

# תעודה

קובץ מחקרים של בית הספר למדעי היהדות וארכיאולוגיה  
ע"ש חיים רוזנברג

לא

## מתלמידיו של אהרן עיונים בספרות התנאים ומקורותיה לזכרו של אהרן שמש

עורכים

דניאל באיאריץ, ורד נעם וישי רוזן-צבי

חברי הוועדה האקדמית של כתב העת:  
פרופ' דוד אסף, פרופ' יורם כהן, פרופ' משה מורגנשטרן,  
פרופ' ישי רוזן-צבי, פרופ' יובל רוטמן, פרופ' דלית רום-שילוני

מזכיר המערכת: ד"ר עומר מיכאליס

עריכת לשון: שרה פוקס



אוניברסיטת תל אביב

תשפ"א

## תעודה

חקרי גניזת קהיר, תש"ם-1980	תעודה א
עיונים במקרא, תשמ"ב-1982	תעודה ב
מחקרים בספרות התלמוד, בלשון חז"ל ובפרשנות המקרא, תשמ"ג-1983	תעודה ג
מחקרים במדעי היהדות, תשמ"ו-1986	תעודה ד
מחקרים בעברית ובערבית, תשמ"ו-1986	תעודה ה
מחקרים בעברית ובערבית, תשמ"ח-1988	תעודה ו
מחקרים במדעי היהדות, תשנ"א-1991	תעודה ז
מחקרים ביצירתו של אברהם אבן עזרא, תשנ"ב-1992	תעודה ח
מחקרים בלשון עברית, תשנ"ה-1995	תעודה ט
מחקרים במדעי היהדות, תשנ"ה-1995	תעודה י
מחקרים במדרשי האגדה, תשנ"ו-1996	תעודה יא
התפוצה היהודית בתקופה ההלניסטית-רומית, תשנ"ז-1996	תעודה יב
אישות ומשפחה בהלכה ובמחשבת ישראל, תשנ"ז-1997	תעודה יג
מפגשים בתרבות הערבית-היהודית של ימי הביניים, תשנ"ח-1998	תעודה יד
חקר הגניזה לאחר מאה שנה, תשנ"ט-1999	תעודה טו
מחקרים במדעי היהדות, תשס"א-2001	תעודה טז-יז
מדברים עברית, תשס"ג-2002	תעודה יח
מחקרים בספרות העברית בימי הביניים ובתקופת הרנסנס, תשס"ג-2002	תעודה יט
היסטוריוסופיה ומדעי היהדות, תשס"ה-2005	תעודה כ
תעודה כא-כב חידושי זוהר – מחקרים חדשים בספרות הזוהר, תשס"ז-2007	תעודה כא-כב
קנון וכתבי קודש, תשס"ט-2009	תעודה כג
פנים וכיוונים במדעי היהדות, תשע"ב-2011	תעודה כד
בארץ ובתפוצות בימי בית שני ובתקופת המשנה, ספר זיכרון לאריה כשר, תשע"ב-2012	תעודה כה
מיתוס, ריטואל ומיסטיקה, מחקרים לכבוד פרופ' איתמר גרינולד, תשע"ד-2014	תעודה כו
חוקרים עברית מדוברת, תשע"ו-2016	תעודה כז
אסיף ליסיף, מחקרים בפולקלור ובמדעי היהדות, לכבוד פרופסור עלי יסיף, תשע"ח-2017	תעודה כח
יד משה, מחקרים בתולדות היהודים בארצות האסלאם, מוקדשים לזכרו של משה גיל, תשע"ח-2018	תעודה כט
מבנה פואטי, תהליכים קוגניטיביים ואינטואיציה ספרותית, מחקרים מוגשים לפרופסור ראובן צור, תש"ף-2020	תעודה ל

בעטיפה: אהרן כהן גדול. פרט מציור קיר בבית הכנסת בדורא אירופוס, המאה השלישית

ISSN 0334-1364

©

כל הזכויות שמורות לאוניברסיטת תל אביב  
סודר במשרד לעיצוב גרפי, אוניברסיטת תל אביב  
נדפס בדפוס אליגנר



פרופ' אהרן שמש

## תוכן העניינים

11	רשימת המשתתפים בכרך
13	פתח דבר
15	רשימת הפרסומים של אהרן שמש
	<b>שער ראשון: מקרא ומגילות</b>
	עדות, אזהרה והשבעה: בין המקרא לחז"ל
23	אורית מלכה
	קריאה חדשה במגילת מקצת מעשי התורה
67	ורד נעם
	<b>עיון ב־4Q159</b>
91	כנה ורמן
	<b>שער שני: מן הבית השני אל התנאים</b>
	טומאת הממזר ו'נדת אנוש': בין ספרות קומראן לספרות התנאים
129	ידידה קורן
	מצוות פורים בימי הבית השני ובספרות התנאית: פרקים בתולדות
	ההלכה
169	משה בנוביץ
	הכל מוכן לשבת? בין ספרות בית שני לספרות התנאית
195	יואל קרצ'מר־רזיאל
	ישוע, הפרושים והתורה שבעל פה
229	דניאל באירין
	<b>שער שלישי: עריכה ונוסח</b>
	אכילת פסחים לא קתני: עיון בנוסח המשנה הראשונה במסכת
	ברכות ובִּהְרָכְבָּה
251	שלמה נאה

	<b>לחקר עריכתן המגמתית של סוגיות: עיון בשלוש סוגיות בפתיחת בבלי סנהדרין</b>
277	מנחם כהנא
	<b>הגוי, החשוד ו'אחרים' אחרים: תהליכי עריכה, הלכה וחברה בתוספתא</b>
315	חנן מזא"ה
	<b>ממראית עין לחשד ובחזרה: מעברים בטעמי הלכה בפאה ובחנוכה</b>
349	אהרן עמית
	<b>שער רביעי: בין משנה למדרש</b>
	<b>שפת המדרש</b>
367	משה הלברטל
	<b>הגדות על דופי</b>
381	עדיאל שרמר וישי רוזן־צבי
	<b>עיר מוקפת חומה: על תיאורי הבאת הביכורים במשנת התנאים</b>
411	הלל מאלי
	<b>מה חידש רבן יוחנן בן זכאי בדין 'חדש'? תקנה ותולדות פרשנותה</b>
451	דוד הנשקה
	<b>שער חמישי: ספרות התנאים במבט בין־תרבותי</b>
	<b>בין יחיד לציבור ובין דם לבשר: פניו הכפולות של קורבן הפסח</b>
481	מירה בלברג
	<b>אישה הרה היוצאה ליהרג – גלגולו של פולמוס</b>
505	יפעת מוניקנדם
	<b>מספרות ההלכה הקדומה לחוק הרומי: לתולדות התהוותם של פרקי בבא מציעא</b>
541	יאיר פורסטנברג
vii	<b>תקצירים באנגלית</b>

# אישה הרה היוצאה ליהרג – גלגולו של פולמוס

יפעת מוניקנדם

לאהרן

שלימדני לכתוב, ולימדני למחוק

## מבוא

האם יש לדחות את הוצאתה להורג של אישה הרה עד הלידה או שמא יש להוציאה להורג מיד עם קביעת גזר הדין? האם יש לחוס על עתידו של העובר במחיר עינוי דינה של האם? מי רוצה שהעובר יחיה, ומה הסיבה? המשנה המפורסמת בערכין עונה על שאלות אלה וקובעת שער רגע לפני הלידה, עד שהיא יושבת על המשבר, אין לדחות את הוצאתה להורג של נידונה הרה אלא יש להוציאה להורג מיד. עמדה זו, הצורמת אוזניים מודרניות, עומדת גם בניגוד חזיתי לעמדות הנפוצות בתקופה המקבילה ברחבי האימפריה הרומית. על פי עמדות אלה יש לדחות את הוצאתה להורג של נידונה הרה עד ללידה ולא להוציאה להורג מיד עם קביעת גזר דינה. שאלת הוצאתה להורג של נידונה הרה הטרידה את המחוקקים הרומים, את הכותבים היוונים, את חכמי המשנה והתלמוד ואת הנוצרים בשלהי העת העתיקה ובימי הביניים.<sup>1</sup> היא נוגעת בצומת שבין שני נושאים: דיני הוצאה להורג ועינוי דין מצד אחד, ומעמדו של העובר טרם לידתו מצד אחר. כיוון שכך היא קשורה לכמה

\* תורתית נתונה לפרופ' ברכיהו ליפשיץ, לד"ר בנימין פורת ולד"ר יואל קרצ'מר-רזיאל על הערותיהם המאירות. המחקר נכתב בתמיכת הקרן הלאומית למדעים, מענק 1757/18. במאמר זה מופיעים מקורות ביוונית ובלטינית שזכו למהדורות ולתרגומים שונים. כיוון שבמרבית המקרים אין חשיבות למהדורה או לתרגום שבהם השתמשתי, ציינתי את שמו העברי של החיבור או של המחבר, ובמידה ששם זה אינו נפוץ, גם את שמו הלטיני בסוגריים, כדי להקל על הקוראים למצוא את החיבור במהדורה או בתרגום הנגישים להם. במקרים שבהם יש חשיבות למהדורה או לתרגום מסוימים, הפניתי אליהם במלואם. התרגומים לעברית במאמר הם תרגומים שלי, אלא אם צוין אחרת.

משאלות היסוד באתיקה, בגניקולוגיה, בדיני משפחה ובמשפט הפלילי, נושאים שנדונו במערכות המשפטיות השונות בשלהי העת העתיקה. שתי סוגיות אלה – דיני הוצאה להורג ומעמדו של העובר טרם לידתו – עמדו במוקד שני פולמוסים בין חכמים לאנשי הכת. כפי שהראה אהרן שמש, חכמים עיצבו את מיתות בית הדין בניגוד לעיצובן בכתבי קומראן: בעוד התנאים נטו לצמצם ככל האפשר את רשימת חייבי המיתות, בכת נטו להרחיבה.<sup>2</sup> גם מעמדו של העובר עמד במחלוקת בין התנאים לאנשי הכת. בעוד אנשי הכת סברו כי לעובר יש מעמד משפטי עצמאי כאדם, ולכן הוא מטמא מת, חכמים סברו שאינו מטמא מת<sup>3</sup> ולא השוו את הפלתו להריגת אדם.<sup>4</sup> אולם רק בשכבה האמוראית בכבלי החל

- 1 לדיון בעמדה הנוצרית בשלהי העת העתיקה ראו י' מוניקנדם, 'איסור שחיטת בהמה מעוברת ואיסור הריגת אישה מעוברת: לגלגולו של מדרש ושל איסור', דיני ישראל (כרפוס). לדיון בשאלה זו בימי הביניים ראו לאחרונה S. M. Butler, 'Pleading the Belly: A Sparing Plea? Pregnant Convicts and the Courts in Medieval England', eadem. and K. J. Kesselring (eds.), *Crossing Borders: Boundaries and Margins in Medieval and Early Modern Britain, Essays in Honour of Cynthia J. Neville*, Leiden 2018, pp. 131–152 ובנסמן שם.
- 2 ראו למשל דינו של אהרן שמש, עונשים וחטאים: מן המקרא לספרות חז"ל, ירושלים תשס"ג, עמ' 113–126, המציג את המחלוקת בין כתבי קומראן, שנטו להרחיב את רשימת חייבי המיתות, לבין חכמים, שאפו לצמצמה. כן ראו J. M. Baumgarten, 'The Avoidance of the Death Penalty in Qumran Law', E. G. Chazon, D. Dimant and R. A. Clements (eds.), *Reworking the Bible: Apocryphal and Related Texts at Qumran*, Leiden and Boston 2005, pp. 31–38, הטוען כי בכת לא נקטו הוצאה להורג בפועל אלא הטילו חרם ונידוי. ראו גם, G. I. Blidstein, 'Capital Punishment – The Classic Jewish Discussion', *Judaism* 14 (1965), pp. 159–171. על הנטייה לצמצם את עונש המוות.
- 3 ו' נעם, 'בין ספרות קומראן למדרש ההלכה: לשחזורו של פולמוס פרשני', מגילות ז (תשס"ט), עמ' 71–98, בעמ' 78–84, ובנסמן שם, הערה 35; הנ"ל, מקומראן למהפכה התנאית: היבטים בתפיסת הטומאה, ירושלים תש"ע, עמ' 157–164.
- 4 שאלת מעמדו של העובר נדונה בעיקר כחלק מהדיון בהפלות. כפי שהראו רונית עיר-שי, דניאל סינקלר ואחרים, עמדתה של ההלכה התלמודית, שאינה אוסרת הפלות כלל, שונה במהותה מעמדותיהם של פוסקים מודרניים, האוסרים הפלות וחלוקים רק במקרי הקיצון שבהם אפשר להתיר הפלות בשל מצבם של העובר או אימו. לדיון ראו ד' סינקלר, 'היסוד המשפטי של איסור הפלה במשפט העברי (בהשוואה לשיטות משפט אחרות)', שנתון המשפט העברי (תשל"ח), עמ' 177–207; הנ"ל, 'מפגש בין משפט למוסר בסוגיית ההפלה: משפט עברי, קנוני, מקובל וישראלי', המשפט יג (תשס"ט), עמ' 239–262, והדיון המקביל באנגלית D. B. Sinclair, 'The Legal Basis for the Prohibition on Abortion in Jewish Law', *Israel Law Review* 15 (1980), pp. 109–130; idem, *Jewish Biomedical Law: Legal and Extra-Legal Dimensions*, Oxford 2008. בעמ' 12–67 בספרו הוא מרגיש את

להופיע הביטוי 'עובר ירך אמו'. במקביל לו החלה להופיע בסוגיות שונות שבהן דנו חכמים התפיסה, ועמה הביטוי, 'עובר לאו ירך אמו'. החוקרים נחלקו בשאלה האם אפשר למצוא ניצנים של תפיסה זו כבר בספרות התנאית.<sup>5</sup> בכל מקרה, גם בשלב זה לא העניקו חכמים לעובר מעמד עצמאי ולא השוו את הפלתו להריגת אדם. התייחסותם של חכמים לשני נושאים אלה נוגעת לא רק ליחסם להלכת הכת, אלא גם ליחסם לחוק הרומי בתקופתם. לחכמים לא הייתה סמכות להוציא להורג, ודיונייהם אינם משקפים מציאות היסטורית או מקרים שנדונו בבית הדין, אלא את השקפתם בנוגע להוצאה להורג ואת השיח שלהם עם סביבתם הקרובה והרחוקה.<sup>6</sup>

A. M. Rabello, 'The Legal Status of the Embryo/Fetus and the Problem of Induced Abortion in Jewish Law', idem (ed.), *Israeli Reports to the XVI International Congress of Comparative Law*, Jerusalem 2006, pp. 143–174; ר' עיר-שי (נעמת), 'תפיסות מגדריות בפסקי הלכה: סוגיית ההפלות כמקרה מבחן', א' רביצקי וא' רוזנק (עורכים), עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה, ירושלים תשס"ח, עמ' 451–417; R. Irshai, *Fertility and Jewish Law: Feminist Perspectives on Orthodox Responsa Literature*, Waltham MA 2012, pp. 111–200; החושפת את הנחות היסוד המגדריות של הפוסקים המודרניים. כן ראו תגובתו של A. Jotkowitz, 'Abortion and Maternal Need: A Response to Ronit Irshai', *Nashim* 21 F. Rosner (2011), pp. 97–109. לפנייהם נכתבו סקירות הלכתיות אחדות, ביניהן זו של D. Feldman, 'The Jewish Attitude Toward Abortion', *Tradition* 10 (1968), pp. 48–71; M. Feldman, *Marital Relations, Birth Control and Abortion in Jewish Law*, New York 1968, pp. 251–267

5 לסקירת מחלוקת זו וספרות קודמת ראו ו' נעם, מקומראן למהפכה התנאית (לעיל), הערה 3), עמ' 296–300. א' גייגר, המקרא ותרגומיו, ירושלים תש"ט, עמ' 280–281, 343–346; הנ"ל, קבוצת מאמרים, עם הערות והוספות ומפתחות על ידי שמואל אברהם פאזאנסקי, ורשה תר"ע, עמ' 116–120, טען כי אפשר למצוא שרידים לתפיסה כזאת אצל התנאים; גדליה אלון, מחקרים בתולדות ישראל, א, תל אביב תשי"ז, עמ' 279–280, ייחס תפיסה זו להלכה הקדומה, לאור עדויות של יהודים הלניסטיים; ואביגדור אפטוביצר חיפש תפיסה זו במקורות הלכתיים ואגדיים כאחד וטען שהיא מופיעה כבר אצל התנאים. ראו אמרו 'עמדת העובר בדיני עונשין של ישראל', סיני יא (תש"ב–תש"ג), עמ' ט-לב ובגרסה אנגלית מורחבת V. Aptowitz, 'Observations on the Criminal Law of the Jews', *Jewish Quarterly Review* 15 (1924–1925), pp. 55–118; בייחוד עמ' 68–75, 85–118. אפרים אלימלך אורבך ומשה ויינפלד דחו עמדה זו ואיחרו את הופעתה לכתיבה האמוראית. ראו א"א אורבך, חז"ל – פרקי אמונות ודעות, ירושלים תשל"ו, עמ' 214–218; מ' ויינפלד, 'המתת עובר – עמדתה של מסורת ישראל בהשוואה לעמדת עמים אחרים', ציון מב (תשל"ז), עמ' 129–142.

