

הרב יגאל שפרן

הצלת עובר המצוי בגופה של נפטרת — היבטים הלכתיים*

נר לנשמת יניק וחכים
הבחור שרגא צבי הרשקוביץ ז"ל
בן הרב מכאל וד"ר בת-שבע שיחי
נקטף לישיבה של מעלה
והוא כולו טוהר וזוהר וגבורה ואור

רקע עובדתי:**

אשה בת 33, נשואה ואם לשניים, בשבוע ה-26 להריונה. ברקע: סובלת מאפילפסיה. ביום קבלתה איבדה באופן פתאומי את הכרתה, נפלה ונחבלה בראש. הועברה בדחיפות לחדר-מיון שם נמצאה מחוסרת הכרה, מדממת מנחיר ואוזן ימין, אישונים רחבים ולא מגיבים. מדד ע"ש גלזגו: 4. במיפוי ממוחשב של המוח נראה דימום סוב-דוראלי מינימלי משמאל עם בצקת קשה של ההמיספירה השמאלית ודחיקה קשה של קו האמצע משמאל לימין. מיד עם קבלתה עברה אינטובציה והחל טיפול בהיפרוונטילציה וכן בפנטוטל ומניטול. למרות הטיפול, הלך והידרדר מצבה הנורולוגי עד למוות מוחי. סריקת על-קול של העובר הראתה עובר חיוני במשקל מוערך של 950-1150 גרם. לאחר קביעת המוות המוחי של האם המליצו הרופאים המטפלים לבצע ניתוח קיסרי, להצלת העובר. משאלת הבעל היתה שלא לילד את העובר. בשל הבעיה המשפטית הוזמן שופט ביהמ"ש המחוזי לביה"ח וקבע שאין בסמכותו להיענות לבקשת הרופאים ולחייב ביצוע ניתוח להוצאת העובר. הניתוח לא בוצע. מצבה ההמודינמי של האם הלך והידרדר עד שהיא והעובר נפטרו.

* בחודש ינואר 1989 נקרא שופט ביהמ"ש המחוזי בירושלים, ד"ר צבי כהן, אל היחידה לטיפול נמרץ בביה"ח "הדסה" עין-כרם כדי להכריע בשאלה שעמדה אז לדיון. אחר מתן פסה"ד העבירה השופטת שרה פריש, יו"ר מערכת "פסקי דין רפואה ומשפט", את נוסח ההכרעה לידי הרב יגאל שפרן, על מנת שיחווה דעתו בנושא. חוות-דעת זו נכללת בכרך שני של הספר "פסקי דין רפואה ומשפט". בגלל החשיבות העקרונית של עמדת ההלכה בענין (אל מול פסיקת בית המשפט) אנו מפרסמים כאן לראשונה את חוות הדעת ההלכתית. — העורך.

פסק הדין**

בענין: אליאן ממן

ובענין: סי' 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

הופיעו: – המבקש: בית החולים האוניברסיטאי הדסה ע"י עו"ד נאור
– חיים ממן.

עו"ד נאור: מבקש צו בהתאם לסעיף 68 לחוק להוציא ילוד מגופה של אליאן ממן כדי לאפשר לו חיים.

חיים ממן: אני בעלה של אליאן ואבי העובר. ידוע לי שיהיה לי קשה מאד לגדל את שני הילדים שיש לי: בת בגיל 6, בן בגיל 10. אני אב ולא אם והטיפול קשה מאד. אני מועסק בעבודה ציבורית. אינני יודע מה יקרה אם הילד יהיה פגוע, ובטוח שהבית שהיה עומד לשיקום, לא יהיה ניתן לשיקום. לאשתי היו התקפים קשים. אם מבית החולים מבטיחים לי שהעובר יהיה בריא ושלם בנפשו – אתמודד עם זה. אם לא, אני מבקש שביהמ"ש יתן דעתו על כך, אם הילד יצא נכה או פגוע.
עו"ד נאור: ישיב פרופ. שנקר.

פרופ. שנקר: אין אנו יכולים להבטיח שהילד יהיה בריא.

החלטה

1. הבקשה חורגת ממסגרת סי' 68 לחוק, משום שאין מדובר בקטין, פסול דין או חסוי, אלא בעובר שטרם יצא לאויר העולם. משום כך דינה לכאורה להידחות, מחוסר סמכות.
2. ואולם גם לגופה, לא ניתן להיענות לבקשה לנקוט אמצעי רפואי זה או אחר, יען כי הדבר אינו דרוש לשמירת שלומה של האם הנושאת את הילוד.
3. משני טעמים אלה, הבקשה נדחית.

ניתנה היום, 18.1.89, שעה 22.30.

ד"ר צבי כהן

שופט

חוות דעת הלכתית

1. הסוגיא שלפנינו עוסקת בבקשת בית-חולים להורות על ילוד עובר המצוי בגופה של נפטרת המחוברת למכונת הנשמה. למרות החדשנות שבסיטואציה, הרי מבחינה הלכתית אין הסוגייה תקדימית כלל, שכן היא נוגעת לאחת ההלכות היותר מפורסמות בענייני שבת: "האשה שישבה על המשבר ומתה (בשבת), מביאין סכין ומוציאין את הוולד"¹.

אף לגמרא עצמה היה דין זה כה טריוויאלי, עד כי שכשנשנה בבית המדרש, היקשו עליו: פשיטא, ומה טעם לאמרו? וכי מה חידוש יש בדבר? ואכן מרוב פשיטותו מסיקה הגמרא כי כאן רמוז היתר רחב יותר מהמשתמע בתחילה (בענייני שבת), שאם לא כן לא היה צורך להשמיענו ענין כה פשוט. ואם בשבת כן, בחול על אחת כמה וכמה.

2. והנה מצינו בתשובות הגאונים דעה הפוכה:

השאלה שנשאלו הגאונים הייתה כדלהלן: "אשה שמתה על המשבר והילד מפרכס במעיה, מי קרעינן לכריסה לאפוקי את הולד או לא?" תשובתם של הגאונים הייתה: "לא קרעינן לה, אלא משהינן לה ומחתינן אבנא אכריסה עד דימות הולד וקברינן לה"².

אין ספק שהדברים עמומים כי הם סותרים את הסוגיא הנ"ל, ואין לסמוך עליהם לדינא.

1. מסכת ערכין ד', א-ב, א"ר נחמן אמר שמואל: "האשה שישבה על המשבר ומתה בשבת מביאין סכין ומקרעין את כריסה ומוציאין את הוולד. פשיטא? מאי עביד, מחתך בבשר הוא? ! אמר רבה לא נצרכה אלא להביא סכין דרך רשות הרבים וכו'". הדברים מובאים להלכה ברמב"ם שבת ב', ט"ז.

2. תשובות הגאונים סי' רמ"ח. תירוץ מסויים ליישוב הדברים מעלה השבות יעקב, לקמן הערה 4, שהגאונים הכינו שהמדובר בגמרא בערכין הוא רק לגבי אשה שבוודאי מתה ואילו הם דנים רק במי שספק אם מתה. אך מלשונם של הגאונים לא משמע כן וגם הוא עצמו מודה שבפשטות אי אפשר ליישב את האמור בתשובת הגאונים זו. נסיון נוסף לתירוץ הדברים עושה הגאון הרב יחיאל יעקב וויינברג ז"ל בחלק א' של ספרו שרידי אש (הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשכ"א עמ' שט"ז), אך גם תירוץו קשה.

סוגיית עתיקה והלכה ותיקה הן, איפוא, שבין בשבת בין בחול יש לילד ולד המצוי בגופה של נפטרת. לפיכך, אחר שהוכרר שהגב' ממן ז"ל כבר לא הייתה בחיים בזמן הדיון, הכרעתו של בית המשפט שלא להורות על ילודו של העובר, נסתרת ע"י עמדה יסודית זו של ההלכה: על-פי ההלכה יש לילד ולד המצוי בגופה של נפטרת.

3. בדורות האחרונים שוב מצינו פוסקים העוסקים בענין³, אגב אירוע שהתרחש לפני כשלוש-מאות שנה:

בני עוולה קמו על אשה הרה, רצחיה נפש והתיזו ראשה בסיף. מיד אחר מותה ניכר היה שהולד שבתוכה עדין מפרכס. אדם מסויים נחלץ להציל את הולד, אך מאמציו עלו בתוהו והולד נמצא מת.

הדיון ההילכתי סביב אירוע זה הינו רלוונטי מאד לענייננו, שכן מועלית בו נקודה חשובה שלא נידונה בסוגיית המקורית שבגמרא: מהו הדין כאשר אין האשה יושבת על המשבר, כלומר היא אמנם הרה אך אין זו תחילה של לידה טבעית: האם גם כאן קיימת חובת הצלה לגבי עובר?

עוד שאלות נידונו בקשר לאירוע האמור, כגון: האם גם כאשר סכיר שהעובר יימצא מת, קיימת חובה לנסות ולילד אותו? כמו-כן התפתח אז דיון עקרוני בשאלה: מהו מעמדו של עובר בכל הנוגע להצלת נפשו?

4. ניתוח הלכתי מורחב באירוע, עורך בעל שבות-יעקב⁴. הוא מתמקד בשאלה מתי בדיוק ראוי לבצע פעולה של הולדת ולד מגופה של נפטרת.

3. אשל אברהם על שו"ע אור"ח ש"ל אות ו' בשם ת' רמ"א סי' ה' והרי"ט סי' צ"ד; פתחי השוכה על שו"ע שם, סעי' ה'.

