

קביעת אבהות על ידי בדיקת סוגי דם [במערכת ABO]*

במשפט הישראלי ובמשפט העברי

ראשי פרקים:
מבוא
המשפט הישראלי
הכרת העמדה המדעית
המשקל הראייתי
הסמכות לצוות על בדיקה
המשפט העברי
כללי: סמכות משפטית
הכרת העמדה המדעית
המשקל הראייתי
כללי
דיני ממונות
דיני איסורין ונפשות
הסמכות לצוות על בדיקה
סיכום
הערות נוספות בעניין

מבוא

בדור האחרון חלה התפתחות משמעותית בתורת הדם וההימטולוגיה, והמחקר הולך ומתקדם. לדעת החוקרים, שימוש נכון בבדיקת סוג הדם מאפשר לקבוע במקרים רבים (ובאופן תיאורטי בצורה החלטית), שלילת אבהותו של אדם, כלומר, פלוני אינו אביו של אלמוני¹; אך טרם פותחה שיטה מדעית משביעת רצון לקביעה פוזיטיבית ודאית

* המהדורה הראשונה של מאמר זה פורסמה בשנתון המשפט העברי, כרך ה (ירושלים, תשל"ח), 219-242. מהדורה זו פורסמה באסיא, כרך לה (ירושלים, תשמ"ג), 185, עם שינויים והוספות משמעותיות רבות, הקשורות הן לתחום ההלכתי והן לתחום המדעי המתפתח. [הערות עריכה והערות המתייחסות לעמודים מחוץ למאמר זה - מתייחסות לגיליון זה של אסיא].
הן בית הדין הרבני (לעיל עמודים 159-171), והן בית המשפט העליון (בפס"ד ע"א 548/78, שרון ואח' נ' לוי, פ"ד ל"ה(1), 736) הסתמכו על מאמר זה בכמה מנקודותיו.
1 אין כאן המקום להרחיב את הדיבור ולדון בצד המדעי של בדיקת הדם. לדיונים על הנושא בתקופה האחרונה, עיין: Ching Ling Lee, "Current Status of Paternity", *Family Law Quarterly*, Vol. 9 (1975).

שפלוני הוא אביו של אלמוני על פי סוגי הדם במערכת ABO.² למרות זאת, שופטי הארצות האנגלו-סכסיות מהססים לקבל בדיקה זו, על כל משמעויותיה. כוונתם היא לפעול בזהירות כשמדובר באימוץ מבחנים ובדיקות חדשות, בתחום שעדיין מתפתח בקצב ובמהירות רבה.³

ברשימה זאת נבדוק את התייחסותם של המשפט הישראלי ושל המשפט העברי לסוגיית קביעת אבהות על ידי בדיקת דם. לשם בירור זה שומה עלינו לחקור שלוש שאלות:

- א. באיזו מידה מכירה המערכת המשפטית בעמדה המדעית שבדיקת הדם מהווה מכשיר מוסמך לקביעת אבהות?
- ב. אפילו אם המערכת המשפטית מכירה בעמדת המדע, באיזו מידה מוכנה המערכת המשפטית לתת לבדיקת דם משקל משפטי כראיה?
- ג. האם מוסמך בית המשפט לצוות על עריכת בדיקת דם בניגוד לרצון הצדדים? נעיין בשלוש בעיות אלה תחילה במשפט הישראלי ולאחר מכן במשפט העברי.

המשפט הישראלי

הכרת העמדה המדעית

בע"א 313/68 נטענה הטענה "כי החוק הגנטי שעליו מסתמכים המומחים אינו כלל מדעי מוחלט, אלא מייצג רק את המצב הנוכחי של האמנות או האומנות". בא כוח

p. 615; Larry D. Krause, "Scientific Evidence and the Ascertainment of Paternity", *Family Law Quarterly*, Vol. 5, (1971) p. 252; ראה גם עבודת הגמר של אורה מרכוס, קביעת אבהות והשלכותיה המשפטיות (הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים).

2 ראה: מרכוס, שם, פרק ב, במיוחד עמ' 29 ואילך. וראה להלן סמוך להערות 8-9. לאחרונה פותחה שיטה המבוססת על בדיקת הכדוריות הלבנות של הדם ומערכת תיאום הרקמות (Human Leukocyte Antigen System) מבחני ה-HLA מספקים כלי מדויק הן לשלילת והן לקביעת אבהות בסיכוי הסתברות ממוצע סטטיסטי של 90%. [ראה הסבר ורקע מדעי מול השאלות ההלכתיות - לעיל עמ' 149-162 - העורך]. ראה על כך באריכות:

עדנה קפלן, חיים בראוטבר ודוד נלקן, 'אבהות כשאלת מדעי הדם', עיוני משפט, ז (1979), עמ' 46-74. והמקורות המצוינים שם. אין אנו דנים במאמר זה על מעמדה המשפטי וההלכתי של בדיקה חדשה זו. אולם ראה: ע"א 548/78, שרון ואח' נ' לוי, פ"ד לה(1), 736. אין לנו עדיין כל הכרעה הלכתית בנושא. [ראה הכרעת אב"ד ביה"ד הרבני באשדוד, בפסק דינו של הרב דייכובסקי לעיל עמ' 172-178 - העורך]

3 McCormick, *On Evidence* (St. Paul, West Publishing Co. 2nd ed. By E.W. Clearly, 1972), ch. 20, sec.

211 p. 522 [וראה לעיל עמ' 162 הערה 33 ומה שנכתב לפניו בגוף המאמר. - העורך]

4 ע"א 313/68, פלוני, קטין באמצעות אמו נ' פלוני, פ"ד כב(2), 1020, 1025.

המערער ביקש, אפוא, כי בית המשפט לא יכיר כלל בעמדה המדעית כי בדיקת דם היא כלי עוז מוסמך לקביעת אבהות, ולא ייחס משקל לבדיקת הדם אשר הוציאה את הנתבע מכלל האפשרות שהוא אב הילד.

בית המשפט העליון, מפי מ"מ הנשיא זילברג, דחה את הטענה באומרו: "עינינו הרואות, כי תורת נדשטיינר וסיעתו אינה תורה שאבד עליה כלח, אלא אדרבא תורה מאד חיה ומתפשטת, שאין לנו כל יסוד לפקפק בכושר עמידתה לאורך ימים". ובכך סמך בית המשפט העליון את ידיו על העמדה המדעית בכל הקשור לקביעת אבהות על ידי בדיקת דם.

אליבא דאמת, עמדה זאת כבר התקבלה על ידי בית המשפט העליון כשמונה שנים קודם לכן.⁵ המשיב נתבקש על ידי המערערות להבדק "בדיקות גופניות שונות" כדי להוכיח את אבהותו והוא סירב לעשות כן. לשם הבהרת בקשת המערערות, מסביר השופט ח' כהן: "המדובר הוא בבדיקות דם, והכל מודים כי בדיקות אלו יכולות להוכיח על דרך השלילה, כי המשיב אינו אבי הילד, אך אין בהן כדי להוכיח לעולם, על דרך החיוב, כי המשיב הוא אביו".⁶

בדברי הסבר אלה מטעם בית המשפט אנו רואים שכבר אז קיבל השופט כהן כמובן מאליו "הכל מודים" שניתן להסתמך על בדיקות דם, לפחות לשם קביעה שלילית. ברור הוא, אומנם, שהכל בהתאם לזמן ובהתאם לנסיבות.

המשקל הראייתי

אף שבית המשפט מוכן לקבל את העמדה המדעית, אין בכך כדי להבטיח שהוא גם ייתן לתוצאות של בדיקת הדם משקל משפטי כראיה. ולכן, בע"א 313/68 האמור, הבהיר השופט זילברג את דעת בית המשפט העליון גם בשאלה זאת. בית המשפט הכריע שלאור העובדה שתורה מדעית זו נתפרסמה ברחבי תבל כתורת אמת, היא מהווה, אפוא, חלק של "ידיעת בית המשפט" ואין בית המשפט רשאי לדחותה מפני עדויות אחרות.⁷

כאמור לעיל, השאלה הנידונה בפני בית המשפט הייתה של קביעה שלילית, דהיינו: בדיקת הדם הראתה שהנתבע אינו האב. בנסיבות אלה הושפע בית המשפט על

5 ע"א 407/60 פלוגית נ' אלמוני, פ"ד טו, 212.

6 שם בעמ' 215.

7 ע"א 313/68, שם (הערה 4 לעיל), בעמ' 1026. וראה גם: McCormick, *op. cit.* (supra n. 3) pp. 521-222.

ע"א 70/78, פלוגי נ' פלוגית ואח'.

ידי הדרגה הגבוהה של ודאות שיש בבדיקה כדי להוציא אדם מכלל אבהות. סביר להניח שלו דרגת הוודאות הייתה כה גבוהה כשמדובר על קביעה חיובית של אבהות, דהיינו, שהנתבע כן אבי הילד, אזי היה בית המשפט מוכן, ללא פקפוק, לקבל גם קביעה חיובית כראיה מכריעה.⁸ ואולם מבחינה עובדתית אין הדבר כן. לפי המצב המדעי כפי שהוא היום, חוץ מבמקרים חריגים, אין בבדיקות דם לקבוע בוודאות כי ילד זה שייך לאב זה (אף כי ניתן לחשב את אחוזי ההסתברות לכך).⁹ כתוצאה מכך הורה בית המשפט במספר פסקי דין שאין בדיקת דם יכולה לשמש כהוכחה חיובית לאבהות.¹⁰ חשוב לציין כי גם כשמדובר בקביעה שלילית אין הכוונה לדרגת ודאות ונאמנות של מאה אחוז שהנתבע אינו אביו של הילד. תוצאה מעל 99% נחשבת על ידי רופאים כמשמעותית.¹¹

רוב פסקי הדין שפורסמו בנושא זה דנו בבעיה של קביעת אבהות במסגרת של תביעה למזונות. ברם, אין לנו ספק כי המסקנות שעלו מדיונים אלו חלות במידה זהה לשאר תחומי המשפט האזרחי, כגון: דיני ירושה (אף כי ייתכן ושם תדרש כמות הוכחות רבה יותר, בשל העדר האב-המוריש¹²).

8 ראה - ת.א. 834/65 המובא בתיק אישות חי' 532/66 א' ג' ב, פס"מ עח, 216, 218.

9 See: Krause, *op. cit.* (supra n. 1), p. 260; Lee, *op. cit.* (supra n. 1), pp. 360-633

10 ת"א 151/46. ירושלים, רבקה בת ראובן שמעון נ' נסים ניסן, פס"מ ד, 377, 380, מפי השופט ויתקון; ע"א 407/60, פלוגית נ' אלמוני, פ"ד טו, 212; ע"א 215/72 פלוני נ' אלמוני, קטין ואח', פ"ד כז(1), 792, 794. לביקורת על גישה זאת ראה: McCormick, *op. cit.*, pp. 630-631; Krause, *op. cit.* pp. 260-262; Lee, *op. cit.*, pp. 522-523 *cit.*, (supra n. 3) p. 522-523.

11 כותב ד"ר צ'ינג לינג לי בשנת 1975 (Lee, *op. cit.*, p. 265);

The more tests that are made the more genetic variations are found in many systems; it can be expected that eventually even more will be found. Although some of these variants are rare, they should be taken into consideration before a conclusion is reached. Some variants can be verified by additional testing, others by studying the family members. In view of these new findings, an exclusion from paternity can no longer be considered 100% certain. This is not unexpected since practically all existing rules have exceptions, especially in biology. That is why statistics are often used. Any chance above 95% is considered to be significant. A similar philosophy may have to be applied in paternity exclusion cases, in which the change is usually above 99%. Thus, an appropriate report should read: According to the current knowledge and our tests results Mr. X is excluded from paternity of x.

והשווה: דברי השופט זילברג בע"א 313/68, שם, (הערה 4 לעיל).

12 ע"א 306/56 א.ב. נ' ג.ד. ואח', פ"ד יא(1), 314, 316 ואילך; ע"א 313/68, שם (הערה 4 לעיל), 1026.

שאלה מעניינת מתעוררת בקשר לקביעת אבהות במשפט פלילי, כגון בעברה של הגורם במזיד למות הורה¹³. האם בית המשפט יסמוך על בדיקת דם כדי לקבוע אם ההרוג באמת היה או לא היה אביו של ההורג? עדיין אין לנו בארץ פסיקה בשאלה זאת. אמנם, כנראה, אם בתי המשפט מוכנים בתחום האזרחי להטיל ספק בתביעתו של תובע עקב תוצאה שלילית מבדיקת הדם, כל שכן ינהגו כך בתחום הפלילי, כאשר על התביעה להוכיח את האשמה מעל לכל ספק סביר, ויזכו את הנאשם מעברת רצח. אולם מה הדין אם תוצאה של בדיקת הדם מראה שיש סיכוי סביר שהמנוח היה אכן אביו של הנאשם? אם ניישם גם כאן את ההלכה החלה בתחום האזרחי, אז נצטרך להסיק שאי אפשר להוכיח יסוד זה של העברה, כלומר האבהות, על ידי בדיקת דם, ואפילו כראיה נסיבתית. תוצאה זאת תהיה קצת מוזרה לאור העובדה שכדי להוכיח את זהותו של נאשם ולקשרו למעשה העברה, בדיקת דם, ואפילו תוצאה חיובית, היא קבילה בידי עונשין כראיה נסיבתית¹⁴. אם נקבל את תוצאת בדיקת הדם כראיה לזהותו של ההורג, מדוע לא נקבלה כראיה לזהותו של ההרוג?

