

על פורמליזם גמיש ומהותיות ריאליסטית – עיון בפולמוס ההפריה המלאכותית

אבישלום וסטרייך

1. מבוא

המאמר מבקש לנתח את השיח ההלכתי בסוגיית ההפריה המלאכותית. הוא מבקש לצעוד מעבר לדיון הפוזיטיבי בשאלת האסור והמותר, מעל לקונסטרוקציות ההלכתיות־משפטיות ומבעד לדוקטרינות המוליכות להכרעה ההלכתית, אל עבר הבנתו של הדיון כדיון; הבנת השיח ההלכתי, על מניעיו, מטרתיו, הטקטיקות הננקטות במסגרתו וההכרעות העקרוניות הטמונות בו באופן גלוי או סמוי. הוא מבקש לבחון כיצד מתפתחת ההלכה בכתובים ובמפגש בין הכתוב לבין המציאות הריאלית. ולבסוף, הוא שואל מה ניתן ללמוד על מאפייניו של השיח ההלכתי מתוך הדיון הער המתנהל בסוגיה הנדונה. המאמר מראה, כיצד הנחות מוצא אינטואיטיביות מסוימות על טיבו של השיח ההלכתי אינן מתממשות – כיצד פורמליזם נוקשה משמש אמצעי להקל, וכיצד גישה לא פורמליסטית (להלן נכנה אותה גם גישה מהותית או ערכית) מוליכה לשמרנות ולהסתגרות; וכך – כיצד שני אלו, על אף הכסות הנוקשה, מגיבים תגובה ריאליסטית לאתגרי המציאות, תוך שמירה על עקרונותיהם, אך תחת מעטה של שתיקה.

המאמר צועד בשלושה שלבים: בפתח הדברים המאמר מציג את ארגו הכלים שעומד בפני פוסקי ההלכה. ארגו כלים זה מאפשר מגוון מתודות הלכתיות־משפטיות, או מגוון גישות יורוספרודנטיות, המוצע לבחירתם של העוסקים במלאכה. מתוך כך מנתח המאמר שלושה טיפוסים של פוסקי הלכה: פורמליסט, אנטי־פורמליסט ומשלב. המאמר מראה כיצד משמשת המתודולוגיה היורוספרודנטית של הפוסק כלי עזר (אולי אף טקטיקה

* הציטוטים במאמר לקוחים מתקליטור פרויקט השו"ת של אוניברסיטת בר אילן ומאתר hebrewbooks.org, אלא אם מצוין אחרת. הדגשות, פתיחת ראשי התיבות, השלמת הקיצורים וביאור הציטוטים נעשו על ידי, אלא אם נאמר אחרת. אני מודה למערכת כתב העת דיני ישראל, לאבי שגיא, לעמיחי רדזינר ולשרגא אבינר על הערות וביקורות בונות ומעשירות, ולמרכו קוגוד לחקר המחשבה היהודית ולהגות עכשווית שבמכון שלום הרטמן בירושלים על התמיכה במחקר.

מכוונת) בחתירתו לעמדה המסוימת שאותה הוא מאמץ. בחירה זו לא נעלמת מעיניהם של המשתתפים בשיח. כך, כפי שמראה המאמר, העמדה היורוספרודנטית גופה הופכת להיות מוקד עימות בין הפוסקים השונים, המייצגים את הגישות המנוגדות. אפיונם של השיח ההלכתי בענייננו ושל הקונפליקטים המתעוררים מההכרעות המתודולוגיות של המשתתפים בשדה ההלכתי אלו היא מטרתו האחת של המאמר.

למציאות החברתית דינמיקה משלה, וזו איננה מתיישבת תמיד עם האופן שבו רואה הפוסק את ההלכה, בוודאי לא כאשר עמדתו מוצגת כגורפת וכבלעדית. המאמר בוחן את האתגר שמציבה המציאות בפני השיח ההלכתי – האם ובאיזו מידה משפיעה המציאות על השיח ההלכתי, הן בתכניו והן במתודולוגיה היורוספרודנטית המאפיינת אותו. בהיבט זה מראה המאמר כיצד, למרבה ההפתעה, שני הקצוות – הפורמליסט ואיש המהות – מגיבים באופן דומה למדי: הלחץ על גישות קצה אלו מוביל לתגובה של התכנסות והסכמה שבשתיקה עם פרקטיקה מנוגדת לעמדתם, אך בה בעת שני הקצוות הללו מתאפיינים בשמירה על יסודותיה של גישתם. ניתוח המפגש שבין תורת המשפט של ההלכה לבין המציאות הריאלית היא מטרתו האחרת של המאמר.

כללו של דבר, הדיון במאמר שופך אור על טיבו של השיח ההלכתי בסוגיה הנדונה (ואף מעבר לה). הוא מאיר את ההכרעות, הדילמות והקונפליקטים המלווים שיח זה – לא רק בתכניו הפוזיטיביים ובמערכות המושגים שלו, אלא אף במאפייניו ובתורת המשפט שבה נוקטים משתתפיו, כמו גם בתגובתם למציאות. המאמר מבקש אפוא לטעון, כי השיח ההלכתי הוא שיח משלב של תוכן וצורה – שיח הנסוב סביב תכניה של ההלכה ומקומה במציאות, אך בה בעת מאפייניו היורוספרודנטיים משולבים בו באופן בלתי ניתן להפרדה.

2. רקע: טכנולוגיות פריון פורצות דרך (ומערערות מבני משפחה מסורתיים)

בראשית המאה העשרים נעשה שימוש הולך וגובר בפרקטיקת ההזרעה המלאכותית בבני אדם (artificial insemination).¹ בעיות שונות (כדוגמת ספירת זרע נמוכה של הגבר) מונעות לעתים את ההפריה הטבעית. הפתרון שהוצע לכך (ואשר נעשה שימושי יותר ויותר במהלך המאה הקודמת) הוא הוצאת הזרע מהגבר באופן מלאכותי והזרקתו לגוף האישה, כך שסיכויי הפרייתה גדלו באופן משמעותי. על אף פשטותו היחסית, מהלך

1 המקרה הראשון המדווח של הזרעה מלאכותית בבני אדם הוא משנת 1799, אולם כפרקטיקה נפוצה ושימושית נעשה שימוש בהזרעה מלאכותית רק החל מהעשורים הראשונים של המאה העשרים. לסקירה קצרה של היסטוריית השימוש בהזרעה מלאכותית ראו Allen D. Holloway, *Artificial Insemination: An Examination of the Legal Aspects*, 43 Am. Bar Assoc. J. 1089, 1089-1090 (1957).

זה מערער את אושיות המשפחה הקלאסית. מעצם טיבו הוא עלול לעורר אנטגוניזם תיאולוגי או מוסרי, שהרי יש בו התערבות אנושית בתהליך טבעי. אך גם אם נתעלם מנקודת מבט מטפיזית-משהו זו, הרי הפרקטיקה מזמינה ערעור של המסגרת המשפחתית הגרעינית המסורתית. שהרי אם זרעו של הגבר אינו מביא להפריה המבוקשת, הצעד הבא הוא שימוש בזרעו של צד שלישי – תורם זרע. האתגר המשפטי (דתי או אזרחי) והחברתי המתעורר במציאות מורכבת שכזו גלוי לעין. אכן, מפוסקי ההלכה המוקדמים שעסקו בהזרעה מלאכותית ועד פוסקי זמננו הועלה החשש מפני עירוב זרע זר בהליך ההזרעה המלאכותית, על תוצאותיו ההלכתיות והחברתיות הבעייתיות מנקודת מבטם של הפוסקים הללו.²

הזרעה מלאכותית איננה יעילה לכל מקרי אי הפרייון שמקורם בגבר, ואף איננה פותרת קשיים הנובעים מחוסר פרייון של האישה (כגון: כאשר תהליך הביוץ איננו מתקיים ברחמה). הרפואה המתינה כמה עשרות שנים, עד שבשנות החמישים של המאה העשרים פותחה טכנולוגיית ההפריה החוץ-גופית (in-vitro fertilization). טכנולוגיה זו מאפשרת לשאוב את הביצית מן האישה ולהפרותה בתנאי מעבדה באמצעות זרע שנותן האישה. לאחר הפריית מוחזרת הביצית המופרית לגופה של האישה, ומתפתח היריון רגיל שבסופו נולד "תינוק המבחנה".³

צעד נוסף – מתבקש – צעדה טכנולוגיית הפרייון עם פיתוחה של טכנולוגיה המאפשרת פונדקאות (surrogacy) או תרומת ביציות.⁴ טכנולוגיה זו מאפשרת חלוקה של ההפריה וההיריון לשני חלקים נפרדים ולשתי נשים – האחת תורמת את הביצית והשנייה מגדלת את העובר ברחמה. דרך זו מאפשרת מן הצד האחד לנשים חסרות ביציות להרות, ומן הצד השני – מאפשרת לנשים שאינן יכולות להרות (כגון כשרחמן ניטל) ללדת את ילדיהן הגנטיים. אין צריך לומר, שפרקטיקות אלו מאתגרות עוד יותר את המבנה המשפחתי הקלאסי. מעורבים כאן כמה וכמה גורמים, שלכל אחד ואחד מהם חלק בלידת הילד – ומסגרות המשפחה הגרעינית נפרצות. הדבר יוצר אתגר

- 2 נדון בכך בהרחבה בהמשך. גם המשפט האזרחי הוטרד (בעבר יותר מאשר בהווה) משאלות דומות של ניאוף ונאמנות המתעוררות בהליכי ההזרעה המלאכותית, ראו שם.
- 3 על ההיסטוריה של ההפריה החוץ-גופית ראו Barry D. Bavister, *Early History of In Vitro Fertilization*, 124 REPRODUCTION 181 (2002); "הפריה חוץ גופית" אנציקלופדיה הלכתית רפואית כרך ב 115-124 (אברהם שטינברג עורך, 1991).
- 4 ההבחנה בין פונדקאות לתרומת ביצית אינה מתמקדת בטכנולוגיה הרפואית אלא בנסיבות של השימוש בטכנולוגיה זו – האם בעלת הביצית מבקשת את סיועה של האם הפונדקאית, או שנושאת ההיריון מבקשת את סיועה של תורמת הביצית. יש לכך השלכות חברתיות ומשפטיות (כגון: מי יגדל בפועל את הילדים הנולדים, ומה יהיה טיבו של ההסכם בין הצדדים), אך הטכנולוגיה כאמור אחת היא.

חברתי (למשל: האם ובאיזו מידה ראוי שהחברה תעודד פונדקאות)⁵ ומשפטי (למשל: מי מוגדרים כהוריו של הנולד ומה מעמדם של ההסכמים בין הצדדים)⁶ כאחד. מזווית אחרת, פונקציונליסטית, פרקטיקות אלו מאתגרות את מבנה המשפחה הקלאסי בכך שהן מאפשרות למשפחות חדשות ללדת ילדים ולבסס את מקומן החברתי, ולמשל: פונדקאות היא הדרך לזוג גברים הדימיני להביא ילדים לעולם ולגדלם במסגרת משפחתית; תרומת זרע מאפשרת לזוג נשים ללדת ילד ולגדלו במסגרת משפחתית.

ההתקדמות המדעית הובילה את הרפואה לפיתוחן של טכנולוגיות מורכבות עוד יותר, המאפשרות שיתוף של כמה נשים "אימהות" בביצית אחת (מעבר למורכבות בתהליך הפונדקאות, שבו יש אם גנטית אחת ואם נושאת אחת) ולחזון עתידי מרחיק לכת אף מעבר לכך. כך, ניתן כיום להשתמש במיטוכונדריה של תורמת אחת עם גרעין ביצית של אחרת, וכך יש לעובר שתי אימהות גנטיות.⁷ הליכים אלו תורמים למניעת מחלות תורשתיות שונות, אך מנגד מוסיפים על מורכבותה של המשפחה בזמננו: מי היא אמו של הנולד – האם בעלת גרעין הביצית או תורמת המיטוכונדריה, או שמא שתיהן?⁸ ואף כאן נקשרים הדברים לתהליכי שינוי במבנה המשפחה הגרעינית, שכן

- 5 ביטוי קיצוני להשלכות חברתיות ומגדריות שליליות של הפונדקאות משתקף מהפונדקאות המסחרית המתקיימת במדינות מתפתחות, שיש בה פגיעה משמעותית (גופנית וחברתית) באם הפונדקאית. ראו למשל Amrita Pande, *Commercial Surrogacy in India: Manufacturing a Perfect MotherWorker*, 35 SIGNS 969, 969-992 (2010). לפרייקט הבוחן הסדרות אפשריות לפונדקאות המסחרית ראו: Yehezkel Margalit, *From Baby M to Baby M(Anji): Regulating International Surrogacy Agreements*, 24 J. L. & POL. 41 (2015).
- 6 ראו למשל רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית" דין ודברים כ 223 (התשס"ו). גם בהלכה קיים דיון ער בשאלת הגדרת ההורות. יש הרואים את הפונדקאית כאם, יש הרואים את בעלת הביצית כאם ויש הרואים את שתיהן כאמותיו של היילוד. הרב מרדכי הלפרין מציין, כי בשנים האחרונות חל שינוי בין הפוסקים, כאשר יותר ויותר פוסקים רואים את בעלת הביצית כאם. לדיון ומקורות ראו מרדכי הלפרין **רפואה, מציאות והלכה** 289-295 (2011). לניתוח שינוי זה ראו, Avishalom Westreich, *Changing Motherhood Paradigms: Jewish Law, Civil Law, and Society*, 28 HASTINGS WOMEN'S L.J. 97 (2017).
- 7 המיטוכונדריה הם אברונים הנמצאים בתא, והמטען הגנטי שלהם שונה מגרעין התא. מטען גנטי זה מועבר על ידי האם בלבד, וכשלאם מחלה גנטית מיטוכונדריאלי, תרומת מיטוכונדריה מונעת הורשתה לילדיה. תרומת מיטוכונדריה אושרה בתחילת 2015 בבריטניה, אך במקומות אחרים התהליך טרם אושר. ראו I. Glenn Cohen, Julian Savulescu and Eli Y. Adashi, *Transatlantic Lessons in Regulation of Mitochondrial Replacement Therapy*, 348 SCIENCE 178 (2015).
- 8 המשקל הגנטי של תורמת המיטוכונדריה אמנם קטן מאוד, אולם הוא נוכח, ומתבטא בסיועו לפתרון מחלות גנטיות שונות. קשה לפיכך שלא לראות בתורמת "אם". כך אכן כונתה הפרקטיקה בשיח הציבורי ("three parents"; ראו במאמר הנזכר בהערה הקודמת),

פרקטיקה זו מאפשרת תיאורטית לזוג נשים חד-מיניות ללדת תינוק, שמטענו הגנטי יהיה משל שניהן גם יחד.⁹

3. ארגז הכלים ההלכתי

א. קווים מנחים לניתוח השיח ההלכתי

השינויים המתוארים העמידו מראשית המאה העשרים אתגרים נכבדים בפני פוסקי ההלכה. הללו נדרשו להדריך את שומעי לקחם בשאלת העמדה ההלכתית בנושאים חדשים שלא עמדו בפני קודמיהם. אתגרים אלו אינם מצטמצמים לשאלה האם ההלכה היהודית תיאות לאמץ את טכנולוגיות ההפריה המלאכותית אל חיקה, אלא טמונה בהם קריאה לשינוי היבטים יסודיים השייכים ללב ליבו של מוסד המשפחה ולמושגי היסוד המרכיבים אותו. הפוסקים נענו לאתגר, ובהתמודדותם עם התופעה החדשה חושפים הם בפנינו מגוון מרתק של שיקולים ומתחים, המעצבים את ההכרעה ההלכתית.¹⁰

רכיבים רבים כלולים בשיח ההלכתי, שניתן לאפיינו כרשת של פרמטרים, המשיקים זה לזה, מזינים זה את זה ולעיתים מתנגשים זה בזה. רשת זו היא מטבע הדברים

- ואף בשיח ההלכתי ניתן לדבר משקל. ראו תשובתו של הרב אליהו בקשי-דורון לרב רצון ערוסי: אליהו בקשי דורון "הפריה בדרך חוץ גופית" שרידים יח ז, ז-יב (התשנ"ט).
- 9 ראו הרצאתו של דוד בלייך "תועלת רפואית אל מול קושי אתי בהיבט המשפחתי" (הרצאה בכנס ה-International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family, הקריה האקדמית אונו, 9.6.2015), בה עמד הרב פרופ' בלייך על המורכבות הפנימית שבתרומת מיטוכונדריה – תועלת רפואית אל מול קושי אתי בהיבט המשפחתי. לדעת הרב בלייך השיקולים האתיים מכריעים, ויש לפיכך להסתייג מפרקטיקה זו (ההרצאה התקיימה בנוכחות המחבר, טרם פורסמה). גם הרב בקשי-דורון (ראו לעיל, ה"ש 8) מסתייג מהפרקטיקה בשל מורכבותה, ולאחר מעשה טוען שיש להתייחס לשתיים כאימהות העובר. דיון זה קשור כמובן לדיון העקרוני בהפריה מלאכותית; ראו בפרקים הבאים.
- 10 האפשרות התיאורטית להפריית אישה בלא קיום יחסי אישות מוזכרת בתלמוד ונרונה בכתבים שונים כבר בימי הביניים. כך רמוזה אפשרות זו בדיון התלמודי על "אישה שנתעברה באמבטי" (ראו בבלי, חגיגה יד ע"ב-טו ע"א) ונגעו בה אישי הלכה עוד לפני שנעשתה לפרקטיקה מעשית (ראו למשל שו"ת תשב"ץ, חלק ג, סימן רסג; רבנו פרץ מקורביל בעניין שכיבה על סדין ששכב עליו גבר זר, מובא בבית חדש, יורה דעה, קצה, ד"ה "מצאתי בהגהות סמ"ק", ובמקורות נוספים שיוזכרו להלן). על המקורות הימי-ביניים בעניין זה (יהודים, נוצרים ומוסלמים) ראו בהרחבה: Simcha Emanuel, *Pregnancy Without Sexual Relations in Medieval Thought*, 32 J. Jew. Stud. 105 (2011). מסגרת דיונונו בוחנת את ההתמודדות ההלכתית המעשית עם הסוגיה, ולפיכך איננה כוללת ניתוח מלא של המקורות הקדומים (אכנה אותם: מקורות פרה-פרקטיים). ברם, מקורות אלו משמעותיים שכן הם חלק מארגז הכלים המרכיב את הדיון ההלכתי בנושא, ומנקורת מבט זו הם יידונו במקומם.

