

מעמדו של הבעל בהפלת העובר במשפט העברי*

ראשי פרקים:

הקדמה

הצורך בהסכמת הבעל לשם ביצוע הפלה

הבעל או האב?

אף כשקיימת סכנה?

לסיכום ביניים

התוצאות המשפטיות

תביעה בנזיקין

עילה לגירושין

הפלה אסורה בהסכמת הבעל

התנגשות

נעילה

הקדמה

לפני למעלה מעשרים וחמש שנה - במרץ 1981 - קבע בית המשפט העליון של מדינת ישראל, ברוב של שניים נגד אחד, כי אין לבעל כל דעה מכרעת בהחלטה אם לבצע הפלה מלאכותית בעוברו אם לאו¹. לפי השופטים מאיר שמגר והדסה בן-עתו, המחוקק הישראלי² "אינו מקנה לבעל זכות וטו או זכות אחרת, מכוחה יוכל לדרוש המנעות ממתן החלטה בקשר להפסקת הריון" על ידי ועדת ההריונות³. החוק העניק מעמד

* מאמר זה עתיד להתפרסם בספר היובל לכבוד מנחם אלון. ברצוני להודות מעומקא דליבא לאנשים הבאים על הערותיהם החשובות והמאירות בשלבי ההכנה של מאמר זה: הרב עז"ד דוד בס, הרב ד"ר יואל וולוולסקי, הרב פרופ' אריה פרימר, ר' זאב פרימר, הרב שאול פרימר, מר אליחי קדוש והרב אברהם צ' שינפלד.

1 ע"א 413/80 פלוגית נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57 (1981).

2 חוק לתיקון דיני עונשין (הפסקת הריון), תשל"ז - 1977, ס"ח 70. השוו, חוק העונשין, תשל"ז - 1977, פרק י, סימן ב, ס"ח 273-274.

3 מדברי השופט שמגר, בפס"ד פלוגית, לעיל הערה 1, בעמ' 63. ראו גם: ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני ואח', פ"ד מח(3) 837, 844 מול האות ז (1994), בו כותב הנשיא שמגר: "זכויותיה על גופה הן בידיה, ואין האב יכול לכפות על האישה הפסקת הריון או הימנעות מהפסקת הריון". לביקורת על גישת הרוב בבית המשפט העליון ראו: Carmel Shalev, *A Man's Right to be Equal: The Abortion Issue*, 18 Is.L.R. 381 (1983); איתמר ורהפטיג, 'אב ובנו', מחקרי משפט, טו, 479 (2000). לעומתם ראו: עמוס שפירא, 'הסכמה מדעת' לטיפול רפואי - הדין המצוי והרצוי, עיוני משפט, יד, 225-259, 255 (1989).

מפורש לאם בלבד. לעומתם, השופט מנחם אלון סובר כי יש להכיר בזכותו של הבעל להשתתף בקביעת גורלו של העובר:

קיימת גם קיימת בידי הבעל זכות טיעון... ומחובתה של הוועדה, בדרך כלל, לשמוע את אשר בלבו ובפיו, עובר לקבלת החלטתה...⁴
...זכותו של הבעל להשמע, בטרם יוכרע בבקשה להפסקת הריונה של אשתו, זכות שבכללי הצדק הטבעי היא, ובתור שכזו מקובלת ובעלת תוקף היא במערכת משפטנו גם ללא הוראה מפורשת של המחוקק.⁵

יש להדגיש כי אף השופט אלון אינו טוען כי יש לבעל זכות וטו להפלת עוברו. יחד עם זאת, השופט אלון כן בדעה שיש לבעל זכות לקחת חלק פעיל בהחלטה חשובה זו.

על אף קביעתו של בית המשפט העליון, טעות תהיה להרחיק לכת ולהסיק שהמשפט הישראלי אינו מכיר כלל בזכותו של האב והבעל בלידת ולדו. עוד לפני כניסתו לתוקף של החוק לתיקון דיני עונשין (הפסקת הריון), תשל"ז - 1977, השופט יצחק קיסטר, טרם מינויו לבית המשפט העליון, בהיותו שופט בית המשפט המחוזי בתל אביב יפו, נתן צו מניעה בעניין הפסקת הריון לבקשת האב, זאת למרות העובדה שבני הזוג לא היו נשואים זה לזה. השופט קיסטר קבע כי לאב אינטרס זכות בהיותו אב:

...שלא ישחיתו את העובר וכי יולד חי ולא יהיה לנפל אשר "בהבל בא ובחשך ילך ובחשך שמו יכוסה" (קהלת, ו, ד).⁶

אף לאחר חקיקת החוק ופסיקתו הנ"ל של בית המשפט העליון, הדגיש שופט בית המשפט העליון צבי א' טל כי מעמד מיוחד זה שניתן לאישה להחליט לבדה על הפלה, תוך הפלייתו לרעה של האיש וחרף התנגדותו:

...נובעת אך ורק מכך שמדובר בהחלטה הנוגעת לגופה. האישה לבדה היא הנושאת את העובר, ועל כן ההחלטה להפיל נמסרה לה לבדה.⁷
...אלמלא הגורם המכריע - היות העובר חלק מגוף האישה, או, בלשון חכמינו: "עובר ירך אמו", אין לאישה זכות להשמיד את העובר בניגוד לרצונו של בן זוגה.⁸

4 שם, עמ' 88 מול האות ג.

5 שם, עמ' 89 מול האות ו.

6 ת"א (ת"א) 3064/64 (לא פורסם).

7 ד"א 2401/95 (5587/93) נחמני נ' נחמני ואח', פ"ד (4) 661, 708 מול האות א (1996) (הדגשה במקור).

גם השופטת עדנה ארבל, המכהנת כיום כשופטת בית המשפט העליון, עוד בבית המשפט המחוזי בתל אביב יפו, הביעה דברים דומים:

...קיימת גם קיימת לאב זכות, מכוח אבהותו ונישואיו, לתבוע את לידתו של ילדו. אלא שזכותה של האשה, בהיות העובר חלק מגופה וקיומו תלוי בה, זכות עדיפה היא.⁹

זאת ועוד. לדעת השופטת ארבל:

ייתכן שניתן לעשות הבחנה לגבי עובר כל עוד קיומו תלוי באמו ועובר שהגיע לשלב שהוא יכול לחיות בזכות עצמו, שאז זכותו של האב מתחזקת ועשויה להיות שווה, או כמעט שווה, לזו של האם.¹⁰

בית המשפט העליון הסתמך בפסיקתו על הפסיקה המקבילה בסוגיא בארצות הברית¹¹ ובבריטניה¹², אשר אף בה נקבעה כי זכויותיה של האישה על גופה הן בידיה, ואין האב יכול לכפות על האישה הפסקת הריון או הימנעות מהפסקת הריון. במאמר זה, ברצוננו לחקור את עמדת המשפט העברי בשאלת הצורך בהסכמת הבעל להפלת עוברו. כמו כן, נעיין בהשלכות המשפטיות של גישה זו ולבסוף נדון בבעייתיות העלולה להווצר כתוצאה מהתנגשות בין פסק דינו של בית המשפט העליון ובין זה של בית הדין רבני.

הצורך בהסכמת הבעל לשם ביצוע הפלה

המשפט העברי מכיר, לכאורה, בזכותו המשפטית של הבעל בעוברו. זכות זו מוצאת את ביטוייה המעשיים בפרשת דמי ולדות שבספר שמות ושם נאמר:

וכי ינצו אנשים ונגפו אשה הרה ויצאו ילדיה ולא יהיה אסון נבאשה - רש"י ענוש יענוש ולשלם דמי ולדות לבעל - רש"י כאשר ישית עליו בעל האשה ונתן בפללים (על פי דיינים - רש"י).¹³

- | | |
|----|--|
| 8 | שם, בעמ' 709 מול האות ב. |
| 9 | מ"א (ת"א) 3582/93, המ' 4775/93 שיבק נ' שיבק, פס"מ תשנ"ד (1) 81, 85 (1993). |
| 10 | שם. |
| 11 | Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth, 428 U.S.52 (1976). בפסק דין זה, פסק בית המשפט העליון של ארצות הברית, ברוב דעות של שש נגד שלוש, כמסקנתו של בית המשפט העליון הישראלי. ראה גם: Doe v. Smith, 486 U.S. 1308 (1988); Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania, et al. v. Robert P. Casey, et al., 505 U.S. 833 (1992); 62 ALR3d, 1097. |
| 12 | Paton v. Trustees of B.P.A.S. and another [1979] QB 276, [1978] 2 All E.R. 987; C v. S [1988] QB 135, [1987] 1 All ER 1230 (Court of Appeal). |
| 13 | שמות, כא, כב. על מכלול הבעיות הטקסטואליות והמשפטיות העולות מפסוק זה ראו: B.S. Jackson, Essays in Jewish and Comparative Legal History, 75-107 (E.J. Brill, Leiden, 1975). |

התורה מחייבת, אפוא, אדם שהכה את אשת רעהו וגרם להפלת פרי בטנה לשלם כסף תשלומים ל"בעל האשה"¹⁴. הכרת התורה בעילת תביעה בנזיקין¹⁵ מצביעה, לכאורה, על קיומה של זכות משפטית אשר יש לבעל בדבר הניזוק - דהיינו בעובר^{15א}.

14 וכן נפסק להלכה. ראו: רמב"ם, חובל ומזיק, ד, א; טור, חו"מ, תכג; שו"ע, חו"מ, תכג, א. לסיכום פרטי הלכה זו של "דמי וולדות" ראו: מנחת חינוך, ח"א, מצווה מט (מהדורת מכון ירושלים, רנ-רג, אותיות כז-מב); "דמי וולדות" אנציקלופדיה תלמודית, כרך ז, תקצב-תקצט (הרב שלמה יוסף זיון, עורך). אם נגרם נזק לעובר מבלי להפילו ראו: הרב בנימין בירנבוים, 'בדין בעלות על עוברים וחומר עוברי ונזיקה', שושנת העמקים, רנט, רנט-רסה (כולל "הלכה ורפואה" שע"י בית הרפואה מעייני הישועה, בני ברק, תשנ"ט). להשוואת הלכה זו של תשלום דמי וולדות במשפט העברי לחוקים המזרחיים הקדומים השונים ראו דניאל סינקלר, היסוד המשפטי של איסור הפלה במשפט העברי (בהשוואה לשיטות משפט אחרות), שנתון המשפט העברי, ה, 177, 182-179 (תשל"ח); Daniel B. Sinclair, *The Legal Basis for the Prohibition on Abortion in Jewish Law*, 15 Is.L.R. 109, 110-112 (1980).

אם העובר מת טרם לידתו, אין מקום לתביעה כזו במשפט הישראלי. ראו: אהרון ברק, דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית, חלק ג, 355, סעיף 201(2) (ג. טדסקי עורך, מהדורה שניה, תשל"ז); יצחק אנגלרד חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, תשכ"ב - 1962, ס' 13-1 (מהדורה שניה, 1995). וכן נפסק לאחרונה על ידי בית המשפט העליון בע"א 754/05, 759/05 לבנה לוי ואח' נ' מרכז רפואי שערי צדק (טרם פורסם), פסקה 14 (2007). וכן ראו: ע"א (נצ') 39/88 נסייר נ' שמיר חברה לביטוח בע"מ, צלטנר 588(א) (שנה); ש"א (נצ') 4953/01, ת"א (נצ') 4953/01 עזבון המנוח אבו תנהא סלימאן ז"ל ואח' נ' בית חולים נצרת אי.מ.מ.ס., תק-של 2004(2) 70581 (2004); ש"א (י-ם) 5603/04, ת"א (י-ם) 1082/98 מאיר נ' ד"ר ליאור (לא פורסם) (2004). באשר למעמדה של תביעה מעין זו במשפט האמריקאי, חלוקות הדעות; ראו: William L. Prosser and W. Page Keeto, *The Law of Torts* 369-370 (West Publishing Co., 5th edition, St. Paul, Minnesota, 1984); 84 ALR 3d 411.

15 קביעתנו שמדובר בתביעת נזיקין הולכת בעקבות רוב מניינם ובניינם של חכמי ההלכה לדורותיהם אשר הבינו, כפי שעולה מהמשך דברנו, כי דמי וולדות מהווה פיצוי ממוני בגין עילה שבדיני נזיקין. ברם, השוו מאמרו של פרץ סגל, "ולא תקחו כופר לנפש רוצח" לפסולתו של הסכם לפדיון רוצח, שנתון המשפט העברי, יג, 215, 224-226 (תשמ"ז), הטוען כי הדין המקראי רואה בדמי וולדות לא פיצוי אלא כופר. ועיין עוד: תרגום יונתן בן עוזיאל, שמות, כא, כב; רמב"ן, שמות, כא, כב; הרב יצחק זאב הלוי סאלאוויצקי, חידושי מרן ר"ז הלוי על הרמב"ם, מכתב ו (מיום ג' דתשובה תש"ח) (והשוו דברי אחיינו, הרב יוסף דב הלוי סולובייצקי, המובאים על ידי הרב צבי יוסף רייכמן, רשימות שיעורים שנאמרו על ידי מרן הגאון הרב יוסף דוב הלוי סולובייצקי זצ"ל, בבא קמא, פו, א, ד"ה "אמנם"); הרב יצחק צבי אושינסקי, 'בעלות על עוברים מופרים', אסותא תב, תד-תה (הרב אליקים דבורקיס עורך, תשס"ו). הרב משה מרדכי עפשטיין, לבושי מרדכי, בבא קמא, סימן כו, וחתנו, הרב אברהם משה חבורני, משאת משה, בבא קמא, סימן מט, סוברים כי שאלה זו, אם החיוב לשלם דמי וולדות הוא מדין כופר או משום פיצוי בגין נזק, היא בעצם מחלוקת אמוראים בין רבה ורב חסדא; והשוו להלן הערה 32. וראו עוד בדברי הרב ברוך דוב לייבוויץ ברכת שמואל, ח"א, בבא קמא, סימנים כו, כט, הסובר "דין חיוב וולדות דחייבה התורה מקרא דכאשר ישית עליו בעל האשה, הוא דין תשלום מחודש מגזרת הכתוב... דאין זה בכלל נזק" (שם, סימן כו, סוף אות א).

15א על כך שהעובר במשפט העברי הינו אישיות משפטית בעלת זכויות לצורכי דיני נזיקין ראה: הרב אברהם שיינפלד, נזיקין, מתוך סדרת חוק ליישאל, 39-41 (נחום רקובר עורך, 1991), והמקורות המובאים שם.

