

הרב אריאל בראלי

מי יגדל את התינוקת אשר נולדה מהפריה מוטעית?

הקדמה

אישה עברה הפריה מלאכותית, ובחודש הרביעי להריונה התברר שמבחינה גנטית אין התאמה בין העובר לבין האישה ובעלה, ובטעות החזירו ביצית אחרת לגופה. בית החולים ניסה אז לאתר את בעלת הביצית, אך ללא הצלחה. לבסוף נולדה בת בריאה ושלמה, ומאליה מתעוררת השאלה, בהנחה שהאם הגנטית תימצא, מי תגדל את התינוקת? מעבר למחלוקת בין שתי הנשים יש להביא בחשבון גם את הגבר המעורב במקרה, אשר יש לו יתרון עליהן בהיותו האב הוודאי של התינוקת משום שהוא בעל הזרע.¹ אם כן, ישנן שתי נשים: בעלת הביצית והיולדת, המתווכחות ביניהן מי היא האם,² ומולן עומד האב, הנשוי לאם הגנטית, וטוען שהיות שאבהותו על התינוקת מוכחת, הוא יכריע בוויכוח ביניהן.

א. זכות הורים בילדיהם

נראה שכדי להתייחס לטענה זו של האב, יש לברר את בסיס הזיקה שיש בין הורים לילדיהם: האם היא רק לעניין ייחוס משפחתי או שהיא כוללת גם הגדרה ממונית, כמעין בעלות של הורים על ילדיהם? על פניו, אנו מוצאים שהתורה נתנה לאב כוח למכור את בתו לאמה,³ ולכאורה הדבר מעיד על בעלות מסוימת שיש לאב על בתו. וכך נראה מתוך דברי הריטב"א (קידושין ג ע"ב ד"ה מנ"ל) בבואו לפרש את דברי הגמרא בכתובות, הקובעת כי האב מקבל את כסף קידושיה של בתו הקטנה. הריטב"א פסק כך משום שהאב מוגדר 'מקנה'. וזו לשונו:

כיון דזיכתה לו תורה שרשאי לקדשה בעל כרחיה ושלא מדעתה - איהו חשיב מקנה ובעל דבר, וכממונו היא חשובה בענין זה...

זו גם דעתו של הרב מנשה קליין, אשר כתב בספרו שו"ת 'משנה הלכות' (חט"ז סי' נח) את הדברים הבאים:

התורה הקדושה העמידה ברשות האב והאם את בניהם והם אחראים עליהם ולא אחר. כל זמן שהם קטנים הם בגדר כספו - את בתו בידו לקדשה או למכרה

1. ספר פועה, חלק ב עמ' 337.

2. בשאלה זו נחלקו פוסקי זמנינו, ולמעשה מקובל לחשוש לחומרא לשתי הדעות. דהיינו, במקרה שבעלת הביצית היא גויה יש לעשות גיור לחומרא לתינוקת, וכן במקרה הפוך, שהיולדת היא גויה (פונדקאית), יש לעשות גיור לחומרא לתינוקת, אף שהביצית הגיעה מאישה יהודייה, ע' ספר פועה, חלק ב עמ' 388.

3. שמות כא, ז.

לשפחה, ועוד יש להם שאם יעמוד מי שהוא והכה אשה הרה ויצאו ילדיה שחייב לשלם כסף להאב...

