

# בירור עובדות במשפט תוך פגיעה בצנעת הפרט

## הרב ד"ר איתמר ורהפטיג

- א. מבוא  
ב. פגיעה בצנעת הפרט לשם הצלת נפשות  
ג. בדיקה פולשנית  
ד. סירוב בעל דין לברר דבריו  
ה. התחשבות בכבוד האדם ובצנעת חייו  
1. בדיקה פסיכיאטרית  
2. גילוי ממזרות
- ו. דיון על פי אומדנא  
ז. הדין במשפט הישראלי  
ח. היבט השוואתי

### א. מבוא

צנעת הפרט קנתה לעצמה במשפט המודרני מעמד מרכזי. במשפט הישראלי, אנו מוצאים ששיקולים מתחום צנעת הפרט, גוברים לעיתים על החובה לברר את האמת. כפי שניזכר להלן, גם במשפט העברי ניתן להבחין בהתחשבות בצנעת הפרט בתהליך בירור העובדות, אם כי בצורה פחותה.

יש ואדם חשוד בביצוע עבירה, או שחשוד הוא שעומד לבצע עבירה, ולשם בירור העובדות יש צורך לפגוע בכבודו או בצנעת חייו. האם, מתי וכיצד מותר הדבר? יש ולא בית הדין לבדו נדרש לשאלות אלו, אלא גם הצד הנפגע, כגון בעל החושד באשתו שהיא בוגדת בו או להיפך, והנפגע חפץ לאשש את חשדותיו על ידי האזנת סתר וכיוצא בזה. האם מותר הדבר?

ככלל, במשפט העברי מצווה כל אדם מישראל במצוות תוכחה, מכוחו של הכלל "כל ישראל ערבים זה לזה". יש והתוכחה כרוכה בפגיעה בעבריינין שעובר על החוק (חוק התורה), פגיעה שאינה רק בכבוד העבריינין אלא אפילו בגופו. רבות נכתב כבר על השאלה, עד כמה חייב אדם להוכיח את חברו ולהפרישו מאיסור (כגון, הכאה), מי מוסמך לעשות כן ובאילו עברות מדובר. הדברים נידונו בהקשרים אחרים ואין כאן מקומם.

בדיקת המקורות מראה, שבדרך כלל קשה לתת תשובה אחידה לשאלות אלו. יש לבחון את הנושא על פי הפרמטרים הבאים: מחד גיסא, מידת הפגיעה, ומאידך גיסא, הצורך

\* הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

והתועלת שבה. לאמור, האם הפגיעה חיונית או שניתן להסתדר בלעדיה, או לברר בדרך אחרת; וכן האם היא תועיל לברר אם החשוד הנו העבריין, או שאולי היא לא תניב פרות כלל.

במאמר זה נתמקד בשאלה, האם ועד כמה רשאי בית הדין לחדור לתחום הפרט החשוד, כדי להשיג ראיות.

שאלה שנייה שנעסוק בה היא, אם בית הדין אינו מוסמך או אינו רוצה לעשות כן, האם חייב החשוד מצדו לברר דבריו, ואם לא עשה כן, האם סירובו פועל כנגדו?

## ב. פגיעה בצנעת הפרט לשם הצלת נפשות

נפתח במקרה שבו הצורך בפגיעה רב, שכן מטרת הבדיקה היא מניעת עבירה – הריגת בני אדם. בפסק דין ידוע של בית המשפט העליון,<sup>2</sup> נדון מקרה של חשוד כמחבל או כמשתף פעולה עמו, שהניח או שידוע היכן הונח מטען נפץ, ואי גילוי הדבר בזמן עלול לעלות בחייהם של רבים. החשוד מסרב לדבר, והשב"כ מבקש לענותו כדי להכריחו לפתוח את פיו.

השופט ברק מציג דילמה של התנגשות בין ערכים: כבוד האדם ואי השפלתו מחד גיסא, וקדושת החיים של רבים העלולים להיהרג מאידך גיסא. לדבריו, ללא הוראת חוק מפורשת איננו יכולים להתיר עינוי אדם, ובכלל זה עבריין, שאף הוא נברא בצלם. אמנם בדיעבד, אם יענו החוקרים את החשוד, ואפילו ימות החשוד תחת ידם, אפשר שתעמוד להם הגנת "צורך".<sup>3</sup>

במקום אחר<sup>4</sup> הגבתי בחריפות על פסק דין זה. איך אפשר להשוות רוצח "רודף" לקורבנו? ואיך אפשר להשוות כבוד אדם של אחד לקדושת חייו של אחר? ובפרט באשר למחבלים, שהרי אנו במלחמה עמם, ולמלחמה גדרים משלה כידוע, ולא נכפול כאן את הדברים.

נציין רק נקודה עקרונית שמובאת ברמב"ם, שאדם יכול לקלקל לעצמו את הזכות שכבודו יישמר. כאשר הרמב"ם עוסק בסמכות הענישה של בית הדין, הכוללת מאסר ואף הכאה, הוא מסיים –

כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה, ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו, שהרי הוא דוחה את לא תעשה של דבריהם. וכל שכן כבוד בני אברהם יצחק ויעקב המחזיקין בתורת האמת, שיהיה זהיר שלא יהרס כבודם אלא להוסיף בכבוד המקום בלבד, שכל

1. [בשאלה זו עוסק גם מאמרו של ד"ר מיכאל ויגודה, "על המשמעות הראייתית של הסירוב לשתף פעולה עם בית הדין" המתפרסם בקובץ זה – הערת עורך, י"א.]
2. בג"ץ 4054/95, 5100/94, הוועד הציבורי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 842.
3. לפי סעיף 134 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.
4. במאמרי, "חקירות השב"כ לאור ההלכה", תחומין כ (תש"ס) 145.

המבזה את התורה – גופו מחולל על הבריות, והמכבד את התורה – גופו מכובד על הבריות. ואין כבוד התורה אלא לעשות על פי חוקיה ומשפטיה.<sup>5</sup>

### ג. בדיקה פולשנית

אף בדיקה פולשנית בגופו של אדם נאסרה במשפט הישראלי. כך למשל, ישנו איסור לחפש סם בגופו של חשוד כדי להפילו, כאשר הדרך להוכחת העבירה מחייבת ביצוע של בדיקה פולשנית בגופו – בליעת סם משלשל או עשיית חוקן, כדי שאותו סם ייפלט החוצה.

