

הרב דוד לאו

בירורי יהדות על פי בדיקות דנ"א (DNA)

ראשי פרקים:

מבוא

- א. אומדנא בדיני ממונות ונפשות
- ב. הראיה הנצרכת לבירור יהדות
- ג. למעשה

הנדון: תגובה לספר בירורי יהדות לאור מחקרים גנטיים מאת הרב ישראל ברנבאום והרב זאב ליטקה שליט"א*.

מבוא

א] כפי שבואר בהרחבה בתחילת הספר בפרק של ד"ר שי צור ופרופ' קרל-קלמן סקורצקי, בכל תא מתאי האדם ישנו ד.נ.א. מיטוכונדרי אשר עובר בתורשה אך ורק מאם לילדיה, דהיינו שהד.נ.א. המיטוכונדרי בכל אדם זהה לחלוטין לזה של אמו. למעט מקרים נדירים למדי בהם מתרחש שינוי בד.נ.א. [הנקרא מוטציה], ועל ידי כך נוצרים שינויים גנטיים קטנים מאוד בין בני האדם היוצרים תבנית ד.נ.א. ייחודית. ועל כן ניתן להשתמש בד.נ.א. זה ככלי לבירור מוצא אמהי, וזאת משום שכאשר נמצא בשני בני אדם את אותה תבנית, הרי ניתן לקבוע בוודאות שהם צאצאים של אמה או סבתא עתיקה משותפת, והסיכוי שאין הדבר כך אלא שהתרחש אותו שינוי בשתי נשים שונות הוא סיכוי נמוך מאוד עד אפסי.

ב] במחקרים שונים נמצא שכ-40% מתוך היהודים האשכנזים, נושאים 4 תבניות ייחודיות של ד.נ.א. מיטוכונדרי אשר נדיר מאוד בקרב אנשים שמוחזקים שאינם יהודיים.

עיקר הדיון בקונטרס הוא לגבי אדם הנושא תבנית ייחודית של ד.נ.א. מיטוכונדרי, אשר נמצא כמעט אך ורק אצל אנשים המוחזקים בבירור כיהודים, ואצל מספר מצומצם ביותר של אנשים אשר מוחזקים כאינם יהודים. לדוגמא נקטו בתבנית אשר נמצאת אצל 64 יהודים מתוך 1,500, ואילו אצל אלו שאינם יהודים נמצאת אצל 3 אנשים מתוך 22,000 שנבדקו.

ג] אם נקבל את ההנחות המדעיות העומדות ביסוד הדברים, הרי ברור שלאותם אנשים הייתה אמה אחת קדומה. ומכיוון שכך ניתן לומר שכשם

* פרטים על הספר **בירורי יהדות** כולל תוכן מלא של כל פרקיו, מובאים באסיא קז-קח (מרחשון תשע"ח) עמ' 187-189.

שאותו רוב גדול של אנשים הם יהודים, כך גם אותה אמא היתה יהודיה, ואם כן גם ילדיה וילדי בנותיה וכן הלאה הם יהודים, וממילא ניתן לקבוע שגם האדם שבא לפנינו כעת הנושא בגופו את אותה תבנית של ד.ג.א. מטוכונדרי הוא בן של אחת הבנות האלה, וממילא הינו יהודי.

אלא שמאידך ניתן לומר להיפך, שאותו מיעוט שאינם יהודים יוכיח על כך שאותה אמא לא היתה יהודיה, וממילא גם הבא לפנינו אינו יהודי. כמו כן ניתן לדון בהנחה שאם בא אדם המוחזק כיהודי לפנינו, יש לתלות שגם אמו היתה יהודיה, שהרי לכאורה הדברים מבוססים על כך שחזקת האם מועילה לבת [וכאן הוא להיפך, שהדיון הוא אם חזקת הבת מועילה לאם], ויש להסתפק אם ניתן לומר חזקה מעין זו וכמו שביאר הרב ברנבאום בפרק א של ספרו בירורי יהדות לאור מחקרים גנטיים¹.

ד] כנגד פקפוקים אלו טען הרב ליטקה שמאחר שבמשך מאות שנים המציאות היתה שיהודים סבלו מרדיפות והשפלות וכיוצא בזה, וברור שכמעט שום אדם לא יצהיר על עצמו שהוא יהודי אם אינו כך באמת, ומאידך רבו מאוד המקרים של יהודים רבים מאוד שהמירו את דתם או איבדו את זהותם היהודית בדרכים אחרות, ולכן החזקה על אותם אנשים שמוחזקים כיהודים אינה חזקה דמעיקרא, אלא זו היא הנחה ברורה מדין "הוחזק". לעומת זאת חזקת אלו שחושבים את עצמם לאינם יהודים, אינה אלא משום שרוב בני האדם באותו מקום אינם יהודים. ולכן ניתן לקבוע בוודאות שאותה אם קדומה היתה יהודיה, ועל ידי כך ניתן לייחס את יהדותה לכל צאצאיה.

ה] כנגד הנחה זו העלה הרב ליטקה אפשרות נוספת, שאולי אותה אמא קדומה לא היתה יהודיה, אלא שאחת מבנותיה התגיירה, וכל אותם צאצאים המצויים לפנינו ומוחזקים כיהודים הינם צאצאיה של אותה גיורת, ולעומת זאת הצאצאים המוחזקים כאינם יהודים הינם צאצאים של בת אחרת של אותה אשה שלא התגיירה. ועל כן ניתן להסתפק גם באדם הבא לפנינו כעת, אולי הוא צאצא של אותו ענף של אינם יהודים מאותה משפחה.

