

קובץ
משפטי ארץ

|

|

—

—

—

—

|

|

קובץ
משפטי ארץ

כרך ב

טענות וראיות

הרב עדו רכניץ
עורך

הרב ירון אונגר
עורך ראשי

הרב מיכאל בריס

הרב חיים בלוך

חברי מערכת

מכון
משפטי ארץ
בית מדרש גבוה להלכה ומשפט
MISHPETEI ERETZ Institute for Halacha and Law

עפרה, תשס"ה

כל הזכויות שמורות © תשס"ה – 2004
למכון משפטי ארץ (ע"ר), עפרה

אין להעתיק ספר זה או קטעים ממנו לשימוש מסחרי
בשום צורה ובשום אמצעי, אלקטרוני או מכני
לרבות צילום והקלטה, ללא אישור בכתב מהמוציא לאור

מסת"ב: 965-90719-0-6 ISBN:

Printed in Israel

להזמנות, הארות והערות:
mishpetei.eret@gmail.com
02-9973888

עריכת לשון, עיצוב והפקה: דוד הלל, עמונה



”בן יכבד אב”

(מלאכי א, ו)

”ואין כבוד התורה אלא לעשות על פי חוקיה ומשפטיה”

(רמב”ם סנהדרין כד, ט)

לכבוד

רבי **מרדכי דוד** בן אפרים אריה הכהן **כ”ץ** נ”י

עדינה בת אהרן הכהן **כ”ץ** תחי’

מוקדש באהבה וביקר על ידי ילדיהם

צבי וציפי כ”ץ הי”ו

ירושלים ת”ו

תשס”ה



|

|

—

—

—

—

|

|

תוכן העניינים

9	הסכמות.....
15	הרב מיכאל בריס ♦ פתיחת שערים: בקשת האמת, אפשרות השקר.....
19	הרב אברהם גיסר ♦ אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות.....
29	הקדמת העורך.....
33	תקציר המאמרים.....
ix	Rabbi Michael Baris ♦ Introduction.....
xiii	Synopsis of Articles.....

הכרעה על פי ראיות חיצוניות

א. עדות וידיעה

43	הרב מיכאל בריס ♦ מבוא להלכות עדות: כללים נוקשים ושכנוע הלב – עיון בשיטת הרמב"ם.....
69	הרב אורי רותם ♦ הכרעת דין ללא עדות: על השימוש באומדן ובראיות מודרניות בבית הדין הרבני.....
107	הרב אברהם דוד כ"ץ ♦ האומדן בדיני הראיות.....

ב. עדות וההליך המשפטי

167	הרב אב"י ונגרובר ♦ מצוות העדות.....
185	הרב חיים וידאל ♦ החובה להעיד, כאשר מסירת העדות עלולה להסב לעד נזק.....
209	הרב ד"ר איתמר ורהפטיג ♦ בירור עובדות במשפט תוך פגיעה בצנעת הפרט.....
223	הרב ירון אונגר ♦ האם לא יגיד? – על עדויות חסויות בדין התורה.....
241	ד"ר מיכאל ויגודה ♦ על המשמעות הראייתית של הסירוב לשתף פעולה עם בית הדין.....
247	הרב הלל גפן ♦ נוגע בעדות שסילק נגיעתו.....

ג. חוזים ושטרות

- הגאון הרב זלמן נחמיה גודלדברג ♦ עדות מתוך הכתב..... 257
הרב משה אהרנרייך ♦ עדות קיום שטרות מתוך הכתב..... 273
הרב מיכאל בריס ♦ ליישוב שיטת הרמב"ם בעניין עדות שבשטר..... 287
הרב אליהו גורפינקל ♦ החותם על שטר שלא קרא או שלא הבין את תוכנו –
'חוזה אחיד' בהלכה..... 299

הכרעה על פי דברי בעלי הדין: טענות ושבועות

א. טענות

- הגאון הרב שאול ישראלי זצ"ל ♦ בעניין מיגו לאפטורי משבועה..... 313
הרב עדו רכניץ ♦ האם "יהיו בעיניך כרשעים"?
כוחה של טענת אדם לטובת עצמו..... 325
הרב יהודה יפרח ♦ מיגו – על התפר שבין טענה לראיה..... 349

ב. שבועות

- הרב איתי אליצור ♦ שורשי חיובי השבועה..... 381
הרב ידידיה כהנא ♦ שבועה – תשלום, נאמנות או פטור מחוסר ראיות?..... 441
הרב נתן חי ♦ השבועה בבית הדין הרבני – בין חזון למציאות..... 459
הרב שמואל טל ♦ שבועת מודה במקצת ודרישת טעמי המצוות..... 479
הרב יאיר פרנק ♦ "שבועת ה' תהיה בין שניהם" –
השימוש בשבועה לשם השבת האמון בין בעלי הדין..... 491

חדש מן התורה

ביקורת ספרים

- הרב אברהם גיסר ♦ הגאון הרב יוסף קאפח זצ"ל: עדות ביהוסף..... 515
הרב מיכאל בריס ♦ א' קירשנבאום: הרשעה עצמית במשפט העברי – ההודאה
בפלילים וההפללה העצמית בהלכה היהודית..... 519
הרב ירון אונגר ♦ מ"ד כ"ץ: המשפט הפרוצדורלי העברי והמקסיקני –
היבטים השוואתיים..... 525

הרב אברהם שפירא

[הרב הראשי לישראל]
ראש ישיבת מרכז הרב

בס"ד

אלול תשס"ד

מכתב ברכה

הובא לפני כרכים מקובץ "משפטי ארץ", הכולל בתוכו מפרי עמלם של אברכי הכולל בעפרה. סביב נושאים בחושן משפט, בדיני עדות וראיות וכד', ומן המקצת שראיתי, הרי זכה הכולל לשמש אכסניה לת"ח חשובים, העוסקים בליבון הלכות למעשה, ע"ס מקורות ראשונים ואחרונים, בהוספת ציצים ופרחים לתורה, שו"ט בגמ' ובסברא נכונה עד לפסקי ההלכה האחרונים, ערוך בשפה ברורה ונעימה, נחמד למראה. ולא באתי אלא לברך את ראשי הכולל, הרב מיכאל בריס שליט"א, הרב חיים בלוך שליט"א, הרב הלל גפן שליט"א והרב אברהם גיסר שליט"א, הרבנים ואברכי המכון, שיזכו בעז"ה לברך על המוגמר, ולהוסיף כהנה וכהנה במעלה של תורה ובזיכוי הרבים ותרבה הדעת כמים לים מכסים, ונתבשר כולנו בבשורות טובות.

בברכה נאמנה לשנה טובה ומאושרה,

הרב אברהם שפירא

זלמן נחמיה גולדברג
חבר בית הדין הרבני הגדול
ראש כולל "דעת משה" - סדיגורה

כ"ה יום פ"ג אלול תשס"ז

הנני מזהיר את כל הרבנים החשובים הרב חיים בלוי שליט"א והרב מיכאל בריס שליט"א בנוסף שהם בעצמם ת"ח מובהקין וגדולים בבקיות ובהבנה ישרה מאד להבין דברי תורה בעיון ובעומק עוד זאת הקימו כולל אברכים מצוינים שעוסקים בלימוד חושן משפט בעיון נמרץ ובידיעת ההלכות בהיקף רחב וכעת אספו חידושי תורה בעניינים שלמדו מחברי הכולל ואתם העורכים הרב ירון אונגר שליט"א והרב עהרר סניני ערכו ספר שלם רב הכמות ורב האיכות בהלכות עדות. ואתם הרבנים הרב ירון אונגר שליט"א והרב עהרר סניני ערכו ספר מפורא לתועלת כלל ישראל וימשיכו בהרצת התורה.

בדעת כבוד ומומחה טובה

זלמן נחמיה גולדברג



משפטי ארץ

קיימת זהות בין המשפט לבין אלוקי המשפט בישראל. לכשתמצי לומר מקופל הרעיון בעצם המלה: **א-ל-ה-י-י-ם**, שהיא דר-משמעותית. במשמעות קודש היא אחד משמותיו הקדושים של ה' ומיוחסת למידת הדין, ובמשמעות חול פירושה שופט ודיין (עיין תחילת סנהדרין ב, ב-ג, ב), והא בהא תליא. השופט האנושי יונק את ערכיו המוסריים, הגיונו וסמכותו משופט כל הארץ, בורא העולם ויוצר האדם בצלמו לשם חיים של חסד משפט וצדקה בארץ. מכאן חשיבותם של חיי חברה תקינים לפי התורה. ר"ע אומר "ואהבת לרעך כמוך" – זה כלל גדול בתורה (ספרא, קדושים). והלל הסכים לגייר את אותו גר על רגל אחת באומרו לו, מאי דעלך סני לחברך לא תעביד, **זו כל התורה כולה ואידך פירושא הוא**, זיל גמור (שבת לא, א), ולא פתחה התורה את מצוותיה מיד אחרי עשרת הדברות אלא ב"ואלה המשפטים" (בתוספת ו"ו) להדגיש ולומר מה עליונים מסיני אף תחתונים מסיני (מכילתא, תחילת משפטים). להוציא מליבם של תועים, שהמשפט מקורו בשכל האנושי גרידא, ותפקידו להסדיר את נוחיות החיים החברתיים ויעילותם בלבד. ולא היא. לחיי חברה ישראלים יש **יעוד אלקי וסדר אלקי**. מידת הצדק האלקית היא המשערת בשיעור חכמתה העליון את הגבול של זכויותיו, חובותיו ובעלותו הממונית של כל אדם ואדם, ואת צורת הענישה לחורגים ופוגעים בגבול זה. כל סטיה משיעורה המדויק של חכמת האל יתברך, יש בה משום גזל וחמס, המסכנים את קיומה של החברה. ולא נחתם דינם אלא על הגזל (סנהדרין קח, א ורש"י פרשת נח, פרק ר' פס' י"ג), ובצעם בראש כולם (עמוס פ"ט). ולכן אמרו במשנה (אבות פ"א) שהדין הוא אחד מהעמודים עליהם העולם מתקיים. וכל הדין דין אמת לאמתו נעשה שותף לקב"ה במעשה בראשית (שבת י, א). ר"ל הדין המכוין לדעת הקב"ה ומיישם את הצדק האלקי בחיי המעשה נעשה לו שותף ממש כביכול. והדברים עמוקים ונוקבים עד השיתין.

מדינת ישראל, כמדינתו של העם היהודי, מן הראוי שישלוט בה המשפט העברי המקורי לדורותיו. כשם שאין להעלות על הדעת אפשרות של מדינה עברית ללא השפה העברית, כשפה הרשמית, ולוח עברי, על שבתותיו ומועדיו, כלוח הרשמי, וזיקה רשמית מפורשת לעם ישראל כך לא תיתכן מדינה עברית ללא משפט עברי.

עם הקמת המדינה הופחה רוח תקוה בקרב שוחרי המשפט העברי שיקוים בה הכתוב ואשיבה שופטיך כבראשונה ויועצוך כבתחילה. ותבא עדנה למשפט העברי.

האכזבה הייתה קשה ומרה כשהתברר במשך הזמן שהמשפט העברי הולך ונחנק לקרן זווית דוקא במדינת ישראל. אומנם בנושא המעמד האישי ניתנה לביה"ד הרבני סמכות בלעדית,

משרד הרבנות רמת-גן



בס"ד

לשכת הרב הראשי
הרב יעקב אריאל

אולם לצערנו סמכות זו הולכת ומתקרסמת. הנושאים הממוניים המשפחתיים הוצאו ממערכת בתי הדין והועברו לבתי הדין לדיני משפחה, פסק בג"ץ תקדימי אסר על בה"ד האזורי להוציא כתב סירוב כנגד נתבע שסרב לרדת לדין לפניו ועוד ועוד.

הסכנה הגדולה ביותר האורבת למערכת משפט היא הפיכתה לתיאורטית בלבד. אם לא משתמשים בה למעשה היא עלולה להתנתק ברבות הימים מהמציאות הדינאמית ולהישאר חנוטה חלילה בגוויליה. מערכת משפט חייבת להיות חיה ופעילה.

ב"ה שלא נטש ה' את עמו ונחלתו לא עזב. עדים אנו לפריחתם של בתי הדין לדיני ממונות בישראל. משפט התורה חי וקיים! יותר ויותר מתדיינים פונים לבתה"ד האלו. התברר שהם מהירים וזולים יותר מבתי המשפט הרגילים וכשהדיינים מנוסים ופקחים הם גם יעילים יותר. רבים וטובים מצורבי הישיבות מתמחים בנושאי חושן משפט. מתוך מאגר רב כמות ואיכות זה יצמח לנו אי"ה דור של דיינים וחוקרי המשפט העברי שיצעידו אותנו קדימה.

ותקוותי היא שלכל פסיקה של בתי המשפט הכלליים ינתן פסק דין מקביל מאורה של תורה. לא ל"משפט צללים" אנו זקוקים אלא ל"משפט אורות" שיציג את עמדת המשפט העברי במלוא זהרו אל מול המשפטים האחרים.

מכון משפטי ארץ בעפרה נטל על עצמו את האחריות לשאת במשא זה. וב"ה שזכינו לראות בהוצאה לאור של ספר חשוב זה "משפטי ארץ" הדין בסוגיות עמוקות ובבעיות משפטיות סבוכות בשפה ברורה ובנעימה. חלק מהמאמרים עיוניים וחלק מעשיים וזה בלא זה אי אפשר. אין מעשה ללא עיון. רק העמקה עיונית בחכמת המשפט יכולה להצמיח גם פרות מעשיים. חלקם של גדולי הדור כגון הגר"ש ישראלי ויבל"א הרז"נ גולדברג שליט"א, חלקם של דיינים, ר"מים וראשי כוללים וחלקם של צורבים צעירים שממאמריהם ניכר הסיכוי לצמיחה לגאון ולתפארת.

אעיר רק כמה הערות קצרות בשולי המאמרים.

א. הרב איתמר ורהפטיג עומד על ההבדל שקיים לדעתו בין גישתם של בתי המשפט לבין דין התורה בנושא צנעת הפרט. לכאורה משמע מדבריו שצנעת הפרט זוכה בבתי המשפט ליחס מועדף יותר מאשר בבתי הדין. כמדומני שאדרבה, צנעת הפרט כגון בפרסום שמם של חשודים ומתדיינים זוכה להעדפה רבה דווקא במשפט העברי. ההבדל אומנם קיים אך בתחום אחר, בחובת גילוי מידע חסוי. כאן המשפט העברי מעדיף את הצדק וטובת הכלל על פני החסיון האישי. לכשתמצי לומר בתי המשפט מושפעים מהתפיסה הפוסט-מודרנית המעמידה את הפרט וזכויותיו במרכז ומעדיפה את טובתו על פני טובת הכלל והצדק. אומנם גם התורה מכירה בזכות הפרט, אולם באותה מידה גם בזכויות הכלל וטובת הצדק. ולכן טובת הכלל והצדק גוברים על צנעת הפרט.

משרד הרבנות רמת-גן



בס"ד

לשכת הרב הראשי
הרב יעקב אריאל

ב. הרב וידאל שואל מדוע במצות לא תעמוד על דם רעך אין חובה לבזבז את כל רכושו הרי זו מצות לא תעשה (אם נניח שבמצות לא תעשה גם אם היא בשב ואל תעשה חובתו לבזבז את כל ממונו עיין פ"ת יו"ד סי קנז)? יש להבחין בין מצוות שבין אדם למקום לבין אלו שבין אדם לחברו. במצוות שבין אדם לחברו חל הכלל אבדתו קודמת לאבדת חברו אדם לא חייב לבזבז את כל ממונו כדי להיטיב עם זולתו. יתרה מזאת, אפילו חומש אינו חייב לבזבז על מצוות שבין אדם לחברו כגון במצות השבת אבדה. כשם שחייך קודמים לחיי חברך כך גם ממונך קודם לממון חברך. (ועיין מרחשת ח"א סי" מג)

ויה"ר שבזכות הצדק והמשפט ישב ישראל לבטח בארצו וארמון על משפטו ישב. וכדברי הכתוב:

צָדֵק צִדְקַת תְּרִדְפָּךְ לְמַעַן תִּתְחַיֶּה וְיִרְשֶׁתָּ אֶת הָאָרֶץ אֲשֶׁר ה' אֱלֹהֶיךָ נָתַן לָךְ:

בברכת התורה והארץ

הרב יעקב אריאל
הרב הראשי לרמת-גן

הרב יעקב אריאל
הרב הראשי לרמת-גן

אשר זעליג וייס

כגן 8
ירושלים ת"ו

.....

רה"ק ב"ר א"ה

בס"ד

הן ראינו את הקובץ החשוב "משפטי ארץ" בדיני הראיות שחבר ע"י לומדי
הכולל לחשן משפט בעפרה. על אף שלא היה סיפק בידי לעיין במאמרים רבים,
מן המעט שראיתי נוכחתי לדעת שלומדי בית מדרש זה לנים בעומקה של הלכה
ועלה בידם משנה סדורה בטוב טעם ודעת ובסברה עמוקה בסוגיות קשות
ומורכבות.

ברכתי לראשי הכולל הרבנים הגאונים הרב מיכאל בריס והרב חיים בלוך
שליט"א ולכל הלומדים החשובים שיזכו להגדיל תורה ולהאדירה, שיפוצו
מעיונותיהם, ויזכו לקדש ש"ש.

ב"ר א"ה ז"ל

אשר זעליג וייס

רב קרית טשכנוב רמות
ראש ישיבת חוג חת"ס
אב"ד ביח"ד לממונות
ירושלים

פתיחת שערים: בקשת האמת, אפשרות השקר

ת"ר: שבועת הדיינין אף היא בלשונה נאמרה, אומרים לו: הוי יודע, שכל העולם כולו נודעזע בשעה שאמר הקב"ה בסיני "לא תשא את שם ה' אלהיך לשוא" (שמות כ, ז).

שבועות לט, א

על פניה, גמרא ידועה זו מעוררת תמיהות. מדוע הזדעזע העולם כולו בשעת הציווי "לא תשא את שם ה' אלהיך לשוא"? האם לא היה מתאים יותר להזדעזע בשעה שמישהו יעבור, חלילה, על שבועתו, ולא בשעה שהקדוש-ברוך-הוא מצווה על שבועת השווא?
חז"ל לימדונו שחותמו של הקב"ה אמת (יומא ס, ט, ב). 'אמת' מציינת את היש, את המצוי שאינו דמיון. משום כך, גם היגדים המשקפים נאמנה את המציאות מכונים בפנינו 'אמת'. ידיעת האמת היא ידיעת המציאות. אמירת אמת היא אמירה המשקפת את המציאות. אולם, המציאות עצמה, הנצחית וההכרחית, היא הקב"ה – בבחינת "ממלא כל עלמין". כדבריו המפורטים של הרמב"ם –

יסוד היסודות ועמוד החכמות לידע שיש שם מצוי ראשון, והוא ממציא כל הנמצא, וכל הנמצאים מן השמים ומן הארץ לא נמצאו אלא מאמיתת המצאו.
ואם יעלה על הדעת שהוא אינו מצוי אין דבר אחר יכול להמצאות.
ואם יעלה על הדעת שאין כל הנמצאים מלבדו מצויים הוא לבדו יהיה מצוי, ולא יבטל הוא לבטולם, שכל הנמצאים צריכין לו והוא ברוך הוא אינו צריך להם ולא לאחד מהם, לפיכך אין אמיתתו כאמיתת אחד מהם.
הוא שהנביא אומר "וה' אלהים אמת" (ירמיה י, י), הוא לבדו האמת ואין לאחר אמת כאמתו; והוא שהתורה אומרת "אין עוד מלבדו" (דברים ד, לה), כלומר אין שם מצוי אמת מלבדו כמותו.

רמב"ם יסודי התורה א, א-ד

בשבועתו בבית הדין, האדם מזמין את הקב"ה להתערב למענו. יש בה ממד של תפילה, של קריאת בעל הדין למלך המשפט שיושיעו (השוה דברים טו, ט). וכפי שעולה מדברי שלמה המלך –

ושמעת אל תחנת עבדך ועמך ישראל אשר יתפללו אל המקום הזה ואתה תשמע אל מקום שבתך אל השמים ושמעת וסלחת. את אשר יחטא איש לרעהו ונשא בו אלה להאלתו ובא אלה לפני מזבחך בבית הזה. ואתה תשמע השמים ועשית ושמעת את עבדיך להרשיע רשע לתת דרכו בראשו ולהצדיק צדיק לתת לו כצדקתו.
מלכים א ח, ל-ל

אך שבועה אינה תפילה בלבד. בעיקרה, שבועה היא החלת שם שמים על הצהרתו ואף על כוונותיו של אדם. הראשונים דנו בשאלת מעמדה של שבועה שאין בה הזכרת שם שמים במפורש, אך הנחת היסוד היא ששם שמים הוא מרכזי למושג השבועה (ראה רמב"ם וראב"ד, שבועות ב, ב; ר"ן, נדרים ב, א ד"ה ושבועות). בשבועתו האדם עורך השוואה, כביכול, בין המציאות כפי שהוא טוען לה (או מתכוון לחוללה) ובין מציאותו של הקב"ה, שהיא אמת. ואף שאין דמיון כלל בין מישורים אלו של המציאות, כפי שהדגיש הרמב"ם, הרי שגם בריאתו של הקב"ה היא אמת במובן מסוים. גם אם אינה זוכה לאותה 'רמת מציאות' של ממצואו, הרי שהעולם הוא עולמו של בורא עולם, והבורא הוא מקומו של עולם גם אם אין העולם מקומו. הקב"ה גם "מסובב כל עלמין", ולא רק "ממלא כל עלמין". גם שבועה מיותרת – על עץ שהוא עץ, שאף היא כלולה בשבועת שווא – פוגעת בעצם השוואתה ליש האמיתי –

כי הנשבע על עץ שהוא עץ אף שהדיבור אינו שקר מכל מקום השבועה [היא] שקר, שנותן לו הויה יתירה... וכשאתה נותן לו הויה יתירה עד שנשבע על זה אז השבועה [היא] שקר, שהשי"ת בכוחו להמשיך אורו ואז לא יהיה העץ עץ והאבן אבן והשבועה [היא] באמיתת הש"י וזה הויה יתירה.

ר' יעקב (ליינער) מאיד' ביצא, בית יעקב יתרו קיט

לא שבועת השקר בפועל היא המזעזעת את העולם, קרי – היש הנברא כולו, כי אם המחשבה על האפשרות של שבועת שקר כזו, והצורך שהקב"ה ראה במתן ציווי השולל זאת. זעזועו של היש, של העולם, מבטא את חוסר יציבותו של היש הנברא. פוטנציאל השקר שבעולם מוצג לעומת אמתת הימצאו של הבורא, והאפשרות שאדם ישווה בין אמת לשקר, בין שם שמים ובין דמיון כוזב, חלילה, מערער את מציאותו של העולם כולו.

בריאית האדם כיצור בעל בחירה חופשית היא שיצרה את האפשרות לקיומו של השקר. כדברי המדרש – "ואמת אומר: אל ייברא, שכולו שקרים" (בראשית רבה ח, ה). באפשרותו זו הוא עלול לערער את יציבותו של העולם ולזעזעו. אך בידיו גם להשלים את מעשה בראשית –

שכל מי שמוציא דין אמת לאמתו, מעלה עליו הכתוב כאלו היה שותף עם הקב"ה במעשה בראשית; כתיב הכא: "מן הבקר עד הערב" (שמות יח, יג), ובמעשה בראשית כתיב: "ויהי ערב ויהי בקר וגו'" (בראשית א, ה).

מכילתא דרבי ישמעאל יתרו, מסכתא דעמלק פרשה ב

אך כיצד על הדיין להגיע לאמת, ואף לידי 'אמת לאמתו' במציאות הסבוכה של 'עלמא דשיקרא', באותו עולם לא יציב – שבו אפשרות השקר נתונה בפי כל בעל דין?

התורה המצווה על הדינים, לא ניתנה למלאכי השרת, שאינם משקרים ואינם צריכים לדון את המשקרים. התורה מתייחסת למציאות האנושית המורכבת והיא שציוותה גם על ההליך המשפטי כולו – לרבות דיני הראיות שבו: הלכות עדות והלכות שבועות, ואף על ההלכות החלות בהעדרן של שתי מערכות אלו, כגון מעמדו של האומדן. התורה שקבעה "על פי שנים עדים או על פי שלשה עדים יקום דבר" (דברים יט, טו), מצווה גם על שבועות כדי למלא את החסר: כאשר "אין רואה" אזי "שבועת ה' תהיה בין שניהם" (שמות כב, ט-ז). מלאכתו

של הדיין היא לברור את טענות האמת מטענות השקר. במובן רחב יותר זהו ביטוי לתפקידו של כל אדם עלי אדמות, לברור את האוכל מן הפסולת; את האמת מהדמיון והכזב בחייו. זוהי כל עבודתו.

הכרך המונח לפניכם, מבקש להאיר היבטים שונים של חיפוש אחר האמת בהקשר המשפטי-הלכתי. חלקו עוסק בראיות שאינן תלויות בבעלי הדין עצמם – כגון עדות מפי עדים, ויחסה של ההלכה לראיות בהעדרה של עדות שכזו; חלקו האחר דן במצבים שבהם אין עדות חיצונית כשרה, והתורה מכריעה על פי שבועת אחד הצדדים, או על פי יחסי הכוחות שבין טענות הצדדים.



כרך זה – המצטרף לקודמו, "משפטי ארץ – דין, דיין ודיין" (עפרה, תשס"ב) – יוצא לאור בסיעתא דשמיא מרובה. עלויות ספר נכבד ואיכותי כמו זה המונח בפניכם רבות ביותר, וללא עזרתו הנדיבה של אוהב תורה אמיתי, ד"ר צבי כ"ץ, ומשפחתו, לא היה החזון הופך למציאות. רב תודות לו על עזרתו הרבה ועל ידידותו האמיתית. יתן ה' ויראה בשובו אל נווהו.

ספר זה כולל גם דברי הערכה למאמרו המקיף של אביו, ד"ר מרקוס כ"ץ, העוסק בין השאר בהרשעה עצמית במשפט העברי והמקסיקני. נושא זה קשור בטבורו לדיני ראיות, והוא אף נדון במאמרים נוספים בספר. משפחת כ"ץ ידועה בחזונה להביא את עקרונות ההלכה לידי מימוש בעולם המודרני, יהי רצון שיזכו לראות בהגשמת החזון.

על איכותו של הספר תודה ויקר לעורכים שעמלו רבות, הרב ירון אונגר והרב עדו רכניץ; לדוד הלל על העיצוב הנאה, על העריכה הלשונית וההגהה המדוקדקת, ועל הערותיו המחכימות גם בתכנים; לעמיתי הרב חיים יואל בלוך וכן לכותבים מתוך בית מדרשנו ומחוצה לו. יהי רצון שתשרה שכינה במעשי ידיכם ובמעשי ידינו.

מכירים אנו תודה לאנשי הציבור אשר היטו כתף למכון 'משפטי ארץ', וסייעו בידינו להמשיך בדרך הארוכה שעוד נכונה לנו – השרים לשעבר אפי איתם והרב בני אלון.

החזקת מכון פעיל בתחום ייחודי כמו כולל 'משפטי ארץ' אינה דבר של מה בכך. ארבע השנים האחרונות, החופפות כמעט את ימי קיומו של המכון, היו תקופה קשה במיוחד עבור עם ישראל. רק בזכות אנשי חזון בעלי ראייה למרחקים, המסוגלים לראות מעבר לצרכים הקיומיים המיידיים אל עבר העתיד – העשוי להצדיק את מאבקי ההווה – אנחנו ממשיכים עדיין בדרכנו הייחודית. חז"ל הורונו כי גדול המעשה יותר מן העושה (בבא בתרא ט, א), ומכאן חובת הכרת הטוב לדוד אלירז, ששימש כמנהל המכון, ועמל להביא תמיכה חומרית למכון שלנו.

הוקרה רבה מגיעה לאכסניה של תורה – היישוב עפרה והמועצה אזורית מטה בנימין – אשר פרנסיהם ראו צורך לשלב תורה ובניית המשפט העברי עם יישוב הארץ. תודה ויקר למר זאב חבר מזכ"ל אמנה, למר פנחס ולרשטיין ראש המועצה האזורית, למר מאיר

נחליאל מזכיר הישוב, **למר יצחק מאיר** יו"ר מזכירות הישוב, ובראש כולם לכבוד מרא דאתרא **הרב אברהם הלוי גיסר**.

אחרונים חביבים – חברי מכון משפטי ארץ ובני משפחותיהם, אשר מוסרים עצמם תדיר ליגיעה רבה באוהלה של תורה, תוך הסתפקות במועט. יהי רצון מלפני המשביע לכל חי רצון שנוכל להמשיך ולהחזיק באברכים-חוקרים יקרים אלה ושכמותם, ולהעמיד דור איכותי ביותר של בעלי חזון הדורות, אשר יוכלו ללבן סוגיות הלכתיות ברמה התורנית הגבוהה ביותר, ולהיות מיושבי על מדין ומבעלי תריסין בבית המדרש פנימה; ותוך כדי כך גם לשתף את הציבור בהגיונות התורה בשפה בהירה, ואף להשתתף במשא ומתן המשפטי בשדה הקרב המעצב את פני החברה הישראלית. שנוכה לרוות ולהרוות מיינה של תורה העתיק והמשומר, בכלים המודרניים והעדכניים ביותר.



אחתום בסוגיה המעסיקה את לומדי התורה ואוהביה, סוגיית לימוד תורה לשמה והיחס שבינו ובין עיסוק בהלכות מעשיות. בראשית דרכי בשיבת מרכז הרב בירושלים, כאשר התחלתי להתעורר לקראת האתגר של עיסוק במשפט ההלכתי ובהכשרה לקראת דיינות, הטרידה אותי השאלה אם אין בכך פגם בלימוד תורה לשמה. עודדו אותי לשאול את פי ראש הישיבה דאז, מו"ר מרן הרב צבי יהודה הכהן קוק זצ"ל. אני זוכר היטב את הפגישה הזו, ושמחתי על ההזדמנות למפגש ביחידות ביני – תלמיד שנה א' – וראש הישיבה, שעיצב דורות של תלמידי חכמים שבארץ ישראל על ברכי התורה הגואלת. במאור פנים וחום, הסביר לי כי אין כל סתירה בין הכשרה לדיינות ובין לימוד תורה לשמה. "מי שלומד תורה על מנת שיהיו לעם ישראל דיינים טובים – זוהי תורה לשמה". לימים שיערתי כי דבריו נטועים גם בדברי אביו הגדול, מרן הראי"ה קוק זצ"ל –

אחד מהדרכים של עסק תורה לשמה הוא להעשיר את כנסת ישראל בכוחות רוחניים גדולים...

אורות התורה ב, ד; שמונה קבצים ג, קא

יסוד תורה לשמה הוא הגברת כוחה של כנסת ישראל, הנמצאת גנוזה בקרבנו...

אורות התורה ב, ו

מיכאל בריס

ראש כולל, מכון 'משפטי ארץ'

טל בנימין, עפרה

ירח האיתנים, תשרי תשס"ה

"שהקב"ה יושב על כסא דין להודיע מלכותו"

(פירושי ריבב"ן, ברכות יב, ב);

"שהוא המלך הוא המשפט והוא החכמה,

ואינו לוקח חכמתו וממשלתו מדבר שהוא חוץ ממנו"

(ספר המכתם שם, בשם הראב"ד).

אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות

הרב אברהם גיסר

"הנך יפה רעיתי" (שיר השירים ד, א) הנך יפה, במה? "עיניך יונים" (שם). "הנך יפה רעיתי" – אלו הזקנים. "עיניך יונים" – מה העיניים מאירים לגוף אף דבריהם מאירים לכל ישראל "והיה אם מעיני העדה" (במדבר טו כד).

ילקוט שמעוני שיר השירים תתקפ"ח¹

תנא להו הושעיא זעירא דמן חבריא, "והיה אם מעיני העדה נעשתה לשגגה". משל לכלה שהיא בבית אביה בזמן שעיניה יפות אין כל גופה צריך בדיקה. רש"י: "עיני העדה" – זקנים מאירים עיני העם.

תענית כד, א

מעמדם הראוי של הדיינים בישראל ותפקידם ממקם אותם בראשה של האומה. והתפקיד – העיניים של הציבור כולו. "מה העינים האלו נתונים בגובה הראש, כך הם יושבים בלשכת הגזית"². הם המנהיגים, הם המדריכים, הם בעלי הראייה למרחוק, והם ההולכים בראש המחנה להיות לעיניים לעדה כולה. "רמ"ח אברים יש באדם וכולם אינם הולכים וחוזרין אלא אחר העיניים, כך אין ישראל יכולין לעשות דבר חוץ מסנהדרין שלהם"³. על כן יש לקום ולעמוד מלפני אב בית דין "מלפניו כמלוא עיניו"⁴. עין תחת עין: מלוא עיניו של אדם מלפני מי שמלוא עיניו מאירות את הדרך לישראל.

בדברים אלה נבקש להאיר מעט מן האור על רוחב דעתו למראה עיניו של הדיין, שהרי כלל גדול קבעו לנו מאורי הדורות: "אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות"⁵.



בדבר כוח ראייתו של רבי שמעון בר יוחאי מצינו כמה הגדרות. כוחו זה של התנא הקדוש היה בו כדי להחיות והיה בו כדי להמית. זהו כוח שיפוטי עליון, כוח דין הדין דין אמת לאמתו, שיש בו ממידת כוח הבריאה.⁶

* הרב אברהם גיסר, רב הישוב עפרה, וי"ר הנהלת מכון 'משפטי ארץ'.

1. והשווה: תנחומא תצוה ה.
2. ילקוט שמעוני שם.
3. שיר השירים רבה ד, ב.
4. קידושין לגב.
5. סנהדרין ו, ב; בבא בתרא קלב.

בסיפור המובא בגמרא⁷ יש לכוח הראייה תפקיד שיפוטי תקיף עד מאוד. עם יציאתם הראשונה של רשב"י ובנו מן המערה נאמר: "כל מקום שנותנים עיניהם מיד נשרף". המפגש עם החיים הארציים, עם העוסקים בחיי שעה, יצר בקרבם ניגוד בלתי נסבל –

מצד המבט היותר עליון איך שהעולם צריך להתנהג כדי שיראו הבריות אור וחיים של אמת, אין כאן מקום לפשרות, לתיקונים למחצה לשליש ולרביע, כי אם מחיקה גדולה על כל הסדרים ההווים, על כל העוול הגדול הנעשה בחיי החברה... עד שצריך חידוש מעיקר היסוד, עד שיעמוד על יסוד הקדושה וטהרה העליונה המותאמת עם נועם השי"ת, וזוהר אור החכמה האמיתית המופיעה על הנפשות הזכות באור הקדושה העליונה.

עין אי"ה שבת שם

בשלב השני, לאחר שנת השתלמות של חסד והמתקת הדין במערה, יצאו רשב"י ובנו שנית, ואז: "כל היבא דהוה מחי רבי אלעזר הוה מסי רבי שמעון". לעומת רבי אלעזר, אשר בירר לעינו את הצד הפחות והשלילי שיש במציאות, היה רבי שמעון מברר בעינו הטובה את הצד החיובי וכוח הזכות של החיים – בין אם טוב זה קיים כבר בהווה, ובין אם הוא רק עתיד לצמוח מן המציאות הנוכחית החסרה.

לאחר יציאתם מן המערה הם נפגשו בהדרגה עם המציאות שסביבם. חתנו של רשב"י, רבי פנחס בן יאיר, הרואה את מצבו הגופני של רשב"י, מזיל דמעות מעיניו: "קא נתן דמעת עיניה וקמצווח ליה". מתוך מבט עיניו של רבי פנחס בן יאיר ודמעותיו על המציאות, שב רשב"י וחש את חולשת הגוף: "אמר ליה: אוי לי שראיתך בכך. אמר ליה: אשריך שראיתני בכך, שאלמלא לא ראיתני בכך לא מצאת בי כך". אור עיניו של רשב"י הוכפל ונתחזק בשנותיו במערה עד אשר עיניו שכלו גברו עד למאוד ביחס לחתנו. בשלב הבא משתמש רשב"י בכוח המתקן של עינו הטובה למעט בספקות של הלכה, הגורמים טורח לבריות, ולברר טהור מתוך טמא על ידי בירור של אורות מתוך מציאות מעורפלת. בעין אי"ה הובא עליו הפסוק: "ותגור אומר ויקם לך ועל דרכיך נגה אור"⁸.

לאחר כל אלה נדרש המאור הגדול לכוחן השיפוטי התקיף של עיניו. על אותו תלמיד חכם זקן, שלא היה מסוגל לראות ולהתעלות לנקודת הטוב והאמת המתגלה במעשיו של רשב"י, נאמר: "יהב ביה עיניה ונח נפשיה". רשב"י ראה, שאין תקנה לעולם, אלא לדחות מעל דרכו את "ההוא סבא", המעכב את הופעת האור האלוקי שמאיר מעל יכולת ראייתו.

בניגוד למיתת נשיקה זו, פעלו עיניו של רשב"י בכוח מידת הדין שבהן כלפי יהודא בן גרים: "נתן בו עיניו ועשהו גל של עצמות". אותו אדם אשר ביקש לסלק את אורו של רשב"י,

6. ע"פ שבת י.ב.

7. שבת לג.ב-לד, א.

8. איוב כב, כח.

נסתלק עתה מן העולם במיתה משונה ובשריפת כל גופו. כאן מוצאת הראייה השורפת והמכלה, שאפיינה את יציאתו הראשונה של רשב"י לעולם, את מקומה הנכון. מהלך התפתחותי זה של תיקון עולם מעמיק ומדגיש את כוח "עיני העדה" – אלו הזקנים. אכן, אין לו לדיין אלא מה שעניו רואות, אבל השאלה האמתית היא: מה רואות עיניו? לאיזו ראייה עניו מכוונות? לטובה, או חלילה, לרעה?



פעולת השפיטה והוצאת דין אמת לאמתו היא עבודת הקודש היותר מעולה לשם תיקון עולם. בגמרא מצינו –

רב אמר ורב אסי הווי יתבי וגרסי ביני עמודי, וכל שעתא ושעתא הווי טפחי אעיברא דדשא ואמרי: אי איכא דאית ליה דינא ליעול ולית?⁹

שבת יב

שני חכמים גדולים אלה כוהנים היו, וקיימו בעצמם "יורו משפטיך ליעקב" עד שקראום "כהני חשיבא דארעא ישראל"¹⁰. שניהם היו דיינים מובהקים וזכו לתואר: "דייני ארץ ישראל"¹¹. בתפקידם זה ראו את עיקר מחויבותם, ועל יסוד מעשיהם המתוארים לעיל פסקו התוספות: "משמע דעדיף לדון דין מתלמוד תורה"¹². ראייה לכך ניתן למצוא בתיאור המופיע שם בגמרא על רב חסדא ורבה בר רב הונא, שישבו כל היום ועסקו בדין עד שנחלשו. אם נחלשו מחמת שלא אכלו, הרי ברור, ואם כרש"י שנחלש ליבם מפני שלא עסקו בתלמוד תורה, יש לתרץ, שהם לא היו דיינים קבועים כרב אמר וכרב אסי, ולכן, למרות עדיפות הדין, כדברי התוספות, הצטערו על תלמודם שהופסק.

למשמעות העיסוק בשפיטה ובדין כתב הרב –

ערך הדין והמשפט התורי הוא גדול מאד, באשר רק הוא קובע על התורה את החותם המיוחד שהיא תורת חיים. כלומר שצריך שתהיה התורה מתייחסת אל החיים המעשיים בתור מאירה לנתיבות החיים, ולא רק להכירה בתור חכמה נאצלת לבדה. ע"כ באשר רושם החלק המשפטי שבתורה הוא גדול מאד על החיים, כי החיים החברתיים, א"א שיתקיימו בלא כח דין ומשפט, וכאשר התורה מנהגת את כח החיים במשפטיה ניכר רישומה מאד בחיים, ופועלת בזה שגם על שאר ארחות החיים תהיה התורה שולטת, על כן, היו מאד זהירים שעסק תורתם העיונית, לא יפריע את מהלך ההשלטה המעשית על החיים המעשיים מהשפעת התורה, שרק אז תצא תכלית התורה אל הפועל בהיותה מתפשטת על ארחות החיים

9. תרגום: רב אמר ורב אסי היו יושבים ולומדים בתוך בית המדרש, ובכל שעה ושעה היו מתייצבים ומכריזים בפתח בית המדרש: אם יש מי שיש לו דין – יבוא וייכנס.

10. מגילה כב, א.

11. סנהדרין ז, א.

12. תוספות שם, ד"ה אי איכא.

המעשיים. על כן, בתור השלמה לשקידתם העיונית, דהוו גרסי בניי עמודי, אולי להזכירם ג"כ על עמודי העולם, שהם האמת הדין והשלום, שעל שלשתם העולם עומד, וכולם כלולים בדין, כדחז"ל: כיון שנעשה דין בא אמת ובא שלום, הו טפחי אעיברא דדשא, להורות שפתחי התורה מפולשים המה לדרך החיים, להוציא מהחושבים להסתפק בעסק התורה מצדה העיוני לבדו ואינם משתדלים להגביר את השפעתה על החיים המעשיים. אבל השלמים הללו ז"ל, עם כל עוצם קביעותם בחלק העיוני שבתורה, אמרו: מאן דאית ליה דינא ליעול וליתני, ולא יחוש על ביטול תורתם העיונית, כי זהו יסודה של תורה וקיומה התכליתי להראות קיומה בפועל בחיים המעשיים החברתיים.

עין אי"ה שבת שם

היחס בין תלמיד חכם לדיין דומה ליחס בין תלמוד למעשה. "תלמוד גדול, שהתלמוד מביא לידי מעשה"¹³ ונחלקו בפירושה של הכרעה זו: האם תכלית הכול הוא המעשה ואין תכלית ללא תלמוד תורה, או שגדולתו של הלימוד היא בהקרנתו על חיי המעשה אבל הלימוד הוא הגדול. וכך יש לפרש "תלמוד גדול" – איזהו תלמוד גדול? זה המביא לידי מעשה. כך מתפרשים הדברים בגמרא, בתוספות הנ"ל ובדברי עין אי"ה על היחס בין תלמוד גדול לבין עשיית דין.

ועוד אמרו שם בגמרא –

עד מתי יושבין בדין? אמר רב ששת: עד זמן סעודה. מאי קראה דכתיב: "אי לך ארץ שמלכך נער ושריך בבקר יאכלו. אשריך ארץ שמלכך בן חורים ושריך בעת יאכלו בגבורה ולא בשתי" (קהלת י).

שבת י,א

ופירש רש"י –

מיהו מלכך? דיינך! שהדיין קרוי מלך, שנא' "מלך במשפט יעמיד ארץ" (משלי כט).¹⁴

וכך אכן נפסק, כי שעה שישית היא זמן מאכל תלמידי חכמים, ומשום כך, יושבין בדין עד סוף שעה חמישית.¹⁵ אמנם, אם ירצו ואם יש צורך בכך, הרי ודאי שימשיכו לדון גם לאחר שעה זו. אולם, עיקרון זה, שיש לשבת לדין עד זמן הסעודה ודווקא לפני שהדיין מתפנה לסעוד את לבו בסעודה גמורה (שהרי טעימה ודאי טעם לאחר תפילתו) – עיקרון זה קובע ברכה לעצמו. האם הסעודה קודמת לדין או שהדין קודם לסעודה? הדבר תלוי במידה רבה, במגמה שאליה נשואות עיני הדיין. בסדר משפטי חברתי רגיל, הדין מופקד לשמור שלא יושחתו חיי החברה וכדי לאפשר לחברה להתנהל על מי מנוחות לשם קיום צרכיו וחסרונותיו של הציבור. הציבור מבקש לאכול ולשתות ולנוח תחת צל גפנו ותאנתו, על כן יבוא הדיין לדון 'על בטן מלאה' מתוך הזדהות עם מטרות החברה. אולם מגמת משפט

13. קידושין מ,ב.

14. ומכאן שמו של המכון שלנו לדיינים – 'משפטי ארץ'.

15. רמב"ם סנהדרין ג, א; שולחן ערוך חו"מ ה, ג.

התורה היא לרומם ולהתנשא מעל סידור צרכי הגוף והרבה מעבר להשלמת חסרון הבטן והחומר. אשר על כן, יבוא הדיין בבחינת מלאך ה', לפני שיסעד את לבו, וידגיש את מותר האדם מן הבהמה על ידי שחרור עצמו מכבלי צרכי גופו. כך יהיה בן חורין להנהיג את הציבור לחיים של צדק ודעה את ה', חיים של רוח טהור והגיון קודש, שהם הראויים להיות יסוד החיים ומטרת החברה האנושית. לעבר מטרה זו עניו של הדיין נשואות.



במסגרת זו, של בירור עניו של הדיין, יש מקום לבחון תכונה ועדיפות ייחודית שנתנה תורה לתלמיד חכם – הנאמנות בטביעת עין. מסתבר שטביעת עין היא תכונה משותפת לכלל בני אדם, אפילו לעם הארץ, אלא שעם הארץ אינו מהימן ולכן לא מחזירים לו אבדתו בטביעת העין, ואילו לתלמיד חכם שאינו משקר כלל, יש מהימנות ומחזירים לו בטביעת עין.¹⁶

בגמרא, נחלקו החכמים בשאלה, האם סימנים הם מדאורייתא או מדרבנן.¹⁷ אולם נראה שהכול מודים שטביעת עין היא ראיה גדולה יותר מסימן. ראיה שכולה ראיה. שכן נאמר במסכת חולין –

אמר רבא: מרישא הוה אמינא סימנא עדיף מטביעות עינא דהא מהדרינן אבידה בסימנא ולא מהדרינן בטביעות עינא. השתא דשמעתינא להני שמעתתא אמינא דטביעות עינא עדיפא.

חולין צה.ב

בתחילה נראה לומר שסימן הוא ראיה אובייקטיבית ואילו טביעת עין היא ראיה המבוססת על הרגשה ותחושה מעורפלת, וככזה אמור ערכה להיות פחות מן הראיה באמצעות הסימן. ואולם, ההיפך הוא הנכון. סימן הוא עניין מקרי וחיצוני, שאינו מעיד על עצם הדבר ועל תפיסה כוללת, ואילו טביעת עין היא זיהוי מוחלט מתוך ביטחון ותפיסה כוללית. ראיה לדבר, ממשיכה הגמרא שם, שאם יבואו שניים שיעידו שפלוגי בעל סימנים אלה ואלה (כגון בגדים או צלקת) הרג לחברו, הרי שגם אם יזוהה אותו פלוגי על פי הסימנים – לא נהרגהו. אבל אם יבואו שניים שיעידו שהוא האיש על פי זיהוי פניו ומראהו ועל פי היכרות וטביעת עין – הרי שזוהי העדות הטובה ביותר גם לדיני נפשות. רק באבדה התירו להחזיר על פי סימנים, כיוון שלאבדה אין כרגע בעלים מוחזקים ומבוררים. אבל ודאי שאם יבואו שניים להוציא ממון מיד בעליו בטענה שחפץ זה שיש לו סימנים ידוע להם שהוא של פלוגי, הרי לא נוציא בסימנים ממון מיד בעלים. למדנו מכאן שהכול הולך אחר העין.

16. תוספות גטין כז,ב ד"ה ודוקא צורבא מדרבנן.

17. גטין כז,ב; בבא מציעא יח,ב; חולין עט,ב.

ובמסכת שבת שאלו –

אמר רבי יוחנן: איזהו תלמיד חכם שמחזירין לו אבדה בטביעת עין? זה המקפיד על חלוקו להופכו.

שבת קיד, א.

ופירש רש"י,¹⁸ שהוא לובש את חלוקו כשהוא הפוך, שמקפיד שלא ייראו לחוץ התפירות ואמרי החלוק.

בפשטות היינו שואלים: מדוע נקראת דרך לבישה זו 'הפוך', הרי זו הדרך הנאותה ללבוש? אלא מכאן שכל האנשים היו לובשים את החלוק באופן הנוח להם ביותר, שלא יהיו התפירות כנגד ברם. אבל תלמיד חכם, הרגיש לחזותו ולכבוד התורה, מקפיד להפוך את החלוק ואת התפירות הוא לובש כלפי פנים. ובדרך צחות יש לומר שהתלמיד חכם האמתי והמהימן יודע לאחות ולשמור את ה"תפרים" שבין תורתו ובין ידיעותיו המדעיות והמשפטיות והשכלתו הכללית. בפנימיותו הוא כולל תורה מקשה אחת אלא שתורתו זו משלבת עולמות שהפכו להיות "תורה אחת ומשפט אחד".

כך תיאר הרב יצחק הלוי הרצוג זצ"ל את הדיינים הנדרשים למשפט התורה במדינת ישראל –

מהחשיבות הראשונה היא לחנך ולאמן צעירים אברכים מצוייני תורה ובעלי כישרונות יוצאים מן הרגיל, לשמש בעתיד בתור דיינים. צריכים הם להתמחות בכל המקצועות של משפט התורה, לקבל התאמנות בבתי הדין הקיימים וכן לקבל את כל ההשלמות הדרושות. קורסים של השלמה הדרושים לשם מילוי תפקידם בעתיד בהתייעצות עם משפטנים מומחים.

החוקה לישראל על פי התורה א, 233

כיון שהדיינים הם "עיני העדה" הרי שמעלתם הרוחנית מתבטאת בעינם הזכה ובראייתם הטהורה. על כן העידה התורה על משה עבד ה': "ומשה בן מאה ועשרים שנה במותו, לא כהתה עינו ולא נס לחה".¹⁹ כוח התורה וכוח הדיינות והפסיקה לא כהו כלל. אולי יש להעמיד זאת כנגד יצחק אבינו, אשר בזקנתו כהו עינו והיה מקום לאחרים לטעות בכוח שיפוטו.

על כן הזהירה התורה: "ושחד לא תקח, כי השחד יעור פקחים ויסלף דברי צדיקים".²⁰ חכמי האמת הצדיקים שעינם, עין טהורה, פקוחה על הכול, יאבדו את המאור שבעיניהם אם ייקחו שוחד. "הם נוטלין שוהה פרוטה ומסמין עיניהם, שנאמר: כי השחד יעור".²¹

18. רש"י שם, ד"ה המקפיד.

19. דברים לד, ז

20. שמות כג, ח.

21. כתובות קה, א.

ובמשנה במסכת פאה: "כל הנוטל ממון ומטה את הדין – אינו יוצא מן העולם, עד שיחסר מאור עיניו".²² ואפילו אם נטל שוחד לדון דין אמת ואינו מתכוון להטות את הדין הרי זה שוחד גמור, ולא עוד אלא שהדין נוטה אף שהדיין אינו רואה זאת, משום העיוורון והסמיון שמכסה את ראייתו.

ועוד אמרו במכילתא: "כל הנוטל ממון אינו יוצא מן העולם עד שיהא בו או טירוף דעת בתורה שיטמא טהור או יטהר טמא, או יצטרך לבריות, או שיחסר מאור עיניו".²³ הווי אומר, אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות.



בדרך כלל נראה כי הכלל "אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות" בא על מנת לטעת בדיין ביטחון במראה עיניו ולאפשר לו להשלים עם מגבלות ראייתו או ראייתו. כגון, פסיקה במראות הדמים שהוא דן לפי מה שהוא רואה עכשיו ואינו חש לומר אילו היה הדם לח היה טמא וכיוצא בזה, אלא כיון שנראה לו עכשיו טהור, מטהרו.²⁴ ולגבי הראיות המובאות בפניו אמרו –

שמא יאמר הדיין מה לי בצער הזה? תלמוד לומר: "ועמכם בדבר משפט" (דברי הימים ב יט, ו) – אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות.

סנהדרין ו,ב

שמא יאמר הדיין: למה אכנס לדין, שהרי אם אטעה איענש, ואולי יטעוני עדים שקרנים וכדומה? ומפרש רש"י –

תלמוד לומר – דהיינו לפי מה שעם לבבכם, שלבבכם נוטה בדבר כלומר בטענותיהם [של העדים] – עמכם במשפט. לפי אותן דברים תשפטו ולא תיענשו. **דאין לו לדיין לירא ולמנוע עצמו מן הדין אלא לפי מה שעיניו רואות לידון, ויתכוון להוציא לצידיקו ולאמיתו ושוב לא ייענש.**

זאת אומרת, יש כאן הבטחה לדיין שאם ינהג בתום לב בראיות המובאות לפניו – לא ייענש. זהו סוג של השלמה עם המגבלות ועם החששות האפשריים.

אלא שכלל גדול זה יש לו גם צד אחר. לפי הצד האחר הרי שהכלל הזה הוא דווקא הזמנה לדיין להפעיל את שיקול דעתו העצמאי, לדון את שהוא רואה, לא להיגרר אחר מה שנראה לו פסול או 'דין מרומה' אלא להתערב ולדון לפי מה שעיניו רואות ואפילו בניגוד לכללים פורמאליים אחרים. הדברים ידועים וברורים והובאו בהרחבה ברמב"ם –

22. משנה פאה ה, ט.

23. מכילתא דרבי ישמעאל מסכתא דכספא, משפטים כ.

24. נדה כ,ב.

יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראיה ברורה, ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כפי מה שיודע.

רמב"ם סנהדרין כד, א-ב

כמו שראינו בגמרא,²⁵ שחכמים הפכו את השבועה ונטלו אותה ממי שידעו בו או ששמעו מפי אדם הנאמן אצלם שהלה חשוד על השבועה. "וכן כל כיוצא בזה שאין הדבר מסור אלא לליבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין אמת!"²⁶

הרמב"ם ממשיך ומורה שעל אף שכך הוא עיקר הדין, כיוון שקמו בתי דין שאינן הגונים, או שהם הגונים במעשיהם אבל "אינם חכמים כראוי ובעלי בינה" – אין עושים כן, אלא בראיות ברורות. ומכל מקום –

אם העיד אדם נאמן בדבר מכל הדברים ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אומר – ממתין בדין ואינו דוחה עדותו, ונושא ונותן עם בעלי הדין עד שיודו לדברי העד, או יעשו פשרה, או יסתלק מן הדין.

שם

אם כן, בשורה התחתונה קובע הרמב"ם ששכנועו הפנימי של הדיין וראייתו הישירה גוברים על הכול. במקרה הקיצוני שבו הוא אינו יכול להביא את שכנועו הפנימי לידי ביטוי בפסיקה, יסתלק מן הדין. בכל מקרה עליו לנקוט בכל האמצעים והלחצים העומדים לרשותו כדי להביא את בעלי הדין לנקודה שבה לא יסתור הדין את ראייתו הפנימית. אכן, לשם כך על הדיין להיות "חכם כראוי ובעל בינה" יתרה ועמוקה.

"בדין מרומה", הרי הדברים מפורשים במסכת שבועות:

מנין לדיין שיודע בדין שהוא מרומה, שלא יאמר – הואיל והעדים מעידים, אחתכנו ויהא תלוי בצואר העדים? תלמוד לומר: מדבר שקר תרחק.

שבועות לב.

הווי אומר – "אין לו לדיין אלא מה שעניו רואות" ואסור לו להתכחש ללבו ולהבנתו במה שלפניו.

וכן אמרו בתלמוד הירושלמי, ביחס לדין פשוט ולדין מרומה כאחד –

אם את רואה הדין שיוצא לאמיתו, חקריהו. ואם לאו, צדקהו. זהו שנאמר: "צדק צדק תרדף" (דברים טז כ).

ירושלמי סנהדרין ד, א

אכן, מצינו אצל הראשונים, בעיקר באשכנז, שהם נטו להסתלק מן הדין במקום שהיה נראה הדין מרומה. למשל, בעל תרומת הדשן אומר: "דמיא הא קצת לדין מרומה שאסור לדיין

25. כתובות פה, א.

26. רמב"ם שם.

לחותכו אלא יסתלק ממנו²⁷; המהר"י ברונא²⁸ שאומר שבמקום שהדין ודאי מרומה אין לדונו כלל, כמו שאמרו בגמרא שבועות דלעיל; וכן הובא גם בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג: "כדין מרומה חשבינן לה וראוי הדיין להסתלק ממנו עד שיתבררו הדברים"²⁹.

לעומתם נראה שגדולי הראשונים שבספרד השתדלו ככל יכולתם לדרוש ולחקור בדין מרומה כדי להוציא אמת לאור, לסלק את השקרנים ולחתור לפסוק דין אמת לפי דעתם ולפי מה שהם ראו כמחויבותם. הרשב"א אומר: "והווי יודעים שכל הדברים שאמיתתם ידועה לבית הדין, אע"פ שבעלי הדין נוטים מדרך האמת מתוך טענותיהם... צריך בית הדין לדון הדין לאמיתו. שלא נצטוינו אלא על דין האמת"³⁰.

הרא"ש קובע קביעה עקרונית, ביחס לדברי המהר"ם שיש להסתלק מדין מרומה –

היינו כשהתובע טוען ברמאות – אז יסתלק הדיין; אבל כשהנתבע טוען ברמאות אין הדיין יכול להסתלק, שלא ישתכר הרמאי ברמאותו אלא ידרוש ויחקור יפה לבטל רמאותו.

רא"ש סנהדרין ד, א

נראה ברור שעל הדיין מוטלת חובה לשפוט צדק באופן מהותי בכל מצב. לכן, אם התובע רמאי הרי ההסתלקות מן הדין היא זו התורמת לצדק. אך אם הנתבע מנסה להתחמק מן הדין ברמאות הרי שאז חובת הדיין לעשות ככל יכולתו כדי לגלות את הצדק.

בתשובותיו³¹ מוסיף הרא"ש עוד נדבך שיפוטי אקטיבי בעניין זה. במקום שישנה תביעה שקרית, לא זו בלבד שהרא"ש אינו דן בה אלא עוד מוסר שטר ביד הנתבע על חינם, ובו כתוב בחתימת ידו של הרא"ש שאין לשום דיין בישראל להיכנס בדין זה. ומי יבוא אחרי המלך? כך נעשה דין צדק על ידי הדיין.

ועוד מוסיף הרא"ש וקובע שבמקום שבו נראה שהנתבע שקרן והוא מתחמק בערמה ממתן תשובות כנות, או שומר על 'זכות השתיקה' – "על זה וכיוצא בזה נאמר – אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות... ורשאי דיין מומחה לדון באומדנא דמוכח כזה מאחר שהיא סברא מוכחת... וצריך לגמור ולהשלים את הדין כדי להטיל שלום בעולם, ולכך נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו"³². דווקא מפני הצו "מדבר שקר תרחק" אסור להסתלק מדין זה בלי הכרעה, ו"על כורחו זקוק הדיין לדונו לפי אומד דעתו".

מופת ליכולת הגשמה מפליאה של רעיונות אלה בפסיקה מעשית, ניתן למצוא בקובץ פסקי הדין **עדות ביהוסף**, של הרב הדיין החכם השלם הרב יוסף קאפח זצ"ל. סקירה נרחבת על הספר מובאת במדור ביקורת הספרים, בקובץ זה.

27. שו"ת תרומת הדשן רט.

28. שו"ת מהר"י ברונא ריג, על פי התוספות סנהדרין לבב, ד"ה כאן בדין מרומה.

29. שו"ת מהר"ם מרוטנבורג ד, שיט.

30. שו"ת הרשב"א ב, קמח.

31. שו"ת הרא"ש סח, ב.

32. שו"ת הרא"ש קו, ו.

במכון 'משפטי ארץ' להלכה ומשפט אנו משתדלים לצאת בעקבי הצאן של רועים נאמנים ודיינים מובהקים, ולהכשיר את עיניהם של הדיינים הצעירים לראות ראייה רחבה ומקפת. ראייה הכוללת את תכונת הזמן הזה ואת גליו ומשבריו על מנת שיוכלו לכוון את לבם ועיניהם לדון דין אמת לאמתו, שהרי בכל מילתא דתליא בסברא, אין לו לדיין אלא מה שעניו ראות.

והאר עינינו בתורתך.

הקדמת העורך

ארץ ישראל היא מיוחדת לסגולת אהבת השי"ת. ע"כ, ההדרכה של עם ה' בארצו צריכה להיות ע"פ דרכי האהבה, לא על פי דרך של יראת העונש, שאין ראוי להשתמש בה בקביעות. ומתוך שכח האהבה לה' ית"ש שנקרא ביחוד אלהי הארץ, ומשפט התורה נקרא ג"כ משפט אלהי הארץ, הוא מוכן ביותר בארץ ישראל.
הראייה קוק, פנקס י"ג סא (עמ' מט)

סגולת האהבה היא, שאין בה כפייה חיצונית, אך יש בה הכרה בצרכיו ובמצוקותיו של האחר, ודאגה כנה לקיומו, לרווחתו ולטובתו. סגולה זו, מיוחדת היא לארץ ישראל. לפיכך, דרך ההדרכה הראויה לעם ה' בארצו, היא דרך של אהבה. דרך המבקשת להאיר את הדרך ולא לאיים, להסביר ולא לכפות.

דרך זו היא גם דרכם של משפטי הארץ, שהם משפט אלהי הארץ. משפט אלהי הארץ צריך להיות מאיר עיניים, מסביר פנים וקורן אהבה לעם ולארץ, וככזה, הרי "הוא מוכן ביותר בארץ ישראל".

דרך זו היא הדרך שבה מבקש מוכן 'משפטי ארץ' ללכת.

הקובץ המוגש בזה, הוא השני בסדרת 'משפטי ארץ'. זכינו לכך שהקובץ הראשון, 'משפטי ארץ – דין, דיין ודיון' התקבל בהיכלי תורה ומחקר, זכה לתגובות נלהבות, ואף צוטט בבמות שונות.

בפתחו של הקובץ הראשון כתבנו: "אין מגמת הקובץ להישאר כקובץ פנימי. בדעתנו להביא לכך, שקובץ 'משפטי ארץ' יהיה לבמה תורנית-מחקרית, אשר תאפשר לחוקרים ולתלמידי חכמים לפרסם בה את תורתם, להגדיל תורה ולהאדירה בקרב כל החפצים ללמוד את משפט התורה".

קובץ זה, במידה רבה, פורע את החוב שנטלנו על עצמנו בפתחה זו. בקובץ, ניתן למצוא מאמרים רבים, פרי עטם של חוקרים, ראשי ישיבות, ראשי כוללים לדיינות, ורבנים חשובים, שאינם מבאי שעריו של מוכן 'משפטי ארץ'.

נושאו של הקובץ הוא – 'טענות וראיות'. בכך, צועדים אנו צעד נוסף אל תוככי הדיון התורני. אם בקובץ הראשון, עסקנו בעיקר בסמכויות בתי הדין, סמכויות החקיקה של הציבור, ואופיים של הליכי הדיון, כעת אנו מגיעים אל לבו של הדיון: אל טענותיהם של בעלי הדין, ואל דיני הראיות. תפילתנו, שקובץ זה, כקודמו, יתקבל בשמחה ויעלה על שולחן כל החפצים בפיתוחו, הרחבתו וישומו של משפט אלהי הארץ.

בעריכת הקובץ, ביקשנו להקפיד על צורה, לא פחות מאשר על תוכן, למען תהיה תורה מפוארה בכלי מפואר. בהתאם לכך, שונתה גם צורת העריכה, באופן ששערי הספר ישקפו את הנושאים הנדונים בו, ולא דווקא את זהות הכותבים, כפי שנעשה בספר הראשון. על מנת לאפשר גם לקורא שאינו מחובשי ספסלי בית המדרש נגישות למאמרי הספר, נעשו לעתים שינויי עריכה מתבקשים, בהתאם למגמה זו.

הספר חולק לשני שערים, ובהם חמישה מדורים. **השער הראשון**, עוסק ב'הלכות עדות', ובו מאמרים העוסקים בהכרעת הדין על פי ראיות חיצוניות. בשער זה דנים המאמרים ביכולתו של בית הדין להכריע דין, לא על פי דברים היוצאים מפי המתדיינים, אלא על פי ראיות חיצוניות.

המדור הראשון של שער זה, עוסק ב'עדות וידיעה'. במדור זה הובאו מאמרים הדנים בדרכים השונות העומדות בפני בית הדין כדי להגיע לחקר האמת, החל מעדות, וכלה בראיות אחרות, שיש בהן כדי ליצור 'ידיעה שיפוטית'.

במדור השני של שער זה, סובבים המאמרים סביב 'העדות וההליך המשפטי'. מאמרים אלו עוסקים בשילובה של החובה להעיד במסגרת ההליך המשפטי הכולל, המושפע מערכים שונים, ולעתים אף סותרים. מאמרים אלו מבקשים לבחון את היקפה של החובה להעיד, בייחוד כאשר חובה זו מתנגשת עם ערכים אחרים.

המדור השלישי של שער זה, עוסק בראיה חיצונית נוספת, שאינה עדות במונח המקובל של המילה – 'חוזים ושטרות'. כאן, עוסקים המאמרים במשמעותם הראייתית של חוזים ושטרות, ובפגמים שונים העלולים להיות כרוכים בשימוש בראיות חיצוניות מסוג זה.

השער השני של הספר, עניינו ראיות שמקורן אינו חיצוני, ראיות המוסקות מדבריהם של בעלי הדין. במסגרת זו, מבחינים אנו בין שני סוגי 'ראיות': טענות, ושבועות. בהתאם לכך, מחולקים מדוריו של שער זה, למדור שבו מרוכזים מאמרים העוסקים בטענות בעלי הדין, ומדור שבו דנים המאמרים בשבועה, הלכותיה, מטרותיה ויישומה בבתי הדין הרבניים, בימינו.

סמוך למסירת הספר לדפוס, כיבדנו פרופסור אהרן קירשנבאום, מרצה בכיר למשפט עברי במרכז הבינתחומי בהרצליה, בהפקידו בידנו עותק של ספרו הרואה אור בימים אלה, על ההרשעה העצמית במשפט העברי, לשם פרסום סקירה ביקורתית אודותיו. סקירה על הספר, צורפה למדור החדש – "חדש מן התורה".

תחת מדור זה, צורפה גם סקירה ביקורתית למאמרו של מרקוס כ"ץ, על ההשוואה בין המשפט הפרוצדוראלי המכסיקני למשפט הפרוצדוראלי העברי. הסקירה מתמקדת בפרק העוסק בהפללה עצמית. בדרך זו, משלימות שתי הסקירות במידת מה זו את זו.

לאחרונה, זיכתה אותנו משפחת קאפח בהוצאת קובץ פסקי הדין של הגר"י קאפח, **עדות ביהוסף**, לאור עולם. סקירה על הספר, ועל דמות הדיין הניבטת ממנו, מובאת גם היא במדור זה.

תודה מיוחדת חבים אנו, לכל הכותבים החשובים שניאותו למסור לידינו ממאמריהם: הרב משה ארנרייך ראש מכון 'ארץ חמדה' בירושלים; מורנו ורבנו, הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג; ד"ר מיכאל ויגודה, ראש תחום משפט עברי במחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים; הרב חיים וידאל, דיין בבית הדין לדיני ממונות שע"י המועצה הדתית בירושלים; הרב ד"ר איתמר ורהפטיג מרצה למשפט עברי בפקולטה למשפטים בבר-אילן, ועורך 'תחומין'; הרב שמואל טל, ראש ישיבת 'תורת החיים' בנוה דקלים; הרב יודיה כהנא מכולל 'ארץ חמדה' לדיינות בירושלים; והרב אורי רותם, נושא ונותן בישיבת מרכז הרב, ירושלים.

הרב ישראל שריר ניאות להמציא לידינו רשימות מכתב יד חותנו, מורנו ורבנו הגאון הרב שאול ישראלי זצ"ל, שנערכו לקראת מסירתו של שיעור במכון 'ארץ חמדה' בירושלים.

על כל אלו, יבואו על הברכה לומדי מכון 'משפטי ארץ', שבמהלך לימודיהם לקראת בחינות הדיינות של הרבנות הראשית, הצליחו למצוא זמן גם לכתובת מאמרים מקיפים, בכל נושאי של ספר זה; ובראשם, מורנו ורבנו הרב מיכאל בריס שליט"א, ראש המכון, אשר במידה רבה, ספר זה הוא פרי מאמציו, עידודו והדרכתו.

יבורך דוד אלירז, ששימש כמנהל המכון, על מאמציו הרבים, על מנת להשיג את המימון הדרוש לשם הוצאת הספר; ודוד הלל, על הזמן הרב והמחשבה אשר השקיע בעיצוב, בסידור ובעריכת לשון הספר. על החלק האנגלי של קובץ זה, תודתנו לעו"ד יונתן דוידסון.

על התמיכה, העידוד והעזרה בכל המובנים, תודתנו ליו"ר הנהלת המכון, רב הישוב עפרה – הרב אברהם גיסר, ועמו, תושבי הישוב עפרה. בפרט תודתנו נתונה לחברי הנהלת המכון: ר' יהודה דינר, ר' דובי דינר, ר' אלחנן גלאט, ר' חיים פלק, ור' משה בטיש – המקום ישלם שכרם.

ללא סיועה הנדיב של משפחת כ"ץ, ובראשה, ד"ר צבי כ"ץ, אשר חיבתה להחייאת המשפט העברי ולהגשמתו בחיינו נודעה בשערים, לא היה הספר רואה אור. תהי משכורתם שלמה מן השמים, ויזכו לראות בנים ובני בנים עוסקים בתורה ובעבודה.

ירון אונגר

תקציר המאמרים

א. הכרעה על פי ראיות חיצוניות

מבוא להלכות עדות: כללים נוקשים ושכנוע הלב – עיון בשיטת הרמב"ם

עמוד השדרה של דיני הראיות בהלכה הוא כללי כשרות העדים. כללים אלו מניבים בדרך כלל תשובה פשוטה וחד משמעית: העדות קבילה או אינה קבילה. עקב כך, מתעוררת שאלת יסוד ביחס למערכת כללים זו, שאלה האופיינית למערכות כללים הקבועות מראש: בהנחה שהמטרה המרכזית של דיני הראיות היא, להבטיח את חקר האמת – כיצד אפשר למנוע מראש עדויות מסוימות, להפחית על ידי כך את כמות המידע המצויה בפני הדיינים, ו"לסכן" את מידת האמת של ההכרעה השיפוטית?

מתוך עיון בשיטתו של הרמב"ם בדיני הראיות, מגיע הרב מיכאל בריס למסקנה, שהרמב"ם חזה קשיים אלו, ואף פתר אותם בדרכו הייחודית, תוך שהוא מבחין בין דיני הראיות הנהוגים בדיני ממונות לדיני הראיות הנהוגים בדיני נפשות, בדומה להבחנה שבין הדין האזרחי והפלילי. לפי הרמב"ם, מוכיח הרב בריס, ישנם שני מרכיבים לבירור העובדות – משפטי: 'משקל הראיות', שהוא המרכיב העיקרי של הבירור העובדתי בידי הדיין, וכללי קבילות ומהימנות. השילוב שבין המרכיבים, הוא היוצר מערכת דיני ראיות המאגדת בתוכה את יתרונותיהם של הכללים הנוקשים עם יתרוננו של 'שכנוע הלב'.

הכרעת דין ללא עדות:

על השימוש באומדן ובראיות מודרניות בבית הדין הרבני

עיקרון מקובל בדין התורה הוא, שאין הדיין רשאי לפסוק דין על פי ידיעה שאינה נובעת משמיעת עדותם של שני עדים כשרים. עם זאת, ממקורות שונים ניתן להסיק, שבמצבים מסוימים רשאי הדיין לפסוק דין על פי ידיעתו. ידיעה זו, יכול הדיין לשאוב ממקורות שונים ומגוונים. אגב סקירת מקורות אלה, וניסיון ליישב בינם לבין העיקרון הנזכר, עומד הרב אורי רותם על כמה מעקרונות היסוד בדין התורה, המעצבים את סמכותו של הדיין להכריע דין על פי ידיעתו. לאורם של עקרונות אלה, הוא מבקש לבחון את עמדת ההלכה בשאלת משמעותן של ראיות מודרניות שונות, דוגמת טביעת אצבעות, בדיקת רקמות, בדיקת פוליגרף, ועוד.

האומדן בדיני הראיות

מסוגיות שונות בתלמוד עולה, שלעתים רשאי הדיין לעשות שימוש באומדן הדעת, כאחד הכלים המסייעים בידו לרדת אל חקר האמת. במאמר עיוני ומקיף, מבקש הרב אברהם דוד כ"ץ לתאר מצבים אלו, לאפיינם ולעמוד על ייחודם. אגב כך, מבחין המחבר בין אומדן שבו נעשה שימוש כאשר אין מוצגת בפני בית הדין ראיה קבילה, לאומדן שבו נעשה שימוש אף כאשר מוצגת בפני בית הדין עדות כשרה. כאשר אין מוצגות בפני בית הדין ראיות, מבחין המחבר בין אומדן שבו נעשה שימוש לשם הכרת המציאות, לאומדן שבו נעשה שימוש לשם זיהוי כוונתו של מבצע הפעולה; וכאשר מוצגות ראיות, עולה ההבחנה בין אומדן הנדרש לשם הגדרת הדיון כ'דין מרומה', לבין אומדן הנדרש לשם פסילתה של עדות. כל זאת, תוך סקירת הפסיקות השונות בעניין, החל מתקופתם של הראשונים, ועד לפוסקי זמננו.

מצוות העדות

מדין תורה, החובה להעיד אינה רק חובת האדם כלפי זולתו, אלא זו מצווה דתית כלפי שמים, והכובש עדותו מוגדר כחוטא. בכך, מתייחדת החובה להעיד, לפי דין התורה, מן החובה האזרחית להעיד, הקיימת בשיטות משפט שונות. על ייחוד זה מבקש הרב אביי ונגרובר לעמוד, תוך שהוא בוחן את מקורותיה של מצוות העדות, מהותה, אופייה, והשלכות שיש לכל אלה, על היקפה של החובה, ועל דינו של הכובש עדותו.

החובה להעיד, כאשר מסירת העדות עלולה להסב לעד נזק

כאשר מתבקש אדם להעיד בפני בית דין או בפני בית משפט, עומד הוא לעתים בפני דילמה לא פשוטה: מחד, חובתו האזרחית, או אף הדתית, כאשר מדובר בדיון בפני בית הדין הרבני היא, להתייצב ולמסור את העדות. מנגד, מסירת העדות עלולה להסב לו נזק או הפסד. כך קורה למשל, כאשר נדרש אדם להעיד נגד מעסיקו, נגד הרשויות וכדומה. כיצד עליו לנהוג במקרה זה? על כך מבקש הרב חיים וידאל להשיב במאמרו. לשם כך, פותח המחבר בדיון מקיף בשאלות יסוד הנוגעות לחובת העדות, ובהן: האם החובה מקימה לבעל דין 'זכות תביעה' כלפי העד? האם ניתן לחייב את הכובש עדותו בדיני אדם, או שמא בדיני שמים בלבד? ואם כך הוא, האם חיוב זה ממוני הוא או עונשי? האם החובה למסור עדות כוללת גם את החובה למסור חוות דעת מקצועית? ועוד.

בירור עובדות במשפט תוך פגיעה בצנעת הפרט

בשיטות משפט מודרניות רבות, הייתה צנעת הפרט לערך עליון, שהגשמתו גוברת לעתים אף על הצורך בבירור האמת במסגרת משפט פלילי. לאחרונה, יש המבקשים גם לפסול ראיות שהושגו תוך פגיעה בגופו או בצנעתו של הפרט. לפי גישה זו, לא יקבל בית המשפט, למשל, את שקית הסמים שיצאה מגופו של הנאשם לאחר שהושקה בסמים משלשלים, ולא ייעשה שימוש בהאזנות סתר שבוצעו שלא כדין, על אף שיש בהן כדי להוכיח שפלוגי

ביצע פשע חמור. במאמרו, מבקש הרב ד"ר איתמר ורהפטיג לבחון את עמדתה של ההלכה בסוגיה זו, של המתח שבין זכותו של אדם לצנעת הפרט, ובין חובתו של בית הדין לברר את האמת. אגב הדיון, קובע המחבר אמות מידה חשובות בהקשר זה, הנוגעות למידת הפגיעה בצנעת הפרט, לעומת מידת התועלת שתצמח מן הפגיעה. את אמות המידה מיישם המחבר על חקירות שונות שבהן התועלת רבה (הצלת נפשות), או שבהן הפגיעה באדם רבה (בדיקה פולשנית, בדיקה פסיכיאטרית ועוד). אגב הדיון, עוסק המחבר גם בסמכותו של הדיין להסיק מסירובו של בעל הדין לברר את טענותיו בפני בית הדין, מסקנות לרעתו, וכל זאת, תוך השוואה לדין הישראלי הנוהג.

האם לא יגיד? – על עדויות חסויות בדין התורה

להצגתה או לאי הצגתה של עדות יש משמעות רבה במישור הפרטי, לצדדים המתדיינים. יש ולהצגת העדות או הסתרתה מעיני בית הדין או בית המשפט, נודעת גם משמעות ציבורית. כך יקרה למשל, כאשר להגנתו מבקש נתבע להציג בפני בית הדין ראיה, שגילויה עלול לפגוע בביטחון המדינה. מצבים מסוג זה יוצרים התנגשות בין האינטרס של הפרט, להציג את העדות שיש בה כדי לסייע לו לקדם את ענייניו, לבין האינטרס הציבורי, למנוע את הצגת העדות, שיש בה כדי לפגוע בטובת הציבור.

העיסוק בדילמות מסוג זה, הוא מתוצרי הלואי של תקומתה של מדינת ישראל, המחייבת בחינה של עקרונות מן המשפט הפרטי, לאור עקרונות מן המשפט הציבורי, שלא בא לידי ביטוי ממשי בגלות. החוק הישראלי פתר את הדילמה באמצעות הענקת חיסיון לראיות שונות, שלגביהן נקבע שאין להציגן בפני בית המשפט כראיה. במסגרת זו הוכרו חסיונות דוגמת: חיסיון לטובת ביטחון המדינה, חיסיון עו"ד לקוח, חיסיון רפואי ועוד. הרב ירון אונגר מבקש להתוות דרכים לפתרונה של הדילמה, מכוח עקרונות מן המשפט הציבורי היהודי.

על המשמעות הראייתית של הסירוב לשתף פעולה עם בית הדין

פעמים רבות, נכונותם של בעלי הדין לשתף פעולה עם בית הדין מהווה תנאי יסודי ליכולתו של בית הדין לברר את האמת. משום כך, עולה לא אחת השאלה, מהי משמעות סירובו של בעל הדין לשתף פעולה עם בית הדין? האם יש לייחס לסירוב משמעות ראייתית, שלפיה, עצם הסירוב מעיד על כך שלבעל הדין יש מה להסתיר? שאלה זו הופנתה אל ד"ר מיכאל ויגודה, במסגרת תפקידו כראש תחום המשפט העברי במחלקת ייעוץ וחקיקה שבמשרד המשפטים. בתשובתו, מתמקד המחבר בשתי פסיקות שיצאו מבית הדין הרבני הגדול. פסיקות אלו מגלות דעות שונות ומגוונות, שהובעו על ידי הדיינים. מהן, השוללות לחלוטין כל משמעות ראייתית לסירוב לשתף פעולה, מהן המעניקות לסירוב זה משמעות ראייתית מלאה, ומהן התולות את משמעותו הראייתית של הסירוב במידת ההצדקה שיש לו. אגב הדיון, עולים גם גורמים נוספים שיש בהם להשפיע על משקלו הראייתי של הסירוב לשתף פעולה עם בית הדין, דוגמת התועלת העשויה לצמוח משיתוף הפעולה, ואופיו של הדין (פלילי או אזרחי).

נוגע בעדות שסילק נגיעתו

מן המפורסמות הוא, שלפי דין תורה, עדותו של מי שיש לו נגיעה אישית בעדותו, פסולה. שאלה חשובה היא, האם יכול מי שראה מעשה בעודו נוגע בדבר להעיד, לאחר שסילק נגיעתו, או שמא גם לעניין זה יש לאמץ את הכלל הקובע שעדות כשרה היא עדות של מי שהיה כשר להעיד מן השעה שבה ראה את המעשה עליו הוא מעיד ועד לשעת התייצבותו בפני בית הדין? הראשונים הציעו תשובות שונות ומגוונות לשאלה. במאמרו, מבקש הרב הלל גפן לעמוד על התשובות השונות, להסביר את השלכותיהן ואת ההבדלים ביניהן.

עדות מתוך הכתב

מן המפורסמות הוא, שלפי דין התורה, עדות מתוך הכתב אינה קבילה, כל עוד אין העד מופיע בפני בית הדין. למרות זאת, מכיר דין התורה בתקפותם של שטרות, אף שלכאורה, חתימת העדים על השטר אינה אלא עדות מתוך הכתב. הראשונים הציעו הסברים שונים להבחנה שבין שטרות לעדות מתוך הכתב. על רבים מן הראשונים מקובלת ההבחנה בין עדות שנכתבה על דעת המתחייב, שהיא כשרה (שטרות), לעדות שנכתבה במעמד צד אחד בלבד, הפסולה. אולם, התשובה לשאלה מי הוא 'מתחייב', לגמרי לא פשוטה. הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג סוקר את התשובות השונות והמגוונות שניתנו לשאלה זו על ידי הפוסקים, תוך שהוא עומד על הקשיים שמעוררת כל אחת מן התשובות, ואף מציע תשובה מקורית משלו, להגדרת 'דעת המתחייב'. אגב הדיון, מבחין הרב גם בין 'חיוב ישיר' לחיוב עקיף, בין 'עדות ראייתית' לעדות הצהרתית' ואף נוגע בשאלות יסוד בדבר זכויותיהם וחובותיהם של האישה והבעל, מכוח הנישואין.

עדות קיום שטרות מתוך הכתב

על מנת ששטר יהיה בר תוקף משפטי, יש לקיימו. הקיום נעשה באמצעות עדות על חתימת עדי השטר, שהיא אכן חתימת העדים ולא מזויפת. עדות זו, ייחודית היא, באשר אין היא כפופה למגבלות שונות שהוטלו על עדויות רגילות. למשל, אין היא חייבת להימסר במעמד בעל הדין. האם עדות כזו גם אינה כפופה למגבלה שנדונה במאמר הקודם, בדבר פסלותה של עדות מתוך הכתב? הניסיון לדלות תשובה ברורה מדברי הפוסקים לשאלה זו, מותר מבוכה רבה, באשר לעתים נראה, שהפסיקות אינן אחידות, ולוקות בסתירה פנימית. על קשיים אלו עמדו רבים, והוצעו להם תשובות שונות ומגוונות. הרב משה ארנרייך סוקר את הקשיים, את ההסברים השונים שהוצעו על מנת ליישב קשיים אלו, ואת העקרונות העולים מן ההסברים.

ליישוב שיטת הרמב"ם בעניין עדות שבשטר

מן המפורסמות הוא, שהמשפט העברי שולל הגדרתה של עדות מתוך הכתב. יחד עם זאת, המשפט העברי אינו שולל את כוחם הראייתי של שטרות, משום שלכאורה, הראיות המוסקות מהם הן בגדר עדות שבכתב. לרמב"ם, שיטה ייחודית בעניין זה. לדבריו, מדין

התורה אין אמנם לשטר כל כוח ראייתי, משום שהוא בגדר עדות שבכתב. כוחו של השטר נובע מתקנת חכמים, שהכשירה עדות שבכתב הנמסרת באמצעות השטר. הקושי המרכזי שמעוררת שיטתו הוא, שממקורות שונים ניתן ללמוד, שכוחו הראייתי של השטר יפה, אף לעניינים שמקורם אינו בדברי חכמים, כגון: גירושין. כיצד ראייה שכוחה הוא רק מדברי חכמים, מסוגלת להתיר את האישה? כך שאלו רבים. התשובה המקובלת מבחינה בין שטרות 'קנייניים', שבהם העדות משנה מצב משפטי (כמו גט), לבין שטרות 'ראייתיים', שבהם העדות נדרשת לשם הבהרת האמת העובדתית. עדות שבכתב מועילה, לפי הסבר זה, אף מדין התורה, בשטרות 'קנייניים'.

הרב מיכאל בריס מציג הסבר זה, עומד על הקשיים העולים ממנו, ומציע הסבר אחר, חדשני, המעצים במידה רבה את כוחם של חכמים בדיני הראיות. לפי הסבר זה, יש בכוחם של חכמים לחדש ראיות, שמדין התורה אין הן ראיות קבילות. אולם, משחידשו כך, כוחן של הראיות ה'חדשות', אינו מצטמצם לתחום של 'דיני סופרים' בלבד, אלא כוחן יפה לכל דין מדיני התורה. או בלשון קצרה, השאולה מדיני הקניינים: ראייה מדרבנן מועילה לדאורייתא. לקביעה זו ישנן השלכות חשובות, שיש בהן להאיר הלכות שונות בדברי הרמב"ם, שעליהן עומד הרב בריס בהרחבה.

החותם על שטר שלא קרא או שלא הבין את תוכנו – 'חוזה אחיד' בהלכה

התפיסה ההלכתית המקובלת היא, שחתימה על חוזה יוצרת חזקה חלוטה על כך שהחותם קרא את תוכנו של החוזה, הבינו והסכים לכל תנאיו, מתוך גמירות דעת מלאה. ברם, תפיסה זו התבססה על חוזים שנוסחו בידי שני הצדדים לעסקה, ולא נוסחו ביד צד אחד, על מנת שישמשו בסיס לחוזים רבים, עם אנשים רבים ובלתי מסוימים. בדורות האחרונים, עקב ההתפתחות התעשייתית מחד, ויצירתם של תאגידי רבי עוצמה, התפתח סוג חדש של חוזה, הלא הוא 'החוזה האחיד'. מאפייניו של חוזה זה הם, שהוא מנוסח בידי צד אחד לעסקה, לרוב – הצד החזק, כאשר החותם מצוי בעמדת מיקוח קשה, בהיותו נדרש לבחור בין אחת משתי אופציות: לחתום על החוזה בשלמותו, או לוותר על שירותים הנחוצים לו ביותר.

מדינת ישראל, בהיותה ערה לבעייתיות המיוחדת של 'החוזה האחיד', חוקקה חוק שנועד לפתור את בעיית החוזים האחידים. במאמרו, מבקש הרב אליהו גורפינקל להוכיח שהתפיסה ההלכתית הנכונה היא, שהחתימה על החוזה יוצרת חזקה לכאורה, לכך שהחותם אמנם היה מודע לכל תנאיו של החוזה. חזקה זו ניתנת לסתירה, בהתאם לנסיבות החתימה. מדבריו עולה שלתפיסה זו היו מהלכים בהלכה עוד בטרם בא 'החוזה האחיד' לעולם, ויש בה כדי להגן על החותם, גם במקום שבו חוק החוזים האחידים לא יגן עליו.

ב. הכרעה על פי דברי בעלי הדין: טענות ושבועות

בעניין מיגו לאפטורי משבועה

בדיני הטענות, לפי דין התורה, יש משקל רב, לא רק לטענה אשר נטענה בפועל, אלא אף לטענה שאותה יכול היה בעל הדין לטעון. מי שיכול היה לזכות בדין באמצעות טענה אחת, שאותה נמנע מלטעון בפני בית הדין, ייחשב כמי שיש לו 'מיגו'. כלומר, מתוך שהנתבע יכול היה לזכות בדין באמצעות הטענה החלופית, יש לזכות אותו גם כשטען את הטענה הנוכחית.

נחלקו הראשונים בשאלה, האם יש בכוחו של מיגו, לפטור את הטוען מחיוב שבועה שהיה מוטל עליו, אילולא היה לו מיגו. אגב הדיון בשיטות השונות ובקשיים שהן מעוררות, עומד מרן הגאון הרב שאול ישראלי, על מהות כוחו של מיגו, ומעלה הבחנות חשובות בין עוצמות שונות של מיגו. כגון, הבחנה בין מצב שבו הנתבע יכול היה להימנע מלהשיב לטענת התובע, שלא הציג כל ראיה לדבריו, למצב שבו התובע הציג ראיה והנתבע היה מחויב להציג את גרסתו כנגדה. אגב כך, מחדש הרב ישראלי הבחנה בין מיגו שתקף מדאורייתא למיגו שתקף רק מדרבנן.

האם "יהיו בעיניך כרשעים"? (כוחה של טענת אדם לטובת עצמו)

תחילתו של כל הליך משפטי בתביעה, והמשכו – בתגובה של הנתבע. שלבים פשוטים אלה מעוררים שאלה יסודית ביותר – האם כאשר אדם טוען טענה לטובת עצמו, הוא משפר את מצבו המשפטי ביחס לאדם שלא טען דבר, או שמא טענת אדם לטובת עצמו אינה משפרת את מצבו, אולם, שתיקה עלולה להתפרש לעתים כהודאה לדברי בעל הדין השני?

בשאלה מקורית זו, עוסק הרב עדו רכניץ ומוכיח שהיא עומדת במרכזה של מחלוקת ראשונים רחבת היקף: בעלי התוספות סברו שטענת אדם לטובת עצמו משפרת את מצבו. הרמב"ם סבר שטענת אדם לטובת עצמו אינה מעלה ואינה מורידה, ורק שתיקה מתפרשת כהודאה. מחלוקת זו באה לידי ביטוי בשלוש סוגיות עיקריות: טענין ליתמי, ברי ושמא וסוגיית מיגו.

מיגו – על התפר שבין טענה לראיה

אחת הסוגיות המרתקות ביותר בדיני הטענות היא סוגיית ה'מיגו', כלומר, נאמנות אדם שטען טענה מסוימת, מתוך שיכול היה לטעון טענה חליפית ולזכות בדין. ייחודו של דין המיגו הוא שבית הדין מתייחס לא רק למה שנאמר בדיון אלא גם למה שלא נאמר והיה יכול להיאמר, בית הדין קורא למעשה את החלל הלבן שבין שורות העדות. מהותו, כוחו, ומגבלותיו של המיגו העסיקו רבים מהראשונים והאחרונים.

הרב יהודה יפרח עוסק במחלוקת הראשונים בסוגיה, ותוך כדי ניסוח מחדש לחקירות האחרונים הוא מציג מתח בין שני קטבים: מחד, גישה הרואה בקיומו של המיגו ראיה

לטובת הטוען, כלומר, עצם העובדה שאדם נמנע מלשקר מוכיחה כי הוא דובר אמת בטענתו הנוכחית. ניתוחה של גישה זו מראה כי בבסיסה עומד חידוש משמעותי ולפיו טענת המיגו אינה כטענה רגילה המביעה עמדה של אחד הצדדים, אלא היא בעלת כוח מהותי וייחודי, ולמעשה מעמדה "משודרג" למעמד של ראייה. גישה שנייה רואה במיגו סימן ליחסי הכוחות בין המתדיינים, לאחר שקילת הראיות, ולא ראייה עצמאית. על פי גישה זו, קיומו של המיגו מציף נתונים ושופך אור חדש על מאזן הכוחות הראייתי שבין הצדדים. ההימנעות מלשקר אינה מהווה ראייה, אלא שהיכולת התיאורטית לזכות בדין בטענה אחרת מוכיחה שהראיות שהוצגו עד כה, אינן מספיקות.

שורשי חיובי השבועות בתורה

מדין התורה, ישנם שלושה מצבים שבהם חייב אדם שבועה: שומר הטוען שהחפץ שהופקד אצלו אבד, מבלי שהיה בידו למנוע את האבדן (אונס); נתבע המודה במקצת התביעה וכופר במקצתה; נתבע שעד אחד מעיד נגדו. שבועות אלו נלמדו על ידי חכמים מן הפסוקים שבפרשיית השומרים שבספר שמות. במאמר מקיף, בן שלושה חלקים, מבקש הרב איתי אליצור להוכיח, שעיון בפרטי הלכות השבועה ושיטות הראשונים השונות עשוי לגלות שהשיטות השונות שבהלכה, בסוגיות שונות בדין השבועה, שורשן אחד – האופן שבו מבינים הפוסקים את משמעותם של הפסוקים שבפרשיית השומרים.

שבועה – תשלום, נאמנות או פטור מחוסר ראיות?

אחד מן הכלים הייחודיים של המשפט העברי לבירור העובדות הוא חיוב שבועה. כאשר נתבע מחויב להישבע, שבועתו פוטרת אותו מלשלם, וסירוב שלו להישבע יחייב אותו בתשלום. הרב יודיה כהנא עוסק בהבנת השימוש בשבועה. במאמר מוצגות שלוש שיטות עיקריות: הראשונה – שבועה היא מעין תשלום לתובע; השנייה – שבועה היא ראייה לטובת הנתבע; והשלישית – חייב שבועה הוא בגדר פטור מלשלם ורק סירוב להישבע יוצר חיוב ממוני.

השבועה בבית הדין הרבני – בין חזון למציאות

במהלך הדורות עדים אנו לנסיגה מתמדת בנכונותם של בתי הדין להטיל על בעלי הדין שבועה, עד כי יש מן החוקרים שטענו, שדין השבועה עבר מן העולם. במאמרו, מנתח הרב נתן חי את הסיבות שהניעו תהליך זה, ולהשיב על השאלה, האומנם נותרה השבועה כחזון שאין לו כל אחיזה במציאות, או שמא יש ובתי הדין עדיין עושים שימוש בשבועה, ואם כן, באלו תנאים, ותחת אלו סייגים?

שבועת מודה במקצת ודרישת טעמי המצוות

מדין תורה, המודה במקצת התביעה חייב שבועה. רבה ביאר את ההלכה, תוך שהוא מציע הסבר 'פסיכולוגי' להודאה במקצת: המודה במקצת מעוניין היה לכפור בכל התביעה,

משום שאין בידו כסף, כדי לפרוע את חובו. אולם, היות ואין אדם מעז פניו לכפור בחוב בפני בעל חובו, הוא מודה במקצת התביעה, על מנת להרוויח זמן. בין הראשונים, התעוררה מחלוקת סביב השאלה, האם אמנם דברי רבה נועדו להסביר את טעמה של ההלכה המחייבת את המודה במקצת שבועה, או שמא דבריו ביקשו להשיג מטרה צנועה יותר: להסביר מדוע אין המודה במקצת פטור משבועה, מתוך שיכול היה לכפור בכול? עיון בשיטות הראשונים, תוך התמקדות בקשיים השונים שהן מעוררות, מביא את הרב שמואל טל למסקנה, שמחלוקת הראשונים בהבנת משמעות דברי רבה, יסודה במחלוקת עקרונית במחשבת ההלכה, החורגת מגבולותיהן של הלכות השבועה: האם ובאיזה תנאים רשאים הפוסקים לדרוש טעמי מצוות? ומהן ההשלכות שאותן ניתן ללמוד מטעמים אלו?

“שבועת ה' תהיה בין שניהם” –

השימוש בשבועה לשם השבת האמון בין בעלי הדין

התפיסה המקובלת לגבי חיוב השבועה היא, שהחיוב נועד לסייע ביד בית הדין בבירור האמת. לפי תפיסה זו, השבועה היא מעין ראיה זוטא, בית הדין הוא התובע את השבועה, מכוח הסמכויות שהעניקה לו התורה, לחקור את בעלי הדין על מנת להגיע לבירור האמת. על תפיסה זו מבקש הרב יאיר פרנק לערער במקצת, ולהוכיח ממקורות שונים, שיש ולשבועה תפקיד שונה בתכלית. יש והשבועה אינה חלק מן ההליך הדיוני בפני בית הדין, אלא היא הליך חיצוני, הנועד ליישב את הסכסוך בדרכי שלום מחוץ לכותלי בית הדין, תוך שימוש בשבועה ככלי להשבת האמון בין בעלי הדין.

הכרעה על פי ראיות חיצוניות

א על פי ריבוי הראיות ומשקלם יתבררו הדברים, ולא יזוה צד אשר ייפול ערך הראיות, אם מצד הריבוי או מצד המשקל, שם תהיה ההכרעה, וכן יקום דבר...

מצד ריבוי הראיות שווים כל בני אדם בשכלם, אם רק לב מבין למו, להבין הראיות במתכונתם. אכן, מצד המשקל, שונים רוח בני אדם זה מזה, והוא הוא שיקול הדעת, אשר דעתם של בני אדם נפרדת למרבה.

