

עו"ד ד"ר אליעזר בן שלמה

מוקדש לשני אנשי חיל האויר  
רון ארז ואילן רמון

## התרת עגונות בעידן המודרני

דיון בהשלכות משפטיות ורפואיות ובהיבט ההלכתי

### מבוא כללי ומשפטי

עקב הפיגועים ההמוניים וחוסר אפשרות לזהות כל אחד מהנפגעים, מתעצמת שאלת התרת העגונות. הדיון המשפטי והרפואי הגיע לשיאו בעקבות פיצוץ "מגדלי התאומים" בארצות הברית. אנו מנסים להסביר מושגים ולסקור את הדינימיקה בחוק היהודי בעידן המודרני בדרכי התמודדות עם אחת הבעיות הקשות בדיני משפחה "העגונות" במובן שאחד מבני הזוג נעלם ועקבותיו לא נודעו. דוק, אנו עוסקים ב"עגונות". לשם כך עלינו לפרוש יריעה רחבה מעבר לדיון המשפטי והרפואי גרידא.

אין אנו דנים ב"מעוכבי גט" שמקורו במציאות החיים במקומותינו, ולא בחוק כלשהו.

מכל מקום אין למושג "מעוכבי-גט" קשר משפטי למושג "העגונות". לא נדון כאן ב"דיני המשפחה" במובן המתמייחס לבני האדם אשר ביניהם קיימת קרבת דם או קרבת משפחה מהם נובעים חובת המזונות, ואיסורי עריות.

כנקודת מוצא, חשוב להדגיש, כי על פי החוק היהודי, להבדיל משיטות משפטיות אחרות, נוצר קשר הנישואין בהסכם אישי וחופשי בין שני מינים (גבר ואשה) בגזע האנושי.

הגבר הינו הפועל העושה והדומיננטי ביצירת קשר הנישואין ובניתוקו, האיש מקדש והאשה מתקדשת, האיש מגרש ואשה מתגרשת. יחד עם זאת, הנישואין הם "הסכם" בו שני הצדדים כורתים אותו מרצונם והם ריבוניים וחפשיים אם להסכים או לסרב לו.

ניתוק קשר הנישואין נעשה בצורה פרקטית-עובדתית (מוות) או בצורה רצונית בהסכם (גירושין-גט). דוק: בשתי הצורות ניתוק הקשר בין הצדדים, על ידי הצדדים. נתוק הקשר אינו בשליטת רשויות המדינה או רשויות אחרות.

## מבוא היסטורי

עד לעת החדשה היה מקובל בעולם כולו, כי ענייני הנישואין והנובע מקשר הנישואין, נתונים לכל עדה דתית על פי חוקיה ומסורתה. גם בארץ ישראל, במשך 400 שנות השלטון העותומני (1517-1917) חלו דיני כל עדה דתית על חבריה. ניתנה סמכות לבתי הדין הרבניים לשפוט את חברי העדה היהודית לפי הלכות דתם. על נתיני חוץ חל דינם הלאומי, והיו להם על פי רוב בתי משפט קונסולריים ובתי משפט מעורבים שהתדיינו בהם.

החל משנת 1917, בתקופת המנדט, לא שינו האנגלים את החוק העותומני המחייב בשטח זה. הוראות המנדט (מטעם חבר הלאומים ששמה מסגרת לתחיקה בארץ) קבעו בסימן 9 שיש להבטיח כי יכבדו את המעמד האישי (Personal Status) והעניינים הדתיים של העמים והעדות בארץ. לפיכך נאמר בדבר המלך במועצתו, 1922, כי בענייני המצב האישי יחול הדין האישי של הצדדים (Personal Law).

עם הקמת מדינת ישראל, קבע סעיף 11 של פקודת סדרי השלטון והמשפט תשי"ח-1948, כי המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום ה' באייר תשי"ח, יעמוד בתוקפו עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים אחרים שיינתנו בעתיד.

נחזור ונבהיר כי בניגוד לגישות בהן הנישואין נוצרים ומוכרזים על ידי רשות של המדינה, נוצרים הקידושין והנישואין, על פי החוק היהודי, בהסכם עצמאי בין שני בני הזוג. פעולת הקידושין מייעדת את האשה לאיש ואוסרת אותה על כל איש אחר. האשה תשתחרר מהמקדש, ותהא מותרת לאיש אחר בהפסקת הנישואין על ידי גירושין (גט) או עם מות הבעל.

במדינת ישראל נחקקו חוקים מעטים, לשם קביעה ברורה ובטוחה של שינוי המצב האישי. פקודת הנישואין והגירושין (רישום) מצווה על הרשות הרושמת (=הרב) לרשום את עריכת הנישואין בפנקס מיוחד. בפקודת מירשם התושבים תשי"ט קיימת חובת הודעה על נישואין לשם רישומם על ידי משרד רישום התושבים. חוקים אלה חשובים לטובת הצבור. אך אין הנישואין תלויים בהם. כשרותם המשפטית אינה נפגעת בלעדיהם.

העולם כולו זועזע מתוצאות מלחמת העולם השנייה. האומות המאוחדות יצרו הסכם בינלאומי, שעיקרו, כי ניתן להכריז על מותו של אדם, בדרכי הוכחה הנופלות מכללי ההוכחה הרגילים. מדינת ישראל אימצה את ההסכם ותוכנו בחוק הצהרת המוות תשי"ב-1952. אולם בעקבות הכלל שבענייני נישואין של יהודים, קובעים דיני ישראל (=ההלכה) נאמר בסעיף 17(א) לחוק: הצהרת מוות

המשמשת ראייה מכח חוק זה לא תפגע בדיני התרת נישואין.