בפרשת **ועקנין**<sup>6</sup> קבע בית המשפט, שכבוד האדם גובר, ולא התיר "פלישה" זו. בעניין השימוש בראיה שהושגה באופן זה, סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות התשמ"א-1981, אוסר שימוש בראיה שהושגה תוך כדי פגיעה בפרטיות. אולם, בדיון נוסף שנערך בעניין ועקנין, קיבל בית המשפט העליון את הראיה שהושגה בדרך של חיוב חשוד לשנות מי מלח על מנת לגרום לו לפלוט סם שבלע.<sup>7</sup>

בגמרא<sup>8</sup> מסופר על אכסניה שהיה בה חשד של גניבת "כסא דכספא". מר זוטרא ראה את אחד האורחים נוטל ידיו ומנגבם בבגדו של חברו, ומיד חשד בו, "כפתיה ואודיי". הרא"ש על אתר<sup>9</sup> מסביר, שמר זוטרא כפה את החשוד בשוטים. לכאורה, מכאן יש ללמוד שמותר לפגוע בכבודו של אדם, עד כדי השפלתו הגופנית, כדי לברר את העובדות.

אולם **החפץ חיים**<sup>10</sup> מצמצם מאוד היתר זה. שכן כיצד נקבל לשון הרע על אדם על פי חשד בעלמא? לכן, מסייג החפץ חיים את הפגיעה בחשוד, בקיומם של שני תנאים מצטברים: אין מדובר אלא בבי"ד שפועל בהוראת שעה; ובנוסף, ישנו חשד מבוסס נגד החשוד, ולא תלונה בעלמא.

5. **רמב"ם** סנהדרין כד, י.

6. [הלכה זו עוסקת בענישת מי שנמצאו כבר חייבים בדיון. לכן, קשה ללמוד ממנה שגם החשוד איבד את זכותו לכבוד. מאותה סיבה ניתן להסתייג גם מן הראיות המובאות להלן, מפרשת הסוטה או מהמקרה בו גנב תלמידו של מר זוטרא "כסא דכספא", היות ובשני המקרים, הנחקרים הם אינם חשודים בלבד, אלא גם כאלו שהוכח לגביהם כבר, שעברו עבירה – הערת עורך, י"א.

7. **תגובת המחבר**: ההבחנה בין עבריין וחשוד אינה חדה כל כך בדברי הרמב"ם שם. יש עבריין שעבר עבירה קלה, וחשוד בעבירה חמורה יותר. יש "מי ששמועתו רעה", שאז המצב שהביא על עצמו הוא בגדר עבירה בת עונשין. כמוכן, יש גם חשוד נקי כפיים, לגביו מספק צריך יותר להיזהר בכבודו. וראה להלן הערה 10.]

8. ד"ר 9/83, **בית הדין הצבאי לערעורים** ו-2 אח' נ' **משה ועקנין**, פ"ד מב(3) 837.

9. [לאחרונה, מסתמנת מגמה ברורה, לשנות את הלכת ועקנין, ולפסול ראיות שהושגו שלא כדיון. לעניין זה ראה למשל: ת"פ (נצרת) 511/97, **מ"י נ' עודה** תק"מח(4)97, 493; מ"ח 3032/99, **עמוס ברנס נ' מ"י**, פ"ד (3) 354, בעיקר בסעיף 34 לפסק הדין, ובמאמרו של א' הרנון, "ראיות שהושגו שלא כדיון – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 139 – הערת עורך, י"א.]

10. **בבא מציעא** כד, א.

9. **רא"ש** ב"מ ב,ה.

10. **חפץ חיים** הלכות לשון הרע, כלל ז (בסוף).

עם זאת, נראה שמה שהטריד את החפץ חיים הוא השאלה, האם להאמין שאדם ביצע עבירה על יסוד חשד בלבד? שאלת כבוד האדם לא כל כך העסיקה אותו. לכן, נראה שכשמדובר בחשוד בצריכת סמים, היות והצורך ברור, כי ללא בדיקה זו נאלץ לשחרר חשוד שמסכן את הציבור בהפצת סמים, ובד בבד בית הדין מתרשם שהחשד מבוסס, לא רק על פי תלונה בעלמא, אפשר שיש מקום לבצע בדיקה כפויה, אף אם החשוד מסרב לשתף פעולה. כלומר, ניתן משקל יתר לשני הפרמטרים האחרונים, מידת הצורך והתועלת בבירור הראיה, לעומת הפגיעה, שכן, כפי שאמרנו, העבריינין פגע בעצמו בזכויותיו. דברים ברוח זו אומר גם ד"ר אליעזר בן שלמה, שהסתמך בין היתר על דין השקאת הסוטה –

לכאורה, אין לנו טיפול הנוגד את כבוד הבריות כמו תהליך השקאת הסוטה, שכל כולו לשם בירור אשמה הוא בא, להיות לנו תחבולה להוציא מתוך לבבנו חשד בנשותינו לדעת האמת אם זנתה תחת בעלה או לא זנתה (על פי החינוך, מצווה שסה).<sup>11</sup>

אמנם בדין הסוטה, הראיה והעונש באים כאחד, ובכלל, זהו תהליך נסי, שאינו נוהג בימינו, ולכן גם מובטח לה לאישה, שאם החשד הוא חשד שווה היא תפוצה על כך, "שאם היתה יולדת בצער יולדת ברווח...".<sup>12</sup> עם זאת ניתן ללמוד מכאן את הרעיון, שהעבריינין פוגע בזכותו לכבוד.