ו] כנגד חשש זה טען הרב ליטקה שלש טענות עיקריות: א. לפי אפשרות זו יוצא שחלק נכבד מהיהודים האשכנזים למשל [שכאמור בערך 40% מתוכם נושאים תבנית ייחודית להם שכמעט אינה נמצאת אצל אותם שמוחזקים כאינם יהודים], הינם צאצאים של גרים, ודבר זה אינו מסתבר כלל². ב. גם אם נקבל את האפשרות הנ"ל ניתן לקבוע שאדם הבא לפנינו

1. ראה אסיא קז-קח (מרחשון תשע"ח) עמ' 187-189.

2. אם כי יתכן שבעלי תבנית מסויימת הם אכן צאצאים של גיורת, ואילו שאר בעלי התבניות הייחודיות באמת משתייכים לאותה משפחה, ואם כן הראיה מצטמצמת לאותו אחוז שנושא את אותה תבנית, וכמדומה שהנחה כזו אינה בלתי מתקבלת על הדעת.

אשר נושא תבנית זו הינו יהודי מכח ספק ספיקא, שהרי ספק אם יש באותה "משפחה" בכלל אנשים שאינם יהודים, וגם אם כן, יתכן שאדם זה שייך לענף היהודי של ה"משפחה", והאריך לבאר את צדדי השאלה האם במקרה כזה נוהג דין ספק ספיקא. ג. כלפי אותו אדם שבא לפנינו ניתן לקבוע שהוא יהודי מדין כל דפריש מרובא פריש, ואף על פי שהוא מגיע מעיר שרובה אינם יהודים, מכל מקום מאחר שהוא נושא בגופו תבנית מיוחדת של ד.נ.א. מסוג מסויים, ורוב מוחלט של בעלי המשפחה הגנטית שלו הינם יהודים, ממילא יש לתלות שכל הפורש מאותה משפחה הוא יהודי, ואין לדון אותו כפורש מן העיר שרוב תושביה אינם יהודים.

ז. לענ"ד נראה שיש לצדד שאין צורך בזה, ויש להוסיף על טענה א שהעלה הרב ליטקה, שעצם החשש המוזכר לעיל אינו חשש סביר כלל, שהרי בנתוני חלק מארצות חבר העמים, היחס בין היהודים נושאי הגן לבין אותם שמוחזקים כאינם יהודים ונושאים את הגן, הינו מובהק "לטובת" היהודים.³

יתר על כן. סביר מאד כי חלק מהגויים נושאי הגן היהודי, מקורם דווקא באימהות יהודיות שאולצו לפרוש מבני עמנו.

בפרט שהיהודים הם אלו שסבלו בדרך כלל מרדיפות והשמדות, ובמיוחד בשואה הנוראה שעברה על עמנו בתקופת מלחמת העולם השנייה. ברור, איפוא, שההנחה הפשוטה ביותר היא כמו האפשרות הראשונה, שהאמא הקדמונית היא יהודיה וכן כל צאצאיה.

3. אם נקח את הדוגמא באות ב] לעיל, הנתונים המדויקים הם: בקרב 22,000 יהודים – 938 מהם נושאים את הגן המדובר. בקרב 22,000 נוכרים – 3 נושאים את הגן המדובר. כאשר מדובר על 22,000 איש שאין אנו יודעים אם הם יהודים או נוכרים – אזי עלינו לדעת קודם כל מה אחוז היהודים מקרב האוכלוסיה ממנה הגיעו אותם 22,000 לא ידועים. אם אחוז היהודים באוכלוסיה זו הוא 50%, אזי מקרב קבוצה זו נצפה 938/2 יהודים, ו 3/2 נוכרים. יחס של 1:313 לטובת היהודים. אם אחוז היהודים באוכלוסיה זו הוא 10%, אזי נצפה ל 0.1X938 יהודים ול 0.9X3 נוכרים. יחס של 1:35 לטובת היהודים. אם אחוז היהודים באוכלוסיה זו הוא רק 1%, אז נצפה ל- 0.01X938 יהודים (כלומר כ-9 יהודים) נושאי הגן, ו- 0.99X3 כלומר כ-3 נוכרים נושאי הגן בקבוצה זו. יחס של 1:3 לטובת היהודים. חשוב להדגיש כי בשלושת המקרים, רוב נושאי הגן באוכלוסיה הם יהודים. כשבמקרה הראשון (של 50%) הרוב הוא ברמה 1:313 לטובת היהודים. ובמקרה האחרון (1%) הרוב היהודי הוא ברמה של 1:3. [כשאחוז היהודים יורד עוד יותר, למשל אם אחוז היהודים הוא עשירית אחוז (0.1%), היחס מתהפך, ואז רוב נושאי הגן באותה אוכלוסיה יהיו נוכרים ביחס של 3:0.9. במילים אחרות: הנתון הרלבנטי להלכה הוא האם יש רוב יהודי בין נושאי הגן הייחודי הנ"ל. התשובה לכך נמצאת בנוסחת **בייס (אסיא)** קה-קו עמ' 65) הלוקחת בחשבון גם את שכיחות הגן בקרב יהודים, גם את שכיחות הגן בקרב נוכרים וגם את היחס בין היהודים לנוכרים באוכלוסיה הנדונה.]