6 על היעדר הסמכות של חכמים להטיל גזר דין מוות, ראו א"א אורבך, 'בתי דין של עשרים ושלושה ודיני מיתות בין דין', דברי הקונגרס העולמי למדעי היהדות ב (תשכ"ט), ב,



כפי שטען יאיר לורברבוים, את עונש המוות, התיאורטי, עיצבו חכמים באופן שאינו מאפשר את יישומו. למעשה, בכך הם חתרו תחת עצם קיומו,<sup>7</sup> ותיאוריהם משקפים את השאיפה למנוע את ניוולו של הגוף בעת ההוצאה להורג, ואת השאיפה לתאר 'מיתה שאין בה רושם'.<sup>8</sup> אחריו הראתה בת' ברקוביץ, כי השוואה בין דיני ההוצאה להורג אצל חכמים ועל פי החוק הרומי מראה כיצד חכמים עיצבו את מיתות בית הדין לא רק לאור החוק הרומי, אלא גם תוך פולמוס עמו.<sup>9</sup> כפי שנראה, אף תפיסתם של חכמים את העובר ומעמדו קרובה על פי רוב לתפיסתם של המחוקקים הרומיים.

עמ' 37-48; ג' אלון, 'לחקר ההלכה של פילון (ב)', תרביץ ה (תרצ"ד), עמ' 241-246; א' קירשנבאום, בית דין מכין ועונשין: הענישה הפלילית בעם ישראל – תורתה ותולדותיה, ירושלים תשע"ג, עמ' 270-291; B. A. Berkowitz, *Execution and Invention: Death Penalty Discourse in Early Rabbinic and Christian Cultures*, New York 2006, pp. 12-20; D. Steinmetz, *Punishment and Freedom: The Rabbinic Construction of Criminal Law*, Philadelphia 2008, pp. 1-3; A. Oppenheimer, 'Jewish Penal Authority in Roman Judaea', M. Goodman (ed.), *Jews in Graeco-Roman World*, Oxford 1988, pp. 181-191

7 י' לורברבוים, צלם אלהים: הלכה ואגדה, ירושלים ותל אביב תשס"ד, עמ' 345-385. ברומה לזה החליפו חכמים את עונש הכרת המקראי במלקות, כפי שהראה שמש (לעיל, הערה 2), עמ' 82-98.

8 מ' הלברטל, מהפכות פרשניות בהתהוותן: ערכים כשיקולים פרשניים במדרשי הלכה, ירושלים תשנ"ט, עמ' 145-167; לורברבוים (שם), והשוו שטיינמץ (לעיל, הערה 6), עמ' 19-1.

9 ראו ברקוביץ (לעיל, הערה 6), עמ' 153-179, והשוו י' לורברבוים, 'אדם, דם, דמות: על מיתת ההרג בספרות התנאים', מחקרי משפט טו (תש"ס), עמ' 429-456; לורברבוים (לעיל, הערה 7), עמ' 212-234, הקושר את עיצובה של מיתת ההרג לפרשנות לבראשית ט, ו' 'שִׁפְךָ דָם הָאָדָם בְּאָדָם דָּמוֹ יִשָּׁפַךְ'; ודיוניה של רבורה שטיינמץ, D. Steinmetz, 'Crimes and Punishments, Part I: Mitot Beit Din as a Reflection of Rabbinic Jurisprudence', *Journal of Jewish Studies* 55 (2004), pp. 81-101; עמ' 19-1, הקושרת את מיתת החנק לתפיסת החטא והעונש של חכמים. כמו כן, ראו את סדרת המאמרים של אוסטרוב, J. Ostrow, 'Tannaitic and Roman Procedure in Homicide', *Jewish Quarterly Review* 48,4 (1958), pp. 352-370; idem, 'Tannaitic and Roman Procedure in Homicide', *ibid* 52,2 (1961), pp. 160-167; idem, 'Tannaitic and Roman Procedure in Homicide', *ibid* 52,3 (1962), pp. 245-263; בנוגע למשפטו ולדינו של רוצח, תוך השוואת לחוק הרומי, אף שאינו עוסק בשאלת ההבניה והפולמוס, ואת המאמרים המוקדמים של A. Büchler, 'Die Todesstrafen der Bibel und der Jüdisch-nachbiblischen Zeit', *Monatsschrift für Geschichte und Wissenschaft der Judentums* 50 (1906), pp. 539-562, 664-706 (לעיל, הערה 5).

שילוב שתי סוגיות אלה ובחינת דין אחד מתוך דיני ההוצאה להורג – הוצאתה להורג של נידונה הרה – מדגישים את הנימה הפולמוסית שבדיני ההוצאה להורג ואת השיח המורכב שניהלו חכמים עם המערכת המשפטית השולטת. מאמר זה יתמקד בדינה של נידונה הרה המוצאת להורג ובהקשרו ההלכתי וההיסטורי. נפתח בדיון במשנת ערכין ובהקשרה בספרות התלמודית. סקירה זו תראה את הכתיבה הפולמוסית הקשורה בסוגיות אלה, הן במקבילות ישירות למשנה, הן בסוגיות המשיקות לה – דיני ההוצאה להורג ומעמדו של העובר. בשלב שני נתמקד בסוגיית הוצאתן להורג של נידונות הרות ובשתי הסוגיות המשיקות לה בספרות היוונית והרומית, ונראה את התגלגלותה של הדרישה לדחות את הוצאתן להורג של נשים הרות שהתחילה במסורת היוונית והתגלגלה אל החוק הרומי, ואת האופן שבו נעטפה דרישה זו בלבוש חדש והוסברה לאור עקרונותיו של החוק הרומי ובפרט לאור עקרונות הנוגעים לסמכות האב (*patria potestas*). רק לאחר שני דיונים נפרדים אלה, נשווה את החוק הרומי מסוף המאה השנייה וראשית המאה השלישית לספירה להלכה היהודית בת התקופה, ונאיר את משנת ערכין לא רק בהקשרה ההלכתי אלא גם מתוך הקשרה ההיסטורי ועל פי השיח של חכמים עם סביבתם.

### הוצאתה להורג של נידונה הרה בהלכה התנאית והאמוראית

סוגיית הוצאתה להורג של נידונה הרה מופיעה לראשונה במקורות ארץ ישראלים במשנת ערכין, והדיון הפנים הלכתי במשנה זו עולה ממקבילותיה. על פי המשנה:

האשה שהיא יוצא ליהרג אין ממתנין לה עד שתלד  
 יסבה על המשבר ממתנין לה עד שתלד<sup>10</sup>

משנה זו מעמידה זו מול זה את החשיבות שבהוצאתה המיידית להורג של נידונה ואת פוטנציאל חייו של העובר, ומכריעה שמיידיות ההוצאה להורג חשובה יותר, כנראה בשל עיגול הדין הכרוך בדחייתה. המשנה אינה מנמקת במפורש את הסיבה לפסיקה ואף אינה מפרטת את אופן ההוצאה להורג או את העברה שבגינה האישה מוצאת להורג. למרות זאת, השימוש בשורש הר"ג, השמור במקרים רבים להמתה בחרב, עשוי להצביע על דרך ההמתה. המתה בחרב מיועדת בהלכה התנאית לרוצח ולאנשי עיר הנדחת,<sup>11</sup> ועל פי מסורת מוקדמת שנדחתה ייתכן שאף שימשה לענישת

10 משנה, ערכין א, ה על פי כ"י קויפמן Ms Kaufman A50 (ערכין א, ד במהדורות המקובלות).

ראו גם בתוספתא, ערכין א, ד.

11 משנה, סנהדרין ט, א.

הנואף והנואפת.<sup>12</sup> זיהוי זה נתמך גם במקבילה למשנת ערכין בספרי זוטא, שבה הוצאתה המיידית של האישה ההרה להורג נלמדת מן המילים 'מות יומת המכה' (במדבר לה, כא) העוסקות בדינו של הרוצח בשגגה.

כפי שנטען רבות, מקורה של ההמתה בחרב ודמיונה להוצאות להורג שנעשו בידי השלטון מייחדים אותה מן המיתות האחרות שהטיל בית הדין. העדות העיקרית לכך עולה מתיאורה במשנה בסנהדרין ובתוספתא המקבילה:<sup>13</sup>

מצות הנהרגים היו מתיזים את ראשו בסייף כדרך שהמלכות עושה ר' יהודה אומ' ניוול הוא זה אלא מניח את ראשו על הסדן וקוצץ בקופצין אמרו לו אין מיתה מנוולת מזו!<sup>14</sup>

המתה בחרב היא היחידה ממייתות בית הדין שחכמים עצמם מסבירים לאור שיטות ההוצאה להורג של השלטון הרומי. יתר על כן, בעוד חכמים עיצבו מיתות אחרות כך שהפגיעה בגוף תצטמצם ככל האפשר, במיתה זו נאמר במפורש כי היא מנוולת את הגוף, וחכמים נחלקים בשאלה איזה סוג של המתה בחרב מצמצם את הניווול ההכרחי ועד כמה המיתה המוצעת דומה לדרכה של המלכות.

את הקביעה כי אין לדחות הוצאה להורג של נידונה הרה הצמיד עורך המשנה להמתה בחרב, אולם היא אינה ייחודית לה. קביעה זו מופיעה בתקופה האמוראית<sup>15</sup>

12 שמש (לעיל, הערה 2), עמ' 25-27, 145-148, ובעקבותיו לורברבוים (לעיל, הערה 7), עמ' 221-226.

13 לדיון במשנה ובתוספתא, ולשאלת המחלוקת בין ר' יהודה וחכמים, ראו ברקוביץ (לעיל, הערה 6), עמ' 159-165, הטוענת כי חכמים מחקים את האימפריה הרומית כאקט של התנגדות, והשוו לדברי לורברבוים (שם), עמ' 212-234 המעמיד את עיצובה של מיתת ההרג במשמעותו של הרם. כן ראו קירשנבאום (לעיל, הערה 6), עמ' 199-203; שמש (שם), עמ' 127-145, הדן בעיצובה הפנימי של מיתת ההרג ובאפשרות לענישה אחרת של הרוצח, ומציין את הקשרה החילוני-האזרחי של מיתה זו, שם, עמ' 148-149.

14 משנה, סנהדרין ז, ג על פי כ"י קויפמן Ms Kaufman A50. כן ראו תוספתא, סנהדרין ט, יא.

15 להבדיל בין ההלכה המשתקפת מתרגום יונתן ומהספרות התנאית ראו י' מאורי, 'על יחסו של תרגום התורה המיוחס ליונתן בן עוזיאל למקורות ההלכה', תעודה ג (תשמ"ג), עמ' 235-250; ד' הנשקה, 'לטיב זיקתו של התרגום המיוחס ליונתן למדרשי ההלכה: לפרשיות אמה עבריייה', תרכ"ט (תשנ"ט), עמ' 187-210 ובנסמן שם. לאיחורו ראו א' שנאן, 'בין מדרש לתרגום התורה המיוחס ליונתן ומדרש פרקי דרבי אליעזר', תעודה יא (תשנ"ו), עמ' 231-243 ובנסמן שם.

בתרגום המיוחס ליונתן לדברים כב, כב.<sup>16</sup> המתרגם מתאר את עונשה של הנואפת במוות בחנק, בהתאם לדין התנאי המקובל,<sup>17</sup> ומוסיף שיש להוציאה להורג גם אם היא בהריון. למרות זאת, נראה כי הקביעה שהריון אינו דוחה את הוצאתה להורג של נידונה אינה העמדה התנאית היחידה. ראשית, ההלכה המקבילה לגבי אישה סוטה, העוסקת בשאלה האם מעוברת הנחשדת כסוטה שותה את המים המאררים, ובכך למעשה נידונה למוות, משקפת שתי עמדות. הדעה התנאית המוכרת היא כי מעוברת עצמו שותה, ואילו מעוברת חברו אינה שותה בעת הריונה.<sup>18</sup> לעומתם, בספרי זוטא השתמרה עמדת רבן גמליאל, שעל פיה כל מעוברת אינה שותה, ולמעשה כל מעוברת הנחשדת כסוטה אינה עומדת בסכנת המוות שבשתיית המים המרים.<sup>19</sup> שנית, המחלוקת התנאית בדבר ההלכה במשנת ערכין עולה גם מן המקבילה למשנה בספרי זוטא על במדבר לה, כב, דינו של ההורג בשגגה:

לפה שנ' וכל יש' ישמעו ויראו התקינו שיהוא הורגין ברגל יכול אם לא היתה אשה עברה לא יאריכו<sup>20</sup> לה עד שתלד אבל אם היתה אשה עברה יאריכו לה עד שתלד ת"ל מות יומת המכה יכול אם היתה בת ג' חדשים לא יאריכו לה עד שתלד אבל אם היתה בת ט' חדשים יאריכו לה עד שתלד ת"ל מות יומת<sup>21</sup>

16 המיוחס ליונתן, דברים כב, כב. ייתכן שמסורת זו עולה גם מסוגיית הבבלי בערכין ז ע"א, שבה ר' אבהו בשם ר' יוחנן משתמש בדברים כב, כב לביסוס טיעונו בנוגע להוצאת אישה להורג. לדיון בסוגיה זו ראו בסמוך להערה 39 להלן. לדיון במיוחס ליונתן ראו ויינפלד (לעיל, הערה 5), עמ' 142. כן ראו רש"י וחזקוני על אתר.

17 משנה, סנהדרין יא, א.

18 משנה, סוטה ד, ג. אותו עיקרון מופיע ללא ייחוס בתוספתא, סוטה ה, ג; שם, ה, ה; ספרי זוטא, במדבר ה, כח (מהדורת הורוביץ, עמ' 237); בבלי, סוטה כה ע"ב – כו ע"א. כן ראו רש"י לסוטה כו ע"א, ד"ה 'מעוברת עצמו', ותגובת התוספות על אתר, ד"ה 'מעוברת', הקושר את הסוגיה בבבלי לסוגיה בערכין ז ע"א.

19 ספרי זוטא, במדבר ה, כח (מהדורת הורוביץ, עמ' 237).

20 להוראת השורש אר"כ במשמעות המתנה, הארכת הזמן, ראו מ' כהנא, ספרי זוטא דברים: מובאות ממדרש תנאי חדש, ירושלים תשס"ג, עמ' 390–391.

21 ספרי זוטא במדבר לה, כב (מהדורת הורוביץ, עמ' 334). קטע זה מופיע בקטע גניזה S. Schechter, 'Fragment of the שפרסם Oxford, Bodleian Library c.18 (2634), 7–8 Sifre Zuta', *The Jewish Quarterly Review* 6 (1984), pp. 656–663 ואחריו מ' כהנא, קטעי מדרשי הלכה מן הגניזה, ח"א, ירושלים תשס"ה, עמ' 226. קטע הגניזה כולל רק את ראשו של המדרש הנדון, ולכן הנוסח המופיע כאן מבוסס על קטע הגניזה באותיות מודגשות ובהשלמה באותיות רגילות על פי ילקוט שמעוני, כפי שהועתק בפרויקט מאגרים,

מדרש התנאים מעמיד את המחלוקת בשאלת מהירות ההוצאה להורג של נידונה הרה ומעיד לא רק על העמדה שהופיעה במשנה, שעל פיה הריון אינו דוחה את ההוצאה להורג, אלא גם על העמדה ההפוכה, שעל פיה הריון דווקא דוחה הוצאה להורג. המדרש אף מציג את העמדה שעל פיה יש משמעות לשלב של ההריון, ודוחה אותה: אין משמעות לשלב בהריון שבו נמצאת האישה, ובכל אופן הריון אינו דוחה את הוצאתה להורג של אישה הרה עד לשלב הלידה.

