

מפגש בין משפט למוסר בסוגיית ההפלה : משפט עברי, קנוני, מקובל וישראלי

דניאל סינקלר *

- א. הקדמה
- ב. הפרשנות ההלכתית לדין הריגת עובר בתורה והשפעתה על המשפט העברי
- ג. האם קיים איסור מפורש של הריגת עובר במשפט העברי?
- ד. השמדת עוברים ודיני הפלה בנצרות הקדומה, במשפט הקנוני ובמשפט המקובל: פרשת דרכים פרשנית
- ה. השפעת המוסר הנוצרי על פסיקת ההלכה בסוגיית ההפלה
- ו. סיכום

א. הקדמה **

הוויכוח הניטש בארצות-הברית בין התומכים בזכותה החוקתית של אישה להפיל את עובריה ובין המבקשים לצמצם זכות זו באופן משמעותי ולחזק את ההגנה על חיי העובר, לא הפסיק להעסיק את מערכת המשפט האמריקנית, הן במישור הפדרלי והן במישור המדינתי, מאז נוצרה זכות זו בפסק הדין התקדימי של בית המשפט העליון של ארצות-הברית – *Roe v. Wade*¹ – בשנת 1973.² גם

* פרופסור למשפטים, מרצה בתחומי המשפט העברי, המשפט הביורופאי ההשוואתי, המשפט האנגלו-אמריקני ותורת המשפט בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי, המכללה למינהל; האנגלו-אמריקני ותורת המשפט בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי, המכללה למינהל; Wolff Professor of Jewish Law, Fordham University Law School, New York. ברצוני להודות לעו"ד שרה שויצקי, בוגרת תואר ראשון, הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, על עזרתה הרבה בהכנת המאמר לדפוס.

** מאמר זה מבוסס על החלק הראשון של מאמרי: דניאל סינקלר "היסוד המשפטי של איסור הפלה במשפט העברי (בהשוואה לשיטות משפט אחרות)" שנתון המשפט העברי ה' 177 (1978). דיון מקיף ויסודי בנושא ההפלה במשפט העברי נמצא בספרי: DANIEL SINCLAIR, *JEWISH BIO-MEDICAL LAW: LEGAL AND EXTRA-LEGAL DIMENSIONS*, chapter 1 (2003).

1 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

2 ראו ה"ש 75–76. ההתפתחות האחרונה במאבק זה הוא משאל העם שהתקיים במדינת דרום דקוטה ב-7 בנובמבר, 2006. החוק המוצע לפני אורחי המדינה מחמיר מאוד ואוסר על ביצוע

המאבק הציבורי הנוקב והמפלג בארצות-הברית בעניין מוסריותה של הפלה לא ירד מהפרק, והוא אפילו נמשל על ידי אוורט קופ (Everett Koop), ה-Surgeon General, "לשלב הראשון במלחמת אזרחים, אם לא למלחמת אזרחים ממש"³. לעומת זאת, בישראל יש סעיפים אחדים בחוק העונשין העוסקים בהפלה, ואפשר למנות את פסקי הדין העוסקים בנושא זה על אצבעות יד אחת⁴. יש להניח שמצב משפטי זה משקף את העובדה שבישראל אין ויכוח ציבורי נוקב בעניין הפלות בדומה לוויכוח הקיים בארצות-הברית. אין ספק שגורם מרכזי בוויכוח האמריקני הסוער בעניין הפלות הוא המורשת הנוצרית, המשותפת לתקולים ולפרוטסטנטים האדוקים, שהיא מחמירה ביותר באיסור נטילת חיי עובר⁵. ההלכה היהודית מאז ומתמיד הייתה פחות מחמירה בעניין הריגת עובר, ובמיוחד כשהדבר נעשה למען הצלת חיי האם. יש להניח שזהו הגורם להיעדר מאבק משפטי וויכוח ציבורי נוקב בעניין הפלות בישראל⁶.

הפלה בכל שלבי ההיריון, אפילו במקרים של אונס, גילוי עריות ומצב בריאותי רופף של האם. שני הצדדים משקיעים משאבים רבים בניסיון לנצח בקרב ("משאל עם בדרום דקוטה על ההפלות" הארץ 17.10.2006).

3 *The Battle Over Abortion A Question of "Life" or "Choice"*, 151 TIME 165 (March 9, 1998) באותו מאמר, אומר Everett Koop: "Nothing Like It Has Separated Our Society Since the Days of Slavery". לניחוח הוויכוח בסוגיית ההפלה בהקשר החברתי, הדתי, הפילוסופי והמוסרי של החברה האמריקנית בעידן המודרני, ראו: ELIZABETH MENSCH & ALAN FREEMAN, *THE POLITICS OF VIRTUE: IS ABORTION DEBATABLE?* (1995). יש לציין, כי היו מקרים שבהם הוויכוח לגבי הפלות לבש אופי אלים של ממש, ורופאים שביצעו הפלות או אפילו ניהלו מרפאות שבהן בוצעו הפלות, הותקפו וגם נהרגו על ידי המתנגדים להפלות על רקע דתי ומוסרי; ראו: Paul Gray, *Thou Shalt Not Kill*, 141 TIME 48 (March 22, 1993).

4 ס' 312–321 לחוק העונשין, התשל"ז–1977. בחוק זה נקבע שיש לבצע הפלה במוסד רפואי מוכר ועל פי אישור ועדה שהוסמכה למטרה זו. הוועדה כוללת שלושה חברים: רופא מומחה לילוד וגניקולוגיה; רופא מוסמך שעיסוקו באחד מהמקצועות הבאים: יילוד וגניקולוגיה, רפואה פנימית, פסיכיאטריה, רפואת משפחה ובריאות הציבור; עובד סוציאלי. על פי תיקון משנת 1980, לפחות אחד מחברי הוועדה חייב להיות אישה. העילות להתרת הפלה הן: האישה היא למטה מגיל הנישואין או מלאו לה ארבעים שנה; ההיריון נובע מיחסים אסורים לפי החוק הפלילי, מיחסי עריות, או שהוא שלא מנישואין; הוולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי; המשך ההיריון עלול לסכן את חיי האישה או לגרום לאישה נזק גופני או נפשי. יש לציין שבחוק המקורי משנת 1977 הייתה עילה נוספת: נזק לאישה או לילדיה הקיימים כתוצאה מתנאיה המשפחתיים או החברתיים הקשים של האישה ושל סביבתה (עילה זו מופיעה בחוק האנגלי של 1967). אולם סעיף סוציאלי-כלכלי זה בוטל בשנת 1980 עם תיקון החוק. במישור החקיקה, יש לראות גם את תקנות העונשין (הפסקת הריון) תשל"ח–1978. הנושאים שנדנדו בפסיקה המועטה הם הנסיבות שבהן רופא, שלא ביצע הפלה על פי החוק, יובא לדין וזכות האב להופיע בפני הוועדה: ת"פ 207/52 היועץ המשפטי נ' הורביץ, פ"מ ה 459 (1952); ע"א 413/80 פלוגית נ' פלוגי, פ"ד לה (3) 57 (1981).

5 Mensch & Freeman, לעיל ה"ש 3, בעמ' 28–82.

6 לגבי ההשפעה של המשפט העברי על המשפט הישראלי, ובמיוחד בנושאים הקשורים למוסר ולרפואה, ראו: דניאל סינקלר "המשפט העברי במדינת ישראל" ישראל בתחילת המאה ה-21, 37 (הלל נוסק עורך, 2002).

מאמר זה דן בעיקר בהבדל בין המורשת הנוצרית להלכה היהודית באשר להריגת עובר ובאשר להפלה. שני החלקים הראשונים מוקדשים למשפט העברי. פרק ב מתאר את הדין המקראי ואת השלכותיו על התפתחות ההלכה. פרק ג עוסק בעיקר בשאלה אם יש בהלכה איסור ספציפי ומוצק על הריגת עובר, ובהשלכותיו של היעדר איסור זה על הלכות הפלה במשפט העברי. פרק ד סוקר את ההתפתחות ההיסטורית של איסור ההפלה במשפט הקנוני עד העידן המודרני. היסטוריה זו מעניינת במיוחד לאור העובדה שהן המשפט העברי והן המשפט הקנוני מסתמכים על אותו מקור מקראי, דהיינו הדין במקרה של הכאת אישה הרה וגרימת מותו של עובר. אולם שניהם הגיעו למסקנות שונות מאוד. ניתוח פרשת הדרכים הפרשנית בין שתי השיטות מגלה פרק מרתק ביחסים בין המשפט למוסר שקרה לפני כאלפיים שנה. בחלק זה נדון גם בהשפעת המשפט העברי על השינוי שחל בנושא ההפלה במשפט המקובל האנגלי אחרי הניצחון הפרוטסטנטי במלחמת האזרחים האנגלית במאה ה-17, ובהשפעת מורשתו של המשפט הקנוני על המשפט המקובל המודרני, ובמיוחד בעניין החיפוש אחרי הרגע שבו עובר בתוך הרחם זוכה להגנת המשפט הפלילי. פרק ה עוסק בהשפעת המוסר הנוצרי על פסיקת ההלכה היהודית בתחום זה בעידן המודרני. נוסף להדגמת השפעה זו נצביע על השלכותיה על היחס בין חשיבה משפטית למדיניות דתית בתשובותיהם של פוסקי הלכה בעניין הפלה בעידן זה. בסוף חלק זה נעמוד על ההבדל בין ארצות-הברית לישראל בהקשר של השפעת המוסר הדתי על פסיקת ההלכה.

ב. הפרשנות ההלכתית לדין הריגת עובר בתורה והשפעתה על המשפט העברי

בתורה אין פשע עצמאי של הריגת עובר, אולם המקרא עוסק במקרה של קטטה בין שני אנשים, שבמהלכה אחד מהם מכה אישה הרה, וגורם על ידי כך למות עובר: "וכי יצו אנשים ונגפו אישה הרה ויצאו ילדיה ולא יהיה אסון, ענוש ייענש כאשר ישית עליו בעל האשה ונתן בפלילים. ואם אסון יהיה ונתן נפש תחת נפש"⁷.

על פי הפרשנות ההלכתית של דין זה, אם אין "אסון", דהיינו רק העובר נהרג ולא האישה, אז המכה חייב להיענש בעונש ממוני הנקרא "דמי ולדות"⁸.

7 שמות כא 22–23.