זאת ועוד, משום זכות זו של הבעל בעובר, מעלה התלמוד הבבלי במסכת ערכין את האפשרות כי שמא על בית הדין לעכב את הריגתה של מעוברת הנידונה למיתה עד לאחר שהיא תלד וזאת בכדי לא לפגוע בזכויותיו של הבעל:

סלקא דעתך אמינא (=יעלה על דעתך לומר): הואיל וכתב "כאשר ישית עליו בעל האשה", ממנוא דבעל הוא ולא ליפסדיה מיניה (= ולא יפסידו אותו ממנו).¹⁶

למסקנה, התלמוד דוחה דעה זו ותומך בהכרעת המשנה¹⁷ ש"האשה שהיא יוצאה ליהרג אין ממתניין לה עד שתלד". ברם, התלמוד עושה כן רק מכוח דרשה מיוחדת של פסוק בתורה:

אמר רבי אבהו אמר רבי יוחנן: אמר קרא "ומתו גם שניהם"¹⁸ - ו"גם", לרבות את הוולד.¹⁹

לכאורה, מוכח מכאן שלולא הדרשה המיוחדת, אמנם הייתה זכותו של הבעל בעובר איתנה מספיק עד כדי שהיה בכוחה לעכב את ביצוע דין המוות²⁰; בלי סמכות מפורשת (דהיינו, אלמלא הפסוק), אפילו לבית דין אסור לפגוע בזכותו של בעל בעובר. ואם הוא הדין לבית הדין, האדם היא הפרטי לא כל שכן²¹? זכות זו של הבעל, כוחה אינו פחות מכל זכות אחרת אשר יש לאדם ואשר אסור לאחר לגרוע ממנה.

16 בבלי, ערכין, ז, א.

17 משנה, ערכין, א, ד.

18 דברים, כב, כב.

19 "דהלשון 'גם שניהם' מורה שיהיו שניהם שוין" - הרב ברוך הלוי עפשטיין, תורה תמימה, דברים, שם, אות קעא. אילו התכוונה התורה אך ורק לאיש ולאשה שנאפו, דהיינו ששניהם חייבים עונש מוות, מספיק היה אילו כתבה התורה "ומתו שניהם". המילה "גם", אפוא, היא מיותרת - אלא אם כן היא באה לרבות גוף נוסף, כלומר הוולד. ראה: תורה תמימה, שם, אות קעב.

20 ראו: תוספות, סוטה, כו, א, ד"ה "מעוברת":

...הא תנן בפרק קמא דערכין (ז, א) 'האשה היוצאה ליהרג אין ממתניין לה עד שתלד' והתם גזירת הכתוב הוא 'ומתו גם שניהם לרבות את הוולד'. והתם משמע טעמא דרבי קרא, הא לא רבי קרא לא קטליניה ליה משום דממונא דבעל הוא כדכתיב 'כאשר ישית עליו בעל האשה'...

מכוח טיעון זה, מסיקים בעלי התוספות - בניגוד לדעתו של רש"י - שאישה נשואה מעוברת החשודה כאישה סוטה אשר זינתה תחת בעלה, אינה שותה את המים המרים המאורים עד לאחר שהיא תלד וזאת כדי לא להפיל את העובר. ראו: במדבר, ה.

21 הרב ברוך תאומים פרנקל, שו"ת עטרת חכמים, ח"א, אה"ע, א, ד"ה "עוד בתשובה" (תודתי לרב אשר זעליג וייס אשר הפנה את תשומת לבי למקור מעניין זה); הרב בן ציון מאיר חי עזיאל, שו"ת משפטי עזיאל, ח"מ, מו, אות ד; הרב יחיאל יעקב וינברג, שו"ת שרידי אש, ח"ג, קכז, אות יב; הרב יצחק אייזיק ליעבעס, שו"ת בית אבי, ח"ב, קנו, אות ו; הרב יהודה גרשוני, קול צופיק, שנו.

על פי המשפט העברי, מוטלת על בעל המזיק לאשתו אחריות מלאה לשלם לה את מלוא שיעור הנזק. מאידך גיסא, מוטלת אחריות משפטית זו גם על אישה אם הזיקה לבעלה²². היוצא, אם כן, שאיסור²³ זה לפגוע ולהזיק בזכות הבעל בעובר בוודאי חל אף על האישה וזאת למרות היותם נשואים זה לזה²⁴.

אין מנוס, אפוא, מלהסיק כי אסור לאישה להפיל עובר - שהוא אף עובר הבעל²⁵ - ולפגוע בזכות הבעל בלא הסכמתו. וכן הורה הלכה למעשה דיין בית הדין הרבני הגדול (בדימוס), הרב אליעזר יהודה ולדינברג, בתשובה אשר כתב ביום י"ז באדר א' התשל"ח לפרופ' דוד מ. מאיר, המנהל הכללי של בית החולים "שערי צדק" בירושלים:

אוסף גם זאת להעיר שבמקרה של היתר, אזי עם הצורך והחובה לקבל את הסכמת האשה להפסקת הריון... יש מן הצורך והחובה לקבל עם זאת גם הסכמת הבעל, כהלכה הידועה בנוקדי ולד שדמי וולדות לבעל²⁶.

22 ראו בזה באריכות מנחם אלון, המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, כרך א, חלק ב, 516-517, ובמיוחד הערה 37 והמקורות המצוינים שם (מהדורה שלישית, תשמ"ח). כידוע, הייתה לעמדת המשפט העברי בסוגיית זו השפעה ישירה על ההלכה הפסוקה של המשפט הישראלי. ראו אלון, שם; ע"א 479/60 אפלשטיין נ' אהרוני, פ"ד טו(2) 682, 694-695. וראו עוד ברק, לעיל הערה 14 בס' 361-363.

23 במשפט העברי, לא רק שיש זכות תביעה אזרחית במקרה שנגרם נזק, אלא שיש אף איסור פלילי לגרום נזק לאחר. ראו בעניין זה: הרב חיים הלוי סולובייצ'ק, חדושי הגור"ח על הש"ס, בבא קמא, מא, ב; הרב אלחנן בונם וסרמן, קובץ שיעורים, בבא קמא, סימנים עד עו; הרב יעקב ישראל קנייבסקי, קהלות יעקב, בבא קמא, סימן א; הרב יוסף דב הלוי סולובייצ'ק, מסורה, חוברת ז נז (תשנ"ב). ועיינו עוד: הרב צבי יוסף רייכמן, רשימות שיעורים שנאמרו על ידי מרן הגאון הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ'ק זצ"ל, בבא קמא, ב, א, אות ב.

24 ראו שו"ת תפארת צבי, או"ח, יד; שו"ת עטרת חכמים, לעיל הערה 21; הרב יוסף ראזין, שו"ת צפנת פענח (דווינסק) ח"א, יב; שו"ת שרידי אש, לעיל הערה 21; הרב ישראל יאקבאוויטש, הפרדס, שנה ל, חוברת ז, סימן ג, פרק ד, 22-23 (תשט"ז); שו"ת בית אבי, לעיל הערה 21. ובשו"ת בית אבי, שם, הוסיף: "...יהא אסור להרוג את העובר להפסיד ממון דבעל ואפילו אם תרצה לשלם לבעל דמי ולדות יש לומר דלא ניחא בדמים".

25 אין בעובדה שהאם היא זו הנושאת את העובר מספיק בכדי לעשותה האפוטרופוסית הבלעדית עליו. העובר אינו נחשב אלא כ"פקדון" אצל האם "כאדם המפקיד ברשות חברו פקדון, כל היכא דאיתיה ברשותיה דמריה איתיה" (= כל מקום שהוא נמצא, ברשותו של בעליו הוא נמצא). ראו רבנו בחיי, שמות, כא, כב (מהדורת הרב שעוועל, רכג). וכן ראו שם, ויקרא, יב, ב (מהדורת הרב שעוועל, תסט). והשוו: פסק דינה של כב' השופטת טובה שטרסברג-כהן בב"ש (חי') 290/78 כהן נ' אוחנה, פס"מ תשל"ט(1) 171, 172 מול האות ד: "אין האשה הנושאת בקרבה עובר, משמשת - לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב - 1962... כאפוטרופה טבעית שלה".

26 'בדיקת מי השפיר כדי לגלות מקרה של 'מונגולודיזם' אצל העובר, ובהפסק הריון במקרים הנ"ל, הדרום, ג, חלק "אשירה לה' בחיי" 159, 164 (תש"ם); פורסם שוב בשו"ת ציץ אליעזר, ח"ד, קא, אות ד. וכן פסק הרב ולדינברג גם בשו"ת ציץ אליעזר, ח"ט, נא, סוף שער ג, סיכום, אות טו.

בעקבות הכרעתו של הרב ולדינברג, הורה כן אף חבר אחר (בדימוס) של בית הדין הרבני הגדול, הרב שאול ישראל²⁷. וכן פסק אב בית הדין של טורונטו, קנדה, הרב גדליה פעלדער²⁸.

ברם, הדברים אינם כה פשוטים. כפי שהבינו גדולי הפרשנים האחרונים, עוד בתקופת התנאים נחלקו חכמי ישראל באשר לאופיה המשפטי של זכות הבעל בדמי הוולדות²⁹. יש מן התנאים אשר סברו, כפי שהסברנו לעיל, כי זכות זו היא זכות מקורית לבעל אשר נובעת באופן ישיר מזכותו של בעל בעובר³⁰. אולם, לעומת זאת, יש מן התנאים אשר הבינו כי זכותו של הבעל בדמי ולדות היא זכות הנגזרת מזכותה של האישה בעובר³¹. לדעתם, העובדה שדמי הוולדות משולמים לבעל אינה בהכרח מבטאת זכות עצמאית אשר יש לבעל בעובר, אלא הזכות נובעת מקיום קשר הנישואין בין הבעל לבין האישה ומכוח דיני האישות - בדומה להלכת מעשה ידי האישה אשר עוברים אף הם לבעל. ויכוח זה המשיך במהלך דורות האמוראים³², הגיע לשיאו בתקופת הראשונים³³ ונשאר ללא הכרעה ברורה גם בימי הפוסקים האחרונים³⁴.

27 שו"ת במראה הבזק, ח"א, כז תשובה 4 (תש"ן).

28 שו"ת שאילת ישרון, לט (תש"ט). וכן כתב הרב יחיאל זאיד, שו"ת בניין עדי עד, ח"ב, סימן 341. הרב זאיד הוא רב שכונה לקהילת התימנים בבני ברק.

29 הרב יחזקאל אברמסקי, חזון יחזקאל, בבא קמא, ו, ה בחידושים, סוף ד"ה "אך מסתבר"; הרב איסר זלמן מלצר, אבן האזל, חובל ומזיק, ד, ב, ד"ה "והנראה עוד" ואילך.

30 זו דעתו של רבן שמעון בן גמליאל, בבלי, בבא קמא, מח, ב.

31 זו דעתם של רבנן, שם.

32 בבלי, בבא קמא, מט, א. הרב איסר זלמן מלצר, שם, מבין שרב חסדא סובר כדעת רבן שמעון בן גמליאל, ואילו רבה סובר כרבנן. כעין זה כותב אף הרב ברוך דוב לייבוויץ, ברכת שמואל, ח"א, בבא קמא, כט (אם כי אין הוא קושר את מחלוקת האמוראים עם זו של התנאים).

לעומתם, הרב חנוך העניך אייגעש, מרחשת, ח"ב, לח, ד; והרב חיים רבינוביץ, חידושי רבי חיים מטעלז, בבא קמא, מט, א, מבינים בדיוק להפך, דהיינו שרבה אוהז בדעה כי לאב זכות בגוף הוולדות ואילו רב חסדא סובר כי זכות האב היא זכות חיצונית מיוחדת. והשוו לבושי מרדכי ומשאת משה, לעיל הערה 15.

33 רוב הפרשנים האחרונים מבינים כי רבנו תם, הראב"ד והרא"ש סוברים שיש לבעל זכות בוולדות עצמם; ואילו הרמב"ם וחלק מבעלי התוספות סוברים שאין לבעל זכות אלא בדמי הוולדות, אבל הוולדות עצמם שייכים לאישה. ראו חזון יחזקאל, לעיל הערה 29; הרב בנימין רבינוביץ תאומים, חוקת משפט, הלכות ירושה ועזבון, פ"ח, סעיף ה, מקורות, ס"ק ז, וסעיף ו, באורים, ס"ק יד; הרב משה פיינשטיין, דברות משה, בבא קמא, ח"א, ל; הרב יוסף דב הלוי סולובייצ'ק, רשימות שיעורים, לעיל סוף הערה 15, בבא קמא, כב, א, ד"ה "בא"ד. מיתת לאשה", ופז, א, ד"ה "משנה. דמי ולדות"; הרב דוד לאו, 'בעלות על ולדות', עטרת שלמה, כרך ב, קכח, קכט-קמג (תשנ"ז).

יתרה מזו: כהבנת המפרשים האחרונים הנ"ל בדברי רבנו תם, הראב"ד והרא"ש, מוצאים אנו בצורה די מפורשת כבר בפירושם של ראשונים לתורה. כך, למשל, כותב רבנו בחיי בן אשר מסרגוסה, בביאורו על התורה לספר שמות, לעיל הערה 25: "כאשר ישית עליו בעל האשה ולא כאשר תשית עליו האשה, לפי

שאינן לאשה חלק וזכות בוולדות, שאע"פ שהזכיר (הפסוק - ד"פ), 'לדיה' אין הכוונה שיהיו שלה, אבל הם פקדון אצלה...".

וראו עוד בביאורו של רבנו בחיי לספר ויקרא, לעיל הערה 25. בלשון דומה כותב אף רבנו יעקב בן הרא"ש (כנראה בעקבות אביו וכן"ל) בפירוש הטור הארוך על התורה, שמות, כא, כב: "כאשר ישית עליו בעל האשה בא למעט האשה, דווקא כאשר ישית עליו הבעל יתן, ולא כאשר תשית עליו האשה כי אין לה חלק בוולדות". ועיין גם בדברי הרב דון יצחק אברבנאל בפירושו על התורה, שמות, כא, כב (אם כי לא ברור למה כוונתו בכתבו "בהם": האם הוא מתכוון לוולדות עצמם או לדמי הוולדות; ראה להלן, סוף הערה זו).