רבי ישראל מסלאנט, אור ישראל, הערה לסעיף ל

מבוא להלכות עדות: כללים נוקשים ושכנוע הלב – עיון בשיטת הרמב"ם

הרב מיכאל בריס

- א. כללי ראיות והלכות עדות: הקושי המושגי
- ב. עדות בדיני ממונות: שיטת הרמב"ם
- ג. עדות בדיני נפשות: שיטת הרמב"ם
- ד. שקילת הראיות: עמדת החולקים
- ה. ידיעה, הלכות נבואה ודיני הראיות
- ו. גמישות וקשיחות: בין דיני ראיות ודיני עונשין הלכה למעשה

א. כללי ראיות והלכות עדות: הקושי המושגי

דיני הראיות שבהלכה כוללים פירוט רב והתייחסות למקרים פוטנציאליים רבים. עמוד השדרה של הלכות אלה הוא כללי כשרות העדים. ביסודם, כללים אלה הם גזירות הכתוב הנלמדות בדרשות חז"ל, אך לא נעלם מהם לחלוטין גם ממד אומדן האמינות של העדים. כך אנו מוצאים, לצד דרשות חז"ל הפוסלות עדות קרובים,¹ גם פסולים הנובעים מרשעתו של האדם,² או מהתנהגות המחשידה את העד בחוסר אמינות. פסול 'רשעה' חל הן על עבריינים במכלול העבירות שעונשן הוא גופני,³ והן על אנשים שאין לסמוך עליהם בענייני ממון⁴ – בין משום רשעתם בתחום זה ('עדי חמס') ובין משום התנהגויות אחרות שאינן הולמות, המערערות את אמינותו של העד.⁵ קביעות אלה – של כשרות או של פסול – מניבות בדרך כלל תשובה פשוטה וחד משמעית: העדות קבילה או אינה קבילה. עם זאת, עולה שאלת יסוד ביחס למערכת כללים זו, שאלה האופיינית למערכות כללים הקבועות מראש: בהנחה שתפקידם של העדים הוא לאפשר לבית-הדין לפעול גם כאשר

* הרב מיכאל בריס, ראש כולל, מכון 'משפטי ארץ', עפרה.

1. סנהדרין כז, ב-כח, (ושם: "הכא משום איקרובי דעתא הוא"); רמב"ם עדות ט, א; שם פרקים יג-יד.
2. רמב"ם שם ט, א; י, א.
3. שם שם ב-ג.
4. שם שם ד.
5. שם שם ד-ה; שם פרקים י-יא.

הדיינים עצמם לא ראו את המעשה הנידון, ומשום כך אין ידיעתם ברורה לגבי האירוע המסוים;⁶ ובהנחה שמטרה מרכזית של דיני העדות היא להבטיח את חקר האמת – כיצד אפשר למנוע מראש עדויות מסוימות, להפחית על ידי כך את כמות המידע המצויה בפני הדיינים, ו"לסכן" את מידת האמת של ההכרעה השיפוטית? השאלה עולה, אולי ביתר שאת, גם בתחומים שבהם נראה שהתורה פוסלת עדות משום "חשש משקר", קרי משיקולי אמינות. שכן, אין אפשרות לחזות כל מקרה לגופו, וייתכנו מקרים שבהם מי שעדותו נפסלה נראה אמין ביותר בעיניו של הדיין.⁷ מדוע מנעה ממנו התורה להפעיל את שיקול דעתו במקרים אלה?⁸

שאלה זו נשאלה בעולם המשפט הכללי זה מכבר, ואכן, שיטות משפט בנות-ימינו עוברות מכללי קבילות ומהימנות לבחינת משקלן של הראיות.⁹ שומה עלינו אפוא לשאול גם אנו, במגבלות הקיימות על דרישת טעמו של מקרא: מדוע מציבה התורה כללים של קבילות ושל מהימנות ואינה מותירה את שקילת מהימנותו של מכלול הראיות כולו בידי הדיין? תורה היא, וללמדה ולשאוף להבינה אנו צריכים.

גישה אחת לפתרון שאלה זו היא לתקוף את ההנחות השונות, שעליהן היא מתבססת. ניתן לשלול את ההנחה שתפקידם של העדים הוא לסייע לדיינים ב"ידיעת" האירוע. הנחה הפוכה תאמר שהתורה אינה מעוניינת ליצור תשתית כלשהי של ידיעה, אלא של ביצוע. לפי הנחה זו, העדים מעידים והדיינים פועלים על פיהם – אך אין כל ניסיון לומר שאכן דבריהם של העדים משקפים את האירוע עצמו "כפי שהוא קרה". חיזוק לגישה זו ניתן למצוא בקביעה שאין חפיפה מלאה בין כללי קבילותם של העדים לבין שאלת מהימנותם. משה ואהרון פסולים מלהעיד יחד, אף שהם מייצגים את המופת לאמירת האמת המדויקת

6. ראש השנה כהב: "שלא תהא שמיעה גדולה מראיה".

7. הרמב"ם הקפיד להבחין בנקודה זו בין רשעים לבין אלה שהתנהגותם מחשידה אותם והם "בחזקת רשע". בעיקר אלה הם הפסולים המנויים במשנה (משנה סנהדרין ג, ג; משנה קידושין א, י על פי קביעתו של רבי יוחנן שם). בכלום הוא מדגיש את פסול העדות כהנחה הניתנת לסתירה, ובכולם הדגיש כי "סתמן פסולים" –

רועים: "שחזקתן פושטין בגול ומניחים בהמתם לרעות בשדות ובפרדסים של אחרים".

מוכסין: "מפני שחזקתן ליקח יתר מדבר הקצוב להם בדין המלכות".

מפריחי יונים בישוב: "מפני שחזקתן שגזולין יונים של אחרים בחינם".

סוחרים שביעית: "שחזקת אלו אוספין פירות שביעית ועושין בהן סחורה".

המשחק בקוביא: "הואיל ואינו עוסק בישובו של עולם בחזקת שאוכל מן... אבק גול" (רמב"ם עדות י, ד).

"מי שאינו לא במקרא ולא במשנה ולא בדרך ארץ הרי זה בחזקת רשע... שכל מי שירד עד כך חזקה שהוא עובר על רוב העבירות שיבואו לידו" (שם יא, א).

8. השווה מורה הנבוכים ג, לד.

9. השווה סעיפים 2, 7 ופרק ד לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א – 1971 (להלן: פקח"ד). לדיון יסודי ראה: ד' מנשה, "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיוות בדבר מקצועיות השפיטה", הפרקליט מג (א-ב, תשנ"ז) 83 ובייחוד הערות 8-1 שם, ובייחוד: א' הרנון "היש מקום למהפכה בדיני הראיות" משפטים יב (תשמ"ג) 575, 578 ובהערה 14 שם; א' שטיין "סעיף 10א לפקודת הראיות ופסקתו של בית-המשפט העליון" משפטים כא (תשנ"ב) 343, 325 ואילך; (1987) 245 Isr. L. Rev. (1987) 245 A. Stein "Bentham, Wigmore and Freedom of Proof".

ביותר.¹⁰ מגדולי האחרונים ראו בדבריו של הרמב"ם מקור לגישה זו,¹¹ אך להלן נבקש להראות שדבריו של הרמב"ם מכוונים לנקודה שונה מזו במקצת. יש אף מי שרואה בעדים עצמם חלק מהגורם השיפוטי,¹² אולם אנו נישאר נאמנים להבנה הפשוטה של מטרת דיני העדות – הבאת ידיעות אודות האירוע בפני בית-הדין, שהוא הגורם המכריע.

ניתן לתקוף גם את ההנחה האחרת, שסברה שתפקידם של דיני העדות הוא להבטיח את מהימנותה של העדות עצמה ואת דיוקה של התוצאה המשפטית. מנגד, הנחה מנוגדת תאמר שדיני העדות נועדו להגן על ערכים אחרים, חלקם נראים גלויים יותר וחלקם פחות גלויים לעינינו, בבחינת גזירות הכתוב. בין כה וכה לא נוכל, לפי גישה זו, לתמוה על צמצום מקורות המידע לאור דיני העדות, אלא לראות בכך קביעה של תורה שגם במחיר של פגיעה בדיוק פסק הדין – עדיין יש להגביל את מקורות המידע הללו.¹³

ייתכן ויש למצוא דוגמה לכך במצווה: "לא יומתו אבות על בנים, ובנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומתו."¹⁴ חז"ל למדו מפסוקים אלה את היסוד של פסולי קורבה – "בנים לא יומתו על ידי עדות אבות."¹⁵ הגמרא קובעת, כאמור, שזו "גזירת מלך", ואין הפסול נגזר משיקולי מהימנות, שכן –

משה ואהרן לחותנם משום דלא מהימני הוא? אלא גזירת מלך הוא שלא יעידו.¹⁶

10. **בבא בתרא** קנט,א; **תוספות** זבחים קג,א ד"ה אין לי; **רמב"ן רשב"א וריטב"א** לכתובות כה,א-כה,ב.

11. **אמרי בינה** חו"מ דיני עדות א –

הא דכתיב בתורה "על פי שנים עדים או שלשה עדים יקום דבר" מבואר בדברי הרמב"ם הלכות יסודי התורה (פ"ה ה"ב) שהוא מצד חק התורה וגזירה דאורייתא לומר שכן הוא ולדון על פי דבריהם לא שנאמר שכן הוא האמת הברור...

ועם זאת, לא שלל לחלוטין את אמת-המידה של מהימנותם של העדים, כפי שממשיך לבאר את תפקיד הדרישות והחקירות –

מהאי טעמא גזרה התורה לדרוש ולחקור בדבריהם בשבע חקירות... ועיי"ש בפירוש המשנה לרמב"ם ז"ל שכתב ח"ל: ואם אמרו בחקירות [איני יודע] אי אפשר בהם הזמה בשום פנים ולפיכך עדותן בטילה, ונאמר עדות שקר הוא וזה שאומר בחקירות איני יודע הוא כדי שלא תתקם עליהם הזמה עכ"ל. ולכאורה למה אמר הרמב"ם ז"ל דנאמר עדות שקר הוא ולא סגי ליה לומר דגורת הכתוב הוא דבעינן שיבררו החקירות כדי שיהיו יכולין להזימן ולקיים בהו הזמה, ומה לי אם שקר אומרים או אמת, הא זה מחוק התורה דבעינן לקיים בהו דין הזמה כדכתיב "ועשיתם לו כאשר זמם..." דזה תנאי התורה להאמין שני עדים במקום דמגבילין הזמן ואינם יראים שיותמו, ואף דל"ש לקיים בהם דין הזמה אמרינן עדות שקר מ"מ יתפסו לשקרנים ויראים גם מזה – או האמינם התורה, אבל כשאומרים איני יודע עדותן בטילה.

12. (5763) [15], *[7], **Diné Israel** 22 "The Role of Witnesses in Jewish Law" S. Ettinger. והשווה הג"ר שמעון שקאפ, **שערי ישר** ז, א.

13. להבדיל, כך גישתו של המחוקק הישראלי, אשר הכשיר קרובים, שלא כדין תורה, ואף על פי כן פסלם במקרים מסוימים, יחד עם חסינות אחרים, ראה טעיפים 2-6 ופרק ג לפקה"ר.

14. דברים כד, טז.

15. **סנהדרין** כו,ב.

16. **בבא בתרא** קנט,א.

אכן, הרמב"ם מדגיש נקודה זו, ומפרש שהתורה מבליטה את גזירת הכתוב דווקא על רקע המהימנות העדיפה של קרוב שבא להרשיע בדיני נפשות –

והמצוה הרפ"ז היא שהזהיר הדיין מקבל עדות הקרובים קצתם על קצתם או קצתם עם קצתם... והוא הדין לדיני ממונות, ואמנם זכר אלו בדיני נפשות על צד הגזומא שלא נאמר אחר שזה אבוד נפש אל נחשוד הקרוב בו אבל נעשה בעדותו אחר שעדותו הוא לאבוד נפש קרובו ואין זה מקום חשד, ולפיכך לקח למשל החזק שבקרובים וגדול האהבה והיא אהבת האב לבן. והנה יאמר אחר שאין מקבלין העדות האב על הבן ואפילו היתה לחייבו מיתה – כל שכן שאר קרובים שלא יקובלו. וזה גזרת הכתוב אין לה טעם בשום פנים. ודע זה.¹⁷

העובדה שאין האיסור להמית אבות על בנים ובנים על אבות מוגבל לשיקולי מהימנות עולה גם מכך שמקרא זה אינו יוצא מידי פשוטו, ומקרא אחר מעיד על אמציה מלך יהודה שקיים הלכה זו כפשוטה –

ויהי כאשר חזקה הממלכה בידו, ויך את עבדיו המכים את המלך אביו. ואת בני המכים לא המית, ככתוב בתורה משה אשר צוה ה' לאמר: לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות כי אם איש בחטאו יומת.¹⁸

התורה שוללת בכך סמכות שהייתה מקובלת בידי מלך, ואפשרה לו לגדוע התקוממויות באיבן, כדברי רבי עובדיה ספורנו –

לא יומתו אבות על בנים, אפילו על חטא המורד במלכות ישראל, שמנהג המלכים הקדמונים היה להרוג גם את בניהם (=של המורדים) שלא יקומו לשונאיהם למלכות... מ"מ אסרה תורה למלכי ישראל להרוג זה בשביל זה בחמלת ה' על עמו.¹⁹

17. ספר המצוות לא תעשה רפז.

ספר החינוך, ההולך בדרכו של הרמב"ם במניין המצוות ואף מביא את דבריו אלו בפתיחה למצווה תקפט, ממשיך ונותן טעם למה שהרמב"ם כינה "גזירת הכתוב שאין לה טעם בשום פנים", ביטוי שהחינוך השמיט –

משרשי המצוה לפי שיעקר כל ענייני בני אדם תלויין בעדות אנשים... ועל כן רצה המקום להרחיק ממנו לבלתי עשות דין בין בני אדם רק בעדות חוק אמתי נקי מכל חשד. ולחזוק ענין זה הרחיק כל עדות הקרובים אף בחיוב, פן תפושט הרגל עדותן זה על זה לקבלו אף לזכות. והענין הזה הוא מדרכי התורה השלמה, שתרחיק לעולם המכשולות והדברים הקרובים להמצא בהם ההיזק אל בני אדם. ועוד נמצא לנו תועלת אחר בדבר, כי מהיות הקרובים שוכנים תמיד זה אצל זה ישיבתם וקימתם יחד, אי אפשר להן להנצל שלא יתקוטטו זה עם זה לפעמים, ואילו יאמינו בעדותן זה על זה אולי כבעסם תמיד אלו עם אלו תעלה חמתם לפי שעה ויבואו לפני הדיין ויחייבו את ראשם למלך, וכשוך החמה כמעט שיחנוק עצמו הקרוב מדאגתו על קרובו ועל מעשהו, וכל דרכי השם ישרים (ספר החינוך תקפט).

בעל החינוך חזר ומשתית את פסול הקרבה של עדים על עקרונות של מהימנות – בין בתור הרחקה ממצב שבו יעידו לטובת הקרוב, ובין בתור מניעת התנקמות מאנשים המתחככים זה בזה תדיר.

18. פרשת בני אחאב, מלכים ב, י, א-יד; פרשת עתליה, שם יא, א-ג. השווה פרשת בני שאול, שמואל ב, כא, א-יד; פרשת בני גדעון, שופטים ח, ל – ט, ה.

19. ספורנו דברים כד, טז.

נמצא, שלפי פשוטו אין הכתוב עוסק בדיני עדות, אינו מגביל כלל את דיני העדות ובוודאי לא משיקולים של מהימנות. ועם זאת, דומה כי קיים קשר עמוק בין שתי ההלכות – זו הפוסלת עדות קרובים על פי דרשת חז"ל, וזו המונעת ענישת אדם על חטא קרובו לפי פשוטו של מקרא. בשתיהן התורה מבליטה את אחריותו הבלעדית של היחיד לתוצאות מעשיו. זהו עיקרון מוסרי שמלמדת אותנו התורה, והיא שמכתיבה את המגבלות המשפטיות ואף את דרכי דרשת חז"ל. כך מצאנו אף בדיני שמים, כפי שהודגש בנבואותיהם של ירמיה ויחזקאל כנגד דבריהם של המלעזים סמוך לתקופת החורבן הראשון –

בימים ההם לא יאמרו עוד: אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כי אם איש בעונו ימות, כל האדם האוכל הבוסר תקהינה שיניו.²⁰
מה לכם אתם משלים את המשל הזה על אדמת ישראל לאמר: אבות אכלו בוסר ושיני הבנים תקהינה. חי אני נאום ה' אלוהים אם יהיה לכם עוד משל המשל הזה בישראל... ואמרתם מדוע לא נשא הבן בעון האב ואב לא ישא בעון הבן, והבן משפט וצדקה עשה, את כל חקותי שמר ויעשה אותם – חיה יחיה. הנפש החוטאת היא תמות, בן לא ישא בעון האב ואב לא ישא בעון הבן – צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת הרשע עליו תהיה.²¹

בדומה לכך, גם בהליך המשפטי ייתכן והתורה רואה עוול מוסרי (או פגם אחר) בכך שאב יעיד לרעת (או לטובת) בנו או להיפך, כשם שאין אדם משים עצמו רשע. אכן, התרגום הירושלמי משלב בין דרשת חז"ל ובין פשוטי המקראות –

לא יתקטלון אבהן לא בטהרות ולא בחובי בנין, ובנין לא יתקטלון לא בטהרות ולא בחובי אבהן – איש בחוביה על סהדין כשרין יתקטלון.²²

בין אם נצליח לזהות את טעמו של מקרא במצווה זו ובין אם לאו,²³ עצם כריכת שתי המשמעויות יחדיו מצביעה על כך שמצווה זו אינה באה לקבוע אמות מידה של מהימנות

רשב"ם רואה במצווה זו בסיס לשלילת ענישה של קרובים עבור עבירות קרוביהם בבית הדין בכלל, ולא רק בהקשר הדומה לזה של המלך אמציה, והמקרא מבחין, לדבריו, בין ענישה בידי בית דין לבין ענישה בידי שמים –

ובנים לא יומתו על אבות. בבית דין... אבל הקב"ה פוקד עון אבות על בנים, כשאוחזים מעשה ידי אבותיהם בידיהם, וכדכתיב "אבות אכלו בוסר ושיני [ה]בנים תקהינה", לאבד נחלת אבות, אבל לא על ידי בית דין (רשב"ם דברים שם).

20. ירמיהו לא, כח-כט.

21. יחזקאל יח, ב-ג; יט-כ.

22. שם.

23. ובשאלה של מתן טעם לגזירות הכתוב בעניינים אלו, השווה דברי הרמב"ם לגבי הודאת עצמו (סנהדרין יח, 1) –

גזרת הכתוב היא שאין ממיתין בית דין ולא מלקין את האדם בהודיית פיו אלא על פי שני עדים... שמה נטרפה דעתו בדבר זה, שמה מן העמלין מרי נפש המחכים למות שהן תמיד תוקעין החרבות

בלבד, אלא עיקרון כללי יותר. ואם כן היה מקום לדחות בכך את ההנחה של שאלתנו, לאמור: ייתכן ואין להציג את הלכות העדות כמבטיחות את דיוק פסק הדין, אלא כמשקפות עקרונות אחרים – חלקם אולי גלויים וחלקם לא – ומשום כך אין לתהות בדבר צמצום המידע שבידי בית-הדין. אף כי דרך זו אפשרית, אבקש להראות שלרמב"ם זהו תיאור חלקי בלבד של מכלול דיני הראיות. אכן, פסול הקרובים – "גזירת הכתוב שאין לה טעם בשום פנים" הוא, ולא משקף ערכים גלויים לעין, בדומה למה שביקשנו להראות מפשוטו של מקרא. להלן נבקש לטעון גם טענה חזקה מזו, והיא שגזירת כתוב זו, יחד עם מכלול הלכות העדות, אינן הדרך הראשונית של הכרעה בדיני ממונות.

ב. עדות בדיני ממונות: שיטת הרמב"ם

דומה שהרמב"ם חזה קשיים אלה, ופתר אותם באופן עקרוני, תוך שהוא מבחין בין דיני ממונות לדיני נפשות, הבחנה המזכירה לענייננו את ההבחנה שבין הדין האזרחי והפלילי. הרמב"ם קובע כי אכן מדין תורה, עיקר ההכרעה השיפוטית בדיני ממונות היא על פי מידת שכנועו של הדיין. למעשה, דיני הראיות נועדו רק כפתרון משני – למקרים שבהם אין לדיין שכנוע כזה. או אז, עליו להזדקק לדבריהם של העדים בלבד, תוך הפעלה של כללים קבועים מראש. בשפה בתימינו נאמר ששיטת המשפט ההלכתית בדיני ממונות מנצלת, לפי הרמב"ם, את שני המרכיבים של הבריור העובדתי-משפטי, תוך קביעת דירוג ביניהם: (א) 'משקל הראיות' הוא המרכיב העיקרי של הבריור העובדתי בידי הדיין, כאשר אכן הדיין משתכנע מראיות אלה **לחלוטין**;²⁴ (ב) 'כללי קבילות ומהימנות' חלים כאשר אין הראיות מביאות לידי שכנוע שכזה. אולם כאשר מופעלת האופציה העיקרית – השכנוע – אין תחולה לדיני הראיות ואין מניעה מלקבל ראיה גם אם היא נוגדת את כללי הראיות. כך יש להבין את דברי הרמב"ם במספר מקומות –

בבטנם ומשליכין עצמן מעל הגגות כך זה יבוא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג, וכללו של דבר גזרת מלך היא.

הרמב"ם פלל, פרט וחזר וכלל על מנת ללמדנו את היחס שבין החיפוש הישר של טעמי ההלכות מחד, ואת הכפיפות העקרונית לגזירות מלך מאידך. מעניין שהרדב"ז במקום שב ובוחר את טעמה של הלכה זו –

וכללו של דבר גזירת מלך היא ואין אנו יודעים הטעם. ואפשר לתת קצת טעם, לפי שאין נפשו של אדם קניינו אלא קנין הקב"ה, שנאמר: הנפשות אני עשיתי ("ונשמות אני עשיתי": ישעיהו נז, טז); "כל הנפשות לי הנה": יחזקאל יח, ד) הלכך לא תועיל הודאתו בדבר שאינו שלו... עם כל זה אני מודה שהיא גזרת מלכו של עולם ואין להרהר.

לטעם נוסף לפסול עדות קרובים, ראה דברי המהר"ל (**נצח ישראל** נז, **חידושי אגדות** לע"ז גא ד"ה ואמרו), וראה גם: הר"ז זכריה יחי' אביגד שרעבי, **משפטי אמת** (תל-אביב, תשכ"ו) – משפט אמת לסי' לג.

24. שלא כמשפט האזרחי, המסתפק במאזן ההסתברויות שבין הצדדים – ומותר את המבחן "למעלה מכל ספק סביר" לתחום הפלילי בלבד. ההלכה דורשת, לפי הרמב"ם, מבחן נוקשה יותר בשני התחומים: "למעלה מכל ספק סביר" בדיני ממונות, ועדות שני עדים כשרים בדיני נפשות.

יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אף על פי שאין שם ראיה ברורה, ואין צריך לומר אם הוא היה יודע בודאי שהדבר כן שהוא דן כפי מה שידע.²⁵

ביטוי לכך קיים כבר קודם לכן בתיאור הליך הכרעת הדין –

...ומצדיק את הדין בלבו ואחר כך יחתכהו.²⁶

בתיאור של ההכרעה בדיני ממונות, שולל הרמב"ם מהעד את האפשרות להעיד מכוח ידיעה בלבד, אך עולה מדבריו שקיימת אפשרות כזו בהכרעת הדין –

מי שהעידו לו אנשים רבים וגדולים בחכמה וביראה שהם ראו פלוני שעבר עבירה פלונית או שלוח מפלוני, אף על פי שהוא מאמין הדבר בלבו כאילו ראהו, לא יעיד עד שיראה הדבר בעיניו או יודה לו הלוחה מפיו ויאמר לו: 'היה עלי עד'. שנ' "או ראה או ידע" (ויקרא ה, א), ואין לך עדות שמתקיימת בראייה או בידיעה אלא עדות ממון.²⁷

זהו עיקרון כללי של הפקדת שיקול דעת בידי הדיין בבחינת משקלן של הראיות –

ואין לדיין אלא מה שדעתו סומכת עליו, כמו שביארנו בהלכות סנהדרין.²⁸

הרמב"ם ממשיך ומביא את הדוגמאות, המבוססות על סוגיית הגמרא בכתובות,²⁹ לכך שאין תחולה לדיני הראיות במקרים של שכנוע פנימי של הדיין –

כיצד? הרי שנתחייב אדם שבועה בבית דין, ואמר לדיין אדם שהוא נאמן אצלו ושדעתו סומכת על דבריו, שזה האיש חשוד על השבועה – יש לדיין להפוך השבועה על שכנגדו, וישבע ויטול, הואיל וסמכה דעתו של דיין על דברי זה. אפילו היתה אשה או עבד נאמנים אצלו, הואיל ומצא הדבר חזק ונכון בלבו סומך עליו ודן; ואין צריך לומר אם ידע הוא עצמו שזה חשוד;³⁰

וכן אם יצא שטר חוב לפניו ואמר לו אדם שסמך עליו אפילו אשה או קרוב: 'זה פרוע הוא', אם סמכה דעתו על דבריו יש לו לומר לזה: 'לא תפרע אלא בשבועה', או אם היה עליו שטר חוב לאחר – יתן לזה שלא נפגם שטרו כלל, ויניח זה שנפגם שטרו בדברי האחד, או ישליך השטר בפניו ולא ידון בו כפי מה שיראה;³¹ 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

25. רמב"ם סנהדרין כד, א.

26. שם כא, ט. והשווה שם כג, ו: "צריך שיהיו שני בעלי דינין שווין בעיני הדיין ובלבו".

27. שם עדות יז, א.

28. שם שאלה ופיקדון ו, ד.

29. כתובות פה, א.

30. מעשה דרבא ובת רב חסדא, שם; ראה להלן עמוד 56, ואילך.

31. מעשה ומימרא דרב פפא, שם.

אמוד להיות לו חפץ זה וסמכה דעתו שאין זה החפץ של מת – מוציאו מן היורשין ונותנו לזה האמוד בו ונתן סימנים;³² וכן כל כיוצא בזה.³³

הרמב"ם מסיים את דבריו בעיקרון הכללי שהוא מחלף ממקרים אלה – שהוא למעשה פרשנותו בהסבר סוגיית הגמרא –

ש אין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת.

אולם גישה זו נראית כמערערת את העיקרון הבסיסי בדיני תורה: "על פי שני עדים או על פי שלשה עדים יקום דבר" (דברים יט, טו; וראה שם יז, ה), ויתר הלכות עדות החלות גם בדיני ממונות.³⁴ על מנת ליישב בין קביעתו זו ובין מכלול דיני העדות, הרמב"ם גם קובע את תפקידן של שתי מערכות הכרעה אלה, ואת ההיררכיה שביניהן –

אם כן למדה הצריכה תורה שני עדים? שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן, אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר.³⁵

הכלל המחייב שני עדים כשרים נועד למקרים שבהם אין הדיין יודע אם באמת העידו אם לאו. שיקול הדעת של דיין אינו, אפוא, "חלופה" בלבד, הכשרה בהעדר עדים כשרים כבדיעבד. אדרבה, הוא הבחינה הראשונה שעושה הדיין לחומר הראיות שלפניו. גזירת הכתב חידשה, שגם אם חומר הראיות אינו מספיק כדי "לקבוע הדבר בלבו" של הדיין, ניתן לקבלו בכפוף לדיני הכשרות והפטול.

יתירה מזו, שיקול הדעת של הדיין אינו מושעה גם כאשר הוא נזקק לכללים הקבועים של הלכות עדות. גם במקרה זה אין אפשרות "לתלות את הקולר בדברי העדים", שכן אין לעדים תפקיד שיפוטי (במובחן מתפקיד מעשי) בהליך זה. האחריות כולה רובצת על הדיין עצמו, ובמקום A בו אין העדות נראית לו אמינה, אין הוא רשאי להשעות את שיקול דעתו ולהסתתר מאחורי כללים פורמליים. הרמב"ם מדגיש את דעתו ואת לבו של הדיין כבקרה על עדותם של העדים וכמכריעים בהליך פסיקת הדין –

ומנין לדיין שהוא יודע בדין שהוא מרומה שלא יאמר: אחתכנו ויהיה הקולר תלוי בצוארי העדים? תלמוד לומר "מדבר שקר תרחק" (שמות כג, ז). כיצד יעשה? ידרוש בו ויחקור הרבה בדרישה ובחקירה של דיני נפשות אם נראה לו לפי דעתו שאין בו רמאות חותך את הדין על פי העדות אבל אם היה לבו נוקפו שיש בו רמאות או שאין דעתו סומכת על דברי העדים אף על פי שאינו יכול לפסלן או שדעתו נוטה שבעל דין זה רמאי ובעל ערמה והשיא את העדים אף על פי שהם כשרים ולפי תומם העידו וזה הַטְעָם או שנראה לו מכלל הדברים שיש שם דברים אחרים מסותרין ואינן רוצים לגלותם – כל אלו הדברים וכיוצא בהן אסור לו לחתוך אותן

32. מעשים דרבי אמי, רב נחמן ורבי אבא, שם.

33. רמב"ם סנהדרין כד, א.

34. שם עדות ה, א, על פי ספרי דברים יט, טו; משנה סנהדרין ד, א: "אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות... מה בין דיני ממונות לדיני נפשות...".

35. רמב"ם סנהדרין כד, א.

הדין אלא יסלק עצמו מדין זה וידיננו מי שלבו שלם בדבר, והרי הדברים מטורים ללב והכתוב אומר "כי המשפט לאלהים הוא" (דברים א, יז).³⁶

עם זאת, נראה שקיים קושי מסוים בהצגה זו של שיטת הרמב"ם. לפי קביעתו שיש לתת עדיפות לשיקול דעתו של הדיין על פני כללי העדות הפורמליים, היינו מצפים שהדיין יוכל להכריע אף כנגד בעל הדין הרמאי. במקום זאת, הרמב"ם קובע רק איסור והימנעות: "אסור לו לחתוך את הדין, אלא יסלק עצמו מדין זה". לא נקבע על ידי הדיין הזה כל פסק דין חיובי, העשוי לחסום את הרמאי מלהצליח בפני דיין אחר. אדרבה, הפתח נותר: "וידיננו מי שלבו שלם בדבר", אף שעלולה להיות בידינו של זה השני טעות.³⁷ גם המקרים שבסוגיית כתובות, שעליהם התבסס הרמב"ם בתחילת פרק כד, אינם חד משמעיים בקביעה שבידי הדיין לחרוץ דין ממוני על סמך שכנועו הפנימי בלבד.³⁸ בשני המקרים הראשונים שציינן, תפקידו של השכנוע הפנימי של הדיין היה להפך את נטל הראיה, ולא לשמש תחליף לראיה עצמה. כך מתהפכת השבועה, והשטר מאבד את כוח הראיה שבו – כל אלה על ידי עדות פסולה, אך אין הוצאת ממון ישירה על סמך עדות פסולה לבדה.³⁹ אכן במקרה השלישי אף "מוציאו מן היורשין ונותנו לזה". ואף כאן ניתן להציג את המקרה כערעור חזקת הממון של היתומים,⁴⁰ וכמניעה מהחלת כלל ברירת המחול: "המוציא מחברו עליו הראיה".

36. שם כד, ג.

37. לעומת זאת, "כשהיה רואה הרא"ש באומדנא דמוכח שהדין מרומה, היה כותב ונותן ביד הנתבע שאין לשום דיין להשתדל בדין זה", שולחן ערוך חו"מ טו, ג, על פי שו"ת הרא"ש סח, ב. הסמ"ע (שם, יב) למד שנחלקו הרמב"ם והרא"ש בשאלת נקיטת מעשה חיובי כגון זה, ותולה זאת במידת החקירה והדרישה אודות מעשה המרמה, שבה נחלקו הרמב"ם והרא"ש גם כן, לפי דבריו. הגר"א סבור, עם זאת ש"בזה אף הרמב"ם מודה, דלא כסמ"ע" (באור הגר"א שם, י).

38. ראה להלן, עמוד 56 ואילך.

39. וכך למדו חלק מהאחרונים, תוך התייחסות גם למקרה השלישי שבדברי הרמב"ם –

ונראה דלא מהני אומדנא רק לענין לאורועי שטרא. תדע דאמרינן בפרק הכותב קרענא סלקא דעתך. והא דמהני אומדנא להוציא מיתומים, נראה דוקא אומדנא שהיא אומדנא לכל העולם, ובדבר שהוא אומד של כל העולם אין זה בגדר עדות... אבל בדבר שהוא רק ידוע להדיין פסלו רחמנא בגזירת הכתוב (נתיבות המשפט טו, ב).

והנראה דהנה ממה שכתב הרמב"ם... השלשה אופנים מוכח דלהוציא ממון עפ"י אומד אינו יכול הדיין מרכתב אלו השלשה אופנים, ועוד דהא בהוציא שטר חוב לפניו ואמר לו לזה אל תפרע אלא בשבועה והחידוש הוא שמחייב להמלוה שבועה אע"פ שהאומר הוא קרוב... וגבי אומר לו אחד על המחויב שבועה שהוא חשוד זה ג"כ אינו הוצאת ממון בפני[רוש], דכיון שהוא מאמין שהוא חשוד א"א לו להשיעו דאין מוסרין שבועה לחשוד (אבן האזל סנהדרין כד, א)

וראה גם דבריו:

ונראה דדעת הרמב"ם דאומד הדיין אינו עושה דין ודאי להוציא ממון אלא מהני לעשות ספק, ובאמת לא עדיף אומד הדיין מאומדנא דר' אחא (שם נוקי ממון ח, יד).

וראה גם להלן עמוד 59.

40. וביחוד שהרמב"ם נקט דין זה דווקא לגבי יתומים או נפטר ללא צוואה, ראה גם רמב"ם (שאלה ופיקדון ג, ד); ואבן האזל כאן ושם (ד"ה ולכן הביאור).

אך מכלול דברי הרמב"ם אינו מורה כן. הרמב"ם מציג את העיקרון העולה מסוגיה זו כעיקרון כללי כבתחילת הפרק: "יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי דברים שדעתו נוטה להן שהן אמת", ואף מעמיד מול כך את עצם הצורך בשני עדים: "אם כן למה הצריכה תורה שני עדים...".⁴¹ פשוטם של דברי הרמב"ם מורה, אפוא, שהוא ראה באומדן הדיינים תחליף לדיני הראיות אשר אף עדיף על פניהם, ולא הגביל דין זה למקרים של שינוי בנטל הראיה גרידא.

הרמב"ם קובע במפורש את מקומן המשני של עדות עדים ושל ההלכות המגבילות אותה באופן רחב, ולא רק בדיני ממונות. הרמב"ם מדגיש עיקרון זה גם בבואו לבאר את הסטייה הגדולה מדיני הראיות שיש למצוא בהתרת עגונות –

אל יקשה בעיניך שהתירו חכמים הערוה החמורה בעדות אישה, או עבד,⁴² או שפחה, או גוי המשיח לפי תומו, ועד מפי עד, ומפי הכתב, ובלא דרישה וחקירה כמו שביארנו – שלא הקפידה תורה על העדת שני עדים ושאר משפטי העדות, אלא בדבר שאין אתה יכול לעמוד על בוריו אלא מפי העדים ובעדותן, כגון שהעידו שזה הרג את זה, או הלווה את זה.

אבל דבר שאפשר לעמוד על בוריו שלא מפי העד הזה, ואין העד יכול להישמט אם אין הדבר אמת, כגון זה שהעיד שמת פלוני – לא הקפידה תורה עליו, שדבר רחוק הוא, שיעיד בו העד בשקר; לפיכך הקלו חכמים בדבר זה, והאמינו בו עד אחד, מפי שפחה, ומן הכתב, ובלא דרישה וחקירה – כדי שלא יישארו בנות ישראל עגונות.⁴³

לעומת זאת, כאשר אכן נדרשים לכללי הראיות, קרי: במקום שאין לדיין שכנוע פנימי אודות התשתית העובדתית שבפניו, אין "הנחות" –

אין הנוקין משתלמין ואין חייבין בכופר ואין הבהמה נהרגת אלא בראיה ברורה ובעדים הכשרים להעיד. שלא תאמר: הואיל ואין מצויין באוריות הסוסים וברפת הבקר וגדרות הצאן אלא העבדים והרועים וכיוצא בהן – אם העידו שבהמה זו היא שהזיקה את זו שומעין להן, או אם העידו קטנים או נשים שאדם זה חבל את זה או העידו בשאר נזקין סומכין עליהן – אין הדבר כן, אלא לעולם אין מחייבין ממון על פי עדים, עד שיהיו עדים הכשרים להעיד שאר עדיות ויעידו בבית דין ויחייבו בית דין המזיק לשלם.

41. אולם המשפט (ח"מ טו, ה) חולק משיקול אחרון זה על נתיבות המשפט הנ"ל: "פשוט דאין כן דעת הרמב"ם שמסיים: א"כ למה הוצרכה תורה עדים".

42. ראה שינויי נוסחאות במהדורת ש' פרנקל.

43. רמב"ם גירושין יג, כט.

ודוק: בעניין "עדותה" שלה שבעלה מת ציין הרמב"ם את החזקה "שאינה מקלקלת עצמה... שהדבר עשוי להיגלות לכל ואי אפשר להכחיש ולא לטעון טענה שאם הוא חי סופו לבא או יִנְדַע שהוא חי" (רמב"ם גירושין יב, טו), אך לגבי עד אחד או פסול לא ציין את החזקה, אלא "שהדבר עשוי להיגלות". האישה עצמה צריכה טעם נוסף לתמוך במהימנותה, משום שהיא נוגעת ישירות לתוכן העדות (שו"ת רשב"ש תקיב).

שור שהיה רועה על גב הנהר ונמצא שור הרוג בצדו, אף על פי שזה מנוגח וזה מועד ליגח, זה מנושך וזה מועד לישך – אין אומרין בידוע שזה נשכו וזה נגחו. אפילו גמל האחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו – אין אומרין בידוע שזה הרגו עד שיראוהו עדים כשרים.⁴⁴

הלכה זו מהדהדת גם בתשובתו של תרומת הדשן, שבה הוא קובע –

לאה ורחל חולקין בשביל מקומות בבית הכנסת של נשים, והביאה לאה שתי נשים שהמקומות שלה הן, ורחל הביאה איש א' מעיד שהמקומות שלה הן – איזה עדות עדיפא טפי, דשתי נשים או של איש אחד?

יראה דהאי דינא בחזקת המקומות תליא מילתא... ואע"ג דבעלמא אין עדות אשה כלום, בנדון זה דאינהו רגילי למידק טפי מאנשים מהימנינן להו שפיר... ונראה דבמקומות בהכ"נ של הנשים נמי אין האנשים רגילים לידע איזה מקומה של אשה זו ואיזו של זו.⁴⁵

בעל תרומת הדשן מתבסס על דברי הרמב"ם, תוך שהוא מבחין בין דיני נזיקין ובין המקרה שבו הוא דן. עצם הצורך של הרמב"ם, המפרש בכך – לפי בעל תרומת הדשן – את דברי הגמרא "בני חורין למעוטי עבדים, בני ברית למעוטי נכרים",⁴⁶ הוא משום שכיחותם של עבדים ושל נכרים באורוות ובמקומות המועדים לנזיקין.⁴⁷ מכאן הסיק בעל תרומת הדשן כי קיימת סברה להתחשב במציאות מיוחדת זו, ואף הסיק שגזירת הכתוב בדיני נזיקין היא ייחודית –

והשתא, כיון דשמעינן מן התנא דסברא לומר דכל היכי דהפסולים שכיחי טפי מן הכשרים יש להכשיר הפסולים, אע"ג דמסיק התנא דלא נשרינהו אית למימר הני מילי גבי נזיקין, משום דאי הימנינהו א"כ לא שביק חיי לכל בריה, דכל חשוד גולן ישכיר עבדים או נכרים או יפתה נשים או קטנים שיעידו לו שחבירו או בהמת חבירו הזיקו בק' מנה בכל יום. אבל לעולם נימא במילי אקראי כגון בגדי אלמנות או מקומות בבהכ"נ של נשים יש לנו לתפוס סברת התנא דיש להכשיר הפסולים.⁴⁸

בעל תרומת הדשן מדגיש בדבריו, שההסתמכות כאן על עדות נשים היא יוצאת דופן –

ואנו נמי לא הכשרנו הנשים לנ"ד אלא משום דקצת אי אפשר בע"א.⁴⁹

44. רמב"ם נזקי ממון ח, יג-יד.

45. שו"ת תרומת הדשן שנג.

46. בבא קמא טו, א, בביאור המשנה שם יד, ב.

47. "דנראים דבריו של רמב"ם שרוצה לתת טעם למה הוצרכו לגבי נזיקין להוציא עבדים ונכרים מכלל עדות טפי מכל התורה כולה, דמילתא דפשיטא היא דפסולין לעדות, ואהא יהיב טעמא דס"ד דנהימנינהו משום דאין מצינן שם אלא הן" (תרומת הדשן שם).

48. שם.

49. שם.

דיני העדות נותרו אפוא במקומם, ובהקשרים אחרים גם בקשיחותם. אולם גם לפי עמדתו של תרומת הדשן נראה שדעת הרמב"ם אינה לשלול את עצם השימוש בהערכת משקל הראיות. לפי הרמב"ם קיימת היררכיה בין מערכות ההכרעה. הראשונה מאופיינת בגמישות הכללים ובשקילת הראיות עד כדי שכנועו של הדיין. השנייה, שחלה רק כאשר אין שכנוע שכוה, אינה יכולה לעשות שימוש בגמישות ובשיקול הדעת – שכן אלה נכשלו בתפקידם. לדבריו, המערכת של דיני הראיות היא נוקשה דווקא משום שנוקקים לה כאשר אין אפשרות להפעיל שיקול דעת שכזה.

ג. עדות בדיני נפשות: שיטת הרמב"ם

לעומת ההעדפה של שקילת הראיות על פני כללי הקבילות הקבועים שבדיני ממונות, התורה מונעת הרשעה על פי מבחן זה במפורש בדיני נפשות.⁵⁰ לפי הרמב"ם קיימת הבחנה ברורה וחדה בין תחומים אלה.

והמצוה הר"צ היא שהזהירנו שלא לחתוך הגדרים באומד הדעת החזק ואפילו היה קרוב אל האמת.⁵¹

וכוונתו לשלול את השימוש באומד בדיני נפשות. כך מביא את דבריו הרמב"ן בהשגתו –

כתב הרב... שנמנענו מלקיים גבולי העונש באמתלאות חזקות...⁵²

והרמב"ם עצמו פוסק –

אין בית דין עונשין באומד הדעת אלא על פי עדים בראיה ברורה, אפילו ראוהו העדים רודף אחר חבירו להרגו והתרו בו והעלימו עיניהם, או שנכנס אחריו לחרבה ונכנסו אחריו ומצאוהו הרוג ומפרפר והסיף מנטף דם ביד ההורג – הואיל ולא

50. ראה ראש השנה כא, ב –

ביקש קהלת לדון דינין שבלב, שלא בעדים ושלא בהתראה, יצתה בתקול ואמרה לו: "וכתוב יושר דברי אמת" (קהלת יב, ז), "על פי שנים עדים וגו'".

הרמב"ם למד ככל הנראה שמבוקשו של קהלת היה בתחום דיני הנפשות, שכן רק שם נדרשת התראה. השווה ילקוט שמעוני (אסתר תרמו) ותרגום שני לאסתר (א, ב), הובאו דבריהם בשו"ת עמק הלכה (לגרי" בוימעל זצ"ל, ב, יד) עיי"ש בהרחבה. והשווה מחלוקת בעניין דומה לגבי מלך המשיח ברמב"ם (מלכים ומלחמותיהם יא, ג); אשר לדברי הראב"ד שם:

והלא בן כוזיבא היה אומר אנא הוא מלכא משיחא ושלחו חכמים לבדקו אי מורח ודאין אי לא, וכיון דלא עביד הכי קטלוהו.

ראה סנהדרין צג, ב ומצפה איתן שם.

51. ספר המצות לא תעשה רצ.

ספר החינוך (פב): "שלא יהרגו בית דין הנידון כי אם בעדים מעידים על אותו ענין שהוא נהרג עליו שעשה אותו בעיניהם ממש"; ספר הבתים (מהדורת הר"מ הרש"ר זצ"ל, ירושלים, תשמ"ג, אוהרה רצ): "הוזהרנו מלהביא העונשין באמתלאות חזקות ואפילו יהיו קרובים מן האמת". כן השימוש בספר המצות (לא תעשה רפח): "שהזהירנו שלא לחרות הגדרים או לחייב ממון בעדות עד אחד"; ראה ספר החינוך (תקכג): "נעמיד גבולי העונש בגוף הנענש"; ספר הבתים (אוהרה רפח): "להביא עונש".

52. השגות לספר המצות שם.

מבוא להלכות עדות: כללים נוקשים ושכנוע הלב – עיון בשיטת הרמב"ם ♦ 55

ראוהו בעת שהכהו אין בית דין הורגין בעדות זו. ועל זה וכיוצא בזה נאמר "ונקי וצדיק אל תהרג" (שמות כג, ז).⁵³

יש לראות את שתי ההלכות כמכלול אחד –

אין בית דין עונשין באומד הדעת אלא על פי עדים בראיה ברורה.

לעומת –

יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן... אף על פי שאין שם ראייה ברורה.⁵⁴

והמשותף לשני תחומים אלה הוא הצורך בשני עדים כשרים, כאשר אין נזקקים לאומד הדעת –

אין חותכין דין מן הדינין על פי עד אחד לא דיני נפשות ולא דיני ממונות.⁵⁵ המצוה הרפ"ח היא שהזהירנו שלא לחרות הגדרים או לחייב ממון בעדות עד אחד ואפילו היה בתכלית הכשרות.⁵⁶

אולם יש לעמוד גם על הנימוק שמציג הרמב"ם כבסיס להבחנה בין דיני ממונות לדיני נפשות. ההבדל אינו נובע מחוסר האמינות של מכלול הראיות או מעדיפות בערך ההוכחות של כללי הראיות הנוקשים על פני גישת שקילת הראיות. השיקול, על פי פרשנותו של הרמב"ם, הוא של מדיניות של תורה: החשש מפני אותו מדרון חלקלק ידוע, שראשיתו בהגמשה ושיקול דעת אך אחריתו המסוכנת מי ישורנה.

ולא תרחיק זה ולא תפלא מזה הדין, כי הדברים האפשריים מהם קרובי האפשרות מאוד ומהם רחוקי האפשרות ומהם אמצעיים בין זה לזה, ולאפשר רוחב גדול מאד. ואילו התיירה 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 ייחתך גדר העונש אלא כשיהיו העדים מעידים שהם ידעו בודאי שזה עשה המעשה ההוא באמת בלא ספק ובלא דמיון כלל.⁵⁷

כשם שקבע הרמב"ם היררכיה בדיני ממונות בהפעלת שיקול הדעת על פני דיני הראיות הנוקשים, קובע הרמב"ם גם כאן היררכיה ערכית מסוג אחר, המצדיקה את המצווה השוללת את השימוש בשיקול הדעת בדיני נפשות –

53. רמב"ם סנהדרין כ, א, על פי מעשה דשמעון בן שטח, סנהדרין לו, ב; תוספתא שם ח, ב. הרמב"ם מביא מקרה זה גם בלא תעשה רצ הנ"ל.

54. רמב"ם שם כד, א.

55. שם עדות ה, א.

56. ספר המצוות לא תעשה רפח.

57. ספר המצוות לא תעשה רצ.

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.⁵⁸

עם זאת, גם דיני העדות עצמם אינם פועלים במנותק משיקול הדעת. התורה מצווה שכל קבלת עדות תהיה בדרישה וחקירה. גם לאחר שביטלו חכמים את הצורך בדרישה וחקירה בדיני ממונות "שלא תנעול דלת בפני לוויין",⁵⁹ הרי שבדין מרומה נותר דין זה.⁶⁰ הרמב"ם אכן משווה את המוטל על דיין הדן בדיני ממונות כאשר הוא חושש שהדין מרומה, להתנהלותו בדיני נפשות⁶¹ –

וכן אם ראה הדיין שהדין מרומה וחשש לו, צריך דרישה וחקירה כעדי נפשות אף על פי שהן עידי הודאות והלואות.⁶²

ידרוש ויחקור הרבה בדרישה וחקירה של דיני נפשות – אם נראה לו לפי דעתו שאין בו רמיות חותך הדין על פי העדות.⁶³

נמצאת למד מהשוואה זו, שגם בדיני נפשות תפקידם של הדרישה והחקירה אינו פורמלי בלבד אלא מהותי –

מצות עשה לדרוש העדים ולחקור אותן ולהרבות בשאלתן ומדקדקין עליהן ומסיעין אותן מענין לענין בעת השאלה, כדי שישתוקו או יחזרו בהן אם יש בעדותן דופי, שנאמר: "ודרשת וחקרת ושאלת היטב" (דברים יג, טו).⁶⁴

ד. שקילת הראיות: עמדת החולקים

עמדת הרמב"ם ייחודית משני היבטים. ראשית, היא בולטת על רקע עמדת החולקים, הסוברים שאין כל מקום לפסוק על פי אומד הדעת, או על כל פנים להוציא ממון על פיו – בדיני ממונות כבדיני נפשות ועונשים אחרים. שניים מגדולי הראשונים החולקים על הרמב"ם הם הראב"ד והרמב"ן, החולקים על הרמב"ם מכוח פרשנות בשתי סוגיות מרכזיות, אשר יידונו להלן. בעוד הראב"ד חולק על היכולת להוציא ממון על סמך אומדן הדעת, הרמב"ן שולל מכול וכול את האומדנא ככלי בהכרעה ההלכתית-משפטית. שנית, עצם החידוש שבדברי הרמב"ם על פי הפרשנות המוצעת כאן – פרשנות שאין הכול

58. שם.

59. סנהדרין ג, א; לב, א.

60. שם לב, ב.

61. כך מפרש הרמב"ם את דברי רב פפא: "אידי ואידי [=המשנה שקבעה הבדל בין דיני ממונות ודיני נפשות לגבי דרישה וחקירה לעומת הברייתא שהשוותה ביניהם] בהודאה והלואה, כאן בדין מרומה כאן בדין שאינו מרומה" (סנהדרין לב, ב); וראה יד רמה שם, דס"ל דבדין מרומה הצורך בדרישה וחקירה הוא מדאורייתא.

62. רמב"ם עדות ג, ב.

63. שם סנהדרין כד, ג.

64. שם עדות א, ד.

מסכימים לה⁶⁵ – רב, ולפיה כל הלכות עדות, על כל פרטיהן ודקדוקיהן המרובים, ניתנו ככלי משני בידי הדיין לסייע בידו, בהעדר הכלי העיקרי שהוא שכנועו הפנימי.

סוגיית כתובות – בת רב חסדא

כפי שראינו, הרמב"ם התבסס על סוגיית הגמרא בכתובות⁶⁶, על מנת לקבוע ששכנועו הפנימי של הדיין גובר על דיני פסילת עדים. גם רש"י פירש את המעשה שם, שרבא אכן היפך את השבועה על הצד שכנגד מכוח החשד שהטילה אשתו, בת רב חסדא, באותו בעל-דין. אולם ראשונים אחרים חולקים עליו, וסוברים שאין לראות בסוגיה זו מקור להכרעה של הדין על פי אומד הדעת, ולכל היותר נוצר מצב של חוסר אפשרות להכרעה ודאית, מעין דבריו של הרמב"ם לגבי דין מרומה. כך עולה מדיון הגמרא בדברי רב פפא בסוגיה –

אמר רב פפא: השתא דאמר מר: קים לי בגווייה – מילתא היא, כגון אבא מר ברי דקים לי בגווייה קרענא שטרא אפומיה. קרענא סלקא דעתך? אלא מרענא שטרא אפומיה.

הבחנה זו בין קריעת השטר ובין "מרענא שטרא" מצביעה על מגבלות ההכרעה על פי אומדן הדעת, ומשום כך דחו החולקים את פרשנותו של רש"י למעשהו של רבא –

ופרש"י ז"ל שדן רבא שיהא שכנגדה נשבע ונוטל, והקשו עליו דכיון דליכא ראייה שהיא חשודה משום דקים ליה בבת רב חסדא לית ליה לאפוקי ממונא, וכדאמרינן לקמן "קרענא סלקא דעתך אלא מרענא". ופירש רבינו ז"ל⁶⁷ דלא מקרע קרעינן ולא אגבויי מגבינן ביה אלא דאי תפס לא מפקינן, לכך פירשו שזו היתה נשבעת ונוטלת ואפכה רבא לשכנגדה שתהא נשבעת ונפטרת, מ"ר בשם ה"ר פינחס הלוי אחיו ז"ל.⁶⁸

גם רש"י מקבל את ההבחנה בין הוצאת ממון ובין החזקתו, ואת המגבלה הנגזרת מכך על הכרעתו של הדיין –

קרענא ס"ד. וכי אחד נאמן להוציא שטר חתום מיד המחזיק בו? אפוקי ממונא הוא ותרי בעינן.⁶⁹

רש"י לא ראה קושי בעניין היפוך השבועה, כקושיית הראשונים עליו, כנראה משום שלמד שבהיפוך שבועה, אין הממון יוצא על פי אומד הדעת בלבד, אלא בצירוף השבועה שהיפך והטיל רבא,⁷⁰ ובייחוד משום שהתורה היא שקבעה שממון יוצא באופן זה כאשר הנתבע

65. כדלעיל, הערה 39.

66. לעיל, הערה 29.

67. רד"ה מרענא: ולא אודקק לגבות באותו שטר, ומקרע נמי לא קרענא ליה.

68. ריטב"א כתובות פה, א.

69. רש"י כתובות פה, א ד"ה קרענא ס"ד.

70. מהרש"א שם; והשווה פני יהושע שם.

חשוד על השבועה. דבריה של בת רב חסדא לא באו להוציא ממון אלא להטיל חשד על הנתבע – אף שהתוצאה המעשית היא שהתובע יישבע ויטול. כשיטה המאפשרת גבייה על ידי השטר, בשבועה, מפורש ברי"ף –

אלא מרענא שטרא אפומיה, ולא מיפרע מידי מיניה **אלא בשבועה** אי נמי בשודא דדייני יהבינא לההוא דלא איתרע שטריה.⁷¹

גם רבנו חננאל למד שניתן לגבות על פי השטר על ידי שבועה,⁷² וכן הכריעו בתוספות כאן, מכוח ההבדל הלשוני שבין "מרענא שטרא" ובין הביטוי "מיקרע לא קרעינן ומגביא לא מגבינן ביה" המצוי במקומות אחרים.⁷³ הראב"ד מפרש את דברי הרמב"ם על פי רבנו חננאל, וחולק עליו, תוך שהוא מתייחס גם למקרה של שודא דדייני –

ואני אומר דאפילו בשבועה לא גבי אלא מקרע נמי לא קרעינן ליה, דוק ותשכח בכתובות פרק אף על פי⁷⁴ ובשבועות פרק הדיינים⁷⁵ דכל ריע שטרא לא מגבינן ביה, או אם היה עליו שטר חוב לאחר יתן לזה שלא נפגם שטרו כלל ויניח זה שנפגם שטרו בדברי האחר, או ישליך השטר בפניו ולא ידון כלל כפי מה שיראה.⁷⁶

נמצא כי נחלקו הראשונים בשאלה אם ניתן כלל לגבות מכוח שטר זה. בנקודה זו בדיוק חלק הראב"ד על הרמב"ם. אולם, גם אם אפשר לגבות על פי השטר, כדברי הרי"ף, רבנו חננאל וסיעתם, עדיין אין זה מחייב שניתן להוציא ממון על פי אומדן דעתו של הדיין בלבד.

71. רי"ף כתובות מגב.

72. רבנו חננאל שבועות מב, א; הובא בתוספות כתובות שם ד"ה מרענא שטרא; וכן שבועות מב, א ד"ה איתרע שטרא גם בשם ר"ת, אך שם הסיקו התוספות שלא כדבריהם.

73. עם זאת, בסוגיית שבועות (מב, א) הרי"ף נוקט כשיטת רב האי גאון ורב שרירא גאון, שם "איתרע שטרא" משמעו שהשטר בטל לגמרי והנתבע נשבע היסת ונפטר, וכן דייקו הראשונים שם בשיטת רש"י כאן, לעיל הערה 67. וכן העלו הראשונים שם: רמב"ן (שם ד"ה איתרע שטרא) –

מדלא אמרינן אבטולי אבטיל שטרא ש"מ דלא בטל לגמרי אלא שאינו גובה נכסים משועבדים אלא מבני חורין ובשבועה. כך שמעתיה. וקרובים דברים הללו לדברי ר"ח ז"ל... אלא שיש לסמוך על דעתו [=של הרי"ף] ועל דעת רבינו הגאון ז"ל ודברי רש"י מטין לדבריהם, ועוד שאין בדקדוק לשון איתרע כלום... מכאן משמע ודאי דכל ריעותא דשטרא דאיתמר בגמרא למימרא דלא מגבינן ביה כלל, ומיהו מיקרע לא קרעינן ליה ואיני יודע אם תפס בעדים אם מוציאין מידו. מ"מ כיון דלא קרעינן לשטרא לא אמרינן ללוה דלישתבע היסת ומיפטר... דהיכי נשבע ונקיט מלוה שטרא עליה.

וכמוהו הרשב"א (שם מא, ב ד"ה ונתחבטו), הריטב"א (שם מב, א ד"ה אמר רב נחמן). הרמב"ם (מלוה ולוה יד, ט) נקט במקרה ההוא לשון "בטל השטר", ומשמע שלגמרי בטל – כדברי הרי"ף שם. מכאן שהרי"ף והרמב"ם לא קשרו את הסוגיות יחדיו, על אף הדמיון הלשוני-מושגי בין "איתרע שטרע" ל"מרענא שטרא", ועל אף שראשונים אחרים קשרו ביניהן.

74. אולי צ"ל "אלו נערות": כתובות לו, ב; "אמר רב פפא האי שטרא ריעא לא מגבינן ביה".

75. שבועות מב, א; וראה תוספות שם ד"ה איתרע שטרא.

76. השגת הראב"ד סנהדרין כד, א, וראה גם מאירי, כתובות שם ד"ה היה אחד תובע, שציין מחלוקת זו –

ומכל מקום אם הדיין עצמו יודע שהוא פרוע ומעיד לו אחד שהוא סומך עליו מתורת קים ליה בגויה שהוא כידעת עצמו הרי זה מחמיץ את הדין על הדרך האמור כאן מרענא שטרא אפומיה, כלומר שאינו קורע את השטר ולא מגבה בו כלל, ומכל מקום גדולי הפוסקים כתבו שמגבה בה אלא דוקא בשבועה.

ראשונים אלו ציינו שיש לדרוש מכוחה של פגימת השטר ראיות נוספות, דוגמת שבועה, או להחליש את כוחו של השטר ואף להתעלם ממנו. הרמב"ם עצמו ציין אפשרויות אלו.⁷⁷ כבר ציינו לעיל את המבוכה הפרשנית בדברי הרמב"ם.⁷⁸ לפי הפרשנות שהוצעה על ידינו, הרמב"ם אינו מגביל את השימוש בשיקול הדעת למקרים אלה, ועל כן שומה עלינו לבאר הסתייגות זו של הגמרא. במלים אחרות, אם הרמב"ם אכן סבור שניתן לגבות ממון על סמך אומדן דעתו של הדיין, מדוע קבעה הגמרא ש"מרענא" ולא "קרענא" – "שטרא אפומיה"?

נראה שייחודו של מקרה זה הוא בכך שכנגד אומדן הדעת של הדיין עומדת עדות שלמה, עדות שבשטר. גם אם התורה מאפשרת לדון על פי שכנועו הפנימי של הדיין אף בהעדר עדות כשרה, אין היא נותנת בידי סמכות לפסוק כנגד עדות כשרה רק משום שהוא משוכנע אחרת מדבריהם. במצב זה האפשרות היחידה העומדת בפני הדיין היא להתנות את השימוש בשטר בשבועה או לא לדון בו כלל. זאת בדומה למקרה של דין מרומה, "שאין דעתו סומכת על דברי העדים אף על פי שאינו יכול לפסלן".⁷⁹ הן הרמב"ם והן החולקים עליו הבינו את פתרונו של רב פפא – "מרענא שטרא אפומיה" – כהתלייה של פסק הדין עצמו. אולם לרמב"ם נובע הדבר מכוח העובדה שהשטר הוא עדות כשרה;⁸⁰ לראשונים החולקים עליו הסיבה היא שאין כוח באומדן להוציא ממון – בכלל או על כל פנים ללא שבועה.

סוגיית בבא בתרא – גמל האוחר בין הגמלים

גם מחלוקת רבי אחא ורבנן לגבי "גמל האוחר בין הגמלים",⁸¹ שם קיימת אומדנא שגמל זה הוא התוקפן, תומכת לכאורה בעמדת החולקים. להלכה קיימא לן כרבנן, שאין להתבסס על ראיות נסיבתיות כאלה, אף בדיני ממונות, כפי שהרמב"ם עצמו פוסק –

שור שהיה רועה על גב הנהר ונמצא שור הרוג בצדו, אף על פי שזה מנוגח וזה מועד ליגח, זה מנושך וזה מועד לישך – אין אומרים: בידוע שזה נשכו וזה נגחו; ואפילו גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו – אין אומרים: בידוע שזה הרגו, עד שיראוהו עדים כשרים.⁸²

ואכן, הרמב"ם שולל את השימוש באומדן בדיני ממונות מכוח הלכה זו –

77. ראה לעיל, עמוד 49.

78. ראה לעיל, עמוד 51-52, והערה 39 שם.

79. רמב"ם סנהדרין כד, ג.

80. עכ"פ מדרבנן; ראה רמב"ם עדות ג, ד.

81. בבא בתרא צג, א; שבועות לד, א.

82. רמב"ם נוקי ממון ח, יד, וראה חובל ומוזק ה, ד במחלוקת אם שבועת נחבל היא משום קנס (רמב"ם) או אמדן (ראב"ד), ורמב"ם אויל לשיטתיה כאן, כדברי המגיד משנה (שם): "שאין לך עדות מתקיימת בלא ראייה ובלא ידיעה ברורה כזה העדות". משמע מדבריו שהחיסרון הוא ברמת האומדן. אולם ראה להלן הדיון ליד הערת שוליים 84.

וכן מאומד, אף בדיני ממונות הוא פסול דקי"ל כרבנן דפליגי עליה דרבי אחא, בגמל האוחר, כמתבאר שם ברביעי שלסנהדרין.⁸³

הלכה זו מובאת ברמב"ם כהמשך להלכה השוללת הסתמכות על עדים פסולים אף במקום שאין מצויים עדים כשרים, כגון "באוריות הסוסים וברפת הבקר וגדרות הצאן".⁸⁴

האם ניתן להסיק ממקורות אלה שהרמב"ם שלל מכל וכל את השימוש באומדנו ושיקול דעתו של הדיין גם בדיני ממונות? כיצד יש לכלכל את דבריו אלה עם שיטתו כפי שביקשנו להציג אותה?

לדעתי הרמב"ם דקדק בדבריו כאן כאשר קבע –

אין אומרים בידוע שזה נשכו וזה נגחו...

אין אומרים בידוע שזה הרגו, עד שיראוהו עדים כשרים.

בדבריו אלה מבחין הרמב"ם בין עדות – אפילו זו החורגת מכללי הקבילות של עדות כשרה – ובין הנחות סטטיסטיות כלליות – אמירות שאינן עדות, ולא קבעון חז"ל כהנחות קבילות כמו "רובא דליתא קמן" או "חזקה". ללא זיקה בין ידיעתו של עד לבין הסתברות כללית, אין כאן עדות. אף אומדן דעתו של הדיין עצמו אין כאן, אלא אם כן הוא עצמו משתכנע שכנוע פנימי וסובייקטיבי ממה שמונח בפניו, אך אל לו לדיין להמיר הסתברות כללית בשכנוע פנימי שכזה. אלה הן שתי אמות מידה שונות, ואין אפשרות לערבן מין בשאינו מינו.

כהבחנה זו מצאנו במפורש בדברי האחרונים, שהדגישו בדברי הרמב"ם את שכנועו הפנימי הסובייקטיבי של הדיין, גם כנגד השערות ה"ידועות" לאחרים, כביכול, מכוח הנסיבות בלבד. כך בדברי הפרישה –

ודקדק לומר אם יודע הדיין שדוקא הדיין עצמו דצריך לידע באומד זה ולא סגי באומד אחרים בזה.⁸⁵

וכך מדגיש האמרי בינה –

מכל הדברים מבואר דתליא רק באומדן דעתו של דיין, אף שאינו אומדן דעת דכל העולם יכול להוציא מיתומים... ולא סמכינן על אומדנא הזאת על עדים ואין לו אלא מה שדעתו סומכת...⁸⁶

בעל זכר יצחק מדגיש את ודאותם של הדיינים גם מול הגדת עדים, תוך התייחסות מפורשת לדין שבפנינו –

ונראה בזה דאף דהלכה כרבנן דר' אחא מ"מ סובר הרמב"ם דאם להדיין בעצמו יש אומד שכך היה הדבר יכול לדון על פיה, אבל בבאו לפניו עדים הרי גם הדיין אינו

83. השגות לספר המצוות לא תעשה רצ. וראה גם: ספר החינוך פב.

84. רמב"ם נזקי ממון ח, יג; לעיל עמ' 52.

85. פרישה חו"ט טו, ד"ה אם יודע הדיין.

86. אמרי בינה דיני דיינים כד.

יודע כלל אם העדים הגידו את האמת, אלא שכל שמגידין דין תורה הוא שחותכין על פיהם את הדין, וכיון שכן לא מהני אומדנא, אבל אם הדיינים בעצמם ראו האומדנא מהני לדון על פיהם בד"מ.⁸⁷

זו כנראה גם כוונת המהרי"ק –

דודאי כל היכא שהמעשה מבורר אצל הדיינים אלא שאנו מסופקין באומדן דעת הנותן או המוכר או המגרש אזלינן בתר אומדנא, אבל היכא דלא נתברר גוף המעשה אצל הדיינים כי ההיא דגמל אוחר כו' דאין ידוע לנו אם נגחו אם לאו אלא מתוך אומדן בהא ודאי פליגו רבנן עליה דרבי אחא וקיימא לן כוותיהו לדעת הפוסקים הנ"ל.⁸⁸

דברים אלו עולים בקנה אחד עם הפרשנות שהצגנו בשיטת הרמב"ם, ואף מדוקדקים בדבריו, לפיהם הדיין יכול לדון "על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת", "הואיל ומצא הדבר חזק ונכון בלבד", "אם סמכה דעתו", "שאין הדבר מסור אלא ללבנו של דיין שידון כפי מה שיראה לו שהוא דין אמת".⁸⁹ הרמב"ם אף תחם במפורש בין אומדן לראיה –

באו עדים והעידו לדיין שאין זה אמוד, אין מוציאין מן היתומים בעדותן. שאין זו ראייה ברורה ואומדן דעתן אינו אומדן דעתו ואין לדיין אלא מה שדעתו סומכת עליו.⁹⁰

הרמב"ם מבחין בבירור, אפוא, בין שכנועו הפנימי-סובייקטיבי של הדיין הצומח מתוך המקרה עצמו, ובין השערות כלליות בלבד.⁹¹

ניתן לתאר הבחנה זו גם באופן אחר. שכנועו הפנימי של הדיין צריך להיות מוחלט, על מנת שיוכל לדון על פיו, כפי שעולה מהלשונות שהבאנו זה עתה מדבריו: הרמב"ם מדגיש שהדברים הם חזקים, נכונים ושהדיין סומך עִיָּהֶם דעתו. גמל האוחר בין המלים, ו"הנחה הסתברותית" בכלל, לוקה בכפליים: לא זו בלבד שהיא מבקשת להציב מסקנה כללית

87. זכר יצחק, יח, ב.

88. שו"ת מהרי"ק קכט.

89. רמב"ם סנהדרין כד, א.

90. שם, שאלה ופיקדון ו, ד.

91. משל להבחנה זו קיים באומדן אחר. קיי"ל –

חולה שיש בו סכנה ששאל לאכול ביום הכיפורים אף על פי שהרופאים בקיאים אומרים אינו צריך – מאכילין אותו על פי עצמו, עד שיאמר דיי (רמב"ם שבתת עשור ב, ח).

ובהגהות מיימוניות (שם אות ה) מביא את מחלוקת בעלי התוספות –

יש גאונים שפסקו דהיינו דוקא כשאמר אסתכן אם לא אוכל, אבל אם אמר לא אסתכן בכך אם לא אוכל אסור להאכילו, וכן פיר"י ב"ר שמואל. אבל ר"ת נחלק על זה והורה הלכה למעשה להיתר, ו"ל וכי חולים נביאים הם או בקיאים הם? אלא כיון שידוע החולה או החיה שהוא שבת או יום כיפור ואמר אני צריך ואיני יכול לסבול מחמת החולי – מאכילין אותו...

הוי אומר, שרבנו תם מבחין בין אומדנא 'אובייקטיבית' שהיא נחלתם של רופאים בקיאים, ובין אמירה פנימית חזקה, שרק החולה יכול לומר אותה, וההלכה מכירה בתוקפה של אמירה זו מדין "לב יודע מרת נפשו" (משלי יד, ז). מקור הדיין בגמרא הוא יומא פג,א.

במקום השמור לשכנוע פנימי של הדין או להעדאת עדים, אלא שהיא אינה יכולה לשמש הנחה ודאית – אלא רק הסתברות (ואף לא בגדרי החזקות והרוב שקבעו חז"ל). על כן, אין זו ידיעה המספקת לצורך הכרעה, אף בדיני ממונות – "אין אומרים בידוע..."

ה. ידיעה, הלכות נבואה ודיני הראיות

עמדותיו של הרמב"ם אינן מנותקות מהקשר רחב יותר – ההקשר הרוחני-דתי של עדות ושל ודאות. הרמב"ם רואה בדיני העדות מודל לביסוס אמונתו של האדם – בציוויו של הקדוש ברוך הוא ובנבואת נביאיו. הרמב"ם נזקק למודל של קבלת עדות ומהימנותה שלוש פעמים במשנה תורה, בדונו בשאלת הנבואה. הקושי הניצב בפני הרמב"ם, הוא בקביעת אמת-המידה לקבלת דברי הנביא אשר יקום. הנבואה עצמה אינה מושגת על ידי רוב העם – והם אלה אשר צריכים לקבל את נבואתו של הנביא. התורה קובעת מבחני סינון. האחד, חיובי, דורש "ובא האות והמופת"⁹²; האחר, שלילי, נוגע לתכנים של הנבואה עצמה –

וכי תאמר בלבבך איכה נדע את הדבר אשר לא דברו ה' אשר ידבר הנביא בשם ה' ולא יבא – הוא הדבר אשר לא דברו ה'...⁹³

אך באלה לבד לא די לכונן אמונה, לפי הרמב"ם –

שהמאמין על פי האותות יש בלבו דופי שאפשר שיעשה האות בלאט וכשוף.⁹⁴

מהו, אפוא, הצידוק לקבלת דבריו של הנביא? לגבי נבואת משה קיים מבחן אובייקטיבי, מבחן שעל פיו קיימת ודאות פנימית אשר לה שותפים כולם –

ובמה האמינו בו? במעמד הר סיני, שעיינינו ראו ולא זר, ואזנינו שמעו ולא אחר, האש והקולות והלפידים, והוא נגש אל הערפל והקול מדבר אליו ואנו שומעים: 'משה, משה! לך אמור להם כך וכך'. וכן הוא אומר "פנים בפנים דבר ה' עמכם" (דברים ה, ד), ונאמר "לא את אבותינו כרת ה' את הברית הזאת" (שם ה, א).⁹⁵

זהו אמצעי אובייקטיבי ייחודי מסוגו בהיסטוריה – ההשתתפות בחוויית ההתגלות היא עדות על נבואתו של משה,⁹⁶ וזהו אכן תפקידו, אולי העיקרי, של מעמד הר סיני –

ומנין שבמעמד הר סיני לבדו היא הראיה לנבואתו שהיא אמת שאין בו דופי? שנאמר "הנה אנכי בא אליך בעב הענן בעבור ישמע העם בדברי עמך וגם בך יאמינו לעולם" (שמות יט, ט).⁹⁷

92. דברים יג, ג.

93. דברים יח, כא-כב.

94. רמב"ם יסודי התורה ח, א.

95. שם.

96. לדיון נוסף בשאלה אם גם בני ישראל היו נביאים באותו מעמד, ראה מורה נבוכים א, לב-לג.

97. רמב"ם יסודי התורה ח, א.

ודאות פנימית זו נחוצה לשם סילוק הספק, אך גם אפשרית משום שחויית הנבואה היא ייחודית. השתתפות בחווייה זו מאפשרת ודאות אודות הידיעה שמקנה הנבואה לנביא, על פי מודל של עדות –

נמצאו אלו ששולח להם⁹⁸ הם העדים על נבואתו⁹⁹ שהיא אמת... כשני עדים שראו דבר אחד ביחד שכל אחד מהם עד לחבירו שהוא אומר אמת, ואין אחד מהם צריך להביא ראיה לחבירו.¹⁰⁰ כך משה רבנו – כל ישראל עדים לו אחר מעמד הר סיני ואינו צריך לעשות להם אות.¹⁰¹

ודאות זו קיימת לגבי מעמד הר סיני. תוקפה של עדות זו נמשך לדורות באמצעות מנגנון של העברת אותה ודאות מדור לדור, על ידי מכלול התורה והמצוות.¹⁰² אולם, לגבי נביאים אחרים – אשר גם להם מצווה לשמוע – לא קיימת השתתפותו של הציבור בחווייתם הייחודית. כאן בא מבחן "האות והמופת" לדורות, אף שאין בו ודאות, כאמור. הרמב"ם מבאר מבחן זה על מגבלותיו, על פי המודל של קבלת עדות בבית דין על מגבלותיה –

נמצאת אומר שכל נביא שיעמוד אחר משה אין אנו מאמינין בו מפני האות לבדו, כדי שנאמר אם יעשה אות נשמע לו לכל מה שיאמר, אלא מפני המצוה שצונו משה בתורה, ואמר: אם נתן אות – "אליו תשמעון" (דברים יח, טו). כמו שצונו לחתוך הדבר על פי שני עדים ואף על פי שאין אנו יודעין אם אמת העידו אם שקר, כך מצוה לשמוע מזה הנביא אם האות אמת או בכישוף ולאט.¹⁰³

הרמב"ם מדגיש את כאן את האמונה ואת הקריטריונים לקבלתה: "אין אנו מאמינין מפני האות... אלא מפני המצוה". מצוות הציות לנביא – כמצווה לקבל עדותם של עדים – מושתתת על כללי מהימנות, גם אם הם נחותים מוודאות הנרכשת בצורה ישירה. בשני המקרים, ההנחה ("החזקה") של כשרות (במקרה של עדים) או של מעלה והתנהגות יתירות (בטוען לנבואה) מצטרפת למסקנה המעשית –

ואפשר שיעשה אות ומופת ואינו נביא... אף על פי כן מצווה לשמוע לו, הואיל ואדם גדול הוא וחכם וראוי לנבואה מעמידין אותו על חזקתו, שבכך נצטוינו כמו

98. קרי: הנמענים של הנבואה, וכאן – כלל ישראל, שהם הנמענים של נבואת משה.

99. של משה.

100. ראה כתובות (יט,א): "ואמאי, תרי ותרי נינהו!" – כנגד השניים הפוסלים נחשבת עדות העדים המקורית כעדות על כשירותם. והשווה שם (כב,א) לגבי קיום שטרות: "לדברי חכמים – על מנה שבשטר הם מעידים... היכא דמית חד מינייהו לבעי שנים מן השוק להעיד עליו, דאם כן קנפיק נכי ריבעא דמונא אפומא דחד סהדא". וברש"י שם (ד"ה ונפקא מינה): "ואנן על פי שנים עדים בעינן, חצי דבר על פיו של זה וחצי דבר על פיו של זה" וראה גם: רמב"ם עדות ז, ג-ה. וכן השווה ההבחנה בין דיני ממונות לדיני נפשות בעדות מיוחדת, סנהדרין ל,א-ל,ב; רמב"ם עדות ד, א-ה.

101. רמב"ם יסודי התורה ח, ב.

102. השווה רמב"ן שמות יג, טו.

103. רמב"ם יסודי התורה ח, ב.

שנצטוינו לחתוך הדין על פי שני עדים כשרים, ואף על פי שאפשר שהעידו בשקר, הואיל וכשרים הם אצלנו – מעמידין אותן על כשרותם...¹⁰⁴

לאור דבריו לעיל,¹⁰⁵ המונעים מהשופט לתלות את הקולר בעדים עצמם, ברור שהרמב"ם אינו מצדיק פסיקת הדין בשקר רק משום שזו גזירת הכתוב גרידא. אחרת, לא ניתן היה להקיש מכאן לגדרי קבלת הנבואה של נביא. יתירה מזו, נראה ברור ממכלול דבריו בסוגיית הנבואה שהרמב"ם מייחס משמעות רבה להבחנה בין ודאות פנימית ובין דרכי הכרעה שאינם מקנים ודאות כזו.

הדמיון שבין קבלת דברי הנביא וקבלת דברי העדים קובע גם היררכיה בין נבואת משה לנבואת שאר הנביאים. היררכיה זו וזה להיררכיה שקבעה תורה, על פי הרמב"ם, בין שכנועו הפנימי של הדיין ובין הכללים שבהלכות עדות. ומכאן גם לנצחיותה של נבואת משה, כפי שממשיך הרמב"ם את דבריו דלעיל –

לפיכך אם עמד נביא ועשה אותות ומופתים גדולים ובקש להכחיש נבואתו של משה רבנו אין שומעין לו... לפי שנבואת משה רבנו אינה על פי האותות... אלא בעינינו ראינו ובאזנינו שמענו¹⁰⁶ כמו ששמע הוא. הא למה הדבר דומה? לעדים שהעידו לאדם עד דבר שראה בעיניו שאינו כמו שראה, שאינו שומע להן אלא יודע בודאי שהן עידי שקר.¹⁰⁷

104. שם ז, ז.

105. בעמוד 50.

106. כדלעיל, הערה 6.

107. רמב"ם יסודי התורה ח, ב-ג, והשווה לדברי רב סעדיה גאון, הנבחר באמונות וברעות ג, ח (מהדורת הר"י קפאח זצ"ל, ירושלים, תשל"ל) –

סבת האמנתינו במשה לא היו האותות המופלאים בלבד, אלא סבת האמנתנו בו ובכל נביא, הוא שיקרא אותנו תחלה לדבר שהוא אפשרי, וכאשר שמענו קריאתו וראינוהו אפשרית, נבקש ממנו מופת עליה, וכאשר יעשהו נאמין בו. ואם שמענו קריאתו מראשיתה בלתי אפשרית לא נבקש ממנו מופת, כי אין מופת לדבר הנמנע, והרי אלו דומין לראובן ושמעון שעמדו לפני שופט, אם תבע ראובן משמעון דבר שאפשר כמותו כגון שאמר חייב הוא לי אלף זוזים, או ידרוש ממנו השופט ראייה, וכאשר יוכיח יזכה באותו הממון. אבל אם טען עליו מה שלא יתכן, כגון שאמר חייב הוא לי חדקל, תהיה תביעתו מעיקרה בטלה לפי שאין החדקל רכוש שום אדם, ולא יתכן שיבקש השופט ממנו ראייה על כך. כך הוא הדין בכל טוען נבואה, אם אמר לנו אלהי מצוה עליכם לצום היום נדרוש ממנו מופת על שליחותו, וכאשר יראינו אותו נקבל ונצום. ואם יאמר אלהי מצוה עליכם לזנות ולגנוב, או מודיע לכם שיביא מבול מים, או מודיעכם שהוא ברא את השמים והארץ במשך שנה דברים כפשוטן, לא נדרוש ממנו מופת, כיון שקרא אותנו למה שלא יתכן לא בשכל ולא במסורת.

גם רס"ג נזקק למודל השיפוטי. אולם, דבריו שונים מדברי הרמב"ם לפחות בשתי נקודות: (א) המבחן כולל גם את מה שאינו אפשרי מבחינה תבונית (כגון – שהקדוש ברוך הוא יצווה לזנות ולגנוב ח"ו, או שבריאת העולם היא כפשוטה); (ב) בהתאם לכך הדוגמה השיפוטית אינה מוגבלת להכחשה בחוש (כדברי הרמב"ם: "העידו לאדם על דבר שראה בעיניו שאינו כמו שראה"). אלא גם בהכחשת מושכלות (כגון: בעלות על נהר החידקל).

והשווה רמב"ן, השגות לספר המצוות שכתת הלאוין, המצוה השניה –

הוודאות שלנו במעמד הר סיני, המשמעות של עד הרואה מעשה יחד עם עד אחר וכן שיקול הדעת של הדיין כאשר "הדבר חזק בלבו שהוא כן – אף על פי שאין שם ראיה ברורה", כולם עולים בקנה אחד. במקרים אלה הוודאות (של בני ישראל, של העד המעיד, או של הדיין המכריע) מייתרת את הצורך בכללי קבילות ומהימנות. אולם, בהעדר ודאות שכזו, אין מנוס משימוש בכללי קבילות ומהימנות קבועים מראש, בין אם באמצעות דיני הראיות ובין אם על ידי שימוש בכללים אחרים דוגמת כללי חזקה. הרמב"ם מבחין בין שני מסלולים אלה וגם קובע את היחס ההיררכי ביניהם.

ו. גמישות וקשיחות: בין דיני ממונות ודיני עונשין הלכה למעשה

הלכה למעשה, כבר קבע הרמב"ם, בעקבות הרי"ף¹⁰⁸, שאין להסתמך על שימוש בכלי של אומדן הדעת, משום החשש של שימוש לא נכון בכלי זה. כדברי הרמב"ם –

כל אלו הדברים הן עיקר הדין, אבל משרבו בתי דינין שאינן הגונין, ואפילו יהיו הגונים במעשיהם אינן חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל¹⁰⁹ שלא יתפכו שבועה אלא בראיה ברורה, ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו בעדות אשה או פסול וכן בשאר כל הדינין לא ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו כדי שלא יאמר כל הדיוט והדיוט: "לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה". וכן אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה ולא בדעת הדיין ולא באומדן המת או הטוען.

ואף על פי כן אם העיד אדם נאמן בדבר מכל הדברים ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אומר, ממתין הוא בדין ואינו דוחה עדותו ונושא ונותן עם בעלי דינין עד שיוודו לדברי העד, או יעשו פשרה או יסתלק מן הדין.¹¹⁰

וכן נפסק בשולחן ערוך,¹¹¹ אף שקיימים חריגים גם להכרעה זו,¹¹² וייתכן שאף חולקים עליה במקרים מסוימים.¹¹³

אולם, מעניין לעמוד על הבדל נוסף שבין דיני ממונות ודיני נפשות בתחום זה של דיני הראיות. דיני ממונות גמישים מעיקר הדין, לפי שיטת הרמב"ם, ואף על פי כן קיבלו על

שלא נשכח מעמד הר סיני ולא נסיר אותו מדעתנו... והכונה בזה גדולה מאד... כשהגיענו ביאור התורה מפי הגבורה לאזנינו ועינינו רואות אין שם אמצעי – נכחיש כל חולק וכל מספק ונשקר אותו ולא יועילוהו אות ולא יצלהו מידנו מופת. שאנחנו היודעים ועדים בשקרותו ובפחותו...

108. רי"ף כתובות מג, ב בשם "הגאון".

109. אך לא כולם; השווה הקדמה למשנה תורה.

110. רמב"ם סנהדרין כד, ב; וראה גם ריטב"א כתובות פה, א ד"ה מרענא שטרא אפומיה, בשם רבוותא.

111. שולחן ערוך חו"מ טו, ה.

112. פתחי תשובה שם, ט. ראה מאמריהם המקיפים בקובץ זה של הרב אורי רותם, "הכרעת דין ללא עדות", עמוד 69, ושל הרב אברהם דוד כ"ץ, "האומדן בדיני הראיות", בעמוד 107; וראה גם מאמרו של מו"ח שליט"א הרב נחום נריה, "עדות של מי שאינו מקיים תורה ומצוות", תחומין יג (תשנ"ב – תשנ"ג) 417.

113. ראה פרישה חו"מ טו, ד.

עצמם בתי הדין שלא לדון על פי האומדן. לעומת זאת, בדיני נפשות (הכוללים כל ענישה גופנית), אשר דיני הראיות בהם נוקשים יותר מעיקר הדין, הרמב"ם מציין שתי סמכויות עקרוניות לסטות מדיני הראיות: האחת, סמכות המלך, והאחרת, סמכות בית הדין. כך אנו מוצאים הענשת רוצחים כאשר אי אפשר לקיים בהם את דרישות הדין. בהלכות רוצח כרך הרמב"ם יחדיו את שתי הסמכויות – של המלך ושל בית הדין – אף שלא התייחס במפורש לדיני הראיות –

וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן שאינן מחוייבים מיתת בית דין אם רצה מלך ישראל להרגם **בדין המלכות** ותקנת העולם הרשות בידו, וכן אם ראו בית דין להרוג אותן **בהוראת שעה**, אם היתה השעה צריכה לכך הרי יש להם רשות כפי מה שיראו.¹¹⁴
אולם, בהלכות מלכים מתייחס הרמב"ם במפורש להשעיית דיני הראיות כחלק מסמכותו של המלך לתקן עולם –

כל ההורג נפשות שלא בראיה ברורה, או בלא התראה, אפילו בעד אחד, או שונא שהרג בשגגה, יש למלך רשות להרגו ולתקן העולם כפי מה שהשעה צריכה.¹¹⁵
בימינו, נראה שזו אחת הסמכויות החוזרות לידי העם, בהעדרו של מלך, כדברי הרב קוק –
וחוץ מזה, נראים הדברים שבזמן שאין מלך, כיון שמשפטי המלוכה הם גם כן מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים אלה הזכויות של המשפטים ליד האומה בכללה. וביחוד נראה שגם כל שופט שקם בישראל דין מלך יש לו, לענין כמה משפטי המלוכה, וביחוד למה שנוגע להנהגת הכלל... כל שמנהיג את האומה דן הוא במשפטי המלוכה, שהם כלל צרכי האומה הדרושים לשעתם ולמעמד העולם.¹¹⁶

סמכות זו נתונה בידי הכנסת, וממשלת ישראל של היום –

כל שהעם מסכים למנותו על ידי דרך בחירות או באיזו שהיא צורה אחרת, בזה אין צורך לשום נביא וסנהדרין, אלא ודאי חל המינוי ויש לו תוקף ודין מלך, כי מכיון שהעם מסכים לשררה זו, מה לנו עוד.¹¹⁷

גם לבית הדין סמכות זו של השעיית דיני הראיות בדיני העונשין, ואף היא אינה מוגבלת בזמן, וחלה אף כיום, פרט למגבלות הקשורות לאומדן הדעת –

יש לבית-דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה לא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה...

114. רמב"ם רוצח ושמירת נפש ב, ד. לענין ההבחנה בין "הוראת שעה" ל"דין המלכות", ראה מ' בריס, "החקיקה במדינת ישראל: יצירתיות אנושית וגבולותיה", משפטי ארץ – דין, דיין ודין (עפרה, תשס"ב), עמ' 27-30.

115. רמב"ם מלכים ג, י.

116. שו"ת משפט בהן קמד, בעמ' שלו.

117. עמוד הימוני (תל-אביב, תשכ"ו) ז, סד (ההדגשה שלי, מ"ב).

מבוא להלכות עדות: כללים נוקשים ושכנוע הלב – עיון בשיטת הרמב"ם ♦ 67

וכן יש לבית-דין בכל מקום ובכל זמן להלקות אדם ששמועתו רעה והעם מרננין אחריו שהוא עובר על העריות, והוא שיהיה קול שאינו פוסק כמו שביארנו, ולא יהיו לו אויבים ידועים שמוציאין עליו שמועה רעה, וכן מבזין את זה ששמועתו רעה ומחרפין את יולדו בפניו.¹¹⁸

בעוד הדין הראשון קובע ענישה שלא מן הדין, הדומה בעיקרו להפקר בית דין שהוא הפקר בדיני ממונות גם בזמן הזה, כפי שפוסק הרמב"ם בסמוך,¹¹⁹ הרי שהדין השני קובע סטייה מדיני הראיות – בדומה לסטייה הקיימת מעיקר הדין בדיני ממונות. נמצא שבתי-הדין קיבלו על עצמם לצמצם את סמכותם לסטות מדיני הראיות בדיני ממונות, אך לא צמצמו את סמכותם לסטות מדיני הראיות בענישת מלקות, גם בזמננו. התחום שהתורה קבעה בו גמישות מעיקר הדין נותר למעשה קשיח, והתחום שבו קבעה התורה קשיחות מעיקר הדין, מופעל "שלא מן הדין" באופן רחב.

118. רמב"ם סנהדרין כד, ד-ה.

119. שם הלכה ו –

וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד זכותו כפי מה שיראה לגדור פרצת הדת ולחזק הברק ולקנוס אלם זה.

הכרעת דין ללא עדות

על השימוש באומדן ובראיות מודרניות בבית הדין הרבני

הרב אורי רותם

- | | |
|---------------------------------------|----------------------------|
| א. הצורך בעדות עדים | ג. דין על פי האומדן בימינו |
| ב. דין שלא על פי עדות עדים | ד. ראיות מודרניות |
| 1. לא תהא שמיעה גדולה מראייה | 1. בדיקות דם |
| 2. חזקה ר'אנן סהדי' | 2. הקלטות |
| 3. אומדנא | 3. תמונות וקלטות וידאו |
| 4. רוב | 4. פוליגרף ('מכונת אמת') |
| 5. אומד הדעת | 5. טביעת אצבעות |
| 6. קיום שטרות על פי הכרת חתימות העדים | |
| 7. אומד דעת הנסמך על עדות לא קבילה | |
| 8. דיון על פי ידיעה – שיטת הרמב"ם | |

א. הצורך בעדות עדים¹

במסכת ראש השנה², דנה הגמרא ביכולתו של בית דין שראה את מולד הלבנה לקדש את החודש על פי ראיותיו. בהקשר זה נקבע, שאם ראו ביום, יכולים לקדש על פי ראיותם, כיוון "שלא תהא שמיעה גדולה מראייה". כלומר, לא תהא שמיעת עדים המעידים על המולד גדולה מראיית בית הדין עצמו את המולד.

אולם, מדגישה הגמרא, אם ראה בית הדין את המולד בלילה, היות ובית דין אינו דן בלילה, יש לקדש את החודש ביום, ולא ניתן לקדש את החודש ביום על פי ראיות הדיינים בלילה. לכן, צריכים שניים מתוך הדיינים להעיד בפני בית דין, ועל פי עדותם יקדשו את החודש.

* הרב אורי רותם, נ"נ בישיבת 'מרכז הרב', ירושלים.

1. [המאמר מתמקד בדיני הראיות הראויים לפי דין התורה, ולא בדיני ראיות מיוחדים, הנדרשים לעיתים לשם ענישת עבריינים כהוראת שעה, לפי צורך השעה, המקום והזמן – הערת עורך, י"א.]
2. ראש השנה כה, ב.

למדנו אם כן, שבית הדין אינו יכול לקדש את החודש ביום, על סמך ראיית הדיינים את המולד, בלילה.³

אולם, יש לשאול, גם אם לא ניתן היה לדון בלילה, הרי למעשה, הדיינים יודעים שהיה מולד. אם כן, מדוע לא יוכלו לקדש את החודש על סמך ידיעתם, ולא תהיה עדות עדים גדולה מידיעת הדיינים? לשון אחר: לכאורה, בית הדין דן בדרך כלל, בהסתמכו על ידיעה, המוסקת מעדות העדים. מדוע תיגרע ידיעה בלתי אמצעית מידיעה מכוחה של עדות?⁴

נראה שממקור זה ניתן להוכיח, שמדין תורה, אין בית הדין רשאי לדון על פי ידיעה גרידא. את ההוראה: "על פי שני עדים או על פי שלשה עדים יקום דבר"⁵, אין להבין כהוראה הקובעת רק דרך להשגת המידע שעל פיו ידון בית הדין, אלא כקביעה המגדירה את היקף סמכות בית הדין: סמכות זו מותנית בכך שהפסיקה תתבסס על עדות עדים. לפיכך, אף אם המידע מצוי כבר בידי בית הדין אך ממקור אחר, שאינו עדות, אין בית הדין מוסמך לפעול במציאות, ולכפות על פי ידיעתו את פסק הדין.⁶

עיקרון זה מוכח גם מפסולתם של עדים קרובים. בעניין זה נאמר בגמרא,⁷ שעדים קרובים לא פסולים מחמת החשש שמא הם משקרים, שהרי גם משה ואהרן פסולים, אלא פסולתם היא בגדר 'גזירת מלך'. גם בהקשר זה ניתן לשאול: אף אם פסלה התורה את עדותם של משה ואהרן, כלום אין בדבריהם כדי ללמד את בית הדין מהי האמת? ואם כן, מדוע לא

3. בדברי הראשונים ניתן למצוא שלושה נימוקים שונים לכך שבית הדין לא רשאי להסתמך על הראייה בלילה, וכפי שיתבאר בהערות 14, 22 ו-23 לקמן.

4. בדברי רש"י (כתובות כא, ב ד"ה ליתבו בדוכתייהו) מבואר שגם אם עד נעשה דיין, צריכים הדיינים שראו בלילה להעיד לפני ב"ד כדי שיוכלו לקדש ביום. וכ"כ הרמב"ן (כתובות שם, בפירושו הראשון לדברי הגמרא) ומוסיף שכן מבואר בירושלמי (ראש השנה ג, א). עוד מוסיף הרמב"ן, שניתן לבאר שכוונת הגמרא היא שאם עד נעשה דיין הרי שאין צורך שהדיינים גם יעידו ביום על ראייתם, אלא יוכלו מיד לקדש ביום ע"פ ראייתם בלילה, אולם מבואר בדבריו שזה דווקא בקידוש החודש, כיוון שבקידוש החודש אין צורך בהגדת עדות, כמבואר לקמן בשיטת רש"י ליד הציון להערה 13.

5. דברים יט, טו.

6. כך מבארים: חידושי הרי"ם ח"מ ז, א; קובץ שיעורים ב"ב, שכט; חזון איש אה"ע קא, לא.

7. הג"ר שמעון שקאפ [שערי יושר ז, א; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (קידושין, כב)] מבאר, שזהו תנאי לסמכות בית הדין לפעול במציאות. הרי"מ והחזון איש מבארים, שהתורה אמרה שבית דין יכולים לדון רק על פי ידיעה אשר ניתן לבדקה. לכן, אין בית הדין רשאי לפסוק ולומר שכך ידוע לו, מבלי שניתן יהיה לערער על הפסיקה ולבחון את נכונותה.

נראה שהעדות אינה רק תנאי בסמכות בית הדין, כפי שנראה מדברי הג"ר שקאפ, אלא היא תנאי ביכולת לעשות 'משפט'. לדעת רב אחא (סנהדרין ג, א) דיני הודאות והלוואות אינם צריכים להיות נדונים בב"ד מדין תורה, ואף על פי כן פשוט שניתן לדון דינים אלה דווקא ע"פ שני עדים, כמו בדיני גולות וחבלות. ומבואר בדברי התוספות (שם ב, ב ד"ה דברי) שבין דיני הודאות והלוואות ובין דיני גולות וחבלות מוגדרים כ'משפט'. נראה מכך, שכל 'משפט' – כל דין אשר אינו רק הוראת איסור והיתר אלא נוגע לבירור מעמדו האישי או הממוני, של האדם – צריך להיות מבוסס על עדות עדים, מחמת הטעם המבואר בדברי הרי"ם והחזון איש.

7. בבא בתרא קנט, א.

ידון בית הדין על סמך ידיעה זו? מוכח אם כן, שבית הדין אינו רשאי לדון על סמך ידיעתו. לא די בידיעת המציאות כדי לפסוק, שכן הפסיקה צריכה להתבסס על עדות כשרה.⁸ כך עולה גם מדברי בעלי התוספות? בעניין שטר שהעדים החתומים בו הם קרובים, שאין לסמוך עליו על אף שהעדים החתומים דוברי אמת, כיוון שאין לעשות מעשה אלא על פי עדות כשרה.¹⁰

ב. דין שלא על פי עדות עדים

בפרק הקודם עמדנו על העיקרון, העולה ממקורות רבים, שפסיקת בית הדין צריכה להתבסס על עדותם של עדים כשרים, ולא על ידיעה שמקורה אינו בעדות כשרה. עם זאת, ניתן למצוא מקורות המלמדים שלעתים בית הדין פוסק על פי ידיעת המציאות, גם כאשר אין לפניו עדות כשרה. במקורות אלו ובמשמעויותיהם נעסוק בפרק זה.