מורכבת, ובוודאי כך הוא ביחס לסוגיית הפיריון שהיא ענייננו כאן. בין השאר, מעצבים את ההכרעה ההלכתית הכלים המשפטיים הפורמליים – או: הדוקטרינות המשפטיות – העומדים לרשות הפוסקים, המסורת ההלכתית שאליה משתייכים הפוסקים, הרקע האישי וההקשר חברתי וההיסטורי של כל פוסק ופוסק והשיקולים האינדיבידואליים הרלוונטיים למקרים הנדונים. מבחינת מתודת המחקר, מתן משקל לפרמטרים השונים הללו משקף מפגש בין דיסציפלינות מחקר מגוונות (משפט, היסטוריה, פילוסופיה של ההלכה ועוד).¹¹ לטעמי, נקודות המבט ודיסציפלינות מחקר אלו אינן סותרות זו את זו אלא משתלבות זו בזו, והנהרה ראויה של טיבו של השיח ההלכתי מחייבת ניתוח משולב של כולם. משמעות הדבר היא כי יש מקום הן לניתוח דוקטרינאלי של ההלכה והן לניתוח חברתי והיסטורי שלה, כאשר במידה רבה הדוקטרינות ההלכתיות משקפות את השיח הגלוי בנושא, בעוד ההקשרים החברתיים וההיסטוריים משקפים גורמים מניעים הניצבים במידה רבה מאחורי הקלעים.¹²

11 ניתוח דוקטרינאלי של ההלכה משקף מתודת מחקר דוגמתית קלאסית, ודומני שהוא איננו זוקק דוגמאות. לניתוח שכזה בענייננו ראו במאמרי של הרב פרופ' דויד בלייך, שיובאו להלן. המסורת ההלכתית של הפוסק היא רבת משמעות בעיצובה של ההלכה (ראו למשל בהקשר קרוב לענייננו: אלימלך וסטרייך "עיונים ראשונים ביחסי רפואה ומשפט עברי במסורת מרוקו במאה העשרים" עיוני משפט לו 139 (2013)) וכך גם הקשרים אישיים, תרבותיים וחברתיים רחבים יותר. משקלם והאופן בו אלו האחרונים באים לידי ביטוי שנוי במחלוקת. השתקפות מאירת עיניים לכך ניתן למצוא בפולמוס בין ישראל מ' תא-שמע ויעקב כ"ץ בעניין ההפלגה בנהרות, ראו ישראל מ' תא-שמע הלכה, מנהג ומציאות באשכנז 1100-1350 (התשנ"ו).

12 הוגים ריאליסטיים בני זמננו מדגישים, כי הריאליזם איננו חולק על תקפותן של הדוקטרינות המשפטיות ועל ההסתמכות עליהן כמקור הנורמטיבי של ההכרעה השיפוטית, אלא טוען כי הדוקטרינות המשפטיות מעניקות מגוון אפשרויות, כאשר הבחירה ביניהן היא תוצר הקשרים רחבים יותר (שחשיפתם היא האתגר הריאליסטי). ראו HANOCH DAGAN, RECONSTRUCTING AMERICAN LEGAL REALISM & RETHINKING PRIVATE LAW THEORY (2013) 68-14, ויש מקום לניתוח כפול שכזה גם במסגרת השיח ההלכתי (ראו עדיאל שרמר "שיקול דעת הלכתי: פלוגת הריאה" ומחקר ההלכה הביקורתית "דיני ישראל כח 97 (התשע"א)). בכך הריאליזם מובחן מהגישה הביקורתית למשפט (Critical Legal Studies), המבקשת בפרשנותה "חתרנית" לפרק את הרובד הגלוי של הטקסט וחושפת במקומו את האלטרנטיבה הסמויה, העומדת לטענתה מאחורי הכהר השיפוטית. גישות ביקורתיות משתקפות גם בניתוח השיח ההלכתי, וייתכן שבתחומים מסוימים הרלוונטיות שלהן אכן גדולה יותר. כך לדוגמה ביחס להלכה בבית הדין הרבני בישראל; ראו אבישלום וסטרייך "רטוריקה ומהות ירדו כרוכין זה בזה? על נישואין אזרחיים בעקבות פרשת 'בני נח'" משפחה במשפט, 543 ו-1 (2013-2014) ובמאמר התגובה של עמיחי רדזינר "אכן, רטוריקה בלבד – תגובה למאמרו של אבישלום וסטרייך", שם, בעמ' 579. המחקר הנוכחי מכל מקום איננו מאמץ את הגישה הביקורתית. מתודולוגית, הוא קרוב יותר לריאליזם

השלב הראשון בניחות שכזה הוא חשיפת הכלים העומדים לרשות הפוסק, היינו: כלי המשחק המעורבים במגרש ההלכתי. שלב זה חיוני בוודאי לאלו הנוקטים גישה דוקטרינאית לניתוח ההלכה, שכן לשיטה זו חשיפת הכלים המשפטיים (הפורמליים שבהם, לכל הפחות) הכרחית להבנת השיח ההלכתי. אך גם לאלו המצביעים על משקלם של הקשרים רחבים יותר בעיצובה של ההלכה (אם היבטים סובייקטיביים ואם היבטים סביבתיים, תרבותיים או היסטוריים) הפוסק איננו יוצר "יש מאין", אלא משתמש בארגז הכלים שמעניק לו השיח ההלכתי, ולעתים הרובד הגלוי של השיח מתנהל כל כולו סביב ארגז כלים זה.¹³ אלא שארגז הכלים מורכב מסוגים שונים של טיעונים. כמה קומות מעורבות בשיח ההלכתי ויש להן אפיונים שונים. לצורך הדיון, אגדיר קומות אלו כך: קומה פורמלית, קומה מהותית (שבתוכה נכללים גם שיקולים מטה-הלכתיים) וקומה שאגדירה כשיקולים מסדר שני. כל אחת מהקומות הללו קשה לתיחום ולאפיון מלאים, אולם דומני כי ההבחנה ביניהן משרתת את הדיון ומסייעת להבהיר את הדינאמיקה המאפיינת אותו, ולפיכך אשתמש בה, במידה רבה תוך יצירת "טיפוסים אירדאליים" של כל אחת מהקומות:

הקומה הפורמלית – אלו הם שיקולים הנובעים מהמקורות ההלכתיים הפוזיטיביים, העוסקים דרך כלל בטיעונים הנוגעים לאסור ולמותר, עם גלישה מינימאלית לטעמים המניעים את הדברים.¹⁴ קומה שעיקר עיסוקה הוא בכללים ההלכתיים הפוזיטיביים ולא

המתון: המחקר רואה את השיח ההלכתי כשיח כן, אך זאת בד בבד עם ההכרה בהשפעתה של הסביבה החברתית שבה הוא פועל.

13 ראו לעיל, הערה קודמת. על ארגז הכלים הפרשני ראו למשל STANLEY FISH, IS THERE A TEXT IN THIS CLASS – THE AUTHORITY OF INTERPRETIVE COMMUNITIES (1980) בעמ' 303 והלאה.

14 פורמליזם הלכתי מורכב מהקומה הפורמלית המתוארת (היינו: נורמות שפרשנותן אינה תלויה בתכלית של הנורמות או בעקרונות רחבים יותר), ומצטרפת לכך גם תפיסה של מערכת המשפט כמערכת סגורה ובלתי תלויה בשיקולים חיצוניים. גישות המתנגדות לפורמליזם אינן שוללות את קיומה של הקומה הפורמלית, אולם הן טוענות כי מניעים את מערכת המשפט גורמים אחרים (כדוגמת מערכת של עקרונות, שתוצג מיד). על פורמליזם ראו Ernest J. Weinrib, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, 97 YALE L.J. 949 (1988); ERNEST J. WEINRIB, *THE IDEA OF PRIVATE LAW* (2012) (להלן: WEINRIB, PRIVATE LAW); מנחם מאוטנר *ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי* 13-31 (התשנ"ג); DAGAN, לעיל ה"ש 12, בעמ' 16-17, והפניותיו שם. על המשמעויות השונות של הפורמליזם ראו גם להלן, סמוך לה"ש 67-68. לדיון בפורמליזם הלכתי (ומכאן – גם בחלופות שהוצעו לו ובמבקריו) ראו יאיר לורברבוים וחיים שפירא "איגרת השמד" לרמב"ם: ויכוח הרטמן-סרלוביץ'יק בראי הפילוסופיה של המשפט" מחויבות יהודית מתחדשת, על עולמו והגותו של דוד הרטמן כרך ראשון, 345 (אבי שגיא וצבי זוהר עורכים, 2001); אבי שגיא נאמנות הלכתית: בין פתיחות לסגירות 116-148 (התשע"ב) (להלן: שגיא נאמנות הלכתית).

במטרותיהם או בעקרונות המניעים אותם.¹⁵

הקומה המהותית – קומה זו עוסקת בעקרונות המשפטיים העומדים בבסיס ההלכה.¹⁶ עקרונות עשויים להיות הכוח המניע את הכללים המשפטיים שבקומה הראשונה (ובמובן זה ניתן לראותם כעקרונות מטה-הלכתיים),¹⁷ אך הם עשויים גם לעמוד בפני עצמם, כשיקול מנחה מפורש ובלעדי בהכרעה ההלכתית.¹⁸ להבדיל מכללים משפטיים, המדובר כאן בשיקולים רחבים הנוגעים למטרות ההלכה ולערכים המניעים אותה, וכן יש לכלול בקבוצה זו גם שיקולים שניתן להגדירם כמטפיזיים (כמו ההסתייגות מהתערבות במעשה הבריאה), שאף להם השפעה ישירה או עקיפה על ההלכה.¹⁹ מטבע הדברים, שלא כמו כללים משפטיים, אין מדובר במשנה פרטנית אלא בסטנדרטים רחבים, דינאמיים וכלליים, תלויי שיקול דעת ונסיבות משתנות.²⁰

- 15 שיטת המשפט ככללים מזוהה בדיונים בפילוסופיה של המשפט בדרך כלל עם הפוזיטיביזם המשפטי. על אף הקרבה בין הפורמליזם המשפטי לבין הפוזיטיביזם המשפטי קיימות הבחנות משמעותיות בין השניים, ובעיקר: הראשון עוסק בהליך ההכרעה המשפטי והשני עוסק במקור המשפט. בהתאם לכך, כוונתי כאן ב"קומת הכללים" איננה לפוזיטיביזם משפטי ולעמדתו בנוגע למקור החוק, אלא למשמעות המילולית של המונח, קרי: קומה שיעקר עיסוקה הוא בכללים ההלכתיים הפוזיטיביים ולא במניעיהם.
- 16 להרחבה על גישה זו ראו RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 14-45 (1978) (להלן: DWORKIN).
- 17 על מטה-הלכה ראו שגיאת נאמנות הלכתית, לעיל ה"ש 14, בעמ' 149-168 ("הלכה ומטא-הלכה – עיון בהגותו ההלכתית של אליעזר גולדמן"); אהרן ליכטנשטיין "מוסר והלכה במסורת היהודית: האם המסורת היהודית מכירה באתיקה שאינה תלויה בהלכה?" דעות 5 (התשל"ז). לפי הגדרותיו של גולדמן, נורמות מטה-הלכתיות הן "נורמות שאינן נורמות התנהגות, כי אם נורמות או עקרונות לפירוש ההלכה ויישומה. כלומר המושא של עקרונות אלה אינו מציאות [...] כי אם ההלכה עצמה, שעל פיהן יש להבינה" (שגיאת שם, בעמ' 154).
- 18 לשתי החלופות המובאות בפנים ביחס לתפקודם של עקרונות הלכתיים (כוח מניע מאחורי הכללים; שיקול מנחה עצמאי) ראו אבישלום וסטרייך זכויות, הלכה והאדם שביניהן פורקים 3-4 (2012). כאשר עיקרון מופיע כשיקול מפורש ובלעדי ולא כגורם מתווך (כגון: כאשר הלכה נקבעת מכוח שיקולים של "כבוד הבריות", וסטרייך, שם, בעמ' 28-36) אזי אין לראותו כ"מטה-הלכה". בשל כך, העדפתי בפנים להשתמש בהגדרה הרחבה יותר, עקרונות הלכתיים, לתיאור הקומה שמעל לקומה הפורמלית.
- 19 דוורקין מגדיר סוגים שונים של עקרונות, ובהם עקרונות מוסריים ושיקולי מדיניות חברתית (ראו DWORKIN, לעיל ה"ש 16). מאפייניהם של העקרונות המטפיזיים דומים לעקרונות הללו, ולפיכך ניתן מבחינה מושגית לשלבם יחד. בדיון המשפטי האזרחי, מטבע הדברים, הם משמעותיים פחות, אך בשיח ההלכתי יש להם משקל, ואין להתעלם מתפקידם.
- 20 ראו שם.

שיקולים מסדר שני – הקומה האחרונה כוללת טיעונים שאינם נוגעים לגופו של הדיון, אולם בעקיפין הם בעלי השפעה עליו. אלו הם שיקולי מדיניות מסוגים שונים, או חששות עקיפים הנקשרים למהלכים הננקטים, שבקבלתם יש כדי לעצב את ההכרעה ההלכתית. להבדיל משיקולים מהותיים או שיקולים מטפיזיים, אין מדובר כאן בטיעונים (פורמליים או מהותיים) לגופה של הפרקטיקה, אלא בהצבעה על היבטים נוספים, חיצוניים, העומדים בזיקה לה ושתוצאה אפשרית שלהם מובילה לקבלה או דחייה של הפרקטיקה הנדונה.

נבחן כעת את שלושת מעגלי הטיעונים הללו ביחס להפריה מלאכותית.²¹ הדברים לעתים נוגעים למכלול פרקטיקות ההפריה המלאכותית, ולעתים רלוונטיים לחלקן בלבד. נתייחס להבחנות אלו בגוף הדברים.

ב. שיקולים הלכתיים פורמליים

הפריה מלאכותית מעוררת כמה דילמות הלכתיות, שניתן להגדירן כדילמות הלכתיות פורמליות. בראשן הוצאת זרע לבטלה. לכך יש לצרף גם את הבעייתיות שבהפריית האישה בזמן הווסת, תקופת זמן שבה בני הזוג אסורים זה על זה באיסור נידה. עמד על היבטים אלו אחד המשיבים הראשונים בסוגיה, הרב מלכיאל צבי טננבוים (1847-1910), בהתייחס להזרעה מלאכותית: "ויש בזה שתי ספיקות: אם מותר להבעל להוציא ש"ז [=שכבת זרע] להשפורת על סמך דברי הרופאים. ואם יש חשש בזה שתתעבר בימי נדתה."²² ביחס להפריה המערבת אדם זר (תרומת זרע) נוספת בעיה אפשרית חמורה יותר של איסור אשת איש, שהשלכותיה על הילדים עלולות להיות הכרות ממזרות.²³ נכון הוא שיש מקום לחבר שיקולים פורמליים אלו למניעים מהותיים יותר, חברתיים, מגדריים או מטה-הלכתיים, כפי שנעשה כבר במחקר.²⁴ אולם השימוש בהם במסגרת השיח ההלכתי הוא שימוש הלכתי קלאסי, היינו: כחלק מארגז הכלים הפורמלי המשמש

21 הטיעונים ההלכתיים נדונו בכמה וכמה מחקרים. ראו למשל דניאל סינקלר "הזרעה מלאכותית והפריה חוץ גופית במשפט העברי – היבטים השוואתיים, הלכתיים-מתודולוגיים ומוסריים" המשפט ט 291 (התשס"ד); Ronit Irshai, Fertility and Jewish Law: Feminist Perspectives on Orthodox Responsa Literature, 225-268 (2012). התייחסויות לגופם של מחקרים אלו ואחרים יובאו בהערות הבאות.

22 שו"ת דברי מלכיאל חלק ד, סימן קז. ישנם "ספקות" נוספים, ונדון בהם בהמשך, אולם שני אלו הם היבטים העיקריים הרלוונטיים כנראה לכלל טכנולוגיות ההפריה המלאכותית.

23 ראו שו"ת מנחת יצחק חלק ד, סימן ה (וראו שם פרשנות מרחיבה של גרורותיו של האיסור, אף ביחס לטיפול הרפואי).

24 למאמר המציע כמה גישות בנוגע לבסיס המהותי שביסוד איסור הוצאת זרע לבטלה ראו רונית עיר-שי "טיפול פוריות ואיסור השחתת זרע: שלוש שיטות בפסיקה המודרנית" *היות* 7, 39 (התשע"ו).

את הפוסק. לפיכך, בשל אופי השימוש בהם בספרות ההלכתית בענייננו יש לראותם כשייכים לקומה הראשונה של ארגז הכלים.

מקורו של האיסור על הוצאת זרע לבטלה הוא בתלמוד²⁵ והוא אומץ על ידי הפוסקים הבתר-תלמודיים.²⁶ פרשנות מרחיבה שלו מובילה לכך שפרקטיקות ההפריה המלאכותית תיאסרנה, שכן מעורבת בהן הוצאת זרע לבטלה – הרי כדי להפרות את האישה (אם בהפריה חוץ גופית ואם בהזרעה מלאכותית) יש להוציא את הזרע מגוף האישה.

ההתמודדות עם טענת הוצאת זרע לבטלה נעשית אף היא בכלים פרשניים מקובלים בשיח ההלכתי הפורמלי. הפוסקים נוקטים כאן פרשנות מצמצמת, המוציאה את הליך ההפריה המלאכותית מגדריו של האיסור. פרשנות מצמצמת זו מתבססת על שני ערוצים עיקריים: האחד, צמצום הפרקטיקות הכלולות באיסור הוצאת זרע לבטלה, ובפרט: מיקוד האיסור להוצאת זרע בידים, כך שאופנים מסוימים שניתן באמצעותם לקיים את ההפריה המלאכותית לא יהיו כלולים באיסור זה, ולמצער, חומרם תהיה פחותה (כגון: הוצאת זרע במסגרת קיום יחסי מין ושימוש בו להליך ההפריה המלאכותית). השני, צמצום האיסור רק למקרים שבהם הוצאת הזרע היא לבטלה, ולפיכך הוצאתו לצורך (לענייני רפואה או לפרייה ורבייה, ואפילו חוץ גופית) תהיה מותרת.²⁷

שני הטיעונים ההלכתיים הנוספים, שאף אותם יש לקטלג תחת ארגז הכלים הפורמלי (אף כי ניתן לשייכם גם לרובד מטפיזי של הדיון ההלכתי), הם חשש גילוי עריות כשמעורב בתהליך אדם זר ואיסור ההפריה המלאכותית בזמן נידתה של האישה. האיסור הראשון (חשש גילוי עריות) כולל בתוכו גם את החשש מפני הכרזה על הילדים הנולדים כממזרים. מדובר בוודאי במגבלה הלכתית חמורה ביותר, אולם אף עמה ניתן להתמודד באמצעות פרשנות מסייגת: איסור אשת איש הוא על יחסי אישות בין איש

25 איסור זה עומד כנראה כבר בבסיס הלכת המשנה (משנה נדה ב, א): "כל היד המרבה לברוך בנשים משוכחת ובאנשים תקצץ". סביב משנה זו מובאים בתלמוד הבבלי (בבלי, נדה יג, ע"ב) הדברים הבאים: "ואמר ר' אלעזר: מאי דכתיב 'דיכם דמים מלאו'? אלו המנאפים ביד. תנא דבי רבי ישמעאל: 'לא תנאף' – לא תהא כך ניאוף, בין ביד בין ברגל".

