

הרב מנחם סליי

המזיק לעובר — סיכון העובר ע"י עישון

שאלה חדשה-ישנה התעוררה לאחרונה בנוגע לדינו של מזיק עובר, עקב העישון. לפי ממצאים רבים, אשה הרה המעשנת מסכנת בכך את בריאות העובר, הולד שיוולד ושיתפתח מעובר זה ואף האדם הבוגר במשך שנות חייו. גם אם האשה ההרה לא תעשן בעצמה, אלא תימצא בחברת מעשנים, משום סכנה לבריאות העובר ישנה כאן.

שאלת היסוד בנדון זה היא מעמדו של העובר בהלכה, לגבי דיני רציחה וחבלה. כבר דנו בשאלה זו בדורות עברו, ונצטט בכאן את דברי הסיכום של הרב יעקב משולם גינזבורג מתוך ספרו משפטים לישראל.¹ נידונו הוא דין הרוצח עובר. "אין הרוצח נידון במיתה אם היה הנרצח עובר במעי אמו, באיזה שלב של הריון שהיא נמצאת בו,² כמו שנראה מבואר בדברי רז"ל בתלמוד,³ ובדברי רבינו הרמב"ם ז"ל⁴ ודעת גדולי הפוסקים⁵ ... נימוקו של משפט זה הוא כי יען שנאמר בתורה,⁶ ואיש כי יכה כל נפש אדם מות יומת, אנו למדים כי אין הרוצח נידון בעונש מיתה כי אם כאשר המית אדם בעל נפש עצמאית, זאת אומרת שכבר יצא לאויר העולם ויש לו אפשרות קיום בפני עצמו ע"י הנפש שהיא זנה את כל הגוף.⁷ אבל עובר שהוא עדיין במעי אמו ומעורה בה, איננו בכלל 'נפש אדם', כי הוא רק 'ירך אמו', וחשוב כאבר מאבריה, הואיל ואין לו חיוניות בפני עצמו".

ברם עונש ממון כן ישנו, והוא הנקרא "דמי ולדות", "ועל כן כתוב בתורה,⁸ וכי ינצו אנשים ונגפו אשה הרה ויצאו ילדיה, ולא יהיה אסון, עונש יענש כאשר ישית עליו בעל האשה, ונתן בפלילים.⁹ ורז"ל⁹ בארו המקרא: כי לא היה אסון באשה — שלא קופחו חייה ע"י הפלת הוולדות או הוולד, אבל העובר עצמו מת... מחוייב הנוגף לשלם כסף בתור פיצויים בעד כל הנזקים שהם תוצאות נגיפה זו.¹⁰

- (1) משפטים לישראל פ"ט עמ' רכ"ג ואילך, בדילוגים וע"ע בגניז חיים לרח"פ ע' כ"ד.
- (2) ע"פ רש"י לסנהדרין ע"ב ע"ב בד"ה יצא: "כל זמן שלא יצא לאויר העולם לאו נפש הוא".
- (3) סנהדרין נ"ז ע"ב, ראה להלן.
- (4) רמב"ם הל' מלכים פ"ט ה"ד.
- (5) שו"ת המהרי"ט ח"א סי' צ"ט, המהר"ל כגור אריה למשפטים כ"א: כ"ב, הסמ"ע לחו"מ סי' תכ"ה סעיף ח', והנוב"י מ"ת חו"מ סי' נ"ט.
- (6) וקרא כ"ד: י"ז. (7) ברכות י' ע"א. (8) שמות כ"א: כ"ב.
- (9) מכילתא משפטים סימן פ"ז, כתובות ל"ה ע"א וסנהדרין ע"ד ע"א.
- (10) רא"ם וגור אריה למשפטים שם, סמ"ע חו"מ סימן תכ"ה סק"ח ונוב"י מ"ת חו"מ סי' נ"ט.

