

כנס הדיינים – התשע"ג

כנס הדיינים – התשע"ג

שיעורים והרצאות שהושמעו בכנס הדיינים

כ"ג בשבט – כ"ו בשבט התשע"ג

במלון לביא

העורכים:

הרב אברהם צבי שינפולד, עו"ד הרב שמעון יעקבי

ועו"ד הרב ד"ר רפי רכס

הנהלת בתי הדין הרבניים – ירושלים

כנס הדיינים – התשע"ג

מועד ההדפסה: אדר התשע"ד – פברואר 2014



הנהלת בתי הדין הרבניים
רח' כנפי נשרים 22, ירושלים 91342
טל' 02-6582822/3 ; פקס' 02-6527630
www.rbc.gov.il: כתובתנו באינטרנט

כנס הדיינים – התשע"ג

העורכים:

הרב אברהם צבי שינפליד, עו"ד הרב שמעון יעקבי
ועו"ד הרב ד"ר רפי רכס

תוכן העניינים

11.....	פתח השער.....
13.....	תיק (רבני גדול) מח/16..... מזן הראשון לציון הרב עובדיה יוסף זצוק"ל הסכס לתשלום מזונות ללא קבלת קניין
21.....	תיק (רבני ירושלים) תשס"ו/392..... מזן הרב יוסף שלו' אלישיב זצוק"ל גירושין ומזונות לאשה שהוחזקה בנפלים
29.....	דברי פתיחה..... הרב שלמה בן שמעון, דיין בית הדין הרבני הגדול
31.....	דברי ברכה..... הרב שלמה משה עמאר, הראשון לציון הרב הראשי לישראל ונשיא בית הדין הרבני הגדול
35.....	דברי ברכה..... הרב יונה י' מצגר, הרב הראשי לישראל ונשיא מועצת הרבנות הראשית לישראל
37.....	חיובי חליצה ויבום כשהמנוח השאיר זרע מוקפא..... הרב שלמה משה עמאר, הראשון לציון הרב הראשי לישראל ונשיא בית הדין הרבני הגדול
38.....	א. דין הפריה ללא ביאה לעניין ממזרות.....
41.....	ב. חיוב יבום וחליצה כשקיים זרע מוקפא.....

59.....	זכויותיו וחובותיו של הדיין הרב שלמה דיכובסקי, מנהל בתי הדין הרבניים
65.....	כתובה ומזונות בעוברת על דת ובמעשה כיעור..... הרב אליהו הישריק, דיין בית הדין הרבני האזורי תל אביב
65	העובדות הנדרשות לעניין.....
66	חיוב או פטור הבעל מתשלום הכתובה.....
66	דין עוברת על דת לעניין הכתובה.....
67	דין מעשה כיעור לעניין כתובה.....
77	מסקנה בעניין 'מעשה כיעור' לגבי הפסד כתובה ללא התראה.....
77	מזונות לעוברת על דת או למי שעשתה מעשה כיעור.....
89	מסקנה בעניין 'מעשה כיעור' לגבי הפסד מזונות.....
91.....	למי שייכים דמי שכירות דירה שנתקבלה עבור מדור הילדים..... הרב ישי בוכריס, דיין בית הדין הרבני האזורי אשקלון
91	א. העובדות הנדרשות לעניין.....
91	ב. טענות הצדדים.....
92	ג. דיון והכרעה.....
101.....	פוליגרף – מדע, אומנות והיבטים משפטיים..... סגן ניצב אלכסנדר גרשפלד, ראש מדור פסיכולוגיה חקירתית מעבדת זיהוי פלילי, משטרת ישראל
111.....	שימוש בבדיקות פוליגרף עלידי רשויות המדינה..... הנחיות היועץ המשפטי לממשלה
111.....	א. סקירה כללית.....
117.....	ב. הנחיות באשר לשימוש בבדיקות פוליגרף עלידי רשויות המדינה.....
121.....	חוק יחסי ממון כגורם בהלכה..... הרב חגי איזירר, דיין בית הדין הרבני הגדול
127.....	עדכוני פסיקה וחקיקה והערות בעבודת בית הדין..... ער"ד הרב שמעון יעקבי, היועץ המשפטי לשיפוט רבני.....
127.....	הפסקת ההתדיינות בתיקי בוררות עד לתיקון חקיקה.....
129.....	בקשה למתן הוראות במסגרת הליך אכיפת פסק דין.....
131.....	בקשה למתן הוראות והכרעה במחלוקת עם צד ג'.....
138.....	ריענון נוהלי הדיווח לנשיא ביהמ"ש העליון וליועץ המשפטי לממשלה.....
139.....	קנס או הוצאות לטובת אוצר המדינה?.....
140.....	תיקון מס' 25 לחוק הדיינים.....
142.....	תיקוני חקיקה לעניין צווי הגבלה.....

תוכן העניינים

- 146.....פגרות בתי הדין
- 147.....תיקון רישום הדת ליהודי במרשם האוכלוסין על פי החלטת בית הדין
- 150.....חוות דעת מומחים
- 151.....שירותי תרגום לבעל־דין ודרך ניהול דיון
- 152.....עוד על כתיבת פרוטוקולים ונימוקים להחלטות
- 153.....המצאת הזמנה וכתבי בית דין לבעל־דין
- 154.....על הפניית בעלי דין לבדיקת פוליגרף
- 159.....פניות דיינים ליועץ המשפטי לשיפוט הרבני
- 161.....על סדרי דין בבית הדין הרבני הגדול**
עו"ד הרב שמעון יעקבי, היועץ המשפטי לשיפוט רבני
- 161.....בקשת רשות ערעור
- 163.....מסגרת הדיון בבקשת רשות ערעור
- 165.....השגה על החלטת ביניים במסגרת ערעור על פסק הדין
- 166.....ערעור בזכות על החלטות ביניים מסוימות
- 167.....הפקדת ערבויות כתנאי לערעור
- 169.....פסק דין בערעור בלא שמיעת טענות בעל־פה
- 172.....דיון בערעור שהצריך בקשת רשות והיא לא הוגשה
- 173.....האם מי שלא היה צד להליך בבית דין אזורי רשאי לערער על פסק הדין?
- 175.....הערות בסדרי עבודת בית הדין**
הרב אברהם צבי שינפלא, אב בית הדין הרבני האזורי ירושלים
- 175.....א. חוק מידע גנטי – בדיקת רקמות
- 176.....ב. כתיבת פסקי דין
- 177.....ג. סדר הדיון
- 178.....ד. חקירות של הצדדים
- 179.....ה. התחמקות בעל דין ממתן תשובות בעת החקירה
- 180.....ו. החלטה על נושא שלא הייתה בו תביעה
- 181.....ז. תביעה חדשה במהלך הדיון
- 181.....ח. תביעת אגב
- 182.....ט. תביעות חילופיות
- 182.....י. תביעה שכנגד
- 183.....יא. עדות קרובים
- 185.....קביעת אבהות באמצעים גנטיים – רקע רפואי והשלכות לדיני ממזרות**
הרב ד"ר מרדכי הלפרין, רופא, מנהל מכון שלזינגר ועורך "אסיא"
- 185.....א. מהו דנ"א (DNA)?

תוכן העניינים

- ב. זיהוי דנ"א ע"י בדיקת אַסְטִי־אָרִים (STRs).....187
- ג. מעמד הלכתי של זיהוי הכרת פרצוף, טביעת אצבעות, ופרופיל אַסְטִי־אָרִים.....190
- ד. בדיקת אבהות באמצעות פרופיל אסטיארים.....194
- ה. סיכום.....198
- האם אפשר לסמוך על בירורי היהדות בבתי הדין?.....199**
הרב שלמה שפירא, אב בית הדין הרבני האזורי נתניה
- א. תיק ק' – נימוקי פסק דין.....200
- ב. המסקנות לעניין הסתמכות על חו"ד לשכת הקשר ומבררי היהרות.....220
- ג. היחס אל מסמכי מרכז "שורשים".....221
- ד. היחס לראיות מספרי הרישום בברית המועצות.....222
- ה. חובת הדיין לפי ההלכה לבחון את ממצאי מברר היהדות.....227

ברכת בואכם לשלום

**לרבנים הראשיים לישראל שליט"א
עם תחילת כהונתם**

הראשון לציון הגאון רבי יצחק יוסף
נשיא בית הדין הרבני הגדול

הגאון רבי דוד לאו
נשיא מועצת הרבנות הראשית לישראל

ברכת צאתכם לשלום

לרבנים הראשיים לישראל שליט"א

עם סיום כהונתם

הראשון לציון הגאון רבי שלמה משה עמאר
נשיא בית הדין הרבני הגדול

הגאון רבי יונה מצגר
נשיא מועצת הרבנות הראשית לישראל

לדיינים שליט"א שפרשו לגמלאות*

הרה"ג חיים שלמה שאנן, אב"ד תל אביב

הרה"ג שמעון מלכה, אב"ד תל אביב

עוֹד יְנוּבּוֹן בְּשִׁיבָה דְּשָׁנִים וְרַעְנָנִים יִהְיוּ

* מאז סיום כנס הדיינים – התשע"ג ועד תחילת כנס הדיינים – התשע"ד;

פתח השער

כבוד הרבנים הגאונים, דייני בתי הדין הרבניים בישראל, ה' עליהם יחיו!
השלום והברכה!

הננו מתכבדים להגיש לפניכם את ספר כנס הדיינים, ובו דברים שנאמרו בכנס הדיינים בשנת התשע"ג.

ספר זה יוצא לאור ערב כנס הדיינים – התשע"ד, ובין כה ובין כה נכנסו הרבנים הראשיים החדשים לכהונתם – בואכם לשלום! הרבנים הראשיים שכיחנו סיימו את תפקידם – צאתכם לשלום!

לעילוי נשמת הראשון לציון הרב הראשי לישראל נשיא בית הדין הרבני הגדול, מרן רבנו הגאון הגדול, פוסק הדור, רבי עובדיה יוסף זצוק"ל, שנלב"ע ביום ג' במרחשון התשע"ד, אנו מפרסמים פסק דין שכתב מרן רבנו בימים האחרונים לכהונתו בבית הדין הרבני הגדול – וקיימת סבירות גבוהה שהוא האחרון שכתב שם. פסק הדין עוסק בהסכם לתשלום מזונות ללא קבלת קניין.

מיד לאחר פסק הדין הנ"ל אנו מפרסמים פסק דין שכתב מרן רבנו הגאון הגדול, פוסק הדור, רבי שלום יוסף אלישיב זצוק"ל, שנלב"ע ביום כ"ח בתמוז התשע"ב. פסק הדין נכתב בשבת מרן רבנו בבית הדין הרבני האזורי בירושלים, והוא עוסק בעניין גירושין ומזונות לאשה שהוחזקה בנפלים. פרסמנו אותו לראשונה באתר המרשתת של בתי הדין במלאות שנה לפטירת מרן, והוא מתפרסם כאן לראשונה בדפוס.

פרסום שני פסקי דין אלו מבטא גם את שאיפתנו להוציא לאור את פסקי הדין של בית הדין הרבני הגדול המצויים בתיקים בארכיב המדינה, בטרם יבוערו חלקם לפי תקנות הארכיב, וחלילה יתקיים בנו "חבל על דאבדין".

נדגים את חששנו: על פסק הדין של מרן הרב עובדיה יוסף ז"ל שמענו מטו"ר הרב אברהם גולובנצ'ין שייצג את המערער בתיק – ואנו מודים לו על כך – אך התיק מושא פסק הדין לא נמצא בחיפוש שערכנו בארכיב המדינה. העתק מלא של פסק הדין מצאנו רק לאחר חיפוש בתיקי בית הדין האזורי חיפה – שם נידונו ענייני הצדדים בבית הדין קמא. התיק מושא פסק הדין של מרן הרב יוסף שלום אלישיב ז"ל לא נמצא בחיפוש שערכנו בארכיב המדינה. הוא פורסם מתוך צילום פסק הדין הקיים רק בדרך מקרה בארכיוני הפרטי.

זה כמה שנים שאני מבקש וחוזר ומבקש שהנהלת בתי הדין תיזום פרוסום של כל פסקי הדין המנומקים של בית הדין הגדול שטרם פורסמו. קיימים פסקי דין המצויים באלפי תיקי נייר המאוחסנים בארכיב המדינה; קיימים אצלנו כ-2,700 פסקי דין מן השנים התשנ"ב ועד אמצע שנת התש"ע – אלו כבר מרוכזים במדיה מגנטית וצפויים להכיל כ-18 כרכי פסקי דין של כ-400 עמודים בכל כרך; קיימים פסקי דין מאמצע שנת התש"ע ואילך, ואלו מצויים כסדר בתיקים האלקטרוניים של בתי הדין (מערכת שיר"ה). יש לפעול לפרסום כל פסקי הדין המנומקים – הן הישנים והן אלו הניתנים באורח שוטף – כמובן, תוך השמטת פרטי זיהוי של בעלי הדין בתיקי משפחה ולאחר עריכה תורנית ולשונית. קשה להפריז בחשיבות פרסום פסקי הדין. לצערי, קשיי תקציב וארגון מונעים זאת עד כה.

בנוסף להרצאות המתפרסמות בספר זה שמענו במהלך הכנס את הרצאתם של ר"ח ומוסמך למשפטים שמואל רוזנבלום והאקטואר דוד אנגלמאייר בנושא "דילמות בהסתייעות ברואה-חשבון מומחה וסוגיות בשיקול דעת אקטוארי". כמו כן שמענו את ד"ר גיא שוסהיים, פסיכיאטר ומנהל מרפאת בריאות הנפש לילד ונוער בבית החולים "העמק", והוא הרצה על שירותי הטיפול השונים בהפרעות רגשיות ונפשיות בגיל הילדות והנעורים.

עוד שמענו בהרחבה את דברי הרה"ג נסים בן שמעון שליט"א, והוא עסק בהערות והארות בהתנהלות בתי הדין. כמו בכל שנה, התקיים גם דיון פנימי בין הדיינים. נמנענו מפרסום דברים אלו בספר כדי לאפשר העלאת נושאים וסוגיות באופן חופשי במסגרת הדיון הפנימי הסגור, וכדי שהדיינים לא יגבילו עצמם בדבריהם בדיון זה.

עיקרם של הדברים הוקלדו תוך כדי השיעורים ע"י הרב אלון ארביב, ספד"ד והמזכיר הראשי לביה"ד נתניה; על כך תודה מיוחדת. כמו כן אנו מודים לגב' אפרת ביטון, רכזת הלשכה המשפטית, על עזרתה המסורה בהכנת החומר.

עמל ויגיעה רבים מושקעים בהכנת ימי העיון השנתיים, וכן בעריכת הדברים והתקנתם לדפוס. אנו תקווה שבעזרת קובץ זה יישמרו הדברים וייחקקו בלבנות כולם לאורך ימים.

עקב עומסי העבודה על הלשכה המשפטית לא נוכל לשאת עוד על כתפנו את האחריות להוציא לאור את כרכי "כנס הדיינים". אקווה שיימצאו אחרים שייאותרו לשאת בעול.

יהי רצון שיקויים בנו: "וְאֶשְׁיבָה שְׁפִטָּיָה כְּבָרְאשָׁנָה וְיַעֲצִיף כְּבִתְחִלָּה", אכ"ר.

שמעון יעקבי

בבית הדין הרבני הגדול

לפני כבוד הדיינים:

מזן הראשון לציון הרב עובדיה יוסף, הרב יוסף כהן, הרב יצחק חזן

המערער: פלוני (ע"י ב"כ טו"ר הרב אברהם גולובנצ'ין)
נגד

המשיבה: פלונית (ע"י ב"כ עו"ד אשר רוט)

הנידון: הסכם לתשלום מזונות ללא קבלת קניין

טענת מחילה על התחייבות למזונות בהסכם גירושין – טענת מחילה על שטר חוב – טענת מחילה על חיוב שבפסק דין – סיטומתא – חתימה על הסכם במקום שנוהגים לקבל בקניין – התחייבות למזונות

המערער התחייב בהסכם גירושין לשלם למשיבה סך שמונה מאות ש"ח לחודש עבור מזונות הילדים. לטענת המערער, היה ביניהם הסכם בעל-פה כי המשיבה תסתפק בשש מאות ש"ח לחודש, וכך למעשה שילם במשך זמן מסוים. המשיבה הכחישה וטענה שלא היה הסכם בעל-פה אלא המערער ביקש שהיא תסתפק בינתיים בסך שש מאות ש"ח, ואח"כ יחזיר לה את ההפרשים. כמו כן, טוען המערער כי הסכם הגירושין נערך ללא קבלת קניין, ועל כך משיב ב"כ המשיבה שאפילו אם לא נעשה קניין, היא זכתה מדין סיטומתא.

מסקנות

- א. אם טען הלוה מחלת לי החוב שבשטר זה, יש מי שאומר שדינו כאומר פרעתי. ויש מי שאומר שהוא כמי שטוען אמנה או רבית הוא, שאינו נאמן, אלא ישלם ואח"כ יחזור לטעון על המלוה מה שירצה ואם יכפור ישבע היסת.
- ב. מחלוקת האחרונים אם בדיני ממונות קיימא לן כסברא אחרונה, כמו כל 'יש אומרים' ו'יש אומרים' שהלכה כ'יש אומרים' בתרא, וכיוון שאין הדבר יוצא מידי מחלוקת, אין להוציא מן המוחזק, והוא יכול לומר קים לי כ'יש אומרים' קמא.
- ג. (1) מחלוקת הפוסקים אם מועילה מחילה ללא קניין במקום שהמלווה מחזיק שטר בידו.
(2) במקום שאין שטר אלא רק פסק דין, יש לומר שהכול יודו שמועילה מחילה ללא קניין.
- ד. אם קיים מנהג לערוך קניין על התחייבות, חתימה על הסכם אינה מועילה מדין סיטומתא, אפילו אם בית הדין נתן תוקף של פסק דין להסכם.
- ה. התחייבות למזונות, בהיותה דבר שאינו קצוב, טעונה קניין.

פסק דין¹

לפנינו ערעור על פס"ד של בית הדין האזורי בדבר הסכם גירושין שנערך בין הצדדים, בחתימתם, וניתן לו בזמנו תוקף פסק דין ע"י בית הדין האזורי ואשר לפיו על האב לשלם לאם עבור מזונות הילדים סך שמונה מאות ש"ח לחודש, צמוד, אך האב טוען שהיה הסכם בעל פה ביניהם שלא ישלם אלא רק שש מאות ש"ח לחודש, וכן למעשה שילם לאם במשך זמן מסוים רק שש מאות ש"ח לחודש, והאם הסתפקה בכך, אולם היום האם מכחישה טענה זו ואומרת שלא היה שום הסכם ביניהם, אלא רק שהוא ביקש ממנה שהיא תסתפק בינתיים בסך שש מאות ש"ח לחודש, ואח"כ יחזיר לה את ההפרשים. ושוב לאחר מכן סירב להחזיר לה ההפרשים, ואומר זהו מה שאני נותן ולא יותר. כמו כן טוען ב"כ האב שהסכם הגירושין נערך ללא קבלת קנין. ולעומתו טוען ב"כ האם שאפי' אם לא נעשה קנין, האם זוכה מדין סיטומטא.

והנה לכאורה אם נאמין לטענת האב שהיה הסכם בע"פ ביניהם שלא ישלם אלא שש מאות ש"ח, הוי כמי שטוען שמחלה לו על שאר הסכום שהתחייב בהסכם הגירושין. ומרן השו"ע בחו"מ (סי' פב סי"א) כתב: אם טען הלוח מחלת לי החוב שבשטר זה, יש מי שאומר שדינו כאומר פרעתי. ויש מי שאומר שהוא כמי שטוען אמנה או רבית הוא (שאינו נאמן אלא ישלם ואח"כ יחזור לטעון על המלוה מה שירצה ואם יכפור ישבע היסת, וה"ט משום שאין סתם שטר עומד למחילה וגריעא טענתיה. סמ"ע.) ולכאורה משמע דקי"ל כסברא אחרונה שאינו נאמן, כמו כל י"א וי"א שהלכה כ"א בתרא.

וכתב בשו"ת דגל מחנה אפרים לניאדו (חחו"מ סי' ז דמ"ח ע"ד), שאף שהכנה"ג לא עמד טעמו בו בענין זה, שפעם כתב דנקטינן כ"א בתרא, ופעם כתב שבכיו"ב לא הכריע מרן הש"ע, ואין להוציא מן המוחזק, מ"מ אנו אין לנו אלא מה שקבלו רבותינו אבותינו ואבות אבותינו לפסוק כד' י"א בתרא אפי' להוציא מן המוחזק, ואין לנו לזוז מסברא זו. ע"כ (וע"ע להגאון מר אביו בשו"ת בית דינו של שלמה חו"מ סי' ז דקנ"ג ע"ג). וכ"כ בשו"ת בקש שלמה (דף ד' ע"א). ע"ש.

אולם לעומתם ראיתי בשו"ת משפטים ישירים בירדוגו (סי' נג) שהעלה, שאין כלל זה ברור, והעיקר בזה בדעת מרן דהוי ספיקא דדינא והמוציא מחברו עליו הראיה. ע"ש. וכ"כ בשו"ת ויקרא אברהם (חחו"מ סי' לט).

וכן מתבאר מ"מ"ש הפרי מגדים בהקדמתו ל"ד (כללי או"ה אות ב) שכאשר כתב המחבר י"א וי"א ולא הכריע, בדאורייתא אזלינן לחומרא ובדרבנן אזלינן לקולא. ע"ש. וכן מוכח להדיא בשו"ת גינת ורדים (חחו"מ כלל א' סי' ב) שכשפוסק מרן בלשון י"א וי"א כוונתו דלא מכרעא מילתא ומאן דעבד כמר עבד ומאן דעבד כמר עבד. ע"ש. וכ"כ בשו"ת עבודת הגרשוני (סימן מ) ע"ש. ואף דאנן בדידן בדיני או"ה נקטינן עיקר כדברי

1. מרן הראשון לציון הרב עובדיה יוסף זצוק"ל גמר את כהונתו בבית הדין הגדול ביום כ"ט באלול התשמ"ח (11.9.1988). נימוקי פסק הדין, שחתם עליהם מרן ביום ט"ו באב התשמ"ח, פורסמו לראשונה במלאות שלושים יום לפטירתו ב"תורת יוסף", א, ז (כסלו תשע"ד).

י"א בתרא בין להקל בין להחמיר, וכמ"ש מרן החיד"א במחב"ר (יו"ד סי' י"ב סק"א) בשם האחרונים, ושכן מורין בבי מדרשא בכולי מלכותא דארעא דישראל ומצרים ובגלילות טורקיה. ע"ש. וכ"כ המהרי"ט אלגאזי בשו"ת שמחת יו"ט (סי' טז דס"ב רע"א) דהכי סוגיאן דעלמא שלעולם דעת מרן לפסוק כהי"א בתרא. ע"ש. וכ"כ עוד אחרונים. מ"מ כיון דלא נפקא מפלוגתא, בדיני ממונות מיהא אין להוציא מן המוחזק דמצי למימר קים לי כהי"א קמא. וכמו שהעלה הגר"י אבולעפייא בשו"ת פני יצחק ח"א (חח"מ סי' כב דק"פ סע"א, וסי' כה דרי"ח ע"ד) ובספרו לב נשבר (דמ"ב ע"ב), שבדיני ממונות אין להוציא מן המוחזק ע"פ סברת י"א בתרא, משום שיכול לטעון קים לי כהי"א קמא. ושכן כתב בספר ברית אבות (דקכ"ח ע"א). וסיים: ועדותי זאת נאמנה כי בעלותי לירושלים בשנת תרכ"ז שאלתי את פי קדשו של הגאון הראש"ל רבי דוד חזן, ותשובתו הרמתה פה אל פה, שבדיני ממונות יש לזכות המוחזק, שיכול לומר קים לי כהי"א קמא שמזכים אותו. וה"ה בסתם וי"א וכו'. ע"ש. והניף ידו שנית בשו"ת פני יצחק ח"ג (חח"מ סי' ד). ע"ש. וכ"כ בשו"ת דברי יוסף בירדוגו (דף שלא סע"ב). וכן העלה בשו"ת שערי עזרה טראב (ח"א סימן יב) ובספרו מלי דעזרא (בדין חופת נדה דצ"א ע"ד ושם דף צו ע"ד והלאה). וע"ע בשו"ת רב פעלים ח"ב (חח"מ סי' ג) ובשו"ת ישיב משה שתרנג (סי' שלג ושלז). ואכמ"ל. ׀ולכאורה גם בסברא יש לסייע דברי י"א קמא, שיש להאמינו בטענת מחלת לי במגו דאי בעי אמר פרעתיך, שהיא טענה יותר חזקה שסתם שטר לפרעון עומד משא"כ במחילה. אלא שאם יש נאמנות בשטר ליכא מגו, שהרי אינו נאמן לומר פרעתי משא"כ מחילה. ודו"ק ׀ וע' לבעל התרומה (שער כא ח"ב סי' ב) שכ' יש לעיין היכא דטעין לזה שטר מחול הוא זה שמחלת לי החוב, אי אמרינן כיון דמחילה מילתא אחריתי היא, ולא עייל בכלל נאמנות פרעון דכתב ליה, והשתא לא קא מכחיש לשטר כלל, הילכך מהימן לזה, ומשתבע ושקיל מלוה, דכי היכי דשטרא קאי לפרעון קאי נמי למחילה. או דלמא כיון דמחילה מילתא דלא שכיחא, לא דמי לפרעון דקאי להכי. ולא כל כמיניה דלוה לחיובי שבועה למלוה, ונוטל בלא שבועה. ומצאתי להרב בעל העיטור שהשוה טענת מחילה לטענת רבית הוא דלא כל כמיניה דלוה לחיובי שבועה למלוה. ושאלתי את פי הרמב"ן, והשיב וכו' אבל כל דלא עקר שטרא כגון מחילה ופרעון אי אמר אשתבע לי משביענין ליה. ולא עוד אלא שהדעת נוטה לדברי הר"ף בתשובה שחיוב שבועה במי שאומר לא נטלתי כל הממון, ואין דברי הרב ר' יוסף הלוי מכריעים בזה כל הצורך. ע"כ. ומרן הב"י הביא תשובת הרשב"א שחולק על הרמב"ן, וס"ל שאינו יכול להשביעו על טענת מחילה, ולא דמי לפרעון עומד לכך וכו'. ע"ש. וע' בכנה"ג (סי' עא הגה"ט אות כב). ובספר משכנות הרועים (מערכת מ' אות א). ודו"ק.

איברא דאעיקרא דמילתא היכא דהמלוה נקט שטרא בידיה אם מהני מחילה בלא קנין תליא באשלי רברבי, שהטור חו"מ (סי' יב) כ' שרבינו ישעיה סובר דבכה"ג דתפיס שטרא לא מהני מחילה בלא קנין, והרא"ש אינו מחלק. וכ' הב"ח שרבינו ישעיה ס"ל שטר העומד לגבות כגבוי דמי וכו'. אולם בשו"ת הריב"ש (סי' תד) מוכח דס"ל כדברי הרא"ש שאף בדנקיט שטרא מהני מחילה בלא קנין. וכן פסק הרמ"א בחו"מ (סי' רמ"א ס"ב). וכן מוכח מדברי הרמב"ם (ס"פ יז מהל' אישות) ומרן הש"ע באה"ע (סי' קה ס"ה) שכ'

"המוחלת כתובתה אינה צריכה לא קנין ולא עדים, שיהיו דברים שהדעת סומכת עליהם, ולא יהיו דברי שחוק והיתול או דברי תימה אלא בדעת נכונה". וכתב החלקת מחוקק דמוכח שאף שלא החזירה לו הכתובה מהני מחילה בלא קנין. וכן מוכח עוד לעיל בשו"ע סי' כ"ו ס"ב. וכ"כ המרדכי ספ"ק דסנהדרין שף בתפיס שטרא מהני מחילה וכו'. ע"ש. וכ"כ הבית שמואל שם. וכ"כ בשו"ת קול אליהו ח"ב (חלק חו"מ סי' כב) בראיות נכונות. ע"ש. ועי' בש"ך חו"מ סי' רמא סק"ד שכ' שהעטור הביא בזה מחלוקת בירוש' פ"ק דגיטין, וס"ל דהוי ספיקא דדינא. ע"ש. והנודע ביהודה תנינא (חו"מ סי' לב) כ' אודות אשה שמחלה כתובתה לבעלה קודם הגט, ועכשיו היא חוזרת בה ושטר כתובתה בידה, כי מי הוא שיכול להוציא ממון מהבעל במקום שהרמ"א סי' רמא פסק שמחילה א"צ קנין אפי' היכא דנקיטא שטרא בידה. ע"ש. וכן העלה בשו"ת מגן שאול (סימן כד). ובשו"ת אמרי דוד (סימן קי). ע"ש. והערך השלחן (חו"מ סי' יב, וסי' פב ס"ק נו) הביא שגם בתשובת בשמים ראש (סי' קלד) ס"ל דמהני מחילה בלא קנין אף בדנקיט שטרא בידה, ומ"מ סיים, וכבר כתבתי דפלוגתא דרבוותא היא ומוקמינן שטרא אחזקתיה. ע"ש. ובמחכ"ת העיקר כדברי מרן והרמ"א ושאר אחרונים דמהניא מחילה אף בדנקיט שטרא בידיה. ובנ"ד שאין כאן שטר ממש, אלא שכל שניתן פס"ד בדבר, הוא כאילו נקיט שטרא. (וכמ"ש הרדב"ז בס"י רכו, הובא בערך השלחן סי' פב סק"כ) י"ל דלכ"ע מהניא מחילה, דדוקא בדנקיט שטרא בידיה יש לומר דאם איתא דמחל היה לו להחזיר השטר משא"כ בכה"ג. וכיו"ב כ' הפתחי תשובה סי' יב בשם שו"ת ברית אברהם (חו"מ סי' א אות ג), שאם לא מחל גוף החוב רק הרחיב לו הזמן של הפרעון לכ"ע מהני מחילה זו בלא קנין דבכה"ג אין ראייה ממה שלא החזיר לו השטר. ע"ש. וגם הלום ראיתי בשו"ת כרם חמר (חחו"מ סי' קיז) שכ', ראובן היה לו שטר חוב נגד שמעון, ומחל לו בלא קנין, ולא החזיר לו השטר, וכעת הוא תובע חובו ע"פ סברת הסמ"ע סי' יב ס"ק כא בדנקיט שטרא בידיה לא מהניא מחילה בלא קנין, והשיב, הדין עם שמעון, שכן מוכח להדיא מדברי מרן הש"ע (אה"ע סי' קה ס"ה). וכמ"ש הח"מ והב"ש שם. וכ"כ מהר"י בן צור להשיג על הסמ"ע בזה, כי הרמ"א בס"י רמא לא בא לחלוק על מרן הש"ע, אלא בא לפרש דבכל גוונא מהני מחילה, וכן אנו דנים במעשים בכל יום הלכה למעשה. ע"ש. והגאון ר' רפאל אנקאוה בספר פעמוני זהב (סי' יב) הביא שכן פסק ג"כ בספר ברית אבות, והוסיף שבנידונו שמחל רק מחצית החוב שבשטר גם הסמ"ע יודה דמהני מחילה בלא קנין, שדווקא במחילת כל החוב אמרינן דמדלא החזיר לו השטר ש"מ שלא מחל לו באמת, (וכמ"ש התומים שם סק"ח ועוד אחרונים), אבל במחילת חצי החוב הרי שפיר נקיט בידיה השטר בשביל החצי השני. ע"ש. וכ"כ בשו"ת מהרש"ם ח"ז (סימן קיז). ע"ש. ודון מינה ואוקי באתרין, וע"ע בברכי יוסף חו"מ (סי' יב ס"ק ט"ו) מה שהאריך בזה בדברי רבינו ישעיה והסמ"ע והאחרונים. וע"ע בספר לשון לימודים (חו"מ סי' ז ד"ה ע"ד). ובמטה שמעון (סי' כה אות מד) ובמשחא דרבנותא ח"ב (דקל"ד סוף ע"ג).

ולכאורה יש מקום להוסיף עוד לנ"ד, כי בשו"ת באר יצחק (חאה"ע סי' טז ענף ד), שאם הוציא עליו כתב ידו, אע"ג דנקיט שטרא בידיה, לכ"ע מהניא מחילה בלא קנין, משום שטעמו של ר' ישעיה דלא מהני מחילה היכא דתפיס שטרא, משום ששטר

העומד לגבות כגבוי דמי, וכמ"ש הב"ח והכנה"ג. והרי מבואר בגיטין (לז). שבשטר שאין בו אחריות גם לב"ש לא הוי כגבוי, לפיכך גם בשטר שחתום בכתב ידו כיון שאינו גובה אלא מבני חרי מהני מחילה לכ"ע, כיון שבזה לא הוי כגבוי. ע"כ. וכ"כ המהרש"ם (ח"ו סי' קיז). לפ"ז בנ"ד שהתחייבות היא למזון הילדים, וקי"ל בר"פ הניזקין שאין מוציאים למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים, לפי שאינם קצובים, וכ"פ הרמב"ם (ר"פ כא מהל' מלוה). ומרן הש"ע אה"ע (סי' קיב ס"ח), מש"ה י"ל דלכ"ע מהני מחילה בלא קנין, אולם יש לדחות לפי מ"ש בש"ע שם שאם קנו ממנו לאחר נישואין על מזון הבנות, ניזונות אף מן המשועבדים, לפ"ז כאן שהתחייבות נעשתה בהסכם הגירושין שניתן לו תוקף פס"ד, גביא ממשעבדי, וכן לפמ"ש בש"ע שם סעיף ט' שאם פסק עם האשה שהבנות יתפרנסו אף לאחר שיבגרו ניזונות ממשועבדים, אף כאן שהתחייב לזונם גם לאחר שיבגרו הרי הם ניזונים אף ממשועבדים. וע' בבית שמואל שם ס"ק יז יח, ובהפלאה שם, ובשו"ת שמחת יו"ט אלגאזי (סי' כב דפ"א ע"א). ע"ש.

ועכ"פ בנידון כזה דהוי כאומר שמחלה לו, אף לסברא דהוי כאומר פרעתי, כיון דמעשה ב"ד כמאן דנקיט שטרא בידיה דמי, וכ"כ בשו"ת הרדב"ז סי' רכז, הובא בעה"ש (סי' פב סק"כ), דוקא אם טוען אשתבע לי דלא פרעתיך נשבע ונוטל, הלא"ה גובה בלא שבועה, (וכמבואר בש"ע סי' פב ס"ב וס"ה) אף כאן בטענת מחילה, כיון שלא תבע האב שתובע האם, חייב לשלם מבלי לשלם מבלי שתצטרך האם להשבע, ורק לאחר שישלם יכול לחזור ולתבוע ממנה שבועת היסט כמ"ש מרן בש"ע (סי' פב ס"ה). וכיו"ב כתב מרן בש"ע (סי' עא ס"ד). וע"ע בש"ך (סי' עב ס"ק פב). ובשו"ת בית אפרים (תחור"מ סי' ז) ובשו"ת מהרש"ם ח"ה (סימן כה). ובדברי גאונים (כלל קג אות כה). ע"ש. ומיהו לענין מזונות של העתיד לא מהני מחילה. וכמ"ש האורח משפט סי' יב בשם הר"ן.

ברם בנ"ד שטוען האב המערער שלא נעשה שום קנין על התחייבות בהסכם הגירושין, ושלא כדין נתן בית הדין האזורי תוקף פס"ד להסכם הנ"ל, יש מקום לדון על עצם ההתחייבות של מזונות הילדים שבהסכם הנ"ל וכמ"ש בשו"ת מהראנ"ח ח"ב (סי' נג) בענין ראובן ושמעון שהיה ביניהם דין ודברים וקבלו עליהם את לוי לדון ביניהם וכל היוצא מפיו יעשו, ועשו ביניהם קומפרומיס (שטר בוררות) בערכותיהם, ואין בו קנין וכו', והעלה שמכיון שלא היה קנין בשטר הבוררות אע"פ שלא חזרו בהם אלא לאחר גמר דין, ואפילו דן כדיני ישראל, אינו כלום, ורשאים לחזור בהם, וכ"ש אם עשה פשרה, כיון דקי"ל פשרה צריכה קנין, ואפילו אם קבל עליו שמעון את פסק דינו של לוי והסכים עליו, דהשתא יש לומר דהוי כאילו מחל בפירוש לראובן, מ"מ לדעת מי שסובר דמחילה כה"ג שבאה ע"י פשרה צריכה קנין, יכול שמעון לחזור בו. והן אמת שלדעת רוב הפוסקים בשטרות העולים בערכאות לא שנא שטר מכר או שטר מתנה אמרינן דינא דמלכותא דינא, וא"כ גם שטר בוררות העולה בערכאות שבדיניהם משתעבדים בעלי הדין ואינם יכולים לחזור בהם, י"ל שדוקא שטר מתנה וכו', אבל שטרי בירורין דלדידן לא מהני מידי בלא קנין, אף משום דינא דמלכותא דינא לא מהני, שא"כ בכל הדינים ידונו על פיהם משום דינא דמלכותא. ועכ"פ נראה שאם תובע שמעון להחזיק מה שבידו אין מוציאים ממנו דפלוגתא דרבוותא היא והמוציא מחבירו עליו הראיה.

עכת"ד. גם בשו"ת בית שלמה (חחור"מ סי' ג) כ', שאם טוען הנתבע שלא קיבלו בקנין על הפסק, אפי' נכתב בפסק הדין אחר חתימת הדיינים שבעלי הדין קיבלו עליהם לקיים פסק הדין בלב שלם, וחתמו על זה, מ"מ זה אינו מועיל יותר מאילו קבלו עליהם בעל פה דלא מהני, כמבואר בש"ך (סי' יב סק"י). ורק מהתובע לנתבע שפיר מהני, אע"פ שלא אמר בפירוש לשון מחילה, עי' בסמ"ע שם סוף ס"ק טו. ע"ש. ואין לומר שמכיון שנתחייב האב בהסכם הגירושין וחתם על כך תועיל התחייבותו מדין סיטומתא, שמכיון שהמנהג פשוט אצל כל בתי הדין בכל ההסכמים שנעשים בין בעל ואשה, לרבות הסכמי גירושין, לקבל בקנין גמור ושלם על כל עניני ממון שבהסכמים, נוסף על חתימת הצדדים, וכ"כ המהרש"ם בח"ה (סי' כה), מוכח דלאו מילתא פסיקתא היא להתחייב בחתימת הצדדים בלבד, כל שלא קבלו קנין על כך, וכבר כתב הגאון ר' חיים פלאגי בשו"ת סמיכה לחיים (חחור"מ סי' ה), שמנהג שנהגו הסוחרים במקח וממכר שלא בהסכמת ודיעת חכמי העיר, אין לו תוקף של מנהג להתחייב עליו, וכ"כ עוד בספרו החפץ חיים (סי' כ אות ל). וע"ע בשו"ת באר מים חיים מוצרי ח"א (חחור"מ סי' א ס"א דפ"ד רע"ד) שכ' בשם המהריב"ל (ספר ב סי' פ) דהא דאמרינן בגמ' האי סיטומתא באתרא דנהיגי למיקני בה קני, מיירי דווקא בקנין שהכל יודעים שמעיקר הדין אינו קונה ואעפ"כ תיקנו למקני ביה, דבכה"ג מנהג מבטל הלכה, אבל בשאר מנהגים דעבידי אינשי למטעי וסברי דמהני ע"פ הדין לא חשיב מנהג כלל, וכתב ע"ז, לפ"ז בנ"ד דאיכא סברת רשב"ם ודעימיה דס"ל דשט"ח נקנה במסירה לבד, אף דחזינא דנהוג הכי, אמרינן ודאי דמנהג בטעות הוא, דסברי דהכי הלכך, ומבטלינן ליה, וכ"ש שאין להוציא מן המוחזק. עכת"ד. וע"ע בספר מטה שמעון (סי' רא הגה"ט אות ד) שכ', "הגאון מהר"י הכהן נסתפק, במה שנהגו הסוחרים שכיון שתקעו כפיהם זה לזה נגמר המקח, ונמשך זה ממנהג הגוים כן, אי חשיב כסיטומתא או לאו, שי"ל וכו', ונודע שבענין המנהגים שבממון אם אין להם שורש בהלכה לא אלימי כולי האי וכו'. ע"ש. גם בשו"ת תשורת שי ח"א (סי' רפו) כתב, שאם חתם השו"ב על השטר בוררים, ולא קבל בקנין, אי אפשר להוציא מן הקהל שהם מוחזקים וכו'. ע"ש. ולפי מ"ש הרמ"א בתשובה (סי' פז) שכל קנין סיטומתא אינו אלא מדרבנן, וכ"כ הנתיות (סי' רא סק"א), (וזה שלא כהחת"ס שהביא הפתחי תשובה שם סק"א דקנין סיטומתא הוי מדאורייתא), בודאי שצריך מנהג ברור בלי שום ספק על דעת חכמי ישראל, וכמ"ש הגר"פ הנ"ל, משא"כ בזה שמנהג בתי הדין להיפך, לכן אין להסכם הגירושין תוקף להתחייבות האב, וצריך לדון מחדש בחיוב המזונות הילדים לפי צרכיהם ולפי יכלתו של האב לפי ראות עיני בית הדין. ועוד דבנ"ד הו"א התחייבות בדבר שאינו קצוב שדעת הרמב"ם ורבותיו דלא מהני. ואף שהרבה אחרונים כתבו דלא מצי לטעון קים לי כהרמב"ם ורבותיו, מפני שמרן הש"ע (סי' ס"ב) כתב, "שחלקו עליו כל הבאים אחריו, והכי נקטינן". וסוגיא דעלמא שאין לומר קים לי נגד דעת מרן, בגלילות ארץ ישראל וסביבותיה, מ"מ דעת רבים מן האחרונים שגם בזה אמרינן קים לי כהרמב"ם ורבותיו נגד דעת מרן. וכן דעת המהריב"ל והמהרשד"ם והמהרש"ך, ושו"ת פרח מטה אהרן, ועדות ביעקב, והחקרי לב, והגידולי תרומה ועוד, וגם האחרונים שבגלילות אלו פסקו כן ומהם המהר"א ישראל בס' בית אברהם (סי' ס).

והגר"ד פארדו בשו"ת מכתם לדוד (חור"מ סי' ט) והמהרי"ט אלגזי בשו"ת שמחת יו"ט (סי' יז) ומרן החיד"א בראש דוד (דף נא סע"ב) והגאון מהר"י ניניו בספר זרע יעקב (דמ"ד ע"ד). וכ"כ בשו"ת משה ידבר (הלכות זכיה סי' ב), והמהר"י אבולעפייא בספר לב נשבר (דמ"ו ע"ב). ואף שנהגו בבתי הדין בא"י לפסוק כמרן הש"ע בזה, והכי הוי סוגיאן דעלמא, הנה דעת המהרש"ך ח"א (סי' ה), שהמוחזק יכול לטעון קים לי גם נגד הנהג וסוגיאן דעלמא, ואע"פ שמעשים בכל יום שנוהגים לעשות היפך סברת החולקים המזכים את המוחזק. ע"ש. וכן הסכים בשו"ת אהל יצחק חסיד (חור"מ סי' א דמ"ד ע"א) שהדבר שנוי במחלוקת אם יוכל המוחזק לטעון קים לי כנגד סוגיאן דעלמא. ע"ש. והניף ידו שנית (בחור"מ סי' טז דנ"ח ע"א), וסיים הילכך הדרינן לכללין דמצי לומר קים לי אפי' נגד סוגיאן דעלמא. ע"ש. והגאון ר' חיים פלאג"י בשו"ת חקות החיים (סי' מח) אסף דברי כל האחרונים בזה. וע"ש. וע"ע בספר טהרת המים (שיורי טהרה מע' ק אות מט) שכעת שנתרבה דגל הקים לי אין להוציא מן המוחזק ע"פ מנהג וסוגיא דעלמא, אא"כ נתברר בכירור גמור שנתועדו חכמי העיר כולם והסכימו ותיקנו והנהיגו כן לשעה ולדורות להויא מן המוחזק, אבל על פי אומדנות בעלמא בודאי שאין להוציא מן המוחזק וכו', ע"ש. (ועי' מה שהארכתי בזה בשו"ת יביע אומר ח"ג חור"מ סי' ד). ועוד שאפי' את"ל דאנן בדין נקטינן דשפיר מתחייב בדבר שאינו קצוב, ולא יכול המוחזק לטעון קים לי, הרי כתב הכנה"ג (חור"מ סי' ס הגב"י אות מ), שאפי' לדעת החולקים על הרמב"ם בזה, קנין מיהא בעינן, אפי' הוא ערב בשעת מתן מעות, ושכ"כ בשו"ת משפטי שמואל (סי' עה). ובשו"ת מהר"א ששון (סי' קיא) כ' ג"כ שאפי' במעמד שלשתן אינו מתחייב בדשא"ק אא"כ בקנין, ושנראה מדבריו שגם הוא סובר שערב בשעת מתן מעות ג"כ צריך קנין וכו'. ע"ש. ואין המוחזק יכול לומר קים לי כדבריהם שכל שלא היה קנין ממש לא מהני התחייבות של חתימה בלבד. וידעתי כי בספר פסקי דין של בה"ד כרך ד (עמוד 193) פסקו להיפך מהנ"ל, אבל יש להשיב על דבריהם, ונעלמו מעיניהם סברת כמה אחרונים בזה. וכבר ידוע מ"ש הכנה"ג (סי' כה הגב"י אות פא [צ"ל אות עה]) שבדיני ממונות כל שאתה מרבה ספקות וספקי ספקות אין להוציא מן המוחזק, ולעולם מצי טעין קים לי כהמזכים. וכ"כ מרן החיד"א בברכי יוסף חור"מ (שם ס"ק טו) ובשם הגדולים (מע' י אות סז וצ"ל אות עדו) וכ"כ הגר"ח"פ בחקות החיים (סי' מח) וע"ע בשו"ת יהודה יעלה קובו (חור"מ סי' ב) ובשו"ת כפי אהרן (ח"א חור"מ סי' ח וח"ב סי' ה). ע"ש. וביותר י"ל ע"פ מ"ש בש"ע ח"מ (רמג. יט) שא"א לזכות לקטן בכה"ג, והוא ע"פ הר"ן גיטין סה :

לפיכך יש לקבל את הערעור של האב המערער ועליו לשלם למזונות הילדים רק הסך שש מאות ש"ח לחודש, צמוד לתוספת היוקר של השכירים, החל מיום הדיון י"א אדר תשמ"ח.

עובדיה יוסף

לאחר העיון בצדדי ההלכה ובכל החומר שבתיק, ולאור הנימוקים המצורפים, מחליטים :

א. לקבל את הערעור של האב המערער, ועליו לשלם לאם המשיבה למזונות הילדים רק את הסך 600 ₪ לחודש מדי חודש בחודשו, החל מיום הסכם הגירושין, היינו מיום 15/5/86, צמוד לתוספת השכר המשתלמת לשכירים.

ב. כל מה שגבתה האם המשיבה למזונות הילדים עד יום הגשת הערעור, היינו יום כ"א שבט תשמ"ח, יותר על הסכום הנ"ל, גבתה, ואין להוציא ממנה.

ג. אין צו להוצאות המשפט.

ניתן ביום כ"א מנחם אב תשמ"ח (4/8/1988).

הרב יצחק חזן

הרב יוסף כהן

הרב עובדיה יוסף

בבית הדין הרבני האזורי בירושלים

לפני כבוד הדיינים:

הרב יעקב עדס, הרב יוסף שלו' אלישיב, הרב בצלאל זולטי

התובע: פלוני (ע"י ב"כ הרב יצחק נאה ועו"ד מ' י' לוי)
נגד

הנתבעת: פלונית (ע"י ב"כ עו"ד מ' הוכמן [בהעברה מעו"ד ק' ורדי])

הנידון: גירושין ומזונות לאשה שהוחזקה בנפלים

נשא אשה ושהה עמה עשר שנים ולא ילדה – אשה שהפילה שלוש פעמים – נאמנות רופא – נאמנות פרוטוקול או כרטיסיית חולה שנרשמה בבית חולים – שהה עשר שנים ולא ילדה בחו"ל – הפילה בחו"ל – גדרי נאמנות אשה בטענת חוסר כוחגברא – מזונות לאשה שהוחזקה בנפלים

בני זוג נשואים למעלה מעשרים וחמש שנים ואין להם ילדים. הבעל תובע גירושין בטענה שהפילה שלוש פעמים, שכבר עברו עשר שנים ולא ילדה, וכן שאין עוד סיכוי שתלד עקב גילה ומאחר שאין לה 'סדר נשים'. האשה מכחישה שהפילה שלוש פעמים. ביחס לשתי ההפלות שבהן מודה, היא טוענת שהיו אלה בגין אלימות הבעל. היא טוענת שהיא צעירה בשלוש שנים מן הגיל הרשום בדרכונה, וכי יש לה 'דרך נשים'. כמו כן טוענת האשה שזוהי כשמונה שנים שיש לבעל הפרעות בכוחגברא ועל כן אינו כשיר להוליד ורק תואנה הוא מבקש להיפטר ממנה.

מסקנות

- א. נשא אשה ושהתה עמו עשר שנים ולא ילדה, אך הלך בסחורה בתוך עשר השנים, או שהיה הבעל חולה, או שהייתה היא חולה אין עולים להם אותו זמן מהמניין.
- ב. (1) רופא המוסר פרטים לבית הדין מתוך כרטיסיית חולה אך אינו נזכר בעצמו בפרטים אלו, אינו נאמן בתור עד.
- (2) לאור דברי החתם סופר שאין לחוש לזיוף של פנקס הקהל שנרשם ע"י נאמן הקהילה, ונאמן בכל מה שכתוב בו אפילו נגד יתומים, יש לדון שלכאורה הוא הדין בפרוטוקול או כרטיסיה של חולה בבית חולים רשמי שנרשם ע"י רופא לצורך ריפוי המחלה, ויכול הוא לשמש הוכחה לדברים שנאמרו בו.
- (3) אכן יש צורך לברר שזו הכרטיסיה של החולה ולא הוסיפו בה דברים ולא גרעו ממנה, ולשם כך מועילה עדותו של הרופא.

- ג. (1) לדעת הרמב"ן והרשב"א, אשה שעברו עשר שנים ולא ילדה או שהוחזק קול בכי"ד שהפילה שלוש פעמים, והבעל בא בטענה להפקיע את עצמו מדין זה, בזה שהוא טוען שהפילה בתוך עשר, או שהפילה פעמיים, נגד הקול שהוחזק בכי"ד שהפילה שלוש, אין האשה נאמנת להכחיש את הבעל ולהעמיד את עצמה בחזקה – לדעה אחת, שמא עיניה נתנה באחר; ולדעה אחרת, מה שהיא נאמנת הוא משום שיש חזקה דאם איתא לא מחזקה נפשה בעקרתה או נפשה בניפלי לא מחזקה, אבל אילו לא חזקה זו לא היתה נאמנת.
- (2) אם כן, הוא הדין לאחר תקנת רגמ"ה קיים אותו החשש אצל הבעל שמא נתן הוא עיניו באחרת, ולפי"ז לכאורה אין לבעל נאמנות להכחיש ולומר שהיו הפלות רגילות, אע"ג שזה מחזק את עצם העובדה שהאשה עומדת בחזקה זו.
- ד. בנדון דידן אילו לא היה בפנינו רק זה שהוחזקה אשה זו בנפלים, והנתבעת היתה תולה אותן בגורמים שונים, אז היה מקום לומר שאין להאמין את הבעל, שמא עיניו נתן באחרת, אבל בני"ד נוסף על החזקה יש גם להסיק לכאורה מהכרטיסיות של הנתבעת שבבתי החולים סתירת טענת האשה, כי אילו היו גורמים כאלה ודאי היתה מוסרת עליהם בזמנם והיו רושמים אותם, ובכה"ג אין לנו לחייב את הבעל להביא הוכחות נוספות לדבריו.
- ה. היו לו בנים ומתו מונה משעה שמתו, ואם כן גם בנדון דידן שהיה ילד ומת ואחרי זה הפילה שלוש פעמים יש לחייבה לקבל גט.
- ו. בדין שהה עשר שנים ולא ילדה בחו"ל, יש מן האחרונים שחששו לכפות את האשה לקבל גט, מפני שחששו לדעת קצה הפוסקים הסוברים שאין דין זה נוהג בחו"ל ותלינן מניעת ההולדה בעוון דירת חו"ל.
- ז. הפילה שלוש פעמים אין צריך להמתין עשר שנים, דכיוון שהוחזקה אצלו בנפלים שמא לא זכה ליבנות הימנה ומותרת לינשא לאחר דאין תולין בה אלא בעונש הבעל.
- ח. שונה דין הפילה שלוש פעמים מדין שהה עשר שנים לעניין ישיבת חו"ל שאינה מן המניין, מאחר שהגם שאנו מניחים גם בהפילה שלוש פעמים שהסיבה היא מפני שהבעל לא זכה להבנות ממנה, ולא משום דיש ריעותא בגופה, אבל אחרי שאשה זו הוחזקה בזה והפילה שלוש פעמים נהי דהוא הוא הגורם לזה, מ"מ אין לנו שישבת ארץ ישראל יפקיענה מחזקה זו וישתנה מצבה לטובה, ואין שום הברדל בהפילה ג"פ בין חו"ל לארץ. לאור זאת יש לצרף הפלה שאירעה בחו"ל לעניין דין הוחזקה בנפלים.
- ט. לדעת אחרונים, אשה שהגיע לפרק שרוב נשים אינן יולדות, אין צורך להמתין עד עשר שנים.
- י. יש לדון שנאמנות האשה לעניין טענת חוסר כוחגברא מטעם אין אשה מעיזה פניה בפני בעל שייכת רק כשבאה להפקיע את עצמה בטענה זו מבעלה, אבל במקום שאין האשה מעוניינת בגט, והיא טוענת את זה בכדי להמשיך בקשר הנישואין, יתכן שאינה נאמנת.
- יא. אין לחייב בעל במזונות אשה שהוחזקה בנפלים, כדעת הנודע ביהודה שהבעל יכול למנוע מזונות בשהה עשר שנים ולא ילדה או אפילו בלא שהה עשר שנים אלא שהיא קרובה לימי הזקנה, והאשה מסרבת לקבל גט.

פסק דין

הצדדים הם זוג נשואים זה לצד זה למעלה מעשרים וחמש שנים. ילדים אין להם. התיק שבפנינו נפתח ע"י תביעת הבעל (להלן – תובע) לגירושין. בהמשך הדיון הגישה האשה (להלן – נתבעת) תביעה למזונות על סך 200 ל"י לחודש.

נימוקי הבעל לחייב את הנתבעת לקבל גט בנויים על שלושה יסודות, כפי אשר פרט אותם בכתב התביעה, ואלה הם:

א. הנתבעת הפילה כבר שלוש פעמים, הפלה ראשונה היתה בברלין, השניה בירושלים בביה"ח ואלך, והשלישית בשנת 1943 בחיפה, והדין הוא באה"ע (סי' קנד סעיף יב): "הפילה וחזרה והפילה שלוש פעמים הוחזקה לנפלים ויוציא ויתן כתובה".

ב. המקרה האחרון שהפילה קרה, כאמור לעיל, בשנת 1943, ז"א לפני שתיים עשרה שנה, ולכן יש לחייבה לקבל גט גם מדין "שהה עשר שנים ולא ילדה יוציא ויתן כתובה" (שם באה"ע).

ג. הנתבעת היא בת חמישים ואחת שנה, ואין לה סדר נשים, כך שאין לו עוד כל תקוה להבנות ממנה.

הנתבעת ע"י ב"כ מכחשת טענותיו של התובע אחת אחת, לא נכון שהפילה שלוש פעמים. המקרה הראשון בברלין לא היתה הפלה רגילה, רק הפסקת הריון שהתובע דרש ממנה לעשות הפלה מלאכותית. גם שתי הפלות שבאו אחרי כן, התובע היה הגורם לזה, כי הם באו כתוצאה מהכאות ובעיטות שקבלה ממנו. הכחישה גם טענתו שאין לה דרך נשים, אמנם לפי מה שהיא רשומה בפספורט שלה היא בת 51, אבל למעשה היא צעירה בשלוש שנים. נוסף על זה היא טוענת טענה כללית, כוללת גם תשובה על הטענה השניה של התובע, כי זה בערך כשמונה שנים שהיו לתובע הפרעות בחיי אישות, אם כי היו מקרים שהצליח, אבל ברוב המקרים לא היה לו כוח-גברא, ואס"כן אפוא התובע הוא שאיננו מוכשר להוליד, ורק תואנה הוא מבקש להפטר ממנה.

הנה זה ברור כי טענתו השניה של התובע שהוא בא מדין "שהה עשר שנים ולא ילדה" אין לה על מה להשען, גם אם לא נקבל את דברי הנתבעת האומרת שבשמונת השנים האחרונות היו לתובע הפרעות בחיי אישות, ונדון לפי הדברים שהשמיע לפנינו התובע המכחיש את דבריה, הרי עוד לא הגיע הזמן של שהה עשר שנים ולא ילדה, כי כך הם דבריו: "קרוב לשנתיים שלא חייתי אתה חיי אישות, כי היא לא היתה כאן, גם לפני זה היתה עוזבת את הבית לחודשים והיתה מופיעה רק לבקש כסף, אחרי שהפילה בפעם האחרונה בחיפה בשנת 1943 אז היא שכבה אצל הוריה בקרית ביאליק שלושה חודשים, והיתה לה הפלה קשה והרופא אמר לה שאסור לה עוד פעם להכנס להריון, אני חייתי אתה – בהפסקות גדולות אח"כ – חיי אישות. הפסקה אחת היתה שנה וחצי, זה היה בשנת 1951, היתה עוד פעם הפסקה של חצי שנה. חוץ מזה היו הפסקות של הרבה חודשים. 3-4 חודשים היו המינימום שהיו הפסקות".

ובנשא אשה ושהתה עמו עשר שנים ולא ילדה, כתב בשו"ע (אבן העזר קנד, יא): "הלך בסחורה בתוך י' שנים, או שהיה הבעל חולה, או שהיתה היא חולה... אין עולים להם אותו זמן מהמנין". ובכך בנ"ד אין מקום לחייב את הנתבעת לקבל גט מחמת טענה זו.

אשר לשארי הטענות של התובע, שמע ביה"ד את ד"ר רוזנברג, רופא נשים, שטפל בהנתבעת כל הזמן. הוא אישר שבשנת 1941 הפילה הנתבעת בביה"ח ואלך. בכרטיסיה שלה לא רשום שום דבר על סיבת ההפלה. הוא בטוח בזה שהאשה לא מסרה לו בזמנו על הכאות וכו', כי אחרת היה רשום בכרטיסיה, רשום רק כי לפני הפלה זו (כלומר של שנת 1941) היתה לה לידה אחת והפלה אחת, גם על סיבת הפלה ראשונה לא כתוב שום דבר.

הוא הוסיף, כי לפי המדע הרפואי עד חודש רביעי לא יכולה מכה להשפיע על הפלה, אולם התרגזויות כן יכולות להשפיע על זה. הוא הכחיש בכל תוקף את דברי הנתבעת שהפלה שהיתה לה בברלין בביה"ח ד"ר שלזינגר היתה הפסקה מלאכותית לפי דרישת הבעל, אף פעם לא עשו בביה"ח הנ"ל דבר כזה, ברור הדבר שעשו את זאת עפ"י סיבה רפואית.

נתקבל מכתב מביה"ח רוטשילד, חיפה, בו נאמר כי הגב' [פלונית] שכבה בביה"ח מיום 27 בינואר 1943 עד 29 בינואר 1943 בגלל הפלה בחודש השלישי להריונה, מהנתונים שבידינו אין אפשרות לברר את סיבות ההפלה.

והנה לצורך הדיון אשר לפנינו, מקודם יש לקבוע מהו תקפה של כרטיסיה שבבית חולים ומהי מידת הנאמנות וההוכחה שיש ליחס לאלה הדברים הרשומים בה, כי זה פשוט שאין לקבל את ד"ר רוזנברג בתור עד על הפרטים שמסר לפנינו, שהרי איננו זוכר מאומה מפרטי הנתבעת. הוא רק קורא מתוך הכתב, והלכה ברורה היא בחו"מ (סי"ח סעיף יג): "כותב אדם עדותו ומעיד עליה כמה שנים והוא שנזכר ע"י הכתב". אולם נראה שיש לדון עפ"י מה שכתב הח"ס ח"ו סי' נ"ד בנדונו, בפנקס הקהל שנרשם ע"י נאמן הקהלה, שאין לחוש לזיוף ונאמן בכל מה שכתוב בו אפילו נגד יתומים, ולא גרע מספר פרטיכל של ערכאות שאפילו נער של הערכי מחזיקין אימת רבו עליו, ולא דמי לפנקסו של חנוני דאע"ג דיכול לטעון טענת ברי על פנקסו להשביע, אבל לא להוציא ממון... אינו חזקה אלימתא דחנוני כותב בידו א' ומוחק בידו א', אבל משא"כ בפנקס הקהל וכו', ע"ש.

ויש להניח לכאורה דהואהדין בפרטיכל של חולה בבי"ח רשמי הנרשם ע"י רופא המעונין לדעת את הפרטים לצורך ריפוי המחלה ורושם הכול בדיוק נמרץ, שזה יכול לשמש כהוכחה למה שנאמר בו, ועכ"פ זה נראה פשוט שיש לדון בזה כהחזקה לכך, אלא שע"ז גופא צריך בירור שאמנם זוהי כרטיסיה של החולה ולא הוסיפו בה דברים, ולא גרעו ממנה, אבל בזה שפיר מועילה עדותו של הרופא שזאת היא כרטיסיה של הנתבעת, וכי לא חלו בה ידיים.

לפי זה יוצא שאשה זו הוחזקה שהפילה שלוש פעמים, ולא מפיה אנו חיינן, אלא שהנתבעת באה בטענה להפקיע את עצמה מחזקה זו בטענותיה השונות שהיו חיצוניים

להפלותיה. ולכאורה היה נראה שבזה על האשה להביא ראיה ולהוכיח את אמיתות דבריה, ואין צורך להתובע להוכיח את סתירת טענות הנתבעת בזה.

אמנם מהרמב"ן והרשב"א (יבמות דף סה, ב) לא משמע הכי, שכתבו על הגמרא: "הוא אמר אפלת בגו עשר, והיא אמרה לא אפלית, א"ר אמי: אף בזו - היא נאמנת, דאם איתא דהפילה, נפשה בעקרתה לא מחזקה. הפילה, וחזרה והפילה, וחזרה והפילה - הוחזקה לנפלים. הוא אמר אפילה תרי, והיא אמרה תלת, אמר רבי יצחק בן אלעזר: עובדא הוה בי מדרשא, ואמרו: היא מהימנא, דאם איתא דלא אפלה, נפשה בניפלי לא מחזקה." וכתבו ע"ז הראשונים הנ"ל:

"י"מ כגון שתבעוהו ב"ד לגרש מפני שראו ששהה עמה עשר שנים, וכן הוא אומר אפילה תרי וכו', כגון שהוחזק קול בב"ד שהפילה שלש ובאו לכופו להוציא והיא אינה תובעת גירושין בזו אמרו נאמנת, אבל תובעת היא גירושין מעצמה אינה נאמנת שמא עיניה נתנה באחר" (חידושי הרמב"ן, שם).

"... ואיכא מאן דמפרש דכתובעת להתגרש נמי הוא הדין והוא הטעם שאם אתה חושש לכך אפילו כשב"ד באין לכופו לגרש יש לך לחוש שהרי ב"ד מאמינים אותו אלא שהיא מכחישתו א"כ הכל תלוי בטענתה ויש לך לחוש שמא עיניה נתנה באחר אלא דלא חיישינן להכי מהאי טעמא דאתמר בגמ' דאם איתא לא מחזקא נפשה בעקרתא ולא מחזקא נפשה בנפלי" (חידושי הרשב"א, שם).

מבואר מדבריהם, שאפילו בעברו עשר שנים ולא ילדה, או שהוחזק קול בב"ד שהפילה שלוש פעמים, והבעל בא בטענה להפקיע את עצמו מדין זה, בזה שהוא טוען שהפילה בגו עשר, או שהפילה תרי זימני, נגד הקול שהוחזק בב"ד שהפילה שלוש, אעפ"כ אין האשה נאמנת להכחיש את הבעל ולהעמיד את עצמה בחזקתה, שמא עיניה נתנה באחר - לדעת הי"מ. גם לדעת ה"איכא מאן דמפרש" מה שהיא נאמנת הוא משום שיש חזקה דאם איתא לא מחזקה נפשה בעקרתה או נפשה בניפלי לא מחזקה, אבל אילולא חזקה זו לא היתה נאמנת.

וא"כ ה"ה לאחר תקנת רגמ"ה קיים אותו החשש אצל הבעל שמא נתן הוא עיניו באחרת, וכמבואר באה"ע (סי' קעח) ברמ"א. לפי"ז לכאורה בנ"ד אין לבעל נאמנות להכחיש ולומר שהיו הפלות רגילות, אע"ג שזה מחזק את עצם העובדא שהאשה עומדת בחזקה זו.

אולם אילו לא היה בפנינו רק זה שהוחזקה אשה זו בנפלים, והנתבעת היתה תולה אותן בגורמים שונים, אז היה מקום לומר שאין להאמין את הבעל, שמא עיניו נתן באחרת, אבל בנ"ד נוסף על החזקה יש גם להסיק לכאורה מהכרטיסיות של הנתבעת שבבתיאחולים סתירת טענת האשה, כי אילו היו גורמים כאלה ודאי היתה מוסרת עליהם בזמנם והיו רושמים אותם, ובכה"ג אין לנו לחייב את הבעל להביא הוכחות נוספות לדבריו.

ומכיון שהדין הוא בהיו לו בנים ומתו מונה משעה שמתו כמ"ש בירושלמי (פ' הבע"ט), ועי' ביאור הגר"א (אה"ע סי' קנד ס"ק נד), וא"כ גם בנ"ד שהיה ילד ומת ואח"ז הפילה שלוש פעמים יש לחייבה לקבל גט.

והנה לכאורה יש לשדות נרגא בהיסוד הזה, כי בדין זה של שהה עשר שנים ולא ילדה בחו"ל יש מן האחרונים שחששו לכפות את האשה לקבל גט, והטעם כתב הנובי"ת אה"ע סי' ק"ב מפני שחששו לדעת קצת הפוסקים הסוברים שאין דין זה נוהג בחו"ל ותלינן מניעת ההולדה בעון דירת חו"ל והעלה לפי"ז הנובי"י בשהה עם אשתו בחו"ל עשר שנים ואח"כ רוצה ללכת לא"י ואשתו אינה רוצה ממ"נ תצא ומותר לישא אחרת ע"ש.

ועי' רמב"ן (יבמות דף סד, א) שכתב:

"...שמי ששהה עם אשתו בחוצה לארץ ובא לו לארץ אין ישיבת ח"ל עולה לו מן המניין שמא זכות ארץ ישראל תעמוד לו."

והנה בהפילה שלוש פעמים כתב הרא"ש (בסו"פ הבע"ט):

"תצא שלא בכתובה... כך הוא מסתבר לי לפרושי דבחזקה זו שהחזקה להיות מפלת איתרעי גופא שלעולם לא יגמור הריונה... ורש"י ז"ל לא פירש כך וכן רב אלפס ז"ל אלא יוציא ויתן כתובה ואין לו להמתין עד עשר שנים דכיון שהחזקה אצלו בנפלים שמא לא זכה ליבנות הימנה ומותרת לינשא לאחר דאין תולין בה אלא בעונש הבעל. ודברי אע"פ שדברי טעם הם בטלים הם כנגד דברי רבותינו ז"ל עכ"ל."

וכן קיי"ל דלא כהרא"ש היינו דיש לה כתובה ומותרת להנשא לאחר דתלינן שהבעל לא זכה להבנות ממנה, ולא משום דאיתרעי גופא.

ולפי"ז לכאורה גם בהחזקה לנפלים בחו"ל ואח"כ עלה לארץ יצטרך לחכות עד שתחזק לנפלים בארץ, וא"כ בנ"ד דהפלה ראשונה היתה בחו"ל יש לדון שאינה עולה בחשבון.

אולם אחרי שלא ראינו לאחד מן הראשונים שיטת דין זה שהפילה שלוש פעמים לשהה עשר שנים, לענין זה דשיבת חו"ל אינה מן המניין נראה דדינם חלוק בזה, וההבדל הוא, הגם שאנו מניחים גם בהפילה שלוש פעמים שהסיבה היא מפני שהבעל לא זכה להבנות ממנה, ולא משום דיש ריעותא בגופה, אבל אחרי שאשה זו הוחזקה בזה והפילה שלוש פעמים נהי דהוא הוא הגורם לזה, מ"מ אין לנו ששיבת ארץ ישראל יפקיענה מחזקה זו וישתנה מצבה לטובה, ואין שום הבדל בהפילה ג"פ בין חו"ל לארץ, ויש לפי"ז לצרף גם הפלה ראשונה שקרה להנתבעת בברלין, ולדון את הנתבעת בדין הוחזקה בנפלים.

גם בדבר הגיל של הנתבעת שהיא רשומה בפספורט שלה כבת 51, והיא טוענת שהיא צעירה בשלוש שנים, טענה זו כשהיא לעצמה אינה מתקבלת על הדעת, וביחוד כי הכרטיסיה של הנתבעת בביה"ח נרשמה בשנת 1939 שהיא בת 35, אשר זה מראה כי הנכון הוא כפי שהיא רשומה בפספורט.

ועיין באוצה"פ (סי' א, סעי' ו, אות ה) דעת אחרונים דבהגיע לפרק שרוב נשים אינן יולדות א"צ להמתין עד עשר שנים.

בנוגע לטענת האשה שיש לתובע הפרעות בחיי אישות, ובזמן האחרון לא היה לתובע כוח-גברא ברוב המקרים, אין מקום לטענה זו, שהרי גם לפי דבריה היו מקרים שהיה בסדר, א"כ עוד לא נשלל ממנו האפשרות להקים זרע, וגם את זה מכחיש הבעל בכל תוקף, ויש לדון שלא שייך בזה להעדיף את נאמנות האשה עפ"י המבואר באה"ע (סי' קנד סעי' ז): "אם טוענת אין לו גבורת אנשים... ושואלת גט והוא מכחישה י"א שהיא נאמנת", שזהו מטעם דאין האשה מעיזה פניה בפני בעלה להפקיע את עצמה בטענה זו מבעלה, משא"כ במקום שאין האשה מעונינת בגט, והיא טוענת את זה בכדי להמשיך בקשר הנישואין, יתכן שאינה נאמנת.

[ע' פני יהושע (כתובות קונטרס אחרון סי' לה) מ"ש בשם מהרי"ק (סי' עב) דדוקא היכא שתפקיע עצמה מיד בעלה אמרינן חזקה זו אבל היכא דיתבה תותיה לא, והה"מ חולק ע"ז. וע' ב"ש (סי' עז ס"ק לב וסי' פה סק"ל).

ועיין ב"ש (סי' קנד ס"ק יא) שכתב לדעת הרמב"ם בשהה עשר שנים והיא טוענת עליו שאיננו יו"כ, ע"ז אמרו ביבמות (דף ס"ד) שמא לא זכה להבנות ממנה, היינו שמא לא זכה שיו"כ ובאשה אחרת יזכה להיות יו"כ, ע"ש.]

ולכן על יסוד האמור לעיל יש לחייב את האשה לקבל ג"פ, וממילא אין מקום לדרישת הנתבעת לחייב את התובע במזונות, וכמ"ש הנוב"י (אה"ע סי' א) ובנובי"ת (אה"ע סי' קב), שהבעל יכול למנוע ממנה מזונות בשהה עשר שנים ולא ילדה, או אפילו בלא שהה עשר שנים אלא שהיא קרובה לימי הזקנה, והאשה מסרבת לקבל גט ע"ש.

לאור כל האמור לעיל אנו פוסקים:

- א. על האשה הנתבעת לקבל ג"פ מבעלה.
 - ב. דוחים את תביעת האשה לחייב את הבעל במזונות.
 - ג. נותנים זמן לצדדים שלושים יום, בכדי לבוא לידי הסדר בענינים הכספיים שביניהם.
 - ד. כעבור הזמן הנ"ל והצדדים לא יבואו לידי עמקה-שוה בענינים הכספיים, ותוגש תביעה ע"י אחד מן הצדדים, נשוב ונדון בזה.
 - ה. הוצאות המשפט, כל צד ישא בהוצאותיו.
- ניתן ביום ב' בכסלו תשט"ז (17/11/1955).

הרב בצלאל זולטי

הרב יוסף שלו' אלישיב

הרב יעקב עדס

דברי פתיחה

הרב שלמה בן שמעון

דיין בית הדין הרבני הגדול¹

בשם ה' נעשה ונצליח ויהי נועם ה' על כל דייני ישראל, שמהם תצא תורה ואורה, חסד ה' יסובב את כולנו.

גם בשנה שעברה ברכתי את ה"ו דיינים שהגישו מועמדות לכהן כדיין בבית הדין הגדול. חלק מהם כבר יצאו לגמלאות. מתי יהיו המנויים, אין מי שיודע, ובינתיים כל העול הכבד נופל על נשיא ביה"ד הגדול. מנהל בתי הדין שהיה חבר ביה"ד הגדול יודע היטב את העול הגדול – על כולם תחול ברכת ה'.

אנו קוראים בפרשת משפטים על דין עבד עברי שגנב ואין לו לשלם נמכר בגנבתו רק לשש שנים, כדכתיב: "שש שנים יעבד ובשבעת יצא לחפשי". "ואם אמר יאמר העבד אהבתי את אדני את אשתי ואת בני לא אצא חפשי" – אז הדין הוא שחייב רציעה: "ורצע אדניו את אָזְנוֹ בַּמַּרְצֵעַ וְעָבְדוּ לְעֵלָם".

במסכת קידושין דף כב ע"ב איתא:

רבן יוחנן בן זכאי היה דורש את המקרא הזה כמין חומר, מה נשתנה און מכל האברים שבגוף, אמר בקב"ה, און ששמעה קול בהר סיני בשעה שאמרתי כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים והלך זה וקנה אדון לעצמו ירצע.

אמנם בירושלמי מובא פסוק אחר, וכך איתא שם:

שאלו התלמידים את רבי יוחנן בן זכאי, מה ראה העבד הזה לרצע באוזנו יותר מכל אבריו? אמר להם, און ששמעה על הר סיני לא יהיה לך אלוהים אחרים והלך זה ופרע מעליו עול מלכות שמים, וקבל עליו עול בשר ודם, ירצע.

רש"י בחומש העתיק לשון המכילתא: און זו ששמעה על הר סיני לא תגנוב, והלך וגנב תרצע. וכנראה שהיה קשה לרש"י, הרי הפסוק של "כי לי בני ישראל עבדים" לא נאמר בהר סיני, לכך הביא רש"י לשון המכילתא, שאון ששמעה על הר סיני לא תגנוב, למרות שלא תגנוב זה דרשו רבותינו בגונב נפשות אך זה כולל הכול.

1. בדימוס.

ועדיין צריכים להבין מדוע לא נרצע את הרגליים שהלכו לגנוב או את הידיים שבצעו בפועל את הגניבה? אלא "לאו עכברא גנב אלא חורא גנב". אילו האוזן הייתה שומעת היטב את ה"לא תגנוב", אזי לא הידיים ולא הרגליים לא הם מבצעים את הגניבה בכלל.

תשאלו אותי, אחיי הדיינים, מה זה קשור לנו – לו היה דין עבד עברי נוהג בימינו היינו יכולים גם להגיע לרציעת העבד, אך עתה זה לא נוהג.

רבתי הדיינים, גם אני היית דייך, ואני יודע שאחד התפקידים הקשים שיש לדיינים זה שמיעת האוזן. הדייך צריך לשמוע אנשים ועורכי דין. מנדנדים לך, מאריכים ללא צורך. אתה צריך לשמוע כל מילה. עליך לשמוע היטב. צריך לא להקל בדבר. לפעמים מתוך אריכות הדברים של העו"ד אתה יכול לקלוט את האמת. היה לנו סיפור בבית הדין שבו ב"כ התובע דיבר הרבה. וכשהחל ב"כ הנתבע לדבר, הקדים ואמר, תתנו לי לדבר לפחות כמו הזמן שדיבר חברי. אמרתי לו תדבר כפול זמן, רק תדבר לעניין. והוא התחיל לדבר ולדבר, ותוך כדי אריכות הדברים הוא סתר את עצמו פעמיים. אמרתי לו, טוב שביקשת לדבר הרבה, סתרת את עצמך פעמיים. הוא טען שזו הייתה פליטת פה. השבתי לו, שמיעת האוזן טובה יותר מכל המסמכים שהגשת. התפקיד הדייך הוא לסבול את בעלי הדין כשהם מדברים ולא להפריע להם, כי עלולים לחשוב שאתה נוטה לצד שכנגד. זו אחת מעבודות הקודש של הדייך.

העליתי כבר בשנה שעברה את עניין הצורך והחשיבות לעשות מסגרת כלשהי לדיינים שפרשו לגמלאות, שבמסגרתה יבואו למפגש מפעם לפעם לסייע בעצה ותושייה לדיינים המכהנים בפועל. משנה לשנה מתרבים הגמלאים. כמה דיינים שפרשו לגמלאות מתלוננים שאפילו לא מודיעים להם שמקיימים ימי עיון, למרות שהדיינים הגמלאים צריכים לשלם תשלום מלא בלי שום הנחה, אף שבהרבה סקטורים נוהגים לעשות לגמלאים הנחה משמעותית. צריכים לדעת שהפרקטיקה מאוד עוזרת, וחבל שלא מנצלים את הידע שלהם. אינני חושב שיש מי שאומר לעצמו על הדיינים שפורשים "ברוך שפטרנו", אלא רק שישנם דברים שנראים יותר חשובים. מסקנה נוספת היא עניין הדפסת הפדרי"ם, זה כבר אחרי "יאוש", אמנם יש תחליף בשם "שורת הדין", אך גם את הספרים האלה לא נותנים לדיינים הגמלאים.

נברך את הדיינים שיצאו לגמלאות: הרב חיים שלמה רוזנטל, הרב משה אביטן – אב"ד תל אביב, הרב מיכאל בלייכר – אב"ד חיפה; הרב יעזר אריאל – דייך בצפת.

עלינו להזכיר את זכרם של הדיינים שעלו לעולם האמת. היום הייתה הלוויה של אב"ד רחובות, הרב אברהם לנאל, מטובי הדיינים, תהי נשמתו צרורה בצרור החיים. הרב דוד אוחיון, אב"ד בפתח־תקווה. יותר משלושים שנה לא זז מן המקום. היה דייך ושירת את גדולי העולם בפתח־תקווה, למד מהם והמשיך את המסורת שהנהיגו גדולים. לאחרונה נפטר הרב אברהם אלמליח, בקי ברמב"ם בעל־פה, מי שהיה מנהל בית הדין כמה שנים, והיה אב"ד בירושלים. המשיך לעבוד עד לשנותיו האחרונות. היה אוהב את הדיינים, בכל דבר היה לטובת הדיינים. אוהד מאוד אותם, וכשאוהבים עושים יותר מאשר בכוחם.

דברי ברכה

הרב שלמה משה עמאר

הראשון לציון הרב הראשי לישראל ונשיא בית הדין הרבני הגדול

יישר כח ותודה לכבוד מורנו הגאון רבי שלמה בן שמעון שליט"א, אורך ימים ושנים חיים יוסיפו לו ונמשיך ליהנות מאורו בכנסים, וגם לכל הדיינים שיצאו לגמלאות, ובאמת הלוואי והיינו משכילים למצוא רעיון להמשיך אתם וללמוד מהם עצה ותושייה.

כבוד ידידי מכובדי הרב הגאון רבי יונה מצגר שליט"א, הרב הראשי ונשיא מועצת הרבנות הראשית לישראל, כב' ידידינו הגאון רבי שלמה דיכובסקי שליט"א מנכ"ל בתי הדין, דייני ביה"ד הגדול, ראבדי"ם, אבדי"ם ודיינים נכבדים, כולם ברוכים לה'.

איני יודע אם כיוונו את הזמן לבוא לכאן בפרשת שירה, פרשת בשלח – זה זמן מצוין, אנו זקוקים לזה מאד. כתוב ברבנו האר"י שבכל יום כשאומרים את השירה, צריך לאומרה בשמחה ובכונה יתירה, ובשעה שקורא את השירה יצייר בדעתו כאילו עכשיו הוא עובר בתוך הים ביבשה והמים חומה מימינם ומשמאלם, ומשה רבנו בראש. ודאי שהשירה חשובה, שירת השירים – אכן יש עוד דברים אחרים נפלאים – אך לא ראינו כזה כבוד, שצריך לאמרה כל יום ובהידור שכזה. השירה היא לא רק למה שהיה אז במצרים. כולם יודעים: "אז ישיר" לשון עתיד, לא שר בלשון עבר כפי שהיה ראוי להיות. מזה למדו חז"ל, שהשירה נמשכת ומקיפה את כל העתיד, עד תחיית המתים. יש בכך משהו מיוחד, המתייחס אל הכלל ואל הפרט. לכל אדם בחייו יש פרקים שהוא עומד בהם נבוך ולא מוצא פתרון, בכל מיני דברים ואירועים שעוברים עליו. גם לכלל יש פרשות דרכים שהוא עומד בפניהם, "וילאו למצוא הפתח", ואינו מוצא את הפתח והפתרון. אז ישנה סכנה גדולה שאדם ח"ו יפול לידי יאוש, שהוא שורש רע לכל הדברים. לכן, צריך תמיד לחפש מוצא, וגם אם האדם לא מצא, ישא עיניו לה' יתברך. לא צריך להתייאש, השירה מלמדת במוחש את הדבר.

נאמר: שלאחר שלושה ימים חיפש פרעה את ישראל. ועוד ידוע מאמר חז"ל, שפרעה הגיע להילחם עם ישראל עם כלי נשק טובים, צבא מאומן, ובידי ישראל לא היה כלום. הם אינם יודעים להלחם אלא רק לעשות עבודות לבנים! במלחמות הם לא התנסו. הם נסו על נפשם מנוסת מות, ומצרים רודף אחריהם. ישראל הגיעו אל הים, ואין להם עוד להיכנן לברוח. ומצרים מתקרבים, "אמר אויב ארדוף אשיג אחלק שלל". המצרים לא חשבו שיצטרכו להיאבק בישראל: רק אגיע אחלק שלל! הכל ברור ופשוט.

וישראל עומדים ורואים את המצרים מתקרבים, והם צועקים, וגם משה רבינו ע"ה צועק עמם אל הקב"ה. והקב"ה אומר למשה רבינו ע"ה, "מה תצעק אלי דבר אל ישראל ויסעו!" לפני כן אומר להם משה: "התייצבו וראו ישועת ה'". וצריכים להבין מדוע אמר להם משה "התייצבו", כאילו שיכלו להמשיך, לאן ימשיכו ואנה ילכו, אל תוך הים! לא היה בפני ישראל אז שום זיק של תקווה. הים לפניהם רועש וגועש ויהמו גליו, יעלו שמים ירדו תהומות, ומאחריהם באים פרעה וכל סוסיו ופרשיו, עם מיטב כלי הנשק שהיה באותו הזמן, וכולם אנשי מלחמה מנוסים ומאומנים, וישראל לא יכולים להמשיך קדימה ולא יכולים לנוס לאחוריהם. רבותינו השלימו את התמונה, וספרו: שהיו חיות מכאן ומכאן, והיו סגורים ומסוגרים, ואין להם לאן ללכת. אומר משה: "התייצבו וראו". להיכן ילכו? מרע"ה אמנם לא ראה דרך, אך ידע שאסור להתייאש. לכן אמר להם משה "אל תיראו", לא להתבלבל, לא להתרופף ביראה, התייצבו באמונתכם, וראו ישועת ה'. גם בשעה כזו, כשלא רואים שום דרך ומוצא, לא עולה בדעתו להתייאש.

אמרת פעם, שאם היינו עומדים בזה היינו פחות מיואשים, כי אולי יקרע לנו הים. אך אז לא עלה על דעתם רעיון שכזה, שהרי עדיין לא נקרע מעולם הים. מי היה חושב שיהיה "המים להם חומה...?" מי יעלה על הדעת? אך משה רבינו ע"ה אומר לישראל כי גם במצב כזה "התייצבו וראו ישועת ה'". זהו הלימוד לכל יום, לכלל ולפרט, ובכל מצב שאדם נמצא בו, שלא יאבד תקווה. גם כשאין פתרון וכל הדרכים סגורות ומסוגרות וילאו למצוא הפתח, עם כל זה אין להתיאש ח"ו, אלא להתחזק באמונת ה' ולהתייצב בבטחון – "התייצבו וראו ישועת ה'!"

מאז ותמיד היו שנלחמו בבתי הדין הרבניים. פעמים היו אלה אנשים פרטיים ופעמים גופים מאורגנים, ותמיד היו מי שעזרו להם להפיץ את הדברים. למי שרוצה לתקוף את בתי הדין, זו מלאכה די קלה, הכל מתקבל. לא מזמן היה בביה"ד יהודי שלא רצה לגרש את אשתו, וביה"ד סבר שהוא חייב לגרשה. הדבר לא מצא חן בעיניו, והוא התחיל לכתוב לכל העולם. הוא חיבר חוברות והפיצם. האדם אשר חייב לגרש את אשתו לפי פסק ב"ד, והוא מגנה ומחרף. עד כדי כך ששר המשפטים אמר לי שהמצב של בתי הדין בסכנה, כי הולכים לבג"ץ... ואחריתו מי ישורנו. שאלתי, מה קרה? והוא הראה לי את אחת החוברות שאותו אדם כתב, והשבתי לו, שבכך וכך מדובר, ועוד מעט הפרשה מסתיימת לגמרי ואין כל חשש, ובהתייעצות עם היועץ המשפטי ביה"ד הרבני טיפל בעניין. ברור שהדברים שנאמרים על בתי הדין הם אמת, אך לא טורחים לחפש ולבדוק מה האמת. זו רדיפה! איני יודע איך להגדיר זאת אחרת. אלו שרואים נכוחה, גם עו"ד שאינם שומרי תו"מ, אומרים שברוך ה', המצב טוב, ומיום ליום בתי הדין משתפרים בכל המובנים, ונעשים טובים יותר. אך לצערנו, תמיד יהיו כאלה שידברו וישמיצו את בתי הדין הרבניים.

המצב כיום הוא, שחברו מספר גורמים שבגללם לא ממנים דיינים, ואנו נותרים במצב קשה. ביקשתי מינוי זמני כדי שביה"ד יוכל לתפקד, אך כנראה שישנם אנשים שמרגיז אותם שבתי הדין ניצבים כמו נד ועומדים על זכותם להתקיים בתורה וכחוק,

ומשום כך אותם אנשים מנסים לדחוק בנו. ואנו אומרים: "וראו ישועת ה'", אנו לא מאבדים את העשתונות. אנו עושים את העבודה בכל כוחנו, באמת ובאמונה, להיות נקיים מה' ומישראל. נמשיך להיות טובים ומצוינים, וראו את ישועת ה'. הישועה תבוא, הישועה תתגלה ותבוא. אין ספק. וצריך לשם כך גם תפילה.

המשגיח הגאון רבי יחזקאל לווינשטיין זצ"ל היה אומר, שבעולם הזה צריך תפילה על כל דבר ועניין, ולא מספיק רק תורה. ובאמת צריך להרבות תפילה, ולא להתעלם מזה. יש מצבים שעלולים להביא לכך שאנו נצטרך להתפטר. אך לא זו הבעיה הגדולה, אלא חילול ה', שבארץ ישראל לא יהיה משפט תורה. היום מנסים למעט ולקצץ בבתי הדין, ואין כונתם ומגמתם אלא שלא יהיו בתי הדין הרבניים. אפשר לומר שהמדינה עשתה דבר נפלא ביותר בכך שהקימה את מערכת בתי הדין הרבניים. אמנם היא נתנה להם סמכויות מצומצמות, אך היה בהם כדי לתת להם קיום בדוחק. אכן מעולם לא פסקו מעם ישראל בתי דין ורבנויות, אך כדוגמא של בתי דין מסודרים ומאורגנים בצורה ממלכתית כזאת, אינני יודע אם היו מזה שנים. ועתה, אחר שנים של עבודה מרוכזת עלולים לשלוח יד בכל זה, והיו כלא היו, ה' יצילנו שלא יחסר הדבר הזה מעם ישראל.

נכון הדבר, שאם חלילה תהיה גזירה כזאת נעשה בתי דין פרטיים, ולא נפקיר את עם ה' בארץ ישראל, אך שלא יחסר לעם ישראל הדבר באופן מוסמך גם על ידי גופים ממשלתיים, יש בזה חשיבות גדולה והוא דבר של ציבור, זו זכות גדולה לישראל.

ברוך ה', מלבד המיעוט הרעשני, לציבור בכללותו יש הערכה כלפי בתי הדין. הוא יודע לכבד את הדיינים, ורואה את עבודתם. גם בין אנשי המשפט, אנשי אמת, יש המלאים הוקרה למפעלינו. ובאותה העת אנו שומעים על מוסדות אחרים שאינם נמצאים במצב הזה, ואיני רוצה להאריך בזה, אבל בוודאי זו אינה סיבה לפרק את בתי הדין. אין לנו רשות לדבר בנוגע לאחרים, יש לנו רשות לדרוש מעצמנו, אך לא לוותר על סמכות של בתי הדין, אותן סמכויות שקנינו מהר סיני, ואשר חלק קטן מהם הוכר גם ע"י החוק. אסור לנו להסכים לצמצום הקיים כיום, אחרת חלילה, זה יהיה צו לנעילת שערי בתי הדין. ככל שעובר הזמן, אני רואה שהרצון לסגור את בתי הדין אצל אותם אנשים הוא אמת. עם כל זה, קיבלתי הצעות נוספות, אנו נשב ונבחן אותם, נקיים התייעצות עם אנשי המשפט, עם הדיינים, ונשקול כל דבר, לא נזלזל בשום הצעה, אם ניתן לפעול, אנו נמשיך לעמוד בזה.

אציין שיש שבועות שאני נמצא בביה"ד הגדול ארבעה ימים בשבוע עד מאוחר, כי יש רק שני דיינים ושני רבנים ראשיים, ובינתיים ביה"ד מחזיק טוב. אין דברים יוצאי דופן, אבל זה לא דבר טבעי. שני דיינים עובדים ואי אפשר לתאר מה הם משקיעים. הם משקיעים יומם ולילה, אני יושב אתם הרבה. גם מה שנשאר, אני רואה שהם מכינים עובדים ביום ובלילה, בלא הרף. הם מרגישים את האחריות. אנו עובדים כי אנו מבינים שרוצים לגרום לנו להיכנע. "התייצבו וראו את ישועת ה'". אנו שוקלים ובוחנו את עצמנו. לא שאנו מזלזלים במאן-דהו. התייעצנו עם גדולים ועם הדיינים, ובפרט עם הוועד של הדיינים, אנו שוקלים כל הצעה, אבל בשום פנים לא ניתן לגרום שייהרסו, או

שיסגרו חלילה את בתי הדין. אם אחרים רוצים לסגור, ה' יצילנו מידם. אנו עושים מה שאנו יכולים. אני מצטרף לדרישת הגר"ש בן שמעון שליט"א, להיות חרוצים, יש תקופות שבודקים אותנו, כולם מצוינים, מגיעים ויוצאים בזמן, "ששים בבואם גם שמחים בצאתם", ופסקי הדין ניתנים בזמן. תמיד נשאף להיות עוד יותר טובים. ה' יהיה בעזרנו שנעמיד את משפט התורה על תילה, ויקוים בנו מאמר הנביא, "ציון במשפט תפדה ושביה בצדקה", ומלוך עלינו מהרה אתה השם לבדך ברחמים בחסד בצדק ובמשפט, תתגלה מלכותך עלינו, בבא לציון גואל בישועה ורחמים. בב"א.

דברי ברכה

הרב יונה יחיאל מצגר

הרב הראשי לישראל ונשיא מועצת הרבנות הראשית לישראל

כב' הראש"ל הרב הראשי הגאון רבי שלמה משה עמאר שליט"א, כבוד חברי בית הדין הגדול, הרב אלגרבל, הרב בוארון, הדיינים הזמניים, ראבדי"ם, אבות בתי הדין, דיינים, היו"ר הפותח, הגר"ש בן שמעון. מנהל בתי הדין הרבנים.

כתוב בגמרא (שבת י"ע"א) כל הדין דין אמת לאמתו נעשה שותף לקב"ה במעשה בראשית. ניתן להסביר זאת באמצעות דברי רש"י שבתחילת פרשתנו: "למה נסמכה פרשת משפטים לפרשת מזבח? שהסנהדרין ישבו אצל המזבח", וחז"ל אומרים כי הקב"ה ביקש לברוא את העולם במידת הדין וראה שאינו יכול להתקיים, שיתף אליה את מידת הרחמים. יש להבין מה היה הרצון של הקב"ה ומה הייתה המסקנה? חז"ל במדרש תנחומא אומרים, "אם יש דין למטה אין דין למעלה, ואם אין דין למטה יש לדין למעלה". לכאורה, העניין אומר דרשני, שכביכול אין דין למעלה, מה פירוש שאין "דין למעלה"? אלא מכיוון שמלך במשפט יעמיד ארץ, והוא רוצה שאנו נדון דין אמת לאמתו, וכפי שאנו דנים, צריך אוזן שומעת, וסבלנות לשמוע את התובע והנתבע, המערער והמשיב. וכשהקב"ה רואה שאנו עושים דין למטה, אז הוא דן אותנו במידת הרחמים, מוחק את הדין ומחליפו בדין אחר, ע"י מידת הרחמים.