4. ר' יעקב ריישר באקאופן מפראג, ת"ל-תצ"ד (1734-1670). חלק ראשון סי' י"ג. למעשה קיימת מחלוקת בשאלה מתי לחלל שבת על עובר כעין זה, גם הרבה לפני השבות יעקב וגם הרבה אחריו, אלא שמקובל שדברי שבות יעקב הם יסוד מחייב בהלכה. בין הסוברים שההיתר לחלל שבת כאן הוא רק ביושבת על המשבר, שכבר נעקר הולד, מצינו את דעת התוספות בכא בתרא קמ"ב ע"ב, ד"ה "דהוא"; תוספות נדה מ"ד, ע"א ד"ה "איהו"; רש"י בנוסח כתב-היד המובא בשיטה מקובצת ערכין ז, ע"א; הסמ"ע חו"מ רע"ו, ס"ק ז'; שולחנו של אברהם סי' ש"ל, ה'; שו"ת ביכורי יעקב זריהן סי' ו', דף כ"ח ע"ג; שו"ת שבט הלוי חלק ג' אור"ח סי' ל"ח; הרב עובדיה יוסף בספרו לוית חן על הלכות שבת, ירושלים תשמ"ו, עמ' קס"א (בדעת המשנה ברורה סי' ש"ל). לעומתם ציינו אחרים כי תמיד יש לחלל שבת על עובר, גם אם אין אימו יושבת על המשבר. ביניהם: רש"י ערכין ז, א' ד"ה ומקרעין את כריסה; מגן אברהם על שו"ע אור"ח ש"ל ס"ק י' (וכן לדעתו סוברים הרמב"ם והשו"ע עצמו) שו"ת הרמ"א סי' מ'; כף החיים

אחר שקלא וטרייא, מגיע השבות-יעקב להכרעה שפעולה זו יש לעשותה תמיד, והיינו גם אם אין חזקת חיים לוולד וגם אם אין האשה יושבת על המשבר.

או"ח ש"ל ס"ק ל' המביא את דברי המגן אברהם להלכה; הרב עובדיה יוסף, כספרו לוית חן הנ"ל, שם (כדעת עצמו).

גם בשאלה האם מדובר רק בעובר שכלו לו חודשיו, או גם בכל עובר אחר (אחר ארבעים יום) מצינו מחלוקת: המשנה ברורה ש"ל ס"ק כ"ט בשם המגן אברהם מציין כי הכוונה רק בתינוק שכלו לו חודשיו, וכן דעת האמרי יושר בחלק א' סימן קע"ז, אות ב'. לעומתם סוברים מרבית הפוסקים שגם בלא כלו חודשיו מחללין וראה ריטב"א נדה מ"ד, ב' והסברו של המשנה ברורה בביאור הלכה סי' ש"ל סעי' ז' סוף ד"ה "או ספק בן שבעה"; ספר האשכול חלק ב' הלכות מילה סימן ל"ו עמ' קי"ז ונחל אשכול שם; חזון אי"ש יו"ד קנ"ה אות ד'; הגאון הרב ש.ז. אויערבאך בשו"ת מנחת שלמה, סוף סימן ל"ד (עמ' קפ"ט), בגלל מציאות האינקובטור בימינו ועוד. הרב עובדיה יוסף בספרו לוית חן, שם, מסיים בפסיקה נחרצת כי הדין הוא לחלל בכל עובר "וכן עיקר, וחלילה להחמיר כזה בספק נפשות והמיקל לחלל שבת עבורם הרי הוא זריז ונשכר וישא ברכה מאת ה'". כאן המקום לציין לדעה אחרת לכאורה, העולה מדברי הגאון רש"ז אויערבאך שליט"א, כפי המובא בספר שמירת שבת כהלכתה, פרק ל"ו סעיף י"ב, הערה כ"ד, שם צוטט בשמו: "הא דמחללין שבת לצורך חיי שעה, הוא דווקא בכלו חודשיו, אבל חיי שעה של נפל לאו כלום הוא, גם בזמננו שיש אינקובטור. לעו"ז אם כלו חודשיו מחללין שבת גם עבור תינוק שהוא מונגולי או טריפה". לכאורה נראים הדברים כסותרים את דעתו הרמה כפי שכתבה בשו"ת מנחת שלמה הנ"ל, אך באמת אין הדברים כן: צריך לומר שגרשז"א מחלק בין חילול שבת לצורך מה שברור כי זו הצלה לחיי שעה בלבד של בן שמונה כנ"ל, שאז אין לחלל שבת עבורו, לבין יילודו של בן שמונה זה לכתחילה, הבאתו לעולם, שזה אפשר שנחשב לחילול עבור חיי עולם שלו, ואפשר שהאינקובטור יצילו, שאז מחללין.

[ראה מה שכתב הגרש"ז אויערבאך, הובא: א"ס אברהם, "תינוק הנולד עם מום קשה", ספר עמק הלכה — שו"ת בענייני רפואה, חלק ב', עמ' 207: "מעיקר הדין, אם אנו בטוחים ללא כל ספק שאין התינוק יכול לחיות רק לזמן קצר, שאין לחלל עליו את השבת באיסורי תורה. (ובספק מחללין, וכזה אין אנו מדמין אותו לבן ח', שאין מחללין אפילו בספק בן ח' ספק בן ז'). למרות זאת, בבית חולים מותר וחייב לחלל עליו את השבת ואפילו באיסורי תורה, מכיוון שכמקום בו יש הרבה מטפלים והדבר מסור לרבים... עלולים לזלזל בטיפולו של תינוק שיש לו סיכוי לחיות". — העורך.]

אכן, מו"ר הגאון הרב שאול ישראלי שליט"א אמר לי בשיחה בע"פ, כי במקרה דנן שהעובר היה בן שמונה חודשים, ספק אם הגדרתו היתה "חיי" ולא נפל. לאור דבריו אלו של מו"ר שליט"א, אפשר שספק אם היתה חובה גמורה ליילד את העובר של הגב' ממן ז"ל, ומכל מקום גם מו"ר שליט"א סובר כי כך היה ראוי לעשות. עוד בענין "בן שמונה" ראה במאמרו של הרב מרדכי הלפרין: "מבוא לסוגיית 'בן שמונה'", אסיא מ"ה-מ"ו (י"ב, א-ב) טבת תשמ"ט עמ' 92 ובמאמרו החשוב של הרב נריה גוטל: "בן שמונה — פשר שיטת חז"ל בנוגע לולדות בני שמונה", אסיא שם עמ' 97 ואילך; וכן ראה דעתו של הרב וואזנר המובאת להלן בהערה 16. ומכל מקום: מדבריו של השבות יעקב עולה כנאמר לעיל: יש להציל כל ולד המצוי במעוברת שנפטרה.

לפיכך קובע הוא כי יפה עשה המיילד במה שחילל את השבת כדי להציל את הולד, כי כך ראוי לעשות לכתחילה בכל נפטרות: יש ליזום את יילודו של העובר, גם כשהאם לא מתה תוך ישיבתה על המשבר.

מאחר שהכרעה זו של השבות-יעקב מקובלת כבסיס לכל דיון בנושא, יכולים היינו לפסוק כי כך ראוי היה לנהוג גם כלפי הגב' ממן ז"ל, היינו שהיתה חוכה לחתוך את דופן ביטנה למרות שלא ישבה על המשבר.

ברם, באמת אין הדבר כן: סוגייתנו, האם היה לנתח את הגב' ממן ז"ל או לא, תלויה במחלוקת הפוסקים עד כמה דומה היא לענין שבשבות יעקב, וזאת משום דיני גוססת.

5. דין גמור הוא בהלכה כי אסור להזיז גוססת, מחשש שמא יקרב הדבר את מותה⁵. ממילא ברור כי באשה שאינה מתה אלא גוססת, אסור ליילדה, שהרי גוססת כחיה היא לכל דבר⁶, וחיייה קודמים לחיי הוולד⁷. אין ליילדה, איפוא, כדי שלא להביא לקיצור חייה. דין זה תקף גם כשברור כי ימיה של היולדת ספורים וגם אם המדובר בכך שבעוד זמן קצר תמות⁸.

6. ממילא, כדי לעמוד על רלוונטיות הכרעתו של השבות-יעקב למקרה דנן, יש לבחון את האירוע בו הוא דן לפרטיו ובדקדקנות. את נושא דיונו מתאר השבות-יעקב במילים הבאות:

מעשה אשר לא ייעשה עוד כזאת בישראל: אשה מעוברת נהרגה, בר-מינן, שהתיזו ראשה בסייף ביום השבת, וראינו ילדה מפרכס בה, ובא אחד וחתך את ביטנה ביום השבת כדי להציל הולד החי, ואחר שחתך — נמצא הילד מת⁴.

5. שלטי גיבורים בהגהות על הרי"ף, מסכת מועד קטן, פרק אין מגלחין (בדפוס ווילנא דף ט"ז, ב', מדפי הרי"ף); רמ"א בשו"ע יו"ד של"ט, א'.

6. המשפט הראשון של מסכת שמחות אבל-רבתי; טור ושו"ע יו"ד של"ט, א'.

7. אהלות פרק ז', משנה ו' וראה תוספות רבי עקיבא איגר על משנה זו; רש"י סנהדרין ע"ב, א'; רמב"ם נזיקין הל' רוצח א', ט'.

8. מנחת חינוך ל"ד. דבריו מיוסדים על דברי הגמרא בב"ק כ"ז והברייתא במסכת שבת קנ"א א', הקובעת כי המעמץ עם יציאת הנפש הרי זה שופך דמים: משל לנר שכבה והולך, אדם מניח אצבעו עליה מיד ככתה. וראה ברמב"ם נזיקין הל' רוצח א', ז. המבדיל בין עונש המקדים מותו של גוסס בידי אדם למקדים מותו של גוסס בידי שמים. בימינו הועלתה הסברה כי אפשר שאיסור זה של ההלכה על הזזתה של גוססת, כפוף לטכניקת ההזזה, והיינו שאם ההזזה נעשית באופן מקצועי ומיומן אין בכך איסור. ומה שאסרו בהלכה היינו בהזזה סתם, שלא על ידי אנשי מקצוע. ברם מלבד מה שלא מצינו לכך סימוכין בהלכה, הנה גם אם נאמר כן, ברור שאין הכוונה להביא להזזה כה טראומטית כמו חיתוך הדופן.

7. ברור על כן, שאת דימויו של האירוע בו דן השבות-יעקב אל המקרה שלפנינו, אפשר לעשות רק אם ברור כי הגב' ממן ז"ל הייתה כבר במצב של מוות גמור, מוות הדומה במוחלטותו להתזת הראש בסייף⁹, אך לא אם נגרוס שמותה של הגב' ממן לא היה טרמינאלי וטרם התרחש בפועל. מבחינה משפטית-הילכתית, השאלה העקרונית הראשונה שהיתה חייבת להישאל היתה: האם הגב' ממן ז"ל היא חיה או מתה.

אם הגב' ממן ז"ל היתה בעת הדיון כבר אחר חיי-חיותה, תקפים דבריו של השבות יעקב והיה צורך לילד אותה, ואולם אם לא כן — אסור היה לילד אותה.