ספרי זוטא במדבר קושר את שאלת מהירות ההוצאה להורג לשאלת ההוצאה להורג בַּרְגְלִים. אף שהמדרש מופיע כחלק מהריון במדבר לה, כא בדינם של רוצח בשגגה וגואל הדם, כפי שהראה מנחם כהנא, בעל המדרש מצטט את ספרי זוטא לדברים, המוסב על דברים יג, יב – הוצאתם להורג של המסית והמדיח (הנידונים בסקילה)<sup>22</sup> – כעוגן לדיונו בדינה של האישה ההרה:

וקאלו פי וכל ישראל ישמעו ויראו – התקינו שיהו הורגין ברגל דברי ר' עקיבה ר' יהודה אומר משום ר' יוסי הגלילי שולחין דייטוגמה לכל עיר ועיר<sup>23</sup>

בעוד ר' עקיבה טוען כי מציאים להורג ברגלים, אומר ר' יהודה כי שולחים הודעה על המתתו של הנידון. הרקע והנימוקים למחלוקת זו מתפרשים ממקבילותיו של מדרש זה במשנה ובתוספתא:

בן סורר ומורה וזקן ממרא על פי בית דין והמסית והמדיח ונביא השקר ועדים זוממין אין ממיתין אותן מיד אלא מעלין אותן לבית דין הגדול שבירושלם ומשמרין אותן עד הרגל וממיתין אותן ברגל שנ' וכל העם ישמעו ויראו ולא יזידון עוד דברי ר' עקיבא

אמ' לו ר' יהודה וכי נאמר וכל העם יראו ויראו אלא לא נאמר אלא כל העם ישמעו ויראו ולמה מענין את דינו של זה אלא ממיתין אותו מיד וכותבין ושולחין בכל המקומות איש פלוני נגמר דינו בבית דינו של פלוני ופלוני ופל' עדיו וכך וכך עשה וכן עשו לו<sup>24</sup>

האקדמיה ללשון עברית (Oxford, Bodleian Library b.6 -2637), ובהתאם להשלמתו במהדורת הורוביץ.

22 דברים יג, יא; שמש (לעיל, הערה 2), עמ' 150-165.

23 כהנא (לעיל, הערה 20), עמ' 54, 187-189.

24 תוספתא, סנהדרין יא, ז, ובנוסף דומה בבבלי, סנהדרין פט ע"א; משנה, סנהדרין יא, ד. המשנה מצוטטת בחלקה גם בספרי דברים צא (מהדורת פינקלשטיין, עמ' 153). בעוד פינקלשטיין על אתר טוען כי הרמיון למשנה נובע מחזירת גיליון למדרש, הראה יעקב נחום אפשטיין כי המשנה צוטטה בקיצור אך היא מעיקר המדרש, ראו י"נ אפשטיין, 'ביקורת על:

המדרש בתוספתא ובמשנה עוסק בפסוק דומה, דברים יז, יג: 'וְכָל-הָעָם יִשְׁמְעוּ וַיֵּרָאוּ וְלֹא יִזְיָדוּן עוֹד', העוסק בדינו של זקן ממרא, הנידון בחנק,<sup>25</sup> ומצרף אותו לדינם של חוטאים אחרים הנדונים בסקילה או בחנק.<sup>26</sup> ר' עקיבא טוען כי מפסוק זה אפשר ללמוד כי ראית ביצוע פסק הדין חשובה מההימנעות מעינוי הדין. לכן יש לדחות את הוצאתו להורג של זקן ממרא עד לרגל, כדי שכל העם יראה אותו במותו ודינו יתפרסם. לעומתו, ר' יהודה מעדיף את מהירות ההוצאה להורג וסובר כי די בפרסום הוצאתו להורג של זקן ממרא, כלומר שמיעת תוצאותיו של הדין, אף בלא דחייה בפועל של ההוצאה להורג עד לרגל ולנוכחותו של העם, ואין לענות את דינו של הנידון.

אם כן, נוכל להסיק שלוש מסקנות. ראשית, דינה של הנידונה ההרה תואם את השיח ההלכתי הרחב העוסק בהוצאות להורג. הוא תואם את הדיון בשאלה האם יש לדחות הוצאות להורג לרגלים או למהר לבצע אותן, ומשקף את עמדת ר' יהודה, שעל פיה יש למהר להוציא להורג את הנידונים ולא לענות דין, בדיוק כפי שיש למהר להוציא להורג את האישה ההרה ולא לענות את דינה. דין זה אינו משקף חטא מסוים של הנידונה ההרה, משום שאף שבמקרים מסוימים האישה ההרה נידונה על ניאוף או כאישה סוטה, ממשנת ערכין נראה כי היא עשויה גם לעמוד לדין על רצח, ומספרי זוטא במדבר עולה כי ההקשר הכולל של שאלת עינוי הדין מתייחס למיתות שונות של בית הדין ולנסיבות שונות העשויות לגרום לדחייה של ביצוע גזר הדין – הריון או פרסום ברגלים – ושתיהן אינן סיבות מספקות לדחייה. שנית, נראה כי בעוד משנת ערכין פוסקת שאין לדחות את הוצאתה להורג של האישה ההרה, דעה זו היא רק אחת מן הדעות התנאיות, והיא תואמת את דעת ר' יהודה במשנה ובתוספתא ואת עמדת הספרי זוטא במדבר. אולם הספרי זוטא מעיד על עמדה אחרת, שנדחית, ור' עקיבא במשנה ובתוספתא טוען שיש לדחות הוצאות להורג. עמדת התנא האנונימי במשנת ערכין בולטת אפוא בהתאמתה לדין הפנים-הלכתי העוסק בדחיית ההוצאות להורג. שלישית, אף שדינה של האישה ההרה במשנת

Siphre zu Deuteronomium unter Benutzung des Nachlasses von Dr. H. S. Ho'rovitz sel. A. mit kritischem Apparat und Noten herausgegeben von Dr. Louis Finkelstein, 392-375 עמ' (תרצ"ז), Lieferung I-IV, Bogen 1-16, Breslau 1935-1937  
 בעמ' 391. לדין נוסף במשנה ראו ברקוביץ (לעיל, הערה 6), עמ' 109-111.

25 משנה, סנהדרין יא, א-ב.

26 ראו משנה, סנהדרין ז, ד, רשימת הנסקלים. אהרן שמש מתאריך לדור יבנה את רשימות חייבי המיתות במשנה, ראו שמש (לעיל, הערה 2), עמ' 101-113 והשוו י"נ אפשטיין, מבואות לספרות התנאים: משנה, תוספתא ומדרשי הלכה, בעריכת עזרא ציון מלמד, ירושלים תשי"ז, עמ' 56.

ערכין אינו ייחודי לעברה מסוימת או לשיטה מסוימת של הוצאה להורג, והמשנה בערכין מובנת בהקשר פנים-הלכתי, עורך המשנה קושר דין זה דווקא להמתה בחרב ולא למיתות אחרות של בית הדין. המתה בחרב מוכרת כהמתה היחידה המעוצבת בתגובה לשיטות ההוצאה להורג באימפריה הרומית, ובכך נרמז הקשר רחב יותר, הנוגע בשיח ובפולמוס עם אימפריה זו.

\*

סוגיה זו נדונה על פי רוב תוך התמקדות במעמדו של העובר, דיון הרחב מהיקפו של מאמר זה. הביטוי 'עובר ירך אמו', שעל פיו העובר הוא חלק מגופה של אימו ואינו אדם עצמאי, אינו מופיע בספרות התנאית אלא רק בספרות האמוראית. למרות זאת, יש שהסיקו מהספרות התנאית שגם התנאים העדיפו את חיי האם על חיי עוברה עד רגע לידתו, בשל מעמדו כחלק מגופה של אימו.<sup>27</sup> רק ברגע לידתו נמנעו מלהורגו במחיר חיה של אימו, משום שאין דוחין נפש (העובר) מפני נפש (האם),<sup>28</sup> ומרגע לידתו נחשבת הריגתו של הנוולד לרצח לכל דבר, ככל רצח אחר.<sup>29</sup> פגיעה בעובר אינה נחשבת הריגה, ואף על פי כן אין להסיק כי היא מותרת בכל תנאי. הפגיעה בעובר נידונה כפגיעת נזיקין,<sup>30</sup> ועל פי רוב הפגיעה היא דווקא באב, שהעובר שייך לו. תפיסה זו חוזרת ונשנית אצל חכמים, למשל בדיון בעקבות שמות כא, כב, שם נאמר: 'כִּי־יֵצְאוּ אַנְשִׁים וְנִגְפוּ אִשָּׁה הָרָה וַיֵּצְאוּ יְלָדֶיהָ וְלֹא יִהְיֶה אָסוֹן עָנֹשׁ יַעֲנֹשׁ כְּאִשֶּׁר יִשִּׁית עָלָיו בְּעַל הָאִשָּׁה וְנָתַן בְּפִלְלִים'. על כך שב ונשנה

27 על פי רוב מציגים חכמים תפיסה עקיבה בסוגיה זו בכתיבה ההלכתית, בעוד בכתיבה האגדית אפשר למצוא רמזים לתפיסות שונות, כפי שטען אורבך (לעיל, הערה 5), עמ' 214-218, בתגובה לאפטוביצר, Observations (לעיל, הערה 5), ובגרסה עברית, אפטוביצר, 'עמדת העובר' (לעיל, הערה 5). לתפיסה כי ברגע הלידה הופך העובר לאדם ראו למשל בראשית רבה לר, י (מהדורת תאודור־אלבק, עמ' 320-321); בבלי, סנהדרין צא ע"ב. וכן ראו ש' נאה, 'על שני מושגים היפוקרטיים במשנת חז"ל', תרכ"ן סו (תשנ"ז), עמ' 170-185, בעמ' 180-181. העיקרון שלפיו רק ברגע הלידה הופך העובר לישות עצמאית מעצב בעיקר את דיני השחיטה, כפי שאפשר לראות למשל במשנה, חולין פרק ד, ובתוספתא, חולין פרק ד. משנה, אהלות ז, ו; תוספתא, יבמות ט, ה.

28 משנה, נדה ה, א; שם, ה, ג; משנה, סנהדרין ט, ב ומקבילתה בתוספתא, סנהדרין יב, ד; מכילתא דר' ישמעאל, משפטים ד (מהדורת הורוביץ־רבין, עמ' 261) ומקבילות במכילתא דרשב"י, משפטים כא, יב (מהדורת אפשטיין־מלמד, עמ' 169) וספרא, אמור כ, א. על מעמדו של הבעל בנוגע להפלות במשפט העברי, ובפרט בעת החדשה, ראו ד' פרימר, 'מעמדו של הבעל בהפלת העובר במשפט העברי והשקתו למשפט הישראלי', א' ארע"י ואחרים (עורכים), הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון, צפריים תשע"ח, עמ' 559-591.

30 משנה, בבא קמא ה, ד; תוספתא, גיטין ג, ט; בבא קמא ו, יז; ט, כ; מכות ב, ה.

במכילתא, בתוספתא ובתלמודים 'דמי ולדות לבעל'.<sup>31</sup> אף את הדין בנוגע לסוטה מעוברת ואת ההבחנה בין מעוברת עצמו ומעוברת חברו אפשר להסביר כהיתר לפגוע בעובריו שלו, אך לא בעובריו של אחר.<sup>32</sup> בדומה לדין במיתת ההרג ובייחודה בהשוואה למיתות אחרות, גם את הדין בהריגתו של העובר הציבו חכמים בהשוואה למערכת המשפטית הסובבת אותם. דברי התנא ר' ישמעאל עם מימרות מן הדורות הראשונים של האמוראים, בני סוף המאה השנייה וראשית המאה השלישית לספירה, מציבים את מעמדו של העובר ואת אפשרות ההפלה לא בניגוד לתפיסה של כתות יהודיות שונות בימי בית שני, אלא בניגוד לתפיסתם של 'בני נח' – הגויים בכללותם, כפי שחכמים תיארו אותם,<sup>33</sup> והם מדגישים את הפולמוס עמם:

31 מכילתא דר' ישמעאל, משפטים ח (מהדורת הורוביץ-רבין, עמ' 274-276); תוספתא, בבא קמא ט, כ; ירושלמי, בבא קמא ה, ד (ה ע"א), (מהדורת האקדמיה, עמ' 1200 שורה 49 – עמ' 1201 שורה 3); בבלי, בבא קמא מב ע"ב – מג ע"א; שם, מט ע"א. לדין נוסף בסוג הפגיעה הנלמד מפסוק זה ראו ב' ליפשיץ, 'האין אדם מת ומשלם? לשאלת מקורה של הלכת "קם ליה מדרבה מיניה"', שנתון המשפט העברי ח (תשמ"א), עמ' 153-246, בעמ' 207-214.

32 לעיל בסמוך להערה 18.

33 על מצוות בני נוח ומשמעותן כמערכת משפטית הנוגעת למי שאינם יהודים ועל יחסה להלכה נכתב רבות. כותבים מוקדמים דנו בהן כמערכת מצוות אוניברסלית, למשל D. Novak, *The Image of the Non-Jew in Judaism, An Historical and Constructive Study of the Noahide Laws*, New York and Toronto 1983, pp. 3-51; S. Last Stone, 'Sinaitic and Noahide Law: Legal Pluralism in Jewish Law', *Cardozo Law Review* 12 (1991), pp. 1157-1214; N. Rakover, 'Jewish Law and the Noahide Obligation to Preserve Social Order', *ibid*, pp. 1073-1136; N. G. Cohen, 'Taryag and the Noahide Commandments', *Journal of Jewish Studies* 43 (1992), pp. 46-57; A. N. Enker, 'Aspects of Interactions between the Torah Law, the King's Law, and the Noahide Law in Jewish Criminal Law', *Cardozo Law Review* 12 (1991), pp. 1137-1156. בשנים האחרונות מתחדדות ההבחנות בין מצוות בני נוח להלכה באפיקים שונים. כך למשל שטיינמן (לעיל, הערה 6), עמ' 20-39 הדגישה את ההבדל ברמת המחויבות למצוות; מ' לביא, 'שבע מצוות בני נח: אבני הבניין של התפיסה התלמודית במגילות, בספריית הכת ובמעשי השליחים', מגילות י (תשע"ג), עמ' 73-114, העמיד את ההבחנה על הפולמוס היהודי-הנוצרי המוקדם; כריסטין הייז (C. E. Hayes, *What's Divine about Divine Law?*) (Early Perspectives, Princeton 2015, pp. 328-370 בני נוח בין יהודים לבין מי שאינם יהודים; ועדי אופיר וישי רוזן-צבי (A. Ophir and I. Rosen-Zvi, *Goy: Israel's Multiple Others and the Birth of the Gentile*, Oxford 2018, pp. 194-197) הדגישו כיצד מצוות בני נוח כוללות את כל מי שאינו יהודי ומחזקות את החיץ בינם לבין היהודים.



אשכח ר' יעקב בר אחא דהוה כתי' בספר אגדתא<sup>34</sup> דכירב בן נח נהרג בדיין אחד ובעד אחד ושלא בהתראה מפי איש ולא מפי אשה ואפילו מפי קרוב. משום רבי ישמעאל אמרו אף על העוברים. מנא הני מלי אמ' רב יהודה דאמר קרא ואך את דמכם לנפשתיכם אדרש אפלו בדיין אחד. מיד כל חיה אפלו שלא בהתראה אדרשנו אפלו בעד אחד מיד איש ולא מיד אשה אחיו אפלו קרוב משום ר' ישמעאל אמרו אף על העוברים מאי טעמא דר' ישמעאל דכ'ת שפך דם האדם באדם דמו ישפך איזה הוא אדם שהוא באדם הוי אומר זה עובר שבמע' אשה<sup>35</sup>

על פי הבריייתא המיוחסת לר' ישמעאל, בני נוח נהרגים אף על העוברים. על פי הפירוש האמוראי או הסבוראי לדבריו, האיסור שעליו עוברים בני נוח הוא הריגת עובר, האסורה לבני נוח, בעוד לישראל נראה שהיא מותרת. את השכבה הזאת אפשר לתארך ביתר דיוק תוך השוואה למקבילה בבראשית רבה. דרשה זו מוסבת על בראשית ט, ו: 'שֶׁפַךְ דָּם הָאָדָם כְּדָמוֹ יִשְׁפָּךְ', ומקבילה לכל אורכה, בשינויים ובנוסח מוקשה, לסוגיה בסנהדרין. לענייננו יש לציין את סופה, שבו מיוחסים לר' חנינה הדברים שמופיעים כסתם בסנהדרין:

'שופך דם האדם באד' דמו ישפך'. אמ' ר' חנינה. כולהם כהלכות בני נח. בעד אחד. בדיין אחד. בלא עדים. בלא התרייה. על ידי שליח. על ידי עוברים. בעד אחד. בדיין אחד. 'שופך <ד?>ם? האדם בא' דמו יש'. בלא עדים. בלא התרייה. 'שופך דם הא' באד' דמו ישפך'. על ידי שליח. 'שופך דם האדם'. על ידי אדם 'דמו ישפך'. על ידי עוברים. 'שופך דם האדם באדם דמו יש'<sup>36</sup>.