חדירה לגופו של אדם באופן פחות דרסטי, מצויה גם בשאלת השימוש ב"מכונת אמת" (פולגרף). אגב ההסתייגות מתוקף הראיה, מוסיף הרב י' בוימעל –

אולם בדין מרומה, דלכו"ע מצווה לחקור ולדרוש כפי היכולת, בוודאי דרשאיין הבי"ד לחקור העדים ע"י מכונה זו (=מכונת אמת, פולגרף).<sup>13</sup>

אמנם, מובן שאין לפגוע בכבודו של העבריינין, יתר על המידה הנדרשת. מצוות "ואהבת לרעך כמוך" חלה גם על עבריינין שנידון למיתה, ומשום כך "בוררין לו מיתה יפה". זו למשל הסיבה לכך שהריגתו של עבריינין החייב מיתה בסייף, תבוצע בחרב בגרון, ולא בקופיץ מול העורף, כי זו מיתה יפה יותר.<sup>14, 15</sup>

11. א' בן שלמה, "כבוד האדם מול שלום הציבור בהשפלת אסיר", תחומין יז (תשנ"ז) 136.

12. סוטה כו, א.

13. שו"ת עמק ההלכה (ירושלים, תשל"ו) ב, יד. אמנם נכדו, הרב נחום לאו, במאמרו: "The Fourth Amendment and it's Equivalent in the Halacha", *Judaism* vol. 16 (1967) pp. 300, 306 מתנגד לסמכות בית הדין לכפות בדיקה זו, אך אינו מוכיח בדבריו, ואף לא מזכיר דברי סבו הנ"ל.

14. עיין: סנהדרין נב, א.

15. לאור האמור תמה אני על פסק דינו של בית המשפט המחוזי (סיון תשס"ד, לא פורסם), שאסר על יגאל עמיר רוצחו של ראש הממשלה, להתייחד עם כלתו. היכן נעלם כבוד האדם, אף של עבריינין? בית המשפט פסק, שזכותו של אדם להתייחד עם רעייתו היא בגדר "טובת הנאה" בלבד, אותה יכולות הרשויות להעניק לאדם, אך יכולות הן גם לשלול אותה ממנו. לפי דין התורה, התייחדותו של אדם עם רעייתו אינה רק בגדר "טובת הנאה", אלא זו מצווה רבה של פרו ורבו, וכן "לא תהו בראה, לשבת יצרה" (עיין בבא בתרא יג, א ותרומה יח, א) אלא זו מצווה רבה של פרו ורבו, וכן "לא תהו בראה, לשבת יצרה" (עיין להקל ראש בשלילתה).

מן הראוי להדגיש, שהצורך בבירור האמת עלול לפגוע גם במי שאינו עבריין. כך בחליצת נער בן י"ג שנה, כשהאלמנה מעוניינת בחליצה, בית הדין נאלץ לבדוק אם הוא הביא שתי שערות וכשיר לחליצה אם לאו, שכן בדין תורה אין סומכים על "חזקה דרבה" (=שגדול הוא).

#### ד. סירוב בעל דין לברר דבריו

עד כה ראינו כי בעת צורך גדול גובר בירור האמת על פגיעה בכבוד האדם. אולם אין הדברים פשוטים כלל ועיקר. גם בהלכה נמצא שיש מקום לשיקול זה של כבוד האדם. אולם טרם נברר דברינו, עלינו להזדקק למושג אחר – סירוב בעל דין לברר דבריו, ומשמעות הסירוב.

כלומר, עד שאנו דנים אם בכוחנו לכפות את החשוד להיבדק, מדוע לא נאמר כי אם מסרב הוא סימן שהוא מסתיר ראיה, וכאילו הראיה כבר בידינו. אכן בעניין המחבל החשוד, לא די לנו בראיה של "כאילו", שכן האינפורמציה היכן בדיוק מונחת "הפצצה המתקתקת" היא חיונית. כאן כאמור, הבירור נצרך לפני הפשע, ולשם מניעתו.

גם כאשר הבדיקה נועדה לשם הפלתו של החשוד בהחזקת סמים, כיוון שמדובר בעבירה פלילית שעונשה קשה, לא די לנו בהשערה, מבוססת ככל שתהיה, כי הסם נמצא בגופו, ואנו נזקקים לראות את הסם מחוץ לגופו. כאשר החשוד מכחיש את החשדות המועלות נגדו, ולדבריו, סירובו להיבדק מונע מכוח הרצון לשמור על כבודו, לא נוכל להפיל על יסוד סירובו להיבדק.

אבל יש מקרים פחות חמורים שבהם הפגיעה קטנה יותר, או שהצורך והתועלת ברורים יותר, למשל, כאשר אין מדובר בתחום הפלילי, אלא בדיני ממונות או במעמד האישי. אם כן אפשר שנוכל להסיק מסקנה מסירובו של בעל דין לשתף פעולה עם חוקריו.

כך עולה מן הגמרא בקידושין<sup>16</sup>, אביי אומר שם כי כאשר עד אחד מעיד שפלוני הידוע ככוהן, הנו בעל מום, ונפסל לחלק מעבודות הכהונה, והלה מכחישו, יש להאמין לעד (אף על פי שעד אחד אינו נאמן אף באיסורים כנגד הכחשה) כי אומרים לו לכוהן "שלח אחווי". כלומר: "אם אינך בעל מום, הפשט בגדיך ונראה... שנוכל לברר הדברים". ואומרים בעלי התוספות שם –

מכאן יש להוכיח דכל דבר שיכול להתברר – עד א' נאמן עליו ואפילו עד א' מכחישו.<sup>17</sup>

אמנם, בכוחו של המחוקק לומר, שכל רוצח מנוע מלהתייחד עם רעייתו, כחלק מן העונש המוטל עליו. אולם, במדינות שבהן לא מטילים עונש מוות, איני סבור שמן הראוי שימיר המחוקק עונש הריגה ב"הריגת" זכות וחובה כה יסודיים.

יש לקוות שבית המשפט העליון יתקן כאן את המעוות.

<sup>16</sup>. קידושין טו, ב.

<sup>17</sup>. תוספות קידושין שם ד"ה שלח ואחוי.