הסמכות לצוות על בדיקה

לפי המשפט המקובל אין לבית המשפט הסמכות להורות לאדם מבוגר לעבור בדיקת דם. הוראה כזאת נחשבת לפגיעה בחרות הפרט¹⁵. ואולם, לאור האינטרס הציבורי החשוב העומד מול פגיעה קלה זאת, הוכנסו באנגליה שינויים סטטוטוריים המתירים לשופטים לצוות על בדיקת דם, ובמקרה של סירוב רשאי בית המשפט להסיק מסקנות מתאימות¹⁶.

גם בארצות הברית אומצה במספר רב של מדינות הגישה שיש לבית המשפט הסמכות לצוות על בדיקת דם. יש מהמדינות שחקקו חוקים מפורשים בהתאם, ויש מדינות שרואים סמכות זאת כסמכות טבועה של בית משפט^{17 18}.

13 סעיף 214(א) לפקודת החוק הפלילי, 1936; סעיף 300(א)(1) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977, ס"ח 864, תשל"ז, עמ' 266, בעמ' 271.

14 McCormick *op. cit.* p. 517; א' הרנון דיני ראיות (האוניברסיטה העברית, ירושלים, 1977), חלק שני, סעיף 31.4, עמ' 327, והערה 53, שם.

15 ראה: Cross, *On Evidence* (Butterworths, 4th ed., London, 1974) p. 64; הרנון, שם, עמ' 328. אולם אין מניעה לצוות על בדיקת דם אצל ילד, שם.

16 Cross, *op. cit.* p. 47. ניתוח החקיקה האנגלית החדשה משנת 1969 והפסיקה הענפה שבאה בעקבותיה מובאים אצל מרכוס, שם (הערה 1 לעיל), עמ' 29-36.

17 McCormick, *op. cit.*, (supra n. 3) p. 520; ע"א 407/60. שם (הערה 5 לעיל). בעמ' 215-216. וראה במפורט: מרכוס, שם, עמ' 36-41. באשר לחוקיותה של בדיקת HLA עיין: Matter of Carol A.E.C (Arnold

בארץ עמדת המשפט המקובל עומדת בעינה. בשורה של פסקי דין אושרה ההלכה שאין לבית המשפט במדינת ישראל הסמכות לצוות על בדיקת דם¹⁹. לאור מצב חוקי זה, רואים בתי המשפט סירוב להבדק, כחוסר התנדבות בלבד, דבר שאין בו כדי ללמד על חשש המסרב מתוצאות הבדיקה²⁰.

בראשית שנת 1961 פנה בית המשפט העליון בקריאה למחוקק לתת את דעתו ולבו למכלול השאלות הכרוכות בהוכחת האבהות, ולהסמיק את בתי המשפט להעמיד את בעלי הדין בכל אותן בדיקות רפואיות ומעבדתיות שייראו נחוצות או מועילות לגילוי האמת, וכן להכשיר סירוב להבדק כראיית סיוע²¹. בית המשפט העליון חזר על קריאה זו פעם שנית בשנת 1980²². על אף פניותיו של בית המשפט העליון עדיין לא חל כל שינוי בתחום זה.

המשפט העברי

כללי: סמכות משפטית

הלכה משפטית פסוקה היא²³ שענייני אבהות אינם כלולים בין ענייני המעמד האישי²⁴ שיש לדונם לפי הדין הדתי²⁵ או בפני בית הדין הרבני²⁶.

J.P.) New York Law Journal, April 13, 1982, at 11, col. 5 (New York County, Family Court, Judge Eastman)

- 18 על עמדת שיטות משפטיות נוספות באירופה, סקנדינביה ובגוש המזרחי, ראה: מרכוס, שם, עמ' 41-42.
- 19 ע"א 407/60, שם (הערה 5 לעיל), בעמ' 217; ת.א. חי' 532/66, שם (הערה 8 לעיל), בעמ' 217-218; ת"מ חי' 223/72, אפללו נ' אסיאס, פס"מ תשל"ד(1), 389, 393; המ' ב"ש 217/74, אסרף נ' בכר, פס"מ תשל"ה(1), 202, 205, ע"א 548/78, שם (הערה 2 לעיל), בעמ' 755-756. וראה גם: מרכוס, שם, עמ' 42-47.
- 20 ע"א 407/60, שם; ע"א 620/74, מור נ' פלונית, פ"ד ל(1), 218, 223; ת.א. חי' 532/66, שם; ת"מ חי' 223/72, שם; המ' ב"ש 217/74, שם; הרנון, שם (הערה 13 לעיל), בעמ' 328; ב' שרשבסקי, דיני משפחה (הוצאת ראובן מס, מהדורה שניה, ירושלים, תשכ"ז), עמ' 393, הערה 22. נימוק נוסף להלכה זו, אשר ניתן על ידי השופט ח' כהן בע"א 407/60, שם, נובע מקל וחומר: "אם מתוצאות הבדיקה אין לדלות ראיה נגדו, מסירובו לא כל שכן". ברור שנימוק זה תלוי במצב המדעי העובדתי, ראה: ת.א. 834/65 שם (הערה 8 לעיל); ע"א 548/78, שם, בעמ' 756-757. [אך ראה ע.א. 548/78 שם (הערה 2) שם נקבע כי בית המשפט רשאי להסיק מסקנות מסירוב להבדק ולעבור מבחני HLA הבודקים את מערכת תיאום הרקמות המרכזית (MHC). וראה להלן עמ' 209.]
- 21 ע"א 407/60, שם, בעמ' 217. מול אות ו; ראה גם דברי השופט י' כהן בת.א. 834/65 המצוטט בת.א. 532/66, שם.
- 22 ע"א 548/78, שם (הערה 2 לעיל), בעמ' 758.
- 23 בג"ץ 283/72, בוארון נ' בית הדין הרבני האזורי, תל אביב יפו וקרשניקר, פ"ד כ(2), 727; ע"א 620/74, שם (הערה 20 לעיל), בעמ' 220. אולם ראה ביקורתם של ד"ר שרשבסקי, שם (הערה 20 לעיל), בעמ' 343, הערה 1; ד"ר פ' שיפמן, 'שיפוט ומשפט בענייני אבהות', משפטים, כרך ד (תשל"ג), עמ' 664.

כמו כן הלכה רווחת היא כי גם בבוא בית משפט אזרחי להחיל את הדין הדתי, מחיל הוא רק את הדין הסובסטיביבי; בעוד שבעניינים פרוציסואליים, כגון: סדרי דין ודיני ראיות, מחיל הוא את הוראות הדין החילוני הכללי²⁷.

ואולם כששאלת האבהות כרוכה בתביעה לגירושין יש סמכות לבית הדין הרבני לדון בקביעת האבהות²⁸. הוא הדין כאשר שאלת האבהות עולה באופן אינצידנטלי לעניין שבסמכותו של בית הדין הרבני²⁹. במקרים אלה ברור ומובן שבית הדין ידון לפי המשפט העברי³⁰ כי "הדין הולך אחר הדין"³¹.

נוסף על כך, לאחרונה הובעה הדעה³² שייתכן כי ההלכה שענייני האבהות אינם כלולים בין ענייני המעמד האישי, קיימת רק כאשר מתבקשת הכרה באבהות של ילד שנולד מחוץ לנשואין; ברם, השאלה אם ילד שילדה אישה נשואה הוא ילדו של בעלה היא עניין של "לגיטימציה" ומשום כך היא כלולה בקטלוג של ענייני המעמד האישי לפי סימן 51 לדבר המלך במועצתו על ארץ ישראל, 1922, הניתנים לסמכותו של בית הדין הרבני בהסכמת הצדדים³³ ³⁴.

- 24 סימן 51 של דבר המלך במועצתו על ארץ ישראל, 1922.
- 25 ע"א 26/51, קוטיק נ' וולפסון, פ"ד ה, 1341, 1345.
- 26 אפילו בהסכמת הצדדים, לפי סעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין תשי"ג 1953, ס"ח 134, תשי"ג, עמ' 165.
- 27 ע"א 26/51 שם, (הערה 25 לעיל) בעמ' 1344 ואילך; ע"א 164/60, פלונית נ' אלמוני, פ"ד טו, 347, 349. הדבר אושר בהזדמנויות רבות נוספות. עיין: מ' שאוה, הדין האישי בישראל (מסדה, רמת גן, 1976), עמ' 134-135, ובהערות. שם, בעיקר הערה 45. ועיין עוד: מנחם אלון, חקיקה דתית (הוצאת הקיבוץ הדתי, תל אביב, תשכ"ח), עמ' 76-77, 79-85. וראה בעניין זה בקורתם של פרופ' י. אנגלרד, 'מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי', חלק שלישי, משפטים, כרך ו (תשל"ה), עמ' 5; א"ח שאקי, 'צמצום היקף חלותו של הדין הדתי בבתי משפט אזרחיים', גוילין, כרך כא-כב, עמ' 38; שאוה, שם, עמ' 134-140.
- 28 ע"א 620/61, עובדיה ויחזקאל נ' יחזקאל, פ"ד טז, 1177, 1181-1182.
- 29 ע"א 421/52, עטיה נ' ברדה ואח', פ"ד ט, 1205, 1209-1210; בג"ץ 168/56, תרל"פ נ' הרב רביץ ואח', פ"ד יא, 75. בעניין זה עיין בג"ץ 283/74, שם (הערה 23 לעיל), בעמ' 731, ובדברים הנכונים של ד"ר שיפמן, שם, (הערה 23 לעיל) בעמ' 668 ובהערה 27.
- 30 בג"ץ 71/50, עטיה נ' יר"ר ההוצל"פ, פ"ד ה, 202, 206; ע"א 238/53, כהן ובוסליק נ' היועה"מ, פ"ד ח, 4, 36; בג"ץ 143/62, פונק שלזינגר נ' שר הפנים פ"ד יז, 225, 250.
- 31 בג"ץ 143/62, שם; בג"ץ 450/70, רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1), 129, 134. וכן ראה: בג"ץ 171/68. חאנזליס נ' בית הדין של הכנסיה היוונית אורתודוכסית, פ"ד כג(1), 260, 278. ועיין עוד: משה זילברג, המעמד האישי בישראל (הוצאת מפעל השכפול, מהדורה רביעית, ירושלים, תשכ"ה), עמ' 6, 363.
- 32 ת.מז. חי' 9/73 אלסטר נ' אלסטר, פס"מ תשל"ד(3), 90, 92.
- 33 ראה והשווה: הערה 26 לעיל.
- 34 כמו כן יש לדון בשאלה על פי הדין הדתי, ראה לעיל הערה 25, אולם לא לפי דיני הראיות של הדין הדתי, ראה לעיל הערה 27. גם נפסק בת.מז. חי' 9/73. שם (הערה 31 לעיל): "...כי כאשר מתעוררת שאלת

לאחר דברים אלה על הסמכות נעיין בעמדתו של המשפט העברי בסוגייתנו: קביעת אבהות על ידי בדיקת דם.

הכרת העמדה המדעית

התלמוד בבלי במסכת נידה אומר:

תנו רבנן: שלשה שותפין יש באדם - הקב"ה ואביו ואמו. אביו מוריע הלובן שממנו עצמות וגידים וצפרנים ומוח שבראשו ולובן שבעין. אמו מזרעת אדם שממנו עור ובשר ודם³⁵ ושערות ושחור שבעין והקב"ה נותן בו רוח ונשמה וקלסתר פנים וראיית העין ושמיעת האוזן ודבור פה והלך רגלים בינה והשכל³⁶.

מברייתא זו אנו רואים שחכמינו ז"ל היו בדעה שדם הילד נובע רק מאמו. קביעה זאת עומדת בסתירה מוחלטת לקביעת המדע המודרני לפיה בא הדם משני ההורים - גם מהאב וגם מהאם - דבר המאפשר לנו להכריע אבהות על פי בדיקת דם. אם קביעת חז"ל היא הנכונה (בניגוד לדעתו של המדע בימינו), אין כל אפשרות לקבוע אבהות, בין באופן חיובי ובין באופן שלילי, על ידי בדיקת דם.