8 המילה "אסון" מופיעה כמה פעמים בעוד מקום אחד בתורה, שיעקב מנמק את סירובו לשלוח את בנימין יחד עם אחיו למצרים (בראשית מב 4, 38; מד 29). בהקשר זה ברור שהכוונה היא למותו בנסיבות לא טבעיות של אדם חי, ולא של עובר. לפרטי דין "דמי ולדות", ראו: משנה, בבא קמא ה, ד; בבלי, בבא קמא מח, ע"ב; אנציקלופדיה תלמודית, כרך ז, תקצבת-קצט (הרב שלמה יוסף זרין עורך, ירושלים, תשי"ז). ההוכחה הפורמלית לכך שמדובר בעונש בעל אופי ממוני היא גזירה שווה מהפסוק בספר דברים, העוסק בדין המוציא שם רע לאשתו: "וענשו אותו מאה כסף" (דברים כב 19). שם אין ספק שהכוונה של המילה "ענוש" היא ממון, ולכן, גם כאן, לגבי הורג עובר, יש ללמוד שעונשו של המכה הוא

אולם אם קרה "אסון", דהיינו שגם האישה מתה, אזי המכה נחשב לרצח, ומתחייב בנפשו. יש מחלוקת כהלמוד באשר ליישום עונש מוות במקרה זה. לפי דעה אחת, אין ליישמו ויש לחייב את המכה בתשלום כופר, כי המכה לא התכוון להרוג את האישה. לפי דעה אחרת, יש ליישם עונש מוות במקרה זה.⁹

הפרשנות נחוצה כאן כי משמעות המילה "אסון" אינה ברורה, וכפי שנראה לקמן, המתורגמים היוונים של התורה, וגם אבות הכנסייה, הבינו אותה בצורה שונה. אולם בחוקי חמורבי, שנכתבו כחמש מאות שנה לפני התורה, אין ספק שהדין במקרה של גרימת מותו של עובר על ידי הכאת אמו הוא פיצוי כספי בלבד: "איש כי יכה אישה הרה ויצאו ילדיה, עשרה שקלים כסף ישלם תחת ילדיה"¹⁰. כאן ברור שמי שגורם למותו של עובר, חייב לשלם פיצויים. מסקנה דומה עולה ממערכות משפט אחרות במזרח התיכון העתיק¹¹. לאור זה, יש להניח שהדין המקראי מעוגן במסורת משפטית אזורית שלפיה השמדת עובר נחשבת לעילה בדיני נזיקין בלבד, ולא למעשה רצח או הריגה.

הדין המקראי עיצב את פני המשפט העברי בכל מה שנוגע להפלה¹², ונקודת

ממון (מכילתא דרבי ישמעאל, מסכתא דנזיקין, משפטים, פרשה ח, בעמ' 274). יש להדגיש שהמכה משלם דמי ולדות אף כשהתכוון לתקוף את יריבו ורק בטעות הכה את האישה (רמב"ם, הלכות חובל ומזיק ד, א; לשונו של הרמב"ם מובא בשולחן ערוך, חושן משפט, תכג, א). רש"י מסביר שההוראה "כאשר ישית עליו בעל האישה" בפסוק אינה באה לפצל את הסמכות לגבי קביעת הפיצויים בין הבעל לאישה ולשופטים, אלא להתנות את הפיצויים בתביעה של הבעל: "כשיתבענו הבעל בבית דין [...] ונתן [...] על פי הדיינים" (רש"י, שמות כא, 22, ד"ה "כאשר ישית").

9 כבלי, סנהדרין עט, ע"א-ע"ב; רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת נפש ד, א; רש"י, שמות כב, 23, ד"ה "ואם אסון"; BENNO JACOBS, THE SECOND BOOK OF THE BIBLE: EXODUS, 656 (1992).
על פי Jacobs, הכוונה המקורית של התורה במקרה של מות האישה היא לתשלום כספי ולא לעונש מוות.

10 חוקי חמורבי, ס' 210-209 (ירושלים, תש"ך); GODFREY ROLLES DRIVER & JOHN C. MILES, THE BABYLONIAN LAWS, 29 (1955). יש לציין שבמקרה של הריגת האישה, החוק הבבלי מחייב הריגת בת המכה.

11 EDOUARD CUQ, ETUDES SUR LE DROIT BABYLONIEN, 450 (1929); 2 GUILLAUME CARDASCIA, LES LOIS ASSYRIENNES, 244 (1969). יש מעט שיטות שבהן יש עונש מוות בגין הפלת עובר, אבל הן עוסקות בדרך כלל בהפלה יזומה על ידי האם ואז מדובר בפגיעה בזכות הממונית של הבעל בעוברו (ראו: Cardascia). על היחס בין המשפט המקראי וחוקי המזרח התיכון העתיק, וגם על ההתפתחות של נושא ההפלה במשפט של העולם הקלאסי בכלל, ראו אביגדור אפטוביצר "עמדת העובר בדיני עונשין של ישראל" סיני 9 (תש"ב-תש"ג); משה ויינפלד "המתת עובר — עמדתה של מסורת ישראל בהשוואה לעמדת עמים אחרים" ציון מב 129 (1977).

12 אפרים אלימלך אורבך חז"ל — פרקי אמונות ודעות 215 (1971): "בין התנאים אין אנו מוצאים בגדרה של ההלכה מי שידגול במפורש בדעה, שהעובר כמעט אמו הוא גוף כפני עצמו, ויחשבהו כנפש". אורבך מזכיר את המושג התלמודי "עובר ירך אמו" ואת המחלוקת לגביו (כבלי, בבא קמא עח, ע"א; נזיר נא, ע"א; יבמות עח, ע"א, ע"ב; תמורה יט, ע"א), אולם הוא מעיר, בצדק, שבהקשרו התלמודי אין הוא נוגע לנושא של הריגת עובר; רעיון דומה נמצא במאמרו של אליקים גיצל אלינסון "העובר בהלכה" סיני עו 20 (1970).

המוצא של ההלכה היא שדין רצח ועונש מוות חלים אך ורק על הורג תינוק שכבר יצא מרחם אמו¹³. הר' מאיר הלוי אבולעפיה מבהיר את הקשר בין הדין המקראי ובין העמדה ההלכתית:

”שנאמר 'כי ינצו אנשים ונגפו אישה הרה ויצאו ילדיה ולא יהיה אסון' כלומר באישה, 'עונש ייענש' על העוברים, 'כאשר ישית עליו בעל האישה', אלמא אעוברין פטור (מזה) אנחנו רואים שאין עונש מות בגין השמדת עוברים) ולא מיטלא ליה (ואין גוזרים גזר דין מות) עד שיהא תינוק בן יום אחד”¹⁴.

אותו קשר מופיע אצל הר' יהושע פלק כ”ץ, כשהוא בא להסביר את ההלכה במשנה שיש להרוג עובר המסכן את חיי אמו בזמן הלידה. על פי משנה זו: “האישה שהיא מקשה¹⁵ לילד, מחתכין את הוולד במעיה ומוציאין אותו איברים — איברים¹⁶, מפני שחייה קודמין לחייו. יצא רובו¹⁷ — אין נוגעים בו, שאין דוחין נפש מפני נפש”¹⁸.

המשנה עוסקת בסדר העדיפויות של זכות האם לחיים לעומת זכות העובר לחיים בהתאמה. אף שלפני הלידה שניהם יצורים חיים¹⁹, חיי האם קודמים, כי

13 ספרא, אמור כ, א; משנה, נידה ה, ג; נידה מד, ב; סנהדרין פד, ב; רמב”ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש ב, ו; ראו להלן ה”ש 25.

14 יד רמ”ה, סנהדרין נו, ע”ב ד”ה “כתיב”.

15 בכך שהמשנה עושה שימוש במילה “מקשה” היא ללא ספק מכוונת לפסוקים בתורה המתארים את מותה של רחל במהלך לידת בנימין (בראשית לה 17–27). אף שמשמעות השורש קש”ה היא כהחלט קושי, ההקשר המקראי מצביע על כך שאין מדובר בקושי במהלך הלידה גרידא, אלא בקושי שיש בו סכנת חיים ממש.

16 מבחינת הפלה מאוחרת הנקראת “הפלה שהיא לידה חלקית” — partial birth abortion — מעט מאוד השתנה מאז תקופת המשנה. גם כיום נעשה שימוש באותו התהליך של ביתור העובר בתוך גופה של אמו, ראו: Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914 (2000), זהו פסק דין של בית המשפט העליון האמריקני שדן בעניין חוקתיות החוק של מדינת נברסקה האוסר על ביצועו של הליך זה.

17 הגדרה זו מורחבת ומכארת במשנה, נידה ג, ה, שלפיה הכוונה היא למצח. כאשר לשאלה כמה מהמצח צריך לבצבץ על מנת להחשיב את העובר כאישיות משפטית, ראו: רמב”ם, הלכות רוצח ושמירת נפש א, ט; טור, יורה דעה, קצד; שולחן ערוך, יורה דעה, קצד, י; שו”ת מלמד להועיל, יורה דעה, סימן סט.

18 משנה, אהלות ז, ח.

19 על פי לשון המשנה, ברור שהעובר הוא יצור חי עוד לפני שהוא נחשב לנפש אדם לצורך דין רצח. הרעיון לפיו החיים הביולוגיים של העובר מתחילים כבר משעת העיבור נמצא בתלמוד (סנהדרין צא, ע”א) והוצע על ידי אנטונינוס הרומאי, דמות המופיעה במספר מקומות בתלמוד כחברתו של רבי יהודה הנשיא. לדעת אנטונינוס, אין ביכולתו של עובר לשרוד ללא רוח מחייה. ההוכחה שלו לכך היא אמפירית, דהיינו; הואיל ואפילו חתיכת בשר לא נשארת טרייה יותר משלושה ימים אלא אם כן מוסיפים לה גרגיר מלח, העובר אינו יכול להתקיים ולגדול בתוך רחם אמו בלי רוח מחייה. רבי יהודה הנשיא מקבל את השקפתו של אנטונינוס, והוא אפילו סומך לה פסוק מהתנ”ך (איוב י 12) התומך בה. עם זאת, ההכרה בכך שהעובר הוא יצור חי מבחינה ביולוגית, אינה מתורגמת לדוקטרינה משפטית בכל הנוגע להפלה. אין ולו מקור הלכתי אחד העוסק בשאלת ההפלה למען הצלת חיי האם בכל דרך שהיא,

היא גם נפש אדם לצורך דין רצח והריגה במשפט העברי. העובר אינו נפש אדם לצורך זה, ולכן "חייה קודמין לחייו"²⁰. אולם ברגע שרובו של העובר יצא לאוויר העולם, גם הוא נחשב לנפש אדם, וככלל, ההלכה היא שאין להרוג אדם אחד על מנת להציל את חיי האחר — "שאיין דוחין נפש מפני נפש"²¹. הסבר זה מובא על ידי רש"י: "כל זמן שלא יצא לאוויר העולם לאו נפש הוא, וניתן להורגו ולהציל את אמו", והוא מופיע גם אצל ראשונים אחרים.²²

הר' פלק כ"ץ, מציין את הדין המקראי בהסברו למשנה הנ"ל:

"ואף על פי כן, בעודו במעיה מותר לחתכו אף על פי שהוא חי, שכל שלא יצא לאויר העולם, אין שם נפש עליו, והא ראייה דהנוגף אישה הרה ויצאו לידה ומתו, משלם דמי ולדות, ואין שם רוצח ומיתה (עונש מות) עליו"²³.

המבוסס על הקטע האגדי הנ"ל שתחילת התהוות חיי העובר היא כבר בשעת ההתעברות; ראו: IMMANUEL JAKOBOWITS, JEWISH MEDICAL ETHICS: A COMPARATIVE AND HISTORICAL STUDY 182 (1975) J. David, OF THE JEWISH RELIGIOUS ATTITUDE TO MEDICINE AND ITS PRACTICE, 182 (1975) Bleich, *Abortion in Halakhic Literature*, in JEWISH BIOETHICS 14 (Fred Rosner & J. David Bleich eds., 1979).

20 לעיל ה"ש 18.