ח] אלא שצריך לדון בזה אם ניתן לסמוך על טענה מעין זו לבירור יהדות, וכבר התחילו הרב ברנבאום והרב ליטקה בדיון בשאלה זו, והביאו מקור לומר שאין לחשוש לאפשרות שאיננה סבירה מדין זיהוי על ידי סימנים.

בנוגע לשתי הגישות שהוצגו בקונטרס בענין הגדרת שיעור ההסתברות בסימנים מובהקים, שהרב ברנבאום האריך בפרק ב' לפלפל ולבאר את דברי המשאת בנימין סי' סג, המגדיר את הסימן שלא ימצא באחד מאלף, שכוונתו להסתברות של מיעוטא דמיעוטא, ולמעשה שיעור של 99.9%, לענ"ד נראה יותר כדברי הרב פרופ' שטינברג בסוף הקונטרס, שאין כוונת הפוסקים לשיעור מדויק, אלא שיעור כללי המורה על נדירות הדבר, ועל כך שדבר זה אינו מסתבר כלל במציאות. והראיה לכך היא הן מעצם ההנחה שלא מסתבר כלל שאחרונים מסוגו של המשאת בנימין יחדשו חידושים כאלו בלא להביא לכך מקור מן התלמוד או לכל הפחות מדברי הראשונים, וכן כמו שציין הרב שטינברג ללשונו של המשאת בנימין עצמו: רק אחד מאלף או אלפים, שלשון זו מורה בודאי שאין כוונתו לקבוע שיעור מדויק אלא להשערה בעלמא של דבר נדיר ביותר.

אם כן, נראה שיש לצדד שגם במקרה שלפנינו, האפשרות להיווצרות שני ענפים באותה משפחה, הינה אפשרות בלתי סבירה בהחלט, וניתן לסמוך על כך שכל אותם נשאים של אותה תבנית ייחודית ליהודים הינם יהודים, ואותם שמוחזקים שאינם יהודים הינם למעשה יהודים שאיבדו את זהותם. ויש לדון בזה האם ניתן לסמוך על ראיות מעין אלו לקביעת בירור יהדות. לשם כך יש לברר תחילה את עיקר המעמד של אומדנא מוכחת לבירור הלכתי.

א. אומדנא בדיני ממונות ונפשות

ט] בעיקר הנושא של בירור על ידי אומדנא, כאשר ישנן שתי אפשרויות לפרש את המציאות אלא שאחת מהן איננה סבירה, כידוע שנחלקו תנאים בכמה מקומות, בענין גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו, וכיוצא בזה, שלדעת ר' אחא דנים על פי האומדנא ואילו לחכמים אין מוציאים ממון על פי אומדנא (ב"ב צג, א). וכן במעשה המפורסם של שמעון בן שטח, במי שהיה רודף אחרי חבירו ונכנס אחרי לחורבה, ואחר כך ראוהו עם סייף בידו ודם מטפטף והרוג מפרפר, ואף על פי כן לדעת חכמים אין הורגים את הרוצח (שבועות לד, א).

בשו"ת מהרי"ק סי' קכט האריך להוכיח שגם בדיני ממונות אין מועילה אומדנא דומה למקרה של שמעון בן שטח, אע"פ שהיא אומדנא מוכחת ביותר:

אלא ודאי דאין לחלק ומדחזינן דבדיני נפשות לא אזלינן בתר אומדנא אפילו באומדנא רבה כי האי דשמעון בן שטח דרץ אחר חבירו כו' ואף על גב דפשיטא שאין לך אומדנא דמוכח גדול מזה הוא הדין בדיני ממונות לרבנן דפליגי אדרבי אחא והלכתא כוותייהו לפי דברי הנך רבכתא שהזכרתי למעלה. וכן יש לדקדק גם מלשון רבינו משה בפר' שמיני דהלכו' נזקי ממון וז"ל שור שהיה רועה על גבי הנהר כו' עד ואפילו גמל אוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו אין אומר' בידוע שזה הרגו עד שיראוהו עדים כשרים עד כאן לשונו מדמסיים עד שיראו עדים כשרים ולא מפליגו אפילו בלא ראיית עדים וכגון באומדנא רבה כי ההיא דשמעון בן שטח שמע מינה דלית ליה שום אומדנא אפילו לענין דיני ממונות.

בהמשך מסיק המהרי"ק:

ונחזור לעיקר הדין שאמרנו דלא קיימא לן הלכה כר' אחא אליבא דהני רבכתא שכתבתי למעלה ונאמר דפשיטא דאין להקשות דהא קיימא לן בכולה תלמודא דאזלינן בתר אומדנא כי ההיא דר' אליעזר בן עזריה דריש פרק אף על פי (דף נה) דלא כתב לה אלא על מנת לכונסה וקיימא לן כוותייה, וכן ההיא דרבי שמעון בן מנסיא דשמע שמת בנו וכו' כל נכסיו לאחרים וכו' קיימא לן נמי כוותייה בפרק מי שמת (דף קמו) וכן בפרק אלמנה נוזנית (דף צז) גבי זבין ולא אצטריכו ליה זוזי וכן גבי שכיב מרע שכתב כל נכסיו בלא שיעור ועמד דחוזר וכן בכמה מקומות בתלמוד ואפילו גבי אסורא דמסוכן שאומר כתבו גט לאשתי שכותבין ונותנין ולא תימא דהיינו דוקא להחזיק ממון אבל לא להוציא ממון מחזקתיה וכו' אפילו הכי לא קשה מידי דודאי דכל היכא שהמעשה מבורר אצל הדיינים אלא שאנו מסופקין באומדן דעת הנותן או המוכר או המגרשה אזלינן בתר אומדנא אבל היכא דלא נתברר גוף המעשה אצל הדיינים כי ההיא דגמל אוחר כו' דאין ידוע לנו אם נגחו ואם לאו אלא מתוך אומדן בהא ודאי פליגו רבנן עליה דרבי אחא וקיימא לן כוותייהו לדעת הפוסקים הנזכר למעלה.