מאידך גיסא, אם ח"ו "אין דין למטה", אז יש "מידת הדין" למעלה, וכשאנו יודעים מן המקורות שלנו, שבית דין זה "אלוקים", למה כינוהו דווקא בשמו של ה', אלוקים, ולא י"י? לפי שאם עושים דין אמת לאמתו בית הדין הופכים להיות כחלק מהקב"ה, ואם עושים דין למטה, אז הקב"ה סומך עלינו, וכשהקב"ה ראה שהעולם לא יכול להתקיים, כאשר אנו דנים דין אמת לאמתו, אנו הופכים להיות שותפים ויוצרים עולם מחדש, בהופכו את הדין לרחמים.

ניתן לפי זה גם לומר כי הקרבה של הסנהדרין למזבח נובעת מכך שהוא המקרב בינינו לבין אבינו שבשמים. כך, כאשר אנו פוסקים בבי"ד עפ"י הדין, אנו מקרבים את השכינה אל ישראל ואת ישראל לאבינו שבשמים.

אפשר להציע מהלך אחר לרעיון זה, עפ"י הגמרא בבא מציעא (נט ע"ב). כשרבי אליעזר רצה להוכיח את צדקתו במחלוקת המפורסמת בעניין תנורו של עכנאי ועשה שלושה נסים, "חרוב יוכיח", "אמת המים תוכיח", ו"כותלי בית המדרש יוכיחו", בכל

פעם אמרו לו חכמים שאין מביאים ראייה לא מחרוב, ולא מאמת המים, ולא מכותלי בית המדרש.

שואל הגר"א מווילנא, אם לא רצו חכמים שיביאו ראייה מנסים, לפני שנשמעה בת קול, למה ר"א התעקש להביא עוד נס, אחרי שהחרוב נעקר ארבע מאות אמה, מדוע הביא את אמת המים, ושוב גם את כותלי בית המדרש, אם אין מכך ראייה. ולמה אמרו לו אין מביאים ראייה מן החרוב, מן האמת המים וכו', ומדוע חזר על כך שלוש פעמים? אלא אומר הגר"א, שדיין הפוסק צריך להיות בעל שלוש מעלות, מעלה אחת הסתפקות במועט, מעלה שניה – ענווה, מעלה שלישית – התמדה. המעלה הראשונה הסתפקות במועט – מתבטאת בחרובים. הענווה – זו אמת המים, שכן "המים מניחין מקום גבוה והולכין למקום נמוך" (תענית ז ע"א), ובית הלל זכו לפי שהשפילו עצמם. והתמדה – אלו כותלי בית המדרש. עם שלושה אפיונים אלו ביקש ר"א מחכמים שלא יולזלו בדעתו, למרות שהוא יחיד, שהרי הסתפק במועט, נהג בענווה ולמד בהתמדה. ועם כל זה, ההלכה קובעת שאחרי רבים להטות. זה עקרון של 'מזבח'. למזבח יש את שלושת האפיונים הללו. אומרת הגמרא חגיגה, נאמר ריח ניחוח בקרבן עני וריח ניחוח בקרבן עשיר. הרי שהקב"ה לא עושה אפליה, וזבחי אלוקים רוח נשברה, והתמדה היא גם בריח ניחוח לה', ללמד את הדיינים מה הם הדברים שמאופיינים כל דיין: התמדה, ענווה והסתפקות במועט.

ארגוני הנשים אשר לכאורה מרימים את דגל ה"דאגה לנשים", הם אלה שלמעשה דורכים ופוגעים במעמד הנשים. בכך שהביאו למצב בו לא מתמנים כיום דיינים לבתיה"ד הרבניים, ובבית הדין הגדול חסרים דיינים. הרי שאשה אשר בעלה פוגע בה וגורם לה נזקים, והיא פונה אל ביה"ד הגדול שייתן לה מענה, נגרם לה עינוי דין כאשר יושבים שם רק שני דיינים. וכשאנו נסיים את תפקדנו המצב עשוי להיות קשה אף יותר – כאשר לא יהיה הרכב. יש להתריע על כך ולא לחשוש!

אנו גם איננו יודעים מה תהיה צורתה של הממשלה החדשה שמוקמת בימים אלו, ובוודאי שאיננו יודעים מה יהיה מעמד התורה, הרבנות והדיינות בישראל. הדבר מאוד מדאיג. כולנו מודאגים, אך מעבר לדאגה, כל מי שריח תורה בלבו ויש לו יכולת לסייע, חייב להתגייס להחזרת ענייני חושן המשפט למערכת בתי הדין. לא ייתכן שבתי הדין יעסקו רק באבן העזר! אנו קוראים לכל אלו שעוסקים במו"מ להקמת הממשלה החדשה, מכיוון שכבוד הרב קוק חשוב להם, כרב אשר ייסד את הרבנות הראשית ואשר היה מצפה שבתי הדין יעסקו גם בדיני ממונות. במקום לכרסם במעמד בתי הדין, יש לעשות הכול כדי שתפקידו של דיין בישראל יהיה שלם ולא חלקי.

ברכתי שהדיינים יהיו פוריים, נזכה להשתלם בהשתלמות זו, שכל דיין ייזכה לדון דין אמת לאמתו, ונהיה שותפים ליצירתו של ה' יתברך.

חיובי חליצה ויבום כשהמנוח השאיר זרע מוקפא¹

הרב שלמה משה עמאר

הראשון לציון הרב הראשי לישראל ונשיא בית הדין הרבני הגדול

בעהית"ש, ערש"ק ויצא, ט' כסלו התשע"ג

לכבוד

מעלת הרב אשר ארנטרוי שליט"א

בן ידידינו הגדול הגאון רבי חנוך שליט"א גאב"ד לונדון

ראש מחלקת בירורי יהדות בהנהלת בתיה"ד

בעה"ק ירושלים תובכ"א,

החיים השלום ורוב ברכה עד העולם.

בשאלה שבאה לפניו באיש נשוי זה כמה שנים ולא זכו להפקד בבנים, וחלה באופן פתאומי, ומשהכביד חוליו, שאבו ממנו זרע לבקשת אשתו שרוצה שישאר לו זכר בעולם, אך אמרו שזה היה בטיב ירוד, ואינם בטוחים שתצליח להרות מזה, ובינתיים הקפואו אותו.

והשאלה היא, האם אשה זו חייבת בחליצה אם לא. שבמציאות בן או בת אין לו.

ומאידך זרעו עדיין קיים בעולם ואפשר שיצא מזה בן או בת.

וציין לדברי הגאון הגדול כמוה"ר שלמה זלמן אורבאך ע"ה שנדפסו בספר נועם כרך א' (עמוד קנ"ה) שם העלה שגם אם הבן שנולד מזרעו לאחר מותו נחשב לבנו לענין ירושה, מ"מ אינו פוטר את אמו מחליצה, שבשעת פטירת בעלה, לא היה לו בן, וחלה עליה חיוב חליצה, שלא פקע ע"י שהשתמשו בזרעו וילדה בן.

1. פורסם גם כסימן לג בספרו של הרב ד"ר מרדכי הלפרין, רפואה, מציאות והלכה: ולשון חכמים מרפא (תשע"ב).

א. דין הפריה ללא ביאה לעניין ממזרות²

א. הגאון מוהשז"א ז"ל, העלה שחייבת ביבום וחליצה כיון שבשעת מיתת הבעל, לא היה ולד, אמנם לענין ירושה הוא יורשו. בראשית דבריו כתב שאשת איש שהרתה מזרע של אחר באמבטי או בהפריה מלאכותית הולד ממזר. והוא נגד רוב ככל הפוסקים שסוברים שהולד כשר, וכמו שכתבתי בשמע שלמה ח"ב. הגרשז"א ז"ל רמז על הפוסקים וכתב שאינו פשוט, וסמך על יבמות (מ"ט ע"א) דתנן איזהו ממזר ונחלקו התנאים, ובגמ' למדו מהסמיכות דלא יקח איש אשת אביו וגו', וסמך ליה לא יבא ממזר. והנה אפשר לבאר סמיכות זו בשני אופנים: הראשון שבא ללמד שבחומרת איסור כזו הולד ממזר, ואפי' שלא ע"י ביאת איסור, והשני שבא ללמד, שאם בא על אשת אביו הוי ממזר. הגרשז"א ז"ל כתב שכיון שלא נאמר במעשה דאשת אביו שהולד ממזר, רק נלמד מסמיכות, בא ללמד על חומרת האיסור והגדרתו שיהיה סימן שמיצירה זו הוי ממזר. עו"כ דלאסור א"א, או שתקרא זונה וחללה, בעינן ביאת איסור, אבל ממזר הוי מעצם זה שנולד מזרעם של איסורים כאלה. עו"כ דזה פשוט שאם דש בערוה זרע באשתו שאין הולד ממזר, דבקליטה תליא מילתא, וע"כ א"צ ביאת איסור. ופירשתי שהנלמד ע"י סמיכות הו"ל כמפורש בתורה, שאם עושה מעשה זה הולד ממזר. והגרשז"א מודה דאם היה כתוב מפורש דהבא על אשת אביו הוי ממזר הוה שפיר משמע דבביאת איסור תליא מילתא ושאינו כולל הפריה מלאכותית, אבל עתה שזה נלמד רק מהסמיכות, יכולים לומר שבא ללמד שכל ולד שנולד מזרע איש ואשה האסורים בכרת הוא ממזר.

ב. כל הפוסקים הידועים מכשירים הולד בכה"ג, ולא נאמר בגמ' ולא בשום פוסק שממזר לא תלוי בביאת איסור. ואע"ג שלא היה בימיהם הפריה מלאכותית, מ"מ דיברו בגמ' על אמבטי, והיו צריכים לבאר. ברמב"ם פט"ו מהא"ב ה"א, כ' שממזר הוא הבא מערוה, ואח"כ פירש, הבא על אחת העריות וכו'. ויש לדקדק מזה דבעינן ביאת איסור, א"ל שלכן כתב הבא על העריות, ללמד דבין באונס בין ברצון וכו' הוי ממזר, דאם היה מלמד דין אמבטי דהוי ממזר אעפ"י שלא היתה ביאה בכלל, ק"ו לאונס ושוגג. כתבתי דיש זכר לדבר מהזורע זרעי אילנות יחד, דאין בו איסור כלאים, אלא כשמרכיב יחור מעץ זה לאילן אחר, נלמד מזה שעירבוב הזרע שאסרה תורה, הוא רק בפעולה של ההרכבה. וה"נ רק בביאת איסור מיקרי הולד ממזר אבל בעירוב הזרע אינו ממזר. ואין במ"ש הגרשז"א ז"ל שהזרע לא נקלט מיד וכו', כדי לדחות לכל הפוסקים, דאחר שבא עליה כדרך כל הארץ, לא איכפת לן מתי נקלטה, וכן זורע בשבת חייב, אעפ"י שלא נקלטו הזרעים עד אחר השבת. והזכרתי דברי גדולי האחרונים, אשר כולם יעידון יגידון דאזלינן בתר שעת עשיית המלאכה, ואם בעת עשייתה היא אמורה ליגמר מאליה הרי זה

2. פרק זה נכתב בתשובה הנזכרת באפן מקיף וארוך יותר, אך לצורך הפרסום בספר כנס הדיינים – התשע"ג כתב הראש"ל הגאון הרב ש"מ עמאר את הפרק שלפנינו, והוא מעין סיכום לדיון שכתב בתשובה.

חייב מעכשיו. וגם בזה שעשה מלאכתו כדרך כל הארץ, הולד ממזר ולא איכפת לן מתי נקלט. עו"כ דאם דש בא"א וזורע באשתו אין הולד ממזר, וא"כ העיקר היא הקליטה, ומי אומר שצריך ביאת איסור. אחר המחילה, אין מזה ראייה, דאמנם בעינין ביאה של איסור, אך אם לא תתעבר מאותו זרע לא שייך ממזרות כלל, ושני תנאים הם, שיוולד מערוה, ושיהיה ע"י ביאת איסור.

ג. עו"כ הגרשז"א ז"ל דאם בא על ערוה והוציאו הזרע מרחמה, וחזרו והזריקוהו לרחמה באופן מלאכותי, דגם המתירים באמבטי, יודו שזה ממזר. והוסיף דכיון שכן הוא, למה לא נלך תמיד אחר קליטת הזרע. ולא הבנתי הנחתו, וגם ההנחה לא מוכרחת כלל, דאחר סילוק הזרע מרחמה, באופן זה אין עיבור, וההזרקה שעשו אח"כ היא פעולה חדשה, נמצא דלא נתעברה בביאת איסור. ופשוט דאין ללמוד מזה לכל דין הפריה מלאכותית. עו"כ שכן מצא בחלקת יואב, והזכיר פירוש הרמב"ם במשניות, שהוצאת זרע לא מוסיפה באיסור עריות, רק תלוי בעצם הביאה. באור שמח, בהשמטות להלכות שגגות פ"ה, כתב שאסור לפרוש בקישוי, ואפי' אם יגרם מזה שיוולד ממזר, והגרשז"א למד דיצירת ממזר תלוי רק בזרע, ואפי' לא היה באיסור. וכתבתי דברי הרמב"ם מובנים שאיסור עריות תלוי רק בביאה ולא בהוצאת זרע, אך ממזרות שזה מזרע, כן תלוי בביאת איסור, מדוקדק כן מלשון הרמב"ם הנז', ואין שום הוכחה שממזרות אינה תלויה בביאת איסור, גם דברי האור שמח יתפרשו כן.

ד. עו"כ שהעונג יו"ט (קכ"א) כתב דממזרות תלויה בביאת איסור, ולמד מהתוס' (יבמות ט') שהקשו למה פשוט שלר"ע חייבי לאוין לא בני יבום וחליצה, נימא אתי עשה ודחי ל"ת, וע"ש. וכתב כשעשה דוחה ל"ת, בע"כ אין הולד ממזר, דאין סברא שיהיה ממזר והתורה תצוה ליבם. המנח"ש תמה עליו, מאסתר שמסרה עצמה להציל כלל ישראל, ועכ"ז נאסרה למרדכי. וכן הזכיר דברי ח"צ שגם בשניהם אנוסים הולד ממזר ע"ש, וכתב המנח"ש שגם עונג יו"ט אמר כן רק ביבום, אבל זר גם בלא ביאה הולד ממזר. וכתבתי דעשה דוחה ל"ת, פירוש שאין איסור כלל וע"כ כתב העונג יו"ט דהולד כשר. אבל באסתר וכיו"ב, לא הותרה העבירה, אלא שפיקוח נפש דוחה, וגם למ"ד הותרה, היינו שמוותר לו לעבור, אבל העבירה בעינה עומדת, ההיתר דפיקוח"נ לא עדיף מאונס, וכבר כ' הרמב"ם ריש פט"ו מאס"ב, דגם באונס הוי ממזר. ולא הבנתי למה הביא דברי ח"צ לענין זה.

ה. עוד ראיתי תשובת הגר"מ גיפטר ז"ל, שגם הוא כתב דאין כרת בהפריה מלאכותית, אך לענין ממזרות אין תלוי בביאת איסור. עוד ציין לכמה אחרונים בעשה דוחה לא תעשה דלא הוי ממזר, וביניהם העונג יו"ט הנ"ל, ואילו הבשמים ראש פשיטא ליה דהולד ממזר. וכתב דלפי"ז אין זה פשוט דזה תלוי רק בביאת איסור – עו"כ דגם האומרים שאין ממזר בעדל"ת, היינו משום דבכה"ג תופסים קידושין, משא"כ בהפריה מאיסור ערוה, דלא תפסי קידושין, וכל שאין קידושין תופסים גם בביאת היתר הולד ממזר, וסמך על התוס' דפ"ק דיבמות וע"ש שמפלפל בדין זה. הערתי בדברי הגר"מ גיפטר ז"ל דהעונג יו"ט העלה בפירוש דהיכא דעדל"ת אינו ממזר, והחולק אפשר דס"ל דסו"ס נולד ע"י ביאה, אך אין מזה שום לימוד לדין הפריה שלא היתה ביאה כלל, ולא

מובן איך עזב רוח"פ, ואזיל בתר בשמים ראש לבדו. עו"כ המנח"ש, דשער המלך נסתפק ביבם שיבם ממזרת ונתעברה מביאה ראשונה, אם הולד ממזר די"ל עדל"ת, ואמרו בקידושין כל מקום שיש קידושין ואין עבירה הלך אחר הזכר ושאלו מגר שנשא ממזרת, וע"ש. והקשה מנח"ש דגם למ"ד הולד ממזר מהפריה מלאכותית, קשה דהרי אין עבירה. מיהו באמת העיקר שאינו ממזר בהפריה, ושאינו מיבם ממזרת דשם לא תלוי בעבירה, אלא שהאם ממזרת. עוד מחלק בין דין עדל"ת לדין הפריה מלאכותית שאין ללמוד זמ"ז. עוד מפרש הטעם שע"י הפריה מלאכותית אינו ממזר, משום שלא זו הדרך שאסרה תורה, ודמי לאיסור מבשל בב"ח, שאם יטחנם יחד בלי בישול אין בו איסור תורה, אעפ"י שהפכם לדבר אחד, והטעם שלא זו הדרך שאסרה תורה.

ו. עו"כ הגרשז"א ז"ל ללמוד מהתוס' יבמות (ט"ז) דממזרות אינה תלויה בביאת איסור, דכתבו דביאת גוי אע"פ שאין בה איסור תורה, כיון דלא תפסי קידושין הולד ממזר, ורצה ללמוד עוד שגם בלא ביאה אם בעל הזרע אסור עליה, הוי ממזר. ובאמת אין ראייה להפריה מלאכותית, דשם יש ביאה ולא תופסים הקידושין, עוד דמהתוס' כתובות (ג' ע"ב) משמע דגם בביאת עכו"ם יש איסור, שלא כהתוס' דיבמות. נחלקו ר"ת וריב"ם בתוס' כתובות אם חייבים מיתה על ביאת עכו"ם, וגם לר"ת איסורא מיהא איכא דהא נאסרת לבעלה. וכבר נתבאר שגם מהרשז"א מודה דלא נאסרה לבעלה אלא ע"י ביאת איסור, אע"ג דהתוס' מדברים שם באשת איש, אי לאו דיש איסור גם בפנויה, לא תאסר א"א בביאתו. ועוד דלמ"ד גוי הבא על בת ישראל הולד ממזר הוא גם מפנויה, ואילו המכשיר מכשיר גם בא"א. ועוד דהתוס' דיבמות לא דיברו אלא למ"ד גוי הבא על בת ישראל הולד ממזר, ואנן קי"ל דהולד כשר. אם היו התוס' כוללים כלל, דכ"מ שאין קידושין תופסים הולד ממזר, ובזה היו מבארים למה גוי הבא על בת ישראל הולד ממזר, שייך ללמוד מזה לכל מקום, אבל השתא שכתבו רק לישיב דברי מ"ד זה דלא קי"ל כותיה, איך נלמד מזה.

ז. עוד הביא מ"ש ביבמות (מ"ד) הכל מודים שגוי ועבד וכו', ואמרו שגם לשמעון התימני שאין ממזר מחייבי לאוין, מודה בגוי שאין קידושין תופסים. תמהתי בענין דכל הסוגיא היא שלא לפי ההלכה דקי"ל שהולד כשר. עוד הוכחתי מאותה סוגיא, דיש לאו בביאת גוי ועבד, דלא כהתוס' הנ"ל. מבאר דמה שלא תופסים קידושין בגוי, אינו משום איסור ערוה, לפי שקדושת ישראל היא היסוד של הקידושין וע"כ לגוי אין קידושין, וזה נלמד ממטבע הברכה של האירוסין. קי"ל שגוי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר, ואם נולדה בת לרוה"פ מותרת גם לכהן, וגם האוסרים הוא רק מדרבנן. עו"כ במנח"ש, לבאר ההלכה דהולד כשר מגוי ועבד דאינם בני הויה, והוסיף דלולי זה, אפילו שאין בהם כרת, הולד ממזר, וש"מ דממזרות לא תלויה בביאת איסור. ואינו מובן, דקי"ל דממזר תלוי בכרת, ובפשטות תלוי בביאת איסור, והטעם שהולד מגוי כשר, הוא משום שאין בו כרת. והא דאין בו קידושין הוא ענין אחר, וכנ"ל. עוד דחיתי מה שרצה לומר דהרמב"ם סובר כהתירוץ הראשון של התוספות, עפ"י מה שכבר ביארתי לעיל.

ב. חיוב יבום וחליצה כשקיים זרע מוקפא

ומעתה נבא לדון בגוף השאלה הנ"ל, שלקחו זרע מהבעל בעת חוליו לבקשת אשתו, שרוצה להקים לו זרע ע"י שתפרה מזרעו. ושאל הרב השואל נר"ו, אם היא חייבת בחליצה לעת עתה, ומה יהיה אם אכן תתעבר ותלד מה הדין, עכת"ד.

והגרשז"א ע"ה בתשובה זו (אות ה') דן בדברי הנודע ביהודה חאהע"ז (סימן ס"ט), שהעלה דאפילו שלא קלטה הזרע של בעלה, עד אחר מותו, ובנו הוא לכל דבר, מ"מ קרינן בה בשעת מותו ובן אין לו, ובת יבום היא גם אם תלד אח"כ בן, דכל זמן שלא נקלט לאו כלום הוא, ובשעת מות בעלה עדיין לא נקלט. והגרשז"א ז"ל נושא ונותן בזה, וכתב: ולכן נראה דלא מבעיא במי שבא על אשתו כדרך כל הארץ דודאי אמרי' דמיד כשנתן זרעו לתוך גופה, חשיב כתחילת הריון, אלא אפילו נתעברה באמבטי נראה דאזלינן אחר הזמן שהזרע נכנס לתוך גופה, כיון שהקליטה תבא מאליה בלי שום מעשה, ומה שהקשינו מאי שנא מזרעים ונטיעות שעד הקליטה כמאן דשדיין בכדא דמיין, (צ"ע דרוה"פ סברי דחייב משעת זריעה אע"פ שעדיין לא נשרש, וכמ"ש לעיל). אפשר דכיון שהוא סמוי יותר מן העין ואין יד האדם שולטת בו כ"כ, חשיב תחלת ההזרעה (אולי צ"ל הקליטה), עכ"ל.

והנה בנדון שאלתנו, בשעת מותו עדיין אין כלום, שהזרע עודנו מוקפא ועדיין לא נכנס מזרעו לגופה, ועל אחת כמה וכמה שעדיין לא נקלט. ולכאורה זהו שכתוב, ובן אין לו, דמה שזרעו מוקפא בבית החולים וכיו"ב מה יתן ומה יוסיף, והתורה אמרה, ומת אחד מהם ובן אין לו. והוא ק"ו מדברי הנוב"י דשם בא עליה ומת, ונתעברה מאותה ביאה, ואפ"ה כתב דחייבת ביבום מכיון שלא נקלט זרעו במעיה עד אחר מותו, וע"כ קרינן ביה, ומת אחד מהם ובן אין לו, שבשעת מותו לא קלטה עדיין את זרעו. וק"ו לזה שבשעת מותו עדיין זרעו מוקפא בביה"ח. ואפילו שתתעבר אחרי זה מזרעו, לא נפטרת מיבום, כי בשעת מותו לא היה לו בן.

ואכן כן כתב במנח"ש שם, דאם הוציא זרעו תוך כלי ומת בלי בנים, קודם שהכניסו הזרע לגוף האשה. אע"ג שנתעברה אח"כ וילדה בן של קיימא אפ"ה חייבת ביבום, דהגם שהילד מתיחס אחר אביו והוא בנו לכל דבר, מ"מ כיון שבשעה שמת עדיין מחוסר מעשה של הכנסת זרע לגופה, מיד חלה עליה מצות יבום. ואע"פ שלענין ירושה שפיר נקרא יורש, היינו מפני שדין ירושה אינו תלוי בשעת מיתה דוקא, ויכול לחול עליו שם יורש גם אחר מיתת המוריש. כמו למ"ד אין זכיה לעובר אפילו בירושה דממילא, אפי"ה חייל עליו שם יורש (כשילוד) גם לאחר מיתת האב, כמבואר ר"פ מי שמת, משא"כ ביבום, עכ"ל.

וע"ש שכתב, דפשיטא ליה שא"א לקיים מצות יבום בהזרעה מלאכותית אלא בביאה ממש, דכתיב יבמה יבא עליה. ואפי' בביאה שאינה ראויה להתעבר קיים מצות יבום, כמבואר ביבמות (כ' ע"א), בתוד"ה יבא.

ונסתפק הרב ז"ל באשה שיש לה טבעת תוך הרחם המונע את ההריון, אם זינתה כשהיא א"א, ומת בעלה, ואח"כ הסירה את הטבעת ונתעברה, אפשר דאינו ממזר,

שבשעת האיסור לא היה הזרע ראוי להקלט, ורק הסרת הטבעת גרמה וזה היה אחר שמת בעלה, וצריך תלמוד.

והנה יש מקום לחקור במצות יבום, האם כל המצוה היא להקים זרע לאחיו שמת, וזה שזרעו מונח מוקפא ועתידה להתעבר בו, פטורה מיבום, שא"צ להקים לו שם ע"י אחיו, שהרי הניח זרע שיכולה להתעבר ולפרות בו, ומבחינה זאת דינו כמי שאשתו מעוברת. או י"ל דאעפ"י שמטרת המצוה היא להקים שם, מ"מ המצוה נקבעת בשעת מיתתו דוקא, וכיון שאז לא היה לו בן, וגם אשתו לא היתה מעוברת באותה שעה שמת, וצריך לעשות מעשה של הזרקה הזרע לגופה כדי שתתעבר, הרי נתקיים הכתוב "ומת אחד מהם ובן אין לו", וכבר נתחייבה ביבום.

כאמור, הגרשז"א ז"ל מפשט פשיטא ליה דשעת מיתת הבעל קובעת לענין חיוב יבום, שאם בשעת מותו לא היה בן או בת ולא עיבור נתחייבה ביבום, ולא מהני מה שאח"ז תתעבר מזרעו כדי לפטרה מיבום. משא"כ בירושה, שמתי שיוולד מזרעו, הרי הוא יורש. והנה אם נאמר שעיקר המצוה היא שיקים זרע לאחיו, י"ל דלא כמו שכתב הגרשז"א ז"ל, שאין מקיימים מצות יבום ע"י הפריה מלאכותית, דסו"ס מתעברת ומקימה זרע לבעלה המת, וזה מזרע אחיו היבם, שעליו הטילה התורה ליבם ולהקים זרע לאחיו. אבל אם נאמר שזו גזירת התורה שיבמה יבא עליה דוקא, אז יצדקו דברי הגרשז"א ז"ל דלא מקיים מצות יבום בהפריה מלאכותית.

אלא דמה שהביא מהתוד"ה, יבא עשה (ביבמות כ' ע"א) דמקיים מצות יבום אפילו בביאה שאינה ראויה להקמת זרע, אפ"ל דאה"נ שמקיים מצות יבום בביאה אפילו לא ראויה להקמת זרע, אבל אין בזה שלילה של קיום המצוה ע"י הפריה מלאכותית שבפועל מקים זרע לאחיו שמת בלא בנים, והאח החייב ביבום במקום לבא עליה נתן מזרעו להפרותה בדרך מלאכותית, ואולי זה עדיף מביאה שלא ראויה להקמת זרע, וק"ו אם אינו יכול לקיים זרע לאחיו רק בדרך זאת. ועדיין צריך לי עיון בזה.

ואולם זה פשוט שכל שהוא נולד מזרעו הרי הוא בנו לירושה, גם אם ההפריה היתה אחרי מותו של בעל הזרע.

והנה כב' הרב השואל כתב לי שהגאון מוהרי"ש אלישיב ע"ה רוח אחרת עמו בענין זה, ושלא לי צילום מתשובתו שנכתבה לד"ר רם ישי יו"ר ההסתדרות הרפואית בא"י, בענין הפריה חוץ גופית, ונדפסה בקובץ תשובות (אהע"ז סימן קץ עמוד רנ"ח). ושם אות ג' כתב, דבעל שמסר זרעו לבנק הזרע והלה מת בלא בנים, הרי יש לדון שאשתו אסורה לעלמא, ולא יועיל שאחיו יחלוץ לה, דהויה כאשה מעוברת, דאולי גם כאן יש לומר וזרע אין לה, עיין לה, שמא יוצר ולד מהזרע שלו, עכ"ל התשובה.

והרב השואל כתב שהגאון ז"ל מסתפק אם אפשר לעשות חליצה. וכפי הנראה מהסיגנון הדברים שאלו לא נכתבו ע"י הגאון ז"ל אלא משמועה ששמעו ממנו כתבו. ועכ"פ עולה דס"ל שיש לחוש שיוולד ולד מזרעו, ולא תועיל חליצה דהויה כאשה מעוברת, מכוח החשש דשמא נולד או שמא יולד ולד מזרעו. ואולם יש מקום לומר, שכתב כן להסביר הריעותות שיש בהקמת בנק לזה, שכתב (באות א' שם) דעצם הבנק זה

מנוגד לדעת תורה, ע"ש. וכאן מוסיף דעלול להיות מצב שאשתו אסורה לינשא לאחר מותו, דבלי חליצה ודאי אסורה שאין לו בנים, וחליצה לא תועיל לה, שמא יווצר ולד מזרעו. והוא מעורר הבעיות והריעות ששבבנק זה. ולעולם י"ל דלא פליג על דברי הגרשז"א ז"ל, ואם היה נשאל על כהאי גוונא שמת בלא בנים והניח זרע שאפשר שיווצר ממנו ולד, אפשר שגם הוא ז"ל היה מורה דלא נפטרת בזה וזקוקה היא לחליצה משום שבשעת מותו לא היה לו בן.

ואולי בנדון הבנק קיים חשש לא רק שיווצר, אלא כיון שנתן זרעו לבנק, אפשר שכבר נולד ממנו ולד אצל איזה אשה ואין אנו יודעים מזה. ואע"ג די"ל דתועיל חליצה ממ"נ, מ"מ הוא עורר את השאלה שיש אפשרות שתתעורר ע"י קיום בנק כזה. ובשאלה כזאת, שברור שלעת עתה לא השתמשו בזרעו והוא כבר מת, אפשר שיוודה הגר"ש ז"ל דצריך חליצה, וחליצה תתירנה לשוק.

עוד שלח אלי העתק מתשובת הגר"ש ישראלי ז"ל (בחוות בנימין עמוד 78, סימן ק"ז), שכתב (באות ח') שראה פסק הלכה (בעיתון הצופה) מגדולי הרבנים ולא פורשו שמותם, שפסקו שילד שיוולד מזרע מוקפא לאחר מות אביו, זכאי לירושת האב, גם אם חלפו עשרות שנים והירושה כבר חולקה, בין האחרים, וכתבו שאין חילוק בין ילד שנולד בדרך כל הארץ או מהקפאת זרע, שהוא בנו הטבעי, וההקפאה לא גורמת שום שינוי.

והגרש"י ז"ל כתב שזו טעות בהוראה, שגם אם יפסקו כהבית שמואל (דבעל הזרע קיים פו"ר), מ"מ משמת בעל הזרע נקטע היחס עמו, ולא יתיחס הולד אחרי הבעל הזה. דהנובי"ק (אה"ע סימן ס"ט) הקשה למה מספיק הבחנה של תשעים יום אחר מות הבעל, והרי יתכן שלא יקלט הזרע עד ג' ימים, ויש להצריך צ"ג ימים, וחידש הנובי"ק דאם בשעת מותו עדיין לא נקלט, אין זה בנו ליבום, דקרינן ביה ובן אין לו, ומשום זה תתיבם ממנ"פ, וא"צ להמתין יותר מתשעים יום, דאם נקלט קודם מותו הרי עברו צ' יום והעיבור ניכר, ואם לא נקלט ואפשר שמשום זה באמת אין עיבורה ניכר, אז מיקרי ובן אין לו ושפיר מיבם. וכתב שם הנובי"ק, שאם אמנם לגבי כל הדברים יחשב בנו, אך ליבום לא, עכ"ד.

ובאות י' שם כתב, שהקרן אורה (סוף פ"ט דיבמות) השיג על הנובי"ק, דהיכן מצאנו יבום שלא במקום נחלה, וזה הבן יורשו, ואחיו מיבם, ועוד דכל מ' יום לאו ולד הוא, אלא מיא בעלמא ואפ"ה לאו בת חליצה ויבום היא, ואע"ג דמותרת בתרומה כדאיתא בס"פ אלמנה, וכו' ע"ש.

והגרש"י ז"ל כתב דתמיהתו עצומה, שלא רק היכן מצאנו וכו', שהרי מקרא מלא הוא ביבום, שנאמר "יקום על שם אחיו לנחלה", ואיך ניתן להפריד בין יבום לנחלה. אך גם בלי זה הרי לפי היסוד הנקוט שגם אם נולד הבן אחר מות אביו, אם ממ"ש ובן אין לו, עיין עליו, ואם ממה שכתוב, ולא ימחה שמו. פרט לזה שאין שמו מחוי, אין שם דין יבום. עיין יבמות ל"ה ע"ב, וגם בכה"ג אין שם יבום, כיון שאין עומד להקלט ולהתפתח, שגם אחר שנקלט מ' יום אינו אלא מיא בעלמא, ואין כל הבדל בין נקלט

בפועל או טרם נקלט, ומה שקבעו חז"ל צ' יום אינו אלא משום דלא חיישינן למיעוטא שלא נקלט מיד, עכ"ל.

ואחר המח"ר מכב' הגאון קרן אורה, יש מקום לבאר דעת הנוב"י, דירושה ויבום שני דברים שונים הם, שהירושה היא תלויה במציאות, שכל שהוא זרעו של המוריש הרי הוא יורש אותו, ואין זה תלוי בזמן המיתה או לאחריה. אבל ביבום נאמר "ובן אין לו", ואם אכן פירוש הפסוק הוא דקאי לאותה שעה שמת, לא יועיל מה שישתמשו בזרעו אח"כ ויווצר מזה בן. אלא שהנוב"י חידש שגם אם הזרע כבר נתון במעיה, לא פטר לה עד שיקלט בפועל. ובזה צ"ע אם בכה"ג שזרע כדרך הזורעים אם זה תלוי בקליטה, וכן צריך להתישב עוד בביאור הפסוק: "ובן אין לו", כהנ"ל. אבל התליה שתולה הרב קרן אורה ז"ל, וכורך היבום בירושה אינו מוכרת כלל. ועוד אשוב לזה להלן בעה"ו.

וראיתי שכתב שם (אות י"ב) וז"ל, אכן כל זה הוא כשהזרע נמצא במעי האם ועומד להקלט מבלי כל צורך בפעולה אחרת, לא כן בזרע שהיה מוקפא בעת מות הבעל, וצריך לעשות פעולות להוציאו ממצב זה ולזווגו עם הביצית שבמעי האשה, שבלי זה לא יווצר ולד, בזה נשאר לעולם במצב של "ובן אין לו", ואין לו מאז שום ייחוס אל המת, עכ"ל.

והנה מה שסיים שאין לו ייחוס אל המת לעולם, אחר המחילה א"א לומר כן, שהרי הוא אסור בבתו של המת ובשאר קרובותיו, כי הוא נחשב לבנו ממש לכל דבר, גם לענין ירושה. ורק ליבום הוא דלא מיפטר, אם אזלינן בתר שעת המיתה אשר בזה כבר נתקיים בו הפסוק "ובן אין לו". וכבר נתחייבה ביבום מיד, ולא מהני מה שנתעברה וגם ילדה אח"כ מזרעו שהיה מוקפא, דאין קובע אלא שעת המיתה, ובאותה שעה לא היה בן.

ואולם אם נתעברה ממנו ע"י ביאה כדרך כל הארץ, אפילו אם הזרע לא נקלט עד שמת, בזה יש מקום לומר דפטורה מיבום כמו שטען הרב קרן אורה נגד הנוב"י, ולא מטעמו. שהוא ז"ל בא בטענה דהיכן מצאנו יבם שלא במקום נחלה, ובזה יש מקום לחלק כמו שחילק הגרשז"א ז"ל הנ"ל. אבל יש לומר דכיון שנתעברה מביאתו אין אנו בודקים אימתי נקלט אם לפני מותו או לאחר מכן, אלא אמרינן דיש לו בן ופטר אותה מיבום וחליצה. ודמי לזרע בשבת דאעפ"י שלא נשרש בשבת אלא לאחר השבת, חייב. וכמו שכתבתי לעיל משם גדולי האחרונים, דכיון שזרע כדרך הזורעים וכונתו היא להצמיח אותם זרעים ואכן סופן לצמוח, וחייב, וה"נ לא שנא, שהרי נהג כדרך כל העולם, ואם יתברר שמאותה ביאה יש הריון, אין אנו צריכין לבדוק אימתי נקלט אותו זרע, אלא מתחשבים רק בשעת הביאה, ומיקרי שיש לו בן בשעת מותו.

עו"כ הגרש"י ז"ל באותה תשובה, על בן שנולד מזרעו של המת שהיה מוקפא, דא"א לומר שיחשב כבן המת ויפקיע ממנה דין יבום, דכאן יש לדרוש בכיוון הפוך את מ"ש ביבמות (פ"ז ע"ב) "דרכיה דרכי נועם". דאין זה דרכי נועם מאחר שבשעה שמת הבעל לא היה לו בן ולא היה עומד להיות לו בן, וממילא חל עליה דין יבום כשעברו צ'

יום של הבחנה, ואם אח"כ יעשה מעשה בזרע המוקפא ותלד, יפקע היבום ויהיו הבנים (מהיבם) ממזרים, ותצא מהיבם כדין אשה שהתיבמה בטעות. ואין זה דרכי נועם, כמו שאמרו בגמ' שם, שאם במות הבעל היה בן והותרה לשוק, ואח"כ מת הבן, אין זה דרכי נועם שתזקק אח"כ ליבום, ואמרו שם, שעל כן עשו מתים כחיים, וכדפירש"י שם, וז"ל הלכך על כרחך בן אין לו, בשעת מיתה קאמר, והרי יש לו, עכ"ל. וגם בנידון זה נאמר, שבשעת מיתה לא היה לו בן (ומיד נתחייבה ביבום), ואין בכוח לידה מזרע מוקפא להפקיע ממנה זיקת היבום, ויקום בן זה לנחלה כדין יבום, כי ולד זה לא יתיחס ע"ש בעל הזרע שממנו הופרתה, ואין הולד יכול לרדת לנחלה, עכ"ל.

והנה ביבמות (פ"ו ע"ב): תנן, בת ישראל שניסת לכהן, תאכל בתרומה, מת ולה הימנו בן תאכל בתרומה, ניסת ללוי תאכל במעשר, מת ולה הימנו בן תאכל במעשר, ניסת לישראל לא תאכל בתרומה ולא במעשר, וכו'. בת כהן שניסת לישראל לא תאכל בתרומה, מת ולה ממנו בן לא תאכל בתרומה, וכו', מת בנה מישראל חוזרת לבית אביה, וע"ז נאמר ושבה אל בית אביה כנעוריה מלחם אביה תאכל.

ובגמ' שם (פ"ז ע"א), ת"ר ושבה אל בית אביה פרט לשומרת יבם, כנעוריה פרט למעוברת, והלא דין הוא, ומה במקום שלא עשה ולד מראשון כולד מן השני לפוטרה מייבום (פירש"י ז"ל שהיה לה ולד מבעל ראשון שמת, וניסת לבעל שני ומת בלי בנים, שאין הולד מן הראשון פוטרה מיבום שחל עליה במות הבעל השני), עשה עובר כילוד, (פירש"י, שאם היתה מעוברת פטורה דכתיב (דברים כ"ה) ובן אין לו, עיין עליו בכל ענינים), מקום שעשה ולד מן הראשון כולד מן השני לפוסלה מן התרומה (פירש"י, בת כהן שניסת לישראל וילדה לו ומת, וניסת לאחר ומת בלא בנים, עדיין היא אסורה בתרומה משום ולד מן הראשון, דכתיב וזרע אין לה, והרי יש לה), אינו דין שנעשה עובר כילוד (ולמה צריך לדרוש כנעוריה פרט למעוברת, והלא דין הוא). ומתרתצת הגמ' שם, לא, מה לי עשה עובר כילוד לענין יבום, שהרי עשה מתים כחיים (פירש"י, מת בעלה ואח"כ מת בנה הרי הוא כחי, ואינה חוזרת להתיבם, כדאמרן בשמעתין דרכיה דרכי נועם), נעשה עובר כילוד, לענין תרומה שלא עשה מתים כחיים (פירש"י, בת כהן שילדה מישראל ומת בעלה ואח"כ מת בנה, חוזרת לבית אביה). נאמר שאין עובר כילוד ת"ל כנעוריה פרט למעוברת (שצריך למעט מעוברת מקרא, משום דלא אתיא מק"ו).

עוד אמרו שם, ואצטריך למכתב כנעוריה למעוטי מעוברת, ואצטריך למכתב וזרע אין לה (פירש"י, למעוטי יש לה ולד ילוד). דאי כתב רחמנא וזרע אין לה, מעיקרא חד גופא והשתא תרי גופי, אבל מעוברת דמעיקרא חד והשתא חד גופא אימא תיכול, צריכא וכו', ע"כ.

עוד אמרו שם, (פ"ז ע"ב), אמר ליה רב יהודה מדאסקרתא לרבא לא נעשה מתים כחיים לענין יבום מקל וחומר, ומה במקום שעשה ולד מן הראשון כולד מן השני לפוסלה מן התרומה, לא עשה מתים כחיים, (שאם מת אח"כ בנה מן הראשון חוזרת לבית אביה), מקום שלא עשה ולד מן הראשון כולד מן השני לפוטרה מן היבום, אינו דין שלא נעשה מתים כחיים. (ופירש"י ז"ל, ותחזור לזיקת יבמין אם ימות בנה לאחר זמן) ת"ל דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום. (פירש"י, וזו שהיה לה בן ולא נזקקה ליבום, וניסת לשוק ומת

בנה, אם תאמר תחלוץ הרי תתגנה על בעלה, הילכך ע"כ בן אין לו בשעת מיתה קאמר והרי יש לו. עכ"ל.)

ונעשה מתים כחיים לענין תרומה מק"ו, ומה במקום שלא עשה ולד מן הראשון כולד מן השני לפוטרה מן היבום, עשה מתים כחיים. מקום שעשה ולד מן הראשון כולד מן השני לפוטרה מן התרומה, אינו דין שנעשה מתים כחיים, ת"ל וזרע אין לה, והא אין לה.

ונעשה ולד מן הראשון כולד מן השני לענין יבום מק"ו, ומה במקום שלא עשה מתים כחיים לענין תרומה, עשה ולד מן הראשון וכו', ת"ל ובן אין לו, והא אין לו. ולא נעשה ולד מן הראשון כולד מן השני לתרומה מק"ו, מה במקום שעשה מתים כחיים לפוטרה מן היבום, ולא עשה ולד וכו', אינו דין שלא נעשה ולד מן הראשון כולד מן השני, (ולא תפסל מתרומה), ת"ל אין לה, והא יש לה. ע"כ לשון הגמרא.

העולה הוא דיש הבדל בין תרומה ליבום, יבום כתיב ובן אין לו, ומפרשת הגמרא דקאי אשעת מותו של הבעל, שאם היה לו בן בשעה שמת פטורה מיבום אפילו שמת גם בנו אחריו. ועוד למדו דבעינן שהבן יהיה שלו, כלומר של זה שמת עתה, שאע"ג שיש לה בן מבעלה הראשון חייבת ביבום, דהבעל הזה שמת אין לו בן. והתורה תלתה בבעל ולא בה.

ובתרומה אם מת בנה מהכהן נפסלת מתרומה, דכתיב ובן אין לה, והא אין לה, ותשוב לבית אביה כנעוריה, ואם יש לה בן מבעלה הראשון (אם היא בת כהן נפסלת מתרומה) דיש לה בן מבעלה ישראל. ואפילו שאין לה בן מבעלה השני, הבן שמבעלה הראשון מעכבה מלשוב לבית אביה. ואם היא מעוברת דינה כמו שיש ולד, בין ליבום ובין לתרומה.

וצ"ע מה שאמרה הגמרא על שאלת רב יהודה מדאסקרתא לרבא, שלא נעשה מתים כחיים ביבום מק"ו מתרומה, והשיבו מהפסוק ת"ל דרכיה דרכי נועם וגו'. האם הכונה שמכוח פסוק זה (דרכיה דרכי נועם) אנו מפרשים את הפסוק שנאמר ביבום, ומת אחד מהם ובן אין לו, דה"ק שהכל נקבע בעת מיתתו, דאין יבום חל, אלא במדה ואין לו בן באותה שעה, אבל אם היה לו בן באותה שעה ואח"כ מת, לא משתנה דינה, משום שבשעת המיתה היה לו בן, ונקבע שהאשה לא זקוקה ליבום, ואין המצב משתנה שהרי הפסוק אומר דרכיה דרכי נועם. ולכאורה כן הוא משמעות הסוגיא, שהקשה לו, שנאמר שאם הבן מת ישתנה דינה מק"ו מתרומה, והשיב דאין לנו לשנות דינה אחר מות בנה, משום דכתיב דרכיה דרכי נועם.

אלא שקשה לומר שהלכה שנאמרה בפרשת יבמים, יקבעו דיניה עפ"י פסוק שלא מדבר בזה כלל. האם יעלה על הדעת לומר שבן שנולד מערוה באונס שלא יחול עליו דין ממזר, רק משום דכתיב "דרכיה דרכי נועם", משום שהבן לא אשם כלל וגם אמו לא אשמה שזה היה באונס. היעלה על הדעת לומר כן. ולמה כאן הביאו פסוק זה.

ואולי י"ל דמה שפסקו שביבום עושים מתים כחיים, כלומר שאם מת הבן אחר מות אביו, דינו כמי שעודנו חי, ופטורה לגמרי מן היבום, וזה נלמד ממה שכתוב "ובן

אין לו", כלומר שהיבום חל כאשר לא היה לו בן בשעת מותו. אבל אם בשעת מיתתו היה לו בן, כבר נפטרה. אלא שרוב יהודה טען שנלמד בק"ו מתרומה שאין עושים מתים כחיים.

ונראה לענ"ד שקל וחומר זה אינו ק"ו גמור, אלא כונתו שיחוש לזה מדרבנן, ויגזרו להצריכה חליצה, לזה השיבו, דרכיה דרכי נועם, ואין חכמים גוזרים בכה"ג, שאם נחמיר עליה שתחלוץ תתגנה על בעלה, וכמ"ש רש"י ז"ל. ולפי זה אין מפרשים את הנאמר בתורה לענין יבום על פי הפסוק דרכיה דרכי נועם, שלא קרב זה אל זה, אלא הביאו פסוק זה לבאר למה לא גזרו חכמים להצריכה חליצה אחר מות בנה, בזה אמרו שאין חכמים גוזרים בכה"ג שעלולה להתגנות על בעלה, ורחמנא אמר "דרכיה דרכי נועם". ובאמת הקל וחומר מתרומה הנז', ק"ו פריכא הוא, דמה שאמר ומה במקום שעשה ויד מן הראשון וכו', הנה שם מדובר על האשה אם תשוב לבית אביה בנעוריה, וכיון שאביה כהן תאכל בתרומה, והכל תלוי רק בה בלבד, שאם יש לה בן מישראל לא שבה לבית אביה הכהן, ולא תאכל בתרומה משום הבן שיש לה מישראל. וכיון שהדבר תלוי רק בה, ע"כ שם פשוט הוא שדין ויד מן הראשון כמו ויד מן השני שזה בנה וזה בנה, ורחמנא אמר, ובת כהן כי תהיה אלמנה וגרושה זרע אין לה ושבה אל בית אביה כנעוריה. וזאת יש לה בן והוא חי, וזה שהוא בנה מבעלה הראשון ולא מהשני, לא מעלה ולא מוריד, לפי שסו"ס יש לה בן, והוא מעכבה שלא תשוב לבית אביה ולא תוכל לאכול מלחם אביה.

אבל ביבום כל הענין תלוי בבעל, אשר עליו נאמר: "ובן אין לו", והרי זה אין לו בן, והבן מבעלה הראשון לא משנה את מצבו של הבעל הזה שמת בלא בן, ואין כאן ק"ו. ע"כ נלע"ד שכונת השאלה היא, שחכמים יחמירו וידונו דין יבום לענין זה כדין התרומה, דיש כעין ק"ו אבל באמת אינו ק"ו. ועל זה שאלו שיגזרו חכמים להחמיר, והשיבו בפסוק שאמר, דרכיה דרכי נועם. ולא מצאתי כעת מי שיכתוב כן במפורש, ונלע"ד שהוא דבר נכון בעה"ו.

ואם כנים דברים אלו, יש מקום להעיר בדברי הגרש"י ז"ל בתשובתו הנזכרת, שכתב, דא"א לומר על הבן שיוולד מזרע מוקפא של הבעל שמת, שיחשב בן המת ויפקיע ממנה דין יבום. דכאן יש לדרוש בכיוון ההפוך מ"ש בגמ' "דרכיה דרכי נועם", דאין זה דרכי נועם, מאחר ולא היה לו בן בשעת מותו, וחלה עליה זיקת יבמין אחר ימי ההבחנה, וע"י הזרע המוקפא יפקע היבום ויהיו הבנים ממזרים, ותצא מהיבום כדין אשה שהתיבמה בטעות, ואין זה דרכי נועם כמו שאמרו שם וכו', עכ"ד.

ודינו צודק, דכיון שבשעת מות הבעל נתחייבה בייבום, משום שלא היו לו בנים אז, אין מתחשבים במה שיעשו אח"כ בזרע המוקפא של הבעל המת. אך הטעם הוא ברור, שרק שעת המיתה קובעת, ובשעת מיתתו של הבעל הזה, לא היה לו בן, וכבר נתחייבה בייבום. אבל הטעם שנתן הרב ז"ל לומר שלא אומרים שהקידושין פוקעים משום דרכי נועם, אי אפשר לומר כן, הן מצד שלא נוכל לדרוש זאת מעצמנו, שא"כ בכל דבר יאמרו דרכיה דרכי נועם. ועוד דלמה שכתבתי שאמרו זה רק כדי לבאר, למה חז"ל לא גוזרים להחמיר שאחר מות הבן תצטרך לחלוץ, וכנ"ל.

ובנידון זה שלא היה לו בן בשעת מותו ונתחייבה ביבום, לא שייך לומר למה לא יתקנו לפטור אותה כשיוולד בן מזרעו, דחז"ל גוזרים להחמיר כדי להרחיק מן העבירה ולא להקל, ואין שום טעם להביא פסוק זה. ומ"מ הדין אמת שהולד שיוולד מזרעו של המת, אין בו לשנות את דינה של האשה הזאת, ומכיון שבשעת מיתת בעלה לא היה לו ולד, והיא נתחייבה ביבום, שוב לא ישתנה דינה, אעפ"י שהרתה לאחר מיכן וגם ילדה מזרעו של בעלה המת, כי שעת מיתת הבעל היא בלבד שקובעת, אם האלמנה חייבת ביבום או פטורה ממנו. דמ"ש תורה, ובן אין לו, היינו בשעת מיתה דוקא, ואז לא היו לו.

והלם ראיתי בתוספות ישנים שבגליון הגמרא ביבמות (פ"ז ע"ב), שכתבו וז"ל:

הקשה הר"ם כי היכי דאמרינן גבי יבום פירוש דנעשה מתים כחיים משום דרכיה דרכי נועם, ומפרשים הא דכתיב ובן אין לו, בשעת מיתה, אבל אם יש לו בן בשעת מיתה ומת, מהני כחיים לפוטרה מן היבום. כן נימא לגבי תרומה מק"ו, ונפרש וזרע אין לה, בשעת מיתה אבל אם יש לה זרע בשעת מיתה מן הזר, אע"ג דמית אח"כ לא תשוב לתרומת אביה. וי"ל שאני גבי יבום דגלי קרא דכתיב דרכיה דרכי נועם, ומפיק לקרא מפשטיה, אבל גבי תרומה אין לנו מק"ו להוציא קרא מפשטיה, דפשטיה משמע וזרע אין לה, כל זמן שאין לה זרע תחזור.

ועדיין לא זכיתי להבין, דבתרומה נמי הא כתיב דרכיה דרכי נועם, ונפיק קרא מפשטיה. וכי פסוק זה דדרכיה דרכי נועם נאמר בענין יבום, והלא פסוק זה קאי על כל עניני התורה, וא"כ כמו שדרשוהו גבי יבום כן נדרשנו לענין תרומה.

וע"ש שכתבו עוד:

נראה לראש"י דדוקא גבי יבום משמע שפיר קרא ובן אין לו בשעת מיתה, דכתיב, "כי ישבו אחים יחדיו ומת אחד מהם ובן אין לו", (דהיינו) בשעת מיתה, ואם יש לו בשעת מיתה, (אעפ"י שמת אותו בן) אין זה "בן אין לו" כי מת. אבל לגבי תרומה בדידה תלה הכתוב, וא"כ משמע בכל עת שלא יהיה לה זרע, תשוב לתרומת בית אביה, דהא בכל עת שמת זרעה, נשארה אלמנה וגרושה וזרע אין לה, ובהכי אמר קרא דתיכול בתרומה דבי נשא. כן נראה לראש"י.

ומשמעות דבריהם הוא, דלא מהפסוק דרכיה וגו' הוא שהכריעו את הדין, אלא מגוף כל פסוק לפי ענינו, ביבום דכתיב "כי ישבו אחים יחדיו ומת אחד מהם ובן אין לו", המשמעות היא שבשעת מיתתו לא היה לו בן, אז חלה על אשתו זיקת יבמין. דכתיב כי ישבו ומת, שהכל מדבר בהוה שהיו יושבים יחד ומת אחד ובן אין לו, בזה הוא דחלה עליה זיקת יבמין. אבל אם באותה שעה היה לו בן, נפטרה מן היבום, ואם אחרי זה מת אותו בן לא משתנה דינה שכבר נפטרה מהיבום שעה אחת, מכוח הבן שהיה לו לבעל בשעת מיתתו. אבל בתרומה נאמר וכתהן כי תהיה אלמנה וגרושה וזרע אין לה ושבה וגו', תלה בה שכל זמן שלא יהיה לה, תשוב לתרומת אביה.

על כל פנים רואים אנו מדבריהם ז"ל, דאין הדין נקבע מכוח הפסוק דרכיה דרכי נועם, אלא משמעות הכתובים דרשו חז"ל, ואסמכוהו אקרא דדרכיה דרכי נועם, ולא נוכל לדרוש מדעתנו דרכיה דרכי נועם.

ועדיין חושב אני שיש מקום לבאר כמו שכתבתי, דאין כאן ק"ו, רק כונת השואל היא, למה לא גזרו רבנן להזיקה חליצה, וכנ"ל. ובזה הוא דאמרו דרכיה דרכי נועם וגו', כלומר שמשום זה נמנעו חז"ל מלתקן שתצטרך חליצה בכה"ג.

ובאמת אין צריכים לחדש בזה ולומר, יש לדרוש בכיוון ההפוך מ"ש בגמ' דרכיה דרכי נועם וכו'. אלא הדין אמת שכל שלא היה לו בן בעת מותו, היא פטורה מיבום ומן החליצה, דבגמרא אמרו שבשעת מיתה תליא מילתא. וגם שיש בזה סברא גדולה, שהתורה אמרה כי ישבו אחים יחדו וגו' יבמה יבא עליה ולקחה לו לאשה, ומשמע תיכף ומיד יקיים מצות היבום, שהרי התורה לא תלתה בשום ענין, וגם חז"ל לא הצריכו אלא הבחנה שיבחינו בין זרע בעלה ובין יבמה, ותו לא מידי.

עוד ראיתי להגר"ש ישראלי ז"ל שם, שאחר שכתב שהבן הנולד מזרע מוקפא אין לו שום ייחוס לאב, חזר והדגיש שגם לנחלה לא מתייחס לבעל הזרע, (ד"ה דאי אפשר וכו'). ועיין בסוף הדיבור שכתב וז"ל, כי ילד זה לא יתייחס לבעל הזרע שממנו הופרה, ואין הולד יכול לרדת לנחלה, עכ"ל. וכבר כתבתי לעיל משמו של הגרש"ז אורבך זצ"ל, שכן נחשב בנו לנחלה, וע"ש שכתב זה בפשיטות גמורה. וכן עיקר וכמו שאבאר בעה"ו.

עו"כ הגרש"י ז"ל, וכזה למדנו במס' ב"ב (ק"ט ע"א), דכיון דלענין יבום בן ובת כי הדדי ניהו, לענין נחלה נמי וכו'. וכ"כ התוס' (שם קט"ו ע"א ד"ה בן הבן) שכשם שמתפרש הכתוב ובן אין לו, שה"ה הבת, כן מתפרש בענין נחלה, וע"כ אין שום סתירה מיבום לדיני נחלה, כי לא שם בן עליו, והיינו שאינו מתייחס אחרי האב, כיון שלא היה עומד להולד בדרך הרגילה, בשעת מיתת האדם שממנו לוקח הזרע.

וקשים הדברים להבנה, שדעת כל גדולי הפוסקים שאפילו דרך אמבטי הוא נחשב בנו, ורק לענין קיום מצות פו"ר הוא שיש מו"מ בדברי הפוסקים, שהח"מ הסתפק בה, והב"ש מיפשט פשיטא ליה שקיים מצות פו"ר, והעירו עליו הרב המגיה בט"ז, גם מרן החיד"א העיר דאיך יקיים מצוה זו והוא לאו אדעתיה וכו'. ובענין הפריה מלאכותית נראה שידודו בה, גם החולקים על הב"ש באמבטי. ואיך אפ"ל דהנולד מהפריה מזרע שהיה מוקפא דלא מתייחס אל בעל הזרע כלל ולא יורש, והוא פלא.

ורק לענין יבום הוא דין מיוחד שאפילו שנולד בן מזרעו של המת, ואע"פ שהוא בנו לכל דבר, מ"מ אינו פוטר את אמו מן היבום, שכבר נתחייבה ביבום בשעת מות בעלה, הואיל ובעת מותו לא היה לו בן, ולא היה עיבור כלל. וזאת משום שקבעו חז"ל שפירוש הכתוב, ובן אין לו, שלא היה לו בן בשעת מיתתו, וע"כ לא מהני הבן הזה שנוצר אחר מות אביו לפטור האם מיבום וחליצה דשעת מיתת הבעל היא שקובעת. אבל לירושה וכו' בודאי שהוא בנו, והוא פשוט מכל הפוסקים הנ"ל.

ומה שהביא ממסכת ב"ב (ק"ט ע"א), אחר המח"ר לאו שמה מתיא, ששם הדיון הוא במ"ש במתניתין דריש פרק יש נוחלין (ק"ח ע"א), ואלו נוחלין ומנחילין האב את הבנים והבנים את האב, וכו'. ושם (בעמוד ב') אמרו דתניא, שארו זה האב, מלמד שהאב קודם לאחין, יכול יהא קודם לבן, ת"ל הקרוב, הקרוב קרוב קודם, ולהלן (ק"ט ע"א) אמרו, ואימא שארו זה האב מלמד שהאב קודם לבת (שאבי המת יהיה קודם לבת המת) וכו', ועל זה אמרו כיון דלענין יבום בן ובת כי הדדי נינהו. פירשב"ם דכתיב ובן אין לו עיין עליו (יבמות כ"ב ע"ב) נמצא גם הבת פוטרת את האחין מן היבום, אבל אבי המת אינו פוטר את אשת בנו מן היבום, נמצאת הבת קמה תחת אביה טפי מאבי המת ואחי המת.

נמצא שכל הדיון בסוגיא זו הוא על דין קדימות בירושה, שזה תלוי בקירבה, דהקרוב הקרוב קודם, ולעיל (ק"ח ע"ב) דנו מי יותר קרוב אם הבן או האח, ומנו קירבותיהם, שאמרו, ומה ראית לרבות את הבן ולהוציא את האח, מרבה אני את הבן שכן קם תחת אביו ליעדה, ולשדה אחוזה, אדרבה מרבה אני את האח שכן קם תחת אחיו ליבם, כלום יש יבום אלא במקום שאין בן, במקום שיש בן אין יבום, וע"ש עוד. וה"נ אמרו שהבת קודמת בירושת אביה לפני אב אביה, משום שקמה תחת אביה ליבום, שאם יש לו בן או בת אין יבום, משא"כ האב שלא פוטר מיבום.

והגרש"י ז"ל יצא ללמוד מזה דין חדש, שמי שלא עולה ליבום גם לא יורש את אביו. ולא זכיתי להביין ראיתו מסוגיא זו, שלא קרב דין דקדימות בירושה לדין ירושה. כמו שאין שום שייכות בין דין יבום, שבאמת ילד שיווצר אחר מות אביו מזרע מוקפא אינו פוטר מיבום, שזה דין מיוחד ביבום דאזלינן בתר בנו שהיה בנו בשעת מותו, אבל זה לא היה ולא נוצר, ורק פעולה חדשה שנעשתה אחר מות אביו יוצרת עיבור שממנו יוולד, וקרינן ביה ובן אין לו. אבל ירושה היא מציאות שזרעו של אדם יורש אותו. ואין הבדל כלל אימתי ואיך נוצר, אלא כל שהוא זרעו בבירור הוא יורש אותו. ואפילו שכבר חילקו היורשים את הירושה וכל אחד זכה בחלקו בטרם ייווצר בן זה וגם הריון עדיין לא היה, אפ"ה הוא זכאי לתבוע חלקו, והם חייבים לתת לו, כדין יורש שבא ממדינת הים אחר זמן ולא היה ידוע, שהחלוקה משתנה בהתאם, ה"נ בא יורש שלא היה בעולם כלל, אך הוא יורש והם חייבים לתת לו חלקו, והחלוקה תשתנה כראוי.

וגם הראיה שהביא מיבמות (כ"ב ע"א) אם ממזר פוטר מיבום ע"ש, גם היא תדחה באותה דרך ואין להאריך.

ובסוף דבריו כתב כמה פעמים שאם בן זה אינו בן לענין יבום אינו בן לשום דבר אחר. ולא נחשב קרוב לשום ענין כולל דיני עריות דהיינו אחוה וכל כיו"ב, כי אין לו שייכות לאב ולא למשפחתו לשום ענין, שכן דיני משפחה למדים מדיני יבום, ולא ניתן להפריד בין זה לזה, וחזר וסיים בזה"ל:

וממילא ברור שכל שנוולד מזרע מוקפא אחרי מות בעל הזרע, אין לו שום יחוס קירבה למשפחת האיש בעל הזרע, והיורשים ירשו כדין, ואין הולד יכול לתבוע חלקו בירושה, זה מה שנראה לנו נכון וברור. והי"מ וימ"נ.

ואחר המחילה, הפריזו על מדתו לומר שאין שום קירבה משפחתית, ולפי דבריו יהיה מותר באחותו מאביו, והעלים עינו מדברי הסמ"ק ועוד, שכתבו דחיישינן שמא ישא אחותו מאביו. ואע"ג ששם מדובר בזרע שנתעברה ממנו בעוד האב בחיים, מ"מ אין שום הבדל, שאם זרעו מחשיב הילד לבנו אעפ"י שלא נגע ומאליו נעשה. ה"ה נמי בדין זה, וה"ה שהוא יורש, ורק דין מיוחד יש בדיני יבום שהתורה אמרה, ומת אחד מהם ובן אין לו, וקבעו חז"ל שהפירוש בתורה הוא, שאין לו בן בשעת מיתתו, ואז חלה זיקת יבום, ולא מהני מה שאח"כ תתעבר מזרעו, שכבר התקיים בו כבעל המת "ובן אין לו" וכבר התחייבה ביבום, ואין ללמוד מזה לשאר הענינים, וק"ו ב"ב של ק"ו שאין להסיק מזה שאינו בנו. אלא הוא בנו בודאי, ואסור באחותו מאביו ובשאר קרובותיו כדין שאר בניו של האיש הזה בעל הזרע, ואין שום חילוק כלל.

והן עתה הראוני תשובת הגאון הר צבי ע"ה (חאהע"ז סימן כ"א), שדן בדין מי שנסתרס ע"י שחלה והוצרכו הרופאים לחתוך באבריו מי חשיב בידי אדם ואסור בקהל, או שנחשב סריס בידי שמים, ומותר. והביא דברי הים של שלמה שמתנה בזה שני תנאים. אבל החת"ס אהע"ז (סימן י"ז) כתב שכל שנעשה כדי להושיעו מחוליו, לא נאסר לבא בקהל, ע"ש.

ושוב הביא דברי החלקת יואב (חאה"ע סימן ג'), שכתב, שלא אסרה תורה פצוע דכא אלא כשנעשה בעבירה, שכיון שהקשה תורה פצוע דכא לממזר (ביבמות ע"ה ע"ב), תנא נאמר לא יבא פצוע דכא, ונאמר לא יבא ממזר, מה להלן בידי אדם אף כאן בידי אדם. ובירושלמי למדו מהיקש זה שפצוע דכא בידי שמים כשר, מה ממזר בידי אדם אף פצוע דכא בידי אדם. ובסמ"ג יליף לה, מה ממזר ע"י פשיעה וכו'. מה ממזר יצירתו ע"י עבירה, אף פצוע דכא לא אסרה תורה אלא כשהמעשה בא ע"י איסור ובעבירה של לאו דסירוס, אבל פצוע דכא שנעשה לשם רפואה משום סכנת נפשות, לא נקרא שבא ע"י עבירה. ולא אסרתו תורה לבא בקהל.

וכתב הגאון הר צבי, דלהחלקת יואב א"צ שתהא המחלה באברי ההולדה דוקא. ובענין הפרוסטטא א"צ שהחוטים עצמם יהיו מקור הסכנה, אלא בעיקר שיהא בחתיכת החוטים משום מניעת סכנה, ושנעשה פצוע דכא בהיתר.

עו"כ בהר צבי, שעצם הנחתו של החלקת יואב (שממזר תלוי בזה שיצירתו תעשה בעבירה), כן הוא בהגהת סמ"ק שהובא בב"ח (יו"ד סימן קצ"ה), וז"ל:

מצאתי בהגהות סמ"ק ישן מהר"ר פרץ שכתב אשה נדה יכולה לשכב על סדיני בעלה, ונזהרת מסדינים ששכב עליהם איש אחר, פן תתעבר וכו', שאין כאן ביאת איסור והולד כשר לגמרי אפילו תתעבר מש"ז של אחר, כי הלא בן סירא כשר היה, אלא דמש"ז של אחר קפדינן. אהבחנה גזירה שמא ישא אחותו מאביו.

וכבר הבאתי לעיל כל זה ומה שכתבו על זה האחרונים.

והנה מבואר ומפורש שגם הגאון הר צבי למד בדברי החלקת יואב בפשיטות דלא הוי ממזר אלא כשנולד ע"י ביאת איסור, והשוה דבריו לדברי הסמ"ק והר"ר פרץ שבב"ח הנ"ל, והוא כמו שכתבתי לעיל בס"ד.

וע"ש בהר צבי שהעיר על החלקת יואב שיש מהאחרונים שחולקים בזה, והזכיר שהם שו"ת בר ליואי וספר זכר לחגיגה, ובאמת הם יחידים נגד כל גדולי הפוסקים וכל נושאי כלי השו"ע.

וגם בהר צבי כתב, שאמנם לדעת רוב האחרונים הולד כשר משום שדין ממזר תלוי בביאת עבירה, מ"מ י"ל דאין להתיר (בסריס שחתכו לשם רפואה), שעצם החיתוך הוא מעשה איסור אלא שהותר לו משום פיקוח נפש. ועוד העיר מהאבני מילואים (אהע"ז סימן קע"ד), ביבמה ממזרת שנפלה לפני כשר, דמהתורה עשה דוחה ל"ת, אם יש לולד דין ממזר. והרי כאן מקיים מצוה, ומ"מ ס"ד שהולד ממזר. וכתב דאולי י"ל דתחילת הדין שנעשה ממזר, הוא בביאת איסור, ושאינו זה שאמו ממזרת דלא תלוי בעבירה, אלא מעצם זה שהוא בן של ממזרת, ואין ללמוד מזה לפצוע דכא.

ויש מזה סיוע למה שהעירתי לעיל בדברי הגרשז"א ע"ה, במה שהשוה דין דפקוח נפש, לדין דעשה דוחה ל"ת.

עוד ראיתי בהר צבי שהעיר על החלקת יואב, מא"א שנישאת עפ"י שני עדים שהעידו על מיתת בעלה, ואח"כ בא בעלה, שהולד ממזר, אעפ"י שאין כאן עבירה, דאנוס רחמנא פטריה, מ"מ הולד ממזר.

ולענ"ד, אעפ"י שאנוס רחמנא פטריה, מ"מ דבר פשוט שזה מיקרי מעשה עבירה, ומפורש בגמ' וברמב"ם (ריש פט"ו מהאס"ב) דהבא מן הערוה הולד ממזר בין באנוס בין ברצון וכו' וכמ"ש לעיל.

גם מ"ש מהחכם צבי שהעיר על חכם א', שכתב דאם טבע במים שא"ל סוף ונשאת, ואח"כ בא בעלה, שאין הולד ממזר. וכתב שהם דברי שגגה, וזה ברור לתינוקות דאטו ממזר תלוי בשגגה או באנוס? ! ודאי לא כן הוא, עכ"ל. והביא כל זה גם במנחת שלמה שם, וכתב כתבתי דכל זה מיקרי מעשה עבירה, שאין בכוח האנוס להתיר מעשה העבירה, אלא יש כאן מעשה עבירה באמת, רק רחמנא פטריה לזה שהוא אנוס.

ואולם בהמשך דברי הר צבי שם, כתב שהחלקת יואב שם, הביא ראייה דבמקום פקוח נפש לא נחשב למעשה עבירה כלל, מהא דברכות (נ"ג ע"א) דנר שהודלק לצורך חולה, מיקרי ששבת ממלאכת עבירה, וע"ש. ולכאורה זה דלא כמו שכתבתי בעוניי. מיהו בהר צבי שם כתב, דשאני התם שהוא דרבנן שהצריכו נר ששבת ממלאכה, ובכה"ג שנדלק בהיתר לא גזרו בו מלכתחילה, ע"ש.

ולעניות דעתי יש לחלק באופן אחר, ששם הצריכו לברך על נר ששבת ממלאכה האסורה, כלומר שלא נדלק באיסור, אבל נר שהיה דלוק מערב שבת ונשאר דלוק מברכים עליו כידוע. וממילא עולה דלא אמרו שלא לברך על נר שלא שבת, אלא שלא לברך על נר שנעברה בו עבירה, שהדליקוהו בשבת, אבל נר שהודלק לחולה לא נעברה בו עבירה, דמותר להדליק לצורך החולה. והוא מפורש בגמרא שם (דף נ"ב סוף ע"ב), ת"ר

אור ששבת מברכין עליו ושלא שבת אין מברכין עליו, מאי לא שבת, אי נימא לא שבת מחמת מלאכה אפילו ממלאכה דהתירא. והתניא אור של חיה ושל חולה מברכין עליו, אר"נ בר יצחק מאי שבת, ששבת מחמת מלאכת עבירה. תנ"ה עשית שהיתה דולקת והולכת כל היום כולו, למוצאי שבת מברכים עליה, ע"כ מהגמרא שם.

וכ"פ בטוש"ע א"ח (סימן רח"ץ ס"ה) וז"ל, אין מברכין על הנר שלא שבת ממלאכת עבירה, לאפוקי אור שהודלק לחיה ולחולה, שכיון שלא הודלק לעבירה מברכין עליו, אבל אם הדליקו אינו יהודי בשבת אין מברכין עליו, כיון שאם היה מדליקו ישראל היה עובר, לא שבת ממלאכת עבירה מיקרי. עכ"ל. וע"ש במשנה ברורה (ס"ק י"ז) שכתב דאפילו הדליקו הנכרי לצורך עצמו אין מברכין עליו. וע"ש בשער הציון (אות ט"ו) שכן דעת כל הפוסקים.

ובאמת צריך להבין למה זה מיקרי שלא שבת ממלאכת עבירה? ובע"כ צ"ל שכן תיקנו רבותינו ע"ה, שיברכו בורא מאורי האש במוצאי שבת על נר שלא נעשתה בו מלאכה, שאם היה עושה אותה יהודי יש בה עבירה. וע"כ הגם שאין שבת לגוי, מ"מ הנר הודלק בשבת באופן שאם היה יהודי שהדליקו, הוי חילול שבת, ע"כ הוא בכלל נר שנעשתה בו מלאכת איסור בשבת. אבל נר של חולה הוא בהיתר גם לישראל, וע"כ נחשב שלא נעברה בו עבירה.

אבל בממזר שנולד מא"א ע"י זרע של איש זר, שבזה התנאי הוא ביאת איסור, אעפ"י שנעשתה באונס גמור, ואפילו ששניהם אנוסים, מ"מ נוצר וולד ע"י ביאה אסורה, שאין שום היתר לביאה זו, רק באונס פטורים דרחמנא פטרינהו, אבל העבירה במקומה עומדת, אבל חולה וחיה שמותר להדליק עבורם, לא נעבדה בנר זה שום עבירה (אבל בעריות דאפילו אמרו להם שאם לא יעשו עבירה ייהרגו אותם, דהדין הוא יהרג ולא יעבור, אז אין שום היתר, ובעבירה היתה ביאה זו).

וע"כ אין מקום למה שכתב החלק"י דבמקום פקוח נפש לא נחשב למעשה עבירה, דזה נכון רק בשבת ולא בעריות. וע"כ מה שהקשה שם בהר צבי לפני כן, מא"א שנשאת עפ"י שני עדים שהעידו שמת בעלה, שהולד ממזר, לא קשה כלל וכלל. דהביאה אסורה, אלא שהיא לא אשמה שהרי הוטעתה ע"י עדים ואינה בת עונשים, וכיון שהולד נוצר ע"י ביאת איסור הרי הוא ממזר, ופשוט.

עוד ראיתי בהר צבי שם שהביא דברי התוס' (יבמות ט"ז ע"ב ד"ה קסבר) [שהביא במנחת שלמה שם], וכתב דדין זה אם צריך ביאת איסור לממזרות, תלוי בשני התירושים של התוספות, למה עכו"ם הבא על בת ישראל הולד ממזר, והרי אין בו איסור תורה. ותירצו דאפילו שאין איסור בצינעא מ"מ לא תפסי בהו קידושין, אי נמי מעכו"ם הוי ממזר דרבנן, וכתבו שהראשון עיקר. ועיינן לעיל מה שהערתי בזה בדברי הגרשז"א ז"ל.

וגם בהר צבי כתב, אולם י"ל שדברי התוס' הם רק למ"ד הולד ממזר, אבל לדידן דקיי"ל גוי ועבד שבא על בת ישראל הולד כשר (באה"ע"ז סימן ד' סעיף י"ט), י"ל שגם התוס' מודים שתלוי בביאת איסור, עכ"ל. וע"ש במה שכתבתי עוד בזה.

ואבוא להמשך דברי הגרשז"א ז"ל (שם אות ו'), שכתב, ודאיתנין להכא נראה לבאר מה שנסתפקו גדולי עולם, לענין אשה שנתעברה באמבטי, אם הולד מתייחס אחר בעל הזרע או לא. ולכאורה אין דבריהם מובנים, דהמהיכי תיתי לחדש שגם לענין יחוס תלוי בביאה דוקא. והרי בהרבעת בהמה למ"ד חוששין לזרע האב, או בכלאים שהאב בהמה ואמו חיה, לענין איסור חלב, הלא פשוט דאין שום טעם לחלק בין נתעברה כדרכה או ע"י הפריה מלאכותית, כיון שבמציאות הוא מורכב משניהם, ומהיכ"ת נימא דלענין יחוס בעינן דוקא ע"י שיבא עליה בדרך כל הארץ.

וכתב, דלדבריו דלעיל שהבא על א"א ונתגרשה לפני קליטת הזרע, אפי"ה הולד ממזר, דמיד שנכנס הזרע בגופה ממנו, חשיב כתחילת הריון אע"פ שעדיין לא נקלט עד שנתגרשה, יתכן לומר שרק ע"י ביאה דתיכף בפליטת הזרע חשיב כתחילת הריון, ע"כ הבן מתייחס תיכף אחריו, משא"כ בהפריה מלאכותית שבודאי הזרע שיצא ממנו ונמצא במזרק א"א לחושבו כלל כתחילת הריון, אפשר דכיון שאין היחוס מתחיל מיד, שוב אינו חוזר ומתחיל, ואמרינן כיון דפסקה פסקה, ורואין אותו כמי שיש לו רק אם ולא אב.

עו"כ לחדש דאפשר שבכה"ג שזרע האב במזרק וחסר מעשה שיכנס בגופה, אפשר שהבן מתייחס גם לאם ולא לאב לבדו, ואם האב כהן והאם ישראלית, הבן יהיה חצי כהן וחצי ישראל, ואע"ג שאם מת ושב וחי עפ"י נס, מסתבר שלא נפסק היחס, שאני התם שכבר נתייחס תחלה, משא"כ הכא שהוא דחוי מעיקרא (ועיין עוד מה שהאריך בזה), עכ"ל.

והנה מה שכתב הגאון ז"ל, שנסתפקו גדולי עולם אם הולד שנולד באמבטי מתייחס אחר בעל הזרע או לא. הנה כונתו למחלוקת הח"מ והב"ש, והם נחלקו אם הבן מתייחס אליו לענין קיום מצות פו"ר וכנ"ל, דלענין יחוס כבר כתב בהגהת רבינו פרץ ז"ל שבסמ"ק כתוב שא"צ להתרחק מסדין שישן עליו בעלה, אבל מסדין דאיש אחר צריכה לזוהר שלא ישא את אחותו. ולא נחלקו בזה. והואיל והמחלוקת היא לענין פו"ר, אין מקום לתמיהת הגרשז"א ע"ה, שכתב דדבריהם אינם מובנים וכו'. דספיקו של הח"מ הוא משום דמצוה צריכה כונה, והוא לא כיוון למצוה ובכלל לא כיוון לפו"ר, ובאמבטי אפשר שלא כיוון כלל לתת זרעו שם (ובהפריה מלאכותית אם עשה כדי להפרות ולקיים זרע על הארץ אפשר שגם הח"מ יודה דקיים פו"ר).

וז"ל החיד"א ז"ל בברכ"י אה"ע (סימן א' אות י"ד, ד"ה וחזיתיה), ותו דאף אמנם וכו', מאי פסקא דקיים פו"ר כיון דלא כיוון משום אקרובי, ולא קרב זה אל אשה כלל, והוא יגע לריק באמבטי וכו', עכ"ל. וא"כ הטעם של האומרים שאינו מתייחס הוא רק לומר שלא קיים פו"ר, והטעם פשוט, וא"צ לחידוש של הגרשז"א ז"ל.

וגם אין זה ענין למה שהעלה בא"א שזינתה, ונתגרשה קודם שנקלט הזרע של הזר, וכו'. אבל בהפריה שהזרע במזרק, א"א לחושבו כתחילת הריון, וחידש שבכה"ג שזרע האב עודנו מוקפא וצריך מעשה כדי להכניסו בגופה של האשה, אפשר שהולד מתייחס גם לאם, ואם האב כהן והאם ישראלית, הבן יהיה חצי כהן וחצי ישראל, וכנ"ל.

והוא חידוש שלא שמענו ולא ראינו, וכל יסודו הוא על פי מה שהקשה וחידש. ואחר המח"ר כראוי להדר גאון ישראל ע"ה, אין כאן קושיא, ואין אנו צריכים לתירוץ ולחילוק הנ"ל, ולענ"ד אין מקום כלל לחדש חידוש זה, אלא תמיד כשהאב כהן הולד שנולד מזרעו, כל שאין ספק שהוא מזרעו, אע"פ שהיה בדרך הפריה, הולד כהן גמור דמתיחס אחר אביו בלא פקפוק ולא נחלקו אלא לענין קיום מצות פו"ר.

עו"כ שם (אות ו' ד"ה ואי אמרינן הכי), וזת"ד, שלפי הנ"ל נראה שאין הולד ממזר אע"ג שהוא מורכב מזרע של אח ואחות, שרבים מהפוסקים סברי שהטעם שגוי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר, הוא משום דרחמנא אפקריה לזרעיה דעכו"ם, והולד נגרר אחר האם בלבד, עיין ריטב"א יבמות (מה ע"ב), ובתוס' יבמות (ט"ז ע"ב) ד"ה עכו"ם, ובתוס' רי"ד שם, ובביאור הגר"א (סי' ד' ס"ה), ע"כ.

וגם בזה נלע"ד להעיר דריהטת לשונו של הסמ"ק לא משמע הכי, שכתב, שלא תשכב על סדין של איש אחר שמא תתעבר, ואע"פ שהולד כשר חיישינן שמא ישא אח את אחותו. ולא ראיתי מי שחולק ע"ז לומר שהאח הזה מותר באחותו. ונראה מפשיטות הלשון, שהוא איסור אח ואחות רגיל, וממילא שהולד ממזר, וגם הדמיון שמדמה דין זה לדין גוי הבא על בת ישראל, דרחמנא אפקריה לזרעיה, שאין זה בנוי על סברא, אלא על הפסוק שנא' וזרמת סוסים וגו', וכאן אין ספק שבני ישראל הם ומה שייך דין הפקר בזה.

עו"כ שם, אלא שאעפי"כ נראה כהסוברים שגם באמבטי הולד מתיחס שפיר אחר בעל הזרע, וכו'. וכיון שכן הה"נ בישראל שמתיהס אחריו, אלא שזה פשוט דבאמבטי הולכים רק אחר שעת הכניסה לגוף האשה, וגם נתן זרעו (במזרק) בעודה פנויה, ואח"כ נישאת ונתנו אותו זרע במעיה, הולד ממזר. אך אם נתן זרעו בעודנו גוי, ונתגייר ואח"כ נתנו הזרע תוך מעיה, פשוט דאין לו יחס, ודינו כעכו"ם הבא על בת ישראל, ע"כ.

והדברים קשה להבינם וכ"ש לקבלם, שכבר הוכחתי שדעת רוב ככל הפוסקים, שאין ממזרות אלא בביאת איסור וכנ"ל. וע"כ אין מה לדון בזה על ממזרות כלל, ואולם צודקים דבריו דאין זה משנה שהוציא זרעו בעודה פנויה, ואם אמנם היה דין זרע זה במעיה של א"א לממזר, אז אין הצלה בכך שנתן זרעו בצנצנת בעודה פנויה, אך למעשה אין נ"מ בזה לפי מה שכתבתי.

וע"ש בסוף הדבור (הנז') שעדיין יש לו ספק, אם נתנו מזרעו לגוף האשה ומת תיכף לפני הקליטה, אם זה חשוב כמו שבא עליה ומת, ופטורה מחליצה כמו שכתב לעיל, או שבכהאי גוונא שאינה דרך ביאה וצריכים ללכת רק אחר הקליטה, ונשאר בצ"ע.

עו"כ בשם החלקת יעקב (שם אות ז') דגם אם בהפריה מלאכותית הוא בנו לכל דבר, מ"מ לא אומרים בזה רוב בעילות אחר הבעל. והוי ספק. והרבה לתמוה ע"ז דמהיכי תיתי להחשיבו ספק, ולא מיבעיא אם הזרע הוא מהבעל עצמו, אלא גם אם לקחו מאיש אחר, אם שניהם מודים שפרשו זמ"ז ג' חדשים קודם ההפריה, וג"ח לאחריה, למה נחשוש. וע"ש.

ובאות ז' שם, העלה שאין בזה חשש הוצאת ז"ל, וגם להמחמירים בזה לצורך בדיקה, היינו משום שהוא להשחתה, משא"כ לצורך הולדה. ואפי' למ"ד שהבן לא מתיחס אחריו אין בזה הוצו"ל, ודלא כדברי מלכיאל ח"ד (סי' ק"ז) שכתב שאם לא נחשב בנו הוי מוציא ז"ל, ונמשכו אחריו כמה ממחברי זמנינו, והוא תמוה, דמ"מ מקיים בזה מצות שבת, וכמו שמותר לעבד עברי לישא שפחה כנענית אע"פ שבנה כמותה. והוסיף דבעי' שיעשו ע"י רופא נאמן ובנוכחות רופא נוסף שידעו ברור שזה מזרע הבעל ולא אחר. ואע"פ שאם יתפשט ההיתר (להפרותה מבעלה), יש לחשוש שקלי הדעת יעשו בלי השגחה מעולה, ויש לחוש שהבנים יהיו ממזרים, מ"מ אין לחסום הדרך נגד הכשרים, מפני הפוחזים, עכ"ד.

ואולם כבר פשטה ההוראה להכשיר הולד מחשש ממזרות גם כשזה מאיש אחר. ואעפ"י כחייבים לעשות בהשגחה ראויה, שלא ישתמשו בזרע של איש אחר, שאע"פ שאין בזה חשש ממזרות, מ"מ יש רבים שהחמירו לעשות כן לכתחילה, ועל צבאם מרן הגאון בעל יביע אומר שליט"א.

עו"כ במנחת שלמה שם (אות ח') על הספק אם מקיימים מצות פו"ר ע"י הפריה מלאכותית, וכתב שאין זה מקומו, אך גם אם מניעת ההריון הוא משום שימי התעברותה של האשה חלים בימי נדוטה, אפ"ה אין חיוב להתחכם בתחבולות כאלה. אך יש לדון כשהאשה תובעת מבעלה לעשות כן משום חוטרא לידא והוא לא מסכים, וכן להיפך, אם הבעל דורש את זה משום פו"ר, אם מחייבים אותם על כך או לא. וכן אם שהה י' שנים ולא ילדה, והאשה לא מסכימה לעשות הפריה מלאכותית אם תוכל לכוף בעלה לגרשה [אולי צ"ל אם יכול בעלה לכופה]. וכתב דנראה שאם תוכל להתעבר רק בימי נדתה דיש לצרף טענת קים לי כהר"ר שלמה מלונדון ז"ל שסובר שהולד נחשב כבן הנדה. ואע"פ שלא זכיתי להבין דבריו כלל, מיהו גם אם אפשר שנתעבר בימי טהרתה לא ברור אם אפשר לחייב על כך, אפילו שאין בהכנסת פי המזרק בצואר הרחם משום פתיחת הקבר שהוא דק ונכנס בריוח. והדבר צריך תלמוד. עכ"ד ק.

והנה יש מקום לומר שהח"מ שנסתפק אם מקיים פו"ר ע"י אמבטי, וכן הרב המגיה בט"ז ומרן החיד"א ז"ל, שהשיגו על דברי הב"ש שפשט לספיקו של הח"מ, והעלה שהמקיים פו"ר ע"י אמבטי, נלע"ד שכולם יודו שבהפריה מלאכותית כן מקיים מצות פו"ר. דהטענה באמבטי הוא, ששם לא כיוון אלא באונס הוה, וכנ"ל בשם מרן החיד"א ע"ה. אבל בזה שנעשה במכוון למטרת הפריה, וכשזה בין בעל ואשתו, בודאי כונתו היא לקיים מצות פו"ר. נלע"ד דכו"ע יודו שמקיים מצות פו"ר.

ואם נוסיף לזה דמקיימים מצות פו"ר ע"י הפריה מלאכותית, דבימינו דבר זה נעשה פשוט ואין בו סיכון כלל, ומעשים בכל יום ובכל שעה, נראה דיש מקום לומר שיכולים לחייב זה את זה לפרות בדרך זו, האשה מתוך דרישה דבעינא חוטרא לידא,

והבעל בטענה שרוצה לקיים מצות פו"ר³. וגם אם כבר קיימו פו"ר יכול לדרוש לקיים מצות שבת אך ע"ז א"א לכוף אלא ברצונם ובהסכמתם יקיימו מצוות יקרות אלו.

עוד כתב (באות ט) שם, לדון בספיקו של מרן החיד"א ע"ה (בברכ"י סימן י"ג אות י) באשה שנתעברה באמבטי, אם מותרת להנשא בימי העיבור והיניקה, דאפשר דבמילתא דלא שכיחא לא גזרו רבנן. וראה שיש בזמנינו שכתבו שבהפריה מלאכותית דשכיחא ודאי יודה דאסור. וע"כ פסקו בא"א שנתעברה מזרע של אחר, אע"ג דלא נאסרה לבעלה (גם הגרשז"א ז"ל מודה דלא נאסרה לבעלה אלא ע"י ביאת איסור). מ"מ צריך בעלה לפרוש ממנה כל ימי העיבור והיניקה. וצ"ע להציץ אליעזר ח"ג (סי' כ"ז), שמסתפק שאם עשתה כן בידיעת בעלה, שאולי דינו כדין כנס במזיד מעוברת חבירו שיוציא בגט, אפי' הוא כהן שלא יוכל להחזירה לעולם.

והגרשז"א ז"ל רצה לפשוט להתיר מהאבני מילואים (סי' י"ג סק"א), שפסק שאם נשא אשה בהיתר, ונמצאת מעוברת, לא חייב להוציא דבהיתר נשאה. וכתב דגם בזה אפשר דבזה שהיתה נשואה לו מכבר ונתעברה תחת בעלה, שלא גזרו בה.

שוב הביא מאוה"פ (סי' י"ג אות ס"ה) בשם הרבה גדולי עולם דרק בבא לשאת אותה לכתחילה הוא דאסור, אבל נאנסה אשתו תחתיו ונתעברה לא גזרו בה, וכתב בישועות מלכו שגם בנתעברה מותרת לבעלה, ואין צ"ל בזמן היניקה. והגרשז"א ז"ל כתב דה"ה בנתעברה בהסכמת הבעל מזרע של אחר. דמסתמא הוא רוצה לפרנס ואין לחוש לולד, וגם אין חשש שתתעבר, שהרי היתה עמו עד עתה ולא נתעברה (וע"ש שהאריך בזה).

3. הערת עורך: יש לעיין אם יכול לחייב את האשה הואיל והדבר כרוך בטיפולים קשים ביותר. וגם את האיש יש להסתפק אם ניתן לחייב משום שהרבה ילדים שנולדו מהפריה חיצונית הם בעלי לקויות שונות.

זכויותיו וחובותיו של הדיין

הרב שלמה דיכובסקי

מנהל בתי הדין הרבניים¹

אני מבקש לעסוק בכנס זה במעמד ההלכתי של הדיינים ובהשלכות שיש לכך בימינו. המשנה במסכת בכורות (ד, ו) אומרת: "הנוטל שכר לדון דיניו בטלים". מקורו של האיסור הוא מן הפסוק (דברים ד, ה), "ראה למדתי אתכם חוקים ומשפטים – מה אני בחינם אף אתם בחינם" (בכורות כט ע"א).

ברמב"ם, הל' סנהדרין (כג, ה) נפסק הדבר להלכה:

כל דיין שנוטל שכרו לדון דיניו בטלים, והוא שלא יהיה שכר הניכר, אבל אם היה עוסק במלאכתו ובאו לפניו שנים לדין ואמר להם תנו לי מי שיעשה תחתי עד שאדון לכם או תנו לי שכר בטלתי הרי זה מותר, והוא שיהא הדבר ניכר שהוא שכר הבטלה בלבד ולא יותר.

גם בשלחן ערוך חו"מ (סימן ט סעיף ה) נפסק:

הנוטל שכר לדון כל דיניו שדן בטלים, אלא א"כ ידוע שלא נטל בהם שכר. ואם אינו נוטל אלא שכר בטלתו מותר. והוא שיהיה ניכר לכל שאינו נוטל אלא שכר בטלתו, כגון שיש לו מלאכה ידועה לעשות בשעה שיש לו לדון... והוא שיקבל משניהם בשוה. אבל אם אינו ניכר, כגון שאין לו מלאכה ידועה אלא שאומר שמא יזדמן לי שכר בקניית סחורה וסרסרות ובשביל זה מבקש שכר, אסור.

בתקופת הגאונים התחיל המצב להשתנות. הדיין היה מקבל חוק קצוב מאנשי המקום, מכל איש מבין עשרים שנה ומעלה, שני זוזים בשנה, זוז בפסח וזוז בסוכות. הרמב"ם התנגד באופן חריף לקבלת תמורה עבור לימוד תורה וראה בכך חילול השם (הל' תלמוד תורה, ג, י"א):

כל המשים על לבו שיעסוק בתורה ולא יעשה מלאכה ויתפרנס מן הצדקה, הרי זה חילל את השם וביזה את התורה וכיבה מאור הדת וגרם רעה לעצמו ונטל חייו מן העולם הבא.

אולם הכסף משנה סנגר על המצב הקיים וכתב:

1. דיין בית הדין הרבני הגדול בדימוס.

וראינו כל חכמי ישראל קודם זמן רבנו ואחריו נוהגים ליטול שכרם מן הציבור. וגם כי נודה שהלכה כדברי רבנו, אפשר שהסכימו כן כל חכמי הדורות משום 'עת לעשות לה' הפרו תורתך', שאילו לא הייתה פרנסת הלומדים והמלמדים מצויה, לא היו יכולים לטרוח בתורה כראוי.

בתקופות מאוחרות יותר נהגו ליטול "דמי פסק" מבעלי הדין. את השכר הזה לא תבעו הדיינים, והסתפקו במה שנתנו בעלי הדין – אם נתנו. בעל עוללות אפרים כותב על כך: "הרבה מכשולים אשר אין להעלותם על הכתב באים מזה". לכן הוא מציע:

ויותר נכון ליתן לדיינים קצבה קבועה מידי שנה די מחסורם מקופת הקהל, כדי שיתבטלו מכל עסק וישבו בימים ידועים מבוקר עד ערב.

