



Vaccination in Halacha

DNA in Halacha

Show# 37 | September 26th 2015

Dovid Lichtenstein: The message of Succos

שער הכוונות ענין ראש השנה דרוש א

ובנוקבא, כנזכר בפרשת פנחס בתחילתה, כי
ר"ה הוא בחי' שמאלו תחת לראשי עד יוה"ג,
וביזה"כ האירו ונתמתקו הדינים ההם ע"י
אימא עילאה, ובחג הסוכות הוא בחי' וימינו
תחבקני, וביזם ח' עצרת, אז הוא זווג ממש,
ואלו הם פשטן של דברים.

מדבר קדמות מערכת סמך אות יו"ד

ושמעתי כי יש מדרש בנוסח זה: איוב היה מצטער מאד, כיון שראה שהסוכה בשתי
דפנות נתקררה דעתו. ופירש מורינו הרב המובהק מר קשישא כמהר"ר
אליעזר נחום ז"ל, דטעמא דסגי בב' דפנות וג' אפילו טפח דכתיב בסכת בסכת ויש
אם למסורת¹³, גם אמרו ז"ל¹⁴ ואשימם בראשכם ואשקם כתיב - שהכל תלוי בראשים
גדולי הדור, ואיוב היה מצטער כי הוא איש תם וישר וכו', וכשראה סוכה בב' דפנות
דיש אם למסורת א"כ גם ואשמם יש אם למסורת וגדול הדור סובל עונות דורו,
ונתישבה דעתו. עד כאן שמעתי.

ליקוטי הגר"א מועדים- סוכות- עמ' תכח

הלכות דפנות נרמזות בתיבת סכה

תנו רבנן שתים כהלכתן ושלישית אפילו טפח (סוכה ו ב)

● **הא** דחז"ל הכשירו סוכה של שתי מחיצות כהלכתן ושלישית אפילו טפח. אפשר כי צריך לדעת את הא"ב, - שלש אותיות בתיבת סכה, מצוה מן המובחר לעשותה כסמ"ך בעלת ד' מחיצות, ואם אין לו ארבעה דפנות מותר לעשותה ככ"ף בעלת שלש מחיצות שלימות, ואם אין לו גם זה דיה לעשותה כה"א, דהיינו שתי מחיצות ולחי אחד אפילו טפח.

(שלמי יוסף, הוספות לד"א תש"ח)

תלמוד בבלי מסכת סוכה דף כז עמוד ב

דכתיב כל האזרח בישראל ישבו בסכת - מלמד שכל ישראל ראויים לישוב בסוכה אחת.

DNA in Halacha

תורת האדם שער המיחוש - ענין הסכנה

אבל רבינו הגדול ז"ל כתב איבעיא להו בן מהו שיקיז דם לאביו ואסיקנא רב פפא לא שביק ליה לבריה למשקל ליה סילוא וכו'. ואפשר לומר כן, דאע"ג דמכה אדם לרפואה פטור, ומצוה דואהבת לרעך כמוך הוא, אפ"ה כיון דאיכא אחרינא לא שבקינן לברא למעבד הכי, דלמא חביל ביה טפי ממה שהוא בדרך הרפואה והוה ליה שגגת חנק, אבל למיתנה לא חיישינן לא בבן ולא באחר, משום דעל כרחו הצריכין הכתוב לרפאות ואין לך ברפואות אלא ספק סכנה, מה שמרפא לזה ממית לזה.

ספר חסידים סימן רלב

כי הנה מעשה ברב סעדיה בן יוסף החכם באחד שהלך למדינת הים עם עבדו והוליק עמו ממון גדול ואשתו היתה מעוברת לימים מת האדון והניח כל הממון והלך העבד והחזיק בנכסיו ויאמר העבד אני בנו כשגדל הבן שהולידה שמע שמת אביו הלך לתבוע נכסיו שהחזיק בהם העבד ונתחתן בגדולי הדור והיה ירא הבן לפתוח פיו פן יהרגוה ונתאכסן בבית רב סעדיה והניח לפניו לאכול ולא אכל עד ששם לפניו אלו הדברים נתן לו עצה ודבר אל המלך וכן עשה שלח המלך אחר רב סעדיה לדון דין זה וצוה רב סעדיה להקיז דם זה בספל אחד ודם זה בספל אחר ולקח עצם (לעומת עצם) של אבי הבן והניח בספל העבד ולא נבלע הדם ולקח העצם ושם אותו בספל הבן ונבלע הדם בעצם כי הוא גוף אחד ולקח רב סעדי' הממון ונתנו לבנו שבא הרי ראוי לבן שיתעצב ביום מיתת אביו וכן אמר איוב (שם ג' י') כי לא סגר דלתי בטני ולא אמר בטן אמי שהכל כגוף אחד וכתוב (שם ג' א') ויקלל את יומו, וירמיה כן עשה שלעולם לשנה הבאה באותו יום לא היה שמח לכך יש להתענות ביום

אליה רבה סימן תקסח ס"ק טו

אין נוהגין וכו'. ובשל"ה דף ר"א [תענית, נר מצוה, ד"ה כתב מהר"י] כתב ראוי לנהוג להתענות למחר, אבל אם למחר יום שאין מתעניין בו כיון דאידיחי אידיחי. עוד כתב [שם ד"ה המנהג] מנהג יפה להתענות יום שמת בו רבו מובהק, כי חייב אדם בכבוד רבו יותר מאביו ע"כ. ויש לגמגם בזה, דטעם דתענית אינו משום כבוד אלא משום סכנה דריע מזליה כמ"ש סי' רפ"ח ס"ז וסי' תי"ח. ועוד הטעם שהאב והבן גוף אחד כמעשה דרב סעדיה שלקחו עצם ממת וטבלו בדם הקזה של הבן ונבלע הדם בעצם, כמ"ש ספר חסידים סי' רל"ב ומטה משה סי' (תשס"ה) [תשסד]. וצ"ע בבבא בתרא דף נ"ח [ע"א] דאמר חבטו קבר דאבוכון ואינו אלא שודא דדייני כמ"ש (רשב"א) [רשב"ם ד"ה א"ל], ולא עביד הך דרב סעדיה, וי"ל. מיהו נ"ל שכתב שם טעם אחר, שהרי דוד התענה על שאול וצם על יהונתן ועל אבנר, כי יש לצום על מיתת אדם חשוב ע"כ. ומ"מ נראה דבאותו יום ממש היה צם דוד ולא בשנה אחרת. וראיתי בירושלמי סוף מו"ק [פ"ג ה"ז] אמר ר' אבהו יבא עלי אם טעמתי כלום כל אותו היום שמת תלמיד חכם. ר' יונה כד שמע שמת תלמיד חכם אף דאכל ושתה אפקוה צום ההוא יומא. כתב הט"ז [סק"ה] אם אירע לו ברית מילה של בנו ביום שמת אביו, אין צריך להשלים אלא עד אחר מנחה, כמ"ש ס"ס תקנ"ט שיו"ט שלו הוא. ובתשו' מהרי"ל סי' קע"ב [אות קנז, ב] שלא יאכל בסיום. ונראה דבלילה הקודמת לתענית מותר לאכול ולילך על סיום, דהא לא אסר מהרי"ל שם אלא משום תענית. ועוד הא במטה משה סי' (תשס"ט) [תשסח] כתב דווקא בסעודת שמחה אסור אבל סעודת מריעות וכהאי גוונא שרי ע"כ. ועוד דלא גרע מאבל תוך י"ב חדש דמותר בסיום כמ"ש ביו"ד ס"ס רמ"ו, אבל סעודת מילה נראה דאף בלילה אסור, עד כאן מצאתי כתוב:

רש"ש מסכת בבא בתרא דף נח עמוד א

ר"ש ד"ה א"ל כולהו נכסי דהאי. ומסתברא דלזה אהב יותר כו'. בפשוט יל"פ דמסתברא דזהו הבן ומסתמא לבנו נתן וכדמשמע דיען דשמע לדביתהו כו' הוא דצוה כן. ואולי דבא ליישב בזה קושיית הא"ר בסי' תקס"ח אות ט"ו דלפי מש"כ בס"ח דטבע דם הבן להתבלע בעצם האב המת ה"ל יותר לבדוק בזה. ולפרושו א"ש דאכתי לא יודע בזה צניעותו אשר כוון האב גם לזאת. או משום דע"י נסיון דס"ח יתגלה שהן ממזרים ור"ב לא רצה שיוודע פסולם ע"י (וכמש"כ הרע"ב בשלהי עדיות והוא לקוח מפ"י הרמב"ם ע"ש) אבל נסיון שלו אינו רק הודעת צניעותו יותר משאר אחיו וזה יותר נכון בעיני:

שו"ת ציץ אליעזר חלק יג סימן קד

ואבוא בזה לשאלתו השניה. וז"ל שאלתו השניה: ידוע שעל ידי בדיקות סוג הדם אפשר לשלול בודאות שראובן הוא האבא של ילד (אף פעם אי אפשר לוודא שהוא כן האבא - רק שיתכן שהוא האבא) האם בדיקה ותוצאותיה תופס מקום בדיני תורה עכ"ל.

ואשיבנו כדלקמן: במס' נדה ד' ל"א ע"א איתא: ת"ר שלשה שותפין יש באדם הקדוש ברוך הוא ואביו ואמו, אביו

מזריע הלובן שממנו עצמות וגידיים וצפרנים ומוח שבראשו ולובן שבעין, אמו מזרעת אודם שממנו עור ובשר ושערות ושחור שבעין, והקב"ה נותן בו רוח ונשמה וכו'.

והנה באודם שהאשה מזרעת ברור שכלול בזה (ואולי עוד בראש ובראשונה) הדם. ובהגהות הגר"א ז"ל מגיה בהדיא בגמ': ודם וכ"כ בהדיא גם בשאילתות יתרו שאילתא נ"ו, ובהעמק שאלה שם כותב שבמדרש קהלת מבואר ג"כ בפירוש דם עיין שם. ז"א שהדם בא מן האשה, וכפי שמסביר שם העמק שאלה שם, דזה פשיטא דעיקר יצירת הולד היינו מדם שבאשה ודם מוליד דם ע"ש. וא"כ מכיון שהדם בא מן האשה זיהות דם יכול להיות ולקבוע בין בן לאמו אבל לא בין בן לאביו בהיות שדם הבן לא בא ממנו. וזה באמת הנימוק למה שכבו' כותב שאף פעם אי אפשר לוודא ע"י בדיקת סוג הדם שהוא כן האבא, והיינו מפני שזיהות הדם הוא רק בין הבן להאם בהיות שהדם בא מן האשה. וא"כ מינה גם זאת, דגם מה שבדיקת סוג הדם מראה לשלול בודאי שהוא לא האבא של הילד המדובר, ג"כ אינו אומר עוד כלום, ואי אפשר מתוך זה להחליט שפלוגי איננו אבי הילד.

והכי ראיתי גם בספר שערי עזיאל להרה"ר הראש"ל המנוח הגרב"צ עוזיאל ז"ל בח"ב שער מ' פ"א סעי' י"ח שפוסק בזה וז"ל: כל מקום שאין שורת הדין מחייבת האב למזונות ילד זנונים, אין סומכין על בדיקה מדעית של דם הילד בדמיונו לזה של האב, שכן קבלה מרז"ל שלשה שותפין באדם הקדוש ברוך הוא ואביו ואמו, ואביו מזרע /מזריע/ הלובן וכו' אמו מזרעת אודם וכו' והקב"ה נותן בו רוח ונשמה. וכל בדיקה מדעית מתבטלת נגד קבלתם הנאמנה של רז"ל שכל דבריהם נאמרו ברוח הקודש, ברוך שבחר בהם ובמשנתם עכ"ל. ומאד נאמנו דבריו ז"ל. ואם הוא מדבר על החיוב, שע"ז, כפי שכבו' כותב, גם הבדיקה המדעית מראה רק על ספק שיתכן, אבל לא על וודאות, ברור אבל שאותו הנימוק ואותו הטעם ישנו גם כאשר הבדיקה מראה בודאות על השלילה, באשר כי כל בדיקה מדעית מתבטלת נגד קבלתם הנאמנה של חז"ל.

ולפי דעתי אין במקרה הזה גם סתירה בין הבדיקה המדעית לבין דברי חז"ל, מפני דגם אם נקבל ונאמין לבדיקה המדעית השוללת בודאות זיהות הדם בין הילד לבין האב, אין עוד זאת אומרת שהוא איננו אביו, ויוכל להיות אביו גם אם סוגי הדם אינם זהים ביניהם בהיות שהדם של הילד לא בא מן האב. כי כאמור הדם בא מן האשה.

ויעוין עוד ביו"ד סי' רס"ג סעי' ב' ברמ"א ובט"ז סק"א וביאור הגר"א סק"ד דסברי גם לגבי מילה שהדין של מתו מחמת מילה לא שייך באיש רק באשה לפי שהדם בא מן האשה. ומסתברא שגם הדעה הראשונה במחבר שם שסוברת ששייך גם באיש מודה ג"כ לזה שהדם בא מן האשה, ורק לגבי מילה שאני, מפני שסוברת שענין המיתה הוא לא רק מן הדם, כי אם גם מן הכח וכדו' מדברים הבאים מהאיש. וכך מבאר בהדיא גם בשו"ת חתם סופר חאה"ע ח"א סימן קל"ו כיעו"ש, ויש להאריך.

(ג) אמנם בספר חסידים סי' רל"ב מסופר על רב סעדיה שעשה מעשה לקבוע זיהות הבן ולתת לו הירושה ע"י הקזת דם בספל ולקייח עצם המת ושימו בספל, ואצל זה שנבלע הדם בעצם קבע שהוא בנו כי הוא גוף אחד

יעו"ש. אבל נראה דאין לקבוע מזה הלכה בהיות ולא מצינו מבכזה בש"ס וספרי הלכה (יעוין בב"ב ד' נ"ח ע"א וברש"ש ועוד, ואכמ"ל) ועוד זאת דשם הא היתה הבדיקה בעצם ועצמות הבן הא הוא מהאב כדאיתא בנדה שם, וגם אין אתנו יודע עד מה לדעת מהות צורת הבדיקה והקביעה שעל פיה קבע רב סעדיה ועל מה הוטבעו אדני - חכמתו בזה.

(ד) כסניף נוסף לכל האמור יש להוסיף גם זאת, דנראה שהקביעה המדעית בזה ע"י בדיקת סוגי הדם איננה יוצאת עכ"פ מגדר השערה של באשר הוא שם. כפי שאנו רואים בהרבה מקרים שמה שהמדע קובע לוודאות כהיום, כעבור זמן מה קובעת בעצמה אחרת ומבטלת מה שקבעה בודאות תמול, וזאת לפי ההתפתחות והגילויים החדשים שמגלה לאחר מיכן. והא הרי ידוע דעת גדולי הפוסקים שאין להסתמך ולא לקבוע הלכה על אומדנות הרופאים. וברור שאין זה דומה למה שהרופא קובע ע"י צילום או ראי שסברי רבנן שבזה כן נותנים לו נאמנות.

וזוהו מחוץ מה שיש עוד לומר, שלפעמים מאיזה סיבה שהיא שקורה בחיים משתנה סוג הדם אצל האחד מהם מכפי שהיה מתחילתו, והאם כשמחליפים דם אצל בן אדם, או נותנים לו מנות דם מאחרים, האם על ידי כך לא משתנה סוג הדם אצלו מכפי שהיה לפני כן? וזהו אולי הסיבה מה שלפעמים לא מזדהה סוג הדם של הבן גם עם סוג הדם של אמו?

(ה) על כן מכל האמור, ובעיקר ממה שביארנו עפ"י הגמ' בנדה, נראה דבדיקת סוג הדם ותוצאותיה אינו תופס מקום בדיני תורה. כדי לקבוע ע"כ זהות אבהות.

שו"ת שבות יעקב חלק ב סימן קעח

שאלה ראובן שמכר יין לשמעון בעד אלף זהו ונתן לו מאה זהו ומשך הלוקח אצלו היין והמוכר עייל ונפק אזוזי וקודם שנתן לו המעות הוקר היין עד מחצה ורוצה המוכר לחזור אם יכול לחזור בו או לא.