26 ראו משנה תורה, הלכות איסורי ביאה פרק כא, הלכה יח: "איסור להוציא שכבת זרע לבטלה". שולחן ערוך, אבן העזר, סימן כג, סעיף א, מצטט את הרמב"ם ומוסיף: "ועון זה חמור מכל עבירות שבתורה". הוספה זו היא בהשפעת הזוהר. חלק מהאחרונים מציינים כי אין המדובר באמירה הלכתית, שכן הוצאת זרע הותרה במצבים שונים, אלא אמירה חינוכית או מוסרית. ראו בית שמואל, אבן העזר, סימן כג, ס"ק א: "לפי זה [=היינו: לפי ההלכה המובאת בחלקת מחוקק, המאפשרת הוצאת זרע לבטלה במצבים מסוימים], מה שכתב בזוהר וכאן [=היינו: בשולחן ערוך] דעון [=שעוין] מוציא שכבת זרע חמיר [=חמור] מכל עבירות – לאו דווקא [=היינו: האמירה שלפיה זהו עוון החמור מכל העברות איננה מדויקת, "לאו דווקא", שהרי במצבים מסוימים האיסור מותר]."

27 לערוצים אלו ראו שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן עא; חלק ב, סימן טז ועוד.

זר לאישה נשואה, והפריה ללא יחסי אישות איננה כלולה באיסור. בהתאם לכך, גם ממזרות הנגזרת מאיסור אשת איש איננה רלוונטית.²⁸

מעניין לציין, כי על אף שהדיון באיסור אשת איש הוא במעמד נורמטיבי גבוה ביותר (יש לשייכו, בלשון הלכתית, לתחומים של "איסורי עריות" ו"חומרת אשת איש"), השימוש בפרשנות המצמצמת בהקשר אליו נעשה בצורה קלה למדי, בלא עכבות או חששות המלווים לעתים את הדיון בעניינים מעין אלו.²⁹ מעורבים בכך שיקולים מהותיים (עליהם נעמוד בפרק הבא), אך גם כללי המשחק הפורמליסטיים משפיעים על כך: הדעה השוללת חששות אלו מתבססת על מקור הלכתי מתקופת הראשונים, שהתקבל בספרות ההלכה על ידי האחרונים, ואשר קובע מפורשות במקרה מקביל כי אין איסור אשת איש או חשש ממזרות. המדובר בהגהת סמ"ק בשם רבנו פרץ מקורביל, האוסרת על אישה לשכב על סדין ששכב עליו גבר אחר (שאינו בעלה) שמא תתעבר מזרעו.³⁰ אך האיסור נובע רק מהחשש "שמא ישא אחותו מאביו" (דהיינו: נישואי קרובים), בעוד שעצם ההפריה מזרעו של אחר איננה נחשבת לביאת איסור ולניאוף, ואינה פוגעת במעמדו של הילד (זאת על אף שבעל הזרע מוגדר כאביו).³¹ האסמכתא לכך שבמקרה של תרומת זרע לאישה נשואה מאדם זר אין להכריז על הילד כממזר היא אפוא הלכת רבינו פרץ, הקובע מפורשות: "אין כאן ביאת איסור והולד כשר לגמרי".³²

גם באשר להפריה בזמן שבו האישה נידה, ובני הזוג אסורים ביחסי אישות, נעזר הדיון ההלכתי הפורמלי בדברי רבנו פרץ. מקור זה הוא ראייה לכך שהפריה מלאכותית איננה בעייתית מנקודת המבט של הלכות נידה, שהרי מותר לאישה לשכב על סדין ששכב עליו בעלה גם כשהיא נידה (אף שיייתכן שתתעבר מזרעו), וכל האיסור הוא על סדין ששכב עליו אדם זר.³³

- 28 אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן י.
- 29 לחששות בתחום זה ראו למשל פנחס שיפמן ספק קידושין במשפט הישראלי 58-55 (1975). לדיון בהשפעת חומרת אשת איש על ההתמודדות עם עגינות וסרבנות גט ראו BERNARD S. JACKSON, AGUNAH: THE MANCHESTER ANALYSIS 47-55 (2011).
- 30 בית חדש, יורה דעה, סימן קצה, ד"ה "מצאתי בהגהות סמ"ק".
- 31 שאלת הגדרת האבהות מתעוררת במקרה הנזכר על ידי רבנו פרץ, או במקרה של ילד הנולד מ"אישה שנתעברה באמבטי". חשיבותה (אם שוללים את בעיית הממזרות, כאמור) היא לעניין קיום מצוות פרייה ורבייה. ראו חלקת מחוקק, הלכות פריה ורביה, סימן א, ס"ק ח, המסתפק בנקודה זו, ובית שמואל, הלכות פריה ורביה, סימן א, ס"ק י, המכריע בהתבסס על רבנו פרץ, כי הילד נחשב כבנו של בעל הזרע.
- 32 בית חדש, יורה דעה, סימן קצה, ד"ה "מצאתי בהגהות סמ"ק". ליישום הדברים למעשה ראו שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן רסח, המצטט את רבנו פרץ בהקשר להזרעה מלאכותית. הדעה השוללת ממזרות היא כמדומני העמדה הדומיננטית בתשובות העוסקות בעניין זה (גם בין אלו המתנגדים לפרקטיקה עצמה).
- 33 ראו בית חדש, שם; הובא להלכה בט"ז, יורה דעה סימן קצה, סעיף קטן ז.

הדיון בהפריה מלאכותית בזמן נידתה של האישה מעביר אותנו לרובד דיוני אחר – רובד מטפיזי: החשש מילד שיהיה "בן הנדה" שפגמו עלול להיות "מצד שבטבע".³⁴ טיעון זה ודומיו אף הוא חלק בלתי נפרד מהשיח ההלכתי, אך הוא שייך לקומה אחרת: הקומה המהותית, אליה נפנה כעת.

ג. שיקולים הלכתיים מהותיים

מה עושה את שאלת ההפריה המלאכותית לשאלה משמעותית כל כך בשיח ההלכתי? מאין היא שואבת את כוחה ועצמתה? נושא זה מושפע, בין היתר, מהיבטים תרבותיים או היסטוריים; כוונתי למשל לחשיבות שהתרבות היהודית (והישראלית) מעניקה לתקומתו הפיזית של העם, בין השאר בעקבות מוראות השואה, המקרינה במידה רבה על הלגיטימציה והעידוד הניתנים להפריות מלאכותיות.³⁵ המקום המרכזי שסוגיה זו תופסת בשיח הציבורי בישראל והתפוצה הרחבה שיש לכך בפרקטיקה הרפואית בארץ הם ביטוי מובהק למשקל הנכבד של נושא זה בחברה בישראל.³⁶ ברם, על אף החשיבות וההשפעה של היבטים אלו, המחקר הנוכחי יכול להכילם רק במידה שהם מופיעים כחלק מהשיח ההלכתי.³⁷

נראה כי השיח המהותי בשאלת ההפריה המלאכותית סובב בעיקר סביב שני עקרונות מרכזיים: פרייה ורבייה ומעמדה של המשפחה בהלכה.³⁸ שני העקרונות הללו קשורים

34 שו"ת דברי מלכיאל, חלק ד, סימן קז.

35 ראו למשל צבי גרטנר "מבוא לקונטרס דור ישרים יבורך – בעניני רפואה הנוגעים לפור", "ישורון כא תקל"א (התשס"ט): "מטין ביה מדרשא מגדולי הדורות שבעקבות ההרג והשכול של השואה, צו השעה היא זו לנקוט בכל הטצדקי דאפשר לכלות כל הנשמות שבגוף ולהרבות חיילים לצבא ה' [...] ובחסדי ה' יתברך עדים אנו לתופעה מופלאה מאז עבור ימי הזעם והעברה של ריבוי מבורך בשיעור הילודה אצל יראי וחושבי שמו יתברך. והנה הרבה שלוחים למקום [...] אך אליה וקוץ בה, רבים מן הטיפולים והשיטות החדשים כרוכים בשאלות חמורות בהלכה ובהשקפת התורה. מובן, כי בהעדר הכרעה או הוראה ברורה להיתר מפוסקי הלכה המובהקים שליט"א אשר מפיהם אנו חיים, שב ואל תעשה עדיף [...]".

36 מדינת ישראל היא מהמובילות בעולם בשימוש בטכנולוגיות פריון, אף כי ניתן למתוח על כך ביקורת. ראו יחזקאל מרגלית "משאבים רפואיים (בלתי) מוגבלים – הורות בכל גיל, בכל מחיר ובמימון המדינה?" **מאזני משפט** ט 267 (2014); יוסי גרין "התערבות המדינה באוטונומיה של התא המשפחתי – בין הזכות להורות לבין ערכיה של מדינת ישראל" **מאזני משפט** ט 85 (2014).

37 ראו לעיל, סמוך לה"ש 16-20 ובהערות אלו.

38 כפי שנראה להלן, הטיעונים השונים בסוגיה מתנקזים לשני העקרונות הללו. לאפיון שונה מעט של העקרונות המעורבים בסוגיית ההפריה המלאכותית ראו סינקלר (לעיל, ה"ש 21), בעמ' 311-314.

יחד: המשפחה היא האמצעי המסורתי לפרייה ורבייה, ופרייה ורבייה היא הדרך לביסוסה ושימורה של המשפחה. אלו הם עקרונות מרכזיים ביותר. אך אף על פי שהם צועדים יד ביד ולעתים קשה להבחין ביניהם, מבחינה מושגית מדובר בשני עקרונות שונים. לשם המחשה, מקומם של שני העקרונות הללו והשילוב ביניהם משתקף מהקדמתו של רבי יעקב בעל הטורים לחלק אבן העזר של הטור:

יתברך שמו של הקב"ה שהוא חפץ בטוב בריותיו שידע שאין טוב לאדם להיות לבדו, ועל כן עשה לו עזר כנגדו. ועוד כי כוונת הבריאה באדם כדי לפרות ולרבות וזה אי אפשר בלא עזר [...] ³⁹.

"עזר כנגדו" (בראשית ב 18) היא מטרה העומדת בפני עצמה, שכן האדם איננו יכול להיות "לבדו". ננסח מטרה זו כערך המשפחה. ברם, "עזר כנגדו" הוא גם האמצעי להגשמת התכלית השנייה: "כדי לפרות ולרבות", וזהו הערך השני: פרייה ורבייה. שני הערכים הללו נוגעים באושריות הקיום האנושי – הקשר בין האדם לבין אשתו הוא המהלך האנושי-חברתי הראשון המתואר בתנ"ך; "פרו ורבו ומלאו את הארץ" היא המצווה הראשונה שנצטוו בה בני האדם – ואין זה פלא כי שניהם, פרייה ורבייה וערך קיומה של המשפחה, הם שמניעים ומעצבים את הדיון ההלכתי סביב הפריה מלאכותית.⁴⁰

הפריה מלאכותית מסייעת ללידת צאצאים – מימוש מובהק, על פניו, למצוות פרייה ורבייה. אך יש להדגיש: למיטב התרשמותי הדיון ההלכתי בהפריה מלאכותית איננו מדבר בדרך כלל על חובה הלכתית ישירה הנובעת ממצוות "פרו ורבו". אילו כך היו הדברים, נכון היה להציגם במסגרת המעגל הראשון – המעגל הפורמלי. הדיון ההלכתי רואה בפירוי ערך, ובשל כך "מבין לליבם" של בני הזוג המבקשים היתר להפריה מלאכותית. מתוך הבנה זו, המונעת על ידי ערך הפרייה והרבייה, מוצא השיח ההלכתי הצדקות הלכתיות פורמליות (מתוך ההיבטים שהוזכרו בסעיף הקודם). זהו אפוא הבסיס לטענה כי בהקשר שלנו יש לראות בפרייה ורבייה עיקרון הלכתי, שיש לו השפעה על ההכרעה ההלכתית.

אך הערך של פרייה ורבייה כשלעצמו אינו מספיק, שכן באופן תיאורטי יכולים בני הזוג להיפרד ולקיים את המצווה עם בני זוג אחרים. בנקודה זו משתלב העיקרון

39 טור, אבן העזר, סימן א.

40 ראו אביגדור נבנצל "הפריה במבחנה – הערות" ספר אסיא כרך חמישי 92 (1986): "מן הראוי להזכיר שאם באנו לאסור את ההפריה הזאת, אנחנו גורמים לפחות לאחד משני דברים: או שהאיש ורואי לא יקיים פו"ר [=פרייה ורבייה], ואפי' שבת כלדהו לא יקיימו (לאור חרם דרגמ"ה) ויתכן מאד שתשרור עצבות ומרירות בבית הזוג לעולם, או שיפרדו, ונמצאנו הורסים בנין אשר לשלימותו אמרה תורה שמי שנכתב בקדושה ימחה על המים. יתכן שאין בכח שיקול זה להכריע הכף, ואע"פ נלענ"ד מן הנכון לפחות להזכירו".

המהותי הנוסף, חשיבותה של המשפחה: מצוות פרייה ורבייה משתלבת בשלמות המשפחה המסוימת שבה עוסקים.⁴¹

השילוב בין שתי מטרות-על אלו משמש כעיקרון מנחה של הפסיקה בשקילת ההיבטים הפורמליים שבהפריה מלאכותית. אולם כטבעם של עקרונות, משמעותם דינאמית, תלויה הקשר, משקל ואיזונים ביחס לעקרונות אחרים.⁴² וכך גם כאן: ערך המשפחה ניתן להיתרגם הן לחיוב, כאמור לעיל, והן לשלילה, כערך הדורש יציבות מוחלטת ומונע ערעור המסגרת המסורתית של המשפחה, שהיא מנת חלקם – כך טוענים המתנגדים – של אלו שנוקקים להפריה מלאכותית. ודווקא בהיבט זה, השולל הפריה מלאכותית, נדמה כי לעקרונות ההלכתיים משקל רב ומכריע.

נקודת המוצא של הכיוון השולל הפריה מלאכותית היא ההתנגדות העקרונית למעורבות בני הזוג בהליכים שיש בהם חריגה מהמודל המסורתי של המשפחה.⁴³ אך ההתנגדות איננה רק בשל הפגיעה במשפחה הגרעינית בצורתה המסורתית. הפריה מלאכותית נתפסת כפעולה המערערת את היציבות הגנאלוגית של המשפחה היהודית בכללה. בהלכה ניתנת חשיבות רבה ליוחסין (או: "קדושת הייחוס"), וזו מוליכה להתנגדות למעורבות גורם זר, לעתים בלתי מזוהה, בייחוס הילדים – אם גורם שלישי מחוץ לבני הזוג, ואם גורם שאיננו יהודי. אלו נתפסים כפוגעים ביציבות הייחוס, וכבעלי השלכות שליליות על גיבוש זהותם הדתית והאישית של הילדים. אף בענייני יוחסין יש לראות עיקרון הלכתי, והוא מוצג פעמים רבות כשיקול לשלילת הלגיטימציה מפעולות של הפריה מלאכותית.⁴⁴

41 ראו שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן רסח: יש להתיר את ההזרעה המלאכותית כדי למנוע גירושין, כפי ש"התיירה התורה למחוק שמו בשביל השלום", דהיינו: כשם שהתורה התיירה למחוק את שמו של הקב"ה בהקראת פרשת הסוטה כדי להחזיר את השלום בין בני הזוג, כך יש להתיר הזרעה מלאכותית. משמעות הדבר היא שהשכנת השלום בין בני הזוג משמשת כערך מנחה בקביעת ההכרעה ההלכתית, ובענייננו – מנחה בנטיית הפוסק להתיר את ההזרעה המלאכותית.

42 ראו DWORKIN, לעיל ה"ש 16.

43 "שנעשית בזה כקדשה, שמפקירה עצמה"; משה שטרנבוך, תשובות והנהגות, כרך ה, סימן שיח (תשס"ט) (להלן: תשובות והנהגות).

44 האם מדובר בעיקרון אחר או בענף של ערך המשפחה או ערך פרייה ורבייה? שאלה זו קשה למענה. מושגית, ניתן לראות בייחוס ערך נפרד, המתנגש עם ערכי פרייה ורבייה (שיש להם קיום עצמאי) וגורם לסיוגם, או מוליך לאיזון בין הערכים. עם זאת, ניתן לראות את הייחוס כחלק בלתי נפרד מהגדרת ערך הפרייה והרבייה, דהיינו: פרייה ורבייה מוגבלת ללידת צאצאים שאינם בעלי פגם בייחוס. נקודת מבט זו לא תראה בדברים התנגשות בין ערכים, אלא ערך אחד שיש לקבוע את גבולותיו. על אף הנטייה לראות בכך דיון סמנטי, עשויות להיות לו גם משמעויות הלכה למעשה. נפקות אפשרית שלו היא השאלה האם גר שיש לו ילדים מתקופת היותו גוי, קיים מצוות פרייה ורבייה. וכך, אם פרייה ורבייה היא

העקרונות ההלכתיים כוללים לעתים גם היבטים מטפיזיים, כדוגמת קדושת ישראל (אף אם נתגבר על הבעיה הטכנית פורמלית יותר של יהדותו של היילוד)⁴⁵ או החשש מפני התערבות במעשה הבריאה עד כדי פגיעה בדמות היצירה האנושית.⁴⁶ אף כאן מדובר בעקרונות הלכתיים, המטים במקרה זה את הכף לטובתה של העמדה השוללת את ההפריה המלאכותית. וכאמור לעיל, מדובר כאן בעקרונות, שנראים בקריאתם כנקודות המוצא של הדיון ההלכתי, ואשר מתווים במידה רבה את אופן היישום של הכללים המשפטיים המרכיבים דיון הלכתי זה.⁴⁷ משקלם משתנה בין מקרה למקרה ומפוסק לפוסק. פעמים הוא איננו מפורש, אך דרך כלל הוא קיים.⁴⁸ ובסופו של דבר, ההכרעה בין העקרונות השונים נובעת משיקול דעת, מהנחות יסוד וממערך של איזונים.⁴⁹

ד. שיקולים מסדר שני

"ארגז הכלים" ההלכתי כולל בתוכו גם שיקולי מדיניות, המתמקדים בחשש מפני פגמים אפשריים בהליך ההפריה המלאכותית, שתהיינה להם השלכות כבדות משקל מנקודת

ערך העומד בפני עצמו, אין מניעה לומר שהגר קיים את המצווה, גם אם היילדים שנולדו אינם מוגדרים כיהודים. אולם אם מדובר בערך אחד שלפיו פרייה ורבייה מוגדרות בהתחשב בצאצאים שהם יהודים, אזי גוי שהתגייר לא קיים את המצווה. ראו בבלי, יבמות סב, ע"א; משנה תורה, אישות, פרק טו, הלכה א; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, סעיף ז. הרמב"ם ובעקבותיו השולחן ערוך פוסקים כרבי יוחנן בסוגיית יבמות הנזכרת, שלפיה גוי שנתגייר קיים מצוות פרייה ורבייה, אולם הם דורשים שילדיו יתגיירו אתו. על כך חולקים פוסקים אחרים, ראו חלקת מחוקק, סימן א, ס"ק ט, בשם מהרי"ל.