על פי החוק היהודי אשה הנישאת לאיש ובעלה "הלך למדינת הים" הן מתוך קטטה והן מתוך הסכמה, הבעל הינו "בחזקת חי", והאשה הינה בחזקת "אשת איש".

אם הבעל נעלם במלחמה או באסון ולא נודע היכן הוא או אם בכלל עודנו בחיים, קיימות שלוש אפשרויות:

א. יכולה האשה להסיק על פי ברוריה כי בעלה מת, אולם במקרה זה היא נוטלת על עצמה אחריות כבדה, ביחס לצאצא שתלד לאחר וביחס לעצמה. אם יגיע הבעל ה"מת" - תצא מזה ומזה.

ב. יכולה האשה להמשיך להיחשב כאשת איש, להיות אסורה לכל, כבכל תאונה קשה שאירעה לאחד מבני הזוג.

ג. יכולה האשה לחפש עובדות, שיש בהן לפי הדין, להצדיק את המסקנה ההלכתית שבעלה נפטר או נספה ולקבל היתר בית הדין להנשא<sup>1</sup>.

בשולחן-ערוך, אבן העזר סימן יז (המוקדש לנושא היתר עגונות) נפסק בסעיף לט, שהנישאת עפ"י עד אחד, לא תינשא אלא ברשות בית דין. אם נישאת שלא בהוראת בית דין, י"א שלא תצא אפילו בא עד אחד ואמר לא מת (וראה שם רמ"א, "חלקת מחוקק" ו"בית שמואל", ושו"ת ר' עקיבא איגר מהדורא קמא סי' קכ"ג).

החשש בעיקרו הוא כמבואר שם, לב: "ראו שנפל לים, אפילו טבע בים הגדול, אין מעידין עליו. שמת, שמא יצא ממקום אחר".

הסדר הטוב והיציבות המשפטית מחייבים שאדם יביא עניינו לפני "בית דין" ויפעל על פי הוראתם ולא יחליט על דעת עצמו.

ב"מנחת יצחק" ח"א סי' ק"א סיכם את העקרונות הבאים:

א. בערוה (=איסורי עריות, ואיסור אשת איש ביניהם), דרושה עדות ישירה ומפורשת של שני עדים כשרים. עקב "תקנת עגונות" הקלו חכמים שדי בעדות אחד (זיהוי), בעדות אשה וגוי משיח לפי תומו (=אינו מעיד בצורה ישירה להתיר את האשה המבקשת התרה מבית דין).

ב. האשה, עצמה נאמנת לומר מת בעלי, מלבד במלחמה שמא אומרת ב"דדמיי" (טועה או משקרת).

ג. רוב בני אדם בריאים. מיתה (פתאומית ללא סיבה) אינה שכיתה.

ד. טביעה (או אסון אחר) משחררת את האשה מדאורייתא, חכמים חששו להצלה (=גזירת, "מים שאין להם סוף") והם דרשו סניפים נוספים לפטור את האשה להינשא לאחר.

## א. יסודות התרת עגונות בחוק היהודי

כמבואר עד עתה על פי החוק היהודי קיימת הנחה של המשכת חיי בני הזוג (=חזקת חיים), עד אשר יוכח כי אחד מבני הזוג נפטר. מהנחה זו נובעת הנחה נוספת שהנישואין נמשכים (=חזקת אשת איש), עד אשר יוכח כי הנישואין הגיעו לסיימם בגט (=גירושין) או במות אחד מבני הזוג. כבר במשנה (גיטין פרק ג' משנה ג') מפורטות השלכות להנחה הראשונה (חזקת חיים):

1. המביא גט והניחו זקן או חולה, נותנו לה בחזקת שהוא קיים (רש"י: מדאורייתא - העמד דבר על חזקתו). סוגיית הבבלי (שם) מגבילה את ההנחה בשתי הגבלות: במצב (של גוסס - רוב גוססין למיתה) ובגיל (גבורות, גיל שמונים).

2. אשת כהן והלך בעלה למדינת הים, אוכלת בתרומה בחזקת שהוא קיים, (אף דאפשר שתאכל חולין).

מסוגיית הבבלי דלעיל מתבקשת אבחנה בין "שמא מת" לבין "שמא ימות" (=החזקה היא שימור מצב קיים אין החזקה פועלת לעתיד). אור-שמח (תרומות פ"ח) מפרש את המלל "אשה דייקא ומינסבא" גם בהקשר קבלת הגט, לאמור, אילו הייתה לאשה הוכחה כלשהי שבעלה מת, לא הייתה מקבלת את הגט. גישת האור - שמח מעניקה הסבר הלכתי לזניחת הרעיון של תנאי בנישואין, או הפקדת גט על תנאי (שעלה בשני העשורים לאחר השואה) כפתרון לבעיית העגונות. הרעיון נזנח כי בסטטוס של "גרושה" מפסידה האשה את הזכויות הסוציאליות והביטוחיות המוענקות ל"אלמנה".

כמבואר לעיל במבוא, לא די על פי החוק היהודי בהכרזת השלטונות על מות הבעל, ואין בסמכותם להתיר את הנישואין. דרושה הוכחה למוות, אם כי מספיקה כמות ההוכחה המספיקה לדיני ממונות, ולא דרושה כמות ההוכחה שבדיני נפשות (מעבר לספק סביר).