1. לא תהא שמיעה גדולה מראייה

כאמור, בסוגיית ראש השנה¹¹ נקבע שבית הדין רשאי לקדש את החודש ביום, על פי ראיית הדיינים את המולד. אם על סמך הידיעה הנובעת מראיית הלילה לא ניתן לדון, היות ואין היא מבוססת על עדות כשרה, מן הדין היה לקבוע גם, שבית הדין לא יהיה רשאי לקדש את החודש על סמך ראיית המולד!¹²

רש"י¹³ אומר, שבנוגע לקידוש החודש לא הגבילה התורה את הדיינים בכך שפסיקתם צריכה להתבסס דווקא על עדות כשרה. לכן ניתן לפסוק על פי ראייה.¹⁴ מדבריו משמע, שבדיני ממונות לא ניתן לפסוק דין על פי ראייה.

8. כך מבארים: נודע ביהודה מהדורא קמא, אה"ע מא; שערי יושר וחיודשי רבי שמעון יהודה הכהן הנ"ל בהערה 6.

הג"ר א"י וולדינברג (בשו"ת ציץ אליעזר טז, מז; ובפסק הדין המובא בפד"ר ח, יג עמ' 224), אומר שבית הדין צריך לדון רק על פי עדים ולא על פי ידיעתו, וכראיה לכך הוא מביא את דברי הגמרא בראש השנה (בא,ב), האומרת שביקש שלמה לדון על פי דינים שבלב ללא עדים ויצאה בת קול ואמרה: "על פי שנים עדים". המהר"ץ חיות על אתר מבאר, שהדברים מוסבים על משפט שלמה. מבואר אם כן, שאין לדון על פי אומדנות המתבררות לדין ללא עדות. עוד על הוכחה זו, ראה להלן בהערות 83 ו-180.

9. תוספות גטין ד, א ד"ה מודה.

10. כך מבאר קובץ שיעורים הנ"ל בהערה 6.

11. לעיל, הערה 2.

12. קובץ שיעורים (לעיל, הערה 6) מנסח את השאלה בלשון זו: כשם שאומרים לא תהא שמיעה גדולה מראייה, כך יש לומר לא תהא שמיעה גדולה מידיעה.

13. רש"י ר"ה כה, ב ד"ה ואמאי.

14. כך מבאר הג"ר ברוך דוב פוברסקי (בד קודש ד, מח). לפי דברי רש"י נראה שבליילה בית הדין לא מקדש על סמך ראייתו, כיוון שאין מקדשים את החודש בלילה, כמבואר בגמרא שם. וביום לא מקדשים על סמך הראייה, משום שהראייה אינה עוד לפני בית הדין.

אבל, במסכת בבא קמא¹⁵ נקבע, שבית דין הרואה שאדם הזיק לחברו יכול לחייב את המזיק על פי ראייתו. ממקור זה מוכח לכאורה, שגם בדיני ממונות ניתן לפסוק על פי ראייה. במסכת בבא בתרא¹⁶ מובא דיון בדבר חלוקת נכסי שכיב מרע, על פי ראיית בית הדין, שהחלוקה נעשתה בפניו. מדברי הרשב"ם על אתר¹⁷ עולה, שפסיקת בית הדין אכן מבוססת על הראייה. לפי הסבר זה, אף בדיני ממונות ניתן לפסוק על פי ראייה.¹⁸

מנגד, הרמב"ן¹⁹ סבור שהפסיקה מבוססת על הודאת בעל הדין בפני בית הדין. לפי דבריו, אין להביא ממקור זה ראיה לכך שניתן לפסוק בדיני ממונות על סמך ראייה בלבד. נראה שניטיית מרבית הראשונים היא לדחות את דברי רש"י, מכוחה של סוגיית בבא קמא. כך למשל קובעים במפורש בעלי התוספות בסוגיית ראש השנה דלעיל.²⁰ נראה שלדעת בעלי התוספות, הראייה אף עדיפה על השמיעה מפי העדים, כיוון שהראייה היא כעדות שמהימנותה נבחנה.²¹ לפי גישה זו, המציאות המתגלה לדיינים על ידי ראייתם, נחשבת כעדות על המקרה שבו הם דנים, ולכן הם יכולים לדון על פיה.²²

את הדין על פי ראייה ניתן להסביר בדרך אחרת, ולפיה, ראיית בית הדין יכולה לשמש בסיס לפסק דין, לא משום שהיא מעין עדות, אלא משום שבמצב זה, אין כלל צורך בעדות. העדות נדרשת, לפי הסבר זה, רק כאשר קיים צורך לברר מציאות מסופקת. כאשר קיים צורך בעדות, לא ניתן לבסס פסק דין על ידיעת הדיינים. אבל, כאשר המציאות עצמה ברורה, כפי שקורה כאשר בית הדין עצמו ראה מה אירע, אין כלל צורך בעדים.²³

15. בבא קמא ז,ב.

16. בבא בתרא קיג,ב.

17. רשב"ם בבא בתרא שם ד"ה לא שנו.

18. לגבי דיני נפשות אומרת הגמרא (ראש השנה כה,ב; בבא קמא ז,ב), שנחלקו רבי עקיבא ורבי טרפון האם רשאי בית הדין לדון על פי ראייה. רבי טרפון אומר שיכולים לדון, וגם רבי עקיבא מסכים שבאופן עקרוני בית הדין רשאי לדון על פי ראייה, משום שלא תהא שמיעה גדולה מראייה. אולם, לדעתו, דיינים שראו רצח, למשל, אינם רשאים לדון בדבר, גם לא על פי עדות העדים, כיוון שהם לא יוכלו למצוא צד זכות לרוצח.

19. חידושי הרמב"ן בבא בתרא, שם.

20. תוספות ראש השנה כה,ב ד"ה לא תהא שמיעה גדולה מראייה, וכך כתבו גם: רא"ה, רמב"ן, רשב"א והריטב"א בחידושיהם לכתובות כא,ב. אמנם מדברי הריטב"א (ב"ב קיג,ב) נראה שהוא סובר בדברי רש"י, שבית דין יכולים לדון על פי ראייתו דווקא בקידוש החדש.

21. וראה גם בחידושי רבנו חיים הלוי (רמב"ם עדות ג, ד), שלבית דין הדין על פי ראיית הדיינים יש דין עדות. עוד לגבי דין זה, ראה גם בדברי הגי"ר שמעון שקאפ (הנ"ל בהערה 6), בביאור דברי חידושי הרשב"א לב"ק ז,ב.

22. לפי זה, מוסבר בתוספות (ר"ה כה,ב ד"ה כגון), שאין בית הדין יכול לקדש בלילה כיוון שקבלת ראיית הדיינים היא כקבלת עדות, ואין מקבלים עדות בלילה.

23. כך משמע מדברי רשב"ם (ב"ב קיג,ב ד"ה רצו עושין דין), וכך כתב המהרש"א (ב"ק ז,ב). בחידושי רבי ראובן (יבמות כה) מובאות שתי האפשרויות להבנת דין "לא תהא שמיעה גדולה מראייה". שתי הגישות הללו בהבנת דין ע"פ ראייה מבוארות בדברי הראב"ד ובעל העיטור להלן ליד הציון להערה 88, ובהערה 89.

2. חזקה ו'אנן סהדי'

במסכת יבמות²⁴ מובא דיון אודות מי שנישאה על פי שני עדים שהעידו שבעלה מת, ובא בעלה. ההלכה היא, שאם נישאה לאחר, תצא ממנו. בעלי התוספות²⁵ מבהירים, שעל אף שיש עדות שהבעל מת, ולרוב אין ראייה כעדות שני עדים, ו'תרי כמאה' – כאשר המציאות ברורה ללא צל של ספק, אין מקום לעדות העדים. משום כך, בית הדין לא יתייחס כלל לעדות העדים הטוענים שמת הבעל. משמעות קביעה זו היא, שעדותם של עדים נדרשת רק כאשר המציאות אינה ברורה. כאשר המציאות ברורה אין צורך בעדות עדים, וממילא גם אין משמעות לעדות.²⁶

לאור המבואר כאן ברור שרשב"ם אינו יכול לפרש כדברי התוספות שהחיסרון בראייה בלילה הוא מחמת שבי"ד לא מקבל עדות בלילה, כמבואר בהערה 22 לעיל, שהרי לדעת הרשב"ם אין לראייה גדר של קבלת עדות. אלא מבאר רשב"ם (שם ד"ה לא שנו) שבליילה הם אינם דנים, משום שאין להם מעמד של בית דין בלילה, וממילא לא ניתן לומר שכלפי בית הדין המציאות ברורה לחלוטין, כיוון שאין בנמצא בי"ד אשר יכול להתייחס למציאות. ביום המציאות כבר אינה ברורה, ועל סמך ידיעת הדיינים את המציאות בלילה, הם אינם יכולים לדון, כמבואר לעיל, בפרק א.

ומכל מקום, הסבר זה – שבמקרה שבו הדיינים רואים המציאות נחשבת כברורה, ולכן הם לא צריכים עדות עדים – הנו הסבר מחדש, כיוון שהמציאות אינה ברורה לכל העולם, כפי שהיא במקרה שיש חזקה של 'אנן סהדי', כמבואר בפרק ב (2) לקמן. אלא זו מציאות הברורה רק לדייני בית הדין הרואים אותה באופן מקרי, ולכן רש"י ותוספות מבארים דין זה באופן אחר.

24. יבמות פח, א.

25. תוספות יבמות שם ד"ה אתא גברא.

26. כך כתב הש"ך (ח"מ מו, סו) בביאור דברי התוספות (שם) שבדבר העשוי להתגלות לכל העולם אין אומרים ששני עדים כמאה. וכוונתו לומר כמבואר למעלה, שכיוון שזהו דבר הברור לכל העולם הרי שיש לומר שאין צורך בעדות עדים, ולכן בזה אין לומר ששני עדים כמאה. וכ"כ שו"ת שבות יעקב (א, קכה), שכיוון שדברים המפורסמים אינם צריכים ראייה, הרי שגם לא מועילה בהם ראייה.

הנודע ביהודה (מהדורה קמא, אה"ע סה) מסביר את דברי בעלי התוספות בדרך שונה. לדבריו, אין כוונת התוספות ביבמות לומר שבזה אין אומרים ששני עדים כמאה. כוונתו לומר, שבניגוד לכלל הרגיל, הקובע שכאשר יש שתי כתי עדים המכחישות זו את זו מעמידים את האיש על חזקה, ואם נישאת לא תצא – במקרה זה אומרים שתצא האשה מבעלה, כיוון שכל העולם מכחיש את דברי העדים. הסבר אחר המוצע בנודע ביהודה הוא, שעל אף ששני עדים מעידים על האשה שהיא אלמנה, כיוון שכלל העולם ברור שהיא נשואה, הרי שהם מצווים להפרישה מאיסור ולכן מוציאים אותה מבעלה. מדבריו עולה, שגם כאשר המציאות ברורה לכל העולם, אין בכך כדי להפקיע את נאמנות העדים.

אולם, בשו"ת חתם סופר (אה"ע, קמב) דוחה את דברי הנודע ביהודה, ואומר שכאשר המציאות ברורה לכול, אין העדים נאמנים, אלא אומרים שהם טעו בטביעות עין, והעידו על אדם אחר שמת. מדברים אלו משמע, שכאשר המציאות ברורה, לא מתייחסים לעדות העדים, אלא שלפי דבריו אין זה משום שכלל לא צריך את עדותם ולכן אין להם נאמנות, אלא שיש לתלות שהם טעו בעדותם.

נתיבות המשפט (מו, ז) אומר, שיש מחלוקת במקרה שעדים החתומים על שטר אומרים שזהו כתב ידם, ועדים אחרים אומרים שאין זה כתב ידם, האם צריך קיום אחר. על פניו, הצורך בקיום אחר אינו מובן. מה יועיל קיום אחר, הרי שני עדים כמאה, ואם כן, לא יהא בכוח עדי הקיום האחרים, להכחיש את עדות אלו שאומרים שאין זה כתב ידם! על כך משיב הנתיבות, לפי דברי התוספות הנ"ל, שישנם מקרים שבהם המציאות ברורה ואין צורך בעדות, וכך יש לומר לגבי הכרת כתב ידם, שזהו דבר הגלוי לכול, ולכן בזה אין צורך בעדות עדים. לכן, אין לעדות משמעות של עדות רגילה, ויש בכוח שני עדים נוספים להכריע את הספק שנוצר.

נראה שעיקרון זה הוא העומד ביסוד אותם מקרים שבהם מבואר בתלמוד שביטול הדין פוסק על פי חזקה. משמעות החזקה היא, שעל אף שהמציאות עצמה אינה ברורה כמו במקרה שבו 'בא הרוג ברגליו', היות וקיים כלל התנהגות, 'אנן סהדי' הקובע שבני אדם נוהגים בדרך מסוימת, ניתן לפרש את המציאות בהתאם לאותו כלל, מבלי להזדקק לעדים. כזו למשל היא חזקת 'אין אדם פורע תוך זמנו'.²⁷ משמעות החזקה היא, שמכוחה רשאי בית הדין להוציא ממון מן החייב, הטוען שפרע לפני המועד שנקבע לפירעון החוב, ואפילו מיתומים, כיוון שברור שהלווה לא פרע את חובו לפני מועד זה, וכהנה עוד רבות.²⁸

כאשר קיימת חזקה, או 'אנן סהדי', המציאות כלל אינה מסופקת, הכול ברור בה. במקרה כזה אין צורך בעדים. רק כאשר המציאות מסופקת יש צורך בעדים כדי לבררה. במצב זה, ניתן לסמוך רק על עדים כשרים כדי לברר את המציאות ולפסוק, ולא על ידיעת הדיין.

אמנם, אם יבואו עדים ויעידו שהלווה פרע את חובו תוך זמנו, הם יהיו נאמנים, כיוון שחזקות אינן בירור מוחלט של המציאות, אלא הן מגדירות את המציאות על פי התנהגותם של רוב בני האדם. הגדרה זו אינה שוללת קיומם של מצבים יוצאי דופן, היוצאים מגדר הרגיל. לכן, יש בכוחה של עדות לעקור את החזקה.

(א) בין רוב לחזקה

למעשה, החזקה מבוססת על הנחה הנסמכת על מנהגם של רוב בני האדם, כפי שמדגיש בעל אור זרוע.²⁹ אמנם, כלל ידוע הוא, שבדיני ממונות אין פוסקים על פי הרוב.³⁰ מדוע אם כן פוסקים דין על פי חזקה? נראה, שבאותם מקרים שבהם מבקשים להכריע על פי הרוב, המציאות אינה מוגדרת כמציאות שאינה מסופקת כלל, אלא זו מציאות מסופקת שיש בה

אמנם דברי הנתיבות מחודשים, כיוון שנראה שבמקרה זה, המציאות אינה נחשבת למציאות ברורה לחלוטין, ולכן אין לומר שאין צורך בעדות עדים [וכך אכן מקשים על דבריו הגהות אמרי ברוך (שם), ואמרי בינה (הלכות הלואה, לא)].

במקום אחר (טו, ב), לומד נתיבות המשפט מדברי התוספות הנ"ל, שישנם מצבים שבהם קיימת אומדנא הברורה לכל העולם, ובהם אין צורך בעדות עדים. גם דבריו אלו מחודשים, כיוון שהשימוש באומדנא קיים בעיקר כאשר המציאות עצמה אינה ברורה, והדיינים, מכוח ידיעות שונות שיש בידם על התנהגות בני האדם מצליחים לברר את הספק. אף במקרים אלו, קשה להגדיר את המציאות כברורה לחלוטין, עד שאין צורך בעדותם של עדים. כך אמנם מקשים נחל יצחק (טו, ה), וישועות ישראל (טו, חוקת המשפט ד) על דברי הנתיבות. לדבריהם, דווקא כאשר המציאות גלויה לפני כולם ניתן לומר שאין צורך בעדים. אולם, כאשר המציאות אינה ברורה לכול, ורק בכוח הדיינים לבררה, בהתאם לאומדן הידוע להם בלבד, יש בהחלט משמעות לעדות העדים.

מכל מקום, דעת הנתיבות היא, שגם במקרים אלו, כיוון שיש אומדנות ברורות לפני בית הדין, המציאות עצמה נחשבת ברורה ללא כל צל של ספק.

27. בבא בתרא ה, ב.

28. פירוש של כל אותן חזקות מובא באנציקלופדיה תלמודית יג, ערך חזקה, עמוד תרצד ואילך.

29. אור זרוע א, תשט.

30. כמבואר להלן, אחרי הציון להערה 54.

רוב ומיעוט; במקרה כזה יש צורך בעדים. אולם באותם מקרים שבהם קיימת חזקה, המציאות מוגדרת כמציאות ברורה לחלוטין עד שכלל אין צורך בעדות עדים.³¹

הבדל זה בולט בעיקר בסוגיית הגמרא במסכת כתובות,³² הדנה במי שנישאה מבלי שיצא עליה קול שהיא בתולה. באותם ימים, הייתה קיימת חזקה ולפיה, כל בתולה שנישאת יוצא עליה קול שנישאה בתולה. בהתאם לכך נפסק, שמי שנישאה ולא יצא עליה קול שהיא בתולה, הרי היא בחזקת שנישאה בעולה, ואף אם יבואו עדים ויעידו שהיא בתולה לא חוששים לעדותם, ורואים את עדותם כעדות שקר. החזקה במקרה זה מגדירה את המציאות, ומשום כך, אף אם יבואו עדים שהיא בתולה, אין משמעות לעדותם, כיוון שאין כל ספק שהיא ודאי נישאה בעולה. 'אנן סהדי' עדיף על עדים, כיוון שמציאות שבה קיים 'אנן סהדי' הנה מציאות ברורה ללא כל ספק, ולכן אין מקום לעדות העדים.

אמנם, בדרך כלל אין לחזקות משמעות כה מרחיקת לכת. לרוב, משמעות החזקות היא, שרוב בני האדם נוהגים כך, ולכן אין סיבה להניח שהמציאות היא אחרת. אבל, אם באים עדים, עדותם תהווה סיבה מספקת לומר, שהמקרה הנדון הוא חריג.

ברם, בכל האמור עד כה עדיין אין די כדי להסביר את ההבחנה המהותית, המצדיקה התייחסות שונה לרוב ולחזקה. מדוע במקרים מסוימים הרוב אינו מגדיר את המציאות כמציאות ברורה, וממילא אז צריך לדון דווקא על פי עדים, ובמקרים אחרים הרוב מגדיר את המציאות כמציאות ברורה ללא ספק?³³

31. הגמרא (חולין יא, ב) אומרת, שאדם מיוחס כבן לאביו מחמת הכלל שרוב בעילות אחר הבעל, קביעה זו אינה עולה לכאורה בקנה אחד עם הקביעה בירושלמי (קידושין ד, י) שייחוס זה נובע מן הכלל ש'סוקלים על החזקות', וכפי שמובא גם ברמב"ם (איסורי ביאה א, כ), היינו שזו חזקה ולא רוב. הגר"ח מוולוז'ין (חוט המשולש א, ה) מבאר שלפי הרמב"ם, אין מחלוקת בין הבבלי לירושלמי. ברור לכול, שייחוס בן לאביו מבוסס על כך שרוב בעילות אחר הבעל, אולם לגבי כל אחת מן הבעילות שיצרו את הרוב, אין בידינו עדות שהבעילה היא של הבעל. הכרחי אם כן להסביר, שהרוב מבוסס על חזקה, שאכן הבעל הוא הבעל את רוב הבעילות. מדבריו משמע, שהחזקה אינה נשענת על רוב ידוע במציאות, אלא שהיא מעין אומדן אובייקטיבי על המציאות הנובע מהכרה של המציאות, שאינה מתבססת על נתון סטטיסטי זה או אחר, ומכוחה ניתן להגדיר את המציאות, ללא צל של ספק. כך כתב גם הג"ר אליהו מישקובסקי באחד ההסברים להבדל בין רוב לחזקה, המובאים במאמרו "בעניין חזקה ואומדנא" מוריה ו, י"א עמ' מא ואילך. לפי המבואר להלן אחרי הציון להערה 79, נראה שלגבי חזקה כזו חולקים הרא"ש והמהר"ק האם ניתן לסמוך עליה כ'אנן סהדי'.

נראה להסביר את דעת הרמב"ם באופן הפוך, שכיוון שיש רוב ידוע במציאות שרוב בעילות אחר הבעל, וזהו רוב טבעי, הרי שרוב זה אינו רק רוב סטטיסטי, אלא יש לו דין של חזקה, ואנן סהדי' שכך היא המציאות ללא ספק, וכדברי הירושלמי, ולכן ניתן לסקול על פיו. כך כתב השערי יושר (ו, ח), בביאור דברי הרמב"ם.

32. כתובות טז, ב.

33. ניתן היה לומר שכשם שאומר הריטב"א (ב"ב ע, א), שלא כל החזקות שוות, וישנה חזקה המגדירה בירור מוחלט המועיל כנגד מיעוט, ויש חזקה שאין בכוחה לעשות זאת, כך יש לומר גם לגבי רוב, שכאשר ההפרש בין הרוב למיעוט משמעותי, יש בכוח הרוב להגדיר את המציאות כברורה, וזו 'חזקה' או 'אנן סהדי'. מנגד, יש רוב שההפרש בינו למיעוט אינו כה משמעותי, ומשום כך, אין בכוחו להגדיר את המציאות כברורה. כך כתב השערי יושר (ג, ג) בתחילה, שדין רוב הוא בכל מקרה שבו יש רוב מול מיעוט, אע"פ

נראה שההבחנה מיוסדת על ההפרש שבין רוב טבעי לרוב סטטיסטי. יש והרוב נוצר מכוחם של מקרים רבים, שבהצטברותם יוצרים רוב. זהו רוב סטטיסטי. כך למשל, במסכת בבא בתרא³⁴ מדובר על 'רוב אנשים הקונים שור לחרישה'. רוב מסוג זה אינו מבוסס על קשר מהותי בין כל אותם בני אדם שרכשו שור למטרות חרישה, אלא על ההכרה שמבחינה סטטיסטית, רוב רכישות השוורים מתבצעות למטרות חרישה, ולא לשחיטה. לכן, כאשר יש ספק האם אדם קנה את שורו לשחיטה או לחרישה, אין הרוב מבטל את המיעוט. המציאות לא התבררה מכוח קיומו של הרוב. הרוב רק יכול לקבוע, שקיימת הסתברות גבוהה לכך, שהשור נרכש למטרות חרישה.

מנגד, בחזקת 'אין אדם פורע תוך זמנו' למשל, הרוב הוא רוב טבעי, רוב שיש בו כדי ללמד על טבע בני האדם. במקרה זה, הרוב אינו צירוף מקרים בלבד, אלא קיומו מלמד על האופי האנושי: אין אדם פורע תוך זמנו. לכן, כאשר יש ספק האם אדם פרע את חובו לפני המועד שנקבע לפירעון החוב, יש בכוחו של הרוב להגדיר את המציאות, ולקבוע בצורה החלטית וברורה, שהחוב לא נפרע לפני המועד הפירעון.³⁵

שאינ הפרש גדול בין הרוב למיעוט, אלא מספיק שיש נ' כנגד נ"א. רוב זה אינו רוב שכלי, שמסברה יש ללכת אחריו, אך כך גורה התורה, שיש להכריע את הספק על פי הרוב.

אולם, כאשר ההפרש בין הרוב למיעוט הוא רב ביותר, אף השכל האנושי יכריע שמן הראוי להכריע על פי הרוב. מכוחו של רוב כזה ניתן להגדיר את המציאות, ולהתעלם לחלוטין מן המיעוט, וכך כתב גם קונטרס הספקות (ו, ד) ושו"ת זרע אמת (ב, י"ד קיא) בביאור דברי התוספות (להלן, הערה 41), שרוב הקונים שוורים לחרישה הוא רוב לא טוב כיוון שזהו רוב שבו המיעוט שכיח.

34. בבא בתרא צב.ב.

35. נראה שודאי שגם לפי הסבר זה החזקה מבוססת על רוב מוחלט שבו המיעוט הוא קטן, שהרי אילו היה המיעוט גדול, הרי שהרוב לא היה מהווה ראיה לטבע בני האדם, שהרי יש אנשים רבים אשר נוהגים כמיעוט. אבל, המוקד בהסבר זה אינו גודל הרוב, אלא טבע בני האדם או צורת התנהגותם, המוסקת מקיומו של הרוב.

יש להוסיף שגם רוב כמו 'רוב אנשים קונים שוורים לחרישה' הוא רוב בטבע, מבחינה זו שהוא רוב הטבוע בעולם, כך הוא טבע העולם שרוב האנשים קונים את השוורים לעבודה ולא לשחיטה, כיוון שכך היא צורת העבודה של אנשים שהם לוקחים את השוורים לעבודה ולא לשחיטה. אלא שזו לא הגדרה בטבע האדם המלמדת על כל מקרה בודד שבו אדם קונה שור, האם הוא קונה אותו לשחיטה או לעבודה, אלא זהו טבע האדם המגדיר שהסתברות שאדם יקנה את השור לשחיטה או לעבודה היא הסתברות קבועה, כל עוד אכן משתמשים בשוורים לעבודה. בכל מקרה שבו ידוע שדרך העולם להשתמש בשוורים לחרישה אין צורך לבדוק את הסטטיסטיקה, אלא ברור שהסטטיסטיקה היא שרוב קונים שוורים לחרישה. אולם כאשר יש רוב שבני אדם לא פורעים את חובם תוך זמנם, זהו רוב המגדיר שטבע האדם כך הוא, שהוא לא פורע תוך זמנו, ולגבי כל מקרה בודד שעליו דנים הרוב מגדיר שיש לדון שאותו אדם אינו פורע תוך זמנו.

לעומת זאת, ברוב כמו 'רוב אנשים מקדשים ואח"כ נותנים סבלונות' נראה שזו סטטיסטיקה שכלל אינה בטבע, אלא מקרית לחלוטין, המשתנה ממקום למקום, על פי נורמות ההתנהגות המקובלות באותו מקום, כפי שמבואר בגמרא (קידושין שם) שישנם מקומות שבהם הרוב מקדשים ואח"כ נותנים סבלונות וישנם מקומות שבהם הרוב נותנים סבלונות ואח"כ מקדשים.

מכל מקום לא זו כוונת הרמב"ן בהבחנתו, כמבואר בדבריו שהוא אומר שרוב בטבע הוא 'רוב נשים יולדות לאחר תשעה חודשים', שזו לא סטטיסטיקה בלבד, אלא רוב המגדיר את טבעה של כל אישה, וממילא מלמד על כל מקרה ומקרה. גם מסברה נראה שכאשר דנים על מקרה מסוים אין חילוק בין 'רוב

נראה שהבחנה זו מוצאת ביטוי כבר בדברי הראשונים. במסכת קידושין³⁶ נפסק, שבמקום שבו רוב האנשים מקדשים ואחר כך נותנים סבלונות (=מתנות חתונה), ומיעוטם נותנים סבלונות ואחר כך מקדשים, אין חוששים למיעוט. לכן, אם נתן אדם סבלונות לאישה במקום כזה, מניחים שהסבלונות ניתנו לשם קידושין.³⁷

לר"ף³⁸ ישנה גירסה שונה בסוגיה זו. לפי גרסתו, הסוגיה דנה במקום שבו הרוב נותנים סבלונות ואחר כך מקדשים, ומיעוט מקדשים ואחר כך נותנים סבלונות. החידוש שבסוגיה הוא אם כן, שחוששים למיעוט, ומשום כך מניחים שהסבלונות ניתנו לשם קידושין.

הרמב"ן³⁹ מבאר את שיטת הר"ף, באמרו שיש לחלק בין רוב של חיוב וטבע, שבו אין חוששים למיעוט, לרוב שאינו מלמד על טבע בני האדם. רוב המלמד על טבע בני אדם, כגון רוב נשים יולדות לאחר תשעה חודשים, מלמד שהטבע האנושי בא לידי ביטוי ברוב המקרים. לכן, כאשר יש ספק האם אישה ילדה לאחר תשעה חודשים או לא, אין חוששים שהיא לא ילדה.⁴⁰ לעומת זאת, כאשר יש ספק האם אנשים מקדשים ואחר כך נותנים סבלונות או שקודם נותנים סבלונות ואחר כך מקדשים, ברור שהשאלה העומדת ביסוד הספק, אינה 'מה טבע בני האדם?', אלא 'איזה נוהג שכיח יותר?'. לכן, במקרים אלו הרוב אינו מגדיר את המציאות כמציאות ברורה ללא ספק, אלא זו מציאות שברוב נוהגים בני אדם בצורה מסוימת, ובמיעוט המקרים הם נוהגים אחרת, ומשום כך, חוששים למיעוט מחמת חומרת איסור אשת איש.

אנשים קונים שוורים לחרישה' לבין 'רוב אנשים מקדשים ואח"כ נותנים סבלונות', ובשני המקרים הרוב אינו מלמד על המציאות בכל מקרה ומקרה, אלא רק על הסטטיסטיקה.

36. קידושין נ.ב.

37. כך מבאר רש"י (קידושין נ.ב ד"ה חוששין לסבלונות), אך תוספות (שם ד"ה חוששין לסבלונות) מבאר אחרת. יש להוסיף שהאור זרוע (א, תשס) משווה לפי דברי רש"י שם בסוגיה את הרוב בעניין האנשים המקדשים ואחר כך שולחים סבלונות, לרוב בעניין אנשים שאינם פורעים תוך זמנם, ואומר ששניהם הם חזקה של 'אנן סהדי', שלא כדברי הרמב"ן האומר שזהו רוב לא טוב. לדעת האור זרוע, כיוון שכך אנשים נוהגים לעשות, הרי שהרוב הזה יוצר חזקה המלמדת שבכל מקרה זו תהיה צורת ההתנהגות של כל אדם השולח מתנה, שהוא שולח אותה לשם קידושין, וכלל אין ספק בדבר. לדבריו, רוב זה אינו דומה לרוב בעניין האנשים הקונים שור לחרישה, היות והרוב של הקונים שוורים לחרישה אינו מבוסס על מכנה משותף לכל הרוכשים. לכל אדם יש את סיבותיו שלו לקניית השור, אשר אינן מושפעות מהרוב. לכן, הרוב לא מלמד לאיזו מטרה רכש האדם שלפנינו את שורו. מנגד, בעניין הסבלונות, המנהג הוא שקובע את צורת ההתנהגות של האדם. לכן, אומר האור זרוע, המנהג ילמד על כל מקרה מסופק מהי צורת ההתנהגות של אותו אדם ללא צל של ספק.

נראה שלדעת רש"י ההבחנה בין סוגי הרוב אינה נובעת מן הגורמים להיווצרות הרוב: טבע האדם או נורמות התנהגות שונות. ההבחנה לשיטתו היא בין רוב סטטיסטי אשר אינו מברר כל מקרה בודד לבין רוב אשר מגדיר את המציאות בכל מקרה בודד. לעומת זאת, לדעת הראשונים ההבחנה בין סוגי הרוב היא בסיבות היווצרותו; רק רוב הנובע מטבע האדם, גופני או נפשי, הוא רוב מוחלט המגדיר את המציאות כברורה לחלוטין.

38. ר"ף קידושין כא.ב.

39. מלחמות השם קידושין כא. ב.

40. יבמות קיט.א.

ההבחנה שבדברי הרמב"ן היא ההבחנה שנדונה לעיל, בין רוב טבעי לרוב סטטיסטי. הבחנה זו רמוזה למעשה גם בדבריהם של בעלי התוספות,⁴¹ בעניין הרוב הקובע שרוב האנשים רוכשים שור למטרות חרישה. בעלי התוספות קובעים שרוב זה אינו רוב טוב, ולכן אין דנים על פיו. בעלי התוספות אינם מבהירים אמנם מדוע הרוב אינו טוב, אולם אחרונים רבים פירשו את דבריהם לאור דברי הרמב"ן דלעיל, שרוב זה אינו רוב טבעי, אלא רוב סטטיסטי, וככזה, אין בכוחו לברר מציאות, עד כדי שניתן יהיה להגדירה כמציאות בלתי מסופקת.⁴²

אמנם, מעיר השב שמתתא,⁴³ הבחנה זו נסתרת לכאורה מסוגיית בבא בתרא,⁴⁴ שם שואלת הגמרא: אם הולכים בממון אחר הרוב, כדעתו של רב, הפוסק שדנים על פי רוב מסוג רוב אנשים קונים שוורים לחרישה, מדוע אין דנים על פי רוב של רוב נשים נישאות בתולות? מבואר בדברי הגמרא שהיא משווה את הרוב של הנישאות בתולות שהוא רוב טבעי, לרוב אנשים קונים שוורים לחרישה שהוא רוב סטטיסטי.⁴⁵

41. תוספות סנהדרין ג, ד"ה דיני ממונות.

42. וכך מבואר בשב שמתתא ד, ה; באבני מילואים מה, ב; ובגליון מהרש"א סנהדרין ג, ב.

43. שב שמתתא הנ"ל בהערה הקודמת.

44. בבא בתרא צ, ב.

45. היה מקום לומר שאמנם הרוב של רוב נשים נישאות בתולות אינו רוב סטטיסטי בלבד, אלא רוב המלמד על כל מקרה הנדון בבי"ד. אולם רוב זה אינו נגזר מטבע האדם, כמו רוב אנשים אינם פורעים תוך זמנם. רוב זה נגזר מנורמות התנהגות של חברה מסוימת, אמנם באותה חברה הרוב מלמד לגבי כל מקרה של נישואין, שההנחה היסודית במציאות היא שהאישה אכן נישאה בתולה. אולם בחברות בעלות נורמות התנהגות אחרות רוב זה לא יהיה תקף. לעומת זאת הרוב של איין אדם פורע תוך זמנו נובע מתכונה בסיסית בטבע האדם ולא מנורמות התנהגות של חברה זו או אחרת, ולכן הוא לא בר שינוי. לפ"ז יש מקום לומר שהגמרא סוברת שגם רוב נשים נישאות בתולות אינו רוב טבעי, ולכן אינו מגדיר את המציאות כברורה לחלוטין. רק רוב אשר אינו בר שינוי יגדיר עבור ביה"ד את המציאות כברורה לחלוטין, עד שלא יהיה צורך בעדות עדים.

נראה שיש לדמות את רוב נשים נישאות בתולות לרוב מקדשים ואח"כ נותנים סבלונות. בשניהם מדובר ברוב הנגזר מנורמות התנהגות מסוימות המשפיעות על היחיד ומבררות לחלוטין כל מקרה בודד. כך אכן מבואר לעיל בהערה 37, שלדעת רש"י הרוב של רוב מקדשים ואחר כך נותנים סבלונות הוא רוב המברר את המציאות, אע"פ שזהו רוב אשר אינו תלוי בטבע האדם, אלא נובע מצורת התנהגות הנהוגה באותו מקום. לדבריו אכן ברור שגם רוב נשים נישאות בתולות הוא רוב המברר את המציאות לחלוטין. אולם מבואר בהערה שם ובגוף המאמר שדעת רוב הראשונים שרוב כזה, הנובע מנורמות חברתיות ולא מטבע האדם אינו נחשב לרוב שבטבע, אלא זהו רוב סטטיסטי בלבד. והיה מקום לומר שדברי הגמרא בב"ב הם סיוע לשיטתם.

מכל מקום, תוספות הרשב"א, השב שמתתא ורבנו מאיר שמחה לא סוברים כך, נראה שלדעתם גם הרוב של רוב נשים נישאות בתולות נובע מטבע האדם – טבעה של אישה להינשא בתולה, אלא שיתכן שבמקומות שונים יתפתחו נורמות התנהגות שונות אשר יקלקלו את אותו טבע. אולם, כל עוד טבע זה נשמר, הרי שהרוב הנובע ממנו הוא רוב טבעי.

[ההנחה שרוב נשים נישאות בתולות נובע מטבע אנושי, קשה ביותר. על מנת שהנחה זו תהיה נכונה, היא עלינו להניח שהמציאות שבה אישה נישאת כשאינה בתולה היא לא אנושית. הנחה זו אינה נראית נכונה, בייחוד לאור העובדה שיתכן ואישה תאבד בתוליה מחמת פגיעה, בגרות וכדומה.]

תשובה לשאלה זו ניתן למצוא בדברי תוספות הרשב"א משאנץ.⁴⁶ הוא כותב כדברי התוספות, שהרוב של הקונים שוורים לחרישה הוא רוב גרוע, ואמנם מקשה לפי זה, מדוע הקשתה הגמרא מ'רוב נשים נישאות בתולות' ועונה, שכנגד אותו רוב יש רוב אחר, שרוב הנישאות בתולות יש להן קול. נמצא, שבמקרה מיוחד זה, למרות קיומו של רוב טבעי, היות וקיים רוב טבעי מנוגד, נוצר ספק, שגורם להפחתת מעמד החזקה ממעמד של רוב טבעי למעמד של רוב סטטיסטי, שדינו תלוי במחלוקת רב ושמואל בשאלה, האם ניתן לפסוק בממון על פי רוב.

רבנו מאיר שמחה⁴⁷ מיישב את השאלה בדרך אחרת, תוך שהוא מתמקד דווקא במיעוט. לדבריו, יש להבחין בין מיעוט שקיומו אפשרי, למיעוט שקיומו טבעי. למיעוט טבעי יש לחוש, וממילא, נכון לומר שכאשר יש מיעוט טבעי, מתעורר ספק מחמת אותו מיעוט, אלא שיש לדון על פי רוב, ובדיני ממונות אין דנים על פי רוב. אולם, כאשר המיעוט אינו טבעי, אין לחוש למיעוט ולכן הספק אינו מתעורר כלל. לאור הבחנה זו, אומר רבנו מאיר שמחה, מיעוט נשים הנישאות כשאינן בתולות הוא מיעוט טבעי, שהרי יש אלמנות המתאלמנות באופן טבעי, ולכן יש בכוחו של מיעוט כזה לעורר ספק. לכן, מובן מדוע סוגיית בבא בתרא משווה בין 'רוב אנשים קונים שוורים לחרישה', ל'רוב נשים נישאות בתולות'. לשון אחר, ספק עשוי להתעורר באחד משני מקרים: כאשר הרוב אינו טבעי, או כאשר הרוב טבעי, אך גם המיעוט טבעי. בשני המקרים גם יחד, הרוב עשוי להכריע את הספק, אך בממונות אין הולכים אחר הרוב.

אולם, דומה שהתמקדותו של רבנו מאיר שמחה בטבעיותו של המיעוט, ולא בזו של הרוב, אינה הולמת את לשונם של בעלי התוספות, והראשונים דלעיל, ואף רבנו מאיר שמחה עצמו עמד על כך. על כן נראית דרכו של הרשב"א משאנץ, ש'רוב נשים נישאות בתולות' הוא רוב אשר גם לדעת שמואל היה אפשר לדון על פיו, כיוון שזהו רוב טוב, אילולא היה נגדו רוב הקובע שרוב הנישאות בתולות יש להן קול. כל זאת, בניגוד לעמדתו של רבנו מאיר שמחה, שלפיה, כיוון שהמיעוט הנישאות בעולות הוא מיעוט טבעי אין לדון על פי 'רוב נשים נישאות בתולות' לדעת שמואל.⁴⁸

לפיכך ניתן להציע, שהבחנה, כפי שהובנה על ידי ר"ש משאנץ ושב שמעתא, אינה בין 'רוב טבעי' ל'רוב סטטיסטי', אלא בין רוב המייצג נורמה חברתית לבין רוב סטטיסטי. 'רוב נשים נישאות בתולות' אינו רוב טבעי, אולי, אך הוא בהחלט מייצג נורמה מקובלת בחברה. לכן ניתן להחיל אותו על כל מקרה שבו קיים ספק בנוגע להתנהגות היחיד. לעומת זאת, 'רוב קונים שוורים לחרישה' אינו מייצג נורמה כלל, ומשום כך אי אפשר ללמוד ממנו דבר – הערת עורך, י"א.]

46. תוספות רשב"א משאנץ כתובות טו,א.

47. חידושי רבנו מאיר שמחה חולין צו,א.

48. להלן בהערה 149 מבוארות השלכות מחלוקת זו.

3. אומדנא

הסוגיה העוסקת ישירות בדין האומדנא היא הסוגיה במסכת שבועות⁴⁹ בעניין "גמל האוחר בין הגמלים, ונמצא גמל הרוג בצידו". סוגיה זו עוסקת בגמל שקיים לגביו אומדן ברור, שהוא עלול לבעוט ("אוחר"). בעניין זה נחלקו רבי אחא וחכמים בשאלה, האם דנים על פי אומדן זה. רבי אחא אומר שמחייבים את בעל הגמל האמוד לנשוך בנוק שנגרם, וחכמים חולקים עליו. דין זה מוגדר בסוגיה שם כ'דיעה בלא ראייה'.

נראה שאין מחלוקת בין רבי אחא לחכמים, על כך שניתן לדון רק על פי עדות, ולא על פי ידיעה, או על כך שכאשר יש מצב של 'אנן סהדי', אין צורך בעדות. מחלוקת רבי אחא וחכמים עוסקת, אם כן, רק במצבים שבהם קיים צירוף נסיבות שמהן ניתן להסיק מה אירע. רבי אחא סובר שזה נחשב כ'אנן סהדי', שהמציאות עצמה היא ברורה, ואין צורך בעדים. לכן מודה גם הוא, שכאשר המציאות אינה ברורה, ואין אומדנא במציאות עצמה על מעשה מסוים, לא ניתן לדון על פי ידיעה.⁵⁰

מנגד, חכמים סוברים שהמציאות הנדונה אינה ברורה לגמרי. לדעתם, קיימות נסיבות שונות שצירופן עשוי ליצור תמונה מציאותית מסוימת. לכן, כל עוד קיימת אפשרות אחרת להסביר את המציאות, על אף שסבירותה נמוכה, די בכך כדי להגדיר את המציאות כמסופקת.

אמנם, גם חכמים מודים שקיים אומדן ברור שדבר מסוים אירע. אולם, לא ניתן לדון על פי האומדן, כל עוד אין בו כדי להבהיר את המציאות, באופן שלא תיתכן לה כל פרשנות אחרת. לכן, כאשר לא ניתן להסביר את המציאות בדרך אחרת מוז העולה מן האומדן, גם צירוף נסיבות ייחשב כ'אנן סהדי', וכך אמנם מבואר בסוגיה במסכת שבועות,⁵¹ שגם לדעת חכמים יש לחייב במקרה שבו אין כל אפשרות אחרת להסביר את הנסיבות.

מחלוקת זו מתעוררת גם במסכת סנהדרין,⁵² בנוגע לעדות על פי אומדן. לדעת רבי אחא, כאשר העדים מעידים רק על קיומן של נסיבות מסוימות שלהן הם היו עדים, שניתוחן עשוי להביא למסקנה, על פי אומדן בית הדין, שדבר מסוים אירע – העדות קבילה, ויש בכוחה להוציא ממון. חכמים חולקים על רבי אחא, וסוברים שאין בכוחה של עדות מסוג זה

49. שבועות לה, א.

50. כך עולה גם מדברי חידושי הרי"ם חו"מ ז, א.

לעומת זאת, הקובץ שיעורים (ב"ב תקפ) אומר, שאין דנים על פי עדות משה ואהרן, משום שאין הלכה כרבי אחא, ולא דנים על פי אומדנא. לפי המבואר כאן, גם לרבי אחא לא דנים על פי עדות משה ואהרן, וכפי שמסתבר, שהרי גם רבי אחא מודה שעדות קרובים פסולה. ורבי אחא רק אמר שדנים על פי אומדנא במציאות עצמה, שאז זו מציאות ברורה שלא צריך בה עדים. אולם כאשר משה ואהרן מעידים, המציאות עצמה היא מסופקת, במצב זה, לא ניתן, אף לדעת רבי אחא, להכריע דין על פי עדותם של משה ואהרן, היות ואין זו עדות קבילה. וכן מבואר להלן בהערה 53 שנראה שמחלוקת רב אחא וחכמים אינה בשאלה האם ניתן לדון על פי אומדנא.

51. שבועות מו, ב.

52. סנהדרין לו, ב.

להוציא ממון. לדעת רבי אחא ניתן להכריע דין בהסתמך על הנסיבות, המורות בסבירות גבוהה, שדבר מסוים אירע, ואין לחשוש לאפשרות רחוקה, שהדבר אירע בדרך אחרת. לכן, כאשר מעידים עדים שגמל האוחר בין גמלים, עמד בין הגמלים, ולצדו נמצא גמל נשור, רשאי בית הדין לראות את עדותם כעדות על כך שאותו גמל הוא שנשך את הגמל שנמצא נשור.⁵³

4. רוב

את הדיון במשמעותו של הרוב יש לחלק לשניים: משמעותו של הרוב בדיון בדיני ממונות, ומשמעותו בעת דיון בדיני נפשות.

(א) דיני ממונות

במסכת בבא בתרא⁵⁴ מובאת מחלוקת בין רב לשמואל בשאלה: האם הולכים בממון אחר הרוב? משמעותה הפשוטה של השאלה היא, האם לדון דין על פי רוב, ולא רק על פי עדים, או שמא על אף שיש בכוח הרוב לתת ביד בית דין הערכה על המציאות, אין להכריע דין אלא על פי עדים?⁵⁵

ברם, מסוגיית בבא קמא⁵⁶ עולה, ששלילת ההכרעה על פי רוב בדיני ממונות נובעת מכוחה של חזקת הממון, שאותה לא ניתן לערער אלא באמצעות ראיה, מכוח הכלל הקובע ש'המוציא מחברו עליו הראיה'. אי היכולת לדון בממון על פי רוב היא רק מחמת מוחזקות הממון והדין שהמוציא מחברו עליו הראיה, וכך אמנם כתבו בעלי התוספות, במקומות אחדים.⁵⁷

53. מחלוקת זו אינה עוסקת בשאלה, האם ניתן לדון על פי ידיעה אשר אינה מבוססת על עדות עדים, שכן, אם זו הייתה המחלוקת, היו חכמים מודים, שכאשר מדובר בעדות עדים על פי אומדנא ניתן לדון על פי העדות, שהרי גם הם מודים שהאומדנא מבררת את המציאות ללא ספק. על כן, נראה שהמחלוקת היא עקרונית יותר, ועוסקת בשאלה: האם אומדנא במציאות מבררת את המציאות ללא ספק, או לא? כיוון שחכמים סוברים שאומדנא אינה מבררת את המציאות ללא ספק, הם אומרים שגם עדות ע"פ אומדנא אינה עדות טובה.

54. בבא בתרא צב,ב.

55. כך מבארים את דברי שמואל: שב שמעתתא ד, ח; בני בנימין א (בענין אומדנא ורוב).

השערי יושר (ג, ב) דוחה את דברי השב שמעתתא, ואומר שוודאי שכשאמרה התורה שיש לסמוך על עדים, אין כוונתה שניתן לסמוך רק על עדים, אלא שאם אין לבית הדין כל ידיעה אחרת, יש לדון על פי עדים ולא על פי הוכחות אחרות. מכל מקום, אם הדיינים יודעים את המציאות ולא נזקקים להוכחות, הם יכולים לסמוך על ידיעתם.

נראה שאע"פ שזה ודאי נכון שבמקרה שבו המציאות ברורה לחלוטין, כיוון שיש חוקה, 'אנן סהדי', המגדירה שהמציאות ברורה ללא ספק אין צורך בעדות עדים, מכל מקום הרוב אינו מגדיר את המציאות כברורה ללא ספק, וכמבואר לעיל (אחרי הציון להערה 29). לכן מובנים דברי השב שמעתתא האומר שבמקרה זה יש צורך דווקא בעדות עדים.

56. בבא קמא מו,א.

57. תוספות ב"ק כז, ד"ה קמ"ל; ב"ב כג, ד"ה חוץ.

בהתאם לכך עולה, שאין בכוחו של הרוב לברר את הספק, אך יש בו כדי ליצור נקודת מוצא משפטית על הספק, הקובעת את יחסי הכוחות ההתחלתיים בין בעלי הדין, הקובעים על מי יוטל נטל הראיה, כמו חזקת ממון. מובן אם כן, שגם שמואל סבור שיש לדון בספקות על פי חזקת ממון, אף על פי שחזקת הממון אינה מבררת את הספק, אלא היא רק נקודת הפתיחה לבירור הספק, שהרוצה לשנות ממנה ידו על התחלונה ועליו להביא ראיה.

באופן דומה, אף ההלכה הקובעת שהטוען טענת ברי שבעל דינו טוען שמא, יזכה בדין, אם אין חזקת ממון,⁵⁸ אינה נובעת מן ההנחה שטענת הברי מבררת את הספק. טענה זו, בדומה לחזקת הממון, מגדירה את יחסי הכוחות בין בעלי הדין. יחסי כוחות אלו נובעים מכך שאחד טוען טענה ודאית, והאחר מסופק. במצב זה, מוצדק לקבוע שעל הטוען שמא להביא ראיה לסתור את טענת הברי.

מחלוקת רב ושמואל עוסקת, אם כן, רק במצב שבו יש חזקת ממון, והיא מציבה את השאלה: האם נקודת הפתיחה לדיון במצבי ספק היא חזקת הממון או הרוב? על כן, ברור שהכול מסכימים שכאשר אין חזקת ממון, נקודת המוצא לדיון תיקבע על פי הרוב.⁵⁹

(ב) דיני נפשות

לפי המבואר עד כה נראה, שדווקא לגבי ממון ניתן לקבל את דבריו של רב, שהרוב מגדיר את מעמדו של אחד מבעלי הדין כמוחזק, ומעניק לו יתרון על פני בעל דינו. הגדרה שכזו לא תיתכן בדיני נפשות, שבהם הדיון אינו בין שני בעלי דין, אלא על שאלה עובדתית, שבבירורה תלוי גורל בעל הדין. מובן מאליו, אם כן, שלא שייך בדיון מסוג זה לדון על רוב, כמגדיר את מעמדו של בעל הדין, ואת זכותו 'להחזיק' בחייו.⁶⁰

אמנם, במסכת סנהדרין⁶¹ נאמר שדנים גם בנפשות על פי הרוב, אולם באותו מקום מדובר על רוב המגלה על טבע או צורת ההתנהגות של בני האדם. רוב מסוג זה, לפי המבואר עד

58. כמבואר בדברי הגמרא בבבא קמא (מו,א) שגם הדין שאין ברי עדיף הוא רק מחמת חזקת הממון של הטוען שמא, וכן מבואר בדברי הרמב"ן (ב"ב לד,ב).

59. נראה שזו כוונת רשב"ם (ב"ב צב,ב ד"ה יכול לומר לו; ד"ה לא אולינן בתר רובא) האומר שהמחלוקת היא בשאלה, האם טענת בעל הדין שהרוב לצדו מוגדרת כטובה יותר, או שמא טענת בעל הדין שיש לו חזקת ממון טובה יותר.

זו כוונת קונטרס הספקות (ו, א) ושו"ת רבי עקיבא איגר (מהדורה תניינא קג, ה), האומרים שהטעם שאין הולכים בממון אחר הרוב הוא, שסומכים את המיעוט לחזקת ממון, כיוון שהרוב אינו רוב המגדיר שכלל אין ספק במקרה הנידון, לכן הוא יכול רק להגדיר את המעמד של כל אחד מבעלי הדין בספק, וכיוון שיש גם צד של מיעוט הנותן מעמד מסוים לבעל הדין שהמיעוט לצידו, הרי שחזקת הממון מגדירה את מעמדו של אותו בעל דין, וממילא היא עדיפה. כהמשך לכך, אומר קצות החושן (רפ, ב), שחזקת ממון עדיפה על חזקה רגילה, כיוון שהיא מבוססת על המצב הקיים בהווה בספק, ולכן היא עדיפה על הרוב בהגדרת מעמד בעלי הדין בספק.

60. כעין זה מבואר בדברי קונטרס הספקות (ו, ג), שדווקא לגבי ממון שייך לדון על חזקת ממון שלא ניתן להוציא ממנה על ידי רוב. אולם, לגבי נפשות, לא שייך לדון על חזקת גוף כיוון שהאדם הוא הנדון. כעין זה אומר גם קובץ שיעורים (ב), קונטרס דברי סופרים, ה, ב) שלא שייך בדיני נפשות לדון על מוחזקות, אלא רק בדיני ממונות שהם דינים שבין אדם לחברו.

61. סנהדרין ט,א.

כה, אינו בגדר רוב רגיל, אלא בגדר חזקה, או 'אנן סהדי', שעל פיו ניתן אמנם לפסוק גם בדיני ממונות וגם בדיני נפשות, כיוון שהוא מגדיר שהמציאות ברורה ללא כל ספק, וממילא אין צורך בעדות עדים.

הסבר זה מפורש בדבריהם של בעלי התוספות במסכת סנהדרין,⁶² המדגישים שניתן לדון בדיני נפשות על פי רוב, רק כאשר מדובר ברוב טוב, היינו, רוב המגדיר חזקה, היוצר 'אנן סהדי'. במקרה זה, החזקה מגדירה שכלל אין ספק, וממילא ניתן לדון על פי הרוב. זו גם כוונת הגמרא במסכת סנהדרין,⁶³ האומרת שניתן לדון על פי רוב, כמו 'רוב נשים היולדות לאחר תשעה חודשים' או 'רוב אנשים הטועים בעיבור החודש'.⁶⁴ אולם, כאשר הרוב לא מוגדר כרוב טוב, כמו 'רוב קונים שוורים לחרישה', לא ניתן לדון דיני נפשות על פי אותו רוב.⁶⁵

לאור דברים אלו יש להבין גם את פסיקתו של הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה,⁶⁶ שאין דנים דיני נפשות על פי רוב, ואמנם המגיד משנה שם מבאר, שדווקא על פי רוב של 'אנן סהדי' המגדיר שכלל אין ספק ניתן לדון דיני נפשות.

אמנם, במסכת כתובות⁶⁷ נאמר, שכאשר יש מצב של 'קבוע', אין דנים על פי רוב. הדוגמא לכך היא אדם הזורק אבן לעבר חבורה של אנשים שתשעה מהם ישראלים ואחד נכרי, וכתוצאה מכך נהרג אחד מהם. הכרעה של הדין על פי הרוב, הייתה מביאה למסקנה שההרוג יהודי, וזורק האבן חייב מיתה. אולם, כיוון שהחבורה נמצאה במקום קבוע, אין דנים על פי הרוב, והזורק פטור. במקרה זה, הרוב אינו רוב של 'אנן סהדי', ובכל זאת משמע מן הסוגיה, שאם הדיון לא היה עוסק ב'קבוע', היו דנים על פי רוב ומחייבים את הזורק מיתה! ואמנם, הרשב"א⁶⁸ הסיק מסוגיה זו, שדנים דיני נפשות על פי רוב.

את שיטתו של הרמב"ם בעניין זה ניתן ליישב לאור דבריו של רש"י בכמה מקומות,⁶⁹ שהסוגיה עוסקת במקרה שבו ברור שההרוג הוא יהודי. אולם קיים ספק בשאלה, האם הזורק אכן התכוון להרוג יהודי. שאלה זו תוכל להתברר על פי הרוב. הרמב"ם יסבור, אם

62. וכפי שאומר תוספות סנהדרין ג, א ד"ה דיני ממונות.
 63. סנהדרין ט, א.
 64. השב שמעתתא (ד, ח) אומר, למעשה, שבדיני נפשות לא דנים כלל על פי רוב, אלא שאם הרוב קדם לספק, הרי שהוא מגדיר את המציאות, ואח"כ דנים על פי אותה מציאות שהרוב הגדיר.
 65. כך כתבו קונטרס הספקות (ו, ג) ושערי יושר (ג, ג), שלפי דברי התוספות בסנהדרין אין הבדל בין דיני נפשות לדיני ממונות לדעת שמואל, ובשניהם אין דנים על פי הרוב. ועוד יש להאריך בעניין זה בדברי תוספות (ב"ק כז, ב ד"ה קמ"ל), ולא כאן המקום להאריך.
 66. רמב"ם איסורי ביאה טו, כז.
 67. כתובות טו, א.
 68. שו"ת הרשב"א ג, שעח.
 69. רש"י ב"ק מד, ב ד"ה מה בעלים; סנהדרין עט, א ד"ה אי נמי פלגא ופלגא; וכך כתב השיטה מקובצת בכתובות טו, א בשמו.

כן, שלא ניתן להכריע עובדות הנוגעות לדיני נפשות על פי הרוב. אולם, ניתן להסתייע ברוב על מנת לברר האם המעשה נעשה במכוון.⁷⁰

אמנם, מדברי ראשונים אחרים, דוגמת הרמ"ה,⁷¹ הרשב"א⁷² והראב"ד⁷³ עולה, שגם כאשר יש ספק את מי הרוצח הרג, יש לדון על פי הרוב. את דבריהם נראה להסביר בדרך זו: עיקר הדיון בדיני נפשות הוא על עצם המעשה שבוצע על ידי הנאשם. לשם הוכחת ביצוע המעשה, יש צורך בעדות גמורה. תנאי זה מתקיים במקרה המובא בסוגיית כתובות, היות וישנה עדות גמורה, שהנאשם אכן זרק אבן על אדם אחר. הספק אינו נוגע לעיקר המעשה, אלא לזהות הנרצח. גם במקרה שבו דן הראב"ד יש עדות גמורה שהנאשם אכן בא על אישה, אלא שקיים ספק באשר לזהות בעל האישה, האם יהודי הוא או לא. ספק שאינו נוגע לעיקרו של הדיון בדיני נפשות, יוכל להתברר גם על פי רוב. לפי הסבר זה, אין חולק על כך, שאת הספק הנוגע לביצוע מעשה העבירה אין לברר על פי רוב, אלא על פי עדות גמורה.

5. אומד הדעת

ישנם מצבים נוספים⁷⁴ שבהם נראה שניתן לסמוך על אומד הדעת, ובדברי המפרשים ניתן למצוא דרכים שונות לפרשם. מצבים אלו אינם דומים למצבים שבהם יש חזקה, 'אנן סהדי', המבררת את הספק עצמו. למשל, אין חזקה שאדם המכה על קבר אביו הוא בעצם לא בנו.⁷⁵ למרות זאת, חכמים אמדו שלרוב, מי שמכה על קבר אדם אינו בנו, ובהתאם לכך, נישלו את המכה מן הירושה.⁷⁶ באופן דומה, אמדו חכמים את דעתו של הכותב כל נכסיו לאחרים לאחר ששמע שבנו מת, והניחו שכתב כך רק משום שהניח שבנו אכן מת. בהתאם לכך פסקו, שאם התברר שהבן חי, איבדו אותם אחרים את זכויותיהם.⁷⁷ אומדנות אלו אינן מבוססות על חזקה. החזקה המוגדרת כ'אנן סהדי' מבוססת על ריבוי של מקרים המעידים על אופי ההתנהגות של בני אדם.⁷⁸ אומדנות מן הסוג הנדון כאן אינן מבוססות על ריבוי של מקרים שאירעו במציאות, שהוכיחו טבע אנושי מסוים. אומדנות אלו הן למעשה הערכה

70. כך מובא בחידושי רבנו מאיר שמחה (סנהדרין מ,ב) בביאור דברי הגמרא לשיטת הרמב"ם.

71. דבריו מובאים בשיטה מקובצת, וביד רמ"ה לסנהדרין מ,ב.

72. לעיל, הערה 68.

73. על הרמב"ם דלעיל, הערה 66.

74. משנה כתובות ה, א; כתובות עח,ב; בבא בתרא נח,א; בבא בתרא קלב,א.

75. כמבואר בבבא בתרא נח,א.

76. [אבל, ייתכן גם להסביר את הפסיקה בדרך אחרת. ראה מאמרו של הרב אברהם דוד כ"ץ, "האומדן בדיני הראיות", בקובץ זה, עמ' 115, הערה 39 – הערת עורך, י"א.]

77. כמבואר בבבא בתרא קלב,א.

78. כמבואר לעיל, ליד הציון להערה 29 בדברי האור זרוע, שזו חזקה הבאה מכוח רוב, וכמבואר שם שמעלת החזקה על הרוב היא מצד שהיא מעידה על מכנה משותף לכל אותם מקרים היוצרים את הרוב ומגלים את צורת ההתנהגות של בני אדם.

של אופיים של בני האדם, שאינה נשענת על מציאות, אך חכמים הניחו שכך אכן ינהגו רוב בני האדם, אם וכאשר יודמן להם מקרה דומה.

הרא"ש⁷⁹ אומר, שגם במקרים אלו אומדן הדעת מוגדר כ'אנן סהדי', כיוון שאומדן הדעת קובע שזו אכן צורת ההתנהגות של בני אדם במציאות, ולכן יש 'אנן סהדי' שזו המציאות.

אומדן זה שונה מהותית מן האומדן שבו דן רבי אחא. רבי אחא דן על סמך אומדן המבקש ליצור תמונת מציאות שלמה לאור העובדות הידועות. למשל, מכך שנמצא גמל הרוג בצידו של גמל הנוהג לנשוך גמלים אחרים, מסיק רבי אחא שאותו גמל הוא שנשך את הגמל ההרוג. אומדן הדעת שבו אנו דנים כאן לא נועד להסביר מה אירע, אלא להסביר את התנהגות בני האדם. מובן מאליו, שלהסבר זה תהיה השלכה ישירה גם על תיאור המציאות. אולם, האומדן אינו עוסק ישירות בהסבר המציאות. לפי אומדן זה, למשל, לאחר שנוכחנו שהאופי האנושי הוא כזה, שאדם אינו מעביר נכסיו לאחרים אלא אם שוכנע שבנו מת, נוכל לקבוע בוודאות שבעת שהעניק זכויות בנכסיו לאחרים, עשה זאת על דעת שבנו מת.⁸⁰

למהרי"ק⁸¹ דרך אחרת בהסבר השימוש באומדן הדעת. לדבריו, אין לדון על פי אומדן, משום שהאומדן יכול להציע את אחד ההסברים למציאות, הסבר שיהיה אולי המשכנע ביותר, אך ודאי לא ההסבר היחיד האפשרי. לכן, כאשר יש צורך להשתמש באומדן, אין לומר שהמציאות ברורה, וממילא, יש צורך בעדות כשרה.

אולם, אומר המהרי"ק, כאשר המציאות אינה מסופקת, אך יש צורך לבחון את כוונת האדם בעת עשיית המעשה, ניתן ללמוד על כוונתו לפי אומדן הדעת. במצבים דלעיל, שבהם נעשה שימוש באומדן הדעת, אין צורך לברר מה אירע, אך יש צורך לברר מה הייתה כוונתו של האדם.

נראה לבאר את סברת המהרי"ק בדרך זו: את כוונת האדם לא ניתן לברר על פי עדים, שהרי אין ביכולת העדים לעמוד על כוונת האדם. לכן, ברור שהכלל הקובע שאין לדון אלא על פי עדות כשרה, לא מתייחס לכוונת האדם. הכרחי אם כן להסביר, שכוונת האדם יישקלו לפי אומדן דעת האדם, שיעשה על ידי בית הדין.

המחלוקת בין הרא"ש למהרי"ק עוסקת אם כן במידת הוודאות שניתן להסיק מן האומדן. הרא"ש סובר, בניגוד למהרי"ק, שכאשר יש אומדן ברור, אין ספק. לכן, סבור הרא"ש, ניתן להכריע דין לפי אומדן, גם בנוגע לעצם המעשה, ולא רק בנוגע לכוונת העושה. הוא דן על

79. שו"ת הרא"ש לד, א; סח, כג.

80. אמנם, בשו"ת הרא"ש (סח, כג) מביא ראייה גם מדין גמל האוחז בין הגמלים, שזו דעת רבי אחא. ניתן היה ללמוד מדבריו, שדבריו מבוססים על כך שהוא פוסק כרב אחא, וכך אמנם למד מדבריו בשו"ת רדב"ז (ב, תקצח). אולם נראה שאין להסביר את דבריו כך, כיוון שגם לדעת הרא"ש הלכה כחכמים ולא כרבי אחא, וכמבואר בדברי הטור (ח"מ תח), ואף הבית יוסף (שם) אומר שזו דעת הפוסקים, לפסוק כחכמים, ולא מצוין שהרא"ש פוסק כרבי אחא. הבי"ח (שם, ג) מבאר, שהרא"ש מביא ראייה לכך שאין דנים על פי עדים בלבד, אלא דנים גם על פי אומדן. אלא שלדעת חכמים דנים דווקא על פי אומדן מוכח.

81. שו"ת מהרי"ק קכט.

פי אותן אומדנות גם לגבי המעשה עצמו. ואמנם, מדברי הרא"ש בכמה מקומות⁸² עולה, שניתן לדון על פי אותן אומדנות, מעיקר הדין.⁸³

אמנם, מתשובה אחת של הרא"ש⁸⁴ נראה שדבריו מתקרבים לדברי המהרי"ק. תשובה זו עוסקת בנתבע שהתחמק ממתן תשובות לשאלות הדיינים. הרא"ש הכריע שבמקרה זה שתיקת הנתבע עומדת לו לרועץ, וניתן לפסוק נגדו, מכוחו של אומדן, שהוא משקר. הרא"ש מבהיר באותה תשובה, שהיות ואין דרך אחרת לברר את הספק, מלבד חקירתו של הנתבע, שמצדו, מסרב לשתף פעולה, בית הדין אינו יכול להשאיר את הספק במצבו, ולאפשר לחוטא להיות נשכר, ומשום כך, מכריע על פי האומדן. מדבריו משמע אם כן, שהאומדן אינו מברר את הספק באופן מוחלט, ורק משום שלא ניתן לברר את הספק בדרך אחרת, ניתן לעשות שימוש באומדן. הסבר זה קרוב למדי לדברי המהרי"ק, שאומדן הדעת אינו קובע חזקה של 'אנן סהדי' אשר ניתן לדון על פיה ללא ספק. כוחו של אומדן הדעת, לפי הסבר זה, נובע אך ורק מכך שלא ניתן לברר את המציאות באמצעות ראיות קבילות.

אולם, דומה שתשובה זו היא בבחינת חריג, שאינו מעיד על הכלל. תשובה זו כאמור, עסקה בנתבע שהתחמק ממתן תשובות לשאלות הדיינים ומחמת כך נראה שהוא מרמה. אומדן זה אינו מגלה אמנם דבר על טבע האדם, אלא על המקרה הנדון בלבד. מובן אם כן, שבמקרה זה האומדן אכן אינו מגדיר את המציאות, אלא רק מוכיח שהנתבע רמאי. כוחו של אומדן כזה, אינו ככוחו של אומדן רגיל, ואמנם יש לדון על פיו, רק משום שלא ניתן להותיר את הספק בלתי פתור, ולהניח לנתבע הרמאי להרוויח מרמאותו.⁸⁵

6. קיום שטרות על פי הכרת חתימות העדים

במסכת כתובות⁸⁶ מובאת דעתו של רב, האומר שכאשר בית הדין יושב לקיים את השטר, ושני דיינים מכירים את חתימות העדים החתומים על השטר, ואחד אינו מכיר, יעידו שני הדיינים על החתימות בפני השלישי. מכך מסיקה הגמרא, שאם שלושת הדיינים מכירים את החתימות, אין צורך בעדות. לכאורה, ממקור זה ניתן להוכיח שבית הדין דן על פי

82. שו"ת הרא"ש סד, טח.

83. מבואר בדברי שו"ת הרא"ש, שהמקור לכך שניתן לסמוך על אותן אומדנות הוא ממשפט שלמה, וכך כתב גם בבניאר הגר"א (חו"מ טו, יב). כל זה, שלא כדברי המהרי"ץ חיות (הנ"ל בהערה 8), שדברי הגמרא בראש השנה (כא, ב) שיצאה בת קול ואמרה לשלמה שלא ידון אלא על פי עדים – מוסבים על משפט שלמה. התשב"ץ (שו"ת תשב"ץ א, פ) אומר, שדברי הגמרא בראש השנה מוסבים על כך שרצה שלמה לדון על פי רוח הקודש, ולא על משפט שלמה.

הרדב"ז (שו"ת רדב"ז ג, אלף נט) אומר, שאין ללמוד ממשפט שלמה שיש לדון על פי אומדן כיוון שניתן לומר שזו הייתה הוראת שעה, או שלא היה צורך להוציא את התינוק מידי האישה, ולכן לא היה לזה גדר של דין, ומשום כך ניתן לדון על פי אומדן.

84. שו"ת הרא"ש קו, ו.

85. כמבואר להלן, ליד הציון להערה 136.

86. כתובות כא, ב.

ידיעתו, ללא צורך בעדות, ובמקרה זה אין המציאות ברורה ללא צל של ספק, שהרי יש לפנינו שטר עם חתימות עדים, ולא ברור אם אמנם אלו חתימותיהם של העדים.

רב אשי חולק על דין זה, ואומר שלעולם אין הדיינים יכולים לקיים את השטר על פי הכרתם את החתימות, אלא דרושה הגדת עדות.

אולם, הראשונים מקשים על דבריו, משום שכלל נקוט בידנו, שלא תהא שמיעה גדולה מראייה.⁸⁷

לכאורה, ההשוואה בין ראיית עדות להכרת חתימות, אינה מובנת מאליה. זאת משום שהדיינים יכולים לדון דווקא על פי ראייתם, כיוון שהראייה נחשבת כקבלת עדות או משום שבזמן הראייה, המציאות ברורה ללא כל ספק, וממילא אין צורך בעדות.⁸⁷ אולם הידיעה, ברורה ככל שתהיה, לא תוכל להוות תחליף לקיום חתימות עדי השטר!

ואכן, הראב"ד⁸⁸ מיישב את השאלה, תוך שהוא מבחין בין ראיית בית דין את המולד, להכרת חתימות. לדבריו, ראיית המולד על ידי בית הדין, מבררת את המציאות לחלוטין, זאת, בניגוד להכרת חתימות, שאינה מבררת את המציאות לחלוטין. לכן דורש רב אשי עדות עדים.⁸⁹

בעלי התוספות⁹⁰ מיישבים את השאלה בדרך אחרת, באמנם שהצורך בעדות, לפי רב אשי, נובע מן הצורך שקיום השטרות יהיה בפני בית דין. קיום מכוח ידיעת הדיינים אינו נראה כקיום בפני בית דין, אלא כעדות הדיינים על עדות העדים, וכעדות של עד מפי עד שאינה טובה.

הסבר אחר המוצע בדבריהם הוא, שלדעת רב אשי הכרת החתימות עלולה להיות מבוססת גם על ראייה בשעת לילה, שאין בית הדין רשאי לדון על פיה.

אולם הרמב"ן⁹¹ אומר שאין פסול בקיום על סמך ראייה בלילה, כיוון שבקיום שטר אין בית הדין דן על חתימת העדים בעת עשיית השטר, האם הם חתמו או לו, אלא על השטר שלפניו – האם הוא כשר. לכן, הראייה הרלוונטית היא זו שבה מזהים הדיינים עתה את החתימות, וראייה זו כשרה היא.

לפי הסבר זה ניתן להבין, שבקיום שטרות אין הדיינים דנים על פי ידיעתם, אלא על פי ראייתם את החתימות שעל השטר. הדיינים דנים על כשרות השטר שלפניהם, על פי ראיית חתימות העדים, ולכן זה מועיל. לכן אומרים בעלי התוספות והרמב"ן, שיכולת הדיינים לקיים את השטר על סמך הכרתם את חתימות העדים, נובעת מן הכלל שלא תהא שמיעה

87. כמבואר לעיל, ליד הציון להערה 21.

88. בשיטה מקובצת לכתובות שם.

89. וכן אומר בעל העיטור (אות ק', דיני קיום, נדב), אלא שלדבריו, ראיית הלבנה מועילה, כיוון שקבלת הראייה היא קבלת עדות. ואילו הראב"ד אומר שכאשר הלבנה נראית זהו מצב ברור ללא ספק, ולכן לא צריך כלל עדים.

90. תוספות כתובות כא, ב ד"ה וש"מ דיינין.

91. מלחמות השם כתובות ח, ב.

גדולה מראייה'. כלומר, שלא תהא שמיעת הדיינים גדולה מראייה, מהכרת החתימות שלפניהם, שהן אכן חתימות העדים.

נראה שבעלי התוספות מקבלים את הסברו של הרמב"ן, שהרי רק הסבר זה מבאר כיצד יכול בית הדין לקיים שטרות על פי הכרת חתימות העדים. אלא שכוונת בעלי התוספות בהסברם השני היא, שכאשר הדיינים לא מכירים את חתימות העדים, אך יודעים שהעדים חתמו על השטר כיוון שראו אותם חותמים, לא ניתן לומר שראיית החתימות היא ראייה שהשטר כשר, שהרי על פי ראיית החתימות הם לא יכולים לדון, כיוון שהם לא מכירים אותו. לכן, צריך בית הדין לדון על פי ראיית מעמד החתימה, וזאת יכולים הם לעשות רק אם זו ראייה שביום, לדעת רב אשי.⁹²

7. אומד דעת הנסמך על עדות לא קבילה

במסכת כתובות⁹³ מובאת הלכה בשם רבה, שהדיין יכול לסמוך על אדם הנאמן עליו, האומר לו שהנתבע שלפניו חשוד על השבועה, ולהפך את השבועה על התובע. לפי הלכה אחרת, המובאת באותו מקום, אם המלווה תובע את הלווה ומוציא כנגדו שטר, ואדם נאמן אומר לדיין שהשטר פרוע, רשאי הדיין לסמוך על אותו אדם, ולא לגבות את השטר. מהלכות אלו משמע, שרשאי הדיין לדון על פי אומד הדעת, הנסמך על עדות שאינה קבילה.

אמנם, נקבע באותה סוגיה, שאין קורעים את השטר בהסתמך על דבריו של האדם הנאמן. רש"י⁹⁴ מסביר זאת בכך שאכן לא ניתן להוציא ממון על סמך עדות שאינה קבילה, ולכן גם לא ניתן לקרוע את השטר. קריעת השטר מהווה למעשה מעשה בית דין, המבטל את החוב. זאת לא ניתן לעשות מבלי שתובא בפני בית הדין עדות קבילה שהחוב נפרע. אולם, בית הדין רשאי להפקיע מן השטר את כוחו הראייתי, אם נוכח שיש יסוד סביר לחשד, שהשטר נפרע, ופסק דין שיתבסס על השטר יעשה עוול לנתבע.⁹⁵ כך גם לגבי הטלת שבועה. אם נודע לבית הדין שהנתבע חשוד על השבועה, רשאי בית הדין להטיל את השבועה על התובע. בכך, אין בית הדין פוסק על פי ידיעתו, משום שפסק דין משנה את המעמד המשפטי של הנכסים שעליהם דנים התובע והנתבע,⁹⁶ ואמנם, לשם פסיקת דין יש צורך

92. ולמסקנת הסוגיה, אף זה אינו מעכב, כיוון שהצורך בקיום השטר הוא מדרבנן.

יש להוסיף שגם הראב"ד ובעל העיטור מסכימים עם דברי הרמב"ן בהסבר דעת חכמים, אלא שלדעתם זו עצמה מחלוקת רב אשי וחכמים האם ראיית השטר נחשבת כראיה שהשטר כשר, או שכיוון שזיהוי החתימות מבוסס על ידיעה קודמת של הדיינים המכירים את החתימות, הרי שזו נחשבת ידיעה ולא ראייה, ועל פי ידיעה בי"ד אינו יכול לדון.

93. כתובות פה, א.

94. רש"י שם ד"ה קרענא ס"ד.

95. כך מפרש רש"י שם ד"ה מרענא, שאין גובים באותו שטר. תוספות (שם ד"ה מרענא) מפרש, שבית הדין אף לא מונע לגמרי את הגבייה בשטר, אלא רק מטיל על בעל השטר שבועה.

96. הריטב"א (כתובות שם) מסביר, שלדעת רש"י גם לעניין שבועה דאורייתא יכול בית הדין להפך את השבועה ללא ראייה, ואין זה נחשב שבית הדין פועל במציאות ומוציא ממון, כיוון שהוא רק מטיל חיוב

בעדות קבילה. אולם, בכל הנוגע לסדרי הדין, רשאי בית הדין לפעול לפי הבנתו. זו הסיבה לכך שבית הדין רשאי להעביר את השבועה מבעל דין אחד למשנהו, או להימנע מלדון על פי ראיות הנראות כשקריות.⁹⁷

אמנם, בהמשך אותה סוגיה⁹⁸ מובאת הלכה, שממנה ניתן להסיק שבית הדין רשאי גם להוציא ממון על פי אומדן. הלכה זו עוסקת במי שתובע מיתומים חפץ שלטענתו הפקיד אצל אביהם, ולפי אומדן בית הדין, לא ייתכן שהחפץ היה שייך לאביהם. ההלכה שנקבעה היא, שמוציאים את החפץ מן היתומים, ונותנים אותו לתובע. לכאורה, במקרה זה משמש האומדן לביטוסו של פסק דין, שמכוחו הוציאו ממון מן המוחזק בו.

אולם, הרי"ף⁹⁹ מטביר שהלכה זו עוסקת במצב מיוחד, שבו היו עדים על ההפקדה, אך הם לא היו יכולים לזהות את החפץ שהופקד. במקרה זה, הסביר הריטב"א¹⁰⁰ על אף שלא ניתן להוציא ממון ללא עדים, גם אם יש למפקיד סימנים בחפץ ואומדן התומך בעמדתו, היות ויש עדי הפקדה, ולא חסר אלא זיהוי הפיקדון, ניתן להסתמך על האומדן.¹⁰¹

8. דין על פי ידיעה – שיטת הרמב"ם

הרמב"ם פוסק, שהדיינים יכולים לדון על פי ידיעתם, והצורך בעדים קיים רק כאשר יש לדיין ספק בבירור המציאות.¹⁰² מדבריו עולה, שהסמכות לדון נתונה לדיינים גם כאשר אין עדות. לשיטתו, ההלכה המאפשרת לבית הדין להוציא ממון על פי אומדן מהיתומים, אינה מוגבלת למצב שבו היו עדי הפקדה, שאינם מסוגלים לזהות את החפץ שהופקד. עוד עולה מדברי הרמב"ם, שיכול הדיין לדון על פי ידיעתו, אף על פי שידיעתו נסמכת על מידע

שבועה, וכך כתב גם המהרש"א בכתובות שם, בדעת רש"י. לעומת זאת, הריטב"א סובר, שכאשר הנתבע חייב שבועה דאורייתא, שהוא נשבע ונפטר על ידה, לא ניתן להטיל על התובע שבועת הנוטלין, כיוון שע"י זה מוציאים ממון, ונמצא שבית הדין מוציא ממון ללא עדים. לכן, מבאר שהחשוד היה צריך ליטול ע"י שבועה, ואת זה בית הדין יכול למנוע.

השיטה מקובצת שם, אומר בשם הרי"מ מטראני, שאין לראות בהיפוך השבועה הוצאת ממון, משום שעצם חיוב השבועה הוא מעין חיוב ממוני המוטל על הנתבע, שאם אין ביכולתו להישבע הוא צריך לשלם. לכן, הטלת השבועה על התובע, אינה נחשבת להוצאת ממון מן הנתבע, אלא לשלילת הזכות להישבע ולהיפטר.

97. וכדין מרומה, כמבואר להלן, אחר הציון להערה 127.

98. כתובות פה,ב.

99. רי"ף ב"מ כה,ב וכן אומרים הרמב"ן, הרא"ה והר"ן בחידושיהם לכתובות שם.

100. ריטב"א כתובות שם.

101. הג"ר שלמה איגר (ספר העיקרים אומדנא, אשכול ו) מבאר, שכיוון שהטענה שהחפץ הוא של אביהם אינה מסתברת, בית הדין לא יטען אותה עבור היתומים, וממילא יוצא החפץ מידיהם. כך כתב גם אמרי בינה (דיינים, כד), אולם דבריהם תלויים בשאלה, האם חזקת מיטלטלים צריכה טענה, ולא כאן המקום להאריך בעניין זה.

102. רמב"ם סנהדרין כד, א.

שקיבל מאדם הנאמן עליו, אם הוא סומך לחלוטין על דברי אותו אדם, עד שהדבר הופך לידיעתו.¹⁰³

נראה, שכדברי הרמב"ם מוכח מן הסוגיה¹⁰⁴ המספרת על רבי שמעון בן שטח שראה אדם הרץ אחר חברו לחורבה ומצא הרוג מפרפר ואותו אדם עומד ובידו סכין ודם מטפטף ממנו. מסופר שרבי שמעון בן שטח אמר לאותו אדם שאין בידו להורגו כיוון שהתורה אמרה "על פי שנים עדים או שלשה עדים יומת המת". מכך שרבי טרפון ציין דווקא את הפסוק העוסק בדיני נפשות, ניתן להסיק שלדעתו ניתן לדון בדיני ממונות על פי אומד הדעת.¹⁰⁵ ואמנם, בהלכות סנהדרין¹⁰⁶ מדגיש הרמב"ם, שדווקא בדיני נפשות אין לדון על פי ידיעה הנסמכת על אומד הדעת, משום חומרת העניין, אולם פסקי דין שאינם נוגעים לנפשות, ניתן לדון על פי ידיעת הדיינים.¹⁰⁷

מן המבואר עד כה ניתן להסיק, שבית הדין רשאי לדון דיני ממונות לפי אומד הדעת. אולם, מסוגיית הגמרא במסכת שבועות¹⁰⁸ עולה, שזו דעת רבי אחא, אולם לדעת חכמים החולקים עליו, לא ניתן לדון דיני ממונות לפי אומד הדעת, וכך אמנם פסק הרמב"ם.¹⁰⁹

לאור זאת נראה, שיש להבחין בין אומד הדעת של הדיינים, לאומד הדעת של העדים. מחלוקת רבי אחא וחכמים עסקה באומד מן הסוג האחרון. כאשר אין לדיינים ידיעה ברורה, הנסמכת על אומדנם, עליהם להזדקק לעדות כשרה. עדות כזו אינה יכולה לסמוך על אומד הדעת, משום שעליה לתת ביד הדיינים ידיעה מוחלטת על מה שאירע. ידיעה כזו, לפי חכמים, יכולה לנבוע מאומד הדיינים, או מעדות שאינה נסמכת על אומד הדעת. אבל,

103. כך מבאר קצת החושן רסו, ב.

104. שבועות לד, א; סנהדרין לו, ב.

105. [על היסק זה יש להשיב, שהנושא הנדון היה דיני נפשות, ולפיכך צוטט פסוק העוסק בדיני נפשות. לכן, אין להסיק מן הציטוט דבר – הערת עורך, י"א.]

106. רמב"ם סנהדרין ב, א.

107. נראה מלשון הרמב"ם שזהו דין מיוחד בדיני נפשות, משום חומר העניין, אבל לעניין מלקות, ייתכן שילקו גם על סמך הידיעה. אולם המנחת חינוך (מצוה פב, אות א) אומר, שאין מלקים על פי הידיעה, אלא שבדיני נפשות הדבר אסור מכוח לאו מפורש, ולגבי מלקות אין לאו.

בדברי הרמב"ם בהלכות גירושין (יג, כט) מבואר, שגם בנוגע לענייני עריות, יש לדון על פי ידיעת הדיינים, ולכן ניתן לדון גם ע"פ עדות עד אחד. אמנם, מדבריו בהלכות נחלות (ז, ג) משמע, שכדי להתיר אשה צריכה הידיעה להיסמך על עדות, אף אם אינה עדות כשרה, ולא על אומדן, משום חומרת דיני עריות. מכל מקום גם בדבריו בהלכות נחלות משמע שאין מניעה מהותית לדון על פי הידיעה, כל עוד זו ידיעה ברורה של עד אחד, ולא רק אומדן.

108. שבועות לד, א.

109. רמב"ם נזקי ממון ח, יד.

לדעת הרדב"ז (שו"ת רדב"ז א, רפז), מוכח מכאן שגם לדעת הרמב"ם אין להוציא ממון על פי אומדן, ולא ניתן אלא להעמיד ממון בחזקת הנתבע. כך כתב גם אבן האזל (שאלה ופקדון ו, ה; סנהדרין כד) בדעת הרמב"ם. לדבריו, סוגיית כתובות (פה, ב) אינה מלמדת שניתן להוציא ממון על פי אומדן, אלא שניתן לערער חזקת ממון באמצעות האומדן, אך הוצאת הפיקדון מידי היתומים מבוססת על הכרת סימני הפיקדון, שרק מכוחם ניתן להוציא ממון.

כאשר אומד הדעת הוא של הדיינים, יש בכוחו לתת ביד הדיינים תמונה שלמה על המציאות, וניתן לפסוק דין מכוחו.¹¹⁰

לפי המבואר כאן בדעת הרמב"ם, אם היו הדיינים רואים את הגמל האוחז בין הגמלים, או שאדם הנאמן עליהם היה מספר להם שכך היה, וזו הייתה הופכת לידיעתם, אז היו יכולים לדון על פי האומדן שבעל הגמל האוחז חייב. רק כאשר הדיינים לא יודעים מה קרה, והם נדרשים לפסוק על פי עדות, צריכה העדות להיות ברורה, על המעשה עצמו.

אמנם, בעל **אבני נזר**¹¹¹ סובר שהאומדן שבסוגיית גמל האוחז בין הגמלים הוא אומדן 'חלש', ולכן, אין לדון על פיו גם בדיני ממונות. מנגד, האומדן שבו עוסק המעשה שבא לפני רבי שמעון בן שטח הוא אומדן 'חזק', ולכן, הגם שלא ניתן לדון על פיו דיני נפשות, ניתן לדון על פיו דיני ממונות, וכן משמע גם מדברי החתם סופר בתשובותיו.¹¹²

אבל, ממשמעותה הפשוטה של הסוגיה במסכת שבועות, המשווה בין שני המקרים, נראה שאין להבחין בין האומדנות, ואף האבני נזר עצמו הודה בכך.¹¹³ גם מדברי הגראי"ה קוק בתשובותיו¹¹⁴ עולה, שגם לדעת חכמים המקרה של גמל האוחז בין הגמלים יוצר אומדן שמכוחו שואב הדיין ידיעה, המספקת כדי לדון על פיה.

אמנם, לעיל סקרנו מקורות רבים שמהם עולה לכאורה, שאין בית הדין רשאי לדון על פי ידיעה בלבד. ראוי אם כן להסביר מקורות אלו, לפי שיטתו של הרמב"ם.

כזכור, לגבי קידוש החודש נפסק שאין הדיינים רשאים לדון על סמך ראייתם את המולד בלילה, אף שכעת הם יודעים בוודאות שיש לקדש את החודש.¹¹⁵ נראה שזהו דין מיוחד בדין שראה את העדות בשעה שהוא היה ראוי להיות רק עד ולא דיין, כיון שאין דנים בלילה. במקרה זה ידיעת האדם מוגדרת כידיעת עד ולא דיין, והוא אינו יכול לדון על פיה ביום, כיוון שאין עד נעשה דיין.¹¹⁶

110. כך מבארים הזכר **יצחק** (יח, ב), והנחל **יצחק** (טו), ואף **האבני נזר** (אה"ע קיט, קח) כתב, שעדים לא יכולים להעיד על אומדנא.

111. **אבני נזר** אה"ע קיט, קד.

112. **שו"ת חתם סופר** אה"ע, קא.

113. **אבני נזר** אה"ע קיט, קה.

114. **שו"ת עזרת כהן** מא.

115. אמנם **נתיבות המשפט** (טו, ב) אומר, שמשם מוכח שאין דיינים יכולים לדון על פי ידיעתם.

116. **נחל יצחק** טו, א; **דמשק אליעזר** טו, א.

עוד ניתן לומר, שיש שני סוגי דינים שהדיינים דנים: דיני ממונות, הודאות והלוואות, שבהם בית הדין אינו יוצר מציאות חדשה, אלא רק מברר את העבר (למי שייך הממון), ופוסק דין הקובע למי שייך הממון. מנגד, בדיני עונשין (מיתה, מלקות וקנסות) בית הדין יוצר מציאות, בכך שהוא מטיל עונש על החייב. על מנת שתהיה לבית הדין סמכות לעשות זאת, עליו לפסוק על פי עדות. דין קידוש החודש שייך לדיינים שבהם בית הדין מחדש מציאות. בית הדין אינו רק מגלה את העובדה שהחל החודש, אלא פוסק זאת, כמבואר בדברי הגמרא **בראש השנה** (כה,א) במעשה של רבן גמליאל ורבי יהושע, שבו נקבע יום הכיפורים על פי הזמן שבו קידש בית הדין את החודש, ולא על פי הזמן שבו היה המולד. אמנם, הסבר זה נכון, רק אם הדין כדברי **המנחת חינוך** (דלעיל הערה 107), שאין מלקים אלא על פי עדים.

מסוגיית בבא בתרא¹¹⁷ למדנו, שלא ניתן לסמוך על עדות משה ואהרן. מסוגיה זו משמע גם, שלא ניתן לדון על פי ידיעת הדיינים, הנובעת מעדות זו.

נראה, שלכלל הנוכח בסוגיה זו, שעדים קרובים פסולים לעדות מכוח 'גזירת מלך' יש לתת פרשנות רחבה, שלפיה אין לפסוק דין בהסתמך על עדות קרובים. ממילא, אין לדון גם על סמך ידיעה, הנובעת מעדות קרובים.¹¹⁸

הרב קוק¹¹⁹ מבאר, שלפי דברי הרמב"ם ניתן לסמוך גם על דברי משה ואהרן כאומדן. אבל, חכמים לא רצו לקבוע אומדן זה כעיקרון כללי, משום שלדעת חכמים, החולקים על רבי אחא, אין לקבוע מסמרות בעניין האומדן, ויש לבחון כל מקרה לגופו.¹²⁰

עולה מדברינו, שהסוגיות שמהן משמע שלא ניתן לדון על פי ידיעה הן חריגות לדעת הרמב"ם, כאשר הכלל הוא, שבית הדין רשאי לדון דיני ממונות על פי ידיעה שמקורה אינו עדות. רק כאשר המציאות מסופקת, ולא ניתן ללמוד עליה מכוחו של אומדן, יש צורך בעדות כשרה.¹²¹

ג. דין על פי האומדן בימינו

הדין בשאלה, האם יכול בית דין בן זמננו לסמוך על העקרונות שהותוו בפרקים הקודמים, ולדון על פי האומדן, נפתח בדברי הרי"ף למסכת כתובות¹²² בשם גאון, שאין לדון בזמן הזה על פי האומדן, וכדברים אלו כותבים גם הרא"ש בפסקיו¹²³ והרמב"ם בהלכותיו.¹²⁴

117. בבא בתרא קנט,א.

118. כעין זה אומר הקובץ הערות (סה, ה), שהפסול של עדות קרובים אינו מחמת שהם פסולים לעדות, אלא מצד שאסור לדון על פי קרובים, כיוון שהתורה אמרה שלא יהיה אח נדון על פי עדות אחיו. כלומר, הפסול קשור לבית הדין, ולא לעדות. פסול מסוג זה נוגע רק לעדות עדים הקרובים זה לזה או קרובים לנדון, ולא נוגע לפסול עדותם של עדים הקרובים לדיין, שלגביה מבואר בדברי הגמרא (כתובות פה,א) והרמב"ם (סנהדרין כד, א) שניתן לדון על פי העדות. גם פסילת עדות אשה אינה מן ההלכות הנוגעות לבית הדין, ומשום כך, ניתן לדון על פי עדות אישה.

119. שו"ת עזרת כהן כא; מא.

120. כך כתב האב"י עזרי מהדורא קמא, גירושין יג, כט; מהדורא תניינא, סנהדרין כ, א.

121. וכן פוסק השולחן ערוך חו"מ טו, ה.

אמנם, נתיבות המשפט (שם, ב) אומר, שודאי אין הכוונה להוציא ממון, אלא רק לדון בדברים הנוגעים להיפוך השבועה או שלא לגבות בשטר. לדבריו, רק מכוחו של אומדן המגיע לגדר 'אנן סהדי' ניתן להוציא ממון, וכך כתב גם הקובץ שיעורים (ב, לח), שלהלכה אין דנים אלא על פי עדים, כיוון שכך דעת רוב הראשונים, וכך כתב גם האב"י נזר (אה"ע קיט, קה).

אמנם, מדברי האורים ותומים (צ, יד) מבואר שהוא סובר שיכול הדיין לדון לפי ידיעתו, וכן נראה מדברי קצות החושן (צ, ז), המביא את דבריו ומסכים עמם, וכן נראה מדברי הרב קוק בשו"ת עזרת כהן (מא), ומדברי שו"ת משנה הלכות (ד, קסד).

122. רי"ף כתובות מג,ב.

123. רא"ש כתובות ט, ו.

124. רמב"ם סנהדרין כד, ב.

אמנם, קביעה זו אינה חלה על כל האומדנות. ברור שבמקרים שבהם יש חזקה של 'אנן סהדי', שבכוחה לברר את המציאות ללא צל של ספק, רשאי הדיין לדון שלא על פי עדות.¹²⁵ גם כאשר אין חזקה של 'אנן סהדי' המבוססת על עובדות, אך קיים אומדן ברור שמכוחו ניתן לומר שהמציאות ברורה, קיימת חזקה של 'אנן סהדי', שניתן לדון על פיה.¹²⁶ התשב"ץ¹²⁷ מבחין בין אומדן המבוסס על הסתמכות הדיין על אדם הנאמן לו, שזו אומדנא פרטית, הנוגעת למקרה הנדון בלבד, ועל פיה אין דנים כיום, לאומדנא כללית, שממנה ניתן ללמוד על המציאות בכללה, ועל פיה ניתן לדון גם כיום.

דין מרומה

סוגיית דין מרומה עוסקת במצב שבו הדיינים חושדים שבעל הדין ועדיו מבקשים לעשות שימוש בדיני הראיות המקובלים בבית הדין, כדי לגרום עוול. סוגיה זו אינה עוסקת ישירות בפסיקה של דין על פי אומדן, אלא על ההשלכה של האומדן על סדרי הדיון בבית הדין. לעיתים, מכוח האומדן יקפיד בית הדין על דרישת העדים וחקירתם, ולעיתים אף יסתלק מן הדיון, כפי שיבואר בהמשך.

במסכת שבועות¹²⁸ נאמר, שאין לדיין לדון כלל בדין מרומה. מנגד, במסכת סנהדרין¹²⁹ נאמר, שעל אף שאין לדרוש ולחקור את העדים בדיני ממונות – כאשר הדין מרומה, יש לעשות זאת. מסוגיה זו משמע, שבית הדין רשאי לדון בדין מרומה, שלא כדברי הגמרא בשבועות.

(א) דין מרומה ודאי, ודין החשוד כמרומה – שיטת בעלי התוספות והרמב"ם

בעלי התוספות¹³⁰ מבחינים בין הסוגיות, באומרם שסוגיית סנהדרין עוסקת במצב שבו הדיינים סבורים שהדין מרומה, אך אין הם יודעים זאת בוודאות. במקרה כזה, אם העדים עמדו בחקירות הרי שאין הדיין צריך לחשוש שהדין מרומה והוא יכול לפסוק על פי עדותם. מנגד, סוגיית שבועות עוסקת בדיינים היודעים בוודאות שהדין מרומה, ומשום כך, אסור להם לפסוק על פי עדות העדים.

הרמב"ם¹³¹ פוסק בעניין זה, שסוגיית סנהדרין מחייבת את הדיין לדרוש ולחקור את העדים ואת בעל הדין כראוי. אם גם לאחר הדרישה והחקירה סבור הדיין שהדין מרומה הוא צריך להימנע מלדון. הבחנה זו קרובה להבחנתם של בעלי התוספות, שהדגישו שאם הדיין

125. כמבואר לעיל, אחרי הציון להערה 28.

126. כמבואר לעיל, ליד הציון להערה 79, ושם מבואר שהדבר תלוי במחלוקת הרא"ש ומהרי"ק.

127. שו"ת תשב"ץ א, פ.

128. שבועות ל, ב.

129. סנהדרין לב, ב.

130. תוספות סנהדרין שם ד"ה כאן.

131. רמב"ם סנהדרין כד, ג.