דרשה זו אינה מבהירה מהי הריגה 'על ידי עוברים' האסורה לבני נוח, ונראה כי מילות היחס 'על ידי' הן אשגרה מהשורות שלפניהן ומחליפות למעשה מילות יחס המציינות סיבה, או שנשמטו כאן כמה מילים. כך או כך הקרבה הלשונית והתוכנית

34 על 'ספרי אגדתא' כמקור הלכתי ראו ב' ליפשיץ, "אגדה" ומקומה בתולדות תורה שבעל פה', שנתון המשפט העברי כב (תשס"א-תשס"ג), עמ' 233-328, בעמ' 272-275.

35 בבלי, סנהדרין נו ע"ב, כ"י יד הרב הרצוג 1, כפי שהועתק בפרויקט פרידברג 'הכי גרסינן' (https://bavli.genizah.org/Global/home).

36 בראשית רבה לר, יד (מהדורת תאודור-אלבק, עמ' 325-326), כ"י ותיקן 30 כפי שהועתק בפרויקט מאגרים, האקדמיה ללשון עברית (30 Vatican, Biblioteca Apostolica ebr.).

בין הדרשות בבראשית רבה ובסנהדרין מעידה על הקשר ביניהן. אפשר אפוא להסיק כי הדרשה האנונימית המופיעה בבבלי סנהדרין, הקושרת בין הלכות בני נוח לאיסור העוברים באמצעות בראשית ט, ו, מוכרת גם במקורות הארץ־ישראליים. במקורות אלה היא מיוחסת לר' חנינה, בן הדור השלישי לאמוראי ארץ־ישראל,<sup>37</sup> וייתכן שכך אפשר לתארך גם את מקורה של ההערה האנונימית בבבלי.

\*

אם נחזור למשנת ערכין שבה פתחנו, העוסקת בהוצאתה להורג של אישה הרה, נראה כי היא תואמת את העמדה התנאית הן בנוגע להעדפת האם על פני העובר, הן בנוגע לחשיבותה של מהירות ההוצאה להורג. אולם בשתי הסוגיות בנפרד אין העמדה התנאית מצביעה רק על שיח פנים הלכתי, אלא היא רומזת או מצביעה גם על פולמוס עם עמדת החברה הסובבת. כאמור, את דיני ההוצאה להורג עיצבו חכמים בהתאם לדיני ההוצאה להורג של האימפריה הרומית, ובפרט את דיני ההמתה בחרב הנדונים במשנה, ואילו את היחס לעובר מעמידים כאן חכמים ארץ־ישראליים ובבליים במפורש כניגוד לעמדה שהם מייחסים ל'בני נח'.

מגמה זו ממשיכה ומופיעה בדברי האמוראים המוקדמים בסוגיה המוסבת על משנת ערכין. הסוגיה בערכין מורכבת משלוש סוגיות סתמאיות המתבססות על דרשה ממסכת סנהדרין, על משנה וסוגייתה ממסכת גידה, ועל דיון בדיני שבת.

פשיט' חד גופא הוא איצטריך ס"ד אמינ' הואיל וכת' כאשר ישית עליו בעל האשה ממונא דבעל הוא ולא נפסדיה ק'מ'ל' ואימ' הכי נמי א"ר א(מ)ב(הו) א"ר יוחנ' א'(ר)קרא ומתו גם שניהם לרבות את הולד והאי מיבעי ליה עד שיהו שניהם שוים דברי ר' יאשיה כי קאמרינ' מגם ישבה על המשבר כו' מאי טעמ' כיון דעקר גופא אחרינא הוא אמ' רב יהוד' אמ' שמואל האשה שיוצאה ליהרג מכין אתה כנגד בית הריון כדי שימות ולד תחילה כדי שלא תבא לידי ניוול למימ' הה(י)נא קדמה ומתה ברישא והאמ' קיימת לן דולד מיית ברישא דתנן תינוק בן יום אחד נוחל ומנחיל ואמ' רב ששת נוחל בנכסי האם להנחיל לאח(י)נא מן האב ודוקא בן יום אחד אבל עובר לא מאי טעמ' דהוא מיית ברישא ואין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחין מן האב הני מילי לגבי מיתה דאידי דולד זוטרא חיותיה עייל' טיפה דמלאך המות ומחתכה להו לסימנין אבל נהרגה היא מייתא ברישא והוא מיית ברישא והוא הוה עוברא ופרכיס עד תלתא פרכוסי אמ' מר בר רב אשי מידי דהוה אזנב הלטאה שמפרכסת

אמ' רב נחמן אמ' שמואל האשה שישבה על המשבר ומ(ב)ת(ה) בשבת מביאי סכין ומ(ע)ק(ר)ב(ב) (ע)ין לה כריסה ומוציאין את הולד פשיט' מאי קא עביד מחתיך בבשר הוא אמ' רבא לא צריכא להביא סכין דרך רשות הרבים מאי ק'מ'ל' דמספיקא מחללינן שבתא תניינא מי שנפלה עליו מפולת ספק הוא שם ספק אינו שם ספק חי ספק מת ספק נוכרי ספק ישר' מפקחין עליו מהו דתימ' התם הוא דהוה ליה חזקה דחיותא מעיקרא אבל הכא דלא הוה ליה חזקה דחיותא אימ' לא ק'מ'ל'<sup>38</sup>

שלוש סוגיות מפרשות את חלקה הראשון של משנת ערכין. מסגרתה של הסוגיה הראשונה (פשיטא גופא היא – גופא אחרינא הוא) עוסקת בשאלה האם העובר אכן נחשב לחלק מגופה של האישה או שמא מוטמעת כאן ההנחה שהעובר אינו חלק מגופה. בפתיחת הסוגיה נטען שאם העובר הוא חלק מגופה של האישה, הרי אין צורך במשנה, שכן ברור שאין סיבה לדחות את ההוצאה להורג, ככל הוצאה להורג של כל אישה. עצם הדיון במשנה עשוי להעיד על הנחה אחרת. בסגירת הסוגיה מועלית האפשרות שדחיית ההוצאה להורג ברגע הישיבה על המשבר, כשהעובר עודו בגופה של אימו, עשויה גם היא להעיד על כך שהעובר אינו חלק מגופה של אימו. על הטענה שבפתיחת הסוגיה עונה הסתם באמצעות ציטוט שמות כא, כב, ואומר כי היה מקום לטעון שלאבי העובר יש זכות ממונית בעובר ולכן יש מקום לדחות את ההוצאה להורג. תפקידה של המשנה הוא אפוא להגביל זכות זו ולטעון שאין בזכויותיו הממוניות של האב כדי לדחות הוצאה להורג. על הטענה השנייה בסיומה של הסוגיה עונה הסתם כי רק ברגע הישיבה על המשבר, אבל לא לפניו, העובר הופך לגוף אחר, פיוון שכבר החל את מסעו החוצה. לכן אין ללמוד מכאן כי העובר אינו חלק מגופה של אימו במהלך ההריון, אלא רק שאינו חלק מגופה מרגע הישיבה על המשבר.

בליבה של סוגיה זו מצטט העורך מימרא של ר' אבהו בשם ר' יוחנן כדי לתמוך במסגרת הסוגיה, שעל פיה העובר הוא חלק מגופה של אימו. מימרא זו, מפי חכם ארץ ישראלי מראשית התקופה האמוראית, משווה את העובר לאם. ר' יוחנן דורש את הפסוק 'ומתו גם שניהם' מדברים כב, כב, וכמוהו דורש אותו ר' יאשיה, כאן ובמסכת סנהדרין.<sup>39</sup> אולם במקרא פסוק זה אינו עוסק באם ובוולד אלא בשני השותפים לניאוף – האישה הנשואה והאדם השוכב עמה. אף המקבילה בסנהדרין

38 בבלי, ערכין ז ע"א – ז ע"ב, על פי כ"י Vatican, Biblioteca Apostolica ebr. 120, כפי שהועתקת בפריקט פרידברג 'הכי גרסינן' (<https://bavli.genizah.org/Global/home>).

39 בבלי, סנהדרין סו ע"ב; קידושין י ע"א.

והדרשת ר' יאשיה שם מתמקדות במילה 'שניהם' ומסיקות ממנה שמדובר בשוויון בין הנואפים ולא בשוויון בין האישה וילדה: על שני הנואפים למות. לאור המטען הדרשני של פסוק זה, ולאור הצבת דבריו כניגוד לדברי ר' יאשיה, נראה כי גם ר' יוחנן מתמקד במילה 'שניהם' וכולל בה לא את שני הנואפים אלא את האם ועובריה. כלומר, דרשתו של ר' יוחנן במסכת ערכין מחליפה את הנואף המופיע במקור המקראי ובדרשתו של ר' יאשיה בוולד, והיא עשויה לשקף את העמדה שעל פיה האם והוולד שווים ביכולתם העצמאית למות, ולא שחייו ומותו של הוולד תלויים בחייה ובמותה של אימו בלבד. עמדה זו אף נתמכת במסורת התלמודית במסכת תמורה המייחסת לר' יוחנן את העמדה שעל פיה 'עובר לאו ירך אמו'.<sup>40</sup> הסתם עונה על דברים אלה בטענה כי ר' יוחנן מרבה את הוולד מן המילה 'גם' ולא מן המילה 'שניהם' ובכך מאיין אפשרות של מסקנה כי לעובר מעמד עצמאי כלשהו. כך או כך, ר' יוחנן עצמו אינו מזכיר כלל את מעמדו של העובר ואינו מכריע בשאלה האם לעובר מעמד עצמאי או שמא לאו. בכל מקרה, עובר זה ימות עם אימו.

בין הסתם ובין דבריו של ר' יוחנן אין הבדל לפסיקת ההלכה. ר' יוחנן, כמו הסתם, סובר כי אין לדחות את הוצאתה להורג של נידונה הרה. ההבדל ביניהם עומד במוקד השאלה. בעוד הסתם העמיד את השאלה על מעמדו של העובר כחלק מגופה של אימו, ציטט את ר' יוחנן כחלק מדיון זה והנגיד אותו לר' יאשיה כדי להגיע למסקנה מעין זו, ר' יוחנן אינו מזכיר את העובר ומתמקד רק בהגנה על דברי המשנה הקובעים כי אם תוצא להורג גם במחיר מות עובריה, מבלי לדון במעמדו של אותו עובר ובחיותו.

תופעה דומה עולה מן הסוגיה השנייה. סוגיה זו מוסבת על מימרא של ר' יהודה בשם שמואל, גם הוא מראשית התקופה האמוראית, ועל פיה יש להרוג את העובר לפני הוצאת אימו להורג כדי למנוע את ניוול גופה של האם.<sup>41</sup> הסתם (למימרא דהיא קדמה – אזנב הלטאה דמפרכסת) מעמיד את המימרא על שאלת

40 מימרתו של ר' יוחנן מתייחסת לבהמות ולא לנשים. היא מופיעה בבבלי, תמורה יא ע"א; יט ע"א; כה ע"א. מימרא זו מופיעה גם ללא ייחוס, בבבלי, בבא קמא עח ע"א; תמורה י ע"ב (הדומה לבבלי, תמורה כה ע"א, המיוחס לר' יוחנן); ויבמות עח ע"א, אגב דברי ר' יוחנן אך לא מפיו. כמו כן היא מיוחסת לר' יהושע בחולין נח ע"א ולרבנן בתמורה ל ע"ב – לא ע"א. על החפיפה בין דיני עובר בהמה ודיני עובר אדם ראו מאמרי (לעיל, הערה 2).

41 ניוול גופה של אישה מופיע בעיקר כדי לתאר ביזוי או השחתה פיזית של הגוף, והוא מהגורמים לאופן שבו עיצבו חכמים את מיתות בית הדין. לדיון ראו לורברבוים (לעיל, הערה 7), עמ' 170-277; 'רוזן-צבי, הטקס שלא היה: מקדש, מדרש ומגדר במסכת סוטה, ירושלים תשס"ח, עמ' 83-91.

קדימות המוות ומסיק כי בעיני שמואל ייתכן מצב שבו הוולד חי חיים עצמאיים גם אחרי מות אימו, ובכל זאת אין בחיות עצמאית זו כדי לדחות את ההוצאה להורג. לעומת זאת, לדעת העורך נוכל להתיר את הוצאתה להורג של האם רק אם הוולד מת לפניו. כדי לדחות את הטענה כי העובר חי כאשר אימו מוצאת להורג, מצטט עורך הסוגיה משנה ממסכת נידה ואת הסוגיה שעליה,<sup>42</sup> העוסקת בשאלת קדימות המוות של עובר ואימו וחשיבותה לדיני ירושה. על פי סוגיה זו, ובפרט על פי דברי מר בר רב אשי, בן הדור השביעי לאמוראים, תנועות עובר ברחם אימו המתה אינן מלמדות על חיותו העצמאית, ובכל מקרה העובר מת ראשון. למעשה, בגרסת ערכין לסוגיה הוסיף העורך משפט שאינו מופיע במקבילות (הני מילי לגבי מיתה – היא מתה ברישא), המדגיח את ההבדל בין מיתה טבעית למיתה שאינה טבעית, דוגמת הוצאה להורג, שבה יש מקום לטעון לקדימות מותה של האם בזמן שוולדה עודו חי. טענה זו נדחת באמצעות המשך הציטוט מנידה, המדמה את תנועות העובר ברחם אמו המתה לתנועות זנב הלטאה אחרי ניתוקו מהלטאה, תנועות שאינן מעידות על חיות כלשהי.<sup>43</sup> אולם בכל מקרה, משפט נוסף זה מחזק את העמדת הסוגיה על שאלת קדימות המוות.

כאן, כמו בסוגיה הראשונה, המימרא האמוראית המוקדמת והסתם מגיעים לאותה מסקנה: אפשר להוציא להורג נידונה הרה. אולם המימרא האמוראית המוקדמת אינה רואה בחייו של העובר – ובכלל זה חיים עצמאיים של העובר ברחם אימו – סיבה לדחות את ההוצאה להורג. למעשה, המימרא האמוראית אינה מכריעה כלל בשאלת חיותו של העובר אלא רק בשאלת הניווול, ואפשר לטעון כי גם עובר מפרפר שאינו בר חיות יוביל לניווול גופתה של אימו. לעומת מימרא זו בבידודה, הסתם קורא בתוך דברי אמוראים את שאלת חיותו ומותו של העובר: רק משום שהעובר אינו ממשיך לחיות לאחר מות אימו, אפשר להוציאה להורג.

הפרדה בין השכבה האמוראית המוקדמת והסתם בסוגיה השלישית מציינת גם היא מהלך דומה. מימרת רב נחמן בשם שמואל (א"ר נחמן אמר שמואל – ומוציאין את הוולד) מתארת ניתוח קיסרי שבו מוציאים את הוולד החי מגוף אימו שמתה בלידתו בשבת. מתיאור זה יכול להשתמע כי לוולד חיות עצמאית מרגע תחילת תהליך הלידה, ברומה למתואר במשנה, והוא ראוי להצלה בשבת. אולם פירוש זה אינו הכרחי, ולמעשה אין בדברי שמואל התייחסות לשאלת חיותו של העובר, בין במהלך הלידה, בין קודם לכן. הסוגיה שעליה מוסב תיאור זה ממקדת את הדיון

42 בבלי, נדה מד ע"א-ע"ב. הסוגיה הועברה בשלמותה גם לכבא בתרא קמב ע"א-ע"ב.

43 דימוי זה מופיע גם בנוגע לבעלי חיים שראשיהם הותזו אך הם עדיין זויים. ראו משנה, אהלות א, ו; בבלי, חולין כא ע"א.