[י] כן מסיק להלכה בשו"ת אבני נזר (אבהע"ז סי' קיט) כדעת המהרי"ק⁴.

כן משמע לכאורה מדברי השו"ע חו"מ סי' צ סט"ז:

4. ואמנם באבני נזר שם מצדד לומר בדעת הרמב"ם שאומדנא ברורה מועילה בדיני ממונות, ורק בדיני נפשות אינה מועילה, וכמו שיתבאר להלן, אלא שלדעתו דעת הרמב"ם היא דעת יחיד ואין הלכה כמותו.

הנחבל כיצד, ראוהו עדים שנכנס תחת ידו של חבירו שלם ויצא חבול, ולא ראוהו בשעה שחבל בו, וזה אומר: חבל בי, וזה אומר: לא חבלתי בו, הרי זה נשבע ונוטל. ואם יש הוכחה שזה חבל בו, כגון שהיתה החבלה במקום שאי אפשר לו לחבול בעצמו, כגון שהיתה בין כתיפיו וכיוצא בזה, ולא היה אחר עמהם, הרי זה נוטל בלא שבועה.

משמע שבאופן שאין הוכחה ברורה אע"פ שודאי יש אומדנא שהנחבל לא חבל בעצמו, אין להוציא ממון אלא מכח תקנת חכמים בנחבל שיהיה נשבע ונוטל.

כן נראה דעת השב שמעתתא ש"ד פ"ח שכתב:

אמנם לענ"ד נראה דבדיני נפשות ובדיני ממונות לא אזלינן כלל בתר רובא ודוקא על פי שנים עדים יקום דבר ולא רוב ולא חזקה.

י א] בהמשך, בפ"ט כתב שמשום כך אין מועילים סימנים לדיני נפשות:

והרציתי דברי אלה לפני אחי הרב המופלג מוהר"ר יהודא כהנא ש"ן והשיב לי שיתיישב בזה קושיית תוס' פרק גיד הנשה דף צ"ו, א' ושם אמר רבי יצחק ברי' דרב משרשיא תדע דאלו אתו בי תרי ואמרי פלניא דהאי סימניה והאי סימניה קטל נפשא לא קטלינן ליה ואלו אמרי אית לן טביעות עינא בגויה קטלינן ליה, והקשו תוס' שם (ד"ה פלניא) והלא משיאין אשה על פי סימנין להך לישנא דאמר רבא סימנין דאורייתא וכו'. ואמר אחי הנ"ל דיתיישב בזה האמור דאיכא למימר דסימנין לא עדיף מרובא ולכן היכא דאתו בי תרי ואמרי פלניא דהאי סימנא כו' קטל גברא לא קטלינן ליה ומשום דלא מהני סימנין לדון דיני נפשות אחר מעשה.

לפי דבריו, נראה שה"ה שאין מועילים סימנים להוציא ממון, ולכאורה הדין כך אפילו בסימנים מובהקים, שהרי סוף סוף אין כאן עדים. בדרך זו נקט גם בספרו קצוה"ח סי' רנט ס"ק ב:

וראיתי לחקור בסימנין אם הוא דוקא באבירה אבל להוציא ממון לא מהני סימנין. והנה ביבמות דף (קי"ו) [קט"ו] (ע"ב) גבי שומשמי משמע דאם היה סימן מובהק הוי מהני לאפוקי ממונא. וכן בש"ך סימן רצ"ז (סק"א) האריך בענין סימנין להוציא על ידן והעלה בפשיטות דסימן מובהק ודאי מהני, ואפילו במיגו אינו נאמן דהו"ל מיגו במקום עדים ע"ש. אמנם בעיקר סימנים קשה לי טובא דנראה דלא מהני שום סימן להוציא, דבחולין דף צ"ו (ע"א) אמר רב יצחק בריה דרב משרשיא תדע דטביעות עינא עדיף מסימנא, דאילו אתו בי תרי ואמרי פלניא דהאי סימניה

והאי סימניה קטל נפשא לא קטלינן ליה, ואילו אמרי בי תרי אית לן טביעות עינא בגויה קטלינן ליה. וכתבו שם תוס' ד"ה פלניא דהאי סימניה וז"ל, וא"ת... אבל ממון שביד בעלים אין להוציא ע"י סימנין, דה"נ לא הוה מפקינן חפץ מיד בעלים אי אתו סהדי ואמרי האי חפץ דהאי סימניה והאי סימניה דפלניא הוא עכ"ל. ומבואר דאין להוציא כלל ע"י סימנין.

לפי דבריו בש"ש הדברים מובנים היטב, שדוקא על פי שנים עדים יקום דבר ולא על פי דבר אחר, ונכלל בזה שאין להוציא ממון ע"י סימנים. וכמו כן ברור שלפ"ז העיקר כדברי המהרי"ק, שכל עוד לא באו שני עדים להעיד על הדבר אין להוציא ממון על ידי אומדנא. ורק באופן של הוכחה ברורה וכמו במקרה של השו"ע שהיתה נשיכה בגבו, יש לומר שזו היא עדות ברורה, וזה הוא הנדון של עדות ידיעה בלא ראיה.