מסופק האם הדין מרומה עליו לדרוש ולחקור, ואם ברור לו שהדין מרומה, עליו להימנע מלדון.¹³²

הרמב"ם¹³³ מדגיש, שלמרות שאין דנים בזמן הזה על פי אומדנא, על הדיין להימנע מלדון, אם אמנם לפי אומד דעתו, הדין מרומה. לכאורה, סוגיית דין מרומה מהווה חריג לכלל שאין דנים היום על פי אומדן. אולם, זהו חריג מדומה בלבד, משום שכאמור, סוגיית דין מרומה אינה עוסקת בפסיקה שלא על פי עדות, אלא בהימנעות מפסיקה.¹³⁴

(ב) בין תובע רמאי לנתבע רמאי – שיטת מהר"ם מרוטנבורג בכמה מקומות, מביא הרא"ש בשם מהר"ם מרוטנבורג הבחנה אחרת, שיש בה כדי ליישב את הסתירה לכאורה שבין הסוגיות העוסקות בדין מרומה.¹³⁵

מהר"ם מרוטנבורג הבחין בין מצב שבו נראה לדיין שהתובע מרמה, למצב בו נראה לדיין שהנתבע מרמה. במצב הראשון, על הדיין להסתלק מן הדין כהכרעת סוגיית שבעות. תוצאתה של הסתלקות זו תהיה, שהתובע הרמאי יפסיד, כיוון שהממון יישאר ביד הנתבע. במצב השני, כאשר הנתבע רמאי, אין הדיין רשאי להסתלק מן הדין, משום שאם יעשה כן, ירוויח הנתבע הרמאי. למקרה מסוג זה מתייחסת סוגיית סנהדרין, הדורשת מן הדיין לדרוש ולחקור, כדי לחשוף את הרמאות.

על מצב זה אומר הרא"ש¹³⁶ שיש לדון גם על פי אומדן, ומדבריו נראה, שגם בזמן הזה יש לדון על פי אומדן, כדי שלא יצא חוטא נשכר.

(ג) הלכה

לפי פשוטם של דברים, הרמב"ם חולק על הרא"ש, ולדעתו אין לדון דין מרומה על פי אומדן. לכל היותר, רשאי הדיין להסתלק מן הדין, אם לפי אומד דעתו הדין מרומה.

למרות זאת, השולחן ערוך¹³⁷ הביא להלכה הן את דברי הרמב"ם והן את דברי הרא"ש. מכך למדו רבים,¹³⁸ שלדעת השולחן ערוך, הרמב"ם אינו חולק על דברי הרא"ש, ושגם לדעתו, ניתן לדון על פי אומדן, כדי שלא ייצא הנתבע החוטא, נשכר.

132. כך כתבו: דרישה חו"מ ט, ג, ובסמ"ע שם, ט; ביאור הגר"א שם, ז, ט.

133. רמב"ם סנהדרין כד, ב.

134. כך מבואר בביאור הגר"א חו"מ טו, כב.

עוד יש להוסיף, שגם לדעת הרמב"ם, הסבור שדיין יכול לדון על פי ידיעתו, יש חידוש בדין מרומה, והוא, שעל אף שהדיין אינו יודע את הדין הנכון, די בכך שהוא יודע שיש רמאות בדין, כדי להצדיק את הסתלקותו מן הדין.

135. רא"ש סנהדרין ד, ד; שו"ת הרא"ש קז, ו.

136. שם.

137. שולחן ערוך חו"מ טו, ג-ד.

138. סמ"ע חו"מ שם, ט; ביאור הגר"א שם, ז, ו-יא, וראה גם: בית יוסף ובי"ח לחו"מ שם, ובפירושו הרדב"ז לרמב"ם סנהדרין כד, ג.

דומה שמסידור ההלכות בשולחן ערוך ניתן להבין מדוע סובר המחבר ששיטתו של הרמב"ם עולה בקנה אחד עם שיטת הרא"ש. תחילה, מביא המחבר את ההלכות העוסקות בדין מרומה.¹³⁹ רק לאחר מכן, מביא המחבר את ההלכה בעניין דין על פי האומדן,¹⁴⁰ ובה הוא כותב כדברי הרמב"ם שהדיין יכול לדון על פי ידיעתו, אך בזמן הזה אין דנים על פי האומדן. סדר זה שונה מסדר ההלכות ברמב"ם, המביא תחילה את ההלכה בעניין זכותו של הדיין להשתמש באומדן,¹⁴¹ לאחר מכן את ההלכה השוללת זכות זו, כיום,¹⁴² ורק לאחר מכן מביא את הדיון בדין מרומה.¹⁴³ נראה שהמחבר הבין, שכל דברי הרמב"ם בעניין דין מרומה, כפופים להגבלה העקרונית שהזכיר לפני הדיון בדין מרומה, שכיום לא דנים על פי האומדן, ורק משום כך אומר הרמב"ם שהדיין אינו יכול להוציא ממון במקרה של דין מרומה. משום כך סידר המחבר את ההלכות באופן שידגיש, שהסמכות לדון דין מרומה, כשיטת הרא"ש, אינה קיימת כיום, הואיל ובזמן הזה אין דנים על פי האומדן.

לאור זאת מובן גם, מדוע בתחילת דבריו הביא המחבר את שיטת הרא"ש עם שיטת הרמב"ם בדין מרומה. המחבר סובר שגם לדעת הרמב"ם, על הדיין לדון על פי אומדן כדי להוציא ממון מיד הנתבע בדין מרומה. אולם, הרמב"ם לא מציין זאת בהלכה העוסקת בדין מרומה, הואיל והלכה זו נאמרה לאחר הקביעה העקרונית, שבזמן הזה אין דנים על פי אומדן, והיא כפופה לה. משום כך כותב הרמב"ם, שלא ניתן לפסוק על פי האומדן, אף כאשר הדין מרומה, אלא לכל היותר, להסתלק מן הדין.¹⁴⁴

פרשנות זו אפשרית בביאור שיטתו של הרמב"ם. אולם, אין היא יכולה להתקבל כפרשנות נכונה לשיטתו של הרא"ש, משום שממקורות רבים מוכח, שלדעת הרא"ש, על מנת למנוע מנתבע רמאי לנצל את חולשת בית הדין, ניתן גם כיום לפסוק דין על פי האומדן, ורבים קיבלו שיטה זו להלכה.¹⁴⁵

139. שולחן ערוך שם, סעיפים ג-ד.

140. שם סעיף ה.

141. רמב"ם סנהדרין כד, א.

142. שם הלכה ב.

143. שם הלכה ג.

144. אמנם, השולחן ערוך (ח"מ סה, יז) פוסק כדברי הרא"ש (בשו"ת הרא"ש סח, כג) הפוסק שניתן להוציא ממון על פי האומדן ששטר אינו פרוע; אולם נראה שהאומדן המדובר הוא אומדן דעת של טבע בני אדם, שאין דרכם לפרוע חוב אשר הם ביקשו לדחות את זמן פירעונו, ובצירוף לעובדה שהם נמצאים במקום רחוק מהמלווה, ואין דרך בני אדם לשלוח שליח לפרוע את החוב במקרה כזה. אומדן כזה, כמבואר לעיל ליד הציון להערה 79, מוגדר כ'אנן סהדי' לדעת הרא"ש, ועל פיו ניתן לדון גם כיום, כמבואר בדברי התשב"ץ (לעיל, ליד הציון להערה 127).

145. ראה: שו"ת הרא"ש הנ"ל בהערה 135; שו"ת הרשב"א א, אלף קמו; שו"ת מהר"ם אלשיך מ (האומר ע"פ דברי הרא"ש והרשב"א, שגם בזמן הזה דנים להוציא ממון על פי אומדנות מוכחות היטב, כדי שלא יהיה הדין מרומה); סמ"ע ח"מ טו, טו; ש"ך שם, ו; חידושי רבי עקיבא איגר על השולחן ערוך שם, בשם שו"ת מהרשד"ם ובעי חיי.

בשולחן ערוך ח"מ טו, ד נאמר, שדיין מומחה בדורו רשאי לדון דין מרומה על פי האומדן, כאשר בית הדין חושד בנתבע שמבקש לרמות. על פי דברים אלו מסיק בשו"ת שבות יעקב ג, קמב (מובאים בדבריו בפתחי תשובה ח"מ ט, ט), שגם בזמן הזה יש לדיין לדון על פי אומדנות מוכחות אם הוא מומחה בדורו.

באשר להגדרת 'מומחה בדורו', דעת הגר"מ אליהו (ע"ר 216/ל"ג, פד"ר ט, 349) היא, שלבית הדין האזורי יש גדר של דיין מומחה ויחיד בדורו. 'מומחה' – כיוון שהוא הדיין אשר ממונה על הציבור באותו מקום. ויחיד בדורו' – כיוון שזהו בית הדין היחיד אשר אליו ניתן לפנות. עוד אומר הגר"מ אליהו שמדברי מהר"ם אלשיך (שם) נראה, שאין צורך דווקא בדיין מומחה ויחיד בדורו, אלא שבכל מקרה שבו יש אומדנות מוכחות היטב ניתן לדון על פיהן.

עוד מוסיף השבות יעקב שבזמננו, שאין דנים דין תורה ממש, אלא על פי פשרה וכדומה, מתחזקת סמכות בית הדין לדון על פי האומדן, וכעין זה מבואר בדברי שו"ת משפטיך ליעקב (מובאים דבריו להלן בהערה 169).

רבי יעקב אבן צור (משפט וצדקה ביעקב ג ד"ה שבת) אומר, שדברי הרמב"ם, השוללים את סמכות בית הדין לדון על פי האומדן בימינו, נוגעים רק לאומדן שאינו 'חוק', אולם על סמך אומדנות מוכחות ניתן גם כיום לדון. כך נפסק גם על ידי בית הדין הרבני הגדול, (בע"ר 216/ל"ג הנוכר לעיל), בהסתמך על דברי מהר"ם אלשיך שם. קביעה עקרונית זו חוזרת גם בפסק דינו של בית הדין הרבני האזורי בחיפה (תיק 833/תשי"ט; 1022/יט, פד"ר ג, 188 ואילך), ובפסק דינו של בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו (תיק 1223/ל"ו, פד"ר יב, 75 ואילך). אולם בפסיקות אלו הועלה הספק, האם יכול בית הדין להכריע האם אלו אומדנות מוכחות.

אמנם, בבית הרבני האזורי ת"א-יפו (תיק 1257/תשי"ד, פד"ר א, 267 ואילך; ע"ר 257/תשי"ז, פד"ר ד, 175 ואילך) נפסק, שאין להוציא ממון על פי האומדן, אולם פסקים אלו דנו באומדן 'חלש', ואפשר שיש לפרש את הפסיקה כמכוונת לאומדן מסוג זה בלבד.

יש להוסיף שהבית יוסף (ח"מ טו), והסמ"ע (שם, טז) אומרים, שלדעת הרי"ף והרא"ש, הגבלת הדין על פי האומדן בזמננו, אינה נוגעת להוצאת ממון מהיתומים. מדבריהם עולה, שכאשר התובע טוען שהפקיד אצל אבי היתומים חפץ, ולפי אומדן הדיינים, לא ייתכן שהחפץ שייך ליתומים, ניתן להוציא את החפץ מידיהם גם בזמננו.

אך נראה שכיוון שלדעת הרי"ף והרא"ש המקרה של היתומים הוא כאשר יש עדים שהופקד אצלו חפץ, וכמבואר לעיל (ליד הציון להערה 99), אין זה נחשב שהדיין דן על פי אומדן דעתו, אלא על פי עדות עדים, וזו הסיבה האמיתית לכך שגם כיום ניתן לדון דין זה על פי האומדן (וכן מבאר הב"ח ח"מ טו את דעתם). אולם, לדעת הרמב"ם אומדן כזה אינו טוב, כיוון שדווקא על פי אומדן דעת של הדיין עצמו ניתן לדון, ולא על פי אומדן דעת של העדים, כמבואר לעיל (ליד הציון להערה 110).

לפי שו"ת הלכה למשה (אלבאז, ח"מ ז) ניתן להוציא ממון על פי אומדן גם מיתומים, ואע"פ שפסקו הרמב"ם והשולחן ערוך שאין להוציא ממון מיתומים על פי אומדן, דברים אלו לא נאמרו אלא על אומדן שאין לו סיוע מדברי עדים. כאשר יש לדיין אומדן שיש לו סיוע גם מדברי העדים, הוא יכול להסתמך על האומדן כדי להוציא ממון.

תשובת ההלכה למשה עוסקת במי שלפי עדות עדים ואומדן, נראה לדיין שיש לו דין 'מוסר'. לאור המבואר עד כה נראה, שלדעת הרמב"ם לא ניתן לפסוק דין על פי עדות הנסמכת על אומדן של העדים. לכן, אם לפי אומדן הדיינים אין ראיה המחשידה את הנדון כמוסר, לא ניתן לפסוק דין תוך הסתמכות על עדות העדים, שאף היא נסמכת למעשה על אומדן.

ההלכה למשה מבקש להוכיח את דבריו מדברי הסמ"ע (ח"מ רצו, יג) האומר, שגם בזמן הזה על פי עדים ניתן להוציא ממון מיתומים. אולם, ראייתו זו תמוהה. הסמ"ע דן שם בדברי השולחן ערוך, שפסק שתי הלכות: הראשונה, שכאשר יש עדי פיקדון, וגם עדים המעידים שאותו פיקדון נמצא ביד היתומים, מוציאים מן היתומים את הפיקדון. הלכה זו מפורשת בסוגיית בבא בתרא (מה, ב), שאינה עוסקת כלל בפסק דין על פי האומדן, כמבואר בבית יוסף (ח"מ שם) ובסמ"ע (שם יא, יג). דין זה מבוסס על כך שבמצב שנוצר, אין הנפקד זכאי ליהנות מחזקת 'מה שתחת יד אדם שלו', שמכוחה היה נאמן בטענתו, שקנה את הפיקדון. הלכה שנייה קובעת שאין להוציא ממון על פי האומדן שלא היה חפץ כזה לאביהם של היתומים. דברי הסמ"ע מוסיבים רק על ההלכה האחרונה, ולא על הראשונה, שבה יש עדות של עדים. לא מובן אם כן, כיצד יכולים דברי הסמ"ע לתמוך בדבריו של שו"ת הלכה למשה.

ד. ראיות מודרניות

לפסיקת דין על פי האומדן יש השלכות רבות לגבי סוגים שונים של ראיות שהתחדשו בשנים האחרונות, עקב ההתפתחות הטכנולוגית והמדעית, המאפשרת כיום ללמוד על המציאות לפי נתונים כימיים, אלקטרוניים, ביולוגיים וכדומה. האם ניתן לפסוק דין על פי ראיות מודרניות כאלו? האם יש בכוחן לתת ביד בית הדין אומדן ברור על המציאות, שמכוחו ניתן יהיה לבסס פסק דין בבית הדין הרבני? נראה שאין לתת תשובה אחת כוללת לשאלות אלו, ויש לדון בכל ראייה בפני עצמה.

1. בדיקות דם

קיימות כיום בדיקות דם שונות אשר לפיהן נשללת אבהות וכן נקבעת אבהות באופן חיובי. ככלל, קיימים שלושה סוגים של בדיקות: בדיקת סוג דם, בדיקת רקמות, ובדיקת איזואנטימים בדם.¹⁴⁶ הבדיקות מבוססות על כך שצריכה להיות זהות מסוימת בין סוג הדם והמרכיבים של דמו של האב לסוג הדם והמרכיבים של דם הבן.¹⁴⁷ מבחינה רפואית, תוצאות הבדיקות הללו הן כמעט ודאיות.¹⁴⁸

נראה שתוצאת בדיקה כזו ודאי נחשבת כ'אנן סהדי' גמור, שזו מציאות ברורה ללא ספק. וודאי שניתן לדון על פיה. קביעה זו נסמכת על שני מאפיינים ההופכים את האומדן ל'אנן סהדי':

א. קיים רק מיעוט קטן ביותר, שלגביו ממצאי הבדיקה אינה מדויקים.

זאת ועוד, בדברי השולחן ערוך (שם) מפורש, שהדיין אינו יכול לסמוך על אומדן דעת של העדים, אלא רק על אומדנו, ומדגיש השולחן ערוך שהדיין דן על פי עדים רק כאשר עדותם ברורה, אך לא על פי אומדן דעתם, אלא אם הדיין סומך על דברי העדים, עד כדי כך שמכוח האמון שיש לו בהם, אומדנם הופך לאומדנו, כמבואר לעיל, ליד הציון להערה 103.

על יסוד דברי ההלכה למשה, נפסק בבית הדין הרבני האזורי בירושלים, תיק 479/תשט"ו, פד"ר א, 371 ואילך, שניתן להוציא ממון מיתומים גם בזמן הזה, אם יש אומדן דעת של העדים. אותו דיון עסק במתן פסק דין על סמך אומדנם של העדים בלבד. מפסיקה זו נראה שבית הדין הכריע כדברי הרי"ף והרא"ש, שניתן לסמוך על אומדן דעת של העדים. אבל, ראה להלן בהערה 180, שמדברי הגר"ע יוסף משמע, שדעתו נוטה לפסוק בעניין זה כדברי הרמב"ם.

146. להרחבה ראה **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** א, אבהות, רקע מדעי, עמודים 2-3.

147. על בדיקה זו יש שערערו מכוח דברי הגמרא (נידה לא, א) שדם הבן בא מאמו בלבד. הדעות בעניין זה מובאות במאמרו של הגר"ש דיכובסקי "שלילת אבהות באמצעות בדיקת HLA" **אסיא** ה, 163 ואילך ובמאמרו של פרופ' דב פרימר "קביעת אבהות על ידי בדיקת סוגי דם [במערכת A, B, O] במשפט הישראלי ובמשפט העברי" שם, 185 ואילך, ויעיין במקורות המובאים שם שיש המערערים על מהימנות הבדיקה מצד השתנות ממצאי המדע מעת לעת.

148. **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** שם, מבואר שבשקלול כל הבדיקות המדעיות הקיימות כיום המתבססות על בדיקת דם ורקמות, וכן בדיקות מבנה פרצוף, ניתן להגיע לרמת ודאות של 98%-99.9% לגבי שלילת אבהות, ולרמת ודאות של 95%-99.8% באישור אבהות. ומוסיף עורך האנציקלופדיה, הרב פרופ' שטינברג שלא מגיעים לרמת ודאות של 100% מפני שמשקללים את טעויות הבדיקה שיתכנו ואת המחלוקות הרפואיות בניתוח התוצאות.

ב. אופי הבדיקה מבוסס על רוב המגלה דבר על טבע בני האדם. היות וטבע בני האדם הוא, שיש התאמה בין התכונות הגנטיות של אב ובנו, כאשר מתגלה חוסר התאמה יש חזקה, 'אנן סהדי' שהנבדק אינו בנו של מי שאליו הושווה דמו. מכוחה של חזקה כזו, ניתן לדון בדיני ממונות.¹⁴⁹

(א) דיני ממונות

לאור המבואר עד כה, מובנת הפסיקה שבמקרה של שלילת אבהות על סמך אותן בדיקות דם, רשאי בית הדין לפטור את האב מתשלום מזונות, שהרי יש חזקה, 'אנן סהדי', הפוטרת אותו.¹⁵⁰

כהמשך לכך היה מקום לומר שגם כאשר הבדיקה מאשרת את אבהותו של הנבדק, היות והיא מבוססת על גילוי טבע האדם, נראה שיש לסמוך עליה.

גם אם תוצאות בדיקות הדם אינן נחשבות כבירור מוחלט של המציאות, המגדיר שהמציאות ברורה ללא ספק, ניתן לראות בהן, לכל הפחות, אומדנא מוכחת היטב, שהרי תוצאותיהן כמעט ודאיות. לכן, יש לדון על פיהן, בהתאם לפסיקת הרא"ש, שגם בזמן הזה דנים על פי אומדנות מוכחות היטב.¹⁵¹

149. כמו כן, כותב הגר"ש דיכובסקי (תיק 866/מ"א בבית הדין הרבני האזורי באשדוד, פד"ר יג, 51) וכן במאמרו הנ"ל בהערה 147, שיש לדון את הרוב של בדיקת רקמות כרוב שבטבע שאין לחוש בו למיעוט, ולכן הוא מוגדר כמציאות ברורה ללא ספק שניתן לדון על פיה. כן פסק גם הגרי"א הרצוג, כמובא בעמוד 196 שם, וכך כתב גם בשו"ת ישכיל עבדי (ה, אה"ע, יג).

בדברי הגר"ש דיכובסקי שם מבואר, שישנם מקרים יוצאי דופן שבהם על אף שבדיקת הרקמות מורה שאין זהות גנטית בין הילד לבין מי שטוענים שהוא אביו, בכל זאת הילד הוא בנו. הרב ד"ר מרדכי הלפרין (האם נתגלתה פרטנוגוזה אנושית בביה"ד הרבני באשדוד" אסיא ה, 179) אומר, שייתכן מצב שבדמו של ילד לא יימצאו מרכיבים גנטיים והים למרכיבים הגנטיים שבדמו של אביו. אולם דבריו שם נוגעים רק לבדיקת רקמות, והוא מוסיף ואומר שמשום כך, ראוי לבצע גם בדיקת איואנוזימים, אשר תשולל את האפשרות הרחוקה של טעות בבדיקות.

כמבואר לעיל (ליד הערה 47), לדעת רבנו מאיר שמחה, כאשר יש מיעוט טבעי, יש לחשוש לאותו מיעוט. לפי דבריו, יש לחשוש לאותו מיעוט, כיוון שזהו מיעוט הקיים באופן טבעי. מכל מקום, מבואר שם שמדברי הרמב"ן, רשב"א, ריטב"א, ר"ן, תוספות הרשב"א ותוספות עולה, שגם במקרה שבו המיעוט טבעי אין לחשוש לו, כל עוד הרוב מגלה על טבע בני האדם. לפי זה נראה שכיוון שאותו רוב מגלה שאכן בדיקת הרקמות צריכה להראות זהות גנטית בין האב לבנו, ניתן לדון על סמך אותו רוב.

150. כך כתב הגרי"א הרצוג, שו"ת ישכיל עבדי ה, אה"ע, יג, וכך הכריע הגר"ש דיכובסקי, כמבואר בהערה 149, וכך כתב הרב ד"ר מרדכי הלפרין במאמרו "קביעת ממזרות על פי בדיקת רקמות – השלמה לדיון", אסיא ז, 99 ואילך בשם הג"ר אליעזר שפירא.

יש להוסיף, שגם לדעות המובאות בהערה 154, שהבדיקה מוגדרת רק כ'רוב' או כ'סימן מובהק' בלבד, יש בה כדי לעורר ספק, ומשום כך, אין לחייב אב במזונותיו של ילד, כאשר הבדיקה קובעת שהילד אינו בנו. וכך כתב הרב דוד לבנון, "בדיקת רקמות להכרת אבהות" שורת הדין ה (תשנ"ט), עמוד ע'.

151. כך נראה באופן פשוט מדברי ספר חסידים רצא, שם מסופר על רב סעדיה שהוציא ממון ע"פ בדיקת דם [ראה במאמרו של הרב איתמר ורהפטיג, "בירור עובדות במשפט תוך פגיעה בצנעת הפרט", עמ' 217, שם צוטט המעשה – הערת עורך, י"א]. הגר"ש דיכובסקי במאמרו הנ"ל בהערה 147 מביא את דברי ספר חסידים כמקור להסתמכות על בדיקת דם, מכל מקום, הפוסקים לא דנו בזה.

(ב) דיני עריות

השאלה, האם ניתן לסמוך על בדיקות הדם השונות על מנת לפסוק דין בדיני עריות, תלויה במידה רבה, במידת הוודאות שייחסו הפוסקים לתוצאותיה של הבדיקה, ולמשמעות שייחסו למקרים חריגים, שבהם הוכח שהבדיקה אינה מהימנה.

לדעת בעל **ברכת יעקב**,¹⁵² אין לפסוק על פי בדיקות דם בדיני עריות, כיוון שזהו פסק דין המבוסס על אומדן ולא על מציאות.¹⁵³

אחרים סבורים, שבדיקת רקמות מוגדרת כהוכחה ודאית גמורה של 'רוב' ו'סימן מובהק' ולא רק אומדנא, היות והיא נותנת ודאות הקרובה ביותר למאה אחו.¹⁵⁴

(ג) דיני ממזרות

ההכרעה בדיני ממזרות קשה במיוחד, בעיקר משום שיש לה משמעות קריטית ליכולתו של אדם להינשא, ואף על יכולת צאצאיו, כאשר יש לו כאלה, להינשא.

משום כך, יש מן הפוסקים¹⁵⁵ שנרתעים מלקבוע על ילד שהוא ממזר, תוך הסתמכות על בדיקת רקמות בלבד. פוסקים אלו קבעו, שעל מנת לקבוע שאדם ממזר, יש להסתמך על

הרב דוד לבנון, במאמרו הנזכר בהערה הקודמת, אומר שכיוון שלבדיקה יש גדר של סימן מובהק בלבד, אין להוציא ממון על פיה, ולחייב את האב במוזנות בנו. לדברי הרב לבנון, המסופר בספר חסידים לא נוגע להוצאת ממון. וכן כתב הגר"מ קליין [זיהוי הלכתי על פי בדיקת DNA "תחומין כא (תשס"א) 121, בשם בית הוראה בראשות הג"ר שמואל ואזנר], שאין להוציא ממון ע"פ בדיקה זו, כיוון שיש לה ערך של סימן בינוני בלבד, וסיים שפסיקת ההלכה במאמר מוסכמת על דעת הג"ר שמואל ואזנר והג"ר ניסים קרליץ.

152. שו"ת **ברכת יעקב** א, יד.

153. כך נראה גם מדברי הגרש"ז אויערבך, המובאים במאמרו של פרופסור פרימר (הנ"ל בהערה 147, עמוד 195 ובהערה 61 שם) שמהם עולה שבדיקת רקמות אינה בגדר בירור ודאי, אלא בגדר 'רוב' בלבד. מנגד, ראה במאמרו של הרב ד"ר מרדכי הלפרין הנזכר בהערה 150 בשם הגרש"ז אויערבך, שחזר ואמר שאם בדיקה זו מפורסמת ומקובלת בכל העולם, ונבחנה בבדיקות רבות ונמצאה נכונה, יש לסמוך עליה.

דברים דומים כותב גם הג"ר משה קליין במאמרו הנזכר בהערה 151, אלא שהוא מגדיר את הבדיקה כ'סימן בינוני' בלבד, שמכוחו לא ניתן להתיר עגונה. אע"פ שהוא מסתמך בדבריו על כך שהסיכוי לטעות בבדיקה הוא אחד למליון ואף יותר.

אולם, ראה **אוצר הפוסקים** (יו, כד, ס"ק קצ, אות ד) הדין בדברי הפוסקים בהגדרת סימן מובהק. מכלל הדברים שם עולה, שלדעת רוב הפוסקים, סימן מובהק הוא סימן שנדיר ביותר למוצאו אצל מי שאינו אמור להיות אצלו. נראה שבדיקת רקמות הולמת הגדרה זו, וכך כתב גם שו"ת **משפטי ליעקב** שם ע"פ המבואר שם, שאם מידת הדיוק היא של 99.9% אז יש לבדיקה גדר של סימן מובהק. ומסיים שם את דבריו, שאין לקבוע בדבר מסמרות, כיוון שמידת הדיוק של הבדיקה משתנה ממעבדה למעבדה, ותלויה גם בהשתכללות הבדיקה במשך הזמן.

154. ראה: שו"ת **משמרת חיים** לו. כך כותב גם הרב לבנון במאמרו הנזכר בהערה 150, ואומר שיש לסמוך על בדיקות הדם לגבי ייחוס ילד לאביו לעניין היתרו לכהונה, או לגבי היתר אלמנת אביו מיבום וחליצה מדין תורה. גם שו"ת **משפטי ליעקב** הנזכר בהערה הקודמת קובע שיש לתת לבדיקת רקמות מעמד של סימן מובהק, שמכוחו ניתן להתיר עגונות. אם אכן עומד הסימן בתנאים המוגדרים בהערה הקודמת.

מדברי הגרש"ז אויערבך, כפי שמביאם הרב ד"ר מרדכי הלפרין במאמרו הנזכר בהערה הקודמת, עולה שהבדיקה מוגדרת כהוכחה ודאית גמורה ולא רק כאומדנא, היות והיא יוצרת ודאות הקרובה ביותר למאה אחו. לפי דבריו נראה שוודאי שיש לסמוך על הבדיקה בדיני עריות.

155. הג"ר שלמה דיכובסקי בפסק דינו הנ"ל הערה 149, ובמאמרו הנ"ל הערה 147.

ראיה היוצרת ודאות מקסימלית (100%). לכן, ילד שבדיקת הרקמות שללה את אבהות בעל אימו כלפיו לא יוגדר כודאי ממזר, אלא רק כספק ממזר.¹⁵⁶ מנגד, יש שנטו לקבוע שמכוחה של בדיקת רקמות, ניתן לקבוע מעמד של ילד כמי שהוא 'בחזקת ממזר',¹⁵⁷ או אף ממזר ודאי.¹⁵⁸

2. הקלטות

נראה שהקלטות המובאות לפני בית הדין תחשבנה כאומדנא גמורה, הנותנת תמונה של מציאות ברורה, ללא ספק. לפיכך, רשאי בית הדין לפסוק, אף באין עדות. כמו כן, נראה שעל פי אומדנא כזו ניתן לפסוק גם בימינו, כיוון שזהו זיהוי מוחלט.¹⁵⁹

אמנם, כל זה אם הזיהוי של הדובר בקלטת נחשב זיהוי ברור. אולם נראה שנחלקו בזה הראשונים. הר"י מיגאש¹⁶⁰ אומר, שהזיהוי על פי טביעת קול הוא זיהוי גמור אשר יש לסמוך עליו לכל עניין, ולא רק לגבי היתר עגונה. מנגד, הרמ"ה¹⁶¹ אומר, שניתן לסמוך על זיהוי זה רק לגבי איסורים. אולם לא ניתן לסמוך על הקול, כעדות המשמשת ראיה עבור בית הדין, שמכוחה ניתן יהיה להוציא פסק דין. דבריו מבוססים על ההשקפה, שעדותם של עדים צריכה להיסמך על מראה עיניים, ולא על משמע אוזניים.¹⁶²

לפי זה, נראה שבית הדין שבפניו מובאות הקלטות יכול לדון על פיהן, אם אמנם מזהים הדיינים את הקול.¹⁶³ זאת, מאחר שגם לדעת הרמ"ה, זיהוי על סמך הקול הוא זיהוי טוב, אלא שלא ניתן להשתית עליו עדות. לפיכך, כאשר המציאות ברורה לבית הדין מכוח הזיהוי הקולי, אין בית הדין נדרש לעדות, המציאות ברורה לגמרי, וניתן לפסוק דין, אף ללא עדות העדים.¹⁶⁴

אמנם, לדעת הקצות¹⁶⁵ לא ניתן לסמוך על זיהוי הקול, כיוון שהכרת הקול אינה הכרה גמורה אלא רק בגדר סימנים, ולעניין איסורים הקלו לסמוך על סימנים, ולא לעניין ממונות וכל שכן שלא לעניין נפשות, בניגוד לדברי הר"י מיגאש.

156. כך אומר גם הג"ר משה קליין (לעיל, הערה 151).

157. הרב דוד לבנון (לעיל, הערה 150).

158. הרב ד"ר מרדכי הלפרין, במאמרו הנ"ל בהערה 153, בשם הגרש"ז אויערבך.

159. כ"כ הגר"ש דיכובסקי, "האזנות סתר" תחומין יא, 304.

160. שו"ת הר"י מיגאש קמט.

161. יד רמ"ה סנהדרין ט, א.

162. לדעת שער המשפט (לה, ד), מדברי הרמב"ם והשולחן ערוך נראה שהם סוברים כר"י מיגאש.

163. [מדברי המחבר לא ברור האם ניתן לסמוך על ההקלטה, גם כאשר הדיינים אינם מכירים את הקול, אך עדים מעידים שזהו קולו של בעל הדין. אולם, נראה שלעניין זה לא יהיה גרוע הזיהוי הקולי מקיום שטר באמצעות הכרת חתימות – הערת עורך, י"א.]

164. שו"ת משפטי ליעקב ג, לב תלה דין זה במחלוקת הרמ"ה והר"י מיגאש.

165. קצות החושן פא, יג.

אולם, ה**נתיבות**¹⁶⁶ חולק על דבריו, ופוסק שניתן לפטוק דין על פי הכרת הקול בכל הנושאים, למעט דיני נפשות, כיוון שזו ידיעה בלא ראיה, ולא ניתן לדון דיני נפשות אלא אם ראו העדים את הכול מתחילה ועד סוף, ולא על סמך זיהוי הקול. כך סובר גם **שער המשפט**¹⁶⁷.

לפי זה, לדעת הקצות, גם הדיינים השומעים את הקלטת לא יוכלו לסמוך עליה, כיוון שלא ניתן לסמוך על הכרת הקול, וכך סובר גם **החתם סופר**¹⁶⁸. למעשה, מרבית הפוסקים נוטים להכריע שניתן לסמוך על זיהוי קולי לשם היתר עגונות, אך ספק רב אם ניתן לסמוך על זיהוי זה, כדי להוציא ממון מבעליו, ומשום כך, אין מוציאים ממון על פי ראיה מוקלטת.¹⁶⁹

עם זאת, פוסקי זמננו סייגו קביעה זו בדרכים שונות, באופן שלעתים רבות ניתן להביא ראיה מוקלטת בפני בית דין.

כך למשל, בית הדין הרבני בירושלים¹⁷⁰ העיר, שכאשר הזיהוי הקולי מבוצע בידי מומחים, מודים הכול שניתן לסמוך עליו לשם ביסוס פסק דין.

עוד העיר אותו בית דין,¹⁷¹ שמדברי החתם סופר מבואר, שניתן לסמוך על זיהוי הקול, בצירוף הכרת הגוף. בהתאם לכך אומר החתם סופר שניתן לסמוך על זיהוי קול בצירוף אומדנות נוספות.

לדעת **שו"ת משפטיך ליעקב**,¹⁷² העובדה שכיום בתי הדין דנים דיני ממונות על פי הסכם בוררות הנחתם על ידי שני הצדדים, מרחיבה את סמכויות בתי הדין לדון גם על סמך אומדנות ולא רק על סמך ראיות מוכחות היטב. לכן, יש מקום לומר שניתן לדון על סמך קלטות בכל מקרה.¹⁷³

לדעת **הרב חיים דוד הלוי**,¹⁷⁴ אף החתם סופר יודה שיש לסמוך על זיהוי קולי, בהתקיים שני תנאים:

- א. העדים לא הובאו למקום על ידי התובע, אלא שמעו את הנתבע באופן טבעי.
- ב. העדים מכירים את הדובר ואת קולו גם לפני האירוע שעליו הם מעידים.

166. **נתיבות המשפט** שם, ז.

167. **שער המשפט** לה, ד.

168. **שו"ת חתם סופר** חו"מ, ב.

169. ראה: **שו"ת שבות יעקב** א, ק; הגר"ש דיכובסקי, לעיל הערה 159, עמ' 310 ואילך; תיק 1880/מ"ז בבית הדין הרבני האזורי נתניה, פד"ר יד, 300; תיק 245/נ"ב בבית הדין לממונות שע"י הרבנות הראשית ירושלים, פסקי דין ירושלים א, דיני ממונות, 209. **שו"ת משפטיך ליעקב** ג, לב, ס"ק ג, על פי דבריהם.

170. תיק 245/נ"ב הנוצר בהערה הקודמת.

171. שם.

172. לעיל, הערה 169.

173. וכעין זה מבואר בדברי **השבות יעקב** מובאים דבריו לעיל בהערה 145.

174. הרב חיים דוד הלוי, "קבלת עדות על עסקה שנעשתה בטלפון" תחומין יב, 300.

במקרה כזה, סבור הרב חיים דוד הלוי, ניתן אף להוציא ממון על פי הזיהוי הקולי, לכל הדעות.

3. תמונות וקלטות וידאו

לגבי צילומים או קלטות וידאו יש לדון האם הזיהוי בתמונה נחשב זיהוי טוב. נושא הזיהוי על פי תמונה שנוי במחלוקת הפוסקים.¹⁷⁵ דומה שלעניין זה, מן הראוי להימנע מקביעת מסמרות בדבר. נראה שכאשר הזיהוי נחשב זיהוי טוב, הראיה המצולמת מביאה למצב שבו המציאות נחשבת כברורה לבית הדין ללא ספק, וממילא ניתן לדון על פיה.¹⁷⁶ אמנם, בעניין זה יש לנקוט משנה זהירות, כפי שהעיר בית הדין הרבני¹⁷⁷ בנוגע לסרט וידאו, שנמנע מלבסס פסק דין על סמך הסרט, בטענה שאת הסרט ניתן לערוך, ולשלב בו תמונות שלא צולמו במקור. מכל מקום, אם לדעת המומחים ניתן לבדוק את הסרט ולהגיע לוודאות ביחס לשאלה האם הוא זויף או לא, ניתן יהיה לסמוך על הסרט.

4. פולִיגרף ('מכונת אמת')

מעמדו של הפולִיגרף, על אף כינויו – 'מכונת אמת', אינו שווה ערך למעמדן של הראיות שנסקרו עד כה. קשה לומר שמכוח בדיקת הפולִיגרף ניתן להגיע למצב שבו המציאות ברורה, מעבר לכל ספק.

נכון להיום, המכשיר אינו נחשב כאמין, ומשום כך, אינו מקובל כראיה משפטית, אף בבתי המשפט האזרחיים.¹⁷⁸ בהקשר זה יש להדגיש, שגם אם ההתפתחות הטכנולוגית תשפר את

175. ראה: **אוצר הפוסקים** אה"ע ד, יז, סעיף כד עמ' 62 ואילך.

176. **הפתחי תשובה** (חו"מ לה, ח) מביא את דברי בעל הלכות קטנות, האומר שעדות עדים הרואים מעשה דרך זכוכית היא עדות גמורה, אך מטיל ספק בשאלה, האם גם עדות דרך מראה היא עדות גמורה. לפי זה, יש להניח שספק דומה יהיה קיים גם בנוגע לעדות על פי סרט וידאו. אמנם, ניתן לומר שהספק נוגע רק לכשרותה של העדות. אולם, כאשר הדיינים עצמם רואים את הסרט, והם משתכנעים ממנו עד כדי כך, שקיימת אצלם ידיעה ברורה על המציאות, אין להם כלל צורך בעדות, וממילא, רשאים הם לדון על סמך אותה ידיעה. אמנם הפתחי תשובה שם משווה זאת לזיהוי על פי קול, אך נראה שבסרט ניתן להגיע לזיהוי מוחלט שכולם יודו שניתן לסמוך עליו. למסקנה זו ניתן להגיע גם בהסתמך על דברי הפתחי תשובה שם, שכאשר הזיהוי של העדים הוא זיהוי מוחלט – גם ראייה דרך מראה תועיל. באופן דומה נאמר, שכאשר הזיהוי על פי הסרט הוא מוחלט, ניתן יהיה לבסס עדות ופסק דין עליו.

177. תיק 249/נ"ד בבית הדין לממונות שע"י הרבנות הראשית ירושלים, **פסקי דין ירושלים**, דיני ממונות וביורורי יהדות ג, 63, בעמ' 66.

178. כך מובא בשו"ת **ציץ אליעזר** טז, מז, בע"ר תשמ"ג/309, **פד"ר** יג, 224; בשו"ת **יביע אומר** ז, חו"מ ח, ב; ח ד; ובמאמרו של הרב שלמה קורח "הפולִיגרף כראיה בדין" **תחומין** ה 315. אף פרופסור אליאב שוחטמן ("ההסתהיעות בפולִיגרף בבית הדין הרבני" **תחומין** ז, 381) קובע שאין לסמוך על מכונה זו כיוון שאינה מדויקת.

אמנם בשו"ת **אגרות משה** (אה"ע ד, צח) פוסק הגר"מ פיינשטיין שאדם חולה שאינו יכול לדבר מחמת מחלתו, ויודעים על פי פולִיגרף שהוא רוצה לגרש את אשתו, ניתן לסמוך על כך ולגרשה, מדבריו ניתן ללמוד שלדעתו, האומדן מכוח בדיקת הפולִיגרף הוא אומדן גמור, שניתן לסמוך עליו גם בדיני עריות.

מהימנות ממצאיו של המכשיר, לא יגרום הדבר לשינוי מהותי ביחס ההלכה אל ממצאיו. הסיבה לכך היא, שתוצאות הבדיקה אינן מגלות לדיינים בצורה ברורה שהנבדק משקר או אומר אמת. התשובה לשאלה, האם הנתבע דובר אמת או לא, מוסקת באופן עקיף, מנתונים שונים שנבדקו, דוגמת הזעת יתר, לחץ דם, מהירות דופק, התמקדות בפני החוקר וכדומה. כל אלו יחד מצטרפים להערכה של המומחה, אודות מידת מהימנותו של הנחקר.¹⁷⁹

לאור המבואר עד כה, נראה שהערכה כזו תחשב כאומדן, ולא כמציאות הברורה ללא כל צל של ספק. המסקנה שאליה מגיע החוקר אינה נובעת מהסתכלות במציאות, אלא מניתוח נתונים שאין להם קשר ישיר למציאות שנדונה בבית הדין. לכן, לא ניתן יהיה לבסס פסק דין כיום, על בדיקת הפוליגרף.

קביעה זו, כך נראה, נכונה גם לשיטתו של הרמב"ם, האומר שהדיין יכול לדון על פי ידיעתו, היות והאומדן אינו אומדנו של הדיין, אלא אומדנו של אחר (המומחה או החוקר), שעל אומדנו מבקש הדיין לסמוך. כאמור, לדעת הרמב"ם, אין הדיין רשאי לפסוק דין בהסתמכו על אומדן של אחר.¹⁸⁰

נראה שלדעתו ניתן יהיה גם לפסוק דין על פי הבדיקה, אם אין צורך באומדנא של הדיין או עדות עדים, כמבואר למעלה.

גם שו"ת העמק הלכה (בוימל) ב, יד סבור שתוצאות בדיקת הפוליגרף מהוות אומדנא מוכחת, ולכן במקרה שיש עדים שהתוצאות מצביעות על כך שהם משקרים, לא ניתן לסמוך על עדותם. לדבריו, אף נתיבות המשפט (טו, ב), הסבור שלא ניתן לפסוק דין אלא בהסתמך על אומדן מוכח לגמרי כמבואר בהערה 115 לעיל, יודה לכך, כיוון שזהו אומדן מוכח לגמרי. אבל, ראה יביע אומר (שם, אות ג), שדחה את דבריו.

בדיון המובא בפד"ר כ, 121 התעוררה מחלוקת בין הרב זלמן נחמיה גולדברג לרב אברהם שרמן. הדיין עסק בתביעת גירושין, שבמהלכה ביקשה האישה שלום בית. הבעל טען שאין אישתו רוצה שלום בית בכנות, אלא היא מבקשת להשתמש בבקשת שלום הבית ככלי לסחיטת כספים ממנו. הרב זלמן נחמיה גולדברג פסק, שיש לשלוח את האישה לבדיקת פוליגרף, כדי לעמוד על כנות בקשתה. מנגד, הרב שרמן סבר, שאין לסמוך על בדיקת הפוליגרף, כיוון שבדיקה זו אינה אמינה, וגם אם הבדיקה הייתה אמינה היא הייתה בגדר אומדן בלבד, שלא ניתן לפסוק על פיו.

179. רקע מדעי לבדיקת הפוליגרף מובא במאמרו של הרב קורח, הנוכח בהערה הקודמת, בעמ' 316, ובהפניות המובאות במאמרו של פרופ' שוחטמן הנוכח בהערה הקודמת, הערה 46.

180. כמבואר לעיל, ליד הציון להערה 110. אמנם לדעת הר"ף והרא"ש האומרים שניתן לצרף אומדנא עם עדות העדים, כמבואר בהערה 99, ניתן לסמוך על אותה אומדנא של המומחה. ומבואר לעיל בהערה 145 שמדברי השולחן ערוך נראה שהוא פוסק כדברי הרמב"ם.

כך נפסק בשו"ת יביע אומר (ז, חו"מ ח, ג) שאם הדיינים עצמם אינם בקיאים בטיב בדיקת הפוליגרף, אינם רואים בעצמם את תוצאות הבדיקה, אלא מסתמכים על דברי המומחה, הרי שזו אומדנא על אומדנא. גם בבית הדין לממונות שע"י הרבנות הראשית ירושלים (תיק 211/נ"ח, פסקי דין ירושלים דיני ממונות ובירורי יהדות ו, 13) נקבע, על פי דברי הרמב"ם הנ"ל, שאם יש לדיין עצמו אומדנא הוא יכול לדון על פיה. אלא, שכדברי העורך, ביה"ד קבע שאם הבודק נאמן לחלוטין אז הדיינים יכולים לסמוך על דבריו, אולם משמעות נאמנות זו אינה שהם סומכים על דבריו כעל דברי עד, שנאמן בדבריו. נזה לא נאמר שם, אלא ש"אם אין דעתו של הדיין סומכת במאה אחוז על הבודק שהוא אומר אמת, אינו יכול לפסוק על פיו" וכן בסיומו של פסק הדין, שהואיל ולב בית הדין אינו חזק בנאמנותו של המפעיל, אינו פוסק על פיו.

אמנם אפשר שיש להסתייע בפולגרף כדי להימנע מלדון דין מרומה. לפיכך, כאשר מכווחה של בדיקת פולגרף ייווצר אצל הדיין חשד שמא אחד מבעלי הדין מבקש לרמות, יוכל להימנע מלדון.¹⁸¹

5. טביעת אצבעות

דיון נרחב במשמעותן הראייתית של טביעות האצבעות, קיים בפוסקים בנוגע להיתר עגונות על סמך טביעות אצבעותיו של ההרוג. בעניין זה נאמרו דעות שונות. יש מי שראה בטביעת האצבעות ראיה מוחלטת, המברר את המציאות באופן מלא.¹⁸² אחרים פסקו, שטביעת

משמע, שאם היה בית הדין מאמין למפעיל באופן מלא, יכול היה לפסוק על פיו, ואין צורך שהדיין עצמו יהיה מומחה – הערת עורך, י"א.

[תגובת המחבר: אכן, כדברי העורך, נקבע בפסק דין שאם הבודק נאמן לחלוטין אז הדיינים יכולים לסמוך על דבריו, אולם משמעות נאמנות זו אינה שהם טומכים על דבריו כעל דברי עד, שנאמן בדבריו. לדעת הרמב"ם אין ביה"ד יכול להסתמך על אומדנא של העד, שאינה אומדנא של הדיינים; הוא יכול להסתמך רק על אומדנא שברורה לדיינים עצמם, כמבואר בדברי הרמב"ם שעליהם מבוסס אותו חלק בפסק הדין. אלא שאם זהו אדם הנאמן באופן מיוחד על הדיינים, אז האומדנא שלו הופכת לאומדנא של הדיינים עצמם, כמבואר שם ליד הציון להערה 103. מומחיות הדיינים עצמם נדרשת כדי שזו תחשב אומדנא שלהם עצמם, כמבואר בדברי הגרע"י, ונראה שגם ביה"ד יודה לדבריו. אלא שנוסף בפסק הדין שאם זהו אדם נאמן לחלוטין על הדיינים, הרי שמומחיות הדיינים לא נצרכת, כיוון שהאומדנא של הבודק הפכה לאומדנא שלהם עצמם.]

יש לציין בהקשר זה, שהדיין בממצאיה של "מכונת אמת" וקבילות ראיות הנסמכות עליה, אינו חדש. הג"ר אליעזר יהודה ולדינברג העיר בכמה מקומות (שו"ת **אליעזר טז**, מו; ע"ר תשמ"ג/309 **פד"ר יג** 224, 226), שבדברי הגמרא (**ראש השנה** כא,ב) מבואר, ששלמה המלך הצטווה להימנע מפסיקת דין שלא על פי שני עדים, כמובא בהערה 8 לעיל. הרב ולדינברג מציין לזוהר (ח"ב עח,א), שם מבואר שבכיסא שלמה היו חקוקות דמויות של חיות, שהיו "משכשכות" כאשר היה מופיע לפניו בעל דין שאינו דובר אמת, "וזהו מכונת אמת מהסוג הגבוה ביותר". ובכל זאת, מנעו את שלמה מלפסוק דין על פי ממצאי הכיסא. אמנם, מן הזוהר משמע ששלמה המלך דן בפועל על פי ממצאי הכיסא, אך הרב ולדינברג מעיר, שיש להכריע כסוגיית הבבלי ולא כזוהר, מה גם שיתכן לפרש גם בזוהר, ששלמה ביקש לדון על פי הכיסא, אך מנעו זאת ממנו.

הג"ר **אליעזר שפירא** (ע"ר תשמ"ג/309 הנ"ל), מציין לילקוט **שמעוני** (אסתר תתרמו), שממנו עולה שהחיות שבכיסא היו שואגות ומייללות על עדים שמשקרים, ומתוך כך היו נמנעים העדים מלשקר, ושלמה דן על פי עדות אותם עדים שלא שיקרו, ולא על פי הכיסא, וכך כתב גם **תוספות** (יומא נד,א ד"ה כרובים). לפי זה, אין כל שאלה מכיסא שלמה אשר דן רק על פי עדות עדים, וכל תפקיד הכיסא היה רק למנוע עדות שקר של העדים. שלא כפולגרף, שם צריכים הדיינים להסתמך על האומדנא של הפולגרף כדי לדון.

לפי המבואר כאן נראה, שגם אם שלמה המלך דן בפועל על פי הכיסא, אין ללמוד מכך על הפולגרף, משום ששלמה המלך עצמו היה אומדן על פי הכיסא שלו מיהו המשקר, ובמקרה כזה הוא רשאי לדון על פי האומדן. אולם בבדיקת הפולגרף אין לדיין עצמו כל אומדן, אלא רק למומחה, ואין הדיין רשאי לדון על פי אומדן המומחה.

181. כך נפסק בתק"נ"ח/211 הנ"ל בהערה הקודמת. כמו כן, הרב קורח (לעיל, הערה 178) כותב, שיש לסמוך את ממצאי הפולגרף לאומדנות אחרות.

182. הרב לבנון, לעיל הערה 151.

האצבעות היא בגדר 'סימן מובהק',¹⁸⁵ ויש אף מי שקבע שאין לסמוך על טביעת האצבעות כלל.¹⁸⁴

כאמור, דברים אלו נאמרו לגבי היתר עגונה אשר בעלה מזוהה על פי טביעת אצבעות. במקרה כזה, כל הספק הוא, האם המת הוא אכן בעלה של המבקשת היתר. לכן, היות והזיהוי על סמך טביעת האצבעות הוא כמעט ודאי, די בכך כדי להתיר את העגונה. אולם, כאשר הדיון אינו עוסק בזיהוי אדם, וטביעת האצבעות מוגשת כראיה שנועדה רק לקשור אדם מסוים למקום מסוים או לאירוע מסוים, מובן מאליו שהשימוש בטביעת האצבעות אינו יותר מאומדן. טביעת האצבעות אינה יכולה ללמד מתי היה בעל טביעת האצבעות במקום, או מה היו הנסיבות שבהן נגע בחפץ. ממילא, קשה לתאר מצב שבו טביעת האצבעות תיתן ביד בית הדין אומדן ברור, שניתן לדון על פיו. לרוב, נראה שגם כצירוף לאומדנות אחרות לא ניתן יהיה לסמוך על טביעת האצבעות.¹⁸⁵

אמנם, אפשר שיהיו מצבים שמכוחה של טביעת האצבעות ניתן יהיה לחייב אדם בדיני ממונות, אם כי באופן עקיף. כך למשל, לגבי מצב שבו התובע טוען שהנתבע לווה ממנו במקום מסוים, והנתבע טוען שלא לווה ולא היה מעוררו במקום זה, נאמר במסכת שבעות,¹⁸⁶ שאף אם באו עדים והעידו שראו את הנתבע באותו מקום, הנתבע פטור, כיוון שלא היה עליו לזכור אם עבר באותו מקום. אבל, נחלקו הראשונים בשאלה, האם כך הדין גם לגבי מי שנטען נגדו שגנב חפץ ממקום מסוים, והוא טען להגנתו שלא גנב, ולא היה מעוררו באותו מקום. לדעת הרמב"ם,¹⁸⁷ נאמן הנתבע בטענתו, ולדעת הטור,¹⁸⁸ אינו נאמן. השולחן ערוך¹⁸⁹ פוסק כרמב"ם, והרמ"א¹⁹⁰ כטור. נראה שיש לראות את טביעת האצבעות כמעין עדות עדים שהנתבע שהה במקום שלגביו הוא טוען שמעולם לא שהה בו. בהתאם לכך, לפי הרמ"א ניתן יהיה לחייב את הגנב, מכוח טביעת האצבעות.

183. ראה: **אוצר הפוסקים** אה"ע יז, קצט, לוח הסימנים, מערכת ט אות סב; הג"ר שלמה פישר, "טביעת אצבעות לאור ההלכה" **נועם** ב (תשי"ט), ריא.

184. **שו"ת עמק יהושע** ג, אה"ע ד.

185. הגר"מ קליין (לעיל, הערה 151) כותב, שאין לסמוך על ראיות נסיבתיות המבוססות על בדיקות רקמות. נראה שכונתו למצב שבו ברור שאדם היה במקום מסוים, כיוון שנמצאו באותו מקום שרידים של נוזלי גוף אשר ניתן בוודאות ליחסם אליו ע"פ אותן בדיקות רקמות. אולם עובדת היותו באותו מקום אינה מוכיחה על מעשיו באותו מקום, ולכן לא ניתן לדון על פיה.

186. **שבעות** לד, ב.

187. **רמב"ם** גזילה ואבידה ד, ד.

188. **טור** חו"מ צ.

189. **שולחן ערוך** חו"מ צ, ב.

190. **רמ"א** שם.

האומדן בדיני הראיות

הרב אברהם דוד כ"ץ

א. פתיחה	ד. שיטות הראשונים בפסיקה על פי אומדן
ב. אומדנא	ה. שיטת השולחן ערוך
1. אומדן המציאות	ו. שיטות האחרונים הלכה למעשה
2. אומדן דעת הנותן	ז. אומדנא בזמן הזה
3. דין מרומה	ח. עמדת המשפט הישראלי – השוואה למשפט התורה
4. אומדן על פי עדות פסולה – 'קים לי בגויה'	ט. סוף דבר
ג. שודא דדייני	

א. פתיחה

כלל גדול קבעה לנו התורה בדיני עדות, ואף חזרה עליו פעם נוספת, וממנו יתד ופינה לסדרי הדין התקינים שעל ידם פוסקים את הדין וקובעים את אשמתו של אדם או את חפותו, את חובתו לשלם או היפטרותו –

על פי שנים עדים או שלושה עדים יומת המת, לא יומת על פי עד אחד.¹

וכן –

לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת בכל חטא אשר יחטא. על פי שני עדים או על פי שלושה עדים יקום דבר.²

דא עקא, במקרים רבים אין המציאות מתאימה עצמה לנתונים האידיאליים הנדרשים. מזה יעשה אפוא הדיין שמובא לפניו מקרה שאין עליו שני עדים, אולם רבות בו הראיות מסוגים שונים כך שהתמונה המתגבשת לנוכח עיניו היא כזו אשר אינה מותירה מקום לספק? האם יתפזרו האנשים איש איש לביתו ושום דבר לא יצא אל פועל? אם כן, נמצאת עוקר, כמעט, את כל תורת המשפט בישראל באשר לא בכל מקרה פשע – או סתם דין ודברים בין אדם לחברו – מצויים שני עדים זמינים שאפשר לשפוט על פיהם!

* הרב אברהם דוד כ"ץ, מכון 'משפטי ארץ', עפרה.

1. דברים יז, ה.

2. דברים יט, טו.

ולחילופין, מה יעשה דיין כאשר שני עדים העידו כדת וכדין על עניין מסוים אולם סיבות שונות גורמות לו לחשוד שמהו כאן אינו כשורה, ואין דעתו נוחה מעדות העדים ומסכמת עמה? האם ייאלץ הדיין לומר אמן בעל כורחו כיוון שכך העידו העדים, או שמא עליו להתחשב בפקפוקי לבו ולדחות את עדות העדים, לפעמים עד כדי הפיכת פסק הדין על פיו?

ב. אומדנא

את הדין בנושא האומדן יש לחלק בין מקרה שבו אין מוצגת בפני בית הדין עדות, ובין מקרה שבו מוצגת בפני בית הדין עדות.

במסגרת הדין הראשון, נבחין בין אומדן המציאות לאומדן דעת הנותן. בדין השני, נבחין בין אומדן הנדרש בסיטואציה המכונה 'דין מרומה', לבין אומדן הנדרש בעת קבלת עדות פסולה.

1. אומדן המציאות

נתבונן במספר מקרים שהובאו על ידי חז"ל, אשר יבארו לנו מה טיבו של אומדן זה.

(א) משפט שלמה

כבר העיר הרא"ש בתשובה הדנה בנושא האומדנא, שרבי בנאה (ראה להלן) למד עניין זה של אומדן מאב החכמים שלמה המלך במעשה שתי הנשים הזונות. ראוי, אם כן, להתבונן בזווית ה'משפטית' של משפט שלמה.

במסכת ראש השנה מצינו מחלוקת פרשנית בין רב ושמואל לפסוק: "בקש קהלת למצא דברי חפץ וכתוב ישר דברי אמת"³. אחד מהם דרש כך –

בקש קהלת לדון דינין שבלב, שלא בעדים ושלא בהתראה, יצתה בת קול ואמרה לו: "וכתוב ישר דברי אמת" – "על פי שנים עדים" וגו'⁴.

לפי הסבר זה ישנה ביקורת על משפטו של שלמה המלך שרצה לדון על פי ראות עיניו וללא הליכים משפטיים.

גם בקהלת רבה נתקלים אנו בהתבטאות קשה על פסיקתו של שלמה –

3. קהלת יב, י.

4. ראש השנה כא, ב. ראה בביאורו של הבן יהוידע. וראה עוד בזוהר (יתרו עה, א): "כה"ג ידע שלמה מלכא ידע בכורסייה דרוח קודשא שריא עליה, דכל מאן דקריב לכורסייה דחילו ואימתא נפיל עליה, וביה הוא דאין דינא בלא סהדין, בגין דדיוקנין הוה בכורסייה וכל מאן דמקרב בשקרא מכשכשא ההוא דיוקנא והוה ידע שלמה מלכא דבשקרא קאתי". אמנם ביאר החיד"א (מדבר קדמות מערכת שי"ן אות יט) שאין כוונת הזוהר ששלמה ידע זאת מצד רוח הקודש, אלא שהחייב היה מתמלא אימה ומודה מעצמו.

”אי לך ארץ שמלכך נער” (קהלת י, טז), כתיב ”אז תבאנה שתיים נשים זונות” (מלכים-א ג, טז), מי היו? רבי מאיר אומר רוחות היו, ורבנן אמרי יבמות היו, רבי סימון בשם רבי יהושע אומר זונות ממש היו, והוציא דינן בלא עדים והתראה. א”ר יהודה אמר רבי אלעאי: אילו הייתי שם, פוקרין (=גיזי צמר) הייתי כורך על צוארו, כשהוא אומר קחו לי חרב אילולי שנתמלאת עליו רחמים כבר נהרג, ועל אותה שעה הוא אומר: אי לך ארץ שמלכך נער.⁵

רבי יהודה מבקר קשות את שלמה. הוא מבין שלולא היה התרגיל מצליח ואמו הייתה אומרת ’תנו לה את הילוד החי’, היה שלמה גוזרו לשניים. ועל כך דורש עליו ר’ יהודה את הפסוק שאמר שלמה בעצמו ”אי לך ארץ שמלכך נער”, כלומר: אוי לה למדינה שמולך עליה אדם צעיר וחסר נסיון.

אולם הבנתו של ר’ יהודה תמוהה למדי. ראשית, לעצם ה’תרגיל’, כבר העיר רבי יום טוב ליפמן מילהויזן⁶ –

בדרך חכמה בדק את האשה, אך אם לא בא כדבר הזה על האמת ושהיו שתיהן עומדות בדבריהן, פשיטא שלא היה מניח להרוג את הילד אלא היה בודקן בחכמות אחרות.⁷

ואכן, כבר העיר רבי חנוך זונדל, בפירושו עץ יוסף למדרשי רבה, שתנא קמא במדרש, שאמר ששלמה הוציא דינן בלא עדים והתראה, סובר שמעולם לא עלה על דעת שלמה לגזור ממש אלא רק לגנוב דעת הנשים.⁸

שנית, אי אפשר להתעלם ממה שקרה במציאות, שלא די שהתרגיל הצליח אלא הדין של המקרה הניבו פירות, כפי שהכתוב מעיד. ואכן כך ממשיך המדרש –

אותה שעה התחיל אנפילוגיס (=מפליג) בחכמתו, אמר, כלום ברא הקדוש ברוך הוא לאדם זה שתי עינים, שתי אזנים, שתי רגלים, שתי ידיים [לחינם]? אלא צפה הקדוש ברוך הוא שעתיד דין זה להיות, לא עשה [שלמה], כפי שפסקן אלא אמר תנו לה את הילוד החי והמת לא תמיתהו, על אותה שעה אומר ”אשריך ארץ שמלכך בן חורים” (קהלת י, יז).⁹

5. קהלת רבה י, טז (במהדורת וגשל פסקה יח).

6. מחכמי פראג בסוף המאה הארבע עשרה. תלמיד מהר”ש נוישטאט (רבו של מהרי”ל). הרבה להתווכח עם הכמרים והמומרים. חיבורו העיקרי הוא ’ספר הניצחון’ (על סדר התנ”ך) שבו השיב מלחמה לכל הטענות וה’ראיות’ של הנוצרים. כמו כן חיבר ’אלפא ביתא’ על צורת האותיות, ו’ספר האשכול’ בעניני מעשה בראשית ומרכבה.

7. ספר הניצחון (ד”צ, מרכז דינור, ירושלים, תשמ”ד) קפח.

8. סביר להניח שרבי יהודה ידע שהיה זה רק תרגיל, ואף אם היה נכשל, לא היה גזר הדין מתבצע בפועל. כפי הנראה התנגד רבי יהודה להליך השיפוטי של שלמה, שלא רק שאיננו כשר הלכתית אלא עשוי היה לגרום לו הן בושה והן קושי אם לא הייתה האם אומרת דבר, וממילא היה נאלץ שלמה לבטל את אשר אמר.

9. קהלת רבה שם.

הרי שהקדוש ברוך הוא גלגל את הדברים כך שהעידו רק לטובה על שלמה המלך ולא כביקורת על פסיקתו.

בכל אופן, מצאנו שני מדרשים אחרים שבהם מובא במפורש כי לשלמה הייתה הסמכות לנהוג כך –

"וישב שלמה על כסא ה' למלך" (דברי הימים א כט, כג); אמר רבי יצחק: וכי אפשר לבשר ודם לישב על כסא ה'? אלא מה כסא ה' שולט מסוף העולם ועד סופו, אף שלמה שליט מסוף העולם ועד סופו. ומה כסא ה' דן בלא עדים והתראה, אף שלמה היה דן בלא עדים ובלא התראה, הדא הוא דכתיב: "אז תבאנה שתים נשים זונות" (מלכים א ג, טז).¹⁰

לא די שלא ביקר רבי יצחק את שלמה, אלא קבע שבזה זכה שלמה לישב על כסא ה', ונהג בסמכויות משפטיות כעין אלה של ה'.

ביתר ביאור נוסחו הדברים במדרש תהלים –

ואף שלמה אמר "אלהים משפטיך למלך תן וצדקתך לבן מלך", (תהלים עב, א) משפטיי אינו אומר, אלא משפטיך. אמר דוד: רבונו של עולם, תן משפטיך לבן מלך, כשם שאתה דן בלא עדים ובלא התראה, כך יהא שלמה דן בלא עדים ובלא התראה. אמר לו הקב"ה: כך הוא עושה, שנאמר "וישב שלמה על כסא ה'" (דברי הימים א כט, כג) [וכי אפשר לו לבשר ודם לישב על כסא ה?], והכתיב "כרסייה שביבין [די נור] גלגלדהי נור דלק" (דניאל ז, ט), ומהו "על כסא ה'" – שהיה דן כיוצרו בלא עדים ובלא התראה, וזה היה דינן של זונות, שנאמר "אז תבאנה [שתים] נשים זונות" (מלכים א ג, טז).¹¹

הרי שהקדוש ברוך הוא קיבל את בקשתו של דוד ואישר סמכות זו של שלמה.

ביטוי נוסף לאישורו של הקדוש ברוך הוא את פסיקתו של שלמה מצאנו בדברי חז"ל –

"א"ר אלעזר: בג' מקומות הופיע רוח הקודש: ¹² בבית דינו של שם, ובבית דינו של שמואל הרמתי, ובבית דינו של שלמה... בבית דינו של שלמה, דכתיב: "ויען המלך ויאמר תנו לך את הילד החי והמת לא תמיתוהו (כי) היא אמו" (מלכים א ג, כז), מנא

10. **מדרש שיר השירים** ע"פ כת"י הגניזה (מהדורת הרב ורטהיימר, מכון כתבי-יד וספר, ירושלים, תשמ"א) א, א.

11. **מדרש תהלים** עב, ב.

12. כמדומני שהדברים רק מתחדדים ומודגשים בראותנו את הניסוח בשני מקורות מקבילים: במדרש תהלים הנ"ל: "בשלושה מקומות הופיע הקדוש ברוך הוא", הרי ששופט כל הארץ בכבודו ובעצמו התערב להוכיח צדקתו של שלמה. ובקהלת רבה הנ"ל: "בג' מקומות צווחת מידת הדין". הרי שאין לפנינו חריגה כלשהי משורת המשפט אלא מידת הדין מאשרת את הפסק, ואם כי ודאי שהיא מידת הדין, היא רוח הקודש, הוא הקב"ה – בכל זאת לפנינו הדגשה אחת בשלושה לבושים.

ידע? דלמא איערומא מיערמא! יצאת בת קול ואמרה: היא אמו... אמר רבא: ממאי?... שלמה נמי, מדהא קא מרחמתא והא לא קא מרחמתא! אלא גמרא.¹³

הגמרא מנסה להביא ראיה לכך שרוח הקודש היא זו שהצביעה על זהותה של האם האמתית. וכי מניין ידע שלמה שהיא האם? הרי ייתכן שאותה אישה שמת בנה והיא לקחה לה את בן השנייה הערימה והעמידה פני אם רחמנייה בכך שאמרה תנו לה את הילד, על מנת שיחשוב שלמה שהיא האם וייתן לה את הבן? מכאן שהייתה זו רוח הקודש שאמרה 'היא אמו'.

אולם רבא דוחה את הדברים. אמת, דבריה של האשה 'תנו לה' אינם ראיה, אבל השנייה שאמרה 'גזור' ודאי שאינה אמו, וממילא אם זו אינה אמו, הרי שהראשונה שאמרה 'תנו לה' היא אמו.¹⁴ נמצא אם כן שהיקשו של שלמה אמתו ונכון. אין זאת אלא 'גמרא', כלומר דבר שמקובל בדינו במסורת שרוח הקודש אמרה 'היא אמו'.¹⁵

מכאן גם תשובה לקשייתו של המהר"ץ חיות. בהגותו לש"ס, הקשה מהר"ץ חיות על הרא"ש שהוכיח משלמה המלך שאפשר לדון על פי אומדן, מדברי הגמרא לעיל "מנא ידע? דלמא איערומא מיערמא" – משמע שאין כאן כל אומדן ורק רוח הקודש היא שאמרה, וסיים מהרצ"ח: "ולא זכר מדברי הש"ס כאן".¹⁶

אולם התמיהה היא על מהר"ץ חיות, שכן כאמור דחה רבא את ראיית הגמרא והסיק שאומדנו של שלמה היה נכון, ורק קבלה היא בדינו שרוח הקודש אישרה את הפסק, כפי שביארנו לעיל.

הערה אחרונה נעיר, שלפי כמה פירושים שונים¹⁷ ידע שלמה מי היא האם האמתית עוד לפני ה'תרגיל' שעשה, נמצא שהתרגיל לא היה אלא מעין אישור סופי למה שידע כבר מראש.

(ב) מעשהו של מר זוטרא

המקור הראשון עוסק באומדן שהביא להפלת אחד מתלמידיו של מר זוטרא –

מר זוטרא חסידא אגניב ליה כסא דכספא מאושפיזא, חזיא להווא בר בי רב דמשי ידיה ונגיב בגלימא דחבריה. אמר: היינו האי דלא איכפת ליה אממונא דחבריה. כפתיה ואודי.¹⁸

13. מכות כג.ב.

14. כך ביאר במפורש הריטב"א על אתר.

15. ראה בן יהוידע על אתר.

16. על הערה מסוג זה ראה מה שהבאנו מדברי השאגת אריה, להלן בהערה 210.

17. ראה אברבנאל על אתר, שו"ת רדב"ז ג תרלד (אלף נט) ומלבי"ם על אתר. וראה עוד במאמרו של עו"ד בני דון-יהויא, 'משפט שלמה כדגם לחשיפת האמת העובדתית', גליונות פרשת השבוע של משרד המשפטים, מקץ תשס"ג (גליון 102).

18. בבא מציעא כד, א.

תרגום: [בשעה ששהה מר זוטרא החסיד אצל מארחו], נגנבה כוס כסף מן המארח. [סמוך להיעלמה של כוס הכסף] הבחין מר זוטרא בתלמיד שמנגב את ידיו בבגדו של חברו. אמר [מר זוטרא]: זה הוא שלא אכפת לו מממונו של חברו. כפתו¹⁹ [לאותו תלמיד], והודה.

מבאר הרא"ש²⁰, שלמר זוטרא הספיקה התנהגות זו, של מי שאינו חושש להזיק לחברו, כראיה כמעט ברורה לאשמתו²¹ גם בגנבת הכוס. ואכן, לאחר שמר זוטרא נקט בסנקציית הכפיתה, הודה התלמיד באשמה.²²

במרוצת הדורות שימש מעשהו זה של מר זוטרא מקור חשוב לפוסקים כאשר נתקלו במקרים שבהם, על פי אומדן דעתם, אשמתו של אדם הייתה ודאית אלא שהיה צורך לספק לה הוכחות. כך למשל, דן הריב"ש באשה, שלאחר שנתאלמנה טענה שלא נשאר לה מבעלה כלום, אלא שישנן אומדנות המוכיחות שהיה לו ממון רב ושהיא לקחה אותו. לאחר שדן הריב"ש לגבי נאמנותה בשבועה, הוא כותב –

...וגם אתם תאימו עליה, להפחידה בכל מיני איומין והפחדות, כדי שתודה להתפשר עם היורשים, אחרי שמפורסם ביניכם הערמות והאונאות שהיתה עושה עם בעלה.²³

הריב"ש מביא ראיה ממעשהו של מר זוטרא.²⁴

כך נהג גם בן דורו הצעיר של הריב"ש, הלא הוא הרשב"ץ; מעשה בעיוור שהיה מהלך בדרך, כשמספר מרגליות תפורות בבגדו. התחבר אליו אדם שנלווה עמו וישן במחיצתו. בשלב מסוים גילה העיוור שהמרגליות נעלמו. תבע העיוור את אותו אדם לדין בטענה שהוא הגנב, והלה הכחיש.

בתשובתו מתייחס הרשב"ץ לצורך החיוני של כל דיין ודיין לגדור מילתא לפי הנתונים בשטח בכל מקרה לגופו –

ידוע הוא כי הגונב אינו גונב בעדים, ואם באנו לדון על פי עדים בכיוצא בזה תלקה מדת הדין. והרשות נתונה ביד כל דיין בכל דור ודור לגדור גדרים בזה כמו שנהגו

19. יש מפרשים: כפתוהו על העמוד והלקוהו בשוטים, ויש מפרשים: כפה אותו בדברים, שנידוהו אם לא יודה האמת (שיטה מקובצת ב"מ שם).

20. רא"ש ב"מ ב, ה.

21. ראה בתורת חיים (ב"מ שם), שהסביר זאת על יסוד עבירה קטנה גוררת עבירה גדולה, על פי ההקשר שבו הובא הסיפור בגמרא.

22. יש לציין למה שהעירו היעב"ץ ומהר"ץ חיות בהגהותיהם לש"ס, כי הגמרא הדגישה שהייתה זו הכוס של מארחו, ללמדנו כי אילו הייתה זו כוסו שלו, היה מר זוטרא נוהג לפנים משורת הדין ונמנע מלנקוט באמצעים כאלו כלפי התלמיד, ורק משום שהייתה של מארחו נקט בכל חומר הדין.

23. שו"ת הריב"ש קח.

24. אמנם ראה בראש יוסף (לרבי יוסף אשיקאפה, על טור חו"מ) טו, אות כב, שהקשה על השוואה זו של הריב"ש.

הגאונים ז"ל בדיני קנסות. ואף מדין התלמוד מותר לעשות כן ומכין ועונשין שלא כדין משום מגדר מלתא (יבמות צ.ב) וכ"ש להציל עשוק מיד עושקו ונעלב מיד עולבו. ומצינו בתלמוד שעל ידי אמתלא כפו לאדם אחד עד שהודו בגנבה בפרק אלו מציאות (בבא מציעא כד.א) מר זוטרא חסידא... ובפרק גט פשוט (בבא בתרא קסז.א) יש בשני מקומות כפתייה ואודי. ובכאן נראית אמתלא שזה העלוב הוא מאור עינים ובהתחברו עם אחזיהו פרץ השם מעשיו והניחו במקום דובים ואריות ונכנס לעיר. הדין נותן לאיים עליו ולגזום לעשות כך וכך אם לא יודה.²⁵

והרשב"ץ מסיים בעדות אישית –

וכבר אסרתי אני בבית הסוהר יהודי מכאן, טען עליו אורח נפוסי,²⁶ שגנב ממש ועל ידי נכרין דברי אמת אסרתיו ולא היה שר ומושל שפטררוהו. ואח"כ נמצאת הגנבה בידו וקלסוני כל הקהל יש"צו על זריזותי בזה.

שני מקרים דומים הובאו לפתחו של רבי מאיר אייזנשטט²⁷ (מהר"ם א"ש), והוא נשאל האם יוכלו החושדים למסור את החשוד לערכאות של גויים, על מנת שייסרוהו עד שיודה, או שמא אסור הדבר. מהר"ם א"ש מסתייע מהגמרא האומרת שאדם המסרב לקיים מצוות עשה רשאי בית הדין לכפותו באמצעות הכאתו, אפילו עד שתצא נפשו, והוא מעיר על כך –

ואף שיש לחלק דרוקא היכי שברור לן שאינו רוצה לקיים מצות עשה אבל היכי דמספקא לן לא, מכל מקום נראה בוודאי לענין להכות אותו עד שתצא נפשו שפיר יש לחלק. אבל ליסרו יש לומר דאזלינן בתר אומדנא... שמע מינה דאפילו בממון ע"י אומדנא דמוכח כפתייה להלקותו עד שהודה כדי להוציא הגזילה מידו, ומלקות הוי בכלל עינוי ויסורים.²⁸

אלא שיש להקשות על כך ממה שמצינו בסוגיית גמל האוחז (ראה להלן) שנפסקה הלכה כחכמים, שאין להוציא ממון על-ידי אומדנא אלא בעדות ברורה, ואם כן, ודאי שאין לכפות אדם ולייסרו מכוח אומדנא, על מנת שיודה באשמה?!

על שאלה זו משיב מהר"ם א"ש על פי דברי הרמ"ה²⁹ שהובאו בטור לגבי זהירות משטרות מזוייפים –

ולפיכך כשיבא השטר לפני הדיין צריך לעיין בכל אותיותיו ולדמות אות לאות ואם רואה בו שום שינוי לא יגבה בו עד שיבדוק הדבר היטב ואם צריך לכופף בעלי השטר ולהכותו יעשה כדי שיצא הדין לאמתו.³⁰

25. שו"ת השב"ץ ג, קסח.

26. איני יודע פירוש מילה זו – אד"כ.

27. ת"ל-תק"ד. רבה של פרוסניץ ואייזנשטט. מחבר 'כתנות אור' (על התורה) ועוד.

28. שו"ת פנים מאירות ב, קנה.

29. יד רמה ב"ב קסז.א סימן סח.

30. טור חו"מ מב, ה.

ומדייק מכאן מהר"ם א"ש –

הרי להדיא דסבר הרמ"ה שכפאו ע"י יסורים להודות ואף אם לא הי' פסלינן לשטרא, הי"נ אף על פי שאין אנו מוציאים ממון על פי אומדנא, מ"מ המצוה על הדיין להכותו וליסרו על פי אומדן דעתו שיודה האמת. וכן מסתמא מפרש הרמ"ה בהאי עובדא דאלו מציאות דף כ"ה דמר זוטרא חסידא...

מהר"ם מוסיף ומביא סיפור ששמע, הנוגע לעניינינו –

ושמעתי מפי דודי, שמעשה היה בימי הגאון מוהר"ר העשיל, והגאון הש"ך הפקיד ביד הגאון שלשלת של זהב ונגנב ע"י משרת של הגאון מוהר"ר העשיל, והסכימו ונתנו את אצבעו בין השרוף של קנה השריפה שקורין בוק"ס ולא הודה הגנב. ואחר שלשה שנים מצאו השלשלת באמתחת הגנב.

והוא מסכם עניין זה תוך הדגשת חובת הזהירות משימוש בכוח מופרז –

ומעתה נלך בעקבות אבותינו באם שהדבר ברור על פי חקירות אנשים יראי אלקים שיש מקום לחשדו רשאים ליסרו קצת, ועל כל פנים על פי אומדנא הבקי שיכול לקבלו דהא אפילו אם נתחייב מלקות בוודאי צריך אומדן כמה יכול לקבל, וחוכך אני מאוד שלא למסרו לערכותיהם וכבר אמרו חזו"ל כתוא מכמר יש לחוש שאם יודה ידונו אותו למיתה. כללא דמילתא בהא נחתא ובהא סלקא אם יראה על פי עוצם בינתם וחכמתם להסיר ממנו מוקשי מות ודבר הגורם לזה רשות ניתן ליסרו קצת כדי שיודה על האמת ובלבד שיסכימו עמי שלשה בעלי תורה יראי ה' ושונאי בצע.³¹

(ג) חכמתו של רבי בנאה

מעשה נוסף המעיד על נכונותם של חכמים לעשות שימוש באומדנא, עוסק בדיני ירושה –

ההוא גברא דשמעה לדביתהו דקא אמרה לברתה: אמאי לא צניעת באיסורא? הך איתתא עשרה בני אית לה, ולית לי מאבוך 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 כולהו, ההוא דבריה הוה לא אזל, אמר להו: כולהו נכסי דהאי.³²

תרגום: איש אחד שמע את אשתו אומרת לבתה: מדוע אינך נוהרת לעבור על איסורי צניעות בסתר מבלי שיראוך? [הנה, הסתכלי עלי,] עשרה בנים יש לי אולם רק אחד מהם מאביך [ואיש אינו יודע על כך]. לפני מותו צוה האב שכל נכסיו יהיו רק לבן אחד. לא ידעו [הבנים], לאיזה מהם [התכוון]. הלכו לרבי בנאה, אמר להם:

31. ראה עוד בעניין הודאת נאשם על ידי ייסורים וגדרי אומדנות בשו"ת גינת ורדים אה"ע ג, ט.

32. בבא בתרא נח, א.

לכו לקבר אביכם וחבטו עליו במקלות עד שיקום ויגלה לכם למי הוריש את רכשו.³³ הלכו כולם. זה שבנו הוא, לא הלך. אמר רבי בנאה: כל הנכסים לזה.

מבאר הרמ"ה,³⁴ שבהעדר כל מקור שיכול לגלות מי הוא הבן האמיתי מנצל רבי בנאה בפקחותו את פתיותם של הבנים ושולחם לקבר אביהם כדי שהחבטות שלהם יעוררו את אביהם המת. הבן האמיתי, לאו דווקא מתוך אינטליגנציה מופרזת אלא מתוך רגש טבעי של כבוד כלפי אביו, מסרב ללכת. מכך מסיק רבי בנאה, שזהו הבן. אולם הרשב"ם מסביר את פסיקתו של רבי בנאה באופן אחר –

שלא רצה לחבט על קברו של אביו שזה הוא הצנוע שבכם ומסתברא דלזה אהב יותר.³⁵

ביאורו של הרשב"ם תמוה; צניעות מאן דכר שמה? הרי כל השאלה שהופנתה לרבי בנאה, נסובה על זהותו של הבן האמיתי, ולא על אופי הבנים, וכבר הקשה כן היעב"ץ בהגהותיו, ומשום כך דחה את הסברו של הרשב"ם.

אך אם נעמיק לתוך השתלשלות העניינים,³⁶ יתבהרו דברי הרשב"ם. רבי בנאה הרי אינו יודע דבר על הסוד הנורא ששמע הבעל.³⁷ הוא ודאי תמה מה פשר צוואתו של האיש. אדרבה, מפורסמת היא אזהרתו של שמואל: "לא תיהוי בי עבורי אחסנתא ואפילו מברא בישא לברא טבא."³⁸ אלא שאדם זה נהג באופן משונה. הוא לא ציין לאיזה מן הבנים הוא מוריש את רכשו. רבי בנאה מבין שיש דברים בגו. כנראה רק אחד מהבנים ראוי לרשת את אביו, ומטעם כמוס, בין אם משום שהאב עצמו לא ידע ובין אם משום שחשב שאין זה נכון לגלות זאת, משאיר האב את מלאכת הגילוי לרב החכם שיפסוק בדין זה. לכן מסכם רבי בנאה שזה שלא הלך לחבט הוא הבן הנבחר שאליו התכוון האב, כפי שהוכיחה התנהגותו.³⁹

33. מקרה זה של רבי בנאה היווה בסיס לדיון לגבי בדיקות גנטיות, ראה ספר חסידים רלא-רלב, אליה רבה תקסה, טו והגהות רש"ש לב"ב שם, וכן במאמרו של הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, "בירור עובדות במשפט תוך פגיעה בצנעת הפרט" בקובץ זה, עמ' 217, ובמאמרו של הרב אורי רותם, "הכרעת דין ללא עדות: על השימוש באומדן ובראיות מודרניות בית הדין הרבני", בקובץ זה, עמ' 97.

34. יד רמ"ה ב"ב שם.

35. רשב"ם ב"ב שם, ד"ה אמר להו כולהו נכסי דהאי.

36. הסבר זה מבוסס בעיקרו על ביאורו של רבי עזריה פיג'ו בחיבורו בינה לעיתים דרוש ס (הוצאת מישור, עמ' שצא).

37. אמנם רבי דוד ב"ר משה, דיין בוילנא (מאה חמישית לאלף הששי), בחיבורו מצודת דוד (מובא בחידושי הגאונים על עין יעקב) מפרש שרבי בנאה ידע שתשעה מהם ממזרים, שכך גילה לו האב לפני מותו, אלא שחשש שימסרו אותו למלכות, כפי שאכן קרה בהמשך, ולכן עשה זאת בדרך עקיפה ונימק זאת בטעם של צניעות מול עוות פנים.

38. בבא בתרא קלג,ב.

39. לפי הסבר הרשב"ם יוצא שמקרה זה אינו דוגמה של אומדן המציאות אלא דווקא של אומדן דעת הנותן, וכן מוצאים אנו בדברי הרא"ש בתשובותיו (שו"ת הרא"ש לד, א) שבין דוגמאות רבות מהש"ס של אומדן דעת בני אדם מנה גם את המקרה הזה. ואכן מסביר זאת רבי יוסף ענגיל (גליוני הש"ס כתובות נה, א ד"ה

על מידת הסבירות שיש באומדן זה מצינו הערה מפיו של רבי שמואל קלעי.⁴⁰ הרש"ק נשאל על שטר צוואה שנכתב על ידי סופר גוי, האם הוא כשר להוציא על ידו ממון מחזקת היורשים. הרש"ק מציין שבתחילה כתב שאין לפסלו מטעם אומדנא, אולם לאחר מכן נודעו לו פרטים נוספים בהשתלשלות העניינים, כגון שטרם כתיבת השטר השקיע בעליו מאמצים רבים בניסיון למנוע את הירושה מהיורש, והוציא שם רע על האב כאילו הוליד את יורשו זה שלא במסגרת הנישואין, 'וכאלה שאר אומדנות מוכיחות'. ורש"ק מוסיף –

...ועדיפא זלזול זה מעובדא דר' בנאה בב"ב פרק ח"ה דבשביל שהלכו וחיבטו קבר אביהם על פי צואתו,⁴¹ שאולי איכא לומר שטעו בדבריו שחשבו שכך הדין, ואפילו הכי, להיות המעשה שעשו עיוות, העבירם מחזקת ירושתם ועשאם ממזרים, וק"ו לזה...⁴²

הרי שלפי הרש"ק ייתכן ולא הייתה זו אלא טעות של הבנים שאינה מעידה על כלום, ואף על פי כן, די היה בכך לרבי בנאה בכדי להסיק על זהותו של הבן האמיתי.

(ד) אומדן בעלות

במסכת כתובות הובאו שלושה מקרים זהים שבהם נתבעו יורשיהם של אנשים שמתו על חפצים שברשותם בטענה שהם הופקדו בידיהם. נתבונן בדוגמה אחת –

ההוא גברא דאפקיד שב מרגניתא דציירי בסדינא בי רבי מיאשא בר בריה דרבי יהושע בן לוי, שכיב רבי מיאשא ולא פקיד, אתו לקמיה דרבי אמי, א"ל: חדא, דידיענא ביה ברבי מיאשא בר בריה דרבי יהושע בן לוי דלא אמיד; ועוד, הא קא יהיב סימנא.

ולא אמרן – אלא דלא רגיל דעייל ונפיק להתם, אבל רגיל דעייל ונפיק להתם, אימא איניש אחרינא אפקיד ואיהו מיחזא חזא.⁴³

תרגום: אדם אחד הפקיד שבע מרגליות צרורות בסדין אצל רבי מיאשא, בן בנו של רבי יהושע בן לוי. נפטר רבי מיאשא מבלי שהותיר צוואה על אותן מרגליות. באו [יתומיו של רבי מיאשא והמפקיד לדין], לפני רבי אמי. אמר להם רבי אמי: [הדין עם המפקיד משני טעמים: ראשית, מהיכרותי עם רבי מיאשא יודע אני שלפי מצבו הכלכלי לא ייתכן שהמרגליות היו שלו. ובנוסף, המפקיד הרי נתן סימן (שבע מרגליות בתוך סדין) [ומכאן יש להסיק, שהמרגליות שלו].

בתר אומדנא) בכונת הרא"ש, שהתנהגות אותו הבן גילתה שוודאי עליו הייתה דעת האב בצוואתו. אפשרות פרשנית זו מובאת גם ע"י הרשב"ץ (שו"ת תשב"ץ א, פ).

40. מחכמי יוון, בערך בשנים ר"ס-שמ"ה. תלמידו של הרד"ך וחתנו של בר פלוגתיה, ר' בנימין ב"ר מתתיה, בעל שו"ת בנימין זאב.

41. הכוונה היא לציווי של ר' בנאה.

42. שו"ת משפטי שמואל קד (דף קטו ראש טור ג).

43. כתובות פה, ב.

הגמרא מסייגת זאת בתנאי שאותו מפקיד אינו אדם שרגיל להיות נכנס ויוצא בביתו של רבי מיאשא, שאם כן, שמא אדם אחר הפקיד והוא ראה את הסימנים, וחמד את המרגליות לעצמו.

דברי הגמרא הללו נפסקו להלכה על ידי הרמב"ם בהלכות שאלה⁴⁴ ובהלכות סנהדרין.⁴⁵ בהלכות שאלה מוסיף הרמב"ם סיטואציה המחודדת את עניין אומדן הדיינים –

באו עדים והעידו לדיין שאין זה אמוד, אין מוציאין מיד היתומים בעדותן שאין זה ראייה ברורה, ואומדן דעתן אינו אומד דעתו ואין לו לדיין אלא מה שדעתו סומכת עליו כמו שיתבאר בהלכות סנהדרין.

לימדנו הרמב"ם, שגם במקום שהאומדן הוא לכאורה אובייקטיבי, שכן מצבו הכלכלי של הנפקד אמור להיות מוערך בשווה על ידי שאר בני האדם,⁴⁶ בכל זאת, כיוון שמדובר כאן בנתון משפטי שעל פיו מוציאים ממון מן היתומים, רק הדיין שיושב בדין הוא זה שפוסק על פי אומדן דעתו שלו, ואין לו לדיין, כלשון המאירי, "אלא מה שיראה בעיניו ובאזניו ישמע ולבבו יבין".^{47, 48}

דין זה נפסק להלכה גם ברי"ף⁴⁹ וברא"ש,⁵⁰ ומשמם בטור ובשולחן ערוך.⁵¹ אלא שלמעשה פסק המחבר את הגבלתו של הרמב"ם בהקשר אחר, המובאת להלן בנושא 'עדות פסולה', ש"משרבו בתי דינים שאינם הגונים, ואפילו יהיו הגונים במעשיהם אינם חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל שאין מוציאים מהיתומים באומדן דעתו של דיין".⁵²

44. רמב"ם שאלה ופיקדון ו, ד.

45. רמב"ם סנהדרין כד, א.

46. ראה עוד לעניין אומדן כלכלי בנתינת צדקה בבבא בתרא ח,ב: "כי הא דרבא אכפיה לרב נתן בר אמי, ושקיל מיניה ארבע מאה זוזי לצדקה", וכתב ביד רמה (ב"ב צג): "זוכן כל היכא דאמיד מפקינן מינה לפום אומדניה".

47. מאירי כתובות נא, ב ד"ה זה שכתבנו (עמ' 192).

48. דעת הרמב"ם היא שלא היו עדי פיקדון, ושני הטעמים (לא אמיד ונתינת סימנים) הנם הכרחיים להוצאת החפץ מידי היתומים (וכ"כ תוספות בכתובות פה,ב ד"ה ועוד, והרא"ש להלן הערה 50). אולם לשיטת הרמב"ן (בחידושו לכתובות), המבוססת על הבנתו בדברי הרי"ף (בבא מציעא כה,ב), מדובר שהיו עדים שהפקיד בידו, אלא שעתה בעדותם על קיומו של החפץ בידי הנפקד אין הם יכולים להעיד בוודאות שהוא אותו חפץ (או לחילופין שאלו עדים אחרים), ועל כן די בנתינת סימנים על ידי המפקיד כדי להוציא מיד היתומים. לטעם של לא אמיד אין משקל כאן, "דאומדנא לאו כלום הוא", כלשון הרמב"ן, "ולא נאמרה אלא לסעד בעלמא", כלשון המגיד משנה (שאלה ו, ד). וראה מה שהקשה בספר בני שמואל (למהר"ש חיון, על טור חו"מ, סימן טו) על דברי הכסף משנה.

49. רי"ף, שם.

50. רא"ש כתובות ט, ח.

51. שולחן ערוך חו"מ רצו, א.

52. רמב"ם סנהדרין כד, ב.

(ה) גמל האוחר

שנינו בתוספתא –

שור שהיה רועה ויצא שור אחר אחריו, נמצא הרועה זה שמת, אפי' זה מנוגח וזה מועד לנגיחה, זה מנושך וזה מועד לנשיכה – פטור.

רבי אחא אומר: גמל שהיה אוחר בין הגמלים ונמצא גמל מת שם – חייב, בידוע שזה המיתו.⁵³

במסכת בבא בתרא⁵⁴ העמידו את שורש המחלוקת בעניין חזקה, והכוונה היא לחזקת טבעם של בעלי חיים. לדעת תנא קמא, אין הולכים בממון אחר חזקה שכוו, ואילו לדעת רבי אחא יש להתחשב בחזקה.

בדומה לכך פירש רשב"ם בסוגיית בבא בתרא, שנדון המחלוקת הוא: האם הולכים אחר אומדנא או לא.

להלכה פסקו הרי"ף⁵⁵ והרמב"ם⁵⁶ כתנא קמא, שאין הולכים בממון אחר הרוב,⁵⁷ וכך נפסק גם בטור ובשולחן ערוך.⁵⁸

אלא שיש להבין, מה ייחודה של סוגיה זו, שאנו מוצאים בה דעה הסוברת שאין פוסקים על פי אומדנא, ולא זו בלבד, אלא שאף נפסק כמותה להלכה על ידי אותם פוסקים שסוברים שמעיקר הדין ניתן לפסוק על פי אומדנא?

תשובה חלקית לדבר מוצאים אנו בדברי המהרי"ק –

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 אומד, בהא ודאי פליגו רבנן עליה דרבי אחא וקיימא לן כוותיהו.⁵⁹

53. תוספתא ב"ק ג, ו.

54. בבא בתרא צג, א.

55. רי"ף ב"ק כא, ב.

56. רמב"ם נזקי ממון ח, יד.

57. וכן פסקו גם הירד רמה והמאירי (בבא בתרא צג, א), האור זרוע (ג, פסקי ב"ק, רכב), שו"ת מהרי"ק (קכט, ב) ושו"ת רדב"ז (ג, תצז, תקכב ועוד).

58. שולחן ערוך חו"מ תח, ב.

59. לעיל, הערה 57.

לשם חידוד דבריו כדאי לעיין במה שהשיג עליו רבי ישראל ליפשיץ מקליווא בתשובתו שבספר אור הישר [אוסף המכתבים הנוגעים לפרשיית 'הגט מקליווא'. ראה משפטי הדעת (מכון שער המשפט, ירושלים, תשנ"ה), עמ' רסט] וביישוב הדברים ע"י רבי משה יהודה לייב זילברברג מקוטנא בהגהות זית רענן לשו"ת המהרי"ק (דברי שניהם הובאו בשו"ת מהרי"ק, מהדורת אורייתא עמ' תעב-תעג). ועדיין, כמדומני, הדברים צ"ב, עיי"ש.

יש להבחין, אם כן, בין מקרה שבו הנתונים המציאותיים ברורים ורק חסרה לנו כוונת האדם, שאז ניתן לפסוק על פי אומדן, לבין מקרה שבו גוף המעשה נעלם מאתנו, שאז הוכרעה הלכה כחכמים, שאין לפסוק על פי אומדן.

דא עקא, שהמהרי"ק הבחין רק בין גמל האוחר לבין אומדן דעת הנותן (שיבואר להלן) אולם מה יענה המהרי"ק על אומדן הבעלות, שהוא אומדן במציאות, שנפסק להלכה שפוסקים על פיו, וכן על שני המקרים דלעיל,⁶⁰ שלגביהם לא מצאנו מי שהעיר על כך שהפסיקה בהם הייתה פסולה, בהיותה מבוססת על אומדן?!

על מדוכה זו עמד מרן הראי"ה קוק⁶¹ בתשובתו למשרד הרבנות בתל-אביב, הדנה בעניין אומדן קידושין. וזו לשונו –

ונראה שדוקא בדבר פרטי לפסוק שתמיד יהיה הדין לסמוך על אומדנא מיוחדת, לא אזלינן בתרה, דשמא ישתנה הענין ובזמן אחר לא יהיה הענין מכריח כ"כ, כמו שביאר הרמב"ם כה"ג בסהמ"צ מפני שהשער הזה הוא רחב, אבל בדרך כלל במקום שמתברר להדיין, בכלל אמיתת הענין, לא ע"פ איזה פרט של אומדנא, אלא מההקף של כמה ענינים ביחד, זהו ענין ברור, שע"ז לא שייך כלל לומר דלא אזלינן בתר אומדנא. וע"כ אע"ג דקיי"ל דלא כר"א היינו לסמוך תמיד על פרט זה, וכן נראה מאריכות דברי הברייתא, שלא נאמר הואיל וזה ניגח וזה מועד ליגח וכיו"ב, אבל אם באותו המאורע מתברר לדיין ביחוד שהאמת הוא באופן מיוחד – דנין על פיו מדינא.⁶²

לפי דברי הרב קוק, במקרה של גמל האוחר מדובר בהערכה כללית שנקבעה על ידי רבי אחא, שהסבירות שהגמל האוחר הוא זה שהרג היא גבוהה. הגדרה קבועה זו אינה עונה על גדר וצרכי האומדנא. כדי שהדיין יוכל לפסוק על פי אומדן עליו להרגיש באופן אישי באומדן דעתו הפנימי והספציפי לכל מקרה ומקרה שאכן כך היה במציאות, וכפי שמוכח מלשונו של הרמב"ם.

פסיקה כרבי אחא

בשונה מרוח הפסיקה כתנא קמא, מוצאים אנו שבירושלמי נפסק במפורש כרבי אחא; וכך שנינו במסכת כתובות –

האשה שנתאלמנה או שנתגרשה; היא אומרת בתולה נישאתי והוא אומר לא כי אלא אלמנה נשאתיך, אם יש עדים שיצאת בהינומא וראשה פרוע – כתובתה מאתים.⁶³

60. אמנם לגבי המקרה של רבי בנאה, ייתכן והמהרי"ק סובר כמו הרשב"ם והרא"ש המגדירים את אומדנו של רבי בנאה בדעת הנותן.

