

## קביעת אבהות על ידי בדיקת סוגי דם [במערכת A, B, O] במשפט הישראלי ובמשפט העברי\*

### א. מבוא

### ב. המשפט הישראלי

1. הכרת העמדה המדעית
2. המשקל הראייתי
3. הסמכות לצוות על בדיקה

### ג. המשפט העברי

1. כללי: סמכות משפטית
2. הכרת העמדה המדעית
3. המשקל הראייתי  
(א) כללי  
(ב) דיני ממונות  
(ג) דיני איסורין ונפשות
4. הסמכות לצוות על בדיקה

### ד. סיכום

### א. 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 אלמוני<sup>1</sup>; אך טרם פותחה שיטה מדעית משביעת רצון לקביעה

\* המהדורה הראשונה של מאמר זה פורסמה בשנתון המשפט העברי כרך ה, תשל"ח עמ' 219-242. תודתנו למערכת השנתון על הסכמתה לפירסום מהדורה זו באסיא, עם שינויים והוספות משמעותיות רבות, הקשורות הן לתחום ההלכתי והן לתחום המדעי המתפתח.

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

פוזיטיבית ודאית שפלוני הוא אביו של אלמוני על פי סוגי הדם<sup>2</sup> במערכת A, B, O למרות זאת, שופטי הארצות האנגלו-סכסיות מהססים לקבל בדיקה זו, על כל משמעויותיה. כוונתם היא לפעול בזהירות כשמדובר באימוץ מבחנים ובדיקות חדשות, המתחדש בתחום שעדיין מתפתח בקצב ובמהירות רבה<sup>3</sup>.  
ברשימה זאת נבדוק את התיחסותם של המשפט הישראלי ושל המשפט העברי לסוגיית קביעת אבהות על ידי בדיקת דם. לשם ביורור זה שומה עלינו לחקור שלוש שאלות:

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

## ב. המשפט הישראלי

### 1. הכרת העמדה המדעית

בע"א 313/68<sup>4</sup> נטענה הטענה "כי החוק הגנטי שעליו מסתמכים המומחים אינו כלל מדעי מוחלט, אלא מייצג רק את המצב הנוכחי של האמנות או האומנות". בא-כח המערער ביקש, איפוא, כי בית המשפט לא יכיר כלל בעמדה המדעית כי בדיקת דם היא כלי עזר 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 לנדשטיינר וסיעתו אינה תורה שאבר עליה כלח, אלא אדרכא 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.

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-H.L.A. מספקים כלי מדויק הן לשלילת הן 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, כרך ז' (1979), עמ' 46-74. והמקורות המצויינים שם. אין אנו דנים במאמר זה על מעמדו 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 לפנייה בגוף המאמר. — העורך]

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

אליבא דאמת, עמדה זאת כבר התקבלה על ידי בית המשפט העליון כשמונה שנים קודם לכן.<sup>5</sup> המשיב נתבקש על ידי המערערת להיבדק "בדיקות גופניות שונות" כדי להוכיח את אבהותו והוא סירב לעשות כן. לשם הבהרת בקשת המערערת, מסביר השופט ח' כהן:<sup>6</sup> "המדובר הוא בבדיקות דם, והכל מורים 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".

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

## 2. המשקל הראייתי

אף שכית המשפט מוכן לקבל את העמדה המדעית, אין בכך כדי להבטיח שהוא גם יתן 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, איפוא, חלק של "ידיעת בית המשפט" ואין בית המשפט רשאי לדחות מפני עדויות אחרות.<sup>7</sup>

כאמור לעיל, השאלה הנדונה בפני בית המשפט היתה של קביעה שלילית, דהיינו: בדיקת הדם הראתה שהנתבע אינו האב. בנסיבות אלה הושפע בית המשפט על ידי הדרגה הגבוהה של וודאות שיש בבדיקה כדי להוציא אדם מכלל אבהות. סביר להניח שלו דרגת הוודאות היתה 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.<sup>8</sup> 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).<sup>9</sup> כתוצאה מכך הורה בית המשפט במספר פסקי דין שאין בבדיקת דם יכולה לשמש כהוכחה חיובית לאבהות.<sup>10</sup>

חשוב לציין כי גם כשמדובר בקביעה שלילית אין הכוונה לדרגת וודאות ונאמנות של מאה אחוז שהנתבע אינו אביו של הילד. תוצאה מעל 99% נחשבת על ידי רופאים כמשמעותית.<sup>11</sup>

5. ע"א 407/60 פלונית 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 pp. 521-222 n.3) ע"א 70/78, פלוני נ' פלונית ואח'.

8. ראה — ת.א. 834/65 המובא בחיק אישור 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. 630-633.

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, פלונית ג' אלמוני, פ"ד טו, 212; ע"א 215/72 פלוני ג' אלמוני, קטין ואח', פ"ד כו (1), 792, 794. לביקורת על גישה זאת ראה: Krause, *op. cit.* pp. 260-262; Lee,

*op. cit.*, pp.630-631; McCormick, *op. cit.*, (supra n. 3) p. 522-523.

רוב פסקי הדין שפורסמו בנושא זה דנו בכביה של קביעת אבהות במסגרת של תביעה למזונות. ברם, אין לנו ספק כי המסקנות שעלו מדיונים אלו חלות במדה זהה לשאר תחומי המשפט האזרחי, כגון: דיני ירושה (אף כי יתכן ושם תידרש כמות הוכחות רבה יותר, בשל העדר האב-המורישי<sup>12</sup>).

שאלה מעניינת מתעוררת בקשר לקביעת אבהות כמשפט פלילי, כגון בעבירה של הגורם במזיד למות הורג<sup>13</sup>. 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 מעבירת 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 העבירה, כלומר האבהות, על ידי בדיקת דם, ואפילו כראיה נסיבתית. תוצאה זאת תהיה קצת מוזרה לאור העובדה שכדי להוכיח את זהותו של נאשם ולקשרו למעשה העבירה, בדיקת דם, ואפילו תוצאה חיובית, היא קבילה בדיני עונשין כראיה נסיבתית<sup>14</sup>. אם נקבל את תוצאת בדיקת הדם כראיה לזהותו של ההורג, מדוע לא נקבלה כראיה לזהותו של ההורג?

### 3. הסמכות לצוות על בדיקה

לפי המשפט המקובל אין לבית המשפט הסמכות להורות לאדם מבוגר לעבור בדיקת דם. הוראה כזאת נחשבת לפגיעה בחרות הפרט<sup>15</sup>. ואולם, לאור האינטרס הציבורי החשוב העומד מול פגיעה קלה זאת, הוכנסו באנגליה שינויים סטטוטוריים

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.

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 (ירושלים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1977), חלק שני, סעיף 31.4, עמ' 327, והערה 53, שם.

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

המתירים לשופטים לצוות על בדיקת דם, ובמקרה של סירוב רשאי בית המשפט להסיק מסקנות מתאימות<sup>16</sup>.

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<sup>17</sup> 18.

בארץ עמדת המשפט המקובל עומדת בעינה. בשורה של פסקי דין אושרה ההלכה שאין לבית המשפט במדינת ישראל הסמכות לצוות על בדיקת דם<sup>19</sup>. לאור מצב חוקי זה, רואים בתי המשפט סירוב להברק, כחוסר התנדבות בלבד, דבר שאין בו כדי ללמד על חשש המסרב מתוצאות הבדיקה<sup>20</sup>.

