין לה גם זכות לעכב על אחרים. וגם מתורת קנין 'סיטומתא' אין כאן כל מקום לדון, ד'סיטומתא' מועיל כמעשה קנין אם הוא נעשה על ידי בעליו, ולא על ידי אילו שאינם בעלים. ולענ"ד גם דינא דמלכותא אין שייך כאן.

על מכתב זה השבתי: "אף אנכי הזכרתי בדברי שאין להורים בעלות על ילדיהם כלל, אך מאידך ברור לי שיש איזו שהיא "חזקה", "זכויות", או גדר של "אפוטרופסות" של הורים על ילדיהם. שהרי פשוט הוא כי ילדים נמצאים בחזקת הוריהם ואינם הפקר, וכי יעלה על הדעת שכל מי שרוצה לבוא וליטול את ילדי חברו יוכל לעשות זאת, הן רק פתי יאמר זאת. אולם לדעתי נראה כי את ה"חזקה" או ה"זכויות" הללו ודאי ניתן ואפשרי להעביר על ידי הסכם וקנין. לפיכך איני מסכים עם מסקנת דברי מעכ"ת שאין להסכם זה כל תוקף הלכתי".

במכתבי לא הסברתי מהי אותה "חזקה" או "זכות" של ההורים, שאיננה בגדר "בעלות", ועתה אפרש את שיחתי.

### ו. זכות ההורה וטובת הילד

הגדרת זכות ההורים לגדל את ילדיהם, התבררה בדברי הגמרא והפוסקים, לגבי מחלוקת בין בני זוג שהתגרשו אצל מי יגדל הילד.

בגמרא בכתובות (קב,ב) נקבע במפורש: "שמעת מינה, בת אצל האם לא שנא גדולה ולא שנא קטנה". בטעם הלכה זו, שהבת גדלה אצל אמה, כתב בשו"ת הרשב"א (המיוחסות לרמב"ן סי' לח) "כדי שתרגיל האם לבת, ותלמדה דרך נשים, ושלא תרגיל עצמה בפריצות". ובשו"ת הר"י מיגאש (סי' עא) כתב:

נראה ללכת בעקבות הגאונים ז"ל הנזכרים ובקבלתם ולהמשך אחר סברתם, ובו נפסוק הדין ונדון כשיתאמת אצלנו תועלת הבת בזה להיות שהאם על כל פנים יותר משמרתה מהאב, והיא המלמדת אותה ומדריכתה במה שיצטרכו הבנות להתלמד ולהרגיל בו, כמו הטווייה והפיקוח בצרכי הבית וכל יוצא בזה, וללמד אותה דרך הנשים ומנהגם, וכל זה אינו ממלאכת האב ולא מטבעו.

לגבי בן, נחלקו בדין זה רבותינו הראשונים,<sup>14</sup> והשיקולים הם: מחד גיסא, טובת הבן שיגדל אצל אמו עד גיל שש שתאכילו ותגדלו, כמבואר בגמרא (עירובין פב,ב). מאידך גיסא אמרו בגמרא בקידושין (כט,א): "האב חייב בבנו למולו, ולפדותו, וללמדו תורה". להלכה פסק השו"ע (אה"ע פב,ז) שעד גיל שש הבן גדל אצל אמו, ולאחר מכן אצל אביו: שלמו חדשיו וגמלתו, אם רצתה המגורשת שיהיה בנה אצלה, אין מפרישים אותו ממנה עד שיהיה בן שש שנים גמורות, אלא כופים את אביו ונותן לו מזונות והוא אצל אמו. ואחר שש שנים יש לאב לומר, אם אינו אצלי לא אתן לו מזונות. והבת אצל אמה לעולם, ואפילו לאחר שש.

וכתב הרמ"א (שם):

14. רמב"ם וראב"ד הל' אישות כא,יז.

ודווקא שנראה לבית דין שטוב לבת להיות עם אמה, אבל אם נראה להם שטוב לה יותר לישב עם בית אביה, אין האם יכולה לכופ שתהיה עמה.

ומבואר בדברי החלקת-מחוקק (שם ס"ק ט) כי לאחר גיל שש הבן צריך להיות אצל אביו ולא אצל אמו, משום ש"אין לה שייכות לבן והוא מצווה עליו בכמה דברים בפרט ללמדו תורה". ובפתחי-תשובה (שם ס"ק ד) הביא מתשובת הנודע-ביהודה (אה"ע תניינא סי' פט): "אם אחר הגירושין אין המגרש והמתגרשת בעיר אחת, אז הדין שישאר הבן אצל האב אפילו פחות מבן שש, כדי לחנכו וללמדו תורה".

מדברים אלו עולה אפוא, כי השיקולים היכן יגדלו הילדים, לא נובעים מחמת בעלות, אלא מחמת השיקולים של טובתם ותועלתם - מהו המקום הטוב ביותר עבור התפתחותם וחינוכם, ומטעמים אלו יש הבדל בין בנות לבנים ובין גילאים שונים. אין צורך להכביר בראיות בנושא זה שכבר נדון בעשרות פסקי דין, רק נזכיר בקצרה את פסק בית הדין הרבני בנתניה (תיק 290277/7), בנדון משמורת על ילדים שהוריהם התגרשו:

הרמב"ן בתשובות (המיוחסות סי' לח) קבע את היסוד בעניין הבן והבת אצל מי יהיו אצל האם או אצל האב, וכתב: כי לעולם צריך לדקדק בדברים אלו אחר מה שיראה בעיני בית דין בכל מקום ומקום שיש בו יותר תיקון לחזור אחר תיקון. והמהרשד"ם בתשובותיו (אה"ע סי' קכג) כתב: "וכלל דמילתא כי כל זכות שאמרו ז"ל בדיבורם הבת אצל האב לעולם ובזכותה דברו ולא בזכות האם. וכן בזכות הבן דיבר".

מדברים אלו הסיקו הדיינים: "בכל הקשור לקביעת מי הוא ההורה המשמורן, אין להורים כל זכות רק חובות". והטיב לכתוב זאת הדיין הרב אליעזר גולדשמידט (פד"ר א עמ' 157): "ההלכות בדבר החזקת ילדים אינן הלכות בטובת ההורים, אלא הלכות בטובת הילדים, **אין הבן או הבת חפץ שיש בו זכויות אב או אם**. אין כאן **זכויות** לאב או לאם, רק **חובות** עליהם ישנן כאן, שמחויבים הם לגדל ולחנך את ילדיהם".