ואילו כהבנתם של האחרונים הנ"ל בדברי הרמב"ם וסיעתו נמצאת כבר בפירושו של רבנו לוי בן גרשום (הרלב"ג) על התורה, שמות, כא, משפטים, תועלות חלק ב, השורש האחד עשר (מהדורת ברנר וכהן, 163), ושם נאמר: "... כי לא זכתה התורה בדמי הוולדות כי אם לבעל, לא ליורשיו, כי אין האשה נקנית (=נישאת. ראו משנה, קידושין, א, א - ד"פ) להם; ולפי שהוולדות הם כמו אבר מאבריה...". וראו עוד: דברי הרלב"ג בביאורו לשמות, כא, כב, משפטים, חלק ב (עמ' 33, 38); תועלות, שם, השורש השמיני והשורש העשירי (עמ' 162-163).

והשווה הסברו של הרב שלמה דיכובסקי במסגרת פסק הדין של בית הדין הרבני הגדול מיום ה' בכסלו תשס"ב (בהרכב כב' הדיינים, הרבנים שלמה דיכובסקי, אברהם ח' שרמן ושלמה בן שמעון), בעניין 'בעלות על ביציות מופרות', תחומין, כב, 392, 404-405 (תשס"ב), (פסק דינו של הרב דיכובסקי מתחיל בעמ' 404). לדעתו, "הרי, שלרמב"ם הבעלות היא גם לבעל וגם לאשה. אלא שבעלות הבעל עדיפה משלה... ואילו לרא"ש, הבעלות היא לבעל לבד". אולם, הרב שלמה בן שמעון, שם, בעמ' 408-409, דוחה את דברי הרב דיכובסקי ומאמץ את הבנתם של רוב המפרשים האחרונים כנ"ל. (פסק דינו של הרב בן שמעון מופיע תחת הכותרת: "הפריה חוץ גופית אצל זוג נפרד" ומתחיל בעמ' 408.) וכן עיין במאמרו של הרב יצחק צבי אושינסקי, לעיל הערה 15, בעמ' תג-תד.

השווה גם דברי הרב שאול ישראל, שו"ת חוות בנימין, ח"ג, קח, אות א, הסובר שלדעת הרא"ש, אין קניין בעוברים והתשלום של דמי ולדות הוא תשלום מסוג עונש; ואילו הרמב"ם בדעה שיש לבעל בעלות וזכות קניינית בעוברים אלא שזכות זו נובעת מהיותו בעל האשה. חשוב לציין כי בניגוד לכל הדעות שהבאנו בהערה זו לעיל, יש מן הפרשנים האחרונים הסוברים שלכולי עלמא הוולדות עצמם שייכים לאישה ואין לבעל כל זכות בהם. לפי אסכולה זו, המחלוקת הקיימת הן אצל האמוראים והן אצל הראשונים, אינה אלא במישור הממוני בלבד; כלומר, מהי מהותה של זכות הממון בדמי הוולדות: האם זכותו של הבעל בדמי הוולדות היא זכות ממונית ישירה ועצמאית או שמא היא נגזרת מזכותה של האישה. ראו: הרב אהרן קטלר, משנת רבי אהרן, בבא קמא, טו, סעיף א; הרב מרדכי קרפנשפרונג, דברי מרדכי, ח"א, יז. וכן שמעתי מהרב מנשה קליין (מחבר שו"ת משנה הלכות).

ועיינו עוד: ערוך השולחן, ח"מ, תכג, ג. במסגרת אסכולה זו ניתן לכלול אף הרב אברהם שיינפלד, לעיל הערה 15, המבקש לחדש שזכותו של האב בדמי ולדות הוא מדיני ירושה; כלומר, שחיובו של המזיק לשלם דמי ולדות הוא בעצם לעובר ואילו האב יורש את עוברו שמת. (לאמיתו של דבר, הרב חנוך העניך אייגעש, בספרו מרחשת המובא לעיל בתחילת הערה זו, כבר הקדים את הרב שיינפלד בחידוש זה; אלא שהרב אייגעש מצמצם הבנה זו לדעתו של רב חסדא בלבד. כעין הבנת המרחשת [אולם מבלי להזכירו] בדברי רב חסדא, כותב אף הרב זלמן נחמיה גולדברג במאמרו 'דיני נזיקין בהפלות מלאכותיות', תחומין, ט 50, 54-56 (תשמ"ח). אולם, בהערותיו לספרו של הרב שיינפלד, שם, בעמ' 349, הרב זלמן נחמיה גולדברג לכאורה דוחה חידוש זה. ועיינו עוד בזה: הרב יצחק צבי אושינסקי, לעיל הערה 15, בעמ' תד ובעמ' תו. איך שלא יהיה, לצורך הדיונים שלנו במקרה בו האישה מעוניינת בביצוע ההפלה ואילו הבעל

הרב מאיר שמחה כהן מדווינסק³⁵, בספרו אור שמח³⁶, עומד על כך כי לפי גישה אחרונה זו יש מקום לטעון שאין לאישה המפילה את עובריה כל חובה כלפי בעלה בעניין דמי הולדות. הרי אין לבעל כל זכות ישירה או עצמאית בעובר עצמו וזכותו לדמי הולדות נגזרת מזכותה של האישה. אם האישה אינה חייבת לשלם לעצמה פיצוי בגין הנזק אשר היא גרמה לעובריה, אזי אין גם לבעל מה לגבות. ללא זכות לדמי הולדות, נעדר הבעל כל אינטרס משמעותי או מעמד משפטי בעניין העובר³⁷. דברים

מתנגד לו, לא נראה לנו כי יש נפקא מינה בין השיטה הסוברת שזכותו של הבעל היא בוולדות עצמן לבין זו הסוברת שזכותו היא זכות ממונית גרידא אבל זכות ישירה ועצמאית. ברם, בצדק העיר ידידי ר' בנימין פורת שהבדלי הגישות בין האסכולות הנ"ל עלולים להשפיע על ההלכה במקרה ההפוך, דהיינו מקרה בו האב הוא זה המעוניין בהפלה המותרת ואילו האם היא זו המתנגדת לה. דיון בשאלה מרתקת זו חורג ממסגרת מאמרנו זה. וראו הרב יגאל שפרן, 'הצלת עובר המצוי בגופה של נפטרת - היבטים הלכתיים', ספר אסיא, ט, 274, 294-295 (תשס"ד).

34 ראה שו"ע, חו"מ, תכג, א-ב, שהרב יוסף קארו פוסק כמו הרמב"ם וסיעתו ואילו הרב משה איסרליס (הרמ"א) פוסק כמו הראב"ד והרא"ש וסיעתם. כדעתו של הרמב"ם והרב יוסף קארו אף פוסקים הרב מרדכי יפה, לבוש מלכות, חו"מ, תכג, א; הב"ח, חו"מ, תכג, ב; ביאור הגר"א, חו"מ, תכג, ב, ס"ק ד; וחוקת משפט, הלכות ירושה ועזובון, פ"ח, סעיף ו, באורים, אות יד. לעומתם, הערוך השולחן, חו"מ, תכג, ג, פוסק כדעת הרמ"א. וכן נראה דעת הרב יהושע ולק כ"ץ, ספר מאירת עינים (סמ"ע), חו"מ, תכג, ב, ס"ק ה-ו.

35 לטביה, 1843-1926.

36 מילואים, חובל ומזיק, פרק ד, הלכה ב.

37 יש להבין, איך שיטה זו תסתדר עם הסוגיא במסכת ערכין הנזכרת בטקסט לעיל על יד הערות 15-21; הרי סוגיא זו, כאמור, תומכת לכאורה בדעה שלבעל זכויות בגוף הוולד עצמו. הרב מאיר שמחה כהן מסביר שאין להבין את מסקנת הגמרא שם כך שמותר לבית הדין להרוג את העובר במעי אמו הנידונה למות על אף שפוגעים בזכויותיו של האב בעובר. אלא, מפרש הרב מאיר שמחה כהן, הגמרא מסיקה שמותר לבית הדין להרוג את העובר דווקא משום שאין לאב כל זכות קניינית בעובר ודין העובר כדין גופה של האישה.

נראה לפי עניות דעתי הסבר אפשרי נוסף: בעל הסוגיא במסכת ערכין הינו רבי יוחנן. כפי שמופיע במספר מקומות בתלמוד, רבי יוחנן סובר להלכה כרבן שמעון בן גמליאל בכל מקום שדעתו מופיעה במשנה. ראו: בבלי, כתובות, עז, א, והמקורות המקבילים המובאים על ידי הרב יהושע בעז לבית ברוך בעין משפט נר מצווה, על אתר.

ברם, לפי שיטת רבנן הסוברים שבאמת אין לבעל כל זכות קניינית בגוף הוולדות עצמם, כפי שהסברנו בהערה 29-31 לעיל, אין גם כל סיבה לעכב את ההוצאה לפועל של גזר דינה של האישה. יוצא, אפוא, שכל הסוגיא בערכין היא אך ורק אליבא דשיטת רבן שמעון בן גמליאל. אולם, כפי שהסברנו לעיל בהערה 33, הרמב"ם וסיעתו אינם פוסקים כדעתו של רבן שמעון בן גמליאל כי אם כדעתם של רבנן. ועיינו בדיונו של הרב שלמה לוריא, ים של שלמה, בבא קמא, פרק ה, סימן יד, שמוכיח שהרמב"ם הולך בעקבות הר"ף שאינו נוקט בכלל זה של רבי יוחנן שיש לפסוק תמיד כדעתו של רבן שמעון בן גמליאל. וכן כתבו: הרב יום טוב ליפמן הלר, תוספות יום טוב, ערובין, ח, ז; הרב משה סופר, חתם סופר, כללים בסוגיות הש"ס, כלל ס; הרב יוחנן סופר, אפרין חתנים החדש, ח"א, לא; ח"ב, ז. יוצא, אפוא, שכאשר

אלו של הרב מאיר שמחה כהן נכונים במיוחד כשמדובר באישה המפילה על פי היתר רבנים מחמת צער או נזק גופני או נפשי גדול. בנסיבות אלו, יש מפוסקי דורנו הסוברים שאין האישה נדרשת לקבל את הסכמת בעלה טרם ביצוע ההפלה המותרת³⁸. בהקשר זה מן הראוי לציין כי הרב יוסף ראזין³⁹, הידוע בשם "הגאון הרוגאצ'ובי", מי שנחשב לאחד מגדולי התורה הבולטים של סוף המאה ה-19 וראשית המאה ה-20⁴⁰, סובר שלכל הדעות אין לבעל כל זכות בדמי הוולדות "כל זמן שלא הוכר העובר" (שהוא כשלושת החודשים הראשונים)⁴¹. לדעתו, בתקופה זו של ההריון, זיקתו של הבעל לעובר אינה מספיק איתנה בכדי לזכותו בזכויות אשר התורה בדרך כלל מקנה לו בוולדות. אם ניישם דברים אלו בסוגייתנו, יוצא שבין אם זכויותיו של הבעל לעובר הן מקוריות וישירות ובין אם זכויותיו נגזרות מזכויותיה של האישה, אין האישה חייבת לקבל הסכמת בעלה לבצע הפלה המותרת על פי דין תורה בתקופת שלושת החודשים הראשונים של הריונה. בתקופה זו של ההריון, אין בזיקתו הקלושה של הבעל לעובר להוות שיקול של ממש בכדי למנוע ביצוע ההפלה⁴². חידוש זה אינו נקי מספקות⁴³.

הרמב"ם פסק כדעתם של רבנן ודחה את דעתו של רבן שמעון בן גמליאל, הוא אף דחה להלכה את הסוגיא בערכין אשר היא, כאמור, אליבא דשיטת רבן שמעון בן גמליאל. ועיינו עוד: Victor Aptowitzer, "The Status of the Embryo in Jewish Criminal Law" 15 J.Q.R.(1924), n.s. 91-11, reprinted in *Studies in Jewish Jurisprudence*, II, 85-118.

38 וכן כתבו לי שניים מחשובי פוסקי ארה"ב בדורנו, הרב דוד קאהן (אלול, תשמ"א) (מהטעם "דעביד איניש דינא לנפשיה") והרב יהודה דוד בלייך (שבט, תשמ"ב) (מהנימוק שאישה משועבדת לבעלה רק לצורך הסיכונים הרגילים של הריון והטרדות השכיחות של גידול בנים; אבל לא במקום שקיימת סכנה לחייה או לבריאותה של האישה). בשיחה ביום ג' בכסלו תשס"ח - 6 בנובמבר 2007, הבהיר לי הרב דוד קאהן כי, לדעתו, יש בכוח העיקרון של "עביד איניש דינא לנפשיה" להתיר הפלה ללא הסכמת הבעל אף לפי האסכולה הראשונה; שהרי אין לבעל זכות לגרום לאישה אפילו צער או סבל מחמת זכותו הממונית. האבחנה, לדעתו, בין האסכולה הראשונה לבין האסכולה השנייה תבוא לידי ביטוי רק לגבי חובת התשלום בגין ההפלה, דהיינו באיזה מידה חייבת האישה לפצות את בעלה על ההפלה, אבל לא לגבי עצם הרשות להפיל. בהקשר זה ראו והשוו: רמב"ם, אישות, כא, יא, והמפרשים על אתר; הרב משה הרשילר, 'חיובי הצלה בחולים מסוכנים', הלכה ורפואה, ב (תשמ"א), כט, עמ' סז-סח.

39 פולין ולטביה, 1936-1858.

40 על שיטת לימודו המיוחדת ראו: הרב שלמה יוסף זיון, אישים ושיטות, 153-91 (בית הלל, ירושלים, תשל"ח).

41 צפנת פענח על הרמב"ם, אישות, ז, טז (עמ' 86); צפנת פענח, בבא קמא, מג, א, ד"ה "התורה זכתה".

42 והשוו עם גישתה של השופטת ארבל הנזכרת לעיל בטקסט על יד הערה 10. בצדק העיר לי בני, ר' זאב פרימר, כי על אף הדמיון שקיים בין גישתו של הרב ראזין לבין גישתה של השופטת ארבל, עדיין ישנו הבדל מהותי ביותר בין השניים. לפי הרב ראזין, זכותו וכוחו של האב מול אלו של האם מתעצמים עם התפתחות ישותו של העובר. לפי הבנה זו, לכאורה, בשלב הראשוני, רק לאם - האוטונומית על גופה - הזכות הבסיסית לקבוע את גורל "הדבר" שמקנן ברחמה. כשיגיע הרגע שבו נוכל להכיר מבחוץ ולהגדיר

ברם, מאחר שרוב ההפלות מתבצעות בשליש הראשון של ההריון, עמדתו של הרב ראזין מהווה סיוע חשוב לדעתם של אותם הפוסקים אשר אינם דורשים הסכמת הבעל לביצוע הפלה המותרת על פי ההלכה.