תשובה הנה לכאורה הדין זה פשוט בהאומנין דף ע"ז הרי שמכר שדה באלף זהו ונתן בהם מקצת דמים בזמן שהמוכר חוזר בו יד הלוקח על העליונה ובמוכר שדה מפני רעתה אפי' עייל ונפק אזוזי קנה הכל וכבר נתבאר דינים אלו בטח"מ ס' ק"צ ונתבאר שם דה"ה במטלטלין נמי דינא הכי אפי' משך הלוקח כל שהמוכר עייל ונפק אזוזי לא קנה המקח הכל חזר בו המוכר ידו על תחתונה רצה אומר לו תן לי מעותי או תן לי מטלטלין כנגד מעותי ונוטל מהיפה שבהם חזר בו הלוקח יד המוכר על עליונה יע"ש ובמוכר מפני רעתה קנה הכל אך נ"ל דבנ"ד דיינין ליה כמוכר שדהו מפני רעתה דהא להדיא אית' בפרק ערבי פסחים דף קי"ג ע"א אמר רב לאינו /לאיבו/ בריה טרחי בך בשמעתא ולא מסתייע מלתא /תא/ הא אגמרך מיל' דעלמא כל מילי זבין ותתחרט בר מחמר זבין ולא תתחרט ופרש"י בר מחמר שמה אלו לא מכרו היה מחמיץ עכ"ל הרי להדי' דביין הוי כמוכר מפני רעתה א"כ י"ל דלכך עייל ונפק אזוזי שחש' אולי תחמיץ וקנה הלוקח הכל ואם יאמר האומר מה לך אצל אגדה הלא אין למידין הלכה מדברי אגדה וכמ"ש מהרא"י בפסקיו ס' ק"ח היינו דוקא היכא שהוא נגד הסברא

או הסוגיא כמו התם בנדון שכתב מהרא"י דאיכא משום לא פליג רבנן משא"כ בנדון שלפנינו שחילקו חכמים עצמן בין מוכר מפני רעתה או לא וכדי שלא להוציאך חלק אמרתי להביא ראי' על זה ממ"ש הט"ז בטח"מ סי' ע"ב דף ל"ד ע"ב בשם תשובת מה"ר יונה דיין דק"ק קראקא דהוי שומר שכר על המשכון שלקח בדמי היין דהוי כזבינא דרמי על אפי' כדאית' בש"ס הנ"ל כל מיילי זבין ותתחרט לבד מחמר' ע"ש הרי להדיא דאפי' שיחת חולין של ת"ח דרב גובריה בזה צריכא לימוד למשמ' מינה הלכתא רבתא נ"ל הקטן יעקב.

שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא - יורה דעה סימן קסא

על מה שכתבתי לרום מעלתו שאין דרכי להשיב בדברי אגדה, ועל זה הרבה מעלתו במכתבו והאריך להביא כמה גדולים שחברו בדברי אגדה ודרשו בהם כפי השגתם והאריך בזה מאד: הנה אני תמה האריכות הזה למה וכי דברי חז"ל צריכין שבח ומי הוא פתי יסור הנה להחשיך אור גדול וליתן דופי בדברי אגדה וכל דברי בעלי התלמוד כלם ניתנו מרועה אחד ואין בהם דברי ריק ובטל ואם ריק הוא מאתנו הוא לקוצר שכלנו ולחולשת עיני אור השגתנו להשיג מה שרמזו בהם, ובודאי האדם לעצמו כשיש לו פנאי ראוי לחקור בכל כחו גם בדברי אגדה, אבל אני לא אמרתי אלא שאין דרכי להשיב בהם לשואל כי כל דברי רז"ל בדברי אגדה סגורים וסתומים וכלם קשים להבין ואם באנו להשיב בהם אין לדבר סוף ובפרט איש כמוני אשר עול הרבים עלי די שאני נפנה להשיב בדבר הנוגע למעשה. ומה שכתב שהרשב"א פלפל כמה דברים בדברי אגדה ג"כ לא ידעתי מה הודיעני בזה דבר חדש והרי בעין יעקב הביא הכותב את דברי הרשב"א לרוב ואעפ"כ יראה מעלתו מ"ש הרשב"א עצמו בחידושיו למגילה דף ט"ו על מה שכתבו התוס' שאסתר אמרה כאשר אבדתי מבית אבא כך אבדתי ממך שעכשיו ברצון והקשו התוס' למה לא גירשה מרדכי ותהיה מותרת לחזור לו ותירצו שגט צריך עדים ומיפרסמא מלתא ויודע למלכות, והקשה הרשב"א בחידושיו דאכתי קשה למה לא גירשה בכתב ידו ומסיים הרשב"א שבאמת קושית התוס' אינה מתורצת אלא שאין מתיישבים בדברי אגדה עכ"ל. הרי שהרשב"א כתב שאין מתיישבים בדברי אגדה:

והנה הואיל ואנן עסוקים ביה נלע"ד יישוב על קושיית הרשב"א ולא שאני מתיישב בדברי אגדה אלא שהוא דבר הנוגע לדינא. דמהרי"ק בתשובה פסק אשת איש שלהצלת הרבים זינתה אף ששפיר עבדה מ"מ אסורה לבעלה והביא ראי' מאסתר שאמרה כשם שאבדתי מבית אבא כו' והביאו הבית שמואל בסי' קע"ח ס"ק ד'. ואני אומר אם לדין יש תשובה שאין ראי' מדברי הגמרא כלל שאסתר נאסרה על מרדכי ופירוש אחר יש לנו בדברי הגמרא, ובאמת קושית הרשב"א חמורה שקושיית התוס' נשארה למה לא גירשה מרדכי ומה שתירצו התוס' שמעשה גט פרסום הוא שפיר הקשה הרשב"א שהיה לו לגרשה בכתב ידו בלא עדים:

ולכן אני אומר כאשר נשים לב שעיקר קושיית התוס' על מה שאמרה עכשיו ברצון הקשו למה לא גירשה אבל לא הקשו גם על תחלת לקיחתה לאחשורוש למה לא גירשה מרדכי להצילה מעון אשת איש וצריך לומר דכיון שנאנסה אין כאן עבירה עליה כלל ולמה יגרשה אבל עכשיו שהלכה ברצון ונאסרה על מרדכי הקשו למה לא גירשה. ואני אומר אף בלי הטעם שנאסרה עליו אפילו אם היה מרדכי כהן שאסורה אפילו באונס קשה קושיא זו

עכשיו שברצון למה לא גירשה להצילה מעבירה של אשת איש ואף שמותר לה לעבור עבירה זו להציל נפשות כל ישראל מ"מ כיון שעבירה היא והרי אפשר לגרשה ותציל את הכלל בלי עבירה חמורה של אשת איש. ומעתה אני אומר על קושית הרשב"א שבאמת גירשה מרדכי בכתב ידו כדי להצילה מאשת איש אמנם תינח הגירושין אבל שיחזירנה אח"כ צריך עדים לקידושין וחופה וזה ודאי מיפרסמא מלתא ומתוך כך אמרה שאבדתי ממך שאי אפשר לו להחזירה אבל לא מטעם שנאסרה עליו שבאמת לא נאסרה כלל שגירשה, ולפ"ז שוב אין לנו לימוד לגוף דינו של מהרי"ק שאם זינתה להצלת הרבים שנאסרה על בעלה דאפשר באמת לא נאסרה וגם אסתר אי לאו שגירשה לא נאסרה כלל. ואמנם מדברי רש"י הדבר מוכח שרש"י פירש שם אבדתי ממך שאשת ישראל שזינתה ברצון נאסרה על בעלה ע"ש ממילא מוכח שלא כאשר פירשתי דלפירושי שגירשה מרדכי ובאמת לא נאסרה אלא שלא היה יכול להחזירה בחופה וקידושין מאימת המלכות לא היה צריך רש"י להקדים דאשת ישראל שזינתה ברצון נאסרה על בעלה דהרי אפילו לא היתה נאסרת לבעלה מ"מ היה מוכרח לגרשה כדי להצילה עכ"פ מעבירה של אשת איש ברצון ושוב לא היה יכול להחזירה מחמת הפרסום ומדכתב רש"י שנאסרה על בעלה מכלל שלא גירשה וקם דינו של מהרי"ק:

ומ"מ גוף דין זה שיהיה מותר לאשת איש לזנות ברצון כדי להציל נפשות אינו תורה, ולא ישר בעיני מה שראיתי באיזה תשובה ולפי שאני לעת עתה בכפר לא אוכל לזכור באיזה תשובה וכמדומה אני שהיא תשובת בית יעקב באנשים ונשים שהלכו בדרך וקם עליהם ארכיליסטים אחד בשדה עם חבורת ליסטים שכמותו להרוג את כולם וקמה אשה אחת מהם אשה יפת תואר מאד והתחילה להשתדל עם האיש ראש הליסטים בדברים עד שפתתו בחלקת לשונה שנתאוה לה ונבעלה לו ביער מן הצד ועל ידי כן הצילה את בעלה עם כל הנפשות, ופסק בתשובה ההיא ששפיר עבדה ומצוה רבה עבדה ששדלתו לזה להציל נפשות רק שאעפ"כ נאסרה על בעלה והביא ראייה מאסתר. ואני אומר כיון שאמרו רז"ל בכל מתרפאין חוץ מע"ז וג"ע וש"ד א"כ כשם שאין מתרפאין בשלש עבירות הללו כך אין מצילין בהם נפשות ואונס דרחמנא שריה באשה שקרקע עולם היא היינו שהיא אנוסה על גוף הביאה אבל היכא שאינה אנוסה על גוף הביאה ואדרבה היא משתדלת לזה להציל נפשות לא מקרי קרקע עולם ואשה ואיש שוים ותהרג ואל תעבור ואסתר שאני שהיתה להצלת כלל ישראל מהודו ועד כוש ואין למדין הצלת יחידים מהצלת כלל ישראל מנער ועד זקן מהודו ועד כוש ושם היה בהוראת מרדכי ובית דינו ואולי ברוח הקודש. ויש לי בזה כמה פרטי דינים בקצת להיתר ובקצת לאיסור ואין כאן מקום להאריך בזה:

ומה שרצה לומר ללמוד הלכה למעשה מן אגדה ומדברי המדרש במקום שאין הגמרא סותרת לזה וכתב שבירושלמי איתא שאין למדין לא מן הלכות ולא מן אגדות ולא מן התוספות אלא מן הגמרא ועל זה נשען מעלתו לומר כי היכי דמן התוספות נתבאר בדברי הפוסקים שבמקום שאין בגמרא סתירה לדברי התוספתא למדין ממנה הה"ד מדברי אגדה היכא דלא מצינו בגמרא סתירה על דברי המדרש למדין מן המדרש דהרי כולו בני בקתא חדא נינהו. ומתוך כך תמה מעלתו במכתבו סימן ג' על התוי"ט ברכות פ"ה משנה ד' בד"ה ואם הבטחתו שלא רצה ללמוד מן המדרש במה שלא מצינו בגמרא סתירה לזה והביא ראייה ללמוד הלכה מן המדרש מן התוס' במסכת ע"ז דף ל"ג ד"ה /כס' / שפסקו דסגי בהדחה ג"פ ממדרש אסתר שהביא דברי המן

שאמר לאחשורוש אם אדוני המלך נוגע בכוסו של אחד מהם חובטו בקרקע ואינו שותהו ולא עוד אלא שמדיח הכוס ג"פ. ע"כ דברי מעלתו והאריך בזה. ואמנם אני אומר דאף דהירושלמי כללינהו יחד מ"מ לאו בחדא מחתא מחתינהו ומה ענין המדרש אצל התוספתא התוספתא עיקרה להלכות ולזה היה תחלת כוונת מחברם ור' חייא ור' אושעיא המה יסדוה וכל מגמתם לדיני התורה ולכן במקום שאין סתירה בדברי הגמרא סומכים על התוספתא אבל המדרשים והאגדות עיקר כוונתם על המוסר ועל הרמזים ועל המשלים שבהם והכל עיקר הדת אבל אין עיקר כוונתם על פסקי הלכות לכן אין למדים מהם לפסק הלכה כלל, ויפה כתב תו"ט שם. ומה שהביא ראייה מן התוס' במסכת ע"ז דף ל"ג שהביא ראייה מן המדרש דסגי בהדחה ג"פ. אני תמה עליו. ולדבריו קשה יותר וכי זה היא דברי בעל המדרש והלא זה הוא דברי המן והמדרש מספר מה שאמר המן וא"כ אתמהה וכי מהמן נלמד פסקי הלכות, אלא שכיון שזה סיפור דברי המן שאמר לאחשורוש מנהגן של ישראל אנו למדים ממנהגן של ישראל שהוא תורה:

ומה שדקדק במכתבו סימן ד' על מאמר חז"ל בפרק חלק דף ק' דהוכיח רב דימי לאביי דלא שכיח באגדות דאמרי במערבא משמיה דרבא ב"מ עתיד הקדוש ברוך הוא ליתן לכל צדיק ש"י עולמות כו'. והקשה מעלתו הלא זה משנה סוף עוקצין אמר ריב"ל עתיד הקדוש ברוך הוא להנחיל לכל צדיק ש"י עולמות וא"כ מה הוצרך להביא מימרא דרבא ב"מ ולא הביא משנה מפורשת, וגם על אביי תמה אם לא ידע מימרא דאמוראי איך לא ידע משנה סוף עוקצין. ג"כ נלע"ד נכון כאשר נדקדק הפרש קטן שיש בין לשון מימרא דרבא ב"מ למאמרו של ריב"ל במשנה שם, דמימרא דרבא ב"מ הוא עתיד הקדוש ברוך הוא ליתן לכל צדיק, וריב"ל במשנה סוף עוקצין אמר עתיד הקדוש ברוך הוא להנחיל לכל צדיק. והנה לשון להנחיל שייך אף במה שלא בא לידו כלל ועיין במסכת ב"ב דף קי"ד ע"ב ברשב"ם ד"ה אף האשה את בנה כו' שאף שהבן כבר מת והוא בקבר שייך שמנחלת אותו להנחיל לקרוביו. ואמנם לשון נתינה לא שייך רק במה שבא לידו שם בפרק חלק תמה אביי על אמרם עתיד הקדוש ברוך הוא ליתן להצדיק מלא עומסו ותמה אביי שהיה סבר כיון שהצדיק הוא רק חלק מן העולם איך אפשר לו לקבל יותר מחללו של עולם וכיון שעולם בזרת תכן איך יקבל הצדיק מלא עומסו של הקדוש ברוך הוא. ואביי ידע משנה דעוקצין והיה סבור שאף שהצדיק אי אפשר לו לקבל יותר מעולם אחד מ"מ שייך שעתיד להנחיל לכל צדיק ש"י עולמות דהיינו שאם יש לצדיק הזה בנים ובני בנים שאינם צדיקים שיזכו מצד עצמם יקחו חלק אביהם מן אותן ש"י עולמות שהנחיל לו הקדוש ברוך הוא, והוא הצדיק אי אפשר לו לקבל יותר מעולם ומלואו שאין החלק יותר מן הכלל והצדיק חלק מן העולם, ושפיר תמה אביי על אמרם שעתיד הקדוש ברוך הוא ליתן לצדיק מלא עומסו דלשון נתינה לא שייך אלא על מה שנותנים לו ממש ולכן הוצרך להשיב לו מימרא דרבא ב"מ שאמר שעתיד הקדוש ברוך הוא ליתן לכל צדיק ש"י עולמות אמר ג"כ לשון נתינה. דברי אוהבו הד"ש.

רמב"ם הלכות יסודי התורה פרק ז הלכה ז

הנביא אפשר שתהיה נבואתו לעצמו בלבד להרחיב לבו ולהוסיף דעתו עד שידע מה שלא היה יודע מאותן הדברים הגדולים, ואפשר שישולח לעם מעמי הארץ או לאנשי עיר או ממלכה לכונן אותם ולהודיעם מה יעשו או

למונעם ממעשים הרעים שבידיהם, וכשמשלחים אותו ונותנין לו אות ומופת כדי שידעו העם שהאל שלחו באמת, ולא כל העושה אות ומופת מאמינים לו שהוא נביא, אלא אדם שהיינו יודעים בו מתחלתו שהוא ראוי לנבואה בחכמתו ובמעשיו שנתעלה בהן על כל בני גילו והיה מהלך בדרכי הנבואה בקדושתה ובפרישותה ואח"כ בא ועשה אות ומופת ואמר שהאל שלחו מצוה לשמוע ממנו שנאמר אליו תשמעון, ואפשר שיעשה אות ומופת ואינו נביא וזה האות יש לו דברים בגו, ואעפ"כ מצוה לשמוע לו הואיל ואדם גדול וחכם וראוי לנבואה [הוא] מעמידים אותו על חזקתו, שבכך נצטונו כמו שנצטונו לחתוך את הדין ע"פ שני עדים כשרים ואף על פי שאפשר שהעידו בשקר הואיל וכשרים הם אצלינו מעמידין אותן על כשרותן, ובדברים האלו וכיוצא בהן נאמר הנסתרות לה' אלהינו והנגלות לנו ולבנינו, ונאמר כי האדם יראה לעינים וה' יראה ללבב.

רמב"ם הלכות יסודי התורה פרק ח הלכה ב

נמצאו אלו ששולח להן הם העדים על נבואתו שהיא אמת ואינו צריך לעשות להן אות אחר, שהם והוא עדים בדבר כשני עדים שראו דבר אחד ביחד שכל אחד מהן עד לחבירו שהוא אומר אמת ואין אחד מהן צריך להביא ראיה לחבירו, כך משה רבינו כל ישראל עדים לו אחר מעמד הר סיני ואינו צריך לעשות להם אות, וזהו שאמר לו הקדוש ברוך הוא בתחילת נבואתו בעת שנתן לו האותות לעשותן במצרים ואמר לו ושמעו לקולך, ידע משה רבינו שהמאמין על פי האותות יש בלבבו דופי ומהרהר ומחשב והיה נשטט מלילך ואמר והן לא יאמינו לי, עד שהודיעו הקדוש ברוך הוא שאלו האותות אינן אלא עד שיצאו ממצרים ואחר שיצאו ויעמדו על ההר הזה יסתלק הרהור שמהרהרין אחריו שאני נותן לך כן כן את שידעו שאני שלחתיך באמת מתחילה ולא ישאר בלבם הרהור, והוא שהכתוב אומר וזה לך האות כי אנכי שלחתיך בהוציאך את העם ממצרים תעבדון את האלהים על ההר הזה, נמצאת אומר שכל נביא שיעמוד אחר משה רבינו אין אנו מאמינים בו מפני האות לבדו כדי שנאמר אם יעשה אות נשמע לו לכל מה שיאמר, אלא מפני המצוה שצוה משה בתורה ואמר אם נתן אות אליו תשמעון, כמו שצונו לחתוך הדבר על פי שנים עדים ואף על פי שאין אנו יודעין אם העידו אמת אם שקר, כך מצוה לשמוע מזה הנביא אף על פי שאין אנו יודעים אם האות אמת או בכישוף ולט.