לפי גישה זו נראה כי אכן המעמד הוודאי של האב יכריע בשאלה היכן תגדל התינוקת, אף ששאלת הייחוס לאם אינה פתורה.⁴ הבת תגדל אצל האב, שהוא בעל הזרע, ואצל אשתו בעלת הביצית, ולא אצל האישה היולדת. להורה יש זכות ממונית בילדיו, על כן כשישנו ספק מי זכאי לגדל את הילדים, השאלה נידונה כשאלה ממונית לכל דבר. בדיני ממונות ישנה עדיפות למעמד הוודאי על פני מי שמעמדו בספק, כי 'אין ספק מוציא מידי ודאי'.⁵ הכלל הזה מובא בדיני ירושה והוא קובע כי כאשר מתעוררת שאלה בירושה, אזי יש להעדיף את מי שיש לו 'שם יורש' על פני מי שטוען שהתחדש לו 'שם יורש' באשר אין מעמדו ודאי (כגון שיש ספק במציאות מי נפטר לפני מי). מאידך גיסא ניתן לטעון שהיולדת מוחזקת בתינוקת, ועל כן היא עדיפה על פני מעמדו הוודאי של האב. רק בירושה שאין מוחזק - אז נאמר הכלל של 'אין ספק מוציא מידי ודאי', וזו בעצם הסברה הבסיסית של כוח המוחזקות כפי שמובא בגמרא בבא קמא (מו ע"ב): 'סברא הוא מאן דכאיב ליה כאבא אזיל לבי אסיא'.⁶ התינוקת מצויה בידיה של היולדת, ומי שבא לשנות מכך - עליו להביא ראיה. ואכן מצאנו שהמושג מוחזקות מתייחס גם לבני אדם, אולם נראה שאין ליולדת יתרון בהחזקת התינוקת. בדרך כלל המוחזקות מועילה רק כאשר יש בה משום ראיה לטענת המוחזק - כגון מי שמוחזק בחפץ וטוען שהוא קנה אותו כדין, ומולו מתייצב בעל החפץ וטוען 'לא מכרת', אז במוחזקות יש הוכחה לטענה שאכן החפץ נמכר. במקרה זה המוחזקות תומכת בטענה 'קניתי', כי האומדנה של חז"ל היא שלא חושדים באנשים שעשו מעשה איסור וחטפו אותו 'אחזוקי אנשי בגנבי לא מחזיקינן'.⁸ המציאות של חפץ בידי של אדם כמוה כראיה שהוא הבעלים שלו, ואז המוחזקות מבססת את הטענה שהוא רכש את החפץ כדין.⁹ והנה המוחזקות של היולדת אין בה כל ראיה, שהרי כולם יודעים שהיא מוחזקת מכוח הלידה, ואין בכך ראיה שמבחינה הלכתית היא עדיפה על פני האם הגנטית, ולכן מוחזקות כזו אינה יכולה לסייע לה.¹⁰ ואף שפעמים גם מוחזקות ללא ראיה מועילה, ויש כוח למי שהוא 'תפוס' בחפץ אף שאין לו ראיה, מכל מקום כאן אין עדיפות למוחזקות של האם כנגד האב, אשר מעמדו מקביל לחזקת מרא קמא שהיא עדיפה מתפיסה בעלמא ללא ראיה.¹¹ אם כן לפי גישה זו, יש לומר שהתינוקת תעבור לרשות ההורים הגנטיים, וזאת מבלי להכריע בשאלה מי היא האם לעניין ייחוס.

4. ע"א אגרות משה, יור"ד א' סי' קנ, המברר כי דיני הממון קודמים לדיני האיסור.

5. יבמות לח ע"א.

6. מי שכואב לו כאב הולך לבית החולים, ואף כאן מי שרוצה להוציא ממון יפנה לבית הדין.

7. עבד קטן, בבא בתרא לו ע"א.

8. שבועות מו ע"ב; תוס' ד"ה וספרא.

9. ע"א בהרחבה קובץ שיעורים, ח"ב סי' ט.

10. ב"ב לב ע"ב תוספות ד"ה והלכתא. ובייחוד לפי מה שכתב קצות החושן, סי' פח ס"ק ט שכאשר הדין עצמו הוא על המוחזקות, אין בתפיסה הטכנית כל יתרון.

11. שו"ע, חו"מ סי' קלג סעי' ה.



ב. אין להורים זכות ממונית בילדיהם

הדעה היותר מקובלת היא שאין להורים זכות ממונית בילדיהם, אלא שהתורה הטילה עליהם את האחריות לגידול הילדים ללא שום צד של בעלות ממונית, וכבר כתב על כך בחריפות הרא"ש (כלל קב סי' י) בתשובה:

דבר תימה שכתבת, כאלו הקנה לו הולד, וכי אדם יכול להקנות בנו לאחר, מכירת בנו ובתו לא שמענו! דקל לפירותיו ובהמה לעוברה ועבד לקנסו, יכול להקנות, כי מוכר לו גוף הבהמה והדקל והעבד, עד שיזכו בפירות ובעובר ובקנס, אבל גוף בנו אינו יכול להקנות כלל...