61. שו"ת עזרת כהן מא (עמ' קג).

62. וכן הסביר הרב חיים גדליה צימבליסט שליט"א מעצמו [מוריה יא גליון ה-ו (ניסן תשמ"ב) עמ' סג], ולא ראה שקדמו בזה הרב קוק.

63. משנה כתובות ב, א.

ואמרו על כך בירושלמי –

...והלך אחר הרוב ורוב הנישאות בתולות נישאות! אמור מעתה בתולה נישאת, זאת אומרת שלא הילכו למידת הדין ולממון אחר הרוב, תמן תנינן שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצידה, וכי רוב הפרות מפילות? אמור מחמת נגיחה הפילה, אמר רבי אבהו זאת אומרת שלא הילכו למידת הדין ולממון אחר הרוב. אמר רבי אבון ובדבר אחד הלכו במידת הדין⁶⁴ ולממון אחר הרוב כהדא דתני רבי אחא גמל שהיה אוחז בין הגמלים ונמצא שם אחד מהן מת – חייב, אני אומר אותו שהיה אוחז נשכו.⁶⁵

הרי שנפסק כאן במפורש כרבי אחא, אם כי מצוין שזה 'בדבר אחד'. מדוע, אם כן, פסקו הראשונים כתנא קמא בתוספתא, כאשר בירושלמי נפסק במפורש כרבי אחא? **רבי משה מרגלית**, בעל פני משה, סבור⁶⁶ שהסיבה לכך היא, שמצינו סתם משנה⁶⁷ שבה נפסקה הלכה בניגוד לרבי אחא –

שור שהיה רודף אחר שור אחר והזוק; זה אומר שורך הזיק וזה אומר לא כי אלא בסלע לקה – המוציא מחברו עליו הראיה.

היו שנים רודפים אחר אחד... **אחד תם ואחד מועד; הניזק אומר מועד הזיק והמוזיק אומר לא כי אלא תם הזיק – המוציא מחברו עליו הראיה.**

הרי שבמקום לתלות באומדנא שהמועד הוא זה שהזיק, קבעו שהמוציא מחברו עליו הראיה, מכאן שפסקו כחכמים.⁶⁸

בנוסף לירושלמי, ישנם לפחות שני ראשונים שפסקו בסוגיה זו כרבי אחא.

הרא"ש בתשובותיו,⁶⁹ בדברו על כך שפוסקים על פי אומדנא, מנה מספר דוגמאות לכך מן התלמוד, ובהן סוגיית גמל האוחז. כך כתבו על פי דבריו ה**רדב"ז**⁷⁰ ורבי יואל סירקיס, בעל הבית **חדש**, בתשובה.⁷¹ בחיבורו לטור, יישב הב"ח⁷² את הסתירה בטור, שמחד פסק כתנא קמא, ומאידך⁷³ הביא את תשובת הרא"ש שפוסקים על פי אומדנא, בכך שאם כי הלכה

64. ראה בעלי תמר על הירושלמי שם, שהבחין בין מידת הדין למידת חסידות, היינו לצאת ידי שמים.

65. ירושלמי כתובות ב, א. וכן הוא בירושלמי ב"ק ה, א: "אמר רבי יוסי: במקום אחר הילכו במידת הדין אחר הרוב".

66. מראה הפנים לירושלמי ב"ק ה, א ד"ה שור.

67. משנה בבא קמא ג, יא.

68. ראה שיירי קרבן לירושלמי כתובות הנ"ל בהערה 65 שכתב, שכדי שלא נאמר שהירושלמי פסק כיחיד מול רבים, יש לומר שהירושלמי מפרש שרבי אחא אינו חולק על תנא קמא אלא סובר שמאחר ושונה הוא הגמל שרובם נושכים בשעת תשמיש, הרי חזקה שזה נשכו.

69. שו"ת הרא"ש טח, כג; פו, א. אמנם צ"ב מדוע בפסקיו לא הזכיר הרא"ש כלל את הסוגיה.

70. שו"ת רדב"ז א, ה, רפו ועוד.

71. שו"ת גאוני בתראי נד.

72. בית חדש חו"מ תח, ג.

73. טור חו"מ טה, כ"כא.

כתנא קמא, הרי שבמקרה של 'אומדנא דמוכח טובא' מודה תנא קמא לרבי אחא שפוסקים על פי אומדן.

ראשון נוסף שפסק כרבי אחא הוא **רבי פלטיאל**,⁷⁴ שדן בתשובתו במי שביזה רב ואמר עליו שהוא בחרם, וזו לשונו –

ונהי דבדיני נפשות לא אזלינן בתר אומדנא, כמו שמעון בן שטח... מיהו בדיני ממונות אזלינן בתר אומדנא כי ההיא דרבי אחא גמל האוחר בין הגמלים בידוע שזה הרגו... וגם במילי דגידופין ומסירה אין לכוון עדות ברורה כמו בשאר עדיות.⁷⁵

יש לציין שהמאירי,⁷⁶ אף שהוא מקבל את שיטת הרי"ף ופוסק כתנא קמא, מביא שתי שיטות נוספות שפסקו כרבי אחא, ומסביר:

א. במקרה של גמל האוחר פוסקים כרבי אחא, כשיטת הירושלמי, משום שחזקת הגמל הרי היא כברי (=חזקה ודאית), וגדולה היא מחזקת המוחזק. ואף על פי שלפי הסוגיה נראה ששני המקרים, הן של תנא קמא והן של רבי אחא, שוים, והמחייב בזה יחייב בזה, מכל מקום שינוי את הדוגמה לגמל שחזקתו ברורה, כדי לומר שרק כאן הולכים אחר הרוב או החזקה.

ב. יש הפוסקים כן גם במקרה של שור, ואדרבה, הוא פשוט יותר שכן הוא מועד לכך. בנוסף חשוב לציין שהרדב"ז⁷⁷ מחלק בין הוצאת ממון מן המוחזק בו, שבזה נפסק כרבי אחא, לבין העמדת ממון בידי המוחזק, שאף הרמב"ם יודה שפוסקים על פי אומדן.

2. אומדן דעת הנותן

להבדיל ממקרה המובא לפני הדיין, שבו חסרים הנתונים ההכרחיים שיצביעו על השתלשלות האירועים המדוייקת, כאשר אנו דנים על אומדן דעת הנותן, אנו עוסקים במציאות ברורה, אולם, קיים צורך לאמוד את כוונתו של מבצע הפעולה. למשל, בדיני הקניינים, אף אם ברור לנו שפלוני נתן נכס לפלוני, עדיין עלינו לדעת, שעשה זאת מתוך גמירות דעת. הספק הנוגע לכוונתו של אדם יכול לנבוע מכך שאותו אדם לא הסביר כראוי את עצמו, או מכך ששינוי הנסיבות מעורר את השאלה, האם גם בנסיבות אלו היה פועל כפי שהתכוון? נעיין במספר דוגמאות לכך.

74. לפי ד"ר ש' כהן, במאמרו: "ר' מרדכי בן הלל האשכנזי", סיני טז (עמ' רמט) מסתבר שהוא רבי חיים פלטיאל בן יעקב.

75. הגהות מרדכי קידושין תקסד.
וראה בשו"ת עורת כהן כט (עמ' קכג), הדין בעניין היתר עגונה, שכתב שלכאורה, רבי אלעזר מוורדון, הסובר שניתן להתיר עגונה על סמך אומדנות (מרדכי יבמות צב), פוסק כר' אחא, וממילא גם כל אותם הפוסקים הנמשכים אחריו, עיי"ש.

76. בית הבחירה למאירי, ב"ב צג,א.

77. שו"ת רדב"ז ב, תקצח.

(א) תוספת כתובה

בתחילת פרק חמישי ממסכת כתובות שנינו –

אף על פי שאמרו בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה, אם רצה להוסיף אפילו מאה מנה – יוסיף. נתארמלה או נתגרשה, בין מן הארוסין בין מן הנשואין – גובה את הכל; רבי אלעזר בן עזריה אומר: מן הנשואין – גובה את הכל, מן האירוסיין – בתולה גובה מאתים, ואלמנה מנה, שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה.⁷⁸

בגמרא⁷⁹ נחלקו רב ורבי נתן בשאלה, האם הלכה כרבי אלעזר בן עזריה? אחד אמר שהלכה כמותו, והאחר אמר, שאין הלכה כמותו. הגמרא ניסתה להוכיח שרבי נתן הוא זה שפסק כראב"ע משום שמצאנו שרבי נתן פוסק על פי אומדנא, שכן פסק כרבי שמעון השזורי במסוכן ובתרומת מעשר של דמאי. הגמרא דוחה את ניסיון ההשוואה הזו בטענה, שגם לרב מצאנו שהולך אחר אומדנא במקרה של מתנת שכיב מרע שכתוב בה קניין. הגמרא⁸⁰ מסכמת ששניהם פוסקים על פי אומדנא, ודעתו של מי שאמר כאן שאין הלכה כראב"ע נשענת גם היא על אומדן דעתו של נתן הכתובה, שהתכוון רק לקרבת דעת מצד האשה, וכיוון שכוונתו זו התגשמה כבר בשלב האירוסיין, חייב לתת לה (או ליורשיה) גם את התוספת, בניגוד לדברי ראב"ע.

בעקבות פסק הגמרא נפסקה ההלכה כראב"ע⁸¹ גם ברי"ף,⁸² ברמב"ם⁸³ וברא"ש,⁸⁴ ומשם בטור ובשולחן ערוך.⁸⁵

(ב) מתנת שכיב מרע

במסכת בבא בתרא שנינו –

שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים ושייר קרקע כל שהוא – מתנתו קיימת, לא שייר קרקע כל שהוא – אין מתנתו קיימת.⁸⁶

פסיקה זו מבוססת על האומדן, שהשכיב מרע לא התכוון להמית עצמו ברעב ולחזור על הפתחים כל ימיו, לפיכך, אם לא שייר קרקע לעצמו, המתנה בטלה.

78. משנה כתובות ה, א.

79. כתובות נה, א.

80. שם נו, א.

81. ראה תשובת רבנו יואל הלוי המובאת אצל בנו הראב"ה ד, תתקיב.

82. רי"ף ב"ב כב, ב.

83. רמב"ם אישות י, יא.

84. רא"ש כתובות ה, ה (כך משמע מדבריו).

85. שולחן ערוך אה"ע נה, ו.

86. אמנם, נחלקו הרמב"ם והרא"ש בשאלה, האם אותה ארוסה גובה את עיקר כתובתה גם מנכסיה משועבדים, או רק מבני חורין.

86. משנה בבא בתרא ט, ו.

הגמרא⁸⁷ שאלה: מי הוא זה התנא שפוסק על פי אומדנא? והשיב רב נחמן שזהו רבי שמעון בן מנסיא, כפי ששנינו בתוספתא במסכת כתובות –

מי שיצא למדינת הים, אמרו לו מת בנך, עמד וכתב כל נכסיו במתנה ואחר כך נודע שבנו קיים – מתנתו קיימת. רבי שמעון בן מנסיא אומר אין מתנתו קיימת שאילו היה יודע שבנו קיים לא היה נותן.⁸⁸

רב נחמן פסק הלכה כרבי שמעון בן מנסיא,⁸⁹ וכן פסקו הרי"ף,⁹⁰ הרמב"ם⁹¹ והרא"ש,⁹² ומשמם בטור ובשולחן ערוך.⁹³

(ג) שטר מברחת

במסכת כתובות מסופר –

ההיא איתתא דבעיא דתברחינהו לנכסה מגברה, כתבתינהו לברתה, אינסיבה ואיגרשה, אתאי לקמיה דרב נחמן, קרעיה רב נחמן לשטרא. אזל רב ענן לקמיה דמר עוקבא, א"ל: חזי מר, נחמן חקלאה היכי מקרע שטרי דאינשי! א"ל: אימא לי איזי גופא דעובדא היכי הוה, א"ל: הכי והכי הוה. א"ל: שטר מברחת קא אמרת? הכי א"ר חנילאי בר אידי אמר שמואל: מורה הוראה אני, אם יבא שטר מברחת לידי אקרענו. א"ל רבא לרב נחמן: טעמא מאי? דלא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחריני, ה"מ לאחריני, אבל לברתה יהיבא! אפ"ה, במקום ברתה נפשה עדיפא לה.⁹⁴

תרגום: אלמנה אחת לא רצתה שהבעל שלו היא עומדת להינשא יקבל את כל נכסיה. לפיכך, כתבה שטר שהיא מעבירה את כל נכסיה לבתה. נישאה, וכעבור זמן מה התגרשה. באה האשה לפני רב נחמן לתבוע את בתה שתחזיר לה את נכסיה. הוציאה הבת את השטר. קרע רב נחמן את אותו שטר (כשכוונתו היא, שאין לשטר זה שום תוקף והרכוש כולו שייך לאם). הלך רב ענן למר עוקבא (שהיה אב בית הדין), והתלונן לפניו על רב נחמן שאינו בקי בדינים שכן משמיד הוא ראיות. שאלו מר עוקבא להשתלשלות האירועים, וכשסיפר לו רב ענן, ענה לו מר עוקבא שהרי שטר מברחת הוא וכבר פסק שמואל "אם יבוא שטר מברחת לידי אקרענו". שאל רבא את רב נחמן: הרי כל הטעם לביטולו של שטר מברחת הוא משום שאין אדם

87. בבא בתרא קמו, ב.

88. תוספתא כתובות ד, יד (ובגמרא, בשינויים קלים).

בהמשך הסוגיה שם, מובאת דעת רב ששת שהתנא הוא רבי שמעון שזורי שגילה דעתו לגבי מסוכן שציווה שיכתבו גט לאשתו, עיי"ש.

89. כתובות קלב, א.

90. רי"ף כתובות סח, ב.

91. רמב"ם זכיה ומתנה ח, יד.

92. רא"ש ב"ב ט, יז.

93. שולחן ערוך חו"מ רנ, ב, וראה עוד שם רמו, א.

94. כתובות עח, ב-עט, א.

מעביר את כל רכושו לאחרים, אבל לבתו הוא מעביר! ענה לו רב נחמן שגם כלפי הבת, מעדיפה האם להשאיר את הרכוש לעצמה.

טענת האומדנא היא שסתם כך, 'באמצע החיים', אין אדם מעביר את כל נכסיו לאחר ואפילו לילדיו.

דין זה נפסק ברי"ף⁹⁵ ברמב"ם⁹⁶ וברא"ש⁹⁷ ומשם בטור ובשולחן ערוך.⁹⁸

(ד) סייגים לאומדן דעת הנותן - שיטות הראשונים

שיטת בעלי התוספות

אומדן דעת זה מצריך בירור מעמיק. מדוע לא נאמר בכל מקרה שבו השתנה דבר במציאות מכפי שתכנן הקונה/המקנה שהקניין בטל משום שלא על דעת זה קנה/הקנה!?

בעלי התוספות⁹⁹ אגב דיונם באומדן דעת הנותן בסוגיית תוספת כתובה התייחסו לשאלה זו, תוך כדי קביעת כמה סייגים בנושא -

ואם תאמר אם כן כל אדם הלוקח פרה מחבירו ונטרפה או מתה אגן סהדי (=אנו עדים) שלא על מנת כן לקחה!?

ויש לומר דהתם אגן סהדי שבאותו ספק היה רוצה ליכנס ואפילו אם אומר לו [המוכר] אם תטרף יש לך לקבל הפסד היה לוקחה אבל הכא לא כתב כלל כי אם על מנת לכונסה, ואין דעתו כלל להכניס עצמו בספק.

התוספות מבחינים בין קנייה רגילה, שבה כל קונה לוקח בחשבון שמרגע הקנייה החפץ בבעלותו על כל המשתמע מכך, ואין זה מונע ממנו לקנותו, לבין המקרה של תוספת כתובה, שבו כל כוונת הבעל בהענקת התוספת הייתה על תנאי שהוא אכן יזכה לשאת את ארוסתו לאישה, "ואין דעתו כלל להכניס עצמו בספק". בעלי התוספות משווים מקרה זה למקרה אחר שבו עוסקת הגמרא¹⁰⁰ אשר בו דובר על אדם שמכר רכוש שלו משום שהיה זקוק לכסף, ולבסוף התבטלה הסיבה שהזדקק לכסף. בגמרא נפסק שהמכר בטל משום שלא על דעת כן מכר.¹⁰¹

אולם, התוספות אינם מסתפקים בהבחנה זו. קושייה ממהלך הגמרא דרשה מבעלי התוספות לשכלל את הבחנתם.

95. רי"ף כתובות לו, ב.

96. רמב"ם זכיה ומתנה ו, יב.

97. רא"ש כתובות ח, ב-ג. וראה שם בדברי הרא"ש בויכוחו עם ר"ת, שעיקר הדין הזה הוא אומדן הדעת.

98. שולחן ערוך אה"ע צ, ז; שם פה, ז.

99. תוספות כתובות מז, ב ד"ה שלא כתב.

100. כתובות צז, א.

101. אמנם מבואר שם בתוספות ובתוספות רי"ד, שמדובר במוכר שפירש בשעת המכירה שרק על דעת כן הוא מוכר.

במסכת בבא קמא¹⁰² שנינו, שמי שגזל את הגר ונשבע לו לשקר שלא גזלו ואחר כך מת הגר, צריך לשלם לכוהנים קרן (ערך החפץ הנגזל) וחומש (קנס, במידה ואין לגר יורשים), ולהביא אשם למזבח (לכפרתו). במקרה שנתן את הכסף לכוהני המשמר ומת הגזלן לפני שהספיק לתת להם גם את האשם להקריבו – אין היורשים יכולים להוציא את הכסף מידי הכוהנים. דין זה לומדת המשנה מהכתוב – "איש אשר יתן לכהן לו יהיה"¹⁰³.

בהמשך הסוגיה מדייק אביי, שהכסף המושב לכוהנים מכפר על מחצית העוון, אחרת היה חוזר הכסף ליורשים משום שאם היה הגזלן יודע שימות, וממילא לא יודקק יותר לכפרה, לא היה נותן.

על כך הקשתה הגמרא: אם הולכים לפי כוונת הנותן, מדוע הדין הוא, שחטאת שמתו בעליה תמות? מדוע לא תצא לחולין, שהרי אילו ידע הבעלים שימות, לא היה מפריש את החטאת?!

הגמרא מתרצת, שההלכה הקובעת שחטאת שמתו בעליה תומת היא 'הלכה למשה מסיני', ומשום כך, אין האומדן רלוונטי.

בהמשך, מקשה הגמרא: אם כן, לגבי אישה שמת בעלה ונפלה לייבום לפני אחי בעלה המוכה שחין, מדוע לא נפסוק שתצא בלא חליצה, שהרי לו הייתה יודעת שתיוקק להתייבם לאח המוכה שחין, לא הייתה מתקדשת מלכתחילה לאחיו?¹⁰⁴

על קושייה זו מקשים בעלי התוספות: לפי ההבחנה הראשונה, הרי אישה זו בשעת חתונתה לקחה בחשבון שיתכן ותיוקק לייבום על ידי אח שאין היא מעוניינת להינשא לו, ובכל זאת קיבלה על עצמה את הסיכון, ונישאה לבעלה. אם כן, המעשה צריך להיות תקף על אף שינויי הנסיבות! אם כן, אין מקום כלל לשאלת הגמרא שתצא בלא חליצה!

על כך מתרצים בעלי התוספות, תוך שהם מסייגים את ההבחנה הראשונה. לדבריהם, לדעתנו של אדם בעת ביצוע הפעולה יש משקל רב במיוחד, שעה שהוא היחיד שאת דעתו יש לקחת בחשבון. במקרה זה, המבחן הקובע את תקפות הפעולה הוא זה המתבסס על השאלה, האם כאשר היה האדם נשאל על האפשרות שביצוע הפעולה יפגע בו, היה משיב שהוא מוכן ליטול על עצמו את הסיכון? אם היה מוכן ליטול את הסיכון, הפעולה תקפה, אם לאו, הפעולה בטלה.

אולם, כאשר הפעולה כרוכה גם ב'דעת אחרת', בנוסף לדעת האדם שאותה אנו מבקשים להעריך, לא ניתן להתחשב רק בדעתו, ומשום כך, לא ניתן לתת תוקף לפעולה, בהתבסס על הערכה זו בלבד. לפיכך, בדין הגזלן שמת, הואיל ואין דעה אחרת שיש להתחשב בה, ניתן לעשות שימוש באומדן. באופן דומה, הואיל ולאחר מותו, אין לבעל כל משמעות אם הקידושין יפקעו או לאו, שאלת האומדן הנוגעת ליבמה שנפלה לפני מוכה שחין נוגעת רק

102. בבא קמא קי, א.

103. במדבר ה, י.

104. הגמרא תירצה שאנן סהדי' שהאשה מוכנה להתקדש לראשון ולקחת על עצמה את הסיכון משום ש"טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו", כלומר השהייה בצוותא עדיפה מלהיות לבד.

לאומד דעת האישה, ורק בדעתה יש להתחשב. זו הסיבה לכך, שאם הבעל עצמו הפך לבעל מום, אין הקידושין בטלים (יש דעת אחרת), אך אם נפלה האישה לייבום לפני מוכה שחין, מעיקר הדין, צריכים הקידושין להיבטל.¹⁰⁵

במקום אחר,¹⁰⁶ מציעים בעלי התוספות הבחנה נוספת. המשנה במסכת קידושין¹⁰⁷ מביאה דוגמאות רבות לקידושין על תנאי, המתבטלים משום שהתנאי לא התקיים, אף אם מצהירה האשה שבלבה גמרה אומר להתקדש, למרות שהתנאי לא קיים. אגב כך, הביאה הגמרא מעשה באחד שמכר את כל נכסיו על דעת שיעלה לארץ ישראל, אם כי לא אמר זאת במפורש בשעת המכירה. לבסוף נאנס ולא עלה לארץ. פסק רבא – הרי אלו דברים שבלב ואינם דברים, כלומר המכר תקף. וכפי שנימק זאת רש"י –

דאילו פריש בשעת מכירה דאדעתא למיסק מזבנינא לא הוה זבינא, דאדעתא דהכי לא זבין שיהא דר כאן בלא קרקע.

התוספות דייקו כרש"י, שאם היה מפרש דבריו ואומר שהוא מוכר נכסיו משום שבדעתו לעלות לארץ, היה המכר בטל. מכאן הקשו בעלי התוספות, הרי צריך היה לנסח את התנאי כ'תנאי כפול', כפי שהיה תנאם של בני גד ובני ראובן, ואדם זה הרי לא הצהיר ואמר, שאם לא יעלה לארץ, לא יתקיים המקח, ומדוע יתקיים תנאו ויתבטל המקח?! לאחר שהתוספות מביאים את תירוץ של רשב"ם ודוחים אותו, הם מגיעים למסקנה שלא תמיד נדרש 'תנאי כפול' –

ואומר ר"י: דצריך לחלק ולומר **דיש דברים** שאינם צריכין תנאי כפול אלא גלוי מילתא דאנן סהדי דאדעתא דהכי עביד, וגם **יש דברים** דאפילו גילוי מילתא לא בעי, כגון הדיא דהכותב כל נכסיו לאחרים ושמע שיש לו בן, שהמתנה בטלה, וכן הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא, לפי שאנו אומדין שלכך היה בדעתו, וכמו כן אנן סהדי¹⁰⁸ דלא זבן אלא אדעתא למיסק לארעא דישאל.

נמצאנו למדים מדברי התוספות שישנן שלוש דרגות באומדן המציאות החלוקות זו מזו:¹⁰⁹
א. מקרים שבהם כוונת האומר ניתנת לפרשנויות שונות, ועל כן יש צורך באמירה מפורשת שאינה משתמעת לשתי פנים. במקרים אלו לא יהיה תוקף לתנאי, אלא אם יהיה 'תנאי כפול'.

105. ראה תשובת מהר"ש הלוי (הראשונה), במשנה למלך זכיה ומתנה ו, א (במהדורת פרנקל עמ' קמו טור ימני), ושו"ת נודע ביהודה קמא סט. וראה עוד בשו"ת בנימין זאב (נה), הדין במקרה שאבי הכלה נתן לחתנו מתנות, ומתה הכלה תוך שנתיים לנישואיה בלא ולד.

106. תוספות קידושין מט, ב ד"ה דברים.

107. קידושין מט, ב.

108. צריך לפרש שכוונת התוספות במילים "וכמו כן" היא, שמקרה זה של מוכר נכסיו על דעת שיעלה לארץ ישראל, נכלל בקבוצה הראשונה שהזכירו תוספות, שצריך גילוי מילתא, שהרי צריך לפרש דבריו בשעת המכירה.

109. וכן ניסחו גם התוספות כתובות צו, א ד"ה זבין, והרא"ש ב"ב ח, מח. וכן משמע מהרשב"ם ב"ב קלו, ב ד"ה ואם לאו.

- ב. מקרים שאין בהם צורך ב'תנאי כפול' אלא די ב'גילוי מילתא' כלשהו מצד המתכוון משום שאין סהדי' שזו כוונתו.
- ג. מקרים שבהם כוונת האדם כה גלויה, עד שאין אפילו צורך ב'גילוי מילתא' מצד הפועל, שכן אנו אומדים דעתו שלכך כיוון, כגון הכותב כל נכסיו לאחרים ושמע שיש לו בן שמתנתו בטלה, או הכותב כל נכסיו לאשתו שלא עשאה אלא אפוטרופא וכיוצא באלה.
- נוכל אם כן לסכם את שיטתם של בעלי התוספות, בדרך זו:
- א. כאשר מבקשים לאמוד את דעת האדם לאור שינויי הנסיבות, יש לשאול תחילה, האם בעת ביצוע הפעולה, היה האדם מוכן ליטול את הסיכון שהנסיבות ישתנו, ויגרם לו הפסד.
- ב. באומדן דעת האדם לא ניתן לעשות שימוש, אלא כאשר רק כוונתו שלו הייתה קשורה בביצוע הפעולה, אולם אם הייתה מעורבת גם כוונה של אדם אחר, כמו למשל כוונת המוכר בנוסף לכוונת הקונה, לא ניתן להתחשב בדעת הקונה על ידי אומדן דעתו, מאחר וכוונת המוכר מעכבת, שכן הדבר פוגע בו.
- ג. לא ניתן לעשות שימוש באומדן, כאשר כוונת האדם אינה גלויה. במקרה זה, על מנת להבטיח שהפעולה תבטל עם שינויי הנסיבות, יידרש האדם להתנות 'תנאי כפול'.
- ד. כאשר נראה שדעת האדם נוטה לכיוון אחד, די בסיוע ראיתי דל ('גילוי מילתא'), על מנת שנוכל לאמוד את דעת האדם.
- ה. כאשר דעת האדם גלויה לכול, אין צורך גם בסיוע זה, וניתן לקבוע את כוונתו בבירור, בהתאם לכוונה הגלויה.

שיטת הרמב"ן

מעין ההבחנה האחרונה שהוזכרה בדבריהם של בעלי התוספות, מוצאים אנו גם בדברי הרמב"ן בסוגיית 'שטר מברחת'. הרמב"ן מקשה, מדוע לא נחיל גם על שטר מברחת את דברי רבא, שקבע ש'דברים שבלב אינם דברים', ונאמר שכוונת אותה אישה בשטר שכתבה להבריח נכסיה הם בחזקת 'דברים שבלב' שאין להם תוקף, והשטר תקף? על כך מתרץ הרמב"ן –

לא קשיא, דהכא מוכחא מילתא דליכא דיהבה כולהו נכסה לאחריני, ואיהי תשאל על הפתחים, ובוודאי משום אינסובי הוא. אבל התם לא מוכחא מילתא כולי האי, דאימר זוזי איצטריכו ליה זובין. ואף על גב דבליביה לא ניחא ליה, בעידן זביני מיהו לא מוכחא מילתא. אבל במברחת לאו דברים שבלבה הוא, אלא דברים שבלב הכל, דאי לא תימא הכי, אלא מתנת שכיב מרע בכל נכסיו אם עמד אמאי חוזר? הא דברים שבלב נינהו, ותהוי כמתנת שכיב מרע במקצת שאינו חוזר! אלא כל כהאי גוונא לאו דברים שבלב הם, אלא דברים שבפי כל העולם ובלבם, וכדאמרינן בפרק מי שמת (בבא בתרא קמ"ב). אומדנא דמוכח שאני גבי מי שהלך למדינת הים ושמע שמת בנו וכתב כל נכסיו לאחר ואח"כ בא בנו, שאינה מתנה, דאזלינן בתר אומדנא הוא,

וכן מתנת שכיב מרע שאם עמד חוזר, וזו כיוצא בהן דאומדנא דמוכח הוא, מה שאין כן במוכר, דלא מוכחא מילתא אלא משום דהוי אמר הכי מקמי עידן זביני ובעידנא דזבין לא אמר.¹¹⁰

הרמב"ן מבחין בין רמות שונות של אומדן. יש והאומדן הוא חלש, היות וניתן לפרש את כוונת מבצע הפעולה גם בדרך אחרת מזו העולה מן האומדן. אשר על כן המוכר נכסיו על דעת שיעלה לארץ ישראל צריך לפרש תנאו ולהבהיר, שהמכר ייבטל אם לא יעלה, משום שייתכן שמכר בלב שלם, משום שהיה זקוק לכסף מזומן. לעומת זאת, בסוגיית 'שטר מברחת' לא מתקבל על הדעת שאישה תתן כל נכסיה בעודה בחיים לבתה, ותיאלץ לחזר על הפתחים כדי להתקיים. במקרה זה, יש סבירות גבוהה ביותר, שאותה מכנה הרמב"ן 'דברים שבלב הכל' או 'דברים שבפי כל העולם ובלבם' (לעומת 'דברים שבלב').¹¹¹ כאשר כוונת האדם כה גלויה, ניתן לעשות שימוש באומדן הדעת, שהוא כהרוט על הקיר בציפורן שמיר.¹¹²

הקדש שבטלו מטרותיו – שיטת ראבי"ה

בתקופתו של הראבי"ה אירע מעשה, שבו היה צורך לאמוד דעתו של מקדיש, כאשר בטלו מטרותיו של ההקדש. נעתיק את לשון המעשה כפי שמובא בהרחבה בספרו של תלמיד הראבי"ה, רבי יצחק ב"ר משה מוינא, הלא הוא האור זרוע –

מעשה באחד שנדר להשיא יתומה אחת והקצה מעות לצורכה והרויח הרבה באותם מעות, ועד שלא השיא אותה מתה היתומה. ובאו יורשיה ותבעו את המעות מן הנודר, וטענו: הואיל והקצה המעות לצורכה בפירוש הרי לא היה רשאי לשנותם לדבר אחר, א"כ שלה היו וזכינו בהם אנו כשמתה כי אנו יורשיה. והשיב להם הנודר: לא אתן לכם כלום כי אני נדרתי אותם המעות להשיאה בהם ולשם מצוה הפרשתים ואתם מה לכם עלי.¹¹³

הרי לפנינו מקרה קלאסי של כוונת נותן שלא התגשמה. אף על פי כן, מוצאים אנו מחלוקת בין החכמים מבעלי התוספות –

ופסק להם רבינו חיים כהן צדק זצ"ל דאין חייב ליתן ליורשים כלום שלא נדר אותם המעות אלא ע"מ (לכונסה) [להשיאה].

וראיה לדבר דתנן בפרק אף על פי, דנתארמלה או נתגרשה בין מן האירוסין בין מן הנישואין גובה את הכל, ר"א בן עזריה אומר: מן הנישואין גובה את הכל, מן האירוסין בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה, שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה,

110. חידושי הרמב"ן כתובות עח, ב ד"ה גמ' ההיא איתתא.

111. ראה קצות החושן רנ, ה.

112. ראה עוד הבחנה חשובה בין מה שדעת כל אדם שווה בו לבין אומדנא של שיקול דעת פרטי, בתשובת חכמי ריגנשבורג לרבנו יואל הלוי, המובאת בספר ראבי"ה אלף לב (מהדורת הרב דוד דבליצקי עמ' שכא).

113. אור זרוע א, הלכות צדקה, ז (מקורו מהראבי"ה מגילה, תקצ"ב, וכן מובא בקצרה במרדכי כתובות קעו).

ופסק בגמרא הלכה למעשה כר"א בן עזריה ופי' דקיי"ל כוותיה דאע"ג דאתו לידה לא גביא אלא מנה ומאתים.

מעתה ה"נ לא נדר אלו מעות אלא על מנת להשיאה בהם אין בהם ליורשים כלום.

דברי רבי חיים הכהן מתמזגים היטב עם מה שלמדנו עד כה, ובעצם שווים הם למקרה הראשון שראינו לעיל לגבי תוספת הכתובה.

אולם הראבי"ה סבור אחרת –

ומורי רבי אליעזר בן רבינו יואל זצ"ל אומר כיון דאמר פ' הזהב (בבא מציעא מט,א): א"ר יוחנן האומר לחבירו מתנה אני נתן לך יכול לחזור בו, ואוקימנא: מותר לחזור בו שאין בו משום מחוסר אמנה, ומודה רבי יוחנן במתנה מועטת אסור לחזור ביה דסמכא דעתיה, וגרסינן בירושלמי (ירושלמי ב"מ ד, ב): אמר ליתן לחבירו מתנה מרובה מותר לחזור בו, הדא דתימא בעשיר אבל לעני נעשה נדר, פי' והוי כנודר צדקה ליתן לו זכה בה, מעתה זכו בו יורשים¹¹⁴... וההיא דאף על פי¹¹⁵ אינה ראייה דאין כל האומדנות שוין.

לפי הראבי"ה חייב אותו אדם לתת את המעות ליורשים. אמנם טעמו של הראבי"ה הוא לכאורה מצד אחר, משום שחלים כאן דיני נדרים והרי הוא כנודר לצדקה, אולם מדברי הסיום עולה שהראבי"ה סובר שאין כאן מקרה נוסף של אומדנא, אלא דרגה פחותה מזו של ראב"ע.¹¹⁶

אולם תלמידו האור זרוע דוחה את דבריו ומקיים להלכה את דברי רבי חיים הכהן –

נראה בעיני אני המחבר כדברי רבי חיים זצ"ל דאין ליורשים כלום דאומדן דעת גדול הוא שלא הפריש מעותיו אלא לצורך מצוה אבל לא לצורך הרשות שיאכלו היורשים. וההיא דירוש' שהביא מורי רבי אב"י העזרי" זצ"ל "אבל לעני נעשה נדר", לאו ראייה היא, דודאי נדר הוא ולא מצי הדר ביה שלא ליתן לאותו עני שנדר לו אבל אם מת אותו עני קודם שנתן לו אין ליורשים כלום.

114. וכן פסק המרדכי בבא בתרא תצט.

115. דברי ראב"ע במשנה כתובות נד,ב.

116. צ"ע מדוע הוסיף הראבי"ה נימוק שלא כל האומדנות שוות, וכי מה ההבדל בין מקרה זה לתוספת כתובה, ודי היה לו בנימוק שהוי כנדר. אפשר אולי להסביר בדברי הראבי"ה, שבתחום הצדקה אדם גמיש יותר במטרת הסכום שמתחייב, וגם אם הוא מקצה זאת לנישואי יתומה, ניתן לומר שרעתו מוכנה לקבל גם מטרת דומות (אם כי יש להסתפק אם דעתו ליתנם ליורשים).

נלסברתו של המחבר יש יסוד בדברי פוסקים אחרים, דוגמת שו"ת מהר"ם גלאנטי ככג, ואף בפסיקת בתי הדין הרבניים (ראה למשל: תיק 6/16, בבית הדין של הרבנות הראשית לארץ ישראל (בשערי בית הדין, צדקה והקדש, חלק א, עמ' 422-426). אולם, המכנה המשותף לפסיקות אלו הוא, שמדובר בהן בהקדשות לטובת מטרת ציבוריות. בכגון דא, ניתן להניח שהמקדיש מעוניין לקדם את המטרות, ולא דווקא את האנשים שלטובתם יועדו הכספים – הערת עורך, י"א.]

הרי שלפי האור זרוע, יש כאן אומדן דעת גדול בכוונת אותו אדם, ואין ראייה מהירושלמי להיפך.¹¹⁷

יש לציין שבעל תרומת הדשן¹¹⁸ פסק להלכה במחלוקת זו כר"ח כהן וסיעתו, שמאחר ויש כאן מחלוקת הפוסקים, אין מוציאים ממון, אלא מעמידים ממון על חזקתו. וכן פסקו ראשוני האחרונים.¹¹⁹

לסיכום עניין זה נביא כאן את לשון הרמב"ם¹²⁰ שנפסקה בשולחן ערוך –

לעולם אומדים דעת הנותן, אם היו הדברים מראין סוף דעתו עושים על פי האומדן אף על פי שלא פירש.

כיצד, מי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת, וכתב כל נכסיו לאחר, מתנה גלויה גמורה, ואחר כך בא בנו, אין מתנתו קיימת, שהדברים מוכיחים שאילו ידע שבנו קיים לא היה נותן כל נכסיו. לפיכך אם שייר מנכסיו כל שהוא, בין קרקע בין מטלטלין, מתנתו קיימת.¹²¹

3. דין מרומה

המשנה במסכת סנהדרין קובעת –

אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה וחקירה, שנאמר "משפט אחד יהיה לכם".¹²²

הגמרא הקשתה על כך ממשנה במסכת שביעית, הקובעת –

שטרי חוב המוקדמין פסולים והמאוחרין כשרים.¹²³

כלומר, אם יש צורך בדרישה וחקירה בדיני ממונות, מדוע קובעים מראש ששטר מאוחר כשר ולא דורשים וחקרים לפשר השינוי בין תאריך ההלוואה הכתובה בשטר ובין עדות העדים?!

ארבעה תירוצים הביאה הגמרא –

אמר רבי חנינא: דבר תורה אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה וחקירה, שנאמר "משפט אחד יהיה לכם", ומה טעם אמרו דיני ממונות לא בעינן דרישה

117. אמנם בהמשך דבריו מסתפק האור זרוע, האם יכול להשאיר את הכסף לעצמו או שמא חייב להשיא בו יתומה אחרת, עיי"ש בהכרעתו ובדעת מורו רבנו שמחה.

118. שו"ת תרומת הדשן שג.

119. רבי יצחק אדרבי בשו"ת דברי ריבות קכט; שו"ת מהרש"ך ב, צג; שו"ת מהריב"ל ב, סז.

120. רמב"ם זכיה ומתנה ו, א.

121. שולחן ערוך חו"מ רמו, א.

122. משנה סנהדרין ד, א.

123. משנה שביעית י, ה.

וחקירה? כדי שלא תנעול דלת בפני לויך. – אלא מעתה, טעו לא ישלמו? – כל שכן שתנעול דלת בפני לויך.

רבא אמר: מתניתין דהכא בדיני קנסות, ואידך – בהודאות והלואות.

רב פפא אמר: אידי ואידי בהודאה והלואה, **כאן – בדין מרומה, כאן – בדין שאינו מרומה.**

רב אשי אמר: מתניתין כדשנין. קראי – אחד לדין ואחד לפשרה.¹²⁴

לפי תירוצו של רב פפא, המשנה במסכת סנהדרין עוסקת ב'דין מרומה', כלומר, במצב שבו הדיינים נוכחים שיש רמאות ושקר מצד הגורמים המתדיינים, ולכן יש צורך בדרישה וחקירה.¹²⁵ לעומת זאת, המשנה במסכת שביעית עוסקת במצב רגיל, שבו יכולים הדיינים להסביר את פשר איחור השטר בכך שהמלווה הסכים לאחר את שיעבוד נכסי הלווה. הגמרא הוסיפה שדברי רב פפא מתאימים לדרשת ריש לקיש –

דריש לקיש רמי: כתיב "בצדק תשפט עמיתך", וכתוב "צדק צדק תרדף", הא כיצד? כאן בדין מרומה, כאן בדין שאין מרומה.

כלומר, במקרה של דין מרומה נאמר "צדק צדק תרדוף", לחזק את הצורך ברדיפה אחר הצדק על ידי דרישה וחקירה.¹²⁶

מימרא נוספת של חז"ל בדין זה, הנראית כסותרת את הדין הנוכח, הצריכה את רבותינו הראשונים ליישב בין הסוגיות. אגב כך, סייגו ראשונים אלו את הלכת 'דין מרומה'. במסכת שבועות מובאת ברייתא הלומדת שלושה עשר דינים שונים בענייני משפט מהפסוק "מדבר שקר תרחק". אחד הדינים הללו קשור לסוגייתנו –

מנין לדיין שיודע בדין שהוא מרומה, שלא יאמר; הואיל והעדים מעידין, אחתכנו, ויהא קולר תלוי בצואר עדים? תלמוד לומר "מדבר שקר תרחק".¹²⁷

הראשונים הצביעו על סתירה בין סוגיה זו, שממנה משמע שאסור לדיין לדון בדין מרומה,¹²⁸ ובין סוגיית סנהדרין, שחייבה דרישה וחקירה בדין מרומה. שתי שיטות עיקריות נאמרו ביישוב הדברים –

124. סנהדרין לב,ב.

125. הראשונים נחלקו בשאלה, האם הדרישה והחקירה שנדרשות בדין מרומה זהה לדרישה והחקירה המקובלות בדיני נפשות. הרמב"ם (עדות ג, ב) פסק ש"צריך דרישה וחקירה כעודי נפשות". לעומתו כתבו הרא"ה (הובא בשו"ת הריב"ש רסו, ובתשובת רבי שמואל שלום, המיוחסות לריב"ש יב) ורבי דוד בונפיד (הובא בחידושי הר"ן לסנהדרין שם ובתשובות המיוחסות לריב"ש הנ"ל), שאין הכוונה להשוות לדרישה וחקירה של דיני נפשות, אלא לומר שגם בדין מרומה מצווה הדיין בדרישה וחקירה, בהתאם למקרה ולפי עניין הרמאות. וכן משמע בדעת הריב"ש עצמו (שם).

126. ראה בהגהות וחידושי עיני שמואל לרבי שמואל אהרון ראב"ן (במהדורת ש"ס 'וגשל נהרדעא' נדפס עם ההגהות בסוף המסכת) שרצה לפרש להיפך, וצ"ב. אמנם בירושלמי (סנהדרין ד, א) הנגידו בין הפסוק "צדק צדק תרדף" לבין הפסוק "ודרשת וחקרת ושאלת היטב" וביארו ש"ודרשת" נאמר על דין מרומה (ראה קרבן העדה ד"ה חד אמר) ו"צדק צדק" לדין רגיל.

127. שבועות ל,ב-לא,א.

תוספות:¹²⁹ המשנה במסכת סנהדרין דנה במקרה שאין הדיין יודע בוודאות שהדין מרומה, אך בכל זאת, יש לו 'הרגשה לא טובה', הוא חושש שמא בעלי הדין מנסים 'לסדר' אותו, ולכן עליו לדרוש ולחקור עד שיתברר הספק. אמנם ברגע שהוא יודע בבירור שהדין מרומה, עליו לפרוש מן הדיון. במקרה מן הסוג האחרון עוסקת סוגיית שבועות.¹³⁰

מהר"ם:¹³¹ בסוגיית סנהדרין דובר על דין מרומה הנובע מרמאותו של הנתבע. במקרה זה חייב הדיין להמשיך ולדון, אחר דרישה וחקירה, על מנת שלא יצא חוטא (הנתבע) נשכר (מכך שהדיין יפסיק את הדיון). בסוגיית שבועות דובר על דין מרומה הנובע מרמאותו של הנתבע. במקרה זה, על הדיין להפסיק את הדיון, ובכך למנוע מן הרמאי לזכות בדין, שלא כדין.¹³²

(א) שיטת הרמב"ם

בבואנו לבאר את שיטת הרמב"ם עלינו לפתוח בבירור נקודה הקשורה למימרא הנ"ל בשבועות.

לכאורה, לא ברור מדוע הבינו הראשונים בגמרא שכוונתה להורות לדיין לעזוב את הדיון. מדוע לא נאמר שלפנינו סוגיה מקבילה לסוגיה בסנהדרין שרק תולה את האיסור לדון על פי הראיות בדין מרומה בפסוק 'מדבר שקר תרחק', וכוונתה היא שאסור לדיין לחתוך אלא לדרוש ולחקור עד שיצא הצדק לאור?¹³³

כמדומני, שמלשונו של הרמב"ם משמע שאכן כך הבין בגמרא. וזו לשונו –

ומנין לדיין שהוא יודע בדין שהוא מרומה שלא יאמר אחתכנו ויהיה הקולר תלוי בצוארי העדים, תלמוד לומר מדבר שקר תרחק.¹³⁴

עד כאן רואים בבירור את לשון הגמרא בשבועות. לפי הראשונים הנ"ל בנקודת הזמן הזו על הדיין לעזוב את הדיון. אולם לא כן סובר הרמב"ם –

128. ראה להלן בבירור שיטת הרמב"ם.

129. תוספות סנהדרין לב, ב ד"ה כאן.

130. וכן כתבו רבנו יונה בחידושו (סנהדרין שם), הר"ן בחידושו (שם ד"ה ופי' רש"י, ואף דייק כן מלשון רש"י), הנמוקי יוסף (על הרי"ף, יב), הגהות אשרי (סנהדרין ד, א) בשם ריב"ן, אגודה (סנהדרין א, מב) בשם ר"י והמרדכי (סנהדרין תשי).

131. הובא על ידי שלושת תלמידיו: הרא"ש (סנהדרין ד, א), המרדכי (שם תשי), והגהות מימוניות (סנהדרין כד, אות ג).

132. ראה כנסת הגדולה (טו הגהות ב"י אות ג) שביאר שהתוספות ומהר"ם אינם חולקים, וכתב שהודו לו רבו וגדולי הדור.

133. אמנם בחידושי הריטב"א מבואר שהמימרא בשבועות מדברת כבר לאחר הדרישה והחקירה, שאם לפני כן, פשיטא שהדיין צריך לדרוש ולחקור, כפי שמבואר בסנהדרין מדברי רב פפא ומדרשת הפסוקים שהביא ריש לקיש, ואין טעם להביא לכך מקור מפסוק אחר. אולם הבי"ח כנראה לא הבין כך, שכן בהגותו לרי"ף (שבועות יד, א אות ז) הוסיף לאחר המימרא: "אלא יחזור וידרוש העדים ויחקרם", משמע מדבריו שעל הדיין מוטלת החובה לדרוש ולחקור ללא הרף עד שיצליח להוציא את הצדק לאור. וכן משמע מדברי רב האי גאון שיובאו להלן בסוף נושא 'עדות פסולה'.

134. רמב"ם סנהדרין כד, ג.

כיצד יעשה? ידרוש בו ויחקור הרבה בדרישה ובחקירה של דיני נפשות. אם נראה לו לפי דעתו שאין בו רמאות חותך את הדין על פי העדות. אבל אם היה לבו נוקפו שיש בו רמאות, או שאין דעתו סומכת על דברי העדים אף על פי שאינו יכול לפסלן, או שדעתו נוטה שבעל דין זה רמאי ובעל ערמה והשיא את העדים אף על פי שהם כשרים ולפי תומם העידו וזה הַטָּעַם, או שנראה לו מכלל הדברים שיש שם דברים אחרים מסותרין ואינן רוצים לגלותם, כל אלו הדברים וכיוצא בהן **אסור לו לחתוך אותו הדין אלא יסלק עצמו מדין זה וידינו מי שלבו שלם בדבר**, והרי הדברים מסורים ללב והכתוב אומר "כי המשפט לאלהים הוא" (דברים א, יז).¹³⁵

מדברי הרמב"ם יוצא, שרק לאחר שהדיין מיצה את יכולתו בדרישה ובחקירה ועדיין יש לו ספק כלשהו לגבי רמאות בטיב הראיות, אז עליו לעזוב ולהניח לדיין אחר שינסה לדון ואולי יצליח לברר את הדברים ולהוציא את הצדק לאור.

כך הבין גם תלמיד הרשב"א, רבי אברהם ב"ר שלמה אבן טאזארטי, בחיבורו **חוקות הדיינים**.¹³⁶ בכך שזיווג את שתי הסוגיות הנ"ל למסקנה אחת.¹³⁷ לפי הבנה זו יש לבאר לשם מה הצורך בשתי סוגיות המורות על עניין אחד? על כך עמד הראשון לציון, **רבי אברהם אשכנזי**,¹³⁸ וביאר שמסוגיית סנהדרין היינו חושבים שדווקא כאשר התובע רמאי יש לדרוש ולחקור, אולם כשהרמאות 'נושבת' מכיוון העדים אין הדיין רשאי לשנות מהעולה מעדותם, והעוון יהיה תלוי בצווארם! לכך באה להשמיענו המימרא בשבועות שגם כאן עליו להקשיב לאומדן דעתו ולדרוש ולחקור עד שתצא האמת.¹³⁹

מהר"א אשכנזי העלה אפשרות נוספת, והיא שהגמרא בשבועות כוללת בעצם את שתי האופציות: א. אם חושש הדיין לרמאות לא יפסוק עד שידרוש ויחקור; ב. אם עדיין לא נח הספק יסתלק מהדיין. וזו, מוסיף מהר"א, גם כוונת הרמב"ם.

ואכן, בדומה לכך הסביר **הכסף משנה** בדבריו¹⁴⁰ שהרמב"ם מיישב את שתי הגמרות כך שהגמרא בסנהדרין מדברת על השלב שלפני הדרישה והחקירה, ואילו הגמרא בשבועות מתייחסת לשלב שלאחר הדרישה והחקירה ועדיין יש לדיין ספק, שאז אסור לו לדון ועליו לעזוב.¹⁴¹ אלא שלפי הסברו קשה לשונו של הרמב"ם שפתח בגמרא בשבועות והמשיך

135. שם.

136. הוצאת מכון הרי פישל (ירושלים, תש"ל) כרך א סימן ו.

137. וכן הבין ר' יוסף אישקאפה בספר **ראש יוסף** סימן טו ס"ק טז.

138. תקע"א-תר"מ. מילדותו בירושלים. גבאי, שד"ר ופעיל בצרכי ציבור. ראש ישיבת בית יעקב. מתרכז"ט, ראשון לציון (במקומו של רבי חיים דוד חזן). תשובותיו קובצו בשנים האחרונות בשו"ת מהר"א אשכנזי.

139. בביאורו **שמרו משפט** על חוקות הדיינים שם (עמ' כו).

140. **כסף משנה** סנהדרין כד, ג. ראה בלשונו של הכס"מ ומה שהקשה עליו **הלחם משנה**. אמנם מהר"א אשכנזי בביאורו יישב את כוונת הכס"מ בטוב טעם.

141. וכן פירש רבי שמואל חזן בספר **בני שמואל**.

"כיצד יעשה, ידרוש בו...". על כורחו יפרש כדברי הגר"א¹⁴² שהרמב"ם נקט לשון כלל ופרט; פתח בהוראה הכללית שאסור לדיין לשפוט במקרה של חשש רמאות, ואז פירט את הסיטואציה שבה עליו לדרוש ולחקור במקרה של חשש רמאות, ואם אינו מצליח להוכיח דבר והחשש עודנו קיים – יימנע מלדון.

(ב) שיטת הרא"ש

בהתייחסו לבעיית שטרות מזויפים, מסיים הרא"ש את תשובתו –

ואם יראה לדיין שדין מרומה הוא, ימנע מלהשתדל באותו הדין. וכן אני עושה, כשמביאין לפני שטרות ישנים, אני חוקר ודורש להוציא הדין לאמיתו, ואם אני רואה באומדנא דמוכח שהדין מרומה ושקר, אני אומר שאין לשום דיין מישראל להשתדל בדין זה, וזה אני כותב וחותרם ונותן ביד הנתבע.¹⁴³

הרי שכאשר נראה לדיין שהראיות, קרי השטר החתום בעדים, שקריות, אין לו לדיין לסייע בהוצאת ממון זו, ולא נחה דעתו של הרא"ש עד שקיבע את פסול הראיות על ידי שטר חתום ביד הנתבע.

המחבר פסק את דברי הרמב"ם כלשונם, אלא שמיד בסופם הוסיף את המילים הבאות –

וכשהיה רואה הרא"ש באומדנא דמוכח שהדין מרומה, היה כותב ונותן ביד הנתבע שאין לשום דיין להשתדל בדין זה.¹⁴⁴

המחבר הבין, איפה, שדברי הרא"ש עולים בקנה אחד עם פסיקת הרמב"ם.

כנגד זה יצא הסמ"ע¹⁴⁵ בהקשותו שהרמב"ם הרי מאפשר לדיין אחר לדון בדבר בעוד שהרא"ש מנציח בכתב את האיסור על כל אדם שידון במקרה זה!?

על כך השיב הגר"א¹⁴⁶ שברמה כזו של אומדנא דמוכח, עליה מדבר הרא"ש, אף הרמב"ם יודה שאסור לאף דיין לתת את ידו לרמאות שכזו.¹⁴⁷

יש לציין פה שהמחבר הוסיף להלכה זו את דברי המהר"ם שהובאו לעיל, שעל הדיין לעזוב את הדין במידה ואינו מצליח להוכיח את הרמאות, רק במידה והרמאות באה מצדו של

142. באור הגר"א חו"מ טו, ז.

143. שו"ת הרא"ש סח, כ.

144. שולחן ערוך חו"מ טו, ג. וראה עוד פסיקתו בסתם (ל,א): "ואם נראה לדיין שהדין מרומה, צריך דרישה וחקירה להוציא הדין לאמתו". וכן בסוגיית שטרות (סא, ט): "הרוצה לפסול שטר מפני שלא הוציאו בחיי אביו, ועוד שבא (המלוה) לתכלית העוני ולא הוציאו, אין השטר נפסל בכך; אמנם יש לדיין לחקור ולדרוש להוציא הדין לאמיתו, ואם יראה לו באומדנא דמוכח שהדין מרומה ושקר, יכתוב ויחתום שאין לשום דיין ישראל להשתדל בדין זה, ויתן ביד הנתבע".

145. סמ"ע שם, יב.

146. ביאור הגר"א שם, י.

147. ראה בבאר אליהו שהאריך לבאר את דברי הגר"א.

התובע, אולם אם הנתבע הוא הרמאי, כדי שלא יצא הרמאי נשכר עליו להמשיך ולהשתדל בדין עד שתצא האמת לאור.¹⁴⁸

(ג) דין אמת לאמתו

במספר מקומות מעלים חז"ל על נס את הדיין ותפקידו, ומצינו שנקטו בהם בלשון ייחודית. המעניין הוא, שבשלושה מקומות מצאו לנכון רבותינו בעלי התוספות לחזור ולהדגיש את פירושם לאותו ביטוי של תפקיד הדיין.

במסכת שבת מסופר שרב חסדא ורבה בר רב הונא ישבו בדין כל היום ועקב כך חלשו מאוד משום שלא הספיקו לאכול. כדי להוכיח להם שהם אינם צריכים לדון במשך כל היום אלא די במקצתו, דרש להם רב חייא בר רב מדפתי את הדרשה הבאה –

ויעמד העם על משה מן הבקר עד הערב, וכי תעלה על דעתך שמשה יושב ודן כל היום כלו? תורתו מתי נעשית? אלא לומר לך כל דיין שדן דין אמת לאמיתו אפילו שעה אחת – מעלה עליו הכתוב כאילו נעשה שותף להקדוש ברוך הוא במעשה בראשית. כתיב הכא "ויעמד העם על משה מן הבקר עד הערב" (שמות יח, יג), וכתיב התם "ויהי ערב ויהי בקר יום אחד" (בראשית א, ה).¹⁴⁹

ביטוי נוסף לחשיבות תפקיד הדיין והעונש למי שאינו דן דין אמת, הורו לנו חז"ל במקום אחר –

אמר רבי שמואל בר נחמני אמר רבי יונתן: כל דיין שדן דין אמת לאמיתו משרה שכניו בישראל, שנאמר: "אלהים נצב בעדת אל בקרב אלהים ישפט" (תהלים פב, א). וכל דיין שאינו דן דין אמת לאמיתו – גורם לשכינה שתסתלק מישראל, שנאמר "משד עניים מאנקת אביונים עתה אקום יאמר ה'" וגו' (תהלים יב, ו).¹⁵⁰

מה פירוש הביטוי "דין אמת לאמתו"? מדוע לא די לחז"ל לומר שדן דין אמת או דין לאמתו?

מבארים בעלי התוספות¹⁵¹ שכפל הלשון בא למעט דין מרומה,¹⁵² שכן דיין שרואה שיש רמאות בדין בין מצד העדים בין מצד אחר, ובכל זאת אומר: מה לי ולצרה זאת, אפסוק כדברי העדים – אין זה דין אמת, אלא עליו לחקור את העדים עד שיוציא את האמת לאור ואז הרי זה דין אמת לאמתו הן מצד הראיות והן מצד המציאות.

148. ראה עוד אנציקלופדיה תלמודית ערך 'דין מרומה', כרך ז עמ' רצ; ציון אילון, 'דין מרומה, התיישנות ושיהוי', גליונות פרשת השבוע של משרד המשפטים, אחרי מות-קדושים תשס"ד (גליון 163).

149. שבת י, א.

150. סנהדרין ז, א.

151. תוספות שבת שם ד"ה דין; מגילה טו, ב ד"ה זה; בב"ב ח, ב ד"ה דין.

152. וכן פירשו המרדכי (ב"ב תקד), הריטב"א (ב"ב שם), והר"ן בחידושו לשבת י, א. וראה בחידושי מהרי"ט לשבת שם, ולעומתו בב"ח חו"מ א, ב. וראה פירוש אחר בבית יוסף שם ומה שהעיר עליו המהרש"א בב"ב שם.

אשר על כן, רק דיין שאינו מסתפק בנתונים ה'יבשים' אלא עמל בחכמתו עד שיצא הצדק לאור¹⁵³ הוא זה שנעשה שותף לקדוש ברוך הוא, שכל דינו אמת צרופה, במעשה בראשית, שהרי העולם קיים על הדין, על האמת ועל השלום,¹⁵⁴ ואין לך דין אמת שיש בו שלום אלא כשהרמאים אינם יוצאים נשכרים והאמת המוחלטת יוצאת לאור. ורק על ידי כך זוכה הדיין להשרות שכינה בישראל.¹⁵⁵

בכך נוכל גם ליישב מקום נוסף שבו נזכר ביטוי זה בהקשר נעלם; שנינו בסוף פאה –

מי שיש לו חמשים זוז והוא נושא ונותן בהם הרי זה לא יטול, וכל מי שאינו צריך ליתול ונוטל אינו נפטר מן העולם עד שיצטרך לבריות, וכל מי שצריך ליתול ואינו נוטל אינו מת מן הזקנה עד שיפרנס אחרים משלו ועליו הכתוב אומר "ברוך הגבר אשר יבטח בה' והיה ה' מבטחו" (ירמיהו יז, ז).¹⁵⁶ **וכן דיין שדן דין אמת לאמתו.** וכל מי שאינו לא חגר ולא סומא ולא פסח ועושה עצמו כאחד מהם אינו מת מן הזקנה עד שיהיה כאחד מהם, שנא' "צדק צדק תרדוף" (דברים טו, ב). וכל דיין שלוקח שוחד ומטה את הדין אינו מת מן הזקנה עד שעניו כהות שנאמר "ושוחד לא תקח כי השוחד יעור פקחים" וגו' (שמות כג, ח).¹⁵⁷

מה הקשר בין דיין שדן דין אמת לאמיתו למובא בתחילת המשנה, ובפרט לפסוק?¹⁵⁸

אמור מעתה, דיין שמבחין ברמאות מצד העדים ודאי חושש לסטות משורת הראיות. והרי העדים מעידים על כך! ואולי ה'גשתי מוטעית? אבוי לי אם אסטה מהראיות רק משום שיש כמה דברים שלא נראים לי! על כך באה המשנה ואומרת, שדיין, שעל פי אומדנא מרגיש שלפניו דין מרומה, ואינו נותן לחששותיו לגבור עד כדי פסיקת הדין המרומה על פי הראיות אלא בוטח בה' שינחה את דרכו בדין, ומשתדל וחוקר עד שמוציא את האמת לאמתה, עליו נאמר "ברוך הגבר אשר יבטח בה' – והיה ה' מבטחו", אם הוא עושה כן, הקדוש ברוך הוא יבטיח שלא יטעה בדין אלא יזכה להוציא דין אמת לאמיתו.

153. ראה עירובין נד, ב: "יושבי על מדין" – שדנן דין אמת לאמיתו. וראה בספר בניהו שפירש: "יושבי לשון עכבה, כמו יתשבו בקדש ימים רבים... כן יהיו מתונים בדין ומתעכבים בפסק הדין, שאין ממהרין לפסוק אותו אלא עד שיתיישבו בו הרבה". ולאשר ביארנו, ברורה החשיבות של מתינות הדין כדי להוכיח את הרמאות [אם כי הבן איש חי (מחבר הספר בניהו) גרס שם בגמרא "שיושבין ודנין דין תורה"].

154. משנה אבות א, יח; וראה עוד בשאלות דרב אחאי גאון קסו: "וכל דיין שדן דין אמת לאמתו מעלה עליו הכתוב כאילו מילא כל העולם כולו חסד ושלום". וראה שם בהעמק שאלה אות ח, לגבי המקורות לכך.

155. ראה בגור אריה למהר"ל, פרשת יתרו (יח, יג), ד"ה כל דיין, שפירש להיפך: "ולוי היה נראה שכך פירושו; דיין הדן דין אמת לאמיתו לאפוקי דין שודא דדייני שהדבר הזה אינו תולה באמת רק באומד ובמחשבה ואין זה לאמיתו...". הרי שלמה"ל כל השבחים שנאמרו לדיין שדן דין אמת לאמיתו נאמרו על מי שדן לפי שורת דיני התורה ולא על מי שנאלץ לדון באומד. וכיו"ב פירש המהר"ץ חיות בהקשר של הגמרא בב"ב שם (כל ספרי מהר"ץ חיות א, עטרת צבי – דרכי משה, עמ' תסז). וראה עוד בן יהודע ב"ב ח, ב.

156. מכאן ועד המלה "תרדוף" לא נמצא בכ"י מינכן. ובנוסף המשנה עם פירוש הרמב"ם לא נמצא עד סוף המשנה. וכ"כ המלאכת שלמה שאינו מנוסח המשנה, והביא כן גם מדברי רבי יוסף אשכנזי.

157. משנה פאה ח, ט.

158. ראה בפירושו של הגר"א בשנות אליהו ש"חיבר" את המימרא של "כל דיין" לכתוב אחריה.

וכך מסכם הרב עוזיאל סוגיה זו –

מכללם של דברים למדנו: משפט תורת ישראל בנוי על ד' עמודים, והם: דין, אמת, ושלוש, ודין אמת לאמיתו, ובהתמוטט אחד מהם אינו דין ישראל, ולכן אין השופט נקרא בשם המכובד של דיין או יושב על המשפט, ולא עוד אלא שהוא מסלק השכינה מישראל. תדע זאת ממשלת מדינת ישראל ושופטיה המביטים בצרות עין על בתי דין של ישראל,¹⁵⁹ ומסתמכים על דבר המלך של המשטר הזר המאנדטורי, ועל פסקי דין שופטיו שאין להם כל הגיון ואסמכתא...¹⁶⁰

4. אומדן על פי עדות פסולה – 'קים לי בגוויה'

ממקורות שונים עולה, שבית הדין רשאי לעשות שימוש באומדן הדעת, על מנת לפסול ראייה המובאת בפניו. הסוגיה המנחה לעניין זה היא זו המובאת במסכת כתובות –

ההיא איתתא דאיחייבא שבועה בי דינא דרבא, אמרה ליה בת רב חסדא: ידענא בה דחשודה אשבועה, אפכה רבא לשבועה אשכנגדה. זימנין הוו יתבי קמיה רב פפא ורב אדא בר מתנא, אייתו ההוא שטרא גביה, א"ל רב פפא: ידענא ביה דשטרא פריענא הוא, א"ל: איכא איניש אחרינא בהדיה דמר? א"ל: לא. א"ל: אע"ג דאיכא מר, עד אחד לאו כלום הוא. א"ל רב אדא בר מתנא: ולא יהא רב פפא כבת רב חסדא? בת רב חסדא קים לי בגווה, מר לא קים לי בגוויה.

אמר רב פפא, השתא דאמר מר: קים לי בגוויה מילתא היא, כגון אבא מר ברי דקים לי בגוויה, קרענא שטרא אפומיה. קרענא ס"ד? אלא, מרענא שטרא אפומיה.¹⁶¹ **תרגום:** אשה אחת התחייבה שבועה בבית דינו של רבא. אמרה לו אשתו של רבא לרבא: ידוע לי שאשה זו חשודה על השבועה.¹⁶² 'היפך' רבא את השבועה לצד שכנגדה [שיישבע וייטול]. פעם אחת ישבו לפני רבא תלמידיו רב פפא ורב אדא בר מתנא. הובא שטר לפני רבא. אמר רב פפא: ידוע לי ששטר זה פרוע. שאלו רבא: האם ידוע לך על עוד אדם שידוע זאת כדי שתוכלו להעיד על כך שניכם? ענה רב

159. הדברים נאמרו במקורם בשנת תשט"ו, בהיות מדינת ישראל בת שבע שנים, אלא שלדאבונו גם בחלוף יובל שנים מאז, לא פג טעמם וריחם לא סר.

160. הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, "דין אמת לאמיתו", בתוך ספר **ברכה למנחם** (ספר היובל לרב מנחם צבי אייכנשטיין, סט לואיס, תשט"ו) עמ' 59. ראה שם בדבריו החוצבים והחודרים עד היסוד.

161. **כתובות פה, א.**

162. "ומפרשי רבנן דקא חזיא לה דהות מפקא שם שמים לבטלה" – הלכות גדולות נב. הרי שלבה"ג נפסלים לשבועה אפילו על שבועת ביטוי להבא. וכן פסקו רבנו תם (תוספות שבועות מו, ב ד"ה אבל), רמב"ם (טוען ונטען ב, א), רא"ש (גטין ד, ח, וראה שם בקרבן נתנאל אות כ), הגהות מרדכי (כתובות תמד) ורא"ה (מובא בחידושי הריטב"א לשבועות שם).

אולם, ראשונים אחרים חולקים וסוברים שאין נפסל לשבועה על כך שכן בשעה שנשבע אמר אמת, ראה: רש"י שבועות מו, ב ד"ה שבועת ביטוי; רמ"ה (מובא בחידושי הריטב"א בשבועות שם); רמב"ן שבועות שם. ולעניין אם כוונת בה"ג גם להוצאת שם שמים שלא בשבועה, ראה אריכות דברים באזהרות לרס"ג עם ביאור הגרי"פ פרלא (כרך א עשה א עמ' לו-לט).

פפא: לא. אמר רבא: אם כך, אי אפשר לעשות כלום. שאל רב אדא: ומדוע לא יהא רב פפא כאשתך שהאמנת לה? ענה רבא: אשתי אמינה לחלוטין בעיני¹⁶³ ואילו רב פפא לא.

בעקבות מקרה זה דייק רב פפא: אם כן, מעתה, אדם שאמין בעיניי כמו בני, אבא מר, אוכל לקרוע שטר על פי עדותו. מסקנה זו הייתה קשה בעיני הגמרא, שנזעקה: לקרוע שטר? הניתן להפקיע מאדם זכות הקיימת לו מכוח שטר, על פי עדות עד אחד בלבד? לכן תוקנה לשון רב פפא: אוכל להרע שטר על פי עדותו. כלומר לא אקרע אותו, אלא אטיל בו ריעותא, היינו, השטר יאבד מכוחו, ולא אעניק לו את הכוח הראייתי שיש לכל שטר.

אמנם נחלקו ראשונים במשמעות הביטוי 'מרענא שטרא'¹⁶⁴, אולם הצד השווה שבהם הוא, שהשטר איבד ממעמדו על פי עדות אותו עד.

דברים אלה נפסקו ברמב"ם –

יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אף על פי שאין שם ראיה ברורה ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כפי מה שיודע,

כיצד: הרי שנתחייב אדם שבועה בבית דין ואמר לדיין אדם שהוא נאמן אצלו ושדעתו סומכת על דבריו שזה האיש חשוד על השבועה, יש לדיין להפוך השבועה על שכנגדו, וישבע ויטול, הואיל וסמכה דעתו של דיין על דברי זה, אפילו היתה אשה או עבד נאמנים אצלו, הואיל ומצא הדבר חזק ונכון בלבו סומך עליו ודן, ואין צריך לומר אם ידע הוא עצמו שזה חשוד.

וכן אם יצא שטר חוב לפניו ואמר לו אדם שסמך עליו אפילו אשה או קרוב זה פרוע הוא אם סמכה דעתו על דבריו יש לו לומר לזה לא תפרע אלא בשבועה, או אם היה עליו שטר חוב לאחר יתן לזה שלא נפגם שטרו כלל ויניח זה שנפגם שטרו בדברי האחד או ישליך השטר בפניו ולא ידון בו כפי מה שיראה, וכן מי שבא וטען שיש לו פקדון אצל פלוני שמת בלא צואה ונתן סימנין מובהקין ולא היה זה הטוען רגיל להכנס בבית זה האיש שמת, אם ידע הדיין שזה המת אינו

163. זהו אמנם התרגום המילולי הפשוט. אולם, רב האי גאון פירש אחרת –

...והווי יודעים כי זה שאמר [בת] רב חסדא קים לי בגוה מר לא קים לי בגוה אין פירושו שלא ראה בה דבר שקר דקאמר ליה רבא בת רב חסדא קים לי בגוה מר לא קים לי בגויה כי אתמהו ליה ולא יהא רב פפא כבת רב חסדא אלא פי' קים לי בגוה שראה אותה כמה פעמים סובלת טורח קשה וחטרון גדול ועומסת משא כבד ואין אומרת דבר שיש בו ספק... (שו"ת מהר"ם אלאשקר קיט).

לפי הסבר זה, לא די בכך שמוסר המידע יהיה אמין בעיני הדיין, אלא עליו להיות מוכר לדיין כמי שהוכיח נכונות לסבול על מנת שלא לומר דבר שאיננו אמת גמורה.

164. רש"י כתובות פה, א ד"ה מרענא (בהשלמת דברי הרא"ש כתובות ט, ו): לא אגבה ע"י השטר אולם גם לא אקרע אלא אניח את השטר בידו ויוכל לתבוע בבי"ד אחר שאותו עד אינו נאמן בעיניהם.

רי"ח (מובא בתוספות כתובות שם, ד"ה 'מרענא') ורי"ף (מג, ב): בעל השטר יצטרך להישבע קודם כדי שיוכל לגבות על ידי השטר.

אמוד להיות לו חפץ זה וסמכה דעתו שאין זה החפץ של מת מוציאו מן היורשין ונותנו לזה האמוד בו ונתן סימנים, וכן כל כיוצא בזה שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת, אם כן למה הצריכה תורה שני עדים שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר.¹⁶⁵

(א) ביטול השימוש באומדן 'קים לי בגויה'

כבר בתקופת הגאונים חלה תפנית בשימוש באומדן 'קים לי בגויה'. וכך כותב הרי"ף –

וחזינן לגאון דקאמר דהאידינא לא אפשר ליה לדיין למימר קים ליה בגויה דלא בריר לן קים לן בגויה היכי הווי, הלכך לית ליה לאורועי שטרא או לאפוכי שבועה אלא בעדות ברורה, ואעפ"כ בעדות אדם נאמן מחמיצין את הדין ודורשין וחוקרין עד שיתברר הדבר ויצא הדין לאמיתו.¹⁶⁶

הרי שהלכה למעשה פוסק הגאון, שמאחר ומידת האמינות הנדרשת לשם הסתמכות על עד אחד אינה ברורה ואינה ניתנת להגדרה, אין לנו להסתמך עליה, וכל שאנו יכולים לעשות הוא להשתדל יתר על המידה במקרה של עד אחד נאמן, כדי שיצא הדין לאמיתו.

ואכן, הרמב"ם קיבל את דברי הרי"ף בשם הגאון וסייג למעשה את ההלכה הנזכרת בפרק הקודם, באומרו –

כל אלו הדברים הן עיקר הדין אבל משרבו בתי דינין שאינן הגונים, ואפילו היו הגונים במעשיהם אינן חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה, ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו בעדות אשה או פסול וכן בשאר כל הדינין, ולא ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה, וכן אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה לא בדעת הדיין ולא באומדן המת או הטוען,¹⁶⁷ ואף על פי כן, אם העיד אדם נאמן בדבר מכל הדברים ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אומר, ממתין בדין ואינו דוחה עדותו ונושא ונותן עם בעלי דינין עד שיודו לדברי העד או יעשו פשרה או יסתלק מן הדין.

כך פסק גם הרא"ש¹⁶⁸ בהביאו את דברי הרי"ף בשם הגאון, וכן נפסק בטור ובשולחן ערוך.¹⁶⁹

165. רמב"ם סנהדרין כד, א.

166. רי"ף כתובות מג, ב.

167. הרא"ש בתשובה (שו"ת הרא"ש פו, א) חולק ופוסק שמוציאים מן היתומים. ולעצם שיטת הרמב"ם ראה כסף משנה (רמב"ם סנהדרין כד, א), ובספר המפתח (במהדורת פרנקל), וכן סמ"ע חו"מ (טו, טז). הרב עוזיאל (להלן הערה 246) כתב שאין משפט זה אלא הוספה של תלמיד טועה.

168. רא"ש כתובות ט, ו; וכך כתב גם הרא"ה (הובא בקרבן נתנאל שם, אות פ) שאין מוציאים ממון משום 'קים לן בגויה'.

169. שולחן ערוך חו"מ טו, ה.

עם זאת יש להזכיר כאן כי במקומות מסוימים פסק הרמב"ם אפשרות זאת של אומדן מבלי לסייג את דבריו; בהלכות גביית מלווה, תוך כדי תיאור הדין ש"מסדרין לבעל חוב", הזכיר הרמב"ם את תקנת הגאונים הראשונים, שכדי להתגבר על אותם רמאים שאומרים שאין להם נכסים שמהם יוכלו להחזיר את ההלוואה, תיקנו שבכל מקרה שכזה יצטרך הלווה להישבע שבועה חמורה כעין של תורה שאין לו כלום יותר ממה שמסדרים לו. כסייג לשבועה זו, חתם הרמב"ם סוגיה זו בדברים הבאים –

מי שהוחזק שהוא עני וכשר והולך בתום והדבר גלוי וידוע לדיין ולרוב העם, ובא בעל חובו להשביעו בתקנה זו, והוחזק התובע שאינו מסתפק בעניות זה אלא רוצה לצערו בשבועה זו להצר לו ולביישו ברבים כדי להנקם ממנו או כדי שילך וילוה מן העכו"ם או יקח נכסי אשתו ויתן לזה עד שינצל משבועה זו, יראה לי שאסור לדיין ירא שמים להשביעו שבועה זו ואם השביעו ביטל לא תעשה של תורה "לא תהיה לו כנושה" (שמות כב, כד), ולא עוד אלא ראוי לדיין לגעור בתובע ולטרדו מפני שהוא נוטר והולך בשרירות לבו, שלא תקנו הגאונים תקנה זו אלא מפני הרמאין והרי נאמר "עד דרוש אחיך אותו" (דברים כב, ב) – דרשהו אם רמאי הוא או אינו רמאי, ומאחר שהוחזק זה שהוא עני ושאינו רמאי אסור להשביעו.

וכן אני אומר שמי שהוחזק רמאי ודרכיו מקולקלין במשאו ומתנו והרי הוא אמוד שיש לו ממון וטען שאין לו כלום והרי הוא רץ להשבע בתקנה זו שאין ראוי להשביעו אלא אם יש כח בדיין לעשותו עד שיפרע בעל חובו או לנדותו עד שיתן יעשה מאחר שהוא אמוד שפריעת בעל חוב מצוה.¹⁷⁰

הרי שהמציאות עלולה להיות מתעתעת בשני הכיוונים, ועל הדיין לחקור ולשים דעתו היטב למקרה הבא לפניו כדי שלא יצא חוטא נשכר. מכאן, קצרה הדרך לחתימת הרמב"ם בהוראה כללית לדיין –

כללו של דבר, כל שיעשה הדיין מדברים אלו וכוונתו לרדוף הצדק בלבד שנצטוינו לרדפו ולא לעבור הדין על אחד מבעלי דינין הרי זה מורשה לעשות ומקבל שכר, והוא שיהיו מעשיו לשם שמים.¹⁷¹

(ב) שיטת רב האי גאון

בנקודה זו, עלינו לברר את עמדתו של רב האי גאון, בירור שיוכל לשפוך אור גם על עמדת הרא"ש.

170. רמב"ם מלוה ולוה ב, ד; וכן נפסק בשולחן ערוך חושן משפט צט, ד-ה.

171. אמנם עיין במגיד משנה שכתב על כך: "מכל מקום כתבו המפרשים האחרונים ז"ל שאין בכל בי"ד כח בזה אלא א"כ הוא בי"ד חשוב ומוחזק בחכמה וחסידות, ומשרבו הדיינים שאינם מומחין, יש לחוש שלא יהא כל אחד פורץ לעשות לו דרך לרצונו". וכן סייג הריב"ש (שצב) בסוף התשובה. וראה בלחם משנה שהקשה על המ"מ מדוע כתב סייג זה בשם הגאונים ולא בשם הרמב"ם עצמו בהל' סנהדרין הנ"ל, אלא שבאמת הרמב"ם כאן סמך על מה שפסק שם שבזמן הזה אין הדיין יכול לפסוק כן. אולם ראה בגידולי תרומה (שער ב חלק א אות ד ד"ה ובמה) שהשיב על דבריו וחילק בין המציאות כאן לדברי הרמב"ם בהל' סנהדרין.

רבי יצחק ב"ר אבא מרי ממרשיליא, בספר העיטור, מביא תשובה של רב האי גאון, וזו לשונה –

סברה דילנא ודאבא מרי ידיע בדיני מעולם ולמידק דייקנ' לעולם בתר אומדנ' מעשים שלא יהיו בהן מרמה וגזל ועול ולמיזל בתר קושטא ותריצותא דמעשי' ולגלויי כל מעשי' ולאורויי לאמיתותא כדאמור רבנן מנין לדיין היודע בדין א' שהוא מרומה שלא יאמר וכו'. ואמרינן הלכה כרב שמעון בן מנסיא ורבוותא דהוה בהון יראת שמים הכי הוה סוגייהו ומנהגן כדאמרי' להי רב חסדא למרי בר יצחק – הכי דייננא לך ולכל אלמי דחברך.¹⁷²

מדברי רב האי גאון עולה, ששיטתם של אביו רב שרירא ושלו הייתה מעולם לפסוק על פי אומדנא על מנת להוציא את הדין לאמיתו. כיצד אם כן מתיישב הדבר עם פסיקתו של הגאון המובאת ברי"ף,¹⁷³ שבזמן הזה אין רשות לדיין לומר 'קים לי בגויה' ולפסוק על פי אומדן דעתו?

על מדוכה זו עמד הרשב"ץ באומרו –

ואינו קשה כלל, דהתם שהוא רוצה לסמוך לאורעי שטרא לאפוכי שבועתא על פי קרוב או אשה כשנים משום דאיהו קים ליה בגויה, האידנא לית לן למעבד הכי אבל במאי דאמרי כולי עלמא דהכי הוא קושטא דמילתא, לית ליה לאמנועי מלמעבד הכי, אדרבא מחייב למרדף בתר קושטא להוציא דין לאמתו.¹⁷⁴

יש להבחין, אפוא, בין אומדן אישי של הדיין שאין לסמוך עליו כיום, לבין אומדן הנשען על דעה המוסכמת על כולם, כמו כל מקרה קלאסי של אומדן דעת הנותן, שבו מותר ואף ראוי לסמוך על אומדן הדעת.

לפי זה, כל מקרה שבו אומדן הדעת יהיה אובייקטיבי, בין כלפי המציאות ובין כלפי דעתו של אדם, מותר יהיה לפסוק על פי אומדנא.

עם זאת, הקושי בעינו עומד, משום שמרבית מקרי האומדנא אינם מבוססים על אומדן כללי המוסכם על כולם אלא על דעתו האישית של הדיין, ואף הרשב"ץ עצמו פסק במקרים כאלה על פי אומדן הדעת?

על כורחך שיש הבדל מהותי בין אומדן 'קים לי בגויה' לבין שאר אומדנות¹⁷⁵ והוא, כפי שהוסבר לעיל, שמידת האמינות הנדרשת לדיין כדי שיסמוך על עדות פסולה אינה ניתנת להגדרה, ויש כאן חשש לפרצה בתחומי כשרות העדים. אשר על כן פסלו לחלוטין סוג זה של אומדן. לעומת זאת, שיקול דעת של דיין בכל מקרה לגופו, המסתמך על מכלול

172. העיטור אות מ' מתנת שכיב מרע, נח, בסופו, ובשינויי לשון קלים ומתוקנים יותר בשו"ת תשב"ץ א, פ.

173. לעיל הערה 166. ראוי להביא כאן את דברי היד מלאכי (כללי הרי"ף אות יד): "ונראה שבכל מקום שכתב הרי"ף 'והגאון אמר' או 'וכן כתב הגאון' היינו רב האי גאון" (עי"ש במקורותיו).

174. שו"ת תשב"ץ שם.

175. מעין זה כתב הכסף משנה (סנהדרין שם, ב).

הנתונים הראייתיים שלפניו בנוסף על התרשמותו הפרטית, הנו חיוני במרחב פסיקתו של הדיין ואין לחשוש ולמנעו ממנו.

בכך תתיישב גם שיטתו של הרא"ש, שמחד פסק גם הוא כרי"ף, שהיום לא יכול הדיין לסמוך על עדות פסולה משום שלא ברורה לנו מידת ה'קים לי בגויה', ומאידך מצדד רבות בפסיקה על פי אומדן.

ג. שודא דדייני

אומדן נוסף שבו נעשה שימוש גם לאחר שמוצגות בפני בית הדין ראיות, הוא האומדן המכונה 'שודא דדייני', על פי פרשנות מסויימת. כך למשל, למדנו במסכת כתובות –

אתמר: ב' שטרות היוצאים ביום אחד, רב אמר: חולקין, ושמואל אמר: שודא דדייני.¹⁷⁶

הסבר: אדם מכר שדה אחת לשני בני אדם ביום אחד. מדובר במקום שבו אין כותבים את השעה בשטר. באים שני אנשים לתבוע את השדה ולכל אחד שטר על אותו תאריך. מי הזוכה?

לדעת רב: אין אפשרות להכריע, ולכן יחלקו ביניהם את השדה.

לדעת שמואל: יש אפשרות להכרעה, והיא נקראת 'שודא דדייני'.

לפני שנבאר את המושג נתבונן במקרה נוסף –

ההוא דאמר להו: נכסי לטוביה. שכיב. אתא טוביה, אמר רבי יוחנן: הרי בא טוביה. אמר טוביה ואתא רב טוביה – לטוביה אמר, לרב טוביה לא אמר; ואי איניש דגיס ביה – הא גיס ביה;

אתו שני טוביה, שכן ותלמיד חכם – תלמיד חכם קודם, קרוב ות"ח – ת"ח קודם. איבעיא להו: שכן וקרוב, מאי? ת"ש: "טוב שכן קרוב מאח רחוק" (משלי כ"ז). שניהם קרובים ושניהם שכנים ושניהם חכמים – שודא דדייני.¹⁷⁷

הסבר: אדם ציווה לפני מותו – 'נכסי לטוביה', ונפטר. בא אדם שהציג עצמו כטוביה. על כך אמר רבי יוחנן – הרי בא טוביה, וראוי הוא לקבל את הנכסים.

ואם ציווה אותו אדם את נכסיו לטוביה והגיע רב ששמו היה טוביה – לא זכאי רב טוביה לקבל את הנכסים, שהרי אותו שכיב מרע נקט בשמו, ללא התואר רב. אלא אם כן אותו שכיב מרע היה חברו או רגיל עמו, שכן אין אדם מקפיד לקרוא לחברו בתואר רב.

הגיעו שני אנשים ששם טוביה; שכן ותלמיד חכם – תלמיד חכם קודם. קרוב ותלמיד חכם – תלמיד חכם קודם.

176. כתובות צד, א.

177. כתובות פה, ב.

שואלת הגמרא: שכן וקרוב – מה עושים? תשובה: כתוב במשלי "טוב שכן קרוב מאח רחוק".¹⁷⁸

ואם שניהם קרובים, שכנים או חכמים – עורכים 'שודא דדייני'.

נחלקו ראשונים בפירוש המושג. לדעת רש"י, 'שודא דדייני' הוא אומדן דעת הדיינים בדעתו של הנותן. במקרה זה, "לפי מה שהם רואים מי מהם היה רגיל אצלו יותר".¹⁷⁹

רבנו תם אומר שזוהי בחירה שרירותית, "למי שירצה הדיין ליתן".¹⁸⁰

נמצא, אפוא, שלפי רש"י, קשור 'שודא דדייני' לנושא הנדון, שכן מדובר בעצם באומדן דעת הנותן, כמתואר לעיל. לעומת זאת, אליבא דרבנו תם אין כאן כל אומדנא¹⁸¹ אלא אחת מסמכויות הדיינים הבאה לידי ביטוי במקרים סתומים שאינם ניתנים להכרעה בדרכים המקובלות.¹⁸²

אופי ה'שודא' מתחדד לאור סוגיה נוספת שבה מובא –

נאמן דיין לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי; במה דברים אמורים – שבעלי דינים עומדים לפניו, אבל אין בעלי דינים עומדים לפניו – אינו נאמן. וניחוי זכותא מאן נקיט (=ונראה, מי מחזיק בפסק הדין הזוכה)? לא צריכא דקריע זכותיהו (=מדובר שכתב פסק הדין נקרע). וניהדר ונידייניהו! (=ישו בו וידונו בעניין) בשודא דדייני.¹⁸³

רש"י, נאמן לשיטתו, מבאר גם כאן¹⁸⁴ שהיינו "למי שיתנדב לב הדיין לומר נראה לי שזה היה רגיל אצלו יותר ולזה נתן". אם כך, מדוע באמת לא נחזיר את הדין? עונה רש"י –

וכיון שפסק כן אם בא לחזור אינו חוזר ולפיכך אין רוצין לחזור מדין שמא יטנו לבו לצד השני.

178. הרא"ש (כתובות ט, ט) כתב, שאין מדובר בשכנו הדר אצלו שהרי "כמה אנשים דרים זה אצל זה ואין להן שייכות יחד", אלא הכוונה לחבר שרגיל אצלו תמיד במשא ומתן. אמנם צ"ב לגבי הקרוב, מה הדין אם מדובר בקרוב משפחה הנהוג עמו בקרבה, ומהו הקריטריון לקביעת ה'מרחק' (ראה בחידושי מהר"ם שיף לכתובות שם).

179. רש"י כתובות פה, ב ד"ה ושמואל. וכך כתב רשב"ם (ב"ב לה, א ד"ה שודא): "לאותו שיהא נוטה לב הדיינים שהיה הנותן אוהבו או קרובו יותר דודאי לה הוא גמר ואקני, לו יתנו את הקרקע". וכן פסקו גם רבנו גרשום (ב"ב לה, א), הערוך (ערך שד, ה), הרמב"ם (מכירה כא, ט; זכיה ומתנה ה, ו; יא, ג) ותוספות ר"ד (כתובות צד, א).

180. תוספות ב"ב לה, א ד"ה שודא. וכן פסק הריטב"א (ב"ב לה, א), והגר"א בביאור הגר"א (חו"מ רמ, יב; רנג, נו). לפי הגר"א שם, גם הרא"ש סובר כן, ואם כי הרא"ש בכל הסוגיות הנ"ל לא הכריע אלא הביא את שני הפירושים, כנראה מהעובדה שאת פירוש ר"ת הביא באחרונה ואף טרח לצטט את כל ראיותיו, הסיק הגר"א שפסק כתוספות.

181. כפי שתוספות עצמם מעירים (כתובות נה, ב סוף ד"ה שאם), ובכך הם מיישבים את העובדה שרב שהולך אחר אומדנא אינו סובר שודא, ושמואל שאינו גורס אומדנא כן מאפשר שודא.

182. ראה מה שהקשה המהרי"ט בחידושו (קידושין עד, א) על רש"י, ומה שיישב וחילק שגם לרש"י יש הבדל בין אומדנא רגילה לזו של שודא דדייני.

183. קידושין עד, א.

184. רש"י קידושין שם, ד"ה בשודא דדייני.

אולם בעלי התוספות מצאו סוגיה זו כ'עקב אכילס' של פירוש רש"י למושג השודא – וקשה לרבנו תם: דאי בסברא תליא מילתא, כדפירש בקונטרס, אמאי לא אמרינן דנהדר ונידייניה דמסתמא לא יהפוך סברתו ראשונה?¹⁸⁵

רבנו תם מבין שסוף כל סוף מדובר בסברא, ואם כן, יכול הדיין להחזיר את הדין ולחזור על סברתו! אלא על כורחך ש'שודא' עניינו "כל מה שירצה הדיין לעשות יעשה, דהפקר בית דין הפקר", וכיוון שמדובר בהכרעה שרירותית יש חשש שב'שידור החזור' של הדין ירצה הדיין לפסוק אחרת.

כמדומה, שיישוב הקושייה על רש"י¹⁸⁶ טמון בלשונו המדויקת: "למי שיתנדב לב הדיין לומר נראה לי" וכו', כלומר אין מדובר פה בסברא, כמו שהבין רבנו תם, אלא בדעה שהיא קרובה יותר להתרשמות כללית ממהלך הדברים, ורושם זה אינו מעוגן בטעמים ברורים ומנומקים שהדיין יוכל לחזור עליהם ב'סיבוב שני', לכן יש חשש שכיוון ההתרשמות יתהפך.¹⁸⁷

התוספות מביאים סיוע לשיטתם מדברי הירושלמי¹⁸⁸ שנקט בדעתו של שמואל (הנ"ל בסוגיית שני שטרות) בלשון "אי זה מהן שירצו בית דין להחליט מחליטין".

הריטב"א הסתייע גם הוא בדברי הירושלמי אלא שעיקר ראייתו היא מתחילת הדברים –

שמואל אמר שוחדא דדייני לשני שטרות שיצאו על שדה אחת אי זה מהן שירצו בית דין להחליט מחליטין.

הרי שבירושלמי קראו למושג השודא דדייני בלשון "שוחדא דדייני", וכפי שביאר הריטב"א¹⁸⁹ ש"לשון גוזמא הוא, לומר שהרשות נתונה להם לעשות כמו שירצו".

ביתר ביאור, כתב רבי יהודה ב"ר קלונימוס משפירא, בספרו יחוסי תנאים ואמוראים¹⁹⁰ בשם מורו הישיש רבי שמריה,¹⁹¹ שהכונה היא ש"כאילו הדיין קיבל שוחד שבלא טעם וסברא יתן למי שירצה בכל מקום שאין יכול לברר האמת".¹⁹²

185. תוספות קידושין שם, ד"ה שודא דדייני.

186. אחרי כתיב את הדברים, ראיתי שמעין זה ביאר רבי עזריאל דאיינה בתשובותיו (ב, רנו/א).

187. אדרבא, ייתכן שרש"י היה מקשה על ר"ת, לשיטתו, שמדובר בהכרעה שרירותית המנותקת מהדין ודברים בין הצדדים, מדוע יש לחשוש שתשתנה דעת הדיין בכך? יותר קל לזכור הכרעה מסוג כזה שאינה תלויה כלל במשפט עצמו ולחזור עליה שנית?

188. ירושלמי כתובות י, ד.

189. חידושי הריטב"א כתובות פה, ב. ובחידושו לב"ב לה, א כתב ש"הוא דרך גוזמא, לומר שהדבר בידם".

190. יחוסי תנאים ואמוראים (מוסד הרב קוק, ירושלים, תשכ"ג) ערך 'טוביה' עמ' תעו.

191. רבי שמריה ב"ר מרדכי משפירא, קרובו של הראב"ן ותלמיד חבר לריב"א.

192. יש מזהראשונים שכתבו שאמנם בדין זה של שודא רשאי הדיין לקחת שוחד שהרי מותר לו לפסוק כרצונו, ראה למשל ר"ן בשבועות (יג, ב מדפי הרי"ף ד"ה תניא) ונמוקי יוסף בבבא בתרא (יח, א מדפי הרי"ף). אולם התוספות בכתובות פה, ב חולקים ואומרים שדיין הלוקח שוחד "לאו דיינא הוא". וראה מה שהעיר ר' עזריאל הילדסהיימר לחלק בין מקום שלבו של הדיין כבר נוטה לצד אחד ובין הכרעת ההטיה על פי השוחד [שו"ת רבי עזריאל אה"ע וח"מ (תל-אביב, תשל"ו), ביאורים לתורה, פרשת משפטים, עמ' תעא].

המאירי¹⁹³ גרס "שחרא דדייני" מלשון תשחורת ושחזור שביאורם שררה, "כלומר היכולת בידם על זה".

דין זה של 'שודא דדייני' נפסק בטור ובשולחן ערוך במספר מקומות, בהתאם לכל סוגיה שבה נזכר בגמרא.¹⁹⁴ הטור והמחבר פסקו כדעת רש"י והרמב"ם שאומדים את דעת המתחייב למי התכוון לתת.¹⁹⁵

ד. שיטות הראשונים בפסיקה על פי אומדן

עד כאן, ראינו בכל סוגיה בנפרד כיצד התמודדו הראשונים עם נושא האומדן, ומהן ההגבלות שהוטלו בפסיקה.

נתבונן עתה בפסיקה של הראשונים הלכה למעשה ובתפקיד ששימש בה האומדן.

1. רשב"א

מעשה בבית דין שקרע שטר שהובא לפניו על סמך ידיעתו שהוא מזויף, ושהעדים החתומים בו עדי שקר הם, אף על פי שלא הוחזקו בכך. הרשב"א נשאל, האם רשאי בית הדין לנהוג כך, וזו תשובתו –

אם הבית דין ידוע ומוחזק בכשרות וירא שמים ובית דין חשוב הוא יש בו כח לעשו' כזה וכיוצא בזה להוראת שעה. וכמדומה שעל זה אמרו דן דין אמת לאמתו. וזהו מעשה דמרי בר איסק (בבא מציעא לט,ב)... ומכל מקום צריך הבית דין להיות מתון בדברים אלו הרבה ולדרוש ולחקור היטב קודם שיקרע שטרות של בני אדם, וכאותה שאמרו בפרק הכותב: אמר רב פפא השתא דאמר קים לי בגויה מילתא היא כגון אבא מר ברי דקים לי בגויה קרענא שטרא אפומיה. ואקשינן קרענא ס"ד אלא מרענא שטרא אפומיה (כתובות פה,א).

ושמעתי כי מעשה היה בפני מורנו הרב רבינו משה ברבי נחמן ז"ל וקרעו בידיו. והכל לפי הבדיקות ולפי כוונת שמים, וירא אלהים יצא את כלם.¹⁹⁶

הרי לפנינו, שהגבלת הגמרא בכתובות שרק להרע שטר אפשר ולא לקרוע, שגם היא נדחתה להלכה בגלל דברי הגאון, נתפרשה בידי הרשב"א כדוגמה לזהירות יתר – ותו לא – של הדיין שצריך לחקור היטב לפני שנוהג כך, אבל למעשה פוסק הרשב"א שיכול הדיין לקרוע שטר, ואף מסתייע מרבו הרמב"ן שנהג כן למעשה.

193. בית הבחירה כתובות פה,ב (עמ' 381). ראה שם שדעתו לחלק בין מקרים שונים של שודא.

194. ראה למשל: שולחן ערוך חו"מ כג; רמ, ג; רנג, כט.

195. ראה גם לשונו של רב נחשון גאון: "שודא דדייני שיתא הויא בכל התלמוד" (הגהות מרדכי כתובות שג). וראה עוד: דרכי משה חו"מ רמ, ג. וראה עוד בירורים מפורטים בענייני שודא בספר שערי תורה לרבי בנימין וולף לעוו, חלק שני כרך א (מכון ירושלים, ירושלים, תשס"ד) כלל יט פרט ב-ז.

196. שו"ת הרשב"א א, אלף קמו.