תלמוד בבלי מסכת בבא בתרא דף צג עמוד א

לימא כתנאי: שור שהיה רועה ונמצא שור הרוג בצדו, אף על פי שזה מנוגח וזה מועד ליגח, זה מנושך וזה מועד לישוך - אין אומרים בידוע שזה נגחו וזה נשכו; רבי אחא אומר: גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו - בידוע שזה הרגו; סברוה דרובא וחזקה כי הדדי נינהו, לימא: רב דאמר כר' אחא, ושמואל דאמר כתנא קמא! אמר לך רב: אנא דאמרי אפילו לתנא קמא, עד כאן לא קאמר תנא קמא התם - אלא דלא אזלינן בתר חזקה, אבל בתר רובא אזלינן; ושמואל אמר לך: אנא דאמרי אפילו לר' אחא, עד כאן לא קאמר ר' אחא התם - אלא דאזלינן בתר חזקה דהוא גופיה מוחזק, אבל בתר רובא לא אזלינן.

תלמוד בבלי מסכת שבועות דף לד עמוד א

דתניא, ר' אחא אומר: גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצידו - בידוע שזה הרגו; דאי אית ליה דר' אחא, בדיני נפשות נמי משכחת לה, כר"ש בן שטח; דתניא, אר"ש בן שטח: אראה בנחמה, אם לא ראיתי אחד שרץ אחר חבירו לחורבה, ורצתי אחריו ומצאתי סייף בידו ודם מטפטף והרוג מפרפר, אמרתי לו: רשע, מי הרגו לזה, או אני או אתה? אבל מה אעשה שאין דמך מסור בידי, שהרי אמרה תורה: על פי שנים עדים או שלשה עדים יומת המת, אלא המקום יפרע ממך; אמרו: לא זז משם עד שנשכו נחש ומת.

תוספות מסכת שבועות דף לד עמוד א

דאי אית ליה דר' אחא בדיני נפשות נמי משכחת לה - משמע הכא דר' אחא אית ליה אומדנא בדיני נפשות ותימה דבפ' אחד דיני ממונות (סנהדרין דף לז.) גבי כיצד מאיימין על דיני נפשות שמא תאמרו מאומד ראיתם ודייק בגמ' (שם): הא בדיני ממונות אמרינן כמאן כר' אחא כו' משמע דלא איירי רבי אחא בדיני נפשות וי"ל דודאי מעיקרא דס"ד דלא מיתוקם כרבנן ע"כ מוקי לה כר' אחא ואית לן למימר דלא איירי אלא בדיני ממונות דוקא ולא בדיני נפשות כי היכי דתיתוקם מתני' כוותיה אבל לפי המסקנא דמוקי לה כרבנן מ"ל דר' אחא אית ליה אומדנא אפי' בדיני נפשות אבל עוד תימה דמשמע משום דאית ליה בדיני ממונות אית ליה נמי בדיני נפשות וא"כ אפי' לית ליה דר' אחא משכחת לה אומדנא בדיני נפשות לכ"ע כמו שעלתה לו נשיכה על ראשו ונקב קרום של מוח דאפי' רבנן מודו בהאי אומדנא כדמוכח בפרק כל הנשבעין לקמן (דף מו:): כגון שעלתה לו נשיכה על גבו ובין אצילי ידיו וי"ל דהמ"ל ולטעמיך.

רמב"ם הלכות סנהדרין פרק כ הלכה א

אין בית דין עונשין באומד הדעת אלא על פי עדים בראיה ברורה, אפילו ראוהו העדים רודף אחר חבירו והתרו בו והעלימו עיניהם או שנכנסו אחריו לחורבה ונכנסו אחריו ומצאוהו הרוג ומפרפר והסייף מנטף דם ביד ההורג הואיל ולא ראוהו בעת שהכהו אין בית דין הורגין בעדות זו ועל זה וכיוצא בו נאמר ונקי וצדיק אל תהרוג, וכן אם העידו עליו שנים שעבד ע"ז זה ראהו שעבד את החמה והתרה בו וזה ראהו שעבד את הלבנה והתרה בו אין מצטרפין, שנאמר ונקי וצדיק אל תהרוג הואיל ויש שם צד לנקותו ולהיותו צדיק אל תהרגוהו.

תלמוד בבלי מסכת גיטין דף כז עמוד ב

רב אשי אמר: כגון דקאמר נקב יש בו בצד אות פלונית, דהוה ליה סימן מובהק.

ש"ך חושן משפט סימן רצז ס"ק א

והמפקיד נותן בו סי'. פי' סימן מובהק ולפי שראיתי למקצת פוסקים בדינים אלו כמה דברים שאינם מחוורים בעיני וכמה דברים הצריכי' ביאור וגם להאחרוני' קצת דברים שאינם נכונים ע"כ מוכרח אני להאריך ולאסוקי

שמעתתא אליבא דהלכתא, ל' הטור המפקיד אצל חברו שלא בעדים נאמן לומר להד"ם וכן אם הפקידו בעדים ולא ראו אותו עתה בידו נאמן לומר החזרתיו לך או נתנו לי במתנה (או לקוח) ואפילו לא אמוד הנפקד שיהא לו חפץ כזה והמפקיד נתן בו סימן נאמן לומר להד"ם ואפילו אם טוען הפקדתי בידך חטים כו' עד אפילו בלא שבועה עכ"ל, ונראה דלהכי כתב בסופה והמפקיד נתן בו סימן נאמן לומר להד"ם ולא קאמר סתמא נאמן משום דכיון דנותן סי' מובהק אינו נאמן לומר החזרתיו לך וזה אחר הוא והלכך כשיש עדים שראו עתה חפץ זה בידו אפילו אינן יודעים אם הוא של התובע אינו יכול לטעון החזרתיו לך חפץ זה שאתה נותן בו סי' אפי' לא ראו אותו העדים עתה בידו אינו נאמן במיגו דהוי כמגו במקום עדים אבל אם טוען לא הפקדת אותו אצלי רק לקחתיו ממך או מאחר נאמן אפי' ראו אותו עתה בידו ולהכי קאמר אח"כ ואפילו אם טוען הפקדתי בידך חטים כו' אפי"ה נאמן הנפקד לומר החזרתיו לך את שלך ואלו אחרים הן אפילו הפקידם בעדים וראו עתה עדים אצלו כך וכך חטים בחבית פלוני כיון שאינו סימן מובהק ולא קאמר בקצור ואפי' טוען הפקדתי אצלך דבר זה בסי' כזה נאמן הנפקד לו' החזרתיו לך את שלך וזה אחר הוא כו' משום דא"כ הוה משמע דאפי' נותן התובע סי' מובהק דינא הכי וזה אינו וכ"כ התו' פ' איזהו נשך דף ע' ע"א וז"ל ואפי' לא היו עדים בדבר היה נאמן אי הוה סימנא מעלי' כיון שהנפקד אינו טוען לקוחים הן בידי או שלי הן מעולם ובני ביתי הגידו לך הסי' אלא מודה שהפקיד לו אלא שאו' כמו שאירע הסי' בשלך כן אירע בשלי ואף ע"ג דאית ליה מגו לא היה נאמן דהוי מגו במקום עדים עכ"ל ר"ל דאנן סהדי שזהו הכלי כיון שנותן סי' מובהק וכן פי' מהר"מ מלובלין ומהרש"א בחדושיהם והוא פשוט ונ"ל שגם דעת הרא"ש כן דבפ' איזהו נשך הביא כל שקלא וטריא דהתו' דאמאי מפקינן מיתמי נטעון להו לקוח או שאר טענות וכן בפ' הכותב הביא דבריהם ולא הביא בשום מקום הך שקלא וטריא שהקשו מההוא שומשמי דפ' האשה שלום רק בפ' האשה שלום הביא סתמא עובדא דשומשמי אלא נראה דס"ל דשאני התם כיון שטוען החזרתיו לך וזהו אחר הוא אינו ענין כלל לנמצא ביד יתומים שהרי התם אינו טוען להד"ם או לקוח רק החזרתיו וזהו אחר הוא הלכך פשיטא דאי הוי יהיב סי' מובהק לא היה נאמן אפי' ליכא עדים כלל דהוי כמגו במקום עדים, וכ"כ הנ"י פ' האשה שלום גבי עובדא דשומשמי וז"ל וכו' הריטב"א ז"ל שאפי' בלא עדי פקדון אם הוא מודה בפקדון וזה נותן בו סי' מובהק ויש עדים שכן הוא ברשות נפקד בסי' זה שאו' מפקיד תו לא מהימן נפקד בשום מגו וכו' דעת הרשב"א דכל היכא דאיכא עדי פקדון לא בעי סי' מובהק עכ"ל ור"ל דלהכי אינו נאמן במגו דלקוח דהוי כמגו במקום עדים וה"ה דאפי' ליכא עדים שכן הוא ברשות הנפקד בסי' זה שאו' מפקיד לא מהימן הנפקד לו' החזרתיו לך את שלך וזה אחר הוא מה"ט דהוי כמגו במקו' עדים. ומ"ש ויש עדים שכן הוא ברשות נפקד כו' בא לו' דבכה"ג אפי' טוען החזרתיו לך ואין שום חפץ כזה בידי כלל אינו נאמן דבכה"ג אי ליכא עדים נאמן הנתבע, וכן מ"ש הגהות אשר"י ממרהר"ח פ' איזהו נשך וז"ל מיהו אם יש עדים לזה שהפקיד לזה כלים שיש בו סי' פלוני מובהק וראו אותו עתה בידו כלי פלוני וסי' פלוני לאו כל כמיניה לו' דידך שקלתיה והאי אחרינא הוא כיון דהוי סי' מובהק אף על גב דאין מכירים בטביעת עין עכ"ל ה"ה דבלא עדי' נמי אין נאמן לו' דידך שקלתא כו' אלא דבלא עדים היה נאמן לו' להד"ם או החזרתיו ולא היה טוען דידך שקלתיה כו' והשתא דיש עדים ורוצה לטעון דידך שקלתיה והאי אחרינ' הוא קמ"ל דאינו נאמן א"נ והוא העיקר דהגהות אשר"י מיירי בסי' מובהק שאפשר שיזדמן וכמ"ש לקמן הלכך בלא עדי' היה נאמן במגו דלקוח או החזרתיו אבל בעדים אינו נאמן והטעם

דהיכ' דאיכא סי' מובהק ריע טענת' שטוען זהו אחר ונזדמן בו ג"כ סי' מובהק ושלך החזרתי וכיון דריע טענת' לא מהימנין ליה אלא במגו דלקוח או החזרתי הלכך היכא דאיכא עדים שמכירים הכלי בסי' מובהק אף על פי שאין מכיר' בט"ע תו לית ליה האי מגו ואינו נאמן ודוק, וכן מ"ש ה"ה גבי מעשה דשומשמי פי' הרמב"ן והרשב"א ז"ל שאע"פ שהי' לתובע עדים שיש עתה לזה שומשמים כך וכך (ואפי' יש ג"כ עדים שהפקיד בידו כך וכך בחביות נ"ל ודו"ק) בחביות אין מוציאין מידו הטעם לפי שאין מנין סי' מובהק לגמרי שאם היה סי' מובהק אף על פי שאין העדים מעידי' שהם הם היה נוטל כמ"ש למעלה בשם ז"ל עכ"ל ה"ה אפי' לא היו עדים כלל הי' נוטל בסי' מובהק כשטוען זה אחר הוא אלא דאשמועי' דבכה"ג אינו יכול לטעון החזרתי לך ואינו בידי כלל א"נ הרב המגיד מיירי כשזה הסימן מובהק אפשר להזדמן וכמ"ש ועדים מעידי' שהפקיד בידו דבר בסי' כזה וראו עתה בידו דבר בסי' כזה והתובע נותן סי' ואינו רגיל הלכך צריך עדים אבל הנמוקי יוסף ע"כ איירי כדפיר' ודו"ק, וכן מה שכתב ר' ירוחם נתיב ל' ח"א בשם הרמ"ה דבסימן מובהק אינו נאמן נתבע אפילו לומר חזרתי ולקחתי ממך כי אין אנחנו מאמינים אותו עתה החזרתיו מטעם מגו אלא משום דחיישינן שמא כוון החשבון עכ"ל ר"ל כשיש עדים שהפקידו בידו ושראו אותו עתה בידו דבכי האי גוונא לא יכול לטעון להד"ם או החזרתי ואינו בידי כלל לכך אינו נאמן ג"כ לו' לקחתי דהרי לית ליה מגו שהרי בלא סי' מובהק אין אנו מאמינים הנתבע מטעם מגו אלא מטעם שמא כוון החשבון והלכך ע"כ מיירי שיש עידי' פקדון וראה אלא שאין יודעים אם זהו הדבר בעצמו שראו הוא של התובע /הנתבע/ והלכך נאמן התובע כשאינו נותן סימן מובהק אבל כשנותן סי' מובהק ויש עדי' פקדון וראה אינו נאמן בשום טענה וכן מ"ש הרב המגיד שהרמב"ן והרשב"א מפרשי' הך דהכותב כשעידי' פקדון היו שם אבל לא היו מכירים אם היו אותם בעצמם וסימנים מובהקים שנתן הם כראוי /כראו/ ואפילו אמיד כיון שיש כאן עידי' פקדון וסימנים מובהקים נותנים לו עכ"ל וכן כתב הר"ן פ' הכותב לדעת הרי"ף ע"ש ר"ל עדי' פקדון ועדי' ראה שראו אותו עתה בידו קודם שבא לדין רק שעדי' פקדון ועדי' ראה אין מכירין אם היו אותם בעצמם כו' דאם לא כן פשיטא שיכול לטעון החזרתי ונאמן ג"כ לקוח במגו דהחזרתי ומה בכך שנותן סימן מובהק לא יהא הסימן מובהק אלא כמו שהעדים מעידי' שזהו בעצמו הפקידו בידו נאמן לומר החזרתי היכא דליכא עדי' ראה או לקוח במגו דהחזרתי וכן משמע יותר בר"ן שכתב ואיכא סהדי אחריני דמסהדי דאית בהו האי סימנא כו' דל"ל למימר דאיכא סהדי אחריני הא אנן ב"ד רואים הסימנים אלא ודאי בא לומר דאיכא סהדי אחריני שראוהו קודם לדין, וכן מ"ש התוס' בפ' הכותב דף פ"ה ע"ב ובהאשה שלום דף קט"ו ע"ב דהיכא דיש עדים שהפקיד אצלו תו לא מהימן נפקד אפילו לטעון לקוח היכא דיהיב מפקיד סי' מובהק מיירי ג"כ בכה"ג דיש עדי' פקדון וראה, ומה שלא ביארו התוספות והפוסקים הנ"ל זה היינו משום דנקטו ל' הש"ס דס"פ המקבל בדבריהם העשויים להשאיל ולהשכיר אינו נאמן לטעון לקוח הוא בידי וכן אמרי' בש"ס פרק חזקת הבתים דף מ"ז ע"א ושאר דוכתי דהיכ' דהפקידו בעדים אינו נאמן לטעון לקוח וכמ"ש ג"כ הרי"ף בס"פ המקבל ופירושו ג"כ ע"כ כשיש עדי' ראה גם כן וכמ"ש התוס' והרא"ש ושאר כל הפוסקים ונתבאר לעיל סי' ע"ב וקל"ג וקל"ד אלמא דהיכא דאמרי' סתמא דאיכא עדי' פקדון ר"ל עידי' פקדון וראה הלכך לא עדיפא לישנא דהתוס' והפוסקים הנ"ל מלישנא דש"ס והרי"ף, וכ"כ המרדכי פ' האשה שלום להדיא כדברי ז"ל וע"ק דמשמע דאלו אמר סימנים מהדרין ליה ואמאי לא מהימן לומר לקוחות הן בידי וי"ל דהכא מיירי שהפקידם בעדים וראו עדים בתוך ידו עכ"ל וכ"כ להדיא באגודה שם בשם ר"י