תפיסה זו של חז"ל, שדמו של ילד בא מאמו, מקורה בתחום האגדה³⁷. ברם כבר בדורות הראשונים אנו מוצאים אחד מגדולי חכמי אשכנז, הרב אלכסנדר זוסלין הכהן, בעל ספר האגודה המסתמך על הברייתא הנ"ל לעניין שבהלכה³⁸. על סמך ברייתא זאת פוסק ספר האגודה:

אבהות בתביעת מזונות שילדה יהודיה מגישה נגד איש יהודי בטענה שהוא אביה, יש להכריע בשאלה אינצידינטלית זו לפי הדין העברי, אף אם אין רואים בעניין האבהות עניין של המעמד האישי במובן של סימן 51".

35 [*] כן היא הגירסא בכתב יד מינכן; ובירושלמי, כלאים, ח, ג; ובשאלתות דרב אחאי גאון, פרשת יתרו, שאילתא נו; וכן הייתה הגירסא בבבלי לפני רבנו הלל. פירושו לספרא, פרשת קדושים, פרשתא א, אות ע; וכן הוא בדעת זקנים מבעלי התוספות, במדבר, יב, יד; ובשינוי קל במדרש קהלת רבתי, ה, יג; וכן היה בפני בעל ספר האגודה, שבת, פרק רבי אליעזר דמילה, סימן קסד; ועיין: הגהות הגר"א, נידה, לא, א; ביאור הגר"א, שו"ע, י"ד, רסג, ב, ס"ק ד; ביאור הגר"א, דברי הימים א, יא, א; ב"ח, י"ד, שם. וכן ראה: תוספות, בבא קמא, כה, א, ד"ה "ק"ו לשכינה"; תוספות, בבא בתרא, קיא, א, ד"ה "וק"ו לשכינה"; תוספות, זבחים, סט, ב, ד"ה "ק"ו לשכינה".

36 בבלי, נידה, לא, א.

37 שימוש זה של הביטוי "אגדה" מבוסס על המבוא לתלמוד לרבי שמואל הנגיד. האומר: "והגדה הוא כל פי שיבא בתלמוד על שום עניין שלא יהיה מצווה זו היא הגדה..." ועיי"ש. בעניין מבוא התלמוד עיין בספרו של פרופ' מנחם אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (הוצאת מאגנס, מהדורה שנייה, ירושלים, תשל"ח), חלק ג, עמ' 1288-1289.

38 על זיק הגומלין בין ההלכה לאגדה עיין: אלון, שם, חלק א, עמ' 144-146 ובהערות, שם.

נשאלתי על איש שמתו לו שני בנים מחמת מילה ומתה אשתו ונשא אחרת וילדה. ואמרתי למולו... דמן האשה נולד הדם וכן עשה ומל וחיה.³⁹

ההלכה קובעת שבמקרה שמתו שני בנים מאישה אחת מחמת מילה אין למול את הבן השלישי עד שיגדל. ביחס לדין זה אין זה משנה אם הבן השלישי הוא מאותו בעל או מבעל אחר.⁴⁰ אולם אומר הרב אלכסנדר זוסלין הכהן, אם שני בנים מאיש אחד מתו מחמת מילה, כיוון שהדם בא מהאם, אם הבן השלישי הינו מאישה אחרת - יש למולו. בעקבות פסק זה של בעל ספר האגודה הולך הרמ"א להלכה⁴¹ (אבל לא למעשה)⁴², והב"ח אף למעשה⁴³.

איך מתייחסת ההלכה למקרים שבהם יש סתירה בין קביעות חז"ל ובין קביעות המדע? שאלה זו ראויה לרשימה מיוחדת, ואולם בלי להכנס לפרטי הדברים קיימות שתי אסכולות. האסכולה האחת, שבראשה עומד הרמב"ם⁴⁴, סוברת שבמקרה כזה אין אנו כבולים ומחויבים לקבל את ההכרעות המדעיות של חז"ל. גדולתם של רבותינו ומעלת תכונתם, אומרים הדוגלים בגישה זאת, היא בתחום ההלכה; ואולם בתחום המדע חז"ל "לא דברו בכך משום שיש להם מסורת באותם הדברים מן הנביאים, אלא מצד שהם ידעני אותם הדורות באותם המקצועות, או שמעום מידעני אותם הדורות", ואילו "...המדעים באותו הזמן היו חסרים"⁴⁵. העולה מדעה זו הוא כי מותר לנו לקבוע

39 ראה האיזכור המלא בהערה 36 לעיל.

40 בבלי, יבמות, סד, ב; רמב"ם, מילה, א, יח; שו"ע, י"ד, רסג, ב.

41 רמ"א על שו"ע שם, [וראה לעיל עמ' 20, 21 הערות 9, 10. - העורך].

42 כי יש מי שחולק. עיין בית יוסף, י"ד, רסג בשם רבנו מנוח, ובשו"ע, וספק נפשות להקל. הסבר דעתו של בעל הדעה החולקת מובא בבית שמואל, אה"ע, ט, ס"ק ז; שו"ת חתם סופר, אה"ע, ח"א, קלו; תיקים שט"ז/1755, שט"ז/1198 ב/56, בית הדין הרבני בחיפה, פד"ר, כרך ב, עמ' 119, בעמ' 124; דבר יהושע (תל אביב, תשל"ו), ח"ג, אה"ע, ה, ס"ק ב-ד, עמ' רכ-רכא, מאת הרב יהושע מנחם אהרנברג; והשווה עם הבנת הר' אפרים פישל וינברגר בספרו יד אפרים (תל אביב, הועד הציבורי להוצאת כתבי הרב וינברגר ז"ל, תשל"ו), סימן ז, סעיף ד, עמ' צא. וגם עם הר' שלמה זיון, לאור ההלכה (מוסד הרב קוק, ירושלים, תש"ו), "התורשה", עמ' קמח; והר' משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה, י"ד, ח"א, קנד.

43 ב"ח, י"ד, שם; שו"ת הב"ח החדשות, סוף נ. ועיין ערוך השולחן, י"ד, שם, סעיף ח.

44 מורה נבוכים (תרגום ר' יוסף קאפח, מוסד הרב קוק, ירושלים, תשל"ב), ח"ג, פרק יד, עמ' שד-שה, ועיין שו"ת התשב"ץ, ח"א, סימנים קסג-קסה.

45 רמב"ם, מורה נבוכים, שם. ראה גם דברי הרב שרירא גאון, אוצר הגאונים, גיטין, חלק התשובות. עמ' 152; רבי אברהם בן הרמב"ם, כפאיה אלעאבדי (המספיק לעובדי ה') שחברו בערבית והודפס בתרגום עברי כהקדמה לספר עין יעקב של ר' יעקב בר שלמה אבן חביב (ווילנא, דפוס ראם, 1891), עמ' XV-XIV; ר' משה חיים לוצטו, מאמר על אגדות חז"ל, הודפס גם הוא כהקדמה לספר עין יעקב, שם, עמ' XIX-XVII; ור' יוסף שלמה, רופא דילמדיגו יכנה ר' יש"ר מקנדיאה, ספר מצרף לחכמה, מהדורת בזל, עמ' כ"ט;

הלכות חדשות המתחדשות בימינו על יסוד ממצאי חכמי הטבע והמדענים של ימינו, למרות שזה בניגוד להבנת הטבע של חז"ל.

האסכולה השנייה אומרת שעלינו תמיד להחזיק בדברי חז"ל כי "סוד ה' ליראיו", ואין להאמין לדברי המדע, כאשר נוגדת עמדת המדענים את קביעות חז"ל⁴⁶.
לאור הדיון הכללי הנ"ל כיצד עלינו לגשת לסוגיה הספציפית שלנו?
הראשון שדן בשאלתנו היה הראשון לציון הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל אשר כתב:

...אין סומכין על בדיקה מדעית של דם הילד בדמיונו לזה של האב. שכן קבלה מרוזל שלשה שותפין באדם הקב"ה ואביו ואמו, אביו מוריע הלובן וכי אמו מורעת אדם וכי והקב"ה נותן בו רוח ונשמה. וכל בדיקה מדעית מתבטלת נגד קבלתם הנאמנה של רז"ל שכל דבריהם נאמרו ברוח הקודש, ברוך שבחר בהם ובמשנתם.⁴⁷

אברהם קורמן, אבולוציה ויהדות (יד החמישה, תל אביב, תש"ל) עמ' 47-72; Rabbi Isaac Herzog, *Judaism: Law and Ethics* (Soncino Press, London, 1974), pp. 152, 166

בקשר להשלכות של גישה זו על הלכות שנפסקו בהתאם לתפיסה המדעית "המוטעית" של חז"ל ראה: שר"ת הרשב"א ח"ג, ריד, מובאת גם בבית יוסף, י"ד, קלד (בסופו); שר"ת הריב"ש, תמו; שר"ת הריב"ש החדשות, ו; ר' יצחק לאמפרונטי, פחד יצחק, ערך "צידה"; ר' אהרן מרקוס, קסת הסופר (תל אביב, תשל"א) מהדורה שנייה, כרך א', בראשית, א, כא, עמ' 60-61; קורמן, שם, עמ' 73-81; חזון איש, הלכות טריפות, ה, ס"ק ג; הלכות אישות, כז, ס"ק ג. המעיין בדברי החזו"א יראה שיש מקום לחלק בין הלכה הנקבעת בתלמוד על פי הידע המדעי שהיה בידי חז"ל, ובין הלכה הנקבעת לאחר מכן על ידי הפוסקים על יסוד קביעה מדעית של חז"ל.

אשר להלכה למשה מסיני ראה: רמב"ם, שחיטה, י, יב, יג; רדב"ז על הרמב"ם, שם; שר"ת הרשב"א ח"א, קג; שר"ת מהר"ם שיק, י"ד, רמד; שר"ת אגרות משה, אה"ע, ח"ב, ג, ענף ב. ועיין גם בהקדמה לספרו של מוז"ל הרב משה זאב כהן, ספר תפארת משה (דפוס האחים טברסקי, ניו יורק, 1953) עמ' 6. כמו כן ראה תורה לישראל: ממשנתו של ר' חיים צימרמן שליט"א, עורך, מרדכי אלכסנדר (הוצאת מכון תבונה, ירושלים, תשל"ח), חלק ראשון, 'פתח דבר', עמ' 11-12.

46 שר"ת הריב"ש, תמ"ז; ר' יהודה אליעזר בריל, המובא בפחד יצחק, שם; ר' פנחס אליהו, ספר הברית (דפוס ר' יצחק גולדמן, ורשה, תרל"ו), ח"א, מאמר יד, פרק ח, עמ' 132-133; ר' יוסף ראזין, מפענח צפונות (מכון צפנת פענח, ניו יורק, תש"ך), פרק ז, סימן ב, עמ' קעא-קעב; שר"ת דעת כהן, פד, קמ, קמב; ר' מנחם כשר, תורה שלמה (ניו יורק, תש"ט), מהדורה שלישית, חלק ראשון, בראשית, א, כג, סעיף תשן, עמ' קנ-קנא. ראה גם בדברי רבנו תם המובאים בשיטה מקובצת, כתובות, יג, ב, ד"ה "השבתנו על המעוברת"; גליון הש"ס, פסחים, צד, ב; שר"ת אבקת רוכל, רי (מהדורת לייפציג, תר"ט, עמ' קצב, ב). ראה עוד בעניין זה: שדי חמד, כללים, מערכת ט, כלל ה; מנחת שבת, צב, ס"ק לב; פרי מגדים, או"ח, שכח, משבצות זהב, ס"ק ב; ב"ח, שם, ד"ה "החושש בשיניו וכו'"; משנה ברורה, שם, ס"ק ח; והשווה עם ערוך השולחן, שם, סעיף כב. וכן עיין בכרתי ופלתי, י"ד, קפח, ה, ס"ק ו; תיק 2559/ל"ה, בית הדין הרבני האזורי תל אביב יפו, פד"ר, כרך יא, בעמ' 62-63, והמקורות המובאים שם; שר"ת מענן לשון, אה"ע, ט, פרק ב, והמקורות, שם; שר"ת משנה הלכות, ח"ה, ריד.

47 שערי עוזיאל (הועדה להוצאת כתבי הרב, ירושלים, תש"ו), ח"ב, שער מ, סעיף יח.