יוצא, אפוא, מכל האמור לעיל, שאף במקום שמותר לאישה להפיל את עובריה על פי דין תורה, עדיין חלוקים הפוסקים בשאלה אם דרושה הסכמת הבעל אם לאו. לאור העובדה שמהות זכויותיו של הבעל שנויה במחלוקת עתיקת יומין, סבורני כי אף אליבא דאותם הפוסקים הנוקטים להלכה שאין צורך בהסכמת הבעל לבצע הפלה המותרת על פי דין, עדיין קיימת למעשה דרישה לנסות ולקבל את הסכמתו מראש. רק אם הבעל יתנגד ויתמיד באי-הסכמתו ואילו האישה איתנה בדעתה להפיל, אזי יכריעו פוסקים אלו שדעתה של האישה גוברת ומותר לה לבצע את ההפלה חרף התנגדותו של בעלה.

נידוננו דומה להלכה הידועה של "עביד איניש דינא לנפשיה" (= עושה אדם דין לעצמו). לפי המשפט העברי, רשאי אדם להתגונן מפני פגיעה בגופו או ברכושו גם אם ההתגוננות כרוכה בפגיעה במזיק או בממונו. אמנם, זכות זו מותנת במגבלות שונות.⁴⁴ בין השאר, עזרה עצמית במשפט העברי מותרת אך ורק כאשר המזיק פועל מתוך

את אותו ה"דבר" כ"ישות עוברית", נוכל לומר שהזכות הערטילאית המוענקת "לאבי העובר", יש לו על מה לחול ולהתייחס. ממילא, מאותה שעה ואילך, יוכל האב - בתוקף היותו "אבי העובר" - לקבוע גם הוא את גורלו של העובר. לעומת זאת, לפי השופטת ארבל, זכותה וכוחה של האם מול אלו של האב, נחלשים עם החלשת התלות של העובר באם. דהיינו, נקודת המוצא היא שלזכות האם עליונות על פני זו של האב בהיותה מקיימת את העובר; אף על פי כן, גם לאב זכות, אמנם בסיסית, כבר מלכתחילה. ככל שהעובר נהיה יותר עצמאי מבחינה ביולוגית ופחות תלוי בגוף האם, כן קטנה היכולת להגדירו כחלק אינטגרלי מגופה האוטונומי של האישה; ואז, מתגמדת אף העליונות שהייתה לאם על פני האב. הנפקא מינה בין שתי ההבנות באה לידי ביטוי במועד נקודת האיזון בין זכותו וכוחו של האב לבין זכותו וכוחו של האב. לדעת הרב ראזין, נקודת האיזון היא, כאמור, בשלושה חודשים: המועד בו ניכרת כלפי חוץ את העובדה שיש כאן "ישות עוברית"; ואילו לדעת השופטת ארבל, נקודת האיזון תהיה, כנראה, בסביבות שישה או שבעה חודשים, המועד בו העובר כבר יכול מבחינה רפואית להתקיים בכוחות עצמו אף ללא סיוע גוף אמו. וראו את ההערה הבאה.

43 ראו מאמרו של הרב זלמן נחמיה גולדברג, לעיל הערה 33, בעמ' 56-57, 61, המסתפק אם יש מקום לחיוב בדמי ולדות בתוך ארבעים יום להריונה של אישה. מקור הספק נובע מכך שהבבלי, יבמות, סט, ב ובכורות, מז, ב, קובע שבמהלך תקופה זו, העובר נחשב, מבחינה הלכתית, כ"מיא בעלמא". הרב גולדברג אינו מזכיר את דברי הרב ראזין. וראו עוד: הרב יצחק צבי אושינסקי, לעיל הערה 15, בעמ' תה-תו.

44 לסיכום סוגיא זו ראו: הרב אברהם שיינפלד, לעיל הערה 15א, 109-119.

פשיעה⁴⁵, וכאשר אין לניזוק דרך חוקית אחרת להדוף את הנזק, כגון על ידי פניה לבית הדין⁴⁶.

כך הוא בענייננו. ההיתר ההלכתי להפיל עובר מבוסס בראש ובראשונה על מניעת הנזק הצפוי לאישה במקרה והיא תמשיך בהריונה. היתר זה אף מאפשר לה - לפי אסכולה זו - לפגוע בכל זכות אשר יש לבעל, אם יש, בעובר. יחד עם זאת, בידי האישה האפשרות לבצע את ההפלה גם מבלי לפגוע בזכות כלשהי של הבעל וזאת על ידי קבלת הסכמתו לדבר. משום כך, נראה לעניות דעתי שההיגיון המשפטי מחייב כי אל לה לאישה לפגוע בעובר - שהוא אף עוברו של הבעל - טרם שניסתה להשיג הסכמת בעלה.

זאת ועוד, אף המוסר האנושי מחייב את האישה לנסות להשיג את הסכמת בעלה. פניה זו מצד האישה לבעל גם תאפשר לבעל את ההזדמנות להביע את דעתו בנושא המשך קיומו של העובר. שכן אף לבעל השקעה רגשית - אם לא משפטית - בעובר. להחלטה זו, אם להפיל את העובר אם לא, יש השפעה אף על חיי הבעל ולא רק על חיי האישה. מן הראוי הוא, אפוא, שתוענק לבעל הזדמנות להשמיע בפני האישה את עמדתו לגבי נכונותה של דרך הפעולה אשר היא שוקלת. אולם, כאמור, אם על אף מאמציה של האישה, עדיין עומד הבעל בסירובו והאישה עומדת על דעתה להתקדם עם ההפלה, אזי מותר לאישה, לפי דעה זו, לבצע את ההפלה למרות התנגדות בעלה⁴⁷.

הבעל או האב?

למחלוקת הנ"ל אם זכויות הבעל בעובר הן מקוריות וישירות או נגזרות מהאישה, יש נפקא מינה חשובה נוספת המהותית לנידוננו.

45 ראו: הרב יאיר בכרך, שר"ת חוות יאיר, קסה; הרב צבי הירש אייזנשטט, פתחי תשובה, חו"מ, ד, ס"ק ג; הרב אברהם ישעיה קרליץ, חזון איש, בבא קמא, ד, סוף ס"ק ג.

46 ראו: הרב יעקב לורברבוים מליסא, נתיבות המשפט, חו"מ, ד, א; ערוך השולחן, חו"מ, ד, א; הרב משה פיינשטיין, דברות משה, בבא קמא, יח, סוף ענף א וענף ו. אולם, השווה הרב שניאור זלמן מלאדי, שולחן ערוך הרב, הלכות גזילה וגניבה, סעיף כח, שמדבריו נראה, לכאורה, שסבור אחרת.

47 גישה זו במסגרת המשפט העברי תואמת, כמובן, את גישתו של כב' השופט מנחם אלון בע"א 413/80 לעיל הערה 1. לשאלה האם בכוחה של חובה מוסרית ליצור חובה הלכתית במשפט העברי ראו: Rabbi Aaron Lichtenstein, "Does Judaism Recognize an Ethic Independent of Halakha?", *Leaves of Faith*, (Ktav Publishing House, Inc., New Jersey, 2004), II, 33-56; הרב יהודה עמיטל, 'מוסר טבעי', והארץ נתן לבני אדם (מכללת יעקב הרצוג להכשרת מורים, אלון שבות, תשס"ה), 40-25; נעם פרימר, 'מקומו של המוסר ביהדות', כי בא מועד (ישיבת חורב, ירושלים, תשס"ה), 465-468.

עד כה הנחנו שמדובר בבעל האשה שהוא אומנם גם אבי העובר. ברם, מה היא ההלכה במקרה שאין הדבר כן, שהבעל והאב אינם זהים? בעיה זו מתעוררת, למשל, בנסיבות שהאב והאם אינם נשואים כלל, או שהתגרשו לאחר הריונה של האשה אבל טרם החלטת האשה להפיל; בנסיבות אלו, אבי העובר אינו בעלה של האשה. שאלה זו תעלה אף במקרה בו אשה מעוברת מתחתנת עם בעל חדש וכעת ברצונה להפיל עובר; במערכת עובדות זו, בעל האשה אינו אבי העובר (ולהפך). האם הזכויות בעובר - במידה ויש - שייכות לבעל או לאב? אף כאן שומה עלינו לפנות לסוגיית דמי הוולדות למצוא את התשובה לשאלתנו.

עוד בתקופת התנאים נחלקו הדעות אם דמי הוולדות מוקנים לבעל או לאב. לפי בית מדרשו של רבי ישמעאל, דמי הוולדות שייכים דווקא לאב - שהוא "בעל ההריון" - וזאת אף אם אינו "בעל האשה":

"ונגפו אשה הרה" (שמות כא, כב): מה תלמוד לומר⁴⁸? לפי שנאמר "כאשר ישית עליו בעל האשה" (שם), שומע אני אף על פי שאין ההריון שלו. תלמוד לומר "הרה", מגיד שאינו חייב אלא לבעל ההריון.⁴⁹

48 דהיינו: "שמה שכתוב 'אשה הרה' מיותר, שדי לומר 'ונגפו אשה וילדו ילדיה' - הרב מאיר ליבוש מלבי"ם, התורה והמצווה, שמות, כא, כב, תחילת סימן פו.

49 מכילתא דרבי ישמעאל, משפטים, ח (מהדורת הארואויטץ-רבין 275). וכן ראו תוספתא, בבא קמא, ט, כ (מהדורת צוקרמנדל 365; מהדורת ליברמן 46-47), שמוסיפה "נתגרשה מזה ונשאת לזה, נתגרשה מזה ונשאת לזה, ולדות לבעל הריון".

האמורא הארצישראלית (דור שני או שלישי), רבי עוקבא, הגביל את ההלכה הזאת של המכילתא דרבי ישמעאל בקבעו שיש לאב הביולוגי של העובר זכות לדמי הוולדות אך ורק אם הוא "(ש)ראוי ליקרא בעל", דהיינו אם יש לו את הכושר המשפטי להתחתן עם אם העובר ובכך להפוך ל"בעל האשה" - זאת על אף שאינו עושה כן בפועל. ברם, אם האב מ"אלו שאינן ראויין להיות בעל", דהיינו, שאין לו את הכושר המשפטי להתחתן עם אם העובר כך שגם אין לו כל אפשרות הלכתית להיות אף "בעל האשה" - כגון גבר עם אמו או גבר עם אחותו - אזי גם אין לאב הביולוגי כל זכות בדמי הוולדות. ראו ירושלמי, בבא קמא, ה, ו.

דברי רבי עוקבא מובאים להלכה, בין השאר, על ידי תוספות, בבא קמא, מג, א, ד"ה "אפילו"; חידושי הרשב"א, בבא קמא, מג, א; הרב מנחם המאירי, בית הבחירה, בבא קמא, מב, ב (מהדורת שלזינגר, 132); הרב וידאל יום טוב די טולושא, מגיד משנה, חובל ומזיק, ד, ד; הרב יוסף קארו, בית יוסף, ח"מ, תכג, ד; ים של שלמה, לעיל הערה 37, סימן יז; הרב משה איסרלש, דרכי משה השלם, ח"מ, תכג; הרב מרדכי יפה, לבוש הבוץ והארגמן, ח"מ, תכג, ג; הרב משה רבקה, באר הגולה, ח"מ, תכג, ג, ט; ביאור הגר"א, ח"מ, תכג, ז; מנחת חינוך, לעיל הערה 14, אותיות כח-כט; והרב יחיאל מיכל הלוי עפשטיין, ערוך השולחן, ח"מ, תכג, ה. ועיין: הרב צבי זעהמאן, סולת מנחה, מצווה מט, אות ה, ד"ה "והנה" שמסתפק במקרה שאשת איש זינתה ונתעברה ובעלה גירשה, אם דמי הוולדות שייכות לבעל.

לעומת זאת, בבית מדרשו של רבי שמעון בר יוחאי סברו שדמי הוולדות שייכים ל"בעל האשה" וזאת אף אם הוא אינו האב:

"כאשר ישית עליו בעל האשה" (שמות כא, כב): יכול אם אמר מנה נותן מנה, ואם אמר מאה מנה יהיה נותן מאה מנה? תלמוד לומר: "ונתן בפלילים" (שם) - בדיינים. אם כן, למה נאמר "כאשר ישית עליו בעל האשה"? לימד שדמי ולדות לבעל ואם אין בעל, הרי הוא שלה.⁵⁰

שני התלמודים, הן התלמוד הירושלמי והן התלמוד הבבלי, הולכים, לכאורה, בעקבות בית מדרשו של רבי ישמעאל. התלמוד הירושלמי⁵¹ מצטט את דברי המכילתא דרבי ישמעאל הנזכרים לעיל כמעט מילה במילה בשינויים קלים. מפרשי הירושלמי⁵², על בסיס דברי התוספתא⁵³, מבינים כי התלמוד הירושלמי דן במקרה שאישה מעוברת מתגרשת ומתחתנת עם בעל חדש. במקרה כזה, מכריע התלמוד הירושלמי כי הזכות לדמי הוולדות שייכת לאב שהוא "בעל ההריון" וזאת על אף שהוא כבר אינו עוד "בעל האשה". התלמוד הבבלי מרחיק לכת ומביא בשם רב פפא, ראש ישיבת נרש שבבבל, כי אפילו אם האב מעולם לא היה נשוי לאם העובר, עדיין שייכות לאב הזכויות בדמי הוולדות:

אמר רב פפא: התורה זכתה דמי ולדות לבעל אפילו בא עליה בנות. מאי טעמה? אמר קרא: "כאשר ישית עליו בעל האשה" (שמות כא, כב) (אבוהל הקפיד - רש"י⁵⁴).

יש לציין כי הנוסח "רבי עוקבא" מופיע בכתב יד לידן של הירושלמי ובדפוס ראשון ונציה רפ"ג. ברם, בכתב יד אסקוריאל הספרדי הנוסח הוא "רבי עקיבא". הנוסח "רבי עקיבא" אף היה בפני הרשב"א והרב וידאל יום טוב די טולושא, הנזכרים לעיל. ועיין במראה הפנים על הירושלמי, על אתר, והיפה עינים, בבא קמא, מג, א, המעדיפים את הנוסח "רבי עוקבא". כפי שנראה להלן, המכילתא דרבי שמעון בן יוחאי סוברת שדמי הוולדות שייכות לבעל האשה וזאת אף אם הוא אינו האב. אם כן, כל הדרשה של ר"ע היא מיותרת לפי המכילתא דרבי שמעון בן יוחאי. יחד עם זאת, מקובל כי המכילתא דרבי שמעון בן יוחאי הוא בדרך כלל אליבא דשיטתו של רבי עקיבא. אם כן, נראה לנו שמסתבר יותר הנוסח "רבי עוקבא" ובא להגביל את הלכתו של המכילתא דרבי ישמעאל.