ע"ש וכן משמע להדיא מדברי הגה' אשר"י דפ' א"נ שהבאתי לעיל (ושוב מצאתי כן להדיא בס' המלחמות להרמב"ן ריש פ' הגוזל בתרא ע"ש שכתב הפירוש לדעת הרי"ף כמ"ש הרב המגיד בשמו ומבואר שם דמיירי דאיכא עדים וראה ובאופן שכתבתי וכ"כ גם כן הנ"י שם בהדיא ע"ש), ומ"מ צ"ע לפי מ"ש לעיל דדעת התוס' באיזהו נשך והרא"ש וטור ושאר מחברים דבסי' מובהק אפילו ליכא עדים כלל אינו נאמן לומר החזרתי וזהו אחר הוא ומדברי התוס' פ' הכותב ופ' האשה שלום והמרדכי והאגודה שם והגה' מיי' פ"ו מהל' שאלה לא משמע כן שכתבו דהך דשומשמי מיירי שהפקידו בעדים דאל"כ אפילו בסי' מובהק לא היה נוטל דהיה נאמן במגו דלקוח ונראה דלענין דינא לא פליגי רק דמשמע להו דהא דממעטינן דוקא סי' דחביות דאינו מובהק כלל הא סימן מובהק אפילו שאפשר שיזדמן היה נוטל וע"כ הוצרכו לומר דיש עדים דאל"כ היה נאמן במגו ולא הוי מגו במקום עדים דהא אפשר להזדמן אבל כשיש עדי פקדון אמרי' דלא ניחא ליה למטען לקוח כיון שיש עדי פקדון ממש ולכך אינו נאמן במגו והתוס' דפרק א"נ ופוסקים הנ"ל משמע להו דבפר' האשה שלום לא אתא אלא למעוטי סי' מובהק שאינו בנמצא כלל כגון שכתוב שמו עליו שאין כיוצא בו בעולם כלל דבכי האי גוונא אפילו בלא עדים אינו נאמן לומר אחר הוא רק להד"ם או החזרתי או לקוח ודוק ומ"ש ה"ה בשם הרמב"ן והרשב"א והר"ן פ' הכותב לדעת הרי"ף דהיכא שיש עדי פקדון וראה אלא שאין מכירין אם זהו הדבר בעצמו וסי' מובהקים שנתן מוציאין מידו אף שאיני כדאי לחלוק עליהם מ"מ חדוש גדול הוא ולא נמצא בשום פוסק יותר ולא נהירא דהא אפילו ראוהו עתה בידו אי ליכא עדים שהפקידו בידו נאמן לומר לקוח כדאיתא בפ' חזקת ומוסכם מכל הפוסקים ואם כן מה בכך שנותן סי' הא יכול לטעון זה שהעדים מעידים שהפקדת בידי החזרתי לך וזהו שראו עתה בידי לקחתי ממך ומתחלה בתורת לקוח בא לידי ועל כן אתה יודע הסי' דהא אפילו היכא דאיכא עדי ראה ומכירי' החפץ זה ממש שהוא שלו נאמן לטעון לקוח אף על גב דהשתא ליכא מגו אלא משום כיון דליכא עדים שבא לידו בתורת פקדון טענת לקוח טענה מעליותא היא ומהימנין ליה שבא לידו בתורת מכירה אם כן הוא הדין הכא מה בכך שנותן סימן דילמא לקחו ממנו ומעולם לא בא חפץ זה לידו בתורת פקדון ואותו חפץ שבא לידו בתורת פקדון החזיר לו והכי מוכח בתוס' פ' הכותב ופ' האשה שלום שכתבו דהך דהכותב משמע דבלא הפקידו בעדים מיירי ועל כרחך כוונתם כמו שכתב המרדכי פרק האשה שלום דאי בהפקידו בעדים אפילו רגיל נמי ואם איתא לוקמה בהפקידו בעדים אלא שאין מכירי' כו' וזה נותן סי' אלא ודאי סבירא להו דבכי האי גוונא כמאן דליכא עדים דמי ודוחק לומר דמשמע להו דאי הפקידו בעדי' מסתמא העדים מכירי' ג"כ אבל לענין דינא לא פליגי אלא העיקר דפליגי וכן בהגהת אשר"י דא"נ שהבאתי לעיל משמע דוקא שהעדי' יכירו בטביעות עין או בסי' מובהק שזהו שהפקידו וזהו שראו עתה בידו, ולבי אומר לי שגם הרמב"ן והרשב"א לא כתבו כן אלא ליישב דברי הרי"ף שידוע שדרכם בכ"מ ליישב דברי הרי"ף בכל מה דאפשר והוה קשיא להו מ"ש הרי"ף בס"פ המפקיד אעובדא דהכותב דמהא שמעינן דמאן דמפקיד גבי חברי' ואית ליה סהדי דהאי מידי בעיני' אפקדי' כו' כמ"ש הר"ן בפ' הכותב ז"ל ולא לומימרא דהכא בדאיכא עדים וראה הוא דא"כ מאי קאמר הא קיהיב סימנא הל"ל ועוד ראה תניא ועוד אפילו כי עייל ונפיק בבית' אמאי לא יהבי' ליה כל היכא דאיכא עדים וראה אלא שהרי"ף ז"ל מפרשה לנו בדאפקיד גביה בסהדי והני סהדי לא בקיאי בהו אי הני אינהי או לא אלא הוא דיהיב בהו סימנא ואיכא סהדי אחריני דמסהדי דאית בהו האי סימנא ומ"ה מהני כאלו עדי פקדון מסהדי דהני נינהו דאפקיד גביהו עכ"ל

דאל"כ מנין להם להרמב"ן והרשב"א להמציא סברא זו (שוב מצאתי כן להדיא בספר המלחמות להרמב"ן ר"פ הגוזל בתרא שכ' כן לדעת הרי"ף ע"ש) אבל לפענ"ד אין זה מוכח בדברי הרי"ף גם לשונו של הרי"ף שכ' דהאי מידי בעינ' אפקד' גביה כו' משמע שהעדים מכיר' אותו ממש ועוד דאם הי' דעת הרי"ף כן ודאי לא היה משמיט הרמב"ם דין זה שהוא חדוש גדול וכבר ידוע שהרמב"ם תלמידו דרכו לימשך אחריו אלא נראה שהרי"ף מפרשו כפשוטו רק בא לאשמועין דלא תימא הא דאמר' בעלמא דבעדי פקדון וראה אינו יכול לטעון לקוח היינו דוקא גבי דידיה אבל גבי יתמי לא אלא אפילו איכא עדי פקדון וראה לא מפקינן מינייהו דדילמא אי הוי אביהן קיים הוה מייתי ראייה שלקחו לכך קאמר הרי"ף דהא חזינן בהני עובדי דהכותב שהוציאו מהיתומי' ונהי דהני עובדי בלא עדים מיירי מ"מ יהי' איך שיהיה האיך הוציאו מהיתומי' דילמא אי הוי אביהן קיים הוי מייתי ראייה שלקחו אלא ודאי כל היכא דאיהו לא הוי נאמן בלא ראי' לא טעני' ליתומי' דלמא הוי אביהן מייתי ראי' ושמעינן מיניה דהיכא דאית ליה סהדי דהאי מידי בעינ' מפקיד גבי' שקיל ליה אפי' מיתמי כו' וק"ו היא ומה התם שהוציאו באומדן דעת' מן היתומי' כ"ש היכא דאיכא עדים וראה שמוציאין מן היתומי' וכן נלפע"ד דעת הרמב"ם שכתב פ"ו מה' שאלה דין ד' וז"ל הפקיד אצל חברו בעדי' ובאו עדים שזהו החפץ בפניו הפקידו אצלו אין השומר יכול לטעון חזרתי ולקחתי ממנו או נתנו לי במתנה לפיכך אם מת השומר מוציאין הפקדון עצמו מן היתומים בלא שבועה (עיין בתשובת מהר"א נ' ששון סימן ק"ט) ולא עוד אלא מי שבא ואמר כך וכך הפקדתי אצל אביכם ונתן סימני' מובהקי' ונמצא הפקדון כמו שאמר והיה יודע הדיין שלא היה המת אמוד שזה הפקדון שלו יש לו לדיין הזה לתת הפקדון לזה שנתן סימניו והוא שלא יהיה המפקיד רגיל להכנס אצל זה עכ"ל ופשיטא דמ"ש שבאו עדים שזהו החפץ בפניו הפקידו אצלו כו' ר"ל כגון שיש ג"כ עדי ראה וכמ"ש ה"ה שם שזאת היא כונת הרמב"ם ואשמעי' דבכה"ג מוציאין אפי' מן היתומי' ומייתי ראייה שאפילו מי שבא ואמר כך וכך הפקדתי אצל אביכם ונתן סימני' כו' מוציאין מן היתומי' כו' כ"ש כאן והשתא א"ש מה שהקשה הב"י לעיל סי' ט"ו ובכסף משנה פכ"ד מה' סנהדרין דהא בה' סנהדרין כ' הרמב"ם שאין מוציאין עכשיו בזמן הזה מהיתומי' אלא בראיה ברורה ולא בנותן סי' כו' ולמה כ' הרמב"ם דין זה בפ"ו מה' שאלה ותירץ ששם כ' דין הש"ס וסמך אמ"ש בהלכות סנהדרין ויש להקשות לאיזה צורך כתבו בהל' שאלה שהרי כבר כתבו בהל' סנהדרין אבל למאי דפרי' ניחא שכתבו ללמוד ממנו דהיכא דאיכא עדי פקדון וראה מוציאין אפי' מהיתומי' והא דלא הביאו ראייה מס"פ המקבל דאפיק רבא זוג' דסרב"ל וספר' דאגדת' מיתמי בדברי' העשוי' להשאיל ולהשכיר משום שי"ל דכיון דעשויים להשאיל ולהשכיר אנו סהדי שלא מכרו שאין דרך למכור כלי העשוי להשאיל ולהשכיר ודברי' הרא"ש בדינים אלו רחוקי' ממני שכ' בפ' א"נ וז"ל בדקינן גבר' דאית ליה דהבא פריכ' ונקטינן ליה מיניה ויהבינ' ניהליה קרוב לשכר ורחוק להפסד ודוקא דהבא פריכ' אבל דבר מסוים לא דילמא פקדון ניהו גביה ואתא מאריה ויהיב סימנ' ושקיל ליה תימ' היכי שקיל ליה בסימנ' הא מצי למימר לקוח הוא בידי כו' ונראה לפרש דחיישינן דילמא אחר מיתה יביא המפקיד עדים שהפקיד ביד אביהם כלי שיש בו סי' זה ומאחר שמביא עדים על כך אין להם לבית דין להעלי' שלא להראות אותו חפץ לעדי' ויכירו אם זה הוא דכיון דעדי' הפקדון נותני' סי' מובהק והרי אנו רואין אותו סי' תחת ידינו ה"ל כעדים וראה לגבי יתמי דלגבי דידיה כ"ז שלא ראוהו בידו מצי למימר לקוח הוא בידי במגו דהחזרתיה לך אבל ליתמי לא טענינן מילתא דלא שכיח' וצריכי' אני להראותן לעדים ואם יכירוהו ה"ל עדים וראה עכ"ל ולא ידעתי

מנ"ל לפרש כן, ונראה שהציא כן מדברי התוס' פ' א"נ וכן פי' מהר"ם מלובלין בחדושי שם דברי התוס' דחיישינן שמא יבי' עדים אפי' לאחר מיתת המקבל אבל לפעד"נ דלא כוון יפה דא"כ היאך מתורץ קושית התוס' שהקשו שם מקודם לכן שיאמר בפני הב"ד שהוא שלו ועוד שהרי לא הזכירו בדבריה' כלל השתא שמת המקבל רק בתר הכי כתבו דבהכותב עיקר טעמא הוא דאין לנו לטעון ליתמי לקוח כיון דלא אמיד הוי מילת' דלא שכיח' ע"ש וכן משמע להדי' בתוס' פ' הכותב ופ' האשה שלום דהך דא"נ מיירי אפי' בחיי המקבל ולדעת הרא"ש צ"ל שהוא סובר דל"מ כשאומר בפני ב"ד שהוא שלו אלא דוקא בפני התובע אבל בתוס' א"א לו' כן. ונראה עיקר כהתוס' בזה וכן הוא בהגה"מ פ' א"נ וכן משמע במרדכי פ' האשה שלום ומפרשי' הך דא"נ אפי' בחיי המקבל ומטעם דחיישינן שמא יביא עדים שהפקיד בידו בסי' זה וכ"מ להדי' בסמ"ג סוף ה"נ דף קפ"ו ע"א ובהלכות ש"ח דף ק"ע סוף ע"א ממש כדפי' דבא"נ מיירי אפי' בחיי המקבל ובהכותב מיירי לאחר מיתת המקבל משום דלא אמיד והא דלא מצי טעין בא"נ לקוח במגו דהחזרתי היינו משום דכיון שהוא כבר ביד ב"ד אין לך ראה גדולה מזה שהרי אנו ב"ד הם עדי ראה וכן הוא בני" פ' איזהו נשך להדיא וכן משמע במרדכי פרק האשה שלום דכתב דהך דשומשמי מיירי שיש עדי פקדון ועידי ראה ובא"נ כתב דמיירי שיש עדי פקדון ולא הזכיר ראה משמע דבאיזהו נשך לא בעי ראה דהב"ד הם עדי ראה ותמיה לי על הרא"ש למה לא יחשב הב"ד כמו עדי ראה והלא לא היה יכול לטעון החזרתי שהרי הוא ביד ב"ד וצ"ל דהרא"ש לא גריס ונקטינן דהבא מיניה וכ"כ מהרש"ל בספרו חכמת שלמה דרש"י לא גריס ליה ואף ע"פ שבספרי הרא"ש כתוב ונקטינן ליה מיני' אפשר שהוא טעות סופרי' שהועתק כן מל' הרי"ף וכן משמע בטור ורבי ירוחם נכ"ו ח"ג שכתבו חילוק זה בין הוא חי או מת ולא הזכירו שמונח כבר ביד ב"ד ומשמע להדיא מדבריה' דמיירי שהוא ביד היתומי' או אביהן נמצא לענין הדין היכ' שהוא מונח כבר ביד ב"ד מודה הרא"ש דהב"ד הוי עידי ראה אך מ"מ מ"ש הרא"ש דליתומים לא טענינן לקוח במגו דהחזרתי ונמשכו אחריו הטור ור' ירוחם והרב בהג"ה לא ידעתי מנ"ל הא ונרא' שכל זה ע"פ שטתו שהבין דברי התוס' שמתרצי' דהך דא"נ מיירי דוקא אחר מיתת המקבל אבל לפענ"ד זה אינו אלא כדפי' דהתוספת /דהתוספות/ מפרשי' הך דא"נ אפי' בחיי המקבל רק דבהך דהכותב כיון דלא אמוד לא טענינן ליתמי לקוח דכיון דלא אמוד מילת' דלא שכיח' הוא שיה' שלו אבל באמוד משמע בתוס' ופוסקי' דאע"ג שיש עדים שהפקידו ביד אביהם טענינן להו לקוח במגו דהחזרתי וכן מוכח להדיא בתשו' מיי' דספר משפטי' סי' ל"ב ובהג"א ס"פ המקבל בדבריה' העשוי' להשאיל ולהשכיר או שיש עדים שהפקידו בידו טענינן ליתומי' לקוח במגו דהחזרתי וכן משמע בתשו' מהר"ם אלשקר סי' מ' ע"ש ואין לו' דהרא"ש מיירי שראו אותו העולם מתחל' ביד היתומי' בסי' כזה אך שאין יודעי' אם הוא של התובע ע"כ כיון שראו אותו מתחלה בסי' מובהק צריכין להראותו לעדים ואם יכירו אותו העדי' בט"ע שהוא יותר טוב מסי' מובהק שזהו שהפקידו אצלו חשוב כעדים וראה מאחר שיש עדים שזהו ממש הפקיד ביד אביהן וגם יש עדים שראוהו מתחל' בידו בסי' מובהק כזה וכן מדוקדק לכאור' ל' הטור ע"ש ודוק (אבל א"א לו' כן כמו שהוכחתי לקמן מסי' קל"ד) וכן משמע לכאורה שפי' בסמ"ע סק"י דהשתא אם היינו טוענים ליתומים לקוח במגו דהחזרתי היינו צריכים לטעון להם שזהו כלי אחר שנזדמן לאביהם בסי' כזה וטענה כזו שהוא מילתא דלא שכיח' לא טענינן ליתמי אבל אם לא ראו אותו מתחלה קודם לדין כלל היו טוענים לקוח אף ליתומים במגו דהחזרתי אבל ל' הרא"ש לא משמע כן, ועוד דא"כ משמע דהיכא דהי' אביהן חי היה יכול לטעון

