

סימן ח

בעלות על זרע וביציות

פרק א: בעלות האדם על גופו

פרק ב: בעלות על זרע וביציות

פרק ג: בעלות בני זוג על עוברים מופרים

פרק ד: חזרה מהסכם תרומת זרע או ביצית

פרק ה: מסחר בביציות להפריה

פרק ו: גניבת זרע או ביצית

בשנת תשנ"ב התפרסמה בישראל פרשת "בני הזוג נחמני". לאחר שנים רבות של נסיונות להביא ילדים לעולם בדרך כל אדם, שבמהלכם עברה האשה ניתוח לכריתת הרחם כתוצאה מגילוי מחלה ממארת [שגרם לה לאבד את היכולת להרות הריון טבעי], הסכימו בני הזוג להפרות את ביצית האשה בזרעו של הבעל. ההפריה נעשתה בהצלחה, והביצית המופרית ניתנה למשמרת בהקפאה במעבדת בית חולים.

בינתיים, בני הזוג התגרשו, והבעל נישא לאשה אחרת, ואף נולדה לו ממנה בת.

האשה הראשונה תבעה מבעלה בבית המשפט להמשיך בתהליך ההפריה, שכן מבחינתה היתה זו ההזדמנות היחידה להביא ילד [באמצעות אם "פונדקאית"]. אולם הבעל התנגד וטען שאינו רוצה להיות אב בעל כרחו.

בית המשפט המחוזי בחיפה פסק לטובתה, אך ערעורו של הבעל לבית המשפט העליון התקבל ברוב של ארבעה נגד אחד. הנימוק העיקרי היה, כי בכפיית הורות על הבעל בניגוד לרצונו יש פגיעה בזכויות היסוד שלו, ובנסיבות אלו הסכמתו לתהליך ניתנת לחזרה מאחר ובשעת ההסכמה להפריה לא היה ניתן לצפות מראש שבני הזוג יפרדו זה מזה בהמשך התהליך. מאידך גיסא, לדעת המיעוט, הבעל אינו רשאי לחזור בו מאחר והאשה הסתמכה על הסכמתו, ושינתה את מצבה עקב כך.

פרשה זו העלתה לסדר היום ההלכתי את נדון בעלות האדם על גופו, בהדגשת מימדים חדשים לשאלה זו:

- האם יש לבעל בעלות על זרעו ולאשה על ביציותיה.
 - האם יש לבני הזוג בעלות על ביצית מופרית בזרע.
 - האם ניתן לחזור מהסכמה לתרומת זרע או ביציות.
- לנושא זה יש השלכות רבות, לעניינים רבים אחרים, שיבוררו להלן, ובכללם: קבלת תשלום עבור תרומת ביציות, מסחר בביציות להפריה וגניבת זרע או ביצית.
- יודגש, כי בשאלות בירור יוחסין הקשורות לנושא, לא נעסוק במסגרת שלפנינו.



פרק א - בעלות האדם על גופו

א. לפני ארבע מאות שנה, כתב המחזאי ויליאם שיקספיר את המחזה 'הסוחר מונציה', בו מוצג יהודי המלווה בריבית ['שיילוק'], המחתים את אנטוניו, הוא 'הסוחר מונציה', על כתב ערבות, לפיו אם לא ישלם את חובו במועד, יאלץ לשלם את יתרת החוב בליטרת בשר מבשרו.

הרב שלמה יוסף זוין, פרסם מאמר בשם 'משפט שיילוק לפי ההלכה', הנסוב בעיקרו סביב השאלה האם האדם הוא הבעלים על גופו, ויסודו בדברי שלחן ערוך הרב¹ "אסור להכות את חברו אפילו הוא נותן לו רשות להכותו כי אין לאדם רשות על גופו כלל להכותו". וקבע על פי דבריו כי האדם אינו בעלים על גופו: "כח החיים של גוף האדם איננו שלו, של האדם. זוהי הנקודה! לא בלבד שהאדם אסור לאבד את חייו, כולם או מקצתם, אלא שאין החיים הללו שלו כלל, אם הוא מוכר או נותן או ממשכן את בשר גופו לחתיכה ולקציצה למי שהוא, הרי זה כאילו מקנה דבר שאינו שלו, שאין הקנין נתפס כלל. ה' נתן וה' לקח איננה מליצה של תנחומין גרידא, אלא שזוהי הגדרת המציאות. העיריני לראשונה על יסוד זה, לשונו של אדמו"ר הזקן בעל התניא בשלחן ערוך שלו. שהאדם אסור לחבול בעצמו, מבואר במשנה וגמרא ובפוסקים. אלא שבמקום שבכל אותם המקורות כתוב שאינו רשאי או שאסור, הנה ניסח הרב דין זה בלשון זו אסור להכות את חברו אפילו הוא נותן לו רשות להכותו, כי אין לאדם רשות על גופו כלל להכותו. הבליע הרב בנעימה דרך אגב נקודה נפלאה אין לאדם רשות על גופו כלל".

1. חו"מ הלכות נזקי גוף ונפש, סעיף ד.

הראיות לכך שהאדם אינו בעלים על גופו

ב. הרב זוין הביא ראיה שהאדם אינו בעלים על גופו מבעיית הגמרא בסנהדרין² "איבעיא להו, בן מהו שיקיז דם לאביו". האם הדבר מותר, או אסור בגלל החבלה שחובל באביו. ופשטו את הספק להיתר, משום רפואה: "ואם נאמר שכשנותן לו רשות מותר לחבול בו, מה היא הבעיא בהקזת דם, ולמה צריכים הטעם של רפואה, הרי בלאו הכי מותר כיון שנותן לו רשות". כלומר, מעצם הספק בגמרא מתברר לכאורה, שגם לאחר נתינת הרשות של האב, עדיין יתכן שיש בכך איסור חבלה. ומכאן ראיה, שהאדם אינו הבעלים על גופו לתת רשות לחבול בו.

הרב זוין הוסיף, כי דברי השו"ע הרב, שהאדם אינו בעלים על גופו, מדויקים בלשון הרמב"ם³ "ומזהירים בית דין שלא ליקח כופר מן הרוצח, ואפילו נתן כל ממון שבעולם, ואפילו רצה גואל הדם לפטרו, שאין נפשו של זה הנהרג קנין גואל הדם, אלא קנין הקב"ה, שנאמר⁴ ולא תקחו כופר לנפש רוצח". הרמב"ם אינו מסתפק בזה שאין נפש הנהרג קנין גואל הדם, אלא הוסיף ביאור: "אלא קנין הקב"ה". ומסיק מכך הרב זוין: "אין מכאן ראיה אמנם על חבלה במקצת הגוף, כשהאדם ישאר עוד בחיים, אבל היסוד העקרוני יש כאן, נפש האדם היא קניינו של הקב"ה".

ואף הרדב"ז כתב בביאור דברי הרמב"ם⁵ "אין ממיתים בית דין ולא מלקים את האדם בהודאת פיו אלא על פי שנים עדים", כי נפשו של האדם אינה קניינו: "ואפשר לתת קצת טעם לפי שאין נפשו של אדם קניינו אלא קנין הקב"ה, שנאמר הנפשות לי הנה⁶, הלכך לא תועיל הודאתו בדבר שאינו שלו. אבל ממונו הוא שלו, ומשום הכי אמרינן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי. וכי היכי דאין אדם רשאי להרוג את עצמו, כן אין אדם רשאי להודות על עצמו שעשה עבירה שחייב עליה מיתה, לפי שאין נפשו קניינו".

מתוך כך מסקנתו של הרב זוין ברורה ונחרצת: "אנו רואים, איפוא, שאבריו של האדם אינם ברשותו כלל – הוא איננו בעליהם והם אינם שלו, ולא יוכל לעשות בהם שום משא ומתן [מלבד שיעבודים של מלאכה ועבודה], ואינם נתפסים לא במכירה ולא במתנה ולא במשכנתאות ואפותיקאות וכדומה" [ולפיכך: "החווה של שילוק - אנטוניוס⁷ הוא, לפי ההלכה, בטל ומבוטל מעיקרו. בטל ומבוטל אפילו במקרה אם חתיכת הבשר החי לא היתה מסכנת את כל חייו של האדם. כל שכן כשבאמת אין כל בטחון שניתוח כזה לא יוציא את האדם מן העולם לגמרי"].

הרב זוין מסיים את מאמרו בפזמון הנאמר בסליחות: "הנשמה לך והגוף שלך - קנין של הקב"ה" [וכדבריו נקט לדינא הגרי"ש אלישיב, ויובא להלן אות כט].

2. פד, ב. 3. הלכות רוצח פ"א ה"ד. 4. במדבר לה, לא. 5. הלכות סנהדרין פ"ח ה"ו. 6. יחזקאל יח, ד. 7. המלוה והלווה.

ג. בביאור שיטתו של השו"ע הרב, שהאדם אינו בעלים על גופו, כתב הרבי מליובאוויטש⁸ "לכאורה יש לעיין בדברי הרדב"ז, דמאי שנא נפשות שהם קניינו של הקב"ה, מזה שכל העולם כולו הוא קנין הקב"ה, כמו שנאמר⁹ לה' הארץ ומלואה, ובלשון החינוך¹⁰ הכל ברשות אדון הכל, כולל ממונו של האדם, ובלשון הכתוב¹¹ לי הכסף ולי הזהב נאם ה'. ועל כן צריך לומר שהגם שכל העולם הוא בבעלותו של הקב"ה, מכל מקום ביחס לרשות האדם יש הבדל עיקרי בין נפשו וממונו. ויש לומר הביאור בזה, נפשו וחיויו של האדם נמסרו מהקב"ה להאדם רק בתור פקדון, ולא לבעלותו שלו, כפסק רבינו הזקן בשולחנו דאין לאדם רשות על גופו כלל להכותו. ועל פי זה שאדם מוזהר שלא להזיק את גופו אינו רק ענין של איסור, אלא זהו גם מדיני קניינים - שאין לו רשות [בעלות] על גופו [כי הגוף קנינו של הקב"ה שנמצא אצל האדם בתור פקדון]. משא"כ ממונו של אדם, נמסר להאדם באופן שהוא נעשה בעליו של ממון זה [וע"ד שנאמר¹² "והארץ נתן לבני אדם"]. וזה ש"צריך להזהר במאודו שלא לאבדו ולא לקלקלו ולא להזיקו"¹³ אינו מפני שהממון אינו שלו, אלא זהו איסור, שעובר על לאו דבל תשחית".

כלומר, ודאי שהכל שייך להקב"ה, אלא שהבעלות על הממון הקב"ה מסר לידי האדם, בעוד שאת הבעלות על גופו לא מסר לו, אלא רק הפקיד את הגוף ברשותו, אך הבעלות על הגוף נשארה של הקב"ה, ולכן אסור לאדם לפגוע בפקדון ולהשחית את גופו. ובטעם הדבר ביאר הרבי: "מצד הקב"ה אין חילוק כלל בין נפשו וגופו של אדם לממונו, כי כל העולם ומלואו של הקב"ה הוא בשווה ממש. אבל יש נפקא מינה ביניהם מצד האדם: בנוגע לגופו ונפשו ניתנו לו באופן שניכרת בהם בעלותו של הקב"ה, כי בכל יום אומר נשמה שנתת בי, מחדש מחוייב בתורה ומצוות, ונרגשת בגופו קדושתה של הנשמה, וגם בגופו של איש ישראל יש קדושה. ומכיון שנבראו באופן שבעלותו של הקב"ה ניכרת בהם, הרי לא יתכן שיהיה לאדם דין בעלות עליהם. משא"כ ממונו הוא באופן שאין בו קדושה זו, ולא ניכרת בו בעלותו של הקב"ה, וכיון שהתורה ניתנה למטה בארץ דוקא".

אולם לענ"ד צ"ע בדברי הרבי מליובאוויטש שהסיבה לכך שאין לאדם בעלות על גופו, היא מצד ה"קדושה" שיש בגופו של ישראל, שמתוכה צריכה להיות ניכרת בעלות הקב"ה על הגוף. שכן לפי דבריו יוצא, שלגויים, אשר לכאורה אין קדושה בגופם, תהיה בעלות על הגוף, שהרי הם כממונו של האדם, שלפי דברי הרבי הסיבה שהממון הוא בבעלותו של האדם נובעת מכך כי אין בממון קדושה, ולכן לא ניכרת בו בעלות הקב"ה, וצ"ע.

8. ליקוטי שיחות, כך לה, פרשת שופטים שיחה ב. 9. תהלים כד, א. 10. מצוה שכח. 11. חגי ב, ח. 12. תהלים שם. 13. לשון שו"ע הרב הלכות שמירת גוף ונפש סע' יד.

הקב"ה והאדם - בעלות משותפת על הגוף

ד. הרב שאול ישראלי, הביא את דברי הרב זוין בספרו עמוד הימיני¹⁴, ולאחר שסתר את ראיותיו, הקשה שהרי לפי הבנת הרב זוין בדעת הרדב"ז שהאדם אינו בעלים על גופו שהוא "קנין הקב"ה", נמצא שהרדב"ז סתר את משנתו במה שכתב בהלכות מלכים¹⁵ בנדון רודף שיכולים להצילו באחד מאיבריו והרגוהו, שאין נהרגים עליו, וכתב הרדב"ז: "דכיון שהוא רודף, הפקיר עצמו למיתה שהרי יודע הוא שהנרדף יעמד על נפשו". ולפי הבנת הרב זוין קשה "מה בכך שהתיר עצמו למיתה, הרי אין הנפש קניינו, והפקרתו אינה מועילה ולא כלום, ולמה לא יתחייב מיתת בית דין זה שהרגו".

ומתוך כך מסיק הרב ישראלי, כי האדם הוא אכן בעלים על גופו, ורשאי למחול על החבלה בגופו, אלא שהאדם אינו הבעלים היחידי, אלא אף הקב"ה שותף עמו בבעלות על הגוף: "בנפש האדם יש שני שותפים. הקב"ה, שעל זה נאמר בפסוק בספר יחזקאל כי הנפשות לי הנה. והאדם, אשר לו ניתנה. וחברו שהרגו חטא, גם כנגד האדם שבו נופחה נשמה זו, וחיוב מיתה שבידי בית דין הוא מחמת התביעה שבי אדם לחברו. אכן גם כלפי שמים מחויב, וזהו חיוב בידי שמים".

ולפי זה ביאר הרב ישראלי את דברי הרדב"ז בנדון רודף: "אלא שבעלמא אין מועילה הרשאת אדם על גופו לסלק חיוב שבידי בית דין, משום דקיימא לן אין אדם מוחל על ראשי אברים¹⁶, מכל שכן על כל הגוף. אולם בנדון דידן שאנו רואים שהתיר עצמי למיתה על ידי שהפקיר את עצמו כלפי הנרדף, בזה נפקע החיוב בידי בית דין על התרתו, כיון שהוא מחל בבירור, משא"כ החלק של דיני שמים, שהוא מצד הנפשות לי הנה, לזה לא מועילה מחילתו, על כן חייב ההורגו בידי שמים. נמצא שמש"כ הרדב"ז שלא מועילה הודאתו מפני שאין הנפש שלו, היינו שיש כאן חלק גבוה וזה לא ניתן להיות נדון בהודאתו".

היוצא מדבריו, כי הבעלות על הגוף משותפת להקב"ה ולאדם. ולמעשה מצינו לכך אסמכתא, בדברי הגמרא בקידושין¹⁷ "תנו רבנן, שלשה שותפין הן באדם הקב"ה, ואביו ואמו". [וראה בנספח למאמר זה במכתבו של רבי אברהם צבי שינפלד, אות ג].

הקב"ה בעלים על הנפש - האדם בעלים על הגוף

ה. רבי יעקב אפשטיין, הביא בשו"ת חבל נחלתו¹⁸ את דברי הרב זוין, והעיר:

"הרב זוין יצא להחיל כלל שאין לאדם בעלות על גופו ועל נפשו. והנה הוא עובר מנפש לגוף, וחוזר חלילה, בלי להבחין ביניהם, ובלי להבחין אם מדובר בהמתה או בחבלה,

14. סימן טז פרק ה אות טז. 15. פ"ט ה"ד. 16. ב"ק צג, א. 17. ל, ב. 18. ח"ז סימן ס.

והכל בכלל אחד כייל, ולא הגדיר לענ"ד את הדברים במדויק. והנראה לענ"ד שמכל דבריו אין ראייה לגבי פגיעה באבריו שלו, וניתן לומר שיש לאדם בעלות על אבריו ולא רק קנין פירות לפרנסה כגון עושה בידיו ורגליו וכדומה, אלא בעלות גמורה. אלא שלא הותר לו "להוציאם" מרשותו אלא כשאין בכך דרך השחתה, שהרי גם הוא חייב ב"בל תשחית" כלפי גופו. ולגבי נטילת חיותו לגמרי, מודה אני לרב זיין ולמקורות שהביא.

ומבוארת בדבריו דרך נוספת בהגדרת בעלות האדם על גופו. כידוע, האדם מורכב מגוף ונפש. ועל כן, יש להפריד ביניהם גם לענין הבעלות. ובעוד שהקב"ה הבעלים על נפש האדם [ואסור לאדם לשלוח יד בנפשו], הרי שהאדם הוא הבעלים על הגוף, היות והקב"ה מסר לו את הבעלות על הגוף. יחד עם זאת, למרות שהאדם בעלים על גופו, עדיין אסור לו לחבול ולהשחית את גופו מחמת איסור 'בל תשחית'.

הנפקא מינא מהגדרה זו היא לענין עצם ההיתר לתרום איברים, כפי שמסביר הרב אפשטיין: "לפי הרב זיין אסור, ואין יכולת לאדם לתרום כליה לאחר, או מח עצם וכדומה, שהרי אינם בבעלותו. אבל לפי הדרך השניה, כיון שאין בכך השחתה, וזה נעשה להצלת חברו, מותר".

בעלות האדם על גופו - כגדר הבעלות על חברה בע"מ

ו. כאמור לעיל, נוכחנו לראות כי קיים קושי בהגדרת הבעלות על גוף האדם, האם הוא קניינו המוחלט של הקב"ה, או שגם לאדם יש בעלות על הגוף. ולכן חשבתי לחדש גדר אחר בבעלות על גוף האדם, כהגדרת הבעלות על "חברה בע"מ", ואסביר את כוונתי.

לפני כמאה שנים נדרש בית משפט בבריטניה להתייחס לסוגיה משפטית סבוכה שמעולם לא עלתה לדיון. סוחר עורות יהודי בשם אהרן סלומון, הגדיר את בית העסק שלו כ"חברה בערבון מוגבל", במובן זה שבית העסק שלו נהפך ליישות משפטית עצמאית בעלת ממון שעומדת בפני עצמה, וכאשר יש ליישות זו חובות, נכסי בית העסק בלבד משועבדים לחובות החברה, ולא הנכסים הפרטיים של בעלי החברה. אהרן סלומון רכש לעצמו את רוב מניות העסק והיה לבעלים של הישות האוטונומית הזו. לאחר תקופה, בית העסק של סלומון קרס, והנושים באו לתבוע את כספם. אולם סלומון השיב להם, כי אין לו כל קשר לחובות החברה מאחר והחובות הם של ה'חברה', והוא עצמו בעליה של החברה, אך נושים יכולים לפנות אל נכסי החברה בלבד, שהרי הבעלים לא לווה את הכסף אלא החברה.

בית משפט העליון של הלורדים בבריטניה, פסק כי סלומון היה רשאי למכור את החברה בכל מחיר שירצה. ולאחר המכירה, אין הוא אלא מנהל בלבד, והחברה היא בעצם יישות משפטית נפרדת, השייכת לבעלי המניות בלבד, ולכן סלומון אינו אחראי

באופן אישי לשלם את חובות החברה. החלטה תקדימית זו, מקובלת ברוב מדינות העולם עד היום הזה, וכל 'חברה בע"מ', היא בבעלות בעלי המניות, והרכוש שייך לחברה. ומכאן המושג 'בערבון מוגבל', דהיינו שהאחריות של הבעלים איננה באופן אישי, אלא מוגבלת לנכסי החברה בלבד.

ז. פוסקי ההלכה נדרשו להביע דעת תורה, מה מעמדה ההלכתי של "חברה בע"מ", ושאלה זו מסתעפת לדיני קניינים, הלכות שבת, חמץ וריבית, מעקה ועוד - מיהו הבעלים של החברה, המחוייב בשמירת השבת ובאיסורי הריבית של החברה, על מי מוטלת חובת ביעור החמץ של החברה, ומי מחוייב בבניית המעקה בבניינים השייכים לחברה. אין ספק כי לנושא נרחב זה ראוי לייחד שיעור בפני עצמו, ולכן נציין בקצרה לגישות העיקריות המקובלות בין פוסקי הדורות האחרונים בהגדרת הבעלות על 'חברה בע"מ' על פי ההלכה.

● הבעלות על חברה היא כבעלות רגילה לכל דבר של בעלי המניות, אולם לא ניתן לתבוע את חובות החברה מהם [באופן אישי] כי גדר השעבוד הממוני הוא על הנכסים בלבד ואין שעבוד הגוף של בעלי המניות. כלומר, בעלי החברה מתנים מראש שלא יחול עליהם שיעבוד ממוני על חובות החברה, אלא רק נכסי החברה משועבדים לפירעון החובות. כך מבואר בשו"ת צפנת פענח¹⁹, בשו"ת אגרות משה²⁰, ובשו"ת משנה הלכות²¹.

● דרך שונה במקצת נקט המהר"ם שיק²², ולדעתו השיעבוד הממוני של נכסי החברה הוא בגדר 'אפותיקי מפורש' לגביית החוב, דהיינו תנאי בהלוואה של החברה לבעלי החובות שהפרעון יהיה מנכסים מסויימים בלבד, ולכן אפשרות הגביה היא רק מנכסי החברה ולא מהבעלים. וכן דעת המנחת יצחק²³, ושבט הלוי²⁴.

● בשו"ת מהרי"א הלוי²⁵ כתב שגדר הבעלות בחברה בע"מ אינו ככל בעלות רגילה, שהרי לבעלי המניות אין רשות לפעול בחברה אלא רק דרך המנהלים הממונים, והרי הבעלים כאנשים זרים שאסור להם להיכנס לשטח החברה, ובעל מניות שייטול חפץ מהחברה לא יכול לומר "מחלקי אני נוטל", וזו הסיבה שאי אפשר לתבוע את בעלי החברה על חובות של החברה כי אין להם בעלות גמורה. ולכן גדר הבעלות היא מוגבלת בלבד. וכן נקטו בשו"ת הרי בשמים²⁶, בשו"ת האלף לך שלמה²⁷, בשו"ת זכר יצחק²⁸, ובשו"ת חלקת יעקב²⁹.

19. ח"א סי' קפד. 20. יו"ד ח"ב סי' סג. 21. ח"ו סי' רעז. 22. יו"ד סי' קנח. 23. ח"ג סי' א. 24. ח"ח סי' שו. 25. ח"ב סי' נד. 26. תנינא סי' קטו ד"ה גם יש לצרף. 27. או"ח סי' רלח. 28. סי' ת. 29. יו"ד סי' סה.

ח. מבלי להיכנס לפרטי הדינים היוצאים מהגישות ההלכתיות השונות בהגדרת 'חברה בע"מ', המכנה המשותף לכל הדעות הוא, שקיימת מציאות של בעלות על חפץ או נכסים שאינה מוחלטת ככל בעלות רגילה. וכך נוצר מצב שבו יש בעלים לחברה, אך הוא אינו רשאי לעשות בחברה ככל העולה על רוחו, וגם אינו נושא באופן אישי בנטל פרעון חובותיה של החברה. מציאות שכמובן אינה קיימת בבעלות של האדם על חפציו הפרטיים, שהיא בעלות קניינית מוחלטת לכל דבר וענין.

ומעתה יתכן לאמץ הגדרה הדומה להגדרת בעלות על 'חברה בע"מ', גם לבעלות על גוף האדם, הנחשב כ'בעלי המניות' בחברה, ואף שיש לו בעלות על הגוף, והוא רשאי לפעול ולהשתמש בגופו לכל מה שירצה, וכן להרוויח ממעשה ידיו. אולם יחד עם זאת, בעלותו מוגבלת, שכן אסור לו לפגוע ולחבול בגופו.