45 ראו שו"ת חלקת יעקב, אבן העזר, סימן יד, ס"ק ד, בביקורתו על עמדתו של הרב משה פיינשטיין, המתיר הזרעה מלאכותית מגוי: "האם אין זה פגם היותר גדול לחלל עם קדוש, ואנו נייעץ לכתחילה לזרע שלא בקדושה?! אתמהה!".

46 ראו שו"ת ציץ אליעזר, חלק טו, סימן מה. חשש זה משתלב עם הפחד מפני התפתחויות מדעיות עתידיות, שיאפשרו בין השאר פעולות של שיבוט בני אדם. ראו ציץ אליעזר, שם.

47 יש כאן מעגליות מסוימת: העקרונות ההלכתיים שואבים את תונכם מהשיח ההלכתי ולכל הפחות מקבלים השראה מכללים משפטיים מוגדרים. לאחר גיבושם הם נעשים לגורמים החוזרים ומכוונים או מעצבים את הכללים המשפטיים הפרטניים.

48 הרב פיינשטיין מנסה לנטרל ממד זה. ראו אגרות משה, אבן העזר, חלק ב, סימן יא, ולהלן בפרק הבא.

49 כך למשל בעניין היחס בין שלמות המשפחה לבין החשש ממדרון חלקלק בהתפתחות המדעית (חששו של הרב ולדנברג, ראו ציץ אליעזר, לעיל ה"ש 46) – לעומת הרב ולדנברג, המעניק משקל לעיקרון האחרון, הרב נבנצל (נבנצל, לעיל ה"ש 40) מעדיף את הראשון (ולמעשה מאיין כמעט לגמרי את האחרון): "מה שחשש שיוצרים בעיות מרקיעות שחקים, אטו כולי עלמא צייתי דינא [=האם כל העולם מציייתים לדין, דהיינו: גם אם נמנע את פלוני ואלמונית מהמעשה, רבים לא יישמעו להוראה זו], הלא הבעיות צצות בלאו הכי, ובינתיים כנ"ל מוטל על כף המאזניים אושרו של זוג בישראל".

המבט ההלכתית על ההליך עצמו. נגדיר שיקולים אלו כשיקולים מסדר שני, שכן הם אינם מצביעים על בעיה מהותית בגוף ההליך – פגם פורמלי או מהותי – אלא על פגם חיצוני, העלול להוביל לבעיה מהותית שכזו.

שני חששות מרכזיים נקשרים לכך. האחד, החשש מתקלה טכנית, שתוביל לשיבוש הליך ההפרייה, כגון: עירוב זרע זר במקרה של הזרעה מלאכותית.⁵⁰ חשש שני, הניצב על גבי הראשון אך מרחיק לכת ממנו, הוא חוסר נאמנות בסיסי של הרופאים העוסקים בהליך, העלול להביא לאותן תוצאות בעייתיות, אך בסבירות גבוהה יותר – ובזרון.⁵¹ מלבד אלו קיימים חששות נוספים המוזכרים על ידי הפוסקים, שהמשותף להם הוא החשש מפני השלכות אפשריות של ההליך, העוללות להוביל לתוצאות קשות מנקודת מבט הלכתית או חברתית, כדוגמת "מדרון חלקלק" ביחס לתא המשפחתי וליציבותו.⁵²

שיקולים מסדר שני אלו נדונים בכלים הלכתיים ועל בסיס מקורות הלכתיים, והם חלק בלתי נפרד מהשיח ההלכתי. עם זאת, הם שונים מההיבטים הפורמליים שנדונו בראש פרק זה, שכן אין מדובר באסור או מותר (היינו: בכללים משפטיים קונקרטיים סטנדרטיים). הם דומים בהשפעתם ובדרך פעולתם לשיקולים המהותיים שנדונו בסעיף הקודם, שהשפעתם דינאמית, תלוית הקשר ותלוית שיקול דעת. אולם מכיוון שהשיקולים מסדר שני אינם נוגעים לגופו של עניין, אלא מתמקדים בהשלכות האפשריות של המהלך, בחרתי להציגם כקבוצה נפרדת.⁵³

זאת ועוד, בין השיקולים הפורמליים והמהותיים שנדונו לעיל לבין שיקולים מסדר שני קיים הבדל משמעותי מבחינת המשקל ההלכתי שלהם: השיקולים הפורמליים והמהותיים מחייבים התמודדות והתייחסות מצדו של הפוסק, כדרכם של טיעונים לגבי

50 כאשר מטרת ההליך היא הפרייה מלאכותית בין הבעל לאשתו, עירוב זרע עלול להיות בעל השלכות על בני הזוג וצאצאיהם, כגון: הוצאת זרע לבטלה של הבעל, פטור אפשרי מחיוב מזונות מצדו אם יתברר שאיננו האב הגנטי, אי הכרת האב האמתי וכתוצאה מכך חשש עתידי מנישואי קרובים ועוד. לאלו האוסרים עקרונית תרומת זרע זר לאישה נשואה, החששות במקרה זה מתעצמים, וכוללים היבטים של איסורי עריות וחשש ממזרות. לשילוב היבטים אלו ראו ציץ אליעזר, חלק טו, סימן מה.

51 ראו שו"ת דברי מלכיאל, חלק ד, סימן קז; שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן רסח.

52 ראו למשל: ציץ אליעזר, חלק ט, סימן נא – קונטרס רפואה במשפחה, פרק ד: "סופם של דברים שבהרבה בתים בישראל, יבואו רח"ל [=רחמנא ליצלן] [...] גם לידי כך שיחליפו נשותיהם זה עם זה דפריצה קוראת לגנב (עיי'ן שבת ד' ס"ב ע"ב וקדושין ד' ע"א ע"ב) בדיעת בעליהם או שלא בדיעתם. ואחרית הפירצות בזה מי ישרם".

53 אכן, שני הפוסקים שנזכרו בה"ש 51 ערים לקשיים זהים מסדר שני, אך מגיעים לתוצאות שונות – האחד אוסר והשני מתיר. הדבר משקף משקל שונה הניתן בדבריהם לחשש התקלה ולנאמנות הרופאים. זה, כאמור, מאפיין את אופן השפעתם של העקרונות ההלכתיים (בין אם עקרונות מהותיים ובין אם שיקולי מדיניות) על ההכרעה של הפוסק: עקרונות דינאמיים, תלויי משקל וחשיבות, ומסורים במידה רבה לשיקול הדעת של הפוסק.

האסור והמותר, ועל הפוסק להתמודד אתם וליישבם במידת הצורך כדי שלא יסתרו את המסקנה שאליה הוא חותר. לעומתם, שיקולי המדיניות הכרחיים פחות וקונטינגנטיים יותר, והפוסק אינו חייב לדון בהם ולהתייחס אליהם. הבחירה בהם משקפת, מעצם טיבה, את נקודת השקפתו של הפוסק – מעל ומעבר לשתי הקומות האחרות.

כיצד מתבטא "ארגז הכלים" שהוצג בפרק זה לסוגיו בפסיקה? מה מאפיין את הפוסקים הבוחרים בכלים מקבוצה זו או אחרת, וכיצד תורמים הדברים לניתוח השיח ההלכתי? נפנה כעת לבחינת הדברים.

4. השחקנים במגרש ההלכתי

א. פורמליסט, אנטי-פורמליסט ומשלב

"כלי המשחק" שנדרגו בפרק הקודם מעניקים מגוון רחב של אפשרויות. ההכרעה נובעת ממסכת טיעונים המשלבים יחד – פעמים רבות בלי הבחנה – קומות שונות של טיעונים. עם זאת, ניתן לעתים להצביע על דומיננטיות של השיקול האחד על פני השיקול השני או של קבוצת שיקולים אחת על פני קבוצת שיקולים אחרת. בעניין זה ברצוני להבחין בין שלושה טיפוסים של פוסקים העוסקים בענייננו: פורמליסט, אנטי-פורמליסט ומשלב.⁵⁴ זיהוי זה מסייע להבחין בין גישות שונות לשיח ההלכתי ולהבין את טיבו של שיח זה.⁵⁴

השיח ההלכתי הנפוץ הוא זה המשלב שיקולים פורמליים ומהותיים (כך בענייננו וכך דומני בכלל). חכמים המעורבים בדיונים מעין אלו בוחנים הן היבטים של איסור והיתר והן היבטים מהותיים כדוגמת שימור המסגרת המשפחתית מכאן או שימור הזוגיות שבין הצדדים מכאן. ממחיש את השילוב מראשוני המשיבים בעניין הזרעה מלאכותית, רבי שלום מרדכי שברוך (מהרש"ם, 1835-1911).

מהרש"ם התמודד עם שאלת הלגיטימציה להזרעה מלאכותית בראשית דרכה. בתשובתו התיר מהרש"ם הזרעה מלאכותית, אם כי בהסתייגות: כשעברו עשר שנים מאז נישואי בני הזוג וכשהפריה נעשית שלא בזמן נידתה של האישה.⁵⁵ מהרש"ם מתמודד עם היבטים פורמליים הנוגעים להפריה המלאכותית (ייחוס הוולד לבעל הזרע והזרעה

54 כפי שצוין לעיל (ראו לעיל, סמוך לה"ש 10-13), ישנם גורמים רבים המשפיעים על הפסיקה, וייתכן שהגישה היורוספרודנטית היא אך טקטיקה להטמעת עמדה מסוימת. איתורם של גורמים אלו הוא כמובן חשוב והכרחי להבנת ההתפתחות ההלכתית, אולם אין הוא מחליף את הצורך באפיון השיח ההלכתי גופו. בתוך השיח ההלכתי יש משמעות לניתוח המתודולוגיה הננקטת לצורך הפסיקה, שכן לזו יש תפקיד עיקרי בעיצובו של השיח ובגיבושה של ההכרעה, ובכך ענייננו כאן.

55 ראו שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן רסח. עמדה זו מנוגדת לעמדתו המחמירה של בן דורו, הרב מלכיאל צבי טננבוים (1847-1910), ראו שו"ת דברי מלכיאל, חלק ד, סימן קז-קח.

בתקופת הנידה) יחד עם שיקולים מסדר שני (נאמנות הרופאים שלא יחליפו את זרע הבעל בזרע אחר) ושיקולים מהותיים. נטרולם של ההיבטים הפורמליים איננו עומד בפני עצמו, אלא מושפע מהשיקולים המהותיים. כדבריו:

ומה ששאל אם מותר שיעשה הרופא הקילוח לרחם האשה בימי נדתה, לפי מה שכתבתי לעיל בשם הגהת סמ"ק אין בזה קפידא [=אין בכך הקפדה, דהיינו: הדבר מותר] ומכל מקום אין דעתי לעשות כן מעשה רק בימי טהרתה. וגם בזה לא התרתי רק בשהה כבר עשר שנים ולא ילדה ויבא לידי גירושין והתירה התורה למחוק שמו בשביל השלום. אבל מחומר האיסור רצוני באופן שיסכימו עוד ב' רבנים יראי ד'. ושלא לעשות מעשה רק עפ"י חקירת חכם וירא ד' אשר יראה הענין שהוא שעת הדחק גדול וכתורה יעשה.⁵⁶

הפסיקה מחברת בין התחומים: ההכרעה הפורמלית המתירה מושפעת מהשיקול המהותי המכריע במקרה הנוכחי. שיקול זה הוא השלום בין בני הזוג והחשש הממשי מפני גירושין, או: שמירה על יציבות המשפחה הגרעינית ומניעת פירוקה. שיקול זה משפיע ישירות על ההלכה, ומהרש"ם מדמה אותו להיתר "למחוק שמו" של הקב"ה בטקס הסוטה, ואף כאן מכוח שיקול מהותי – "מפני השלום". זהו שילוב סביר ומתבקש, וכמדומני שהוא משקף דרך הכרעה מקובלת בשאלות הלכתיות מעין אלו.⁵⁷

מתוך הדיון בדברי הרב שבדרון עולה נקודה מעניינת: משקלו של השיקול המהותי שהכריע את הכף בענייננו איננו חד-משמעי, אלא נתון לאיזונים שתוצאתם משתנה, ושילובו של השיקול לא תמיד יכריע את הכף להיתר.⁵⁸ במפתחות לתשובה הנזכרת בשו"ת מהרש"ם דן המחבר בשימוש באמצעי מניעה (קונדום) במקרה שהאישה עלולה להסתכן אם תתעבר. מהרש"ם טוען שהדבר אסור, ומנמק בין השאר: "דהכא [=כאן] לאו פיקוח נפש הוא דלא תשמש [=לא תקיים יחסי אישות] ותתגרש מבעלה ולא תסתכן". הכותב מודע לכך שעמדתו סותרת את ערך השלום בין בני הזוג, ואף מזכיר שבשל ערך זה הותר לאישה לשמש במוך, אולם הוא מבחין בין המקרים. ההבחנה מבוססת

56 שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן רסח.

57 עשרות שנים אחר כך הציג הרב עובדיה יוסף טיעון דומה, המתבסס במידה רבה על מהרש"ם. ראו שו"ת יביע אומר חלק ב, אבן העזר, סימן א: "לפע"ד הרוצה לסמוך להקל ע"פ מה שהבאנו לעיל בזה, הא ודאי שיש לו על מה לסמוך. וכמו שהורה גבר בכחא דהיתרא הגאון מהרש"ם הנ"ל והגאון החזון איש זצ"ל קיצר מאד בזה, ולא הראה לנו טעם לאיסורו. ומכיון שמדובר כאן בקשר למצות פריה ורבייה שהיא מצוה רבה. ונוסף על זה כי אם נאסור בזה, היא חומרא הבאה לידי קולא, להפריד בין איש לאשתו. וקשים גירושים. ושם הנכתב בקדושה ימחה על המים, בכדי להטיל שלום בין איש לאשתו. לכן נראה שיש להקל בדבר".

58 ראו DWORKIN, לעיל ה"ש 16.

על החומרה של המקרה הנדון ("שהוא גרוע ממוך"), שבשלה אין הוא נדחה גם מפני חשיבות השמירה על התא המשפחתי. כלשונו: "ומה שכתבו הפוסקים להקל במוך [...] מה שאין כן בנידון דידן שהוא גרוע ממוך [...] הוי הוצאת זרע לבטלה ממש. ואין שום צד להקל אלא משום פיקוח נפש ובנידון דידן אין זה בכלל פיקוח נפש שהרי בידה שלא תשמש והבעל בידו לגרשה".⁵⁹ גישה משתנה שכזו כלפי השיקולים המהותיים מתבקשת לאור אופיים של העקרונות המשפטיים והדינאמיות המובנית הטמונה בהם. וכך, כאמור, השפעתם של העקרונות תלויה באופיו של המקרה וכשיקול הרעת של המשיבים השונים. לצד הגישה המשלבת, בשיח ההלכתי בענייננו מצאנו גם גישות קיצון, המתמקדות באופן בלעדי בסוג אחד של טיעונים (טיעונים פורמליים או מהותיים). אלו הם מעין "טיפוסים אידאליים" (ideal types) של כל אחת מהגישות. אפיונם ככאלו מסייע להבנת השיח ההלכתי כולו, על שלל גישות הביניים שביניהם. זיהויים מאיר באור חד (כדרכם של טיפוסים אידאליים) את טעמי הבחירה בגישות השונות ואת פוטנציאל השימוש המניפולטיבי לעתים בארגז הכלים ההלכתי, לא רק בפרטיו אלא גם במתודות הבסיסיות שלו. החשיבות הרבה שבכך היא הן להבנת הדיון בנושא הקונקרטי הנדון, הפריה מלאכותית, והן לאפיונו של השיח ההלכתי ככלל. שני הפוסקים המייצגים את גישות הקצה הם הרב משה פיינשטיין והרב משה שטרנבוך. נעסוק בהם בסעיפים הבאים.

ב. הפורמליסט

הרב משה פיינשטיין, בעל האגרות משה, הוא כנראה הפוסק המרכזי שהתיר את הפרקטיקה של הפריה מלאכותית לאישה נשואה מתורם זר,⁶⁰ זאת בהמשך לקודמיו שהתירו הזרעה מלאכותית מזרעו של הבעל.⁶¹ דיוניו של הרב פיינשטיין בתשובותיו בנושא מתמודדים

59 מפתחות לשו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן רסח, עמ' שיז. מעניין, שבסוף דבריו מנסה המהרש"ם למצוא פתח להיתר בשימוש באמצעי זה בדרך מסוימת (שאיננה כוללת הוצאת זרע לבטלה באופן מלא), וביחס לכך כותב: "ובכ"ז [=ובכל זאת] מצד חומר האיסור אינני אומר אלא להלכה ולא למעשה, רק אם יסכימו עוד ב' רבנים מובהקים בתורה ויר"ש, אז אצטרף עמהם כדי שלא להבדיל בין איש לאשתו".

60 אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן י; סימן עא. רבי משה פיינשטיין חיזק ועיבה את ההיתר בתשובתו לרב בלאך, שם, חלק ב, סימן יא. עיקרה של תשובה זו הוא הצגת תפיסת ההלכה של הרב פיינשטיין, ונדרון בה בהמשך. ראו גם שם, חלק ג, סימן יד; חלק ד, סימן לב.

61 מהותית, האחרון נראה פשוט יותר להיתר, אולם בשל בעיית הוצאת זרע לבטלה אף כאן יש מן החידוש. בעיניו של הרב פיינשטיין הוצאת זרע לבטלה עשויה להיות אף חמורה יותר מאשר תרומת זרע ולעתים אסורה לחלוטין (תלוי באופן שבו הדבר נעשה). ראו שם, חלק ב, סימן יא; סימן יח. להסבר מהותני של מדיניות ההחמרה באיסור הוצאת זרע ראו עיר-שי, לעיל ה"ש 24.