ברור הוא שהרב עוזיאל דוגל בגישת אלו הסוברים שיש תמיד לסמוך על דברי חז"ל וקביעתם הטבעית, אפילו בניגוד לממצאי המדע המודרני והוכחות המדענים; כיוון שחז"ל אומרים שהדם בא רק מהאם אין לך רשות להרהר אחריהם. בעקבות הרב עוזיאל הלכו ראב"ד בירושלים הרב אליעזר יהודה ולדינברג⁴⁸, וראב"ד בתל אביב יפו הרב יהושע מנחם אהרנברג⁴⁹, הרב ישראל ועלץ⁵⁰, ובארצות הברית הרב מנשה קליין⁵¹. וכן פסק בית הדין הרבני בחיפה (בפני כב' הדיינים הרבנים י"נ רוזנטל, אב"ד, ב' רקובר, וע' הדאיה). ואולם בסוף הדברים כותב כבוד בית הדין:

ברם אחרי ברור בזה, קובע ביה"ד כי י"ל שאין סתירה מהא דמוכח במסכת נדה הנ"ל דדם בא מן האם לקביעת המדע שאפשר לקבוע אבהות הילד על סמך בדיקות דמו של האב ושל הילד, כי הבדיקה מתיחסת לא רק לגוף הדם אלא לתאי ורקמות הדם, וזה בא מכח האב גם כן, ולכן לענן אחים שמתו מחמת מילה היות זה קשור בגוף הדם לפי שיטה ראשונה שבשו"ע י"ד הנו⁵², תלוי זה רק באם, אבל בדיקת הדם שאינה מגוף הדם, אלא קובעים זה על סמך תאי ורקמות הדם שבגוף הדם, זה יכול להיות תלוי גם באב.⁵³

חילוק זה של כבוד הרבנים בין "גוף הדם" ו"תאי ורקמות הדם" עם כל הכבוד צריך עיון. מהו "גוף הדם" בניגוד ל"תאי הדם"? ונוסף על זה הלא האודם של הדם, שבוודאי בא רק מהאם לפי הגמרא בנדה, הוא בא מהתאים האדומים⁵³ שבדם, ושבהם עושים בדיקת הדם. אם כן מוכרחים אנו לומר שלפי הגמרא גם תאי הדם באים אך ורק מהאם, בלי כל תרומה מצד האב, ובניגוד להבנת כבוד בית הדין. מכל מקום, לפנינו

- 48 ש"ת ציץ אליעזר (ירושלים, תשל"ח), ח"ג, קד, עמ' ריב. הרב ולדינברג יושב ביום בבית הדין הרבני הגדול.
- 49 ספר דבר יהושע, שם (הערה 42 לעיל), עמ' ריט.
- 50 [*] ש"ת דברי ישראל, ח"ב, אה"ע, ח; ש"ת משנה הלכות, ח"ד, קסג. הרב ועלץ, שנפטר בירושלים בשנת תשל"ד, היה מלפנים ראב"ד בבודפשט, הונגריה.
- 51 ש"ת משנה הלכות, ח"ד, קסד. הרב קליין הינו ראש ישיבת בית שערים בברוקלין, ניו יורק, ומלפנים ראב"ד באונגבר, הונגריה.
- 52 השווה מה שכתבנו לעיל סמוך להערות 39-43. והשווה עם דברי הרב אהרנברג, שם, ס"ק ב, עמ' רכ.
- 53 תיק שט"ז/1755, שם (הערה 42 לעיל).
- *53 ניתן בהחלט להבין את דברי ביה"ד הרבני בחיפה, בהנחה שאודם האמור בדברי חז"ל - היינו פרודות ההמוגלובין האדומות שבתוך תאי הדם. ואילו האנטיגנים הקובעים את סוג הדם, הם נמצאים על פני הקרום השומני של כדוריות הדם (הממברנה). ותכונות הקרום והאנטיגנים שעליו באות בירושה גם מהאב. - העורך.

הניסיון הראשון בתחום ההלכה לקבלת המסקנות המדעיות בנוגע לקביעת אבהות על ידי בדיקת דם, גם אם הדיינים לא היו מוכנים לקבל את הסבר המדענים לדבר. מצד השני, אנו מוצאים פוסקים המוכנים לקבל את דעת המדענים בשלימותה. רבה הראשון של יד אליהו וחבר הרבנות הראשית לתל אביב יפו, הרב אפרים פישל וינברגר⁵⁴, מקבל עקרונו של הרב עוזיאל שאין לסמוך על בדיקות דם, כל עוד הן סותרות את דברי חז"ל. ואולם מוצא הרב וינברגר שבעצם, לפי הבנתו של הסוגיות, יש מחלוקת תנאים ופוסקים אם אמנם הדם בא רק מן האם או גם מן האב. המשנה במסכת עדיות מוסרת בשם רבי עקיבא:

הוא היה אומר: האב זוכה לְבֵן בְּנוֹי וּבְכַח וּבְעוֹשֵׁר וּבְחֻכְמָה וּבְשֵׁנִים וּבְמִסְפַּר הַדּוֹרוֹת לְפָנָיו וְהוּא הַקֶּץ.⁵⁵

ומסביר הרב וינברגר:

ובכח ר"ל הדם כי עיקר הכח והנפש הוא בדם ראה שבת (קכט, א) בבא בתרא (נה, ב) ובחולין (עב, ב).⁵⁶

יוצא, אפוא, לפי הרב וינברגר שמשנה זאת של רבי עקיבא ה"אומרת" שדם הבן מקורו גם מהאב חולקת על הברייתא המובאת במסכת נידה שגורסת שדם הילד מקורו רק מהאם.

זאת ועוד: הערנו לעיל⁵⁷ שיש פוסקים, החולקים על הכרעתו של בעל האגודה ומורים שגם במקרה שאיש שמתו לו שני בנים מאישה אחת מחמת מילה והוליד בן שלישי ואפילו מאישה אחרת עדיין אין למולו. ממשיך ואומר הרב וינברגר שהפוסקים הללו סוברים בהתאם למשנה בעדויות, לפי פירושו של הרב וינברגר, שהדם נובע גם מהאב⁵⁸. כתוצאה מכך שיש לנו מחלוקת במקורות חכמינו ז"ל, מצד האחד, ואילו מצד השני חכמי המדע חד משמעיים בעמדתם, נוטה הרב וינברגר לקבל קביעת המדע.

54 יד אפרים, שם, (הערה 42 לעיל), סוף סעיף ח, עמ' צו.

55 משנה, עדויות, ב, ט.

56 ראה הערה 54 לעיל.

57 ראה הערה 42 לעיל.

58 ראה דברי הרב משה פיינשטיין, שם (הערה 42 לעיל). שגם הוא בדעה שאותם פוסקים החולקים על האגודה עושים כן משום שסוברים שהדם נובע גם מהאב ולא רק מהאם, אולם מקורם, לדעת הרב פיינשטיין, אינו המשנה בעדויות אלא גירסא אחרת בברייתא במסכת נידה המשמיטה את המילה "ודם" וכנוסחת גמרוטינו המודפסות, עיי"ש. וראה הערה 36 לעיל, ועיין בהסברו של הרב אהרנברג לסוגיות אלו, שם (הערה 42 לעיל).

בלי שהרא"פ וינברגר מצטט אותו, דרך זו של הכרעה תואמת את דברי הרשב"ש האומר:

...ואחר היות הדבר תלוי במחלוקת, והחוש והנסיון מאמת דברי אחד מהם, עליו ראוי לסמוך. וזה ברור לפי דעתו.⁵⁹

הרב שלמה זלמן אוירבך נוקט בגישה קצת אחרת. לדעתו "יתכן שדברי חז"ל אינם כל כך כפשוטם ולא נוגע כלל לסוגי הדם"⁶⁰. האמרה במסכת נידה, לפי הבנת הגרש"ז אוירבך, מתייחסת לקשרים רעיוניים ומטפייסיים ולא לקשרים טבעיים וביולוגיים⁶¹. אין כל סתירה, אפוא, בין דברי חז"ל ודברי המדענים.

יש פוסקים שמוכנים לקבל את קביעת המדע שהדם בא גם מהאב וזאת אפילו בלי כל התייחסות לשאלה שהברייטא במסכת נידה סותרת, כנראה, את עמדת המדע. הרבנים מ' שלזינגר, י' וילנסקי, וי' סרוצקין, ביושבם כדיינים בבית הדין הרבני האזורי תל אביב יפו⁶², וכן הרב חיים דוד רגנשברג⁶³, סוברים, לכאורה, כדעת הרמב"ם וסיעתו שניתן לקבוע הלכה מחודשת על פי המדע של כל דור, אפילו אם זה סותר קביעה מדעית של חז"ל. ביטוי בהיר של עמדה זו נמצא במכתב מאת ראש הרבנים לישראל המנוח הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג. האגרת הזאת, המופיעה כאן בדפוס לראשונה⁶⁴, נשלחה לרב עיר חשוב בישראל וזה לשונה:

- 59 שר"ת הרשב"ש, סוף תקיג.
- 60 הערותיו לספר לב אברהם מאת פרופ' אברהם-סופר אברהם (הוצאת ספרים פלדהיים, ירושלים, תשל"ח), ח"ב, עמ' יז. והשווה עם דברי הרמח"ל שם (הערה 42 לעיל).
- 61 כן הבהיר לי הגרש"ז אוירבך את דבריו בשיחה מיום ר"ח א' אלול, תשל"ח. ואילו בסיפא של הערתו שם בכתבו "אך גם בלאו האי טעמא אין להסתמך על זה" הסביר לי הרב אוירבך שכוונתו היא שאין להסתמך על בדיקת דם לשם קביעת אבהות ודאית, וזאת משום שדינו של בדיקת דם הוא מכוח "רוב" ו"ספק" וכדברי בית הדין הרבני האזורי תל אביב יפו, עיין להלן סמוך להערה 82.
- 62 תיק מס' 1005/תש"ד, פד"ר כרך ה, עמ' 346, בעמ' 350-352.
- 63 ספר משמרת החיים (מועצת הרבנים דשיקגו, ירושלים, תשכ"ז), לז, עמ' קלט, בעמ' קמב. הרב רגנשברג, שנפטר בירושלים בשנת תשל"ז, היה מלפנים ראש ישיבת בית מדרש לתורה בשיקגו, אילינוי, ארה"ב, וראב"ד בשיקגו. תשובה זו הינה שיעור בהלכה למעשה שנתן הרב המחבר לפני מועצת הרבנים בשיקגו.
- 64 את המכתב הנ"ל קבלתי מידידי ד"ר איתמר ורהפטיג שמצא את העתקו בעזבונו הספרותי של הרב הרצוג זצ"ל, שבהיכל שלמה בירושלים. ואני מודה על הרשות לפרסם. כמו כן מודה אני לאחי ד"ר אריה פרימר על עזרתו בנושא זה. [הודפס לראשונה באסיא לה עמ' 49. - העורך]

בי בסיון תשי"ד.

לכבוד

ידיני הגאון הגדול המפורסם פאה"ד וכי וכי....

שלום וכט"ם (=וכל טוב סלה)

לא אכחד כי כמעט בושתי ונכלמי מדברי כ"ג (=כבוד גדלו)... ביחס של ביטול כלפי בדיקת הדם מהבחינה השלילית⁶⁵, כלומר מבחינת האפשרות שיש לה לברר שאין זה בנו של זה. מה שייך לדבר על נאמנות הרופאים בדבר שנתקבל לברור מכל גדולי המדע הרפואי בכל העולם כולו, רז"ל אינם אומרים בשום מקום שקיבלו הלממ"ם (=הלכה למשה מסיני) שיש בבע"ח (=בעלי חיים)⁶⁶... וא"א היה שימסור כך, הואיל והיום נתברר כשמש בצהרים שאין דבר כזה במציאות. ואולם הם ז"ל קיבלו את הנ"ל לאמת ובנו הלכות גדולות על ההנחה הזאת, הואיל ואריסטו קבע כך ונתקבל מפי כל החכמים שבעולם⁶⁷. ואיזה הבדל גדול בין המדע הרפואי שבימיהם ושבימינו, ובין הקשר שיש בין כל חלקי העולם, כאילו עיר אחת למה שהיה בימיהם?! אני זכרתי מתוך הקריאה בספרי הרפואה שזהו דבר שאין בו שום ספק, וכ"ת (=וכבוד תורתו) במכתבו מליט משמעות כאילו זו מחלוקת בין פוסקי הרפואה. במחכ"ג (=במחילת כבוד גדלו) טעות גמורה הוא מצדו. הנה לו העתק המכתב של המומחה הממשלתי הרפואי-משפטי, וגם יהודי נאמן לתורה. המפורסמות אין צריכין ראייה. הנה בא כבר הבעל לפני ותובע להוציא הפסק לפועל. אתם לא רוצים - יהי לכם אשר לכם, אנו נרחיב לו הזמן ואני מסדר הדבר פה ואודיע על ידיכם לצדדים אימתי עליהם לבוא. חבל שבעוד שהמדע הולך וכובש עולמות ומגלה סודי סודות, אם כי גם הוא טועה לפרקים, אנו בקשר לעניני מדע הנוגעים לתה"ק (=לתורה הקדושה) משקעים ראשינו בחול כהעוף הידוע, ותו לא מידי. הכרחי שנעמיד מתוך הישיבות הקי' (=הקדושות), מהעילויים שבהם, אנשי מדע בכל מקצוע כזה ולא נהי' זקוקים לאחרים בעניני פיזיולוגיה, כימיה, חשמל ובכל הנוגע לתה"ק. על זה עוד נדבר א"ה.