8. המעיין בפסק-הדין יראה שבהחלטתו נזקק בית-המשפט לשאלה מהו מעמדו המשפטי של העובר, בה בשעה שהשאלה מהו בדיוק מעמדה של האם באותו רגע, החיה היא אם מתה, לכאורה לא עלתה כלל לדיון. דבר זה אינו תואם את ההלכה. כל דיון בשאלה האם לילד עובר, חייב להיפתח בשאלה: האם עומדת בפנינו שאלה קיומית וגורלית לגבי עצם חייה של האם, או לא. דין אחד הוא לעובר, אם אמו בחיים, ודין אחר הוא כשאמו היא כבר אחר חיי-חיותה. אמנם מסתבר שבית המשפט היה משוכנע שהמדובר הוא במעוברת שהלכה לעולמה, אך שומה היה עליו לאמת האם אכן מדובר במוות גמור וכך לירד לעומק הדיון בענין קרדינאלי זה, בטרם יפסוק דעתו.

כדי לפסוק בנושא כעין הנידון כאן, חייב איפוא בית-משפט לשמוע, קודם לכל, חוות דעת רפואית לגבי מצבה של האם. לא רק מהחלטת בית המשפט, אלא גם מפרטיכל הדיון שקדם להחלטה עולה כי בזמן הדיון, עוד לפני מתן ההחלטה של בית המשפט, אכן נערך כירור רפואי קצר, אך הוא התמקד בדבריו של פרופ' שנקר ביחס לסיכויי החוסן הבריאותי של העובר. אין משתקף מן הפרטיכל שנערך דיון במצב חיותה של האם, שמבחינה הילכתית צריך היה להיות בראש הענין.

9. הגדרת המוות בהלכה.

ההגדרה ההילכתית של רגע המוות שנויה הייתה במחלוקת חריפה בתקופה האחרונה, כשנידונה שאלת ההשתלות¹⁰.

9. ברמב"ם טומאת מת א' ט"ו מהווה התזת הראש אחת הדוגמאות הקלאסיות למוות מוחלט. כך לשון הרמב"ם: המת אינו מטמא עד שתצא נפשו, אפילו מגוייד או גוסס, אפילו נשחטו בו שני הסימנים, אינו מטמא עד שתצא נפשו וכו'. נשברה מפרקתו ורוב בשרה עמה או שנקרע כדג מגבו, או שהותז ראשו, או שנחלק לשני חלקים בבטנו, הרי זה מטמא אע"פ שעדיין הוא מרפרף באחד מאיבריו. ע"כ.

10. סיכום על כך וביבליוגרפיה נבחרת, ראה: ד"ר א. שטיינברג: "קביעת רגע המוות והשתלת לב", אסיא מ"ד (יא.ד.) ניסו תשמ"ח. עמודים 56-77.

הרכנות הראשית לישראל קיבלה את ההכרעה כי המוות מתחולל בשעה שגזע המוח, המפעיל את מערכת הנשימה, מפסיק את פעולתו באופן בלתי הפיך¹¹. כנגדה, עומדים חלק מהפוסקים על דעתם, וסבורים כי בנוסף להפסקת הנשימה (התלוייה בגזע המוח), יש לוודא גם העדר פעילות של הלב¹².

הבדל זה שבין הפוסקים בשאלת קביעת רגע המוות, יוצר גם הבדל בהגדרה מה היה מצבה של הגב' ממן ז"ל בשעה שנידונה לפני בית המשפט הבקשה ליילד את עובריה.

10. לפי ההגדרה שמות גזע המוח הוא המוות עליו מדברת ההלכה, אם נקבע מות גזע מוחה של גב' ממן הרי שהיא היתה מתה. העובדה שהיא עדיין היתה מחוברת למכונת ההנשמה, אינה מעלה ואינה מורידה לגבי הגדרתה כנפטרת באותה שעה. תפקידה של מכונת ההנשמה, באותו רגע, היה בעל משמעות לגבי חיותו של העובר בלבד, אך ללא כל משקל ביחס להגדרת חיותה של האם – הגב' ממן ז"ל כבר הלכה אז לעולמה.

לא כן לפי הגדרת רגע המוות אליבא דפוסקים האחרים. לפי אלו, חולה המחוברת למכונת ההנשמה, ליבה פועל ופועם ולכן היא מוגדרת כמצויה בחיים. בעת הדיון בבית המשפט הייתה הגב' ממן חיה, אם כנוטה למות אם כגוססת (שכן פעימות ליבה מעולם לא חדלו ומכח מכונת ההנשמה הן נמשכות), ומכל מקום בוודאי לא במצב של מוות.

כתוצאה מכך, קיימת למעשה מחלוקת בשאלה: האם יש לילד, בחיתוך דופן, עובר שאמו מחוברת למכונת הנשמה לאחר שנקבע המוות של גזע המוח שלה? רוב רובם של הפוסקים, אלו המזהים מוות במוות גזע המוח, יורו על הוצאת העובר.

לעומתם, הפוסקים השוללים הגדרה זו, יאסרו כל פגיעה באם כל עוד ליבה פועם.

11. כפי שפסקה מועצת הרכנות הראשית לישראל ביום א' חשוון תשמ"ז ודבריה פורסמו

בין השאר באסיא, מ"ז-מ"ח (י"ב, ג-ד), כסלו תש"ן עמ' 109 ועוד.

12. שיטתם של אלו נוסחה לאחרונה בהרחבה בדבריו של הרב וולדינברג שליט"א, המתנגד

בחריפות להגדרה אחרת של המוות. ראה דבריו במאמרו: "באיסור השתלת לב וכבד

מאדם לאדם", אסיא מ"ז-מ"ח (י"ב, ג-ד), כסלו תש"ן, עמ' 115-128.

11. סימוכין ברורים לשלילת חיתוך דופן כמצב כזה, יכולים להיות דברי הרמ"א¹³, החולק על ההלכה שיש לילד נפטרת אפילו בחול, ופוסק שאין לעשות כן:

"ומה שאין נוהגין עכשיו כן, אפילו בחול, משום דאין בקיאין במיתת האם בקרוב כל כך שאפשר לולד לחיות"¹⁴.

המוות הוא תהליך מתמשך*. החשש שמא תהליך זה לא בא לקיצו ומות האשה ההרה לא התממש במלואו, הוא המביא את הרמ"א להחלטה שאפילו לגבי עובר של אשה שנראה כי נפטרה, אין לבצע הולדה.

צויין כי דברי הרמ"א אינם חולקים או סותרים את דברי המחבר בשו"ע שם שקבע הלכה המחייבת ילוד העובר: ההלכה היסודית של המחבר, עניינה בשעה שקיים ביטחון מלא במות האשה (כמו למשל בהתזת ראשה), אך לא במוות שאחר מחלה וכד'. הדגשו של הרמ"א הוא כי במקרה של מוות שאינו ברור וחד משמעי, אין לילד בפועל את האשה, משום חוסר הבקיאות להכיר במוחלטות מיתתה.

על דבריו אלו של הרמ"א לא מצינו חולק בשו"ע ובנו"כ**.

13. שו"ע או"ח ש"ל ד' ומקורו כדברי ר' יונה אשכנזי, בעל האיסור והיתר (או"ה, נפטר רס"ה), כלל נ"ט דין י"א. כאמור, בתרוץ דעתם של הגאונים שהוזכרנו לעיל בהערה 2, יש שרצו לקשר דבריהם עם דעה זו.

14. "שמא רק נתעלפה, ואם יחתכוה ימיתוה וצריכין אנו להמתין ואדהכי מיית הולד". משנה ברורה ש"ל, ס"ק י"ט. אכן, לגבי המצב בימינו, כשאפשר לוודא המוות בעזרת מכשירים, אין דברי הרמ"א הללו תקפים. ראה הרב וולדינברג, ציץ אליעזר חלק י' סי' כ"ה פ"ד בשם ספר כורת הברית סי' ש"ל ס"ק ט"ו המדייק שגם הרמ"א גופא אינו מתכוון לחלוק על המחבר שכן אין הוא כותב כדרכו בהשגותיו בלשון "ויש אומרים שאסור לחתוך וכן ההלכה" אלא רק ש"אין נוהגין כן", מה שמוכיח שהכוונה לחוסר בהירות שהיתה בזמנו בלבד. דעתו זו של הרב וולדינברג, מתזקת מאד את תמיהתנו על דבריו שלהלן.

* אין צורך להגדיר את המות כ"תהליך מתמשך" כדי להסביר את הרמ"א. די בכך שרגע קביעת המות אינו ברור כדי לאסור, מספק, כל פגיעה בגוף האם עד לקביעה ברורה של המות, ואז כבר מאוחר מכדי לבצע את חיתוך הדופן. גם נראה שאין המות "תהליך מתמשך" אלא זמנו מוגדר באופן חד, שנאמר "ויהי בחצי הלילה וה' היכה כל בכור בארץ מצרים". וראה ברכות ד, ע"א. אם מבחינה משפטית, המות אכן הינו "תהליך מתמשך" הרי ניתן היה בקלות למנוע את טעותן של איצטגניני פרעה. — העורך.

** אך ראה ציץ אליעזר חלק י' סי' כ"ה, פרק ד'; שבט הלוי חלק ו' סי' כ"ז עמ' כ"ב. — העורך.

12. כאמור, גם אליבא דרמ"א, אם משוכנעים אנו שמיתח האם היא טרמינאלית, חוזר הדין הבסיסי שיש ליילד את הוולד. אין דבריו של הרמ"א תקפים אלא לגבי מציאות של חוסר ידע בדוק. ההחלטה אם לבצע את ההולדה תלויה איפוא במצב הידע הרפואי וכיכולת לקבוע פרוגנוזה מוחלטת שאינה ניתנת לעירעור. כך נוצר מצב שהוא כפול פנים: חובה או איסור? אם יש אבחנה מוחלטת על מות האשה – קיימת חובת חיתוך הדופן, ואילו אם אין אבחנה כזו, יש איסור לנתח את האם.

13. אמור מעתה: דבריו אלו של הרמ"א אמורים להוות משענת איתנה לאותם פוסקים השוללים את הגדרת המוות המוחי, שכן לדבריהם אם במצב בו קיים ספק שמא טרם מתה האשה, אין ליילד את העובר מחשש לחייה, הרי במצב בו בוודאי שהאם עדיין חיה, על אחת כמה וכמה.

