

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1058726/4

בבית הדין הרבני האזורי חיפה

לפני כבוד הדיינים:

הרב אברהם מאיר שלוש – ראב"ד, הרב שמואל אברהם חזן, הרב רפאל זאב גלב

התובעת: פלונית (ע"י ב"כ עו"ד טליה שקולניק-קרייר)

נגד

הנתבע: פלוני (ע"י ב"כ עו"ד אולג ארליך ועו"ד יקטרינה דונאיביץ)

הנדון: גירושין - זכות שימוש בעוברים מוקפאים

פסק דין

עניינה של החלטה זו בבקשת המבקשת כי בית הדין יאפשר לה להשתמש בעוברים המוקפאים להפריה. העוברים הוקפאו בשעה שהצדדים היו נשואים ועתה הם גרושים.

תיאור העובדות:

הצדדים נישאו כדת משה וישראל ביום י' אלול תשס"ה (3.9.06) נישואין ראשונים למבקשת ושניים למשיב, ללא ילדים משותפים. לפני כחמש שנים עברו טיפולי פוריות וכיום שני עוברים נמצאים בהקפאה.

המבקשת כיום בת ארבעים ושלוש ולדבריה אלמלא תשתמש בעוברים עשויה היא לאבד את הסיכוי להפוך לאם.

באת-כוח המבקשת הוסיפה כי השתתפות המדינה בטיפול מסוג זה מוגבלת עד גיל ארבעים וחמש בלבד, ולפיכך אם בית הדין לא יאפשר את השימוש בעוברים המבקשת לא תוכל לשאת בנטל התשלומים בעתיד.

לדברי באת-כוח המבקשת כבר נקבע בפסק דין נחמני (רות נחמני נ' דניאל נחמני פ"ד תשנ"ד (1) 142) כי מאחר שהאב הסכים בעבר להפריית הביציות שוב אינו יכול לחזור בו.

מנגד המשיב מתנגד למבוקש משלוש סיבות:

1. המבקשת היא זו שגרמה לפרוק המשפחה.

2. בעיית הפוריות מתייחסת אליו בלבד, ובידה של המבקשת להקים משפחה חדשה מאדם אחר ואין הכרח להשתמש בעוברים המוקפאים.

3. המבקשת הצהירה שבדעתה לתבוע את המשיב מזונות עבור אותם עוברים (שורות 6-8 לפרוטוקול) וגם משום כך זכות המשיב להתנגד למבוקש הואיל שהדבר יגרום נטל כלכלי עליו.

עוד הוסיפה באת-כוח המשיב כי הגם שבערעור בפסק דין נחמני (דנ"א 2401/95 ע"א 5587/93) נקבע בדעת הרוב כי הזכות להיות הורה גוברת על הזכות שלא להיות הורה, אך אין ללמוד

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

משם לנדון זה כיון ששם הדרך היחידה לאפשר לאישה להיפך לאם היתה על ידי שימוש בעוברים מאחר שהאישה עברה כריתת רחם והקרנות המונעים כל אפשרות אחרת להפוך לאם, מה שאין כן בנדון דידן שמניעת הפוריות רק מצד המשיב ובידה של המבקשת להרות כדת מאיש אחר.

דיון והכרעה:

כאמור הצדדים נחלקו על אודות זכות השימוש או אי השימוש בעוברים המוקפאים, ולפיכך יש לדון בשלב זה אל מי מתייחסים העוברים.

והנה בגמרא במגילה (יג.) דרשינן קרא דכתיב 'ויהי אמן את הדסה היא אסתר בת דדו כי אין לה אב ואם [...] ובמות אביה ואמה לקחה מרדכי לו לבת' ופרכינן התם מאחר דכתיב כי אין לה אב ואם, ובמות אביה ואמה למה לי?

אמר רב אחא: עיברתה - מת אביה, ילדתה - מתה אמה. ופרש"י ללמדנו שאפילו יום אחד לא היה לה אב ואם, כי בשעה שהתעברה אמה מת אביה נמצא שלא היה לה אב משעה שנראה להקרות אב, וכשילדתה אמה מתה ולא נראית לקרות אם, עיין שם.

ולפי דרכנו למדנו שאב של עובר נמי נקרא אב שהרי כתב רש"י שמהתעברה אמה מת אביה ולא היה ראוי להקרות אב, משמע שאילו לא היה מת האב שפיר הוא נקרא אבי העובר. מה שאין כן גבי אם שאינה נקראת אם אלא משעת הלידה כיון דעובר ירך אמו.

הן אמת כי הים של שלמה (פרק ט מיבמות סימן י) כתב לדקדק מהפסוק ויתרוצצו הבנים בקרבה שאף ולד במעי אמו נקרא בן. אולם כבר ביאר האבן עזרא דהתם נקראו בנים על שם סופם, וכן כתב בהדר זקנים לבעלי התוספות שם, ודומה לו ובגדי ערומים תפשיט וכי יכול לפשוט ערומים? אלא כשיפשיט בגדיהם אז יהיו ערומים, אלמא דקרי להו ערומים על שם העתיד עיין שם.

ודבר זה כבר נפתח בגדולים, שבתוספות חד מקמאי (יבמות סז.) כתבו, מעשה היה בלוניל לפני הראב"ד ז"ל ולפני זקני הרב רבי משולם ולפני הרב רבי שמואל בן רבי משה, באחד שנתן מתנה לבנו קודם ארבעים יום ליצירתו והיה מחלוקת ביניהם, יש מהם שאמרו שהמתנה קיימת הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל העובר, ויש מהם שאמרו שאין המתנה מתנה כיון דארבעים יום קודם ליצירתו מיא בעלמא הוא, וכמו דלא עיברה כלל דמיא, ונגמר הדין על פי רובם שהמתנה מתנה. ולאבא מארי ז"ל מסתברא כדברי היחיד שאין המתנה מתנה עיין שם.

הרי שנחלקו רבותינו אם יכול אדם לתת מתנה לבנו קודם ארבעים יום ליצירתו משום שאפשר שאינו מתייחס עדיין לאביו, או שמא גם תוך ארבעים יום דעתו של אדם קרובה אצל העובר ומתנתו מתנה¹.

ובקובץ בשבילי הרפואה (קובץ ב עמוד מה) כתבו בשם הגר"א וידר שאף בעובר שייך לומר דעתו של אדם קרובה אצל בנו שהרי פרש"י במגילה שמשעת העיבור ראוי האב להיקרא אב

¹ ובבית יוסף בחושן משפט סימן ר"י כתב שנחלקו בדבר העיטור והנמוקי יוסף בשם הריטב"א, והסמ"ע (סימן ר"י ס"ק ד') כתב שמסתימת הטור והשו"ע משמע שסוברים כבעל העיטור שאף לפני מ' יום יכול להקנות לעובר שלו. והש"ך (סק"ב) כתב להוכיח שהעיקר כדברי הנמוקי יוסף, אך הגרעק"א בתשובה (מהדר"ק סי' קמ"ו) השיב על דבריו, הביאו הפת"ש שם ס"ק ב'.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ולא כאם שנקראת אם רק מהלידה משום דעובר ירך אמו, וכיון שהאב נקרא אב משעת העיבור לפיכך אף קודם ארבעים יום שפיר שייך לומר אצלו דעתו קרובה אצל בנו ע"ש. וראה עוד מה שכתב בשו"ת דובב מישרים (חלק א סימן כו) ואכמ"ל.

וכן מוכח גם בסנהדרין (טו). שאב נקרא אב משעת העיבור דאמרינן התם:

כל ימיו של בן סורר ומורה אינו אלא שלשה חדשים בלבד [...] כי אתא רב דימי אמר אמרי במערבא בן ולא הראוי לקרותו אב.

ופרש"י שמי שעברו עליו שלשה חדשים לאחר שהביא שתי שערות אינו נעשה בן סורר ומורה, לפי שאחר שהביא שערות אם היה בא על האישה ראוי להיות העובר ניכר שמשביא שתי שערות היא מתעברת ע"ש. משמע שמשעת העיבור נקרא אב ולכך אינו יכול עוד להיות בן סורר ומורה.

גם אאמו"ר הגר"ש זצ"ל בספרו משנת שלמה (קדושין סימן נ) האריך בזה טובא, וכתב שם להוכיח מהגמרא בקדושין (סב). שאב נקרא משעת העיבור:

האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה הרי זו מקודשת לי אינה מקודשת. אם היתה אשת חברו מעוברת והוכר עוברת דבריו קיימין.

וכן פסק הרמב"ם (פרק ז מהלכות אישות הלכה טז):

האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה הרי היא מקודשת לי בזה לא אמר כלום ואם היתה אשת חברו מעוברת והוכר העובר הרי זו מקודשת. ויראה לי שצריך לחזור ולקדש אותה מאביה אחר שתולד כדי שיכניס אותה בקידושין שאין בהן דופי.

והסכימו האחרונים שמה שכתב הרמב"ם שצריך לחזור ולקדשה היינו רק מדרבנן בלבד, אבל מדינא מקודשת לגמרי כמבואר בשו"ת הרדב"ז (חלק א סימן תיד) ובחלקת מחוקק (סימן מ סקי"ד) ובשו"ת בנין ציון (סימן קח) ועוד.

ולכאורה יפלא האיך האב מקדש את בתו בעודה עובר, הרי זכות האב לקדש בתו ילפינן מדכתיב 'ואמר אבי הנערה אל הזקנים את בתי נתתי לאיש הזה' ואי נימא שאין האב נקרא אב עד הלידה איך מצי לקדש את בתו העוברת, ועל כרחך מוכח שכבר משעת העיבור נקרא אב ולכך שפיר מצי לקדשה כדת.

ובשו"ת רבי עקיב"א (סימן קעא) כתב, לבאר דעת הרמב"ם שאין הכוונה שהבת מקודשת מעכשיו אלא רק כשתלד תהיה מקודשת. ודקדק כן מלשון הרמב"ם 'אם ילדה אשתך נקבה' והיינו רק אחר הלידה תהיה מקודשת ע"ש.

אמנם גם לדברי רבי עקיב"א מקום יש בראש לומר שרק מחמת שהאב נקרא אב כבר משעת העיבור יכול הוא לקדשה מעכשיו כשתבוא לעולם. וראה עוד מה שהאריך בזה אאמו"ר שם ומסיק שכיון שנקרא אב מיד מהעיבור רשאי הוא להתנגד להפריה זו ואף אם בעבר הסכים לכך מצי כעת לחזור בו מכמה טעמי.

והוסיף שם, שאין אסור לאבד את העוברים, דישראל אינו מצווה על העוברים ואף שיש חולקים היינו דוקא כשהם במעי אימם כדכתיב 'שופך דם האדם באדם' מה שאין כן בכהאי גוונא, וקל וחומר בשב ואל תעשה ע"ש. (וראה עוד מש"כ הגר"י זילברשטיין שליט"א חוברת אסיא נא- נב עמוד 56 ואכמ"ל).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הן אמת שיש לפקפק דאף אם אכן האב נקרא אב משעת העיבור אפשר דהיינו דוקא בעיבור כדרך כל הארץ, ולא בהקפאת עוברים ומשכך אין עדיפות לאב על פני האם בבעלות על העוברים ואפשר ששניהם שווים. (וראה עוד בשו"ת מעשה חושב ח"ג סימן ב ע"ש).

והנה באנציקלופדיה הלכתית רפואית (כרך ד בנספחים) כתבו בשם הרב שאול ישראלי כי אף אם בני הזוג הסכימו בעבר להשתתף בטיפול זה, האב רשאי לסרב להמשיך את השותפות בנסיבות שבהם הצדדים בהליכי גירושין.

ואף שפסק הרמב"ם (הלכות שותפים פרק ח הלכה א) :

הנותן ביצים לבעל התרנגולים להושיב התרנגולים עליהן עד שיצאו האפרוחים ויגדל אותן בעל התרנגולים ויהיה הריווח ביניהם [...] ואינו יכול למכור שלא מדעת חבירו בתוך זמן זה.

ולפי דרכנו למדנו שחלות השותפות יוצרת שעבודים הדדים המחייבים את המשך הפעולות להשגת המטרה. מכל מקום אין ללמוד מזה לנדון דידן ולחייב האב בהמשך הליך ההפריה. כיון ששעבוד הצדדים ממשך רק כאשר לא חל שינוי נסיבות ביחס למימוש השותפות, מה שאין כן כאשר הצדדים בהליכי גירושין יש בכך שינוי מוחלט מזמן קבלת ההתחייבות והאב זכאי לטעון כי המשך השותפות גורם לו נזק ממוני או אחר ולהפסיק את השותפות, עיין שם.

גם הגר"ש בן שמעון שליט"א (תחומין כרך כב עמוד 410) כתב לדחות שאין לדמות כלל דין זה לדין ביצים העומדות לגדל אפרוחים, דהתם הביצים בעין וראויות לאכילה וכיון שנמסרו לגידול אפרוחים שייך שבהם שותפות. מה שאין כן בביצית זרע שבשניהם אין כל ממש אלא לאחר השקעה וטיפול רפואי, לא שייך בזה שותפות שאם לא כן נצטרך לומר שאף לרופא המטפל יש חלק ובעלות בביצית שהרי אומן קונה בשבח כלי והוא המשביח את הביצית, אלא ודאי שלא שייך בזה כלל דין שותפות ע"ש.

וכך נעשה מעשה בפסק דין בית הדין הרבני בירושלים (תיק 1-21-4063 מיום כ"ג אייר תש"ס 28.5.00 ופורסם גם בשורת הדין כרך יג עמוד קצז ואילך) שאין לראות את בני הזוג כשותפים בעובר שהרי עובר אינו חפץ הנקנה ואין בעלות עליו וממילא אינו מושא לשותפות מחייבת.

גם אין לראות את הבעל כפועל שהתחייב להפרייה זו, דבשלמא כלפי הרופא שייך לומר שהתחייב לבצע פעולה כדי שיווצר העובר, מה שאין כן כלפי הבעל אין זו התחייבות לפעולה אלא להולדת הבן ועל זה אין התחייבות תקפה. ובלאו הכי פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום.

וכתבו שם שאף על פי שהחזור בו מהבטחה לחברו יש בזה משום מחוסרי אמנה כמבואר בבבא מציעא (מה). היינו דווקא במתנה מועטת אבל במתנה מרובה יכול לחזור בו. ובוודאי הולדת בן היא מתנה מרובה שיש בזה הוצאות רבות, מה גם שהילד יגדל במשפחה ללא אב ואם, ואתי לאינצויי עם בניו מאישה אחרת.

עם זאת, בסיום פסק הדין הסכימו הדיינים כי מצוה על הבעל לסייע ביד אשתו שסבלה רבות עד כה, בפרט כאשר אין לה סיכוי רב להרות מאדם אחד ולכך אם תתחייב לפרנס לבדה את הולד שיוולד יש ללחוץ על האיש שיסכים להפריה, אך אין לכופו לפי שאין כופין על מצות עשה שמתן שכרה בצידה ע"ש.

על פסק הדין הוגש ערעור שנדחה (תיק 1-21-3797 מיום ה' כסלו תשס"ב 20.11.01 פורסם גם בתחומין כרך כב עמוד 392 ואילך) וכתב שם הגר"א שרמן שליט"א כי אומדנא דמוכח היא שהבעל

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לא התכוון מעולם ששותפות זאת תתקיים גם במקרה של שינוי נסיבות שבהם הצדדים כבר לא חיים יחד.

ואף על פי שהאם משתוקקת עד מאד לבן ודמי לטוענת בעינא חוטרא לידא, ואף שלא טענה כן להדיא מכל מקום גם הטוענת שחפצה בילד להנאתה, בבחינת 'ילד שעשועים' נמי הוי טענה, ומה שאמרו בעינא חוטרא לידא אינו אלא לאפוקי הטוענת שחפצה בבן לקיים פריה ורביה דבזה אמרינן לה זיל לא מפקדא, הא לאו הכי טענתה טענה וכמבואר בפסקי דין רבניים (חלק ד עמוד 356).

מכל מקום אין זה בכלל חובות הבעל לאשתו שתהיה 'אם הבנים'. חובות הבעל הם רק שאר כסות ועונה המפורשים בתורה עם עשרת הדברים שהתחייב לאשתו כמבואר בשולחן ערוך (סימן ט) ואין בכלל זה חובת האיש לדאוג לאישה לבנים.

וכן מוכח בגמרא ביבמות (סה:) דאמרינן התם:

ההיא דאתאי לקמיה דרב נחמן אמר לה לא מיפקדת. אמרה ליה לא בעיא הך אתתא חוטרא לידה ומרה לקבורה? אמר כי הא ודאי כפינן.

הרי שרק מחמת טענת בעינא חוטרא לידא חייב רב נחמן את הבעל לגרש את אשתו. אילו היה הבעל חייב לדאוג לאישה שתיהפך לאם, די בכך שאינו ממלא את חובתו כדי לחייבו לגרשה, אלא ודאי שאין הבעל חייב בזה.

ואף שאישה ששהתה עשר שנים וטוענת שלא ילדה מחמת בעלה שאינו יורה כחץ חייב הוא לגרשה כמבואר בשולחן ערוך (סימן קנד סעיף ו) אין זה מחמת שהבעל חייב לדאוג לאשתו לבן אלא כמבואר בשו"ת הרשב"א (חלק א סימן אלף רנה) שהכל יודעים כלה למה נכנסת לחופה ועל דעת כן נשאת לו.

כלומר, אין זה חיוב הדדי שבין בני הזוג אלא שהאישה שואפת להפך לאם ומאחר שאין על הבעל חובה למלא שאיפה זו שהרי יכולה היא להתממש בנפרד מהנישואין או מהבעל, לכך כופין אותו לגרש כדי שהאישה תוכל לממש שאיפה זאת, שעל דעת כן נשאת לו.