בראשית שנת 1961 פנה בית המשפט העליון בקריאה למחוקק לתת את דעתו ולבו למכלול השאלות הכרוכות בהוכחת האבהות, ולהסמין את בתי המשפט להעמיד את בעלי הדין ככל אותן בדיקות רפואיות ומעברתיות שיראו נחוצות או מועילות לגילוי האמת, וכן להכשיר סירוב להיברק כראיית סיוע<sup>21</sup>. בית המשפט העליון חזר על קריאה זו פעם שנית בשנת 1980<sup>22</sup>. על אף פנייתו של בית המשפט העליון עדיין לא חל כל שינוי בתחום זה.

### ג. המשפט העברי

#### 1. כללי: סמכות משפטית

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 H.L.A. עיין:

**Matter of Carol A.E.C. (Arnold 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. ח"י 532/66, שם (הערה 8 לעיל), בעמ' 217-218; ת"מ ח"י 223/72, אפללו נ' אסיאס, פס"מ תשל"ד (1), 389, 393; המ"ב כ"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. ח"י 532/66, שם; ת"מ ח"י 223/72, שם; המ"ב כ"ש 217/74, שם; הרנון, שם (הערה 13 לעיל), בעמ' 328; ב' שרשבסקי, דיני משפחה (ירושלים, הוצאת ראובן מס, מהדורה שניה, תשכ"ז), עמ' 393, הערה 22. נימוק נוסף להלכה זו, אשר ניתן על ידי השופט ח' כהן בע"א 407/60, ברור שנימוק זה וחומר: "אם מתוצאות הבדיקה אין לדלות ראייה נגדו, מסירובו לא כל שכן". ברור שנימוק זה חלוי 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 להברק ולעבור מבחני HLA הכודקים את מערכת תיאום הרקמות המרכזית (MHC). וראה להלן עמ' 209.

21. ע"א 407/60, שם, בעמ' 217, מול אות 1; 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.

הלכה משפטית פסוקה היא<sup>23</sup> שענייני אבהות אינם כלולים בין עניני המעמד האישי<sup>24</sup> שיש לדונם לפי הדין הדתי<sup>25</sup> או בפני בית הדין הרבני<sup>26</sup>. כמו כן הלכה רווחת היא כי גם בבוא בית משפט אזרחי להחיל את הדין הדתי, מחיל הוא רק את הדין הסובסטנטיבי; בעוד שבעניינים פרוציסוראליים, כגון: סדרי דין ודיני ראיות, מחיל הוא את הוראות הדין החילוני הכללי<sup>27</sup>. ואולם כששאלת האבהות כרוכה בתביעה לגירושין יש סמכות לבית הדין הרבני לדון בקביעת האבהות<sup>28</sup>. הוא הדין כאשר שאלת האבהות עולה באופן אינצידנטלי לענין שבסמכותו של בית הדין הרבני<sup>29</sup>. במקרים אלה ברור ומוכן שבית הדין דון לפי המשפט העברי<sup>30</sup> כי "הדין הולך אחר הדין"<sup>31</sup>. נוסף על כך, לאחרונה הובעה הרעה<sup>32</sup> שיתכן 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 אשה נשואה הוא ילדו של בעלה היא ענין 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 הצדדים<sup>33</sup> 34.

23. בג"ץ 283/72, באורן 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 בעניני אבהות" משפטים, כרך ד (תשל"ג), עמ' 664.
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 ואלך; ע"א 164/60, פלונית נ' אלמוני, פ"ד טו, 347, 349. הדבר אושר בהודמנויות רבות נוספות. עיין: מ' שאה, הדין האישי בישראל (רמת גן, מסדה, 1976), עמ' 134-135, ובהערות. שם, בעיקר הערה 45. ועיין עוד: מנחם אלון, חקיקה דתית (תל-אביב, הוצאת הקיבוץ הדתי, חשכ"ח), עמ' 76-77, 79-85. וראה בענין 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", גיליון, כרך כ"ב, עמ' 38; שאה, 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, חרל"פ נ' הרב רביץ ואח', פ"ד יא, 75. בענין זה עיין בג"ץ 283/74, שם (הערה 23 לעיל), בעמ' 731, וכדברים הנכונים של ד"ר שיפמן, שם, (הערה 23 לעיל) בעמ' 668 ובהערה 27.
30. בג"ץ 71/50, עטיה נ' ויז'ר ההצל"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, חאנולים נ' בית הדין של הכנסיה היוונית אורתודוקסית, פ"ד כג (1), 260, 278. ועיין עוד: משה זילברג, המעמד האישי בישראל (ירושלים, הוצאת מפעל השכפול, מהדורה רביעית, תשכ"ה), עמ' 6, 363.
32. ת.מ.ז. ח"י 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

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

## 2. הכרת העמדה המדעית

התלמוד בבלי במסכת נדה ואמר<sup>35</sup>:

"תנו רבנן: שלשה שותפין יש באדם – הקב"ה ואביו ואמו. אביו מזרע הלובן שממנו עצמות וגידים וצפרנים ומוח שכראשו ולובן שבעין. אמו מזרעת אודם שממנו עור ובשר ודם<sup>36</sup> ושערות ושחור שבעין והקב"ה נותן בו רוח ונשמה וקלסתר פנים ורייית העין ושמיעת האוזן ודבור פה והלוחך רגלים בינה והשכל".

מברייתא זו אנו רואים שחכמינו ז"ל היו בדעה שדם הילד גובע רק מאימו. 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 כימינו), אין כל אפשרות לקבוע אבהות, בין באופן חיובי ובין באופן שלילי, על ידי בדיקת דם.

תפיסה זו של חז"ל, שדמו של ילד בא מאימו, מקורה בתחום האגדה<sup>37</sup>. ברם כבר בדורות הראשונים אנו מוצאים אחד מגדולי חכמי אשכנז, הרב אלכסנדר זוסלין הכהן, בעל ספר האגודה המסתמך על הברייתא הנ"ל לענין שבהלכה<sup>38</sup>. על סמך ברייתא זאת פוסק ספר האגודה<sup>39</sup>:

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

ההלכה קובעת שבמקרה שמתו שני בנים מאשה אחת מחמת מילה אין למול את הבן השלישי עד שיגדל. ביחס לדין זה אין זה משנה אם הבן השלישי הוא מאותו בעל

הדין הדתי, ראה לעיל הערה 27. גם נפסק בת. מז. ח" 9/73, שם (הערה 31 לעיל): "... כי כאשר מתעוררת שאלת אבהות בתביעת מזונות שילדה יהודיה מגישה נגד איש יהודי בטענה שהוא אביה, יש להכריע בשאלה אינצידנטלית זו לפי הדין העברי, אף אם אין רואים בענין האבהות ענין של המעמד האישי כמובן של סימן 51".

35. בבלי נדה, לא, א.

36. כן היא הגירסא בכת"י מינכן; ובירושלמי כלאים, פ"ח, ה"ג (לא, ג); ובשאלתא דרב אחאי גאון, פרשת יתרו, שאלתא נ"ו; וכן היתה הגירסא בבבלי לפני רבינו הלל, פירושו לספרא, פרשת קדושים, פרשתא א, אות ע; וכן הוא בדעת זקנים מבעלי התוספות, כמדבר, יב, יד; ובשינוי קל כמדרש קהלת רבתי, ה, יג; וכן היה בפני בעל ספר האגודה, מסכת שבת, פרק רבי אליעזר דמילה, סימן קסד; ועיין בהגהות הגר"א על מסכת נדה דף לא, א; ובביאור הגר"א, על שו"ע יו"ד, רסג, ב, ס"ד; ובביאור הגר"א, דברי הימים א, יא:א; ובב"ח, יו"ד, שם. וכן ראה: תוספות, בבא קמא, כה, א, ד"ה ק"ו לשכינה; ותוספות, בבא בתרא, קיא, א, ד"ה וק"ו לשכינה; ותוספות זבחים, טז, ב, ד"ה ק"ו לשכינה.