מדבריהם עולה, שסירובו של בעל הדין לברר דבריו, עשוי לשמש כראיה נגדו.<sup>18</sup> כן מצינו בשו"ת הרא"ש<sup>19</sup> ביחס לבעל שטוען שאשתו אינה זכאית לכתובה שכן היא בגדר טומטום (שאינן ניכר אם היא זכר או נקבה), והיא מכחישה. אומר הרא"ש –

דבר זה ייבדק על פי נשים הגונות וכשרות היודעות בדבר זה... וכל זמן שלא נבדקה אינו חייב במזונותיה, מאחר שהוא טוען טענת בריא שאינה ראויה לאיש וגם דבריו עומדין להתברר לאלתר, ואם כן למה נחייבו מזונות, היא תצווה לבדוק את עצמה, אם היא רוצה להכחישו, ואחר שתיבדק – תתבטל טענה זו.<sup>20</sup>

## ה. התחשבות בכבוד האדם ובצנעת חייו

### 1. בדיקה פסיכיאטרית

עם זאת, הדברים אינם פשוטים. כאשר היה מדובר בבדיקה פסיכיאטרית, מצאנו דעה מסתייגת, הן באשר לחיוב הבדיקה והן באשר למשמעות הסירוב לה. בתביעת גט של בעל כלפי אשתו, הוא דרש שהיא תיבדק בבדיקה פסיכיאטרית, או לחיובה לוותר על הסודיות הרפואית של טיפוליה הנפשיים. בפסק דין רבני<sup>21</sup> שדן בעניין, מצאנו שנחלקו הדיינים בדעותיהם.

הרב שלמה גורן, נשיא בית הדין, השתכנע כי יש מקום לחשד בדבר ליקויה הנפשי, שכן לקתה שלוש פעמים בהתקפת עצבים, ולכן דרש שתסכים לדרישת הבעל. ואם לא תיענה לדרישה "סירוב עקשני זה משמש הוכחה שהרופא הפסיכיאטרי עלול לגלות בעת הבדיקה שאכן הייתה ואולי היא עדיין חולה מבחינה נפשית..."<sup>22</sup>.

18. לעניין זה ראה להלן, ליד הערת שוליים 30.

[אבל, מדברי התוספות ניתן ללמוד, שבהעדרה של עדות, לא ניתן יהיה להשתמש בסירובו של הכהן לפשוט את בגדיו כראיה – הערת עורך, י"א]

19. שו"ת הרא"ש לג, ב.

20. [האישה המבקשת ליטול כתובתה היא בגדר "מוציא מחברו" שעליו הראיה. אמנם, בדרך כלל, שטר הכתובה מהווה ראיה טובה לעניין זה. אולם, אחר שטען הבעל שאשתו היא "טומטום", וככו – אינה זכאית לכתובה, וניתן לברר את הדבר, התערער כוחו הראייתי של השטר, וממילא, לא ניתן לגבות מכוחו את הכתובה. נמצא, שהסירוב להיבדק אינו מוכיח את נכונות טענותיו של הבעל, אלא הוא מונע מן האישה להשתמש בשטר הכתובה שבידה, כראיה – הערת עורך, י"א].

תגובת המחבר: מתעוררת כאן שאלה של חזקת חיוב על פי שטר. מיהו המוחזק? האם החייב מוחזק ודי בהטלת ספק, או בעל השטר מוחזק והחייב צריך להוכיח דבריו? לא נכנסנו כאן לדיון בשאלה זו. על כל פנים ודאי הוא שהסירוב לברר בכוחו לעורר ספק כאמור. [

21. פד"ר ט 331, 337.

22. [עם זאת, ויגודה (לעיל, הערה 1, עמ' 242) מדגישה ש"לדעת הרב גורן, לאישה לא הייתה סיבה סבירה בנסיבות העניין להתנגד לבדיקה. אפשר שאילו הייתה לה סיבה סבירה להתנגד, הוא היה קובע שלא זו בלבד שאין לכפות עליה את הבדיקה אלא אף אין להסיק מסירובה מסקנות לרעתה" – הערת עורך, י"א].

**הרב יוסף קאפח** סבור כי ליקוייה הנפשי מכוח התקפת עצבים הוא אירוע חד פעמי, ואין לאכוף עליה בדיקה רפואית או נפשית או לדרוש ממנה ויתור על סודיות רפואית. ובלשונו – נראין הדברים שצדקה האישה בסירובה, כי ממצאים שלפני שנים עלולים כן להזיק למעמדה כמורה.

בהמשך דבריו הוא מסביר ששום תועלת לא תצמח מפתחת התיק מחדש, כי מחד גיסא עדות הרופא היא על מצבה מלפני שנים רבות. ואפילו נאמר כי היא "משליכה" גם על המצב כיום, חוות דעת של רופא היא בגדר עד אחד, ואף זה לא ודאי, אם כן, אין תועלת של הוכחה בעדותו. ומאידך גיסא "לה יהיה נזק ברור של הוצאת שם רע בעיני תלמידיה וחניכיה". כלומר, התועלת אינה ברורה (הפרמטר השלישי).<sup>23</sup> ולכן יש להתחשב בפגיעה בה (הפרמטר הראשון).<sup>24</sup>

בדומה לזה מובא בפסק דין רבני אחר,<sup>25</sup> שם נאמר כי הבעל לא הוכיח שהאישה זקוקה לבדיקה פסיכיאטרית, "ובדברים בעלמא (הפרמטר השני) אין לחייב את המשיבה להתבונן ולגרום לה צער חינם בבדיקה זו (הפרמטר הראשון) רק כדי למלא את רצונו של המערער שבגד באשת נעוריו".<sup>26</sup>

ראיה להתחשבות בכבוד האדם וצנעתו בהקשר זה ניתן להביא מן הגמרא בבבא בתרא<sup>27</sup> שם מסופר על דרכם של רמאי פומבדיתא. אדם הביא סרבלו לאומן ובעבור זמן מבקש את בגדו. האומן מכחישו בטענת לא-הייר-דברים-מעולם. אומר לו בעל הבית: יש לי עדים שראו אצלך בגד כזה. עונה האומן: זהו בגד אחר שאינו שלך. אומר לו בעל הבית: "אפקיניה ונחזינהו". מסביר הרשב"ם: "הוצא אותו שיראו עדים, שאתה אומר אחרת, הוא, ואמת דברך, והוצא עצמך מן החשד".<sup>28</sup> עונה האומן: "איברא, לא מפקינא ליה", ואומר הרשב"ם כי זו הרמאות, שמתכוון לגנוב, ואין בעל הבית יכול להוכיח זאת.