בית הדין הגדול אף הסתייג מהמלצת בית הדין האזורי שהמליץ לבעל להמשיך את הליך ההפריה, מאחר שאף אם יש בכך טובה לאם אין בכך טובה לילד שיגדל במשפחה חד הורית מזרעו של אב שאינו חפץ בו, ומחשש לתקלות נוספות כמבואר שם ולפיכך נוח לו שלא נברא משנברא (ערוכין יג:).

וכיוצא בזה נפסק למעשה בבית הדין הרבני בתל אביב (תיק 1049932/8 ותיק 9/987552).

והגם שבאת-כוח המבקשת ביקשה להישען על פסק דין נחמני (רות נחמני נ' דניאל נחמני פ"ד תשנ"ד (1) 142) שקבע כי אין האב יכול לחזור מהסכמתו בעבר, אכן יפה טענה באת-כוח המשיב כי גם לדעת הרוב שיש להמשיך בהליך ההפריה היינו דווקא בנדון שם שלולא זאת לא היתה לאישה כל אפשרות להורות וכפי שהודגש שם בפסק הדין, ואין ללמוד מזה לנדון דידן בו המבקשת אינה עקרה ויכולה להיות אם ביולוגית לכל דבר.

סיכומם של דברים אף על פי שבית הדין מזדהה עם כאבה של המבקשת, קצרה ידו מהושיע מאחר שלא ניתן לחייב את האב להמשיך בהליך ההפריה.

אברהם מאיר שלוש – ראב"ד

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ראיתי את דבריו הנפלאים של כבוד הראב"ד ידידי הגאון הרב אברהם מאיר שלוש שליט"א, ובמסקנת הדברים אף ידי תיכון עמו. אך מאחר שמסקנתי זו נובעת ממקורות אחרים וייתכן שיש מכך נפקויות הלכתיות משמעותיות, לפיכך אבקש להוסיף על הדברים:

שאלות העומדות לדיון

הנה בשאלה שבפנינו, לענ"ד יש לדון כאן בתרתי:

א. האם רשאי הבעל לחזור בו מהשותפות שיש לו עם האישה בדבר תהליך הפריית הביציות.

ב. האם יש איסור בהריגת עוברים על ידי מעשה ועל ידי גרמא.

והנה, בטרם בואנו לדון בדבר, מן הראוי להציב תחילה את השאלות שנדון בהם במסגרת בירור הדברים הנ"ל:

א. האם "עובר" מוגדר כיישות עצמית או שמשתייך להוריו.

ב. אם הוא שייך להוריו, האם הוא כממון השותפים או ממונו של האב או של האם.

ג. מאימתי ראויים ההורים להיקרא "אב" ו"אם".

ד. האם מכוח דיני אישות הבעל משועבד להפרות את אשתו ולפיכך אינו יכול לחזור בו.

ה. איסור רציחה בעובר.

ו. השמדת "עוברים מוקפאים" האם הוי כרצח עוברים.

ז. תבנא לדינא - פסק הדין.

ח. דינים העולים.

דיון והכרעה

א. האם עובר מוגדר כיישות עצמית או שמשתייך להוריו.

שנינו במשנה במסכת בבא קמא (דף מ"ח ע"ב עד דף מ"ט ע"א):

ואדם שהיה מתכוון לחברו והכה את האישה ויצאו ילדיה משלם דמי וולדות וכו' ונותן לבעל. ואם אין לה בעל, נותן ליורשיו. היתה שפחה ונשתחררה או גיורת, פטור.

והנה בגמרא שם נחלקו רבה ורב חסדא כיצד לבאר את המשנה גבי גיורת שאף על פי שהכה אותה ויצאו ילדיה, פטור המכה.

לדעת רבה איירי בגיורת שהיתה נשואה לגר וחבלו בה בחיי בעלה הגר, והתחייב לשלם לו, ומת הגר, לפיכך המכה פטור מאחר שלגר אין יורשים, וכל הקודם לזכות בנכסיו - זכה, נמצא שזכה המכה בדמי הולדות. אך בגוונא שנגף את האישה לאחר מות בעלה הגר "זכיא ליה איהו בגווייהו ומחייב לשלומי להו לדידה". היינו שלשיטת רבה אחר שמת הגר, זוכה האישה בעוברים ולכן אם אחר כך הפיל פלוני את העוברים, חייב לשלם לאישה.

לעומתו רב חסדא מקשה עליו שם בגמרא:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אטו וולדות צררי נינהו וזכיא בהו? אלא איתיה לבעל - זכה ליה רחמנא,
ליתיה לבעל - לא.

רב חסדא הקשה על רבה, שהרי הוולדות אינם רכוש הבעל שנאמר שלאחר מותו זוכה בהם האשה, אלא התורה זכתה לו את דמי הוולדות במקרה של חבלה, למרות שאין לו בעלות עליהם, אך משמת הבעל זכות זו אינה עוברת לאדם אחר, ואף לא לאימם של אותם וולדות ולכן גם אם היכה והפיל את הוולדות אחר מות הגר, פטור המכה.

בפשטות נראה לכאורה לבאר את מחלוקתם של רבה ורב חסדא, שרבה סבור, שהעובר הוא כנכס ממוני לכל דבר ועניין², משום כך, כשהנגיפה היתה בחיי הבעל והוולדות יצאו והבעל מת רק לאחר מכן, המכה פטור מאחר שהוולדות שמתו היו נכסי הגר דהוי הפקר וכל הקודם זכה בהם. מה שאין כן בגוונא שהנגיפה היתה רגע לאחר מות בעלה הגר תוך כדי המריבה, הרי שהאישה המוחזקת ראשונה בעוברים הקיימים בקרבה וזכתה בהם, ולכן חייב לשלם לה את דמי הוולדות, וכביאור רש"י בדיבור המתחיל "זכיא בהו איהי", עיי"ש.

מנגד, לדעת רב חסדא עולה שהעובר איננו ממונו של האב כלל ואינו נחשב ל"צררי", ואיננו שייך לא לאביו ולא לאמו אלא זוהי יישות עצמאית לחלוטין, וכל מה שמצינו שהבעל מקבל את דמי הוולדות, הוי זכות שזכתה התורה לבעל מדין קנס, ולא כתשלום נזק על ממונו שהוזק. אך כל זה רק כאשר הנגיפה ארעה בחיי הבעל, ורק לאחר מיכן הוא מת, אז אמרינן שהוולדות של האב, וכשמת זכו יורשיו בזכות לקבל את דמי הוולדות, מה שאין כן היכה שהוולדות יצאו רק לאחר מות האב/הבעל, דאז הוי כממון שאין לו תובעין לפי שהוולדות הוי יישות בפני עצמם, ולכן הנוגף פטור מדמי הוולדות.

אם כן יוצא שנחלקו האמוראים רבה ורב חסדא בענייננו האם הוולדות הוי יישות בפני עצמה או הוי כממון הבעל.

והנה נחלקו הראשונים (והובאו בטור בחו"מ סימן תכ"ג) להלכה מה הדין באלמנת הגר שנגפוה, מי זוכה בוולדות.

הרמב"ם בהלכות חובל ומזיק (פרק ד' הלכה ד') פסק וזה לשונו:

"היתה שפחה או גויה בשעת הריון, ובשעת נגיפה נשתחררה או נתגיירה,
הרי דמי וולדות שלה".

מבואר אם כן בדבריו שפסק כדעת רבה שאלמנת הגר שחבלו בה לאחר מיתתו, זוכה בדמי הוולדות, אם כן לפי המבואר לעיל יוצא, שהרמב"ם סובר שהוולד הוי ממונו של הבעל, והאישה זוכה בוולד מכח מוחזקתה בו.

²ובאמת שבתחילה חשבתי שאולי ניתן היה לבאר אחרת בגמרא, שהנידון כאן איננו האם הוולדות הוי כממון הבעל ממש. ייתכן שברור הוא כי הוולדות שייכות לאם ולא לאב, אלא כשם שהתורה זכתה לבעל את מעשה ידיה ומציאתה של האישה, אם כן הוא הדין גם את וולדותיה, ואין כאן נכס ממוני של הבעל כלל. ומצאתי בפני יהושע שם שהעיר זאת, וכתב לשלול הבנה זו מכל וכל וזה לשונו: "אבל אין לומר דהא דזכה רחמנא דמי וולדות לבעל היינו כי איתא משום שזוכה בכל נכסי אשתו כגון במציאתה ומעשה ידיה אבל אי ליתא לבעל אית לה זכיה בגווייהו דהא בהדיא מסקינן לעיל (דף מ"ג ע"א) גבי גרושה דהתורה זכתה לבעל אפילו בא עליה בזנות משמע דאיהי לית לה שום זכות בגווייהו וכמ"ש שם עיי"ש (והיינו דפריך רב חסדא אטו וולדות צררי נינהו) וכן משמע להדיא מלשון רש"י וק"ל". עכ"ל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לעומת זאת, הרא"ש שם (בבבא קמא פרק ה' בסימן ה') פסק כדעת רב חסדא ולא כרבה, "דמילתיה דרבה מוקי כתנאי, ורב חסדא כדברי הכל", ואין אלמנת הגר זוכה בדמי הוולדות כלל, ולא הוי כממון הבעל כאמור, עיין שם.

ועל פי זה יוצא לכאורה שלרמב"ם העובר הוא ממון הבעל ולרא"ש הוא יישות בפני עצמה. אולם המעייין בדעת הרמב"ם מוכח לא כן, ואף איהו ס"ל שאין העובר נחשב לממון הבעל. שהרי פסק שם בהלכה ב' לגבי אשת ישראל שנגפיה, וזה לשונו:
"ואם נגפה לאחר מיתת הבעל, אף דמי וולדות לאישה".

הרי חזינן בדבריו דס"ל שאפילו אשת ישראל שנחבלה לאחר מיתת הבעל, הרי היא זוכה בדמי הוולדות. כלומר, דאף על גב שיש לאב שמת יורשים שהרי ישראל הוא, והרי אין האישה יורשת את בעלה, מכל מקום אמרינן שהיא זוכה בדמי הוולדות ולא יורשי האב.

לכאורה יש לתמוה בדבריו, מדוע האישה זוכה בדמי הוולדות, הרי מאחר שיש לאבי הוולדות יורשים, הדין נותן שהם ירשו את זכות דמי הוולדות, ומהיכי תיתי שהאישה תזכה בהם?

ובאמת שהראב"ד שם פליג על הרמב"ם וכתב שם בהשגותיו וז"ל:

אמר אברהם אין דבר זה מחוור מן ההלכה דאפילו לרבא דאמר בבא קמא (מט) בשחבל בה לאחר מיתת הגר זכיא לה איהו בגווייהו, הני מילי אשת הגר שאין לו יורשים, דקדמה איהו וזכיא בגווייהו אבל אשת ישראל שיש לו יורשים - לעולם הם ליורשיו.

הרי שנחלקו הרמב"ם והראב"ד מה הדין לפי רבה באשת ישראל שנגפיה לאחר מיתת בעלה ויש לו יורשים. שלדעת הרמב"ם האישה זוכה בוולדות, מה שאין כן לדעת הראב"ד שתמיד זוכים יורשי האב הישראל.

ובאמת שגם בתוס' שם (בד"ה אטו) חזינן שנקט כדעת הראב"ד ודלא כהרמב"ם, שהרי כתב שם וז"ל:

ביורשים לא פליג רב חסדא ומודה הוא דזכו [...] ודווקא גר, אבל כשאינו גר משלם דמי וולדות ליורשים.³

ויעויין בנושאי כליו של הרמב"ם שמתחבטים קשות לבאר דברי הנשר הגדול, מדוע באשת ישראל תזכה בוולדות היכא שנגפיה לאחר מות בעלה, הרי הוא השאיר יורשים?

לכאורה אפשר לומר שמחלוקתם נעוצה בנידונו. הרמב"ם סבר שהוולדות אינם ממונו הפרטי של הבעל, ולכן כשהבעל (שהינו ישראל) מת, אין יורשיו יורשים לקבל את דמי הוולדות אלא האישה זוכה בהם כאמור. היינו שהתורה זיכתה לה את דמי הוולדות היכא שבעלה איננו בחיים. לעומתו דעת הראב"ד דהוי כממונו של הבעל, ולכן פסק שיורשיו יורשים אותו וזוכים בדמי הוולדות אף כשהעובר הומת לאחר מותו של האב, ואין האישה זוכה בזה.

ברור הדבר שאם היה הרמב"ם סובר שהוולדות הם ממונו של הבעל, הרי שיורשיו היו יורשים את דמי הוולדות כקושיית הראב"ד, ובהכרח שגם הרמב"ם ס"ל כהרא"ש דלא הוי

³ לקמן נביא את דברי התוס' בסוטה כ"ו. ד"ה מעוברת שגם שם חזינן שהתוס' נקטו כדעת הראב"ד ודלא כהרמב"ם, אם כן התוס' הולכים לשיטתם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ממונו של הבעל ממש, אלא חידוש התורה לזכות לאב את דמי הוולדות והוי מדין קנס על הנוגף, ובהעדר האב זיכתה התורה את הקנס על הנוגף לאם.

לענ"ד נראה שזוהי גם כוונת הכסף משנה בדבריו שם בביאור הרמב"ם, שהרי כתב שם בדבריו וזה לשונו:

אבל כשחבל בה לאחר מיתת הבעל היאך בעל זה מוריש ליורשיו דבר שלא זכה בו, הילכך על כרחך של אישה הם דקרינהו רחמנא ילדיה.

מעתה עולה שהן לרמב"ם והן לרא"ש אין העובר נחשב כממון האב אלא כיישות בפני עצמה. אלא שכשהאב חי זיכתה לו התורה את דמי הוולדות, ולאחר שמת, זיכתה התורה לאישה את דמי הוולדות, אף על גב שיש יורשים לבעל הישראל. לעומתם דעת הראב"ד, שהוולדות הם ממש כממון הבעל, ואם מת הבעל היורשים הם הזוכים ולא האם, ולכן חלק על הרמב"ם לדינא.

ובאמת שאולי אפשר להוכיח מגוף לשון הפסוק בדין זה של דמי הוולדות, מה מהות החיוב. הנה חידושה תורתנו הקדושה (שמות כא' כב'):

וכי ינצו אנשים ונגפו אישה הרה ויצאו ילדיה ולא יהיה אסון ענוש ייענש כאשר ישית עליו בעל האישה ונתן בפלילים.

חזינן אם כן שהתורה זיכתה את תשלום דמי הוולדות לאב ולא לאם.

אך עדיין אין אנו יודעים, האם דין זה שהאב זכאי בדמי הוולדות, נובע מפאת בעלותו על העובר, או דלמא אין זה קשור לבעלות אלא רק לגבי הזכות לקבלת פיצוי על הריגתם שחידשה לו התורה כאמור מדין קנס על הנוגף.

והנה ברמב"ן על התורה כתב לבאר מדוע נאמר "כאשר ישית עליו בעל האישה" ולא כפי שתשית האישה עצמה? וכתב שם לבאר בתרי אנפי וזה לשונו:

[...] כי אין לה חלק וזכות בהם [...] ולפי דעתי, בעבור שאין בוולדים היזק ניכר כי מי יודע אם יצליחו, אמר הכתוב אף על פי שאין כאן ממון תשלומים, נשים עליו עונש והוא כמו קנס וממון שיטילו אחרים עליו על כרחו [...] ואמר שיהיה העונש ככל אשר ישית עליו בעל האישה, שהוא חפץ בילדיו וחשובים הם אצלו.

הרי שחזינן בדברי הרמב"ן ב' גישות בהגדרת חיוב דמי וולדות, ומדוע דווקא לאב ולא לאם:

א. זהו חוב ממון ככל דיני נזיקין, והאב הוא זה שמקבל את הממון כי הוא הבעלים על העוברים, ולכן לא אזלינן בתר האישה כי אין לה חלק וזכות בהם - היינו כדעת הראב"ד הנ"ל.

ב. אין זה חוב ממוני אלא מדין קנס בלבד. והטעם שהאב מקבל זאת איננו מפני בעלותו על עובר אלא מחמת שהוא זה שניזוק בעיקר, מחמת "שחשובים הם אצלו" - היינו כדעת הרמב"ם והרא"ש הנ"ל.

חזינן על כל פנים בדבריו שבתחילה נקט כדעת הראב"ד והתוס', אך במסקנא מסכים הרמב"ן עם דעת הרמב"ם והרא"ש.

להלכה, פסק המחבר בחו"מ (סימן תכ"ג סעיף א') כדעת הרמב"ם, והרמ"א הביא להלכה את דעת הראב"ד, ועיי"ש. ויעויין שם בהסבר הסמ"ע בס"ק ד' ובס"ק ה' במה שביאר שם בסברתם של הראשונים ואכמ"ל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

המורם מכל הנ"ל, שדבר זכותו של הבעל להורות על אי המשך תהליך ההפריה ויצירת ההיריון והעברתו לרחמה של האישה – תלוי לכאורה במחלוקת ראשונים זו. לדעת הרמב"ם והרא"ש הנ"ל, אין לו זכות זו מאחר שהעובר הרי הוא יישות בפני עצמו ואינו בבעלות האב או האם, מה שאין כן לדעת הראב"ד והתוס' שיש לו זכות זו מתוקף בעלותו כאמור, שהרי העובר ממונו של הבעל הוא.

בדברי הרמב"ן חזינן, שהביא את שתי הגישות האמורות בביאור דין זה, אך מסיק כאמור כדעת הרמב"ם והרא"ש שאין העובר בבעלות אביו אלא הוא יישות בפני עצמה, ותשלום דמי הולדות הוא קנס וחידוש שחידשה תורה ליתן לאב מאחר שהוא הנפגע העיקרי.