ואולם גם אם אין על הריגת עובר במעי אמו הענשת מיתה, הנה לפי משפט התורה היא עברה חמורה ואשמה כבדה מאד. למרות שאין איסור רציחה ועונשו בהריגת עובר, איסור יש. וכבר דנו במהות האיסור, וכאם הוא מדאורייתא או מדרבנן. יש למשל המביאים את דברי התוספות הסוברים שיש כאן משום איסור דאורייתא. מקור לדבר נמצא בסנהדרין¹¹, העוסקת בדיני בני נח דווקא. "משום רבי ישמעאל אמרו (בן נח נהרג בבית דין) אף על העוברין", ומסביר רש"י: "הכה את האשה ויצאו ילדיה, נהרג עליהן". "מאי טעמא דר' ישמעאל? דכתיב 'שופך דם האדם באדם, דמו ישפך'¹². איזהו אדם שהוא באדם, הוי אומר זה עובר שבמעי אמו". יוצא לכאורה שאיסור זה הוא רק לבן נח ולא לישראל. אולם התוספות¹³ הסיקו מאיסור זה הנאמר לבן נח, שקיים גם איסור לישראל, ע"פ הכלל "ליכא מידעם לישראל שרי ולעובד כוכבים אסור"¹⁴, ואיסור זה הוא אם כן "משום אביזרייהו דרציחה", והוא מדאורייתא.¹⁵

נימוק אחר אשר הוצע כמקור האיסור להרוג עובר הוא מדין השחתת זרע,¹⁶ שלפי דברי הוזהר עון זה חמור מאד,¹⁷ מאחר שיש בו השחתת "ישוּבו של עולם"¹⁸. ואלו דברי הגמרא בנוגע לפריה ורביה:¹⁹ "הלא לא נברא העולם אלא לפריה ורביה, שנאמר²⁰ 'לא תהו בראה, לשבת יצרה'. וכן הוא בספר החינוך:²¹ "משרשי מצוה זו שיהיה העולם מיושב, שהשם ב"ה חפץ בישוּבו, דכתיב 'לא תהו בראה, לשבת יצרה'". והיא מצוה גדולה שבסיבתה מתקיימות כל המצוות בעולם, כי לבני אדם ניתנו ולא למלאכי השרת". עון

(11) סנהדרין נ"ז ע"ב, לע"ע תוס' שם פ"ד ע"ב ד"ה הוה.

(12) בראשית ט' ו' וע"ש בתורש"ל אות מ"ד.

(13) תוס' סנהדרין נ"ט ע"א ד"ה ליכא, תוס' חולין ל"ג ע"א ד"ה אחד.

(14) סנהדרין נ"ט ע"א.

(15) ראה הסיכום במאמרו של ד"ר א. שטיינברג, הפלה מלאכותית לאור ההלכה, בספר אסיא ח"א עמ' 107 ורא"ל, ולענינו בעמ' 111. אמנם מדברי תוס' נדה מ"ד ע"א ד"ה איהו משמע שאין איסור כלל, "מוחר להרגו", אבל כבר דנו במשמעות דברי תוס' הללו ורבים כתבו שאין הם בדווקא, אלא איסור יש ורק עונש מוות לא קיים; עיין שטיינברג שם, ובהערות 42, 43 שם, וכן בספר נשמת אברהם ח"ג לחו"מ סי' תכ"ה סעיף ב', ס"ק 1.

(16) שו"ת חות יאיר סימן ל"א, המקור לאיסור הו"ל נמצא בחז"ל בנדה י"ג ע"א.

(17) זהר וישב קפ"ח ע"א, ובעיקר ויחי רי"ט ע"ב, ועיין בניצוצי זהר שם ס"ק ז' (חיקוני תשובה); מובא בב"י לאה"ע סי' כ"ג ובשו"ע שם סעיף א'.

(18) המשך לשונו של בעל משפטים לישראל, עמ' רכ"ה.

(19) גיטין מ"א ע"ב, עדיות א' י"ג.

(20) ישעיהו מ"ה: י"ח.

(21) ספר החינוך מצוה א'.