50 מכילתא דרבי שמעון בן יוחאי, משפטים, כא, כב (מהדורת אפשטיין 176). וכן הוא במדרש הגדול, משפטים, כא, כב (מהדורת מרגליות תעח). באשר לנוסח הנכון ראו: הערתו של פרופ' אפשטיין למכילתא דרבי שמעון בן יוחאי, שם, הערה 16; וביקרתו של הרב מנחם מ. כשר, תורה שלמה, כך יז 121, סימן תכד. אנחנו אימצנו כאן את גישתו של הרב כשר.

51 בבא קמא, ה, ו.

52 פני משה ומראה הפנים, על אתר.

53 לעיל הערה 49.

54 חלקו המפרשים באשר להבנת דרשת הפסוק על ידי רב פפא. ראה אנציקלופדיה תלמודית, לעיל הערה 14, עמ' תקצג והמקורות המובאים שם.

בעקבות התלמודים, אימצו רוב הפרשנים והפוסקים הראשונים והאחרונים את העמדה כי הזכויות לדמי ולדות שייכות לאב ולא לבעל⁵⁶. אולם, הרמב"ם, באופן מפתיע ביותר, משמיט לגמרי את דברי התלמודים מספרי פסקיו⁵⁷. מהו פשר השמטה זו?

נראה לנו כי ההסבר הנכון להשמטת הרמב"ם הוא זה של הרב יחזקאל אברמסקי⁵⁸, לשעבר אב בית הדין בלונדון, אנגליה. כפי שמסביר הרב אברמסקי⁵⁹, בית מדרשו של רבי ישמעאל וכן רב פפא נקטו, לכאורה, בדעה כי לאב זכות עצמאית וישירה בעובר⁶⁰. משום כך, ההיגיון⁶¹ מחייב כי אף אם אבי העובר אינו בעל האשה עדיין נותרה לו זכותו בוולד. זכותו זו בעובר מקנה לאב - ולא לבעל - את דמי הוולדות. ברם, הרמב"ם נמנה על אותה אסכולה אשר סבורה כי אין לבעל - גם אם הוא אבי העובר - כל זכות מקורית בעובר ואילו זכותו של הבעל לדמי הוולדות אינה אלא זכות הנגזרת מזכותה של האשה, הנובעת לבעל מכוח דיני האישות. לפי דעה זו, מסתבר שהזכות לדמי ולדות שייכת אך ורק ל"בעל האשה" מכוח דיני האישות שביניהם ולא לאב הביולוגי של העובר שאינו נשוי לאשה בעת הפגיעה, הזמן שקמה

55 בבא קמא, מג, א.

56 ראו המקורות המובאים בהערה 49, לעיל. ויש להוסיף: פירוש רבנו אברהם אבן עזרא הארוך על התורה, שמות, כא, כב; פירוש התורה לרבנו אברהם בן הרמב"ם, שמות, כא, כב; רבנו אלעזר מגרמייזא, פירוש הרוקח על התורה, שמות, כא, כב; הרב ישעיה אחרון, פסקי הרי"א², בבא קמא, פרק ה, הלכה ג, סעיף א (מהדורת ורטהיימר, עמ' עה); הרב יהושע בועז, שלטי גבורים, בבא קמא, פרק ה, אות א; הרב חיים בנבנשת, כנסת הגדולה, חר"מ, תכד, הגהות הטור, ס"ק א; מנחת חינוך, לעיל הערה 14, אותיות כח, מ; הרב מנחם כשר, לעיל הערה 49.

57 אף הרב יוסף קארו, לכאורה בעקבות הרמב"ם, משמיט את דברי התלמודים מהשולחן ערוך וזאת למרות שהוא כן מביא את דברי רב פפא בבית יוסף שלו, לעיל הערה 48. ראו מנחת חינוך, לעיל הערה 14, אות כח.

58 ליטא, אנגליה וישראל, 1886-1976.

59 חזון יחזקאל, לעיל הערה 29. להבנות שונות בעמדת רמב"ם עיינו והשוו: הרב מסעוד חי רקח, מעשה רקח, חובל ומזיק, ד, ב, ב; מנחת חינוך, לעיל הערה 14, אות כח; הרב ברוך הלוי עפשטיין, תורה תמימה, שמות, כא, כב, אות קסד; הרב חיים דובער גולבסקי, 'בעיות על בעלות הילדים בין איש לאשה וחיובי האשה על בניה', בית יצחק, טו, 41, 59-60 (תשמ"א).

60 וכן כותבים: הרב חיים דובער גולבסקי, הערה 59 לעיל, בעמ' 58-59; הרב אשר זעליג וייס, מנחת אשר, בבא קמא, כו, א. אולם השווה: דברות משה, הערה 33 לעיל, ענף ב, הסובר כי גם לפי רב פפא "הוא מדין אישות. אך לעניין הוולדות שנתהוו מביאה זו עשה בה מעשה אישות, חשבה התורה כקנויה לו וכאשתו היא לזה".

61 ראו מלבי"ם, לעיל הערה 48, סוף סימן פו.

עילת התביעה. בגין ניתוח זה, דחה הרמב"ם את דברי המכילתא דבי ישמעאל ודברי רב פפא הלכה למעשה והשמיטם.

הבנה זו בהשמטת הרמב"ם - דהיינו שדמי הולדות שייכים לבעל ולא לאב - עולה, כמובן, בקנה אחד עם המכילתא דרבי שמעון בר יוחאי שראינו לעיל⁶². יתרה מכך, הדברים מוצאים ביטוי מפורש בפירושו לתורה של אחד מגדולי חכמי פרובנס, רבנו לוי בן גרשום (הרלב"ג)⁶³, אשר השפעתה של תורת הרמב"ם עליו היא מן המפורסמות⁶⁴. ואלו דבריו:

וראוי כי תדע כי דמי ולדות הם לבעל, כשהיה חי בשעת נגיפה, כי התורה זכתה לו בהם. אמנם אם נגפדה אחר מיתת הבעל, יהיו דמי הולדות לאשה, לא ליורשי הבעל. וכן הענין במי שהיתה מעוברת ואין לה בעל, שדמי הולדות הם שלה וזה מבואר בנפשו לפי לשון התורה, עם מה שהתבאר מהשורשים הכוללים ומהענין בעצמו.⁶⁵

בבואנו ליישם דיון זה על סוגיית ההפלה, מתגלה תוצאה משמעותית ביותר. כפי שכבר ראינו לעיל⁶⁶, לפי אותה אסכולה הסוברת שאין לבעל כל אינטרס עצמאי או ישיר בעובר וזכותו של הבעל לדמי ולדות אינה אלא זכות הנגזרת מהאישה מכוח דיני האישות, אזי אין האישה חייבת לקבל את הסכמת בעלה לבצע הפלה המותרת על פי ההלכה. אסכולה זו אינה מאבחנת בין מקרה בו הבעל הוא אף האב הביולוגי של העובר לבין מקרה שהבעל והאב הם אנשים שונים. לעומת זאת, לפי אותה דעה הנוקטת שלבעל יש זכות מקורית וישירה בעובר וזכותו לדמי הולדות נובעת מזכותו זו בעובר, אכן יש צורך שהאישה תקבל הסכמת בעלה לביצוע הפלה. אולם, לפי אסכולה זו, יש בהחלט הכרח להבחין בין בעל לבין אב. זכותו של הבעל בעובר הוא אך ורק במקום שהוא גם האב; רק אז יש לו אינטרס ישיר בעובר הבא לידי ביטוי אף בזכותו לקבלת דמי הולדות. ברם, במקרה שהבעל אינו האב, או בנסיבות שאין כלל בעל, הזכות בעובר שייכת לאב בלבד ועל כן הזכות לדמי ולדות מוענקת לאב ולא

62 לעיל הערה 50.

63 1344-1288.

64 ראו הרב כרמיאל כהן, 'מתה בשעת מלאכה ומתה מחמת מלאכה', מעליות כ: עיונים וביאורים בדברי הרמב"ם 217, 220-218 (תשנ"ט); הרב ברוך ברנר, 'יחסו של הרלב"ג לדרכו של הרמב"ם במנין המצוות', שם, 228.

65 שמות, כא, כב, משפטים, חלק ב (מהדורת ברנר וכהן, עמ' 38). אולם השוו דברי בנו של הרמב"ם, רבנו אברהם בן הרמב"ם, לעיל הערה 56, אשר כותב במפורש "כי דמי הולדות לאב".

66 בטקסט לעיל על יד הערה 35-38.

לבעל. בהתאם, במצב זה, אף ההסכמה לביצוע הפלת העובר חייבת לבוא מהאב ולא מהבעל.

אף כשקיימת סכנה?

כידוע, האם ומתי מותר לאישה להפיל היא סוגיה השנויה במחלוקת אינטנסיבית בין חכמי ההלכה היהודית⁶⁷. במאמרנו זה עד כה, הנחנו כי המדובר בהפלה מלאכותית של עובר באותן נסיבות, ולפי אותם רבנים המתירים הפלה זו. כאשר ההפלה אסורה מעצם טיבה וטבעה על פי ההלכה, מובן הוא מאליה שאין אף בידי הסכמת הבעל בכדי להתירה⁶⁸.

זאת ועוד: חילוקי הדעות בין הפוסקים אשר ראינו באשר לצורך בהסכמת הבעל להפלה, התעוררה רק באותם מקרים בהם מורי ההלכה התירו להפיל את העובר, וזאת על אף שחיי האישה אינם בסכנה. במקרה שחיי האישה צפויים לסכנה אם לא מפילים, אין חולק כי ההפלה מותרת ואולי אפילו מצווה וחובה⁶⁹. ונשאלת השאלה האם אותם פוסקים המחייבים הסכמת הבעל להפלת העובר במקרה שחיי האישה אינם בסכנה, סוברים כן אף במצב שחיי האישה בסכנה?

יאמר מיד, שההיגיון הפשוט מורה שבנסיבות שהאישה בסכנה, אין כל זכות לבעל למנוע מהאישה להציל את עצמה באמצעות הפלת העובר. ההיתר להפיל במקרה של סכנה מופיע כבר במשנה במסכת אהלות⁷⁰ ובתלמוד הבבלי במסכת סנהדרין⁷¹. אין כל זכר במקורות אלו או אחרים שהולכים בעקבותיהם שנחוצה הסכמת הבעל. והדבר מובן, שהרי הלכה פסוקה כבר בתלמוד ש"בכל מתרפאין חוץ מעבודה זרה, וגילוי

67 לסיכום הסוגיא והשיטות ראו פרופ' אברהם שטיינברג, ערך "הפלה", אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך ב, 717 בעמ' 760-782 (תשס"ו); פרופ' אברהם-סופר אברהם, נשמת אברהם, כרך ד, ח"מ, תכה, בעמ' קלד-קסח (מהדורה שניה מורחבת תשס"ז).

68 ראו עניין דומה לגבי סירוס האישה: שו"ת ציץ אליעזר, ח"ו, מב, קונטרס אורחות המשפטים, פרק ד, סוף אות א; שו"ת מנחת יצחק, ח"ה, ק"ג.

69 ראו משנה, אהלות, ז, ו; רמב"ם, רוצח ושמירת נפש, א, ט; שו"ע, חו"מ, תכה, ב. לדעת הרב יחיאל יעקב וינברג, שו"ת שרידי אש, לעיל הערה 21, והרב נחום צבי קארנמעהל, שו"ת תפארת צבי, ח"ב, נב, מצווה וחובה היא להפיל את העובר בכדי להציל את האם. לעומת זאת, הרב שמעון אפרתי, שו"ת מגיא ההריגה, קונטרס אחרון, עמ' פח, והרב יוסף געלב, ברכת יוסף, ח"ב, לט, סבורים כי אין כאן אלא רשות להרגו. ועיינו עוד: הרב יצחק זילברשטיין, בשבילי הרפואה (חוברת ז, אלול, תשמ"ה), קב.

70 שם.

71 בבלי, סנהדרין, עב, ב.

עריות ושפיכות דמים⁷²; וכן ש"אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש חוץ מעבודה זרה, וגילוי עריות ושפיכות דמים⁷³.

לא זו אף זו: מוצאים אנו בין חכמי ההלכה שני נימוקים עיקריים לסיבה בשלה מותר להפיל עובר במקום שחיי האם בסכנה מבלי שהדבר יכלל בחריג של שפיכות דמים.

רש"י סובר שאין ההפלה נחשבת לשפיכות דמים:

דכל זמן שלא יצא (העובר - ד"פ) לאויר העולם, לאו נפש הוא וניתן להורגו ולהציל את אמו.⁷⁴

הרמב"ם, לעומת זאת, כותב שגם בהנחה שהפלה כן נחשבת לשפיכות דמים, היא עדיין תהיה מותרת להציל את חיי האם:

מפני שהוא (העובר - ד"פ) כרודף אחריה להורגה.⁷⁵

הגדרת הרמב"ם את העובר "כרודף" המצדיקה את ההפלה על בסיס דיני ההגנה העצמית מעוררת קשיים עיוניים ומהותיים מרתקים אשר דנו בהם במקום אחר⁷⁶, ואין כל צורך לחזור על הדברים כאן. הנוגע לענייננו הוא דיונם של הפרשנים האחרונים באשר למניע שהביא את הרמב"ם להציע נימוק נוסף להתיר את ההפלה, במיוחד כשאין זה ברור כלל וכלל כי הרמב"ם חולק על מהותם של דברי רש"י.

כמה מהפוסקים האחרונים⁷⁷ מדגישים כי יסודו של דין רודף הוא ההלכה שמצילים את הנרדף בנפשו של הרודף⁷⁸. יתרה מזו: מאחר שמותר לנרדף אפילו להרוג את הרודף בכדי להציל את נפשו, אזי אם נאלץ הנרדף להזיק את רכושו של הרודף תוך כדי הצלת נפשו, יהיה הנרדף פטור מלשלם עבור הנזק "שלא יהא ממונו (של הרודף -

72 בבלי, פסחים, כה, א-ב.