אם כנים הדברים עולה אם כן שלפסיקת המחבר כהרמב"ם הרמב"ן והרא"ש, אין הבעל יכול לעצור את התהליך שהחל עם הפריה זרעו וביצית האישה, מה שאין כן לדעת הרמב"א שפסק כהראב"ד והתוס' אם כן הוא ממונו של הבעל, ויכול לעצור את הליך ההפריה והכנסת העוברים המוקפאים לרחם האישה.

ברם ייתכן לומר, שאף לדעת המחבר והרמב"ם, מכל מקום בנדוננו יוכל הבעל לעצור את התהליך האמור, זאת מאחר שיש לו נפקותא ממונית כאמור כי האישה הצהירה בפנינו כי היא תתבע ממנו דמי מזונות הילדים כשייוולדו, אם כן רשאי הוא למנוע המשך תהליך זה.

אך עדיין נצטרך לדון האם אין איסור בהשמדת העוברים – לקמן בהמשך.

מקור נוסף לענ"ד מצינו בעניין זה במשנה במסכת ערכין (דף ז'). שם נאמר:

האישה שיצאה להיהרג אין ממתנין לה עד שתלד. ובגמרא שם: "פשיטא גופה היא? איצטריך, סלקא דעתך אמינא הואיל וכתוב "כאשר ישית עליו בעל האישה" ממונא דבעל הוא ולא ליפסדיה מיניה - קמ"ל.

לכאורה היה מקום להוכיח מהגמרא זו שהבעל הוא הבעלים על העוברים וממונו הוא וכדעת הראב"ד הנ"ל, וזהו שחידשה המשנה שאף על פי כן לא ממתנינים עם גזר דינה של האישה עד שתלד, כי אין זה ראוי להשהות ולענות את הדין.

ברם, עדיין ניתן לבאר בגמרא לאידך גיסא, שזהו הקמ"ל שבגמרא, שהולדות אינם ממונו של הבעל, כי אחרת היה עלינו החובה להמתין עד לידתם ולא להפסיד לבעל, וכדעת הרמב"ם והרא"ש, וכמסקנתו של הרמב"ן.

עוד יש להוכיח שדעת התוס' היא כדעת הראב"ד שעובר הוא ממונו של האב.

הנה במסכת סוטה (דף כ"ו עמוד א') שנינו שדין סוטה – שהבעל קינא לאשתו והיא נסתרה עם פלוני שהיא שותה או שהיא איננה נוטלת את כתובתה – אף על פי שאינו נוהג כשנשא מעוברת חברו וקינא לה ונסתרה, מכל מקום דין זה כן נוהג כאשר אשתו מעוברת ממנו והוא קינא לה ונסתרה עם אותו פלוני, שהדין הוא ששותה אף על גב שאם יתברר שהיא טמאה היא תמות עם העובר שבקרבה. ואם אשתו המעוברת ממנו איננה שותה, הרי היא הפסידה את כתובתה למרות היותה מעוברת.

תוס' (ד"ה מעוברת) מביאים את פירוש רש"י בביאור חידוש הגמרא, ומקשים עליו וזה לשונם:

רש"י פירש דלא אמרינן דלא ליקטליה לוולד. ותימה אמאי אית לן למיקטליה, מאי איכפת לן נמתין עד שתלד, הא תנן בפרק קמא דערכין (ז). האישה היוצאת ליהרג אין ממתנין לה עד שתלד, והתם גזירת הכתוב הוא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"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 האישה, והכא הכי פירושא וכו'.

מקושתית התוס' על פירוש רש"י מהמשנה בערכין חזינן, שתוס' למדו פשט בגמרא בערכין כהצד הראשון שהבאנו לעיל, שהגמרא בקמ"ל איננה חוזרת בה מההנחה הראשונה שהוולדות הם ממונו של הבעל, אלא שאף על פי שזהו ממונו של הבעל, מכל מקום חידשה התורה שאין ממתנין עד שתלד, ולא מענים את דינה. פשוט הוא שאם תוס' למדו בגמרא שבקמ"ל הגמרא חוזרת בה ומסיקה שבוולדות אינם ממונו של הבעל, אם כן לא מובנת כלל קושייתו על פירוש רש"י בסוטה, ובהכרח כדברנו.

אם כן דברי התוס' עולים בקנה אחד עם שיטת הראב"ד שהזכרנו לעיל, שהעובר הוא ממונו של הבעל ולא של האישה ולא הוי יישות עצמאית. ובאמת שהתוס' לשיטתם בבבא קמא (דף מ"ט. ד"ה אטו וולדות צריי ניהו) שדמי הוולדות לבעל הם מכוח היות הוולדות ממון הבעל ממש, עיי"ש בדבריהם.

ויעויין עוד בשו"ת "דובב מישרים" להגאון מטשעבין זצ"ל (אבה"ע חלק א' סימן כ') שלמד כן גם בדעת הריטב"א וראשונים נוספים, שהעובר הוי ממונו של הבעל, ולכן לולי חידוש התורה בפסוק "ומתו גם שניהם" הבינה הגמרא בערכין שאין להוציאה להורג מפני שמזיקה לממון בעלה⁴

מאידך גיסא, מצאתי שהרב נבנצל שליט"א דן בעניין זה באריכות⁵, והוכיח שהעובר איננו ממון האב אלא הוא יישות עצמית כאמור, מהסוגיה במסכת בכורות (דף ז' עמוד ב') גבי זרעו של איל שיצא מרחם היחמורה החוצה שמותר לאוכלו, וכן נפסק בשו"ע ביו"ד (סימן פ"א סעיף ג'), עיי"ש. ולכאורה מדוע שלא נאסור לאוכלו ללא שחיטה שהרי אבר מן החי הוא ולא הותר אלא בדבש וחלב שהתירה התורה בפירוש אך לא בדבר אחר.

מוכיח מכאן הרב נבנצל, שכאשר מדובר בזרע הראוי להתפתח ולהיעשות בעל חי עצמי, הרי שהוא נחשב ליישות עצמית ואיננו מתייחס לאביו שייחשב כאבר מן החי, אלא הוי כבשר תלוש ללא רוח חיים, ולכן מותר לאוכלו ללא שחיטה, עיי"ש בדבריו.

לדבריו עולה כי גם בעובר נאמר כן, ולפיכך אין האב והאם שותפים בעובר לפי שאין להם עליו בעלות, אלא הוי כיישות בפני עצמה.

סייעתא לדבריו – מחמת הסברא שמאחר ויש לו "חיות" חשיב כיישות בפני עצמה – מצאתי בדברי הראשונים. התוס', הנימוקי יוסף והרא"ה למסכת חולין (דף נ"ח.) שכתבו שם (התוס' בדב"ה "והלכתא") לבאר את דברי רבי יהושע הסובר שיש לחלק בין עובר בהמה טריפה

⁴ לקמן נביא את דבריו שם שדן בעניין האם מותר לשמש בכובע כאשר יש חשש סכנת נפשות. ואחר ששקל וטרי בעניין גם מצדה של האישה, כתב שם בסוף דבריו: "אבל בהסכמתו שפיר מותר כיון דכל האיסור עליה רק משום שאסור להפסיד ממון אחרים, אבל היכא שהוא מסכים שפיר שרי, כמו קרע את כסותי שבר את כדי על מנת לפטור דפטור כמבואר בש"ס ב"ק (דף כ"ז ע"א)". הרי חזינן שנקט בפשיטות שהעובר הוי ממון הבעל וכן למד בסוגיה בערכין כן. בהמשך דבריו דן שם גבי האיסור להרוג עוברים והאם הוי בכלל רציחה של ממש או רק חיוב בדיני שמים וכו' ולקמן בסעיף ו' נדון בזה.

⁵ תחומין כרך י"ז עמוד 348 ואילך.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דלא הוי ירך אמו, לבין ביצת תרנגולת הנכרכת בדינה אחר אמה תרנגולת הטריפה, כיון שהעובר יש לו חיות בפני עצמה מה שאין כן לגבי הביצה.⁶

דבריו למעשה תואמים יחדיו למה שהעלנו לעיל בדעת הרמב"ם והרא"ש, שאין הוולד ממון האב, אלא הוי יישות בפני עצמה, ודלא כדעת הראב"ד והתוס'.

אם כנים הדברים, יוצא לכאורה בנידוננו שאין הבעל יכול לעצור את תהליך ההפריה, לפי שהעובר איננו שלו, אלא יישות בפני עצמה.

אך כבר הבאנו לעיל שבנדוננו שאני ועל כל פנים יכול הבעל לעצור תהליך זה מטעם אחר, הואיל והמשך התהליך יגרום לו הוצאות גדולות בדמות דמי המזונות שהאישה רוצה לתובעו אם תלד.

עוד אפשר לומר שמאחר ויש כאן שינוי נסיבות משמעותי בכל הקשור למרקם המשפחתי ומטרותיו של הבעל ברגע שנשא אישה זו, משום כך יכול לחזור בו. לקמן (בסעיף ב') נאריך בסברא זו ובגדר הדברים.

ב. אם הוא שייך להוריו, האם הוא כממון השותפים או ממונו של האב או של האם.

מעבר לאמור לעיל, יש לדון לכאורה האם יש מקום לומר שבני הזוג הם שותפים בעוברים המוקפאים, ומשכך שוב אין אחד מהם יכול לחזור בו.

מקור לדברים מצינו בשולחן (חושן משפט סימן קע"ו סעיף ט"ו) וזה לשונו:

השותפין שהתנו ביניהם שיעמדו בשותפות זמן קצוב, כל אחד מהם מעכב על חבירו, ואינו יכול לחלוק עד שיגיע הזמן או עד שיכלה ממון השותפות, ואין אחד מהם יכול ליטול מהקרן ולא מהשכר, עד סוף הזמן.

ובסעיף י"ז כתב וזה לשונו:

היה זמן ידוע למכירת אותה סחורה, יש לכל אחד מהם לעכב שלא יחלקו עד שתימכר בזמן הידוע למכירתה, ואין אחד מהם נוטל לא מהקרן ולא מהריוח עד זמן החלוקה, אלא אם התנו ביניהם.

יסוד הדברים, דכיון שיש לכל סחורה את הזמן האופטימלי למכירתה כדי שהמוכר יוכל למקסם רווחיו, לפיכך אין לאחד מהשותפים לגרום נזק לרעהו ולמכור טרם הזמן האמור.

מעתה הוא הדין נמי יש לומר כן גם לענייננו שיש לאסור על הבעל לפרק את השותפות ביניהם בטרם עת, שהרי לכו"ע מועד "מכירת הסחורה" בנדוננו הוא בעת לידת העובר וצאתו לאוויר העולם, וסברא פשוטה היא למימר כן שכל השותפות נועדה ונוצרה לשם כך.

ובאמת שמצינו לכאורה שותפות מעין זו מפורשת בהלכה.

הרמב"ם בהלכות שלוחין ושותפין (פרק ח' הלכה א') פסק וזה לשונו:

הנותן ביצים לבעל התרנגולים להושיב התרנגולים עליהן עד שיצאו האפרוחים ויגדל אותן בעל התרנגולים ויהיה הריווח ביניהם, צריך להעלות שכר עמלו ומזונו [...] ואינו יכול למכור שלא מדעת חבירו בתוך זמן זה.

⁶ יעויין לקמן בהערה 19.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לכאורה הוא הדין בנדוננו נמי יש לומר כן, דהואיל שהם שותפים, אין אפשרות לאחד מהם לחזור בו טרם מועד הסיום.

וביותר יש מקום לומר שבנדוננו השותפות חלה ביתר שאת טפי מנידונו של הרמב"ם, שהרי קיי"ל ששותפות צריכה קנין, וכמבואר בשולחן ערוך (בהלכות שותפין סימן קע"ו סעיף א') וזה לשונו:

השותפין שבאים להשתתף, אין השיתוף נגמר בדיבור, לומר שאם אמר בואו ונשתתף יחד בכך וכך, שלא יוכלו לחזור בהם, ואינו מתקיים אלא בקניין. וכיון שצריך קניין, כל דבר ודבר לפי קניינו מתקיים שיתופו, לפיכך המטבע שאינו נקנה בחליפין, אין השיתוף מתקיים בו בקניין, שאפילו קנו מיד שניהם שיביא כל אחד מעותיו וישתתף בהם, וכתבו שטר על זה והעידו עדים, אינו מועיל, אלא צריך שיביא כל אחד מעותיו ויטילו מעות שניהם בכיס אחד.⁷

והנה כידוע תהליך הפריה חוץ גופית נעשה באופן שמערכים יחדיו את דגימת הזרע שנלקחה מהבעל, ומניחים יחדיו במבחנה עם הביצית שנלקחה מהאישה. שניהם גם יחד מונחים בעירבוב למשך כמה ימים עד שעוברים את תהליך ההפריה כשהם מעורבים זה בזה, וכאשר נוצר החיבור, הופכת תערובת זו לעובר קטנטן שניתן להקפיאו למשך כמה שנים ולהחזירו לרחמה של האישה בעת הצורך.

מעתה עולה שיש כאן קניין שותפים מרגע שהרופא מערב את שני החומרים הנ"ל ומניחים במבחנה. זהו קניין שותפות שהחל ברגע זה כשמטרת השותפים להביאו עד לתום תהליך החל בהפריה עובר דרך ההחדרה לרחם ויצירת ההריון, וכלה בלידת העובר. נמצא אם כן שלכל אחד מההורים יש בעלות במחצית הכולל גם שיעבוד על החצי האחר. משכך, לכאורה אין אחד מהשותפים יכול לחזור בו באמצע התהליך ללא הסכמת השותף האחר.

הן אמת שכבר חילק בזה שפיר כבוד הראב"ד הרב אברהם מאיר שלוש שליט"א, דכל זה רק היכא שלא חלו שינויים בנסיבות העניין, מה שאין כן בנדוננו שעתה הזוג עומד בפני גירושין, ורצונו וחפצו של הבעל לפרק את השותפות ביניהם, ומה גם שהמשך שותפות זו תגרום לו לנזק ממוני כפי שכבר הוזכר לעיל, שהרי האישה אמרה בפנינו שרצונה בבא העת לתבוע את הבעל במזונות ילדיו, לפיכך יכול הבעל לחזור בו מהשותפות הנ"ל.

עוד הביא כן אף מדברי הרב אברהם שרמן⁸, שיש "אנן סהדי" ו"אומדנא דמוכח" שעל דעת כן לא היה הבעל נכנס לשותפות כלל, ולכן יכול הבעל לחזור בו כיון שיש כאן שינוי נסיבות משמעותי.

⁷ אמנם הרמ"א שם בסעיף ב' פליג וס"ל שאפילו בדיבור סגי. ויעויין עוד בסמ"ע שם בסימן קע"ו בס"ק ח' שכתב שם שבעירבוב הפירות באופן שכבר לא ניתן להפריד ביניהם, בלא קנין סגי, כיון שיש כאן גמירות דעת לקיום השותפות ולויתור של כל אחד מהם על פירותיו הייחודיים. אם כן בנדוננו, מרגע חיבור זרעו של הבעל עם ביצית האישה, הוי שותפות לכל דבר ועניין ופשוט. (ולקמן נביא סברא שבנדוננו גם אם אין חיסרון כלל בקניין, מכל מקום השותפות איננה קיימת עוד מאחר שהשותפות לא היתה למטרת הבאת ילד לעולם, אלא למטרת הקמת משפחה - מטרה שלא עתידה להתגשם).

⁸ תחומין כרך כ"ב עמוד 392 ואילך.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ראיה לדברים, חזיתי בספר "חוות בנימין" להרב שאול ישראלי זצ"ל (חלק ג', ק"ח סעיף ג' ס"ק י"א, י"ב) שהביא סיעתא מעניינת לדברים ממה דשנינו במסכת בבא מציעא (דף ע"ז עמוד א') גבי פועל שנאלץ לחזור בו מעבודתו טרם סיומה עקב אונס שארע לו, כגון ששמע שמת לו מת וכדומה, דאף על גב שהבעלים נאלץ לשכור במקומו פועל אחר והוא הפסיד כסף בהפרשי השכר ביניהם, מכל מקום הפועל הראשון איננו מפסיד מאומה משכרו מאחר שהוא אנוס. אם כן הוא הדין בענייננו שרשאי הבעל לחזור בו משותפות זו עקב האונס שהוא נקלע אליו, בדמות עכירות קשר הנישואין שבינו לאשתו, והחלטתם לשים קץ לקשר זה. בפרט בנדוננו שהאישה היא זו שגרמה לגירושיה לדבריו של הבעל.

ולענ"ד הדברים קצת נסתרים מדברי הראשונים.

הנה ידועים דברי התוס' במסכת כתובות (דף מ"ז עמוד ב') בד"ה "שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה" שחידשו שלא שייך לומר אומדנא בדעת המתחייב אלא רק כאשר מדובר במתחייב אחד וכגון בנותן מתנה לרעהו, מה שאין כן היכא שישנה התחייבות הדדית בין שניים, דאז אף על גב שאחד מהצדדים אנוס וכדו' איננו יכולים לומר שעל דעת כן לא התחייב, שהרי יש כאן גם כן את הצד שכנגד, ומה לו באונסו של רעהו. בודאי שבדעתו היה להיכנס לעסקת המכר וכדומה אף בכה"ג שחברו העומד מולו אנוס מלבצע את מה שקיבל עליו בעת כריתת ההסכם ביניהם.

מדברי התוס' עולה, שלא נאמרו כל האומדנות למיניהם אלא בנותן מתנה בלא תמורה. אך בהסכם שבו יש שני צדדים, לא שייך לומר שיש אומדנא דמוכח שבכגון דא הוא לא היה מסכים להתחייב.