בברכת חג שמח וכט"ם

מוקירו כערכו הנשגב

יצחק אייזיק הלוי הרצוג

65 ההדגשה במקור.

66 בהעתק המכתב שבידינו חסרות שתיים או שלוש מילים. יש לשער כי המילים החסרות היו בלועזית ושנכתבו במקור בכתב יד.

67 [*] דברים אלו תואמים את גישתו הכללית של הרב הרצוג בנושא זה של סתירות בין קביעות חז"ל ובין קביעות המדע. ראה: Rabbi Herzog, *op. cit.* (supra n. 43).

זאת ועוד: מוצאים אנו⁶⁸ בפסק דין של בית הדין הרבני הגדול מיום ט' אייר תשי"ד כי הרב עובדיה הדאיה מצטרף הוא לדעתו של הגרי"ה הרצוג. כתוצאה מכך מביע בית הדין הרבני הגדול את נכונותו להסתמך על בדיקת דם לשם בירור שאלה באבהות. לאחר שנוכחנו לדעת כי חלק גדול מהפוסקים, כל אחד בהתאם לסיבותיו, מוכן לקבל את קביעת המדע המודרני שניתן לקבוע אבהות הילד על ידי בדיקת דם, מגיעים אנו לבעיה השנייה: האם המשפט העברי מוכן גם לתת ל"עובדה" זו מעמד ראייתי-משפטי-הלכתי. כפי שראינו גם המשפט הכללי מהסס בדבר זה. השאלה היא, אפוא, מהי עמדתו של המשפט העברי בשאלה המשפטית הזאת.

המשקל הראייתי

כללי

כמוזכר לעיל, בית הדין הרבני הגדול הצהיר בשנת תשי"ד על נכונותו לתת משקל ראייתי מלא לתוצאה של בדיקת דם השוללת אבהות⁶⁹. לעומת זאת⁷⁰, בשנת תשי"ז לא היה מוכן בית הדין הרבני בחיפה לתת כל תוקף ראייתי-משפטי לבדיקת דם, וזאת למרות שהם היו מוכנים, כפי שראינו⁷¹, לקבל את עמדת המדע שלפחות "תאי ורקמות הדם" באים גם מהאב.

כותבים הדיינים:

אולם דעתנו היא שמטעם אחר אין לסמוך על בדיקות מדעיות של הדם בנוגע לקביעת אבהותו של הילד. המדע הולך ומתפתח מיום ליום. יתכן שמה שהמדע קובע כעת אינה קביעות סופית והחלטית, ואולי בהתפתחות המדע ימצאו דברים משותפים בין ב' סוגי הדם, ואין לקבוע באופן משפטי אבהותו של ילד על יסודות דרכי המדע המשתנה מתקופה לתקופה.⁷²

68 שר"ת ישכיל עבדי, ח"ה, אה"ע, יג (עמ' קמ"ט).

69 ש.ם.

70 על פי כללי המשפט העברי, אין בתי הדין הרבניים האזוריים חייבים ללכת בעקבות תקדימי בית הדין הרבני הגדול. ראה על כך באריכות מאמרו של זרח ורהפטיג, 'התקדים במשפט העברי', שנתון המשפט העברי, כרך ו-ז (תשל"ט-תש"ם). עמ' 105-132 והמקורות המובאים שם. עיין עוד בשו"ת עשה לך רב, ח"ב סא; ח"ג, ג.

71 ראה לעיל סמוך להערה 52.

72 תיק תשט"ז/1755, שם (הערה 39 לעיל). ועיין עוד שו"ת ציצן אליעזר, שם (הערה 48 לעיל), אות ד. והשווה: Lee, *op. cit.* (supra n. 1) p. 626.

אולם, תוך עשר שנים לאחר מכן אנו מוצאים שכל אותם הפוסקים המכירים בעמדה המדעית בנושא מוכנים אף לסמוך באופן משפטי על בדיקת הדם. הרה"ג ח"ד רגנשברג קובע:

... בדיקת הדם יוצאים מגדר אומדנא או השערה... ההנחה המדעית שהדם הנוול בעורקי הילד הוא מאותו סוג הדם של מולידיו, הוא חוק טבעי שאין בו יוצא מן הכלל. ולפיכך הוכחות כאלו הן דאיות חלוטות שאפילו אם יהיו עדויות נגדו נכריע את הכף כמותן והעדים יהיו בעינינו כשקרנים. כי כל דבר המתקיים באין יוצא מן הכלל אין עדים נאמנים נגדו. כדאיתא בכתובות טז, סהדי שקרי נינהו. וכן איתא בבכורות כה, ב, ביחס למומין שכולן משתנין לאחר שחיטה, ועדים העידו שלא נשתנו שקרנים המה בעינינו.⁷³

כמו כן, אולם בלשון יותר זהירה, פוסק הרב אפרים וינברגר בהסיקו⁷⁴: "אין, אפוא, מבחינת הלכה לבטל בדיקה זו".
מהן התוצאות המעשיות של עמדה זו?

דיני ממונות

לאחר דיון מפורט מגיע הרב וינברגר למסקנה כי בדיני ממונות, כגון: חיוב מזונות וזכות ירושה, לדעת רוב הפוסקים ידיעה ברורה נחשבת כהודאה מפי עצמו, כלומר: מפיו של האב. ממשיך ואומר הרב וינברגר שתוצאות בדיקת דם מהוות ידיעה ברורה כזאת ש"מחייבת את בית הדין לפעול כמו הודאה עצמית".⁷⁵
ראיה מעניינת שמביא הרב וינברגר לכך שניתן לפסוק בענייני ממונות על פי בדיקה מדעית היא מספר החסידים. מספר רבי יהודה החסיד:

כי הנה מעשה ברב סעדיה בן יוסף החכם⁷⁶ באחד שהלך למדינת הים עם עבדו והולך עמו ממון גדול ואשתו היתה מעוברת. לימים מת האדון והניח כל הממון והלך העבד והחזיק בנכסיו ויאמר העבד אני בנו. כשגדל הבן שהולידה שמע שמת אביו הלך לתבוע נכסיו שהחזיק בהם העבד ונתחתן בגדולי הדור והיה ירא הבן לפתוח פיו פן יהרגוהו ונתאכסן בבית רב סעדיה והניח לפניו לאכול ולא אכל עד ששם לפניו אלו הדברים. נתן לו עצה לדבר אל המלך וכן עשה. שלח המלך אחר רב סעדיה לדון דין זה וצוה רב

73 ספר משמרת החיים, שם (הערה 63 לעיל).

74 יד אפרים, שם (הערה 54 לעיל). ועיין עוד תיק מס' 1005/תש"ד. שם (הערה 62 לעיל).

75 שם (הערה 54 לעיל).

76 האם זה ר' סעדיה גאון? עיין: הרב פרייס, משנת אברהם, שם (הערה 76 לעיל), עמ' קמד; הרב אהרנברג, ספר דבר יהושע, שם (הערה 42 לעיל), ס"ק יא, עמ' רכד; הרב ישראל ועלן, בתשובתו המופיעה בשו"ת משנה הלכות, ח"ד, קסג, כולם מניחים שכן, אולם ללא כל ראיה. וראה קוהוט, שם, עמ' 134.

סעדיה להקזי דם זה בספל אחד ודם זה בספל אחר ולקח עצם של אבי הבן והניח בספל העבד ולא נבלע הדם ולקח העצם ושם אותו בספל הבן ונבלע הדם בעצם כי הוא גוף אחד ולקח רב סעדי הממון ונתנו לבנו שבא...⁷⁷

מסיפור זה של רב סעדיה אנו רואים שעל יסוד בדיקה "מדעית" ניתן להכריע בדיני ממונות הקשורים לענייני אבהות⁷⁸.

גם הרב רגנשברג שסומך את שתי ידיו על עמדת המדע המודרני פוסק, כפי שראינו, שיש להכריע לפי תוצאות בדיקת הדם בצורה החלטית.

למרות שהרבנים הללו אינם מדברים על המקרה, ברור שאם הנתבע מביא תוצאות בדיקת דם להוכיח שהוא אינו האב, בוודאי שבדיקת הדם פוטרת את הגבר מכל חיוב ממוני⁷⁹. וכן פסק בית הדין הרבני הגדול בשנת תשי"ד⁸⁰.

עוקץ אחד נשאר בדברים שהבאנו עד כה. פסקי ההלכה של הרב רגנשברג וכן של הרב וינברגר מבוססים על ההנחה התיאורטית של המדע והרפואה שניתן לקבוע אבהות על ידי בדיקה בדרגת בטיחות של 100%. אולם למעשה אין הדבר כן. כפי שכבר ראינו⁸¹, לא רק שרופאים מודים היום שאי אפשר להוכיח אבהות חיובית על ידי בדיקת דם, אלא אפילו שלילת אבהות ברמת בטיחות של 100% אינה ניתנת להשגה.

77 ספר חסידים (מוסד הרב קוק, ירושלים, תשל"ג), רלב, עמ' רז. לדיון מפורט במשמעויות ההלכתיות השונות של סיפור זה עיין בפירושו של הר' אברהם אהרן פרייס, משנת אברהם (טורונטו, תשט"ו), ח"א, רצא, עמ' קמד-קמח. ראה גם: ספר מטה משה, הלכות ומנהגים, תשסה; אליהו רבה, א"ח, תקסח, ט, אות טו; רש"ש, בבא בתרא, נח, א. על הסיפור באופן כללי ראה: George Alexander Kohut, "Blood Test As Proof of Kinship in Jewish Folklore", *Journal of the American Oriental Society*, Vol. 24 p. 129 (1903). (תודתי נתונה למר"ר הרב ד"ר חיים סולובייצ'יק שגילה לי מקור זה.)

78 והשווה עם דברי הרב ולדינברג, שר"ת ציץ אליעזר, שם (הערה 48 לעיל) ודברי הרב אהרנברג, שם ס"ק יא-יב, עמ' רכד-רכה; ודברי הרב מנשה קליין, שם (הערה 51 לעיל). במחילת כבוד תורתם, נראה לכאורה שרוב הטענות שהועלו על ידי הרבנים המובהקים הללו אינן דוחות את המסקנה שמכאן מוכח כי ניתן להסתמך על בדיקות מדעיות לצורך קביעת אבהות. זאת במיוחד כשהבדיקה רק שוללת אבהות. במידה ויש בכוח בדיקת סיווג הרקמות בכדי להוכיח אבהות באופן חיובי הדבר עדיין צריך עיון. כאשר לטענת הרב קליין, שם, (עמ' קלד) מדיני עגונה, עיין עוד בשר"ת דבר יהושע, ח"ג, אה"ע, ד. אולם השווה: שר"ת יביע אומר, ח"ו, אה"ע, ג, אות כ; גד נבון, 'טביעת אצבעות כסימן מובהק לקביעת מות בפסיקה הרבנית', דיני ישראל, כרך ז (תשל"ו), עמ' קכט-קמא, ומראי המקומות המובאים במקורות אלו.

79 עיין בזה בתיק בית הדין הרבני האזורי תל אביב יפו שהובא לעיל בהערה 62.

80 שר"ת ישכיל עבדי, שם (הערה 68 לעיל).

81 ראה הערה 11 לעיל. [וראה מ. הלפרין, ח. בראוטבר וד. נלקן, תורה ומדע, יא, א, (תשמ"ג), פרק א סעיף 4 - העורך].

כבר ב-1965 חשש בית הדין הרבני האזורי תל אביב יפו להתפתחות זו "ובפרט בזמננו כשמדע הרפואה מתקדם בהתמדה ובכל יום מתחדשות ומתחלפות תיאוריות שונות בתחומי המחקר". אחרי דיון רב בנושא בא בית הדין למסקנה:

...יש כאן רוב נגד רוב דהא אם נאמר דהילד בחוקת אביו בכדי לאוקמי רוב בעילות אחרי הבעל, בעיכ נצטרך לומר שילד זה יצא מכלל רובא של רוב ילדים שסוג דמם זהה עם סוג דם של אחד ההורים, ואם נאמר להיפך, שילד זה הוא לא בנו של המוחזק לאביו בכדי לאוקמי הרוב של רוב ילדים דמם זהה עם דם הוריהם, נצטרך לאמר שילד זה יצא מכלל הרוב של רוב בעילות אחר הבעל. ואיכ מאי חזית להעמיד את הילד בחוקת אביו בכדי לאוקמי רוב בעילות אחרי הבעל ולהוציא מהרוב של רוב ילדים דמם זהה להוריהם, נאמר להיפך, דילד זה הוא לא של אביו בכדי לאוקמי את הרוב של רוב ילדים דמם זהה לדם הוריהם ונאמר דיצא מכלל הרוב של רוב בעילות אחר הבעל.⁸²

כתוצאה מהספק נוצר מצב של תיקו ועל כן פסק בית הדין שהגבר הנתבע פטור מלשלם מזונות עבור הילד.