הרע"ב מברטנורא במסכת בכורות יצא בחריפות נגד הרבנים הנוטלים שכר עבור כתיבה ומסירה של גט, וכותב כי הרב והעדים הם גזלנים ואנסים. וזה לשון הרע"ב:

וברבני אשכנז ראיתי שערוריה בדבר זה, שלא יבוש הרב הנסמך ראש ישיבה ליטול עשרה זהובים כדי להיות חצי שעה על כתיבת ונתינת גט אחד, והעדים החותמים על הגט שני זהובים או זהוב לכל הפחות לכל אחד. ואין זה הרב בעיני אלא גזלן ואנס, לפי שהוא יודע שאין נותנים גט בעירו שלא ברשותו, ונותן הגט בעל כרחו צריך שיתן לו כל חפציו. וחושש אני לגט זה שהוא פסול, דהא תנן במתניתין הנוטל שכר לדרן דיניו בטילים, להעיד עדותו בטלה.

דברי הרע"ב הובאו גם בספר סדר הגט שבסוף סימן קנד בשלחן ערוך אבן העזר, ובהגהה שם סנגר על המנהג. גם התפארת ישראל על המשנה שם סנגר על המנהג ואמר:

...דהוא מדמה סידור גט לדין, והא ליתא, דכל דין בין דיני ממונות או איסור והיתר הרב מורה הלכה על דבר שכבר קרה, והיינו ממש לימוד תורה שאסור בשכר. מה שאין כן סידור הגט, אינו לימוד, רק עסק, שמתעסק בענינו של המגרש ושומר שלא יהיה בעסק שום קלקול, וזה מותר, דלא חייבה התורה שילך הרב לראות אם פלוני קובע מזוזתו יפה או אם תפילין שלו כדינו, או אם מסדר גיטו כראוי. ורק אם יבואו לשאלו בכל אלה אם הוא מותר או אסור, מחוייב להורות בחינם, אבל שיהיה הוא שם ויראה אם עושה כדין, זו לא שמענו... ותו גם בדין, דוקא שלא הוקבע לכך לעולם י"ל דאסור ליטול שכר, אבל מי יכריחו להתרצות להיות קבוע בדבר זה לעולם בחנם – ודאי בכה"ג רשאי להתנות בתחילה שיהיה לו בעד גט וחליצה כך וכך, דזה לא שכר הדין הוא, רק שכר בעבור שהתרצה להיות קבוע לדבר זה לעולם. ועת לעשות לה' הפרו תורתך, דאל"כ לא ימצא מי שיתרצה להיות קבוע לענין זה בכל שעה.

דברי ה"תפארת ישראל" נותנים את הבסיס ההלכתי לדיינים בימינו הנוטלים שכר מקופת הציבור, והם חייבים להיות קבועים בכל עת, ואדרבא, נאסר עליהם לעבוד בכל משרה אחרת (אלא בתנאים מאוד מגבילים), וחייבים להקדיש את כל זמנם לעבודת הדיינות בלבד.

ניתן להוסיף, שבימינו עוסקים הדיינים גם בדברים שאינם הלכתיים, כמו סמכויות, גישור ופישור, ועל כך ניתן לקבל שכר.

הדברים אמורים ביחס להלכה השוללת קבלת שכר לדיינים. הדיין אינו יכול לטעון שעצמאות השיפוט מאפשרת לו לקבוע בעצמו את שעות עבודתו ואת סדרי העבודה. לא כך הדברים. הדיין אמנם אינו תלוי באחרים בפסקי הדין, אבל לגבי סדרי עבודה, שעות עבודה ומקום עבודה, דינו ככל שכיר או פועל. הדיינים הם שכירים שנבחרו על ידי המדינה לצורך מילוי תפקידם. הדיין הוא בלתי תלוי בדיון שהוא פוסק, כפי שנאמר בחוק הדיינים: "אין על דיון מרות בענייני שפיטה, זולת מרותו של הדין לפיו הוא דן". אולם ביחס לדיני עבודה, הדיין אינו שונה מכל עובד אחר שחייב למלא את תפקידו לפי תנאי העבודה שקבע המעסיק. בתלוש המשכורת של הדיין כתוב ששעות עבודתו השבועית הן 42.5 שעות. בחלוקה לחמישה ימי עבודה, מדובר ב-8.5 שעות ליום. בנציבות שירות המדינה אמרו לי שאת העבודה הזאת הוא חייב לבצע בבית הדין, ואינו יכול לפטור עצמו בטענה שהוא עובד בבית או שהוא מהרהר בתיק כשהוא הולך או כשהוא ישן. יש להם דוגמאות רבות לעובדי מדינה מן הסוג הזה. בנוסף, הדיין, כמו השופט, מחויב להקדיש את כל זמנו לשיפוט, ואינו יכול לומר שעבודתו היא 8.5 שעות ליום, ותו לא. לכן הוא מקבל משכורת גבוהה – אגב, יותר גבוהה ממשכורת שר – בכדי שלא יזדקק להשלמת הכנסה או לעיסוק נוסף. אמרו לי שאצל שופטים יום העבודה שלהם מתחיל מן הבוקר (8.00 בבוקר) עד הערב – קרי: 18.00 או 19.00. נדיר מאוד ששופט הולך לביתו בשעה 16.00, ואם הוא עושה כן הוא מרגיש צורך להתנצל ולהסביר.

במצב הקיים שהדיינים מתפרנסים מקופת המדינה, הרי כלפי המדינה דינם כשכירים הנשכרים למלאכה, ועליהם לראות עצמם כשייכים יותר להלכות פועלים מבחינת דיני עבודה. בתלוש המשכורת של הדיין מפורטות שעות העבודה, שהן שעות מינימום. על הדיין נאסר לעסוק בכל עיסוק אחר, בכדי שיהיה פנוי לעבודה, גם מעבר לשעות המקובלות. אף אחד לא יכול להתלונן על המשכורת, ולכך יש להכיר טובה לגאון רבי אליעזר גולדשמידט זצ"ל שעשה הרבה בשביל שדיינים יחשבו לשופטים מבחינת תנאי שכר. המדינה רואה אותנו כמחויבים לעבודה.

צריך לזכור את דברי הרמב"ם (הל' שכירות יג, ז):

כדרך שמוזהר בעל הבית שלא יגזול שכר עני ולא יעכבנו, כך העני מוזהר שלא יגזול מלאכת בעל הבית ויבטל מעט בכאן ומעט בכאן ומוציא כל היום במרמה, אלא חייב לדקדק על עצמו בזמן, שהרי הקפידו על ברכה רביעית של ברכת המזון שלא יברך אותה. וכן חייב לעבוד בכל כוחו, שהרי יעקב הצדיק אמר כי בכל כוחי עבדתי את אביכן. לפיכך נטל שכר זאת אף בעולם הזה שנאמר ויפרץ האיש מאוד מאוד.

אינני יודע מאין לקחו דיינים מסוימים – לשמחתי, מדובר בבודדים בלבד – היתר לעצמם לזלזל בשעות העבודה, ולעבוד למחצה לשליש או לרביע.

דבר נוסף. נפסק בשלחן ערוך (חור"מ סימן ה סעיף ג-ד):

זמן ישיבת הדיינים מהבוקר עד סוף שעה חמישית. מכאן ואילך אין צריכים לישוב. אין יושבים בדין מתחילת שעה שביעית אפילו לגמור הדין עד שיתפללו תפלת המנחה, ואם התחילו אין מפסיקין.

הסמ"ע שם מציין שהרמב"ם אומר עד שעה ששית, והטור אומר עד חצי היום.

אני רוצה לומר כאן בעניין זה מספר דברים. ההלכה שלא להתחיל דין סמוך למנחה, לקוחה ממסכת שבת דף (ט ע"ב – י ע"א). הלכה זו אומרת שלא ייכנס אדם לדין לפני מנחה, שמא ימשך עד שיעבור זמן תפלה. בשלחן ערוך, או"ח סימן רלב, וברמ"א שם, נפסק שאם קוראים להתפלל בבית הכנסת או יש זמן קבוע לתפלה (עיי' שער הציון סימן רלה ס"ק יט), אין חשש לאיחור זמן התפלה. טעם נוסף מובא שם בגמרא, משום ששעה שישית היא סעודת תלמידי חכמים, ולאחר מכן האוכל הוא כזורק אבן לחמת. אולם "אם טעים מידי בצפרא, לית לן בה". הדברים אמורים בסדר החיים שהיה בזמנם, ככתוב בשלחן ערוך או"ח סימן קנה: "אחרי שיצא מבית הכנסת ילך לבית המדרש ויקבע עת ללמוד". כאשר היה מגיע החכם לבית המדרש, היה לומד בעצמו וגם מתבקש לענות על שאלות ולפסוק דין. לא כולם היו אוכלים קודם לכן, ולכן נפסק בשלחן ערוך שם: "קודם שילך לבית המדרש יוכל לאכול פת שחרית אם הוא רגיל בכך". הטור מוסיף: "ויאכל רק מעט". כלפי המצב הזה, כאשר ארוחת צהרים הייתה בעצם ארוחת בוקר ("ארוחת בוצר"), נאמרה ההלכה שלא ידחה את האכילה לאחר שש שעות כי לאחר מכן הוא כזורק אבן לחמת, כפי שנאמר במסכת שבת דף י ע"ב, בגמרא שם נאמר, שאם אכל כל שהוא אין חשש של זורק אבן לחמת. אולם בימינו, כולם אוכלים פת שחרית, ולפחות אוכלים כל שהוא, כך שאין חשש של זורק אבן לחמת.

ועיין בפירוש "כסף הקדשים" על שלחן ערוך חו"מ שם, שהביא את דברי הזוהר הקדוש בפרשת משפטים, שלא לדון דיני ממונות לאחר אכילה ושתייה. ועל כך הוא שאל מכמה מקורות, כמו שנאמר במסכת ב"ק (עב ע"ב), שרב נחמן אמר, שהיות "דלא אכילנא בישרא. דתורא לא צילא דעתאי", וכן ממה שנאמר, כל ת"ח שיושב בתענית נקרא חוטא. וכתב שכל עמודי העולם לא השגיחו בזה כלל. ולכן הסיק שקפידת הזוהר היא רק לאכילה באמצע עיון הדין, ולא לפת שחרית. וכך הסיק בערוך השולחן שם. כך שאין בעיה לדיינים לאכול פת שחרית, ולכן אין מקום להזדרז לאכול לפני שש שעות מחשש של זורק אבן לחמת.

יש כאן נקודה נוספת. בעבר, הדיינות לא הייתה אומנותם של הדיינים, ולכל אחד הייתה מלאכה נוספת. הגמרא מספרת על רבן גמליאל שנכנס לביתו של רבי יהושע, וראה שהכתלים שחורים, ואמר לו מכותלי ביתך ניכר שפחמי אתה. אמר רבי יהושע לרבן גמליאל: "אוי לדור שאתה פרנסו, שאינך יודע בצערם של תלמידי חכמים".

לסיכום: קבלת קצבה קבועה עושה את הדיינים לשכירים – לא מדובר ביחס לפסיקת ההלכה והדין. אין על דין כל מרות אחרת, זולת הדין לפי הוא דן, וגם המדינה מכירה בזה. אבל ביחס לזמני עבודה, והצורך לעמוד במסכת הזמן המחויבת, יש לדיין דין שכיר. הוא אינו יכול לעשות דין לעצמו, למהר לצאת ולאחר לבוא. דינו ככל פועל

הכפוף למלא את מכסת עבודתו. הנהלת בתי הדין ממונה על סדרי הדין מטעם המדינה, ויש צורך לציית להנחיות הניתנות על ידה.

ראיתי לנכון לצטט כאן קטע מביאור הגר"א על ספר משלי. נאמר במשלי (ו, א-ד):

בְּנֵי אִם עֲרֹבֶתָ לְרֵעֶךָ תִּקְעֶתָ לְזֹר פִּיֶּיךָ : נֹקֶשֶׁת בְּאִמְרֵי פִיֶּךָ נִלְפָדֶתָ בְּאִמְרֵי
פִיֶּיךָ : עֲשֵׂה זֹאת אִפּוֹא בְּנֵי וְהִנָּצַל כִּי בָאֵת בְּכַף רֵעֶךָ לֶךָ הַתְּרַפֵּס וְיִהְיֶה רֵעֶיךָ :
אֵל תִּתֵּן שִׁנְהָ לְעֵינֶיךָ וְהַנּוֹמָה לְעַפְעָפֶיךָ :

הגאון מפרש את הפסוקים הללו על הדיינים, שהם בבחינת "ערב קבלן" לעם ישראל ונענשים בגלל עינוי הדין: "תקעת לזר כפיך". הדין הוא שנפרעים מן הערב גם בלי לתבוע את המלווה. שלמה המלך אומר לדיינים: אם תקעת לזר כפיך – כלומר התמנית לדיין – "לך התרפס", כלומר תהיה כאסקופה הנדרסת שלא תעכב שום דין, כמו שנאמר במסכת שבת (י ע"א): "רב אמי ורב אסי הוו יתבי וגרסי ביני עמודי, וכל שעתא ושעתא הוו טפחי אעיברא דדשא ואמרי אי איכא דאית ליה דינא, ליעול וליתי, שלא תעכב שום דין, וכמעשה דרבן שמעון בן גמליאל הנהרג". כוונת הגר"א לנאמר במכילתא פרשת משפטים ובמסכת שמחות פרק ח, על רבן שמעון בן גמליאל ורבי ישמעאל כהן גדול שיצאו ליהרג, והיה רבי שמעון בוכה. ואמר לו רבי ישמעאל על מה אתה בוכה. אמר לו רבי שמעון, שאיני יודע על מה אני נהרג. ואמר לו רבי ישמעאל, אולי קרה שבאו אליך לדין או לשאלה, ועכבתו עד שתהא שותה כוסך ונועל סנדלך או עוטף טליתך, והתורה אמרה, אם ענה תענה אותו שמוע אשמע צעקתו וחרה אפי והרגתי אתכם בחרב. אמר לו רבי שמעון, נחמתני רבי. לכן מפרש הגאון – מצווה שלמה המלך: לך התרפס, תהיה כאסקופה הנדרסת, שכולם יוכלו לבוא לפניך לדין בכל שעה, ואל תתן שינה לעיניך. רק כך, תוכל לצאת ידי חובת הערבות שקבלת עבור בני ישראל!

הרי לנו חומר הדין, בדיין שאינו מקבל שכר, וק"ו בן בנו של ק"ו, בדיין המקבל

שכר!

כתובה ומזונות בעוברת על דת ובמעשה כיעור¹

הרב אליהו הישריק

דיין בית הדין הרבני האזורי תל אביב

העובדות הנדרשות לעניין

ביה"ד דן בתביעת גירושין שהגיש הבעל כדי לחייב את אשתו לקבל גט. עילות הבעל לחיוב האשה לקבל את גיטה היו, לטענתו, בגין התנהגות האישה, אשר לדבריו מעשיה אלו קובעים את מעמדה כ"עוברת על דת" וכמי ש"עשתה מעשה כיעור", שההלכה מאפשרת עקב כך לבעל לגרש אשה.

על ביה"ד היה מוטל לדון ולפסוק בשתי סוגיות עיקריות:

א. בעניין הגירושין: בשאלה האם יש לחייב את האישה בגירושין?

ב. בעניין כתובה ומזונות: במידה ותחויב האישה בגירושין, האם היא הפסידה את כתובתה? האם פסק הדין שבו חויב הבעל במזונות אשתו, דינו להתבטל, ומה דינם של הכספים שכבר שילם הבעל בגין מזונות – האם על האשה להחזירם?

בית הדין נתן פסק דין ארוך ומנומק בשאלה האם יש לחייב את האשה בקבלת גט.

ביה"ד הגיע בנושא זה לקביעה חד משמעית וכתב בין השאר:

על סמך כל האמור ולאחר שביה"ד קיבל את העדויות וכן את אישור האישה על המעשים שעשתה... ביה"ד קובע כי הוכח בפני ביה"ד על פי כל כללי הראיות הנדרשות בהלכה את העובדה כי היא בגדר אישה שעשתה "מעשה כיעור" וכן "עוברת על דת".

לפיכך פסק ביה"ד:

"ביה"ד מחייב את האישה בקבלת גט פיטורין עקב הקביעה כי האישה היא בגדר מי שעשתה "מעשי כיעור" וכן "עוברת על דת".

במסגרת זו, נתרכז רק בנושא חיוב או פטור הבעל מהכתובה וממזונות לאישה שהיא "עוברת על דת" או "עושה מעשה כיעור".

1. פסק דין בתיק (רבני תל אביב) 591531/15 (י"ד במרחשון התשע"ג, 30/10/2012). פסק הדין פורסם באתר המרשתת של בתי הדין הרבניים.

חיוב או פטור הבעל מתשלום הכתובה

כאמור, בית הדין קבע כי האישה היא הן "עוברת על דת" הן אישה שעשתה מעשה כיעור. בעקבות כך צריך לבדוק את נושא הכתובה והמזונות משני ההיבטים.

דין עוברת על דת לעניין הכתובה

"עוברת על דת" מנויה במשנה בכתובות פ"ז מ"ו (עו ע"א) בין הנשים אשר "יוצאות שלא בכתובה", וכפי שנפסק בשלחן ערוך סימן קטו סעיף א. כך, שלכאורה ברור שאישה זו הפסידה כתובתה. אלא שכידוע נפסק ע"פ הגמרא בסוטה כה ע"א, שלהפסד הכתובה צריכה האישה התראה ובלא התראה אינה מפסידה אותה, וכנפסק בשלחן ערוך שם סעיף ד, ובמקרה שלפנינו לא הייתה התראה.

ואולם לדעת השבות יעקב ח"ג סימן קכו, משמשתו נידה אינה צריכה התראה משום שברור לנו שהיא יודעת מהאיסור (הובא ב"פתחי תשובה" ס"ק יא), ובלשונו: ונלע"ד דאפילו נימא דכל עוברת על ד"מ צריכה התראה מ"מ משמשתו נדה שהוא דבר הידוע לכל האנשים אפי' שהיא עם הארץ גמור מ"מ בשעת נישואין לומדים עמה קרובים ושכנים כיצד יזהר בנדתה שוב א"צ התראה אחרת בשעת מעשה.

הדברים קל וחומר בעניין הנדון בפנינו. שכן זאת ברור לכל אישה, גם במגזרים שאינם שומרי תורה ומצוות כלל, כי ה"קו האדום" של אישה נשואה הוא שינה ביחד עם גבר אחר שאינו בעלה בביתו של אותו גבר אחר, ועוד במשך לילות שלמים. ברור לאישה כזו היטב בטרם עשיית מעשים אלו מה הן ההשלכות החמורות שלהם. לכן על כך פשוט שאינה צריכה התראה.

אמנם השבות יעקב עצמו כתב שחידושו תלוי במחלוקת הראשונים, האם די בהתראה שלא תעשה מעשה פלוני, וזו שיטת הריא"ז בשלטי גיבורים, או שצריך לומר לאישה במפורש שאם תעשה מעשה פלוני תפסיד כתובה, ובלא זה לא נחשבת התראה, וזוהי שיטת הרשב"א, תשובות הרא"ש והגהות מרדכי. דלרשב"א, ודאי בכל מקרה תהיה צריכה התראה, רק לשיטת הריא"ז שההתראה מטרתה היא כדי שלא תוכל לומר שלא ידעה שאסור לעשות מעשה זה, אזי במקום שברור לכל שהאישה יודעת מאיסור זה, אין צריכה התראה.

אך השבות יעקב כתב, דהסכמת האחרונים לפסוק כריא"ז והשלטי גיבורים (זאת למרות שהח"מ בס"ק טז פסק כהרא"ש והגהות מרדכי), וכן פסק בבית שמואל בס"ק יז, שאין צריך לומר לה בהתראה שתפסיד כתובתה, ובבאר היטב הביא כן בשם הכנה"ג. עיין גם בפס"ד של ביה"ד הרבני ירושלים תיק מס' 174/תשטו, פורסם בפד"ר חלק א' עמ' 335–336 (בהרכב הרבנים: יעקב עדס, בצלאל זולטי, הגרי"ש אלישיב זצ"ל), שכתבו לפסוק כשיטת השבות יעקב, שבכל מקרה שהאיסור וחומרתו ידועים אין צורך בהתראה ומפסידה כתובתה ללא התראה.

ועוד, גם אם היה ספק בהלכה, לא תוכל להוציא מהבעל את הכתובה, שהרי הוא המוחזק בעניין זה, כמבואר במשנה ריש פרק ארוסה (סוטה כד א), שנחלקו בית שמאי ובית הלל אי שטר העומד ליגבות כגבוי דמי ומי נחשב מוחזק בכתובה. וק"ל כב"ה דלאו כגבוי ביד האישה הוי, והיא נחשבת מוציא לגבי הבעל הנחשב מוחזק (עיי' בזה ב"ש סימן ט' ס"ק ד').

דין מעשה כיעור לעניין כתובה

בשונה מדין עוברת על דת שדין הפסד כתובתה מבואר במשנה, הרי שלגבי אשה שעשתה מעשה כיעור לא מצאנו מפורש בתלמוד התייחסות לכך. ואף שלכאורה הדברים ק"ו, שהרי מעשיה של אישה אשר עשתה מעשה כיעור חמורים יותר, מכל מקום מצד האמת אין הדבר כן. שונה סיבת הפסד הכתובה בעוברת על דת, מסיבת הפסד הכתובה של מי שעשתה מעשי הכיעור. בעוברת על דת אין המעשה עצמו מפסידה את הכתובה, שהרי כל עוד לא הכשילה על ידו את בעלה, אין בו בכדי לעשותה עוברת על דת, לא לגבי חיוב גירושין ולא לגבי כתובה. הוזה אומר, עצם העברה על איסורים, אפילו הם חמורים, אין בה כדי להפסידה כתובתה. סיבת הפסד הכתובה היא, משום שבכך שהאישה לא גילתה את אוזן בעלה והסתירה ממנו את עובדת האיסור וגרמה לו משום כך לעבור 'איסור', הרי היא הפילה את האימון שבין בני הזוג, ולמעשה גרמה קלקול בחיי הנישואין. חיי נישואין משותפים יכולים להיות מושתתים אך ורק על אימון הדדי. בכך שהאישה הכשילה את בעלה היא שברה אימון זה. ללא מצב של אימון מוחלט בחיי היום יום לא ניתן להמשיך בעתיד ולחיות ביחד. זהו דין המשנה שעוברת על דת יכול הבעל לגרשה ולהוציאה גם ללא כתובה. בקצרה, הפסד הכתובה הוא תולדה של היות האישה חשודה להונות את בעלה בחיי היום יום, ככל שהדבר נוגע לדברים שבאיסור, שהוא אמור להיות סמוך ובטוח עליה, דבר הפוגם בעתיד המשך האפשרות לחיות חיים של זוג, שעיקרם הוא בסיס באמינות. משא"כ בעושה מעשה כיעור, הרי לא הכשילה בכך את בעלה כלל, אלא אנו דנים על המעשה שהיה כבר, בשאלה האם חומרת מעשה כזה דיו ויש בו מספיק כדי להפסידה את כתובתה. אמנם יש רגליים לדבר, אך בפועל הרי לא נתברר שזינתה.

האם ניתן לבסס את הפסד כתובתה של מי שעשתה מעשה כיעור על כך שהיא נאסרה לבעלה? לכאורה אין לומר שתיאסר על בעלה, שהרי ק"ל ש"אין האישה נאסרת על בעלה אלא בעדי טומאה". ובמעשה כיעור הרי לא היו עדי טומאה ולא נתברר הדבר.

הדעה המקובלת היא כי שיטת הרמב"ם והשלחן ערוך היא שאין במעשיה של מי שעשתה "משעה כיעור" בכדי לאוסרה על בעלה. שהרי, הם מפרשים את סוגיית הגמרא בפרק שני ביבמות, שהדיון בשאלה אם תצא או לא תצא הוא רק לגבי הנטען, אבל מהבעל אין מוציאים אלא בעדי טומאה. בעקבות כך מתפרש לשון הרמב"ם בפרק כד

מהלכות אישות הלכה טו, לאחר שהביא את הדוגמאות השונות למי שעשתה מעשה מכוער, וזה לשונו שם: "אם רצה בעלה להוציאה, תצא."

וביתר ביאור כתב בהמשך, שם בהלכה טז:

עוברת על דת משה או על דת יהודית וכן זו שעשתה דבר מכוער, אין כופין את הבעל להוציא אלא אם רצה לא יוציא...

במגיד משנה שם, כתב שהרמב"ם ביאר שכל הדיון בסוגית הגמרא ביבמות היינו להוציאה מהנטען, אבל מבעל "אין מוציאין אלא בעדי טומאה."

אמנם אין הדברים בעניין זה חד־משמעיים. הכסף משנה על פסק הרמב"ם הסובר שהפסידה כתובה ואין צריכה התראה, כתב כמקור לכך את הדברים דלהלן:

ומ"ש שאינה צריכה התראה פשוט הוא שכיוון שעברה כבר נאסרה על בעלה ותו לא שייך התראה.

בשאלה זו, אם מי שעשתה "מעשה כיעור" נאסרת לבעלה, נחלקו ה"בית מאיר" והגאון רעק"א.

בתשובת רעק"א חלק א, קיימות שלוש תשובות בנושא זה (סימן צט, ק, קא). בסימן צט, זוהי תשובת רעק"א, בסימן ק' זוהי תשובתו של ה"בית מאיר", שנכתבה לרעק"א כתגובה על הנאמר בתשובה צט. בתשובה קא השיב הגרעק"א לבית מאיר. העולה מהדברים הוא כי לדעת הבית מאיר האישה נאסרת לבעלה, ולדעתו זהו הבסיס להפסד כתובתה, וזה לשון הבית מאיר שם:

וא"כ כך סידורו... וע"ז כתב ואף הרמב"ם כתב כדבריהם, ר"ל נהי דלא פירש כדבריהם בסוגיא אלא ע"פ פי' הרי"ף, מ"מ כחומרא דנפיק מפירושם שע"י כל עדי כיעור איבדה כתובתה מפני שנאסרה לו ובזה מיושב מה שתמה בב"י.

לעומתו, יצא הגרעק"א לחלוק ולומר שאינה נאסרת לבעלה, ואלו דבריו שם בסימן קא:

אנכי בעניי לא מצאתי מבואר בהרמב"ם דבכיעור אסורה לבעלה, דממ"ש דבכיעור איבדה כתובה בלא התראה, אין ראייה לזה דאסורה, ד"ל כיון שעשתה מעשה פריצות גדול כזה עד שמראין הדברים שהי' שם עברה קנסיה רבנן דתצא בלא כתובה.

עייין שם, שהרחיב והאריך להביא כמה ראיות מן הגמרא, מן הרמב"ם ומן הפוסקים, עד שהסיק "ע"כ ברור דאינה אסורה כלל וכלל."

אמנם הוא מתחבט לבאר מדוע א"כ הפסידה האישה כתובתה. כלומר, בניגוד לדעת הבית מאיר הסובר שהאישה נאסרת על בעלה, שאז ברור שיש סיבה להפסידה כתובתה, נצרך רעק"א לייסד כי משום עצם עשיית מעשה פריצות כזה קנסו אותה חכמים שתפסיד כתובה. כלומר, חכמים הציבו כאן תקנה לקנוס את האישה עקב מעשה חמור שעשתה.

אמנם יש אולי בידינו הגדרה וסיבה לכך, אבל עדיין איננו יודעים מה המקור לאותה תקנה של קנס שקנסו את האישה. שהרי כאמור, בתלמוד לא נזכר כלל שהפסידה כתובה. ובשלמא אם היה נאמר בתלמוד, שמי שעשתה מעשה כיעור הפסידה כתובתה, אף שלא היה מבואר טעמו, היינו מבארים שכנראה הייתה תקנה שקנסו את האישה. אך למעשה לא נאמר כלל שהפסידה כתובה, וא"כ עדיין נשאר עלום אותו מקור לומר שהפסידה את הכתובה, ושדין זה ביסוסו על קנס שקנסו חכמים את האישה עקב מעשה מסוים שעשתה.

כאמור הרמב"ם בפרק כד הלכה טו פסק כן במפורש: "אם רצה בעלה להוציאה תצא ואין לה כתובה ואין זו צריכה התראה."

ויש בהסבר של רעק"א ליישב את שיטת הרמב"ם, מ"מ עדיין לא מצאנו את המקור לתקנה. בשלמא לשיטת הסוברים שנאסרה על בעלה, יכולים אנו לומר שלא הוצרך התלמוד לומר במפורש שאיבדה כתובתה, שהרי פשוט הוא, וכלשון הכסף משנה על הרמב"ם. אך לסוברים שאינה נאסרת על בעלה, א"כ עלינו לחדש הלכה חדשה של 'קנס', ומניין מצאו הרמב"ם והריטב"א (שיובא להלן) מקור לכך?

המגיד משנה הראה מקור לדברי הרמב"ם מן הירושלמי, והוסיף: "וזה דעת הרבה מן המפרשים ז"ל שבדברים אלו אבדה כתובתה". וכוונתו לדברי הירושלמי בכתובות פרק המדיר הלכה ו, שבא מעשה לפני רבי יוסי שראו אותם נותן פיו על פיה ואמר "תיפוק בלא פרן", דהיינו שתצא בלא כתובה, ושם לא הייתה התראה.

והנה מקובל לומר כי הרשב"א בתשובה חולק על הרמב"ם וס"ל שאין האישה מפסידה כתובתה אלא כאשר נאסרה על בעלה. מזה עולה, שהיות ובמעשה כיעור לא נאסרה על בעלה, שהרי לא היו עדי טומאה שזינתה ואין האישה נאסרת אלא בעדי טומאה, וא"כ בזה סובר הרשב"א שלא מפסדת כתובתה. דברי הרשב"א הם בחלק א' תשובה אלף קפז:

ומכל מקום אם בא להוציא נותן לה כתובה עיקר ותוספת לפי שאינה מפסדת כתובה אלא מי שבית דין מוציאין אותה בעדי טומאה. אבל מי שהוא טוען עליה ואומר שמאמין שזינתה ועדים אין בה אינה מפסדת כלום מכתובתה דדילמא עילה מצא בה כדי להפסידה. אבל אם זינתה ויש עדי טומאה מפסדת עיקר כתובתה ותוספת.

וכך הביאו המהרשד"ם חלק אבהע"ז סימן קסא:

ולענין הכתובה אפי' היה הבעל רוצה לחוש לנפשו להוציאה היה חייב ליתן לה כל כתובתה כיון שכ' הרשב"א באותה תשובה וז"ל ומ"מ אם בא להוציא נותן לה כתובה עיקר ותוספת לפי שאינה מפסדת כתובתה אלא שב"ד מוציאין אותה בעדי טומאה ועליו הייתי סומך.

כלומר, דעת המהרשד"ם היא שהרשב"א חולק על הרמב"ם בדין זה של אישה שעשתה מעשה כיעור, ולדעת הרשב"א לא הפסידה כתובתה. והמהרשד"ם פסק להלכה לסמוך על דעת הרשב"א בזה ולא הפסידה כתובתה.

אך מנגד יש לפנינו תשובת רשב"א אחרת המתייחסת למעשה כיעור, ובה כותב הרשב"א כי האישה איבדה כתובתה ואינה צריכה לשם כך התראה. וזה ממש כדברי הרמב"ם, והרשב"א אף מדגיש שדין מי שעשתה מעשה כיעור שונה בכך מעוברת על דת. תשובת הרשב"א הזו היא בחלק ד' סימן עט, ואלו דבריו שם:

ואפי' בנשבעת או בנודרת כראוי, ואינה מקיימת, נראה לי שאין להפסידה כתובתה, אלא אחר התראה בעדים, ובמסכת סוטה (כ"ה) אסיקנא דעוברת על דת צריכ' התראה. ומסתברת דה"ה לכל השנויות עמה. דהא בחדא מחתא מחתינהו תנא וכי הדדי תננהו, למימרא דחד דינא אית להו... ולא אמרו שאיני צריכה התראה, אלא ליוצאה משום שם רע, ודבר מכווער. דכיעורה התראתה.

דבר זה העיר המהרש"ם בשו"ת חלק א סימן קיז, כתשובה לאלו המביאים את דעת הרשב"א שלא הפסידה כתובה, ואלו דבריו שם:

ואני מצאתי בתשו' הרשב"א ח"ד סימן ע"ט, אחר שכתב דבנודרת ואינה מקיימת צריכה התראה, סיים, וז"ל: ולא אמרו שא"צ התראה אלא ליוצאה משום ש"ר ודבר מכווער שכיעורה התראה, עכ"ל.

ויישוב הסתירה לכאורה בדברי הרשב"א נראית כדלהלן. תשובות הרשב"א מתייחסות לשני מקרים שונים לחלוטין.

הרשב"א בחלק א סימן אלף קפז, עוסק במקרה של בעל שלדבריו מצא את אשתו בלילה במיטתה ומתחת למיטתה מצא גוי ללא לבוש. בתחילה לא חשד באשתו אלא האמין לה, ולאחר מכן הפחידוהו ראשי הקהל במקום שהלך לדור שם, ואמר שהאמין באותה שעה כי אשתו זינתה, ושוב חזר בו ואמר שמאמין שאשתו כשרה, ומה שאמר היה משום שהסיתוהו לכך. ועל כך נשאלה השאלה, האם מותר או אסור לבעל לחזור לחיות עם אשתו.

הרשב"א, לאחר שדן בנתונים של מקרה זה ומביא את סוגיות הגמרא, הסיק שאינה נאסרת עליו ורק אם בא לצאת ידי שמים יוציא. על כך כתב הרשב"א ששאלת הכתובה תלויה בשאלה האם האשה נאסרה על בעלה או לא, והרי בזה אמרין שאינה מפסדת כתובה אלא במי שבי"ד מוציאין אותה בעדי טומאה. דהיינו, אם הבעל בא להיפטר מכתובה רק על סמך מה שראה הוא אמנם רשאי להוציאה, אך בהחלט עליו לשלם כתובה, שהרי לא הייתה כל פסיקה של בי"ד ע"פ עדים שהיא זינתה. דהיינו, כוונת הרשב"א היא להבחין בין מקרה שנאסרה על פי עדים לבין מקרה שנאסרה עליו על פי עצמו, שבזה אינה מפסידה כתובה. אבל מה יהיה הדין כאשר יש בפנינו שני עדים על מעשה כיעור, שאז אין אנו נזקקין לדברי הבעל או למה שהוא מאמין אלא ע"פ עדות גמורה – בזה לא דיבר הרשב"א כלל.

לעומת זאת התשובה השנייה עוסקת במי שעשתה מעשה כיעור, והיו שני עדים שהעידו על כך. בזה יכול להיות שתפסיד כתובה ולא רק מפני שנאסרה, וכמו שכתב הרמב"ם והסבירו הגרע"א בתשובותיו בסימן קא. ובזאת פוסק הרשב"א כדברי

הרמב"ם שהפסידה כתובה. כך שאין כלל כל סתירה בין התשובות. ובוזה יש אכן מקום רב לקבל את דברי המהרש"ם הנ"ל.

הריטב"א נמנה עם אותם ראשונים הסוברים כדעת הרמב"ם, שאישה שעשתה מעשה כיעור הפסידה כתובתה ללא התראה. כפי שכותב הריטב"א במסכת יבמות כד ע"ב, בסוגיא של אימתי מוציאים מנטען:

והא דקתני רבי הואיל ומכוער הדבר תצא, איבעית אימא תצא מנטען...איבעית אימא תצא מן הבעל, לומר שאם רצה להוציא מפני שלבו נוקפו תצא ממנו בעל כרחה ועוברת על דת משה ויהודית שהיא יוצאת בלא כתובה, אם רצה הבעל להוציא, ולא עוד אלא דההיא צריכה התראה להפסידה כתובתה כדאסיקנא במסכת סוטה אבל זו שיש בה דבר מכוער מאבדת התראה.

דברי הריטב"א אלו הובאו גם בנמו"י ביבמות שם. וכפל הריטב"א דבריו אלו להלכה בסוף מסכת קידושין (פא ע"א) בסכמו את ההלכות של עוברת על דת ושל אישה שעשתה מעשה כיעור, וזה לשונו:

נמצאת אומר כי שלשה דינים בדבר... ובעוברת על דת משה ויהודית או בעידי דבר מכוער, אם רצה להוציא מוציא שלא בכתובה, והוא דאיכא התראה כדאיתא במסכת סוטה. מיהו דוקא בעוברת על דת, אבל בעידי דבר מכוער אינה צריכה התראה.

דהיינו, בשיטת הרמב"ם מצאנו עוד ראשונים הסוברים כמותו, והם הריטב"א והנמו"י. גם הגאון רעק"א בתשובותיו קמא סימן קא הביא את דברי הריטב"א הנ"ל וציין כי הוא הולך בשיטת הרמב"ם.

והנה כל הפוסקים שדנו בשאלת הפסד הכתובה של מי שעשתה מעשה כיעור שווים בכך כי לא הביאו שום מקור מן הבבלי ותרו אחר דעות הראשונים, וכפי שהבאנו לעיל. ומכיוון שכן, למעשה נשאר הדבר במחלוקת ראשונים, האם מי שעשתה מעשה כיעור הפסידה כתובה או לא.

בשלחן ערוך סימן קטו סעיף ה פסק:

כל אלו אין להם לא עיקר כתובה ולא תנאי כתובה ולא תוספת, אבל תטול מה שהכניסה לו והוא בעין בין מנכסי צאן ברזל בין מנכסי מלוג. ואם בלה או נגנב או נאבד, אין מוציאיין ממנו. וכן הדין במי שזינתה או שיוצאה משום שם רע, שאיבדה עיקר כתובה ותוספת, ונוטלת מה שהוא בעין מכל מה שהכניסה. וכן הדין בכל אותם ששנינו בהן תצא מזה ומזה.

מהי "יוצאת משום שם רע" שמתכוון אליה השלחן ערוך? נראה שהגדרה זו לקוחה מתוך דברי הרמב"ם בפרק כד הלכה טו:

כיצד היא יוצאה משום שם רע, כגון שהיו שם עדים שעשת דבר מכוער ביותר שהדברים מראין שהיתה שם עברה, אע"פ שאין שם עדות ברורה בזנות, כיצד כגון שהיתה בחצר לבדה וראו רוכל יוצא ונכנסו מיד בשעת יציאתו ומצאו אותה עומדת מעל המטה והיא לובשת המכנסים או חוגרת

אזורה, או שמצאו רוק לח למעלה מן הכילה או שהיו שניהם יוצאים ממקום אפל או מעלין זה את זה מן הבור וכיוצא בו...

הגדרה זו של יוצאת משום "שם רע" לדברי הרמב"ם באה לתאר את מי שעשתה "מעשי כיעור". יוצא אם כן, שמפורש בשלחן ערוך שאישה כזו מאבדת את כתובתה והתוספת. אמנם השלחן ערוך לא הביא דין זה בסימן יא, וזאת משום שעיקרו של סימן יא, על פי הרי"ף והרמב"ם ובעקבותיהם השלחן ערוך, עוסק בדיני הנטען ולא בדין הבעל, ולכן הביא אותו השלחן ערוך בסימן קטו.

יש להבין כיצד נעלמה הלכה מפורשת בשלחן ערוך מעיניהם של כל גדולי עולם? שהרי לא הגאון רעק"א ולא הבית מאיר, שניהם כלל לא הביא את דעת השלחן ערוך.

לא זו בלבד, אלא שהבית מאיר (בתשובה סימן ק בשו"ת רעק"א) לא מצא מי שאומר כן, שהפסידה כתובתה (ללא התראה) כדעת הרמב"ם, עד שנצרך לתלות עדותו בדברי הב"ש בסימן יא ס"ק ו. ברור אם כן שלדעת הבית מאיר אין דין זה מופיע בשלחן ערוך עצמו.

יתרה מכך, האבני נזר בשו"ת אבהע"ז חלק א סימן ל, פשיטא ליה שהשלחן ערוך לא הביא את דין הרמב"ם שהפסידה כתובתה ואינה צריכה התראה, עד שהקשה מדוע השמיט השלחן ערוך דין זה, וזה לשונו:

ואבאר הדברים, דהנה כתב הרמב"ם פכ"ד מה' אישות הלכה י"ד בהי' עדים על דבר מכוער ביותר, וכהני דרוכל יוצא... אם רצה הבעל להוציאה תצא בלא כתובה ואין זו צריכה התראה, ובש"ע סימן קט"ו לא הובא דין זה דבעידי כיעור תפסיד כתובתה בלא התראה אך צריך להבין מנ"ל להרמב"ם דבעידי כיעור מפסדת הכתובה בלא התראה.

ולאחר שביאר האבני נזר בדרכו את טעמו ומקורו של הרמב"ם, כתב שלפי זה אכן יש רבים מהראשונים שחולקים על הרמב"ם בדין זה, והסיק בלשונו שם:

ובזה נבאר מה שהשמיטו בש"ע דעת הרמב"ם הנ"ל דמפסדת כתובה בלא התראה... מעתה הרמב"ם לשיטתו... ע"כ מפסדת כתובתה, משא"כ לדין ההיתר משום ברי, ה"ה דאינה מפסדת כתובתה ואתי שפיר.

הנה דבריו מפורשים, שדעת השלחן ערוך היא שלא כהרמב"ם, וזוהי כנראה הסיבה להשמטת דין הרמב"ם בשלחן ערוך. על כל פנים, בזה הושוו כל האחרונים הנ"ל, שאף לא אחד מהם הצביע על השלחן ערוך כמי שסובר כרמב"ם.

קדם לו בשיטה זו, הגאון רבי אריה ליב צינץ, בעל ה"גט מקושר" ו"טיב גיטין", בן דורם של רעק"א, החתם סופר, הנודע ביהודה ועוד, וכתב בעניין זה בשו"ת מהרא"ל אבהע"ז סימן יא, מערכה שלמה בדין עדי כיעור. גם מדבריו עולה שהשלחן ערוך אינו סובר כהרמב"ם, והוא מדייק זאת מהשלחן ערוך בסימן יא סעיף ג. ואלו דבריו:

אך רבינו המחבר בשו"ע (סימן יא סעיף ג) כתב כל מקום שאמרו תצא, תצא בלא כתובה. ומשמע בזה שכתב (בסעיף א) אם הוציאה בעלה בדבר מכוער וקלא דלא פסיק, שאין כופין להוציאה, יש לה כתובה.

דברי השו"ת מהרא"ל נסובים על פסיקת השלחן ערוך בסעיף ג. השלחן ערוך שם, בהתייחסו לנאמר בשני הסעיפים הראשונים העוסקים בדין מי שעשתה מעשה כיעור, כתב: "כל מקום שאמרו תצא – תצא בלא כתובה", והמעייין בסעיפים הקודמים יוכח כי בעוד שביחס לשאלת הוצאת האישה מהנטען נאמר בשלחן ערוך הלשון "תצא" הרי שביחס לבעל כתב השלחן ערוך בסעיף א: "אם הוציאה הבעל בדבר מכוער". כלומר ביחס לדין האישה כלפי הבעל לא נאמר הלשון "תצא" אלא בלשון "אם הוציאה הבעל" (שממנו דייק הב"ש ס"ק ו שאינו חייב להוציאה). מכך הסיק הגאון הנ"ל כי השלחן ערוך לא ס"ל שאיבדה כתובתה, שהרי אינה כלולה בכלל זה של השלחן ערוך, אלא סובר השלחן ערוך שלא הפסידה כתובתה. על כך הוסיף המהרא"ל להקשות:

ותימא גדולה איך לא הביא דעת הרמב"ם והריטב"א דאפילו בעדי כיעור לחוד מפסדת כתובתה.

כלומר, פשיטא ליה שהשלחן ערוך אינו סובר כרמב"ם וחולק עליו, אלא שתמה מדוע לא ראה השלחן ערוך צורך להביא דעת הרמב"ם בזה, כאשר בין השאר הוא משתמש באותה סברה שהבאנו לעיל שאין סיבה שתפסיד כתובתה, ואלו דבריו: "א"כ כ"ש כאן דמתירין אותה לבעלה ומחזקין שלא נבעלה, למה תפסיד כתובתה". בהמשך, חזר והבהיר את דעתו הנ"ל בשיטת השלחן ערוך:

וא"כ נכון פסק השו"ע, כשאמרו תצא תצא בלא כתובה, משמע דוקא שהיא אסורה עליו... אלא ע"כ דעדי כיעור אפילו עם קלא דלא פסיק, פשיטא לן טפי דשרי לקיימה מעוברת על דת אחר התראה, א"כ ממילא שאין ללמוד שתפסיד כתובה בעדי כיעור בלא התראה מעוברת על דת אחר התראה.

אולם לכאורה מנגד עומדים דברי השלחן ערוך הנ"ל בסימן קטו סעיף ה' שהבאנו לעיל, שמהם לכאורה עולה כי מי שעשתה מעשה כיעור הפסידה כתובתה, מ"מ נראה שאין הדברים כן, ואין ראיה כלל מדברי השלחן ערוך בסימן קטו. ונסביר דברינו.

אך נקדים ונאמר: ראשית, אין אנו דנים על לשון השלחן ערוך בלבד. שכן, לשון השלחן ערוך הוא העתק מדויק של לשון הטור בסימן קטו, אות באות. שנית, אם ראיה היא זו, א"כ לכאורה היא ראיה מן הגמרא עצמה ולא רק מן הטור והשלחן ערוך, שהרי דברי הטור והשלחן ערוך מקורם במסכת כתובות קא ע"א:

תניא נשים שאמרו אין להם כתובה כגון... נשים שאמרו חכמים יוצאות שלא בכתובה כגון עוברת על דת וחברותיה, אין להם תוספת וכ"ש מנה ומאתיים והיוצאת משום שם רע נוטלת מה שלפניה ויוצאת.

הנה לפנינו לכאורה גמרא מפורשת ש"היוצאת משום שם רע" הפסידה כתובה ותוספת כתובה?"

אלא שמן הגמרא אין כלל ראיה. כי יש להבין מי היא זו שעליה נאמר בגמרא "והיוצאת משום שם רע"? ועיין רש"י ור"ן שביארו: שזינתה. אך ביתר הדגשה מבוארים הדברים בתוס' ר"ד על אתר, וזה לשונו:

והיוצאת משום שם רע נוטלת מה שבפניה ויוצאת: **פי' אם זינתה נוטלת**
הבלאות שהן קיימים.

כלומר, כוונת הגמרא "יוצאת משום שם רע" היא למי שזינתה. וממילא אין תימה מדוע הפסידה כתובתה והתוספת, שהרי נאסרה לבעלה מחמתה וע"י מעשיה. והדברים מוכחים מתוך דברי הגמרא עצמה. שאחר שהביאה הגמרא את דברי הברייתא הנ"ל, ממשיכה ואומרת:

מסייע ליה לרב הונא, דאמר רב הונא זינתה לא הפסידה בלאותיה קיימין.

הגמרא מביאה ראיה להלכה שאמר רב הונא שאישה שזינתה לא הפסידה בלאותיה קיימין מדברי הברייתא הנ"ל. והרי בברייתא לא נזכר "מי שזינתה" אלא "היוצאת משום שם רע". ובשלמא אם הכוונה בדברי הברייתא ב"יוצאת משום שם רע" לאישה שזינתה, וכמו שפירשו רש"י, הר"ן והתוס' רי"ד, א"כ ראיה חזקה היא. אבל אם נבאר בברייתא שהכוונה ב"מי שיוצאת משום שם רע" היא לאישה שעשתה מעשה כיעור בלבד, א"כ מה ראיה היא. הרי ייתכן שמי שעשתה מעשה כיעור לא הפסידה בלאותיה קיימין, אך מי שזינתה ממש הפסידה בלאותיה קיימין. על כורחך ברור שהגמרא הבינה את הנאמר בברייתא זו ש"מי שיוצא משום שם רע" הוא אכן כפי פירושו רש"י, הר"ן והתוס' רי"ד, שהכוונה למי שזינתה.

שוב מצאתי מהלך זה כולו בתוך תשובתו הארוכה הנ"ל של הגאון מהרא"ל צינץ, ואלו דבריו שם:

אך בעיקר דינו של הרמב"ם יש לעיין, כי המ"מ כתב שפירש כן מ"מ בסו"פ אלמנה ניזונת, והיוצאת משום שם רע נוטלת מה שלפניה ויוצאת. ופירש הרמב"ם דהיינו בעדי כיעור. אבל רש"י פירש, יוצאת משום שם רע שזינתה וכ"כ הר"ן בפירושו לרי"ף. משמע שזינתה באמת. ודוחק לפרש בלשון רש"י דכוונתו שיש עליה שם רע שזינתה, דה"ל לפרושי דמיירי בעדי כיעור, ועוד אם מאמר רש"י שזינתה נסמך לשם רע האמור בש"ס, א"כ תאמר שאפילו קלא בעלמא מאבדת כתובה, והא ליכא למ"ד וכמו שנברר לקמן בראיה ברורה. אלא נראה דס"ל לרש"י היכא דאינה נאסרת עליו אינה מאבדת כתובה. וכן משמע בש"ס, דאמר מסייע ליה לרב הונא דאמר לא הפסידה בלאותיה הקיימים, ואם איתא דיוצאת משום שם רע מיירי בדבר מכוער מנ"ל להוכיח בזינתה בביור, דילמא דוקא בדבר מכוער דמידי ספיקא לא נפקא, א"כ נכסי מילוג בחזקתה קיימי, דהא... וא"כ כ"ש בדבר מכוער שלא נאסרה, דנכסי מילוג לכו"ע בחזקתה קיימי שלא הפסידתן, אלא ודאי ס"ל שאינה מפסדת היכא שאינה נאסרת עליו, ומיירי שזינתה בביור, וכפירש"י והר"ן.

מעתה, אין מקום להוכיח מן הגמרא דין זה שמי שעשתה מעשה כיעור הפסידה כתובתה, שהרי הברייתא והגמרא לא עסקו בכך.

הסבר זה, יכול להוות דחיה לראיה לכאורה ככל שהמדובר ביחס ללשון הברייתא והגמרא, אך ביחס ללשון הטור והשלחן ערוך, לא ניתן להסתמך על הסבר זה. זאת

משום, שבניגוד לדברי הברייתא הנ"ל, שהזכירה בדבריה רק את הגדרת "מי שיוצאת משום שם רע", שלגביה יכולים אנו לפרש הכוונה למי שזינתה, הרי שבטור ובשלחן ערוך יש תוספת שאינה מאפשרת הסבר זה. וזה לשון הטור והשלחן ערוך הנ"ל:

וכן הדין במי שזינתה או שיוצאה משום שם רע, שאיבדה עיקר כתובה ותוספת, ונוטלת מה שהוא בעין מכל מה שהכניסה.

כלומר, יש פה הבחנה ברורה בהגדרה. יש "מי שזינתה" ויש "מי שיוצאת משום שם רע", שהיא דבר אחר. ומהו מקרה עליו מדובר? על כורחך, זו מי שעשתה מעשה כיעור וכהגדרת הרמב"ם. וא"כ שוב יש להביא ראיה מן הטור והשלחן ערוך כי לגבי מי שעשתה מעשה כיעור דינה שהפסידה כתובתה, ותחזור אותה תמיהה רבה על כל האחרונים שלא הזכירו כלל דעת הטור והשלחן ערוך?

אלא שנראה פשוט כי אין כלל ראיה ואפילו בדל ראיה מלשון השלחן ערוך והטור. מהו אותו סעיף ה' בסימן קטו, היכן הוא ממוקם בשלחן ערוך ובטור, ומה כוונתו לחדש?

השלחן ערוך בסימן קטו עוסק בארבעת סעיפיו הראשונים בהגדרה ובדינים של "עוברת על דת" תוך הבאת מקרים שונים מתי נחשבת האישה לעוברת על דת משה ומתי עוברת על דת יהודית. בסוף סעיף ד' מסכם השלחן ערוך את ההלכה באותן מקרים ביחס לכתובה:

בכל א' מאלו תצא בלא כתובה אם יש עדים שהתרה בה תחילה ועברה על התראתו...

לאחר הלכה זו, בא סעיף ה' ואומר:

כל אלו אין להם לא עיקר כתובה ולא תנאי כתובה ולא תוספת, אבל תטול מה שהכניסה לו והוא בעין בין מנכסי צאן ברזל בין מנכסי מלוג. ואם בלה או נגנב או נאבד, אין מוציאין ממנו. וכן הדין במי שזינתה או שיוצאה משום שם רע, שאיבדה עיקר כתובה ותוספת, ונוטלת מה שהוא בעין מכל מה שהכניסה. וכן הדין בכל אותם ששנינו בהן תצא מזה ומזה.

השלחן ערוך מתייחס בתחילת דבריו "כל אלו" לכל אותם מקרים של עוברת על דת המבוארים בדבריו בארבעת הסעיפים לעיל, שלגביהם נאמר לעיל בשלחן ערוך (בסעיף ד) כי הפסידה את הכתובה, ומבאר לנו השלחן ערוך מה כלול ומה אינו כלול בתוך הפסד זה. השלחן ערוך מפרט בין דברים הכלולים בהפסד זה, והם עיקר כתובה, תוספת, ותנאי כתובה. מאידך גיסא, אישה זו אינה מפסידה מכל הנכסים שהכניסה לו והם בעין. לגבי הבחנה זו של מה בכלל הפסד של אישה שנאמר עליה שהפסידה כתובה ומה אינו בכלל הפסד, ואך ורק לגבי שאלה זו, מוסיף השלחן ערוך עוד מקרים שבהם הפסידה כתובה שגם בהם חלה אותה הבחנה בין חיובי הכתובה לבין נכסים בעין. בין אותם מקרים מביא השלחן ערוך את מי שזינתה ומי שיוצאת משום שם רע.

והרי אין חולק, שחידושו של הרמב"ם אינו בזה הדבר לומר שמי שעשתה מעשה כיעור שהיא הפסידה כתובה. שהרי וודאי לא גרע מעמדה מכל "עוברת על דת יהודית"

שיוצאת בלא כתובה. אלא כל חידושו של הרמב"ם והריטב"א הוא שבניגוד לעוברת על דת שאינה מפסידה הכתובה אלא לאחר התראה, הרי מי שעשתה מעשה כיעור מפסידה כתובתה גם ללא התראה. ולחידוש זה אין כלל ראייה או זכר ראייה מן השלחן ערוך. שהרי אין השלחן ערוך דן לגבי כל אותם מקרים שהביא ומנה באותו סעיף ה', כיצד ובאלו תנאים האישה מפסידה כתובתה. אלא כוונתו פשוטה, שבכל מקרה של אישה שנאמר עליה שתצא בלא כתובה, יהיה כלול בהפסד הכתובה תוספת ותנאי ולא יהיה כלול נכסים בעין. אבל כיצד הגיעה כל אישה למעמד ש"תצא בלא כתובה" אם בתנאים אלו או אחרים, ברור שיש הבדלים.

והראיה הטובה ביותר לכך היא מעצם לשון סעיף ה'. שהרי ברור שראשיתו עוסקת ביחס לדין עוברת על דת, והרי בעוברת על דת אין מי שחולק שלהלכה צריכה התראה וכמו שפסק השלחן ערוך עצמו בסעיף ד', ובחדא מחתא מביא הוא את "מי שזינתה" שאינה צריכה התראה. אלא פשוט הוא שהשלחן ערוך כלל לא דיבר מכך, וכל מהותו של סעיף ה' הוא לברר דבר אחד בלבד, מה כלול ומה אינו כלול בהפסד כתובה. ברור לכל ברדעת שהדין, הקריטריונים והתנאים איך ומתי הפסידה האישה כתובה שונים בכל מקרה ומקרה. קיצורם של דברים, אין כלל ראייה שהפסידה כתובה ללא התראה, שהרי בסעיף זה עצמו מדובר גם על עוברת על דת שבוודאי לא הפסידה ללא התראה.

מסיבה פשוטה זו היה ברור לכל גדולי עולם (רעק"א, בית מאיר, אבני נזר) כי השלחן ערוך ודאי לא הביא את דין הרמב"ם, ודעת האבני נזר הוא אף חולק עליו².

הארכתי בנושא זה אף שלכאורה הוא נראה חסר חשיבות לגבי השאלה האם השלחן ערוך פסק או לא פסק בעניין זה. אך למעשה יש בדבר זה נפקא-מינה גדולה, כיוון שברור הוא שקיימת מחלוקת ראשונים בהלכה זו, אם מי שעשתה מעשה כיעור הפסידה את כתובתה בלא התראה או לא, ויש לכך השלכה גדולה האם יש פסיקה בשלחן ערוך. יתרה מכך, אם השלחן ערוך שהשמיט את דינו של הרמב"ם גם חולק עליו, א"כ ודאי שאין לנו פסיקה של השלחן ערוך שהפסידה כתובה. ואם כך, הרי לנו נפקא-מינה שיש לה השלכות. ואמנם לא נוכל להוציא את הכתובה מן הבעל, אך הדבר יהיה מדין ספק שאין להוציא מן המוחזק. וידוע שיש בזה כמה נפקא-מינה, כגון במקרה שהאישה מוחזקת בנכס או בכסף של הבעל וכדומה. ובמקרה כזה תוכל לטעון "קים לי" (משא"כ אם הייתה פסיקה מפורשת של השלחן ערוך שבזה אינו יכול לומר קים לי).

וראה גם בשו"ת מהרא"ל צונץ סימן יא, שלדעתו בעדי כיעור לא הפסידה כתובתה, אלא שלמעשה לעניין להוציא מהבעל לא עשה מעשה. וזה לשונו:

והנה לדינא, הגם שלענ"ד העיקר שלא הפסידה כתובה כשהיא מותרת עליו, וגם בסימן קטו השמיט השלחן ערוך דברי הרמב"ם במ"ש שא"צ התראה בדבר מכוער, מ"מ לא מלאני לבי לעבור על דברי הרמב"ם

2. ומה שכתב ידידנו כב' הרה"ג חיים צימבליסט שליט"א בפד"ר ח' עמ' 351 כדבר פשוט שדעת השלחן ערוך בסימן קטו ה' היא כדעת הרמב"ם והריטב"א לא דק בזה ואין לדבר זה כל בסיס.

להוציא מן הבעל מאחר שהרמב"ם וסמ"ג וגם הריטב"א סבורים שמפסדת הכתובה אם רוצה להוציא, אך הנדוניא ותוספת שלישי, אף שדברי הב"ש עדיין יש לדון בהם היכא שאמרו שהפסידה כתובה ותנאיה ואינה נוטלת רק בלאות קיימים, מ"מ בכה"ג נראה שאינה מפסדת הנדוניא כשאינה אסורה עליו וצריך ליתן לה הנדוניא ותוספת שלישי.

דהיינו, ברור לו שהשלחן ערוך נחלק על דינו של הרמב"ם שחידש שהפסידה כתובה, וסובר השלחן ערוך שלא הפסידה כתובה, ודעתו היא שכך סוברים רש"י והר"ן. ואמנם היה נראה לו לפסוק כנגד הרמב"ם, אלא שלהוציא ממון לא מלאו לכו לעשות מעשה. אבל כתב בפירוש שלגבי הנדוניא ותוספת שלישי יוציאו מהבעל.

מסקנה בעניין 'מעשה כיעור' לגבי הפסד כתובה ללא התראה

מאחר שהוכחנו שאין פסיקה בשלחן ערוך בדבר זה, ואדרבה, משמע מההשמטה של השלחן ערוך שהוא אינו סובר כהרמב"ם, נמצא שדבר זה אם הפסידה כתובה או לא – נשאר במחלוקת, והאישה לא תקבל כתובה מהבעל, אולם רק מכוח ספק בהלכה ואין להוציא מהמוחזק. נפקא מינה אפשרית היא למקרה שהאישה מוחזקת בממון הבעל והבעל תובע ממנה ממון זה, אם תוכל לטעון כי היא מחזיקה בממון כנגד מה שמגיע לה כתובה על סמך אותם הראשונים והאחרונים הסוברים שלא הפסידה כתובה.

מזונות לעוברת על דת או למי שעשתה מעשה כיעור

עד עתה הדיון היה ביחס לשאלת הפסד הכתובה של עוברת על דת ושל מי שעשתה מעשה כיעור. אך מה הדין ביחס לשאלת חיוב המזונות, האם פקע חיוב המזונות של שתי נשים אלו, כל אחת מהן על פי דיניה?

לכאורה כיוון שקי"ל כי הפסידה כתובה וכל תנאי כתובה, כמבואר בשלחן ערוך סימן קטו סעיף ה:

כל אלו [כוונתו לכל אותם מקרים של עוברת על דת שמנה לעיל] אין להם לא עיקר כתובה ולא תנאי כתובה ולא תוספת, אבל תטול מה שהכניסה לו והוא בעין... וכן הדין במי שזינתה או שיוצאה משום שם רע, שאיבדה עיקר כתובה ותוספת, ונוטלת מה שהוא בעין מכל מה שהכניסה.

והרי מזונות הם חלק מתנאי כתובה, וא"כ המסקנה צריכה להיות שמכוח זה הפסידה האישה מזונות. אולם יש לזכור כי ההתייחסות בגמרא לעניין זה מצאנו רק ביחס לדין הפסד הכתובה, אך לא מצאנו התייחסות ישירה לדין הפסד המזונות.

אלא שנראה שאין הדברים פשוטים כלל וכלל, וזאת משני הצדדים. הן לגבי מקרה שהפסידה כתובתה, שייתכן שלא איבדה מזונות והן איפכא, במקרה שלא איבדה כתובתה, כגון עוברת על דת שלא התרו בה, שאמנם לגבי עצם הגירושין אנו פוסקים שיכול לגרשה, אך כמבואר, לא הפסידה כתובה. וכאן תעלה השאלה האם ייתכן שגם ללא הדין שהפסידה כתובה, תפסיד מזונותיה.

לשאלה זו תהיה נפקות במספר מצבים אפשריים:

1. מקרה שבו נפסק שהיא "עוברת על דת" או ש"עשתה מעשה כיעור", ובאופן שחל עליה הדין שהפסידה כתובתה, אך הגירושין התעכבו במשך זמן מה, האם באותה תקופה הוא חייב במזונות? שאלה זו תתחלק בין מקרה שהעיכוב נבע מחמת הבעל לבין מקרה שהעיכוב נבע מחמת האישה.

2. מקרה שנפסק שהיא "עוברת על דת" או ש"עשתה מעשה כיעור", והגירושין התעכבו אך לא מחמת אחד מהצדדים שמסרב להתגרש, אלא כגון המצוי מאוד בשערי ביה"ד, שבתביעת הגירושין נכרכו גם חלוקת רכוש. שני הצדדים סבורים שיש לסיים את הדיונים בענייני חלוקת הרכוש טרם סידור הגט. ואולי אף אם רק צד אחד מעלה זאת, כאמור, לא מחמת התנגדות עקרונית לגירושין, אלא מחמת שרוצה לסיים הדיונים בשאלת הרכוש טרם סידור הגט (טיעון לגיטימי כשלעצמו), ומשום כך הדיונים נמשכים בפני ביה"ד. האם על תקופה זו יש לה מזונות?

המקרים הנ"ל, הם כאלה שבהם נפסק דינה של האישה לא רק לעניין הגירושין שחייבת לקבל גט, אלא אף נפסק שהפסידה כתובתה.

3. מנגד, יש לדון במקרה של עוברת על דת שלא התרו בה וממילא לא הפסידה את כתובתה, אך לגבי הגירושין מבואר בהלכה שיכול הבעל לגרשה בע"כ גם כיום לאחר חדר"ג. האם בתקופה זו האישה מפסידה מזונות, משום עצם העובדה שהיא "עוברת על דת", שהרי מאותה סיבה נפסק שיכול לגרשה בע"כ. או שכל שלא הפסידה כתובה אין מקום לומר שהפסידה מזונותיה.

במקרה זה ייתכן שאף אם נחליט שסיבת היותה עוברת על דת אינה סיבה להפסד מזונות, עדיין יוכל הבעל למנוע מהאישה מזונות משום הדין שיכול לגרשה בעל כרחיה, וכאמצעי לחץ לקבל את גיטה אולי יוכל להשתמש באמצעי זה של מניעת מזונות.

ייתכן שגם מסברא פשוטה אינו חייב במזונותיה, שהרי דינה להתגרש והבעל רוצה לגרשה והיא המונעת זאת, א"כ לא יוכל להיות מצב שהאישה תכפה עצמה על בעלה לעניין מזונות, כאשר היא מסרבת לקבל גט למרות שנפסק שהבעל רשאי ויכול לגרשה בעל כרחיה עקב מעשיה בהיותה עוברת על דת או במקרה שעשתה מעשה כיעור.

בכל אלו המקרים יש לכאורה לדון במסלול של **מזונות כאמצעי לחץ**. דהיינו, מצד אחד כשמניעת מזונות היא ביוזמת הבעל, כאשר האישה מסרבת לקבל גט כאשר ההלכה מחייבת אותה לקבל גט, או שמאפשרת לבעל לגרשה בעל כרחיה, כגון בעוברת על דת אף ללא התראה.

וראה ח"מ בסימן ע"ז ס"ק ג לגבי איש הרוצה לגרש את אשתו כיום שיש חדר"ג ואינו יכול לגרשה בע"כ, אם יכול למנוע ממנה מזונות. והביא שם דעת הב"ח בשם שו"ת מהר"א מזרחי, שיכול למנוע ממנה מזונות כל שמוכן לגרשה, ורק מנוע לעשות כן מכוח חרם דרבנו גרשום. והב"ש שם בס"ק ו הביא בשם שו"ת הרא"ש כלל מב ושו"ת מהרי"ק שורש קז הסוברים שאינו יכול למנוע ממנה מזונות. והביא על כך בפתחי תשובה ס"ק ב' את דברי הישועות יעקב, שאף שאין פוסקים כדברי הר"א

מזרחי, מ"מ במקרה שהאישה עוברת על דת אף שאין עדים על כך אלא רק רגלים לדבר, יכול למנוע ממנה מזונות. וזה לשון המשכנות יעקב:

ומעשה היה באחד שטען על אשתו שעברה על דת ולא היה לו עדות ברורה בדבר אלא שהיה רגלים לדבר קצת, וכתבתי דהבעל יוכל למנוע ממנה שארה כסותה עד שתקבל גט פיטורין, ובזה יש לסמוך על דעת הרא"מ ומוהר"א ששון.

לדעת המשכנות יעקב יכול בעוברת על דת למנוע ממנה מזונות (אפילו שלא הוכח בעדים וק"ו כשהוכח בעדים שאז מן הדין הוא שיכול לגרשה) כמכשיר וכלחץ כדי שתקבל את הגט.

וכ"כ בהפלאה בקונטרס אחרון בסימן קיז, שהביא את דברי הרא"ש, שיכול הבעל למנוע במקרה זה מזונות, "דהוא בכלל הכפייה עד שתאמר רוצה אני... מ"מ כיוון שהיא מחויבת לומר רוצה אני ועיכוב הגירושין ממנה, פטור ממזונות".

עוד ראה בהפלאה לסימן עז ס"ק ג', דככל שלא נמנע מצדה הגירושין הרי עצם הדבר שהבעל יכול לגרשה בע"כ, אין בו משום שתפסיד מזונותיה, אבל כל היכא שהיא מחויבת לומר רוצה אני, יכול לכופה ע"י שימנע ממנה מזונות, וזה לשונו שם: "והיינו דכתב בתשובת הרא"ש והובא בסוף סימן קיז דכשהיא נכפית ואינה רוצה לקבל הגט יכול למנוע ממנה שאר כסות ועונה".

והיינו שכאשר היא המעכבת את הגט, יכול לכופה ע"י מניעת מזונות.

וראה עוד בפס"ד של ביה"ד הגדול (הרכב הרבנים: נסים, אלישיב, זולטי, תיק שכב/129 פד"ר חלק ד' עמ' 358 ואילך) שהסיקו דעוברת על דת שלא היה בה התראה, אף שיכול לגרשה בע"כ, לא הפסידה מזונות כל עוד לא גירשה.

ונראה דמה שהדגישו שמדובר בעוברת על דת שלא בהתראה, משום שכנראה סוברים דאם הייתה התראה הרי הפסידה כתובתה וגם מזונות.

מצד שני, כשהאישה מוכנה לקבל גט אך הבעל אינו מגרשה למרות היות עוברת על דת יש לדון מדין "מעוכבת". אולם במסלול זה אין אנו נזקקים לדון עתה. הנדון העומד בפנינו אינו האם אפשר להשתמש במניעת מזונות כאמצעי לחץ, זה נידון בפני עצמו הנוגע לזמן שלאחר שניתן פס"ד לחיוב גירושין ע"י ביה"ד.

הספק שאנו דנים עליו הוא ברמה העקרונית ובשורש הדין של הפסד מזונות. האם על פי ההלכה מי שעשתה מעשה כיעור או עוברת על דת, עצם המעשה שעשתה הוא הגורם שהיא מפסידה את הזכאות לקבלת מזונות, או שאין עצם המעשה גורם להפסד מזונות, אלא שמאחר שאישה זו שעשתה מעשה כיעור הפסידה כתובתה – לחלק מהראשונים – הרי הפסידה כל תנאי כתובה וממילא הפסידה מזונות, וכן בעוברת על דת דינה שהפסידה כתובה – אם הייתה התראה – שוב דינה שהפסידה מזונות שהרי הפסידה כל תנאי כתובה. וזאת על בסיס הגמרא בכתובות קא ע"א, שהובאה לעיל: "נשים שאמרו חכמים יוצאות שלא בכתובה כגון עוברת על דת וחברותיה, אין להם תוספת וכ"ש מנה ומאתיים", וכן נפסק בשלחן ערוך בסימן קטו סעיף ה' הובא לעיל.

סיכומם של דברים: האם יש דין "עצמאי" שהוא "תולדה ישירה" ממעשה מסוים שעשתה אישה שמכוחו היא מפסידה את זכאותה למזונות מבעלה, או שהפסד הזכאות למזונות הוא "הלכה נגזרת", דהיינו שהוא תלוי בזכאות או הפסד של האישה לכתובה. רק באישה שנאמר עליה בהלכה שהפסידה כתובה ותנאי כתובה נוכל לייסד דין שהפסידה גם מזונות, וזאת על סמך ש"מזונות אישה" הם חלק מ"תנאי הכתובה".

אף שלכאורה זו היא שאלה תיאורטית, שהרי בדרך כלל משפסקו ביה"ד כי דינה של אישה כ"עוברת על דת" או כמי ש"עשתה מעשה כיעור", הרי בעלה מגרשה ושוב אין מקום למזונות. ובמקרה שאחד מהם מעכב הגירושין, כבר הבאנו לעיל את מה שדנו בזה כאמצעי לחץ או לקבלת גט או לנתינת הגט. מ"מ יכולה להיות נפקא-מינה גדולה בזה שהיא מעשית.

היה וביה"ד פסק שאישה היא אכן "עוברת על דת" או "שעשתה מעשה כיעור" ונתבררו הדברים בעדים או בכל דרך אחרת המועילה על פי כללי ההלכה. ועל פי הבירור שהיה בפני ביה"ד אותו מעשה שבגינו הוכרזה האישה כעוברת על דת או אותו מעשה כיעור שעשתה האישה, היה כבר לפני שנה. לכאורה מאחר שנתברר עתה בביה"ד כי המעשה שעשתה לפני שנה הוא מעשה כיעור, אם נניח שעצם המעשה הוא זה שמפסידה את מזונותיה, א"כ יהיה הבעל פטור ממזונותיה החל מאותו אירוע שבגינו פסק ביה"ד על האישה כי עשתה מעשה כיעור או עברה על דת. ואם כבר שילם הבעל לאישה מזונות עבור תקופה זו, יהיה חיוב על האישה להחזיר את מה ששילם לה הבעל, שהרי נתברר עתה ששילם בטעות?

אם ננתח את שתי האפשרויות הללו, עלינו לבדוק את נקודת ההתחלה של הדיון בהקשר להפסד מזונות של אישה. נקודת הפתיחה היא שכל אישה בנישואיה לבעלה, אחת מן הזכויות שהיא זוכה בהן היא הזכות ל"מזונות". זכות זו היא למעשה "חובת הבעל" שמתחייב בה לאשתו בעת הנישואין³. חיוב זה של הבעל במזונות אשתו קיים כל עוד לא נקבע בהלכה כי החיוב פסק. הסיבות שחיוב זה יופסק מניוון בהלכה במפורש, ומכך כי בכל מקרה אחר שלא נמנה והוזכר בהלכה במפורש כסיבה לפטור ממזונות, עומדת התחייבות זו של הבעל במזונות אשתו בתוקפה. מעמד החוב שהתחייב הבעל למזונות אשתו הרי הוא ככל חוב שהתחייב בו האדם או שהוטל עליו על פי ההלכה שהוא חייב בו כל עוד ההלכה עצמה לא פטרה אותו [אף שהנחה זו היא לכאורה ברורה, ולהלן יורחב הסבר מהות יסוד החיוב הרגיל של הבעל במזונות אשתו, שגם בזה יש שתי דעות חלוקות בין גדולי האחרונים, שביניהן יש נפקא-מינה הלכתית הנוגעת גם למקרה הנדון בפנינו].

בהתאם להנחה זו, כדי לומר שאישה "עברה על דת" (וכגון שלא הפסידה כתובה דהיינו ללא התראה) או שאשה "עשתה מעשה כיעור" (לסוברים שלא הפסידה כתובה – רשב"א), הפסידה מזונות, עלינו למצוא לכך מקור בגמרא ובשלחן ערוך. אלא שבגמרא ובשלחן

3. ראה לענין זה, רמב"ם הלכות אישות יב, ב, ושלחן ערוך אבהע"ז סימן סט סעיפים א–ב.

ערוך לא נמצא מקור לכך, ובהתאם לכך הרי נשאר חוב המזונות של הבעל לאשתו בתוקפו.

לכן עלינו לפנות למסלול השני, והוא לבדוק האם ניתן לומר כי על בסיס הדין בגמרא ובשלחן ערוך של הפסד כתובה (כגון, בעוברת על דת שהייתה בה התראה, או במעשה כיעור לדעת הרמב"ם) נוכל לכלול גם את חיוב המזונות ולומר שהפסד הכתובה ותנאי הכתובה כולל בתוכו גם הפסד המזונות, ובכך נמצא מקור בגמרא או בראשונים לדין זה שהפסדה מזונותיה.

אפשרות זו, של תליית הפסד המזונות בהפסד הכתובה ותנאי כתובה, לכאורה הוא מבוסס על כך שחיוב מזונות אישה הוא מתנאי הכתובה, או שדין אחד לתנאי כתובה ולחיוב המזונות. אך האם אכן כך הוא שחיוב מזונות הבעל לאשתו מדין כתובה הוא? או שמא חיוב במזונות חיוב בפני עצמו ללא קשר לחיוב הבעל בכתובה?

עוד טרם נרד לשאלה זו, אצטט דברי המהרש"ם (חלק ד סימן ל), שדן בדין עוברת על דת שלא התרו בה והאם הפסדה מזונות. וזה לשונו:

ובדין מזונות גם כן הדבר פשוט דכל זמן שאינה מפסדת כתובתה ה"נ מזונות דהוי בכלל תנאי כתובה והיכי דבאו לב"ד והיא עוברת על דת והגבילו זמן הגירושין עד ג"ח אם צריך ליתן לה מזונות במשך הזמן וצידד רו"מ דכיון דעכ"פ יכול לגרשה בע"כ דבזה א"צ התראה אם כן א"צ לזונה עוד הנה אם היא מונעת הגט עכשיו מצד הבעל שאין לו לסלק כתובתה פשיטא דחייב במזונות דאפילו בגרושה אם תבעה כתובה חייב במזונות לשיטת הרא"ש כמ"ש הב"ש סימן צ"ג סק"ה וגם בנתגרשה כבר בספק גירושין מבואר בש"ע שם דבחי הבעל חייב במזונות עד שיגרשנה גירושין גמורים והרי מבואר ברמ"א סימן א' דחדר"ג רק מדרבנן וספק להקל ודלא כנוב"י מ"ק וכבר תבר"י לגזיז' במהד"ת חיו"ד סימן ה' וסימן קמ"ו ואם כן הרי בספק גירושין ג"כ יכול לגרשה בע"כ ואפ"ה חייב במזונות וה"נ בזה.

מדברי המהרש"ם למדנו שני כללים בדין חיוב הבעל במזונות אשתו:

א. דין המזונות מבוסס על היותו תנאי מתנאי הכתובה, וככל שיש לאישה כתובה לא הפסידה מזונות. אך האם נוכל לומר שמכלל לאו אתה שומע הן, דהיינו שבמקרה שכן הפסידה כתובה אין לה מזונות, לגבי זה לא מצאנו מפורש מדבריו. אך מכך שפשיטא ליה שכל עוד שיש לה כתובה, ודאי שחיוב מזונות יסודו מדין חיוב הכתובה, ולעניין שאלתנו עולה מדבריו כי חיוב המזונות אינו חיוב נפרד אלא מתנאי כתובה הוא.

ב. ביחס לשאלה, אם בעצם היכולת של הבעל לגרשה אף בעל כרחו, גם בזה"ז באותם מקרים המנויים בגמרא, יש בכדי לפוטרו ממזונותיה – לדעת השואל (כתובה הנ"ל של המהרש"ם), עצם היכולת של הבעל לגרש את אשתו גם נגד רצונה אף בזה"ז מביא לכך שאין הבעל חייב ליתן לה מזונות. והמהרש"ם עצמו לא חלק על עצם יסוד זה, אלא שבזה סייג המהרש"ם וכתב דאם המניעה לגירושין תלויה בבעל, וכגון שאין לו לשלם כתובה, הרי הוא חייב במזונותיה, גם אם הוא יכול לגרשה בע"כ. משמע

מדברי המהרש"ם, שדעת השואל היא שבכל מקרה שיכול הבעל לגרשה בע"כ הוא נפטר מחיוב המזונות גם אם המניעה מצדו שאין לו לשלם כתובתה, ובנקודה זו חולק המהרש"ם.

המהרש"ם הסתייע ממה שכתב הב"ש בסימן צג ס"ק ה' בשיטת הרא"ש בגרושה שתבעה כתובה, וכן מדין ספק מגורשת המובא בשלחן ערוך סימן צג סעיף ב' שבעלה חייב במזונותיה עד שתגרש גירושין גמורים.

הנה מזה למדנו שהמהרש"ם מבסס את חיובו במקרה שהמניעה היא מצד הבעל, לא על דין הנישואין, שהרי ספק מגורשת היא, אלא דין מזונות הוא שכל שהאישה עדיין קשורה לבעל ומחמתו אינה יכולה להינשא לאחר, כל שהוא אינו מגרשה הרי הוא חייב במזונותיה וכמו בספק מגורשת.

יסוד זה בדברי המהרש"ם, שדין המזונות לאישה כרוך ב"תנאי הכתובה" נראה שלא הכול סבורים כן. בעיקר הדבר נוגע לבירור חלק זה של אישה שהפסידה כתובה ותנאי כתובה, האם נאמר שאוטומטית הפסידה מזונות.

לכאורה המקור הראשון להכללת דין המזונות בכלל חיובי הבעל לאישה בכתובה, נמצא במסכת יבמות פה ע"א:

בעא מיניה רבי אלעזר מרבי יוחנן אלמנה לכהן גדול, גרושה וחלוצה לכהן הדיוט, יש להן מזונות או אין להן מזונות. היכי דמי אילימא דיתבה תותיה, בעמוד והוצא קאי, מזונות אית לה. לא צריכא שהלך הוא למדינת הים ולותה ואכלה, מאי מזוני תנאי כתובה נינהו, מדאית לה כתובה אית לה מזוני, או דלמא כתובה דלמשקל ומיפק אית לה, מזוני דלמא תיעכב גביה לית לה. א"ל לית לה. והתניא יש לה כי תניא היא לאחר מיתה."

לכאורה דברים ברורים. בגמרא מפורש כי חיוב המזונות יסודו מהיותו חלק מתנאי הכתובה. ולפי"ז בהיעדר חיוב כתובה כגון באישה שהפסידה כתובתה, לא יהיו לה גם מזונות.

אלא שמנגד עומדת בפנינו סוגיית הגמרא במסכת כתובות נג ע"א:

"יתיב רבין בר חנינא קמיה דרב חסדא, ויתיב וקאמר משמיה דרבי אלעזר, מוחלת כתובתה לבעלה אין לה מזונות."

מבאר רש"י שם בד"ה אין לה מזונות: "באלמנותה דתנאי כתובה ככתובה", רש"י מעמיד את דברי רבין אך ורק לגבי מזונות אלמנה. שכן, חיוב המזונות לאלמנה הוא אך ורק מכוח התחייבות הבעל בכתובה ודינם בכלל תנאי כתובה. אבל חיוב המזונות של הבעל בחייו, בזה אם האישה מוחלת כתובתה אינה מפסדת מזונות. משום דאז חיוב המזונות אינו מדין תנאי כתובה אלא חיוב עצמאי ללא קשר לכתובה.

כנגד שיטת רש"י עומדת שיטת הרמב"ם. הרמב"ם בהלכות אישות פרק יב הלכה יח, פסק לגבי אישה שהלך בעלה למדינת הים, שאם לא תוציא כתובתה אין לה מזונות. והטעם לכך, משום "שמא נטלה כתובתה מבעלה או מחלה לו כתובתה שאין לה

מזונות". ושוב כתב הרמב"ם שיטתו זו בפרק יז הלכה יט' "אבל המוחלת כתובה לבעלה איבדה כל תנאי כתובה ואפילו מזונות אין לה עליו."

הרא"ש בסוגיא במסכת כתובות בסימן כד כתב: "ראיתי מפרשים אין לה מזונות אפילו מן הבעל", ועל כך תמה הרא"ש:

והא ליתא כלל, דמזונות אשתו אינם כתנאי כתובה, אלא למ"ד דאורייתא ולמ"ד דרבנן תיקנו לה מעשה ידיה תחת מזונות... אבל מן היורשים הוי כתנאי כתובה.

הנה כי כן, לפנינו מחלוקת האם חיוב מזונות האישה הוא חלק מתנאי הכתובה וממילא כאשר מחלה כתובה לבעלה הפסידה מזונות שהרי הם מתנאי כתובה, וזו שיטת הרמב"ם. או שחיוב המזונות עומד בפני עצמו ואינו מתנאי כתובה. שהרי לא מיבעיא לסוברים שמזונות אישה מדאורייתא⁴. שוודאי אין קשר בין חיוב או מחילת מזונות אישה למחילת הכתובה, שהרי אין חיוב המזונות בנוי על היותו תנאי כתובה אלא הוא מדאורייתא. אלא אפילו לסוברים שמזונות אישה מדרבנן, עדיין פשיטא ליה להרא"ש שהם תקנת חכמים ללא קשר לדיני הכתובה.

לכאורה דברי הרמב"ם אינם מתיישבים. שהרי מחד, הרמב"ם סובר שמזונות אישה הם מדאורייתא, ומאידך גיסא הוא סובר שאישה שמחלה כתובה הפסידה גם מזונותיה, והרי המזונות אינם מדיני הכתובה. אמנם זאת ניתן ליישב, שוודאי הרמב"ם סובר שמזונות הוא חיוב בפני עצמו שחייב הבעל, ואין חיובם קשור מבחינת הדין לדיני הכתובה. אלא שלגבי "מחילה" מצד האישה, מאחר שמזונות נזכרים בכתובה, בזה סובר הרמב"ם שאנו אומרים שמי שמוחלת על הכתובה דעתה על כל מה שנזכר בכתובה. ומאחר שמזונות אישה גם הם נזכרים בכתובה, אנו רואים בזאת כמחילה במפורש גם עליהם. זאת למרות שמבחינת עיקר הדין של חיובם, אין חיוב המזונות תלוי בחיוב הכתובה. בנקודה זו יחלוק הרא"ש הסובר שהגם שהמזונות מוזכרים בכתובה מ"מ אין להם שום קשר לחיובי הכתובה ולכן אין אנו אומרים שדעת האישה הייתה למחול עליהם.

לפי"ז עולה, שלכו"ע חיוב מזונות אישה אינו מדיני הכתובה אלא שנחלקו אם המחילה חלה עליהם למרות כן. ובזה תחזור סתירת הסוגיות של מסכת כתובות על פי פירוש רש"י והרא"ש ואולי אף לרמב"ם, שמסוגיא זו עולה כי אין חיוב המזונות לאישה קשור לדיני ולחיובי הכתובה, כאשר מנגד ניצבת סוגיית הגמרא במסכת יבמות פה ע"א, הגורסת כי "מזונות תנאי כתובה נינהו מדאית לה כתובה אית לה מזוני."

בדין מחילת האישה על כתובה, האם איבדה את מזונותיה, מובאות בשלחן ערוך שתי הדעות, וזה לשון השלחן ערוך אבהע"ז סימן צג סעיף ט:

4. והיא שיטת הרמב"ם עצמו בעיקר דין מזונות אישה. רמב"ם הלכות אישות פרק יב הלכה ב, שם גם הרמב"ם עושה הפרדה בין אלו שמדאורייתא לבין אלו שהם מתנאי הכתובה.

מחלה כתובתה לבעלה הפסידה מזונות שאחר מותו אבל בחייו יש לה מזונות ויש מי שאומר שאף בחייו הפסידה מזונות.

ובבית שמואל ס"ק יט ביאר את הדעה הסוברת שרק לאחר מותו הפסידה מזונות ולא בחייו:

למ"ד מזונות דאורייתא י"ל דלא הפסידה מה שזכתה מדאורייתא, ולמ"ד מדרבנן מכל מקום לאו מתנאי כתובה הוא בחייו, לכן אפילו מחלה תנאי כתובה יש לה מזונות בחייו, משא"כ אחר מותו דמזונות הם מחמת תנאי כתובה לכן אם מחלה כתובה נמחל גם מזונות.

ובביאור הגר"א אות כא כתב: "אבל בחייו וכו' דאינה מתנאי כתובה אלא תחת מעשה ידיה. הרא"ש ושאר פוסקים", וכן כתב החלקת מחוקק בס"ק כא. ובפתחי תשובה אות ט כתב: "עיי' בספר ישועות יעקב שכתב דהעיקר כדעה ראשונה דאינה מפסדת מזונות רק לאחר מיתה".

ולכאורה כל זה אינו מתיישב עם דברי הגמרא ביבמות פה ע"א, דמזונות בחיי בעלה הוא מתנאי כתובה.

עמד על כך האבני מילואים שם בס"ק ו, שהביא את שתי הסוגיות וכתב "וצ"ע כעת."

בהגהות המגיה על האבני מילואים שם (מהריא"ז עניזיל שהיה תלמידו של האבנ"מ) כתב ליישב את הסתירה וזה לשונו:

ומה שהקשה מרן ז"ל מהא דיבמות דקאמר מזוני תנאי כתובה ניהו כו' אע"ג דבחייו, נלענ"ד דיש בכלל מאתים מנה. ר"ל מזונות דבחייו מלבד שהוא מחויב מצד האישות שביניהם מדאורייתא או מדרבנן הנה ה' תנאי ב"ד שכל זמן שהיא יושבת ואגידה גבי' אע"ג שיפסוק האישות שביניהם יהא חייב לזונה ובוזה המין מהחייב נכללה האלמנה כל זמן שיושבת לכבודו וכן בחייו כל זמן שאינה נשאת לאחר מחמתו חייב לזונה מאותו תנאי ב"ד ומה"ט ספק מגורשת ניזונות משל בעלה ואע"ג שנפסק האישות שביניהם כגון באשת כהן שאסורה לו להחזיר מ"מ כיון דמחמתו היא מעוכבת מלהנשא חייב במזונות' מתנאי ב"ד וכמו שפירש"י ע"ש... לפ"ז א"ש דמוחלת כתובתה לבעלה נהי דתנאי כתובה נמחל עם הכתובה עדיין חייב לזונה בחייו מדין אישות וכמ"ש הרא"ש והר"ן, והתם באלמנה לכה"ג דקאי עלה בעמוד והוציא ואנן מבטלין האישות שביניהם אלא שמעוכבת אצלו מחמת שהוא במדה"י ולא גירשה עדיין לכך אמרי' מזוני תנאי כתובה היא...

שיטת המריא"ז עניזיל היא שיש שני יסודות לחיוב הבעל במזונות אשתו. מדיני האישות של בעל ואישה, וחיוב זה מוטל על הבעל ללא קשר לכתובה ולדיני הכתובה. ומתקנת חכמים כל עוד האישה אינה יכולה להינשא לאחר מחמת בעלה, כגון בספק מגורשת, אע"פ שפסקה האישות ביניהם. כזה הוא הדין בדוגמה של הגמרא ביבמות באשת כהן שאסורה לו (כגון גרושה) הרי מדיני האישות הרגילים אין מקום לחייב את

הבעל במזונות. שהרי נישואין אלו אסורים והוא חייב להוציא ולגרש את אשתו, ולכן מה שחייב במזונות הוא רק על הבסיס השני, וכגון שהלך הבעל למדינת הים שהיא מעוכבת מלהינשא בגללו, כאן החיוב הוא מ"תנאי כתובה". ומה שהזכירה הגמרא במסכת יבמות באלמנה לכהן גדול וגרושה לכהן שחייב במזונותיה מדין "תנאי כתובה" הוא משום שמכיוון שנישואין אלו אסורים אין מקום לחייב את הבעל במזונות מהדין העיקרי של מזונות, אלא מפני שהיא אגודה בו מחמתו.

כלומר קיימים שני דיני מזונות:

1. מזונות מדיני האישות כחיוב עצמאי ללא קשר לדיני הכתובה ("הדין הראשי" של מזונות אישה).

2. מזונות מדין "תנאי כתובה", שכל שאינה יכולה להינשא מחמתו תיקנו שיהיה לה מזונות.

על פי דרך זו, תהיה נפקא מינה, במקרים שבהם אין האישה נאסרת על בעלה, כגון בעוברת על דת וכן מי שעשתה מעשה כיעור, שם אין סיבה שהבעל לא יהא חייב במזונותיה מעיקר דיני האישות. לפי"ז גם לשיטות שהאישה איכדה את כתובתה, אין הדבר נוגע למזונותיה. שהרי גם אם מכוח "תנאי כתובה" אין כאן חיוב, עדיין תנאי האישות ביניהם תקפים, וחיוב הבעל במזונותיה הוא מעיקר הדין.

גם הגאון רבי יצחק אלחנן ספקטור מקאוונא, בעל ה"נחל יצחק" עמד על סתירת הסוגיות של מסכת כתובות נג ע"א, מול מסכת יבמות פה ע"א, בספרו נחל יצחק בקונטרס על סימן עז באבן העזר (ענף ב', בסופו החל מד"ה והנלענ"ד וענף ג'). ועוד הוסיף להקשות בשם בנו מרש"י במסכת גיטין יב ע"א: "אבל אשה כך התנה עמה בכתובתה ואת תהא יתבא בביתי ומתזנא מנכסי", ונמצא שרש"י סותר דבריו למ"ש במסכת כתובות שאין חיוב המזונות מתנאי כתובה.

הנחל יצחק מתווה דרך בשיטה הפוכה מאשר המגיה על האבנ"מ. לדברי הנחל יצחק, בספק מגורשת שבעלה חייב במזונותיה אין הסיבה יכולה להיות משום "תנאי כתובה", מאחר שהוי ספק שמא נתגרשה והרי אין להוציא ממון מספק. ובאמת מהיורשים אין מוציאים ממון בספק מגורשת. לפיכך הסיבה היחידה לחייב במזונות את הבעל בספק מגורשת היא משום שהאישה מעוכבת מחמת הבעל מלהינשא. לפי"ז חידש שגם עצם חיוב כל בעל במזונות אשתו אינו מהדין של "תנאי כתובה" אלא משום שכל אישה נשואה היא מעוכבת מלהינשא מחמת הבעל. וכלשונו:

ולפי"ז י"ל דכש"כ בחיי הבעל דחייב ליתן לאשתו מזונות אף בלא טעמא דתנאי כתובה, משום דהא מעוכבת בשבילו בוודאי והוי כ"ש מספק מגורשת.

וביתר דגש המשיך הנחל יצחק:

משום דהא אגידה ביה, ולמ"ד מזונות מן התורה הוי מהאי טעמא גם כן, ולמ"ד דרבנן גם כן הוי מהאי טעמא, אף זולת הטעם דתנאי כתובה.

בזה ביאר את שיטת רש"י בכתובות נג ע"א, הסובר שאישה שמחלה כתובתה, אין לה מזונות, היינו לאחר מותו אבל בחיי בעלה יש לה מזונות. משום שגם אם נאמר שמחלה מכוח הכתובה ותנאי כתובה, עדיין נשאר עיקר הדין שיש לה מזונות בחיי בעלה משום שהיא מעוכבת מחמתו מלהינשא. רק באלמנותה שהיא אינה "מעוכבת" ודין חיוב המזונות הוא מ"תנאי כתובה", אם מחלה על הכתובה הפסידה גם תנאי כתובה שהם המזונות.

את סוגיית הגמרא במסכת יבמות פה ע"א, ששם משמע שדין המזונות בחיי הבעל הוא מדין "תנאי כתובה", ביאר שהגמרא נקטה טעם זה לרבותא, שיש חיוב מזונות אף במקרה שטרם שהלך הבעל למדינת הים רצה ליתן לה גט והיא לא הסכימה, שבמקרה כזה הרי אין היא "מעוכבת מחמתו" אלא היא לא רצתה, ואע"פ כן מגיע לה מזונות מדין "תנאי כתובה".