23. מן הדברים עולה, שאם מידת הפגיעה תהיה פחותה, ולחילופין, אם התועלת תהיה ברורה, ניתן יהיה להסיק מן הסירוב להיבדק, כנגד האישה. אולם, ויגודה (לעיל, הערה 1) לא למד כך את דברי הרב קאפח. מדבריו עולה שהבין שהרב קאפח שולל עקרונית את היכולת להסיק מסירובו של אדם להיבדק מסקנות כנגדו – הערת עורך, י"א.

תגובת המחבר: נראה לי שלא אמר כן הרב קאפח אלא לרווחא דמילתא, אבל למעשה התבסס על סירובה המוצדק למסור את תיקה הרפואי. שכן, עומדת לפנינו סוגיית "שלח אחוי" ועלינו לחלק כאמור שיש הצדקה לסירובה (גם כשיש תועלת בבדיקה). וכן עולה מדברי הרב מ' אליהו – כפי שמובאים בדברי הרב ויגודה במאמרו הנ"ל. ולא משמע שהוא חולק על הרב קאפח בזה.

24. שני הדיינים מסתמכים על דברי הרמב"ם (טוען ונטען ה, ז-ח), והשולחן ערוך (חו"מ לו, ד) באשר לחובת בעל דין לגלות לבית המשפט מסמכים רלוונטיים שבידו. ראה מאמרי בנדון בתחומין כד (תשס"ד) עמ' 37, שם מובאות גם מגבלות לחובה זו מכוח שיקולים של צנעת הפרט (על פי תשובת הרא"ש).

25. ראה ספרו של פרופ' א' שוחטמן, סדר הדין, ירושלים, תשמ"ח-1988, 342-343.

26. משפט זה לקוח מתשובת הרא"ש (סח, כה) כי בדברים בעלמא, ללא אמתלה המתקבלת על לב הדיינים, אין לפגוע בצנעת הפרט של הנתבעת, ולפי זה הצורך בבדיקה כולל גם מבחן זה של אמתלה, וראה עוד במאמרי הנוכח בהערה 24.

27. בבא בתרא מו, א.

28. רשב"ם שם ד"ה אפקיניה ונחזינהו.

נשאלת השאלה מדוע אינו חייב לברר דבריו, שכן יש בזה תועלת, כי אם יוציא את הבגד יש לתובע עדים שיעידו כי זהו בגדו.

אפשר לענות על כך בשתי דרכים<sup>29</sup> –

א. הטעם "סירוב בעל דין לברר דבריו" אינו עומד בפני עצמו. הוא זקוק להשלמה. כאשר הראיה ניתנת להתברר בקלות, ואי גילוייה פועל לרעת הסרבן, צריך שגילוייה יהיה עלול לפעול כנגד התובע את הגילוי. כך עולה מדברי שער המשפט<sup>30</sup>, שכן אם אותו כהן יפשוט בגדו ויתברר שאינו בעל מום, יתגלה העד כשקרן. זהו "מילתא דעבידא לגלויי" מיד, שמעניק אמון לדברי העד. אך בנידון דידן של האומן, גם אם יתגלה שהבגד אינו של התובע, עדיין יטען כי העדים טעו בסברם שזהו הבגד של התובע, ולא יתגלה שקרם. נמצא שלא בכל מצב, סירוב בעל דין לברר את דברו פועל נגדו, שכן יש והסירוב אינו בעל משקל ראייתי חיוני מספיק. כלומר, יש והתועלת אינה ברורה כאמור לעיל בדברי הרב קאפח ביחס לחוות דעת רופא.

ב. האומן טוען לצנעת הפרט. הרשב"ם שם מוסיף הסבר מפני האומן: "באמת לא אוציאנו, בשביל טענותיך של הבל אראה לך ממון אחרים". כלומר, אינני חייב לחשוף בפניך את עסקי עם אחרים. נמצא, אפוא, כי לפי הדרך השנייה, צנעת הפרט גוברת על הצורך בגילוי ראייה.<sup>31</sup> במקרה כזה אין להוציא ראייה מסירובו, כאמור לעיל.<sup>32</sup>

## 2. גילוי ממזרות

לעיל ראינו, שאחד הפרמטרים המנחים בשאלה האם תבוצע בדיקה או לא, הוא מידת הפגיעה שתגרום הבדיקה לנבדק. אחד מסוגי הפגיעה הקשים הוא הטלת "כתם ממזרות". זהו אינו מום גופני או מכה כואבת, אלא פגם משפטי עם סנקציות, המונעות מן האדם זכויות בסיסיות, ועיקרן הוא האיסור לישא אישה בת ישראל. רשאי הוא לישא רק ממזרת או גורת, וגם אז יהיו ילדיהם ממזרים. זוהי כעין נכות רוחנית שדבקה בו, שלא באשמתו.

האם לאור חומרתה של הפגיעה, נכון יהיה מצד בית הדין להימנע מבירור שאלת הממזרות, או שמא ערך בירור האמת גובר על הכול, ובייחוד כאשר מניעת הבירור עלולה להכשיל רבים ולפגוע בטהרת מחנה ישראל?

29. ראה מה שכתבתי בנידון, במאמרי, "סירוב בעל דין לברר דבריו", תחומין ז (תשמ"ו) 394 וצינתי שם שעיקרי הדברים שמעתים ממור"ר הרב ז"נ גולדברג.

30. שער המשפט ל, ז.

31. השופט המחוזי מ' דרורי, בעת"מ (ירושלים) 541/02 פלוני נ' פקיד רישוי לכלי יריה ואח', תק"מ-2003(2) 2077 ממשיך בכיוון זה. הוא מסתמך גם על המשפט העברי, על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי יש לפרשו בהתאם לאופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה. באותו מקרה דובר על אדם שהחזיק נשק ברישיון, ונחשד כמי שסובל מסיבוך נפשי. המשטרה דרשה בדיקה פסיכיאטרית בטרם תחזיר לו את האקדה שהחרימה. השופט קבע כי שיקול כבוד האדם וצנעת הפרט כאן גובר, כשהוא מסתמך, בין היתר, על המקורות הנ"ל. אף כי סקירתו מקיפה, ואף נעזרת בה במציאת חלק מן המקורות, אין הכרח לענ"ד להגיע לאותה מסקנה אליה הוא הגיע, ולמזלי לא נוקקתי להכריע בדבר.