יתכן אפוא, שדברי השו"ע הרב "אין לאדם רשות על גופו כלל", וכן דברי הרדב"ז "אין נפשו של אדם קניינו אלא קנין הקב"ה", לא נאמרו ביחס לבעלות האדם על גופו, כי גדר בעלות האדם על גופו דומה לבעלות על חברה בע"מ, וגם הבעלות על הגוף היא מעין "יישות בפני עצמה", ובעלות האדם מוגבלת לענין זה שאין לאדם רשות לעשות בגופו ככל העולה על רוחו, אלא בהתאם להוראות הקב"ה, כשם שבחברה בע"מ אין הבעלים יכולים לעשות כרצונם [וראה בהערת רבי יוסף כרמל בנספח לפרק זה].

לסיכום: נחלקו הפוסקים, מי הוא הבעלים על גוף האדם.

- האדם אינו בעלים על גופו [הרב זוין על פי שו"ע הרב].
- להקב"ה ולהאדם בעלות משותפת על הגוף [הרב ישראלי].
- הקב"ה בעלים על הנפש והאדם בעלים על הגוף [הרב אפשטיין].
- ולענ"ד יתכן כי גדר בעלות האדם על גופו הוא כגדר הבעלות על 'חברה בע"מ', כמבואר לעיל.

פרק ב - בעלות על זרע וביציות

ממוצא הדברים נבוא לדון בשאלת בעלות האדם על זרעו, בעלות האשה על ביציותיה, ובעלות בני הזוג על ביצית מופרית בזרע,

ויש לברר:

• האם יש לאדם בעלות על זרעו לאחר שיצא מגופו, וביכולתו למנוע את נטילת זרעו [המוקפא] להתחיל תהליך הפריית זרעו בביצית.

• האם יש לאשה בעלות על ביציותיה, והיא יכולה לחזור בה מהתרומה [לאחר ההבטחה או הקניין, או גם לאחר נתינת הביצית, ואולי אפילו לאחר שכבר התחיל תהליך ההפריה].

• האם יש בעלות לאדם על זרעו ולאשה על ביציותיה, לאחר שכבר התחיל תהליך הפריה חוץ גופית, וכל אחד מהם יכול לעכב את המשך ההפריה.

במושכל ראשון נראה כי נדונים אלו תלויים במחלוקת הפוסקים שהובאה בפרק הקודם, האם יש לאדם בעלות על גופו:

לדעת הרב זוין, שאין לאדם בעלות על גופו, האיש או האשה אינם הבעלים על הזרע והביציות. ואילו לדעת הרב ישראלי, שגם לאדם יש בעלות על גופו, וכן אם נאמר שבעלות האדם על גופו היא כבעלי מניות בחברה בע"מ - האיש בעלים על זרעו והאשה על ביציותיה.

אולם לאחר העיון, נראה שיש להבדיל בין בעלות האדם על איברי גופו, לבעלות על זרע או ביציות, כדלהלן.

מ. הרב אברהם שרמן, דיין בבית הדין הגדול בירושלים, דן במאמרו "הפריה חוץ גופית אצל זוג פרוד"³⁰ בפסק בית הדין הרבני האזורי שאין להשתיל ברחמה של האשה הביצית שהופרתה מזרע הבעל, כנגד רצונו. וכנגד פסק זה הגישה האשה ערעור לבית הדין הגדול בירושלים, בבקשה להמשיך את תהליך ההפריה.

הרב שרמן הביא את דברי הגר"ש ישראלי³¹ שהזרע מתייחס לבעליו ככנו, ויחס האבהות קובע גם את הזכויות הממוניות שיש לבעל בעובר. ואת דבריו של רבי לוי יצחק הלפרין בשו"ת מעשה חושב³² אשר דן בשאלה האם מותר להשמיד תאים מופרים השמורים בהקפאה, ללא נטילת רשות מבעלי אותם תאים, ומסקנתו: "קודם השימוש בתאים המופרים הנ"ל יש ליטול רשות מבעליהם של התאים המופרים להשתמש בהם.

30. תחומין כרך כב עמ' 392. 31. בחוות הדעת ההלכתית שכתב בנדון בני הזוג נחמני. 32. ח"ג סימן ב.

גם האשה בעלת הביצית חשיבא בעלים על הביצית המופרית, ולא רק בעלה. דאין מסתבר כלל לומר שהיא משועבדת לו להוציא מגופה ביציות להפריה, אלא הדבר נעשה בהסכמת שניהם, בכדי להשתתף בתוצאה. וממילא שניהם חשיבי שותפים מלאים על הביצית המופרית, וצריך ליטול משניהם רשות להשתמש בה".

ומתוך כך קבע הרב שרמן: "מסקנתם זו של הר"ש ישראלי והר"י הלפרין אינה סותרת את הקביעה שלאדם אין בעלות על גופו. בנושא זה נגעתי במאמרי "תרומת איברים למטרת רווח כספי - בעלות אדם על גופו ועל צערו"³³. מסקנתי שם היא, שיש לאדם בעלות על גופו, אפילו שיחבלו בו, כאשר הדבר נעשה לשם מטרה שיש בה מצוה. כמו כן הוא רשאי לקבל תמורה ממונית. הכלל, שאין לאדם בעלות על גופו, נאמר רק כשרוצה להשתמש בו למטרת השחתה, חבלה, צער וכאב".

ומבואר בדבריו, שכל הנדון שנחלקו בו הרב זוין והרב ישראלי, האם יש לאדם בעלות על גופו, ולדעת הרב זוין האדם אינו בעלים על גופו - אינו שייך כלל לנדון בעלות האיש על זרעו והאשה על ביציותיה. משום שדברי הרב זוין שאין לאדם בעלות על גופו, נאמרו רק כאשר רוצה "להשתמש" בגופו למטרות של חבלה והשחתה, האסורות, ובשל כך אין לאדם בעלות לפגוע בגופו שלא לצורך. אולם כאשר החבלה היא לצרכים מותרים [כתרומת איברים - שהיא בדרך כלל לצורך פיקוח נפש או לצורך קיום מצות פרו ורבו], בעלות האדם על גופו שרירה וקיימת.

ולפי דבריו יוצא שהאדם בעלים על זרעו והאשה על ביציותיה.

י. גם לדעת רבי שלמה דיכובסקי, חבר בית הדין הגדול בירושלים, האיש בעלים על זרעו והאשה על ביציותיה, אך מסיבה אחרת, כפי שכתב לי בחודש שבט תש"ע:

לרבי צבי שליט"א

המחלוקת הידועה לגבי בעלות האדם על גופו, עוסקת בדיני איסור והיתר [האם מותר לאדם לפגוע בגופו או למכור חלקים ממנו], ולא בבעלות מדיני חושן משפט. כשם שברור לחלוטין, שאדם שיש לו פרה או עז, החלב והגיזות שייכים לו, למרות שפרשו מן הבהמה, כך יש לאדם בעלות של חושן משפט על היוצא מגופו, ועל חלקים שנלקחו ממנו.

אין לבעלות זו דבר עם הסטטוס ההלכתי של החלק שפרש ממנו.

לדעתי, החלק שפרש ממנו, אינו בסטטוס הלכתי של גופו. ולכן אין לקבל את הנחיותיו ביחס לזרע שניתן על ידו, ושהביצית הופרתה בו.

יתר על כן, לאחר שהביצית הופרתה - למרות שעדיין מדובר במצב של טרום עובר

- יש לה מעמד עצמאי משלה, וכפי שכתב הרמב"ן בפרשת משפטים³⁴, שחיוב התשלומים עבור הולדות הוא מדין קנס בלבד.

בנרחה, שלמה דיכובסקי

לדעת הרב דיכובסקי, אין קשר בין מחלוקת הרב זוין והרב ישראלי האם האדם בעלים על גופו, לנדון בעלות האדם על זרעו והאשה על ביציותיה. שכן מחלוקתם בדיני איסור והיתר, האם מותר לאדם לפגוע בגופו, או לא. אך בהלכות חושן משפט, ברור שהאדם בעלים על גופו, ועל היוצא מגופו, לרבות זרע האיש וביציות האשה.

לאור הבנה זו, ברור איפוא, שיש לגבר בעלות על זרעו ולאשה על ביציותיה [יחד עם זאת, לביצית המופרית מעמד משלה, ולכן אין לבני הזוג בעלות עליה, וכפי שיבואר בדברי הרב דיכובסקי בפרק הבא אות כב].

יא. לעומתם, לדעת הרב יעקב אריאל, רבה הראשי של רמת גן³⁵, אין לאשה בעלות ממונית על הביציות, אך יש לה "זכות" בהן, כדבריו בנדון גניבת ביציות [יבואר בהרחבה להלן פרק ו] "מקובלנו שאין לאדם בעלות על גופו. ולפי זה מי שגנב מאדם אברים אינו נחשב לכאורה גנב, כי הוא לא לקח דבר מבעליו. אלא שהשאלה הנשאלת היא, האומנם אבריו של אדם הפקר, וכל הבא ליטול יכול ליטול".

ועל כך השיב הרב אריאל: "נראה לענ"ד, שגם אם נניח שאין האדם בעלים על גופו, בכל זאת אין גופו הפקר, ואסור ליטול ממנו אבר ללא רשותו". והוסיף: "במקום אחר³⁶ דנו בשאלת הבעלות של אדם על אבריו, והוכחנו שיש אפשרות עקרונית לאדם למכור חלקים מגופו, לפחות אותם החלקים שיש להם חלופה כגון דם ושערות. הרי זה כדוגמת רחל אשת ר' עקיבא, שמכרה את מחלפות ראשה כדי שבעלה יוכל ללמוד תורה [ומבואר שם כי התשלום הוא "על צער הניתוח, וכן על הזכות להשתמש בהם"]. הביציות דומות במידה מסוימת לדם ושיער. מספר הביציות בשחלותיה של אישה הוא רב, הרבה יותר מסיכוייה ללדת מכולן ילדים. ולכן, נטילת מספר ביציות לא תפגע בסיכויי פוריותה בעתיד. מאידך גיסא, היא הנותנת, יש לאישה רשות למסור את הביציות העודפות לנשים אחרות. ולכן, מי שנוטלן ללא רשותה גוזל ממנה זכות זאת".

ומתוך כך הוא בא לידי המסקנא: "לכן נראה, שיש לאישה זכות על ביציותיה. היא רשאית למנוע את נטילתן ללא רשותה, והיא זכאית למוסרן למי שליבה חפץ, גם אם אינן שלה ממש מבחינה ממונית".

ומבואר בדבריו שאמנם אין לאשה בעלות ממונית על הביציות, אך יש לה "זכות" בהן, ולכן מותר לה לדרוש עליהן תשלום בעד תרומתן, ואסור לשאוב את הביציות מגופה ללא רשותה.

34. שמות כא, כב. 35. תחומין כרך כא עמ' 100. 36. שו"ת באהלה של תורה ח"א סי' ק.

יב. ולכאורה היה נראה להביא ראיה שאין לאדם בעלות על מה שיוצא מגופו, מדברי הרמב"ם³⁷ "המת אסור בהנאה כולו, חוץ משערו שהוא מותר בהנאה, מפני שאינו גופו". ומדבריו ששיער אינו נחשב חלק מגוף האדם, יש ללמוד שהוא הדין לכל מה שיוצא מגוף האדם שאינו נחשב כגופו. ולפי זה גם זרע או ביציות, אינם בבעלות האיש והאשה לאחר שיצאו מהגוף.

אולם מרן השו"ע³⁸ פסק, ששיער המת אסור בהנאה, שלא כדברי הרמב"ם: "נויי המת המחוברים בגופו, כגון פאה נכרית וכיוצא בה, אסורים כמו המת עצמו. במה דברים אמורים, בסתם. אבל אם צוה שיתנו נוי גופו המחוברים בו לבנו או לבתו או לצורך דבר אחר, מותרים. אבל שערו ממש אפילו אם צוה עליו, אסור בהנאה". ובפשטות נראה מדבריו ששיער הוא חלק מהגוף, ולכן נאסר בהנאה. ואם כן אין ראיה לנדון בעלות על זרע וביציות.

זאת ועוד, גם מדברי הרמב"ם שכתב ששיער אינו כגופו של האדם, אין ראיה לנדון בעלות על זרע וביציות, על פי מה שביאר הגרצ"פ פרנק בשו"ת הר צבי³⁹ את דברי רש"י בערכין⁴⁰ ששיער האשה נאסר במיתתה כי "שיער לאו בר מיתה", היינו "משום דאין המיתה פועלת שום שינוי בשיער, ולכן אין בשיער חלות איסור התלוי במיתה. ולשון הרמב"ם⁴¹ שהשיער מותר בהנאה מפני שאינו גופו, דא ודא אחת היא, ומשום זה שאין בו שינוי על ידי המיתה, מהאי טעמא אינו גופו". כלומר, כוונת דברי הרמב"ם שהשיער אינו נאסר לאחר מיתה "מפני שאינו גופו", זה סיבה מיוחדת שנאמרה בשיער שאינו נאסר במיתה מכיון "שאין בו שינוי על ידי מיתה".

נמצא שאילולא טעם זה, יתכן שכל מה שיוצא מגוף האדם נחשב כגופו.

יג. ונראה להביא ראיה שיש בעלות על הזרע לאחר שיצא מגוף האדם, מדברי המשנה⁴² "מעשה באחד שנדר מאשתו הנאה והיתה כתובתה ארבע מאות דינרים, ובא לפני רבי עקיבא, וחייבו ליתן לה כתובתה. אמר לו, רבי, שמונה מאות דינרין הניח אבא, נטל אחי ארבע מאות ואני ארבע מאות, לא היה שתיטול היא מאתים ואני מאתים. אמר לו רבי עקיבא, אפילו אתה מוכר שער ראשך, אתה נותן לה כתובתה".

מהצעתו של רבי עקיבא למכור את השערות כדי לשלם את הכתובה, נראה שיש לאדם בעלות על השערות לאחר שנגזזו מגופו. ולכאורה הוא הדין בכל מה שיוצא מגוף האדם, כזרע וביציות, שהוא בבעלות האדם ורשאי למוכרו או לתת אותו במתנה.

ונראה להביא ראיה נוספת שיש בעלות על הזרע לאחר שיצא מגוף האדם, מדברי הגמרא⁴³ "תני רב ביבי קמיה דרב נחמן, שלש נשים משמשות במוך: קטנה, מעוברת,

37. הלכות אבל פרק יד הלכה כא. 38. יו"ד סי' שטט סע' ב. 39. סימן רעו. 40. ז, ב. 41. שם. 42. נדרים פ"ט מ"ה. 43. יבמות יב, ב.

ומניקה. קטנה, שמא תתעבר ושמא תמות. מעוברת, שמא תעשה עוברה סנדל. מניקה, שמא תגמול בנה וימות". וכתבו התוספות⁴⁴ "פירש הקונטרס, מותר לשמש במוך, אבל שאר נשים אסור משום השחתת זרע. ורבנו תם אומר דלפני תשמיש ודאי אסור ליתן שם מוך, דאין דרך תשמיש בכך, והרי הוא כמטיל זרע על העצים ועל האבנים כשמטיל על המוך, אבל אם נותנת מוך אחר תשמיש, אין נראה לאסור. דהאי גברא כי אורחיה משמש, מידי דהוה אקטנה ואילונית דלא איתסרו בתשמיש משום דלאו בנות בנים נינהו, והאשה שנותנת אחר כך מוך, לא הוזהרה אהשחתת זרע, כיון דלא מיפקדה [מצווה] על פריה". ומבואר בדברי התוספות שמותר לאשה להוציא את זרע הבעל לאחר הביאה, כדי לא להתעבר, מכיון שנשים לא הוזהרו על איסור השחתת זרע.

ולכאורה אם הזרע שייך לבעל, מי התיר לאשה לגזול את "רכושו" של בעלה ולהשחיתו. ואכן, הפתחי תשובה⁴⁵ הביא את דברי החתם סופר⁴⁶ שהאשה מותרת לעשות זאת רק בהסכמתו של הבעל: "שאיין לה רשות להשחית זרעו בלי רצונו, אפילו כבר קיים פריה ורביה". מוכח איפוא, שיש לאדם בעלות על זרעו, ולכן אסור לאשה להשחית את זרעו ללא הסכמתו.



מכירת איברים וביציות על ידי היורשים

יד. לנדון בעלות האדם על גופו, יש נפקא מינה נוספת - האם יש ליורשים בעלות על גוף הנפטר ואיבריו, וכתוצאה מכך, האם רשאים "למכור" איברים ולדרוש עבורם תשלום, כפי שדן הראשון לציון הגר"א בקשי דורון בשו"ת בנין אב⁴⁷:

"יש לדון עקרונית, מה הזיקה של האדם לאיבריו, האם אדם בעלים על איברי גופו כרכושו, רק שהוראות התורה של שמירת נפש, מגבילות אותו שלא לעשות בהם ככל שעולה על רוחו, ולשמרם כראוי. או שאדם למעשה אינו בעלים על גופו כלל, ואינו אלא שומר שקיבל פיקדון וחייב בשמירתו כראוי. כמו כן יש לדון האם המת הינו בעלים על איברי גופו כרכושו, רק שהוראות התורה של שמירת נפש מגבילות אותו שלא לעשות בהם ככל שעולה על רוחו, ולשמרם כראוי. כמו כן יש לדון האם אדם שמת, גופו עובר ליורשיו, והם כבעלים חייבים בכבודו ובקבורתו, או שהמת האסור בהנאה אינו רכוש, ואין עליו בעלות כלל. וחוב היורשים וזכותם הוא משום שהם כקרובים וכיורשים אחראים לקיום מצות התורה לקבורת המת. ונפק"מ אם יכול לקבל היורש שכר עבור הסכמה למסירת איברים להשתלה".

ולאחר שהביא את דברי הרב זוין [אות א], שאין לאדם בעלות על גופו, כתב: "לשיטה זו, אין מקום לדון על בעלותו של התורם על השתל, לפי שמעולם השתל או כל איבר

44. שם ד"ה שלש. 45. אבן העזר סימן כג ס"ק ב. 46. יו"ד סימן קעב. 47. ח"ג סימן נג.

מאיבריו אינו שלו כלל. הבעלים כשומר של האיברים, חייב בשמירתם בחיים ובקבורתם לאחר נטילתם מהגוף, ואם מותר לשותלם הוא מדין פקוח נפש או בכדי להקל צער. ובשעה שנעשו ברשות האחר כחיים, ודאי שאין כל זיקה לתורם, שמעולם לא היה בעלים על גופו".

ברור איפוא, שאם לאדם עצמו אין בעלות על גופו, גם ליורשיו אין בעלות על האיברים, ואין להם כל זכות "למכור" אותם.

פו. אמנם לדעת הרב ישראלי, שיש לאדם בעלות על גופו, היה מקום לומר שבעלות זו עוברת בירושה, וכשם שלאדם עצמו יש זכות לקבל תשלום עבור איבריו, כך גם ליורשיו מותר "למכור" את האיברים.

אך הרב בקשי דורון דחה זאת: "הגר"י ישראלי התפלמס בשאלה זו וחלק על קביעתו של הגר"ש זוין, שאין לאדם זיקה ממונית כבעלים על גופו. אולם גם לשיטה זו ניתן לומר, שגם אם אדם בעלים על גופו, זהו כל עוד האיבר חי ונמצא עמו, אולם כיון שעם נטילת האיבר חל על האיבר דין איסור הנאה ומצות קבורה, הרי שהתורה הגבילה את הבעלות כל עוד האיבר חי, אבל כשניטל או מת, נאסר האיבר בהנאה, ואיסור זה מפקיע למעשה כל זיקה של הבעלים לאיבר, מלבד מצות הקבורה המוטלת עליהם. והוא הדין היורשים אינם יורשים גוף, לפי שאסור הוא בהנאה והופקע מכל בעלות, כיוורשים מקבלים הם את דין הבעלים לדאוג לקבורת המת. אבל ברור שאין להם בעלות על הגוף המת, לפי שכל בעלותם היתה על האיבר החי. לפי זה ברור שאין לקרובים הזכות לדרוש כסף תמורת הסכמתם למסור איברים, משום שכל מה שהיה להם באיברים הוא חיוב מצות הקבורה, אבל לא ליהנות מהמת שאינו שלהם. ואינם דומים לתורם שיכול לקבל תשלום על הסכמתו וצערם כל עוד הוא בעל האיברים, וזכותו ליהנות מהם". ומבואר שגם לדעת הסוברים שיש לאדם בעלות על גופו, הם מסכימים שבעלות זו היא רק בחיי האדם, אבל לאחר מיתה, אין לאדם או ליורשיו בעלות על הגוף.

ולמעשה יסוד הדברים מפורש באגרות משה⁴⁸ בתשובתו "בדבר שנשאל מוואשינגטון מלשכת הנשיא⁴⁹ בדבר שימוש באברים של המת על פי צוואתו לצורך רפואה", וכתב רבי משה: "הנני משיב בקצרה כי על פי דין התורה שקבלו חז"ל איש מפי איש עד משה רבינו ע"ה שקיבלנו מסיני, אין שום אדם בעלים על גופו לצוות שיעשו בגופו, ואפילו רק באבר אחד מאבריו, שום דבר. אף לא לצורכי השגת ידיעה לענייני רפואה. וכל שכן שבניו וקרוביו אינם בעלים על זה".

וכן מסר לי ידידי הרב פרופ' אברהם אברהם בשם הגרש"ז אויערבך והגר"ש אלישיב "שאין לקחת קרניות להשתלה מן המת, ויש בזה משום גזל שאין אדם בעלים על גופו".

48. יו"ד ח"ג סימן קמ. 49. אופיס של הפרעזידנט.

ולפי דבריהם יוצא, כי יורשי אשה שביציותיה הוקפאו, אינם בעלים לתרום או למכור את הביציות, משום שהביציות אינן בבעלותה.

ברם מנגד, לעיל [אות ט-י] הבאנו את דברי הרב שרמן והרב דיכובסקי, שמחלוקת הרב זוין והרב ישראלי האם האדם בעלים על גופו, אינה קשורה כלל לנדון בעלות האדם על גופו והאשה על ביציותיה, ואין כל ספק שהאדם בעלים על גופו, ועל היוצא מגופו, והאשה בעלים על ביציותיה. ולדעתם לכאורה אין כל מניעה, שיורשי האשה אשר ירשו גם את זכויות בעלותה הממונית על הביציות, יוכלו למוכרן לכל המרבה במחיר



פרק ג - בעלות בני זוג על עוברים מופרים

למרות תמימות הדעות בדבר בעלות האדם על זרעו והאשה על ביציותיה, כמבואר בפרק הקודם, נחלקו הפוסקים מי הבעלים של העוברים המופרים, והאם אחד מבני הזוג רשאי לחזור בו מהסכמתו להפריה ולבקש לעכב את המשך ההפריה [וכפי שהיה בנדון בני הזוג נחמני].

בעלות על עוברים מופרים - שותפות ממונית בין בני זוג

טז. הרב אברהם שרמן, כתב במאמרו "הפריה חוץ גופית אצל זוג פרוד" [לעיל אות ט] כי לשני בני הזוג בעלות משותפת על העוברים המופרים, ככל שותפות ממונית, והסתמך על דברי הרמב"ם⁵⁰ ביאר כיצד נעשית שותפות: "כשירצו השותפין להשתתף, במה יקנה כל אחד מהן ממון חברו להשתתף בו. אם במעות נשתתפו, יביא זה מעותיו ויביא זה מעותיו ויטילו אותן לכיס אחד, ויגביהו את הכיס שניהם. אם נשתתפו בשאר המטלטלין, כיון שקנו מידם שיביא זה חביתו של יין וזה כדו של דבש, והרי נשתתפו בהן, נעשו שותפין בהן. וכן אם עירבו פירותיהן או ששכרו מקום בשותפות, והניח זה כדו וזה חביתו שנשתתפו בהן, הרי אלו שותפין. כללו של דבר, בכל הדרכים שקונה הלוקח באותן הדרכים עצמן קונין השותפין זה מזה הממון המוטל ביניהם להשתתף בו". וכן פסק בשולחן ערוך⁵¹. וכתב הסמ"ע⁵² "עיין פרישה⁵³ שכתבתי, שנראה דבעירוב פירותיהם בלא קנין סגי, כיון דכל אדם ניחא ליה הפירות שלו, והם עירבום יחד עד שאינו ניכר איזהו של זה ואיזהו של זה, מחשב קנין לענין שותפות".

כלומר, עירוב פירות של שני בני אדם הוא "קנין" הקובע את השותפות ביניהם. ולפי זה, לכאורה בהפריית זרע הבעל עם ביצית האשה נעשה קנין בשותפות שלהם בעוברים

50. שלוחין ושותפין פ"ד ה"א. 51. חו"מ ס' קעו סע' ב. 52. ס"ק ח. 53. סע' ג.