וכנגד הראיה שהוזכרה מהכוח שנתנה תורה לאב למכור את בתו לאמה, כותב ה'חתם סופר' (ח"ה חו"מ סי' קיא) שמדובר רק על מכירה של זכויות עתידיות למעשה ידיה, וזו לשונו:

אין אב יכול למכור בנו ולא להקדישו רק הבת למעשי ידיה וליעוד עד שתביא סימנים אבל גופה לא.¹²

וכן כתב הרב עוזיאל (משפטי עוזיאל, ח"ב אבה"ע סי' צא):

דבר ברור ומוחלט שאין הבנים או בנותיו של אדם קנויים לו כמו שקנויים לו נכסיו הממוניים או בהמותיו הקנויים לו או שנולדו ברשותו אבל הבנים והבנות הם נחלת ה' לאבותיהם כדי לגדלם לחנכם בתורה ומצות ובדרך החיים.

לאור זאת, כל נקודת המוצא של הדיון משתנה! אין כאן ויכוח ממוני בין ההורים, אלא מדובר רק על ייחוס: למי מהאימהות התינוקת מיוחסת? היות ששאלה זו שנויה במחלוקת, אזי שתי האימהות נמצאות במצב שווה, והן קודמות לאב, בעל הזרע, כפי שנקבע ב'שלחן ערוך'¹³ שילדה גרה אצל אימה ולא אצל אביה. הכלל 'אין ספק מוציא מידי ודאי' אינו מועיל אלא בדיני ממונות (ירושה), וכאן השאלה עברה מ'חושן משפט' ל'אבן העזר', והנידון הוא טובת הילד. וכך הגדירו זאת בפסקי דין רבניים (ח"א עמ' 157):

ההלכות בדבר החזקת ילדים אינן הלכות בטובת ההורים, אלא הלכות בטובת הילדים, אין הבן או הבת חפץ לזכויות אב או אם. אין כאן זכויות לאב או לאם, רק חובות עליהם ישנן כאן, שמחויבים הם לגדל ולחנך את ילדיהם. ובבוא ביה"ד לקבוע בדבר מקומו של הילד, בדבר המגע בינו ובין הוריו, רק שיקול אחד נגד עיניו והוא, טובתו של הילד אצל מי תהיה ובאיזו אופן תהיה, אבל זכויות אב ואם, זכויות כאלו לא קיימות כלל.

לאור זאת, ההכרעה אצל מי תגדל התינוקת תתקבל אצל אנשי המקצוע. אלה ישקלו כל מקרה לגופו בהתאם לנסיבות השונות, ובמקרה הנדון יביאו בחשבון כמה זמן התינוקת כבר אצל היולדת ומה היא טובתה של התינוקת. לפי דעה זו, יש לומר שברירת המחדל ההלכתית היא שהאם תגדל את בתה.

12. וכן כתבו תוספות, קידושין ג ע"ב ד"ה איכא, כי הזכות למעשה ידיים היא הסיבה למכירת הבת.
13. שו"ע, אבה"ע פב סעי' א.

סיכום

- א. הדעה המקובלת היא שאין להורים בעלות ממונית על ילדיהם, אלא התורה הטילה עליהם אחריות לגידול הילדים וכתוצאה מכך יש להם גם זכויות במעשה ידיהם וכדומה.
- ב. ההכרעה מי תגדל את הילד, היולדת או בעלת הביצית, תלויה בשאלה מי היא האם ההלכתית.
- ג. בהנחה שאין הכרעה הלכתית ברורה מי האם, יש לשקול בכל מקרה לגופו מה היא טובת התינוקת.
- ד. לדעה שיש להורים זכות ממונית בילדיהם אזי האב, בעל הזרע, קודם ליולדת בזכות לגדל את התינוקת.