32. המקרה המוכר בהערה 21.



ככלל, הגישה העקרונית של הפוסקים לממזרות דומה לגישתם לעיגון אישה. כלומר, הממזרות היא מצב בלתי רצוי, שיש להתאמץ להתיירו. עיקרון זה בא לידי ביטוי כבר בעצם הדין שמוטל בספקות, שכן מדין תורה, "ממזר ודאי אמר רחמנא, ולא ממזר ספק"<sup>33</sup> לכן מחפשים כל דרך כדי לא לפסוק על ה"חשוד" כי הוא ממזר. כך, למשל, אישה שפרשה מבעלה במשך שנה וילדה, עדיין מניחים שהבעל הוא האב, כי ההלכה מניחה שעיבור אישה יכול להסתיים אחרי שנים עשר חודשים!<sup>34</sup>

כמו כן, סומכים במידה רבה על חזקה של "רוב בעילות אחר הבעל", גם במקרים שמעוררים ספק ממשי באשר לנכונותה של החזקה במקרה הספציפי הנדון.<sup>35</sup>

בענייננו, הנטייה היא להתחמק מבדיקת אבהות או בדיקת רקמות, על מנת שלא לגלות שהבן או הבת הם ממזרים.<sup>36</sup> רמז נמצא לכך בדברי הרש"ש שיובאו בסמוך. וזאת כיצד? יש לפנינו אב שטוען שאינו האב ובידו להוכיח זאת, על ידי בדיקת רקמות. הוא אמנם מעוניין להיפטר מחיובו במזונות, אך לנו אכפת שלא לאמלל תינוק חף מפשע. כיצד נוכל להתחמק מבירור האמת, והרי גם אם לא היה הבעל טוען לפטור מחיוב ממון, חובת בית הדין היא לברר את הדין, ובעיקר לשמור על טוהר היוחסין, ולא לערב ממזר בקהל ישראל.

הגמרא בבבא בתרא<sup>37</sup> מספרת על אישה שגילתה לבתה, כי מתוך עשרת הבנים שלה, רק אחד מהם הוא מבעלה. שמע הבעל וציווה: "כל נכסי לבן אחד", אך לא ידעו לזהותו, ומשום כך, לא ניתן היה לקבוע את זהות היורש. רבי בנאה הציע, שילכו כל הבנים ויכו על קבר אביהם, על מנת שיגלה להם למי השאיר את הכסף. כולם הלכו חוץ מאחד, אמר רבי בנאה: "תנו לו". ומסביר הרשב"ם כי "הוא הצנוע שבכם, ומסתברא דלזה אהב יותר".<sup>38</sup>

שואל הרש"ש: מדוע לא עשה רבי בנאה בדיקה "מדעית" שתגלה את האמת? אמת כי בימיו עוד לא ידעו בדיקת רקמות מהי. אך בספר חסידים<sup>39</sup> מצאנו מקרה של בדיקה מעין זו. וכך מסופר שם –

מעשה ברב סעדיה בן יוסף החכם<sup>40</sup> באחד שהלך למדינת הים עם עבדו והולך עמו ממון גדול ואשתו הייתה מעוברת. לימים מת האדון והניח כל ממון והלך העבד

33. קידושין עג.א.

34. ראה: יבמות פב; שו"ת יביע אומר ג, א.

35. ראה: פד"ר יא, 51 [ראה גם: עדות ביהוסף פד, עמ' 460, 462 – הערת עורך, י"א].

36. גם כאשר נעשתה הבדיקה, והתגלה שהבעל אינו האב, היה מקרה שבו קבע הרב ש' דייכובסקי כי האב פטור ממזונות, אך אין מקום להטיל על הילדה כתם ממזרות. כיוון שמידת הדיוק של הבדיקה היא בגדר 99.6 אחוז "ישנם אחוזים בודדים המאפשרים את האבהות, על כן לא נקבע ממזרות". ראה פד"ר כא 51, ומאמרם של מ' הלפרין, ח' בראוטבר, ד' ולקן, "קביעת אבהות באמצעות מערכת תיאום הרקמות המרכזית", תחומין ד (תשמ"ג) 431 נוכן במאמרו של הרב אורי רותם, "הכרעת דין ללא עדות", המתפרסם בקובץ זה, עמ' 69 – הערת עורך, י"א].

37. בבא בתרא נח.א.

38. רשב"ם שם ד"ה כולו נכסי דהאי.

39. ספר חסידים רלב.

40. לא ברור אם הכוונה לרס"ג.

והחזיק בנכסיו ויאמר העבד אני בנו. ושגדל הבן שהולידה שמע... והיה ירא לפתוח את פיו... ונתאכסן בבית רב סעדיה... נתן לו עצה... להקיז דם זה בספל אחד ודם זה בספל אחר ולקח עצם אבי הבן והניח בספל העבד לא נבלע הדם. ולקח העצם ושם אותן בספל הבן ונבלע הדם בעצם כי גוף אחד, ולקח רב סעדיה הממון ונתנו לבנו שבא...<sup>41</sup>

אם כן, שואל הרש"ש<sup>42</sup> מדוע לא עשה ר' בנאה כן? עונה הרש"ש בתיורצו השני (שהוא הנכון בעיניו) –

**כי לא רצה שיוודע פסולם על ידו, אבל ניסיון שלו אינו רק הודעת צניעותו יותר משאר אחיו.**

עוד מפנה הרש"ש לכלל המובא בברטנורא בסוף עדויות – "משפחה שנטמעה – נטמעה"<sup>43</sup>. על הברייתא<sup>44</sup> הקובעת בשם רבי יוסי, ש"ממזרי ונתיני טהורים לעתיד לבא" מסביר הרא"ש – בפסול מטומע שאינו ידוע איירי כדאמרינן לעיל (עא,א) משפחה שנטמעה נטמעה.<sup>45</sup> ומדברי הר"ן שם נראה, שגם בזמן הזה לכשנטמעו אין מגלים פסולם, כי אם לצנועים. בעקבותיו מסביר הרמ"א –