המופרים, כדברי הרב שרמן: "כאשר שני בני הזוג הסכימו ליתן מגופם - האשה את הביצית, והבעל את זרעו - לשם תהליך הפריה שבסופו ב"ה ייווצר ולד, תתקיימנה מצוות פרו ורבו ו"לשבת יצרה", ויזכו שניהם להיות אב ואם, נוצרה ביניהם שותפות מלאה באותם חלקים מגופם, שממיוזגם תתקיימנה מטרות אלו. כל גדרי שותפות שייכים בזה, ועצם המיזוג שעשו הצדדים בביצית ובזרע אין לך מעשה קנין וגמירות דעת למעלה מזה ליצירת השותפות. הא למה זה דומה, לשותפות בפירות, שעליה נפסק בשו"ע⁵⁴ וכן אם ערכו פירותיהם וכו'. קל וחומר כאשר בעל ואשה מסכימים לערב זו את ביצתה וזה את זרעו, למיזוגם לשם תהליך הפריה והיווצרות וולד, יש כאן גמירות דעת לשותפות, על כל הזכויות והחובות הנובעות מכך. גם בנידון זה אין צורך בקנין שיתן תוקף מלא לשותפות".

הרב שרמן הוסיף וביסס קביעה זו מדברי הרמב"ם⁵⁵ "הנותן ביצים לבעל התרנגולים להושיב התרנגולים עליהן עד שיצאו האפרוחים ויגדל אותן בעל התרנגולים ויהיה הרווח ביניהם. ואינו יכול למכור שלא מדעת חברו בתוך זמן זה". וכתב: "בעל התרנגולות אינו רשאי למכורם, כיון שחלות השותפות יוצרת שעבודים הדדיים המחייבים את הפעולות הנדרשות לשם השגת המטרה, שהיא היווצרות האפרוחים. כך גם בשותפות שנוצרה בהסכמה בין בני הזוג בהפריית הביצית באמצעות הזרע - השותפות מחייבת את שני הצדדים שלא להפסיק את הפעולה, עד להשגת המטרה - היווצרות הולד".

אולם הרב שלמה בן שמעון, עמיתו של הרב שרמן בבית הדין, דחה את ההשוואה בין הפריה לשותפות באפרוחים, וכתב⁵⁶ כי בנדון האפרוחים "הדברים הם בני קיימא, דברים שהם בעין - ביצים גמורות הראויות לאכילה, ומוסר אותם לגידול אפרוחים. על זה יכול לחול מושג של שותפות. מה שאין כן בביצית ובזרע - שניהם אין בהם ממש, וכל אחד אין בו שום שווי; גם שניהם ביחד אינם ברי שיווי, אלא לאחר השקעה של טיפול וידע של רופאים. הגע עצמך, אם נחיל על זה מושג של שותפות, אם כן נחיל עליהם כל דיני אומן; מעתה, גם הרופא המטפל יש לו בעלות על זה, שהרי אומן קונה בשבח כלי, והוא השביח את הביצית. ממילא נכנס במחלוקת אם אומן קונה בשבח כלי; ולמאן דאמר אומן קונה בשבח כלי, יש כאן גם בעלות מוגבלת של הרופא המבצע תהליך ממושך זה. על כן לא נראה לי שיש להחיל על זה דין שותפות בין הבעל לאשה".

יחד עם זאת, לדעת הרב שרמן, למרות שבני הזוג נחשבים שותפים בבעלות על העופרים המופרים, אם חיי הנישואין של בני הזוג עלו על שרטון, רשאי כל אחד מבני

54. חו"מ סי' קעו סע' ב. 55. הלכות שותפין פ"ח ה"א. 56. תחומין שם עמ' 410.

הזוג לחזור בו מרצונו להפריה, היות ובהלכות שותפות כאשר חל שינוי מהותי אצל אחד השותפים הטוען כי המשך השותפות יסב לו נזק, רשאי השותף "הניזק" להפסיק את השותפות. ובנידון דידן, השינוי ביחסים שבין בני הזוג הוא "שינוי מוחלט ממה שהיה בזמן קבלת ההתחייבות ההדדית, ויש לראות זאת כאונס, ולכן אין לחייב את הבעל להסכים למסור החומר המוקפא".

ומסיים: "כפי שנתפרש יש כאן טענת אונס, או שינוי מטרת החוזה, שמצדיקה את טענת הבעל. על כן, רשאי הבעל להתנגד להמשך השותפות בהליך ההפריה החוץ גופית, והאשה מנועה מלקבל את הביצית המופרית להשתלחה בתוך רחמה".

יז. לסיכום – מתוך דבריו של הרב שרמן מתברר:

- האדם "בעלים" על גופו וזרעו, והאשה על ביציותיה.
- כאשר בני זוג נותנים זרע וביצית לצורך הפריה, הם בבעלותם המשותפת, גם לאחר שהביצית כבר הופרתה בזרע, לאורך כל תהליך ההפריה [עצם המעשה מהווה קנין וגמירות דעת מוחלטים לשותפות].
- כל שימוש בעובר המופרה, לרבות השמדת התאים שאינם נצרכים להפריה, מחייב נטילת רשות מהבעל והאשה, השותפים בבעלות על התאים.
- כאשר בני הזוג נפרדו והבעל רוצה לחזור בו מהמשך תהליך ההפריה, הוא רשאי להתנגד להמשך השותפות בהליך ההפריה החוץ גופית "והאשה מנועה מלקבל את הביצית המופרית להשתלחה בתוך רחמה".
- להכרעת הדין של הרב שרמן הצטרף הרב שלמה בן שמעון [ואף שדחה את דברי הרב שרמן לדון את בני הזוג כשותפים, לדעתו יש למנוע את המשך ההפריה מטעם אחר, כדי לא לגרום לקשר אפשרי בין בני הזוג לאחר הגירושין בגלל הילד "המשותף" שייוולד מההפריה, העלול לגרום לקירבה אסורה]. ובשל כך נדחה ערעורה של האשה, ונתקבלה התנגדותו של הבעל להמשיך בתהליך ההפריה.

ולענ"ד נראה טעם נוסף מדוע אפילו אם נאמר שבני זוג אכן שותפים בעוברים המופרים, אין זה אלא בעודם נשואים ולא לאחר שנפרדו, כפי שיש ללמוד מדברי הרמב"ם⁵⁷ "השותפין שהתנו ביניהם שיעמדו בשותפות זמן קצוב, כל אחד ואחד מהן מעכב על חברו ואינו יכול לחלוק עד שיגיע הזמן, או עד שיכלה ממון השותפות, ואין אחד מהן יכול ליטול חלקו מן הקרן ולא בשכר עד סוף הזמן. היה זמן ידוע למכירת אותה סחורה יש לכל אחד מהן לעכב שלא יחלוקו עד שתמכר הסחורה בזמן הידוע למכירתה, ואין אחד נוטל מן הקרן ולא מן הרווח עד זמן החלוקה אלא אם התנו

בניהם". ודין זה נפסק להלכה בשו"ע⁵⁸. ולכאורה אם נגדיר את בני הזוג כשותפים בעוברים המופרים, נראה כי זו שותפות לזמן קצוב - כל עוד הם נשואים, אך לאחר שנפרדו, בטלה השותפות, וכל אחד מבני הזוג רשאי להחליט על ביטול רצונו להמשיך את ההפריה.

כמובן, הדברים הנ"ל נאמרו בתנאי שהעובר הופרה במעבדה ועדיין לא הוכנס לרחם האשה, שאם לא כן, אין כל ספק שחזרה מתהליך ההפריה אינו מתיר בשום פנים ואופן לגרום להפלת העובר.

יח. הרב שאול ישראלי, ראש ישיבת מרכז הרב וחבר בית הדין הגדול בירושלים, דן בשו"ת חוות בנימין⁵⁹ בפרשת בני הזוג נחמני.

בפרשת משפטים⁶⁰ נאמר: "וְכִי יִנָּצוּ אֲנָשִׁים וְנִגְפוּ אִשָּׁה הָרָה וַיֵּצְאוּ יְלָדֶיהָ וְלֹא יִהְיֶה אִסּוּן עָנוּשׁ יִעָנֵשׁ פֶּאֶשֶׁר יִשִּׁית עָלָיו בְּעַל הָאִשָּׁה וְנָתַן בְּפָלְלִים". ובמשנה⁶¹ ביארו חז"ל את דינו של המכה אשה הרה: "שמין את הולדות כמה הן יפין ונותן לבעל, ואם אין לה בעל, נותן ליורשיו". ופסקו הרמב"ם⁶² והשו"ע⁶³ "הנוגף את האשה ויצאו ילדיה אף על פי שלא נתכוון חייב לשלם דמי ולדות לבעל ונזק וצער לאשה. כיצד משערים דמי ולדות, שמין את האשה כמה היתה יפה עד שלא ילדה וכמה היא יפה משילדה, ונותנים לבעל. אם מת הבעל, נותנים ליורשיו".

וביאר הרב ישראלי את שיטת הרמב"ם: "שאיין לבעל זכות בדמי ולדות, רק מכוח היותו בעל האשה, והוא מגדרי קנייני אישות", ולפי זה קבע "שאיין לבעל זכות לקבל את תשלומי הנזק של עוברים מופרים: כי הן נראה פשוט, שאין דרך זו של עיבור בכלל שעבודים ההדדיים של בעל ואשה מחיובי עונה, שאין האשה יכולה לתבוע בעלה להוציא זרע לשם הפרייתו במעבדה [גם לפי המקובל שאין בזה משום השחתת זרע, כיון שאינו לשם השחתה אלא לצורך עיבורה]. וכן אין הבעל יכול לתבוע מאשתו שיוציאו ממנה ביצית לשם הפרייתו במעבדה, כי כאמור אין זה מחיובי אישות. אם כן יתכן שגם כשנעשה הדבר⁶⁴, מכל מקום אין זה כלול בזכות שזיכתה תורה לבעל בדמי ולדות, כיון שאין על זה שעבודי אישות, אין זכות מוקנית לבעל על העובר, גם אם הוא מתייחס אחריו. ויהיו דמי הולדות של האשה [אם חזרו והתפתחו במעיה], למרות שהיא נשואה לו".

וכמו כן, כאשר הוסכם בין בני הזוג למסור את העובר המופרה ל"פונדקאית" נקט הרב ישראלי כי "לדעת הרמב"ם זכויות הבעל בדמי ולדות הם רק כשהיא אשתו כדין, ובכחאי גוונא אינו זוכה בדמי הולדות".

58. חו"מ סי' קעו ס' טו-יז. 59. ח"ג סימן קח. 60. שמות כא, כב. 61. בבא קמא פ"ה מ"ד. 62. הלכות חובל ומזיק פ"ד הלכה א-ב. 63. חו"מ סי' תכג ס' א. 64. ובהיתר כנ"ל.

כלומר, לדעת הרב ישראלי האב ודאי אינו הבעלים של העובר המופרה, כי אין לו את הזכות בוולד הבא "מקנייני אישות", ולא מהפריה חוץ גופית שאינה בכלל השעבודים בין בני הזוג הגורמים לקנייני האישות.

אולם נראה לענ"ד להעיר על דבריו, על פי המבואר לעיל בסיום פרקי המבוא, כי לאור העובדה שבזמנינו מידי יום מבוצעות הזרעות והפריית מלאכותיות באלפי בתי חולים ומרפאות ברחבי העולם, יש פוסקים המתייחסים להזרעה וההפריה המלאכותיים כ"דרך טבעית" לקיום מצות פרו ורבו, ובשל כך לדעת הגר"מ שטרנבוך יש חיוב על בני הזוג שלא נפקדו בזרע של קיימא, להשתדל להביא ילדים לעולם בהזרעה או הפריה מלאכותיים. ולפי זה יש לומר כי בזמנינו יש לאיש בעלות על עובר מופרה, היות וטיפול הפוריות בכלל השעבודים שבין בני זוג הגורמים לקנייני האישות.

[ובאשר לשאלה האם האשה "בעלים" על הוולדות, או ה"פונדקאית", נקט הרב ישראלי שהיות וולד שנולד לאם פונדקאית מתייחס ליולדת הפונדקאית ולא לבעלת הביצית, נמצא כי לבעלת הביצית אין זכות בוולד, שהרי "איבדה את ייחוסה ואין לה זכות מה שיש לאשה בוולד לדעת הרמב"ם, כשאין שם זכות של האב". וכמו כן יש להסתפק "באשה זו שבמעיה גדל העובר [הפונדקאית], דאע"פ שמתייחס אחריה, שמא אין לה קנין רק כשהזרעה מתוכה"].

י. אולם הרב ישראלי מדגיש שהדברים הנ"ל נאמרו אך ורק ביחס לשאלה מיהו הבעלים על עוברים שהוכנסו לרחם של אשה [וניזוקו בשעת ההריון], ולא על ביצית מופרה שצריך עדיין מעשה נוסף להכניס אותה לרחם כדי שההריון והלידה יתפתחו, ולמעשה זה אנו זקוקים להסכמה המשותפת של שני בני הזוג: "כשזה כבר הפך לעובר, ואין כאן לא זרע האב, ולא ביצית האם, אלא הוא יצור חדש, שאם לא יפגעו בו - יגמור ויצא לאור העולם בדמות אדם. וע"כ יש מקום לומר, שכשם שאין קנין להורים בילדיהם, כן אין קנין ביצור הזה, שעומד להיות אדם. ולא כן הביצית המופרית, שעדיין נדרשת בזה פעולה נוספת, היינו להכניס את החומר למעי אשה, ששם ייקלט ומזה יתפתח ויגמר גידולו. והמשך פעולה זו, הרי הוא מתוך הסכמת אלה שמהם לוקח, וביוזמתם למסור או לא למסור זאת להמשך הפעולה. ואין לראות בהסכם, החל מהמסירה למבחנה, והמשך במסירה למעי האשה האחרת, מגדרי שעבודים הדדיים שבין איש לאשתו, לקיום המצוה של פרו ורבו, והקמת ולדות להמשך הייחוס המשפחתי, שכן כאמור, אין לא האיש ולא האשה יכולים לכוף את הצד האחר להבנות בדרך זו, גם אם יתברר שאין להם דרך אחרת ראויה להקמת ולדות, כי לא לשם דרך זו באו בברית נישואין. בפרט שבאופן האמור אין הולד מתייחס לא אחר האיש ולא אחר האשה, ואין זה אלא בחינת אימוץ ילד זר⁶⁵. בזה יש להתייחס כלמעין שותפות

65. שבמקרה הנתון גם יצטרך לעבור גיור.

עסקית שנערכת בין שני אנשים. הכנסת הביצית והזרע בהסכמת שניהם למבחנה, כבר יצרה את חלות השותפות, ומכל שכן, ההפריה שנוצרה על ידי זה שהיא המשך הפעולות השיתופיות שמחייבות את שני הצדדים לא להפסיק את הפעולה, ולהמשיך בכדי להגיע למה שהוצב כמטרה המוסכמת, שהיא מציאת הפונדקאית הראוי' לכך, תוך נשיאה בעול ההוצאות הנדרשות לכך. וכפי שראינו בהלכות אלה, אין ביד השותף לפרק השותפות, וחייב להמשיך על פי המותנה, אלא אם כן בהסכמת שניהם".

אולם לאחר שבני הזוג נפרדו: "גם לענין תביעת פירוק שותפות, שכל שיש לאחד מהשותפים טענת אונס, מכוח "אנן סהדי" שלא היה בדעתו להתחייב להמשיך בשותפות בתנאים אלה שכיום, כי אז ההתחייבות בטילה. ודבר ברור, והוא מגדר "אנן סהדי", שבשעת ביצוע השלב הראשון של התכנית, היינו מסירת הזרע של הבעל והביצית של האשה להפריה, לא עלה על הדעת שהיחסים ביניהם ישתבשו, והם ייפרדו זה מזו. ואילו היתה לאחד משניהם [בפרט - לבעל, שהוא בעל כושר הולדה] מחשבה מעין זו, לא היו נכנסים להרפתקא זו. ועל כן לא על דעת הווצרות מצב כזה היתה חלות ההתחייבויות ההדדיות להמשך התכנית, שהיא הבאת הילד לעולם, בתנאים השונים בתכלית. ומכיון שחל שינוי מוחלט ממה שהיה בזמן קבלת ההתחייבות ההדדית, יש לראות זה "כאונס" כשטוען, שבכגון זה אין ההתחייבות יכולה עכשיו לחייבו, שלא על מנת כן התחייב".

ומסקנתו: "אין לחייב את הבעל להסכים למסור החומר המוקפא להמשך התפתחותו, כרצון האשה, שטוענת שאצלה זוהי ההזדמנות היחידה והאחרונה שעל ידה יכולה לזכות לולד, שיהיה בנה מבחינה ביולוגית. דאם אמנם עמדה זו מצד האשה ניתן להבינה, אך נלע"ד שמבחינת ההלכה אין לכופף את הבעל שהוא השותף השני, שגם לו חלק ובעלות בחומר המופרה - להסכים למבוקש מטעם האשה. ומן הראוי שהחומר יושמד, אך אם האשה מתנגדת - ישאר החומר מוקפא כפי שהוא כיום [יצויין, כי השופט צבי טל, בשכתו בבית המשפט העליון בערעור בפרשת בני הזוג נחמני, הזכיר את דברי הרב ישראלי, אך פסק בניגוד לדבריו].

האם יש ראייה מחיוב תשלומי דמי וולדות מי הבעלים על העוֹפְּרִים

ב. הנה כי כן, היה מקום להסיק מחיוב תשלומי דמי וולדות, שהבעלות על העוֹפְּרִים היא של האב בלבד, ולכן תשלומי דמי הוולדות שייכים לו. וכמו שכתב הרמב"ן בפירושו לתורה⁶⁶ "כאשר ישית עליו הבעל, ולא כאשר תשית עליו האשה, כי אין לה חלק וזכות בהן".

אולם בספר אורות משפט⁶⁷ הביא רבי יצחק אושינסקי, דיין בית הדין בחיפה, בשם רבי זלמן נחמיה גולדברג, שדחה את הראיה כי "יתכן שמזיק העוברים חייב את המזמן לעוברים עצמם, והאב זוכה בממון זה מדין ירושה. אם כן אין ראיה מהגמרא והראשונים הנ"ל לנדון דידן, שהרי לא זיכתה התורה את דמי הולדות לאב, ואם כן אין ראיה שהעוברים הם ממנו של האב והם בבעלותו". וביאר הרב אושינסקי את דברי הגר"נ גולדברג: "אמנם עובר לא מוריש, וכן מובא ברמ"א⁶⁸, אך כאשר העובר זוכה, כגון פה שזיכתה לו התורה, אם כן יכול אף להוריש".

זאת ועוד, הרמב"ן⁶⁹ כתב טעם נוסף מדוע הבעל מקבל את דמי הולדות: "ולפי דעתי, בעבור שאין בוולדות הזיק ניכר, כי מי יודע אם יצליחו, אמר הכתוב אף על פי שאין כאן ממון תשלומין, נשים עליו עונש, והוא כמו קנס וממון שיטילו אחרים עליו על כרחו. ואמר שיהיה העונש ככל אשר ישית עליו בעל האשה, שהוא חפץ בילדיו, וחשובים הם אצלו, ויתן זה בפלילים, שלא יתן עליו עונש יותר מכדי דמיהן". ובוודאי שלפי טעם זה, תשלומי דמי הולדות אינם בגלל בעלותו של האב עליהם, אלא הם קנס שהוטל על אחרים לשלם לבעל - ואין כל הוכחה מתשלומין אלו מי הבעלים על העוברים.

כא. ונראה להביא ראיה נוספת מי הבעלים על עוברים מופרים, מדברי המשנה במסכת ערכין⁷⁰ בנדון אשה מעוברת שחייבת מיתת בית דין, ונאמר במשנה: "אין ממתנין לה עד שתלד". ופירש רש"י: "הורגים ולדה עמה, דחד גופא הוא". והקשו בגמרא: "פשיטא, גופה היא. איצטריך, סלקא דעתך אמינא הואיל וכתוב כָּאֶשֶׁר יִשִּׁית עָלָיו בְּעַל הָאִשָּׁה, ממונא דבעל הוא ולא ליפסדיה מיניה, קא משמע לן". ולכאורה היה ניתן להסיק מכך שהבעלות על העוברים היא של האב, כדברי הגמרא "ממונא דבעל הוא".

אולם בספר אורות משפט⁷¹ דחה את הראיה וכתב כי ניתן לחלק ולומר ש"רק בעובר אשר קיבל שם עובר, וכלשון התורה ויצאו ילדיה" הוא "ממון הבעל", אך "ביחס לעובר מופרה שהוא רק בן כמה ימים, יתכן שאין עליו כלל חיוב תשלומים, ואי אפשר להוכיח משם את בעלותו של האב בעובר". וחילוק זה מוכח מדברי הסמ"ע⁷² שכתב שגם באופן שמועילה הקנאה לעובר "היינו דוקא לאחר ארבעים יום, דקודם לכן מיהא בעלמא הוא".

נמצא שבארבעים הימים הראשונים שהעובר נחשב "מיהא בעלמא", בוודאי שאינו בגדר "ממון הבעל".

☆ ☆ ☆

67. עמ' שז. 68. חו"מ סימן רעו סעי' ה. 69. שם. 70. פ"א מ"ד. 71. שם עמ' שח. 72. חו"מ סי' רי ס"ק ד.

כב. לפסק הדין של הרב שרמן והרב בן שמעון, שהצדיקו את סירובו של הבעל להמשך תהליך ההפריה, הביע התנגדות הדיין השלישי שדן בהרכב זה - רבי שלמה דיכובסקי⁷³ שכתב:

"הרב שרמן⁷⁴ טען שיש לאדם בעלות על גופו, ולכן יש לבעל זכויות ממוניות מלאות בזרע היוצא ממנו. בכך אינני מסכים לדברי עמיתי. אכן, יש לאדם בעלות על היוצא מגופו, ועל כן דם שהוצא ממנו שייך לו; אולם, אין לו בעלות בדבר לאחר שיצא מגופו, משנולדה בו חיות עצמית. הגע בעצמך, אדם שהוציאו ממנו דם שלא ברצונו, ועירו את הדם לאדם אחר, וכי יכול הוא לומר לחברו ממוני גבך? ! ואם הוציאו ממנו כליה או אבר אחר, שלא מרצונו, האם יוכל לדרוש את השבת הגזילה? ! הרי לאותו אבר יש חיים חדשים בגוף אחר, ולא ניתן להחזיר את הגלגל לאחור. לביצית מופרית יש חיים משלה, גם אם היא נחשבת למיא בעלמא, ומאותו רגע שנוצרו חיים חדשים פסקה הבעלות של בעל הזרע ושל בעלת הביצית. אמנם, התורה העניקה זכויות לבעל הזרע, ונתנה לו דמי ולדות - אבל מדובר בזכויות, ולא בבעלות. כשם שלא יעלה על הדעת שזכויות האב בבתו לקדושה ולמעשה ידיה, נחשבות לקניינים בגופה, כך גם זכויותיו בעובר או בביציות, הן זכויות בלבד, ולא קניינים. לגבי זכויות, אין לך בו אלא חידושו; ומעבר לכך, אין זכויות ואין בעלות. בודאי שאין בעלות המזכה בהשמדת הביצית המופרית, שיש לה כבר חיים משלה. לכל היותר, יש לו לאדם בעלות על הזרע, בטרם הופרתה הביצית, אבל לא לאחר מכן".

לדעת הרב דיכובסקי, בעלות האדם על זרעו והאשה על ביציותיה מוגבלת עד "לרגע שנוצרו חיים חדשים". הוה אומר, כל זמן שהזרע והביציות לא הופרו, והם נמצאים בהקפאה בנפרד, רשאי כל אחד מבני הזוג להתנגד להפרייתם מתוקף היותם הבעלים על הזרע והביציות. אולם לאחר שכבר התחיל תהליך ההפריה, ונוצרו "חיים חדשים" שיש להם בעלות משלהם, אין הבעל או האשה רשאים להביע את התנגדותם להמשך התהליך.

לאור זאת פסק הרב דיכובסקי: "יתכן שיש לביצית המופרית מעמד משפטי עצמאי, שאיננו מזכה לא את האב ולא את האם בהחלטה לגבי הפסקת תהליך התפתחותה. אולי בהסכמת שניהם היה מקום להפסקת תהליך זה, אבל אם רצונה של האם הוא להמשיך בתהליך, ותביעתה לשלום בית טרם נדחתה, אין לקבל את תביעת האב להשמדת הביצית. על כן, הייתי מורה לבית החולים להמשיך בתהליך, ולא לשעות להתנגדות של אחד הצדדים". [וראה בנספח למאמר זה בהערת רבי אברהם צבי שינפלד [אות ה] לדבריו].

