ב"ה

תיק 1049932/8

בבית הדין הרבני האזורי תל אביב יפו

לפני כבוד הדיין:

הרב יהודה יאיר בן מנחם

התובעת: פלונית (ע"י ב"כ עו"ד צוריאל בובליל)

נגד

הנתבע: פלוני (ע"י ב"כ עו"ד רות אשרף ממן)

הנדון: השמדת ביציות מופרות באספקלריה הלכתית – איבוד 'נפש', הפלת 'עובר' או השחתת זרע; טובת העובר והבעלות על הביציות

פסק דין

הצדדים התגרשו זה מזה כדת משה וישראל בבית הדין הרבני בתל אביב בתאריך ב' בשבט התשע"ו (12.1.2016). לצדדים אין ילדים, אולם לצדדים שבע ביציות מופרות (עוברים מוקפאים, בעגה הרפואית) המוחזקות בהקפאה בבית החולים. עובר לסידור הגט ביקש הבעל מהאישה כי הביציות המופרות יושמדו, והאישה ביקשה את אישורו של בית הדין כי הדבר מותר על פי ההלכה.

הצדדים הסכימו להתגרש וביקשו כי לאחר סידור הגט ייתן בית הדין את החלטתו בנושא הביציות המופרות. בא כוח הגרושה ציין בבקשתו מיום כ"ט באדר א' תשע"ו (9.3.2016) כי מבוקש שבית הדין ייתן "**החלטה עקרונית** בבקשה לעניין מעמד הביציות המופרות". הבקשה נשלחה לתגובת צד הגרוש, וביום ט' בסיוון תשע"ו (15.6.2016) הגישה באת כוח הגרוש לבית הדין את תגובתה לבקשה. בא כוח הגרוש עומדת על כך כי עובר לסידור הגט האישה לא התנגדה לבקשת הבעל אלא אך עמדה על כך "שזו תהא הוראת הבעל ועל גבו העוון", ואך על השאלה הזו – שאלת ההיתר להשמיד את הביציות – שאלה שהיא איסורית בעיקרה, התבקש בית הדין לפסוק. באת כוח הגרוש אף מציינת כי הכול מודים שזו הייתה דרישתו של הבעל עד לרגע סידור הגט, וכי האישה לא הביעה בפני בית הדין התנגדות לכך, ועל כן צוין בפסק הדין לגירושין כי פרט לאמור בהסכם הגירושין אין לצדדים תביעות זה על זה.

בית הדין מקבל את עמדתה זו של באת כוח הגרוש, ורואה לנכון לציין כי כך עולה גם מבקשת בא כוח הגרושה עצמו שלפיה: "יוערך אם ניתן יהא, כפי שהובטח בדיון, שכבוד הרב בן מנחם – הדיין – ייתן את פסיקתו בסוגיה חשובה וראויה לדיון."

בא כוח הגרושה הוא עורך דין וותיק ומנוסה, היודע היטב כי על פי תקנות הדיינים (עניינים שניתן לדון בהם בדיין אחד), תש"ן–1990, פסיקת דיין יחיד תיתכן אך בעניינים שלא על ריב או בעניין שבעלי הדין הסכימו עליו שידון בדיין אחד ובית הדין אישר שהעניין ראוי, לפי דין תורה, להיות נדון בדיין אחד. ברור הוא כי לו הייתה האישה מתנגדת להשמדת הביציות, ובית הדין היה נזקק להכריע ב'ריב' שבין הצדדים בנושא זה, היה נדרש בית הדין לדון בנושא זה בהרכבו המלא, כפי שנעשה בבתי הדין הרבניים בתיקים דומים (ראה לקמן), וכפי ההלכה והדין. על כן הנני, הקטן והדל באלפי, נענה לבקשת הצדדים לפסוק בשאלה הנזכרת, הכול כאמור וכמפורט לקמן באורך.

פסיקת ההלכה

סוגיה זו המונחת לפתחנו, וכמותה גם סוגיות דומות לה, הגם שתולדות הזמן הן – פרי חידושו של מדע הרפואה, קמו וניצבו זה מכבר (אם כי לא בשאלה ה'איסורית' הספציפית המונחת לפתחנו) הן בפני בתי הדין הרבניים והן בפני בתי המשפט בישראל. מפורסמת במיוחד הייתה פרשת נחמני, הפרשה הראשונה אשר נדונה בבית המשפט העליון בדיון נוסף בהרכב מורחב של אחד־עשר שופטים (דנ"א 2401/95), שעסקה גם היא בבני זוג שהחזיקו בביציות מופרות ועמדו על סִפן של גירושין, הבעל ביקש להשמיד את הביציות המופרות והאישה ביקשה את הזכות להמשיך בתהליך הפרייתן – תהליך שבנדון שם הצריך אף הליך פונדקאות. בדיון הנוסף סברה דעת הרוב דהתם כי 'הזכות להורות' ו'הזכות לחיים' כמו גם טיעונים נוספים מטים את הכף לטובת טענתה של האם, ובמהלך הדיונים אף חוקק בכנסת ישראל חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו–1996. פרשה זו זכתה להתייחסויות מפי פוסקים מובהקים ואנשי הלכה, ביניהם מורי ורבי – מראשי ישיבת מרכז הרב וחבר בית הדין הרבני הגדול – הגר"ש ישראלי זצ"ל (חוות בנימין חלק ג סימן קח); חבר בית הדין הרבני צפת – טבריה הגר"י אריאל שליט"א (אסיא סז–סח); הרב איתמר ורהפטיג (תחומין טז עמוד 181) ועוד. נדון דומה עלה פעם נוספת בפני חברי בית הדין הרבני בירושלים, ונזקק לו מורי ורבי הגרא"י כלאב שליט"א – אב"ד ירושלים (שורת הדין כרך יג עמוד קצז), ולאחר מכן נדון הדבר גם בפני חברי בית הדין הגדול הרבנים הגאונים שרמן, דיכובסקי ובן שמעון.

בעיסוקם בסוגיה זו דנו מרנן הפוסקים בעיקר בהיבטיה הממוניים והמשפטיים־הלכתיים של השאלה שבפנינו, הרחיבו והעמיקו בשאלת הבעלות על הביצית המופרית, בשאלת החיובים ההדדיים הנובעים מן הנישואין והשלכתם על החיוב או הפטור של צד לנישואין להשתתף בהליך של הפריה חוץ־גופית, ומהם – בשאלת יכולתו של צד אחד להתמיד בהליך ההפריה החוץ־גופית חרף התנגדותו של הצד שכנגדו. באף לא אחת מן הפסיקות שנזכרו בסוגיה זו, ושמא היה זה אך מפני שהצדדים עצמם מעולם לא עוררו שאלה זו ולא בקשו את ההיתר או את דרכי ההיתר לדבר, לא עלתה לדיון שאלת ההיתר להשמיד את הביציות המופרות.

והנה אני הדל באלפי עמדתי ואירא, שכן, הגם שאמת נכון הדבר שאדניה של הסוגיה שבפנינו מוטבעים **גם** על שאלת הבעלות ושאלת החיובים ההדדיים הנזכרים לעיל, אך בכך בלבד, לעניות דעתי אני הדל, וודאי לא די. שאלות אלה שהן במהותן שאלות הלכתיות־ משפטיות הנעוצות במידה רבה במערכת היחסים שבין 'הורי' הביצית המופרית, תוכלנה לתפוס את מקומן אך לאחר שתחילה וראש נדון ונכריע במעמדה ההלכתי של הביצית המופרית עצמה, ובהשלכות של מעמד זה על האיסור או ההיתר להשמידה וכן גם על 'הזכות' (אם ישנה כזו) של 'הורה' (לכל הפחות הורה פוטנציאלי) להורות על הפסקת הליך שבסופו עתידים להיות לה חיים משל עצמה.

לשון אחר: שאלת קיפוח או פיקוח סיכויי החיים של הביציות המופרות, או בשמן האחר ה'עוברים המוקפאים', הנושאות בחובן סיכוי לחיים עתידיים היא שאלה הזוקקת תחילה וראש את בירור מעמדם של 'עוברים' אלה ואת ההיתר להשמידם. ורק לאחר שתדון השאלה ה'איסורית', ואך אם נגיע למסקנה שהדבר מותר, למי ובאיזה אופן – נוכל לדון גם בשאלה אם מצד דיני השותפות רשאי מי מהצדדים להפסיק את התהליך לאחר התחלתו ולהורות על השמדת הביציות, ואם – לאור מכלול המסקנות הנוגעות הן למעמדה של הביצית המופרית מצד עצמה והן לזכויותיהם של 'הוריה' בה – כך גם ראוי להורות.

לאור חדשנותה של שאלה זו, וכדי להגיע, בסייעתא דשמיא, למיצויה של ההלכה בנדון זה, אדון בדברים משורשם. על כן, תחילה וכדי להניח את היסודות לסוגיה זו, אדון בדברי רבותינו הפוסקים על מעמדו של עובר בשלבי התפתחותו המתקדמים (לאחר ארבעים יום), אשוב למעמדו של העובר בתחילת ההיריון (קודם מלואת לו ארבעים יום), ולבסוף אדון במעמדה של הביצית המופרית בעודה במבחנה וטרם השתרשותה ברחם.

איסור הפלת עובר מדאורייתא – בשל הגדרתו כ'נפש'

א. איסור הפלת עובר לאחר שמלאו לו ארבעים יום נעוץ בהגדרתו כנפש ונובע מהאיסור לפגוע בחיות הגנוזה בו והעתידה לצאת ממנו.

נדון זה של פגיעה בחייהם של עוברים או הפלתם עלה פעמים רבות מספור על שולחנם של רבותינו הפוסקים, וכבר נודע בשערים שלדעת רבותינו הראשונים והאחרונים איסור גדול הוא להפיל עובר הנמצא ברחם אמו, והאריכו בזה רבותינו הן על פי הנגלה והן על פי הנסתר, ואבואה בקצירת האומר לעמוד על יסודם של דברים, שמהם כאמור לעיל, נדלה בעזרת ה' יסודות לנדון שבפנינו.

דין זה מקורו טהור בגמרא (סנהדרין נז ע"א) שהביאה את דברי רבי ישמעאל ש'בן נח' נהרג אף על הריגת עובר, ומקורו בפסוק "שֹׁפך דם האדם באדם דמו יִשָּׁפך" – "איזהו אדם שהוא באדם הוי אומר זה עובר שבמעי אמו".

וכן פסק הרמב"ם (הלכות מלכים פרק ט הלכה ד): "בן נח שהרג נפש – אפילו עובר במעי אמו – נהרג עליו, וכן אם הרג טריפה [...] מה שאין כן בישראל" – דברים שמהם עולה כי עובר במעי אמו, לדעת הרמב"ם, נחשב ל'נפש' כלשונו הברורה של רבנו הנשר הגדול, ודומה הוא בדין זה לדין הטרֵפה. ועל כן: כשם שאסור להרוג טרֵפה – אף שההורגו אין נהרג עליו (הלכות רוצח פרק ב הלכה ח) – כך אסור להרוג עובר.

ועיין גם בדברי התוספות רי"ד (שבת קלו ע"א) שכתב שהטרֵפה הוא כחי לכל דבריו אלא שכיוון שעתיד הוא למות כ'גברא קטילא' הוא ועל כן ההורגו פטור שכן אין הטרֵפה בכלל "כל נפש".

ומדברי הרמב"ם שכך הוא הדין, לשיטתו, גם לגבי העובר עולה שנחשב הוא ל'נפש' אך אינו בכלל "כל נפש", היינו אינו בכלל נפש גמורה ושלמה. והגם שישראל שהרג את העובר אפילו לאחר מלואת לו ארבעים יום אינו נהרג עליו עד שיצא ממעי אמו – וכלשון המשנה (נדה מד ע"א): "תינוק בן יום אחד מטמא בזיבה [...] וההורגו חייב" ומשמע שרק משיצא ממעי אמו מחייבים את ההורגו, וכפי שפסק הרמב"ם (הלכות רוצח ושמירת נפש פרק ב הלכה ו ועיין בלחם משנה שם) – מכל מקום נראה ברור שהגם שישראל שהרג את העובר אין נהרג עליו וודאי אסור לו להורגו שהרי **כבר פסק הרמב"ם שעובר בכלל נפש הוא**.

וכך אכן עולה גם מדברי הרמב"ם (שם פרק א הלכה ט) שעוברה שהיא מקשה לילד מותר לחתוך את העובר שבמעיה מפני שהוא רודף אחריה להורגה, ומשמע שרק מפני שהוא רודף מותר להורגו.

ועיין גם בתשובת רבנו הגאון רבנו משה פיינשטיין (אגרות משה חלק אבן העזר ד סימן סט, וכן גם בספר הזיכרון לגר"י אברמסקי עמוד תסא) שדייק מדברי הרמב"ם האלו שאיסור זה הוא מטעם רציחה, שכן לו לא היה בנדון זה דין שפיכות דמים לא היה הרמב"ם נזקק לדין 'רודף', שהרי לולא היה בזה דין רציחה היינו מתירים לחתוך את העובר מטעם פיקוח נפש של האם. ורק משום שבשביל פיקוח נפש זה אנו צריכים ליטול את נפשו של העובר אנו זקוקים לדין 'רודף' כדי להתיר זאת. ואם כך הם פני הדברים הרי שיש לומר שזאת גם דעת מר"ן השולחן ערוך (חושן משפט סימן תכה סעיף ב) שהביא להלכה את דברי הרמב"ם.

ועיין גם בדברי התוספות (סנהדרין נט ע"א ד"ה "ליכא מידעם") שכתבו במפורש שלרבי ישמעאל דאמר בן נח נהרג על העוברים וישראל פטור – "אף על גב דפטור מכל מקום לא שרי". ופשט הדברים מורה שהיות שהאיסור נאמר בתורה לבני נח ואי אפשר לומר דלישראל שרי, יש לומר שגם לישראל אסור הדבר מן התורה. וכן עולה בבירור גם מדברי התוספות בחולין (לג ע"א) שהאיסור הוא מדאורייתא.

והגם שמצינו להרב אמונת שמואל (סימן יד) הסובר שאליבא דהתוספות אין כאן איסור דאורייתא אלא רק "קצת איסור דרבנן", וכן מצינו למהר"ח פלאג'י (חיים ושלום חלק א סוף סימן מ) ולמהר"ש ענגיל (חלק ז סוף סימן קע) ששניהם העלו שאין כאן אלא איסור דרבנן, מכל מקום השדי חמד (חלק ז פאת השדה מערכת האלף כלל נב) האריך לחלוק בכך על הרב חיים ושלום, והעלה, גם מלשון הרמב"ם ומר"ן השולחן ערוך, שיש בדבר איסור דאורייתא, והביא שכן היא דעתו של מהר"י עייאש בשו"ת בית יהודה (חלק אבן העזר סימן יד), וכפי שימצא כל המעיין בה דכתב **דטעם האיסור דהווי כהורג נפש**, ורק לגבי שתיית סם דהווי גרמא כתב דאסור "מיהא מדרבנן".

ואנן להיכן שתלך הרוח – רוח אלקין קדישין – לשם ניטה, ופשט הדברים מורה שלרובא דרבוותא יש איסור דאורייתא בדבר, ובפרט שכן עולה מלשון השולחן ערוך. וכן כתב גם הצפנת פענח (סימן נט) שיש בדבר איסור דאורייתא, וכן ראיתי שהעלה מרן אביר הרועים פאר הדור והדרו הראשון לציון הגאון רבנו עובדיה יוסף זצוקללה"ה (יביע אומר חלק ד חלק אבן העזר סימן א), והביא שכן כתב גם בשו"ת חקרי לב (אורח חיים חלק אורח חיים סימן נח דף קב עמוד ד), ושכן כתבו הגאון מהר"ש מווילנא בספר ידי משה שבסוף ספר הפרנס (דף פו עמוד ג), הגאון אור שמח בספרו משך חכמה (ריש פרשת ויקהל), הגר"י שמעלקיס בשו"ת בית יצחק (יורה דעה חלק ב סימן קסב אות ה), הרב בנין דוד (סימן מז) שהוכיח במישור מדברי התוספות בחולין (דף לג ע"א דיבור המתחיל "אחד") בסוף הדיבור דלריש לקיש לית ליה האי כללא וכו', דהא דאמרינן ליכא מידי דלישראל שרי ולגוי אסור היינו מהתורה, ויש איסור תורה בהריגת עובר עעל ידי ישראל, וכן הביא גם משו"ת מקור חיים (חלק יורה דעה סימן טו), שו"ת אריה דבי עלאי (חלק יורה דעה סימן יט), ועוד פוסקים.

והגם שמצינו לתוספות בנידה (מד ע"א) שכתבו שמותר להרוג את העובר, כבר העיר היעב"ץ (בהגהות דפוס וילנא לתוספות דלקמן) שדברי התוספות אינם מדויקים, וכן כתב החוות יאיר (סימן לא). ועיין גם בשרידי אש (חלק ג סימן קכז) דכתב שאין זה אלא שיגרא דלישנא וכוונת התוספות לומר שפטור ולא שמותר, ועיין גם בדברי האגרות משה דלעיל שתלה את דברי התוספות בטעות של מעתיקם. ועיין גם בשו"ת בית אבי שכתב שדברי התוספות בנידה אינם אליבא דרבי ישמעאל, והלכה נפסקה כרבי ישמעאל. וכדברי הרב בית אבי מצאתי גם בשו"ת בית שלמה (חלק חושן משפט סימן קלב) ובאחיעזר (חלק ג סימן סה אות יד). ובאופן דומה העלה גם רבנו הציץ אליעזר (חלק ט סימן נא) והוסיף עוד (כאפשרות ראשונה) שאפשר שדברי התוספות אמורים אליבא דמי שאינו סובר כפי הכלל דליכא מידעם דלעכו"ם אסיר ולישראל שרי. ועיין גם בדברי הראשון לציון הג"ר בן ציון מאיר חי עוזיאל זצוק"ל (משפטי עוזיאל חלק ג סימן מו) שכתב שדברי התוספות אמורים דווקא במקום סכנת האם. וכל זה שלא כדברי הסוברים שאליבא דהתוספות מותר להרוג עובר, הלא המה המהר"ץ חיות (בהגהותיו לנידה), הגאון רבי שלמה כהן בספר מלאכת שלמה (חדושי נידה), שו"ת עטרת חכמים (אבן העזר סימן א) והרב יקהיל שלמה (אורח חיים סימן של).

והאמת תורה דרכה שכדברי הרמב"ם והשולחן ערוך שמהם עולה שעובר 'נפש' הוא ועל כן אסור להורגו ויש בכך אף צד של רציחה ושפיכות דמים, ניתן לדייק גם מדברי בעל הלכות גדולות (סימן יג – הלכות יום הכיפורים עמוד קפח) בדין פיקוח נפשו של עובר, וכך לשונו הזהב:

"והיכא דאיכא חולה דאי לא אכיל מסתכן, שפיר דמי לאוכולי ביומא דכיפורי, מאי טעמא – 'אשר יעשה אותם האדם וחי בהם' –'וחי בהם ולא שימות בהם' (יומא פה ע"ב) – כי קאמר רחמנא קיימו מצותא כי היכי דתחיו בהו, אבל נטורי מצותא ואסתכוני לא [...] אפילו אשה עוברה וידעינן דאי לא אכלה מתעקר ולדה אף על גב דאמרינן ספק בן קיימא הוא ספק נפל הוא – שפיר דמי למיתן לה [...] שאין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש חוץ מעבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים (שם פ"ב ע"א)."

הא קמן שגם רבנו בה"ג התייחס אל העובר כנפש שיש לפקחה [שלכן הוצרך להעיר שההיתר אף שספק נפל הוא, מה שאין כן אם היה ההיתר משום סכנת האם], ועל כן הותר לאם לאכול ביום הכיפורים אך מפני סכנת עוברה.