רשימה ראשונה של הקלות, שעיקרן כי מספיקות הוכחות משניות למוות הבעל מפורטות במשנה (יבמות פרק ט"ז): מעידים על פרצוף פנים עם החוטם, ראוהו מגוייד וצלב והחיה אוכלת בו, מעידים שמת לאחר ג' ימים. את הרצון להקל על האשה, יש לאזן בדאגה לבעל, שמא ניצל, שמא ברח, שמא מתבייש במומו או כשלונו, כי אם הנמצא בסכנה, עושה כל נסיון לברוח ולהינצל. כבר המשנה (יבמות טז, ד) קובעת כי אם נפל למים אף אם אין להם סוף, קיים סיכוי שעלה וניצל.

מסכם הרב יוסף יצחק ויס (שו"ת "מנחת יצחק" ח"א בשולי תשובה ב) אם כי "שקדו חכמים על תקנת בנות ישראל, אין לקבוע היתרים גורפים, אף לא באסונות כלליים כדוגמת השואה. "היתר עגונות" הינו אינטרס אישי של האשה המבקשת. כל עגונה חייבת לבקש מבי"ד היתר נישואין, המחייבת גביית עדות על חיי הזוג בשנות השלום, פרטי המאורע בשואה: של שליחת הבעל למחנה (או למקום השמדה). הדיון ההלכתי יתמקד בסניפים ואומדנות (כגון אבד זכרו, תרי רובי ועוד)

אם כי הדיון מתנהל על העובדות הספציפיות של כל מקרה לגופו, קיימת בפסיקה (כבכל שיטה משפטית), הסתמכות על תקדימים. הבעיה המרכזית העומדת לפני הפוסק היא, לאיזה תקדים מנחה להשוות את המקרה שלפניו. במקרים בהם אין הוכחה ישירה למותו של הבעל (שניים מעידים, או מעידים לפי תומם, שהם הרגוהו, או קברוהו). הספק העיקרי הוא, שלמרות שהיה בסכנה, שמא ניצל.

בסוגיית הבבלי (גיטין כא, ע"ב) עולה הבחנה בין עיר שהקיפוה כרכום (שודדים או רוצחים) ואז קיים סיכוי שאדם ברח וניצל, לבין עיר שכבשוה כרכום לשם רצח, שאז הסכוי להינצל הינו שולי, אפסי.

בסוגיית הבבלי (יבמות קכא) עולה כי אם נפל לכבשן האש מעידן עליו שמת (אף שלא ראו את מותו).

הסוגיא שם מבחינה בין נפל לגוב אריות (יתכן ולא היו רעבים וניצל) לבין נפל למאורת נחשים (ודאי הכישוהו).

במרדכי סוף מסכת יבמות מובא כי ר' אליעזר מוורדון התיר עגונה, כאשר התקיימה חזקה שהבעל טבע (חפציו נמצאו על שפת הים) בצרוף העובדה שאבד זכרו (לא שמעו ממנו ארבע שנים).

בשו"ת "מנחת יצחק" ח"א תשובה ב' אותיות ב-ד מביא מקורות נוספים לדעת ר"א מוורדון. שם באות ו' דן במהלך הזמן הנדרש לקיום התנאי "אבד זכרו".

## ב. שאלות מודרניות בהתרת עגונות

### מבוא

לעיל הוצגה התנגשות האינטרסים בנושא התרת עגונות; מצד אחד השאלה שמא ניצל הבעל, שמא נעלם, שמא נמצא בחיים וניתק את הקשר עם משפחתו ומכריו. מצד שני, אנו מבקשים לשחרר את האשה המבקשת מכבלי עגונותה. מבואר בתלמוד ונפסק בשולחן ערוך אבן העזר י"ז, לב: "ראו שנפל לים

הגדול, אין מעידין עליו שמת, שמא יצא ממקום אחר". לאמור, חששו חכמים בדין "מים שאין להם סוף" למיעוט אם כי רוב הנטבעים מתים. פתרון נוח אימצו מדינות העולם, הכרזה כוללת וגורפת על מוות. ההכרזה מועילה לתשלומי הביטוח ובה "סוגרים תיק". החוק היהודי דורש התמודדות בכל מקרה לגופו ובכל אשה ובעייתה. אולם בצד הטיפול הפרטני יש מקום לבחון הגדרות מדעיות ומודרניות. נסקור לפנינו נושאים ייחודיים כשואה, טביעת אניות ופוגרומים. פרק מיוחד יוקדש בהמשך לפיגועים המוניים.

## 1. השואה

הבעיה המיוחדת שהתעוררה בעקבות השואה הייתה כי לא נמצאו עדויות (לא ישירות ולא עקיפות) למות הפרט. נוצר הכרח להתמודד עם הנתונים הבאים:

**1.1** במחנות ההשמדה נערכה סלקציה: שמאלה לקרמטוריום, אלה הושמדו מיד, יש להניח כי כל מי שהלך שמאלה - מת, גם אם אין עדויות למותו, ימינה - לעבודה. אולם גם אלה הושמדו ברובם המכריע (95%).

**1.2** כל מי שטופל ע"י הנאצים, לא היה יכול לברוח, הרי הוא כנפל לבור של נחשים או כנמצא בעיר שכבשוה כרכום. מותו הוא בחזקת ידיעה ללא ראיה ללא עדות.

**1.3** מי שניצל, חיפש בעצמו ניצולים נוספים. התפתחות אמצעי התקשורת, וחיפוש סיפורים סנציוניים ע"י עיתונאים, מחזקים את המסקנה כי אם "אבד זכרו" במשך זמן ממושך (לפחות שנה = יב חודש) - יש להניח כי מת.