☆☆☆

אין למנוע את המשך ההפריה - משום תקנת חז"ל לא להרוס בנין כדי להחזיר קורה גזולה כג. ונראה לענ"ד לדון בשאלה האם אחד מבני הזוג רשאי לדרוש למנוע את המשך ההפריה, מסוגיית הגמרא במסכת בבא קמא⁷⁵ בנדון "תקנת מריש", דהיינו "מריש [קורה גדולה] הגזול שבנאו בבירה [בית גדול] - נוטל דמיו, מפני תקנת השבים". חז"ל תיקנו תקנה שגזולן שקבע קורות גזולות בבנין, אינו חייב לפרק את הבנין כדי להחזיר את הקורות, אלא עליו להשיב לנגזל את דמי שווי הקורות, וזאת כדי להקל על הגזלנים המבקשים לשוב מדרכם הרעה, שאם נחייבם להרוס את ה"בירה" על מנת להחזיר את ה"מריש", ימנעו מלחזור בתשובה.

ולכאורה, לאחר הפריית הזרע והביצית, כביכול ה"בירה" נבנתה ובתוכה ה"מריש", ושוב לא נוכל "להרוס את הבנין כדי לפרק את הקורה". לאחר שהבעל והאשה נתנו את הסכמתם להפריה שיצאה אל הפועל, ויש כבר עוברים מופרים, כבר לא ניתן לפרק את הזרע מהביצית. ואף שלא מדובר בגזילה וב"תקנת השבים", אולם לאחר שנעשתה הפריה כבר לא ניתן "להחזיר את המצב לקדמותו", ואף אחד מבני הזוג אינו יכול לעכב ולמנוע את המשך ההפריה.

כפיית הבעל להמשיך בהפריה - כדי לממש את זכותה של האשה לצאצאים ממנו

כד. עוד נראה לענ"ד לדון בשאלה האם ניתן לכפות על אחד מבני הזוג להמשיך את המשך ההפריה, על פי המסופר על אשה שהתייצבה בפני רב נחמן לתבוע גט מבעלה בגלל שהיה עקר כדי להינשא לאחר ולזכות ממנו בפרי בטן, וכאשר השיב לה רב נחמן, שהיות ואינה מצווה על פריה ורביה אין לה זכות לטעון שרצונה להינשא כדי ללדת ילדים, ענתה לו האשה: "לא בעיא אך איתתא חוטרא לידה ומרה לקבורה". ופירש רש"י⁷⁶ "עץ שתישען עליו לעת זקנתה, ואם תמות יקברנה". כלומר, האשה טענה שזכותה ללדת ילדים כדי שישמשו אותה בזקנותה [להישען עליהם] וידאגו לקבורתה - ורב נחמן קיבל את טענתה: "אמר, כי הא ודאי כפינן".

בדברי הגמרא מבואר איפוא, שיש לאשה זכות לתבוע מבעלה להעמיד לה צאצאים, ואם אינו יכול כופים אותו לגרשה ולשלם לה את כתובתה, וכפי שפסק הרמב"ם⁷⁷ "האשה שבאה לתבוע בעלה לגרשה אחר עשר שנים מפני שלא ילדה והיא אומרת שאינו יורה כחץ, שומעים לה, אף על פי שאינה מצווה על פריה ורביה, צריכה היא לבנים לזקנותה, וכופים אותו להוציא". וכן נפסק בשו"ע⁷⁸ "האשה שתובעת גט בטענה שאינה ראויה לבנות ממנו אין שומעים לה, ואם טענה שחפצה לילד כדי שיהיה לה בן שתשען עליו, כופין אותו להוציא".

75. טו, ב. 76. ד"ה חוטרא. 77. הלכות אישות פט"ו ה"י. 78. אבן העזר סי' קנד סע' ו.

ומאחר והבעל חייב לממש את זכותה של האשה לצאצאים, יתכן שזו סיבה לכפות עליו להמשיך את הפריית העוברים גם בניגוד לרצונו.

אולם לאחר העיון נראה, כי זכותה של האשה לתבוע מבעלה שיעמיד לה צאצאים, לא נכללת בחיוב "עונה" שמתחייב בכתובה [וז"ל הרמב"ם⁷⁹ ומרן השו"ע⁸⁰ "כשנושא אדם אשה יתחייב לה בעשרה דברים, שלשה מהן מן התורה ואלו הן: שארה כסותה ועונתה, שארה אלו מזונותיה, כסותה כמשמעה, עונתה לבא עליה כדרך כל הארץ"]. כי חיוב "עונה" הוא "חיוב הדדי" בין הבעל לאשה, שמטרתו קיום השיתוף שבין איש לאשתו ושלמות המשפחה, ואין זה חיוב של הבעל כלפי האשה להעמיד לה צאצאים ממנו, כדברי הרב שרמן [בתוך דבריו בפסק דינו המובא לעיל אות ט] "ההבדל בין חובת העונה, שהיא מחיובי הבעל כלפי אשתו, לבין זכות האמהות, שהיא תנאי בסיסי בנישואין, נובע מכך שחיוב העונה, כמו גם חיוב המזונות ושאר חיובי הבעל כלפי אשתו, הוא חיוב הדדי, שמטרתו קיום השיתוף שבין איש לאשתו ושלמות המשפחה. אבל רצונה ושאפתה של אשה לאמהות הם מטרה אישית של האשה, שיכולה להתממש גם בנפרד מבעל וחיי נישואין, היינו: גם אם תהיה אלמנה או גרושה. הנישואין משמשים רק כמכשיר למילוי רצונה של האשה לאמהות; וכאשר היא נשאת, ודאי על דעת כן היא נשאת. אולם מאחר ומטרה זו היא אישית, ואינה קשורה בהכרח לשיתוף ולשלמות שבחיי הנישואין, לא הטילה התורה או חז"ל על הבעל חיובים למלא שאיפה ומטרה זו. גם בהסכמת האיש והאשה לנישואין לא מונחת התחייבות מצד הבעל לפעול למילוי צורך אישי זה. הכפיה על הבעל נובעת אך ורק מכך שרצון האשה הוא תנאי בסיסי בנישואין".

אם כנים הדברים, ואין לבעל מחוייבות לדאוג למימוש זכותה של האשה ללדת ממנו ילדים, מסתבר שחיובו ב"עונה" אינו מהווה סיבה לכפות עליו להמשיך את הפריית העוברים בניגוד לרצונו.

לסיכום: נחלקו דייני בית הדין הגדול בירושלים, האם אחד מבני הזוג רשאי לחזור בו מהסכמתו תהליך ההפריה. הרב שרמן והרב בן שמעון הצדיקו את סירובו של הבעל להמשיך תהליך ההפריה ב"טענת אונס, או שינוי מטרת החוזה". וכן נקט להלכה הרב ישראלי.

לעומת הרב דיכובסקי שפסק כי לאחר שהתחיל תהליך ההפריה ונוצרו "חיים חדשים" שיש להם בעלות עצמאית משלהם, אין לבני הזוג בעלות על הזרע והביציות, ואינם יכולים להביע התנגדות להמשך התהליך.



79. הלכות אישות פי"ב, א-ב. 80. אבן העזר סי' סט סע' א-ב.

פרק ד - חזרה מהסכם תרומת זרע או ביצית

ממוצא הדברים נבוא לדון בשאלה נוספת המסתעפת מנדון בעלות על זרע וביצית - האם גבר שתרום זרע או אשה שתרמה ביצית להפריה, יכולים לחזור בהם מהבטחתם.

שאלה זו נדונה בשנת תשע"ב בבית המשפט בישראל, לאחר שאשה רכשה חמש מנות זרע מאותו תורם מבנק הזרע, על מנת שכל ילדיה יהיו מאב אחד. לאחר שילדה בת אחת וביקשה לעשות הפריה נוספת, הודיעו לה מבנק הזרע, כי התורם, אביה של בתה הראשונה, חזר בינתיים בתשובה, וביקש שלא יעשה שימוש נוסף במנות הזרע שלו, והן יושמדו. המבקשת טענה שלאחר חתימת התורם על הסכמתו לתרום את זרעו למטרת הפריה, ובפרט שגם קיבל תמורה על כך, אינו רשאי "להפר חוזה".

ויש לברר מה הדין על פי ההלכה בשאלה זו, ובשאלה הפוכה, אם האשה רוצה לחזור בה מהסכמתה לתרום ביציות.

כה. במושכל ראשון היה נראה כי נדון זה תלוי במה שנתבאר בפרקים הקודמים. והיות והאדם בעלים על זרעו והאשה על ביציותיה, כאשר גבר או אשה הסכימו לתרום זרע או ביציות ונעשה קנין כדת וכדין, לא יוכלו לחזור בהם ללא סיבה מוצדקת כ"טענת אונס, או שינוי מטרת החוזה".

ואילו לדעתו של הרב דיכובסקי שלאחר שהתחיל תהליך ההפריה ונוצרו "חיים חדשים" שיש להם בעלות עצמאית משלהם, אין לבני הזוג בעלות על הזרע והביציות, הוא הדין בנדון דידן, התורמים לא יוכלו לחזור בהם במידה והתחילו להיווצר "חיים חדשים" שיש להם בעלות עצמאית משלהם, ולא יוכלו להביע התנגדות להמשך התהליך.

גם לפי המבואר שהגדרת בעלות האדם על גופו דומה להגדרת הבעלות על 'חברה בע"מ', יש חלות לקנין והתורם אינו יכול לחזור בו מהמכירה, כשם שהחלטת חברה בע"מ מחייבת לכל דבר. ולכן גם אם האדם אינו בעלים על גופו, אלא נחשב כבעלי המניות בחברה בע"מ, ברור שהקנין מחייב אותו ואינו יכול לחזור בו.

אולם במבט נוסף, יתכן כי נידון דידן שונה במהותו מבני הזוג המבקשים לחזור בהם מהסכמתם להפריה. וזאת משום שבבני זוג יש סברא לומר שההפריה נעשתה רק על דעת שימשיכו בנישואיהם, ויש לשער שלא היו מסכימים להפריה אילו היו יודעים שנישואיהם לא ימשכו. ברם כאשר גבר תורם זרע או אשה ביצית למי שאינו בן זוגם, המטרה היא בעצם התרומה, ומסתבר שלא יוכלו לחזור בהם מהתרומה לאחר שנעשה קנין.

כו. והנה הרב זוין עצמו כתב בתוך דבריו [המובאים לעיל אות א] במפורש: "אם הוא מוכר או נותן או ממשכן את בשר גופו לחתיכה ולקציצה למי שהוא, הרי זה כאילו מקנה דבר שאינו שלו, שאין הקנין נתפס כלל". ומפורש אפוא בדבריו, כי לנדון בעלות האדם על גופו יש נפקא מינה גם בהלכות חושן משפט, לחלות הקניינים באיברי גופו. ומכיון שהאדם אינו בעלים על גופו, ודאי שאין כל תוקף למכירת איברים, ופשיטא שיכול לחזור בו מהבטחתו למכור איבריו, וצ"ע.

אמנם רבי זלמן נחמיה גולדברג, דיין בבית הדין הרבני הגדול, התייחס בדבריו בנדון קנייני מכירת האיברים⁸¹ לדעת הרב זוין, שלא נתפס קנין על מכירת איברים, וכתב שיתכן וגם הרב זוין היה מודה כי מכירת כליות חלה בקנין כסף: "ובאיזה קנין נקנית כליה, נראה שנקנה בכסף. לא מבעיא לדעת רש"י שכל אדם דינו כקרקע שנקנה בכסף שטר וחזקה, אלא אפילו לסברת התוספות שרק עבד כנעני הוקש לקרקע ולא אדם אחר, מכל מקום נראה שנקנה בכסף. שהרי דבר תורה מעות קונות גם במטלטלים, רק שחכמים ביטלו הקנין, שלא יאמר לו נשרפו חטיטך בעליה [חכמים חששו שמא אחר שיתן הלוקח מעות עבור המקח, יטען המוכר שנשרף המקח בעלייתו, ולכן תיקנו שמטלטלים קונים במשיכה ולא בכסף]. והרי בנדון דידן, לא שייך חשש זה [של טענת "נשרפו חטיטך בעליה"], אם כן קונים בכסף, והרי זה כעליית לוקח מושכרת למוכר שקונים בכסף לחוד. ועיין בספר לאור ההלכה של הגרש"י זוין במשפט שיילוק, שכתב שלא חל קנין על מי שמתחייב לשלם בשר מבשרו אם לא ישלם חובו בזמן, והעלה שאינו נקנה. ושם מדובר שאין לקונה תועלת מבשר המתחייב, ולכן לא שייך קנין. אבל קניית כליה שיש תועלת לקונה, בזה יש לומר שחל הקנין".

ומבואר בדבריו, שבמכירת איברים שיש תועלת לקונה בקנייתם, שפיר חל הקנין בכסף [גם לדעת הסוברים שאדם נחשב כמטלטלין שאינן נקנים בכסף]. ולכן אם המוכר מתחייב למכור כליה והוא קיבל את תמורתה, חל הקנין, ולא יוכל לחזור בו.

ודבריו נכונים כמובן, גם במכירת זרע או ביציות. [וראה בהערת רבי אברהם צבי שינפלד בנספח לפרק זה].

אין בעלות על ביציות שנועדו מטבע בריאתן לפריין

כו. אך נראה לענ"ד שהבעלות על ביציות שונה מבעלות על איברים אחרים בגופו של האדם.

מיום הלידה, מצויות בשחלותיה של כל אשה מאות אלפים של ביציות [ויש אומרים מליונים], ובמשך השנים שבהן היא ראויה להוליד [בין גיל שתים עשרה לגיל חמישים,

81. קובץ עטרת שלמה ח"ב עמ' מט.

בממוצע] מבשילה מידי כחודש ביצית אחת בלבד הראויה להפריה⁸². יוצא איפוא, כי האשה משתמשת בפחות מאלף ביציות מתוך מאות האלפים שבקרבה.

ומכאן יתכן להסיק כי הגדרת הבעלות על הביציות שונה מהגדרת הבעלות על שאר האיברים. ואף אם נאמר שהאדם בעלים על איברי גופו, מכל מקום מעמדן של הביציות בגופה של האשה שונה, והן ניתנו לה רק לצורך השימוש בהם לפיריון [ורק חלק מהביציות שאינן מופרות, אכן יוצאות מגופה בדם המחזור החודשי שלה]. ומשום כך יש לומר שכל הביציות שהאשה לא משתמשת בהן לפיריון, הן לא בבעלותה, אלא בבעלות הקב"ה, שרק הפקיד אותן בשחלותיה לצורך פריונה.

ויוצא לפי זה, שבתרומה או מכירת ביציות לאשה אחרת, אכן אין האשה בעלים על הביציות, הואיל ואינה משתמשת בהם לפריונה. ודווקא כאשר יש חילוקי דעות בין בני הזוג האם להמשיך את תהליך ההפריה, הביציות בבעלותה, היות ולצורך פריונה הביציות בבעלותה. ואם כנים הדברים, יתכן שיש איפוא הבדל בין ביצית זרע - שאינו נמצא בגוף האדם מיום היוולדו אלא מיוצר בגופו בכל יום מחדש, ועל כן שפיר בזה האדם בעלים על הזרע, וצ"ע.

לאחר כתיבת המאמר במהדורה הראשונה⁸³ נתכבדתי במכתבו של ידידי רבי שמואל אליעזר שטרן, רב מערב בני ברק, שכתב בנדון דידן:

ב"ה, יום ח' תשרי תשע"ג

כבוד מעלת ידידינו הדגול והנכבד, חכם וסופר, דייק וגריס ונחית לעומקם של שמועות והלכות

הרה"ג רבי צבי רייזמן שליט"א, בעל מחבר ספרי "רץ כצבי" ושאר ספרים נכבדים מלאים זיו ומפיקים נגה, נאה זיום בכל העולם.

בהזדמנות זו ברצוני להודות לו על מתנתא רבתא דשדר לן בדמות הקונטרס הנכבד העוסק בעניני מכירת איברים שונים, מה תוקפם וכוחם, מעכ"ת השכיל לנתח פרשתא דא ולהקיפה מכל צדיה, נחית לעומקה של הלכה, ללבנה הדק היטב, עד שהדברים יצאו מחוורים כשמלה.

בכדי שלא תהא ביאתי ריקנית, אעלה על הכתב מהגיגי לבי בשמעתתא חמירתא דא. ולגופן של דברים ברצוני להציע את אשר חלף ברעיוני בבירורא דהא מילתא, הנה דעתי העניה נוטה לומר דאף שאין האדם בעלים על גופו אבל ודאי דאית ליה זכות השתמשות בעצמו ורשאי אף להקנותה לאחרים, ובאמת מעין זה הוא גדרם של פועל ועבד עברי, שזכאי האיש הישראלי להקנות את גופו למעשי ידיו, ועי"ז נהיה העבד והפועל קנויים במדה מסויימת לאדוניהם להא מילתא.

82. ביוץ. 83. אלול תשע"ג.

וכיון שכן בודאי דמצי שפיר האדם להקנות הכליה והביציות שניטלו מגופו ולהקנותם לכל מי שירצה, ושפיר מצי ליטול דמים כמו שניתן ליטול דמים עבור מכירת גופו להיות עבד עברי. [ואף אם נימא דבפועל ליכא קנין בגופו אבל בעבד לכאורה פשוט דאיכא, אפילו למ"ד דע"ע אין גופו קנוי ואכמ"ל בזה].

ועוד נראה להוסיף בזה, דאפילו אי נימא כהני דאית להו דבגוף האדם עצמו אין שייך בו תפיסת קנין ומשום דאין האדם בעלים על גופו, מ"מ נראה דניתן לומר בזה דיסוד הטעם הוא משום דגופו של האיש הישראלי הוא בגדר קדושת הגוף, קדושת ישראל, ולכן אין שייך בו מושג של בעלות ותפיסת קנין והוא כעין בהמה של הקדש שיש עליה קדושת הגוף, שלדעת רבים מן האחרונים אין להקדש בה דין קנין ממוני, דקדושת הגוף מבטל תורת קניינים, ורק בקדושת דמים הוא איכא מלבד תורת הקדושה גם תורת קנין ובעלות.

ומעתה נראה דכל זה כשהוא חלק מגופו של האיש הישראלי ודין הקדושה חופפת עליו, אז הקדושה מונעת את אפשרות הקנין והבעלות, אבל כשנפרש איבר מסויים מן האדם, מסתבר דמעת תלישתה מן הגוף אין קדושת ישראל נשאת עליה, ושפיר שייך בה מכאן ואילך תורת קנין ומכירה וכדומה.

ונמצא לפי זה דבאמת כל זמן שהאיבר מחובר עדיין לגוף באמת לאו בר מכירה וקנין הוא, ויתכן דיכול לחזור בו מהעיסקה אף שכבר קיבל דמים, [אולי יהא בזה משום לתא דמי שפרע וצ"ע], ורק לאחר שכבר נותק האיבר ממקומו, הכליה או הביצית וכדומה, אז הוא דמצינן למימר דמכאן ואילך נדונו כחתיכת בשר בעלמא שיש בו תורת בעלות ודיני הקנאה וכדומה.

ואכתי יש לדון טובא בכל דברינו, אך חפצתי להעלות את הדברים על הכתב ולהמציאם לידי מעכ"ת.

בברכת השנים הטובות ובברכת תודה מראש

אוהבו, מוקירו ומכבדו כערכו הרם

שמואל אליעזר שטרן

☆☆☆

חיוב מוכר איברים שחזר בו מהסכמתו בהוצאות שנגרמו כתוצאה מהחזרה

כח. עוד יש לדון האם לאחר שתורמי הזרע או הביציות חזרו בהם מהסכמתם לתרומה, יש לחייבם עבור הצער וההוצאות שנגרמו בגין התרומה שלא יצאה אל הפועל.

ידידי רבי ישראל מאיר לאו, הרב הראשי, כתב במאמרו המקיף בנדון מכירת איברים⁸⁴ "אף שקיימא לן שהמוציא הוצאות על פי חברו, באופן שסומך עליו, חייב לשלם לו, כמו מי שנעשה ערב להלוואה, או מי שעושה מלאכה לצורך חברו, הרי מי שאמר לו

84. תחומין, כרך יח עמ' 125.

לעשות את המלאכה, והבטיח לו שכרו, חייב לשלם לו. מכל מקום כאן יש לעיין אם יש לדמות נידון זה להלכות אלו, דהיינו מה שגרם לעצמו נזק, ריפוי, צער, בושת ושבת על פי הבטחת חברו, האם חל חיוב באופן זה".

הרב לאו לא הכריע בשאלה האם ניתן לחייב את התורם בהוצאות שנגרמו כתוצאה מכך שחזר בו מהמכירה. אולם מדבריו של רבי יצחק זילברשטיין, רבה של רמת אלחנן בבני ברק⁸⁵ נראה שבית דין יכולים לחייב את התורם לקיים את המכירה. הרב זילברשטיין דן במעשה שהיה, כאשר אשה שחלתה במחלה גידולית, נפטרה לאחר שהתורמת חזרה בה מהסכמתה למתן תרומת מח עצם. ונשאלה השאלה, האם ניתן לכפות על התורמת לתת את התרומה לאחר שעקב הסכמתה הראשונית לתרום, החולה כבר עברה טיפול ראשוני מסכן חיים, או שמא כיון שנגרם לתורמת צער והיא חוששת מאד מהוצאת מח העצם, אין לכפותה.

וכתב הרב זילברשטיין: "המוציא הוצאות על פי חברו וחזר בו חייב, וכל שכן בענייננו מחייבין אותה לתרום. נאמר בשולחן ערוך⁸⁶ מי שאמר לבעל דין שלו הבה ונלך ונתדיין במקום פלוני, והשיב לו לך ואני אבוא אחריו. והלך ובעל דינו לא הלך אחריו, צריך לשלם לזה שהלך כל הוצאותיו. והוסיף הפתחי תשובה, עיין בתשובת חוות יאיר סימן קס"ח, ומזה פסקתי באבי כלה שכתב למחותנו שיבא לעיר פלונית עם בנו החתן וקבע לו זמן חתונה יום פלוני ומחותנו אבי החתן השיבו שיהיה כן, ושיבא עם בנו החתן ולא בא, ואבי הכלה הוציא הוצאות החתונה, אם אין לחברו התנצלות מספיקה שנאנס חייב אבי החתן לשלם את הזיקה, יעו"ש. גם בעניינינו כך, החולה סמכה על התורמת ועברה טיפולים מסוכנים, ואילו היתה החולה מאבדת ממון עקב חזרת התורמת היתה התורמת חייבת לשלם, ובית הדין היה כופה אותה על כך. וקל חומר בעניינינו שחיי החולה תלויים בתרומה זו שהבטיחה, שוודאי בית הדין היה מחייב אותה לתרום את הדם בכל מיני דרכים שבידם".

ומבואר בדבריו שבית דין יכולים לחייב את התורם לקיים את הבטחתו לתרום איברים, מח עצם או ביציות, או לחלופין לחייבו לשלם את ההוצאות שנגרמו כתוצאה מחזרתו בו מכוונתו לתרום [או למכור] את איבריו.

כט. אולם בהמשך דבריו כתב הרב זילברשטיין: "הצעתי את הדברים לפי מורי וחמי הגרי"ש אלישיב, ולא הסכים עמם, ואמר כך: אין הבטחת התורמת דומה לאומר לבעל דינו שילך וידון במקום פלוני, כי שם אדם יכול להקנות את כספו לטובת חברו ולהתדיין בפני דיינים אלו, שהם יחליטו למי הממון שייך. אבל אינו יכול להקנות את גופו, כלייתו, וגם לא את הדם הזורם בגופו, משתי סיבות:

85. קול התורה, קובץ נו' עמ' קמג. 86. חו"מ סי' יד סע' ה.

[א] גוף האדם אינו חפץ כספי, ולא נחשב לממון בכדי שיהיה אפשר למכרו, ואם ישלם אדם לחברו ממון לרכוש ממנו את כלייתו הנמצאת בגופו, אין המקח חל, כי גוף האדם אינו בר מכירה, כי בצלם אלקים ברא אותו⁸⁷, והאדם הוא בריה אלוקית ולא בר מכר הוא, ולא חלים עליו משפטי קניינים ממוניים.