השחתת זרע חשוב כמו שפיכת דמים.²² אמנם כבר דנו הראשונים והאחרונים אם אשה חייבת באיסור זה, על אף שלרוב הדעות אשה פטורה מחיוב מצות פריה ורביה,²³ ומחלוקת הראשונים בדבר.²⁴ ר"ת סובר שאין האשה מצווה על השחתת זרע מכיון שאינה מצווה על פו"ר,²⁵ אולם הרמב"ן²⁶ ורש"י²⁷ חולקים, וסוברים שיש לחלק בין חיוב פריה ורביה לבין איסור ההשחתה.²⁸ האבני נזר סובר שדעת הר"ן גם כן לאסור, כי לדעת הר"ן למרות שאשה אינה מצווה בפריה ורביה הרי שהיא בגדר מסייעת לבעלה לקיים מצותו, ובהשחתה הרי שמסכלת את פעילות הבעל לקיים חיובו ומצותו.²⁹ יש מקום לאמר שאיסור ההשחתה הוא נובע מאיסור שפיכות דמים.³⁰ אם כן מסברא השחתת עובר חמורה מהשחתת הזרע, מקל וחומר.³¹ עיקר שאלתנו היא, האם קיימים איסורי חבלה ומזיק בעובר. הדברים מפורשים בדברי אחד מגדולי הפוסקים אשר עסק בענין, הוא המהרי"ט,³²

- (22) נדה י"ג ע"א, רמב"ם איסורי ביאה כ"א י"ח, שו"ע אב"ע סימן כ"ג סעיף א', ב'. וע"ע באוצר הפוסקים לאה"ע שם.
- (23) על חיובה של האשה במצות פו"ר, עיין משנה יבמות ס"ה ע"ב, רמב"ם הל' אישות פט"ו ה"ב, שו"ע אה"ע סימן א' סעיף י"ג ובערוה"ש לשם סעיף ב'. אולם בשו"ת הר"ן סי' ל"ב הובאה תשובה לרבינו דן אשכנזי ובה סברא לומר שאשה מצווה על פו"ר כמצוה שברשות אבל חיוב אין. דעת הר"ן בעצמו (שם) היא שאשה יש לה מצוה שמסייעת לבעלה בקיום חיובו בפו"ר, וכן הוא בדברי הר"ן לקידושין מ"א ע"א, ועיין בדברי הברכי יוסף לאה"ע סי' א' סעיף י"ג (ס"ק ט"ד), שלחלכה אין לאשה מצוה של פו"ר אף מדרבנן, ולכאורה גם לא מצוות לשבת יצרה ולערב אל תנח ידיך, וע"ע בערוה"ש לאה"ע שם סעיף ד', ע"פ דברי התוספות לגיטין מ"א ע"ב בד"ה לא תהו, וכן בשו"ת בנין ציון סי' קכ"ג וקל"ז, ובשו"ת חת"ס חאה"ע סי' ב' ובאוצה"פ לסי' ב' סעיף י"ב, ובספר אסיא ד' עמ' 2 — 151 במאמרו של ד"ר א. שטיינברג.
- (24) אה"ע סי' כ"ג סעיף א', ובאוצר הפוסקים לשם סק"ד.
- (25) תוספות יבמות י"ב ע"ב בד"ה שלוש.
- (26) חידושי הרמב"ן לנדה י"ג ע"א.
- (27) רש"י ליבמות שם, ע"ש בתוספות.
- (28) עיין אוצה"פ שם.
- (29) שו"ת אבני נזר סי' ע"ט אות ט', ברעת הר"ן בשו"ת סי' ל"ב, מובא באוצה"פ שם בד"ה ועי' באבני נזר, וע"ע בשיטמ"ק לכתובות ל"ט.
- (30) משפטים לישראל שם, עמ' רכ"ה. מקורו הוא דברי הגמרא בנדה י"ג ע"א: "דר' יצחק ור' אמי אמרי, כאלו שופך דמים". וכן הוא ברמב"ם הל' אי"ב פכ"א הי"ח, ובשו"ע אה"ע סי' כ"ג סעיף ב'. לאור זה, כרוך שגם בני נח מצווים באיסור זה, וע"ע בספר אסיא ד' שם עמ' 160 — 153. לדעת הערוך לנר לנדה שם, יתכן שאיסור השז"ל מקורו בכל תשחית.
- (31) שו"ת חות יאיר סי' ל"א. אולם כעל השאילת יעב"ץ כסימן מ"ג חולק וסובר שהאיסור הוא מיוחד לזרע, ואילו לעובר יש מעמד אחר, כדרך וכאבר האם.
- (32) שו"ת המהרי"ט ח"א סי' צ"ז.

