

הפלת עובר – מעמדו ההלכתי של הבעל והשוואה למעמדו במשפט הישראלי

- א. הקדמת העורך
- ב. הצורך בהסכמת הבעל לשם ביצוע הפלה
- ג. הבעל או האב?
- ד. אף כשקיימת סכנה?
- ה. לסיכום ביניים
- ו. התוצאות המשפטיות: 1. תביעה בנוזיקין 2. עילה לגירושין
- ז. הפלה אסורה בהסכמת הבעל
- ח. המעמד במשפט הישראלי
- ט. התנגשות
- י. נעילה

א. הקדמת העורך

סוגיית מעמדו של הבעל ביחס לעובר, היא שאלה עתיקת יומין בספרות ההלכה. דעות שונות בנושא מובאות כבר במשנה ובתלמוד, דעות המקבלות תובנות ייחודיות בדברי הפוסקים האחרונים עד ימינו. בחוק הישראלי לעומת זאת, אין התייחסות מפורשת למעמד אבי העובר, ובפסיקת בית המשפט העליון הנושא נדון לראשונה בשנת תשמ"מ.¹ מאמר זה פורש לפני הקורא את התייחסות התלמוד והפוסקים לסוגיא, ומאפשר התייחסות מתאימה גם לפסיקה, החדשה יחסית, בישראל.

* מאמר זה מתבסס על מאמרי "מעמדו של הבעל בהפלת העובר במשפט העברי והשקתו למשפט הישראלי", הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון, עורכים: אריה אדרעי, דוד גליקסברג, אביעד הכהן, ברכיהו ליפשיץ, ובנימין פורת. הוצ' המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר עם המכון לחקר המשפט העברי ע"ש ישראל מץ, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית ירושלים, תשע"ח (2018). מאמר מעודכן זה כולל תוספות ושינויים רבים והוא מתפרסם כאן בהסכמתה האדיבה של מערכת ספר הזיכרון.

ברצוני להודות מעומקא דליבא לאנשים הבאים על הערותיהם החשובות והמאירות בשלבי ההכנה של המאמר: הרב עו"ד דוד בס, הרב צבי הבר, הרב ד"ר יואל וולוולסקי, עו"ד ענת וילנאי, הרב שאול נחשון, ד"ר בנימין פורת, הרב פרופ' אריה פרימר, הרב ד"ר זאב פרימר, עו"ד נעם פרימר, הרב שאול פרימר, עו"ד אליהו קדוש, הרב פרופ' רון קליינמן, כב' השופט ערן שילה, כב' הדיין הרב אברהם צ' שינפלד והרב פרופ' יגאל בצלאל שפרן.

1. ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57 (1981). פסק דין זה הנו ערעור על פסק דינו של כב' השופט א' כרמי מבית המשפט המחוזי בחיפה, המ' 1164/80 פלוני נ' פלונית (לא פורסם), בו החליט השופט כרמי למנות את אבי העובר כאפוטרופוס עליו לצורך הופעת האב בפני ועדת ההריונות. השופט כרמי נימק את החלטתו כך: "שני בני הזוג מופקדים על תקינות המערכת המשפטית ועל תפקודה ותפעולה, והבעל כשלעצמו זכאי אף הוא להתחשבות ברצונו ובשאיפותיו במה שנוגע לילדו בעתיד. הוועדה אינה נזקקת להסכמת הבעל, אך שומא עליה, בדרך כלל, לקבל ממנו מידע והצהרת כוונות".

הכרות מעמיקה עם הדעות והמקורות המובאים כאן, עשויה לסייע לעוסקים בנושא מורכב זה הלכה למעשה.

ב. הצורך בהסכמת הבעל לשם ביצוע הפלה

בניגוד למערכות משפט רבות, המשפט העברי אינו מקבל בצורתו הפשוטה והכוללנית את העיקרון כי יש לאדם בעלות על גופו. יש הסוברים שעל פי ההשקפה ההלכתית – אין האדם בעלים על גופו כלל.

אחרים סבורים שגם אם יש לאדם אלמנטים מסוימים של בעלות על גופו, בעלות זו היא מוגבלת בכך שבין השאר אין לו זכות לחבול בגופו – לרבות הפלת העובר שבו.²

לאור זאת, אין פלא אפוא שאין אנו מוצאים את המושג "זכות האישה על גופה" כשיקול בדיון ההלכתי על ההפלה המלאכותית.

יחד עם זאת, ההלכה מכירה, לכאורה, בזכות משפטית מיוחדת של הבעל בעוברו. זכות זו מוצאת את ביטויה המעשי בפרשת דמי ולדות שבספר שמות ושם נאמר:

וכי ינצו אנשים ונגפו אשה הרה ויצאו ילדיה ולא יהיה אסון (באשה – רש"י) ענוש יענש (לשלם דמי ולדות לבעל – רש"י) כאשר ישית עליו בעל האשה ונתן בפללים (על פי דיינים – רש"י).³

התורה מחייבת אפוא אדם שהכה את אשת רעהו וגרם להפלת פרי בטנה לשלם כסף תשלומים ל"בעל האשה"⁴. הכרת התורה בעילת תביעה

2. ראו את המקורות המובאים על ידי פרופ' אברהם שטינברג "הסכמה מדעת" אנציקלופדיה הלכתית רפואית כרך ב 673-674 (התשס"ו).

באשר לניתוח של האיסורים ההלכתיים האפשריים הכרוכים בהפלה מלאכותית, וביניהם איסור חבלה ואפיו, ראו מאמרו החשוב של הרב ד"ר אהרן ליכטנשטיין "חוות דעת הלכתית" בריאות הציבור כז 495 (התשל"ה); פורסם שוב תחת השם "הפלות מלאכותיות – היבטי הלכה" תחומין כא 93 (התשס"א).

מאמר זה תורגם לאנגלית

Rabbi Aharon Lichtenstein, Abortion: A Halakhic Perspective, 25(4) Tradition 3 (Summer 1991); republished in II *Leaves of Faith* 241 (2004).

חוות דעת זו של הרב ליכטנשטיין מובאת באריכות על ידי בית המשפט העליון בע"א 413/80, לעיל ה"ש 1, בעמ' 77, 81, 87, 92.

3. שמות כא 22. על מכלול הבעיות הטקסטואליות והמשפטיות העולות מפסוק זה ראו Bernard S. Jackson, *Essays in Jewish and Comparative Legal History* 75-107 (1975).

4. וכן נפסק להלכה. ראו הרב משה בן מימון (רמב"ם), משנה תורה, חובל ומזיק, פרק ד, הלכה א; הרב יעקב בן הרא"ש, ארבעה טורים, חושן משפט, סימן תכג; הרב יוסף קארו, שלחן ערוך, חושן משפט, סימן תכג סעיף א.

בנזיקין⁵, מצביעה לכאורה על קיומה של זכות משפטית אשר יש לבעל בדבר הניזוק – דהיינו בעובר⁶.

לסיכום פרטי הלכה זו של "דמי ולדות" ראו הרב יוסף באב"ד, **מנחת חינוך**, א, מצווה מט (מהדורת מכון ירושלים, רנ-רנג, אותיות כז-מב); "דמי ולדות" **אנציקלופדיה תלמודית** ז, תקצב-תקצט (הרב שלמה יוסף זיין עורך, 1968). אם נגרם נזק לעובר מבלי להפילו ראו הרב בנימין בירנבוים "בדין בעלות על עוברים וחומר עוברי ונזקים" **שושנת העמקים**, רנט, רנט-רסה (התשנ"ט).

להשוואת הלכה זו של תשלום דמי ולדות במשפט העברי לחוקים המזרחיים הקדומים השונים ראו דניאל סינקלר "היסוד המשפטי של איסור הפלה במשפט העברי (בהשוואה לשיטות משפט אחרות)" **שנתון המשפט העברי** ה' 179, 177-182 (התשל"ח);

Daniel B. Sinclair, *The Legal Basis for the Prohibition on Abortion in Jewish Law*, 15 *Isr. L. Rev.* 109, 110-112 (1980); Samuel Greengus, *Laws in the Bible and in Early Rabbinic Collections: The Legal Legacy of the Ancient Near East* 141-147 (2011).

בשאלה אם שייך דין דמי ולדות בבני נח לפי המשפט העברי, הסתפקו אחרונים בשאלה זו. ראו, בין השאר: **מנחת חינוך**, מצווה מט, תנב, אותיות לד ו-מא; הרב משה פיינשטיין, שו"ת **אגרות משה**, יורה דעה א, סימן קסב, סוף ד"ה "ובעצם"; הרב יעקב קמינצקי **אמת ליעקב – ספר עיונים במקרא**, שמות כא 22, ד"ה "ונגפו אשה הרה" (התשמ"ו, בעמ' קסח).

לכאורה, אם העובר מת, אין מקום לתביעה כזו במשפט הישראלי. ראו אהרן ברק דיני הנזיקין: **תורת הנזיקין הכללית** ג 355 סעיף 201(2) (גד טדסקי עורך, מהדורה שנייה, התשל"ז); יצחק אנגלרד **חוק הכשרות המשפטית והאפורטורפוסות, תשכ"ב-1962**, ס' 1-13 (פירוש לחוקי החוזים מיסודו של גד טדסקי, מהד' שנייה, 1995). וכן נפסק בע"א (מחוזי נצ') 39/88 **נסיר נ' שמיר חברה לביטוח בע"מ**, צלטנר 588 (א) (1988); בש"א (נצ') 4953/01, ת"א (שלום נצ') 4953/01 **עזבון אבו תנהא נ' בית חולים נצרת אי.מ.מ.ס.** (פורסם בנבו, 15.6.2004); בש"א (י-ם) 5603/04, ת"א (י-ם) 1082/98 **מאיר נ' ד"ר לאור** (פורסם בנבו, 11.10.2004).

באשר למעמדה של תביעה מעין זו במשפט האמריקאי, חלוקות הדעות; ראו William L. Prosser & W. Page Keeton, *The Law of Torts* 369-370 (5th ed. 1984); Sheldon R. Shapiro, Annotation, Right to Maintain Action or to Recover Damages for Death of Unborn Child, 84 *A.L.R.* 3d 411 (1978 & Supp. 1995).

קביעתו שמדובר בתביעת נזיקין הולכת בעקבות רוב מניינים ובניינים של חכמי ההלכה לדורותיהם אשר הבינו, כפי שעולה מהמשך דברינו, כי דמי ולדות הם פיצוי ממוני בגין עילה שבדיני נזיקין. ברם, השוו את מאמרו של ד"ר פרץ סגל "ולא תקחו כופר לנפש רוצח" – לפסולתו של הסכם לפדיון רוצח" **שנתון המשפט העברי** יג 215, 224-226 (התשמ"ז), הטוען כי הדין המקראי אינו רואה ברמי ולדות פיצוי אלא כופר. ועיינו עוד: תרגום יונתן בן עזיאל, שמות כא 22; רמב"ן, שמות כא 22; הרב יצחק זאב הלוי סאלאווייצקי, **חידושי מרן רי"ז הלוי על הרמב"ם**, מכתב ו' (מיום ג' דתשובה התש"ח) (והשוו דברי אחיינו, הרב יוסף דב הלוי סולובייצקי, המובאים על ידי הרב צבי יוסף רייכמן, **רשימות שיעורים שנאמרו על ידי מרן הגאון הרב יוסף דוב הלוי סולובייצקי זצ"ל**, בבא קמא פו, ע"א, ד"ה "אמנם"); הרב יצחק צבי אושינסקי "בעלות על עוברים מופרים" **אסותא** תב תד-תה (הרב אליקום דבורקיס עורך, התשס"ו); פורסם שוב בספרו **אורות המשפט** שה, שז-שח (התשס"ז). הרב משה מרדכי עפשטיין, **לבושי מרדכי**, בבא קמא, סימן כו, וחתנו, הרב אברהם משה חברוני, **משאת משה**, בבא קמא, סימן נ, סוברים כי שאלה זו, אם החיוב לשלם דמי ולדות הוא מדין כופר או משום פיצוי בגין נזק, היא בעצם מחלוקת בין האמוראים רבה ורב חסדא, בבלי, בבא קמא מט, ע"א; וכן סובר הרב שאול ישראלי, שו"ת **חוות בנימין**, ג, סימן קח, אות א; והשוו להלן ה"ש 39. וראו עוד בדברי הרב ברוך דוב לייבאוויץ, **ברכת שמואל**, א, בבא קמא, סימנים כו, כט, הסובר "דין חיוב ולדות דחייבה התורה מקרא ד'כאשר ישית עליו בעל האשה', הוא דין תשלום מחודש מגזירת הכתוב" (שם, סימן כו, סוף אות א). וכן: "אבל ולדות אין זה חבלת הגוף וראשי אברים, ואי לאו

זאת ועוד: משום זכות זו של הבעל בעובר, מעלה התלמוד הבבלי במסכת ערכין⁷ את האפשרות שעל בית הדין לעכב את הריגתה של מעוברת הנדונה למיתה עד לאחר שתלד וזאת כדי לא לפגוע בזכויותיו של הבעל:

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

למסקנה, התלמוד דוחה דעה זו ותומך בהכרעת המשנה⁸ ש"האשה שהיא יוצאה ליהרג אין ממתניין לה עד שתלד". ברם, התלמוד עושה כן רק מכוח דרשה מיוחדת של פסוק בתורה:

אמר רבי אבהו אמר רבי יוחנן: אמר קרא "ומתו גם שניהם"⁹ – ["גם"], לרבות את הוולד¹⁰.

לכאורה, מוכח מכאן שלולא הדרשה המיוחדת הייתה זכותו של הבעל בעובר איתנה מספיק עד כדי שהיה בכוחה לעכב את ביצוע דין המוות¹¹ למרות עינוי הדין של האשה; בלי סמכות מפורשת (דהיינו, אלמלא הפסוק), אפילו לבית דין אסור לפגוע בזכותו של בעל בעובר¹². ואם כך ההלכה לגבי בית הדין, האדם הפרטי לא כל שכן¹³. זכות זו של הבעל כוחה אינו פחות מכל זכות אחרת – ואפילו ממונית – שיש לאדם ואסור לאחר לגרוע ממנה.

הפרשה ד'כאשר ישית עליו בעל האשה' לא היה כלל דין דמי ולדות, אלא דמי ולדות הוא תשלום מחודש מגזירת הכתוב מן הפרשה ד'כאשר ישית' (שם, סימן כט, א). לאחר שהתורה קבעה את דמי ולדות כראש נזק מחודש ועצמאי, דן הרב לייבאוויץ בשאלה אם דמי ולדות נוהגים בהתאם לכללים המקובלים אצל שאר ראשי נזק המוכרים במשפט העברי, או שמא יש לו דינים המיוחדים משלו. הרב לייבאוויץ הגיע למסקנה כי שאלה זו שנויה במחלוקת בין האמוראים הנ"ל, רבה ורב חסדא. ועיינו עוד בזה: הרב יהושע מנחם אהרנברג, שו"ת **דבר יהושע**, ה, חושן משפט, סימן ח.

6. על כך שבמשפט העברי העובר הנו אישיות משפטית בעלת זכויות לצורכי דיני נזיקין ראו הרב אברהם שיינפלד **נוזקין** 39-41 (**חוק לישראל**, נחום רקובר עורך, 1991), והמקורות המובאים שם.

7. בבלי, ערכין ז, ע"א.

8. משנה, ערכין א, ד.

9. דברים כב 22.

10. אילו התכוונה התורה אך ורק לאיש ולאשה שנאפו, דהיינו שניהם חייבים עונש מוות, מספיק היה אילו כתבה התורה "ומתו שניהם". המילה "גם" היא אפוא מיותרת – אלא אם כן היא באה לרבות גוף נוסף, כלומר הוולד. ראו הרב ברוך הלוי עפשטיין, **תורה תמימה**, דברים, שם, אות קעב.

11. ראו תוספות, סוטה כו, ע"א, ד"ה "מעוברת": "... הא תנן בפרק קמא דערכין (ז,א): 'האשה היוצאה ליהרג אין ממתניין לה עד שתלד'. והתם גזירת הכתוב הוא: 'ומתו גם שניהם לרבות את הוולד'. והתם משמע טעמא דרבי קרא; הא לא רבי קרא, לא קטליניה ליה, משום דמונא דבעל הוא, כדכתיב (שמות כא): 'כאשר ישית עליו בעל האשה'..."

12. השו"ה"ש 45 להלן לאפשרות אחרת להבנת משמעותה של דרשה זו.

13. הרב ברוך תאומים פרנקל, שו"ת **עטרת חכמים**, א, אבן העזר, סימן א, ד"ה "עוד בתשובה" (תודתי לרב אשר זעליג וייס אשר הפנה את תשומת לבי למקור מעניין זה); הרב בן ציון

על פי המשפט העברי, מוטלת על בעל המזיק לאשתו אחריות מלאה לשלם לה את מלוא שיעור הנזק. מאידך גיסא, מוטלת אחריות משפטית זו גם על אישה אם הזיקה לבעלה¹⁴. יוצא, אם כן, שאיסור¹⁵ זה לפגוע בזכות הבעל בעובר חל בוודאי אף על האישה, זאת למרות היותם נשואים זה לזה¹⁶.

אין מנוס אפוא מלהסיק כי אסור לאישה להפיל עובר – שהוא אף¹⁷ עובר הבעל¹⁸ – ולפגוע בזכות הבעל בלא הסכמתו. וכן הורה הלכה למעשה דיין בית הדין הרבני הגדול (בדימוס), הרב אליעזר יהודה וולדינברג¹⁹, בתשובה הלכתית אשר כתב ביום י"ז באדר א' התשל"ח לפרופ' דוד מ' מאיר, המנהל הכללי של בית החולים "שערי צדק" בירושלים:

אוסף גם זאת להעיר שבמקרה של היתר, אזי עם הצורך והחובה לקבל את הסכמת האשה להפסקת הריון... יש מן הצורך והחובה

מאיר חי עזיאל, שו"ת **משפטי עזיאל**, חושן משפט, סימן מו, אות ד; הרב יחיאל יעקב וויינברג, שו"ת **שרידי אש**, ג, סימן קכז, אות יב;

הרב יצחק אייזיק ליעבעס, שו"ת **בית אבי**, ב, סימן קנו, אות ו; הרב יהודה גרשוני **קול צופף** שנו (התשמ"ו).

14. ראו בזה באריכות: מנחם אלון, **המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** כרך א, 516-517, ובמיוחד ה"ש 37 והמקורות המצוינים שם (מהדורה שלישית, התשמ"ח). כידוע, הייתה לעמדת המשפט העברי בסוגיה זו השפעה ישירה על ההלכה הפסוקה של המשפט הישראלי. ראו שם; ע"א 479/60 **אפלשטיין נ' אהרוני**, פ"ד טו(2) 682, 694-695 (1961). וראו עוד: ברק, לעיל ה"ש 4, סעיף 204ב, בעמ' 361-363.

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

16. ראו שו"ת **תפארת צבי**, אורח חיים, סימן יד; שו"ת **עטרת חכמים**, לעיל ה"ש 26; הרב יוסף ראזין, שו"ת **צפנת פענח** (דווינסק) א, סימן יב; שו"ת **שרידי אש**, לעיל ה"ש 26; הרב ישראל יאקבאוויטש הפרדס שנה ל חוברת ז, סימן נ, פרק ד 22-23 (התשט"ז), פורסם שוב בספרו: הרב לורד ישראל (עמנואל) יעקובוביץ **משנת השר** 12 (התשנ"ח); שו"ת **בית אבי**, לעיל ה"ש 26. בשו"ת **בית אבי**, שם, הרב ליעבעס מדגיש: "...יהא אסור להרוג את העובר להפסיד ממון דבעל ואפילו אם תרצה לשלם לבעל דמי ולדות יש לומר דלא ניחא בדמים". אולם השוו דברי הרב קאהן, להלן ה"ש 54.