לסיכום: ברור איפוא כי לפי טעמם של פוסקים הקובעים כי חולה מונשם דינו כחי, לא היה כלל מקום לנתח את הגב' ממזן ז"ל. לדידם, הכרעתו של בית המשפט תאמה בפועל את עמדת ההלכה, שכן ככל הנוגע לעצם ההכרעה שלא ליילד את האשה, צדק בית המשפט, אף כי לא קבע זאת מטעמיה אלו של ההלכה אלא מטעמים אחרים, שיידונו בהמשך.

14. דעת הגרא"י וולדינברג.

לאור דברים אלו, מפליאה פסיקתו של הגאון הרב וולדינברג שליט"א, שהתייחס באופן ישיר לטרגדיה שפקדה את משפחת ממזן וקבע כי, ללא ספק, היה צריך ליילד את הגב' ממזן ז"ל.

הנתונים הובאו בפני הרב וולדינברג, ע"י ד"ר א.י. שוסהיים, רופא מירושלים, שביום כ' שבט תשמ"ט כתב לו את המכתב הבא:

"קריאת ידיעה שפורסמה בעתונות בימים האחרונים מביאה אותי לפנות אל מ"כ כדי שיחווה דעת תורה במקרה זה. בהתאם לנתונים שפורסמו, שכבה אשה שהיתה בחודש השביעי להריונה, במצב של מוות מוחי, בבית החולים הדסה עין כרם בירושלים. מתוך רצון להציל את חיי הילד, ביקש מנהל המחלקה הגינקולוגית, פרופ' יוסף שנקר, להוציא את העובר מרחמה של האשה. האב שידע כי ספורות שעותיה של אשתו, המחוברת למכונת החיאה, לא נתן את הסכמתו והתנגד להוצאת העובר בהכיעו חשש כי בנסיבות הנוראות של המקרה שפקד את ביתו, ספק אם העובר יוולד במצב תקין וכן ספק אם יוכל להתפתח כיאות. האב דרש הכרעה משפטית. השופט התורז בכיהמ"ש המחוזי נזעק לכיה"ח, שמע את

טיעוני הצדדים ומאחר שהרופא לא יכול היה להגיד בביטחון שהעובר יחיה ויתפתח בצורה רגילה, קיבל השופט את עמדת האב ולא נתן רשות לרופא להוציא את העובר מרחמה של האשה. למחרת הכרעה משפטית זו, נפטרה האם ההרה. כיוון שהכרעת השופט מהווה תקדים משפטי בסוגיה זו הנני פונה למ"כ כדי שיחווה דעת תורה בנידון¹⁵.

להלן תשובתו של הרב וולדינברג שליט"א, אותה כתב ביום כ"א בשבט תשמ"ט והמובאים כאן לראשונה*, בהסכמתו. הדברים נוגעים גם לשאלות נוספות הקשורות בתיק שלפנינו:

"לכבוד ידידי ומכובדי הרופא המהולל יו"ש ד"ר אלי יוסף שוסהיים נ"י: הנני מתכבד להשיב לו בזה על המקרה הטראגי שקרה בבית החולים הדסה עין-כרם, כמפורט בשאלתו אלי מתאריך כ' שבט דנא:

א. דעתי דעת תורה שהחלטת השופט התורן בביהמ"ש המחוזי [לקבל את עמדת האב], שלא נתן רשות לרופא להוציא את העובר מרחמה של האשה, נוגדת היא את ההלכה. כדת וכדין ביקש פרופ' יוסף שנקר מנהל המחלקה הגינקולוגית להוציא את העובר מרחמה של האשה מתוך רצונו להציל את חיי הילד. והגם שהרופא לא היה יכול להגיד בבטחון שהעובר יחיה ויתפתח בצורה רגילה, אין בזה בכדי לשנות חיוב ההלכה לעשות מאמצים להציל את הילד מספק שמא יחיה, ואיזה חיים שיהיו. צא ולמד הלכה פסוקה מעין זאת, באו"ח סימן ש"ל סעיף ה', שזה לשונה: "היושבת על המשבר ומתה מביאין סכין בשבת אפילו דרך דשות הרבים וקורעים בטנה ומוציאים הולד שמא ימצא חי". והרמב"ם בפ"ב מהל' שבת הט"ו, מסיים בזה הלשון: "שספק נפשות דוחה את השבת ואפילו לזה שאין חזקתו חי". וכ"כ המשנ"ב שם ס"ק י"ח מהגמרא (בערכין ד' ז') וז"ל: "ואשמועינן שאפילו ספק פיקוח נפש זה שלא היה עדיין בחזקת חי לעולם אפ"ה דוחה שבת", עכ"ל.

הרי לנו הלכה ברורה שבמקרה כזה של הצלת עובר, אפילו מספק יש חיוב להצילו ואפילו כשהדבר כרוך בחילול שבת דאורייתא. ואם כן

15. הדברים מובאים בהסכמת הכותב. תודתנו לד"ר שוסהיים הי"ו על היענותו לבקשה לפרסם המכתב כאן. גם מכתב תשובתו של הרב וולדינברג מתפרסם כאן בהסכמתו של הרב הכותב שליט"א.

* לאחר מסירת המאמר לדפוס פורסמה תשובת הרב וולדינברג גם בציץ אליעזר כרך י"ת. — העורך.

מינה, דמכל שכן שיש חיוב כזה בימות החול לנסות להוציא את העובר מרחמה של האשה מספק שמא ימצא חי.

ויעויין שם במג"א סק"ו שמביא כמה שיטות דס"ל דלעולם קורעין אפילו באינה יושבת ממש על המשבר, ומחללין שבת, מפני דבפקו"נ אזלינן לקולא ע"ש. ובחול ייתכן שכו"ע יודו כזה שיש חיוב. ומכל שכן איפוא שיש חיוב כזה בכנידוננו שהיה כבר בחודש השביעי להריונה שמוכן כבר ללידה וגם רופא מומחה הטיל הספק שייתכן שיחיה, והמדובר בימי החול.

ב. והמניע השני להחליט מה שהוחלט מפני דבמקרה היה מוטל בספק אם העובר יוולד במצב תקין ואם יוכל להתפתח כיאות בצורה רגילה. הנה הנימוק זה לא יכול כלל להתקבל עפ"י הדין, כי אפילו אילו היה ברור שלא יוכל להתפתח בצורה רגילה גם כן היה חיוב להצילו בהיות שהמדובר בחודש השביעי להריונה שהוולד אז הוא כבר בגדר של "חי הוא והדלת נעולה בפניו" (כלשונו של הרמב"ן בספרו תורת האדם, שער הסכנה) ומכל שכן כשיש רק ספק בדבר.

וגם דבר זה ניתן ללמדו מהלכה פסוקה באורח חיים סימן שכ"ט סעיפים ג' וד', שזה לשונה:

"מי שנפלה עליו מפולת, ספק חי ספק מת וכו', מפקחין עליו אע"פ שיש בו כמה ספיקות, אפילו מצאוהו מרוצץ שאינו יכול לחיות אלא לפי שעה — מפקחין וכו'", עכ"ל. הנה לנו הלכה מפורשת שמחללין את השבת כדי להצילו אפילו על מי שברור שאינו יכול לחיות אלא לפי שעה. ואפילו אם ימשיך לחיות יותר, הרי ברור הדבר שלא יחיה כיאות בצורה רגילה, ואפילו הכי יש חיוב להצילו ואפילו לחלל עליו את השבת. ויעויין שם במשנה ברורה בביאור הלכה שמבאר שברור הדבר שמחללין אפילו על קטן מרוצץ וכן על חרש ושוטה, יעויין שם. ואם כן דון מינה דעל אחת כמה שיש חיוב הצלה בימי החול ועל שכזה שיתכן שיחיה ושגם ייתכן שיחיה בצורה רגילה ולו אפילו על צד המיעוט.

לזאת ברור הדבר כי ההכרעה המשפטית הערכאית של השופט במקרה הנידון היתה בהחלט בניגוד להלכה, ויש להתריע נגדה ולגדור שלא ישמש תקדים, חס וחלילה.

ואסיים בידידות ובהוקרה מרובה.
אליעזר יהודה וולדינברג

15. דבריו אלו של הגרא"י וולדינברג קשה להלמס: הרב וולדינברג שליט"א הוא העומד בראש הקובעים כי חולה המחוכרת למכונת הנשמה, דינה כחי לכל דבר¹⁶. אם כן קשה להבין כיצד הוא מסכים להזזתה ויילודה של חולה כזו? לפי דעתו של הרב וולדינברג הלא, ללא ספק, היתה הגב' ממן ז"ל לפחות במצב של גסיסה בעת הדיון המשפטי, ועל מצב זה בוודאי עולים דברי הרמ"א הנ"ל, שלא ליילד?

16. תמהים אנו איפוא על דבריו של הגרא"י וולדינברג והננו בדעה כי ההכרעה באם צריך היה ליילד את הגב' ממן ז"ל, הינה פונקציה של הגדרת רגע המוות. החובה ליילד אותה היא מוחלטת אם הגב' ממן מוגדרת כנפטרת, ומאידך היא איסור גמור אם היא מוגדרת כחיה, הכל בכפוף להגדרת חולה עם מות מוחי המוחזק בחיים ע"י מכונת הנשמה, וכאמור לעיל.

17. מעמד העובר על פי ההלכה

קביעת בית המשפט בסעיף 1 של החלטתו שהוא דוחה את הבקשה משום שהעובר טרם נולד, מעמידה לדיון את השאלה: מהו מעמדו של עובר?