ומכאן נובעת התפיסה שהשיקול היחיד העומד בפני בית הדין בבואו לקבוע היכן יגדל הילד [אצל אביו או אמו] הוא טובת הילד וזכויותיו, ובשום פנים ואופן אינו מתחשב בזכויות האב והאם, כפי שסיכמו הדיינים את פסק הדין באמירה נחרצת: "ההלכות בדבר החזקת ילדים אינן טובת ההורים אלא הלכות בטובת הילדים. **אין הבת או הבן חפץ שיש בו זכויות לאב או לאם**, רק חובות עליהם ישנן כאן שמחויבים לגדל ולחנך את ילדיהם".

הרי לנו כי להורים אין בעלות על ילדיהם, והסיבה שהילדים נמצאים אצלם היא טובת הילדים. לפיכך, אין להורה זכות לדרוש להחזיק בילד בניגוד לטובתו.

אמנם בשו"ת ציץ-אליעזר (חט"ז סי' מד) מצינו שיטה ייחודית, ולדעתו הזכות לגידול הילדים היא של האב, אך חכמים תיקנו להתחשב בטובת הילדים, כדבריו:

מעיקרא דדינא הילדים מתייחסים אחר אביהם ככתוב (במדבר ב,ב) "לְמִשְׁפַּחָתָם לְבֵית אֲבֹתָם", ומשפחת אב קרויה משפחה ולא משפחת אם, ועל כן הוא חייב בפרנסתם ובגידולם. ומשום כך יש לו מלוא הזכות לדרוש שיגדלו אצלו ובמחיצתו ויהנה מכל הכרוך בזה, והאב זכאי בביתו וכו' (כתובות מו,ב ועוד). אלא דחז"ל שקדו על טובתם של הילדים, ומצאו על כן לנכון להפקיע מהאב בחלקו מזכות החזקתו בהם כלשונו של הראב"ד "שנכוף את האב להפריד בנו ממנו עד שיהא בן שש" וכו', ולתקן ולקבוע שהבן ימצא אצל אמו עד גיל שש, והבת תהיה אצל אמה לעולם "מפני הנהגת טכסיסיה במלאכה ובצניעות" (מאירי, כתובות שם) "וכדי שתתיישר מאמה ולא תאחוז בידה דרך

פריצות" (שיטה-מקובצת שם). אבל עם זאת לא שללו על ידי כך מהאב את עיקרי זכויותיו היסודיות בילדיו, ובתוך זה גם לא את שמירת הקשר בינו לבינם גם בתקופת היותם במחיצת אמם. ולא רק בכדי לחנכם וללמדם תורה ומצוות ולהעיר את אזנם למוסר ולדרך ארץ, כי אם גם בכדי להעניק להם רחמי אב ולקבל מהם אהבת בנים לאביהם.

לדעת הצי"א, מעיקר הדין מקומם של הילדים אצל אביהם, בנים ובנות גדולים וקטנים, והוא רשאי לדרוש זאת. אולם כאשר טובתם היא לגדול דווקא אצל אמם, תיקנו חכמים להוציאם מחזקתו.

### ז. הוצאת ילד מרשות הוריו

אמנם טובת הילד היא שיקול מכריע בשאלה האם יגדל אצל האב או אצל האם כאשר הם נפרדו. אך אין בכך כדי להוציא ילד מחזקת הוריו הנשואים ולגדלו במשפחה אחרת, אלא אם יש חשש לשלומם.

כך כתב הרב צבי גרטנר (קובץ ישורון, כרך ו, תש"ס) במאמרו בנדון סמכות בית הדין לדון בהחזקת ילדים והמסתעף:

נראה פשוט שטובת הילד איננה ערך העומד בפני עצמו, והראיה שמעולם לא שמענו שמשום טובת הילד בעלמא יבואו בית הדין ויוציאו הילד מתחת יד הוריו הגרים יחד בשלום ובשלוחה. אלא ודאי שכל עיקרה, כמכריע בין ההורים או משפחתם. וגדר הדבר, שגם להאב וגם להאם הזכות להחזיק בילדם. ושוב קבעו חז"ל כללים ומסמרות ללכת אחר טובת הילד, כלומר שטובת הילד יקבע להם איך להתפשר, והיינו כשטובתו אצל אביו יעדיפו זכות האב, וכשטובתו אצל אמו יעדיפו זכות שלה...<sup>15</sup>

וביותר כתב בשו"ת משנה-הלכות (חלק טז סי' נח), שבהוצאת ילדים מחזקת הוריהם יש איסור תורה:

בהילקח הילדים מההורים, עושים כאן כמה רעות. אחת, שלוקחים את הילדים מתחת יד אביו ואמו והוא איסור תורה לגזול מאדם בניו, והגונב נפש אדם חייב מיתה וכל שכן גזלן שחמור מגנב. שנית, מבטלים ולוקחים מן האב מצות החינוך וכל המצוות שהוא על האב לקיים על בנו.

ועוד כתב שם:

לבד מכל אלו, כשלוקחים הילדים מההורים רוב פעמים גורמים לילדים לעבור על כל התורה. כי הרבה פעמים המשפחות שקבלו הילדים במשך הזמן משנים הדירה... ומשכחים מהילדים שהם נולדו מהורים אחרים, ובכאן כבר עוברים על כל התורה כולה רחמנא ליצלן: א. כיבוד אב ואם, שהם מכבדים המשפחה המגדלים אותם כאב ואם, ואם ימצאו אב האמיתי יבזו אותו ויקללו אותו. ב. נמצא אב נושא את בתו ואח נושא את אחותו, שהרי לא ידעו ממשפחתם האמיתית, ונמצא ח"ו העולם כולו מלא זימה. ג. לגבי ירושה, הם יקחו הירושה

15. בתוך דבריו הזכיר סברא מחודשת: "כיון שהטביע הקב"ה בטבע הבריאה שיש אהבה וגעגועים של ההורים לילדיהם, הרי בית דין מצווה לעשות חסד עם ההורים, ולתת להם את ההנאה הזאת. וכל זה בכלל 'צדק צדק תרדוף', אחד לדין ואחד לפשרה, שגם בדבר שאין דין על זה, מצווים בית דין להכריע למען הסדר התקין של העולם. וכיון שהסדר התקין של העולם שההורים משתעשעים בבניהם, ומי שאין לו בנים חשוב כמת, לכן בית דין מצווים גם על ענין זה.