17. ראו להלן ה"ש 27.

18. בעובדה שהאם היא זו הנושאת את העובר לא די כדי לעשותה האפוטרופוסית הבלעדית עליו. העובר אינו נחשב אלא כ"פקדון" אצל האם "כאדם המפקיד ברשות חברו פקדון, כל היכא דאיתיה ברשותיה דמריה איתיה" (= כל מקום שהוא נמצא, ברשותו של בעליו הוא נמצא). ראו רבינו בחיי בן אשר מסרגוסה, שמות כא 22 (מהדורת הרב שעוועל, עמ' רכג). וכן ראו שם, ויקרא יב 2 (מהדורת הרב שעוועל, עמ' תסט). והשוו פסק דינה של כב' השופטת טובה שטרסברג-כהן בב"ש (מחוזי חי') 290/78 **כהן נ' אוחנה**, פ"מ התשל"ט(1) 171, 172 מול האות ד (1978): "אין האשה הנושאת בקרבה עובר, משמשת – לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב-1962... כאפוטרופה טבעית שלו".

19. 2006-1915.

לקבל עם זאת גם הסכמת הבעל, כהלכה הידועה בנוזקי ולד שדמי וולדות לבעל²⁰.

בעקבות הכרעתו של הרב וולדינברג, הורה כן אף חבר אחר (בדימוס) של בית הדין הרבני הגדול, הרב שאול ישראל²¹. וכן פסק אב בית הדין של טורונטו, קנדה, הרב גדליה פעלדער²².

ברם, הדברים אינם כה פשוטים. כפי שהבינו גדולי הפרשנים האחרונים מסוף המאה ה-19 וראשית המאה ה-20, כבר בתקופת התנאים נחלקו חכמי ישראל באשר לאופייה המשפטי של זכות הבעל בדמי הולדות²³.

יש מן התנאים אשר סברו, כפי שהסברנו לעיל, כי זכות זו הנה זכות מקורית לבעל אשר נובעת באופן ישיר מזכותו בעובר²⁴. אולם, לעומת זאת, יש מן התנאים אשר הבינו כי זכותו של הבעל בדמי וולדות אינה אלא זכות הנגזרת מזכותה של האישה בעובר²⁵. לדעתם, העובדה שדמי הולדות משולמים לבעל אינה מבטאת בהכרח זכות עצמאית אשר יש לבעל בעובר, אלא הזכות היא זכות ממונית גרידא הנובעת מקיום קשר הנישואין בין הבעל לבין האישה ומכוח דיני האישות – בדומה להלכת מעשה ידי האישה אשר עובר אף הוא לבעל. ויכות זה המשיך במהלך דורות האמוראים²⁶, הגיע לשיאו בתקופת הראשונים²⁷ ונשאר ללא הכרעה ברורה גם בימי הפוסקים האחרונים²⁸.

20. רב אליעזר יהודה וולדינברג "בדיקת מי השפיר כדי לגלות מקרה של 'מונגולודיזם' אצל העובר, ובהפסק הריון במקרים הנ"ל" **הדרום** נ, חלק "אשירה לה' בחיי" 159, 164 (התש"מ); פורסם שוב בשו"ת **ציץ אליעזר**, יד, סימן קא, אות ד. וכן פסק הרב וולדינברג גם בשו"ת **ציץ אליעזר**, ט, סימן נא, סוף שער ג, סיכום, אות טו.
21. 1995-1909. ראו שו"ת **במראה הבזק**, א, סימן כז תשובה 4 (התש"ן). ועיינו עוד בדבריו בשו"ת **חווה בנימין**, לעיל ה"ש 5; ומה שכתבנו להלן ה"ש 31.
22. 1991-1921. ראו שו"ת **שאלת ישרון**, סימן לט (התשי"ט). וכן כתב הרב יחיאל זאיד, שו"ת **בנין עדי עד**, ב, סימן 341. הרב זאיד (1939-2008) היה רב שכונת קרית הרצוג ופרדס כץ לקהילת התימנים בבני ברק.
23. הרב איסר זלמן מלצר, **אבן האזל**, חובל ומזיק, פרק ד, הלכה ב, ד"ה "יהנראה עוד" ואילך; הרב יחזקאל אברמסקי, **חזון יחזקאל**, בבא קמא פרק ו, הלכה ה בחידושים, סוף ד"ה "אך מסתבר".
24. זו דעתו של רבן שמעון בן גמליאל, בבלי, בבא קמא מח, ע"ב.
25. זו דעתם של רבנן, שם.
26. בבלי, בבא קמא מט, ע"א. הרב איסר זלמן מלצר, שם, מבין שרב חסדא סובר כדעת רבן שמעון בן גמליאל, ואילו רבה סובר כרבנן. לעומתו, הרב חנוך העניך אייגעש, **מרחשת**, ב, סימן לח, אות ד; והרב חיים רבינוביץ, **חידושי רבי חיים מטעלו**, בבא קמא מט, ע"א, מבינים בדיוק להפך, דהיינו שרבה אוחז בדעה כי לאב זכות בגוף הולדות ואילו רב חסדא סובר כי זכות האב היא זכות חיצונית מיוחדת. והשוו לבושי מרדכי ומשאת משה, לעיל ה"ש 5.
27. רוב הפרשנים האחרונים מבינים כי רבנו תם, הראב"ד והרא"ש סוברים שיש לבעל זכות בוולדות עצמם; ואילו הרמב"ם וחלק מבעלי התוספות סוברים שאין לבעל זכות אלא בדמי

הוולדות, אבל הוולדות עצמם שייכים לאישה. ראו **חזון יחזקאל**, לעיל ה"ש 23; הרב בנימין רבינוביץ – תאומים, **חוקת משפט**, הלכות ירושה ועזובון, פרק ח, סעיף ה, מקורות, סעיף קטן ז, וסעיף ו, באורים, סעיף קטן יד; הרב משה פיינשטיין, **דברות משה**, בבא קמא, א, סימן ל; הרב יוסף דב הלוי סולובייצ'ק, **רשימות שיעורים**, לעיל ה"ש 5, בבא קמא כב, ע"ב, ד"ה "בא"ד. מיתה לאשה", ו-פז, ע"א, ד"ה "משנה. דמי וולדות"; הרב דוד לאו "בעלות על ולדות" **עטרת שלמה** ב קכח, קכט-קמג (התשנ"ז); פורסם שוב בספרו **משכיל לדוד** תרע, תרעא-תרפב.

נראה לנו שבכך ניתן להבין אף את המחלוקת שבין רבנו תם לבין בן אחרותו, רבנו יצחק ב"ר שמואל (הר"י הזקן), המובאת בבבלי כתובות ל, ע"ב-לא, ע"א, תוספות, ד"ה "רב אשי אמר", בקשר לסוגיית "מיתה לזה ותשלומין לזה פטור". כפי שמבואר שם, לדעת רבנו תם, דמי ולדות הם דוגמה למקרה שבו קיים חיוב נפשות מחמת מיתה האישה ובעת ועונה אחת, חובת תשלומין לבעל עקב הפלת העובר – "שהולדות שלו". אולם, לדעת הר"י, אין הדבר כן; מ"כיון שהולדות הן בגוף האשה", נחשב הדבר לחיוב נפשות וחובת תשלומים לאותה אחת – האישה. לכאורה, אף כאן רבנו תם מחזיק בשיטתו הנזכרת שיש לבעל זכות ישירה בוולדות עצמם; ואילו הר"י סבור כאותם בעלי התוספות דלעיל שסוברים שאין לבעל זכות אלא בדמי הוולדות, אבל הוולדות עצמם שייכים לאישה. יתירה מזו: כהבנת המפרשים האחרונים הנ"ל בדברי רבנו תם, הראב"ד והרא"ש – דהיינו: שיש לבעל זכות בוולדות עצמם – מוצאים אנו בצורה די מפורשת כבר בפירושים של ראשונים לתורה. כך, למשל, כותב הרמב"ן בפירושו על התורה לספר שמות כב 22 (מהדורת הרב שעוועל, עמ' תכג): "והכוונה כי הוא חייב בדמי הוולדות כאשר ישית עליו הבעל, ולא כאשר ישית עליו האשה, כי אין לה חלק וזכות בהם". ובעקבותיו אף כותב רבינו בחיי בן אשר מסרגוסה, בביאורו על התורה לספר שמות, לעיל ה"ש 5: "כאשר ישית עליו בעל האשה ולא כאשר תשית עליו האשה, לפי שאין לאשה חלק וזכות בוולדות, שאע"פ שהזכיר (הפסוק – ד"פ), 'לדירה' אין הכוונה שיהיו שלה, אבל הם פקדון אצלה...". וראו עוד בביאורו של רבינו בחיי לספר ויקרא, לעיל ה"ש 5. בלשון דומה כותב אף רבנו יעקב בן הרא"ש (כנראה בעקבות אביו וכנ"ל) בפירושו הטור הארוך על התורה, שמות כא 22: "כאשר ישית עליו בעל האשה בא למעט האשה, דוקא כאשר ישית עליו הבעל יתן, ולא כאשר תשית עליו האשה כי אין לה חלק בוולדות". ועיינו גם בדברי הרב דון יצחק אברבנאל בפירושו על התורה, שמות כא 22 (בראש עמ' רו) (אם כי לא ברור למה כוונתו בכתבו "בהם": האם הוא מתכוון לוולדות עצמם או לדמי הוולדות; ראו להלן, סוף הערה זו).

ואילו כהבנתם של האחרונים הנ"ל בדברי הרמב"ם וסיעתו – שאין לבעל זכות אלא בדמי הוולדות, אבל הוולדות עצמם שייכים לאישה – נמצאת כבר בפירושו של רבנו לוי בן גרשום (הרלב"ג) על התורה, שמות כא, משפטים, תועלות ב, השורש האחד עשר (מהדורת ברנר וכהן, בעמ' 163), ושם נאמר: "...כי לא זכתה התורה בדמי הולדות כי אם לבעל, לא ליורשיו, כי אין האשה נקנית (=נישאת. ראו משנה, קדושין א, א – ד"פ) להם; ולפי שהולדות הם כמו אבר מאבריה...". וראו עוד: דברי הרלב"ג בביאורו לשמות כא 22, משפטים, ב (בעמ' 33, 38); תועלות, שם, השורש השמיני והשורש העשירי (בעמ' 162-163); ובטקסט להלן על יד ה"ש 67-70.

והשוו הסברו של הרב שלמה דיכובסקי במסגרת פסק הדין של בית הדין הרבני הגדול מיום ה' בכסלו התשס"ב (בהרכב כב' הדיינים הרבנים שלמה דיכובסקי, אברהם ח' שרמן ושלמה בן שמעון), בעניין "בעלות על ביציות מופרות" **תחומין** כב 392, 404-405 (התשס"ב) (פסק דינו של הרב דיכובסקי מתחיל בעמ' 404). לדעתו, "הרי, שלרמב"ם הבעלות היא גם לבעל וגם לאשה. אלא שבעלות הבעל עדיפה משלה... ואילו לרא"ש, הבעלות היא לבעל לבד". אולם, הרב שלמה בן-שמעון (שם, בעמ' 408-409), דוחה את דברי הרב דיכובסקי ומאמץ את הבנתם של רוב המפרשים האחרונים כנ"ל. וכן עיין במאמרו של הרב אושינסקי, לעיל ה"ש 5, בעמ' תג-תד (שה-שז). השוו גם דברי הרב ישראלי, לעיל ה"ש 5, הסובר שלדעת הרא"ש אין קניין בעוברים והתשלום של דמי ולדות הוא תשלום מסוג עונש; ואילו הרמב"ם בדעה שיש לבעל בעלות וזכות קניינית בעוברים, אלא שזכות זו נובעת מהיותו בעל האישה.

הרב מאיר שמחה כהן מדווינסק²⁹, בספרו אור שמח³⁰, עומד על כך כי לפי גישה אחרונה זו, אין לאישה המפילה את עובריה כל חובה כלפי בעלה בעניין דמי הולדות. הרי אין לבעל כל זכות ישירה או עצמאית בעובר עצמו וזכותו לדמי הולדות נגזרת כל כולה מזכותה של האישה. אולם, כשם שאישה אינה חייבת לשלם לעצמה פיצוי בגין נזק שהיא גורמת לגופה, כך אין היא חייבת לשלם לעצמה פיצוי בגין הנזק אשר היא גורמת לעובריה. מאחר שאין היא חייבת לשלם לעצמה בגין הפלת עובריה, אזי אין גם לבעל מה לגבות.

חשוב לציין כי בניגוד לכל הדעות שהבאנו בה"ש זו לעיל, יש מן הפרשנים האחרונים הסוברים שלכולי עלמא הולדות עצמם שייכים לאישה ואין לבעל כל זכות בהם. לפי אסכולה זו, המחלוקת הקיימת הן אצל האמוראים והן אצל הראשונים אינה אלא במישור הממוני בלבד; כלומר, מהי מהותה של זכות הממון בדמי הולדות: האם זכותו של הבעל בדמי הולדות היא זכות ממונית ישירה ועצמאית או שמא היא נגזרת מזכותה של האישה. ראו הרב אהרן קטור, **משנת רבי אהרן**, בבא קמא, סימן טו, סעיף א; הרב מרדכי קרפנשפרונג, **דברי מרדכי**, א, סימן יז. וכן שמעתי מהרב מנשה קליין (מחבר שו"ת **משנה הלכות**). ועיינו עוד: **ערוך השלחן**, חושן משפט, סימן תכג, סעיף ג. במסגרת אסכולה זו ניתן לכלול אף הרב שיינפלד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 40, המבקש לחדש זכותו של האב בדמי ולדות הוא מדיני ירושה; כלומר, שחיובו של המזיק לשלם דמי ולדות הוא בעצם לעובר ואילו האב יורש את עוברו שמת (לאמתו של דבר, הרב חנוך העניך אייגעש, בספרו **מרחשת**, המובא לעיל ה"ש 26, כבר הקדים את הרב שיינפלד בחידוש זה; אלא שהרב אייגעש מצמצם הבנה זו לדעתו של רב חסדא בלבד. כעין הבנת המרחשת [אולם מבלי להזכיר] בדברי רב חסדא, כותב אף הרב זלמן נחמיה גולדברג במאמרו "דיני נזיקין בהפלות מלאכותיות" **תחומין** ט 50, 54-56 [התשמ"ח]. אולם, בהערותיו לספרו של הרב שיינפלד [שם, בעמ' 349], הרב זלמן נחמיה גולדברג לכאורה דוחה חידוש זה. ועיינו עוד בזה: הרב אושינסקי, לעיל ה"ש 5, בעמ' תד [שז] ותו [שט]).

בכל אופן, לצורך הדיונים שלנו במקרה שהאישה מעוניינת בביצוע ההפלה ואילו הבעל מתנגד, לא נראה לנו כי יש נפקא מינה בין השיטה הסוברת שזכותו של הבעל היא בוולדות עצמם לבין זו הסוברת שזכותו היא זכות ממונית גרידא אבל זכות ישירה ועצמאית. ברם, בצדק העיר ידידי ד"ר בנימין פורת שהבדלי הגישות בין האסכולות הנ"ל עלולים להשפיע על ההלכה במקרה ההפוך, דהיינו במקרה שבו האב הוא זה המעוניין בהפלה המתרת ואילו האם היא זו המתנגדת לה. דיון בשאלה מרתקת זו חורג ממסגרת מאמרנו זה. וראו הרב יגאל שפרן "הצלת עובר המצוי בגופה של נפטרת – היבטים הלכתיים" **ספר אסיא ט** 274, 294-295 (התשס"ד). והשוו פסק דינה של כב' השופטת אלה מירו בתמ"ש (משפחה חי) 10708-02-09 **ש"א נ"ס. מ. מ.** (פורסם בנבו, 3.5.2009).

28. ראו שלחן ערוך, חושן משפט, סימן תכג, סעיפים א-ב, שהרב יוסף קארו פוסק כמו הרמב"ם וסיעתו ואילו הרב משה איסרליס (הרמ"א) פוסק כמו הראב"ד והרא"ש וסיעתם. כדעתו של הרמב"ם והרב יוסף קארו אף פוסקים הרב מרדכי יפה, **לבוש מלכות**, חושן משפט, סימן תכג, סעיף א; הרב יואל סירקיס, **בית חדש** (ב"ח), חושן משפט, סימן תכג, אות ב; **ביאור הגר"א**, חושן משפט, סימן תכג, סעיף ב, סק"ד; **חוקת משפט**, הלכות ירושה ועזובון, פ"ח, סעיף ו, באורים, אות יד. לעומתם, **ערוך השלחן**, חושן משפט, סימן תכג, סעיף ג, פוסק כדעת הרמ"א. וכן נראה דעת הרב יהושע ולק כ"ץ, **ספר מאירת עינים** (סמ"ע), חושן משפט, סימן תכג, סעיף ב, סעיף קטן ה-ו.

29. לטביה, 1926-1843.

30. מילואים, חובל ומזיק, פרק ד, הלכה ב. ברם, בחידושי לתלמוד, מביא הרב מאיר שמחה כהן הסבר אחר לגישתו של הרמב"ם; ראו: **רבנו מאיר שמחה על הש"ס**, בבא קמא, מג, ע"א, ד"ה "גרושה נמי תפלוג".

התוצאה מניתוח הלכתי זה היא שאין לבעל לא זכות ישירה בעובר ואף לא זכות ממונית עקיפה. ללא זכות בעובר עצמו או לדמי הוולדות, נראה, לכאורה, שהבעל נעדר כל מעמד משפטי בעניין העובר³¹ אף בקשר לדרישת הסכמתו להפלה³². דברים אלו של הרב מאיר שמחה כהן נכונים במיוחד כשמדובר באישה המפילה על פי היתר רבנים מחמת צער או נזק גופני או נפשי גדול.

את המחלוקת הזו – אם זכותו של הבעל בדמי ולדות היא זכות ישירה בעובר או אינה אלא זכות הנגזרת מזכותה של האישה בעובר – סייג הרב יוסף ראזין³³, הידוע בכינוי "הגאון הרוגאצ'ובי", מי שנחשב לאחד מגדולי התורה החריפים ביותר של סוף המאה ה-19 וראשית המאה ה-20³⁴. לדבריו, "כל זמן שלא הוכר העובר" (שהוא שלושת החודשים הראשונים של ההיריון), לכל הדעות אין לבעל כל זכות בדמי הוולדות³⁵. לדעתו, בתקופה זו של ההיריון,

31. והשוו הרב ישראלי, לעיל ה"ש 5, ס"ק ח, הסובר שגם אם זכותו של הבעל נגזרת מזכותה של האישה, אולם הזכות העוברת לבעל היא הזכות הקניינית בעובר ולא רק התשלום של דמי ולדות. על כן פסק הרב ישראלי, לעיל ה"ש 21, שהאישה חייבת בהסכמת בעלה להפלת עובר. ועיינו הרב לאו, לעיל ה"ש 27, בעמ' קמא (תרפא).

32. יש להבין איך תסדר שיטה זו עם הסוגיה במסכת ערכין הנזכרת בטקסט לעיל על יד ה"ש 8-2; הרי סוגיה זו, כאמור, תומכת לכאורה בדעה שלבעל זכויות בגוף הוולד עצמו. הרב מאיר שמחה כהן מסביר שאין להבין את מסקנת הגמרא שם כך שמוותר לבית הדין להרוג את העובר במעי אמו הנדונה למות על אף שפוגעים בזכויותיו של האב בעובר. אלא, מפרש הרב מאיר שמחה כהן, הגמרא מסיקה שמוותר לבית הדין להרוג את העובר דווקא משום שאין לאב כל זכות קניינית בעובר ודין העובר כדין גופה של האישה.