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

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

39. ראה האיזכור המלא בהערה 36 לעיל.

או מבעל אחר<sup>40</sup>. אולם אומר הרב אלכסנדר זוסלין הכהן, אם שני בנים מאיש אחד מתו מחמת מילה, כיון שהדם בא מהאם, אם הבן השלישי הינו מאשה אחרת — יש למולו.

בעקבות פסק זה של בעל ספר האגודה הולך הרמ"א להלכה<sup>41</sup> (אבל לא למעשה)<sup>42</sup>, והב"ח אף למעשה.

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"ם<sup>44</sup>, סוברת שבמקרה כזה אין אנו כבולים ומחוייבים 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"<sup>45</sup>. העולה מדעה זו הוא כי מותר לנו לקבוע הלכות חדשות המתחדשות בימינו על יסוד ממצאי חכמי הטבע והמדענים של ימינו, למרות שזה בניגוד להבנת הטבע של חז"ל.

40. בכלי יכמות, סד, ב; רמב"ם הלכות מילה, א, יח; טור ושו"ע, יו"ד, רסג, ב.  
 41. רמ"א על שו"ע יו"ד, שם, [וראה לעיל עמ' 20, 21 הערות 9, 10. — העורך].  
 42. כי יש כי יש מי שחולק. עיין בית יוסף על טור יו"ד, שם בשם רבינו מנחם, 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, כעמ' 124; דבר יהושע (חל-אביב, תשל"ו), ח"ג, אה"ע סימן ה ס"ק ב"ד, עמ' רכ"רכא, מאת הרב יהושע מנחם אהרנברג; והשווה עם הבנת הר"י אפרים פישל וינברגר בספרו יד אפרים (תל אביב, הוצ'ר הציבורי להוצאת כתבי הרב וינברגר ז"ל, תשל"ו), סימן ז, סעיף ד, עמ' צא. וגם עם הר"י שלמה זיון, לאור ההלכה (ירושלים, מוסד הרב קוק, תש"ו), "התורשה", עמ' קמח; והר"י משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה, יו"ד, ח"א, קנד.  
 43. ב"ח על יו"ד, שם; שו"ת הב"ח החדשות, סוף סימן נ. ועיין ערוך השולחן, יו"ד, שם, סעיף ח.  
 44. מורה נבוכים (תירגם ר' יוסף קאפח, ירושלים, מוסד הרב קוק, 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 אלעאכדי (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, מאמאר 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; אברהם קורמן, אבולוציה ויהדות (תל אביב, יד החמישה, תשל"י) עמ' 72-47; Rabbi Isaac Herzog, *Judaism: Law and Ethics* (London, Soncino Press, 1974), pp. 152, 166.  
 בקשר להשלכות של גישה זו על הלכות שנפסקו בהתאם לתפיסה המדעית "המוטעית" של חז"ל ראה: שו"ת הרשב"א ח"ג, סימן ריד, מובאת גם בבית יוסף על טור יו"ד, קלד (בסופו); שו"ת הריב"ש, תמו; שו"ת הריב"ש החדשות, ו; ר' יצחק לאמפרינטי, פחד יצחק, ערך "צירה"; ר' אהרן מרקוס, קטת הסופר (תל-אביב, תשל"א) מהדורה שנייה, כרך א', בראשית, א, כא, עמ' 60-61; קורמן, שם, עמ' 73-81; חזון איש, הלכות טריפות, סימן ה, ס"ק ג, הלכות אישות, סימן כז, ס"ק ג. והמעין בדברי החזו"א יראה שיש מקום לחלק בין הלכה הנקבעת בתלמוד על פי הידע

האסכולה השניה אומרת שעלינו תמיד להחזיק בדברי חז"ל כי "סוד ה' ליראיו", ואין להאמין לדברי המדע, כאשר נוגדת עמדת המדענים את קביעות חז"ל<sup>46</sup>. 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<sup>47</sup>:

"...אין סומכין על בדיקה מדעית של דם הילד בדמיונו לזה של האב. שכן קבלה מרז"ל שלשה שותפין באדם הקב"ה ואביו ואמו, אביו מזרע הלובן וכו' אמו מזרע אודם וכו' 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". ברור הוא שהרב עוזיאל דוגל בגישת אלו הסוברים שיש תמיד לסמוך על דברי חז"ל וקביעתם הטבעית, אפילו בניגוד לממצאי המדע המודרני והוכחות המדענים; כיון שחז"ל אומרים שהדם בא רק מהאם אין לך רשות להרהר אחריהם. בעקבות הרב עוזיאל הלכו רב"ד בירושלים הרב אליעזר יהודה וולדינברג<sup>48</sup>, ורב"ד בתל-אביב יפו הרב יהושע מנחם אהרנברג<sup>49</sup>, הרב ישראל וועלץ<sup>50</sup>, ובארצות הברית הרב מנשה קליין<sup>51</sup>. וכן פסק בית הדין הרבני בחיפה (כפני כב' המדעי שהיה בידי חז"ל, ובין הלכה הנקבעת לאחר מכן על-ידי הפוסקים על יסוד קביעה מדעית של חז"ל.

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

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

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

48. שו"ת ציץ אליעזר (ירושלים, תשל"ח), חלק יג, סימן קד, עמ' ריב. הרב וולדינברג יושב היום בכית הדין הרבני הגדול.

49. ספר דבר יהושע, שם (הערה 42 לעיל), עמ' ריט.

50. שו"ת דברי ישראל, אה"ע, סימן ח; שו"ת משנה הלכות, ח"ד, סימן קסג. הרב וועלץ, שנפטר בירושלים בשנת תשל"ד, היה מלפנים רב"ד בכודפסט, הונגריה.

51. שו"ת משנה הלכות, ח"ד, סימן קסד. הרב קליין הינו ראש ישיבת בית שערים בברוקלין, ניו-יורק, ומלפנים רב"ד באונגבר, הונגריה.

הדיינים הרבנים י"נ רוזנטל, אב"ד, ב' רקובר, וע' הדאיה). ואולם בסוף הדברים כותב כבוד בית הדין<sup>52</sup>:

"כרם 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 לענין אחים שמתו מחמת מילה היות וזה קשור בגוף הדם לפי שיטה ראשונה שבשו"ע י"ד הנו<sup>53</sup>, 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".