וכן נראה גם מדברי הרא"ם (שמות כא כג) שכתב שהוולדות שבמעי אישה כל זמן שלא יצאו לאוויר העולם בחזקת נפלים הם, שהרי עדיין לא כלו חודשיהם ויש לחוש שמא לא יהיו ראויים להיות 'איש' ועל כן אי אפשר לחייב מיתה את ההורג עובר שהרי זו התראת ספק שלא שמה התראה, ואף על גב דרוב עוברים שבמעי אמם כלים חודשיהם מכל מקום כיוון דעתה עדיין לא ודאי לנו שיכלו חודשיהם הרי זו התראת ספק. הרי שגם לדעתו יש כאן דיני נפשות, וההורג עובר אינו נהרג עליו אך מפני שלא ניתן להתרות עליו התראת ודאי. ועיין גם בדברי המדרש לקח טוב (שמות כא) שהתייחס אל העובר כנפש שאינה ידועה. וכך נראה גם מהמושב זקנים לבעלי התוספות (שמות כא כב) שאיסור הפלת עובר שורשו באיסור הריגה. ועיין בגור אריה (שם) שהקשה על הרא"ם שאם אכן זהו הטעם לכך שאין נהרגין עליו מדוע לאחר שהוציא את ראשו אין הורגים אותו והרי עדיין אין לו חזקת חיים ויש לדחותו מפני אמו לה יש חזקה שכזו. ובנודע ביהודה שיובא לקמן בשאלת הגאון רבי ישעיהו פיק אכן רצה להעמיד את המשנה דווקא במי שכלו לו חודשיו, ועיין שם בדחיית הנודע ביהודה את הנחתו. אך עיין גם בדברי האמרי בינה (הלכות שבת סימן לא) שדחה את קושיית המהר"ל.

אלא שלכאורה הגדרה זו – של העובר כנפש – קשה ממשנה מפורשת במסכת אהלות (סוף פרק ז, ומשנה זו היא יסוד דברי הרמב"ם שהובאו לעיל מהלכות רוצח ושמירת נפש פרק א הלכה ט) דתנן:

"האשה שהיא מקשה לילד – מחתכין את הולד במעיה ומוציאין אותו אברים אברים מפני שחייה קודמין לחייו, יצא רובו – אין נוגעין בו, שאין דוחין נפש מפני נפש."

הנה פשט המשנה מורה שרק משיצא רובו יש לו דין 'נפש', ועל כן אין דוחים את נפשו מפני נפש אמו, אך קודם לכן אין לו דין נפש. וכן כתבו במפורש רש"י (סנהדרין עב ע"ב), המאירי (שם), היד רמ"ה (שם) והרמב"ן (נידה מד ע"ב), שכל זמן שהעובר לא יצא לאוויר העולם "לאו נפש הוא" (כלשונו הזהב של רש"י), וכן כתב האשכול (הלכות מילה סימן לו). וכן העלה המהרי"ט (סימן צט) שעובר "אפילו נפש כל דהו" לא הווי; וקצת יש לעיין בדבריו שלמד כן גם מהא דהאישה שיוצאה להיהרג שיובא לקמן, ולמד משם שאין כלל דין 'נפש' לעובר, והוא עצמו בתשובה קודמת (סימן צז) דחה ראיה זו ודן באיסור הריגת עובר מצד דין חבלה, ולקמן נבאר דין זה. וכן העלה גם הסמ"ע (שם) שעובר לאו נפש הוא.

ועיין עוד בדברי שו"ת גאוני בתראי (סימן מה) שכתב שגם אליבא דהרמב"ם עובר לאו נפש מקרי, ומה שהוצרכו לדין רודף אינו אלא כדי להתיר לך להורגו בכל מיתה, וכדין רודף שאין צריך לחוס עליו ולברור לו מיתה יפה, אך עיין בשו"ת משפטי עוזיאל (חושן משפט חלק ג סימן מז) שדחה את הדברים וכתב שברור הוא שההיתר לחתוך את העובר לאברים זה רק במקום שאין אפשרות להמיתו במיתה יפה יותר. ועיין גם בשו"ת זרע אמת (יורה דעה חלק ב סימן קטז) שכתב כדברי שו"ת גאוני בתראי שגם אליבא דהרמב"ם עובר לאו נפש הוא, ומה שהוצרך לדין רודף אינו אלא מפני שאף על פי שאינו נפש אסור להורגו.

וכבר הקשה הרמב"ן (שם) מהגמרא בערכין (ז ע"א) דהאישה היושבת על המשבר ומתה בשבת מביאין סכין וקורעין אותה ומוציאין ממנה הוולד, ולכאורה אמאי מחללין שבת אם העובר לא הווי נפש, ותירץ שאף על פי שכעת אין העובר מוגדר כנפש מכל מקום אמרה תורה "חלל עליו שבת אחת כדי שיקיים שבתות הרבה", והיות שעתיד לחיות ולקיים מצוות, אנו מצווים לחלל עליו שבת.

אלא שאחר המחילה רבה וביודעי מיעוט ערכי, קשה לומר כדברי הרב זרע אמת ודעימיה דאליבא דהרמב"ם עובר שטרם הוציא את ראשו אינו נידון כנפש, שהרי הרמב"ם כתב במפורש שהעובר נפש הוא, וכפי שהראנו לעיל. ולעניות דעתי, קלה כמות שהיא, הדברים מפורשים ברמב"ם (הלכות רוצח ושמירת נפש פרק א הלכה ט), והנה, עצם העובדה שההלכה מובאת בהלכות רוצח ושמירת נפש יש בה כדי ללמד על טעמה, ומה עוד אשר שלא כדרכו האריך בביאורה של הלכה זו, והעלה:

"אף 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."

(ועיין גם בדברי הסמ"ג [הלכות רציחה לא תעשה קסד] ורבנו בחיי [דברים כב] שכתבו בסגנון זה).

הנה כל המעיין ישר יחזו פנימו שגם כאן חזר הרמב"ם על קביעתו שהעובר חשוב נפש, ועל כן הקדים ואמר "מצות לא תעשה שלא לחוס על נפש הרודף", ועל כן העלה שמותר לחתוך את העובר בעודו במעי האישה, ופשט דבריו מורה שטעמו נעוץ בכך שדינו של העובר כרודף שמותר להצילו בנפשו. ורק לאחר מכן הוסיף שמשיצא ראשו אין נוגעין בו "שאין דוחין נפש מפני נפש", ומשמעות דבריו היא שמשיצא ראשו של העובר הרי שהוא ואמו שקולים, "וזהו טבעו של עולם" שבשעה זו פעמים שהוא מצר לאמו ואמו מצרה לו, ועל כן אין לחייב דווקא אותו בדין רודף, ואסור להורגו. וכן ראיתי שהעלה הגריא"ז מלצר זצ"ל (אבן האזל על הלכה זו ברמב"ם) וכתב:

"וכמו שכתב הרמב"ם שזהו טבעו של עולם, אין הכונה דאינו רודף כלל, אלא דכיון דזהו טבעו של עולם הויין שניהם רודפים זה על זה, דהאשה במה שהיא סותמת בפני העובר מלצאת הוי מצמצם דהוי נמי רוצח והוי כמו גבי משא, ולכן כתב הרמב"ם טעמא דרודף דבלא זה לא היה דין להרוג גם עובר, אבל כיון דאיכא טעמא דרודף דוחין העובר בשביל האשה משום דאין דין להציל העובר בנפשה של האשה ויש דין להציל האשה בנפשו של העובר וכמו גבי משא, אבל אם יצא ראשו שהוא כילוד אין דוחין נפש מפני נפש כיון ששניהם רודפים זה על זה."

ועל פי דבריו צריך לומר שהעובר נחשב נפש בעודו במעי אמו, ומכל מקום בעודו במעי אמו מעמדו פחות ממעמדה של אמו, ועל כן אם הוא מסכן את חייה חשוב הוא כמשא הנמצא בספינה ומכביד עליה עד שהיא קרובה להישבר שעל זה כתב הרמב"ם (חובל ומזיק פרק ח הלכה טו) "שהמשא שבה כמו רודף אחריהם להרגם ומצוה רבה עשה שהשליך והושיעם", מה שאין כן כאשר העובר עומד לצאת שאז דינו כדין אמו ואינו חשוב עוד כמשא לגביה, ואסור להצילה בנפשו, שאין דוחין נפש מפני נפש, ועיין באופן דומה בדברי המהר"ם שיק (חלק יורה דעה סימן קנה) שכתב שעובר חשוב "כמקצת נפש וכחצי שיעור", ועיין שם עוד בדבריו.

ואחר כתבי כל זאת ראיתי שכן העלה בגודלו גם בשו"ת אגרות משה (יורה דעה חלק ב סימן ס), והוסיף שבעודו במעי אמו אין היא מצרה לו ועל כן רק הוא נחשב רודף, וכיפי תלה לה מן הירושלמי, וכך לשונו הזהב:

"ואחרי שכתבתי עיינתי בירושלמי ומצאתי מפורש כדברי [...] בשבת פרק שמונה שרצים סוף ההלכה דאיתא שם:

'רב חסדא בעי מה להציל נפשו של גדול בנפשו של קטן. התיב ר' ירמיה ולא מתני' היא יצא רובו אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש. ר' יוסה בי ר' בון בשם רב חסדא שנייא היא תמן שאין את יודע מי הורג את מי.'

ופירשו בקרבן העדה ובפני משה: אין את יודע אם הקטן רודף את האשה או האשה רודפת את הקטן דכמו שהיא מסוכנת למות כך הולד מסוכן הוא למות ולפיכך מניחין הדבר כמות שהוא, וכי קא מיבעיא לן כשהקטן רודף אחרי הגדול והוא אינו נרדף מהגדול עיין שם, וכן הוא בירושלמי סנהדרין (פרק בן סורר הלכה ט) ובעבודה זרה (פרק אין מעמידין הלכה ב). וביפה עינים בסנהדרין שם הביא גירסא מפורשת 'שאין אתה יודע מי רודף את מי', ולכן ברור שזהו גם כוונת הגמרא דידן בהתירוץ 'שאני התם דמשמיא קא רדפי' לה, ואם כן לא שייך זה אלא בששניהם רודפים שוים [...] דהוא ממש כהא דעובר שיצא ראשו [...]

ומתורץ בזה דברי הרמב"ם דכתב (בפרק א מרוצח הלכה ט) שהעוברה שהיא מקשה לילד מותר לחתוך העובר במעיה מפני שהוא כרודף אחריה להורגה שלכאורה תמוה כדהקשה בתוספות רבי עקיבא איגר באהלות שם (פרק ז משנה ו) דאם העובר הוא בדין רודף מאי טעמא אסור ביצא ראשו, אלא על כורחך צריך לומר שלא נחשב כרודף מטעם הא דאמר הגמרא בסנהדרין (דף עב) דמשמיא קא רדפי לה, וכדכתב הרמב"ם בעצמו בסוף הלכה זו ואם משהוציא ראשו אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש וזהו טבעו של עולם, דהוא פירוש התירוץ דמשמיא קא רדפי לה כדכתב הכסף משנה. אם כן גם כשהוא במעים אינו כרודף מטעם זה עצמו והיה לו לומר משום דעובר לא נקרא נפש כדפרש"י והיא קושיא גדולה, ומה שכתבו בתוספות רבי עקיבא איגר שם בהג"ה ואפשר משום דאסור להרוג העוברים הוצרך לטעם שהעובר הוא רודף, לא מובן מה תיקן בזה דעל כל פנים איזה חילוק יש בטעם שהוא רודף בין יצא ראשו לעובר שבמעיה, ועיין בתפארת ירושלים מה שתירץ, ולא נכון כלל [...]

דהא כתבתי שהא דאסור להרגו משום דמשמיא קא רדפי אינו מחמת שאינו בדין רודף כיון שהוא דרך טבעי שלא בכוונת רדיפה, אלא דכיון דמשמיא רדפי לה נחשבו שניהם כרודפים זה את זה מאחר ש אי אפשרשיחיו שניהם שלכן אסור מטעם מאי חזית, ואם כן לא שייך זה אלא כשהם רודפים שוים כהא דיצא ראשו שהוא נפש גמור כמו האם, אבל בעובר שעדיין אינו נפש גמור כדחזינן שאין נהרגין עליו, ונמצא שעל היתרון של האם מהעובר שהיא נפש גמור והוא אינו עדיין נפש גמור, הוי רק העובר רודף והאם אינה רודפת, לכן יש להעובר דין רודף מחמת יתרון זה שיש להאם עליו.

וניחא לפי זה גם מה שתנן ברישא (אהלות פרק ז משנה ו) בהא דמחתכין את הולד במעיה מפני שחייה קודמין לחייו, דלכאורה לשון זה אינו מדוקדק, דהא ההיתר הוא מחמת שעדיין אינו נפש ולא נחשב עדיין חי ולא שייך לומר שחייה קודמין לחייו, שמשמע שגם הוא חי אך חייה קודמין, ועיין בתפארת ישראל שעמד בזה ופירושו דחוק. אבל למה שבארתי ניחא דודאי גם העובר נחשב חי כדחזינן דיש גם עליו איסור 'לא תרצח' כמו לנולד, אך שמכל מקום מותר מטעם שחייה קודמין לחייו דהרי יש בה עדיפות לענין החיות שהיא נפש גמור שלכן נחשבת יותר חי מהעובר ועל יתרון זה הוי רק העובר רודף ולא האשה ולכן מותר לחותכו, וזהו מה שנראה נכון בדברי הרמב"ם ולשון המשנה."

ועיין גם בדברי הגר"ח מבריסק זצ"ל (בחידושיו על הרמב"ם שם) שגם הוא העלה שלדעת הרמב"ם עובר נפש הוא, ושעל כן נזקק הרמב"ם לדין רודף כדי להתיר להרוג את העובר המסכן את אמו בעודו במעיה, וכלשונו:

"דסבירא ליה דבדין פקוח נפש של כל התורה באמת הוי דינא דגם עובר הוא בכלל נפש ואינו נדחה מפני נפש אחרים, ואם באנו להציל נפש בנפשו של העובר היכא דלא הוי רודף הוי דינא דאין מצילין [...] וזהו שכתב הרמב"ם טעמא דהרי הוא כרודף אחריה להורגה [...]

[...] דעובר נדחה מפני נפש הגמור, ולהכי הוא שחותכין אותו בהצלת האם, ושאני מכל פקוח נפש דעלמא. וזהו שכתב טעמא שהרי הוא כרודף אחריה להורגה, וכש"נ."

וכן עולה גם מדברי הנודע ביהודה (תניינא סימן נט) שהקשה לו הגאון רבי ישעיהו פיק, מדוע הוזקק הרמב"ם לטעם רודף כדי להתיר את הריגת העובר המסכן את אמו בעודו במעיה והרי נפש העובר אינו עוד בכלל נפש לכן מותר להרגו להצלת אמו, והשיב לו הנודע ביהודה שכשם שאסור להרוג את הטרפה כך אסור להרוג את העובר. הא קמן דגם לדעתו דעת עליון יש לעובר דין נפש חיה אלא שאינו בגדרי נפש גמורה, וחשוב כטרפה, ולכן זקוקים אנו לדין רודף כדי להציל בו את אמו, וכפי שאני הקטן כתבתי לעיל. ועיין עוד בשו"ת בית אבי (חלק ב חלק חושן משפט סימן קנד סוף אות ח) שכתב שגם מה דאיתא בגמרא סנהדרין (דף פד) דמקרא ד'מכה נפש' ממעטינן נפלים דלאו נפש הוא, רק מחיוב מיתה ממעטינן לה אבל איסור רציחה יש בזה. ועיין גם בדברי הגאון הרב תורת חסד (חלק ב סימן מב) שכתב שלדעת הרמב"ם עובר ירך אמו הוא ועל כן אישה היוצאת להיהרג אין ממתינים לה עד שתלד שכן העובר ירכה הוא והדין נגמר גם עליו. ולשיטתו מה שנזקק הרמב"ם לדין רודף כדי להמיתו ולהציל את אמו זה מפני שהרמב"ם איירי ביושבת על המשבר שאז העובר עקר ממקום חיותו ואז לא חשבינן ליה לירך אמו, ועיין שם שהמשיך לשיטתו וביאר מדוע נצרך הרמב"ם לדין 'רודף' וכתב לבאר שישנם שני מיני 'רודף': האחד – שיש להורגו הן כדי להציל את הנרדף והן משום שהוא פושע ברדיפתו, והשני – שיש להורגו אך כדי להציל את הנרדף אך אין לומר שהוא פושע ברדיפתו וכעין העובר שאינו פושע בדבר, ולשיטתו רק במקום שהרודף הוא גם פושע יש לדחות את נפשו מפני נפש הנרדף, ואילו במקום שהרודף אינו פושע אין לדחות את נפשו מפני נפש הנרדף ועל כן משיצא ראשו של העובר הרי הוא בכלל נפש והיות שאינו פושע בדבר אין דוחים את נפשו מפני נפש אמו, אך כל עוד לא הוציא את ראשו אינו בכלל נפש ודוחים את נפשו מפני נפש אמו. ולעניות דעתי קלה כמות שהיא על פי מה שהראנו לעיל דלדעת הרמב"ם גם עובר הוא נפש, יש לומר על פי דרכו של התורת חסד שכשם שאין מותר להרוג את הטרפה בשביל השלם כך לולא היה דין רודף היה אסור להרוג את העובר בשביל האם, אלא שקודם שהוציא ראשו נחשב העובר לנפש שאינה גמורה ועל כן נדחה הוא מפני נפש האם, מה שאין כן לאחר שהוציא ראשו שאז הוא נחשב לנפש כנפש האם ואין דוחים אותו מפניה.

(ועיין שם עוד שכתב שלדעת הר"ן בשם רבנו תם עובר לאו ירך אמו הוא ושכן סבירא להו לתוספות – בסנהדרין [פ ע"ב] בשם רבנו תם – ולראב"ד, ולשיטתם אין איסור מהתורה להרוג עובר [ועיין עוד במשנה הלכות חלק י סימן שיא דיבור המתחיל "ולפום ריהטא "שגם הוא תלה את המחלוקת בדין עובר ירך אמו אך עשה זאת בצורה הפוכה מהרב תורת חסד, ואין כאן מקום להאריך] אך אין להורגו בחינם קל וחומר מהא דמדברי סופרים אסור להיבטל מלהוליד שכל המוסיף נפש כאילו בנה עולם ואין לאבד עובר שעתיד להיות נפש בישראל, ועוד שהעובר ממון הבעל הוא ואין להפסידו בחינם. ועיין שם שהוסיף שלכולי עלמא מותר לאבד את העובר לצורך רפואת אמו, שאף אם נאמר שהוא ירך אמו ויש איסור בהריגתו, הרי מותר לחתוך את הירך לצורך רפואה. ומה שהוצרך הרמב"ם לדין רודף הוא רק במקום בו האישה ישבה על המשבר שאז העובר עקר לצאת וכגוף אחר הוא נחשב).

ובאופן דומה לכל רבותינו אלה כתב לתרץ את הרמב"ם גם המהר"ם שיק (בתשובה – יורה דעה סימן קנה) שכתב שהרמב"ם הזכיר בהלכה זו את דין הרודף שכן סבירא ליה כדברי התוספות שישראל אינו רשאי להרוג את העובר וצריך לומר שאיסור זה הוא מן התורה דהווי כמקצת נפש וכחצי שיעור, ואנן קיימא לן (ביורה דעה סימן קנז) דגם על אביזרא דשפיכות דמים ייהרג ואל יעבור ואמאי מותר להרוג העובר להציל האם – הא הווי אביזרא דשפיכות דמים, ועל כן כתב הרמב"ם דנהי דלא הווי רודף משום דמשמיא קא רדפו לה מכל מקום כיוון דהעובר גורם למיתת האם הווי כמו אביזרא דרודף, וכיוון דלא מיקרי נפש ולא הווי שפיכות דמים ממש אלא אביזרא דשפיכות דמים, ומותר להורגו משום אביזרא דרודף.

והנה הגם שרבנו בעל הציץ אליעזר (חלק ט סימן נא – קונטרס רפואה במשפחה פרק ג) אחר שהאריך בעניין זה והביא גם את דברי המהר"ם שיק העלה שלא זו הדרך שבה הלכו רובא דרבוותא הפוסקים, מכל מקום נראה שאין כוונתו אלא על דברי המהר"ם שיק שיש כאן אביזרייהו דשפיכות דמים שיש בה גדר יהרג ואל יעבור, אך לא חלק גם הוא על כך שעובר גם הוא נדון כנפש אם כי לא כנפש שלמה, וככל אשר הראינו לעיל.