**1.4** בהתקיים לפחות שניים מהתנאים דלעיל הותרה כל עגונה, בעקבות השואה. יחד עם זאת, בעקבות הניתוק של ברית המועצות היו טרגדיות נוספות, כאשר הבעל הראשון הופיע לאחר שאשתו הקימה משפחה חדשה, וילדה ילדים לבעלה השני. (חידד את הטרגדיה הסופר ש"י עגנון בסיפורו).

## 2. טביעת אוניות

אניה שטבעה היא הדגם הקלסי המעלה את החשש שמא הבעל נאחו בקרש וניצל. לפנינו שני מקרים בדורנו בהם בעלים היו על אניות שטבעו והותרו עגונות:

**2.1** בשנת 1953 טבעה האניה "פרינצס ויקטוריה" בין סקוטלנד לבין אירלנד. על סיפונה היה יהודי אחד "שמואל בן יעקב נפתלי". בשו"ת "מנחת יצחק" ח"א סימן ק' התירה בגין העובדות הבאות:

א. אחד המלחים הנכריים סח "לפי תומו" את העובדות הבאות (אם נכרי נדרש להעיד על מותם של אנשים ספציפיים, קיים חשש שאינו מדייק):

**ב.** היס היה סוער ביותר, ספינות ההצלה נשברו בדפני הספינה השוקעת. כל מי שהיה בספינות ההצלה נפצע ונהרג. כמה מהקופצים מהספינה נספו מפגיעת סירות ההצלה.

**ג.** נמצאה גופה, שזוהתה באמצעות תעודות ומסמכים בבגדים שעל הגופה, כגופת שמואל בן יעקב נפתלי זהו זהו משני. אך אין חשש השאלה כי תעודות אין אדם משאיל לאחר, ובגדים ובהם תעודות אישיות אין אדם משאיל לאחר.

**2.2** בשנות השישים טבעה אוניית הסוחר "מצדה" במימי ברמודה כשעל סיפונה שלושים ושמונה איש, ארבעה עשר אנשי הצוות ניצלו. נימשו עשר גופות וזוהו. ארבעה עשר איש נעדרו. לאחר מספר ימים הופסקו החיפושים והוכרו רשמית על מות הנעדרים שנתמכו בדוחות ועדות חקירה מטעם צי"ם, מטעם הצבא האמריקאי וחוות דעת של מומחים. הצהרת המוות התקבלה על ידי בתי המשפט בתביעות הנוזיקין והפיצוי מחברות הביטוח.

ביום חמישי בשבוע נקלעה האניה לסערה. מים חדרו למחסנים. רב החובל נתן פקודת נטישה. הורידו סירות הצלה בחבלים ופרשו רפסודה. כולם נטשו את האוניה. האוניה טבעה תוך 10 דקות. סירות ההצלה התהפכו ונשברו. גובה הגלים היה כ-8 מ' טמפרטורות המים היתה 7-12 מעלות צלסיוס. החיפושים נמשכו שלושה ימים. האיזור כולו נסרק, נבדק ופוצץ. הניצולים העידו שהיו במתח רב קודם הנטישה עקב הסערה והפחד. שלושה ימים לא ישנו ולא אכלו כראוי. לאחר הנטישה התקשו לתפקד מחוסר אונים.

הרב א' בקשי דורון בתשובתו העלה מספר נושאים בעקבות הדיון בהן התיר את כל העגונות. השאלות הן:

1. אם ניתן להסיק מהעובדות את טביעתם של כל הנעדרים, או רק של אלה שהיו על הספינה.

2. אם קביעת חכמים "הנטבע במים שאין להם סוף אשתו אסורה" - אסורה לעולם (מרדכי סוף מסכת יבמות) או שמא עובדת "אבד זכרו" במשך שנתיים מתירה את אשתו להנשא לאחר. (כינסו את דעות האוסרים והמתירים באוצר הפוסקים סי' י"ז ס"ק רסט).

3. האם ניתן להוכיח מפעולות ההצלה עצמן (בהן ניצלו ארבע עשר איש ונימשו עשר גופות) שכל מי שלא ניצל - טבע ומת?!

4. האם ניתן לסמוך על חוות דעת מקצועית שבטמפרטורת מים של 7-12 מעלות אין אדם יכול להחזיק מעמד יותר משבע שעות, במיוחד שהיום ניתן לדעת את טמפרטורת המים בכל מקום בעולם.

5. האם החומרה שהחמירו חכמים "הנטבע במים שאין להם סוף אשתו אסורה" אמורה רק כשאדם אחד טבע, או שמא גם באסון המוני כבמקרה הנדון

בו נמצאו עשר גופות וארבע עשר נוספים לא היו בין הניצולים.

2.3 גבר שאבד במפלי ניאגרה הותרה אשתו ע"י הרב גבריאל זינגר מארה"ב. הסכימו עמו הרב של ירושלים הרב שלום משאש והרב עובדיה יוסף. נמוקי ההיתר היו שלושה:

- א. נשואים שלא כדת (ב"י סי' מ"ב, שו"ת בי' ב'. אוצר הפוסקים מה, כה, אות ב. אבני שיש ח"ב כט. יביע אומר ח"ז יח).
- ב. אם היה חי היה בא (יביע אומר ח"ז אהע"ז סי' טו אות יב).
- ג. היתר הר"א מוורדון (שו"ת מהר"י ברונא רי"ז בשם האור-זרוע, מהרשד"ם ח"ב קסה). העובדות וההיתר פורסמו בתחומין כ"ב (תשס"ב) עמ' 184.

