

הרב פרופ' אברהם שטינברג

בס"ד, כד בכסלו, תשע"ח

הצעת חוק פתיחת קברי ילדי תימן ואחרים לשם זיהוי ועריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה – שיקולים הלכתיים*

הליך הבדיקה על פי המתואר במסמך של המרכז הלאומי לרפואה משפטית מיום 27.11.17 הוא כדלקמן:

שלב א:

- פתיחת קברים שלפי הנטען נקברו בהם ילדים בגילאים שונים לפני כ-60 שנה, ואיסוף שרידי העצמות – בשיטה המתוארת על ידי האנתרופולוג המשפטי ד"ר חיים כהן.
- העברת השרידים באמבולנס למרכז הלאומי לרפואה משפטית.
- בדיקה אנתרופולוגית הכוללת סידור העצמות בסדר אנטומי, מדידות, צילומים, והערכות והשוואות רלוונטיות שונות.
- התהליכים אינם כוללים פגיעה פיזית במרקם העצמות.

שלב ב:

- העברת דגימות למעבדה הביולוגית במידרג הבא: עדיפות א – שיניים, עדיפות ב – עצם.
- בדיקת דנ"א על דגימה בדרך הבאה:
 - (א) ניקוי חיצוני והכנה ללא כל פגיעה בשן או בעצם.
 - (ב) חיתוך קצה עצם בגודל של 1x1 ס"מ במשקל עד 2 גר'. שאר העצם נותרת שלמה.
 - (ג) טחינת הדגימה הקטנה.
 - (ד) מיצוי לדגימת דנ"א במשקל כחצי גרם. שאר ה-1.5 גר' בצורת אבקת עצם מוחזרת לשאר חלקי השלד.
- כל חלקי השלד, למעט נוזל המופק מהעצם לצורך בדיקת דנ"א במשקל כחצי גרם, מוחזר לקבורה.
- במקרים שלא ניתן יהא לזהות את שייכות השלד באמצעות בדיקת ה-דנ"א – תישמר חתיכת עצם קטנה (ככל הנראה במשקל של עד 2 גר') לצורך זיהוי עתידי.

* נמסר לחברי הוועדה לכבוד המת שע"י מועצת הרבנות הראשית לישראל, כסלו תשע"ח.

עוד שלושה נתונים עובדיים שיש להם השלכות על ההיבטים ההלכתיים:
 (א) ישנם קברים שמכילים יותר מגופה אחת.
 (ב) הקרקע זזה ברבות השנים, ולפיכך גופה מתחת למצבה לא בהכרח שייכת למי שהמצבה כתובה על שמה.
 (ג) לאור העובדה שמדובר בתינוקות, ולאור העובדה שעבר זמן רב מאז קבורתם – ספק אם בכלל יימצאו עצמות שניתן יהא לבדוק בהם דנ"א.

ההלכה

הנושאים ההלכתיים הרלוונטיים הם:

- I. פתיחת הקבר, ואיסוף העצמות ופינויים למרכז הלאומי לרפואה משפטית.
- II. טחינת קטע עצם, ואי החזרתו לקבורה.
- III. נאמנות הבדיקות.
- IV. קברי אחים.

I. פתיחת קבר, איסוף העצמות ופינויים למרכז הלאומי לרפואה משפטית שני איסורים כרוכים בפעולות אלה: חרדת הדין; ניוול המת¹

א. חרדת הדין –

1. בגדר חרדת הדין נחלקו הפוסקים אם הוא דווקא בהוצאת המת מקברו, ובפניו למקום אחר, לפי שהבלבול קשה למתים שמתיראים מן הדין², או שיש משום חרדת הדין גם בעצם פתיחת הקבר³. במקרה שלפנינו מדובר הן בפתיחת הקבר והן בפינוי העצמות, ולפיכך שייך גדר חרדת הדין לכל הדעות.
2. עוד נחלקו אם במת בגיל פחות מעשרים שנה אין כלל חרדת הדין⁴, או שגם אז יש חרדת הדין⁵, ואפילו בנפלים⁶.