מותר לציין, שאם כך ההלכה במקרה שהגבר הנתבע נשוי לאישה התובעת, לא כל שכן שכך היא ההלכה כאשר האיש אינו נשוי לאישה. במקרה שהאישה איננה נשואה לאיש אין לנו כל רוב של "רוב בעילות אחרי הבעל"⁸³ שיעמוד כנגד הרוב של "רוב ילדים דמם זהה לדם הוריהם". יוצא, אפוא, שיש לנו רק רוב של "רוב ילדים דמם זהה לדם הוריהם" ועל פיו אנו קובעים.

נושא שלא דנו בו הדיינים באותו פסק דין הוא סוגיית הירושה. ברור הוא שאם בדיקת דם תראה שהוולד אינו בנו של האיש, יהיה לנו אותה המצב, והוולד יהיה רק ספק יורש עם כל המשתמע מכך⁸⁴, מצד שני, גם אם בדיקת דם תראה שסביר להניח שהוולד הוא אכן בנו של האיש, כל עוד שאין הבדיקה מהווה בירור מוחלט, לכאורה אין תוצאה זו בלבד מספיקה כדי להעניק לוולד מעמד של יורש: מקרה כזה אינו יותר טוב מכל "אומדנא על גוף המעשה"⁸⁵ אחרת, שאין אנו פוסקים על פיה להוכיח את עצם קיום המעשה או האיש שעשה אותו.⁸⁶

82 תיק 1005/תש"ד, שם (הערה 62 לעיל), בעמ' 351, וכן דעת הגרש"ז אוירבך, ראה הערה 61 לעיל.

83 בבלי, יבמות, סט, ב; שו"ת הריב"ש, מ-מא.

84 עיין: טור ושו"ע, חר"מ, רפ; אה"ע, קסג.

85 דהיינו קביעת המציאות של מעשה על ידי הערכת תנאים ונסיבות ידועים. עיין: שו"ת המהר"ק, קכט,

ערך "אומדנא", אנציקלופדיה תלמודית (תשט"ז), כרך א, עמ' רצה.

86 רמב"ם, נזקי ממון, ח, יד. טור ושו"ע, חר"מ, תח, ב.

וכן משמע מדברי הר' אברהם אהרן פרייס, אב בית הדין בטורונטו, קנדה. הרב פרייס מנסה לברר מדוע בדיקתו של הרב סעדיה בן יוסף שהכריע לפיה מי היורש האמתי, כמסופר בספר חסידים⁸⁷, לא הייתה נחשבת לאומדנא על גוף המעשה שאין לסמוך עליה. "לאחר העיון" בא הרב פרייס למסקנה: "... לכן אם מתברר בירור גמור שלא על ידי עדים גם כן אנו יכולים לחייב ממוץ"⁸⁸. משתמע מכך שכל עוד הבירור אינו גמור, הוי הבדיקה אומדנא על גוף המעשה שאין לפסוק על פיה.

כן נראה גם מדברי הרה"ג ח"ד רגנשברג. כפי שכבר ראינו הרב רגנשברג מוכן לסמוך ובאופן החלטי על בדיקת הדם והוא משום ש"הוא חוק טבעי שאין בו יוצא מן הכלל"⁸⁹. ולכן במקרה כזה: "... שאין צל של ספק בדבר הנעשה ובשום אופן אי אפשר לומר שאין הדבר כמו שהאומדנא מוכיחה, זה כבר יוצא מגדר אומדנא ודינא כמו עובדה קיימת"⁹⁰. אולם מיד לפני קטע זה מדגיש הרב רגנשברג: "כדאי לציין שבגדר אומדנא היא כל דבר שאין העניין ברור מאה אחוז בהחלט"⁹¹. מדברים אלו של הרב רגנשברג עולה בבירור שכל עוד בדיקת הדם אינה "עניין ברור מאה אחוז בהחלט", הוי הבדיקה אומדנא שאין לסמוך עליה.

בעקבות כל האמור יש להניח שאותו הדין יהיה בתביעה לזכות מזונות. במילים אחרות, אפילו תוצאה של בדיקת דם המראה בדרגה סבירה, אולם לא בבטיחות של "מאה אחוז בהחלט", שאדם פלוני הוא אביו של ילד פלוני, אינה מספקת בכדי לחייב "האב" במזונות הילד. גם כאן אין לנו אלא אומדנא על גוף המעשה ואין להוציא ממון על פיה מידי המוחזק.

דיני איסורין ונפשות

עד כה דנו בדיני הממונות. מה תהיה התוצאה בקשר לדיני ממזרות? אומר הרב רגנשברג:

אמנם אם בדקו דמו של הילד ונמצא שאיננו מאותו סוג דם של המוחזק לאביו, אין דינו של הילד ודין האם שווים, כי ביחס להאב בדיקה זו דיה לאוסרה על בעלה. שהרי ברור הדבר שזנתה. אבל ביחס לילד אין הוא פסול מן התורה כל זמן שלא נודע לנו מי הוא

87 ראה סמוך להערה 76 לעיל.

88 משנת אברהם, שם (הערה 76 לעיל), בעמ' קמה (ההדגשה שלי - ד"פ). ועיין עוד בשר"ת משנה הלכות,

ח"ד, קסד, ד"ה "וראיתי" (עמ' קלד).

89 ראה לעיל סמוך להערה 73.

90 שם בעמ' קמא.

91 שם, שם (ההדגשה שלי - ד"פ).

אביו. כי אפילו אם זנתה אמו אין הולד ממזר אם הבועל היה נכרי, יבמות מד, ב, ואם האם אומרת שמעכ"ם נתעברה נאמנת להכשיר גם את הילד אפילו מדרבנן כמו שכתב הרמב"ם פט"ו מאיסורי ביאה הי"ט: 'אשה שהיה בעלה במד"ה וילדה והיא אומרת מעכ"ם ועבד נתעברה הרי הילד כשר'. וכן הוא בשו"ע אה"ע סי' ד סעיף כ"ט. ואם האם שותקת ואינה מגלה לנו ממי נבעלה הרי הילד שתוקי.⁹²

תמיכה לפסק זה של הרב רגנשברג אפשר למצוא בדברי הרש"ש⁹³. בעוסקו בסיפורו של ספר חסידים, בהשוואה לסיפור אחד הדומה לו בתלמוד, אומר הרש"ש שהאמורא בתלמוד לא השתמש בבדיקתו של רב סעדיה "משום דע"י ניסיון דספר חסידים יתגלה שהן ממזרים, ורב בנאה לא רצה שיוודע פסולים על ידו...". מתוך דברים אלו של הרש"ש יוצא שאם בדיקה מדעית מגלה לנו שהולד הוא ממזר, כי אז פוסקים בהתאם לכללים שכבר צייננו הרב רגנשברג⁹⁴.

דברים אלה בקשר לבדיקת דם וממזרות מבוססים על דברי התוספות. בעלי התוספות סוברים שבמקרה שאין כל צל של ספק בדבר הנעשה, ובשום אופן אי אפשר לתאר מצב אחר מזה שהנסיבות מוכיחות הוי לנו "ידיעה בלא ראייה" המועילה לא רק בדיני ממונות אלא גם בדיני נפשות וכל שכן בממזרות⁹⁵.

אולם כבר הותקף הרב רגנשברג ע"י הרב יעקב פעסטער⁹⁶, שהוכיח כי יש ראשונים אחרים החולקים על התוספות וסוברים ש"ידיעה בלא ראייה" מועילה רק בדיני ממונות⁹⁷. לפי ראשונים אלה בדיקת הדם אינה יכולה להיות ראייה מכרעת שוולד הוא ממזר. מחלוקת זו יכולה להוות סניף חשוב להכשיר ולד⁹⁸.

נוסף על כך, כפי שראינו⁹⁹, אין בתוצאות בדיקת דם מאה אחוז ודאות. בכל זאת במקרה שהאם הייתה נשואה ותוצאות הבדיקה היו שליליות בכדי לקבוע את אבהותו של הבעל על הילד, נטה בית הדין האזורי תל אביב יפו לפסול את הוולד ולהכריזו כספק ממזר, אך הסתייג מקביעה סופית בנושא זה באומרו:

92 שם, עמ' קמב.

93 רש"ש, בבא בתרא, נח, א' וראה דברי הרב וינברגר שם (הערה 42 לעיל), עמ' צ-צא.

94 ראה לעיל סמוך להערה 92.

95 תוספות, שבועות, לד, א, ד"ה "דאי". וראה: קובץ שיעורים, ח"ב, לח; פירושי איברא, סימנים א-ב.

96 הרב יעקב פעסטער, 'טביעת האצבעות ובדיקת הדם לאור ההלכה', הפרדס, שנה מג, (תשכ"ט), חוברת ט, סימן פג, עמ' 19-21; שנה מד (תש"ל), חוברת ג, סימן כג, עמ' 16-17; ספר ברכת יעקב, ח"א, יד.

97 מאירי, שבועות, לד, א; מד, א; יד רמ"ה, סנהדרין, לז, א.

98 שאר התקפתו של הרב פעסטער אינה מוכרחת, וכבר תורצה ע"י הרב פרייס, שם (הערה 76 לעיל), עמ' קמה, ד"ה "אלא לאחר העיון". ועיין עוד בשו"ת אגרות משה, י"ד, ח"א, מז-מח.

99 ראה לעיל בהערה 11.

ברם מאחר וענין בדיקת דם הוא דבר חדש שעדיין לא התברר ולא נמצא בפוסקים אין בית דיננו נוקט לע"ע כל עמדה סופית בנוגע לכשרות הילדה ועוד חזון למועד כזה.¹⁰⁰

נראה לעניות דעתי שדווקא במקרה כגון זה, יש מקום לצרף גם אותן דעות אשר אינן מוכנות לסמוך על בדיקת דם בכלל, וכן על אותם ראשונים הסוברים שבענייני נפשות ואיסורים לא סמכינן על "ידיעה בלא ראייה", כסניפים להיתר וזאת כדי ליצור ספק ספיקא להיתרא ולהכשיר את הוולד¹⁰¹.

ועתה נעסוק בדיני נפשות. אדם הגורם חבורה לאביו ונתקיימו כל התנאים הדרושים (כגון: עדים, התראה, וכו') והוכחו העובדות, מחויב הבן מיתה¹⁰². גם כאן מתעוררת השאלה אם יכיר המשפט העברי בתוצאות בדיקת דם בכדי להוכיח או לשלול את הזיהוי של המוכה כאביו של המכה.

מדברי הרב רגנשברג עולה שיש לקבוע את העובדות בהתאם לתוצאות הבדיקה, והן מהוות "ידיעה בלא ראייה" גם כשמדובר בדיני נפשות¹⁰³.

אמנם, כבר הערנו לעיל שהרב רגנשברג יוצא מתוך ההנחה שבדיקת הדם מהווה ראייה מוחלטת בדרגת ודאות של מאה אחוז. לאור העובדה שאין הדברים כן, יש לשער שכמו בדיני ממונות כך תהיה ההלכה בדיני נפשות, דהיינו: הספק הנוצר על ידי התוצאה השלילית והפוטר את הנתבע בתחום דיני ממונות¹⁰⁴ יפעל גם בתחום דיני נפשות לזכות את הנאשם. מסקנה זאת הולמת את הכלל המנחה - "ספק נפשות להקל"¹⁰⁵. מצד שני, גם אם התוצאה תהיה חיובית ואומרת שיש אפשרות שהמוכה הוא אביו של המכה, כל עוד אין בדיקת הדם הוכחה מוחלטת בדבר הקשר הישיר והזיהוי הספציפי בין ה"אב" ו"הבן", אין בתוצאה זו כדי לשמש בכלל כראיה.

100 תיק 1005/תש"ד, שם (הערה 62 לעיל), בעמ' 352.
 101 עיין: שם, עמ' 349-350 לעניין דומה.
 102 "ומכה אביו ואמו מות יומת" - שמות, כא, טו; רמב"ם, ממרים, ה, ה.
 103 הרב רגנשברג. שם (הערה 63 לעיל), עמ' קמא-קמב. מוכח מזה שהרב רגנשברג אינו רואה בשימוש בדמו של אדם כראיה נגדו עניין של הפללה עצמית. וראה: McCormick, *op. cit.*, (supra n. 3) p. 520; ch. 13, sec. 124, pp. 264-266; Krause, *op. cit.*, (supra n. 1). P. 263 and notes *ad loc.*; Cross, *op. cit.* (supra n. 14) p 46 והשווה: Norman Lamm, *Faith and Doubt* (New York, Ktav Publishing House Inc., 1971) pp. 298-299.
 104 ראה לעיל סמוך להערה 82.
 105 בבלי, שבת, קכט, א; בבלי, סנהדרין, עט, א; ועוד. עיין גם: בבלי, סנהדרין, סט, א, ורש"י, ד"ה "והצילו העדה"; יצחק אייזיק אלון, 'זכאי עד שאשמתו מוכחת', השוואות בין דיני ישראל ודיני ארצות הברית (תל אביב ניו יורק, תשכ"א), עמ' 48-53.