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 האדומים<sup>53\*</sup> שכרם, ושבהם עושים בדיקת הדם. אם כן מוכרחים אנו לומר שלפי הגמרא גם תאי הדם באים אך ורק מהאם, כלי כל תרומה מצד האב, ובניגוד להבנת כבוד בית הדין. מכל מקום, לפנינו נסיון 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 וינברגר<sup>54</sup>, מקבל עקרונו של הרב עוזיאל שאין לסמוך על בדיקות דם, כל עוד הן סותרות את דברי חז"ל. ואולם מוצא הרב וינברגר שבצעם, 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<sup>55</sup>:

"הוא היה אומר: האב זוכה לכן בנוי ובכח ובעושר ובחכמה ובשנים ובמספר הדורות לפניו והוא הקץ".  
ומסביר הרב וינברגר<sup>56</sup>:

"והכח ר"ל הדם כי עיקר הכח והנפש הוא בדם ראה שבת (קכ"ט, א') בכא בתרא (נ"ה, ב') ובחולין (ע"ב, ב')".  
יוצא, איפוא, לפי הרב וינברגר שמשנה זאת של רבי עקיבא ה"אומרת" שדם הכן

52. חיק שט"ו/1755, שם (הערה 42 לעיל).

53. השווה מה שכתבנו לעיל סמוך להערות 39-43. והשווה עם דברי הרב אהרנברג, שם, ס"ק ב, עמ' רכ.

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 כירושה גם מהאב. — העורך.

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

55. משנה עדיות, ב, ט.

56. ראה הערה 54 לעיל.

מקורו גם מהאב חולקת על הברייתא המובאת במסכת נדה שגורסת שדם הילד מקורו רק מהאם.

זאת ועוד: הערנו לעיל<sup>57</sup> שיש פוסקים, החולקים על הכרעתו של בעל האגודה ומורים שגם במקרה שאיש שמתו לו שני בנים מאשה אחת מחמת מילה והוליד בן שלישי ואפילו מאשה אחרת עדיין אין למולו. ממשין ואומר הרב וינברגר שהפוסקים הללו סוברים בהתאם למשנה בעדויות, לפי פירושו של הרב וינברגר, שהדם נובע גם מהאב<sup>58</sup>. 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.

כלי שהרא"פ וינברגר מצטט אותו, דרך זו של הכרעה תואמת את דברי הרשב"ש האומר<sup>59</sup>:

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

הרב שלמה זלמן אויערבאך נוקט בגישה קצת אחרת. לדעתו "יתכן שדברי חז"ל אינם כ"כ כפשוטם ולא נוגע כלל לסוגי הדם"<sup>60</sup>. האימרה במסכת נדה, לפי הבנת הגר"ש אויערבאך, מתייחסת לקשרים רעיוניים ומטפיסיים ולא לקשרים טבעיים וביאולוגיים<sup>61</sup>. 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 שהברייתא במסכת נדה סותרת, כנראה, את עמדת המדע. הרבנים מ' שלזינגר, י' וילנסקי, וי' סרוצקין, ביושכם כדיינים בבית הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו<sup>62</sup>, וכן הרב חיים דוד רגנשברג<sup>63</sup>, סוברים, לכאורה, כדעת הרמב"ם וסיעתו שניתן לקבוע הלכה מחודשת על פי המדע של כל דור, אפילו אם זה

57. ראה הערה 42 לעיל.

58. ראה דברי הרב משה פיינשטיין, שם (הערה 42 לעיל), שגם הוא בדעה שאוחם 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 נדה המשמיטה את המלה "ודם" וכנוסחת גמרתו המודפסות, עיי"ש. וראה הערה 36 לעיל, ועיין בהסכרו של הרב אהרנברג לסוגיות אלו, שם (הערה 42 לעיל).

59. שו"ת הרשב"ש, סוף סימן תקיג.

60. הערותיו לספר לב אברהם מאת פרופ' אברהם סופר אברהם (ירושלים, הוצאת ספרים פלדהיים, תשל"ח) ח"ב עמ' ז. והשווה עם דברי הרמח"ל שם (הערה 42 לעיל).

61. כן הבהיר לי הגר"ש אויערבאך 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 אויערבאך שכוונתו היא שאין להסתמך על בדיקת דם לשם קביעת אבהות ודאית, וזאת משום שדינו של בדיקת דם הוא מכה "רוב" ו"ספק" וכדברי בית הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו, עיין להלן סמוך להערה 82.

62. תיק מס' 1005/תש"ך, פד"ד כרך ה, עמ' 346, בעמ' 350-352.

63. ספר משמרת החיים (ירושלים, מועצת הרבנים דשיקגו, תשכ"ו), סימן לו, 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. חשובה זו הינה שיעור בהלכה למעשה שנתן הרב המחבר לפני מועצת הרבנים בשיקגו.

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 לראשונה<sup>64</sup>, נשלחה לרב עיר חשוב בישראל וזה לשונה:

לכבוד  
 ידי"נ הגאון הגדול המפורסם פאה"ד וכו' וכו'....  
 שלום וכט"ס (= וכל טוב סלה)

לא אכחד כי כמעט בושתי ונכלמי מדברי כ"ג (=כבוד גדלו)... ביחס של ביטול כלפי בדיקת הדם מהבחינה השלילית<sup>65</sup>, 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"ס (=הלכה למשה מסיני) שיש כבע"ח (=בבעלי חיים)<sup>66</sup>... 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 שבעולם<sup>67</sup>. ואיזה הכדל 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. במתכ"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 לתורה"ק (=לתורה הקדושה) משקעים ראשינו בחול כהעוף הידוע, ותו לא מדי. הכרחי שנעמיד מתוך הישיבות הק' (=הקדושות), מהעילויים שבהם, אנשי מדע בכל מקצוע

64. את המכתב הנ"ל קבלתי מידידי ד"ר איתמר ורפהפטיג שמצא את העתקו בעזבונו הספרותי של הרב הרצוג זצ"ל, שבהיכל שלמה בירושלים. ואני מודה על הרשות לפרסם. כ"כ מודה אני לאחי ד"ר אריה פרימר על עזרתו בנושא זה. [הודפס לראשונה באסיא לה עמ' 49. — העורך]
65. ההדגשה במקור.
66. כהעק המכתב שכירינו חסר כשתים או שלש 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: (supra n. 43) Rabbi Herzog, op. cit.

כזה ולא נהי" זקוקים לאחרים בעניני פיזיולוגיה, כימיה, חשמל ובכל הנוגע לתוה"ק. על זה עוד נדבר אי"ה.

בברכת חג שמח וכט"ס  
מוקירו כערכו הנשגב

יצחק אייזיק הלוי הרצוג

זאת ועוד: מוצאים אנו<sup>68</sup> בפסק דין של בית הדין הרבני הגדול מיום ט' אייר תשי"ד כי הרב עובדיה הראיה 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 שיתן לקבוע אבהות הילד על ידי בדיקת דם, מגיעים אנו לבעיה השניה: 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.

3. המשקל הראייתי

(א) כללי

כמוזכר לעיל, בית הדין הרבני הגדול הצהיר בשנת תשי"ד על נכונותו לתת משקל ראייתי מלא לתוצאה של בדיקת דם השוללת אבהות<sup>69</sup>. לעומת זאת<sup>70</sup>, בשנת תשי"ז לא היה מוכן בית הדין הרבני בחיפה לתת כל תוקף ראייתי-משפטי לבדיקת דם, וזאת למרות שהם היו מוכנים, כפי שראינו<sup>71</sup>, לקבל את עמדת המדע שלפחות "תאי ורקמות הדם" באים גם מהאב.

כותבים הדיינים<sup>72</sup>:

"אולם דעתנו היא שמתעם 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".

אולם, תוך עשר שנים לאחר מכן אנו מוצאים שכל אותם הפוסקים המכירים

68. שו"ת ישכיל עבדי, ח"ה, אה"ע, סימן י"ג (עמ' קמ"ט).

69. שם.