על פי שיטתו המחודשת של הנחל יצחק, חיוב המזונות של בעל לאשתו אינו מבוסס על מצב ה"אישות" שבין בעל לאשתו, אלא מושתת על שני יסודות אחרים:

1. היות האישה אגודה ו"מעוכבת" מחמת הבעל מלהינשא לאחר ("הדין הראשי" של מזונות אישה).

2. מכוח היות המזונות תנאי מ"תנאי כתובה".

ובזה הוא נחלק המריא"ז ענזול, הסובר כי חיוב המזונות של בעל לאשתו בכל בני זוג רגילים הוא דין הנובע מעצם מצב האישות ביניהם. וככל שמצב זה קיים, החיוב הוא חיוב עצמאי שהטילה התורה על כל בעל (או תקנת חכמים לסוברים שהוא מדרבנן), לזון את אשתו כחלק מהותי מדיני הנישואין שבין בעל לאשתו. רק כאשר מכוח דיני האישות לא ניתן לחייב את הבעל, כגון בספק גירושין שיש ספק אם קיימים עתה דיני אישות או שמא היא גרושה, ומדיני ספק ממון, לא הייתה האישה יכולה להוציא מזונות מבעלה. וכן בגרושה לכהן, שמדיני האישות אין מקום שבעל כזה יתחייב במזונות אשתו שכן "בעמוד והוצא קאי", במקרים אלו נזקקים אנחנו לדין חיוב מזונות מדין "תנאי הכתובה". ומהו אותו דין של תנאי הכתובה – זהו הדין שתקנו חכמים שכל שהאישה מעוכבת מחמתו מלהינשא לאחר ואגודה בבעל, שם תקנו חכמים שיהיה חיוב מזונות מתנאי הכתובה שנאמר בה שהבעל מתחייב במזונות אשתו.

יוצא שישנה מחלוקת כפולה בין שתי השיטות הנ"ל. למהריא"ז ענזול יש ראשית, חיוב מזונות הנובע ממצב האישות שבין בעל לאשה ("הדין הראשי"). ויש דין נוסף, שגם כאשר אין דיני האישות יכולים לחייבו, קיימת תקנת חכמים שכל שהאישה מעוכבת מחמת הבעל מלהינשא לאחר, הרי עדיין חייב הבעל במזונותיה והוא הדין המופיע בגמרא של חיוב מזונות מ"תנאי כתובה". לפי"ז, יחול לדבריו דין מזונות מכוח "מעוכבת מחמתו" רק אם עדיין יש לאישה זו כתובה ותנאי כתובה, אבל אם מאיזו סיבה שהיא אישה זו הפסידה כתובה ותנאי כתובה, הרי אין לה מזונות מדין "מעוכבת" שהרי אינה זכאית לתנאי הכתובה.

לעומת זאת לשיטת הנחל יצחק, דין מזונות הרגיל בין בעל לאישה ("הדין הראשי") הוא מכוח הדין שכל אישה "מעוכבת מלהינשא לאחר מחמת בעלה". לפי"ז דין מעוכבת אינו קשור לדיני הכתובה ותנאי הכתובה, וגם אם אישה מסוימת אין לה כתובה ותנאי כתובה, עדיין קיים הדין הראשי של מזונות אישה מכוח היותה "מעוכבת מחמתו".

הנפקא-מינה המעשית בין שתי גישות אלו לחיוב המזונות, תהיה במקרה שמצד אחד אין האישה נאסרת על בעלה, כך שאין בפנינו כל פגם בדיני האישות שביניהם, אך מצד שני חל עליה דין שהפסידה כתובה ותנאי כתובה, כמו המקרה שעומד לדיון בפנינו. האישה הוכרזה "עוברת על דת" ובעלה יכול לגרשה בעל כרחו, אך כאמור אינו חייב לגרשה שהרי אינה נאסרת עליו. וכן הוא במקרה של "אישה שעשתה מעשה כיעור", שכפי המבואר לעיל לא נאסרה על הבעל, אולם לרמב"ם הפסידה במקרה זה כתובתה ותנאי כתובה. ובאופן שהבעל שהגיש תביעת גירושין נגד אשתו אכן רוצה לגרשה. אך הרי אין כל פגם הילכתי בדיני האישות הרגילים שבין הבעל לאשתו. לשיטת המהרי"א ענין חל כאן הדין הראשי של מזונות אישה דהיינו דין מזונות מכוח דיני האישות. אך לשיטת הנחל יצחק, הרי כל הדין הרגיל של חיוב מזונות הבעל במזונות אשתו הוא על בסיס שהיא "מעוכבת מחמתו", והרי במקרה של עוברת על דת או שעשתה מעשה כיעור והבעל רוצה לגרשה, שוב היא אינה "מעוכבת מחמתו", וא"כ אין מקום להשתית את חיוב המזונות על הדין הראשי של מזונות אישה. מה שנותרה א"כ היא, רק האפשרות לחייב את הבעל במסלול של חיוב מזונות מכוח "תנאי כתובה", והיות ועסוקים אנו באישה כזו שנפסק עליה שהפסידה כתובה ותנאי כתובה, הרי שוב אין אפשרות לחייב את הבעל במקרה זה על סמך הדין של "תנאי כתובה" שהרי אין לאישה זו תנאי כתובה.

העולה מכך הוא שלשיטת הנחל יצחק יהיה הבעל פטור ממזונותיה, ולשיטת המגיה על האבנ"מ יהיה חייב במזונותיה מכוח הדין הראשי של דיני מזונות אישה.

לפיכך הגישה הטוענת כדבר פשוט, שדין המזונות בעוברת על דת תלוי בדין הכתובה, וכל שיש לה כתובה יש לה מזונות וכל שאין לה כתובה הפסידה מזונות, כלל לא ברור שגישה זו מוסכמת. ייתכן בהחלט שגם אם הפסידה כתובה עדיין יש לה מזונות. ולעניין זה ראה מחלוקת בין גדולי האחרונים שהבאנו לעיל. ודנו שיש מקום לחייב את הבעל מדין האישות במזונות אשתו ללא קשר עם הכתובה, דהיינו, אפילו עם הפסידה כתובה עדיין יש לה מזונות מכוח החיוב של הדין הראשי של מזונות, כל אחד על פי טעמו.

ופלא הוא שבשני פסקי דין, תיק 5366/כט של ביה"ד בתל אביב (הרכב הרבנים: ורנר, אזולאי, צימבליסט) פורסם בפד"ר חלק ח' עמ' 352 ואילך, כתב הרה"ג חיים צימבליסט שליט"א כדבר פשוט:

אבל עוברת על דת הרי אינה מפסידה כתובתה בלא התראה, ולכן יש לה כתובה וה"ה מזונות, דמזונות תנאי כתובה הם וכל זמן שיש לה כתובה יש לה גם מזונות.

וכן בפס"ד של ביה"ד הגדול התיק שכב/ 129 (הרכב הרבנים: נסים, אלישיב, זולטי) פורסם בפד"ר חלק ד' עמ' 358, הסיקו:
 דעוברת על דת שלא היה בה התראה, אף שיכול לגרשה בע"כ, לא הפסידה מזונות כל עוד לא גירשה.

וממה שהדגישו שמדובר בעוברת על דת שלא בהתראה, עולה שסוכרים דאם הייתה התראה הרי הפסידה גם כתובתה וגם מזונות⁵. הרי הבאנו בשאלה זו מחלוקת בין הראשונים בסוגיית הגמרא בכתובות נג ע"א, אם דין המזונות קשור לדין הכתובה. עוד הבאנו, שגם אם יש דין חיוב במזונות אישה משום היות המזונות מ"תנאי כתובה", אבל הרי מלבד דין זה, יש את הדין העיקרי של מזונות, וכפי שנחלקו בטעמו ובהגדרתו, המגיה על האבנ"מ – מהרי"א² ענזיל והנחל יצחק, ואותו דין ראשי קיים בפועל גם ללא דיני הכתובה. ובפסקי הדין הנ"ל לא הזכירו כלל את הראשונים בסוגיית הגמרא בכתובות ולא את דברי האבנ"מ והמגיה עליו וכן את דברי הנחל יצחק. לפיכך נראה שההנחה שהניחו באותם פסקי דין נתונה היא במחלוקת, ואין הדברים פשוטים כפי שנאמרו, ויש בזה נפקאמינה למעשה.

אמנם בנקודה זו יכול להתחיל הדיון, האם הבעל יכול למנוע מזונות מאשתו כ"אמצעי לחץ" וכפייה על אשתו להסכים לקבל את הגט. במקרה כזה שנפסק שהבעל יכול לגרשה בעל כרחיה והיא אינה רוצה לקבל את הגט (מקורות בעניין זה הובאו לעיל). אכן, כל זה יכול להיות נדון רק מכאן ולהבא, דהיינו רק לאחר שביה"ד פסק כי היא מחויבת לקבל גט. וא"כ, פעולה זו יכולה להיות מעשית רק לאחר תאריך פסק הדין בעניין זה ולא קודם לכן.

שונה בתכלית הוא הדיון העקרוני שנידון לעיל. אם נחליט כאותו צד של הספק, שהאישה הפסידה מזונות כתוצאה מעצם המעשה שעשתה או מחמת הפסד הכתובה, שמשני סיבות אלו אם נסבור שהדין הוא שהאישה מפסידה את מזונותיה, הרי יש לכך השלכות לא רק ממועד פסק הדין אלא כבר החל מזמן אותו אירוע שהתברר בביה"ד שהביא לכך שאישה זו איבדה מזונותיה, דהיינו למפרע. שהרי, זו סברה שאם הדין הוא שנותן שהפסידה מזונות, אם באופן ישיר ממעשיה או שבמעשיה הפסידה כתובה וממילא הפסידה מזונות, עלינו לומר כי בעצם הפסידה את זכותה למזונות החל מרגע שעשתה מעשיה אלו. בית הדין עשה בפועל את הבירור של העובדות רק לאחר זמן. אולם כאשר נתבררו הדברים, הרי נתברר כי האישה עשתה מעשה מסוים, נניח לפני שנה, ומאז היא כבר "עוברת על דת" או "אישה שעשתה מעשה כיעור", וממילא היא דינה להפסיד את כתובתה ו/או את מזונותיה החל מאותו מועד של מעשיה.

5. הערת עורך: לכאורה כוונתם שכאשר יש כתובה פשוט שיש גם תנאי כתובה ומזונות, ואילו כאשר הפסידה כתובה, כגון לאחר התראה, גם לדעת הכותב יש מחלוקת הפוסקים אם יש לה מזונות, ובכגון זה המוציא מחברו עליו הראיה, ולא תוכל לקבל מזונות מן הבעל.

סיכום הדיון הנ"ל לגבי פטור או חיוב במזונות של "עוברת על דת" ו"מי שעשתה מעשה כיעור":

1. לסברא שעשיית המעשה של "עוברת על דת" או "מעשה כיעור" יש בו סיבה ישירה כדי להפסיד לאישה את מזונותיה, לא נמצא מקור בגמרא או בראשונים, וממילא אין לפטור את הבעל ממזונות על בסיס זה.

2. אין לפטור את הבעל ממזונות על בסיס שהאישה אסורה עליו, שהרי "עוברת על דת" אינה נאסרת על בעלה. ולגבי מי שעשתה מעשה כיעור, מפשטות הראשונים והשלחן ערוך עולה כי אינה נאסרת. אמנם יש שחלקו על כך וכתבו שהיא נאסרת, אולם עדיין הדבר בספק ואין להוציא מהבעל.

3. אם נפסק על אישה שהפסידה את כתובתה, נחלקו הראשונים אם הפסד המזונות נגרר אחר דין הכתובה, או שהוא חיוב עצמאי שאינו נגרר אחר הכתובה.

4. האחרונים חידשו שיש שני יסודות לחיוב הבעל במזונות אשתו. האחד הוא הדין הראשי והעיקרי, והשני נוסף לו והוא מהיות המזונות חלק מ"תנאי הכתובה". אולם נחלקו גדולי האחרונים במהות יסוד חיוב מזונות של הבעל לאשתו. לגבי הדין הראשי העיקרי נחלקו אם בסיסו הוא מעצם דין ה"אישות" שבין בעל לאשתו, או שאין דין ה"אישות" מחייב במזונות, אלא שהדין הראשי מבוסס על היות כל אישה "מעוכבת מחמת הבעל מלהינשא".

עוד נחלקו מהו אותו דין נוסף של מזונות מכוח "תנאי כתובה". אם הוא תנאי המבוסס על היות האישה "מעוכבת מלהינשא" לדעה אחת, או שהוא התחייבות נוספת כשאר תנאי הכתובה. הנפקא־מינה תהיה כאמור לעיל במקרה בו הבעל מוכן ורוצה לגרש את אשתו כך שהיא אינה בגדר "מעוכבת" האם עדיין יש חיוב המבוסס על עיקר דין האישות שאינו קשור לדיני כתובה.

מסקנה בעניין 'מעשה כיעור' לגבי הפסד מזונות

לא נמצא מקור לומר כי עצם מעשי האישה של היותה עוברת על דת יהיה בו כדי להפסידה כתובתה.

לגבי מי שעשתה מעשה כיעור, לכאורה הדבר יהא תלוי בשאלה האם כתוצאה ממעשיה היא נאסרה על בעלה. הדעה המקובלת היא שאינה נאסרת, אולם קיימת דעה שהאישה כן נאסרת. בהתאם לכך לא נוכל להוציא ממון מהבעל עבור מזונות שכן הוא ספק ממון.

האם להפסד כתובה יש השלכה על הפסד המזונות?

ראשית יהיה עלינו לקבוע אם האישה הפסידה כתובתה. ב"עוברת על דת" לגבי מקרה שלא הייתה לה התראה, אם ידוע שיש צורך בהתראה, הבאנו בזה מחלוקת, גם בין הראשונים (ריא"ז והמרדכי מול הרשב"א) וגם בין האחרונים (השכות יעקב מול הנודע ביהודה). ולגבי מי שעשתה מעשה כיעור, הדבר תלוי במחלוקת ראשונים אם בכלל

הפסידה כתובה (הרמב"ם מול הרשב"א). גם לצד זה שהפסידה כתובה, הבאנו מחלוקת ראשונים ושתי דעות בשלחן ערוך, האם יש לכך השלכה על חיוב המזונות. גם לצד זה שיש לכך השלכה, הבאנו מחלוקת אחרונים אם קיים דין נוסף מעצם דיני האישות המטיל על הבעל חיוב מזונות לאשתו גם ללא דיני הכתובה.

בפועל בפנינו מספר ספקות וספק־ספקות אם הבעל חייב במזונות אשתו ש"עברה על דת" או ש"עשתה מעשה כיעור".

הדין בזה הוא שאם בתביעת מזונות שהגישה האישה נגד בעלה עסקינן, הרי שמכוח ספק לא נוכל להוציא מהבעל, ככל ספק ממון. אולם כאשר התמונה הפוכה, והבעל הוא זה שמגיש תביעה להחזרת המזונות ששילם לאשתו, ועתה נתברר שכבר לפני זמן היא הייתה "עוברת על דת" או ש"עשתה מעשה כיעור", כאן האישה היא מוחזקת בממון ולא נוכל להוציא ממנה מספק.

על פי האמור, פסק ביה"ד בסוגית חיוב הכתובה וחיוב המזונות בעוברת על דת כדלהלן:

הכתובה: בהתאם לאמור לעיל בנושא חיוב כתובה, אין מקום לחייב את הבעל בתשלום הכתובה.

מזונות: ממועד מתן פס"ד זה אין מקום לחייב את הבעל במזונות האישה.

תביעת הבעל להחזר כספי המזונות ששילם בעבר נדחית מכוח כללי ספק ממון, שיכול המוחזק לטעון קיס"לי.

למי שייכים דמי שכירות דירה שנתקבלה עבור מדור הילדים¹

הרב ישי בוכריס

דיין בית הדין הרבני האזורי אשקלון

א. העובדות הנדרשות לעניין

לפני ביה"ד הונחת תביעה לתשלום חוב מזונות הילדים שעליהם התחייב האב בהסכם הגירושין. בנספח להסכם הגירושין שנחתם ע"י הצדדים בשנת 2007 הוסכם שסכום המזונות שישלם האב יעמוד על סך של 2,400 ₪. בנוסף ישלם האב את חלקו במשכנתא והילדים יתגוררו עם אמם בדירה הרשומה על שם שני ההורים.

בפועל, הוסכם שהאב ישלם את כל המשכנתא כולל חלק האשה, ולמזונות הילדים ישלם סך של 1,400 ₪. על פי הסדר זה המשיכה האשה להתגורר בדירה ביחד עם בן זוגה דהיום ושני ילדים נוספים בנוסף לשני ילדי הצדדים. הדבר נמשך עד נובמבר 2008.

בחודש כסלו תשס"ט (דצמבר 2008) עברה האשה לבית אמה עם כל בני ביתה, השכירה את הדירה בסך של 2,200 ₪ לחודש, ואת התמורה לקחה לצורכי המשפחה. לדבריה, שילמה לאמה סך של 2,500 ₪ לחודש עבור שהייתה בביתה יחד עם בני ביתה. תשלום זה כלל גם דמי שימוש בחשמל וכן השתתפות בתשלום הארנונה.

כאשר החלה האשה להשכיר את הדירה המשותפת, הפסיק האב לשלם את הכסף בסך 1,400 ₪ לחודש. בעקבות כך האשה תבעה את האב בהוצאה לפועל, ומנגד, האב טען את טענותיו, ולבסוף הוסכם ביניהם שהדבר יתברר בבית הדין.

ב. טענות הצדדים

האשה טוענת שהדירה עומדת לרשותה לשם מדור ילדי האב, והוא העמיד את הדירה לצורכה ולשימושה, הרי שבעצם השכרת הדירה ולקיחת הכסף מהווה אחד מן השימושים שניתנו לה על פי הסכם הגירושין.

1. נימוקי דעת הרוב לפסק דין בתיק (רבני אשקלון) 59523/8 (כ"ז בתשרי התשע"ב, 25/10/2011).

עוד טוענת האשה, שכיוון שהאיש נתן את חלקו בדירה לשימוש הילדים כמדור, אין לו כל הפסד בכך שהיא השכירה את הדירה ועברה לגור בבית אמה, ובכך מתממש הכלל "זה נהנה וזה לא חסר" ו"כופין על מידת סדום".

מאידך גיסא, האיש באמצעות ב"כ הציג בפני ביה"ד חישוב ארוך ומסובך, אולם בפועל עיקר טענתו היא כי האשה אינה רשאית להשכיר את חלקו בדירה, ומשעשתה כך הרי תשלום השכירות עבור חלקו שייך לו.

על כן לדבריו יש לקזז את חלקו בשכירות הדירה מהסכום שהוא חייב לשלם. כמו כן יש לקזז את חלקם של הילדים בתשלום ארנונה וחשמל שחסכה האם במעבר לבית אמה. כמו כן טען האב כי יש לקזז חובות שהאשה חייבת לו, כגון מחצית מהוצאות רפואיות חריגות, חוגים וקייטנה, אשר לטענתו הוא שילם עבורם את מלוא התשלום.

עוד טען האב כי אין מידע לגבי תשלום שכירות ששילמה אשתו לשעבר לאמה – אין כל מסמך המוכיח זאת, וכמובן שאין חוזה חתום מאותה עת. על כן, לדבריו, האשה בעצם גרה בבית אמה ללא כל תשלום, ומשכך אין הוא צריך לשלם עבור מדור הילדים. לכן כאמור, יש להפחית מסכום 1,400 ₪ שהוא אמור לשלם, את חלקם של הילדים בהוצאות עבור החזקת המדור שחסכה האשה במעברה לבית אמה, וכמובן גם את חלקו בדמי השכירות שקיבלה האשה עבור השכרת דירתם המשותפת.

כנגד כך הסבירה האשה בעניין ההוצאות אותם הוציא הבעל עבור צרכים רפואיים וחוגים וקייטנה, כפי שטען, כי היא שילמה לאין ערוך יותר ממה שהאב הציג לפני ביה"ד, ועל כן לא כדאי לערוך התחשבות מעין זו, ובמיוחד לאור העבודה שב"כ האיש לא כתב בכתב ההגנה אף לא משפט אחד בעניין זה.

לסיכום, האשה תובעת את הסכום שהתחייב האב לשלם, דהיינו 1,400 ₪ לחודש במשך שישה עשר חודשים, ובסך הכול 22,400 ₪.

האב טוען כנגד, שהוא אכן חייב את הסכום הנ"ל אולם בקיזוז מה שהאשה חייבת לו, יוצא שהוא פטור מכל תשלום.

ג. דיון והכרעה

נושא התשלומים עבור עניינים רפואיים, חוגים או קייטנות וכדומה, לא נתבררו דיים, ואף לא הוכח שכל הוצאה שנעשתה הייתה על דעתו של הצד השני ואף הייתה נצרכת. על כן בעניין זה כל צד יישא בתשלומים שהוא הוציא. אם אחד מן הצדדים מבקש למצות את הדין בעניין זה, יגיש בקשה מפורטת, ולאחר שבית הדין יקבל את תגובת הצד שכנגד, יחלט בית הדין האם לקיים דיון בעניין.

1. האם רשאי השוכר להשכיר את הדירה לאחר

עתה נותר לדון בנושא העיקרי, שהוא השכרת הדירה המשותפת והתמורה שהתקבלה עבור השכרת דירה זו.

כנס הדיינים – התשע"ג למי שייכים דמי שכירות דירה שנתקבלה עבור מדור הילדים

השאלה המרכזית היא, אם אשה מקבלת דירה לשם מגורי הילדים רשאית להשכיר אותה לאחר, ומה דין התשלום הנובע מהשכרה זו.

בנספח להסכם הגירושין קיים סעיף הנוגע לשני עניינים הנצרכים לדיוננו. בסעיף ג' לנספח נאמר:

"האשה זכאית להשתמש בדירה עד הגיע הבן הקטן לגיל 18 ולא יהיה לאב זכות לתבוע דמי שימוש עבור הדירה גם מבן זוגה של האשה."

בדרך כלל רואים את התשלום עבור מזונות כתשלום לילדים, אלא שהוא מבוצע בפועל לאשה, שהיא המשמורנית של הילדים. אין האב קונה את צרכי תזונתם או השירותים שהם צורכים וכדומה, אלא מעביר לאשה סכום מוסכם ביניהם או סכום שנפסק ע"י בית הדין, אשר אמור לכסות את צורכי הילדים.

גם המדור הניתן לצורכי הילדים דינו בפשטות כפי האמור לעיל. דהיינו, האם היא אפוטרופוס עבור הטבה זו של הילדים. פעמים היא ניתנת על ידי סכום כסף עבור חלק הילדים בשכירות הדירה, ופעמים על ידי השכנת הילדים בדירה שלכל הפחות חלקה שייך לאב.

בנידון דידן ישנם שני סעיפים מהם ניתן ללמוד שהתשלום הוא לאשה, והיא זו שתוציא לפי ראות עיניה את הכסף לצורכי הילדים: 1. לשון ההסכם הוא: "האשה זכאית להשתמש בדירה". 2. בהסכם נאמר שהאב לא יתבע דמי שימוש ראויים מבן זוגה של האשה.

סעיף זה משמעותו למעשה היא כנתינת הדירה לשימוש האשה. בוודאי שזכות זו שמעניק האב לאשה היא משום הילדים, אולם הדרך לתשלום אינה תשלום ישיר לילדים אלא באמצעות תשלום לאשה, והיא תתן משלה לילדים.²

השאלות העולה בענייננו הן – מה דינו של שוכר דירה ומשכירה לאחר:

- א. האם מותר הדבר.
- ב. השכר למי – לבעלים או לשוכר הדירה שהשכירה.
- ג. מה מנהג המדינה, אם קיים כזה. והאם להסיק מלשון החוק בעניין זה.
- ד. האם יש הבדל בין מקרה ששוכר הדירה אין לו חלק קנייני בדירה, לבין מקרה בו השוכר הוא שותף בדירה.
- ה. אם נניח שאין הבדל בין שוכר זה לבין אדם אחר, יש לדון אם יש משמעות לכך שהבעלים ידעו מהכוונה להשכיר את הדירה ולא מחה על כך. עתה נבוא לבאר מהי שורת הדין על פי ההלכה.

2. ראוי לציין שגם אם נגדיר את האשה כאפוטרופוס הילדים בחלק האב בדירה הרי שבצעם היא אפוטרופוס של השוכרים דהיינו הילדים, אולם נראה כפי שהסקנו לעיל שהגדרתה המשפטית שהיא בעלים של חצי הדירה ושוכרת את חציה האחר.

נאמר בפרק אלו מציאות (בבא מציעא כט, ב) "אין השואל רשאי להשאיל ואין השוכר רשאי להשכיר". וכתב הרי"ף בפרק המפקיד:

הא דאמר ריש לקיש, אין השואל רשאי להשאיל ולא השוכר רשאי להשכיר, הני מילי לכתחילה, אבל בדיעבד אף על גב דאינו רשאי אי איכא סהדי דלא פשע בה לא מחייבינן ליה. דהא גבי שוכר מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה, כיוון דליכא פשיעותא, דהא כדרכה מתה, לא מחייב שוכר לשלומי מדיליה, ואף על גב דהשאילה לאחר.

למדנו מדברי הרי"ף, שגם במקום בו ההלכה היא שאין השוכר רשאי להשאיל, אעפ"כ אם עשה את האסור אין מעשה זה נקרא שליחות יד בפקדון, אשר הופך את השוכר לגזלן, כך שמתחייב באונסים בכל גווני, אלא זהו איסור בעלמא.

כתב הרשב"א בתשובה (חלק א סימן אלף קמה):

לא אמרו אין השוכר רשאי להשכיר ואין השואל רשאי להשאיל אלא במטלטלין שאין דרכן של בני אדם להשתכר ולהשאיל עמהם, מפני שאפשר להבריחם ואינו רוצה שיהיו מטלטלין אצל אחרים, אבל מטלטלין שאין דרכן של בני אדם להשתכר ולהשאיל עמהם משכיר ומשאיל לאחרים וכו'.

מכוח מקורות אלו פסק הרמ"א (ח"מ סימן שמב סעיף א):

אין השואל רשאי להשאיל וכו', ואם השאיל לאחרים אפילו נתקלקל מחמת המלאכה ששאלו בשבילה חייב, אלא אם כן יש לו ראייה שיכול ליפטר בה אילו היה בידו, כמו שנתבאר בסימן רצא. הגה. מיהו דבר שאי אפשר להבריח ולכפור בו כגון בית או ספינה מותר להשאיל.

כעין מה שפסק הרמ"א בסימן זה פסק המחבר (ח"מ סימן שטז סעיף א) על פי דברי הרמב"ם. וכתב הסמ"ע שגם הרמב"ם ס"ל כסברת הרשב"א דלעיל.

יוצא אם כן, שלדעת השו"ע על אף שבמיטלטלין אין השוכר רשאי להשכיר, בקרקעות ובתים השוכר רשאי להשכיר ובלבד שיתמלאו תנאים מסוימים, כגון שאין הדיירים עתה רבים מכמות הדיירים בשכירות המקורית.

לקמן נוכיח שעניין זה מהווה נקודת המבחן בעניין התמורה המתקבלת בעד השכירות. כלומר, אם רשאי השוכר להשכיר אזי התמורה מגיעה לו, ואם לא היה רשאי להשכיר התמורה היתרה על מה ששילם היא של בעל הדירה. מעתה, שההלכה היא שבמקרקעין רשאי השוכר להשכיר, הרי שתמורת השכירות מגיעה לשוכר ובמקרה דנן לאשה.

על דרך זו, גם לפי הוראות החוק קיימת הבחנה בין מיטלטלין לבין מקרקעין, וזה לשון חוק השכירות והשאילה, התשל"א-1972:

"22. העברת השכירות

השוכר אינו רשאי להעביר לאחר את הזכות להחזיק ולהשתמש במושכר או להשכירו בשכירות משנה אלא בהסכמת המשכיר. אולם אם לא

הסכים המשכיר לעסקה מטעמים בלתי סבירים או התנה את הסכמתו בתנאים בלתי סבירים יהיה:

(1) בשכירות מקרקעין – רשאי השוכר לעשות את העסקה בלי הסכמתו של המשכיר.

(2) בכל שכירות – רשאי בית המשפט להרשות את העסקה בתנאים שיראו לו, ובשכירות של מקרקעין רשאי בית המשפט לעשות כן על אף האמור בחוזה השכירות.

הבחנה זו בין מיטלטלין לבין מקרקעין נוגעת בשתי נקודות: 1. במקרה בו היה סעיף בחוזה האוסר על השוכר להשכיר. 2. במקרה בו לא היה סעיף כזה.

אם היה סעיף כזה וטעמיו של המשכיר לאי העברת השכירות הם בלתי סבירים, הרי שרשאי בית המשפט לאשר את העברת השכירות על אף הסעיף שהוסכם. במקרה שאין סעיף כזה, אין צורך אז אף בפנייה לערכאות, ורשאי השוכר לעשות את עסקת העברת השכירות אף בלא הסכמת המשכיר.

בנידון דידן אין הסכם שכירות בין הצדדים, אולם אף אם נניח שאילו היה הסכם כזה והיה נכתב סעיף בהסכם האוסר על השוכר להשכיר, עדיין אם לא היו נימוקים סבירים לשלילת השכירות היה בית המשפט מאשר את עסקת השכירות.

2. למי שייכים רווחי השכירות

לאחר שהתברר לנו שבין לפי ההלכה ובין לפי החוק רשאי שוכר מקרקעין להשכיר לאחר, נבוא לבאר עיקרי ההלכה כאשר אדם השוכר דירה משכירה לאחר ביותר ממה ששכרה הוא, הרווח למי?

כתב הרמ"א (חו"מ סימן שסג סעיף י):

השוכר בית מחברו וחזר והשכירו לאחרים ביותר ממה ששכרו, אם היה לו רשות להשכירו לאחרים בעניין שנתבאר בסימן שטז המותר הוא שלו, ואם לא היה לו רשות להשכירו, המותר לבעלים.

מקור דין זה בנימוקי יוסף (פרק כיצד הרגל) שכתב:

עוד אני אומר היכא שהמשכיר (צ"ל השוכר) שכרה מבעלה בזול והוא שכרה (צ"ל השכירה) לאחר ביוקר נחזי אנן אם לא היה רשאי לשכרה (צ"ל להשכירה) לאחר, כגון שהיו מרובין בני ביתו של זה האחר, שורת הדין נותנת שיתן מותר השכירות שהרויח לבעל הבית, דאיך יעשה זה סחורה בביתו של חברו כדאמרינן בפרק המפקיד וכו', ומיהו אם היה רשאי לשכרה (צ"ל להשכירה) כגון שהתנה עמו הוא או שלא היו בני ביתו של זה האחר אשר שכרה (צ"ל השכירה) לו מרובים ממנו, נראה שהרווח למשכיר זה שהרי בשעה ששכרה לו (שהשכירה לו) הבעה"ב בסך זה ולא התנה עמו כלום, יכול להשכיר, וכיוון שהדין נותן שיכול להשכירה כדאמרינן, מה נשאר עליו שיערער, אי משום שקשה עליו מה שמרויח זה וכי מי לא עסקינן שאפילו היה מרויח מן המשכיר עצמו, שלא היה מוצא כל כך

בזול מאחר ואפי"ה שכרה (צ"ל השכירה) לו בכך, ומה לי רווח זה מה לי זה. ועוד זה נהנה וזה אינו חסר, ולא דמי לפרה דר' יוסי, שאין השוכר רשאי להשכיר וכל שכן להשאיל. כך נראה לי.

העולה מדברי הנימוקי יוסף הוא שהלכה זו (למי מותר השכירות) תלויה בהלכה אחרת, והיא האם מותר היה לשוכר להשכיר או שמא אסור היה לו לעשות זאת.

אם כנים אנו, הרי שאם נחבר את שני העניינים יחד, התוצאה היא: א. בבתים ובקרקעות רשאי השוכר להשכיר; ב. במקום שמותר לשוכר להשכיר, תמורת השכירות מגיעה לשוכר ולא לבעלים.

יוצא אפוא שבנידון דידן שהאשה שהיא השוכרת או אפוטרופוס של השוכרים, רשאית היא להשכיר את חלק האב והתמורה משכירות זו שייכת לה.

בדין זה שאין השואל רשאי להשאיל ובעניין התמורה המתקבלת כתוצאה משכירות זו יש להרחיב, ויהיו לכך נפקויות לענייננו.

לעיל הובאה ההלכה הפסוקה במיטלטלין שאין השוכר רשאי להשכיר. הלכה זו טעונה ביאור, שהרי זכות השימוש היא של השוכר ומדוע שלא יוכל להעבירה לאחר, הרי קיימא לן "ששכירות ליומיה ממכר הוא", והרי זה כאילו יש חפץ בידו השייך לו, ומדוע אפוא לא יוכל השוכר להשכיר?

לעיל הובאו דברי הרי"ף, שאף שההלכה היא כאמור שאין השוכר רשאי להשכיר, אין בזה כדי לומר שאם יעבור השוכר על איסור זה בכדי להחשיבו כשולח יד בפיקדון וכגזלן, אלא איסור בעלמא. והנפקא מינא מכך היא שאם אכן יוכח שהחפץ שביד שוכר המשנה נאנס, לא יתחייב השוכר המקורי בתשלום בעד החפץ משום שהוא פטור כאשר היה מקרה אונס; כך פסק בשו"ע (חו"מ סימן שמד). מה שאין כן, אילו היה דינו כשולח יד בפיקדון שאז אף אילו אם היה מקרה אונס היה מחויב בתשלום שווי החפץ.

מעתה יש לבאר שהאיסור להשכיר אינו כתנאי בשכירות, אלא מעין הטלת איסור על השוכר שלא לעשות פעולה מסוימת. אולם כאמור, גם אם יעשה זאת, בעלותו על השכירות לא תפקע בכך.

גם בשכירות בתים, שכאמור לעיל נפסק להלכה שרשאי השוכר להשכיר ובלבד שלא ישכיר שכירות שאינה ראויה (כגון שבני ביתו מרובים), גם בזה אם עבר על האיסור אין משמעות הדבר שהוא איבד את זכות קניינו במושכר.

אפשר שמכוח זה פסק בשו"ת לחם רב (סימן רכד), שמי ששכר מהקהל בתים למאה שנה ומכר זכותו לאחר, והקהל מערערים על מכירה זו מכוח נימוקים שונים, שיכול השוכר לומר קים לי כפוסקים המקיימים את המכירה, ואעפ"י שהקרקע בחזקת בעליה היא עומדת, זהו דווקא גוף הקרקע אבל בזכות בשכירות השוכר מוחזק.

ושוב בנידון דידן, גם אם יש מקום לספק מסוים בעניין השכרת המושכר על ידי השוכר, הרי שהמוחזק בעניין זה הוא השוכר.

נידון נוסף שיש לעיין בו הוא חידוש הנימוקי יוסף, שהובא לעיל ונפסק ע"י הרמ"א בסימן שסג. עיקר חידושו של הנ"י הוא שאם השכירות מותרת הרי שתמורת השכירות ואף המותר שקיבל משוכר המשנה שייך לשוכר הראשי, ואם היה איסור להשכיר את המושכר הרי שהמותר שקיבל השוכר הראשי משוכר המשנה שייך לבעלים.

כיוון שהוכח לעיל שגם אם שכירות המשנה לא הייתה ראויה, עדיין הבעלים על השכירות הוא השוכר, מדוע אם כן מותר השכירות שייך לבעלים של הדירה, והרי מכר את זכויותיו שלו? על כורחך, שזהו מהטעם המוסרי הנאמר בנימוקי יוסף: "כיצד הלה עושה סחורה בביתו של זה?"

במחנה אפרים (הלכות שכירות סימן יט, ג) העמיד את דינו של הנ"י דווקא כאשר השוכר הראשי שכר את המושכר בפחות משוויו והשוכר משנה משלם את שוויו, אז אמרינן שאת המותר מקבל המשכיר דהיינו הבעלים. אולם אם השוכר הראשי שכר את המושכר בשוויו ושוכר המשנה משלם יותר משוויו, כיוון ששכירות ליומיה ממכר הוא **המותר שייך לשוכר** (אף אם השכירות הייתה כזו שאסורה).

כעין זה מדויק מדברי האור שמח (הלכות שכירות פרק ה הלכה ה) שכתב שאם התייקרה שכירות הבתים משעה שהשוכר הראשי שכר את המושכר עד אשר הוא השכיר אותו לשוכר המשנה, דמי שכירות אלה שייכים לשוכר.

האור שמח כתב את דבריו על דברי הרמב"ם (שם) שכתב: "אם המשכיר אמר לשוכר) אם לא תרצה לעמוד בו צא והניחו ואתה פטור משכירותו" וכו'. וכתב האור שמח:

אם נתייקר מקח שכירות הבתים והבעלים יאמר לו אם לא תרצה לעמוד בו, עד שאתה משכירו לאחרים, תן לי לדור בתוכו ואני אשלם לך המותר, אם יאמר דכיוון דאינה משתלמת אלא לבסוף לא מהימנא לך, דלדידך מתחזי כמו שאני עושה סחורה בביתך, נראה שטענתו טענה ומדוקדק לשון רבינו ודוק.

עוד כתב בפתחי תשובה (חו"מ סימן שטז בתחילת הסימן) בשם שו"ת ברית אברהם (חו"מ סימן לד), שאעפ"י שיכול למחות שלא להשכיר לאחר, אם השכירו השוכר לאחר, השכר לשוכר. ואין זה חולק על דברי הנ"י המובאים ברמ"א, סימן שסג, משום ששם מדובר שמקבל יותר ממה שמשלם למשכיר, אך אם התשלום זהה אזי שכר זה מקבל השוכר.³

בנידון דידן צריך עיון, כיצד יש לגלם בשכר את זכות המגורים שהעניק האב לילדיו בשל חיובו במדור. אם נגלם הטבה זו כסכום השתתפותו במדור אחר, סביר שיהא מותר בין הטבה זו לבין התמורה המתקבלת ומותר זה שייך לבעלים, דהיינו האב.

3. הטעם לכך הוא משום שבעצם זכות השכירות שייכת לשוכר וכל חידושו של הנימוקי יוסף שמתור השכירות שייך למשכיר, דהיינו הבעלים, זהו משום הסברה כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו, אולם אם אינו מקבל יותר ממה שהוא שילם אין זה סחורה בפרת חבירו.

אולם אפשר שכיוון שנתן את המגורים במדור זה, הרי שהעניק את שווי השכרת מחצית הדירה כמדור, ואם כן אף עתה שהשכירו את הדירה, אין מותר. אלא שכאמור לעיל נראה שלא הייתה השכרת משנה זו אסורה, ועל כן אפילו בכה"ג שנחשב כמותר, דינה של תמורת השכירות להיות של השוכר הראשון, דהיינו הילדים באמצעות האשה.

על כל הנ"ל יש להוסיף את דברי הדרכי משה (חו"מ סימן שטז, ג) שכתב:

ונראה שהוא הדין הנותן מתנה לחבירו [שיגור בביתו] והמקבל אינו צריך לה, יוכל המקבל להעמיד אחר תחתיו כמו אם שייר לעצמו זה, דהא אמרינן לענין אם הנותן בעין יפה נותן, דיפה כח המקבל מכח הנותן, כמו שנתבאר בדיני מתנה והוא הדין בנדון זה. וכן משמע בתשובת הרשב"א (סימן אלף נג) ומשמע שם שלא אזלינן בזה אחר דעת הנותן לומר, שלא נתנו לו על מנת ליתנו או למכרו או להשכירו לאחר.

כלומר, גם אם הזכות לשהות במדור ניתנה במתנה גמורה ואף בלא שהיה הנותן חייב לתינה, אעפ"כ יכול מקבל המתנה להשכירה לאחר. והוסיף הרמ"א, שלא הולכים בזה אחר דעת הנותן לומר שלא נתנה לו כדי ליתנו או למכרו או להשכירו לאחר.

אפשר לומר את הדברים הללו גם בנידון דידן, במיוחד כשהאב נותן את חלקו בדירה לילדיו וראוי לומר שבכה"ג, הנותן בעין יפה הוא נותן.

3. תוקף המנהג ששוכר לא ישכיר על דעת עצמו את הדירה

אננם ראוי לתת את הדעת בדבר הנוהג הקיים היום. בחוזי שכירות, אפילו בחוזה הסטנדרטי, בדרך כלל נאמר שאין השוכר רשאי להשכיר בלא הסכמה בכתב מאת המשכיר. ואם כן, אפשר שיש להתייחס אל תוכן משפט זה כאילו הוא מנהג המקום, ועל כן גם במקום שהוא לא נכתב, כמו בנידון דידן, יש להניח שהשכירות הייתה לפי הנוהג הקיים במקום, היינו על מנת שלא ישכיר השוכר את המושכר לאחר בלא הסכמה כתובה מאת המשכיר.

לפי זה יוצא, שמנהג המדינה שונה מן ההלכה, ושונה אף מהחוק לפיו יש רשות לשוכר להשכיר מקרקעין.

עוד צריך עיון במקום שלא כתבו חוזה, האם על דעת המנהג הם סומכים או על דעת החוק.

הובא לעיל לשון החוק שגם אם יש סעיף מפורש בחוזה שמגביל בו המשכיר את השוכר שלא להשכיר את המושכר לאחר, אעפ"כ בית המשפט יאשר את ההשכרה כאשר אין ההתנגדות מטעמים סבירים. כגון שמדובר בשוכר הידוע כפושע או כאדם מזיק ואינו מתחשב, וכדומה. אם כן, אפשר שכל החוזים שנכתב בהם משפט זה המגביל את זכותו של השוכר להשכיר, תוקפו הוא רק במסגרת מגבלות החוק, דהיינו שבית המשפט יכול לאפשר אף במקרה של תנאי זה את ההשכרה.

שאלתי כמה עורכי דין העוסקים בתחום המקרקעין, והם לא ידעו לומר שיש בוודאות נוהג כזה האוסר על השוכר להשכיר. ידוע כי כאשר אין מנהג ברור במדינה, אזי ההלכה הפסוקה בשו"ע היא הקובעת ואין מתחשבים בספק מנהג.

ראוי לציין, שבנידון דין האב לא התנגד לעסקת השכירות אלא שהוא דורש שהתמורה להשכרת חלקו תועבר אליו. זאת בפשטות אינה זכותו כלל. רשאי הוא להתנגד לעסקת השכירות מפאת סיבות המקובלות בהלכה, ובמקרה זה אם תבוצע השכירות האסורה יזכה במותר על השכירות המקורית לפי דברי הנ"י; אולם אם הוא אינו מתנגד לעסקה, בוודאי רשאית היא האשה להשכיר את הדירה לאחר. וכבר הובהר שכאשר היא רשאית להשכיר, תמורת השכירות שייכת לה.

4. מעמד האישה והאישה כשותפים לעניין השכרת הדירה

בנוסף לאמור לעיל, קיימת בנידון דין סיבה נוספת לאפשר לאשה להשכיר את הדירה. מדובר כאמור, בבני זוג לשעבר ששותפים בנכס זה.

כאשר קיימים שני שותפים, כל אחד מהם רשאי לעשות עסקה, והדבר נחשב כעשייה ברשות האחר וכאילו הוא שלוחו של חברו. וכך סיכם את הדברים, על פי דברי הפוסקים, בעל ערוך השולחן (חו"מ סימן עז סעיף ד):

אם יש עדים שבשעת ההלואה לווה ראובן [אחד מן השותפים] מלוי לצורך השותפות ושהייתה לטובת העסק, או ששמעון [השותף השני] מודה בזה והמעות נכנסו לעסק, אזי מחויב שמעון לשלם מחצה מהחוב, אפילו מביתו, ואינו מועיל לו שום טענה אם מגיע לו מראובן אם לאו, כיוון שההלואה הייתה על שם השותפות ולטובת העסק והמעות נכנסו לעסק, ואף אם לווה ראובן שלא בציוויו של שמעון מ"מ חייב שמעון במחציתו. דכל שותף הוא כשלוחו של שותפו בדבר שהוא לטובת השותפות.

5. סיכום להלכה

המבחן בעניין הזכות לקבל את תמורת השכירות היא, האם היה מותר לאשה להשכיר את הדירה או שהיה זה מעשה אסור.

הוכח שמעשה השכירות היה מעשה מבחינת ההלכה ואף מבחינת החוק, ובנוסף לא הייתה התנגדות למעשה ההשכרה מצד האב. אשר על כן נגזר מכך שתמורת השכירות מגיעה לאשה שהיא אפוטרופוס של הילדים לעניין זה.

גם אם היה זה מעשה שהוא נגד המנהג או שמשום סיבה אחרת היה אסור לעשותו, עדיין יש מקום רב לזכות את האשה בתמורת השכירות.

לאור האמור פסקנו, שהאב אינו זכאי לקזז את דמי השכירות שקיבלה האם, ועל האב לשלם את כל החוב שהצטבר בשל עיכוב תשלום המזונות בסכום של 1,400 ₪ במשך שישה עשר חודשים, ובסך הכול 22,400 ₪.⁴

4. דעת המיעוט הייתה ששכר הדירה יתחלק בשווה בין בני הזוג לשעבר, אך מחלקו של האיש יש לנכות את מדור שני ילדיו לפי ערכו היחסי. על פסק הדין הוגש ערעור בתיק (רבני גדול) 871417/1. בית הדין הרבני הגדול פסק ביום כ"ב בחשון התשע"ג (07/11/2012) ברוב דעות שדמי השכירות יחולקו באופן הבא: 3/4 לאשה ו-1/4 לאיש. דעת המיעוט הייתה לדחות את הערעור. פסקי הדין פורסמו באתר המרשתת של בתי הדין הרבניים.

פוליגרף – מדע, אומנות והיבטים משפטיים

סגן ניצב אלכסנדר גרשפלד

ראש מדור פסיכולוגיה חקירתית
מעבדת זיהוי פלילי, משטרת ישראל

המדור לפסיכולוגיה חקירתית במעבדת זיהוי פלילי (מז"פ) עוסק במגוון יישומים הלקוחים מתחום מדעי ההתנהגות. מטרתו לסייע בהיבטים פסיכולוגיים של החקירה הפלילית עבור גופי החקירה והמודיעין של משטרת ישראל, צה"ל, מח"ש, מערכת המשפט וכן גורמים חיצוניים נוספים לפי דרישה. המדור פרוס על פני חמש מעבדות אזוריות כדי לתת מענה הולם לצרכים ע"פ חלוקה גיאוגרפית ברחבי הארץ.

המדור מבצע בדיקות פוליגרף עבור גופי החקירה השונים לצורך אישוש או הזמה של גרסת הנבדק (חשוד, עד או קרבן). מטרת הליך זה לתת אינדיקציה חקירתית לבחירת כיוון חקירה, שלילת שותפים אפשריים לביצוע עבירה, ולאפשר שימוש בכלי זה כתומך בהחלטה להמשך הטיפול בתיק החקירה. בנוסף, על-פי חוק מתבצעות בדיקות פוליגרף במסגרת אבחון ביטחוני של אנשי משטרה (בב"ח).

אפשר לומר, שמכשיר הפוליגרף התפתח עם השנים ביחד עם הקדמה בתחומי התפתחות הציוד הרפואי והמחשוב. בבדיקת פוליגרף יש שלושה מרכיבי חובה: המכשיר, הנבדק והבודק. מומחיות ומיומנות הבודק הם גולת הכותרת ובסיס לעריכת בדיקת פוליגרף תקפה מבחינה מדעית. אי לכך, הכשרת מומחה פוליגרף אצלנו, במדור פסיכולוגיה חקירתית במז"פ, הוא תהליך מורכב וארוך. בהמשך – העבודה מתבצעת בתהליכי פיקוח ובקרה סדורים.

קיימים קורסים והכשרות בתחום עריכת בדיקות הפוליגרף גם במגזר הפרטי, אך אינני יכול להביע את דעתי על אופי ההכשרות מפאת טעמי אתיקה. עובדתית, בהעדר חוק פוליגרף במדינת ישראל, נוצר מצב של שונות ברמתם המקצועית של העוסקים בתחום, על כל המשתמע מכך – מבחינת טיב הבדיקות המתבצעות וכפועל יוצא לגבי תוקפן המדעי.

המצב שונה מהותית במגזר הממלכתי (משטרה, צבא, שב"כ וכו'). תהליכי ההכשרה והעבודה סדורים, מבוקרים ומוגנים בנהלים מקצועיים, בנהלים ארגוניים ובחוק. בסך-הכול מדינת ישראל נחשבת בעולם כמדינה מתקדמת מאוד בתחום הפוליגרף, והשימוש בכלי זה בגבולותיה נרחב מאוד.

לאחרונה יצא לאור ספר העוסק בנושא, בשם "דין הפוליגרף כבדיקה וכראיה", מאת כבוד השופט אסף זגורי ואביו מר אברהם זגורי. למיטב ידיעתי, זהו הספר הראשון מסוגו שיצא בישראל בתחום זה, והוא נכתב על-ידי שופט שתומך בשימוש בפוליגרף גם במסגרת הליך משפטי. למרות שדעתי שונה בהתייחס לחלק מהדברים שנכתב בו, עם זאת הספר הוא מקצועי ביותר ומעמיק. לטעמי, הספר בהחלט יכול לתת לכם, כדיינים, תשובות מנומקות בהתייחס לשאלות שעולות כאן בהקשר לשימוש בפוליגרף ע"י בית הדין הרבני.

להלן מובאת המצגת שהוצגה במהלך ההרצאה, בליווי קטעי קישור.

1. התחומים שבהם עוסק המדור לפסיכולוגיה חקירתית:



2. מדור פסיכולוגיה חקירתית הוא יחידה ארצית הפרוסה על פני חמש מעבדות, כדי לתת מענה זמין למשטרת ישראל. המדור שייך לחטיבת מז"פ באגף החקירות.



3. מכשיר הפוליגרף התפתח במשך השנים הן בגודלו והן בטיבו, וכיום הוא קומפקטי וקל יותר להפעלה. ערכת הפוליגרף הממוחשבת מתחברת למחשב נייד וגודלה כגודל של חצי ספר.



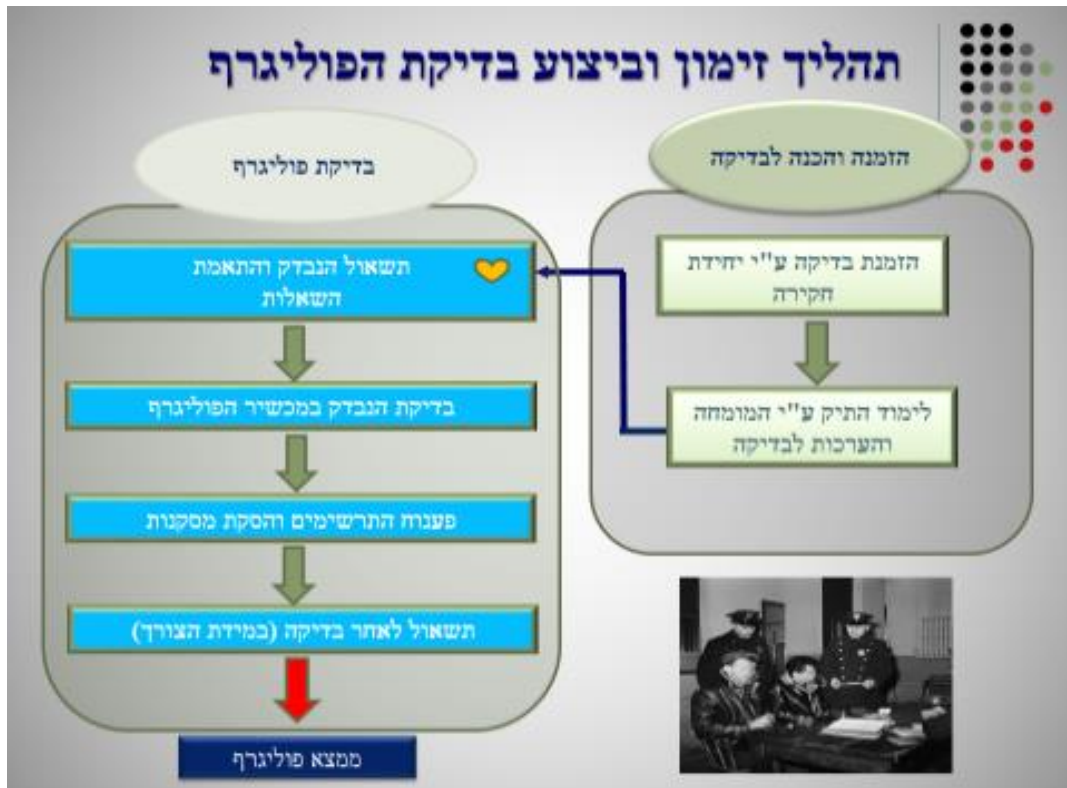
4. להפעלת הפוליגרף נדרשים שלושה מרכיבים עיקריים: (1) המכשיר; (2) האדם הנבדק; (3) המומחה שעורך את הבדיקה. אם אחד מהמרכיבים חסר או נפגם, הרי שלא רק שאיכות ואמינות הבדיקה ייפגעו, אלא תעמוד שאלה לגבי אפשרות ביצוע הבדיקה. המומחה אשר עורך את הבדיקה ומקשר בין הפעלת המכשיר לנבדק הוא "לב לבו" של התהליך. לכן אנו נותנים דגש רב על הכשרתו של המומחה, כדי להביאו לרמה מקצועית גבוהה.



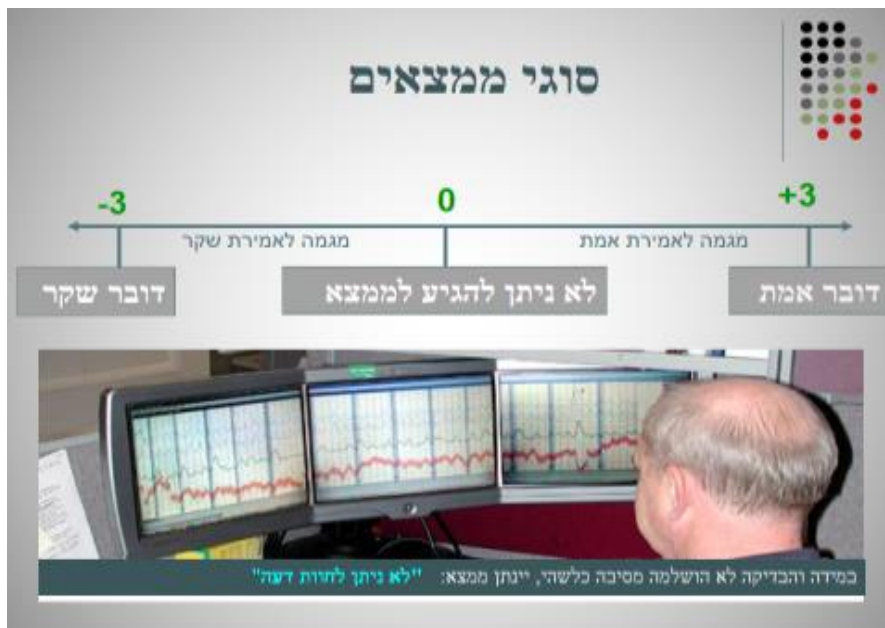
5. בין יתר הדברים, משנת 2008 המדור עוסק בבדיקות פוליגרף בהתאמה ביטחונית מתוקף חוק השב"כ התשס"ב-2002. במסגרת זו הוסדרה רשימה ברורה הקובעת תפקידים ודרגות שונות הנדרשים לכך.



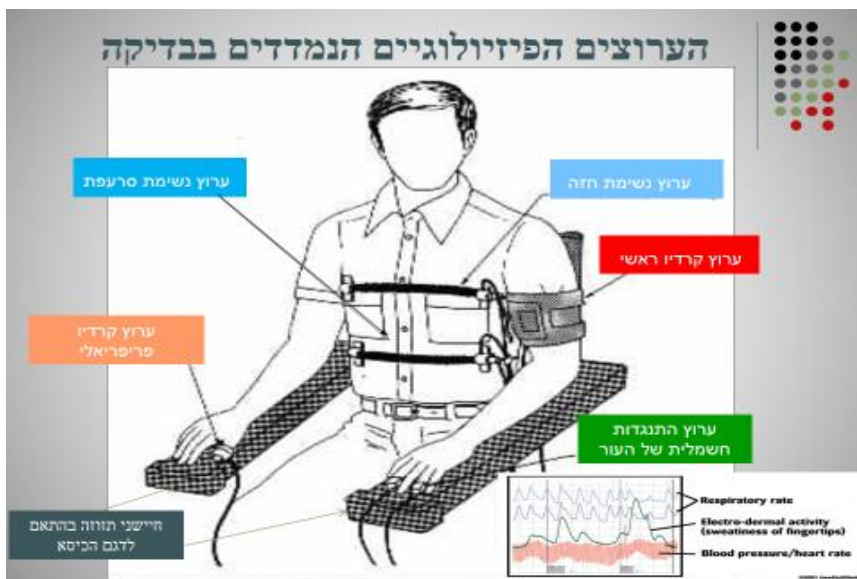
6. תהליך זימון בדיקת הפוליגרף וביצועה בנוי מכמה שלבים. התשואל לפני הבדיקה שמנוסחות בו שאלות הבדיקה עם הנבדק הוא המרכיב המרכזי ביותר לשם הצלחת הבדיקה.



7. התגובות הפיזיולוגיות בערוצים שונים, אשר נקלטות באמצעות מכשיר הפוליגרף, מדורגים על גבי סקאלה מספרית, כאשר נקבע שערך נומינלי של +3 ומעלה, הממצא הוא של "דובר אמת". ערך נומינלי של -3 ומטה, הממצא הוא של "דובר שקר". בטווח שבין שתי רמות אלה אנו מגדירים זאת רק כמגמה לאמירת אמת או מגמה לאמירת שקר בהתאם, או ללא תוצאה – בערך נומינלי מסכם של 0. השקופית בעמוד הבא:



8. הערוצים הפיזיולוגיים הנדגמים בבדיקת הפוליגרף הם: שני ערוצי נשימה – נשימת חזה ונשימת סרעפת (המסומנים בכחול); שני ערוצי קרדיו, המצביעים על השינויים בלחץ הדם, נפח הדם, הדופק וקצב הלב (המסומנים באדום ובכתום); וכן ערוץ חשוב נוסף המכוון למערכת העצבים.



9. לזימונה של בדיקת פוליגרף חייבים להתקיים מספר תנאים: חשד סביר ברור לנבדק, העדר ראיות פורנזיות אחרות (ראיות מדעיות המסיעות בפן המשפטי) והסכמתו של החשוד להיבדק לאחר שהכחיש את המיוחס לו.



10. בפוליגרף בודקים דברים אובייקטיביים ולא פרשנות סובייקטיבית:



11. יתרונות השימוש בפוליגרף.

יתרונות השימוש בבדיקת הפוליגרף

- הכוונה ומיקוד החקירה
- כלי תומך החלטה להארכת מעצר
- "ניקוי" חשודים
- קבלת תוצאות מיידיות בתום הבדיקה
- בדיקות בשפות שונות



כלי תקף ונגיש לקבלת החלטות במהלך חקירה

חיסכון במשאבים חקירתיים

12. כדי לאפשר ביצוע בדיקת פוליגרף תקפה, חשוב לתת את הדעת על התנאים הסביבתיים ועל הגורמים המשפיעים על הבדיקה.



13. היבטים משפטיים – הבסיס החוקי לעבודת המגזר הממלכתי בתחום הפוליגרף:

הבסיס החוקי

- פסיקה
- חוק השב"כ
- הנחיות יועמ"ש
- נהלי אגף החקירות
- נהלים המקצועיים של המדור



משפט חוקתי הגנת הפרטיות	הנחיות היועץ המשפטי לממשלה
שימוש בבדיקות פוליגרף עלידי רשויות המדינה	תאריך: י"ד חשון התשס"ד, 9 נובמבר 2003 עדכון: יט' אלול התשס"ט, 8 ספטמבר 2009 מספר הנחיה: 3.1102

שימוש בבדיקות פוליגרף עלידי רשויות המדינה

תוכן עניינים

א. סקירה כללית

ב. הנחיות באשר לשימוש בבדיקות פוליגרף עלידי רשויות המדינה

(1) בדיקות פוליגרף נוהליות

(2) בדיקות פוליגרף בהליכי חקירה

(3) בדיקת פוליגרף לשם הגנה על אינטרס ציבורי חיוני

(4) הנחיות כלליות

(5) תחולה

א. סקירה כללית

א. בקרב אנשי המדע והמקצוע העוסקים בתחומים הרלוונטיים מוסכם, כי אין בנמצא תגובה פיסיולוגית ספציפית הניתנת לאיתור, אשר מייחדת את המצב הנפשיתודעת של אדם בעת שהוא משקר. הקביעה, בהתבסס על בדיקה במכשיר הפוליגרף, כי אדם משקר, או שהוא דובר אמת, מבוססת איפוא על היקש הסתברותי בלבד.

קיימת בעיה לא פשוטה ובלתי־פתורה של מהימנות בדיקות הפוליגרף. אף לגרסת מצדדי הפוליגרף, קיים שיעור לא מבוטל, עד כדי עשרות אחוזים, של תוצאות שגויות, הן במובן שדוברי אמת נקבעים בבדיקה כדוברי שקר (False Positive), והן במובן של דוברי שקר שבדיקות הפוליגרף קובעות שהם דוברי אמת (False Negative).

האמינות והתוקף של בדיקת פוליגרף תלויה במשתנים שונים, ובהם: סוג הבדיקה, מיומנות הבודק, מאפייניו האישיותיים של הנבדק, והמידע המוקדם הרלוונטי הקיים בנוגע לנושאי הבדיקה. קיימות שתי שיטות בדיקה עיקריות: שיטת "פרטי החקירה המוכמנים" (פח"מ), בה נעשה שימוש במסגרת הליכי חקירה, ושיטת "שאלות הביקורת", בה נעשה שימוש בבדיקות מהימנות כללית, כגון לצרכי סינון בטחון.

קיימת הסכמה כי מהימנותה בדיקה בשיטת "פרטי חקירה מוכמנים" (פח"מ), גבוהה יותר מהמהימנות של בדיקה בשיטת "שאלות הביקורת", אשר רבים חולקים אף על תקפותה. (ראו, למשל: דין וחשבון הוועדה לעניין פוליגרף, בראשות השופט י. כהן מאוקטובר 1980 (להלן – **ועדת כהן**) שעסק בקבילות תוצאות בדיקות הפוליגרף בהליכים משפטיים; דין וחשבון הצוות לעניין בדיקות הפוליגרף בהליך הסינון הבטחוני לתפקידים בשירות הציבורי, בראשות השופט ד' לוי מאפריל 1997 (להלן – **ועדת לוי**); וכן ג' בן-שחר, מ' ברהלל וי' ליכליך, הפוליגרף (מכונת האמת) בשירות המשפטי – סוגיות מדעיות ומשפטיות, **משפטים** ט"ז, תשמ"ו, 269)

על יסוד חישוב הממוצע בין תוצאות המחקרים השונים שהוגשו לה, קבעה ועדת לוי, כי תקפות בדיקות הפוליגרף בשיטת "שאלות הביקורת" באיתור אשמים במקרה ספציפי ("דוברי שקר") נעה סביב 90%, ואילו התקפות באבחון חפים כדוברי אמת נעה סביב 80% בלבד (ראו גם דו"ח ועדת כהן בעמ' 17–23).

בעיית האמינות של בדיקות פוליגרף ידועה בכל המדינות בהן הנושא נבדק, וממנה – לצד הבעייתיות החוקתית שבעצם תהליך הבדיקה, עליה נעמוד בהמשך – נגזרה ההתייחסות המשפטית באשר ללגיטימיות השימוש בבדיקות פוליגרף בהליכים משפטיים, על-ידי רשויות השלטון, ולצרכים אזרחיים, כגון על-ידי מעבידים ולצרכי ביטוח. כך, למשל, קבע בית המשפט העליון בארצות הברית בפרשת **United States v. Scheffer 523 US (1998) 303**:

"Although the degree of reliability of polygraph evidence may depend upon a variety of identifiable factors, **there is simply no way to know in a particular case whether a polygraph examiner's conclusion is accurate**, because certain doubts and uncertainties plague even the best polygraph exams."

(ההדגשה אינה במקור)

עמדה זו קיבלה לאחרונה חיזוק ניכר על-ידי מחקר מקיף מהחודשים האחרונים ממש, שנערך על-פי הזמנת הממשל האמריקאי, אשר מטיל ספק במהימנות בדיקות הפוליגרף, ומציב את עיקר יעילותן בהיבט ההרתעת. (*The Polygraph and Lie*) (Council, National Research 2002, Detection)

ב. (א) חקירה באמצעות מכשיר הפוליגרף היא הליך חודרני מאוד, ועלולה להיות חוויה רגשית בלתי נעימה ואף משפילה. מדובר בבדיקה שנועדה להעמיק אל הלא מודע ובכך לפגוע בחופש הרצון, תוך חדירה לנבכי נפשו של אדם וגביית תגובות בלתי מודעות. יתר על כן, בדיקת הפוליגרף נתפסת בעיני הציבור כ"מכונת אמת", כשמו העממי של המכשיר, ומי שנכשל בה נתפס כדובר שקר, זאת בניגוד למהימנות האמיתית של המכשיר אשר שנויה כאמור במחלוקת. על כן יש בשימוש במכשיר הפוליגרף פוטנציאל ממשי של הטלת כתם חברתי קשה על חפים מפשע. האמור נכון בהתייחס לשיטת הפח"מ ולשיטת שאלות הביקורת גם יחד. ברם, כאמור לעיל, וכפי

שיפורט להלן, השימוש בשיטת שאלות הביקורת כרוך בפגיעה קשה יותר בזכויות יסוד.

לצד הפגיעה הטבועה בזכויות הקיימת בעצם השימוש במכשיר הפוליגרף, בשיטה זו או אחרת, נאלץ הנבדק בשיטת שאלות הביקורת, על מנת "לעבור בשלום" את הבדיקה, לחשוף בפני הבודק כל פרט מציק בעברו, לרבות נושאים אינטימיים או מעשים בלתי ראויים חסרי חשיבות ופעוטי ערך שנעשו לפני שנים רבות. כך למשל, בתשובה לשאלת ביקורת שגרתית אודות פגיעה באמון בעבר, מחוייב הנבדק לחשוף בגידות בחיי הנישואין, שקרים למעביד ועוד. בכל אלה יש כדי להטיל אימה על הנבדק. יתר על כן, מכשיר הפוליגרף מתעד את תגובות הנבדק לשאלות ביקורת אף במקרה בו הנבדק מסרב לענות לשאלה מסוימת.

מדובר אפוא בחדירה בוטה, בלתי נעימה ואף משפילה לפרטיותו של הנבדק, בעניינים ובפרטים שאין להם כל נגיעה לנושא הנחקר. זוהי פגיעה חמורה בגרעין הקשה של זכות האדם לפרטיות, המהווה גם פגיעה בכבודו של אדם. בלשונו של בית המשפט העליון של קליפורניה בפרשת **Long Beach city Employees Association v. City of Long Beach** (41 Cal. 3d 937. 944):

"If there is a quintessential zone of human privacy it is the mind.

Our ability to exclude others from our mental processes is intrinsic to the human personality."

(ב) אל מול בעיית המהימנות והפגיעה בזכויות יסוד, יש להציב תועלות אפשריות שבשימוש במכשיר הפוליגרף. כך למשל, אין חולק כי לשימוש במכשיר הפוליגרף יתרונות הרתעתיים מסוימים. בנוסף, רווחת הדעה בקרב גופי החקירה בישראל כי הבדיקה יכולה לשמש, בנסיבות מסוימות, כלי עזר בחקירה. השימוש במכשיר הפוליגרף עשוי גם לסייע לחשוד בהפרכת האשמות שווא, ובמקרים מסוימים הוא מסייע לחפים מפשע להזים עוד בשלב החקירה ראיות נסיבתיות הקושרות אותם אל העבירה.

ג. (א) ביצוע בדיקות פוליגרף פוגע כאמור בזכויות יסוד המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן – חוק היסוד). ניתן למנות מספר זכויות שנפגעות, במישרין ובעקיפין.

בדיקת פוליגרף, באשר היא, פוגעת במישרין בזכותו של אדם לפרטיות המעוגנת בסעיף 7 לחוק היסוד. כאשר נעשה שימוש בשיטת שאלות הביקורת הפגיעה מתעצמת ומגיעה לכדי פגיעה בגרעין הקשה של הזכות, עד כדי פגיעה בזכות לכבוד המעוגנת בסעיף 2 לחוק היסוד (ראו: דב"ע 70/97-4 **אוניברסיטת תל אביב נ' ההסתדרות הכללית החדשה**, פד"ע ל 385; וכן א' רובינשטיין, על חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון, **עיוני משפט כ"א**, תשנ"ח, 49). יודגש, כי פרסום תוצאות בדיקת הפוליגרף ברבים יוצר פגיעה נוספת ועצמאית בשמו הטוב של האדם ובכבודו, מאחר

שבעיני הציבור נחשב המכשיר, כאמור, ל"מכונת אמת", בעוד בפועל לא ניתן לקבוע את מידת אמינותו במקרה מסוים.

בעיית מהימנותה של הבדיקה יכולה להביא לפגיעה עקיפה בזכויות יסוד אחרות. כך למשל, שימוש בתוצאות בדיקת הפוליגרף – שאמינותה מוגבלת כאמור – על מנת להצדיק מעצרו של אדם, פוגע בעקיפין בזכות לחירות אישית שבסעיף 5 לחוק היסוד. כך גם פיטוריו של עובד על סמך תוצאות הבדיקה עלולים לפגוע בזכות הקניין המעוגנת בסעיף 3 לחוק היסוד, ובדומה, שלילת רשיון בהתבסס על תוצאות בדיקת פוליגרף פוגעת בזכות לחופש עיסוק המעוגנת בחוק יסוד: חופש העיסוק.

שאלת האיזון החוקתי מעוררת גם את השאלה, האם יכול אדם להסכים לוותר על זכויותיו, ואם כך הדבר מהן הדרישות המהותיות לקיומה של אותה הסכמה. סוגיה זו כרוכה באיזון פנימי בין שני ערכים: האוטונומיה של הרצון מחד, והגנה על זכויות האדם מאידך. ככלל ניתן לקבוע, כי במרבית המקרים, וכל עוד לא קיים אינטרס ציבורי אחר, עקרון הרצון החופשי העומד בבסיס חוק היסוד מאפשר לאדם לוותר על מרבית הזכויות, לרבות הזכות לחופש עיסוק וזכות הקניין. מנגד, דומה כי קיימות זכויות אשר עליהן לא ניתן לוותר, ובהן בעיקר הזכות לחיים ולחירות אישית (השווה: ע"א 285/73 טרמפולין נ' נחמיאס, פ"ד כט (1) 63, 72). בנוסף, קיימים מקרים בהם החברה לא תכיר בויתור על זכויות יסוד, מאחר שהדבר מנוגד לתקנת הציבור (השווה: ע"א AES System.Inc 6601/96 נ' סער, פ"ד נד (3) 850).

(ב) מהי אותה מטרה לגיטימית ומהן אותן נסיבות נדירות בהן ניתן לפגוע בפרטיות ולדרוש מאדם להיבדק במכשיר הפוליגרף בהתאם לתנאי פיסקת ההגבלה? ניתן למנות את השיקולים הרלוונטיים בעת קבלתה של החלטה קונקרטית.

שיקול עיקרי ראשון הוא אופי הפגיעה בזכויות הנובעת מבדיקת הפוליגרף. לעניין זה יש לשקול, בין היתר, את השיטה בה מתבצעת הבדיקה ואת הנסיבות בהן הושגה הסכמתו של הנבדק. אל מול שיקול זה יש לבחון את התכלית, קרי האינטרס הציבורי אותו מבקשים להשיג באמצעות הבדיקה. כך לדוגמא, נפסק בארצות הברית, כי חסכון כספי גרידא אינה תכלית מספקת לפגיעה בפרטיות הכרוכה בשימוש במכשיר הפוליגרף, ולעומת זאת, הגנה על סודות המדינה היא תכלית ראויה. מתוך גישה דומה נקבעו גם מסקנות ועדת לוין.

אין, כמובן, די בקיומו של אינטרס ציבורי חשוב, אלא יש גם לוודא כי בדיקת הפוליגרף היא האמצעי הראוי והמידתי להשגת אותה תכלית. בעיית מהימנות הבדיקה שתוארה לעיל מציבה קושי ניכר בעמידה בנטל זה. מהאמור גם נגזר, כי אין להתיר בדיקת פוליגרף כאשר קיימת דרך אחרת, לגיטימית ומקובלת, להשגת מטרת הבדיקה.

ד. במדינת ישראל, בהתאם להלכה הפסוקה, בדיקת פוליגרף איננה קבילה כראיה במשפט פלילי, אף לא בהסכמת הנאשם. לפיכך, אין להביא לידיעת בית המשפט במשפט פלילי, שנאשם או עד סירבו להיבדק במכשיר הפוליגרף, או להעיר הערות בקשר לסירוב כזה. הבאת מידע כזה לבית המשפט, משמעו הכנסת ראיה שאינה

קבילה, דבר המהווה פגם בהליך, ויכול להביא לביטול החלטתו של בית המשפט, אם יוכח שהסתמך או הושפע מהמידע (ראו: ע"פ 493/82 חמו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (1) 645 והאסמכתאות שם; ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (1) 485, ד"נ 188/94 מדינת ישראל נ' אבוטבול (לא פורסם), בג"צ 8061/96 ינאי נ' הפרקליטות הפלילית (לא פורסם), ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב (1) 446).

אשר להסתמכות על בדיקת פוליגרף בבקשה למשפט חוזר נפסק כי – "בממצאיה של בדיקת פוליגרף אין משום ראיה כלל; וממילא אין בהם משום ראיה חדשה שקיומה עשוי להישקל כמצדיק את קיומו של משפט חוזר. בממצאיה של בדיקת הפוליגרף אין גם כדי להצדיק פתיחתה של חקירה חוזרת בפרשה, שכבר הוכרעה בערכאות על פי ראיות קבילות." (מ"ח 5453/91 יהלום נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (1) 85, מ"ח 6398/94 יהלום נ' מדינת ישראל, (לא פורסם)).

בכל הנוגע לשימוש בבדיקות פוליגרף בהליכי מעצר, הבחינו בתי המשפט בין מעצר לצרכי חקירה, לבין מעצר לאחר הגשת כתב אישום. כאשר מדובר במעצר לצרכי החקירה, רשאי בית המשפט להסתמך גם על ראיות שאינן קבילות, ועל-כן רשאי הוא להיזקק גם לתוצאות בדיקת פוליגרף, בזהירות הנדרשת, שכן חקירה מתחילה ומתנהלת גם על יסוד מידע שאינו קביל. לעומת זאת, כאשר מדובר במעצר עד תום ההליכים, לאחר שהוגש כתב אישום, הפסיקה אינה אחידה. יש שבתי המשפט הסתמכו על בדיקת פוליגרף, ואף בקשו שתיערך בדיקה כזו לצורך החלטה בערר (ראו: בש"פ 2973/90 אבוטבול נ' מדינת ישראל, (לא פורסם), ב"ש 358/85 מדינת ישראל נ' זעוררה, (לא פורסם), ב"ש 421/86 מדהלה נ' מדינת ישראל, (לא פורסם), ב"ש 353/82 חנוך נ' מדינת ישראל, (לא פורסם), בש"פ 6612/95 פחימה נ' מדינת ישראל, (לא פורסם), ויש שבתי המשפט גרסו שאין לקבל בדיקת פוליגרף בשלב של מעצר עד תום ההליכים, שכן הליך זה הוא נספח למשפט הפלילי, ו"אם מתברר כי הוכחת האשמה תלויה בממצאים של בדיקת פוליגרף, מתבקשת המסקנה כי אין די ראיות לכאורה להוכחת האשמה, ולפיכך אין גם מקום למעצר הנאשם" (בש"פ 2871/94 פרץ נ' מדינת ישראל, (טרם פורסם), וראו גם בש"פ 2949/91 כיסראווי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה (4) 221, וכן השוו סעיף 115 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) התשנ"ו – 1996).

בהליכים מינהליים בהם ניתן לסטות מדיני הראיות, ניתן להסתמך על בדיקת פוליגרף. כך, למשל, נקבע, כי "בהליך של מעצר מינהלי, שבו מותר לסטות מדיני הראיות... ניתן להסתמך על תוצאות בדיקת פוליגרף" (ראו עמ"מ 1/95 פלוני נ' שר הביטחון (לא פורסם)). מטעם זה גם נקבע שסירוב להיבדק יכול להיות מובא בפני קצין שיפוט צבאי, אם כי הושארה בצריך עיון השאלה של הבאת תוצאות הבדיקה גופן. (ראו בג"צ 118/80 גרינשטיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד לה (1) 239).

בהליכים אזרחיים יכולה בדיקת פוליגרף להיות ראיה קבילה, ובלבד שניתנה לכך הסכמתם המוקדמת של הצדדים (ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי פ"ד מב (1) 446). שופטי הרוב בפרשה זו אף סברו כי ניתן להסכים שראיה זו תכריע את תוצאות המשפט (דבר

שיש בו משום מסירת ההכרעה בסכסוך לאדם שמחוץ לבית המשפט, ולפיכך התנגד לו שופט המיעוט שסבר שיש להשאיר את ההכרעה הסופית לבית המשפט). הסכם כזה כפוף למבחני תקנת הציבור, ולבחינה של בית המשפט את רצונם החופשי של הצדדים, ואף יכול להיבחן כחווה אחיד בעת הצורך (ע"א 551/89 "מנורה" חברה לביטוח נ' סדובניק, פ"ד מו (3) 158).¹

ה. נראה כי כל שיטות המשפט שנדרשו לנושא קבעו שיש בשימוש במכשיר הפוליגרף משום פגיעה בזכויות יסוד מוגנות. כך למשל קבע בית המשפט הפדרלי לערעורים פליליים בגרמניה שבדיקת הפוליגרף במסגרת הליך פלילי פוגעת בכבוד האדם, אף אם נעשתה בהסכמת החשוד (א' ברק, פרשנות חוקתית (הוצאת נבו 1984), בעמ' 422 ה"ש 109).

בתי המשפט במדינות השונות עמדו על שלושה סוגי פגיעה אפשריים: פגיעה הנובעת מחוסר מהימנות הבדיקה, פגיעה הנובעת מחדירה לפרטיות ופגיעה הנובעת מהפער בין האמונות הרווחות בציבור הרחב לבין מהימנותה המדעית של הבדיקה.

הפער בין מהימנות הבדיקה ובין תפיסתו של הציבור הרחב אותה כ"בדיקת אמת" הביא את בתי המשפט בארצות הברית לפסוק, כי פרסום התוצאות הבדיקה ברבים עלול להוות עוולה חוקתית עצמאית. לעניין זה נפסק, כי הדבר עלול להגיע לכדי פגיעה בחירותו של אדם, מאחר ויש בכך כדי להביא על אדם כתם חברתי קשה, בעוד בפועל לא ניתן לקבוע את מהימנות הבדיקה במקרה קונקרטי (Anderson v.) 1222,1216 (The City of Philadelphia, 845 F 2d).

הפגיעה הישירה העיקרית הכרוכה בבדיקת הפוליגרף היא בזכות לפרטיות. בדו"ח ועדה ציבורית בנושא הפוליגרף מטעם משרד המשפטים ההולנדי שנערך בשנת 1996 נקבע, כי בדיקת הפוליגרף פוגעת בזכות לפרטיות הקבועה בחוקה ההולנדית, בסעיף 8 לאמנה האירופאית בדבר הגנה על זכות האדם ובסעיף 17 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות. בדומה הכירה גם הפסיקה בארצות הברית בכך שהשימוש במכשיר הפוליגרף פוגע בזכות לפרטיות המעוגנת בחוקה הפדרלית ובחוקות המדינות השונות. הפסיקה בארצות הברית, בדומה ליחס לבדיקת הפוליגרף בכל שיטות המשפט האחרות, הדגישה כי הפגיעה בפרטיות בשימוש במכשיר הפוליגרף חמורה בהרבה מההפגיעה בפרטיות הכרוכה בחקירה מילולית רגילה (Texas State Employees Union v. Texas Department of Mental Health (1987) 203 Supreme Court (of Texas 746 S.W. 2d).

בחלק ניכר מהמדינות האחרות שנדרשו לנושא, עושות הרשויות שימוש מוגבל במכשיר הפוליגרף במקרים בהם קיים אינטרס ציבורי חשוב, וזאת תוך איזון בין אינטרס זה ובין הפגיעה החוקתית. כך למשל, מסקנת הדו"ח ההולנדי שהוזכר לעיל

1. עוד לעניין זה, ראו כתב-עמדה של היועץ המשפטי לממשלה בנושא תניות פוליגרף בחוזים של חברות ביטוח, שפורסם באתר משרד המשפטים www.justice.gov.il.

היתה, כי במצבים בהם הוכחה הסכמה אמיתית של הצדדים, ניתן לעשות שימוש במכשיר הפוליגרף (נראה, כי זוהי המדיניות הרווחת גם בצרפת – ראו דו"ח ועדת לויין בעמ' 15). עם זאת מסקנת הדו"ח ההולנדי היא, כי לגבי בדיקת פוליגרף בכפיה או בהעדר הסכמה אמיתית, נדרשת קיומה של הסמכה בחוק, אשר בבסיסה קיימת מטרה לגיטימית והכרחית בחברה דמוקרטית.

יצוין, כי בפרשת ביאזי הנזכרת לעיל, סוקר השופט כך את המצב המשפטי לעניין קבילות בדיקות הפוליגרף במדינות שונות. הוא מציין שהבדיקה אינה קבילה במערב אירופה, שם אין משתמשים כלל בפוליגרף (לדוגמה בצרפת ובגרמניה), ואף אינה קבילה בקנדה ובניו זילנד. ביפן הבדיקה קבילה. בארצות הברית, ישנם חיקוקים שונים במדינות שונות. במדינות מסוימות הבדיקה קבילה בהליכים שאינם סופיים (כמו בקשה למשפט חוזר), באחרות הבדיקה קבילה בהליכים אזרחיים ופלייליים (בתנאי שמתקיימים שורה של תנאים להבטחת כשירות הבודק והגינות הבדיקה), ויש מדינות המתנות את כשרות הראיה בהסכמה, ובכפוף לתנאים נוספים. (ראו גם הסקירה במאמרם של בן-שחר, בר הלל וליבליך הנזכר בסעיף 1 לעיל.)

על פי החוק הגרמני, חל על המדינה איסור מוחלט להשתמש באמצעים שלא אושרו לשימוש במפורש. פוליגרף לא אושר לשימוש ועל כן אין למדינה אפשרות לעשות בו שימוש, גם לו היה הנבדק מתנדב להבדק. גורמים פרטיים יכולים לעשות שימוש בפוליגרף בהסכמה מראש. בתי המשפט בגרמניה פסקו, כי השימוש בפוליגרף נוגד את ההגנה החוקתית על כבוד האדם, בהיותו פוגע בחופש הבחירה של הנבדק להחליט ולפעול באופן מודע, תוך חזירה לנבכי נפשו וגביית תגובות בלתי מודעות. בהתאם לכך נקבע כי בדיקת הפוליגרף אינה קבילה בהליך פלילי, גם בהסכמת הנאשם.

ב הנחיות באשר לשימוש בבדיקות פוליגרף עלידי רשויות המדינה

1) בדיקות פוליגרף נוהליות

א) נוכח הפגיעה בזכויות יסוד מוגנות הכרוכה בבדיקת הפוליגרף, ובעיקר פגיעה בזכות לפרטיות, העלולה לעלות גם כדי פגיעה בכבוד האדם, ולאור בעיות אמינות לא קלות של הבדיקה, ככלל אין לבצע בדיקת פוליגרף נוהלית עלידי רשויות המדינה אלא על-פי הסמכה מפורשת בחוק או על-פיו.

ב) הסמכה בחוק לביצוע בדיקות פוליגרף קיימת כיום רק בנוגע לבדיקות סינון ביטחון, לשם "קביעה של התאמה בטחונית של אדם לתפקיד או למשרה שסווגו בסיווג בטחוני", בהתאם לסעיף 7 (ב) (3) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן – חוק השב"כ), ולכללים שהותקנו שמכוחו.

הסדר חוקי זה גובש על יסוד המלצות ועדת לויין, אשר גובשו תחילה לכדי החלטת ממשלה (החלטה מס' 2978 מיום 14.12.1997), ולאחר מכן עוגנו כאמור בחוק השב"כ ובחוקיקת משנה מכוחו. ביסוד המלצות הועדה וההסדר החוקי שנקבע בעקבותיה

עומדת התפיסה וההכרה כי האינטרס הציבורי החיוני שבמניעת פגיעה בבטחון המדינה, מצדיק, בתנאים ובסייגים שנקבעו, עריכת בדיקות פוליגרף במסגרת הליך סינון בטחון לקבוצה מוגדרת ומוגבלת של נושאי תפקידים בשירות הציבורי. יודגש, כי הסדר זה הוא הסדר ממצה, ואין לבצע בדיקת פוליגרף נוהלית לצרכי סינון בטחון שאינה מותרת בו במפורש.

ג) בהעדר הסמכה חוקית כאמור, אין לערוך בדיקות פוליגרף נוהליות בכל תחום אחר, או לכל מטרה אחרת, בין כתנאי לקבלה לעבודה או לקידום במסגרת שירות המדינה, ובין כתנאי לקבלת רשיון או אישור או כל זכות אחרת.

2 בדיקות פוליגרף בהליכי חקירה

הצורך בבדיקת פוליגרף כאמור עשוי להתעורר גם במסגרת חקירה, פלילית או משמעתית, או במסגרת הליך בדיקה אחר, לשם הפרכה או לאימות של חשד קונקרטי.

בהעדר הסמכה בדין לביצוע בדיקת פוליגרף למטרות אחרות זולת בדיקות סינון בטחון, אין כאמור סמכות לחייב אדם לעמוד בבדיקת פוליגרף לכל מטרה אחרת. עם זאת, ניתן לערוך בדיקת פוליגרף, במסגרת חקירה, פלילית או משמעתית, או במסגרת הליך בדיקה אחר, לשם הפרכה או אימות של חשד קונקרטי, אם ניתנה הסכמה מודעת ומרצון חופשי של הנבדק, ובנסיבות ובתנאים שיפורטו להלן:

א) הסכמה מודעת ומרצון חופשי – נוכח הפגיעה בזכויות יסוד הכרוכה בבדיקת הפוליגרף כאמור, ולאור בעיות האמינות של הבדיקה, יש להבטיח כי ההסכמה ניתנת על בסיס של מודעות מלאה באשר למהות הבדיקה, פרטיה, מהימנותה, והמשקל שיינתן לתוצאותיה.

לפיכך, בטרם תתבקש ההסכמה, יש לתת למועמד לבדיקה הסבר על מהות הבדיקה, פרטיה, שלביה, והמהימנות שלה. כן יש להבהיר למועמד, כי אינו חייב לעמוד בבדיקה, וכן את התוקף המשפטי של תוצאות הבדיקה, והשימוש העשוי להיעשות בהם. יודגש, כי החובה לתת למועמד לבדיקה הבהרות והסברים כאמור קיימת גם מקום שהיוזמה לבדיקה היא של הנבדק ולא של הגורם החוקר.

עלימנת להבטיח את תקינות קבלת ההסכמה, ההסברים כאמור למועמד יהיו בכתב, וכן הסכמתו. למועמד תנתן שהות סבירה בין מתן ההסברים כאמור, לבין מתן הסכמתו, לרבות לצורך קבלת ייעוץ משפטי, אם ירצה בכך. כל לחץ על המועמד למתן הסכמתו יפגום בתוקף ההסכמה, וממילא בחוקיות הבדיקה, על כל הכרוך בכך.

ב) בדיקת פוליגרף רק במסגרת חקירה לפי דין – ככלל, שימוש בבדיקת פוליגרף על-פי הסכמה של הנבדק, ייעשה רק במסגרת הליך חקירה לפי דין.

ג) עבירות חמורות – השימוש בבדיקת פוליגרף ייעשה רק במסגרת חקירה של עבירות חמורות, פליליות או משמעתיות.

ד) השימוש בבדיקת פוליגרף ייעשה רק בהעדר דרך חקירתית אחרת למיצוי החקירה – בבדיקת פוליגרף תישקל רק לאחר מיצוי הליכי החקירה הרגילים, ולאחר שהגורם החוקר, בהתייעצות עם מומחה הפוליגרף, הגיעו למסקנה כי הבדיקה עשויה לתרום באופן מהותי למיצוי החקירה.

ה) בבדיקת פוליגרף תיערך רק בהתגבש חשד ממוקד – לא תתבצע בבדיקת פוליגרף כללית נגד כל המעורבים הפוטנציאליים בעבירה ("יריה באפילה"), אלא רק בהתגבש חשד ממוקד נגד חשוד או חשודים קונקרטיים, על יסוד החקירה שנערכה.

3) בבדיקת פוליגרף לשם הגנה על אינטרס ציבורי חיוני

א) שימוש בבדיקת פוליגרף שלא במסגרת הליך חקירה סטטוטורי, כאמור בסעיף 2 לעיל, יותר רק במקרים מיוחדים, כאשר אינטרס ציבורי חיוני מצדיק זאת, ובאישור מראש מאת היועץ המשפטי לממשלה, או ממי שהוא הסמיך לעניין זה.

ב) ככלל, בבדיקה של הדלפה מגוף ציבורי לאיתור המדליף, אינה, כשלעצמה, בגדר "המקרים המיוחדים" כאמור. רק מקום שמטרת החקירה/בדיקה כרוכה בהגנה על אינטרס חיוני אחר, או במניעת פגיעה באינטרס כזה, עשוי המקרה להצדיק שימוש בבדיקת פוליגרף.

ג) הוראות סעיפים קטנים א', ד' רה' לסעיף 2, יחולו גם לעניין בבדיקות פוליגרף שלא במסגרת חקירה לפי דין.

4) הנחיות כלליות

א) בבדיקת פוליגרף במסגרת חקירה או בבדיקה של רשויות המדינה, תיערך ככלל על-ידי גורם ציבורי המוסמך ומיומן בביצוע בבדיקות פוליגרף, ולא על-ידי מכון פרטי.

ב) בבדיקת הפוליגרף תיערך על-פי נוהל מפורט בכתב, אשר יכלול הוראות, בין היתר, באשר לאופן ביצוע הבדיקה, לרבות ההסברים שינתנו לנבדק בטרם הבדיקה, מגבלות רפואיות על ביצוע הבדיקה מקום שהמועד לבדיקה סובל מבעיה רפואית או פסיכולוגית, או מקבל טיפול, אשר עלולים לגרום לתגובות שישבשו את תוצאות הבדיקה, זכות הנבדק לסיים את הבדיקה בכל עת, ועוד.

ג) כמצוין בסקירה הכללית לעיל, בהתאם להלכה הפסוקה, תוצאות בבדיקות פוליגרף אינן קבילות כראיה במשפט פלילי, ואין גם להביא לידיעת בית המשפט דבר קיומה של בבדיקת פוליגרף ותוצאותיה, ואף לא מידע בדבר סירוב של נאשם או עד להיבדק במכשיר הפוליגרף. דין זהה יחול גם בהליכים משמעתיים בפני דין למשמעת, כגון בתי הדין למשמעת של עובדי המדינה, ובתי הדין למשמעת של משטרת ישראל, וזאת בהיות הליכים אלה דומים במהותם להליך הפלילי, כאשר בתוצאותיהם טמון פוטנציאל של פגיעה בזכויות העובד או המועסק, בהמשך העסקתו ובקנינו.

ד) אין לייחס לתוצאות הבדיקות משקל ראייתי עצמאי בגיבוש תוצאות ומסקנות החקירה או הבדיקה, אלא יש לראות בתוצאות ככלי עזר ראייתי משלים בלבד, בהתאם לכך אין לנקוט בכל הליך או סנקציה על בסיס ממצאי בדיקת הפוליגרף בלבד.

ה) מקום שתוצאות בדיקת הפוליגרף מצביעות על איאמירת אמת מצד הנבדק, מן הראוי, לשם הגברת אמינות התוצאות, לאפשר לו לעמוד בבדיקה נוספת על-ידי בודק אחר שאינו מודע לתוצאות הבדיקה הראשונה.

ו) מאחר שתוצאות בדיקת הפוליגרף נתפסות בעיני הציבור כתוצאות "מכונת אמת", פרסום תוצאות בדיקת פוליגרף בה נמצא הנבדק כדובר שקר, עלולה לפגוע קשות בשמו הטוב, ועקב כך בזכויות נוספות שלו. לפיכך, יש לנקוט בהקפדה יתרה בשמירה של המסמכים הקשורים לבדיקה במאגר סגור ומסווג. כמובן, שחל איסור מוחלט על פרסום תוצאות הבדיקה בצורה יזומה על-ידי רשות ציבורית, למעט במקרים חריגים ונדירים המתחייבים לשם הגנת אינטרס ציבורי חשוב ביותר ובאישור מראש מאת היועץ המשפטי לממשלה.