16. ראה מאמרו: "ניתוח לב בהלכה", אסיא ל"ח, אלול תשד"ם (ספטמבר 84) כרך י' חוברת ב' עמ' 16. הדן בהגדרת מעמדו של חולה המוחזק ע"י מכונת לב-ריאות בזמן ניתוח לב פתוח. ולענייננו נוגע יותר מה שכתב לגבי קביעת זמן המות באסיא מז-מת, עמ' 115-128. כמו הרב וולדינברג סובר, בנוגע להגדרת המות, גם הרב שמואל הלוי וואזנר, ואף הוא בדעה כי חולה שמחוכר למכונת הנשמה נחשב כחי כל עוד יש פעימות בליבו גם אם מות גזע המוח כבר נקבע (ראה מאמרו: "על השתלת לב — איסור", אסיא חוברת מ"ב-מ"ג, ניסן תשמ"ז, אפריל 87, כרך י"א חוברת ב-ג). ואכן בשנת תשמ"ו, כשהרב וואזנר נזקק לשאלה הדומה מאד לאירוע נשוא דיוננו הוא הקפיד להדגיש כי מותר ליילד את העובר אחר שאצל הנפטרת נקבע מות הלב גם כן. והיינו שלא התיר ליילדו כשלב האם עדיין מופעם ע"י המכונה, וזה אכן תואם את שיטתו בנוגע לקביעת רגע המוות: וזו תמצית לשונו של הרב וואזנר בשו"ת שבט הלוי חלק ו' סי' כ"ז, עמ' כב: "מעשה בא לידי, שאשה צעירה נחלתה בעו"ה במחלה מסוכנת מאד, ובאה עד שערי מוות, ואפס תקוה להציל חייה, ונמצא שהיא מעוברת והעובר בחודש השביעי (!) באופן שיש תקוה לחייו, ונשאלתי אם יראו שבאו רגועיה האחרונים של הגסיסה וכו' נחשבת כמתה, אם לתתוך ביטנה להוציא הולד? ... והיות כי בזמן הזה אפשר בקלות לקבוע שנכנס המוות והלב דומם וגם נשמה נשימה אחרונה ע"פ הסימנים המוכרים באו"ח שכ"ט ס"ד וכ"ו ואין כאן ספק פיקו"ג... ולאידך גיסא אפשר לקבוע שיש לולד חיות גמורה ... א"כ עלינו לפסוק בזה כרבינו הב"י דמפקחין על הולד...

לאחר שפסקתי כן בעניי — הראו לי שאיתמר משמיה דהגאון רבי איסר זלמן מלצר כותי — ומטעמים שכתבתי. ובהמשך הוא מוסיף, שלענין קביעת המוות "תנאי ראשון לזה שהמיתה תיקבע רק ע"י ת"ח בקי בהלכה, ובקיאים בסימני גסיסה למעשה, כדי שלא יבואו רופאים להרס בזה".

בענין זה עלינו להבדיל בין 4 נקודות:

- א. השאלה העקרונית – "עובר ירך אמו".
- ב. מעמד העובר בדיני ממונות.
- ג. מעמד העובר בדיני מעמד אישי.
- ד. מעמד העובר בדיני נפשות.

18. עובר ירך אמו.

מקובל לחשוב כי בסיס הדיון ההילכתי בענין מעמדו העקרוני-הגותי של העובר מונח בשאלה האם עובר הינו בבחינת "ירך אמו", או לא. נחלקו חכמים בשאלה זו. פשטות מחלוקתם האם "עובר ירך אמו" או לא היא, האם מעמדו של העובר כאחד מאיכריה הבלתי נפרדים של האם, כמו רגלה למשל, או שמא מעמדו הוא עצמאי. רובם של חכמינו סוברים כי עובר הוא אכן ירך אמו¹⁷, והיינו שהוא נחשב איבר מאיכריה, חלק מגופה של האם. אך יש גם השוללים זאת¹⁸ ומדבריהם עולה שהעובר נחשב ליישות בפני עצמה. ההלכה הפסוקה אצל מרבית הפוסקים היא, שעובר אכן נחשב ירך אמו¹⁹.

לכאורה מראה הכרעה זו, כי טרם לידתו אין לעובר כל מעמד, אך לדעתנו ספק אם הדבר כן, ואף ספק אם כלל הדיון בענין "עובר ירך אמו" נוגע לענייננו. במקורות הדנים במונח זה הכוונה היא, בדרך כלל, להתיל על העובר באופן אוטומאטי כמה מזכויות אמו (כגון: טבילת גיור) או, מאידך, לכללו בעונשיה, אך הכל מתוך זוית הבחינה של האם הנידונה וכשהעובר נעשה איבר מאיכריה. מאחר שבד"כ הדיון הוא בענין האם, עולה שבאותם מקומות אין כוונה מיוחדת לשלול מהעובר זכויות, במיוחד לא זכויות שאינן קשורות באם, רק מכח העובדה שהוא עובר. אדרבה: ייתכן שבמונח "עובר ירך אמו" גלומה הייתה דווקא הרחבה של זכויות העובר ולא צמצום זכויותיו, וזאת דווקא בזכות העובדה שאין מעמדו מעמד עצמאי.

ואכן, בדורות האחרונים נחלקו בשאלה זו חוקרים: יש שטענו שמן העמדה היסודית ש"עובר ירך אמו", נבעו כל ההלכות השוללות את זכויותיו²⁰. לעומתם, יש שטענו שאין ללמוד מכלל זה ולא כלום ביחס לסטטוס של העובר. לדעתם של אלו האחרונים, ניתן להסביר כל אחת מאותן הלכות

17. תמורה י' ע"א; בב"ק ע"ח ע"ב; יבמות ע"ח, עמ' א-ב; גיטין כ"ד, ע"ב; נזיר נ"א, ע"א; סנהדרין פ, ע"ב, ועוד.

18. דעת רבי יוחנן בתמורה כ"ה, ע"א; דעה אחת בתוס' סנהדרין פ, ע"ב, ד"ה "עובר ירך אמו"; ראב"ד על הרמב"ם עבדים ז, ה'.

19. רמב"ם עבדים ז, ה; הכרעה החוספת סנהדרין פ, ע"ב, הנ"ל ועוד;

20. דעתו של א' אופטוביצר במאמרו בסיני כרך י"א (תש"ב-תש"ג) עמ' י"ב.

המצמצמות את זכויות העובר באופן פרטני ומוגבל בלא להזדקק לכלל מקיף, ובלא לקבוע כי הן באות מכח ראייה השוללת לחלוטין את זכויותיו²¹. זאת, אף כי גם לדעתם להלכה אכן "עובר ירך אמו" לגבי אותן הלכות בהן הוזכר מונח זה והוא רלוונטי להן. הא ראייה, אומרים הם, שלא תמיד משתמשים במונח זה בזמן שדנים בענייני זכויותיו של עובר. דעתם של אלו האחרונים נראית לנו מבוססת יותר.

19. לסיכום, העולה הוא כי מהמונח "עובר ירך אמו" אנו יכולים להסיק כי עצמאותו של העובר, לטב ולמוטב, אכן מתגבשת רק עם לידתו ולא לפני כן, אך אין זאת אומרת שהדבר מבטל לגמרי את מעמדו לגבי כל דין וענין טרם שנולד. יתר על כן: סקירת ההלכות הרבות העוסקות בעוברים, מורה כי למרות שלעובר אין סטטוס משפטי כשל אדם, הנה לא רק שזכויות מסויימות מוקנות לו בכל אופן, אלא גם שזכויות אלו אינן מותנות בגיל הריון מסויים או במועד הלידה²². אין העובר בתורת "אדם" לגבי דיני אבילות עליו²³, אינו בתורת "נפש" לגבי דיני טומאת מת²⁴, וגם אינו "איש" לגבי דיני ההורגו²⁵. אך, מאידך, במצבים מסויימים יהיו לעובר זכויות בנכסים, בלא כל תלות בשאלת גילו של העובר או מצבו, וכפי שיבואר להלן.

21. כך למשל, ניתן לענ"ד להסביר את ההלכה במסכת ערכין ז, ע"א, (לפיה העובר הוא חלק מגוף האשה ולכן האשה הנידונה למוות נהרגת גם אם היא מעוברת) בגזירה מיוחדת של הכתוב "ומתו גם שניהם", וכמוכח מהגמרא שם, ולא משום חולשת מעמדו של הוולד. אדרבא, מכאן משמע ששניהם קיימים כישות שהרי הכתוב משווה את האם לעובר בביטוי "שניהם". וראה בהרחבה במאמרו של הרב אליקים ג' אלינסון, סיני ס"ו עמ' כ"ז.

22. ובלבד שלא יהא בסטטוס הראשוני של "מיא בעלמא" כבימות ס"ט, ע"ב, ורמב"ם תרומות ח', ג', ורמב"ם איסורי ביאה י', א'. אכן, כי לענין איסורי הפלה יש האומרים כי גם עובר מיא בעלמא אסור להפיל. ראה להלן הערה מס' 40. יצויין כאן כי מצינו בתוספתא שבת ט"ו, ז, דיון בשאלה ממתי העובר אינו נפל, ולדעת רשב"ג כל ששהה שלושים יום באדם אינו נפל, והרי איפוא שגיל העובר לענייני הלכה מסויימים מתחיל אחר 30 יום. ובמסכת שבת קל"ו, ע"א, נפסקה הלכה כרשב"ג, אך דיון זה באמת אינו רלוונטי לכאן, שכן הוא עוסק בעובר אחר לידתו. ראה: הרב נריה גוטל, "הפגות לאור ההלכה", אסיא חוברת מ"ד, ניסן תשמ"ח (אפריל 88) כרך י"א חוברת ד', עמ' 6; הנ"ל, חוברת מ"ה-מ"ו טבת תשמ"ט (ינואר 89) כרך י"ב חוברת א-ב, עמ' 97.

23. נדה פ"ה, מ"ג. וראה העמק שאלה של הנצי"ב זצ"ל, שאילתא קס"ז אות י"ז הוצאת מוסד הרב קוק כרך ג' עמ' ש"ה. אכן לדעת הר"ש משאנץ בפירושו לספרא פרשת נגעים פ"א, פסקא א', הוצאת ירושלים דף ס, ב, — העובר כן נקרא אדם.

24. ספרי במדבר פיסקא קכ"ז; מהדורת איש שלום מ"ה, ב.

25. ספרא אמור פ"כ פסקא א'.

20. מעמד העובר בדיני ממונות.

בגמרא מצויה מחלוקת האם עובר זוכה בנכסים²⁶. ההלכה הכללית היא שהמזכה לעובר לא קנה והיינו שאין לעובר יכולת לזכות בנכסים שהאחר מקנה לו לפני לידתו²⁷. ברם, לגבי שני עניינים מיוחדים נחלקו הפוסקים האם גם בהם אין זכייה לעובר:

א. ירושה.