70. על פי כללי המשפט העברי, אין בתי הדין הרבניים האזוריים חייבים ללכת בעקבות תקדימי בית הדין הרבני הגדול. ראה על כך כאריכות מאמרו של זרח ורהפטיג, "התקדים במשפט העברי", שנתון המשפט העברי, כרך ר"ז (תשל"ט-תשמ'), עמ' 105-132 והמקורות המובאים שם. עיין עוד בשו"ת עשה לך רב, חלק ב' סימן ס"א, וח"ג, סימן נ.

71. ראה לעיל סמוך להערה 52.

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

בעמדה המדעית בנושא מוכנים אף לסמוך באופן משפטי על בדיקת הדם. הרה"ג ח"ד רגנשברג קובע<sup>73</sup>:

"... בדיקת הדם יוצאים מגדר אומדנא או השערה... ההנחה המדעית שהדם הנוזל בעורקי הילד הוא מאותו סוג הדם של מולידי, הוא חוק טבעי שאין בו יוצא מן הכלל. ולפיכך הוכחות כאלו הן ודאות חלוטית 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 ט"ז. שהדי שקרי נינהו. וכן איתא בבכורות כה, ב. ביחס למומין שכולן משתנין לאחר שחיטה, ועדים העידו שלא נשתנו שקרנים המה בעינינו".

כמו כן, אולם בלשון יותר זוהירה, פוסק הרב אפרים וינברגר בהסיק<sup>74</sup>: "אין איפוא מבחינת הלכה לבטל בדיקה זו".  
מהן התוצאות המעשיות של עמדה זו?

#### (ב) 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"<sup>75</sup>.

ראיה מעניינת שמביא הרב וינברגר לכך שניתן לפסוק בענייני ממונות על פי בדיקה מדעית היא מספר החסידים. מספר רבי יהודה החסיד<sup>76</sup>:

"כי הנה מעשה ברכ סעדיה בן יוסף החכם<sup>77</sup> כאחד שהלך למדינת הים עם עבדו והוליד 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 ונתחתך 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

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

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

75. שם (הערה 54 לעיל).

76. ספר חסידים (ירושלים, מוסד הרב קוק, תשל"ג). סימן רלב, עמ' רו. לדיון מפורט במשמעויות ההלכתיות השונות של סיפור זה עיין בפירושו של הר' אברהם אהרן פרייס, משנת אברהם (טאראנטא, תשט"ו) חלק ראשון, סימן רצא, עמ' קמדי-קמח. ראה גם: ספר מטה משה, הלכות ומנהגים, סימן תשסה; אליהו רבא, אור"ח סימן תקסח, סעיף ט, אות טו; רש"ש, כבא בתרא, דף 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 (1903) p. 129.

(תורתו נתונה למו"ר הרב ד"ר חיים סולובייצ'יק שגילה לי מקור זה).

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

עשה. שלח המלך אחר רב סעדיה לדרון דין זה וצוה רב סעדיה להקזיז 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..."

מסיפור זה של רב סעדיה אנו רואים שעל יסוד בדיקה "מדעית" ניתן להכריע בדיני ממונות הקשורים לענייני אבהות<sup>78</sup>.

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 מכיא תוצאות בדיקת דם להוכיח שהוא אינו האב, בוודאי שבדיקת הדם פוטרת את הגבר מכל חיוב ממוני<sup>79</sup>. וכן פסק בית הדין הרבני הגדול בשנת תשי"ד<sup>80</sup>.

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 ע"י בדיקה בדרגת בטיחות של 100%. אולם למעשה אין הדבר כן. כפי שכבר ראינו<sup>81</sup>, לא רק שרופאים מודים היום שאי אפשר להכיח אבהות חיובית ע"י בדיקת דם, אלא אפילו שלילת אבהות ברמת בטיחות של 100% אינה ניתנת להשגה.

כבר ב-1965 חשש בית הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו להתפתחות זו "ובפרט בזמנינו כשמדע הרפואה מתקדם בהתמדה ובכל יום מתחדשות ומתחלפות תיאוריות שונות בתחומי המחקר". אחרי דיון רב בנושא בא בית הדין למסקנה<sup>82</sup>:

"...יש כאן רוב נגד רוב דהא אם נאמר דהילד בחזקת אביו בכדי לאוקמי רוב בעילות אחרי הבעל, בע"כ 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 אחרי הבעל. וא"כ מאי חזית להעמיד את הילד בחזקת אביו בכדי לאוקמי רוב בעילות אחרי הבעל ולהוציא מהרוב של רוב ילדים דמם זהה להוריהם, נאמר להיפך, דילד זה

78. והשווה עם דברי הרב וולדינגר, שו"ת ציץ אליעזר, שם (הערה 48 לעיל) ודברי הרב אהרנברג,

שם ס"ק יא"ב, עמ' רכד"רכ; 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 בכח בדיקת סיווג הרקמות בכדי להוכיח אבהות באופן חיובי הדבר עדיין צריך עיון. באשר לטענת הרב קליין, שם. (עמ' קלד) מדיני עגונה, עיין עוד בשו"ת דבר יהושע, ח"ג, אה"ע, סימן ד. אולם השווה: שו"ת יביע אומר, ח"ו, חאה"ע, סימן ג, אות כ; גר נכון, "טביעת אצבעות כסימן מובהק לקביעת מות בפסיקה הרבנית", דיני ישראל, כרך ז' (תשל"ז), עמ' קבט"קמא, ומראה המקומות המובאים במקורות אלו.

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

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

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

82. חיק 1005/תש"ך, שם (הערה 62 לעיל), בעמ' 351, וכן דעת הגרש"ז איערבאך, ראה הערה 61 לעיל.

הוא לא של אביו בכדי לאוקמי את הרוב של רוב ילדים דמם זהה לדם הוריהם ונאמר דיצא מכלל הרוב של רוב בעילות אחר הבעל".  
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 לאשה התובעת, לא כל שכן שכך היא ההלכה כאשר האיש אינו נשוי לאשה. במקרה שהאשה איננה נשואה לאיש אין לנו כל רוב של "רוב בעילות אחרי הבעל"<sup>83</sup> שיעמוד כנגד הרוב של "רוב ילדים דמם זהה לדם הוריהם". יוצא, איפוא, שיש לנו רק רוב של "רוב ילדים דמם זהה לדם הוריהם" ועל פיו אנו קובעים.

נושא שלא דנו בו הדיינים הוא פסק דין הוא סוגיית הירושה. ברור הוא שאם בדיקת דם תראה שהוולד אינו בנו של האיש, יהיה לנו אותו המצב, והוולד יהיה רק ספק יורש עם כל המשתמע מכך<sup>84</sup>, 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"<sup>85</sup> אחרת, שאין אנו פוסקים על פיה להוכיח את עצם קיום המעשה או האיש שעשה אותו<sup>86</sup>.