5 תחולה

הנחיה זו תחול על כל רשויות המדינה, לרבות צה"ל, משטרת ישראל ורשויות הביטחון האחרות. לעניין שירות הביטחון הכללי, יחולו הוראות סעיף 2 וסעיף 4(ה) לפרק ב', בכל הנוגע לבדיקות פוליגרף המבוצעות במסגרת תפקידם למניעת איומי טרור, חבלה וחתרנות וחקירת עבירות, בכפוף לשינויים והתאמות שייקבעו בנוהלי השירות, באישור היועץ המשפטי לממשלה.

חוק יחסי ממון כגורם בהלכה

הרב חגי איזירר

דיין בית הדין הרבני הגדול¹

בשאלה אם ניתן מבחינה הלכתית לתת מקום לחוק יחסי ממון בשערי בית הדין – עוסקים גדולי הדיינים החל משנת תשל"ב. התחילו בכך חברי בית הדין הרבני הגדול שהופיעו לפני ועדות הכנסת בשנת תשל"ב והסבירו את התנגדותם לחוק המוצע. הם עשו את שיעורי הבית בצורה מקיפה ויסודית. דבריהם נמצאים בפרוטוקולים של ועדות הכנסת.

הרב אליעזר גולדשמידט והרב שאול ישראלי עשו עבודה נפלאה. עיקרה היה שכנוע שמבחינה משפטית החקיקה הזו אינה צודקת ואינה נדרשת.

אנו לא נעסוק בכך, אלא בהיבט ההלכתי. היבט זה נחלק לשלושה. הראשון: דינא דמלכותא דינא, השני תוקף מכוח מנהג, והשלישי עוסק בפתרונות, כגון קניין בפני בית דין בשעת ההתדיינות (שבו כל צד מקבל בקניין את החקיקה או התוצאות של החקיקה האזרחית). בכל הנושאים האלה יש יצירות נפלאות של חברי בית הדין הגדול וגם בתי הדין הרבניים האזוריים. התחילו בזה כבר בתחומין ידידי הרב אברהם שרמן שליט"א והרב שלמה דיכובסקי שליט"א, ולאורך השנים רבו הכותבים. יש מי שדן בכל המערכת, ויש מי שדן בחלק מהנושאים.

אנו נעסוק עתה בנושא הראשון של ההיבט ההלכתי, שאלת תוקף דינא דמלכותא דינא ביחס לחוק יחסי ממון. ראיתי שבזמן האחרון משתמשים בהלכה זו גם למתן תוקף לחוק יחסי ממון, וזה לדעתי החלק הכי קשה והכי בעייתי, ויש דברים שלאור פשטותם נשכחו, וצריך לחזור ולברר זאת.

באחד המקורות החשובים של נושא "דינא דמלכותא" – במסכת גיטין י"ע"ב, יש מחלוקת אמוראים בדבר. שם נדון שטר מתנה שנערך בפני ערכאות. המלכות גזרה שכל השטרות יערכו ויחתמו בפני הערכאות – בפני שופט שלהם – הן שטרות הלוואה והן שטרות מתנת קרקע. הגמרא שם סוברת, ששטרות הלוואה וכן כל שטר שנועד לראיה הם שטרות כשרים וזאת אע"פ שחותמיהם נכרים.

1. בדימוס.

הטעם לכך הוא, דכיוון שהשטר צריך לעבור ביקורת של שופט, לא היו החותמים מעיזים ("לא מרעי נפשייהו") לחתום אם לא ראו את עצם ההלוואה. מה שאין כן בשטר מתנת קרקע, ששם השטר עצמו מהווה מעשה הקניין (במתנת קרקע), ולכן אם אין עדיו כשרים, הם אינם יכולים לתת תוקף לשטר.

דעת שמואל היא שגם שטר מתנה יש לו תוקף הלכתי, שגזרת המלך, שיהיה לו תוקף מדין המלכות, נותנת לו תוקף גם בדין תורה, משום "שדינא דמלכותא דינא". החולקים סוברים שאין בזה תוקף של דינא דמלכותא, ומה שכתוב במשנה (שם), כל הגטין העולים בערכאות כשרים היינו "חוץ מכגיטי נשים", ביאורו – חוץ משטרות מתנה שהם דומים לגיטי נשים (שנתמעטו לכו"ע), משום שהשטר פועל את הקניין.

הרא"ש שם סובר שאין מחלוקת בגמרא, אלא שהדעה השוללת את תוקף שטרות המתנה מדברת כשאין גזרת מלך החלטית בדבר, והדעה שנותנת תוקף לשטרות מתנה מדברת במקום שיש גזרת מלך גם בשטרות מתנה. לפי"ז אין לדעתו מחלוקת להלכה, ולכו"ע יש תוקף לגזרת "דינא דמלכותא" גם בעניינים שבין אדם לחברו, כמו מתן תוקף לשטרות מתנה. הרא"ש מביא שם "יש אומרים" שיש מחלוקת בדבר. אך בגמרא עצמה וגם להלכה יש מחלוקת, אם יש תוקף לדינא דמלכותא בעניינים שבין אדם לחברו.

למסקנה המחלוקת הזו היא המחלוקת העקרית בשלחן ערוך וברמב"ם. הרמב"ם הלכות מלכים (פ"ד ה"ג) פוסק כאותה לישנא של "חוץ מכגיטי נשים". הלחם משנה מבאר שדברים בינו לבין חברו אין בהם "דינא דמלכותא דינא" ושטר מתנה כפי שנעשה בפני הערכאות הוא כחרס. וכך פוסק הרמב"ם גם בהלכות לווה ומלוה פי"ז, ומרן בשלחן ערוך חו"מ סי' יז, "הרי הם כחרס" – פסיקה חדימשמעית!

אנו צריכים להבין את השיטה הזו, שיטת הרמב"ם והשלחן ערוך, ואח"כ נעמוד על המשמעות לגבי הנושא שלנו. הרמב"ם פוסק שדינא דמלכותא הוא רק כשיש בו תועלת למלכות, להנאת המלך, אלא שמן הראוי לא להיתפס למילים. "הנאת המלך" לפי הרמב"ם (לטובתו והנאתו) זהו דבר הכולל כל מה שנכתב במסכת בבא קמא בעניין המלך, שאם רוצה לבנות גשרים לוקח מאנשי המדינה וכורת דקלים. לא רק מסים להנאתו האישית של המלך, אלא הכוונה ל"צרכי המלכות", מה שנהוג שהמלכות מבצעת.

משמעות הדבר לגבי הנושא שלנו היא כי חקיקה של המלכות בעניינים שאין המלכות מטפלת בביצועם, אלא מוסרת אותו לאזרחים או לרשויות אזרחיות, אין לחקיקה זו תוקף של דינא דמלכותא.

מסוי שנועד לצורך פעילויות שרשות המלוכה מטפלת בהן, כגון: סלילת כבישים או גשרים וכן חינוך, צבא, בטחון מלחמה, כל מה שהשלטון נוהג לבצע, זה נקרא "צורכי המלך". "הנאת המלך": תחבורה, צורכי חינוך, מניעת פשע, משטרה, טיפול בפשע, זה לא בין אדם לחברו אלא בין השלטון לאזרח. מבקש המלך לטפל בכך שלא תהיה פשיעה, ולשם כך צריך כספים – זה מסמכותו. אין זה אומר שהחוקים הפליליים

יהיה להם מקום לפי דין תורה, זו פרשה לעצמה. כל הפעילות של המלך לצורך הקמת בתי סוהר, ועל ידם לתקן את הפשיעה במדינה, זה צורכי המדינה. לעומת זאת אין כל שייכות בעריכת שטרי מתנה לצורכי המלכות, ולכן סובר הרמב"ם שאין בו דינא דמלכותא.

להבנת שורש העניין נעיין מה המקור של דינא דמלכותא דינא. יש מקור אחד ידוע של רבותינו הצרפתים שהובא בר"ן בנדרים, שהמלך הוא השליט בארצו והיא שלו והוא נותן רשות לאזרחים לשבת בארץ, ובתנאי שהם ישלמו מסים, מסי קרקעות, מסי גולגולת, והוא יכול להתנות על כך (יש שניים שאין למלכות כוח לגביהם, והם תושבים שאומרים אני רוצה לצאת מהמדינה או עובדי אורח). בארץ ישראל, שנתחלקה לשבטים, המלך אינו שליט של הארץ, ואין לו יכולת של דינא דמלכותא דינא – זו דעת הר"ן.

הרשב"א סבור שאין כאן יסוד של בעלות של המלך על הארץ (שהיא שלו), אלא דינו דין מכוח הסכמת התושבים האזרחים, שמסכימים לדין המלכות כדי שתיכון המלכות ותוכל להגן על הממלכה ותושביה. "יצא מטבעו" – פירושו: יש הסכם של התושבים, והמלך רשאי להוציא כספים לצורכים שנוגעים לשלטון.

במס' סנהדרין דף כ ע"ב, מובאת מחלוקת בין רב ושמואל. שמואל אמר: כל האמור בפרשת מלך מלך מותר בו, ורב אמר: לא נאמרה פרשה זו אלא כדי לאיים עליהם שנאמר: "שום תשים עליך מלך, שתהא אימתו עליך".

כל האמור בפרשת מלך, פירש רש"י: על פי ספר שמואל (א' ה):

בניכם ובנותיכם יקח, וכיוצא בהם, רב אמר לא נאמרה פרשה דשמואל
אלא לאיים עליהם שתהא אימת מלכם עליהם אבל אינו מותר לעשות.

ובגמרא שם מובא עוד, שבשאלה זו נחלקו התנאים, ר' יהודה ור' יוסי ס"ל שבין ג' מצוות שנצטוו בכניסתן לארץ כלולה העמדת מלך, כלומר אין עילה לאיים עליהם שיבטלו בקשת "ואשימה עלי מלך" כי זו בעצם אחת ממצוות התורה! א"כ כל מה שנאמר בפרשת מלך – מלך מותר בו, ואין סיבה לאיים עליהם, ור' נהוראי שם חולק, וסובר שלא נאמרה פרשה זו אלא כנגד תרעומתן.

הרמב"ם מלכים פ"א הל' א פוסק כר' יוסי וכשמואל, עיין כס"מ ורדב"ז שם. לעניין האם מלך מותר באמור בפרשת מלך, פסק הרמב"ם ג"כ כשמואל, בהל' מלכים פרק ד' הל' א–ה, עיין כס"מ ורדב"ז שם.

הרמב"ם בפרק ד' מבאר שכל האמור בפרשת מלך: "יקח את בניכם" היא הוראה, שעליו לבצע באופן שוויוני, ולכן הוא יקח אותם מכל גבול ישראל. כך גם את הגיבורים למלחמה ואת האומנים לעשות במלאכתו ואת הבהמות העבדים והשפחות, "ועושין לו מלאכתו ונותן שכרן... וכן כופה את הראויין להיות שרים וממנה אותם שרי אלפים ושרי חמשים". כלומר אין כאן זכות או כוח לצורך הנאת המלך האישית אלא לצורך הקמת שלטונו, וגם למטרה זו צריכה להיות אמת מידה ערכית ושוויונית. לפיכך גם החרמת שדות וכרמים אינה יכולה להתבצע אלא לצורכי המלכות [כגון לצורכי צבא

המלך ועבדיו כשילכו למלחמה אם אין להם מה לאכול ובנוסף לזה על המלכות גם שלם עבור החרמת יכול השדות והכרמים].

כל זה בניגוד לדעת תוספות בסנהדרין כ"ע"ב, ולדעתם דברים שהמלך מותר הם גם להנאתו וצרכיו האישיים או להגדיל כבוד מלכותו. לפיכך התוספות תמהים למה נענש אחאב על לקיחת כרם נבות שסירב למכרו לו. תוספות שם הביאו תרופים אחדים ולא חזרו בהם מהנחת היסוד שהמלך מותר לקחת שדות וכרמים להנאתו האישית כפי שהיה בעניין אחאב ונבות.

המחלוקת בין תוספות ובין הרמב"ם קשורה עם מחלוקת נוספת. הרמב"ם בהל' גזלה פ"ה הל' יב-יח, סבור שגם מלכי גויים רשאים לקחת שדות וכרמים רק באופן שוויוני ורק לצורך המלכות ולא להנאה פרטית. הרדב"ז שם כורך את שליטת המלך בנתיניו (באופן השוויוני, כאמור), במלכי ישראל ובמלכי גויים בדין של "דינא דמלכותא דינא". כלומר, הדין של דינא דמלכותא במלכות גויים מקורו בדין מלך ישראל שנתפרשו בספר שמואל.

ברמב"ם בהל' מלכים נתבאר היטב שדינא דמלכותא דינא הוא לעניין צורכי המלכות להקמת צבא וליציאה למלחמה וגם להקמת המערכת הבסיסית של השלטון, אבל מערכת החוקים והמשפט לא נתבארה שם.

עם ישראל תבע מלך משמואל לשני צרכים, "וּשְׁפָטְנוּ מִלְכָּנוּ וְיִצְאָ לְפָנֵינוּ וְנִלְחֶם אֵת מִלְחָמָתָנוּ" (שמואל א פרק ח, כ). הר"ן בדרשותיו סימן י' מקשה, תינח לגבי הדרישה של "נלחם את מלחמותנו" אפשר באמת לומר ששאלו כהוגן, אבל "שפטנו מלכנו" קשיא, שהרי יש סנהדרין ובתי דין (ועוד יותר קשה שבגמ' סנהדרין כ"ע"ב, תניא אמר ר' אלעזר, זקנים שבדור שאלו כהוגן באמרם ושפטנו מלכנו ורק עמי הארץ קלקלו כשהוסיפו ל'ושפטנו מלכנו והיינו ככל הגויים").

מפרש הר"ן שיש שני סוגי שפיטה, יש משפט צדק שהוא נערך לפי כללי התורה: שני עדים והתראה, דרישה וחקירה וכו', כל המערכת שאנו מכירים במשפט התורה, המערכת הזו מסורה לבתי הדין ובראשם לסנהדרין. מטרת מערכת זו היא לשם קיום משפט צדק והשראת השכינה בישראל. מערכת זו יכולה להתקיים כאשר אזרחי המלכות שומרי מצוות ויש מכך רק חריגות סבירות ומעטות. אבל כאשר יש ריבוי של פשע, אין אפשרות לקיים משפטים ארוכים של דרישות וחקירות ולחפש עדים כשרים, ובינתיים ירבה הפשע והאנדרלמוסיה בארץ. כתיקון לזה נתנה התורה את משפט המלך. משפט המלך אינו קשור לחוקי התורה של עדים כשרים והתראה, ולכן הוא מגיע לפסק דין וביצועו בזמן קצר בהרבה. כאשר אין מלך בישראל, נתנו שני אופני השפיטה לסנהדרין או לבי"ד חשוב שבעיר ולא הועברו למלך גוי, ואין בזה דינא דמלכותא דינא. לפיכך נשאר התוקף של דינא דמלכותא רק לגבי דברים של צורך המלכות – צורך השלטון. כלומר, לגייס משאבים כספיים ואנושים לצורך אותן משימות שהמלכות מבצעת בעצמה. המשימות יכולות להתרחב ולגדול. אם בימי דוד ושלמה היו אלה משימות מלחמה, הרי בימינו הם כוללות גם תשתית לחינוך, ותשתית של בתי סוהר,

תשתית של בריאות הציבור וכו'. החוק האזרחי על כל ענפיו אינו שייך לכאן, אלא רק אותם דברים שהמלכות מבצעת והיא גם שומרת לעצמה את המערכת שתגייס את המשאבים האנושיים והכספיים כדי להניע את המערכת השלטונית: צבא, גיוס מורים ורופאים, מס הכנסה ומערכות מסים אחרות.

כאשר אזרח אינו מקיים את חובותיו כלפי המערכת השלטונית והציבורית, הרי שהשלטון עצמו יתבע אותו בפני מערכת המשפט, אבל אם הוא חוטא בין אדם לחברו השלטון לא יתערב אלא יאמר לו שכור עורך־דין והגש תביעה.

יוצא דופן הוא המשפט הפלילי, שאכן לא בא להגן על תביעות הפרט אלא על שלום הציבור מפני אנרכיה ציבורית. ואכן, המערכת השלטונית נכנסת כאן גם לאפיק הביצוע. היא מקימה מערכת של בתי סוהר, מערכת של משטרה, מערכת של פרקליטות. במדינה המודרנית לקחה המלכות כאחת ממשימות המלכות, את מערכת המשפט הפלילי וכל הקשור בהגנת הציבור מפני אויביו הפליליים: המשטרה וצרכיה, פרקליטות, מבנים לבתי משפט ומילוי צורכיהם השוטפים, בתי סוהר ועלותם. גיוס המשאבים לכל אלה הוא בכלל דינא דמלכותא גם לשיטת הרמב"ם והשלחן ערוך. אבל השיפוט עצמו וחוקיו אינם צורכי המלכות, וזו משימה שהועברה לשיקול דעת של שופטים בהתאם לצורכי החברה, והממשל אינו מתערב בהם ואינו קובע את אמות המידה שלהם. לעומת זאת, במסים ואגרות למיניהם הממשל הוא זה שקובע את גובהם ואת הכללים שלהם. הממשל הוא גם הצרכן של המשימות הללו, והוא גם הקובע את מידת הצורך ועלותה וגביית המשאבים, ומשום כך הם ייכללו בדינא דמלכותא.

מלכות שאין לה דין של מלך ישראל אין לה את התוקף המשפטי המיוחד שיש למלך ישראל (כפי שנתבאר לעיל). כלפי האוכלוסייה היהודית מה שנאמר דינא דמלכותא דינא בכל התלמוד הוא רק בצרכים הנוגעים למלכות וגבייתם, ואין זה מדין כוח שפיטה אלא מדין "ונלחם את מלחמותינו", שכולל את כל צורכי הקמת המערכת השלטונית, משימותיה וקיומם המתמשך. כמובן, ייתכן שמלכות הגויים כלפי אזרחיה הנכרים יהיה לה גם השיפוט המדיני, כפי שביאר הר"ן. אבל לגבי בני אומתנו, הסמכות לשפוט היא של משפט התורה, וגם השיפוט המדיני של המלכות עבר לסנהדרין ולבתי הדין החשובים במערכת התורתית.

חוק יחסי ממון וביצועו אינו משרת כלל את צורכי השלטון בישראל. התובע, בין גבר בין אשה, רשאי למחול על תביעותיו. לעומת זאת, בדברים שהם צורכי המדינה לא יכול אזרח פרטי למחול על תביעות שיש למדינה. לפיכך חוק יחסי ממון ותביעות שבמסגרתו אינם יכולים להיכלל בדינא דמלכותא לפי שיטת השו"ע והרמב"ם.

נמצא כי למסקנה של פרק זה כל האזרחים שחל עליהם דין מרן בשלחן ערוך, לא יחול לגביהם חוק יחסי ממון.

מה יהיה הדין בזוגות מעורבים? זהו נושא לדיון ולמחקר. כמובן, עלינו להמשיך ולבאר דין תחולת חוק יחסי ממון כלפי מי שאינם כפופים לפסיקת הב"י אלא לפסיקת הרמ"א או הפוסקים האחרים.

עדכוני פסיקה וחקיקה והערות בעבודת בית הדין

עו"ד הרב שמעון יעקבי

היועץ המשפטי לשיפוט רבני

הפסקת ההתדיינות בתיקי בוררות עד לתיקון חקיקה

בפסק דין שנתן בית המשפט העליון בתיק רע"א 4198/10 איבגי נ' גבאי (25.12.2012) (להלן – פרשת איבגי) אישר בית המשפט את הקביעה בבג"ץ 8638/03 סימה אמיר¹ לפיה אין לבית הדין הרבני סמכות לדון בתיקי בוררות אף בהסכמת הצדדים.

לאחר מתן פסק הדין בבג"ץ סימה אמיר חיוויתי דעתי, שהאמור בו לעניין בוררות הוא בבחינת "אמרת-אגב". לפני שנים מספר הערכתי – ועסקתי בכך בין היתר בהרצאותיי בכנס הדיינים – שאם לא ייערכו תיקוני חקיקה, לא ירחק היום ואמרת-אגב זו תהפוך ל"רציו" ול"הלכה" מחייבת של בית המשפט העליון. הבעתי אף חשש מהתעלמות מפסיקת בית המשפט העליון על אף היותה אמרת-אגב.²

בפרשת איבגי אישרה שופטת בית המשפט המחוזי בירושלים, רות שטרנברג-אליעז, בחודש מאי 2010 פסק בוררות שנתן בית הדין הרבני, וזאת אף שאחד מבעלי הדין ביקש לפסול את הפסיקה בנימוק שבית הדין הרבני היה מחוסר סמכות, אך לא הגיש בקשה לביטול פסק הבוררות במסגרת הזמנים הקבועה בחוק.

פסק הבוררות של בית הדין הרבני ניתן בשנת 2009, שלוש שנים לאחר הפסיקה העקרונית של בית המשפט העליון בפרשת סימה אמיר, שנאמר בה כי בית הדין אינו מוסמך לדון בבוררות על יסוד הסכמת הצדדים בלבד.

על פסיקת בית המשפט המחוזי הוגשה בקשת רשות ערעור. שופטי בית המשפט העליון החליטו לתת רשות ערעור, אך לגופו של עניין דחו את הערעור ואישרו את פסיקת המחוזי. בית המשפט הסביר שאף שבאופן כללי פעולות הנעשות על-ידי גורם מנהלי או שיפוטי בחוסר סמכות הן בטלות, שונה הוא פסק בוררות שניתן בחוסר סמכות, שחל בו דין ייחודי ולפיו הוא איננו בטל מאליו אלא "ניתן לביטול", וכדי

1. בג"ץ 8638/03 סימה אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006).

2. ש' יעקבי "סמכות בית הדין הרבני לדון כבורר" בתוך כנסי הדיינים תש"ע-תשע"א (תשע"ב), 167, וכן "עדכוני פסיקה" שם, 177, 183-186.

להביא לביטולו יש להגיש בקשה לביטול פסק הבוררות במסגרת הפרוצדורה הקבועה בחוק. כך גם לגבי פסקי בוררות של בתי הדין הרבניים, שמאז הלכת סימה אמיר אינם מוסמכים לפעול כבוררים.

"במישור המשפטי הצדדים אינם חלוקים בנוגע לנקודה המוצא, שלפיה בית הדין הרבני לא היה מוסמך עקרונית לדון כבורר במחלוקת הכספית שהתגלעה ביניהם, על אף הסכמתם המפורשת של הצדדים, וזאת בהתאם להלכה שנקבעה על ידי העליון", כתב השופט יורם דנציגר. הוא דחה את הטענה שמאחר שפסק הבוררות ניתן בחוסר סמכות, כלל לא מדובר בפסק בוררות, ולפיכך אין צורך לבקש את ביטולו בהליך הקבוע בחוק. "לא מתעורר כל ספק בשאלת אופיו של ההליך שהתנהל בבית הדין הרבני כהליך בוררות", הוא קובע.

השופט דנציגר מסביר כי חוק הבוררות אינו קובע כי פסק בוררות שניתן בחוסר סמכות בטל אוטומטית וכלל אינו ניתן לאישור, אלא שהוא מהווה עילה לבקשת ביטול פסק הבוררות. "אכן, בדרך-כלל פעולה שנעשתה בחוסר סמכות או מתוך חריגה מסמכות אינה תופסת והיא בטלה מעיקרה, והצהרה על ביטולה או על בטלותה אינה אלא הצהרה על איקיומה מראשיתה. אבל המחוקק, אם רצונו בכך, יכול להפוך סדרי בראשית משפטיים, ולקבוע כי דבר שכרגיל נחשב לבטל מעיקרו, יהיה מעתה ואילך כשר ותקף אלא אם בוטל כדין". ייחודיות זו של הבוררות, מציין השופט דנציגר, תואמת את פסיקתו של העליון לאורך השנים.

עם זאת, שופטי בית המשפט העליון מותחים ביקורת על התנהלותו של בית הדין הרבני. "יש לבקר את בית הדין הרבני במקרה שלפנינו", כותב השופט דנציגר, "היה על בית הדין הרבני למשוך ידיו מניהול הליך הבוררות ולהבהיר לצדדים כי הוא אינו מוסמך לפסוק בסכסוך. לשיטתי, זהו האינטרס הציבורי בנסיבות אלה. [...] "אף אם אניח שמדובר בטעות או בחוסר תשומת-לב של בית הדין ולא בהתעלמות של ממש מפסק דינו של בית משפט זה בעניין אמיר, הרי שהתנהלות זו אינה ראויה ואינה הולמת את עיקרון החוקיות ואת מעמדם המחייב של פסקי דינו של בית משפט זה."

באשר לתיקי בוררות פתוחים בבתי הדין ובמבט צופה פני עתיד יש לשים לב במיוחד לדברי השופט דנציגר:

המקרה שלפנינו והמקרה שנדון בעניין אמיר מייצגים במידה רבה את שתי נקודות הקיצון על ציר הזמן בסוגיית ישיבתו של בית הדין הרבני כבורר בסכסוכים כספיים – נקודת ההתחלה ונקודה הממוקמת לאחר הסיום. בין שתי נקודות אלה נמצאים מקרים "אפורים" רבים אשר מעוררים שאלות מורכבות ואשר יש להניח שחלקם יגיעו בעתיד לפתחו של בית משפט זה. בין היתר, יש לשאול האם יש להבחין בין בעל-דין שלא כפר בסמכות בית הדין הרבני לדון כבורר בשום שלב במהלך הבוררות אך העלה את טענת חוסר הסמכות במסגרת בקשת ביטול שהוגשה במסגרת הזמנים הקבועה בחוק (שלא כמו במקרה שלפנינו) לבין בעל-דין שלא כפר בסמכות בית הדין הרבני לדון כבורר בתחילת

הליך הבוררות, אך בשלב מסוים במהלך הבוררות (אך בטרם סיומה) הופך פניו וכופר בסמכות? מה המשקל שיש ליתן לעיקרון המניעות ותום הלב בשני המקרים הללו? מהו האיזון שיש לערוך בכל אחד מהמקרים בין האינטרס הציבורי לבין הצדק הפרטני של הצדדים עצמם? מהו היחס בין המקרים הללו לבין המקרה שלפנינו? שאלות אלה אינן פשוטות ואינן מחייבות מענה במסגרת התיק שלפנינו וניתן להותירן בצריך עיון לעתיד לבוא.

יחד עם זאת אציין – במישור העקרוני – כי לשיטתי האינטרס הציבורי ועיקרון החוקיות מחייבים ליתן משקל ניכר לטענת חוסר הסמכות של בית הדין הרבני (ובהתאם – משקל מופחת לטענת המניעות ולשיקולי יעילות), ככל שטענה זו מועלית במהלך הבוררות בכל נקודת זמן בטרם ניתק פסק בוררות.

השופט אליקים רובינשטיין הוסיף כי "לדאבוני הרב, כמי שמכבד את בתי הדין הרבניים, המדובר בסיפור מצער לא בשל התנהגות הצדדים עצמם דווקא, אלא בשל התייחסות בית הדין הרבני. תהא אשר תהא דעתו של בית הדין הרבני על פסק הדין בעניין סימה אמיר, הוא מחייב את בתי הדין הרבניים". השופט רובינשטיין מסיים את פסק דינו בהבעת תמיכה עקרונית בתיקוני חקיקה שיאפשרו לבית הדין לדון בדיני ממונות בהסכמה.

אכן, יש להצטער על כי מערכת בתי הדין לא השכילה לקדם תיקוני חקיקה שהוצעו בנושא הבוררות.

לאור האמור, מזכירויות בתי הדין הונחו שלא לפתוח עוד תיקי בוררות. אגף מערכות מידע הונחה למנוע את האפשרות הטכנית לפתוח במערכת שיר"ה תיקים חדשים שנושאים "בוררות".

בקשה למתן הוראות במסגרת הליך אכיפת פסק דין

פעמים רבות נדרשים בעלי דין לבקש מבית הדין סעד לאכיפת תנאי ממון שנקבעו בהסכם גירושין שקיבל תוקף של פסק דין. הצד שכנגד משיב שהמבקש הפר את ההסכם ולכן אין הוא מוכן לבצע את חיוביו, או שטרם הגיע המועד לביצוע החיוב, או שההסכם אינו ברור דיו והצדדים חלוקים בקשר לפרשנותו. מאז פסק הדין בבג"ץ סימה אמיר מנסים מדי פעם בעלי דין לטעון כי בית הדין כלל אינו מוסמך להכריע בדין ודברים שיש בין הצדדים בקשר לביצועו של פסק הדין. טענה זו נשמעת בנוסף לטענות לגופו של עניין. ברם, פסק הדין בבג"ץ סימה אמיר לא עסק כלל ועיקר בסמכויות האכיפה שיש בידי בית הדין מכוח חוק חרות. על פי סעיף 7 לחוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דיון), התשט"ז–1956, בית הדין מוסמך למנות כונס נכסים אם קיים צורך מיוחד כדי לאכוף ביצוע פסק דין. כדי ללמוד על גודלי סמכות זו נפנה לכללים החלים לעניין זה במשפט האזרחי.

פרשת סיבוני³ מדגימה את התועלת בשימוש בכלי מתן ההוראות לביצוע פסק דין שנתן תוקף להסכם פשרה בין צדדים – אפילו שנים רבות לאחר מתן פסק הדין. באותה פרשה התנהל משפט בין הצדדים וניתן פסק דין בהסכמה. לאחר עשר שנים ביקשה המשיבה מינוי כונס נכסים לביצוע פסק הדין. המבקש התנגד למינוי כונס, בטענה כי פסק הדין אינו אכיף וכי המשיבה הפרה את חלקה בהסכם. בית המשפט המחוזי נעתר לבקשה והורה על מינוי כונס נכסים על זכויותיו של המבקש במקרקעין מסוימים לשם מימושו של פסק דין לטובת המשיבה. המבקש הגיש על כך בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון, מפי השופט העליון, מפי השופט גרוניס (כתוארו אז) דחה את הבקשה וקבע כי פסק דין שבהסכמה ממוזגות בו שתי תכונות – של הסכם ושל פסק דין. פסק דין הנותן תוקף להסכם שהושג בין בעלי הדין מחייב ככל פסק דין אחר. השאלה המתעוררת בעניין הנדון היא איזו השלכה יש למאפיין ההסכמי שבפסק הדין על אופן אכיפתו. עקרונית, בפני בעל-דין המבקש לאכוף פסק דין מוסכם פתוחים שני מסלולי פעולה: האחד, הנשען על הפן ההסכמי של פסק הדין, הינו הגשת תביעה חדשה בה יתבקש סעד של אכיפת פסק הדין. מסלול זה מתבסס על התפיסה שלפיה ההסכם שאומץ בפסק הדין יוצר עילה חדשה אשר ניתן לתבוע על פיה; השני, הנשען על הפן השיפוטי של פסק הדין, הוא אכיפה של פסק הדין כפסק דין רגיל. השאלה מתי פסק דין שניתן בהסכמה הינו אכיף בלא שיהא צורך בהגשת תביעה חדשה לאכיפתו תלויה במידת הבהירות של פסק הדין. הוא בר אכיפה אם הוראותיו ברורות ומסוימות במידה המאפשרת את אכיפתו ללא נקיטת הליך משפטי חדש. אם הוא אינו נהיר דיו, אין מנוס מהגשת תביעה חדשה אשר עילתה פסק הדין המוסכם. אך לא כל איבהירות תמנע את אכיפתו של פסק הדין המוסכם. כאשר מדובר באי בהירות הניתנת להסרה באמצעות המנגנונים המיועדים לכך בהליכי האכיפה, כגון בקשת הבהרה, הדבר לא מונע אכיפה ישירה.

במקרה שנדון בפרשת סיבוני טענותיו של המבקש נגד אכיפת פסק הדין התחלקו לשני סוגים: האחד הוא כי פסק הדין הופר ע"י המשיבה ועל כן הוא פטור מלקיים את חלקו. ביחס למקרה כזה קבע בית המשפט כי היה על המבקש להגיש תביעה בדבר בטלות ההסכם וביטול פסק דין. בהתחשב בכך שהמבקש לא הגיש תביעה ואף לא טען שבכוונתו לעשות זאת, אין לייחס לטענותיו אלו משקל של ממש בהחלטה אם למנות כונס נכסים. סוג טענות שני שטען לו המבקש הוא כי לא ניתן לאכוף את פסק הדין בלא לקיים בירור נוסף בפני בית המשפט, מכיוון שהאכיפה כרוכה בהכרעה בשאלות של פרשנות פסק הדין כמו גם בהכרעה במחלוקות עובדתיות מסוימות. השופט גרוניס ציין כי טענה זו אינה נטולת יסוד, אך ניתן יהיה לענות על צורך זה בגדר פעולתו של כונס הנכסים, ע"י הגשת בקשה למתן הוראות לבית המשפט. בלשונו של השופט גרוניס:

...בית משפט קמא היה ער לצורך בהכרעה שיפוטית בנקודות שונות, אולם סבר שניתן יהיה לענות על צורך זה בגדר פעולתו של כונס הנכסים,

3. רע"א 5112/07 סיבוני נ' יורעאלי (28.1.2008).

על ידי הגשת בקשה למתן הוראות לבית המשפט. לא מצאתי מקום להתערב בשיקול דעתו של בית המשפט בעניין זה. יוער, כי אם יתברר שהקושי הניצב בפני אכיפת פסק הדין גדול מהצפוי, רשאי בית המשפט לשקול האם יש מקום להפסיק את הליכי האכיפה ולהפנות את המשיבה להגיש תביעה חדשה.

9. בדברינו האחרונים נמצא מענה גם לטרונייתו של המבקש על כך שבית המשפט נעתר לבקשה למינוי כונס נכסים ולא הפנה את המשיבה לממש את זכותה בלשכת ההוצאה לפועל. תקנה 388 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984, מקנה לבית המשפט סמכות למנות כונס נכסים על רכוש, בין לפני מתן פסק הדין ובין לאחריו. כאמור, אכיפת פסק הדין בענייננו צפויה להיות מלווה במחלוקות אשר יזיקו הכרעה שיפוטית. בנסיבות אלו נראה כי אכיפתו של פסק הדין באמצעות לשכת ההוצאה לפועל אינה מעשית, ולמצער כרוכה בקשיים רבים. על כן, אין למצוא פגם בהחלטתו של בית משפט קמא, כי אופן האכיפה הראוי הינו מינוי כונס נכסים על זכויותיו של המבקש בבית.

הנה כי כן, השימוש במנגנון מינוי כונס נכסים ומתן הוראות לכונס נכסים ייתכן אף שנים לאחר מתן תוקף של פסק דין לפשרה או להסכם הגירושין. במסגרת הסמכות למתן הוראות מוסמכת הערכאה הדיונית להכריע בשאלות של פרשנות פסק הדין כמו גם בהכרעה במחלוקות עובדתיות הקשורות לאכיפתו. סמכות זו מקנה גמישות דיונית – והכול בגדרי סבירות והיגיון – המאפשרת עשיית צדק עם בעלי דין שבית הדין אישר להם הסכם גירושין ונתן לו תוקף של פסק דין, ללא צורך בהפניית הסכסוך לתובענה חדשה, כאילו מבראשית, בבית המשפט לענייני משפחה.

מנגנון מתן הוראות לנושא תפקיד מטעם בית הדין עשוי לסייע רבות בדרך יעילה ואפקטיבית באכיפת הסכמי גירושין. בית הדין מוסמך למנות כונס נכסים אם מתקיים צורך מיוחד לשם ביצוע פסק דין (סעיף 77 לחוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דיון), התשט"ז–1956). מעת שמינה בית הדין כונס נכסים חלים סעיפים 53 עד 57 בחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז–1967 בשינויים המחויבים. לפי סעיף 54(א) לחוק ההוצאה לפועל, "כונס הנכסים יקח לרשותו את הנכס שנתמנה לו, ינהלו, ימכרו, יממשו ויעשה בו כפי שיוורה רשם ההוצאה לפועל" – ולענייננו: בית הדין הרבני. לפי סעיף 54(ב), "רשם ההוצאה לפועל – ולענייננו: בית הדין הרבני – רשאי לתת הוראות לפי סעיף זה אם מיזמתו ואם לפי בקשת הזוכה או החייב, או לפי בקשת כונס הנכסים."

בקשה למתן הוראות והכרעה במחלוקת עם צד ג'

בית הדין אינו מוסמך לדון בענייני ממון במסגרת בתיק בוררות בסכסוך שבין ראובן לשמעון, אבל עדיין עשויים להגיע לשערי בית הדין סכסוכים ממוניים שקיימת בהם מעורבות של צדדים שלישיים, ובית הדין מוסמך לדון ולהכריע בסכסוכים אלו במסגרת המצומצמת שאפרט להלן.

בית הדין דן בסכסוך בין בני זוג, בעל ואישה. בית הדין מינה כונסי נכסים והם מכרו את דירת הצדדים. בהליך מכירת הדירה נפלו דין ודברים בין כונס הנכסים ובין רוכש הדירה, וכונסי הנכסים פונים לבית הדין בבקשה למתן הוראות שינחו אותם כיצד לפעול מול רוכש הדירה. פעמים שרוכש הדירה הוא הפונה לבית הדין ומבקש שבית הדין ייתן הוראות לכונסי הנכסים לפעול בדרך הנראית לו נכונה וצודקת. בדומה לכך, מצבים אלו עשויים להתעורר במסגרת ניהול עיזבון בתיק ירושה או בתיק צו קיום צוואה שנידון בבית הדין הרבני: מנהל עיזבון מפרסם הודעה המזמינה את נושי העיזבון לדרוש את פירעון החובות שחב להם המנוח. בנק פלוני או אדם אחר טוענים כי על העיזבון לשלם להם סכום כלשהו, ומתעוררים חילוקי דעות בין מנהל העיזבון לבין נושי העיזבון. האם אין מגוס מקיום התדיינות בבית המשפט בין כונס הנכסים או מנהל העיזבון שמינה בית הדין ובין הצד השלישי? דוגמה נוספת: לבית הדין סמכות שיפוט ייחודית בכל עניין הנוגע לניהול הפנימי של הקדש דתי שנוצר לפני בית הדין. בעבר היה בית הדין מקיים דיונים לא מעטים במסגרת בוררות במחלוקות בין הקדשות דתיים לבין אנשים אחרים, הן כתובעים הן כנתבעים. דיון בבוררות אינו אפשרי כיום. והנה ראובן ששכר דירה בבעלות הקדש דתי פונה לבית הדין ומבקש להורות לאפוטרופסי הקדש שלא לפנותו מדירה ההקדש. האם בית הדין מוסמך להידרש לבקשת ראובן ולהורות לנאמני הקדש את המעשה אשר יעשו?

שאלות אלה אינן ייחודיות לבית הדין הרבני. הן עולות מדי פעם בבתי המשפט האזרחיים, ואפשר ללמוד מהם ולהקיש אלינו. במסגרת הפנימית של מערכת בתי המשפט קיימת חלוקת סמכויות בין בתי המשפט השונים, ולעתים מתעורר צורך להכריע בשאלות שבמחלוקת במסגרת דיונית של מתן הוראות לכונסי נכסים או בעלי תפקידים אחרים שמינה בית המשפט, כמו מפרק חברה, נאמן בפשיטת רגל, נאמן בהקדש ציבורי, אפוטרופוס לקטין ולפסול דין, מנהל עיזבון ועוד. ההתפתחות בפסיקה הובילה לכך שבמקרים מסוימים, נוצר מצב שלפיו נתונה סמכות מקבילה לשני בתי משפט: האחד, בית המשפט המוסמך על-פי הסעד המבוקש, ואילו האחר הוא בית המשפט שמינה בעל תפקיד לעניין הנדון לפניו. בית המשפט השני, זה שמינה את בעל התפקיד, יפעיל את סמכותו אך ורק אם הבקשה למתן הוראות מתאימה מבחינה דיונית לשם הכרעה במחלוקת. אף-על-פי-כן קיימים מקרים, הגם שמדובר בסעד שנתבע בבית המשפט שמינה את בעל התפקיד, שיהיה נכון לקבוע כי בית המשפט הרגיל, זה שסמכותו נקבעת על-פי הסעד הנתבע, אינו בעל סמכות, למשל כאשר מדובר בעילה שהינה ייחודית לדיני הפירוק (או פשיטת הרגל). כך למשל אם מפרק מעוניין לתבוע מצד שלישי שהיה נושה של החברה כי יחזיר כספים לקופת הפירוק מן הטעם שקיבלם כהעדפת מירמה, עליו לנקוט הליך אך ורק בבית המשפט שעל הפירוק.⁴ השאלה

4. ע"א 2846/03 אלדרמן נ' ארליך נט (3) 529, 537–538.

העקרונית נדונה בהרחבה בפרשת פליצה⁵. בשל חשיבות הדברים אביא את הדברים בלשונם:

הליך מתן הוראות נועד ביסודו לשמש מסגרת יעילה ומהירה אשר בתחומה פועל בית־המשפט כמנחה וכמפקח על פעילותם של נושאי תפקידים שונים בתחומי המשפט. עם נושאי תפקידים כאלה נמנים, למשל, כונסי נכסים למיניהם, מפרקי חברות, נאמנים בפשיטת רגל, נאמנים בנאמנויות ובהקדשות ציבוריים, אפוטרופסים לקטינים ולפסולי־דין, מנהלי עיזבון ועוד. פעולתם בתחומים שונים נתונה לפיקוח בית־המשפט המוסמך ולאישורו. לצורך כך נדרש קיומו של הליך מקוצר אשר ייתן בידי בית־המשפט אמצעי יעיל לפקח על בעל תפקיד בפעולותיו השוטפות [...]. לשם כך הונהג הליך מתן ההוראות, אשר מצא את עיגונו בחקיקה בהקשרים שונים.

(השווה לדוגמה: תקנה 249 (5) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 בעניין מתן הוראות למנהלי עיזבון ולנאמנים; סעיף 57 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ד-1967 בעניין מתן הוראות לכונס נכסים בעניין הוצאה לפועל; סעיפים 9 (א), 12 (ג) ו-19 לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979 בעניין הוראות לנאמן; סעיף 14 לחוק האפוטרופוס הכללי, תשל"ח-1979 בעניין מתן הוראות לאפוטרופוס הכללי בנוגע למילוי תפקידו; סעיף 83 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 ותקנה 40 (א) לתקנות הירושה, תשנ"ח-1998 בעניין הוראות למנהל העיזבון בנוגע למילוי תפקידו. להליך מתן הוראות על־ידי בית־משפט למפרק חברה ראה סעיף 310 לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983 ולמתן הוראות כונס נכסים למימוש איגרות חוב – סעיף 200 לפקודה).

הליך מתן הוראות נושא בדרך־כלל אופי של הליך פנימי המתנהל בבית־המשפט ביוזמת נושא התפקיד שמטרתו להנחות את פעולתו ולכוונה, בין בעניין נקודתי ובין לצורך גיבוש קו פעולה מקיף וארוך טווח. אין הליך זה מיועד לפתרון מחלוקות מהותיות בין נושא התפקיד לבין צדדים שלישיים, ובוודאי כך כאשר הכרעה במחלוקת מחייבת דיון מורכב הכורך הכרעה בעובדות. אולם לכלל זה יש חריגים. יש שבית־המשפט חורג ממנהגו ומכריע במחלוקות לגופן גם במסגרת הליך מתן הוראות. תנאי לכך הוא שהשאלות הטעונות הכרעה לא תצרכנה בירור עובדתי מורכב באמצעות ראיות אלא תתמקדנה בהיבטים משפטיים, או כאשר העובדות לבירור הן פשוטות ומעטות, והצדדים מסכימים לבירורן בדרך מהירה ומקוצרת. אלה דברי בית־המשפט בעניין הולנדר בנאי הנ"ל [1], בעמ' 299 באשר למנהל עיזבון:

"בית המשפט, בתתן הוראות למנהל עיזבון לפי סמכויותיו בחוק הירושה, תשכ"ה-1965, פועל כמפקח על פעולות מנהל העיזבון.

5. רע"א 99 / 259 חב' פליצה ראובן בע"מ נ' ציפורה סופיוב נה (3) 385

המדובר ברכוש שבעליו איננו, והפיקוח דרוש כדי להבטיח שלא יבולע לרכוש והוא יכונס ויישמר בדרך הטובה והיעילה לטובת הזכאים לו [...] בדרך כלל אין בית המשפט, בתפקידו זה, מכריע בסכסוכים שבין העיזבון לאחרים, אלא מנחה את מנהל העיזבון איך לנהוג ולטפל בסכסוכים כאלה: לתבוע או להתגונן או להתפשר וכל כיוצא בזה. הוא הדין בפיקוח שמפקח בית המשפט על כונסי נכסים, נאמנים ומפרקים במקרים של פשיטת-רגל או פירוק.

אך יש שבמסגרת הליך למתן הוראות, בנסיבות מתאימות, ינקוט בית המשפט דרך קצרה ויכריע בסכסוך עצמו. למשל, מקום שהעובדות אינן שנויות במחלוקת והשאלה היא של פרשנות בלבד; או מקום שהעובדות פשוטות ומעטות והצדדים מסכימים לבירור בדרך מקוצרת על-פי תצהירים. אין כן כאשר העובדות טעונות בירור יסודי. במקרה כזה יורה בית המשפט המפקח על ההליך להפנות את בירור העניין לתביעה רגילה.

[...]

ייתכנו גם מקרים שבהם בית-המשפט ישתמש בשיקול-דעתו ויכריע בפלוגתא בין נושא תפקיד לבין צד שלישי במסגרת מתן הוראות, כאשר הכרעה במחלוקת חיונית לצורך מתן הוראות לבעל התפקיד, ובלעדי הכרעה כזו עלול המשך תפקודו היעיל להיפגע [...]. אף שבדרך-כלל היוזמה למתן הוראות נובעת מנושא התפקיד עצמו, עשויה, לעתים, היוזמה לבוא מהצד השלישי, ואם הדבר נדרש לצורך הכוונת פעולת נושא התפקיד, בית-המשפט ייענה לו.

דרך-כלל, מוקנה לבית-המשפט בערכאה הדיונית שיקול-דעת רחב להחליט אם לברר את המחלוקת המובאת בפניו במסגרת בקשה למתן הוראות או להעבירה לדיון בפסים של תביעה רגילה, ובית-משפט של ערעור לא יתערב בכך אלא במקרים חריגים [...] עילת התערבות כזו תימצא אם יתברר כי הפעלת המסגרת הדיונית של מתן הוראות הביאה עמה קיפוח זכויותיו של בעל-דין.

ניתן לסכם אפוא את התנאים הנדרשים, דרך-כלל, להכרעה במחלוקת מהותית בין נושא תפקיד לצד שלישי במסגרת הליך מתן הוראות:

(א) בירור הסוגיה שבמחלוקת נדרש לצורך מתן הוראות לבעל התפקיד לשם ביצוע יעיל וראוי של תפקידו. בעניין זה אין לרוב נפקות לשאלה אם היוזמה לבקשת ההוראות באה מבעל התפקיד עצמו או מגורם מעוניין אחר;

(ב) בירור המחלוקת לגופה אינו מצריך הכרעה בעובדות, או אינו מחייב בירור עובדתי מורכב, וניתן להכריע בעובדות בדרך פשוטה וקצרה;

(ג) בניהול ההליך בדרך מקוצרת אין כדי לגרום עיוות דין ופגיעה בזכויות דיוניות ומהותיות של בעל-דין [...]»⁶.

הליך מתן הוראות נועד אפוא מטיבו לשמש מסגרת יעילה ומהירה אשר בתחומה פועל בית-המשפט כמדריך וכמפקח על פעילותם של נושאי משרה הנתונים לפיקוחו, ובהם כונסי נכסים, מפרקים ומנהלים מיוחדים. עניינו של הליך זה בקיום מסגרת דיונית מקוצרת הנותנת בידי בית-המשפט אמצעי פיקוח יעיל על בעל התפקיד בפעולותיו השוטפות. בית המשפט יעדיף לפעול בדרך של מתן הוראות לבעל תפקיד במקום שההכרעה במחלוקת בין הצד השלישי לנושא התפקיד מתמקדת בעניין המצריך מתן הוראות לבעל התפקיד ומקום שהשאלות הכרוכות בו אינן מצריכות בירור עובדתי מורכב והן ניתנות לבירור בדרך מהירה ומקוצרת. אף שבדרך-כלל היוזמה למתן הוראות באה מבעל התפקיד עצמו, לעתים עשויה היוזמה לבוא מהצד השלישי, ובית-המשפט ייענה לדון בבקשה מקום שהדבר נחוץ להכוונת פעולתו של נושא התפקיד. לבית-המשפט שיקול-דעת רחב להחליט אם לברר את המחלוקת המובאת לפניו בדרך של בקשה להוראות או להעבירה לפסים של תביעה רגילה, והמבחן לעניין זה הוא מידת התאמתה של המסגרת הדיונית לשמירה על זכויותיו הדיוניות והמהותיות של בעל-הדין.

עם זאת, בית-המשפט העליון קבע כי הליך מתן הוראות אינו תחליף לתביעה רגילה, כאשר לב ההליך הוא תביעה לסעד כספי ולא מתן הוראות לבעל התפקיד⁷. בדיקת הפסיקה של בית המשפט העליון בנושא מראה כי היחס לשאלת נכונות ההכרעה בסכסוכים שונים בדרך של מתן הוראות לנושא תפקיד הוא אמביוולנטי, ותלוי בנסיבות המיוחדות בכל עניין. באחת הפרשות ציין בית המשפט כי –

”יש להודות, כי בלא מעט מקרים בהם מדובר על בקשה למתן הוראות אין עסקינן במתן הוראות לבעל התפקיד, אלא בסעד כלשהו, כספי או אחר, המופנה כלפי צד שלישי. בעגה של אלה העוסקים בתחום משמש הביטוי 'בקשה למתן הוראות' לקשת רחבה של מקרים, שלעיתים אינם באים בגדר משמעותו המקורית של הביטוי. אכן נפסק, כי ככלל אין הליך של בקשה למתן הוראות מיועד לפתרון מחלוקות מהותיות בין נושא התפקיד לצדדים שלישיים, אך במקרים מסוימים ידון בית המשפט ויכריע במחלוקות מסוג זה. [...] נוסף לכך כי יש מחלוקות שאף אם מעורבים בהן צדדים שלישיים, ראויות הן על פי טיבן וטבען להתברר על דרך של בקשה למתן הוראות או בהליך דומה, הכל בפני בית המשפט השולט והמפקח על התיק העיקרי בגדרו פועל בעל התפקיד. נקודת

6. שם 393–396.

7. ע"א 1650/00 זיסר נ' משרד הבינוי והשיכון נז (5) 166, 184–185; ע"א 6010/99 עו"ד דוד ששון, כמנהל המיוחד של חברת תבור נ' כונס הנכסים הרשמי נו (1) 385, 395–396.

המוצא בכל הנוגע לעניינים אלו היא כי המסגרת הדיונית הראויה להם הינה בקשה למתן הוראות.⁸

בית המשפט סבר כי שיקולי יעילות עשויים להצדיק בירור מחלוקת בדרך של בקשה למתן הוראות. דוגמה לכך אפשר לראות כאשר עולה שאלה בדבר היקף מסת הנכסים העומדים לחלוקה בהליך פירוק או בהליך פשיטת רגל. שאלות כאלה אופייניות להליכי חדלות פירעון, אך אין מדובר בעילה ייחודית להליכים כאלה. במקרים אלה יש להעדיף, ככלל, שהבירור ייערך בגדרו של תיק חדלות הפירעון. הסיבה שראוי לברר שאלות כאמור בגדר בקשה למתן הוראות הינה זו: לעיתים קרובות, העניין נוגע למספר לא קטן של גורמים, למשל נושים, המצפים בכיליון עיניים לקידום הליך חדלות הפירעון על מנת שיוכלו לקבל דיבידנד. הפניית הבירור להליך אזרחי רגיל, אפשר לפני בית משפט אחר, עלולה להביא לכך שיחלוף זמן רב מאוד עד שהנושים יזכו לקבל את מבוקשם. כלומר, משיקולי יעילות רצוי, על כן, לפעול בגדר תיק חדלות הפירעון ולא בתביעה נפרדת.⁹

הגישה שתוארה לעיל לעניין מתן הוראות לנושא תפקיד מטעם בית הדין – נכונה גם לגבי הקדשות. אפוטרופוס בהקדש קרוי בשפה המשפטית "נאמן". המסגרת החוקית לפנייתו של הנאמן לבית המשפט בבקשה למתן הוראות באשר לנאמנות מוסדרת בסעיף 12(ג) לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979: "נאמן רשאי לבקש מבית המשפט הוראות, והוא אינו נושא באחריות אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט או באישורו". אמר בית המשפט בקשר לכך:

סמכותו של בית המשפט בהליך למתן הוראות הינה "לפרש ולנתח את תנאי הנאמנות וכן לבחון לפי פירוש וניתוח אלה את הבעיות שיעלה הנאמן לפניו" (ש' כרם נאמנות (מהדורה רביעית, 2004) 528). ההליך "נועד ביסודו לשמש מסגרת יעילה ומהירה אשר בתחומה פועל בית המשפט כמנחה וכמפקח על פעילותם של נושאי תפקידים שונים בתחומי המשפט.... אין הליך זה מיועד לפתרון מחלוקות מהותיות בין נושא התפקיד לבין צדדים שלישיים, ובוודאי כך כאשר הכרעה במחלוקת מחייבת דיון מורכב הכורך הכרעה בעובדות." (רע"א 259/99 חברת פליצ'ה ראובן בע"מ נ' סופיוב, פ"ד נה (3) 385, בע' 393, 394). עם זאת, בנסיבות מסוימות, בית המשפט יכריע במסגרת ההליך גם בסכסוך עצמו:

יש שבית המשפט חורג ממנהגו ומכריע במחלוקות לגופן גם במסגרת הליך מתן הוראות. תנאי לכך הוא שהשאלות הטעונות הכרעה לא תצרכנה בירור עובדתי מורכב באמצעות ראיות אלא תתמקדנה בהיבטים משפטיים, או כאשר העובדות לבירור הן פשוטות ומעטות, והצדדים מסכימים לבירורן בדרך מהירה ומקוצרת. (עניין פליצ'ה הנ"ל, בעמ' 394; ראו בדומה רע"א

8. רע"א 9082/05 שרידב השקעות בע"מ נ' אלקס הרטמן, בתפקידו ככונס נכסים (2007).

9. שם.

3277/95 הולנדר בנאי בע"מ נ' חברה לנאמנות של בנק לאומי,
פ"ד מט(5) 295; א' גורן סוגיות בסדר דין אזרחי (מהדורה
שביעית, 2003) 479.¹⁰

בית המשפט לא מצא מניעה בהכרעה במסגרת בקשה למתן הוראות לנאמן בשאלה משפטית בעיקרה, שאינה דורשת הכרעה במסכת עובדתית מסועפת. בית המשפט העליון קבע כי אין להתערב בהחלטת הערכאה הדיונית לגבי אופן ניהולו של ההליך – בדרך של "מתן הוראות" או בדרך של תביעה רגילה – אלא אם מסתבר כי הדיון במתכונת שנבחרה גרם לקיפוח זכויותיו של בעל-דין. משלא נמצא כי החלטתו של בית המשפט קמא להכריע בשאלה שהונחה בפניו בגדר הליך למתן הוראות דווקא גרמה עיוות דין למי מן הצדדים – אין להתערב בהחלטתו.¹¹

סמכות בית הדין הרבני לעניין "ניהול פנימי" של הקדש אינה כוללת הסמכה של בית הדין להכריע הכרעה שיפוטית ישירה במחלוקות משפטיות אזרחיות של זכויות וחובות שבין הקדש דתי לגוף אחר כלשהו, ובכללן מחלוקת שבין שני הקדשות דתיים. במיוחד כך כאשר עסקינן בזכויות במקרקעין. סעיף 5 לפקודת בתי הדין האזרחיים והדתיים (שיפוט), 1925, העוסק בהקדשות, קובע:

5. משפטים בדבר זכות קנין או זכות חזקה בנכסי מקרקעין יהיו נידונים ע"י בית משפט אזרחי.

כל משפט או משא ומתן משפטי אחר בנוגע לזכות הקנין או לזכות החזקה במקרקעים יוחלט ע"י בית משפט אזרחי אף אם טען איזה צד או איזה אדם שהקרקע היא וקף.

מכאן כי הכרעה שיפוטית ישירה במחלוקות אזרחיות של זכויות וחובות במקרקעין, ובכללן – מחלוקות שבין הקדש דתי לגורם אחר כלשהו, נתונה לבית משפט אזרחי, ואינה בסמכותו של בית הדין בגדר הוראות הנוגעות לניהול פנימי של הקדש.

יחד עם זאת, במסגרת סמכותו לשפוט בענייני ניהול פנימי של הקדש דתי, מוסמך ביה"ד ליתן הוראות לאפוטרופסי ההקדש ביחס לאופן טיפולם בסכסוכים אזרחיים הנקרים מדי פעם בדרכו של ההקדש, אף כי יש בכך כדי להשפיע בעקיפין על זכויות וחובות של ההקדש. בדונו בהוראות שראוי ליתן לנאמנים אין בית הדין מנוע מלהיזקק לשאלות שבדין האזרחי כמו גם בדין הדתי. ביה"ד יכול בהחלט לבחון האם ראוי כי נאמן של הקדש יפעל לצורך הגשת תובענות בערכאות אזרחיות נגד צד ג' כלשהו, והאם הדבר עשוי לשרת נכונה את האינטרס של ההקדש. כך למשל, אם ימצא ביה"ד כי הגשת תובענה בבית המשפט האזרחי ע"י הנאמן נובעת משיקולים זרים או שהיא

10. ע"א 896/04 עיריית חדרה נ' משאבי מים חדרה בע"מ (16.1.06).

11. שם

מופרכת, שכן הדין אינו מגלה כל עילה, וכיוצא בזה שיקולים שונים, יוכל הוא להורות לנאמן להימנע מהגשת התובענה על מנת שלא לכלות את נכסי ההקדש לריק.

כפועל יוצא מכך, מוסמך בית הדין לבחון את דרך ההתנהלות הראויה של ההקדש בקשר עם מחלוקת שבין ההקדש לגורם אחר, ולהורות לנאמן כיצד לפעול בהקשר זה, ולעניין זה רשאי בית הדין לשקול אף שיקולים שבדין תורה, כגון אם מימושה של זכות מתנגש עם עקרונות הלכתיים שיש להם קשר להקדש.

כשמדובר במחלוקת בין שני הקדשות דתיים, רשאי בית הדין לבחון גם אם ראוי כי יבררו את הסכסוך שביניהם בפני הערכאה המוסמכת, או שמא מצב העניינים הוא כזה שמוטב כי יורה להם כיצד לפעול, וכך יחסוך מהם התדיינות מיותרת בבית המשפט והוצאת כספים מיותרת לקיומה של התדיינות שכזו.

מאליו מובן כי החלטה של בית הדין העוסקת במתן הוראות של "ניהול פנימי" של הקדש כפופה לביקורת שיפוטית, ומן הראוי כי בדונו בעניין יגביל עצמו בית הדין לגדרי השיקולים שפורטו לעיל.

ייעוץ נוהלי הדיווח לנשיא ביהמ"ש העליון וליועץ המשפטי לממשלה¹²

לאחרונה אירעו כמה מקרים שבית הדין נתן 'צו הבאה' בגין אי-התייצבות לדיון או 'צו מאסר' בגין אי-קיום פסק דין של גירושין, ובטעות העבירה מזכירות בית הדין הודעה על כך לנשיא בית המשפט העליון. במקרים אלו ההודעה הייתה מיותרת והטרידה לחינם את נשיא ביהמ"ש העליון ועוזריו, ובאחד מן המקרים הביאה לקיום דיון מיותר באולם בית המשפט בנוכחות בעלי הדין, ב"כ היועץ המשפטי לממשלה וכן היועץ המשפטי לשיפוט הרבני.

לפי בקשה מטעם נשיא בית המשפט העליון, אנו חוזרים ומרעננים את הוראות החוק המורות מתי יש להודיע לנשיא בית המשפט העליון על הוצאת צו בבית דין, מתי יש להודיע ליועץ המשפטי לממשלה, ומתי אין צורך להעביר הודעה על כך אף לאחד מהם:

1. מתן 'צו הבאה' לשם כפיית התייצבותו בבית הדין של נתבע או עד שזומן לדיון ולא התייצב: על פי סעיף 4 לחוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דיון), תשט"ד-1956 – אין צורך לתת עמה הודעה – לא לנשיא בית המשפט העליון ולא ליועץ המשפטי לממשלה.

2. 'צו הגבלה' המטיל מאסר על אדם כדי שיציית לפסק דין של גירושין: על פי סעיף 3(א) לחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), תשנ"ה-1995 – יש להודיע על כך ליועץ המשפטי לממשלה, ואין צורך בהודעה לנשיא ביהמ"ש העליון.

12. חוזר היועץ המשפטי לשיפוט הרבני תשעב/2.

3. הוטל קנס או מאסר על אדם כדי לכוּפו לציית לכל צו או החלטה שניתנו על ידי ביה"ד: על פי סעיף 7א(א) לחוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דיון), תשט"ז–1956 – תינתן מיד הודעה בכתב על כך לנשיא בית המשפט העליון, ואין צורך בהודעה ליועץ המשפטי לממשלה.

מובהר בזאת כי אין לעשות שימוש בסעיף 7א (א) האמור לצורך –

(א) אכיפת התייצבות של בעל-דין או עד בבית הדין (לצורך כך יש להפעיל את סעיף 4 לחוק הנ"ל).

(ב) אכיפת ביצוע כל החלטה או פסק דין שניתן לאכוף את ביצועם באמצעות לשכת ההוצאה לפועל.

(ג) אכיפת ביצוע פסק דין לגירושין (למעט מקרים נדירים שיש קושי בדרכי האכיפה לפי חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין גירושין), התשנ"ה–1995)¹³.

4. קנס או מאסר המוטל על אדם כעונש על התנהגות בלתי הולמת או הפרעה בבית הדין: על פי חוק בתי-דין דתיים (מניעת הפרעה), תשכ"ה–1965 – תינתן מיד הודעה בכתב על כך לנשיא בית המשפט העליון, ואין צורך בהודעה ליועץ המשפטי לממשלה.

אגב כך אני מזכיר כי לפי סעיף 6(2) לפקודת בזיון בית משפט "לא יינתן צו המטיל קנס או מאסר אלא אם כן הוזמן הממרה להופיע ונענה להזמנה, או כשלא בא מעצמו, הובא לפני בית המשפט בצו תפיסה כדי להראות טעם מדוע לא ינתן נגדו צו כזה."

קנס או הוצאות לטובת אוצר המדינה?

בבש"פ 4808/13 פלוני נ' פלונית (24.7.2013) ציין נשיא בית המשפט העליון, הנשיא גרוניס, כי חיוב בהוצאות לטובת אוצר המדינה ולא לטובת הצד שכנגד עלול לעורר את השאלה, אם אין מדובר למעשה בקנס, על כל המשתמע מכך, למשל לעניין מתן הודעה לנשיא בית המשפט העליון. לעתים, כך מסתבר, נעשה שימוש בדיבור "הוצאות לטובת

13. בתיק בש"פ 4072/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (7.4.2013) אישר בית המשפט העליון הטלת מאסר עד למתן גט וללא הגבלת זמן על בעל שריצה את תקופת המאסר המקסימלית של עשר שנים לפי חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין גירושין), התשנ"ה–1995. בתיק בש"פ 429 פלוני נ' פלונית (22.1.2014) החליט הנשיא גרוניס שלא להתערב בהחלטת בית הדין הרבני האזורי בירושלים בתיק 833543/1 פלוני נ' פלוני (ז' בשבט התשע"ד, 8.1.2014) להטיל על אשה קנס של 25,000 ש"ח בגין סרבנות גט מתמשכת וכן 500 ש"ח בגין כל יום נוסף של סרבנות עד לסידור הגט. הקנס הוטל לאחר שבעבר הוטלו על האשה צווי הגבלה. עם זאת, באותה פרשה הוגשה לאחרונה בקשה נוספת של האשה בתיק בש"פ 791/14, והיא טרם נדונה בעת ירידת מאמר זה לדפוס.

אוצר המדינה" כאשר ברור כי הכוונה היא לקנס. לדוגמה, כאשר מן ההחלטה של בית המשפט עולה כי ההוצאות לטובת המדינה הושגו בשל כך שאדם שנמצא באולם בית המשפט הפריע לדיון¹⁴. במקרה כזה, מקום שברור כי נעשה שימוש במינוח שאינו מדויק ואינו תואם את האמור בחוק, יש לפעול בדרך הקבועה בדין וליתן הודעה לנשיא בית המשפט העליון¹⁵.

הנשיא גרוניס הדגיש כי לא תמיד שקולה פסיקת הוצאות לטובת אוצר המדינה לחיוב בקנס לעניין סעיף 72 לחוק בתי המשפט או לעניין סעיף 7א לחוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דיון), התשט"ז–1956. בעניין שנדון בבית הדין בחיפה חייב בית הדין בהוצאות לטובת אוצר המדינה, ובעתירה לבג"ץ נטען כי זהו קנס ובית הדין היה צריך לפעול לפי הכללים הספציפיים המפורטים בפקודת בזיון בית משפט. אך בחינת פסק הדין העלתה כי בית הדין לא פעל מכוח סמכותו לפי החוק ולא ביקש להשית על העותרת קנס מכוח פקודת בזיון בית משפט. בית הדין קבע במפורש כי ההוצאות המוטלות על האשה נובעות מהתעלמותה מהוראותיו וחוסר תגובתה להליכים שהתקיימו שם – דבר שהביא את הדיין להידרש לבקשות מיותרות מצד הבעל להבהרת המצב המשפטי בהליכים שם. בית הדין קבע שהתנהגותה של העותרת גרמה להשחתת זמנו ולפיכך ביקש לפצות את הקופה הציבורית על ידי הטלת ההוצאות. בג"ץ השתכנע כי החלטה כזו איננה בגדר הטלת קנס, על כל המשתמע מכך¹⁶. נמצא כי אם ההוצאות לטובת אוצר המדינה הושגו בשל בזבוז זמנו של בית הדין ולא בשל התנהגות מפריעה כאמור בחוק בתי דין דתיים (מניעת הפרעה), ברי כי אין חובה ליתן הודעה לנשיא בית המשפט העליון¹⁷.

תיקון מס' 25 לחוק הדיינים

ביום כ' במרחשוון התשע"ג (5.11.2012) התקבל בכנסת חוק הדיינים (תיקון מס' 25), התשע"ג–2012 (להלן – תיקון מס' 25 לחוק הדיינים), ובו תיקונים לחוק הדיינים, התשט"ו–1955 (להלן – החוק העיקרי). תיקון 25 לחוק הדיינים כולל תיקונים מהותיים וכן תיקוני נוסח והתאמת הלשון להוראות מקבילות שקיימות לגבי שופטים. להלן עיקרי התיקונים:

14. סעיף 72 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984.

15. בש"פ 5133/13 סיני נ' סופר פוש (מערכות שיווק) בע"מ (24.7.2013).

16. בג"ץ 5821/12 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פסקה 7 (3.1.2013).

17. בש"פ 5133/13 הנ"ל.

1. מותב דן יחיד בבית הדין הגדול

בית הדין הגדול הוסמך לדון בדיין יחיד בכל העניינים שבית הדין האזורי מוסמך לדון בדיין יחיד. עד להתקנת תקנות בעניין זה יחולו, בשינויים המתאימים, תקנות הדיינים (עניינים שניתן לדון בהם בדיין אחד), תש"ן–1990, שהותקנו לגבי בית הדין האזורי¹⁸.

2. הרחבת הרכב בית דין משלושה דיינים לחמישה או יותר

נקבע כי נשיא בית הדין הגדול רשאי להורות לפני תחילת דיון בעניין פלוני שהדיון בו יהיה לפני הרכב מורכב של דיינים. כן נקבע כי מותב שהחל בדיון בעניין פלוני רשאי להורות כי המשך הדיון יהיה לפני הרכב מורחב. הוראות אלו חלות על בית הדין הגדול ועל בתי הדין האזוריים. יש בהוראות שינויים מן ההוראות שהיו קיימות בחוק העיקרי ובתקנות הדיון.

3. ראש הרכב כאשר יושבים בדין שני אב"דים או יותר

תיקון 25 לחוק הדיינים קובע בצורה חדה מי הוא ראש הרכב בית הדין כאשר יושב בדין יותר מאב"ד אחד: "לא יושב בדין ראש אבות בית דין ויושב בו יותר מאב בית דין אחד, יושב בראש ההרכב אב בית הדין שקבע נשיא בית הדין הרבני הגדול, ואם לא קבע כאמור – הוותיק בכהונת אב בית דין, ובין בעלי ותק שווה – הקשיש שבהם". לתיקון זה יש משמעות חשובה לגבי האחריות לניהול ההרכב. מעתה לא ניתן לשבת בראש הרכב בתחלופה בין שניים או שלושה דיינים הנושאים תואר אב"ד¹⁹.

4. כהונה בפועל של דיין ביה"ד הגדול בבית דין אזורי

ניתנה אפשרות למנות באופן זמני – עד שנה מתוך שלוש שנים – דיין בית הדין הרבני הגדול לראש אבות בית דין, לאב בית דין או לדיין בית דין רבני אזורי.

5. ערעור ומתן רשות ערעור

עד כה לא הייתה קביעה בחוק העיקרי אימתי אפשר לערער לפני בית הדין הגדול, והנושא היה מוסדר בתקנות הדיון בלבד. עתה נקבע בחוק ראשי כי אפשר לערער בזכות על פסק דין של בית דין אזורי, ואילו ערעור על החלטה אחרת מותנה בקבלת רשות מדיין של ביה"ד הגדול.

18. דיון חלקי בנושא ראו להלן, ש' יעקבי על סדרי דין בבית הדין הרבני הגדול, כנס הדיינים – התשע"ג, 161, בעמ' 164.

19. וראו להלן בעמ' 147 התייחסות להגדרת "ראש בית הדין" בתקנות הדיינים (פגרות), תשע"ג–2013.

6. גיל פרישה לקצבה של ראב"ד

עד כה מועד הפרישה של ראב"ד היה גיל שבעים וחמש שנה. בתיקון 25 נקבע שגיל הפרישה של ראב"ד יהיה שבעים שנה כמו כל דיין, וזאת אף כאשר המינוי לראב"ד הוא מכוח בחירה לרב עיר. כן נקבע בהוראת מעבר כי הוראה זו לא תחול על שני ראב"דים מכהנים שכבר הגיעו לגיל שבעים שנה ערב כניסת החוק לתוקפו.

7. אמצעי משמעת

פורטו בחוק אמצעי המשמעת שבית הדין המשמעת לדיינים מוסמך להטיל: הערה; התראה; נזיפה; העברה למקום כהונה אחר; העברה מן הכהונה, בין בתשלום קצבה ובין בשלילתה, כולה או מקצתה.

תיקוני חקיקה לעניין צווי הגבלה²⁰**רקע כללי²¹**

על פי חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג–1953 נתונה לבתי הדין הרבניים הסמכות הייחודית לדון בענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל, אזרחי המדינה או תושביה. לפיכך, בני זוג יהודים בישראל המבקשים להתגרש כדין נזקקים לאישור הסכם גירושין ולסידור גט בבית הדין הרבני.

בשונה ממערכות משפט שבהן הגירושין הם פעולה שיפוטית, על פי דין תורה פעולת הגירושין חייבת להיעשות על ידי בני הזוג עצמם במתן הגט ובקבלתו. בית הדין הרבני הנותן פסק דין לגירושין אינו הופך את בני הזוג לגרושים, אלא אך מכריז כי עליהם להתגרש. בן הזוג המעוניין להתגרש תלוי בהסכמתו וברצונו של בן הזוג השני.

חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין) נחקק בשנת 1995 במטרה להעניק לבתי הדין הרבניים כלים אזרחיים התואמים את עמדת ההלכה להטלת סנקציות ("צווי הגבלה" בלשון החוק) על סרבני וסרבניות גט. החוק נחקק בתיאום עם בתי הדין הרבניים.

החוק מסמיך את בית הדין הרבני לתת צו הגבלה כנגד מי שלא מקיים פסק דין הקובע שעליו לתת גט או לקבל גט. צו נגד אישה מחייב את אישור נשיא בית הדין הרבני הגדול. מטרת צו ההגבלה היא להכביד על סרבן הגט ולתמרץ אותו לתת או לקבל את הגט. ההכבדה היא באמצעות הגבלת זכויות שונות וכן באמצעות עיכוב או שלילה של קצבאות שונות ובהן: הזכות לצאת מן הארץ, הזכות לקבל דרכון, לקבל או

20. חוזר היועץ המשפטי לשיפוט הרבני תשעב/1.

21. ראו גם מסמך רקע שהכין היועץ המשפטי לוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת ביום כ"ב באייר התשע"ג (2.5.2013) לקראת דיון מעקב אחר יישום חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין) שנועד ליום 7 במאי 2013.

להחזיק רישיון נהיגה, להתמנות או לשמש במשרה על פי דין, לעסוק במקצוע המוסדר על פי דין, להפעיל עסק טעון רישוי, לפתוח או להחזיק חשבון בנק, עיקול, עיכוב או שלילה של גמלה או קצבה המשתלמת לפי חוק לתקופה קצובה ותפיסת נכסים.

בית הדין יכול לצוות בצו ההגבלה גם על מאסר סרבן הגט לתקופה של חמש שנים, ואפשר להאריך את תקופת המאסר ובלבד שהתקופה הכוללת לפי חוק זה לא תעלה על עשר שנים²².

החוק כולל הגבלות מיוחדות שאפשר להטיל על סרבן גט שהוא אסיר ממילא, ובהן פגיעה בזכותו לקבל חופשה מיוחדת, לקבל ולשלוח מכתבים, לקבל מבקרים, להחזיק חפצים אישיים, לעבוד בבית הסוהר תמורת שכר, לקנות מצרכים, להשתחרר שחרור על תנאי ממאסר או שחרור מנהלי.

זוחות מבקר המדינה שבדקו את יישום החוק בבתי הדין הרבניים

בדוח מבקר המדינה לשנת 2003²³ צוין כי מזכירויות בתי הדין אינן בודקות מיוזמתן אם פסקי הדין למתן גט מקוימים, ואין מנגנון המאפשר לבתי הדין ליזום מתן צווים לאכיפת פסקי הדין, למרות שהסמכות לכך נתונה להם בחוק. בתשובתו למבקר המדינה מסר נשיא בית הדין הרבני הגדול כי "חשוב להקים מנגנון במזכירויות שיעקוב אחר העניין, ושיאפשר יוזמה עצמאית של בתי הדין, ולעקוב אחר ביצועם". המבקר קבע כי "על הנהלת בתי הדין לקבוע נהלים שיאפשרו לבית דין לפעול מיוזמתו לאכיפת פסקי דין שנתן בעניינים אלה, באמצעות הכלים שניתנו לו לשם כך בחוק קיום פס"ד".

22. בבית המשפט העליון הייתה תלויה ועומדת בעת כנס הדיינים בקשת סרבן גט המצוי בכלא למעלה מעשר שנים עקב אי קיום פסק דין של גירושין. נוכח סירובו, נאסר המבקש בחודש יוני 2001, מכוח הוראת סעיף 3 לחוק בתי-דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), תשנ"ה-1995. תקופת המאסר המרבית המותרת לפי חוק הקיום היא, כאמור, עשר שנים. משהתמיד המבקש בסירובו, לקראת תום תקופת עשר שנות מאסר, קבע ביה"ד כי המבקש יאסר לתקופה בלתי קצובה מכוח הוראת סעיף 7א(א) לחוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דיון), התשט"ז-1956. חוק זה עוסק בעיקר בדרכי הדיון בפני בתי הדין הדתיים (דלתיים סגורות, ניהול פרוטוקול), בדרכים לכפות התייצבות ומסירת מסמכים לבתי הדין, בסעדים זמניים שבתי הדין מוסמכים לעשות בהם שימוש (עיקול זמני, עיכוב יציאה מן הארץ, כינוס נכסים); לענייננו רלוונטי סעיף 7א המסמיך את בתי הדין להטיל קנס או מאסר בשל בזיון בית הדין. בית הדין הדגיש כי צו מאסר עקב סרבנות גט יכול שיינתן מכוח חוק הקיום, מכוח חוק כפיית ציות או מכוח סעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין). ערעור שהוגש לביה"ד הגדול נדחה, ועקב כך ביקש הסרבן מנשיא בית המשפט העליון שלא לאשר את המאסר שהטיל בית הדין. בית המשפט העליון דחה את בקשת סרבן הגט ואישר את החלטת בית הדין הרבני לאסור אותו לתקופה ארוכה מעשר שנים ובלתי מוגבלת עד למתן הגט, מכוח הוראות חוק כפיית ציות (בש"פ 4072/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (7.4.2013)).

23. דוח מס' 54ב'.

בדוח מבקר המדינה לשנת 2008²⁴ נמצא שלא תוקנו הליקויים שצוינו בעניין זה בדוח הקודם. מבקר המדינה חזר על הביקורת האמורה והעיר כי לאחר מתן פסק הדין על ידי בית הדין, יש לקבוע סידור גט סמוך עד כמה שניתן למועד פסק הדין וכי בשום מקרה אין לדחות את קביעת המועד ללא תאריך. עוד המליץ מבקר המדינה כי במקרים בהם אף אחד מהצדדים אינו פונה לבית הדין בבקשה להמשך טיפול, על המזכירות לעקוב אחר השתלשלות העניינים בתיק ולהביאו בפני בית הדין למתן החלטה בהתאם. הסיבות שפירט מבקר המדינה לליקויים: "היעדר מנגנון המאפשר לבתי הדין ליזום מתן צווים לקיום פסקי דין, המתנה וסחבת בהפעלת צווי הגבלה לקיום פסקי הדין ודחיית דיונים עקב הרכבים חסרים של בתי הדין".

על רקע זה התקבל בכנסת²⁵ חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין)(תיקון מס' 7), התשע"ב–2012, ובו תיקונים לחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה–1995 (להלן – החוק העיקרי). להלן יפורטו עיקרי התיקונים:

1. מועד סידור הגט

(א) קבע בית דין רבני, בפסק דין או בהחלטה כי איש יתן גט לאשתו או כי אשה תקבל גט מבעלה – בלשון של כפייה, חובה, מצווה, הצעה או לשון אחרת – יקבע בית הדין הרבני מועד לסידור גט לא יאוחר מ-45 ימים מיום מתן פסק הדין או ההחלטה;

(ב) בית הדין יידע את הצדדים בדבר סמכותו ליתן צו הגבלה אם פסק הדין לא יקויים.

(ג) נתן בית הדין הרבני פסק דין המאשר הסכם גירושין בין הצדדים ונותן לו תוקף של פסק דין, יקבע מועד לסידור גט לא יאוחר מ-45 ימים מיום מתן פסק הדין; לא ניתן הגט במועד שנקבע, אין חובה לדון במתן צו הגבלה ביוזמת בית הדין.

2. דיון במתן צו הגבלה ומתן הצו

(א) לא סודר הגט במועד שנקבע, יקיים בית הדין ביוזמתו, בתוך 45 ימים מאותו מועד, דיון שבו ידון במתן צו הגבלה.

(ב) לא יינתן צו הגבלה אלא לאחר שניתנה לכל בעל-דין הזדמנות להשמיע את טענותיו; לא התייצב צד לדיון אף שזומן כדין, יכול שהצו יינתן בהעדרו.

(ג) החלטת בית הדין הרבני בעניין מתן צו הגבלה תינתן לא יאוחר מ-21 ימים ממועד הדיון; צו הגבלה ייכנס לתוקף במועד נתינתו. בית הדין לא ידחה את מועד

24. דוח מס' 58ב'.

25. ביום כ"ה באדר התשע"ב (19.3.2012).

כניסתו לתוקף של צו הגבלה שנתן, אלא אם כן ראה שהדבר נדרש בשל נסיבותיו המיוחדות של העניין.

3. דיוני מעקב

(א) נתן ביה"ד צו הגבלה, יקבע ביה"ד מועד לדיון מעקב בתוך 90 יום ממועד מתן הצו. בדיון זה יבחן ביה"ד את הצורך בשינוי צו ההגבלה או בהחמרתו, על מנת להביא לקיום פסק הדין לגירושין.

(ב) אם בדיון בעניין מתן צו ההגבלה החליט ביה"ד שלא לתת צו הגבלה – יקבע ביה"ד דיון מעקב בתוך 45 ממועד החלטתו, בו יבחן שוב את הצורך בהטלת צו הגבלה. וכך חוזר חלילה, יקבע ביה"ד דיוני מעקב כאמור, עד לקיומו של פסק הדין לגירושין.

(ג) דיון מעקב בעניין צו הגבלה, יכול שיתקיים בפני דיון אחד. אולם, אם סבר הדיין כי יש להטיל או לשנות את צו ההגבלה – יעביר את העניין לדיון בהרכב שיתקיים תוך 15 יום.

4. ערעור

(א) הוגש ערעור על צו ההגבלה או פסק הדין לגירושין – לא יעוכב ביצוע צו ההגבלה, אלא אם ביה"ד הרבני הגדול החליט, מטעמים שיירשמו, להורות על עיכוב ביצוע הצו עד להכרעה בערעור.

(ב) קיים בית דין רבני אזורי דיון במתן צו הגבלה, ולא ניתן צו הגבלה בתוך 21 יום ממועד הדיון – יראו זאת כהחלטה שלא לתת צו הגבלה, ובעל הדין רשאי לערער על החלטה זו בפני ביה"ד הרבני הגדול בתוך 60 ממועד הדיון בבית הדין האזורי.

(ג) ביה"ד הרבני הגדול יקיים דיון בערעור תוך 60 יום ממועד הגשתו.

(ד) מועדי נתינת החלטת ביה"ד הרבני הגדול בערעור יהיו כדלהלן:

(1) ערעור על פס"ד לגירושין או צו הגבלה – החלטת ביה"ד הגדול תינתן בתוך 60 יום ממועד הדיון בערעור.

(2) ערעור על החלטה שלא לתת צו הגבלה – החלטת ביה"ד הגדול תינתן בתוך 30 יום ממועד הדיון בערעור.

(ה) על הדיון בבית הדין הרבני הגדול יחולו ההוראות החלות על דיון במתן צו הגבלה בבית דין אזורי, ובלבד שדיוני מעקב יתקיימו לפני דיון של בית הדין הרבני הגדול.

5. דיווח לכנסת

שר המשפטים והנהלת בתי הדין הרבניים ידווחו בחודש יולי, אחת לשנה במשך חמש שנים, לוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, על קיום פסקי דין, על מתן צווי הגבלה ועל ביצועם.

פגרות בתי הדין

במערכת בתי המשפט קובעות תקנות בתי המשפט וההוצאה לפועל (פגרות), התשמ"ג-1983 אלו הם ימי הפגרה בבתי המשפט. בשנים האחרונות היה הנהוג בבתי הדין דומה לזה הקיים בבתי המשפט, אך לא היו הוראות חקוקות לענין זה.

מדי פגרה עלו שאלות אם תקופת הפגרה מפסיקה את מרוץ הימים להגשת ערעור או כתביית דין אחר. בהעדר הוראה מפורשת בתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים, ניתנת לכך תשובה שונה בבתי הדין מאשר בבתי המשפט. שוני זה גורם לתקלות, ולשכת עורכי הדין ביקשה להסדיר נושאים אלו בתקנות.

ואכן, שר המשפטים, בהסכמת נשיא בית הדין הרבני הגדול ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, התקין את תקנות הדיינים (פגרות), תשע"ג-2013²⁶. תקנות אלו השוו את ההוראות החלות בבתי הדין הרבניים לעניין פגרות בתי הדין לאלו של בתי המשפט. בעיקרו של דבר נקבעו ימי הפגרה שיחולו מדי שנה; נקבעו הוראות לעניין דיונים שיערכו בימי פגרה; מנהל בתי הדין הוסמך להורות לאחר התייעצות עם ראש בית הדין שסוג עניינים מסוים יישמע בבית דין פלוני או בכל בתי הדין.

תקופות הפגרה בבתי הדין הרבניים יהיו מדי שנה כדלקמן: (1) פגרת סוכות – מיום י"ד בתשרי עד יום כ"ב בתשרי; (2) פגרת הפסח – מיום י"ד בניסן עד יום כ"א בניסן; (3) פגרת הקיץ – מיום 16 ביולי עד יום 31 באוגוסט (תקנה 2).

כן נקבע כי בימי הפגרה בית דין ידון בעניין מסוים אשר לגביו הורה ראש בית הדין או דיין של בית הדין שראש בית הדין מינהו לכך, שיש לשמוע אותו, או בעניין מסוים שהובא לפניו אשר אינו סובל דחייה (תקנה 3). מנהל בתי הדין הרבניים רשאי להורות, לאחר התייעצות עם ראש בית הדין או דיין של בית הדין שראש בית הדין מינהו לכך, שסוג עניינים יישמע בתקופות הפגרה, בבית דין פלוני, או בכל בתי הדין (תקנה 4).

ההוראה החשובה ביותר היא כי תקופת פגרה לא תבוא במניין הימים שנקבעו בתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג, או שנקבעו בידי בית דין, אלא אם כן הורה בית הדין הוראה אחרת (תקנה 6). עד להתקנת הוראה זו מי שהיה מעוניין לערער על פסק דין של בית דין אזורי שניתן למשל ביום 15 ביולי היה חייב להגיש את

26. ק"ת תשע"ג מס' 7209 מיום 8.1.2013 עמ' 584.

הערעור תוך 30 יום הסמוכים למועד זה. במצב החדש מתחיל מניין 30 הימים להגשת הערעור רק ביום ה-1 בספטמבר. בשנים שתחול בהם פגרת סוכות תוך כדי חודש ספטמבר ייעצר מניין הימים להגשת הערעור והמועד האחרון להגשת הערעור צפוי להידחות באופן יחסי לימים שלאחר תום פגרת סוכות.

בדומה לכך אם הורה בית דין כי על בעל-דין להגיב לבקשה כלשהי תוך שבעה ימים או עשרה ימים ובתוך ימים אלו החלה פגרה, יידחה המועד להגשת התגובה עד לאחר הפגרה בתוספת הימים שטרם נמנו קודם הפגרה. דיין המעוניין כי התגובה תוגש תוך כדי הפגרה חייב לציין במפורש בהחלטתו כי "תקופת הפגרה תבוא במניין הימים". לחילופין, יכול הדיין לנקוב בהחלטתו את התאריך המדויק האחרון להגשת התגובה, הגם שהוא נופל בתוך ימי הפגרה. בדרך זו יידעו בעלי הדין ומורשיהם שאין הם יכולים להסתמך על ההוראה הכללית לעניין זה המפסיקה את מניין הימים בתקופת הפגרה.

אגב כך, ראוי לתת את הדעת להגדרה שנקבעה בתקנות אלו ל"ראש בית הדין". אכן, לא היה צורך מיוחד להגדיר מי ראש בית הדין כשמדובר בנשיא בית הדין הרבני הגדול, ראש אבות בית דין אזורי או אב בית דין לגבי הרכבו. אך מיהו ראש בית דין אזורי במקום שיש בו שני אבות בית דין או יותר ואיש מהם לא התמנה לראש אבות בית הדין? תשובת תקנות אלו על שאלה זו היא: ראש בית הדין הוא הוותיק שבאבות בית הדין האזורי, ובין בעלי ותק שווה הקשיש שבהם (תקנה 1).

תיקון רישום הדת ליהודי במרשם האוכלוסין על פי החלטת בית הדין

במרשם האוכלוסין נרשמים פרטיו האישיים של כל תושב, ובהם הלאום והדת שהוא משתייך אליהם. סעיף 3א(א) לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, קובע, כי "לא יירשם אדם כיהודי לפי לאומו או דתו אם הודעה לפי חוק זה או רישום אחר שבמרשם או תעודה ציבורית מראים כי הוא אינו יהודי, כל עוד לא נסתרו ההודעה, הרישום או התעודה האמורים להנחת דעתו של פקיד הרישום הראשי או כל עוד לא נקבע אחרת בפסק דין הצהרתי של בית משפט או בית דין מוסמך".

בשנים האחרונות קבע בית דין רבני בכמה מקרים כי אדם מסוים הוא יהודי, ואולם פקיד הרישום במשרד הפנים סירב לרשום אותו ככזה במרשם האוכלוסין. הנימוק לסירוב היה כי בית דין רבני אינו "בית דין מוסמך" לעניין זה, ועל כן רשאי פקיד המרשם להעביר את נימוקי בית הדין הרבני תחת שבט ביקורתו. נדרשתי לכך באחת מן הפרשות וכתבתי חוות דעת מפורטת המסבירה מדוע חייב פקיד המרשם לתקן את המרשם בהתאם לקביעת בית הדין הרבני לעניין יהדות אדם²⁷. לאחר שנתינת צרעל-הנאי

27. ש' יעקבי "רישום יהדות במרשם האוכלוסין על פי פסק דין של בית דין רבני", כ"ט בשבט תשע"א, 3.2.2011; פורסם באתר המרשתת של בתי הדין הרבניים.

בעתירה לבג"ץ²⁸ שנטען בה נגד סירוב רשות האוכלוסין לכבד פסק דין של בית הדין, הסכימה רשות האוכלוסין וההגירה, בחירוק שיניים, לתקן את פרטי הרישום כמבוקש בעתירה. עתירות נוספות לבג"ץ העלו שאלות משפטיות דומות, והיועץ המשפטי לממשלה התמהמה בגיבוש חוות דעתו בסוגיה. הנושא עלה לדיון גם בוועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת, במסגרת "יום הזהות היהודית"²⁹. הדוברים בישיבת הוועדה מתחו ביקורת חריפה על המצב הקיים, והציעו ליזום חקיקה מתאימה. אף שלדידי המצב המשפטי היה נהיר לחלוטין, הצעתי במכתב³⁰ לשר הפנים אלי ישי ולשר המשפטים יעקב נאמן כי ייזמו הצעת חוק ממשלתית, שייקבע בה במפורש כי פסק דין של בית דין רבני המאשר יהדותו של אדם, מחייב את רשויות המדינה.

קבוצה של חברי כנסת³¹ מיאנו להשלים עם "גרירת הרגליים" של הממשלה בעניין זה, והגישו הצעת חוק פרטית הקובעת כי פסק דין הצהרתי של בית דין רבני לעניין יהדותו של אדם בתובענה של בעל-דין בענייני נישואין וגירושין יחייב, ככלל, את רישומו של אותו אדם כיהודי במרשם האוכלוסין. הנושא עלה לדיון בוועדת שרים לענייני חקיקה, ומשרד הפנים בתמיכת משרד המשפטים התנגד להצעה. למרות זאת, ועדת השרים לחקיקה החליטה לאחר שמיעת דבריי לתמוך בהצעת החוק, ובלבד שהליכי החקיקה יתואמו עם משרדי הממשלה. ועדת השרים לחקיקה הניחה כי חילוקי הדעות בין משרד הפנים לבין הנהלת בתי הדין הרבניים ילובנו, ואפשר יהיה להגיע לנוסח המקובל על הכול.

בדיון בוועדת הפנים של הכנסת הסכים משרד הפנים לסגת מעט מעמדתו ולכבד פסקי דין לאישור יהדות אגב נישואין וגירושין של מבקש ובלבד שהוא תושב ישראל. סוכם כי הדיון הפנימי בממשלה יימשך, ותוצאותיו יימסרו לוועדה לאחר הקריאה הראשונה. אדגיש כי חברי הכנסת בוועדת הפנים הסכימו עם עמדתי בדיון ההכנה לקריאה ראשונה – ולפיה אין להבחין בין אישור יהדות לתושב ובין אישור יהדות למי שאינו תושב, כל עוד אישור היהדות ניתן אגב ענייני נישואין וגירושין – אלא שביקשו שהנושא יתואם עם הממשלה. כדי לא לעכב את הליך החקיקה סוכם כי בנוסח הצעת החוק לקריאה ראשונה יירשם כי פסק דין הצהרתי של בית דין רבני לעניין יהדותו של אדם בתובענה של בעל-דין שהוא תושב בענייני נישואין וגירושין יחייב, ככלל, את רישומו של אותו אדם כיהודי במרשם האוכלוסין. עם זאת, אדם כאמור לא יירשם כיהודי במרשם האוכלוסין אם הוא בן דת אחרת, למשל אם המיר את דתו. בנוסף על כך הוצע לקבוע – על פי דרישת משרד הפנים – כי אם סבר פקיד הרישום הראשי כי בפני בית הדין הרבני או בית המשפט שקבעו כי אדם הוא יהודי לא היו מסמכים המנויים בסעיף 3א(א) לחוק מרשם האוכלוסין, המעידים שהמבקש אינו יהודי, יוכל פקידת

28. בג"ץ 7940/09 גורוביץ נגד מדינת ישראל ואח'.

29. נערך בכנסת ביום ד' באדר א' תשע"א (8.2.2011).

30. מיום י"ח באדר ב' תשע"א (24.3.2011).

31. חברי הכנסת דוד אזולאי, איתן כבל, פניה קירשנבאום וזבולון אורלב.

הרישום לפנות אל בית הדין הרבני או בית המשפט, לפי העניין, בבקשה שישקול מחדש את החלטתו. פקיד הרישום יהיה רשאי לעכב את הרישום במרשם האוכלוסין, את תיקונו או את שינויו, עד למתן החלטה בבקשה³².