ב. מתנה מאביו.

לגבי שני עניינים אלו, יש מהפוסקים שקבעו כי עובר אכן זוכה במ²⁸, יש שחילקו ביניהם וקבעו כי עובר אינו זוכה במתנה אך זוכה בירושה²⁹, ויש שאמרו כי עובר זוכה אמנם גם במתנת אביו, אך זאת רק אם אביו הוא שכיב מרע³⁰. מהמשותף לשתי עניינים אלו אנו למדים כי צימצום עמדתו של העובר בענייני ממונות, אינו מורה שהעובר אינו נחשב כיישות כלל. אלא זאת שהוא נעדר אמצעים קנייניים. ממילא עולה שבמקום שאין צורך באמצעים אלו, כגון בירושה או במתנה, אכן זוכה העובר בנכסים. לכן, אותם שראו יכולת לעובר לזכות בירושה, תלו זאת בעובדה שהיא "באה מאליה"³¹ ואותם שקיבלו גם את יכולתו לזכות במתנה שנתן לו אביו לפני שנולד, תלו זאת בעובדה ש"דעתו של אדם קרוכה אצל בנו"³² והיינו שאין צורך ביד קונה. לו היתה בהלכה כוונה לומר שעובר הרי הוא כמי שאינו, לא היה מקום גם לדעות אלו, שכן לא היתה כאן יישות אליה תבוא הירושה, ולא בן אליו תבוא המתנה. מדיני ממונות עולה, איפוא, שיש לעובר סטטוס מסויים, אף כי הוא צר בהיקפו.

26. בבא בתרא קמ"א, ע"ב; קמ"ב, ע"א. רב הונא, רב נחמן ורבי יצחק כשם ר' יוחנן סוברים שהמזכה לעובר לא קנה העובר ואילו שמואל ורב ששת סוברים שהעובר קנה-זכה בנכסים. הסוגיא המקורית נידונה במשנה ביבמות פ"ז, מ"ג, לגבי בת ישראל שניסת לכהן ומת בעלה כשהיא מעוברת. הדיון שם הוא בשאלה האם לעבדי הזוג דין עבדי כהן גם אחרי מות הבעל הכהן מפני חלק הכהונה שבעובר, או לא. וראה תוספות ביבמות ס"ז, ע"א, ד"ה "אוכלין" ודברי הר"ף על סוגיית יבמות שם.
27. הסוגיא בגמרא בבא בתרא קמ"ב מסתיימת במילים: "והילכתא – המזכה לעובר לא קנה".
28. ראב"ד על הרמב"ם תרומות ח' ד'; שלטי גיבורים על סוגיית יבמות הנ"ל בשם השגות הראב"ד על הר"ף.
29. ר"ף על יבמות שם, בדפוס ווילנא ר"ף כ"ב, ע"ב.
30. תידושי הרמב"ן על יבמות ס"ז, ע"א, ד"ה "מאי קמ"ל"; שו"ע חו"מ ר"י, א'.
31. בבא בתרא קמ"ב.
32. "דברי הכל" לגבי אב שנתן מתנה לבנו טרם שנולד, בבא בתרא שם, אלא שכאמור יש מחלוקת האם מדובר בכל אב או בשכיב מרע בלבד.

21. מעמד העובר בדיני מעמד אישי.

ככל הנוגע לקידושין אין לעובר מעמד³³. יש דעה האומרת כי לגבי עובר, קיימת חלוח מסוימת למעשה אביה המקדשה בטרם נולדה, והיינו שאפשר שאחר הלידה יקבלו הקידושין תוקף חלקי. להלכה מוסכם כי אין הקידושין תופסים, וגם לפי הדעה שלגבי כת יש חלוח מסוימת למעשה האב, מכל מקום יש לחזור ולקדש את הילדה אחר לידתה כדי למנוע דופי מהקידושין³⁴. לגבי גיור, כבר הזכרנו שטבילת האם הגיורת, מגיירת באופן אוטומטי גם את עובר³⁵, אך יש פוסקים המציינים שיש צורך בכוונה מיוחדת לפני הטבילה לכלול גם את העובר בגיור³⁶. ציונם זה של הפוסקים חשוב לענייננו, שכן גם כאן מוכחת הישות העצמאית הקיימת בעובר והמצריכה התיחסות הלכתית אליו עוד בטרם נולד.

22. מעמד העובר בדיני נפשות.

ההורג עובר פטור מעונש מיתה בידי אדם³⁷, אך חייב בדיני שמים ועובר על איסור שיסודו דאורייתא³⁸. במהות העונש יש אף המחמירים ומורים כי החיוב עליו מדובר הוא מיתה, בידי שמים³⁹. בשנים האחרונות התרחב מאד הדיון בענייני ההפלות⁴⁰, ברם דיון זה אינו רלוונטי לנושא שלפנינו, שכן בנושא דנן אין המדובר בביצוע אקטיבי של הפלה. הדיון שלפנינו נוגע לאי-עשייה, לעמידה פסיבית אל נוכח תביעתו המוסרית של העובר להיוולד. אך ממהותם של דיני עונשין שפסיביות וישיבה בלא עשייה, גם אם היא שלילית, קלה היא מאקטיביות. גם המחמירים שבפוסקים בכלל סוגיית ההפלות לא יורו שמשפט אחד לזה המבצע הפלה ולמונע חיתוך דופן, גם אם התוצאה זהה.

לא ניתן, איפוא, להסיק מאיסור ההפלה אל הענין שלפנינו. השאלות העקרוניות המתעוררות בענייננו הן כדלהלן:

א. האם קיימת, ביחס לעובר שכגוף נפטרת, חובת הצלה אקטיבית כ"קום

ועשה"?

33. קידושין פ"ג מ"ה.

34. שו"ע אבה"ע מ' ח'.

35. יבמות ע"ח, ע"א.

36. ר' יחזקאל לנדאו בדגול מרבבה על יו"ד רס"ח ו'.

37. נדה פ"ה, מ"ג; רמב"ם נזיקין רוצח ב, ו; סמ"ע חו"מ תכ"ה סק"ח; גודע ביהודה תנינא חו"מ נ"ט; ועוד.

38. בראשית ט, ו; סנהדרין ב, ע"ב; רמב"ם מלכים פ, ד, ועוד הרבה.

39. ר' מאיר שמחה הכהן מדווינסק, משך חכמה ראש פרשת ויקהל.

40. סקירה מקפת על איסור זה ראה במאמרו של ד"ר א. שטיינברג: "הפלה מלאכותית לאור ההלכה", אסיא כרך ראשון, עמ' 107.

- ב. האם חובה זו זהה בהיקפה ובתוקפה לזו הקיימת כלפי מי שכבר נולד?
ג. מהו היחס כלפי מי שנמנע מלהציל עובר?

23. מההלכה בה פתחנו את דיוננו, דין עוברת שמתה כשבת⁴¹, משמע לדעתנו שקיימת חובה מפורשת של הצלת עובר בקום ועשה. יתר על כן, מהמשך סוגיית הגמרא שם⁴¹, עולה כי אף שברור לגמרא שאין לעובר חזקת חיים, ועצם חייו עומדים בספק, בכל אופן מחילה הגמרא חובת הצלה לגביו. אמנם הלשון "מקרעין את כריסה ומוציאין את הוולד" אינה מדברת על חובה להצילו ויש שהסיקו שבעובר אין דין הצלת נפשות⁴², אבל בכל הנוגע לענייננו נראית לכאורה דעת המצדדים בחיוב הצלתו. מהגמרא ברור שהכוונה היא לחובה ולא לרשות, שכן אם היה הדבר בגדר רשות בלבד, לא ניתן היה לחלל את השבת, שכן אין לחלל שבת לגבי דבר שאינו חיוב גמור⁴³. לכן נראה לי שחויבה הצלתו בשבת, ומיניה ומיניה שחויבה גם בחול.

24. בטעם הדבר שיש לחלץ עובר ממעי נפטר, מצינו שני ניסוחים:

א. "משום דכמונח כקופסא דמי"⁴⁴.

ב. "חי הוא ודלת ננעלת בפניו"⁴⁵.

41. ערכין ז, ב'.
42. ולאור זאת, וגם מטעמים אחרים, יש שהסיקו שבעובר אין חיוב של הצלת נפשות כשהאשה מקשה לילד, אף שמודים הם כי מחללין עליו את השבת. דעה אחת בדברי הרמב"ן בהערה מס' 45 דלהלן, וכן בתוס' גדה מ"ד, ע"ב, ד"ה "מיהו"; שו"ת חוות יאיר סי' ל"א; העמק שאלה, ברכה, קמ"ח אות ט"ז. יצויין כאן כי על דברי התוספות הללו כותב הרב פיינשטיין זצ"ל בספר הזכרון להגר"י אברמסקי זצ"ל עמ' תס"ב כי "הם טעות סופר". בדומה מציין גם שו"ת בית יצחק יו"ד ח"ב סי' קס"ב. הרב עוזיאל זצ"ל במשפטי עוזיאל חו"מ ח"ג סי' מ"ו כותב שדברי התוס' הם רק במקום שמשקפת סכנה לאם, אך שלא במקום סכנה מודים התוס' שאין דבריהם עומדים. וראה עוד בדבר זה בספרו של הרב פרופ' א'ס' אברהם: נשמת אברהם, חלק או"ח ש"ל ה' (עמ' ר"ל).
43. בספר שמירת שבת כהלכתה פרק ל"ו, ג, קובע הרב י"י נויבירט שליט"א כדבר פשוט שאם יש חשש לחייו של עובר ולשם הצלתו יש לנתח את האם, מותר לבצע את הניתוח גם בשבת. ברור שהמדובר גם במקום שהסכנה היא לעובר בלבד העלול למות אם לא יוצא באופן מידי גם אם מכחינת האם אין סכנת נפשות. בכל אופן התירו לחלל שבת עבור העובר וברור איפוא שלפי שיטה זו יש חובת הצלה בעובר. כאותו מקום מובאת גם הערתו של הגאון הרב ש.ז. אויערבאך שליט"א וממנה משמע שזו גם דעתו הרמה, וראה לעיל הערה מס' 4. הרי שללא ספק, לדעת פוסקים מובהקים, למרות שבדיני טומאה אין לעובר מעמד של נפש, כאמור בהערה מס' 24 דלעיל, בכל אופן לענין חיוב הצלה יש לעובר מעמד של נפש ולכן מחללין עליו שבת. יש בכך הוכחה גמורה לשיטתנו.
44. תוספות נדה מ"ד, ב, ד"ה "איהו".
45. רמב"ן, תורת האדם, ענין הסכנה, ד"ה ובהלכות (עמוד כ"ט ככרך ב') של כתבי הרמב"ן.