בחיותו של העובר ומתארת את המצב כספק: ייתכן שהוולד חי אולם ייתכן שלא. בכך היא מצמצמת את האפשרות לראות בוולד אדם הראוי להצלה בשבת ככל אדם, לפחות החל מתחילת לידתו. גם כאן אין מחלוקת להלכה, ובכל מקרה יש להציל את הוולד בשבת. אולם ההעמדה השונה מדגישה את עמדת שמואל, שעל פיה אין הכרעה בנוגע למעמדו של העובר אלא רק בנוגע לצורך להצילו, בעוד הסתם מתמקד בוודאות או בספק של חיותו.

אם כן, בידוד המימרות המוקדמות של ר' יוחנן ושמואל מדגישים את עוצמת הטיועון שלהן בנוגע להגנה על העובר, והן ממשיכות את העמדה התנאית ושונות מן העמדה האמוראית והסבוראית המאוחרות להן. לפי מימרות אלה לשאלת חיי העובר אין משמעות, ואין בחיי עובר כדי לדחות את הוצאתה להורג של אימו, אלא לכל היותר להוביל להריגתו המוקדמת, אם בשל החשש מעינוי הדין, אם בשל החשש מניוול גופת אימו. למעשה, מימרות אלה אינן מעמידות כלל את השאלה על חיותו של העובר אלא רק על החשיבות שבהוצאה להורג של האם. עמדה זו מתעמעמת בשכבות הבאות, המתמקדות במעמדו של העובר ומוסיפות תנאי חדש להיתר להוציא להורג נידונה הרה – ההנחה שהעובר אינו ישות עצמאית. על פיהן מתברר כי אילו היה העובר ישות עצמאית ייתכן שהיה אסור להורגו.

יתר על כן, בידוד המימרות האמוראיות והדיון במקורות התנאיים מאפשרים תיארוך מסוים של התעוררות הדיון בהוצאות להורג של נשים הרות. כפי שראינו, מרבית המקורות שבהם דנו הם תנאיים או אמוראיים מוקדמים. אין בידינו עדויות מוקדמות יותר, ויכולנו להראות שינוי במוקד השיח רק לאחר התקופה האמוראית המוקדמת. כיון שכך, נראה כי אפשר לתחום את התעוררותו של דיון זה בין המאה השנייה לספירה (או קודם לכן) למחציתה של המאה השלישית לספירה. השוואה של דיון זה למקורות רומיים, שאליהם קשרו חכמים עצמם את דיוניהם, תסביר את התעוררותו של הדיון ואת המוקדים השונים שלו בהקשרם ההיסטורי.

### **הוצאתה להורג של נידונה הרה במסורת היוונית ובחוק הרומי**

סקירת המקורות היהודיים העוסקים בהוצאה להורג בכלל, במעמדו של העובר ובהוצאה להורג של אישה הרה בפרט, הראתה את ההתאמה לשיח ההלכתי הקיים ואת ההקשר הפולמוסי עם המלכות (הוצאה להורג) ועם 'בני נח' (עובר). סקירת הדיון האמוראי והסבוראי במשנת ערכין הדגישה את השינוי שחל בשיח ההלכתי בסוגיה זו בין התקופה התנאית וראשית התקופה האמוראית, במאה השנייה ובראשית המאה השלישית לספירה, לבין התקופות המאוחרות להן, כפי שעולה מסתם התלמוד הבבלי. הקבלתן של משנת ערכין והמימרות האמוראיות המוקדמות למשפט הרומי

ולנוהג היווני, ובפרט לחקיקה מאותה תקופה – ראשית המאה השלישית לספירה – תדגיש את זרותה של משנת ערכין בסביבה הכוללת, ותחשוף את הפולמוס הישיר שחכמים מנהלים עם המחוקקים הרומיים בסוגיות אלה – דיני ההוצאה להורג ומעמדו של העובר – לצד הדמיון הרב ביניהם.

כמו בסוגיות גניקולוגיות אחרות,<sup>44</sup> חכמים מקבלים את התפיסה הנפוצה בספרות היוונית והרומית בנוגע להפלות. הם מתארים הפלות מכוונות באמצעים המוכרים מן העולם היווני-הרומי, ביניהם חיתוך איברי העובר<sup>45</sup> או תרופות.<sup>46</sup> השוואה לכתיבה המשפטית הרומית והבחנה בין הכתיבה הרומית לכתיבה היוונית מראות את הדמיון בין התפיסה הרומית לתפיסה ההלכתית, בפרט בשאלת מעמדו של העובר ויחסו לגופה של אימו, ובדיון על ההפלות כפגיעות נזיקיות ולא כפגיעות בנפש.

44 ש' ליברמן, 'יוונית ויוונית בארץ ישראל, ירושלים תשמ"ד, עמ' 17-18, 208-209; R. E. Reis and A. D. Ash, 'The Eighth-Month Fetus: Classical Sources for a Modern Superstition', *Obstetrics and Gynecology* 71 (1998), pp. 270-273 (לעיל, הערה 27).

45 לתיאור הפלות הכוללות חיתוך איברים בספרות חז"ל ראו תוספתא, גיטין ג, ח-ט (מהדורת ליברמן, עמ' 257, ובפרט תיקון הנוסח שם), שם מתוארת הפלה מכוונת בידי רופא, שאינה נאסרת מצד עצמה ואף נעשית ברשות בית הדין (לדיון ותיקון הנוסח ראו ש' ליברמן, תוספתא כפשוטה, ניו יורק וירושלים תשנ"ו, כרך ח, עמ' 840-841). הדיון נוגע רק לשאלת נזק אפשרי, נוסף על ההפלה עצמה. לדוגמאות נוספות ראו תוספתא, בבא קמא ו, יז; מכות ב, ה. לתיאור הפלות לאיברים בשבת במקרה של סכנה לאם ראו תוספתא, יבמות ט, ה (מהדורת ליברמן, עמ' 30) ובמקבילה במשנה, יבמות ז, ה. להפלות לאיברים במקרה של סכנה לאם (שלא בשבת) ראו משנה, אהלות ז, ו. שאלת ההפלה לאיברים מופיעה גם בתיאור הפלות טבעיות בתוספתא, נידה ד, יד-טו; משנה, נידה ג, ה; בכורות ח, א; כריתות א, ג; בבלי, נדה יח ע"א, כד ע"א, כח ע"א; ירושלמי, נדה ב, ה (נ ע"א) (מהדורת האקדמיה, עמ' 1440 שורות 4-6), וירושלמי, נדה ג, ה (נא ע"א) (מהדורת האקדמיה, עמ' 1446 שורות 10-15); ספרא, תזריע פרק א, פרשה א, ו-ח. תיאורים דומים של הפלה לאיברים מופיעים אצל קלסוס, על הרפואה (*De medicina*) 7.29; טרטוליאנוס, על הנפש (*De anima*) 25; אוגוסטינוס, מדריך (*Enchiridion*) 86; אוגוסטינוס, על תוכחה וחסד (*De correptione*) 23.86.

46 ראו למשל ב-Digesta, להלן: דיגסטה, 48.19.39; שם, 48.19.38.5. בספרות הנוצרית ועידת אנקרה 21 (Ancyra), שם דווקא נשים נאשמות ברקיחת תרופות הגורמות להפלות; בזילאוס, מכתבים 188.8; Caesarius of Arles, דרשה 19, שם 44, שם 200. לסקירה מקיפה של אמצעי הפלה ומניעה באמצעות תרופות בעולם העתיק, ובפרט להשוואה למידע רפואי מודרני, ראו E. Eyben, 'Family Planning in Graeco-Roman Antiquity', *Ancient Society* 11/12 (1980), pp. 5-82 (pp. 10-12); J. M. Riddle, *Contraception and Abortion from the Ancient World to the Renaissance*, Cambridge MA 1992; K. Kapparis, *Abortion in the Ancient World*, London 2002, pp. 12-27

הדיון המשפטי הרומי בדחיית הוצאתה להורג של אישה הרה התעורר בראשית המאה השלישית לספירה, אף שהעדויות לנוהג זה מוקדמות יותר. העדות הרומית המוקדמת ביותר מופיעה בחיבור המיוחס לקווינטיליינוס (Quintilianus), מראשית המאה השנייה לספירה.<sup>47</sup> בחיבור זה, שאינו מייצג את המשפט הרומי,<sup>48</sup> אלא מקרים ששימשו תלמידי רטוריקה, נידונה שאלת הריגתה המיידית של אישה שנתפסה בניאוף,<sup>49</sup> ומוזכר האיסור להוציא להורג נידונה הרה כאיסור המוכר מן המערכת המשפטית.

גם המקורות המשפטיים מראים כי בראשית המאה השנייה עדיין נהג איסור להוציא להורג נידונה הרה. אולפיאנוס (170–223 לסה"נ) מזכיר חוק זה פעמיים בספרו סבינוס. בשנת 216 הוא מזכיר בספר 27<sup>50</sup> את הצו של אדריאנוס:

47 קווינטיליינוס, נאומים קצרים (*Declamationes minores*), 277. לדיון נוסף בסעיף זה,

ראו S. F. Bonner, *Roman Declamation in the Later Republic and Early Empire*, Liverpool 1949, pp. 119–121; J. Dingel, *Scholastica Materia: Untersuchungen zu den Declamationes Minores und der Institutio Oratoria Quintilianus*, Berlin 1988, pp. 100–101; M. Winterbottom, *The Minor Declamations Ascribed to Quintilian*, Berlin and New York 1984, pp. 383–385

48 ראו J. A. Crook, *Legal Advocacy in the Roman World*, Ithaca 1995, pp. 163–167 ואחרים המצוינים שם, והשוו בונר (לעיל, הערה 47), עמ' 84–132.

49 הזכות להרוג אישה שנתפסת בניאוף נתונה לאביה, על פי חוק Lex Julia של אוגוסטוס משנת 17 לפנה"ס. לעומת זאת, בעל אינו יכול להרוג את אשתו אלא רק את הנואף. החל מן המאה השנייה לספירה, אף שהאיסור על בעל להרוג את אשתו אם מצאה בשעת ניאוף נותר על כנו, הענישה פחתה, מתוך הנחה שזעמו של בעל שמוצא את אשתו עם גבר אחר מתרץ את תגובתו האלימה. לדיון ב־Lex Julia ראו P. Csillag, *The Augustan Laws on Family Relation*, Budapest 1976, pp. 185–195; T. A. McGinn, *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome*, New York and Oxford 1998, pp. 202–207, 235–236 לחוק הרומי לפני אוגוסטוס, ראו S. Treggiari, *Roman Marriage, Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford 1991, pp. 264–275 נואפת בתקופה מאוחרת יותר ולסקירת השינויים בחוק, ראו E. Cantarella, 'Homicides of Honor: The Development of Italian Adultery Law over Two Millennia', D. I. Kertzer and R. P. Saller (eds.), *The Family in Italy*, New Haven and London 1991, pp. 229–244; J. Evans-Grubbs, *Law and Family in Late Antiquity: The Emperor Constantine's Marriage Legislation*, Oxford 1999, pp. 214–215; J. Beaucamp, *Le statut de la femme à Byzance (4e-7e siècle)*, Paris 1990, pp. 285–282 pp. 141–143

50 לתיארוך החלקים השונים בסבינוס, ראו T. Honoré, *Ulpian: Pioneer of Human Rights*, Oxford 2002, pp. 177–181



Imperator Hadrianus Publicio Marcello rescripsit liberam, quae praegnas ultimo supplicio damnata est, liberum parere et solitum esse servari eam, dum partum ederet. Sed si ei, quae ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem Romanum parit et in potestate patris.<sup>51</sup>

= הקיסר אדריאנוס הודיע בצו לפובליסיוס מרסלוס, שאם אישה הרה נדונה למוות, תלד ילד [או ילדה] חופשי [או חופשיה] ונהוג להחזיק אותה עד שתלד. אבל אם אשה שהרתה בנישואים חוקיים נענשה באיסור מים ואש,<sup>52</sup> תלד אזרח רומי שתחת סמכות אביו (patria potestas).

הקיסר אדריאנוס, ששלט בשנים 117-138, עוסק בשאלת מעמדו של הנולד לאישה שנודונה להרג או להגליה, שני מקרים שבהם הנידון מאבד את אזרחותו מיד לאחר גזר הדין ואף לפני מימוש, וקובע כי למרות אובדן האזרחות של האישה,<sup>53</sup> התינוק הנולד לה, שנהרה עוד כשהייתה אזרחית, נחשב לאזרח חופשי כמוה.<sup>54</sup> באותה מידה, גם אם היילוד נהרה במסגרת נישואים חוקיים, ואימו נדונה לגלות ואיבדה את אזרחותה, הוא בכל זאת יוולד תחת סמכות אביו, ככל ילד שנהרה בנישואים חוקיים. דבריו של אדריאנוס מתמקדים בשאלת מעמדו של היילוד ומעמידים את האיסור בשאלת הסמכות של אביו. אולם בדרכו מעיד אדריאנוס שבתקופתו הייתה ההקמתה להוצאה להורג של נידונות הרות עד הלידה נחשבת לנוהג (solitum esse) ולא לחוק.

בעוד אדריאנוס התייחס לרחיית הוצאתה להורג של הנודונה ההרה כנוהג, אולפיאנוס עיגן זאת בפסיקה. כשנתיים לפני שציטט את אדריאנוס, בשנת 214, דן אולפיאנוס בשאלה זו בספר 14 בחיבורו סבינוס, והעמיד זה כנגד זה את האיסור

51 דיגסטה, 1.5.18. ראו גם צו של אדריאנוס, המצוטט בדיגסטה, 37.9.8, ועל פיו יש לדחות אישום בניאוף של אישה הרה כדי לא לפגוע בעובר. המקרה שאליו מתייחס אדריאנוס הוא של אישה הרה הזכאית לאחווה בזכות בנה העתידי. נראה כי יורשים אחרים לאחווה טוענים כי בנה אינו יורש חוקי, מפני שאימו נאפה, ולכן אין לתת לה אחיזה באחווה.

52 עונש זה מתייחס להגליה, המשמשת כעין עונש מוות מותנה. לדין ראו M. Melounová, 'Crimen Maiestatis and the Poena Legis During the Principate', *Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae* 54 (2014), pp. 407-430. ובנסמן שם.

53 לענישה באמצעות הפקעת האזרחות ושעבוד, ראו J. Burdon, 'Slavery as a Punishment in Roman Criminal Law', L. J. Archer (ed.), *Slavery and Other Forms of Unfree Labour*, London 1988, pp. 68-85.

54 לפסיקה דומה של קרקלה, ששלט בשנים 198-217 לספירה, ראו קודקס יוסטיניאנוס 9.47.4, (Codex Justinianus).

להעניש ולענות אישה הרה ואת חשיבות הביצוע המיידית. אולפיאנוס הכריע כי העובר חשוב יותר מן הזכות להעניש אישה הרה מיד:

Praegnatis mulieris consumendae damnatae poena differtur quoad pariat. Ego quidem et ne quaestio de ea habeatur, scio observari, quamdiu praegnas est.<sup>55</sup>

= על ביצוע העונש המוטל על נשים הרות להידחות עד שתלד. אני בוודאי יודע ומבין, שאין לחקור אותה בעיניי כל עוד היא הרה.

אם כן, הכתיבה המשפטית הרומית אימצה נוהג זה כפסיקה רק בראשית המאה השלישית לספירה, ואפשר אף למצוא עדויות להפעלת חוק זה בספרות המרטירולוגיה הנוצרית מראשית המאה השלישית והמאה הרביעית לספירה.<sup>56</sup> אולם איסור זה אינו מוכר רק מן הכתיבה הרומית אלא גם מן הכתיבה היוונית בת התקופה ואף מוקדם יותר. בניגוד לכתיבה הרומית המשפטית, כתיבה זו, שאינה משפטית, מנמקת את דחיית ההוצאה להורג בזכויותיו של העובר עצמו. קלאודיוס איליאנוס (175-235 לסה"נ לערך), כותב בספרו:

Ἡ ἐξ Ἀρείουπάγου βουλὴ ἐπεὶ τινα φαρμακίδα συνέλαβον καὶ ἔμελλον θανατώσειν, οὐ πρότερον αὐτὴν ἀπέκτειναν πρὶν ἢ ἀπεκύθην· ὅτε γὰρ συνελήφθη, ἔκυσε. τὸ ἀναίτιον οὖν βρέφος ναλύοντες τῆς καταδίκης, τὴν αἰτίαν μόνην ἐδικαίωσαν τῷ θανάτῳ.<sup>57</sup>

= כאשר מועצת אראופגוס עצרה מכשפה ועמדה להוציאה להורג, לא הוציאוה להורג לפני שילדה, שכן כבר כשנעצרה הייתה בהריון. הם שחררו את העובר הזכאי מגזר הדין, והענישו במוות את האשמה לברה.