והיות שכך עולה מהרמב"ם דעובר לכל הפחות מקצת נפש יש בו ואסור להורגו מן התורה ורק במקום דהווי 'רודף' או 'כרודף' הותר להורגו, והיות שכלשונו הטהור של הרמב"ם העלה גם מר"ן השולחן ערוך להלכה, הרי דאנן אתכא דידהו סמכינן, וכל אשר יאמר לכם יוסף שמעו בקולו אמר רחמנא, וכדבריהם קיימא לן להלכה.

ועיין עוד בהסבר דברי הרמב"ם בדברי הגאוני בתראי (סימן מה), פני לוי (סימן א), מטה אשר (עמוד קכח), בית יצחק (יורה דעה חלק ב סימן קסה), שו"ת כח שור (סימן כא), ידי משה הורוביץ (סימן צ), שו"ת דברי יששכר (סימן קסח), מנחת אברהם (סימן מב), אמרי שפר (סימן יא), לבושי מרדכי (חושן משפט סימן לט) ואוצר המלך (דין טומאת אהל אות קכב).

ונראה דבדרך זו המשווה לעובר דין מקצת נפש דרך גם הרא"ש (שיטה מקובצת לערכין דף ז) במה שכתב שמחללים שבת להצלת עובר מפני שחשוב כספק פיקוח נפש, ואפילו הכי מותר להרגו כמתניתין דאהלות דדוחין ספק נפש מפני פיקוח נפש ודאי, ומצילין את אמו במיתתו, והכי אמרינן בגוסס לרבי יהודה בן בתירא בפרק בן סורר ומורה דבדין בני אדם ההורגו פטור ומחללין עליו את השבת. ועיין גם בשרידי אש (חלק ג סימן קכז) שכתב שכוונת הרא"ש היא דהעובר הוא מקצת נפש. וכן כתב גם הגאון רבי צדוק הכהן (אוצר המלך דין טומאת מת אות קו) שאסור הפלת עובר הוא מן התורה ומשום שאף שאין עובר קרוי נפש לחייב מיתה את ההורגו מכל מקום **קרוי נפש כדי לאסור הריגתו מן התורה**. וכן העלה בספר עמק הבכא (עמוד עט).

והנה בהשקפה ראשונה נראה שכך סבירא ליה גם למהרי"ט (חלק א סימן צז), שלאחר שדן בדבר מהמקורות בגמרא שהובאו לעיל, העלה: "הרי דדבר זה אם יש לנפלים דין נפשות פלוגתא היא וספק נפשות להקל להחיותן כל שכן שלא לפגוע בהם."

אלא שבתשובה שהובאה לאחר מכן (שם סימן צט) נראה רבנו המהרי"ט כסותר את משנתו הראשונה, ששם נשאל אם מותר 'להתעסק' עם נוכרית המבקשת סיוע להפיל את עוברה, והעלה שעובר לאו נפש הוא ו"אפילו נפש כל דהו לא מקרי", ואין בו כל חשש לאיבוד נפשות, וכבר נזקק לסתירה זו בספר פרי האדמה (חלק ב דף קמג עמוד ד) וכתב שנראה שיש חסרון בדברי המהרי"ט, ובאגרות משה כתב דוודאי התשובה המובאת בסימן צ"ט "תשובה מזויפת היא מאיזה תלמיד טועה". והגאון הרב ציץ אליעזר (חלק ט סימן נא – קונטרס רפואה במשפחה פרק ג) שם גם הוא את עינו הבדולח על הסתירה בדברי המהרי"ט וכתב שיש לחבר את שתי התשובות, באופן שמתחילה "הציע המהרי"ט סוגיות הסותרות שישנן בזה וכתב לתרצן בשני אופנים מנוגדים" – הכול כאמור בסימן צ"ז, אך אחר כך:

"חזר בו מספיקו בזה וכתב ומיהו תימא דלא חשיבי נפש ובגוים שרי לגמרי, והמשיך על כן להוכיח בהפיסקא שבסימן צ"ט הדבר הזה דלא נפש הוא ואין כאן איבוד נפשות דאפי' בישראל נפלים לאו נפש הוא, וממון הוא דחייב רחמנא וכו'. ומכח הוכחותיו האחרונות הכריע כהצד דלאו נפש הוא כלל ואין נדנוד כלל מחמת איבוד נפש, ועל כן התיר גם בישראלית בכל לצורך אמו, וכאמור חזר והוסיף בפיסקא אחרונה (הנמצאת בסוף סימן צז) שאף על פי שמחמת איבוד נפשות ההיתר בגויה יותר ברור, מכל מקום בצד מה חמור בגויה יותר, והיינו בגלל שהמה הרי כן מצווין על העוברין ואיכא אפוא בההתעסקות עמהן להפיל משום 'לפני עִוֵר' כל שאין גם רופאים אחרים שיוכלו לבקשם שיטפלו בהן להפיל.

ודברי המהרי"ט יוצאין על ידי כך כלולין בהדרן אין בהן נליזות, והיה העקוב למישור."

אולם לאידך גיסא ראיתי למרן גאון עוזנו הגר"ע יוסף זצוקללה"ה (יביע אומר חלק ד – אבן העזר סימן א) שגם הוא בגודלו נזקק לסתירה זו, והעלה ליישב שיש להרכיב את תשובתו של רבנו המהרי"ט בסימן צ"ז על ולאחר תשובתו בסימן צ"ט באופן שתשובתו בסימן צ"ז היא העיקר לדינא, ועיין שם בדבריו.

ועיין גם בדברי בדברי הזוהר הקדוש (שמות דף ג ע"ב) שהפליג בגודל העוון שיש בהפלה, ודימה דינו לדין ההורג את בנו רחמנא ליצלן, ושמא גם מדבריו הקדושים יש להסיק שהעובר נחשב לנפש שחייבים על הריגתו, וזו לשונו הקדושה:

"מאן דקטיל בנוי – ההוא עוברא דמתעברא אתתיה, וגרים לקטלא ליה במעהא, דסתיר בניינא דקודשא בריך הוא ואומנותא דיליה. אית מאן דקטיל בר נש, והאי קטיל בנוי, תלתא בישין עביד דכל עלמא לא יכיל למסבל, ועל דא עלמא מתמוגגא זעיר זעיר ולא ידיע, וקודשא בריך הוא אסתלק מעלמא, וחרבא וכפנא ומותנא אתיין על עלמא, ואלין אינון, קטיל בנוי, סתיר בניינא דמלכא, דחיא שכינתא דאזלא ומשטטא בעלמא ולא אשכחת נייחא, ועל אלין רוחא דקודשא בכיה, ועלמא אתדן בכל הני דינין, ווי לההוא בר נש ווי ליה, טב ליה דלא יתברי בעלמא."

אולם האמת תורה דרכה דלאו כולי עלמא סבירא להו שעובר יש בו דיני נפשות ובהריגתו יש שפיכות דמים, שכן כאמור לעיל כבר רבנו הסמ"ע (חושן משפט סימן תכה ס"ק ח) כתב על דברי מר"ן השולחן ערוך, שהם הם דברי הרמב"ם, שלדעתו אין כאן כל איסור שפיכות דמים, ועל כן הנוגף אישה הרה ויצאו ילדיה אין "שם רוצח ומיתה עליו". וכך מצינו לו לסמ"ע גם בדרישה (טור אבן העזר סימן יג אות ד) שכתב דבהמתת הולד בעודו במעי אמו לא חמירא איסורא לקרות עליו רצחנותא כל זמן שלא נולד. וכשיטה זו שאין בהריגת עובר מעין שפיכות דמים סבירא ליה גם למהר"ש אנג'יל (חלק ה סימן פט), וכן כתב גם בספר לבושי מרדכי (חלק חושן משפט סימן לט) כדרכו של הסמ"ע בהסבר הרמב"ם שאין כאן כלל חשש לשפיכות דמים, ולא הוצרך לטעמא דרודף אלא משום שאסור להציל עצמו בממון הבעל, ועובר ממון הבעל הוא. וכן כתב גם רבנו הרדב"ז (חלק ב סימן תרצה) שאין בדבר כל צד רציחה וכך לשונו הזהב:

"אבל אין בדבר לא משום רציחה ולא משום שבת שהרי אפילו נולד ממש כתב הרב ז"ל פרק ב' מהלכות רוצח ושמירת נפש שאם לא כלו לו חדשיו הרי הוא כנפל עד שיהיו לו שלשים יום ואין ההורגו נהרג עליו ע"כ [...] ויש לומר כיון שעדיין לא יצא לאויר העולם ולא היה לו חזקת חיות ההורגו לא פגע בספק נפשות ואף על גב שהוא מתנועע לאו חיות הוא מידי דהוה אזנב הלטאה ולא דמי לגוסס דאמרינן כל המעמץ עיניו עם יציאת נשמה הרי זה שופך דמים דהתם הוה ליה חזקת חיות. ותו דאף על גב דאמרינן רוב גוססין למיתה כיון דאכתי הוא חי לפנינו שמא הוא מן המעוט גוססים שחיים אבל הכא בנדון דידן אית ביה תרתי לריעותא חדא שלא היה לו חזקת חיות ותו כיון שאין קורעין את אמו ודאי ימות מיד ומשום הכי אין בו ספק רציחה. ומכל מקום מונעין אותו שלא יקרבו את מיתתו בידים."

ועיין עוד בתשובותיו בכתב יד (אורח חיים חלק אורח חיים סימן כב), ולדעתו האיסור הוא משום שהוולדות נחשבים לממון הבעל, ואין להפסידו את ממונו (ולטעם זה יש לדון מה הדין במקום בו הבעל מוחל על ממונו, וצריך עיון גדול). אך עיין בפרי מגדים (אורח חיים ריש סימן שכח) שהשאיר את דברי הסמ"ע בהסבר הרמב"ם בצריך עיון, ומלשונו עולה ברור שעובר נפש הוא.

ועיין גם בדברי הרב חוות יאיר (סימן לא) שכתב ששורשו של האיסור להפיל וולד נעוץ באיסור השחתת זרע, וכך לשונו הטהורה:

"דודאי אסור לכתחילה לגרום מיתה לעובר, דלא עדיף מ'הנחמים באלים שׂׂחטי הילדים' והפליגו באסור הוצאת שכבת זרע לבטלה שהרי ראוי הוא שמכל טיפה יהיה נוצר זרע קודש."

ועיין שם שהוסיף שגם רבינו תם (תוספות יבמות יב) שסובר שאישה אינה מצווה על איסור השחתת זרע, יודה שאחר שנקלט הזרע אסור לה לקלקלו. ועיין עוד בדברי הרב זכותא דאברהם (הובאו דבריו בספר חמדת ישראל עמוד פח וכן במשפטי עוזיאל חושן משפט דף ריא עמוד ד), שהריגת העובר מחייבת את ההורגו במיתה בידי שמים, דלא גרע מהוצאת זרע לבטלה דחייב מיתה בידי שמים (נידה יג). וכן כתב גם בשו"ת דברי יששכר (חלק חושן משפט סימן קסח) שהריגת העובר הוויא איסורא דאורייתא, והווי כאילו שופך דמים, וכמו ששנינו בנידה (יג) שאף המוציא זרע לבטלה כאילו שופך דמים. עיין שם. ונראה שגם דעתם ז"ל עולה בקנה אחד עם דברי רובא דרבוותא הפוסקים שהסבירו את דברי הרמב"ם ומר"ן השולחן ערוך שעובר הווי נפש אם כי לא נפש גמורה, ומשום החיות שבו אסור להורגו, והם ז"ל הוסיפו ואמרו שאת החיות הזו מוצאים אנו גם בזרע עצמו, ושורש הכול אחד הוא, שלמן היותו זרע יש בו כוח חיים, ואסור להורגו.

ועיין לגאון מהר"י עמדין ז"ל בשו"ת יעב"ץ (חלק א סימן מג) שמתחילה דחה את דברי החוות יאיר וכתב שאיסור השחתת זרע הוא רק כשמשחית ארצה שאז מוסיף בכוחות הטומאה ומכחיש פמליא של מעלה (ובדרך זו כתב גם המשפטי עוזיאל), אבל כשבא ברחם האישה אין כאן איסור השחתה כל אימת שיש צורך בדבר, ומכוח זה הסתפק אם מותר להפיל עובר אפילו שלא משום פיקוח נפש אמו אלא להציל לה מרעתו שגורם לה כאב גדול. אך ראה שם שהוסיף וכתב:

"אמנם דעת לנבון נקל שעל כל פנים הוצאת שכבת זרע לבטלה יש איסור לכתחילה בהשחתתו מפשטא דתלמודא אף שאינו חייב על העוברין. וכן להשחית זרע שנקלט במעי אשה אף על פי שעדיין לא נתעברה ממנו ודאי אסור שלא לצורך. כדמוכח מדלא שרי לשמש במוך אלא לשלוש נשים דווקא. ואיברא לצורך אף להוציא זרע לבטלה להשחיתו על הארץ שרי כדאשכחן לענין בדיקת הניקב בגובתא דשכבת זרע דמותבינן ליה אבי פוקרי. שמע מינה דאיסור חמור זה הותר מכללו אצל צורך מצוה."

ועיין גם בדברי החמדת ישראל והשרידי אש (חלק ג סימן קכז אות יד) שהקשו על טעם זה של החוות יאיר.

ועיין עוד להגאון הצפנת פענח (חלק א סימן נט) אשר כל רז לא אניס ליה, שנשאל על אישה שהפילה עוברה "מהו לענין הגט". והביא מהתוספות סנהדרין (נט ע"ב) דהווי איסור תורה וגדר שפיכות דמים, וכתב דאליבא דהתוספות בנידה צריך לומר דהווי כמו חובל בחברו ועל כן אם האישה מתה ליכא חובל, ואם הפילה עוברה הווי כמו חובל בעצמו, דקיימא לן דאסור. והביא מהרמב"ם שרק מדין רודף מותר להפיל את העובר, וציין גם דהווי ממון דבעל.

ועיין גם בדברי הבית שלמה (חושן משפט סימן קלב) שתלה את האיסור בכך שעצם ההפלה מסכנת את האשה, ובאהל משה (חלק ג עמוד מט) כתב שיש איסור להרוג עובר שלא לצורך מן הטעם שמונעים ממנו לקיים שבתות הרבה. וכן עיין בדברי רבנו הגדול הגאון רבי שלמה זלמן אויערבך זצ"ל (הובאו בנשמת אברהם חושן משפט סימן תכה) שלמד את האיסור מדין גזלה כמו שאסור לגזול ממונו של עובר כל שכן שאסור לגזול ממנו את חייו, ודעת התוספות (בבא בתרא קמב ע"א דיבור המתחיל "בן") דעובר זוכה גם בשהוא עובר אף אם סופו להיות נפל ולכן אם אסור לגזול ממנו את ממונו כל שכן שאסור לגזול ממנו את נפשו.

ומכל מקום ברור הוא, וכפי שהעלינו באורך לעיל, דאליבא דרובא דרבוותא – ראשונים כמלאכים ואחריהם גדולי רבותינו האחרונים – הפלת עובר לאחר ארבעים יום לעיבורו היא איסור דאורייתא, ולדעת הרמב"ם ומר"ן השולחן ערוך שאחריהם אנו הולכים, את מימיהם הטהורים אנו שותים ודבריהם הם לנו לעיניים, עובר אף בעודו ברחם אמו חשוב לנפש אם כי לא לנפש גמורה, והאיסור להפילו נובע ונעוץ באיסור לפגוע בו ולהשבית את החיות הגנוזה בתוכו – חיות שיש בה כדי להביאו לחיי עולם, ושעל שמה הוא נדון כבר עתה.

איסור הפלת עובר קודם ארבעים יום

ב. אסור להפיל עובר אף טרם מלאות לו ארבעים יום, וגם איסור זה נובע מהאיסור לפגוע בכוח החיים הגנוז בו.

והנה כל דברינו לעיל מוסבים על עובר שמלאו לו לכל הפחות ארבעים יום, ובדרכנו לברר את מעמדה של הביצית המופרית בעודה במבחנה מוטל עלינו לקרבה עוד אל המלאכה ולעיין בדינו של עובר שטרם מלאו לו ארבעים ימים. דהנה מבואר בגמרא (יבמות סט ע"ב) שמעמדו של העובר טרם מלאות לו הימים הנ"ל שונה מהותית מעובר שכבר מלאו לו אותם ימים, ועובר עד ארבעים יום מיא בעלמא הוא, וכפי שפסק הרמב"ם (הלכות תרומות פרק ח הלכה ג) בדין בת כהן שהייתה נשואה לישראל ומת בעלה, שרשאית לאכול תרומה כל עוד אין לה זרע ממנו, ועל כן רשאית לאכול תרומה עד ארבעים יום ממיתתו (כל זמן שאין לה ולד ממנו) "שכל הארבעים יום אינו עובר אלא מים בעולם הוא חשוב". וכפי שכתב גם בהלכות איסורי ביאה (פרק י הלכה א) ש"אין יצירת הולד נגמרת לפחות מארבעים יום".

ולעיל הבאנו את דברי הגאון הרב חוות יאיר (חלק א סימן לא) הסובר שאיסור הפלת העובר נלמד מדין "איסור הוצאת שכבת זרע לבטלה והטעם משום שראוי להיות נוצר מכל טיפה זרע קודש", וגם הוא כתב בראש תשובתו כי ניתן לחלק בין מקום שעברו על העובר ארבעים יום למקום בו טרם עברו עליו מנין ימים אלו, אך נראה ששב בו מכך, וכך לשונו הזהב:

"ואחשבה כי עיקר שאלתך כללית אם יש עוון איבוד נפש בזה אחר שנתעברה לקלקל העובר ולהמיתו ולהפילו, ובזה היה אפשר לחלק כמה חילוקים אם כבר עברו ארבעים יום דמקמי הכי מיא בעלמא נינהו כמבואר בפרק המפלת (נידה ל ע"א) ובפרק קמא דכריתות (ז ע"ב), או אם כבר עברו על הריונה שלושה חדשים שהוא זמן הכרת העובר וזמן הבחנה, או אם הרגישה בבטנה תנועת העובר המאוחר קצת אחר שלושה חדשים, ובפרט בנקבה, מכל מקום אין זה מבוקשינו לדון מדעת נוטה וסברת הכרס רק על פי דין תורה."

ועל כן, הגם שמצינו בשו"ת בית שלמה (חלק חושן משפט סימן קלב) שכתב שעובר לאו נפש מקרי ושאין בו חשש של איבוד נפשות ולא שייכת בו הסברא דמאי חזית דדמא דידך וכו' והעלה שעל כל פנים בפחות מארבעים יום אפשר להקל, שכן היות ש"העובר הוא פחות מארבעים יום ולא נגמרה צורתו עדיין כמבואר במשנה סוף פרק המפולת ואין בו חיות כלל עדיין כמבואר ברמב"ן ור"ן הנ"ל" – "נראה לעניות דעתי דאין בו איסור ואף בן נח אין נהרג על זה ועיין בלשון הרמב"ן והר"ן הנ"ל"; מכל מקום הרי כבר כתב הרב חוות יאיר שאין להחליט באופן ברור שאין איסור במקום שלא עברו על העובר ארבעים יום, (ונראה טעמו ברור שאחר שקבע שמקור האיסור הוא השחתת זרע הרי שהגם שטרם מלאו לעובר ארבעים יום לא גרע מסתם זרע שאסור להשחיתו, וכפי שנראה לקמן). וכן נראה גם מדברי רבנו הגאון הצפנת פענח (חלק א סימן נט) אשר כל רז לא אניס ליה, שאחר שהעלה בתשובתו בקיצור נמרץ כדרכו בקודש את כל הסברות שהבאנו לעיל וסיכם שאשה שהפילה את עוברה "עשתה איסור גדול וכן הפסידה ממון לבעל", הוסיף וציין שאם העובר לא היה בן ארבעים יום אינו אלא מיא בעלמא והאם שהפילה אותו לא עשתה איסור גדול, וכן לשונו הזהב: "אך מכל מקום אם לא הוה עדיין בן ארבעים יום לא הוי איסור גדול כל כך לכמה שיטות", ומשמע שרק 'איסור גדול' אין כאן אך איסור יש כאן.