לקוח או החזרתי אף על גב שיש עדים שהפקידו בידו וראו אותה עתה בידו בסי' מובהק כיון דהעדים אין מכירים אותו ממש בט"ע וזה הפך דברי התו' פרק הכותב ופרק האשה שלום והמרדכי והאגודה שם והגהות מרדכי דפרק איזהו נשך דמוכח שם להדיא מדבריהם דהיכא דמביא עדים שהפקידו וראו עתה בידו אפי' אין העדים מכירים רק ע"י סימנים מובהקים ה"ל שפיר עדים וראה וכן הוא בהגהות אשר"י פ' איזהו נשך שהבאתי לעיל וכן בד"ה קיי"ל בכל דוכתא דסימנים מובהקים דאורייתא נינהו וכדמוכח בפ' שנים אוחזין ובפרק כל הגט ופרק האשה שלום ופרק אלו מציאות וכמ"ש התוס' והרא"ש גופא בפ' אלו מציאות ע"ש, שוב ראיתי בבית חדש שכ' על דברי הטור וז"ל החילוק שכ' כאן בין כשאביהן מת לא מצאתיו מפורש כו' והבין שיצא לו להטור כן מרמאי דפומבדיתא ונכנס בכמה דוחקים ואישתמיטתיה דברי הרא"ש דפ' א"נ משם הוציא הטור דבריו גם מה שמפרש הב"ח וז"ל וס"ל לרבינו דכיון דמצי טעין להד"ם דהיינו על חפץ זה שראו העדי' בסימניו לא הכירוהו יפה טוען להד"ם דלא נתת לי חפץ זה מעולם וחפץ שנתנו לו בפני עדים החזרתיו לך ונאמן כיון דליכא ראה ממש שלא הכירוהו יפה ה"נ נאמן לו' על חפץ זה לקוח הוא בידי במגו דהחזרתיו לך כו' ליתא דודאי כי איכא עדים שראו עכשיו בידו רק שאין מכירים אותו יפה אינו נאמן לטעון לקוח במגו דהחזרתיו דאע"ג דאי הוה טעין החזרתי היה נאמן מ"מ במגו דהחזרתי אינו נאמן ואין זה מיגו טוב שירא לומר כן מאחר שראו עדים כיוצא בזה בידו וכמ"ש התוספות והגהות אשר"י פרק חזקת הבתים וכ"כ הטור והמחבר לעיל סי' קל"ד ס"ו וגם בסמ"ע סק"ו כתב כה"ג דה"ה דנאמן לטעון גבי שומשמי אלו היו שלך ולקחתיהן מידך או נתתי' לי במתנה במגו דהיה אומר אלו אחרים הם עכ"ל ולפענ"ד דבכה"ג אינו נאמן שאין זה מיגו טוב כיון שראו כיוצא בזה בידו כדלעיל סי' קל"ד ואין לומר דהתם מיירי שראו כיוצא בזה בסימן מובהק דא"כ גם החזרתי לא יכול לטעון וכמ"ש התוספות והפוסקים בהאשה שלום וכמ"ש באריכות ואפשר ס"ל להסמ"ע דכה"ג דשומשמי שכיח טובא להזדמן מדה כזה וחבית כזו ואינו ירא לטעון כן כלל והוי מיגו טוב אבל אינו מוכרח ואף על גב שהב"ח הרגיש בזה וכתב דלא דמי לאומן דהתם לא הוי מגו טוב שירא לו' כן דכיון שעדים ראו חפץ כיוצא בזה בידו מסתמא של בעה"ב הוא שנתן בידו לתקן אותו אבל באחר שאינו אומן הוי מגו טוב עכ"ל מ"מ אין דבריו נכונים בזה דהא גם באומן אי ליכא עדי ראה כלל נאמן לטעון לקוח במגו דהחזרתיו ואפ"ה כי איכ' עדי' שראו כיוצא בזה בידו תו לית ליה מגו א"כ ה"ה הכא, ועוד דהא ע"כ הטור מיירי כשיש כאן עדים שהפקידו זה החפץ דאל"כ פשיטא דאף ליתומים טענין להו לקוח דהא השתא ליכא למימר אפי' להרא"ש דלקוח לא טעני' להו דהוי מילתא דלא שכיח' דדוקא כשידוע שמתחל' בא לידו בתורת פקדון אמרינן דלקוח הוא מלתא דל"ש וכמ"ש הרא"ש ר"פ הגוזל בתרא גבי גזלה דסתם גזלה עומדת לחזרה ולא למכירה ומשמע לכאורה מדבריו שם דה"ה פקדון אבל כשאין עדים שהפקידו בידו דאיכא למימר מתחלה בא לידו במכיר' פשיטא דטענין ליתמי שמא לקחה אביהן וא"כ כיון דמיירי שיש כאן עדים שהפקידו בידו א"כ פשיטא דהיכא דאיכ' עדים שראו עתה בידו כיוצא בזה דתו לא מהימן לקוח במגו דודאי הך טעמא דאומן מסתמא בא לידו לתקן לא עדיף מהיכא דאיכא עדים להדיא שבא לידו בתורת פקדון וז"ב אלא ודאי מפני שהב"ח לא ידע מהיכן הוציא הטור דבריו ע"כ גרם לו ג"כ שיצא חוץ לשטה והדבר ברור דהרא"ש והטור מיירי דליכא עדי ראה כלל ואפ"ה ס"ל דלא טענין ליתמי לקוח והם נגד התו' והפוסקים הנ"ל בזה ואם באנו לישב דברי הרא"ש דס"ל לדינא בזה כהתו' ופוסקים הנ"ל ע"כ צ"ל דגם הרא"ש מפ' להך דא"נ בלא אמיד

ולהכי הוי מלתא דל"ש כיון דלא אמיד ואף על גב דמשמע בתוספות ופוסקים הנ"ל דס"ל דהך דא"נ מיירי באמיד מ"מ הרא"ש ס"ל דמיירי באינו אמיד ואף על גב דאנן השתא בדקינן גברא דאמיד היינו דחזינן דאית לי' דהבא פריכא ובזה הוא אמיד וא"כ בדבר המסוים איכא למיחש דילמא יהיב סי' ויראה לדיין שבלא הדבר מסוים אינו אמיד וכן מפרש הרמב"ם פי"א מה"נ הך דא"נ באינו אמיד וצ"ל שדעתו כדפי' ולא כמ"ש הר"ן לדעתו דהך דא"נ באמיד מיירי ובדאיכא עדי פקדון וראה אלא דהרמב"ם יליף מיני' לה"ה באינו אמיד אלא כוונתו דמיירי באינו אמיד אם לא ע"י דבר מסוים זה וא"כ כשיתן אחר בו סימנים אם יראה לדיין שאינו אמיד בלא זה יוציאו ממנו זה נ"ל ברור בדעת הרמב"ם לפע"ד,

א"כ גם הרא"ש מפרש הך דא"נ באינו אמיד ולהכי קאמר דלא טענינן ליתמי לקוח במגו דהחזרתי כיון דלא אמיד וכמ"ש התוספות והפוסקים בפ' הכותב דכיון דיהיב סי' וגם לא אמיד לא טענינן להו לקוח אף על גב שאביהן היה יכול לטעון דמלתא דלא שכיח' לא טענינן להו ליתמי ע"ש ואין להקשות א"כ דהרא"ש מפרש להך דא"נ באינו אמיד וכמו שמפרש הרמב"ם למה לו לתרץ דחיישי' שמא יביא המפקיד עדים יפרש כפשוטו דחיישינן שמא יתן סימנים ולא יהא רגיל י"ל דהיינו באמת מ"ש הרא"ש אח"כ וכן ההיא דאמר בפ' הכותב ההוא גבר' דאפקיד כו' עד והאי סימנים נמי סי' מובהק קאמר וכגון שהביא עדים שהפקיד בידו כוס בסי' זה הלכך צריך להראות לעדים עכ"ל וקשה לכאור' למה לי להביא הך שקל' וטרי' דהכותב ואם בא לאשמעינן דהתם צריך שני הטעמים יחד הלא כבר כתב זה מבואר בפ' הכותב אלא ה"ק כמו שמפרשים הך דהכותב בנותן סי' מובהק אף על גב דליכא עדים כלומר כיון שאינו רגיל דעייל להתם מה שנותן בסי' מובהק הוי סי' א"כ ה"נ האי סימנים דהכא בפרק א"נ סי' מובהק קאמר דהיינו שאינו רגיל דעייל להתם ולפיכך מהני סי' מובהק כיון דלא אמיד ומ"ש וכגון כו' ר"ל א"נ כגון שהביא המפקיד עדים כו' כלומר הכא אין צ"ל הכי אלא י"ל כמס"ל כגון שהביא המפקיד עדים שהפקידו בידו כוס בסי' זה הלכך אפי' רגיל דעייל להתם דבכה"ג לא הוי סי' מובהק לדידיה מ"מ מועיל לו הסי' מובהק כשיכירו העדים ויצטרכו להחזירו כיון דלא אמיד, וכן ראיתי בספר מעדני מלך שכ' דה"ג בהרא"ש א"נ כגון שהביא עדים כו' ובודאי מצא כן גירס' זו בשאר ספרי הרא"ש, אבל לא כמ"ש בס' מע"מ דכונת הרא"ש לו' בהאי א"נ כמ"ש ה"ה בשם הרמב"ן והרשב"א דבהכותב מיירי דה"ל עדים כו' דהא גם להרמב"ן והרשב"א בע"כ צ"ל דיהיב סימנים מובהקים ולא רגיל דעייל להתם וכדאי' בש"ס להדי' וא"כ היכ' קאמר הרא"ש א"נ כו' דמשמע דאינו נותן סימנים מובהקים ועוד דהא בהכותב לא הזכיר הרא"ש האי פירוש' כלל, ועוד דמה ענין לפ' בא"נ הך דהכותב אלא ודאי כדפי' דאדלעיל קאי הרא"ש דהכ' בא"נ מיירי באינו רגיל ויהיב סי' מובהק א"נ אפי' לא יהיב סימן מובהק או שהוא רגיל דעייל להתם דלא הוי סי' לגבי דידי' מ"מ מיירי שמבי' עדים שהפקידו בידו כוס בסי' כזה דבכה"ג כיון דלא אמיד מוציאין מן היתומים, ומ"ש הרא"ש בר"פ הגוזל בתרא דלא טענינן ליתמי לקוח יש לומר דדוקא בגזלה כתב כן משום דגזל' עומדת להשבה ולא למכיר' מה שא"כ בפקדון, ואם תרצה לומר שזה דוחק בדברי הרא"ש אלא הגירסא שנמצא בספרי הרא"ש וכגון הוא אמת וקאי אדלעיל וס"ל להרא"ש דאפי' באמיד מוציאין מן היתומי' מכל מקום לענין דינא לא נ"ל כן אלא היכא דהוא אמיד טענינן ליתמי לקוח וכדמשמע בתוספות ופוסקים הנ"ל וכמ"ש לעיל, גם בלאו הכי אפילו במילתא דלא שכיח יש פוסקים דטענינן להו

ליתמי וכמ"ש הרמב"ן בספר המלחמות פרק המוכר את הבית וכן דעת הרי"ף בפרק המקבל והנ"י פרק המוכר את הבית דטענין ליתמי נאנסו דלעולם כל מה דמצי אבוהון למטען טענין להו וכ"כ הריטב"א פרק הכותב וכן דעת בעל העיטור דף פ"א ע"ב דטענין להו מילתא דלא שכיח ע"ש, גם המחבר בסי' ק"ח סעיף ד' הבי' ב' הסברות ולא הכריע וגלל כן גם על מהר"ם איסרלש קשי' לי דבסימן זה כתב בסתם דלא טענין ליתמי לקוח והרי בסימן ק"ח יש דעות שאפי' נאנסו טענין להו שוב מצאתי כן בספר המלחמות להרמב"ן ר"פ הגוזל בתרא להדיא דטענין ליתמי לקוח במגו דהחזרתי כגון שיש עדים שהפקידו בידו ויהיב סימנים ג"כ אי ליכא עדי ראה טענין להו לקוח במגו דהחזרתי ע"ש וכ"כ הנ"י שם בשמו ובשם הרא"ה ע"ש וכ"כ הריטב"א פרק הכותב וכתב על דברי התוס' ולא נהירא ע"ש וכ"כ עוד הרמב"ן בחדושו פרק חזקת גבי האי עובדא דאיתא התם בדף ל' ז"ל ומה דומה לזה המפקיד אצל חברו בעדים ומת ותבע מפקיד את היורשים והודו שהוא בידם מאביהם דאיכא עדים ולא ראה מי לא טענין להו אנן מאי דמצי טעין אבוהון חזרתי ולקחתי ממך דהו' נאמן במגו דהחזרתי לך ואף ע"פ שהם מודים בפקדון עכ"ל ומביאו הנ"י שם בפ' חזקת, ואף על גב דכתב עלה הנ"י ז"ל ומיהו מגדולי האחרוני' מספקין גם בדין זה של יורשי נפקד עכ"ל לא ידעתי היכן נסתפקו גדולי האחרוני' בזה ואדרבה הבאתי לעיל דהפוסקי' מסכימין לזה וגם אפילו הוה מספקי להו להאחרוני' לא שבקינן מאי דפשיטא להפוסקי' מקמי ספיקא דאחרוני' וגם הא הנ"י עצמו מסיק בפשיטות בפרק הגוזל בתרא בשם הרמב"ן והרא"ה דאפילו בגזלן טענין להו לקוח כ"ש בפקדון, נמצא לפי זה מה שהשיג הסמ"ע סקי"א על הע"ש במ"ש דאף גבי עדים מיירי באינו אמיד כו' שלא כדת השיג עליו בזה דלענין דינא יפה כוון בזה דבעינן לא אמיד ומ"ש הסמ"ע שכן מוכח באשר"י כו' לפי מ"ש לא מוכח מידי ואפילו תאמר שכן דעת הרא"ש הא כבר כתבתי שאין דבריו עיקר בזה אלא העיקר כהחולקים עליו (וגם בסמ"ע גופיה בסי' קל"ד סקי"ג גבי לוקח מאומן כתב דבעינן עדי ראה וע"כ היינו מטעמא דאל"כ הוי טענין ליה לקוח במגו דהחזרתי וא"כ כיון דטענין ללוקח כה"ג כ"ש ליתמי) וגם מ"ש הסמ"ע שכ"כ הר"ן בהדיא אין ראייה מדברי הר"ן כלל דאדרבה בר"ן משמע להדיא דמשוה יתומים לאביהם ומ"ש הר"ן דהא דבעינן שלא יהא אמיד ורגיל מיירי בדליכא עדים ר"ל עדים וראה דבכה"ג ודאי מוציאין בין מהיורשים בין מאביהן אפילו היה אמיד ולא היה התובע רגיל ליכנס כיון דלית ליה מגו כלל דהא איכא עדי פקדון וראה הלכך מוציאין ממנו אפילו אינו נותן סי' כלל או שנותן סימן ואינו רגיל אבל שיהא חילוק בזה בין אביהן חי למת זה לא נזכר בר"ן כלל ואדרבה משמע שם דאין חילוק ע"ש, מיהו בזה ה"ל להשיג על הע"ש במ"ש אף כשיש לו עדים שלא יהא רגיל דכיון שיש לו עדים שהפקידו בידו אפילו רגיל ליכנס לשם נמי וכדמוכח מכל הפוסקים והוא פשוט ואפשר שזהו בכלל מה שהשיג עליו וכ' וערבב שני הבבות יחד כו' ע"ש, מיהו היכי דראוהו עדים אחר מותו אף שהיה זמן רב אח"כ עד לדין תו לא טענין ליתמי לקוח במגו דהחזרתי אבל אם יתומים טוענים ברי שלקח' אבינו נאמנים במגו דאנו החזרנוהו כיון שלא ראוהו עתה קודם לדין כן מבוא' מדברי הרמב"ן בס' המלחמות ר"פ הגוזל בתרא ונלפע"ד דאף הפוסקים דס"ל בפ' המוכר את הבית גבי נאנסו דלא טענין ליתומים מילתא דלא שכיחא מודו ליה כאן בפקדון ואף בגזיל' נ"ל דהוי ספיקא דדינא וכמ"ש לקמן סי' שס"א סקי"ב, מיהו אם היתומים טוענים ברי צריכים לישבע היסת וכמ"ש הרא"ש בפ' הכותב והטור והר"ב (גבי אם נותן סימני' והוא בענין שהיו מוציאין מן היתומים אם טענו שמא כשטוענים ברי צריכים לישבע), וכ' הסמ"ע סקי"ב אף דקי"ל לעיל ס"ס ס"ט