בבואו לנמק את דברי התוספות בחולין, ³³ המבחינים בין דין בני נח לדין דין אדם מישראל בהריגת עוברים, "ואף על גב דבן נח נהרג על העוברין.. וישראל אינו נהרג, נהי דפטור (ממיתה), מ"מ לא שרי". ואם כן איסור יש כאן. מהו האיסור? "דהא דאסור, מדין חבלה". כך דעת המהרי"ט. וכן סובר בעל הצפנת פענח, ³⁴ ודעה אחרת מחייבת גם משום נזק. ³⁵

מקור אחר לדין נזק וחבלה לעובר נמצא בדין מעוברת חבירו. ³⁶ לפי דברי הגמרא, ³⁷ "לא ישא אדם מעוברת חברו... ואם נשא, יוציא ולא יחזיר עולמית, גזירה שמא תעשה עוברה סנדל", וסנדל, היינו כתוצאה מפעולת מיעוץ הולד בשעת תשמיש, "כסנדל הזה שאין לו צורה", ³⁸ והיינו "דחסה", כלומר מיעכה. הגמרא חוזרת בה מנימוק זה, ולמסקנה מסבירה את איסור החיתוך עם מעוברת חבירו בגלל החשש שמא יפריע להנקת הולד. אולם הרמב"ם פסק כההוא אמינא בגמרא, וזה לשונו: ³⁹ "וכן גזרו חכמים שלא ישא אדם מעוברת חבירו... שמא יזיק הולד בשעת תשמיש, שאינו מקפיד על בן חבירו". נושאי כליו של הרמב"ם כבר טיפלו בשאלה למה נטש הרמב"ם מסקנת הגמרא והביא נימוק הדחיסה להלכה, ע"ש. אלא לעניננו, הלא מפורש כותב הרמב"ם שהקפידו חכמים "שמא יזיק הולד", ומכאן שקיים איסור להזיק לולד. כן הבין הבית יצחק בדברי הרמב"ם. ⁴⁰

וכן, ידועה מחלוקת הראשונים בשאלה האם יש לעובר דין פיקוח נפש לחלל עליו שבת, ⁴¹ ולהלכה "מחללים שבת לשם הצלת עובר, ואפילו אם הוא פחות מארבעים יום". ⁴²

עוד מקור לדין נזק הולד נמצא בסוגית הגמרא בקידושין, ⁴³ בדין המזיק לעובר של שפחתו, לגבי יציאת העבד בשן ועין. המפיל שן עבדו או משחית עינו, יוצא העבד לחירות. ⁴⁴

(33) תוס' חולין ל"ג ע"א בד"ה אחד.

(34) שו"ת צפנת פענח ח"א סי' נ"ט, מובא בשטינברג שם.

(35) שו"ת עטרת חכמים חאב"ע סי' א'.

(36) ראה בדברי הר"ע יוסף באסיא א', עמ' 87 ואילך, ובעיקר בעמ' 92.

(37) יבמות מ"ב ע"א.

(38) רש"י שם בד"ה ידידה נמי.

(39) רמב"ם הל' גירושין פי"א הכ"ה.

(40) עיין שו"ת בית יצחק חאה"ע ח"א סעיף ס"ב סק"ד, וכן הוא בשו"ת עטרת חכמים חאה"ע סי' א'; מובא בספר אסיא שם עמ' 92.

(41) עיין ר"ן יומא פ"ג ע"א בשם הרמב"ן, מובא בספר אסיא שם, עמ' 88. וכן עיין רא"ש ליומא שם, פ"ח סי' י"ג.

(42) שמירת שבת כהלכתה, פל"ו סעיף ב', ועיין המקורות בפרק ל"ב הערה י"ג.