21 מובן שקיימים חריגים לכלל זה. על הכלל ועל החריגים ממנו, ראו: דניאל סינקלר "דוחין נפש מפני נפש: היבטים הלכתיים ומשפטיים בסוגית הפרדת תאומים סימניים" המשפט 54 (2002). למען השלמות התמונה, יש לציין כי אדם לא מוצא להורג באשמת רצח אלא אם כן הקרבן, בנוסף לכך שהוא נפש אדם, נהנה גם מחזקת החיות, המתגבשת באחת משתי האפשרויות שלהלן: או בכך שהוא נולד בתום היריון מלא של תשעה חודשים, או בכך שהוא הצליח לשרוד במשך שלושים ימים לאחר הלידה. מכיוון שבעבר, מכל מקום, מבחן ההיריון המלא לא היה פרקטי, המבחן הרווח לקיום חזקת חיות הוא הישרדות במשך שלושים יום אחרי הלידה (רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש ב, 1).

22 רש"י, סנהדרין עב, ע"ב ד"ה "יצא ראשו"; רמב"ן, נידה מד, ב ד"ה "והא"; מאירי, סנהדרין עב, ע"ב ד"ה "עוברא"; שו"ת רדב"ז, חלק א סימן תרצה. יש להעיר שהרמב"ם מסביר משנה זו על פי דין רודף (הלכות רוצח ושמירת הנפש א, ט). אולם, רוב הראשונים חולקים עליו (שו"ת שרידי אש, חלק ג, סימן קכז), וגם הסברו קשה להבנה. על הקשיים בדברי הרמב"ם והנסיגות להשיב עליהם, ראו: תוספות הר' עקיבא איגר, אהלות ז, ו; שו"ת נודע ביהודה מהדו"ת, חושן משפט, סימן נט; שו"ת אבני צדק חושן משפט, סימן יט; שו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן עב; שו"ת בית יצחק, יורה דעה חלק ב, סימן קסב; שו"ת כח שור, סימן כ; שו"ת תורת חסד, אבן העזר, סימן מב; שו"ת משפטי צוויאל, חושן משפט חלק ג, סימן מז; שו"ת תפארת צבי, אורח חיים, סימן יד; חידושי הר' חיים הלוי, הלכות רוצח א, ט; שו"ת גאוני בתראי, סימן מה; שו"ת שרידי אש, חלק ג, סימן קכז; 26; שו"ת יביע אומר חלק ד, אבן העזר, סימן א; שו"ת ציץ אליעזר, חלק יד, סימן ק; שו"ת אגרות משה, חושן משפט חלק ב, סימן טט; שו"ת שבט הלוי, חלק ה, סימן קצג. כמו כן ראו: Bleich, לעיל ה"ש 19, בעמ' 147-152; DAVID M. FELDMAN, MARITAL RELATIONS, BIRTH CONTROL AND ABORTION IN JEWISH ; 147-152 (1974) Law: THE APPLICATION OF JEWISH LAW AND THE TREATMENT OF THE CRITICALLY 276 (1974) Dan. DANIEL SINCLAIR, TRADITION AND THE BIOLOGICAL REVOLUTION 29 (1989). יש לציין שלפי רוב התשובות הללו, אין הרמב"ם בא אלא להוסיף נימוק על הנימוק המקובל של "עובר לאו נפש הוא", ולא לבטל אותו לגמרי ולהחליפו על ידי דין רודף.

23 ספר מאירת עיניים לשולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכה, ס"ק ח.

יש להדגיש את הקשר שהר' פלק עושה בקטע זה בין היעדר עונש מוות ובין היות מעשה הריגת העובר נטול כל זיקה לאיסור רצח.²⁴

המשפט המקראי משמש גם פוסקים בני זמננו להגיע להחלטות המקלות בעניין ההפלה, ובתשובה בנושא הפסקת ההיריון בהלכה, קובע הר' אליעזר ולדינברג שהפלה אינה מעשה רצח "שישראל אינו נהרג על העוברים". המקור לקביעה זו הוא, בין השאר, הדין של "הנוגף אישה הרה ויצאו ילדיה"²⁵. לסיכום, נקודת המוצא של ההלכה במשך הדורות היא עמדת המקרא שלפיה, אין העובר נחשב לנפש אדם מבחינת המשפט הפלילי העברי עד שהוא יוצא לאור העולם, ואין בהריגתו לפני רגע זה מעשה רצח או הריגה.

ג. האם קיים איסור מפורש של הריגת עובר במשפט העברי?

המקור ההלכתי העיקרי העוסק בהשמדת עובר בצורה יזומה הוא המשנה שהזכרנו לעיל בעניין הריגת עובר המסכן את חיי אמו בזמן הלידה. משנה זו צמצמה את היישום המעשי של העיקרון "עובר לאו נפש הוא" למצב של הצלת האם מסכנה. בעקבות המשנה, אין אף פוסק הלכה המתיר לבצע הפלה שלא למטרת הצלת האם בנימוק שהעובר אינו אדם, ולכן יש להתיר את הריגתו.²⁶

אולם אין להסיק ממשנה זו איסור הלכתי להרוג עובר שלא לצורך הצלת חיי האם. כל מה שאפשר ללמוד מהמשנה הוא שההקשר ההלכתי שבו ניתן לראות בהפלה מעשה לגיטימי, או אפילו מומלץ, הוא הצלת האם. אין התייחסות ישירה במשנה למקור איסור כל שהוא על השמדת עוברים שלא לצורך פיקוח נפש של האם.

מובן שחכמי הלכה במשך הדורות העלו אפשרויות שונות בעניין מקור לאיסור הריגת עובר שלא לצורך פיקוח נפש אמו²⁷. אולם רוב הניסיונות לגלות את האיסור

24 יש להעיר, שבמשפט הפלילי המקראי, המילה "נפש" מובאת לגבי לעונש מוות המוטל על כל אדם הנמצא אשם בביצוע עבירת הרצח, לאמור: "ואיש כי יכה כל נפש אדם מות יומת" (ויקרא כד 17). התלמוד מסיק ממילה זו שעונש המוות בגין רצח חל אך ורק במקרה שבו הקורבן היה אדם בר קיימא מבחינה פיזית. על כן, לא מוטל עונש מוות בגין הריגת עובר, או בגין הריגת כל אדם הסובל מפגם גופני סופני, מאחר שעל שניהם אין חלות של המונח "נפש" בהקשר של הדין הפלילי (סנהדרין פד, ע"ב). יש להדגיש שבענייני פלילים, ישנו קשר בין ההוראה המטילה את העונש, לבין קיומה של עבירה. היעדרה של סנקציה פלילית מפורשת בגין מעשה מסוים המביא למותו של אדם מצביעה על כך שבמצבים מורכבים אפשר להורגו מבלי לשאת בכל אחריות פלילית שהיא, ראו: DANIEL SINCLAIR, JEWISH BIOMEDICAL LAW: LEGAL AND EXTRA-LEGAL DIMENSIONS, CHAPTER 5, SECTION 5 (2003).

25 שו"ת צין אליעזר, חלק ט, סימן נא, שער ג.

26 Bleich, לעיל ה"ש 19, בעמ' 136 הערה 3.

27 בנוסף להצעת הר' בכרך (להלן ה"ש 28), הר' יוסף טרני הציע את איסור החבלה בתור מקור (שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימנים צז, צט). הר' ווינברג מתייחס להיעדר איסור מפורש על הריגת עוברים בעוד מקום בתשובתו ועושה היקש להיעדר איסור מוצק על אכילת בשר

לא עוטרו בהצלחה גדולה²⁸, וכפי שנראה, יש פוסקים שהטילו ספק בקיום איסור בכלל.

דוגמה בולטת לסברה שאין בכלל איסור הלכתי על הריגת עובר גם שזה אינו נעשה למען הצלת חיי האם נמצא בתשובתו של הר' יאיר חיים בכרך לשאלה על הפלת עובר ממזר. בסיכום ביניים במהלך התשובה, מגיע הר' בכרך למסקנה הבאה:

”שהיה היתר גמור שאלתך אשר שאלת מדין תורה, אילולי המנהג הפשוט בינינו וביניהם (בין יהודים וגויים) מפני גדר פרצות הפריצות והזונים אחריהם”.

במילים קולעות אלה קובע הר' בכרך שלכאורה, אין סיבה הלכתית לאסור את ההפלה כי אין איסור! אולם, על פי המוסר, יש להשיב על השאלה בשלילה כדי להגן על המוסר. תשובה חיובית תעורר אנשים “פורצי גדר” לעסוק בזנות, ואחר כך להסתיר את מעשיהם על ידי הריגת העובר שנוצר מהיחסים האסורים. הר' בכרך מציין ששיקול מוסרי זה מקובל על יהודים וגם על לא יהודים כאחד²⁹. בהמשך תשובתו, הר' בכרך אכן אוסר את ההפלה על פי קל וחומר מאיסור השחתת זרע³⁰, אולם איסור זה אינו מספק בסיס חזק במיוחד לאיסור הריגת עוברים, כי לדעת רוב הפוסקים, הוא חל על גברים בלבד, ולפי זה היתר גמור לאישה להשמיד עובר³¹.

ביטוי עדין יותר של היעדר איסור מפורש על השמדת עובר בהלכה נמצא בתשובת הר' יחיאל ויינברג בנוגע להפלת עובר שאמו חלתה באדמת במהלך הריונה. אחרי דיון ארוך בכל המקורות ההלכתיים הרלוונטיים, מסכם הר' ויינברג כדלקמן:

אדום למרות פסלותו המוסרי של מעשה זה: “מכל מקום, אין כאן (לגבי הריגת עוברים) איסור מפורש ואף שאנו רואים רצון התורה לקיים את החיים בישראל ומי שמאבד אותם הוא עובר על רצון תורה, מכל מקום איסור מפורש לא מצינו בזה. ודוגמה לדבר אכילת בשר אדם, בוודאי הוא נגד רצון התורה בלי שום ספק, ומכל מקום כיוון שלא נכתב בתורה לאו מפורש, יש מן הראשונים שסוברים שאיסור זה אינו אלא דרבנן, ולהרמב”ם אינו אלא אזהרת עשה” (הלכות מאכלות אסורות ב, ג).

28 לביקורת נקבת על שיטות הר' בכרך ור' טרני, ראו: שו”ת שרידי אש, חלק ג, סימן קכו.
29 שו”ת חות יאיר, סימן לא. כמו כן ראו: Bleich, לעיל ה”ש 19, בעמ’ 136. יש לציין שהר' בכרך חשד שהשאלה האמיתית של השואל הייתה לגבי עובר כשר שרק נולד מחוץ לנישואין, אך למעשה השואל לא העז לשאול את השאלה באופן זה, ולכן, הציג מקרה של אישה נשואה שהרתה לזנונים, וברחמה עובר ממזר. כנראה שזאת הסיבה למה שכתב בתחילת התשובה, דהיינו: “ואחשביה כי תכונת השאלה באשת איש דבר בדי הוא, ולא היה ולא נברא”, ולקראת הסוף הוא מוסיף: “ונא אחי אל תטריחני עוד בשאלות כאלה, כי בקושי השבתי לך זאת הפעם”.

30 משנה, נידה יג, א; אצור הפוסקים, חלק ט, 163 (ירושלים, תשכ”ה).

31 שו”ת שרידי אש, לעיל ה”ש 22.

"ועל כן צריך לומר דפשיטא לחז"ל דאין בהריגת עובר משום שפיכות דמים, אלא הוא איסור אחר שאין אנו יודעים מהו"³².