וס"ס ע"א דאין היורשים נשבעים אלא ליטול ולא ליפטר שאני הכא דבע"ה נותן סימנים ואו' שיש לו עדים שיכירוהו בט"ע שהו' שלו מ"ה ה"ל כאלו הן באין ליטול מיד הבע"ה עכ"ל ואין דבריו נכונים דס"ס הן מוחזקים והקושיא מעיקרא ליתא דהיכא דהיורשים טוענים ברי צריכים לישבע כמ"ש הפוסקים והט"ו לעיל סי' ע"ה והסמ"ע גופיה שם סקמ"ג וס"ק נ"ג והכא ע"כ טוענים ברי דאל"כ חייבים להחזיר וזה ברור, ונראה דהיכא שיש עדים שכלי זה הופקד בידו וראוהו עתה לאחר מותו או שהיתומים מודים שהו' פקדון רק שאין העדים או היתומים יודעים מי הפקידו אצלו נאמן התובע כשנותן סימן מובהק אפילו הנפקד אמיד וכן נראה מדברי מהרש"ל פרק הכותב סימן י"ג אבל אם אין היתומים יודעים אם לקחה אביהן אף על גב שיודעים שבפקדון בא לידו ואיכא עדי ראה נראה דטענין להו' שלקוח במגו שהיה אביהן חי לא הי' מודה שהוא פקדון רק היה יכול לטעון במכירה בא לידו כי היכא דטענין להו' לקוח במגו דהחזרתי היכא דאיכא עדי פקדון וליכא עדי ראה אף על פי שהיתומי' יודעים האמת שלא החזיר וה"ה הכא, ולענין דינא באינו אמיד ויהיב סימנא ואינו רגיל דאיכא תלת' לטיבות' דהתובע וליכא עדי פקדון וראה אף על גב דדעת התו' והרא"ש וסייעת' דמוציאים מיתומים היינו מטעמא שכתבו דמילתא דלא שכיח לא טענין ליתמי כדאמרי' בפ' המוכר את הבית דלא טענין להו' נאנסו ואזלי לטעמייהו שכן כתבו בפ' המוכר את הבית דלא טענין ליתמי נאנסו אבל להפוסקים דטענין להו' נאנסו וה"ה כל מידי דלא שכיחא וכמ"ש לעיל א"כ גם כאן אין מוציאין מהיתומים וע"כ יש לפרש הך דהכותב בענין אחר ופי' הרמב"ן והרשב"א כבר דחיתי לעיל ונראה לפרש דהתם היה דעת החכמים נוטה שהוא של התובע ולכך מייתי בגמ' תלתא עובדא לומר דלאו דדינא הכי הוא אלא דאשכחן דרבי אמי ורב נחמן ורבי אבא היו דנים כן ע"פ אומדן דעתם א"כ ש"מ דהרשות ביד דיין לדון כן ע"פ אומדן דעתו ולפ"ז א"צ לומר כמ"ש הרי"ף דלהכי מייתי הני תלתא למימרא דהלכה רווחת בישראל היא אלא כדפי' וכן נראה שפירש הרמב"ם וע"כ כ' דיש לדיין לתת הפקדון כו' מה שלא כתב כן בשאר הדינים אלא אשמעי' דדין זה תלוי באומדן דעת הדיין ובפכ"ג מהל' סנהדרין מדוקדק כן יותר מדבריו שכתב אם ידע זה הדיין דזה המת אינו אמיד להיות לו חפץ זה וסמכה דעתו שאין זה החפץ של מת מוציא מן היורשי' עכ"ל ופירוש זה נ"ל עיקר בגמ' נמצא לפמ"ש הרמב"ם דבזמן הזה אין מוציאין מהיתומי' באומדן דעת וכ"פ המחבר היינו אפילו ידוע להדיינים שאינו אמיד אין מוציאין מהם ה"ה היכא דאיכא עדים שהפקידו בידו אך דליכא עדי ראה אין מוציאין מידו אפילו אין אביהן אמיד וגם בלא"ה יש פוסקים דטענין להו' נאנסו א"כ הו' ספיקא דדינא ואין מוציאין מספק ולפ"ז אם תפס התובע אפי' תפס בעדים לא מפקינן מיניה אפילו ליכא עדים וראה רק שנותן סי' ולא רגיל דעייל להתם ולא היה אביהן אמיד או שרגיל דעייל להתם והביא עדי פקדון אף על גב דלא יהיב סימן כלל ולא היה אביהן אמיד כיון דבהנך תרתי היה ביד ב"ד להוציא מהיתומים רק שאין דנין עכשיו כן הלכך אי תפס התובע אין מוציאין מידו ודוק, העול' מכל זה המפקיד אצל חבירו שלא בעדים אפי' ראוהו עדים עתה בידו והכירוהו בטביעת עין שהוא של המפקיד נאמן לומר לקחתיו ממך או מאחר שלקחו ממך או מתנה הוא בידי אף על פי שאין הנפקד אמיד שיהי' לו חפץ כזה והמפקיד נתן בו סימן מובהק ואפי' אינו רגיל אצל הנפקד ואפי' הפקיד אצלו בעדים והעדים מכירים שזהו החפץ שהפקיד בידו אם לא ראו עתה בידו קודם שירד לדין והיה נאמן לטעון החזרתי לך נאמן ג"כ לטעון לקוח או מתנה במגו דהחזרתי ואפי' אם טוען הפקדתי בידך כך וכך חטים או שומשמיין בחבית פלוני ויש עדים שהפקיד בידו כך וכך

בחבית פ' וראו עתה קודם לדין כדבריו אפ"ה נאמן הנפקד לו' החזרתי לך את שלך ואלו אחרים הם שאין זה סי' מובהק ואין זה מכחיש העדים אבל אם טוען אלו היו שלך ולקחתיו ממך או נתתי' לי במתנ' אינו נאמן במגו דהחזרתי שאין זה מגו טוב שירא לו' החזרתי כיון שראו כיוצא בזה בידו וה"ה בכל דבר אם העדים ראו כיוצא בזה בידו ואין בו סי' מובהק נאמן לו' החזרתי ואינו נאמן לקוח במגו דהחזרתי שאין זה מגו טוב אבל אם אין ג"כ עדי פקדון יכול לטעון מתחלה במכירה בא לידי, ואם יש סי' מובהק דינו כט"ע לפיכך אם העדים שמעידי' שהפקיד החפץ זה בידו אינן מכירים אותו רק בסי' מובהק וכן העדים שראו עתה אומרים ידענו בסי' מובהק זה שכלי זה הי' של פלו' מוציאין אותו ממנו ואינו נאמן בשום טענה אפילו הוא אמיד ואם אין עדים שראוהו בידו בסי' מובהק יכול לטעון החזרתי לך ואין בידי כלל ולכך נאמן ג"כ לקוח במגו דהחזרתי וכן יכול לטעון שלך החזרתי וזה אחר הוא במגו דלקוח א"נ החזרתי מיהו היינו דוקא בסימן מובהק שאפשר להזדמן אבל סי' מובהק שאינו בנמצא כלל כגון שכתוב שמו עליו שאין כיוצא בו בעולם כלל פשיטא דאפי' בלא עדי פקדון ורא' אינו נאמן לטעון החזרתי דהוי מגו במקום עדים שהרי עינינו רואות שלא החזיר אבל לקוח נאמן אם אין עדי פקדון או עדי ראה וכ"ש שנאמן לומר החזרתי כשאינו מראה אותו בפני ב"ד ואם /וגם/ אם העדים מכירים אותו בטביעת עין או בסימן מובהק אפילו יש כאן עדי פקדון ועדי ראה ואפילו התובע נותן סימנים מובהקים כיון שאין העדים מכירים אותו נאמן לומר זהו לקחתי ואותו שהפקדת בידי החזרתי לך, ובכל מקום שאינו נאמן לטעון לקוח ה"ה אפילו מת מוציאין מהיתומי' אבל אם היה נאמן כגון שעדים לא ראוהו אחר מותו טענין ליתומי' לקוח במגו דהחזרתי אף על פי שבא לב"ד ואמר הפקדתי אצל אביהם של זה כלי פלוני שסימנו כך וכך סי' מובהק ומביא עדים כדבריו והיתומי' מראים אותו לב"ד ועדי הפקדון מכירים אותו שזהו שהפקיד ביד אביהן מ"מ כיון שאין כאן עדי ראה והיה אביהן יכול לטעון החזרתי או לקוח במגו דהחזרתי טענין להו ג"כ לקוח אבל אם ראוהו עדים אחר מותו אפילו לא ראוהו אח"כ עד לדין לא טענין להו לקוח במגו שהיו היתומים רוצים לטעון אנו החזרנו שהרי הם אינם יודעים דבר אבל אם טוענין הם ברי שלקחה אביהן נאמני' במגו דאנו החזרנו וצריכי' לישבע היסת כיון שטוענין ברי ובכל מקום שאמרנו כשיש עדי ראה אינו יכול לטעון החזרתי או לקוח במגו דהחזרתי כ"ש אם הוא כבר מונח ביד ב"ד שהב"ד הוא עדי ראה ואינו יכול לטעון החזרתי או לקוח במגו דהחזרתי וכ"ש שאין טוענין ליתומים בכה"ג והיכא שיש עדים שכלי זה הופקד בידו וראוהו עתה לאחר מותו או שהיתומים מודים שהוא עדיין פקדון רק שאין העדים או היתומי' יודעים מי הפקידו נאמן התובע כשנותן סי' מובהק ואינו רגיל ליכנס בבית הנפקד אף על גב שהנפקד אמיד אבל אם אין היתומי' יודעים אם לקחה אביהם אח"כ אף על פי שיודעי' שבפקדון בא לידו ואיכא עדי ראה אם אין עדי פקדון טעני' להו לקוח וכל זה כשהנפקד אמיד או כשהוא חי שאז אין חילוק בין הוא אמיד או לא אבל אם מת ואינו אמיד וזה מביא עדים שהפקיד ביד אביהן כלי זה אף על גב דליכא עדי ראה או שאינו מביא עדים כלל רק שנותן סימן מובהק ואינו רגיל ליכנס לבית הנפקד כיון שאין הנפקד אמיד הרשות ביד הדיין להוציא מן היתומים רק שאין מוציאין עכשיו באומד דעת הדיין אך אם תפס התובע אפי' תפס בעדים לא מפקינן מיניה בהנך תרתי שאינו אמיד מיהו אם היה חי ואמר בפני בית דין שלקחו אף ע"פ שלא הי' תובעו אז שום אדם טענין ליתמי לקוח ע' בתשו' מהרי"ט סי' ט' וסי' ל"ט וסימן ע"ג וסימן קי"ב דף ק"מ ע"ג וקכ"ד:

קצות החושן סימן רצז ס"ק א

המפקיד נתן בו סימן. עיין ש"ך (סק"א) שהאריך בזה והעלה דהיכא דאומר סימן מובהק אינו נאמן לומר הני אחריני במיגו דלקוח דהו"ל כמיגו במקום עדים ע"ש. ועיין מ"ש בזה בסימן רנ"ט סק"ב דסימנין אפילו מובהקין לא מהני כלל להוציא ממון. וכזה מצאתי בריטב"א בחידושו פרק הכותב (כתובות) דף (פ"ט) [פ"ה] (ע"ב) וז"ל, חדא דידענא ביה דלא אמיד ועוד דיהיב סימנא, ויש שפירש דתרווייהו צריכא והכי קאמר, ליכא למיחש [דלהוין] דר' מישא דהא לא אמיד, וכי תימא אכתי מנא לן שהן של זה התובע הא קא יהיב סימנא. ואין לשון ועוד נוח לפי זה, לבר מהאי קשיא טובא אף על גב דלא אמיד מאי הוי, מקרא מלא דיבר הכתוב (משלי יג, ז) יש וגו' מתרושש והון רב. ועוד כי יהיב סימנא מאי הוי הא לא אשכחן דמהני סימנא להוציא ממוןא מרשות בעלים המוחזק, ולא הוזכר אלא במציאה ויאוש בעלים וכי איכא סימנא ליכא יאוש בעלים. והנכון מכל מה שפירשו בזה דהכא עדי פקדון הוי כדאמר האי גברא דמפקיד שבע מרגניתא, אלמא קי"ל (כי הכא) [דהכי] הוי, אלא על ידי דלא היו העדים יודעים סימני מרגליות שהופקדו בפניהם, ולא מצינן למימר ליפקינהו דלחזינהו, דיכול לומר בכדי [לא] מפקינא ליה וכדאיתא פרק חזקת הבתים (ב"ב מו, א) בעובדא דרמאי דפומבדיתא, וכיון דכן הוי לן למיחש דדלמא הני דאשכחן ברשות היתומים אחריני נינהו, דכיון דיהבי הני סימנין בפקדון בהכי סגי והרי הוא כאילו יש עדים ברורים של פקדון שאלו הם אותו שהפקיד וע"ש. והרי להדיא כדברינו דסימנין לא מהני לאפוקי ממוןא מרשות בעלים המוחזק. והנך דפרק האשה שלום (יבמות קטו, ב) ודפרק איזהו נשך (ב"מ ע, א) היינו משום דהוי עדי פקדון וכיון דאיכא סימנא אמרינן מסתמא הוא הוא זה הפקדון וכמ"ש. ונהניתי שכוונתי לדעת הריטב"א.

אלא שכתב הריטב"א דלא אשכחן סימנא להוציא ממוןא, ומשמע דלית ליה בזה ראייה ברורה, ולפי מ"ש הכין מוכח מהך דחולין דף צ"ו (ע"א) וכמ"ש (תוס' ד"ה פלניא) דאילו אתו בתרי ואמרו פלניא דהאי סימניה והאי סימניה לוח מפלוני מנה דלא מפקינן עד דאתו בתרי ואמרי טביעות עינא אית לן בגויה. וזה הנראה לענ"ד בדברי שו"ע שכתב המפקיד אצל חברו שלא בעדים נאמן לומר לא היו דברים מעולם, דהיינו לא היה שלך מעולם, ואף על גב דהתובע יהיב סימנא לא מהני לאפוקי ממוןא. והסמ"ע (סק"א) וש"ך (סק"א) פירשוהו דלהד"מ היינו שטוען לקוח או שלקחו מאחר, ולישנא דלהד"מ משמע להד"מ ממש ומשום דהוי ליה טענה מחמת עצמו לומר להד"מ, וסימנא לא מהני להוציא, ואפילו בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר דליכא מיגו יכול לטעון להד"מ דלא היה שלך מעולם, וסימנא לא מהני אלא כשהפקידו בעדים וכמ"ש הריטב"א. וכן הא דכתב בשו"ע סימן קל"ד סעיף ג' וז"ל, אף על פי שמסרו לו בעדים אם העדים שראו החפץ בידו אין מכירין בודאי שזהו של המערער אלא שנראה להם בסימנין כמו שלו, אם טוען לא נתתו לי מעולם נאמן, אבל אם טוען נתתו לי לתקן ושוב לקחתי ממך אינו נאמן ע"ש. ומדכתב אלא שנראה להם בסימנין ולא מחלק בין סימן לסימן, נראה דאפילו סימן מובהק ממש לא מהני כל שטוען לא היה שלך מעולם [ד]סימנא לאו מלתא להוציא ממון מרשות בעלים המוחזק, אלא היכא דאיכא עדי פקדון מהני סימן לומר דהני הם אותו שהפקיד.

וסימן משקל אפילו בעדי פקדון לא מהני כמו שמוכח מהך דפרק איזהו נשך (שם) בדקין גברא דאית ליה דהבא פריכא אבל כלים לא דיהיב סימנא, וכיון דכלים לא היינו כשיהיו עדי פקדון א"כ מוכח דמדת משקל לא מהני אפילו בעדי פקדון, דהא בדהבא פריכא נמי איכא סימן משקל וכמ"ש הנימוקי יוסף (שם מא, ב בדפי הרי"ף) משום דמשקל הוי סימן כל דהו, וכל זה נראה ברור ודו"ק:

(ב) והיה יודע הדיין שלא היה המת אמיד. והיינו דוקא ביודע שלא היה אמיד, אבל אם אינו יודע בודאי שלא היה אמיד ליכא אומדנא כלל, דהא ליכא ריעותא כלל כיון דלא ידעין בבירור שאינו אמיד. וכן לשון הרמב"ם פי"א מנחלות (ה"א) אם יודע הדיין שאינו אמיד ע"ש. ואפילו העידו עדים לדיין שאינו אמיד אומדן דעתן אינו אומדן וכמ"ש בשו"ע.

וכתבתי זה לפי שראיתי במהרש"א פרק הכותב (כתובות) דף פ"ה (ע"ב) בהא דהקשו תוס' (ד"ה ועוד) מפרק איזה נשך (ב"מ ע, א) דמשמע דסימן לחודיה מהני ואפילו באמיד וכתב עלה ז"ל, ויש לתרץ דהכי קאמר התם דלמא אתי אינש מעלמא אחר מיתתו של הנפקד ויהיב ביה סימנא ושקיל ליה כיון דלא ידעין ביה דאמיד וכ"כ התוס' שם עכ"ל. ונראה מדבריו דצריך אמיד בבירור אבל אינו יודע שהוא אמיד מפקין מיניה. ודבריו תמוהין דהא טעמא דלא אמיד הוא משום אומדן דעתו של הדיין ובעינן דוקא יודע בבירור שאינו אמיד. ומ"ש דכ"כ התוס' שם, המעיין בתוס' פרק איזהו נשך (ד"ה אתא מריה) כתבו שם לסברתם דסימנן מהני אפילו באמיד בודאי ע"ש, אבל לומר דמהני הצטרפות לא ידעין ביה דאמיד זה ודאי אין לו ביאור כלל, וזה פשוט וברור:

תוספות מסכת חולין דף צו עמוד א

פלניא דהאי סימניה והאי סימניה קטל נפש לא קטלין ליה - וא"ת והלא משיאין אשה על פי סימנים להך לישנא דאמר רבא סימנין דאורייתא בפ' בתרא דיבמות (דף קכ.). ואם לאחר שנשאת באו עדים שזינתה קטלין לה דסמכינן אסימנין להחזיקה בחזקת אשת איש מן השני ואפילו נתברר ע"י עדים שבעלה הראשון כבר היה מת בשעת הזנות ולא אמרינן שמא בעלה היה חי בשעת קידושיה ואין קידושיה קדושין וי"ל דבכי האי גוונא נמי לא סמכינן אסימנין למיקטלה ולהחזיקה באשת איש מן השני אלא אמרינן שמא היה חי בעלה ולא הוה קידושיה קידושין וכן אם נשאת על פי עד אחד וזינתה לא קטלין לה אף על פי שבעלה הראשון נודע שהיה מת כבר בשעת הזנות דלא לכל דבר מהימנין ליה דאין האחין יורדים לנחלה על פיו וגם צרתה אסורה וא"ת והיאך מחזירין שטר חוב בסימנים והא אי אתו סהדי ואמרי פלוני דהאי סימניה והאי סימניה לוח מפלוני לא מפקין וי"ל דלא דמי שטר שאין אדם מוחזק בו שיאמר שלי הוא מהדרין שפיר אבל ממון שביד הבעלים אין להוציא ע"י סימנין דה"נ לא הוה מפקין חפץ מיד בעלים אי אתו סהדי ואמרי ההוא חפץ דהאי סימניה והאי סימניה דפלניא הוא.