73 בבלי, יומא, פב, א.

74 רש"י, סנהדרין, עב, ב, ד"ה "יצא ראשו".

75 רמב"ם, לעיל הערה 69. וכן ראו שו"ע, חו"מ, תכה, ב.

76 ראו 'הגדרת דין רודף', אור המזרח, כך לא, חוברת ג-ד (קי-קיא) (ניסן-תמוז, תשמ"ג), חלק "אשירה לה' בחיי", 325 בעמ' 336-337 [עמ' 182-192 בספר זה]; "The Right of Self Defense and Abortion" in *Maimonides as Codifier of Jewish Law*, ed. Nahum Rakover (Jerusalem: The Library of Jewish Law, 1987), 195 at 210-216 [עמ' 137*-142 בספר זה].

77 לעיל, הערה 24, והמקורות המובאים שם.

78 משנה, סנהדרין, ח, ז: "ואלו הן שמצילין אותן בנפשן: הרודף אחר חברו להרגו וכו'" (בנפשו: כלומר בנפש הרודף - פירוש המשנה לרמב"ם (מהדורת קאפח, עמ' קצא)). וראה גם: רמב"ם, רוצח ושמירת נפש, א, ו. והשוו רש"י, סנהדרין, עג, א.

ד"פ) חביב עליו מגופו⁷⁹. אף צד שלישי רשאי וחייב לפעול להציל את הנרדף ללא התחשבות בכל זכות ממונית של אחר⁸⁰. בהתאם למגמה זו, פוסק הרמב"ם שגם כשממונו של אחר מסכן אדם, רשאי האדם הנמצא בסכנה - או אפילו צד שלישי - לסלק את הממון המסכן בכדי להציל את עצמו, כדין נרדף שרשאי לחסל את הרודף ללא תשלום נזקיו⁸¹.

לאור האמור, מסבירים אחרונים אלו, העדיף הרמב"ם להשתמש בקונסטרוקציה של רודף על מנת להצדיק את הפלת העובר המסכן. בעשותו כן, מתגבר הרמב"ם לא רק על כל חשש של שפיכות דמים בהפלה, אלא אף הודף כל טענה שלאב זכות ממונית או אחרת בעובר. לפי זה, שתי האסכולות שהזכרנו לעיל - גם זו הסוברת שיש לבעל זכות מקורית בעובר וגם זו הסוברת שאין לבעל כל זכות עצמאית בעובר - יסכימו שאין כל צורך בהסכמת הבעל לביצוע ההפלה⁸².

79 בבלי, סנהדרין, עד, א; רמב"ם, חובל ומזיק, ח, יג.

80 ראו רמב"ם, חובל ומזיק, ח, יד. וז"ל: "מי שרדף אחר הרודף להושיע הנרדף ושבר את הכלים בין של רודף בין של כל אדם פטור. ולא מן הדין אלא תקנה היא שלא ימנע מלהציל או יתמהמה ויעיין בעת שירדוף". דברים אלו מבוססים על בבלי, סנהדרין, עד, א. אולם, אם הנרדף עצמו גרם נזק לרכושו של מי שאינו רודף אחריו, על אף שמותר היה לו להזיק בכדי להציל את נפשו, חייב הוא לפצות את הניזוק "שהמציל את עצמו בממונו של חברו חייב". ראו בבלי, בבא קמא, ס, ב; בבלי, סנהדרין, עד, א; רמב"ם, חובל ומזיק, ח, יג. וראו עוד להלן, הערה 82.

81 רמב"ם, חובל ומזיק, ח, טו.

82 כאמור בטקסט, אף אליבא לאותם ראשונים ואחרונים החולקים על הרמב"ם וסוברים שאין לעובר דין רודף, עדיין מותר לאישה להפיל עובר כדין המשנה באהלות והגמרא בסנהדרין. כעין זה כתב הרב נחום אליעזר רבינוביץ ביד פשוטה, חובל ומזיק, ח, טו, בקשר למשא המסכן נוסעי ספינה וז"ל: "ברם, גם לשיטת הראב"ד שאין אף אחד מהם רודף, כיוון שכולם עומדים בסכנת טביעה, מי שאזר חיל והשליך לים ודאי מצווה רבה עשה שהציל את עצמו ואת כולם".

אולם, הדברים עדיין צריכים עיון. אם נסבור גם שיש לבעל זכות בגוף העובר וגם שהעובר עצמו אינו רודף, עולה שאלה מעניינת: מדוע אישה המפילה עובר להציל את חייה, אינה חייבת לשלם לבעלה דמי ולדות כבכל מקרה של אדם "המציל את עצמו בממונו של חברו", שההצלה מותרת אבל חייב הניצול לשלם לניזוק? עיינו לעיל הערה 80; בבלי, בבא קמא, קיז, ב; ראב"ד, חובל ומזיק, ח, טו; מרדכי, בבא קמא, סוף רמז קצג; תשובות מיימוניות, ספר נזיקין, סימן כ. ועיינו עוד: הרב מיכל שטרן, שם, בעמ' קכ. וכתב לי הרב דוד קאהן (אלול, תשמ"א) שבמקרה כזה דמי הוולדות כלולים בחיובו של הבעל לשלם עבור רפואת אשתו. וכן שמעתי אף מהרב יהודה דוד בלייך (ניסן, תשמ"ז). וראו בסוגיית רפואת אשתו מאמרו של ידידיה כהן, 'בגדרי חיוב הבעל ברפואת אשתו על פי המשפט העברי', דיני ישראל, ז, סז (תשל"ו). ברם, עדיין צריך עיון במקום שאבי העובר אינו בעלה של האם שאז אין עליו כל חיוב לרפואת האם. וכן הסתפק בדבר הרב דוד קאהן עצמו במכתבו הנ"ל. הלכה למעשה, נראה לי ברור שאין האישה חייבת לשלם לאב דמי ולדות מאחר שהיא תמיד יכולה לטעון "קים לי" כדעת הרמב"ם בשתי הסוגיות: גם בסוגיית דמי ולדות - דהיינו שאין לבעל זכות בגוף העובר, וגם בסוגיית רודף - דהיינו שהעובר עצמו כן יש לו דין רודף. ראו הערה 94 להלן.

כפי שמסכם נקודה זו הרב ישראל יעקובוביץ', לשעבר הרב הראשי של בריטניה:

ולכן ברור שרופא הבא להפיל או להשחית הולד כדי למלט אמו מעושה... אינו צריך לשים לבו לבעל כשהוא צווח ואומר שמאבדין דמים שלו.⁸³

לסיכום ביניים

אם נסכם את עיקרי מסקנות הדיון עד כה, יוצא כדלקמן:

כשההפלה מותרת על אף שאין צפויה סכנה לחיי האישה - יש מחלוקת בין הפוסקים אם חייבת האם לקבל את הסכמת הבעל לשם ביצוע ההפלה; לפי אותם מורי הוראה המחייבים הסכמת הבעל לביצוע הפלה, זה בתנאי שהבעל הוא גם אבי העובר. ברם, אם בעל האישה ואבי העובר אינם זהים, או שאין בכלל בעל - אזי ההסכמה דרושה מאת אבי העובר;

אף אליבא דאותם פוסקים שאינם דורשים הסכמת הבעל להפלה מותרת, עדיין חייבת האישה לנסות ולקבל את הסכמת הבעל. רק אם הבעל עדיין מתנגד, רשאית האישה - לפי אסכולה זו - להפיל את העובר חרף התנגדותו של בעלה;

כשההפלה מותרת כיוון שהאם נמצאת בסכנת נפש - אין צורך בהסכמת הבעל לשם ביצוע ההפלה;

כשההפלה אסורה מעצם טיבה וטבעה - אין בידי הסכמת הבעל בכדי להתירה.

התוצאות המשפטיות

אישה המבצעת הפלה מלאכותית בניגוד להלכה - משום שהייתה דרושה הסכמת הבעל שהיא לא קיבלה, או משום שההפלה אסורה מעצם טיבה וטבעה - מה הם הצעדים המשפטיים שהבעל יכול לנקוט בהם כנגד האישה?

במכתב אלי מיום כח בחשון תשס"ח, הרב אברהם צ' שינפלד מוסיף והולך: "עוד נראה לי, שגם אם באופן עקרוני ייתכן שיש חיוב על האישה לשלם לבעל דמי הוולד, כדין המציל את עצמו בממון חברו (לשיטות שזו זכות ישירה של הבעל - האב), מכל מקום למעשה לא יהיו תשלומים בגלל אופן שומת הנזק. כמו שכתוב בשו"ע, חו"מ, תכג, א, ששמין את האישה כמה הייתה שווה להימכר כשפחה לפני ההפלה וכמה היא שווה לאחריה. הפרש הוא דמי העובר. כאשר האישה מסוכנת למות מחמת העובר, אין ספק ששוויה להימכר לפני ההפלה הוא פחות משוויה לאחר ההפלה, כשנצלו חייה, וממילא אין בעבור מה לשלם".

83 לעיל הערה 24, בעמ' 23. דברי הרב יעקובוביץ' מובאים אף על ידי הרב מיכל שטרן, 'הפלה מלאכותית', הרפואה לאור ההלכה, כרך א (תש"ס), א בעמ' קכ-קכא. הרב גדליה פעלדער, לעיל הערה 28, מתעלם, משום מה, מנקודה חשובה זו, ודבריו צריכים עיון.

תביעה בנזיקין

כאמור לעיל⁸⁴, קיימת לאב⁸⁵ עילת תביעה נזיקית⁸⁶ כלפי אדם הגורם נזק לעובר. כיוון שהמשפט העברי אינו מבחין בין אדם שלישי המזיק לבין אישה המזיקה לבעלה⁸⁷, אזי עילת תביעה זו עומדת, לכאורה, לאב גם כלפי האם⁸⁸ ואפילו אם הם נשואים זה לזה. ברם, כבר עמד על כך הרב מאיר שמחה כהן מדווינסק⁸⁹ כי אף אם במישור העיוני יש עילת תביעה בנזיקין, הרי שבמישור המעשי, תביעה על ידי הבעל נגד האישה בגין הפלת עובר על ידיה ("וזה לא שמענו"). זאת ועוד: הרב מאיר שמחה כהן ממשיך וטוען כי גם במישור העיוני תביעה בנזיקין נגד האישה בגין הפלת הוולד קיימת אך ורק לפי אותה אסכולה⁹⁰ הסוברת שיש לבעל זכות מקורית אשר נובעת באופן ישיר מזכותו של בעל בעובר. לא כן לפי אותה גישה⁹¹ הסוברת כי זכותו של הבעל בדמי ולדות היא זכות נגזרת מזכותה של האישה בעובר. לפי גישה אחרונה זו, מאחר שההפלה בוצעה על ידי האישה עצמה, אזי אין לה, כמובן, כל עילה בנזיקין. בהעדר תביעה נזיקית לאישה עצמה, אף לבעל אין עילה.

כפי שהוסבר לעיל⁹², מחלוקת זו - אם זכותו של הבעל לדמי הוולדות היא זכות מקורית וישירה או נגזרת מזכותה של האישה - נשארת ללא הכרעה ברורה אף בימינו אנו. לאור מצב משפטי זה ועל פי כללי הפסיקה המקובלים במשפט העברי, נראה לנו

84 בטקסט על יד הערות 13-14.

85 ולא הבעל; כן סוברים רוב הראשונים והאחרונים כפי שהבאנו בהערה 56 לעיל.

86 בדבר שומת הנזק ראו: משנה, בבא קמא, ה, ד; רמב"ם, נזקי ממון, יא, ג; טור ושולחן ערוך, חו"מ, תכג, א; אנציקלופדיה תלמודית, לעיל הערה 14, בעמ' תקצד-תקצה; שלום אלבק, פשר דיני הנזיקין בתלמוד 89-90 (דביר, תל אביב, תשכ"ה); מנחם סליי, הביטוח בהלכה, 151-160 (איגוד חברות הביטוח בישראל, תש"ס); הרב משה הרשור, 'תשלומי נזקי הגוף ותשלומי שבת בזמן הזה', הלכה ורפואה, כרך א (תש"ס), שעה, בעמ' שעו-שעט, שפד; הרב אברהם שיינפלד, לעיל הערה 15א, 296-297. באשר לדרכי הגביה, ראו שר"ע, חו"מ, תכד, י.

87 ראו לעיל, הערה 22.

88 ליתר דיוק, יש לאב זכות תביעה כלפי הרופא שביצע את ההפלה. וכן פוסק הרב יצחק זילברשטיין, תורת היולדת (מכון "הלכה ורפואה", מהדורא שניה, תשמ"ז), שצו (הספר נכתב יחד עם ד"ר משה רוטשילד).

89 אור שמח, לעיל הערה 36.

90 ראו לעיל, הערות 30-34 והטקסט על ידן.

91 שם.

92 ראו הערה 34 לעיל.

שאם הבעל אכן יתבע את האישה או את רופאה⁹³ לדין תורה בגין ההפלה, אזי בית הדין, הלכה למעשה, לא יחייבם בכל תשלום⁹⁴.

93 אמנם, האור שמח דן באישה המבצעת את ההפלה בעצמה. לפיכך, יש מקום לחקור את השאלה: באיזה מידה יש פטור מתשלום, לפי אסכולה זו, אף לרופא המבצע את ההפלה לבקשת האישה. הרב זלמן נחמיה גולדברג, במאמרו הנזכר לעיל, סוף הערה 33, בעמ' 58-62, מתלבט בדבר. מקור הספק, לדעתו, נעוץ בשאלה אם הפטור של האם להפלת עובר נובע מכך שאין החובל בעצמו נחשב, מבחינה הלכתית, למזיק - ואם כן הרופא אכן ייחשב למזיק וחייב; או שמא הפטור של האם נובע מכך שמדובר במזיק ברשות - ואז אף הרופא יהיה פטור מאחר שהוא מבצע את ההפלה בהסכמת האם. עם כל הכבוד, דברי הרב גולדברג אינם נהירים לי לגמרי. הלא גם אם הפטור של האם הוא מחמת שהיא אינה נחשבת, מבחינה הלכתית, למזיק וזאת לעומת הרופא אשר כן מהווה מזיק, הרי סוף כל סוף הרופא הוא מזיק ברשות ובהסכמת האם. על כן, נראה לנו שלשני ההסברים אשר מציע הרב גולדברג באשר לאם, רופא המבצע את ההפלה ברשות האם צריך להיות פטור לפי אסכולה זו. ובדבר ההלכה שהמזיק ברשות בעלים פטור, ראו הערה 111 להלן והמקורות המובאים שם.