יב] אבל באבני נזר שם הביא מדברי הרמב"ם שנראה מדבריו שלא כדעת המהרי"ק, כי כתב הרמב"ם בפ"כ מהל' סנהדרין ה"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 אחריי לחורבה ונכנסו אחריי ומצאוהו הרוג ומפרפר והסיף מנטף דם ביד ההורג הואיל ולא ראוהו בעת שהכהו אין בית דין הורגין בעדות זו ועל זה וכיוצא בו נאמר ונקי וצדיק אל תהרוג.

יג] כעין זה כתב הרמב"ם בסהמ"צ ל"ת רצ:

שהזהירנו שלא לחתוך הגדרים באומד הדעת החזק ואפילו היה קרוב אל האמת. כמו שיהיה אדם ירדפהו שונאו להרגו ולהנצל ממנו יכנס בבית אחד ויכנס הרודף ההוא אחריי ונכנס אנחנו אחריהם ונמצא הנרדף הרוג והוא מפרפר ושונאו שהיה רודפו עומד עליו והסכין בידו ושניהם מנטפין דם. הנה זה הרודף לא יהרגוהו הסנהדרין על צד חתוך הגדר אחר שאין שם עדים מעידים שראו ההריגה... ולא תרחיק זה ולא תפלא מזה הדין. כי הדברים האפשריים מהם קרובי האפשרות מאד ומהם רחוקי האפשרות ומהם אמצעיים בין זה לזה. ולאפשר רוחב גדול מאד. ואילו התירה התורה לחתוך דיני נפשות באפשר הקרוב מאד שאפשר שיהיה קרוב מן המחוייב המציאות כגון זה שהמשלנו היינו חותכים הגדר במה שהוא רחוק מזה מעט ובמה שהוא יותר רחוק גם כן עד שיחתכו הגדרים וימיתו האנשים פעמים במעט אומד לפי דמיון הדיין ומחשבתו. ולכן סגר יתעלה את הפתח הזה ואמר שלא יחתך גדר העונש אלא כשיהיו העדים מעידים

שהם ידעו בודאי שזה עשה המעשה ההוא באמת בלא ספק ובלא דמיון כלל. וכאשר לא נחתוך הגדרים בדמיון החזק מאד הנה תכלית מה שיהיה שנפטור החוטא וכאשר חתכנו הגדרים בדמיון ובאומד הנה פעמים נהרוג נקי יום אחד. ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד.⁵

טעמים אלו שייכים לכאורה רק לגבי דיני נפשות ולא דיני ממונות.⁶ ידן אמנם כבר תמה הרמב"ן בהשגותיו לסהמ"צ שם על דברי הרמב"ם שם, שבאומד הנזכר במעשה של שמעון בן שטח גם דיני ממונות אין הולכים אחרי אומדן דעת, וזה כדעת המהרי"ק הנזכר.

בשו"ת עזרת כהן סי' כט מצדד לומר שלדעת הרמב"ם מדאורייתא יש ללכת אחר אומדנא בדיני ממונות, אלא שחכמים החמירו בזה במקרים מסוימים. כעין זה כתב בקובץ שיעורים ח"ב סי' לח.⁷

טון גם בשו"ת גאוני בתראי סי' נד בתשובה מבעל הב"ח חלק על דברי המהרי"ק, והוכיח מדברי הגמ' ב"ב נח א שיש ללכת בדיני ממונות אחרי אומדנא ברורה, שכתוב בגמ' שם:

ההוא גברא דשמעה לדביתהו דקא אמרה לברתה: אמאי לא צניעת באיסורא? הך איתתא עשרה בני אית לה, ולית לי מאבון אלא חד. כי שכיב, אמר להו: כל נכסי לחד ברא, לא ידעי להי מינייהו. אתו לקמיה דרבי בנאה, אמר להו: זילו חבוטו קברא דאבוכון, עד דקאי ומגלי לכו להי מינייכו שבקא. אזלו כוליהו, ההוא דבריה הוה לא אזל, אמר להו: כוליהו נכסי דהאי.

הרי שלא התברר לנו שזה בנו אלא ע"י אומדנא, ואעפ"כ סמך ע"ז ר' בנאה. ובהכרח שלא אמרו שאין ללכת אחרי אומדנא ברורה אלא בדיני נפשות אבל לא בדיני ממונות. ועוד כתב לחלק שדוקא לתלות בהריגה שהיא תכונה רעה ולכן אין לנו לומר שזה הגמל או האדם הרג, משא"כ בדברים שאינם בגדר של תכונה רעה, יש ללכת אחר אומדנא. וחילוק נוסף כתב שבכל הדברים ששכיחים רואים, וכמו במקרה של גמל האוחר או במקרה של שמעון בן שטח, אע"פ שבאותו מעשה לא היו רואים, אין ללכת אחרי אומדנא, משא"כ בדבר שאין שכיחים בו רואים, יש ללכת אחר אומדן דעת.

5. במאמר מוסגר: דברים אלו של הרמב"ם הם יסוד חשוב מאוד בכל דיני עונשים.
6. בקובץ שיעורים ח"ב סי' לח רצה לדחות שאולי כוונת הרמב"ם רק לבאר שבדיני נפשות יש איסור לא תעשה לדון ע"פ אומדנא, ואילו בדיני ממונות לא נאמר איסור כזה, אבל לפי האמת אי אפשר לדון גם דיני ממונות ע"פ אומדנא.
7. בקובץ שיעורים שם דימה דברים אלו לדברי הרמב"ם בהלכות סנהדרין פכ"ד ה"א - ב, וכן פסק בשו"ע חו"מ סי' טו ס"ה: יש לדיין לדון דיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת, והדבר חזק בלבו שהוא כך אף על פי שאין שם ראיה ברורה. ומשרבו בתי דינים שאינם הגונים ובעלי בינה, הסכימו שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה וכו'.