של אחרים, שקרובי האב הם יורשים, וכאן יבואו ילדים ממשפחה אחרת וירשו אותו. ד. לפעמים שההורים האמתיים הם עשירים ולא ידעו, ויאבדו את הירושה. ה. כשימות אביהם האמיתי הם פטורים מכל המצות והם אוננים מהתורה וחייבים לומר קדיש וכיוצא בו ולא ידעו כלום, ומצד השני כשימותו ההורים שאינם הורים יבטלו מכל המצות ויתנהגו כאבלים מהתורה.

ונראה להוסיף, כי הצורך בבירור מיהו האב של הוולד, נובע גם מכך שיחוסו הוא לאביו בעל הזרע, ואם הוא כהן אזי בנו חייב כמובן להישמר מכל איסורי הכהונה ולנהוג במצוות הכהונה. וכבר נתבאר בספרי רץ-כצבי - פוריות (ח"א סי' יב אות כא) שניתן להסתמך על בדיקת רקמות לקביעת אבהות, כפי שכתב בספר נשמת-אברהם (אה"ע סי' ד, סעיף יג, א ס"ק ו) בשם הרש"ז אוירבך:

אם הבדיקה הזאת מפורסם ומקובל בכל העולם על ידי הרבה נסיונות ברורים לדבר אמת וברור, מסתבר שגם מצד ההלכה אפשר לסמוך על זה.

לפי זה בימינו, בדיקת ד.נ.א. נחשבת קרובה לוודאות, ולא רק הוכחה מכוח הרוב, ולכן לכאורה ניתן לסמוך עליה לקביעת אבהות, ואפילו להעלות לכהונה על פיה. וזו אפוא סיבה נוספת לחייב את מציאת האב הביולוגי, ולהעדיף שהילד יגדל בחזקתו.

### ח. חיוב האב במזונות כאשר הילד אצל היולדת שאינה אשתו

יש לתת את הדעת על מצב שבו ביום מן הימים יימצא האב הביולוגי, ואולם יוחלט (בהוראת בית דין, או להבדיל, בית משפט) להשאיר את הילד ברשות היולדת (שאינה בת זוגו של האב) - האם הילד יהיה זכאי למזונות מאביו הביולוגי. שאף שההריון והלידה מאשה זו היו שלא ברצונו, סוף כל סוף הרי הוא האב, אשר לכאורה חייב בפרנסת ילדיו.

בעיון בספרי השו"ת ופס"ד רבניים, טרם מצאתי תשובה מפורשת או פסק דין מפורט, במקרה שנעשה שימוש על ידי אשה בזרע של גבר שלא בהסכמתו - האם הוא מחויב בתשלום מזונות. לאמיתו של דבר, נושא רחב ונכבד זה מצדיק ומצריך מאמר בפני עצמו. בשורות הבאות אציע את עיקרי הדינים והסברות בקצרה, ועוד חזון למועד א"ה.

חיוב מזונות האב לילדיו, מתחלק לשלוש תקופות בחייהם: א. ילדים עד גיל שש ("קטני קטנים") החיוב הוא מדינא דגמרא<sup>16</sup> (כתובות סה, ב), וכופים את האב לזונם (תוספות שם ד"ה אבל; רמב"ם, אישות יב, יד). ב. מגיל שש עד גדלות ("קטנים") החיוב הוא מתקנת אושא (כתובות מט, ב), והחיוב הוא מגדרי צדקה, ולכן רק אם האב אמיד כופין אותו לזונם (רמב"ם, אישות יב, יד-טו). ג. מהגדלות עד גיל שמונה עשרה החיוב במזונות הוא מתקנת מועצת הרבנות הראשית.<sup>17</sup>

**ביחס לחיוב שמעיקר הדין (עד גיל שש) כתב רש"י (שם ד"ה יוצא בערוב אמו):** "עד שש צריך סיוע מאמו, וכשם שהבעל זן אותה, כך זן אותו עמה". ומשמע מלשונו שחיוב האב במזונות בניו הוא חלק מחיובו במזונות אשתו. לפי זה, כאשר אין חיוב במזונותיה, כגון לאחר הגירושין או לאחר פטירתה, לכאורה אין עליו חיוב זה. וכפי שכתב הר"ן (סוף פרק אע"פ) במפורש:

16. בספר ארעא-דרבנן (מערכת אות מ"ם, מזונות) הביא מחלוקת בדעת הרמב"ם, האם החיוב במזונות "קטני קטנים" הוא מהתורה או מדרבנן. ובדברי הרמב"ן (שמות כא, ט) מפורש שהחיוב מדרבנן.

17. תקנת מועצת הרה"ר בשנת תש"ד האריכה את חיוב המזונות עד גיל חמש-עשרה, ובשנת תש"מ האריכה מועצת הרה"ר את חיוב במזונות עד גיל שמונה עשרה. אמנם תקנת מועצת הרבנות הראשית לא נתקבלה ע"י כל דייני ישראל כדבר מחייב כדלהלן.



מתוך לשונות הללו נראה לי דכי אמרינן דזון אותם קטני קטנים, דווקא בשאימון קיימת ומדין מזונות אמר [נגעו] בה. שכיון שהן נגררים אחריה, אי אפשר לה להעמיד עצמה שלא תזון אותם. אבל בשאין אמם קיימת, אינו חייב במזונותיהם. אלמא מזונות הבן הנגרר אחריה, הרי הן כמזונותיה, ומדין מזונות שלה נגעו בה, אבל לא ראיתי לראשונים שאמרו כן.

אולם הדרכי-משה (אה"ע סי' עא אות א) הביא את דברי הר"ן וכתב: ועיין לקמן סוף סי' זה (בבית-יוסף ובדרכי-משה הארוך) מתשובת רא"ש וריב"ש דמשמע דלא סבירי להו כדעת הר"ן.