בצורה שיטתית עם הקשיים הפורמליים הקיימים בתרומת זרע ובהזרעה מלאכותית. עיקר הדיון הוא בשאלה אם יש איסורי עריות במקרה שכזה ומה מעמדו של היילוד. עמדתו של הרב פיינשטיין בעניין זה היא חד־משמעית: איסורי עריות והכרזת ממוזרות אינם עניין גנטי, ביולוגי (או מטפיזי), אלא תלויים במעשה עברה – קיום יחסי מין בין איש לאישה האסורים זה לזה. משכך, מאחר שבהזרעה מלאכותית לא נעשה מעשה עברה אין כל פגם בדבר. מבחינת ייחוס, אם ההזרעה היא מזרעו של גוי (או אם ניתן לשער שמדובר בזרעו של גוי, וזו המציאות בחו"ל), היילוד איננו מתייחס אחר תורם הזרע, אלא אחרי אמו בלבד. היילוד במקרה זה כשר לבוא בקהל, ואף יותר מכך: על אף שאישה שהתגיירה אסורה להינשא לכוהן, מי שנולדה מתרומת זרע של גוי מותרת להינשא גם לכוהן.⁶² בתשובותיו מכיר הרב פיינשטיין במקומם של שיקולים פרגמטיים, שבשלם יש מקום להסתייג מהפרקטיקה, אולם הוא חוזר ומדגיש שמבחינה הלכתית פורמלית הדבר מותר.⁶³

כנגד הרב פיינשטיין נמתחה ביקורת קשה,⁶⁴ אלא שזו הובילה אותו להתבצר בעמדותיו ולהצדיקן מתודולוגית באופן בלתי מתפשר, וכך לסמן עצמו עבורנו כטיפוס אידאלי של פורמליסט הלכתי. בתשובתו לרב משה ח' א' בלאך,⁶⁵ שהאשים את הרב פיינשטיין בפגיעה "בטהרת וקדושת יחוס כלל ישראל" (כמו שהאשימו אותו אחרים), שולל הרב פיינשטיין את תוקפם של שיקולים שאינם הלכתיים פורמליים. אלו לדבריו מושפעים מ"דעות חיצוניות [...] אשר מזה מתהפכים ח"ו [=חס ושלום] האסור למותר והמותר לאסור וכמגלה פנים בתורה שלא כהלכה הוא", ועל כן יש להתנגד להם. בהתאם לכך מכריז הרב פיינשטיין על עמדתו:

ואני ב"ה [=ברוך ה'] שאיני לא מהם ולא מהמונם, וכל השקפתי הוא רק מידיעת התורה בלי שום תערובות מידיעות חיצוניות, שמשפטיה אמת בין שהוא להחמיר בין שהוא להקל. ואין הטעמים מהשקפות

- 62 הרב פיינשטיין התלבט בכך בתחילה, אולם בסופו של דבר התיר. ראו אגרות משה, אבן העזר, חלק ב, סימן יא.
- 63 ראו אגרות משה, אבן העזר, חלק ג, סימן יד: "וכבר הודעתי שצריך להשמיט מלהתיר ויש ליעץ שלא לעשות זה מפני השלום שישרה בהבית כאשר אני נוהג בזה". אולם כנגד זאת, מאחר שהדבר מותר, "יש להתיר בשעת הדחק גדול ומצטערים מאד בהשתוקקם לולד" (שם, חלק א, סימן עא).
- 64 לניתוח הפולמוס בסוגיה זו מכיוונים אחרים ראו סינקלר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 301-309; הראל גורדין הלכה ופסיקת הלכה בעולם משנתנה: עיון בין-תחומי בפסיקותיו של הרב משה פיינשטיין 201-207 (עבודת גמר לתואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למדעי הרוח, 2007) (להלן: גורדין).
- 65 אגרות משה, אבן העזר, חלק ב, סימן יא. הציטוטים להלן בגוף הטקסט לקוחים מדברי הרב בלאך (כפי שהובאו על ידי הרב פיינשטיין) ומתשובת הרב פיינשטיין.

חיצוניות וסברות בדויות מהלב כלום, אף אם להחמיר ולדמיון שהוא ליותר טהרה וקדושה.

גישתו הפורמליסטית של הרב פיינשטיין הופכת את היוצרות: הוא איננו שולל את קיומם של עקרונות הלכתיים, אולם משנה את ההיררכיה בין סוגי הנורמות. בעוד איש המהות מושפע מעקרונות הלכתיים, ובמידת הצורך מעצב את ההלכה לפיהם (גישה שהרב פיינשטיין מכנה "השקפות חיצוניות וסברות בדויות מהלב"), הרי הפורמליסט חושף קודם כול את המודל הפורמלי של ההלכה, ולפיו מעצב את העקרונות המהותיים. בהתאם לכך יכול הרב פיינשטיין להכריז בסוף תשובתו כי "כל דברי צודקים ונכונים ומיושבים ע"פ [=על פי] התורה וכלפי שמיא וטהרת וקדושת ישראל"⁶⁶.

נציין, כי עד כה התייחסנו לפורמליזם במובן אחד של המושג: שלילת שילוב שיקולים מהותיים בפרשנות המשפטית. ברם, משמעות המושג פורמליזם רחבה יותר, וכוללת גם עמדה באשר לאופייה של מערכת המשפט כמערכת סגורה, עצמאית ובעלת היגיון פנימי.⁶⁷ הפורמליזם ההלכתי של הרב פיינשטיין מתבטא גם בהיבט זה, והדברים משתקפים בחידוד ההבחנה בין השיקולים הפנימיים להלכה לבין "דעות חיצוניות", כמופיע בדבריו. היבט זה (תפיסה סגורה ושלמה של מערכת ההלכה) מתחדד במפגש בין הרב פיינשטיין למציאות, ונעסוק בכך בהמשך הדברים.⁶⁸

האם העמדה הפורמליסטית שמייצג הרב פיינשטיין היא עמדה כנה? בתודעתו של הפוסק – להערכתו כן. הרב פיינשטיין ידע אמנם לערוך גם דיונים מהותניים כשנזקק לכך, ולעתים ביסס את פסיקותיו על שיקולים שכאלו.⁶⁹ אולם אינני חושב שיש מקום לפקפק בכנות הצהרותיו בענייננו. דהיינו: לכל הפחות בתודעתו שלו כפוסק, המגרש המתאים לניתוח סוגייתנו הוא המגרש הפורמלי, והוא שמעצב את עמדותיו המהותניות

66 בהתאם לכך, "השקפות חיצוניות" שהרב פיינשטיין מייחס למבקריו, הן השקפות על אודות עקרונות של קדושת ישראל וטהרת המשפחה. לפרשנות שונה ראו סינקלר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 306. ראו גם גורדין, לעיל ה"ש 64, בעמ' 240-244, הרואה את עמדת הרב פיינשטיין כמשקפת פרשנות תכליתית של ההלכה, בניגוד למוצע כאן.

67 ראו לעיל, ה"ש 14. יפה לענייננו הדימוי של וינריב: "Explaining love in terms of extrinsic ends is necessarily a mistake, because love does not shine in our lives with the borrowed light of an extrinsic end. Love is its own end. My contention (לעיל) is that, in this respect, private law is just like love" Weinrib, PRIVATE LAW ה"ש 14, בעמ' 6.

68 ראו להלן, סמוך לה"ש 104-109.

69 כך בנוגע למאבק מול זרמים אחרים ביהדות, ראו למשל בעניין עריכת קידושין אורתודוקסיים בבית כנסת קונסרבטיבי: אגרות משה, אבן העזר, חלק ב, סימן יז, וראו גם אברהם (רמי) ריינר "היחס לטקסי בת-מצווה – עיון משווה בפסיקה מודרנית" נטועים י 55, 64-69 (התשס"ג).

בעניין זה. בחירתו המוצהרת היא לפיכך להישאר אך ורק בתוך מגרש זה ולהשתמש בארגז הכלים הפורמלי בלבד.⁷⁰

האם עמדה שכזו כלל אפשרית? דהיינו: האם אכן המגרש הפורמלי הוא שמעצב את העמדות המהותיות, כפי שטוען הרב פיינשטיין, ולא להפך? לטעמי התשובה חיובית. מבחינה מושגית, שאלה זו שנויה במחלוקת. ישנן גישות – ואינני מתכוון רק לגישות מסורתיות או גישות קלאסיות בתורת המשפט, אלא גם לגישות בנות זמננו – המכירות בתקפותה של הגישה הפורמליסטית, ואולי אף מצביעות על עדיפותה על פני גישות מהותיות למיניהן. לפי גישות אלו מוטל על הפוסק – או השופט – לבדוד את המגרש הפורמלי מהמגרש המהותי ולהכריע לפי זה הראשון.⁷¹ כנגדן, גישות מהותיות מצד אחד וריאליסטיות או ביקורתיות מהצד השני יפקפקו בכך שעמדה כזו כלל אפשרית, ויטענו כי בין במודע ובין שלא במודע הפוסק מושפע משיקולים חיצוניים המעצבים את ההיבטים הפורמליים של ההלכה.⁷² איננו בוחני כליות ולב, ועל כן ספק אם ניתן להכריע בשאלה זו.⁷³ אלא שבעיניי, לצורך הדיון במאמר הנוכחי – ההכרעה איננה חשובה. בין לפי דרך זו ובין לפי דרך זו, בבואנו לאפיין את השיח ההלכתי עלינו לבחון (גם) את הרובד המפורש שלו, שבו מתנהל השיח בין הצדדים המעורבים. ובהתאם לכך, יש להתייחס לגישה הפורמליסטית כקיימת וכתקפה, וכמשקפת נאמנה דרך הכרעה הלכתית, וככזו לבחון את השפעתה ותפקידיה בשיח ההלכתי. שהרי, כאמור, מנקודת המבט של המעורבים בשיח, הפורמליזם הוא ההצדקה להכרעה המסוימת שאליה הגיעו, בעוד שהרבדים האחרים אינם

70 ראו עוד להלן, סמוך לה"ש 88. כאמור בהערה הקודמת, התמונה שונה במקרים אחרים, אולם ניתוח השוואתי של עמדותיו של הרב פיינשטיין חורג לצערי מגבולותיו של המאמר הנוכחי. לניתוח דרך הפסיקה של הרב פיינשטיין ראו עבודת הדוקטור של גורדין, המוזכרת לעיל בה"ש 64, וראו בפרט שם, בעמ' 298-304 ("ערכים ותפיסות עולם"); וכן במאמרו "מקורות הסמכות של ההלכה: עיון במשנתו ההלכתית של הרב משה פיינשטיין" דיני ישראל כה 1 (תשס"ח) והפניותיו, שם, ה"ש 1.

71 בתורת המשפט בת זמננו יש לפורמליזם כשיטה, כתפיסת עולם וכאידיאל עדנה בכתביו של וינריב וממשיכיו. ראו לעיל ה"ש 14 ועוד.

72 ראו לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 11-12 ובהערות אלו. גישות מהותיות יטענו כי לא רק שכך הדברים בפועל, אלא גם כך ראוי שיהיה. ראו (בהקשר לדיון ההלכתי) שגיאי נאמנות הלכתית, לעיל ה"ש 14.

73 דיון זה איננו רק דיון בתורת המשפט או בפילוסופיה של ההלכה (היינו: עד כמה השופט או איש ההלכה מושפעים משיקולים חיצוניים בהכרעתם), אלא הוא גם הרמנויטי מובהק. השאלה כאן נוגעת בדילמה ההרמנויטית הבסיסית על אודות השפעתו של הפרשן ועולמו (היינו: גורמים חיצוניים לטקסט) על הפרשנות. לניתוח מסכם של הגישות השונות ראו משה הלברטל מהפכות פרשניות בהתהוותן: ערכים כשיקולים פרשניים במדרשי הלכה 168-203 (התשנ"ז). הלברטל עוסק אמנם בספרות חז"ל, אולם התובנות העולות בדיונו רלוונטיות (בשינויים מתחייבים) גם להלכה הבתורתלמודית.

משפיעים על ההכרעה (לדעתם) או משפיעים עליה באופן סמוי (לדעת כמה מחוקריהם).⁷⁴ אלא שהפורמליזם יעמוד למבחן מתוך השיח ההלכתי גופו – ובכך נעסוק להלן, בפרק הבא.⁷⁵

אפיון המתודה כפורמליסטית איננו חותם את הדיון. מאפיון זה מתבקשת שאלה אחרת, הנוגעת ללב לבו של השיח ההלכתי: בהינתן שיח הלכתי פורמליסטי, מה הן מטרותיו, או: מה הן התוצאות שאליהן הוא חותר במסגרת שיח זה. וכאן אנו מגלים תופעה מעניינת: הפורמליזם ההלכתי משמש דווקא להקל, בעוד הגישה המהותית (כה נעסוק בסעיף הבא) מאפיינת את העמדה השמרנית. דהיינו: באמצעות פורמליזם הלכתי יכול הרב פיינשטיין להציב גבולות ברורים בין האסור והמותר, אך גבולות אלו אינם יוצרים נוקשות, אלא להפך – תוצאתם היא פתיחות, נכונות להקל במצבים חדשים וגמישות הלכתית. דומני שניתן למצוא מאפיינים דומים גם בדיונים הלכתיים אחרים,⁷⁶ זאת לצד מקרים רבים שבהם הפורמליזם ההלכתי משמש להחמרה.⁷⁷ להבחנה זו חשיבות רבה מאוד. במחקר ובהגות בני זמננו נשמעת פעמים רבות ביקורת כנגד פורמליזם הלכתי,⁷⁸ ולאור דברינו יש אפוא לסייג ביקורת זו: פורמליזם הוא גם עמדה המשמשת כאמצעי רב ערך בהתמודדות ההלכתית עם אתגרי הזמן. פורמליזם עשוי לייצג גמישות והשתלבות, ולאור דווקא נוקשות ורחייה.

74 לדיון בשאלת המניעים מאחורי ההנמקה הפורמליסטית של הרב פיינשטיין ראו IRSHAI, לעיל ה"ש 21, בעמ' 243-245. עיר-שי בוחנת את עמדתו של הרב פיינשטיין בהשוואה לעמדתו המחמירה של הרב וולדנברג. היא שוללת את ההצעה לראות את המחלוקת ביניהם כפער בשאלת מידת השליטה של הבעל בפוריות האישה, ומעדיפה פרשנות הרואה את המחלוקת כנובעת מפער בשאלת ההשפעה של חובת הפרייה והרבייה על ההכרעה ההלכתית. כאמור, אינני מתנגד לפרשנויות אלו, ומכל מקום – חשיפתן איננה מטרת המאמר הנוכחי.

75 להלן, פרק 5.

76 כך יש לנתח את עמדת בתי הדין בנוגע לממזרות: פרשנות פורמליסטית של חזקות מסוימות (כמו "רוב בעילות אחר הבעל", בבלי, סוטה כז, ע"א, או האפשרות שהעובר שהה במעי אמו עד שנים עשר חודשים מזמן קיום יחסי אישות עם הבעל, בבלי, יבמות פ, ע"ב) מאפשרת במקרים רבים להימנע מהכרזת ממזרות, על אף שהמציאות העובדתית שונה. ראו בהקשר לכך "בירור חשדות לכשרות יוחסין בבתי הדין" (חוות דעת של מיכאל ויגודה שהוגשה לבית הדין הגדול בתיק 621/התש"ס, www.daat.ac.il/mishpat-ivri/havat/45-2.htm).

77 פורמליזם מחמיר מאפיין חלקים ניכרים מהשיח ההלכתי, ודומני שכל המצוי בשיח זה חש היטב בדברים. לשם המחשה, חששם של דיינים רבים מנקיטת צעדים אקטיביים כנגד סרבנות גט מייצגת (או מושתתת על) פרשנות פורמליסטית נוקשה של החשש מפני גט מעושה. לדוגמה מרחיקת לכת בכיוון זה ראו בפסק דינו של בית הדין הרבני האזורי בירושלים (בדעת הרוב), שסירב לכפות או לחייב בגט בעל שהואשם במעשים מגונים בקטינות. ראו תיק (אזורי י-ם) 917387/1 פלונית נ' פלוני, פדאור 13 (105) 514 (2013).

78 ראו למשל שגיא נאמנות הלכתית, לעיל ה"ש 14; לורברבוים ושפירא, לעיל ה"ש 14.

ג. אנטי-פורמליסט

מרבית הפוסקים משלבים בדבריהם הן שיקולים מהותיים והן שיקולים פורמליים. אף הרב משה שטרנבוך נוהג כך, אולם משקלם של השיקולים המהותיים בדבריו מכריע בצורה ניכרת, ולעתים באופן בלבד⁷⁹. הרב שטרנבוך מוסיף על כך ואף מסביר בדבריו מדוע בחר לעסוק כמעט אך ורק במגרש המהותי ומדוע הוא נמנע מדיון פרטני בכללים ההלכתיים. עמדה זו ייחודית אפוא הן בתפיסת הקצה המופיעה בה והן ברפלקסיה הפנימית שיש בתוכה, ולפיכך היא מתאימה לייצג את הגישה האנטי-פורמליסטית בנייתוח השיח ההלכתי. נבחן את עמדתו צעד אחר צעד.

נפתח במקומם של השיקולים המהותיים. באחת מתשובותיו בעניין פונדקאות קובע הרב שטרנבוך כך:

והנה את כל ענין ה"פונדקאות" ראוי לאסור לגמרי, בין "שהפונדקאית" גויה, שיש בזה לטמא את קדושת ישראל, ובין שהיא ישראלית פנויה, שנעשית בזה כקדשה, שמפקירה עצמה, וגם יש לחשוש לתקלות ולערכוביה בענייני יוחסין שיבואו להיכשל באיסור קורבה, ולא יצא ענין "הפונדקאות" להיתר ע"י גדולי ההוראה, והספק אחר מי מתייחס הולד הוא גופא סיבה לאסור.⁸⁰

משקלם של השיקולים המהותיים כאן איננו צריך ראייה, והם הגורם העיקרי המוביל את הרב שטרנבוך לעמדתו זו. כלולים בפסקה קצרה זו מגוון רחב של שיקולים מהותיים – וכולם לאסור: שיקול מטפיזי של קדושת ישראל (במקרה של פונדקאית גויה); שיקול התייחבתי של "נעשית בזה כקדשה, שמפקירה עצמה" – טיעון שיש בו גם היבטים

79 הוא איננו היחיד. גם הרב שלמה הלברשטם, האדמו"ר מבאבוב, ממקד את חיבורו בשיקולים מהותיים, ומהם מוכיח לאיסור הזרעה מלאכותית מתורם זר (ואף קורא לחרם על נשים שתיולנה חלק בהזרעה מלאכותית): "אינני רוצה לדין עכשיו בענין זה מצד ההלכה, אשר כבר דשו בה רבים. כוונתי כאן, להפיץ אור על הדבר המתועב הזה, מצד התבוננות בדבר קדושת ישראל וקדושת יחוס המשפחה הישראלית". ראו שלמה הלברשטם "קונטרס להצלת קדושת ויחוס ישראל – הצעת הכרזת איסור וחרם על כל אשה שתפשע לקבל הזרעה מלאכותית" המאור 5 טז (התשכ"ה). קונטרס זה אף הוא חלק מהמגמה המתוארת בפנים. יחד עם זאת, בגוף הדברים העדפתי לעסוק בכתביו של הרב שטרנבוך, שהם חלק מיצירה הלכתית מובהקת ולפיכך מתאימים יותר לאפיון השיח ההלכתי, לעומת הקונטרס הנוכחי שהוא פולמוסי ביסודו (ואף הבמה שבה הוא פורסם מיעדת לתפוצה רחבה יותר). עורך המאור, הרב מאיר אמסעל, ניסה להציב את חיבורו כחלק מהשיח ההלכתי (שם, בעמ' 12), אך ספק אם הדברים אכן כך.