טז] כן נראה לכאורה מדברי התומים סי' צ ס"ק יד:

ולכן נראה דסבירא להו לתוס', מה צורך לדחוק בטעם ההבדל בין דיני ממונות לדיני נפשות, הלא הטעם פשוט, בדיני ממונות דלא איברי סהדי רק לשקרא, ואם הוא מודה מתחייב עצמו, ואם כן אם כאן שלשה עדים ושנים כשרים ונאמנים, מה בכך דבצירוף שלהם עם השלישי הקרוב בטלה העדות, מכל מקום אנן ידעינן דקושטא קאמרי, ואם נתברר לבית דין דהוא אמת אפילו מעוף הפורה מוציאין ממון, ודורות ראשונים היו מוציאין ממון על פי אומדנא (עי' סי' טו ס"ג), מכל שכן בשנים הללו שהם כשרים, משא"כ בדיני נפשות דבעינן עדות גמורה, ואפילו מודה זה שהרגו אין נהרג עד שיעידו עדים, ואפילו ברירי לבית דין כעובדא דשמעון בן שטח (סנהדרין לז ב) מי הרגו אני או אתה, מכל מקום אין דמו ביד בית דין מסור להורגו ובעינן עדים, וכשנצטרף עמם הפסול בטלו עדותן ואין כאן עדות. ואי דמכל מקום ברור להבית דין דהאמת אתם, מה בכך, והבדל גדול יש ביניהם.

משמע מדבריו שבמקרה של שמעון בן שטח ניתן להוציא ממון, ורק בדיני נפשות אין הורגים על פי אומדנא כזו⁸. והוכיח כן מכך שמוציאים ממון על ידי אומדנא של הדיין, כמבואר בסי' טו ס"ג.

יז] כן כתב בקובץ שיעורים שמדין אחריות טעות סופר יש להוכיח שמועילה אומדנא בדיני ממונות, וכנגד דברי המהרי"ק, שהרי במקרה זה עצם המעשה שהמוכר קיבל על עצמו אחריות אינו ידוע, ואף על פי כן הולכים בזה אחרי אומדנא.

גם לגבי סימנים, דעת הנודע ביהודה ופוסקים נוספים שאפילו בדיני נפשות מועיל סימן מובהק, ודברי הגמ' והתוס' בחולין הנ"ל לא נאמרו אלא במקום של סימן בינוני. וכך כתב הנודע ביהודה מהדו"ק אבהע"ז סי' נא:

ולא עוד אלא שנלענ"ד דאפילו מה שאמרו בפ' ג"ה דף צ"ו ע"א דאילו אתו בי תרי ואמרי פלניא דהאי סימניה והאי סימניה קטל נפשא לא קטלינן ליה ואילו אמרי אית לן ט"ע בגויה קטלינן ליה ובזה הוכיח הש"ס דט"ע עדיף מסימנין. נלע"ד בס"מ ביותר אילו אמרי בי תרי פלניא דהאי סימניה מובהק ביותר קטל קטלינן ליה.

יח] בנתיב"מ סי' מו ס"ק ח נקט דעה אמצעית, שלגבי דיני נפשות לא מועיל אפילו סימן מובהק ביותר, ואילו בדיני ממונות מועיל סימן מובהק אפילו להוציא:

8. באמת בקובץ שיעורים ח"ב סי' לח תמה שדבריו הם נגד דעת המהרי"ק וראשונים נוספים, הסוברים שאין להוציא ממון באומדנא של שמעון בן שטח.

אמנם נראה דהא דאין מוציאין ממון בסימנין, דוקא בסימנין האמצעיים דמספקא לן אי מדאורייתא אי מדרבנן, רק אבידה מהדרין בסימנין כאלו, אבל בסימנין מובהקים דלכו"ע הן מדאורייתא כמבואר באה"ע סימן י"ז [סעיף כ"ד] ע"ש, מוציאין ממון, דמוציאין אשה מבעלה בגט הנמצא כשאומרת ממני נפל [אה"ע סימן קנ"ג], ודבר שבערוה ממון ילפינן בגזירה שוה דדבר דבר.⁹

זו גם דעת הש"ך בסי' רצז ס"ק א ופוסקים נוספים.

יט] גם בשערי ישר ש"ג פרק ב האריך בזה מאוד לדחות את כל דברי השב שמעתתא וכתב:

ומה שתומך דבריו הגאון בספרו שב שמעתתא דלא מהני רוב וחזקה בדיני נפשות משום דבעינן קרא כדכתיב על פי שנים עדים יקום דבר, אינו מוכרח כלל, שהרי חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו מהני אף להוציא ממון, וחזקה דאין אשה מעיזה בפני בעלה מהני להתיר אשת איש דהוי דבר שבערוה דבעינן שני עדים, דמכל זה מוכח דמה שהצריכה תורה שני עדים דוקא הוא רק למעט בזה עד אחד, אבל לא מיעטה תורה בזה דלא לסמוך על שאר הוכחות שהוא ענין אופני הידיעה שאנו יודעים מעצמנו על פי אומדן הדעת, אלא שזה תלוי בשיקול הדעת של חז"ל איזו הוכחה חשובה כידעיה ואיזו הוכחה חשובה רק כרובא.