כוונת שני הניסוחים אחת היא: עובר המצוי בגופה של נפטרת, זכאי להצלה. הוא חי המצוי במצוקה המונעת ממנו לחיות ויש לפתוח הדלת בפניו. בשני המקומות בהן מובאת דעה זו, מובאת היא אגב מחלוקת בין הקדמונים ורק לפי אחת השיטות. לכן אפשר שיש גם מי שאינו מקבלה, אך מפשטות הלשון בשני המקומות נובע שנדחים דברי השוללים. העולה הוא כי חייו העצמאיים של עובר מתחילים ברגע ששוב אינו תלוי באמו הורתו. ממילא, בו-כרגע שהאם נפטרה נכנס העובר למצב של חיות עצמאית. כך נוצר מצב בו בזמן חיי חיותה של האם, העובר הוא אמנם ירך אמו וחלק ממנה, אך מאידך – מיחת אמו היא שטר עצמאותו ומאותו הרגע ממש חי הוא לכל דבר, חי שיש להצילו מהקופסא הסוגרת עליו.

משמעותה של השקפה זו מרחיקת לכת היא, שכן ממנה עולה כי אי הוצאת עובר מגופה של נפטרת דינה כאי הצלת נפש ממש. העובר על כך, אף כי לא בא ממש לאיסור "לא תעמוד על דם רעך"⁴⁶ הנה מכל מקום בא לסניף של איסור זה.⁴⁷

25. מדיוק בלשונו של הרמב"ם משמע במפורש שלדעתו קיימת חוכת הצלה כלפי עובר:

"אף זו מצוות לא תעשה, שלא לחוס על נפש הרודף. לפיכך הורו חכמים שהעובר שהיא מקשה לילד, מותר לחתוך העובר במעיה, בין בסם בין ביד, מפני שהוא כרודף אחריה להורגה. ואם משהוציא ראשו, אין נוגעין בו, שאין דוחין נפש מפני נפש וזהו טבעו של עולם"⁴⁸.

דבריו אלו של הרמב"ם קשים מצדי צדדים⁴⁹. אחת השאלות היא: מה ראה הרמב"ם להגדיר את העובר כרודף⁵⁰, שהרי אם העובר מוגדר כרודף, מדוע

הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשכ"ד). יצויין כי, שלא כמשמע מדברי הגרא"י וולדינברג בתשובתו הנ"ל, דבריו אלו של הרמב"ם לא הותנו שם בגיל מסויים של ההריון, כגון בעובר משבעה חודשים ומעלה.

46. ויקרא י"ט ט"ז; חו"מ תכ"ו א'; או"ח שכ"ט, ה'.

47. אמנם לענין עונשין, אין אפשרות להענישו בפועל, שכן העובר לא יצא מכלל נפל. ראה במקורות שצויינו בהערה מס' 40 לעיל ובשו"ת מהרי"ט חלק א' סי' צ"ז שמצד אחד דן את העובר (שתוך נפטרת) כחי לכל דבר, אחר ששוב אין חייו תלויים בחיי אמו ופקע ממנו הסטטוס של ירך אמו, אך מאידך משאיר עליו דין ספק נפל בכל הנוגע לדיני נפשות.

48. רמב"ם נזיקין רוצח א', ט'.

49. ראה מנחת חינוך מצוה רצ"ו; רבי עקיבא איגר בהגותו לאהלות פ"ז, מ"ו ועוד רבים בדורות האחרונים.

50. דבר העומד בניגוד גמור למסקנת הסוגיא סנהדרין ע"ב, ע"ב, הקובעת שלא העובר הוא הרודף אלא מצב הלידה: "משמאי קא רדפי לה". וראה בהרחבה בדברי מו"ר הרב שאול ישראלי שליט"א בספרו עמוד הימיני סי' ט"ז פרק ד'.

אסור להרגו גם לאחר שיצא ראשו, שהרי את הרודף מותר להרוג תמיד? מכאן הוכיחו כמה מהקדמונים שמעיקרא, אף לפני שיצא לאויר בעולם, לא הותר לחתוך את העובר שכן הוא בעל מעמד בכל הנוגע לדיני נפשו, ולא הותר להרגו אלא מפני שעתה רודף הוא את חיי האם⁵¹. ואכן, על סמך דבריו אלו של הרמב"ם, קובע גם הנודע ביהודה מפורשות⁵² שלא רק שיש איסור להפיל עובר, אלא שקיימת חובה לקום ולהצילו, ורק כשהוא רודף ומשום שהוא רודף, התירו לקום ולהרגו על מנת להציל את האם. הרי, איפוא, אסמכתא מוצקה לכך שלגבי עובר המצוי בגופה של נפטרת קיימת חובה מוחלטת בקום ועשה להצילו.

26. גם מדברי התלמוד הירושלמי⁵³, עולה כדעת הנודע ביהודה. בירושלמי נאמר, שהטעם בגללו אין מצילים דווקא את האם אחר שיצא ראש העובר, נובע מהעובדה שבעצם גם האם רודפת את חיי העובר ולכן אחר שהעובר קיבל מעמד של נפש, אין דוחין נפש הולד מפני נפש האם. מדברים אלו של הירושלמי עולה כדברנו והיינו שעובר זה הינו כל הזמן במעמד של נרדף, גם בעודו במעי אמו, ורק משום שעדיין לא בא לכלל נפש אי אפשר להושיעו (על חשבון חיי האם). ברם, מרגע שלא קיים נימוק זה של חיי האם, מיד חלה חובה להציל את הנרדף, והיינו שחלה חובה להציל את העובר וזה ממש כדברי הנודע ביהודה. גם מדברי השבות יעקב שהבאנו לעיל⁴ משמע כך, שכן על חובת הולדתו של עובר הוא מדבר תוך שימוש במונח "פיקוח נפש" וכד'. לסיכום, נראה איתן כי בנדון דנן קיימת הייתה חובת הצלה כלפי העובר.

27. חובת בית-החולים ליילד עובר שבמצוקה.

חיוב הוא על הרופא לרפאות ובכלל פיקוח נפש הוא, ואם מונע עצמו הרי זה שופך דמים⁵⁴. על הרופא מוטל חיוב לטפל בכל אדם חי הבא לידי צורך ברפואה ושיש בידו לעזור לו⁵⁵. מכאן, שאם אכן עובר שבגוף נפטרת מוגדר

51. ראה במפרשים סביב שו"ע חו"מ תכ"ה, ב'; שו"ת חוות יאיר סי' לא; וראה בתשובות הגאונים בתראי סי' מ"ב; חידושי ר"ח הלוי הלכות רוצח א, ו'; אבן האזל שם; פנים מאירות ח"ג סי' ח'; משפטי עוזיאל חלק חו"מ סי' מ"ו-מ"ז ועוד.

52. ר' יחזקאל לנדא, נודע ביהודה תנינא חו"מ סי' נ"ט.

53. סנהדרין פ"ח ה"ט.

54. רמב"ן תורת האדם שער הסכנה; טוש"ע יו"ד של"ו, א', ועי' מכילתא על שמות כ"א י"ט ומאיר עין שם.

55. ט"ז יו"ד שם.

כחי לכל דבר, אפשר שהיתה זו חובתו המוחלטת של פרופ' שנקר ליילד את הגב' ממזן ז"ל והימנעותו מכך, מכל טעם שהוא, לא היה לה על מה שתסמוך.

28. מעמדו של האב.

"זכות העמידה" שהעניק בית המשפט לאב, בנושא שלפנינו, הביאה לקבלת ההחלטה שאין ליילד את העובר. ברם, לא מצינו שיש לאב זכות למנוע את לידת בנו, והחלטת בית המשפט בענין, תוך הישענות על רצונו של האב, אין לה על מה שתסמוך.

אמנם, בגמרא⁵⁶ מתקיים דיון לגבי זכויותיו של האב על העובר, ומשמע שאכן יש לאב זכויות בעובר⁵⁷ (ורק משום גזירת-כתוב יש שהן נשללות ממנו). ברם, לעניות דעתי נראה כי באמת אין משם כל ראייה. אדרבה — הדיון שם יוצא מנקודת מוצא הפוכה לנעשה בנושא דנן, והיינו שהאב מבקש את לידת בנו (טרם הוצאת אשתו להורג) והוא אינו נענה, משום גזרת הכתוב. משמע, שבמקום בו אין גזירת-כתוב אכן עומדת לו לאב זכותו על עוברו, אך הכוונה באופן החיובי דווקא — להביא ללידתו.

29. זאת ועוד: לפי דעתם של חלק מהפוסקים, איסור הפלת עובר נגזר מאיסור השחתת זרע⁵⁸. לפי דעה זו יתכן שדווקא על האב מוטלת חובה יתירה ומיוחדת להביא להולדת בנו לחיים. יציבה איפוא מסקנתנו, כי אין לו לאב זכות וכוח לעכב לידת הבן⁵⁹. ולא זו בלבד שאין לאב מעמד השונה מלכל אדם אחר, אלא אף זאת שלמרות כל הטרגיות שבמצב, דווקא על האב חלה במיוחד החובה להביא ללידת הוולד, במקום שהדבר תלוי בו.

30. כל זאת במישור העקרוני, אך לא כן במישור הקונקרטי, נשוא דיוננו. דבריו של מר ממזן, שהסתייג מהולדת בנו, לא היו מכח גישה שרירותית של בעלות על העובר, אלא משום חששו שהעובר אינו בריא. נראה לכאורה כי הסתייגות מכח טענה כזו, היה לה על מה שתסמוך. בפוסקים האחרונים מצינו מחלוקת האם קיימת חובת הולדה בעובר שברור כי הוא בעל מומים קשים. יש האוסרים את

56. ערכין ז', ע"א.

57. כעולה מהפסוק בשמות כ"א כ"ב: "וכי ינצרו אנשים ונגפו אשה הרה... כאשר ישית עליו בעל האשה" וכו'.