הדיון הפנימי במחלוקת בין משרד הפנים ובין הנהלת בתי הדין התקיים אצל הגב' אורית קורן, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה). הצגנו את עמדתנו כי משניתן פסק דין של בית דין שאישר יהדות אגב עניני נישואין וגירושין לפי חוק שיפוט בתי דין רבניים, על פקיד הרישום לכבד זאת אף אם בעת מתן פסק הדין לא היה המבקש אזרח או תושב ישראל; למשל: סטודנט או בחור ישיבה במעמד של תייר שביקש להינשא בישראל כדמו". משרד הפנים עמד על דעתו שיש להבחין בין פסק דין כאמור שניתן בעת היות המבקש תושב – שאז יכובד פסק הדין, לבין פסק דין שניתן בעת שהמבקש לא היה תושב, שאז מוסמך פקיד הרישום להחליט שאין הוא משתכנע מן האמור בו.

חילוקי הדעות נותרו בעינם, והגב' קורן הביעה דעתה כי ועדת השרים לחקיקה היא זו שצריכה להכריע בין העמדות החולקות. לפיכך, פניתי במכתב אל שר המשפטים וביקשתי להביא את הנושא לדיון לפני ועדת השרים לחקיקה ולהזמין אותנו לישיבתה כדי שנוכל לשכנעה בצדקת עמדתנו.

במקביל פניתי אל נשיא בית הדין הגדול ומנהל בתי הדין וביקשתי להפעיל את השפעתם על שר המשפטים ולקדם את העניין. למרבה הפתעתי, לצערי הרב ובלי שקיבלתי כל הסבר, הנשיא והמנהל הסכימו לנוסח המצומצם של הצעת החוק בהתאם לדרישת משרד הפנים. הם ויתרו מראש על הסיכוי לשכנע את ועדת השרים לחקיקה כי יש לעגן בחוק את הדרישה לכבד את אישורי היהדות של בית הדין, אם ניתנו כשהמבקש לא היה תושב אבל אגב נישואין וגירושין. בנסיבות אלו משכתי את מכתבי לשר המשפטים.

אקווה לא לקבל פניות מדיינים המבקשים הסבר מדוע אישורי יהדות שלהם אינם מכובדים על ידי משרד הפנים ושואלים מה ניתן לעשות.

אני תוהה אם היה טעם באנרגיות הרבות שהשקענו בנושא – כתיבת חוות דעת משפטית מפורטת בסוגיה, ישיבות, פעולות שכנוע של גופים שונים וסיוע בניסוח הצעת החוק הפרטית. נפלא מעיניי, מה טעם היה בויתור מראש על סיכוי סביר לחיזוק מעמדם וסמכותם של בתי הדין הרבניים במסגרת הליך חקיקה של הכנסת. נראה היה לי שההתנגדות של משרד הפנים בנושא הייתה מטעמים לא ענייניים, והיה סיכוי של ממש שתתקבל בממשלה ובכנסת העמדה המרחיבה שביקשנו לקדם. ויוזמות חקיקה מורכבות בהרבה – לטב ולמוטב – מה יהא עליהן ???

אתנחם אפוא ב"חצי הכוס המלאה". להלן הנוסח המתוקן של סעיף 3א לחוק מרשם האוכלוסין³³:

32. ה"ח הכנסת תשע"ב מס' 436 עמ' 88.

3א. (א) לא יירשם אדם כיהודי לפי לאומו או דתו אם הודעה לפי חוק זה או רישום אחר שבמרשם או תעודה ציבורית מראים כי הוא אינו יהודי, כל עוד לא נסתרו ההודעה, הרישום או התעודה האמורים להנחת דעתו של פקיד הרישום הראשי או כל עוד לא נקבע אחרת בפסקדין הצהרתי של בית דין רבני בתובענה של בעל-דין שהוא תושב בענייני נישואין וגירושין לפי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, או של בית משפט, ובלבד שהוא אינו בן דת אחרת.

(1א) סבר פקיד הרישום כי לא היו בפני בית הדין הרבני או בפני בית המשפט שקבע כאמור בסעיף קטן (א) ההודעה, הרישום או התעודה הציבורית האמורים באותו סעיף קטן, רשאי הוא לפנות לבית הדין הרבני או לבית המשפט, לפי העניין, ולהביאם בפניו, וכן רשאי הוא לעכב את הרישום, את תיקונו או את שינויו עד למתן החלטה של בית הדין הרבני או בית המשפט.

(ב) לענין חוק זה וכל רישום או תעודה לפיו, "יהודי" – כמשמעותו בסעיף 4ב לחוק השבות, תש"ו-1950.

(ג) אין בסעיף זה כדי לגרוע מרישום שנעשה לפני תחילתו.

חוות דעת מומחים

בית הדין משתמש בשירותי מומחים: רופאים, פסיכולוגים, עובדים סוציאליים, רואי חשבון ואקטוארים, מבררי יהדות ועוד מומחים ממומחים שונים. משום מה, רווחת התחושה, כמיין מוסכמה או מעין קרוב למוסכמה, שבית הדין מסתמך על המומחה ומקבל את דבריו בבחינת "כזה ראה וקדש". נתקלתי במקרים שבית הדין נתן תוקף מידי להמלצות מומחה בלי לשמוע מה יש לצדדים לומר על כך, ולא זו הדרך. מומחה אינו יותר מעד המעיד לפני בית הדין. משהוגשה חוות דעת מומחה מן הראוי לאפשר לצדדים להתייחס לחוות הדעת. צד המתנגד לחוות הדעת זכאי לשכנע את בית הדין בצדקת עמדתו. אימוץ דעתו של מומחה בלי לאפשר לצדדים להגיב עלול להיחשב כפגיעה בזכות הטיעון של בעל-דין עד כדי פגיעה בכללי הצדק הטבעי. מסתבר כי אם בתסקיר פקיד סעד מוצע הסדר ביקורי ילדים ונאמר שם כי ההסדר מקובל על שני ההורים, אין צורך בקבלת התייחסותם ואפשר לתת תוקף של החלטה להסדר הביקורים המוצע. אבל בכל מקרה אחר יש לאפשר לצדדים להגיב לתסקיר כמו לכל חוות דעת. על פי סעיף 4 לחוק הסעד (סדרי דין בענייני קטינים, חולי נפש ונעדרים), התשט"ו-1955, "התסקיר שהגיש העובד הסוציאלי לעניין סדרי דין כאמור יימסר לבעלי הדין ובית המשפט ישמע כל טענה שבפיהם לכתוב בתסקיר אם לא ציווה בית המשפט, מטעמים מיוחדים, שאין לגלות את תוכן התסקיר, כולו או מקצתו". אף אם קיימים

33. תיקון מס' 17, ס"ח תשע"ב מס' 2344 מיום 14.3.2012 עמ' 202.

טעמים מיוחדים שלא לגלות את תוכן התסקיר, מן הדין בדרך כלל לגלות את עצם קיומו כדי לאפשר לבעל-דין את הזכות להתמודד עמו לפחות בדרך של דרישה לגילוי. על בית הדין לאזן בהקשר זה בין הזכויות הבסיסיות של בעל-דין להליך הוגן ובין הזכות המהותית המחייבת שקידה על טובתם של קטינים וחסיים. במקרה הצורך, אפשר לתת תוקף זמני להמלצות שבחוות הדעת, ועם זאת להקפיד על שמירת זכות הטיעון של בעלי הדין ולהודיע כי בית הדין יהיה נכון לקבל את תגובתם בתוך פרק זמן שייקבע. הדברים אמורים כלפי כל חוות דעת מומחה מכל סוג שהוא.

אין חובה לקיים דיון באולם בית הדין במעמד הצדדים כדי לשמוע את התייחסותם לחוות הדעת. בית הדין רשאי על פי שיקול דעתו להורות על הגשת תגובות בכתב בלבד. לבעל-דין אין זכות קנויה מראש לחקור בדיון חזיתי באולם בית הדין מומחה שמינה בית הדין. בית הדין רשאי לקבוע כי שאלות שמבקש בעל-דין להפנות למומחה יוגשו בכתב וכי המומחה ישיב עליהן בכתב³⁴. כמובן, בכל מקרה צריך להפעיל שיקול דעת, ובהתאם לנסיבות המיוחדות יחליט בית הדין מהי הדרך הנכונה והצודקת לדון דין אמת לאמתו ולהוציא את הצדק לאור.

שירותי תרגום לבעל-דין ודרך ניהול דיון

מנהל בתי הדין ביקשני להסב את תשומת לב הדיינים להחלטת נציב תלונות הציבור על שופטים, שהצדיק תלונה של עולה חדש מארגנטינה שביקש להעמיד לרשותו מתורגמן ובית הדין לא נתן לכך מענה ראוי.

הנציב מציין כי בהוראות סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982, הכירה מדינת ישראל בחשיבותם של מתן שירותי תרגום ומימונו לנאשם. בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 לא קיימת הוראה זוהי, ומשכך הנהלת הנהלת בתי המשפט כי במקרים חריגים, במקום שאין דרך אחרת לנהל את המשפט, תישא הנהלת בתי המשפט בעלות התרגום, ובמקרים רגילים יישאו הצדדים בעלות התרגום³⁵. הנציב כותב כי הוא לא מצא הנחיה דומה של הנהלת בתי הדין הרבניים. פרופ' אליאב שוחטמן מציין בספרו³⁶ כי "במקום שבית הדין מעסיק מתורגמן, או שבין עובדי בית הדין מצווי מי שמבין את שפת בעל הדין – ישמש הוא בתפקיד זה, ואם נחוץ לשכור שירותיו של מתורגמן – יתחלקו ההוצאות של בעלי הדין בשווה".

34. ראו והשוו תקנה 258ב(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 וסעיף 8(ג) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה–1995; "לבעל דין, במיוחד כאשר מדובר בענייני משפחה, אין זכות מוקנית לחקור מומחה שמונה על ידי ערכאה שיפוטית, בשונה מן המצב לגבי מומחה שהובא על ידי בעל-דין-שכנגד. לכל היותר יש לו הזכות לבקש לשאול שאלות הבהרה, ובדרך כלל אלו נעשות בכתב" (תיק (רבני גדול) 1–62–7894 (כ"ה באדר ב' התשס"ח, 1.4.2008)).

35. ת"א 2636–09 באסמה מוסטפא נ' האני אחמד עלי.

36. אליאב שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני (תשע"א), ב, 680.

הנציב מצא את התלונה מוצדקת מאחר שמפרוטוקול הדיון עלה כי בית הדין לא בירר אם המתלונן יודע היטב עברית או אם באמת היו לו עורכי דין דוברי ספרדית אך הוא החליט לפטרם – כפי שטען באיכוח המשיבה לאחר הדיון בבית הדין בתגובה לבקשת המתלונן. הנציב לא השתכנע מתשובת הדיין שהסביר כי קשה לקבל את טענת המתלונן שאת כתבי טענותיו שהיו כתובות בעברית צחה כתב המורה הקטין של בן הצדדים. הנציב מציין כי בית הדין לא בירר את טיב ידיעותיו של המתלונן בשפה העברית, ולפיכך לא ניתן לשלול את טענתו כי אין הוא דובר עברית "מלבד מילים מועטות בהבנה חלקית בלבד".

יש להפיק לקח מהחלטת הנציב. החלטתו ניתנת בתוקף היותו "צופה" אובייקטיבי בגדר סמכותו לבקר את דרך ניהול הדיון בבית הדין. אף אם נרצה לקבל את הסברי בית הדין כי השתכנע שאין למתלונן בעיה אמיתית בהבנת המתרחש באולם בית הדין, ברור שלא היה תיעוד מספיק בתיק בית הדין כדי לתמוך בעמדת בית הדין. שוב רואים אנו עד כמה חשוב לתעד בפרוטוקול הדיון את אשר מתרחש במהלכו. משנה חשיבות יש בתיעוד כל מחלוקת דיונית המצריכה הכרעה של בית הדין, בין אם זו תינתן בהחלטה מפורשת ובין אם זו תינתן בהנחיה בעל-פה שתירשם בפרוטוקול הדיון. התעלמות סתמית מטענת בעל-דין עלולה להתפרש כמחדל בלתי מוצדק. דיין שאינו רואה צורך לנווט בדרך נחרצת ותקיפה – אך המכבדת זכויות של בעלי הריב – את הדיון שהוא מקיים, דיין המתעלם מן הצורך להכריע במחלוקת המתגלעת במהלך הדיון והרלבנטית לניהול ההליך, דיין שאינו חש אחראי מספיק לתיעוד ההליך שהוא מנהל – חושף את עצמו לביקורת שעלולה להימצא מוצדקת. סוף מעשה במחשבה תחילה!

לגופו של עניין התרגום: לבתי הדין הרבניים אין תקציב לסיפוק שירותי תרגום. יש בבתי הדין עובדים המסוגלים לסייע בתיאום מראש בתרגום לרוסית ואמהרית. מסתבר שבדרך כלל אין צורך להעמיד מתרגם מיוחד מאנגלית לעברית. הסדרת תרגום לשפות אחרות יש להטיל על בעלי הדין או אחד מהם, ובמקרים מיוחדים ונדירים יש לפנות למנהל בתי הדין מראש בבקשה למצוא פתרון.

עוד על כתיבת פרוטוקולים ונימוקים להחלטות

עובד הנהלת בתי הדין הרבניים המסור והבלתי-נלאה, מר זלמן קויטנר – עוזר מיוחד למנהל בתי הדין והממונה על פניות הציבור, עומד לצאת לגמלאות בשבועות הקרובים, ואף הוא ביקש ממני להסב את תשומת לב הדיינים לחשיבות ניהול פרוטוקול נכון ומלא ולחשיבות מתן החלטות ביניים מנומקות. קיימות כיום רמות שונות של נוסחי פרוטוקולים המצויים בתיקי בתי הדין. נכון, אחד כותב בהרחבה ואחד בצמצום, וקשה להתמודד עם היכולות המוגבלות והספציפיות של כל סופר הדיינים. אבל נא אל תשכחו: הדיינים הם הממונים על כותבי הפרוטוקולים. היו נא ערים והסבו את תשומת לב סופר הדיינים לדברים הנחוצים במיוחד לדעתכם להיכתב. דייני בתי הדין צריכים את הפרוטוקול כדי להיזכר ולהתעדכן בתוכנו של הדיון בעת מתן החלטה או פסק דין.

בית הדין הגדול זקוק לפרוטוקול כדי לבחון את טענות הצדדים בערעור. בעלי הדין זקוקים לפרוטוקול כדי לעמוד על משמר זכויותיהם. בג"ץ עשוי לבחון את הפרוטוקולים כדי להיווכח אם נשמרו כללי הדיון הנאות ואם בית הדין "דן ופסק" בעניין שעשויה להיות לבית הדין סמכות נמשכת. הרמה של הפרוטוקולים עלתה בצורה יפה ודרמתית בשנים האחרונות, ויש להמשיך במגמה זו. בעל-דין המוצא פרוטוקול שאינו משקף כראוי את טענותיו בדיון מתמרמר על כך. הוא עלול לחשוב, שלא בצדק, שמא מניעים זרים יש בגו.

כולכם מכירים בעלי-דין חשדניים הנוטים להטיל דופי אם בית הדין אינו מקבל את טענותיהם. לא כדאי לסייע בטיפוח מחשבות קונספירטיביות. לכן רצוי לנמק ולו בקצרה החלטות ביניים – גם בקשה לדחיית דיון וכדומה, ונא הקפידו שהכרעה בבקשה תיעשה לאחר שניתנה האפשרות לצד שכנגד להגיב לבקשה, אלא אם כן מדובר בסעד דחוף. מר קויטנר מצביע – ממרום ניסיונו רב השנים בטיפול בפניות הציבור הנזקק לבתי הדין – על מפלס החשדות הגואה למקרא החלטה לא מנומקת. חשוב גם לציין אם התבקשה תגובת הצד שכנגד, ואם לאו – מדוע לא, ומה נעשה או ייעשה כדי לאפשר לו את זכות הטיעון. מתן החלטה ללא הסבר עלול ליצור תחושה של חשדנות וניכור, וחבל. בידינו הדבר לעשותו, וזו חובתנו.

המצאת הזמנה וכתבי בית דין לבעל-דין

דבר נוסף שיש לתת עליו את הדעת: אם בעל-דין אינו מופיע לדיון ובית הדין מתבקש להחליט על הזמנתו בצו הבאה, או לתת כל סנקציה אחרת, מן הדין לבדוק האם הייתה המצאה של ההזמנה לדיון לצד שלא התייצב. אין להסתפק בבדיקה אם ההזמנה נשלחה, אלא יש לבדוק אם יש אישור כי ההזמנה הגיעה ליעדה. יש לוודא כי הכתובת שאליה נשלחה ההזמנה היא כתובתו הנכונה של המוזמן. באחד המקרים התברר כי הנתבע הודיע במהלך הדיון על שינוי כתובתו. היא נרשמה בפרוטוקול אך זו לא עודכנה בשדה המתאים בתיק בית הדין. לכן נשלחה הזמנה לכתובת ישנה של הנתבע, ועקב אי-הופעתו לדיון הוצא נגדו צו הבאה והוא נאסר על ידי המשטרה. לימים הוא הגיש תביעה בגין רשלנות נגד הנהלת בתי הדין ונאלצנו להתפשר עמו. הדברים מכוונים גם כלפי צווי עיכוב יציאה מן הארץ. הדיינים חייבים לוודא שצווים אלו נעשים כדיון, על פי התקנות. בשנים האחרונות היו כמה תביעות נזיקין נגד הנהלת בתי הדין בגין רשלנות, ואני מעורר בזאת את תשומת לב הדיינים לחובת הזהירות המוטלת עלינו לתת טיפול נכון וצודק לכל בעלי הדין.

בתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל – התשנ"ג אין הסדר ביחס להמצאת כתבי בית דין והחלטות באמצעות פקס ודואר אלקטרוני. כבר לפני כמה שנים העברתי למחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים טיוטת תקנות לעניין זה כמו גם לגבי הסדרת ניהול הליכים אלקטרוניים, אך לצערי הנושא אינו מקודם בקצב משיע רצון. עד להתקנת התקנות מותר לנו ללמוד בדרך ההיקש ולשאוב השראה מדרך ניהול ההליכים

בבתי המשפט האזרחיים. בפועל אנו עושים שימוש בהליכים אלקטרוניים – המציאות חזקה מכל תקנה שיכול שתיכתב.

נא תנו דעתכם להבחנה בין המצאה בפקס ובין המצאה בדואר אלקטרוני. אם קיים אישור במערכת שיר"ה על המצאת כתב בית דין או החלטה לפקס של הנמען, אפשר לראות בכך אישור המצאה כדין. לא כך הוא כאשר המצאה בדואר אלקטרוני. עקב מורכבות הסוגיה, ובפרט מאחר שקיימות מדי פעם הודעות דואר אלקטרוני שאינן נפתחות מסיבות שונות, ולפעמים הן מיורטות בכוונה או שלא בכוונה, אציע להתחשב בדברי בעל-דין או מורשהו הטוען כי לא הגיעה לידי הודעת דואר אלקטרוני ששלחה מזכירות בית הדין. במצב המשפטי הקיים כיום, אם כתב בית הדין או הזמנה נשלחו רק בדואר אלקטרוני ולא הגיעה תגובה או לא הייתה היענות להזמנה, אין לראות בעצם שליחת ההודעה ראייה מספקת כי ההודעה הגיעה ליעדה.

אני בהחלט ממליץ על שימוש בדואר אלקטרוני כאמצעי להמצאת החלטות וכתבי בית הדין. בדרך כלל זהו מכשיר יעיל ונכון לכך, וברובא דרובא של המקרים אין בעיות. מקרה שטוען אדם שלא קיבל את הודעת הדואר האלקטרוני הוא אחד לאלפים, ודווקא בגלל כך אני ממליץ לנהוג בו בסלחנות ולאפשר לו ליהנות מחזקת כשרות שהוא דובר אמת.

אגב כך ובתשובה לשאלה שנשאלתי עתה אציין כי לא רק טיוטת תקנות לעניין ניהול הליכים אלקטרוניים העברנו למשרד המשפטים, אלא אף טיוטה מלאה ומעודכנת של תקנות דיון לבתי הדין הרבניים, וזאת בהתאם לתיקון לחוק הדיינים בשנת 2004. על פי התיקון לחוק היה על שר המשפטים להגיש לוועדת החוקה הצעת תקנות דיון תוך 180 יום. מסתבר שהנושא אינו נמצא בסדר העדיפויות של משרד המשפטים כעניין הראוי לקידום, ואיני רואה שיש בידינו לעשות עוד מאומה בנושא. אני תוהה אם יידרשו לחלוף לא 180 יום אלא 18 שנה – עשר שנים כבר חלפו – בטרם יוגשו התקנות החדשות לדיון ואישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת. בינתיים אנו עושים שימוש בתקנות הדיון הקיימות.

על הפניית בעלי דין לבדיקת פוליגרף

בהמשך להרצאתו של סנ"צ אלכס גרשפלד על בדיקת פוליגרף, וכדי ללמוד עוד על הנושא הבאנו מיד לאחר תמצית הרצאתו בספר זה³⁷ את הנחיות היועץ המשפטי לממשלה "שימוש בבדיקות פוליגרף על-ידי רשויות המדינה"³⁸. חשוב שהדיינים יעיינו בהנחיות אלו כדי לקבל תובנות לגבי מורכבות שיקול הדעת שיש להפעיל בטרם יציע בית הדין, או בטרם שייענה בית הדין להצעה, לערוך בדיקת פוליגרף לבעלי דין כדי

37. א' גרשפלד, פוליגרף – מדע, אומנות והיבטים משפטיים, כנס הדיינים – התשע"ג (התשע"ד), עמ' 101.

38. לעיל, עמ' 111.

לאמת או להפריך טענות שבמחלוקת. אסקור להלן כמה דברים מתוך הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, ולאחר מכן אעמוד על נקודות מספר הטענות מחשבה וליבון.

קביעה על סמך בדיקה במכשיר הפוליוגרף כי אדם משקר, או שהוא דובר אמת, מבוססת על היקש הסתברותי בלבד. אף לגרסת מצדדי הפוליוגרף קיים שיעור לא מבוטל, עד כדי עשרות אחוזים, של תוצאות שגויות, הן במובן שדוברי אמת נקבעים בבדיקה כדוברי שקר, והן במובן של דוברי שקר שבדיקות הפוליוגרף קובעות שהם דוברי אמת.

האמינות והתוקף של בדיקת פוליוגרף תלויה במשתנים שונים ובהם: סוג הבדיקה, מיומנות הבודק, מאפייניו האישיותיים של הנבדק, והמידע המוקדם הרלוונטי הקיים בנוגע לנושאי הבדיקה. קיימות שתי שיטות בדיקה עיקריות: שיטת "פרטי החקירה המוכמנים" (פח"מ), בה נעשה שימוש במסגרת הליכי חקירה, ושיטת "שאלות הביקורת", בה נעשה שימוש בבדיקות מהימנות כללית, כגון לצרכי סינון ביטחון.

דין וחשבון הצוות לעניין בדיקות הפוליוגרף בהליך הסינון הביטחוני לתפקידים בשירות הציבורי, בראשות השופט ד' לויין מאפריל 1997 קובע על יסוד חישוב הממוצע בין תוצאות המחקרים השונים שהוגשו לוועדת לויין, כי תקפות בדיקות הפוליוגרף בשיטת "שאלות הביקורת" באיתור אשמים במקרה ספציפי ("דוברי שקר") נעה סביב 90%, ואילו התקפות באבחון חפים כדוברי אמת נעה סביב 80% בלבד. כלומר, 20% מתוך דוברי האמת בבדיקת פוליוגרף אינם מדווחים כדוברי אמת!

בדיקת הפוליוגרף נתפסת בעיני הציבור – וחשוב שהדיינים לא ייגררו לכך – כ"מכונת אמת", כשמו העממי של המכשיר, ומי שנכשל בה נתפס כדובר שקר, זאת בניגוד למהימנות האמתית של המכשיר, אשר שנויה במחלוקת.

אין חולק כי לשימוש במכשיר הפוליוגרף יתרונות הרתעתיים מסוימים. בנוסף, רוחחת הדעה בקרב גופי החקירה בישראל כי הבדיקה יכולה לשמש בנסיבות מסוימות כלי עזר בחקירה. השימוש במכשיר הפוליוגרף עשוי גם לסייע לחשוד בהפרכת האשמות שווא, ובמקרים מסוימים הוא מסייע לחפים מפשע להזים עוד בשלב החקירה ראיות נסיבתיות הקושרות אותם אל העבירה.

בדיקת פוליוגרף איננה קבילה כראיה במשפט פלילי במדינת ישראל, אף לא בהסכמת הנאשם. לפיכך, אין להביא לידיעת בית המשפט במשפט פלילי, שנאשם או עד סירבו להיבדק במכשיר הפוליוגרף, או להעיר הערות בקשר לסירוב כזה. הבאת מידע כזה לבית המשפט, משמעה הכנסת ראיה שאינה קבילה, דבר המהווה פגם בהליך, ויכול להביא לביטול החלטתו של בית המשפט, אם יוכח שהסתמך או הושפע מהמידע.

בכל הנוגע לשימוש בבדיקות פוליוגרף בהליכי מעצר הבחינו בתי המשפט בין מעצר לצרכי חקירה, לבין מעצר לאחר הגשת כתב אישום. כאשר מדובר במעצר לצרכי החקירה, רשאי בית המשפט להסתמך גם על ראיות שאינן קבילות, ועליכן רשאי הוא

להיזקק גם לתוצאות בדיקת פוליגרף בזהירות הנדרשת, שכן חקירה מתחילה ומתנהלת גם על יסוד מידע שאינו קביל.

בהליכים מינהליים בהם ניתן לסטות מדיני הראיות, ניתן להסתמך על בדיקת פוליגרף. כך, למשל, נקבע, כי "בהליך של מעצר מינהלי, שבו מותר לסטות מדיני הראיות... ניתן להסתמך על תוצאות בדיקת פוליגרף".

בהליכים אזרחיים יכולה בדיקת פוליגרף להיות ראייה קבילה, ובלבד שניתנה לכך הסכמתם המוקדמת של הצדדים – כך נקבע בפרשת **ביאזי**³⁹. שופטי הרוב בפרשה זו אף סברו כי ניתן להסכים שראיה זו תכריע את תוצאות המשפט (דבר שיש בו משום מסירת ההכרעה בסכסוך לאדם שמחוץ לבית המשפט, ולפיכך התנגד לו שופט המיעוט שסבר שיש להשאיר את ההכרעה הסופית לבית המשפט). הסכם כזה כפוף למבחני תקנת הציבור, ולבחינה של בית המשפט את רצונם החופשי של הצדדים.

בתי המשפט במדינות שונות עמדו על שלושה סוגי פגיעה אפשריים: פגיעה הנובעת מחוסר מהימנות הבדיקה, פגיעה הנובעת מחדירה לפרטיות ופגיעה הנובעת מהפער בין האמונות הרווחות בציבור הרחב לבין מהימנותה המדעית של הבדיקה.

היועץ המשפטי לממשלה הנחה את רשויות המדינה כי בהעדר הסמכה בדין לביצוע בדיקת פוליגרף למטרות אחרות זולת בדיקות סינון ביטחון, אין סמכות לחייב אדם לעמוד בבדיקת פוליגרף לכל מטרה אחרת. עם זאת, ניתן לערוך בדיקת פוליגרף במסגרת חקירה, פלילית או משמעתית, או במסגרת הליך בדיקה אחר, לשם הפרכה או אימות של חשד קונקרטי, אם ניתנה הסכמה מודעת ומרצון חופשי של הנבדק, ובנסיבות ובתנאים שיפורטו להלן.

בטרם תתבקש ההסכמה, יש לתת למועמד לבדיקה הסבר על מהות הבדיקה, פרטיה, שלביה, והמהימנות שלה. כן יש להבהיר למועמד, כי אינו חייב לעמוד בבדיקה, וכן את התוקף המשפטי של תוצאות הבדיקה, והשימוש העשוי להיעשות בהם. יודגש, כי החובה לתת למועמד לבדיקה הבהרות והסברים כאמור קיימת גם מקום שהיוזמה לבדיקה היא של הנבדק ולא של הגורם החוקר.

היועץ המשפטי לממשלה הנחה כי כדי להבטיח את תקינות קבלת ההסכמה, ההסברים כאמור למועמד יהיו **בכתב** וכן הסכמתו. למועמד תינתן שהות סבירה בין מתן ההסברים כאמור, לבין מתן הסכמתו, לרבות לצורך קבלת ייעוץ משפטי, אם ירצה בכך. כל לחץ על המועמד למתן הסכמתו יפגום בתוקף ההסכמה, וממילא בחוקיות הבדיקה, על כל הכרוך בכך.

כן הנחה היועץ המשפטי לממשלה כי **שימוש בבדיקת פוליגרף ייעשה רק בהעדר דרך חקירתית אחרת למיצוי החקירה** – בדיקת פוליגרף תישקל רק לאחר מיצוי הליכי החקירה הרגילים, ולאחר שהגורם החוקר, בהתייעצות עם מומחה הפוליגרף, הגיעו למסקנה כי הבדיקה עשויה לתרום באופן מהותי למיצוי החקירה. **בדיקת פוליגרף**

39. ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי פ"ד מב (1) 446.

תיערך רק בהתגבש חשד ממוקד – לא תתבצע בדיקת פוליגרף כללית נגד כל המעורבים הפוטנציאליים בעבירה ("יריה באפילה"), אלא רק בהתגבש חשד ממוקד נגד חשוד או חשודים קונקרטיים, על יסוד החקירה שנערכה.

היועץ המשפטי לממשלה הנחה עוד כי אין לייחס לתוצאות הבדיקות משקל ראייתי עצמאי בגיבוש תוצאות ומסקנות החקירה או הבדיקה, אלא יש לראות בתוצאות ככלי עזר ראייתי משלים בלבד, בהתאם לכך אין לנקוט בכל הליך או סנקציה על בסיס ממצאי בדיקת הפוליגרף בלבד.

עוד הנחה היועץ המשפטי כי מקום שתוצאות בדיקת הפוליגרף מצביעות על אי-אמירת אמת מצד הנבדק, מן הראוי, לשם הגברת אמינות התוצאות, לאפשר לו לעמוד בבדיקה נוספת על-ידי בודק אחר שאינו מודע לתוצאות הבדיקה הראשונה.

ועתה אעבור להערותיי שלי. סנ"צ גרשפלד הסביר בסקירתו – אם כי הדברים אינם באים לידי ביטוי בנוסח הכתוב של הסקירה – כי קביעת השאלות שישאלו בבדיקה היא בתחום מומחיותו של בודק הפוליגרף, וניסוחן יכול להיעשות רק לאחר שהבודק יקיים שיחה מלאה עם הנבדק בהתאם לנהלים המקצועיים. המרצה ציין כי ניסוח השאלות יכול לבוא רק לאחר נטרול "רעשי רקע" שיכול שיעלו במהלך התשאול המקדים, ומהימנות הבדיקה תלויה בניסוח מקצועי ומדויק של שאלות אלו.

אם כן, אין נכון שבית הדין הוא שינסח ויכתיב את השאלות המדויקות שישאל בודק הפוליגרף. בית הדין צריך להגדיר את השאלות שבמחלוקת, אך עליו להותיר לבודק הפוליגרף מרחב תמרון כדי שהבדיקה תהיה מקצועית ואמינה. לפיכך, עולה ספק אם נכונה הייתה ביקורת שמתח בית הדין האזורי בתל אביב על בודק פוליגרף ששינה מן השאלות שניסח בית הדין עבורו, ואם מסקנות בית הדין עקב כך היו מוצדקות⁴⁰. מן הדברים אפשר ללמוד על חשיבות קיום התייעצות בין הגורם החוקר לבין בודק הפוליגרף. כשמדובר בערכאה שיפוטית עולה שאלה על הדרך האפשרית לקיים קשר זה.

מאחר שבדרך כלל הצעה לעבור בבדיקת פוליגרף מופנית לשני בני הזוג, יש לבדוק היטב אם הבדיקה נעשתה על ידי בודק אחד או שניים. דומה שבדיקה של שני הצדדים על ידי בודק אחד מקטינה את אמינות הבדיקה.

דיין בית הדין הגדול, הרב אריה הורביץ כתב בפסק דין שמשקלה של בדיקת פוליגרף הוא כמהימנות המבוססת על החזקה שאין האשה מעיזה פניה בפני בעלה בדבר שהוא יודע אם היא משקרת:

40. תיק (רבני תל אביב) 190175/15 פלונית נ' פלוני (ל' בניסן התשע"ב, 22/04/2012). וראו להלן, הרב ד"ר מרדכי הלפרין, קביעת אבהות באמצעים גנטיים – רקע רפואי והשלכות לדיני ממזרות, כנס הדיינים – התשע"ג (התשע"ד), 185, בעמ' 197, המדווח על שיחה שהייתה לו עם דיין של בית הדין הגדול בנוגע לפסק דין שעסק בבדיקה גנטית, והדיין אמר לו "שאלו בומן הדיון היה מגיע לידיו המידע המלא על מהות הבדיקה ואמינותה – פסק הדין בערעור היה שונה".

"בבואנו לבחון את מהימנות דברי האשה, שנאמרו ואובחנו ע"י מכות האמת, מהי משקלה של מכות האמת, נראה לי כי אין משקלה יותר מאשר מהימנות המבוססת על האמור שאין האשה מעיזה בפני בעלה בדבר שהבעל יודע אם היא משקרת, ואמרה בפני בעלה ובפני ב"ד, ונאמנת גם לכופ את בעלה לגט כדאיתא באבהע"ז קנ"ד סעיף ז: "אם טוענת אין לו גבורת אנשים לבוא עליה ושואלת גט והוא מכחישה י"א שנאמת וכופין אותו להוציא מיד." ובכ"ש שם: הטעם שנאמנת, כי כל שהבעל יודע אם היא משקרת אין מעיזה להכחישו.

מבחן זה שאינה מעיזה לומר שקר בדבר שהבעל יודע אותו הוא כמבחן של מכות האמת⁴¹.

יש מן הדיינים הסבורים כי בדיקת פולִיגרף עשויה להיות "רגליים לדבר" לאישוש טענה שלא הוכחה מספיק. אם כן, במקום ש"רגליים לדבר" אינם בבחינת ראיה מספקת להכריע את הדין, לא תועיל בדיקת פולִיגרף.

חשוב לקיים ליבון של המשמעות ההלכתית של עצם ההצעה לצדדים לעבור בדיקת פולִיגרף. אם בדיקת הפולִיגרף אינה ראיה קבילה במשפט הפלילי, וגם במשפט האזרחי אי אפשר לחייב בעל דין לערוך בדיקה זו, במשפט התורה – על אחת כמה וכמה. פשוט וברור כי אין כל אפשרות לחייב בעלי דין לעבור בדיקת פולִיגרף בלי שייתנו את הסכמתם מראש⁴² מרצונם הטוב ותוך מודעות למגבלות הפולִיגרף. נניח שבעל דין עבר בדיקת פולִיגרף, נמצא בה דובר שקר, אך מתעקש על גרסתו וטוען שהבדיקה שגויה – האם אפשר להוציא ממון לפי דין תורה על סמך בדיקה זו (בלי שהנבדק קיבל קניין מראש לקבל על עצמו את תוצאות הבדיקה)?

האם ראוי שדיין יציע לקבל בקניין שתוצאת הבדיקה תיחשב ראיה מוחלטת, כשקיים מיעוט לא מבוטל של תוצאות שגויות?

יש הבדל בין הסכמה לקבל בקניין עדות פסולים לבין הסכמה לקבל בקניין בדיקת פולִיגרף. קיימים פסולים לעדות לפי דין תורה מטעם "גזירת הכתוב" ולא בגלל חשש למהימנותם של העדים. לגבי אלו אפשר להבין הצעה של בית הדין לקבל בקניין כי עדותם תהיה קבילה בבית הדין⁴³. אפשר "למתוח" עוד את ההצעה ולכלול בה פסולים מחמת קרבת משפחה, אם פסולתם אינה נובעת מבעיית מהימנות⁴⁴. אך נראה שבית הדין לא יציע לקבל בקניין לקבל עדות עד הפסול עקב חשש עדות שקר. והנה לפי

41. תיק (רבני גדול) 501/נה פלוני נ' פלונית (ט"ו בתמוז תשנ"ה, 13/07/1995); דעת הרב הורביץ פורסמה בספרו לב אריה, סי' כז, עמ' צט.

42. וראו בג"ץ 3122/12 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה (06.05.2013).

43. בית הדין נדרש לעדותם של אלה לפעמים בלא קניין בגדרי "אומדנא" או "אומדנא דמוכח".

44. ראו להלן: הרב אברהם צ' שינפלד הערות בסדרי עבודת בית הדין, 175, בעמ' 183 ("עדות קרובים").

הנתונים דלעיל, לבדיקת פוליגרף יש פוטנציאל של 20% למצוא דובר אמת כדובר שקר ופוטנציאל של 10% למצוא דובר שקר כדובר אמת. על רקע נתונים אלה, האם כשבעל דין מסרב להצעה לעבור בדיקת פוליגרף, אפשר לומר שיש "רגליים לדבר" שהוא משקר? אני מניח שאם בעל-הדין ימצא דובר שקר בבדיקת הפוליגרף ייחשבו תוצאות הבדיקה בבחינת "רגליים לדבר" גם ללא קבלת קניין מראש. אם כן, נניח שבעל דין מסכים לעבור בדיקת פוליגרף, מדוע להציע לו לקבל בקניין מראש שהתוצאות הם אלו שיקבעו את העובדות – האם אין בכך פגיעה בזכויות הדיוניות של בעל הדין להתמודד עם תוצאות הבדיקה לפי דין תורה? למשל: לעניין שאין מוציאים ממון על פי "רוב". אולי הוא מתוך המיעוט שבדיקת הפוליגרף לא גילתה את האמת לגביו?

כמו כן, האם אין נכון שדיין יפרט בפני בעלי הדין את הנתונים הידועים לגבי בדיקות פוליגרף – בדומה להנחיות היועץ המשפטי לממשלה – לפני שהם יתחייבו בקניין לקבל על עצמם את תוצאותיו? אלו הם הרהורי דברים בלבד, ואני מקווה שכת"ר דייני ישראל ימצאו לנכון ללבן אותם כשיגיע לפניהם מקרה מתאים.

פניות דיינים ליועץ המשפטי לשיפוט הרבני

אנו מקבלים מדי יום ביומו פניות של דיינים לתת חוות דעת בשאלות סמכות ובשאלות משפטיות אחרות. לצדי בלשכה המשפטית עומד סגני, עו"ד מיכאל אביטל, והוא עוסק בעיקר בענייני משפט הנוגעים לניהול האדמיניסטרטיבי של בתי הדין. עלידו עומד עו"ד הרב ד"ר רפי רכס המשמש עוזר ראשי ליועץ המשפטי לשיפוט הרבני. לידם ניצבת הגב' אפרת ביטון, רכזת הלשכה המשפטית. זהו כוח אדם מצומצם מאוד בהיקפו ואין די בו כדי לספק את הצרכים המשפטיים של מערכת בתי הדין. נגע "המשפטיזציה" פושה זה שנים בכל עבר, ונותן את אותותיו בתיקי בתי הדין הרבניים. הצצה בתיקי בתי הדין מלפני עשרים-שלושים שנה הנשמרים בארכיב המדינה מראה תיקים "צנועים" בהיקפם. לפעמים קיימים בהם מסמכים מעטים, נער יספרם. זה כחמש-עשרה שנה תיקי בתי הדין הולכים ו"מתנפחים" בתאוצה ממשית. נסיקה פרבולית נרשמה מאז נכנסה לשימוש מערכת התיקים האלקטרוניים, מערכת שיר"ה. בעלי הדין אוהבים לטעון, להתדיין, ולהכביר משא כבד של מילים. למרבה הצער, קברטיני מערכת השיפוט הרבני אינם נותנים את דעתם די הצורך לפערים הדרמטיים בין תקני כוח האדם הדרושים ללשכה המשפטית לתפקוד שוטף לבין הקיים במערכת. בכל הלשכות המשפטיות של רשויות השלטון התווספו בשנים האחרונות תקנים רבים למשפטנים בשיעור של עשרות אחוזים ולפעמים מאות אחוזים, והדבר נעשה מתוך כורח ענייני ולא כדי לספק מקורות תעסוקה גרידא. משום מה, אצלנו סבורים שפתרונות משפטיים הם בגדר פשיטא וסומכים על הנס. השוואה בין המטלות המונחות על כתפי הלשכה המשפטית שלנו ובין המטלות של לשכה משפטית במשרד ממשלה אחר וביחידות הסמך של משרדי הממשלה מצביעה על תמונה עגומה, שהיא בבחינת

תמרור אזהרה. שאלות משפטיות רבות ומגוונות זורמות ללשכה המשפטית, פעמים כנהר שוטף. אנו משתדלים לתת את חוות הדעת במהירות וביעילות ונאלצים לעבוד מעבר לשעות העבודה המקובלות. אנו נושאים בעול כבד מאוד; לפעמים כבד מנשוא.

אבקש מאוד מכבוד תורתכם, דייני ישראל, בבואכם לבקש סיוע משפטי שלנו אל תשלחו אותנו לעיין בתיק ולשחות בים המסמכים שאין להם סוף. איננו מסוגלים לעמוד בכך. אתם צריכים לקבוע את העובדות שעל אודותם מתבקשת חוות דעתנו. אתם שמעתם את הצדדים, אנו לא שמענו. אתם יודעים למי להאמין – אנו אין יודעים. תקבעו את העובדות, ובמקום שיש ספק – נא כתבו זאת. הרי לא יעלה על הדעת שנתייחס בחוות הדעת לכל המצבים המשוערים שאולי כלפיהם כבודכם מכוונים את לבטיהם. כל מקרה שונה מחברו, והתשובה המשפטית נגזרת בראש ובראשונה מן העובדות. אתם מכירים את התיק שאתם דנים בו, לא אנו. לעיין כיום בתיק אלקטרוני של "מערכת שיר"ה קשה שבעתיים מעיון בתיק פיזי שהיה מקובל בעבר. המערכת האלקטרונית מאפשרת נגישות ישירה לכל תיק של בית הדין ויכולת תיעוד ובקרה על תיק בית הדין, ויש באלו יתרונות שלא יסולאו בפז, אבל המערכת האלקטרונית הערימה בדרכה שלה קשיים מרובים שלא נצפו מראש ועד כה לא ניתן להם מענה. אין בידינו משאבי זמן המאפשרים לפתוח את כל קבצי המסמכים שבתיק, ואין בידינו לדעת באלו מהם אנו נדרשים במובהק לעיין לצורך כתיבת חוות הדעת. אנא, אני מבקש את עזרתכם: תקבעו את העובדות העולות מתוך טענות הצדדים וראיותיהם. במקרים מורכבים יותר אנא הפנו אותנו ל"מראי מקומות" בתיק האלקטרוני – כתבי טענות מסוימים, ראיות והחלטות מסוימות – מראי מקומות הנצרכים לעיוננו. אם כבודכם לא יסייעו לנו בכך, לא נוכל אנו לסייע כראוי לדיינים במלאכתם. במיוחד לא נוכל להשיב כראוי ובפרק זמן קצר, כהרגלנו מימים ימימה, לפניות הרבות של הדיינים. וזו הדרך הראויה: דייך הנזקק לסיוע משפטי יכתוב עובר לפנייתו אלינו פתיח לטיוטת החלטה ובו יפרט את העובדות הדרושות לעניין, את טענות ומענות הצדדים ואת ראיותיהם. בעת הצורך תצוין הפניה מתאימה למסמכים שבתיק בית הדין. אחר כן יבואו השאלות המשפטיות הטעונות ליבון לדעת הדיין. שאלת חכם – חצי תשובה! ומכאן תהיה קצרה הדרך להשלמת המענה. אני ער לכך שלפעמים יש קושי ראשוני בריכוז העובדות הטעונות דיון, אבל הרי ממילא יש להביא בהחלטה את העובדות הרלבנטיות. לפעמים באות לפני בית הדין שאלות משפטיות מורכבות ויש קושי בעצם ניסוחן, אבל אלו המעט. דייך יכול אפוא להתחיל בכתיבת טיוטת החלטה קודם לפנייה אלינו. אבקש לפעול בדרך זו.

על סדרי דין בבית הדין הרבני הגדול

עו"ד הרב שמעון יעקבי

היועץ המשפטי לשיפוט רבני

בקשת רשות ערעור

סעיף 12א לחוק הדיינים, התשט"ו–1955 קובע:

12א. (א) פסק דין של בית דין רבני אזורי ניתן לערעור לפני בית הדין הרבני הגדול.

(ב) החלטה אחרת של בית דין רבני אזורי ניתנת לערעור לפני בית הדין הרבני הגדול, אם ניתנה רשות לכך מאת דייני בית הדין הרבני הגדול.

סעיף זה נחקק רק לאחרונה, בתיקון מס' 25 לחוק הדיינים. אף שלא ניתנו בסעיף זה הגדרות למונחים "פסק דין" ו"החלטה אחרת", מצויים אלו בתוך סביבה חקיקתית מוכרת. לפיכך, כדי ללמוד על מובנם יש לפנות לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים, לחקיקה דומה ולפרשנות המשפטית העוסקת בביאור מונחים אלו לגבי בתי המשפט.

בהחלטות רבות של בתי המשפט נקבע כי "פסק דין" הוא החלטה המסיימת את הטיפול בתיק, ואילו "החלטה אחרת" היא החלטת ביניים שאינה מסיימת את הדיון בתיק. בתי המשפט עצמם נתקלים מדי פעם בקשיים ביישום ההבחנה שבין שני מונחים אלה. עם זאת, בשורה ארוכה של החלטות נקבע כי לעניין סיווגה של החלטה לצורך הגשת ערעור כ"פסק דין" או כ"החלטה אחרת", המבחן הוא מהות ההחלטה ולא כותרתה¹.

בתקנות הדיון נקבע כי "כל פסק־דין וכל החלטה של בית־דין אזורי הגומרת את הדיון באופן שלא יינתן עוד פסק־דין, ניתנים לערעור לבית־הדין הגדול" (תקנה קלב(1)). לעומת זאת, "על פסק־דין זמני או החלטת־ביניים אין ערעור, אלא לאחר קבלת רשות לערער מבית־הדין הגדול (תקנה קלב(2)). אפשר אפוא להסיק שאין הבדל בין בתי הדין הרבניים ובין בתי המשפט לעניין הפרשנות הנכונה למונחים אלו: ככלל, פסק דין מסיים את הטיפול בתיק "באופן שלא יינתן עוד פסק דין", אפילו אם הוכתר

1. אורי גורן, סוגיות בסדר דין אזרחי (להלן – גורן), 618.

בכותרת "החלטה". ואילו "החלטה אחרת" היא החלטה שאינה גומרת את הטיפול בתיק אף אם בטעות היא הוכתרה במילים "פסק דין". אופן ההשגה על החלטה שיפוטית נקבע בהתאם לסיווגה. אם לפנינו פסק דין – בין אם שלם ובין אם חלקי – אזי ההשגה עליו תהיה במסגרת ערעור בזכות, ואם מדובר בהחלטה אחרת, הדרך להשיג עליה תהיה, ככלל, במסגרת בקשה לרשות ערעור. אך מפני שההבחנה בין פסק דין להחלטה אחרת אינה ברורה מאליה בכל המקרים, פותחו מבחני עזר לצורך הסיוע במלאכה. לאפיון פסק דין אומץ מבחן סופיות הדיון, שבמסגרתו נשאל האם הוכרעה המחלוקת שבין הצדדים או חלקים ממנה במסגרת ההחלטה, אם לאו. ואולם, גם עניין זה אינו פשוט כלל ועיקר שכן קיים קושי במצבים שבהם מכריע בית-המשפט בטענות שונות של הצדדים כבר במהלך הדיון בטרם מתן פסק דין סופי²:

מבחן הסופיות הפורמאלי קל ליישום כאשר מדובר בפסקדין הבא בסיומה של מלאכת השיפוט. הקושי מתעורר במצבים שבהם מכריע בית-המשפט בטענות שונות של הצדדים כבר במהלך הדיון. במצבים כאלו, שבהם נמשך הדיון לאחר מתן ההחלטה בפני אותו בית-משפט, נדרש מבחן עזר, שבאמצעותו ניתן יהיה לזהות 'סופיות' הנובעת מתוצאתה של ההחלטה בהיבט הדיוני, להבדיל מתוכנה, קרי תוצאתה בהיבט המהותי. המבחן הראוי לזיהוי 'סופיות' שכזו הוא מבחן הסעד, המהווה נקודת ציון דיונית המאפשרת לקבוע כי תחום מוגדר של ההליך הסתיים.

בפסיקתנו, וכן במשפט המשווה, נקבעת סופיות ההחלטה במהלך הדיון על-פי השאלה אם בקטע כלשהו של ההתדיינות קיבל התובע את הסעד הסופי שביקש או חלק ממנו או שהוא נשלל ממנו. זאת, משום שבית-המשפט הכריע בשלב הראשון באחת או יותר מן העילות שנתבעו באותה תובענה ופסק לתובע אחד או יותר מן הסעדים שתבע בגין אותה עילה או דחה את מתן הסעד המבוקש. כך גם כאשר בית-המשפט מכריע בתביעתו של אחד או יותר מן התובעים, ופוסק להם את הסעד המבוקש על-ידיהם, או דוחה את מתן הסעד המבוקש. הוא הדין כאשר ניתנה החלטה הדוחה חלק מן התביעה או התביעה כנגד אחד או יותר מן הנתבעים.

כך נבדל פסק-הדין החלקי מהחלטה בפלוגתאות שבין הצדדים, אשר ההכרעה בהן אינה מהווה יותר מאשר בסיס לבירור הסעד³.

הנושאים העיקריים הנדונים בבתי הדין הם ענייני נישואין, ענייני גירושין, עניינים הכרוכים בגירושין, מזונות אישה, ענייני ירושה וצוואה, ענייני המעמד האישי בהסכמה וענייני הקדשות. כדי לבחון אם לפנינו פסק דין או החלטה עלינו לבדוק אם ניתן במסגרת ההחלטה סעד מלא או חלקי בתביעה העיקרית שהוגשה לבית הדין האזורי. ודוקו: לא סעד מלא או חלקי בבקשת ביניים שהוגשה לבית הדין, אלא סעד שהתבקש בגדרי תביעה עיקרית. ודוקו עוד: לא הכרעה סתם בפלוגתא שבין הצדדים, אף

2. בשא 6428/12 פלוני נ' פלוני (04.12.2012).

3. ע"א 6058/93 מנדלבלית נ' מנדלבלית, פ"ד נא(4) 354, 363 (1997).

שעשויה להיות לה השפעה על פסק הדין – על זו יש צורך ברשות ערעור או להמתין לפסק הדין – אלא הכרעה בסעד עיקרי באופן מלא או חלקי, קבלתו או דחייתו; זהו פסק דין, אף אם נרשמה בכותרת המילה "החלטה".

על "החלטה אחרת" אפשר לערער רק אם הרשה זאת דין של בית הדין הרבני הגדול. כדי לקבל את הרשות חייב המבקש לנמק "למה לא יישמע הערעור לאחר מתן פסק הדין הסופי" וחייב הוא לצרף לבקשה את פסק הדין או ההחלטה מושא הערעור ואת נימוקי הערעור (תקנה קלג (1)). מאחר שאין מדובר בזכות מוקנית, רשאי בית הדין הגדול לשקול במיוחד את תום לבו של המבקש, ובמקרים מסוימים העובדה שהמבקש העלים עובדות רלבנטיות בבקשתו תשמש נימוק מספיק לדחיית הבקשה⁴. רשות ערעור על החלטה אחרת עשויה להינתן אם שוכנע בית הדין הגדול "כי אם הערעור על החלטה יידון במסגרת הערעור על פסק הדין ולא באופן מידי, יהיה בכך כדי להשפיע באופן ממשי על זכויות הצדדים או שעלול להיגרם לצד להליך נזק של ממש, או שעלול להתנהל הליך מיותר או בדרך שגויה"⁵.

תקופת הגשת בקשה לרשות ערעור היא עשרה ימים מיום מתן החלטה מושא הערעור או מיום שדבר נתינתה הגיעה לידיעת המבקש, לפי המאוחר. אם חלף מועד עשרת הימים, לא תקבל מזכירות בית הדין הרבני הגדול את בקשת רשות הערעור לרישום, אלא אם תצורף לה בקשה מנומקת להארכת המועד להגשת בקשת רשות הערעור (תקנה קלג(2)). ההחלטה בבקשה למתן רשות ערעור, הארכת מועד, הקדמת מועד ודחייתו תינתן בידי דין אחד של בית הדין הגדול⁶. פשוט וברור כי בטרם שייענה הדין בחיוב לבקשות אלו יש לקבל את תגובת הצד שכנגד, שאם לא כן יהיה בכך כדי לפגוע בזכות יסודית של הצד שכנגד, אלא אם מדובר בנסיבות דחופות שאינן מאפשרות קבלת תגובה בטרם מתן החלטה. מאידך גיסא, אם סבר הדין שאין הבקשה – לרשות ערעור, להארכת מועד, להקדמת מועד או לדחייתו – מצריכה תשובה של הצד שכנגד, רשאי הוא לדחות מיד את הבקשה.

מסגרת הדיון בבקשת רשות ערעור

במהלך התדיינות בכל תיק עיקרי – ענייני נישואין וגירושין, עניינים כרוכים בגירושין, מזונות וכיוצא באלו – עשויות להינתן החלטות ביניים שונות ומגוונות שעניינן ראיות וסדרי דין. למשל: הזמנת עדים, המצאת מסמכים, עיכוב יציאה מן הארץ, עיקול, ועוד החלטות ביניים כיוצא באלו. דין אחד של בית דין אזורי מוסמך בדרך כלל ליתן החלטות ביניים מסוג זה. גם אם החלטה מסוג אלו שפורטו ניתנה בידי שלושה דיינים, אין היא יוצאת מגדר החלטות ביניים. מה יהיה הדין אם דין של בית הדין הגדול נעתר

4. גורן, 628.

5. סעיף 41 ו-52 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

6. תקנה קלג(3) וסעיף 12א לחוק הדיינים.

לבקשת רשות ערעור על החלטת ביניים שניתנה בדיין אחד או בשלושה – האם מוסמך הוא לדון לבדו בערעור לגופו?

בעבר התשובה לשאלה הייתה פשוטה: הכלל הוא כי בית הדין הרבני הגדול ידון בשלושה. פסק דין של בית הדין הגדול בערעור מכל סוג שהוא – גם על החלטת ביניים של בית דין אזורי – הוא פסק דין ב"עניין" עיקרי המונח לפניו, ועל כן חייב פסק הדין להינתן בשלושה. ערעור הוא "עניין עיקרי" בפני עצמו אף שתוכנו עוסק בהשגה על החלטת ביניים. דין יחיד של בית הדין הגדול מוסמך היה ליתן רק החלטות ביניים במהלך הטיפול השוטף בתיק הערעור.⁷

יש לזכור כי מסגרת הדיון בבקשת רשות הערעור היא מסגרת צרה: הדין עוסק אך ורק בשאלה אם ליתן את הרשות לערער אם לאו. החליט הדיין ליתן רשות, הרי לפנינו ערעור, ומשעה זו הדיון בערעור צריך להתקיים בדרך כלל⁸ לפני מותב של שלושה דיינים. בדונו בבקשה למתן רשות ערעור רשאי הדיין לשקול, בין היתר, את סיכויי הערעור ואת העובדה כי מדובר בהחלטת ביניים בלבד וכי עוד תעמוד למבקש הזכות לערער על פסק הדין ובמסגרת ערעור להשיג על החלטת הביניים, אם היא תביא לתוצאה בלתי צודקת בפסק הדין. ויודגש: דין הדין בבקשת רשות ערעור אינו מוסמך בדרך כלל לדחות את הערעור לגופו אלא רק את הבקשה שהערעור יישמע עוד בטרם מתן פסק הדין המסיים את ההתדיינות בתביעה.

לאחר תיקון 25 לחוק הדיינים התשובה לשאלה שהצבנו לעיל מורכבת יותר. סעיף 8(ב) לחוק הדיינים בנוסחו המתוקן מונה רשימה של עניינים שבית הדין הגדול מוסמך לדון בדיין אחד בדומה להסמכה הקיימת לדיין אחד של בית דין אזורי. השאלה היא – אם ההסמכה החדשה פורשת את כנפיה על העניין העיקרי שהוא מושא תיק הערעור, ומעתה אם הערעור לאחר מתן הרשות הוא למשל על החלטת ביניים שנושאה הוא עיכוב יציאה מן הארץ – האם דין אחד של בית הדין הגדול מוסמך לדון בה וליתן פסק דין? לכאורה, מבחינה לשונית גרידא מתן תשובה חיובית לשאלה היא פרשנות אפשרית לסעיף 8(ב) הנ"ל. למרות זאת ובלי לקבוע מסמרות, אני נוטה לדעה כי יש להשיב על כך בשלילה.

ראשית, מנקודת מבט של ההיסטוריה החקיקתית – במהלך הדיונים שקדמו לתיקון החוק הועלתה הצעה לקבוע בחוק במפורש כי ערעור על פסק דין או החלטה שנתן בית דין אזורי בדיין אחד תידון בערעור לפני דיין אחד של בית הדין הגדול. הצעה זו לא התקבלה.

7. סעיף 8(ה1) לחוק הדיינים ותקנה ד לתקנות הדיון.

8. על כך ידובר בהמשך. בתוך היוצאים מן הכלל מצוי ערעור לעניין פסלות דיין שמוסמך נשיא בית הדין הגדול להורות כי הערעור יידון בהרכב דיין אחד של בית הדין הגדול (סעיף 19א לחוק הדיינים), אישור הסכם ממון בין בני זוג במהלך ערעור בבית הדין הגדול וכן עניינים שהסכימו עליהם בעלי הדין שהערעור יידון לפני דיין אחד והעניין ראוי להידון לפי דין תורה בדיין אחד.

שנית, מנקודת מבט של פרשנות תכליתית – תכלית התיקון הייתה בעיקר להשוות את הסמכויות הדיוניות של דן יחיד בבית הדין הגדול לאלו של דן יחיד בבית דין אזורי. העדר ההסמכה יצר מצב שאינו הגיוני: דייני יחיד של בית הדין הגדול לא היה מוסמך לאשר וליתן תוקף של פסק דין להסכם גירושין שהגיעו אליו הצדדים במהלך הדיון בתיק ערעור. חסרונה של סמכות זו יצר הכבדה בפתרון כמה וכמה מקרים. לפיכך, הוחלט לתקן את החוק כך שתהיה השוואה עקרונית בין הסמכויות של דן יחיד בשתי הערכאות.

עם זאת, בסעיף 20 לתיקון מס' 25 לחוק הדיינים נקבעה הוראת מעבר ולפיה כל עוד לא הותקנו תקנות לעניין סמכות דייני יחיד בבית הדין הגדול "יחולו, בשינויים המחויבים, הוראות תקנות הדיינים (עניינים שניתן לדון בהם בדין אחד), התש"ן–1990 גם על בית הדין הרבני הגדול". ייתכן כי בגדר "השינויים המחויבים" ראוי להחריג ערעור על פסק דין של דייני אחד בבית דין אזורי בעניין שאינו על ריב. טלו למשל עניין שאינו על ריב שהוא אישור הסכם ממון. דייני אחד של בית דין אזורי מוסמך לאשר הסכם ממון בין בני זוג, וברגיל אין מצוי ערעור על כך. אבל נניח שדייני של בית דין אזורי דחה בקשה לאשר הסכם ממון, ובני הזוג מבקשים לערער על כך לבית הדין הגדול. דחיית הבקשה משמעה פסק דין ולא "החלטה אחרת", ובכל זאת אפשר לטעון שאין כל רע שדייני אחד של בית הדין הגדול ידון בערעור – הרי אין הוא על ריב; מדובר בעניין המוסכם על בני הזוג. מצד אחר, אם דייני של בית דין אזורי דחה בקשה כזו, הלוא דברים בגו, ומשעה שנדרשים אנו לערעור שמא יש לילך בדרך המלך ולקיים את הדיון בשלושה. מצד נוסף יש לומר, כי אם בעלי הדין בערעור הסכימו כי פסק הדין של בית הדין הגדול יינתן בדייני אחד והעניין ראוי על פי דין תורה להיות נידון בדייני אחד – אין מניעה כי דייני אחד יפסוק בערעור.

אני מניח שלעת מצוא נוסף ונדרון בנושא.

השגה על החלטת ביניים במסגרת ערעור על פסק הדין

בעל-דין אינו חייב לבקש רשות ערעור על החלטה שניתנה לחובתו במהלך המשפט. הוא רשאי לשמור על זכותו להשיג עליה במסגרת ערעור על פסק דין⁹. בדרך כלל, אין לבוא בטרוניה אל בעל-דין שלא הגיש בקשת רשות ערעור וטוען בערעור על פסק הדין כי החלטת ביניים כלשהי שניתנה בעבר היא שגויה, והיא שהביאה לתוצאה בלתי צודקת בפסק הדין שעליו הוא מערער בזכות. יש לבדוק מדוע הוא לא ביקש להרשות לו לערער על החלטה השגויה לטענתו, אבל כל עוד אין סיבה של ממש לומר שהוא הסכים, ולו בדיעבד, עם החלטת הביניים, יש לשקול במסגרת הערעור על פסק הדין את טענותיו נגד החלטת הביניים.

9. גורן, 626.

על פי המקובל בית הדין הגדול נוהג בגמישות לגבי בקשות רשות ערעור על החלטות לעניין הסמכות העניינית של בית הדין. עשויים להתקיים מקרים שבית הדין הגדול יסבור שהנסיבות מצדיקות המתנה לפסק הדין הסופי, ועל כן הבקשה לרשות ערעור תידחה, אך תישמר הזכות להשיג על נושא הסמכות במסגרת ערעור על פסק הדין. בדרך כלל ראוי להכריע במהירות בנושא הסמכות, שהרי אין טעם לקיים דיון מלא בתביעה לגופה בעוד שניתן שכל הדיון יתייתר עקב חוסר סמכות. מחדל של בעל-דין מלהגיש בקשת רשות ערעור על החלטה בעניין סמכות עשוי להתפרש כוויתור וכהסכמה מכללא לסמכות בית הדין.

הזכות להשיג על החלטת ביניים במסגרת ערעור על פסק הדין אינה נשמרת לגבי החלטה הדוחה בקשה לפסלות דיין או בית דין. כפי שיוסבר להלן, על פי סעיף 19א לחוק הדיינים זוהי החלטה שאפשר לערער עליה בזכות, ומשכך חלה עליה ההוראה הנוגעת לתקופת הערעור, שהיא שלושים ימים. משחלפה תקופה זו שוב אין קיימת זכות הערעור.¹⁰

ערעור בזכות על החלטות ביניים מסוימות

קיימים שני יוצאים מן הכלל, וקיימת בהם זכות ערעור על החלטה שאינה מסיימת את הדיון בתיק העיקרי. האחד, החלטה לעניין פסלות דיין או הרכב בית דין. על החלטת דיין או בית דין לפסול את עצמו מלדון בעניין או שלא לפסול את עצמו, רשאי בעל דין לערער לפני בית הדין הרבני הגדול, ואין הוא זקוק לקבל רשות ערעור. בערעור ידון נשיא בית הדין הרבני הגדול, או מותב של דיינים של בית הדין הרבני הגדול, או אחד הדיינים של בית הדין הרבני הגדול, הכול כפי שיקבע הנשיא. זכות הערעור לעניין זה ניתנה במפורש בחוק ראשי¹¹.

יוצא מן הכלל נוסף שקיימת בו זכות ערעור על "החלטה אחרת", הוא החלטה לעניין צו הגבלה לאכיפת מתן גט. נוסחו של סעיף 4א לחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה–1995 מלמד כי קיימת זכות ערעור על החלטה לתת צו הגבלה. בסעיף 4א(א) נאמר: "ניתן צו הגבלה, והוגש ערעור על פסק הדין או על צו ההגבלה, לא יעוכב ביצוע צו ההגבלה, ואולם בית הדין הרבני הגדול רשאי, מטעמים שיירשמו, להורות על עיכוב ביצועו עד להכרעה בערעור". בסעיף 4א(ב) נאמר: "קיים בית הדין הרבני דיון כאמור בסעיף 4(א), ולא ניתן צו הגבלה בתוך 21 ימים ממועד הדיון, יראו זאת כהחלטה שלא ליתן צו הגבלה, ובעל דין רשאי לערער על ההחלטה כאמור לפני בית הדין הרבני הגדול בתוך 60 ימים ממועד הדיון". משמע כי קיימת זכות ערעור הן על החלטה להטיל צו הגבלה והן על החלטה שלא להטילו. סעיף זה לחוק קיום פסקי דין של גירושין מאפשר חריג נוסף לזכות הערעור: בשונה מן הרגיל, שיש

10. השוו: גורן, 628.

11. סעיף 19א(ז) לחוק הדיינים.

צורך בהחלטה מפורשת של בית דין אזורי כדי לאפשר את פתיחת שערי בית הדין הגדול להגשת ערעור או להגשת בקשת רשות ערעור – מחדל של בית הדין האזורי מלתת החלטה בתוך 21 ימים ממועד הדיון בבקשה לצו הגבלה נחשב כהחלטה שלילית, ובעל דין רשאי לערער עליה.

הפקדת ערבויות כתנאי לערעור

"בית־הדין הרבני הגדול רשאי, לפי שיקול־דעתו, להתנות את הגשת הערעור בהפקדת ערבויות מתאימות" (תקנה קלד). בית הדין הגדול עושה שימוש בכלי זה במקרים מתאימים.

על פי תקנות הדיון שהותקנו בשנת תש"ג (תקנות קו–קז) צריך היה המערער לתת בכל ערעור כדבר שבשגרה ערובה מתאימה לשיפוי הוצאות המשיב אם יפסיד בערעור¹². כיום הדרישה להפקדת ערובה תלויה בהחלטה מפורשת של בית הדין הגדול, ואני ממליץ להגביר את השימוש בכלי זה. קיים הבדל גדול לעניין זה בין בית הדין האזורי לבין בית הדין הגדול. בעת הדיון בבית הדין האזורי שני בעלי הדין שווים בטענותיהם, וככלל אין הצדקה לחייב בעל־דין להתחייב מראש לשלם הוצאות לצד שכנגד אם יתברר כי הוא צדק בריבו. לעומת זאת, לאחר מתן פסק דין בבית הדין האזורי, קיימת חזקה כי בית הדין האזורי צדק בפסק דינו או בהחלטתו. על המערער מונח נטל כבד לסתור פסק דין. הניסיון מלמד כי רוב הערעורים נדחים. לפיכך, גם בהתחשב כי מוסד בית דין לערעורים הוא בבחינת חידוש בעולם ההלכה, יש הצדקה מוסרית־הלכתית להתנות הגשת ערעור במתן ערבויות לתשלום הוצאות הצד המשיב לערעור¹³. התניית זכות הערעור בהפקדת ערבויות במקרים מתאימים, מאפשרת לבית הדין הגדול גמישות הלכתית בפסיקת הוצאות בעת מתן פסק הדין. מצד אחר, היא תאפשר פסיקת הוצאות בשופי, לכתחילה מבחינה הלכתית, לטובת המשיב, אם יתברר שלא הייתה הצדקה מספקת לערעור או שנגרם לו נזק אחר עקב הערעור.

חיוב להפקדת ערבויות כתנאי לערעור עשוי לסייע מראש בסינון ערעורי סרק. סיכויי הערעור הם שיקול רלבנטי בקביעת גובה הערבות, אבל אין לעשות שימוש בכלי זה כדי למנוע את זכות הערעור, גם אם דיין של בית הדין הגדול סבור כי סיכויי הערעור קלושים. הערבות שתיקבע צריכה להיות מידתית ועליה לאזן נכונה בין הזכויות של שני בעלי הדין להליך הוגן.

החלטות של בית הדין הגדול להתנות שמיעת ערעור בהפקדת ערבויות הותקפו בכמה עתירות לבג"ץ, וכולן נדחו. בג"ץ פסק כי "החיוב להפקיד ערבות איננו שקול לנעילת דלתותיו של בית הדין בפניה [של העותרת] ולאיונה של זכות הערעור הנתונה

12. אליאב שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני (תשע"א) (להלן – שוחטמן, סדר הדין), 1404 והערה 251 שם.

13. וראו שו"ע חו"מ סא ג; ש"ך וסמ"ע שם; והשוו אגרות משה ב כו.

לה על-פי דין, והראיה היא, כי הפקדה כזו נדרשת בהליכים משפטיים רבים¹⁴. בין היתר צוין כי "ההחלטה הנתקפת בעתירה זו היא החלטה שבמהותה עוסקת בסדרי דין ובניהול ההליך, ומבלי להיכנס לגופם של דברים – נראה כי ממילא אין היא מקימה לעיצומה עילת התערבות"¹⁵. כך גם במקרה בו נדרש העותר להפקיד ערבות בסך 50,000 ₪ והתחייבות לקיים כל החלטה ופסק דין שיינתנו על ידי בית הדין הגדול נדחתה העתירה¹⁶. בית המשפט העליון ציין שם:

ברם, איננו סבורים כי הסכומים שנקבעו לערבות ולהתחייבות על ידי בית הדין הרבני הגדול בהחלטתו הנ"ל אינם סבירים באופן קיצוני או כי הם פוגעים באופן לא מידתי בזכויותיו של העותר. למעלה מכך, העותר מבקש כי בית משפט זה יתערב בהחלטת ביניים דיונית של בית דין דתי. בית משפט זה אינו נוטה להתערב בסדרי הדין של בתי הדין הרבניים אלא במקרים חריגים [ראו למשל: בג"ץ 7/83 ביארס נ' בית הדין הרבני האיזורי חיפה, פ"ד לח (1) 673 (1984)]. מקרה זה אינו נמנה על אותם מקרים חריגים.

באשר לדרישה לחתום על התחייבות לכבוד כל החלטה ופסק דין שיינתן על ידי בית הדין הגדול ציין בית המשפט כי –

טענותיו של העותר באשר לחוקיות התנאי שמורות לו והוא רשאי לנקוט בכל צעד משפטי על פי דין לאחר מתן פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול, ככל שתתקיים לכך עילה שבדין.

אכן, לא נאמר בתקנה קלד הנ"ל אם הערבויות נועדו רק לשם כיסוי הוצאות הערעור לטובת הצד שכנגד והמדינה או שמא רשאי בית הדין הגדול לחייב הפקדת ערבויות לביצוע פסק הדין גופו. מבחינה לשונית אפשרית לכאורה גם הפרשנות השנייה. אבל דומה שהיא קשה להכלה. אף שרק לאחרונה נקבעה זכות הערעור על פסק דין של בית דין רבני בחוק ראשי, בתיקון 25 לחוק הדיינים, הרי מוסד הערעור בבתי הדין הרבניים נקבע כבר עם ייסוד הרבנות הראשית לארץ ישראל לפני כתשעים ושתיים שנה, וזכות הערעור של בעל-דין על פסק דין שניתן לחובתו נתפסת בישראל כזכות כמעט חוקתית¹⁷. פרשנות רחבה לתקנה, שהיא חקיקה מדרג שני, בדרך המגבילה מאוד זכות מוקנית בחוק ראשי, עשויה להיתפש כמרחיקת לכת¹⁸. עם זאת,

14. בג"ץ 2917/10 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (2010).

15. בג"ץ 10627/07 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (2012).

16. בג"ץ 8387/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (2012).

17. והשוו בג"ץ 10109/02 כץ נ' כץ, פ"ד נז(2), 875.

18. אגב כך אציין מזכרוני, בלא שידוע לי כעת מספר תיק הערעור הנוגע לעניין, כי באחד המקרים ערער בעל לבית הדין הגדול על חיובו בגט. האשה טענה שכתנאי לשמיעת הערעור יש לחייב את הבעל במתן ערבות לביצוע פסק הדין מאחר שהוא שוהה בחו"ל, והוא בגדר "מי שאינו ציית דינא" עקב אימילוי אחר החלטות של בית הדין האזורי. כן טענה האשה כי זכות ערעור לבעל בנסיבות אלו נותנת לו יתרון בלתי מוצדק על פניה, שהרי בהעדר אפשרות מעשית לאכיפה חוקית של פסק

אין לשלול דרישה להפקדת ערבות שתבטיח פיצוי המשיב ומתן הגנה לאינטרסים שלו בגין עיכוב ביצוע פסק הדין מושא הערעור עקב השיהוי הנובע מהליכי הערעור, אף אם הערבות שתידרש חורגת מכיסוי ההוצאות הרגילות בערעור.

בעתירה אחרת טענה העותרת כי אין היא מסוגלת לעמוד בתשלום הערבות בסך 30,000 ₪ שנדרשה להפקיד כתנאי לערעור. בתשובתי לבג"ץ ציינתי כי יש להניח שאם העותרת הייתה מבקשת, היה בית הדין הגדול שוקל בכובד ראש בקשה של העותרת להסתפק בהתחייבות העותרת לשלם את הסכום האמור ובלבד שהסכום שייפסק בפועל אם הערעור יידחה ינוכה מסך הרכוש שתקבל במסגרת חלוקת הרכוש. בסופו של דבר העתירה נמחקה על פי בקשת העותרת¹⁹.

בעתירה נוספת הותקף פסק דין של בית הדין הגדול שקבע בין היתר כי בית הדין האזורי יאפשר הזמנת העדים מטעמו של העותר בתנאי שהעותר יפקיד סך של 25,000 ₪ תוך 30 יום שאם לא כן הערעור יידחה. בג"ץ קבע לעניין זה כי ההחלטה להתנות העדת העדים מטעמו של העותר בהפקדת ערבות אינה מצדיקה את התערבות בג"ץ. בג"ץ מצייין כי בהחלטתו מיום 6.1.2011 קבע בית הדין האזורי כי העותר לא הוכיח קיומן של בעיות נפשיות אצל האשה וכי כל מטרתו להשחיר את פניה²⁰.

פסק דין בערעור בלא שמיעת טענות בעל־פה

האם אפשר לתת פסק דין בערעור בלי לקיים דיון באולם לשמיעת טענות בעל־פה של הצדדים או באיכוחם?

ברגיל בית הדין הגדול מקיים דיון לשמיעת הערעור באולם בית הדין. "בתאריך שנקבע לדיון ישמיע המערער את טענותיו לביסוס הערעור. בית־הדין רשאי לדחות את הערעור מידית, בלא שהמשיב יידרש להשיב עליו. לא דחה בית־הדין את הערעור מיד, ינהגו כאמור בתקנה קנ" (תקנה קמז(1)). בתקנה קנ נאמר: "בית־הדין ישמע תחילה את המערער ואחרי־כן את המשיב". אכן, "בית־הדין הרבני הגדול רשאי להכריע בערעור על סמך החומר שבתיק בלבד, אם הביעו כל הצדדים לערעור את הסכמתם לכך" (תקנה קמז(2)). לכאורה, מכלל הן אתה שומע לאו: אם אחד הצדדים התנגד להכרעה בערעור ללא השמעת טענות בעל־פה בדיון, אין בית הדין הגדול רשאי להכריע בערעור על סמך החומר שבתיק בלבד.

הדין, ברצותו יקיים הבעל את פסק הדין וברצונו יימנע מכך. בדחותו את הבקשה הסביר דיון בית הדין הגדול הרב אריה הורביץ זצ"ל, כי משהוגש ערעור אין הנימוקים שנטענו מספיקים כדי שבית הדין הגדול יימנע מדיון ובכך ישאיר עלינו פסק דין שיכול שיתברר בערעור כי הוא שגוי.

19. בג"ץ 2709/13 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול.

20. בג"ץ 17/13 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (31.1.2013). כך גם בבג"ץ 62/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול קיימת התייחסות לחיוב להפקדת ערבות בסך 15,000 ₪ כתנאי לדיון בערעור על צו הגבלה (העתירה קשורה לבג"ץ 8990/11 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול ודנג"ץ 9208/11 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול).

למרות אלו, נראה שבית הגדול רשאי בנסיבות מתאימות להכריע בערעור אף בלי לקיים דיון באולם ואף בלא הסכמת הצדדים. אפשר ללמוד זאת מתקנה קמח:

קמח. בית-הדין רשאי להורות לבעלי-הדין לסכם את טענותיהם בכתב על הפרשה כולה או על שאלה מסוימת שקבע בית-הדין, בין נוסף על טענות שבעל-פה ובין במקומן, בין שהתחילו בטענות שבעל-פה ובין לפני-כן.

תקנה זו מכריעה כי בית הדין הגדול רשאי להורות במקרה מתאים על ניהול הדיון באמצעות סיכומים בכתב אף בלי שהתקיים הליך של השמעת טענות בעל-פה. הצורך בהסכמת הצדדים להכרעה על סמך החומר שבתיק קיים כאשר לא ניתנה הוראה לצדדים לסכם את טענותיהם. כשלא ניתנה הוראה לסכם את הטענות מתקיים חשש שמא לא ניתנה הזדמנות מספקת לבעל-דין להביא את מלוא טענותיו בתמיכה בערעור או בתשובה לערעור. לא כך הוא אם בית הדין הורה לצדדים לסכם את טענותיהם. כמובן, מאחר שהכרעה על פי סיכומים בכתב היא חריג לכלל, יש להודיע לצדדים על כך ולשמוע מה יש להם לומר על ניהול הדיון בדרך זו. בית הדין הגדול רשאי שלא להתחשב בהתנגדות בעל-דין להכרעה על פי סיכומים בכתב, אם סבר שלא ייגרם עיוות דין בשל כך.

יתרה מזו, אם סבר בית הדין הגדול כי כתב הערעור מופרך ואינו מגלה עילה להתערבות בפסק דין או בהחלטה של בית הדין האזורי, וכתב הערעור מפורט כדבעי עד כי בדיון בעל-פה לא יהיה למערער מה להוסיף את דבריו בכתב, רשאי הוא לראות בכתב הערעור ככתב סיכומים ולדחות את הערעור בלי דיון בעל-פה ובלי לתת הוראה נפרדת על הגשת סיכומים. כך אירע באחת הפרשות: בית הדין הגדול דחה ערעורים של בעל הן בעניין צווי הגבלה שהושתו עליו, הן בעניין חיובו במזונות מדין "מעוכבת מחמתו להינשא", והן לגבי מינוי כונס נכסים למכירת דירתם של בני הזוג. הערעורים נדחו מבלי שנתבקשה תגובת המשיבה, ומבלי שהתקיים בהם דיון. דחיית הערעורים באופן זה התבססה על מספר אדנים: ראשית, החלטת נשיא בית הדין הרבני הגדול שנקבע בה, בין היתר, כי הגשת ערעור בנושא צווי ההגבלה מותנית בהפקדת ערבות 15,000 ש"ח²¹, והעובדה שהעותר לא הפקיד סכום זה; שנית, לאחר העיון בערעור לגופו נקבע, כי מדובר בטענות שכבר הועלו ונדחו – בשתי ערכאות – לגבי עצם החיוב בגט, ולא הוצגה עילה לביטול צווי ההגבלה שהושתו מכוח פסקי דין אלה; קרי, כי מדובר בנושאים שכבר הוגש ונדחה לגביהם ערעור; שלישית, לגבי מינוי כונס הנכסים נקבע, כי לאחר שההחלטה על מכירת הדירה אושרה במסגרת ערעור שהוגש לבית הדין הרבני הגדול, ההחלטה על מינוי כונס נכסים היא החלטת ביניים שאינה מקנה זכות ערעור; רביעית, לגופן של הטענות, נקבע כי אף אם קיימת אי-בהירות בעניין כוונת בית הדין האזורי באחת ההחלטות מושאי הערעור, זכות הטיעון של העותר לא נפגעה, והוא הציג את טענותיו במלואן בכל העניינים שעמדו להכרעת בית הדין האזורי; חמישית,

21. לפי תקנה קלד לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים; וראו דיונונו בפסקה הקודמת, "הפקדת ערבויות כתנאי לערעור", לעיל בעמ' 167.

נקבע כי אין ממש בטענות העותר לגופן, וכי הן כבר נדחו בעבר "מספר פעמים". נוכח האמור חויב העותר בהוצאות לטובת אוצר המדינה בסך 15,000 ₪. הבעל הגיש עתירה לבג"ץ וגולל טענות מטענות שונות נגד בתי הדין הרבניים, ובהקשר לענייננו טען כי שגה בית הדין הגדול בפרט בדחיית הערעור "בעשותו זאת בלא שהתקיים בעניין דיון בפניו ככל משפטו וחוקתו". בדחותו את העתירה ציין בג"ץ בנקודה זו:

אף שבית הדין הרבני הגדול לא קיים דיון במעמד הצדדים, התייחס לכתב הערעור המפורט שהונח בפניו ("כתב הערעור מפורט על פני שלושה עשר דפים ואליו צורפו שישה דפי נספחים"), נדרש לטענות העותר ודחה אותן לגופן.²²

אמנם הפרשה שהובאה לעיל נדירה בחריגותה, אבל גם בנסיבות שהן פחות חריגות רשאי בית הדין הגדול להורות על הכרעה על פי סיכומים בכתב בלא לקיים דיון באולם. ראוי לשקול לעשות כן במיוחד כאשר בית הגדול נותן רשות ערעור על החלטות ביניים. אכן, אף שהגשת ערעור אינה מעכבת כשלעצמה את ביצוע פסק הדין או ההחלטה מושא הערעור אלא אם הוחלט על כך בבית הדין האזורי או בבית הדין הגדול²³, פעמים רבות מתן רשות ערעור על החלטת ביניים מביאה מיניה וביה להתמשכות קשה של הליכי בית הדין האזורי, והכול מכירים דוגמאות לכך. פעמים רבות מתברר בדיעבד כי לא הייתה הצדקה לעיכוב, ונמצאת מידת הדין לוקה. זאת בענייני סיבה מספקת ללמוד בדרך ההיקש מסמכות בית המשפט על פי תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984:

410. הוגשה בקשת רשות לערער לבית משפט שלערעור, רשאי בית המשפט לדון בה כאילו ניתנה הרשות והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה, אם הסכימו לכך בעלי הדין לערעור, ואף ללא הסכמת בעל דין לאחר שניתנה לו ההזדמנות להביע התנגדותו ונראה לבית המשפט שלא תיפגע זכותו כבעל דין.

בדומה לכך, אם סבר בית הדין הגדול שבקשת רשות ערעור מצריכה תשובה – קרי: אין לדחותה על הסף – יודיע לצדדים בהחלטתו כי הבקשה מצריכה תשובה וכי אם תינתן רשות הערעור ישקול בית הדין לדון בה כבערעור וישקול כמו כן לראות את נימוקי הבקשה לרשות ערעור ואת התשובה לבקשה כסיכומים בכתב ולהחליט על פי אלה ללא קיום דיון בעל-פה לשמיעת טענות באולם בית הדין, והכול בהתאם לסמכות לפי תקנה קמח לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל – התשנ"ג.

כך ראוי לנהוג בדרך שגרה בבקשות רשות ערעור על החלטות בענייני סמכות, עיכוב יציאה מן הארץ, וכיוצא באלו. דרך דומה ראויה להינקט בערעור בזכות על החלטה בעניין פסלות דיון או בית דין. כמובן, אם בית הדין הגדול יחליט לדון בבקשת הרשות כבערעור, יינתן פסק הדין בדרך כלל בשלושה דיינים – אלא אם יש הסמכה

22. בג"ץ 62/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (3.2.2012).

23. תקנה קמו לתקנות הדיון.

מפורשת למתן פסק הדין בערעור בדיין אחד, או שקיימת אסמכתא חוקית למתן פסק דין בערעור בדיין אחד.

את הדיונים במעמד הצדדים לשמיעת טענותיהם בעל־פה יש לשמר ל"גרעין הקשה" של הנושאים הבאים לפני בית הדין הגדול – ערעורים על פסקי הדין בעניינים העיקריים כמו ענייני נישואין וגירושין, עניינים הכרוכים בגירושין וכדומה, וכן לכל עניין שהוא לא־דווקא עיקרי אך בית הדין סבור כי טעמים של צדק או יעילות מחייבים לקיים דיון לשמיעת טענות בעל־פה באולם בית הדין.

דיון בערעור שהצריך בקשת רשות והיא לא הוגשה

לעתים מתברר כי ערעור הוגש שלא כדין, קרי: ההחלטה מושא הערעור הצריכה בקשת רשות או בקשה להארכת מועד, וזו לא הוגשה אלא הוגש ערעור כאילו בזכות, וכך הוא נרשם בתיק בית הדין. לעתים הדבר מתברר תוך כדי עיון בבקשת ביניים, כמו בקשה להקדמת דיון, בקשת עיכוב ביצוע, בקשה לדחיית הערעור על הסף וכדומה. האם מוסמך דיון אחד של בית הדין הגדול להחליט על מחיקת הערעור בנסיבות אלה?

בדרך כלל, יש להשיב על כך בשלילה. החלטה לדחות ערעור על הסף או למחוק היא החלטה סופית ב"עניין" המונח להכרעה על שולחן בית הדין הגדול. אין לראות החלטה זו בגדר החלטת ביניים. הטעות שאירעה בעצם הגשת הערעור כאילו בזכות היא עצמה עילה שלא לקבל את הערעור לגופו, אבל אין היא יוצרת מינה וביה סמכות לדחיית הערעור או למחיקתו בדיין אחד – החלטה המצויה בגדרי פסק דין בערעור.

הדרך הנכונה לפעולה היא זו: דיון הסבור כי מתקיימת עילה לכאורה לדחיית ערעור על הסף או למחיקתו יודיע על כך לצדדים בהחלטה מקדימה ויורה להם להתייחס בתוך פרק זמן שיקבע לשאלה, מדוע לא יחליט כך בית הדין הגדול. לאחר קבלת תגובות הצדדים או לאחר שיעבור הזמן שנקבע, לפי המוקדם, יחליט בדבר מותב שלושה דיינים על פי החומר שבתיק ביה"ד הגדול.

עם זאת, לפעמים רק בעת הדיון בערעור לפני מותב דיינים של בית הדין הגדול מתברר כי מדובר בערעור שהצריך נטילת רשות, והמשיב דורש בדיון לדחות את הערעור על הסף. למרות זאת, בית הדין הגדול רשאי להפעיל שיקול דעת ולשמוע את הערעור לגופו כאילו הוגשה בקשת רשות ערעור ולפעמים אף כאילו הוגשה בקשה להארכת מועד להגשת בקשת רשות הערעור, אם בית הדין סבור שלא יהיה בכך כדי לפגוע באינטרסים לגיטימיים של המשיב. הנימוק לכך הוא כי זכות ההשגה על החלטת ביניים ממילא שמורה למערער בעת ערעור על פסק הדין, ואם הצדדים כבר ניצבים לפני בית הדין הגדול עשויים טעמים של יעילות להצדיק הכרעה באותה עת במחלוקת שכבר נדרש לה בית הדין הגדול²⁴.

24. ערעור (רבני גדול) 1-64-2384; ערעור (רבני גדול) 1-23-5184; שוחטמן, סדר הדין, ג 1378-1379.

האם מי שלא היה צד להליך בבית דין אזורי רשאי לערער על פסק הדין?

מעשה בשני מומחים לכירורג יהדות שנחלקו בדעתם בשאלת יהדותו של בעל-הדין. בית הדין האזורי השתכנע בנכונות חוות הדעת של אחד מהם ואישר את יהדות בעל-הדין. המומחה שסבר כי אין מדובר ביהודי ביקש לערער על החלטת בית הדין האזורי. דיין של בית הדין הגדול ביקש את חוות דעתו בשאלה, אם יש ליהודי זכות ומעמד לערער לביה"ד הגדול על החלטת בית רבני אזורי שאישר יהדות למבקש פלוני, וזאת על יסוד חשש שילדיו או הוא עצמו עלולים להיכשל בנישואין אסורים.

היסוד לשאלה הוא הדין שלגבי איסורין כל ישראל בעל-דינין הן, ובהנחה שמאך דהו חשוב שבית דין אזורי טעה במתן אישור יהדות, מתעוררת שאלה אם קיימת לו הזכות לערער לביה"ד הגדול, הגם שהוא עצמו לא היה בעל-דין פורמלי לביה"ד האזורי.

ראשית, יש לדעת כי זכות הערעור אינה בגדר "זכות טבעית". זכות זו קיימת רק אם היא ניתנה במפורש בחיקוק. "מכיון שזכות הערעור אינה זכות טבעית, והיא מוענקת רק מכוח הוראת חוק, על המערער לעגן את ערעורו בהוראת חוק כלשהיא"²⁵.

שנית, יש לדעת כי כעקרון, רק מי שהיה בעל דין בערכאה הראשונה יכול להגיש ערעור לערכאת הערעור. "אין אדם נעשה בעל דין בתובענה, שלא היה בעל דין בה מלכתחילה, אלא על פי החלטה של בית המשפט השומע את המשפט... כמו כן, אין כנראה דרך שלפיה יכול אדם שלא היה צד במשפט המקורי, לשים עצמו צד בערעור ולהגיש על דעת עצמו ערעור על פסק-הדין, מלבד אולי היועץ המשפטי לממשלה כמייצג האינטרס הציבורי הכרוך בעניין"²⁶. וכן:

כלל יסוד בדיני הפרוצדורה שלנו, הן האזרחיים והן הפליליים הוא, כי רק מי שהיה צד להתדיינות בפני ערכאת משפט נמוכה יותר, רשאי לערער על החלטת אותה ערכאה לפני בית המשפט לערעורים (ע"א 453/81 יהודה קלוזנר נ' עמל הנגב בע"מ ואח', פ"ד לו(4) עמ' 231)²⁷.

וכך סוכמה ההלכה בעניין זה:

מי רשאי לערער?

כל מי שהיה בעל דין בערכאה הראשונה, והוא נפגע על ידי פסק הדין, רשאי לערער עליו. "נפגע" פירושו – כי בעל הדין ביקש מבית המשפט מתן סעד, ומבוקשו לא ניתן לו, או לא ניתן לו במלואו, או שבית המשפט נתן לבעל דין אחר סעד נגדו [...] מי שלא היה בעל דין בערכאה ראשונה,

25. ע"א 4843/91 אסם תעשיות מזון בע"מ נ' עלית תעשיות מזון פ"ד מו(1), 876, עמ' 878–879.

26. בג"ץ 206/59 שלמה גילה נ' שופט השלום, ירושלים (ת. חיימוביץ) 77 אח', פ"ד יד עמ' 1709, 1713.

27. ראו סיכום המצב המשפטי בבש"א 292/98 עיסא ג'רייס נ' המועצה לשיווק וייצור ירקות פ"ד נג(2), 29, 42–43.

אינו רשאי לערער, ואם נפגע על ידי פסק הדין, כגון דייר-משנה אשר נפגע על ידי צו פינוי שניתן במשפט שהתנהל בהעדרו בין בעל הבית והדייר הראשי, תרופתו היא, להגיש תביעה לביטול פסק הדין, במידה שהוא פוגע בו, או לקבלת הצהרה הקובעת, כי פסק הדין אינו בריבצוע כלפיו.²⁸

אמנם, הפסיקה הרחיבה את משמעות המונח "צד" להליך, ע"י הפעלת מבחן פונקציונלי, וניתנה זכות הערעור, למשל, לפרקליט שחויב בהוצאות אישיות בהליך בו ייצג אחרים, או במקרה של עד שסרב להשיב לשאלות הערכאה הראשונה, או במקרה של מחלוקת בין מומחה שהעיד בבית המשפט ובין מי שחב בתשלום שכרו ובית המשפט הכריע בה; אולם, הצד השווה שבמקרים אלו, שקיים קשר סיבתי מידי בין מבקש הזכות לערער לבין הצד הפורמלי להליך בערכאה הראשונה.²⁹ במילים אחרות: במקרים נדירים שניתנה הזכות לערער למי שלא היה צד להליך בערכאה הראשונה, היה מדובר באדם שנפגע מפסק הדין באופן ממשי ומידי, ולא באופן תיאורטי.

בל נשכח כי על פי ההלכה עצם הזכות לערער בביה"ד הגדול היא חידוש, ואין לך בו אלא חידושו. במקרים הנדירים שהבאתי, "חידוש" אמנם בית המשפט העליון שיש לראותם כ"צד" הזכאי לערער. אבל קשה בעיני לראות כיצד בית הדין הגדול – הפועל מכוח תקנות הדיון, ומכוח הכלל, שכל הנכנס לשערי ביה"ד האזורי, נכנס אדעתא דהכי שכל צד בבית הדין קמא רשאי לערער – יכול להרחיב בעצמו את גדר סמכותו ההלכתית, ולקבוע שקיימת זכות ערעור לכל יהודי מכוח הכלל שכל ישראל בעלי דינים הם באיסורין.

אמנם על פי תקנה קלב(3) לתקנות הדיון – התשנ"ג, "בית הדין הגדול רשאי בנסיבות מיוחדות, להרשות ערעור גם מסיבות שאינן מנויות כאן". לכאורה, תקנה קלב אינה עוסקת בנימוקי הערעור (על כך ראו בתקנה קלה), אלא בסוגי ההחלטות הניתנות לערעור. האם ניתן להעמיס בכוונת התקנה, שבנסיבות מיוחדות, כמו מושא דיונו, ניתן להרשות ערעור? קשה מאוד להשיב בחיוב לשאלה זו.