כאמור, חיוב האב במזונות בניו הקטנים מתקנת אושא הוא מגדרי צדקה. בביאור הנפקא מינה לדינא, האם החיוב הוא משום צדקה או שגדר החיוב הוא תקנת מזונות שהתקינו באושא לטובת הבן, עסקו רבות בין כתלי בתי הדין לאורך השנים. אציין בקצרה לדברי הדיינים (פד"ר ח"א עמ' 145, תיק 226) הרבנים א' גולדשמידט, ש' קרליץ, י' בבליק, שדנו בכך:

אם החיוב הוא משום תקנת מזונות, התקנה היא שאב חייב לתת לבנו למזונותיו, פירוש שהאב חייב חוב לבנו. אבל אם החיוב הוא משום צדקה, האמוד לצדקה חייב לתת, אבל זהו חיוב המוטל עליו, אבל אין הוא חייב למקבל, היינו שאין למקבל חוב אצלו. וגם אם המקבל הוא אדם שהחייב מחויב לתת לו צדקה במיוחד, כגון אב לבן כמבואר, אין פירושו של דבר שהאב מחויב איזה חוב ממון לבן, אלא מוטל על האב חיוב כללי של צדקה, שהוא מחויב לתת, מבלי שיהיה איזה בעל חוב שהוא חייב חוב לו. ובחוב כללי זה ישנם סידרי קדימה, למי צריכים להקדים לתת, ועל מי מקדימים להטיל. ולפי סדר זה על האב להקדים את בנו לגבי אדם אחר, ומטילים על האב לתת לבנו יותר משאר החייבים לתת. אבל אין הוא חייב חוב לבנו.

מסתבר כי בנדון דידן, לשיטת הר"ן וסיעתו, **עד גיל שש**, חיוב מזונותיהם של "קטני קטנים" הוא חלק מחיובו של האב **במזונות אשתו - אמם**. אם כן, מאחר והאב הביולוגי אינו חייב במזונות האשה היולדת [שאינה בת זוג], אין לחייבו במזונותיהם מדינא דגמרא. מה שאין כן לדעות החולקים עליהם [שהביא הדרכי משה], החיוב במזונותיהם עד גיל שש הוא מעיקר הדין, ואינו תלוי בחיוב אמם, ובכל מקרה על האב לפרוע את חובותיו כלפיהם.

מעל גיל שש, או לשיטת הר"ן גם עד גיל שש, הסיבה לחיוב מזונות היא אך ורק משום תקנת אושא. אלא שנתבאר לעיל, שחיוב זה הוא **מגדרי צדקה. לפיכך**, מסתבר כי בנדון דידן, שהאב לא היה אחראי על לידת בנו או בתו, ובפרט כאשר יש בני זוג אחרים שמפרנסים אותם ואינם מעוניינים לוותר על חזקתם בילד הנמצא ברשותם - אין סיבה שבית הדין יכפו לחייב את האב הביולוגי במזונותיה [מה גם שהאב יוכל לטעון "קים ליי" כשיטת הר"ן, שאין חיוב מזונות גמור מדינא דגמרא אלא מהלכות צדקה, ובשל כך לא נוכל לחייבו בהם].

**ביחס לחיוב המזונות מכוח תקנת הרבנות** - לאורך השנים, דנו ונחלקו הדיינים, מה תוקפה של תקנה זו להלכה ומה גדרה. עדות לכך מצאתי בסיום פסק הדין של הרי"נ רוזנטל (פד"ר יא עמ' 215) בדבריו:

בשנת תש"ד תיקנה מועצת הרבנות הראשית לישראל לחייב במזונות עד גיל חמש עשרה, ובזה רבתה המבוכה בפסקי הדין של בתי הדין בארץ. יש מחייב לפי תקנה זו, ויש שאינו מחייב. יש שמחייב מכוח הדין מחמת התקנה, ויש

שמחייב מדין צדקה, ויש שרק בהשפעה על בעל הדין. והבודק בעיון גם פסקים המודפסים רואה שאין אחידות דעות בזה. וגם בשיחות בעל פה עם חברינו הדיינים, אומר זה בכה, ואומר זה בכה...

### ט. מסקנות

1. להורים אין בעלות על ילדם.
  2. ילד צריך לגדול אצל הוריו. זו **חובתם** על פי התורה, כדי לחנכו כראוי, ו**זכותם** לרוות ממנו נחת. לכן אין להוציאו מרשותם, אלא אם יש חשש לשלומם, ועל פי הוראת בית דין חשוב.
  3. במחלוקת בין האב לאם אצל מי יגדל הילד, ביה"ד יכריע על סמך הערכתו מה טובת הילד. (לדעת הציץ-אליעזר, מעיקר הדין ילד בחזקת אביו, אלא אם טובתו להיות אצל אמו).
  4. לפיכך, בנדון דידן, שיש ספק הלכתי מי האם - בעלת הביצית או היולדת, אך ברור כי בעל הזרע הוא אביו, "אין ספק מוציא מידי ודאי" - והאב יוכל לדרוש לקבל את הילד לחזקתו, מפני שילד צריך לגדול אצל הוריו (בפרט לדעת הציץ-אליעזר שהאב הוא האפוסטרופוס העיקרי).
  5. גם לגבי בת, שבדרך כלל טובתה לגדול אצל אמה. מאחר והספק מי היא האם לא הוכרע, הרי שהיולדת לא תוכל לטעון כי "טובת הילד" שיגדל אצל **אמו**, היות וכנגדה תטען בעלת הביצית שהיא **האם**. לכן, לאחר מציאת האב הוודאי יש להעדיף שתגדל אצלו עם ספק אם (בעלת הביצית), מאשר אצל ספק אם (היולדת) ואצל אב שאינו אביו.
- מכל האמור לעיל, נראה כי מוטל עלינו לחפש ולמצוא את הוריו הגנטיים של הילד, על מנת שיוכלו לגדלו כפי הנצרך על פי גדרי ההלכה.

### י. הכרעת הדין בתינוק 'אסותא'

1. הרב דוד לאו

תשובתו של הרב הראשי לישראל, הרב דוד לאו, שהתפרסמה ביום ב' מרחשון תשפ"ג, סמוך ונראה לשעת פרסום הפרשה. הרב לאו הכריע כי על פי ההלכה, **היולדת היא האם**, ולכן הוולד צריך להישאר אצלה. יחד עם זאת, **יש לחפש אחר ההורים הגנטיים**, מחשש לחומרא שבעלת הביצית היא האם, וכדי למנוע נישואי אח עם אחותו, לפנינו דבריו: נושא היחוס של אם פונדקאית נדון בארוכה בין גדולי ישראל ובספרות השו"ת. השאלה מי היא אמו של הילד, האם זו בעלת הביצית או שמא האם שנשאה את העובר ברחמה וילדה אותו. עמדתי היא שיש לראות באם הפונדקאית שיולדת את הוולד כאם הביולוגית. אם כן בנדון דידן האם היולדת בשעטו"מ היא האמא של הבת. במקרה של פונדקאית עולה שאלה נוספת של יוחסין, ראשית יש דעות הסוברות שבעלת הביצית היא האם. בנוסף, יש גם זרע אב שמעורב בענין ויש ליחסו לאביו. על כן יש צורך להמשיך ולבדוק ממי הגיע הזרע ומי היא בעלת הביצית, על מנת לשמור על כך שלא יהיה בעתיד חשש של גילוי עריות (אח נושא אחותו).