והנה הסברה נותנת שכדברי הגאון הצפנת פענח יש לומר גם בדעת הרמב"ם ומר"ן השולחן ערוך ודעמייהו שגזרו אומר שרק מטעם רודף מותר לקפח את נפשו של העובר, וגם הם יודו שקודם מלאות לו ארבעים יום קליש איסורא, ושוב אין לראות בו את אותה חומרה של המקפח נפשו של עובר שכבר מלאו לו ימים אלו. ולעניות דעתי הדברים פשוטים ומוכחים בלשונו הזהב של רבנו הרמב"ם שכן בכל ההלכות שהבאנו לעיל משמו הזכיר הרמב"ם במפורש כי הנדון הוא בעובּר וכלשונו "בן נח שהרג נפש אפילו עובר", והיות שכפי שהראינו לעיל העלה הרמב"ם כי "כל הארבעים יום אינו עובר אלא מים בעולם הוא חשוב", שוב אין להחיל עליו את כל דברי הרמב"ם דלעיל. וכך מצאנו מפורש לרבנו בעל התורת חסד (חלק אבן העזר סימן מב) שלאחר שסיכם את גדר האיסור בהפלת עובר, וכפי שהרחבנו והבאנו מדבריו לעיל, הוסיף וכתב (ס"ק לג):

"עוד נראה לומר דאפילו לפי דעת הסוברים דעובר אסור להמיתו מן התורה יש לומר דזה דוקא לאחר ארבעים יום לקליטתו, משום דהא דסבירא להו לאסור בישראל הוא משום 'מידי דבן נח נהרג ולישראל שרי?', ובתוך ארבעים יום לקליטתה נראה לומר דגם בן נח אין נהרג [...] דהנה המזרחי פרשת משפטים בשם המכילתא – זו לשונו:

'[...] ואי בוולדות לאו "נפש תחת נפש" הוא דהא "מכה איש ומת" כתוב עד שיהא בן קיימא הראוי להיות איש ולא הנפלים, והולדות כל זמן שלא יצאו לאויר העולם בחזקת נפלים הם' עכ"ל.

הרי דהמכילתא ממעט מ'מכה איש' דאין נהרגין על העוברין. אם כן, על כרחך הך דרשה דאדם באדם קאי על בן נח דוקא ולא על ישראל [...] והנה הרמב"ם (ריש פרק ב מהלכות טומאת מת) זו לשונו: 'הנפל אף על פי שעדיין לא נתקשרו איבריו בגידין מטמא [כו'] שנאמר "הנֹגע במת לכל נפש אדם".' וכתב המשנה למלך 'נראה דבבציר מן ארבעים יום [...] אינו מטמא והכי תנן בפרק בתרא דאהלות' [...] אם כן נשמע מזה דקודם ארבעים לקליטה אינו בכלל נפש אדם. אם כן הוא הדין לעניין הא דבן נח נהרג על עוברים משום דאמרינן דבבן נח גם עוברין בכלל נפש אדם כנ"ל. יש לומר דהוא דווקא לאחר ארבעים לקליטתו אבל קודם ארבעים גם לגבי בני נוח אין בכלל נפש האדם. אם כן לפי זה אחר דהא דאסרינן לישראל בעובר הוא משום מי איכא מידי דבן נח נהרג ולישראל שרי הוא דוקא לאחר ארבעים ולא קודם. אם כן כל שכן דאין איסור דאורייתא לאשה להשחית זרע בעלה שבה אחר תשמיש.

[...] דאף דלהרבה גדולים הוי איסור דאורייתא להמית עובר ובהשחתת זרע ודאי דליכא לחוש רק לאיסור דרבנן [...]"

הרי שלדעתו ז"ל, בהריגת עובר טרם מלאות לו ארבעים יום גם לדעת הרמב"ם אין איסור דאורייתא. ובאותו אופן בדיוק, ומאותו מקור ברמב"ם, כתב גם הגאון האחיעזר (חלק ג סוף סימן סה) שבוולד קודם ארבעים יום אין איסור תורה, אלא שהוא ז"ל בענוותנותו כתב זאת כמסתפק, וכך לשונו הטהורה:

"ומה שכתב כבוד תורתו דלפני ארבעים יום לקליטתו, דהוי כמיא בעלמא לא איקרי נפש – יעוין ברמב"ם סוף פרק ב' מהלכות 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."

ועיין עוד בדברי הגאון הרב אהרן הלוי סולוביצ'יק (אסיא סא-סב עמוד 92) שציין שדברי הגר"ח ברמב"ם אינם אמורים אלא במקום שהעובר "הוא יותר מארבעים יום (דפחות מארבעים יום הרי העובר נחשב למיא בעלמא)". ועיין שם שהביא מדברי הרמב"ן (יומא פב) שהביא מהבה"ג דאפילו בשביל עובר פחות מארבעים יום צריכים לחלל את השבת אף על פי שהוא כמיא בעלמא ואינו נכלל בדין "וחי בהם" ולא שימות בהם, שכן גם בו שייך דין "חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה". ועיין שם עוד שהביא מהתוספות (בבא מציעא קיד ע"ב) שאף על פי שאליהו הוא פנחס והוא כהן הוא נטמא לבן הצרפתית והחיה אותו משום "שהיה ברור לו שיחייהו, ולכך היה מותר משום פקוח נפש". ומכאן הסיק שגם לפי התוספות יש לחלל שבת על עובר אפילו הוא פחות מארבעים יום, שכן גם בבן הצרפתית לא היה 'נפש' כלל [שכבר מת] ובכל זאת התירו להיטמא לו כדי להחיותו. רק שכתב שם שלתוספות אין מחללים עליו את השבת אלא במקום של ודאי סכנה.

ועין עוד בדברי רבנו הנצי"ב בהעמק שאלה (שאלה קסז ס"ק יז) שפשוט לו שגם לפני ארבעים יום יש להיזהר בעובר ולשומרו, וכן כתב הרב אבני נזר (אבן העזר סימן עט ס"ק יב) שאין להפסיד את העיבור לאחר שנקלט הזרע. וכן כתב המשנה הלכות (חלק י סימן שיא נתיב ב) שהביא את המאירי (יבמות סט ע"ב) והסיק ממנו שאסור להפיל את העובר אפילו טרם מלאות לו ארבעים יום וטעמו ונימוקו עמו **"משום נטילת נשמה וחיות שלו".** ועוד הביא שם מדברי הרב זכותא דאברהם שמהם עולה שאין לחלק בין לפני ארבעים יום לאחריהם שכן טעם האיסור הוא דלא גרע ממוציא זרע לבטלה "ומשמע דכל שנזרע ושחת – עובֵר, וכל שכן שנקלט", ולדעתו הכי סבירא ליה גם לרבנו החוות יאיר שתלה את כל האיסור בדין השחתת זרע.

ועיין שם עוד בדברי המשנה הלכות שהעלה שעל פי דברי התוספות (סנהדרין נט ע"ב ד"ה "והא פריה ורביה") דמי שמצווה על פרייה ורבייה מצווה שלא להשחית זרע יש לומר שרק עבור בני נח נדרש פסוק לאזהרת עוברים, שכן הם אינם מצווים על השחתת זרע, אך ישראל המצווים על כך אין כל צורך באזהרה מיוחדת על עוברים. ועיין שם בסוף התשובה שהעלה שלא להתיר לאישה להפיל אפילו תוך ארבעים יום למרות חששה שתסתכן, והביא קצת ראיה לכך מגמרא ערוכה, וכך לשונו הזהב:

"ובאמת קצת יש להביא סמוכין ממקרא מלא בראשית (ד י) קול דמי אחיך צועקים אלי מן האדמה ודרשו ז"ל (סנהדרין לז): 'דם אחיך' לא נאמר אלא 'דמי אחיך' – 'דמו ודם זרעיותיו' – מכאן 'שלא כדיני ממונות דיני נפשות, דיני ממונות אדם נותן דמים ממון ומתכפר לו אבל דיני נפשות דמו ודם זרעותיו תלויין בו עד סוף העולם.'

והנה נחשב לו אפילו דם זרעותיו עד סוף כל הדורות כאלו הרג אותם, ואפילו אכתי לא היו אפילו בכח וכל שכן בפועל, אבל הכא שכבר איכא נשמה ובכח ובפועל נשמה וחיות ודאי הרי הוא בכלל דמי אחיך צועקים ודם זרעיותיו שהתיר להשחית עובר זה, ובזה גרם גם לזרעותיו ולא דמי להשחתת זרע קודם העבור וכמ"ש לעיל."

ועיין שם בסימן שאחריו (סימן שיב) שכתב לחזק דבריו גם מהגמרא (נידה לא ע"א) שהתייחסה לעובר בשלושה חודשים הראשונים כאל ולד, ולא חילקה בין קודם ארבעים יום ולאחריהם –

"אלא שלושה חדשים ראשונים קראו ולד משעת זריעה [...] ובמגן אברהם (אורח חיים סימן רמ) הביא בשם זוהר הקדוש ומבואר דהמפיל ולד הרי הוא בכלל שופך דמים ולא רק בכלל חובל וזה על כל פנים כדעת הפוסקים דבעובר המפילו יש בו משום שפיכת דמים ועל כל פניםמשלושה חדשים ולמעלה ובאמת לפי מה שהביא המגן אברהם מזוהר הקדוש משמע דמעת פקידה ודוק."

ועיין שם שהעלה לחומרא שאין להקל בהפלת העובר בין לפני ארבעים יום ובין לאחריהם.

וכן כתב במפורש גם הרב הראשי לישראל הגאון רבי איסר יהודה אונטרמן זצ"ל (נעם חלק ו) שלישראל אסור להפיל עובר אפילו טרם מלאו לו ארבעים יום "מפני שעתיד להתהוות נפש ועלינו לדון על העתיד", וכמקור לכך לקח את דברי בה"ג שמחללים שבת אפילו על עובר שטרם מלאו לו ארבעים יום, ולשיטתו: אם מחללים את השבת כדי להצילו קל וחומר שאין כל היתר לפגוע בו. והוסיף לכך שאם על אבדת ממונו צוותה תורה "לא תוכל להתעלם" קל וחומר שעל אבדת גופו אנו מצווים "וגם הצלת העובר בכלל". ועיין שם שביאר שרק בישראל אנו דנים על שם סופו שעתיד לחיות, מה שאין כן בעכו"ם בהם אנו דנים על פי המצב העכשווי והיות שכעת אין בעובר ריקום אברים אין הוא בכלל האיסור של "שׁפׁך דם האדם באדם". והסכים עמו גם רבנו האגרות משה זצ"ל וכתב לאסור אף הפלת עובר טרם מלאות לו ארבעים יום. וכן כתב גם בספר אוהל משה (חלק ג סימן טו) שיש איסור להפיל עובר אפילו בתוך ארבעים יום.

וראה גם לגר"מ ברנדסדורפער (שם) שהעלה:

"והנה נראה לעניות דעתי דבנידן דידן דאין מחמת העובר שום סכנה לאמו אם כן אפילו באופן דברור לן דהוא עדיין פחות מארבעים יום דלא נגמרה עדיין צורתו ועדיין אין בו חיות כלל, כמו שכתב בשם הרמב"ן הר"ן בפרק בתרא דיומא ומובא דבריהם שם בשו"ת בית שלמה, אפילו הכי אסור לאבדו אם אין מחמתו סכנה לאמו, שהרי כתב שם הר"ן בשם הרמב"ן דמחללים עליו את השבת כדי להצילו משום דאמרה תורה חלל עליו שבת אחת שמא ישמור שבתות הרבה, ומבואר מזה דאפילו לגרום לו היזק בשב ואל תעשה אסור, שהרי מצוה לחלל עליו את השבת אם כן כל שכן דאינו מותר לאבדו בידים וכמו שכתב הנודע ביהודה."

וגם בשו"ת תשובות והנהגות (חלק ג סימן שנט) אחר שנשאל האם מותר להפיל ולד תוך ארבעים יום במקום שיש חשש שאמו תתחרש, וכתב שם דאף לפי שיטות האחיעזר והתורת חסד שהובאו דבריהם לעיל, הסוברים שאיסור הפלת עובר מתחת לארבעים יום הוא מדרבנן שהוא כמיא בעלמא, יש לומר שהאיסור דרבנן הוא רק איסור רציחה אבל על כל פנים אסור להפסיד העובר מן התורה משום השחתת זרע דלא גרע מהוצאת זרע לבטלה דאסור מן התורה, ואיסורו חמור מכל העבירות כמבואר, ועל כן העלה שרק אם ברור שתתחרש ויש חשש פקוח נפש יש מקום להתיר. ועיין גם בספר עטרת שלמה (חלק ח עמוד קעג) שהביא בשם מרן הגרי"ש אלישיב זצ"ל שעובר מתחת לארבעים יום האיסור להפילו הוא איסור מדאורייתא. ועיין שם עוד בדברי הגר"א וייס (עמוד קא) שכתב דלא גרע מהשחתת זרע דממה נפשך או דהווי עובר או דהווי זרע והרי יש איסור בהשחתת זרע גם אחרי שהוזרע כבר בגוף האישה, כמבואר ביבמות י"ב, אך לפי זה יש מקום לדון ולהתיר על ידי אישה שאינה מצווה באיסור השחתה. אך עיין שם שכתב שביציות מופרות כלל אין להן דין עובר ומותר להשתמש בהן לצרכי מחקר.

ועיין גם במה שהעלה להקל יותר מרן גאון עוזנו היביע אומר זצ"ל (חלק ד – אבן העזר סימן א) שהביא את הרב פרי השדה (חלק ד סימן נ) שכתב לחלק בין קודם שלושה חודשים לבין אחרי כן, ועיין שם שעוסק (הרב פרי השדה) במקום שיש סכנה לאם, והעלה:

"ועוד דבנידון דידן עדיין לא מלאו לעובר שלושה חודשים, ונראה דבכי האי גוונא אין בן נח נהרג עליו, וגם לישראל אין איסור מן התורה בזה, שאין הכרת עובר בפחות משלושה חדשים, וכמ"ש ביבמות (לז ע"א) ובנדה (ח ע"ב). וכן בשו"ת חוות יאיר (ריש סימן לא) צידד בזה [...] ועוד שיש מקום לומר דבכי האי גוונא שלא מלאו לעובר שלושה חודשים שפיר סמכינן על דעת הפוסקים דסבירא להו דהמתת עובר אינו אלא מדרבנן, מכח ספק ספיקא – שמא הלכה כמאן דאמר שהמתת עובר מדרבנן, ואם תמצי לומר דהוי מן התורה, שמא בפחות משלושה חודשים אינו אלא מדרבנן, ואם כן יש להתיר גם במקום חולי שאין בו סכנה כלל. ולפחות נסמוך בזה על דברי הרופאים כשהם שניים זה שלא בפני זה."

וכן העלה להלכה גם בשו"ת רב פעלים (חלק ד יורה דעה סימן יד) שכתב, וזו לשונו הטהורה:

"שאם עושה סממנים להפיל אחר העיבור בעשרים יום דהולד עדיין הוא חתיכת דם ולא נצטייר באבריו כראוי וגרע מנפל דעלמא שיש חיתוך אברים והוא קרוב להא דמשחית הזרע, ואם כן יש לומר כל כהאי גוונא אין זה נפש כלל ואפילו האומרים לכתחילה אסור יודו במקום שהרופאים אומרים שאם תתעבר תסתכן."

ועיין גם בתשובת השרידי אש (חלק ג סימן קכז) שאחר שהאריך בביאור האיסור להפיל ובטעמו, ונראה מדבריו שלהלכה סבירא ליה כדעת המהרי"ט שיסוד האיסור הוא משום חובל, העלה שכאשר הוולד עלול להיות מחוסר אבר או מחוסר דעת מותר להפילו קודם ארבעים יום, וציין: "שקודם ארבעים יום הוא מיא בעלמא, כמפורש ביבמות ס"ט, ואינו חשוב עובר כלל. וכן תפסו כל גדולי האחרונים."

הא קמן דלדעת רובא דרבוותא הפוסקים אשר את מימיהם הטהורים אנו שותים יש איסור להפיל גם עובר שטרם מלאו לו ארבעים יום, ואף שאין איסור זה נערך כאיסור להפיל את העובר אחר מלאות לו ימים אלו, מכל מקום לכולי עלמא איסורא איכא לקפח את סיכויי חייו (יש אומרים דהוי איסורא דרבנן ויש אומרים שיש בכך גם איסור דאורייתא), ולדעת הרמב"ן אנו אף מחללים את השבת לצורך פיקוח סיכויים אלו.

איסור השחתת זרע גם כשאינו בגוף האיש

ג. אסור להשחית זרע אשר ראוי לתת את פריו, וזאת גם לאחר שהזרע יצא מגוף האיש וכבר בא במעי האישה אף שטרם נקלט והשתרש ברחמה, ועל כן נראה שיש להחמיר ולהימנע מהשמדה – על כל פנים השמדה בידיים – של הביציות המופרות.

והנה אחר שהארכנו בבירור מעמדו של העובר אחר מלאת לו ארבעים יום, וממנו לבירור מעמדו של עובר שטרם מלאו לו ימים אלה והעלינו שעל דרך הכלל יש לאסור איסר לפגוע גם בעוברים אלו שטרם מלאו להם ארבעים יום, ובשניהם עלה לנו ששורש האיסור אחד הוא, והוא האיסור לפגוע ולהשבית, חלילה, את כוח החיים הגנוז בעובר; מוטל עלינו לעיין בדינם של העוברים המוקפאים הנמצאים במבחנה טרם הוכנסו לרחמה של האישה וטרם השתרשו בה.

והנה, כאמור לעיל, היות שאפשרות זאת של הפריית ביצית של אישה מזרע בעלה מחוץ לרחמה של האישה היא מתולדות הזמן – פרי ההתפתחות המדעית המואצת של הדור האחרון, הרי שלא מצאנו מקורות ברורים בדברים בהירים ומפורשים לדין אשר בא לפנינו, ובקעה הניחו לנו רבותינו אדירי הדעה להתגדר בה, וללמוד חיפוש מחיפוש לפרוש השמלה, עד אשר בחמלת ה' עלינו נזכה – בעזרתו יתברך ויתעלה – להוציא לאור תעלומה.

והנה, זאת ראשונה נבהיר כי כאמור לעיל מפי סופרים ומפי ספרים הרי שבמקום שטרם מלאו לעובר ארבעים יום הלך לו החשש הגדול לדיני נפשות, חשש אשר הזכרנוהו בדעת הפוסקים המבארים את דברי הרמב"ם ומר"ן השולחן ערוך, והסברה הפשוטה נותנת שהיות שביציות מופרות אלה אינן נמצאות בבית גידולן הטבעי – ברחם האם, ועדיין 'דרות' הן במבחנה, באופן שמכלל זרע פשוט יצאו ולכלל עובר טרם הגיעו, וכלשונו של רבנו בעל שבט הלוי (חלק ה סימן מז) מעמדן "אפילו אינו בגדר תחילת עיבור" (ועיין שם שפסק שפשוט הוא שאין מחללים שבת על פיקוחן), על כן אין להחמיר בהן ואין לחשוש בהן באותה חומרה ובאותה דרגת זהירות שיש להיזהר ולחוש לחיוּת הטמונה בעובר שטרם מלאו לו ארבעים יום.

ומכל מקום אם אמת בפינו כי החשש והזהירות שיש לנהוג בעוברים נעוץ בחיות שגנוזה בהן, בהיותם נפש (משמלאו להם ארבעים יום) או בהיותן זרע לנפש (קודם שמלאו להם ארבעים יום), מוטל עלינו לדון אם שורש חיות זו, שוודאי קיים גם בביצית המופרית (שכן לו יושלם בה התהליך הרפואי ייתכן וייתכן שיצאו ממנה חיים וולדות בריאים ומעולים), מטיל עלינו חובת זהירות ושמירה גם על הביציות המופרות.

והנה האמת תורה דרכה שכבר הבאנו לעיל את דברי רבנו החוות יאיר שתלה את כל איסור ההפלה באיסור השחתת זרע, וכך כתב גם בתשובות והנהגות שעובר שטרם מלאו לו ארבעים יום אסור להשחיתו כפי שאסור להשחית זרע, וכפי שכתב גם הגר"א וייס (הובאה לעיל מספר עטרת שלמה חלק ח) שיש איסור השחתת זרע אף כאשר הוזרע כבר ברחם האישה.