נראה לפי עניות דעתי הסבר אפשרי נוסף: בעל הסוגיה במסכת ערכין הנו רבי יוחנן. כפי שמופיע במספר מקומות בתלמוד, רבי יוחנן סובר להלכה כרבן שמעון בן גמליאל בכל מקום שדעתו מופיעה במשנה. ראו בבלי, כתובות עז, ע"א והמקורות המקבילים המובאים על ידי הרב יהושע בעז לבית ברוך בעין משפט נר מצוה, על אתר. ברם, לפי שיטת רבנן הסבורים שבאמת אין לבעל כל זכות קניינית בגוף הוולדות עצמם, כפי שהסברנו לעיל בה"ש 23-25, אין גם כל סיבה לעכב את ההוצאה לפועל של גזר דינה של האישה.

יוצא אפוא שכל הסוגיה בערכין היא אך ורק אליבא דשיטת רבן שמעון בן גמליאל. אולם, כפי שהסברנו לעיל בה"ש 27, הרמב"ם וסיעתו אינם פוסקים כדעתו של רבן שמעון בן גמליאל כי אם כדעתם של רבנן. ועיינו בדיונו של הרב שלמה לוריא, **ים של שלמה**, בבא קמא, פרק חמישי, סימן יד, שמוכיח שהרמב"ם הולך בעקבות הרי"ף שאינו נוקט כלל זה של רבי יוחנן שיש לפסוק תמיד כדעתו של רבן שמעון בן גמליאל. וכן כתבו: הרב יום טוב ליפמן הלר, **תוספות יום טוב**, ערוכין, פרק ח, משנה ז; הרב משה סופר, **חתם סופר: כללים בסוגות הש"ס**, כלל ס; הרב יוחנן סופר, **אפרין חתנים החדש**, א, סימן לא ו ב, סימן ז. יוצא אפוא שכאשר הרמב"ם פסק כדעתם של רבנן ודחה את דעתו של רבן שמעון בן גמליאל, הוא אף דחה להלכה את הסוגיה בערכין אשר היא, כאמור, אליבא דשיטת רבן שמעון בן גמליאל. ועיינו עוד Victor Aptowitzer, *The Status of the Embryo in Jewish Criminal Law*, 15 *J.Q.R.* n.s. 91-11 (1924), reprinted in *II Studies in Jewish Jurisprudence* 85 (1984).

33. פולין ולטביה, 1858-1936.

34. על שיטת לימודו המיוחדת ראו הרב שלמה יוסף זיין **אישים ושיטות** עג-קלט (התשס"ז).

35. **צפנת פענח** על הרמב"ם, אישות, פרק ז, הלכה טז (בעמ' 86) **וצפנת פענח**, בבא קמא מג, ע"א, ד"ה "התורה זכתה".

זיקתו של הבעל לעובר אינה איתנה דיה לזכותו בזכויות אשר התורה בדרך כלל מקנה לו בוולדות.

לפי היגיון זה, ממילא יצא, לכאורה, שבתקופת שלושת החודשים הראשונים של הריונה, אין האישה חייבת לקבל את הסכמת בעלה לביצוע הפלה המותרת על פי דין תורה – בין אם זכויותיו של הבעל בעובר הן מקוריות וישירות ובין אם זכויותיו נגזרות מזכויותיה של האישה. בתקופה זו של ההיריון, אין די בזיקתו הקלושה של הבעל לעובר כדי להוות שיקול של ממש נגד ביצוע ההפלה³⁶. חידוש זה אינו נקי מספקות³⁷. ברם, מאחר שרוב ההפלות מתבצעות בשליש הראשון של ההיריון, עמדתו של הרב ראזין מהווה סיוע חשוב לדעתם של אותם הפוסקים אשר אינם דורשים את הסכמת הבעל לביצוע הפלה המותרת על פי ההלכה.

ראוי כעת להוסיף לבניין נדבך נוסף: אם ההפלה המדוברת היא בעקבות היתר הלכתי – מחמת צער או נזק גופני או נפשי גדול – אזי, לדברי כמה פוסקים חשובים, האישה אינה חייבת בהסכמת בעלה לא רק לפי אסכולה אחרונה זו הסוברת שאין לאב זכות ישירה בוולד, אלא גם לפי

36. והשוו עם גישתה של השופטת ארבל הנזכרת להלן בטקסט על יד ה"ש 145. בצדק העיר לי בני, הרב ד"ר זאב פרימר, כי על אף הדמיון שקיים בין גישתו של הרב ראזין לבין גישתה של השופטת ארבל, עדיין יש הבדל מהותי ביותר בין השניים. לפי הרב ראזין, זכותו וכוחו של האב אל מול אלה של האם מתעצמים עם התפתחות ישותו של העובר. לעומת זאת, לפי השופטת ארבל, זכותה וכוחה של האם אל מול זו של האב נחלשים עם החלשת התלות של העובר באם. הנפקא מינה בין שתי ההבנות מתבטאת במועד נקודת האיוון בין זכותו וכוחו של האב לבין זכותה וכוחה של האם. לדעת הרב ראזין, נקודת האיוון היא, כאמור, בשלושה חודשים; ואילו לדעת השופטת ארבל, נקודת האיוון תהיה, כנראה, בסביבות שישה או שבעה חודשים.

37. זאת, בין השאר, מאחר שקיימת האפשרות לאבחן בין דרישת "הכרת הוולד" כקריטריון בדיני נזיקין לבין דרישתה – או העדר דרישתה – כתנאי מקדמי לזכות הבעל בעובר, וכפי שהעיר השופט ערן שילה במכתבו אלי מיום 12 באוגוסט 2008. בהקשר זה, עיינו בדיונו של הרב ליכטנשטיין, לעיל ה"ש 2, על היחס שבין התקופות השונות של ההיריון לבין קיומו של איסור חבלה בהפלת עובר. זאת ועוד: הרב נפתלי צבי יהודה ברלין ("הנצי"ב") (בלרוס, 1816-1893), מחשובי ראשי הישיבה של המאה ה-19, בפירושו לתורה, **העמק דבר**, שמות כא 22, ד"ה "כאשר ישית עליו" (הוצאת ישיבת וולאז'ין, ירושלים, מהדורת התשנ"ט, עם הוספות ותיקונים מכת"ק), דוחה בצורה מפורשת גישה זו של הרב ראזין, מבלי להזכירו. לטענת הנצי"ב, הסיבה לכך שהתורה השתמשה בביטוי "בעל האשה" ולא "אבי הולדות" הוא כדי לשלול את הטענה שאין דמי ולדות עד לסוף החודש השלישי (כטענת הרב ראזין) "דלא נקרא האדם אב לבניו עד שיהא להם ג' חדשים". והשוו את הדברים כפי שנוסחו במהדורא קמא. ראו אף את מאמרו של הרב גולדברג, לעיל ה"ש 27, בעמ' 56-57, 61, המסתפק אם יש אולי מקום לפטור מדמי ולדות אך ורק בתוך ארבעים (40) יום להריונה של אישה. גם הרב גולדברג אינו מזכיר את דעתו של הרב ראזין, המרחיב את הפטור לשלושה חודשים. וראו עוד הרב אושינסקי, לעיל ה"ש 5, בעמ' תה-תו (ט). כמוכן, אם אכן יש לבעל זכות לחבוע דמי ולדות, אזי יש לו אולי אף מקום לדרוש את הסכמתו להפלת העובר.

האסכולה הראשונה הסוברת שיש לאב זכות ישירה בוולד. כך כותב, למשל, אחד מגדולי פוסקי ההלכה בימינו, הרב אשר זעליג וייס³⁸:

ובאמת נראה דאף דדמי ולדות לבעל הרי שהעובר הוי כממונו³⁹ ... מכל מקום כאשר יש היתר לאשה להפיל משום סיכון גופני או נפשי אין להחשיב ברצון הבעל אלא במצב האשה בלבד, דלאו ברצונו תליא מילתא אלא במדת הסיכון והקושי של האשה ובסיכויי ההישרדות של העובר ואין הבעל קובע בזה כלל⁴⁰.

דברים הדומים לאלו של הרב וייס נכתבו לי על ידי שניים מפוסקי ההלכה הבולטים בארה"ב, הרב דוד קאהן⁴¹ והרב יהודה דוד בלייך⁴².

יוצא אפוא מכל האמור לעיל שאף במקום שמותר לאישה להפיל את עובר על פי דין תורה, חלוקים הפוסקים בשאלה אם דרושה הסכמת הבעל אם לאו⁴³.

38. נולד בניו-יורק, ארה"ב, בשנת 1953 ועלה ארצה עם משפחתו בשנת 1966. הוא משמש כרב אב בית הדין של "בד"ץ דרכי הוראה" בירושלים וכן הפוסק עבור המרכז הרפואי שערי צדק.

39. וראו בספרו, **מנחת אשר**, בבא קמא, סימן כו, אות א, שהרב וייס סובר כי, להלכה, זכותו של האב בדמי הוולדות נובעת מכך שיש לאב זכות עצמאית וישירה בעובר.

40. תשובה זו טרם פורסמה.

41. הרב דוד קאהן, נולד בניו-יורק במחצית הראשונה של שנות השלושים במאה שעברה. הרב קאהן נחשב בין בחירי הפוסקים בארה"ב של היום. הוא משמש, בין השאר, כרב בית המדרש "גבול יעבץ" בברוקלין, ניריורק, וכן כפוסק עבור בית הילדים ושירותי משפחה "אהל". במכתב אלי מחודש אלול, התשמ"א, ביסס הרב קאהן את עמדתו על העיקרון ההלכתי של "דעביד איניש דינא לנפשיה". לסיכום סוגיה זו ראו הרב שינפולד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 109-119. בשיחה מיום ג' בכסלו, התשס"ח – 6 בנובמבר, 2007, הבהיר הרב דוד קאהן כי לדעתו, יש בכוח העיקרון של "עביד איניש דינא לנפשיה" להתיר הפלה ללא הסכמת הבעל אף לפי האסכולה הראשונה; שהרי אין לבעל זכות לגרום לאישה אפילו צער או סבל מחמת זכותו הממונית. האבחנה, לדעתו, בין האסכולה הראשונה לבין האסכולה השנייה תבוא לידי ביטוי רק לגבי חובת התשלום בגין ההפלה, דהיינו באיזה מידה חייבת האישה לפצות את בעלה על ההפלה; אבל לא לגבי עצם הרשות להפיל. בהקשר זה השוו דברי הרב ליעבס, לעיל סוף ה"ש 16. וכן ראו עוד והשוו משנה תורה, אישות, פרק כא, הלכה יא; הרב משה הרשור "חיובי הצלה בחולים מסוכנים" **הלכה ורפואה** ב, כט, סז-סח (התשמ"א).

42. נולד בניו-יורק בשנת 1936. הרב בלייך משמש כראש הכולל לדיינות של ישיבת רבנו יצחק אלחנן, ישיבה אוניברסיטה. הוא אף פרופסור למשפטים בבית הספר למשפטים ע"ש בנג'מין נ' קרדווי, ישיבה אוניברסיטה. הוא מוכר בארה"ב כאחד מהפוסקים החשובים ביותר בתחום של הלכה ורפואה. במכתב אלי מיום ג' בשבט, התשמ"ב – 27 בינואר, 1982, הרב בלייך מנמק את עמדתו בכך שאישה משועבדת לבעלה רק לצורך הסיכונים הרגילים של היריון והטרדות השכיחות של גידול בנים; אבל לא במקום שקיימת סכנה לחייה או לבריאותה של האישה.

43. בהקשר זה ראו את פרושי ר' חיים פלטיאל (גרמניה, 1240-1300; תלמיד-חבר של הרב מאיר מרוטנבורג), בראשית כה 22. הרב חיים פלטיאל שואל למה הלכה רבקה לבית מדרשם של שם ועבר כדי לברר אם מותר לה להפיל את העובר בבטנה ולא שאלה את מיה, אברהם (ראו: רש"י, על אתר). משיב הרב חיים פלטיאל, כי רבקה: "(ו)חשבה אם

לאור העובדה שמהות זכויותיו של הבעל שנויה במחלוקת עתיקת יומין, סבורני כי אף אליבא דאותם פוסקים הנוקטים להלכה שאין צורך בהסכמת הבעל לבצע הפלה המותרת על פי דין, יש מקום לטעון שעדיין קיימת למעשה דרישה לנסות ולקבל את הסכמתו מראש. רק אם יתנגד הבעל ויתמיד באי-הסכמתו ואילו האישה תהיה איתנה בדעתה להפיל, אזי דעתה של האישה תגבר ויהיה מותר לה, לדעת פוסקים אלו, לבצע את ההפלה חרף התנגדותו של בעלה. הבנה זו נובעת מהדמיון – אם כי לאו דווקא הזהות – אשר קיימת, לדעתנו, בין סוגייתנו של הפלה לבין ההלכה הידועה של "עביד איניש דינא לנפשיה" (= עושה אדם דין לעצמו)⁴⁴. לפי המשפט העברי, רשאי אדם להתגונן מפני פגיעה בגופו או ברכושו גם אם ההתגוננות כרוכה בפגיעה במזיק או בממונו. אמנם זכות זו מותנית במגבלות שונות⁴⁵. בין השאר, עזרה עצמית במשפט העברי מותרת אך ורק כאשר המזיק פועל מתוך פשיעה⁴⁶, וכאשר אין לניזוק דרך חוקית אחרת להדוף את הנזק, כגון על ידי פנייה לבית הדין⁴⁷.

כך הוא בענייננו. ההיתר ההלכתי להפיל עובר מבוסס בראש ובראשונה על מניעת הנזק הצפוי לאישה במקרה שתמשיך בהריונה. היתר זה אף מאפשר לה – לפי אסכולה זו – לפגוע בכל זכות אשר יש לבעל, אם יש, בעובר. יחד עם זאת, בידי האישה האפשרות לבצע את ההפלה בדרך אשר לא תפגע בזכות כלשהי של הבעל וזאת על ידי קבלת הסכמתו לדבר.

אלך אצל חמי, אפילו אם מותר, לא יתיר לי בשביל בנו (=יצחק). האם רבקה אף סברה שמותר לה להפיל ללא הסכמת בעלה, יצחק? (תודתי לרב פרופ' דוד פוקס מלוס אנג'לס, קליפורניה, ארה"ב, אשר הפנה אותי למקור מרתק זה).

44. ראו לעיל ה"ש 41.

45. לסיכום סוגיה זו ראו הרב שיינפלד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 109-119. בצדק העיר בני, הרב ד"ר זאב פרימר, כי האנלוגיה להלכת "עביד איניש דינא לנפשיה" חזקה יותר אם יוצאים מתוך ההנחה שאף לפי השיטה הסוברת כי זכותו של הבעל בדמי ולדות היא זכות נגזרת בלבד, עדיין יש לבעל זכות כלשהי בעובר; אלא שזכותה של האישה בעובר גוברת על זו של הבעל (כך הוא גם לפי גישת הרב ראזין, לעיל ה"ש 33-36, אף בשלושת החודשים הראשונים של ההיריון). אם כן, אכן מסתבר שיש לנסות למנוע את הפגיעה בזכויותיו של הבעל באמצעות קבלת הסכמתו להפלה. אולם, יש מקום לטעון שאליבא דהדעה הסוברת שזכותו של הבעל בדמי ולדות היא זכות נגזרת, היינו משום שאין לבעל זכות ישירה כלל בעובר. אם זוהי ההבנה הנכונה, אזי בביצוע ההפלה אין לבעל כל זכות העלולה להיפגע וממילא יש פחות הצדקה משפטית לדרוש מהאישה לנסות להשיג את הסכמת הבעל להפלה.

46. ראו הרב יאיר בכרך, שו"ת **חות יאיר**, סימן קסה; הרב צבי הירש אייזנשטט, **פתחי תשובה**, חושן משפט, סימן ד, סעיף קטן ג; הרב אברהם ישעיה קרליץ, **חזון אי"ש**, בבא קמא, סימן ד, סוף סעיף קטן ג.

47. ראו הרב יעקב לורברבוים מליסא, **נתיבות המשפט**, חושן משפט, סימן ד, סעיף קטן א; **ערוך השלחן**, חושן משפט, סימן ד, סעיף א; הרב משה פיינשטיין, **דברות משה**, בבא קמא, סימן יח, סוף ענף א וענף ו. אולם, השווה הרב שניאור זלמן מלאדי, **שלחן ערוך הרב**, הלכות גזילה וגניבה, סעיף כח, שמדבריו נראה, לכאורה, שסבור אחרת.

משום כך, נראה לעניות דעתי, שיש טעם רב בטענה כי אל לה לאישה לפגוע בעובר – שרבים סוברים שהוא אף עוברו של הבעל – טרם שניסתה להשיג הסכמת בעלה.

זאת ועוד, אף המוסר האנושי מחייב את האישה לנסות להשיג את הסכמת בעלה⁴⁸. פנייה זו מצד האישה לבעל גם תאפשר לבעל להביע את דעתו בנושא המשך קיומו של העובר. שכן, אף לבעל השקעה רגשית – אם לא משפטית – בעובר⁴⁹. להחלטה זו, אם להפיל את העובר אם לאו, יש השפעה אף על חיי הבעל ולא רק על חיי האישה. מן הראוי הוא אפוא שתוענק לבעל הזדמנות להשמיע בפני האישה את עמדתו לגבי נכונותה של דרך הפעולה אשר היא שוקלת. אולם, כאמור, אם על אף מאמציה של האישה, עדיין עומד הבעל בסירובו והאישה עומדת על דעתה להתקדם עם ההפלה, אזי לפי דעה זו מותר לאישה לבצע את ההפלה למרות התנגדות בעלה.

ג. בעל האשה או אבי העובר?

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

עד כה הנחנו שמדובר בבעל האישה שהוא אמנם גם אבי העובר. ברם, מה היא ההלכה במקרה שאין הדבר כן, שהבעל והאב אינם זהים?

בעיה זו מתעוררת, למשל, בנסיבות שהאב והאם אינם נשואים כלל או שהתגרשו לאחר הריונה של האישה אך טרם החלטת האישה להפיל; בנסיבות אלו, אבי העובר אינו בעלה של האישה. שאלה זו תעלה אף במקרה שאישה מעוברת מתחתנת עם בעל חדש וכעת ברצונה להפיל את עובריה; במערכת עובדות זו, בעל האישה אינו אבי העובר (ולא הפך). האם הזכויות

48. באשר לכך שיש בכוחה של חובה מוסרית ליצור חובה הלכתית במשפט העברי ראו Rabbi Aharon Lichtenstein, Does Judaism Recognize an Ethic Independent of Halakha?, in *II Leaves of Faith* 33 (2004);

תורגם לעברית ופורסם כ"מוסר והלכה במסורת יהודית: האם המסורת היהודית מכירה באתיקה שאינה תלויה בהלכה?" **דעות** 5 (התשל"ז); הרב אהרן ליכטנשטיין "הלכה והליכים כאושיות מוסר: הרהורים מחשבתיים וחינוכיים" **ערכים במבחן מלחמה** 13 (אלי בלום ואחרים עורכים, התשמ"ה); הרב יהודה עמיטל "מוסר טבעי" **והארץ נתן לבני אדם** 25 (התשס"ה); נעם פרימר "מקומו של המוסר ביהדות" **כי בא מועד** 465 (התשס"ה).

49. גישה זו במסגרת המשפט העברי תואמת, כמובן, את גישתו של כב' השופט מנחם אלון בע"א 413/80, לעיל ה"ש 1. בני, הרב ד"ר זאב פרימר, הדגיש כי גישתו זו שיש חובה על האישה לנסות להשיג את הסכמתו של הבעל להפלה היא גם בשלושת החודשים הראשונים של ההיריון ואף אליבא דשיטתו של הרב ראזין, הנוכרת בטקסט לעיל על יד ה"ש 33-36. הרי גם לדברי הגאון הרוגוצ'ובי, שבתקופה זו זכות הבעל אינה מספיק איתנה כדי לזכותו בזכויות בוולדות ולגבור על כוחה של האם העומד לנגדו, מכל מקום זכות כלשהי יש לו בעובר. על כן, הגם שבסופו של דבר ידו של הבעל על התחונה, מן הראוי שהאישה לא תפגע בזכות זו של האב ולבקש את הסכמתו. ראו שוב לעיל ה"ש 45.