והאריך לדון בדברי הגמ' בחולין והתוס' שם לענין סימנים, ובסוף דבריו נקט שסימן מובהק מועיל לאיסורים ולהוציא ממון, ורק לדיני נפשות אינו מועיל מטעם אחר.

כ] כעין זה כבר כתב בנתי"מ סי' טו ס"ק ב, שהוכיח שם שאין אפשרות לדיין לדון על פי אומדן דעתו¹⁰, שהרי עדים שראו בלילה אינם נעשים דיינים, אע"פ שיש להם ידיעה ברורה בענין, והמשיך:

והא דמהני אומדנא להוציא מיתומים¹¹, נראה דוקא אומדנא שהיא אומדנא לכל העולם, כגון ידענא ביה בחסא דלא אמיד

9. אלא שבנתי"מ בסי' רצז ס"ק א סותר לכאורה לדבריו הנ"ל, שהרי כתב על דברי הש"ך: אמנם באמת דבריו תמוהין, דהא בהדיא כתבו התוס' בחולין צ"ו [ע"א] בד"ה פלניא, דאם אמרו חפץ דהאי סימניה דפלניא דאין מוציאין, והא אפילו בסימן מובהק כמו בפלניא דהאי סימניה קטיל גברא ע"ש.

10. מ"ש הרמב"ם בפכ"ד מהל' סנהדרין הנ"ל שיש ללכת אחר אומדנא אינו אלא להפוך שבועה על התובע.

11. והיינו דברי הרמב"ם בפכ"ד מהל' סנהדרין שם: וכן מי שבא וטען שיש לו פקדון אצל פלוני שמת בלא צוואה ונתן סימנין מובהקין ולא היה זה הטוען רגיל להכנס בבית זה האיש שמת, אם ידע הדיין שזה המת אינו אמור להיות לו חפץ זה וסמכה דעתו שאין זה החפץ של מת מוציאין מן הירושתו ונותנו לזה האמור בו ונתן סימנים.

[כתובות שם ע"ב], דכשם שידוע לו כך ידוע לכל העולם, ובדבר שהוא אומד של כל העולם אין זה בגדר עדות כמו שכתבו התוס' ביבמות ריש פרק האשה רבה [פ"ח ע"א ד"ה אתא גברא], אבל בדבר שהוא רק ידוע להדיין פסלו רחמנא בגזירת הכתוב, כנ"ל.

כא [מ"מ צ"ע על שיטות אלו מדברי המהרי"ק ומכל הראשונים הסוברים כמוהו, שכתבו שאין הולכים בדיני ממונות אחרי אומדנא ואפילו במקום אומדנא מוכחת ביותר, ומה החילוק בין מקרה שידוע שאדם נחבל, ויש לנו אומדנא ברורה על ידי שראינו אדם נכנס אחריו לחורבה וכו' שנראה ברור על פי אומדנא שאותו אדם הוא החובל, ולא שהנחבל חבל בעצמו, לבין אומדנא שראינו אדם בסימן מובהק חובל באדם אחר, ויש לפנינו אדם עם סימן זהה, או האומדנא של אחריות טעות סופר, שודאי לא מסתבר שאדם יקנה קרקע בלא אחריות, וכן האומדנא שהזכיר הרמב"ם שהיתומים אינם מוחזקים שיש להם חפץ יקר כל כך¹².

יש להאריך מאוד בדברים אלו ולברר היטב את החילוקים בין המקרים השונים, באיזה אופן מועילה אומדנא לדברי הכל, ובאיזה אופן הדבר תלוי במחלוקת, וכמדומה שאין הדבר יוצא מידי ספק.

על כל פנים כל זה אינו שייך אלא בדיני נפשות ודיני ממונות, ואילו בדיני איסורים ודאי שיש ללכת אחרי אומדנא מוכחת, וכמבואר בכמה מקומות לגבי סימנים ואומדנות נוספות.

ב. הראיה הנצרכת לבירור יהדות

כבן אולם בנדון של בירורי יהדות עדיין יש לדון בזה. שהרי כידוע נחלקו הפוסקים מה המעמד של בירור יהדות בהלכה. ודעת הנודע ביהודה ופוסקים נוספים שבירור יהדות נחשב כדבר שבערוה שכתב: "וגם נלע"ד דעדות גר וגירות מקרי דבר שבערוה ובפרט גירות שאם לא נתגיירה אסורה לישראל".

לדבריו היה מקום לומר שכמו כן לא תועיל אומדנא ברורה בבירור יהדות, וכמו שמצאנו בדיני ממונות¹³.

כגן אולם רבו הפוסקים שחלקו על דברי הנו"ב, וסוברים שעדות על בירור יהדות אינו נחשב כדבר שבערוה, עי' שו"ת רעק"א מכת"י סי' פט-צ מבעל

12. מדברי הפוסקים שהוזכרו לעיל בכמה מקומות נראה בבירור שסימן מובהק דומה לשאר אומדנות מוכחות, וממילא ברור לכאורה שאין לייחס למשאת בנימין הנזכר איזה שהוא דין מיוחד בסימן מובהק שיהיה אחד מאלף בדיוק, וכדעת הרב ברנבאום, שהרי בשאר האומדנות לא מצאנו כלל הגבלה כזו, ובהכרח שהנדרון הוא באופן כללי דבר שאינו מתקבל על דעת, ולזה נקט המשאת בנימין במספר מופלג של אחד מאלף.