אלא שברור הוא כי ביסוד קביעת חכמים זו, שבהפלת עובר יש משום איסור השחתת זרע, מקופלת ומונחת הקביעה כי איסור השחתת זרע אינו חל אך על הוצאת הזרע למקום שאינו ראוי להיקלט בו, וכפי שניתן היה, לכאורה, לדייק מלשון הרמב"ם (איסורי ביאה פרק כא הלכה יח) שהובאה גם בשולחן ערוך (אבן העזר סימן כג סעיפים א-ב). דהנה בלשון הרמב"ם נכתב במפורש כי האסור הוא "להוציא שכבת זרע לבטלה", וכך לשונו הטהורה:

"אסור להוציא שכבת זרע לבטלה, לפיכך לא יהיה אדם דש מבפנים וזורה מבחוץ ולא ישא קטנה שאינה ראויה לילד, אבל אלו שמנאפין ביד ומוציאין שכבת זרע לא די להם שאיסור גדול הוא אלא שהעושה זה בנדוי הוא יושב, ועליהם נאמר 'ידיכם דמים מלאו' וכאילו הרג הנפש."

מדברים אלה משמע שהאיסור אינו אלא על ההוצאה בלבד, ומשעה שהוצא הזרע – בין אם הוצא בהיתר או חלילה באיסור – שוב אין לדון בשימור הזרע או בהכחדתו. וכך אכן העלה רבנו הרב פעלים (חלק ג – אבן העזר סימן ב) שכתב דמהא דמותר לשמש עם קטנה ועם זקנה אף על פי שלא יתעברו מכך מוכח שהיות שהוצאת הזרע נעשית בהיתר שוב איננו מצווים על שימורו ואי הכחדתו של הזרע, שהאיסור הוא אך על הטלת הזרע במקום שלא עליו ציווה הבורא, וכך לשונו הטהורה:

"ולכן בעל כרחך צריך לומר דהשחתת הזרע אין איסורו משום דהזרע הזה היה יוצא ממנו ולד וזה מאבדו, אלא האיסור הוא דאינו משמש כאורחיה להטיל זרעו ברחם הנקבה במקום אשר נתקן ונתייסד מאת הבורא יתברך בטבעו ומנהגו של עולם, וכן מפורש בדברי רבינו האר"י ז"ל המוציא שכבת זרע לבטלה פוגם במחשבה ובדעת עליון כיון דמעשיו הם זכר בלי נקבה, שאינו משמש באשה אלא ברקנייא ובחוץ יעמוד. ע"כ."

ועל כן אפשר היה להניח שאחר שהתירו הפוסקים את הוצאת הזרע לצורך הפריה חוץ גופית ואף אך לצורך בדיקתו (וראה בדברי הזקן אהרן [ואלקין] חלק א סימן סז, האחיעזר חלק ג סימן כד אות ד, האבני נזר אבן העזר סימן פג, המהרש"ג חלק ב סימן רמג, הרב שבט סופר אבן העזר סימן א, האגרות משה אבן העזר חלק א סימנים ע–עא וחלק ב סימן טז, מרן הגאון רבי שלמה אויערבאך במנחת שלמה חלק ג סימן קג אות טז, הרב מנחת יצחק חלק ג סימן קח, מרן הגרי"ש אלישיב זצ"ל – קובץ תשובות חלק ב סימן עח וחלק ג סימן קפט, הרב שבט הלוי חלק ז סימן רה, ומרן מלכא הראשון לציון היביע אומר חלק ב אבן העזר סימן א, ועוד) שוב אין איסור בא על ידי זרע זה, שהיות שהוצאתו הייתה בהיתר – ועל ההוצאה עצמה קפדינן – שוב אין איסור באיבודו לאחר מכן.

אולם, כאמור לעיל, לא כך עולה מדברי הפוסקים אשר דנו באיסור הפלה מדין איסור השחתת זרע, ואכן בעיון מדוקדק בסוגיה, ואחרי בקשת המחילה מכבוד מורנו ורבנו הרב פעלים, ונשיקת עפרות קודשו לא כך עולה מן הפוסקים ובכללם הרמב"ם (כדברי הרדב"ז שיובא לקמן). ואכן נראה שמקור לכך שאיסור השחתת זרע אינו חל רק על הוצאת הזרע נמצא מפורש בדברי רבותינו הראשונים בסוגיית שלוש נשים משמשות במוך (יבמות יב ע"ב נידה מה ע"א), שכך למדנו שם:

"שלוש נשים משמשות במוך: קטנה, מעוברת ומניקה; קטנה – שמא תתעבר ותמות, מעוברת – שמא תעשה עוברה סנדל, מניקה – שמא תגמול את בנה וימות. ואיזוהי קטנה? – מבת י"א שנה ויום אחד ועד י"ב שנה ויום אחד; פחות מכאן או יתר על כן – משמשת והולכת – דברי רבי מאיר. וחכמים אומרים: אחת זו ואחת זו – משמשת כדרכה והולכת, ומן השמים ירחמו, שנאמר 'שומר פתאים ה''."

ובתוספות (כתובות דף לט ע"א דיבור המתחיל "שלוש נשים") פירטו את שיטות הראשונים בסוגיה זו:

"שלש נשים משמשות במוך – פירש בקונטרס מותרות לשמש במוך אף על גב דשאר נשים אסורות משום השחתת זרע, ואין נראה לרבינו תם דהא קטנה ואילונית מותר לשמש בהדייהו ולא הוי השחתת זרע כיון שהוא דרך תשמיש. ומפרש רבינו תם משמשות צריכות לשמש במוך אחר תשמיש ועצה טובה קא משמע לן. ולר"י נראה לקיים פירוש הקונטרס דבריש נדה (דף ג ע"א) משמע שהמוך הוא במעיה כל שעה והוי כמשמש על האבנים ועל העצים ולא דמי למשמש קטנה ואילונית, ועוד אפילו היתה נותנת מוך אחר תשמיש אסורה דאף על פי שאינה מצווה על פריה ורביה מכל מקום אסורה היא להשחית זרע."

נמצא שלכל הפחות לשיטת ר"י יש איסור השחתת זרע גם לאחר הוצאתו, וצריך לומר שהיות שהזרע ניתן לתוך 'מעי' האישה – מקום אשר בו יכול הזרע לתת את פריו הרי שהוצאתו מאותו מקום מביאה להשחתת זרע שעד כה לא היה מושחת, ועל כן יש לאסור את הוצאתו שכן גם האישה אסורה להשחית זרע.

וראה גם לרדב"ז (חלק ג סימן אלף כב) שהעלה לאיסור לתת מוך אחר תשמיש, דאף על פי שהאישה אינה מצווה על פרייה ורבייה מכל מקום אסורה היא להשחית זרע. ועיין שם שכתב שאפילו לרבנו תם אפשר ששאר נשים אסורות לשמש במוך אחר תשמיש, וכתב שגם לרמב"ם אסור לתת מוך אחר תשמיש שהרי הרמב"ם אסר לישא את הקטנה משום השחתת זרע. וכן כתב בישרש יעקב (יבמות יב ע"ב) משם הדרישה (יורה דעה סוף סימן קצ"ו) שכתב בשם רבו המהרש"ל שאישה אסורה להפליט את זרע ההיריון בעת שדרכה להתעבר. והדברים מפורשים גם במגן אברהם (אורח חיים סימן תרו סק"ח) שכתב שאשה ששימשה תוך שלושה ימים בערב יום הכיפורים צריכה "לכבד ביתה" שלא תפלוט שכבת זרע, ובתנאי שאין זה סמוך לווסתה או לטבילתה – "דבאותן שעות רגילות להתעבר ויש לחוש שתשחית זרע ההריון". ועיין גם בשו"ת מהר"ש (חלק ז סימן פו דיבור המתחיל "יצא") דכתב בשם הפוסקים, דמצד האישה טפי יש מקום להתיר לתת מוך קודם תשמיש מאחר תשמיש, דאחר תשמיש תיכף בא האיסור בשעה שנותנת מוך ומפלטת הזרע, אבל קודם תשמיש לעת עתה היא אינה משחתת ואחר כך באה ההשחתה ממילא ואינה רק גורמת.

ועיין בשו"ת רבי עקיבא איגר (מהדורא קמא סימן עא) שהעלה דהכי סבירא להו לרוב הפוסקים שאשה אסורה להשחית את זרע בעלה הנמצא במעיה. וכתב שלשיטת הנימוקי יוסף (יבמות ב ע"ב מדפי הרי"ף) בהסבר רש"י, האיסור לשמש במוך אינו על הבעל – שכן לגביו נחשב הדבר דרך תשמיש ועל כן הוא מותר, והאיסור הוא אך על האישה העושה מעשה המשחית את הזרע. ועל כן הקשה עליו הנימוקי יוסף: מדוע קטנה פחות מאחת־עשרה שנה משמשת כדרכה ואסורה לשמש במוך, והרי בכל מקום הקטנה אינה ראויה להתעבר והזרע כבר נשחת ואין כל מקום לאסור על הקטנה לשמש במוך. ועל כן פירש הנימוקי יוסף שקטנה בת אחת־עשרה חייבת לשמש במוך לשיטת רבי מאיר, וקטנה מכך רשאית לשמש במוך. ומכאן הסיק רבי עקיבא איגר:

"ולפי זה לשיטת רש"י דהיא מצווית על השחתת זרעו גם במוך אחר תשמיש אסורה, והנימוקי יוסף סתר רק היכא דאינה ראויה להתעבר לא שייך השחתת זרע, אבל בגדולה בראויה להתעבר סבירא ליה כרש"י דמצווית על השחתת זרעו, ובריטב"א יבמות בחידושיו כתב גם כן כדברי הנימוקי יוסף, ומסיים להדיא לפי זה מה דקתני פחות מכאן ויתר מכאן משמשת כדרכה, היינו הפחות מיכן מותרת לשמש כדרכה, וביתר מכן מחויבת לשמש כדרכה, והיינו משום דבגדולה דראויה להזריע אסורה להשחית זרעו.

גם הרמב"ן ורא"ה ותלמיד הרשב"א והריטב"א, הובאו בשיטה מקובצת כתובות, כתבו תחילה בכוונת רש"י דאסורה ליתן מוך קודם תשמיש דהיא מצווית שלא להשחית זרעו, ועלה הקשו דאם כן מאי טעמא דרבנן דסבירא להו משמשת כדרכה הא על כל פנים אי אפשר לה להתעבר ולהוליד כדאיתא פרק קמא דיבמות, אלא דמן השמים ירחמו שלא תתעבר, ואם כן דאין ראוי להזריע אין כאן השחתת זרע והיינו גם כן כעין קושיית הנימוקי יוסף הנ"ל, אלא דהנימוקי יוסף נקט על פחות מיכן והם נקטו הקושיא על חכמים והכל מטעם אחד, דבאינה ראויה להזריע ליכא משום השחתת זרע, ולזה העלו דמשמשת כדרכה בפחות מכן, וכן לרבנן בשנת י"ב מותרות.

הרי דכולהו סבירא להו דבראויה להזריע אסורה לשמש במוך ומטעם דהיא משחתת זרעו, אם כן מהאי טעמא מכל שכן דאסורה במוך אחר תשמיש, וכיון דהרמב"ן והרא"ה והריטב"א והרשב"א והנימוקי יוסף כולהו סבירא להו כן, וכן בשטה מקובצת בכתובות (דף עב ע"א) בההיא שתהא ממלאה ונופצת בשם הריב"ש דאיכא אסורא בדבר דאף על פי דלא מפקדא אפריה ורביה אסורה להשחית זרע בעלה, ומי ירום ראש להקל."

ועיין שם עוד שהביא ראיה לשיטתו מהסוגיה דנידה (דף מב), אך השאיר את המגן אברהם (סימן תרו) בצריך עיון שכן הוא כתב בפשיטות שאשה ששימשה תוך שלושה ימים ליום הכיפורים "תכבד את ביתה בחמין" ו"לדעת רובא דרבוואתא הנ"ל אסורה לעשות כן משום השחתת זרעו."

וכן העלה בדרכו הוא גם הבית מאיר (אבן העזר סוף סימן כג) שלרש"י אסור לקנח במוך לאחר תשמיש, ושכן ראוי להורות, וכך לשונו הזהב:

"נשמע מזה דלשמש במוך בשעת תשמיש לכולי עלמא אסור בכל הנשים, ולאחר תשמיש תלוי בפלוגתא דרש"י ורבנו תם, וראוי להחמיר כרש"י ז"ל. ובעניותי איני יודע מדוע השמיטו הפוסקים ברייתא זו."

וכן כתב גם הרב בנין ציון (סימן קלז):

"אכן גם ליתן לאחר תשמיש ולשאוב הזרע לא ראיתי היתר שאף שלרבנו תם הותר זה, מכל מקום התוספות והרמב"ן (ריש פרק כל היד) חולקין עליו, וכפי הנראה גם הרשב"א והר"ן שם הסכימו עמהם, ואפילו רש"י – אף שהרא"ש מסופק בשיטתו בזה – מכל מקום הריטב"א ביבמות כתב בפירוש דגם אחר תשמיש אסור לרש"י, וכנראה גם מדבריו בשיטה מקובצת שהבאתי לעיל, עד שכמעט דעת רבנו תם היא דעת יחידית בזה, ומי יקל ראשו להכריע כמוהו נגד כל שאר הראשונים."

וכן העלה גם רבנו המחנה חיים (חלק א סימן נג) וזו לשונו הטהורה:

"אם אדם יבעל אשה ויתערב כחו בכוחה ונתאחדו זרעם ונקשרו בקשר הטבע להיות ולד נוצר, ונפעל כבר כל הפעולה מבני אדם ליצירת ולד ולא חסר רק הגמר על ידי הקדוש־ברוך־הוא אשר פקודתו ישמור אותו הכח להיות אדם בצלם א-להים [...] אז אם האישה מקנחת במוך את הזרע אשר כבר הוכן בטבע להיות נוצר ממנו אדם או אם תרחוץ במים לשחת אותו הזרע או שתקפוץ עד שיפול ממנה הזרע או תתהפך להשחית אותו זרע אשר הוא הכח והכנה לבריאת אדם הוא גם כן נקרא השחתת זרע כמובן."

ולמעלה מכך ראה בדברי המרחשת (חלק ב סימן ט) שהעלה שגם לסוברים כרבנו תם שאישה אינה מצווה על השחתת זרעה מכל מקום לבעל אסור יהיה להשחית את זרעו המצוי במעי האשה, וכן לשונו הזהב (שם ס"ק ד):

"ונחזי אנן דאף אם נאמר דאין האישה מצווה על השחתת הזרע שלה או של הבעל אבל האיש ודאי מצווה על השחתת זרעו אף שבא הוצאת זרעו מן הגוף באופן המותר, ואחרי שהוציא זרעו ברחם האישה אף אם האישה מותרת לתת מוך לשאוב הזרע משום שאינה מצווה על זה, אבל האיש ודאי אסור לתת מוך ברחם האישה ולשאוב את הזרע שהוציא ברחם האשה, כיון שהוא מצווה על פריה ורביה אסור לו להשתית זרעו אף בענין שבא הוצאתו מן הגוף כדרכו דרך תשמיש, אסור לו אחר כך להוציא זרעו מרחמה, וזה ברור."

וכן העלה גם רבנו האגרות משה (אבן העזר חלק א סימן סג אות ד) בביאור דעת רש"י על פי הרע"ק שאחר "תשמיש אסורה משום שגם היא אסורה להשחית זרע הבעל."

ועיין גם בדברי הגר"א וייס שליט"א (עטרת שלמה חלק ח עמוד קא), שדן בהפלת עובר טרם מלואת לו ארבעים יום והעלה:

"אך אף אם יהיבנא דהוי כמיא ממש ואין איסור לאבדו מצד איבוד הנפש, ויש לזה מקום לשיטת הנודע ביהודה שם דכל המקור לאיסור הריגת עובר לישראל הוא משום מי איכא מידי, וכיון דבגוי ילפינן איסור הריגת העובר במה דכתיב שופך דם האדם באדם דמו ישפך, יש מקום לטעון דבעינן על כל פניםשיהי' אדם ולפני ארבעים יום הוי מיא בעלמא, מכל מקום לא גרע מהשחתת זרע דממה נפשך או דהוי עובר או דהוי זרע והרי יש איסור בהשחתת זרע גם אחרי שהזרע כבר בגוף האישה כמבואר ביבמות י"ב."

ועיין עוד להרב תורת חסד (חלק ב אבן העזר סימן מג) שהעלה על פי התוספות (סנהדרין נט ע"ב) שאיסור השחתת זרע הוא מדאורייתא, אך איסור זה הוא אך על הבעל דמי שהוא מצווה על פריה ורביה הוא מוזהר שלא להשחית זרעו. ולדעתו האישה אסורה בכך רק מדרבנן. ולדעתו, הרמב"ן סובר שאיסור זה הוא מדרבנן בין לאיש ובין לאישה. וכן כתב גם הרב משיבת נפש (סימן יח). והרב תורת חסד האריך להוכיח מהגמרא שבת (פו ע"ב) שאישה מותרת לשמש במוך אחר תשמיש, ושהכי סבירא להו להרב ספר התרומה (הלכות נידה סוף סימן צה), לרשב"א, לרא"ש ולשולחן ערוך (יורה דעה קצו סעיף יג). אך עיין שם שכתב שהגם שהאישה אינה אסורה להשחית זרע שקיבלה מבעלה, מכל מקום "להשחית זרע דגופה מודה (הרמב"ן) דאסור". ועיין שם שסיכם:

"ואחר דתיתי לי בררנו דרבים הפוסקים המתירים להדיא ובפרט כאשר בארתי לעיל (סוף אות ב) דעל כל פנים לכל הדיעות ליכא על הנשים איסור דאורייתא בהשחתת זרע בעליהן אם כן לעניות דעתי יש מקום בפשיטות להקל במקום צורך קצת."

אך הנה שלא כדברי כל הני פוסקים הסוברים שיש איסור בהשחתת זרע אף לאחר שהוצא בדרך היתר, מצאנו בדברי התוספות רא"ש שכתב דלא מקרי השחתת זרע אלא במי שגורם על ידי חימום שמוציא זרע לבטלה בין איש בין אישה אבל לאחר שיעקר הזרע מן הגוף לא שייך ביה השחתה (וככל אשר סברנו מתחילה). ועיין באבני נזר (שו"ת סימן פא) שכתב דלדינא יש לפסוק "כהרא"ש שהכריע כרבנו תם שאנחנו בני אשכנז נגררים אחריו, וכן פסק הים של שלמה פרק קמא דיבמות [...] שאם תשים אחר תשמיש לא יהיה איסור כלל". אך עיין גם בדבריו (סימן עט) שמהם עולה שכל היתרו אינו אלא במקום שלא יתקלקל העובר אחר קליטתו, ועל כן הסתפק אם אפשר להשוות שטיפה ב'מזרקה' למוך, דאפשר שהשטיפות מפסידות את העובר אף לאחר שנקלט הזרע. אך עיין בלבושי מרדכי (חלק יורה דעה מהדורא תניינא סימן קנו) שדן בנשים שהרופאים ציוו להם לבטל היריונן על ידי שטיפה ב'מזרקה' וכתב שהגם שעל ידי ה'מזרקה' נכנסים המים גם בפנימיות הרחם ומקלקלים את הזרע, היות שהדבר נעשה לאחר תשמיש יש להתירו.

והן אמת כי לכאורה היתר שימוש במוך אחר תשמיש עולה גם מפסק מר"ן השולחן ערוך בהלכות נידה (יורה דעה סימן קצו סעיף יג) שנראה מדבריו שמתיר לתת מוך אחר תשמיש, וכך לשונו הטהורה: "האישה ששמשה מטתה וראתה אחר כך ופסקה, ורוצה לספור מיום מחרת ראייתה, תקנח יפה יפה אותו מקום במוך או בבגד להפליט כל הזרע [...]" – דברים אשר מקורם בדברי הרא"ש (נידה ריש פרק ד) ועולים בקנה אחד עם שיטתו המובאת לעיל שאין איסור השחתה לאחר שנעקר הזרע מהגוף. ועיין גם בסתרי ומגני (סימן מד) שנסמך על דברים אלה ופסק דליכא שום איסור לאישה להפליט השכבת זרע לאחר התשמיש על ידי מוך או על ידי קילוח מים. וכן כתב גם ההפלאה (כתובות עב ע"א) שמדברי מר"ן השולחן ערוך מוכח שאף לכתחילה מותרת אשה להפליט ממנה כל שכבת זרע (ועיין שם שדן בכך מצד דברי הגמרא שם "שתהא ממלאה ונופצת").