קלאודיוס איליאנוס טוען כי הסיבה לכך שאין להרוג את העובר היא שהעובר אינו אשם בחטאה של אימו. בכך הוא משקף עמדה המגינה על העובר בזכות עצמו, ואף

55 דיגסטה, 48.19.3. לתיארוך חיבורו של אולפיאנוס, סבינוס 14, המצוטט בדיגסטה, ראו הונורה (לעיל, הערה 50), עמ' 177-181.

56 חיי פרפטואה 15.2, כפי שפרסם T. J. Heffernan, *The Passion of Perpetua and Felicity*, New York 2012, pp. 116, 132. על פי הפרנץ חיבור זה מתוארך לשנת 209, ומתאר אירוע משנת 203 (עמ' 60-78). אירוע דומה משנת 304, הנוגע להוצאתה להורג של אוטיכה, מתואר בחיבור. ראו אגפה, אירנה וחיונה 3.7, כפי שפרסם H. Musurillo, *The Acts of the Christian Martyrs*, Oxford 1972, pp. 4-285

57 קלאודיוס איליאנוס (Claudius Aelianus), ענייני מרע שונים 1.18 (*Varia Historia*)

רואה בו ישות משפטית, שבכוחה לשאת אשמה או זכות. עמדה זו אינה ייחודית לקלאודיוס איליאנוס, ואפשר למצוא גרסאות דומות בספרות יוונית מוקדמת מעט יותר. פלוטרכוס (45-125 לסה"נ)<sup>58</sup> כותב במפנה שבין המאה הראשונה לשנייה את חיבורו על הנקמה האלוהית המאוחרת (*De sera numinis vindicta*). בחיבור זה הוא עוסק בשאלת דחיית הענישה, ומעמיד את דבריו כשיחה המתעוררת בתגובה לנאום של אפיקורס. הוא שם כפי הדובר הראשי את הדברים הבאים:<sup>59</sup>

"τὸν δ' ἐν Αἰγύπτῳ νόμον ἄρ' οὐκ εἰκότως ὑμῖν ἀπογράψασθαι δοκοῦσιν ἔνιοι τῶν Ἑλλήνων, ὃς κελεύει τὴν ἔγκυον, ἂν ἄλῶ θανάτου, μέχρι τέκει, φυλάττειν;"

"πάνυ μὲν οὖν" ἔφασαν.

εἶπον οὖν ἐγώ "εἰ δὲ παιδία μὴ κύοι τις, ἀλλὰ πρᾶξιεν ἢ βουλήν ἀπόρρητον εἰς φῶς ἡλίου δυνατὸς εἶη προαγαγεῖν χρόνον καὶ ἀναδειξαι κακόν τι μηνύσας λανθάνον ἢ σωτηρίου γνώμης γενόμενος σύμβουλος ἢ χρείας εὐρετῆς ἀναγκαίας, οὐκ ἀμείμενος σύμβουλος ἢ χρείας εὐρετῆς ἀναγκαίας, οὐκ ἀμείνων ὁ περιμείνας τῆς τιμωρίας τὸ χρήσιμον τοῦ προανελόντος; ἐμοὶ μὲν γάρ" ἔφην "δοκεῖ".<sup>60</sup>

"האם לא נראה לכם שכמה מהיוונים העתיקו את החוק המצרי, המצווה שאם אישה הרה נידונה למוות, יש להחזיק אותה עד אחרי הלידה?"  
"בוודאי, אמרו."

אמרתי אפוא, "אם מישוהו לא הוליד ילדים, אלא היה יכול בזמן (הנכון) להוציא לאור היום ולפרסם מעשה או רצון סודיים, בהזכירו איזה רע נשכח או ביעצו לנוגע לידע המועיל לכיטחון, או בגלותו משהו שימושי ונצרך, האם לא עדיף זה הממתין לרווח שבענישתו, על זה ההורגו מיד?  
נראה לי כך," אמרתי.

פלוטרכוס מכיר את החוק המצרי, שעל פיו אין להוציא להורג נידונה הרה עד שתלד, וטוען כי גם יוונים נהגו על פיו. אף שהוא אינו טוען כי לעובר יש זכויות

58 M. Beck, 'Introduction: Plutarch in Greece', של חייו וכתביו ראו, *idem* (ed.), *A Companion to Plutarch*, Chichester 2014, pp. 1-9

59 לתיארוך ראו C. P. Jones, 'Towards a Chronology of Plutarch's Works', *The Journal of Roman Studies* 56 (1966), pp. 61-74 (p. 71)

60 פלוטרכוס, על הנקמה האלוהית המאוחרת (*De sera numinis vindicta*), 7, 552D.

או שהעובר יכול לשאת אשמה, הוא טוען כי הסיבה לדחייה היא בפוטנציאל החיות של הילד ובאפשרויות העתידיות שנגדעות עם הריגת אימו. פלוטרכוס אינו הראשון שמציין את החוק המצרי האוסר על הוצאה להורג של נשים הרות. לפניו, בראשית המאה הראשונה לספירה, הזכיר זאת פילון, שפעל באלכסנדריה והסתמך על מקור משותף לו ולפלוטרכוס.<sup>61</sup> לפנייהם, במאה הראשונה לפנה"ס, תיאר דידורוס סיקולוס את חוקי המצרים, וכאשר דן בחוקים הנוגעים להורים וילדיהם, ובפרט להרג של הורים את ילדיהם וילדים את הוריהם, כתב:

τῶν δὲ γυναικῶν τῶν καταδικασθεισῶν θανάτῳ τὰς ἐγκύους μὴ θανατοῦσθαι πρὶν ἂν τέκωσι. καὶ τοῦτο τὸ νόμιμον πολλοὶ καὶ τῶν Ἑλλήνων κατέδειξαν, ἡγούμενοι παντελῶς ἄδικον εἶναι τὸ μηδὲν ἀδικῆσαν τῷ ἀδικῆσαντι τῆς αὐτῆς μετέχειν τιμωρίας, καὶ παρανομήματος ἑνὸς γενομένου παρὰ δυοῖν λαμβάνειν τὸ πρόστιμον, πρὸς δὲ τούτοις κατὰ προαίρεσιν πονηρὰν συντελεσθέντος τοῦ ἀδικήματος τὸ μηδεμίαν πῶ σύνεσιν ἔχον ὑπὸ τὴν ὁμοίαν ἄγειν κόλασιν, τὸ δὲ πάντων μέγιστον, ὅτι ταῖς κυούσαις ἰδίᾳ τῆς αἰτίας ἐπενηνεγμένης οὐδαμῶς προσήκει τὸ κοινὸν πατρὸς καὶ μητρὸς τέκνον ἀναιρεῖσθαι: ἐπ' ἴσης γὰρ ἂν τις φαύλους διαλάβοι κριτὰς τούτους τὸν ἔνοχον τῷ φόνῳ σώζοντας καὶ τοὺς τὸ μηδὲν ὄλως ἀδικῆσαν συναναποῦντας.<sup>62</sup>

= נשים שנידונו למוות בעת הריונן, לא תוצאנה להורג לפני שתלדנה, ולפי אותו מנהג נהגו רבים מהיוונים, בחושכם שלחלוטין לא צודק שמי שלא חטא, יחלוק באותו עונש עם מי שחטא, ושעונש יינתן לשניים, כשרק עבירה אחת נעברה, ומעבר לכך, כיון שהחטא נגרם בכוונה רעה, זה שאין לו עדיין מודעות, לא יוכל לאותו עונש, ומעל לכל, כיון שהאשמה מונחת [על כתפי] הנשים ההרות בלבד, בשום אופן לא מתאים שהילד המשותף לאביו ולאימו יילקח [למותו]. באותה מידה, אדם עשוי לחשוב ששופטים החסים על אשם ברצח, אינם גרועים מאלה ההורגים את החוטא יחד עם החפים מפשע].

61 ראו לעיל, הערה 2.

62 דידורוס סיקולוס (Diodorus Siculus), הספרייה ההיסטורית (Bibliotheca historica),

1.77-9-10. כן ראו דינון של W. T. Wilson, *On Virtues*, Leiden 2011, p. 310

בדומה לקודמיו מייחס דיודורוס את החוק למצרים, וטוען כי גם ערים יווניות נהגו כך. הוא מונה סיבות אחדות לדחיית ההוצאה להורג. ראשית, בדומה לקלודיוס איליאנוס, הוא טוען כי הסיבה העיקרית לאיסור היא זכויותיו של העובר: כיון שהעובר אינו אשם בחטאיה של אימו, אין להוציאו להורג; שנית, לעובר אין עדיין מודעות וכוונה ולכן אי אפשר להעניש אותו; ושלישית, כיון שרק האם אשמה, אין להעניש את האב שגם הוא נחשב לבעליו של העובר. על פי עמדה זו לא רק אבי העובר הוא בעליו אלא גם אימו, בשותפות, בעוד בחוק הרומי העובר שייך לאביו בלבד.<sup>63</sup>

אם כן, הן המסורת היוונית הן המשפטנים הרומים מכירים בדרישה לעכב את הוצאתה להורג של אישה הרה. מכך עולות שתי מסקנות. ראשית, הכתיבה המשפטית הרומית הדורשת את עיכוב גזר דינה של נידונה הרה מתוארכת רק לראשית המאה השלישית, בעוד קיסרים מוקדמים יותר מכירים עיכוב זה אך רואים בו נוהג בלבד, ואכן הדרישה לעיכוב ההוצאה להורג מתועדת גם בכתיבה יוונית מוקדמת. נראה כי מקרה זה הוא דוגמה נוספת לנטייתו של המחוקק הרומי לאמץ את החוק המקומי – היווני (או המצרי) – קרי, את הנוהג המקומי, ולהטמיע אותו במערכת המשפטית, בתחילה כנוהג מקובל ולאחר מכן כחוק.<sup>64</sup> שנית, המסורת היוונית מעמידה את הדרישה לדחות את ההוצאה להורג על זכויותיו של העובר, בין אם בגלל הפוטנציאל של חייו, בין אם מפני שאינו אשם בחטאה של אימו. בכך משקפת המסורת היוונית עמדה שעל פיה יש לעובר מעמד זכויות מסוימים עוד טרם לידתו, והיא מנגודת לתפיסה הרומית, שנראה בעמודים הבאים, שעל פיה אין לעובר מעמד זכויות אלא רק מכוח אביו ומכוח סמכותו עליו.

63 J. Quasten, 'A Roman Law of Egyptian Origin in the "Passio SS. Perpetuae et Felicitatis"', *The Jurist* 1 (1941), pp. 193–198

64 C. Ando, *Law, Language, and Empire in the Roman Tradition*, Philadelphia 2011, pp. 30–33; idem, 'Law and the Landscape of Empire', S. Benoist, A. Daguët-Gagey and C. Hoët-van Cauwenberghé (eds.), *Figures d'empire, fragments de mémoire: Pouvoirs et identités (sociales et religieuses) dans le monde romain impérial (le s. av n. è – VIe s. de n. è.)*, Paris 2011, pp. 25–47; C. Humfress, 'Law and Custom under Rome', A. Rio (ed.), *Law, Custom, and Justice in Late Antiquity and the Early Middle Ages: Proceedings of the 2008 Byzantine Colloquium*, London 2011, pp. 23–47

מפורטת וגישה שונה לחקר המנהג ויחסו לחוק. לדיון מוקדם, המציע פרדיגמה להתפתחות החוק הרומי, ראו H. S. Maine, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, London 1861

מהירות היוצאה להורג נידונה בכתיבה הרומית גם בהקשרים נוספים. הטענה כי אין לרחות הוצאה להורג של נידונים נדירה בספרות המשפטית הרומית ומופיעה לראשונה בשנת 213 לספירה. אולפיאנוס, בחיבורו על תפקיד הפרוקונסול (*De officio proconsulis*), מצטט ומפרש צו של אדריאנוס הקיסר, העוסק בגנבי בקר ובענישתם למוות בחרב או בעבודת פרך. אולפיאנוס מפרש את אגרת אדריאנוס וטוען:

Est autem differentia inter eos qui ad gladium et eos qui ad ludum damnantur: nam ad gladium damnati confestim consumuntur vel certe intra annum debent consumi: hoc enim mandatis continetur. enimvero qui in ludum damnantur, non utique consumuntur sed etiam pilleari et rudem accipere possunt post intervallum, si quidem post quinquennium pilleari, post triennium autem rudem induere eis permittitur.<sup>65</sup>

= יש גם הבדל בין אלה שנידונו לחרב, ואלה שנידונו למשחק (הגלדיאטורים): את הנדונים לחרב יש להרוג מיד, או לכל הפחות צריך להרגם תוך שנה. הדבר הזה נכלל בצוים. בכל מקרה, אלה שנידונו למשחק (הגלדיאטורים), לא יהרגו (מיד), אלא יכולים לאחר זמן גם להשתחרר ולקבל את מטה (הגלדיאטור), כי למעשה, מותר להשתחרר לאחר חמש שנים, ולקבל את המטה לאחר שלוש שנים.

לפי אולפיאנוס, בעוד הוצאתם להורג של הנדונים למשחקי הגלדיאטורים עשויה להידחות ואף להתבטל כליל,<sup>66</sup> את הנדונים למוות בחרב יש להרוג מיד

65 חוקת משה (*Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*), 11.7.4, מהדורת פרייקס, R. M. Frakes, *Compiling the Collatio legum Mosaicarum* 183–184. לדיון ראו *et Romanarum in Late Antiquity*, Oxford and New York 2011, pp. 289–290. הציטוט המובא לקוח מציטוט חיבורו של אולפיאנוס, על תפקיד הפרוקונסול (*De officio proconsulis*) המופיע בחוקת משה. חיבורו של אולפיאנוס מתוארך לשנת 213 לספירה, על פי צווי קרקלה המצוטטים בו. לתיארוכו ראו הונורה (לעיל, הערה 50), עמ' 181–184. צו אדריאנוס וחלקים מאולפיאנוס מצוטטים גם בריגסטה, 47.14.1, אולם ללא הדיון על מהירות היוצאה להורג. לדיון ביחס הטקסטואלי בין שני הטקסטים, ראו F. Wieacker, *Textstufen Klassischer Juristen*, Göttingen 1960, pp. 394–400.

66 במשך הזמן שחולף בין פסיקת גזר הדין למותו של הנדון בזירה הוא מאבד את אזרחותו ונחשב לעבד. ראו דיגסטה, 48.19.29. לדיון בזירת הגלדיאטורים כעונש ראו T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, pp. 912–913; R. A. Bauman, *Crime and Punishment in Ancient Rome*, London and New York 1996, pp. 122–123.

ולכל היותר בתוך שנה. הדרישה שלא לדחות את הוצאתם להורג של נידונים למוות אינה סותרת את הדרישה לדחות את הוצאתה להורג של נידונה הרה, משום שדרישה זו צריכה להתמלא בתוך שנה, יותר ממשכו של הריון מלא, ואם כן, גם אם תישם דרישה זו בנוגע לנידונה הרה, הרי שתוכל ללדת עוד לפני תום הדחייה המותרת.

\*

סקירת היחס להפלות בעולם היווני והרומי משקפת את ההבדל שבין העולם היווני ובין העולם המשפטי הרומי במעמד שהם מקנים לעובר ובמעמד שהם מקנים לאביו של העובר. בחוק האתונאי המוקדם אין איסור על הפלות כשהן לעצמן, אלא אם הן פוגעות בזכויותיו של אבי הילד לילד עתידי,<sup>67</sup> ואריסטו, אפלטון ואחרים אינם אוסרים הפלות בשלבים מוקדמים.<sup>68</sup> בנוסף לכך, הטענה שעל פיה עובר הופך לאדם עצמאי רק מרגע הלידה ולפני כן הוא חלק מגופה של אימו מופיעה בספרות היוונית, אלא שהיא נדירה בה יחסית.<sup>69</sup> אמפדוקלס, בן המאה החמישית לפנה"ס, המצוטט בחיבור מן המאה השנייה לספירה, טוען כי 'העובר חלק מרחם אימו' (τὰ ἔμβρυα τὰ ἐν τῇ) (γαστρί τῆς μητρός μέρη) כפי שפירות הם חלק מן העץ.<sup>70</sup> עמדה זו מוכרת גם מכתביו של פילון, מראשית המאה הראשונה לספירה.<sup>71</sup> אולם היא מנוגדת לעמדה

67 L. Pepe, 'Abortion in Ancient Greece', M. Gagarin and A. Lanni (eds.), *Symposion 2013, Papers on Greek and Hellenistic Legal History* (Cambridge MA, August 2013), Vienna 2014, pp. 39–63, S. C. Todd, 'Lysias on Abortion', *והשוו ל* 26–29 (2013), Vienna 2014, pp. 39–63, G. Thür and F. J. F. Nieto (eds.), *Symposion 1999: Vorträge zur Griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Cologne and Vienna 2003, pp. 235–256. למאמרו כתבה פָּפָה את מאמרה.