שונה הדבר כאשר רב רושם נישואין הפנה אדם לבירור יהדות בבית הדין האזורי, והוא מעוניין לערער על פסק הדין שניתן. על פי סעיף 6 להנחיות בירור יהדות, התש"ע – 2010, מעמדו של רב רושם נישואין שיזם הליך לבירור יהדות של אדם הוא כבעל דין לכל דבר. נקבע שם כי "מנהל תחום בירורי יהדות או באיכוהו, רב רושם נישואין או באיכוהו רשאי להתייצב, לטעון וליזום הליכים בכל ענין הקשור לקביעה בענין יהדותו של אדם" (הנחיה 6(א)). "בהליך שנפתח על פי פניית מנהל תחום בירורי יהדות או באיכוהו, רב רושם נישואין או באיכוהו, יירשם לפי הענין מנהל תחום בירורי יהדות או רב רושם נישואין, בציון תואר התפקיד, כמבקש בהליך" (הנחיה 6(ב)). מאחר שהרב רושם הנישואין היה בעל-דין בבית הדין האזורי, רשאי הוא לערער על פסק הדין לבית הדין הגדול.

28. י' זוסמן, סדרי הדין האזרחי, מהדורה שביעית (1995), בעריכת ד"ר ש' לוי, עמ' 805.

29. וראו בג"ץ 188/96 ג' צירינסקי נ' סגן נשיא בית המשפט השלום, פ"ד נב(3), 721, 750–751.

הערות בסדרי עבודת בית הדין

הרב אברהם צבי שינפלד

אב בית הדין הרבני האזורי ירושלים

התבקשתי לדבר בפני הקהל החשוב הזה על נושאים בעבודת הדיינים. אינני מרגיש את עצמי ראוי לכך, אך חזקו עלי דברי חבריי שליט"א. אספתי לצורך שיחה זו כמה נושאים בעקבות החלטות ופסקי דין שהגיעו לידי, ולענ"ד תהיה בהם תועלת לעמיתיי הצעירים יותר.

א. חוק מידע גנטי – בדיקת רקמות

לפני כארבע שנים הוכנסו תיקונים ושינויים משמעותיים ביותר בחוק מידע גנטי לביצוע בדיקות (כולל בקטינים) לאימות קשרי משפחה ואבהות. השינויים מתייחסים הן לבתי המשפט הן לבית הדין. בחוק נקבעה סמכות בית הדין הרבני להורות על ביצוע בדיקה.

אבל יש הבדל גדול בדרך הטיפול בבקשה בין בית הדין ובין בית המשפט. וחשוב מאוד לדעת את הנהלים המחייבים את בתי הדין.

לפי סעיף 28טז לחוק מידע גנטי, תשס"א–2000:

העתק כל בקשה לעריכת בדיקה לפי פרק זה וכן בקשה להעברת תוצאות בדיקה לפי סעיפים 28 ו-28טו יומצא ליועץ המשפטי לממשלה או לבא כוחו.

המשמעות היא שמיד עם פתיחת התיק, גם אם סבור בית הדין שאין שום בעיה הלכתית בביצוע הבדיקה, ואין כל חשש למזרות של קטין (כגון בצדדים רווקים או פנויים), יש להעביר את העתק הבקשה ליוהמ"ש לממשלה, עוד בטרם החל הדיון, והוא יחליט אם ברצונו להיות צד בהליך.

לא מדובר בקבלת חוות דעת מהיועץ המשפטי לממשלה אלא רק בחובה ליידע אותו על הבקשה, והוא, אם יראה לנכון, ישלח את עמדתו אם ברצונו להשתתף בדיון או שהוא מסתפק בשליחת תגובה בכתב לגופו של עניין.

גם כאשר מודיע היועץ המשפטי שאין הוא מתנגד לעריכת הבדיקה, חייב בית הדין לקבל מראש את אישורו של נשיא בית הדין הגדול לביצוע הבדיקה (סעיף 28יד(ב)).

כאן, בשונה מבית המשפט, לא מדובר בחוות דעת של נשיא בית הדין הגדול שמועברת ליועץ המשפטי לממשלה, אלא באישור מראש. כלומר, אין להפנות את הצדדים לבדיקה בטרם התקבל האישור של הנשיא.

לאחר שמתקבל האישור, יש לפעול לפי התקנות הנלוות לחוק, כגון זהות המעבדה, ואופן הביצוע.

גם לאחר קבלת התוצאות יש לבדוק שהנתונים בטופס התוצאות לגבי הנבדקים זהים לנאמר בהחלטות בית הדין. וכבר היו מקרים שנפלו טעויות בדבר.

עוד מידע חשוב בעניין ששמעתי לגביו לאחרונה: הוגשה בקשה של אדם שהגיע מאחת מארצות ערב לקבל אישור שהוא יהודי. לטענתו, יש לו בארץ בן דוד מצד אמו. כלומר, האימהות היו אחיות. הוא הביא אותו לבית הדין. הם הסכימו להצעה לעבור בדיקה גנטית לבדיקת קרבת משפחה, אלא שבביצוע של בדיקה רגילה, בגלל שהם רק שני בני דודים לטענתם, התוצאות לא יהיו ברמת ודאות גבוהה, וגם תוצאה שלילית לא תהיה אמינה מספיק.

התיק הגיע לבית הדין הגדול. התייעצנו עם הרב ד"ר מרדכי הלפרין, והוא סיפר שיש בדיקת מיטוכונדריה, שהיא אברון המועבר רק מהאם לכל צאצאיה. בדיקה כזו יכולה לשלול באופן מוחלט טענה של קרבת בני דוד מצד האימהות, או להציג סבירות גבוהה של אישור טענה כזו (מידת הסבירות לקביעה חיובית המאשרת את הקרבה תלויה במספר גורמים).

רק חלק של המעבדות בארץ עושות בדיקה זו, וביניהם מעבדת גי.ג.אי – גליל גנטיק אנליסיס בע"מ. מנכ"ל החברה ד"ר יורם פלוצקי, טל. 04-9007101 או 04-9007100. יש לבקש הפניה לפרופ' ברקוביץ.

משיחה עם מנהל המעבדה התברר שהבדיקה אינה יקרה, כאלפיים ש"ח בלבד לשני אנשים, ואם רוצים לקבל תוצאות ברמה גבוהה עוד יותר, ניתן אח"כ להוסיף בדיקה נוספת.

חשוב לנצל כלי זה של בדיקת רקמות לבירורי יהדות, אך יש להפעילו כראוי.

ב. כתיבת פסקי דין

תקנות קיב וקיד לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג, קובעות שכל החלטה ופסק דין צריכים להיות כתובים, חתומים ומנומקים (פרט להחלטה דיונית שאינה טעונה הנמקה).

מובן שפסק הדין צריך להיות "דברים ברורים מה שעל בעלי הדין לעשות" (ערוך השולחן, חו"מ סימן יט סעיף ב).

ראיתי פסקי דין שאין ברור מתוכם מה יש לבצע.

לפי תקנה קטו – "כל פסק דין צריך להכיל מלבד ההחלטה בנושא המשפט גם: (א) סיכום תמציתי של טענות הצדדים; (ב) קביעת העובדות החשובות; (ג) נימוקי ההחלטה".

(ראו שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, מהדורה חדשה, ח"ב עמ' 1129–1136).

אין כללים כיצד יש לכתוב פסק דין. כל דיון כותב כמובן בסגנון שלו. אבל ראיתי הרבה פסקי דין לחיוב בגירושין כל כך קצרצרים – שבוודאי אינם לפי תקנות הדיון. אי אפשר לכתוב: "לאחר העיון והשיקול ועל סמך החומר שבתק מחייבים את הבעל או האשה להתגרש" !!!

מאידיך גיסא, יש שכותבים פסקי דין ארוכים מאוד. האריכות היא גם בהבאת כל דברי הצדדים וב"כ בהרחבה מוגזמת וגם בכירור ההלכה.

יש שכותבים את פסק הדין כאילו זו הפעם הראשונה שהנושא עולה על שולחן בית הדין. ומתעלמים מן העובדה שכבר נכתבו פסקי דין ומאמרים רבים על אותו נושא (לעתים הם אינם טורחים אפילו לציין מראה מקום לפד"ר שעוסק ממש באותו עניין, למרות שמתוך הדברים ניכר שהם העתיקו מתוכו). אחרים מרבים בציטוטים ארוכים מאוד מספרי השו"ת, אף שמדובר בספרים המצויים בהשג יד.

בגלל אורכו של פסק הדין קשה לעמוד על הנקודות החשובות שבו, ומחמיצים את העיקר.

יש לזכור שפסק הדין צריך להיות נכון לתיק המסוים שדנים בו, לפי הנסיבות שבו, ולא רצוי לנסות לקבוע עקרונות הלכתיים גורפים כלליים.

עוד רעה ראיתי לאחרונה מאז הכנסת מערכת שיר"ה, והיא העתקת פרוטוקולים שלמים (כמעט) לתוך פסק הדין, בשיטת 'העתק הדבק', במקום להביא את השורות שנוגעות לעניין בלבד.

ועד הדיינים ארגן השתלמות בנושא כתיבת פסקי דין, השתלמות שעסקה בסגנון ולשון, והדבר חשוב מאד, אך יש לתת את הדעת גם לכתיבה מרוכזת ותמציתית.

ג. סדר הדיון

לפי תקנה נט לתקנות הדיון (סדר הדיון), "הדיון מתנהל לפי סדר זה: (א) טענות התובע והנתבע וחקירתם. (ב) עדויות והוכחות. (ג) סיכומי הצדדים בעל פה או בכתב, לפי קביעת בית הדין".

חשוב מאוד לקיים את כל השלבים הללו של הדיון, אם כי לפי הצורך אפשר לשנות את הסדר, אך אין לוותר על שום שלב אלא בהסכמת הצדדים.

לא פעם מוגשים ערעורים בנימוק שבית הדין לא אפשר לחקור את הצד השני או להביא עדים והוכחות.

אמנם בית הדין אינו חייב לאשר כל עד שמבקשים, כגון אם הוא סבור שהעדות לא תתרום לביורור התביעה, אך במקרה כזה צריך לכתוב את הנימוק במפורש (ראה פד"ר פד"ר א עמ' 316; פד"ר ט, עמ' 345, ושוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, מהדורה חדשה, ח"ב עמ' 770–772 ופסקי הדין שהובאו שם).

על הבאת עדים קרובים יש לקבל הסכמה מפורשת ורצוי גם בקניין – ואז הוא עד גמור, ולא לצורכי 'התרשמות', שלדעתי אין בה ערך אלא במקרים מיוחדים; ראו מאמרו של הגר"נ גולדברג שליט"א, "נאמנותו של עד אחד להעיד שזהו היורש", שורת הדין, ב, עמ' רע–רצב, וראו להלן בפסקה יא לעניין עדות קרובים.

הוא הדין בנוגע לסיכומים בע"פ או בכתב. לפי תקנה עו יכול בית הדין להחליט, **בהסכמת הצדדים**, שאין צורך בסיכומים. אך אם אין הסכמה על כך, יש לאפשר הגשת סיכומים או להורות על השמעתם בעל-פה.

ד. חקירות של הצדדים

כאמור, אחד השלבים, **לפני שמיעת העדים הוא חקירות של הצדדים.**

בתקנה סב לתקנות הדיון נקבע שכל צד חוקר את הצד השני, ותחילה נחקר התובע. כמובן, בית הדין רשאי לשאול במהלך החקירה שאלות מטעמו, וכן לפסול שאלות שמציגים הצדדים. **זה אחד השלבים החשובים ביותר של ביורור התיק.**

בשו"ת הרמב"ן, סימן לו, נכתב **שיש לחקור את התובע והנתבע כמו שחוקרים עדים.** כי חקירתם היא חלק מביורור הדין.

קונטרס "עשרים שערי שבועות של הגאון רבי יצחק בן הרב רבי ראובן" (לנכדו של הרי"ף, נדפס בסוף מסכת שבועות אחרי המרדכי, ויש מייחסים אותו לרי"ף עצמו), כותב בהקדמה:

אמר המחבר שערי השבועות שהן עשרים. כי טוב הוא לדיין לחקור ולהבין בעלי הדינים בדבריהם כדי שידון דין אמת לאמיתו באחד משלושה פנים המיוחדין:

א. על פי עדים כשרים.

ב. במקום שאין שם עדות ברורה שצריך הדיין להבחין בטענות בעלי דינים, שמתוך דבריהם והודאת פיהם יכול לגמור דינם בלא צורך עדות ובלא שבועה [...] והרי שיתלמד הדיין מתוך דבריהם להוציא הדין לאמיתו בלא עדות ובלא שבועה, וכאלה רבות בכל דיני הממונות ותן לחכם ויחכם עוד.

ג. במקום שאין שם עדות ברורה ושבעלי דינים כופרים בטענותיהן זה לזה ואינו יכול הדיין ללמוד מתוך דבריהם אמיתת הענין. הטיל הכתוב דין שבועה ביניהם לחלוק בין בעלי דינים ולגמור דינם כמו שכתוב שבועת ה' תהיה בין שניהם.

ה. התחמקות בעל דין ממתן תשובות בעת החקירה

לעתים מתחמק בעל דין מלתת תשובות ברורות או שהוא טוען "לא זוכר", גם זה חשוב לבירור הדין. כי לפי ההלכה, כאשר בעל דין מסרב להשיב על טענות הצד שכנגד, הרי זה כמודה לדבריו. ולכן אין לדעתי טעם ללחוץ על הנחקר להשיב. די אם נבהיר לו, שאימתן התשובה יזקף לחובתו.

הרא"ש דן בתשובה ארוכה אודות בעל דין שהתחמק מלהשיב תשובות מלאות לבית הדין, והוא כותב שם בתוך דבריו (כלל קז סימן ו, ד"ה עוד שאלוהו):

עוד שאלוהו הרבה שאלות כי היה נראה להם כי רבי ישראל זה מסתיר דבריו ומשיב תשובות גנובות, ורצו לחקור לדרוש ולהוציא הדבר לאמתו, ויפה כווננו, ונלאיתי לכתוב כולן [...] הנה אני רואה שהדיינים חקרו ודרשו היטב כדי שיברר רבי ישראל תשובותיו [...] וכווננו שיברר רבי ישראל דבריו, ודרשו ושאלו בכמה דברים שהיה ראוי שישב רבי ישראל על כל שאלה ושאלה כדי שיתברר הדבר ויצא הדין לאמתו, והוא הסתיר במחשך מעשיו ודבריו, ולא רצה להשיב על שאלותם פן יתפס בדבריו ויתברר השקר. ומן הדין היה לו להשיב על כל חקירות ודרישות שעשו [...]

וכיוון שנראה לדיין שאם היה זה משיב על שאלותיו היה הדבר מתברר, ומחמת שלא יתברר הוא כובש דבריו, ויעשה הדיין כאלו השיב ונתברר שקרו ויחייבנו מאומד הדעת. אע"פ שאינו יכול לברר שקרו בביאור ובפירוש, מאחר שהעדר הביאור בא מחמת רמאותו שאינו רוצה להשיב על חקירות ודרישות כדי שיתברר שיקרו, אומדנא דמוכח הוא רשאי דיין מומחה לדון באומדנא דמוכח כזה. ואין זה נקרא דברים שבלב [...]

ומאחר שאינו רוצה להשיב כדי שלא יתברר הדבר הרי הוא כמודה במקצת שקרו וראוי לדונו באומדנא דמוכח [...]

והיה צריך להשיב על כל חקירות ודרישות שלהם כי היה נראה להם שהיה טוען ברמאות, וכיון שלא השיב היה להם לחייבו לאלתר כי היכי דעדים שלא השיבו על חקירות ודרישות עדותן בטלה בידני ממונות, היכא שהנתבע טוען ברמאות ובעינן דרישה וחקירה לברר הדבר והוא אינו רוצה להשיב כדי שלא יתברר הדברים, כל דבריו בטלים וחשובין כאין וחשיב כטענות התובע, והדיין יש לו לחייבו [...]

וכתב עוד, שאף אם רוצה להשיב על השאלות לאחר זמן, שוב אין מקבלים ממנו, שכל טענה שלא טען בעת שנשאל, אמרינן שהיא טענת שקר שלימדוהו אח"כ כשיצא מבית הדין.

וכן כתב בשו"ת אמרי יושר החדש (לר"מ אריק זצ"ל) סימן עו, בעניין אשה שמסרבת לבוא לדין:

ובשגם כיוון דבעלה טוען עליה כמה טענות מעוברת על דת ורוצה לברר הדבר לפני בית דין והיא מסרבת לבוא, הרי כמבורר שכן הוא כאמירת הבעל.

וראה מאמרו של הרה"ג ש' ח' שאנן שלט"א, "בעל דין שמסרב להשיב לשאלות בית הדין ומונע הבאת עדים", קובץ שורת הדין, חלק ז, עמ' נג–נח, והמקורות שהובאו שם. וכן א' שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, ח"ב מהדורה חדשה עמ' 1018–1021.

גם בחוק האזרחי יש משמעות לאי־הצגת מסמכים שברשות האדם, כשהוא נדרש לעשות כן. ראה: ע"א 55/89 קופל (נהיגה עצמית) בע"מ נ' טלקאר בע"מ פד"י מד (4) 595, וע"א שרון ואח' נ' לוי פד"י לה (1) 736, שנקבע בהם כי צד שנמנע מלהציג ראיות הנמצאות ברשותו, יש לקבוע חזקה כי לו היה מציג אותן, היו הראיות פועלות כנגדו.

ו. החלטה על נושא שלא הייתה בו תביעה

היו מקרים בהם פסק בית הדין מעבר לתביעה שהוגשה לפניו. לדוגמה, כאשר פוסק בית הדין בתביעת גירושין לחייב את האשה בגט, ויחד עם זה פסק לתת לבעל היתר נישואין אם תסרב האשה לקבל את הגט.

בית הדין הגדול פסק ש"אין בכוח בית דין להעניק לו זכות זו ללא תביעה מצדו, ואל לנו לעשות עצמנו כעורכי הדיינים לזכותו במה שלא דרש" (פד"ר י, עמ' 172). ובעניין זה הוסיף הרב אברהם שפירא (שם, עמ' 180–181), שאם צריך להתיר לאדם שבועה כדי שיוכל לשאת אשה על אשתו הוא צריך לבקש מבית הדין את התרת השבועה ולא די שיבקש היתר נישואין (וזה מדיני היתר נדרים).

בעניין אחר הגישה אשה תביעה לחייב בעל בגירושין. נגד הבעל היה גם פסק דין למזונות שניתן בעבר על ידי בית הדין. הבעל לא הגיש שום תביעה – לא לביטול המזונות ולא לחיוב האשה בגירושין. והנה בפסק הדין החליט בית הדין לחייב את האשה בגט ולפטור את הבעל מחובת המזונות.

בית הדין הגדול ביטל את פסק הדין (ערעור תשכ"ה/219, לא פורסם, ישבו בדין הרבנים א. גולדשמידט, ש. ישראלי וע. יוסף; שוחטמן, סדר הדין ח"א, מהדורה חדשה עמ' 337–345, בעמ' 343) באומרו:

לא היתה לפני ביה"ד האיזורי כל תביעה של המשיב לחייב את המערערת לקבל גט, ולא נתקיים כל דיון בדבר זה, ולכן לא היה מקום לחייב את המערערת לקבל גט. מאידך התביעה לגירושין הוגשה על ידי המערערת ובתביעה זו לא ניתן פסק דין [...] כן לא היתה בפני ביה"ד האיזורי כל בקשה לבטל את פסק הדין למזונות, ולכן לא היה מקום לפסוק על כך, וכל זאת מבלי להביע דעה לעצם הבעיות שבנידון הערעור.

(וכן פסק בית הדין הגדול, ראה שורת הדין יב, עמ' תיז).

לכן אם צד אחד הגיש תביעת גירושין, לא ניתן לכתוב בפסק הדין "על הצדדים להתגרש". מפני שלא הייתה תביעת נגד של הצד השני.

ז. תביעה חדשה במהלך הדיון

אם במהלך הדיון העלה התובע תביעה חדשה שאין לה יסוד בכתב התביעה, או על ידי הצד השני, אי אפשר לפסוק את הסעד המבוקש.

אשה הגישה תביעה לגירושין ולמזונות, במהלך הדיון העלתה התובעת תביעה כספית נגד הבעל בגין גנבה, בית הדין האזורי חייב את הבעל בסכום מסוים בתור פשרה. בית הדין הגדול (אוסף ורהפטיג, עמ' כרכח) ביטל את פסק הדין, משום שלא היה לו לבית הדין להיענות לתביעה זו "הואיל ותביעה זו לא נזכרה לא בכתב התביעה ולא בשטר הבירורין".

ובערעור תשכ"ח/153 (הרבנים א' גולדשמידט, ש' ישראלי וע' יוסף, לא פורסם, שוחטמן, עמ' 138), נקבע גם שכאשר הוגשה תביעה לשלום-בית אין לבית הדין לפסוק מזונות ולדון בשאלת החיוב בגירושין.

ובפד"ר (חלק ב, עמ' 262, וחלק ו, עמ' 33, מע' 43 ואילך) דנו בשאלה האם רשאי בית הדין להכריז על אשה מורדת, כאשר הבעל לא תבע זאת? ומסקנתם שאין לדון בדיון מורדת בלי תביעה מצד הבעל. (ראה שוחטמן, ח"א מהדורה חדשה, עמ' 343–345).

ח. תביעת אגב

ההגדרה של תביעת אגב היא: "תביעה הקשורה לתביעה העיקרית או שיש לה יחס אליה" – לשון תקנה לב(1) לתקנות הדיון. בכל מקרה רשאי בית הדין לדרוש שגם תביעת האגב תוגש בכתב.

בפסקי דין של בית הדין הגדול בעבר אנו מוצאים גישות שונות לגבי המושג 'תביעת אגב'. במקרה אחד, אשה הגישה תביעה למזונות אבל במהלך הדיון העלתה התובעת דרישה לגט, ובית הדין הגיע להחלטה שעל הצדדים להתגרש.

הבעל הגיש ערעור בטענה שבכתב התביעה לא נזכרה תביעה לגירושין (ערעור תשט"ו/178 הרבנים י' נסים, ברוט, הדאיה, לא פורסם, שוחטמן 346). בית הדין הגדול דחה את הערעור בנימוק שלפי התקנות בעניין 'תביעת אגב' לא היה צורך להגיש תביעה לגירושין דווקא בכתב, ולאחר שנמצא ש"בישיבת בית הדין הצהירה האשה בעל פה בבירור שהיא תובעת גט [...] נוסף על כך עיקר הדיון נסב על חיי המשפחה ההרוסים, על סבלות האשה וגורמיהם, ועל העדר הסיכויים לשלום, ולא על הבעיות הקשורות במזונותיה של האשה [...] הרי שאי הגשת תביעה לגט בכתב – אינה מעכבת".

לעומת זה בתביעה כספית בעניין עסק משותף, תבע התובע סכומים נוספים שאין להם קשר לעסק המשותף והם תביעות פרטיות. בית הדין בחיפה דחה את התביעה

בנימוק שהתובע לא הגיש תביעה ביחס לכספים אלה. התובע ערער לבית הדין הגדול בטענה "שהדברים התבררו והתלבנו כל צורכם".

בית הדין הגדול דחה את הערעור (ערעור תשכ"ו/49 הרבנים י' נסים, י' ש' אלישיב וב' זילטי, לא פורסם, שוחטמן 139), וכתב:

אמנם בתוך מהלך הדיונים השמיע המערער פרט זה או אחר מיתר תביעותיו, מכל מקום כתב תביעה מפורט לא הוגש לבית הדין, והצד השני לא התכונן להשיב עליהם. כל הדיונים נסובו על רווחי העסק גרידא, ולכן אם ברצון המערער להמשיך בבירור יתר תביעותיו, הדרך פתוחה לפניו להגיש תביעה בבית הדין האזורי.

וראה פד"ר יא עמ' 153 בעמ' 157 (בית הדין אשדוד) שאין לבית הדין לדון בשאלת החזקת ילדים במסגרת דיון שהחל בתביעה לביטול הסכם גירושין, וקבע שיש לפתוח תיק מיוחד למטרה זו. (ראה א' שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, מהדורה חדשה, ח"א, עמ' 345–349).

לכן ראוי לצמצם את המושג 'תביעת אגב' רק ל"תביעה הקשורה לתביעה העיקרית או שיש לה יחס אליה", כאמור בתקנות הדיון, ובכל מקרה של ספק יש לדרוש הגשת תביעה בכתב, ולהתייחס בדיון לתביעה זו בפירוש. שכן בהחלט הדבר אפשרי שבית הדין הגדול יבטל את ההחלטות שינתנו בלי זה.

ט. תביעות חילופיות

אדם הגיש תביעה לשלום-בית ולחילופין לגירושין, ובית הדין החליט ש"על הבעל להודיע ברורות על איזה תביעה הוא עומד ואיזו תביעה הוא מוותר".

הוגש ערעור (תשכ"ו/49 הרבנים ס' עבודי, אד גולדשמידט, ש' ישראלי, לא פורסם, שוחטמן, שם). ובית הדין הגדול קיבל את הערעור בקובעו:

אין אנו רואים כל טעם למה לא יוכל התובע שלום-בית, לתבוע יחד עם זה גירושין במקרה שכן זוגו יסרב להשלים.

י. תביעה שכנגד

לפי תקנה לב(1): "רשאי הנתבע להגיש במהלך הדיון תביעת נגד נגד התובע". תביעה כזו די שהיא נרשמת בפרוטוקול הדיון, אלא אם כן החליט בית הדין אחרת.

מהותה של תביעת נגד היא תביעה שיש בה כדי לקזז את החיובים ההדדיים זה כנגד זה. לכן לא כל תביעה תיחשב תביעת נגד. וראו שוחטמן על פי שלחן ערוך, חו"מ, סימן כד סעיף א, ברמ"א.

לפיכך, כנגד תביעת גירושין תיחשב תביעה לשלום-בית כתביעת-נגד, וכן להיפך, אולם לכאורה, לא ייתכן להעלות תביעת גירושין כתביעת נגד לתביעת גירושין.

לדעת פרופ' שוחטמן גם אם התביעה העיקרית נדחתה או בוטלה או שנמחק כתב התביעה, רשאי בית הדין לדון בתביעה שכנגד. בתנאי שהתביעה שכנגד הועלתה לפני בית הדין בטרם ביטול התביעה העיקרית.

כך נפסק בערעור תשט"ו/102, לא פורסם, הרבנים הרצוג, ברוט והדאיה, ראה שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, שם.

יא. עדות קרובים

בעניין שמיעת עדות קרובים כאשר הצד השני מתנגד, צריך בית הדין לנהוג זהירות רבה. כי הנה הרמ"א, חו"מ סימן לה סעיף יד, כותב:

וכל אלו הפסולים [=הנזכרים לפני כן בשולחן ערוך], פסולים אפילו במקום דלא שכיחא אנשים כשרים להעיד (הרשב"א בתשובה והרמב"ם בפ"ח מהלכות נזקי ממון וכן כתב הב"י), וכל זה מדינא. אבל יש אומרים דתקנת הקדמונים היא במקום שאין אנשים רגילים להיות, כגון בב"ה [=בבית הכנסת] של נשים או בכל שאר דבר אקראי שאשה רגילה ולא אנשים כגון לומר שבגדים אלה לבשה אשה פלונית והן שלה, ואין רגילים אנשים לדקדק, בזה נשים נאמנות (תרומת הדשן, סימן שנג, ואגודה פרק י' יוחסין). ולכן יש מי שכתב, דאפילו אשה יחידה או קרוב או קטן נאמנים בעניין הכאה ובזיון ת"ח או שאר קטטות או מסירות לפי שאין דרך להזמין עדים כשרים לזה ואין פנאי להזמין (מהרי"ק שורש קעט ומהר"ם מריזבורג וכלבו סימן קטז) והוא שהתובע טוען ברי (מהרי"ק שורש כג).

מדברים אלה משמע שיש דעה להכשיר קרובים ושאר פסולי עדות, לאותם עניינים שקשה להשיג עדויות כשרות.

אולם מלבד שרבים חולקים על הלכה זו, ובהם הרשב"א והרמב"ם, וכן הכריע מהר"י קארו בבית יוסף ובשולחן ערוך, שם. הנה גם לשיטה שמכשירה עדות פסולים מכוח התקנה, מבואר בפוסקים (תשובת כנסת יחזקאל סימן פג, הובאה בפתחי תשובה, שם, ס"ק יא), שזה רק במקרה שגוף המעשה ידוע, על ידי 'קלא דלא פסיק', או שאין הכחשה מן הצד השני, שהייתה הכאה וקטטה, ועדות הפסולים באה לברר הדבר איך היה, שדבר זה נחשב גילוי מילתא בעלמא. אבל אם גוף המעשה אינו ידוע אלא רק על פי עדות הקרובים או הפסולים, והנתבע מכחישם לגמרי, לכולי עלמא אינם נאמנים.

עוד כתבו בשם המהרש"ל, שגם למי שפוסק לפי התקנה להאמין לפסולים, מכל מקום אם העד הוא שונא של הנתבע אינו נאמן בשום אופן.

ובש"ך, שם, ס"ק יא, ציין לדברי המהרש"ל ב"ים של שלמה', בבא קמא, פ"א, סי' מ"א, ואביא מעט מדברי המהרש"ל הנוגעים לענייננו:

"ואף היכא שנאמנים לענין הכאה ומריבה כהאי ענינא שכתבתי, מכל מקום היכא שהם קרובים לטוען, לעולם אינם נאמנים לזכותו אם לא לחובתו, ואפילו צדיקים, והוי כשוחד אשר יעור עיני חכמים וכו'. ובודאי

מי שבנו או אחיו מכה עם חבירו והאב או האח רואה, אפילו הוא פושע נראה לעולם בעיני האב שבנו אינו פושע, והשני הוא המתחיל, כי נפשו קשורה בו, ודעתו מקורבת ואינו רואה חובתו, וסובר לעולם שהשני התחיל כנגדו. ואני הגבר אשר ראה זאת כמה פעמים. וכן שונאים כהאי גוונא אינם נאמנים אף שהתורה הכשירו, מכל מקום מאחר שהוא כבר פסול מדאורייתא כגון שהוא מעיד ביחידי או שאחד מן השנים הוא קרוב או אשה או עבד אוקימנא אסברא דלא מהימן... הילכך לא נהירא לי כלל דעת המהרי"ק שיהיה קרוב נאמן אפילו בסיגנון שכתב, אלא קרוב לעולם אין נאמן. אם לא שקבלו עליו".

וראה פסק דין של בית הדין הגדול שדן בדבר התקנה הנזכרת ברמ"א הנ"ל וסיימו שם (פד"ר ג, עמ' 247), וזזה לשונו:

ולבסוף עלינו להוסיף שמלבד כל הנ"ל... שכל התקנות והמנהגים בזה לא מחייבים את הדיינים לפסוק על פיהם באם לפי ראות עינם אין לסמוך על העדים הפסולים ולחייב על פיהם. ועיין ערוך השולחן סוף סימן לז דמסיק, מכל מקום אם הדיינים רואים שאם ידונו על פי בני העיר יצא הענין מקולקל, הרשות בידם לצוות שיביא דיינים מעיר אחרת וכן הדין, ואף שהיא נגד המנהג, דמנהג נעשה רק לתיקון ולא לקלקול.

גם כאשר ישנה הסכמה לשמיעת עדים קרובים ופסולים יש לקבל בקניין כראוי, ובמיוחד כאשר מדובר בעד אחד, שלדעת הרבה פוסקים ב'תרת' לריעותא' לא מועילה הסכמה ללא קניין גם אם כבר העיד.

קביעת אבהות באמצעים גנטיים – רקע רפואי והשלכות לדיני ממזרות¹

הרב ד"ר מרדכי הלפרין

רופא, מנהל מכון שלזינגר ועורך "אסיא"

ראשי פרקים

- א. מהו דנ"א (DNA)?
- ב. זיהוי דנ"א ע"י בדיקת אַסְטִי־אָרִים (STRs)
- ג. מעמד הלכתי של זהוי הכרת פרצוף, טביעת אצבעות ופרופיל אַסְטִי־אָרִים
- ד. בדיקת אבהות באמצעות פרופיל אַסְטִי־אָרִים
- ה. סיכום

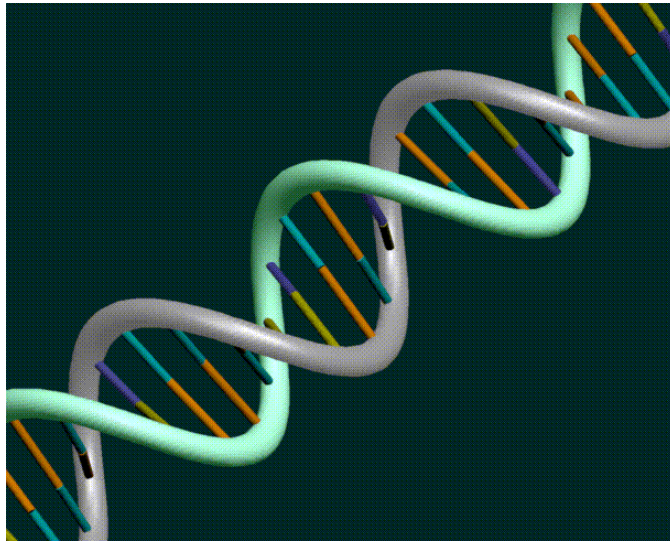
המטרה: להציג לפני תלמידי חכמים יושבי על מדין את דרכי הזיהוי באמצעות דנ"א, תוך התייחסות משווה לזיהוי באמצעות טביעת אצבעות וזיהוי פנים בטביעת עין, וכן להציג את עקרונות השלילה או הקביעה הגנטית של אבהות באמצעות דנ"א או HLA.

א. מהו דנ"א (DNA)?

כמעט כל התכונות הגנטיות של אדם מוצפנות בהרכב הביוכימי של הכרומוזומים המצויים בכל תא מגורען² בגופנו. הכרומוזומים הללו בנויים משרשרת כימית כפולה הקרויה **דנ"א**. הדנ"א הוא בעצם סליל המורכב משני "חוטים" מותאמים המתפתלים

1. פורסם גם כסימן לג בספרו של הרב ד"ר מרדכי הלפרין, **רפואה, מציאות והלכה: ולשון חכמים מרפא, תשע"ב**.
2. תא מגורען, הוא מעין בית חרושת ביולוגי זעיר, הכולל גם ציטופלזמה וגם גרעין. הגרעין של התא מכיל בעיקר את הכרומוזומים, נושאי האינפורמציה הגנטית, בעוד שאר חלקי התא מכילים, בין היתר, את מערכת אספקת האנרגיה של התא ואת מערכת ייצור החלבונים השונים אותם הוא מייצר. למעשה כל תאי הגוף הינם מגורענים בשלבי חייהם הראשונים. אולם ישנם תאים, כדוגמת תאי הדם האדומים, המאבדים את הגרעין בשלבי התמיינותם המיוחדת.

האחד מול השני במבנה לולייני. כל סליל מורכב מאלפי אבני בניין (נוקליאוטידים), כשכל נוקליאוטיד מורכב משלושה חלקים: קבוצה זרחנית, מולקולת סוכר (דאוקסיריבוז) ואחד מארבעה בסיסים אורגניים – אדנין, גואנין, ציטוזין, או תימין. שני הסיבים של הסליל קשורים זה לזה באמצעות קשרי מימן חלשים יחסית, המצמידים את הבסיסים האורגניים של שני הסיבים. המבנה הכימי הוא כזה שלכל בסיס אורגני אחד יכול להתאים אך ורק בסיס אורגני מסוים בסיב השני. כלומר, במבנה הסלילי של הדנ"א, תימין יכול להתקשר אך ורק לאדנין, וגואנין יכול להתקשר אך ורק לציטוזין. במילים אחרות, מבנה של סיב אחד קובע באופן חד-ערכי את מבנהו של הסיב השני, כאשר לכל נוקליאוטיד בסיב אחד מתאים נוקליאוטיד יחיד בסיב השני. תמונת מודל סכמטי של קטע מהסליל הכפול מובאת בתמונה מס' 1.



תמונה מס' 1:

מודל סכמטי של שתי שרשרות הדנ"א בסליל הכפול ה"מקלונים" הדקים המחברים את שני הסלילים מסמלים את הבסיסים הנוקליאוטידים המחברים זה לזה בקשרי מימן

לסיכום: השרשרות הביולוגיות הללו, מורכבות מצירופים של ארבעה נוקליאוטידים שונים, כשההבדל בין ארבעת הנוקליאוטידים הוא הבסיס האורגני שלהם. המבנה הכפול של הסליל הזה מאפשר יצירת העתקים מדויקים של הסיבים. בעת חלוקת התא והפיכתו מתא אחד לשני תאים זהים, נפרדים הסיבים זה מזה ולכל אחד מהסיבים הבודדים נוצר ומוצמד סיב חדש, שהוא העתק מדויק של הסיב מהתא המקורי.

השרשרות הללו, המורכבות מצירופים שונים של ארבעת הנוקליאוטידים, מכילות את המטען העצום של המידע התורשתי של האדם. יש דמיון מסוים בין הדנ"א לבין

סרט מגנטי (עם גיבוי של סרט מקביל) המאכסן אינפורמציה רבת היקף כמו זו של הגנום האנושי. השיטה שבעזרתה הופכת האינפורמציה הגנטית לפקודה ביולוגית תכליתית היא באמצעות בנית סוגי חלבון שונים שהמבנה שלהם נקבע על פי הקוד הגנטי. עוד כדאי לדעת כי כל בני האדם זהים זה לזה ביותר מ-99% של הרכב הדנ"א שלהם. השוני בין בני אדם הוא בפחות מאחוז אחד של הדנ"א.

החלבונים מורכבים מאבני בניין הנקראות חומצות אמיניות. הקוד בו מוצפנת האינפורמציה בסיבי הדנ"א מורכב מ"מילים" בנות 3 נוקליאוטידים, וכל "משפט" מורכב ממספר מילים שאיננו מוגבל למעשה. כל "משפט" כזה הוא בעצם פקודה ליצור חלבון המורכב תמיד מרצף חומצות אמיניות. "מילה" בת שלושה נוקליאוטידים קובעת את בחירת החומצה האמינית המתאימה ואת מקומה הסידורי במבנה הביוכימי של החלבון.

רק בדור האחרון פוצח ה"קוד הגנטי" שמגדיר איזה רצף של נוקליאוטידים קובע חומצה אמינית מסוימת במבנה החלבון³. אנו יודעים ששינויים (מוטציות) בצירופים המקוריים של חומצות אמיניות מסוימות יכולים לגרום למחלות קשות. אולם הידע המעשי הזה עדיין מצומצם יחסית למיליוני האפשרויות הקיימות.

ב. זיהוי דנ"א ע"י בדיקת אַסְטִי־אֵרִים (STRs)

אַסְטִי־אֵרִים הן שלוש אותיות לועזיות S, R ו-T, ראשי תיבות של Short Tandem Repeat. הגנטיקאי הבריטי אלק ג'פריז (Alec Jeffreys) גילה לפני כ-25 שנה אזורים בדנ"א הבנויים מרצפים של יחידות נשנות קצרות. לרצפים האלה קוראים STRs או אַסְטִי־אֵרִים. הוא הבחין כי לכל אורגניזם יש דגם מיוחד של STRs כאלה, ובעזרתם הוא פיתח שיטה לקביעת הפרופיל הגנטי של כל פרט. המפתח של הפרופיל הוא מספר החזרות ברצף, באתר מסוים. לכל קטע דנ"א כזה מוצמד שם. שם הקטע הוא מספר, היינו מספר החזרות ברצף באותו הקטע. לדוגמה: שמו של קטע דנ"א בעל 15 חזרות הוא 15.

בארץ מתבצעות באופן שגרתי בדיקות לזיהוי פלילי באמצעות הפקה ואפיון של אַסְטִי־אֵרִים. הרוב המכריע של בדיקות אלו מתבצע במעבדה הביולוגית של המחלקה לזיהוי פלילי (מז"פ) במטה הארצי של משטרת ישראל בירושלים. במסגרת אחריות בתחום זיהוי החללים בחירום, עברתי בתחילת תשס"ז השתלמות מרוכזת בת שבועיים במז"פ במטה הארצי בירושלים. עיקר מטרת ההשתלמות היו:

1. להכיר בעמקות את נהלי העבודה ואת טכנולוגיית הזיהוי באמצעות DNA, כולל: התיאוריה המדעית, הסטטיסטיקה, ומבחני התקיפות של הזיהוי;

3. ראה: ג'ימס ד' וואטסון בספרו **הסליל הכפול** (עברית: מרים אורן, הוצאת לוינ'אפשטיין, ירושלים תשל"א); **מדע**, טז, 5-6, (הוצאת מוסד ויצמן לפרסומים, ירושלים 1972).

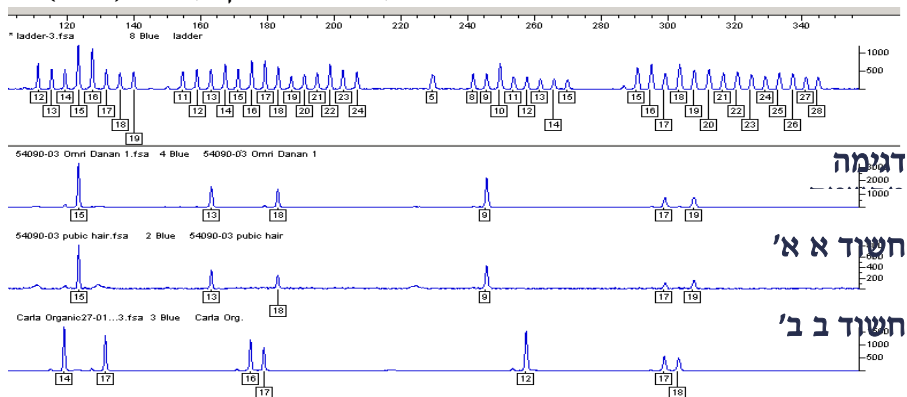
2. להכיר את הממצאים המטעים (ארטיפקטים) ואת דרכי מניעתם;
3. להכיר טכנולוגיות זיהוי ביולוגיות אחרות הנמצאות בשימוש המערכת;
4. להעריך את המשמעות ההלכתית של שיטות הזיהוי הביולוגיות בדגש על היתר עגונות וקביעת אבהות.

הפרקים הבאים מתבססים על ידיעותי כרופא כמו גם על הידע שנצבר בהשתלמות במז"פ, והם נכתבים מתוך הכרת טובה והבעת תודה למפקד המז"פ, למפקד המעבדה הביולוגית ולצוות המעבדה שלמדתי מהם רבות.

באופן מעשי, לזיהוי גנטי של אדם מכינים פרופיל מכמה אזורים בדנ"א שלו. פרט לתאומים זהים נדיר למצוא שני אנשים עם תבנית דנ"א זהה בארבעה אזורים שונים. בדיקת ששה אזורים בדנ"א של אדם מסוים נותנת פרופיל ייחודי לאדם בדומה לטביעת אצבעות. ליתר בטחון כיום מקובל לבדוק עשרה אזורים בדנ"א למטרות זיהוי של אדם. את תוצאות בדיקת ה-STRs אפשר להציג בשני אופנים. הראשון: הצגה גרפית; השני: הצגה טבלאית.

תמונה 2:

תרשים גרפי המתאר שלושה פרופילים מארבעה אתרים של קטעי דנ"א (STRs):



הראשון מדגימת שטח, ואחריו פרופילים מדגימת רוק של שני חשודים כדאי לשים לב שברוב האתרים נמצא זוג, צמד של שיאים, ורק במיעוטם נמצא שיא בודד, בדרך כלל גבוה יותר משיאים אחרים. עובדה זו קשורה בכך שבנוסף לקב"ה יש שני שותפים ביצירתו של אדם – אביו ואמו. ברמת הדנ"א, אדם תמיד יורש סט אחד של סלילי דנ"א מאביו, וסט נוסף של סלילי דנ"א מאמו. הסבר מפורט – בגוף המאמר.

בהצגה הגרפית המיקום של השיאים (peaks) בשורה מציין את האתר הנבדק (ראה תמונה 2). גובה השיאים יחסי לכמות הדנ"א שבדגימה והמספר המצוין מתחת לשיאים מציין את שם הקטע – מספר החזרות ברצף באותו אתר. בתרשים שלפנינו השורה הראשונה מציגה פרופיל STRs שפותח מדגימת דם שהובאה מזירת רצח. התרשים מציג את תוצאות ה-STRs בארבעה אתרים. השורות בתמונה הבאה מציגות

פרופילים של שני חשודים. בחינה פשוטה של התוצאות מדגימה זהות מלאה בין הפרופיל של חשוד א' לבין הפרופיל שהופק מהדם בזירת הרצח.

סילי הדנ"א ממוקמים בתוך גרעיני התאים והם מסודרים בחבילות" הקרויות כרומוזומים. לאדם 46 כרומוזומים בגרעין התא והמאורגנים ב-22 זוגות של כרומוזומים דומים הנקראים אוטוסומים (autosomes). זוג נוסף, ה-23 במספר, הוא כרומוזומי המין, היינו: שני כרומוזומים X בנקבה, או כרומוזום X וכרומוזום Y בזכר. כל זוג כרומוזומים ניתן לזיהוי על פי צורתו, ובהתאם, לכל זוג מספר סידורי מ-1 ועד 22. בכל זוג יש שני כרומוזומים, אחד מהם מקורו מן האב, והאחר מגיע מן האם. מספר החזרות ברצף (מספר ה-STR) באתר מסוים נקבע על ידי קטע מהדנ"א באחד הכרומוזומים. בהתייחס לכך שיש לנו שני סטים של כרומוזומים, נוכל לזהות באותו אתר שני שיאים שונים המציינים שני אָס־טִי־ארים בעלי מספר חזרות שונה. באחד נקבע מספר החזרות על ידי הדנ"א שמקורו באב, ובשני על ידי הדנ"א שמקורו באם של בעל הפרופיל. אמנם אם במקרה באותו אתר מספר החזרות שנקבע בכרומוזום האימהי שווה למספר החזרות שנקבע בכרומוזום האבהי – נקבל רק שיא אחד, גבוה יותר, עקב הכמות הכפולה של קטע הדנ"א בעל מספר החזרות המסוים הזה. לעובדות הללו יש משמעות מעשית בקביעת או שלילת אבהות, נושא הנדון להלן בפרק ד'.

בהצגה טבלאית, אותם נתונים מוצגים בטבלה, כאשר כל שורה מציגה את פרופיל ה-STRs של אדם מסוים או של דגימה מסוימת, וכל טור בטבלה מציג את גודל האָס־טִי־ארים (מספר החזרות ברצף) באתר הנבדק. תמונה 3 מציגה בצורה טבלאית את אותם נתונים שהוצגו בתמונה 2 בצורה גרפית. גם כאן קל מאוד להבחין כי הפרופיל שהופק מגופו של חשוד א' זהה בדיוק לפרופיל שהופק מדגימת הדם באתר הפשע.

שמות STRs באתר ראשון מימין	שמות STRs באתר שני מימין	שמות STRs באתר שלישי מימין	שמות STRs באתר רביעי מימין	
19 17	9 9	13 18	15 15	פרופיל הדגימה מהשטח
19 17	9 9	13 18	15 15	פרופיל הדגימה מחשוד א'
18 17	12 12	17 16	17 14	פרופיל הדגימה מחשוד ב'

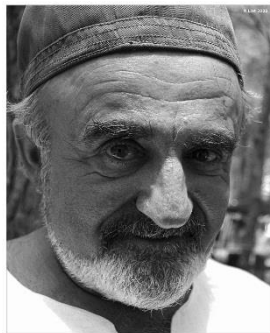
תמונה 3: הצגה טבלאית של שלשת הפרופילים מתמונה 2

ג. מעמד הלכתי של זיהוי הכרת פרצוף, טביעת אצבעות, ופרופיל אֶסְטִי־אָרִים

השאלה ההלכתית היא מה מעמדה ההלכתי של זהות פרופיל אֶסְטִי־אָרִים מדגימת גופה עם פרופיל דגימה מגופו של האדם הנעדר. האם זהות כזו היא סימן גרוע, סימן בינוני, סימן מובהק, או שזהות כזו שווה להכרת פנים בתביעת עין. שאלות דומות כבר נדונו על ידי פוסקים מזה עשרות שנים. מקובל לומר שתביעת אצבע נחשבת כסימן מובהק⁴ שאפשר להתיר עגונות על סמך אותו סימן. היה מקום לשאול מדוע טביעת אצבעות נחשבת רק לסימן מובהק ולא להכרה בטביעת עין. כדי לענות על השאלה עלינו להבין מהי בדיוק טביעת אצבע, וכיצד נקבעת זהות בין שתי טביעות אצבע נבדקות.

טביעות האצבע הן למעשה הטבעה של חומרים המצויים על קיפולי עור האצבעות וכף היד (שקעים ובלוטות) על משטח כלשהו בזמן המגע עמו. החומרים המצויים על העור הם הפרשות שמקורן בבלוטות הזיעה ובבלוטת שומן.

וכאן הבן שואל: הרי בסופו של דבר כמו שפרצופיהם שונים, טביעות אצבעותיהם שונות. ראינו אנשים שמאוד מאוד דומים אחד לשני, הכפילים למיניהם, ובכל זאת הכרת פנים מוגדרת כטביעת עין שהיא הזיהוי ההלכתי הטוב ביותר. מאידך גיסא, מעולם לא ראינו אנשים שיש להם טביעת אצבעות זהה. לפיכך ראוי להבין ולהגדיר טוב יותר את ההבדל ההלכתי. לשם כך כדאי לבצע כאן ועכשיו תרגיל קטן בהסתכלות, בה נבין חלק מההבדלים שבין הבחנה אנושית של פנים לבין אבחנה אנושית של טביעת אצבעות.



תמונה 6: פרצוף אדם

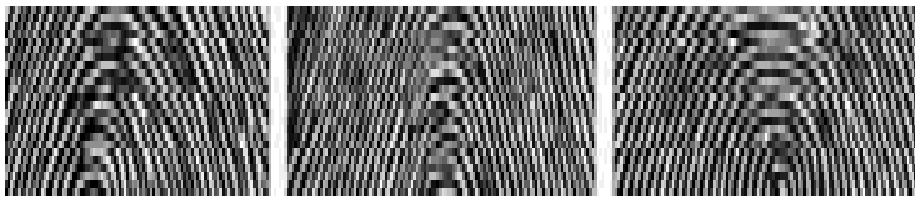


תמונה 5: טביעת אצבע

4. ראה: הרב שלמה פישר, טביעת אצבעות לאור ההלכה, נועם כרך ב (תשי"ט) ריא-רכב; שו"ת יביע אומר ח"ו אבהע"ז ג; הרב גד נבון, טביעת אצבעות כסימן מובהק לקביעת מוות בפסיקה הרבנית, דיני ישראל ז, קכ"ט-קל"ז; הרב אליהו בקשי דורון, בנין אב ח"ד סג; אנצ' הלכתית-דפואית ו (תשס"ז) ערך קידושין וגירושין הער' 98-99.

נקדיש כמה שניות להתבוננות בתמונה 5. והנה כבר מיד אפשר לראות משהו מעניין. האדם שבתמונה, אם נראה שוב את תמונתו בשקופית או בתמונה אחרת – נזהה אותו מיד. אבל את טביעת האצבע, גם אם התבוננו בה יותר זמן, לא נזהה כל כך מהר. הברדל זה נובע מהעובדה הבאה: כשאנו רואים תמונה של אדם, אנו מזהים אותו מהר יותר מאשר אם נראה תמונה של מכונית ונצטרך לאתר אותה אח"כ בין מכוניות אחרות. במוזיאון המדע בירושלים מוצגים תרגילים שמדגימים זאת. מציגים לנבדק תמונות של אנשים בפרק זמן מוגדר, ואח"כ עליו לזהות אותם בין תמונות של אנשים אחרים. כל אדם מזהה לא רע בהתאם לכישוריו. אחר כך מראים לנבדק תמונות של מכונית מסוימת, או של כלב וחתול מסויימים, כשעליו לזהות אותם בין תמונות אחרות. מתברר שהביטוי היידי "אלע יוונים הובען דע זעלבע פנים" (= לכל היוונים יש אותם פנים) מקבל משמעות כשמנסים לזהות את הכלבים והחתולים שבתמונות. להבדל בין יכולת הזיהוי של פרצופי אדם לבין יכולת הזיהוי של כלבים או מכוניות, יש משמעות רבה והוא מסביר לנו חלק מההבדלים ההלכתיים בין עוצמת הזיהוי בטביעת פנים לעצמת הזיהוי של טביעת אצבעות. אכן, הקב"ה ברא את האדם כך שיש דברים שנקלטים בחושיו יותר טוב, והסתמכות עליהם אמינה יותר, ויש דברים הנקלטים בחושיו פחות טוב וממילא ההסתמכות עליהן חלשה יותר.

הבדל נוסף בין זיהוי פרצוף לזיהוי טביעת אצבעות: בניגוד לזיהוי פרצוף בטביעת עין הכולל השוואה אותה מבצע אדם במוחו בין מאות או אלפי פריטים שבתמונת הפרצוף, זיהוי טביעת אצבעות הוא זיהוי טכני, של מספר פרמטרים קטן, בין עשרה לעשרים פרמטרים בלבד, וכפי שיוסבר להלן. קיים מספר קטן של תבניות בטביעת אצבעות, כאשר שלוש התבניות הבסיסיות והעיקריות בתביעת אצבע הן מערבולת, קשת ולולאה המתוארות בתמונה הבאה.



לולאה

קשת

מערבולת

תמונה 6: שלוש התבניות הבסיסיות של טביעת אצבע

בניגוד לזיהוי פרצוף, כשמזהים טביעת אצבעות הזיהוי לא נעשה בהסתכלות פשוטה והיכרות עם טביעת האצבע. בפועל קובעים את המיקום של נקודות ייחוס מאפיינות בתמונת טביעת האצבע. בוחרים, למשל, את מיקום נקודות הפיצול של קווי טביעת האצבע, את שיאי הלולאות, נקודות הפסקה ברכס מסוים וכדומה. בודקים כך

את אותו מספר של נקודות בטביעת אצבעות אחרת וההשוואה בין הנתונים הללו קובעת אם יש או אין זהות.

בעיקרון, השיטה דומה לשיטה מקובלת של זיהוי ספרי תורה גנובים באמצעות בדיקת נקודות מוגדרות על פני דף מתוך הספר. מצלמים עמוד מסוים מספר התורה, בוחרים מספר נקודות במיקום מוגדר בעמוד המצולם ובודקים את האותיות הנמצאות בנקודות שנבחרו. ניתן לבצע בדיקה כזו גם ללא מחשב. מכינים דף בגודל העמוד הנבדק, מחוררים בו חורים בנקודות שנבחרו, מצמידים אותו עם נקודת עגינה מוגדרת לדף של ספר התורה, ורושמים את האותיות המתגלות דרך החורים. אם בודקים מספיק חורים, נדיר מאוד שיימצאו שני ספרי תורה עם אותם האותיות בבדיקה כזו. בבדיקת שני עמודים מהספר כנראה שאין שני ספרי תורה בעולם הנמצאים בדיוק אותו מצב, אלא אם כן הם ספרים מודפסים שלא נכתבו ביד. גם בהשוואת טביעת אצבעות מקובל לבחור מספר נקודות ציון (ברוב המקומות בעולם בוחרים בין 10 ל-20 נקודות כאלו) ואותם משווים בין טביעות האצבע השונות.

בחזרה לתמונת פרצוף – כמה נקודות אנחנו צריכים להשוות כדי לזהות תמונת פנים? בשנת תשס"ח בדקתי באופן מיוחד את הנתון הזה במחלקה לזיהוי פלילי (מז"פ) של משטרת ישראל. ניסיונות שבוצעו שם במגמה לאפשר זיהוי פרצוף באמצעות מחשב, לא הצליחו להגיע לזיהוי מוצלח גם כשנבחרו עשרות רבות של נקודות בתמונת הפרצוף הנבדקת. במילים אחרות, בזיהוי של פנים אנחנו בעצם מכניסים למחשב שבראשו מאות או אלפי נקודות להשוואה, הרבה יותר מאשר מספר הנקודות הנבדק בהשוואת טביעת אצבע. זו סיבה נוספת לכך שטביעת אצבע יכולה להיות אך ורק סימן מובהק ולא זיהוי בטביעת עין. על כל פנים, הסימן הזה של התאמה בטביעת אצבע הוא סימן מובהק מאוד לאור הסיכוי האפסי שיש לעוד אדם טביעת אצבע דומה, אבל אע"פ כן עדיין אין כאן היכרות בטביעת עין.

מכאן ניתן לחזור ולבדוק את משמעות הזיהוי באמצעות דנ"א, או ביתר דיוק – זיהוי באמצעות פרופילים של אֶס־ט־אֶר־ים. בפרק א' הוסבר מהו הדנ"א. אם נסכם, בכל גרעין של תא בגוף האדם קיים מאגר מידע עצום, המכיל יותר אינפורמציה מבידוק מחשב, כאשר מנגנון אגירת המידע הוא מנגנון ביולוגי (ולא מנגנון פיסיקלי כמו במחשבים). מאגר המידע הזה כולל את כל האינפורמציה שהייתה בביצית המופרית שממנה נוצר העובר האנושי. העתק של מאגר המידע הזה נמצא בכל גרעיני התאים, והאינפורמציה הזאת היא בעצם ההוראות לבניית היצור המתפתח מהביצית המופרית. מכאן נובע שאם יש לנו את כל האינפורמציה של הדנ"א, אינפורמציה זו כוללת גם את הנתונים לבניית פרצוף של בעל הדנ"א. שהרי הפרצוף הבסיסי שלנו נקבע ע"י הדנ"א, ולכן תאומים זהים דומים מאוד-מאוד בפרצופיהם, אלא אם כן היו פגיעות סביבתיות כמו צלקות, מחלות, או הבדלים בתנאי סביבה אחרים. אם כך, היה מקום לומר שהדנ"א הוא מזהה עדיף על פרצוף כי הוא כולל גם את ההנחיות לבניית הפרצוף, וגם את ההנחיות לבניית שאר חלקי הגוף! אילו היה לנו למשל ספר עם כל אותיות הדנ"א

של אנשים נבדקים, השוואת הדנ"א ביניהם אמורה להיות יותר כוללת מכל זיהוי אחר וממילא אמורה להיחשב טובה יותר מכל זיהוי אחר.

השאלה היא אפוא: האם באמת זיהוי ע"פ דנ"א עדיף על פני זיהוי פרצוף? האם באמת זיהוי על פי דנ"א שווה לפחות להכרת פנים וטביעת עין?

לאור ההבנה מה בדיוק נבדק בזיהוי המשווה פרופילים של STRs כפי שתואר בפרק ב' למעלה, מתברר שזיהוי דנ"א מקובל דומה יותר לזיהוי טביעת אצבעות מאשר לזיהוי בהכרת פרצוף. שהרי בזיהוי דנ"א לא מפענחים את כל רצף הדנ"א של הנבדק, אלא בין 10 ל-20 אתרי אסטימרים שלו. בדיוק כמו שבזיהוי טביעת אצבעות אנו בודקים בין 10 ל-20 נקודות מפתח בטביעת האצבע.

המסקנה: גם כאן יש להתייחס להתאמה בפרופיל אסטימרים הנעשה בזיהוי דנ"א כאל סימן מובהק מאוד – לאור הסיכויים הזניחים⁵ של התאמת פרופיל בין אנשים שונים – אך לא כאל זיהוי בטביעת עין והכרת פרצוף.

הגר"ש הלוי ואזנר שליט"א הורה להתייחס לזיהוי דנ"א כסימן מובהק, אך הגביל זאת לזיהוי דנ"א שמשווה רקמה של הנעדר לרקמה ממקום האסון. לעומת זאת, אם אין לנו דגימה נקייה של הנעדר עצמו, ויש צורך לשחזר את פרופיל הנעדר בעזרת פרופילים של בני משפחתו, או כאשר הדגימה במקום האסון איננה דגימה "נקייה" שמתאימה לנתוני הנעדר, אלא היא מכילה תערובת דנ"א מכמה אנשים, כאן רמת הודאות נמוכה יותר⁶, ולדעת הגר"ש ואזנר עוצמת הזיהוי היא כשל סימן בינוני⁷. בשנים האחרונות גדולי הפוסקים הורו להסתמך למעשה על זיהוי גנטי⁸, ועגונות לא

5. ניתן לחשב את הסיכוי למציאת אדם זר בעל פרופיל זהה לפרופיל של נבדק ידוע. ניתן להכפיל הסתברויות בלתי תלויות של שכיחות ממצא האסטימרים שבאתר מסויים עם השכיחות של הממצא באתר שני וכן הלאה. לדוגמא: אם שכיחות של ממצא באתר אחד הוא עשירית (10%) ובשני חמישית (20%), מכפלת השכיחותות $0.1 \times 0.2 = 0.02$ דהיינו שני אחוז בלבד. אם שכיחות הממצא באתר שלישי הוא 5%, מכפלת השכיחותות תהיה כבר שווה ל-0.001 דהיינו פרומיל אחד, וכן הלאה.

6. במצבים המורכבים הללו של שחזור פרופיל דנ"א באמצעות דנ"א של הורים או בני משפחה אחרים, ושל בידוד פרופיל דנ"א מתוך תערובת פרופילים מכמה אנשים, חייבים לבדוק כל מקרה בנפרד. ייתכנו מצבים בהם התוצאה לא תחשב אפילו כסימן בינוני, בעוד שבמקרים אחרים ניתן להגיע לרמה של סימנים מובהקים. הדרך היחידה לבצע ניתוח הלכתי במקרים אלו היא לאפשר מעורבות איש הלכה מובהק שמכיר את טכנולוגיית הזיהוי באמצעות דנ"א.

7. פסק ההלכה של הגר"ש ואזנר נשלח בשנת תשס"א לרב משמר הגבול הרב אלכסנדר לוינסון. הפסק נכתב ונחתם ע"י הרב משה קליין, חבר בית הוראה בראשות הר"ש ואזנר, על פי דעתו של הרב ואזנר ובאישורו של הגר"נ קרליץ, ופורסם תחת הכותרת 'זיהוי הלכתי על פי בדיקת דנ"א' בתחומין כא (תשס"א) עמ' 121-123; ובנשמת אברהם, (מהדורה חדשה תשס"ז) כרך שלישי, חלק אבן העזר, סימן ד, ס"ק א2.

8. דעת הגר"ש אלישיב הובאה בנשמת אברהם, שם, ס"ק א2 (ד).

מעטות, כמו עגונות אסון בנייני התאומים בניו יורק, הותרו אחרי הסתמכות בין היתר גם על זיהוי פרופיל האסטיארים מדגימות הדנ"א שנותרו באתר ההריסות.⁹ חלק מהעגונות הותרו ע"י הג"ר זלמן נחמיה גולדברג תוך הסתמכות על זיהוי דנ"א של שרידי רקמות. הוא דן במפורט בשאלה ההלכתית של זיהוי באמצעות דנ"א, והראה שהתאמת דנ"א מהווה לפחות 'סימן מובהק ביותר'. הגרזנ"ג הוסיף: "אכן עיקר היתר הנשים סמכתי על בדיקת דנ"א שנראה שדינו כסימנים מובהקים ביותר"¹⁰.

טכנולוגיית הזיהוי הגנטי מיושמת כיום גם בצה"ל. מכל מתגייס נלקחת דגימה ביולוגית ממנה ניתן להכין פרופיל אסטיארים. הדגימה נשמרת במאגר מרכזי, כך שניתן להפיק את הפרופיל בעת הצורך. קיום המאגר כבר מנע טעויות בזיהוי, ואין ספק כי הוא יוכל בעתיד גם למנוע עגונות מלחמה. הבסיס ההלכתי והטכנולוגי לתקיפות הזיהוי הובא למעלה, ועיקרו: ככלל, **זיהוי DNA מול דגימה מקורית**, ערכו של הזיהוי יכול להגיע לדרגת סימן מובהק מאוד, בדומה לטביעת אצבעות, וזאת עקב הסיכויים הזניחים שלאדם זר יש במקרה את אותו פרופיל אסטיארים של האדם הנבדק. לעומת זאת, ערכה ההלכתי של **השוואה מול דגימות מעורבות או דגימות בני משפחה קרובים**, במקרים רבים לא יעלה על זו של סימן בינוני. הערכה מדויקת יותר של עוצמת הזיהוי תלויה בנתונים המדויקים של כל זיהוי וזיהוי. בכל אופן ברור כי ערכו של זיהוי מקובל ע"פ DNA איננו שווה לזיהוי בטביעת עין.

ד. בדיקת אבהות באמצעות פרופיל אסטיארים

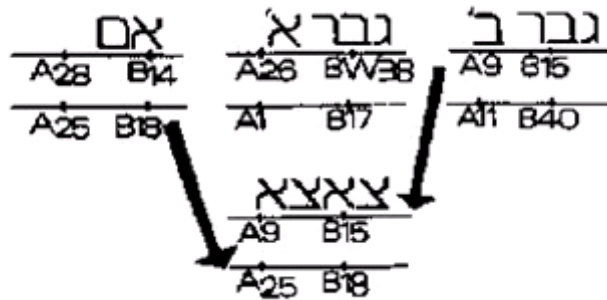
המקור לדגימת הדנ"א יכול להיות כמעט כל רקמה מגוף הנבדק. לדוגמה: דם, רוק, שתן, זרע, שיער, שיניים ועצם. הדרך הקלה והמקובלת היום היא לדגום ע"י שפשוף קל במטוש של ברופן הפנימית של הפה. וכאשר המטרה לשלול או לאשר אבהות¹¹, נלקחת דגימה כזו מהאב הנטען ומהצאצא. בהתייחס לכך שיש לנו שני סטים של כרומוזומים, נוכל לזהות באותו אתר שני שיאים שונים המציינים שני אסטיארים בעלי מספר חזרות שונה. באחד נקבע מספר החזרות על ידי האב של בעל הדגימה הנבדקת, ובשני – על ידי אימו. אמנם אם באתר אסטיארים מסוים מופיע שיא בודד, אנו יודעים שהנבדק ירש משני הוריו אסטיאר עם אותו מספר חזרות באתר המסוים הזה (ראה פרק ב לעיל). ע"פ הבנה זו קל לבחון אם קיים יחס הורות בין האב הנטען לצאצא. אם קיים

9. במדור התשובות של קובץ **קול צבי** – קובץ חידושי תורה (הוצאת הכולל העליון בישיבת רבנו יצחק אלחנן, ניריורק) חוברת ד, תשס"ב, הוקדשו חמישה מאמרים לשאלת העגונות מאסון התאומים. הכותבים שם הם: מו"ר מרדכי וויליג; הג"ר זלמן נחמיה גולדברג; הרב מנחם מענדל סנדרוביץ ומרן הג"ר עובדיה יוסף.

10. הרב זלמן נחמיה גולדברג, **קול צבי**, שם, עמי 14–35, 41–43, בעמ' 42. חלק מתשובת הגרזנ"ג הובא גם ב**נשמת אברהם** שם.

11. ראה: א' שטינברג, **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** (מהדורה חדשה, מכון שלזינגר ירושלים, תשס"ו) כרך ב, ערך 'אבהות', עמ' 211.

יחס כזה, אזי בכל אתר אָסִי־אָרִים של הצאצא, לפחות אחד השיאים חייב להיות שיא הנמצא גם בפרופיל של האב. כדי לשלול באופן מוחלט את האבהות די בכך שבאחד האתרים הנבדקים יימצא אצל הצאצא שיא שלא קיים בפרופיל האב. מאידך גיסא, כדי לקבוע אבהות באופן חיובי עלינו לוודא קודם כול שיקימת התאמה כזו, דהיינו שבכל אתר של הצאצא יש לפחות שיא אחד שקיים גם בפרופיל של האב, ובהמשך לאמוד את הסיכוי שתהיה התאמה כזו עם אדם זר. אם הסיכוי לכך נמוך מאוד-מאוד, למשל אחד למיליארד, מהוה הדבר הוכחה סטטיסטית לכך שהנטען הוא באמת האב הביולוגי. אבל זו רק הוכחה סטטיסטית, שפירושה הוא כי הסיכויים שהנטען איננו האב, אלא אדם אחר בעל פרופיל דנ"א מתאים הוא האב – הם נמוכים עד כדי חוסר סבירות. במילים אחרות, שלילת אבהות היא מוחלטת (דהיינו 100% בהנחה שלא היו טעויות במעבדה), בעוד שקביעת אבהות חיובית איננה מוחלטת אלא הסתברותית, כלומר קביעה הנסמכת על שיקולי רוב גדול מאוד. חשוב לדעת שגם אם באוכלוסיה הכללית הסיכוי להימצאות פרופיל דנ"א זהה לזה של האב הנטען הוא אפסי, הסיכוי להימצאות פרופיל כזה בקרב קרובי האב הנטען הוא הרבה יותר גבוה. חייבים לחשב את ההסתברות לקיום פרופיל כזה בין הקרובים, ולשקול את משמעותו.



תמונה מס' 7:

בדיקת שני אתרי HLA של אב, צאצא ושני אבות נטענים

את העיקרון החשוב הזה, המבדיל בין רמת התקיפות בשלילת אבהות גנטית לבין רמת התקיפות בקביעה חיובית של אבהות גנטית, הבהרתי כבר בשנת תשמ"ב. אמנם באותם הימים טרם פותחה שיטת זיהוי ע"פ דנ"א, אך הייתה קיימת שיטת זיהוי ע"פ HLA, שהוא אנטיגן – חומר ביולוגי – שהמבנה שלו נקבע ע"פ הדנ"א. העיקרון של שלילת אבהות או קביעתה ע"פ HLA זהה לעיקרון של השלילה או הקביעה ע"פ דנ"א, דהיינו הוא נובע ישירות מכללי התורשה האנושית של ההורים לצאצאיהם באמצעות שרשרות הדנ"א. תמונה מס' 7 מציגה באופן גרפי תוצאות בדיקת שני אתרים של HLA שהופקו מאם, מהתינוק שנולד לה, ומשני גברים. התמונה מדגימה שלילה מוחלטת של אבהות גבר א', שכן פרופיל ה-HLA של הצאצא מכיל אנטיגנים אותם הוא ירש מאביו,

ואנטיגנים אלו אינם נמצאים אצל גבר א'. מאידך גיסא, אנטיגנים אלו כן נמצאים בפרופיל של גבר ב', ומשום כך קיימת הסתברות גבוהה מאוד לקביעת אבהות חיובית, כלומר לאישור אבהותו של גבר ב'.

להבדלים בין שלילה מוחלטת של אבהות לבין קביעה פוזיטיבית הסתברותית של אבהות יכולה להיות משמעות בהלכות ממזרות. לפני שניתן יהיה לקבוע ממזרות על סמך שלילת אבהות, יש לברר האם לקביעת ממזרות די בהוכחה חד־משמעית של **תוצאה** (הנובעת בהכרח מסיבת הממזרות), כשם שהדבר נכון בדיני ממונות, ואז ייתכן כי שלילת אבהות מוחלטת בבדיקה גנטית תקבע ממזרות, או שמא לקביעת הממזרות נדרשת עדות על עצם המאורע **הקובע** המהווה את הסיבה לממזרות ואין די בהוכחה של התוצאה. ניתן להביא ראיות לכך שההוכחה על התוצאה מספיקה. משיטת ר' יהודה בדין "יכיר" מוכח כי ממזרות יכולה להיקבע על סמך שלילת יחס האבהות בין אדם לבין אחד מהילדים שנולדו לאשתו במהלך נישואיהם¹². עדיין יש מקום לשאול האם להלכה ניתן לקבוע ממזרות על סמך בדיקות טבעיות, שלא על סמך נאמנות עד או אב. גם על כך יש תשובה בדברי הרש"ש במס' בבא בתרא, נח, א. הרש"ש שם מסביר כי רבי בנאה נמנע מלבצע בדיקת דם (שמתוארת בספר חסידים) לשלילת אבהות בסכסוך ירושה, אך ורק כדי למנוע ממזרות שיכולה להיקבע מתוצאות הבדיקה המדעית¹³.

מאידך גיסא קיימים מצבי ממזרות שאינם נקבעים על סמך שלילת אבהות אלא רק על סמך **קביעת אבהות**. לדוגמה, בן של ממזר גם הוא ממזר. לקביעה כזו יש צורך בקביעת אבהות ברורה, ולא די בשלילת אבהותו של אחר. כמו כן בצאצא מאיסורי עריות שאינם אשת איש, אלא אשת אחיו או אחות אשתו בחייה. במקרים כאלה חובה להוכיח אבהות פוזיטיבית ברורה כדי לקבוע ממזרות של הצאצא.

לאור האמור למעלה, שהוכחת האבהות הפוזיטיבית היא לא יותר מהוכחה בדרגה של רוב, הרי שיהיו מקרים בהלכות ממזרות שניתן יהיה בעקבות כך להתיר את העשוקים. ואכן על סמך הכרת העיקרון הזה, לפני שנתיים הותרו לבוא בקהל צאצאים אשר קביעת אבהות פוזיטיבית באמצעו HLA הייתה לכאורה הוכחה מכרעת לממזרותם. בסיס מוצק להיתר הייתה הידיעה כי הוכחה פוזיטיבית איננה יותר מהוכחת רוב¹⁴, שלא כמו שלילת אבהות שהיא מוחלטת.

גם נושא **הפטור ממזונות** בהסתמך על שלילת אבהות גנטית, כבר נדון בבתי הדין. יש הרכבים בארץ שסומכים על בדיקה גנטית לחיוב ולשלילה, ויש הרכבים בארץ שלא

12. ראה רמב"ם איסורי ביאה טו, טז.

13. עוד על האפשרות לקביעת ממזרות על סמך שלילת אבהות גנטית, ראה: **קובץ תשובות לגר"ש אלישיב**, ח"א (תש"ס), סי' קלה; מ' הלפרין, 'בדיקת רקמות – השלמה לדין', **אסיא** סדסח, עמ' 101 (תשס"א), ובמקורות המצויינים שם; **נשמת אברהם**, (מהדרו' חדשה תשס"ז) כרך שלישי, חלק אבן העזר, סימן ד, ס"ק א, והע' 18.

14. על הכרעת ההיתר שניתן בקיץ תשס"ז חתמו הגר"ע יוסף שליט"א, הגרז"נ גולדברג שליט"א, הגר"ר ניסים בן שמעון שליט"א, הגר"ר אשר וייס שליט"א, והגר"ר זאב ליטקה שליט"א.

סומכים¹⁵. באחד המקרים ביה"ד הרבני בחיפה פטר ממזונות אדם שבדיקה גנטית (HLA) שללה את אבהותו¹⁶. העיקרון שניתן לפטור ממזונות על סמך שלילת אבהות גנטית, נקבע כבר בפסק דין של הגר"ש דיכובסקי בעת היותו אב"ד הרבני באשדוד, בפס"ד מעניין שניתן באייר תשמ"ב ופורסם בספר **אסיא** ה' (מכון שלזינגר, ירושלים תשמ"ו) עמ' 163–178¹⁷. בפסק הדין של הגר"ש דיכובסקי נקבע העיקרון, בלא יישומו למקרה הנדון שם. אולם בפסק דין של ביה"ד בחיפה יושם הפטור הלכה למעשה. תיק ביה"ד הרבני מחיפה עלה לערעור בבית"ד הגדול בירושלים¹⁸. דיני בית הדין הגדול קיבלו את הערעור, וחייבו את הבעל במזונות הצאצא, למרות הבדיקה הגנטית ששללה באופן מוחלט את אבהותו.

באחד הבקרים, שבועות ספורים אחרי קבלת הערעור, נפגשתי לשיחה אישית עם דיין בכיר בהרכב הערעור. אמרתי לו בדידות כי לענ"ד הם עשו עוול במשפט, וחייבו אדם לשלם מזונות שלא כדין עבור צאצא שבוודאי אינו שלו. הדיין הסביר את פסק הדין בכך שבדיקות האבהות אינם יותר מאומדנא, ואומדנא איננה מספיקה לבטל את חזקת רוב בעילות אחר הבעל.

הבהרתי לו בפירוט את דרכי הבדיקה. מהר מאוד הסכמנו שלא מדובר באומדן כפי שסבר, אלא בבדיקה ברורה וחד-משמעית לעיני כל המעיין בה, בדיקה השוללת באופן מוחלט את האבהות. נאנח אז הדיין ואמר לי את הדברים הבאים: "לצערי אף אחד לא טרח להציג בבית הדין את ההסבר המדויק על מהות הבדיקה. מסקנות הבדיקה הוצגו בפנינו כאומדן בלבד ולא כהוכחה ברורה". הוא הוסיף ואמר שאילו בזמן הדיון היה מגיע לידיו המידע המלא על מהות הבדיקה ואמינותה – פסק הדין בערעור היה שונה.

15. הרב מרדכי אליהו, 'זיהוי גנטי וייחוס משפחתי – היבט הלכתי', בתוך: גינקולוגיה, גנטיקה, פוריות וילודים לאור ההלכה (עורך: הרב יואל קטן, ירושלים תש"ס) עמ' 110–116, בעמ' 112.

16. ביה"ד הרבני בחיפה, תיק 8734/תשמ"ו.

17. ביה"ד הרבני באשדוד, תיק 1245/תשמ"א; 378/תשמ"ב. בפס"ד זה טמונה מחלוקת מעניינת בין הרב דיכובסקי לבין הרב יעקב אליעזרוב. אב ביה"ד הרב דיכובסקי סבר כי גם במצבים בהם ניצבת על הפרק שאלת ממזרות, והכרעת הדין היא שלא להסתמך על בדיקות גנטיות לקביעת ממזרות, ככל זאת לעניין החיוב הממוני של מזונות יש לפטור את האב הנטען ממזונות ברגע שהבדיקות הגנטיות שללו את אבהותו. לעומתו הרב אליעזרוב סבר (הע' 17 בעמ' 173 שם) שפסיקה כזו הינה 'רתתי דסתרי', ולא ניתן לחלק בין שאלת הממזרות לשאלת המזונות. לכן כמו שלא ניתן לקבוע ממזרות על סמך הבדיקה, לדעתו גם לא ניתן לפטור ממזונות, למרות תוצאות הבדיקה שוללת האבהות.

18. בית הדין הגדול, ערעור 86/תשמ"ז.

ה. סיכום

1. התאמה מלאה בין פרופיל אסטייאריום מדגימת גופה לפרופיל אסטייאריום של נעדר – מהווה סימן מובהק ביותר על פיו ניתן לזהות חלל ולהתיר עגונה.
2. כאשר דגימת האסטייאריום של הנעדר איננה דגימה ישירה, אלא שוחזרה באמצעות דגימת אסטייאריום מקרובי משפחתו – חייבים לבדוק כל מקרה בפרוטרוט. יתכנו מצבים בהם התוצאה לא תיחשב אפילו כסימן בינוני, בעוד שבמקרים אחרים ניתן להגיע לרמה של סימנים מובהקים. הדרך היחידה לבצע ניתוח הלכתי במקרים אלו היא לוודא שאיש הלכה מובהק שמכיר לעומק את טכנולוגיית הזיהוי באמצעות דנ"א, יהיה מעורב באופן מלא בתהליך הזיהוי.
3. שלילת אבהות באמצעות דנ"א או HLA היא הוכחה חד משמעית כי קטעי דנ"א שצאצא קבל מאביו הגנטי לא נמצאים ברקמות האב הנטען. ברמה העקרונית מדובר בשלילה מוחלטת של האבהות על כל המשתמע ממנה. לדעת הרש"ש בסוף חזקת הבתים, בדיקה מהימנה מסוג זה גם קובעת ממזרות, ולכן אסור לבצע אותה, וכך משמע מתשובת הגרי"ש אלישיב שליט"א. אמנם עדיין יש פסקי דינים סותרים בבתי דין רבניים שאפילו לא פוטרים ממזונות ע"פ הבדיקה, אך לפחות חלק מפסקים אלו ניתנו בלא שמהות הבדיקה הוצגה לדיינים כנדרש.
4. בניגוד לשלילת אבהות, שהיא שלילה מוחלטת ברמה המדעית, קביעת אבהות פוזיטיבית איננה יותר מהוכחת רוב. הבחנה זו בין שלילת אבהות לקביעה חיובית כבר הביאה לביטול כתם ממזרות בישראל.

האם אפשר לסמוך על בירורי היהדות בבתי הדין?

הרב שלמה שפירא

אב בית הדין הרבני האזורי נתניה

"כִּי יִשְׂרָיִם דְּרָכֵי ה' וְצַדִּיקִים יִלְכוּ בָּם וּפְשָׁעִים יִפְּשְׁלוּ בָּם" (הושע יד, י). הגמרא בנוזר (כא א) מסבירה שמייירי בהולכים באותה דרך, וצדיקים ילכו בה.

הנושא שברצוני להעלות אינו מדבר על אנשים שבמזיד משקרים, או לא מדייקים. בטוחני שהם רוצים לעשות מלאכתם באמונה, אך המציאות שהם פועלים בה מצריכה או גורמת להם להמליץ המלצות, שספק רב אם הן עומדות בגדרי ההלכה. אתמול דובר על פרוצדורה של התנהלות, ואני רוצה לדבר על דברים שהם מעיקר הדין.

כשאנו באים לסדר גט הגט צריך להיערך לפי כל כללי ההלכה, ואם יפלו טעויות בחקירת שמות, בכתיבת הגט ובמסירתו, הדבר יכול להביא חלילה לידי ממזרות, שגורמת להטמעת ממזרים בישראל, ר"ל. לכן הדיינים צריכים לערוך חקירת שמות הצדדים, ונותנים כתיבת הגט לסופר שבקי בהלכות, בודקים את הגט ואחראים למסירתו. אחרי שעושים כל הנ"ל חותמים על מעשה בית הדין. האם יעלה על הדעת שדיין ייתן לצוות גיטין לערוך חקירת שמות, או אפילו רק לכתוב הגט, לבדוק ולמוסרו, ואח"כ יביאו מעשה בית דין לדיין ויחתום על הדברים?!

הכנסת גויים לעם ישראל היא לא פחות חמורה מעריכת גט פיטורין, שלא ברור איך הוא נעשה. בהרצאה שהרציתי לפני כמה שנים בכנס, הבאתי את דברי המשנה בנגעים האומרת שלכוהן שוטה, חכם אומר לו שיאמר טהור, ואומר טהור. ובזמנו עמדתי על החובה לערוך בירור יהדות. כיום, לאחר שהתברר לי בכמה מקרים שההמלצות של מברר היהדות ניתנו בהם על סמך אמירה ולא על סמך פרמטרים הלכתיים, דעתי היא כי חובה על כל אחד מהדיינים להבין את חוות דעתו של מברר היהדות, ואף במקרים שנדמה להם הדבר כקל. זאת, לא מפני שרוצה להטעות, אלא שלפעמים יחסי הגומלין עם לשכת הקשר ועם "שורשים", שביסודם הם ארגונים שאפשר לסמוך על ממצאיהם, אך לא בעיניים עצומות, אלא לאחר בירור מספיק.

צריך לדעת שהקובעים את הזכאות להכרה ביהדות לצורך חוק השבות הם אנשי לשכת הקשר, אך צריך לעמוד על אמינות דבריהם, והרבה פעמים כל ארגון מנסה להעמיד דבריו. בכל מקרה צריך לבדוק על סמך מה הם קבעו החלטותיהם, והאם המסמכים שעליהם הסתמכו הם מהימנים.

ברצוני להעלות מקרה שנידון אצלנו בפני הרכב מיוחד לבירור יהדות, והחלטנו בו שלא לאשר יהדות, זאת, למרות חוות דעת לשכת הקשר וההמלצות שניתנו לנו מפי מומחים לאשר היהדות, והדברים מדברים בעד עצמם.

א. תיק ק' – נימוקי פסק דין

א) הופיעה בפנינו ז' ק' בת ול' וא' מ"ז ——— בבקשה לאישור יהדות. בקשה זו הונחה בפני הרכב מיוחד שנקבע על פי החלטתו של הראשון לציון הגאון רבי שלמה משה עמאר שליט"א, ולאחר שבית הדין הרבני בת"א לא היה יכול להגיע להכרעה בבקשה זו, וזאת על פי סעיף 7(ב) להנחיות בירור יהדות התש"ע–2010.

תחילה נתאר השתלשלות העניינים בתיק בירור היהדות של המבקשת, ובעיקר בתיק בירור היהדות של אחותה – י' ק', מכיון שהחלטת בית הדין בתיק נסמכה על בירור היהדות של י'.

ביום 22.7.2008 הגישה י' ק' בקשה לאישור יהדות.

ביום ח' באלול תשס"ח (08/09/08) הופיעה י' בפני מברר היהדות הרב י' ג'. להלן חוות דעתו:

"מבקשת אם והבת.

אבא רוסי – ר'.

סבא מ'.

הציגו תעודת לידה של סבתא:

מבקשת עלתה לישראל 1999 – אזרחות 2001,

אימא עליה 2001.

אחות סבתה ר' – ו' ד' מ"ז ———.

המבקשת שומרת מצוות.

1) מבקש תיקים של משרד הפנים של:

ק' א' – ———.

ק' א' – ———.

ד' ו' – ———.

2) לשלוח לבדיקת מז"פ תעודת לידה מספר ———. רואים שהיא מזויפת.

לקבל צילומים מכל המסמכים שהם אסמכתא לקבלת זכאות לעליה של:

ק' א' – ———; ק' א' – ———.

כל התעודות אחרות חדשות.

עם כל החומר ותשובות להפנות לד"ר זאב רייז.

בית הדין בת"א בהחלטתו מיום י' באלול תשס"ח (10.9.2008) קבע:

"על המזכירות להזמין ממשרד הפנים תיק של ק' א' וא' ו' כמפורט בבקשה בסעיף 1.

לשלוח לבדיקת מז"פ תעודת לידה מספר _____.

להזמין מסמכים לקבלת זכאות לעליה של ק' י' וא'."

ביום כ"ב במרחשוון תשס"ט (20.11.2008) הגיע מזכר לשכת הקשר שזה לשונו:

"נבדקו התעודות של כל האחיות של הסבתא כולל התעודה של הסבתא. שם הסבתא ג' ר' ביתה של נ' (שם נעוריה ג'). ס' ב' ילידת 1912. זכאותם ב.4."

על מזכר זה חתומה ק' ט'.

במועד 03/09 התקבל דו"ח המז"פ שקבע שתעודת הלידה של האם – אנה שהוצגה בפני בית הדין ושמספרה _____ היא תעודה מזויפת.

בתיק בית הדין בת"א מצויה חוות דעתו של חוקר היהדות ד"ר רייז מיום ז' במרחשוון תש"ע (25.10.2009), וזה לשונו:

"תעודת הלידה שם אם אימה של הנדון _____ היא לא במצב תקין.

כתוב בה שנ' ר' נולדה בשנת 1929, תעודה מחודשת (היא משנת 1987) אבל לא כתוב שהיא משוחזרת – הרישום הלידה היה בשנת 1946.

הצילומים מתעודות של המשפחה בתיק משנות 1997–2008 ככולם רשום שאביה לא יהודי ואמה יהודייה ועל כל התעודות האלה אי אפשר לסמוך.

עד היום לא הוצגו בפני בית הדין גם תעודות לידה של אחות ואח אימה ג' פ' _____.

לסיכום: החומר שהוצג בפני בית הדין עד היום לא דיו כדי לאשר את יהדותה של הנדון.

בשביל המשך הבירור על המבקשת להציג בפני בית הדין תעודות מקוריות של בני משפחה."

מתוך חוות הדעת והחומר שבתיק עולה שהמסמכים הוצגו בפני ד"ר רייז בעקבות החלטת בית הדין הרבני בת"א מיום 21/05/09, ומבלי שהועברה לו חוות דעת המז"פ.

בית הדין הרבני בת"א הזמין את י' ומשפחתה לפגישה עם מר א' ד', ביום ט"ו במרחשוון תש"ע (2.11.2009) ניתנה חוות דעתו שזה לשונו:

"לאחר שעיינתי במסמכים שהוצגו בפני על ידי גברת א' ק' ת"ז _____ בעניין רישום הדת והלאום שלה ושמעתי את טיעוניה, אין ביכולתי לקבוע כרגע עמדה בנושא, אם לרושמה כיהודייה במרשם האוכלוסין.

בית הדין יבקש מהפונה להמציא מסמכים נוספים כפי שפורט להלן.

הופיעו המבקשת, אמה ואם האם – ר' ג', ואחותה של ר' ו' ד'. שם משפחת נעורים של ר' ואחותה – נ' (אביהם היה נכרי וכך גם של הדורות המאוחרים).

אימם בטיעון ס' ב' לבית ג', הייתה לה אחות ר' א' שנפטרה באודסה 2006 הוצגו צילומי תעודת לידתה ופספורט.

ר' ג' (למרות הופעתה לא ניתן לתקשר איתה), אחותה ר' ואמם ס', בזמן מלחמה היו בטיספול וניצלו בחסות משפחה אוקראינית – פ'.

לטענתן ס' הייתה רשומה יהודייה וכך הופיעה בתעודת לידה של ר'.

תעודת לידה חוזרת משנת 86 של אם האם המבקשת נשלחה למז"פ ונמצאה מזויפת (תשובתם התקבלה ביום 17.02.09), לבקשתי שיסבירו פשר הדברים, הם אומרים שלא ידוע להם מי עשה זאת. שאלתי אולי ס' הייתה רשומה רוסיה? ו' אמרה "יכול להיות, אני לא זוכרת."

סיפור משפחתי לא כל כך אמין וגם קשרים משפחתיים. אבקש להפנות את התיק עם כל ממצאיו לרב א' א' שיציג הכול ללשכת הקשר לבדיקה חוזרת כי כאמור לעיל יש בדיקת מז"פ."

ביום א' בכסלו תש"ע (18.11.2009) הורה בית הדין הרבני בת"א לרב א' לערוך בדיקה חוזרת בלשכת הקשר.

ביום ז' באייר תש"ע (21.4.2010) ניתנה המלצה נוספת של א' ד' הממליצה לאשר את יהדותה של האחות. בהמלצה זו נכתב ככל האמור לעיל, אלא שהוספה פסקה נוספת כדלהלן:

"ביום ז' אייר תש"ע הגיע תשובתם של לשכת הקשר (וגם שוחחתי אתם בטלפון) האומרת: תעודות טובות של שאר המשפחה (כלומר תעודה שהתגלתה כמזויפת אכן זויפה, אבל שייכת ליהודי שהסתיר בזמנו את הלאום שלו) וברור להם שהם יהודים כי שוחחו עם אחות נוספת של אם האם המבקשת שגרה באודסה ונוכחו לדעת שדבריהם דברי אמת, למרות שהבירור (כנראה צ"ל: לא. ש"ש) היה פשוט כלל.

לסיכום: לפי בדיקת לשכת הקשר (שמקובלת עליי) המבקשת בת לאם יהודייה ואב נכרי."

ביום ט"ו אייר תש"ע (29/04/10) הופיעה י' בבית הדין הרבני בת"א. להלן חלקים מהפרוטוקול:

"עליתי ביום 99 ואת האזרחות קיבלתי בשנת 2001. 25 בדצמבר 2001.

...

נולדתי במולדובה עיר טירספול. שם אימא א' יהודייה מצד האימא, אבא של אמי לא יהודי. אימא שלה יהודייה.

משפחת האימא לפני החתונה ג'. שם אבא ר'.

סבתא לפני החתונה שמה ר' נ'.

יש לי עוד אחות גדולה משני ההורים. אחותי לא נישאה ליהודי אלא אביו של בעלה יהודי, נישאה בקפריסין כי בעלה לא רוצה לעשות גיור.

לאימא יש אח מאותו אבא ואימא. יש לאימי עוד אחות גדולה רק מאימא.

שני הבעלים של סבתי היו לא יהודים.

בארץ יש לאימי אח בשם פ' אשר הוא אח של אמי מאותו אבא ואימא.
לסבתא יש אחות קטנה בארץ בשם ו' אשר נשואה ללא יהודי, אוקראיני.

...

אם המבקשת: ... יש לי אח בשם פ' לפי אותו הורים הוא גר בבני ברק,
לאחי יש בת.

...

הופיעה אחות הסבתא: זאת אחותי מאותו אבא ומאותה אימא, בעלי לא
יהודי, יש לי ילדים. הנכדה נישאה בארץ דרך הרבנות.

ב': יש תעודת נישואין שלה שהיא יהודייה ובעלה לא משנת 97,
המטריקה שלה משנת 96."

באותו יום ניתן פסק דין הקובע את יהדותה.

(ב) ביום ו' באלול תש"ע (16.8.2010) פתחה המבקשת תיק בירור יהדות בבית הדין הרבני
בת"א. האסמכתא לבקשתה היה בירור היהדות שנערך לאחותה י'.

ביום כ' באלול תש"ע (30.8.2010) ניתנה המלצתה של מר א' ד' וזה לשונו:

"הופיעו המבקשת ואמה והציגו מסמכיהם ותמונות משפחתיות, מהם
עולה שאחות המבקשת קיבלה אישור יהדות בבית הדין הרבני בת"א
(המלצתי אודות יהדותה של אחות מצורפת).

היהדות כמו בהמלצת אחות המבקשת – אי'.

עלי להבהיר שאני אישית אמנם לא נוכחתי להכיר ולאשר יהדות
המבקשת ולכן פניתי ללשכת הקשר, אבל אחרי שדיברתי (לא פעם אחת)
עם גברת ט' משם, נוכחתי לדעת: שאישור יהדות שלהם אכן אחראי
ומבוסס הן על בדיקת מסמכיהם (של ארבעה דורות!) במקום הרישום
המקורי שלהם בחו"ל והן על שיחה אישית עם אחות נוספת של הסבתא
שאו עוד הייתה בחיים.