בעובר – אם ישנן – שייכות לבעל או לאב? אף כאן שומה עלינו לפנות לסוגיית דמי הוולדות כדי למצוא את התשובה לשאלתנו.

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

"ונגפו אשה הרה" (שמות כא, כב): מה תלמוד לומר? ⁵⁰ לפי שנאמר (שם) "כאשר ישית עליו בעל האשה", שומע אני אף על פי שאין ההריון שלו. תלמוד לומר "הרה", מגיד שאינו חייב אלא לבעל ההריון.⁵¹

50. דהיינו: "שמה שכתוב 'אשה הרה' מיותר, שדי לומר 'ונגפו אשה וילדו ילידה' – הרב מאיר ליבוש מלבי"ם, **התורה והמצוה**, שמות כא, כב, תחילת סימן פו.

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

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

דברי רבי עוקבא מובאים להלכה, בין השאר, על ידי תוספות, בבא קמא מג, ע"א, ד"ה "אפילו"; הרב שלמה ב"ר אברהם אדרת, חידושי הרשב"א, בבא קמא מג, ע"א; הרב מנחם המאירי, בית הבחירה, בבא קמא מב, ע"ב (מהדורת שלזינגר, בעמ' 132); הרב וידאל יום טוב די טולושא, מגיד משנה, חובל ומזיק, פרק ד, הלכה ד; הרב יוסף קארו, **בית יוסף**, חושן משפט, סימן תכג, אות ד; הרב לוריא, לעיל ה"ש 32, סימן יז; הרב משה איסרלש, **דרכי משה השלם**, חושן משפט, סימן תכג; הרב מרדכי יפה, **לבוש הבן והארומן**, חושן משפט, סימן תכג, סעיף ג; הרב משה רבקה, **באר הגולה**, חושן משפט, סימן תכג, סעיף ג, אות ט; הרב אליהו קרמר, **ביאור הגר"א**, חושן משפט, סימן תכג, אות ז; הרב באב"ד, לעיל ה"ש 17, אותיות כח-כט; והרב יחיאל מיכל הלוי עפשטיין, **ערוך השלחן**, חושן משפט, סימן תכג, סעיף ה. והשוו: הרב רפאל בירדוגו, שו"ת **משפטים ישרים**, א, סימן כב, שחולק במקרה של ממזר מאחר שהממזר נחשב לבנו של האב הביולוגי לכל דבר ועניין. וכן עיינו: הרב צבי זעהמאן, **סולת מנחה**, מצוה מט, אות ה, ד"ה "והנה", שמסתפק במקרה שאשת איש זינתה ונתעברה ובעלה גירשה, אם דמי הוולדות שייכים לבעל.

יש לציין כי הנוסח "רבי עוקבא" מופיע בכתב-יד לידן, Or. 4720, של התלמוד הירושלמי ובדפוס ראשון ונציה (רפ"ג). ברם, בכתב-יד אסקוריאל G-1-3 הספרדי הנוסח הוא "רבי עקיבא". הנוסח "רבי עקיבא" אף היה בפני הרשב"א והרב וידאל יום טוב די טולושא, הנזכרים לעיל. ועיינו במראה הפנים על הירושלמי, על אחר, והיפה עינים, בבא קמא מג, ע"א, המעדיפים את הנוסח "רבי עוקבא". כפי שנראה להלן, המכילתא דרבי שמעון בן יוחאי סוברת שדמי הוולדות שייכים לבעל האשה וזאת אף אם הוא אינו האב. אם כן, כל הדרשה של ר"ע היא מיותרת לפי המכילתא דרבי שמעון בן יוחאי. יחד עם זאת, מקובל כי המכילתא דרבי שמעון בן יוחאי הוא בדרך כלל אליבא דשיטתו של רבי עקיבא. אם כן, נראה לנו שמסתבר יותר הנוסח "רבי עוקבא" ובא להגביל את הלכתו של המכילתא דרבי ישמעאל.

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

"כאשר ישית עליו בעל האשה" (שמות כא, כב): יכול אם אמר מנה נותן מנה, ואם אמר מאה מנה יהיה נותן מאה מנה? תלמוד לומר (שם): "ונתן בפלילים" – בדיינים. אם כן, למה נאמר "כאשר ישית עליו בעל האשה"? לימד שדמי ולדות לבעל ואם אין בעל, הרי הוא שלה.⁵²

שני התלמודים, הן הירושלמי והן הבבלי, הולכים, לכאורה, בעקבות בית מדרשו של רבי ישמעאל. התלמוד הירושלמי⁵³ מצטט את דברי המכילתא דרבי ישמעאל הנזכרים לעיל כמעט מילה במילה בשינויים קלים. מפרשי הירושלמי⁵⁴, על בסיס דברי התוספתא⁵⁵, מבינים כי התלמוד הירושלמי דן במקרה שבו אישה מעוברת מתגרשת ומתחתנת עם בעל חדש. במקרה כזה, מכריע התלמוד הירושלמי כי הזכות לדמי הולדות שייכת לאב שהוא "בעל ההריון", וזאת על אף שהוא כבר אינו "בעל האשה". התלמוד הבבלי⁵⁶ מרחיק לכת ומביא בשם רב פפא, ראש ישיבת נרש שבבבל במאה הרביעית, כי אפילו אם האב מעולם לא היה נשוי לאם העובר, עדיין שייכות לאב מלוא הזכויות בדמי הולדות:

אמר רב פפא: התורה זכתה דמי ולדות לבעל אפילו בא עליה בזנות. מאי טעמה? אמר קרא (שמות כא, כב): "כאשר ישית עליו בעל האשה" (אבועל הקפיד – רש"י^{57,58}).

בעקבות התלמודים, אימצו רוב הפרשנים והפוסקים הראשונים והאחרונים את העמדה כי הזכות לדמי ולדות שייכת לאב⁵⁹ ולא לבעל⁶⁰.

52. מכילתא דרבי שמעון בן יוחאי, משפטים כא, כב (מהדורת אפשטיין, בעמ' 176). וכן הוא במדרש הגדול, משפטים כא, כב (מהדורת מרגליות, בעמ' תעח). באשר לנוסח הנכון ראו הערתו של פרופ' אפשטיין למכילתא דרבי שמעון בן יוחאי, שם, ה"ש 16; וביקורתו של הרב מנחם מ' כשר **תורה שלמה** יז 121, סימן תכד (בתשנ"ב). אימצו כן את גישתו של הרב כשר.

53. ירושלמי, בבא קמא ה, ו (ה, א).

54. **פני משה ומראה הפנים**, על אתר.

55. לעיל ה"ש 51.

56. בבלי, בבא קמא מג, ע"א.

57. לפרשנות דומה של המילה "בעל", ראו בבלי, יבמות ק, ע"ב: "ומה אחר בעלה? אחר בועלה".

58. חלקו המפרשים באשר להבנת דרשת הפסוק על ידי רב פפא. ראו **אנציקלופדיה תלמודית**, לעיל ה"ש 4, בעמ' תקצג והמקורות המובאים שם. וראו במיוחד: הרב מאיר ליבוש מלבי"ם, **חידושי המלבי"ם על הש"ס**, בבא קמא מט, ע"א: "ורב פפא שדייק 'אע"פ שבא עליה בזנות', לא מלשון 'בעל האשה' דייק, רק אמר כן מסברא...".

59. ראו להלן ה"ש 72.

60. ראו המקורות המובאים לעיל בה"ש 51. ויש להוסיף: רבי אברהם אבן עזרא, **פירוש רבינו אברהם אבן עזרא הארוך על התורה**, שמות כא 22; רבי אברהם בן הרמב"ם, **פירוש התורה**

לעומתם, הרמב"ם, באופן מפתיע ביותר, משמיט לגמרי את דברי התלמודים הללו מספרי פסקיו⁶¹. מהו פשר השמטה זו?

נראה לנו כי ההסבר הנכון להשמטת הרמב"ם הוא של הרב יחזקאל אברמסקי⁶², לשעבר אב בית הדין בלונדון, אנגליה. כפי שמסביר הרב אברמסקי⁶³, בית מדרשו של רבי ישמעאל וכן רב פפא נקטו, לכאורה, בדעה כי לאב זכות עצמאית וישירה בעובר⁶⁴. משום כך, ההיגיון⁶⁵ מחייב כי אף אם אבי העובר אינו בעל האישה עדיין נותרה לו זכותו בוולד. זכותו זו בעובר מקנה לאב – ולא לבעל – את דמי הוולדות. ברם, הרמב"ם נמנה עם אותה אסכולה אשר סבורה כי אין לבעל – גם אם הוא אבי העובר – כל זכות

לרבינו אברהם בן הרמב"ם, שמות כא 22; רבינו אלעזר מגרמייזא, **פירוש הרוקח על התורה**, שמות כא 22; הרב ישעיה אחרון, **פסקי הרי"א**, בבא קמא, פרק ה, הלכה ג, סעיף א (מהדורת וורטהיימר, בעמ' עה); הרב יהושע בועז, **שלטי גבורים**, בבא קמא, פרק ה, אות א; הרב חיים בנבנשתי, **כנסת הגדולה**, חושן משפט, סימן תכד, הגהות הטור, ס"ק א; הרב באב"ד, לעיל ה"ש 4, אותיות כח, מ; הרב נפתלי צבי יהודה ברלין, שמות כא 22, ד"ה "כאשר ישת עליו"; הרב כשר, לעיל ה"ש 51.

61. אף הרב יוסף קארו, לכאורה בעקבות הרמב"ם, משמיט את דברי התלמודים מהשלחן ערוך וזאת אף על פי שהוא כן מביא את דברי רב פפא בבית יוסף שלו, לעיל ה"ש 51, ראו הרב באב"ד, לעיל ה"ש 4, אות כח.

62. ליטא, אנגליה וישראל, 1886-1976. וראו הרב לאו, ה"ש 27 לעיל, בעמ' קלו (תרעז), הכותב: "והמחזור בזה הוא אשר דיבר הגר"י אברמסקי זצ"ל...". כעין דברי הרב אברמסקי כתב אף הרב ישראלי, לעיל ה"ש 5, ס"ק ח. אולם השו"ה הרב אייגעש, לעיל ה"ש 26, סימן כא, ד"ה "ובב"ק".

63. **חזון יחזקאל**, לעיל ה"ש 23. הרב יעקב שפירא, ראש ישיבת "מרכז הרב", ירושלים, בהרצאה שנשא בנושא "מעמד הבעל בהיריון והפלה" (הרצאה במסגרת "יום עיון ברפואה והלכה לזכרו של ר' אשר וסרטייל זצ"ל", בית "מרחבים" – מגדל אשר, ירושלים, כ"ו באדר התשע"ה – 17 במרץ 2015), סבור כי לזה התכוון אף הרב מאיר שמחה כהן, לעיל ה"ש 30, כאשר הרב מאיר שמחה כהן משתמש בלשונו של המכילתא דרבי ישמעאל, לעיל ה"ש 51 (אף על פי שאינו מפנה למכילתא דרבי ישמעאל בצורה מפורשת) ומצמצם את יישומה למעשה. להבנות שונות בעמדת רמב"ם עיינו והשוו הרב מלבי"ם, לעיל ה"ש 50; הרב מסעוד חי רקח, מעשה רקח, חובל ומזיל, פרל ד, הלכה ב, אות ב; הרב באב"ד, לעיל ה"ש 4, אות כח; הרב ברוך הלוי עפשטיין, תורה תמימה, שמות כא 22, אות קסד; הרב אייגעש, לעיל ה"ש 62; הרב חיים דובער גולבסקי "בעיות על בעלות הילדים בין איש לאשה וחיובי האשה על בניה" **בית יצחק** טו 41, 59-60 (התשמ"א).

64. וכן כותבים: הרב יהושע פלק, **פני יהושע**, בבא קמא, מג, ע"א, ד"ה "תוספות בד"ה אפילו בא עליה בזנות"; הרב גולבסקי, לעיל ה"ש 63, בעמ' 58-59; הרב וייס, לעיל ה"ש 39. כן ראו הרב שלמה זלמן אויערבאך, **מנחת שלמה**, בבא קמא, מג, ע"א, ד"ה "תוד"ה גרושה נמי תפלוג". אולם השו"ה הרב פיינשטיין, לעיל ה"ש 27, ענף ב, הסובר כי גם לפי רב פפא "הוא מדין אישות. אך לענין הולדות שנתהו מביאה זו שעשה בה מעשה אישות, חשבה התורה כקנויה לו וכאשתו היא לזה". גם הרב חברוני, לעיל ה"ש 5, סבור כדעת הרב פיינשטיין אלא שמוסיף שדין אישות זו מקורו בדיני בני נח. דברים אלו של הרב פיינשטיין והרב חברוני, עם כל הכבוד, לא נהירים לנו דיים. רבנים אלו אינם מסבירים למה התורה ראתה לנכון להקנות לאב את הזכות לדמי ולדות כאילו האם "כאשתו היא לזה" כאשר במציאות בני הזוג אינם נשואים ו"אפילו בא עליה בזנות"? זאת במיוחד לפי אותן דעות שדין דמי ולדות אינו נוהג אצל בני נח. ראו לעיל ה"ש 4.

65. ראו הרב מלבי"ם, לעיל ה"ש 50, סוף סימן פו.

מקורית בעובר ואילו זכותו של הבעל לדמי הולדות אינה אלא זכות הנגזרת מזכותה של האישה, הנובעת לבעל מכוח דיני האישות. לפי דעה זו, מסתבר שהזכות לדמי ולדות שייכת אך ורק ל"בעל האשה" מכוח דיני האישות שביניהם ולא לאב הביולוגי של העובר שאינו נשוי לאישה בעת הפגיעה, המועד שבו קמה עילת התביעה. בגין ניתוח זה, דחה הרמב"ם את דברי המכילתא דבי רבי ישמעאל ודברי רב פפא הלכה למעשה והשמיטם.

הבנה זו בהשמטת הרמב"ם – דהיינו שדמי הולדות שייכים לבעל ולא לאב – עולה, כמובן, בקנה אחד עם המכילתא דרבי שמעון בר יוחאי שראינו לעיל⁶⁶. יתירה מכך, הדברים מוצאים ביטוי מפורש בפירושו לתורה של אחד מגדולי חכמי פרובנס, רבנו לוי בן גרשום (הרלב"ג)⁶⁷, אשר השפעתה של תורת הרמב"ם עליו היא מן המפורסמות⁶⁸. ואלו דבריו:

וראוי כי תדע כי דמי ולדות הם לבעל, כשהיה חי בשעת נגיפה, כי התורה זכתה לו בהם. אמנם אם נגפיה אחר מיתת הבעל, יהיו דמי הולדות לאשה, לא ליורשי הבעל. וכן הענין במי שהיתה מעוברת ואין לה בעל, שדמי הולדות הם שלה וזה מבואר בנפשו לפי לשון התורה⁶⁹ עם מה שהתבאר מהשורשים הכוללים ומהענין בעצמו⁷⁰.

בבואנו ליישם דיון זה על סוגיית ההפלה, אנו מגיעים לתוצאה משמעותית ביותר. כפי שכבר ראינו לעיל⁷¹, לפי אותה אסכולה הסוברת שאין לבעל כל אינטרס עצמאי או ישיר בעובר וזכותו של הבעל לדמי ולדות אינה אלא זכות הנגזרת מהאישה מכוח דיני האישות, אזי אין האישה חייבת לקבל את הסכמת בעלה לבצע הפלה המותרת על פי ההלכה. אסכולה זו אינה מבחינה בין מקרה שבו הבעל הוא גם האב הביולוגי של העובר לבין מקרה שהבעל והאב הם אנשים שונים. לעומת זאת, לפי הדעה שעל פיה יש

66. לעיל ה"ש 52.

67. 1344-1288.

68. ראו הרב כרמיאל כהן "מתה בשעת מלאכה ומתה מחמת מלאכה" מעליות כ: עיונים וביאורים בדברי הרמב"ם 217, 218-220 (התשנ"ט); הרב ברוך ברנר "יחסו של הרלב"ג לדרכו של הרמב"ם במנין המצוות", שם, בעמ' 228; הרב ברוך ברנר "נזר החכמים, עטרת תפארת בעלי התורה" – על יחסו של הרלב"ג אל הרמב"ם בעניינים הלכתיים" מברכת משה: קובץ מאמרים במשנת הרמב"ם לכבודו של הרב נחום אליעזר רבינוביץ 847 (צבי הבר וכרמיאל כהן עורכים, התשע"ב).

69. ראו הרב מלבי"ם, לעיל ה"ש 58: "דכפי הפשט מורה לשון בעל האשה על בעלה לא אבי הילדים, אם היא מעוברת מאחר דאז היה לו לומר 'כאשר ישית עליו בעל הילדים'...".

70. שמות כא 22, משפטים, חלק ב (מהדורת ברנר וכהן, בעמ' 38), לעיל ה"ש 27. אולם השו" דברי בנו של הרמב"ם, רבנו בן הרמב"ם, לעיל ה"ש 60, אשר כותב במפורש "כי דמי הולדות לאב".

71. לעיל בטקסט על יד ה"ש 29-32.

לבעל זכות מקורית וישירה בעובר וזכותו לדמי הולדות נובעת מזכותו זו בעובר, אכן יש מקום לטענה שהאישה תקבל את הסכמת בעלה לביצוע הפלה. אולם, לפי אסכולה זו, יש הכרח להבחין בין בעל לבין אב. זכותו של הבעל בעובר קיימת אך ורק במקום שהוא גם האב; רק אז יש לו אינטרס ישיר בעובר הבא לידי ביטוי אף בזכותו לקבלת דמי הולדות. ברם, במקרה שהבעל אינו האב או בנסיבות שאין כלל בעל, הזכות בעובר שייכת לאב הביולוגי בלבד ועל כן הזכות לדמי הולדות מוענקת לאב ולא לבעל. בדומה לכך, אף ההסכמה לביצוע הפלת העובר חייבת לבוא מהאב ולא מהבעל.⁷²

72. רבה של פרנקפורט דמיין, הרב פנחס הלוי איש הורביץ (1731-1805), הידוע בכינוי "בעל הפלאה", פנים יפות, שמות כא 22, ד"ה "עוד יש לפרש מ"ש ונתן בפלילים"; ואב בית הדין של טרנופול, אוקראינה, הרב יוסף באב"ד (1800-1874), מנחת חינוך, לעיל ה"ש 4, בעמ' תנב, אות מ, מדגישים כי ככל שמדובר בזכות לקבל תשלומי דמי ולדות, זכות זו מוענקת לאב אך ורק במקרה שידוע בוודאות מי הוא. ברם, אם קיים ספק באשר לזהותו של האב, אזי אין לאב הנטען כל זכות לדמי ולדות – וזאת אף אם האישה עצמה טוענת כי אדם פלוני הוא אכן האב. גם הרב חנוך העניך אייגעש (1864-1941), דיין ורב בוויילנא, כותב בספרו **מרחשת**, ב, סימן כ, דברים הדומים לדברי הרב הורביץ והרב באב"ד, אם כי הרב אייגעש מצמצם רק לדעת הרמב"ם; ראו לעיל ה"ש 63. גישה זו נכונה ורלוונטית במיוחד כשמדובר באישה אשר אינה נשואה ועל כן לא חלה לגביה החזקה המשפטית "רוב בעילות אחר הבעל". לאור עמדתם של פוסקים חשובים אלו, ניתן אף לומר שכל עוד שקיים ספק בזהותו של האב, אין לאב הנטען מעמד הלכתי-משפטי לדרוש כי האישה תקבל את הסכמתו להפלה מתורת של עובר. אציין, שעל אף שמסקנה זו מתקבלת על הדעת, הדברים אינם חד משמעיים. לפי אותה אסכולה הסוברת שיש לאב זכות עצמאית וישירה בוולד, יש אולי מקום להבחין בין זכות ממונית מובהקת, כגון דמי ולדות, לבין זכותו של אדם בעובר, שגם אם נראה בה זכות מעין ממונית אבל היא אינה זכות ממונית גרידא. נושא זה עדיין דורש בעיניי יותר עיון ומחשבה.