[ב] אין אדם בעלים על גופו כמבואר ברדב"ז ובשו"ע הגר"ז [לעיל אות ב], שנאמר "הנשמות אני עשיתי". ויעו' בשדי חמד⁸⁸ שתמה איך מותר להכות אדם האומר הכני, הרי אין אדם בעלים על גופו, ולא רשאי לחבול בעצמו.

ומשום כך סובר מורי וחמי [הגר"ש אלישיב] שאדם המבטיח לתרום לחברו כליה, או להוציא מגופו דם ומח עצמות וליתנם לחולה, יכול לחזור בו מבחינה משפטית, כי לא חל קנין על גופו [אלא שעבר על איסור לא תעמוד על דם רעך, מחמת פחד ש]התרומה תזיק לו]. ואין לו דין שופך דמים, אלא עבר בשב ואל תעשה על גרמא של שפיכות דמים, בגלל פחד].

הרי לנו דעת הגר"ש אלישיב, שהכריע להלכה ולמעשה כדעת הרב זוין, שהאדם אינו בעלים על גופו, ומחמת זה ודאי שאין כל תוקף להבטחה לתרום איברים, ואפילו אם נעשה קנין למכירה, אין לכך כל משמעות הלכתית, ופשיטא שיכול לחזור בו.

וכמובן שלדעתו הן הן הדברים בנדון תרומת זרע או ביציות, שאין כל תוקף למכירה, מכיון שהאדם אינו בעלים עליהן.

[בעת לימוד הסוגיא, קיבלתי מידידי רבי יצחק זילברשטיין, תשובה נוספת בנדון "תרם כליה לחברו ולאחר פטירתו רוצה אותה בחזרה", והשאלות הן: [א] אם נאמר שהמקבל נחשב בעל הכליה, יש כאן איסור הנאה מן המת. [ב] בכדי להחזיר את הכליה יש לנתח את התורם הראשון, והרי זו חבלה בגוף, ללא פקו"נ, שהרי הוא בריא ומרגיש טוב.

הרב זילברשטיין השיב: "הדעת נותנת שמותר לתורם לקבל בחזרה אם כך הייתה כוונת התורם, ואדרבה אם לא ישיב לו הרי יהיה הנפטר גזלן ונאמר במסכת ב"ב דף קנ"ד ע"א וע"ב מעשה בבני ברק באחד שמכר נכסי אביו ומת ועמדו עליו בני משפחה וערערו עליו קטן היה בשעת מיתתו, ובאו ושאלו את רבי עקיבא מהו לבדוק אמר להם אי אתם רשאים לנוולו... וכי תימרו זווי שקל לינוול ולינוויל, הרי שניוול המת מותר אם יהי בחזקת גזלן, וכך בעניננו אם אנו משערים שרצון התורם היתה כך. ובדבר השאלה השניה, הרי אפילו ניתוח לנוי חיצוני עושים, וק"ו שלמען החזרת כליה נעשה ניתוח אם התורם רוצה בכך וכך היה נולד עם שתי כליות, וכדי לנתח לא צריך שיהיה פיקוח נפש, אלא מספיק גם רצון התורם לחזור לתחילת ברייתו".

87. בראשית א, כז. 88. כך א מערכת א כללים אות מ.

5. בשעת מסירת השיעור, קיבלתי תשובה מידידי רבי אשר וייס, אב"ד דרכי תורה בירושלים, בנדון מכירת איברים:

כבוד ידי"נ ואהוב לבי

עמוד התורה החדש והמעש, איש אשר רוח בו

הרב הגאון ר' צבי רייזמן שליט"א

מח"ס הנפלא רץ כצבי

רב שלום עד בלי ירח

ידידינו המשותף תלמידי המופלא הרה"ג יוני הוכמן מסר לי שאלתך שאתה עוסק בה בענין מכירת איברים להשתלה, האם יש תוקף במכירה זו, ומי שקנה איבר האם יש עליו חיוב ממוני לעמוד בהסכם התשלומין, או לא.

והנה לכאורה יסוד השאלה האם האדם בעלים הוא על גופו למכור איבריו ולעשות בהם סחורה, ומע"כ ראה את מה שהאריך הגרש"י זיין בספר לאור ההלכה.

אך באמת נראה פשוט בסברא דאכן אין איברי האדם קנינו לעשות בהם מסחר, ואין בהם תורת הקנין כלל, ואעפ"כ נלע"ד דהסכם ממוני בענין תרומת איברים יש בו תוקף גמור וחייבים לעמוד בו. ואבאר טעמי ונימוקי. הנה מלבד דין מקח וממכר, יש דין פסיקה דשכירות פועלים. ויסוד הלכה זו, כל המתחייב לשלם תמורת עבודת חברו ומעשיו, כל שחברו עשה מה שסוכם ביניהם, מחוייב המתחייב לעמוד בהתחייבותו. וכבר הקשו האחרונים לפי זה בהמקדש בחלקו שאינו מקודשת⁸⁹ למה לא תתקדש בשכר שנתן לה מתנות אלה, דאף אם עצם המתנות אינם שלו למוכר ולקדש בהם דמשלחן גבוה קזכו, מכל מקום תתקדש בשכר הנתינה וכדין כל פסיקה. וכתב בזה החזון איש⁹⁰ דאין פסיקה אלא במעשה דקום ועשה, וכעין שכירות פועלים, ולא בדבר שאין בו מעשה, עי"ש, והוכיח כן מהא דכתובות⁹¹ ביבם דפומבדיתא שאחיו רצה לפסול עליו יבמתו בגט והבטיח לאחיו שיפליג עמו בנכסי המת, ולאחר שיבם חזר בו. ומבואר שם בתוד"ה פומבדיתא דמן הדין פטור היה, הרי שאין פסיקה במה שאין בו מעשה. ולכאורה נראה לפי דבריו שגם בנדון דידן אין כאן פסיקה, דאין בתרומת איבר וכדומה מעשה מסויים.

אך לדידי נראה טפי דבהא דכתובות נראה פשוט בעיני התוס' דאין כאן פסיקה כלל אלא הבטחה בעלמא ופטומי מילי, דהלא דרך הפסיקה לקבוע סכום הראוי לתשלום לפי כובד המעשה והענין הנדרש, והרי לא קבעו כלל שכר ותשלום תמורת הסכמה שלא לפוסלה בגט, אלא פשוט דלא היה בזה אלא הבטחה בעלמא לוותר על זכותו לרשת נכסי אחיו, והוי מתנה על מ"ש בתורה ואין בזה פסיקה כלל. ולגבי הא דהמקדש בחלקו נראה דלעולם יש להבחין בכוונת האדם, אם כוונתו לקדשה תמורת הדבר שהוא נותן לה, או תמורת מעשה הנתינה. ונראה דלגבי המקדש בחלקו אנו

89. קידושין נב, ב. 90. אבן העזר סי' קמח דף נ"ב ע"ב. 91. פב, א.

מפרשים כוונתו לקדשה בגוף הבשר שהוא נותן לה לאכילה ולהנאה ולא במה שהוא מאפשר לה לאכול, דכל הנותן דבר חשוב לחברו על מנת לקבל תמורתו סתמו שהתמורה מתבקשת עבור מה שנתן ולא תמורת הנתינה שאינה אלא מעשה של מה בכך.

ולפי זה נראה דשאני נדון דידן מהא דהמקדש בחלקו, דפשוט הדבר שאין התמורה המתבקשת תמורת האיבר או הדם, דא"כ כאשר יתברר שהאיבר לא נקלט והיה בו מום ופגם שלא היה ניתן לבירור, יפטר המקבל מלשלם ויוכל לטעון מקח טעות, אלא פשוט שאין התשלום ניתן תמורת האיבר, אלא התשלום ניתן לתורם על שהוא מסתכן וסובל סבל נורא, והתשלום הוא פיצוי על סבלו והסתכנותו ולא תשלום תמורת האיבר. ומשום כך נלע"ד דהוי פסיקה גמורה, ומי שהתחייב לשלם בהסכם תרומת איבר חייב לעמוד בהסכם, ומוציאין מידו בדין.

וזאת למודעי שאין בדברי תשובתי הסכמה לעצם המסחר באיברים.

הנני ידיו מוקירו ואוהבו עד מאוד

ביקרא דאורייתא

אשר וייס

החידוש המבואר בדבריו, שגם אם האדם אינו בעלים על גופו, אך היות ובמכירת האיברים התשלום הוא עבור הצער הכרוך בתרומת האיברים, הדבר מחייב את התורם כ"פסיקה גמורה", דהיינו כהתחייבות גמורה, שאי אפשר לחזור ממנה.

מסתבר כי לדעתו, הוא הדין בתרומת ביציות, אי אפשר לחזור מהתחייבות למכור אותן, והתשלום הוא עבור הצער הכרוך בטיפול הרפואי לתרומתן.

אך לפי דבריו, בתרומת זרע, מאחר ואין תרומה זו כרוכה בטיפול רפואי כל שהוא, א"כ התשלום הוא על עצם התרומה, שאין תורת הקנין חלה עליה, מאחר ד"אין איברי האדם קנינו לעשות בהם מסחר" כדבריו, ורשאי התורם לחזור בו מן התרומה.

לא. כאשר עסקתי בסוגיא זו בעת מסירת השיעור, שלח לי ידידי רבי משה שטרנבוך, ראב"ד בד"צ העדה החרדית בירושלים, תשובה⁹² בנדון "הסכים לתרום מוח עצם אם רשאי לחזור בו":

נשאלתי על עובדא שאירע בחולה שהיה זקוק לתרומת "מוח עצם", ומצאו בחורה עם אותו סוג דם שהסכימה לתרום מהמוח עצם שלה, והנה בכדי שיועיל לחולה תרומת המוח עצם שמשתילים בו, צריך קודם לדכא המוח עצם של החולה עצמו שלא יפעל פעולתו ואחר כך משתילים בו מוח עצם חדש שפועל הפעולה הרצויה בגוף האדם⁹³. ולכן אחר

92. אשר טרם נדפסה בשו"ת תשובות ונהגות. 93. ואחר שדכאו המוח עצם שלו אם לא ישתילו בו מוח עצם חדש, הרי מכיון שאין לו מוח עצם כלל, ימות החולה לאחר זמן קצר.

שהסכימה הבחורה לתרום דכאו המוח עצם של החולה, ואח"כ הלכו להוציא לבחורה המוח עצם שלה והזריקו לה זריקה והרגישה לא טוב ולכן הורו לה אביה ואמה שתחזור בה מהסכמתה לתרום וכן עשתה, ומת החולה אחר זמן קצר. ונשאלתי אם הבחורה היתה רשאית לחזור בה מהסכמתה לתרום.

ולענ"ד נראה דאף אם אין אדם חייב לתרום מהמוח עצם שלו כדי להציל חבירו⁹⁴. מ"מ פשוט דבנדו"ד אסורה לחזור בה, דכיון שדכאו המוח עצם של החולה עצמו על פיה⁹⁵, אם חוזרת בה ולא תתרום המוח עצם, נמצא שגרמה למיתת החולה ועוברת באיסור רציחה ולכן אסורה לחזור וכופין אותה לתרום. [ובחידושי הגר"ח ריש הלכות יסוה"ת דעתו שאפילו כשיעבור איסור רציחה בשו"ת⁹⁶ גם כן הדין הוא דיהרג ולא לעבור]. וכמובן שכ"ז אם לדעת הרופאים אין לה סכנת נפשות אם תתרום.

ומה שהבחורה טענה שצריכה לחזור בה כיון שאביה ואמה ציוו עליה כך, הנה מפורש ברמב"ן וברשב"א⁹⁷ שאין חיוב מצות כיבוד או"א רק בדבר שיש לאב הנאה כמאכילו ומשקהו וכיו"ב, אבל כשמצוה לעשות דבר שאין לו בו הנאה אין הבן חייב לשמוע לו. וכן משמע בתוס' שם בשם ר"י, ומפורש כן במהרי"ק שאם האב מוחה בבנו לישא איזו אשה שיחפץ בה א"צ לשמוע אל האב. והיינו טעמא שאין לו לאב הנאה, וברמ"א סוף סימן ר"מ פסק כדברי מהרי"ק⁹⁸. ולכן שלא לתרום מוח עצם שאין לאב הנאה מכך אין חיוב לשמוע לו. וכ"ש בנדו"ד שא"צ לשמוע בקולם, כיון שאם תחזור בה תעבור באיסור רציחה ולא הותר לעבור איסור משום מצות כיבוד או"א וכדאיתא בכמה מקומות בש"ס.

ובעיקר הדין אם חייב אדם לתרום "מוח עצם" כדי להציל חיי חברו, נלע"ד דאף שלדברי הרופאים אין שום סכנה לתורם גם לעתיד ולדבריהם מתרבה המוח שנשאר בדמו של התורם ואחר כג"ח יהיה המוח הדם של התורם כפי שהיה מקודם שתורם, מכל מקום כיון שאצלינו עדיין לא הוכח שאין יוצא מכך שום סכנה בעתיד, אי אפשר לחייב לתרום מוח עצם⁹⁹.

ונראה, כי לפי דברי הגר"מ שטרנבוך, בנדון חזרה מתרומת ביציות, אם יחזור הרי לא יגרוע לרציחה, ועל כן שפיר רשאי לחזור בו.



94. וכמו שאינו מחויב ליתן אחד מאבריו כדי להציל חברו וכמ"ש בפ"ת סי' קנ"ז ס"ק ט"ו.
95. שהודיעו לה שעל סמך שהיא תתרום מוח עצם מדכאין קודם המוח עצם של החולה והסכימה וע"ס כן דכאו המוח עצם של החולה. 96. וכנודן דידן. 97. יבמות ו. בה שכן הכשר מצוה.
98. עיין מה שביארנו בזה ח"ג סי' רע"ה. 99. אבל בתרומת דם כיון שחוזר מיד לאיתנו חייב לתרום כדי להציל חיי חברו.

פרק ה - מסחר בביציות להפריה ובדיני מכירת איברים ובביציות בתשלום

ההתפתחות הגדולה בטיפול הפוריות בשנים האחרונות בכלל, ואחוזי ההצלחה הגבוהים של טיפולי פריזון באמצעות תרומת ביציות בפרט, גרמו ליצירת תופעת "סחר" בביציות. הוה אומר, נשים הסובלות מבעיות פוריות, רוכשות ביציות מנשים המעוניינות למכור אותן [ברשת המקוונת יש אתר המאפשר מציאת תורמת ביצית מתאימה לנשים הסובלות מבעיות פוריות, באמצעות פרסום מאגר מאות נשים, המעוניינות לתרום ביצית לזוגות הנמצאים בטיפול פוריות, תמורת תשלום].

בקיץ תשס"ט נעצרו ברומניה שלושים ישראלים, בחשד ל"סחר בביציות". והדבר זירז את הסדרת תרומת הביציות בחוק שנכנס לתוקף במדינת ישראל בחורף תשע"א, לאחר שנים של דיונים. בחודש סיון תשע"ב בוצעה לראשונה בישראל תרומת ביצית בעבור עשרת אלפים ש"ח.

במסגרת הדיון הציבורי בנושא, נשאלה השאלה מה עמדת ההלכה בסוגיא זו. ואכן הדיון בתרומת ביציות בתשלום, ובתופעת ה"סחר" בביציות, נוגע בשאלות רבות, שחלקן כבר נדון בדברי הפוסקים בענין תרומת איברים, ובתוכן השאלות הבאות:

- האם מותר לבקש תמורה כספית עבור הביציות, וכיצד נקבע את ה"מחיר" שלהן.
- מהו התוקף ההלכתי של מכירת הביציות, והאם מותר לבעלת הביציות לחזור בה לאחר המכירה.
- קבלת תשלום עבור "תיווך" הביציות להשתלה.

נטילת שכר על קיום מצוה

לב. בסימן ו [תרומת איברים - איסור חבלה] נתבאר כי אחת הסיבות להתיר תרומת איברים נובעת מחמת המצוה שיש בדבר, ומעתה יש לברר האם מותר לבקש תמורה כספית עבור התרומה, שהרי בעד מצוה שחייבים לעשות, אין לדרוש תשלום [כפי שיבואר להלן].

בשו"ת מעשה חושב¹⁰⁰ דן בשאלה זו, וכתב: "לכאורה יש מקום לומר דמאחר שכל

ההיתר לתרום איברים הוא רק מחמת המצוה שבדבר, ולולא זאת אסור היה לו לחבול בעצמו, אם כן אסור לו ליטול שכר תמורת תרומה זו".

אולם בהמשך דבריו הביא כראיה את דברי השו"ע¹⁰¹ "רופא שיש לו סמנים וחברו חולה וצריך להם, אסור לו להעלות בדמיהם יותר מן הראוי, ולא עוד אלא אפילו פסקו לו בדמיהם הרבה מפני צורך השעה שלא מצאו סימנים אלא בידו, אין לו אלא דמיהם. אבל אם התנה בשכר הרופא הרבה, חייב ליתן לו, שחכמתו מכר לו ואין לו דמים". ומתבאר שאמנם אסור לרופא ליטול שכר עבור פעולת הרפואה [מלבד שכר טורח ובטלה], כי הרופא מחויב בהשבת גופו של החולה "ומה אני בחנם אף אתם בחנם". ברם "אם התנה בשכרו הרבה", חייב ליתן לו כמו שהתנו, כי "את חכמתו הוא [הרופא] מוכר לו". ואם כן "בנדרן דידן של תרומת איברים שכבר העלינו לעיל דאפשר שאין חיוב גמור על אדם לתרום את איבריו להצלת חברו אפילו כשלא נשקפת סכנה לחייו של התורם בשל תרומת האיברים, ואין בזה אלא מידת חסידות בלבד, דבודאי שאם אינו רוצה לעשות כן אלא תמורת תשלום, זכותו לדרוש זאת. ואם הבטיחו לו שכר הרבה עבור תרומתו, חייבים לשלם לו כמו שהתנו עמו, שהרי את גופו ונפשו הוא נותן, וכל אשר לאיש יתן בעד נפשו".

ומסיים המעשה חושב, כי אדרבה, אילו "היינו מכריעים באופן מוחלט שיש חיוב גמור על אדם לתרום איבר לצורך הצלת חברו [באופן שאין התרומה מסכנת את התורם] הרי היה מקום לומר שאסור לו לדרוש מן המושלת תמורה כספית נוספת מעבר להוצאות הכספיות ולכל ההפסדים שיגרמו לו בעטיה של התרומה. אך מכיון שאפשר שאין בזה אלא רק מידת חסידות [וכמבואר לעיל [סימן ו אות א] בדברי הרדב"ז], יש לומר שאין בזה את הדין של מה אני בחנם אף אתם בחנם, ויש להתיר לו לדרוש תמורה כספית עבור עצם תרומת האיברים".

וכדבריו נקט הרב שאול ישראלי בשו"ת חוות בנימין¹⁰² שמותר לקבל תשלום עבור תרומת איברים, ואף מקיים בכך מצוה: "כלל נקוט בידינו שמצוה שהתורה מחייבת לעשות אדם לרעהו, צריכה להעשות ללא כל תשלום, משום כך השבת אבידה גם אם המוצא טרח עבורה טרחה רבה עד שהחזירה לבעליה, אינו רשאי לקבל שכר עבור טירחתו, פרט אם זה גרם לו להתבטל מעיסוק אחר שהיה עוסק בו, אז יכול לקבל שכר בטלה. מטעם זה עצמו, מעשה הצלה שעושה לחברו, אם מחולי ואם מסכנת מוות, שמוגדר בשם אבידת גופו, אסור לקבל עבורה שכר. אכן, תרומת אבר או רקמה שנתרמת לצורך השתלה בגוף החולה, שכפי שכבר נתבאר, שאין בזה חיוב מעשי, כי כאמור אין זה כלול במצוה של השבת גופו, רשאי התורם לקבל עליה שכר. שכן נקבע

101. יו"ד סי' שלו סע' ג. 102. ח"ג סימן קט.

בהלכה חיוב תשלום מחמשה סוגים, והם: נזק, צער, ריפוי, שבת ובושת, במקרה של אדם שהזיק את חברו באלה הענינים, ושם נקבע גם דרך ההערכה של גובה התשלום. כמו כן אומרת ההלכה שחיוב תשלום זה קיים אפילו כשהניזק הרשה לחברו שיזיקו, אם בחבלה ואם בחיסור או השחתת איבר. ואפילו אם נאמר לו במפורש שפוטרו מכל תשלום, והדבר מוסבר בנימוק שאין אדם מוחל על איבריו [כמבואר בב"ק¹⁰³, ברמב"ם¹⁰⁴, ובשו"ע חו"מ¹⁰⁵ יעו"ש]. אין אפוא שום סיבה לאסור על התורם מגופו, לבקש ולקבל תשלום תמורת תרומתו. גובה התשלום ניתן להיקבע על ידי התניה בין התורם בין מי ממשפחת מקבל ההשתלה."

ומסיים הרב ישראלי: "תשלום זה, כל עוד הוא בגבולות סבירים, אין לראות זאת כסחטנות או כבלתי מוסרי, מאחר שלתורם נגרם בזה סבל גופני, ולעתים גם נפשי, וכאמור כבר נקבע שאין אדם מוחל על ראשי איברים."

אם נאסור קבלת התשלום יתכן וימנעו מלתרום איברים בחינם

א. ידידי רבי משה שטרנבוך, נשאל בשו"ת תשובות ונהגות¹⁰⁶ אודות "חולה הזקוק לדם נדיר ומצאו אחד שמוכן לתת לו דם תמורת תשלום דוקא, אם מותר". והשיב: "לכאורה כיון שמקיים בכך מצות הצלת נפש מישאל אין לו לדרוש שכר עבור הדם אלא שכר בטלה לבד, כמבואר בשו"ע¹⁰⁷. ובנדון דידן, אם בא תורם הדם בערב לבית חולים הסמוך לביתו ואין לו מזה ביטול מלאכה אסור לו לדרוש שכר. אמנם נהגו היום ליקח שכר למצוה כמו למילה, אע"פ שאין בזה סימן ברכה, עיין פסחים¹⁰⁸ ובשו"ע¹⁰⁹, וטעם הדבר שלפנים כל ת"ח ידע אומנות מילה וכמבואר בחולין¹¹⁰, אבל היום מעט עוסקים בזה ואם ננעל דלת ונאסר לקבל כסף, גם אלו ימנעו. על כן התירו לקבל כסף למצוה. ועל כן נראה בנידון דידן אם תורם מדמו למצוה לשם שמים, הלא זוכה למצוה גדולה של הצלת נפש מישאל שאין כמוה, ואם לוקח על זה כסף לא נוכל למנוע אותו ולהורות שצריך בחינם דוקא. וגם בזה אנו פותחים פתח לסכנה ח"ו שימנעו מלתרום גם בפיקוח נפש ח"ו, אבל ודאי ששכרו מן השמים פחות."

ומדבריו יש ללמוד טעם נוסף להתיר קבלת תשלום עבור תרומת איברים, אע"פ שמקיים מצוה. שכן אנו רואים שהתירו ליטול שכר גם על קיום מצוות, כדוגמת מצות ברית מילה, שהתירו למוהל לקבל שכר בעד קיום המצוה, כדי שלא ימנעו מלקיים המצוה. ואם כן הוא הדין בתרומת דם ובתרומת איברים יש להתיר קבלת תשלום בעד התרומה, שהרי אם נאסור את קבלת התשלום, אנשים ימנעו מלקיים בחינם את המצוה של תרומת איברים.

103. צג, א. 104. הלכות חובל ומזיק פ"ה הי"א. 105. סי' תכא סעיף יב. 106. ח"א סימן תתצח. 107. יו"ד סי' שלו סע' ב-ג; ע"ש בבית הלל. 108. נ, ב. 109. סוף סי' תקסה ובסי' שו"ס"ה. 110. ט, א.

ידידי רבי מרדכי הלפרין¹¹¹ השווה את התקנה להתיר גביית שכר עבור טיפול מיילדות בשבת, לתקנה להתיר קבלת תשלום עבור תרומת איברים: "נימוק נוסף [להתיר קבלת תשלום עבור תרומת איברים], משום תיקון העולם. מובא בפוסקים¹¹² להתיר גביית שכר עבור טיפול מיילדות בשבת, משום סכנה דלמא אי ידעה דלא ליתב לה שכר, לא אתיא או מתעצלת במצוה. נימוק זה קיים לכאורה בכל פעולה רפואית הכרוכה בפיקוח נפש, והתלויה למעשה בהחלטה האישית של המציל, ובדאי במקום תרומת איברים". כלומר, הטעם להתיר קבלת תשלום עבור תרומת איברים הוא בגדר "תיקון העולם", שהתירו לקבל שכר גם על קיום מצוות, כדי שלא ימנעו מקיום המצוות בחינם.