13. שיטת הנו"ב עצמו בודאי אינה כך, שהרי לדעתו סימנים מועילים אפילו לדיני נפשות, אלא שלפי דרכו היה מקום לומר כך.

נתיבות המשפט, וכן דעת עוד כמה פוסקים, וכן נקט להלכה בשו"ת אגרות יו"ד ח"ב סי' קכז:

אבל איך שנימא בטעם נדה שלא נחשבה דבר שבערוה מ"מ בגרות שענין הגרות אינו לעניני אישות אלא להכניסו בקדושת ישראל רק שממילא נוגע זה גם לאישות ודאי אין לדמותו לסוטה וגויטין וקידושין להחשיב זה לדבר שבערוה. ואולי כשהיה הנידון אם הם גרים בשעה שרוצים לישא ישראלית וישראל או אחר שכבר היו הקידושין שעתה דנין ענין הגרות לתפיסת הקידושין, יש מקום להחשיב זה לדבר שבערוה אבל כשהנידון הוא לשאר הדברים אם הוא גר לכאורה אין מקום להחשיב זה לדבר שבערוה, וממילא יועיל גם לעניני אישות כעדות ע"א בחלב שחייב גם מלקות כשאכל אחד את החלב אחר שהעיד ע"א שהוא חלב.

כדן בשב שמעתתא ש"ו פט"ו כתב:

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, שהוא חלל בתולדה ולפוסלו מקהל כהונה או קהל ישראל בזה אין ע"א נאמן.

א"כ לדעתו נראה שעד אחד אינו נאמן לבירור יהדות, שהרי אין זו עדות על דבר שנתהוה במקרה, אלא עדות על מעמדו של אדם זה, ומ"מ אין זה אלא כלפי הדין של עד אחד, אבל אין מקור לדמות דינים אלו לדיני ממונות לגמרי. ולכן גם לשיטתו נראה שאומדנא מוכחת מועילה לבירור יהדות¹⁴.

כה עוד יש לצרף לזה שגם בדיני ממונות לא מצאנו שלא מועילה אומדנא ברורה אלא להוציא ממון מחזקתו, וכן יש לומר לגבי גירות, שהיא הוצאת האדם ממצבו הראשון. אבל בנדון שלפנינו שבא אדם ואנו מסופקים עליו מה הוא, וכל התליה לומר שאינו יהודי היא משום שבא ממקום שהרוב אינם יהודים, לזה אין צורך בשני עדים לבירור, ומספיק בירור של אומדנא מוכחת.

כן מבואר לכאורה מדברי כל הפוסקים שהסכימו שהבא ואומר יהודי אני נאמן, ונאמרו בזה כמה טעמים, מה הראיה לבירור טענתו, ועכ"פ מבואר שמספיקה אומדנא מוכחת בדינים אלו.

14. וכן לשיטת בעל נתיבות המשפט בשו"ת רעק"א, שמצד מעלה עשו ביוחסין לא מועיל עד אחד, נראה לכאורה שמ"מ לא מצאנו שעשו מעלה שלא תועיל אומדנא מוכחת, ואין להוכיח מדין עד אחד לשאר הראיות שאינן מועילות בדיני ממונות.

לפי זה נראה שיש לצדד שגם במקרה שלפנינו ניתן לסמוך על האומדנא שאדם הנושא תבנית של ד.נ.א. מיטוכונדרי אשר נמצא כמעט אך ורק אצל מוחזקים בבירור כיהודים, ואצל מיעוט קטן ביותר של אנשים הסבורים שהם גויים, שיש לתלות שאדם זה הינו יהודי לכל דבר.

ג. למעשה

כן כל זה כאמור רק במקרים בהם המציאות הוכחה כפי שמוצג בקונטרס, וכמו כן שהבדיקות נעשו באופן הראוי ביותר בכדי למנוע טעות.

גם באופנים אלו נראה שכל זה הלכה ולא למעשה, שכן יתכן שיש לפקפק בעיקר הטענה שיש לפנינו אומדנא מוכחת שכולם יהודים, ולא שני ענפים של משפחה אחת שרובם המכריע צאצאים של אמא שהתגיירה, והמיעוט הקטן הינם צאצאים של אמא שנשארה בגיורתה. שכן יתכן שאולי בדורות מסויימים רמת הילודה אצל היהודים היתה גבוהה בהרבה מרמת הילודה אצל עמים אחרים, ועוד כמה וכמה טעמים אפשריים ממין זה. וכמו כן יש להביא בחשבון שאולי קיימת עוד אוכלוסיה במקום מסויים שנושאת את אותה תבנית, אלא שאין אנו יודעים לאפיין את אותה אוכלוסיה, ולכן המדגם לא הצליח לעלות עליה. וגם אם אין לנו כרגע רעיון להסביר את השונות הגדולה, יתכן שקיים הסבר שאינו עולה בדעתנו, וקשה מאוד לדמות אומדנא כזו לאומדנא של שמעון בן שטח, ואם כן בטל כל הנימוק הזה. ואם כי לפי האמת אין נראה כך, מ"מ קשה לקבוע בזה דברים ברורים לגמרי.

על כן נראה שגם אם ניתן להשתמש בבדיקות ד.נ.א. לבירור יהדות אינו אלא כסיוע לראיות אחרות, ובדיקות אלו לבדן אינן מועילות אלא ליצור ספק בלבד.