### 3. פוגרום

בשנת תשכ"ג (1963) היו בהודו מהומות על רקע עדתי ודת. כדי לפרנס את משפחתו, עזב יהודי את משפחתו, אשתו ובנו. ממקום עבודתו האחרון כתב לאשתו שתעלה לארץ ישראל. מאז לא שמעו עליו דבר. במקום שהותו התנהלו מהומות דמים בין עדות שונות. אלפי איש נהרגו. ברם, הפורעים לא נכנסו לבתים. הקרבנות במהומות נקברו בקבר אחים גדול בלי זיהוי. קיימת עדות שהאיש יצא מביתו, לבוש כאנשי המיעוט באותה עיר. חיפשו אחריו. לא התקבל מידע אם נפגע או מת גם לאחר קביעת פרס בעתונות המקומית. במקרה דנן האיש נעדר, לא נמצאה גופה ולא זוהתה כלל.

הרב אברהם אלקנה כהנא שפירא (לימים הרב הראשי לישראל) התיר את העגונה בנימוקים הבאים:

א. את המהומות יש להשוות ל"עיר שכבשוה כרכום" של מדינה אחרת (ירושלמי גיטין פרק ג' הלכה ד). או כנופל לקן של נחשים שודאי הכישו אותן, ואין להשוותו לנופל לגובאריות שיתכן וניצל מהם (רש"י יבמות קכא, ע"ב ד"ה אגב איצא. ר' ירוחם (מובא בית-שמואל אבן העזר יז סק"כ).

יתירה מזו לדעת הרב שפירא (שם 352) אם ראו שנפלו כמה אנשים לגוב אריות וראו שהחיות התנפלו עליהם, רק לא הבחינו אם גם הבעל הזה נטרף, כיון שהוכח שלא היו שבעים, אין לחשוש שהבעל הזה ניצל משיניהם.

הרב ז. גולדברג (שם) 364 מסתייג מנימוק זה משום ש"כרכום" דרכם לחפש בכל מקום והורגים, והוכח כי בהודו הרגו רק ברחובות ולא נכנסו הרוצחים לבתים.

ב. "נשתקע שמו" מהווה אומדנא נוספת למותו. "נשתקע שמו" מערער "חזקת החיים" של הבעל (שפירא, שם 352). ושם (353) החשש בכרכום למיעוט



של ניצולים, הוא מפני המתחבאים מפני הרוצחים, או שמא חסים על המיעוט להרגם, משום צורך לעבודה או לשבי וכד'.  
 על כן מסיק הרב שפירא (353) דכשדוע שהלך באותה שכונה, איכא רובא גמור למיתה.  
 והוי כרובא דאיתא קמן, בה לא אמרינו סמוך מעוטא לחזקה (כגון חזקת חיים שלהבעל) (354).  
 ג. סניף נוסף להיתר; במקרה זה הוא בכך שהנעלם השאיר כל כליו וחפציו בבית לפני היעלמו. אין אדם מפקיד נכסיו. (עפ"י תרוה"ד סי' קלט).

### **ג. פיגועים המוניים - בדיקות D.N.A. היבט רפואי-מדעי**

בשנים האחרונות התרבו אמצעי ההשמדה ההמונית בפיגועים המוניים נותרים חלקי גופות שאינם ניתנים לזיהוי. בשנים עברו השתמשו במאגר טביעות האצבע של המשטרה. השתמשו בו הן במישור האזרחי (קביעת אבהות, ירושות) הן במישור הפלילי (עבריינים) והן לענין זיהוי קרבנות אסון.  
 משנת 1985 נעשה שימוש בתגליתו של פרופ' אלק ג'פריס מאוניברסיטת לסטר באנגליה, שגילה כי קיימים אתרים ייחודיים ב D.N.A. האנושי.

בדיקות D.N.A מצריכה מעבדות מיוחדות ומומחים מיוחדים. הבדיקה, עקרוניתיה, ודרכי ביצועה תוארו בעיקר בעקבות קריסת מגדלי התאומים בארה"ב ע"י אחיקס סטולר (ד"ר לכימיה) ויורם פלצקר (ד"ר לגנטיקה). בספר היובל "רפואה ומשפט" (11/01) עמ' 143 ואילך. ד"ר אברהם עאמר מבי"ח הדסה עין כרם וד"ר הארי אוסטר מאוניברסיטת ניו-יורק ב"ישורון" כרך יב (ניסן התשס"ג) עמ' תצ-תצג מומלץ לקרוא (כי לא נוכל כאן להסבירם ולפרטם).

#### **1. התייחסות הפסיקה לראייה המדעית**

לאור המורכבות המדעית של אנליזת ה-D.N.A מתעוררת השאלה כיצד על בית המשפט לבחון ראייה מורכבת כראיית הדני"א. הגישה הרווחת היא, כאשר בית המשפט בודק ראייה מדעית, שומה עליו לבדוק את גישת המדע בסוגייה הספציפית. ביקורת שיפוטית אינה מצומצמת לתקדימים מאותו סוג ואפילו לעובדות המקרה הספציפי שהובא בפני בית המשפט, אלא מחייבת הערכה כללית של הראייה.

בארה"ב, שלט בכיפה מאז שנת 1923 פסק דין FRYE. על פיו תפקידו של בית המשפט בבדיקת ראיות מדעיות הינו לבדוק האם הגישה המדעית שהוצגה בפניו

הינה גישה המקובלת באורח כללי על ידי הקהילה המדעית הרלוונטית. על פי פסק דין FRYE הבדיקה מצטמצמת לשאלה האם הראיה מקובלת על הקהילה המדעית.