בשו"ת מעשה חושב מסכם את הדברים: "כבר העלינו לעיל שאין הדבר ברור כלל ועיקר שיש בתרומת איברים חיוב גמור, ואפשר שאין בזה אלא רק מידת חסידות. ואם כן יש לומר דמאחר שאין הוא חייב בזה בחיוב גמור, ואינו מצווה על זה בלאו דלא תעמוד על דם רעך, הרי אין בזה את הדין של מה אני בחנם אף אתם בחנם, ויש להתיר לו לדרוש תמורה כספית עבור עצם תרומת האיברים. אמנם ברור כי אדם שיסכים לתרום את אחת מכליותיו או חלק מן הכבד שלו מבלי לדרוש שום תמורה כספית בעבור תרומתו, מלבד החזר ההוצאות הכספיות שנגרמו לו בעטייה של התרומה, ינהג בזה מידת חסידות גמורה ומושלמת, ואשרי חלקו בזה ובבא. ובפרט אם המושל הוא חסר אמצעים כלכליים, שיש בזה גם משום צדקה מלבד מידת החסידות שבעצם התרומה. אכן עדיין י"ל כי גם תורם שמתעקש לדרוש תמורה כספית בעבור תרומתו אינו מאבד את מעלת המצוה שבעצם תרומת האיברים, ושפיר יש להחשיבו כנוהג במידת חסידות, ויל"ע בזה".



קבלת תשלום עבור התרומה

ד. לדעת הרב יעקב אריאל, רבה של רמת גן¹¹³ קבלת תמורה כספית עבור תרומת איברים, תלויה במחלוקת הפוסקים האם יש לאדם בעלות על גופו: "לדעת הגרש"י זווין, ודאי שאין אדם יכול לדרוש תשלום על אבר שאינו שלו. ומצינו שמותר ליטול תשלום על צער¹¹⁴. אך לדעת מו"ר הגר"ש ישראלי יש לומר שהנה משיב אבידה, מה שאסור לו ליטול שכר, הוא רק על טרחתו. אך אם הוציא הוצאות רשאי ליטול שכר, כמבואר. ואם אבריו הם שלו ורשאי למוכרם, מדוע שלא יטול שכר על אבריו, היכן אמרה התורה שיתן את שלו בחינם לחברו. רק על טירחתו אסרה התורה ליטול שכר, משום שהוא מצווה בכך, אך על ממונו ורכושו יכול הוא ליטול שכר. ואם אבריו הם

111. אסיא, קובץ מה-מו. 112. ע"י מהר"י מברונא סי' קיד דף מט ע"ב. 113. שו"ת אהלה של תורה ח"א סימן ק. 114. ע"י ב"ק פה, א; ולא נראה שהמדובר דווקא בגוי.

כרכושו, מדוע לא יטול שכר על רכושו שנתן לחברו. נמצא איפוא שלדעת הגר"ש ישראלי, יכול אדם לדרוש תשלום על האיברים עצמם. ואילו לדעת הגרש"י זווין, מותר לו לדרוש תשלום על צערו.

כלומר, לכל הדעות מותר לקבל תשלום עבור תרומת איברים, אולם יש הבדל עבור מה התשלום.

• לדעת הרב זווין, שאין לאדם בעלות על גופו, אין כל יכולת לדרוש תשלום על דבר שאינו שלו. ולכן התשלום אינו על האיבר, אלא עבור הצער הכרוך בניתוח תרומת האיבר וההחלמה ממנו. וכן נקט הגר"א בקשי דורון בשו"ת בנין אב¹¹⁵, כי לשיטתו של הרב זווין, שאין לאדם בעלות על גופו "אין מקום לדון על בעלותו של התורם על השתל, לפי שמעולם השתל או כל איבר מאיבריו אינו שלו כלל. ואם כן ברור שכל עוד האיבר בגופו, הוא האחראי לו ויכול לקבל תשלום על איבריו, אולם זכות זו היא על הסכמתו להצטער ולהישאר חסר אבר, ולא על עצם האיברים כנכסים שבבעלותו".

• לעומת זאת, לדעת הרב ישראלי, שגם לאדם יש בעלות על גופו, וכן לשיטת הרב אפשטיין שהאדם בעלים על הגוף [והקב"ה על הנפש] - התשלום הוא עבור האיבר עצמו, שהרי האדם הוא הבעלים עליו, וכך יש להעריך את המחיר עבור התרומה [ויבואר להלן].

לד. אולם לפי המבואר לעיל [פרק ב] בדברי הרב שרמן והרב דיכובסקי, שמחלוקת הרב זווין והרב ישראלי האם האדם בעלים על גופו, אינה קשורה כלל לנדון הבעלות הממונית של האדם על גופו, ולענין זה, ודאי שהאדם בעלים על גופו ורשאי לקבל תשלום עבור תרומת איברים. אין כל ספק שהאשה בעלים על ביציותיה, וזכותה לדרוש תשלום עבור מכירתן [ולא עבור הצער הכרוך בתרומה].

כמו כן, מסתבר כי גם לפי המבואר בגדר הבעלות של האדם על גופו שהוא כ'בעלי המניות' בחברה בע"מ, אין כל מניעה לקבל את התשלום עבור האיבר עצמו ולא רק עבור הצער, שכן הבעלות מוגבלת רק לענין זה שאינו רשאי לעשות בגופו ככל העולה על רוחו, כשם שבחברה בע"מ אין הבעלים יכולים לעשות כרצונם, ולכן אסור לו לחבול בגופו. אך כאשר מותר לתרום על פי ההלכה, אין גם מניעה לקבל עבור האיבר תמורה. והוא הדין בנדון תרומת ביציות.

ברם לפי המבואר לעיל [אות כז] שאין לאשה בעלות על הביציות שבגופה, מכיון והן ניתנו לה רק לצורך השימוש בהם לפרייון, נראה שהאשה אינה יכולה לדרוש תשלום בעד ביציות שלא השתמשה בהן לצורך פרייונה, כי ביציות אלו אינן בבעלותה, רצ"ע.

מחירים של איברים

17. מובן מאליו, כי הנפק"מ עבור מה התשלום - האיברים או הצער, היא בקביעת מחירים של האיברים.

אולם בכל מקרה, יקשה מאד לקבוע את מחירים של האיברים, וכפי שכתב הרב אריאל בהמשך דבריו המובאים לעיל: "גם אם נניח שיכול אדם למכור את אבריו איזה מחיר יכול הוא לדרוש עליהם, הרי אלו דברים שאין להם שיעור, אי אפשר להעריך את מחירים כחפצים הנמכרים בשוק, שאפשר לשום את ערכם. ועיין בספר לאור ההלכה להגרש"י זווין שהוכיח מפרק החובל¹¹⁶ שאין לאיברים מחיר עצמי, אלא שמין את הנחבל כעבד. אמנם הוא הסיק מזה שאין לאדם בעלות על אבריו, אך אין הכרח לכך. כי גם אם נניח שיש לאדם בעלות על אבריו, אין להם שומא וערך, כי אינם עומדים למכירה. והנה אם נניח שהאדם הוא הבעלים על אבריו, הרי הוא יכול למוכרם לכל המרבה במחיר. אמנם אם חבלו בו, אין יכולת להעריך את מחיר אבריו. אך כשהוא בא למוכרם לאחרים, יכול הוא למוכרם בכל מחיר שהקונה יסכים לשלם".

והוא מביא ראיה שמותר לאדם לדרוש מחיר עבור איבריו כפי שעולה בדעתו, מפסק השו"ע¹¹⁷ "מי שיש לו סמנים וחברו חולה וצריך להם, אסור לו להעלות בדמיהם יותר מן הראוי, ולא עוד אלא אפילו פסקו לו בדמיהם הרבה מפני צורך השעה שלא מצאו סימנין אלא בידו, אין לו אלא דמיהם. אבל אם התנה בשכר הרופא הרבה, חייב ליתן לו, שחכמתו מכר לו ואין לו דמים". ומכאן יש להוכיח: "רופא יכול לדרוש שכר גבוה עבור חכמתו, משום שזהו הנוהג שלוקחים על חכמה מחיר גבוה. ואם כן הוא הדין באיברים, סתמא דמילתא היא שאדם לא מוכן למכור את אבריו אפילו בהון רב, וכל מי שמוכר דורש מחיר גבוה. ואם כן המוכר רשאי לדרוש עבור אבריו כל מחיר הנראה בעיניו. וכן נראה לומר בדעת הגרש"י זווין, שכפי שאמרנו יכול לתבוע את דמי צערו. ומסתבר שדמי צער פחותים מדמי אבר, אך גם הם גבוהים ביותר. וכפי שמצינו בענין רופא שיכול לדרוש את דמי חכמתו, כך יכול אדם לדרוש שכר גבוה עבור צערו, ודמים אלו אין להם שיעור".

ומשמע מדבריו כי לאחר מכירת כליה, ביציות או כל איבר אחר תמורת סכום גבוה, אם הקונה עדיין לא שילם את מלוא התשלום אין יכול לומר למוכר "משטה אני בך", וכוונתי היתה למחיר נמוך יותר כפי המקובל בשוק, מאחר ואין ערך קבוע למחירים של איברים, ולכן ערכם נקבע כפי שסיכמו ביניהם המוכר והקונה, וסיכום זה הוא המחייב.

116. ב"ק פג, ב. 117. יו"ד ס' שלו סע' ג.

הצורך לקביעת "מחיר" לאיברים - משום "תיקון העולם"

117. עם זאת, הרב אריאל מציין כי מצב שבו התורם מחליט את גובה התשלום כרצונו, טומן בחובו סכנה לשחיתות:

"היה מקום לאפשר לכל תורם לקבוע את שכרו, ואע"פ שיש טעם לפגם בכך, הרי מאידך, יש חשש שללא פיצוי הוגן עלול להיווצר מחסור חמור בתורמים, והדבר יפגע בחולים המסוכנים הזקוקים לתרומת איברים. אך לעומת זאת עלול להתפתח סחר איברים באמצעות סרסורים וספסרים, אשר ינצלו את מצוקת החולים לשם התעשרות קלה". ולכן הוא מציע: "מן הראוי שהמדינה תתקן תקנות מתאימות, אשר מצד אחד יעודדו את התורמים לתרום איברים, ומאידך ימנעו שחיתויות".

ואמנם בשו"ת מעשה חושב¹¹⁸ תמה מדוע בשל החשש מהתפתחות מסחר באיברים, כתוצאה ממצב שבו התורם יוכל לדרוש סכומים מופקעים, לא נאסר את התרומה משום "תיקון העולם", כפי שמצאנו במשנה¹¹⁹ "אין פודים את השבויים יותר על כדי דמיהם, מפני תיקון העולם".

והוא משיב, כי יש שני פירושים מהו "כדי דמיהם" בפדיון שבויים:

[א] שוויים של השבויים להימכר כעבדים, כשם ששמין תשלומי נזק.

[ב] הסכומים הרגילים והמקובלים לפדיון שבויים.

ולדעתו "שתי האפשרויות הנ"ל של חישוב כדי דמיהם ויותר מכדי דמיהם לענין פדיון שבויים, אינן שייכות בנדון דידן, שאין בידינו שום אפשרות להעריך ולשער את שווי תרומת האיברים, לא ע"י שומא כעבד הנמכר בשוק, ולא ע"י השווי הרגיל והמקובל לתרומה כגון זו. ובפרט לאור דברי השיטה מקובצת¹²⁰ שכל ממון שבעולם אינו שווה לו לאדם תמורת כריתת איבריו, דממילא לא שייך בזה לעולם שיעור של יותר מכדי דמיהם".

לכן גם מסקנת המעשה חושב, כי מן הראוי לתקן תקנות ברורות בנושא מחיר האיברים: "מכח כל זה נראה שאין שום מקום לאסור לדרוש ולקבל תמורה כספית בעבור תרומת איברים, ואדרבה יש לנו לחשוש שכל פקפוק בזה עלול למנוע אפשרויות הצלה מן הנזקקים. לכך אכן בודאי שמן הראוי להתקין בזה תקנות מסודרות ולהגביל הדבר אך ורק לתרומת איברים שמותר ומצוה לתורמם, שאין בכריתתם משום סיכון חיי התורם, ולצורך הצלת חיי אדם באופן שיהיה בזה משום הצלה, ולאותם שמצוה להצילם וכמבואר בשו"ע. וגם היה נכון הדבר לו היו מתקנים שהתשלום בעבור תרומת האיברים

118. ח"ד סימן כד. 119. גיטין פ"ה מ"ו. 120. ב"ק פה, ב.

יהיה על חשבון הממשלה, שאז גם תהיה אפשרות להגביל את הדרישות במידה מסויימת בלי לפגוע באפשרויות ההצלה".

מכל מקום, העולה מן הדברים, כי להלכה קיים קושי לקבוע מחיר ברור עבור מכירת "איברים", וה"צער" הכרוך בכך, והדבר המחייב הוא הסיכום בין הקונה והמוכר לפי המחיר שהחליטו ביניהם [וזאת כמובן, אם אין תקנות או חוקים הקובעים אופני שומא או "מחירון" מפורט בנושא זה, ואז יתכן שיש להתחשב ב"דינא דמלכותא"].



איסור הנאה ממכירת איברים

לח. הרב לאו [בהמשך דבריו המובאים לעיל אות כח] העלה נושא נוסף לדיון:

"עוד יש לדון, שגם אם ננקוט שהאדם בעלים על גופו, אע"פ שאינו בעלים על נפשו, מ"מ שמה מטעם אחר אין האיברים שלו ניתנים למכירה, דאולי יש בהם איסור הנאה. שורש שאלה זו הוא בדין שאדם מת אסור בהנאה ומצוה לקבורו מדין תורה. יש לדון, איפוא, מה הדין באיבר מן האדם החי. ובאמת דין זה אם אבר מן החי צריך קבורה מדינא, וכן אם הוא אסור בהנאה, אינו פשוט כל כך ואין בזה הכרעה. ומ"מ בנידון דידן יש לדון, הואיל ודברים האסורים בהנאה, לא רק שאינם נמכרים, דאין אדם מקנה דבר שאינו שלו¹²¹, אלא שאם מקבל דמים עבור איסור הנאה נמצא שנהנה מאיסור הנאה, וזה עצמו איסור".

אמנם גם הרב לאו מציין, כי בתרומת איברים מרצון, אפילו אם יש איסור הנאה מאיברי האדם, מותרת קבלת התשלום בגלל שהיא עבור הצער, וכפי שכתב בהמשך דבריו שם: "שאלות אלו אמורות באדם שנקטע ממנו אבר שלא ברצונו, כגון בתאונה, ובאנו לדון אם ליטול ממנו את האבר להצלת חולה, והוא דורש עבור זה תשלום. כאן ראוי להסתפק האם הוא בעלים על אבר זה, וכן אם האבר אסור בהנאה. אבל כאשר הנידון הוא על אדם שבא מרצונו למכור את אבריו לאחרים, אזי אין מקום לדיון זה, אלא השאלה היא האם יכול הוא לגרום לעצמו צער, בושט וחסרון בריאות, תמורת תשלום כלשהו, כמבואר בסוגיא בב"ק¹²². כאן בודאי שיכול לעשות זאת, אע"פ שלא חלה כאן מכירה, ובפשטות מותר לו גם לקבל על כך תשלום אע"פ שעושה מצוה".

ומבואר בדבריו כי אמנם לדעת הסוברים שאין לאדם בעלות על גופו, וקבלת התשלום בתרומת האיברים אינה על האיברים עצמם אלא על הצער הכרוך בתרומה, אין זה משנה כלל אם יש איסור הנאה מאיברי האדם, ובכל מקרה מותר לקבל תשלום בעד הצער

121. והאריכו הפוסקים אי איסורי הנאה מקרי אינו שלו או אינו ברשותו. 122. פה, א.

הכרוך בתרומה. אך לדעת הסוברים שיש לאדם בעלות על גופו, ורשאי לקבלת תשלום עבור האיברים עצמם, צ"ע שמא האיברים אסורים בהנאה ועל כן אסור לקבל תשלום תמורתם.

למ. ברם נראה כי בנדון תרומת ביציות, אין כל סיבה לאסור את קבלת התשלום עבור הביציות בגלל שיש איסור הנאה מהן.

• ראשית, לאור העובדה שלדעת רוב האחרונים אין חיוב קבורה בשום איבר שנחתך מאדם חי, ורק נהגו לקבור את האיברים כדי להציל את הכהנים מאיסור טומאה, וכפי שפסק לדינא בשו"ת ציץ אליעזר¹²³ בהסתמכו על דעת השבות יעקב¹²⁴ והנודע ביהודה¹²⁵ כמבואר בדברי הסיכום של תשובתו בנדון: "ההלכה היוצאת לנו בזה הוא: א. אין מצות קבורה באבר הפורש ונחתך מאדם חי. ב. יש אבל לקוברו אי משום מנהגא, ואי משום כדי שלא יבואו כהנים ליטמא בו. ג. בשעת צורך מיוחד יש להתיר גם להצניעו בחדר מיוחד".

• שנית, גם המנהג לקבור איברים שנלקחו מאדם חי, אמור רק בין איברים שיש בהם בשר גידים ועצמות, שיש לקבורם מחמת שיש בהם טומאת איבר מן החי, אך איברים שאין בהם עצמות, אין צורך כלל לקבורם, כדברי האגרות משה¹²⁶ "בדבר אברים מן החי שנחתכים בבתי החולים אם צריכין קבורה, הנה הנודע ביהודה תנינא יו"ד ס' ר"ט כתב דמה שאיתא בכתובות דף כ' ע"ב דמוכי שחין מקברין זרועותיהן אינו מדין חיוב קבורה, אלא שלא יטמאו הכהנים. ולפי זה הוא רק באברים שאיכא טומאה באבר מן החי, כדאיתא בפ"ב דאהלות מ"א ובכמה דוכתי, אבל לא בבשר מן החי שהוא בלא גידין ועצמות, דהא ליכא טומאה בבשר מן החי כדאיתא בחולין דף קכ"ט ואיפסק ברמב"ם פ"ב מטו"מ סוף ה"ג. ולכן צריכין ליקח מבתי החולים ולקבורם רק אברים שיש בהם בשר וגידים ועצמות, אף אברים קטנים, ואף כשחסר מעט מהעצם, דלענין קבורה אין לחלק. ולא בני מעיים ולא כליות וטחול ולא שפיר ושליא כשליכא עדיין צורת וולד שאין שם גידים, וכן כל כהאי גוונא שליכא עצם".

ולפי זה בנדון תרומת ביציות, שוודאי אינן איברים שיש בהם בשר גידים ועצמות, ואין חיוב לקבורם ואין בהן איסור הנאה, אין כל מניעה לקבל את התשלום מצד החשש ליהנות מאיסור הנאה.

☆ ☆ ☆

123. חלק י סימן כה פרק ח. 124. ח"ב סימן קא-קב. 125. תנינא יו"ד סימן רט. 126. יו"ד ח"ג סימן קמא.

קבלת תשלום עבור "תיווך" איברים להשתלה

מ. להשלמת היריעה בנדון קבלת תשלום עבור מכירת איברים, יש לברר האם ל"מתווכים" הפועלים לקשר בין הנצרכים לתרומה לבין התורמים, מותר לדרוש שכר עבור ה"תיווך". ואם כן, מה שיעורו.

בספר נשמת אברהם¹³⁰ כתב: "לגבי הסרסור שמתווך תמורת אחוזה, בין החולה הזקוק להשתלה ובין התורם, אמר לי הגרש"ז אויערבך, שגם מותר לכתחילה, ואין בזה שום מעשה מגונה או עבירה, כי את כספו הוא מקבל עבור המאמץ והטרחה למצוא ולתאם בין התורם ובין מקבל האיבר".

אולם הרב שאול ישראלי נקט בשו"ת חוות בנימין¹³¹ שרק התורם עצמו רשאי לבקש שכר עבור תרומתו [על איבריו או על הצער הכרוך בתרומה, כמבואר לעיל אות כו] אולם למתווך מותר לדרוש "שכר בטלה" בלבד, היות והוא מצווה בכך, כדבריו: "רק התורם עצמו רשאי לקבל תשלום על תרומתו, אבל המתווך בין התורם לבין משפחת החולה, בין שזה אדם פרטי ובין שזה מוסד המקבל על עצמו הטיפול בזה, חייב לעשות זאת משורת הדין, שהרי זו טרחה שכל אחד מחויב בה מגדר השבת גופו, ועל כן אסור לו לקבל תשלום על כך, פרט לשכר בטלה כאמור במקרה של השבת אבידה".

לסיכום: לכתחילה ודאי ראוי שלא ליטול שכר כספי על תרומת ביציות, אלא לזכות אך ורק בשכר המצוה. אך להלכה אין כל מניעה לדרוש תשלום תרומת איברים [ובכללם שחלות, ביציות ואשכים], כי אין לתורם חיוב לתרום את איבריו, והוא מקיים בזה מצוה ממידת חסידות.

ולכן כאשר התרומה מותנית מראש בקבלת תמורה כספית, הרי זה כדין רופא שמותר לו להתנות מראש את הטיפול הרפואי בתשלום.

טעם נוסף להתיר קבלת תשלום עבור תרומת ביציות, שחלות ואשכים הוא משום "תיקון העולם", שכן אם נמנע את קבלת התשלום עבור התרומה, אין ספק שהדבר ישפיע על אנשים להימנע מתרומת איברי רביה בעתיד.

אלא שנחלקו הפוסקים האם התשלום מתקבל בעד הצער הכרוך בתרומתו או שיש "מחיר" לאיברים. ומכיון שאין ערך קבוע למחרים של איברים, מסתבר שערכם נקבע כפי שסיכמו ביניהם המוכר והקונה, וסיכום זה הוא המחייב.

ואמנם נראה שיש צורך לקביעת "מחיר" לאיברים משום "תיקון העולם", כדי למנוע שחיתות בנושא רגיש זה.



פרק ו - גניבת זרע או ביצית

בקובץ תחומין¹³² דן הרב יעקב אריאל, באשה שעברה טיפולי פוריות, ולשם כך שאבו ממנה ביציות. הרופא נחשד בכך שגרם לה להרבות בביציות, והוא שאב את הביציות המיותרות לשם הפריית נשים אחרות. ונשאלת השאלה, האם הרופא נחשב לגנב. שכן אם אין האדם בעלים על גופו, לכאורה אין להאשימו בגניבה.

שאלה הפוכה נידונה בערכאות, כאשר אשה הצליחה לקחת את זרע הבעל קודם גירושיהם ולשומרו בבנק הזרע כראיות, ולאחר גירושיהם הפרתה מזרע זה עובר, תוך כדי זיוף מסמכים ואישורים מצד הבעל להפרות את זרעו, ואף ילדה כתוצאה מכך בת. כאשר נודע הדבר לגבר, תבע את האשה על מעשיה, אך היא תבעתו כנגד להכיר בבתו כאביה ולחייבו בתשלום מזונות. לאור כל הנזכר לעיל, יש לעיין האם במעשיה אכן "גנבה" האשה את זרעו. בפרט כאשר הזרע הגיע אליה כדרך כל הארץ.



מא. הרב יעקב אריאל¹³³ דן בשאלת האשה שנגנבו ממנה הביציות, ובתשובתו קבע הרב אריאל שגם אם ננקוט כי האדם אינו בעלים על גופו, אולם איבריו אינם הפקר, ובוודאי אסור ליטול ממנו איבר ללא רשות. והוסיף: "במקום אחר¹³⁴ דנו בשאלת הבעלות של אדם על אבריו, והוכחנו שיש אפשרות עקרונית לאדם למכור חלקים מגופו, לפחות אותם החלקים שיש להם חלופה כגון דם ושערות. הרי זה כדוגמת רחל אשת ר' עקיבא, שמכרה את מחלפות ראשה כדי שבעלה יוכל ללמוד תורה. הביציות דומות במידה מסוימת לדם ושערות. מספר הביציות בשחלותיה של אישה הוא רב, הרבה יותר מסיכוייה ללדת מכולן ילדים. ולכן, נטילת מספר ביציות לא תפגע בסיכויי פוריותה בעתיד. מאידך גיסא, היא הנותנת, יש לאישה רשות למסור את הביציות העודפות לנשים אחרות. ולכן, מי שנוטלן ללא רשותה גוזל ממנה זכות זאת".

ומתוך כך הוא בא לידי המסקנה: "לכן נראה, שיש לאישה זכות על ביציותיה. היא רשאית למנוע את נטילתן ללא רשותה, והיא זכאית למוסרן למי שליבה חפץ, גם אם אינן שלה ממש מבחינה ממונית".