זאת ועוד: אם מדובר בזוגיות בין יהודי/ה לבין נכרי/ה. בנסיבות אלו, אין הולדות מתייחסים הלכתית-משפטית אחרי האב הביולוגי. על כן, אין האב הביולוגי זכאי בדמי ולדות. ראו הרב לוריא, לעיל ה"ש 32 ("...ואינו חשוב כבנו לכל דבר"); הרב יוסף באב"ד, שם, אות כה ("...כי הבנים אינם מתייחסין אחר הבעל כלל"); הרב קמינצקי, לעיל ה"ש 4 ("...שאם היא נכרית... הרי אין העובר לבעל האשה"). מסתבר אפוא שכמו שאין הולדות מתייחסים אחרי האב הביולוגי לצורכי תשלום דמי ולדות, כך הולדות אינם מתייחסים אחרי האב הביולוגי לצורך הפלה. אם כן, האישה לא תהיה חייבת לכלל הדעות לקבל הסכמת האב הביולוגי להפלה מתורת של העובר. וראו הרב ישראלי, לעיל ה"ש 5, אות ב, ס"ק ו.

הרב שפירא, לעיל ה"ש 63, הציע את האפשרות כי אף אין לאב כל זכות לדמי ולדות – וכדומה, אין לו גם מעמד כלשהו בקשר להפלה – במקרה שההיריון נובע מהזרעה מלאכותית. הרב שפירא מבסס טענה אפשרית זו על כך שהתורה משתמשת בביטוי "בעל" ההיריון במקום "האב" (ראו מלבי"ם, לעיל ה"ש 50, סימן פו). הרב שפירא מבקש לדייק משינוי לשון זה שאין להשתמש בהגדרה המקובלת של "אב" אשר יכול שיכלול אף אבהות גנטית באמצעות הזרעה מלאכותית, אלא דווקא אבהות הנובעת מקשר פיזי אינטימי "כדרך כל הארץ". אולם השוו את מה שכותב הרב צבי רייזמן **רץ כצבי: פרקי מחקר ועיון על אבן העזר** שלו (התשע"ו): "כי לאור העובדה שבזמנינו מדי יום מבוצעות הזרעות והפריות מלאכותיות באלפי בתי חולים ומרפאות ברחבי העולם, יש פוסקים המתייחסים להזרעה וההפרייה המלאכותיים כדרך טבעית לקיום פרו ורבו... ולפי זה יש לומר כי בזמנינו יש לאיש בעלות על עובר מופרה, היות וטיפולי הפוריות בכלל השעבודים שבין בני זוג הגורמים לקנייני האישות". ועיינו עוד: הרב ישראלי, לעיל ה"ש 5, אות ב.

בני, הרב ד"ר זאב פרימר, העיר כי ייתכן שהדעות אינן כה דיכוטומיות כפי שהצגנו אותן – האב או הבעל. תיתכן דעה אמצעית (ואולי זו אף דעתו של בית מדרשו של רבי ישמעאל,

ד. אף כשקיימת סכנה?

כידוע, השאלה האם ומתי מותר לאישה להפיל הנה סוגיה השנויה במחלוקת אינטנסיבית בין חכמי ההלכה היהודית. במאמרנו זה הנחנו עד כה כי מדובר בהפלה מלאכותית של עובר באותן נסיבות ולפי אותם רבנים המתירים הפלה זו⁷³. כאשר ההפלה אסורה מעצם טיבה וטבעה על פי ההלכה, מובן מאליו הוא שגם הסכמת הבעל אינה יכולה להתירה⁷⁴.

זאת ועוד: חילוקי הדעות בין הפוסקים אשר ראינו באשר לצורך בהסכמת הבעל להפלה התעוררו באותם מקרים שבהם התירו מורי ההלכה להפיל את העובר על אף שחיי האישה אינם בסכנה. ברם, במקרה שחיי האישה מצויים בסכנה אם לא תפיל, ביצוע ההפלה הוא לא רק מותר מבחינת דין תורה, אלא אולי אף מהווה מצווה וחובה⁷⁵.

על כן נשאלת השאלה: האם אותם פוסקים המחייבים הסכמת הבעל להפלת העובר במקרה שחיי האישה אינם בסכנה, סוברים כן אף במצב שחיי האישה בסכנה?

ייאמר מיד, שההיגיון הפשוט מורה שבנסיבות שבהן האישה בסכנה, אין כל זכות לבעל למנוע מהאישה להציל את עצמה באמצעות הפלת העובר. ההיתר להפיל במקרה של סכנה מופיע כבר במשנה במסכת אהלות⁷⁶

לעיל ה"ש 51) הסוברת שהן לאב הביולוגי ("בעל ההריון") והן לבעל ("בעל האשה") יש זכויות בעובר, דהיינו: לאב זכות ישירה ולבעל זכות הנגזרת מהאישה. אולם, כאשר יש התנגשות בין שתי הזכויות – כגון בקבלת תשלום דמי ולדות – זכות האב הביולוגי גוברת. ברם, במקרה שאין אב ביולוגי – כגון בהזרעה מלאכותית לגישתו הנ"ל של הרב יעקב שפירא – עדיין נותרת זכותו של הבעל. אם כן, תהיה האישה עדיין חייבת לקבל הסכמת בעלה להפלת העובר. ניתוח זה דורש עיון רב, בין השאר, מאחר שאם היא נכונה, ייתכן שכאשר גם האב וגם הבעל קיימים, תהיה האישה חייבת לקבל הסכמת שניהם טרם הפלת העובר. תוצאה זו נראית על פניה כתוצאה חדשנית.

73. לסיכום הסוגיה והשיטות ראו פרופ' אברהם שטינברג "הפלה" אנציקלופדיה הלכתית רפואית כרך ב' 717, 760-782 (התשס"ו); פרופ' אברהם סופר אברהם נשמת אברהם כרך ד, חושן משפט סימן תכה, קלד-קסח (מהדורה שנייה מורחבת, 2007).

74. ראו עניין דומה לגבי סירוס האישה: הרב אליעזר יהודה וולדינברג, שו"ת ציץ אליעזר, ו, סימן מב, קונטרס אורחות המשפטים, פרק ד, סוף אות א; הרב יצחק יעקב וייס, שו"ת מנחת יצחק, ה, סימן קיג.

75. ראו משנה, אהלות ז, ו; משנה תורה, רוצח ושמירת נפש, פרק א, הלכה ט; שלחן ערוך, חושן משפט, סימן תכה, סעיף ב. לדעת הרב יחיאל יעקב וויינברג, שו"ת שרידי אש, לעיל ה"ש 13, והרב נחום צבי קארנמעהל, שו"ת תפארת צבי, ב, סימן נב, מצווה וחובה היא להפיל את העובר כדי להציל את האם. לעומת זאת, הרב שמעון אפרתי, שו"ת מגיא ההריגה, קונטרס אחרון, פח, והרב יוסף געלב, ברכת יוסף, ב, סימן ט, סבורים כי אין כאן אלא רשות להרגו. הרב יעקב קמינצקי, אמת ליעקב, נזיקין, ב, כט-ל, סובר שהפוסקים הראשונים התלבטו בשאלה זו כאשר הרמב"ם בדעה שאין כאן אלא היתר ורשות להפיל ואילו בעלי התוספות מסתפקים בדבר אם יש רק היתר להפיל או אף מצווה. ועיינו עוד הרב יצחק זילברשטיין "חיי האם או חיי העובר" בשבילי הרפואה ז, צט, קב (אלול התשמ"ה).

76. שם.

ובתלמוד הבבלי במסכת סנהדרין⁷⁷. אין כל זכר במקורות אלו או באחרים שהולכים בעקבותיהם לכך שנחוצה הסכמת הבעל. והדבר מובן, שהרי הלכה פסוקה כבר בתלמוד ש"בכל מתרפאין חוץ מעבודה זרה, וגילוי עריות ושפיכות דמים"⁷⁸; וכן ש"אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש חוץ מעבודה זרה, וגילוי עריות ושפיכות דמים"⁷⁹.

לא זו אף זו: מוצאים אנו בין חכמי ההלכה שני נימוקים עיקריים לסיבה שבגינה מותר להפיל עובר במקום שחיי האם בסכנה מבלי שהדבר ייכלל בחריג של שפיכות דמים. רש"י סובר שאין ההפלה נחשבת לשפיכות דמים:

דכל זמן שלא יצא (העובר – ד"פ) לאויר העולם, לאו נפש הוא וניתן להורגו ולהציל את אמו⁸⁰.

הרמב"ם, לעומת זאת, כותב שגם בהנחה שהפלה כן נחשבת לשפיכות דמים, היא עדיין תהיה מותרת להציל את חיי האם: מפני שהוא (העובר – ד"פ) כרודף אחריה להורגה⁸¹.

הגדרת הרמב"ם את העובר "כרודף" המצדיקה את ההפלה על בסיס דיני ההגנה העצמית מעוררת קשיים עיוניים ומהותיים מרתקים אשר דנו בהם במקומות אחרים⁸², ואין כל צורך לחזור על הדברים כאן. הנוגע לענייננו הוא דיונם של הפרשנים האחרונים באשר למניע שהביא את הרמב"ם להציע נימוק נוסף להתיר את ההפלה, במיוחד כשאין זה ברור כלל וכלל כי הרמב"ם חולק על מהותם של דברי רש"י. חלקם של הפוסקים האחרונים⁸³ מדגישים כי יסודו של דין רודף הוא ההלכה שמצילים את הנרדף בנפשו של הרודף⁸⁴. יתירה מזו: מאחר שמותר לנרדף אפילו להרוג

77. בבלי, סנהדרין עב, ע"ב.

78. בבלי, פסחים כה, ע"א-ע"ב.

79. בבלי, יומא פב, ע"א.

80. רש"י, בבלי, סנהדרין עב, ע"ב, ד"ה "יצא ראשו".

81. משנה תורה, רוצח ושמירת הנפש, לעיל ה"ש 75. וכן ראו שלחן ערוך, חושן משפט, סימן תכה, סעיף ב.

82. ראו דב פרימר "הגדרת דין רודף" **אור המזרח** לא 325, 336-337 (ניסן-תמוז, התשמ"ג); פורסמו שוב באוסף מאמריי **נדיב לב** 177, 189-192 (2010);

Dov Frimer, The Right of Self defense and Abortion, in *Maimonides as Codifier of Jewish Law* 195, 210-216 (Nahum Rakover ed., 1987)

פורסם שוב ב**נדיב לב** 121, 137-139.

83. לעיל ה"ש 16, והמקורות המובאים שם. והשוו **אמת ליעקב**, לעיל ה"ש 75, בעמ' כט, סוף ד"ה "ושמעתי".

84. משנה, סנהדרין ת, ז: "ואלו הן שמצילין אותן בנפשן: הרודף אחר חברו להרגו וכו'" (בנפשן: כלומר בנפש הרודף – פירוש המשנה לרמב"ם [מהדורת קאפח, בעמ' קצא]). וראו גם משנה תורה, רוצח ושמירת נפש, פרק א, הלכה ו. והשוו רש"י, בבלי, סנהדרין עג, ע"א.

את הרודף בכדי להציל את נפשו, אזי אם נאלץ הנרדף להזיק לרכושו של הרודף תוך כדי הצלת נפשו, יהיה הנרדף פטור מלשלם עבור הנזק "שלא יהא ממונו (של הרודף – ד"פ) חביב עליו מגופו"⁸⁵. אף צד שלישי רשאי וחייב לפעול להציל את הנרדף ללא התחשבות בכל זכות ממונית של אחר⁸⁶. בהתאם למגמה זו, פוסק הרמב"ם שגם כשממונו של אחר מסכן אדם, רשאי האדם הנמצא בסכנה – או אפילו צד שלישי – לסלק את הממון המסכן כדי להציל את עצמו, כדין נרדף שרשאי לחסל את הרודף ללא תשלום נזקיו⁸⁷.

לאור האמור, מסבירים אחרונים אלה, העדיף הרמב"ם להשתמש בקונסטרוקציה של רודף כדי להצדיק את הפלת העובר המסכן. בעשותו כן, מתגבר הרמב"ם לא רק על כל חשש של שפיכות דמים בהפלה אלא אף הודף כל טענה שעל פיה לאב זכות ממונית או אחרת בעובר.

לפי זה, לשתי האסכולות שהזכרנו לעיל – גם זו הסוברת שיש לבעל זכות מקורית בעובר וגם זו הסוברת שאין לבעל כל זכות עצמאית בעובר – ישנה תמימות דעים שאין כל צורך בהסכמת הבעל לביצוע ההפלה⁸⁸.

85. בבלי, סנהדרין עד, ע"א; משנה תורה, חובל ומזיק, פרק ח, הלכה יג.

86. ראו משנה תורה, חובל ומזיק, פרק ח, הלכה יד וז"ל: "מי שרדף אחר הרודף להושיע הנרדף ושביר את הכלים בין של רודף בין של כל אדם פטור. ולא מן הדין אלא תקנה היא שלא ימנע מלהציל או יתמהמה ויעיין בעת שירדוף". דברים אלו מבוססים על התלמוד הבבלי, סנהדרין עד, ע"א. אולם, אם הנרדף עצמו גרם נזק לרכושו של מי שאינו רודף אחריו, על אף שמתור היה לו להזיק כדי להציל את נפשו, חייב הוא לפצות את הניזוק "שהמציל את עצמו בממונו של חבירו חייב". ראו בבלי, בבא קמא ס, ע"ב; בבלי, סנהדרין עד, ע"א; משנה תורה, חובל ומזיק, פרק ח, הלכה יג. וראו עוד להלן, ה"ש 88.

87. משנה תורה, חובל ומזיק, פרק ח, הלכה טו.

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

אולם, הדברים עדיין צריכים עיון. אם נסבור גם שיש לבעל זכות בגוף העובר וגם שהעובר עצמו אינו רודף, עולה שאלה מעניינת: מדוע אישה המפילה את עוברת כדי להציל את חייה, אינה חייבת לשלם לבעלה דמי ולדות כבכל מקרה של אדם "המציל את עצמו בממונו של חברו" שההצלה מותרת אבל חייב הניצול לשלם לניזוק? עיינו לעיל ה"ש 86; בבלי, בבא קמא קז, ע"ב; ראב"ד, חובל ומזיק, פרק ח, הלכה טו; מרדכי, בבא קמא, סוף רמז קצג; **תשובות מיימוניות**, ספר נזיקין, סימן כ. ועיינו עוד הרב מיכל שטרן "הפלה מלאכותית" **הרפואה לאור ההלכה** א, קכ (התשמ"מ).

וכתב לי הרב דוד קאהן (אלול התשמ"א) שבמקרה כזה דמי הולדות כלולים בחיובו של הבעל לשלם עבור רפואת אשתו. וכן שמעתי אף מהרב יהודה דוד בלייך (כ"ז בניסן התשמ"ז – 26 באפריל 1987). וראו בסוגיית רפואת אשתו מאמרו של ידידיה כהן "בגדרי חיוב הבעל ברפואת אשתו על פי המשפט העברי" **דיני ישראל** ז, סז (התשל"ו). ברם, עדיין צריך עיון במקום שאבי העובר אינו בעלה של האם שאז אין עליו כל חיוב לרפואת האם. וכן הסתפק ברב הרב דוד קאהן עצמו במכתבו הנ"ל. הלכה למעשה, נראה לי שאין האישה חייבת לשלם לאב דמי ולדות מאחר שהיא תמיד יכולה לטעון "קים לי" כדעת

נקודה זו סיכם הרב ישראל יאקאבאוויטש, לשעבר הרב הראשי של בריטניה, בזה הלשון:

ולכן ברור שרופא הבא להפיל או להשחית הולד כדי למלט אמו מעושה... אינו צריך לשים לבו לבעל כשהוא צווח ואומר שמאבדין דמים שלו⁸⁹.

ה. לסיכום ביניים

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

1. כשההפלה מותרת על אף שאין צפויה סכנה לחיי האישה – יש מחלוקת בין הפוסקים אם חייבת האם לקבל את הסכמת הבעל לשם ביצוע ההפלה אם לאו;
2. לפי אותם מורי הוראה המחייבים הסכמת הבעל לביצוע הפלה, התנאי הוא שהבעל הוא גם אבי העובר. ברם, אם בעל האישה ואבי העובר אינם אותו אדם, או שאין בכלל בעל – אזי ההסכמה הדרושה היא מאת אבי העובר⁹⁰;
3. אף אליבא דאותם פוסקים שאינם דורשים הסכמת הבעל להפלה מותרת, עדיין יש מקום לטעון כי על האישה לנסות ולקבל את הסכמת הבעל. אם הבעל עומד בהתנגדותו, רשאית האישה – לפי אסכולה זו – להפיל את העובר חרף התנגדותו של בעלה;
4. כשההפלה מותרת בגין סכנת נפש שבה נמצאת האם – אין צורך בהסכמת הבעל לשם ביצוע ההפלה;
5. כשההפלה אסורה מעצם טיבה וטבעה – אין בהסכמת הבעל כדי להתירה.

ו. התוצאות המשפטיות

אישה המבצעת הפלה מלאכותית בניגוד להלכה – בין משום שהייתה דרושה הסכמת הבעל אותה לא קיבלה, ובין משום שההפלה במהותה הייתה אסורה – מה הם הצעדים המשפטיים שהבעל יכול לנקוט בהם נגד האשה?

הרמב"ם בשתי הסוגיות: גם בסוגיית דמי וולדות – דהיינו שאין לבעל זכות בגוף העובר, וגם בסוגיית רודף – דהיינו שהעובר עצמו כן יש לו דין רודף. ראו להלן ה"ש 101. במכתבו אלי מיום כ"ח בחשון התשס"ח, מוסיף הרב אברהם צ' שינפלד נופך חשוב: "עוד נראה לי, שגם אם באופן עקרוני ייתכן שיש חיוב על האשה לשלם לבעל דמי הולד, כדין המציל את עצמו בממון חבירו (לשיטות שזו זכות ישירה של הבעל – האב), מכל מקום למעשה לא יהיו תשלומים כגלל אופן שומת הנזק. כמו שכתוב בשו"ע, חושן משפט, סימן תכג, סעיף א, ששמץ את האשה כמה היתה שווה להימכר כשפחה לפני ההפלה וכמה היא שווה לאחריה. ההפרש הוא דמי העובר. כאשר האשה מסוכנת למות מחמת העובר, אין ספק ששוויה להימכר לפני ההפלה הוא פחות משוויה לאחר ההפלה, כשנצלו חייה, וממילא אין בעבור מה לשלם".

⁸⁹ לעיל ה"ש 16, בעמ' 23 (13). דברי הרב יאקאבאוויטש מובאים אף על ידי הרב שטרן, לעיל ה"ש 88, בעמ' קכ. הרב פעלדער, לעיל ה"ש 22, מחלם, משום מה, מנקודה חשובה זו, ודבריו צ"ע.

⁹⁰ בכפוף לסייגים המוזכרים לעיל בה"ש 72. והשוו את האמור להלן ה"ש 138.

1. תביעה בנוזיקין

כאמור לעיל⁹¹, קיימת לאב⁹² עילת תביעה נזיקית⁹³ כלפי אדם הגורם נזק לעובר. כיוון שהמשפט העברי אינו מבחין בין אדם שלישי המזיק לבין אישה המזיקה לבעלה⁹⁴, אזי עילת תביעה זו עומדת, לכאורה, לאב גם כלפי האם⁹⁵ ואפילו אם הם נשואים זה לזה.