פסק דין FRYE שעמד איתן וכמעט ללא עוררין במשך 70 שנה, נאלץ לוותר על מעמדו הרם בסוגיה דן לפסק דינו של בית המשפט העליון בארה"ב בעניין DAUBERT 2786 (1993). על פי DAUBERT המבחן הוא מבחן כפול: בית המשפט מקבל ראייה רק בתנאי שהתקבלה על ידי הקהילה המדעית. אך אינו יכול להסתפק בבדיקת השאלה האם המדע מקבל ראייה זו או אחרת. עליו לבדוק את הראייה בצורה מקיפה, ממצה ויסודית יותר. עליו לבדוק את דרכי החשיבה ובעיקר את ההוכחה של המדען.

## 2. התייחסות ההיבט ההלכתי לראיות דנ"א

מתחילת שנות ה-90 הולכת ומתגבשת הפסיקה הישראלית בהיבטים השונים של ראיית הדנ"א במישור המשפט האזרחי ובהיבטים השונים של המשפט הפלילי. אולם אנו נתרכז להלן רק בהיבט ההלכתי. הרב משה שטרן על דעת הרב ווזנר והרב נסים קרליץ, אבחן בין שש שאלות:

א. על דבר השאלה, האם אפשר לסמוך על בירור זה לקשר בין חלקי גופה בקבר אחד. התשובה היא: אפשר לעשות כן. מאחר ואין בקביעה זו זיהוי והחלטה שהחלקים שייכים לאדם אחד.

ב. על דבר השאלה, האם אפשר על סמך בירור זה לזהות גופה, ועל פיה לנהוג דיני אבילות, התשובה היא: יש להבדיל בין נשוי לבין רווק; ברווק, אפשר לנהוג על סמך בירור זה, בין אם הבירור על ידי בדיקת דנ"א מאותו אדם ובין אם הבדיקה מהורים או צאצאים. בנשוי, שאם ינהגו דיני אבילות, יש להתיר את האשה להנשא. אין לנהוג דיני אבילות אלא על פי הוראת פוסק מוסמך. (האבחנה בין "נשוי" לרווק התחדדה בעקבות פרשת החיילים החטופים בלבנון).

ג. ע"ד השאלה, האם לקבוע ממזרות על סמך אי התאמה בין אב לבנו. התשובה היא: שאין לקבוע ממזרות על סמך בדיקה זו.

ד. על דבר השאלה, האם אפשר לקבוע על האדם שהוא יורש או אינו יורש על סמך בדיקה זו. התשובה היא: אם לא ידוע על יורשים לאדם זה ובא אדם לדרוש חלקו על סמך בדיקה זו, מכיוון שאינו מוציא ממון משום מוחזק, אפשר לסמוך על הבדיקה אחר שבירורו, כפי האפשר, שאין ידוע יורשים לאדם זה בשום מקום. אבל אם יש יורשים מוחזקים, ובא אדם ואומר שהוא יורש ללא

הוכחות, ורק על סמך בדיקה זו היא מבקש להוציא ממון מהירשים המוחזקים, אין הולכים בממון אחר הרוב להוציא ממוחזק. אם הוא מוחזק כירש ורוצים לסלקו מהירושה על סמך בדיקת אי התאמה בין אב ובן, אי אפשר לנשלו מהירושה על סמך בדיקה זו.

ה. על דבר השאלה, האם אפשר להוכיח רשעת האדם במשפט על סמך הבדיקה. התשובה היא: בדיני ישראל אין להוכיח הרשעת אדם על סמך הוכחות, אלא על פי שני עדים יקום דבר.

ו. על דבר השאלה, האם אפשר להתיר עגונה מכבלי עיגונה על סמך הבדיקה. התשובה היא: התרת עגונה ניתנה לבית דין מוסמך בלבד כפי ראות עיניו, באופן כללי יש להבדיל בנידון זה בין בדיקת דנ"א שיש התאמה מעצמו לעצמו, או שיש התאמה בין גוף האדם הנעדר לבין שני ההורים.

בגוף האדם מעצמו לעצמו, הינו יותר מגדר סימן בינוני וקרוב לסימן מובהק. אין לסמוך אך ורק על בדיקה זו אלא אם כן יש רגלים לדבר וצדדים נוספים. אבל בדיקת דנ"א שנעשית ההתאמה בין גוף הנעדר ובין הורים או צאצאים, אינו חורג מגדר סימן בינוני בלבד.

הרב שמואל גרסטן במאמרו ("ישורון" (יא) עמ' תצד) מאבחן בין שלוש דרגות של זיהוי:

- א. זיהוי בעזרת "חוש הראייה" נחשב כעדות ישירה.
- ב. זיהוי בעזרת "חוש השמיעה" נחשב כסימן מובהק.
- ג. זיהוי רקמות ע"י בדיקת D.N.A נחשב כזיהוי עקיף ע"י "סימנים" (סימן הדומה לסימן של הנעדר). עוד הוא מבחין שם בין "סימן בינוני", העשוי לכל היותר, לשלול האפשרות שמדובר באחר, לבין "סימן מובהק" העולה כדי בירור המציאות.