אלא שכבר נזקק לדין זה הכרתי ופלתי (תפארת ישראל סימן קצו סעיף ח) וכתב שגם לפי מר"ן השולחן ערוך אין להשחית זרע אפילו לאחר הוצאתו, אלא שרוב זרע הראוי להריון נקלט תכף ומה שלא נקלט תכף על הרוב לא יהיה נקלט עוד, ורק משום כך התיר מר"ן השולחן ערוך לתת מוך אחר תשמיש, שכן אין כאן השחתת זרע. וכן כתב גם בשו"ת אמרי אש (חלק יורה דעה סימן סח) דהא דתנן (נידה יד ע"א) דדרך בנות ישראל שמשמשות בשני עִדים, והעוסקת בטהרות צריכה לבדוק גם אחר תשמיש, ולא חששו להשחתת זרע משום שרוב נשים המתעברות קולטות לשעתן כשהוא 'יורה כחץ'. ועיין למרן הראשון לציון הגר"ע יוסף זצ"ל (טהרת הבית סימן יג עמוד תלז) שהביא שכן כתב גם בשו"ת בית שערים (חלק יורה דעה סימן רעג), ושכן כתב גם המהרש"ם (דעת תורה יורה דעה סימן טו ס"ק ח) והנודע ביהודה (קמא חלק אבן העזר סוף סימן סט).

ועיין עוד לרבי עקיבא איגר בתשובתו דלעיל שכתב שהדרך שציין מר"ן השולחן ערוך מועילה אך לזרע שב'בית החיצון', ועל כן לא מקרי השחתה בבדיקת המוך, ואף שלפעמים אם תדחק הרבה במוך ייפלט גם הזרע שבפנים מכל מקום כיוון שאין כוונתה אלא להוציא את הזרע שבחוץ ובזה אין כל איסור, ממילא לגבי הזרע שבעומק הווי אינו מתכוון והיות דלא הווי 'פסיק רישיה' הרי שיש להתיר, אך עיין שם שהעלה דבדיקת מוך הרבה יש לומר דבאמת אסור. **ועיין גם ברב פעלים (חלק ד חלק יורה דעה סימן יז)** שכתב שאפשר שמר"ן השולחן ערוך לא התיר אלא בדרך מקרה ולא בתמידות כל הימים, אך ציין שמצאנו הרבה אחרונים שהתירו בכך, וסיים שאשה שאם תתעבר תכנס לסכנת נפשות יש על מי לסמוך להתיר לה לקנח במוך אחר תשמיש.

והנה האמת תורה דרכה, שדברי הכרתי ופלתי הן הם פשר נצרך בין השיטות, שהגם דלרוב הפוסקים אין כאן אלא איסור דרבנן, וכפי שהביאו באוצר הפוסקים (אבן העזר סימן כג ס"ק יז אות טו) מהרב שי למורא (סימן כד) ומתשובת הרי"צ אופנהיימר שבספר תשובה למרי דכיא (דף נד), ומהרב יד אליהו (רגולר, סימן ע), והבית יצחק שמעלקיש (סימן צא), והרב ערך שי (סימן כג דף עב טור ב); מכל מקום אחר שראינו להרבה מרבותינו הראשונים והאחרונים הסברים שיש בדבר איסור גמור, ולשיטתם אין להקל בנתינת מוך אחר תשמיש, וכפי שכתב גם הרב חינא וחסדא (חלק ב דף קצט) דלעניין הלכה באיסור חמור כזה ודאי דאזלינן לחומרא, וכן כתב החוות יאיר שמאחר שאנו מדמין לא נעשה מעשה – טוב יהיה לקרב בין השיטות ואפושי פלוגתא לא מפשינן, ולומר כדברי הכרתי ופלתי שהן אמת שאיסור השחתת זרע קיים אף לאחר שנעקר מהגוף, ומכל מקום כתב מר"ן השולחן ערוך להתיר בשעת הצורך נתינת מוך אחר תשמיש שכן אפשר לסמוך שאין בכך השחתת זרע, שהזרע שראוי להיריון נקלט תכף, ומה שלא נקלט תכף, שוב, על דרך הרוב, לא ייקלט.

ועיין עוד להרב עני בן פחמא (סימן כה) שאחר שהעלה שבמקום סכנה יש להתיר לאישה לקנח במוך אחר תשמיש, וכתב שיש להורות לאישה להסתיר זאת מבעלה, שכן הבעל וודאי מצווה על השחתת זרעו, **וציין שאין להתיר לבעל לצוות על כך מטעם דאין שליח לדבר עברה, חדא דבידי שמים חייב,** ועוד שאם אין האישה בת חיוב בזה הרי שלפי רבינא (בבא מציעא ו ע"ב) הבעל המשלח חייב. ועיין גם בצפנת פענח (חלק א סימן יח) שהעלה שהבעל וודאי אסור מן התורה להשחית את זרעו גם אחר תשמיש. אך ראה לרבנו החתם סופר (חלק יורה דעה סימן קעב) שכתב שבמקום שיש סכנת נפשות ועל כן מותרת האישה לקנח במוך לאחר תשמיש – צריך שהדבר יעשה ברשות הבעל ורצונו, שכן אין רשות לאשה להשחית את זרע בעלה ללא רצונו שכן הבעל אינו יכול לשאת אישה עליה או לגרשה אם יהיה תאב לבנים. וצריך לומר שלדעתו אחר שמדובר במקום סכנה הרי שגם לבעל אין כל איסור להשחית את זרעו.

סוף דבר ברור הוא שלהרבה פוסקים איסור השחתת זרע קיים גם לאחר הוצאתו, ואפשר גם אפשר שזו כוונת דברי הרמב"ם ומר"ן השולחן ערוך – הכול כפי שהבאנו לעיל. והגם שהזרע הוצא בהיתר ועדיין לא נקלט אסור לאבדו ולהוציאו במוך מן האישה ובכך למעשה למנוע את קליטתו והמשך התפתחותו. ואם כן אפשר שגם בנידון דידן יש להחמיר, שכן בנידון דידן אין לומר שמה שלא נקלט לא ייקלט, שהרי זה גוף הנדון בזרע שעדיין לא נקלט ושיכול וראוי להיקלט ברחם האישה וזו תכליתו וייעודו, ונראה שהגם שנוכל לחלק ולומר שגם בביציות מופרות שכאלה עדיין אין הצלחה רבה בהשרשתן ברחם, ועוד שביציות אלה עדיין אינן נמצאות בתוככי גוף האישה ויש לעשות מעשה כדי להחדירן ולאפשר להן לתת את פריין ולגדול ולהתפתח לכדי עובר ועל כן אין לדמות נדון זה לאיסור קינוח במוך שכן שם חל האיסור היות שלולא הקינוח במוך ייתכן שבאופן טבעי ייקלט הזרע ותתבצע ההפריה ואין נדרש כל מעשה נוסף לשם כך, מכל מקום היות שיש צדדים לכאן ולכאן חזקו עלינו דברי רבנו החוות יאיר שבאיסור חמור שכזה קשה להקל, ומאחר שאנו מדמין לא נעשה מעשה.

ועוד, וגם הוא עיקר, שנראה שממקום שבאנו להקל נדרשים אנו להחמיר, שכן כל סמיכתם של רבותינו הפוסקים שהתירו את הליך ההפריה החוץ גופית ולא חששו להוצאת זרע לבטלה היה על כך שמזרע זה תתעבר האישה, ועל כן אין כאן זרע לבטלה, וממילא אם עתה יורה הבעל על השמדת הביציות המופרות שוב יצא לנו שהוצאת הזרע על ידו הייתה לבטלה, וזאת מי התיר לו?

(ואין לדמות זאת לדברי הריטב"א [חולין קו ע"ב] שמי שנטל ידיו בברכה ונמלך ואינו רוצה לאכול כביצה פת אין מחייבים אותו לאכול כדי שלא תהא ברכתו לבטלה, שכן שם הסבירו [ועיין בכך גם בדברי מרן הראשון לציון הגר"ע יוסף זצוק"ל יביע אומר חלק א חלק יורה דעה סימן כא] שמכל מקום את מצוות הנטילה עשה ויש לברכתו על מה לחול).

לבד זאת אשר מצאתי בדברי הרב בנין ציון (חלק א סימן קלז) שכתב שלאבד את הזרע אחר תשמיש כאשר הדבר נעשה בגרמא נראה שלכולי עלמא מותר, וכך לשונו הטהורה:

"דאפשר דאף על גב דהשחתת זרע הבעל אסור מכל מקום זה דוקא כששואבת במוך שמאבדת בידים, אבל כשתרוץ ברגליה עד שתנפץ הזרע כמו שפירש רש"י על שתמלא ונופצת שהזרע מעצמו נופל ממנה אפשר שזה לכולי עלמא שרי."

ומכל מקום עיין שם שציין שלדעת הריב"ש בחד טעמא גם שתהיה מתהפכת ומנפצת אסור.

ויותר מכך נמצא בדברי רבנו האבני נזר (אבן העזר סימן עט ס"ק י, וכן העלה גם הגר"א וייס במקור המובא לעיל) שכתב להתיר איסור זה על ידי אישה רווקה שאין בה כל מצווה של פרייה ורבייה וממילא, לשיטתו, גם אין בה כל איסור של השחתת זרע. וכן לשונו הזהב:

"ולפי זה שפיר מוזהרת שלא להשחית זרע כיון שיש לה בעל היא מצווה על פריה ורביה של בעלה ואסור לה להשחית זרע הבעל, כן נראה לי לפרש שיטת רש"י. וכל זה אם בעצמה משימת המוך אבל אם אשה אחרת שאין לה בעל שאינה מצווה על פריה ורביה ואינה בערבות על פריה ורביה אין איסור אם תפליט זרע שלה, ומה שהזרע יוצא ממנה אין איסור עליה כמו שאין איסור על הבעל לשיטת רבינו תם במה שזרעו נשחת כיון שאין עושה מעשה הכי נמי אינה עושה מעשה.

אך אף אם היא בעצמה תפליט לפי עניות דעתי אין איסור וכדעת תוספות ורא"ש ובים של שלמה מתיר אפילו לפני תשמיש ואיך לא נקל לאחר תשמיש והטעם כמ"ש בתוספי הרא"ש כי אין איסור רק בשעת חימום שלא יהי לבטלה, וטעם ההוא קלורין לעיניים למבינים."

ועיין בחתם סופר (אבן העזר חלק א סימן כ, הובא לעיל) ובדובב מישרים (חלק א סימן כ) שכתבו דהיינו דווקא בהסכמת הבעל, שכן האישה אינה יכולה להשחית את זרע הבעל ללא רשותו.

וראה גם בשו"ת מעשה חושב (חלק ג סימן ב) שכתב שהעצה היעוצה הנכונה והמתאימה ביותר היא להשתמש בביציות המופרות לצורך הצלת נפשות, וכגון לצורך מערכות עצבים שנפגעו וכד', וייתכן שאפשר לשלב את שלושת הדברים או לפחות שניים מהם באופן שהשלב הראשון של הוצאת הביצית המוקפאת מן ההקפאה תעשה על ידי אישה או בגרמא ובמידת האפשר הביציות המופרות ינוצלו לצורך הצלת נפשות.

וממוצא דבר נראה לי אני הקטן והדל שיש להוציא הלכה גם לנידון דידן, ולו נגעה יראת ה' בלבו של הבעל ובלבה של האישה יימנעו גם הם מכול וכול מלהורות על השמדה בידיים של הביציות המופרות, וגם אנו כמורי הוראה וודאי לא נצווה על כך, שהרי מכל האמור לעיל נראה עד כמה חשו רבותינו הקדושים והטהורים לכל חשש של איבוד או השחתת זרע שיש בו סיכוי לחיים, וראה לרבנו המהר"ל מפראג (באר הגולה דף טו עמוד ג) שכתב שיש צד שהשחתת זרע חמורה מהריגה שכן ההורג אדם אינו גובר על התחלת ההוויה אלא על ההמשך, אבל המשחית זרעו שהוא התחלת הוויה חמור יותר והוא כמביא מבול לעולם שבא לעקור ההוויה משורשה, ועל כן גם אנו בדרכם נלך ובמידת הצורך, והגם שבביציות המופרות אין עדיין גדר נפש ואיסור הפלה, מכל מקום מדין השחתת זרע יש איסור להשחיתן בידיים או אף להורות על כך, ורק אם תימצא דרך גרמא הרי שלדעת הרב בנין ציון אין לאוסרה, או אם יבקשו לסמוך על רבנו הגאון הקדוש האבני נזר הרי שיוכלו לעשות זאת על ידי אישה רווקה.

והנה ידעתי כי דברים אלה שהעליתי הם שלא כדברי כבוד הגרח"ד הלוי זצ"ל (אסיא תש"ן 14) שהסיק שביציות מופרות "אין להן כלל ועיקר דין עובר, ואין מחללין עליהן את השבת, ומותר לזורקן אם לא נבחרו להשתלה משום שאין דין הפלה אלא מרחם אישה דווקא". ואחר המחילה רבה, והכריעה וההשתחוויה לפני מי שגדול, הרי אף שאיסור הפלה אין בביציות אלה מכל מקום איסור השחתת זרע שבהן להיכן הלך? ולמה יהיה מעמדן פחות ממעמדו של הזרע טרם הפרייתו וטרם השרשתו ברחם האם? ועל כן נראה לי, אני הזעיר והדל, שלכל הפחות ראוי שלא להתיר "לזורקן", ואפשר שגם הוא בגודלו לא כיוון אלא שיעשו זאת בדרך גרמא או על ידי האישה רווקה, וכנ"ל.

ואפשר שכך יש להסביר גם את תשובת הראשון לציון הגר"מ אליהו זצ"ל אשר במענה לאותו שואל אשר שאל את הגרח"ד הלוי, הוא ניהו פרופסור ריצ'רד חיים גראזי, מנהל המחלקה לפוריות האישה בבית החולים מיימונידס בניו יורק, השיב כי:

"כל הביציות המופרות, האמורות להיות מושתלות ברחם האם – אין להשמידן, כיוון שעתיד לצאת מהן עובר חי. אבל הביציות שלא נבחרו להשתלה, מותר לזורקן ואין בזה נפקא מינה בין יהודים לגויים."

וכן אפשר שכך יש להעמיד גם את דברי הרב זילברשטיין (אסיא נא – נב עמוד 56) שכתב כי:

"אותן ביציות הפגיעות למחלה, מותר שלא להשתילן ומותר אף להשמידן ואין בכך איסור, ואין לביציות מופרות אלו הנמצאות מחוץ לרחם דין נפש, והמשמידן אינו בגדר מאבד נפש כי התורה אסרה לשפוך דם אדם הנמצא באדם כמבואר בספר בראשית 'שׁׂפך דם האדם באדם דמו יִשָפך' הכוונה לחיי עובר הנמצא באדם כלומר ברחם אמו אבל לא בהיותו עדיין במבחנה."

ובוודאי מהיות טוב ולמען נלך בדרך טובים ראוי שנסיר מכשול זה מן הנאמנים, ולאורם של דברי חכמים – שחשו מאוד לכל סיכוי של חיים ואסרו את קיפוחו, ובכלל זאת את השחתת הזרע – נלך, ולא נתיר אלא את אשר התירו הם בדברי קודשם בדונם באיסור השחתת זרע אחר תשמיש וקודם קליטתו ברחמה של האישה, **ועל כן יש להימנע מכול וכול מהשמדה בידיים של הביציות המופרות, וייעשה הדבר בגרמא, כגון שאחר שינותק תרמוסטט המקפיא שבו הן מוחזקות יפתחו את דלת המקפיא ויכנס החום ומאליו יאבד הזרע, או שיעשו זאת על ידי מי שאינו מצווה כלל על פרייה ורבייה.**

מהי טובת העובר במקרה דנן?

ד. עיקרון טובת הולד והשלכתו על הסוגיה שבפנינו.

והנה אחר שהרחבנו בדברי הפוסקים בסוגיית מעמדן של הביציות המופרות, והעלנו כי יש להימנע מקיפוחן בידיים, עוד רגע אחד אדבר במה שמסתעף מכך וירווח לי. כאמור לעיל שאלה דומה לנידון דידן כבר עלתה ובאה לפני מורי ורבי הגראי"ה כלאב – אב"ד ירושלים, ובפסק דינו שהתפרסם בשורת הדין (כרך יג עמוד קצז אות ט), אחר שהעלה שאין לחייב את הבעל להיות אב בעל כורחו, ושהאב רשאי להתנגד להמשך הליך ההפריה החוץ גופית, העלה מורי ורבי כדלקמן:

"אולם ברור שיש מצווה לאפשר לאישה להיות אם, ובעיקר שעברה טיפולים קשים ומכאיבים על סמך הסכמת בעלה לכך, ואין לך 'די מחסורו אשר יחסר" לגביה יותר מזה. ואין לומר לה שתמצא איש אחר שיאות לה לכך, כי הדבר לא מצוי [...] ואם תתחיל כל התהליך מחדש כמה צער ועגמת נפש יהיו מנת חלקה עד שיצליח התהליך. ואם תתחייב לכלכל הוולד שייוולד במקום אביו, נראה שיש ללחוץ האיש בדברים, שיסכים למלא רצון האישה ולא יתנגד. אך לא נראה לכופו שאין כופין על מצוות עשה שמתן שכרה בצדה וכל שכן כאשר הילד יגדל עם אמו, או יהיה אצל אביו ולא יזכה לאב ולאם שחיים אתו כל הזמן."

כנזכר לעיל פסק דינו של מורי ורבי הגראי"ה כלאב שליט"א נדון בערעור בפני בית הדין הרבני הגדול, ושם התגלעה מחלוקת בין חברי בית הדין – בין השאר גם בנקודה זו. הרבנים הגר"א שרמן והגר"ש בן שמעון הסתייגו מהמלצה זו, ואילו הגר"ש דיכובסקי אימצה. לדעת הגר"א שרמן (תחומין כב עמוד 402) המשך קיומו של התהליך עלול "להיות פגיעה קשה בילוד". לדעתו, היות שקרוב לוודאי שהילד יולד למשפחה חד־הורית, כשאביו הטבעי איננו עמו, הרי שילד זה "לא היה חפץ כלל בלידתו. אף אם אמו תינשא בעתיד לאדם אחר – אין כל ערובה שאביו החורג ינהג כלפיו כאב במסירות הראויה. אדרבה יש חשש שהוא יתנהג כלפיו באופן לא ראוי, מצב שהוא גרוע מלגדול רק אצל אמו כמשפחה חד־הורית. נראה שלגבי יצור פוטנציאלי זה הגנוז בביצית המופרית היו חכמי ישראל נמנים וגומרים 'נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא', כפי שנמנו וגמרו לגבי כל אדם (ערובין יג ע"ב)."

הגר"ש דיכובסקי שליט"א התנגד נחרצות לדברים אלה, וכתב שכשם שאיש לא יצדיק הפלה בגין נסיבות כאלה – כך אין למנוע, בנסיבות שכאלה, את המשך התפתחותה של הביצית המופרית. לדבריו יש לביצית זכות עצמאית לקיום, וגם מהבחינה המוסרית אין בידנו הזכות לגזור כליה על גרעין של חיים, מכל סיבה שהיא.

והנה הגם שכאמור לעיל באורך, קשה להביא ראיה מדין הפלה לדין ביצית מופרית שעדיין לא הושתלה ברחם האם, שכן כאמור לעיל לדעת רובא דרבוותא רבותינו הפוסקים אדירי הדעה, בהפלה נוגעים אנו בדיני נפשות מה שאין כן בנדון שבפנינו: בהפלה גם אם טרם מלאו לעובר זה ארבעים יום, מכל מקום כבר השתרש הוא ברחם אמו ואין לדמותו לביצית מופרית שהגם שהופרתה עדיין דרה היא במבחנה ונדרש מעשה משמעותי וגדול כדי להשרישה ברחם האישה; מכל מקום נראה שדברי הגר"ש דיכובסקי שליט"א כי אין בידנו הזכות המוסרית לגזור כליה על גרעין של חיים, מתיישבים היטב עם דברי הפוסקים שהבאנו לעיל ושאסרו להשחית זרע גם לאחר שהוטל לגופה של האישה ואף עוד קודם שנקלט ברחמה, וודאי יש לדון מדבריהם בקל וחומר למקום שהזרע כבר הופרה שאין להשחיתו, וודאי לא בידיים.