ברם, כבר עמד על כך הרב מאיר שמחה כהן מדווינסק⁹⁶, כי אף אם במישור העיוני יש עילת תביעה בנוזיקין, הרי שבמישור המעשי, תביעה על ידי הבעל נגד האישה בגין הפלת עובר על ידה (ו) לא שמענו.

זאת ועוד: הרב מאיר שמחה כהן ממשיך וטוען כי גם במישור העיוני, תביעה בנוזיקין נגד האשה בגין הפלת הוולד קיימת אך ורק לפי אותה אסכולה⁹⁷ הסוברת שיש לבעל זכות מקורית אשר נובעת באופן ישיר מזכותו של בעל בעובר.

לא כן לפי אותה גישה⁹⁸ הסוברת כי זכותו של הבעל בדמי ולדות היא זכות נגזרת מזכותה של האישה בעובר. לפי גישה אחרונה זו, מאחר שההפלה בוצעה על ידי האישה עצמה, אזי אין לה, כמובן, כל עילה בנוזיקין. בהעדר תביעה נזיקית לאישה עצמה, אף לבעל אין עילה.

כפי שהוסבר לעיל⁹⁹, מחלוקת זו – אם זכותו של הבעל לדמי הוולדות היא זכות מקורית וישירה או נגזרת מזכותה של האישה – נשאת ללא הכרעה ברורה אף בימינו אנו. לאור מצב משפטי זה ועל פי כללי הפסיקה המקובלים

91. בטקסט על יד ה"ש 3-5.

92. ולא הבעל; כן סוברים רוב הראשונים והאחרונים כפי שהבאנו לעיל בה"ש 1 ו-60.

93. בדבר שומת הנוזק ראו משנה, בבא קמא ה, ד; משנה תורה, נזקי ממון, פרק יא, הלכה ג; טור ושלחן ערוך, חושן משפט, סימן תכג, סעיף א; **אנציקלופדיה תלמודית**, לעיל ה"ש 4, בעמ' תקצד-תקצה; שלום אלבק **פשו דיני הנוזיקין בתלמוד** 89-90 (התשכ"ה); מנחם סליי **הביטוח בהלכה** 151-160 (התש"מ); הרב משה הרשור "תשלומי נזקי הגוף ותשלומי שבת בזמן הזה" **הלכה ורפואה** א, שעה, שער-שעט, שפד (התש"מ); הרב שיינפלד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 296-297.

באשר לדרכי הגבייה ראו שלחן ערוך, חושן משפט, סימן תכד, סעיף י.

94. ראו לעיל ה"ש 14.

95. ליתר דיוק, יש לאב זכות תביעה כלפי הרופא שביצע את ההפלה. וכן פוסק הרב יצחק זילברשטיין **תורת היולדת** שצו (מהדורה שנייה, התשמ"ז) (הספר נכתב יחד עם ד"ר משה רוטשילד).

96. **אור שמח**, לעיל ה"ש 30.

97. ראו לעיל ה"ש 25-28 והטקסט על ידן.

98. שם.

99. ראו לעיל ה"ש 27.

במשפט העברי, נראה שאם הבעל אכן יתבע את האישה או את רופאה¹⁰⁰ לדין תורה בגין ההפלה, אזי בית הדין, הלכה למעשה, לא יחייבם בכל תשלום¹⁰¹.

2. עילה לגירושין

שאלה סבוכה יותר היא באיזו מידה יוצרת החלטתה של האישה להפיל, בניגוד להלכה, עילה לגירושין עבור בעלה, אבי העובר. בעיה זו שנויה במחלוקת. לדעת הרב יוסף ראזין¹⁰², אין בהתנהגות זו כדי ליצור עילת גירושין על אף החומרה שבמעשה. מסקנתו מבוססת על אנלוגיה למקרה של אישה שהרגה בשוגג. לדעת הרב ראזין, אישה המפילה עובר, גם

100. אמנם, האור שמח דן באשה המבצעת את ההפלה בעצמה. לפיכך, יש מקום לחקור את השאלה: באיזו מידה יש פטור מתשלום, לפי אסכולה זו, אף לרופא המבצע את ההפלה לבקשת האישה. הרב גולדברג, במאמרו הנזכר לעיל, סוף ה"ש 27, בעמ' 58-62, מתלבט בדבר. מקור הספק, לדעתו, נעוץ בשאלה אם הפטור של האם להפלת עובר נובע מכך שאין החובל בעצמו נחשב, מבחינה הלכתית, למזיק – ואם כן הרופא אכן ייחשב למזיק וחייב; או שמא הפטור של האם נובע מכך שמדובר במזיק ברשות – ואז אף הרופא יהיה פטור מאחר שהוא מבצע את ההפלה בהסכמת האם. בכל הכבוד, דברי הרב גולדברג אינם נהירים לי לגמרי. הלא גם אם הפטור של האם הוא מחמת שהיא אינה נחשבת, מבחינה הלכתית, למזיק, וזאת לעומת הרופא אשר כן מהווה מזיק, הרי סוף כל סוף הרופא הוא מזיק ברשות ובהסכמת האם. על כן, נראה לנו שלשני ההסברים אשר מציע הרב גולדברג באשר לאם, רופא המבצע את ההפלה ברשות האם צריך להיות פטור לפי אסכולה זו. ובדבר ההלכה שהמזיק ברשות בעלים פטור, ראו להלן ה"ש 126 והמקורות המובאים שם.

במכתב אלי מיום כ"ח בחשוון, תשס"ח, כותב הרב אברהם צ' שינפלד: "נראה לי שכונת הרב גולדברג שליט"א היא, שאם האשה אינה נחשבת למזיק' כי החובל בעצמו אינו נידון כמזיק כלל, אם כן הרופא כן נחשב למזיק' – וחייב. ומה שהקשית, שסוף סוף הרופא עושה ברשות האשה ובהסכמתה, אין בכך כדי לפטור אותו מתשלום. כי הסכמתה נחשבת כאילו (האשה) מוחלת לו על התשלום. אבל במפיל עובר (גם לשיטות שאין זו זכות ישירה של הבעל), בודאי שאין מחילת האשה פוטרת את החובל. וממילא לא תעמוד לרופא טענת 'קים לי'". אולם השור את דברי הרב שינפלד עצמו בספרו נזיקין, לעיל ה"ש 6, בעמ' 12-13 בה"ש 1, והמקורות המובאים על ידו שם, כי הדעה המקובלת יותר בין פוסקי ההלכה היא שהפטור מתשלום של המזיק ברשות אינו מטעם מחילה על התשלום אלא שאינו נקרא 'מזיק'.

101. בנסיבות כגון אלה, עומדת לאישה ולרופאה טענת הגנה טובה של 'קים לי כדעת הרמב"ם וסיעתו'. ראו טור, חושן משפט, סימן כה, אות ה; שלחן ערוך, חושן משפט, סימן כה, סעיף ב והמפרשים, על אתר; הרב יצחק יעקב וייס, שו"ת מנחת יצחק, ו, סימן קע, פרק כה. כן ראו הרב עובדיה יוסף, שו"ת יביע אומר, ו, חושן משפט, סימן ב. באשר לנימוק הירווספרודנטי לכלל 'קים לי', ראו חנינה בן-מנחם "טענת קים לי – לקראת ניתוח יורוספרודנטי" שנתון המשפט העברי ו-50 (התשל"ט-התשמ"מ).

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

102. ראו לעיל ה"ש 33-34.

במקום שההפלה אסורה על פי ההלכה, נחשבת כעוברת עברה בשוגג בלבד וזאת מאחר "דסבורה דאין מוזהרת על עובר"; כלומר, אישה שמפילה אינה מבינה, לכאורה, את המשמעות ההלכתית של מעשיה ושהפלת עובר, לפי גישת הרב ראזין, היא "בגדר שפיכות דמים". כמו שאין בכך שבת-זוג הורגת את הנפש בשוגג כדי להעניק לבעלה עילה לגירושין, כך, טוען הרב ראזין, אין בביצוע הפלה על ידי האישה לשמש כעילת גירושין.

כמובן, יש מקום לחלוק על נימוקיו של הרב ראזין, וכדרכו בקודש, אין הוא מאריך הרבה. אולם, הכרעתו ברורה לחלוטין:
אי אפשר לגרשה בעל כרחה כלל משום זה¹⁰³.

לעומתו, הרב משה סופר¹⁰⁴, בספרו שו"ת חת"ם סופר¹⁰⁵, סבור כי אישה המפילה בניגוד להלכה ניתן לגרשה בעל כרחה¹⁰⁶. החת"ם סופר מגיע למסקנה זו מתוך אנלוגיה להלכה המופיעה במשנה במסכת כתובות¹⁰⁷, כי אישה הנודרת ואינה מקיימת נחשבת "לעוברת על דת משה"¹⁰⁸ וניתן לגרשה בעל כרחה¹⁰⁹ וללא כתובתה^{110,111}. התלמודים¹¹² מנמקים סיבת עילה זו בטעם ש"בעון נדרים בנים מתים (ו)אין אדם דר עם נחש בכפיפה". טוען אפוא החת"ם סופר: והלא הדברים קל וחומר, אם אישה הנודרת ואינה מקיימת

103. שו"ת צנפת פענח, סימן נט (ורשא-ניו-יורק).

104. הונגריה, 1760-1840.

105. שו"ת חת"ם סופר, אבן העזר, ב, סימן א.

106. יש לציין כי עוד בתקופת הגאונים, פסק הרב שמואל בן חפני, גאון סורא (בבלי, בערך 930-1034), כי אף מעשי הבעל אשר יש בהם כדי לגרום לאישה להפיל, מהווים עילה לגירושין עבור האישה עם כתובתה. ראו ספר הגירושין לרב שמואל בן חפני גאון סורא פרק כא 68-70, ד"ה "והתשיעי" (יהודה צבי שטמפפר עורך, התשס"ט).

107. משנה, כתובות ז, ו.

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

109. ראו שם, בעמ' 38-39.

110. לפרטי הכתובה ושאר הזכויות הממוניות האובדות ראו שם, בעמ' 40-45.

111. כבר הורו הפוסקים שבזמן הזה, שאנשים ונשים פרוצים בנדרים, צריך דקדוק היטב לגרש אישה בלא כתובה בגלל שהיא עוברת על נדרים. ראו הרב ישראל איסרליין, שו"ת תרומת הרשן, סימן סח; הרב משה לימא, חלקת מחוקק, אבן העזר, סימן קטו, סעיף קטן י; הרב שמואל מווידיסלאב, בית שמואל, אבן העזר, סימן קטו, סעיף קטן ז; הרב זכריה מנדל מבעלז, באר היטב, אבן העזר, סימן קטו, סעיף קטן ז. כמו כן, אף בבעל הנודר ואינו מקיים, כופין אותו להוציא את אשתו מפני שבניו מתים בעוון נדרים. ראו הרב יהושע בעז לבית ברוך, שלטי גבורים, כתובות, פרק שביעי, סימן שיב, סעיף א; רמ"א, אבן העזר, סימן קנד, סעיף א; ערוך השלחן, אבן העזר, סימן קנד, סעיף טו. וראו עוד שו"ת ציץ אליעזר, לעיל ה"ש 87, סוף פרק ג (תודתי לידידי הרב עו"ד דוד בס, על שהפנה אותי למקור מעניין זה).

112. בבלי כתובות עב, ע"א; ירושלמי, כתובות ז, ו (לא, א).

ניתן לגרשה בעל כורחה מכיוון שלפי אמונת חכמי התלמוד בעוונה בנים מתים, אישה אשר משחיתה את בניה בידיים לא כל שכן?¹¹³

אין עדיין הכרעה סופית במחלוקת זו. אולם, סביר להניח כי בתי הדין הרבניים במדינת ישראל יעדיפו את גישת החתם סופר ויפסקו גירושין על פני דעתו הנוגדת של הגאון הרוגאצ'ובי, הרב יוסף ראזין. הרב עובדיה יוסף¹¹⁴, לשעבר הרב הראשי הספרדי של מדינת ישראל ונשיא בית הדין הרבני הגדול, מציין באחת מתשובותיו – הדנה בסוגיה אחרת שאינה קשורה לענייננו – כי קשה לסמוך על דעותיו של הרב ראזין להלכה "ולא זכה הדור ליהנות מאורו הגדול להלכה ברורה"¹¹⁵. הראשון לציון, כדרכו, מביא מספר אסמכתאות לדבריו. ביניהן מופיעה תשובה מעניינת מהרב יחיאל יעקב וויינברג¹¹⁶, בעל שו"ת שרידי אש, שבה קובע הרב וויינברג כי אין לפסוק אליבא דהגאון הרוגאצ'ובי בניגוד להוראותיו של הרב משה איסרליש (הרמ"א) או של החתם סופר "שנתקבלו באומה לפוסקים אחרונים"¹¹⁷.

ואכן, בשלושה פסקי דין, הכירו בתי הדין הרבניים האזוריים בישראל, ברוב דעות, בהפלת ולד ללא ידיעתו וממילא ללא הסכמתו של הבעל כעילה צודקת לגירושין¹¹⁸. בשניים מפסקי הדין הללו, דברי החת"ם סופר מובאים

113. יש לציין כי קיימת אבחנה כפולה בין המקרה של נודרת ואינה מקיימת לבין המפילה עוברת. הראשון הוא הריגת נפש בתקיימא, אולם בידי שמים, ואילו השני הוא הריגת ברייה שאינה נפש או נפש שלמה מבחינה הלכתית, אולם ההריגה היא בידיים. אף על פי כן, הרב משה סופר ראה לנכון להשוות בין השניים. כפי שנשמע מפי בית הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו, המובא בטקסט על יד ה"ש 96-97, הנימוק לאנלוגיה זו – על אף ההבדלים שבין המקרים – נעוץ, לכאורה, ברעיון הבסיסי שעומד ביסודה של עוברת על דת כעילה לגירושין והמשותף הן לנודרת ואינה מקיימת והן למפילה עוברת. והשוו פנחס שיפמן **דיני משפחה בישראל** ב 214, ה"ש 28 (1989).

רעיון בסיסי זה אומר: "דעיקר הטעם של עוברת הדת הוא לא משום מעשה העבירה, אלא משום דבמעשיה היא גורמת להפרעה ולקלקול בחיי המשפחה התקינים בינה לבין בעלה"; תיק (אזורי י-ם) 174/תשט"ו, פד"ר א 333, 338 (התשי"ד) (בהרכב כב' הדיינים, הרב יעקב עדס, הרב יוסף שלום אלישיב והרב בצלאל זולטי). נימוק זה לעוברת על דת בא לידי ביטוי, בין השאר, אף במקורות הבאים: תיק (אזורי ת"א) 3899/תשי"ג, פד"ר א 5, 13 (התשי"ד); תיק (אזורי ת"א) 13584/לו, ותיק (אזורי ת"א) 683/לח (טרם פורסם), פסק דינו של הרב חיים גדליה צמבליסט (אני מודה לידידי טו"ר משה מיטלמן אשר הפנה את תשומת לבי לפסק דין חשוב זה ואף המציא לי עותק ממנו); תיק (גדול) 2-21-30138 **פלתית נ' פלוגי**, חוות דעתו של הרב בנציון אלגרובלי (פורסם בנבו, 28.7.2008); שו"ת **ציץ אליעזר**, לעיל ה"ש 87, אות ב; הרב חיים שטיין "בענין עוברת על דת" **קובץ תורני – ספר זכרון ניצוצי אש** שצד, סעיף ב ו-שצה, סעיף ד (הרב צבי רוטברג והרב אברהם ניהויז עורכים, התשס"ד).

114. עיראק, 1920 – ישראל, 2013.

115. ראו שו"ת **יחזה דעת**, ב, סימן כו, בהערה.

116. רוסיה, 1884 – שווייץ, 1966.

117. ראו שו"ת **שרידי אש**, ב, סימן לא, אות טו.

118. תיק (אזורי ת"א) מו/11987 מיום ד' בשבט התשמ"ט (10.1.1989) (בהרכב כב' הדיינים, הרב שלמה דיכובסקי, הרב אברהם ח' שרמן והרב עזרא בר-שלום) פורסם תחת הכותרת "גרושין בשל רצח מתוך רחמים" **תחומין** י 324 (התשמ"ט) (באותו מקרה מדובר היה

ונדונים באריכות¹¹⁹. מסביר בית הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו, מפי הרב אברהם ח' שרמן (לימים חבר בבית הדין הרבני הגדול), את יסודם ונימוקם של הדברים וזה לשונו:

הנודרת ואינה מקיימת או העושה מעשים המאיימים פיזית על חיי בני המשפחה, פוגעת במישור הראשון שהוזכר לעיל, ושעליו מושתתים חיי הנישואין – שלימות חיי בני הזוג וכלל המשפחה... מכל האמור יש ללמוד לנידון שבפנינו, שלא עצם מעשה הרציחה ונסיבותיו הם העילה לחיוב האשה בגט, אלא האם מעשה זה מעורר בעתיד חשש צודק בלב הבעל, שאשה זו עלולה גם בעתיד לפגוע בילדיו, בזרעו ובהריון. זה הופך אותה להיות עוברת על דת.

באישה אשר רצחה מתוך רחמים את בנה המפגר. בית הדין פסק בנידון, בין השאר, מתוך אנלוגיה לסוגיית הפלת עובר; תיק (אזורי י-ם) 5112/תש"ן (לא פורסם, 23.5.1991) (בהרכב כב' הדיינים הרב דוד עטיה, הרב שלמה פישר והרב אברהם כלאב); תיק (אזורי ב"ש) 958212/3 פלונית נ' פלוני (פורסם בנוב, 31.3.2015) (בהרכב כב' הדיינים הרב גדעון שריון, הרב ציון לוז-אילוז והרב מאיר כהנא). בפסק דין האחרון, בני הזוג כבר התגרשו בהסכמה והשאלה שעמדה להכרעה בפני בית הדין הייתה תביעת האישה לכתובה. ברם, מתוך עיון בפסק הדין עולה כי בית הדין ראה בשאלת חיוב תשלום הכתובה כקשורה בשאלה אם הפלה ללא הסכמת הבעל מהווה עילה לגירושין ואם לאו. כן דעתו של ד"ר בנציון שרשבסקי **דיני משפחה** 316 ה"ש 30 (מהדורה רביעית מורחבת, 1993).

על אף האמור, בשניים מהתיקים, פסקי הדין ניתנו ברוב דעות של שניים כנגד אחד אשר חלק. בתיק מו/11987 בבית הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו, הרוב, הרבנים דיכובסקי ושרמן, ראו בהפלה בלבד כעילה לגירושין. ברם, הרב בר-שלום היה סבור שאין לחייב אישה בגירושין בגין הפלה אלא בצירוף טעמים נוספים. יש לציין כי שלוש שנים לאחר מכן, במסגרת פסק הדין של בית הדין הרבני הגדול מיום ה' בכסלו תשס"ב, בעניין "הפרייה חוץ-גופית אצל זוג נפרד", לעיל ה"ש 27, בעמ' 399, חזר הרב שרמן על עמדתו שהפלה מלאכותית על ידי אישה ללא הסכמת בעלה כן מהווה עילה לגירושין. ראו לעיל ה"ש 97. בתיק (אזורי י-ם) 5112/תש"ן, הרב שלמה פישר כותב באופן חד משמעי: "...עצם מעשה הפלת ולד של בעלה בלא ידיעתו מצדיק תביעתו לגירושין". לדעתו הצטרף הרב דוד עטיה. ברם, הרב אברהם כלאב חלק. מאחר שהרב כלאב לא כתב נימוקים, לא ידוע לנו טעמו בנידון. בתיק (אזורי ב"ש) 958212/3, שם, הרב ציון לוז-אילוז, מביא (בעמ' 9) את דברי הרב שרמן במאמרו הנ"ל בהסכמה "שהוא הדין בכל אישה המבצעת הפלה ללא ידיעת בעלה ונגד רצונו הרי היא כעוברת על דת"; ומסיק הרב לוז-אילוז: "ונראה פשוט". הרב גדעון שריון (בעמ' 13), "מצטרף למסקנותיו של ידידי הרה"ג לוז שליט"א". יש לדייק כי על אף שהרב שריון מצטרף "למסקנותיו" של הרב לוז בתיק הנדון, לא ברור לגמרי אם הוא מצטרף אף לכל נימוקיו של הרב לוז-אילוז. ואילו הרב מאיר כהנא (בעמ' 4), חלק על מסקנת הרוב, בעיקר מחמת שלא קיבל עובדתית את גרסת הבעל שלא ידע על ביצוע ההפלה. לדעתו: "ענין ההפלה, אם נקבל את גרסתו של הבעל, כי בוצעה ללא ידיעתו, אכן עשויה להוות עילה להפסד הכתובה. אך כאן, קשה לקבל עובדתית את גרסתו". אמנם, מדברי הרב כהנא מוכח שאם אמת היה הדבר שהבעל לא ידע מראש על ביצוע ההפלה, גם הרב כהנא היה מסכים שזו "עשויה להוות עילה להפסד הכתובה", אבל לא ברור אם לדעתו הדבר אף מהווה עילה לגירושין.