הר' ויינברג היה פוסק בעידן המודרני, הרבה פחות נועז מאשר הר' בכרך, שחי במאה ה-16 ובמאה ה-17. ובכל זאת, אמרתו היא די נדירה בכנותה, והיא מצביעה על מצב די חריג בכל מערכת משפט, ולא רק במשפט העברי. ברור לר' ויינברג שאין בסיס להכניס הפלה לקטגוריה של שפיכות דמים, אולם הוא גם אינו מוכן להכריז על היתר גמור. מכיוון שאין לו מועמד מתאים לאיסור הנכסף, הוא מסתפק בקביעה "שאין אנו יודעים"³³ את האיסור. לשיטתו, אין ספק שלא מדובר כאן באיסור מדאורייתא; אלא אפילו מדרבנן, אין איסור מפורש על הריגת עוברים במשפט העברי.

הרוב המכריע של פוסקי ההלכה בעידן המודרני אינם מגלים את האמביוולנטיות שגילה הר' ויינברג לגבי המקור לאיסור הריגת עובר במשפט העברי. רובם קובעים שמדובר באיסור "מדרבנן", אבל אין הם מזהים את המקור המהותי של איסור זה³⁴. הר' אליעזר ולדנברג, פוסק חשוב בתחום הרפואה, מוסיף ואומר: "שגם מדרבנן האיסור שיש בזה הוא קלוש"³⁵, אך אין הוא מספק פרט נוסף באשר לתוכנו של אותו איסור קלוש.

טענה אחרת וכללית יותר בעד היעדר איסור מוצק של הריגת עובר, היא המגוון הרב של דעות חלוקות ולא מוכרעות בעניין הגדרת הסכנה לאם המצדיקה הפלת עובר. הסיבה למגוון זה היא ללא ספק העובדה שקביעת המשנה שיש להקריב את חיי העובר למען הצלת חיי אמו אינה מבוססת על שום איסור מוצק של הריגת עוברים, ולכן אין לה די משקל נורמטיבי כדי לספק הגדרה מחייבת ומדויקת, ולצמצם את האופציה של העדפת חיי האם על עובדה למקרה של סכנה ישירה לחייה בלבד³⁶.

כדי להמחיש טענה זו, נזכיר בקיצור כמה מחלוקות כאלה. לפי חלק מפוסקי ההלכה, ההיתר להפיל חל גם על סכנות בעלות אופי עקיף ולא מידי, כגון: הרעה במצב בריאותי חמור של הלב או הכליה בשל המשכת ההיריון עד תומו.

32 שם.

33 לעיל ה"ש 31.

34 שו"ת אמונת שמואל, סימן יד; שו"ת חיים ושלום, חלק א, סימן מ; שו"ת צלוחת דאברהם, סימן ס; שו"ת מהר"ש אנגיל, חלק ה, סימן פט; שו"ת משפטי עוזיאל, חושן משפט, סימן מו; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ט, סימן נא, שער ג; נשמת אברהם, חושן משפט תכה, א; Bleich לעיל ה"ש 19, בעמ' 137.

35 שו"ת ציץ אליעזר, חלק ט, סימן נא, שער ג; חלק יג, סימן קב.

36 יש לציין שלדעת הרמב"ם, ההיתר להרוג עובר המסכן את חיי אמו אכן מצומצם למקרה של איום מידי וישיר על חיי אמו, אולם, כפי שכבר ראינו, הרמב"ם חייב להוסיף את הנימוק של דין רודף כדי להגיע למסקנה זו (לעיל ה"ש 22); הוא אינו יכול להגיע אליה מכוח הפירוש הפשוט של המשנה בלבד.

אולם פוסקי הלכה אחרים חולקים על כך³⁷. מקצת מפוסקי ההלכה מתירים לבצע הפלה במקרים שבהם חיי האם עשויים להיות נתונים בסכנה בשלב מאוחר יותר של ההיריון, גם אם היא אינה נתונה בסכנה מידית, אולם פוסקי הלכה אחרים מתירים לבצע הפלה אך ורק במקרים שבהם נשקפת סכנה לחיי האם באותו מועד³⁸. האם מותר לבצע הפלה כדי להאט את התדרדרות מצבה הרפואי של האם כאשר היא חולה במחלה סופנית — שאלה זו נתונה אף היא במחלוקת בקרב פוסקי הלכה בני זמננו³⁹. שאלות נוספות שנדונו במקורות ההלכתיים הן: האם מותר לבצע הפלה למען הצלת מאור עיניה של האם⁴⁰? וכן, האם מותר להפיל עובר כדי למנוע מהאם להיעשות חולת נפש⁴¹? באופן כללי, מוסכם בקרב פוסקי ההלכה כי מותר לאישה שנאנסה לנקוט צעדים על מנת להשמיד את העובר שהיא נושאת ברחמה⁴². שאלת ההפלה של עובר ממזר ושאלת ההפלה של עובר מעוות או פגום, נדונו רבות על ידי פוסקי ההלכה, ויפורטו להלן בהקשר של המחלוקת בין הר' ולדינברג ובין הר' פיינשטיין בעניין הפלת עובר הסובל ממחלת תיי־זקס. חשוב להדגיש שבמחלוקות אלה אין הכרעה, ולכן המסקנה היא שהפרמטרים להפלה רפואית אינם חקוקים

37 שו"ת בית שלמה, חושן משפט, סימן קלב; שו"ת צופנת פענח, חלק א, סימן נט; שו"ת יביע אומר, חלק ד, אבן העזר, סימן א.

38 חמדת ישראל, מפתחות והוספות טז, ב; שו"ת מחזה אברהם חלק ב, יורה דעה, סימן יט.

39 שאלת ישורון, חלק א, סימן לט; נשמת אברהם, חושן משפט, סימן תכה.

40 שו"ת תורת חסד, אבן העזר, סימן מב; שו"ת משפטי עוזיאל חלק ג, חושן משפט, סימן מו; שו"ת משנה הלכות, חלק ט, סימן שפו; נשמת אברהם, חושן משפט, סימן תכה.

41 שו"ת כח שור, סימן כ; שו"ת פרי הארץ, יורה דעה, סימן ב. בהקשר זה יש לציין את פסקו של הר' מאיר בן ציון חי עוזיאל, הרב הספרדי הראשי הראשון של מדינת ישראל, המתיר לאישה הרה להציל את שמיצתה תוך כדי העמדתו של עובריה בסכנה משמעותית. האישה הייתה למעשה חרשת כבר באוון אחת, והטיפול להצלת השמיצה באוון השנייה כמעט בוודאות יביא למותו של העובר. הר' עוזיאל התיר לאישה לקבל את הטיפול בהסתמכו על קביעת המשנה בערכין א, ד כי אישה הרה שנגזר עליה עונש מוות מוצאת להורג כל עוד לא החלו צירי הלידה, על אף העובדה שהיא בהיריון. לפי הר"ן, הטעם מאחורי קביעה זו הוא הצורך להימנע מעינוי הדין, דהיינו, אין לגרום לאם סבל נפשי, בכך שמחייבים אותה להמתין להולדת הילד לפני שמוציאים לפועל את העונש שנגזר עליה (ר"ן, חולין ג, ד"ה "ולעניין הולד"). לטענת הר' עוזיאל, מנקודת מבט נפשית, איבוד השמיצה הוא טראומטי בדיוק כמו עינוי הדין הנגרם על ידי הצורך לצפות לביצוע עונש המוות במשך פרק זמן ארוך (שו"ת משפטי עוזיאל, חושן משפט, סימן ד). כאמור, לפי המשנה, אין להרוג את האישה אם צריה כבר התחילו, אלא חייבים לחכות עד שילדה. בכל הנוגע לסתירה כביכול המתעוררת בין תחילת הצירים, כקריטריון ללידה הקבוע במשנה ערכין, לבין התגדרה הקבועה במשנה התקדימית במסכת אהלות ז, ח, שלפיה יציאת רובו של העובר היא הסימן ללידה, ניתן להסבירה לאור ההקשר. במסכת אהלות, כאשר חיי האם מונחים על כף המאזניים, שעת הלידה נקבעת בשלב המאוחר ביותר האפשרי, וזאת על מנת להבטיח שחיי האם נותרים השיקול המרכזי עד שקיומו של העובר כאישיות עצמאית נעשה מבוסס וברור. אולם במסכת ערכין, האם תמות בכל מקרה; על כן, החיים היחידים המוטלים על כף המאזניים הם חייו של העובר. בניסיונות אלו, הלידה נקבעת בנקודת הזמן המוקדמת ביותר האפשרית, כלומר: תחילת הצירים, במטרה למקסם את האפשרות להציל את העובר בעל הפוטנציאל לחיות.

42 שו"ת ציץ אליעזר, חלק ט, סימן נא, שער ג; נשמת אברהם, חושן משפט, סימן תכה.

בסלע, ופוסקי הלכה רבים נכונים להרחיב את המושג "הפלה תרפויטית" גם למקרים שבהם אין כל סכנה ישירה ומידית לחיי האם. מצב זה גם מצביע על היעדר איסור מפורש של הריגת עובר במשפט העברי.

ממשנה זו עולה מאפיין חשוב נוסף של גישת המשפט העברי לעניין הריגת עובר המסכן את חיי אמו: שימת הדגש על טובת האם ומתן חשיבות פחותה לשלבי ההיריון. מובן ששלבי ההיריון כגון ארבעים יום⁴³ ושלוש חודשים⁴⁴ מוכרים בתחומים שונים של ההלכה, ואף מהווים שיקולים משניים בהכרעות הלכתיות בעניין הפלה⁴⁵. אולם בפסיקה שעניינה הפלה למען האם, אין הם נחשבים למבחן ראשי, ובמקרים מסוימים הפוסקים מתעלמים מהם לגמרי⁴⁶.

הר' יאיר חיים בכרך, בתשובה הנ"ל, מרחיק לכת בנקודה זו, ודוחה כל התחשבות בשלבי ההיריון בפסיקת ההלכה על הפלת עובר, בטענה שמדובר במבחן חסר כל משמעות הלכתית:

"ובזה היה אפשר לחלק [...] אם כבר עברו ארבעים יום [...] או אם כבר עברו על הריונה שלושה חדשים שהוא זמן הכרת העובר [...] או אם הרגישה בבטנה תנועת העובר המאוחר קצת אחר שלושה חדשים [...] מכל מקום אין זה מבוקשינו לדון מדעת נוטה וסברת הכרס, רק על פי דין תורה"⁴⁷.

ד. השמדת עוברים ודיני הפלה בנצרות הקדומה, במשפט הקנוני ובמשפט המקובל: פרשת דרכים פרשנית

אבות הכנסייה הנוצרית, בדומה לחכמי ההלכה, השתמשו בפסוקים מספר שמות שהוזכרו לעיל, כדי לעצב את גישתם כלפי ההפלה. אולם האופן שבו הם הבינו את הפסוקים היה שונה לחלוטין מזה של חכמי ההלכה, ובסופו של דבר, הם אף הגיעו למסקנות משפטיות שונות ביותר. תחילת היווצרות הפער בין הגישות נובעת מהתרגום היווני של התורה. לפי תרגום השבעים – התרגום היווני הקלאסי של התורה – יש להטיל עונש ממוני על המכה אם טרם נתמלאה צורתו של העובר המת⁴⁸. אולם אם "העובר מעוצב לגמרי, עליו לתת נפש תחת נפש", כלומר

43 בבלי, יבמות סט, ע"ב.

44 בבלי, נידה ת, ע"ב.

45 : אהרן ליכטנשטיין "הפלות מלאכותיות – היבטי הלכה" תחומין כא 93 (2001).