וכן משמע מדברי הר' אברהם אהרן פרייס, אב בית הדין בטאראנטא קנדא. הרב פרייס מנסה לברר מדוע בדיקתו של הרב סעדיה בן יוסף שהכריע לפיה מי היורש האמיתי, כמסופר בספר חסידים<sup>87</sup>, לא היתה נחשבת לאומדנא על גוף המעשה שאין לסמוך עליה. "לאחר העיון" בא הרב פרייס למסקנה<sup>88</sup>: "... לכן אם מתברר בירור גמור שלא על ידי עדים גם כן אנו יכולים לחייב ממוץ". 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"<sup>89</sup>. ולכן במקרה כזה<sup>90</sup>: "... שאין צל של ספק בדבר הנעשה וכשום אופן אי אפשר לומר שאין הדבר כמו שהאומדנא מוכיחה, זה כבר יוצא מגדר אומדנא ודינא כמו עובדה קיימת". אולם מיד לפני קטע זה מדגיש הרב רגנשברג<sup>91</sup>: "כדאי לציין שבגדר אומדנא היא כל דבר שאין הענין ברור מאה אחוז בהחלט". מדברים אלו של הרב רגנשברג עולה בבירור שכל עוד בדיקת הדם אינה "ענין ברור מאה אחוז בהחלט", הוי הבדיקה אומדנא שאין לסמוך עליה.

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

84. עיין: טור ושו"ע, חו"מ, סימן רפ; ואה"ע, סימן קסג.

85. דהיינו קביעת המציאות של מעשה על ידי הערכת תנאים ונסיבות ידועים. עיין: שו"ת המהרי"ק, קכט, ערך "אומדנא", אנציקלופדיה תלמודית (תשט"ז), כרך א, עמ' רצה.

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

87. ראה סמוך להערה 76 לעיל.

88. משנת אברהם, שם (הערה 76 לעיל). בעמ' קמה (ההדגשה שלי — ד.פ.). ועיין עוד בשו"ת משנה הלכות, ח"ד, סימן קס"ד, ד"ה "וראית" (עמ' קלד).

89. ראה לעיל סמוך להערה 73.

90. שם בעמ' קמא.

91. שם, שם (ההדגשה שלי — ד.פ.).

בעקבות כל האמור יש להניח שאותו הדין יהיה כתביעה לזכות מזונות. במלים 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.

(ג) דיני איסורין ונפשות

עד כה דנו בדיני הממונות. מה תהיה התוצאה בקשר לדיני ממזרות? אומר הרב רגנשברג<sup>92</sup>:

"אמנם אם בדקן 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 אביו. כי אפילו אם זנתה אמו אין הולד ממזר אם הבעל היה נכרי, יבמות מד, ב, ואם האם אומרת שמעכו"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 מעכו"ם ועבד נתעברה הרי הילד כשר'. וכן הוא בשו"ע אה"ע סי' ד סכ"ט. ואם האם שותקת ואינה מגלה לנו ממי נבעלה הרי הילד שתוקי".

תמיכה לפסק זה של הרב רגנשברג אפשר למצוא בדברי הרש"ש<sup>93</sup>. 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 נסיון דספר חסידים יתגלה שהן ממזרים, ורב כנאה לא רצה שיוודע פסולים על ידו..." מתוך דברים אלו של הרש"ש יוצא שאם בדיקה מדעית מגלה לנו שהוולד הוא ממזר, כי אז פוסקים בהתאם לכללים שכבר צייננו הרב רגנשברג<sup>94</sup>.

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 ראיה" המועילה לא רק בדיני ממונות אלא גם בדיני נפשות וכ"ש בממזרות<sup>95</sup>.

אולם כבר הותקף הרב רגנשברג ע"י הרב יעקב פעסטער<sup>96</sup>, שהוכיח כי יש ראשונים אחרים החולקים על התוספות וסוברים ש"ידיעה בלא ראיה" מועילה רק בדיני ממונות<sup>97</sup>. לפי ראשונים אלה בדיקת הדם אינה יכולה להיות ראיה מכרעת

92. שם, עמ' קמב.

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

94. ראה לעיל סמוך להערה 92.

95. תוספות, שבועות לד, א, ד"ה דאי. וראה: קובץ שיעורים, ח"ב, סימן ל"ח; 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' 21-19; שנה מד (תשל"ל), חוברת ג, סימן כג, עמ' 16-17 = ספר ברכת יעקב, ח"א, סימן י"ד.

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

שוולד הוא ממזר. מחלוקת זו יכולה להוות סניף חשוב להכשיר וולד<sup>98</sup>.  
נוסף על כך, כפי שראינו<sup>99</sup>, אין בתוצאות בדיקת דם מאה אחוז ודאות. בכל זאת במקרה שהאם היתה 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 באומר<sup>100</sup>:  
"ברם מאחר וענין בדיקת דם הוא דבר חדש שעדיין לא התברר ולא נמצא בפוסקים אין בית דינו נוקט לע"ע כל עמדה סופית בנוגע לכשרות הילדה ועוד חזון למועד כזה".

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 שבעניני נפשות ואיסורים לא סמכין על "ידיעה בלא ראייה", כסניפים להיתר וזאת כדי ליצור ספק ספיקא להיתרא ולהכשיר את הוולד<sup>101</sup>.

עתה נעסוק בדיני נפשות. אדם הגורם חבורה לאביו ונתקיימו כל התנאים הדרושים (כגון: עדים, התראה, וכו') ורוכחו העובדות, מחוייב הבן מיתה<sup>102</sup>. גם כאן מתעוררת השאלה אם יכיר המשפט העברי בתוצאות בדיקת דם בכדי להוכיח או לשלול את הזהויה של המוכה כאביו של המכה.

מדברי הרב רגנשברג עולה שיש לקבוע את העובדות בהתאם לתוצאות הבדיקה, והן מהוות "ידיעה בלא ראייה" גם כשמדובר בדיני נפשות<sup>108</sup>.

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 והפוסט את הנתבע בתחום דיני ממונות<sup>104</sup> יפעל גם בתחום דיני נפשות לזכות את הנאשם. מסקנה זאת הולמת את הכלל המנחה — "ספק נפשות להקל"<sup>105</sup>. מצד שני, גם אם התוצאה תהיה חיובית ואומרת שיש אפשרות שהמוכה

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, יו"ד, ח"א, סימנים מז' מח.

99. ראה לעיל בהערה 11.

100. תיק 1005/תש"ך, שם (הערה 62 לעיל), בעמ' 352.

101. עיין: שם, עמ' 349-350 לענין דומה.

102. "ומכה אביו ואמו מות יומת" — שמות, כא, טו; רמב"ם, הלכות ממרים, ה, ה.

103. הרב רגנשברג, שם (הערה 63 לעיל), בעמ' קמא-קמב. מוכח מזה שהרב רגנשברג אינו רואה

בשימוש בדמו של אדם כראיה נגדו ענין 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

Norman Lamm, *Faith and Doubt* (New York, Ktav Publishing House Inc., 1971) pp. 298-299.

notes ad loc.; Cross, *op. cit.* (supra n. 14) p. 46.

104. ראה לעיל סמוך להערה 82.

105. בכלי שבת, קכט, א; בכלי סנהדרין, עט, א; ועוד. עיין גם: בכלי סנהדרין, טט, א, ורש"י, שם,

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. כבר הזכרנו שיש מהראשונים הסוברים שאין להסתמך על "ידיעה בלא ראיה" כדיני נפשות<sup>106</sup>. אולם למרות עמדתם, אין בדבריהם כדי להשפיע על מסקנתנו בנדון דידן. אין המדובר כאן בשימוש בבדיקת הדם בכדי להוכיח את מעשה העבירה עצמו, כלומר ההכאה, וזה שעשהו, אלא ברצוננו להוכיח אלמנט מיסודות העבירה שהוא בעצם דבר העומד בפני עצמו ולא דווקא קשור למעשה ההכאה, דהיינו הסטטוס של המוכה וזהותו ביחס למכה. כדיני נפשות, כאשר אין אנו דנים במעשה העבירה או בעושהו<sup>107</sup>, אין המשפט העברי דורש ראיה ישירה ומכרעת, אלא מסתפק ב"רוכ"<sup>108</sup> וב"חזקה"<sup>109</sup>.