בתאריך 2/10/02 ניתן פס"ד בתפ"ח 4025/01 בבימ"ש המחוזי בירושלים בהרכב סגני נשיא יי צמח ועי קמא והשופט יי צבן, הורשע נהג מונית מוראד אבו בעאד באינוס בנסיבות מחמירות. ההרשעה התבססה בעיקרה על בדיקת ד.נ.א. ביהמ"ש העליון מפי השופט מ. חשין קבע ביום כ"ו בתשרי תשס"ד - 22/10/03 את המסקנות הבאות:

- א. ראיית ד.נ.א. היא ראיה נסיבתית ונמנית עם משפחת הראיות המדעיות.
  - ב. התאמת הד.נ.א. מהווה ראיה לקיומה של זהות בהתאמה.
  - ג. מעולם לא הורשע אדם בישראל על יסוד ראיית ד.נ.א. בלבד, בלא שנמצאו ראיות נוספות התומכות בזהות.
  - ד. בדיקת ד.נ.א. היא ראיה קבילה. משקלה וערכה ייקבעו ע"י בית המשפט.
- השופט טירקל שתמך במסקנה המרשיעה הוסיף ציון גם בפסק דינו של הרב

קליין דלעיל ובמקורות נוספות של פוסקי דורנו.  
בתאריך 8/1/04 ניתן פס"ד בביהמ"ש המחוזי בירושלים בתיק פ"ח, 606/03 בלא לדעת עמדת העליון שטרם פורסמה, מסכימים אנו, עם כל הכבוד, עם התוצאה המרשיעה שהתבססה על מספר הוכחות (קטע 112 בפסה"ד). וכן על שלילת השערות של הסניגור כי מישהו אחר מהמשפחה ביצע את הפשע. ברם, כב' השופט דרורי מצא לנכון להתייחס לאמור לעיל ובעיקר ליחס המסוייג של פוסקי ההלכה בדורנו מבדיקות D.N.A. עם כל הכבוד, נעיר על שתיים מקביעותיו.

א. בקטע 109 לפסה"ד נכתב "דבריו של הרב גולדברג שצוטטו לעיל הם דוגמה למתח הקיים בין ההלכה לבין המדע". כמשפטן, יודע ואמור לדעת השופט דרורי כי אין ולא יכול להיות מתח בין שיטה משפטית, לבין כל שיטה מדעית אחרת. הדיסציפלינות הן שונות וגם המתודות שונות. השאלה היחידה היא "מי הקובע" אם המשפטן (כמקובל בשיטות השפטיות המודרניות בשונה ההלכה) או שאיש המדע האחר קובע. בגלל השיטה הנקוטה במדינת ישראל, מגיש איש המדע חוות-דעת והשופט מחליט.

ב. מסעיף 77 ואילך מרבה כבוד השופט דרורי להלל את המשקל המדעי של חוות דעתו של הסטטיסטיקאי פרופ' עוזי מוטרו ושל העד מטעם התביעה איש מז"פ מר משה שפיצן. כבוד משקלם המדעי של שתי העדויות במקומן מונח. ברם כב' השופט דרורי מתעלם משני נושאים עיקריים המתבארים במאמרים דלעיל ואשר נמסרו לעיונו ע"י פרופ' דב פרימר (בפסה"ד):

1. אחיקם סטולר ויורם פלוצקר במאמרם (רפואה ומשפט, ספר היובל 143) מדגישים כי הסטטיסטיקה של D.N.A. מתאימה רק לאדם הלבן בארה"ב ובאירופה. בצדק מזכיר השופט דרורי בסעיף 90 לפסה"ד את דברי פרופ' מוטרו עצמו כי אין לבדיקה ולסטטיסטיקה משמעות לגבי בני העדה האתיופית, עקב כך לא הורשע הנאשם בתפ"ח (באר שבע) 00/506. תמוה מאד מדוע מסיים כב' השופט דרורי את הסעיף באמירה סתמית, ללא הוכחה, כי "אין להשוות בין המקרים".
2. לאור האמור עד כאן מובן שחכמי ההלכה בדורנו לא קבלו בדיקות D.N.A. כהוכחה מכרעת. דרשו עובדות נוספות, כפי שהדבר קיים בכל סימן. בהתאם לעולה מהעובדות האחרות הוכרע אם מדובר בסימן מובהק (שאפשר להתיר אשת-איש על פיו) או בסימן בינוני או גרוע, כמבואר לעיל.

#### ד. עגינות כתוצאה מתאונה

עם התפתחותה של הטכנולוגיה הרפואית, ניתן להחזיק אדם פגוע בחיים (במצב של צמח) במשך תקופה ארוכה ושנים רבות. אם הבעל נפגע בתאונה (עבודה, דרכים, או פיגוע המוני). הוא עלול להיות במצב של "חיי" שאינו מתפקד כלל, אף אינו מסוגל למנות שליח למתן גט ולו ע"י רמיזה. יתכן שהאינטרס הכלכלי, בנוסף לנכונות לטפל בבן הזוג הנפגע ייצור מפגש אינטרסים עם רצון המדינה שהנפגע לא יזנח ע"י משפחתו הקרובה והטיפול בו לא ייפול על כתפי החברה והקהילה. במצב כזה יקשה להענות לאשה המעוניינת להשתחרר מכבלי עגינותיה.

הרב משה פיינשטיין בתשובותיו מוצא מזוור למצבים הבאים:  
 א. בשו"ת "אגרות משה" אהע"ז תשובה צ"ב קובע כי "שוטה" הוא "מום גדול", אם אי אפשר להשיג גט והיא לא ידעה על המום לפני הנישואין. ועוד מוסיף באג"מ שם, אף אם ידעה אך חשבה שהתרפא, ורק לאחר הנישואין נודע שהיה חולה ולא נתרפא לגמרי הרי זה מקח טעות.  
 ב. עוד שם, אם מתברר שאינו יכול לבעול, אינה צריכה גט אפילו מדרבנן.  
 ג. בשו"ת "אגרות משה" אבע"ז ח"ג סימן ע"ה צירף להיתר שהנישואין נערכו אצל ראביי קונסרבטיבי, מצד חסרון בעדי קדושין, כי עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ודאי אם ייחד את העדים לקדושין. אם התקיימו תנאים אלה אין כאן קדושין והאשה משוחררת לכל אדם ללא גט.