בעקבות פסיקה של הרשב"א¹⁹⁷ בעניין שטר חוב בין אחים, שעל בית הדין לבדוק היטב אם יש אמתלא כלשהי כדי שיוציא את הדבר לאמיתו, נשאל הוא כיצד בדיוק יוציא בית הדין את הדין לאמיתו. על כך השיב הרשב"א –

דבר זה אין בו ענין פרטי, שיוכל שום חכם לומר: בדבר פלוני, ובדבר פלוני, אלא כל בית דין לפי מה שהוא ענין במקומו ושעתו בחקירת הענין; אם היו שם עדים: איש, או אפילו אשה, ובאי זה ענין היה, ולפי דעת הב"ד וחכמתו וחריופתו יכיר הענין מתוך הדברים. וזהו שהיו בודקין ומרבין בחקירות ובבדיקות, והוא רמוז במה שאמרו: דין אמת לאמתו, ואם הוא דין אמת, מאי לאמתו? אלא, שרמוז לזה, שיוסיפו לדבר ולשאול, ואף על פי שמן הדין היה כן וכן בתחלת הדבר, אפילו כן יעיינו היטב כדי שיצא לאמתו אם יראה בעיניהם שיש קצת דברי רמאות והערמות בטענותיהם. ומכל מקום, בעיקר הדין כבר השבתי לכם.¹⁹⁸

עד כמה הכרחי הדבר שהדיינים לא יהיו כבולים לסדרי דין נוקשים, ואדרבה, שתינתן להם האפשרות לנקוט בכל האמצעים הדרושים כדי להוציא את הצדק לאור, רואים אנו בתשובה אחרת של הרשב"א –

עמדתי על כל טענות הקונדרס הזה, ורואה אני: שאם העדים נאמנים אצל הברורים, רשאים הן לקנוס קנס ממון או עונש הגוף, הכל לפי מה שיראה להם, וזה מקיים העולם. שאם אתם מעמידין הכל על הדינין הקצובים בתורה, ושלא לענוש אלא כמו שענשה התורה: בחבלות, וכיוצא בזה, נמצא העולם חרב, שהיינו צריכים עדים והתראה. וכמו שאמרו ז"ל: לא חרבה ירושלים אלא שהעמידו דבריהם על דין תורה. וכ"ש בחוצה לארץ, שאין דנין בה דיני קנסות, ונמצאו קלי דעת פורצין גדרו של עולם, נמצא העולם שם.¹⁹⁹

קביעתו הכללית של הרשב"א, שאי אפשר להעמיד את הפסיקה על הדינים הקצובים בתורה, מהווה אבן יסוד במשפט העברי לדורותיו, והיא זו שמאפשרת לדיין מרחב שיפוטי גדול על מנת שיוכל לדון ולאכוף את משפט התורה בכל מציאות משתנה, בהתאם לפרצות ולצרכים של אותו הדור.

2. רא"ש

אמנם ראינו לעיל את הגבלתו של הרא"ש בפסיקת דברי הגאון לגבי עדות פסולה, אולם למעשה ניתן אולי להכתיר את הרא"ש, במקביל לרשב"א, כגדול המצדדים בפסיקת האומדנא מבין הראשונים. עיון בתשובותיו מראה עד כמה החשיב הרא"ש 'הגדלת ראש' מצד הדיין בכל מקרה הבא לפניו ואת סמכותו לדון כפי ראות עיניו. וכך הוא פותח תשובה בעניין שטר שאבד ונמצא בנסיבות מחשידות –

197. שו"ת הרשב"א ב, עג.

198. שם עד.

199. שם שצג.

אחרי הדברים והאמת והגלגול והסבה אשר אירעו בשטר זה, אכתוב אני אשר עם לבבי על פי התורה אשר הורוני ולמדוני חכמי התורה, אשר דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום. ונצטוינו לדון דין אמת לאמתו, ואף על פי שאין אנו נביאים לדון דברים שבלב, חכם עדיף מנביא, ונצא בעקבות הראשונים ונלמוד ממעשיהם. מההיא עובדא דפרק חזקת הבתים (בבא בתרא נח.א.)... וכן בכמה מקומות הלכו חכמי הגמרא בתר אומדנא דמוכח; גבי שטר מברחת, וכן גבי מי שכתב כל נכסיו לאחר ואח"כ נודע לו שיש לו בן, וכן מתנת שכיב מרע בכולה, וההוא גברא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל,²⁰⁰ וגמל האוחר בין הגמלים. ודבר זה יש לו עיקר מדברי קבלה, מאב לחכמים, אשר צוה ליתן לה הילד החי. על כן בכל דור ודור מצויין לשבור מלתעות עול, והמטים עקלקלותם להדריכם בנתיב יושר.²⁰¹

ולאחר שהרא"ש פורש את דעתו הוא מסיים –

ואין לך רשומו ניכר יותר מנדון זה, מכמה אמתלאות ואומדנות ברורות, וידיים מוכיחות שגלוי וידוע לכל שממון זה לא נפרע, ומחוייבין בית דין לכתוב מעשה בית דין ולקיים השטר כבתחלה, ולכופן לפרוע. ואם היו (הנושים) [היורשים] בכאן, והיו טוענין אותם טענות שבדו קרוביהם מלבם, היו ראויים לכפותם ולרדותם עד שיאמרו אמת. דעדיפי כל הני אומדנות מההיא אומדנא דמר זוטרא חסידא...

במקום אחר יוצא הרא"ש כנגד תחבולה של לווים שלפני שהם באים ללוות הם כותבים בשטר שכל נכסיהם מועברים ליהודי או גוי כך שבבוא המלוה לפרוע את חובו פושט הלווה טלפיו לאמור – חסר כל אני. וכך פותח הרא"ש את דבריו –

תורת אמת וחקים טובים ומשפטים ישרים נתן הקב"ה לעמו ישראל על ידי משה רבינו עליו השלום, דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום, צדיקים ילכו בהם, ופושעים, המתנכלים לעקש הישרה, להגדיל שקל במאזני מרמה, חייבין חכמי ישראל לסכל עצתם ולבטל מחשבותם. ועל זה נאמר: "צדק צדק תרדוף", ואמרו חכמים: דין אמת לאמתו, לאפוקי מרומה (סנהדרין לב.ב).

ויען אשר ראיתי מקצת אנשים אשר כותבים נכסיהם ליהודים, או לגוים, ואחר כך לויין מעות, וכשבא המלוה לגבות חובו מנכסיו, מצוה להוציא השטר ותולה נכסיו באחרים; והכל רואין, אף על פי שכתב נכסיו לאחרים, הוא מוחזק בהם ונושא ונותן בהם ומעולם לא יצאו מרשותו. כמו דין זה שבא לפני...²⁰²

והוא ממשיך ודן בנושא תוך כדי שהוא מעיר מפעם לפעם על סמכות הדיינים לאמוד דעתם בניגוד לראיות ה"יבשות" –

200. תמוה שהרא"ש הזכיר דוגמה זו בין שאר הדוגמאות של אומדנא, שהרי נפסק בגמרא שם שאין אומדים דעתו שרק על דעת עלייה לא"י מכר נכסיו משום שלא פירש כן בשעת המכר, וכמבואר לעיל!

201. שו"ת הרא"ש טח, כג.

202. שם עח, ג.

ובאתי לשבור מלתעות עול ולהפר מחשבות ערומים ולא יפיקו זממם, ולהודיע ולבאר שאין במתנה זו ממש. לפי שידוע וניכר באומדנא דמוכח שלא גמר בלבו להקנות, אלא להבריא נכסיו מבעלי חוביו, וילוה ויאכל ממון של אחרים ולא ימצאו לגבות ממנו; דאנן סהדי שאין לך אדם שיתן ממונו לאחרים ויחזור הוא על הפתחים... ובכל דוכתא אזלינן בתר אומדנא דמוכח...

ומצינו בדברי חכמים שבטלו עצת המערימים; כדאמרינן בפרק המקבל (בבא מציעא קח,א), בדינא דבר מצרא... והדברים ק"ו: ומה התם, דתקנת חכמים בעלמא היא דינא דבר מצרא, משום ועשית הישר והטוב, נתחכמו חכמי הגמרא לבטל ערמתו ולא תעשינה ידיו תושיה, על אחת כמה וכמה הבא לגזול חברו ולעבור על דברי תורה, שנבטל ערמתו.

מכל הלין חזינן, דכל הרוצה להערים להפקיע תקנת חכמים ולעשות לחברו תחבולה, לכדוהו חכמים בערמם ועמדו כנגדו להפר עצתו ולבטל מחשבתו הרעה. ואנו נדון דבר מדבר ונלמוד דבר מדבר, כי חכמי התלמוד לא הספיקו לכתוב כל הנולדות העתידות לבא המתחדשות בכל יום, אלא שהבאים אחריהם יוצאים בעקבותיהם ומדמיין מילתא למילתא.

וכיוצא בזה ראיתי מרנא ורבנא מאיר ז"ל, שדן באחד שקנה קרקע והתנה בשעת הקניה שלא תהיה לאשתו שעבוד כתובתה עליו, וגם על אחד שקנה קרקע וצוה להקנות לאחיו, וכתבו השטר בשם אחיו להפקיע שעבוד אשתו, ופסק שתגבה כתובתה מהם, אחרי שכיון להערים להפקיע תקנת חכמים, לא תועיל לו ערמתו. כ"ש בנדון זה, דצורך שעה היא, ומיגדר מילתא, ומילתא דשכיחא היא, ועוד, דדין גמור הוא, כאשר בארתי, שראוי שיבטלו כל שטרי הברחות ותחבולות הנעשות עד היום, וכשבאו ליד בית דין, שיקרעום. ותנתן דת בטוליטולה על הסופרים ועל העדים, שלא יכתבו ויחתמו שטר מתנת נכסים שיראה בו תחבולה וערמה, אך יביאו הדבר לפני גדולי העיר ועל פיהם יעשו, ואם יעברו על זה, שישתלקו מאומנותם. נאם הכותב והחותם בעשור לחדש אייר, שבעים וחמשה ליצירה. אשר בן הרב רבי יחיאל זצ"ל.

נחרצותם ועוצמתם של דברי רבנו הרא"ש מדברים בעד עצמם, ולא נתקררה דעתו מראיותיו בנושא עד שקבע הוראה כללית לבתי הדין ואף נסתייע לכך מרבו, המהר"ם מרוטנבורג.

נחתום את דברי הרא"ש בציטוט תשובה ארוכה הדנה גם היא בנושא. בהתייחסו לעובדה שהחשוד שומר על שתיקתו ואינו משיב על טענות התובע והדיינים, כותב הרא"ש –

וצריך הנתבע להשיב על כל מה שישאל הדיין. ואם אינו רוצה להשיב לדיין, ומכסה ומעלים דבריו ומשיב תשובות גנובות, כדי שלא יוכל הדיין לעמוד על אמתת הדין, מה יעשה הדיין, לזכותו אי אפשר, מאחר שנראה לו דין מרומה, כדאיתא בפרק שבועות העדות, ואם יסתלק מן הדין היינו זכות, כי בזה יפטר, אם שום דיין לא יזקק לדונו מפני שהוא טוען ברמאות ואינו רוצה להשיב על חקירות

ודרישות, ונמצא חוטא נשכר. ועל זה ועל כיוצא בזה נאמר: אין לו לדיין אלא מה שענינו רואות; וכיון שנראה לדיין שאם היה זה משיב על שאלותיו היה הדבר מתברר, ומחמת שלא יתברר הוא כובש דבריו, ויעשה הדיין כאלו השיב ונתברר שקרו, ויחייבנו מאומד הדעת, אעפ"י שאינו יכול לברר שקרו בביאור ובפי'. מאחר שהעדר הביאור בא מחמת רמאותו, שאינו רוצה להשיב על חקירות ודרישות כדי שיתברר שקרו, אומדנא דמוכח הוא, ורשאי דיין מומחה לדון באומדנא דמוכח כזה, ואין זה נקרא דברים שבלב, מאחר שהיא סברא מוכחת. כההיא דפרק חזקת הבתים (נה)... אלמא, כל דינא דלא איפשר לברורי, לא אמרינן יהא מונח עד שיבא אליהו, אלא ידון הדיין לפי מה שענינו רואות, אומד דעתו בסברא מועטת, שנראה לו שאותו שהיה בנו היתה יראתו תקועה בלבו וחלק כבוד לאביו, ונתן לו כל הנכסים, כל שכן בנדון זה, שיש כמה ידיים מוכיחות שלא פרע זה, כאשר אבאר. ועוד, דדין זה היה יכול להתברר אלו היה רוצה להשיב על שאלות הדיין, ומאחר שאינו רוצה להשיב, כדי שלא יתברר הדבר, הרי הוא כמודה במקצת שקרו, וראוי לדונו באומדנא דמוכח. כיון דחזינא, דדבר שאין יכול להתברר כלל דן אותו ר' בנאה באומדנא דמוכח, כל שכן בנדון זה, שהרמאי מונע ההתבררות והעדרת האמת, שראוי לדונו לפי אומד דעתו. והחכם רבי בנאה למד דין זה מאב החכמים, במעשה שבא לפניו על שתיים נשים זונות, שדן אותן באומד הדעת, שנראה לו שרחמי האם נכמרו על בנה, ונתן לה הילד החי; והופיעה רוח הקדש בבית דינו של שלמה ע"ה ואמרה כי היא אמו. וכן חכמי הגמרא בכמה מקומות פסקו דבריהם באומד דעתם... וכן יש דינין בגמרא דאמרינן שודא דדייני... והיינו טעמא, דכיון שבא הדין לפני הדיין והוא אינו יכול לברר הדבר, אינו רשאי למשוך ידו מן הדין ויריבו הבעלי דינין זה עם זה. וכתבי: אמת ומשפט שלום וכו', כי על ידי המשפט יש שלום בעולם, ולכך נתנו כח לדיין לשפוט ולעשות מה שירצה אף בלא טעם וראיה, כדי לתת שלום בעולם.²⁰³

הבחנה חשובה נוספת מביא הרא"ש לגבי סוג המקרים שבהם מתחשבים באומדן הדעת. מעשה בארבע אחיות פנויות ולהן אח שלא נהג כשורה לפי דעתן. הן רצו להעביר את נחלתן ממנו, כך שכל מי שתמות יירשוה רק אחיותיה ולא אותו אח. לשם כך נתנה כל אחת מהן במתנת בריא מהיום כל נכסיה לשלוש אחיותיה, והכול נעשה באותו יום. מתה הראשונה, אחר כך השנייה ולבסוף השלישית ונשאר הממון ביד הרביעית, ועתה באים בני האח לתבוע את חלקן של שלוש האחיות שמתו.

מבלי להיכנס לפרטי הטענות ולסדרי החלוקה הנוגעים לדיני נחלות, לאחר שמברר הרא"ש אפשרויות שונות אשר לפי כל אחת מהן מגיע חלק כלשהו לאותו אח, הוא מתייחס בסוף דבריו לטענת השואל מדוע לא נתחשב כאן באומדן דעת האחיות שביקשו למנוע מאחיהן לרשת אותן –

203. שו"ת הרא"ש קו, ו.

...דכל היכא דאזלינן בתר אומדנא, אנו מבטלין המעשה שנעשה, ונשאר הענין כמו שהיה מתחלה. כמו שמע שמת בנו, אנו אומדין דעתו: אלו היה ידע שבנו קיים, לא כתב נכסיו לאחרים, הילכך כשבא בנו, באומדן דעת אנו מבטלין המעשה שכתב נכסיו לאחרים, ונשארו הנכסים בחזקתן, ויירשם בנו... אבל בנדון זה, אף כי ידוע שכווננו להבריח מן האח, לא עשו דבר שיש בו הברחה, ובדברים שבלב לא מיעקרא נחלה דאורייתא.²⁰⁴

יוצא אפוא, שהתחשבות באומדן דעת הנותן יכולה לבוא רק על גבי מעשה שנעשה במציאות, ולבטלו או לשנותו, אולם לא ניתן לקיים בפועל מעשה רק על סמך האומדן.

3. רשב"ץ

כבר ראינו לעיל שהרשב"ץ הביא את תשובת רב האי גאון והעמיד את דבריו באומדן שרבים מסכימים לו. באותה תשובה מביא הרשב"ץ ראיות נוספות לכך שהולכים אחר אומדנא. בתשובה אחרת מגיב הרשב"ץ לדברי השואל שטען שאין סומכים על אומדנא להוציא ממון, וזו לשונו –

עוד כתבת בכמה מקומות דמשום אומדן דעתא לא סמכינן לאפוקי ממונא מרשותא דמאריה אלא בעדות ב' עדים כי זהו אצלך יסוד גדול שאין דבר מדיני התורה נחתך באומדן הדעת. והנה בטלת כמה דיני תורה ורוב דיני התלמוד והרי בן סורר ומורה אינו נהרג אלא על שם סופו שירדה התורה לטוף דעתו (סנהדרין ע"ב), ובא במחתרת לא הותר דמו אלא מפני אומדן דעתא שבא להרוג (שם ע"ב, א) וחייב שבועה למודה מקצת אינו אלא מפני אומדן דעתא דהאי בכליה בעי דלודי וכו' (בבא מציעא ג, א) וחזקה של שלש שנים אינה אלא מפני אומדן דעתא דעד תלת שנין מזדהר איניש בשטרא (בבא בתרא כ"ט, א) והרי יש כאן אפוקי ממונא דקרקע בחזקת בעליה הראשונים היא.²⁰⁵

והרשב"ץ מוסיף להביא ראיות רבות מהתלמוד והפוסקים שהולכים אחר אומדנא.

4. מהרי"ק

ראינו לעיל²⁰⁶ שהמהרי"ק מחלק בין אומדן המציאות שבו נדחתה דעת רבי אחא מההלכה, לבין אומדן בכוונת הנותן, שפוסקים על פיו. והנה, בתשובה אחרת, נחלץ המהרי"ק להגנת קרובו רבי אהרון, שחכמי אולמא רצו לבטל חרם שהוא הטיל. וכך הוא כותב בתוך דבריו –

וכ"ש בנדון הזה דרמא בהו כמה קלי ולא אשגחו ביה דנכונים הם שפטים ומהלומות ובפרט על פיו ועל פי שאר רבותיי שבאשכנז הסמוכים אליהם ויודעים ומכירים אם לעקל אם לעקלקלות, ואליהם ראוי לדון ע"פ אומדנא דמוכח להפר מחשבות ערומים וילכדו בערמם ואל יסתרו עצה במעמקים, כמו שכתב המרדכי בתשובה

204. שו"ת הרא"ש פד, ד.

205. שו"ת תשב"ץ א, פד. וראה גם בסימן צה.

206. עמ' 118.

מסדר נשים בענין מי שהטיח דברים נגד הרב וגם נתפס בסיבתו, וע"ז כתב וז"ל: אף כי אין עדות ממש שציוה בפי' כו' עד מ"מ רגלים לדבר ואמתלאות כו' עד ומיהו בדיני ממונות אזלינן בתר אומדנא כי הא דרב אחא (פרק שבעת העדות לה, א.) גמל האוחר בין הגמלים כו' עכ"ל הרי לך שיש להעניש כפי אומדן דעתו בראותו אמיתות הדברים כאשר הוא ומי יחוש חוץ מקרובי מהר"ר אהרן יצ"ו אשר כח בית דינו יפה וגם לו משפט הגאולה בהיותו הרב הסמוך אליהם יותר כאשר בינותי מתוך הכתבים. גם על השלוחי' אשר עזרו לרעה ורגליהם לרע ירוצו מעיר לעיר לומר אדרבה אני הצעיר כי ראוי לכתוב עליהם מרורות אם כן הוא שנתכוונו להקניט נגד מהר"ר אהרן יצ"ו ואפילו באמתלא המוכחת ראוי להעניש' ואי אפשר להם להשמט ולומר לא נתכוונתי לכך אלא לכך בהיות שם אומדנא...²⁰⁷

הרי שהמהרי"ק קובע כאן שהולכים בדיני ממונות אחר אומדנות והוא אף מקבל את דברי המרדכי שפוסק להלכה את רבי אחא.²⁰⁸ בתשובה לחתנו, רבי גרשום טרייביטש, מסיים מהרי"ק בדברים הנוגעים לסמכותו של הדיין –

ועל אשר לא רצה ליתן לו זמן מבלתי ערבות מה אוכל להשיב בזה הלא אין לתפוס על הדיין אם לא בראיה ברורה כי ידעת שביד הדיין לפעמים לעשות דבר יראה כנגד היושר אם יראה לו שהבעל דין דוחה או מרמה דבר זה תלוי בראות עיני הדיין רק שיעש' לשם שמים.²⁰⁹

במקרה של עדים שהיו חתומים על שבועה אלא שנראה היה שיש רמאות, חשב המהרי"ק בתחילה להסתיע מגמרא בכתובות שמשמע ממנה שאפילו במקום שהדין נראה מרומה אומרים שכיוון שהעדים חתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בבית דין ואין צורך בדרישה ובחקירה. אלא שאז חלה תפנית –

אמנם אחרי כן מצאתי תשובה בשם רבינו אשר וז"ל: ... והיורשים אומרים שהעדים עידי שקר ומבקשים שיעשו בהם דרישה וחקירה ונותנים אמתלא לדבר שאין בין זמן השטר וזמן הפרעון אלא ט"ו ימים ולא היה יכול המלוה להשמט לומר לא מצאתיו אכתוב לך שובר א"כ למה לא נתן לו השטר לקורעו. ועוד, כי לא הגיע זמן פריעת השטר עד לאחר פטירת המלוה. ועוד, כי כל העומדים בבית ראובן מעידים כי לא ידעו ולא שמעו שמעולם פרע השטר שמעון שאם היה האמת היו יודעים הפרעון שכל משא ומתן של ראובן היה על ידם? תשובה: אמת הדבר כי אלו העדים צריכה דרישה וחקירה ע"י ב"ד מומחה מבלי אמתלאות שיש בדבר וכו' עכ"ל הרי

207. שו"ת מהרי"ק א (במהדורת אורייתא עמ' ג).

208. לעניין הסתירה בדברי המהרי"ק ראה בשו"ת בעני חיי (ח"מ א, י), שכתב כי דברי מהרי"ק כאן הם על פי מה שקבע בשורש קט שבמקום שיש מחלוקת הפוסקים, המוציא מחברו עליו הראיה, ראה שם אריכות בדבריו.

209. שו"ת מהרי"ק יד, בסופו.

לך בהדיא דאפי' במקום עדים החתומים על השטר בעינן דרישה וחקירה היכא שיש אמתלאות שהדין מרומה... ואע"ג דפ"ב דכתובות (יחב) מוכח דלא, ואפילו במקום שיש לחוש לרמאות, ואפילו שהעדים עצמם מכחישים פשיטא דרבינו אשר ידע להדיא סוגיה טפי מינן.²¹⁰

בתשובה לשאלה שנשאל כיצד ינהג הדיין ששם לב שהדין מרומה, ענה המהרי"ק –

ואשר שאלת, ראובן ושמעון שבררו לוי לדיין כו' האם יש ללוי הדיין לדון על פי טענה כאשר בקש ממנו שמעון או אם יש לדון על פי מה שנתבאר לו מפי שמעון ואם כי לא רצה לבאר בתוך הטענות. לע"ד נראה דבר פשוט יותר מביעותא בכותחא שעל הדיין מוטל לדון על פי האמת אשר נתאמת אצלו ולא על פי הטענות אם הם מכחישות את האמת, כי למה תהא האמת נעדרת מפני טענות רמאות חלילה וחס.²¹¹

ה. שיטת השולחן ערוך

ראינו לעיל, שבמספר מקומות פוסק המחבר להלכה צורות שונות של אומדנא; בדעת הנותן, בדין מרומה ובשודא דדייני. גם באומדן בעלות ובאומדן 'קים לי בגויה' פסק המחבר מעיקר הדין שמכריעים על פי אומדן, אולם למעשה הגביל זאת בסייג שנמנעו כבר מלנהוג כן.

אולם בדומה לרמב"ם, מצינו במספר מקומות נוספים שהמחבר פוסק להלכה את סמכותו ואף חובתו של הדיין להתחשב בראות עיניו ורחשי לבו. נזכיר מספר דוגמאות.

בסוגיית פשרה –

יש כח לדיין לעשות דין כעין הפשרה, במקום שאין הדבר יכול להתברר. ואינו רשאי להוציא הדין חלוק מתחת ידו בלי גמר.²¹²

הרי שגם במקום שתמו הראיות לא תם תפקיד הדיין ואל לו להותיר את המשפט 'פתוח' ללא סיום. ואכן מביא שם הסמ"ע²¹³ את דברי הרא"ש ש"לכך נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו, במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדיות, פעמים באומדן הדעת, ופעמים כמו שיראה הדיין בלא טעם ובלא ראיה ובלא אומדן הדעת, ופעמים על דרך פשרה".²¹⁴

כך גם בהלכות הלוואה –

210. שו"ת מהרי"ק סו. יש בנותן טעם לצטט כאן את הערתו של רבי אריה לייב, בעל השאגת אריה, בהגהותיו לשו"ת מהרי"ק, המתייחסת לדברי המהרי"ק שברור שהרא"ש ידע והבין את הסוגיה המדוברת יותר מאתנו, וז"ל: "מכאן נרגא (אבן) לחכמי דורותינו הנבהלין להשיב על הראשונים להפך איזה דין, ח"ו לא ירד בני עממה" (שו"ת מהרי"ק, מהדורת אורייתא עמ' תסב).

211. שו"ת מהרי"ק קיח, תשובה לשאלה ה (מהדורת אורייתא עמ' רמ).

212. שולחן ערוך חו"מ יב,ה.

213. סמ"ע שם, יב. והובא גם בנתיבות המשפט שם, חידושים, ז. וכן פסק הלבוש שם, סעיפים ח-ט.

214. שו"ת הרא"ש קו, ו.

מי שהוציא שטר חוב על חבירו ותבעו בבית דין, ואחר כך נאבד ממנו, ויש כמה אומדנות דמוכחי טובא שנאבד, מחוייבים בית דין לכתוב מעשה בית דין ולקיים השטר כבתחלה, ולכופו לפרוע.²¹⁵

בהלכות טוען ונטען נחלקו ראשונים האם יכולים הדיינים לקבל את טענות התובע והנתבע כפי שהן מבלי לבררן או שמא חייבים הם לדרוש מבעלי הדין שיבררו את דבריהם על מנת לבדוק שמא טועים הם. להלכה פסק המחבר שחייבים לברר דבריהם. על כך הוסיף הרמ"א את דברי הרא"ש²¹⁶ והמרדכי²¹⁷ –

ואם אינו רוצה לברר דבריו, אם נראה לדיין שיש רמאות בדבר, יפסיד. ואם לאו, אלא שנראה לדיין שאינו יכול לברר, וכיוצא בזה, אין מחייבים אותו משום שאינו מברר דבריו, דאין אומרים לו: ברר דבריך, אלא משום כדי להוציא הדין לאמתו, משום דנפיש רמאים.²¹⁸

הנה איפה, פסק הרמ"א שכשנראה לדיין שיש רמאות בדין – יפסיד הרמאי.²¹⁹ גם בדיני נזיקין, שבהם אומדים את המציאות, פסק המחבר להלכה משנה ערוכה במסכת שבועות²²⁰ –

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. ואפילו יש אחר עמהם, אי ברור לעדים שאותו אחר לא חבל בו, כאילו אין עמהם אחר דמי, ונוטלו בלא שבועה.²²¹

הרי שכאשר החבלה נמצאת במקום כזה שעל פי אומד הדעת אין הנחבל יכול להכות בעצמו שם, ולא היה שם אדם אחר פרט לנתבע, מאמינים לנחבל ונוטל בלא שבועה.²²²

215. שולחן ערוך חו"מ סה, יז.

216. שו"ת הרא"ש קז, ו.

217. מרדכי ב"מ רכג.

218. שולחן ערוך חו"מ עה, א.

219. ראה בהגהות אמרי ברוך שכתב: "יעוין לעיל סימן טו סעיף ה משרבו בתי דינין וכו', וצ"ע". הרי שהוקשה לו מדוע פסק הרמ"א שיכול הדיין לסמוך על אומדנו בניגוד לפסיקה לעיל שכיום כבר לא פוסקים ע"פ אומדן. ולענ"ד נראה כפי שביארנו לעיל בנושא אומדן יקים לי בגויה, שיש להבחין בין הסתמכות על עדות פסולה שנדחתה כיום מההלכה ואין לפסול על פיה שטר, ובין שאר כל אומדן שהותר לו לדיין, ראה לעיל בדברינו [ראה עוד בחכמת שלמה (שם ד"ה אומרים לו (השני))].

220. שבועות מד, ב. וראה שם בגמרא מו, ב.

221. שולחן ערוך חו"מ צ, טז.

222. ראה סוג נוסף של אומדן בשולחן ערוך חו"מ שג, י.

ו. שיטות האחרונים הלכה למעשה

ו. רבי יוסף קארו ורבי שמואל בן וירגא

נתבונן בחילופי דברים שהתרחשו עוד בדור הראשון לאחרונים, בין מרן המחבר עצמו ובין רבי שמואל בן וירגא²²³ (להלן רש"ו). הנושא הנידון, הנפרש לפנינו בשו"ת אבקת רוכל²²⁴, הוא ויכוח בין שני מחותנים לגבי נישואי קטנה שמיאנה, התנאים שהתנו וההוצאות והקנסות שנתהוו. במהלך תשובתו²²⁵ מבקש רש"ו להסתמך בין היתר על "אומדנא דמוכח שנעשה כדרך הרמב"ם". בתגובתו לדבריו חולק מרן על מספר טענות של רש"ו. על עניין האומדנא הוא כותב –

ומ"ש עוד דאומדנא דמוכח שנעשה כדרך הרמב"ם כו' עד 'עד אחד לאו כלום הוא', כמה רב גוברי לאפוקי ממונא באומדנא ורז"ל אפילו באומדנא דמוכח טובא כגון ההיא דגמל האוחר בין הגמלים לא סמכו, והיאך הוא רוצה לסמוך על אומדנא חלושה וקלושה להוציא ממון, ולא עוד אלא שהיא בנוייה על קו תהו.²²⁶

טענתו העיקרית של מרן היא, שהרי באומדנא חזקה הרבה יותר כמו גמל האוחר חלקו חכמים על רבי אחא והכריעו בניגוד לאומדן, ורש"ו רוצה להוציא ממון על פי אומדן קלוש כל כך שבסיסו מעורער.

על כך מגיב רש"ו –

יראה מלשונו זה דבאומדנא לא מפקינן ממונא ובמחילה ממנו הרא"ש כתב בהפך מזה בכלל פ"ו וז"ל הרבה אומדנות מצינו בתלמוד שאין להם כ"כ הוכחה כמו לזו כההיא דפרק מי שמת... וכן גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו אלמא האי דאזלינן בתר אומדנא בדיני ממונות דינא הוא ע"כ. הא קמן דאזלינן בתר אומדנא בדיני ממונות והביא כמה ראיות לזה, וגם גמל האוחר שמביא מר לראיה שלא סמכו כתב הוא לראיה שסמכו.

ועל מ"ש שהאומדנא היא חלושה, בעיני היא חזקה, שדבר הנעשה בפני יודעים חזקה שלא יצאו בלתי מתוקן ושלא טעו בדבר כ"כ פשוט, ויש באומדנות שהביא הרא"ש לראיות מן התלמוד חלושות ממנה ואף על פי כן סמכו עליה ויש לאומדנא זו ראיה מן התלמוד...²²⁷

הרי שבשתי נקודות מערער רש"ו על דברי מרן:

223. מבית מדרשו של מרן, הרבה להתפלמס בדברי הלכה עם מרן (בשו"ת אבקת רוכל) ועם המבי"ט (בתשובותיו). ראה בספרו של פרופ' מאיר בניהו יוסף בחיורי (יד הרב נסים, ירושלים, תשנ"א, לפי המפתח).

224. סימנים פה-פט.

225. בסימן פו.

226. שו"ת אבקת רוכל פז.

227. שם פח.

א. על הטענה שסוגיית גמל האוחז נדחתה מההלכה – לא כך סובר הרא"ש שפסק כמותה.
 ב. על הטענה שהאומדן חלש – לדעתו של רש"ו הוא חזק. ראשית, השוואה לדוגמאות שהביא הרא"ש מהתלמוד תוכיח את חזקה של האומדנא. שנית, אביא לך גם ראייה מן התלמוד לגופה של האומדנא... וכו'.
 מרן אינו נבהל. יש לו מה להשיב –

תמהני עליו עד שהוא ממחר להשיב עלי מדברי הרא"ש בתשובה היה לו לעיין בדברי הרי"ף והרמב"ם וימצא כי בדברי כן הוא.²²⁸

גם על עצם הראייה שהביא רש"ו לאומדנו חולק מרן בהמשך דבריו.
 נמצאנו למדים שגם בדור 'עריכת השולחן' נחלקו חכמים לגבי מקומה של סוגיית האומדן בפסיקה המעשית, וכמובן שנחלקו ברמת האומדן, איש איש לפי נקודת ראותו האישית.

2. רבי עזריאל דאינה

מספר הגבלות והסתייגויות בעניין האומדנא מעלה **רבי עזריאל דאינה**²²⁹ (להלן רע"ד) בפסיקתו סביב אחד האירועים שהסעירו את עולם התורה, בפרט זה שבאיטליה, בתחילת המאה השש עשרה למנינם. מבלי להיכנס לכל פרטי המקרה,²³⁰ הנושא הספציפי שעליו דן רע"ד לענייננו קשור לעדותם – עדות שלא בפני הנתבע – של אנשים שונים על אדם בשם עמנואל נורצי, שהוא אלים ומאיים. מסקנת העדות היא שאין לדון בעירו של הנתבע מאחר והעדים יפחדו להעיד נגדו והדיינים ישאו פניו, ויסתתמו טענות התובע. מדברי רע"ד משמע שהעדות על אלימותו של נורצי הייתה עקיפה ביותר. כלפי טענה שהועלתה שעדותם של העדים משווה לטענת האלימות מעמד של 'רגליים לדבר', משיב רע"ד –

וגם עדות הלזה אינו מועיל לפסול לכמ' עמנואל בידיים מוכיחות כמו שמצינו בהרבה מקומות דאזלינן בתר אומדנא... משלושה טעמים:
 הא', כי כל האומדנות שיש לנו ללכת אחריהם הוא דוקא באמדנות דמוכח...
 ובעדות דידן אין עדות דמוכח שיהיה כמ' עמנואל בחזקת אלם.
 הטעם השני, כי אין הולכים אחר אומדנות להוציא ממון, רק לאוקי ממון
 אחזקתיה...
 הטעם השלישי, כי בזמן הזה אין לנו לדון דין באומדנא...²³¹

יש להעיר, כי הגבלתו האחרונה של רע"ד, שבהמשך דבריו מזכיר את סייגם של הראשונים בדבר סמכותו של הדיין שדן באומדנא, תמוהה, מאחר ומצינו במספר תשובות²³² שרע"ד דן

228. שם פט.

229. מחכמי איטליה. נפטר בשנת רצ"ו. תלמיד מהרי"ק.

230. על כך ראה במבואו של יעקב בוקסנבוים לשו"ת **רבי עזריאל דאינה** (הוצאת בית הספר למדעי היהדות, אוניברסיטת ת"א, תל-אביב, תשל"ז) ב, עמ' יח-כ.

231. שם סימן קסה (עמ' 49-51).

232. שם קג, קו, רמו, רנו/א.

על פי אומדנא מבלי שיזכיר כלל סייג זה. אכן, ברוב התשובות הללו חוזר ומדגיש רע"ד את הצורך בהיותו של האומדן מוכח, אחרת אין לדון על פיו.

3. רמ"א

שאלה הקשורה לסדרי הדין הובאה לפתחו של הרמ"א. ראובן תובע את שמעון, ומעבר לדין ודברים ביניהם רוצה שמעון לדון לפני יודעי דת ודין או זבל"א בעוד שהנתבע רוצה לבוא עמו לפני סוחרים שידונו לפי אומדן דעתם.

בתחילת דבריו קובע הרמ"א שהדין פשוט שהנתבע יכול לסרב ללכת לבי"ד מסוים ולהעדיף אחר, אולם לעצם טענת הנתבע מעיר הרמ"א –

ומה שטוען שמעון כי הסוחרים ידונו לפי אומדן דעתן תואנה הוא מבקש, כי גם הדיינים יודעי דת ידונו לפי אומדן דעתן אם הוא אומדנא המוכחת. כי אומדנא המוכחת הוא הדין לאמתו, כמו שמצינו במעשה של שלמה עם הזונות, וכמו שהאריך הרא"ש בתשובה בענין זה. ולכן אין בין הסוחרים או הדיינים אם שניהם הם בתי דיני ישראל, כי תורה אחת לכלנו.²³³

4. מהר"ם אלשיך

במהלך תשובה ארוכה העוסקת ברמאות הקידושין, מסכם רבי משה אלשיך חמש רמות של אומדן בדין מרומה –

הא קמן ה' גווי דדין מרומה:

חדא, דמספקא לדיינא אי הוא דין מרומה.

שנית, דברור ליה דמרומה הוא ממה שלמד מסברא מתוך דברי עדים באומדנא בלי שום ראיה.

שלישית, דאית בה ראיה דקא מהדר בזיופא אלא דלא ידעי אי האי שטרא דנפיק השתא ביה דינא אי מזוייף הוא אי לא דלא מסהדי אהאי שטרא בייחוד.

רביעית, דאיכא רעותא בהאי שטרא גופא או במאן דחייב שבועה אלא דלית ראיה אלא הוכחה על פומא דחד סהדא אף על גב שהוא מפי אשה דלאו בת עדות היא.

חמישית, היכא דע"י בדיקות ובירורין איתגלי דמזויף שטרא.²³⁴

ולאחר שמהר"ם מברר לאיזה סוג שייך המקרה שלפניו, הוא קורא לדיינים שלא לשקוט עד שתתגלה הרמאות –

לכן אליכם אישים הכהנים הנגשים חלוצי חושים, תופסי קשת הסופר, להפר מחשבות ערומים אקרא, וקולי אל יתר שאת חכמים מחוכמים כל שופטי ארץ אשר עדין לא באו לעזרת ה' בגבורים, קומו הישרים משכו וקחו לכם כלי קרב ומלחמה

233. שו"ת הרמ"א לג, בסופו (במהדורת הרב זיו עמ' קצב).

234. שו"ת מהר"ם אלשיך מ.

לנתוש ולנתוץ ולהאביד ולהרוס מלתעות עול, ומשיניו השליך טרף, ואם לא ישוב חרבו ילטוש, חרבו תבא בלבנו, יד כל בו, ביד רמה להכותו עד חרמה.²³⁵

5. רבי יום טוב צהלון

כאמור לעיל, הרמב"ם כותב שהוצאת ממון מהיתומים אינה יכולה להיעשות על ידי אומדנא אלא רק בעדות ברורה. מה יהיה הדין כאשר האומדנא היא ברמת סבירות גבוהה ביותר, האם ייחשב הדבר לעדות ברורה כדי להוציא מן היתומים? נתבונן בשאלה שנשאל המהריט"ץ –

ראובן מכר לשמעון משי משקלים חמשה ושלישים בהקפה לזמן, לפרוע מעט מעט עד סוף זמן, ובתוך הזמן נתן קצת החוב, והלך חוץ למדינה להסתחר ונפטר שם שמעון. ועתה ראובן תבע מיתומי שמעון שאר החוב אשר נשאר חייב שמעון לו. ונמצא כתוב בפנקסו של שמעון איך קנה מראובן משי חמשה ושלישים משקלים וקצת הפרעון שפרע קודם לכתו כמו שאמר ראובן, ובני ביתו יודעים במשי שלקח מראובן, ויש עד אחד שנמצא שם עם שמעון במקום אשר מת שהיה אומר שמעון: כסתה כלימה פני על כי לא יכולתי לשוב מהרה לפרוע החוב אשר עלי לראובן. יורנו מורנו הדין עם מי.²³⁶

לכאורה כל הנתונים מורים על חיובם של יתומי שמעון. דא עקא, שאין כאן עדות תקנית של שני עדים. וכך כותב המהריט"ץ בהמשך דבריו –

הילכך, אם אמור יאמר העד ויפרש דבריו שאותם הדברים ששמע משמעון היו בחוליו אשר מת בו, אע"ג דאינו אלא עד אחד, מ"מ מהני משום אמדנא דמוכח. ואפילו אינו אומר העד ששמע אלא בבריארותו, אם כשמת עדין לא עבר זמן הפרעון בודאי שמוציאין מהיתומים. ואפי' אם עבר זמן הפרעון אם יש אומדנות מוכיחות שלא שלח משם מעות כיון שיש אומדנות מוכיחות אפילו לאחר זמנו מפקינן מיתמי. ולזה יש להביא ראיה מהרא"ש ז"ל שכתב בההיא תשובה וזה לשונו: יעוד מטעם שפירשתי חשיב בתוך זמנו ואפילו בלא אלו ההוכחות לא טענינן להו ליתמי פרעת' עכ"ל. הרי נראה מדבריו דמעקרא הוה בעי הרא"ש למימר הכי אפי' עבר זמנו משום דאיכא אומדנות מוכיחות ומהנו ההוכחות אפי' לאחר זמנו להוציא מן היתומים. הילכך בנ"ד נמי אם יש אומדנות מוכיחות דלא פרע אעפ"י שעבר זמנו או אם אומר העד שהדברים ההם שמען בחוליו או באופן אחר שבריא לו שלא שלח אח"כ... אעפ"י שאינו אלא עד א' מהני לאומדני ולא גרע מהנהו אומדני דהרא"ש דגם בהנהו אית בהו ריעותא וחששא אלא שהיא רחוקה הכא נמי אי איכא אומדנות מוכיחות עושין על פי האמדן, אפס שיהיו מוכיחות.

235. שם.

236. שו"ת מהריט"ץ יז. וראה עוד בעניין אומדנא בשו"ת מהריט"ץ החדשות מב.

ודברים הללו תלויים בעוצם בינת הדיינים שבמקום ההוא ויראת ה' על פניהם לעשות משפט הישר בעיני ה' לפי שצריך ליזהר עוד שלא להוציא מן היתומים אלא בדבר ברור.

אמנם בהמשך דבריו מסתפק מהריט"ץ האם עד אחד עדיף על אומדנא דמוכח או להיפך, והוא מביא ראיות לכאן ולכאן. את התלבטותו הקשה, האם להוציא ממון מן היתומים באומדנא זו, הוא מסכם –

ואם כן בנידון דידן, הכלל העולה בידינו הוא דאי איכא אומדני דמוכחי לכולי עלמא ודאי מהני. כיצד: שכל העם יודעים שלא שלח שום מעות ולא יצאו שיירות מיום שהלך לשם בודאי מהני הני אומדני גם אם מת תוך זמן הפרעון, או שאמר לשני עדים בחליו שחייב לפלוני כך וכך. ובעד אחד לבי מגמגם אי מהני באומדנא דמוכח או לא מן הספקות שכתבתי וקשה בעיני לאפוקי ממונא מספקא.

6. רבי שלמה שמעיה ספורנו

אבחנה מעניינת עושה רבי שלמה שמעיה ספורנו²³⁷ בדברי הרמב"ם –

ואע"ג דבדברי הרמב"ם נראה דבנכסי יתומים לא אזלינן בתר אומדנא, יש משמיטים הלשון מספרו שהרי כתב נגד לזה פ"ו מה' שאלה ובפרק י"א מהלכות נחלות. ואנחנו מקיימים את שניהם באמרנו כי בהלכות סנהדרין למד דעת לדיינים היכי יתנהגו על הרוב ובשאר דוכתי כתב דינא דגמרי שאם יראה בעיני הדיין להשתמש בהם הרשות בידו, קל וחומר ממה שכתב מהררי"ק בשרש י"ד שביד הדיין לעשות לפעמים דבר יראה כנגד היושר וכו'.²³⁸

הרי שלדעת הרש"ש ספורנו גם אם הסתייג הרמב"ם מפסיקה על פי אומדנא כהוראה כללית, למעשה בכל נושא וסוגיה שבו רואה הדיין צורך בכך רשאי הוא להשתמש באומדן, כדי להוציא את האמת לאור.

7. רבי מרדכי הלוי

חמישה סימנים הקדיש רבי מרדכי הלוי²³⁹ לשאלה אחת,²⁴⁰ כאשר הבריח התיכון שעליו נסובה פסיקתו בעניין הוא האומדן. וכך הוא כותב בתשובה הראשונה בנידון –

אומר אני דכד איכא אומדנא דמוכח כי האי דנדון דידן מפקינן עפ"י האומדנא אפילו מיתמי כמפורש בדברי הרא"ש בתשובה והביאה הרדבא"ז ז"ל בתשובותיו... והאריך בזה יע"ש.²⁴¹

237. מחכמי ונציה במאה השש עשרה למניינם.

238. התשובה מובאת בשו"ת מהר"ם גלאנטי קכה, וראה עוד שם בהמשך בפסקי הדין של רבי בן ציון צרפתי ורבי יוסף סאמיג'ה.

239. רבה של מצרים. נפטר בשנת תמ"ה. אביו של רבי אברהם הלוי בעל שו"ת גינת ורדים.

240. שו"ת דרכי נועם מט-נג.

בהמשך הוא חוזר ומדגיש את העובדה שהאומדן אינו מהווה ראיה מוחלטת וברורה וכמעט תמיד ניתן לפרוך טענת אומדנא כלשהי, ואף על פי כן מאז ומעולם השתמשו הפוסקים באומדנות, ובלבד שהייתה אומדנא מוכיחה –

וכל אלו האומדנות ועובדא דיתומים דמיירי בה הרא"ש כלם הם להוציא שעי" סתם אומדנות המוכיחות מפקינן בהו ממונא, אע"ג דכד מעיינת בכל חד וחד שפיר איכא למשדי נרגא בההיא אומדנא ולדחותה, כאשר כתוב אצלי בענין תשובה א' שכתבתי, ומ"מ אמרינן דאולינן בתר אומדנא דמוכחא ולא חיישינן לדחותה בדרך רחוקה, כל שכן אומדנא דהכא דני"ד שהיא אומדנא חזקה ובריא. ועוד כל הפוסקים כלם האריכו למעניתם בענין האומדנות דעבדינן בהו עובדא להוציא ממון וגם להפקיע מעליו חומר שבועה או נזירות...

ובאחת התשובות בהמשך הוא מחדד את דבריו –

ראה גם ראה כל אומדנות אלו שבתלמוד דעבדינן עובדא בהו על פי אומדנא, לא יבצר מהיות לכל אחד מהם ספק, או מההיא דמי שהלך בנו למ"ה אפשר שהיה לו איזה הקפדה או קטטה עם בנו ועל זה אפי' לא שמע שמת בנו אפשר שהיה נותן נכסיו לאחרים, וכההיא דבני רובל, וכן בכל אחד ואחד כשתדקק תוכל לדחות האומדנא וכמו שכתב הרא"ש גופיה בתחלת דבריו שכתב הרבה אומדנות מצינן בתלמוד שאין להם כל כך הוכחה וכו'.

ועכ"ז בכולהו עבדינן בהו עובדא ומחזיקים האומדנא כאלו הוא דבר ברור אע"ג דבגמ' גופיה באים לדחות אותה אומדנא, כי ההיא דמברחת דאזל רב ענן לקמיה דמר עוקבא לקבול על רב נחמן דקרע לשטרא דמברחת ואע"ג דאמר ליה רבא לרב נחמן טעמא מאי דלא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחריני ה"מ לאחריני אבל לברתא יהיבא אפ"ה במקום ברתא נפשה עדיפא לה ע"כ. והנה אינו רחוק דיהיב איניש לבריה ושביק נפשיה דיש לך אדם רחמן על בניו יותר מעצמו, ועוד שיודע שבנו ירחם עליו ודאי ולא שביק ליה, אפי' הכי דיש לדחות אלו האומדנות, חיזקו בהם רז"ל מסמרים לא ימוט האומדנא הקרובה להיות אמיתית ואינה נדחית בכל דהו, כדדחי להו המשיג בגילי דחטייתא ובודאי דלא גרע אומדנא דאומדנא הכא בנ"ד מכל הני אומדנות דמייתו בגמ'.²⁴²

8. רבי נחום טרייביטש

בעניין העוסק בדיני הקדש התנגד אמנם רבי נחום טרייביטש²⁴³ לאומדנו של השואל, אבל בתוך דבריו הזכיר שאומדן מבורר ומוכח הולכים אחריו –

241. שם מט.

242. שם נא, וראה עוד שם ל, ד"ה ואני אומר חיי ראשי.

243. תקל"ט-תר"ב. תלמיד רבי יעקב גינצבורג מפראג. רבה של ניקלשבורג וכל מדינת מעהריץ. מחבר 'שלום ירושלים' על הירושלמי זרעים ומועד.

והוי יודע דבענין אומדנא מצינו בש"ס הרבה דברים מתנגדים... אבל לכ"ע אולינן בתר אומדנא... אלא ודאי כמ"ש המרדכי ר"פ אף על פי דאין לדמות האומדנות, דיש אומדנות יותר טובות וחזקות וכמאה עדים דמי ואין לנו לבדות מדעתינו אומדן דעת כ"א לאחר העיון היטב בהסכמת חכמים...²⁴⁴

ז. אומדנא בזמן הזה

האומדנא אינה מצטמצמת – עד כמה שאפשר לקרוא לכך צמצום – לדיני ממונות בלבד. היא מהווה נדבך מרכזי בדיני עגונות, היא מצויה גם בהלכות קידושין, נויקין, אבלות ונדרים, ועוד כהנה וכהנה.

סוגיית האומדנא מאוזכרת רבות בספרות השו"ת של פוסקי דורנו.

אף על פי כן, פטור בלא כלום אי אפשר, על כן נתבונן במספר דעות שקבעו במפורש את האפשרות, ולעיתים אף החובה, לפסוק בעזרת אומדנא.

נפתח בדבריו של רבי יעקב ריישר, שאם כי קדום הוא לתקופתנו, קבע מסמרות לגבי 'הזמן הזה' –

אע"ג דמבואר בש"ע ח"מ סימן ט"ו והוא מרמב"ם פ' כ"ד מהלכות סנהדרין דין ב' וז"ל כל הדברים הם עיקר הדין אבל משרבו בתי דינים שאינם הגונים ואפילו הי' הגונים במעשיהם כראוי ובעלי בינה הסכימו רוב בתי דינים שבישראל שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה ולא יפגמו שטר וכו' מ"מ האריך בתשובת מהר"מ אלשיך סימן מ' והוציא כן בתשובת הרא"ש ומהרי"ק ושאר פוסקים דהיכא דאיכא אומדנה טובא ולבו של הדיין שלם בדבר והוא מומחה בדורו ומוחזק איש ישר שאינו נושא פנים אם לבו שלם בדבר מותר לדון על פי האומדן אף בזמן הזה.

וכ"כ בתשובת עבודת הגרשוני סימן צ"א וכתב שמשא אמת ותורתו אמת. ונ"ל דגם רמ"א, אף שסותם בסימן ט"ו כדעת הרמב"ם מ"מ בס"ס צ"ט כתב בסעיף ח' בהג"ה וז"ל מי שיבא להפקיע תקנת חכמים בערמה ותחבולה וכ"ש לגזול את של חבירו חייבים חכמי הדור לבטל כוונתו אף על פי שאין כאן ראיה רק אומדנת מוכיחות היטב עכ"ל ואדרבא נ"ל דעכשוו יותר יש לדון על פי האומדן והיושר דהרי הסכמת האחרונים דהאידנא לית דידע למידן דין תורה, אפילו בימי אמוראים מצינו כן בירושלמי מכ"ש האידנא אם הראשונים כפתחו של אולם וכו' רק שצריך כל דיין להיות מתון בדין בכל מאמץ כחו לדין דין אמת ואם רואה שהדין מרומה יכול לדון על פי האומדן לראות לפשר הדבר או להפך השבועה על המשלח.²⁴⁵

העובדה שרבותינו הראשונים ובראשם הרמב"ם לא דחו מהותית את עניין האומדן אלא רק חששו לשימוש לא מקצועי וראוי בו ובעקבות כך לעיוות הדין, הותירה 'פתח מילוט'

244. שו"ת רבי נחום טרייביטש (מכון ירושלים, ירושלים, תשמ"ט), נו (עמ' פז).

245. שו"ת שבות יעקב קמב.

לפוסקים להחזיר אותו לשולחן הפסיקה ורק להתנות שיהיה זה במילוי כל התנאים ההכרחיים לשם יישום נכון וזהיר.

השבות יעקב מוסיף לכך את העובדה שכיום אין בעצם מי שיודע לדון דין תורה וכל דיין דן רק על בסיס של מעין בוררות או קבלתו של בעל הדין עליו לכל אשר יחליט. ממילא מרחב התמרון של הדיין גדל ומאפשר שימוש גם באומדן.

במאמר תמציתי, שבו סוקר הראשון לציון, הרב עוזיאל את מהלך הדברים הנ"ל ואת הסייגים, הוא מסכם את העולה במספר סעיפים –

- א. חייב הדיין לחקור ולדרוש כדי להוציא דין אמת לאמתו.
- ב. חייב הדיין לדון על-פי אומדן דעתו בכל דבר שדעתו נוטה להם שהוא אמת, והדבר חזק בלבו שהוא אמת אף על פי שאין ראיה לדבר.
- ג. חייב הדיין לדון על פי מה שהוא יודע שהוא כן, ואין צריך לומר בדבר שהוא ידוע לכול בגדר אנן סהדי...
- ד. מעיקר הדין רשאי הדיין לדון על פי הידיעות שקיבל מפי מי שהוא נאמן אצלו ואפילו אם הוא עד אחד כדי להפוך שבועה או לפסול השטר, אלא שהגאונים חשו לזה... אבל דיין שהוא מאמין ודעתו סומכת על עד אחד רשאי להחמיץ הדין ולחקרו ולדרשו, עד יוציא לאור משפט אמת.
- ה. דיין שהכיר בדין שבא לפניו שהוא דין מרומה אבל לא נתבררה היטב הרמאות שבדבר, אם הרמאות היא בטענת התובע חייב להסתלק ממנו... ואם הנתבע הוא טוען ברמאות חייב הדיין להרבות בשאלות לחקור הדין היטב עד שתתברר לו האמת...
- ו. אין אומדנא חשובה לדון על פיה אלא אומדנא ברורה המוכרה לדיין מתוך הכרתו והבנתו העצמית, אבל כל אומדנא הנשענת על עדות העדים... וכן באומדנא משוערת מצד הרוב כגון גמל האוחר... אין מחייבין את המזיק על פיו.
- ז. אין דנים דין אומדנא אלא דיינים מומחים ומקובלים ורצויים לציבור...²⁴⁶

ח. עמדת המשפט הישראלי – השוואה למשפט התורה

בשנים האחרונות, אנו עדים לשינויים בתפיסות הקיימות בבסיס המשפט הישראלי. בין השינויים, בולט המעבר שנהוג לכנותו 'מקבילות למשקל'. מקובל היה, כמתקבל על הדעת, שלסוגי ראיות שונים, שעל פי החוק הנן פסולות מלשמש כראיה, לא תינתן דריסת רגל בין כותלי בית המשפט. לדוגמה, אדם מעורער בנפשו, או לחילופין, פושע, שלא ניתן לסמוך על עדותו לא יוכל להעיד. התפיסה החדשה גורסת, שעל השופט להשתחרר מעיגון לכבלי החוק הפרוצדורליים המורים לו איזה סוג ראיה הוא יכול לקבל ואיזה לא, ועליו להחליט

246. הרב ב"צ חי עוזיאל, "אומדנת הדיינים", תלפיות (ניו-יורק, בעריכת רש"ק מירסקי) שנה ב חוברת ג-ד (תמוז תש"ה – טבת תש"ו) עמ' 319.

בכוחות עצמו, בהתבסס על אישיותו המשפטית והמקצועית, ובהתאם לכל מקרה לגופו, מה קביל ומה לא.

יש לציין, כי ישנם המתנגדים לתפיסה זו. הללו מחזיקים ב'שיטת הכללים' הגורסת שיש להגביל את שיקול הדעת השיפוטי בקביעת העובדות על ידי הצבה של מערכת כללים, עקרונות והנחיות אשר ידריכו את האופן שבו ינוהל הדיון השיפוטי ויתחמו את גבולותיו.²⁴⁷ הדילמה ברורה ואמיתית. מצד אחד, השופט אינו 'מכונה' אוטומטית הפועלת בצורה עקבית לחלוטין בהתאם ל'כללי היצרן', קרי חוקי המשפט. כשם שהמציאות על מאורעותיה השונים הנה מורכבת מאוד, כך צריכה להיות גישתו של השופט למקרה הבא לפניו.

מאידך, עד היכן? נתינת חופש שכזה לשופט הרי היא הסכמה לשרירות לבם של בתי המשפט ומתכון בטוח לאנרכיה בדין תוך כדי יישום השקפותיו הפרטיות של כל שופט, יהיו מוזרות ככל שיהיו, בפסיקתו.

על פי האמור לעיל תגדל אפוא התמיהה על הדינים שהוזכרו לעיל. כל עניינה של התורה הוא להדריך את האדם בעולמו על ידי מתן חוקים ומשפטים שיסללו נתיבים בכל תחומי החיים וימנעו מהאדם ללכת אחר נטיותיו הגשמיות כי אם לנתב את כוחותיו האישיים המיוחדים לו, בעבודת ה' ובדרך אמיתית, מסודרת ונכונה. כיצד, אם כן, מאפשרת דווקא היא לדיין לחרוג מכללי המשפט ולפסוק את אשר עם לבו, תוך כדי הפרת כללי הפסיקה המשפטית?

ראשית, יש להדגיש בתשובתנו, שאין במשפט התורה ביטול כללי הדין. מדובר באותם מקרים שבהם מתעורר הצורך לחרוג מן ההליך השיפוטי, וגם אז ניכרת ההשתדלות בהלכה לתחום את גבולות הסטייה לאומדנא ברורה ומובנת, שתדרוש מהדיין דרישה וחקירה מעבר לרגיל, ורק אם ליבו יהיה שלם בדבר רשאי הוא לפסוק את הדין.

שנית, והוא העיקר בדברינו, כמדומני שהתשובה נמצאת בקריטריונים שנדרש למלא הדיין לשם קבלת מינויו, כפי שנוסחו בדברי הרמב"ם, ומשם אל שולחנו הערוך של מרן –

בית דין של שלשה... צריך שיהא בכל אחד מהן שבעה דברים ואלו הן: חכמה, וענוה, ויראה, ושנאת ממון, ואהבת האמת, ואהבת הבריות להן, ובעלי שם טוב...²⁴⁸

אמנם כל שבע הדרישות חשובות הן עד מאוד, אבל חושב אני שכבסיס לכולן משמשת היראה. השופט ירא ה', הזוכר את התראתו של יהושפט מלך יהודה לשופטים –

ראו מה אתם עשים כי לא לאדם תשפטו כי לה' ועמכם בדבר משפט.²⁴⁹

247. סקירה וביקורת על הצדדים השונים ראה במאמרו של דורון מנשה, "שיקול דעת עובדתי וחופש הוכחה", הפרקליט מג (א-ב, תשנ"ז), עמ' 83-127.

248. רמב"ם סנהדרין ב, ו. שולחן ערוך חו"מ ז, יא.

249. דברי הימים ב' יט, ו.

והיודע כי אלקים ניצב בעדת אל, הרי שביושבו לכס המשפט ניצבת לנגד עיניו האחריות הגדולה של מי שאמור ליישם בעולמנו את פסק הדין היוצא מבית דין של מעלה, ויראת ה' המחדירה לו את ההכרה בגודל התפקיד, היא אשר מונעת את האנרכיה ועיוות הדין.

ט. סוף דבר

במרוצת מאות השנים של ישיבת עם ישראל בקרב העמים השונים, נכפו עליו פעמים רבות הזמנות לוויכוחים דתיים.²⁵⁰ מגמת הוויכוחים הללו, שברובם הייתה ידו של יהודי מומר במעל, הייתה לערוך ויכוח, בדרך כלל בפומבי, על מנת להראות לכולם את רדידותה של הדת היהודית הן בדיניה והן במאמריה הפוגעים בגויים, וכמו כן כדי "להוכיח" ליהודים מתוך מקורותיהם שלהם שהדת האמיתית היא הנצרות וכי ישו הוא המשיח.

באחד הוויכוחים הללו, הזכיר האפיפיור מרקו פלוריאנטין, בעצת המומר פראי פידרו, לנציגים היהודים, דון שמואל אברבנאל ודון שלמה הלוי, את מאמר התלמוד "טוב שבגויים הרוג",²⁵¹ וטען כלפיהם שהם מחרפים אותם.²⁵² תשובה מעניינת השיב לו דון שלמה הלוי: לא נאמר הטוב שבגויים אלא טוב שבגויים, כלומר להבדיל מתורתנו שבה קשה מאד לפסוק גזר דין מות על אדם בגלל כל התנאים ההכרחיים לכך והמגבלות המרובות, כגון שאם היה הנרצח טרפה (גוסס) אין הוא נהרג וכיו"ב, הרי דבר טוב בסדר משפטם של הגויים הוא הרוג, שהם הורגים על פי אמתלאות ואומדנות כדי לייסר ולהרתיע את הפושעים.²⁵³

מובן שפֶקֶש דחהו, שכן לך תסביר אמתות לגוי שונא ישראל, שבכל מקרה רוצה להרע, ורק מחפש עילה לכך. אולם, כמדומני שיותר מגרעין של אמת טמון בתשובה. כבר ראינו לעיל את התבטאותו של הרשב"א באומרו ש"אם אתם מעמידין הכל על הדינין הקצובים בתורה, ושלא לענוש אלא כמו שענשה התורה: בחבלות, וכיוצא בזה, נמצא העולם חרב, שהיינו צריכים עדים והתראה".

חכמינו בכל הדורות, ירדו לסוף דעתה של תורה, שמטרתה היא תיקון האדם והחברה, ומכוח הסמכויות שהעניקה להם התורה, וזו בדיוק הייתה כוונתו של הקדוש ברוך הוא בכך, אפשרו את יכולת התמרון של הדיין בכך שהרחיבו לו לשעת הצורך את תחום

250. ראה רשימתו של פרופ' יהודה רוזנטל, "ספרות הויכוח האנטי-נוצרית עד סוף המאה השמונה-עשרה", ארשת ספר שנה לחקר הספר העברי, כרך ב (ירושלים, תש"ך) עמ' 130-179.

251. מסכת סופרים טו, י. לעצם המאמר, ראה: הרב אפרים ביליצר, יד אפרים חלק השו"ת, שונו"ת, יב (עמ' קפ); רמ"מ כשר, תורה שלמה ג, מילואים לפרשת וארא, יט (עמ' קלד-קלח).

252. טענה זו נשמעה כבר בוויכוחו של רבנו יחיאל מפריס, ראה אייזנשטיין (הערה הבאה) עמ' 74, ראה שם מה שהשיב.

253. יהודה דוד אייזנשטיין, אוצר ויכוחים עמ' 295, ומקורו משבט יהודה לר' שלמה אבן וירגא, השמד הארבעים ואחד [במהדורת מוסד ביאליק, ירושלים, תש"ז, עמ' קט]. וראה שם בהערותיו של ע' שוחט עמ' רא שויכוח זה לא היה אלא בדוי מליבו של המחבר (!).

השיפוט בהתאם לצו ליבו, המובנה על תשתית משפטית התורה ונתון תחת מרותה של יראת שמים.

ברוח הדברים הללו, זכינו לביאור יפה לפסוק במשלי מפיו של רבי פנחס רוזובסקי.²⁵⁴
שלמה המלך אומר –

מלך יושב על כסא דין מְזַרְהָ בעיניו כל רע.²⁵⁵

על פי הפירוש המקובל לפועל 'זרה' – פיזור והפצה, יקשה לנו לשון הכתוב 'מזרה בעיניו', והרי מעשה השופט וכל אדם הוא בידיו, ומה עניין לזרות בעיניים?
במילון מסוים מצא רבי פנחס שבלשון הערבית הקרובה ללשונו משמעות הפועל 'זרי' היא ידיעה והכרה, ובייחוד חקירה והבנה. לפי זה יתבאר הפסוק לאחר שנוכח את דברי שלמה המלך כמה פרקים קודם לכן –

"קסם על שפתי מלך במשפט לא ימעל פיו" (משלי טו, י) – שכוונתם היא שבשעה שהמלך יושב על כסא המשפט לא יתעה אותו הרמאי בתרמיתו אלא הוא בעיניו יחדור לחדרי הלב ויבין את הדברים לאשורם. וזו כוונת הפסוק "מזרה בעיניו" שמכיר ומבין הוא כל רע ועל ידי כך מסיר הוא את מסוה השקר מעל פני הדין. ולזה כיוון גם הפסוק בהמשך הפרק: "מזרה רשעים מלך חכם וישב עליהם אופן" (שם כ, כו). אין הכוונה כאן לפיזור הרשעים, שכן אז היה לו ליחס זאת למלך צדיק או ישר, אולם הכוונה כאן היא להבחנה וההכרה ברמאותם של הרשעים ולכן מזכיר כאן את היות המלך חכם.²⁵⁶

נסיים בפירוש נוסף לפסוק במשלי, הפעם מפיו של הגר"א –

"עיני ה' נצרו דעת ויסלף דברי בגד".²⁵⁷

"עיני ה'" – הם שומרים את הצדיקים לבל ישכחו את הדעת. "ויסלף דברי בגד" – ואת דברי הרמאי הוא מסלף בכדי שתודע רמאותו... והענין הוא: כי הדיין צריך לשני דברים: האחד, שיהיה בקי בתורה לידע הדין לאשורו. והשני, שיהיה בקי בישובו של עולם ולהבין בחכמה דברי העדים ובעלי דינין, אם כנים דבריהם ואין בפיהם עולה. כי אם יהיה בקי בתורה ולא בעניני הבריות – אם יטענו שקר על כרחך ידונם לפי דבריהם ואם לא יבין רמאותם יהיה הדין אמת לפי דבריהם, אך אינו לאמיתתה של תורה... וזה שאמרו "ודרשת – מן התורה, וחקרת – מן העדים, ושאלת – מדברי סופרים", כלומר שתדרוש את הדין שלא יאמרו שקר, ואחר כך תדע הדין מן התורה, ואז "והנה אמת" שהדין אמת מהתורה, ו"נכון הדבר" שאין בדבריהם

254. תר"ג-תרס"ד. משנת תרמ"ו רבה של שווינציאן על מקומו של הרב ריינס. בעל השכלה כללית רחבה, 'חובב ציון' וממייסדי תנועת 'המזרחי'.

255. משלי כ.ה.

256. הרב מימון, אנשים של צורה (ירושלים, תש"ז) עמ' קכה.

257. משלי כב, יב. ביאור הגר"א משלי שם. וראה עוד ביאורו למשלי ו, ד.

שקר. וזה שאמרו "אם ברור לך הדבר כאחותך", שהוא מורה שיהיה ברור לו הדין מהתורה, כמו שברור מן התורה איסור אחותו, וגם "ברור לך הדבר כבוקר" הוא בעיני העולם להבין טענותיהם לבל ישקרו. וזה שנאמר "כי השוחד וגו' חכמים" ואחר כך "פקחים", כי חכמים הם בתורה ופקחים הם בעיני העולם.²⁵⁸

258. ראה עוד מראי מקומות מפורטים לנושאי האומדנא: רבי יצחק למפרונטי, **אנציקלופדיה פחד יצחק** א (כה, ב – כז, א); **שדי חמד** א עמ' 315.
 וראה עוד: רבי שלמה איגר, **ספר העיקרים** א (ירושלים, תשנ"ג), עיקר 'אומדנא' (יז-יז); רבי בנימין ליפקין, "אומדן הדיינים", **בני בנימין** (מכון הרי פישל, ירושלים, תשנ"ו) עמ' א-כג; הנ"ל, "גדרי אומדנא ורוב בדיני ממונות ובדיני נפשות", שם, עמ' קלז-קט; הרב צבי יהודה בן יעקב, "פסיקת דין ע"פ אומדנא", **משפטיך ליעקב** ג (בני-ברק, תשנ"ט), עמ' תכח-תמ; הרב יגאל בנבנישתי, "בענין תנאים ואומדנא דמוכח במקח ומתנה", **מקבציאל** כד עמ' קפג; הרב נחום גורטלר, "אומדן דעת לביטול מקח או התחייבות" **שורת הדין** (הוצאת מכון שער המשפט) ג, עמ' רמו; הרב יוסף גולדברג, "פרשנות ואומדנא בביאור התקנות", **טובי העיר** (מכון שער המשפט, ירושלים, תש"ס), פרק יג; אליאב שוחטמן, **סדר הדין** (לפי המפתח); **אנציקלופדיה תלמודית** ערך 'אומדנא' א, עמ' רצה.

מצוות העדות

הרב אב"י ונגרובר

א. הקדמה

ב. מקור החיוב

ג. מהות החיוב

ד. עד אחד

ה. חובה משפטית או מוסרית בלבד?

1. תשלום על נזק שנגרם עקב כבישת עדות ('נזק ראייתי')

2. תביעת עדות

3. דין הכובש עדותו

4. בין חיוב בתשלומים לחיוב קרבן

ו. סיכום

א. הקדמה

העדות משמשת ככלי מרכזי בבירור טענות בעלי הדין בבתי המשפט. הצדדים הטוענים מוכרחים להתייחס אל העדות, לסתור אותה, או ללכת בעקבותיה, והדיינים מבססים עליה את הכרעתם.

חשיבותה הרבה באה לה מכוח התורה, אשר מעניקה לה כוח כמעט מוחלט, בבירור טענות וספקות שבין הצדדים. אשר על כן, על כתפי העד מונחת אחריות כבדה בכל מהלך העדות. בראש ובראשונה עליו להפנים ולקלוט היטב את מה שהוא רואה, בשלב הבא חובתו ללכת לבית הדין ולמסור את הדברים.

מלבד עצם הקריאה לבוא ולהעיד מטפלת התורה במי שנמנע ומחייבת אותו בדין. הכובש עדותו,¹ נקרא בתורה חוטא ונושא עון,² ועליו להתכפר. התורה מזהה את כבישת עדות כפגם בנפש האדם ולא רק כפגיעה בזולת.³

* הרב אב"י ונגרובר, מכון 'משפטי ארץ', עפרה.

1. כובש = מסתיר, מונע. כלשון הכתוב (מיכה ז, יט): "ישוב ירחמנו יכבש עונתינו ותשליך במצלות ים כל חטאותם".

ובלשון חכמים: "הכובש נבואתו" (משנה סנהדרין יא, ה). ביטוי זה מופיע בדברי הראשונים בקשר לעדות, כגון ספר החינוך מצוה קכב.

חובתו של אדם מישראל להעיד בפני בית הדין מעוגנת בצו של התורה אשר נוגע לתחום הרוחני, הפנימי, בין האדם לקונו, שהרי בהרבה מקרים נמצא העד לבדו ואין איש שיוכל לתבוע ממנו הגדת העדות.⁴ בכך בא לידי ביטוי הבדל מהותי בין החיוב להעיד בפני בית הדין הדתי, לחיוב להעיד בפני בית המשפט החילוני. החיוב להעיד, שמקורו בחוק המדינה, אינו חיוב 'דתי', ומשום כך, החובה היא כלפי החברה, ולא כלפי ריבונו של עולם. מהן משמעויות הדבר? כיצד משפיע הציווי הדתי על העדות, על העד, על המערכת המשפטית, ועל תחומי העדות? בהקשר זה נבקש גם לבחון, האם קיימת זיקה בין החיוב האזרחי להעיד, לחיוב הדתי? איזה חיוב הנו רחב יותר, ומזה הם השיקולים היוצרים את חובת העדות?

ב. מקור החיוב

לפי חכמים, מקור החובה להעיד מצוי בפרשת ויקרא –

ונפש כי תחטא ושמעה קול אלה והוא עד או ראה או ידע, אם לוא יגיד ונשא עונו... והיה כי יאשם לאחת מאלה והתודה אשר חטא עליה. והביא את אשמו לה' על חטאתו אשר חטא, נקבה מן הצאן, כשבה או שעירת עזים לחטאת, וכפר עליו הכהן מחטאתו. ואם לא תגיע ידו די שיה, והביא את אשמו אשר חטא, שתי תרים או שני בני יונה לה' – אחד לחטאת ואחד לעולה.⁵

כך נאמר במשנה –

כיצד מאיימין את העדים? על עדי נפשות, היו מכניסין אותן ומאיימין עליהן... ושמא תאמרו מה לנו ולצרה הזאת? והלא כבר נאמר: "והוא עד או ראה או ידע אם לוא יגיד וגו'" (ויקרא ה, א).⁶

וכך עולה מן הנאמר בגמרא –

תניא, אמר רבי יהושע: ארבעה דברים, העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ואלו הן... והשובר עדי שקר להעיד... והיודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו.

2. ויקרא ה, א.
 3. כנגד המצווה למסור עדות קיים לעתים איסור על מסירת עדות – כל עדות שאין בה תועלת משפטית. עדות כזאת היא בבחינת לשון הרע ואפילו כשנאמרת בפני הדיינים.
 4. חכמים (פסחים ק"ג, א) כללו יחד את מי שצריך להעיד ולא מעיד, ואת מי שהולך להעיד כשאסור לו, ואמרו שהקדוש ברוך הוא שונא אותם. במילים אחרות: כשם שיש מצווה לומר, כך יש מצווה שלא לומר. ההבחנה ההלכתית בין המצווה לבין האיסור נמצאת בדברי הרמ"א ח"מ כח, א.
 5. כדברים המסורים ללב האדם, שעליהם נאמר "ויראת מאלוקיך" (ויקרא יט, יד, וברש"י שם).
 6. ויקרא ה, א-ו.
7. **משנה סנהדרין ד, ה.** אמנם המשנה מדברת על דיני נפשות ומורה על החובה להעיד בהם, אך מסתבר שלא התכוונו חכמים לנפשות דווקא, משום שפשט הפסוק לא מדבר על נפשות, ואדרבה, המלים "או ראה או ידע", מתפרשות על פי חכמים כעוסקות בדיני ממונות בלבד.

במאי עסקינן? אילימא בבי תרי, פשיטא, דאורייתא הוא, "אם לוא יגיד ונשא עונו!"⁷

הגמרא דנה בעד יחיד שכבש עדותו. מן הסוגיה עולה כדבר פשוט, ששני עדים חייבים להעיד, ומקור החיוב הוא בפסוק מפרשת ויקרא.⁸

התורה פותחת ומגדירה את הכובש עדותו כ'חוטא'. במה חטא? על כך ניתן ללמוד מהמשכו של הפסוק. החוטא הוא מי שנעשה עֵד,⁹ והושבע על טענתו, שלא ראה או שלא שמע. חוטא זה נושא עוון, וכדי להתכפר עליו להביא קרבן 'עולה ויורד'.

לפי פרשנות זו, החובה להעיד מובלעת למעשה בפסוק, מבלי שהיא כתובה בו בצורה מפורשת. למעשה, הפסוק כתוב במהופך: חוטא, שבועה, עדות. הסדר ההגיוני היה צריך להיות הפוך: חיוב להעיד, שבועה, סירוב להעיד הגורר את הגדרת המסרב כחוטא, וחיובו בהבאת קרבן.¹⁰

כאמור, המצווה אינה עולה ישירות מן הכתוב.¹¹ לפי התשב"ץ,¹² החיוב להעיד מובלע במילים "והוא עד", שמשמען – "והוא חייב להיות עד".

לפי בעלי התוספות,¹³ יש ללמוד מן העונש – "ונשא עונו". לפי פירוש זה, הקרבן בא על שני מרכיבים: על כבישת העדות, ועל שבועת השקר.¹⁴ לפי דבריהם, יש לפרש את הפסוק כך:

7. בבא קמא נו, א.
8. הרמב"ם מנאה כמצוות עשה (ספר המצוות עשין קעט), כמובא לקמן. מן השאלות (פג) משמע, שמי שלא מעיד עובר על איסור, וכן הסמ"ק (רלט) מנה איסור שלא לכבוש עדות מן הפסוק "אם לוא יגיד". רס"ג לא מנה כלל מצווה להעיד. הברכי יוסף (כח, ו) בשם תשובת תורת חסד כתב, שכופים על מצווה זו ככל מצווה שבתורה. אפשר להסביר על פי זה את סמכות בית הדין לכפות על מי שמחזיק בידו שטר שיש בו ראייה, להוציאו (ראה: רמב"ם טוען ונטען ה, ז; שולחן ערוך חו"מ טז, ד).
9. המילים "והוא עד" משמשות כשם תואר, והתורה קוראת "עד" למי שראה או שמע, אף שלא העיד עדיין. המלבי"ם (ויקרא ה, ד"ה והוא עד) מדקדק ומבחין בין עד לבין עוֹנֵה ("שקר ענה באחיו"). עד הוא מי שראה או שמע, אף שלא העיד, ועונה הוא עד שמעיד.
10. חכמים הבינו שיש משמעות הלכתית למילה "עד". עד אינו רק מי שראה מעשה שעליו מתקיים דיון בבית הדין, אלא הוא גם מי שראוי להעיד, היינו, שכשר לכך. כך בערכין (יז, ב): "והוא עד, עד שיהא כשר מתחלתו ועד סופו". ובספרא ויקרא (דיבורא דחובה פרשה ח):
- והן שיודעין לו עדות עד מפי עד או שהיה אחד מהן קרוב או פסול, יכול יהו חייבין? תלמוד לומר "ושמע קול אלה והוא עד" – בזמן שהן כשרין לעדות, לא בזמן שהן פסולים מן העדות.
- לפי דברי חכמים, כוונת התורה היא להציב תנאי במילים "והוא עד" ולומר: אם הוא (מי שראה עדות) שמע, או ראה והוא עד (כשר להעיד), אז ישא עונו אם לא יגיד את מה שראה.
- התשב"ץ (וזהו הרקיע, קלט) פירש את אותן המילים כקובעות חובה להעיד.
- אמנם בשבועות (לא, א) למדו חכמים הלכה זו מהמילים "אם לוא יגיד" – "בראויים להגדה".
10. נראה שהתורה נקטה בסדר זה בשל ההקשר. אנו עומדים בספר ויקרא, והפרשה עוסקת בקרבנות ככפרה על חטא בענייני שבועות, כגון שנשבע לשקר. לכן הכותרת היא: "נפש כי תחטא ושמעה קול אלה". פרטי השבועה הובאו כבררך אגב, כאילו כבר הוזכרו במקום אחר כבר. אם הייתה רוצה התורה לדבר על חיוב הגדת העדות, ודאי הייתה פותחת בעדות.
11. הרדב"ז (שו"ת רדב"ז מכתב יד, ח, א ד"ה הלכות סנהדרין) תלה בלשון זו שאינה מצוה במפורש, את לשונו של הרמב"ם במשנה תורה – "העד מצווה", ולא כתב "מצוות עשה... להעיד".
12. לעיל, הערה 9.

מי שלא העיד עדות ישא עוון; אם הוא שמע קול אלה וכיחש בה הרי הוא חוטא, ויתחייב גם בקרבן.

רב אחאי גאון¹⁵ מפרש את הפסוק בדרך דומה, אלא שהוא מוצא את מקור החיוב להעיד במילים "כי תחטא". לפי פירושו, משמעות "נפש כי תחטא" היא, נפש שתחטא בכבישת העדות (שמופיעה בהמשך הפסוק). רק לאחר הגדרת הכובש עדותו כחוטא, מוסיפה התורה שאם "שמעה קול אלה", כלומר, החוטא גם הושבע על כך שאין הוא יודע עדות, "ונשא עונו". רב אחאי קורא אם כן את הפסוק כך: "נפש כי תחטא... אם לוא יגיד".

הרשב"א¹⁶ מציע דרך אחרת להבנת מקור החיוב. לדבריו, אין לנו אפשרות למצוא את המילים בפסוק שמלמדות את החיוב, אולם בידינו לבחון את ההיגיון ההלכתי וממנו להסיק. החיוב להביא קרבן מעיד על קיומו של חטא. חטא זה, טוען הרשב"א, לא יכול להיות החטא של שבעת שקר, משום שהלכה פסוקה היא, שאין הנשבע לשקר חייב קרבן, כאשר חברו מחייבו להישבע. לפיכך, הכרחי הוא, שחיוב הבאת הקרבן בא כעונש על חטא אחר. והוא – כבישת העדות. וכל מי שפטור מלהעיד פטור מקרבן השבועה.

ההבדל בין פירושם של בעלי התוספות לזה של הרשב"א מתמקד בהבנת הגורם המחייב את הקרבן. לפי התוספות, החייב קרבן מוגדר תחילה כנושא עוון על כך שכבש עדותו. אם נושא העוון גם נשבע, או הושבע מפי אחרים שאין הוא יודע דבר על הנושא הנדון, והתברר ששקר, הרי הוא מתחייב בקרבן. כלומר, שני גורמים מחייבים אדם בקרבן: כבישת עדות ושבועה.

מנגד, לפי הרשב"א, כבישת העדות היא העבירה הדורשת קרבן ככפרה, כאשר השבועה הנה תנאי בלבד לקיומו של החיוב, ולא חטא בפני עצמו.¹⁷

13. **בבא קמא** נ"א ד"ה פשיטא.

14. החיובים אינם תלויים זה בזה. ייתכן שיהיה חיוב להעיד ללא קרבן שבועה (דוגמת עדות על קרקע או על עבדים או על שטרות). גם אישה, במקום שעדותה מועילה, מחויבת להעיד, מדאורייתא, אך אינה מתחייבת בקרבן. לעומת זאת, עד אחד, במקום שמועילה עדותו, חייב להעיד. אם לא עשה כן, ונשבע שאינו יודע עדות, חייב להביא קרבן. ההבדל בין העדויות נובע מסיבת פסלותן של העדויות. פסלותו של עד אחד אינה עצמית, שכן, ראוי הוא להעיד במקום אחר, עם עד נוסף. על כן, במקום שמחויב העד להעיד, גם בהיותו יחיד, יחולו עליו כל ההלכות הנוגעות לעדות שניים. לעומת זאת, אישה אינה בת עדות. משום כך, גם אם ישנם מקרים שבהם תתקבל עדותה, לא יחולו עליה כל ההלכות הנוגעות לעד שכבש עדותו. ראה: **משנה למלך** הגהות לספר החינוך, ויקרא קכג, ד"ה חוץ, ו**מנחת חינוך** קכב, ד י.

15. **שאלות דרב אחאי גאון** סט. הנצי"ב (**העמק שאלה** שם, א) מבאר את הפסוק לפי שיטת השאלות, שהחטא הנזכר בראש הפסוק מפורט בהמשך, במילים "אם לוא יגיד", וכמו באשם גזלות, שהחטא המחייב את הקרבן מורכב מעצם הגזל, שאליו מצטרפת שבועת שקר.

16. **בבא קמא** נ"א ד"ה אי בתרי מדאורייתא נמי מחייב.

17. אולי גם **הרמב"ם** סבור כרשב"א: בשבועות פ"ט הוא מחייב בקרבן גם את מי שהושבע מפי אחרים, אף שלא ענה אמן. כלומר: אפשר לראות את השבועה כחלק מהתביעה ולא כשבועת שקר העומדת בפני עצמה. הדברים מתחדדים יותר לאור דברי הרמב"ם בפרק ז שם לגבי שבועת הפיקדון, שאף היא מחייבת במושבע מפי אחרים, ושם הרמב"ם מדגיש שהכפירה היא במקום עניית אמן.

השוואת שבועת העדות לשבועת הכופר בפיקדון המופיעה בהמשך הפרשה, מעלה שהתוספות מזהים מכנה משותף לשתי השבועות. כשאדם עובר עבירה כלפי חברו והוא מכחיש אותה בשבועתו, מחייבת אותו התורה בקרבן, וכשם שכשנשבע בעצמו לשקר צריך קרבן לכפרה,¹⁸ כך כשהושבע מפי אחרים צריך כפרה. כלומר: השבועה נמצאת במוקד הפרשה.

לעומת זאת, מדברי הרשב"א עולה הבחנה בין השבועות: בשבועת הפיקדון, השבועה מחייבת קרבן, ואילו בשבועת העדות כבישת העדות היא זו שמחייבת. כאן יש לציין שהתורה מכנה את שתי השבועות בשמות שונים, בפיקדון קוראת לה התורה שבועת שקר ואילו בשבועת העדות, המילה שבועה אינה נזכרת, אלא "אלה",¹⁹ שוני זה תומך כמובן בשיטת הרשב"א.

ג. מהות החיוב

מקורות שונים הוצעו בדברי הפוסקים לחובת העדות בתורה. לניתוח המקורות והשוואתם, תהיה השלכה רבה, כפי שניווכח בהמשך, על היקף החובה ועל אופיה.

הרמב"ם מגדיר את החיוב להישבע כמצוות עשה, הנלמדת מהפסוק הנזכר. וזו לשונו בספר המצוות –

שצונו להעיד בבית דין בכל מה שנדעהו. בין שיהיה בו מיתת מי שהעדות עליו או הצלתו, הפסד ממונו או הרוחתו, אנחנו חייבים להעיד זה כלו ולהודיע הדיינין מה שראינו או שמענו. והנה הביאו רבותינו עליהם השלום ראיתם על חיוב הגדת העדות מאמרו יתעלה "והוא עד או ראה או ידע" (ויקרא ה, א). והעובר על מצוה זו והוא שיכבש העדות ענשו גדול,²⁰ והוא אמרו יתעלה "אם לוא יגיד ונשא עונו" (הובא בלאוין רצו). וזה דבר כללי. ואם היתה העדות שכבש אותה עדות ממון וכחש בה ונשבע עליה – חייב קרבן עולה ויורד (עשה עב) כמו שביאר הכתוב (שם) ובתנאים הנזכרים בשבועות (ריש פרק ד). וכבר התבארו משפטי מצוה זו בסנהדרין ובשבועות (פרק ד).²¹

18. ויקרא ה, ד: "או נפש כי תשבע לבטא בשפתים להרע או להיטיב לכל אשר יבטא האדם בשבעה ונעלם ממנו והוא ידע ואשם לאחת מאלה".

19. הגמרא (שבועות לה, ב-לו, א) דנה בלשון "אלה", ומפרשת על פי מקורות אחרים את משמעות הפסוק כשבועה.

20. מדוע כתב הרמב"ם, דווקא כאן, שעונשו גדול? שאלה דומה ניתן לעורר גם על הגמרא (פסחים קיג, ב) האומרת "שלשה הקדוש ברוך הוא שונאן, המדבר אחד בפה ואחד בלב, והיודע עדות בחבירו ואינו מעיד לו, והרואה דבר ערוה בחבירו ומעיד בו יחידי". תשובה לכך מצויה בדברי ספר החינוך קכב: "ביטל עשה וענשו גדול מאד, כי בכח העדות יתקיימו הישועים, על כן נכתב בו (ויקרא ה, א) אם לוא יגיד ונשא עונו".

21. ספר המצוות עשה קעח.

במקום אחר כותב הרמב"ם, שהחיוב להעיד מקורו גם במצוות לא תעשה שבפסוק "לא תעמד על דם רעך"²². וזו לשון הרמב"ם –

היא שהזהירנו מהתירשלה בהצלת נפש אחד מישראל כשנראהו בסכנת המות או ההפסד ויהיה לנו יכולת להצילו... ובאה האזהרה מהמנע להצילו באמרו יתעלה "לא תעמד על דם רעך" (ויקרא יט, טז). וכבר אמרו שמי שיכבוש עדות תכללהו גם כן זאת האזהרה כי הוא רואה ממון חבירו אובד והוא יכול להחזירו אליו באמרו האמת, וכבר בא בזה הענין גם כן "אם לוא יגיד ונשא עונו" (ויקרא ה, א; הובא בעשין קעח). ולשון ספרא: "מניין אם אתה יודע לו עדות שאין אתה רשאי לשתוק עליה? תלמוד לומר: 'לא תעמד על דם רעך'. ומניין אם ראית אותו טובע בנהר או לסטים באים עליו או חיה רעה באה עליו אתה חייב להצילו? תלמוד לומר: 'לא תעמד על דם רעך'. ומניין לרודף אחר חבירו להרגו שאתה חייב להצילו בנפשו? תלמוד לומר: 'לא תעמד על דם רעך'" (ספרא קדושים ב, ד).²³

על אף שהפסוק מתפרש בדרך כלל כעוסק בדיני נפשות²⁴ וניתן היה לומר שאף החובה להעיד מכוחו נוגעת רק לדיני נפשות, הרמב"ם²⁵ מרחיב את החיוב ומחיל אותו גם על דיני ממונות.²⁶

עולה אם כן, שהעד חייב להעיד מכוח שני ציוויים: "אם לוא יגיד" ו"לא תעמד על דם רעך".

מהו ההבדל בין השניים, פרט להבדל הברור שבין "עשה" ו"לא תעשה"?

הציווי הראשון מחייב את העדות בכל אופן, בין לזכות בין לחובה, בין לממון בין לנפשות. כלשון הרמב"ם: "וזה דבר כללי". הציווי השני עוסק במצב שבו יש הפסד לזולת, והציווי נובע מן הדאגה להצלת ממונו – "לא תעמד על דם רעך".²⁷

הציווי הראשון, הנמנה כמצוות עשה,²⁸ הוא כלפי הדין והאמת, "להודיע לדיינים" כלשון הרמב"ם, כדי לחשוף את האמת ולמצות את הדין. הציווי השני הוא חיוב כלפי הזולת, שעלול להפסיד. התורה אוסרת על מי שיודע עדות, לשתוק, ובכך לגרום הפסד.

22. ויקרא יט, טז.

23. ספר המצוות לא תעשה רצו.

24. למשל בסנהדרין עג, א.

25. על פי מדרש חכמים בספרא.

26. לפי שער משפט (כח, ב), גם לדעת הרמב"ם, הפסוק מחייב עדות בדיני נפשות בלבד, ואף שכתב "...רואה ממון חבירו אובד", אין זה אלא אסמכתא. סיוע לשיטתו מצוי בעובדה שהרמב"ם לא הזכיר בהלכותיו את הפסוק הנ"ל כמקור לחיוב להעיד. גם המשך חכמה (ויקרא יט, טז) כתב שדברי הרמב"ם בספר המצוות לא תעשה רצו אינם מדוקדקים.

27. אולי אפשר לפרש ברמז את המילה "דם" כממון. אולם, זהו כמובן רמז בלבד, היות והשימוש בביטוי 'דמים' כמכוון לכסף, מצוי בלשון חכמים בלבד, ולא בלשון תורה.

28. לשון התורה "אם לוא יגיד" אינה משתמעת באופן ברור כמצוות עשה. החובה להעיד נלמדת מכלל הלאו.

ניתן לומר שהציווי הראשון הוא ביסודו מן המצוות שבין אדם למקום, אם כי, ציווי זה נושא גם חובה כלפי החברה,²⁹ שהרי הדין מעמיד את העולם, בעזרת העדות. הציווי השני נושא אופי מובהק של מצווה שבין אדם לחברו.

ד. עד אחד

מקורה של החובה להעיד עשוי להשליך גם על היקפה של החובה, כפי שניווכח בפרק זה. מדין תורה, אין מוציאים ממון על פי עדותו של עד אחד. מפי השמועה למדו חכמים,³⁰ שיש בכוח עדות היחיד לחייב את מי שהעידו נגדו שבועה.³¹

אם כן, שונה התועלת מעדותו של עד אחד, או הנזק הנגרם עקב כבישת עדותו, מן התועלת שבעדותם של שני עדים או ההפסד הנובע מכבישת עדותם. הדבר מעורר מאליה את השאלה, האם גם חובתו של היחיד להעיד שונה מחובתם של שניים? שמא אין היחיד מחוייב להעיד, כל עוד לא מצטרף אליו עד נוסף?

נראה, שניתן להשיב על שאלה זו מתוך הסוגיה בעניין עונשו של הכובש עדותו. הסוגיה מבחינה לעניין זה בין עד אחד שכבש עדותו, לשני עדים שכבשו עדותם –

תניא, אמר ר' יהושע: ארבעה דברים, העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ואלו הן: הפורץ גדר בפני בהמת חבירו, והכופף קמתו של חבירו בפני הדליקה, והשוכר עדי שקר להעיד, והיודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו...
והיודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו. במאי עסקינן? אילימא בבי תרי, פשיטא, דאורייתא הוא, "אם לוא יגיד ונשא עונו!" אלא בחד.³²

מדברים אלו למדנו, שהפסוק שממנו נלמדה החובה להעיד עוסק בשני עדים, למרות שהוא נוקט בלשון יחיד – "עד". ואם כן, שני עדים חייבים להעיד מדאורייתא. עד אחד אינו חייב להעיד מדאורייתא, אך אם לא העיד חייב לשלם בדיני שמים.³³

בהמשך מציע רש"י³⁴ שתי תשובות לשאלה, מדוע היה ברור לגמרא שהפסוק עוסק בשני עדים ולא בעד אחד:

29. בדומה לציווי "ובערת הרע מקרבך" (דברים יג, ו) שמגמתו כפולה: להסיר את הרע כי כך ציווה הקדוש ברוך הוא, ולבער את הרע כדי ליצור חברה בריאה ומתוקנת. על יסוד הבחנה זו "מתירה" התורה להעיד, חרף איסור לשון הרע.

הרב עוזיאל (שו"ת משפטי עוזיאל ד, חו"מ יג) מבסס על יסוד הבחנה זו מצווה להעיד במשפט הפלילי בפני בתי משפט אזרחיים.

30. לשון הרמב"ם טוען ונטען א, א.

31. כתובות פו, א.

32. בבא קמא נו, א.

33. מן הסוגיה לא ברור לגמרי מה דינם של שניים שכבשו עדותם, האם הם חייבים גם בדיני אדם? מדברי רש"י (בבא קמא נו, א ד"ה פשיטא דאורייתא הוא) עולה, ששני עדים שכבשו עדותם חייבים בדיני שמים בלבד, ועל חיוב זה נאמר בסוגיה "פשיטא", כלומר, פשוט שחייבים בדיני שמים, כיוון שעל כך מדבר הפסוק.

א. הגדתו של עד אחד אינה מחייבת ממון, וחכמים הבינו שהפסוק מדבר על מי שיכול להגיד דווקא הגדה משמעותית. כלומר, לחייב ממון.

ב. כל מקום שבו אומרת התורה "עד" – כוונתה לשניים.³⁵

מבחינה הלכתית ישנו הבדל בין ההסברים, במקום שבו יהא בכוחו של עד אחד לחייב ממון, למשל במקרה של נסכא דרבי אבא.³⁶ לפי ההסבר הראשון, תחול על העד החובה להעיד, כמו על שניים. לעומת זאת, לפי ההסבר השני, לא תחול החובה, כיוון שהתורה חייבה רק שניים להעיד, ועד אחד אינו בכלל.

כאמור, למסקנת הסוגיה בבבא קמא, עד אחד לא נכלל בפסוק "אם לוא יגיד" וממילא אינו חייב להעיד מדאורייתא.³⁷ כך משמע גם מדברי התלמוד הירושלמי על המשנה –

מפי בית דין – להוציא עד אחד. בשאמרו לו הרי את מקובל עלינו כשני עדים יהא חייב? ת"ל "והוא עד או ראה או ידע אם לוא יגיד ונשא עונו" – את שכשר להעיד עדות תורה, יצא אחד שאינו כשר להעיד.³⁸

אף-על-פי כן, פסק הרמב"ם שעד אחד חייב להעיד, ואם לא העיד, עבר על הציווי "אם לוא יגיד" –

העד מצווה להעיד בבית דין בכל עדות שיודע, בין בעדות שיחייב בה את חבירו... שנאמר: "והוא עד או ראה או ידע אם לוא יגיד ונשא עונו".³⁹

הרב סולובייצ'ק⁴⁰ מיישב את דברי הרמב"ם, תוך שהוא מבחין בין האיסור לכבוש עדות לאיסור לכפור בפני בית דין בשבועה. העובר על האיסור האחרון חייב קרבן שבועת העדות, אולם, עד אחד שכפר בבית דין, אינו חייב קרבן. הסוגיה דנה על חיוב מסירת עדות שיש לו יכולת להתפתח לחיוב קרבן, גם עד אחד חייב למסור עדות מן התורה אלא שאין בחיובו חלות שם של כפירת העדות. הרמב"ם בהלכות עדות בא להגדיר מי חייב ללכת ולהעיד, על כן אינו מחלק בין עד אחד לשניים.⁴¹

על אף שכאמור, חיוב הקרבן שבתורה מדבר על עדות שני עדים, חכמים ציינו כמה מקרים יוצאים מן הכלל, שבהם גם עד אחד חייב בקרבן –

34. שם ד"ה אם לא יגיד.

35. על פי הפסוק "לא יקום עד אחד באיש" דברים יט, טו. כך למדה הגמרא סוטה ב,ב.

36. בבא בתרא לג,ב.