כבר הזכרנו שיש מהראשונים הסוברים שאין להסתמך על "ידיעה בלא ראיה" בדיני נפשות¹⁰⁶. אולם למרות עמדתם, אין בדבריהם כדי להשפיע על מסקנתנו בנידון דידן. אין המדובר כאן בשימוש בבדיקת הדם בכדי להוכיח את מעשה העברה עצמו, כלומר ההכאה, וזה שעשהו, אלא ברצוננו להוכיח אלמנט מיסודות העברה שהוא בעצם דבר העומד בפני עצמו ולא דווקא קשור למעשה ההכאה, דהיינו הסטטוס של המוכה וזהותו ביחס למכה. בדיני נפשות, כאשר אין אנו דנים במעשה העברה או בעושהו¹⁰⁷, אין המשפט העברי דורש ראיה ישירה ומכרעת, אלא מסתפק ב"רוב"¹⁰⁸ וב"חזקה"¹⁰⁹.

מעניין הוא הדבר שהאמוראים הוכיחו את שני הכללים הללו - דהיינו שבדיני נפשות הולכים גם אחר הרוב וגם אחר החזקה¹¹⁰ - ממקור אחד הקשור לענייננו. בתלמוד בבלי מחפשים האמוראים את המקום שבתורה המגלה לנו שבדיני נפשות יש מקרים שבהם הולכים אחר הרוב. הצעה אחת באה מרב מרי:

רבי מרי אמר: אתיא ממכה אביו ואמו וכלל זה נובע מההלכה של המכה אביו ואמו דאמר רחמנא קטליה (שהתורה אמרה להמיתו, כלומר הבן). וליחוש דלמא לאו אביו הוא (ולמה שלא נחשוש שמא המוכה אינו אביו)? אלא לאו משום דאמרין זיל בתר רובא (האם הוא אינו משום שאנו אומרים שהולכים אחר הרוב) ורוב בעילות אחר הבעל.¹¹¹

האמוראים בתלמוד ירושלמי ביקשו למצוא את המקור לכך שהולכים במקרים מסוימים בתחום דיני נפשות אחר החזקה:

- 106 ראה לעיל סמוך להערה 97.
- 107 **שב שמעתתא**, שמעתא ד, פרק ח; **שר"ת רבי עקיבא איגר**, סוף קז; **שער ישר**, שער ג, פרקים א-ד; **קובץ עניינים**, ח"ב, ה, אות ג; S. Mendelsohn, *The Criminal Jurisprudence of the Ancient Hebrews* (Hermon Press, 2nd ed., New York, 1968), sec. 82, p. 124, n. 287.
- 108 **בבלי**, סנהדרין, סט, א-ב; **בבלי**, חולין, יא, א-ב; וראה גם **ריטב"א**, מכות, ה, א; **ספר תפארת משה** (הערה 45 לעיל), ח"א, סימן נה, ענף ב, וסימן נז. ועיין עוד **בציון ירושלים** על הירושלמי, סנהדרין, ד, א; **קובץ עניינים**, שם, כתובות, טו, ב.
- 109 **בבלי**, קידושין, פ, א; **ירושלמי**, קידושין, ד, ח. ראה גם: ערך "חזקה", **אנציקלופדיה תלמודית** (תש"ל), כרך יג, עמ' תשיד-תשטו.
- 110 על זה שלומדים שני הדברים ממקור אחד עיין: **שר"ת חתם סופר**, אה"ע, ח"א, מא (תודתי לד"ר נחום רקובר למקור זה); **תורה תמימה**, שמות, כא, טו, אות קיז; **אנציקלופדיה תלמודית** (הערה 109 לעיל), ובהערות, שם; **תורה שלמה** (האחים שלזינגר, ניו יורק, תשט"ז), כרך יז, שמות, כא, טו, עמ' פה, סימן רצג, ובהערות שם. ראה גם: **בית הבחירה**, סנהדרין, סט, ב.
- 111 **בבלי**, חולין, יא, כ.

ומניין שהורגין על (סמך) החוקות? ר' שמואל בריה דרבי יוסי ב' ר' בון אמר: כתיב: זמכה אביו ואמו מות יומת. וכי דבר בריא הוא שזה הוא אביו? והלא חזקה היא שהוא אביו? ואת אמר הורגין.¹¹²

משני הקטעים הללו אנו לומדים שכל עוד שאין אנו דנים במעשה עצמו וקובעים מי עשה את מעשה העברה, אלא שאנו עוסקים בזוהתו ובמעמדו של הקרבן, אין ההלכה דורשת ראיות ישירות, וניתן לסמוך גם על הרוב או על החזקה. אם כך הדבר, ברור הוא שבמקרה כמו שלנו, לכל הדעות ניתן להסתמך גם על "ידיעה בלא ראיה", אפילו בדיני נפשות.

זאת ועוד. לאור דברי התלמוד הבבלי, לצורך מטרה זו של קביעת מעמדו של המוכה אין אנו צריכים דרגת ודאות של מאה אחוז לתוצאות בדיקת הדם. ההלכה תיתן חשיבות ומשקל, בין יתר הראיות, לכל תוצאה שהיא בדרגת ודאות מעל 50% בין בתוצאה שלילית ובין בתוצאה חיובית, כי די ברוב ("רוב בעילות אחר בעל")¹¹³. מעניין לעניין: הוא הדין בתחום האיסורין. אם בא לפני בית הדין מעשה של גילוי עריות בין "אב" ו"בת", כשהולד הנולד מיחס זה עלול להיות ממזר¹¹⁴, ניתן להשתמש, יחד עם מכלול הראיות, בכל תוצאה של בדיקת דם שדרגת ודאותה עולה על "רוב" בכדי להוכיח או כדי לשלול את הקשר המשפחתי¹¹⁵.

לפני שאנו מסיימים חלק זה יש להעיר הערה אחת. כפי שעולה מדברינו גם במשפט הישראלי וגם במשפט העברי תוצאה שלילית מבדיקת דם תפטור את הנתבע (הנאשם). אולם למרות שהתוצאות במשפט הישראלי והמשפט העברי הן זהות, יש עדיין הבדל מהותי בסיבות ובנימוקים לכך.

כפי שראינו, מ"מ הנשיא זילברג מסווג בדיקת דם כחלק מ"ידיעת בית המשפט" ואין בית המשפט רשאי לדחותה מפני עדויות אחרות. לפי דברי השופט זילברג, למרות שאין בבדיקת דם ודאות סטטיסטית מוחלטת, עדיין יש לדעתו "ודאות מעשית" שתחייב את בית המשפט להכריע על פיה¹¹⁶. יוצא, אפוא, שלפי גישת המשפט הישראלי כפי שבאה לידי ביטוי ע"י השופט זילברג הפטור הנובע מתוצאה שלילית של בדיקת דם הוא פטור המבוסס על ודאות! הנתבע (נאשם) הוא בוודאי פטור (זכאי).

112 ירושלמי, קידושין, ד, ח.

113 השוה: שר"ת ציץ אליעזר, ח"ח (ירושלים, תשכ"ה), טו, פ"ז, אות יא, עמ' צד.

114 משנה, יבמות, ד, יג; משנה, קידושין, ג, יב.

115 ראה: בבלי, קידושין, פ, א; אנציקלופדיה תלמודית (הערה 109 לעיל), עמ' תשטו, והערות שם. עיין גם

קובץ עניינים, שם (הערה 107 לעיל).

116 ראה לעיל סמוך להערה 7.

לעומת זאת לפי גישת בתי הדין והמשפט העברי תוצאה שלילית מבדיקת הדם אינה יוצרת סטטוס של "ודאי פטור" אלא סטטוס של ספק - "שמא פטור", אולם ספק זה מספיק הוא כדי לפטור את הנתבע (נאשם) לגמרי, בהתאם לכללים "המוציא מחברו עליו הראיה" "וספק נפשות להקל".

נפקא מינה בין שתי הגישות יכולה לבוא לידי ביטוי, למשל, בדיני ירושה. ניקח את הדוגמא של ילד המוחזק כבנו של זוג ידוע, אולם בדיקת הדם שוללת את אבהותו של המוריש על הילד. לפי המשפט הישראלי הילד ב"ודאי" אינו בנו של המוריש ובוודאי אינו יורש. לעומת זאת, לפי גישת המשפט העברי יש ספק אם הילד הוא בנו של המוריש, וכתוצאה מספק זה יהיה לילד הסטטוס של ספק יורש¹¹⁷.

ייתכן שחילוק זה עלול להשפיע גם על השאלה: באיזו מידה מותר לבית הדין לפסוק נגד התוצאה השלילית של בדיקת הדם על יסוד אומדנא ומכלול הראיות האחרות? שאלה זאת עדיין לא מצאה את פתרונה בספרות ההלכתית.

הסמכות לצוות על בדיקה

לא עלה בידי למצוא מקור במשפט העברי הדין ישירות בשאלה אם יש סמכות לבית דין להורות על בדיקת דם הצדדים בניגוד לרצונם.

במעשה של הרב סעדיה המופיע בספר חסידים¹¹⁸ מסופר כי "...צוה רב סעדיה להקיז דם זה בספל אחד ודם זה בספל אחר..." אולם מכאן אין להסיק בהכרח ראייה. סמכותו של הרב סעדיה "לדון דין זה" נבעה מהמלך, וייתכן שהוראה זו של הרב סעדיה באה לא מסמכותו מדין תורה אלא מסמכותו ממרות המלך.

ברם, מצד שני, לאור העובדה שהאחרונים¹¹⁹ רואים בהתנהגותו של הרב סעדיה מעשה התואם את ההלכה, ניתן אולי לטעון שיש למצוא גם בהוראה זו תקדים במסגרת ההלכה.

לשם אנלוגיה נבדוק אולי את התייחסותם של רבנים ופוסקים לשימוש של אמצעים מכניים ומדעיים אחרים בניגוד לרצונם של הצדדים.

הרב נחום לאם, בדונו בשימוש בפוליגרף לאור ההלכה, מתנגד למתן סמכות לבתי המשפט להורות בבדיקה במכונה זו, כאשר היא בניגוד לרצון הנתבע¹²⁰. התנגדותו של

117 גם חוק הירושה, תשכ"ה - 1965 מכיר במושג "יורש-ספק". ראה, למשל, סעיף 9 לחוק.

118 ראה סמוך להערה 76 לעיל.

119 ראה הערה 76 לעיל.

120 Lamm, *op. cit.* (supra n. 88)

הרב לאם מבוססת על כך שהשימוש ב"מכונת האמת" מהווה, לפי הבנתו פגיעה בצנעת הפרט¹²¹.

מוכרחים אנו לומר, אמנם, שאין דברים אלו של הרב לאם בגדר מסקנה הלכתית נוקשה, אלא יותר בגדר מגמה והנחיה כללית. הרב נחום לאם מבסס את הערותיו בנושא על תשובה של סבו, הרב יהושע בוימפל, שעסק בעיקר בשימוש בפוליגרף לבדיקת עדים. ולאחר דיון מפורט הסיק הרב בוימפל: "...אולם בדיון¹²²... דלכ"ע מצווה לחקור ולדרוש כפי היכולת, בוודאי דרשאיין הב"ד לחקור העדים ע"י מכונה זו"¹²³. מכאן ניתן להסיק שבמקום שדרושה עזרת מכונת האמת כדי לגלות את האמת, מותר לבית המשפט להורות על שימוש במכונה, וזאת למרות הפגיעה הלכאורית בצנעת הפרט הנובעת משימוש באמצעי מכני זה.

עניין דומה או מוצאים בקשר לבדיקת זרע, שכשבעל שהה עם אשתו עשר שנים בלא ילדים ורצה לגרשה¹²⁴, יש מקרים שביית הדין, על פי דברי רופאים, מבקש מהבעל להבדק בבדיקת זרע, כדי לברר שמא המניעה ממנו, מתעוררת השאלה אם מותר לבית הדין להורות לבעל להבדק, על אף התנגדותו. על כך משיב הרב אליעזר יהודה ולדינברג בחיוב¹²⁵. בסוף תשובתו בנדון מסכם הרב ולדינברג: "לאור כל האמור נראה דאין מקום להשתמטות הבעל מבדיקה זאת כאשר מורים ב"ד על כך, ועל אחת כמה שבסירובו בא לחוב לאישה"¹²⁶. גם כאן אנו רואים שביית הדין מורה על ביצוע בדיקה מדעית בניגוד לרצון הנבדק, אף שכרוכה בכך פגיעה בצנעת הפרט.