46 ראו: שו"ת תורת חסד, אבן העזר, סימן מב; שו"ת שרידי אש, חלק ג, סימן קכז; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ז, סימן מח; שו"ת אגרות משה, חושן משפט, חלק ב, סימן סט; שו"ת משנה הלכות, חלק י, סימן שיא-שיב; שו"ת אמרי צבי, סימן קב; שו"ת יביע אומר, חלק ד, אבן העזר, סימן א; שו"ת חות יאיר, סימן לא.

47 שו"ת חות יאיר, סימן לא.

48 תרגום זה ידוע בשם "Septuagint" שפירושו הוא תרגום שבעים. שם זה נובע מהאגדה שכשבעים חכמים יהודיים הוזמנו על ידי המלך תלמי השני לתרגם את התנ"ך ליוונית (4 ENCYCLOPAEDIA JUDAICA 851 (1972)). התרגום היווני של המילה "אסון", בקטע העוסק

מכה האִישה ההרה מוצא להורג ברגע שהעובר הגיע לנקודת עיצובו בתוך הרחם.⁴⁹ ההבדל הדרמטי בין תרגום זה לבין הגרסה העברית כפי שהוכנה על ידי חכמי ההלכה הוא שעונש המוות מוטל על התוקף אם בעקבות התקיפה, מת עובר אשר הגיע לשלב העיצוב בתוך הרחם. אין כל התייחסות, בתרגום היווני, למותה של האם. התורה בניסוחה ביוונית עוסקת אך ורק בעובר, והיא קובעת כי גרימת מותו של עובר מעוצב, בעל צורה, היא מעשה של רצח גמור, ועונשו הוא מוות. אולם אם העובר טרם הגיע לשלב העיצוב בתוך הרחם, העונש הוא ממוני בלבד. פילון האלכסנדרוני, מלומד יהודי שפעל בסביבה הלניסטית מפותחת באלכסנדריה במאה הראשונה, ומחבר כמה ספרים ביוונית על היהדות, מציג את החוק המקראי העוסק בגרימת הפלה כאותה הצורה בדיוק:

“אם רב איש [...] ומכה על בטנה [של אישה הרה], וגורם להפלת ילדה: אם הילד עדיין לא מעוצב, הוא ייענש על ידי קנס, גם בגלל ההתקפה על האישה וגם בגלל שמנע מהטבע, שהיה באמצע תהליך של הכנת הייצור הנפלא ביותר בעולם, מלהביאו אל העולם; אולם אם הילד כבר מעוצב, על ידי זה שיש לו צורה, וכל קשריו ותכונותיו במקום, אזי ימות המכה, כי למעשה הוא הרג בן אדם לכל דבר, רק הטבע עדיין לא היה מוכן להוציאו לאור יום, אלא שמר עליו קמעא, כמו פסל מושלם המחכה על שולחן העבודה של המסתתת לתקופה קצרה טרם יציאתו לעולם”⁵⁰.

בהכאת אישה הרה בספר שמות, הוא exeikonismenon שפירושו הוא “עשוי מצלם”. אותו תרגום מופיע בספר בראשית בפסוק “ויברא אלהים את האדם בצלמו בצלם אלהים ברא אותו וכו’” (בראשית א, כז) למילה “צלם”. בה”ש 8, הובאו המקומות האחרים בתורה שבהם מופיעה המילה “אסון”, ובכולם התרגום היווני הוא malakia שפירושו הוא “צרה”. מובן שההבדל הדרמטי בין התרגומים היוניים שצמחו בעולם היהודי-יווני של אותה התקופה, לבין הנוסח העברי של המקרא, תפס את תשומת לבם של חוקרים בעידן המודרני. לפי דעה אחת, המתרגמים טעו וקראו “אישון” (אדם קטן) במקום “אסון” (ZACHARIAS FRANKEL, Über den Einfluss der Palastin Exegese auf die alexandrinische Hermeneutik 80 (Leipzig, 1851)). לפי דעה אחרת, הטעות נעוצה בקריאת המילה “אסון” כ”אמון”, ואז הפירוש הוא “מי שגדל”, כמו בפסוק באיכה ד, ה: “האמונים עלי תולע” (גדליה אלון מחקרים בתולדות ישראל בימי בית שני ובתקופת המשנה והתלמוד כרך א, 280 הערה 32 (1957–1958)). אולם, כפי שמובא בגוף הטקסט והסבר המשכנע ביותר הוא השפעת התרבות והמוסר היווני שבתוכה פעלו המתרגמים האלה.

49 שמות כא 22–23. כמו כן ראו: גדליה אלון, לעיל ה”ש 48; Jakobovits, לעיל ה”ש 19, בעמ’ 372, הערה 43. על פי אריסטו, המבחן לעיצוב העובר הוא כרונולוגי, דהיינו, 40 יום לעובר זכר ו-80 יום לעובר נקבה (להלן ה”ש 50). במשך הזמן, פותחו מבחנים נוספים שהחשוב בהם היה מבחן תנועת העובר ברחם או “Quickening” (להלן ה”ש 60 ו-70).

50 על החוקים המיוחדים (de specialibus legibus), ב, יט. ראו גם: SAMUEL BELKIN, PHILO AND THE ORAL LAW: THE PHILONIAN INTERPRETATION OF BIBICAL LAW IN RELATION TO THE PALESTINIAN HALAKAH 129–130 (1940). השוואת האופן שבו פילון מתאר את העובר המעוצב עם הביטוי “מונח בקפסא” שבו משתמשות התוספות בנידה מד, ע”א, ד”ה “איהר”.

ניסוחו הבהיר והמפורט של פילון משקף בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים את הרעיון שהעובר הופך להיות אדם לכל דבר, כולל דיני רוצח, כבר בהיותו ברחם אמו.

הרעיון שהדין המקראי מתייחס להשמדת עובר כסוג של רצח מופיע גם בכתבי בן זמנו של פילון, הצעיר יותר ממנו, יוספוס פלביוס⁵¹, אם כי יש לציין שדעתו של יוספוס אינה עקבית, ובמקום אחר בכתביו, הוא מפנה לדוקטרינה של ההלכה היהודית שלפיה העובר לא הופך לאישיות משפטית עד לידתו⁵².

יש להניח שהסיבה לשינוי דרמטי זה בהצגת הדין המקראי בעניין הריגת עובר בזמן ההיריון נעוץ בתפיסה היוונית של העובר, וההשלכות המוסריות והמשפטיות של תפיסה זו. אריסטו מפתח את ההבחנה בין עובר מעוצב לעובר לא מעוצב בכתביו על מדע הטבע⁵³, וחשיבותו המוסרית של עיצוב העובר בפועל באה לידי ביטוי בהנחייתו בעניין עוברים שנוצרו בניגוד לחוקי יוון המגבילים את מספר הילדים במשפחה. במקרים אלו אריסטו ממליץ כי "יש לבצע הפלה לפני [שהעובר] רוכש תחושה או חיים; משום שהמוסריות או חוסר המוסריות של פעולה שכזו תלויה בשאלה האם הילד קיבל תחושה וחיים"⁵⁴. ישנו קישור ברור ומפורש בין מוסריות ובין ביולוגיה בקטע זה, אשר מדגים אסכולה בולטת בחשיבה היוונית על מעמדו של העובר, שללא ספק השפיעה על תרגום השבעים ועל פילון ויוספוס כנסחם את עמדת המקרא על השמדת עובר⁵⁵. כותבים יהודים אלו פנו לציבור, גם לא יהודי וגם יהודי, שהיה שרוי ורווי בתרבות ובמוסריות יוונית, ואין ספק שהיה מגיב בסלידה מוסרית לטקסט דתי שסטה מהרעיון המקובל שעובר מעוצב ברחם אמו הוא אדם מושלם הזכאי להגנת המשפט הפלילי ואשר השמדתו המכוונת מהווה עברה מוסרית חמורה⁵⁶.

אבות הנצרות הקדומה פנו לאותו ציבור שוחר תרבות ומוסר יוון כמו בעלי

51 Contra Apion 2:25.

52 Antiquities of the Jews 4:8.

53 History of Animals 7:3; ראו בנוסף Jakobovits, לעיל ה"ש 19, בעמ' 174.

54 Politics 4:16. ראו בנוסף מאמרו של ויינפלד, לעיל ה"ש 11, לסקירה של עמדה זו אצל המלומדים היווניים וגם אצל אבות הכנסייה המוקדמים.

55 שני הכותבים חורגים גם מן המסורת ההלכתית בסוגיה של קיום יחסי מין עם אישה לא נשואה. פילון השווה יחסי מין שכאלו לניאוף (על החוקים המיוחדים ג, סה); Belkin, לעיל ה"ש 50, בעמ' 258) ויוספוס טען כי ישנו איסור מוצק ומבוסס מן התורה על קיום יחסי מין מסוג זה. לעיל ה"ש 51, 2:25.

56 אברהם גיגר המקרא ותרגומיו (1949); Jakobovits, לעיל ה"ש 19, בעמ' 179. יש להציע שהמתרגמים השתמשו בטכניקה ספרותית ידועה, דהיינו, החלפת מילים על פי הצליל שלהן (homophonic substitution) והחליפו את המילה "אסון" במילה "soma" שפירושה "חיי אדם", ואחר כך, אולי תחת השפעת הפסוק בבראשית א 27: "ויברא אלוהים את האדם בצלמו בצלם אלוהים ברא אותו זכר ונקבה ברא אותם", הגיעו המתרגמים למילה "exeikonismenon" (ראו: Richard Freund, *The Ethics of Abortion in Hellenistic Judaism*, Helios 10, 128 (1983).

תרגום השבעים, פילון ויוספוס, ולכן אין זה מפתיע שגם הם הציגו את נושא השמדת העובר בהתאם למוסר היווני הנוהג. בכלל, הנצרות הקדומה אימצה רעיונות ודוקטרינות רבים שמקורם בתורת חכמי יוון⁵⁷. כך הנוסח היווני של הדין המקראי בנוגע להכאת אישה הרה והשמדת עובריה הפך להיות גורם מרכזי בקבלת ההבחנה בין העובר המעוצב לעובר הלא מעוצב כנצרות הקדומה⁵⁸. גדולי הכנסייה, כגון אוגוסטין, שילבו הבחנה זו עם תפיסה רוחנית של חיי העובר, והגדירו את שלב העיצוב הפיזי כנקודת הזמן שבה הנשמה נכנסת לגופו של העובר⁵⁹. תומס אקווינס חזק הגדרה זו, והוסיף כי אבן הבוחן הפרקטית לקביעת כניסת הנשמה לגוף העובר היא תנועתה בתוך הרחם⁶⁰. שילוב זה של עיצוב גופני וכניסת הנשמה, משמעו גם כי עובר שלא הוטבל לנצרות אך צורתו עוצבה, יידון לגיהנום באותה מידה כמו אדם שנוול ומת ללא טבילה. פרט זה הוא גורם חשוב בגישתה המחמירה והמצמצמת של הכנסייה הקתולית כלפי הפלה למען חיי האם, הואיל ועובר שהופל עשוי לא להיות מוטבל לנצרות, ובשל כך נשמתו נדונה לסבל נצחי בניגוד לזו של אמו⁶¹. ההבחנה בין העובר המעוצב לעובר הלא מעוצב הפכה לחלק מהמשפט הקנוני של ימי הביניים, והשמדתו של עובר מעוצב שנשמה באפו הוגדרה כמעשה רצח⁶².