וכן כתב המשנה למלך (הלכות זכייה ומתנה פרק ו' הלכה א') לדינא, וזה לשונו:

אפילו באומדנות שהוזכרו בתלמוד דמוכחי טובא לימדונו רבותינו בעלי התוספות ז"ל דאין להלך אחריהם אלא במקום שאין הדבר תלוי אלא בדעת הנותן, אבל היכא דאיכא דעת אחרת שלא היה מתרצה אדעתא דהכי, אף על גב דגבי אידך איכא אומדנא דלא עבד אלא אדעתא דהכי, כל שלא פירש – לא מהני האומדנא.

מעתה שוב נדחים הדברים כאמור. כמו כן הראיה מהא דפועל נסתרת כליל, מאחר שחרף טענת הבעל הנזכרת שעל דעת כן הוא לא נכנס כלל לשותפות, האישה תטען שהיא דווקא כן נכנסה לשותפות רק מתוך מטרה לסיים את ההליך עד תומו, ואין לה שום שייכות לטענת אונסו של הבעל בעקבות מצב הנישואין. כלומר, שאין לבטל עסקה כלשהי אף על פי שאחד מהצדדים איננו יכול לעמוד בהתחייבויותיו מחמת אונס - כל עוד לא התנה מפורשות כן⁹.

אשר על כן לפי זה יוצא, שאם ננקוט שהאב והאם שותפים בעובר, הרי שאין לאב שום זכות לחזור בו בעיצומו של תהליך ההפריה כאמור.

⁹ ברם, נצטרך עדיין ליישב את הגמרא בכבא מציעא הנ"ל גבי פועל. ייתכן לומר שלגבי פועל יש כאן רק התחייבות שלו כלפי הבעלים, ובתמורה הוא יקבל שכרו, אך לא הוי התחייבות דו סטרית. אך עדיין יש לעיין בזה. וביותר נראה לומר דהתם גבי פועל זהו חידוש התורה במיוחד מהא דכתיב "עבדי הם" וילפינן ולא עבדים לעבדים וכמובא בגמרא שם. לפיכך אמרינן שבכה"ג יכול הפועל לחזור בו בלא שיוירדו לו מהשכר המגיע לו. אך לולי חידוש התורה כאמור, לא נוכל ללכת בתר אומדנא דמוכח תהא אשא תהא אם וכאשר יש צד שני למטבע כשאיירי בהתחייבות הדדית זה מול זה כאמור בדברי התוס' הנ"ל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ברם, סברא נוספת להתיר לאב לחזור בו בעיצומו של התהליך, הביא כבוד הראב"ד שליט"א מדברי הגאון הרב שלמה בן שמעון שליט"א¹⁰ שכתב שאין להתייחס לביצית וזרע כדבר שההורים שותפים בו, מחמת שבשניהם אין בהם ממש אלא רק לאחר השקעה וטיפול רפואי, ולא דמיא כלל להא דכתב הרמב"ם בהלכות שותפים לגבי הנותן ביצים לבעל התרנגולת להושיבה עליהם שהבאנו לעיל, דשאני התם שהביצים בעין וראויות עתה לאכילה, ולכן הוי ממון השופים ואין אחד מהם יכול לחזור בו מה שאין כן בנדוננו שלא שייך בזה שותפות כלל¹¹.

הן אמת שהדברים ראויים עד מאד. אך גם אם ננקוט כן שלא שייך בזה שותפות ובעלות כלל לפי שאין בזה כרגע ממש, מכל מקום עדיין אפשר לאחוז בשיטתם של הראשונים שהובאו לעיל, הסוברים שהוי יישות בפני עצמה וכפי שהוכיח כן גם הרב נבנצל. ואם כן, שוב אין לבעל זכות התנגדות בהמשך התהליך שכבר החל. לקמן נעסוק בזה.

ברם, על אף האמור עד כה, לענ"ד אפשר לומר שיש לבעל הזכות להתנגד להמשך תהליך ההפריה, אך לא מצד היותו בעלים על העובר, ואף לא מצד אומדנא דמוכח שהוא לא התכוון להיכנס לשותפות אילו היה יודע שיתגרש, אלא מחמת סברא אחרת לחלוטין.

הנה אין ספק בכך כי התא המשפחתי המתפורר לנגד עינינו נמצא בשלביו הסופיים. נמצא אם כן שהמצב הנוכחי כרגע עומד בסתירה לגוף ההסכמה ומהות השותפות, ובשל כך השותפות פסקה מאליה, והגורם שיצר את השותפות מאז נישואיהם כבר חלף נמוג ואיננו.

נבאר את הדברים לעומקן.

כל מה שהעלינו לעיל בדבר אי זכותו של הבעל לחזור בו תוך כדי הליך השותפות שנרקם בינו לבין האישה, היה מטעם שיצאנו מנקודת הנחה כי יש כאן שני שותפים שהשתתפו מרגע חיבור הזרע והביצית במבחנה על ידי הרופא ובשליחותם, כאשר המטרה היא יצירת ילד שיוולד בעתיד.

עתה נראה לומר שאין זו מהות השותפות ביניהם. אין זו שותפות עסקית ליצירת ילד, אלא זהו נדבך נוסף בשותפות שנרקמה ביניהם החל ברגע כניסתם לחופה וכריתת ברית הנישואין ביניהם, עובר דרך הבאת ילדים, וכלה בחיי נישואין זה לצידו של זו וההיפך, ומטרתם שונה בעליל.

נראה לומר שמטרתם המשותפת של שני הצדדים איננה לשם הבאת ילדים, אלא לשם יצירת תא משפחתי תקין, והקמת משפחה שבתוכה ובמסגרתה ייוולדו ילדים ויחיו חיים בריאים בגוף ובנפש. אותה משפחה שהיא היתה משאת חיהם, היתה אמורה להוות מירקם אנושי בריא וקרקע פורייה לאותם שני עוברים המוקפאים בהם עסקינן. עתה חלום המשפחה התנפץ אל סלע המציאות ואיננו עוד.

משכך, מאחר שהמשפחה התפרקה ומאחר שהילד שעתידי להיוולד, ייכנס למרקם בעייתי שאיננו לכתחילה, הרי שאין כאן רק שינוי נסיבות מהותי היוצר אומדנא דמוכח המאפשרת לבעל לחזור בו מהשותפות, אלא השותפות נמוגה ואיננה עוד, זאת לנוכח פירוק התא

¹⁰ תחומין כ"ב עמוד 410.

¹¹ והוכיח שם את דבריו שאם נימא שיש בזה שותפות, הרי שאולי אפשר לומר שגם לרופא יש חלק בשותפות זו שהרי ללא הטיפול שלו לא היה יוצא כלום, ומעתה יש לו חלק ובעלות בביצית עצמה מדין אומן קונה בשבח כלי. לפיכך דוחה זאת מכל וכל. לקמן בסעיף ה' נביא חיזוק לדברים.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

המשפחתי כאמור, ושמיטת הקרקע מתחת ליסוד השותפות שנקרם ביניהם מתחת לחופה והתנפץ עתה אל סלע המציאות¹².

מעשה יוצא, שסיבת ההיתר לבעל לחזור בו מהמשך התהליך איננה מחמת ה"אומדנא דמוכח" וה"אנן סהדי" שהזכרנו, אלא מחמת שהשותפות כבר איננה קיימת עוד. כל מה שנותר ביניהם הוא הקשר ההלכתי המצריך אותם במתן גט.

משכך, פסיקה זו אף איננה נסתרת מדברי התוס' הנ"ל בכתובות.

ג. מאימתי ראויים ההורים להיקרא "אב" ו"אם".

הנה האריך בזה כבוד הראב"ד שליט"א בטוב טעם ודעת והעלה לחמו מדברי רש"י במסכת מגילה (דף י"ג עמוד א') בד"ה "בשעה שנתעברה אמה מת אביה" שכתב לבאר את דברי הגמרא שם מדוע המגילה חוזרת ושונה "ובמות אביה ואמה" אף על פי שקודם לכן באותו פסוק כבר נכתב "כי אין לה אב ואם", וביארה הגמרא שבשעת העיבור מת אביה ובשעת לידתה מתה אמה, וביאר רש"י וז"ל:

נמצא שלא היה לה אב משעה שנראה להיקרות אב.

כלומר, ש"אב" ראוי להיקרא כן כבר משעת העיבור, בעוד האישה איננה נקראת "אם" אלא משעת לידה בלבד.

עוד הוכיח כן מהגמרא בסנהדרין (דף ס"ט). דחזינן התם שכל ימיו של בן סורר ומורה אינו אלא שלושה חודשים בלבד, ופירש רב דימי שם דאמרי במערבא "בן" ולא הראוי לקרותו "אב". רש"י שם מפרש שמאחר ומרגע שנקרא גדול כשהביא שתי שערות, אם היה בא על אישה ראוי היה להיות עובר, ומאחר שעברו שלשה חדשים הרי שהעובר ראוי להיות ניכר מבחוץ, לכן מי שעברו עליו ג' חודשים מרגע הביאו שערות, אינו נעשה בן סורר ומורה כיון שכבר שייך להיקרא "אב", והרי "בן סורר ומורה" אמרה תורה ולא "אב". שוב חזינן שמשעת העיבור נקרא אב.

מעשה לענייננו קבע בדבריו, כי יש לבעל בעלות על העובר המוקפא ולא לאם, כיון שלא מצינו במקורות יחס של "אם" טרם לידה, בשונה מה"אב" כאמור. משכך רשאי האב להורות על הפסקת ההליך, ולהתנגד על החדרת העוברים לרחם האישה.

עוד הביא שם בשם אביו זצ"ל בספר משנת שלמה (קידושין סימן נ') שהוכיח כן ש"אב" נקרא משעת העיבור מהגמרא בקידושין (ס"ב). גבי האומר לחברו אם ילדה אשתך נקבה הרי זו מקודשת לי, שאם היתה אשת חברו מעוברת והוכר עוברת דבריו קיימין. ומוכח מהכא שהאב נקרא כן כבר משעת העיבור דאם לא כן כיצד יכול האב לקדש את בתו בעודה עובר, הרי להדיא כתוב בפסוק "ואמר אבי הנערה אל הזקנים את בתי נתתי לאיש הזה" (דברים כ"ב ט"ז), ועל כרחק חזינן שכבר משעת עיבור נקרא אב.

הנה, הגם שהדברים ראויים לאמרם¹³, ברצוני להאיר מספר נקודות.

¹² אך שוב אם נימא שהעובר הוי יישות בפני עצמה, יש לדון האם ניתן להשמידו. בסיום פסה"ד נסכם את הסיבות להיתר.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

א. מן הראוי לציין שהדברים אינם מוסכמים פה אחד.

הנה חזיתי ב"העמק דבר" להנצי"ב (שמות כא' כב') שביאר בפסוק מדוע לא כתבה התורה כאשר ישית עליו אבי הוולדות, ומדוע הוצרכה לכתוב "בעל האישה". וכתב שם וזה לשונו:

ומהראוי לכתוב אבי הוולדות, ואולי משום דלא נקרא האדם "אב" לבניו עד שיוולדו כפירוש רש"י מגילה.

ובאמת קצת תימה כיצד מדייק מרש"י במגילה איפכא ממה שעולה לכאורה בפשטות מדבריו.

זאת ועוד. הנה ב"משך חכמה" (ויקרא יב' ו') כתב לבאר את הפסוק "ובמלאות ימי טהרה לבן או לבת" וזה לשונו:

רמז בזה שכל שלא עברו שלושים יום באדם הרי זה בחזקת נפל, לכן אמר "ובמלאות ימי טהרה" שאז אינו בספק נפל, הריהו "בן" ו"בת". אבל בשעת הלידה אינו רק "זכר" שעדיין ספק נפל, ונפל אינו "בן" כמו ששינונו בפרק ב' דנזיר יעווי"ש¹⁴.

חזינן בדבריו שלמד, שכל עוד הוולד בספק נפל, איננו נקרא בן כלל כי אם זכר או נקיבה. משמע שלא שייך התייחסות כלפי האב או האם כל עוד לא חלפו שלושים יום מעת הלידה. אם כן קל וחומר שעובר במעי אמו איננו יכול להתייחס להיות בנו של אביו מולידו.

ויעויין עוד בנודע ביהודה (אבה"ע סימן ס"ט) שגם מדבריו משמע שהאב לא נחשב בעלים על העובר, ועל כל פנים מחלק בין ירושה לבין לעניין ייבום עיי"ש בדבריו¹⁵.

ב. דברי הגמרא בסנהדרין (ס"ט.) לכאורה סותרים את הגמרא במגילה (י"ג.), שהרי במגילה חזינן על פי פירוש רש"י הנ"ל שהאב נקרא כן כבר מתחילת העיבור, ואילו בסנהדרין חזינן,

¹³ במאמר המוסגר אציין, שראיתי בשם המהר"ל בספר "אור חדש" לבאר את ההבדל, מדוע באמת האב נקרא כן משעת עיבור והאם נקראת כן רק משעת לידה, וכתב המהר"ל דבר נפלא, כי האם שנושאת בקרבה את פרי בטנה, הרי קיי"ל שעובר ירך אמו הוא, ונמצא שהוא ממש חלק ממנה ואבר מאבריה, לפיכך לא שייך לקרותה "אם" עד הלידה, כשהעובר פורש ממנה החוצה, כיון שהוא חלק ממנה וקביעת השם "אם" מתייחס ל"אימהות" כלפי הוולד. לכן תיקרא כן רק בצאתו לאוויר העולם. שונים הדברים לגבי ה"אב", שכיון שהוולד איננו נמצא בקרבו, אזי שייך לכנותו "אבי הוולד" כבר מעת העיבור.

¹⁴ כוונתו של רבינו המשך חכמה להא דשינונו שם במשנה ז-ח: "הריני נזיר לכשיהיה לי בן [...] הפילה אשתו אינו נזיר. על כל פנים מבאר המשך חכמה את דקדוקה של התורה בשינוי הלשון שבתחילת הפרשה כתוב לשון "אישה כי תזריע וילדה זכר", אחר כך שינה הכתוב לשונו וכתב "ובמלאות ימי טהרה לבן או לבת", ואחר כך שוב שינתה התורה וכתבה "זאת תורת היולדת לזכר או לנקיבה".

¹⁵ הנוב"י איירי שם גבי זרע שנקלט אצל האם לאחר מות האב, האם אפשר להתייחס אליו כבנו ולפוטרה מן החליצה או דלמא לא. ומסיק שם וז"ל: "ואם כן אני אומר אישה שלא קלטה הזרע קודם מיתת בעלה אף שקלטה אחר מותו ובנו הוא לכל דבר מכל מקום לענין ייבום כבר קרינן בה ובן אין לו בשעת מיתה ובת יבום היא ואם כן שפיר היבמה מתייבמת אחר מיתת בעלה ג' חדשים דממה נפשך אם נקלט הזרע קודם מותו כבר הוכר עוברת ואם לא נקלט קודם מותו אף שנקלט אחר מותו שפיר מתיבמת [...] ואם כן צריכה חליצה. אלא שלפי שדבר זה דבר חדש ולא מצינו בשום פוסק ולכן אני אומר וכי בשביל שאנו מדמין נעשה מעשה להמציא חומרא חדשה [...] סוף דבר האישה הזאת מותרת בלי חליצה אפילו לכהונה ואין לחוש כלל" עכ"ל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שהאב זכאי להיקרות כן רק משהוכר עובר מבוחר, ולא מרגע תחילת העיבור, אם כן נמצאו הסוגיות סותרות זו את זו.

חיפשי ומצאתי בשו"ת מהר"י ענגיל (בית האוצר מערכת א' כלל ד') שהקשה כן, ותירץ שבאמת מרגע תחילת העיבור נחשב האב לאבי הוולד, אלא שכוונת הגמרא בסנהדרין לומר מאיזה רגע נקרא האב כן בקרב הציבור, על זה נאמר בגמרא שזה רק לאחר ג' חודשים שרק אז ניכר כלפי חוץ העיבור, ואז כבר קוראים לו אב. היינו שרק עתה מתברר למפרע ששם "אב" יש לו כבר מרגע תחילת העיבור וכהעולה מהסוגיה במסכת מגילה.

ג. מעבר לאמור לעיל, לענ"ד יש לפקפק האם נידון זה – מאימתי נקרא "אב" – קשור לנידונו. היינו, שאף אם נצא מנקודת הנחה כפי שעולה מהמקורות הנ"ל שהאב ראוי להיקרא אב החל מרגע העיבור ולא כהאישה שהיא נקראת אם רק משעת הלידה, מכל מקום עדיין אין בזה כדי להוכיח כי העובר הוא ברשותו וכמונו של האב.

יתכן עד מאד כי היחס מהאב אל העובר מתחיל כבר מרגע יצירת הוולד, אך אין יחס ממוני המתייחס מהוולד אל אביו להחשיבו כממונו לכל דבר. בהחלט עדיין אפשר לומר שהוולד הוא יישות עצמאית לחלוטין – הגם שמעת יצירתו כבר יש לו "אב" מאושר הממתיין להיוולדו¹⁶.

אם הדברים כנים, הרי שאין להביא ראיה כלל מנידון זמן קריאת שם "אב" או "אם" לנידון דידן.

ד. האם מכוח דיני אישות הבעל משועבד להפרות את אשתו ולפיכך איננו יכול לחזור בו.

דיון נוסף הקשור אף הוא לשאלתנו, הוא האם הבעל משועבד לאשתו להפרותה ולדאוג לה שיהיה לה פרי בטן. שאלתינו איננה עוסקת בחיוב הבעל כלפי אשתו מחמת חיובי ממון כדלעיל, אלא מחמת חיובי אישות שבין הבעל והאישה.