ובשיקול דעת שלהם הייתה מודעות אודות המצאות תעודה מזויפת
והאישור שלהן אינו מבוסס עליה, אלא על בדיקות מעמיקות נוספות
הנ"ל."

ביום י"ג באלול תשע"א (12.9.2011) ניתנה החלטת בית הדין הרבני בת"א ובה
התבקשה חוות דעת נוספת של ד"ר רייז בעניין אישור יהדות.

בחוות דעתו מיום כ"ח במרחשוון תשע"ב (25.11.2011) כותב ד"ר רייז:

"הנדון: ק' ז' ת"ז — מס' תיק 819111/1.

1) קיבלתי את התיק לבירור על סמך החלטת בית הדין בתל אביב
מתאריך י"ג אלול תשע"א.

2) בשיחה טלפונית עם גברת ק' י' ת"ז ———, ואחרי ברור בשאלון לבירור יהדות ש' מ' כאשר פנתה לבית הדין בת"א בשנת 2008 כדי לקבל אישור יהדות, התברר שהנדון וי' הן אחיות.

3) עברתי על החומר שבתיק בית הדין של י', לפי צילומים מהתעודות החדשות משנות 1997–2008 (——, ——, ——, ——) שגם על המקור שלהם אי אפשר לסמוך בשום פרט ופרט, אימא שלהן ק' א' ת"ז ———, אימא של א' ר' ושם אמה של ר' הוא ס'.

4) בפני בית הדין הוצגה גם תעודת לידה ——— של ר' משנת 1978 על לידה בשנת 1929 שבה רשום שאביה של ר' גוי ואמה ס' יהודייה, בחוות דעת מז"פ המודפס 17.02.09 (תיק ז"ב 05–25051/08) רשום שהתעודה מס' ——— "מזוייפת, שרישומים בתעודה המקוריים נמחקו ועל גבי המחיקה יש רישומים חדשים."

5) בתיק של י' נמצא מזכר מהמחלקה הקונסולרית נתיב (מצורף) הקובעת אחרי בדיקה של התעודות של סבתא ר' ואחיות שלה, שגברת י' (אחותה של הנדון) זכאית לעליה בסעיף 4ב שמשמעותו שהיא יהודייה. חשוב להדגיש שהמזכר נכתב ביום 20.11.08 לפני שהודפסה חוות דעת מז"פ הקובעת שתעודת הלידה של ר' מזוייפת.

לסיכום:

בחומר שהוצג עד היום לפני בית הדין אין ראיות על יהדותה של הנדון, בשביל המשך הבירור חשוב לקבל (או דרך הנדון או דרך נתיב) חומר נוסף כולל תעודות מקוריות על יהדותה של גברת ד' ר' ת"ז ——— והוכחות כולל (תמונות) שהיא באמת אחות של אם אמה של הנדון."

לאור חוות דעתו של ד"ר רייז הוציא בית הדין הרבני בתלאביב ביום י"ד בשבט תשע"ב (7.2.2012) החלטה שמסקנתה:

"נוכח חוות הדעת של חוקר היהדות ד"ר זאב רייז... טרם מתן החלטה סופית מבקש בית הדין את תגובת המחלקה הקונסולרית "נתיב" במשרד ראש הממשלה."

בתגובה להחלטה זו הגיע לבית הדין מכתבו של הרב א' מ' מיום כ"ח אדר תשע"ב (19/03/12) שעמד בקשר עם לשכת הקשר, וזה לשונה:

"מדובר בתיק מורכב ומסובך בו היו מספר שינויים בשמות, ניתנה בזמנו חוות דעת מורכבת של הגברת ק' ט' מלשכת הקשר. לבקשת בית הדין שוחחתי איתה שנית וביקשתי חוות דעת נוספת. לטענתה לא תוכל לכתוב עוד חוות דעת. מדובר בתיק מסובך, אין לה מה לחדש מעבר למה שכתבה."

בהמשך למכתב זה נשלח לבית הדין הרבני בת"א גם מכתבו של הרב א' א' מיום י" ניסן תשע"ב (02/04/12) וז"ל מכתבו:

"מדובר בתיק אישור יהדות שנפתח על ידי המבקשת, והתברר שתעודת לידה של הסבתא הייתה מזויפת. אבל שאר קרובי המשפחה יש להם תיעוד מצוין שרשום שהם יהודים. אחותה של המבקשת קיבלה אישור יהדות מבית הדין בפתח תקווה, אבל ד"ר זאב רייז במכתבו מתאריך כ"ו תשרי תשע"ב רט' חשון תשע"ב כתב שאין מספיק הוכחה ליהדותה. בהחלטת בית הדין מיום י"ד שבט תשע"ב, בית הדין מציין שד"ר רייז כותב שהמלצת "נתיב" לגבי ז' (אחותה של המבקשת) הסתמך על תעודת לידה של הסבתא שהתבררה כמזויפת.

יש לציין שדיברתי עם "נתיב" וחוות דעתם הייתה אחרי בדיקת תעודות של ארבעה דורות (הבדיקה הייתה במולדובה וגם אודסה באוקראינה) ושיחה עם בני המשפחה. אני חושב שאם העובדה היא כך, אז הספקות של ד"ר רייז אינם קיימים.

אני מבקש מכבוד בית הדין להזמין לשיחה את רבי א' ד' להבהרה סופית על חוות דעתו ולפסוק בהתאם."

בהמשך למכתב זה ניתנה ביום ב' באייר תשע"ב (24.4.2012) המלצה נוספת על ידי

א' ד' שזה לשונה:

"עלי להבהיר שאני אישית אמנם לא נוכחתי להכיר ולאשר יהדות המבקשת ולכן פניתי ללשכת הקשר, אבל אחרי שדיברתי (לא פעם אחת) עם גברת ט' משם, נוכחתי לדעת: שאישור יהדות שלהם אכן אחראי ומבוסס הן על בדיקת מסמכיהם (של ארבעה דורות!) במקום הרישום המקורי שלהם בחו"ל והן על שיחה אישית עם אחות נוספת של הסבתא שאז עוד הייתה בחיים.

ובשיקול דעת שלהם הייתה מודעות אודות המצאות תעודה מזויפת והאישור שלהן אינו מבוסס עליה, אלא על בדיקות מעמיקות נוספות הנ"ל."

עד כאן תיאור השתלשלות העניינים ובירור היהדות הנמצא בתיק בית הדין הרבני

בת"א.

העולה מהמלצתו של א' ד', שאין בידינו הוכחות מוצקות כלשהן להוכחת יהדותה של המבקשת והוא מסתמך על חוות דעתה והתרשמותה של ק' ט' מלשכת הקשר, הטוענת שבדקה מסמכים של ארבעה דורות במקום הרישום המקורי, וכן על שיחה שלה עם אחות הסבתא.

כשנמצה כל האמור לעיל, דבר זה דומה למה שנאמר בפסחים (פח ע"ב):

פעם אחת נמצאת הלטאה בבית המטבחים ובקשו לטמא כל הסעודה כולה באו ושאלו את המלך אמר להם לכו ושאלו את המלכה באו ושאלו את המלכה אמרה להם לכו ושאלו את רבן גמליאל באו ושאלו אותו אמר להם בית המטבחים רותח או צונן אמרו לו רותח אמר להם לכו והטילו עליה כוס של צונן הלכו והטילו עליה כוס של צונן וריחשה וטהר ר"ג כל

הסעודה כולה נמצא מלך תלוי במלכה ונמצאת מלכה תלויה בר"ג נמצאת כל הסעודה תלויה ברבן גמליאל.

אף אנו נאמר, נמצא בית הדין תלוי במר א' ד', ברב א' א' וברב א' מ', ונמצאו א' ד', הרב א' והרב מ' תלויים בגברת ק' ט'. נמצא בית הדין תלוי בגברת ט'. דא עקא ק' אינה רבן גמליאל, ובית הדין חייב לסמוך על מסמכים, עובדות וראיות הקבילות על פי ההלכה, ונמצא שאין ביכולתנו להסתמך על מכתב או מזכר המביא לנו את דעתה של ק' ט'. חובת בית הדין לדעת מה הם העובדות, המסמכים או הראיות שהביאו להחלטתה של לשכת הקשר. האם המסמכים והראיות אמינים. וגם אם הם אמינים האם יש להם תוקף הלכתי.

ג) בפנינו הופיעה המבקשת, אחותה – י', אמה – אנה, אחות הסבתא – ו' ד'. כמו כן הופיע בפנינו מר ח' א' – ראש לשכת הקשר, שנימק על סמך מה נקבעו זכויותיה של המבקשת ומשפחתה. כמו כן הוצגו בפנינו כל המסמכים שהוצגו בפני בית הדין בת"א והמצויים בתיק האחות י'. מלבד זאת, הזמין בית הדין תיקי המבקשת ומשפחתה ממשרד הפנים ועיין במסמכים הנמצאים בתיקים אלו.

ועתה נבאר העולה ממסמכים אלו.

המבקשת הציגה תעודת לידה מחודשת משנת 97, תעודה שמספרה 077996, ובה

רשום:

אב – ו' – מולדובני.

אם – אנה – יהודייה.

אחותה של המבקשת י' ק' ילידת 21/01/83 מ"ז ———, בהופעתה בבית הדין הרבני בתל-אביב, הציגה גם היא תעודת לידה מחודשת שמספרה 077995 (מספר עוקב) בה פרטי ההורים שווים.

התעודות הוצאו ביום 28/05/97.

כמו כן הוצגה תעודת לידה מחודשת של אם המבקשת ג' א' בת פ' ו', ילידת טירספול ביום 02/07/53. מספר התעודה ———. ובה רשום:

אב – פ' – אוקראיני.

אם – ר' – יהודייה.

וכן הוצגה תעודת לידה מחודשת של אמה של א', נ' ר', ילידת 10/06/29. תעודה שמספרה ——— (מספר עוקב לתעודת הבת), ובה נכתב:

אב – נ' ד' בן ג' – אוקראיני.

אם – נ' ס' בת י' – יהודייה.

התעודות הוצאו ביום 02/06/97.

לשאלת בית הדין בדיון שנערך ביום י"ט תמוז תשע"ב (09/07/12), מדוע התעודות חדשות ולא מקוריות, ענתה המבקשת שההחלפה הייתה בהוראת הממשלה.

לשאלת בית הדין אם כן מדוע תעודת הנישואין של אמה וסבתה הן מקוריות, ענתה המבקשת שהיא אינה יודעת.

כפי שיתבאר להלן, המבקשת אינה דוברת אמת ותעודות המשפחה הוחלפו ביוזמתן ובמטרה לרשום את האם, הסבתא ואם הסבתא יהודיות. בהמשך להחלפת התעודות עלו אחות המבקשת, המבקשת אמה וכן דודתן של הצדדים ו' ד' ומשפחתה.

ד) והנה כבר ידוע שאין אפשרות לסמוך על תעודת לידה שהוצאו אחר שנת 91', מאז שהתקבלה החוקה בחבר העמים, ולפיה כל אזרח יכול לבחור לפי רצונו את לאומו. ולפיכך לתעודות שהוצאו החל משנת 91' אין ערך ראייתי כלשהו. מלבד זאת, אף שבתחילת שנות התשעים לא הייתה אפשרות להוציא תעודות לידה מקוריות מארצות חבר העמים, וזאת בהוראת השלטונות, שהקפידו לדרוש מהיוצאים מברית המועצות את התעודות המקוריות ונתנו במקומן תעודות מוחלפות, המכונות תעודות 'די"ז'. ומשכך אין ריעותא במי שיצא מארצות חבר העמים בשנים אלו ומציג תעודות די"ז, מפני שההחלפה הייתה ביוזמת השלטונות. אמנם החל משנת 92', שלטונות ברית המועצות מאפשרים הוצאת תעודות הלידה המקוריות.

עד סוף שנות ה-80 רישום אדם כיהודי בתעודה, היה מקשה עליו בהתנהלות היום יומית. ולפיכך החשש שמי שאינו יהודי יהיה רשום כיהודי בתעודת הלידה הוא חשש רחוק. ולכן תעודות אלו מהימנות ומהוות ראיה. מעתה, מי שנולד בברית המועצות בתקופה שלפני שנות ה-90 ועלה ארצה אחר שנת 92, היה באפשרותו להוציא תעודת לידה מקורית שהיא תעודה מהימנה. אם כן, מי שאין בידו תעודת לידה מקורית ומציג תעודה מוחלפת, שעל כל פנים הוחלפה משנת 91 ואילך, יש לברר מה הן הסיבות להחלפת התעודה.

בין כך ובין כך, תעודות שהוצאו משנת 91 ואילך, אינן יכולות להוות ראיה בלבדית לקביעת יהדות, אף למי שנולד באותה עת. ובוודאי שמי שהחליף תעודה באותה העת צריך להסביר מדוע הוחלפה התעודה, וצריך להוכיח מה נכתב בתעודה המקורית.

אף אם נאמר שלפעמים היה צורך להחליף תעודה מפני שהתעודה המקורית אבדה או הושחתה, הדבר יכול לקרות בתעודה אחת, אך בנידון דידן שכל התעודות של כל בני המשפחה הוחלפו, הדבר מעורר תמיהה רבה וכמעט מוכחת שהחלפת התעודה הייתה לא בכדי אלא לצורך שינוי פרטים ברישום התעודות של כל בני המשפחה.

ולפיכך תעודת המבקשת, אחותה, אמה ואם האם, שכולם תעודות שהוצאו בשנת 97', אין אפשרות לסמוך עליהן כהוכחה.

ה) בפנינו הוצגו צילומים של מספר תעודות לידה של ר', סבתה של המבקשת.

תעודה משנת 80 שמספרה _____, על לידה ביום 10/06/29. תאריך רישום 07/09/46. מספר רישום _____. בתעודה זו כתוב:

אב – ג' ד' בן ג'. בסעיף הלאום לא רשום דבר.

אם – נ' ק' בת י'. לאום: אוקראינית.

תעודה נוספת: התעודה שהוצגה בפני בית הדין הרבני בתל-אביב היא תעודה משנת 87 שמספרה ———, פרטי לידה, תאריך רישום ומספר רישום כמו בתעודה הקודמת. בפרטי ההורים נכתב:

אב – נ' ד' בן ג'. אוקראיני.

אם – ס' בת י'. יהודייה.

תעודה זו נשלחה לבדיקת המז"פ. בחוות הדעת של מז"פ מיום 17/02/09 נכתב: "בבדיקת התעודה הנזכרת לעיל מצאנו שהיא מזויפת." רישומי התעודה המקוריים נמחקו ועל גבי המחיקה יש רישומים חדשים.

תעודה נוספת: תעודה מחודשת משנת 97 שמספרה —. תאריך לידה, תאריך רישום ומספר רישום זהים לתעודה הקודמת ובה כתוב:

אב: ד' בן ג'. אוקראיני.

אם: ס' בת י'. יהודייה.

תעודת נוספת: תעודה מחודשת משנת 2006 שמספרה —. תאריך לידה, רישום כנ"ל ובה רשום:

אב: ד' נ'. אוקראיני.

אם: נ' ס'. יהודייה.

ו) בדיון שנערך בבית הדין הרבני בתל-אביב ביום י"ד בשבט תשע"ב (7.2.2012) הגישה המבקשת אישור ממושרד הרישום בטירספול שניתן יחד עם התעודה המחודשת שמספרה ——— הנזכרת לעיל.

באישור זה נכתב:

"מחלקת משרד רישום ממשלתי של עיריית טירספול מאמת שברישום לידה מספר 533 מ-07/09/1946 מופיעה גברת נ' ר' בת ד' ילידת 10/06/1929 בעיר טירספול. הוריה הם:

אב: נ' ד', בן ג' – אוקראיני.

אם: נ' ס', בת י' – יהודייה.

לאום של אביה נרשם אוקראיני.

שם אמה כ' שונה ל'ס'.

לאום אמה אוקראינית שונה ליהודייה.

על סמך החלטת מחלקת משרד הרישום המאושרת על ידי משרד המשפטים של מדינת מולדובה וניתנה תעודת לידה מספר: ———.

האישור ניתן להצגה במקום הדרוש."

מתוך מסמך זה ברור שהרישום המקורי בשנת 46 היה כפי שרשום בתעודה משנת 80, דהיינו שאמה של ר' היא ק' בת י', אוקראינית. על סמך החלטת מחלקת הרישום, שונו שלושה פרטים ברישום:

- (א) במקום לאום האב שהיה חסר ברישום המקורי, נרשם עתה לאום אוקראיני.
- (ב) שם האם שונה מ"ק" ל"ס".
- (ג) לאום האם שונה מאוקראיני ליהודי.

והנה כבר כתבנו ותיארנו בכמה מקומות, וראה באריכות בפס"ד שפורסם ב"שורת הדין" כרך יד עמוד סז, המתאר את ההתנהלות בחבר העמים והיכולת לשנות את הלאום והשם בין בהצהרה בפני משרד הרישום ובין בבית משפט, וכפי החוק הנוהג משנת 91, שעל פיו כל אחד יכול לקבוע את לאומו.

אין ספק שבעת הרישום שמה של האם של ר' היה ק', שהוא שם נכרי מובהק וגם לאומה היה אוקראיני המתאים לשם זה. על פי החלטת משרד הרישום נהפכה ק' האוקראינית לס' היהודייה. במקביל לכך קיבל גם אביה של ר', ד', שלאומו לא היה רשום, לאום אוקראיני. דהיינו שהלאום האוקראיני של האם הפך ללאום האוקראיני של האב, וזה מסביר מדוע רשומה ר' במסמכים אוקראינית, דבר המאפשר לומר שזהו לאומו של אביה, ואינו מורה על לאומה האמתית.

העולה מכל האמור לעיל הוא שסבתה של אם המבקשת הייתה רשומה בספר הרישום ק' בת י', אוקראינית. בעקבות הצהרה שנעשתה בשנת 97, נעשה שינוי רישום בספר הרישום בטירספול שבעקבותיו הוצאו תעודות חדשות לר' בת ק' (ס'), אנה בת ר' ו' בנות א'. ובכולם נרשם הלאום "יהודייה". אין ספק שמקור השינוי הוא בהצהרה ללא סימוכים כלשהם. ולפיכך אין לסמוך על הצהרה זו, הסותרת את מה שנכתב בשנת 1946, ולפיה ק' היא אוקראינית, שהרי אין ראייה כלשהי הסותרת הרישום שהיה כתוב בספר הרישום.

הוצגה בפנינו תעודת לידה משנת 80' ובה רשומה ק' כאוקראינית. אחות המבקשת הגישה בזמנה לבית הדין הרבני בת"א "תעודת לידה" של ק' משנת 87, תעודה שהייתה מזויפת, נמחקו רישומים קודמים ונרשמו פרטים חדשים כדי ליצור מצג שווה שק' יהודייה. ועל כל פנים ברור שהסבתא רבה ושלוש דורות שאחריה היו בחזקת גויות, ואין ראייה כלשהי שתוכיח שיש להן זיקה כלשהי ליהדות.

ולפיכך מכלול הדברים מוכיח שהרישום מוכיח שהמבקשת, אמה, סבתה ואם סבתה, אינן יהודיות.

הזכרנו לעיל שביום כ"ב במרחשוון תשס"ט (20.11.2008) (בעת הדיון לאישור יהדותה של י', אחות המבקשת) התקבל בבית הדין הרבני מזכר של לשכת הקשר, שזה לשונו:

"נבדקו התעודות של כל האחיות של הסבתא כולל התעודה של הסבתא. שם הסבתא ג' ר' ביתה של נ' (שם נעוריה ג'). ס' בת י' ילידת 1912. זכאותם ב.4"

במזכר זה נכתב שנבדקו התעודות של כל האחיות. לא ברור מי הם כל האחיות. הרי יש רק אחות אחת – ו', ומה שנכתב "כולל התעודה של הסבתא", האם הכוונה לתעודה משנת 87, או לתעודה מחודשת. התעודה משנת 87 התגלתה מזויפת. נסיבות הוצאת התעודה משנת 97 התבררו לעיל. ולפיכך אין אמינות כלשהי לאמור במזכר, ובוודאי שאין אפשרות להשתית החלטתנו על האמור במזכר זה.

ז) לטענת המבקשת יש לאמה דודה ששמה ו' ד' ילידת 08/11/33. ו' היא אחותה של ר', סבתה של המבקשת. בפני בית הדין לא הוצגה תעודת לידה של ו' (לא תעודה מקורית ולא תעודה מחודשת). אל בית הדין הוגש רק דף תמצית רישום, דף נייר שמופק על ידי לשכת הרישום והמפרט הרישום בספר הרישום. נכתב בתמצית הרישום שעל פי בקשה מיום 12/02/10 נערכה תמצית הרישום. תמצית הרישום נעשתה במשרד המשפטים הראשי של מחוז אודסה ביום 17/02/10 ובאותה עת היה רשום בספר הרישום:

ו' נ' ילידת 08/11/33.

רישום לידה ביום 03/01/34.

מספר רישום: 32.

אב: נ' ד' בן ג'. לאום – אוקראיני.

אם: נ' ס' בת י'. לאום – יהודייה.

תמצית רישום זו מורה ששם האם ברישום הוא ס' בת י', יהודייה.

אך אין מתמצית רישום זה ראייה כלשהי האם שם האם ולאומה היו ברישום המקורי או שנעשו ביום מאוחר. אין אפשרות לסמוך על תמצית רישום זו, כמו שאי אפשר לסמוך על תעודה מתאריך זה. וכמו שכתבנו לעיל, ואין ראייה ממסמך זה אלא שבאותה עת בשנת 2010, היה הרישום כנ"ל, ותו לא.

בית הדין הזמין ממשרד הפנים את התיק של ו'. בתיק יש צילום תעודת לידה מחודשת שמספרה 190194. תעודה שניתנה בתאריך 11/06. וגם בתעודה זו רשום שהאם – ס' בת י' – יהודייה.

כפי שכתבנו לעיל, תעודה זו היא תעודה מחודשת משנת 2006 ואין אפשרות להסתמך עליה כדי להוכיח את יהדותה של ו'. הדבר סותר למכתב של לשכת הקשר מיום 20/11/08, בו נכתב שנבדקו התעודות של אחיות הסבתא, שהרי לא הוצגו בפנינו תעודות כאלו. ואם כן הן תעודות מזויפות. גם אם תרצה לומר שהכוונה היא לאחות הסבתא ו' ד', בפנינו לא הוצגה תעודת לידה אמינה של ו'. תמצית הרישום אינו ראייה שאפשר לסמוך עליה. כמו כן גם התעודה משנת 2006, אי אפשר לסמוך עליה, שהרי אין לנו ידיעה היכן תעודת הלידה המקורית, מה היה כתוב בה, ומדוע הוצרכו להוציא תעודת לידה לו' בשנת 2006.

בדיון שהתקיים ביום י"ט תמוז תשע"ב הופיעה ו' ד', אחות הסבתא, וגם א' (אם המבקשת). לשאלת בית הדין אמרה ו' שאחותה ר' גדולה ממנה בארבע שנים (ילידת 1929). עוד טענה שהסבתא רבה ק"ס נולדה בשנת 1910, אנה הוסיפה שק"ס נפטרה

בשנת 78 והייתה בת 68 (בתעודת פטירה מוזכר בדרך כלל הגיל, אך לא הוצגה בפנינו תעודת פטירה). עוד טענה שד' וק' התחתנו כשק' הייתה בת שמונה-עשרה.

בעץ היוחסין שמילאה י' ומהדברים שנאמרו בבית הדין בת"א עולה שלאמה א' אח מאב ואם ששמו פ' ג'.

הלה לא הופיע בבית הדין, אך בתיק משרד הפנים של פ' הנ"ל נמצאת תעודת לידה של פ' ג' יליד 22/11/53 ובה כתוב:

אב: פ' ג' – מולדובני.

אם: ג' ר' – יהודייה.

תאריך הרישום: 15/12/55. רישום קבלת התעודה 29/10/99. תעודה זו ככל התעודות האחרות, היא תעודה מחודשת שאי אפשר לסמוך עליה. כפי שכתבנו לעיל, אין ספק שאמה של ר' הייתה רשומה אוקראינית. ולכן הרישום המקורי שלה היה לא יהודי. אך יש לעיין עוד על הסתירה שלאום אביה של אנה רשום אוקראיני ולאומו של אביו של פ' מ', אף שמדובר באותו אדם.

המסקנה העולה וזועקת מתוך המסמכים ותעודות הלידה של המשפחה המורחבת היא שאין אפילו תעודה אחת מקורית ואמינה שניתן להוכיח ממנה יהדותו של מי מבין בני המשפחה. והדברים תמוהים שאם אכן כטעונם שהסתבא רבה ק"ס, הייתה יהודייה, מדוע אין ולא תעודה אחת המורה על עובדה זו.

(ח) והנה בהמלצותיו של מר א' ד' (שהובאה לעיל אות א') כתב כדלהלן:

"ביום ז' אייר תש"ע הגיע תשובתם של לשכת הקשר (וגם שוחחתי אתם בטלפון), האומרת: תעודות טובות של שאר המשפחה (כלומר תעודה שהתגלתה כמוזיפת אכן זויפה, אבל שייכת ליהודי שהסתיר בזמנו את הלאום שלו), וברור להם שהם יהודים כי שוחחו עם אחות נוספת של אם האם המבקשת שגרה באודסה ונוכחו לדעת שדבריהם דברי אמת, למרות שהבירור (כנראה צ"ל: לא. ש"ש) היה פשוט כלל.

לסיכום: לפי בדיקת לשכת הקשר (שמקובלת עליי) המבקשת בת לאם יהודייה ואב נכרי."

עולה שלא הוצגו בפניו ראיות או תעודות כלשהן שיש בהם כדי להוכיח על יהדותה של המבקשת. בהמלצה מיום 21/04/10 הוזכרה תגובת לשכת הקשר שהבירור היה על סמך "תעודות טובות של שאר המשפחה", אך תעודות אלו לא הוצגו בפניו. לא ברור אלו תעודות נוספות יש למבקשת ולאחותה, שהרי שכפי שכתבנו לעיל, כל התעודות שהוצגו בפנינו הם משנת 97, ובוודאי שאי אפשר לסמוך עליהם. התעודה היחידה שממנה היה ניתן להוכיח היא תעודה מזויפת. נוסף ונאמר, שאף מר ח' א' שהופיע בפנינו לא טען שהיו בפני לשכת הקשר תעודות אמינות כלשהן שעליהן התבססה החלטתם. ועיין לקמן.

בחוות הדעת של מר א' ד' במועד הנ"ל נאמר שההוכחה הנוספת מלבד התעודה, היא שיחה שנערכה עם אחות נוספת של אם אם המבקשת שגרה באודסה. הדברים לא

ברורים. לאם האם ר', יש רק אחות אחת והיא ו' ד' והיא הופיעה בפנינו. לא נטען כלל על אחות נוספת. אולי הכוונה למי שלהבנת לשכת הקשר הייתה אחות של אם אם האם, דהיינו אחות של ק"ס'. אף גם דבר זה תמוה. מהלשון "אחות נוספת" משמע שיש עוד אחות, והיה צריך להיות רשום "אחות אם אם האם".

בין כך ובין כך החלטתו של בית הדין הרבני בת"א מיום ט"ו באייר תש"ע (29.4.2010) הקובעת יהדותה של האחות י', מבוססת על שיחה עם לשכר הקשר שחוות דעתה (בעליפה או בכתב), נעשתה ללא מסמכים או ראיות שניתן לסמוך עליהם הלכתית. יש לציין שבהמשך להחלטה זו נישאה י' לר' א' ק'.

והנה לעיל אות ב' העתקנו מכתבו של הרב א' מ' מיום כ"ח אדר תשע"ב (19/03/12) שעמד בקשר עם לשכת הקשר וז"ל:

"מדובר בתיק מורכב ומסובך בו היו מספר שינויים בשמות, ניתנה בזמנו חוות דעת מורכבת של הגברת ק' ט' מלשכת הקשר.

לבקשת בית הדין שוחחתי איתה שנית וביקשתי חוות דעת נוספת. לטענתה לא תוכל לכתוב עוד חוות דעת.

מדובר בתיק מסובך, אין לה מה לחדש מעבר למה שכתבה."

אין בידנו תיעוד של חוות הדעת המורכבת. ולמעשה אין בידנו אלא חוות דעת משנת 2008, שבה נאמר, שהבדיקה הייתה על סמך תעודות. שכפי שכתבנו לעיל, לא ידוע על סמך אלו תעודות ניתנה. התעודות הידועות לנו אינם כאלו שניתן לסמוך עליהם, והתעודה היחידה שהייתה יכולה להיות מהימנה נמצאה מזויפת.

הדברים שכתבנו מעלים תמיהה. גם מכתבו של הרב א' א', שבו נכתב:

"מדובר בתיק אישור יהדות שנפתח על ידי המבקשת, והתברר שתעודת ללידה של הסבתא הייתה מזויפת. אבל שאר קרובי המשפחה יש להם תיעוד מצוין שרשום שהם יהודים. אחותה של המבקשת קיבלה אישור יהדות מבית הדין בפתח תקווה, אבל ד"ר זאב רייז במכתבו מתאריך כ"ו תשרי תשע"ב וט' חשון תשע"ב כתב שאין מספיק הוכחה ליהדותה. בהחלטת בית הדין מיום י"ד שבט תשע"ב, בית הדין מצייין שד"ר רייז כותב שהמלצת "נתיב" לגבי ז' (אחותה של המבקשת) הסתמך על תעודת לידה של הסבתא שהתבררה כמזויפת.

יש לי לציין שדיברתי עם "נתיב" וחוות דעתם הייתה אחרי בדיקת תעודות של ארבעה דורות (הבדיקה הייתה במולדובה וגם אודסה באוקראינה) ושיחה עם בני המשפחה. אני חושב שאם העובדה היא כך, אז הספיקות של ד"ר רייז אינם קיימים.

אני מבקש מכבוד בית הדין להזמין לשיחה את רבי א' ד' להבהרה סופית על חוות דעתו ולפסוק בהתאם."

אין ספק שהתעודות של שאר קרובי המשפחה אינם תעודות מצוינות ואינם מהוות אפילו ראייה לכאורה, גם לכשעצמן, וק"ו שהתעודות ניתנו אחרי שינוי הרישום

וכדכתבנו לעיל. גם האמירה של "בדיקת תעודת של ארבעה דורות הבדיקה הייתה במולדובה וגם אודסה באוקראינה" אינה ברורה. האם יש תעודות אחרות שהיה מניעה להביאם לארץ. והרי אין ספק שהרישום עד שנת 97 היה שק' אוקראינית.

מלבד זאת, נכתב במכתבו של הרב א' "שיחה עם בני המשפחה", לא ברור במה עדיפה השיחה של אנשי לשכת הקשר משיחתו של א' ד' עם בני המשפחה.

ט) בפני הרכב בית הדין המיוחד הופיע מר ח' א', מנהל לשכת הקשר כדי להסביר על מה מבוססת קביעתו שהמבקשת היא יהודייה. בעדותו אמר:

"בתחילת המאה נולדו שתי אחיות: ג' ס' בת י' ילידת 1908/9, וג' ר' בת י' ילידת 1912.

ג' ס' הסבתא של האם נישאה לנ' ד', שנהרג במלחמה בשנת 44, נולד ביום 1908.

לד' וס' נולדו 2 בנות, שמותיהן: נ' ו' שנולדה בשנת 1933 ונ' ר' שנולדה בשנת 1929."

כראיה לדבריו הציג צילום של הרישום בספר הרישום על לידתה של ו', שלדבריו היא אחותה של ר' – סבתה של המבקשת. לשאלת בית הדין האם נציגי לשכת הקשר ראו את הרישום בספר הרישום והם שצילמו אותו, ענה ח':

"קשה להגיע לספר. המשפחה השיגה לנו צילום ספר הרישום בתמורה לתשלום וקשרים, הציגו הצילום והביאו לנו, צילום ספר הרישום לא נעשה על ידי לשכת הקשר, אלא הוצג לנו על ידי המשפחה."

עוד הוסיף שמלבד הרישום בספר זה, הסתמכו גם על דבריה של ר' א' שהיא אחותה של ק' ס', סבתא רבה של המבקשת. ואלו דבריו כפי שנרשמו בפרוטוקול:

"ג' ר' האחות של ס', נולדה בשנת 1912 אף שבדרכון פנימי רשום שהיא נולדה בשנת 1922. בדרכון הפנימי שמה א' ר' בת ח' נולדה בעיר אננייב. מלבד זאת, שוחחנו עם ר' והיא דיברה אידיש אמרה שהייתה לה אחות ששינתה שמה ל'ק' ויש לה שתי בנות: ו' ור'. לר' הגענו באמצעות המבקשת ומשפחתה.

מגיש צילום תצהיר של ק' עובדת לשכת הקשר, תצהיר מ-05/07/12 על שיחה טלפונית שנעשתה בשנת 98-99."

יש לציין שגברת ק' ט' היא זו ששלחה את חוות הדעת בעבר (חוות דעת שהתקבלה בבית הדין הרבני בת"א ביום 20/11/08 והוזכרה לעיל אות א') והיא חתומה עליה, ואיתה שוחחו הרבנים מימון, א' וא' ד'.

בתצהיר מיום 05/07/12 נכתב:

"בשנת 1998-99 שוחחתי טלפונית עם אחותה של סבתא רבה של ק' י', שמה א' ר' (ר') בת ח' ילידת 1912 אבל רשומה 1922. דיברה אידיש וסיפרה על אחותה ס' (הייתה רשומה קסניה אחרי מלחמת העולם השנייה) ואחייניותיה, ר' וו'. התגוררה בכתובת רחוב פ' 1/115 בעיר אודסה.

הקשר עם א' ר' נוצר באמצעות טלפון. מאחר שבאותה תקופה התגוררה באודסה, והוזמנה למרכז הישראלי."

יש לציין שגם מר ח' א' וגם גב' ק' ט' בתצהירה, לא כתבו שחוות דעתם מסתמכת גם על תעודות, בשונה ממה שכתבו במכתבם לבית הדין בתל-אביב מיום 20/11/08, שבו נכתב שבדקו תעודות ועל סמך זה בנויה המלצתם. ובניגוד לאמור במכתב של הרב א' וחוות דעתו של א' ד' שלפיה גב' ק' ט' אמרה להם שבדקה תעודות של ארבעה דורות והתעודות הם תעודות מצוינות. ואין ספק שהדברים שנאמרו בפנינו הם גרסה מחודשת להסביר החלטת לשכת הקשר הקובעת שהמבקשת ומשפחתה הם יהודים. (י ועתה נבחן הדברים).

בפני לשכת הקשר ובפני בית הדין הוצג צילום שנטען שהוא צילום הרשום בספר הרישום. לא ידוע לבית הדין וכנראה שגם לא ללשכת הקשר, מי הוא זה שראה את הרישום בספר הרישום וצילם אותו. ולפיכך אין בידינו מסמך שנוכל לקבוע עליו שהוא מסמך אותנטי. בית הדין סומך על תעודות המוצגות בפניו, מפני שהם עשויות מנייר מיוחד שמכילה הממשלה ושאי אפשר לזייפו, באופן שאפשר לסמוך שהרישום שנעשה בו (בשנים מסוימות), הוא רישום מהימן ומתאים למקור בספר הרישום. הרישום בתעודות אלו נעשה על ידי פקידי הממשלה וניתן להורים עם הלידה. ומשכך אם מוצגת בפנינו תעודה כזו, ניתן להסתמך עליה ולדעת שאכן הפרטים מתאימים לרישומים המקוריים וכדין שטר העולה בערכאות של עכ"מ, ואכ"מ.

אמנם אם מובא בפנינו רק צילום של תעודה, אין אנו יכולים לדעת שאכן זה צילום של התעודה המקורית. שהרי אפשר לערוך מחיקות ושינויים בתעודה המקורית ולצלמה אחרי השיפוץ שנעשה כרצונו של המבקש. בצילום שכזה לא נוכל לעמוד על שינויים ומחיקות שנעשו בתעודה אם נעשו. ולפיכך אין לצילום תעודה ערך ראייתי כלשהי. אכן אם תוצג תעודה כזו שעליה חותמת של שגרירות ישראל או אדם אחר מהימן שראה את התעודה המקורית, בדק שאכן היא אמינה וצילמה, יש באפשרותנו לסמוך על צילום זה אחרי בדיקת הנתונים.

ומעתה נימא גם בנידון דידן. אין לפנינו אלא צילום שנטען שהוא צילום של הכתוב בספר הרישום. איננו יודעים מי צילמו. ולפיכך אין בידינו ראיה כלשהי שאכן פרטים אלו היו רשומים בספר הרישום, שהרי אף אם הגיעו לרישום כלשהו של ו', יכול להיות שהיה רשום שם שם האם ק'אוקראינית, כפי שהיה ברישום של ר' בספר הרישום, ואפשר שצולם הצילום המקורי ואח"כ נעשתה מחיקה, נרשמו הפרטים המבוקשים ולפנינו הוצג צילום ספר הרישום אחר השינויים שנעשו בו. ומשכך אין ראיה כלשהי מהצילום שהוצג בפנינו שאכן הדברים הכתובים בו, כתובים גם בספר הרישום.

נוסיף ונאמר. מעדותו של ח' א' עולה, שאי אפשר להגיע לספר הרישום ולראות הכתוב בו. ואכן מבחינה חוקית אין אפשרות ואסור להראות לאדם כלשהו את ספרי הרישום. לטענתו, המשפחה היא זו שהשיגה את הצילום בתמורה לתשלום וקשרים.

ולפיכך אין ספק שהצילום אם אכן נעשה, נעשה באופן לא חוקי ובתמורה לתשלום שוחד. אין ספק שצילום המעיד על הכתוב בספר הרישום היה חשוב מאוד למשפחה (ובאמצעותו עלתה רוב משפחה לארץ), ולפיכך מכיוון שלא הייתה מניעה מצידם לפעול בצורה לא חוקית, להציג את האמור בספר הרישום, לא הייתה מניעה מצידם גם לזייף ולהציג מסמך כוזב כדי להשיג את מטרתם. לבית הדין הוכח כבר שאחות המבקשת הציגה תעודה מזויפת והטעתה את בית הדין על ידי הצגת מצג שווא ולפיו היה רשום בתעודה, שאם הסבתא – ק'ס', יהודייה. ולפיכך ודאי שאין מניעה מצידם להציג מצג שווא על הרשום בספר הרישום, דבר שלא ניתן לבדיקה, בניגוד לתעודה שנבדקה ונמצאה מזויפת. ולפיכך אין שום אפשרות לסמוך על הנייר שהוצג ללשכת הקשר והוצג לנו ונטען עליו שהוא צילום מספר הרישום.

[ועוד נראה שאין ספק שמסמך זה מזויף מתוכו, שהרי בשוליו של המסמך ישנה חותמת של הממשלה החדשה באוקראינה (אחרי התפרקות ברית המועצות) "משרד משפטי, משרד רישום". חותמת זו ודאי לא הייתה על המסמך המקורי, שהרי אם היה רישום כזה הוא היה בשנת 1933, בעת שאוקראינה הייתה חלק מברית המועצות. ולפיכך ברור שלא היה במקור. כמו כן בצד החותמת נכתב "הצילום אמין" וחתום מנהל ארכיון. והרי לפי מה שביארנו לעיל וביררנו, אין אפשרות חוקית לעיין בספר הרישום ולא לקבל צילום ממנו, ואם כן לא יכול להיות שהרשויות באוקראינה נתנו צילום המסמך וכתבו שהוא אמין, שהרי כפי שאמר מר ח' א' בפנינו, צריכים תשלום וקשרים כדי לקבל צילום שכזה. ואם כן לא יכול להיות שתינתן חותמת רשמית.]

ולפיכך הצילום שנטען עליו שהוא צילום מספר הרישום לא עדיף מתמצית הרישום ומהתעודה המחודשת שהוצגה בפנינו, ואין בו בכדי להורות על יהדותה של ו'. (יא) והנה אפילו אם נקבע שאכן הצילום הוא צילום אמיתי ואכן יש רישום כזה בספר הרישום, צריכים אנו לבדוק האם ניתן לסמוך עליו, והאם זה תואם את הטענות האחרות שנטענו בפנינו.

ברישום זה כתוב:

"תאריך רישום 1/34 מספר רישום 32

נ' ו' בת ד', נולדה 08/11/1933.

אב – ד' בן ג', בן 33. אוקראיני.

אם – ס' בת י', בת 21, יהודייה."

משמעות רישום זה הוא שנ' ו' נולדה בשנת 33 לאמה ס' שהייתה בעת הלידה בת 21. ולפיכך יש לקבוע שס' נולדה בשנת 1912. והנה לדברי המבקשת וקרוביה והמסמכים שבידינו, הסבתא ר' נולדה 4 שנים לפני ו', ביום 10/06/29. ולפיכך בהסתמך על האמור בספר הרישום נצטרך לקבוע שק'ס' ילדה את ר' בהיותה בת 17, ונישאה בהיותה בת 16, דבר שאינו הגיוני ולא היה ניתן על פי החוק.

ואכן בדיון שנערך בפנינו בי"ט בתמוז התשע"ב, טענו גם האם – א' וגם הדודה ו', שס' נולדה בשנת 1910, וילדה את ר' בהיותה בת 18, אך הדבר סותר את הכתוב

לטענתם בספר הרישום שבו נכתב שס' הייתה בת 21 בשנת 1933, ולדבריהם הייתה באותה עת בת 23.

הדברים סותרים גם למה שאמר בפנינו מר ח' א' שלדבריו ס' נולדה בשנת 1908/9, והרי אם נסתמך על האמור בספר הרישום, בשנת 1933 הייתה ס' בת 21, ולדבריו הייתה בת 24 או 25. גם במזכר של גב' ק' ט' מיום 20/11/08 נכתב שס' נולדה בשנת 1912. דברים אלו מתאימים לצילום ספר הרישום שבפנינו אך סותרים לטענות האחרות שנטענו בפנינו כפי שכתבנו.

יב) והנה לדברי ח' א' לק"ס' בת י' ג' הייתה אחות בשם ר' בת י' ילידת 1912. לדבריו, הנ"ל הייתה רשומה בדרכון הפנימי (ת"ז) "אר' ר' בת ח'". עוד אמר שלמרות שבדרכון הפנימי כתוב שהיא ילידת 1922, תאריך לידתה האמתי הוא בשנת 1912.

בפני בית הדין הוצג תצלום דרכון פנימי של א' ר' ח' שמספרו ——— ובו רשום שהיא יהודייה. כמו כן הוצג בפנינו צילום תעודת לידה של ר' הנ"ל, תעודה משנת 49 על רישום בשנת 49 שמספרה —, ובו רשום גם כן שהלה נולדה בשנת 1922 והוריה:

אב – י' בן ש' – יהודי.

אם – ל' בת ל' – יהודייה.

לא ניתן הסבר הגיוני מדוע בעת הרישום בשנת 1949 רשמו שהלידה הייתה בשנת 1922. אך אפילו אם נקבל לטענה שהרישום הוא מוטעה והיא נולדה בשנת 1912, הדברים לא יכולים להתאים לרשום בספר הרישום ולפיו ס' היא זו שנולדה בשנת 1912, והרי לא יכול להיות ולא נטען בפנינו שס' וגם ו' נולדו באותה שנה בשנת 1912. ולכן נטען בפנינו שס' נולדה בשנת 1908/9, ולפיכך אף אם נקבל לטענה שיש טעות ברישום בתעודת הלידה ובדרכון על לידה בשנת 1922 והיא נולדה ביום 1912, הדבר עדיין סותר לרשום בספר הרישום ולפיו ס' היא זו שנולדה בשנת 1912. דבר זה מערער את כל הבניין וההוכחות עליהם נסמכה לשכת הקשר בכואה לסמוך על עדותה של ר' ולפיה היא אחותה של ק' וק' היא ס'.

בית הדין לא ראה התעודות אלא צילומי התעודות (וספק אם לשכת הקשר ראתה אותן), אבל יש תמיהה בעובדה שבעת לידה רשומה ר' הנ"ל בת של י', שאינו שם יהודי מובהק ובפספורט שניתן שנים אחרי כן, שונה שם האב לחיים, שהוא שם יהודי מובהק ביותר.

מלבד זאת, מצילום תעודת הלידה עולה שבלאום האם היה כתוב בתחילה Y שהוא תחילת הכתיבה של אוקראינית, ואחרי אות זו נכתב עיבריי שהכוונה יהודי, נשאלת השאלה האם היה כתוב ברישומים דבר אחר שנמחק ושונה והצילום הוצג בפנינו? אך אין זה מענייננו לעת עתה, שהרי אין אנו סומכים על תעודה זו להוכחת יהדות, שהרי כבר כתבנו לעיל שצילום תעודה לא מהווה אפילו ראיה לכאורה, ומצילומי תעודות אלו אין לנו ראיה אמיתית מי היא בעלת התעודה, האם שמה באמת ר' א', או שהיא אשה אחרת ונעשו שינויים בתעודה ואח"כ צולמו הדרכון ותעודת הלידה ונשלחו ללשכת הקשר כהוכחה ליהדותה של ר' הנ"ל.

והנה לדברי מר ח' א', לשכת הקשר שוחחה עם ר' זו, שלדבריה, נולדה בעיר אננייב. הנ"ל דיברה אידיש ואמרה שהייתה לה אחות בשם ס' ששינתה שמה לק' והיא אמה של ר' וו' וסבתא רבה של המבקשת. אין ספק שמר ח' לא שוחח עם ר' הנ"ל. לדבריו, ק' ט' הייתה זו ששוחחה עמה. ואכן הוצג בפנינו תצהירה של ק' ט' המתארת שיחה זו. חובתנו לבדוק האמור בתצהיר, והאם יש בו בכדי להאיר אפילת תיק זה.

בתצהיר נכתבו הדברים שאמר ח' א' שהנ"ל ילידת 1912 למרות הכתוב בתעודה, והנ"ל דיברה אידיש וסיפרה על אחותה ואחייניותיה. בתצהיר נכתב שק' ט' שוחחה עם ר' טלפונית ולא הייתה פגישה פנים אל פנים.

אין ספק שמי שמסר את מספר הטלפון של ר' הנ"ל ויצירת הקשר הייתה ע"י המשפחה. ק' לא הייתה יכולה לברר מי נמצא מעברו השני של הקו והאם הנמצאת בצידו השני של קו הטלפון היא ר' או מישהי אחרת. וגם אם היא ר' א' לא ניתן לזהות את פרטיה. ולפיכך יכול להיות שאשה זו הייתה מישהי שהציגה את עצמה כאחותה של ק' ס' ולא מוכרח שאכן היא אחותה. ולפיכך אין אפשרות לסמוך על עדות של אשה כלשהי ששמה נמסר לק' על ידי המשפחה, אשה שהוכנה מראש כדי למסור עדות מסוימת שתעזור להם לקבל אישור לעליה לארץ.

אין ספק שאין זה ראוי שרשות ממשלתית תסמוך על שיחה טלפונית בנסיבות העניין, ובוודאי שרשות משפטית לא תוכל לסמוך על שיחה כזו, ואפילו אם הייתה נעשית על ידי בית הדין, בנסיבות מקרה זה, כשבית הדין מקבל מספר טלפון ומי שנמצא מעברו השני של הקו, יהיה מי שיהיה, מוכן למסור עדות המצופה ממנו, לא נוכל לסמוך על עדות זו כלל.

יג) תמיהה נוספת העולה מתצהיר זה הוא אמירתה של ק' שבשנת 98–99 שוחחה עם ר'. התצהיר נכתב בשנת 2012, כלומר כשלוש-עשרה שנים אחרי ביצוע השיחה. האם יעלה על הדעת שק' המטפלת באלפי ואולי בעשרות אלפי תיקים של עולים מברית המועצות במשך שנים רבות תזכור פרטי שיחה שנערכה לפני למעלה משלוש-עשרה שנה? ! והדברים תמוהים מאד! אלא שיכול להיות שפרטי השיחה נרשמו בלשכת הקשר בתיק המשפחה בעת ביצועה. אך אם כן, לא ברור מדוע לא הציגו בפנינו צילומי רישום שיחה זו, כמו שהציגו צילום הכתוב בספר הרישום וצילום התעודה של ר'.

נוסיף ונאמר: בשאלון לבירור יהדות שניתן לאחות המבקשת – י' ק' ובה מילאה שמות הקרובים ופרטיהם כתבה הנ"ל במשבצת של אחים ואחיות של אבי המבקשת את שמה של א' ר'. יש לציין שבשאלון הנמצא בתיק הפיזי מילאה המבקשת את השאלון ובו נשמטה ר' זו, אך בשלב מאוחר יותר ובטרם שנסרק למחשב בית הדין, נרשם שר' הנ"ל היא אחות של אבי המבקשת. דבר זה סותר את הגרסה שר' היא אחות הסבתא, ק"ס'.

בין אם נאמר שר' היא אחות האב ובין אם נאמר שאין היא אחותו, וכנראה שהיא אחות אבי אם המבקשת או מישהו אחר ממשפחתה (היא מנויה באותה דוגת קרבה עם ו' ופ' שהם האחים של ר'). ולכן מסתבר שר' זו היא אכן קרובת משפחה, אך לא ברור מהי

הקרבה. יכול להיות גם שהיא יהודייה והיא זו שדיברה עם ק' ט', אך אין אנו יכולים לסמוך שהיא אכן אחות הסבתא רבה, מכיוון שהמבקשת עצמה כתבה שהיא קרובת משפחה מצד אביה.

יד) בתצהיר זה נכתב עוד "הייתה רשומה קסניה אחרי מלחמת העולם השנייה", כנראה שכוונת הדברים שבעת המלחמה, כשברחו מהגרמנים שינתה את שמה לשם ק' שהוא שם נכרי, אבל עד המלחמה נקראה בשמה המקורי ס', שהרי לא הייתה סיבה לשינוי השם. אמנם נראה שגם עובדה זו לא נכונה. בתיקי הצדדים נמצא מכתב מהצבא הרוסי המודיע לק' על מות (או העלמות) בעלה, ד'. וז"ל המכתב:

"לכבוד

האזרחית נ' ק'. (ק'. ש"ש). י. (י. ש"ש)

לעיר טירספול רחוב ובניה בית 49

אני מוסר שסגן נ' ד' בן ג' שהיה בחזית מלחמה עם גרמניה בשנת 20/08/44 היה פצוע והועבר לבית חולים צבאי – מספר בית חולים צבאי לא ידוע לנו.

סגן מנהל מחלקה 5

תת אלוף י'

".10/15

ממסמך זה עולה שד' היה קצין בצבא הרוסי ומשמעות הדברים ששירת שנים רבות בצבא. מסתבר מאוד ששירת בצבא לפחות מתחילת מלחמת העולם ואולי עוד לפני כן. שהרי אין ספק שבברית המועצות גייסו בזמן המלחמה את כל הגברים הראויים לשרת בצבא, מלבד אלה שעסקו בתעשיית הנשק. מלשון המכתב המופנה לנ' ק', משמע שברישומי הצבא בתחילת המלחמה או לפנייה, היה רשום ששמה ק' ומשמע ששם זה היה עוד לפני המלחמה ולא כגרסה שנמסרה לק' ט' מלשכת הקשר לפיה אחרי המלחמה היה שמה ק' ובעת המלחמה החליפה את השם.

ומעתה מכיוון שממכתב זה מוכח ששמה היה ק' אף לפני מלחמה, שם זה הוא שם נכרי מובהק, מתאים לשם שהיה ברישומי לשכת הרישום, מסתבר שזה היה שמה המקורי. ולפיכך כל הסיפור שסופר לבית הדין אין לו ידעים ורגלים.

סוף דבר: הדברים שנמסרו בעדותו של ח' א' סותרים לדברים שנאמרו על ידי לשכת הקשר בקשריה עם שליחי בית הדין. לא הוצגה בפנינו ולו תעודה אחת או מסמך אחד שיש בהם בכדי להוכיח על יהדות. כמו כן אין אפשרות לסמוך לא על הצילום שנמסר לנו שנטען שהוא צולם מספר הרישום, צילום זה אינו מסמך אמין ואין ממנו הוכחה ליהדותה של ו'.

כפי שכתבנו לעיל, גם הדברים שנטען שנאמרו על ידי ר' א', שאין אנו יודעים מי היא אינם אמינים מכל הטעמים שמנינו לעיל. ולפיכך העולה מכל מה שידוע וברור לנו

הוא שק' הייתה רשומה אוקראינית ולא הוצג בפנינו מסמך או ראייה כלשהי הסותרים קביעה זו.

לפיכך יש לקבוע שהמבקשת היא בחזקת לא יהודייה. ולפיכך אנו דוחים בקשתה לאישור יהדות.

טו) אין אנו יכולים להתעלם מהתמונה העגומה המתארת נסיבות עלייתה של משפחה זו לארץ. על פי החומר שבפנינו אין לבני המשפחה זיקה כלשהי ליהדות. אין ספק שאבי המבקשת – ו', סבה – פ', וסבא רבה – ד' אינם יהודים. כמו כן אם המבקשת – א', אמה ר' והסבתא ק', היו רשומות לא יהודיות ולא הובא אפילו בדל ראייה לאישוש טענתם שק' היא ס' היהודייה. ולפיכך אין לבני משפחה זו זכאות לעליה לארץ אפילו לפי סעיף 4א לחוק השבות כקרוכים של יהודי, שהרי מוכח שאותם דורות קודמים אינם יהודים ולא היו נשואים ליהודי.

והנה מתיקי משרד הפנים עולה שי' ילידת 01/83 הגיעה לארץ על פי אשרת כניסה שניתנה ביום 27/09/99 בהיותה בת 16.5. הנ"ל עלתה לארץ במסגרת נעל"ה (נוער עולה ללא הורים). בהגיעה לגיל 18 קיבלה י' ביום 06/05/01 תעודת העולה על פי המלצה של לשכת הקשר לפי סעיף 4ב לחוק השבות, דהיינו שזכאותה לעלות כיהודייה (יש לציין שהובאו בפני מספר רב של מקרים של נוער שעלה במסגרת נעל"ה כיהודים, אף שלא הייתה זיקה כלשהי שלהם ליהדות). בעקבות קביעה זו היא מגישה בקשה לרושמה כיהודייה.

לאחר כארבעה חודשים, ביום 01/09/01, מגיעה המבקשת ז' ל' לארץ, הלה נכנסת לארץ באשרת כניסה שמספרה –/–, ובה נרשם שזכאותה לעליה לפי סעיף 4ב דהיינו כיהודייה.

ביום 11/07/01 קיבלה גם האם אנה אשרת כניסה לארץ. באשרה שמספרה –/– (מספר עוקב לאשרה של ז') נקבע שהנ"ל זכאית לעלות לארץ על פי סעיף 4ב כיהודייה.

ביום 29/08/05 (כארבע שנים אחרי כן) מגישה ו' ד' בקשה למשרד הפנים לרושמה כיהודייה.

ובסופו של המסע, בשנת 2006, מבקש גם פ' ג' – אחיה של א', אם המבקשת, לרושמו כיהודי. לכל המבקשים אין מסמכים אמינים. אך בעקבות אישור זכאותה של י' באו כולם לארץ. והרי זה כמליצת הגמרא בסנהדרין (סז ע"ב): "צפרדע אחת הייתה, שרקה להם והם באו."

המסמכים והתעודות שהוצגו בפנינו מורים שהמבקשת ומשפחתה המורחבת עלו לארץ אף שאין הם יהודים ואין להם זיקה ליהודים. ולפיכך אין להם זכאות לעלות לארץ לא לפי סעיף 4ב לחוק השבות ואף לא לפי סעיף 4א.

מצרים אנו על שגורמים בהנהלת בתי הדין סמכו על המצג המוטעה (ואולי מצג שוא), שהציגה לשכת הקשר בפניהם והמליצה לבית הדין הרבני בתל-אביב לאשר יהדותה של המבקשת ושל אחיה. שומה על המחלקה לבירורי יהדות בהנהלת בתי הדין לשמור על קשרים עם לשכת הקשר. אך חובה על מבררי היהדות, לברר היטב על סמך

אלו נתונים קבעה לשכת הקשר זכאות לעליה ולא להסתפק באמירות לקויות שנעשתה בדיקת המסמכים והם מורים על יהדות. אין ספק שעבודת לשכת הקשר היא עבודה מקצועית וברוב המקרים המלצותיהם אמינות. אך חובה עלינו לדעת שהמדדים ההלכתיים לביורור יהדות אינם בהכרח תואמים למדדים של עובדי לשכת הקשר. ולפיכך חובה עלינו לברר בכל מקרה שנולד ספק, לגבי יהדותו של אדם, על אלו מסמכים ועובדות נקבעה קביעה ומסקנה זו.

העולה מכל האמור לעיל, הוא כדלהלן:

1. המבקשת ז' ק' אינה יהודייה.
 2. על המזכירות להעביר פסק דין זה לעיונו של הרה"ג יצחק אלמליח – אב"ד ת"א, שאישר יהדותה של אחות המבקשת י' ק', כדי שיקבע עמדתו בהתאם הנובעים מפסק דיננו, וכפי שנקבע בסעיף 14 להנחיות בירור יהדות התש"ע – 2010.
 3. על המזכירות להעביר פסק דין זה למנהל תחום בירורי יהדות על מנם שייזום פתיחת הליכים לקביעת יהדותה של אם המבקשת – א' ק', ד' ו' ופ' ג'.
 4. מנהל תחום בירורי יהדות מתבקש להעביר פסק דין זה ללשכת מרשם האוכלוסין לצורך נקיטת הליכים מתאימים לגבי הרישום הנכון של פרטי הדת והלאום של המבקשת במרשם האוכלוסין.
- עד כאן נימוקים מפסק דין ק'.

ב. המסקנות לעניין הסתמכות על חו"ד לשכת הקשר ומבררי היהרות

והנה בפסק הדין הנזכר לעיל, תיארתי התנהלות לשכת הקשר ותשובותיה לפניות בית הדין לקבל המסמכים לגבי הזכאות לעליה. בתגובה כותבת ק.ט מלשכת הקשר "נבדקו התעודות... זכאות לעליה ב4".

נוסח תשובה לקוני זה הוא קבוע בפניות ביה"ד ללשכת הקשר, כפי שמוכח מפסק הדין שציטטנו לעיל וכפי הידוע לנו בתיקים רבים שנידונו בפנינו, שבהם נקבע על ידי לשכת הקשר זכאות לעליה לפי סעיף 4ב, כלומר כיהודי. זאת, אף שלמעשה היו בפנינו מסמכים, תעודות וראיות המורות שהמבקש אינו יהודי. למרות קביעת לשכת הקשר, לא זכינו לשיתוף פעולה ולא להמצאת מסמכים, על כל פנים בפניה רגילה.

אין אנו חושבים שלשכת הקשר רוצה לחפות בזדון על מי שאינם יהודים, אך חובתנו כרשות שיפוטית לברר את האמת, ולבחון האם על פי ההלכה יש מקום לאישור יהדות או לשלילת יהדות.

קביעת יהדות היא עניין הלכתי והיא אינה יכולה להיעשות אלא על פי מדדים הלכתיים בין לגבי מהימנות המסמכים ובין לגבי הקביעה האם יש למסמכים ולשיקולים אלו תוקף הלכתי. לפיכך אין אנו כבית דין יכולים לסמוך על קביעה לקונית זו.

בית הדין היא רשות שיפוטית ולפיכך בכוחנו ומחובתנו להוציא צווים לגילוי מסמכים, כשהדבר נדרש, וכך עשינו מספר פעמים. לפעמים ביצוע הצווים היה

באמצעות עובדי ההנהלה העוסקים בבירור יהדות ולפעמים באופן ישיר. עם זאת, אינני יכול להתעלם מהעובדה שלפעמים הקשר ההדוק – וטוב שהוא הדוק בין עובדי המחלקה לבירור יהדות לשכת הקשר – גורם לקבלת תשובת לשכת הקשר בנוסח המוזכר לעיל, ואימוץ דבריהם באופן טוטלי ללא בדיקה כפי שהיה בתיק שהוזכר לעיל.

דיינים מבתי דין שונים הראו לי חוות דעת של מבררי יהדות, וכן ראיתי בחוות דעת מתווקות, שבהם נכתב: "התקבלה חוות דעתם של נתיב ובה נכתב: 'לאחר בדיקת המסמכים שהועברו על ידי הרבנות והרישומים בשאלונים... זכאות ב.4."

תשובה זו אינה תשובה מספקת ובשום פנים ואופן ולא ניתן לסמוך עליה. שהרי הפניה אל לשכת הקשר נעשית כאשר יש לבית הדין או למברר היהדות פקפוק בנוגע לטענת המבקש לקביעת יהדותו וכשאינן במסמכים, העובדות והטענות די לקביעת יהדות. ולפיכך אין אפשרות להסתמך על הודעת לשכת הקשר מבלי לדעת על סמך אלו תעודות ומסמכים קבעו קביעתם ליהדות, והאם יש לקביעות אלו תוקף הלכתי. הסתמכות על תשובות כגון אלו, אין להם תוקף הלכתי ואין אפשרות שדיין יוציא פסק הלכה הקובע יהדותו של אדם מבלי שידע על סמך מה נקבעה היהדות.

מכתב כזה שבו כתוב שהמבקש יהודי אינו שונה מהרישום בתעודת זהות – יהודי, שבוודאי אין אנו יכולים להסתמך על רישום זה כשאין אנו יודעים על סמך מה נקבע הרישום. לפיכך חוות דעת של מברר יהדות הנסמכת על מכתב לשכת הקשר או שיחות עם לשכת הקשר, מבלי שלדיין ידוע על סמך מה נקבעה קביעה זו, אין לה תוקף הלכתי.

לפיכך אף חוות דעת של מברר יהדות מהנהלת בתי הדין או ממקום אחר, אשר נסמכת על אמירה סתמית, שיחה והתייעצות עם לשכת הקשר, אין אפשרות לסמוך עליה, שהרי מבררי היהדות אינם פוסקי הלכה. תפקיד זה הוא תפקידם של הדיינים, ואם לא ניתנה חוות דעת הלכתית שהתקיימו המדדים ההלכתיים לגבי יהדותו של אדם, אין אפשרות לקבוע את יהדותו.

אין בדברים אלו בכדי לזלזל ולהוריד מחשיבות הקשר שבין עובדי האגף לבירור יהדות לבין לשכת הקשר. קשר זה חשוב מאין כמוהו ובאמצעותו ניתן להשיג צילומי מסמכים שהיו בסיס להחלטה לקביעת יהדותו של אדם, וכפי שקרה לנו באחד התיקים שבמשך למעלה משנה לא נמצאו הוכחות ליהדותה של מבקשת, עד שאותרו מסמכי קרוב משפחה בלשכת הקשר, ודבריי אמורים רק לגבי אימוץ הדברים בלי בדיקת המסמכים על פיהם נקבעה יהדות.

ג. היחס אל מסמכי מרכז "שורשים"

תופעה נוספת שהתעוררתי אליה בעקבות פניות התייעצות של דיינים רבים ועיון בחוות דעת של מבררי יהדות, היא הפניית המבקשים ל"שורשים" או התייעצות עמם.

ראיתי חוות דעת רבות של מבררי יהדות שבהם נכתב:

"המבקשת מופנה למרכז לסיוע בבירור יהדות "שורשים"... שוחחתי עם נציגי שורשים... בעקבות ההתייעצות אתם נראה כי ניתן להמליץ לאשר יהדות."

ההפניה ל"שורשים" נעשית כאשר אין די במסמכים ובשאר החומר שהוצג בפני מברר היהדות, ואשר אמורים להיות מוצגים לפני הדיין כדי שיוכל לקבוע אם אפשר לאשר את יהדות המבקש. "שורשים" הוא ארגון מבורך המסייע ליוצאי ארצות חבר העמים של רוסיה (ברית המועצות) לאתר מסמכים והוכחות ליהדותם.

גם אני נסתייעתי פעמים רבות במר שמעון הרשלום, מייסד "שורשים", באיתור מסמכים ובעשיית פעולות שונות העוזרות לבירור יהדות. עם זאת, צריך לדעת שפעילות "שורשים" היא פעילות טכנית של הבאת מסמכים וראיות לקביעות יהדות או לשלילת יהדות, אך הערכת התוקף ההלכתי של הראיות צריכה להיעשות אך ורק על ידי דיין, וכל עוד לא נקבע שלראיות אלו יש תוקף הלכתי, אי אפשר לאשר יהדות על פיהם. ולפיכך הנוסח הקבוע המוזכר לעיל וההתייעצות עם "שורשים" אין בו די, ואי אפשר לסמוך על התייעצות זו ללא ידיעה מהו תוקפם ההלכתי של הראיות.

ד. היחס לראיות מספרי הרישום בברית המועצות

א) כפי שנודע לי, "שורשים" מסתמכים בהמלצותיהם גם על הכתוב בספרי הרישום בברית המועצות. אין ספק שהכתוב בספר הרישום שנעשה בעת לידת האדם, ועל פי רישום זה הוצאו התעודות והמסמכים בברית המועצות, הוא ראיה מהימנה ולכן אנו סומכים על תעודות שהוצאו בשנות השלטון הקומוניסטי, כפי שכתבתי בהרבה פסקי דין בטעם הדבר. אך אין אנו מסתמכים על תעודה אלא אם הובא בפנינו המסמך המקורי, בדקנו ובחנו אותו שאכן זוהי תעודה מקורית, הפרטים הרשומים בתעודה נכונים והגיוניים בהתאם להוראות הרישום, ואין חשש שנעשה בה זיוף. אולם כשלא התמלאו התנאים הנ"ל, כגון שהוצג בפנינו צילום התעודה או כשהתעודה היא משנות התשעים ואילך, או תעודה חוזרת משנות התשעים ואילך, וכן כשיש פגם במספר הרישום או אי-התאמה בין תאריך הלידה, תאריך הרישום ותאריך הוצאת התעודה, ודאי שלא נסמוך על תעודה זו, ואכמ"ל. וכבר כתבתי בזה במקומות אחרים.

הוא הדין לגבי ספר הרישום. אין ספק שאם היה מובא ספר הרישום בפנינו ודאי היה ניתן לסמוך עליו, שהרי שטר היוצא בערכאות של עכו"ם ניתן לסמוך עליו, כדאיתא בגיטין (י, ב), וק"ו ספר הרישום שבו נכתבו הפרטים בעת הרישום, ולא היה עניין למי שאינו יהודי להירשם כיהודי (ולשלם שוחד עבור שינוי הרישום). אך דא עקא, ספר הרישום אינו מוצג בפני הדיינים, כך שאין אפשרות לבחון אם זה הרישום המקורי או שנעשה בו שינוי.

כמו כן על פי החוק בארצות שהיו ברית המועצות, אסור לתת לאיש לעיין בספר הרישום, אף לא ברישומים שלו עצמו. אם כן אין בידינו האפשרות לעיין בספר זה,

אפילו אם היינו נמצאים כברית המועצות ואפילו אם היינו שולחים אנשים מהימנים עלינו. לפיכך אין אני יודע באיזה אופן ניתן לראות הרשום בספר זה.

יוצא אם כן כי לכאורה הדרך היחידה לעיין ברישומים היא על ידי מתן שוחד, ואיך נוכל אפוא להסתמך על מי שטוען שראה הכתוב בספר זה? בין כך ובין כך, אם יש מי שטוען שראה את הכתוב בספר הרישום, חובת הדיינים לדעת מי האיש ומה מהימנותו. גם אם מדובר בעובד מדינה האחראי על הארכיון, חובה עלינו לדעת מיהו. וכי נכרי נאמן לומר לנו מה כתוב בספר הרישום (וברור שרוב העובדים הם נכרים), והרי לא הוי אפילו 'מסיח לפי תומו', שהרי שואלים אותו מה כתוב ואיך נסמוך על מישהו עלום שטוען שראה מה שכתוב בספר כדי לקבוע יהדות.

מכיוון שלא הוצג בפניי ולא בפני דייני אחר אופן בו ניתן היה לראות את הרישום בספר הרישום, אין אפשרות להסתמך על אמירה של מאן-דהוא שכותב שראה ובדק בספר הרישום, מכיוון שדבר זה לא ניתן להיעשות באופן חוקי ובדרך ישרה.

סוף דבר. ללא הודעה לדיינים באיזה אופן ניתן לראות הכתוב בספר הרישום ומיהו זה שראה, אין לסמוך על אמירה שנאמרה על ידי מאן-דהוא שכך כתוב בספר. ולפיכך אין אפשרות לסמוך על חוות דעת של "שורשים" או של גוף או אדם אחר המסתמכת על הכתוב בספר הרישום.

משום כך, אין באפשרותנו לסמוך על המלצת מברר יהדות שבה נכתב כי על פי חוות דעת של "שורשים" או של גורם אחר הוא ממליץ לאשר יהדות מבלי שיפרט על סמך אלו מסמכים, ראיות ועובדות ניתנה חוות דעת זו. חובת הדיין לקבוע האם יש תוקף הלכתי לראיות אלו.

ב) כפי שכתבתי לעיל, ככלל אין לסמוך על מי שטוען שראה הכתוב בספר הרישום אם לא נדע מי ראה ואיך ראה. מעולם לא הסתמכתי על מי שטוען שראה הכתוב בספר הרישום, אך שני מקרים שנתקלתי בהם מוכיחים שאין אפשרות לסמוך על מי שטוען שראה הכתוב בספר הרישום.

במקרה אחד אישר בית הדין הרבני בבאר-שבע למומחה לבירור יהדות לבדוק את הרישום בספר הרישום. לבקשת בית הדין נפגשתי עם אותו מומחה. בפגישה זו טען הלה שיש לו קשרים עם גורמים שונים בארכיונים, והם הציגו לפניו צילומים של ספר הרישום ובכך הוא יכול לדעת מה כתוב בספר. בפועל הוא לא פירט בפניי באיזה אופן הדברים נעשים, מי הוא שמעביר הצילומים ואיך נדע שהוא מהימן. אך לגבי אותו בירור יהדות שעליו נשאל, הציג הלה תמצית רישום שבה רשום שהמבקש יהודי.

יש לציין שעל פי חוק זכותו של אדם לבקש לקבל תמצית רישום מהכתוב בספר הרישום, בתמורה לאגרה הוא מקבל טופס תמצית רישום. בטופס זה שנערך ע"י פקיד משרד הרישום, מופיע רישום של תמצית הנתונים לגבי אותו אדם, אך זאת רק לפי הרישום בספר הרישום במועד הגשת הבקשה, ואין בו בכדי ללמד אם זהו הרישום המקורי או שנעשו שינויים מהרישום המקורי. אמור מעתה, תוקפה ומהימנותה של

תמצית הרישום הוא כתוקפה של תעודה חוזרת הניתנת למי שמופיע במשרד הרישום ומבקש תעודה חוזרת.

על תעודות אלו אין אנו סומכים כלל, מכיוון שעל פי החוק החדש בארצות ברית המועצות לשעבר, זכותו של כל אדם לדרוש לשנות את הרישום כפי הצהרתו ורצונו. וכבר כתבתי על כך ביחס למקרה אחר, ולפי זה אין תעודה מחודשת ותמצית רישום מהווים אפילו לא ראייה לכאורה לאמור בהם.

בדיון אחר שנערך בפנינו ולשאלת בית הדין, סיפרה המבקשת שהייתה בקשר עם שורשים, והם הורו לה ללכת עם רב לבדוק רישום הסבתא בלשכת הרישום בז'יטומיר. לדבריה, פנתה לרב וילהלם בז'יטומיר והוא שלח עמה את סגנו. במשרד הרישום לא נתנו לסגן הרב להציץ בספר הרישום. לדבריה היא קיבלה רשות להציץ בספר הרישום, ובספר היה כתוב ששם אם הסבתא א' בת א' ב' – יהודייה. הנ"ל קיבלה תמצית רישום ובו רשום שהאם של הסבתא – א' בת א' ב' – יהודייה. גם לדברי המבקשת סגן הרב שהיה עמה לא ראה את הכתוב בספר הרישום.

בין כך ובין כך, אין ספק שאף לטענת המבקשת לא הייתה עדות של אדם מהימן על הכתוב בספר הרישום, כפי שאכן הוא על פי החוק במדינות שהיו ברית המועצות, שאין רשות לאדם להסתכל בספר הרישום. לא ניתן לה ולא הוצג בפנינו אלא מסמך תמציתי רישום שאין לו ערך ראייתי כלשהו על הכתוב בספר הרישום. לפיכך לא ברור על סמך מה קבעו שורשים עמדתם באותו מקרה ולפיה המבקשת יהודייה, שהרי ברור שלא הייתה עדות של אדם מהימן שראה הכתוב בספר הרישום, ולכל היותר יש לנו את אמירת המבקשת שהודרכה על ידי שורשים. המבקשת היא זו שטוענת שראתה את הרישום, אך היא לא הציגה אלא תמצית רישום, שכאמור, לא ניתן לסמוך עליה כלל, דאינו יכול להעיד אלא על רישום עכשווי שלא ברור שהיה ברישום המקורי. (לדעתנו, באותו מקרה הרישום שהיה, אם היה, היה רישום מחודש מכיוון שהרישום המקורי של הסבתא לא היה באותו מקום.)

ג) נוסף ונאמר שאף אם ישנו את הרישום בספר את הרישום עצמו, גם אז לא תמיד הוא יהיה מהימן. גם בספר זה היו זיופים. בספרו של הרב פנחס גולדשמיט כותב על דרך הבירור וההסתמכות של שגרירי ישראל על הרשום בספר הרישום, וז"ל:

השגרירות של מדינת ישראל נהגו לבדוק תעודות שאינן מקוריות, בארכיון, ע"י צלצול טלפוני בלבד. אבל הניסיון שלנו הוכיח שאין זה מוציא מידי אפשרות שינוי לאום שנעשה על ידי הפקידים בזאקס בכבודם ובעצמם, ולכן אין בזה משום בירור.

הוצג בפנינו מכתב של ח' א', מנהל "נתיב", הטוען שלפעמים נעשו זיופים גם בארכיונים. וז"ל מכתבו:

1) להלן תוצאות הבדיקה: ת. לידה ע"ש אוס' ארטיום נבדקה ביום 11/02/05. הזיוף בוצע בארכיון העירוני כאשר שם הנדון ולאום האם שונו בשנת 1993. בארכיון זה שונה השם הפרטי של הנדון מארטוש (שם

ארמני מובהק) לארטיום, ומ"ארמנית" ל"יהודייה" בסעיף הלאום של האם. בארכיון הרפובליקאי הראשי לא הספיקו לשנות ולכן מצאנו שם את השם האמתי כפי שמופיע ברישום לידה, כלומר ארטוש ולאום האם – ארמנית.

(2) כל שאר המסמכים שהוצגו חסרי משמעות כי הבדיקה בוצעה לפי מספר הרישום בספר הלידות, ומאחר שאין התאמה בין הארכיון העירוני לבין הארכיון הרפובליקאי המחויב לפי החוק, מסקנתנו היא שתעודת הלידה של א' ארטיום זוייפה, כמו גם כל שאר המסמכים. (3) לידיעתך.

כמו כן בארכיוני משרד הרישום ישנם טפסים קבועים, וזה לשונו:

"רוסיה

משרד רישום

ארכיון

הודעה

רישום על לידה לאזרח (אזרחית) בשנת **** * בכל הארכיונים של מוסקבה לא קיים.

בשביל חידוש הרישום אתה יכול לפנות למשרד הרישום האזורי במקום מגוריך.

מנהל ארכיון של הרישום של מוסקבה."

ולפי זה אם לא נמצא רישום בכל הארכיונים והאדם מצהיר שנולד באותו מקום, ביכולתו לחדש הרישום, ושוב אין אנו יכולים לסמוך על הרישומים בארכיון.

(ד) יש לציין שמעיון בחוות דעת רבות של מבררי יהדות, ההמלצה רשומה באופן כללי "הציג תעודות מהימנות", "שוחחתי עם לשכת הקשר", "התייעצתי עם שורשים", בפועל אין ציון מפורש על סמך אלו ראיות ניתנה חוות הדעת, ומי שמעיון בחוות הדעת אין לו אלא ההמלצה, אך לא מה הם שורשיה. לדעתי, חובה ואפשר לערוך חוות דעת מנומקת שבה ייכתב על סמך אלו מסמכים ועובדות ניתנה ההחלטה. בעבר קיבלתי מספר חוות דעת מפורטות ממר ש' ה' מ"שורשים", שבה נסקרו המסמכים, הראיות והעובדות שהובאו בפניו, וכן הוא גם בחוות דעת של "עם לבדד".

לצערנו, רבים הדיינים המאמצים 'כתורה מסיני' את חוות הדעת, ולא בודקים את העובדות עם המבקש. אם אינם מדברים אישית עם מברר היהדות על סמך מה קבע קביעותיו. הרי אין כותבים את פרטי המסמכים, ולא תמיד נסרקים לתיק התעודות והמסמכים. במקרים שהדיין לא בודק בעצמו דבר זה, אלא שימש "חותמת גומי" לחוות הדעת, לא נוכל לסמוך על דברים אלו בכדי לקבוע יהדות.

ברצוני לציין שהדבר מקשה מאוד גם על תפקודי כדיין, מפני שכשבאים בפניי בני זוג שאחד מהם או שניהם נולדו בארצות חבר העמים, אני שואל אותם האם נערך להם בירור יהדות, וכפי שמחייבות הנחיות בירור יהדות. במקום שלא נערך בירור יהדות

מתעוררת מיד החובה לשלוח את הצדדים לבירור יהדות ולמנוע הנפקת תעודת גירושין עד שייערך בירור. לחילופין אפשר לציין במעב"ד שהתעודה לא מהווה אישור יהדות לצדדים. אבל במקרה שנעשה בירור בכי"ד אף שמתברר שהיה לקוי, קשה עד בלתי אפשרי לחייבם לערוך בירור יהדות נוסף.

מעיוני בתיקים רבים של בירורי יהדות, מצאתי שהתיקים לוקים ברוב המקרים בחסר. אין צילומי תעודות, אין חוות דעת מברר יהדות, ואם יש חוות דעת היא פעמים רבות כללית ביותר. אין פרוטוקול דיון מסודר, וגם אם ישנו, ברוב המקרים הפרוטוקול לא מספיק ולא מברר על סמך ניתנה ההחלטה.

בשנים האחרונות משהתברר שאופן בירור היהדות צריך להיות מקצועי, נקבעו הנחיות בירור יהדות מפורטות המצריכות חוות דעת של מברר יהדות בכל מקרה ומקרה. בהנחיות נקבע שלכתחילה ישב מברר יהדות עם הדיין בעת הדיון ובעת הפגישה הראשונה, דבר שלצדדי לא נעשה ולא נאכף בבתי דין רבים. עם זאת, בכל מקרה חובה על הדיינים לפעול לפי סעיף 9(ב) המצריך הזדקקות לחוות דעת מברר יהדות. נוסף ונאמר שההסתמכות על המלצת מברר יהדות צריכה להיות מתוך הבנת ההמלצה ועל מה נסמכה, דיין שמאמץ את המלצת מברר היהדות בלא להבין על סמך מה ניתנה, עושה לדעתי מלאכת ה' רמיה ויכול לפעמים לתת אישור יהדות למי שאינו יהודי, ולמנוע אישור יהדות מיהודי.

נוסיף ונאמר כי מכיוון שהתקנה מחייבת את הדיינים לשתף בהחלטותיהם מברר היהדות, מי שמתעלם מהתנהלות זו ודאי שאין הוא אנוס. ועיין בתוס' ישנים ביבמות (לה ע"ב) וז"ל:

החולץ ליבמה ונמצאת מעוברת, ומיירי שחלץ תוך ג' חודשים דאי לאחר ג' חודשים לא מצי למימר בזמן שהולד של קיימא חייבים בקרבן (בכנס יבמתו ונמצאת מעוברת, ש"ש), שהרי אנוס הוא אחרי שעשה כתקנת חכמים, אלא מיירי תוך ג' חודשים ומזיד לא הוי דסבור הוא שאינה מעוברת.

מבואר מדבריו, שמי שייבם תוך ג' חודשים, אף שסבור שאינה מעוברת לא מיקרי אנוס, שהרי עבר על תקנת חכמים שתיקנו שלא לייבם וחששו דילמא היא מעוברת. ובאמת בתו"י שם העלה סברה, שמי שעבר על תקנת חכמים ייחשב מזיד, שהרי חכמים אמרו שלא ייבם עד עבור ג' חודשים, ולא יוכל לטעון לא ידעתי שהיא מעוברת ומסיימים שאפילו הכי מיקרי שוגג.

ואף אנו נאמר בנידון דידן, אחרי שהתברר שכדי לערוך בירור יהדות בעולי ברית המועצות צריכים הבנה גמורה בידיעת המציאות, בקריאת המסמכים וכו', והתקנות קובעות שבירור יהדות לא ייערך ללא חוות דעת של מברר – מי שעושה בירור על דעת עצמו הוא קרוב למזיד, וכפי שכתבתי לעיל הוא בכלל עושה מלאכת ה' רמיה.

חובה עלינו לחזור ולקבוע כפי שהבהרנו לעיל כי חוות דעת של מברר יהדות אינה יכולה להיות אלא **המלצה** גרידא. ולכן גם מי שמקבל אותה בלי להבין את מהותה, אף הוא נוהג שלא כדין. וטעם הדבר הוא לפי שמבררי היהדות הם, למעשה, אנשים

שמומחיותם בתולדות יהודי ברית המועצות בכל המקומות בהם היו יהודים, ויש להם את הידיעה ההיסטורית על ההתנהלות ועל המציאות ששררה בארצות שהיו ברית המועצות. המבררים הם ילידי ברית המועצות ושולטים בשפה המדוברת. ולפיכך יש ביכולתם לקרוא ולעיין במסמכים ולדווח מה הם המסמכים ומה כתוב בהם. כל מכלול הדברים מהווה תשתית להכנת חוות דעת מקצועית ולהנחת התשתית העובדתית לפני הדיין כדי שיוכל להוציא פסיקתו.

לפיכך תשתית ראייתית זו המגלה את העובדות, אמורה לבוא אל שיקול דעתו של הדיין, ועליו לבדוק מהם הנתונים האמתיים של הנידון שבא לפניו – באיזה מקום נולד, היכן נולדו הוריו והיכן התגוררה משפחתו וכו' – ובהתאם לכך לקבוע האם הטענות הנטענות נכונות ומתאימות למציאות. לאחר מכן עליו להתייחס למסמכים המוצגים בפניו כדי להוכיח את היהדות: האם התעודות אמינות או לא; האם למסמכים נוספים שמוצגים בפניו יש להם ערך ראייתי על פי דין, והוא הדין לגבי התעודות; וכן האם ניתן לסמוך על תעודות אלו לפי ההלכה כשטרות העולים בערכאות של עכו"ם, או שאין בהם בכדי ראיה; האם ידיעת השפה המדוברת על ידי יהודים יש בה ראיה או שאין בה ראיה בכל מקרה לגופו. כך גם לגבי שאר הראיות שמבררי היהדות מתרשמים לפי הבנתם המקצועית. אלא שעדיין חובה על הדיין לבדוק, האם יש תוקף הלכתי לראיות אלו. שהרי קביעת היהדות היא קביעה הלכתית וצריכה להיות לפי מדד הלכתי.

ה. חובת הדיין לפי ההלכה לבחון את ממצאי מברר היהדות

(א) הנה הרשב"א בתשובה ח"א (סימן אלף קמט), כתב לגבי שטר שנתגלתה בו ריעותא, וזה לשונו:

ואין לומר כאן דמסתמא כל שכתבו הדיינין בודאי היא אמרה להם כתובו אף על פי שלא נזכר כן בתוך השטר. מדריש לקיש דאמר חזקה אין העדים חותמין על השטר אלא א"כ נעשה גדול וכל שכן בדיינין שאין חוששין לבית דין טועין. וכדאמרינן בפ' זה בורר ההיא אודיתא לא הוה כתיב בה דאמר לן כתובו וחתומו והבו ליה אביי ורבא דאמרי תרוייהו היינו דריש לקיש דאמר חזקה אין העדים חותמין על השטר אלא אם כן נעשה גדול. אפ"ה בכאן מסתברא שאין אומרי' כן. דאנן סהדי דרוב הדיינין שיושבין עכשו בדין אינן בקיאיין בכך. ולפיכך יש לחוש לכך דאפילו הן עצמן טועין הן בכך. וכדאיתא התם (ב"ב קלט) עלה דההיא מי איכא מידי דאנן לא ידעי' וספרי דבי דינא ידעי שאילו לספרי דאביי וידעי לספרי דרבא וידעי. הילכך בכאן יש לחוש ונשאל אותם אם יודעים אם לאו ובכל כי הא חוששין ובודקין וחוקרים להוציא הדין לאמתו.

מוכח מדבריו, שחובה עלינו לבדוק ולברר אם בית הדין נהגו כדין, ולא אמרינן שמסתמא עשו כדין.

הרדב"ז בתשובתו שהובאה בשו"ת "אבקת רוכל" (סימן כ"א), הביא את דברי הרשב"א באותה תשובה, ולמד מדבריו, שבזמן הזה לא אמרינן שבי"ד בתר בי"ד לא דייקי. וזה לשון הרדב"ז בתשובתו:

ואע"ג דאמרינן בתלמודא לא חיישינן לבי"ד טועין וכי דיינו בתר דייני לא דייקי, הני מילי בזמניהם אבל האידנא דייקינן ודייקינן, שכן כתב רבינו ירוחם בשם הרשב"א בתשובה דהאידנא דלא בקיאי כ"כ בדינין הילכך דייקינן בתר בית דינא, ואם בזמנו של הרשב"א ככה, כ"ש בזמנינו וכ"ש בזמנו שהדיינים היו הם יחידים.

אמנם הב"י שם (בשו"ת "אבקת רוכל" הנ"ל) חולק על דיוקו של הרדב"ז מהרשב"א וחולק על קביעתו הכוללנית והגורפת, שחזקת הדיינים נתערערה בזמנם. וכתב שם הב"י בהגהה על הרדב"ז, וזה לשונו:

אמר יוסף קארו לא דק, דלא אמר כך הרשב"א אלא בדין ההוא שהוא זר אבל בשאר דינים גם בזמן הזה לא דייקי בתר בית דינא, וזה פשוט בתשובת הרשב"א שכתבנו בבית יוסף [...].

כן נראה ברור גם מלשון הרשב"א, שכתב: "דאנן סהדי דרוב הדיינים אינן בקיאי בכך", כלומר שבאותו דין יש ידיעה ברורה שאין הדיינים בקיאים, ואין לערער את חזקת הדיינים ביחס לשאר הלכות ודינים.

וכעין זה כתב גם הש"ך (בחו"מ סימן לט ס"ק לו):

דוקא בכה"ג כיון דלא חתימי אלא שנים, חיישינן טעו, אבל היכא דאיכא ודאי בית דין, קי"ל דלבית דין טועין לא חיישינן.

ועכ"פ נראה דכולי עלמא מודים דבמילתא דלא שכיחא, או היכא דאיתא ריעותא, לא נימא דלבית דין טועין לא חיישינן.

והנה בשלחן ערוך (חו"מ סימן יד סעיף ד) כתב הרמ"א: "ואין צריכים לכתוב לו הטענות והראיות רק כותבים להם הטענות והפסק דין". והיינו שבית דין אינו צריך ליתן נימוקים בסתמא. וכתב על זה הסמ"ע: "דכל בית דין יפה כששומעין הטענות יודעין לפסוק דתורה אחת לכולנו". הרי שסברת דבריו היא, כדברי הב"י בתשובה, שלא חוששים לבית דין טועין, ודווקא בדבר זה חיישינן לב"ד טועין, והוא הדין שבדבר שאינו ברור שצריך לתת נימוקים.

והנה, אין ספק שרוב ככל הדיינים אינם בקיאים כל צורכם בבירור יהדות, וצריכים להעזר במברר יהדות. וכפי שכתבנו לעיל, גם חוות הדעת של מברר היהדות צריכה בדיקה ובחינה מהו תוקפם ההלכתי של הראיות שהיא מביאה. לפיכך דיין אסור לו ואינו יכול להתחמק מלהבין על סמך מה ניתנה ההמלצה. אם מבין, מותר לו לחתום על ההמלצה, ואם לא מבין אין לו היתר לחתום. ועל כל פנים מכיוון שבירורי היהדות הם דבר זר ואנן סהדי דרוב הדיינים אינם בקיאים בכך, חובה לכתוב טעמים ונימוקים על סמך מה ניתנה ההחלטה.

כפי שכתבתי לעיל, חוות הדעת של מבררי היהדות היא כללית, ולכן חובת הדיין לכתוב בפרוטוקול את הפרטים ולרשום מי הופיע בפניו, אלו מסמכים הציג, מה היו טענותיו, ועל סמך מה ניתנה החלטתו. ללא דברים אלו לא יהיה ניתן לסמוך על פסק הדין.

מעיון בתיקים רבים של בירור יהדות, אני נוכח שדבר זה לוקה בחסר, ולפיכך אם אופן בירור יהדות ימשך בדרך זו, בה ניתנת חוות דעת של מברר יהדות ובחוות הדעת לא מפורטים נימוקים כל הצורך על סמך מה ניתנה ההמלצה, וכך גם הדיין המוציא את פסק הדין מוציא אישור יהדות אינו משוחח עם מברר יהדות ואינו יודע מהם הנימוקים להחלטה זו, הרי שלא ירחק היום שפסקי הדין של בתי הדין יהיו כאבן שאין לה הופכין, ולא יהיה ניתן להסתמך עליהם למעשה, חלילה.

ג) לקראת סיום אצטרף תבנית הפרוטוקול שנערך על ידי (תבנית זו נערכה בכל מקרה שבא לפני), בהתאם לדעתי באשר לדרך עריכת בירורי יהדות – כדי שמי שיבוא אחרי הדיין יוכל לדעת על סמך אלו מסמכים ואלו ראיות ניתנה ההחלטה.

תבנית פרוטוקול:

פרוטוקול מתיק ב'

הופיע המבקש והציג תעודת זהות.

תעודת לידה	תעודת זהות	שמות הורים	שם	סטטוס
01/11/1983	_____	ר' וא'	ב'	המבקש
13/09/1954	_____	ס' וב'	א'	אם המבקש
07/09/1950	_____	ס' וב'	ר'	הדודה-אחות האם
27/06/1958	_____	נ' וס'	ר'	אב המבקש

מציג תעודת לידה מקורית של המבקש משנת 83 שמספרה 455755 שבה נרשם:

אב: ר' בן נ' – ט'.

אם – א' בת ב' – ט'.

תעודת לידה מקורית של האם משנת 1954 שמספרה _____, נולדה בדרכנט שבה

נרשם:

אב – ס' בן פ' – יהודי מן ההר.

א' בת צ' – יהודייה מן ההר.

תעודת לידה מקורית של אחות האם – ר' בת ס' מ', מספר תעודה _____ שבה

נרשם:

אב: ס' – יהודי מן ההר.

אם: בת צ' – יהודייה מן ההר.

תעודת לידה מקורית של האב, מספר _____ על שם ס' ר' בן נ' שבה נרשם:

אב: נ' בן ר' – יהודי מן ההר.

אם: ס' בת ר' – יהודייה מן ההר.

תעודת נישואין חוזרת של הורים משנת 92 אודות נישואין במועד 02/83. פרטי

ההורים מתאימים.

מציגים תעודת נישואין של ר' – אחות האם משנת 70, וכן כתובה משנת 1970 של

האחות ר'.

מציגה תעודת פטירה של האם א' מהתאריך י' באדר תשע"ב – 04/03/12.

למבקש אחות בשם ס' ילידת 85.

מופיעה ר', עלתה לארץ בשנת 94.

לר' 2 ילדים: ס' וא'.

א' – אם המבקש עלתה בשנת 98 עם בעלה ושני ילדים.

ביה"ד: כמה אחים ואחיות יש לך?

דודה: היו ששה נפטרה אם המבקשת, פנ' נפטר, ח' יליד 35 באמריקה, ר' בארץ, ז' באמריקה.

מציגה תמונה מבית הקברות בדרבנט, וכן תמונות משפחתיות.

יודעת לברך ברכות.

הכיתובים על המצבות בעברית, מוכיחות שמדובר בבית קברות יהודי.

הופיע המבקש עלה בשנת 99. רוצה להתחתן בינואר.

ה ח ל ט ה

(1) התעודות מהימנות. השמות שמות יהודים מובהקים.

(2) התמונות מוכיחות שהמשפחה משפחה יהודית.

(3) הדודה יודעת לברך.

(4) לפיכך יש להוציא אישור יהדות.

לסיכום: הצורך הדחוף והאפשרות לבירור יהדות בשנים הקרובות הם דבר קריטי. אם לא תהיה שקיפות של המסמכים והראיות, אם בית הדין לא יקיים בדיקה מהותית של תוקפם ההלכתי של ראיות אלו, ובלעדי הנמקה משכנעת בפסק דין הקובע יהדות, לא יהיה ניתן לסמוך על בירורי יהדות הנעשים בבית הדין.

מצבת זכרון

לע"נ

הגאון הרב אברהם לנאל זצ"ל

דיין בית הדין הרבני הגדול ואב"ד רחובות

עלה לגנזי מרומים ביום כ"ג בשבט תשע"ג

לע"נ

הגאון הרב יששכר דב הגר זצ"ל

אב"ד ירושלים

עלה לגנזי מרומים ביום י"ג בתמוז תשע"ג

מצבת זכרון

לע"נ

הראשון לציון
מרן רבנו הגאון הגדול

עובדיה יוסף
זצוק"ל

הרב הראשי לישראל
נשיא בית הדין הרבני הגדול

עלה לגנזי מרומים ביום ג' במרחשוון ה'תשע"ד