משפחה שנתערב בה פסול ואינו ידוע לרבים, כיוון שנטמעה נטמעה והיודע פסולה אינו רשאי לגלותה אלא יניחנה בחזקת כשרות שכל המשפחות שנטמעו בישראל כשרים לעתיד לבא. ומכל מקום, כשר הדבר לגלות לצנועין, ודווקא משפחה שנטמעה ונתערבה, אבל כל זמן שלא נתערבה – מגלין הפסולין ומכריזין עליהם, כדי שיפרישו מהם הכשרים.<sup>46</sup>

אכן, גם אם תיערך בדיקה, ויתברר ממנה שהבעל אינו האב, קיימת האפשרות שבית הדין יקבל את הבדיקה כראיה במישור הממוני, ויפטור את הבעל מתשלום מזונות, אך לא יקבל את הראיה במישור האיסורי, על מנת להפוך את הילד לממזר.<sup>47</sup>

## ו. דיון על פי אומדנא

עד כה דנו בשאלת הצורך לברר דבריו של עד ובמשמעות סירובו לדבר. האם עולה מן

41. אין להביא ראיה מכאן לסמכות ביה"ד לכפות בדיקה גופנית, שכן אפשר שרב סעדיה פעל מכח המלך, כפי שעולה מן המעשה שם, וראה מאמרו של פרופ' ד' פרומר, "קביעת אבהות ע"י בדיקת דם במשפט הישראלי ובמשפט העברי", *שנתון המשפט העברי*, שנתון המשפט העברי ה' 240, הערה 109.
42. הגהות וחידושי הרש"ש ב"ב נח,א ד"ה ר"ש; ד"ה א"ל; על פי אליהו רבה תקסח, טו.
43. קידושין עא,א, ע"פ המשנה בעדויות ח, ז.
44. קידושין עב,ב.
45. פסקי הרא"ש קידושין ד, א.
46. רמ"א אה"ע ב, ה.
47. ראה לעיל, הערה 36.

הסירוב ראייה ומהו משקלה. אך יש והסירוב מתבטא בהתנהגות חמקנית. שאז בית הדין חש לדין מרומה<sup>48</sup> ויש בכוחו בנסיבות מסוימות לדון לפי האומדנא שלו, ללא ראיות כלל. דוגמה לכך מצינו ביחס לפריעת חוב. כאשר בית הדין שוכנע שהנתבע "מסתיר דבריו ומשיב תשובות גנבות"<sup>49</sup>.

כלומר, ייתכן גם שסירוב בלתי מוצדק ישפיע על בית הדין לנצל את סמכותו לשפוט על פי אומדנא ללא ראיות של ממש. אם כי אמצעי זה יינקט במקרים נדירים בלבד.

## ז. הדין במשפט הישראלי

בבואנו לברר ראייה בדיון פלילי בבית המשפט עומדת בפנינו פעמים רבות בעיית התנגשות אינטרסים. מחד, הרצון לברר את האמת, למצות עם העבריינים את הדין ולהעניש אותם. ומאידך, החובה שלא לפגוע בצנעת הפרט ושלא ליצור מציאות המעוררת את החוקרים להשיג ראיות שלא כדיון, כאמור לעיל (פרק ג), ביחס לבדיקה פולשנית

במשפט הישראלי אנו מוצאים חוקים שאוסרים פגיעה בצנעת הפרט, גם כשהדבר נחוץ לשם השגת ראייה. כך הדבר בראיות שהושגו בדרך של האזנת סתר אסורה.

יתר על כן, לא רק שאיסוף הראיות אסור, אלא שתוצאותיו נפסלות כראיה.<sup>50</sup> במשפט האמריקאי עקרון ההגנה על צנעת הפרט בהקשר זה זכה למעמד מיוחד עוד יותר ושם נאסרו כל "פרות העץ המורעל", קרי: כל ראייה שהושגה שלא כדיון נאסרה להצגה בבית משפט. במשפט הישראלי, הגנה זאת אינה כה מחמירה, ולא בכל חדירה לצנעת הפרט, מצאנו את החומרה של האזנת סתר.

האם סירובו של בעל דין להיחשף, בטענה של צנעת הפרט, יכול לשמש כראיה נגדו?

בדין הפלילי, מוכרת זכות השתיקה של נאשם, הנובעת בעיקר מ"חזקת החפות" הקיימת בשיטת המשפט האדברסרית. חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, קובע בסעיף 162 כי –

הימנעות הנאשם מהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה וכן סיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להן סיוע...

אך הימנעות זו לא תשמש סיוע במקרה שהנפגע הוא ילד. אם כן, באופן כללי, החוק רואה בשתיקתו של נאשם בפלילים כדבר שיעמוד כנגדו, ויחזק את הראיות המובאות להאשימו.

בדין האזרחי היה הדין שונה לכאורה. אכן, במקרה פלוני<sup>51</sup> אומר השופט ח' בהן שאין סמכות חוקית לחייב אדם לבצע בדיקת דם. וכן שאם אדם זכאי שלא להיחשף, אין להוציא מסקנה מסירובו להתנדב להיחשף.

48. ראה סנהדרין ז, ב.

49. ראה שו"ת הרא"ש כלל ק, ו.

50. לפי סעיף 13(x) לחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979. וסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981.

51. ע"א 407/60, פלונית נ' אלמוני, פ"ד טו(1) 212, 215.

אולם, מאוחר יותר נתקבלה גישה אחרת, וכך כותב השופט (בדימוס) י' קדמי בספרו – ניתן להעניק משמעות ראייתית לאי הבאת ראיה, לאי השמעת עד, לאי הצגת שאלות לעד או הימנעות מחקירה נגדית.<sup>52</sup>

אמנם עדיין יכול המתעקש לטעון, שאין הדברים אמורים אלא בסירוב סתמי, ללא טעם, אבל כשהסירוב נובע מן החשש לפגיעה בצנעת הפרט, הדין שונה. אולם, בחינה של פסיקה בתי המשפט מורה, שלא כך הדין.