לפיכך, מפרספקטיבה היסטורית ניתן להבחין בין הגישה היוונית-נוצרית להפלה לבין הגישה ההלכתית-יהודית. הגישה היוונית-נוצרית מתייחסת לעובר כאישיות משפטית למטרות המשפט העוסק ברצח מהרגע שהוא מגיע לשלב העיצוב הביו-רוחני בתוך הרחם, ואילו הגישה ההלכתית-יהודית אינה מקבלת שניתן להשלים את האישיות המשפטית בתוך הרחם, והיא מעניקה, למטרות המשפט הפלילי, מעמד זה אך ורק בשעת הלידה, כאשר העובר משיג קיום עצמאי שאינו תלוי באמו⁶³.

למען השלמת התמונה במשפט הקנוני, יש לציין שבעקבות לחץ שנבע

57 ראו: Library of Christian Classics 1, 172 (Cyril C. Richardson ed., 1955); Clement, *Pedagogues* 3:10; Tertullian, *Apologeticum ad Nationes* 1:15.

58 Jakobovits, לעיל ה"ש 19, בעמ' 173–174. ראוי לציין כי הוולגטה (התרגום הלטיני הרשמי של התנ"ך) תואם את הפרשנות ההלכתית. אם האם עדיין בחיים — "sed ipsa vixerit" — על התוקף שלם קנס. אולם אם האם מתה כתוצאה מהמכה — "si autem mors eius fuerit subsecuta" — אזי יש להוציא להורג את התוקף. לרשימת תרגומים של קטע זה במקורות יהודיים ולא יהודיים קלאסיים, ראו: Viktor Aptowitz, *The Status of the Embryo in Jewish Criminal Law*, Jewish Q. Rev. (New Series) 15, 88 n. 119 (1924).

59 Questions on the Heptateuch, no. 80.

60 Libros Politicorum 8:9:11.

61 William E. H. Lecky, *History of the Rise and Influence of the Spirit of Rationalism in Europe* 360 (London, 1870).

62 Concordia Discordantium Canonum 2: 32:2.

63 זו הגישה שאומצה ככלל בחוקי המזרח הקרוב הקדום, ראו: חוקי חמורבי, לעיל ה"ש 10; ויינפלד, לעיל ה"ש 11, בעמ' 129. וכן Aptowitz, לעיל ה"ש 58, בעמ' 85–90 (הערה 54).

מדאגה לרמה המוסרית של הציבור, ביטלה הכנסייה הקתולית באופן רשמי את ההבחנה בין עוברים מעוצבים ללא מעוצבים בשנת 1869, והעמדה הנוכחית של הכנסייה היא שכל הפלה אסורה מרגע ההזרעה.⁶⁴ אולם עד היום, יש תאולוגים קתוליים ליברליים, בעיקר בארצות-הברית, המבקשים להתבסס על הבחנה זו, במטרה להגמיש במידת מה את העמדה הקתולית הנוכחית והנוקשה בסוגיה זו.⁶⁵ דיון בהתפתחויות אלה בתורת הכנסייה הקתולית ובמשפט הקנוני, החל מתורתו הליברלית של המלומד הישועי המשפיע ביותר בן המאה ה-16, תומס סנצ'ז, שלפיה הפלה של עובר לא מעוצב מותרת במטרה להציל את חיי האם או את המוניטין שלה,⁶⁶ ועד לעמדה המחמירה הנוכחית, הנו מחוץ לתחום מאמר זה.⁶⁷

אף על פי ששלבי התפתחות העובר כבר אינם בעלי משמעות בכל הנוגע להפלה בחשיבה הרשמית של הכנסייה הקתולית וחכמי המשפט הקנוני, הקישור בין מצבו הביולוגי של העובר ובין מעמדו המשפטי שהעסיק אותם במשך אלפי שנים, ממשיך להעסיק את המשפט המקובל, שירש את ההבחנה בין סוגי עוברים מהמשפט הקנוני, עד היום הזה. הבחנת המשפט הקנוני בין העובר המעוצב לעובר הלא מעוצב מופיעה במשפט האנגלי של ימי הביניים, כי באותה התקופה, אנגליה הייתה מדינה קתולית, והמשפט הקנוני היה הדין היחיד בנוגע להפלות.⁶⁸ ההבחנה בין שני סוגי העובר אף נותרה חלק מהמשפט המקובל האנגלי אפילו לאחר ניצחון הפרוטסטנטיות והמלחמה האזרחית של המאה ה-17, והיא מופיעה בחיבוריהם של המחברים הקלאסיים של העידן הפרוטסטנטי, כגון: Edward Coke ו-William Hawkins. עמדתו של Coke אומצה גם על ידי William Blackstone בחיבורו *Commentaries on the Laws of England* (1765). עם זאת, ישנו הבדל משמעותי בין עמדת המשפט הקנוני לבין העמדה שאומצה על ידי מחברים אלו בחיבורים שלהם על המשפט המקובל. גם Coke וגם Hawkins אינם מתייחסים להשמדת עובר מעוצב כמעשה רצח. בקובץ הרשמי והמוסמך של המשפט המקובל שערך Coke, הוא מסווג הפלה שכזו כ-"great misprision", דהיינו עברה חמורה, אך לא כמעשה רצח.⁶⁹ למעשה, המושג ש-Coke משתמש בו על מנת להבחין בין העובר המעוצב ללא מעוצב הוא "Quickenening", וכוונתו בשימוש

64 ראו: Gordon, *The Human Embryo: Aristotle and the Arabic and European Traditions* 4 (Reginald Dunstan ed., 1990); Paul Simmons, *Religious Approaches to Abortion, in Abortion, Medicine and the Law* 713 (J. Douglas Butler & David F. Walbert eds., 1992). הביטול היה חלק מהדחייה הרשמית של המדע האריסטוטלי על ידי הכנסייה הקתולית.

65 Simmons, שם, בעמ' 714.

66 De Sancto Matrimoni Sacramento 3:20.

67 The Morality of Abortion 29, note 149 (John T. Noonan ed., 1971); Germain Grisez, *Abortion: The Myths, the Realities and the Arguments* 117 (1970).

68 Bracton, *De Corona* 4:121; Percy Winfield, *The Unborn Child*, Cambridge L. J. 3, 76 (1944).

69 Institutes of the Law of England 3, Chapter 7 (London, 1648).

במושג זה היא להצביע על יכולתו של העובר לזוז בתוך הרחם.⁷⁰ מושג זה נובע מרעיון אריסטוטלי ומהגדרתו של אקווינס להתגלמות הנשמה במושגים של תנועה ותחושה, והוא משמר את הקישור היווני-נוצרי בין ביולוגיה ובין משפט בנוגע להפלה. אולם הקביעה שאין השמדתו של עובר מעוצב נחשב לרצח היא החידוש של מעצבי המשפט המקובל בתקופה הפרוטסטנטית, ויש לציין את המקור לקביעה זו בספרו של Hawkins. על פי Hawkins, קביעה זו מתאימה לעמדת תורת משה: "Mosaic". למעשה, הן Coke והן Hawkins מאמצים את דין המקרא וגישת המשפט העברי להשמדת עובר במובן זה שאף אחד מהם אינו מחשיב זאת כרצח, גם אם העובר הגיע לשלב העיצוב. ואכן, Hawkins מציין מפורשות את "תורת משה" כתמיכה בגישה זו.⁷¹ לאור הערתו בנוגע ל"תורת משה", מפתה לראות בדחיית עמדת המשפט הקנוני, המגדירה את השמדתו של עובר מעוצב כרצח, חזרה לגרסה העברית של הנוסח המקראי, בניגוד לגרסה היוונית. אולם כל ניסיון להרחיב בנקודה זו, יוביל אותנו הרבה מעבר לתחומו של המאמר הנוכחי, ועל כן יש לעמוד בפני פיתוי זה.

יש לציין שעמדתם של Coke ושל Hawkins אומצה במאה ה-18 על ידי William Blackstone בחיבורו הקלאסי על המשפט המקובל. לדעת Blackstone, יש להבחין בין המשפט המקובל בעבר, שלפיו הריגת עובר מעוצב נחשבת לרצח, ובין המשפט המקובל המודרני הקובע שהריגת עובר היא פשע חמור אבל אינו רצח: "But the modern law does not look upon this offence in so atrocious a :light but merely regards it as a heinous misdemeanor".⁷²

ראוי לציין כי בחקיקה אנגלית במאה ה-19, בניגוד לדעתם של Coke ו-Hawkins, הריגת עובר נחשבה לפשע שבגיניו יש להטיל עונש מוות, ובמובן הזה, החוק החקוק עלה בחומרתו על המשפט המקובל.⁷³ ב-Lord Ellenborough's Act 1803, נקבע שמי שגורם להפלה שעה שהאישה נושאת ברחמה תינזק מעוצב ה"מגלה סימני חיים" הוגדרה כעברה חמורה שעונשה מוות.⁷⁴ אולם מצב זה לא נשאר זמן רב, ובקובץ החוקים הוויקטוריאני העיקרי של המשפט הפלילי האנגלי, Offences Against the Person Act 1861, הושמטו הן עונש המוות בגין השמדת עובר המגלה סימני חיים והן ההבחנה בין העובר המעוצב לעובר הלא מעוצב. אם כי ההבחנה לא נעלמה לחלוטין מספר החוקים עד לשנת 1931, כאשר Sentence

70 IAN KENNEDY & ANDREW : ראו גם Institutes of the Laws of England 3:50 (London, 1648).
71 GRUBB, MEDICAL LAW 860-864 (1994).

72 A Treatise on the Pleas of the Crown 80 (London, 1762).

73 WILLIAME BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND, Chapters 129-130 (1765).

74 Kennedy & Grubb, לעיל ה"ש 70, בעמ' 862.

יש לציין שלפי ס' 2 של חוק זה, העונש בגין הפלתו של עובר לא מעוצב היה קנס, כלא, מלקות או הגליה לתקופה של עד ארבע-עשרה שנים.

of Death (Expectant Mothers) Act קבע כי המתקת עונש המוות של אישה הרה למאסר עולם אינו תלוי עוד בהחלטת 12 הנשים של ה-Quickenning Jury באשר לשאלה אם העובר החל לנוע זה מכבר.⁷⁵

אף על פי כן, הקשר בין ההתפתחות הביולוגית של העובר למעמדו המשפטי נותר חלק מהמשפט האנגלי, ודבר זה בא לידי ביטוי ב-1929, ב-Infant Life Preservation Act. חוק זה מגדיר כי העברה של השמדת תינוק מתקיימת כאשר היא מבוצעת במהלך השלב הסופי של ההיריון.⁷⁶ לפי חוק זה, הרכיב החיוני לצורך השלמת ביצוע העברה הנו כי מדובר בהשמדת חייו של תינוק המסוגל להיוולד חי — “a child capable of being born alive”. הגדרת המסוגלות להיוולד בחיים העסיקה את בתי המשפט בכמה מקרים, וההגדרה שהתקבלה בסופו של דבר היא השלב שבו העובר מסוגל לנשום בכוחות עצמו.⁷⁷ מאוחר יותר, ה-Human Fertilization and Embryology Act, 1990 תיקן את ההוראה הקבועה בחוק ההפלות — Abortion Act 1967 — באופן המתיר לבצע הפלה אם הסיכון שבקיום ההיריון עד תומו גדול יותר מאשר הסיכון שבהפלה, מבחינת בריאותה הגופנית או הנפשית של האם או בריאותם של ילדיה הקיימים. הקישור בין ההתפתחות הביולוגית של העובר והחוקים המסדירים את סוגיית ההפלה אף ניכר ומובהק יותר בתורת המשפט האמריקנית מאשר במשפט האנגלי. בתקדים המנחה משנת 1973, פסק דין Roe v. Wade, פסק בית המשפט העליון של ארצות-הברית כי החוקתיות של חוקי ההפלה המדינתיים נסבה על גיל העובר ובמיוחד על השלב שבו העובר הגיע לנקודת החיוניות — Viability — בתוך הרחם. פסק הדין Roe v. Wade הניח מתווה לאמוד את המעמד המשפטי של העובר למטרות דיני ההפלה בהתאם לטרימסטרים של ההיריון, ונקודת החיוניות נמצאת בתחילת הטרימסטר השלישי. הקשר ההדוק בין ביולוגיה למשפט שעולה מהחלטה זו הפך להיות נושא לדיון ביקורתי נרחב הן בפסיקה מאוחרת יותר והן בכתבים אקדמיים,

75 ראו: Hawkins, Pleas of the Crown, לעיל ה"ש 69, בעמ' 657. השבועה שנשאו המושבעים במשפטה של אישה, שטענה שהיא נושאת ברחמה עובר מעוצב שהגיע לשלב התנועה, ולכן אין לגזור עליה עונש מוות, הייתה בזה הלשון: “I, as a fore-matron or a matron of this jury, swear by Almighty God that I will search and try the prisoner at the bar, whether she be with child of a quick child, and thereof a true verdict give, according to my skill and understanding”.