68 אייבן (לעיל, הערה 46), עמ' 32–43, 48–56; קפריס (לעיל, הערה 46), עמ' 167–194; Z. Mistry, *Abortion in the Early Middle Ages c. 500–900*, York 2015, pp. 28–37 ובנסמן שם.

69 קפריס, שם, עמ' 41–44; פפה (לעיל, הערה 67), עמ' 16.

70 המיוחס לפלוטרכוס, דעות הפילוסופים (Placita Philosophorum) 5.26 (C910). מקור זה מצוטט גם אצל המיוחס לגלנוס, היסטוריה פילוסופית (De historia philosophica) 130.10, כפי שנדרון אצל M. Jas, 'Towards a Better Text of Ps. Plutarch's Placita Philosophorum: Fresh Evidence from the Historia Philosophia of Ps. Galen', J. Mansfeld and D. T. Runia (eds.), *Aëtiana IV: Papers of the Melbourne Colloquium on ancient Doxography*, Leiden and Boston 2018, pp. 130–155, (143–148) בין מקור זה לחכמים ראו J. Preuss, *Biblical and Talmudic Medicine*, Northvale NJ 1994, p. 388

71 פילון, על המידות הטובות (De virtutibus) 138; פילון, על החוקים לפרטיהם (De specialibus legibus) ג, 117. לדיון ראו מאמרי (לעיל, הערה 2).

הנפוצה של היפוקרטס, ואחריו אריסטו, אפלטון, גלנוס ואחרים, שעל פיה לעובר יש חיות עצמאית, המתפתחת בהדרגה.<sup>72</sup> למרות זאת, בשלהי העת העתיקה מתחזקת העמדה כי העובר הוא חלק מרחם אימו. במאה השנייה היא מיוחסת לסטואים,<sup>73</sup> ומופיעה בחיבורים שונים, אף שללא שימוש מפורש בביטוי זה.<sup>74</sup>

בכתובה המשפטית הרומית כינוי העובר כחלק מרחמה של אימו – *partem ventris* – והקביעה שאין בהריגתו משום רצח, נפוצים יותר, בעיקר מראשית המאה השלישית לספירה. בתקופה זו חוזרת ונשנית הטענה כי עובר נחשב לחלק מגופה של אימו לפני הלידה. בשנות התשעים של המאה השנייה טען פפיניאנוס שלפני לידתו של עבד, לא נכון לקרוא לו אדם.<sup>75</sup> בשנת 214 לערך, פירש אולפיאנוס צו של האחים לוקיוס ורוס ומרקוס אורליוס, קיסרים משותפים בשנים 161–169, המעניק לאב גרוש את הזכות לשמור על הריונה של גרושתו בשל החשד שהילד ילדו, וטוען כי כל עוד הילד לא נולד, הרי הוא חלק מגופה של האישה (*partus mulieris portio*). למרות זאת, בשל זכויות הירושה של העובר, לאב עדיין זכות להגן על העובר שבגופה של גרושתו, כפי שליוורשים ולכני משפחה אחרים זכות להגן על עובר שבגופה של אלמנה הרה עד לידתו.<sup>76</sup> ואם כן, אף שהעובר הוא חלק

- 72 למקורות נוספים לתיאוריית ההתפתחות ההדרגתית, ובפרט ציטוטים מגלנוס ומן המיוחס לגלנוס, ראו E. Nardi, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano 1971, pp. 93–115; קפריס (לעיל, הערה 46), עמ' 44–52, 'The Gradualist View of Fetal Development', L. Brisson, M. H. Congourdeau and J. L. Solère (eds.), *L'Embryon: Formation et animation: Antiquité grecque et latine traditions hébraïque, chrétienne et islamique*, Paris 2008, pp. 95–108; C. Gill, 'Galen and the Stoics: Mortal Enemies or Blood Brothers?', *Phronesis* 52 (2007), pp. 88–120.
- 73 המיוחס לפלוטרכוס (לעיל, הערה 70), 5.15 (C907). לדיון נוסף במקור זה ראו Tieleman, 'Diogenes of Babylon and Stoic Embryology. Ps. Plutarch, "Plac". V 15.4 Reconsidered', *Mnemosyne* 44 (1991), pp. 106–121.
- 74 פורפיריוס (מיוחס לגלנוס) (Porphyrius, Ps. Galenus), לגאורוס (*Ad Gaurum*), 3.4; שם 14.3; לייחוס המוטעה ראו J. Wilberding, *Pophyry: To Gaurus On How Embryos are Ensouled and on What is in Our Power*, London 2014, pp. 7–10.
- 75 דיגסטה, 2.9.35. לתיארוך חיבורו שאלות (*quaestiones*), שממנו צוטט קטע זה ראו D. Liebs, '§ 416 Aemilius Papinianus', K. Sallmann (ed.), *Die Literatur des Umbruchs von der römischen zur christlichen Literatur*, München 1997, pp. 117–123 (120).
- 76 דיגסטה, 25.4.1.1. בפרשנותו של אולפיאנוס, מתוך 'על הצו' (*Ad edictum praetoris*), 24. ראו גם את סעיפים 25.4.1.2–8 בדיגסטה, שבהם אולפיאנוס מפרש את הצו המוקדם באופן המגביל עוד יותר את זכות הסירוב של האישה לבדיקה ולמשמורת ומפרט את הבדיקות הנדרשות ואת השמירה לקראת הלידה ובמהלכה. כן ראו סעיפים 25.4.10–15 בדיגסטה



מגופה של אימו, אין בכך כדי להשפיע על היחס המשפטי לעובר ולהפלתו, ומניעת הפלתו אינה תלויה בזכויותיו או במידת חיותו, אלא בזכויות אביו. אף שהחברה הרומית ראתה הפלות בעין רעה, איסור הפלות הופיע בחוק הרומי רק החל מן המאה השלישית לספירה, והרומים תלו איסור זה בזכותו של האב על היילוד ולא במעמדו העצמאי של העובר.<sup>77</sup> קיקרו (43-106 לפנה"ס) הוא הראשון שהסביר איסור זה כפגיעה בזכות האב. ואולם, בדומה לקביעה שאין להוציא נידונה הרה להורג, גם כאן מדובר בשלב זה בעדות על נוהג רחוק ועל פרשנותו.<sup>78</sup> לאחר מכן, בזמן שלטונם המשותף (197-211 לספירה), קבעו הקיסרים קרקלה ואביו סוורוס כי אישה שגרמה לעצמה להפלה תידון לגלות משום שפגעה בזכותו של בעלה, או גרושה, לצאצא.<sup>79</sup> אולפיאנוס, בספר 33 מחיבורו 'על הצו' (*Ad edictum praetoris*), משנת 214 לערך,<sup>80</sup> חוזר על קביעה זו,<sup>81</sup> ופאולוס, שנים אחדות לאחר

לחשיבות מעמדו של היילוד לדיני ירושה, תוך התמקדות במקרה של אלמנה הרה ומעמדו של ולדה. לתיארוכו של הספר 'על הצו', ראו הונורה (לעיל, הערה 50), עמ' 162-169. כן ראו בדיגסטה, 1.5.7, את הטענה כי יש לדאוג לילד ברחם אימו כאילו היה חי, מבלי לטעון כי לעובר מעמד כשל חי, ודיגסטה, 50.16.231. שם טוען טריפונינוס כי ההתייחסות לעובר כאל נולד נוגעת רק לזכויותו העתידיות.

77 ראו אייבן (לעיל, הערה 46), עמ' 19-29; J. F. Gardner, *Women in Roman Law & Society*, 1986, pp. 158-159; S. Dowsing, *Contraception and Abortion in the Early Roman Empire: A Critical Examination of Ancient Sources and Modern Interpretations*, M.A. Thesis, University of Ottawa 1999, pp. 63-70; V. Dasen, 'Becoming Human: From the Embryo to the Newborn Child', J. E. Grubbs, T. Parkin and R. Bell (eds.), *The Oxford Handbook of Childhood and Education in the Classical World*, New York 2013, pp. 17-39. דיגסטה, 48.19.39, שבו מצטט טריפונינוס את קיקרו, מתוך חיבורו לקלואנטיוס (*Pro cluentio*) 11.32, שם מתאר קיקרו אישה ממלטוס שנרונה למוות משום שביצעה בעצמה הפלה, ומסביר זאת כפגיעה בזכותו של האב על הוולד. לדין בדברי קיקרו המופיעים שם ראו D. Nörr, 'Cicero-Zitate bei den klassischen Juristen: Zur Bedeutung literarische Zitate bei den Juristen und zur Wirkungsgeschichte Ciceros', *Ciceroniana* 3 (1978), pp. 111-150 (122-124); M. Wibier, 'Cicero's Reception in the Juristic Tradition of the Early Empire', P. J. du Plessis (ed.), *Cicero's Law: Rethinking Roman Law of the Late Republic*, Edinburgh 2016, pp. 100-122 (108-109), ובחיבורו של קיקרו, לקלואנטיוס 11.32.

79 דיגסטה, 47.11.4. כן ראו לעיל הערה 76 בנוגע לזכותו של גבר על הריונה של אשתו או גרושתו.

80 לתיארוך החלקים השונים בחיבורו ראו הונורה (לעיל, הערה 50), עמ' 172-176.

81 דיגסטה, 48.8.8.

מכן, קובע כי מי שמכיזן סמי הפלה ייענש בשליחה למכרות.<sup>82</sup> איסורים אלה אינם נובעים מהרצון להגן על העובר או מן התפיסה כי לעובר מעמד משפטי, ואף אינם מושפעים מן ההנחה כי בהריון העובר הוא חלק מגופה של אימו, ולא מוגבלים על ידי, אלא מונחים רק על ידי הרצון להגן על סמכותו של האב (*patria potestas*) על בנו.<sup>83</sup>

ההגנה על העובר בשם ההגנה על זכויות ההורשה של אביו עולה בכירור מקביעות נוספות הנוגעות למעמדו של העובר. בעיני המחוקק הרומי רגע ההתעברות הוא הקובע את מעמדו של העובר ולא רגע הלידה. לכן מעמדם המשפטי של הוריו בעת ההתעברות קובע את היחס אליו, את שיוכו המשפחתי ואת זכותו לירושה.<sup>84</sup> בדומה לזה, חייו של העובר מוגנים גם במקרה של מות אימו במהלך ההריון. באמצע המאה השנייה לספירה מצטט מרקלוס (Ulpianus Marcellus) את החוק המלכותי שקדם לו:

Negat lex regia mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur.<sup>85</sup>

= החוק המלכותי אוסר לקבור אישה שמתה בהריונה לפני שיוציאו את העובר ממנה, ומי שעושה ההיפך, נחשב למי ששילח את התקווה ל[תינוק] חי עם [קבורת] האישה ההרה.

אף שהמחוקק הרומי לא ראה בעובר ישות משפטית עצמאית, האפשרות שייולד היא שמחייבת את הוצאתו מרחם אימו המתה בניתוח. בעוד מרקלוס עוסק רק

82 דיגסטה, 48.19.38.5. ראו גם בליקוט המיוחס לו מסוף המאה השלישית, *Pauli sententiae*, 5.23.14.

83 לדיון בהפלות ובהתפתחות האיסור ראו W. J. Watts, 'Ovid, the Law and Roman Society and Abortion', *Acta Classica* 16 (1973), pp. 89–101; לחשד של גברים בנשים שהוביל להתפתחות איסור זה ראו E. Cantarella, 'Women and Patriarch in Roman Law', J. du Plessis, C. Ando and K. Tuori (eds.), *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford 2016, pp. 419–431 (428).

84 דיגסטה, 1.5.26. בשם יוליאנוס (110–170 לספירה לערך); דיגסטה, 1.5.11. בשם פאולוס. אולם השוו דיגסטה, 1.5.5.3. בשם מרקיאנוס ודיגסטה, 41.1.66. בשם ונוליוס, בנוגע לבעלות על צאצאיהן של שפחות.

85 דיגסטה, 11.8.2. לתיאור נוסף של ההליך שבו התינוק מוצא מן הרחם ראו דיגסטה, 28.2.12.

באפשרות שהעובר יחיה, אולפיאנוס מסביר חוק זה וקושר אותו לזכויות הירושה של העובר. בין השנים 214-217 כתב אולפיאנוס:<sup>86</sup>

Si qua praegnas decesserit et utero exsecto partus sit editus, in ea condicione est partus iste, ut matris suae accipere bonorum possessionem possit “unde proximi cognati”. Sed post senatus consultum orphitianum et “unde legitimi” petere poterit, quia mortis tempore in utero fuit.<sup>87</sup>  
 = אם אישה מתה בהריונה, והעובר הוצא מרחמה ויולד, במצב כזה העובר יכול לקבל את זכות הירושה מאימו (bonorum possessio)<sup>88</sup> בתור קרוב משפחה מדרגה שנייה. אבל לאחר צו אורפיטיאנוס, [הילוד] יכול לדרוש [את ירושת אימו] גם בתור יורש חוקי<sup>89</sup> משום שהיה ברחם אימו בזמן מותה.

צו אורפיטיאנוס (senatusconsultum orphitianum) משנת 178 מעניק קדימות לילדים בירושת אימם וממצב אותם בדומה לקרובי משפחה מדרגה ראשונה. זאת בניגוד לחוק הקודם, שעל פיו רק האב ומשפחתו הוגדרו כקרובי משפחה מדרגה הראשונה (agnatus), והאם ומשפחתה הוגדרו כדרגה שנייה (cognatus), ועל כן זכאות הילדים לירושה מאימם פחותה.<sup>90</sup> על פי צו זה, כשם שעובר זכאי לירושת אביו לכשייולד, כך הוא גם זכאי לירושת אימו.

86 לתיארוך 'על הצו' (*Ad edictum praetoris*) 46, שממנו לקוח קטע זה ראו הונורה (לעיל, הערה 50), עמ' 172-176.

87 דיגסטה, 38.8.1.9, ובדומה לזה בנוגע לעובר שהריונו הושלם ונולד בהליך דומה, דיגסטה, M. Meinhart, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in Ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Graz 1967, pp. 157-162

88 מונח זה מתייחס למערכת חוקים המקבילה לדיני הירושה בחוק האזרחי (Jus civile) ומאפשרת ערעור עליו. ראו דיגסטה, 37.1.3 וריינס של W. W. Buckland, *Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, London 1921, pp. 378-396; C. Baldus, 'Possession in Roman Law', P. J. du Plessis et al. (eds.), *The Oxford Handbook* (n. 83 above), pp. 537-552 at 544

89 למונח 'unde legitimi' ולמשמעותו בדיני ירושה ראו T. Ruffner, 'Intestate Succession in Roman Law', K. Reid, M. J. De Waal and R. Zommermann (eds.), *Intestate Succession*, Oxford 2015, pp. 2-32 at p. 16

90 דיגסטה, 38.17.1. לדיון ראו בקלנר (לעיל, הערה 88), עמ' 369-371; מיינהרט (לעיל, הערה 87), עמ' 69-89; גרדנר, 1986 (לעיל, הערה 77), עמ' 198-200; רופנר (לעיל, הערה 89), עמ' 20-21. למבנה המשפחה ראו את הסקירה של S. Dixon, 'Family', P. J. du Plessis et al. (eds.), *The Oxford Handbook* (n. 83 above), pp. 461-472

זכותו של האב בחיי בנו עולה בקנה אחד עם תפיסת הבעלות של האב על ילדיו ובני ביתו (ובכללם עבדים)<sup>91</sup> ועם סמכותו של האב (patria potestas) וזכותו להרוג את היילוד או לנטשו לאחר לידתו. אף שככל הנראה הדבר לא נהג בפועל,<sup>92</sup> טען המחוקק הרומי כי זכות האב בבנו כוללת גם את שלטון החיים והמוות (vitae necisque potestas), כלומר הזכות להרוג את צאצאיו גם לאחר לידתם. לאור זכות זו מסתברת גם זכותו של האב בחיי הוולד וזכותו לאסור את הפלתו: אם מותר להרוג בן חי, ומותר לנטוש למותו תינוק שזה עתה נולד,<sup>93</sup> אין סיבה לאסור את הריגתו של וולד, בין אם הוא חלק מגופה של אימו, בין אם לאו, בין אם יש בו חיות עצמאית, בין אם לאו.