1. ראה שו"ת **אגרות משה** חיו"ד ח"ב סי' קס בגדרי איסור פינוי המת.
2. ב"י יו"ד סי' שסג, בשם הכל-בו; ש"ך ט"ז יו"ד סי' שסג סק"א; שו"ת **שבוי** ח"ב סי' קג; שו"ת **אגרות אזור** סי' כו; שו"ת **מהר"ש ענגיל** ח"ה סי' מה.
3. שו"ת **רעק"א** מהדו"ת סי' יז; שו"ת **חכ"צ** סי' מז, וסי' נ. וראה עוד בנידון בשו"ת **מערכת אבילות** אות קלז; **גשר החיים** ח"א פכ"ו ג א; שו"ת **יבי"א** חיו"ד ח"ג סי' כג, ושם ח"ז חיו"ד סי' לז.
4. שו"ת **שיבת ציון** סי' סה; שו"ת **רעק"א** סי' יז; שו"ת **כנסת יחזקאל** סי' מד; שו"ת **חת"ס** חחו"מ סי' קכד.
5. שו"ת **חכ"צ** סי' מז וסי' נ; שו"ת **כת"ס** חיו"ד סי' קפג; שו"ת **יהודה יעלה** חיו"ד סי' שנט; שו"ת **מהר"ש ענגיל** ח"ו סי' כ; וראה שו"ת **יוסף אומץ** סי' לט שהביא מחלוקת בנידון והכריע שיש חרדת הדין בקטן.
6. שו"ת **נובי"ת** חיו"ד סי' קסד; ברכ"י יו"ד סי' שסג אות ב; שו"ת **יהודה יעלה** (אסאד) ח"א חיו"ד סי' שנט סק"א; שו"ת **מהר"ש ענגיל** ח"ה סי' מה, ושם ח"ו סי' כ; **חזו"א** חאו"ח סי' קלג אות ב, ושם חיו"ד סי' רח אות ט.

במקרה שלפנינו מדובר אך ורק בקטנים, ולפיכך השאלה אם יש חרדת הדין, תלויה במחלוקת זו.

3. וכן יש מי שסוברים שאחר י"ב חודש, ואחר שנתעכל הבשר, אין חרדת הדין⁷, ויש חולקים וסבורים שגם בעצמות יש חרדת הדין⁸.

במקרה שלפנינו מדובר הרבה זמן אחרי י"ב חודש מאז הקבורה, ולפיכך השאלה אם יש חרדת הדין תלויה במחלוקת זו.

מכאן שאם נצרף את שיטות הסוברים שאין חרדת הדין בקטנים, ואין חרדת הדין אחרי י"ב חודש מאז הקבורה – במקרה שלפנינו לא יחול איסור חרדת הדין.

מאידך אם נצרף את שיטות הסוברים שיש חרדת הדין גם בקטנים וגם בעצמות שנותרו אחרי י"ב חודש – יש איסור חרדת הדין.

אכן כל זה הוא בפתיחת הקבר בסתם ללא כל טעם ותועלת. אך ראה להלן שאם יש היתר לפתיחת הקבר בגלל הסיבה והטעם של פתיחת הקבר – ממילא אין חרדת הדין.

ב. ניוול המת –

1. איסור ניוול המת לדעת רוב הפוסקים הוא מן התורה, ואף שיש אומרים שהוא רק מדרבנן – מכל מקום לכל הדעות יש איסור של ניוול את המת.

2. בעצם פתיחת הקבר יש משום ניוול המת, כמבואר בב"ב קנד ב'⁹, וביותר יש ניוול המת בפניויו מקברו.

3. יש אומרים שיסוד האיסור של חרדת הדין הוא מגדר ניוול המת.

4. אכן מצינו דעות שונות שעל פיהן נדחה איסור ניוול המת הקשור בפתיחת הקבר:

א. לזיהוי גילו של המת לצורך דיני ממונות¹⁰;

ב. לזיהוי המת לצורך היתר עגונה¹¹;

7. שו"ת נובי"ק חיו"ד סי' פט; שו"ת מהר"ם שיק חיו"ד סי' שנד.