76 מטרתו של חוק זה הייתה למעשה להגן על רופאים שנאלצו להרוג את העובר כדי להציל את חיי האם, תוך כדי הלידה או סמוך לתחילתה. אם נדייק, לפי החוק משנת 1861, מעשה שכזה היה נחשב להפלה לא חוקית, גם אם בוצע תוך כדי לידה קשה ומסובכת, מכיוון שהחוק לא התיר לבצע הפלה גם במצב זה והחשיב מעשה זה לעבירה פלילית. ככל הנראה, החוק משנת 1929 הגביל עצמו לשלב הסופי ביותר לקיומו של העובר משום שההנחה הייתה שאף רופא מכובד והגון לא יבצע אי פעם הפלה של עובר אלא אם כן הוא סיע בלידה, ונאלץ להשמיד את העובר במטרה להציל את חיי האם.

77 C v. S 1 All ER 1230 (1987). ראו גם: Rance v. Mid-Downs Hospital Authority 1 All ER 801 (1991).

ושיטת הטרימסטרים נזנחה באופן רשמי על ידי בית המשפט העליון בשנת 1992, מהטעם שהתקדמות המדע הרפואי הפכה שיטה זו למיותרת. כיום מדינות רשאיות לחייב רופא המבצע הפלה לבדוק את חיוניותו של העובר, ובדיקה זו מוסיפה הן זמן והן הוצאות כספיות לא מבוטלות להליך ההפלה. כמו כן, דרגת עצמתה של זכות האישה להפיל את עוברתה הורדה מזכות יסוד (Fundamental Right) לחירות (Liberty Interest), והתוצאה היא שכיום קל למדינה הרבה יותר להסדיר את סוגיית ההפלה בצורה מצומצמת מאשר בעבר, שעה שההחלטה המקורית בפסק הדין Roe v. Wade על כל מרכיביה הייתה התקדים המחייב בנושא ההפלה במשפט האמריקני⁷⁸.

לסיכום חלק זה, לפי הגישה הקלאסית של המשפט העברי, שלבי התפתחות העובר אינם בעלי חשיבות עקרונית בדיני הפלה, אף שהם משמשים בתור שיקול נוסף בכל קביעה הלכתית בנושא. עמדת ההלכה היהודית בסוגיית ההפלה מתמקדת בעיקר באם, והתמקדות זו באה לידי ביטוי בפרשנות ההלכתית לפסוקי המקרא שבהם פתחנו חלק זה של המאמר. אולם בהבנה היוונית-נוצרית של הפסוקים האלה, מרכז הכובד הוא שלבי ההתפתחות של העובר, ובעקבות זאת במשך שנים רבות התמודד המשפט הקנוני עם שאלת הגדרת המעמד המשפטי של העובר בתוך הרחם בהקשר של דיני ההפלה⁷⁹. היום ההתמודדות בנושא זה היא נחלתם של המשפט באנגליה ובארצות-הברית וגם שאר מדינות המשפט המקובל, ולכן בשיטות אלו – אם כי כמובן קיימים פערים משמעותיים ביניהן – רוחתה של האישה ההרה אינה הסוגיה הדומיננטית, כפי שהיא במשפט העברי.

ה. השפעת המוסר הנוצרי על פסיקת ההלכה בסוגיית ההפלה

דוגמה קלאסית להשפעת המוסר הנוצרי על ההלכה היא אמרתו של הר' יאיר בכרך שהבאנו לעיל בעניין השאלה של הפלת עובר ממזר⁸⁰. בתשובתו לאותה שאלה, מעיר הר' בכרך שבמקרה זה יש לאסור את ההפלה אבל לא על סמך דין תורה, כי "על פי דין תורה היה היתר גמור"⁸¹, אלא על בסיס המוסר הנוהג, שהוא כמובן מוסר נוצרי ששרר בגרמניה באותה התקופה.

דוגמה מפורשת מן העת האחרונה להשפעת העמדה הקתולית בענייני הפלות

78 ראו: Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989); Planned Parenthood v. Casey, 112 S.Ct. 2791 (1992). ראו לציין כי בפסק דין Casey רק הקביעות העיקריות של פס"ד Roe v. Wade יושמו. כמו כן ראו: GEORGE J. ANNAS, FOUR-ONE-FOUR, HASTINGS CENTER REPORT 27-29 (September/October, 1989); ROGER B. DWORKIN, LIMITS: THE ROLE OF LAW IN BIOETHICAL DECISION MAKING 29, 36-49 (1996).

79 ראו לעיל ה"ש 64-67, בעניין השינויים שהתחוללו במשפט הקנוני בנוגע להפלה אחרי שנת 1869.

80 לעיל ה"ש 29, שו"ת חות יאיר, סימן לא.

81 לעיל ה"ש 7.

על פוסק הלכה ניתן לראות בהערת הר' משה יונה צוויג מאנטוורפן בתשובה שנכתבה בזמן התנהלות משפט תלידומיד בבלגיה באמצע שנות השישים של המאה העשרים. תלידומיד היה תרופת הרגעה שנלקחה במטרה להקל את תופעות הלוואי הבלתי נעימות של ההיריון. למרבה הצער, ברבות הימים התברר כי יש בה כדי לגרום להיוולדם של עוברים בעלי פגמים קשים. הר' צוויג פסק לחומרה בשאלת הפלתו של עובר פגום בעקבות נטילת תלידומיד, בהדגישו כי פסק זה היה הכרחי כדי להבטיח ששם השם לא יחולל בשל החלטת מקלה:

”זאת ועוד, כי לא רק גדולי הרופאים ואנשי חוק ומשפט מתנגדים להיתר הפלה מלאכותית... גם הכמורה והעומד בראשה יצא בגילוי דעת האוסר לפי אמונתם המתת העובר אם כי יולד גם כבעל מום וכיצור בלתי נורמלי, אם כן יש עוד איסור נוסף משום חילול השם אם אנו נתייר... ומעשה כזה גרום חס ושלום לחילול השם בעולם ועל כגון דא נאמר בודאי כי עם קדוש אתה לא תעשה עם אחר קדוש ממך”⁸².

מקטע זה ניכר כי מסקנתו ההלכתית של הר' צוויג מונעת גם על ידי העמדה של הכנסייה הקתולית. הוא מוטרד מהתדמית המוסרית של המשפט העברי, ולשיטתו, משמעות הדבר היא כי על עמדת המשפט העברי בנוגע להפלה להתאים את עצמה להשקפה הנוקשה והמחמירה של הכנסייה הקתולית ושל המשפטנים והרופאים הקתולים הרבים בבלגיה אשר התנגדו נמרצות לביצוע הפלות בתקופת התנהלות המשפט.

הדוגמה הבאה היא ויכוח בין הר' אליעזר ולדינברג מירושלים לבין הר' משה פיינשטיין מניוירוק שהתרחש בסוף שנות השבעים של המאה העשרים, בנוגע להפלתו של עובר הנגוע במחלת התייזקס. מחלה גנטית זו פוגעת ביהודים שמוצאם ממזרח אירופה. הפגם הגנטי גורם לחוסר באנזים hexosaminidase A, ובהיעדר אנזים זה, משקע של שכבת שומן נבנה על תאי העצב של הרך הנולד. במהלך ארבעת או חמשת החודשים הראשונים לחייו, התינוק יפתח פיגור שכלי, עיוורון, שיתוק ושיטיון. הרוב המוחלט של הילדים החולים במחלה זו ימותו עד גיל ארבע, ואף לא אחד מהם ישרוד לאחר שנתו החמישית. מאחר שהמחלה היא גנטית, ישנו סיכוי של 25% שצאצאם של שני הורים שהם נשאים של הגן הפגום יסבול מהמחלה. ניתן לבצע בדיקה לאיתור תייזקס במהלך ההיריון, מכיוון שתאים נורמליים מכילים את האנזים hexosaminidase A, ואילו תאיו של עובר החולה במחלה אינם מכילים אנזים זה.

בשנת 1975, כתב הר' אליעזר ולדינברג תשובה למנהל בית החולים “שערי צדק” בירושלים שהוא בית חולים הפועל לאור ההלכה, בנוגע להפלתו של עובר החולה בתייזקס, ובה הוא מוכן להתיר הפלה במקרים כגון אלו עד לחודש

82 ר' משה יונה צוויג “על הפלה מלאכותית” נועם כרך ז מה (1964).

השביעי של ההיריון, כשהשיקול העיקרי הוא טובת האם ומניעת הסבל הנפשי שייגרם לה בעקבות הולדת הילד החולה. ההיתר מצומצם לשבעת החודשים הראשונים של ההיריון כי לדעתו, כל הפלה שתבוצע לאחר שלב זה תעמיד את האם בסכנה גדולה שאין בה כדי להצדיק כל טובה שהייתה יכולה לצמוח לה ממניעת הולדתו של ילד החולה בתייזקס⁸³. פסקו התבסס על העיקרון ההלכתי שעובר לאו נפש הוא. יש ליישם עיקרון זה במקרה של סכנה לאם גם אם אין מדובר בסכנת נפשות. הר' ולדינברג הסתמך במיוחד על גישתו המקלה של הר' יעקב עמדין שקבע שיש מקום להתיר הפלה: "כל כמה דלא עקר (טרם החלו צירי הלידה) אפילו אינו משום פיקוח נפש אמו אלא להציל לה מרעתו שגורם לה כאב גדול, וצריך עיון"⁸⁴. הר' ולדינברג מציין כי לאור הסבל הנפשי והרגשי הצפוי להיגרם לאם בשל הבאתו לעולם של ילד החולה בתייזקס, זהו המקרה הקלאסי ליישום היתרו של הר' עמדין: "במקרה מיוחד זה אשר תוצאות כה חמורות בכנפיו עם המשכת ההיריון והלידה [...] הגע בעצמך אם יש צורך, צער וכאב יותר גדול מזה של נדוננו אשר יגרום לאם בהיוולד לה יצור כזה שכולו אומר ייסורים ומכאובים [...] ועיני ההורים רואות וכלות באין לאל ידם להושיע". הר' ולדינברג קובע די בפסקנות כי העובדה שהסבל הכרוך בסיטואציה זו הוא בעיקרו בעל אופי נפשי ולא פיסי אינה גורעת מעיקרון "הצורך הגדול", מכיוון שמצוקה נפשית היא לעיתים קרובות אף חמורה יותר וכואבת יותר מכאב פיזי⁸⁵.