תורף השאלה הוא, מאחר ובפנינו זוג נשוי, אם כן ייתכן שכל עוד והם נשואים יחדיו, ברי שיש כאן חובה משותפת דו סטרית של כל אחד מבני הזוג לדאוג ככל אשר לאל ידו להיות לעזר ולסייע ככל שניתן לזולתו כדי להקים את דור ההמשך. משכך, ייתכן שאסור לבעל לעצור את הליך ההפריה חוץ גופית, והכנסת העובר הקפוא לרחם האישה.

אם ישנה חובה שכזו לא רק מחמת דיני ממונות אלא גם מצד חיובי אישות שבין הבעל והאישה, ייתכן עד מאד שמבלי לגרוע מהדברים האמורים למעלה, הרי שמאחר שהבעל מחויב לאשתו בזה, אם כן חיובו להמשך התהליך איננו נגזר רק מפאת חיוב ממוני של פועל המחוייב להשלים את מלאכתו, אלא חיוב של בעל כלפי אשתו מכוח חיובי האישות שביניהם. משכך, הסברות הנ"ל שהוזכרו – בדבר אי חיובו של הבעל בהמשך התהליך, מכוח אומדנא דמוכח או אנן סהדי או פקיעת השותפות וכדו' – אינן ברורות תוקף בעת הזאת, כשהבעל חייב לדאוג לאשתו לפרי בטן מתוקף חיובי האישות כאמור. אם כן, מאחר שהתהליך החל בהיותם בני זוג, ומאחר שאף עתה הם נשואים עדיין זה לזה, אם כן מתוקף חיובי כלפי אשתו להיפקד בפרי בטן, יהיה מוכרח להמשיך את תהליך ההפריה ולהורות על הכנסת העוברים הקפואים לרחם האישה.

¹⁶ על פי הסברא נראה לומר כן, שאין שום ראיה לנדונו מאימתי אנו נוקבים בשם אב או אם. וביותר יש לומר כן לאור ביאורו של המהר"ל ב"אור חדש" שביאר היטב את השוני שבין "אב" ל"אם" – יעויין בהערה 11 שהבאנו דבריו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

(במאמר המוסגר. שאלה נוספת שיש להעלות כאן, מאחר שאנו דנים על מחויבותו של הבעל כלפי אשתו, יש לשאול אף לאיך גיטא בחיוב האישה כלפי בעלה לעזור ולסייע בקיום המצווה הראשונה המוזכרת בתורה, האם ועד כמה חייבת אישה לסייע לבעלה במצווה זו. כלומר, גם אם נימא שהאישה מחויבת בכך, השאלה היא האם מחויבות זו היא בכל מחיר או דילמא זוהי חובה רק כאשר מדובר בהשתדלות טבעית כמו בכל בני זוג. מה שאין כן כאשר מדובר בהליך הפריה חוץ גופית וכדומה, אולי אין חובה לבן הזוג שאין לו בעיית פוריות, לעשות מעבר למקובל עבור הבאת ילד לעולם.

נפקא מינה הלכה למעשה תהא בכמה אופנים:

א. אישה שיכולה להיכנס להריון באופן טבעי ללא הפריה חוץ גופית האם חייבים לעשות תהליך זה או לא? והאם הוי עילה לחיוב גט כלפי הצד המתנגד?

ב. אישה שיודעת מבעוד מועד שאיננה יכולה ללדת ללא ניתוח קיסרי, האם חייבת להיכנס לתוך תהליך זה, או שמא אינה חייבת לעבור ניתוח וסבל כה רב ולא שכיח, למען מצוותו של בעלה.

ג. האם מותר לאישה לעשות פעולה רפואית כלשהי או להשתמש באמצעי מניעה כדי שלא תתעבר?

נאמר בקצרה ממש. חלק מהראשונים סוברים שאף על פי שאישה אינה חייבת במצוות פריה ורביה, עם זאת חייבת היא במצוות "לשבת יצרה". כמו כן, ידועים דברי הר"ן שהוכיח מריש פרק "האישי מקדש" שיש לאישה מצווה כלשהי גם בפריה ורביה וכדברי הגמרא שם "מצווה בה יותר מבשלוחה". יש המבארים בגדר חיוב האישה במצווה זו דהוי כמצווה קיומית ולא כמצווה חיובית. ויש מהאחרונים המבארים שהאישה מצווה לסייע לבעל במצווה זו¹⁷.

משכך, כל אימת שאין הבעל יכול לקיים מצוות פריה ורביה בהריון רגיל, והוא מבקש לפנות לטיפול של הפריה חוץ גופית והאישה מסרבת, הרי שאף אם נימא שהיא איננה חייבת בכך, מכל מקום נראה שזוהי עילה לחייבה בגט בעל כורחה אפילו אחר חדר"ג, שהרי הסברא של "לחיים ניתנה ולא לצער" אמורה עקרונית גם לגבי הבעל, שאין סיבה לומר שהוא גרע מן האישה, וכדברי שו"ת הרא"ש (כלל מ"ב) המפורסמים (לגבי גירושין בעל כורחה של אישה נכפית), עיי"ש. מעבר לכך יש לומר, שגם היכא שיש לו כבר ילדים וקיים מצוות פריה ורביה, מכל מקום כיון שחייב ב"ולערב אל תנח ידך", הרי ששוב מזכותו לקבל סיוע מאשתו, ואם איננה מעוניינת, הוי עילה לחיוב גט אם ירצה. כמובן שיש לדון בכל מקרה לגופו.

זאת ועוד. יש לדון היטב האם הבעל מקיים מצוות פריה ורביה באמצעות הפריה חוץ גופית. ויעויין בשו"ת ציץ אליעזר (חלק ט"ו סימן מ"ה) שדן בזה באריכות והסיק שאיננו מקיים בזה מצווה כלל, ויש בזה אף איסור הוצאת שכ"ז לבטלה, אך מגדולי הפוסקים זצוק"ל חלקו עליו, כדוגמת הרב אלישיב והרב עובדיה יוסף, ויעויין עוד בספר "לב שומע לשלמה" של הגאון הרב דייכובסקי שליט"א שדן באריכות בזה בחלק ב', ואכמ"ל בזה.

לגבי ניתוח קיסרי - זהו דבר די מקובל כיום אם אין ברירה אחרת, ובפרט שכיום ישנם אמצעים יעילים במיוחד למזעור הכאבים בעת הלידה. על כן האישה עקרונית חייבת לשאת פעולה, ואם תסרב, זכאי יהיה הבעל לדרוש שתקבל הימנו גט על אף חדר"ג.

ובאמת שיש לדון גם גבי זוג שאינם יכולים להיפקד בזרע של קיימא בדרך כל הארץ, ואחד מהם מעוניין בהפריה חוץ גופית ורעהו מסרב, האם הוי עילה לחיוב גט? או בבני זוג ללא ילדים כבר עשר שנים וניתן לטפל בהפריה חוץ גופית והאישה מסרבת. האם גם בכה"ג היא תוכל לכופף את בעלה לגרשה?

ומצאתי בדבריו של הגאון הרב אברהם שרמן שליט"א (תחומין כ"ב) שהביא בשם הגאון הרב שלמה זלמן אוירבך זצ"ל ("נועם" כרך א' תשי"ח עמוד קנ"ז) שכתב שהתורה לא הטילה חיוב פריה ורביה על הגבר

¹⁷ נפק"מ מעניינת מחקירה זו האם אישה יכולה לענות "אמן" על ברכת אירוסין. כידוע לדעת הרמב"ם בהלכות אישות (פרק ג' הלכה כ"ג) ברכת האירוסין היא ברכת המצוות כמו שמברכים טרם עשיית כל מצווה (אך דעת הרא"ש בכתובות ז': שברכה זו היא ברכת השבח). משכך, אם נאמר שאישה איננה חייבת במצווה זו, אם כן אסור לה לענות "אמן" מאחר שזוהי הפסק בין ברכת בורא פרי הגפן לשתיה שהיא שותה מהיין לאחר ברכת האירוסין. אך אם נאמר שאף אשה שייכת במצווה זו, הרי שהיא יכולה ואף חייבת לענות "אמן" על ברכה זו. עיין בחירושי "ברכת אברהם" ליבמות שהעיר בזה ואכמ"ל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ושיעבוד וסיוע למצווה זו על האישה, אלא באמצעים רגילים ומקובלים, ולא באמצעות תהליך חריג כהזרעה מלאכותית או הפריה חוץ גופית. לכן גם בכה"ג שמסרבת, היא תוכל לכופו על גט לאחר י" שנים.

לגבי פעולה רפואית או כדורים למניעת הריון – זוהי שאלה רחבה מידי למסגרת מצומצמת זו מאחר שיש בזה חילוקים רבים.

יעויין בשו"ע אבה"ע (סימן ה' סעיף י"ב) שפסק להדיא שמותר לאישה לשנות כוס עקריין כדי שלא תלד. ויעויין בים של שלמה ביבמות (סימן מ"ד), ובפתחי תשובה שם (בס"ק י"א), ומה שכתב שם בשם החת"ס (באבה"ע סימן כ'), ובשו"ת מנחת יצחק (חלק ו' סימן קמ"ד דב"ה ובוזה חשבתיו) שסיכם בזה שלש שיטות. על כל פנים עולה, היכא שהיא מסתכנת בעיבורה בודאי שיש להקל בזה. והיכא שמצטערת מאד בעיבורה ובלידתה, לדעת הב"ח והמהרש"ל נמי יש להתיר. והיכא שיש לה כבר ילדים, מתיר החת"ס אפילו בלא טעם של צער לידה. אך כתב שם שזה רק בזמן חז"ל שבעל היה יכול לישא מספר נשים. אך כיום לאחר חרם דרבינו גרשם, ומאחר שהבעל חייב ב"ולערב אל תנח ירך", משום כך האישה חייבת את רשות בעלה טרם עשייתה זאת, אף על גב שיש לה כבר ילדים, על כל פנים בכל גווני יש לעשות שאלת חכם).

לכאורה מצינו סוגיה מפורשת העוסקת בתביעת האשה להוציאה כי לא נפקדה ממנו בפרי בטן.

שנינו בגמרא במסכת יבמות דף ס"ה עמוד ב' :

דלמא בבאה מחמת טענה, כי ההיא דאתאי לקמיה דרבי אמי, אמרה ליה הב לי כתובה, אמר לה זיל, לא מיפקדת, אמרה ליה מסיבו דילה מאי תיהוי עלה דהך אתתא? אמר כי הא - ודאי כפינן, ההיא דאתאי לקמיה דרב נחמן, אמר לה לא מיפקדת, אמרה ליה לא בעיא הך אתתא חוטרא לידה ומרה לקבורה? אמר כי הא - ודאי כפינן.

חזינן בגמרא, שכאשר אישה טוענת בבית דין שהיא איננה יכולה להיפקד ממנו, והיא מעוניינת שיהיו לה ילדים כדי שיהיה מי שיטפל בה לעת זקנתה, הרי שהדין עמה וכופין את הבעל להוציא וייתן כתובה.

וכן פסק השו"ע להלכה (אבה"ע סימן קנ"ד סעיף ו') וזה לשונו :

האישה שתובעת גט בטענה שאינה ראויה לבנות ממנו, אין שומעין לה. ואם טענה שחפצה לילד כדי שיהיה לה בן שתשען עליו, ואין לה כבר שום בן, ואומרת שהוא גורם שאינו יורה כחץ, אם שהתה עמו עשר שנים ולא נתעברה, ואינה תובעת כתובה כדי שנחוש שתובעת גט כדי לגבות כתובתה, וגם אין לתלות תביעות הגט בשום דבר אחר, שומעין לה, אפילו יש לו בנים מאישה אחרת, דשמא נתקלקל אחר כך, וכופין אותו להוציא.

מעתה כיון שמצינו שטענה זו שהיא רוצה ילדים והוא איננו יכול ללדת, היא סיבה לחייבו בגט ואף לכפותו על כך, אם כן מוכח שיש לבעל חיוב להפרות את אשתו, וחייב זה כאמור לא הוי מדיני ממונות שביניהם כדלעיל, אלא מתוקף חיובי האישות של הבעל כלפי אשתו ולכן כופין לגרשה.

יתירה מזו מצינו שם להלכה, שאף אם לבעל יש כבר ילדים מאישה אחרת, ועתה אשתו טוענת עליו שהוא איננו יורה כחץ ואינה יכולה להיפקד בבנים על ידו, אף על פי כן הוא חייב לגרשה. מוכח אם כן שהבעל חייב לדאוג לאשתו שתזכה גם היא בזרע של קיימא, וחייב זה הוא מחיובי האישות שיש לו כלפיה כאמור.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אם כן שוב לנדוננו יוצא לכאורה שאסור לבעל לעצור את תהליך ההפריה טרם סיומו, שהרי עדיין הוא בעלה של האישה וחייב להפרותה כאמור¹⁸.

אולם, גם אם נימא כן שהבעל חייב לדאוג לפיריון אשתו, מכל מקום שמא עדיין יש לחלק ולומר שכל זה רק כאשר מדובר על הריון רגיל, מה שאין כן כשמדובר בתהליך המצריך התערבות חיצונית הכרוכה בטיפולים וסבל לבני הזוג, מי יימר לן שהוא מחוייב בזה מחיובי האישות¹⁹. והואיל ואין לחייבו מכוח דיני אישות, לא נותר לדון אלא על חיוב מדין השותפות וכבר כתבנו לעיל שמטעם זה אין לחייבו מאחר שיש שינוי נסיבות משמעותי מהזמן שהחלה השותפות, ולכן יכול לחזור בו מהסכמתו.

לאחר העיון שוב בדברים, נראה לומר בפשטות שבאמת אין כלל שיעבוד של הבעל בדיני אישות כלפי אשתו לדאוג לפריונה ושתיפקד בזרע של קיימא.

הנה ידועים דברי הרמב"ם (בריש פרק י"ב מהלכות אישות, והחרה אחריו השו"ע באבה"ע (סימן ס"ט סעיפים א'-ב)) שפירט את עשרת הדברים בהם בעל מתחייב לאשתו בעת נישואיהם, וכלל לא נאמר שם חובה נוספת של חיוב הבעל שאשתו תיפקד בזרע של קיימא. אם כן ברור ופשוט שאין כלל חובה שכזו, ולפיכך אין לדון בנדוננו לחייב את הבעל בהמשך התהליך מחיובי האישות שלו כלפי האישה. אך צריך ביאור בסוגיא שהבאנו לעיל ממסכת יבמות שם מוכח לכאורה שיש לקבל טענת האשה.

ונראה לומר בביאור הסוגיה לגבי טענת האישה "בעינא חוטרא לידיה ומרא לקבורה" - שמצינו שהיא טענה קבילה בבית הדין לחייב את הבעל לגרשה - שאין הכוונה שזו חובתו של הבעל כלפיה, אלא הביאור הוא, שירדו חז"ל לסוף דעתו של אדם, וידעו שכל אישה רוצה שיהיה לה פרי בטן שיסעד אותה לעת זקנתה, ויש אומדנא דעל דעת זה נישאו, וכל שלא יעלה הדבר בידם, הבעל צריך לגרשה ואף יש לכופו על כך.

המורם מן האמור, שמה שמצינו שדרישת האישה לקבל גיטה עקב אי יכולתה להתעבר מבעלה היא טענה קבילה לדרוש הימנו גט, אין זה מחמת חיובו הישיר של בעל כלפי אשתו

¹⁸ עד כמה חובתו של הבעל בפיריון אשתו אפשר לראות בדברי הט"ז שם. בס"ק ו' נדרש הט"ז לקושית הדרישה שהקשה על הטור מהא דפסק בסימן ע"ז גבי טענת האישה שהוא מורד בתשמיש והוא אומר לא אלא כדרך כל הארץ אני עמה, והוא טוען שהיא מורדת, שהדין שעושיין פשרה כפי כח הדין ולא כתב שם שכופין אותו להוציא כיון שהיא אינה מעיזה בדבר שהוא יודע, ואם כן איכא סתירה בין הכא להתם. והט"ז מביא שם את תרוץ הדרישה ודוחהו, ומיישב וזה לשונו: "וקושיא זו נראה דלא קשיא מידי דלענין אם החילוק ביניהם במורד מתשמיש דבר זה תלוי בבחירה (שאינו רוצה) או שונא אותה, בזה ודאי ראוי לחפש כל מה דאפשר לעשות שלום (ביניהם) כדנקט התם שמייחדים אותם ולפירוש הרא"ש עושיין שיעור עד (שיתפייסו) ועושיין פשרה כפי הדין היינו שנותנים זמן לפי ראות עיני הבית דין מתי יוכלו להתפייס ולא מוקים אנפשיה בהרחקת תשמיש עמה ואחר כך יוציא ויתן כתובתה כל זמן שלא יהא אפשרי בהשוואה. מה שאין כן כאן שיש בו חסרון כפי דבריה שאין לו גבורת איש בזה לא (שייך לומר) השוואה אלא צריכין לעשות הדין שיוציא אותה בגט (על ידי כפייה) ואין הכי נמי אם יש אפשרות ברפואה כמו שהעתיק ב"י תשובת רשב"ץ אם טוען שזה מום עובר על ידי רפואות קרובות להועיל וכו' ודאי (דאין כופין) ואם כופין הוה שלא כדין כל זה הוא פשוט לענ"ד". עכ"ל. הרי חזינן עד כמה חובת הבעל לדאוג לפיריון אשתו.

¹⁹ ברם, יעויין במה שכתבנו לעיל ב"מאמר המוסגר", לגבי חיוב האישה כלפי הבעל שהיא חייבת לסייע לו במצוות פריה ורבייה. התם ודאי שאין שייך לומר כן, ואכמ"ל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לדאוג לה לילדים, אלא קבעו חז"ל שדרישת האישה לפרי בטן היא מוצדקת, וכל שהבעל אינו יכול למלא דרישה זו, חייב לגרשה כדי שתוכל להיבנות מאדם אחר.