8. שו"ת פרשת מרדכי סי' כד; שו"ת שיבת ציון סי' סג; שו"ת בית שלמה ח"ב חיו"ד סי' ריט; שו"ת כנף רננה חיו"ד סי' לו.

9. ואגב, בסוגיא בב"ב שם לא מוזכר כלל ענין חרדת הדין, רצ"ע. וראה מה שכתב בזה בשו"ת דעת כהן סי' רה.

10. ראה בב"ב קנד ב', אם מדובר בלקוחות, וראה תוס' שם ד"ה זוזי.

11. ראה ראה שו"ת פני יהושע ח"ב חאבה"ע"ז סי' נג; שו"ת כנסת יחזקאל חאבה"ע"ז סי' מו (הובא בפת"ש יו"ד סי' שסג סק"ז); שו"ת מהרי"ל דיסקין סי' לא; שו"ת יביע אומר ח"ג חיו"ד סי' כג. וראה באריכות המחלוקת המובאת בשו"ת שיבת ציון סד-סה, ובשו"ת כת"ס חיו"ד סי' קעד, ובשו"ת שו"מ מהדו"ק ח"א סי' רלא.

ג. לתועלתו של המת¹², או לצורך גדול¹³, או לתכלית ראויה¹⁴.
דוגמאות לכך: אם אינו משתמר בקבר; אם יש לחוש שיוציאוהו גויים; אם יש לחוש שיכנסו מים לקבר¹⁵; להיתר עגונה (כדלעיל); להשתלת קרנית ממת¹⁶.

ד. לכבודו של המת¹⁷. דוגמאות לכך: לעכב את קבורתו של נפטר כדי לאפשר לרבים, או לבני משפחה, להשתתף בהלווייתו; לפנותו מקברו כדי להעבירו לקבורה בקברי אבותיו או בארץ ישראל, ואף לשבור את עצמות המת כדי להכניסן לתוך כד, לשם הבאתו לקבורה בארץ ישראל¹⁸; אם הקבר הוא בזוי ביותר¹⁹; להקים מצבה על קברו של מת; לומר קדיש על המת²⁰; שקרוביו יתאבלו עליו²¹; לזהותו כדי להוציאו מאלמוניותו ויוכלו בני משפחתו לעלות על קברו²².

אכן בגדר כבודו של מת שדוחה את איסור ניוולו – יש מי שכתב שהיינו דווקא אם מפנים את המת כדי לקבורו בקברות אבותיו, אבל כבוד אחר לא דוחה איסור ניוול המת²³. אך הרבה מגדולי האחרונים הרחיבו את ההגדרות של כבוד המת המבטלות את איסור ניוול המת (ואף לא הזכירו את שיטת הב"י בזה). עוד יש מי שכתב שגם בדברים המוגבלים שנימנו ע"י חז"ל והראשונים ככבוד המת היינו דווקא שהדבר הפוגע בכבודו מאותה רשימה הוא וודאי, אבל בספק אין מבטלים את איסור ניוול המת²⁴. אך גם בזה מצינו באחרונים שהתירו לצורך ולתועלת גם כשיש ספק. עוד יש מי שכתב שהסיבה לדחיית איסור ניוול המת בפניו קבר צריכה להיות ברורה ומוסכמת לרוב בני אדם²⁵.

העולה מהאמור שלדעת רוב הפוסקים אם הדבר נעשה לתועלתו של המת או לכבודו – הרי שבפתיחת קברו ופינוי עצמותיו אין איסור ניוול המת ואין חרדת הדין²⁶.

12. ראה שו"ת רדב"ז ח"ב סי' תריא.

13. שו"ת יביע אומר ח"ט חיו"ד סי' לו – להוקיע בשער בת רבים עושי רשע גדול [המדובר בענין שבו אנו עוסקים, היינו ילדי תימן].

14. ראה שו"ת שו"מ מהדו"ק ח"א סי' רלא.

15. שו"ע יו"ד שסג א.

16. שו"ת יביע אומר ח"ג חיו"ד סי' כג.