ובאשר לשאלה האם הרופא הגונב את הביציות נחשב גנב, חידש הרב אריאל, כי יש לדמות גניבת איברים לגניבת מעשר שני: "מעשר שני ממון גבוה הוא, לפיכך אנו

132. כך כא. 133. תחומין כך כא עמ' 100. 134. שו"ת באהלה של תורה ח"א סי' ק.

אומרים שהגונב מעשר שני אינו משלם תשלומי כפל, והגוזל אינו משלם חומש. משמע שרק מכפל הוא פטור, אך יש לו דין גנב. וקשה, אם מעשר שני ממון גבוה הוא, הרי לא גנב כלל מהבעלים, אלא רק מהגבוה, ואין לו דין גנב כלל. אלא על כרחך, מכיון שיש לבעלים זכות במעשר לאוכלו בירושלים, ממילא מי שנוטל ממנו זכות זו נקרא גנב. ומוכח שאע"פ שאין המעשר ממנום של בעליו, ומצידם אין כאן גניבה אלא רק ביטול זכויות מצד הגנב, בכל זאת יש כאן מעשה גניבה. ולענ"ד, איבריו של אדם דומים במידה מסויימת למעשר שני. הם אמנם אינם שלו, אלא שייכים לגבוה, אך בכל זאת יש לו זכות שימוש בהם. זכות זו מקנה לו מעמד של בעלות, לפחות לענין איסור גניבה. ואע"פ שאין לאדם עליהם בעלות ממונית, בכל זאת כל הנוטל אותם מאדם ללא רשותו נחשב לגנב. כפל אמנם לא יתחייב, אך יש להענישו בעונש חמור על עצם מעשה הגנבה".

לדבריו, ניתן לומר שהוא הדין גם בגניבת זרע, שכן אמנם גם לזרע יש חלופה, ויש לדמותו במידה מסוימת לדם ושיער, אך ודאי ש"זכות" השימוש בהם, הם שלו ורק שלו, וזכות זו מקנה לו מעמד של בעלות, לפחות לענין איסור גניבה.

אולם דבריו לכאורה לא מובנים, כי גם אם גנב הביציות נקרא "גנב", זהו רק לענין ה"בין אדם למקום", כי הוא אכן גנב רכוש השייך להקב"ה. אבל בחלק ש"בין אדם לחברו", הוא עדיין לא נחשב "גנב", שהרי לא נטל מאומה מחברו, ויתכן שאפילו אינו מחוייב בכלל להשיב את הביציות לאשה, שהרי לא גנב מהאשה דבר, וצ"ע.

מב. ברם לאמיתו של דבר נראה, כי לפי המבואר לעיל [פרק ב] שמחלוקת הרב זיון והרב ישראלי האם האדם בעלים על גופו, אינה קשורה כלל לנדון בעלות האשה על ביציותיה, ואין כל ספק שהאדם בעלים על גופו, ועל היוצא מגופו, כזרעו, וכן האשה בעלים על ביציותיה, ועל כן ודאי שהרופא הגונב ממנה ביציות חייב לשלם לה, לרבות תשלומי כפל השייכים לה, כבעלת הביציות.

ועוד נראה לפי המבואר לעיל שבעלות האדם על גופו, דומה להגדרת הבעלות על 'חברה בע"מ', שכשם שאין כל ספק כי הגונב מנכסי חברה הוא גנב, שהרי גונב ממון השייך לבעלי החברה, ואף שבעלות בעלי המניות היא מוגבלת, גם בגניבת איברים, אין כל ספק שהגניבה היא מהאדם [ה"חברה"], אף אם אינו מוגדר כבעלים על גופו, ועל הגנב לשלם ל"חברה" ולהיענש על מעשיו.

גם לפי המבואר לעיל [אות כז] שאין לאשה בעלות על הביציות שבגופה, מכיון והן ניתנו לה רק לצורך השימוש בהם לפיריון, אף שהיה נראה לכאורה שאין לחייב את הגנב על גניבה מהאשה, שהרי לא גנב ממנה דבר, כי הביציות שהאשה לא משתמשת בהן לפיריון, הן לא בבעלותה, אלא בבעלות הקב"ה, שרק הפקיד אותן בשחלותיה לצורך פריונה - אולם ודאי שיש לה זכויות על הביציות, ולכן אסור לרופא לשאוב

ביציות ללא רשותה [וכמו כן באופן מעשי קשה לקבוע אלו ביציות גנב הרופא, ואולי גנב את הביציות שהאשה רצתה להשתמש בהן לצורך פריונה, שהן בבעלותה הגמורה].

מוג. אכן, גם אם דין גונב זרע או ביצית ככל דין גנב, הרי השאלה נשאלת ביתר שאת כאשר כבר הופרתה הגניבה, שאז נתערבה הגניבה בדבר שאינו גנוב, ואין הגניבה ניכרת.

לעיל [אות כג] כתבנו לדמות זאת בדימוי מושאל לתקנת מריש – גולן המבוארת בבבא קמא¹³⁵: "על המריש הגזול שבנאו בבירה - שנוטל דמיו, מפני תקנת השבים". ופירש המאירי¹³⁶: "כמה שאמרו בסדר בנין הבית "צלעות הבית סביב" אלו המלטושין, ר"ל הנסרים שמניחין סביב ראשי הקורות התחובים בקירות הבית, והעבים אלו המרישות, הנה שקראם מריש אף לאחר הבנין". ותקנו חז"ל שמאחר והקורות כבר נתונים ותחובים בקירות הבית, לא הצריכוהו בכדי להשיב את הגזילה להרוס את הבנין, אלא בעלות הגזול פקעה, ודי שיחזיר דמיו.

אכן, שבים אנו על דברינו כי דימוי מושאל הוא, שכן בנדון שלנו אין אפשרות מעשית להרוס את הבנין ולהוציא את הקורה, שכן לעולם לא יתכן להפריד את הזרע מן הביצית לאחר שהופרתה, ובהריסת הבנין - תשבר גם הקורה.

ועל כן שאלתנו בעינה עומדת, האם לאחר שנעשתה הגניבה והופרתה, יש כח ביד הגבר או האשה שמהם נגנב הזרע או הביצית, בכדי למנוע מלהשתמש ב'עוברים' המופרים. או שמא פנים חדשות באו לכאן, וכמו שכתב הרב דיכובסקי [לעיל אות כב], שמרגע הפרייתם, "יש לביצית המופרית חיים משלה, ופסקה הבעלות של בעל הזרע ושל בעלת הביצית". וצ"ע.

סיכום

א. בעלות הגבר על זרעו והאשה על ביציתה

- בדברי הגמרא ביבמות מבואר שיש לגבר בעלות על זרעו גם לאחר שיצא ממנו ובא אל אשתו.
- יש להבחין בין הנדון בבעלות האדם על איברי גופו, לבין הבעלות על זרע או ביציות. שכן כל הנדון שנחלקו בו הרב זוין והרב ישראלי, האם יש לאדם בעלות על גופו, הוא רק כאשר רוצה "להשתמש" בגופו למטרות של חבלה והשחתה, האסורות, ובשל כך אין לאדם בעלות לפגוע בגופו שלא לצורך. אולם כאשר החבלה היא לצרכים מותרים [כתרומת איברים - שהיא בדרך כלל לצורך פיקוח נפש או לצורך קיום מצות פרו ורבו], בעלות האדם על גופו שרירה וקיימת.

ב. בעלות בני הזוג על עוברים מופרים

- בחיובי הכתובה של הבעל לאשתו, לא מצאנו חיוב של הבעל כלפי אשתו לדאוג לה להרות, ואף שהבעל חייב במצות עונה, מטרת חיוב זה הוא קיום השיתוף שבין איש לאשתו ושלמות המשפחה, אך אין בו חיוב כלפי הורותה של האשה.
- בני זוג שהסכימו ליתן מגופם - האשה את הביצית, והבעל את זרעו - לשם תהליך הפריה שבסופו ב"ה ייווצר וולד, לדעת הרב שרמן נוצרה ביניהם שותפות מליאה באותם חלקים מגופם, שממזוגם תתקיימנה מטרות אלו. אולם, מאחר ושותפות זו נעשתה מלכתחילה לזמן קצוב, והיינו כל עוד הם נשואים, אך לאחר שנפרדו, בטלה השותפות, ויש בידו להחליט על ביטול הרצון להפרות. ובפרט כאשר חל בינתיים שינוי מהותי אצל אחד השותפים, ולטענתו המשך השותפות גורם לו נזק ממוני או אחר¹³⁷, רשאי אותו צד שניזוק להפסיק את השותפות.
- אך עמיתו, הרב דיכובסקי סבור, כי לאחר שיצא מגופו, משנולדה בו חיות עצמית, אין לו בעלות בדבר ולא ניתן להחזיר את הגלגל לאחור.

ג. חזרה מהבטחה לתרומה או ממכירת ביציות

- לדעת הסוברים שהאדם אינו בעלים על גופו והאשה אינה בעלים על הביציות, ודאי שהמכירה לא חלה, ואין כל תוקף להבטחה ולמכירה, ופשיטא שיכול לחזור בו, וכן דעת הגר"ש אלישיב.
- אולם לדעת הרב שרמן והרב דיכובסקי, הביציות הן בבעלות הממונית של האשה, ולכן במידה ונעשה קניין על מכירתן, הוא מחייב את בעלת הביציות, ולא תוכל לחזור בה אלא בנסיבות מוצדקות [ולדעת הרב דיכובסקי, לאחר תחילת תהליך ההפריה, האשה לא תוכל לחזור בה בכל מקרה, היות וכבר התחילו להיווצר "חיים חדשים" שיש להם בעלות עצמאית משלהם, והאשה איבדה את בעלותה על הביציות].
- כמו כן לדעת הגר"נ גולדברג, בתרומת איברים שיש תועלת לקונה, שבזה חל הקניין, ולפי זה לא יוכל המוכר לחזור בו לאחר הקניין.
- ולדעת הגר"א וייס, מאחר ובמכירת איברים [וביציות], התשלום הוא עבור הצער, הדבר מחייב את התורם כ"פסיקה גמורה", דהיינו כהתחייבות גמורה, שאי אפשר לחזור ממנה. ולדבריו יתכן הפרש בין מכירת ביצית למכירת זרע, שכן במכירת זרע אין צער שמחמתו י"ל שיש כאן פסיקה והתחייבות גמורה שאי אפשר לחזור ממנה.

137. כגון: ילד שיגדל ללא שני הורים.

● וכן לפי המבואר לעיל בהגדרת בעלות האדם על גופו, הדומה להגדרת הבעלות על 'חברה בע"מ', יש חלות לקנין והתורמת אינה יכולה לחזור בה ממכירת הביציות, כשם שהחלטת חברה בע"מ מחייבת לכל דבר.

ד. גניבת איברים

אסורה, הן לדעת הסוכרים שהאדם בעלים על גופו, או שהוא כגדר בעלי 'חברה'. והן אם אינו בעלים על גופו, שכן איבריו אינם הפקר, ויש להעניש את הגנב. ברם, צ"ע בגניבת זרע או ביצית, אם יש ביד הבעלים האפשרות למנוע מהגנב להשתמש בגניבה אשר הופרתה על ידו.



לאחר עריכת הגירסא הראשונה של מאמר זה בחודש סיון תשע"ב, שלחתי לכבוד ידידי הגאון רבי שלמה דיכובסקי שליט"א, דיין בבית הדין הגדול בירושלים, את הדברים הבאים:

טז סיון תשע"ב

כבוד ידידי הגאון רבי שלמה דיכובסקי שליט"א

דיין בבית הדין הגדול בירושלים

אחרי דרישת שלום מעכת"ר, הנני קעת עוסק בכתיבת שיעור בנדון מסחר ובעלות בביציות, ופתוח לפני מאמרו המקיף, שראה אור בתחומין¹³⁸, וכך כתב:

"הרב שרמן¹³⁹ טען שיש לאדם בעלות על גופו, ולכן יש לבעל זכויות ממוניות מלאות בזרע היוצא ממנו. בכך אינני מסכים לדברי עמיתי. אכן, יש לאדם בעלות על היוצא מגופו, ועל כן דם שהוצא ממנו שייך לו; אולם, אין לו בעלות בדבר לאחר שיצא מגופו, משנולדה בו חיות עצמית. הגע בעצמך, אדם שהוציאו ממנו דם שלא ברצונו, ועירו את הדם לאדם אחר, וכי יכול הוא לומר לחברו ממוני גבך?! ואם הוציאו ממנו כליה או אבר אחר, שלא מרצונו, האם יוכל לדרוש את השבת הגזילה?! הרי לאותו אבר יש חיים חדשים בגוף אחר, ולא ניתן להחזיר את הגלגל לאחור. לביצית מופרית יש חיים משלה, גם אם היא נחשבת למיא בעלמא, ומאותו רגע שנוצרו חיים חדשים פסקה הבעלות של בעל הזרע ושל בעלת הביצית. אמנם, התורה העניקה זכויות לבעל הזרע, ונתנה לו דמי ולדות - אבל מדובר בזכויות, ולא בבעלות".

בחודש שבט תש"ע, כתב לי מעכ"ת בדואר האלקטרוני, דברים המתאימים לאמור לעיל [הובא לעיל אות כה].

מתוך דברי מעכת"ר הבנתי כי מחלוקת הרב זוין והרב ישראלי האם האדם בעלים על גופו, אינה קשורה כלל לנדון בעלות האדם על זרעו והאשה על ביציותיה. שכן מחלוקתם בדיני

138. כך כב עמ' 404. 139. במאמרו לעיל.

איסור והיתר, האם מותר לאדם לפגוע בגופו, או לא. אך בהלכות חושן משפט, ברור שהאדם בעלים על גופו, ועל היוצא מגופו, לרבות זרע האיש וביציות האשה. ולפי זה יוצא: [א] כאשר בעל הסכים לתרום זרע ואשה הסכימה לתרום ביציות, הדבר מחייב אותם לגמרי ככל דיני הקניינים, וביכולתם לחזור בהם מהבטחתם, באופנים המותרים על פי השו"ע.

[ב] אין כל מניעה, שיורשי אשה שביציותיה הוקפאו לצורך הפריה, אשר ירשו גם את זכויות בעלותה הממונית על הביציות, יוכלו לתרום אותן או למוכרן.

ג. בהקשר למסקנות אלו היוצאות מדברי מעכת"ר, ברצוני להסב את תשומת לבו.

הרב יצחק זילברשטיין, מביא בספרו החדש¹⁴⁰ את דברי הגרי"ש אלישיב, בנדון "חזרה מהסכמה לתרומת מח עצם", ואני מצטט:

"[א] גוף האדם אינו חפץ כספי, ולא נחשב לממון בכדי שיהיה אפשר למכרו, ואם ישלם אדם לחברו ממון לרכוש ממנו את כליותו הנמצאות בגופו, אין המקח חל, כי גוף האדם אינו בר מכירה, כי בצלם אלקים ברא אותו¹⁴¹, והאדם הוא בריה אלוקית ולא בר מכר הוא, ולא חלים עליו משפטי קניינים ממוניים.

[ב] אין אדם בעלים על גופו כמבואר ברדב"ז ובשו"ע הגר"ז¹⁴², שנאמר "הנשמות אני עשיתי". ויעו' בשדי חמד¹⁴³ שתמה איך מותר להכות אדם האומר הכני, הרי אין אדם בעלים על גופו, ולא רשאי לחבול בעצמו.

ומשום כך סובר מורי וחמי [הגרי"ש אלישיב] שאדם המבטיח לתרום לחברו כליה, או להוציא מגופו דם ומח עצמות וליתנם לחולה, יכול לחזור בו מבחינה משפטית, כי לא חל קנין על גופו [אלא שעבר על איסור לא תעמוד על דם רעך, מחמת פחד, שהתרומה תזיק לו]. ואין לו דין שופך דמים, אלא עבר בשב ואל תעשה על גרמא של שפיכות דמים, בגלל פחד".

הרי לנו דעת הגרי"ש אלישיב, שהכריע להלכה ולמעשה כדעת הרב זוין, שהאדם אינו בעלים על גופו, לא רק בדיני חבלה אלא גם ביחס לבעלות הממונית, ומחמת זה ודאי שאין כל תוקף להבטחה לתרום איברים, ואפילו אם נעשה קנין למכירה, אין לכך כל משמעות הלכתית, ופשיטא שיכול לחזור בו.

וכמובן שלדעתו הן הן הדברים בנדון תרומת זרע וביציות, שאין כל תוקף להבטחה ולמכירה, מכיון שהבעל והאשה אינם בעלים עליהם.

ג. בשו"ת אגרות משה¹⁴⁴ כתב:

"בדבר שנשאל מוואשינגטון מלשכת הנשיא¹⁴⁵ בדבר שימוש באברים של המת על פי צוואתו לצורך רפואה", וכתב רבי משה: "הנני משיב בקצרה כי על פי דין התורה שקבלו חז"ל איש מפי איש עד משה רבינו ע"ה שקיבלנו מסיני, אין שום אדם בעלים על גופו

140. שיעורי רופאים ח"ב עמ' 499. 141. בראשית א, כז. 142. הובאו לעיל אות ב. 143. כרך א מערכת א כללים אות מ. 144. יו"ד ח"ג סימן קמ. 145. אופיס של הפרעזידנט.

לצוות שיעשו בגופו, ואפילו רק באבר אחד מאבריו, שום דבר. אף לא לצורכי השגת ידיעה לענייני רפואה. וכל שכן שבניו וקרוביו אינם בעלים על זה".

וכן מסר לי ידידי הרב פרופ' אברהם אברהם בשם הגרש"ז אויערבך והגרי"ש אלישיב "שאין לקחת קרניות להשתלה מן המת, ויש בזה משום גזל שאין אדם בעלים על גופו".

ולפי דבריהם יוצא, כי יורשי אשה שביציותיה הוקפאו, אינם בעלים לתרום או למכור את הביציות, משום שהביציות אינן בבעלותה.

אשמח מאד לקבל תגובת מעכת"ר בנדון, לבירור הדברים,

בידידות ובהוקרה

צבי רייזמן

☆ ☆ ☆

תשובתו של הרב דיכובסקי הגיעה כעבור יומיים:

ב"ה, י"ז בסיון תשע"ב

לרבי **צבי שליט"א** רוב שלום וברכה!

קראתי בעיון את הערותיך בענין בעלות האדם על היוצא מגופו.

קשרת את דברי עם המחלוקת המפורסמת של הרב זוין והרב ישראלי המובאת בספר "לאור ההלכה", ביחס ל"משפט שיילוק". אני מבקש להבהיר את דברי:

(א) המחלוקת הנ"ל עוסקת באבר מאבריו של האדם, בעודו חלק מגופו. שיילוק בקש לחתוך ליטרא בשר מגופו של אנטונינוס. לכך מתאימים דברי הרמב"ם בהלכות רוצח פרק א ה: "שאין נפשו של זה הנהרג קנין גואל הדם, אלא קנין הקב"ה". וכן דברי הרדב"ז על הרמב"ם סנהדרין פרק יח ה: "שאין נפשו של אדם קנינו אלא קנין הקב"ה, שנאמר הנפשות לי הנה". גם דברי הרב בעל התניא עוסקים בגופו של האדם ובאבר המחובר אליו.

(ב) הדברים אינם אמורים באבר או בחלק של האדם לאחר שפרש מגופו. גם לאמור לעיל, ניתן בהחלט לומר, שכל עוד האבר מחובר לאדם, הרי הוא חלק משם אדם, והוא קנינו של הקב"ה, גם אם מדובר באבר שאין הנשמה תלויה בו.

(ג) כאן אני יכול להסכים לדעת הרי"ש אלישיב, שכל עוד מדובר באבר או חלק המחובר לאדם, אין חלים עליו קנינים.

(ד) אבר שפרש מן האדם, אינו בכלל זה. על אחת כמה וכמה, זרע או ביצית או דם שפרשו מגופו. כאן בהחלט ניתן לראות את אלו כשייכים לאדם עצמו. גם הרב זוין המסתמך על הפוסקים דלעיל, אינו עוסק באברים שפרשו מן האדם.

(ה) לדוגמא: אשה המגדלת שיער ארוך, ולאחר זמן קוצצת את שיערה ומבקשת למוכרו לצורך עשית פאה. האם יעלה על הדעת, שיכול לבוא מאן דהוא ולגזול את השיער הקצוץ ממנה, בטענה שגופו של האדם אינו שלו, וממילא אין לשיער זה בעלים? והרי האדם יכול להקדיש את שערו, למרות שלא ניתן להקדיש דבר שאינו שלו.

(ו) הוא הדין והוא הטעם בזרע או בביצית, לאחר שפרשו מן האדם או מן האשה. יש להם בעלות עליו.

(ז) על כן, אדם שתורם כליו או דם, לאחר שהוציאו את הכליה או הדם מגופו, יש לו בעלות מלאה לתרום, ולאחר שתורם - אם נעשה הדבר לפי כל כללי הקנין - אינו יכול לחזור בו.

(ח) החידוש שלי, להבדיל בין בעלות של איסור והיתר לבעלות של חושן משפט - מתיחס לאדם שתורם זרע, והזרע הוכנס לביצית והפרה אותה, או לאשה שתורמה ביצית שהופרתה ע"י זרע. כאן נוצרה מציאות של חיים - למרות שעדיין לא מדובר באדם או בעובר - ואין רשות לבעל הזרע או לבעלת הביצית, להורות על השמדת הביצית המופרית בטענות של בעלות ממונית.

(ט) בנקודה זו נחלקתי על דעת מי שסובר, שגם לאחר הפריית הביצית יכול בעל הזרע להורות על השמדתה. לדעתי, כאשר נוצרה מציאות חיים חדשה, אין אפשרות לחזרה.

בברכה מקרב לב,

שלמה דיכובסקי



נספח תרומת וסחר באיברים

המהדורה הראשונה של מאמר זה נשלחה לעיונם של תלמידי חכמים מופלגים שליט"א. חלק מהמכתבים שנתקבלו הובאו בנספח זה,

רבי אברהם צבי שינפילד, אב"ד ירושלים

רבי יוסף כרמל, ראש כולל ארץ חמדה, ירושלים

☆ ☆ ☆

ב"ה ד תשרי תשע"ג

לכבוד ר' צבי רייזמן שליט"א

לוס אנג'לס קליפורניה, ארה"ב

שלום וכטו"ס

אני מאשר בתודה קבלת הבירור ההלכתי בענין סחר בביציות ומכירת אברים בתשלום, ואגב העיון עלו אצלי כמה הערות.

א. לשאלה של חבלה בעצמו תמורת כסף או למטרה אחרת. ראה אגרות משה, אה"ע ח"א סימן קו, שכתב בפשיטות, שאם אשה מרעיבה עצמה תמורת תשלום, הכסף הזה שייך לה כמו מעשה ידה.

וז"ל: "משום דגם הצימצום נחשב ריווח ופרנסה כמו מלאכותיה ועסקיה ושאר מעש"י שמרווחת מזה והגע עצמך, אם אשה תרויח במה אחד ישכור אותה שלא לאכול אם יהיה לאחד צורך בזה, ודאי גם זה יהיה בכלל מעשה ידה. ולכן מה שצימצמה ולא הוציאה הכל נחשב לגמ' דידן שהוא מעש"י..."

אמנם אין הוא דן אם היא רשאית לעשות זאת, אך מסתימת לשונו ניתן להבין שאין איסור בדבר.

ב. לענין אם אדם רשאי לקבל תמורה בעבור תרומת אבר, אם נאמר שתרומת האבר היא מצוה חיובית. יש להעיר שתי הערות.

ראשית, ברוב רובם של המקרים, עלות ההשתלה לרבות התשלום בעבור התרומה נופל על חברות הביטוח או קופ"ח¹⁴⁶, והן עושות את עיסקת הביטוח תמורת תשלום ושיקולים עיסקיים טהורים, לכן הויתור של התורם על תמורה הוא למעשה רווח נקי לחברת הביטוח ולא למקבל התרומה שכלפיו היא המצוה.

146. פרט אולי לתרומת ביציות, אם אינה בסל הביטוח.

נמצא שהשיקול כאן הוא אחר מכל מעשה מצוה תמורת תשלום, משום "מה אני בחינם". ועוד, הרי ניתן להשיג בעולם תרומות אברים תמורת תשלום מנכרים, או מאנשים חילוניים, וכאשר אדם יכול להשיג את מבוקשו תמורת תשלום, אין אני מחוייב לתת לו את הדבר בחינם, אלא אם כן הוא בגדר עני ובתורת צדקה.