119. תיק (אזורי ת"א) מו/11987, שם; תיק (אזורי ב"ש) 958212/3, שם.

א"כ ברור לכל הדעות, שאשה ואם שעשתה מעשה מזעזע וחמור כ"כ, האמון במעשיה בעתיד וביכולתה לשמור כראוי על "זרעה והריונה" מתערער לחלוטין. בנסיבות אלו, יש לראותה כעוברת על דת ורשאי בעלה לחייב את גירושיה¹²⁰.

דברים דומים כתב ד"ן בית הדין הרבני הגדול, הרב ציון לוז-אילוז, בהיותו ד"ן בית הדין הרבני האזורי, באר שבע:

בפסקי דין רבים האריכו לבאר שוודאי שאין העבירה עצמה של 'נודרת ואינה מקיימת', מהווה את הסיבה להפסדת הכתובה

120. שם, בעמ' 331. וראה שוב את האמור לעיל בה"ש 113. במסגרת פסק הדין של בית הדין הרבני הגדול מיום ה' בכסלו תשס"ב, לעיל ה"ש 27, 399, מציע הרב שרמן עוד נימוק משלו להכרעתו של החתם סופר, נוסף על זה של עוברת על דת. לדבריו, אישה שותפה לבעלה בקיום מצוות "פרו ורבו". משום כך, היא מחויבת "לעשות את כל הנדרש שתקיים המצוה, ולהמנע מפעולות שעלולות לגרום שילדים לא יולדו"; בין השאר, "שאסור לה לגרום להפלת העובר, ולא רק מדין איסור הריגה ורציחה שיש בהפלה" (פסק דינו של הרב שרמן מופיע תחת הכותרת: "הפרייה חוץ-גופית אצל זוג נפרד" ומתחיל בעמ' 392).

באשר להפסד כתובתה של האישה בנית ההפלה: בתיק (אזורי חי') 031812720-24-1 פורסם, 7.3.2001), כותב אב בית הדין, הרב אברהם אטלס, שגם אם "האשה עשתה הפלה בעודה נשואה... אין לטענה זו בסיס בהלכה להפסיד כתובתה". הרב ישראל שחור "מצטרף לפסק דין זה" ואילו הרב מימון נהרי "מצטרף עקרונית לחיוב כתובה, כדעת אב"ד". כב' בית הדין לא מנמק את הדברים. מאחר שמדובר באישה עוברת על דת משה, הדברים הם לכאורה תמוהים וצריכים עיון. ראו פרימר, לעיל ה"ש 108, 27-30. לעומת זאת, בפסק הדין הנ"ל של בית הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו, בתיק מו/11987, בית הדין אכן פסק שהאישה מפסידה את כתובתה; ראו שם, בייחוד בעמ' 325-326 הערה 2*. וכן פסק הרב ציון לוז-אילוז בתיק (אזורי ב"ש) 958212/3, לעיל ה"ש 118 (בסוף עמ' 8: "ולענ"ד זהו מילתא דפשיטא דמפסידה כתובתה במעשה שכזה"). באשר לדעתם של הרב שריון והרב כהנא, ראו מה שכתבנו לעיל בה"ש 118. והשוו תיק (אזורי חיפה) מס' 581766/2 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו; 1.11.2009) (בהרכב כב' הדיינים הרב יצחק שמואל גמזו, הרב מיכאל בלייכר והרב מאיר קאהן), שפסקו שבאותו מקרה, על אף היות האישה לכאורה עוברת על דת, האישה אינה מאבדת את כתובתה מאחר "שהחלטת האשה להפסיק את הריונה נבעה מעזיבת הבעל אותה ואת חיק משפחתו לטובת אשה זרה, ומסירובו לחזור אליהם למרות הפצרותיה. משכך, הבעל הוא אשר קלקל את חיי המשפחה, ולא האשה, אשר 'מנא תבירא תברא'" (מתוך חוות דעתו של הרב מאיר קאהן, בעמ' 5, ד"ה "הפסד כתובה"). ויש להביא גם את דברי אב בית הדין, הרב יצחק שמואל גמזו, אשר מדגיש: "והנה אף שזה ודאי עבירה גדולה מאוד לבצע הפלה אף במקום שהבעל בגד בה, אולם בזה"ז (=בזמן הזה) במקום שהבעל בגד באשתו, רבים מקילים בזה, ואף שעושים שלא כרין, אולם אין זה סיבה להפסידה כתובתה" (בעמ' 3).

באשר לצורך בהתראה לפני הפסד הכתובה: בתיק (אזורי ב"ש) 958212/3, לעיל ה"ש 118, בעמ' 12, דן הרב ציון לוז-אילוז אף בצורך בהתראה לפי אותם פוסקים הסוברים שאף בעוברת על דת משה יש צורך בהתראה בטרם תאבד אשה את כתובתה. הרב לוז-אילוז ער לכך שחלק גדול מהציבור אינו מודע לחומרת העברה ההלכתית הכרוכה בהפלת עובר. בכל זאת, סבור הרב לוז-אילוז, "ידוע לכל איש ואישה שביצוע הפלה ללא הסכמת הבעל יש בה פגיעה אנושה ביסוד הנישואין. לפי זה, אם מקבלים אנו את העיקרון שבעבירה ובהתנהגות קלוקלת הידועה לכל, אין צורך בהתראה, שלא ניתנה התראה אלא להבחין בין שוגג למזיד, הרי שדי לנו שידוע לאישה שמעשה שכזה פוגע באימון הזוגי פגיעה אנושה כתחליף להתראה. ובלאו הכי, לדעת רבים מן הפוסקים בעוברת על דת משה אין צורך בהתראה להפסידה כתובתה ואי אפשר להוציא מן המוחזק".

אלא הפגיעה בנישואין ובבעל כתוצאה מהעבירה הזו. לכן לא מצאנו שאישה שעוברת עבירות אחרות ויהיו חמורות ככל שיהיו, מפסידה כתובתה, שזה חשבון בינה לבין השמים. (יעוין בפד"ר כרך א' עמ' 338, על בסיס דברי הרא"ש כתובות שם, ובמשנה למלך בפ"ב מסוטה ה"א, וקובץ שיעורים כתובות סי' רל"ב, ועוד). ולענ"ד במי שמפילה את עובר הבעל ודאי שעוברת על דת משה היא זו בהיבט זה לענין הפסדת הכתובה, ולא בגלל העבירה שבדבר אלא בגלל הפגיעה שיש לזה בתקינות הנישואין, שמה לו לבעל ולאישה שכזו, שאינה חפצה בהריונו ובעובריו.

ולענ"ד זהו מילתא דפשיטא דמפסידה כתובתה במעשה שכזה... ועוד גם זאת, בהשקפה של תורה... (ש)להריונה של האישה ועיבורה יש חלק של ממש לבעל, ולא תוכל האישה לטעון שהיא עושה בגופה כחפצה וכרצונה, וממילא פגיעה בעוברים זוהי פגיעה אנושה ביסוד הנישואין ובמטרתם¹²¹.

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

על אף כל האמור, כפי שכבר הערנו לעיל, הסוגיה טרם הגיעה להכרעה סופית. פסקי הדין אשר הכירו בהפלת העובר ללא ידיעת או הסכמת הבעל ניתנו ברוב דעות בלבד. נוסף על כך, מדובר בפסקי דין אשר ניתנו על ידי בתי הדין הרבניים האזוריים כאשר בית הדין הרבני הגדול טרם אמר את דברו בנושא.

זאת עוד: כל פסקי הדין אשר הזכרנו דנו במקרה שעצם ההפלה עצמה הייתה ללא הצדקה הלכתית. במצב זה, סברו רוב הדיינים שההפלה ללא ידיעת הבעל או הסכמתו מהווה עילה לגירושין. ברם, מה תהיה ההלכה כאשר האישה פנתה למורה הוראה מובהק ואותו מורה הוראה אכן התיר לאישה להפיל את עובריה? שאלה זו קשה יותר אם אותו מורה הוראה אף נקט בעמדה שאין האישה חייבת לבקש מבעלה את הסכמתו לביצוע ההפלה. האם גם במקרים אלו יסברו דייני בית הדין הרבני בישראל שיש

121. שם, בעמ' 10-12. הרב לוז-אילוז דוחה את דברי הרב ראזין, לעיל ה"ש 103, באמרו שם, בעמ' 12, כי: "המעין יראה שכל דבריו הם בהריון של פחות ממ' יום (וההלכה היהודית מקלה יותר כשההפלה מתבצעת בתוך הארבעים הימים הראשונים של מהריון – ד"פ), ולא ברור מה הייתה דעתו ביותר מזה ככנידון דידן. ומה עוד ששם מיירי באומרת מותר דהוה ליה כשוגגת, עיין שם שאין התייחסות לכך שהיה זה נגד רצון הבעל אלא באי ידיעתו". וראו עוד תיק (אזורי חי') 581766/2, לעיל ה"ש 120.

לבעל עילה לגרש את אשתו מאחר שההפלה בוצעה ללא ידיעתו או ללא הסכמתו? לכאורה, אם יסודה של העילה לגירושין נעוץ בחוסר האמון אשר נוצר בין בני הזוג כתוצאה ממעשיה של האישה, אזי יש מקום לטענה שהעילה לגירושין קיימת לבעל בין אם האישה הפילה על פי הוראת מורה הוראה ובין אם לאו. מאידך גיסא, שמא העובדה שהאישה הקפידה לפעול במסגרת ההלכה היהודית, יש בכוחה לנטרל את העילה לגירושין שאף היא יונקת מההלכה היהודית. דייני בית הדין הרבני בישראל טרם התייחסו לשאלות מורכבות אלו.

אמנם בית הדין הרבני טרם דן בשאלות הללו. אולם, הרב אשר זעליג וייס, בהיותו פוסק חשוב בימינו, התבקש לחוות את דעתו לגביהן. כפי שראינו לעיל¹²², הרב וייס בדעה שאם מדובר בהיתר רבנים להפיל מחמת צער או נזק גופני או נפשי גדול, אזי האישה אינה חייבת בהסכמת בעלה. זאת ועוד: באותה תשובה, הרב וייס אף מביע את העדפתו לעמדת הרב יוסף ראזין שאין בהפלה על ידי אישה ללא ידיעתו וללא הסכמתו של הבעל להוות עילה לגירושין – גם אם ההפלה אסורה מבחינה הלכתית – על פני גישתו של הרב משה סופר שכן מכיר בהפלה כזאת כעילה לגירושין¹²³. יחד עם זאת, הרב וייס ער לכך שהגישה הדומיננטית בבית הדין הרבני בישראל היא לאמץ את דעתו של הרב משה סופר. בהנחה שעמדה דומיננטית זו היא אכן העמדה הנכונה, פונה הרב וייס לתביעתו של בעל לגרש את אשתו ללא כתובה מאחר שהאישה הפילה חרף התנגדותו. מנגד, האישה מסרבת לקבל גט פיטורין באמרה שהיא הפילה בהיתרו של רב. ההיתר היה מבוסס על כך שהרופאים מצאו פגם בעובר כבר בתחילת הריונה. עקב הגילוי, האישה לקתה בדיכאון קשה עד שמצבה הגופני הורע. במסכת עובדות זו, רבותיו של הבעל אסרו להפיל את העובר והבעל התנגד להפלה בפועל. אולם, האישה לא שעתה לדעת בעלה והפילה את העובר למרות התנגדותו. הרב וייס, סבר שמאחר שההפלה התבצעה על פי הוראתו של מורה הוראה, אין ההפלה חרף התנגדותו של הבעל מספיקה כדי להקים עילה לגירושין והפסד כתובה. ואלו דבריו:

ומכל מקום, בנידון דידן שרב מסויים התיר לה להפיל מתוך מצוקתה הקשה, אף אם היתר זה אינו מקובל ואף אם צדק האוסרים, מכל מקום במצוקתה הקשה סברה וקיבלה דעת

122. לעיל, בטקסט על יד ה"ש 38-40.

123. ראו את הדין המובא לעיל, בטקסט על יד ה"ש 104-113. הרב וייס סבור שהרב משה סופר אינו דן בהפלה מלאכותית אלא ברציחת ילדי בני הזוג אשר כבר נולדו. ואכן, במקרה של הרב סופר, האם היא "זו שממיתה בניה בן קטן בן ג' או ד' שנים בשאט נפש". הרב וייס מבין את מטבעות הלשון של הרב סופר: "פרי בטנה" ו"זרעה והריונה", לא כמתחסיים לעובר שטרם נולד אלא כביטויים המתארים את ילדי בני הזוג (שכבר נולדו).

המתיר ולא במרד ובמעל עשתה מעשיה, נראה דבודאי אין להתיר לגרשה בעל כרחיה ואין לכופה כלל לקבל גט¹²⁴.

לדעת הרב וייס, כדי להקים עילה לגירושין, לא די שמעשיה של האישה ערערו את האמון שבין בני הזוג ופגעו בחיי הנישואין. לשיטתו, מעשיה של האישה עלולים לשמש כעילה לגירושין רק כשהם מלווים "במרד ובמעל" בבן הזוג ולא די בכך שהם פרי מצוקה קשה. אם אף בתי הדין הרבניים ילכו בעקבות הרב אשר וייס, רק הזמן יגיד¹²⁵.

ויש לדיוק: גם אם בתי הדין הרבניים יאמצו את הגדרתו של הרב וייס, נראה, לכאורה, שהיתרו של מורה ההוראה להפיל לא ישמש הגנה בפני תביעת גירושין במקרה שמורה ההוראה התנה את היתרו להפיל בהסכמת הבעל. בנסיבות אלו, סביר להניח שביצוע ההפלה על ידי האישה ללא הסכמת הבעל יערער את יסודות האמון בין בני הזוג ויפגע בקשר הנישואין. לא זו אף זו: מאחר שמורה ההוראה התנה את ההיתר להפיל בהסכמת הבעל, ביצוע ההפלה ללא הסכמתו עלול להיחשב אף כ"מרד ומעל" בבן הזוג. צירוף השניים – פגיעה ביחסי האמון בין האיש והאישה תוך כדי "מרד ומעל" בבן הזוג – אכן יקים עילת גירושין לפי הגישה הדומיננטית השוררת היום בין דיני בית הדין הרבני.

ז. הפלה אסורה בהסכמת הבעל

הדגשנו לכל אורך הדרך כי אנו עוסקים במצב שבו האישה מבצעת את ההפלה ללא הסכמת בעלה, אבי העובר. כמובן, אם ההפלה מותרת לדעת ההלכה ויש גם הסכמת הבעל, הרי הכול שפיר ואין כל בעיה משפטית. אולם, מה הוא הדין כשההפלה אסורה מבחינה הלכתית אך נעשתה בכל זאת בהסכמת הבעל? האם גם אז תעמוד לבעל העילה הנזיקית ו/או עילת הגירושין שעליה דנו קודם?

124. לעיל ה"ש 40.

125. לא ברור מתשובתו של הרב וייס אם העדר "מרד ומעל" מהווה הגנה בפני תביעת הבעל לגירושין רק במקרה שההפלה עצמה מותרת אלא שהבעל התנגד לה, או אף במקרה שההפלה במהותה אסורה אלא שהאישה ביצעה אותה מתוך מצוקה קשה. כנראה, הרב וייס לא ראה צורך לדון בשאלה זו מאחר שבכל מקרה, הוא סובר להלכה כדעת הרב יוסף ראזין שהפלת עובר כשלעצמה אינה מהווה עילה לגירושין, כפי שאנו מביאים בטקסט. אולם, בתי הדין הרבניים הסוברים כשיטתו של הרב משה סופר שהפלה מלאכותית ללא הסכמת הבעל אכן מהווה עילה לגירושין, יצטרכו להתמודד עם שאלה רגישה זו. תודתי לבני, הרב ד"ר זאב פרימר, על הערה חשובה זו.

נראה שבמקרה המתואר, אין לאב עילה בנזיקין. ברצונו נעשתה ההפלה כשהסכמתו ניתנה ברצינות וביודעין כי פירושה הינה פגיעה בזכותו¹²⁶. במקרה זה, אין סברה לחלק בין הפלה המותרת מעיקר הדין ובין זו האסורה מעצם טיבה וטבעה – בשתייהן הסכמת האב מהווה מחילה על עילת הנזיקין. גם באשר לעילה לגירושין, ההיגיון אומר לנו כי הסכמת הבעל שוללת עילה זו. את דינה של האישה המפילה למד החתם סופר מדינה של עוברת על דת משה. כפי שכבר שמענו¹²⁷ מפי הרב שרמון¹²⁸ – וכן נאמר במספר פסקי דין רבניים אחרים¹²⁹ – נימוקה של עוברת על דת משה כעילה לגירושין הוא לא עקב מעשה העברה עצמו אלא משום שהתנהגות האישה גורמת לקלוקל וקרע בחיי המשפחה התקינים בינה לבין בעלה. הסברה מחייבת אפוא שאם הבעל הסכים¹³⁰ להתנהגות אשתו, אין בידו עוד לבוא ולטעון טענה כזו של קלוקל חיי המשפחה התקינים.

בעקבות החת"ם סופר, נביא אף אנו הוכחה לדבר מדינה של הנודרת ואינה מקיימת. נפסק להלכה¹³¹ שאם האישה מביאה עדים שגם בעלה עובר על נדרים אין הוא רשאי לגרשה בלא כתובתה¹³², שמוכח ממעשיו שאף הוא אינו מקפיד בעונש מיתת הבנים. אם כן, הוא הדין אף כאן בסוגיית ההפלה. בעל המסכים לביצוע הפלה על ידי אשתו מודה בפה מלא "דההוא גברא לא בעי בנים". אין בידו לטעון עוד שאשתו היא זו האשמה במיתת העובר ובהריסת חיי המשפחה התקינים בינו לבינה. בית הדין ייעתר רק לבקשתו של בעל הבא בניקיון כפיים וטוען בכנות. המשפט העברי לא ירשה סוג זה של ניצול זכויות שיביא לידי הריסת התא המשפחתי ללא סיבה מוצדקת¹³³.

126. ראו שלחן ערוך, חושן משפט, סימן שפ, סעיף א, וסימן תכא, סעיפים ה, יב; **ערוך השלחן**, חושן משפט, סימן תכא, סעיף ג; אלבק, לעיל ה"ש 93, 71-73; הרב גולדברג, לעיל ה"ש 20, בעמ' 59-60; הרב שיינפלד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 12-18.

127. בטקסט לעיל על יד ה"ש 119-120.

128. לעיל ה"ש 120, בעמ' 331.