כדי לחדד את הדברים חושבני להוסיף ולומר חידוש לדינא. מה הדין - באישה זו שאיננה יכולה להתעבר מבעלה ולכן דורשת במפגיע את גטה - במקרים הבאים:

א. יש לה בת מנישואין קודמים. האם טענתה תהא קבילה בכה"ג לחייב את בעלה בגט?

ב. כיום היא גיורת, ויש לה בן מן העבר בהיותה גוייה שנתגייר עמה. האם טענתה תהא קבילה בכה"ג לחייב בגט?

לכאורה נראה שאף על פי שבגמרא בפשטות איירי לגבי בן, ייתכן שהוא הדין גבי בת דזיל בתר סברא. וכיון שיש לה כבר מי שיטפל בה ויסעדנה לעת זקנותה, הרי שטענתה לגט נופלת.

ויעויין בבית שמואל בסימן קנ"ד בס"ק י', שהביא כן בשם הנימוקי יוסף. ויעויין עוד בריטב"א שם שהביא כן בשם "יש אומרים", ומסיק שם הריטב"א שהדבר צריך תלמוד.

הוא הדין יש לומר גם לגבי בנה שנתגייר עמה, שהרי קי"ל כרבי יוחנן (יבמות סב. וכן פסק השו"ע אבן העזר סימן א' סעיף ז') שבאופן זה קיים המצווה, אך אף אם נימא שזה לא חשיב קיום מצוות פריה ורביה, מכל מקום יש לה כבר מי שיטפל בה בעת זיקנותה. הוא הדין נראה לומר גם לגבי בן סריס שנפסק שם בשולחן ערוך (סעיף ה') שלא קיים המצווה, מכל מקום לעניין טענת האישה שרוצה מי שיטפל בה בזיקנתה די אף בבן סריס.

הוכחנו איפה שהסוגיא שהבאנו, בה התקבלה טענת האישה שדרשה פרי בטן, איננה קשורה למצוות פריה ורביה, ואם כן נראה שאין לכוף את הבעל מחמת דיני האישות שביניהם להמשיך בתהליך המדובר, כאמור, שהרי מסקנת הסוגיא רק שבאופן זה מחייבים אותו לגרש, והבעל העומד לפנינו מוכן בכל לב לגרש את אשתו.

ה. איסור רציחה בעובר

עד עתה דנו האם חייב האב להסכים להמשך תהליך ההפריה.

עתה יש לדון בפן אחר לחלוטין. אף אם נניח עקרונית שיש לבעל הזכות להורות על עצירת הליך ההפריה, עדיין יש לעיין האם מותר להורות על כך לאחר שהכל יודעין שבמתן החלטה זו אנו חורצים גורל חיים למיתה רח"ל. אמנם לא בירידים חלילה אלא בגרמא, וב"שב ואל תעשה" בלבד.

עלינו לברר אפוא האם אין בהשמדת העוברים המוקפאים חשש איסור רציחה או איסור אחר. בטרם נדון במקרה דנן לגבי "עוברים מוקפאים" עלינו לברר תחילה את הדין לגבי הפלת עובר ברחם אמו, האם יש בזה איסור רציחה.

והנה כבוד הראב"ד שליט"א הביא מדברי אביו זצ"ל שאין איסור לאבד את העוברים, כיון שישראל אינו מצווה על העוברים, ואף שיש החולקים בזה וסוברים לאיסור, היינו דווקא כשהם במעי אדם, כדכתיב "שופך דם האדם באדם" מה שאין כן בכה"ג, וקל וחומר בשב ואל תעשה.

בטרם ניכנס לפלפל בדברים, נקדים תחילה בקצרה במקורות שמצינו לכך בתלמוד.

על הפסוק בבראשית (פרק ט' פסוק ו') "שופך דם האדם באדם דמו יישפך כי בצלם אלוקים עשה את האדם" דורשת הגמרא (בסנהדרין נ"ז:): וזה לשונה:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

משום רבי ישמעאל אמרו (שבני נח מוזהרים) אף על העוברין. מאי טעמא דרבי ישמעאל, דכתיב שופך דם האדם באדם דמו יישפך. איזהו אדם שהוא באדם, הוי אומר זה עובר שבמעזי אמו.

וכן פסק הרמב"ם בהלכות מלכים (פרק ט' הלכה ד') לדינא עיי"ש.

הרי שמצינו שבן נח מצווה על הריגת העוברים.

האם ניתן להסיק מכאן מה הדין לישראל גבי הריגת עוברים, שהרי כבר מצינו בגמרא שלא יתכן דבר שאסור לגוי לעשותו ולישראל יהיה מותר לעשותו.

והנה מצינו משנה במסכת אהלות (פרק ד' משנה ו') וזה לשונה:

האישה שהיא מקשה לילד מחתכין את הוולד במעיה ומוציאין אותו אברים אברים מפני שחייה קודמים לחייו.

חזינן אם כן שמותר ואף חובה להרוג את הוולד במקום שהוא מסכן את אמו. משמע שרק מפני שחייה קודמים לחייו, הא בלאו הכי - לא. אם כן משמע שיש איסור רציחה גם בוולדות שעדיין לא יצאו לעולם, ולא רק בבני נח אלא גם בישראל.

ובאמת שכך חזינן להדיא בדברי הרמב"ם.

הרמב"ם (בהלכות רוצח פרק א' הלכה ט') פסק וזה לשונו:

הרי זו מצות לא תעשה שלא לחוס על נפש הרודף. לפיכך הורו חכמים שהעוברה שהיא מקשה לילד מותר לחתוך העובר במיעיה בין בסם בין ביד מפני שהוא כרודף אחריה להורגה, ואם משהוציא ראשו אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש וזהו טבעו של עולם.

הרי שכתב מפורש שסיבת ההיתר להרוג את העובר להצלת אמו זהו רק מפני שהוא רודף אחריה, אך בלא טעם זה לא היינו מתירים להורגו ואפילו לא במחיר הפסד חיי האם – אף על פי שזה פיקוח נפש.

מוכח להדיא שהרמב"ם לומד שיש איסור רציחה לישראל גם על העוברים. לכן אילולי הוא רודף לא היינו מצילים חיי האם במחיר רציחתו של העובר שהרי אין מתרפאין בג' עבירות החמורות.

וכן כתב הסמ"ג (לא תעשה קס"ד), וכן פסק השו"ע להדיא בחו"מ (סימן תכ"ה סעיף ב') שסיבת היתר הריגת הוולד רק מחמת היותו רודף.

והנה בדברי רש"י בסנהדרין (דף ע"ב: ד"ה יצא ראשו) חזינן דפליג על הרמב"ם, שכתב לבאר את דברי המשנה באהלות מדוע כל עוד לא יצא ראשו של הוולד, הורגין אותו כדי להציל את אמו היולדת, וזה לשונו:

באישה המקשה לילד ומסוכנת, וקתני רישא החיה פושטת ידה וחותרתו ומוציאתו לאברים דכל זמן שלא יצא לאויר העולם לאו נפש הוא וניתן להורגו ולהציל את אמו. אבל יצא ראשו אין נוגעין בו להורגו, דהוה ליה כילוד ואין דוחין נפש מפני נפש.

מזה שביאר רש"י שאיננו נפש כלל כל עוד העובר במעי אמו, משמע שאין בזה איסור רציחה כלל, ולכן מותר להורגו כדי להציל את אמו, ולא כתב להתיר רק מצד דהוי רודף כדברי הרמב"ם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אולם עדיין ייתכן שאף לדעת רש"י אין ראייה שאין איסור להרוג עובר בעלמא, כי ייתכן שאולי אין איסור רציחה מדאורייתא אך איסור כלשהו איכא, ולכן מותר להורגו רק למען הצלת אמו, אך סתם להורגו אסור אף לרש"י.

והנה הר"ן בחולין (בפרק ג') כתב להדיא שאין איסור להרוג את העובר, וביאר את הגמרא במסכת ערכין (ז'). שאישה מעוברת היוצאת למיתה אין ממתינין עמה עד שתלד, וכתב בזה הלשון:

שכיון שהיא מחויבת מיתה אין מענין את דינה, ולוולד כיון שלא יצא לאויר העולם לא חיישינן.

לענ"ד ייתכן שיש לתלות נידוננו - בדבר האיסור להרוג עוברים - בשאלה האם אמרינן "עובר ירך אמו" אם לאו.

הנה שנינו בסוגיה במסכת חולין דף נ"ח עמוד א' שנחלקו בזה תנאים:

אלא הא דתנן, ולד טרפה, רבי אליעזר אומר לא יקרב לגבי מזבח, רבי יהושע אומר יקרב, במאי קא מיפלגי כשעיברה ולבסוף נטרפה, רבי אליעזר סבר עובר ירך אמו הוא, ורבי יהושע סבר עובר לאו ירך אמו הוא [...] ומודים ודאי בביצת טריפה שאסורה - בדשיחלא קמא, מאי טעמא - גופה היא.

הרי שנחלקו האם עובר נחשב חלק מגוף אמו אם לאו. לרבי אליעזר הוי ממש חלק מאמו, וכיון שאמו טריפה היא, אף וולדה איננו ראוי להיקרב לגבי מזבח. לעומתו דעת רבי יהושע שעובר אינו נחשב כרגל אמו, ולכן נקרב למזבח. ומודה רבי יהושע שאף על פי שהעובר לא חשיב ירך אמו, מכל מקום ביצתה חשיבא ממש לחלק מגופה²⁰.

נציין כמה מקורות נוספים למחלוקת זו.

דעת רבא במסכת בבא קמא (דף מ"ז.) דאמרינן עובר ירך אמו הוא, שהרי סובר שם "פרה שהזיקה גובה מולדה, מאי טעמא? - גופה היא". וכן דעת רבי יוחנן דאמרינן עובר ירך אמו וכמבואר במסכת גיטין (כ"ג:).

מאידך, בסוגיה ביבמות (ע"ה.) חזינן דעובר לאו ירך אמו הוא, וכן בסוגיה בחולין גבי טריפה חזינן הכי. ויעויין עוד במסכת גיטין (כ"ג:).

ובאמת שאפשר היה להוכיח כן מהסוגיה הנ"ל במסכת ערכין (ז'). שעובר ירך אמו הוא, שהרי חזינן במשנה שם שהאישה המעוברת היוצאת להיהרג אין ממתינין לה עד שתלד, וחדוש המשנה בכך דלא נימא שהוולד הוי ממונו של הבעל ונמנע מן האישה לצאת להיהרג עד שתלד

²⁰ מעניינת למדי מחלוקת הראשונים שם בביאור דעת רבי יהושע בדבר החילוק שבין עובר לביצה. רש"י ד"ה "בשיחלא קמא" ביאר, שהביצה מחוברת ומעורה ממש עם גופה של התרנגולת בגידים, ולכן היא גם כן נאסרת אגב אמה הטרפה. מה שאין כן גבי העובר שאיננו מחובר ממש לאמו. אך הרא"ה שם מחלק בעניין אחר ומבאר, שכיון שיש לעובר חיות בפני עצמה, לפיכך איננו נחשב לירך אמו ממש, מה שאין כן ביצה שאין לה חיות כלל, ולכן נחשבת היא אפילו לדעת רבי יהושע כחלק מהתרנגולת עצמה, ולכן היא טריפה גם כן כמו התרנגולת בעצמה. ובאמת שדברי הרא"ה יכולים לשמש בניין אב לחילוק שהבאנו לעיל בסעיף בשם הרב נבנצל שליט"א עיי"ש, ואכמ"ל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

את הילד, כדי שלא נזיק את הבעל. מוכח אם כן ממסקנת הגמרא וחיידוש המשנה שעובר ירך אמו הוא, ולכן לא חיישינן למיתתו כי הוא חלק מאמו²¹.

והנה מצינו בזה מחלוקת ראשונים.

דעת התוס' בב"ק (מ"ז. ד"ה מאי טעמא גופה היא)²² דאמרינן עובר ירך אמו הוא. וכן נקטו תוס' בחולין (נ"ה. ד"ה והלכתא בזכר), שבכל מקום אמרינן "עובר ירך אמו" לבר מטריפה.

גם הרשב"א בחידושו למסכת חולין שם נקט כהתוס' שעובר ירך אמו הוא. אף הריטב"א בחידושו למסכת כתובות (י"א). נקט שעובר ירך אמו הוא, וכן הרא"ש בחולין שם (פ"ה סימן ב') נמי ס"ל הכי כהתוס' שעובר ירך אמו הוא.

לעומתם דעת רבינו תם המובאת בר"ן בחולין, ובתוס' במסכת תמורה (כ"ה. ד"ה קסבר), שעובר לאו ירך אמו הוא.

גם הר"ן בחולין בסוגיה שם הכריע כדעת רבינו תם דקיי"ל שעובר לאו ירך אמו הוא. בדבריו שם דוחה את הראיה הנ"ל מהסוגיה בערכין. לדבריו, אין טעמה של המשנה שלא ממתנינים ללידת האם מפני שעובר ירך אמו הוא, אלא מאחר שאין אנו מעניין את דינה של האם, וז"ל שם:

שכיון שהיא מחויבת מיתה אין מעניין את דינה, ולוולד כיון שלא יצא לאויר העולם לא חיישינן²³.

הרי שגם הר"ן סובר שעובר לאו ירך אמו הוא, והוא נחשב לממונו של הבעל גם לאחר מסקנת הגמרא שם, אלא שהחידוש במשנה שאין ממתנינים כדי שלא לענות את דינה. וכל עוד לא יצא העובר לאוויר העולם, אין בזה משום חשש רציחה וכפי שהבאנו שיטתו לעיל.

מעתה יש לתלות שאלת הריגת עוברים במחלוקת זו, דלמאן דאמר עובר ירך אמו הוא, אם כן אסור להורגו מחמת איסור רציחה מדאורייתא, ורק שם בערכין המשנה מתירה להוציא האם המעוברת למיתה, מפני שהעובר הוא חלק מאמו ונכרך בדינה. מה שאין כן למ"ד עובר לאו ירך אמו הוא, ולכן הביאור במשנה בערכין שמתירה להוציא את האם המעוברת למיתה אף על פי שהורגין גם את וולדה – מוכח אם כן שאין בזה איסור רציחה כלל, וכדברי הר"ן.

לעיל הבאנו את דברי הרמב"ם בהלכות רוצח, שהתיר את הריגת העובר להצלת אמו רק מפני היותו "רודף" אחר אמו.

הנה בנודע ביהודה (מהדו"ת חו"מ סימן נ"ט) הביא דברי מהר"י פיק שהקשה על הרמב"ם, מדוע התיר הריגת העובר רק מחמת שהוא רודף, הרי אפשר לומר בפשטות יותר שיש להורגו כיון שכל עוד שלא יצא לאוויר העולם לאו "נפש" הוא וניתן להורגו ולהציל את אמו וכדברי

²¹ אולם הר"ן למד פשט אחר במשנה, ולדבריו אין כל ראייה לנידונו. דבריו יובאו לקמן.

²² יעויין שם בתוס' שהקשו בדברי רבא גופיה ממסכת תמורה (ל: וכן במסכת עבודה זרה (מ"ו:)) ומסיקים התוס' שבכל מקום אמרינן עובר ירך אמו הוא וכן הלכה היא לבר מההיא דחולין (ע"ה). גבי טריפה שנמצא בה וולד בן ט' חי, דאפשר לאוכלו כיון שיש בו חיות בפני עצמו לא חשיב כטריפה לחלק מאמו. ויעויין עוד במסכת יבמות (ע"ח). ובתוס' שם ד"ה "בעלמא" וכן בד"ה "אלא הא דאמר רבא".

²³ לקמן בסעיף ו' נביא את דברי הראשונים הרמב"ם הסמ"ג והשו"ע דפליגי על הר"ן לדינא ובביאור המשנה בערכין.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

רש"י בסנהדרין (דף ע"ב:) וכדברי הר"ן שהזכרנו. וכן הקשה החוות יאיר (סימן ל"א) ובשו"ת גאוני בתראי (סימן מ"ה).

והנודע ביהודה כתב לדחות את שאלתם, וזה לשונו:

אני תמה על תמיהתו, ואטו הותר להרוג את הטריפה להציל השלם, זה לא שמענו מעולם וכו'. ועל כל פנים לא היה מותר להורגו בשביל הצלת אמו אם לא מחשב קצת כרוודף.

כעין זה כתב גם בתוס' רע"א במשניות וזה לשונו:

ואפשר משום דבן נח אסור להרוג העוברים אף שישראל אינו נהרג על זה, צריך לטעם דהוי כרוודף אף דמשמיא קרדפו לה.

מבואר בדבריהם, שהבינו בדעת הרמב"ם, שאף אם נימא שעובר לא חשיב "נפש", מכל מקום לא גרע מטריפה שלא הותר להורגו כדי להציל את השלם. לכן הוצרך הרמב"ם לכתוב הטעם שהעובר נחשב לרוודף, ובלא זה אסור להרוג את העובר אף על גב שאמו נמצאת בסכנת נפשות²⁴.

והנה לפי מה שהבאנו לעיל את דברי הר"ן על המשנה דערכין הנ"ל, שביאר דלהכי אין ממתניין לאישה היוצאה ליהרג משום דאין מעניין את דינה, ולא חיישין להריגת הוולד כיון שלא יצא עדיין לאויר העולם, הרי שלמד דלא חיישין כלל להריגת הוולד, והורגין אותו יחד עם אמו, רק כדי שלא יענו את דין אמו. לדבריו יוצא שכל שכן שאין לחוש להריגת הוולד בשביל הצלת נפש אמו.