לדוגמה, אדם עשיר יכנס לבית מרקחת ויבקש לקבל תרופה מצילת חיים בחינם משום חיוב הרוקח בהצלת נפשות, האם הוא צודק? בודאי שלא. כי ברגע שהוא יכול להשיג את התרופה תמורת תשלום, ויש לו את האמצעים לכך, אין כאן ענין של פיקוח נפש אלא של צדקה, והוא אינו בגדר עני. ויש להביא עוד הרבה דוגמאות לכך מן ההלכה ואיכמ"ל.

שוב ראיתי שהגר"מ שטרנבוך שליט"א כותב כן בפשיטות, הובאו דבריו בעמוד 77 של מראי המקום, ד"ה ו"ז כשיש.

ג. בפרק א [אות ד] מובאת אסמכתא לדעת הרב ישראלי זצ"ל מדברי הגמרא שלושה שותפין באדם.

לא הבנתי מה אסמכתא היא זו? הרי הרב ישראלי אינו אומר שהבעלות היא של הקב"ה ואביו ואמו, אלא של האדם עצמו.

ואם הכוונה להביא ראיה שיש מושג בעלות על אדם, אין מכאן ראיה, כי על כרחך הכונה היא לשותפות ביצירת האדם, ולא לבעלות עליו.

ד. בפרק ב [אות יד] מובאים דברי הגר"א בקשי דורון שליט"א, ובסוף הסעיף נאמר, שאם מותר לשתול את האבר באחר מדין פיקוח נפש, "ובשעה שנעשו ברשות האחר בחיים ודאי שאין כל זיקה לתורם, שמעולם לא היה בעלים על גופו".

בענין זה ראוי להביא את מה שכתב בספר נשמת אברהם¹⁴⁷ בשם הגרי"ש אלישיב זצ"ל: "ויש לדון כשמחברים אבר מן המת לאדם חי ע"י השתלה, אף שבזה נקלט ונתחבר לחי, אכתי אין האבר המת נהפך לחי אלא מחובר לחי ואם חל על האבר מצות עשה דקבור תקברנו לא פקע ע"י ההשתלה..."

ה. בפרק ג [אות כב] מובאת דעתו של הרב שלמה דיכובסקי שליט"א.

יש לשים לב, שאחד הנימוקים שלו בפסה"ד היו "שתביעת האשה לשלום בית טרם נדחתה". ואפשר שבנסיבות אחרות¹⁴⁸ היה מסכים גם הוא לעצירת התהליך.

אמנם במכתבו אח"כ הוא אינו מזכיר סיבה זו, אך כאשר עמד בפניו הצורך להכריע למעשה, הוא היה זקוק גם לנימוק זה.

ולגופו של ענין, קשה להבין את שיטתו, איך אפשר לחייב אדם להביא ילד לעולם אם אינו רוצה בו? ואינו רוצה להתחייב במזונותיו ובשאר צרכיו. וכן אינו רוצה שום קשר עם אמו לאורך שנים בגידולו ובחינוכו.

147. ח"ד, על ארבעת חלקי שו"ע, יורה דעה, הלכות אבלות סימן שמט, עמ' קסו. 148. כגון שהצדדים התגרשו כבר או שיש לאשה כבר ילדים אחרים.

עוד יש לציין, שילדים הנולדים בהפריית מבחנה סובלים ממומים שונים באחוזים ניכרים יותר מילדים רגילים, וגם אם אדם לקח על עצמו סיכון כזה בליט ברירה, לא ניתן לחייב אותו להמשיך בתהליך כאשר נסיבות חייו השתנו.

כאשר איש ואשה נכנסים להליך של הפריה הם יודעים מראש שיוכלו בכל שלב של התהליך להפסיק אותו.

ואשר לטענה שלביצית המופרית יש חיים משלה, הדבר היה נכון אם היא לא היתה מוקפאת. אך במצב של הקפאה, היא אינה נחשבת חיה, ואינה מתפתחת. תביעת האשה היתה לעוררת אותה לחיים מחדש.

עוד יש להעיר על מה שהוא כותב במאמרו: "הרי לאותו אבר יש חיים חדשים בגוף אחר, ולא ניתן להחזיר את הגלגל לאחור...".

לא הבנתי טענתו זו, הרי אם הכליה הושתלה ונקלטה אצל החולה מקבל התרומה, מדוע היא לא תוכל להיקלט חזרה אצל התורם ממנו היא נלקחה? ויהיו לו עתה שתי כליות ולא אחת.

ו. בפרק ד [אות כה] יש אי בהירות באיזה מצב מדובר.

לענ"ד נראה, שלאחר שהביצית נמסרה כבר להפריה על ידי התורמת שוב אינה יכולה לחזור בה, ממ"נ. אם יש לאדם בעלות על גופו ואבריו, הרי הקנין חל. ואם אין לאדם בעלות על גופו, באיזו זכות היא יכולה לדרוש חזרה את הביצית?

מכאן שהנאמר בסוף הסעיף, שאם אדם אינו בעלים על גופו פשיטא שיכולה לחזור בה, זה רק בטרם נמסרה הביצית בפועל.

ז. בפרק ד [אות כו] מובאים דבריו של מו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א, שמחדש, שיועיל קנין כסף לבד לקניית כליה להשתלה.

ודבריו צריכים עיון, כי קרוב לודאי שאין במכירת אבר סמיכות דעת גמורה בקבלת כסף לבד, כיון שהמוכר עלול להתחרט מחמת פחד ולחץ מצד קרובי משפחה או מיחושים. וכמו שמצינו שבקנין קרקעות אין כסף קונה בלי שטר¹⁴⁹, בגלל שאין גמירות דעת של הקונה, אע"פ שלא שייך שם לומר נשרפו חיטיך בעליה¹⁵⁰.

ידוע לי על מקרה של אדם נשוי שתורם כליה לחולה לאחר שקרא אודות המקרה באחד הפרסומים, והדבר מאד נגע ללבו והוא הציע את התרומה ללא כל תמורה.

אבל זמן מה לאחר מעשה התחרט על פזיזותו, והוא החל מאשים את אשתו בכך שהיה עליה למנוע אותו מלעשות את המעשה. כמובן שבעקבות כך התערער לחלוטין שלום הבית בין בני הזוג.

149. במקום שכותבים שטר. 150. ראה רמב"ם, הלכות מכירה פ"א הל' ד, וכס"מ שם.

ח. בפרק ד [אות כח-כט] מובאים דבריו של הגר"י זילברשטיין שליט"א.

חשוב להדגיש שהנסיבות של המקרה עליו הוא דן מאד מיוחדות.

מפני שלאחר ההסכמה החוזרת של התורמת, עברה החולה טיפול שגרם לה להרס מוחלט של מוח העצם שלה. וזה נעשה רק על סמך הבטחת התורמת לתרום מוח עצם. בכגון זה לא היה לכאורה לחולה לחשוש שמא תחזור בה התורמת, כיוון שמדובר לאחר הטיפול הראשון שעברה התורמת¹⁵¹, והפעולה השנייה, שהיא נטילת הדם לצורך ההשתלה עצמה היא פעולה פשוטה, לא מסובכת ולא מסוכנת עבור התורמת. ואם התורמת חוזרת בה, בשלב זה, היא למעשה גוזרת דין מות על החולה, כמו שאכן קרה.

לכן בנסיבות אלה סבר הגר"י זילברשטיין, שיש מקום לכופ את התורמת לקיים הבטחתה, ולא לגרום מות לחולה.

הוא הדין כאשר כרתו לחולה את שתי הכליות שלו על סמך ההבטחה לתורמת כליה, ובזה הוא נכנס לסכנת חיים ממש, אם לא יקבל את התרומה. וכמו שהוא כותב בעצמו:

"אבל על פיה הרי הכניסו את החולה לסכנת נפשות ממש, ולכן יש על התורמת חיוב מיוחד להצילה, ויתכן שחייבת אפילו להסתכן קצת עבור כך... ולכן יש לנו לעשות כל מה שבידינו כדי להציל את התורמת מעון של שפיכות דמים, אך ראוי לפצותה בממון".

לכן אין להסיק ממקרה זה למקרים אחרים בהם לא נגרמה סכנת חיים ממש עקב ההסתמכות על ההבטחה והמכר.

וגם על מקרה זה חלק הגר"ש אלישיב זצ"ל, וסבר שאין המכר חלק בגלל שאין אדם בעלים על גופו ואבריו, וממילא לא היה לחולה לסמוך על ההבטחה ולהכניס עצמה למצב של סכנת חיים. ובמיוחד לאחר שהתורמת חשה ברע לאחר הזריקה הראשונה, והיה על החולה להמתין ולראות שמא תחזור בה התורמת לחלוטין.

מדברי הגר"ש א ניתן להבין עוד, שמפני שאין המכר חל, אין גם לחייב את התורמת שחזרה בה בתשלום ההוצאות שנגרמו. כי כאשר אין לאדם לסמוך על הבטחת זולתו, אין גם חיוב בהוצאות.

עוד יש להעיר על מה שכותב הגר"י זילברשטיין שליט"א, שאסור לתורמת להתחשב בהוריה, כי הם מצוים עליה לעשות חטא. דבריו קשים מאד להולמם. אם התורמת היתה עומדת ברשות עצמה לחלוטין ואינה סמוכה על שולחן הוריה, אפשר לומר לה לסרב לשמוע להם, גם במחיר של ניתוק הקשר עמם.

אבל כאשר נערה סמוכה על שולחן הוריה, ותלויה בהם לחלוטין, האם היא תוכל להמשיך להעזר בהם אחר כך? ואם ח"ו יורע מצבה הבריאותי והיא תזדקק להוצאות מיוחדות נוספות, מי יעמוד לצידה אז?

151. להגברת יצירת הכדוריות האדומות.

לכן ברור שלא כל המקרים שווים, ולא בכל מצב אפשר להורות לאדם לסרב לשמוע להוריו במיוחד בנושא כל כך גורלי.

כמו כן ברור שיש להורים זכות להביע את עמדתם, במיוחד לאחר שהתורמת חשה ברע לאחר קבלת הזריקה הראשונה, והיו לה התכווצויות, דבר שהכניס את הבת ואת הוריה לחרדה רבה. נכון יותר לנסות לשכנע את ההורים עצמם, ולהסביר להם את חומרת המצב ואת התוצאה של עמדתם. אך אי אפשר להטיל זאת על כתפיה של נערה צעירה.

ט. בפרק ה [אות מ] מובאים דברי הרב שאול ישראלי זצ"ל לענין קבלת שכר על תיווך להשתלה. וכתב שאין לקבל שכר אלא רק שכר בטלה.

לענ"ד יש הבדל בין אדם שאין מקצועו בכך, ועשה פעולת תיווך באופן אקראי, שאם ההשתלה היא מצוה, אכן יכול לקבל רק שכר בטלה, כמו בהשבת אבידה. אבל אם אדם או מוסד עוסקים רק בנושא זה, הם רשאים לקבל שכר מלא.

וכמו שכתבו הפוסקים לענין תשלום שכר למו"ץ או דיין ושכר פעולות אחרות של מצוה, כאשר אדם אינו עוסק במלאכה אחרת ומזומן רק למעשה זה. שאם לא יקבל שכר, לא יעסוק בזה ויפנה למלאכות אחרות. ראה פתחי תשובה, חו"מ, סימן ט ס"ק יב.

וקבעו חז"ל, שמגיהי ספרים, מלמדי שחיטה ועבודות לכהנים, דיינים ועוד יקבלו שכר מן הציבור מתרומת הלישכה, ולא שכר בטלה. ראה כתובות, דף קה ע"א, ורמב"ם, הלכות שקלים, פ"ד הלכות ד-ז.

י. בפרק ו [אות מא] מובאים דברי של הרב אריאל שליט"א בענין גניבת ביציות.

ראשית, ראוי להביא גם כאן את דברי הגרש"ז אורבך זצ"ל המובאים ב**פרק ב [אות יד]** מפי פרופ' אברהם אברהם, שבלקחת קרנית להשתלה מן המת יש **בזה משום גזל**.

דבר נוסף, יש להוכיח מתשלומי חובל בחברו שחייב בחמישה דברים, שאין קשר בין חיובו של החובל ובין השאלה אם אדם בעלים על גופו, וגם אם אדם אינו רשאי לחבול בעצמו, החובל בזולתו חייב לשלם **לחבל**.

אמנם יש לומר, שהתשלום הוא כעין כופר בעבור החובל, שכן מעיקר הדין היה ראוי לחבול בו כשם שחבל בחבירו, שכמו שהאריכו המפרשים בביאור "עין תחת עין". מכל מקום, לאחר שהתורה קבעה לשום את האבר ולשלם בעבורו, נראה שיש לאדם זכות לקבל תמורה על הפגיעה בגופו. ולכן גם בגניבת ביציות יהיה חייב בתשלום כולל צער.

ועוד יש להעיר, כי גם אם אין לאשה בעלות על הביציות, מכל מקום מאחר והיתה יכולה למכור אותם או לתת אותם לאחרים¹⁵², זה נחשב לגניבת דבר ממשי.

בברכת חילך לאורייתא ויפוצו מעינותיך חוצה

אברהם צבי שינפלד



152. גם אם לא חלים גירי מכירה על כך.

רבי יוסף כרמל, ראש כולל ארץ חמדה, ירושלים

לידידי היקר

ר' צבי

א. בענין מה שכתבת [פרק א אות ח], לדמות את גוף האדם לחברה בע"מ, נראה לכאורה שהדברים קשים, משום שיש הבדל גדול, בין אם ההגבלות הן 'משפטיות' ובין אם ההגבלות הן 'איסוריות'.

אמנם, האדם אינו רשאי לחבול בעצמו, אבל לכאורה, אין זה גורע מבעלותו המשפטית. והלא אדם לא רשאי להרוס את חפציו, משום 'בל תשחית', ואין ספק שהוא בעלים גמור עליהם.

החידוש ב'חברה בע"מ', שההגבלה היא משפטית ולא איסורית. על כן, בשביל לטעון שהאדם בעלים על גופו בבחינת 'חברה בע"מ', יהיה צורך להוכיח, שגם מבחינה משפטית, המכירה לא חלה, אכן זה יתיישב יפה עם מה שהאריך הרב שרמן [פרק ו אות לז], אבל לא עצם האיסור לפגוע בגופו הופך את האדם ל'חברה בע"מ'.

ב. בענין מה שכתבת, להשיג על דברי הרב אריאל¹⁵³, לכאורה דברי הרב אריאל עדיין שרירים וקיימים.

הלא, אפילו אם יהיה לאדם מעשר שני באופן שהוא לא יוכל לעשות בו שום שימוש המותר על פי ההלכה, בכל זאת, הגונב ממנו יצטרך לשלם לו, משום שעצם המעשר שני יש לו שווי ממוני. לכאורה הוא הדין בביציות, שאף שאין לאשה שימוש בהן כרגע, כיון שסוף סוף באופן מהותי יש לה שימוש, הרי יש לו שווי ממוני.

זאת ועוד, על עיקר דברך [שם אות לח], שכיון שהביציות ניתנו לפריון, אין הן בבעלות האשה, אפשר לכאורה להשיג ולומר שאף אם הביציות אינן מביאות תועלת לאשה עצמה, הרי שהן יכולות להביא תועלת לנשים אחרות. לא רחוק לומר, שמפלאות תמים דעים, שאשה שאין לה ביציות, תוכל לקנות ביציות מחברתה לצורך הפוריות, ומה לי פוריות של האשה עצמה ומה לי פוריות של אשה אחרת.

בידידות ובברכת שנה מבורכת

הרב יוסף כרמל



נספח תרומת וסחר באיברים

המהדורה הראשונה של מאמר זה נשלחה לעיונם של תלמידי חכמים מופלגים שליט"א. חלק מהמכתבים שנתקבלו הובאו בנספח זה,

רבי אברהם צבי שינפילד, אב"ד ירושלים

רבי יוסף כרמל, ראש כולל ארץ חמדה, ירושלים

☆ ☆ ☆

ב"ה ד תשרי תשע"ג

לכבוד ר' צבי רייזמן שליט"א

לוס אנג'לס קליפורניה, ארה"ב

שלום וכטו"ס

אני מאשר בתודה קבלת הבירור ההלכתי בענין סחר בביציות ומכירת אברים בתשלום, ואגב העיון עלו אצלי כמה הערות.

א. לשאלה של חבלה בעצמו תמורת כסף או למטרה אחרת. ראה אגרות משה, אה"ע ח"א סימן קו, שכתב בפשיטות, שאם אשה מרעיבה עצמה תמורת תשלום, הכסף הזה שייך לה כמו מעשה ידה.

וז"ל: "משום דגם הצימצום נחשב ריווח ופרנסה כמו מלאכותיה ועסקיה ושאר מעש"י שמרווחת מזה והגע עצמך, אם אשה תרויח במה אחד ישכור אותה שלא לאכול אם יהיה לאחד צורך בזה, ודאי גם זה יהיה בכלל מעשה ידה. ולכן מה שצימצמה ולא הוציאה הכל נחשב לגמ' דידן שהוא מעש"י..."

אמנם אין הוא דן אם היא רשאית לעשות זאת, אך מסתימת לשונו ניתן להבין שאין איסור בדבר.

ב. לענין אם אדם רשאי לקבל תמורה בעבור תרומת אבר, אם נאמר שתרומת האבר היא מצוה חיובית. יש להעיר שתי הערות.

ראשית, ברוב רובם של המקרים, עלות ההשתלה לרבות התשלום בעבור התרומה נופל על חברות הביטוח או קופ"ח¹⁴⁶, והן עושות את עיסקת הביטוח תמורת תשלום ושיקולים עיסקיים טהורים, לכן הויתור של התורם על תמורה הוא למעשה רווח נקי לחברת הביטוח ולא למקבל התרומה שכלפיו היא המצוה.

146. פרט אולי לתרומת ביציות, אם אינה בסל הביטוח.

נמצא שהשיקול כאן הוא אחר מכל מעשה מצוה תמורת תשלום, משום "מה אני בחינם". ועוד, הרי ניתן להשיג בעולם תרומות אברים תמורת תשלום מנכרים, או מאנשים חילוניים, וכאשר אדם יכול להשיג את מבוקשו תמורת תשלום, אין אני מחוייב לתת לו את הדבר בחינם, אלא אם כן הוא בגדר עני ובתורת צדקה.

לדוגמה, אדם עשיר יכנס לבית מרקחת ויבקש לקבל תרופה מצילת חיים בחינם משום חיוב הרוקח בהצלת נפשות, האם הוא צודק? בודאי שלא. כי ברגע שהוא יכול להשיג את התרופה תמורת תשלום, ויש לו את האמצעים לכך, אין כאן ענין של פיקוח נפש אלא של צדקה, והוא אינו בגדר עני. ויש להביא עוד הרבה דוגמאות לכך מן ההלכה ואיכמ"ל.

שוב ראיתי שהגר"מ שטרנבוך שליט"א כותב כן בפשיטות, הובאו דבריו בעמוד 77 של מראי המקום, ד"ה ו"ז כשיש.

ג. בפרק א [אות ד] מובאת אסמכתא לדעת הרב ישראלי זצ"ל מדברי הגמרא שלושה שותפין באדם.

לא הבנתי מה אסמכתא היא זו? הרי הרב ישראלי אינו אומר שהבעלות היא של הקב"ה ואביו ואמו, אלא של האדם עצמו.

ואם הכוונה להביא ראיה שיש מושג בעלות על אדם, אין מכאן ראיה, כי על כרחך הכונה היא לשותפות ביצירת האדם, ולא לבעלות עליו.

ד. בפרק ב [אות יד] מובאים דברי הגר"א בקשי דורון שליט"א, ובסוף הסעיף נאמר, שאם מותר לשתול את האבר באחר מדין פיקוח נפש, "ובשעה שנעשו ברשות האחר בחיים ודאי שאין כל זיקה לתורם, שמעולם לא היה בעלים על גופו".

בענין זה ראוי להביא את מה שכתב בספר נשמת אברהם¹⁴⁷ בשם הגרי"ש אלישיב זצ"ל: "ויש לדון כשמחברים אבר מן המת לאדם חי ע"י השתלה, אף שבזה נקלט ונתחבר לחי, אכתי אין האבר המת נהפך לחי אלא מחובר לחי ואם חל על האבר מצות עשה דקבור תקברנו לא פקע ע"י ההשתלה..."

ה. בפרק ג [אות כב] מובאת דעתו של הרב שלמה דיכובסקי שליט"א.

יש לשים לב, שאחד הנימוקים שלו בפסה"ד היו "שתביעת האשה לשלום בית טרם נדחתה". ואפשר שבנסיבות אחרות¹⁴⁸ היה מסכים גם הוא לעצירת התהליך.

אמנם במכתבו אח"כ הוא אינו מזכיר סיבה זו, אך כאשר עמד בפניו הצורך להכריע למעשה, הוא היה זקוק גם לנימוק זה.

ולגופו של ענין, קשה להבין את שיטתו, איך אפשר לחייב אדם להביא ילד לעולם אם אינו רוצה בו? ואינו רוצה להתחייב במזונותיו ובשאר צרכיו. וכן אינו רוצה שום קשר עם אמו לאורך שנים בגידולו ובחינוכו.

147. ח"ד, על ארבעת חלקי שו"ע, יורה דעה, הלכות אבלות סימן שמט, עמ' קסו. 148. כגון שהצדדים התגרשו כבר או שיש לאשה כבר ילדים אחרים.

עוד יש לציין, שילדים הנולדים בהפריית מבחנה סובלים ממומים שונים באחוזים ניכרים יותר מילדים רגילים, וגם אם אדם לקח על עצמו סיכון כזה בליט ברירה, לא ניתן לחייב אותו להמשיך בתהליך כאשר נסיבות חייו השתנו.

כאשר איש ואשה נכנסים להליך של הפריה הם יודעים מראש שיוכלו בכל שלב של התהליך להפסיק אותו.

ואשר לטענה שלביצית המופרית יש חיים משלה, הדבר היה נכון אם היא לא היתה מוקפאת. אך במצב של הקפאה, היא אינה נחשבת חיה, ואינה מתפתחת. תביעת האשה היתה לעוררת אותה לחיים מחדש.

עוד יש להעיר על מה שהוא כותב במאמרו: "הרי לאותו אבר יש חיים חדשים בגוף אחר, ולא ניתן להחזיר את הגלגל לאחור...".

לא הבנתי טענתו זו, הרי אם הכליה הושתלה ונקלטה אצל החולה מקבל התרומה, מדוע היא לא תוכל להיקלט חזרה אצל התורם ממנו היא נלקחה? ויהיו לו עתה שתי כליות ולא אחת.

ו. בפרק ד [אות כה] יש אי בהירות באיזה מצב מדובר.

לענ"ד נראה, שלאחר שהביצית נמסרה כבר להפריה על ידי התורמת שוב אינה יכולה לחזור בה, ממ"נ. אם יש לאדם בעלות על גופו ואבריו, הרי הקנין חל. ואם אין לאדם בעלות על גופו, באיזו זכות היא יכולה לדרוש חזרה את הביצית?

מכאן שהנאמר בסוף הסעיף, שאם אדם אינו בעלים על גופו פשיטא שיכולה לחזור בה, זה רק בטרם נמסרה הביצית בפועל.

ז. בפרק ד [אות כו] מובאים דבריו של מו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א, שמחדש, שיועיל קנין כסף לבד לקניית כליה להשתלה.

ודבריו צריכים עיון, כי קרוב לודאי שאין במכירת אבר סמיכות דעת גמורה בקבלת כסף לבד, כיון שהמוכר עלול להתחרט מחמת פחד ולחץ מצד קרובי משפחה או מיחושים. וכמו שמצינו שבקנין קרקעות אין כסף קונה בלי שטר¹⁴⁹, בגלל שאין גמירות דעת של הקונה, אע"פ שלא שייך שם לומר נשרפו חיטיך בעליה¹⁵⁰.

ידוע לי על מקרה של אדם נשוי שתורם כליה לחולה לאחר שקרא אודות המקרה באחד הפרסומים, והדבר מאד נגע ללבו והוא הציע את התרומה ללא כל תמורה.

אבל זמן מה לאחר מעשה התחרט על פזיזותו, והוא החל מאשים את אשתו בכך שהיה עליה למנוע אותו מלעשות את המעשה. כמובן שבעקבות כך התערער לחלוטין שלום הבית בין בני הזוג.

149. במקום שכותבים שטר. 150. ראה רמב"ם, הלכות מכירה פ"א הל' ד, וכס"מ שם.