#### ה. לקראת העתיד

עקב חומרת הפגיעות מחד גיסא והתקדמות הטכנולוגיה הרפואית מאידך גיסא, אנו צפויים לבעיית "עגונות" מסוג חדש, שיעלו אתגר קשה בכל שיטה משפטית שהיא; מתרבים הגברים הנפגעים בצורה קשה (בתאונות עבודה, בתאונות דרכים, ובמלחמות), בעקבותיהם נשארים במצב של "צמח" או משותקים בחלק גופם התחתון. ואינם מסוגלים לתפקד ובמיוחד בחיי אישות. במצבים חמורים הנכות הפיזיות מלווה גם בנכות נפשית. החברה האנושית והממשלות אינם מעוניינים, שהנפגע ישאר למעמסה על כתפי הציבור בלבד. במצב זה האשה היא "אלמנה חיה" (=אלמנה שבעלה חי). הכרזת המוות אינה ישימה כנראה במקרה זה, בשיטות המשפטיות המודרניות. כאשר מדובר בזוג צעיר וטרם נולדו ילדים, מצבה של האשה מעורר רחמים. יתכן כי במצבים אלה, מאפשר החוק היהודי מוצא בטענת האשה "בעינא חוטרא לידה" (מבקשת מקל = ילד להשען עליו). בצירוף טענת מקח טעות.

מקרה קשה במיוחד הועלה לאחרונה בתיק עגונות בביה"ד הרבני בחיפה. זוג נשוי 13 שנה. נולדו שני ילדים. כשבע שנים לאחר הנישואין התברר כי הבעל סובל מסכיזופרניה פרנואידית שאינה ניתנת לרמיסיה. מחלתו לוותה באלימות קשה (התברר שעוד לפני הנישואין היו אצל הבעל מצבי דכאון שיכרות ואלימות כלפי קרובי משפחתו והאשה לא ידעה על כך).

הבעל הסכים לגט פיטורין, הצדדים חתמו על הסכם גירושין, אחר דחיות חוזרות ונשנות נעצר הבעל. בבית המעצר ניסה להתאבד הובהל לבית החולים, המאמצים להחזירו להכרה לא צלחו. הבעל נמצא מספר שנים במצב של "צמח" ללא תקשורת עם סביבתו, הוא לא מסוגל למנות שליח למותן הגט אפילו בנדנד ראש.

יתכן שבמקרה זה יכולה האשה לטעון מקח טעות והנישואין יוכרוזו כבטלים (ראה "אגרות משה" אה"ע"ז תשובה צ"ב) ובאבן העזר ח"ג תשובה מ"ה).

## סיכום

עד אשר יתגשם הייעוד "ובלע המות לנצח ומחה הי דמעה מעל כל פנים", יקשה לפתור נושא העגינות. ההתקדמות בעולם יוצרת סיטואציות חדשות ובעיות חדשות. ההתמודדות אתן אינה נפסקת. יתכן שביה"ד רשאי לבטל הנישואין עקב כך שאחד העדים או הבעל עצמו אינו שומר מצוות, (ראה "אגרות משה" אה"ע"ז תשובה ע"ה, ע"ז).

### מקורות עיקריים

"תחומין" (תורה, חברה ומדינה) קובץ הלכתי (שנתון), "צמת" (צוותי מדע ותורה), אלון שבות.

"ישורון" - מאסף תורני, מכון ישורון ירושלים - ניו יורק. כרך יא (אלול התס"ב) כרך יב (ניסן התשס"ג).

"אוצר הפוסקים" ס"ז. רפואה ומשפט, ספר היובל עמ' 143-164.

פסקי דין ישראלים: עא 2558/91 (פד"יי מ"ז) 8. ר"ע 12762/95 (תקי עלי 95 (4) 6 7).

ת"א (י-ס) 697/94 (תקי 96 (3) 1080. בג"ץ 4951/99 (ת"ק עלי 99 (2) 60. ת.פ. 506/00.

(תקי מא 03 (2) 3960). ע"פ 9724/02 מוראד אבו חמאד נ. מ"י.

וליתר פירוט, ראה בספר "דיני משפחה", השופט בנציון שרשבסקי. תשמ"מ.

הרב יוסף יצחק ויס, רב בעיר גרוסורדין בטרנסילבניה, לפני השואה, ניצול שואה. רבה של גרוסורדין לאחר השואה, שם היה מראשי המתירים של עגונות שבעליהן נספו בשואה, התקבל לרב במנצ'סטר. בשנותיו האחרונות היה אב בית-דין של העדה החרדית בירושלים. מעזבונו הספרותי 10 כרכי שאלות ותשובות "מנחת יצחק".

ראו לדוגמא ("תחומין" ט', עמ' 68) מכתב תודה (מתאריך י"ט באלול תשי"א-1951) לרב הראשי לצה"ל דאז הרב שלמה גורן, על מאמציו להעביר חללי העיר העתיקה, וגוש עציון והבאתם לקבר ישראל "ועוז רוחו בברור ההלכתי של בעיית העגונות".

ראו הרב עזרא בצרי, "תחומין" ט', עמ' 63.

הרב אליהו בקשי דורון ראשון-לציון וראש אבות בתי הדין בבית הדין העליון. לפני כן רב ראשי וראש אבות בתי הדין בחיפה, מחבר ספרי שאלות-ותשובות "בנין אב". שם כרך ב' סימן ס"ז.