(43) קידושין כ"ד ע"ב. (44) שמות כ"א: כ"ו — כ"ז.

על רקע זה, "תניא, רבי אליעזר אומר, הרי שהושיט ידו למעי שפחתו וסימא עובר שבמעיה, פטור". סיבת הפטור נלמדת מגזירת הכתוב, שאין כאן כוונה להזיק כלל, וכוונה היא תנאי ליציאה לחפשי לפי דעת רבי אליעזר, וכדברי רש"י, "דלא נתכוין לעין כלל". ברייתא זו הובאה להלכה בדברי הרמב"ם.⁴⁶ הטור⁴⁷ לעומתו, מביא דעת התוספות⁴⁸ שאין העובר יוצא לחירות לכשיוולד עקב הנזק בעינו, בגלל שזה לא בכוונה וגם התכוון הבעל לטובתו של העובר, לעזור בשעת הלידה. כדעיה זו סוברים גם ראשונים אחרים.⁴⁹ ואם כן, מחלוקת גדולה בין הראשונים בענין הכוונה להזיק, ולהלכה פוסק השלחן ערוך שהאדון פטור בגלל ענין הכוונה, אבל הש"ך חולק.⁵⁰ והנה, דין היציאה בשן ועין נובע מדין החבלה, וכדברי רש"י⁵¹ המסביר את דברי הגמרא בשאלה למה בכותב גט על יד עבדו אין הגט כשר, כי "לא אפשר למקציי", היינו שאין אפשרות לקצוץ את יד העבד: "דשייך (העבד) במצוות, ואינו רשאי לחבל בו, ואם חבל בו יצא לחירות בראשי איברים, אלמא אינו רשאי לחבל בו". אם כן, חבלה שייכת לגבי העובר, והשאלה השנויה במחלוקת בין הראשונים היא רק לגבי יסוד הכוונה לנזק הדרושה לשחררו.

ייתכן גם ואפשר להביא ראייה נוספת מדין המשנה באהלות⁵² בענין "האשה שהיא מקשה לילד, מחתכין את הולד במעיה ומוציאין אותו אברים אברים, מפני שחייה קודמין לחייו". הנימוק להיתר הריגת העובר, או לחיתוכו אברים אברים, הוא נעוץ בדין הרודף הניתן להצילו בנפשו, כי דין העובר המסכן את אמו כדין הרודף אחרי חבירו להרגו שמתר להרוג את הרודף כדי להציל את הנרדף. כך פוסק הרמב"ם,⁵³ וכמוהו נפסק גם בשלחן

(45) קידושין שם בד"ה הושיט.

(46) רמב"ם הל' עבדים פ"ה הי"ב.

(47) טור יו"ד סי' רס"ז (עמ' ר"ז ע"ב), וע"ש בכ"י ובכ"ח.

(48) תוס' ב"ק כ"ז ע"ב בד"ה לענין עבד, ותוס' לקידושין שם בד"ה מיבעי ליה.

(49) רא"ש רמב"ן ונ"י לקידושין שם.

(50) שו"ע יו"ד סי' רס"ז סעיף ל"ו, ובש"ך לשם סקמ"ו, וע"ע בביאור הגר"א לשם ס"ק ע"ד. וע"ע תורש"ל חי"ז לשמות כ"א: כ"ז — ס"ק תס"ג ותע"ד, וכן בהשמטות לשם עמ' 340 לדרך קל"ג אות תס"ג.

(51) גיטין כ"א ע"ב, וברש"י ד"ה לא אפשר; מובא באור שמח לרמב"ם הל' עבדים כ"ה הי"ב, והשווה הסוגיא בירושלמי ב"ק פ"ה ה"ה; או"ש שם.

(52) אהלות פ"ז מ"ז.

(53) רמב"ם הל' רוצח ושמירת נפש פ"א ה"ט.

(54) חו"מ סימן תכ"ה סעיף א', ב'.