תלמוד בבלי מסכת יבמות דף פח עמוד א

תצא מזה ומזה וכו'. אמר רב: לא שנו אלא שניסית בעד אחד, אבל ניסת על פי שני עדים - לא תצא. מחכו עליה

במערכבא: אתא גברא וקאי, ואת אמרת לא תצא! לא צריכא, דלא ידעינן ליה.

תוספות מסכת יבמות דף פח עמוד א

אתא גברא וקאי כו' - ואם תאמר כיון דאיכא תרי דאמרי מת אפי' איכא מאה דאמרי שזהו מה בכך הא תרי כמאה דמו ויש לומר דלגבי דבר הנראה וידוע לכל לא היה אומר רב אבל בשני עדים לא תצא.

תלמוד ירושלמי (וילנא) מסכת קידושין פרק ד דף מז עמוד א

ומניין שהורגין על החזקות. ר' שמואל בריה דרבי יוסי בי ר' בון אמר כתיב [שמות כא טו] ומכה אביו ואמו מות יומת. וכי דבר בריא הוא שזה הוא אביו והלא חזקה היא שהוא אביו ואת אמר הורגין אף הכא הורגין.

תוספות מסכת כתובות דף טז עמוד ב

וזו הואיל ואין לה קול איתרע לה רובא - תימה דתנן בפירקין (לקמן כח.) אלו נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקטנותן זכורני בפלונית שיצאה בהינומא וראשה פרוע וקאמר בגמ' מ"ט כיון דרוב נשים בתולות נישאות גילוי מילתא בעלמא הוא והשתא היכי מיירי אם יש לה קול למה צריך שום עדות לרב ניזיל בתר רובא כדפריך הכא ואי אין לה קול א"כ איתרע לה רובא ויצטרך שני עדים כשרים וכי תימא דכשמעיד הוא שראה בקוטנו ואחר עמו חשבינן קול הא פריך הכא סהדי שקרי נינהו ויש לומר דרוב נשים בתולות נישאות עדיף מרוב נשים הנישאות בתולות יש לה קול וכי אין לה קול לא יתרע כל כך רוב דבתולות נישאות שלא יועיל עדות דראה בקוטנו ואחר עמו.

שו"ת רבי עקיבא איגר מהדורא קמא סימן ק

תו יש ספק אתי אם אפשר לפסוק דין פסול קהל האידנא עפ"י העדים שעליה מפני שהוא כמו שלא בפניו, ופיסול קהל לענ"ד ודאי הוי דיני נפשות ממש ויעוין בחשן משפט (סי' ל"ח) בש"ך ותשובת מהרי"ט (ח"ב סי' ל"ז) ותשו' הרמ"א (סי' י"ב) ותשו' פני הארי' (סי' ק"ט).

שב שמעתתא שמעתתא א פרק א

והקשו להרמב"ם ספק ממזר דכתב רחמנא להתירא כדאיתא פרק עשרה יוחסין [דף עג, א] וקרא למה לי כיון דכל הספיקות אינו אלא מדבריהם, והמהרי"ט יו"ד חלק ב' סימן א' [ד"ה ועל] תירץ דכי שריא רחמנא ספק ממזר, לגמרי שריא שיהיה בתורת ודאי ולא בתורת ספק, ונ"מ שיהיה מותר בבת ישראל ובממזרת בבת אחת אף על גב דהוי תרתי דסתרי עיין שם. וקשה דא"כ תרי קראי למה לי חד למשרי ממזר בשתוקית וחד למשרי שתוקי בישראל ע"ש, דהא מחד קרא נפקא ליה, כיון דלהתיר ממזר בשתוקית או להתיר שתוקי בישראל קרא לא צריך דכל הספיקות מותר, אלא להתירו בבת ישראל ובממזרת, וא"כ מחד קרא נפיק ליה תרתי ושתיים זו שמענו. ובחידושי פני יהושע פרק עשרה יוחסין [שם] כתב ליישב, דהא דכתב רחמנא להתיר ספק ממזר היינו

דאפילו היכא דאיכא רובא לאיסורא, והביא ראייה ממה שכתב הפר"ח, דאצטריך למשרי ספק ממזר אפילו היכא דאיכא חזקה כגון בספק גירושין דאיכא חזקת אשת איש ואם כן ה"ה היכא דאיכא רובא עיין שם:

שו"ת שבות יעקב חלק ג סימן כ

אף שחקרתי אצל איזה חכמי רופאים ואמרו שבספריהם ספרי רפואות מבואר דמי שאין לו חוש הריח אין לו הנאה של כלום מ"מ כיון שעיקר ספריהם הוא מחכמת אומות העולם ארסטו וחביריו אין לסמוך על דבריהם לדינא כמ"ש היפ"מ בברכות פ"ט דף ע"א ע"ב ובתשובת ח"י סי' רי"ט ע"ש שכתבו מה"ט אפי' קדוש החדש אין ללמוד רק חשבון א' י"ב תשצ"ג וכדומה לפי שהרמב"ם עצמו בפרק י"ז מהלכות קדוש החדש מעיד שם שהכל הוא מספרי חכמי יון אבל הספרים מחכמי ישראל לא הגיעו אלינו עכ"ל אף שהרמב"ם ושאר גדולי חקרי לב למדו קדוש החדש ועשאו חיבורים ע"ז מ"מ כמה גדולים שהיו בזמנינו מנעו ולא למדו כלל ושב ואל תעש' עדיף דכתיב כי היא חכמתכם מכלל דאינהו לא ידעו הדבר על בוריו ואיך נלמד מספריהם **וכן עיקר דבריהם בנויים שהעולם הוא ככדור נגד משמעות סוגיא דש"ס דידן רפ"ב דחגיגה דקאמר אידי ואידי חד שיעורא הוא** וכמבואר בדברי הרא"ם פרשת ואתחנן וביפ"ת בראשית פ"ח דף נ"ב ובדרשות הראנ"ח ריש פ' בראשית ובספר ברית שלום שם ועיין בחדושינו בחגיגה ע"ש לכן נ"ל דמה"ט הכריע הב"י בש"ע דעכ"פ יש לסמוך על דברי פוסקים אלו ולברך אם דעתו להוציא אחר וכן נ"ל הקטן יעקב:

תלמוד בבלי מסכת נדה דף כב עמוד ב

והתניא, א"ר אלעזר בר' צדוק, שני מעשים העלה אבא מטבעין ליבנה: מעשה באשה שהיתה מפלת כמין קליפות אדומות, ובאו ושאלו את אבא, ואבא שאל לחכמים, וחכמים שאלו לרופאים, ואמרו להם: אשה זו מכה יש לה בתוך מעיה שממנה מפלת כמין קליפות, תטיל למים, אם נמוחו - טמאה. ושוב מעשה באשה שהיתה מפלת כמין שערות אדומות, ובאה ושאלה את אבא, ואבא שאל לחכמים, וחכמים לרופאים, ואמרו להם: שומא יש לה בתוך מעיה, שממנה מפלת כמין שערות אדומות, תטיל למים, אם נמוחו - טמאה.

תלמוד בבלי מסכת שבת דף פה עמוד א

ומגן דהא דקים להו לרבנן (דחמשא בשיתא) מילתא היא - דאמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן: מאי דכתיב לא תסיג גבול רעך [אשר גבלו ראשונים] - גבול שגבלו ראשונים לא תסיג. מאי גבלו ראשונים? אמר רבי שמואל בר נחמני אמר רבי יוחנן: (מאי) דכתיב אלה בני שעיר החרי יושבי הארץ; אטו כולי עלמא יושבי רקיע נינהו? אלא שהיו בקיאים בישובה של ארץ שהיו אומרים: מלא קנה זה - לזית, מלא קנה זה - לגפנים, מלא קנה זה - לתאנים, וחורי - שמריחים את הארץ, וחוי - אמר רב פפא: שהיו טועמין את הארץ כחויא.

במדבר רבה פרשת נשא פרשה ט

איש איש כי תשטה אשתו וגו', הה"ד (דברים לב) צור ילדך תשי וגו' צור ילדך הה"ד (איוב כד) ועין נואף שמרה

נשף וגו' הנואף אומר אין בריה יודעת בי לפי שכל מעשיו אינן אלא בחשך וכה"א (משלי ז) עובר בשוק אצל פנה ודרך ביתה יצעד בנשף בערב יום באישון לילה ואפלה הוא סבור לפי שעושה מעשיו בחשך שהקב"ה לא ידע בו וכה"א =וכן הוא אומר= (ישעיה כט) הוי המעמיקים מה' לסתיר עצה והיה במחשך מעשיהם ויאמרו מי רואנו ומי יודענו שכן דרך כל עוברי עבירה הם חושבים שהקב"ה לא יראה במעשיהם וכה"א (איוב כב) הלא אלוה גובה שמים וראה ראש כוכבים כי רמו ואמרת מה ידע אל וגו' (שם /איוב כ"ב/) עבים סתר לו ולא יראה וגו' (שם /איוב כ"ב/) האורח עולם תשמור וגו' וכה"א ועין נואף שמרה נשף לאמר לא תשורני עין אינו אומר לא יראני אדם אלא לא תשורני עין לא עין של מטה ולא עין של מעלה מהו וסתר פנים ישים הקדוש ברוך הוא שהוא יושב סתר ישים פנים של נואף באותו העובר לפי שהנואף והנואפת רוצין שלא תתעבר אלא שיעשו תאותן בלבד והקב"ה מפרסמן בעולם כדי שידעו הבריות ויאמרו פנים של זה הם פני הנואף שצר צורת העובר בדמות הנואף הוי וסתר פנים ישים ולפיכך נקרא זמה לפי שהן כופרין שניהם ואומרים לא עברנו עבירה והבריות אומרים א"כ זה מהו ולא תאמר בזמן שהיא מתעברת מן הנואף אותה שעה דומה צורת הולד לצורת הנואף אלא אפילו היא מעוברת מבעלה ובא עליה הנואף הקדוש ברוך הוא מהפך צורת הולד לצורת הנואף.

שב שמעתתא שמעתתא ו פרק טו

ולכן נראה לענ"ד דהרמב"ם ס"ל במעיד על אשה שנשבית לאו דבר שבערוה הוא דאפילו מעיד זונה אשה זו ע"א נאמן לפוסלה לכהונה ומעיד על אשה שנשבית הו"ל כמעיד זונה אשה זו, ואפילו אתחזק התירא ע"א נאמן נגד חזקה לדעת הרמב"ם לפמ"ש הש"ך בי"ד סי' קכ"ז [סקט"ז] לדעתו ע"ש, והא דבן גרושה ובן חלוצה פסולו בשנים נראה דלאו משום דבר שבערוה דא"כ הו"ל אשה זונה או גרושה נמי דבר שבערוה וכמ"ש בתוס' רי"ד, והנה לפנינו דעת הרמב"ם דגרושה או זונה לאו דבר שבערוה הוא וע"א נאמן בה וכמו שאר איסורין הוא, אלא דבן גרושה ובן חלוצה כיון דפסולו בגופו והוא מפסולי כהונה, וכיון דהוא מפסולי קהל כהונה זה הוא דבעי שנים, וכמו להעיד על אחד שהוא ממזר דודאי בעי שנים לפוסלו לקהל ישראל, דהא האב דנאמן לומר בני זה ממזר יליף לה מדכתיב יכיר וכמו כן להעיד שהוא בן גרושה וחלוצה מדכתיב יכיר כדאיתא בפרק עשרה יוחסין דף עח ב, א"כ מוכח דלית ביה משום נאמנות ע"א באיסורין, דלא אמרו ע"א נאמן באיסורין אלא להעיד על דבר שנתהוה במקרה כמו להעיד אשה זו נעשית גרושה או זונה דזה הו"ל כמו נתנסך יינך, אבל להעיד על פסולי קהל בתולדה הן להעיד ממזר או בן גרושה וחלוצה, דהוא חלל בתולדה ולפוסלו מקהל כהונה או קהל ישראל בזה אין ע"א נאמן אלא האב מדכתיב ביה יכיר יכירנו לאחרים כדאיתא פרק עשרה יוחסין:

ויקרא רבה פרשת אמור פרשה לב אות ח

ושבתי אני ואראה את כל העשוקים (קהלת ד, א). חנינא חייטא פתר קרייה בממזרים. ושבתי אני ואראה את כל העשוקים, אילו הממזרים. והנה דמעת העשוקים (שם /קהלת ד', א/), אימותיהן שלאילו עברו עבירה ואילין עליביא מרחקין להון. אביו שלזה בא על ערוה זה מה עשה וזה מה איכפת לו.

וכתב הרמב"ם (הל' סנהדרין פ"כ ה"א וספהמ"צ ל"ת ר"צ) דילפינן מהכתוב "ונקי וצדיק אל תהרוג" (שמות כ"ג ז') שאין דנין דיני נפשות עפ"י כל אומדנא שהוא.

אך התוס' (שבועות ל"ד ע"א) נקטו דבאומדנא גמורה כגון בנשוק בגבו אזלינן בתר אומדנא אפילו בדיני נפשות, וזה שלא כדברי הרמב"ם.

ולגבי דיני ממונות ידועים דברי הרא"ש (שו"ת כלל ע"ח סי' ג') דלהלכה אזלינן בתר אומדנא, וכבר הארכתי בסוגיא זו במנחת אשר (שמות סי' מ"ד), עי"ש.

אך באמת נראה יותר דאין לדון בני"ד מדין אומדנא כלל, דהלא הצד השווה שבכל המקורות שדנו בהם בגדר אומדנא שבכולם יש להסיק לפי נסיבות הענין שאכן נעשה מעשה המחייב, ויסוד הענין הוא בהתרשמות ובשכנוע של הבי"ד, כן הדבר בגמל האוחר, במעשה דרב בנאה, בדר' שמעון בן שטח, ובנשוק בגבו. ככל אלה יש להניח לפי נסיבות הענין דרך וכך נעשה וכך וכך היה. ואין זה ענין לבדיקה מדעית שמבוססת על השוואת נתונים והסתברות סטטיסטית.

ולפיכך נראה יותר דני"ד יש לדמותו לדין סימנים, דכשם שבסימנים מעריכים אנו את ההסתברות שסימן מסויים יופיע בשני דברים שונים, כך בבדיקה דידן מעריכים אנחנו את הסיכוי שנתונים גנטיים מסויים יופיע אצל שני אנשים שאין להם גנים משותפים.

ונראה ברור דבדיקת ד.נ.א דינה כסימן מובהק וכבר קבעו הראשונים דאף דאיבעיא לן אם סימנים דאורייתא או דרבנן, סימן מובהק לכו"ע הוי דאורייתא, וכך מוכח בגמ' בב"מ (כ"ז ע"ב), עי"ש.

וגם בדין סימן מובהק נחלקו הראשונים והפוסקים. דעת התוס' (חולין צ"ו ע"א) דמהני אף בדיני

ואף אם יטען הטוען שרמת תוצאות בבדיקה זו עולה לאין ערוך על נאמנות העדים, דהלא מצוי שעדים משקרים אך בדיקה זו נתבררה כאמת מוחלטת. אין בטענה זו ממש. דכבר כתב הרמב"ם (פ"ז מיסודה"ת ה"ז ופ"ח שם ה"ב) דאין העדים נאמנים משום דידעינן שדוברי אמת המה אלא משום שדין תורה הוא להאמינם, אך כבר ביארתי במק"א דמ"מ כח העדות גדול ותקף יותר מרוב וחזקה וסימנים וכל בירור שהוא, משום שכך הוא דין התורה שעדים נאמנים בכל דבר. ומש"כ פשוט דבדיני נפשות וכדו' כל שצריך עדות דוקא אין לסמוך על בדיקות ד.נ.א דמ"מ אין כאן תורת עדות.

ונראה דבני"ד אף שאין תוקף בבדיקת ד.נ.א כדין עדות, מ"מ יש לדון ולתת תוקף לבדיקה מכח שני דינים. דין אומדנא ודין סימנים, ואבאר.

הן נחלקו הראשונים בדין אומדנא, דבמס' ב"ב (צ"ג ע"א) נחלקו אמוראי בגמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו אם מוציאין ממון עפ"י אומדנא.