אם נסכם אפוא את התפתחותן של העמדות היווניות והרומיות, נוכל לזהות שני תהליכים. ראשית, כפי שצינינו לעיל, יסודה של דחיית ההוצאה להורג של נידונה הרה בנוהג יווני או מצרי, המוכר בתחילה כנוהג באימפריה הרומית, ובראשית המאה השלישית הופך לחוק רומי. שנית, השיח המשפטי בנוגע להוצאתה להורג של נידונה הרה מקביל לשיח המשפטי בנוגע להפלות ולמעמדו של העובר. הקבלה

91 ראו למשל דיגסטה, 9.2.27.22, שם טוען אולפיאנוס כי אדם שגרם לשפחה להפלה מחויב לשפות את בעלי השפחה.

92 הטענה שעל פיה סמכות האב כללה את הזכות להרוג את הוולדות נדונה רבות במחקר ולמעשה נוגעת בהבדל בין כתיבה משפטית לכתיבה שאינה משפטית. לדיון ראו ר' ירון, 'השלטון על חיים ומוות', הנ"ל, מחקרים במשפט רומי, ירושלים תשכ"ח, עמ' 3-12 (התפרסם בשנית בקתריס 25 ותשע"ו, עמ' 182-191); W. J. Harris, 'The Roman Father's Power', *Studies in Roman Law in Memory of A. Arthour Schiller*, Leiden 1986, pp. 81-95; R. Westbrook, 'Vitae Necisque Potestas', *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte* 48 (1999), pp. 203-223; B. D. Shaw, 'Raising and Killing Children: Two Roman Myths', *Mnemosyne* 54 (2001), pp. 31-77 (56-77); S. Thompson, 'Was Ancient Rome a Dead Wives Society? What did the Roman Paterfamilias Get Away With?', *Journal of Family History* 31 (2006), pp. 3-27 (33-39); T. A. McGinn, 'The Marriage Legislation of Augustus: A Study in Reception', *Legal Roots* 2 (2013), pp. 7-43 (33-39); J. H. Gaughan, *Murder Was Not a Crime: Homicide and Power in the Roman Republic*, Austin 2010, שנסקה בתפקידה הפוליטי של עמימות משפטית זו, וכן R. P. Saller, 'Pater Familias, Mater Familias, and the Gendered Semantics of the Roman Household', *Classical Philology* 94 (1999), pp. 182-197, שעסק בתפקידו של המונה במחקר המודרני.

93 Y. Monnickendam, 'The Exposed Child: Transplanting Roman Law into Late Antique Jewish and Christian Legal Discourse', *American Journal of Legal History* 59 (2019), pp. 1-30

זו באה לידי ביטוי הן בעולם היווני, הן בעולם הרומי. בעולם היווני ראינו התאמה בין השיח היווני העוסק במעמדו של העובר, כחלק מגופה של אימו או כגוף מתפתח המקבל את זכויותיו בהדרגה, לבין הדיון בסיבות לדחיית ההוצאה להורג, המתמקדות בעובר ובהתדמותו לאדם, בין אם באופן מלא, בין חלקי. בעולם הרומי מצינו התאמה מלאה בין השינוי בפסיקה הנוגע לדחיית ההוצאה להורג לבין השינוי הנוגע לאיסור ההפלות. בשני המקרים הימנעות שאינה פורמלית, שנהגה עד למאה השנייה לספירה, הפכה לחוק בראשית המאה השלישית לספירה באמצעות צווי קיסרים. לאור הקשר זה אפשר להסביר את הדרישה לדחות את הוצאתה להורג של נידונה הרה בסיבה שהובילה לאיסור ההפלות. נראה כי בשני המקרים העיקרון המשפטי המנחה את האיסור נוגע בזכויותיו של אבי היילוד, ובעיקר בסמכותו (*patria potestas*), עיקרון מוביל בדיני המשפחה והירושה הרומיים,<sup>94</sup> ולא במידת אנושיותו של העובר, אף שהמחוקק הרומי עסק בשאלה זו ואף טען כי העובר הוא חלק מרחמה של אימו.

אם כן, נראה שלפנינו דוגמה לא רק להפיכת מנהג יווני או מצרי לחוק רומי, אלא גם דוגמה לשלל משפטי: הנהגה היווני או המצרי הפך לחוק רומי, אולם במעבר השתנו עקרונות היסוד שלו. הוא הולבש שמלה רומית והותאם לשיח הרומי, המתמקד בסמכותו של האב ובמעמדו של ילדיו, בדיני הירושה וההמשכיות, ולא במעמדו של העובר, במידת אנושיותו או במידת האשמה שאפשר ליחס לו.<sup>95</sup>

94 A. Arjava, 'Paternal Power in Late Antiquity', *The Journal of Roman Studies* 88 (1998), pp. 147–165; idem, *Women and Law in Late Antiquity*, Oxford 1996, pp. 48–52; A. M. Rabello, *Effetti personali della "Patria Potestas"*, Milano 1979; A. Watson, *The Law of R. P. Persons in the Later Roman Republic*, Oxford 1967, pp. 75–101; R. P. Saller, *Patriarch, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge 1994, pp. 102–132; P. Garnsey et al., *The Roman Empire: Economy, Society and Culture*, London and New York 2014, pp. 160–164; V. Vuolanto, 'Child and Parent in Roman Law', P. J. du Plessis et al (eds.), *The Oxford Handbook* (n. 83 above), pp. 487–497

95 המונח שתל משפטי (Legal Transplant) נידון פעמים רבות, בעיקר בעקבות עבודותיו של אלן ווטסון. ווטסון חזר על עיקרון זה במקומות אחרים. לדינו העיקרי ראו, A. Watson, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, Edinburgh and London 1974. W. Ewald, 'Comparative Jurisprudence של ווטסון ראו בפרט (II): The Logic of Legal Transplants', *The American Journal of Comparative Law* 43 (1995), pp. 489–510; P. Legrand, 'The Impossibility of Legal Transplants',

## סיכום

סקירת העמדה היוונית והעמדה הרומית והבהרת הדמיון וההבדל ביניהן מאירות את ההקשר שבו התפתחה העמדה התנאית והאמוראית המוקדמת. הן היוונים הן הרומים התנגדו להוצאתה להורג של אישה הרה. התנגדות זו מופיעה לראשונה בכתיבה היוונית ורק אחר כך נכנסת לחקיקה הרומית שמראשית המאה השלישית. ההבדל בין ההתייחסות היוונית להתייחסות הרומית אינו תלוי רק בתיארוך אלא גם בסיבה להתנגדות זו. בעוד השיח היווני העמיד את ההתנגדות להוצאה להורג של אישה הרה במעמדו של העובר לברו, המשפטנים הרומיים התמקדו בזכויות האב בצאצאיו ובסמכותו (*patria potestas*).

השוואה בין השיח היווני והרומי לכתיבה התנאית והאמוראית מראה כי התנאים אוזחים בעמדות דומות אלא של המחוקק הרומי בנוגע להבנת תהליך ההריון ומעמדו וחיותו של העובר. כמו הרומאים הם סוברים כי אין לעכב הוצאה להורג, וכמו הרומאים וחלק מהיוונים, ייתכן שהם סוברים כי 'עובר ירך אמו', אף שאינם מזכירים זאת במפורש. בניגוד לדמיון זה, את עמדתם בנוגע להפלות והוצאות להורג מציגים חכמים ארץ ישראלים ובבליים כפולמוס חזיתי עם העמדה הסובבת אותם, שאותה הם מייחסים למלכות או לבני נוח. בסוגיה הנקודתית שבה מצטלבים שני נושאים אלה – הוצאתה להורג של נידונה הרה – חכמים מציגים עמדה המנוגדת ניגוד חזיתי לעמדה הרומית ולנוהג היווני, וטוענים שאין לדחות את ההוצאה להורג במהלך כל חודשי ההריון, אלא אם האישה הגיעה לרגע הלידה וישבה על המשבר. בתיאור לא ריאלי זה, של נידונה למוות היושבת על המשבר, ובציירם חוק הפוך לחוק הרומי ולנוהג היווני, מעמידים חכמים את עמדתם העקרונית כפולמוס עם סביבתם, ומציבים את חשיבות ההוצאה להורג ואת מניעת עינוי הדין לפני פוטנציאל חייו של העובר, לפני שאלת אשמתו, ולפני זכויותיו של אביו.

הפסיקה התנאית מנוסחת כהיפוך מדויק הן לנוהג היווני הן לכתיבה הרומית שראשיתה בנוהג וסופה בחוק, ומתאימה בתקופתה לשניהם – המאה השנייה וראשית המאה השלישית לספירה, ולכן יכולה להיות מוסברת כתגובה לשניהם. לעומת זאת, התפתחות השיח הסובב פסיקה זו ופירוטו בראשית התקופה האמוראית,

*Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4 (1997), pp. 111–124  
 שהדגיש את החשיבות שבזיהוי השינוי שחל בחוק במעבר ממערכת משפטית אחת לאחרת.  
 D. Nelken and J. Feest, ראו *Adapting Legal Cultures*, Oxford 2001; B. Kviatsek, *Explaining Legal Transplants: Transplantation of EU Law into Central Eastern Europe*, PhD. Thesis, University of Groningen 2015, pp. 47–82

וההקשר שבו מציבים חכמים את הדיון הכללי בהוצאות להורג, קושרים את עמדתם לפולמוס עם האימפריה הרומית יותר מאשר עם הנוהג היווני. כאמור, הדיון בהוצאתה להורג של אישה הרה הוא חלק מן הדיון בהוצאות להורג בכלל, שאותן עיצבו חכמים כפולמוס עם האימפריה הרומית השלטת. נוסף על כך, כפי שראינו, הפסיקה הרומית אינה מבוססת על חיותו, זכאותו, או פוטנציאל חייו של העובר, ולא על העובדה שהוא עדיין חלק מגופה של אימו, אלא על סמכותו של האב, ה- *patria potestas*. בדומה למחוקק הרומי, חכמים מכירים בזכות האב בוולדותיו ואף מתייחסים לפגיעה בוולדות כפגיעת נזיקין בבעל. אולם בשונה מן המחוקק הרומי, זכות זו מוגבלת, ובכל מקרה לאב אין סמכות על חיי צאצאיו כפי שיש לאב הרומי. סמכותו אינה מגיעה לכדי *patria potestas* ואין לו גישה לוולד טרם לידתו, עודו ברחם אימו. למעשה, כפי שהראו משה הלברטל ואחרים, בסוגיות מסוימות נראה כי זכות האב בילדיו נדחית במכוון.<sup>96</sup> כיון שכך, נראה כי התנאים טוענים כי בהיעדר הזכות להתערב בהוצאה להורג, לאם ולעונשה קדימות על פני העובר. אם על האם לצאת אל מותה, הרי מוות זה יתנהל בהתאם להלכה התנאית המוכרת ולא יידחה משום סיבה שהיא.

חוקו של הטיעון התנאי והאמוראי המוקדם מתחוויר בהקשרו ההיסטורי. במאה השנייה ובראשית המאה השלישית התעצם הדיון בהפלות ובהוצאות להורג בכתיבה המשפטית ברחבי האימפריה הרומית המזרחית. הוא התעצם בדיון המשפטי הרומי, המגביל את ההפלות בגלל סמכות האב על צאצאיו ובגלל העדפת עוברו של האב על פני אימו המוצאת להורג; הוא התעצם בשיח היווני, החוזר לעסוק בשאלה האם העובר חלק מגופה של אימו ואף בשיח הנוצרי המתחיל לעסוק בחיותו של העובר;<sup>97</sup> והוא מתעצם בשיח ההלכתי, כפי שראינו בשכבה האמוראית המוקדמת במסכת ערכין. ר' יוחנן ושמואל טוענים, כל אחד בנפרד, כי יש להקדים ולהוציא נידונה הרה להורג, מבלי לתלות זאת בשאלה האם עוברת הוא חלק מגופה. שמואל אף מעמיד את טיעונו בהתאם לשיח המשפטי הרומי על הוצאות להורג ועוברים, בהדגישו את שאלת הניוול, העולה תדיר בשאלת עיצוב מיתות בית הדין של האימפריה הרומית, ובתארו את הניתוח הקיסרי הנעשה בגופת האם ההרה, המוכר היטב מן השיח המשפטי הרומי. בכך הוא מעצב את עמדתו כתגובת נגד לשיח

96 לדיון בהשפעת העיסוק הרומי בסמכות האב (*patria potestas*) על ההלכה בנוגע לשאלת אימוץ אסופים, ראו מאמרי, לעיל הערה 93 והפניות נוספות שם. לדוגמאות נוספות ראו הלברטל (לעיל, הערה 8), עמ' 42-68, בנוגע לזכותם של הורים להרוג את בנם; מ' ראבילו, 'על שלטון האב במשפט הרומי ובמשפט העברי', דיני ישראל ה' (תשל"ד), עמ' 153-185, בעמ' 113-149.

97 ראו מאמרי (לעיל, הערה 2), ובנסמן שם.

הרומי ומדגיש עוד יותר את עמדתו, שעל פיה הוצאתה המהירה להורג של האם חשובה מחייו של עובר, בין אם יש בו חיות עצמאית, בין אם לאו. בכל מקרה, מניעת עינוי הדין חשובה ממי שטרם נולד.

למעשה, הביטוי 'עובר ירך אמו' ומקבילו 'עובר לאו ירך אמו' כלל אינם מופיעים בספרות התנאית, ואף שייכתן שעמדות אלה עמדו בבסיס טיעונים תנאיים הנוגעים לעוברים, העובדה שעקרונות אלה אינם זוכים לשם ולביטוי עשויה להצביע על חשיבותם הפחותה בשיח ההלכתי המוקדם. ביטויים אלה מופיעים לראשונה בספרות האמוראית, ובסוגיה שלפנינו ראינו כי הדורות האמוראיים המאוחרים וכן הסבוראים מיתנו את העמדה התנאית והאמוראית המוקדמת הנוגעת להוצאה להורג באמצעות ההתמקדות במעמדו של העובר ובמידת חיותו. למרות זאת, נראה כי גם הסוגיה המאוחרת הפותחת את הדיון במשנת ערכין קוראת את הפולמוס עם החוק הרומי בדומה לקריאה שהוצגה כאן, ומעמידה את המחלוקת בהגבלת כוחו של האב על ולדותיו: 'ס"ד אמינ' הואיל וכת' כאשר ישית עליו בעל האשה ממונא דבעל הוא ולא נפסדיה ק'מ'ל" – כלומר, גם אם יש לבעל זכות נזיקית במקרה של פגיעה בוולדותיו, זכות זו אינה משפיעה על חייה של אשתו, ובכלל זה על עינוי הדין שלה ועל הוצאתה להורג.

בהוצאתה להורג של נידונה הרה מצטלכות אפוא שתי סוגיות מהותיות בהלכה ובחוק הרומי: דיני ההוצאה להורג ומעמדו של העובר ואביו. לכל אחת בנפרד מצינו עדויות לכך שחכמים מעצבים את עמדתם בתגובה לחברה הסובבת: דיני ההוצאה להורג עוצבו כתגובה למלכות, והיתר ההפלות הונגד לדינם של בני נוח. בנקודה שבה הם מצטלבים – הוצאתה להורג של נידונה הרה – ובזמן שבו השיח בנושא מתחזק – במאה השנייה ובראשית המאה השלישית – מעמידים חכמים את עמדתם כניגוד מדויק וכתמונת מראה לשיח המשפטי הרומי וקובעים כי אין לשנות את הדין הכללי בסוגיות אלה, ואין לרחות את הוצאתה להורג של נידונה הרה לכל אורך הריונה, עד רגע ישיבתה על המשבר. הפסיקה ההלכתית לא תשתנה בדורות הבאים, אולם השיח הסובב אותה ישתנה ויתמקד בעובר ובחייו, במקביל לשינויו בשיח הסובב.