מעתה מוכח ברמב"ם - על כל פנים לביאורם של הנודע ביהודה ורע"א - דפליג על הר"ן לדינא, בהכרח שהרמב"ם סובר שאילולי היה העובר רוודף, לא היינו הורגים אותו אפילו לצורך הצלת אמו. אם כן יוצא שהרמב"ם ס"ל שעובר ירך אמו הוא, וכרוב הראשונים דלעיל, ודלא כהר"ן ור"ת. ועייין ברדב"ז (ח"א סימן קפ"ח) שהאריך טובא להוכיח כן בדעת הרמב"ם דס"ל דעובר ירך אמו הוא.

ובאמת שבנידוננו מצינו מחלוקת מפורשת בדברי התוס'.

התוס' במסכת סנהדרין (דף נ"ט. ט. בד"ה "ליכא מידעם דלישראל שרי) כתבו וזה לשונם:

ועל העוברים דעכו"ם חייב וישראל פטור, אף על גב דפטור מכל מקום לא שרי.

הרי שכתבו להדיא שאסור להרוג עוברים. וכן כתבו התוס' בחולין (ל"ג.) דמדאורייתא אסור גם לישראל להרוג את העובר.

מאידך, התוס' במסכת נדה (דף מ"ד: ד"ה איהו מיית ברישא) פליגי על זה לדינא וכתבו שם וזה לשונם:

²⁴ וכשהעובר הוציא את ראשו כבר אסור להורגו כיון שחשיבא האם ועוברתה שכל אחד רוודף את רעהו, וזה הפשט בגמרא שם וברמב"ם שלאחר שהתינוק הוציא את ראשו החוצה אסור להורגו להצלת אמו מפני שאין דוחין נפש מפני נפש. יעייין באבן האזל, באבי עזרי, ובאגרות משה (יור"ד חלק ב' סימן ס') ואכמ"ל בזה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ואם תאמר, אם תמצי לומר דמותר להרוג עובר בבטן אפילו מתה אמו ולא
הוי כמונח בקופסה, איך מחללין עליו את השבת. ויש לומר דמכל מקום
משום פיקוח נפש מחללין עליו את השבת אף על גב דמותר להרוג.

משמע מדבריו דעובר בבטן אמו ודאי דליכא איסור רציחה בזה. והיינו כדברי הר"ן הנ"ל,
שכיון שלא יצא לאוויר העולם לא חיישינן בזה מדין רציחה.

העולה עד כה, שמצינו מחלוקת רמב"ם, סמ"ג, תוס' בסנהדרין - רש"י, ר"ן, תוס' בנדה,
האם עובר הוי נפש, והאם יש איסור רציחה להורגו. לדעת הרמב"ם ודעימיה יש איסור. לדעת
הר"ן ודעימיה אין איסור.

להלכה כבר הבאנו את דברי השו"ע שפסק הלכה למעשה בחו"מ (סימן תכ"ה סעיף ב') להתיר
הריגת העובר להצלת אמו רק מפני שהוא רודף וכהרמב"ם, הא לאו הכי - לא. ואם יצא ראשו
החוצה, אסור להורגו דאין דוחין נפש מפני נפש. מוכח אם כן שאיסור רציחה קיים גם בעובר,
ואם לאו רודף הוא לא היינו הורגים אותו להצלת אמו.

ומצאתי בשו"ת תורת חסד (מלובלין אבה"ע סימן מ"ב) שהאריך בנושא ותלה זאת במחלוקת זו
האם עובר ירך אמו או לא, וביאר שהרמב"ם ס"ל דעובר ירך אמו ונוקט לדינא שאסור להרוג
עובר וכדברי התוס' בסנהדרין (נ"ט). הנ"ל, מה שאין כן הר"ן ור"ת ס"ל כדעת התוס' בנידה
(מ"ז). הנ"ל שמותר לישראל להרוג את העוברים, והם ס"ל דעובר לאו ירך אמו הוא, עיי"ש
בדבריו.

אך בסוף דבריו כתב לחדש בדעת המתירים בזה הלשון:

אבל דעת התוס' (נדה מ"ד ב) ודעת הר"ן (חולין פ' ג') דמותר מהתורה ובארנו
שכן דעת התוס' (סנהדרין פ' ב, ערכין ז'), וכן דעת הראב"ד מהא דפוסק עובר
לאו ירך אמו הוא אבל איסור דרבנן לענ"ד מודו דאיכא כמו שכתבנו לעיל
(אות כ"ט) והוא משום דאין לאבד עובר שעתיד להיות נפש מישראל.

הרי שלמד שלכו"ע - גם לדעת הר"ן ור"ת יש איסור בהריגת עוברים על כל פנים מדרבנן.

הנה בשו"ת דובב מישרים (חלק א' סימן כ') דן במה שישנם הסוברים שיש איסור רציחה
ממש בכל הוצאת שכבת זרע לבטלה, אפילו במי שכבר קיים מצוות פריה ורביה וכן באישה,
ואין להתיר כן אפילו במקום פיקוח נפש, וכתב שם לדחות את הדברים וזה לשונו:

ולדעתי אי אפשר לומר כן, דהא קיי"ל אין נהרגין על העוברין (עי' נדה מ"ד
ע"א במתני' וכאן בסמוך ממשנה דאהלות), ואם כן אי אפשר לומר דעל עון הו"ל
יהרג ואל יעבור, דלא עדיף מעובר דאין נהרגין על העובר. וכן מצאתי
בשו"ת פני יהושע (ח"ב סי' מ"ד) מובא בשו"ת מהרש"ם (ח"ג במפתחות אהע"ז
סי' רס"ח) על דבר אחד שנפח כריסו ורפואתו שיוציא זרעו, והעלה שאין זה
בכלל גילוי עריות ושפיכות דמים שיהרג ואל יעבור, דאף על גב דאמרו
חז"ל שהוא כאילו שופך דמים, הרי גם בלשון הרע אמרו חז"ל (ערכין ט"ו
ע"ב) ששקולה כעבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים, וכי יעלה על הדעת
שיהיה ממש כמוהם, ולא אמרו אלא להפליג חומר העון כמו שכתב
בתשובת הריב"ש (סי' קע"א). ועוד אפילו נימא דהכא הוי שופך דמים ממש,
שממית הולד שראוי להולד מאותה טיפה כמו שנאמר (ישעיה נ"ז, ה') שוחטי
הילדים, הרי בפרק ז' דאהלות משנה ו' ובש"ס סנהדרין דף ע"ב (ע"ב) מבואר
באישה המקשה לילד דעד שלא יצא רובו או ראשו מחתכין את הולד להציל
האישה, והיינו משום שאין נהרגין על העוברין עכ"ד עיי"ש, הרי מבואר
כדברינו דבמקום פיקוח נפש פשוט להתיר הו"ל, דלא עדיף מעוברין כנ"ל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מבואר אם כן בדבריו, שסובר לדינא שבעוון הו"ל ליכא חיוב מיתה ממש מדין רציחה, דלא גרע מעובר ממש שאין נהרגין עליו וכדמוכח ממסכת סנהדרין ואוהלות.

אמנם, בהמשך דבריו שם דן לחייב הורג עוברים במיתה בידי שמים, ומסיק דיש לחלק בזה בין בן נח שחייב, לבין ישראל שיש להקל בזה עיי"ש.

יעויין בשו"ת יהודה יעלה למהר"י אסאד (או"ח חלק א' סי' קצ"ט) שדן במי שהרג אדם שלא בידיים ממש אלא בגרמא, האם יש בזה איסור רציחה, וכתב שם וזה לשונו:

ועל דבר מי שהרג נפש מישראל על ידי שם או כישוף, פשיטא מילתא דחייב [...] וטעמא נראה לי דקרא כתיב ומכה אדם יומת. והנה במשה רבינו עליו השלום מצינו שהכה בשבט פיו ובשפתיו המית רשע כמאמר חז"ל ופירוש רש"י שהרגו בשם המפורש, וכתיב ביה ויך את המצרי, אם כן גם כהאי גוונא במשמע ובכלל מכה אדם יומת הוא כיון דבדיבוריה עביד מעשה, היינו הורגו בידיים וחייב עליו כן נראה לי.

הרי שהסיק לדינא שההורג בגרמא הוא איסור רציחה והריגה, ולא חילק בזה. בהמשך דבריו מתייחס שם ממש לנידונו וז"ל שם:

וגם האיסור לאישה לשנות כוס של עקרין כדי שתפיל וולדה, נמי פשיטא מילתא דבכהאי גוונא על ידי שם או כישוף נמי אסיר, דמאי שנא, הרי איבוד נפש אסרה תורה היכא דאסור בכל אופן שמאבדו או מדרבנן.

הרי שנקט לדינא בפשיטות כי בכל גוונא של איבוד חיי אדם הוא איסור רציחה אף כשעשו כן בגרמא ולא במעשה בידיים, או לפחות הוא איסור מדרבנן.

בשו"ת שאילת יעב"ץ (לרבי יעקב עמדין זצ"ל חלק א' סימן מ"ג) לאחר שהביא את דברי החוות יאיר שדן באשת איש שזנתה והרהר לזנונים ועתה מתחרטת ומצטערת צער גדול ומעוניינת "לשנות מאבקת רוכל לשלשל זרע המקולל אשר בקרבה" ודן שם האם מותר להפיל את הוולד. וכתב שם בשאלת יעב"ץ וזה לשונו:

ואני הצעיר אומר לענ"ד חילוק גדול יש בדבר, ויש לדון השואל ההוא לזכות שבדקדוק ובכיון שאל שאלתו באשת איש, אף אם אולי מעשה שהיה לא כך היה, נכון לומר עליו שאלת החכם חצי תשובה, דבפנויה וכל שכן בנשואה מעוברת מבעלה, לא קמיבעיא ליה, דודאי ולד הוא, כי איך שיהיה אף שאין חייבין עליו ודאי איסורא איכא מיתה, מכמה טעמים שקצת מהם באו בדברי הרב בתשובתו הנזכרת. ומגמרא דערכין שהביא אין ראיה כלל כמו שדחה הוא ז"ל בעצמו. ואני אוסיף לקח בעזרת ה' בסמוך.

הרי שהסיק לדינא הלכה למעשה שיש איסור להרוג עובר, ואף שאין חייבים עליו, מכל מקום איסור איכא²⁵.

²⁵ ובהמשך דבריו רוצה לחדש חידוש גדול כשמדובר באשת איש בוולד ממזר וזה לשונו: "אמנם נדון השואל באשת איש שזנתה שאלה הגונה היא. וקרוב בעיני להחירה אם הייתי כדאי. כי נראה לי שיש מקום להקל כיון שניאפה זאת ודם בידה. מעתה בת קטלא היא מדין תורה. אף שאין דמה מסור בידינו להורגה. מכל מקום חייבת מיתה בדין שמים. מאחר שעשתה במזיד ביודעת שחטאה בזדון. ואף על גב ד' מיתות בטלו דין ד' מיתות לא בטלו. ומפורש גם בדברי קבלה אדם עשוק בדם נפש עד בור ינוס וגו' ואפילו בזמן הזה שאין דנין דיני נפשות. כיון דמדינא בת קטלא היא. אף על גב דממזר כשיצא לאויר העולם דינו ככשר שחייבין על הריגתו, מיתה השתא דירך אמו הוא, ואילו היה דינה מסור בידינו היינו ממיתים אותה ואת פרי בטנה, דמי ממש להאי דערכין דאין ממתנין לה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

גם האחיעזר (חלק ג' סימן ס"ה) דן בשאלה זו, וכתב וזה לשונו:

מה שאין כן בתחילת דבריו על דברי התוס' שכתבו דמותר להרוג את העובר דפטור על העובר - שמענו, מותר - לא שמענו, באמת תמוה ביותר דמפורש בדברי התוס' חולין ל"ג נהי דפטור מכל מקום לא שרי, וכן כתבו התוס' בסנהדרין נ"ט דהא ליכא מידי דלישראל שרי ולבן נח אסור. ועל העובר דעכו"ם חייב וישראל פטור אף על גב דפטור, מכל מקום לא שרי. ונראה דס"ל דמאורייתא אסור דאם לא כן יקשה איך בן נח חייב על העוברין ודברי התוס' סותרים זה את זה, ועיינן בחי' הר"ן בפ"ג דחולין, דהא דאישה היוצאת ליהרג אין ממתניין לה עד שתלד כמבואר בערכין ז' לא משום עובר ירך אמו, אלא שכיון שהיא מחויבת מיתה, אין מענין את דינה, ולולד כיון שלא יצא לאויר העולם לא חיישינן, ומשמע מדברי הר"ן דאין איסור תורה על זה, ועיינן בשו"ת נובי"ת חחו"מ סי' נ"ט ובגליון רעק"א למשניות, ודברי התוס' בנדה והר"ן צ"ע, ואולי דוקא לרבי ישמעאל דס"ל דבן נח נהרג על העוברין מוכרח דאיכא איסור תורה לישראל, ויש לומר דתנא קמא שם פליג ולדידיה אפשר דבאמת אין איסור תורה, וצריך עיון.

מבואר אם כן שדן בנושא האם הוי איסור תורה או רק איסור דרבנן, או חיוב מיתה בידי שמים. אך שולל את הדעה שהדבר מותר לגמרי.

אין ברצוני להאריך עוד בהבאת מקורות לכך, אך יעויין עוד בשו"ת בית יהודה (להגאון מהר"י עייאש זצ"ל באבה"ז סימן י"ד) ובשו"ת חיים ושלום (להגר"ח פלאגי זצ"ל חלק א' סימן מ') וכן ב"משך חכמה" ריש פרשת ויקהל שכתב שההורג עובר חייב מיתה בידי שמים, ובשו"ת ציץ אליעזר (חלק ח' סימן ל"ו) מה שכתבו בזה שלכל הפחות הוי איסור מדרבנן ואין כאן מקום להאריך. וחובה לציין שישנם רבים מהפוסקים שהכריעו דהוי איסור תורה ממש של שפיכות דמים - ואפילו אביזרייהו הוי בגדר של "יהרג ואל יעבור" - כדוגמת שו"ת המהר"ם שיק (ביו"ד סימן קנ"ה) ובשו"ת צפנת פענח (לגאון הרוגצ'ובר זצ"ל סימן נ"ט) ועוד.

והנה מידי דברי בו ולאחר כותבי כל זאת, חזיתי בספרו "הראשון לציון" של נשיא ביה"ד הגדול הגאון הרב יצחק יוסף שליט"א, שדן בזה (בחוו"מ סימן ג') בחומר איסור הפלה מסיבה כלכלית, ולאחר שהביא פוסקים רבים לאיסור דאורייתא או לכל הפחות מדרבנן, הביא מכתב מאביו הגאון הרב עובדיה יוסף זצוק"ל שכתב להחמיר בזה עד מאד וציטט מקורות רבים כיד ה' הטובה עליו, אלא אם כן מדובר בהצלת האם וכדברי המהרי"ט בתשובותיו (חלק א' סימן צ"ט) וכתב שם וזה לשונו:

ומכל מקום לפי עניות דעתי במקום סכנת נפשות יש מקום למורה להורות היתר בדבר [...] ובלבד שתהיה על פי עדות וחוו"ד של רופאים מומחים.

ועדיף מינה, דהתם אפילו בוולד כשר מיידי. והכא הוולד נוצר באיסור, שעליו נגמר דינה למיתה. פשיטא דאין חוששין לו, ונהרג על ידי אמו. על כן היה נראה לי פשוט שאין איסור גם כן בהשחתתו. אף על פי שאימא קיימת. כי נלע"ד גם כן פשוט שאפילו היא בעצמה אף שלא נגמר דינה להריגה מחמת שאין דבר זה בדינו עכשיו, אף על פי כן אינה בכלל ואת דמכם לנפשותיכם אדרוש, ואינה נענשת אם המיתה ואיבדה עצמה לדעת. שעל כיוצא בזה אמרו בספרי יכול כשאל. ואדרבא נראה שזכות הוא לה. וכמה מעשיות בש"ס ומדרשות יוכיחו (עיינן במ"ר ע"פ וירח את ריח בגדיו) שספרו מבעלי תשובה שדנו דין הריגה בעצמן, וקילסום שזכו לחיי העוה"ב [...]. מכל מקום מאחר שהיא חייבת מיתה כשהיא אשת איש, אין כח העובר יפה מאמו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עוד הביא שם דברי שו"ת "דברי יששכר" (חו"מ סימן קס"ח) שכתב שרצח עובר הוא איסור מן התורה, והרי זה כשופך דמים ממש, והוכיח דבריו מהא דשנינו (מסכת נדה דף י"ג.) שהמוציא שכבת זרע לבטלה חייב מיתה בידי שמים, והרי זה כשופך דמים, ואם כן כל שכן ההורג עובר שכבר נוצר שחייב מיתה בידי שמים.

העולה מדבריו שם כדבר פשוט וברור, שבלא סכנת נפשות יש להורות לחומרא.

עוד יעויין שם בסימן ה' שדן באיסור הפלה במקום חולי גדול, והביא שם בשם אביו הגדול ביביע אומר (חלק ד' באבה"ז אות ח') שלאחר שהביא את דברי ה"ציץ אליעזר" (בחלק ז') - שכתב להתיר מטעם שלכו"ע אין בהפלת העובר איסור רציחה דאורייתא, וגדולי הפוסקים כתבו שהוא איסור מדרבנן גרידא ולכן יש מקום להקל במקום חולי - פסק ביביע אומר דאיסור הפלה הוא מדאורייתא. אך מכל מקום התיר שם, אך לא מטעמיה, אלא מכח דברי התורה חסד הנ"ל שהבאנו, עיי"ש²⁶.

מעתה, לאחר שמצינו שרוב מניין ובניין של הפוסקים הכריעו בזה שיש בזה איסור חמור מדאורייתא ולכל הפחות איסור מדרבנן של שפיכות דמים - אף לראשונים שנקטו שמהתורה אין איסור - אם כן מהיכתי תיתי שנתיר לבעל להפסיק את הליך ההפריה, תוך כדי חריצת גורל העובר למיתה - דבר שאסור על פי דין לפחות מדרבנן כאמור²⁷.