במכתב אלי מיום כח בחשון תשס"ח כותב הרב אברהם צ' שינפלד: "נראה לי שכוונת הרב גולדברג שליט"א היא, שאם האישה אינה נחשבת ל'מזיק' כי החובל בעצמו אינו נידון כמזיק כלל, אם כן הרופא כן נחשב ל'מזיק' - וחייב. ומה שהקשית, שסוף סוף הרופא עושה ברשות האישה ובהסכמתה, אין בכך כדי לפטור אותו מתשלום. כי הסכמתה נחשבת כאילו (האישה) מוחלת לו על התשלום. אבל במפיל עובר (גם לשיטות שאין זו זכות ישירה של הבעל), בוודאי שאין מחילת האישה פוטרת את החובל. וממילא לא תעמוד לרופא טענת 'קים לי'. אולם, השוו את דברי הרב שינפלד עצמו בספרו 'נזיקין, הערה 15 לעיל, 12-13 בהערה 1, והמקורות המובאים על ידו שם, כי הדעה המקובלת יותר בין פוסקי ההלכה היא שהפטור מתשלום של המזיק ברשות אינו מטעם מחילה על התשלום אלא שאינו נקרא 'מזיק'. ואם כן, הדרא קושיין לדוכתיה.

94 בנסיבות כגון אלה, עומדת לאישה ולרופאה טענת הגנה טובה של "קים לי כדעת הרמב"ם וסיעתו". ראו טור, חו"מ, כה, ה; שר"ע, חו"מ, כה, ב והמפרשים על אתר; הרב יצחק יעקב וייס, שו"ת מנחת יצחק, חו"ו, קע, פרק כה. וכן ראו הרב עובדיה יוסף, שו"ת יביע אומר, חו"ו, חו"מ, ב. באשר לנימוק הירוספרודנטי לכלל "קים לי", ראה: חנינה בן-מנחם, 'טענת קים לי - לקראת ניתוח יורוספרודנטי', שנתון המשפט העברי, ו-ז, 50 (תשל"ט-תש"ס).

במכתב אלי מיום כח בחשון תשס"ח מדגיש הרב אברהם צ' שינפלד כי אין בכוחה של טענת "קים לי" אלא לפטור את האישה מתשלום לאחר ביצוע ההפלה; ברם, אין בכוחה להתיר את ההפלה מלכתחילה, וזה לשונו: "אתה מסיק הלכה למעשה שהאישה תוכל לפתור עצמה מתשלום בטענת 'קים לי'. אני מסכים באופן עקרוני עם מסקנתך. אלא שאם הפטור הוא מכוח טענת 'קים לי', הוא אינו יכול להועיל רק לאחר מעשה, כי כוחו של 'קים לי' מסייע למוחזק בממון שאי אפשר להוציא מידו כשיש מחלוקת בין הפוסקים. ה'קים לי' לא יכול לסייע לאישה לכתחילה לבצע את ההפלה, משום שכאן ייתכן שהבעל (האב) יחשב כמוחזק בזכויותיו שבוולד לפי הפוסקים שסוברים כן. ממילא יהיה אסור לאדם זר לסייע לה בביצוע ההפלה מחמת ספק פגיעה בזכויות הבעל". והדברים נכונים וראויים למי שאמרם.

עילה לגירושין

שאלה סבוכה יותר היא באיזו מידה יוצרת החלטתה של האישה להפיל, בניגוד להלכה, עילה לגירושין לבעלה, אבי העובר. בעיה זו שנויה במחלוקת. לדעת הרב יוסף ראזין⁹⁵, אין בהתנהגות זו בכדי ליצור עילת גירושין, על אף החומרה שבמעשה. מסקנתו מבוססת על אנלוגיה למקרה של אישה שהרגה בשוגג. לדעת הרב ראזין, אישה המפילה עובר, גם במקום שההפלה אסורה על פי ההלכה, נחשבת כעוברת עברה בשוגג בלבד וזאת מאחר "דסבורה דאין מזהרת על עובר"; כלומר, אישה שמפילה אינה מבינה, לכאורה, את המשמעות ההלכתית של מעשיה ושהפלת עובר, לפי גישת הרב ראזין, היא "בגדר שפיכות דמים". כמו שאין בכך שבת זוג הורגת את הנפש בשוגג בכדי להוות עילה לגירושין לבעלה, כך, טוען הרב ראזין, אין בביצוע הפלה על ידי האישה לשמש כעילת גירושין. כמובן, יש מקום לחלוק על נימוקיו של הרב ראזין, וכדרכו בקודש, אין הוא מאריך הרבה. אולם, הכרעתו ברורה לחלוטין:

אי אפשר לגרשה בעל כרחא כלל משום זה.⁹⁶

לעומתו, הרב משה סופר⁹⁷, בספרו שו"ת חתם סופר⁹⁸, סבור כי אישה המפילה בניגוד להלכה ניתן לגרשה בעל כרחא. החתם סופר מגיע למסקנה זו מתוך אנלוגיה להלכה המופיעה במשנה במסכת כתובות⁹⁹ כי אישה הנודרת ואינה מקיימת נחשבת "לעוברת על דת משה"¹⁰⁰ וניתן לגרשה בעל כרחא¹⁰¹ וללא כתובתה¹⁰². התלמודים¹⁰⁴ מנמקים

95 ראו לעיל הערה 39-40.

96 שו"ת צפנת פענח (ורשה - ניו יורק), נט. כאמור, הרב ראזין מבסס את עצמו בעיקר על כך שהפלת העובר דומה להריגה בשוגג שאינה מהווה עילה לגירושין. על כן, סובר הרב אברהם צ' שינפלד, במכתב שכתב אלי ביום כח בחשון תשס"ח, שבמקרה שהיתרו באישה עוד טרם הפלת העובר והסבירו לה את חומרת מעשיה, אם האישה בכל זאת מפילה, אזי היא תחשב כמזידה. בנסיבות כאלו, טוען הרב שינפלד, גם הרב יוסף ראזין יסכים לרב משה סופר שיש במעשה הזדוני של האישה להוות עילה לגירושין. וראה להלן בטקסט. ברם, עדיין צריך עיון, לעניות דעתי, אם אכן כן הוא אף בזוג שאינם שומרי תורה ומצוות, ובחברה שהפלת עובר אינה נחשבת כעברה חמורה, כך שגם אם יתרו בה, האישה לא תראה בהתראה זו כדבר רציני ומשמעותי אלא כעניין דתי גרידא; האם גם אז תחשב האישה כפועלת במזיד?

97 הונגריה, 1760-1840.

98 שו"ת חתם סופר, אה"ע, א.

99 משנה, כתובות, ז, ו.

100 "דת משה" פירושו החוק היהודי החרות שמקורו הוא בתורה. ראו: דב פרימר, עילות גירושין עקב התנהגות בלתי מוסרית (חוץ מזנות) במשפט העברי 8-11 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים - הפקולטה למשפטים, 1980).

101 ראו פרימר, שם, בעמ' 38-39.

102 לפרטי הכתובה ושאר הזכויות הממונית הנאבדות ראה: שם, 40-45.

סיבת עילה זו בטעם ש"בעון נדרים בנים מתים... [ו]אין אדם דר עם נחש בכפיפה". טוען, אפוא, החתם סופר: והרי הדברים קל וחומר, אם אישה הנודרת ואינה מקיימת ניתן לגרשה בעל כרחיה מכיוון שלפי אמונת חכמי התלמוד בעוונה בנים מתים, אישה אשר משחיתה את בניה בידים לא כל שכן?¹⁰⁵!

אין עדיין הכרעה סופית במחלוקת זו. אולם, נראה לנו שסביר להניח כי בתי הדין הרבניים במדינת ישראל יעדיפו את גישת החתם סופר ויפסקו גירושין על פני דעתו הנוגדת של הגאון הרואצ'ובי.

הרב עובדיה יוסף, לשעבר הרב הראשי הספרדי של מדינת ישראל, מציין באחת מתשובותיו¹⁰⁶ - הדנה בסוגיא אחרת שאינה קשורה לענייננו - כי קשה לסמוך על דעותיו של הרב ראזין להלכה "ולא זכה הדור להנות מאורו הגדול להלכה ברורה". הראשון לציון, כדרכו, מביא מספר אסמכתאות לדבריו. ביניהם, מופיעה תשובה מהרב

103 כבר הורו הפוסקים שבזמן הזה שאנשים ונשים פרוצים בנדרים צריך דקדוק היטב לגרש אישה בלא כתובה עבור זה שעוברת על נדרים. ראו הרב ישראל איסרליין, שו"ת תרומת הדשן, סח; הרב משה לימא, חלקת מחוקק, אה"ע, קטו, י; הרב שמואל מווידיסלאב, בית שמואל, אה"ע, קטו, ז; הרב זכריה מנדל מבעלז, באר היטב, אה"ע, קטו, ז.

כמו כן, אף בבעל הנודר ואינו מקיים, כופין אותו להוציא את אשתו מפני שבניו מתים בעון נדרים. ראו: הרב יהושע בעז לבית ברוך, שלטי גבורים, כתובות, פרק שביעי, סימן שיב, סעיף א; רמ"א, אה"ע, קנד, א; ערוך השולחן, אה"ע, קנד, טו. וראו עוד שו"ת ציץ אליעזר, לעיל הערה 68, סוף פרק ג (תודתי לידידי הרב ע"ד דוד בס, על שהפנה אותי למקור מעניין זה).

104 בבלי, כתובות, עב, א; ירושלמי, כתובות, ז, ו.

105 יש לציין כי קיימת אבחנה כפולה בין המקרה של נודרת ואינה מקיימת לבין המפילה עוברת. הראשון הוא הריגת נפש בר קיימא אולם בידי שמים, ואילו השני הוא הריגת בריה שאינו נפש או נפש שלמה מבחינה הלכתית אולם ההריגה היא בידיים. אף על פי כן, הרב משה סופר ראה לנכון להשוות בין השנים. כפי שנשמע מפי בית הדין הרבני האזורי, תל אביב יפו, המובא להלן בטקסט על יד הערות 110-109, הנימוק לאנלוגיה זו - על אף ההבדלים שבין המקרים - נעוץ, לכאורה, ברעיון הבסיסי שעומד ביסודה של עוברת על דת כעילה לגירושין והמשותף הן לנודרת ואינה מקיימת והן למפילה עוברת. רעיון בסיסי זה אומר: "דעיקר הטעם של עוברת הדת הוא לא משום מעשה העברה, אלא משום דבמעשיה היא גורמת להפרעה ולקלקול בחיי המשפחה התקינים בינה לבין בעלה"; מדברי בית הדין הרבני האזורי ירושלים (בהרכב כב' הדיינים, הרבנים יעקב עדס, יוסף שלום אלישיב ובצלאל ז'ולטי), תיק 174/תשי"ט, פד"ר א, 333 בעמ' 338. נימוק זה לעוברת על דת בא לידי ביטוי, בין השאר, אף במקורות הבאים: בית הדין הרבני האזורי תל אביב יפו, תיק מס' 3899/תשי"ג, פד"ר א, 5 בעמ' 13; בית הדין הרבני האזורי תל אביב יפו, תיק מס' 13584/לז, ותיק מס' 683/לח (טרם פורסם), פסק דינו של הרב חיים גדליה צמבליסט (אני מודה לידידי ט"ר משה מיטלמן אשר הפנה את תשומת לבי לפסק דין חשוב זה ואף המציא לי עותק ממנו); בית הדין הרבני הגדול, תיק מס' 1-21-310830138; שו"ת ציץ אליעזר, לעיל הערה 68, אות ב; הרב חיים שטיין, 'בענין עוברת על דת', קובץ תורני - ספר זכרון ניצוצי אש, עורכים: הרב צבי רוטברג והרב אברהם נייהויז (תשס"ד), שצד בעמ' שצד, סעיף ב ובעמ' שצה, סעיף ד.

106 שו"ת יחוה דעת, ח"ב, כו, בהערה.

יחיאל יעקב וינברג, בעל שו"ת שרידי אש, שבה קובע הרב המחבר כי אין לפסוק אליבא דגאון הרוגאצ'ובי בניגוד להוראותיו של הרב משה איסרליס (הרמ"א) או של החתם סופר "שנתקבלו באומה לפוסקים אחרונים"¹⁰⁷.

ואכן, בשני פסקי דין, הכירו בתי הדין הרבניים האזוריים בישראל, ברוב דעות של שניים נגד אחד, בהפלת ולד ללא ידיעתו ללא הסכמתו של הבעל כעילה צודקת לגירושין¹⁰⁸. באחד מפסקי הדין הללו, דברי החתם סופר מובאים ונידונים באריכות¹⁰⁹. מסביר בית הדין הרבני האזורי, מפי הרב אברהם ח' שרמן (היום חבר בבית הדין הרבני הגדול), את יסודם ונימוקם של הדברים וזה לשונו:

הנודרת ואינה מקיימת או העושה מעשים המאיימים פיזית על חיי בני המשפחה, פוגעת במישור הראשון שהזכר לעיל, ושעליו מושתתים חיי הנישואין - שלימות חיי בני הזוג וכלל המשפחה...

מכל האמור יש ללמוד לנידון שבפנינו, שלא עצם מעשה הרציחה ונסיבותיו הם העילה לחיוב האשה בגט, אלא האם מעשה זה מעורר בעתיד חשש צדק בלב הבעל, שאשה זו עלולה גם בעתיד לפגוע בילדיו, בורעו ובהריון. זה הופך אותה להיות עוברת על דת.

107 שו"ת שרידי אש, ח"ב, לא, אות טו.