מעניין הוא הדבר שהאמוראים הוכיחו את שני הכללים הללו — דהיינו שבדיני נפשות הולכים גם אחר הרוכ וגם אחר החזקה<sup>110</sup> — ממקור אחד הקשור לעניינינו. בתלמוד בבלי מחפשים האמוראים את המקום שבתורה המגלה לנו שבדיני נפשות יש מקרים שבהם הולכים אחר הרוכ. הצעה אחת באה מרי<sup>111</sup>:

"רבי מרי אמר: אתיא ממכה אביו ואמו (כלל 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 דאמרינן זיל בתר רובא (האם הוא אינו משום שאנו אומרים שהולכים אחר הרוכ) ורוב בעילות אחר הבעל".

האמוראים בתלמוד ירושלמי ביקשו למצוא את המקור לכך שהולכים במקרים מסויימים בתחום דיני נפשות אחר החזקה<sup>112</sup>:

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

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.

106. ראה לעיל סמך להערה 97.

107. שב שמעתתא, שמעתא ד, פרק ח; שו"ת רבי עקיבא איגר, סוף סימן קז; שער ישר, שער ג, פרקים א-ד; קובץ ענינים, חלק ב, סימן ה, אות ג; S. Mendelsohn, *The Criminal Jurisprudence of the Ancient Hebrews* (New York, Hermon Press, 2nd ed., 1968), sec. 82, p. 124, n. 287.

108. בבלי סנהדרין, טט, א"ב. בבלי חולין, יא, א"ב. וראה גם ריטב"א, מכות ה, א; ספר תפארת משה (הערה 45 לעיל), חלק א, סימן נ"ה ענף ב', וסימן נ"ז. ועיין עוד בציון ירושלים על הירושלמי. סנהדרין, פ"ד ה"א; קובץ ענינים, שם, כתובות, טו, ב.

109. בבלי קרושין, פ, א; ירושלמי, קרושין, פ"ד, ה"ח. (סו, א). ראה גם: ערך "חזקה", אנציקלופדיה תלמודית (תשל"ל), כרך יג, עמ' תשיר-תשטו.

110. על זה שלומדים שני הדברים ממקור אחד עיין: שו"ת חת"ם סופר, אה"ע, ח"א מא (תורת' לדר"ר נחום רקובר למקור זה); תורה תמימה, שמות, כא, טו, אות קיו; אנציקלופדיה תלמודית (הערה 109 לעיל), ובהערות, שם; תורה שלמה (ניו-יורק, האחים שלינגר, תשט"ז), כרך י, שמות, כא, טו, עמ' פה, סימן רצג, ובהערות שם. ראה גם: המאירי, סנהדרין, סט, ב.

111. בבלי חולין, יא, ב.

112. ירושלמי, קרושין, פ"ד, ה"ח (סו, א).

משני הקטעים הללו אנו לומדים שכל עוד שאין אנו דנים במעשה עצמו וקובעים מי עשה את מעשה העבירה, אלא שאנו עוסקים בזהותו 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 "דיעה 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")<sup>113</sup>. מענין לענין: הוא הדין בתחום האיסורין. אם בא לפני בית הדין מעשה של גילוי עריות בין "אב" ו"בת", כשהוולד הנוולד מיחס זה עלול להיות ממזר<sup>114</sup>, ניתן להשתמש, יחד עם מכלול הראיות, בכל תוצאה של בדיקת דם שדרגת ודאותה עולה על "רוב" בכדי להוכיח או כדי לשלול את הקשר המשפחתי<sup>115</sup>.

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

כפי שראינו, מ"מ הנשיא זילברג מסווג בדיקת דם כחלק מ"דיעת 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 פיה<sup>116</sup>. יוצא, איפוא, 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 בודאי פטור (זכאי). 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 מחבירו 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 בבדיקת הדם שוללת את אבהותו של המוריש על הילד. לפי המשפט הישראלי הילד ב"ודאי" אינו בנו של המוריש ובודאי אינו יורש. לעומת זאת, לפי גישת המשפט העברי יש ספק אם הילד הוא בנו של המוריש, וכחוצאה מספק זה יהיה לילד הסטטוס של ספק יורש<sup>117</sup>.

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

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

115. ראה: בבלי קדושין, פ, א; אנציקלופדיה תלמודית (הערה 109 לעיל), בעמ' תשטו, והערות שם. עיין גם בקובץ ענינים, שם (הערה 107 לעיל).

116. ראה לעיל סמוך להערה 7.

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

יתכן 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.

#### 4. 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 חסידים<sup>118</sup> 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, ויתכן שהוראה זו של הרב סעדיה באה לא מסמכותו מדין תורה אלא מסמכותו ממרות המלך. ברם, מצד שני, לאור העובדה שהאחרונים<sup>119</sup> 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 התיחסותם של רבנים ופוסקים לשימוש של אמצעים מיכניים 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 הנתבע<sup>120</sup>. התנגדותו של הרב לאם מבוססת על כך שהשימוש ב"מכונת האמת" מהווה, לפי הכנתו פגיעה בצניעת הפרט<sup>121</sup>.

מוכרחים אנו לומר, אמנם, שאין דברים אלו של ד"ר לאם בגדר מסקנה הלכתית נוקשה, אלא יותר בגדר מגמה והנחיה כללית. הרב נחום לאם מבסס את הערותיו בנושא על תשובה של סכו, הרב יהושע בוימפל, שעסק בעיקר בשימוש בפוליגרף לבדיקת עדים. ולאחר דיון מפורט הסיק הרב בוימפל<sup>122</sup>: "...אולם בדין<sup>123</sup>... דלכ"ע מצוה לחקור ולדרוש כפי היכולת, בודאי דרשאינן הבי"ד לחקור העדים ע"י מכונה זו". מכאן ניתן להסיק שבמקום שדרושה עזרת מכונת האמת כדי לגלות את האמת, מותר לבית המשפט להורות על שימוש במכונה, וזאת למרות הפגיעה הלכאורית בצניעת הפרט הנובעת משימוש באמצעי מכני זה.

ענין דומה או מוצאים בקשר לבדיקת זרע, שכבעל שהיה עם אשתו עשר שנים בלא ילדים ורצה לגרשה<sup>124</sup>. יש מקרים שבית הדין, על פי דברי רופאים, מבקש מהבעל להיבדק בבדיקת זרע, כדי לברר שמא המניעה ממנו. מתעוררת השאלה אם

118. ראה סמוך להערה 76 לעיל.

119. ראה הערה 76 לעיל.

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

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

122. הרב יהושע בוימפל, עמק ההלכה (ירושלים, תשל"ו), חלק שני, סימן יד, עמ' רלה, בעמ' רלו.

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

124. ראה: שו"ע אבה"ע, א, י, ברמ"א; אוצר הפוסקים (ירושלים, תשל"ו), שם, כרך א, עמ' ד"טז, ס"ק סח, אותיות א"י.