2. הרב יצחק זילברשטיין

הרב יצחק זילברשטיין, רבה של רמת אלחנן, כתב תשובה בנדון, ומסקנתו:

- א. על פי ההלכה לא ניתן לקבוע את יחוס העובר באופן ודאי.  
 ב. נראה שטובת הילד לגדול אצל האמא שנשאה אותו ברחמה, והיא נקראת האם, על שם רחמה, ותגדלו לשם ולתפארת בישראל.  
 ג. אין לעשות הבדיקה לשאר הנשים. הדבר רק יכול לגרום לבלבול ולאי בהירות, ויש להניח כל אשה בחזקתה.

3. רבני מכון פוע"ה

רבני מכון פוע"ה פרסמו (באתר האינטרנט של המכון, א' מרחשוון תשפ"ג) מאמר תחת הכותרת: "דיון הלכתי בנושא העוברים - של מי הילד?" - ומסקנתם, כי במצב הנוכחי שעדיין לא נמצאו ההורים הגנטיים, יש להשאיר את הוולד אצל האשה היולדת, ולא לחפש את ההורים הגנטיים:

במצב כזה נראה לנו, שכיוון שיש אישה שבוודאות נושאת ברחמה את הילד, והיא גם מעוניינת ללדת אותו ולגדל אותו, יש לתת לה לגדל את הילד, ולא לחקור כרגע מיהם ההורים הגנטיים.

זאת מכיוון שמול הוודאות הזו, יש לנו ספק מיהם ההורים הגנטיים, וגם לא ברור שתהיה לנו אפשרות לברר את הספק הזה (שכן לצורך בירור הספק עלינו לבדוק גנטית את כל ההורים האפשריים, ומי ערב לנו שכולם יהיו מעוניינים בבדיקה הזו כדי לדעת שהעובר שלהם מבחינה גנטית, ואז להתחיל לנהל מערכה משפטית ארוכה על גידולו, ושמא הם בכלל לא מעוניינים לגדל ילד שנולד באופן כזה), ולכן כפי שאמרנו קודם לכן: "אין ספק מוציא מידי ודאי", אלא שכאן הספק והוודאי מתהפכים, וממילא עדיף לא לעשות שום דבר נוסף ולתת ליולדת לגדל את הילד על פי הפוסקים שהיא אכן אמו.

יתירה מכך, אחת הראיות החזקות שהעלינו בעבר לדעה שהיולדת היא האמא היא "עקרון הפשטות" שקיים בתור עיקרון מנחה בהלכה היהודית, עיקרון שקיים גם כאן - אם היולדת היא האמא, פשוט וקל לנו מאוד לתת מי היא. לעומת זאת, אם נכריע כי האם הגנטית היא האמא, עלינו לבצע בדיקות גנטיות ולערוך חיפוש שאינו פשוט כדי למצוא אותה. לכן עלינו להכריע כצד הפשוט ולתת את התינוק ליולדת, שכן גם אם זו אינה ראייה מכרעת, בנסיבות שלפנינו היא תורמת להשארת המצב הקיים על כנו.

הרחיב בעניין זה ידידי הרב אריה כץ, מרבני מכון פוע"ה ומח"ס שאגת-אריה, ופרסם מאמר בנדון דידן (בכרך זה), ועיקרי דבריו הם:

במקרה שלפנינו, התברר בסופו של דבר שלא הצליחו למצוא את ההורים הגנטיים קודם הלידה. במצב כזה נראה לעניות דעתי שהגלגל מתהפך, ויש להשאיר את הילד שנולד אצל היולדת ובעלה, גם במצב שבו נמצא בהמשך הדרך את ההורים הגנטיים. הטעם לכך הוא שכרגע יש רק אם אחת ידועה שיש לה זיקה לילד - האם היולדת, ואילו האם הגנטית (וגם בעלה) אינם ידועים. במצב כזה האמירה של "אין ספק מוציא מידי ודאי" הפוכה - עד שנמצא את ההורים הגנטיים (וכלל לא בטוח שנמצא אותם בעתיד הנראה לעין), יש לנו ודאי של האם היולדת. אם נרצה להכריע שכאשר יימצאו ההורים הגנטיים יועבר הילד אליהם, עלינו נכון לעכשיו להכריע בין שתי אפשרויות:

1. להעביר את הילד באופן זמני לאומנה. אפשרות כזאת ודאי אין בה משום טובת הילד, שכן יש כרגע אשה שמתייחסת אליו כאל אמו לכל דבר, ובאופן רגיל תוכל לתת לו חום ואהבה יותר מאשר משפחה זרה, תהיה משפחה זו מסורה

לעניין ככל שתהיה (מעבר לכך שהיולדת גם יכולה להניק את הילד). גם אם יימצאו ההורים הגנטיים בקרוב והילד יימסר להם, עדיין עלול להיגרם לתינוק נזק כתוצאה מכך שבשבועות הראשונים לחייו הוא גדל אצל משפחה שאין לה שום קשר לילד, וגם ידעה מלכתחילה שהוא נמצא אצלה באופן זמני. מה עוד שכאמור לעיל, לא ברור כלל שנצליח למצוא את ההורים הגנטיים של הילד, וגם אם נמצא - איננו יודעים אם הם יהיו מעוניינים בו.

2. להשאיר את הילד אצל היולדת, ואם נמצא את הוריו הגנטיים - להעבירו לרשותם. גם במצב כזה הנזק כפול - ניתוק תינוק קטן ממי שגידלו אותו עד עתה עלול להיות אירוע טראומטי. בנוסף, המתח הנפשי שבו יהיו האם היולדת ובעלה עד שיימצאו ההורים הגנטיים ועד שיתברר אם הם מעוניינים להעביר את הילד לרשותם, הוא מתח קשה ביותר, ובהכרח הוא ישפיע על המצב בבית ועל גידול הילד.

לכן, במצב כזה שהילד כבר נולד ועדיין לא נמצאו ההורים הגנטיים, נראה ברור שבירירת המחדל של טובת הילד מתהפכת, ועלינו להשאיר את הילד אצל היולדת ובעלה, כשהדברים מוכרעים באופן ברור, וכשאיננו מנסים לחפש ברגע זה את ההורים הגנטיים כדי לפתוח את הספק מחדש.