108 תיק מו/11987 בבית הדין הרבני האזורי, תל אביב יפו (בהרכב כב' הדיינים, הרבנים שלמה דיכובסקי, אברהם ח' שרמן ועזרא בר שלום), מיום ד' בשבט תשמ"ט, תחומין, י (תשמ"ט), 324 (באותו מקרה מדובר היה באישה אשר רצחה מתוך רחמים בנה המפגר. בית הדין פסק בנידון, בין השאר, מתוך אנלוגיה לסוגיית הפלת עובר); תיק 5112/תש"ן בבית הדין הרבני האזורי, ירושלים (בהרכב כב' הדיינים, הרבנים דוד עטיה שלמה פשר ואברהם כלאב), מיום י' בסיון תשנ"א (לא פורסם). כאמור בטקסט, בשני התיקים, פסקי הדין ניתנו ברוב דעות של שניים כנגד אחד אשר חלק. בתיק מו/11987 בבית הדין הרבני האזורי, תל אביב יפו, דעת הרוב, הרבנים דיכובסקי ושרמן, ראו בהפלה בלבד כעילה לגירושין. ברם, הרב בר שלום היה סבור שאין לחייב אישה בגירושין בגין הפלה אלא בצירוף טעמים נוספים. יש לציין כי שלוש שנים לאחר מכן, במסגרת פסק הדין של בית הדין הרבני הגדול מיום ה' בכסלו תשס"ב, בעניין "הפריה חוץ גופית אצל זוג נפרד", לעיל הערה 33, בעמ' 399, חזר הרב שרמן על עמדתו שהפלה מלאכותית על ידי אישה ללא הסכמת בעלה כן מהווה עילה לגירושין. ראו הערה 66 להלן. בתיק 5112/תש"ן בבית הדין הרבני האזורי, ירושלים, הרב שלמה פשר כותב באופן חד משמעי: "...עצם מעשה הפלת ולד של בעלה בלא ידיעתו מצדיק תביעתו לגירושין". לדעתו, הצטרף הרב דוד עטיה. ברם, הרב אברהם כלאב חלק. מאחר שהרב כלאב לא כתב נימוקים, לא ידוע לנו טעמו בנידון.

109 תיק מו/11987 בבית הדין הרבני האזורי, תל אביב יפו, שם.

א"כ ברור לכל הדעות, שאשה ואם שעשתה מעשה מזועזע וחמור כ"כ, האמון במעשיה בעתיד וביכולתה לשמור כראוי על "זרעה והריונה" מתערער לחלוטין. בנסיבות אלו, יש לראותה כעוברת על דת ורשאי בעלה לחייב את גירושיה.¹¹⁰

חוסר האמון אשר נוצר בין בני זוג כשנתגלה לבעל כי אשתו, ללא הסכמתו - ואולי אף ללא ידיעתו - הפילה את ולדם, מערערת את הבסיס של שלמות המשפחה. גרימת חוסר אמון זה על ידי האישה במעשיה, היא המצדיקה את תביעת הבעל לגט פיטורין.

הפלה אסורה בהסכמת הבעל

הדגשנו לכל אורך הדרך כי אנו עוסקים במצב בו האישה מבצעת את ההפלה ללא הסכמת בעלה, אבי העובר. כמובן, אם ההפלה מותרת לדעת ההלכה ויש גם הסכמת הבעל הרי הכל שפיר ואין כל בעיה משפטית. אולם, מהו הדין כשההפלה אסורה מבחינה הלכתית אך נעשתה בכל זאת בהסכמת הבעל? האם גם אז תהיה לבעל העילה הנזקית ו/או העילה לגירושין שעליה דיברנו קודם?

נראה לנו שבמקרה המתואר, אין לבעל עילה בנזיקין. ברצונו נעשתה ההפלה כשהסכמתו ניתנה ברצינות וביודעין כי פירושה הינה פגיעה בזכותו¹¹¹. במקרה זה, אין סברה לחלק בין הפלה המותרת מעיקר הדין ובין זו האסורה מעצם טיבה וטבעה - בשתייהן הסכמת הבעל מהווה מחילה על עילת הנזיקין.

110 שם, בעמ' 331. וראה שוב את האמור לעיל בהערה 105. במסגרת פסק הדין של בית הדין הרבני הגדול מיום ה' בכסלו תשס"ב, לעיל הערה 33, בעמ' 399, מציע הרב שרמן עוד נימוק משלו להכרעתו של החתם סופר, בנוסף לזה של עוברת על דת. לדבריו, אישה שותפה לבעלה בקיום מצוות "פרו ורבו". משום כך, היא מחויבת "לעשות את כל הנדרש שתתקיים המצווה, ולהמנע מפעולות שעלולות לגרום שילדים לא יולדו"; בין השאר, "שאסור לה לגרום להפלת העובר, ולא רק מדין איסור הריגה ורציחה שיש בהפלה". (פסק דינו של הרב שרמן מופיע תחת הכותרת: "הפריה חוץ גופית אצל זוג נפרד" ומתחיל בעמ' 392).

באשר להפסד כתובתה של האישה בגין ההפלה מצאנו בפסק דין של בית הדין הרבני האזורי, חיפה (בהרכב כב' הדיינים, הרבנים אברהם אטלס, ישראל שחור ומימון נהרי) מיום יב באדר תשס"ד (לא פורסם), אשר כתבו שגם אם "האשה עשתה הפלה בעודה נשואה... אין לטענה זו בסיס בהלכה להפסיד כתובתה". כב' בית הדין לא נימק את הדברים. מאחר שמדובר באשה העוברת על דת משה, הדברים תמוהים וצריכים עיון. ראה: פרימר, לעיל הערה 100, בעמ' 40-43. לעומת זאת, בפסק הדין הנ"ל של בית הדין הרבני האזורי, תל אביב יפו בתיק מו/11987, בית הדין אכן פסק שהאישה מפסידה את כתובתה; ראה שם במיוחד בהערה *2 שבעמ' 325-326.

111 ראו שו"ע, חו"מ, שפ, א; תכא, ה יב; ערוך השולחן, חו"מ, תכא, ג; אלבק, לעיל הערה 86, 84-86; הרב גולדברג, לעיל הערה 33, בעמ' 59-60; הרב אברהם שיינפלד, לעיל הערה 15א, 12-18.

גם באשר לעילה לגירושין, ההיגיון אומר לנו כי הסכמת הבעל שוללת עילה זו. את דינה של האישה המפילה למד החתם סופר מדינה של עוברת על דת משה. כפי שכבר שמענו¹¹² מפי הרב שרמן¹¹³ - וכן נאמר במספר פסקי דין רבניים אחרים¹¹⁴ - נימוקה של עוברת על דת משה כעילה לגירושין היא לא עקב מעשה העברה עצמו, אלא משום שהתנהגות האישה גורמת לקלקול וקרע בחיי המשפחה התקינים בינה לבין בעלה. הסברה מחייבת, אפוא, שאם הבעל הסכים להתנהגות אשתו, אין בידו עוד לבוא ולטעון טענה כזו של קלקול חיי המשפחה התקינים.

בעקבות החתם סופר, נביא אף אנו הוכחה לדבר מדינה של הנודרת ואינה מקיימת. נפסק להלכה¹¹⁵ שאם האישה מביאה עדים שגם בעלה עובר על נדרים אין הוא רשאי לגרשה בלא כתובתה¹¹⁶, שמוכח ממעשיו שאף הוא אינו מקפיד בעונש מיתת הבנים.

אם כן, הוא הדין אף כאן בסוגיית ההפלה. בעל המסכים לביצוע הפלה על ידי אשתו מודה בפה מלא "דהוא גברא לא בעי בנים". אין בידו לטעון עוד שאשתו היא זו האשמה במיתת העובר ובהריסת חיי המשפחה התקינים בינו לבינה. בית הדין ייעתר רק לבקשתו של בעל הבא בניקיון כפיים וטוען בכנות. המשפט העברי לא ירשה סוג זה של ניצול זכויות שיביא לידי הריסת התא המשפחתי ללא סיבה מוצדקת¹¹⁷.

התנגשות

הסקנו לעיל כי במקרה שהפלת העובר אסורה על פי ההלכה מכל סיבה שהיא - משום שהייתה האישה דרושה להסכמת הבעל שהיא לא קיבלה, או משום שההפלה אסורה מעצם טיבה וטבעה - בתי הדין הרבניים בישראל יכירו בהפלה על ידי אישה ללא הסכמת בעלה כעילה לגירושין. לאור מסקנתנו זו, עלול להווצר מצב של התנגשות בין פסק דינו של בית המשפט העליון לבין זה של בית הדין הרבני.

112 בטקסט לעיל על יד הערות 109-110.

113 לעיל הערה 108, בעמ' 331.

114 ראו לעיל, הערה 105.

115 שר"ת מהר"ם בן ברוך, דפוס לבוב - סימן שצג, דפוס קרימונה - סימן קפה; מרדכי, כתובות, רמז קצו; שר"ת הרשב"א, ח"א, תתסו; הרב ישראל איסרל מקרימזא, הגהות אשר"י, כתובות, פ"ז, סוף סימן ט; בית יוסף, אה"ע, קטו; רמ"א, אה"ע, קטו, ג. ועיין עוד: נושאי הכלים על דברי הרמ"א על אתר; הרב עובדיה יוסף, שר"ת יביע אומר, ח"ג, אה"ע, סוף כא, אות יט.

116 וצריך עיון אם הבעל יכול לגרשה בעל כרחו במקרה שהוא מוכן לשלם לה את כתובתה.

117 ראו: שר"ת יביע אומר, לעיל הערה 115, אות א.

ניקח, לדוגמא, אישה יהודיה המבקשת להפיל את עוברתה על פי חוק ההפלות ובאישור ועדת ההריונות. בעלה, יהודי ואבי הולד, מתנגד לדבר. בני הזוג אף התייעצו עם רב פוסק הלכה מובהק אשר התיר את ההפלה אך התנה את ההיתר בהסכמת הבעל. לפי קביעת בית המשפט העליון, מותרת האישה לבצע את ההפלה על אף התנגדותו של הבעל. ברם, מיד לאחר הניתוח, יהיה הבעל זכאי לתבוע גירושין בעל כרחיה של האישה בבית הדין הרבני האזורי. בית הדין הרבני, בהתאם לסמכותו היחודית לדון בענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל¹¹⁸ על פי דין תורה¹¹⁹, יהיה רשאי להעתר לתביעה.

מבחינה עיונית טהורה, אין סתירה פנימית מוחלטת בתוצאה זו. גם במשפט העברי מוצאים אנו מקרים שבהם אין הבעל יכול לכופ את דעתו על אשתו אם היא "תתרצה לקבל ממנו גט"¹²⁰. מחד גיסא, אין לפגוע באוטונומיה המוענקת לאישה בתחומים אלו על פי החוק. מאידך גיסא, להפעלת זכות זו על ידי האישה יש השלכות ברורות הן כלפי בעלה והן כלפי החברה. השלכות אלו עלולות להקים ולהעניק זכויות לבעל אף כלפי אשתו. במצב כזה, אין לחוק מנוס אלא לכבד את בחירתו החופשית של כל אחד מבני בזוג לממש את זכויותיו. המקסימום שהחוק יכול לדרוש בנסיבות אילו הוא שאדם ישקול היטב את מכלול התוצאות האפשריות של מעשיו טרם שהוא מכריע על מימוש זכויותיו הלגיטימיות.

על אף האמור, הייתי מעז לומר שלא לילד הזה התפללו הכנסת ובית משפט העליון כשהחליטו לשלול מהאב כל דעה מכרעת בהחלטה אם לבצע הפלה מלאכותית בעובר ואם לאו. סביר להניח שיש בכוחה של השתתפות הבעל בתהליך ההכרעה לפחות לרכך - גם אם אין בה בכדי למנוע - את התוצאות הקשות של התנגשות הדינים שתיארנו. עם כל הכבוד, נדמה לנו שהן מחוקקי ישראל והן שופטי ישראל לא היו ערים להשפעת החלטתם בסוגיית ההפלה על דיני הנישואין והגירושין של יהודים בישראל; או במילים אחרות המתאימות לנושא, לא הכנסת ולא בית המשפט העליון "ראו את הנולד".

118 סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג - 1953 (ס"ח 134, תשל"ג, עמ' 165).

119 סעיף 2, שם.

120 ש"ת חתם סופר, אה"ע, ח"א, כ, בעניין אישה המצטערת בהריון ולידה ורוצה לשתות כוס עיקרין.

נעילה

סוגיית ההפלה המלאכותית היא סבוכה ביותר. העובר, האם, הבעל והחברה - לכולם יש אינטרסים לגיטימיים בביצוע, או אי ביצוע, ההפלה. לעתים תכופות אינטרסים אלו מתחרים האחד בחברו ועל המערכת המשפטית למצוא איזון צודק והוגן ביניהם. הכרעה זו אינה קלה; בכל צעד ושעל נתקלים אנו בשאלות יסוד בתחום הדת, המוסר והמשפט גם יחד¹²¹. מן המפורסמות הוא שהתא המשפחתי הוא מוסד מרכזי ביהדות, כשהמטרה המרכזית והבסיסית של דיני המשפחה במשפט העברי היא ההגנה על מוסד חשוב זה¹²². אין זה מפתיע, אפוא, כי בבואו לגשר בין האינטרסים של הבעל ושל האישה בנידוננו, המשפט העברי רואה לנכון לתת משקל מכריע לשמירת יציבותה של המשפחה. בהתאם לכך, אין המשפט העברי מרשה לבן זוג אחד לנקוט בפעולה כה משמעותית ורבת ערך ללא הסכמת בן הזוג השני, או לפחות לשאול לדעתו, ובלשונו של פרופ' זאב פלק:

In view of the social indication of the abortion, we would expect the father to have a right to be heard.¹²³

וכעין זה כותב כב' השופט ביירון וייט, שופט בית המשפט העליון של ארצות הברית:

...The husband has an interest of his own in the life of the fetus which should not be extinguished by the unilateral decision of the wife... A father's interest in having a child - perhaps his only child - may be unmatched by any other interest in his life.¹²⁴

ההלכה דורשת, אפוא, את השיתוף הפעיל גם של האם וגם של הבעל בהחלטה זו. המזלזל בחובה הזאת, עליו ליטול על עצמו את מלוא האחריות עבור הנזק הנגרם לאמון שבין בני הזוג ולהריסת התא המשפחתי.

121 בהקשר זה ראה את המחלוקת המעניינת בין: Baruch Brody, *Abortion and the Sanctity of Human Life: a Philosophical View* (The MIT Press, Cambridge, Massachusetts-London, England, 1975)

לבין Shalom Carmy, "Halakhic and Philosophical Approaches to Abortion," *Tradition*, Vol. 16, No.3 (Spring, 1977), 126-157.

122 אולם ראה מאמרו של הרב ד"ר אהרן ליכטנשטיין, 'המשפחה בהלכה', *משפחות בית ישראל* 30-13 (משרד החינוך והתרבות, תשל"ו), הטוען שעל אף חשיבותה של המשפחה בהלכה, אל לנו להפריז בחשיבות זו.

123 Zeev W. Falk, "The New Abortion Law of Israel " 13 *Is. L. R.* 103 at 107 (1978)

124 *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, *op. cit.* (note 11) at p. 93