80 תשובות והנהגות, כרך ה, סימן שיח.

מגדריים של שמירה ופיקוח על מיניותה של האישה (גם כשאין חשש "אשת איש");⁸¹ שיקול מהותי של פגיעה ביציבות המשפחה, כשזו נבחנת מבעד למשקפי ה"יחוס" – בשל "הספק אחר מי מתייחס הולד", יד ביד עם שיקולים מסדר שני (היינו: שיקולים המצביעים על תוצאות לוואי אפשריות) שתכליתם אף היא שמירה על יציבות המשפחה: "יש לחשוש לתקלות ולערבוביה בענייני יוחסין"; ולבסוף – שיקולי סמכות: "ולא יצא ענין 'הפונדקאות' להיתר ע"י גדולי ההוראה".

התשובה המצוטטת עוסקת בפונדקאות ואוסרת אותה בצורה נחרצת. הזרעה מלאכותית איננה שונה מהותית בהיבטים הללו, וקל וחומר תרומת זרע, ואף אותן אסר הרב שטרנבוך.⁸² כך אכן הוא מנמק באחת מתשובותיו את התנגדותו העקרונית להזרעה מלאכותית בגוף האישה מזרע בעלה – הפרקטיקה המתונה ביותר מתוך פרקטיקות ההפריה המלאכותית: "ונושא זה נוגע לחמורות שבחמורות – שורש קדושת ייחוס בית ישראל, ולכן אין להתיר אלא בהעמדת בית דין מיוחד, ולדעתי נראה עיקר כמ"ש = כמו שכתבתי, היינו: שיש לאסור".⁸³

שיקולים מהותיים יכולים כמובן להשפיע לכאן ולכאן.⁸⁴ הכרעתו של הרב שטרנבוך מטה את הכף באופן חד-משמעי לטובתם של השיקולים המהותיים האוסרים. אין לנתק הכרעה זו ממקומו החברתי ומתפיסת עולמו היסודית של הפוסק המסוים הנדון: ראב"ד העדה החרדית בירושלים ומנהיגה ההלכתי של קהילה אולטרה-שמרנית, וזו גם מגמתו בענייננו. היא כוללת התנגדות לכל סוגי פרקטיקות ההפריה, אם כי ביחס להזרעה מלאכותית ואפילו ביחס להפריה חוץ גופית הרב שטרנבוך התרכך בהמשך הדרך, כתוצאה מהנפוצות החברתית של הפרקטיקות הללו גם בתוך קהילתו. ברם, גם לאחר התרככות עמדתו של הרב שטרנבוך, הוא עודנו נוטה לכיוון הצד האוסר.⁸⁵

נקודה מרכזית בכתיבתו של הרב שטרנבוך – המצדיקה את בחירתו כנציג הגישה האנטי-פורמליסטית וכטיפוס אידאלי שלה – היא הדחייה המפורשת של האלטרנטיבה

81 לטיעונים דומים במישור זה, ובמידת מה חריפים יותר, ראו יוסף אליהו העניקין "הזרעה מלאכותית" המאור 9 (התשכ"ה): "אבל על ידי אמתלא של הזרעה מלאכותית בטלה השמירה ובטל איסור היחוד [...] והעיבור על ידי זנות יתלו בהזרעה מלאכותית".

82 אם כי לגבי הזרעה מלאכותית חל שינוי בעמדותיו; ראו להלן.

83 ראו תשובות והנהגות, כרך ב, סימן תרע (תשמ"ט).

84 ראו לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 40-44: משקלם של שיקול המשפחה ופרייה ורבייה. הרב שטרנבוך מציע חלופה שיש בה כדי להתמודד עם שני השיקולים (המהותיים) המקלים הללו: "ועדיף לו לאמץ ילד נכרי (שאינו עליו חשש ממזרות כמו אסופי יהודי) ויגיררו, ואז יכניסוהו לתוך ביתו ויגדלו ויחנכו כבן וייחשב לו כאלו ילדו, ולא נגע בקדושת ישראל ח"ו" (תשובות והנהגות, כרך ד, סימן רפד; תשס"ב).

85 ראו למשל תשובות והנהגות, שם, כרך ד, סימן רפה; כרך ה, סימן שיז. נושא זה יידון להלן, בפרק הבא.

והצגתה כלא לגיטימית. בניגוד לפוסקים אחרים (כמו המהרש"ם שבו עסקנו בפתחת פרק זה), השיקולים המהותיים אינם מצטרפים אצלו למערך של טיעונים מסוגים שונים (פורמליים ומהותיים כאחד), אלא מוצגים תוך כדי דה-לגיטימציה של הניסיון לבסס את המענה ההלכתי על שיקולים הלכתיים פורמליים. מהלך הדה-לגיטימציה הוא, מבחינה קונספטואלית, בן שתי קומות: האחת, הצבעה על חוסר הרלוונטיות של הדיון הפורמליסטי. השנייה, המחשת הסיכונים הטמונים בו. כותב הרב שטרנבוך:

ויש לדעת שכל הכרעות הפוסקים בענין "הפונדקאות" אינם אלא מסברא, ואין ראיותיהם או סברותיהם מכריעות, שכן ענין "הפונדקאות" חדש הוא, ואין מקורות מהש"ס ומהפוסקים הקדמונים לענין זה, ועל כן נאלצים לפסוק בסוגיות חמורות כאלו, מסברא ובהבאת ראיות שאינן מכריעות בדימוי מילתא למילתא.⁸⁶

דהיינו: המקורות ההלכתיים אינם מעניקים תשובה חד-משמעית לשאלת ההפריה המלאכותית. המענה לשאלה והמניע לתשובה אינם נמצאים במחוזות אלו, שכן כל הראיות "אינן מכריעות". אולם טיעון זה איננו עומד לבר, אלא מצטרף לעמדה אידאולוגית השוללת באופן עקרוני את הלגיטימיות של הדיון הפורמליסטי. הרב שטרנבוך מסביר בכמה הזדמנויות את טעם הדברים:

באו לפני איש ואשה לאחרי י"ג שנה מהנשואין ולא נתעברה, ולדעת הרופאים סיכויים רציניים להתעבר בהזרעה מלאכותית [...] ומפי מרן הגאון הרב מבריסק הגריז"ס [=הרב יצחק זאב סלוביצי'ק] זצ"ל שמעתי שלא להאריך בנימוקים בזה, שאז באים קוצצי נטיעות לחלק ולהתיר, אלא יש לאסור בלי נימוקים, והיאך אבוא אחרי המלך להאריך בנימוקים.⁸⁷

86 תשובות והנהגות, כרך ה, סימן שיח.

87 תשובות והנהגות, שם, כרך ב, סימן תרע (בפתחת התשובה); כרך ה, סימן שיט. "לחלק ולהתיר" פירושו להבחין ("חילוק") בין המקרה האסור למקרה הנדון, וכך להתיר את המקרה הנדון. מעניין, כי הרב שטרנבוך הסתמך על מסורת זו בשם הרב יצחק זאב סלוביצי'ק מבריסק גם בעניינים פולמוסיים אחרים: בהודעה שפרסם נגד היתר עגונה שבעלה נעשה צמח על ידי בית הדין הרבני בצפת (כ' באייר תשע"ד, 20.5.2014) קובע הרב שטרנבוך בשם הרב מבריסק, כי "בפסק שעלול להביא תקלה אין משיבין, שאז ישיג להיפך, רק יש לסתום שהם דברים בטלים ומבוטלים ותו לא מידי" ("קול מחאה" מתאריך כ"ז באייר התשע"ד, זמן בנתן בריון "ראב"ד 'העדה' במתקפה נגד גט מפוקפק בצפת" בחדרי חרדים (28.5.2014) www.bhol.co.il/article.aspx?id=68849). כך גם בתשובתו נגד היתר חדר"ג אחרי שמונה עשר חודשים של פירוד (תשובות והנהגות כרך ה, סימן שטו): "אמנם שמעתי מפי מרן הגאון דבריסק הגריז"ס זצוק"ל כשיש ח"ו פירצה באחד מדיני תורה יש לעמוד איתן ולומר בתקיפות שהאיסור גמור וחמור ולא לפרש שום נימוקים, שעלולים לפלפל בהם ולהחליש האיסור, ואני מוסיף, שאם צריכים אנו להביא הוכחות, נראה הדבר

עמדתו של הרב משה שטרנבוך מציגה דוגמה מובהקת לטיפוס אידאלי של אנטי-פורמליסט, שבאופן נדיר מכיר בכך גם ברפלקסיה עצמית. מרתק לראות את קווי הדמיון בין הטיפוס האידאלי של הפורמליסט לטיפוס האידאלי של האנטי-פורמליסט: הן הרב פיינשטיין והן הרב שטרנבוך בוחרים בארגז כלים הלכתי אחד תוך כדי שלילה עקרונית של ארגז הכלים השני ודה-לגיטימציה שלו. הרב פיינשטיין בוחר בארגז הכלים הפורמלי, שכן הגישה המהותית (האוסרת) משקפת "השקפות חיצוניות וסברות בדויות מהלב". הרב שטרנבוך בוחר בארגז הכלים המהותי, שכן הגישה הפורמלית תגרום לכך ש"באים קוצצי נטיעות לחלק ולהתיר".

ניתוח עמדתו של הרב שטרנבוך והשוואתה לזו של הרב פיינשטיין מקדמים אותנו צעד נוסף, רב משמעות, בהגדרת מקומה של העמדה היורוספרודנטית בשיח ההלכתי. שתי העמדות מלמדות כיצד המתודולוגיה ההלכתית – תורת המשפט של ההלכה – איננה רק כלי עזר לבחירת הטיעונים מתוך ארגז הכלים, אלא היא גופה נעשית לאחד הכלים שבארגז הכלים. פוסקים המבקשים לנקוט עמדה חד-משמעית נעזרים לשם כך במתודולוגיה הלכתית מסוימת, אותה הם מציגים כבלעדית. וכך נעשית הבחירה המתודולוגית כשלעצמה למרכיב מרכזי בתכניו של השיח ההלכתי שבדרכו הולך הפוסק. יכול הוא לבחור במתודולוגיה הלכתית פורמלית – במקרה שלנו: פורמליזם כאמצעי להיתר, ויכול הוא לבחור במתודולוגיה הלכתית מהותית – וכאן: ערכים ומהות כאמצעי לאיסור.⁸⁸

5. פורמליזם ומהות – אל מול אתגרי המציאות

א. פתיחה

שני הקצוות שנדרונו לעיל – הפורמליסט והאנטי-פורמליסט – מציגים עמדה יורוספרודנטית חד-משמעית, המובילה להכרעה: זה להיתר וזה לאיסור. ברם, המציאות מעמידה אתגר ממשי בפני עמדות קיצון אלו: הפריה מלאכותית הלכה ונעשתה נפוצה גם בקרב שומרי הלכה, כלשונו של הרב שטרנבוך: "שבעו"ה [=שבעונותינו הרבים]!! כבר נתפשט גם אצל החרדים".⁸⁹ מעתה, האם יוכל הפורמליסט להתמיד בהיתרו אל מול נפישותה הרבה של התופעה, העמקתה והרחבתה, ואל מול זעקותיהם של מתנגדיו? והאם יוכל המתנגד להתמיד באיסורו כאשר הפריה המלאכותית נעשית פרקטיקה מעשית ומקובלת בקרב

שיש ממש בדבר, ועל כן עלינו להכריז שהאיסור חמור מאוד, ואת דברי רבינו הגריז"ס נשמור לסתום ולא נפרש".

88 על שאלת הכוונה והמורעות שמאחורי הבחירה המתודולוגית של הפוסק ראו לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 69-73.

89 תשובות והנהגות, כרך ד, סימן רפד.

חלקים נכבדים באוכלוסייה, גם כאלו הרואים את עצמם כפופים לעול מצוות? שאלות אלו טומנות בחובן מבחן לעמדה היורספרודנטית של הפוסק: עד כמה היא נוקשה ויציבה? ושמה אין היא אלא רטוריקה, משל לא הייתה אלא טקטיקה הלכתית להצגת עמדתו, הנדחית מפני אילוצי המציאות.

ב. פורמליסטיקה במבחן

הרב משה פיינשטיין עמד בפני התקפות חריפות כנגד פסקו המתיר הזרעה מלאכותית מזרע של תורם זר, לא יהודי.⁹⁰ להלן נדון בפולמוס שלו עם הרב יעקב ברייש מציריך. הטעם בבחירת מבקר זה מבין שלל מבקריו של הרב פיינשטיין הוא משום שפולמוס זה הוביל את האחרון לסיוג עמדתו, במה שיכול להראות על פניו כנסיגה מלאה מההיתר שנתן לדברים. כותב לו הרב יעקב ברייש:

הנה בראותי זאת עמדתי משתומם, האפשר זאת שפוסק מפורסם יתיר דבר משוקץ ומתועב כזה, שגם הקתולים והעומדים בראשם יצאו בתוקף עוז בגילוי דעת לאסור מעשים מכוערין כאלו הדומין למעשה ארץ מצרים וכנען ותועבותיהם, ואנו עם הסגולה עם הנבחר עם תוה"ק [=תורתנו הקדושה] שנאמרה מפי הגבורה, נתיר לעשות שיקוץ ותיעוב כזה, האם אין זה חילול השם היותר גדול?⁹¹

הרב ברייש מעלה בפנייתו לרב פיינשטיין שורה של נימוקים הלכתיים פורמליים – שאינם מצוטטים כאן ושחלקם הוזכרו לעיל, בפרק העוסק בארגז הכלים ההלכתי⁹² – שבשלם יש להתנגד להפריה מלאכותית. מעליהם ניצבים שיקולים מהותיים, כדוגמת זה המצוטט כאן, ואחרים. השיקולים המהותיים יכולים לשמש לשני הכיוונים, לאסור או להתיר, כפי שראינו בדיונו בפרק הנזכר, אולם הרב ברייש מעצים את משקלם של השיקולים השוללים את פרקטיקת ההזרעה המלאכותית ומצמצם את השיקולים המהותיים התומכים בכך עד שמאינם לגמרי.⁹³ הרב ברייש מזכיר גם טיעונים מסדר שני, היינו: טיעונים שאינם

90 ראו סינקלר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 301-309, IRSHAI; לעיל ה"ש 21, בעמ' 237-241; דוד מלכא "היבטים הלכתיים בפעילות 'בנק הזרע' כנס הדיינים 174, 176-179 (התשס"ח); אברהם שטינברג "הזרעה מלאכותית – היבטים הלכתיים" כנס הדיינים 107, 140-141 (התשע"ב).

91 חלקת יעקב, אבן העזר, סימן יד, אות א.

92 ראו לעיל, פרק 3.

93 כדבריו הנוקבים (שם, אות ו): "ובני"ד [=ובנידון דידן], דליכא לא מצוה דפו"ר וגם מצוה דשבת, וכמובן, ואף לא טענה דבעינא חוטרא לידא ומרא לקבורא [...] על בן מזוהה כזה אין לסמוך על רחמנותו ועל ישרותו אף כנגד אמו (עי' ב"ב נ"ח במעשה דר' בנאה) ונשאר רק 'שעת הדחק גדול שמשתוקקים לולד' כמו שקורא זה כת"ה [=כבוד תורתו הרמה], ועל זה נסמוך להרבות פסולים בישראל! אתמהה!"

כשלעצמם מצביעים על קושי בפרקטיקה הנדונה, אולם הם מוליכים להעצמת קשיים אחרים. בראשם עומד החשש מפני התפוצה הרחבה שתהיה להיתר של הרב פיינשטיין, שתוביל להחרפת הקשיים מסדר ראשון המועלים על ידי הרב ברייש.

הרב פיינשטיין נרתע כנראה מעצמת הביקורת שהופנתה נגדו, ובשל כך סייג מאוד את דבריו, וניתן היה להבין ממנו כי הוא חזר בו לחלוטין. כבר בתשובותיו הראשונות הגביל הרב פיינשטיין את ההיתר למקרים חריגים: "ולכן יש להתיר בשעת הדחק גדול ומצטערם מאד בהשתוקקם לולד"⁹⁴. אולם במכתב התשובה שלו לרב ברייש נראה כי הרב פיינשטיין אוסר לחלוטין את המעשה:

אני לא התרתי אלא בשעת הדחק גדול שהאשה מצטערת טובא, שלכן פשוט לכל שאין שייך לרדן בענין זה כי אם רב מובהק גדול בתורה ומפורסם בהוראה שידון בזה בכל הצדדים, ומחמת זה בשאלה החד פעמית שבא לידי אסרתי, וחלילה לשום רב להורות היתר בנידון זה מתוך ספרי. אכן מכיון שיש לחוש עדיין, שיקילו בזה להורות אלה שאינם ראויים לרדן בענין חמור כזה, ופן יצא מכשול להתיר גם במקום האסור, צריך לגדור גדר שלא יתירו זה בשום אופן אף רב היותר מובהק.⁹⁵

הרב פיינשטיין מבחין בין ההיתר התיאורטי לבין היישום הפרקטי, ולפיכך שולל היתר מעשי של הפרקטיקה בהתבסס על הדיון שערך בחיבורו. בהמשך הרב פיינשטיין מקצין עוד יותר, ואוסר את הדברים באופן גורף ("שלא יתירו זה בשום אופן"), ושוב – בשל החשש מהתפוצה הרחבה ונטולת הפיקוח של הפרקטיקה ("ופן יצא מכשול להתיר גם במקום האסור").

דברי הרב פיינשטיין נתפסו בספרות ההלכתית כנסיגה וכחזרה מההיתר הבסיסי שלו.⁹⁶ לכאורה, הלחץ המהותי עשה את שלו, ובפרט החשש מפני הפיכת המעשה לפרקטיקה נפוצה. הדבר מעורר תהיות, שמא הפורמליזם הנוקשה שהציב הרב פיינשטיין כהצדקה לעמדתו המתירה איננו כפי שהתיימר להיות, אלא אחד משניים – (א) או ששימש כרטוריקה בלבד להצדקת היתר שהנימוקים לו מהותיים, וכשאלו נחלשו (בגלל החשש מההשלכות של הפיכת הפרקטיקה לנפוצה) – נחלש גם הפורמליזם; (ב) או שפורמליזם

94 אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן עא.