כך למשל, בפסק דין שרון נ' לוי<sup>53</sup> כותב השופט מ' אלון כי סירוב חשוד באבהות לעבור בדיקת רקמות כדי להוכיח שאינו האב פועל כנגדו, ויכול לשמש כראיה שהוא אכן האב.<sup>54</sup> אמנם כל זה אמור בבנה של אישה פנויה, אבל בבנה של אישה נשואה, שהבירור עלול לגלות לא רק את זהות האב, אלא גם שהבן ממזר, אומר השופט מ' אלון שלא נכפה בדיקה ולא נסיק מסקנות אופרטיביות מן הסירוב לערוך את הבדיקה. אכן השופטת ה' בן עתו<sup>55</sup> טוענת לאי-עקביות בגישה זו, אך ברור שמידת הפגיעה השונה בין בדיקה שיש בה, לכל היותר "פלישה קלה" לגופו של אדם, לשם הוצאת דם, לבין בדיקה שפגיעתה קשה, עד כדי הטלת כתם של ממזרות, השפיעה על הפסיקה.

לעצם חובת הבדיקה, השופט המחוזי מ' דרורי<sup>56</sup> מציע כיום להבחין בין שתי סוגי בדיקות בהתאם למידת פגיעתן. כיום לדעתו ניתן לחייב אדם בבדיקה גופנית שאין פגיעתה קשה, כמו בדיקת רקמות או בדיקת D.N.A., כאשר ניתן ליטול ממנו דגימות רוק בלבד.<sup>57</sup>

ברם, יש בדיקות שמוצדק לסרב להן, היינו "בדיקות המחייבות כאב משמעותי או ניתוח וכן מבחני אישיות או בדיקות פסיכיאטריות, כי הם פוגעים בצנעת הפרט ובכבוד האדם". כלומר: ניתן לסרב לבדיקות אלו, וגם אין להסיק מסקנות מאי שיתוף הפעולה של בעל הדין. ולכן, במקרה של חשוד בבעיה פסיכיאטרית שהמשטרה דרשה בדיקה לצורך החזרת נשקו האישי, נתקבלה טענתו שאינו רוצה להיבדק.

52. י' קדמי, על הראיות – הדין בראי הפסיקה (תשנ"ט-1999) 1391.

53. ע"א 548/78, נועה שרון ואח' נ' יוסף לוי. פ"ד לה(1), 736 (להלן: שרון נ' לוי).

54. [בדיקת הרקמות אינה בדיקה פולשנית, ואין בה כדי לפגוע בצנעתו של הנבדק. מסיבה זו, לא הועלה הנימוק של הפגיעה בצנעת הפרט על ידי הנתבע באותו מקרה. ממילא, פסק דין זה אינו יכול לתמוך במסקנה, שסירוב להיבדק עשוי לשמש כראיה נגד המסרב, אף במקום שבו הסירוב נובע מנימוקים של שמירה על צנעת הפרט – הערת עורך, י"א.]

55. שרון נ' לוי, 762.

56. עת"מ (ירושלים) 541/02 – פלוני נ' פקיד רישוי לכלי יריה ואח'. תק"מח 2003(2), 2077.

57. ראה מאמרו של ר' זפרן, "של מי אתה ילדי? על פגמיו של ההסדר בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות", הפרקליט מו (כסליו תשס"ג) 371.

## ח. היבט השוואתי

לסיכום, בשאלה של בירור האמת העובדתית מול הפגיעה בצנעת הפרט של החשוד יש הבדל ניכר בין שתי שיטות המשפט.

לפי ההלכה, שיקול צנעת הפרט תופס מקום מועט בלבד לעומת חובת בית הדין לברר את האמת; לעומת זאת, מנקודת ראותו של המשפט הישראלי סדרי העדיפויות הפוכים.

הסיבה להבדל היא כפולה: צנעת הפרט במסגרת כבוד האדם היא עיקר גדול במשפט הישראלי, מה שאין כן מנקודת ראותה של ההלכה.<sup>58</sup> גם אם מצאנו לה תימוכין מספר, אין היא כה משמעותית אלא כשמדובר בלשון הרע או גרימת בושה. אבל דווקא אותה בושה משנה צורתה כאשר מדובר בעבריינין. העבריינין איבדו במו ידיה את כבודו, ומה לו כי יליין?

על ההבדל הרעיוני ביחס לעבריינין ראה מה שכתבתי במקומות אחרים.<sup>59</sup>

מאידך גיסא, השיקול הנגדי של בירור האמת תופס מקום חשוב יותר בעולמה של ההלכה. בהקשר דומה ידועה השאלה: "אמת ויציב מה עדיף?" בהלכה, האמת עדיפה על יציבות המשפט. ולכן, למשל, אין ההלכה מכירה במושגים דוגמת "התיישנות" או "סופיות הדין". לכן, גם בנידון דידן, לא נרתע מלברר האמת בגלל פגיעה בכבוד האדם, בכפוף לסייגים שנוכרו לעיל, כגון גילוי ממזרות.

58. [נהרב יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק כותב בספרו, ימי זיכרון (ירושלים, תשמ"ט), עמ' 9: "הערך של כבוד הבריות הוא ציר-בסיס אידיאלי להלכות רבות... ואף ייתכן שכל המצוות שבין אדם לחברו מבוססות על הערך של כבוד הבריות". על השימוש בערך זה, ויישומו בשאלות הלכתיות רבות במהלך הדורות, ראה בספרו של פרופ' נחום רקובר, גדול כבוד הבריות – כבוד האדם כערך-על (מורשת המשפט בישראל, ירושלים, תשנ"ט). ראה גם בהסכמת הרב יעקב אריאל שליט"א בפתוחת הספר – הערת עורך, י"א.]

59. במאמרי הנ"ל בהערה 4. וכן במחקרי משפט יא (תשנ"ד), במאמרי "אב ובנו".