58. חוות יאיר סי' ל"א; משפטי עוזיאל ג', חו"מ סי' מ"ו; שו"ת בית יהודה אה"ע י"ד; שו"ת דברי יששכר חו"מ קס"ח. אכן: רבים שללו נימוק זה והובאו דבריהם באוצר הפוסקים אה"ע כ"ג, ס"ק א', א'.

59. בענין מעמדו של האב ראה גם שו"ת ציץ אליעזר ט, נ"א, שער ג' ושו"ת שאילת ישורון א' סי' ל"ט.

הפלתו של עובר כזה⁶⁰ ויש המתירים⁶¹ אותה. בוודאי ובוודאי כי המתירים הפלה בפועל של עובר בעל מום, יורו כי אין חיוב להולידו לכתחילה ואולם אפשר שגם החולקים עליהם יודו להם במקרה דנן. מאחר שאנו מבדילים בין הפלה לבין הימנעות מיילוד, לפיכך נראה היה לכאורה כי גם האוסרים תמיד הפלה אקטיבית, במקרה דנן היו אמורים להסכים שאין קיימת חובת ילוד, בקום ועשה, אם ברור שהעובר הוא בעל מומים קשים וחסר דעה. ברם, באמת אין הדבר כן: מהרגע שהגדרנו את העובר כחי, שוב יודו כולם שאי אפשר להפילו, שהרי מדובר כחי בעל מום. מעתה אף זאת יאמרו כולם, שקיימת חובה להצילו כפי שיש חובה להציל כל חי בעל מום⁶².

אכן, אם לא נקבל את הדעה כי המדובר ב"חי שהדלת נעולה בפניו", יחזור הדין כי ילודו של עובר בעל מום חמור, תלוי במחלוקת הפוסקים. לפי דעה זו, ורק לפיה, בנסיבות הנידונות כאן נראה כי היה מקום לומר שב ואל תעשה, וכבקשת האב. כל זאת אילו הייתה המציאות הרפואית רומזת לחשש מיוחד שהעובר עלול להיות בעל מום. אלא שכאמור בחוות הדעת הרפואית לא הייתה סיבה לחשש כזה במקרה דנן, ולפיכך חוזר הדין שהיה צורך לנתח את הגב' ממז ז"ל.

31. כיבוד רצונה של הנפטרת.

אחד משני הנימוקים עליהם הסתמך בית המשפט בנושא דנן היה, כי לא ניתן להיענות לבקשה משום שהדבר אינו דרוש לשלומה של האם נושאת העובר. דברים אלו סתומים. פשיטא כי הפעולה, אותה התבקש בית המשפט לאשר, לא באה לשם שמירת שלומה של האם אלא לשם שלום עובריה. ומכל מקום: אם בית המשפט משים עצמו לשמור על האינטרסים של האם, הנה דווקא בדיקת אינטרסים אלו בדרך ההשוואה למאוייה של כל אם בחיי חיותה, אמורה היתה להדריכו ליתן וליתן הרשאה לבצוע ההולדה: לו היינו יכולים לשאול את פיה של הנפטרת באם היא חפצה בילוד הבן או במותו יחד עימה, יש להניח כי תשובתה הייתה ליילד את הבן. כלל יסוד, מהעתיקים שבעולם, מורה כי נוח לו לאדם כי פרי ביטנו חיה יחיה וזהו האינטרס העליון של כל אשה: "ותאמר

60. ראה בדברי הרב אונטרמן במאמרו בענין "פיקוח נפש של עובר", נועם כרך ו' עמ' א': "לא שמענו שכדי להגן על עובר מפגיעה יקפחו את חייו".

61. מו"ר הרב ישראלי שליט"א, בעמוד הימיני סי' ל"ב: "נראה שתהא מותרת ההפלה במקרים כאלה כל שלדעת הרופאים המומחים רוב הולדות הם בעלי מומים גדולים או חסרי דעה".

62. ואכן כפי שראינו לעיל במכתבו של הגרא"י וולדינברג, אף הוא שבד"כ מיקל בענין הפלות בעלי מומים חסרי תוחלת חיים, קובע כאן כי את בנה של הגב' ממז היה צריך ליילד גם אם היה ברור כי מדובר בבעל מום.

האשה ... תנו לה את הילוד החי והמת אל תמיתוהו"⁶³. גם במרוצת הדורות ועד היום מקובלת תמיד בקרב הפוסקים הדעה, כי כמצב בו האם נפטרת, האומדנא היא כי רצונה היה שלפחות את בנה יילדו לחיים והיא מוחלת על כל זכויותיה המעכבות זאת ובלבד שהילד יוולד⁶⁴. על כן נראה לנו כי דווקא העובדה שבית המשפט נוטל על עצמו את החובה לשמירת האינטרסים של האם, היא היא שהיתה אמורה להדריכו להורות על ביצועה של ההולדה. מכללא, היה זה רצונה הטבעי של נפטרת.

32. סמכות בית המשפט.

בנושא דנן קבע בית המשפט שאין לו סמכות לדון בבקשה, משום שהמדובר הוא בעובר שטרם יצא לאויר העולם.

גם בלא לדון במעמדו של העובר, הנה בכל הנוגע לסמכות בית דין לדון בענייני עובר, עומדת קביעה זו כסתירה גמורה להלכה. כפי שראינו לעיל, העובדה שהעובר לא יצא לאויר העולם, אינה מונעת את הגדרתו כחי, כי מדובר בעובר שאמו נפטרה. כאן מדובר למעשה בילד חי, יתום. אם יש מישהו שיש לו סמכות וחובה לדאוג לצרכיו של עובר זה, הרי זה דווקא בית הדין. בית הדין הוא אביהם של יתומים⁶⁵, ולפיכך מי שמת בלא שמינה אפוטרופוס ליורשיו הקטנים, בית הדין עצמו הוא החייב להעמיד להם אפוטרופוס⁶⁶, וכל עוד שלא עשה זאת מונחת האבהות-אפוטרופסות ההילכתית בחיק בית הדין עצמו.

יצויין כי בדרך כלל במונח "בית-דין", הכוונה לכל בי"ד של שלושה אך כאן הכוונה לבית הדין הממונה בעיר או לגדולי הדור⁶⁷. ואף זאת לא אמרו שבי"ד הוא אביהם של יתומים אלא ביתומים קטנים אך לא כגדולים⁶⁸. עם זאת אפשר שלענין שלפנינו, טובת העובר, הכוונה היא גם לבית המשפט, וכמיוחד כאן כשהמדובר בהצלת העובר⁶⁹. אם אכן היה בית המשפט במעמד של בית-דין, אבי היתום והחייב בהצלתו והוא לא הורה כן, מדובר כאן במקרה המזכיר את

63. מלכים א, ג, כ"ו.

64. שו"ת בנין ציון סי' קע"א. המחבר שם מרחיב אומדנא הגיונית זו לא רק לגבי פרי ביטנה הישיר של האשה, אלא לגבי כלל יורשיה שכוודאי נות לה לאשה שלא יאמרו שכגין דברים ששוב אינם רלוונטים לחייה, כגון נתיחת גופה אחר מותה, יימנע טוב מצאצאיה; וראה גם שו"ת ציץ אליעזר ד', י"ד.

65. ב"ק ל"ז, ע"א; רמב"ם נחלות י', ה';

66. רמב"ם שם; טוש"ע חו"מ ר"צ, א'.

67. שו"ת הרא"ש כלל פ"ה סי' כ"ו; רמ"א בשו"ע חו"מ ר"צ, א.

68. ר"ן בב"ק רפ"ד; רמ"א שם.

69. על פי שיטת מו"ר הרב ישראלי שליט"א שבעניינים שכאלו קבילות הכרעות בית המשפט ואינו כערכאות.

דינו של המגיע להוראה ואינו מורה, עליו קוראת הגמרא⁷⁰ את הפסוק "כי רבים חללים הפילה ועצומים כל הרוגיה"⁷¹.

33. הרי איפוא שלא זו בלבד שיש סמכות לבית המשפט למנות אפוטרופוס אלא שאפוטרופסות זו אף מצויה היתה בזמן הדיון בידיו גופא. מכוחה ובגינה היה הוא צריך להורות על ילוד העובר⁷².

34. סיכום:

א. ההכרעה תלויה בשאלה מהו רגע המוות.

ב. הרבנות הראשית לישראל קיבלה את ההגדרה כי מות גזע-המוח הוא מות האדם.

ג. מבחינה הילכתית נפטרה הגב' ממן ז"ל עוד בטרם החל הדיון בענין העובר.

ד. על פי ההלכה, עובר המצוי בגופה של נפטרת מוגדר כ"חי", לפיכך היתה חובה ליילד את העובר ופסיקת בית המשפט אינה תואמת את ההלכה.

ה. חוות דעתו של הגרא"י וולדינברג בסוגייתנו, סותרת את עמדתו המקובלת בענין קביעת רגע המוות.

ו. לעובר מעמד מסויים על פי ההלכה.

ז. קיימת חובת הצלה בקום ועשה לגבי עובר המצוי במעי אמו. לפיכך היה על הרופא לבצע את ההולדה.

ח. אין לאב זכות למנוע לידת בנו.

ט. יש להניח כי היה זה גם רצונה של הנפטרת ז"ל כי בנה יוולד לחיים.

י. בידי בית המשפט הסמכות לדון בענין, ועליו גופא מוטלת החובה לדאוג לעובר.

70. עבודה זרה י"ט ע"ב.

71. משלי ז', כ"ו.

72. יתר על כן: אם יש פסוק המדגיש במיוחד את סמכות בית הדין לדון בנושא מסויים הרי שהוא דווקא בענייני עוברים. מפשטות לשון הכתוב בשמות כ"א, כ"ב, משמע שדווקא לגבי עוברים שנפגעו אומר הכתוב "ונתן בפלילים", כלומר יידון על ידי דיינים. הרי שסמכות הדיינים בכגון זה, מכח פסוק מפורש היא באה. אמנם משמעות הכתוב שם היא לדיון בפני הדיינים בנוגע לתביעתו של האב, מכח דיני ממונות, אך בוודאי שאין זה בא לצמצם את סמכות הדיינים לדון בכלל ענייני עוברים אך ורק משום שטרם נולדו לאויר העולם.