משתמע מכל הנ"ל שאין המשפט העברי רואה בשימוש באמצעים מכניים ומדעיים על ידי בית הדין פגיעה בצנעת הפרט השוללת את הסמכות מבית הדין להורות על

121 ראה: הרנון, שם (הערה 14 לעיל), סעיף 31.6, עמ' 339: והשווה: McCormick, *op. cit.* (supra n. 3), p. 520.

122 כגון דין מרומה. ועיין שם בנוגע לדיני נפשות והאיסור דחוסמין.

123 הרב יהושע בוימפל, עמק ההלכה (ירושלים, תשל"ו), ח"ב, יד, עמ' רלה, בעמ' רלו.

124 ראה: שו"ע אה"ע, א, י, ברמ"א; אוצר הפוסקים (ירושלים, תשל"ל), שם, כרך א, עמ' יד-טז, ס"ק סח, אותיות א-י.

125 שו"ת ציץ אליעזר (ירושלים, תשכ"ג), ח"ז, מח, אות ז, עמ' קפט-קצ. ועיין עוד פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול בעניין מעין זה פורסם בשו"ת ישכיל עבדי, ח"ו, אה"ע, קיב, אות ז, ובהוספה, אות ד. וכן ראה בעניין כפיית בדיקת פסיכיאטר ערעור תשלג/216, בית הדין הרבני הגדול ירושלים, פד"ר, כרך ט, עמ' 331.

126 שם, עמ' קצ.

שימוש באמצעים אלה¹²⁷, זאת במיוחד כשמירת יתר של צנעת הפרט תביא לידי הפסד וחיוב לצד שכנגד¹²⁸.

אם נכונים דברינו יש להסיק שגם בבדיקת דם יש הסמכות - כנראה הסמכות הטבועה - לבית הדין להורות לצדדים להבדק, אפילו בלא הסכמתם. אם הצדדים עומדים בסירובם, לכאורה, מותר לבית הדין להסיק, במיוחד בדיני ממונות, את המסקנות המתאימות¹²⁹.

ברם, למרות שיש לבית הדין סמכות על פי המשפט העברי להורות על בדיקת דם, נשאר השאלה אם הוראה כזו רצויה תמיד. הבאנו לעיל מדברי הרש"ש המסביר שאמורא מסוים בתלמוד לא השתמש בבדיקתו של רב סעדיה כפי שמתואר בספר חסידים, אלא הכריע את המשפט על סמך ראיות אחרות: "...משום דע"י ניסיון בספר חסידים יתגלה שהן ממזרים, ורב בנאה לא רצה שיוודע פסולים על ידו..."¹³⁰. מדברים אלו של הרש"ש יש לנו ללמוד הלכה נוספת בתחום המדיניות המשפטית: במקום

127 ראה על כך באריכות מאמרנו: Dov I. Frimer, "Medical Examinations by Order of the Court and the Right to Privacy: The Common Law and Jewish Experiences", 17 *Israel Law Review* (1982), pp. 96-103 [עמ' 65*-73 בספר זה].

וראה עוד לעיל הערה 121.

128 ראה בנקודה זאת: ר' חיים פאלאג'י, שו"ת חקקי לב, י"ד, מט; שו"ת אור זרוע ומהר"ם בן ברוך (מהדורת "ז' כהנא, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים, תשל"ג), ח"ג, תג, עמ' סט. על הנושא של צנעת הפרט במשפט העברי בכלל ראה: "א אלון, שם (הערה 105 לעיל), עמ' 54-56; Lamm, *op. cit.* (supra n. 88); pp. 290-309; ההגנה על צנעת הפרט (Privacy), (משרד המשפטים, ירושלים, תשל"ל, סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי); N. Rakover, "The Protection of Privacy in Jewish Law", *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 5 (Tel-Aviv University, 1975), p. 169. ראה גם: הרב ברוך רקובר, 'המותר לרופא להעיד על חולה שלא בהסכמתו?', נועם, ב (הוצאת מכון תורה שלמה, ירושלים, תשי"ט), עמ' קפח-קצא; תיק בית הדין הרבני האזורי תל אביב יפו מס' 5637/כא, פד"ר, כרך ה, עמ' 132; ערעור תשלג/216, שם (הערה 125 לעיל); הרב מרדכי יעקב בר"ש, שו"ת חלקת יעקב (בני ברק, תשכ"ו) ח"ג, קלו; פרופ' ל' וישליצקי - עורך, מדרוך רפואי לפי המסורת היהודית (מכון לרפואה ויהדות, ירושלים, תשל"ז), עמ' 38-37; שו"ת ציץ אליעזר, שם (הערה 48 לעיל), וכן פא, אות ב, עמ' קנח-קנט; שו"ת יחוה דעת, ח"ד, ס; ספר לב אברהם (הערה 60 לעיל), עמ' סט-ע; הרב שילה רפאל, 'סודיות רפואית - היבטים הלכתיים', אסיא (המכון ע"ש ד"ר פלק שלזינגר לחקר הרפואה ע"פ התורה ליד ביה"ח שערי צדק, ירושלים, תשל"ח), חוברת כא, עמ' 12-15; הרב חיים דוד הלוי, עשה לך רב (תל אביב, תשל"ו), ח"א, מב.

129 ראה: בבלי, בבא בתרא, נח, א, במעשה דרבי בנאה; שו"ת הרא"ש, קז, ד; פתחי תשובה, חו"מ, טו, ס"ק ט; ערוך השולחן, חו"מ, טו, סוף סעיף ד; ערעור תשלג/216, שם (הערה 125 לעיל). וראה גם: ע"א 524/60, מזרחי נ' מזרחי, פ"ד (4) 813, 816, עיין עוד: ע"א 328/72 לנגל נ' לנגל פ"ד כז(2), 470, 475-476. אך השווה מה שכתבנו לעיל ליד הערות 19-20, בדבר עמדת המשפט הישראלי כלפי המסרב להיבדק בבדיקת דם.

130 ראה לעיל ליד הערה 93.

קביעת אבהות על ידי בדיקת סוגי דם [במערכת ABO] במשפט הישראלי ובמשפט העברי 71
שהשימוש בבדיקת דם יכול להביא לידי גילוי ממזרים¹³¹ עדיף לא לעשות את הבדיקה,
אלא להכריע את השאלות הממוניות על יסוד ראיות אחרות¹³².

סיכום

על פי המצב המדעי היום בדיקת דם אינה יכולה להוכיח או לשלול אבהות בדרגת
ודאות מוחלטת. חוץ מבמקרים נדירים אין השימוש בבדיקת דם יכול להראות באופן
חיובי את אבהותו של אדם, למרות שאחוזי הסיכויים של מציאות זאת ניתנים
לחישוב. מצד שני גם תוצאה מבדיקת הדם השוללת את האבהות אינה תוצאה
מוחלטת, אלא יש לה דרגת ודאות שהיא למעלה מ-99%.

לאור מצב עובדתי זה נסכם את העמדות של המשפט הישראלי והמשפט העברי
בבעיות המשפטיות השונות:

1. גם המשפט הישראלי וגם המשפט העברי (לפי רוב הפוסקים) מוכנים לקבל את
דעת המדענים שיש מבחינה רפואית האפשרות לשלול (לקבוע) אבהות על ידי
בדיקת דם.
2. (א) גם המשפט הישראלי וגם המשפט העברי ניתן לפטור אדם מחיוב מזונות עקב
תוצאה שלילית של בדיקת דם.
(ב) גם לפי המשפט הישראלי וגם לפי המשפט העברי אין בתוצאה חיובית של
בדיקת דם כדי לחייב אדם בחיוב מזונות הילד.
3. (א) לפי המשפט הישראלי תוצאה שלילית מבדיקת דם תוציא את הילד בכלל
ממסגרת של יורש, ואילו לפי המשפט העברי, בהתחשב עם מכלול הנסיבות,
תוצאה שלילית תסווג את הילד למסגרת של "יורש-ספק".
(ב) גם לפי המשפט הישראלי וגם לפי המשפט העברי אין בתוצאה חיובית של
בדיקת דם בכדי להעניק לילד מעמד של יורש.

131 ההנחה שניתן להסתמך על בדיקת דם כדי לקבוע ממזרות. וראה על כך את הדיון לעיל סמוך להערה 99
ואילך.

132 ראה: משנה, עדויות, ח, ז, ופירוש ר' עובדיה מברטנורא, שם. וכן פסק בית המשפט העליון בע"א 548/78,
שם (הערה 2 לעיל), בעמ' 748-749, ביחס לקביעת אבהות על ידי בדיקת סיווג הרקמות. בית המשפט
הסתמך על עמדת המשפט העברי כפי שבאה לידי ביטוי במהדורה הראשונה של מאמרנו זה ואשר הייתה
לנגד עיני שופטי בית המשפט העליון. ראה שם, עמ' 754, מול אות ו. והשווה שם, עמ' 761, מס' 5.
[הרחבה מחודשת של גישה זו באה ידי ביטוי בהחלטת בית המשפט המחוזי מ.א. 128/83, היועמ"ש
לממשלה נ' ההסתדרות מדיציניית הדסה, שנתקבלה בתאריך י"ג ניסן תשמ"ג (27.3.83), והדברים טעונים
דיון הלכתי נפרד. - העורך]

4. (א) גם לפי גישת המשפט הישראלי וגם לפי גישת המשפט העברי יש בתוצאה שלילית מבדיקת דם כדי לזכות נאשם מעברה פלילית הדורשת כאחד מיסודותיה אבהות.
- (ב) לפי שתי מערכות המשפט אין בתוצאה חיובית מבדיקת דם להוות ראיה לאבהות במשפט פלילי.
5. עדיין יש להכריע בהשפעת תוצאות בדיקת דם על כשרותו של וולד בהלכה.
6. לפי המשפט הישראלי אין שופט יכול לפסוק בניגוד לתוצאה שלילית של בדיקת דם. שאלה זאת עדיין לא באה על פתרונה בספרות המשפט העברי.
7. (א) אין סמכות לבתי המשפט במשפט הישראלי לצוות על בדיקת דם בניגוד לרצון הצדדים.
- (ב) לעומת זאת יש סמכות לבתי הדין לפי המשפט העברי להורות על בדיקת דם, על אף התנגדותם של הצדדים.
8. (א) אין לבתי המשפט במשפט הישראלי להסיק כל מסקנה מסירובם של הצדדים להבדק מרצונם החופשי¹³³.
- (ב) ואולם במשפט העברי כשאדם מסרב להבדק, למרות הוראה של בית הדין, במיוחד בדיני ממונות, מותר לבית הדין להסיק את המסקנות המתאימות.

* * *

הערות נוספות בעניין

לכב' העורך,
שלום וברכה,
קבלתי את החוברת החדשה של "אסיא" בה מופיעה סדרת המאמרים הדנים בעמדת ההלכה בקשר לקביעת אבהות ע"י בדיקות הדם השונות - וביניהם מאמרי. כבוד הוא לי ואני תקווה כי סדרה זו תהווה תרומה לעולם ההלכה והרפואה.
ברצוני, אולם, להעיר שלוש הערות קצרות:
ראשית, אני רוצה להודות לכת"ר והצוות שלו על הסידור והעריכה הנאים של מאמרי.
מאמרו של מו"ר הרה"ג שלמה דיכובסקי עוסק בשאלה של שלילת אבהות באמצעות בדיקות HLA. עם כל החשיבות והיופי שבמאמרו נלע"ד שעדיין יש מקום

133 ראה תוספת העורך בסוף הערה 20 לעיל. - העורך.

לדון בשאלה של עמדת ההלכה לקביעת אבהות באופן חיובי ע"י בדיקות HLA, ולצורך זה אני מפנה את כת"ר לטענות הנמצאות בשו"ת משנה הלכות, ח"ד, קסד, ושו"ת דבר יהושע, ח"ג, אה"ע, ה.

במאמרי כתבתי כי על פי המשפט הישראלי אין לבתי המשפט להסיק כל מסקנה מסירובם של הצדדים להבדק מרצונם החופשי. ועל כך מעיר כת"ר הערת העורך (בהערות 20 ו-133) כי בע.א. 548/78 שרון ואח' נ' לוי פ"ד לה (ו), 736, נקבע כי בית המשפט רשאי להסיק מסקנות מסירוב להבדק. ואם כי כת"ר צודק שכך נקבע באותו פס"ד, ברם כ"ת אינו מציין כי קביעה זו של ביהמ"ש העליון היא אך ורק ביחס לבדיקת HLA - שבכוחה להוות ראיה על אבהות גם באופן חיובי - ואינה חלה על בדיקות ABO, שעליהן אני דנתי, ושאינן בכוחן אלא לשלול אבהות. וכן כותב ביהמ"ש העליון במפורש בעמ' 756-758, נא עיי"ש. מהערתו הסתמית מתקבל הרושם הלא מדויק כי פסק דינו של ביהמ"ש העליון בשרון נ' לוי חל גם על נושא מאמרי - קביעת אבהות על ידי בדיקת סוגי דם במערכת ABO.

בכבוד רב,

פרופ' דב פרימר