4. מסקנה

לענ"ד, לאור האמור לעיל, מסתבר כי יש חובה לחפש את ההורים הגנטיים, ולכשימצאו, זכותו הוודאית של האב גוברת על זכותה של היולדת. מהנימוקים הבאים:

1. באופן כללי, טובת הילד היא לגדול אצל אביו והוא הגנטית, אשר לדעת רבים היא אמו, ומסתבר כי לכשיגדל הוא יעדיף לגדול במשפחה שאביו ודאי ואמו ספק, מאשר לגדול במשפחה שהאב ודאי אינו והאם היא ספק. זאת בפרט שלכל הדעות עליו להיות בקשר עם אביו הגנטי, החייב לחנכו.

גם אם לעת עתה כשהילד תינוק נראה שטובתו היא להישאר אצל היולדת, ולא לעבור למשפחה אחרת, מסתבר שלכשיגדל, כשתברר לו הסיבה למעבר יכיר בכך.

2. כאמור לעיל, עיקר זכות האפוטרופסות וחובת חינוך הילדים מוטלת על האב. רק כאשר צריך להכריע אצל מי ממבין ההורים יגדל הילד, יש להכריע על פי טובת הילד. במקרה שלפנינו, כשימצאו ההורים הגנטיים, לא יעלה על הדעת כי בשל הטעות במהלך טיפול הפוריות שלא באשמתם, הם יאבדו את זכותם וחובתם הברורה לגדל את ילדם (אלא במקרה שבית הדין ישתכנע כי טובת הילד מחייבת שלא לאפשר את גידולו בביתם).

3. כמו כן, לענ"ד, הכרעה הלכתית מורכבת, עדיפה על "עקרון הפשטות". למיטב ידיעתי המושג "עקרון הפשטות" אינו קיים כלל בהלכה. ספק הלכתי יש להכריע במציאת מקורות ודימוי מילתא למילתא, בין אם ההכרעה מורכבת או פשוטה, ולעיתים ההכרעה היא "שב ואל תעשה" או "אין ספק מוציא מידי ודאי", אך על עקרון הפשטות לא שמענו.

בנוסף, בל נשכח את השקעת ההורים הגנטיים מגופם ומממונם, כדי לזכות בפרי בטן. לפיכך, כל זמן שאין סיבה להכריע אחרת, לענ"ד ההנחה הפשוטה היא כי על הילד

לחזור להוריו הגנטיים, שהאב הוא ודאי אביו, ואף זכות האם אינה פחותה מזכותה של היולדת.<sup>18</sup>

5. הרב משה שטרנבוך

עם סיום כתיבת המאמר, קיבלתי הסכמה לדבריי מהרב משה שטרנבוך, ראב"ד העדה החרדית, במכתבו אלי מר"ח שבט תשפ"ג, והנני מביא דבריו במלואם:

כבוד ידידינו המופלא הר"ר צבי רייזמן שליט"א  
קיבלתי מאמרו אודות ביצית מופרית שהוחזרה בטעות לרחם אשה אחרת, ומע"כ דן אם בכוח האשה היולדת לדרוש מהאשה שהוציאו ממנה הביצית ומבעלה שנתן הזרע שזכותה לגדל הילד אצלה וככל אשה גרושה בעלמא שזכותה להוציא הבנות והבנים שאינם בני שש מרשות אביהם ולגדלם אצלה. ודעת מע"כ דכיוון שבעל הזרע הוא ודאי אבי הילד ואילו האשה היולדת היא ספק אם נחשבת כאמו של הילד, ע"כ כוח האב שהוא ודאי עדיף והאשה שהיא רק ספק אין לה זכות כנגדו להוציא הילדים מרשותו.  
בהשקפה ראשונה היה נראה לי שדבריו הם מחודשים, אבל אחר העיון נראה שסברתו היא אמיתית, ואשריו ואשרי חלקו, ואי אפשר לאשה שהיא ספק אמא להוציא הילד מרשות אביו שהוא ודאי אב, אבל אין הוכחות ברורות לומר כן, ולכן אם יבואו בעלי הוראה מובהקים ויורו להיפך איני אומר קבלו דעתי.  
ואם אבי הילד אינו דורש להחזיק הילד אצלו, ורק האשה בעלת הביצית טוענת נגד האשה היולדת מי תחזיק הילד אצלה. נראה דבכהאי גוונא כיון שזכותם שוה על בית דין לדון אצל איזו אשה הוא יותר טוב לילד שיגדל אצלה ולה יתנו להחזיק הילד.  
ומה שנסתפק אם כשהשתילו בטעות ברחם אשה ביצית של אשה אחרת ולא ידעין מיהי, האם יש לחפש מי הם בעל הזרע והביצית. הנה אם אין בזה טירחא מרובה ודאי שמחויבים לעשות כן, כדי שלא יבואו להיכשל שישא אח את אחותו.  
אשריו ואשרי חלקו בתורה שזוכה להפיץ בבית ישראל.

**משה שטרנבוך**

**ראב"ד לכל מקהלות האשכנזים בעיה"ק ירושלים ת"ו**



### **נספח: תגובת הרב אריה כץ ותשובת המחבר**

1. תגובת הרב אריה כץ

ידידי הר"צ רייזמן כתב אף הוא מאמר על פרשת החלפת העוברים באסותא. במסקנתו הוא דן בדבריי שפורסמו באתר מכון פוע"ה ובהרחבה בכרך זה, והשיג עליי ארבע השגות:

18. וראה להלן הבהרת הדברים בתגובתי לרב אריה כץ, כי הדברים דלעיל נכתבו כבירור הלכתי, ואם ביום מן הימים ימצאו ההורים הגנטיים, ההכרעה למעשה בנדון דידן - האם להוציא את הילד מחזקת האם היולדת לידי ההורים הגנטיים, תינתן על ידי בית הדין בשיקול דעת לגופו של ענין.