ערוך.⁵⁴ אולי הדיוק על החיתוך אברים אברים גם משמיע לנו החידוש שאבריו של העובר מוגנים מנוק ע"פ ההלכה, מהנימוקים שנאמרו לעיל, לולא ההיתר המיוחד של רודף.

מכל הנ"ל, יוצא היסוד שסיכון עובר והזיקו אסורים על פי דין ממקורות אחדים, מדאורייתא או מדרבנן, והאיסור יחול על האדם המסכן או המזיק, או על אם העובר המוכנה לסכן עצמה ו/או עובריה, ללא צורך.

גם מדיני ממונות יש לאסור הנוק לעובר, שכן מדין דמי ולדות יוצא שהעוברים הם דמי הבעל, ואסור להזיק רכושו של אדם. המקור לכך הוא בנאמר בפרשת משפטים: "וכי ינצו אנשים ונגפו אשה הרה ויצאו ילדיה, ולא יהיה אסון (לאשה), ענוש יענש כאשר יושת עליו בעל האשה."⁵⁵ עונש זה הוא ממון.⁵⁶ וכך פוסק הרמב"ם:⁵⁷ "הנוגף את האשה ויצאו ילדיה אע"פ שלא נתכוון לנגוף את האשה, חייב לשלם דמי ולדות לבעל, ונוק וצער לאשה". וכן נפסק להלכה בשלחן ערוך.⁵⁸ ובעצם, קנס שבממון יש כאן, וכך אומר הרמב"ן:⁵⁹ "בעבור שאין כאן ממון תשלומין נשים עליו עונש והוא כמו קנס". מכאן יוצא לכאורה שחל איסור, כי אסור להזיק לממון הזולת, וכדברי הטור:⁶⁰ "כשם שאסור לגנוב ולגזול ממון חבירו, כך אסור להזיק ממון שלו אפילו אם אינו נהנה", ואיסור זה קיים ללא הקשר לחיוב התשלומים.⁶¹ ולכן אסור להזיק זולת גם בלשון ע"י לשון הרע או מסירה וכדומה, וגם בעינו ע"י עין הרע או היזק ראייה של נזקי שכנים.⁶¹ לפי דעת הב"ח, יש כאן איסור בל תשחית.⁶²

המזיק ממון חבירו נקרא רשע ופסול הוא לעדות.⁶³

(55) שמות כ"א: כ"ב, ועיין ערכין ז' ע"א בדין "אשה שיצאה ליהרג, דאין ממתינין לה עד שחלד. פשיטא, גופה היא? ס"ד אמינא... ממונא דבעל הוא ולא נפסיד מיניה, קמ"ל". ועיין לקמן.

(56) מכילתא לשמות שם.

(57) רמב"ם הל' חובל ומזיק פ"ד ה"א, ע"פ דברי המשנה ב"ק מ"ח ע"ב, וסוגית הגמרא שם.

(58) חומ"ש סימן תכ"ג.

(59) רמב"ן עה"ת לשמות שם, וע"ע בכלי חמדה בקונטרס אחרון לשם. המקור נמצא בתרגום יונתן כאן.

(60) טור ושו"ע חו"מ סימן שע"ח.

(61) עיין ערוה"ש שם סק"א בשם הלבוש, שלמשל אין חיוב תשלומים כגרמא בנויקין או בהזיק שאינו ניכר, אבל החיוב כדיני שמים מראה עבירה על איסור.

(62) ב"ה לחו"מ שם סק"א: "לא תימא דליכא איסורא אלא לגנוב ולגזול כדכתיב בקראי, אבל להזיק ממון שלו, אין בו איסור אם משלם לו ההזיק, אלא איסורא נמי איכא, אלא דקשיא לי הלא אפילו ממון עצמו איכא איסורא... דעובר בכל תשחית".

וכן הוא בשאילתות דרב אחאי משפטים ס"א ואמור קי"א, מובא בתורש"ל חיי"ז עמ' ק"ל אות תנ"ב ובהשמטות לשם עמ' ש"מ.

(63) יפ"ל ח"ד לחו"מ שם, בשם כנה"ג וחשק שלמה לחו"מ סימן ל"ד.