17. ראה שו"ת שבות יעקב ח"ב סי' צז, שהטעם בזה הוא שהמת מוחל על צערו כאשר הדבר נעשה לכבודו.

18. שו"ת רדב"ז חלק ב סימן תריא.

19. ראה שו"ת אגרות משה חיו"ד ח"ב סי' קס.

20. שו"ת כת"ס חיו"ד סי' קעד.

21. חזו"א יו"ד אבלות סי' רח אות ה.

22. שו"ת פסקי עוזיאל בשאלות הזמן סי' לו; שו"ת בנין אב ח"ד סי' סז.

23. ב"י יו"ד סי' שסג.

24. שו"ת דעת כהן סי' רה.

25. שו"ת אגרות משה חיו"ד ח"ב סי' קס.

26. ראה שו"ת שרידי אש ח"ב סי' ק.

II. טחינת קטע עצם, ואי החזרתו לקבורה

1. לדעת רוב הפוסקים יש מצות קבורה על כזית מן המת,²⁷ יש שהסתפקו גם על פחות מכזית,²⁸ ויש מי שאומר שאכן יש חיוב קבורה גם על פחות מכזית מן המת.²⁹ לעומתם יש אומרים שאין חיוב קבורה על כזית, והשיעור הוא ראשו ורובו של המת.³⁰

במקרה שלנו מדובר על דגימת עצם שהיא קטנה בהרבה משיעור כזית, ולפיכך לדעת רוב הפוסקים [בודאי לדעת הרבה מהפוסקים ששיעור חיוב קבורה ראשו ורובו של המת, וגם לדעת המחייבים קבורה על כזית] – אין חיוב קבורה לדגימה הקטנטנה הנלקחת לבדיקה.

2. יש עדיפות הלכתית לקחת דגימת דנ"א משן, כי שיניים אינן חייבות בקבורה כמבואר במעשה ר' יוחנן: רשב"ם ב"ב קטז א ד"ה דין גרמא דעשיראה ביר – נשאר אצלו שן אחד מבניו, ובו היה מנחם למרי נפש האבלים, שהשן של מת אינו טמא, דתנן באהלות פרק ג' (מ"ג) כל שבמת טמא חוץ מן השיניים והשיער והצפורן, ובשעת חיבורן הכל טמא. במקרה שלפנינו לא ברור אם ימצאו שיניים כי מדובר בתינוקות וילדים קטנים.

3. גם במצבים שיש היתר לנתח מת אסור שישאר אפילו חלק קטן מהגוף בלא קבורה, ואפילו שומרים על חלקים אלו במקום מכובד, ואם שייר חלק בלא קבורה לא קיים מצות קבורה עד שיקבור את כל חלקי המת.³¹ לפיכך במקרה שלפנינו חובה להחזיר את כל העצמות לקבורה אחרי גמר פעולות האבחון.

III. נאמנות הבדיקות

1. כמבואר בנספח³² ללא ספק יש אמינות מלאה לבדיקות ה-DNA לפחות לצורך זיהוי הנפטר, ככל שהדבר יתאפשר מבחינה מדעית.

27. תויו"ט שבת י ה; שו"ת תפארת צבי חאו"ח סי' כז; שו"ת מהרש"ם ח"ד סי' קיב; שו"ת שבה"ל ח"א סי' קלד, ושם ח"ח סי' רנט.

28. תויו"ט שבת י ה; מנ"ח מ' תקלז סק"א.

29. שו"ת נובי"ק חיו"ד סי' צ. וראה עוד בשו"ת קול מבשר ח"א סי' ע.

30. משל"מ אבל יד כא; עמוד הימיני סי' לד. וראה בחזו"א יו"ד סי' רח סק"ו, שלא הביא מחלוקת התויו"ט והמשל"מ, והסתפק אם יש חיוב קבורה בחלקים קטנים מהמת, עיי"ש. וראה עוד מה שכתב בחזו"א יו"ד סי' רי אות טז. וראה מה שכתב על דבריו בשו"ת שבה"ל ח"ח סי' רנט אות' ב-ד. וראה עוד בנידון בס' הרפואה לאור ההלכה, כרך ב, ח"א פ"ה; שו"ת וישב משה ח"ב סי' עה-עו; ר"י אריאלי, תורה שבעל פה, ו, תשכ"ד, עמ' מ ואילך, והנ"ל, נועם, ו, תשכ"ג, עמ' פב ואילך; ת. מבורך, תחומין לג תשע"ג עמ' 407 ואילך.