מותר לבית הדין להורות לבעל להיבדק, על אף התנגדותו. על כך משיב הרב אליעזר יהודה וולדינברג בחיוב<sup>125</sup>. בסוף תשובתו בנדון מסכם הרב וולדינברג<sup>126</sup>: "לאור כל האמור נראה דאין מקום להשתמטות הבעל מבדיקה זאת כאשר מורים ב"ד על כך, ועל אחת כמה שבסירובו בא לחוב לאשה". גם כאן אנו רואים שבית הדין מורה על ביצוע בדיקה מדעית בניגוד לרצון הנבדק, אף שכרוכה בכך פגיעה בצינעת הפרט. משתמע מכל הנ"ל שאין המשפט העברי רואה בשימוש באמצעים מכניים ומדעיים על ידי בית הדין פגיעה בצינעת הפרט השוללת את הסמכות מבית הדין להורות על שימוש באמצעים אלה<sup>127</sup>, זאת במיוחד כשמירת יתר של צינעת הפרט תביא לידי הפסד וחויב לצד שכנגד<sup>128</sup>.

אם נכונים דברינו יש להסיק שגם בבדיקת דם יש הסמכות — כנראה הסמכות הטבועה — לבית הדין להורות לצדדים להיבדק, אפילו בלא הסכמתם. אם הצדדים עומדים בסירובם, לכאורה, מותר לבית הדין להסיק, במיוחד בדיני ממונות, את המסקנות המתאימות<sup>129</sup>.

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

126. שם, עמ' קצ.

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 Law Experiences", 17 *Israel Law Review* (1982), pp. 96-103.

וראה עוד לעיל הערה 121.

128. ראה בנקודה זאת: ר' חיים פאלאג', שו"ת חקקי לב, יו"ד, סימן מט; שו"ת אור זרוע ומהר"ם בן ברוך (מהדורת י"ז כהנא, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשל"ג) חלק ג סימן תג, עמ' סט. על הנושא של צנעת הפרט במשפט העברי בכלל ראה: י"א אלון, שם (הערה 105 לעיל), עמ' 54-56; 290-309, pp. Lamm, *op. cit.* (supra n. 88); ההגנה על צנעת הפרט (Privacy), (ירושלים, משרד המשפטים, חש"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.

שלא בהסכמתו? נועם, (ירושלים, הוצאת מכון תורה שלמה, תשי"ט), כרך ב, 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) חלק ג, סימן קלו; פרופ' ל' וישליצקי — עורך, מדרין רפואי לפי המסורת היהודית (ירושלים, מכון לרפואה ויהדות, תשל"ז), עמ' 37-38; שו"ת ציץ אליעזר, שם (הערה 48 לעיל), וכן סימן פא, אות ב, עמ' קנח"קנט; שו"ת יחווה דעת, ח"ד, סימן ס; ספר לב אברהם (הערה 60 לעיל) עמ' ס"ט; הרב שילה רפאל, "סודיות רפואית — היבטים הלכתיים", אסיא (ירושלים, המכון ע"ש ד"ר פלק שלוינגר לחקר הרפואה ע"פ התורה ליד ביה"ח שערי צדק, תשל"ח), חוברת כא, עמ' 12-15; הרב ח"ד הלוי, עשה לך רב (תל-אביב, תשל"ח), ח"א, סימן מב.

129. ראה: בכלי בבא בתרא, נח, א, במעשה דרבי בנאה; שו"ת הרא"ש, ק"ו, ד; פתחי תשובה על שו"ע חו"מ, טו, ס"ק ט; ערוך השלחן, 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 20-19, בדבר עמדת המשפט הישראלי כלפי המסרב להיבדק בבדיקת דם.

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 מסויים בתלמוד לא השתמש בבדיקתו של רב סעדיה כפי שמתואר בספר חסידים, אלא הכריע את המשפט על סמך ראיות אחרות: "...משום דע"י נסיון בספר חסידים יתגלה שהן ממזרים, ורב כנאה לא רצה שיורדע פסולים על ידו..."<sup>130</sup>. מדברים אלו של הרש"ש יש לנו ללמוד הלכה נוספת בתחום המדיניות המשפטית: במקום שהשימוש בבדיקת דם יכול להביא לידי גילוי ממזרים<sup>131</sup> עדיף לא לעשות את הבדיקה אלא להכריע את השאלות הממוניות על יסוד ראיות אחרות<sup>132</sup>.

#### ד. סיכום

על פי המצב המדעי היום בבדיקת 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 כבעיות 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 במשפט הישראלי וגם במשפט 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".

130. ראה לעיל ליד הערה 93.

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, ופירושו ר' עובדיה מברטנורא, שם. וכן פסק בית המשפט העליון בע"א 548/78, שם (הערה 2 לעיל), בעמ' 748-749, כיחס לקביעת אבהות על ידי בדיקת סיווג הרקמות. בית המשפט הסתמך על עמדת המשפט העברי כפי שבאה לידי ביטוי במהדורה הראשונה על מאמרנו זה ואשר היתה לנגד עיני שופטי בית המשפט העליון. ראה שם, עמ' 754, מול אות ר'. 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 נגד ההסתדרות מדיצינית הדסה, שנתקבלה בתאריך י"ג ניסן תשמ"ג (27.3.83), והדברים טעונים דיון הלכתי נפרד — העורך].

- (ב) גם לפי המשפט הישראלי וגם לפי המשפט העברי אין בתוצאה חיובית של בדיקת דם בכדי להעניק לילד מעמד של יורש.
4. (א) גם לפי גישת המשפט הישראלי וגם לפי גישת המשפט העברי יש בתוצאה שלילית מבדיקת דם כדי לזכות נאשם מעבירה 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 החופשי.<sup>133</sup>
- (ב) ואולם במשפט העברי כשאדם מסרב להיבדק, למרות הוראה של בית הדין, במיוחד בדיני ממונות, מותר לבית הדין להסיק את המסקנות המתאימות.

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

☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆

ולד דומה במעי אמו לפנקס שמקופל ומונח. ידיו על שתי צדעיו, שתי אציליו על שתי ארכובותיו, שתי עקביו על שתי עגבותיו, וראשו מונח לו בין ברכיו, ופיו סתום וטבורו פתוח, ואוכל ממה שאמו אוכלת ושותה ממה שאמו שותה, ואינו מוציא רעי שמא יהרוג את אמו. וכיון שיצא לאור העולם — נפתח הסתום ונסתם הפתוח. שאלמלא כן אינו יכול לחיות אפילו שעה אחת.

מסכת נדה דף ל' עמוד ב'

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 תקוה כי סדרה זו תהווה תרומה לעולם ההלכה והרפואה. ברצוני, אולם, להעיר שלוש הערות קצרות:

1. ראשית כל אני רוצה להודות לכת"ר והצוות שלו על הסידור והעריכה הנאים של מאמרי.

2. 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 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, סי' קס"ד, ושו"ת דבר יהושע, ח"ג, אה"ע, סי' ה'.

3. במאמרי בעמ' 42 ו-61 כתבתי כי על פי המשפט הישראלי אין לבתי המשפט להסיק כל מסקנה מסירובם של הצדדים להיבדק מרצונם החופשי. ועל כך מעיר כת"ר הערת העורך (בהערות 20 ו-133) כי בע.א. 548/78 שרון ואח' נ. לוי פקד לה (1), 736, נקבע כי בית המשפט רשאי להסיק מסקנות מסירוב להיבדק. ואם כי כת"ר צודק שכך נקבע באותו פס"ד, ברם כ"ג 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 במפורשות בעמ' 756-758, נא עיי"ש. מהערתו הסתמית מתקבל הרושם הלא-מדוייק 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