129. ראו לעיל ה"ש 113, וכן טקסט ומקורות על יד ה"ש 121.

130. ראו פסק דינו של הרב מאיר כהנא בתיק (אזורי ב"ש) 958212/3, לעיל ה"ש 118, בעמ' 6 בקשר לחיוב הכתובה שכותב שמספיק שהבעל ידע על ההפלה ושתק כדי לחייבו בכתובה. לא ברור מתוך דבריו אם הוא סבור שיש בידיעת הבעל אף כדי לבטל את עילת הגירושין.

131. הרב מאיר בן ברוך מרוטנברג, שו"ת **מהר"ם בן ברוך**, דפוס לבוב, סימן שצג, דפוס קרימונה, סימן קפה; **מרדכי**, כתובות, רמז קצו; הרב שלמה בן אברהם בן אדרת, שו"ת **הרשב"א**, א, סימן תתסו; הרב ישראל איסרל מקרימזא, **הגהות אשר"י**, כתובות, פ"ז, סוף סימן ט; **בית יוסף**, אבן העזר, סימן קטו; רמ"א, אבן העזר, סימן קטו, סעיף ג. ועיינו עוד: נושאי הכלים על דברי הרמ"א, על אתר; הרב עובדיה יוסף, שו"ת **יביע אומר**, ג, אבן העזר, סוף סימן כא, אות יט.

132. וצריך עיון אם הבעל יכול לגרשה בעל כורחה במקרה שהוא מוכן לשלם לה את כתובתה.

133. ראו הרב יוסף, לעיל ה"ש 101, אות א.

ח. מעמד הבעל במשפט הישראלי

כאמור, בחוק הישראלי אין התייחסות מפורשת למעמד אבי העובר, ובפסיקת בית המשפט העליון, הנושא נדון לראשונה לפני כשלושים ושבע שנים, בשנת תש"מ.

במרס 1981 קבע בית המשפט העליון ברוב של שניים נגד אחד, כי אין לבעל כל מעמד משפטי בהחלטה אם לבצע הפלה מלאכותית בעוברו אם לאו.¹³⁴ לפי השופטים מאיר שמגר והדסה בן-עתו, המחוקק הישראלי¹³⁵ "אינו מקנה לבעל זכות וטו או זכות אחרת, מכוחה יוכל לדרוש הימנעות ממתן החלטה בקשר להפסקת היריון" על ידי ועדת ההריונות¹³⁶. מכוח זכותה של האישה על גופה¹³⁷, העניק החוק מעמד בלעדי לאם. לעומתם, סבר השופט מנחם אלון כי יש להכיר בזכותו של הבעל¹³⁸ להשתתף בקביעת גורלו של העובר:

קיימת גם קיימת בידי הבעל זכות טיעון... ומחובתה של הוועדה, בדרך כלל, לשמוע את אשר בלבו ובפיו, עובר לקבלת החלטתה...¹³⁹

134. לעיל ה"ש 1.

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

136. מדברי השופט שמגר בע"א 413/80, לעיל ה"ש 1, בעמ' 63.

137. המעניין הוא, שנימוק זה אינו מודגש על ידי השופטים בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 413/80, לעיל ה"ש 1 – לרבות בחוות דעתו של השופט שמגר. אולם, הוא הופך לנימה מרכזית בפסיקה המאוחרת יותר. ראו דברי הנשיא שמגר בע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 844 מול האות ז (1994), בו הוא כותב: "זכויותיה על גופה הן בידיה, ואין האב יכול לכפות על האישה הפסקת היריון או הימנעות מהפסקת היריון". וכדומה כותב הנשיא ברק בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד ס(3) 201, 217, מול האות ד (2005): "זכותה של האישה על גופה, והימנעות מכפיית הורות על אישה, הם המקנים לה את החירות להפסיק היריון ללא הסכמת האישה. לא ניתן לחייב את האם העתידית, בשם זכות האב להיות הורה, שלא לבצע הפלה". לביקורת על גישת הרוב בבית המשפט העליון ראו:

Carmel Shalev, A Man's Right to be Equal: The Abortion Issue, 18 *Is. L. Rev.* 381 (1983);

אימרו ורהפטיג "אב ובנו" מחקרי משפט טו 479 (2000). לעומתם ראו עמוס שפירא "הסכמה מדעת' לטיפול רפואי – הדין המצוי והרצוי" עיוני משפט יד 225, 255-259 (1989).

138. בפסק דינו, השופט אלון אינו מבחין בין בעל שהוא אבי העובר לבין בעל שאינו אב העובר. הוא גם אינו מתייחס לאב העובר שאינו בעלה של האם. והשווה הצעת ח"כ ד"ר זרח ורהפטיג בדיון בכנסת (ד"כ 79, 1250 [התשל"ז]), אשר הציע שיש לתת מעמד לבעל שהוא גם האב. עיינו עוד בדברי ח"כ ורהפטיג בד"כ 1608,76 (התשל"ז); זרח ורהפטיג חוקה לישראל, דת ומדינה 323,321 (1988). השופטת בך-עתו חולקת על הצעה זו בחוות דעתה שבע"א 413/80, לעיל ה"ש 1, בעמ' 85. בפרקים הקודמים, התייחסנו לשאלות אלו בהקשרו של המשפט העברי, דהיינו: האם יש זכות – במידה שיש – המוקנית לבעל גם אם הוא אינו אבי העובר או שמה לאב גם אם הוא אינו הבעל.

139. שם, בעמ' 88, מול האות ג.

...זכותו של הבעל להישמע, בטרם יוכרע בבקשה להפסקת הריונה של אשתו, זכות שבכללי הצדק הטבעי היא ובתור שכזו מקובלת ובעלת תוקף היא במערכת משפטנו גם ללא הוראה מפורשת של המחוקק¹⁴⁰.

יש להדגיש כי לדידו של השופט אלון, זכותו של הבעל אינה אלא בכך שיכול הוא להשמיע את דעתו בפני ועדת ההריונות בטרם תחליט הוועדה אם לאשר את ההפלה ואם לאו. אולם, גם לדבריו, בשום אופן אינה קיימת לבעל זכות וטו להפלת העובר.

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

...שלא ישחיתו את העובר וכי יולד חי ולא יהיה לנפל אשר "בהבל בא ובחשך ילך ובחשך שמו יכסה" (קהלת ו' ד')¹⁴¹.

אף לאחר חקיקת החוק ופסיקתו הנ"ל של בית המשפט העליון, הדגיש שופט בית המשפט העליון צבי א' טל כי העדפתה המיוחדת של האישה על פני האיש בהחלטה חשובה זו, חרף התנגדותו של בן-הזוג:

...נובעת אך ורק מכך שמדובר בהחלטה הנוגעת לגופה. האישה לבדה היא הנושאת את העובר, ועל כן ההחלטה להפיל נמסרה לה לבדה¹⁴².

...אלמלא הגורם המכריע – היות העובר חלק מגוף האישה, או, בלשון חכמינו: "עובר ירך אמו", אין לאישה זכות להשמיד את העובר בניגוד לרצונו של בן-זוגה¹⁴³.

140. שם, בעמ' 89, מול האות ו. ויש לדייק: גם השופט שמגר מסכים כי אין איסור לוועדה לשמוע את הבעל, אם הלה פונה ומבקש זאת. אך הוא מתנה שמיעת האב על ידי הוועדה בשני תנאים: שלא תעוכב בשל כך פעולתה של הוועדה בדרך שיש בה כדי לסכל את מטרת כינונה; וכן שהוועדה תאמץ לעצמה נהלים וכללי פעולה המונעים פגיעה בזכותה של האישה. ראו שם, בעמ' 67. המחלוקת העיקרית, בין השופט שמגר לבין השופט אלון נסובה מסביב לשאלה אם רק אין איסור לוועדה לשמוע את הבעל או שיש זכות לבעל להישמע.

141. ת"א (מחוזי ת"א) 3064/64 (לא פורסם).

142. דנ"א 2401/95 (5587/93) נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 708 מול האות א (1996).

143. שם, בעמ' 709 מול האות ב.

גם השופטת עדנה ארבל, אשר כיהנה עד לאחרונה כשופטת בית המשפט העליון, הביעה דברים דומים כבר בהיותה בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו:

...קיימת גם קיימת לאב זכות, מכוח אבהותו ונישואיו, לתבוע את לידתו של ילדו. אלא שזכותה של האשה, בהיות העובר חלק מגופה וקיומו תלוי בה, זכות עדיפה היא¹⁴⁴.
לאור תובנה זו גם גזרה השופטת ארבל השלכה מעשית:
ייתכן שניתן לעשות הבחנה לגבי עובר כל עוד קיומו תלוי באמו ועובר שהגיע לשלב שהוא יכול להיות בזכות עצמו, שאז זכותו של האב מתחזקת ועשויה להיות שווה, או כמעט שווה, לזו של האם¹⁴⁵.

בית המשפט העליון הסתמך בפסיקתו על הפסיקה המקבילה בסוגיה בארצות הברית¹⁴⁶ ובבריטניה¹⁴⁷, אשר אף בה נקבע כי זכויותיה של האישה על גופה הן בדידה, ואין האב יכול לכפות על האישה הפסקת היריון או הימנעות מהפסקת היריון.

144. מ"מ"א (מחוזי ת"א) 3582/93, המ' 4775/93 **רון שיבק נ' רון שיבק**, פ"מ התשנ"ד (1) 81, 85 (1993).

145. שם. בצדק העיר לי בני, הרב ד"ר זאב פרימר, כי ניסוחה של כב' השופטת ארבל אינו מדויק. דיו. מניסוחה של כב' השופטת ארבל מתקבל הרושם כאילו במקביל להתקדמות ההיריון, זכותו של האב הולכת ומתחזקת עד שבהגיע העובר לשלב המתקדם שבו הוא מפסיק להיות תלוי באמו, כוח האב משתווה לאותה הרמה הגבוהה של האם. ברם, הנכון יותר הוא שבמקביל להתקדמות ההיריון והבשלת העובר כיצור עצמאי, זיקתה וזכותה של האם הולכות ונחלשות עד שבהגיע העובר לשלב המתקדם שבו הוא מפסיק להיות תלוי באמו, כוח האם כבר משתווה לאותה הרמה הנחותה של האב. והשוו עם גישתו של הרב יוסף ראזין הנזכרת להלן על יד ה"ש 33-36; וכן עיינו להלן בה"ש 36, להשוואה בין השתיים.

146. *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*, 428 U.S.52 (1976). בפסק דין זה, פסק בית המשפט העליון של ארצות הברית, ברוב דעות של שישה נגד שלושה, כמסקנתו של בית המשפט העליון הישראלי שאין לדרוש הסכמת האב להפלת עוברו. ראו גם *Doe v. Smith*, 486 U.S. 1308 (1988). לאחר מכן, בשנת 1992, בפסק דין *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), פסק בית המשפט העליון של ארצות הברית, ברוב דעות, שאף הוראת חוק המחייבת הודעה לבעל על ההפלה נוגדת את החוקה האמריקאית. וראו Erin Daly, *Reconsidering Abortion Law: Liberty, Equality and the New Rhetoric of Planned Parenthood v. Casey*, 45 *Am. U. L. Rev.* 77 (1955).

ראו עוד

W. E. Shipley, *Woman's Right To Have Abortion Without Consent of, or Against Objections of, Child's Father*, 62 *A.L.R. 3d* 1097 (1975; Supp. 2000)

147. *Paton v. Trustees of B. P. A. S. and another*, [1979] QB 276. [1978] 2 All .147 E.R. 987; *C v. S*, [1988] QB 135, [1987] 1 All ER 1230 (Court of Appeal)

ראו גם

Andrew Grubb & David Pearl, *Protecting the Life of the Unborn Child*, 103 *L. Q. Rev.* 340 (1987).

במאמר זה חקרנו עד כה את עמדת המשפט העברי בשאלת הצורך בהסכמת הבעל להפלת עוברו. כמו כן עיינו בהשלכות המשפטיות של גישה זו. למען הדיוק, ראוי להדגיש כי המשפט העברי, בדורותיו הקדומים יותר, לא דן באופן ישיר במעמדו של הבעל בהפלת העובר. אין אנו מוצאים התייחסות מפורשת לשאלה באיזו מידה דרושה הסכמתו של הבעל לביצוע הפלה באשתו – לא בתקופת המשנה, לא בתקופת התלמוד ואפילו לא בתקופת הגאונים או הראשונים. שאלה זו בצורתה המפורשת, נידונה לראשונה בספרות ההלכה רק החל מהמאה ה-19. אולם, כדרכה וכמהותה של ספרות ההלכה, שורשי הסוגיה נמצאים כבר במקורות התנאים והאמוראים. מהם דלו חכמי המאה ה-19 תפיסות מסודרות וגישות עקרוניות, עליהן אף ביססו בהמשך מורי ההוראה את פסקיהם הלכה למעשה, כפי שהוצג בפרקים הקודמים.

לשם סיום, נדון בבעייתיות העלולה להיווצר כתוצאה מהתנגשות בין פסק דינו של בית המשפט העליון ובין זה של בית הדין הרבני.

ט. התנגשות

הסקנו לעיל כי במקרה שהפלת העובר אסורה על פי ההלכה מכל סיבה שהיא – בין משום שההפלה אסורה מעצם טיבה וטבעה ובין משום שנדרשה לאישה הסכמת הבעל שהיא לא קיבלה – רוב דייני בתי הדין הרבניים בישראל יכירו בהפלה על ידי אישה ללא הסכמת בעלה כעילה לגירושין. לאור מסקנתנו זו, עלול להיווצר מצב של התנגשות בין פסק דינו של בית המשפט העליון לבין זה של בית הדין הרבני.

ניקח לדוגמה אישה יהודייה המבקשת להפיל את עובריה על פי חוק ההפלות ובאישור ועדת ההריונות. בעלה, יהודי ואבי הוולד, מתנגד לדבר. בני הזוג אף התייעצו עם רב פוסק הלכה מובהק אשר אסר על הפלה, או אולי התירה, אך התנה בפירוש את ההיתר בהסכמת הבעל. לפי קביעת בית המשפט העליון, מותרת האישה לבצע את ההפלה על אף התנגדותו של הבעל. ברם, מיד לאחר הניתוח, יהיה הבעל זכאי לתבוע גירושין בעל כורחה של האישה בבית הדין הרבני האזורי. בית הדין הרבני, בהתאם לסמכותו הייחודית לדון בענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל¹⁴⁸ על פי דין תורה¹⁴⁹, יהיה רשאי להיעתר לתביעה.

אין בהכרח סתירה פנימית בתוצאה זו. גם במשפט העברי מוצאים אנו מקרים שבהם אין הבעל יכול לכוף את דעתו על אשתו אם היא "תתרצה לקבל

148. ס' 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, ס"ח 165.

149. ס' 2, שם.

ממנו גט¹⁵⁰. מחד גיסא, אין לפגוע באוטונומיה המוענקת לאישה בתחומים אלו על פי החוק. מאידך גיסא, להפעלת זכות זו על ידי האישה יש השלכות ברורות הן כלפי בעלה והן כלפי החברה. השלכות אלו עלולות להקים ולהעניק זכויות לבעל אף כלפי אשתו. וכפי שמסביר פרופ' פנחס שיפמן:

יש לזכור כי החלטתה של האשה להפסיק את הריונה, יכול שתהיה הפרה של חובה מחובות הנישואין היכולה לשמש אולי עילה לגירושין. אף על פי שחובה זו אינה ניתנת לאכיפה בניגוד לרצונה של האשה, יש מקום לטענה שצריכים להינתן לגבר עילה לגירושין. שאם לא כן, הפעלת זכותה של האשה שלא להיות הורה על ידי הפסקת הריונה, עלולה לפגוע בזכותו של הגבר להיות הורה. אכן זכותו של הגבר להיות הורה אינה זכות כלפי אשה מסוימת. הגבר יכול לממש את שאיפותיו וציפיותיו על ידי התקשרות עם אשה אחרת, אך לשם כך יש להניח לו אפשרות ליצירתה הלגיטימית של התקשרות חדשה שכזאת על ידי התרת קשר נישואין הקודם¹⁵¹.

במצב כזה, אין לחוק מנוס אלא לכבד את בחירתו החופשית של כל אחד מבני הזוג לממש את זכויותיו הלגיטימיות. המקסימום שהחוק יכול לדרוש בנסיבות אלו הוא שאדם ישקול היטב את מכלול התוצאות האפשריות של מעשיו טרם שהוא מכריע במימוש זכויותיו הלגיטימיות.

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

י. נעילה

סוגיית ההפלה המלאכותית היא סבוכה ביותר. העובר, האם, הבעל והחברה – לכולם יש אינטרסים לגיטימיים בביצוע או אי ביצוע ההפלה. לעתים תכופות אינטרסים אלו מתחרים האחד בחברו ויש למצוא איזון נכון

150. שו"ת **חם סופר**, אבן העזר, א, סימן כ, בעניין אשה המצטערת בהריון ולידה ורוצה לשתות כוס עיקרין.

151. שיפמן, לעיל ה"ש 113, בעמ' 214.

ביניהם. הכרעה זו אינה קלה; בכל צעד ושעל נתקלים אנו בשאלות יסוד בתחום ההלכה, המוסר והמשפט גם יחד¹⁵².

מן המפורסמות הוא שהתא המשפחתי הוא מוסד מרכזי ביהדות, כשאת המטרות המרכזיות של דיני המשפחה בהלכה היא ההגנה על מוסד חשוב זה¹⁵³. אין זה מפתיע אפוא כי בבואה לגשר בין האינטרסים של הבעל ושל האישה בנדוננו, ההלכה רואה לנכון לתת משקל מכריע לשמירת יציבותה של המשפחה.

בהתאם לכך, אין ההלכה מרשה לבן זוג אחד לנקוט פעולה כה משמעותית ורבת ערך ללא הסכמת בן הזוג השני, או לפחות לשאול לדעתו.

ובלשונו של פרופ' זאב פלק:

In view of the social indication of the abortion, we would expect the father to have a right to be heard¹⁵⁴.

וכעין זה כותב כב' השופט ביירון ווייט, שופט בית המשפט העליון

של ארה"ב:

... The husband has an interest of his own in the life of the fetus which should not be extinguished by the unilateral decision of the wife... A father's interest in having a child – perhaps his only child – may be unmatched by any other interest in his life¹⁵⁵.

ההלכה דורשת אפוא את השיתוף הפעיל גם של האם וגם של הבעל בהחלטה זו. המזלזל בחוכה הזאת, עליו ליטול על עצמו את מלוא האחריות על הנזק הנגרם בגין הפרת האמון שבין בני הזוג והריסת התא המשפחתי.

152. בהקשר זה ראה המחלוקת המעניינת בין Baruch Brody, *Abortion and the Sanctity of Human Life: a Philosophical View* (1975)

לבין Shalom Carmy, *Halakhic and Philosophical Approaches to Abortion*, 16 *Tradition* 126 (Spring, 1977)

ראה גם הרב ד"ר מרדכי הלפרין, הצלת האם תוך כדי פגיעה בחיי העובר, **אסיא** פט-צ, עמ' 5-16 (תשע"א).

153. ראה למשל: ד"ר יעקב וינרוט, דין המורדת (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, תל-אביב, תשמ"א). אולם ראו מאמרו של הרב ד"ר אהרן ליכטנשטיין "המשפחה בהלכה" **משפחות בית ישראל** 30-13 (התשל"ו), הטוען שעל אף חשיבותה של המשפחה בהלכה, אל לנו להפריז בחשיבות זו.

154. Zeev W. Falk, *The New Abortion Law of Israel*, 13 *Isr. L. Rev.* 103, 107 (1978). וכן דעתם של ורפהטיג, לעיל ה"ש 5; ושל שיפמן, לעיל ה"ש 126, בעמ' 214.

155. עניין *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*, לעיל ה"ש 146, בעמ' 93.