ואחר הקידה וההשתחוויה לפני מי שגדול, נראה לי אני הזעיר שבתלמידים, שאין בידינו לקבל את דברי כבוד הגר"א שרמן שליט"א, ולא נוכל להכריע בשאלה החמורה שבפנינו על פי אומד דעתנו בשאלת טובתו של הולד שייוולד, וודאי לא נגזור אומר כי בשל קשיים שעלולים להיווצר בתאו המשפחתי של הילוד יש למנוע את לידתו. והגם שאין בידינו לדעת מהי איכות החיים שתיגזר לוולד שעתיד להיוולד מזרע זה, ואם המציאות שאליה הוא ייוולד תקל עמו או חלילה תקשה עליו, מכל מקום בהדי כבשי דרחמנא למה לן, ועדיין מנסר בעולם קולה של מרים אחות אהרון – רכת השנים – התמהה באוזני אביה, עמרם זקן חכמי ישראל וראש הסנהדרין: האם בשל קושי השיעבוד ומרירות החיים נמנע מלהעמיד ילדים, וזאת אך כדי למנוע מהם את קשיי החיים? הרי מי שמונע מהם את קשיי העולם הזה מונע מהם, בו ברגע ובאותה החלטה, גם את טוב העולם הבא. ושלמה המלך מעיד בחכמתו על אמונתן העזה של אמותנו הטהורות שחרף קשיי הזמן מסרו נפשן להעמדת וולדות, וקיימו בעצמן "תחת התפוח עוררתיך, שמה חבלתך אמך, שמה חבלה ילדתך".

וזאת ועוד, וגם הוא עיקר, כי גם עצם דבריו של כבוד הגר"א שרמן כי חייו של הילוד יהיו קשים ומרים עד כי עדיף לו שלא נברא, הם עצמם עדיין זוקקים בירור רב. אחר בקשת המחילה מכבוד הגאון הרב אברהם שרמן שליט"א, ואחר הקידה וההשתחוויה כראוי לפני מי שגדול, נראה כי מציאות חיינו מוכיחה שלא כדבריו: משפחות חד־הוריות הן היום חזון נפרץ, אם מנסיבות קשות שנכפו עלינו מפאת חרב האויב, אשר בנסיבות חיינו תוך קימומה ובניינה של מדינתנו – מדינת ישראל, שיכלה אבות ואמהות צעירים וכפתה על ילדיהם מציאות של חיי יתמות, ואם מנסיבות מצערות של פטירות פתאומיות או גירושים כואבים. ובכל זאת ברוך ה' פעמים רבות מאוד, ואולי ברוב ככל המקרים, לא תיתכן כלל וכלל האמירה כי מוטב היה שילדים אלה כלל לא היו באים לעולם, חס ושלום. אדרבה, פעמים רבות ילדים אלה שהם משוש חייהם של הורם – תקוות חייהם ומשמעותם זוכים לכל הנדרש להם לשם גדילתם, הן בצורכיהם הרוחניים נפשיים והן בצורכיהם הגופניים.

ולא עוד אלא שממקום שבא כבוד הגר"א שרמן משם ראיה גם לצד השני, שהרי אף שבית שמאי ובית הלל יחדיו נמנו וגמרו שמוטב לאדם שלא נברא יותר משנברא, בכל זאת א-ל תמים דעות בראו לאדם, והוא היודע ועד מה טוב לו, להיכן עליו להיוולד ומה מוטל עליו לתקן. וכשם ש"אמונות זה סדר זרעים, שמאמין בחי העולמים וזורע" (תוספות, שבת לא ע"א), כך אנו מאמינים בני מאמינים יודעים כי הכול בהשגחתו יתברך ויתעלה – ובכלל זאת גם ההתקדמות המדעית האדירה שמאפשרת לנו להתגבר על קשיים חמורים ולאפשר לזוגות שבעבר הייתה נגזרת עליהם גזירת מיתה ללא בנים להתברך גם הם בפרי בטן – ואחר שכאמור לעיל הדבר מותר על פי ההלכה, אין לנו להורות על קיפוחו אך בשל הקשיים שעלולים להיות מנת חלקו.

ועיין גם בדבריו של הגר"מ שטרנבוך שליט"א (תשובות והנהגות חלק ו סימן רמא) שכתב שהם אף חובה (ויש, לעניות דעתי אני הדל באלפי, עוד לעיין במקור חיובו זה של הגר"מ שטרנבוך), כלשונו:

"בענין ילד מבחנה כבר כתבתי כמה פעמים שלעצמי אני מסופק [...] אמנם אחרי ראותי שהדבר התפשט, ואלפים ואולי אפילו רבבות בכל העולם כולו הולידו על ידי שעשו תחילה העיבור במבחנה, שיניתי דעתי ושוב אני מורה שזהו חיוב גמור לעשות כן למי שאינו יכול להוליד בדרך אחרת [...] ויש לומר שמה שרבנו הקהלות יעקב צעק נגד הרוצים לעשות כן ואמר שזהו איסור גמור, היינו שעיבור על ידי המבחנה היה דבר נדיר והיה זה כבדרך נס, ולכן סבר שזהו בגדר פריצות לעשות כן, ולכן אסר לעשות כן. אבל בזמננו נתפשט בכל העולם, ובכל קהילה נמצא בעוונותינו הרבים אברכים שאינם יכולים להוליד בצורה טבעית, ורק על ידי מבחנה – בעזרת ה' – הצליחו להוליד בנים ובנות – אין זה פריצות, ולכן זהו חיוב גמור למי שאינו יכול להוליד בצורה טבעית שישתדל להוליד על ידי מבחנה [...] וכשם שאדם חייב לעשות השתדלות לקיים מצוות פרו רבו, כך חייב לעשות השתדלות להוליד על ידי מבחנה, ודינו כבנו גמור לכל דבר."

והיות שכאמור לעיל ההלכה מייחסת משקל רב לקיומו של הזרע ואי השחתתו, ובשום מקום בהלכה לא נפסק כי אישה שהתגרשה, המצווה ומוזהרת על חודשי הבחנה, צריכה גם לקנח עצמה היטב במוך מיד אחר גירושיה כדי למנוע, עד כמה שבידה למנוע, אפשרות לעיבור אחר הגט, ואדרבה מדברי כל הפוסקים דלעיל עולה שאין לה כל היתר לנסות ולהשחית את הזרע אך מפאת הגירושין, הרי שוודאי אין להורות על מניעת השתלת 'הביצית המופרית' ברחם האם.

ומכאן תשובה מוצאת גם למה שכתב כבוד הגר"ש בן שמעון (שם) שאין להמליץ לצדדים להמשיך בתהליך ההפריה החוץ גופית לאחר הגירושין היות שהדבר בהכרח יביא את הצדדים לידי קירוב, שכן האב יחפוץ לראות את בנו, וקשר זה עלול להביא את הצדדים לידי תקלה. ואחר בקשת המחילה רבה, וביודעי מיעוט ערכי, בפרט לפני מי שגדול ושקוטנו עבה ממותני, הרי לא מצינו בהלכה כל מקור המורה כי על צדדים העומדים בפני גירושין להימנע מקיום חיי אישות (כל עוד אין בדבר משום 'בני תשע מדות') העלולים להביא לכך שהאישה תתעבר סמוך לגירושין או מיד לאחריהם, ואף אם קיימו הם יחסים שכאלה סמוך לסידור הגט, אין על האישה כל מצווה לפעול – מה שבידה – כדי למנוע את עיבורה, ואין לנו לחדש סברה שכזו מדעתנו, בפרט לאור האמור לעיל כי הדרכת התורה ורבותינו הפוסקים היא להימנע מכל השחתת זרע.

ויפים ונכוחים לעניינינו דבריו של כבוד הגאון הגדול הרז"נ גולדברג שליט"א (אסיא סה-סו) שבהתייחס לשאלה כעין זו שלפנינו ענה על פי משלו של המגיד מדובנא למשנה במסכת אבות – "על כרחך אתה חי ועל כרחך אתה מת ועל כרחך אתה עתיד ליתן דין וחשבון לפני מלך מלכי המלכים": המגיד מדובנא המשיל זאת לשני אחים, האחד עיוור והשני חירש, אשר נשאו להם שתי נשים. העיוור נשא אשה טובה במידותיה אך לא במראה, והחירש נשא אישה טובת מראה אך צעקנית. לימים נזדמן רופא מומחה למקום מגוריהם, ותמורת הבטחת תשלום הצליח הוא לרפא את שניהם. העיוור והחירש שניהם התפקחו – העיור קיבל את מאור עיניו והחירש את יכולת השמיעה באוזניו. אלא שאז נחשף כל אחד מהם לצדדים השלילים של רעייתו, חיי כל אחד מהם הפכו גיהינום, ושניהם סירבו לשלם את שכר טרחתו של הרופא בטענה שהוא לא הועיל להם כלל אלא אדרבה הזיק להם. הרופא שהיה חכם ופיקח הציע להם להחזיר את המצב לקדמותו – העיוור שהתפקח ישוב לעיוורונו והחירש גם הוא ישוב לחירשותו – הצעה שלה התנגדו שניהם, ובית הדין פסק שמדבריהם עולה שאכן הרופא הביא יותר תועלת מנזק ועליהם לשלם את שכר טרחתו. מכאן הסיק המגיד מדובנא, כפי שהביא הגרז"נ:

"אם האדם נולד על כורחו הרי הוא יכול להיפטר, לכאורה, מן הדין בטענה שהולדתו הייתה בעל כורחו ומאחר שהוא מעדיף שלא היה נולד, לכן אין להענישו על מעשיו בעולם קשה אליו נקלע שלא מרצונו. התשובה על כך היא: "על כורחך אתה מת"! כלומר לאחר שנולדת לא רצית למות שהרי על כורחך אתה מת! הרי שלמרות הלידה בעל כורחך רצית את החיים והעדפתם על החידלון."

ומכאן הסיק הגרז"נ:

"לענייננו עיקרון זה קובע כי בשאלה אם להעדיף לידת ילד עם סיכון להתייתם בגיל צעיר או למנוע את לידתו – הילד יעדיף תמיד את המשך חייו, על כל המשתמע מכך" –

דברים ברורים ומוצדקים העולים בקנה אחד עם כל אשר הבאנו לעיל, ולפיהם אין לבית הדין להורות או להמליץ על הפסקת תהליך הפריה חוץ־גופית אך בשל העובדה כי ייתכן שהוולד שייוולד ייאלץ להתחיל את חייו במשפחה חד־הורית וללא נוכחותו הקבועה של אביו הביולוגי.

מי הבעלים של הביצית המופרית?

ה. הביצית המופרית – קניינו של הקב"ה ולא ממונם של ה'הורים'.

והנה הגם שכאמור לעיל על אשר נשאלנו כבר השבנו, ועל כן יכולתי גם יכולתי לכבוש כבר עתה את עטי, מכל מקום לחומר הנושא אמרתי להרחיב עוד מעט את היריעה, ולהעלות מן הדברים אשר בררנו מסקנה נוספת לנדון אשר התחבטו בו רבות בסוגיה זו.

כמצוין לעיל הדיון בסוגיה שלפנינו עלה זה מכבר הן בבתי הדין הרבניים והן בערכאות האזרחיות, ורבות נדון ונכתב בו סביב שאלת הבעלות על אותן ביציות. יש שקבעו כי האישה היא בעלת הביצית המופרית, והיא בבחינת בעלת 'שדה' שזרעו של הגבר השביחה, ועל כן ה'שדה' (הביצית) וה'שבח' לאישה (דעת מורי ורבי הגרא"י כלאב שליט"א), יש שכתבו שהבעל והאישה נחשבים כשותפים בביצית המופרית (הגר"א שרמן שליט"א), ויש שכתבו שלביצית המופרית יש מעמד עצמאי והיא אינה ממונו של איש (הגר"ש דיכובסקי שליט"א ועיין גם בדעתו של הגר"ש בן שמעון שליט"א).

נראה כי מכל אשר ביררנו בסוגיה זו לעיל ניתן להעלות מסקנה ומענה גם לשאלת הבעלות על הביצית המופרית. מכל אשר העלינו לעיל ולפיו אסור להשחית זרע אשר ראוי לתת את פריו, וזאת גם לאחר שהזרע יצא מגוף האיש וכבר בא במעי האישה אף שטרם נקלט והשתרש ברחמה, ועל כן נראה שיש להחמיר ולהימנע מהשמדה – על כל פנים השמדה בידיים – של הביציות המופרות, נראה ברור כי חכמים אינם מתייחסים אל הזרע כאל ממונו של הבעל, ואל הביצית המופרית כאל ממונם של הבעל והאישה. זרעו של האדם אינו ככל דבר אחר הפורש מגופו, כשערו, ציפורניו ודומיהם, ובעוד לאדם בעלות מוחלטת על כל היוצא מגופו, הוא רשאי למכור את שערו (משנה נדרים פרק ט משנה ה), ואם יחפוץ בכך גם להשחיתו ולהשמידו, הרי שכאמור לעיל לא כך הם פני הדברים בכל הנוגע לזרעו.

כאמור לעיל, על פי תורת ישראל, האדם כלל אינו רשאי לעשות בזרעו ככל העולה על רוחו, והוא מצווה להימנע מהשחתתו ומפגיעה מיותרת בכוח החיים שבו. מבחינה זו נראה לעניות דעתי, קלה כמות שהיא, כי יש לדמות את זרעו של האדם לגופו. על פי התורה המסורה לנו מדור לדור גופו של האדם אינו קניינו של האדם אלא הוא קניינו של הקב"ה כלשונו של הרמב"ם (הלכות רוצח פרק א הלכה ד), ועל כן האדם מצווה לשמור את גופו ולא להשחיתו, כלשונו המפורסמת של רבנו הקדוש בעל השולחן ערוך הרב (חושן משפט הלכות נזקי גוף ונפש סעיף ד): "אסור להכות את חבירו אפילו הוא נותן לו רשות להכותו כי אין לאדם רשות על גופו כלל להכותו, ולא לביישו ולא לצערו בשום צער."

וממה שעלה לנו לעיל הרי כך הוא הדין גם בזרעו של האדם, שגם עליו יש איסור השחתה, ובאופנים מסוימים איסור השחתת זרע חמור יותר מאיסור חבלה והשחתה בגופו של האדם, וכפי שמצאנו בגמרא (נידה יג ע"א):

"אמר רבי יוחנן: כל המוציא שכבת זרע לבטלה חייב מיתה, שנאמר: 'וירע בעיני ה' אשר עשה וימת גם אותו.' רבי יצחק ורבי אמי אמרי: כאילו שופך דמים, שנאמר: 'הנחמים באלים תחת כל עץ רענן שׂחׁטי הילדים בנחלים תחת סעִפי הסלעים' – אל תקרי שוחטי אלא סוחטי" –

לשון שלא מצאנו דוגמתה בהשחתת כל אבר, חלק או הפרשה אחרת הפורשים מגופו של האדם. ועיין גם בקרית ספר לרבנו המבי"ט (איסורי ביאה פרק כא) שכתב שאיסור השחתת זרע הווי איסור דאורייתא, וכן כתבו הפרי מגדים (אשל אברהם אורח חיים סימן ג), התוכחת חיים (סדר שמות פרק יב דף טו עמוד ב), המנחת יחיאל (חלק ב סימן כב), המהר"ש ענגיל (חלק ו סימן יח), ועיין עוד להרב תורת חסד (חלק ב סימן מג) שהרחיב בכך ותלה זאת במחלוקת רבותינו הראשונים.

ואם כן הרי שיש לקבוע כי כשם שגופו של האדם אינו כממונו כך זרעו אינו כממונו, וכבר הרחיב הגר"י זווין זצ"ל (לאור ההלכה עמודים שי–שלט) בנועם שפתיו על אודות אי־בעלותו של האדם על כוח החיים שבגופו:

"כוח החיים של גוף האדם איננו שלו, של האדם – זוהי הנקודה. לא זו בלבד שהאדם אסור לאבד את חייו – כולם או מקצתם, אלא שאין החיים הללו שלו כלל. אם הוא מוכר או ממשכן את בשר גופו לחתיכה ולקציצה למי שהוא, הרי זה כאילו מקנה דבר שאינו שלו, שאין הקניין נתפס כלל.

'ה' נתן וה' לקח' איננה מליצה של תנחומין גרידא, אלא שזו הגדרת המציאות [...] אנו רואים אפוא כי אבריו של האדם אינם ברשותו כלל – הוא אינו בעלים עליהם והם אינם שלו, ולא יוכל לעשות בהם שום משא ומתן (מלבד שעבודים של מלאכה ועבודה)."

ובדרכו המשיך ואחז גם מרן הגרי"ש אלישיב זצ"ל (הובא בספר חשוקי חמד בבא קמא ק ע"א), שהסיק גם הוא שאין קניין חל על גופו של האדם, וכך לשונו הזהב:

"גוף האדם אינו חפץ כספי ולא נחשב לממון בכדי שיהיה אפשר למכרו, ואם ישלם אדם לחברו ממון לרכוש ממנו את כלייתו הנמצאת בגופו אין המקח חל כי גוף האדם אינו בר מכירה כי בצלם אלוקים ברא אותו (בראשית א כז), והאדם הוא בריה אלוקית ולא בר מכר הוא ולא חלים עליו משפטי קניינים ממוניים, ושור הרוצח אדם אינו משלם דמיו ליורשיו ולא דומה להורג בהמה שמשלם דמיה לבעליה כי אין דמים לבן חורין, והתורה קבעה כופר ולא דמים, כמבואר בבבא קמא דף מ"ג ע"א. ויעוין בבא קמא דף מ"ט ע"א – 'אמר רב חסדא: אטו ולדות צררי נינהו וזכיא בהו?!'"

דברים ברורים ונכוחים אלה, נשענים גם על דברי רב חסדא המוסבים על המשנה (בבא קמא מח ע"ב) וראוי להרחיב בהם כדי לעמוד על משמעותם ועל השלכתם הישירה לנדון שבפנינו, ובפרט היות שכבר נחלקו רבותינו הראשונים האם בסוגיה זו הלכה כרב חסדא, דהנה שנינו במשנה:

"אדם שהיה מתכוון לחברו והכה את האישה ויצאו ילדיה – משלם דמי וולדות [...] ונותן לבעל, ואם אין לה בעל – נותן ליורשיו; היתה שפחה ונשתחררה או גיורת – פטור."

לדעת רבה, המשנה פוטרת מדמי הוולדות את החובל בגיורת, משום שהוולדות הם כנכס ממוני השייך לבעל, והיות שהגיורת נשואה לגר וחבלו בה בחייו: "זכה בהו גר, וכיון דמת הגר – זכה בהו מן הגר. אבל חבל בה לאחר מיתת הגר – זכיא לה איהי בגווייהו, ומיחייב לשלומי לה לדידה."

אולם על אתר חלק עליו רב חסדא והעלה כי העובר אינו בבעלותו של הבעל אלא התורה היא שזיכתה לבעל את דמיו ועל כן אם חבלו בה בחיי הגר זכה הגר בדמי הוולדות ואם חבלו בה לאחר מיתת הגר לא זכה בהם איש, וכלשונו בגמרא: "אטו וולדות צררי נינהו, וזכיא בהו?! אלא: איתיה לבעל – זכה ליה רחמנא. ליתיה לבעל – לא."

להלכה פסק הרא"ש (בבא קמא פרק ה סימן ה) באלמנת הגר כדעת רב חסדא, שהחובל באשת הגר לאחר מות הגר פטור מתשלום דמי הוולדות והאישה אינה זוכה בהם. והרמב"ם (חובל ומזיק ד, ג) פסק כרבה שאלמנת הגר שחבלו בה אחרי מיתתו – זכתה בדמי הוולדות. מדברים אלה העלה הגר"ש ישראלי זצ"ל (חוות בנימין חלק ג סימן קח) ששאלת הבעלות על העוברים תלויה במחלוקת הרמב"ם והרא"ש: לדעת הרמב"ם הלכה כרבה והוולדות הם בבעלותו של הבעל, ולדעת הרא"ש אין בעלים לוולדות, ורק זכות זיכתה בהם התורה לבעל וממנו (כאשר הנגיפה הייתה בחייו) ליורשיו.