95 מתוך מכתבו של הרב פיינשטיין לרב ברייש, צוטט במכתב התשובה שנשלח על ידי האחרון לרב פיינשטיין: חלקת יעקב, אבן העזר, סימן טז. דומני שהרב פיינשטיין רמז מאוחר יותר למעט מורת רוח שהייתה לו מפרסום המכתב, ראו אגרות משה, אבן העזר, חלק ד, סימן לב, אות ה (מצוטט להלן, ה"ש 104).

96 ראו יביע אומר, חלק ח, אבן העזר, סימן כא, אות ה: "ואף האגרות משה הדר תבריה לגיזייה [...] ומודים דרבנן היינו שבחייהו", ובדומה לכך גם ציץ אליעזר, חלק ט, סימן נא שער ד פרק ה, סעיף ד (עמ' רנב).

נוקשה שכזה שגוי, או בלתי אפשרי בעולמה של ההלכה, וכשיש צורך ביישום מעשי שלו, הוא נסוג בפני שיקולים מהותיים.⁹⁷

אלא שהרב פיינשטיין עצמו הצהיר מספר שנים אחר כך כי הוא עומד מאחורי דבריו:

הנה ממה שכתבתי בתשובתי [...] כולם אמת וברור לדינא לא שייך להתחרט מהם וליכא שום חששות בזריקת זרע של נכרים, אבל למעשה לא הוריתי לעשות כן מטעם שלענין קיום מצות פו"ר לבעלה אין זה כלום, והאשה הא אינה מחוייבת, ושייך שיצא מזה קנאה גדולה לבעלה ולכן אין זה עצה טובה. ולאילו שחלקו עלי השבתי תשובות ברורות [...] ויותר לא רציתי לכתוב בזה אף לפלפולא בעלמא, אבל ודאי אין לייעץ לעשות כן מטעם שכתבתי, ואם אחד עשה כן הולד כשר אף לכהונה.⁹⁸

יותר מכך. המסקנה שלפיה הרב פיינשטיין התכוון לאסור באופן גורף את ההזרעה המלאכותית, וזאת בהתבסס על דבריו לרב ברייש שצוטטו לעיל, איננה סבירה כשלעצמה. הרב פיינשטיין ידע היטב שהוראותיו בספרו אגרות משה מכוונות להשפיע הלכה למעשה. במקרים חריגים שבהם חשש מהשלכות שליליות של הפרסום, הוא נמנע באופן מודע מלפרסם את הדברים.⁹⁹ במקרים אחרים הוא סייג במפורש את מה שניתן לפרסם מתוך עמדתו.¹⁰⁰ במקרה שלנו הרב פיינשטיין פרסם את עמדתו כמה וכמה פעמים בתשובותיו, ולא רמז לכך שאסור (באופן גורף) ליישם את הדברים. לא סביר אפוא שהרב פיינשטיין אכן התכוון למשמעות מרחיקת הלכת הטמונה בדבריו לרב ברייש לפיהם אין ליישם את עמדתו הלכה למעשה.

מה אפוא פשר עמדתו? אינני סבור שחוסר עקביות לפנינו. אדרבה, הרב פיינשטיין לא נסוג לכל אורך הדרך מהיתר הזרעה מלאכותית מתורם זר, היתר שביסס על אדנים פורמליים יציבים.¹⁰¹ מרשים לראות שגם הרב ברייש חש בחושי החדים "חזרתו" של הרב פיינשטיין איננה כלל חזרה ("רואים בעליל, שכה"ג [=שכבוד הדרת גאונן] על

97 לשימוש טרורי בפורמליזם ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 123. לשלילת היתכנותו של פורמליזם הלכתי ראו שגיא נאמנות הלכתית, לעיל ה"ש 14, בעמ' 118.

98 אגרות משה, אבן העזר, חלק ד, סימן לב, אות ה. הקטע המצוטט נכתב לרב אליקים אלינסון בשנת תשמ"א. מכתבו לרב ברייש נשלח בשנת תשכ"ה. התשובה המציבה את ההיתר על אדני הפורמליזם המשפטי (לעיל, סמוך לה"ש 65) נכתבה בשנת תשכ"ב.

99 ראו למשל אגרות משה, אבן העזר, חלק ב, סימן יח (בעניין האפשרות להתיר טבילה לנידה בלא שבעה נקיים, כדין התורה): "אף שיש מקום לדרון בזה מ"מ [=מכל מקום] למעשה אין להתיר ואין רצוני לדבר בזה ע"י הכתב ורק אם יזמין השי"ת שנתראה איזה פעם נדבר בזה לברור הדבר ולא למעשה".

100 ראו למשל אגרות משה, יורה דעה, חלק ב, סימן קעד.

101 ראו דיונונו לעיל, וראו עוד במאמריהם של מלכא ושטינברג, לעיל ה"ש 90.

משמרתו יעמוד שעפי"ד [=שעל פי דעתו] מותר"¹⁰², ולפיכך, למרות מכתבו של הרב פיינשטיין המסייג את יישום ההיתר, הוסיף וקרא לו לחזור בו ולהצהיר מפורשות על טעותו – קריאה שהרב פיינשטיין לא נענה לה.¹⁰³ מדוע אם כן הציג הרב פיינשטיין עמדה מסויגת בנוגע ליישום ההיתר ההלכתי שלו?

עמדתו של הרב פיינשטיין נבעה בראש ובראשונה מהמתקפה שבה היה נתון. מתקפה זו גרמה לו לסייג את היישום הפרקטי של ההיתר ולצמצם את פרסומו, בלא שנסוג ממנו באופן עקרוני וככל הנראה גם באופן מעשי, כפי שזיהה אל נכון הרב ברייש, כאמור לעיל.¹⁰⁴ אולם אינני סבור שמדובר אך ורק בתגובה נקודתית לחץ שהופעל כלפיו, אלא בעמדה עקרונית בנוגע לפרסום עמדות הלכתיות בציבור. עמדה זו, באופן מפתיע, משתלבת היטב עם העמדה הפורמליסטית הנוקשה של הרב פיינשטיין בסוגייתנו, ולמעשה מסייעת לקבל תמונה מלאה, קוהרנטית ומרשימה של עמדתו. אסביר את הדברים.

מובנו של הפורמליזם המשפטי, כאמור לעיל, הוא גם ביחס לאופן שבו נתפסת מערכת המשפט. מערכת המשפט לפי עמדה זו היא מערכת סגורה בעלת היגיון פנימי וקוהרנטיות פנימית, ואין לערב בה שיקולים חוץ-מערכתיים.¹⁰⁵ העמדה שנוקט הרב פיינשטיין ממשיכה גישה זו: המערכת מובנית משיח פנימי משלה. בשל כך, יש לסגור את השיח המשפטי בפני שחקנים שאינם נענים לכלליה הפנימיים של המערכת ובפני דיונים או במות דיון שאינם נערכים לפי כללים אלו.¹⁰⁶ הרב פיינשטיין מייצג עמדה זו

102 ראו חלקת יעקב, אבן העזר, סימן טז: "מבין השורות של מכתב גלוי דכהג"א [=דכבוד הדרת גאונו, וכן להלן] רואים בעליל, שכה"ג על משמרתו יעמוד שעפי"ד [=שעל פי דעתו] מותר, ולכן התיר בשעת הדחק גדול, עי' בהקדמת הת"ח [=ה"תורת חטאת"] לרבינו הרמ"א, שכותב דבכל מקום שהתיר בשעת הדחק, מפני שנראה בעיניו שעפי"ד [=שעל פי דעתו] מותר, וכאמור שזה יתן יד להרבנים קלי הדעת להתיר בכל אופן, שלדעתם, ואפשר גם בצדק, לשפוט מתי שהוא שעת הדחק, לזה אין צריכין רב מובהק".

103 חלקת יעקב, שם: "שכת"ה [=שכבוד תורתו הרמה] יבא בפרהסיה במכתב חוזר גלוי לכלל ישראל לדבוק במידותיו של הקדוש ברוך הוא, שבמקום גדולתו שם הוא ענותנותו, ויאמר דברים שאמרת לפניכם בהוראה זו טעות הוא בידי, וכשגגה היוצאה מלפני השליט, ואין שום יסוד להתיר מעשה תיעוב וגיעול הלזה לפגום טהרת ישראל וקדושתן בזרע בני חם ונכנע, ושלום על ישראל".

104 ראו אגרות משה, אבן העזר, חלק ד, סימן לב. הלחץ על הרב פיינשטיין ניכר מדבריו: "ולאלו שחלקו עלי השבתי תשובות ברורות ולא נדפסו רק התשובה שהשבתי להגר"מ בעל שו"ת חלקת יעקב זצ"ל הדפיס בספרו מחמת שהיו בידו (וכעת נדפס גם בסוף ח' למס' כתובות) ויותר לא רציתי לכתוב בזה אף לפלפולא בעלמא".

105 ראו דיון והפניות לעיל, ה"ש 14, ה"ש 67 ובטקסט הסמוך לה"ש 67-68.

106 ניתן לנתח עמדה מעין זו (המגבילה את השחקנים בדיון ההלכתי) גם בכלים ביקורתיים או סוציולוגיים. ראו Avshalom Westreich, *The 'Gatekeepers' of Jewish Family Law: Marriage Annulment as a Test Case*, 27 J. L. & REL. 329 (2011-2012). דומני עם זאת, שפורמליזם מתאים יותר לניתוח עמדתו של הרב פיינשטיין, הן מבחינת תודעתו

בצורה נחרצת במקומות אחדים, ואמחיש זאת באמצעות תשובתו בעניין אמצעי מניעה לאישה שיש לה סכנה להתעבר, שם כותב הרב פיינשטיין כך:

הנה אין דרכי לעיין בהירחונים כי הלואי יספיק לי הזמן ללמד ולעיין בדברי רבותינו הראשונים והאחרונים [...] ולכן לא היה ידוע לי שענין חמור כזה ובפרט במדינה הזאת אשר על הרבה אפשר לומר שנפשו מחמדתן ומתאוה להקל שיש להיות לזה הדין כמו בעריות שאין דורשין בשלשה [...] היה נידון בירחון שהוא כדורש לפני אלפים וגם לפני אנשים פשוטים ורחוקים מיראת השם ויראת החטא ומחפשים רק לצל היתר ולרמות את עצמן. ול"ד [=ולא דמי, לא דומה] למה שדנו בזה רבותינו האחרונים בספריהם כי בספרי תשובות מעיינים רק ת"ח הרוצים לברר הלכה לאמיתתה.¹⁰⁷

יש בדבריו הצבת גבולות ברורים בין דיון ציבורי-פומבי לדיון הלכתי-פנימי. החצנת הדיון והוצאתו מגבולות השיח ההלכתי עלולות להוביל למסקנות שאינן לפי ההלכה, לעתים אף בודד. אין זה בירור "הלכה לאמיתתה", אלא חיפוש אחרי "צל היתר ולרמות את עצמן". בהתאם לכך, ובשל חומרת העניין, גם ההיתר מסויג ("ורק אם הבעל והאשה הם יראי ה' וצנועים במעשיהם שלא יקילו הם עצמם יותר מהראוי וגם שלא ידעו אחרים ממה שהקלתי להם כדי שלא יבואו אחרים להקל בעצמם שלא כדין"¹⁰⁸) – בדיוק כפי שהיתר ההזרעה המלאכותית מגוי מסויג. החשש מפני תפוצה רחבה של ההיתר – חשש שמשתקף במכתבו לרב כריש ובתשובות אחרות בהן סייג את ההיתר – צועד יד ביד עם עמדה עקרונית זו, ואיננו מהווה נסיגה ממנה.

כאשר הדיון נערך בתוך מסגרות ההלכה ולפי שיקוליה, אזי בהתאם לגישתו הפורמליסטית, מערך השיקולים הפנימי הוא שמכריע, ואין לחשוש מפני שיקולים חיצוניים. כך כותב הרב פיינשטיין בנוגע לאישה שנחשדה בגילוי עריות והתעורר חשש ממזרות ביחס לביתה:

ומה שחושש כתר"ה על השתדלותו להכשיר הבת שהיא נפש יקרה ותמימה, אדרבה שהוא דבר ראוי והגון ורצוי לפני השי"ת [=השם יתברך] להשתדל עבור נשים צנועות ויקרות וכמו שנצטוינו להשתדל בהיתר עגונות ובלבד שיהיה ההשתדלות כדיני התורה באמת.¹⁰⁹

הפנימית והן מבחינת המקום של גישה זו בהקשר הרחב יותר של מאפייני השיח ההלכתי, כפי שנתחו בפרק הקודם.

107 אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן סד.

108 שם.

109 אגרות משה, אבן העזר, חלק ג, סימן י.

בסיכומו של דבר, נראה כי על אף האתגר הערכי, הרב פיינשטיין נותר איתן בעמדתו. הסייגים שהטיל על היתר ההזרעה המלאכותית אינם אלא שיקוף של תפיסה פורמליסטית מורכבת ומתחכמת, לא רק ביחס לפרטי ההלכה והשימוש בהם בהכרעה ההלכתית, אלא גם בנוגע לתפיסה העקרונית של המערכת ההלכתית כולה, כמערכת סגורה, קוהרנטית ושלמה. תגובתו למתקפה נגדו הייתה התגוננות מתוך הסתגרות ושתיקה, אולם ללא שינוי מהותי של עמדתו.

באופן מפתיע, מאפייני תגובה דומים מופיעים גם בקצה השני של מעמד תורת המשפט של ההלכה, הקצה המהותני, כלפי לחץ המציאות כנגד עמדתו. נפנה לבחינת הדברים.

ג. מהותיות ריאליסטית

האם הגישה המהותית – שבענייננו מייצגה הוא הרב משה שטרנבוך – תצליח אף היא לשמור על יסודותיה אל מול אתגרי המציאות? מרשים לראות כיצד אף כאן מתגלה תמונה דומה: התרככות כלפי חוץ תוך שמירה על עקרונותיה של הגישה.

הרב שטרנבוך התנגד נחרצות להפריה מלאכותית, ואפילו לפרקטיקה המתונה יותר של הזרעה מלאכותית. עמדתו העקרונית היא שהולדה צריכה להיעשות בדרך הטבע, ובמקום שזו אינה אפשרית – ניתן ועדיף לאמץ ילד, שהרי מצאנו דעה לפיה "המאמץ ומגדל ילד כאלו ילדו אף לקיום מצות פריה ורביה"¹¹⁰. הרב שטרנבוך רומז לשלילת הטיעונים הפורמליים התומכים בהזרעה מלאכותית,¹¹¹ אולם – כפי שצינו בפרק הקודם – בסופו של דבר הוא מבסס את עמדתו על שיקולים מהותיים ודוחה את העיסוק בטיעונים הפורמליים כדי למנוע סדיקה אפשרית בחומות האיסור – "שאו באים קוצצי נטיעות לחלק ולהתיר"¹¹².

אלא שלמציאות כוח משלה. פרקטיקות הפריה מלאכותית נעשו בעשורים האחרונים נפוצות ביותר, גם בתוככי קהילות אורתודוקסיות שמרניות. הדבר מוביל להיתר מפורש ופומבי של הפרקטיקות המתונות, להיתרים מוגבלים של אחרות ולהיתרים הניתנים באופן פרטי ולא מפורסם ביחס לפרקטיקות ההפריה מרחיקות הלכת. כך, הזרעה מלאכותית מזרע הבעל כמו גם הפריה חוץ-גופית בזרע הבעל וביצית האישה נתפסות כמותרות

110 תשובות והנהגות, כרך ב, סימן תרע. העמדה הרואה אימוץ כמשמעותי גם לעניין מצוות פרו ורבו היא עמדתו של הרב שלמה קלוגר (תשובות והנהגות, שם).

111 ראו בתשובה הנזכרת בהערה הקודמת (בעניין השאלה האם בהזרעה מלאכותית הילד מוגדר כבנו) וכן שם, כרך ד, סימן רפג (הוצאת זרע לבטלה – אם כי בתשובה זו הנטייה להחמיר מובנת יותר, עיינו בהקשר השאלה, שם), ושם, סימן רפה (הוצאת זרע לבטלה והיבטים נוספים) ועוד.

112 שם, כרך ב, סימן תרע.

וההיתר שניתן להן הוא פומבי ומפורש.¹¹³ פונדקאות, הכוללת אישה שנייה המעורבת בתהליך, מקובלת אף היא, אם כי מוגבלת למקרים שיש בכך צורך.¹¹⁴ תרומת זרע מאדם זר, יהודי או לא יהודי, קשה יותר מנקודת המבט ההלכתית, הן מהותית, בשל הפגיעה ב"קדושת המשפחה", והן פורמלית, בשל ענייני ייחוס וחשש ממזרות (בזרע יהודי) או אשת איש. פרקטיקה זו נאסרת בכתיבה ההלכתית המפורשת,¹¹⁵ אולם הרושם הוא שהלכה למעשה, באופן לא פומבי, מתירים זאת פוסקי הלכה בשעת הצורך.¹¹⁶

כיצד מגיב הדיון המהותי לפרקטיקה הנוהגת? ראינו כי הרב שטרנבוך נוקט עמדה בלתי מתפשרת, השוללת הפרייה מלאכותית באופן גורף. אולם המציאות איננה נעלמת מעיניו, ולפיכך הוא בוחר (במשך שנים אחדות) – בדומה לבחירתו של הרב פיינשטיין מהקצה השני – לשמור על שתיקה. כך ביחס להזרעה מלאכותית:

ויש לי עוד להאריך בזה ולבאר אבל הסתום יותר מהמבואר, ופה אשבות קולמוסי והבוחר יבחר, וכמו שביארתי בתחילת דבריני שלא לי ודכוותי להכריע, וכמדומני דאם מי קל יש לו על מה לסמוך ואין למחות בידו וכמ"ש"נ (= וכמו שכתבתי נראה).¹¹⁷

ובדומה לכך בהתייחס להפרייה חוץ-גופית בזרע הבעל וביצית האישה:

קבלתי מכתבו בענין "תינוק מבחנה" שנוולד כתוצאה מהפרייה חוץ גופית [...] וכותב במכתבו שאסרתי הפרייה חוץ גופית (IVF), והאמת שלא התרתי ולא אסרתי, שכן אף שנראים לי צדדים לאסור, מכל מקום

113 ראו למשל בפסק דינו של הרב נחום גורטלר מבית הדין ברחובות תיק (אזורי רח) 1022417/1 פלונית ופלוני, פדארור 15 (23) 29 (2015): "הפרייה חוץ גופית בין בעל ואשתו כדי שהתאים המופרים יועברו לרחם האשה, הדבר מותר וכן נהגו". הרב גורטלר, כמסיח לפי תומו, לא רק מתיר את הדבר, אלא גם מעיד כי זוהי הפרקטיקה המקובלת: "וכן נהגו".