אך לגבי דיני נפשות אמרו (שבועות ל"ד ע"א): "כר"ש בן שטח, דתניא אר"ש בן שטח אראה בנחמה, אם לא ראיתי אחד שרץ אחר חבירו לחורבה, ורצתי אחריו ומצאתי סייף בידו ודם מטפטף והרוג מפרפר, אמרתי לו רשע, מי הרגו לזה, או אני או אתה, אבל מה אעשה שאין דמך מסור בידי, שהרי אמרה תורה על פי שנים עדים או שלשה עדים יומת המת, אלא המקום יפרע ממך, אמרו לא זזו משם עד שנשכו נחש ומת".

הרי דבנפשות לכו"ע לא אזלינן בתר אומדנא, ואף במקום אומדנא דמוכח שזה הרגו שהרי דמו מטפטף מן החרב מ"מ אין דנין דיני נפשות.

נפשות, אך דעת רוב הפוסקים דלא מהני, וכ"כ בנודע ביהודה (קמא אהע"ז סימן נ"א).

ולגבי עגונות מפורש להדיא (גיטין כ"ז ע"ב) דבסימן מובהק דנקב יש בצד אות פלוני מתירין אשה לנישואין ומוציאין אותה מחזקת אשת איש.

ולגבי הוצאת ממון נחלקו הש"ך וקצות החושן. דעת הש"ך (ח"מ סימן רצ"ז ס"ק א') דמוציאין ממון עפ"י סימן מובהק, ודעת קצות החושן (סימן מ"ו סק"ח, רנ"ט סק"ב, וסי' רצ"ז סק"א) דאין מוציאין ממון, עי"ש. וסתימת הראשונים

והפוסקים דכיון דהוי דאורייתא ודאי מהני בהוצאת ממון, ואכמ"ל.

ומשנ"כ נראה להלכה דיש לסמוך על בדיקה זו בכל הנוגע להוצאת ממון, בין לגבי דיני ירושה ובין לגבי חיוב מזונות.

וגם לענין עגונות יש לסמוך מעיקר הדין על בדיקה זו, אך מ"מ נוהגין לבסס היתר עגונה גם על צירופים אחרים, ואכמ"ל.

ופשוט שיש לסמוך על בדיקה זו גם לגבי דיני קבורה ואבילות.

ה

תוקף הבדיקה לענין ממזרות

מבואר שדין אומדנא כדין רוב, ודימו מה שנחלקו אם הולכין בממון אחר הרוב למה שנחלקו אם מוציאים ממון עפ"י אומדנא, עי"ש. אך כבר כתבתי לעיל דבני"ד לא בדיני אומדנא עסקינן.

ולא אמנע מלכתוב טעם נוסף דאין לפסול אדם בממזרות עפ"י בדיקת ד.נ.א וטעם זה מבוסס על טבעו של המדע והתפתחותו.

דהנה בכל דור ודור מגלה האדם תגליות חדשות במדע, ובכל דור ודור נשללות רבות מן ההנחות שהיו מקובלות בדור הקודם כאמת שאין עליה עוררין. ואף בתחומים שבהם יאמרו אנשי המדע בבטחה שהנחה זו תעמוד לעולמי עד, אין לשער ואין לדעת מה יתגלה לאחר שנים.

אך מ"מ מסתבר דיש לסמוך בכל דור ודור על המוסכם ומקובל בשעתו, והלא להדיא מצינו במס' נדה (כ"ב ע"ב) ובירושלמי (נדה ט' ע"ב) שסמכו חכמים על דעת הרופאים בשאלות שבהל' נדה, וכך גם במס' שבת (פ"ה ע"א) סמכו חכמים על חכמתם של עמי קדם "בני שעיר החורי" לקבוע דיני כלאיים, ולא חששו שמא יתברר

אמנם אף לגבי ממזרות יש לעיין, דהרי פשוט דאין לפסול אדם בממזרות אלא עפ"י שני עדים, וכבר כתב השב שמעתתא (ש"ו פרק ט"ו) דאין לפסול אדם פסול הגוף אלא בעדים. ואף דגם להוציא ממון מן המוחזק בעיני עדים, ואעפ"כ מוציאין ממון גם עפ"י אומדנא גמורה וסימנים מובהקים, נראה דאין זה אלא לגבי ממון הקל, אבל לגבי פסול ממזרות שקרוב לדיני נפשות לא סמכינן על אומדנא, וכבר כתב הגרעק"א (שו"ת סי' ק') דדיני ממזרות כדיני נפשות ממש, (ואין לקבל עדות אלא בפני בע"ד), עי"ש.

ועוד דהרי דרשו חז"ל (קידושין ע"ג ע"א) ממזר ודאי אסרה תורה ולא ממזר ספק, וכבר כתב השב שמעתתא (ש"א פ"א) בשם הפני" דהלכתא זו באה למעט דאף רוב וחזקה לא מהני בפסול ממזר דמ"מ הוי בכלל ממזר ספק, ונראה דה"ה באומדנא וסימנים, דאף אי מהני מידי ספק לא יצאו.

אמנם אם אזלינן בתר רוב לפסול אדם בממזרות שאני רוב מאומדנא וכמבואר בב"ב (צ"ג ע"ב), עי"ש. אך בדברי הירושלמי בב"ק (כ"ג ע"ב)

הרי לן חידוש נפלא דיש והקב"ה משנה את הטבע כדי לפרסם עוברי עבירה, ושמה י"ל כן גם בני"ד דכשם שהקב"ה צר פלסתר פניו של הבוועל בולד שאינו מזרעו, כך הקב"ה יטביע בו חותם גנטי של הבוועל.

וכי תימא אין למדין הלכה מפי אגדה, וכבר נחלקו גדולי עולם אם דוקא כשהאגדה סותרת את ההלכה אין למדין ממנה או אף כשאין בזה כל סתירה אין למדין, עיין שבות יעקב (ח"ב סי' קע"ח ונודע ביהודה (תניינא יו"ד סי' קס"א)). אך באמת נראה דכיון שלא נתחדשה הלכה במדרש זה אלא ידיעה חשובה מדרכי ההשגחה יש ליתן לזה משקל גם בהלכה, ולכאורה ז"פ.

ועיין שו"ת לבושי מרדכי (אהע"ז מהדו"ק סימן כ' וסימן כ"ד) ובשו"ת מהרש"ם (ח"ג סי' קס"א) שהביאו את דברי המדרש הללו בעוסקם בהלכתא פסיקתא, עי"ש.

ולאחר כ"ז נשוב לדון בשאלת מע"כ.

הנה לכאורה צריך שני עדים גם כדי לפסול את הכהן, וכיון דבעינן בזה תורת עדות אין לסמוך על בדיקת ד.ג.א. אך באמת נראה טפי דכיון שבני"ד אין אנו באין לפסול את זרע הכהן בחללות אלא לברר שאיש זה כלל אינו מזרע הכהונה ואינו בן פלוני כלל אין זה אלא גילוי מילתא שבטעות הוחזק ככהן וכל כה"ג לא צריך עדות גמורה, אלא די בכל בירור מעליא כדין ע"א נאמן באיסורין.

וכיון שלפי דברי האם נולד איש זה מתרומת זרע והנחה זו נתמכת בבדיקת ד.ג.א. שהוא בירור גמור מה"ת כדין סימן מובהק יש מקום לסמוך על כך ולהפקיע ממנו דין כהונה.

אמנם אם אפשר למצוא מסמכים רפואיים של מוסדות מוסמכים ראוי להשתדל לעשות כן ובהכי עדיף טפי.

לאח"ז שטעות בידם, הרי שאין צריך לחשוש שהמקובל והמוסכם יתגלה כטעות.

אך לבי אומר לי דאין זה אלא בשאלות שאין להן אלא מקומן ושעתן וככל השאלות בהל' שבת, נדה או"ה וכדו'. אבל בכל הנוגע לפסול ממזרות שלא את האיש העומד לפנינו בלבד אנו פוסלים אלא אותו ואת זרעו ואת זרע זרעו, וגורמים לקטוע זרע ישראל, וקוצצין אילן פארות מכרם בית ישראל, יש לחשוש שמא כעבור שנים יתגלה שבדיקות אלה אינן מכריעות ואין בהן בירור מוחלט ונמצאנו מחריבים עולם ומלואו, וכל כה"ג אין לסמוך על בדיקות מדעיות, אלא על נאמנות של עדים בלבד.

ויש להטעים את הדברים בתוספת טעם ותבלין עפ"י המבואר במנחת אשר לב"ב (סימן כ"ב) בגדר חזקת אבהתיה דאנו מתייחסים לרצף הדורות בישראל כאילו מקשה אחת המה, ואנו וצאצאינו וצאצאי צאצאינו כולנו דבר אחד וקומה אחת, עי"ש. ויש בזה להוסיף הבנה מסויימת למה אין לקבוע ממזרות עפ"י בדיקה דאפשר שתתגלה לאח"ז שאינה מוחלטת וודאית, ודו"ק בכ"ז.

ועוד התבוננתי בזה התבוננות יתירה עפ"י המבואר במדרש (במד"ר נשא פרשה ט'): "מהו וסתר פנים ישים. הקדוש ברוך הוא שהוא יושב סתר ישים פנים של נואף באותו העובר, לפי שהנואף והנואפת רוצין שלא תתעבר אלא שיעשו תאותן בלבד, והקב"ה מפרסמן בעולם כדי שידעו הבריות ויאמרו פנים של זה הם פני הנואף שצר צורת העובר בדמות הנואף הוי וסתר פנים ישים, ולפיכך נקרא זמה לפי שהן כופרין שניהם ואומרים לא עברנו עבירה, והבריות אומרים א"כ זה מהו. ולא תאמר בזמן שהיא מתעברת מן הנואף אותה שעה דומה צורת הולד לצורת הנואף, אלא אפילו היא מעוברת מבעלה ובא עליה הנואף, הקדוש ברוך הוא מהפך צורת הולד לצורת הנואף".

ובכף עיקר השאלה אם צריך שני עדים כשרים לפסול אדם לכהונה, לכאורה נחלקו בזה גדולי הפוסקים.

דהנה אמרו חז"ל אין דבר שבערוה פחות משנים, וכתבו התוס' (גיטין ב' ע"ב) דדבר שבערוה היינו "באשת איש בגיטין ובקידושין" וזנות דאשת איש לאוסרה על בעלה. ומשמע מדבריהם דעד כאן לא בעינן שני עדים אלא בדין אשת איש לקבוע חלות והפקעת האישות או לאוסרה על בעלה, אבל איסור כהונה איננו דבר שבערוה, ולכאורה ה"ה ממזרות, וכך מבואר בכס"מ (פט"ז מהל' סנהדרין ה"ו) דאיסור כהונה הוי כשאר עניני איסור והיתר, וע"א נאמן לפסול אשה לכהונה כשם שע"א נאמן באיסורין.

ועיין בפני יהושע (קונטרס אחרון קידושין אות צ"א) שנקט דפסול כהונה הוי דבר שבערוה, ולעומתו האחיעזר (ח"א סי' ה') למד מדברי הרמב"ם הנ"ל דאין זה דבר שבערוה.

אמנם האור שמח (הל' סנהדרין שם) נקט דאף להעיד על אשה שזינתה ונפסלה לכהונה הוי בכלל דבר שבערוה וצריך שני עדים, אלא שאין זה אלא כשהעד מעיד נגד "חזקת משפחה" אבל באשה שאין לה חזקת משפחה, אף ע"א נאמן לפוסלה, עי"ש באריכות דבריו.

ועיין עוד באגרות משה (אהע"ז ח"ד סי' י"ב) באשת כהן שאמרה לבנה מסל"ת שבבחרותה נבעלה לגוי וממילא פסולה היתה לכהונה והבן חלל והבן מאמין לה ככת רב חסדא, מותר לו לשאת גרושה וחללה.

והאג"מ השתית את דבריו על מש"כ הש"ך (יו"ד סי' צ"ח סק"ב) במה שנאמן קפילא באיסור והיתר אף שאין מסל"ת נאמן אלא באיסור דרבנן ולא באיסור תורה, ועוד דבאו"ה לא הוי מסל"ת, וכתב דנאמן משום דאומן לא מרע

אומנתיה, ונאמנות זו אינה אלא משום שיש לאמוד שאומן לא ישקר, ויש ללמוד מזה דה"ה למי שמאמין לאמו וברור אצלו שלא תשקר לו.

אמנם נראה דאם פסול כהונה הוי דבר שבערוה פשוט ולא מהני בו נאמנות זו דהלא צריך שני עדים בדבר שבערוה, אך אם אין זה דבר שבערוה מסתבר כדברי האג"מ, ועוד דכבר כתבתי לעיל דבני"ד אין אנו באים לפסול זרע כהונה מקדושתו אלא לקבוע שאביו כלל איננו כהן, וכל כה"ג לכו"ע לא בעינן בזה תורת עדות ממש ובבירור גמור סגי.

אמנם במק"א פקפקתי בדברי האג"מ מטעם אחר, דלכאורה פשוט דרק מי שמכיר את זה שמעיד ובטוח מתוך היכרותו עמו שלא ישקר יכול לסמוך עליו, אבל אין הוא נאמן לגבי אחרים, וא"כ התייחד לגבי הבן, אבל מה היתר יש לאשתו לחיות עמו, הלא השווה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה ואיסורי ביאה דכהונה רובצים גם עליה.

אמנם דעת הר"א ממיץ (ע' תוס' נדרים צ' ע"ב ד"ה חזור) דשאני איסורי כהונה משאר איסורי ביאה ובאיסור"ב דכהונה אין איסור רק על הכהן ולא על האשה האסורה לו, אמנם אף שהוכחתי במק"א שאין זה דעת יחיד מ"מ ברור שדעת רוב הפוסקים דגם באיסורי כהונה גם האשה מצווה, ואין לסמוך להקל על שיטת הר"א ממיץ, ואכמ"ל בזה.

ונראה עוד טעם שאין לפסול אדם בממזרות משום בדיקות ד.נ.א, דאטו יש שני עדים כשרים המעידים על תוצאות הבדיקה, הלא לעולם אין שני עדים המעידים על תוצאות הבדיקה אלא טכנאי אחד הוא זה שמעיד על התוצאות, ואין עדות אלא בכתב ולא בעל פה, (וכידוע שנחלקו רש"י ור"ת, דלר"ת ניתן לשלוח עדות בכתב. אכן השו"ע והרמ"א בחו"מ סי' כ"ח

סעיף י"א פסקו כרש"י דהוי מפ"כ). וברוב המקרים הרי הוא מפסולי עדות, ופשוט שאין לפסול אדם ולקבוע דין ממזרות מבלי שנדע על תוצאות הבדיקה מפי עדים כשרים.

ונראה, עוד, דהנה מעשים בכל יום שיש טעויות אנוש בבדיקות מעבדה, ועם כל כובד הראש ותשומת הלב שיש להקדיש לבדיקות אלה ידוע גם ע"י בירור סטטיסטי שיש אחוז מסויים של טעויות אנוש.

ולענ"ד א"א להתעלם מנתון זה, ושונה הדבר מעד המעיד על שראו עיניו ושמעו אזניו באופן בלתי אמצעי, דזה עיקר דין עדות מגזה"כ, אבל בבדיקות מעבדה, אין ביד העד אלא להעיד שאלה התוצאות, אבל אין להכליל בעדותו שלא טעה כיון שיודעים אנו שבהכרח יש אחוז מסויים של טעויות, ולענ"ד סברא זו ברורה ופשוטה. ודו"ק בכ"ז.

בהוקרה מרובה
אשר ויים

סימן פח

בחשש גויות

כבוד ידי"נ מרביץ תורה ומזכה רבים
הרה"ג ר' חיים וייסבלוט שליט"א
רב קהילת אש התורה
סנטייגו צ'ילה

הנני במענה קצר על שאלתו, ומשום נחיצות הענין ממחר אני להשיבו דבר אף שלא אוכל להאריך כעת.

בענין הבחור ד' החפץ לבא בברית נישואין עם בת ישראל כשרה מבנות הקהילה. כאשר אחותו הגדולה נישאה לפני מספר שנים הופצה שמועה שסבתה היתה גיורת ולא נתגיירה כדין. שמועה זו יצאה ע"י בת דודתה שסיפרה ששמעה כן בשיחת אגב מבני משפחה מן הדור הקודם. אי אפשר להגיע לחקר הענין כיון שגם הסבתא וגם בני דורה כבר נפטרו לבית עולמם.

ס' אחותו הגדולה של ד' התגיירה לחומרא לפני נישואיה על אף שנפסק לה שאינה צריכה להתגייר, אך ד' עדיין אינו שומר שבת ואינו מקפיד בדקדוקי מצוה אף שגם הוא נמצא בתהליך של חזרה בתשובה.

שאל כת"ר כיצד לנהוג בענין. ושלש אפשרויות לפנינו:

- א.** האם דין ד' כדין ישראל כשר וניתן להשיאו לבת ישראל ללא כל צורך בגיור.
- ב.** האם ניתן לגיירו לחומרא אף שעדיין אינו שומר שבת כהלכתא כיון שאין הגיור אלא לחומרא, והוא בכ"ז משתדל להתקדם בשמירת המצוות.
- ג.** שמא יש לחוש לקול ויש לדחות את נישואיו עד אשר יתחזק בשמירת המצוות ונוכל לגיירו כדת וכדין.