37. מי שטוען 'פרעתי', ויש לו עד אחד המסייע לדבריו, חייב העד להעיד (אף קודם תקנת רב נחמן המחייב שבועת היסח), כדי שלא יחשבוהו כגולן – חוות יאיר רח, וראה באמרי בינה (עדות ח), שתמה על דבריו.

38. שבועות ד, א.

39. רמב"ם עדות א, א.

40. רשימות שיעורים שבועות לא, א, עמ' מב.

41. ייתכן לפי זה שאף פסול צריך ללכת ולהעיד, אולי בית הדין יקבל עדותו, אם לא כעד כשר – על כל פנים עשויה להיות איוו שהיא תועלת בעדותו.

אמר אביי: הכל מודים בעד סוטה, הכל מודים בעד אחד, והכל מודים בעד שכנגדו חשוד על השבועה. הכל מודים בעד סוטה – שחייב בעד טומאה, דרחמנא הימניה, דכתיב: "ועד אין בה" (במדבר ה, יג), כל שיש בה... הכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה... כגון ששניהן חשודין... הכל מודים בעד אחד דר' אבא... מחויב שבועה ואינו יכול להישבע, משלם.⁴²

המשותף למקרים אלו הוא, שיש תועלת בעדותו של עד אחד, ויש בכוחה להכריע דין. לפי קצות החושן,⁴³ עד אחד חייב להעיד מן התורה, משום מצוות השבת אבדה. לדעת נתיבות המשפט⁴⁴ חלה עליו על כל פנים חובה מדרבנן, לבוא ולהעיד.

ה. חובה משפטית או מוסרית בלבד?

ההגדרה האחרונה מעוררת את השאלה החשובה, האם חובה זו, כלפי האחר, נושאת אופי מוסרי בלבד, או שמא יש בכוחה להפוך לחובה משפטית לכל דבר ועניין?

לשאלה זו, השלכות מרחיקות לכת בנוגע לשאלות דוגמת השאלה: האם יכול בעל הדין לתבוע את העד שיבוא להעיד לו? האם יכול הוא לדרוש מבית הדין הפעלת סנקציות כמו חרם, נידוי וכדומה כלפי העד, כדי לזכות במה שמגיע לו על פי דין? אם לא בא העד להעיד, האם יכול בעל הדין לתבוע את ההפסד שנגרם לו מן העד? האם רשאי לתפוס משל העד, כפיצוי על הנזק שגרם לו?

הרמב"ן⁴⁵ והנמוקי יוסף⁴⁶ לא רואים את החובה להעיד כחייב משפטי, ועל כן פוטרים עד אחד ואף שני עדים⁴⁷ שכבשו עדותם, מתשלומים עבור הפסד שנגרם עקב כבישת העדות, "כמו מי שרואה ממון חבירו אובד ואינו מצילו".⁴⁸ לשיטתם, תשתית המצווה היא "ממידת גמילות חסדים".⁴⁹

42. **שבועות** לב, א–ב, וכך פסק הרמב"ם שבועות י, ח"ב. מקור זה קשה, להסבר השני ברש"י (לעיל, הערה 33), התולה את הוצאת עד אחד מגדר החיוב, בכך שלשון "עד" משמעה בהכרח שני עדים. כך הקשה רבי עקיבא איגר בגליון הש"ס לב"ק נו, א.

43. **קצות החושן** כח, ג.

44. **נתיבות המשפט** כח, א, ע"ש הנפק"מ.

45. **קונטרס דינא דגרמי** (מהדורת מכון מערבא), עמ' קפו ד"ה והיודע בעדות.

46. **נמוקי יוסף** על הרי"ף בבא קמא כד, א.

47. הגמרא (**בבא קמא** נו, א) מדברת על חיוב בדיני שמים בלבד. אף על פי כן, יש פוסקים (כפי שיבואר בהמשך), שהבחינו בין עד אחד לשניים, וחייבו שניים בתשלומים.

48. לשון הרמב"ן בקונטרס **דינא דגרמי** שם.

49. ר"י קארו (**שו"ת אבקת רובל** קצה) נקט בשיטה זו, ופטר אדם שעלול היה להפסיד ממון בעדותו מן החובה להעיד. כיוון שאין אדם חייב לגמול חסד על חשבונו. אמנם, משום "לא תעמוד על דם רעך", חייב אדם לנקוט באמצעים ואף להוציא הוצאות. ראה: **סנהדרין** עג, א.

[עוד לעניין הפטור ממתן עדות, עקב נזק שעלול להיגרם למעיד עקב מתן העדות, ראה בפסק דינו של בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו, תיק 5637/כ"א, פד"ר ה, 132 – הערת עורך, י"א.]

לדעת החיד"א,⁵⁰ גמילות חסד מוסיפה על מצוות העדות, מלבד המצווה הכתובה בפרשת ויקרא, יש חיוב נוסף לגמול חסד. ולכן, קרוב או פסול שנתקבלו על-ידי הצדדים כעדים, אף שאינם נכנסים תחת הכותרת – "והוא עד", חייבים ללכת ולהעיד משום גמילות חסד. כמו כן, מצוות גמילות חסד מאפשרת שלא להעיד רק כאשר יש הפסד מוכח למי שיעיד, כפי שנפסק בהלכות השבת אבדה⁵¹ שרק בהפסד מוכח לממונו, מותר לאדם להתעלם.

המקור השני לחיוב עדות "לא תעמד על דם רעך" עומד בסתירה גמורה להגדרה של גמילות חסד, בהיותו מצביע על חיוב גמור לסייע ביד האחר ולהצילו.

מדברי הרמב"ם ניתן ללמוד שהוא לא ראה את הגדת העדות רק כגמילות חסד. לדבריו –

העד מצווה להעיד בבית דין בכל עדות שיודע, בין בעדות שיחייב בה את חבירו בין בעדות שיזכהו בו, והוא שיתבענו להעיד בדיני ממונות שנאמר "והוא עד או ראה או ידע אם לוא יגיד ונשא עונו".⁵²

תביעת בעל הדין, אם כן, היא תנאי לחיוב העד. עצם הסמכות לתבוע עדות, מלמדת שהעדות אינה "ממידת גמילות חסדים" בלבד. אם במידת גמילות חסד עסקינן, אין לבעל הדין, לכאורה, יכולת לתבוע קיומה. גמילות חסד נובעת מרצון האדם ומהתנדבותו לסייע לחברו והרי היא בגדר לפנים משורת הדין. כל אלו שוללים מעיקרה את יכולת התביעה. נוסף על כך, התביעה אף אינה נצרכת. חיוב האדם בגמילות חסד מקורו בפסוק "והזהרתה אתהם את החקים ואת התורות, והודעת להם את הדרך ילכו בה ואת המעשה אשר יעשון"⁵³ או מן הפסוק "ואהבת לרעך כמוך".⁵⁴ חיובים הנסמכים על פסוקים אלו הם עצמאיים, ואין להם צורך בקיומה של תביעה כדי שיחולו.

יוצא אם כן, שלפי הרמב"ם העד חייב על פי דין ללכת ולהעיד, וחיובו הוא (גם) כלפי בעל הדין. חיוב זה, אף גובר על החיוב כלפי שמים, שהרי אם בעל הדין לא תובע את העדות, אין העד חייב ללכת ולהעיד, אף לא משום חובתו כלפי המקום. נראה אם כן מדברי הרמב"ם, שהחיוב המרכזי הוא כלפי בעל הדין, ולא כלפי המקום.

מסקנה זו מתחזקת לאור ההלכה המעניקה לבעל דין את הכוח לכפות על מי שיודע לו עדות שיבוא להעיד, באמצעות 'חרם סתם'. וכך פסק השולחן ערוך –

אדם רשאי להחרים בבית הכנסת על כל מי שיודע לו עדות, שיבא ויעיד.⁵⁵

הטלת חרם יכולה להתבצע רק בידי מי שיש לו זכות, שאותה הוא מבקש לממש.

50. שער יוסף להוריות ח, ב (פ, ט, א).

51. שולחן ערוך חו"מ רסד, א.

52. רמב"ם עדות א, א.

53. שמות יח, כ, על פי דרשת חכמים בבבא מציעא ל, ב:

דתני רב יוסף: "והודעת להם" – זה בית חיהם, "את הדרך" – זו גמילות חסדים, (אשר) "ילכו" – זה ביקור חולים, "בה" – זו קבורה, "ואת המעשה" – זה הדין, "אשר יעשון" – זו לפנים משורת הדין.

54. ויקרא יט, יח. וכלשון הרמב"ם אבל יד, א.

55. שולחן ערוך חו"מ כח, ב.

בעל החוב יכול לתבוע את מה שמגיע לו, וזוהי זכות ממשית שהעניקה לו התורה. הסמכות להטיל חרם מבטאת למעשה את הסמכות לממש את הזכות המוענקת לבעליה על פי דין.⁵⁶ מובן מאילו, שסמכות כזו אינה קיימת אצל מי שאין בידו זכות, אך הוא מבקש לקבל סיוע, בתורת גמילות חסד.

עם זאת, חשוב להדגיש, שהטלת החרם איננה זכות מוחלטת, כיוון שאין אדם יכול להטיל חרם או שבועה על העד עצמו, אלא בדרך של 'סתם', כלומר, באופן כללי. אילו הייתה החובה להעיד חובה מוחלטת כלפי הזולת, כמו החיוב הממוני, אין סיבה לקבוע, שלא ניתן יהיה להטיל חרם מפורש על העד הספציפי, הנמנע מלהעיד.

1. תשלום על נזק שנגרם עקב כבישת עדות ('נזק ראייתי')

ההכרה בקיומו של חיוב משפטי על העד, כלפי מי שעדותו עשויה להצילו מהפסד, פותחת פתח לחיוב העד בתשלום, על נזק שנגרם עקב כבישת העדות ('נזק ראייתי').

הריא"ז מפרש את סוגיית בבא קמא שהובאה לעיל,⁵⁷ שהגמרא פוטרת מדיני אדם רק עד אחד, ואילו שני עדים היא מחייבת. לכן פוסק הריא"ז⁵⁸ שיש לחייב את העד שכבש עדותו בתשלומים, על ההפסד שנגרם לבעל הדין. מצוות העדות לשיטתו, הנה חובה משפטית על העד, שאינה נובעת ממידת גמילות חסדים בלבד. לכן, ניתן להטיל על החייב את חובת התשלום על הפסד שנגרם עקב הפרת החובה. לפי דרך זו, דומה העד הכובש עדותו למי ששורף שטר חוב של חברו, כיוון שלמעשה, הוא החזיק בידו זכות של בעל הדין ובידיו ביטל אותה.

למרות זאת, החיוב בתשלומים מחודש, היות ובניגוד לשורף שטר חובו של חברו, העד הכובש עדותו לא ביצע מעשה שבאופן אקטיבי ביטל את זכותו של חברו, אלא נמנע מעשייה, ובכך גרם לחברו הפסד.

להלן⁵⁹ נראה שגם הראב"ד סובר כן, על פי שיטתו בעניין חיוב קרבן.

אמנם, שיטת ראשונים זו לא נפסקה להלכה.⁶⁰ מכך ניתן להסיק, שלחובה להעיד אין משמעות ממונית. עם זאת, עצם קיומה של שיטה זו, מעיד שמשמעותה של המצווה חורגת מגדר של 'לפנים משורת הדין', או גמילות חסד גרידא.

56. הרשב"א (שו"ת הרשב"א ב, רכט) הסתייג מהטלת החרם. הוא רואה בו מנהג בלבד ואומר עליו ש"אינו תורה".

57. הערה 32.

58. הובא בשלטי הגבורים על הרי"ף ב"ק כד, א אות ב.

59. סמוך להערה 82. נראה במאמרו של הרב חיים וידאל, "החובה להעיד, כאשר מסירת העדות עלולה להסב לעד נזק", בקובץ זה, עמ' 189, שדייק כן גם מדברי הכסף משנה והרמב"ם. ובעמ' 197 מובאים הדברים בשם הראשון "צ הג"ר שלמה עמאר – הערת עורך, י"א.].

60. הרחבת דברים בעניין זה, ראה במאמרו של הרב חיים וידאל, "החובה להעיד, כאשר מסירת העדות עלולה להסב לעד נזק", המתפרסם בקובץ זה, עמ' 185 – הערת עורך, י"א.].

2. תביעת עדות

בעלי התוספות מתנים את נשיאת העוון של העד הכובש עדותו בכך שהעד יכבש עדותו בפני בית הדין. הסיבה לכך היא –

דכשאומרים אין אנו יודעים להעיד שוב אינם יכולין להעיד, דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, והיינו "אם לוא יגיד" דקרא אבל חוץ לב"ד אין לחוש שיכול לחזור ולהעיד.⁶¹

כלומר, רק מי שנשאל בפני בית הדין האם יודע הוא עדות בדבר, והשיב בשלילה, ולאחר מכן התברר שידע עדות, יישא עונו.⁶²

הרמב"ם מגדיר מי חייב להעיד בדרך זו –

העד מצווה להעיד בבית דין בכל עדות שיודע, בין בעדות שיחייב בה את חבריו בין בעדות שיזכהו בו, והוא שיתבענו להעיד בדיני ממונות שנאמר "והוא עד או ראה או ידע אם לוא יגיד ונשא עונו".⁶³

מן הדברים עולה, שהן הרמב"ם והן התוספות, רואים את תביעת העדות כבעלת משקל בענישתו של הכובש עדותו. אולם, הבדל יסודי יש בין שיטותיהם. הרמב"ם מגדיר את מצוות העדות, כמצווה שחלטה מותנית בקיומה של תביעת עדות. לעומתו, אצל בעלי התוספות, תביעת העדות אינה מגדירה את המצווה, אלא קובעת מתי ייענש הכובש את עדותו, מתי "יישא עונו".

לכן, ייתכן שלדעתם של בעלי התוספות, החובה להעיד אינה מותנית בקיומה של תביעה. כמו כן ייתכן, שאף אין צורך בתביעה, אלא די בכך שיהיה מי שישאל את העד, בבית הדין, האם הוא יודע עדות בדבר?

תפיסתו של הרמב"ם מרחיבה את היקף החובה מחד, אך מצמצמת אותו מאידך. החובה, על פי הרמב"ם, חלה על כל מי שנתבע על ידי חברו להעיד, אף אם לא כפר, ולא ענה לחברו דבר. כלומר, על האיסור ניתן לעבור גם בהימנעות מפעולה, בעצם המחדל, ואין צורך בעשייה. זאת, בניגוד לתפיסתם של בעלי התוספות, הדורשים הכחשה מצד העד בבית הדין. מצד שני, לפי הרמב"ם, ללא תביעת בעל הדין, לא יתחייב העד כלל לבוא.⁶⁴

61. תוספות ב"ק נו, א ד"ה פשיטא.

62. כיוון שהתורה אומרת "לא יגיד", דייקו התוספות שהעונש יחול רק על מי שכפר בבית דין, שם ההגדה שלו מחייבת ולא יכול לחזור בו.

63. רמב"ם עדות א, א.

64. בהלכות שבועות מונה הרמב"ם כפירה של העד כתנאי בשבועת העדות, אך השוואה להלכות עדות מלמדת שחובת עדות קיימת אף בשני תנאים מתוך העשרה שמנה בהלכות שבועות והם: תביעת בעל הדין, עדות בממון. ראה למשל מעמדו של עד פסול; לדעת החזו"א הוא אמנם אינו חייב במצווה אך יש עליו חובה למסור את הידוע לו לבית הדין, ובית הדין יחליט מה לעשות בעדותו (חזון איש חו"מ ליקוטים כו; שבועות לא, א).

הפוסקים דנו בשאלות, מתי, לדעת הרמב"ם, חלה חובת העדות, המותנית בקיומה של תביעה להעיד,⁶⁵ ומהו המקור לדבריו.

הבית יוסף⁶⁶ סבור, שעמדתו של הרמב"ם נובעת מן ההשוואה בין חיוב הקרבן לבין החיוב להעיד. כמו שחיוב הקרבן מותנה בקיומה של תביעה, כך גם המצווה אינה חלה עליו בטרם תביעה.

על דבריו יש להעיר, שההשוואה אינה מוכרחת. אמנם, קיימת תלות מסוימת בין החיובים, אך תלות זו יכולה להיות חד כיוונית. כלומר, חיוב הקרבן מותנה בהתקיימותם של התנאים המגדירים את העדות כחובה. באין חובה להעיד, כמובן שגם לא יחוייב הכובש עדותו להביא קרבן. אולם, מכך אין להסיק, שגם החיוב להעיד מותנה בהתקיימותם של התנאים לחיוב הקרבן.⁶⁷

המנחת חינוך⁶⁸ מדייק מלשון הפסוק "אם לוא יגיד", שכתבה התורה בוא"ו ואל"ף. לדבריו, בכך ביקשה התורה לומר: "אם לו לא יגיד – ונשא עונו".

ברור, שמקורה של התביעה אינו נובע גם מן הציווי "לא תעמד על דם רעך", שכן, החובה להציל את ממונו של הזולת מנוק או הפסד, אינה בגדר 'לפנים משורת הדין', ואין היא מותנית בכך שהזולת יתבע את הצלת רכושו.

אפשר שחיוב הקרבן במצווה זו על ידי השבעת העד בדרך של 'מושבע מפי אחרים', הוא שהביא את הרמב"ם למסקנה שחובת העדות מותנית בתביעת עדות. השבעת העד בידי בעל הדין, לימדה את הרמב"ם שהעדות אינה רק כלי ביד בית הדין, אלא היא זכותו של בעל הדין. זכות זו, ככל זכות, ניתנת לתביעה או למחילה. לפי הסבר זה, חובת העדות אינה חובה מוסרית בלבד, כגמילות חסד, ואף לא חובה כלפי שמים. חובה זו יסודה בחובה לכבד את הזכות שהעניקה התורה לבעל הדין – זכות העדות.

ייתכן גם, שלשון הפסוק היא שהביאה את הרמב"ם למסקנה, שחובת העדות מותנית בקיומה של תביעת עדות. כאמור, חובת העדות אינה עולה באופן ברור מן הפסוק, שאין בו ציווי עשה או לא תעשה. הפסוק מתאר רק מקרה, שבו אדם משביע את חברו על עדות שראה, כלומר תובע ממנו להעיד, ומתוך אותה סיטואציה נלמד החיוב להעיד. כיוון שכך, אין לנו אלא מה שמתואר בפסוק, דהיינו, תביעה של בעל הדין להעיד.⁶⁹

65. **שער משפט** (כח, ב) כותב, שאין צורך בתביעה לשם קיום החובה להעיד. חובה זו קיימת לדבריו, מכוח החובה להציל את ממון חברו. אולם, כל עוד לא שמע העד שחברו זקוק לעדותו, לא מוטל עליו ללכת ולמסור עדות בבית הדין. בפירוש זה הוא חולק על השולחן ערוך, שעל פי הרמב"ם חייב קיומה של תביעה לשם קיומו של החיוב.

66. **בית יוסף** חו"מ כח ד"ה ואינו חייב להעיד.

67. כך הקשה **במנחת חינוך** קכב, ג.

68. שם על פי דרשת הגמרא **בשבועות** לה, א.

69. הפסוק אמנם דן בשבועה. למרות זאת, אין צורך בשבועה כדי לחייב את העד להעיד, כפי שכתבו התוספות והרשב"א (לעיל בפרק העוסק במקור החיוב), וראה גם בדברי הנצי"ב (העמק שאלה טט, ב).

3. דין הכובש עדותו

תפיסת החיוב להעיד כחיוב משפטי, מעוררת את השאלה, מהי משמעותה המשפטית של החובה? ברור שלא ניתן לתבוע אדם בבית דין, על כך שנמנע מלהעיד. למרות זאת, המאירי⁷⁰ כתב שמי שידע עדות לחברו, ונמנע מלהעיד, חייב לפצותו על הנזק שנגרם לו, וכל עוד לא שילם הרי הוא פסול לעדות, "שתורת גולה חלה עליו עד ששייב".

משמעות נוספת, נוגעת לזכותו של בעל הדין לתפוס מנכסי העד. משמעות זו נובעת מדברי רש"י⁷¹ המתיר לאדם לתפוס משל זולתו, כאשר הזולת חייב לשלם לו בדיני שמים. דברי רש"י נאמרו אמנם לגבי חיוב לצאת ידי שמים, הנובע מדין 'קים ליה בדרכה מיניה', הקובע שאין בית הדין מחייב ממון אדם שכתוצאה מאותו מעשה התחייב עונש גופני. הפוסקים דנו בשאלה, האם ניתן יהיה להשליך את דבריו של רש"י אף על חיוב ממוני הנובע מן הנזק שנגרם עקב כבישת העדות?

לפי מהרש"ל⁷² אין לבעל הדין סמכות לתפוס משל העד, ואם תפס, מוציאים ממנו. לדבריו, אין להשוות בין החיוב הממוני שבו עסק רש"י, לחיוב הממוני הנובע מכבישת העדות. החיוב הממוני הנובע מכבישת העדות הוא לכל היותר בגדר 'גרמא', ואינו מן הדין. לעומת זאת, החיוב הממוני בדין 'קים ליה בדרכה מיניה' הוא חיוב גמור, אלא שאין התורה מטילה על האדם שני עונשים. כך כתב גם הש"ך⁷³. לעומתם, השבות יעקב⁷⁴ פסק שאם תפס בעל הדין משל העד, אין מוציאים ממנו, כיוון שהעד חייב מן התורה לשלם לו כדי לצאת ידי שמים.

4. בין חיוב בתשלומים לחיוב קרבן

המשנה במסכת שבועות⁷⁵ עוסקת בחיוב קרבן שבועת העדות וקובעת שחיוב הקרבן חל רק על שני עדים שנתבעו להעיד, נשבעו שאין הם יודעים עדות (כפרו), והתברר שידעו –

כפרו שניהן כאחד – שניהן חייבין, בזה אחר זה – הראשון חייב והשני פטור.

הגמרא⁷⁶ מסבירה מדוע עד אחד פטור מקרבן שבועת העדות –

דתניא: משביע עד אחד – פטור, ורבי אלעזר ברבי שמעון מחייב... והכא בהא קמיפלגי: מר סבר: דבר הגורם לממון כממון דמי, ומר סבר: לאו כממון דמי.

70. בית הבחירה בבא קמא נו, א בשם גדולי הדורות וההשלמה (ב"ק פו, א) בשם אביו.

71. רש"י ב"מ צא, א ד"ה רבא אמר אתנן אסרה תורה.

72. ים של שלמה ב"ק הכונס סימן ו.

73. ש"ך חו"מ כח, ב.

74. שו"ת שבות יעקב א, קמו.

75. משנה שבועות ד, ד.

76. שבועות לא, ב.

כלומר, כיוון שעד אחד אינו מחייב ממון ממש בעדותו, על אף שיש בכוחו לחייב שבועה, ואם הנתבע יימנע מלהישבע, ישלם, אין הכובש עדותו גורם הפסד ממוני ישיר, אלא עקיף (גורם לממון). כבישת עדות שאינה גורמת הפסד ממוני ישיר, אינה מחייבת קרבן.

ישנם אם כן שני חיובים אפשריים למי שכובש עדותו: חיוב ממון בידי שמים וחיוב קרבן. עד אחד פטור מקרבן כיוון שבכבישת העדות אין הוא גורם הפסד ממוני ישיר (גורם לממון), ושני עדים חייבים בקרבן כיוון שכבישת העדות גורמת נזק ממוני ישיר. עם זאת, על אף ההפסד הישיר שנגרם כתוצאה מכבישת העדות, גם שני עדים שכבשו עדותם פטורים מתשלומים בדיני אדם. מדוע? מה ההיגיון בכך שהפסד ישיר יצדיק חיוב קרבן, ולא יצדיק תשלומים?

על מנת לענות על שאלות אלו, עלינו להבין תחילה מהו הגורם המחייב קרבן ומהו הגורם המחייב תשלומים.

כאמור, הגמרא⁷⁷ אומרת שכבישת עדות של עד אחד היא בגדר 'גורם לממון', וחכמים סוברים שגורם לממון לאו כממון דמי. על כך הקשה הרשב"א,⁷⁸ מדוע עד אחד פטור מקרבן? הרי הפסד שהוא בגדר 'דבר הגורם לממון' הוא כנזק המוגדר בהלכה כ'גרמי',⁷⁹ וכיוון שנפסקה הלכה שהגורם נזק ב'גרמי' חייב בתשלומים,⁸⁰ עד אחד שכבש עדותו הרי הוא כמי שגרם נזק ב'גרמי', ומן הדין היה לראותו כמי שגרם נזק ישיר, ולחייבו קרבן על כבישת העדות! את השאלה מיישב הרשב"א, תוך שהוא מבחין בין קרבן שבועה לבין דיני הנזיקין: חיוב הקרבן חל רק על מי שבכוחו לחייב ממון בצורה ישירה, "שמאבד ממון ממש מחמת כפירה של זה". עד אחד לא יכול לחייב ממון בצורה ישירה, שכן חיוב הממון מותנה בסירוב הנתבע להישבע. לעומת זאת, החיוב הנזיקי בתשלומים חל גם על מי שגרם נזק בעקיפין. לכן, בדיני הנזיקין ניתן להטיל אחריות גם על הפסד שנגרם בעקיפין.

אם כך, תישאל השאלה, מדוע לא יחוייב עד שכבש עדותו לפצות את מי שעדותו יכלה לסייע לו? הסיבה לכך היא, שהחיוב להעיד יסודו במצווה מדין גמילות חסדים,⁸¹ ואין הוא בגדר חיוב משפטי. חיוב מסוג זה, אינו ניתן לתביעה בבית הדין.

לעומת זאת, הראב"ד⁸² יוצר זיקה בין חיוב העדים בקרבן לחיוב בדיני נזיקין. כשם שהגמרא פוטרת את העד על קינוי סוטה מקרבן שבועה (כיוון שהוא 'גורם דגורם') כך יש לפטור את המזיק בגורם דגורם לממון. לפי דרכו ניתן לחייב בתשלומים עד הכובש עדותו, כיוון שהגמרא⁸³ מגדירה אותו כגורם לממון.⁸⁴

77. שבועות לב,ב.

78. חידושי הרשב"א לשבועות, שם.

79. הרמב"ן [קונטרס דינא דגרמי (מהדורת מכון מערבא) עמ' קפב, ד"ה ואע"ג דקיימא לן כר"מ] אינו משווה בין שני הדינים. לדבריו, דבר הגורם לממון אינו כממון, אך דנים דינא דגרמי.

80. כתובות פו,א; שלחן ערוך חו"מ שפו, א.

81. רמב"ן, קונטרס דינא דגרמי (מהדורת מכון מערבא) עמ' קפו, ד"ה והיודע בעדות חברו ואינו מעיד לו.

82. הובא בספר התרומות נא, ו, ח.

83. כדלעיל הערה 77.

דבריו משקפים עמדה הרואה את חיוב העדות כחיוב משפטי לכל דבר ועניין, ומשום כך, ניתן לחייב את הכובש עדותו לשלם על ההפסד שנגרם עקב כבישת העדות. אמנם, לכל הדעות, מי שהוא רק בגדר 'גורם דגורם', פטור גם מקרבן, וגם מתשלומים. הדוגמה המובהקת ל'גורם דגורם' היא עדי קינני.⁸⁵ כידוע, דין אישה סוטה מחייב גם עדי קינני, שיעירו שבעלה קינא לה, והזהירה שלא תתייחד עם איש פלוני, וגם עדי סתירה, שיעירו שהאשה התייחדה בפועל עם מי שבעלה הזהירה שלא תתייחד עמו. על מנת שעדותם של עדי הקינני תגרום לחיוב ממוני נדרשים שני תנאים: שיהיו עדי סתירה, ושהאשה תודה שנתייחדה עם מי שבעלה אסר עליה להתייחד עמו. במקרה זה, האשה תפסיד כתובתה. כלומר, החיוב הממוני הנגרם עקב עדותם של עדי הקינני הוא עקף אף יותר מן החיוב הנגרם עקב עדותו של עד אחד, היות ונדרש קיומו של תנאי נוסף, מעבר להודאת הנתבע, על מנת שיחול על הנתבע חיוב ממוני. משום כך, לכל הדעות אין לחייב את הגורם דגורם שכבש עדותו לשלם על ההפסד שנגרם בעקיפין עקב כבישת העדות.

1. סיכום

במאמרנו בחנו את שאלת המקור לחיוב העדות, תוך כדי עיון בדרשות השונות לפסוק. צורת הלימוד מן הפסוק משפיעה על מידת חיובו של עד אחד, לדעת קצות החושן יש לחייבו להעיד, בכל אופן, משום השבת אבדה.

הראשונים אפיינו את המצווה בצורה שונה ומתוך כך נידונו במאמר השלכות הלכתיות: לדעת הרמב"ם החובה להעיד חלה רק לאחר שהעד נתבע על ידי בעלי הדין להעיד, ומכאן שהרמב"ם ראה בעדות מצווה שבין אדם לחברו. לדעת הרמב"ן מצוות העדות נושאת אופי של גמילות חסד, ולכן לא ניתן לחייב כובש עדותו בתשלומי נזיקין. לדעת הריא"ז וראשונים נוספים יש מקום לחייב עד שכבש עדותו בתשלומים.

במאמר נסקרה העדות כמצווה על ההיבטים השונים שלה.

ההלכה מטילה חובה על העד משעה שראה את העדות. החוק הישראלי החילוני,⁸⁶ לעומת זאת, אינו מטיל שום חובה על מי שראה עדות לבוא מעצמו ולהעיד. רק דרישה של אחד מהצדדים יוצרת חובה על העד לבוא ולמסור הידוע לו.

84. ראה בחידושי רבי עקיבא איגר חו"מ כח על דברי הש"ך ס"ק ב, שיש שיטה המחייבת עדים שכבשו עדותם גם בדיני אדם (כן פסקו רבנו ירוחם ב, ז [אך בספר קרית מלך ב (נד,ב) כתב שיש טעות בדברי רבנו ירוחם] וריא"ז (הובא בשלטי הגבורים ב"ק כד,א אות ב). ייתכן שאותם ראשונים סברו כראב"ד הנ"ל. גם הרי"ד בפסקיו (ב"ק צח,ב) מחייב את מי שכבש עדותו בדיני אדם משום דינא דגרמי, והוא גורס בגמרא ששני עדים פשיטא שחייבים משום שחייבים קרבן, הואיל וחייבים בדיני אדם.

85. על פי שבועות לב,א.

86. תקנות סדר הדין האזרחי תשמ"ד-1984, תקנה 178.

למעשה גם בתי הדין הרבניים אינם מסתמכים על מצפונו של העד, ובמסגרת תקנות הדין⁸⁷ מצויה הוראה על זימון העד על ידי בית הדין, בין אם אחד הצדדים דרש זאת ובין אם בית הדין עושה כן מיוזמתו.

ההבדל בין מערכות המשפט מתמצה אם כן בחובה המוטלת על העד, במצפונו ובנפשו. לסיים, ראוי לבחון כיצד והאם בכלל משפיע הצו הדתי על העדים למסור עדותם, ועל מהלך מסירת העדות. האם הסיכוי לקבל עדות קשור למידת המחויבות למסור עדות, האם העדים נוהרים יותר בעדותם מחמת הצו האלוקי.

87. תקנות הדין בבתי הדין הרבניים בישראל, תשנ"ג-1993, תקנה פ; תקנה פג.

החובה להעיד, כאשר מסירת העדות עלולה להסב לעד נזק

הרב חיים וידאל

- א. אופיו של החיוב המוטל על הכובש עדותו
- ב. משמעותו של חיוב 'לצאת ידי שמים' – 'עונש' או 'ממון'?
- ג. החיוב למסור חוות דעת מקצועית
- ד. עדות שמסירתה עלולה לגרום נזק למעיד
- ה. חיוב הגדת העדות – 'עשה' או 'לא תעשה'?
- ו. מסקנות

נדרשנו לחוות דעתנו, איך בית הדין צריך להתנהג, כאשר אחד מבעלי הדין מבקש מבית הדין שיינתן 'צו הבאה' לעד, על מנת שיבוא להעיד לטובתו, בשעה שהעד טוען שהוא עלול להינזק ממתן עדות זו. בנוסף, האם יש לעניין זה משקל לשאלה, האם תבעו בעל הדין להעיד בבית דין, או לא?

כדי להשיב על שאלה זו, צריכים אנו לברר מהו יסוד הדין המחייב אדם להעיד לטובת חברו.

א. אופיו של החיוב המוטל על הכובש עדותו

- במסכת בבא קמא מובאת הברייתא הבאה –
- אמר רבי יהושע: ארבעה דברים העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים... והיודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו.¹
- בהמשך הסוגיה, מוצגת השאלה –
- במאי עסקינן? אילימא בבי תרי, פשיטא, דאורייתא הוא! "אם לוא יגיד ונשא עונו" (ויקרא ה, א)! אלא בחד.²

* הרב חיים וידאל, דין בבית הדין לממונות שעל יד הרבנות הראשית ירושלים, ור"מ בכולל 'תורה והוראה', ירושלים.

1. בבא קמא נה, ב.

להלן, נבקש לדון בשאלת הזכות לתבוע עדות, הן מנקודת מבטם של הסוברים שהחיוב המוטל על הכובש עדותו הוא חיוב כלפי שמים, והן מנקודת מבטם של הסוברים שהחיוב הוא בדיני אדם.

1. חיוב בדיני שמים

משמעותה הפשוטה של סוגיית בבא קמא היא, שהחיוב המוטל על היודע עדות הוא חיוב בדיני שמים בלבד. עם זאת, יש בהחלט מקום לשאול, האם מסקנה זו שוללת את זכותו של אדם לתבוע מהיודע לו עדות, שיבוא ויעיד עבורו? האם ייתכן שלאדם תהיה זכות תביעה כלפי זולתו שיעיד לו, לפי דיני שמים, או שמא החיוב מדיני שמים, הוא חיוב לשמים, ומשמים בלבד יתבעו את החייב להעיד? בעניין זה מצויות בדברי הראשונים דעות שונות.

(א) אין זכות תביעה – שיטת הרא"ה והרמב"ן

הנמוקי יוסף מביא את דעתו של הרא"ה, המסביר מדוע הכובש עדותו פטור בדיני אדם – ואפילו למאן דדאין דינא דגרמי, לפי שאין אדם חייב להעיד לחבירו אלא ממירת גמילות חסדים.³

דברים דומים כותב גם הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי, והוא מוסיף, שהחיוב דומה לחיוב להשיב אבדה, שלגביו נפסק, שאם אינו משיב, פטור המוצא מלשלם לבעלים את ההפסד שנגרם להם עקב כך. כך כותב גם רבי יוסף קארו בשמם, בתשובותיו.⁴

משמעות חידושם של פוסקים אלו היא, שעל אף שעצם החיוב להעיד נלמד מן הפסוק "אם לוא יגיד ונשא עונו", כמבואר בסוגיית בבא קמא,⁵ החיוב דומה לחיובים מסוג גמילות חסד והשבת אבדה, ומשום כך אין הכובש עדותו חייב בדיני אדם.⁶

לאור זאת, ברור גם שאין בעל דין יכול להיחשב כתובע את העדות, כמו שאין לאדם זכות לתבוע מאחרים שיגמלו עמו חסד או שישבו לו אבדה. החיוב, לפי ראשונים אלה, הוא דתי בלבד, במובן זה, שכל משמעותו היא כלפי שמים. החיוב הוא לשמים, והתביעה אף היא מן השמים.

2. שם נ"א.

3. נימוקי יוסף על הרי"ף בבא קמא כד, א.

4. שו"ת אבקת רובל קצה.

5. בבא קמא נ"א.

6. הפסוק מלמד, שמי שאינו מעיד נחשב כעובר עברה, אך לא מבואר מהו המקור המחייבו ומהו גדרו. בהקשר זה חידשו הראשונים, שהחיוב דומה לחיוב השבת אבדה. ועיין באמרי בינה (עדות ח) שהגדיר שעצם החיוב להעיד בנוי על השבת אבדה, והפסוק "אם לוא יגיד" מלמד שיש חיוב מיוחד לטרוח ולבוא לבית הדין ולהעיד, כשנתבע העד על כך.

(ב) יש זכות תביעה – שיטת הרשב"א

אולם מדברי הרשב"א יש להוכיח, שלבעל דין יש זכות תביעה כלפי מי שיודע עדות שיש בה כדי לסייע לו, אף אם החיוב המוטל על העד הוא רק בדיני שמים.

דברי הרשב"א מכוונים לענות על השאלה, שאותה העלו גם ראשונים אחרים, והיא: בגמרא מבואר שאת החיוב להעיד למדו חכמים מן הפסוק "אם לוא יגיד ונשא עונו". אולם, פסוק זה עוסק רק בחיוב הקרבן המוטל על מי שנשבע לשקר, שאין הוא יודע עדות. אם כך, מניין שבאמת קיימת חובה להעיד, ללא קשר להשבעת העד? על כך משיב הרשב"א –

ומסתברא דממילא שמעינן לה... ואפילו הכי כשלא הגיד איכא נשיאות חטא, ואם איתא דכשלא שמע קול אלה וכופר בעדותו בבי"ד ליכא נשיאות חטא, ולא חייבתו תורה להעיד – למה מביא קרבן על שמיעת קול בלבד? אלא מי שאומר לחבירו משביע אני עליך שתאמר כן וכן שראית, ולא הגיד – מי מחייב?⁸

מדברי הרשב"א עולה אם כן, שמכך שהתורה העניקה לבעל הדין את הזכות להשביע את העד, מוכח גם, שיש לבעל הדין זכות תביעה כלפיו, שיעיד עבורו. קשר זה, לפי הרשב"א, הכרחי הוא, משום שלדעתו, לא ייתכן שיוטל על אדם עונש משום שלא נעתר לבקשה להעיד עבורו, כאשר למבקש אין כל זכות תביעה כלפי אותו אדם.

עולה מכאן שהרשב"א סבור שזכות התביעה נלמדת מכלל החיוב המוטל על הכובש עדותו, להביא קרבן שבועת העדות. חיוב זה, כמובן, קיים לכל הדעות, אף אם על הכובש עדותו לא מוטל חיוב נזיקי, בדיני אדם. למדנו אם כן שלשיטת הרשב"א, לבעל דין קיימת זכות תביעה כלפי אדם היודע עדות שיש בה כדי לסייע לו, וזאת אף לסוברים שעל העד לא מוטל חיוב נזיקי בדיני אדם, כלפי מי שנפגע עקב כבישת העדות.

2. חיוב בדיני אדם

על אף שמשמעותה הפשוטה של סוגיית בבא קמא היא, שעל הכובש עדותו לא מוטל כל חיוב בדיני אדם, ישנם פוסקים שסוברים שחיוב כזה אכן מוטל על שני עדים שכבשו עדותם. כך למשל מובא בשלטי הגבורים, בשם ריא"ז ורבנו ירוחם –

היודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו, הואיל ובכלל דיני הגרמות הוא יכול חבירו להשביעו שבועת היסת שלא כפר עדותו, שהרי אם כפר חייב לשלם לו, והרי תביעה זו כשאר תביעות של ממון.⁹

לפי שיטה זו, כמו לפי שיטת הרשב"א, קיימת לבעל הדין זכות תביעה כלפי היודע עדות שיש בה לסייע לו. אולם, בניגוד לשיטת הרשב"א, הגורס שלחיוב יש משמעות בדיני שמים בלבד, לדעת ריא"ז ורבנו ירוחם, יש לחיוב משמעות גם בדיני אדם.

7. ראה למשל: תוספות ב"ק נו, א ד"ה פשיטא.

8. חידושי הרשב"א שם ד"ה אי.

9. שלטי הגבורים על הרי"ף ב"ק כד, א אות ב.

אמנם, עדיין נותר להסביר, כיצד תתפרש סוגיית בבא קמא, שעל פי פשוטה, כאמור, מלמדת שעל הכובש עדותו לא מוטל חיוב בדיני אדם.

דרך אחת להסביר את הסוגיה היא, שדברי רבי יהושע המובאים בה, הפוסק שכובש עדותו פטור בדיני אדם, נובעים מכך שהוא פוסק כדעת חכמים, החולקים על רבי מאיר, וסבורים שאין דנים דינא דגרמי, וכל גרמי – גרמא הוא. לפי שיטה זו, לעולם לא ניתן יהיה לחייב בדיני אדם על נזק שאינו ישיר. לכן, פסק רבי יהושע, שעל הכובש עדותו לא מוטל חיוב בדיני אדם. לפיכך, היות ולהלכה אנו פוסקים כדעת רבי מאיר, הדין דינא דגרמי, ניתן לחייב את הכובש עדותו, אף בדיני אדם.

אולם, הסבר זה קשה, בהיותו מוציא את סוגיית בבא קמא מן ההלכה, בעוד שהסוגיה הובאה במקומה, באין חולק.

דרך אחרת להסביר את הסוגיה, בהתאם לשיטת ריא"ז ורבנו ירוחם, היא זו העולה מדבריו של רבנו פרץ. לשם הבנת דרך זו, מן הראוי שנשוב אל לשון הסוגיה –

במאי עסקינן? אילימא בבי תרי – פשיטא, דאורייתא הוא!

כלומר, אין לפרש שדברי רבי יהושע, הפוטר את הכובש עדותו מחיוב בדיני אדם, נאמרו בנוגע לשני עדים הכובשים עדותם, משום ש"דאורייתא הוא".

לפי רש"י¹⁰ משמעות "דאורייתא הוא" היא, שמן התורה חייבים העדים להעיד, כדי לצאת ידי שמים. מדבריו עולה, שגם כאשר שני עדים כובשים עדותם, הם פטורים מלשלם מדיני אדם.

נראה שרבנו פרץ מסביר את הביטוי בדרך שונה. כך עולה מפירושו לתשובת הסוגיה: "אלא בחד" –

כלומר בחד שאינו מחייב בעדותו ממש ממון, כגון בעד אחד דעלמא, אבל עד אחד המחייב ממון בעדותו ממש, כעד דנסכא דר' אבא – חייב נמי מדאורייתא כבי תרי.¹¹

מדבריו של רבנו פרץ למדנו, שדברי רבי יהושע, הפוטר עד אחד הכובש עדותו מחיוב בדיני אדם, מוסבים רק על עד שאין בעדותו כדי לחייב ממון. כאשר יש בעדותו של עד אחד לחייב ממון, "חייב נמי מדאורייתא, כבי תרי". מכאן, ששני עדים הכובשים עדותם חייבים בדיני אדם, ומשמעות החיוב מדאורייתא היא – חיוב בתשלומים.

לאור זאת, יתפרשו דברי סוגיית בבא קמא בדרך שונה מזו שפירש רש"י, כלומר: "אילימא בי תרי – פשיטא" – שחייב לשלם, ולא רק שחייב בדיני שמים.

הכסף משנה סיכם את העולה מסוגיית בבא קמא בלשון זו –

והיודע עדות לחברו ואינו מעיד לו, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. ואמרו בגמרא, דהיינו בעד אחד, דאילו בשניים, מדאורייתא מחייב.¹²

10. רש"י ב"ק שם ד"ה פשיטא.

11. מובא בשיטה מקובצת ב"ק נו, א ד"ה אלא.

אף מדבריו עולה, שהבין כרבנו פרץ, שבניגוד לעד אחד, הפטור מדיני אדם על כבישת העדות, שניים חייבים מדאורייתא, בדיני אדם. ואמנם, כך הבין מדבריו **ערוך השולחן**, שכתב –

דבכס"מ סוף פי"ז מהלכות עדות ובשלטי גיבורים פרק הכונס אות ב' משמע דבשנים גם בדיני אדם חייבים.¹³

נראה, שהכסף משנה הוכרח לפרש את הסוגיה בדרך זו, היות ומדברי הרמב"ם עצמו ניתן להבין, שפסק כריא"ז. הרמב"ם כתב –

וכן עד אחד שכבש עדותו ולא העיד – פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים.¹⁴

ניסוח זה שונה במקצת מן הנוסח שבו הביא הרי"ף, רבו של הרמב"ם, את ההלכה –

תניא: ד' דברים אמר ר' יהושע, כל העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ואלו הן... והיודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו – ואפילו בחד סהדא משום דמחייבין ליה אפומיה שבועה דאורייתא.¹⁵

מלשון זו משמע, שהדין ש"פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים" חל הן על עד אחד, והן על שני עדים. החידוש שבסוגיה הוא אם כן, שאפילו עד אחד חייב בדיני שמים, אם כבש עדותו.

אולם כאמור, הרמב"ם שינה מלשון הרי"ף, והשמיט את התיבה "אפילו". מכך למד הכסף משנה, שבניגוד לרי"ף, הרמב"ם סבר שעד אחד אמנם פטור מדיני אדם, אך לא כן דינם של שני עדים, החייבים בדיני אדם אם כבשו עדותם. כך דייק גם רבי יונה נבון מדברי הרמב"ם, בספרו **קריית מלך רב**.¹⁶

על אף ששיטת הריא"ז ורבנו ירוחם מחודשת, מצאנו מגדולי האחרונים שהתחשבו בה. כך למשל, **החיד"א**¹⁷ מביא בשם ספר **משאת משה**, שאם תפס בעל דין מנכסי העדים כדי ההפסד שנגרם לו עקב כבישת העדות, יוכל התופס לטעון, לכשייתבע, 'קים לי כרבנו ירוחם והריא"ז', ולהיפטר מן ההשבה, וכך הביא גם **רבי עקיבא איגר**, בהגותו לשולחן ערוך.¹⁸

אולם למעשה, צריך עיון אם ניתן לפסוק כך, הואיל ודעתם של רבנו ירוחם וריא"ז לא הובאה כלל בטור ובבית יוסף, וכבר הכריע התומים¹⁹ שאי אפשר לטעון 'קים לי', כדעה שלא הובאה בשו"ע, ובפרט שבבית יוסף ובאבקת רובל הובאה רק שיטת הנמוקי יוסף

12. כסף משנה עדות יז, ז.

13. ערוך השולחן חו"מ כח, ד בהג"ה.

14. רמב"ם עדות יז, ז.

15. רי"ף ב"ק כגב-כד, א.

16. קריית מלך רב על הרמב"ם שם (חלק ב, דף נד, ועיין שם מה שכתב כדי לדחות דיוק זה).

17. ברכי יוסף חו"מ כח, ד.

18. הגהות רבי עקיבא איגר על ש"ך חו"מ כח, ב.

19. קיצור תקפו בהן קכד.

והרא"ה, שיסוד החיוב להעיד הוא מדין גמילות חסד, וברור שלפי שיטה זו, לא ניתן להטיל על העד שום חיוב ממוני, אפילו לא בדיני שמים.²⁰

ב. משמעותו של חיוב 'לצאת ידי שמים' – 'עונש' או 'ממוני'?

מקובל לחשוב, שחיוב ממוני קיים רק בדיני אדם. חיוב בדיני שמים לא נועד להטיל על החייב חיוב ממוני. החיוב בדיני שמים, לפי דרך חשיבה זו, הוא מסוג של 'עונש' היינו, חיוב שנועד לכפר על נפש החוטא. לאמור: העד הרוצה שחטא כבישת העדות יכופר לו, ישלם לבעל הדין את הסך שהפסיד עקב כבישת העדות. ואמנם, כך נראה מדברי התוספתא הקובעת –

ר' יהושע אומר: ארבעה אין חייבין לשלם מן הדין, ואין מן השמים מוחלין להן עד שישלמו.²¹

נראה שכך יש לפרש גם את דברי הש"ך הקובע שהחייב בדיני שמים – ואינו יוצא ידי שמים עד שישלם לו הזיקו.²²

משמע, שהחיוב בדיני שמים אינו יוצר חיוב ממוני, אלא שעל ידי התשלום, יוצא המשלם ידי חובתו כלפי שמים.

אולם, מדבריהם של כמה מן הראשונים עולה, שהחיוב לצאת ידי שמים הוא חיוב ממוני.

1. חיוב בדיני שמים כחיוב ממוני כלפי אדם

המאירי הביא את הדברים הבאים –

כל שכתבנו עליו כאן שהוא חייב בדיני שמים פירושו שהוא חייב בהשבון, הא לענין איסור, אף מה שהוא פטור בו מדיני שמים איסור מיהא יש בו, אלא שלענין השבון נאמרה. ומכאן כתבו גדולי הדורות שכל שנאמר עליו חייב בדיני שמים – פסול הוא לעדות עד ששייב. והדברים נראין, שמאחר שהוא חייב להשיב, תורת גזלה חלה עליו עד ששייב.²³

מדברים אלו עולה, שלא רק שהחיוב לצאת ידי שמים הוא חיוב ממוני, אלא אף שהחייב, הנמנע מלהשיב מה שחייב בו מדיני שמים, מוגדר כגזולן, לענין פסילתו כעד.²⁴

20. ואף שמדברי הכסף משנה (לעיל, ליד הציון להערה 12) הסקנו שהבין מדברי הרמב"ם ששני עדים שכבשו עדותם חייבים לשלם בדיני אדם, דבר זה אינו מפורש בדעת הרמב"ם, ובכגון זה, מן הראוי להעדיף את המפורש בבית יוסף ובאבקת רובל, ולדחות את הסתום בדעת הרמב"ם.

[וראה גם: מנחת שלמה (א, פב, ד"ה כמו כן) שנוטה לדחות את דעת ריא"ז ורבנו ירוחם מן ההלכה – הערת עורך, י"א.]

21. תוספתא שבועות ג, א; הובאה גם בירושלמי ב"ק ו, א.

22. ש"ך חו"מ לב, ב.

23. בית הבחירה בבא קמא, נו, א ד"ה כל.

24. על משמעותו של חידוש זה נדון להלן.

מובן אם כן, שהמאירי מסכים לשיטת הרשב"א דלעיל, שהחויב לצאת ידי שמים מקים לבעל הדין זכות תביעה כלפי היודע לו עדות, ולא כהרמב"ן והרא"ה הסוברים, שמשמעות החיוב בדיני שמים היא, תביעה כלפי שמים בלבד.

הבנה זו מחוייבת היא בדברי המאירי, כפי שמביאם השיטה מקובצת, כיוון שאם יש חיוב ממוני, שהמבקש לחמוק ממנו נקרא 'גזלן', הכרחי הוא להסביר, שהחיוב הוא כלפי בעל הדין. זאת מאחר שאי אפשר לכנות אדם 'גזלן' כלפי השמים בלבד, היות וגזלן הוא מי שחיסר או עיכב ממון חברו בידו. מוכח אם כן, שלדעת המאירי, החיוב בדיני שמים מקים חיוב ממוני כלפי הזולת. לא נותר לנו אלא לתור אחר המקור לקביעה זו.

מקור כזה נמצא, לפי קצות החושן, בהלכה הקובעת שכאשר טוען התובע 'ברי', כגון שאומר: 'ברור לי שאתה חייב לי מאה שקלים', והנתבע טוען: 'איני יודע אם התחייבתי לך', ברי אינו עדיף והנתבע פטור, "ואם בא לצאת ידי שמים – ישלם".²⁵

בהקשר זה כתב קצות החושן,²⁶ שמהלכה זו מוכח שהחיוב לצאת ידי שמים אינו רק חיוב בגדר 'עונש' ו'כפרה', אלא גם חיוב ממוני, וזאת, בניגוד למשמעות העולה מדברי התוספתא.²⁷

כוונתו היא, שברור שאין מקום להטיל עונש על מי שלגביו קיים ספק, אם הוא חייב. אמנם, לגבי מי שהזיק בגרמא, יש בהחלט מקום לומר, שהיות וקיים קשר סיבתי בין מעשיו להתרחשות הנזק, אף אם קשר זה עקיף הוא, יש מקום להטיל עליו עונש. אבל, כאשר קיים ספק לגבי עצם החיוב, אין כל היגיון בהענשה. מוכח אם כן, שהחיוב לצאת ידי שמים הוא חיוב ממוני ולא רק עונש. בהמשך הדברים מסביר קצות החושן שיסוד זה נכון גם כאשר החיוב בדיני שמים אינו נובע מספק.

2. חיוב בדיני שמים בחיוב ממוני כלפי שמים בלבד

העיקרון, שניתן לראות בחיוב בדיני שמים חיוב ממוני, עולה גם מדברי קצות החושן בנוגע לחיוב בחבלות ובקנסות, בזמן הזה. בדבריו, מבקש הקצות לבאר את ההבחנה בין קנסות לחבלות לעניין דין תפיסה –

אבל ההבדל מבואר, דממון ממש, אע"ג דלא דיינינן ליה בזמן הזה, כיון דלא שכיחי ולית ביה חסרון כיס, מכל מקום לצאת ידי שמים הוא בעצמו צריך לשלם, וגזלן הוא אם אינו משלם. אבל קנס ממש – לא שייך בהו דינא דשמים, משום דכל דיני קנסות אין הדבר תלוי רק אשר ירשיעון אלוקים, ואם אין בית דין דנין אותו, לא שייך בהו דינא דשמים.²⁸

25. בעניין זה נחלקו אמוראים בכמה מקומות, למשל: כתובות יב; בבא קמא קיח.א. מכל מקום, להלכה התקבלה הדעה שברי אינו עדיף, כמבואר בשולחן ערוך חו"מ עה, ט.

26. קצות החושן לב, א.

27. לעיל, ליד הציון להערה 21.

28. קצות החושן א, ז.

מדברים אלו עולה, שיש להבחין בין חיובים הבאים מכוח גזלה או חבלה, שלגביהם החיוב בדיני שמים הוא חיוב ממון גמור, והחייב ייחשב כגזולן אם לא ישלם, לחיובים הבאים מכוח קנס, שאינם יוצרים חיוב ממוני. בחיובים מן הסוג הראשון, הסיבה לכך שלא מוטל על האדם חיוב בדיני אדם היא טכנית: כיום, חסר בית הדין את הסמכות הדרושה לשם יישומו של הדין, כי לשם יישום הדין נדרש קיומו של בית דין 'סמוכים'. נמצא, שמבחינה מהותית, יש חיוב גמור בדיני אדם, אך לא ניתן ליישמו. לכן, אף החיוב בדיני שמים הוא חיוב ממוני גמור. מנגד, בקנסות, היות והחיוב הממוני נוצר מכוח פסיקת בית הדין, ופסיקה כזו לא תיתכן כיום, כי אין בית דין 'סמוכים', ממילא אף לא נוצר חיוב בדיני שמים.

לכאורה, קיים דמיון בין דברי הקצות לדברי המאירי, בכך ששניהם מכירים בקיומו של חיוב ממוני, הנוצר מכוח חיוב בדיני שמים. מכוחו של חיוב זה, ניתן להגדיר את החייב כגזולן, אם לא שילם, כפי שמוטל עליו בדיני שמים.

אולם, לדעתנו נראה, שדברי הקצות שונים באופן מהותי מדברי המאירי. הקצות סבור שרק כאשר חיוב הממון הוא חיוב גמור, אף בדיני אדם, אלא שמחמת פגם טכני לא ניתן להפעיל את הדין, יש מקום לראות את החיוב בדיני שמים כחיוב ממוני גמור, כיוון שמבחינה מהותית, החיוב במקורו הוא חיוב ממוני בדיני אדם. מנגד, כאשר החיוב לא קיים כלל בדיני אדם, כגון גרמא בנוזיקין, ברור שלא ניתן לכנות את מי שלא יוצא ידי חובתו לשמים 'גזולן', כלשון המאירי, הואיל ולא חיסר או לקח דבר מזולתו. לכן, במקרים אלו נוכל לומר, לכל היותר, שקיים חיוב ממון גמור בדיני שמים, אך אין הנמנע מלקיים את חובתו לשמים נחשב כגזולן, על כל המשמעויות החמורות הכרוכות בכך.

נמצאנו למדים משיטת הקצות, שעל אף שהחיוב בדיני שמים הוא חיוב ממוני, חיוב זה לא יוגדר כחיוב כלפי אדם, אלא אם מבחינה מהותית יש יסוד לחיוב בדיני אדם. לשיטה זו, כפי שניווכח, יש יסוד איתן בתורתם של הגאונים.

רבי יהושע מקוטנא הביא בספרו **ישועות ישראל**²⁹ **מתשובות הגאונים**³⁰ בשם **רבי חיים המודעי** שהכובש עדותו אינו נפסל לעדות. נראה שגאון זה אינו סובר כמאירי, בהגדרת הכובש עדותו כ'גזולן'. לדעת רבי חיים המודעי, החיוב הממוני בדיני שמים יוצר, לכל היותר, חיוב לתת ממון, ולא חיוב להשיב ממון. לכן, מובן שמי שאינו מקיים את חובתו כלפי שמים, לא יוגדר כגזולן, ולא יפסל לעדות.

לפי זה, מסתבר מאוד, שרבי חיים המודעי חולק על המאירי בשאלה, האם חובת העדות הקימה לבעל הדין זכות תביעה כלפי מי שיודע עדות שיש בה כדי לסייע לו. לפי המאירי, המכנה את הכובש עדות 'גזולן', ברור שלבעל הדין קיימת זכות תביעה כלפי מי שיודע עדות שיש בה כדי לסייע לו. מנגד, לפי רבי חיים המודעי, שעמו מסכים הישועות ישראל, החיוב הממוני בדיני שמים הוא חיוב כלפי שמים בלבד, שאינו מקים לבעל הדין זכות תביעה,

29. ישועות ישראל עין משפט ג.

30. תשובות הגאונים ז, יז.

בדומה למצוות הצדקה, היוצרת חיוב כלפי שמים בלבד, ואין לעני זכות תביעה כלפי נותן הצדקה.³¹

3. תפיסה בחיוב לצאת ידי שמים

השאלה, האם רשאי אדם לתפוס נכסי זולתו, החייב לו מכוח חיוב בדיני שמים, שנויה במחלוקת. הריב"ש³² פוסק על פי דברי הרמב"ן, שלווה שתפס מנכסי מלווה, שגבה ממנו אבק ריבית, מוציאים ממנו מה שתפס, כיוון שהחיוב של המלווה להחזיר אבק ריבית הוא רק בדיני שמים, וכך פוסק גם הש"ך³³ בשמו.

אולם, מדברי רש"י³⁴ בעניין הבא על אמו ניתן ללמוד שהוא חולק על הרמב"ן. באותה סוגיה מובא בשם רבא, שהאתנן שאותו אסרה התורה להביא לבית המקדש כקרבן, הוא גם אתנן שקיבלה אשה מבנה. בהקשר זה אומר רש"י, שאמנם אם תתבע האם את אתננה מבנה, לא יחייבו בית דין לשלם, משום 'קם ליה בדרכה מיניה', אך בדיני שמים, עליו לשלם לאמו את אתננה. לפיכך, אם תתפוס האם מנכסי הבן תמורת אתננה, לא יוציאו ממנה מה שתפסה. מדברים אלו למד המשנה למלך³⁵ שלדעת רש"י, אם תפס אדם מנכסי זולתו, החייב לו בדיני שמים, אין מוציאים ממנו.

אבל הש"ך³⁶ הביא את דברי המהרש"ל³⁷ הסובר שאם תפס אדם מנכסי החייב לו בדיני שמים, מוציאים ממנו, תוך שהוא מבחין בין חיוב בדיני שמים מכוח דין 'קם ליה בדרכה מיניה', לחיוב רגיל בדיני שמים. לדבריו, חיוב בדיני שמים מדין 'קם ליה בדרכה מיניה' הוא למעשה חיוב גמור בדיני אדם, אלא שקיים קושי טכני לאכוף אותו, כי אין בית דין מחייב על שתי 'רשעיות' כאחת. מסיבה זו, טוען מהרש"ל, פוסק רש"י שאין מוציאים מיד התופס את הנכסים שתפס, הואיל ובדין תפסם. אבל, כאשר החיוב אינו חיוב גמור בדיני אדם, כמו בחיוב מכוח נזק שנגרם בגרמא, אם תפס הניזוק, מוציאים ממנו.

ואמנם, יש עוד רבים וטובים הסוברים שאם תפס אדם מנכסי החייב לו בדיני שמים, אין מוציאים ממנו. כך למשל מפורש בשיטה מקובצת³⁸, ובתשובות מהר"ם מיניץ³⁹. בתשובות שבות יעקב⁴⁰ כתב, שכאשר החיוב לצאת ידי שמים הוא מדאורייתא, כמו החיוב המוטל על

31. להלן נוכיח, שאינו דומה לצדקה לגמרי.

32. שו"ת הריב"ש שצב.

33. ש"ך חו"מ עה, כו.

34. רש"י בבא מציעא צא, א ד"ה רבא.

35. משנה למלך מלווה ולווה כא, א ד"ה והנה.

36. ש"ך חו"מ כח, ב.

37. ים של שלמה בבא קמא ו, ו.

38. שיטה מקובצת בבא מציעא צא, א ד"ה ביום בשם הרא"ש (ציינו הגהות אמרי ברוך על השולחן ערוך, על ש"ך חו"מ עה, כו).

39. וכן מובא בכנסת הגדולה (שם, כה) בשם המהר"ם מיניץ (קו).

40. שבות יעקב א, אה"ע, קמו.

הכובש עדותו, אם תפס אין מוציאים ממנו.⁴¹ **האבני נזר**⁴² הביא את דעות הראשונים השונות, והסיק שהנושא נותר ב'ספיקא דדינא'.

לכאורה, מחלוקת הפוסקים בעניין זה תלויה בשאלה הנזכרת לעיל: האם החיוב בדיני שמים הוא חיוב ממוני. זאת מאחר שרק אם נקבל את עמדת המאירי, שיש חיוב 'ממון' בדיני שמים, ניתן להבין שקיים יסוד משפטי לתפיסה. אבל, לפי הסוברים שחיוב לצאת ידי שמים הוא רק בגדר 'עונש' או 'כפרה', כפי העולה מן התוספתא דלעיל, אין כל יסוד המצדיק את התפיסה.

אולם, כפי שיתבאר בהמשך, אין תלות הכרחית בין הדברים, וייתכן שגם הסוברים שמוציאים מן התופס מה שתפס, יקבלו את דעת המאירי, ומנגד, ייתכן שגם המאירי יוכל לאמץ את שיטתם.

(א) תפיסה מכוח 'עביד איניש דינא לנפשיה'

במסכת סנהדרין מובא המעשה הבא –

רבא איגבנו ליה דיכרי במחירתא, אהדרינהו ניהליה ולא קבלינהו, אמר: הואיל ונפק מפומיה דרב.⁴³

ה**תוספות** על אתר⁴⁴ מקשים: מדוע לא קיבל רבא, והרי יש על הגנבים חיוב לשלם לו, כדי לצאת ידי שמים? ותירצו, שהגנבים לא רצו לצאת ידי שמים (כי חשבו שחייבים הם מעיקר הדין), ולכן לא לקח רבא.

על כך הקשה ה**תומים**,⁴⁵ לפי שיטת המהרש"ל, שמועילה תפיסה מן החייב בדיני שמים כאשר הפטור מדיני אדם נובע מדין 'קם ליה בדרכה מיניה': מדוע לא קיבל רבא? לא תהא קבלתו מן הגנבים גרועה מתפיסה, שמועילה! שאלה זו הותיר התומים בצריך עיון.

אולם, **נתיבות המשפט** תירץ את קושיית התומים, בדרך זו –

דנהי דאם תפס אין הבית דין מוציאין מידו, מכל מקום אסור לו לתפוס, דהא הטעם דתפיסה מהני כתב הש"ך בסימן כ"ה סק"ב דהוא משום דעביד איניש דינא לנפשיה, וכיון שהבית דין אסורין לעשות דין להוציא מידו, כמו כן הוא בעצמו אסור לעשות דין.⁴⁶

ביאור הדברים הוא, שלפי הש"ך, סמכות התפיסה נובעת מסמכותו של האדם לעשות דין לעצמו, שהיא סמכות היונקת את כוחה מסמכות בית הדין. לפיכך, לא ייתכן שכוחו של

41. והביא כל זה החיד"א, ברכי יוסף חו"מ כח, ה.

42. **אבני נזר** יר"ד קלה.

43. **סנהדרין** עב,א.

תרגום: גנבים שבאו במחירתת, גנבו מרבא איילים. כאשר ביקשו להשיב לו את האיילים, סירב רבא לקבל. אמר: הואיל ויצא מפיו של רב [שהגנבים פטורים מתשלום, כי "קנו" את הגולה ב'דמים', בכך שהתירו עצמם למיתה].

44. **תוספות** שם ד"ה לא.

45. **תומים** כח, ד.

46. **נתיבות המשפט** כח, ב.

היחיד לתפוס יהא עדיף על כוח בית הדין. ממילא, כיוון שבית הדין מנוע מלחייב את האדם בחיוב הקל, גם התובע מנוע מלתפוס.

לאור זאת נראה שהתומים, שלא מתרץ כנתיבות המשפט, סובר שכוחו של אדם לעשות דין לעצמו יפה מכוח בית הדין, כי המגבלות המוטלות על בית הדין, אינן מוטלות על היחיד. לפי זה, עשיית הדין העצמית, אינה נובעת מן הסמכות ליישם דין שבית הדין יכול היה לפסוק, אלא מסמכותו של אדם להגן על רכושו, ומכוחה של סמכות זו, נובע גם דין ה'תפיסה'.⁴⁷ לכן, לתפיסה יש כוח עצמאי, שאינו תלוי ואינו מוגבל בהיקף הסמכויות של בית הדין.⁴⁸

לפי זה, ניתן לומר שאף הסוברים שלא מועילה תפיסה מן החייב בדיני שמים, עשויים להסכים עם שיטתו של המאירי, שהחיוב בדיני שמים הוא חיוב ממוני (אפילו אם נאמר שאינו גולן). אולם, לדעת הפוסקים הסוברים שלא מועילה תפיסה כזו, התפיסה מוגבלת להיקף הסמכויות שיש לבית הדין, כסברת הנתיבות. לפיכך, היות ונשללה מבית הדין הסמכות לגבות מן החייב, נשללה גם מן היחיד יכולת התפיסה.⁴⁹

עם זאת, יש לזכור שגם מהלך זה אינו מוכרח, משום שכאמור, ייתכן שהסוברים שלא מועילה תפיסה, סוברים כך משום שלדעתם, החיוב בדיני שמים אינו חיוב ממוני כלל, אלא חיוב של עונש וכפרה כמשמעות דברי התוספתא.

ג. החיוב למסור חוות דעת מקצועית

יש ומסירת העדות היא למעשה מסירה של חוות דעת מקצועית. במקרים רבים, דווקא מסירה של חוות דעת כזו, עלולה להסב למוסר נזק רב, בהיותו כבול בכללי אתיקה מקצועית, המחייבים סודיות. לפיכך, בטרם ניגש לדין בשאלה שאותה הצגנו בכותרת המאמר, האם חייב אדם להעיד, כאשר עקב כך עלול להיגרם לו נזק, מן הראוי שנדון בשאלה, האם חובה על בעל מקצוע למסור חוות דעת מקצועית לבית הדין? מובן שתשובה שלילית על שאלה זו, תייתר למעשה את הצורך לדון בשאלה שבכותרת, לפחות בנוגע לעדויות שהן למעשה מסירה של חוות דעת מקצועית.

47. [להרחבה בעניין מקורה של הסמכות לעשות דין עצמי, ראה: מ' ויגודה, "עשיית דין עצמית", משפטי ארץ: דין, דיון ודיון (עפרה, תשס"ב), 164; א' ונגרבר וי' יפרח, "עביד איניש דינא לנפשיה" – על העושה דין לעצמו", שם, 357 – הערת עורך, י"א]

48. בספרי העומד לצאת לאור בעניין עיכוב פירעון חובות, הראיתי שמחלוקת קצות החושן (ד, א) ושער משפט (שם), בשאלה האם מותר לתפוס מחברו קודם בואו לדין, על מנת שיהא לו מיגו, תלויה בסברה זו. קצות החושן סובר שהתפיסה אינה מועילה, וטעמו, כי אין כוח לאדם לעשות דין לעצמו יותר מכוח בית דין, ושער המשפט סובר שיפה כוחו מכוח בית הדין, ולכן רשאי לתפוס.

ועיין שם שהאבני נזר (יו"ד קלו) חולק גם הוא על נתיבות המשפט בזה, ולדעתו, כשם שתפיסה מועילה בדיעבד, כך היא מועילה לכתחילה. ועי"ש עוד מה שכתב בשם תשובות הרא"ש והתקפו כהן. ושוב מצאתי שחקירה זו נוסחה היטב בידי הגר"ב זולטי (משנת יעב"ץ, ג).

49. אחרי כתבי דברים אלו, מצאתי שכיוונתי בזה בדיוק למה שמוכח בשמו של מו"ר הגר"ר זלמן נחמיה גולדברג, בספר לב המשפט (עמ' לד ואילך).

בכסף הקדשים ישנה התייחסות לנושא, בלשון זו –

לגבי שומא – אומדנא, יש לומר דלא שייך חשש על המניעה, כי מכל מקום בוחרים אם ברור כיום אמור, וגם דכתיב "או ידע". מכל מקום אומדנא אינה כיום, ועי"ז הולכים בה אחר רוב דיעות כנגד ב' ויותר. וקודם הבחנה במהות השומא, הוי לי בכלל מש"א (=משיב אבדה) בפירוש שאין מוטל לראות ולהעיד.⁵⁰

מדברים אלו עולה, שכאשר מסירת העדות אינה אלא לשם הערכה (אומדנא), אין חיוב להעיד, הואיל והחובה להעיד חלה רק על מי שמוגדר כמי ש"ידע או ראה".

אולם, בשם מו"ר הג"ר יוסף כהן⁵¹ מובא, שיש להבחין בין שני סוגי אומדנות:

א. כשהמעשה עצמו ברור, והאומדנא רק באה לברר את כוונת העושה.

ב. כשגוף המעשה אינו ברור והאומדנא צריכה להוכיח את עצם קיומו, או לברר מי הוא שעשה את המעשה.

באומדנא מן הסוג השני עוסקת מחלוקת התנאים בעניין גמל האוחר בין הגמלים,⁵² ולהלכה נפסק, שאין להוציא ממון על פי אומדן כזה, וכך גם הסביר המהרי"ק.⁵³

האומדנא המוזכרת בדברי כסף הקדשים היא מן הסוג הראשון. חובת העדות, לפי הגר"י כהן, קיימת רק כאשר יש בדברי העד כדי ליצור אומדן מן הסוג השני. זאת משום שלשם הכרעת הדין, נדרשת רק ידיעה על זהות העושה, או על עצם ביצועו של המעשה. ידיעה כזו ישנה ביד העד, ואותה עליו למסור לבית הדין. מנגד, כאשר לשם השלמת התמונה יש צורך ביותר מהשלמת 'התשתית העובדתית', לא מוטלת על היודע אומדנא חובה למסור עדות.

בהתאם להבחנה זו, כאשר עדותו של בעל המקצוע נדרשת על מנת להבהיר את העובדות הנוגעות לדיון, או לפחות, לתת ביד בית הדין כלים להערכת העובדות, חלה על בעל המקצוע חובה להעיד. כך למשל, ניתן יהיה לחייב רופא להעיד על עצם העובדה שפלוגי היה חולה. אולם, לא ניתן יהיה לחייבו להעיד על תוצאות המחלה או על דרך הטיפול בה, אם אמנם המחלה מסובכת וצריך את חוות דעתו האישית. אבל אם המחלה ידועה, וגם דרך הטיפול בה ידועה, יהיה הרופא חייב להעיד על הכול.

בכל מקרה, מסיים הכסף הקדשים, החיוב של רופא או בעל מקצוע להעיד, קיים רק כאשר שהרופא יודע כבר את המצב. אבל אין לחייב את הרופא לחוות דעה על חולה שעוד לא מכירו.

50. כסף הקדשים חו"מ כח, א.

51. דברי משפט ג, ג, עמ' רל ואילך.

52. בבא בתרא צג, א.

53. שו"ת מהרי"ק קכט. [וראה במאמרו של הרב אורי רותם, "הכרעת דין ללא עדות", בקובץ זה, עמ' 85, שם נדונו דברי המהרי"ק – הערת עורך, י"א.]

ד. עדות שמסירתה עלולה לגרום נזק למעיד

רבי יהושע מקוטנא⁵⁴ כותב, שכיוון שהחייב למסור עדות דומה לחיוב השבת אבדה, אם העד חושש שייגרמו לו נזקים כתוצאה מהעדות, הוא פטור מן החובה להעיד. כוונתו היא, שכמו שאין אדם נדרש להפסיד ממונו לשם קיומה של מצוות השבת אבדה,⁵⁵ כך גם אין הוא נדרש להפסיד ממונו כדי להעיד לטובת חברו. דברים ברוח זו נאמרו גם על ידי בית הדין הרבני הגדול, בשם הרב אלישיב,⁵⁶ וכך גם הובא בספר הלכה פסוקה,⁵⁷ על פי דברי הרא"ה ושו"ת אבקת רוכל.

מנגד, הראש"ל⁵⁸ הג"ר שלמה עמאר,⁵⁸ נוטה לחייב אדם להעיד, גם כאשר מסירת העדות עלולה להסב לו נזק, מכמה טעמים:

ראשית הוא מביא את שיטת ריא"ז ורבנו ירוחם, הסוברים שהכובש עדותו חייב בדיני אדם, ומוכיח ששיטה זו מקובלת על פוסקים רבים, דוגמת רבנו פרץ וכסף משנה, וכך נראה לכאורה גם מדברי הרמב"ם. החיד"א ורבי עקיבא איגר סוברים שהנושא לא הוכרע, והוא בגדר ספיקא דדינא, ומשום כך, אם תפס התובע ממונו של העד לשם כיסוי הפסדיו, אין מוציאים ממנו.

אף לדעת החולקים, הסוברים שהכובש עדותו פטור מדיני אדם, לדעת המאירי, חייב הוא ממון בדיני שמים, ואף נקרא גולן אם לא יצא ידי חובתו לשמים. לפי זה, סבור הרב עמאר, אין להשוות את החיוב להעיד, לחיוב להשיב אבדה. ממילא גם, אין ללמוד מדיני השבת אבדה שיש לפטור את העד מחובתו להעיד, במקום שבו מסירת העדות עלולה להסב לו נזק או הפסד.

עם זאת, אחר העיון בדבריו, נראה שיש בהחלט מקום לפטור אדם מן החובה להעיד, כאשר מסירת העדות עלולה לגרום לו נזק. מן הסיבות דלהלן.

1. אין לפסוק כשיטת ריא"ז ורבנו ירוחם

על אף שהחיד"א ורבי עקיבא איגר כתבו שיש להתחשב בדעת ריא"ז ורבנו ירוחם, ושהנושא לא הוכרע, כבר כתבנו שדבריהם סותרים את הכלל המסור בדיני מאת התומים⁵⁹ בשם החוות יאיר, שאין אומרים 'קים לי' כדעה שלא הובאה בטור ובבית יוסף, בפרט לאחר שהבית יוסף והאבקת רוכל הביאו רק את שיטת הרא"ה, החולק על שיטת ריא"ז ורבנו ירוחם.

54. ישועות ישראל כח, טו.

55. משנה וגמרא בבא מציעא לג, א.

56. תיק 2524/כ"ח, בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו, פד"ר ז 314, 317.

57. הלכה פסוקה חו"מ כח, א, אות ה.

58. שו"ת שמע שלמה ד, חו"מ, א.

59. קיצור תקפו כהן קכד.

2. החיוב להעיד הוא בגדר מצוות עשה שבין אדם לחברו

הרב עמאר מתחשב בדעת המאירי שהכובש עדות נחשב כגולן, ועל החיוב להשיב גולה אין אומרים 'שלך קודם לשל חברך'. אולם, כפי שנוכחנו בפרקים הקודמים, הגדרת הכובש עדותו כגולן היא בעייתית, בעיקר משום שהגולן הוא מי שבידו מצוי דבר השייך לזולתו. היות ובדיני אדם אין מחייבים את הכובש עדותו, כיצד ניתן לומר שהכובש עדותו 'גול', או חיסר דבר משל זולתו? לכל היותר, ניתן לומר שהכובש עדותו חייב לתת, אך לא ניתן לומר שעליו להשיב! לעיל הוכחנו אמנם שבנושא זה חלקו הגאונים על המאירי, וכמותם פסק הישועות ישראל.

לפי זה, היות והחיוב הממוני המוטל על הכובש עדותו אינו חיוב של השבת גולה, נראה שהחיוב נכלל בכלל אשר למדו חכמים בגמרא מן הפסוק "אפס כי לא יהיה בך אביון" – "שלך קודם לשל כל אדם".⁶⁰ דרשה זו יוצרת למעשה הבחנה בין מצווה שבין אדם למקום הכרוכה בהפסד ממון, למצווה שבין אדם לחברו הכרוכה בהפסד. לגבי מצוות שבין אדם למקום, מבחינים אנו בין מצוות לא תעשה למצוות עשה. לשם קיומן של מצוות עשה, על האדם להוציא עד חומש מנכסיו,⁶¹ ואילו כדי שלא לעבור על לא תעשה, צריך להוציא ממון רב ביותר, אף אם בכך יירד מנכסיו.⁶² מנגד, לשם קיומן של מצוות שבין אדם לחברו, אין אדם נדרש להפסיד את ממונו. היות ועל הכובש עדותו לא מוטל חיוב ממוני בדיני אדם, וכאמור, אין לכנותו 'גולן', מגיעים אנו למסקנה, שהחיוב הממוני הוא חיוב מסוג מצווה. כיוון שבמצווה זו נצטוו להיטיב עם חברו, הרי זה בכלל הפטור האמור בהשבת אבדה – "שלך קודם לשל חברך".

(אמנם, גם מצוות צדקה היא מצווה שבין אדם לחברו, ובכל זאת, מכוחה מחייבים אדם לחסר מממונו לטובת הזולת. אולם, נראה שאין להשוות בין המצווה להעיד למצוות הצדקה, משום שהחיוב מכוח מצוות הצדקה הוא לתת, ובכך, הופכת המצווה למעין חיוב בדיני אדם.⁶³ זאת ועוד, לדעת רבים, מצוות הצדקה יוצרת שיעבוד נכסים, שמכוחו ניתן לרדת לנכסי החייב בצדקה.⁶⁴ כמו כן, עיקר מצוות הצדקה הוא, שיחסר מממונו, ולפיכך, אין מקום להשוות בינה למצוות אחרות שבין אדם לחברו, שקיומן כרוך בהפסד ממון.⁶⁵)

60. בבא מציעא לג, א.

61. רמ"א או"ח תרנו, א, ומקורו בגמרא בבא קמא ט, ב.

62. רמ"א שם.

63. אמנם, מעיקר הדין, היות ומצוות הצדקה היא מצווה שמתן שכרה בצדה, לא היה צריך בית הדין לכפות את קיומה. אולם בכל זאת, בית דין כופין על הצדקה. על הסיבות לכך, ראה: תוספות בבא בתרא ח, ב ד"ה אכפיה.

64. קצות החושן רפ, א.

65. ראה: תוספות קידושין ח, א ד"ה צדקה. ויש הסבורים גם, שרק כאשר אדם נותן משלו, נחשבת הנתינה כצדקה, בהסתמכם על דרשת חכמים בבבא בתרא פח, ב: "אבן שלמה וצדק" – צדק משלך ותן לו". ולעצם העניין, יש לזכור שהאומרים שתפיסה אינה מועילה כאשר החיוב הוא בדיני שמים, סוברים כנראה שאין בכלל חיוב ממוני, אלא חיוב שהוא בגדר 'עונש' ו'כפרה' כמשמעות התוספתא והירושלמי. ואף שהראינו פנים שגם הם יכולים לסבור שיש חיוב ממון, אלא שנחלקו בזה האם יפה כוח העושה דין

אמנם, אין לכחד שמדברי הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי ניתן להבין שהוא משווה בין חיוב הגדת העדות למצוות צדקה, אולם, עיון בדבריו מגלה, שמסקנה זו אינה פשוטה. ואלו דבריו –

אבל מי שאינו רוצה להעיד – פטור, שאין עליו חיוב ממון אלא מדרך גמ"ח, ואם אינו רוצה לטרוח ולהצילו לזה אינו חייב. למה זה דומה – למי שרואה כיסו של חבירו אבד ואינו מצילו, או מי שאינו רוצה ליתן פרוטה משלו לעני, שאין בי"ד מחייבין אותו בכך... שלא חייבתו התורה בכך אלא כשאר מצוות היא ואינה בדין ממון.⁶⁶

לכאורה, יש בדברים אלו סתירה פנימית. מחד, הרמב"ן משווה את חיוב הגדת העדות למצוות השבת אבדה ("רואה כיסו של חברו אבד"), מהשוואה זו מתבקשת המסקנה, שאין אדם חייב לסבול הפסד או נזק כדי לקיים את החובה להעיד.⁶⁷ מאידך, הרמב"ן משווה את חיוב הגדת העדות למצוות צדקה ("פרוטה משלו לעני"). לפי דברינו, מהשוואה זו מתבקשת המסקנה, שאדם חייב גם לסבול נזק או הפסד על מנת לקיים את החובה להעיד.

אולם נראה, שהרמב"ן לא ביקש להשוות בין החיובים לכל דבר ועניין. הרמב"ן השתמש במצוות הצדקה והשבת האבדה, בשל המשותף שביניהן, והוא – חיוב ממוני כלפי הזולת, שאינו מקים לזולת זכות תביעה. לכך כיוון באמרו "כשאר מצוות היא, ואינה בדין ממון" ולהוציא מדעת הרשב"א דלעיל,⁶⁸ הסובר שיש לחברו זכות תביעה שיעידנו.

3. החיוב הממוני מותנה בתביעת עדות בבית דין⁶⁹

סיבה נוספת לדחות את מסקנתו של הרב עמאר, בנוגע לאדם שלא נתבע להעיד בפני בית הדין, מבוססת על דעת רבים מן הפוסקים, שהחיוב להעיד, היוצר חיוב ממוני, מותנה בתביעת עדות בבית הדין. לפי דעה זו, אף אם נקבל את שיטת ריא"ז ורבנו ירוחם, שהכובש עדותו חייב בדיני אדם מדינא דגרמי, אין בכך כדי להטיל חיוב ממוני על מי שלא נתבע להעיד בפני בית הדין. אדם כזה לא יהיה חייב להעיד, אף בדיני שמים, אם כי ייתכן

לעצמו יותר מכוח בי"ד, כמבואר לעיל, מכל מקום מיד ספק לא יצאנו, ואין בידינו די ראיות כדי להורות שיש בזה חיוב ממון גמור, אפילו אם אינו מוגדר כגזל.

66. קונטרס דינא דגרמי לרמב"ן (מהדורת מכון מערבא) עמ' קפו.

67. בהתאם לדרשת חכמים הנ"ל ליד הערה 60.

68. ליד הציון להערה 8.

69. הערת מו"ר הגאון הגדול ר"י כהן זצ"ל (מובא בקובץ דברי משפט, ג, ג עמ' רל) –

הדברים האמורים כאן, מתייחסים רק לחובה להעיד בפני בית הדין, מכוחה של חובת העדות. אבל, מובן שהחובה לבוא ולהעיד בפני בית הדין יכולה להיסמך גם על סמכותו וכוחו של בית הדין לרדת לחקר האמת, המאפשרת לו לזמן עדים, ולחייבם להציג בפני בית הדין את הידוע להם. מכוחה של סמכות זו פסק השולחן ערוך (ח"מ טו, ג) שדיין יוכל להטיל חרם על כל מי שיוודע לו זכות עדות, ועיין ש"ך ח"מ עא, כג. נראה, שתחולתו של חיוב זה לא תהיה רחבה מתחולת החיוב מכוח תביעת העדות על ידי בעל הדין.

שתהיה מוטלת עליו מצווה להעיד מדין השבת אבדה וגמילות חסד. אולם כאמור, לשם קיומן של מצוות אלו, אין אדם נדרש לסבול הפסד. דעה זו עולה למשל מדבריהם של בעלי התוספות בסוגיה העוסקת בחיוב להעיד, המדגישים –

ודוקא בבית דין, כשאומרים אין אנו יודעים להעיד שוב אינם יכולים להעיד דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, והיינו "אם לוא יגיד" דקרא. אבל חוץ לבי"ד אין לחוש שיוכל לחזור ולהעיד.⁷⁰

מדבריהם עולה, שרק אם העד כובש את עדותו בידים, במעשה, כשמצהיר בפני בי"ד איני יודע, נחשב אדם כמי שכבש עדותו, היות ושוב אין הוא רשאי לחזור ולהעיד. לדברי בעלי התוספות, זהו המקרה שבו דן הפסוק "אם לוא יגיד". אבל, אם אדם נמנע מלבוא לבית הדין הוא לא דחה במעשה את הגדת העדות, אלא במחדל, ועל כך לא דובר בפסוק.

הבחנה זו, בין כבישת עדות במעשה, לכבישת עדות במחדל, מצויה גם בספר ישועות ישראל,⁷¹ ובעקבותיה הוסיף, שההיתר להימנע מלהעיד כדי לחמוק מנזק או הפסד קיים רק כאשר העד נמנע מלהגיע לבית הדין. אולם, אין להתיר מכוחו לאדם שבא לבית הדין, להצהיר שאינו יודע דבר, בעוד שבאמת הוא אכן יודע, משום שבכך הוא מבטל את העשה בידים, כי שוב אינו חוזר ומגיד.⁷²

דברי התוספות מוסכמים גם על הרמב"ם,⁷³ החינוך,⁷⁴ והרמ"א.⁷⁵ לפי זה, כל עוד לא נתבע אדם להעיד בפני בית הדין, לא ניתן לחייבו להעיד מכוח החיוב הנלמד מן הנאמר בפסוק – "אם לוא יגיד, ונשא עונו". ממילא, אדם כזה יהיה חייב להעיד רק מכוח דיני השבת אבדה או גמילות חסד,⁷⁶ שכאמור, אין בכוחם לחייב אדם לסבול הפסד לשם קיומם.⁷⁷

70. תוספות בבא קמא נ"א ד"ה פשיטא.

71. ישועות ישראל כח, א.

72. בגמרא (בבא קמא נ"א) נאמר, שמי שלא מעיד עובר בלאו של "אם לוא יגיד". בים של שלמה (בבא קמא ו, ו) על גמרא זו כתב: "ואיירי כגון שהיו שואלים אותו בבית דין אם יודע להעיד, ואומר לאו". מדבריו יש סיוע לדברי הישועות ישראל, שהרי בא למעט שאם שואל אותו חוץ לבית דין, ואמר שלא יודע עדות, אינו עובר בלאו, עד שיאמר בבית דין עצמו שאינו יודע.

אולם באמרי בינה (עדות, ח) כתב לדייק מהבית יוסף שעובר בלאו גם אם אומר חוץ לבית דין שאינו רוצה להעיד. וכך כתב בשם שו"ת הראנ"ח (ב, לג), ובשם כנסת הגדולה. אם כן, לפי דבריהם לעולם עובר בלאו – גם כשמסרב להעיד חוץ לבית דין. ולכאורה אין מקום לחילוקו של הישועות ישראל שמותר לכבוש עדות ולומר 'איני יודע' רק חוץ לבית דין.

73. רמב"ם עדות א, א.

74. ספר החינוך מצוה קכב.

75. רמ"א חו"מ כח, א.

76. כן נראה מוכח מדברי משכנות יעקב (חו"מ, יב) ושער המשפט (הובאו דבריהם בפתחי תשובה כח, ד), שגם היכא שלא תבעו יש לו חיוב להעיד מדין השבת אבדה (עי"ש שהקשו מזה, שהרי משמע מהפוסקים הנ"ל, שרק אם תבעו יש חיוב להעיד). לפי דברינו מיושב, שבאמת יש שתי סיבות לחיוב: לפני שתבעו – מדין השבת אבדה, ואחר שתבעו – מ"אם לוא יגיד" ונקרא מויק בגרמא. הנפקות בין המקורות היא, שרק אם אמר 'איני יודע' אחרי שתבעו בעל דינו בפני בית הדין שיעיד לו, הרי זה כובש עדותו בידים, ואסור

כללו של דבר: לפי הריא"ז, רבנו ירוחם והמאירי, הסוברים שיש חיוב ממון (בדיני אדם או בדיני שמים) המוטל על הכובש עדותו, החיוב מותנה בתביעת עדות בבית דין, שבעקבותיה מצהיר העד שאין הוא יודע דבר. אבל, אם לא נתבע אדם להעיד, או שנתבע, אך לא הצהיר בפני בית דין שאינו יודע דבר, אינו נקרא מזיק כשכובש עדותו ואינו בא להעיד, אלא לכל היותר נחשב כמי שנמנע מהשבת אבדה, כפי שכתב הרמב"ן. לפי הרמב"ן והרא"ה, בכל מקרה החיוב להעיד הוא כעין מצוות השבת אבדה.

ה. חיוב הגדת העדות – 'עשה' או 'לא תעשה'?

כשהצענו את הדברים בפני הגאון הרב אשר וייס, הוא העיר, שיש לבדוק אם החיוב להעיד הנלמד מ"אם לוא יגיד" הוא בגדר מצוות עשה או מצוות לא תעשה.⁷⁸ אם החיוב הוא בגדר מצוות לא תעשה, הרי שחייב העד להוציא אפילו את כל הונו כדי שלא לעבור על המצווה, כפי שכתב הרמ"א.⁷⁹ אולם, הוסיף הגר"א וייס, לפי דעת החתם סופר,⁸⁰ גם באיסור לאו אין אדם נדרש להוציא כל ממונו, על מנת להימנע מלעבור על האיסור ב'שב ואל תעשה' (=במחל). במקרה זה, סובר החתם סופר, אין אדם נדרש להוציא יותר מחומש מנכסיו. לשיטתו, גם אם הנמנע מלהעיד ('שב ואל תעשה') עובר בלאו, הוא אינו חייב להוציא יותר מחומש כדי לא לעבור על לאו זה.

הרמב"ם מונה את חיוב הגדת עדות כמצוות 'עשה', בלשון זו –

הוא שצונו להעיד בבית דין בכל מה שנדעהו, בין מי שיהיה בו מיתה מי שהעדות עליו או הצלתו או הפסד ממונו... והנה הביאו ראיה על חיוב הגדת העדות מאמרו יתברך והוא עד או ראה או ידע, והעובר על מצוה זו עונשו גדול והוא אמרו "אם לוא יגיד ונשא עונו".⁸¹

לעשות כן אף אם עלול להינזק, וכמו שנתבאר). כן משמע בקצות החושן (כח, ג) שכתב שעד קרוב או פסול, הגם שאינו חייב להעיד מ"אם לוא יגיד", מ"מ חייב להעיד מדין השבת אבדה.

77. ואין לומר שגם הרמב"ן והרא"ה סוברים שאחר שתבעו להעיד נעשה חייב להעידו מהפסוק "אם לוא יגיד". וייתכן גם שיסבור כהריא"ז ורבנו ירוחם שהחיוב נעשה בדיני אדם, או לפחות כמו המאירי שיש חיוב ממוני כלפי שמיא. כך באמת כתב הרב עמאר (לעיל הערה 58), בדרך 'לולי דמסתפינא', שגם הרמב"ן והרא"ה סוברים שהחיוב הוא ממוני, ורק באו לאפקי שלא נאמר כהריא"ז ורי"ו שיש כאן חיוב בדינא דגרמי, שזה אינו, כי המעיין ברמב"ן שם בדינא דגרמי יראה שכל דבריו מוסברים על דברי הגמרא "אילימא בתרי פשיטא", וע"ז כתב שהמחייב להעיד הוא כמו השבת אבדה וגמ"ח, ובעל כורחך לפרש כמו שכתבנו בתחילה, שלפי הרמב"ן והרא"ה אנחנו רק מגדירים את אופן החיוב להעיד. כלומר, מהפסוק רק למדנו שהכובש עדותו נחשב כבעל עבירה, והראשונים הביאו מקור מניין בכלל שיש חיוב להעיד וגם הגדירו אותו – שהכול נלמד מחיוב השבת אבדה וגמ"ח – ולפ"ז העבירה היא על שלא היטיב עם חברו להעיד לו.

78. [דיון נרחב בעניין זה, ראה גם: הרב ד"ר רצון ערוסי, "מצות עדות ואכיפתה, תחומין יח (תשנ"ז) 55; הרב אב"י ונגרובר, "מצוות העדות", בקובץ זה, עמ' 107 – הערת עורך, י"א]

79. רמ"א או"ח תרנו, א.

80. הגהות חתם סופר לשולחן ערוך, תרנו.

81. ספר המצוות עשין קעח.

הרי שהרמב"ם מנה את החיוב כמצות עשה, וכן עשה גם החינוך.⁸² עם זאת, הרמב"ם מונה את החיוב להעיד גם כמצוות לא תעשה, באומרו –

וכבר אמרנו שמי שיכבוש עדות תכללהו גם כן זאת האזהרה... ולשון ספרא: מנין שאם אתה יודע לו עדות שאין אתה רשאי לשתוק? תלמוד לומר: "לא תעמד על דם רעך" (ויקרא יט, טז).⁸³

הרי שכאן אומר הרמב"ם במפורש, שיש איסור לאו בכובש עדות, מדין "לא תעמד על דם רעך". דברים אלו מבוססים על דרשת הספרא, כך כתב גם החינוך,⁸⁴ וכך פוסקים גם האחרונים.⁸⁵ חיוב זה, יש להדגיש, אינו מותנה בתביעת העדות בפני בית הדין.

לפי זה, לכאורה מוטל על אדם לסבול כל נזק או הפסד לשם קיום החובה להעיד, כשם שמוטל עליו להוציא אף את כל הוננו, כדי להימנע מלעבור על מצוות לא תעשה, ולכל הפחות מוטל עליו לסבול הפסד שערכו עד כדי חמישית מנכסיו, על פי דברי החתם סופר דלעיל.⁸⁶

אולם למעשה, נראה שמסקנה זו אינה פשוטה, הואיל ובהלכותיו לא מביא הרמב"ם את הדרשה המחייבת אדם להעיד מדין "לא תעמד על דם רעך", וגם הטור ושאר הראשונים לא הביאו דרשה זו. לדעת שער משפט⁸⁷ יש ללמוד מכך, שהפוסקים סוברים שיש לפרש את דרשת הספרא בצמצום, ולהחילה רק על עדות בדיני נפשות, וכך הסיק גם האמרי בינה.⁸⁸

יש לתת את הדעת גם על דברי הפתחי תשובה,⁸⁹ שבדיני נפשות החיוב להעיד הוא פשוט יותר, בעוד שבדיני ממונות, רק אם יודע העד בבירור שלולא עדותו בוודאי יפסיד חברו, חייב לבוא ולהעיד. למעשה, קשה לדעת את הדבר מראש, היות ולעתים נדמה לאדם שעדותו מספקת, ולא היא. לכן, כשקיים ספק אם די בעדות כדי להציל את הזולת מהפסד, אין לחייב את העד להפסיד ממון כדי להציל את ממון חברו.

לבסוף, ניתן גם להוכיח, שאף אם החיוב להעיד יתבסס על דין "לא תעמד על דם רעך", אין הוא ככל מצוות לא תעשה, המחייבת אדם להוציא אף את כל הוננו, אם יידרש לכך, כדי שלא לעבור על המצווה. כך עולה מדברי היד רמ"ה הכותב בעניין מי ששכר אנשים על מנת להציל את חברו ממוות –

82. ספר החינוך מצווה קעט.
 83. ספר המצוות לרמב"ם לא תעשה רצו.
 84. ספר החינוך מצווה רלו.
 85. ראה הערה 76.
 86. הערה 80.
 87. הערה 76. אמנם, מסקנת השער משפט לדינא אינה כן, אלא שגם בממונות עובר על לא תעמוד על דם רעך. כן כתב החפץ חיים (הלכות רכילות כלל ט, באר מים חיים ב, בד"ה ונ"ל). אבל נראה שבדעת הרמב"ם אי אפשר לומר כן, כמו שנתבאר.
 88. אמרי בינה עדות ח.
 89. פתחי תשובה חו"מ כח, ד.