114 ראו בדברי גורטלר, שם, וכן ראו זלמן נחמיה גולדברג "על תרומת ביצית, פונדקאות, הקפאת זרעו של רווק ונטילת זרע מן המת – שו"ת של חברי הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים עם הרב זלמן נחמיה גולדברג" אסיא יז 45, 46 (1999), (www.daat.ac.il/daat/kitveyet/assia/goldberg.htm): "שאלה: אם אישה חרדית חשוכת ילדים היכולה להביא צאצא לעולם רק בסיועם של פונדקאית, תפנה אל הרב בשאלה אם לנסות להיות לאם בדרך זו, מה ימליץ לה הרב? תשובה: אם התהליך בפיקוח ורישום נאות כהלכה – אמליץ על התהליך".

115 ראו גורטלר, לעיל ה"ש 114. תרומת ביצית נמצאת בתווך שבין פונדקאות לתרומת זרע מאדם זר: היא קלה יותר מתרומת זרע (שכן אין חשש ממזרות), אולם לאלו הפוסקים שבעלת הביצית היא אם התינוק, פרקטיקה זו תהיה בעייתית יותר מפונדקאות בשל שאלות של ייחוס (וכן להיפך, לאלו הפוסקים שהפונדקאית היא אם התינוק).

116 ראו סינגלר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 313-314.

117 תשובות ונהגות, כרך ד, סימן רפה.

לרכיבים השואלים אותי, אין אני מתיר אך גם לא אוסר, שכן שמעתי שיש מגדולי ההוראה שהורו להיתר.¹¹⁸

הרב שטרנבוך איננו נסוג בתשובות אלו מעמדתו העקרונית. נטייתו להחמיר ניכרת בכל דבריו ("אף שנראים לי צדדים לאסור") כמו גם בסירובו להתפלפל בהיבטים הפורמליים שבפרקטיקות אלו, כאמור לעיל. אולם הוא מזדהה עם המצוקה של השואלים¹¹⁹ ומכיר בתפוצה הרחבה של ההפריה המלאכותית,¹²⁰ ולפיכך בוחר שלא לאסור במפורש, אלא מפנה במשתמע (ואולי גם מעורר באופן סמוי פנייה שכזו) לפוסקים המתירים את הדבר שכן "אם מיקל יש לו על מה לסמוך".¹²¹

באופן מרתק, ההכרה בפרקטיקה הנוהגת, שבשלב ראשון התבטאה בשתיקה המתוארת, הובילה בסופו של דבר את הרב שטרנבוך לשינוי דרמטי בעמדתו ביחס להפריה חוץ גופית. כותב הרב שטרנבוך:

אמנם אחרי ראותי שהדבר התפשט, ואלפים ואולי אפי' רבבות בכל העולם כולו הולידו ע"י שעשו תחילת העיבור במבחנה, שיניתי דעתי, ושוב נלע"ד [=נראה לעניות דעתי] שאם רופאים מומחים מאשרים שרק בדרך זה סיכוי טוב להריון וזהו הדרך המעולה אצלם לקיים מצות פריה ורביה, אז הבן הנולד ע"י המבחנה בודאי נחשב בנו גמור של בעל הזרע.¹²²

השינוי בעמדתו גורף כל כך, שאין הוא רואה בכך רק רשות, אלא נוטה לראות בכך חיוב מצד מצוות פרו ורבו, תוך שמכיר בכך שהילד נחשב ילדו של האב לכל דבר ועניין.¹²³

- 118 שם, כרך ה, סימן שיז.
- 119 ראו שם: "מחד גיסא, רואים אנו את דמעת האומללים והאומללות שנפשם בשאלתם, והדבר נוגע לשלום בית ולשלמות משפחות, ולפעמים לפיקוח נפש של ממש". טיעונים אלו אינם משנים את עמדתו העקרונית, אולם תורמים להסכמה שבשתיקה עם הפרקטיקה הנוהגת.
- 120 "ובזמן האחרון הפריה חוץ גופית (IVF) נפוצה מאוד" (שם).
- 121 שם, כרך ד, סימן רפה.
- 122 תשובות והנהגות, כרך ו, סימן רמא (תשע"ד). כרך זה יצא לאור כחמש שנים אחרי צאתו לאור של הכרך החמישי (תשס"ט) וכשתים עשרה שנה אחרי הכרך הרביעי (תשס"ב), מהם צוטטו שתי התשובות הקודמות המשקפות את שלב ה"שתיקה". התשובות עצמן לא כוללות תאריך, אולם מועד צאתו לאור של הכרך שבו הן פורסמו יכול לתת אינדיקציה למשכם של השלבים השונים בעמדתו.
- 123 תשובות והנהגות, שם: "ולענ"ד נראה דזהו חיוב למי שאינו יכול להוליד בצורה טבעית... וכשם שאדם חייב לעשות שאר השתדלות לקיים מצות פרו ורבו, כך חייב לעשות השתדלות להוליד ע"י מבחנה, ודינו כבנו גמור לכל דבר". על אף נטייתו זו, הלכה למעשה הוא איננו מחייב את התהליך, שכן יש פוסקים האוסרים, ויש כאלו המתירים אך לא מחייבים. ומכל מקום, הלגיטימציה המלאה לתהליך עומדת בעינה, ויש לה השלכות דרמטיות מבחינה הלכתית, ובהן קיום מצוות פרו ורבו, הכרה בילד כפוטנר את אמו מייבום (במקרה של מות האב ללא ילדים נוספים) והיתר למול את הילד בשבת.

לפנינו דוגמה מרתקת להשפעה "מלמטה" של החברה על ההלכה. הרב שטרנבוך, כסמן הקיצוני של הגישה האנטי־פורמליסטית השוללת הפריה מלאכותית, בוחר שלא להתעמת עם הפרקטיקה הנוהגת, ונותן לה לגיטימציה – בשלב ראשון בהסכמה שבשתיקה, ובשלב שני בהסכמה גלויה. לגיטימציה זו מאפיינת, בדרך של קל וחומר, פוסקים נוספים העוסקים בעניינים אלו, השייכים למרכז המפה ביחסם להפריה מלאכותית. אלא שלהסכמה יש גבולות. את היתרו להפריה חוץ גופית הוא מסייג רק לאלו ש"נתברר על ידי הרופאים שהסיכויים קלושים מאוד שיוכל להוליד מאשתו בדרך טבעית" בניגוד ל"מה שמצוי היום הפקירות, שאם עדיין לא הולידו עד שנה ושנתיים אחר החתונה הם עצבניים מכך, והרופאים ממליצים להם שינסו להוליד ע"י מבחנה"¹²⁴. דהיינו: על אף ההיתר וההכרה המלאה בזיקתו של הילד לאב, ישנה עדיפות מוחלטת למסגרת ההולדה המסורתית. יותר מכך, במקומות שבהם חש הרב שטרנבוך שנחצו גבולות חשובים יותר, כמו בפונדקאות או הזרעה מלאכותית, שבהם משולב אדם שלישי (איש או אישה, יהודי/ה או גוי/ה), הוא יוצא באופן נחרץ נגד הפרקטיקה הנוהגת:

והנה ראוי לדעתי לכל רבני ישראל לאסור "פונדקאות", שכן זוהי תקלה לרבים ולדורות, אבל האמת ששמעתי שנתפשטה הפונדקאות גם אצל החרדים ר"ל [=רחמנא לצלן], שטוענים שזהו ענין של פיקוח נפש [...] וראוי לחשוש, שכן אין לנו מקורות בקדמונים, וה' יעזור ולא יעשו כן בישראל.¹²⁵

ובקריאה חריפה יותר:

לכן אודות גוף השאלה אם מותר לעשות כן התשובה היא: אסור! אסור! בלי נימוקים, ואודות הולד שנולד בדרך זאת, מה דינו? התשובה היא: לא ידוע! לא ידוע! לא ידוע! ואליהו יבוא ויכריע. ואודות השמועה שישנם רבנים שהתירו ר"ל [=רחמנא לצלן], תשובתינו היא, דבריהם בטלים ומבוטלים לא שרירים ולא קיימים!¹²⁶

מהו הגורם המצייר את הגבול שחצייתו נשללת גם אם היא מייצגת פרקטיקה נוהגת? בעמדתו של הרב שטרנבוך ניכר שיש משקל רב להתנגדות למעורבות גורם לא יהודי בתהליך. המניע הוא דתי, גנאלוגי ואולי אף מטפיזי. אך לא רק זאת. התנגדותו הנחרצת איננה רק במקרים אלה. בתשובה המצוטטת לעיל (כרך ה, סימן שיח) הרב שטרנבוך מתנגד לכל פונדקאות, בין בהשתתפות פונדקאית יהודייה ובין בהשתתפות שאיננה

124 שם.

125 שם, כרך ה, סימן שיח. השינוי בעמדתו בכרך השישי חל רק בנוגע להפריה מלאכותית בין בני זוג ולא בנוגע לתרומת זרע, פונדקאות או תרומת ביצית, המשלבות אדם שלישי בתהליך.

126 שם, סימן שיט, בעניין תרומת ביצית מאישה גויה.

יהודייה, וגם כאן – תוך מחאה נמרצת כנגד הפרקטיקה שנעשית מקובלת "גם אצל החרדים ר"ל [רחמנא לצלן]". לאור זאת, יש לראות את קו הגבול שמציב הרב שטרנבוך כנקודה שבה מעורב אדם שלישי בתהליך, בין יהודי ובין גוי. מעורבות של לא יהודי בתהליך בוודאי מעצימה את התנגדותו של הרב שטרנבוך, אולם אין היא זו שמכוננת את קו הגבול.

התמונה המהותית שציינו בפרק הקודם נעשית אפוא מורכבת מאוד, שכן היא נאלצת להתחשב במציאות החברתית, אולם בתוך גבולות מוגדרים. בכותרת הסעיף בחרתי לכנות עמדה זו "מהותיות ריאליסטית". משמעות הדבר היא כי הפוסק עודנו דבק בגישה היורוספרודנטית המהותית העקרונית שבה הוא הולך, אולם הוא איננו מנותק מהמציאות החברתית. וכשעצממה של זו גוברת נמצאות בשלב ראשון דרכים עוקפות להכרה דה פקטו בפרקטיקה הנשללת דה יורה. הפוסק מכיר במקרה זה בכך שלהלכה כמה דרכים אפשריות. דרכים אלו אינן שוות בעיניו, שהרי עמדתו בעניין ברורה, אולם הוא נותן לגיטימציה לאחרות, ומכיר למעשה בתקפות הבחירה בין הדרכים השונות.¹²⁷ בשלב שני, דרמטי לא פחות, המציאות החברתית חוזקת כל כך, עד שמובילה את הפוסק לשינוי מהותי בעמדתו.

ברם, כפי שראינו, גם בתוך המהותיות הריאליסטית המציאות איננה גוברת תמיד על המהות. כשנדמה לפוסק כי נחצו גבולות מסוימים, הוא יוצא בהריפות נגד המציאות. בפועל אמנם גוברת המציאות על הממד המהותי גם בפרקטיקות מרחיקות הלכת, כאמור לעיל, אולם הגישה המהותית איננה נותנת לכך לגיטימציה. בסיכומו של דבר, המהותנות היא אפוא ריאליסטית במידה – היא מוכנה להכיר, לעתים רק בשתיקה, בפרקטיקות נפוצות שאינן מתיישבות עמה, אך בצורה מסויגת, ובכל מקרה – מגרעינה הקשה אין היא נסוגה.

מעניין לראות את המכנים המשותפים שבין שתי גישות הקצה: המהותית (האנטי-פורמליסטית) והפורמליסטית. בשתייהן הפוסק מאמץ עמדה חדר-משמעית ואיננו נסוג ממנה. אולם בשתייהן קיימת מידה של הכרה דה-פקטו בעמדה מאוזנת יותר והשלמה עם מציאות מסוימת (משפטית או ריאלית) השונה מהעמדה התיאורטית הנוקשה (לכאן או לכאן). ובשתייהן, באופן מרתק, הפוסקים בוחרים בטקטיקה דומה כשניצב אתגר בפני עמדתם היורוספרודנטית: שתיקה. שתיקה אל נוכח הלחץ המהותי שהופעל כלפי הרב פיינשטיין (שיש בה מידת מה של הסכמה ללחץ זה); שתיקה אל נוכח הלחץ המופעל

127 הקרבה לריאליזם המשפטי ניכרת: ההכרה בריבוי הדוקטרינות האפשריות וביכולת הבחירה ביניהן. ראו לעיל ה"ש 12. ברם, יש שוני מסוים בין העמדה המוצגת כאן לריאליזם המשפטי, שכן הריאליזם סבור שהדוקטרינה המשפטית כשלעצמה – לא רק היישום בשטח – מעוצבת בהשפעת המציאות החברתית הנוהגת, ואילו כאן הרב שטרנבוך מקפיד על מעמד הבכורה של תפיסתו ההלכתית.

מהציבור שומר ההלכה כלפי הרב שטרנבוך (שהוביל אותו במשך תקופה להסכמה שבשתיקה אך מפורשת, עד כמה שמדובר באוקסימורון, עם הפרקטיקה הנוהגת).

ניתוח זה משלים עבורנו את תמונת השיח ההלכתי בעניין הפריה מלאכותית. הוא מגלה מציאות מורכבת, שבאופן מרתק – חלה על שני קצוות השיח, על אף שונותם ועל אף הקביעות הנחרצות המנוגדות העומדות על פניו בבסיס עמדתם. נשלים תמונה זו בסעיף שלהלן, המסכם את דיוננו.

6. הרהורים על אופיו של השיח ההלכתי

מפתיע לראות כיצד הנחות מוצא אינטואיטיביות מסוימות על טיבו של השיח ההלכתי אינן מתממשות. פורמליזם נתפס לא אחת כעמדה בעייתית, נוקשה, קרת רוח וחסרת רציונאליות מהותית. הגישה המנוגדת, מהותיות, נתפסת לעתים כמי שמשקפת גישה צודקת יותר, הנותנת ביטוי לערכים ולתכליות הטמונים בלבו של החוק. אלא שהתמונה בענייננו שונה. פורמליזם מתגלה דווקא כטקטיקה המאפשרת גמישות הלכתית, בעוד הגישה המהותית מוליכה לא אחת לשמרנות והסתגרות.

ואם נבקש לערער על המסקנה שלעיל, הרי נגייס לעזרתנו "תנא דמסייע" – השחקנים במגרש ההלכתי עצמם. גישות הקיצון שנבחנו הצביעו על בחירה מודעת של השחקנים בכל אחת מן הדרכים, תוך שלילת הדרך הנגדית והצבעה על "סכנותיה" (כמובן – מנקודת המבט של אותו דובר). הפורמליסט שולל את הגישה המהותית, המשלבת ערכים חוץ-הלכתיים – במקרה שלנו לא להקל אלא דווקא להחמיר: "לפי אותן הרעות הנכזבות אשר מזה מתהפכים ח"ו האסור למותר והמותר לאסור". איש המהות שולל את הגישה הפורמליסטית, בדיוק בגלל פוטנציאל הגמישות הטמון בה: "שאו באים קוצצי נטיעות לחלק ולהתיר"¹²⁸.

השיח ההלכתי נתון אפוא לתמרונים של משתתפיו, ויש מהם – בגישות הקצה, ממש עד משה (הרב משה פיינשטיין והרב משה שטרנבוך) – הבוחרים במוכה מתודת שיח אחת ושוללים את הלגיטימיות של חברתה. אלא שהמציאות מציבה אתגר בפני משתתפי השיח, והתגובה לאתגר מרתקת לא פחות מגופו של הדיון: תגובה ריאליסטית כלפי חוץ, השומרת על עקרונותיה תחת מעטה של שתיקה.

כיצד? הגישה הפורמליסטית הגמישה עומדת בפני מתקפה מהותית חריפה, המלווה בחשש מפני "מדרון חלקלק" לסוגיו בשל תפוצתה הרחבה של הפרקטיקה. לחץ זה מוביל להסתגרות ולסיוג העמדה המתירה, כמעט – כפי שטעו לחשוב רבים – עד כדי

128 ראו בהתאמה: אגרות משה, אבן העזר חלק ב, סימן יא; תשובות והנהגות, כרך ב, סימן תרע.

ביטול ההיתר, מלווים בשתיקה. אולם לאמתו של דבר שומרת הגישה הפורמליסטית על יסודותיה, הן ביחס לגופו של הדיון (קריאה פורמליסטית המאפשרת גמישות) והן ביחס לתפיסה מושגית של מערכת המשפט (מערכת סגורה, בעלת שיקולים פנימיים, העומדת בפני עצמה). הגישה האנטי-פורמליסטית הנוקשה עומדת נבוכה בפני לחץ מלמטה המבקש את ההיתר. לחץ זה מוביל להסתגרות ואף כאן לשתיקה, שתוצאתה היא הכרה בתקפותן של הגישות האחרות. אכן, גישה מהותית, אבל עד כמה ששילוב זה נשמע אוקסימורוני, גם ריאליסטית (ביחס לתקפותן של דוקטרינות חלופיות) ופרגמטית (ביחס לקבלת המציאות החברתית). אולם גם גישה זו שומרת על יסודותיה ועל אף הכרה דה־פקטו בתקפותן של גישות אחרות, עודנה נוקטת (לכל הפחות ביחס לגרעין עמדתה) בגישה מהותית מחמירה.

השיח ההלכתי סביב סוגיית ההפריה המלאכותית הוא אפוא שיח מרתק, המתאפיין בקשת רחבה של גישות יורוספרודנטיות. הקצה האחד, הפורמליסט, מגלה גמישות יתרה, והקצה השני, איש המהות, מגלה פרגמטיות מפתיעה. ושני הקצוות הללו פועלים מתוך בחירה מודעת בדרך האחת ושלילת הלגיטימיות של האחרת, על ה"סכנה" (תהא אשר תהא הסכנה – להיתר או לאיסור) הטמונה בה.

בסיומם של דברים, בהשאלה מחקר הספרות, הדינאמיקה המורכבת המתגלה בשיח ההלכתי אינה אלא מפגש בין תוכן וצורה. ארגז הכלים התוכני משמש בשיח זה יד ביד עם המסגרת היורוספרודנטית של הפוסק, והמסגרת היורוספרודנטית משפיעה על בחירתו של ארגז הכלים. המתודה – הצורה באנלוגיה זו – נעשית אף היא לחלק מהדיון, ויחד עם התוכן מתגייסת להעברת עמדתו של הכותב. אין כאן אפוא רק מפגש בין תוכן וצורה, אלא צעד אחד קדימה: השיח ההלכתי כאחדות של תוכן וצורה.