כשנתיים מאוחר יותר, כתב הר' משה פיינשטיין, תשובה שבה הוא ביקר קשות את תשובתו של הר' ולדינברג. לדעת הר' פיינשטיין, הריגת עובר בהחלט נכנסת בגדר הקטגוריה ההלכתית של רצח, וההבדל היחיד בעניין הריגת עובר הוא היעדר עונש מוות. בוודאי אין להקריב את חיי העובר למען הצלתו של כל אדם, אלא אך ורק למען הצלת אמו. הר' פיינשטיין מוכן להתיר הפלה רק במקרה שבו נשקפת לחיי האם סכנה ישירה ומידית⁸⁶.

בין המקורות שמצטט הר' פיינשטיין בתמיכה להחלטתו, מובא דין הרודף שאומץ על ידי הרמב"ם כדי להצדיק את ביצועה של הריגת עובר למען הצלת אמו⁸⁷.

83 לעניין הפלה מאוחרת בהיריון, ומאזן הסיכונים בין הפלה ובין סיום ההיריון במשפט האנגלר-אמריקני, ראו ספרי DANIEL SINCLAIR, JEWISH BIO-MEDICAL LAW: LEGAL AND EXTRA-LEGAL DIMENSIONS, 12 n. 3, 25–28 (2003).

84 שאלת יעב"ץ, סימן מג.

85 שו"ת ציץ אליעזר, חלק יג, סימן קב. תשובה זו מבוססת על ניתוח הלכתי מקיף של כל הנושא של הפלת עובר שכתב הר' ולדינברג בשו"ת ציץ אליעזר, חלק ט, סימן נא, שער ג.

86 שו"ת אגרות משה, חושן משפט, חלק ב, סימן סט.

87 לעיל ה"ש 22. בנוסף לדין רודף, הר' פיינשטיין מסתמך על ההיתר לחלל שבת למען הצלתו של עובר כדי להוכיח שהריגת עובר הוא מעשה רצח. אולם, המצב המשפטי בכל הנוגע לחילול השבת במקרה שקיימת סכנה לעובר הוא רחוק מלהיות ברור. פוסקי הלכה רבים מסבירים שהסיבה האמיתית לחילול שבת במקרה כזה, היא הדאגה לחיי האם, כי כל סכנה לחיי העובר היא בהגדרתה סכנה גם לחיי האם. בהתאם, לא הצלת חיי העובר דוחה את השבת, כי אם הצלת חיי האם (רא"ש, יומא ח, סימן יג; מגן אברהם, אורח חיים של, טו; רמב"ן,

פרשני ההלכה ופוסקיה המאוחרים יותר בנוגע לפסק זה יש לזקוף לשכלם הרפה ולהבנתם הלכית, ולא לכל חוסר לוגי מצדו של הרמב"ם.

טענות אלה די קלושות, והן סוטות מהדרך המקובלת של חשיבה משפטית בתחום ההלכה.⁹³ גם מבחינת הנסיבות של המקרה של עובר הסובל ממחלת תי-זקס, תשובתו של הר' פיינשטיין נראית תמוהה. הוא מתעלם לגמרי מהעובדה שמותו הוודאי של תינוק החולה בתי-זקס עשויה להכניס אותו לקטגוריה של אדם טרפה, כלומר, אדם הסובל ממצב רפואי סופני שאין לו מרפא הידוע לרפואה. ההורג אדם המצוי במצב זה פטור מעונש מוות⁹⁴, והמשמעות האופרטיבית של פטור זה היא שבסיטואציות מורכבות מסוימות, ניתן להקריב את חייו של הטרפה למען הצלת חייו של פרט בר-קיימא.⁹⁵ נראה כי השילוב של הדוקטרינה המקובלת בדבר היות העובר לאו נפש, והלכות הטרפה יוצר טיעון חזק במיוחד בכיוון התרת הפלתו של העובר הזה. קו הנמקה זה אומץ על ידי הר' אריה גרוסנס, כדי להתיר לבצע הפלה של עובר הנגוע בתי-זקס.⁹⁶ אולם הר' פיינשטיין כלל אינו דן באופייה הקטלני הוודאי של מחלת תי-זקס, ומתרכז אך ורק בסוגיית המתת העובר.

לנוכח כל זה, נוצר רושם שפסקו של הר' פיינשטיין במקרה זה נעוץ בעמדתו המוסרית לגבי הפלה, וייתכן שהיא מושפעת מהסביבה האמריקנית שבה הוא חי. הבסיס לקריאת תשובתו בדרך של מדיניות הוא הקטע הבא המופיע בחלק האחרון של התשובה:

"כתבתי כל זה לעניין הפרצה הגדולה בעולם שהמלכויות דהרבה מדינות התירו להרוג עוברים, ובתוכם ראשי המדינה במדינת ישראל, וכבר נהרגו עוברים לאין מספר שבזמן הזה הא עוד יש צורך לעשות סייג לתורה, וכל שכן לא לעשות קולות באיסור רציחה החמור ביותר".

כאן מדובר במדיניות מפורשת להחמיר לאור הנסיבות של הקלה לגבי הפלה בארצות-הברית ובישראל. יש לציין שהמילה "פרצה" באה ללמד על חטא מוסרי, ולא רק על עברה נגד ההלכה. הר' פיינשטיין חושש מפני פגיעה נוספת במוסר השמרני לגבי הפלות בעקבות פרסום ההיתר של הר' ולדינברג, ולכן הוא מאמץ גישה ביקורתית ביותר כלפי תשובתו. גישה זו מוצאת ביטוי חזק במיוחד לקראת סיום התשובה:

"שלכן נשתוממתי בראותי תשובה מתכם אחד בארץ ישראל הנכתב למנהל בית חולים שערי צדק...המתיר הולדות שעל ידי בחינות הרופאים כשהוא עובר יותר משלושה חדשים שהעובר הוא במחלת תי-זקס, להפילו".⁹⁷

93 ראו תגובת הר' ולדינברג, להלן ה"ש 98.

94 בבלי, סנהדרין עח, ע"א; רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת נפש ב, ח.

95 ראו: Sinclair, לעיל ה"ש 24, פרק 5 חלק 5(c).

96 שו"ת לב אריה, חלק ב, סימן לב בעמ' רד-רה (בהערות השוליים).

97 ראוי לציין כי בפסקה זו מזכיר הר' פיינשטיין את השלב של שלושה חודשי היריון כבסיס

הר' פיינשטיין מסכם את התשובה שלו בדחייה מוחלטת של הבנת הר' ולדינברג את הדוקטרינה ההלכתית הקלאסית בעניין המתת עובר, והוא פוסק כי "ברור ופשוט כדכתבתי הלכה ברורה [...] שאסור בדין רציחה ממש כל עובר בין כשר בין ממזר, בין סתם עוברים ובין הידועים לחולי תייזקס, שכולן אסורים מדינא ממש. ואין לטעות ולסמוך על תשובת חכם זה ושרי ליה מריה בזה". לדעתו, הר' ולדינברג טעה טעות חמורה בכתיבת תשובתו, ועליו להצטער על כך.

הר' ולדינברג לא איחר לצאת להגן על עמדתו. כתשובה שפורסמה שנה לאחר מכן⁹⁸, הר' ולדינברג חזר על השקפתו באשר לעמדה ההלכתית המקורית בעניין המתת עובר. הוא גם ביקר את השימוש שהר' פיינשטיין עשה בטיעון הזיוף, באומרו כי זהו טיעון פשטני הסוטה בצורה קיצונית מהגישה המקובלת לניתוח סוגיות הלכתיות לאורך השנים. באשר לאחד מהמקורות שהר' פיינשטיין דחה בתור זיוף, הר' ולדינברג אומר את הדברים הבאים:

"והנה עם כל הכבוד, לא אדוני, לא זו הדרך, וחיים אנו על פי דעות גאוני הדורות והמה טרחו כל אחד ואחד לפי דרכו לבאר ולהעמיד כוונת דברי התוספות בנדה⁹⁹ וליישבם, ואף אחד מהם לא עלה על דעתו הדרך הקלה והפשטה ביותר לומר שיש טעות סופר בדברי התוספות ובמקום "מותר" צריך להיות "אסור"¹⁰⁰.

יש לסיים באותה הנקודה שהזכרנו בהקדמה, דהיינו ההבדל בין ארצות־הברית ובין ישראל. הבדל זה בא לידי ביטוי גם במחלוקת בין הר' פיינשטיין ובין הר' ולדינברג. הר' פיינשטיין חי בצפון אמריקה, מדינה שבה הפלה היא נושא רגיש וטעון ביותר מבחינה מוסרית, חברתית, חוקית ופוליטית בממדים לאומיים¹⁰¹. אין פלא אפוא שלדעתו, פוסקי הלכה צריכים להתמודד עם סוגיה זו בזהירות יתרה. בכל ניסוח וביטוי של העמדה היהודית כלפי הפלה ישנה חשיבות מוסרית כי היא עלולה להשפיע על הדיון הלאומי בענייני הפלות. לעומת זאת, הר' ולדינברג כתב שבמדינת ישראל מונחות סוגיות מוסריות רבות על שולחן הדיונים הציבורי, אולם סוגיית ההפלה אינה אחת מהן. על כן הוא מציג ניתוח הלכתי טהור של ההלכה, כפי שהוא מבין אותה, וככל הנראה אין הוא חש בצורך כל שהוא להתמודד עם תדמיתה המוסרית של ההלכה מבחינת גישתה להמתת עובר ולהפלה.

אפשרי לפסוק בצורה מקלה. אולם אין שום ביטוי לאפשרות זו במהלך התשובה, ולא נראה שהר' פיינשטיין מייחס חשיבות לשלב זה של ההיריון בתור סיבה משמעותית להקלה.

98 שו"ת ציץ אליעזר, חלק יד, סימן ק.

99 לעיל ה"ש 89.

100 לניתוח מפורט של המחלוקת בין הר' ולדינברג והר' פיינשטיין, ראו: Sinclair, לעיל ה"ש

24, בעמ' 51–59.

101 לעיל ה"ש 2–3.

ו. סיכום

מאז ומתמיד השפיעו המוסר והדת על הטיפול המשפטי בנושא הריגת עוברים. מאמר זה התמקד בשתי דוגמאות להשפעה זו. הראשונה הייתה לפני כאלפיים שנה והיא השינוי שהוכנס לתרגומים היווניים של המקרא ואומצה על ידי אבות הכנסייה. השנייה הייתה המשך אותה השפעה על ההלכה בעידן המודרני. ראינו גם את השפעת המשפט הקנוני על עיצוב המשפט המקובל בתחום זה, וגם את השפעת הפירוש ההלכתי למשפט המקרא על עיצוב המשפט המקובל האנגלי הפרוטסטנטי. מובן שהמשפט מושפע ולא נבלע על ידי המוסר, ולכן בכל אחת מהדוגמאות, יש גם ניסיון להצביע על המאזן שהושג בין המשפט הקיים והמוסר. חשוב לציין שהמאמר הזה אינו בא לתת תמונה שלמה של הטיפול המשפטי בהפלה במשפט העברי, האנגלי או האמריקני. מטרתו היא אך ורק להצביע על תופעת השפעת המוסר על המשפט בתחום זה.