1. טובת הילד היא בדרך כלל לגדול אצל אב ודאי ואם ספק מאשר לגדול אצל אם ספק ואב שוודאי אינו האב. גם אם כרגע המעבר מבית אחד לבית אחר יהיה קשה לילד, ודאי שכאשר יגדל ויידע את הסיבה לכך, הוא יבין שזו טובתו.
  2. עיקר זכות האפוטרופסות וחובת החינוך מוטלים על האב, ולא ייתכן שעקב טעות שאינה באשמתו, ניקח ממנו את זכותו וחובתו.
  3. "עיקרון הפשטות" שאותו הזכרתי בקצרה במאמר, והוא מבוסס על תשובה ארוכה שכתבתי בעבר, אינו קיים בהלכה. אדרבה, הכרעה הלכתית מורכבת ודימוי מילתא למילתא עדיפות.
  4. ההורים הגנטיים השקיעו מגופם וממונם כדי לזכות לפרי בטן, ולכן כל עוד אין הכרעה ברורה אחרת, על הילד לחזור להוריו הגנטיים.
- טרם שאענה על דבריו, אודה לו על כך שהביא את תשובתו של הר"י זילברשטיין, שמסקנותיו הקצרות מתאימות למה שכתבתי באריכות: יש ספק מי האם, יש להשאיר את הילד אצל האם שילדתו, ואין לחפש כרגע את ההורים הגנטיים כדי שלא להוסיף בלבול.

אשתדל לענות על כל אחת מהטענות לפי הסדר:

1. אכן ודאי שככלל, עדיף לו לילד לגדול אצל אב ודאי ואם ספק מאשר אצל אם ספק ומי שוודאי אינו אב. זאת הסיבה שבתחילה, כשהיה נדמה עוד קודם הלידה שנמצאו ההורים הגנטיים, דעתי הייתה שיש למסור להם את הילד לאחר הלידה. אולם בסופו של דבר התברר שהם אינם ההורים הגנטיים של הילד, וההורים הגנטיים טרם נמצאו. במצב כזה, כשהלידה כבר קרתה, והתברר שייקח זמן עד שיימצאו ההורים הגנטיים, וספק רב מאוד אם הם יימצאו בכלל, השתנתה דעתי - בינתיים יש לנו ילד שכבר נולד ואמור לגדול אצל הורים אוהבים שרוצים בטובתו. גם הר"צ רייזמן הודה שבינתיים אין להוציאו מחזקת אמו יולדתו, אלא שהוסיף שיש לעשות מאמצים ניכרים למצוא את ההורים הגנטיים, ובמידה שיימצאו - להעביר את הילד לחזקתם. לדבריו, גם הילד עצמו, טובתו היא לגדול אצל הוריו הגנטיים, ועל אף שנכון לעכשיו השינוי יהיה קשה לו, כשיגדל הוא יסכים בעצמו שזו הייתה טובתו.

על כך אשיב בשניים:

- א. אפילו אם הדבר נכון באופן רגיל, במקרה שלפנינו הוא הרסני - מי שמגדלת אותו כרגע היא אישה שרואה את עצמה (וגם על פי ההלכה יש לכך סמך כתלות במחלוקת על ייחוס הוולד לאמו) כאמו לכל דבר, וחושבת עליו כעל הילד שלה. מצב שבו אנו מודיעים לה שגידול זה הוא זמני בלבד, ובכל רגע אנו עשויים למצוא את ההורים הגנטיים ולקחת ממנה את הילד הוא מצב הרסני, שאינו מאפשר חיים שפויים ותקינים. שוו בעצמכם אישה שאומרים לה שבכל רגע עשויים לדפוק בדלת ולקחת לה את הילד שלה לעולמים. האם אפשר לגדל את הילד בצורה שפוייה במצב כזה? תמהני!
- ב. גם במצבים של אימוץ, שבו אין שום קשר הורי ביולוגי בין ההורים המאמצים לבין הילד, מקובל בחוקי המדינות להגביל זמן מסוים שבו ממנו ואילך לא תהיה שום אפשרות חוקית להחזיר את הילד להוריו הביולוגיים, גם אם ישתנה המצב ויאפשר להם לגדל את ילדם באופן תקין. זאת מתוך הבנה ברורה, שניתוק של ילד ממקום גידולו לאחר זמן מסוים הוא בעל השלכות קשות והרסניות. זאת על אף שטוב לו לילד לגדול עם הוריו. לכן, מתוך ההנחה שמציאתם של ההורים הגנטיים עלולה לקחת זמן מה, אין לעשות כן, ובכך לחשוף את הילד לניתוק ממשפחתו העכשווית.

על כך ניתן להשיב שלכאורה אנו רואים שההלכה אינה סוברת כן, שכן במקרה שההורים אינם נשואים זה לזה (או התגרשו), ברירת המחדל היא שהבן גדל אצל אמו עד גיל שש, ולאחר מכן עובר לחזקת אביו. אך באמת אין הדבר כן, ברירת מחדל זו עוסקת בדרך כלל במקרים שבהם גם אביו וגם אמו של הילד נוכחים בחייו ושייכים בגידולו, אלא שהוא אינו יכול לגדול אצל שניהם בו זמנית, שכן הם אינם נשואים זה לזה. לכן עד גיל שש עיקר גידולו הוא אצל אמו ולאחר מכן אצל אביו, אך אין כאן ניתוק מוחלט ושינוי מוחלט של הדמויות ההוריות.

מעבר לכך, גם באופן מעשי איני מכיר בתי דין שמעבירים היום את הילד בגיל שש מחזקת הורה אחד לחזקת הורה שני. לרוב הסדרי החזקה והראייה נקבעים כבר בזמן הגירושים (בהסכמה או בפסק דין), כשבתי הדין מעודדים כיום את שני ההורים ככל שניתן לקחת חלק משמעותי בגידול הילד. דבר כזה כמוהו לא יהיה קיים כאן, אם יימצאו ההורים הגנטיים ונחליט להעביר את הילד לרשותם באופן מוחלט (וגם גידול משותף של שתי האימהות אינו טוב לילד כפי שכתבתי במאמרי).

2. אכן התקלה הנוראית קרתה שלא באשמתו, אך גם היא אינה באשמת האמא שילדה את הילד. וכי אם ניקח ממנה את הילד היא תיפגע פחות! הרי מדובר באישה שנשאה ברחמה ילד שחשבה שהוא שלה במשך תשעה חודשים, ובוודאי לא התכוונה לעבור את כל הצער והסבל למענם של הורים אחרים, בעוד היא עצמה תישאר ללא כלום. אכן לאב יש זכות הורית וחובת חינוך, אך כאמור במאמרי (וזהו גם הסכמת הר"צ רייזמן), השיקול העיקרי הוא טובת הילד ולא זכותם או חובתם של ההורים.

3. האזכור של עיקרון הפשטות במאמרי הוא אזכור צדדי שנועד לחזק את הדברים שכתבתי בעבר. הרוצה להבין את משמעותו של עיקרון הפשטות, ושלענ"ד הוא מבוסס על עקרונות ידועים של חז"ל - "לא ניתנה תורה למלאכי השרת" ו"דרכיה דרכי נועם", מוזמן לעיין בהפניה שהפניתי למאמר שבו עסקתי ב"עיקרון הפשטות". בכל אופן, ברור שלעיתים יש צורך בדימוי מילתא למילתא ובהכרעות מורכבות, אולם כשיש הכרעה פשוטה, אין סיבה להזדקק להכרעה מורכבת שהיא רחוקה יותר ופחות ברורה.