31. שו"ת משפטי עוזיאל מהדו"ת ח"ג חיו"ד כרך ב סי' קי.

32. הנספח נמסר לחברי הועדה לכבוד המת.

-- העורך.

2. אמנם קיים ספק אם בכלל יימצאו עצמות בקברים בגלל גיל הנפטרים ומשך הזמן שעבר מאז הקבורה. אך ממה נפשך – אם לא יימצאו כלל עצמות הרי שמדובר בקבר ריק או בקבר שהתרוקן, ובודאי אין בזה גדרי ניוול המת; ואם אכן יימצאו עצמות – הרי שמותר לבדוק אותם לדעת רוב הפוסקים גם אם בדיעבד יתברר שלא הצליחו במלאכת הזיהוי, שכן כך הוא המצב לדעת אותם פוסקים שמתירים פתיחת הקבר והסתכלות לצורכי זיהוי אף שאין ודאות שאכן יימצאו הסימנים המבוקשים.³³

IV. קברי אחים

1. האפשרות שיימצאו עצמות של יותר מנפטר אחד, או שבגלל תזוזת הקרקע יימצא מתחת למצבה נפטר אחר, והנפטר המבוקש יימצא במקום אחר – אלו מעלים בעיה של הסכמת קרובים לפתיחת הקבר ולפינוי העצמות.

2. אך מאידך יש לומר שדווקא האפשרות להפריד בין עצמות נפטרים שונים ולקבור כל אחד בקבר משלו – הוא כבודם של הנפטרים.

מסקנות:

1. מחלוקת הפוסקים הנוגעות לשאלת חרדת הדין וניוול המת בפתיחת הקבר ובפינוי העצמות נוגעות לאיסורי דאורייתא, ולכן על פי גדרי ההלכה צריך להחמיר ולאסור.

2. אכן זה דווקא בסתם מתים וללא סיבה מוצדקת. אך כעולה מהאמור לעיל לדעת רוב הפוסקים יש הרבה מצבים הדוחים את איסורי חרדת הדין וניוול המת, הכוללים תועלת לנפטר, צורך גדול, מטרה ראויה, וכבוד המת – כי ניחא לו לנפטר שיבדקו ויזהו אותו.

3. אמנם הנידון שלנו הוא חדש, ולא מצינו באחרונים דיון האם חרדת הדין וניוול המת נדחים בעת זיהוי המת באמצעות דנ"א לצורך בירור השאלה אם התינוקות והילדים בכלל נפטרו, ואם כן – לקבוע את זיהויים על מנת לקבורם בכבוד, כל אחד בקבר משלו, עם מצבה, ועם אפשרות שקרובי המשפחה יוכלו להתאבל עליהם כראוי.

4. יחד עם זאת, ניתן לומר שמסביר צורך זה לא נופל מהצרכים והתועלות ודרכי הכבוד למת שמצינו בתיאור האחרונים.

5. ואמנם רבנים ראשיים לישראל – הגר"צ עוזיאל זצ"ל, הגר"ע יוסף זצ"ל ויבלח"א הגר"א בקשי-דורון דנו בנידון שלנו והתירו.

33. אכן יש להעיר שלכאורה מהמבואר בב"ב קנד ב בדברי ר"ע שסימנים עשויים להשתנות ולכן אף שמדין ניוול המת היה מותר לפתוח את הקבר, אך בגלל הספק למצוא את המבוקש – אסור. וכן משמע דעת מיעוט הפוסקים שמתירים פתיחת קבר לבדיקת סימנים להתיר אשה מעגינותה דווקא אם יש אומדנא שזה הבעל. וי"ל.