לעיל הבאנו את דברי הראב"ד שליט"א שניתן לחלק ולומר שאף לשיטות שמצינו איסור רציחה בעוברים, נראה לומר שכל זה דווקא כאשר העובר נמצא ברחם אמו, וכמדוייק מלשון הפסוק "שופך דם האדם באדם", ואם כן בעובר מוקפא שאיננו ברחם אמו לית לן בה.

ובאמת שחילוק זה הוא חידוש גדול לדינא לומר כן ויש למצוא לכך מקור, מאחר שעל פי סברא אם ננקוט כהפוסקים שיש להחמיר בכך וכפי שפסק להדיא בנוב"י, באחיעזר, בחו"י, בשו"ת יהודה יעלה בשאלת יעב"ץ ועוד, אם כן מהיכתי תיתי להקל כאן, הרי סוף סוף מדובר בחיים כלשהן שנגדעים, ומנלן לומר שכאן לא נוהג דין רציחה לפחות מדרבנן.

העולה מהדברים שיש בהחלט מקום לחוש לדעת הפוסקים שיש איסור רציחה בהריגת עוברים מדאורייתא ועל כל פנים מדרבנן, ואם כן בנידוננו יש להימנע מלעשות זאת.

ו. השמדת "עוברים מוקפאים" האם הוי כרצח עוברים.

הנה העלנו עד כה לדינא, שאף ישראל אסור בהריגת עובר מהתורה או מדרבנן ואולי יש בזה חיוב מיתה בידי שמים.

עם זאת, ייתכן שיש בנדוננו לגבי עוברים מוקפאים להקל בזה וכדלהלן.

²⁶ יעויין בדבריו ב"יביע אומר" שכתב להתיר להפיל העובר במקום חולי גדול לאם, שאף להרמב"ם, הסמ"ג, והשו"ע שהבאנו שכתבו סיבת ההיתר רק מפני שהוא "רודף" זהו רק מאחר שכאשר האישה יושבת על המשבר בטרם לידתה, הרי שהעובר כבר עקר ממקומו "וגופא אחרינא הוא ולא כירך אמו הוא", אבל כל עוד הוא נמצא במקומו בכל מהלך ההיריון, בוודאי שאין צורך להגיע לטעם זה להתיר להורגו להצלת אמו מפאת היותו רודף, אלא סגי בטעם שעובר ירך אמו הוא, ומותר לחתוך אבר של האם כדי להצילה.

²⁷ אין ספק שבכל מקרה צריך לדון לגופו. ובוודאי כאשר מדובר באישה מעוברת הנמצאת בסכנה יש לשאול לרגיל ובקי בהוראה ומגדולי הפוסקים שליט"א, ויעויין בציץ אליעזר חלק ז' סימן מ"ח שדן להקל בזה שם בפרק א'. אך בנדוננו שאין מדובר בכך מהיכתי תיתי להקל בזה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בגמרא במסכת יבמות (דף ס"ט:) שנינו, שאם בת כהן נישאת לישראל ומת בעלה, הרי שהיא טובלת ואוכלת בתרומה עוד באותו ערב, שהרי היא חוזרת לבית אביה הכהן. מבארת שם הגמרא שדין זה נוהג רק עד ארבעים יום מעת העיבור, כיון שעובר עד ארבעים יום מעת העיבור איננו נחשב לעובר ממש אלא "מיא בעלמא הוא". אבל לאחר ארבעים יום אין היא חוזרת לאכל בתרומה דחיישינן שמא נתעברה מהישראל והעובר הישראל פוסל אותה מלאכל בתרומה, וכן פסק הרמב"ם בהלכות תרומות (פרק ח' הלכה ג') עיי"ש.

כמו כן מצינו בגמרא במסכת בכורות (דף מ"ז:) במשנה וזה לשונה:

והמפלת ליום ארבעים הבא אחריהם בכור לנחלה ולכהן.

הרי שעד יום ארבעים איננו נחשב לוולד כלל אלא כמיא בעלמא, לכן הבא אחריו נחשב כבכור.

אם כן יוצא לכאורה שכל מה שהבאנו לעיל מחלוקת הראשונים בדבר בעלות על הוולדות האם חשיב ממונו של הבעל או הוי יישות בפני עצמה, יש לומר שכל זה רק לאחר 40 יום מעת העיבור, אבל בתוך 40 יום הוי מיא בעלמא ולית לן בה כלל.

כמו כן גם לגבי הנידון בראשונים אי הוי דין שפיכות דמים בהפלת עובר והסקנו שיש להחמיר בזה טובא לאסור גם בישראל ולא רק בבן נח, על כל פנים אולי אפשר לומר שכל זה רק לאחר ארבעים יום, אך בתוך ארבעים יום כיון דהוי כמיא בעלמא אין בזה איסור. אך עדיין יש לעיין בזה לדינא הלכה למעשה ולהיוועץ בגדולי פוסקי הדור שליט"א.

אם אכן כנים הדברים, אם כן בנידוננו שמדובר בעוברים מוקפאים שעברו את תהליך ההפריה מיד לאחר יצירתם ותוך ימים ספורים שהופרו במבחנה הם הוקפאו, אפשר שיש להקל בזה כדאמרן.

וביותר נראה לומר, שבנדוננו בית הדין אינו מורה חלילה להשמיד את העוברים. כל הנידון הוא האם ניתן לאלץ והכריח את הבעל שימשיך בתהליך זה נגד רצונו. בזה כבר הארכנו לעיל שאין ביכולתנו להכריחו, ועל כן אנו מורים "שב ואל תעשה". אפשר לומר שאם לאחר זמן רב העובר יצא מכלל שימוש, אין בזה איסור על השמדתו אפילו לא בגרמא, כיון שלא נעשתה כל פעולה בקום ועשה כדי להשמידו, אלא רק בשב ואל תעשה. אך עדיין יש לעיין עוד בזה ואכמ"ל.

ובאמת שמצינו כן בפוסקים לדינא. פסק השו"ע בחושן משפט סימן ר"י סעיף א' זה לשונו:

אין אדם מקנה למי שלא בא לעולם, לפיכך המזכה לעובר של אחר לא קנה, ואפילו אמר לכשיוולד יזכה [...] ואם היה בנו, קנה, אפילו לא אמר לכשיוולד, והוא שתהיה אשתו כבר מעוברת בשעת המתנה.

והנה בסמ"ע שם בס"ק ד' הביא בשם הנימוקי יוסף לבאר שבכנו כשהיא מעוברת זכה אף על גב שלא אמר לכשיוולד, וזה לשונו:

הנמוקי יוסף (שם) כתב דוקא לאחר ארבעים יום, דקודם לכן מיא בעלמא הוא, והטור (סעיף ג') והמחבר שסתמו משמע שלא חילקו בזה, וכן כתב הבית יוסף (שם), ע"ש.

הרי שהסמ"ע מסיק כהבית יוסף והטור שאפילו תוך ארבעים יום כבר חשיב מעוברת וזכה בנו, ודלא כהנמוקי יוסף.

ובש"ך שם בס"ק ב' פליג על הסמ"ע וכתב שם לדינא וזה לשונו:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הנ"י כתב דוקא לאחר ארבעים יום דקודם לכן מיא בעלמא הוא, והטור ומחבר שסתמו משמע שלא חלקו וכן כתב הבית יוסף, עכ"ל סמ"ע. ולי נראה כהריטב"א ונ"י דכיון דאמרינן בש"ס סוף פרק אלמנה לכהן גדול גבי תרומה לענין ירושה הבאה מאליה דתוך ארבעים יום מיא בעלמא הוא וכן כתב הרמב"ם ריש פרק א' מהלכות תרומה אם כן הוא הדין הכא. ועיין ברא"ש פרק אלמנה לכהן גדול ודוק. ומהטור אין ראייה, דתוך ארבעים יום לא מיקרי "עובר" כלל.

מבואר שהש"ך פליג לדינא על הסמ"ע, ומסיק כהנ"י והריטב"א, שתוך ארבעים יום מייא בעלמא הוא ולא חשיב מעוברת לעניין שבנו יזכה. וכן משמע מהנתיבות המשפט בס"ק ה' שם שהסכים עם הש"ך ודלא כהסמ"ע²⁸.

לעיל הבאנו דברי האחיעזר. בהמשך דבריו מצאתי שמתייחס גם לנקודה זו, וכתב שם וזה לשונו:

ומה שכתב כת"ר דלפני ארבעים יום לקליטתו, דהוי כמיא בעלמא לא איקרי נפש, יעוין ברמב"ם ספ"ב מהל' טומאת מת דבנפל אף על פי שלא נתקשרו גידיו מטמא, שנאמר הנוגע במת לכל נפש אדם ובמשנה למלך שם דבציר מארבעים יום אינו מטמא דלא אקרי נפש, ונראה דבן נח אינו נהרג על זה וגם בישראל אפשר דאין איסור מן התורה.

הרי שמדבריו משמע שעל כל פנים איסור מיהא איכא גם בעובר בתוך ארבעים יום. ויש לעיין בזה לדינא.

ז. תבנא לדינא – פסק הדין

לאור הדברים האמורים, עולה שיש מקום להקל בנידוננו לגבי איסור הריגת עוברים, כיון שמדובר בעובר מוקפא תוך ארבעים יום, ומאחר שההוראה היא בשב ואל תעשה, ולא חלילה בקום ועשה אפילו תוך גרמא, לכן אין לחוש בנידוננו משום רצח עוברים. אולם לדברי האחיעזר שהחמיר אפילו בישראל שיש איסור מדרבנן גם בעובר תוך ארבעים יום ליצירתו, אם כן שוב יש להחמיר אף בנידוננו בעוברים מוקפאים.

עם זאת, עדיין יש לדון להקל מחמת שההוראה כאמור איננה ב"קום ועשה" אלא ב"שב ואל תעשה".

לעיל הארכנו רבות, והסקנו שאין אפשרות לכופ את הבעל ולחייבו להמשך התהליך, לא מחיוב שותפות שלו כלפי אשתו, וכן לא מחיובי האישות שביניהם. כמו כן הסקנו שאין הבעל נחשב כפועל שהתחייב בגמר המלאכה, ובכלל אין לו חיוב לדאוג לפרי בטן שיהיה לאשתו.

פסק הדין

לאור הדברים האמורים, להלן החלטת בית הדין:

²⁸ ויעויין בפתחי תשובה שם בס"ק ב' שהביא את שו"ת רע"א (מהדו"ק סוף סימן קמ"ו) שהקשה על הש"ך ואכמ"ל בזה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

א. עם כל הצער והבנת לב האישה בהתחננה בפנינו לזכות להיות אם בישראל ולאפשר לה להרות בעוברים אלו ולהופכם לפרי בטן, אין ביכולתנו הזכות להורות לבעל להמשיך את תהליך ההפריה והכנסתם של העוברים המוקפאים לרחמה נגד רצונו ודעתו.

ב. עם זאת, יש להימנע מלהשמידם בפועל, ומן הראוי להמתין עד חלוף הזמן שלא יהיו ראויים יותר להתהוות לעובר של ממש, ואז רשאים להשמידם.

ג. אין בפסק דין זה בכדי להסיק מסקנא כלשהי באשר לבעלות האב או האם על העוברים המוקפאים. ההוראה היא רק באשר לאי כפיית הבעל להמשיכו של התהליך המדובר.

ח. דינים העולים:

א. מצינו מחלוקת הראשונים האם העובר הוי ממון הבעל או יישות בפני עצמה. בשו"ע פסק כדעת הרמב"ם ודעימיה דהוי יישות בפני עצמה. הרמ"א פסק להלכה כדעת הראב"ד והתוס' דהוי ממון הבעל.

ב. לפי"ז יוצא שלדעת המחבר והרמב"ם דלא הוי ממון הבעל, אינו יכול לעכב, ולדעת הרמ"א הראב"ד והתוס' דהוי ממון הבעל, יכול לעכב.

ג. גם לדעת המחבר והרמב"ם, בנידוננו שפיר יש לבעל הזכות לעכב ואין לבית הדין לכפותו על התהליך וזה מכמה סיבות שפורטו לעיל:

1. יש לבעל הפסד ממון בגין דמי המזונות שתתבענו.

2. יש כאן שינוי נסיבות מהותי, ואיכא אומדנא דמוכח שעל דעת כן הוא לא היה משתתף.

3. נכון לרגע זה העוברים המוקפאים אינם ברי ממש, והם כהפרשה בלבד, והוי "מיא בעלמא" ולא מושא לשותפות כלל.

4. לאור פירוק התא המשפחתי ועכירות היחסים ביניהם לכדי שפל ותהום פעורה, הרי שהשותפות נמוגה מאליה, וממילא אין כאן שותפות כלל וכל אחד הולך לדרכו.

ד. נחלקו בגמרא האמוראים האם עובר ירך אמו אם לאו. להלכה נחלקו בזה הראשונים.

ה. ישנם התולים את הנידון בדבר רצח עוברים - לאסור או להתיר - במחלוקת זו. אך ברור שכל זה רק כאשר הנידון להציל את האם הנמצאת בסכנה. אך כאשר אין מדובר בסכנת נפשות כלשהי, רבו המחמירים על המתירים וכדלהלן בסעיף י"ג.

ו. כשאחד משני שותפים רוצה לחזור בו טרם הזמן, איננו יכול לעשות כן מפני שגורם נזק לשותפו. עם זאת כאמור בנדוננו הדבר שונה, מחמת הטעמים שהוזכרו לעיל בסעיף ג'.

ז. מצינו בכמה מקומות כי האב נקרא כן משעת עיבור והאם נקראת כן רק משעת לידה. עם זאת ישנם החולקים על קביעה זו, ומכל מקום אין בכך ראייה כלשהי לנדוננו האם להחשיב את הוולד כממון הבעל אם לאו.

ח. אין בעל מחויב מדין פועל לדאוג שיהיו לאשתו ילדים, וכוודאי לא מחמת חיובי האישות שיש לו כלפיה. אך האישה כן חייבת כלפי הבעל לסייע בידו להעמדת וולדות לצורך קיום מצוות פריה ורבייה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ט. לפוסקים רבים מחוייבותה של האישה כלפי בעלה להבאת ילדים, היא גם בהתאמצות יתר על המידה ושלא רק במצב סביר ורגיל - לרבות הפרייה חוץ גופית, ניתוח קיסרי וכדו'.

י. הפרייה חוץ גופית הוא נידון שנשתברו בו קולמוסים רבים בקרב הפוסקים האם להתיר הליך זה או לאוסרו. רוב פוסקי זמנינו מתירים זאת במקרים של אי יכולת להתעבר בצורה השכיחה וכדומה ובפרט כיום שההקפדה בזה רבה עד מאד, כדי שחלילה לא יהיה חשש של עירבוב זרע ח"ו ונמצא אח נושא את אחותו. (עוד דנו הפוסקים בזה האם הבעל מקיים מצוות פריה ורביה באמצעות הליך הפרייה חיצונית, ואכמ"ל).

י"א. נידון "אם פונדקאית" איננו קשור לענייננו כלל. אנו עוסקים רק בהשבת הביצית עם הזרע לתוך רחמה של האם - בעלת הביצית/אשת בעל הזרע שנישאה לו כדמו"י - ולא חלילה לאם אחרת כאמור.

י"ב. זוג הנמצאים בעיצומו של תהליך גירושין, וקודם לכן החלו בתהליך הפרייה חוץ גופית וממתינים עבורם עוברים מוקפאים, ועתה אחד מבני הזוג רוצה לחזור בו, אין ביד בית דין לכופו ולא לצו שימשיך בתהליך זה, מחמת הטעמים שהוזכרו לעיל.

י"ג. מצינו מחלוקת מפורשת בין בעלי התוס' האם יש איסור רציחת עוברים בישראל. לדינא, רוב מנין ובנין של פוסקי הדורות הקודמים הסיקו כי רצח עוברים הוא דבר שאסור מדאורייתא והרי זה שופך דמים. וישנם הסוברים שהוי איסור מדרבנן וישנם הסוברים שיש בזה חיוב מיתה בידי שמים.

י"ד. גם למחמירים, אפשר שיש להקל בנדוננו בהשמדת עובר מוקפא שהוא תוך ארבעים יום מעת יצירתו. אך גם בזה האחיעזר מסתפק האם יש בזה איסור מדרבנן. ועל כל פנים בשב ואל תעשה אפשר דיש להקל בזה.

ט"ו. אין ספק שכאשר האם בסכנת נפשות, יש מקום גדול להקל בהפלת העובר, וכפסקו של הראשון לציון שליט"א, ויש לעשות בכל מקרה לגופו שאלת חכם למי שמובהק בהוראה בעניינים אלו. מה שאין כן בנדוננו שלא זה המקרה.

ט"ז. אף בנדוננו יש מקום להקל גם מצד איסור השמדת העוברים מחמת הטעמים הבאים:

א. תוך ארבעים יום הוי מייא בעלמא (משא"כ לאחיעזר)

ב. הוראת בית הדין איננה ב"קום ועשה" אלא ב"שב ואל תעשה", לפיכך לא הוי אפילו הריגת עובר בגרמא.

הרב רפאל זאב גלב

סיכומם של דברים: אף על פי שבית הדין מזדהה עם כאבה של המבקשת, קצרה ידו מהושיע, מאחר שלא ניתן לחייב את האב להמשיך בהליך ההפרייה.

אפשר לפרסם את פסק הדין אחר השמטת פרטים מזהים.

ניתן ביום ט"ז באדר התשע"ז (14/03/2017).

הרב אברהם מאיר שלוש – ראב"ד הרב שמואל אברהם חזן הרב רפאל זאב גלב