4. אמנם ההורים הגנטיים השקיעו מגופם וממונם, אולם האמא שילדתו ובעלה השקיעו לא פחות מהם, ואדרבה, השקעתם גדלה עשרת מונים, שכן מעבר להשקעה בטיפול הפוריות, נשאה האם היולדת את העובר ברחמה במשך תשעה חודשים וילדה אותו, כך שאין להשוות בין ההשקעות השונות.

לכן לענ"ד מסקנתי, שלאחר שנולד הילד מבלי שנמצאו ההורים הגנטיים, יש לאפשר ליולדת ולבעלה לגדלו כבנם, מבלי לחפש כרגע את ההורים הגנטיים, שרירה וקיימת. נראה שבכל אופן, יש לשמור רישומים של ההורים הגנטיים האפשריים, כדי לדאוג שלא תהיה בעיה של נישואי קרובים בעתיד.

2. תשובת הרב צבי רייזמן

קראתי בעיון את תגובת הרב כץ, כמדומני שדבריו משקפים היטב, את הבדלי הגישות בינינו. ואפרש את כוונתי:

ראשית כל, דברי מבוססים על עקרון הלכתי חד וברור, לפיו ילד צריך לגדול אצל הוריו. זו חובתם וזכותם, וכמובן זו גם טובתו של הילד, שיגדל אצל הוריו, מאשר הורים "מאמצים", טובים ככל שיהיו. רק במקרים חריגים ובודדים בלבד, בית הדין יקבע כי "טובת הילד" מחייבת להפקיע מרשות הוריו.

בדיון שלפנינו שתי השאלות העיקריות הן:

א. כאשר נדע מי ההורים הגנטיים, מי יקבל לחזקתו את הילד.

ב. האם עלינו לחפש את ההורים הגנטיים.

לאור העיקרון ההלכתי האמור לעיל, ברור אפוא, כי התשובה לשאלה הראשונה היא, לכשנדע מי הוריו, אזי כשליולדת אין זיקת הורות **ודאית**, ואילו **לאב הגנטי** יש זיקת הורות **ודאית**, אין כל ספק שהילד חייב לגדול אצל הוריו הוודאיים, ואין בנימוק של "טובת הילד" להוציאו מידם [כמבואר בהרחבה בדברי, שרק בסכסוך בין בני זוג, יכריע בית הדין, אצל איזה מהם טובת הילד שיגדל. אך מוציאים ילד מהוריו למשפחה אחרת, משום שזו טובתו].

לפיכך, הנימוקים **הרגשיים** שהעלה הרב כץ, אודות כאב, צער, פרידה וסבל, צודקים ככל שיהיו, ראשית כל הם קיימים בשני הצדדים. ושנית, ובעיקר, אין זה נימוק **הלכתי** בכדי להוציא ילד מחזקת הוריו הגנטיים. רק כדי לסבר את האוזן, במקרי גירושין רבים, הן הילדים והן ההורים, חווים רגשות אלו, ואין זה משפיע על הכרעת בית הדין, בהתאם לחובות ולזכויות של ההורים והילד.

זאת ועוד, אין כל ספק שללא הטעות המצערת שאירעה, הילד היה אמור לגדול אצל בעלת הביצית והזרע, הלוא הם הוריו הגנטיים. לכן, גם אם לִבְנוֹ עם כאבה הבלתי נתפס של היולדת, אך כאשר יתברר שאין זה הילד שלה, עם כל הצער, עליה להחזירו להוריו הגנטיים. ועל כך "שמדובר באישה שנשאה ברחמה ילד שחשבה שהוא שלה במשך תשעה חודשים, ובוודאי לא התכוונה לעבור את כל הצער והסבל למענם של הורים אחרים, בעוד היא עצמה תישאר ללא כלום" - ודאי תוכל לתבוע בדין תורה פיצוי על כך, אך זה שיקול הלכתי להשאירו בידיה, ולא למוסרו להוריו.

יתר על כן, הטענות אודות סבלה או טובתה של האם היולדת, אינם קשורות בהכרח ל"טובת הילד", שכן בראייה לטווח רחוק, ודאי שטובתו לגדול במשפחת הוריו הגנטיים, ולא במשפחה מאמצת, גם אם המעבר והקליטה הראשונית הם קשים [כפי שעניינו רואות, שבלא מעט מקרים, ילדים מאומצים מתבגרים, מעוניינים להכיר את משפחתם הביולוגית ולחדש עמה את הקשר].

בהמשך לנאמר, התשובה על השאלה השנייה - האם לחפש את משפחתו של הילד, גם היא פשוטה לאור העיקרון שהילד צריך לגדול אצל הוריו. ובפרט, כשיש חשש לתקלה של "אח נושא אחותו", וצורך לקיום החיובים ההלכתיים המוטלים על ילד כלפי הוריו הגנטיים.

קיצורם של דברים, אין בכל הטענות שהעלה הרב כץ, בכדי לשנות את העיקרון המנחה בנדון דידן. וכפי שכבר נכתב בדברי, ל"עקרון הפשטות" אין מקור בהלכה, ולהכרעה **מסברא** אין מקום, כאשר יש הלכות ופסקי דינים ברורים. על כן, משנתי הראשונה לא זזה ממקומה, ובפרט שזכיתי להסכמה מזקן פוסקי דורנו, הגר"מ שטרנבוך שליט"א.

לסיום, יודגש כי כל הדברים דלעיל נכתבו כבירור להלכה ולא למעשה. מובן מאליו, כי הכרעה הלכתית היא תמיד לגופו של המקרה, על פי ראיות הדיינים במה שראו עיניהם. כמובן, גם בנדון דידן אם ביום מן הימים ימצאו ההורים הגנטיים, כאשר בית הדין יתן את הכרעתו האם להוציא את הילד מחזקת האם שמגדלת אותו, תישקל היטב טובת הילד בהתאם לנסיבות, ואולי גם מקרה זה יהיה מאותם מקרים חריגים שבית הדין יעדיף להשאיר את הילד אצל האם היולדת, מאשר אצל הוריו גנטיים, אך אין זה הנושא והעניין שאנו עוסקים בו.