אלא שלעניות דעתי, קלה כמות שהיא, אחר כל שהעלינו לעיל (באות א של פסק דין זה) בהסבר הרמב"ם שעובר הוא בבחינת 'נפש', ואחר מה שהבאנו ממנו שנפשו וגופו של האדם קניינו של הקב"ה הם – קשה עד מאוד להלום את הגישה הסוברת כי אליבא דהרמב"ם העובר הוא בבחינת ממונו של הבעל.

ואכן כבר האירו מדברי הרמב"ם שפסק שגם אם הנגיפה הייתה באשת ישראל והתקיימה אחרי מיתת הבעל – "נותנין אף דמי ולדות לאשה" – דברים המורים שאף אלמנת ישראל זוכה בדמי העובר, מה שמוכיח שאין כל זכייה בעובר מדין בעלות ממונית, שאם כך הם פני הדברים הרי שבמות הבעל יזכו בדמים יורשיו (ועיין שם בראב"ד שתמה על הרמב"ם), אלא דמי הוולדות שנפלו הם זכות שזיכתה לו התורה, ולאחר מותו זיכתה זאת התורה לאשתו (ועיין גם בדבריו של הגרז"נ גולדברג שליט"א (ספר חוק לישראל נזיקין) שכתב שאפשר שהתורה זיכתה את הממון הזה לעוברים עצמם והאב זוכה בהם מדין ירושה ולא מדין בעלות ממונית).

כך העלה גם הגר"ש דיכובסקי בפסק דינו דלעיל, והביא לכך סייעתא מדברי הרמב"ן על התורה (שמות כא כב) שכתב שהתשלום המוטל על הנוגף אינו מדין ממון אלא "כמו קנס". ובדרך זו דרך גם הגר"א נבנצאל שליט"א (תחומין יז עמוד 348) והעלה "דזרע חשיב כוולד" ואין לדון בו מצד ממון ואין לו בעלים, אך עיין שם בסוף דבריו שהוסיף ש"אולי" תלוי דין זה במחלוקת הרמב"ם והראב"ד בנוגף אשה הרה.

ועיין גם בדבריו של הגר"ש בן שמעון (תחומין כב עמוד 408) שהעלה מנימוקו הוא שאין להחיל על הביצית המופרית דין שותפות בין בעל לאישה. והדברים מתיישבים היטב עם דברינו לעיל. ואם דברים אלה נראה שהסכים גם מרן הגרי"ש אלישיב אשר נקט בפשיטות שהוולדות אינם "צררי" ואינם ממונו של הבעל.

והן אמת חזות קשה הוגד לי בדברי הרב דובב מישרים (חלק א סימן כ) שכתב שהאישה אסורה להשחית את זרע בעלה שכן היא "אסורה להשחית ממון אחרים, וזרע ממון דבעל הוא". אך עיין בספר אמרי כהן לגר"י הולנדר (סימן מ) שחלק על הדובב מישרים וכתב שאין כל בעלות ממונית על הזרע. והאמת תורה דרכה שהמעיין בדברי רבנו הדובב מישרים יראה כי הוא ז"ל נסמך בדבריו אלו על הגמרא בערכין (ז ע"א) שכתבה שאישה הרה שהתחייבה מיתת בית דין אין ממתינים לה שתלד, ואף על גב דסלקא דעתך שהעובר "ממונא דבעל הוא ולא ליפסדיה מיניה – קא משמע לן". ולשיטתו מסקנת הגמרא היא שהעובר אכן ממונא דבעל הוא אלא שמריבוי הפסוק למדנו שלא ממתינים לה. אך ראה באור שמח (הערות (במילואים) להלכות חובל ומזיק ד, ב) שאזיל כל בתר איפכא והסביר שמסקנת הגמרא היא כי העובר אינו ממון האב אלא גופה של האם, וכך לשונו הזהב: "דקא משמע לן דלאו ממונא הוי אלא גופה וכי חובל את גופה הרי משלם לאשה."

הרי שגם לשיטתו, וכך יש להסביר את הגמרא אליבא דהרמב"ם וככל אשר הראינו לעיל בארוכה, העובר אינו ממון של איש אלא הוא גוף האישה וכעין 'עובר ירך אמו' הוא, וכפי שהארכנו לעיל להראות שאליבא דהרמב"ם ומר"ן השולחן ערוך – עובר 'נפש' הוא אך אינו בגדר נפש גמור, ובעודו במעי אמו נדחה הוא מפניה כאחד מאבריה.

והנה לקביעה זו שהוולדות בשלבי התפתחותם השונים, למן היותם גנוזים בזרע, עבור דרך הפריית הביצית וכלה בהתפתחותם לעובר חי, אינם ממונו של הבעל, וכלל לא שייכת בהם בעלות, ישנה השלכה גם על שאלת זכאותו או אי זכאותו של אחד מ'הורי' הביצית המופרית להורות על הפסקת תהליך ההפריה החוץ גופית.

מורי ורבי הגרא"י כלאב שליט"א אחר שהעלה שהאישה היא הבעלים של הביצית המופרית, כתב שאין לומר שיש כאן שותפות של הבעל והאישה, שכן השותפות "היא בעובר ואין בעלות עליו, ולכן גם לא שייך בו קניין שאינו חפץ הנקנה. וממילא אין זו שותפות שאין אחד מהשותפים מנוע מלחזור בו". למסקנה זו הגיע גם הגר"א שרמן שליט"א, אך לא מטעמו של הגרא"י כלאב. הגר"א שרמן הקשה על הגרא"י כלאב, וכתב שהיות שהשותפות אינה מתחילה בעובר אלא במיזוג שבין הביצית והזרע, הרי שיש כאן שותפות, אך כתב שהיות שנסיבות השותפות השתנו הרי שכל צד רשאי לחזור בו מתהליך ההפריה. ועיין גם בדעת הגר"ש בן שמעון שהסיק כך. נגד דעה זו עמד הגר"ש דיכובסקי, שבתחילה כתב שקודם החלטת בית הדין על פירוק השיתוף שני בני הזוג מחויבים להמשך קיום השותפות גם בביציות המופרות ובתהליך הפרייתן, ולאחר מכן הוסיף שייתכן –

"שיש לביצית המופרית מעמד משפטי עצמאי, שאיננו מזכה לא את האב ולא את האם בהחלטה לגבי הפסקת תהליך התפתחותה.

אולי בהסכמת שניהם היה מקום להפסקת תהליך זה, אבל אם רצונה של האם הוא להמשיך בתהליך, ותביעתה לשלום בית טרם נדחתה, אין לקבל את תביעת האב להשמדת הביצית".

ומתוך דבריו למדנו שעיקר מחלוקתו עם עמיתיו לדין הייתה בשל העובדה שטרם ניתן פסק דין לגירושין, אך לו היה ניתן פסק דין כזה, וודאי אם הצדדים כבר התגרשו זה מזה, היה מקום לקבל את תביעת הבעל להשמדת הביצית, וכדעת עמיתיו.

והנה לעניות דעתי, קלה כמות שהיא, מכל אשר הראינו לעיל עולה ברור כי אף אם נאמר כדברי הגר"א שרמן שהשותפות בין הצדדים מתחילה בביציות המופרות, עדיין נקבע שאין כאן שם שותפות, וכמסקנת הגרא"י כלאב שליט"א, דהנה אחר שהעלינו שהביצית המופרית אינה נדונה כחפץ עובר לסוחר אלא ככוח חיים, וכשם שאין בעלות ואין שותפות בעובר החי ופועם במעי אמו כך אין בעלות ולא שייך שתהיה שותפות בביצית המופרית, שוב אין אנו רואים את 'הורי' הביצית המופרית כבעליה הממוניים אלא כבעלי זכויות בה: לבעל זכות בזרעו שיצא מגופו, ולאשה זכות בביצית שיצאה ממעיה; וכפי שברור הוא שאין ליטול את זרעו של אדם ללא רשותו או את ביציתה של האישה ללא רשותה – כך אין האישה רשאית להשתמש בביצית המופרית ללא רשותו של בעל הזרע שהפרה את הביצית, ואין הגבר שהוא בעל הזרע רשאי להשתמש בביצית המופרית ללא הסכמת בעלת הביצית.

אבאר את שיחתי:

מרגע שבאנו לכלל הקביעה שאין ולא תיתכן כל בעלות ממונית על הביצית המופרית, באנו גם לכלל הקביעה שאין לראות ב'הורי' הביצית המופרית כשותפים בה. אולם כשם שברור הוא שזרעו של האדם וביציותיה של האישה אינם הפקר, והגם שהם אינם ממונו של האדם, מכל מקום לאדם יש זכויות בהם ואי אפשר ליטול אותם ממנו ללא רשותו, ברור הוא שהביצית המופרית אינה הפקר ואין לעשות בה כל 'שימוש' ללא רשותם של שני בעלי הזכויות בה.

'גנבת זרע' ו'גנבת ביצית' אסורות גם ללא שנגדיר אותם כממון בעליהם. כך כבר הורה זקן – רבנו החתם סופר (חלק ב יורה דעה סימן קעב) שאין לאשה "רשות להשחית זרעו (=של בעלה) בלי רצונו אפילו כבר קיים פריה ורביה". ומדבריו למדנו שהגם שכאמור לעיל הזרע אינו ממונו של הבעל ואינו אלא פיקדון שהפקיד בידיו ריבונו של עולם, ניתנה לו – לבעל – הזכות לקבוע היכן יינתן הפיקדון, ואף אם ישנו היתר הלכתי להשחית במצבים מסוימים את הזרע – אין לעשות זאת ללא הסכמת הבעל. על כן כשם שאיש לא יהין להשתמש בזרע או בביצית ללא רשות האדם שממנו הם נלקחו, כך לא ייתכן להתיר לעשות 'שימוש' כלשהו בביצית המופרית ללא הסכמת האיש והאישה אשר נתנו בה את חילם. כאמור לעיל, זאת היא מסקנתם של הגרא"י כלאב, הגר"א שרמן והגר"ש בן שמעון. ולשיטתם, וכפי שהעליתי גם אני הקטן, גם קודם הגירושין לא יוכל אחד הצדדים להתמיד בהליך ההפריה החוץ־גופית כל זמן שהדבר אנו מוסכם על שני הצדדים.

עוד כאמור לעיל, גם מדברי הגר"ש דיכובסקי נראה שלכל הפחות משניתן פסק דין לגירושין וודאי משהצדדים התגרשו בפועל לא יוכל אחד הצדדים להתמיד בהליך ההפריה החוץ־גופית כל זמן שהדבר אנו מוסכם על שני הצדדים.

סיכום תמציתי

השאלה שבאה לפנינו היא שאלה מחודשת, מתולדות ההתפתחות המדעית המבורכת לה עדים אנו. ומשום כך, באופן טבעי ומובן, לא זכתה השאלה שבפנינו למענה מפורש בספרות הפוסקים, ובקעה הניחו לנו רבותינו אדירי הדעה להתגדר בה, וללמוד חיפוש מחיפוש לפרוש השמלה.

על כן, ולשם מיצויה של הלכה זו וליבונה די הצורך, דנו בדברים משורשם.

תחילה, וכדי להניח את היסודות לסוגיה זו, דנו בדברי רבותינו הפוסקים על מעמדו של עובר בשלבי התפתחותו המתקדמים (לאחר ארבעים יום), משם עברנו לברור מעמדו של העובר בתחילת ההיריון (קודם מלאת לו ארבעים יום), ולבסוף נגשנו לדיון במעמדה של הביצית המופרית בעודה במבחנה וטרם השתרשותה ברחם.

מן המקובץ מדברי הפוסקים נוכחנו לדעת כי רעיון אחד שוזר כחוט השני את דבריהם של חכמים באיסור החמור של הפלת וולדות – קו שחורז את כל שלבי התפתחותו של העובר למן היותו גנוז בזרעו של הבעל, דרך הפרייתו בביצית של האם, ובמשך כל שלבי התפתחותו ברחמה למן ארבעים היום הראשונים ועד לעת צאתו לאוויר העולם. בכל השלבים האלה הביטה תורתנו הקדושה והביטו רבותינו הנאדרים בקודש אל הזרע המתפתח לא כאל חומר ככל החומרים, חומר שאפשר לעשות בו ככל העולה על רוחו של האדם שממנו הוא הופרש, חומר שניתן אף להכחידו לו רק ירצה בכך בעליו, אלא ככוח חיים. וולדות לאו 'צררי' נינהו – עוברים אינם בבחינת צרור מעות או כל חפץ אחר היכול להיות עובר לסוחר.

איסור הפלת עובר לאחר שמלאו לו ארבעים יום הוא איסור דאורייתא הנעוץ בהגדרתו של העובר כ'נפש' ונובע מהאיסור לפגוע בחיות הגנוזה בו והעתידה לצאת ממנו. כך עולה מדברי הרמב"ם ומר"ן השולחן ערוך, וכך סבירא להו לרוב רבותינו הפוסקים, הכול כפי שהבאנו לעיל באורך. כך גם לגבי עובר שטרם מלאו לו ארבעים יום ישנו איסור לקפח את סיכויי חייו (יש אומרים שהאיסור הוא מדרבנן ויש אומרים שיש בכך גם איסור דאורייתא), ואף שאין איסור זה נערך כאיסור להפיל את העובר אחר מלאות לו ימים אלו מכל מקום האיסור ישנו, ולדעת הרמב"ן אנו אף מחללים את השבת לצורך פיקוח סיכויים אלו.

ולבסוף כך הוא הדבר גם לגבי זרעו של האדם הגונז בקרבו את כוח החיים שבאדם, ובשונה מכל דבר אחר המופרש מגופו של האדם הרי שכוח חיים זה ממשיך ומפעם בזרע גם אחר צאתו מגופו של האדם.

לאור ההבנה כי החשש והזהירות שיש לנהוג בעוברים נעוץ בחיות שגנוזה בהן, בהיותם נפש (משמלאו להם ארבעים יום) או בהיותם זרע לנפש (קודם שמלאו להם ארבעים יום), באנו לקביעה כי יש להחמיר ולהימנע מהשמדה – על כל פנים השמדה בידיים – של הביציות המופרות. והגם שבביציות המופרות אין עדיין גדר 'נפש' ואיסור הפלה, מכל מקום מדין השחתת זרע יש איסור להשחיתן בידיים, ועל כן יש להימנע מכל וכל מהשמדה בידיים של הביציות המופרות, וייעשה הדבר בגרמא, כגון שאחר שינותק תרמוסטט המקפיא שבו הן מוחזקות יפתחו את דלת המקפיא ויכנס החום ומאיליו יאבד הזרע, או שיעשו זאת על ידי מי שאינו מצווה כלל על פרייה ורבייה.

מדברים אלו ברור הוא כי במורשת ובמסורת ישראל כל גרעין של חיים חשוב הוא, וגם אם מצוי הוא בראשית התפתחותו, וגם אם טרם הושרש ברחם אמו, יש להשתדל להימנע מקיפוחו. ועל כן נראה כי אין לבית הדין להורות או להמליץ על הפסקת תהליך הפריה חוץ גופית אך בשל העובדה כי ייתכן שהוולד שייוולד יאלץ להתחיל את חייו במשפחה חד־הורית וללא נוכחותו הקבועה של אביו הביולוגי. ואין לסמוך בדברים חמורים אלה על אומדן דעתנו שהוולד עצמו היה מעדיף שלא להיוולד למציאות שכזו, שכן מי לידנו יתקע שאכן חייו של הוולד עתידים להיות כה קשים ומרים; ואף אם כך, חלילה, יהיו פני הדברים מאין נוכל להחליט כי היה מעדיף הוא כלל לא לבוא לעולם החיים.

ולבסוף הראינו כי לקביעה זו כי הזרע אינו קניינו של הבעל, וכי לזרע אין דין של חפץ ממוני שאפשר להקנות אותו קובעת לה הגדרה נוספת והיא כי הזרע – וממילא גם הביצית שהיא כוח החיים שנותנת בעובר אמו – אי אפשר להשתתף בו. הזרע קניינו של הבורא הוא, כתמצית חייו של האדם, כנפשו שאינה קניינו – כך זרעו, תמצית החיים המועברת ממנו הלאה לבניית הדורות הבאים, אינו קניינו, והוא לכל היותר פיקדון שהקב"ה הפקיד בידו. אולם כשם שברור הוא שזרעו של האדם וביציותיה של האישה אינם הפקר, והגם שהם אינם ממונו של האדם מכל מקום לאדם יש זכויות בהם, ואי אפשר ליטול אותם ממנו ללא רשותו, ברור הוא שהביצית המופרית אינה הפקר ואין לעשות בה כל 'שימוש' ללא רשותם של שני בעלי הזכויות בה. על כן כשם שאיש לא יהין להשתמש בזרע או בביצית ללא רשות האדם שממנו הם נלקחו, כך לא ייתכן להתיר לעשות 'שימוש' כלשהו בביצית המופרית ללא הסכמת האיש והאישה אשר נתנו בה את חילם. כאמור לעיל, זאת היא מסקנתם של הגרא"י כלאב, הגר"א שרמן והגר"ש בן שמעון, ולשיטתם, וכפי שהעליתי גם אני הקטן, גם קודם הגירושין לא יוכל אחד הצדדים להתמיד בהליך ההפריה החוץ־גופית כל זמן שהדבר אנו מוסכם על שני הצדדים.

עוד כאמור לעיל, גם מדברי הגר"ש דיכובסקי נראה שלכל הפחות משניתן פסק דין לגירושין, וודאי משהצדדים התגרשו בפועל, לא יוכל אחד הצדדים להתמיד בהליך ההפריה החוץ גופית כל זמן שהדבר אינו מוסכם על שני הצדדים.

סוף דבר

בנדון שהובא לפני הסכימו שני הצדדים כי אחר הגירושין לא יעשה כל שימוש בביציות המופרות. הבעל תבע זאת והאישה הסכימה, וכפי שהבאנו לעיל, כך סברו שראוי לעשות חברי בית הדין הגדול שנזקקו לשאלה זאת.

והגם שאני הקטן והדל באלפי איני כה נחרץ בקביעה זו, ואדרבה, סבורני כעין דברי מורי ורבי הגרא"י כלאב כי טוב יהיה לו הצד המתנגד ירכך את עצמו ויתגבר על התנגדותו במקום שבו ביציות מופרות אלה הן תקוותה האחרונה של האישה (וראה גם בספר חבל נחלתו [חלק ג עמוד 313] שהעיר הרב יעקב אריאל שהיות שאין בעלים לביצית המופרית הרי שכאשר האישה מוותרת על כל תביעה ממונית מהבעל יש לדונם כ'זה נהנה וזה לא חסר', ולהיענות לבקשת האישה להפרות), אך לאלצו להיות הורה (והורה לטעמי – ואקווה כי הכול יסכימו עמי – הוא הורה גם כאשר פוטרים אותו מכל חבות ממונית בגין הוולד) לא אוכל.

מכל מקום טוב יעשו הצדדים אם ימנעו מ'השמדה' ישירה של הביציות המופרות ויעשו זאת רק בגרמא, כגון פתיחת המקרר לאחר שהתרמוסטט האחראי על שמירת הטמפרטורה שבו ינותק, או שהדבר יעשה על ידי מי שוודאי אינו מצווה על שמירת הזרע, באופן שהבעל (או הבעל לשעבר) המופקד על שמירת זרעו, כלל לא יהיה מעורב בדבר.

ולוואי ולא נזדקק עוד לשאלות שכאלה, ולא יקוים באיש מישראל "וזרעתם לריק זרעכם [...] ותם לריק כּחׁכם". ותחת זאת יקוימו בנו דברי נבואתו – נחמתו של ישעיהו:

"ובנו בתים וישבו ונטעו כרמים ואכלו פריָם [...] כי כימי העץ ימי עמי ומעשה ידיהם יְבַלו בחירָי. לא ייגעו לריק ולא ילדו לבהלה כי זרע ברוכי ה' המה וצאצאיהם אִתם" – במהרה בימינו, אמן.

ניתן ביום י"ד בתמוז התשע"ו (20.7.2016).

הרב יהודה יאיר בן מנחם