ומסתברא דהיכא דטרח ואגר אגורי ואצליה שקיל מיניה, דעד כאן לא חייביה רחמנא אלא למטרח בלהדורי בתר אגורי, אבל לאצולי בממוניה לא. מדאמרין: אי מהתם הני מילי בנפשיה אבל למיטרח ומיגר אגורי לא קמ"ל, ולא אמרינן: אבל בממוניה לא.⁹⁰

מדברי היד רמ"ה עולה, שעל אף שחובת ההצלה מחייבת אדם גם לטרוח ולשכור אנשים על מנת שסייעו לו בהצלת חברו, אין בה כדי לשלול מן המציל את הזכות לתבוע את הרצאותיו ממי שהצילו. נמצאנו למדים מדבריו, שהחוב להציל את הזולת, מכוח מצוות "לא תעמד על דם רעך", על אף היותו חיוב שמכוח מצוות לא תעשה, אינו מחייב את המציל להפסיד ממון.⁹¹ ויש עוד לעיין בשאלה, מדוע נשתנה לאו זה משאר לאוים, בכך שקיומו אינו מחייב את האדם להפסיד ממון.⁹²

1. מסקנות

החיוב המוטל על האדם להעיד לטובת חברו, לפני שתבעו להעידו בבית דין, הוא מדין 'השבת אבדה'. לפיכך אין בו כדי לחייב אדם להעיד, כשעלול הדבר לגרום לו נזק.⁹³ כך הדין, גם כאשר אדם נתבע להעיד בפני בית הדין. אמנם, יש מן הפוסקים שסבורים שבמקרה זה, חייב אדם להעיד, כדי שלא יגרום לחברו נזק בדרך של 'גרמא', אך נראה

90. סנהדרין עג.א.

91. ועיין באמרי בינה שם, שכ"כ מדעת עצמו, מבלי להזכיר את היד רמ"ה.

[את ההיסק מדברי יד רמ"ה ניתן בהחלט לדחות. הרמ"ה לא כתב שמצוות "לא תעמוד על דם רעך" אינה מחייבת את המציל להפסיד ממון, אלא כתב שכאשר יש אפשרות לפצות את המציל, לאחר ההצלה, יש לעשות כן. לפי הנאמר כאן, אם הניצול הוא עני, או שברור שלעולם לא יהא בידו לשלם למציל, יהיה המציל פטור מן ההצלה, משום שמצוות "לא תעמוד על דם רעך" אינה מחייבת אדם להפסיד ממון. מסקנה שכזו היא קשה ביותר. על כן, נראה שנכון יותר להסביר, שחידושו של הרמ"ה מתמקד בזכותו של המציל לפיצוי, ולא בהגדרת היקפו של החיוב. לפי הסבר זה סרה מאליה גם קושייתו האחרונה של המחבר, היות ואף לפי הרמ"ה, מצוות "לא תעמוד על דם רעך" מחייבת אדם להוציא, אף את כל הוננו, לשם קיום המצודה. נראה שהמחבר מסיק את הדברים מן הביטוי "לא חייביה רחמנא... לאצולי בממוניה" שבדברי הרמ"ה. אולם מסקנה זו אינה מחוייבת מדבריו, וראה: כלי חמדה ויצא, עמ' קצ, ובמקורות שציין פרופ' נחום רקובר בספרו עושר ולא במשפט (מורשת המשפט בישראל, ירושלים, תשמ"ח), עמ' 179, בהערה 27. אמנם, מדברי החכמת שלמה (ח"מ תכו,א) משמע כדברי המחבר – הערת עורך, י"א.]

92. וראיתי לגר"פ שיינברג שעמד בזה (הובאו דבריו בקובץ דברי משפט ח"ג רלד), וכתב, שלעניין החיוב להוציא ממון, אין הקובע בזה מה שחייב להעיד מחמת גוף הלאו, אלא בהכרח אולינן בתר חלות ותוצאת העדות – שהיא הצלת ממון חברו, וזה דומה להשבת אבדה שפטור מלהוציא על זה ממון.

93. [דין השבת אבדה פוטר אמנם את האדם מהשבה, במקום שבו קיום חובת ההשבה כרוך בהפסד ממון. אולם, בכך אין עדיין כדי להוכיח שאדם פטור מן החיוב, גם כאשר קיומו של הנזק אינו ברור. לעניין זה ראה ברש"י (ב"מ לג,א ד"ה כל המקיים בעצמו כך); ריטב"א (שם); שולחן ערוך (חו"מ רסד,א). מנגד, ראה: פרישה (חו"מ, רסד, א), וראה גם בפסק דינו של בית הדין הרבני האזורי לת"א-יפו (תיק 5637/כ"א, פד"ר ה, 132). במקרה זה הסיק בית הדין שכאשר הנזק אינו ברור, החיוב להעיד הוא בגדר 'לפנים משורת הדין', וכאשר הנתבע להעיד הוא נציג הציבור, כופים על 'לפנים משורת הדין'. לעניין זה בהרחבה, ראה: י' אונגר, "למען תלך בדרך טובים" – על הפסיקה לפנים משורת הדין במשפט התורה", משפטי ארץ, דין דין ודין (עפרה, תשס"ב) 442, 480-483 – הערת עורך, י"א.]

להלכה, שגם במקרה זה גדר החיוב הוא כמו השבת אבדה, ולכן יהיה הנתבע להעיד פטור מחובתו להעיד, אם אכן עלולה מסירת העדות להסב לו נזק.
אגב הדיון, התבררו נושאים כלליים, הנוגעים למחותה של חובת העדות. להלן נסכם את שעלה אגב הדיון, בקצרה:

- א. הכובש עדותו חייב בדיני שמים. בשאלה, האם חיוב זה מקים למי שתובע את העדות זכות תביעה כלפי העד, נחלקו ראשונים. הרא"ה הרמב"ן והנמוקי יוסף סוברים, שאין החיוב מקים זכות תביעה, אף לא בדיני שמים. כנגדם סובר הרשב"א שהחיוב מקים זכות תביעה, בדיני שמים.
- ב. לפי ריא"ז ורבנו ירוחם, הכובש עדותו חייב אף בדיני אדם מדינא דגרמי, וכפי הנראה, כך סברו גם רבנו פרץ והכסף משנה, ולפי הקרית מלך רב, ייתכן שכך סבר גם הרמב"ם.
- ג. בשאלת משמעותן ההלכתית של הדעות המוזכרות בסעיף הקודם, עמדנו על כך שבעל משאת משה ורבי עקיבא איגר סברו שניתן לראות את נושא חיובו של הכובש עדותו בדינא דגרמי כ'ספיקא דדינא'. בהתאם לכך קבעו, שאם תפס בעל הדין שנגרם לו הפסד עקב כבישת העדות מממונו של העד, אין מוציאים ממנו. אולם, היות והתומים הכריע שאין לטעון 'קים לי' כדעה שלא הובאה בבית יוסף, בשולחן ערוך או בהגהות הרמ"א, הסקנו שכפי הנראה, לא ניתן יהיה לבסס חיוב להעיד, על סמך דעות אלו.
- ד. מהתוספתא המובאת בירושלמי למדנו, שחיוב בדיני שמים הוא רק בגדר 'עונש', ומשמעותו היא, שאם רוצה החייב שיתכפר חטאו, עליו לשלם את המוטל עליו לפי דין שמים.
- ה. בניגוד לעולה מן התוספתא שהובאה בסעיף הקודם, לדעת המאירי, החיוב בדיני שמים יוצר חיוב ממוני גמור, שבעקבותיו ניתן להגדיר את הכובש עדותו ואינו משלם כ'גזלן', ולפוסלו משום כך לעדות(!).
- ו. נראה שהמאירי מסכים לשיטת הרשב"א הנ"ל בסעיף א, וחולק על הרמב"ן והרא"ה הנזכרים שם.
- ז. דעתו של המאירי, שחיוב בדיני שמים הוא חיוב ממוני, מקובלת אף על בעל קצות החושן.
- ח. הגדרתו של החייב בדיני שמים שנמנע מלעשות את המוטל עליו לפי דין שמים כ'גזלן', כפי העולה מדברי המאירי, היא קשה, מאחר שקשה להגדיר את מי שאינו חייב דבר לזולתו בדיני אדם, כמי שחיסר ממנו דבר. ואמנם, מצאנו שבעניין זה חולקים הגאונים ובעל ישועות ישראל על המאירי.
- ט. נחלקו הפוסקים בשאלה, האם רשאי תובע לתפוס מממונו של החייב לו בדיני שמים. הוכחנו שאין הכרח לקשור שאלה זו לשאלה הכללית: האם חיוב בדיני שמים יוצר חיוב ממוני, היות וייתכן שהמחלוקת עוסקת בעיקר בשאלה, האם יש להטיל על אדם העושה דין לעצמו את אותן המגבלות המוטלות על בית הדין.

- י. לדעת הישועות ישראל, כיון שחייב הגדת עדות הוא מדין השבת אבדה, אין חיוב למסור עדות כאשר הדבר עלול לגרום לעד נזק, וזו גם דעת האבקה רוכל, והג"ר יוסף שלום אלישיב.
- יא. מנגד, הראשל"צ הג"ר שלמה עמאר נוטה לפסוק שיש לחייב אדם להעיד, אף כאשר מסירת העדות עלולה להסב לו נזק. פסיקתו מסתמכת על שיטת הריא"ז ורבנו ירוחם. את מסקנתו דחינו, בהסתמך על מסקנותינו הנ"ל בסעיפים ג, ח. כמו כן, הוכחנו שגם אם מסקנתו תקבל, יש להגבילה למי שנתבע בפני בית הדין להעיד, ונשאל אם ידוע לו עניין הקשור לנושא הנדון. לעניין זה, דין תביעה על ידי בית הדין כדין תביעה על ידי בעל הדין, בפני בית הדין.
- יב. בספרי נאמר שהכובש עדותו עובר על איסור לאו של "לא תעמד על דם רעך", וכך פסקו גם הרמב"ם והחינוך. עם זאת, לפי החתם סופר, אין להחיל על החובה להעיד, אף אם זו תתבסס על איסור "לא תעמד על דם רעך", את ההלכה שעל מנת שלא לעבור על מצוות לא תעשה מוטל על אדם להוציא אף את כל הוננו, היות והכובש עדותו מוטל את המצווה בשב ואל תעשה. במצב זה, לא מוטל על אדם להוציא יותר מחמישית מממונו כדי שלא לעבור על האיסור.
- יג. נראה שלמעשה, אין לתת משקל לדרשת הספרי, היות והרמב"ם לא הביאה בספר היד החזקה. משום כך סובר השער המלך שדרשה זו נאמר בנוגע לעדות בדיני נפשות בלבד.
- יד. מדברי יד רמ"ה והאמרי בינה למדנו, שאין אדם חייב לטבול הפסד ממון, כדי לקיים את המוטל עליו מכוח מצוות "לא תעמד על דם רעך", בניגוד לכל איסור לאו אחר, המחייב אדם להפסיד אפילו את כל הוננו, כדי שלא יעבור על הלאו.
- טו. החיוב למסור עדות אינו מחייב בעל מקצוע למסור עדות שעיקרה הוא מתן חוות דעת מקצועית, שהיא בגדר 'אומדנא' בלבד, ואינה ידיעה גמורה.

נספח – הגדת עדות כחיוב דתי⁹⁴

במאמרו, מציג הרב וידאל שלושה מודלים עיקריים, להבנת מהותה של החובה להעיד:
לפי הראשון, החובה להעיד היא חיוב הנובע מן החובה לגמול חסד עם הזולת, חיוב שאין לו כל משמעות בדיני אדם (רא"ה ורמב"ן).
לפי השני, לחובה אין אמנם משמעות בדיני אדם, במובן זה שאין בעל הדין רשאי לתבוע פיצוי מן העד הכובש עדותו על הנדק שנגרם לו עקב כבישת העדות, אך בכל זאת, היא מקימה לבעל הדין זכות תביעה כלפי העד, שיגיד עדותו בפני בית הדין. לזכות זו ישנן נפקויות שונות (רשב"א).

94. הנספח כולו הוא מדברי העורך – י"א.

לפי השלישי, חובת הגדת העדות יוצרת חיוב ממוני גמור, המקים לבעל הדין זכות לתבוע מן העד פיצוי על הנזק שנגרם לו עקב כבישת העדות (ריא"ז ורבנו ירוחם).

הצד השווה בכל הדעות הנזכרות הוא, שחיוב הגדת העדות הוא חיוב כלפי בעל הדין שהעדות יכולה לסייע לו. במילים אחרות, החיוב הוא מן החובות שבין אדם לחברו ('חיוב משפטי'), ולא מן החובות שבין אדם למקום ('חיוב דתי').

אולם, קיימת דרך נוספת להבין את החובה להעיד, שלפיה, חובה זו היא חובה דתית, שאינה נוגעת להגנה על זכויותיו של מי מבעלי הדין, אלא לצורך למנוע אחד מבעלי הדין מביצוע עבירה.

על דרך זו למדנו מתשובתו של הג"ר שלמה זלמן אויערבך.⁹⁵ בתשובה זו, מוצעות שתי דרכים להבנת החיוב להעיד. לפי הדרך הראשונה, חיוב הגדת העדות דומה לחיוב השבת אבדה (כפי שהבהיר בהרחבה הרב וידאל). התוצאה המתחייבת מדרך זו היא – שהעד לא יהיה חייב לסבול הפסד, לשם קיומה של החובה, כשם שהמשיב אבדה אינו חייב לסבול הפסד, לשם קיום מצוות השבת אבדה.

לפי הדרך השנייה, ניתן לראות בחובה להעיד חיוב שנועד 'לאפרושי מאיסורא'. כלומר, למנוע מבעל הדין, או ממי שמעידים נגדו, לבצע איסור. כך למשל, כאשר יודע העד שהתובע משקר, יהא עליו להעיד על מנת למנוע מן התובע לעבור על איסור גזל.⁹⁶ לפי דרך זו, היות והחיוב לא נועד להגן על אינטרס ממוני של הזולת, אין להחיל עליו את המגבלות שהוטלו על חיוב שנועד לטובת מטרה כזו, דוגמת החיוב להשיב אבדה.

אולם, הרב אויערבך מטיל ספק בנפקות זו, משום שאם אמנם היינו מקבלים את העיקרון, שלפיו, אדם חייב לסבול הפסד על מנת למנוע מחברו לעבור על איסור, היה על בית הדין להימנע מהטלת שבועות – אף במחיר הפגיעה באחד מבעלי הדין – על מנת למנוע אנשים מלהישבע לשקר. כמו כן, בעל דין היודע שהדין עמו, היה נדרש לוותר על ממונו, על מנת למנוע מבעל דינו לעבור על איסור גזל. היות ודרישות כאלה אינן קיימות בהלכה, ניתן להסיק, שאין אדם נדרש לסבול הפסד, על מנת למנוע מזולתו לבצע עבירה. לפיכך ניתן לומר גם, שאף אם נסיק שהחיוב להעיד הוא דתי, וכל כולו לא נועד אלא למנוע מבעל הדין לבצע עבירה, עדיין לא ניתן יהיה לחייב את העד להעיד, במקום שבו מסירת העדות עלולה לגרום לו הפסד.

95. שו"ת מנחת שלמה א, פב.

96. חובה כזו יכולה להתקיים רק מכוח חובת הערבות המיוחדת את דין התורה מן הדין האזרחי שאינו דתי, שבו בדרך כלל, אין מטילים על אדם חובה למנוע את זולתו מביצוע עבירה. חריג לעניין זה הוא סעיף 262 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, הקובע ש"מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו – מאסר שנתיים". בסעיף זה נעשה שימוש בפרשת הר שפי [ע"פ 3417/99, מרגלית הר-שפי נ' מדינת ישראל תק"על 2001 (1) 904]. על הביקורת שנמתחה נגד קיומו של סעיף זה בספר החוקים ניתן ללמוד גם מפסק הדין. כמו כן, בפסק דינו (שם, עמ' 950) מצייין השופט טירקל, ש"מעטים מאד האנשים שהועמדו לדין בישראל על עבירה לפי הסעיף, ורק מתי מעט הועמדו לדין על עבירה זאת כעבירה יחידה".

אולם, על מסקנה זו ניתן בהחלט לחלוק. דרישות מן הסוג שמציע הרב אויערבך, היו מנציחות את העוול הנגרם, ומביאות למצב שבו חוטא היה נשכר. לכן, אין ההלכה דורשת מבעל דין לוותר על זכויותיו על מנת למנוע מבעל דינו לעבור על איסור גזל, ולא משום שאין אדם נדרש לסבול הפסד, על מנת להציל את חברו מביצוע עבירה. לפי הסבר זה, יהיה העד חייב להעיד, על מנת להציל את אחד מבעלי הדין מביצוע עבירה, אף אם עקב כך יהא עליו לסבול הפסד.⁹⁷

אפשר שמסיבות אלו, סיים הרב אויערבך את דבריו, שלפי ההסבר הדתי לחיוב הגדת העדות, "אפשר דלא חייב להכחיש ולסבול אח"כ צער ובזיון". אפשר, אך אפשר גם שחייב.

97. אמנם, במסכת **שבת** (ד,א) נקבע, שאין אומרים לאדם "חטא כדי שיזכה חברך". אולם, אפשר שאין דורשים מאדם לחטוא כדי להציל את חברו מביצוע עבירה, אך בהחלט דורשים ממנו להפסיד ממון לשם כך. כמו כן, יש להדגיש, שאף קביעה זו, סוייגה על ידי בעלי התוספות (שבת שם, ד"ה וכי אומרים) בדרכים שונות, וראה בהרחבה אצל נ' רקובר, **מטרה המקדשת את האמצעים** (ירושלים, תש"ס), 216-259.

בירור עובדות במשפט תוך פגיעה בצנעת הפרט

הרב ד"ר איתמר ורהפטיג

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

א. מבוא

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

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

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

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

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

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

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

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

ב. פגיעה בצנעת הפרט לשם הצלת נפשות

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

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

במקום אחר⁴ הגבתי בחריפות על פסק דין זה. איך אפשר להשוות רוצח "רודף" לקורבנו? ואיך אפשר להשוות כבוד אדם של אחד לקדושת חייו של אחר? ובפרט באשר למחבלים, שהרי אנו במלחמה עמם, ולמלחמה גדרים משלה כידוע, ולא נכפול כאן את הדברים.

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

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

1. [בשאלה זו עוסק גם מאמרו של ד"ר מיכאל ויגודה, "על המשמעות הראייתית של הסירוב לשתף פעולה עם בית הדין" המתפרסם בקובץ זה – הערת עורך, י"א.]
2. בג"ץ 4054/95, 5100/94, הוועד הציבורי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 842.
3. לפי סעיף 34 לא לחוק העונשין, תשל"ז-1977.
4. במאמרי, "חקירות השב"כ לאור ההלכה", תחומין כ (תש"ס) 145.

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

ג. בדיקה פולשנית

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

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

בגמרא⁸ מסופר על אכסניה שהיה בה חשד של גניבת "כסא דכספא". מר זוטרא ראה את אחד האורחים נוטל ידיו ומנגבם בבגדו של חברו, ומיד חשד בו, "כפתיה ואודי". הרא"ש על אתר⁹ מסביר, שמר זוטרא כפה את החשוד בשוטים. לכאורה, מכאן יש ללמוד שמותר לפגוע בכבודו של אדם, עד כדי השפלתו הגופנית, כדי לברר את העובדות.

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

5. רמב"ם סנהדרין כד, י.

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

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

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

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

10. **בבא מציעא** כד, א.

9. **רא"ש** ב"מ ב,ה.

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

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

לכאורה, אין לנו טיפול הנוגד את כבוד הבריות כמו תהליך השקאת הסוטה, שכל כולו לשם בירור אשמה הוא בא, להיות לנו תחבולה להוציא מתוך לבבנו חשד בנשותינו לדעת האמת אם זנתה תחת בעלה או לא זנתה (על פי החינוך, מצווה שסה).¹¹ אמנם בדין הסוטה, הראיה והעונש באים כאחד, ובכלל, זהו תהליך נסי, שאינו נוהג בימינו, ולכן גם מובטח לה לאישה, שאם החשד הוא חשד שווה היא תפוצה על כך, "שאם היתה יולדת בצער יולדת ברווח...".¹² עם זאת ניתן ללמוד מכאן את הרעיון, שהעבריינין פוגע בזכותו לכבוד.

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

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

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

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

12. סוטה כו, א.

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

14. עיין: סנהדרין נב, א.

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

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

ד. סירוב בעל דין לברר דבריו

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

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

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

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

כך עולה מן הגמרא בקידושין¹⁶ אביי אומר שם כי כאשר עד אחד מעיד שפלוני הידוע ככוהן, הנו בעל מום, ונפסל לחלק מעבודות הכהונה, והלה מכחישו, יש להאמין לעד (אף על פי שעד אחד אינו נאמן אף באיסורים כנגד הכחשה) כי אומרים לו לכוהן "שלח אחווי". כלומר: "אם אינך בעל מום, הפשט בגדיך ונראה... שנוכל לברר הדברים". ואומרים בעלי התוספות שם –

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

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

יש לקוות שבית המשפט העליון יתקן כאן את המעוות.

¹⁶. קידושין טו, ב.

¹⁷. תוספות קידושין שם ד"ה שלח ואחוי.

מדבריהם עולה, שסירובו של בעל הדין לברר דבריו, עשוי לשמש כראיה נגדו.¹⁸ כן מצינו בשו"ת הרא"ש¹⁹ ביחס לבעל שטוען שאשתו אינה זכאית לכתובה שכן היא בגדר טומטום (שאינן ניכר אם היא זכר או נקבה), והיא מכחישה. אומר הרא"ש –

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

ה. התחשבות בכבוד האדם ובצנעת חייו

1. בדיקה פסיכיאטרית

עם זאת, הדברים אינם פשוטים. כאשר היה מדובר בבדיקה פסיכיאטרית, מצאנו דעה מסתייגת, הן באשר לחיוב הבדיקה והן באשר למשמעות הסירוב לה. בתביעת גט של בעל כלפי אשתו, הוא דרש שהיא תיבדק בבדיקה פסיכיאטרית, או לחיובה לוותר על הסודיות הרפואית של טיפוליה הנפשיים. בפסק דין רבני²¹ שדן בעניין, מצאנו שנחלקו הדיינים בדעותיהם.

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

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

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

19. שו"ת הרא"ש לג, ב.

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

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

21. פד"ר ט 331, 337.

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

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

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

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

ראיה להתחשבות בכבוד האדם וצנעתו בהקשר זה ניתן להביא מן הגמרא בבבא בתרא²⁷ שם מסופר על דרכם של רמאי פומבדיתא. אדם הביא סרבלו לאומן ובעבור זמן מבקש את בגדו. האומן מכחישו בטענת לא-היור-דברים-מעולם. אומר לו בעל הבית: יש לי עדים שראו אצלך בגד כזה. עונה האומן: זהו בגד אחר שאינו שלך. אומר לו בעל הבית: "אפקיניה ונחזינהו". מסביר הרשב"ם: "הוצא אותו שיראו עדים, שאתה אומר אחרינא הוא, ואמת דברך, והוצא עצמך מן החשד".²⁸ עונה האומן: "איברא, לא מפקינא ליה", ואומר הרשב"ם כי זו הרמאות, שמתכוון לגנוב, ואין בעל הבית יכול להוכיח זאת.

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

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

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

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

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

27. בבא בתרא מו, א.

28. רשב"ם שם ד"ה אפקיניה ונחזינהו.

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

אפשר לענות על כך בשתי דרכים²⁹ –

א. הטעם "סירוב בעל דין לברר דבריו" אינו עומד בפני עצמו. הוא זקוק להשלמה. כאשר הראיה ניתנת להתברר בקלות, ואי גילוייה פועל לרעת הסרבן, צריך שגילוייה יהיה עלול לפעול כנגד התובע את הגילוי. כך עולה מדברי שער המשפט³⁰, שכן אם אותו כהן יפשוט בגדו ויתברר שאינו בעל מום, יתגלה העד כשקרן. זהו "מילתא דעבידא לגלויי" מיד, שמעניק אמון לדברי העד. אך בנידון דידן של האומן, גם אם יתגלה שהבגד אינו של התובע, עדיין יטען כי העדים טעו בסברם שזהו הבגד של התובע, ולא יתגלה שקרם. נמצא שלא בכל מצב, סירוב בעל דין לברר את דברו פועל נגדו, שכן יש והסירוב אינו בעל משקל ראייתי חיוני מספיק. כלומר, יש והתועלת אינה ברורה כאמור לעיל בדברי הרב קאפח ביחס לחוות דעת רופא.

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

2. גילוי ממזרות

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

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

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

30. שער המשפט ל, ז.

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

32. המקרה המוכר בהערה 21.

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

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

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

הגמרא בבבא בתרא³⁷ מספרת על אישה שגילתה לבתה, כי מתוך עשרת הבנים שלה, רק אחד מהם הוא מבעלה. שמע הבעל וציווה: "כל נכסי לבן אחד", אך לא ידעו לזהותו, ומשום כך, לא ניתן היה לקבוע את זהות היורש. רבי בנאה הציע, שילכו כל הבנים ויכו על קבר אביהם, על מנת שיגלה להם למי השאיר את הכסף. כולם הלכו חוץ מאחד, אמר רבי בנאה: "תנו לו". ומסביר הרשב"ם כי "הוא הצנוע שבכם, ומסתברא דלזה אהב יותר".³⁸

שואל הרש"ש: מדוע לא עשה רבי בנאה בדיקה "מדעית" שתגלה את האמת? אמת כי בימיו עוד לא ידעו בדיקת רקמות מהי. אך בספר חסידים³⁹ מצאנו מקרה של בדיקה מעין זו. וכך מסופר שם –

מעשה ברב סעדיה בן יוסף החכם⁴⁰ באחד שהלך למדינת הים עם עבדו והולך עמו ממון גדול ואשתו הייתה מעוברת. לימים מת האדון והניח כל ממון והלך העבד

33. קידושין עג.א.

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

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

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

37. בבא בתרא נח.א.

38. רשב"ם שם ד"ה כולו נכסי דהאי.

39. ספר חסידים רלב.

40. לא ברור אם הכוונה לרס"ג.

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

אם כן, שואל הרש"ש⁴² מדוע לא עשה ר' בנאה כן? עונה הרש"ש בתירוצו השני (שהוא הנכון בעיניו) –

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

עוד מפנה הרש"ש לכלל המובא בברטנורא בסוף עדויות – "משפחה שנטמעה – נטמעה"⁴³. על הברייתא⁴⁴ הקובעת בשם רבי יוסי, ש"ממזרי ונתיני טהורים לעתיד לבא" מסביר הרא"ש – בפסול מטומע שאינו ידוע איירי כדאמרינן לעיל (עא,א) משפחה שנטמעה נטמעה.⁴⁵ ומדברי הר"ן שם נראה, שגם בזמן הזה לכשנטמעו אין מגלים פסולם, כי אם לצנועים. בעקבותיו מסביר הרמ"א –

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

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

ו. דיון על פי אומדנא

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

41. אין להביא ראיה מכאן לסמכות ביה"ד לכפות בדיקה גופנית, שכן אפשר שרב סעדיה פעל מכח המלך, כפי שעולה מן המעשה שם, וראה מאמרו של פרופ' ד' פרומר, "קביעת אבהות ע"י בדיקת דם במשפט הישראלי ובמשפט העברי", שנתון המשפט העברי ה' 240, הערה 109.

42. הגהות וחידושי הרש"ש ב"ב נח,א ד"ה ר"ש; ד"ה א"ל; על פי אליהו רבה תקסח, טו.

43. קידושין עא,א, ע"פ המשנה בעדויות ח, ז.

44. קידושין עב,ב.

45. פסקי הרא"ש קידושין ד, א.

46. רמ"א אה"ע ב, ה.

47. ראה לעיל, הערה 36.

הסירוב ראייה ומהו משקלה. אך יש והסירוב מתבטא בהתנהגות חמקנית. שאז בית הדין חש לדין מרומה⁴⁸ ויש בכוחו בנסיבות מסוימות לדון לפי האומדנא שלו, ללא ראיות כלל. דוגמה לכך מצינו ביחס לפריעת חוב. כאשר בית הדין שוכנע שהנתבע "מסתיר דבריו ומשיב תשובות גנובות"⁴⁹. כלומר, ייתכן גם שסירוב בלתי מוצדק ישפיע על בית הדין לנצל את סמכותו לשפוט על פי אומדנא ללא ראיות של ממש. אם כי אמצעי זה יינקט במקרים נדירים בלבד.

ז. הדין במשפט הישראלי

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

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

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

האם סירובו של בעל דין להיחשף, בטענה של צנעת הפרט, יכול לשמש כראיה נגדו? בדין הפלילי, מוכרת זכות השתיקה של נאשם, הנובעת בעיקר מ"חזקת החפות" הקיימת בשיטת המשפט האדברסרית. חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, קובע בסעיף 162 כי –

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

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

בדין האזרחי היה הדין שונה לכאורה. אכן, במקרה פלונית⁵¹ אומר השופט ח' כהן שאין סמכות חוקית לחייב אדם לבצע בדיקת דם. וכן שאם אדם זכאי שלא להיחשף, אין להוציא מסקנה מסירובו להתנדב להיחשף.

48. ראה סנהדרין ז, ב.

49. ראה שו"ת הרא"ש כלל ק, ו.

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

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

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

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

כך למשל, בפסק דין שרון נ' לוי⁵³ כותב השופט מ' אלון כי סירוב חשוד באבהות לעבור בדיקת רקמות כדי להוכיח שאינו האב פועל כנגדו, ויכול לשמש כראיה שהוא אכן האב.⁵⁴ אמנם כל זה אמור בבנה של אישה פנויה, אבל בבנה של אישה נשואה, שהבירור עלול לגלות לא רק את זהות האב, אלא גם שהבן ממזר, אומר השופט מ' אלון שלא נכפה בדיקה ולא נסיק מסקנות אופרטיביות מן הסירוב לערוך את הבדיקה. אכן השופטת ה' בן עתו⁵⁵ טוענת לאי-עקביות בגישה זו, אך ברור שמידת הפגיעה השונה בין בדיקה שיש בה, לכל היותר "פלישה קלה" לגופו של אדם, לשם הוצאת דם, לבין בדיקה שפגיעתה קשה, עד כדי הטלת כתם של ממזרות, השפיעה על הפסיקה.

לעצם חובת הבדיקה, השופט המחוזי מ' דרורי⁵⁶ מציע כיום להבחין בין שתי סוגי בדיקות בהתאם למידת פגיעתן. כיום לדעתו ניתן לחייב אדם בבדיקה גופנית שאין פגיעתה קשה, כמו בדיקת רקמות או בדיקת D.N.A., כאשר ניתן ליטול ממנו דגימות רוק בלבד.⁵⁷

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

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

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

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

55. שרון נ' לוי, 762.

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

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

ח. היבט השוואתי

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

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

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

על ההבדל הרעיוני ביחס לעבריינין ראה מה שכתבתי במקומות אחרים.⁵⁹

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

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

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

האם לא יגיד? – על עדויות חסויות בדין התורה

הרב ירון אונגר

- | | |
|---------------------------------|--------------------------------------|
| א. מבוא | ה. הדין הפלילי |
| ב. חיסיון ציבורי | ו. 'טובת הציבור' לעומת 'מצווה דרכים' |
| ג. דין המלך | ז. סוף דבר |
| ד. שלום הציבור מול זכויות היחיד | |

א. מבוא

החוק במדינת ישראל מכיר בחסינותם של אנשים שונים מפני גילוי הידוע להם מתוקף תפקידם, לערכאה משפטית.¹

* הרב ירון אונגר, מכון 'משפטי ארץ', עפרה.

1. מן הראוי להדגיש כבר בשלב זה, שרבים נוטים לבלבל בין מושג החיסיון למושג הסודיות המקצועית, שבו לא יעסוק מאמר זה. הסודיות המקצועית נובעת מכללי אתיקה שקיבלו על עצמם בעלי מקצוע שונים, המחייבים את העוסקים במקצוע להימנע מלגלות את אשר נודע להם במסגרת תפקידיהם. כך למשל, שבועת הרופאים מחייבת את הרופא להימנע מגילוי נתונים רפואיים של לקוחותיו, כללי האתיקה של העובדים הסוציאליים מחייבים אותם להימנע מלגלות פרטים שנודעו להם אגב הטיפול הסוציאלי, וכללי האתיקה של לשכת עורכי הדין, מחייבים את עורך הדין להימנע מהסגרת פרטים שבאו לידיעתו במסגרת עבודתו עם לקוחותיו. ככלל, קיימים שלושה הבדלים עיקריים בין כללים שמקורם בסודיות מקצועית לכללים שמקורם בחיסיון:

א. כללי הסודיות המקצועית נוצרו מכוח הסכמת בעלי המקצוע, בניגוד לכללי החיסיון שמקורם בחוק המדינה או בפסיקת בתי המשפט.

ב. כללי הסודיות המקצועית מחייבים את בעלי המקצוע, אך לא את בתי המשפט. לעומת זאת, החיסיון מחייב את בתי המשפט שלא להזיק לראיה חסויה.

ג. כללי הסודיות המקצועית נועדו להגן על עניינם של בעלי המקצוע. זאת, בניגוד לכללי החיסיון, שאמורים להגן על עניינו של הציבור בכללו (אם כי, לא מן הנמנע הוא, שתקיים חפיפה בין עניינם של בעלי המקצוע לעניינו של הציבור).

כאמור, מאמר זה עוסק בעדויות חסויות מכוח חיסיון לטובת הציבור, ולא מכוח כללי סודיות מקצועית. על עמדת בתי הדין הרבניים בנוגע לחובה למסור עדות, כאשר המוסר מחוייב מכוח כללי סודיות מקצועית להימנע ממסירתה, ראה למשל: הרב פרופ' א' שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית-רפואית ערך 'חיסיון', ובמקורות שאליהם הוא מפנה.

ככלל, מקובל לחלק את החסיונות השונים לשני סוגים: חסיונות לטובת ביטחון המדינה,² וחסיונות לטובת הציבור. חיסיון לטובת ביטחון המדינה נועד למנוע פרסומן של ידיעות, שגילויין עלול לפגום ביכולתן של זרועות הביטחון למלא את תפקידן על הצד הטוב ביותר. האינטרס המוגן באמצעות חיסיון זה הנו ברור ומובן מאליו, אך לרוב, ניתן להגן עליו גם בדרכים אחרות, שאינן מחייבות הטלת חיסיון, דוגמת עדות בדלתיים סגורות תוך העלמת פרטים מזהים וכדומה.

חיסיון לטובת הציבור נועד למטרה שונה; הוא נועד להגן על פעילות שהציבור מעוניין בקיומה השוטף.³ כך למשל, החיסיון המוענק למידע שהגיע לידי של רופא במסגרת עבודתו, נובע מן ההנחה, שאם תחייב הערכאה השיפוטית את הרופא למסור מידע זה, יפגע הדבר באמון החולים ברופאיהם, ויביא רבים להימנע מלמסור לרופאיהם פרטים רפואיים חשובים, שיש בהם כדי לתרום לבריאותם האישית, ולבריאות הציבור.

רובם המכריע של החסיונות נקבעו כחוק מחייב, במסגרת פקודת הראיות. עם זאת, קיימים חסיונות שהם פרי פסיקת בתי המשפט בישראל.⁴ במסגרת זו, אין בדעתנו להרחיב את הדיון במעמדן ההלכתי של נורמות שמקורן ביצירת בית המחוקקים הישראלי, ואף לא לדון במעמדן של נורמות שמקורן בחקיקה שיפוטית, של בתי המשפט בישראל. נושאים אלו כבר זכו לדיון נרחב בבמות אחרות.⁵

במאמר זה, נבקש לעמוד על הדין הראוי על-פי התורה. שאלתנו תהיה אם כן: האם ראוי לסגור את דלתות בית הדין בפני ראיות שונות, שיש בהצגתן כדי להגן על עניינו של היחיד, או אף של הציבור, מפני שיקולים של טובת הציבור, או שמא, הערך של גילוי האמת, וחכותו של אדם להגן על עניינו בפני בית הדין, גוברים על שיקולים אלו?

כמובן, ייתכנו גם פתרונות ביניים לשאלה זו. כך למשל ניתן לקבוע, בדומה למה שנקבע בדין הישראלי לגבי רוב החסיונות, שהחיסיון איננו מוחלט.⁶ משמעותה של קביעה כזו תהיה, שככלל, יוכר החיסיון, אך בית הדין יהיה רשאי להסיר את החיסיון, במקום שבו מצא שבנסיבות העניין ישנו צידוק לפעולה מעין זו.

שאלת החסיונות הציבוריים מצויה למעשה על התפר שבין דיני הראיות של המשפט הפרטי, ובין המשפט הציבורי. עובדה זו מקשה על בירור הדין הראוי, משום שהלכות עדות שבשולחן ערוך משקפות את דיני הראיות של המשפט הפרטי, ולרוב, אין בהן התייחסות

2. הקבוע בסעיף 44 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א – 1971 (להלן: פקודת הראיות).

3. חסיונות מסוג זה נקבעו בפקודת הראיות, סעיפים 45, 48-52.

4. למשל, חיסיון עיתונאי, ראה למשל: ב"ש 358/86, ציטרין נ' ביה"ד המשמעתי של לשכת עו"ד, פ"ד מא(2) 337; בג"ץ 3815/90, גילת נ' שר המשטרה, פ"ד מה(3) 414, 426 – 427; רע"א 3254/96, שוקן נ' הכשרת הישוב, פ"ד נא(1) 49, סעיפים 2-3 לפסק הדין.

5. ראה למשל: הרב מ' בריס, "החקיקה במדינת ישראל בראי ההלכה: יצירתיות אנושית וגבולותיה", משפטי ארץ: דין, דיון ודיון (עפרה, תשס"ב), עמ' 21 ואילך, ובמקורות שהביא בה"ש 1.

6. החריג היחיד בעניין זה הוא חיסיון עו"ד לקוח, שהוכר כחיסיון מוחלט. עד כמה שיד הכותב מגעת, לא הובאו נימוקים משכנעים להצדיק הקפדה יתרה על חיסיון זה, יותר מעל חסיונות אחרים.

ישירה לשאלות ציבוריות העולות אגב הדיון בהלכות אלו. הסיבה לכך היא פשוטה: מקורות ההלכה הקלאסיים – התלמודים והשולחן ערוך – חוברו לאחר שכבר נשללה מעם ישראל עצמאותו המדינית. בשלב זה, לא הייתה עוד משמעות מעשית רבה לשאלות מן המשפט הציבורי, ולפיכך, מקומן נעדר במידה רבה מן ההלכות שגובשו על סמך מקורות אלו.

עם זאת, כפי שניווכח, מבין שיטתיהן של הלכות שונות ניתן ללמוד על עמדתו העקרונית של דין התורה בסוגיה זו.

ב. חיסיון ציבורי

דומה שנושא החסיונות הציבוריים התעורר לראשונה בבתי הדין הרבניים, במסגרת דיון שנערך בפני בית הדין הרבני האזורי לת"א-יפו, בשנת תשכ"ג.⁷ במסגרת דיון זה, נדון מעמדו של חיסיון שהוגדר כחיסיון לטובת הציבור, ולא כחיסיון לטובת ביטחון המדינה. זאת, למרות שהחיסיון הוטל על פי החלטת שר הביטחון.⁸ עיון בפרטיו של פסק דין זה, עשוי ללמדנו רבות על יחסו של בית הדין לחיסיון מסוג זה בפרט, ולחסיונות אחרים, בכלל.⁹

7. הרב א' גולדשמידט; הרב י' קולין; הרב ש' מורחי.

8. פרקליט המחוז נימק את החיסיון בפני בית הדין בדרך זו:

יסוד לכל אבחנה רפואית הוא סיפורו של הנבדק עצמו, בכל הקשור למצב בריאותו, ערכו של סיפור זה הוא אם הדברים נאמרים בגילוי לב. הידיעה כי דבריו ניתנים לגילוי מחוץ למסגרת הצבא, וייתכן שישתמשו בהם אי-פעם נגדו, עלולה להשפיע על הנבדק שלא יהא גלוי, והוא יעלים דברים אשר להם חשיבות לקביעת האבחנה. ויגרם שלפני הצבא לא תהא אבחנה נכונה ממצב בריאותו של החייל, וזה עלול להביא לידי תקלה.

נימוק זה הוא נימוק אופייני לחיסיון רפואי, שהוא במהותו חיסיון לטובת הציבור, ולא לחיסיון לטובת בטחון המדינה. דבר זה לא מנע מפרקליט המחוז להסתמך בסירובו על פסיקת בית המשפט העליון בע"א 65/57, הקובעת שכאשר שר הביטחון מעניק תעודת חיסיון למידע מסויים, מטעמים שבביטחון המדינה, בית המשפט חייב לפסוק בהתאם לתעודת החיסיון, ואין לו רשות להסיר את החיסיון.

ואמנם, בא כוחה של האישה טען, שבמהותו, חיסיון זה הוא חיסיון לטובת הציבור, מה שמתאשר לאור העובדה ששר הביטחון עצמו ציין בתעודה, שלבית הדין קיימת הסמכות להסיר את החיסיון.

לגופו של עניין, נראה שיש מקום לטענה, שהחיסיון, שבמקורו מוגדר כחיסיון לטובת הציבור, הופך לחיסיון לטובת ביטחון המדינה, שעה שהוא בא בשערי הצבא. לא הרי התקלות העלולות לצמוח מכוח הימנעותם של אזרחים מלגלות בפני רופאיהם את כל הנתונים הנדרשים לשם ביצוע האבחנה הרפואית, כהרי התקלות העלולות לצמוח מהימנעותם של חיילים לעשות כן. חייל שהעלים מידע מרופאו הצבאי, עלול להישלח למשימה, כבריא, שעה שמבחינה רפואית אין הוא כשיר למשימתו. מצב כזה עלול בהחלט להביא לפגיעה בביטחון המדינה.

9. עד כמה שידנו מגעת, לא פורסם פסק דין נוסף של בית דין רבני של מדינת ישראל, ובו דיון בדבר מעמדן של עדויות חסויות. עם זאת, פרופ' אליאב שוחטמן (סדר הדין, ירושלים, תשמ"ח, עמ' 270, ה"ש 4) מצטט פסק דין שניתן על ידי בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב, תיק תשמ"ה/15453, ובו התקיים דיון אודות טענת חיסיון לפי סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961. בהקשר זה נאמר בפסק הדין ש"אין מקום לטענת חיסיון, שכן טענה זו עומדת בניגוד לצו התורה – 'אם לא יגיד ונשא עונו'". דברים אלו עולים בקנה אחד עם רוח פסק הדין הנדון במאמר זה.

לשם הבנת פסק הדין, מן הראוי להציג תחילה את העובדות שעמדו לדיון. פסק הדין עסק בבני זוג, שהיחסים ביניהם התערערו לאחר כעשר שנות נישואים. הבעל הגיש לבית הדין הרבני תביעה לשלום בית כנגד האישה, בטענה שהאישה היא שהפרה את שלום הבית, סירבה לחיות עמו, הזניחה את משק הבית, ולבסוף עזבה לחלוטין את הבית, ולקחה אתה את בנם. למקרה שתסרב האישה, ביקש הבעל מבית הדין שיכריז על אשתו כמורדת.

האישה, מצדה, הגישה בפני בית הדין תביעה נגדית בעניינים כספיים, ולבסוף, הגישה תביעה לגירושין. טענותיה העיקריות של האישה היו, שיחסו של בעלה כלפיה היה "רע מאד, מכה אותה, מעליבה, ומכנה אותה בשמות גנאי בפני אחרים". עוד הדגישה האישה, ש"אין היא יכולה להשלים עם בעלה, הואיל והוא לוקה בהפרעות נפשיות".

בפני בית הדין הוצגה ראייה שהבעל אכן שוחרר מהצבא בשנת תש"ט, מטעמי בריאות. אולם, מראיה זו לא ניתן היה להסיק, מה הם אותם "טעמי בריאות". מובן שלבירור הנימוקים לשחרור הבעל מן הצבא, הייתה משמעות קריטית להצלחת תביעתה של האישה. לפיכך ביקש בא כוחה של האישה מבית הדין, שיוורה לשלטונות הצבא להגיש לעיון בית הדין את המסמכים שעשויים לשפוך אור על נסיבות שחרורו של הבעל.

בית הדין זימן את נציג הצבא לדיון, כדי שיציג בפני בית הדין את המסמכים, תוך שהוא מדגיש ש"מסמכים אלו הם חיוניים לבירור המשפט בין הצדדים בעניין חיי המשפחה ביניהם". נציג הצבא אמנם הופיע לדיון, אך משנדרש להציג את המסמכים, סירב, בנימוק ש"שר הביטחון העניק חיסיון למסמכים אלו". סירוב זה נתמך על ידי פרקליט מחוז תל אביב דאז, שהציג בפני בית הדין מסמך שהיה חתום על ידי שר הביטחון דאז, דוד בן גוריון, ובו נאמר –

לאחר שעיינתי במסמכים האמורים הנני מאשר כי מטעמים שבטובת הציבור והמדינה אין לגלות תוכנם וכן תוכנם של מסמכים אחרים כלשהם המכילים רישומי הצבא על בדיקות רפואיות בדרך כלל, והנני מתנגד, אפוא, לגילוי אותם המסמכים – אלא אם בית משפט נכבד זה יורה אחרת.

לא למותר לציין, שהבעל עצמו לא התנגד להצגת המסמכים. עובדה זו לא שינתה את עמדת הצבא או הפרקליטות, היות ולטעמם, החיסיון נועד להגן על הציבור בכללו, ועל טובת הציבור אין הבעל רשאי לוותר.

למעשה, החליט בית הדין שלא להתחשב בחיסיון.

אמנם פרופ' שוחטמן מעיר על כך (שם): "קביעה זו של בית הדין היא בגדר של אמרת אגב, שכן לגופו של עניין נמצא שמדובר בנושאים שאין טענת החיסיון חלה בהם". אולם, לדעתנו הערה זו אינה נכונה. ההבחנה בין אמרת אגב (אוביטר) לעיקר פסק הדין (רציו) נכונה בשיטות משפט שבהן מקובל עיקרון התקדים המחייב. עיקרון זה מחייב הבחנה ברורה בין דברים שנאמרו כעיקר פסק הדין, המהווים תקדים, לבין דברים שנאמרו כבדרך אגב, שאין לראות בהם תקדים. שיטת המשפט העברי אינה מכירה בעיקרון התקדים המחייב (ראה למשל: ז' ורהפטיג, "התקדים במשפט העברי", שנתון המשפט העברי ו-ו, תשל"ט-תש"ס, עמ' 105-132), ומשום כך, אין יסוד להבחנה בין אמרה הנדרשת לגופו של פסק הדין, לבין אמרה שאין בה צורך לשם הכרעת הדין. זו כמו זו, הלכה פסוקה הן.

להלן, נבקש לבחון את הנימוקים השונים שעמדו בבסיס החלטת בית הדין.¹⁰

מעמדו של הציבור

בפתח דבריו, מייחד בית הדין את הדיבור למעמדו של הציבור, כפי שהוא רואה את הדבר, בלשון זו –

אין אנו רואים בשאלה זו שלפנינו, שאלה בזכויות השלטון, זכויות השליט מכוח שלטונו, מעין זכויות יתר של הכתר (פרירוגטיבה בלע"ז) בהיסטוריה של הממלכה האנגלית, שהוא כביכול מחוץ לתחום החובות המוטלים על כל בני תמותה. זוויות ראייתנו בדבר זה אחרות הן, אנו רואים כאן שאלה בזכויותיו של הציבור; זכויות היחידים הרבים, אשר אינן פחותות מזכויותיו של כל יחיד ויחיד בנפרד; ושאלה בחובותיו של הציבור, וחובות היחידים הרבים, כלפי היחיד. השלטון אינו, לעניין זה, אלא מייצגו של הציבור, המדבר בשמו, וחייב, בשטח שלטונו, לדאוג על שמירת ענייניו של הציבור, כפי שכל יחיד ויחיד בשטחו שומר על ענייניו הוא; אולם חייב גם, בתחומיו, בחיובים אשר כלל היחידים, הציבור, ככל יחיד לבדו, חייב כלפי היחיד הבודד.¹¹

בית הדין כופר, אם כן, בתפיסה שהייתה מקובלת באנגליה, אשר העניקה מעמד מיוחד לשלטון, כמי שעומד "מחוץ למגרש המשחקים" של המשפט הפרטי, וכתוצאה מכך, אינה מחילה עליו אותן החובות המוטלות על היחיד. השלטון, אליבא דבית הדין, פועל למעשה כשלוחם של יחידים רבים. לפיכך, דין הוא שאותן החובות המוטלות על שולחיו, יהיו מוטלות גם עליו, ובכלל זה – חובת העדות.

תפיסה זו מאפשרת לבית הדין לבחון את הנושא מתוך נקודת המבט של המשפט הפרטי התורני, כלומר, תוך התבססות מוחלטת על הלכות עדות.

אולם, דין התורה אכן מכיר בקיומן של 'זכויות יתר' לשלטון בעניינים שונים, ובכללם אף בעניין החובה להעיד. 'זכויות יתר' אלו אינן נובעות מן הרצון לחסן את השלטון מפני ביקורת, כפי שאולי היה מקובל במשפט האנגלי, אלא מהבנת ההשלכות הקשות שעלולות להיות כרוכות לעיתים בהחלת אותן חובות המוטלות על היחיד, על השלטון.¹²

כך עולה למשל מניתוח ההלכה הפוטרת את המלך מן החובה להעיד –

10. בעשותנו כן, נעורר לעיתים שאלות על נימוקים אלו, כתלמיד השואל את רבותיו, מתוך הכרה מלאה בכך שקטנם של הדיינים הנכבדים שישבו בהרכב בית הדין עבה ממתניו של הכותב. ובכל זאת, תורה היא, וללמוד אנו צריכים.

11. תיק 5637/כ"א בבית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו, פד"ר ה', 132. (להלן: פסק הדין).

12. כמעט ואין צורך להוכיח את אי כבילותו של השלטון למגבלות מן המשפט הפרטי, בתחומים אחרים. כך למשל, "מלך פורץ לו גדר לעשות לו דרך" (בבא קמא ט, ב), בעוד שהיחיד לא יוכל לעולם לקבל סמכות דומה.

המלך לא דן ולא דנין אותו, לא מעיד ולא מעידין אותו.¹³

חובת העדות, החלה בשווה על כל אדם מישראל, אינה חלה על המלך. לפי הריטב"א, הסיבה לקיומה של 'זכות יתר' זו היא, שמתן העדות פוגע בכבודו של המלך, שהוא כבוד המלכות.¹⁴ ההקפדה על כבוד המלכות נועדה כמובן להבטיח את יציבות שלטון המלך. נמצא, שגם כאשר יודע המלך עדות שיש בכוחה להגן על עניינו של היחיד, תידחה טובת היחיד מפני טובת הציבור, ובית הדין לא יקבל מן המלך את העדות.¹⁵

אמנם, הרמב"ם¹⁶ סובר, שההלכה האוסרת קבלת עדות ממלך, כמו ההלכה האוסרת לדון את המלך, חלה על מלכי ישראל בלבד ולא על מלכי בית דוד, "מפני שלבן (של מלכי ישראל) גס בהן ויבא מן הדבר תקלה והפסד על הדת". הסבר זה מצמצם לכאורה את האפשרות להסיק מן ההלכה, שניתן לדחות את חובת העדות מפני טובתו של הציבור, שכן, עניינו של היחיד יידחה, רק כאשר יש חשש שמא השלטון יתנכל לדיינים או לבתי הדין עקב הטלת החובה להעיד.¹⁷ אולם, גם ביסודה של הנמקה זו עומדת התפיסה העקרונית, שיש לדחות את חובת העדות מפני טובתו של הציבור.

נראה שאת העיקרון העולה מהנמקתו של הרמב"ם ניתן לנסח כך: כאשר הרצון להגן על עניינו של היחיד עלול ליצור מתח לא בריא בין השלטון לבית הדין, וכתוצאה מקיומו של מתח זה יש מקום לחשוש שמא יצומצמו סמכויותיו של בית הדין, ניתן לפטור את השלטון מן החובה להעיד.

במדינת ישראל, כפי שהיא היום, דומה שחשש זה אינו בגדר חשש רחוק בלבד.¹⁸

רבי עקיבא הרחיב הלכה זו, אף לנשיא ישראל.¹⁹ נראה שמהלכה זו ניתן ללמוד, שמקום שבו מסירת העדות עלולה לפגוע באינטרס ציבורי חשוב, ניתן לדחות את חובת העדות, שנועדה להגן על האינטרס הפרטי, מפני טובת הציבור.

ראינו, אם כן, שישנם מקורות בהלכה המעניקים זכות יתר לשלטון. אמנם, שלא כבתפיסה האנגלית של 'זכות הכתר' נובעות זכויות אלו מתוך הרצון לצמצם את מוקדי החיכוך בין השלטון ובין בית הדין.

13. משנה סנהדרין ב, ב.

14. חידושי הריטב"א שבועות לא, א. זאת, בניגוד להלכה הקודמת במשנה, שמלך "לא דן ולא דנים אותו", שאותה פירשו כעוסקת אך ורק במלכי ישראל.

15. וראה בכסף משנה מלכים ג, ז, שמציע הבחנה בין עדות בדיני ממונות, שממנה פטור המלך, לעדות בענייני איסורים או נפשות, שבה חייב, וראה גם במקורות שצוינו לעניין זה בספר המפתח על הרמב"ם מלכים שם (הוצאת ש' פרנקל) ד"ה אי י"ל.

16. רמב"ם מלכים ג, ז.

17. ראה: סנהדרין יט, ב.

18. אמנם, במקרה שבו עסק בית הדין, הניח שר הביטחון את ההכרעה בעניין החיסיון בידי בית הדין. במצב זה, נראה שאין מקום לחשש שמא הסרת החיסיון תביא לניכור בין השלטון לבתי הדין בישראל.

19. ראה: הוריות ח, ב. לכאורה, הרחבה זו אינה הולמת את שיטת הרמב"ם הנ"ל בהערה 16, וצ"ע.

עדות שמסירתה כרוכה בהפסד שאינו מוכח

בית הדין סוקר באריכות את מקורותיה של החובה להעיד, תוך שהוא עוסק בשאלה, האם החובה להעיד יוצרת חיוב ממוני של העד, כלפי מי שיש בעדותו לסייע לו, או שמא אין היא אלא בגדר מצוות גמילות חסד, שאינה יוצרת חיוב ממוני.²⁰

בית הדין מגיע למסקנה, שעמדתם של רוב הפוסקים היא, שחובת העדות יסודה בחיוב לגמול חסד עם הזולת. משמעותה של מסקנה זו היא, שעל חובה זו מוטלות אותן מגבלות החלות על החובה לגמול חסד עם הזולת. מגבלות אלו נלמדות מהלכות השבת אבדה, ומהן עולה שאין אדם חייב להפסיד ממון כדי להשיב אבדה. ואם כן, כשם שאין היחיד חייב לסבול הפסד לשם קיום חובתו להעיד, כך גם הציבור אינו חייב לסבול הפסד כדי לאפשר לנציגו להעיד.

אולם, בית הדין מעיר, שעל הנמנע מלהשיב אבדה משום ההפסד שנגרם לו עקב כך נאמר בגמרא: "כל המקיים בעצמו כך סופו בא לידי כך".²¹ ומפרש רש"י –

אף על פי שלא הטילו עליו הכתוב, יש לאדם ליכנס לפניו משורת הדין, ולא לדקדק שלי קודם, אם לא בהפסד מוכיח. ואם תמיד מדקדק, פורק מעליו עול גמילות חסד וצדקה, וסוף שיצטרך לבריות.²²

מדברים אלו עולה, שעל אף שאדם פטור מהשבה, גם כאשר ההפסד העלול להיגרם לו עקב ההשבה אינו מוכח, מן הראוי שייכנס לפניו משורת הדין וישיב, אף במקרה זה.

לאור זאת, מגיע בית הדין למסקנה –

ואם כה, כמו בהשבת אבדה, כך גם בהגדרת עדות, בבקש עד לפטור עצמו מהעדאה עקב הפסד והזק, עליו לאמוד ולמדוד, את מידת הסיכון להזק, בו הוא עלול להיכנס עקב העדות. ואם ההפסד אינו מוכח וניכר, וקיימת רק חששא בעלמא להפסד, אין העד רשאי לפטור עצמו מלהעיד.²³

כאן הפכה ההנהגה הראויה, לפניו משורת הדין, לדין מחייב. הא כיצד? בית הדין מסביר, שהנהגה המוגדרת כ'לפנים משורת הדין', אף לדעת הפוסקים הסבורים שאין ביד בית הדין רשות לכפות את היחיד לקיימה, יש ביד בית הדין הרשות לכפות על הציבור לקיימה.

בשאלת כפיייתו של הציבור לקיים הנהגה שהיא בגדר 'לפנים משורת הדין', עסקנו במקום אחר,²⁴ ולא נאריך בה שוב כאן. אולם חשוב להעיר, שכנגד התפיסה המחייבת את הציבור

20. להרחבה בנושא זה, ראה גם במאמרו של הרב חיים וידאל, "החובה להעיד, כאשר מסירת העדות עלולה להסב לעד נזק", בקובץ זה, עמ' 185.

21. **בבא מציעא** לג.א.

22. רש"י שם ד"ה כל המקיים בעצמו כך.

23. פסק הדין, לעיל הערה 11.

24. ראה: י' אונגר, "למען תלך בדרך טובים" – על הפסיקה לפניו משורת הדין", **משפטי ארץ** – דין, דיין ודיין (עפרה, תשס"ב) 480-483.

לנהוג 'לפנים משורת הדין' עם היחיד, קיימת גם תפיסה הפוכה, שלא בא זכרה בפסק הדין, הגורסת שבעת סכסוך בין היחיד לציבור, דווקא היחיד נדרש לנהוג 'לפנים משורת הדין' עם הציבור, ולא להפך.²⁵

למסקנה, שהציבור חייב לנהוג לפנים משורת הדין עם היחיד, מגיע בית הדין מכוח תשובתו של החתם סופר.²⁶ ברם, עיון מדוקדק בפסיקתו של החתם סופר עשוי לגלות, שהחלת העיקרון העולה מתשובתו על המקרה הספציפי שבו דן בית הדין, קשה.

תשובת החתם סופר עוסקת בקהילה שבה פרצה דלקה שכילתה בתים רבים. בראות מנהיגי הציבור שהאש מתקרבת לבית הכנסת, הורו להרוס את גג בית הכנסת ואת גג בית הסמוך לו, על מנת למנוע את התפשטות האש, ואת כילוי בית הכנסת. לאחר ששכבה האש, תבעה בעלת הבית מן הציבור שישלם לה על הנוק שנגרם לביתה. מנגד, טענו מנהיגי הציבור, שאם לא היו פועלים כפי שפעלו, היה ביתה נשרף כולו, יחד עם בית הכנסת. לכן, לא גרמו לה כל נזק. למעשה, חייב החתם סופר את הציבור לשלם לבעלת הבית על הנוק שנגרם לה, תוך שהוא מציין, שגם אם נכונה טענת הציבור, מן הראוי לציבור שינהג עם בעלת הבית לפנים משורת הדין.

ההבדל בין המקרה שבו עסק פסק הדין, למקרה שבו עסק החתם סופר, בולט לעין: תשובת החתם סופר אינה עוסקת בהתנגשות חזיתית ובלתי פתירה בין עניינו של היחיד לעניינו של הציבור, משום שמבחינה מעשית, ניתן להגן גם על עניינו של הציבור, וגם על עניינה של בעלת הבית. מתשובה זו ניתן להסיק, לכל היותר, שבמקום שבו גורם הציבור נזק ליחיד על מנת להגן על אינטרס ציבורי, חייב הציבור לפצות את היחיד, אף אם יש יסוד להניח שזוהי הדינה נגרם גם ללא ההתערבות הציבורית. לפיכך, ניתן להסיק מן התשובה, שכאשר המדינה מבקשת להטיל חיסיון על עדות במשפט אזרחי, עליה לפצות את הצד הנפגע מהטלת החיסיון. אולם, כלום ניתן להוכיח מתשובה זו שעל הציבור להעדיף את עניינו של היחיד על עניינו שלו, במקום שבו לא ניתן לפצות את היחיד? דומני שלא.

למעשה, זהו בדיוק המצב שבו עוסק פסק הדין. הטלת החיסיון עלולה להכשיל את תביעת הגירושין של האישה, ואם כך יהיה, לא יהיה בידו של הציבור לפצות את האישה על כך.

25. ראה שם 182-183.

בהקשר זה מן הראוי להוסיף, שפסק הדין נותן משקל גם להשפעת התנהגות הרשויות על התנהגותם של יחידים, בלשון זו:

כמו שכל יחיד ויחיד נדרש לוותר על החשש והדאגה על שלו, למען שמור על ענייני חברו; כך גם הציבור, על-ידי מייצגיו, אל לו להכניס עצמו יתר על המידה לחששות, ואל לו לבקש חשבונות רבים, כאשר עומדת השאלה של קיום חוב כלפי היחיד. כי גם הציבור אם תמיד ידקדק לומר שלי קודם, נמצא פורק גמילות חסד וצדקה, ויהא מורה דרך רע ליחיד (פסק הדין, עמ' 150).

לעניות דעתנו, היחיד מודע להבדל שבין הציבור, ולהבדל שבין משקל הצרכים הפרטיים לעומת משקל הצרכים הציבוריים. לכן גם, מעולם לא הועלתה הטענה, שההיתר למלך לפרוץ לו גדר לעשות לו דרך, עלול ללמד גם את היחידים לנהוג כך. לפיכך, החשש שמא ההכרה בחיסיון הציבורי תשדר לציבור מסר שלילי, כאילו רשאי היחיד להימנע מקיום החובה להעיד, נראה בעינינו חשש רחוק.

26. שו"ת חתם סופר י"ד, רל"ט אות ט.

לפיכך, ההתנגשות בין עניינו של היחיד לעניין הציבור היא חזיתית, ולא ניתנת לפתרון בדרך של פיצוי. תשובת החתם סופר אינה מלמדת דבר באשר לחובת הציבור לנהוג לפני משורת הדין, במקרה כגון זה.

זאת ועוד, במקרה שבו דן החתם סופר הציבור גרם כבר בפועל נזק ליחיד, והשאלה שעמדה על הפרק הייתה שאלת הפיצוי. בנסיבות אלה, הואיל ומבחינה עקרונית, קמה לציבור חובת פיצוי, בהיותו מזיק, נכון להטיל עליו את החובה, לפני משורת הדין אף כאשר מנימוקים שונים יכול הציבור לפטור עצמו מן החובה. מכאן רחוקה עדיין הדרך עד להוראה המחייבת את הציבור לסבול נזק, על מנת להגן על טובת היחיד.

האמנם הפסד שאינו מוכח?

כאמור, המבנה ההלכתי שסייע לבית הדין להסיר את החיסיון נשען על ההנחה, שהפסד שעלול להיגרם למדינה עקב הסרת החיסיון הוא בגדר הפסד שאינו מוכח. אם היה הפסד זה מוגדר כהפסד מוכח, הרי שהמדינה הייתה פטורה מן החובה לאפשר את מסירת העדות, אף לפני משורת הדין. בהקשר זה מצהיר בית הדין –

אם כי טעמו של מר בר-אור (פרקליט המחוז) נראה לנו, עם כל הכבוד, כהגיוני, וייתכן גם ייתכן, כי חייל אשר חשש יתעורר בלבו כי סיפוריו לרופאי הצבא עלולים להוות עדות נגדו, ימנע עצמו מלגלות את האמת כולה, ומתוך כך עלול להגיע הפסד לצבא. הטעם הוא סביר ואין עם לבנו לחלוק עליו, או להמעיט חשיבותו, ומכל שכן שלא עולה על דעתנו כלל וכלל, לזלזל חס-ושלום בהזק שייגרם לצבא עקב זה – **אם ייגרם**. לא לנו להתערב בעצם השיקול, כי לא לנו נמסר להעריך ולקבוע את ערכם של הדברים... המוטל עלינו, לשם מתן ההחלטה הנדרשת מאתנו, הוא, לשקול את חיוניותה של העדות בשביל הדורשה, מחד גיסא, ולקבוע מאידך גיסא, את מידתו של החשש להפסד ולהגדירו. ובבואנו להגדיר חשש הפסד זה, נראה לעניות דעתנו, כי מבלי להמעיט את דמותו של החשש, אין הוא יוצא, אחרי ככלות הכול, מכלל חששא בעלמא של הפסד; ואין כל ספק בדבר, שלכלל הפסד ניכר ומוכח אין הדברים מגיעים.

וליתר שאת, אם עדות כגון זו לא תהא ניתנת להבאה בדרך הרגילה והשגרתית, והדבר יהא נתון להחלטה של בית-דין, אשר ישקול בכל מקרה ומקרה את חשיבותה של העדות בשביל הדורשה, ורק במקום שהיא הכרחית וחיונית יורה לגלותה. באופן שכזה, הרי החשש מצטמק ומתרחק, ואין להניח כלל כי אכן קיים הפסד מוכח וניכר.²⁷

על דברים אלו, שהם בגדר הערכה עובדתית, ולא עמדה הלכתית, ניתן כמובן לחלוק. אולם, לא בעובדות ובהערכת המציאות בדעתנו לעסוק בהקשר זה, אלא דווקא בשאלה ההלכתית: האם מתעצם משקלו של חשש בשעה שהוא נוגע להתנהגות הציבורית?

27. פסק הדין הנ"ל בהערה 11.

לשם הדגמת השאלה, נתבונן בהלכה ידועה מהלכות שבת. לפי הלכה זו, ניתן להתיר כיבויה של גחלת המצויה ברשות הרבים בשבת, אף שהכיבוי כרוך בחילול שבת, מחשש שמא הגחלת תבער, תביא לשרפת בגדיו של אדם, ותסכן את נפשו.²⁸ חשש זה, כמובן, הוא חשש רחוק ביותר, שאינו מצדיק את כיבוי הגחלת, אילו נמצאה ברשות היחיד. מדוע נשתנה הדין, כאשר הגחלת נמצאה ברשות הרבים? הסיבה לכך היא פשוטה. משקלו של החשש הרחוק מתעצם, שעה שהוא פועל ברשות הציבורית. הנימוק לכך הוא סטטיסטי לחלוטין. לאמור: ככל שרבים יותר הם האנשים העוברים על פני הגחלת, עולה הסבירות, שאחד מני אותם רבים ייפגע קשות מן הגחלת. לפיכך, נכון לכבות את הגחלת, לפני שאותו אחד ייפגע.

על יסוד הלכה זו התיר הגאון הרב שאול ישראלי את עבודת המשטרה בשבת, אף זו שאינה כרוכה ישירות בהצלת חיים.²⁹ דבריו בעניין זה נסמכים על דברי ראשונים, ובכל זאת יש בהם חידוש, לפחות בנוגע ליישום הרחב של העקרונות הנלמדים מהלכת הגחלת. מפאת חשיבותם של הדברים בכל הנוגע לחיינו הציבוריים, מן הראוי להביא את עיקרם –

נראה שיסוד הדברים הוא, שכל מה שנוגע לשלום הציבור או סילוק נזק ממנו, הכל נחשב כפיקוח נפש, כי כל מה שכרוך בשלום הציבור יש בו בעקיפין עניין עם פיקוח נפש, פרנסת היחיד לדוגמא, אין בה משום פיקוח נפש, אבל אם הציבור יהא מחוסר פרנסה, אפילו אם אין זה נוגע ללחם, הרי לא יימלט שבאחד מבין הרבים יהא כזה שצריך לאוכל יותר משובת, באופן שאצלו זה יכול להיות פיקוח נפש... וכיוצא בזה מיני ציורים, שאם אנו חושבים על זה לגבי היחיד, הרי זה רחוק שאין לחשוש מזה, ומכל מקום באופן הציבורי הרי זה קורה סוף סוף, ולגבי פיקוח נפש, גם זה מובא בחשבון.³⁰

לו היה בית הדין מתחשב בשיקולים אלו, יש להניח שלא היה מגדיר את החשש שהעלו נציגי הצבא והפרקליטות כ'חששא בעלמא'.

ענייני נישואין וגירושין – דיני נפשות?

מעבר לכל השיקולים שהועלו עד כה, מבקש בית הדין לבסס את חובת הרשויות לוותר על החיסיון, על יסוד הגדרת הנושא הנדון כ'דיני נפשות' ממש (!) –

הנידון עליו נדרשת העדות, הוא, כאמור, לא עניין ממוני אלא עניין שהוא מעין נפשות; לא אבדת ממון אלא אבדת גופו; ובמצות אבדת גופו יש גם הלאו לא תעמד על דם רעך, כמבואר בסנהדרין דף ע"ג ע"ב. וזה גם בעדות, עיין בספרא בפרשת קדושים: ומניין שאם אתה יודע לו עדות, שאין אתה רשאי לשתוק עליה, תלמוד לומר: לא תעמד על דם רעך. ומשמירת לאו זה אין אדם פטור, גם אם קיומו גורם לו הזק.³¹

28. ראה: שבת מב,א; שולחן ערוך או"ח שלד, כז.

29. עמוד הימיני יז (עמ' רה-רטו), בעניין "הביטחון הפנימי במדינה בשבת".

30. שם ריד-רטו.

31. פסק הדין הנ"ל בהערה 11.

אכן, חובת העדות בדיני נפשות חמורה מחובת העדות בדיני ממונות, והיא חלה, אף כאשר קיום החובה כרוך בגרימת הפסד ממוני למעיד. אולם, כלל לא ברור מדוע החליט בית הדין שדיון בענייני משפחה הוא בגדר 'דיני נפשות', ומדוע טובת הציבור אינה בגדר 'דיני נפשות'.

בפסק הדין לא מובאים מקורות התומכים בקביעה שדיון בענייני משפחה הוא כדיון בדיני נפשות. כפי הנראה, קביעה זו מבוססת על סברת הדיינים. בית הדין רואה את השאלה העומדת לדיון כ"עניין נפשות ממש, שאלה של חיים ומוות למשפחה".

כמובן, אין להקל ראש בחומרתם של סכסוכי משפחה. סכסוכים אלו כרוכים בכל החשוב והיקר לאדם: רכוש, ילדים, בית וכדומה. אולם בהחלט ניתן להרהר: האמנם 'דיני נפשות'? האמנם הצלת חיי נישואין נכללת במצוות "לא תעמד על דם רעך"? מן החשוב להדגיש, שבית הדין אינו נוקט בביטוי זה לתפארת המליצה בלבד, אלא אף מבקש להסיק ממנו הלכות. חידוש זה מפליג ביותר, ומן הראוי היה לנסות ולעגנו במקורות.

יגענו וחיפשנו מקורות לחידוש זה, והעלינו חרס בידינו. לעומת זאת, מצאנו שהג"ר יעקב אריאל, דן בתשובותיו³² בשאלת החיסיון, ואגב כך קבע מפורשות, שדיון בענייני משפחה אינו בגדר 'דיני נפשות' (מבלי להתייחס לפסק הדין הנזכר).

חיסיון ציבורי – 'דיני נפשות'?

לאידך גיסא, אם בדיני נפשות עסקינן, מן הראוי היה לבחון גם את הצד השני, ולשאול: האם האינטרס עליו מבקשת המדינה להגן, אינו בגדר 'דיני נפשות'³³? לאור המבואר לעיל,³⁴ נראה בהחלט שניתן היה להשיב על שאלה זו בחיוב. זאת ועוד, בעניין הפסד ממוני או צער לרבים כותב ר"י ענגיל –

שמעתי זה שנים רבות בשם צדיק אחד ז"ל, דממון רבים כנפשות ממש חשוב. ולכן, בפרשת "ואהבת" שנאמר בלשון יחיד נאמר "ובכל מאורך", שמשמעו בכל ממונך; מה שאין כן בפרשת "והיה אם שמוע", שנאמר בלשון רבים, לא הוצרך להאמר "בכל מאודכם", דממון רבים כנפשות, וכבר נכלל באומרו "ובכל נפשכם".³⁵

32. ראה: שו"ת באהלה של תורה פג.

33. אמנם, ניתן לטעון שגם אם נתקבל הטענה, שעניינה של המדינה בקיומו של החיסיון ראוי להיחשב כ'נפשות', עדיין אין הדבר מפחית מחומרתו של החיוב להעיד, בהנחה שאף עניינה של האישה יוגדר כ'נפשות'. לדעתנו, יש לדחות טענה זו, משום שאם אמנם היה בית הדין נוכח שמסירת העדות יכולה להציל נפשות' מחד, אך מנגד, יש בה גם כדי 'לסכן נפשות', ההכרעה הראויה הייתה 'שב ואל תעשה עדיף'.

34. ליד הציון להערה 29.

35. שו"ת בן פורת ב, י.

לדיון נרחב יותר בשיטת הר"ש ישראלי ור"י ענגיל, ראה בספרו של פרופ' נ' רקובר, מסירות נפש – הקרבת היחיד למען הרבים (מורשת המשפט בישראל, תש"ס), 74-76.

בהמשך הדברים, מביא ר"י ענגיל גם את הלכת הגחלת שהוזכרה לעיל, ומדגיש, שהסכנה היחידה שיש לחשוש לה היא, שיהיו כאלו שיסבלו מן הגחלת נזק גוף, אך אין הגחלת מסכנת נפשות. למרות זאת, היות ו"צער רבים כנפשות חשוב", התירו לכבות את הגחלת. בהתאם לכך הוא גם מסיק, ש"הוא הדין בממון רבים".³⁶

לאור זאת נראה, שר"י ענגיל לא היה ממהר להורות למדינה להסיר את החסינות, משום הצלת נפשה של האישה.

טובת הציבור כערך דתי

פסק הדין מעמת בין עניינו של הציבור לעניינה של האישה, מתוך נקודת מוצא, שאין להבחין בין עניינו של הציבור לעניינו של היחיד. לעניינו של הציבור אין משקל רב מזה של היחיד, ולהגנה על עניינו של הציבור אין ערך רב מן ההגנה על עניינו של היחיד. תפיסה זו בולטת בעיקר בדברי בית הדין –

כמו שכל יחיד ויחיד נדרש לוותר על החשש והדאגה על שלו, למען שמור על עניני חברו; כך גם הציבור, על ידי מייצגיו, אל לו להכניס עצמו יתר על המידה לחששות, ואל לו לבקש חשבונות רבים, כאשר עומדת השאלה של קיום חוב כלפי היחיד. כי גם הציבור אם תמיד ידקדק לומר שלי קודם, נמצא פורק גמילות חסד וצדקה.³⁷

בית הדין נדרש אפוא להכריע בין שני בעלי דין, שכל אחד מהם מייצג את עניינו הפרטי, ואומר: "שלי קודם".

אולם, ממקורות רבים עולה, שלטובת הציבור יש ערך דתי, ואין היא בגדר עניין פרטי בלבד, שמשקלו שווה לטובתו של היחיד.³⁸

כך למשל, על אף שאסרו חכמים את הדיבור בענייני משא ומתן ממוני בשבת, התירו זאת לטובת עניים, ולטובת קידום עניינים ציבוריים.³⁹ לפי הרמב"ם, "כל העוסק בצרכי רבים כעוסק בדברי תורה(!)".⁴⁰

36. מן הראוי להדגיש ששיטת ר"י ענגיל שונה מזו של הגר"ש ישראלי, בכך שבניגוד לגר"ש ישראלי, המנמק את הלכת הגחלת על היסוד הסטטיסטי של פיקוח נפש מוחשי, ר"י ענגיל מנמק את ההלכה על יסוד מעמדו המיוחד של ממון הרבים וצערם.

אפשר שתהיה השלכה לעמדות שונות אלו במקום שבו תעלה השאלה האם ניתן לחלל שבת על מנת להגן על אינטרס כלכלי של המדינה, במקום שבו לא ניתן לבצע את הפעולה על ידי נכרי. שאלה זו עלתה לדין ציבורי למשל בעת הובלת המשחן של חברת החשמל בשבת. ויש עוד לעיין בדבר.

37. פסק הדין הנ"ל בהערה 11, עמ' 150.

38. ראה: ט"ז יו"ד, שמא, ה (תורת לידידי, הרב אליהו גורפינקל, על המקור האחרון).

39. ראה: שו"ת הריב"ש תקיא; שו"ת חתם סופר יו"ד רכ.

40. רמב"ם תפילה ונשיאת כפיים ו, ח, ע"פ דברי רב ירמיה בירושלמי ברכות ה, א (לו ע"א), וראה גם: כסף משנה תפילה שם; כסף משנה קריאת שמע ב, ה. השווה גם לדברי הרב קוק, שו"ת משפט כהן קמד, עמ' שכו, על יסוד דברי תנא דבי אליהו רבה יד.

אם כך, בפני הציבור ונציגיו עומדת הדילמה הבאה: האם לאפשר את מסירת העדות, על מנת להגן על עניינו של היחיד, ולא לחשוש לנזק הציבורי העלול להיות כרוך בכך, כדי שלא יהיה הציבור "פורק גמילות חסד וצדקה", או שמא על נציגי הציבור למנוע את מסירת העדות, מתוך החובה הדתית המוטלת עליהם, להבטיח את טובת הציבור, אף במחיר הפגיעה ביחיד?

בעינינו הדלות, התשובה לשאלה זו פשוטה. ההגנה על טובת הציבור היא למעשה גמילות חסד עם הרבים. כלום ייתכן שתידחה מפני מצוות גמילות חסד עם היחיד?

ג. דין המלך

עד כה עסקנו בשיקולים שונים שעלו אגב הדיון בבית הדין הרבני. מכאן ואילך, מבקשים אנו לצרף מספר שיקולים, שלא באו לידי ביטוי בפסק הדין, ואשר לדעתנו, יש לתת להם משקל כאשר מבקשים לבחון את עמדת ההלכה בכל הנוגע להכרה בחסיונות הציבוריים.

ממקורות רבים עולה, שאחת מסמכויותיו של המלך היא "לעשות משפט".⁴¹ סמכות זו, לפי הר"ן,⁴² נועדה להשלים את דין התורה, במקום שמתעורר צורך שעה בדין מיוחד. מתוקף סמכות זו, רשאי המלך לענוש שלא כדין התורה, ואף לשנות את דיני הראיות, כפי הנחוץ לצורך השעה.⁴³

לאור זאת, נראה שניתן יהיה להמשיך את קו המחשבה של הר"ן ולקבוע גם, שביד המלך או השלטון מסורה גם הסמכות להתערב בדין האזרחי, במקום שבו התערבות כזו נדרשת לפי דעת השלטון, על מנת להגן על טובת הציבור.⁴⁴

אמנם, נראה ששימוש ב'דין המלך' נצרך, רק כאשר החיסיון הנו מוחלט. כאשר החיסיון אינו מוחלט, למעשה, מעניק השלטון את סמכות ההכרעה לבית הדין. לפיכך, היא על בית הדין להכריע בהתאם לשיקול דעתו, ולא בהתאם לשיקול דעת השלטון, או נציגו.

41. כך עולה ממקורות רבים בתנ"ך (ראה: שו"ת אבני נזר יו"ד שיב, אות מו), וכך מפורש ברמב"ם מלכים ד, י.

42. דרשות הר"ן יא.

43. ראה מאמרו של הרב מיכאל בריס, "מבוא להלכות עדות: כללים נוקשים ושכנוע הלב – עיון בשיטת הרמב"ם", בקובץ זה, עמ' 43.

44. ראה: שו"ת אבני נזר (לעיל, הערה 41), אות נ.

לכאורה, ניתן היה להשיב על שאלה זו מכוח סוגיית גיטין לח,ב, שבה מסופר על אדם שהחזיק בשפחה, שהייתה בת חורין למחצה, וכפו חכמים את אדוניה לשחררה, משום ש"מנהג הפקר נהגו בה". מקור זה מלמד לכאורה, שיש ביד חכמים כוח לגרום הפסד לאדם, לשם קידום טובת הציבור. אולם, ניתן לדחות ראייה זו, מסיבות שונות:

ייתכן וכוח זה מוגבל רק לאותה טובת הציבור הנוגעת לביצוע איסורים. כלומר, רק כאשר קיים חשש שעמידה על זכויות הפרט תגרום נזק רוחני לציבור, ניתן להצדיק את הפגיעה בזכויות.

כמו כן, ייתכן והצדקת הפגיעה בזכויות הפרט, נובעת מכך שאותו פרט הוא שגרם למכשול לציבור, בכך ששחרר את שפחתו למחצה.

לבסוף, בסוגיה נאמר אמנם שחכמים כפו את האדון לשחרר את השפחה, אך ייתכן, שבצידה של הוראה זו, העניקו חכמים לאדון פיצוי הולם על כך שנאלץ לשחרר את שפחתו.

ד. שלום הציבור מול זכויות היחיד

השאלה שבה אנו עוסקים, מעוררת למעשה את השאלה הכללית, בדבר הזכות להקריב את זכויותיו של היחיד על מזבח טובת הציבור. התייחסות מרתקת לשאלה זו יש בתשובה המיוחסת לרמ"א,⁴⁵ תשובה אשר יצאו עליה עוררין, כפי שיבואר בהמשך.

בתשובה, מופיעה שאלה מעניינת בדבר הוצאת שם רע על אחד מבני הקהילה, על מנת להשקיט מריבה שאיימה להחריב קהילה בישראל. בתשובתו, מביא המשיב את דבריה הידועים של הגמרא, בעניין מחיקת שם ה' לשם השכנת שלום בין איש לאשתו.⁴⁶ מהלכה זו לומד המשיב, קל וחומר: אם לשם השכנת שלום בתוך המשפחה ניתן להתיר איסור חמור של מחיקת שם ה', קל וחומר שניתן לעשות כן, לשם השכנת שלום בעולם.⁴⁷

אמנם, הוצאת שם רע, בניגוד למחיקת השם, היא איסור שבין אדם לחברו, אולם, מוסיף המשיב, ניתן להוכיח ששלום הציבור יצדיק גם ביצוע עבירה של 'בין אדם לחברו'. כך לדעתו יש ללמוד מן העובדה, שעל מנת למנוע מחיקת שם ה', התירו חכמים לספר לאישה הסוטה את מעשה ראובן כפשוטו, ובכך, להוציא עליו שם רע.

מעתה, אומר המשיב, אם מחיקת שם ה', החמורה מאיסור הוצאת שם רע, נדחית מפני השלום, קל וחומר שהוצאת שם רע תידחה מפני השלום, וודאי שתידחה מפני שלום הציבור.

תשובה זו עשויה לשמש מקור טוב לעיקרון ששלום הציבור עשוי להצדיק ביצוע עבירה שבין אדם לחברו. יישומו של עיקרון זה בנוגע לשאלת החיסיון יוביל למסקנה, שטובת הציבור עשויה להצדיק הימנעותו של אדם מעדות שיש בה כדי להגן על ענייניו של חברו. אולם, תשובה זו אינה מוסכמת. הרב ישראל זאב מינצברג⁴⁸ סבור שיסודותיה של התשובה, "רעועים המה", מחמש סיבות. נעמוד עליהן בקצרה:

א. ההיתר לשנות מפני השלום, לפי ספר חסידים⁴⁹ קיים, רק כאשר לשינוי אין כל השלכה על העתיד. להוצאת שם רע יש השלכה על העתיד, ומשום כך, אין להתירה, אף לא מפני השלום.

ב. לדעת רבים מן הראשונים,⁵⁰ לא הותר לשנות 'שינוי גמור'. ממילא, הוצאת שם רע, שהיא בגדר 'שינוי גמור', לא תותר, אף לשם השכנת שלום.

45. שו"ת הרמ"א יא.

46. סוכה נג, ב; ועוד.

47. קל וחומר זה נשא אחיזתופל בעצמו, בשעה שנדרש להטיל שם ה' לתהום כדי להציל את העולם משיטפון, ע"פ סוכה נג, ב.

48. שו"ת שארית ישראל או"ח, יג.

49. ספר חסידים תכו (=סימן תתרל"א במהדורת מקיצי נרדמים), וראה במקורות שהובאו אצל רקובר (לעיל, הערה 45), בעמ' 188, הערה 52.

50. תוספות ישנים יבמות סה, ב; חידושי הריטב"א שם.

- ג. ה'שלום', כפי שעולה מתשובת רב האי גאון,⁵¹ אינו השיקול היחידי שהביא להיתר מחיקת שם ה'. ממילא, ההנחה שהשלום בפני עצמו נחשב כערך נעלה ממחיקת שם ה', אינה נכונה.
- ד. איסור מחיקת שם ה' אינו קיים במקום שבו המחיקה נעשית לצורך תיקון. מסיבה זו, לא נכון להניח שערך השלום רב מערך איסור מחיקת שם ה'.
- ה. הראיה מסיפור מעשה ראובן כפשוטו לסוטה אינה נכונה, היות והוצאת שם רע על המתים אינה חמורה כהוצאת שם רע על החיים.
- בהתאם לכך, מערער הרי"ז מינצברג על ייחוס התשובה לרמ"א, ושולל את מסקנותיו של המשיב.⁵²
- עם זאת, חשוב להדגיש, שתשובת הרמ"א, וההסתייגות ממנה, נוגעות לשאלה: האם רשאי הציבור לפגוע בצורה אקטיבית ביחיד, כדי להגן על שלום הציבור. השאלה שבה אנו עוסקים פחות חריפה. הציבור אינו מבקש לפגוע ביחיד באופן אקטיבי, אלא להימנע מהגשת סיוע ליחיד, במקום שבו הגשת הסיוע עלולה לפגוע בעניינו של הציבור.

ה. הדין הפלילי

- כיום, בתי הדין בישראל אינם מוסמכים לדון דין פלילי. חוסר הסמכות הוא חוקי והלכתי כאחד. לא חוק המדינה בלבד אינו מסמיך את בתי הדין לדון בפלילים; גם דין התורה אינו מעניק לבתי דין שאינם סמוכים, את הסמכות לדון בפלילים.⁵³
- חובתו של אדם להעיד, מותנית בכך שלעדויות תהיה תועלת. אם לא כן, אסור לאדם להעיד, משום שבכך, הרי הוא מוציא שם רע על מי שהוא מעיד נגדו.⁵⁴
- לאור זאת, ברור הדבר, שאין מוטלת על אדם כל חובה מתוקף הלכות עדות, להעיד על ביצועה של עבירה פלילית. אמנם, אפשר שחובה כזו תהיה מוטלת עליו מתוקפן של הלכות אחרות. כך למשל, אפשר שניתן יהיה לחייב מי שראה מעשה רצח להעיד, מכוח מצוות "ובערת הרע מקרבך".
- אמנם, היות ומצווה כזו נושאת אופי ציבורי, מן הדין לשקול גם את ההיבט השלילי שיהיה למסירת העדות, על טובת הציבור.

51. מובא ברא"ש נדרים ג, ב, וראה במקורות שהביא רקובר (לעיל, הערה 45).

52. דיון נרחב בתשובת הרמ"א, ובדברי רי"ז מינצברג, ראה אצל נ' רקובר, מטרה המקדשת את האמצעים (ספריית המשפט העברי, ירושלים, תש"ס), עמ' 175-199.

53. ראה: שולחן ערוך חו"מ א, א. אמנם, בית הדין מוסמך לדון בפלילים לפי צורך השעה, ראה: שולחן ערוך חו"מ ב, א. אולם, סמכות זו היא סמכות חריגה, שאינה נוגעת למסגרת הדין הפלילי של מדינת ישראל. כמו כן, מדברי דרשות הרי"ן יא עולה, שאף סמכות זו, מותנית באי קיומו של שלטון יעיל, הנוטל לידיה את הסמכות לדון בפלילים.

54. ראה: שולחן ערוך חו"מ כח, א והגהת הרמ"א שם.

כללו של דבר, בדין הפלילי נדונה תביעת הציבור (המדינה) נגד העבריינין. היות והדין כולו נועד להגן על הציבור מפני העבריינין, מן הדין ששיקולים של טובת הציבור הם שינחו את בית הדין ואת בית המשפט.

ו. 'טובת הציבור' לעומת 'מצווה דרבים'

בפרקים הקודמים, הרבינו לעסוק במושגים דוגמת 'שלום הציבור', 'טובת הציבור' וכדומה. מושגים אלו, אינם מצויים במקורות ההלכתיים בלשון זו, ונראה שלא בכדי.

דרכה של ההלכה היא, שאין היא מרבה לעשות שימוש במושגים כלליים ועמומים המצויים בשיטות משפט מודרניות למכביר, דוגמת 'טובת הציבור', 'האדם הסביר', 'תום לב' וכדומה. מושגים אלו אינם נהירים להדיוטות עם, ומראש, נועדו הם לאפשר ליודעי ח"ן' לפרשם בהתאם להשקפת עולמם. ההלכה נועדה להיות ברורה ונהירה להמונים, על מנת לאפשר לכול להבין את הלכותיה, את עקרונותיה המחייבים ולאפשר לאדם לדעת בוודאות, האם מעשהו מותר או אסור.

אמנם, הרב יעקב אריאל,⁵⁵ כשעסק בנושא חסיון עדויות של בעלי מקצוע, ביקש לעגן את מושג 'טובת הציבור' בעיקרון ההלכתי הידוע, המתיר ביצוע עברות מסוימות לשם קיום 'מצווה דרבים'.⁵⁶ הגדרת טובת הציבור כ'מצווה דרבים', יש בה כדי להתיר לאדם לעבור עבירה, ואף כדי לאפשר לבית הדין לכפות אדם לבצע עבירה, במקום שבו הדבר יידרש לשם טובת הציבור. בהתאם לכך, לשם מצווה דרבים ניתן לדרוש מנציג הציבור להימנע ממסירת העדות, משום 'מצווה דרבים' של ההגנה על טובת הציבור.

אולם, אחר בקשת המחילה, נראה שההסתמכות על עיקרון 'מצווה דרבים', קשה. ראשית, העיקרון שניתן לכפות על היחיד לעבור עבירה לשם קיומה של 'מצווה דרבים', הוחל רק כאשר העבירה נועדה לאפשר לרבים לקיים מצווה (מדאורייתא או אף מדרבנן), או לשם מניעת הרבים מביצוע עברות. עיקרון זה מבוסס על ההנחה, שמבחינת מאזן המצוות והעברות, יש להעדיף את קיומן של מצוות רבות או מצווה על ידי רבים, במחיר ביצוע עבירה על ידי יחיד, על פני ביצוע עברות רבות, או עבירה על ידי רבים, תוך הצלת היחיד מביצוע עבירה. לא מצאנו ולו דוגמה אחת להיתר לבצע עבירה, לשם קידום הטובה הציבורית, כאשר טובה זו אינה קשורה ישירות בקיומה של מצווה, או במניעת עבירה.

המונח 'טובת הציבור' הוא מונח מעורפל ביותר, שאף אם יוגדר כמצווה, אין לדעת אלו שיקולים וערכים יבואו בשעריו. אין ספק גם, שרשימת השיקולים שיוגדרו כקשורים בטובת הציבור תלויה במידה רבה בהשקפת עולמו של המגדיר. כך למשל, יש מי שסבור שטובת הציבור דורשת את עידוד הפעילות העיתונאית, ובהתאם לכך יכיר בחיסיון העיתונאי. אחר סבור, שהפעילות העיתונאית אינה תורמת לציבור דבר, מלבד לשון הרע, רכילות ועוד מרעין בישיין. מי שסבור כך, לא יכיר מן הסתם בחיסיון זה.

⁵⁵ שו"ת באהלה של תורה א, עט; פג. השווה גם לתשובתו של הר"י אפשטיין, חבל נחלתו א, פג, בעמ' 395.

⁵⁶ ראה למשל: תוספות גטין מא, ב ד"ה כופין את רבו.

לכן, נראה שלא ניתן להציע פתרון שלם לנושא החיסיון דרך מבנה הלכתי קיים, דוגמת 'מצווה דרבים'. נדרשת תקנה מטעם הרבנות הראשית, שתגדיר היטב אלו שיקולים וערכים אכן חשוב שייחשבו כ'טובת הציבור', ואלו שיקולים או ערכים אינם צריכים להיכלל ב'טובת הציבור', שעל הגנתה צריך בית הדין לעמוד. תקנה כזו מן הראוי שתתוקן, לאחר בחינה מעמיקה של ההשלכות האפשריות כתוצאה מהכרה בחסינות או אי ההכרה בחסינות, תוך הסתייעות באנשי מקצוע מן התחומים הרלוונטיים.

ז. סוף דבר

כאמור, נושא חסיון של עדויות מצוי על קו התפר שבין המשפט הפרטי והמשפט הציבורי. בהתאם לכך, הוצעו דרכים שונות להתמודד עם הנושא, חלקן מתחום המשפט הפרטי, וחלקן מתחום המשפט הציבורי.

בתיק 5637/כ"א, נטה בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו לבחון את הנושא, מתוך נקודת המבט של המשפט הפרטי של דין התורה. בהתאם לכך הועלו שיקולים שונים: החובה להעיד במקום קיומו של הפסד שאינו מוכח, החובה להעיד לפנים משורת הדין, ומשמעות הפגיעה ביחיד, כתוצאה מהטלת החיסיון.

אגב ניתוח פסק הדין, העלינו שאלות אחדות בנוגע לחלק מן המסקנות. ככלל, נטינו לומר שמשקלו של 'הפסד שאינו מוכח' לציבור, צריך להיות כמשקל 'הפסד מוכח' ליחיד; שמן הראוי לראות בפגיעה בטובת הציבור ובשלומו משום 'דיני נפשות'; ושלעיתים, ראוי דווקא שהיחיד ינהג 'לפנים משורת הדין' עם הציבור.

מסקנות אלו אינן מחייבות את בית הדין להוות מעין 'חותמת גומי' לכל דרישת חיסיון המועלית על ידי השלטון. ייתכן בהחלט, ששר יחליט על הטלת חיסיון מטעמים פוליטיים, משום היותו נתון ללחץ מצד קבוצות בציבור שאינן חפצות בהסרת החיסיון, או בשל כל נימוק אחר, שאינו ענייני. כמו כן, ייתכן גם, שניתן להגן על עניינו של הציבור, מבלי לנקוט בדרך הדרסטית של סגירת שערי בית הדין בפני עדות. בית הדין נדרש אם כן, לבחון בצורה ביקורתית, את מידת נחיצותו של החיסיון לשם ההגנה על טובת הציבור. אך זאת יעשה מתוך גישה עקרונית, המכירה בערך הגדול של ההגנה על טובת הציבור, כפי שבא הדבר לידי ביטוי במקורות אשר סקרנו במאמר זה.

פתרון שלם של הנושא, יחייב שילובה של תקנה מיוחדת במסגרת תקנות הדיון של בתי הדין, שתעסוק בזכותו של בית הדין להימנע מקבלתה של ראיה חסויה, תגדיר את סוג הראיות הראויות לחיסיון, ותקבע מסגרת להיקפו של החיסיון.

על המשמעות הראייתית של הסירוב לשתף פעולה עם בית הדין

ד"ר מיכאל ויגודה

- א. סירוב לעבור בדיקה פסיכיאטרית
1. הרב גורן – סירוב לשתף פעולה משמש כראיה נגד המסרב
2. הרב קאפח – לסירוב אין כל משמעות ראייתית
3. הרב אליהו – סירוב שאינו מוצדק משמש כראיה נגד המסרב
- ב. סירוב להתייצב בפני בית הדין
- ג. סוטה המסרבת לשתות את המים המרים
- ד. סירוב לבצע בדיקה שתוצאותיה אינן עשויות לגלות שהתובע שיקר
- ה. מסקנות

השאלה, האם לסירובו של בעל דין לשתף פעולה עם בית הדין או עם בית המשפט יש משמעות ראייתית, עולה חדשות לבקרים לסדר היום הציבורי, בעיקר כאשר מבקשים נבחרי ציבור לשמור על 'זכות השתיקה', או להסתתר מאחורי חיסיון כזה או אחר. להלן, נבקש להשיב על שאלה זו, בעיקר מתוך עיון בפסיקות בתי הדין הרבניים במדינת ישראל.

א. סירוב לעבור בדיקה פסיכיאטרית

בתיק ערעור תשל"ג/216¹, דובר על סכסוך בין בני זוג, שבו הגיש הבעל לביה"ד האזורי בחיפה תביעה לשלום בית ולחיוב האישה להיבדק ולקבל טיפול פסיכיאטרי, וכן לגלות את התוצאות של בדיקות פסיכיאטריות שנערכו בעבר כאשר האישה סבלה מדיכאון שלאחר לידה, ואם תסרב – להכריז עליה כעל מורדת ולחייבה בגט. האישה טענה שהיא בריאה ומוכנה לשלום בית ובלבד שבעלה ישלם לה את מזונותיה. ביה"ד האזורי דחה את התביעה, והבעל הגיש ערעור לבית הדין הרבני הגדול.

* ד"ר מיכאל ויגודה, ראש תחום משפט עברי במשרד המשפטים.
המאמר מעובד על-פי חוות דעת שהוגשה בעקבות הדיון בתיקים: בש"א 2618/01 (תמ"ש 18310/97), שעסקו בסירובו של גבר לעבור בדיקת רקמות, על מנת לברר את אבהותו על ילדה של אישה, לצורך תביעת מזונות.
1. פד"ר ט, עמ' 331. צוטט ברע"א 1917/92 סקולר נ' גרבי, פ"ד מו(5) 764, בעמ' 780-781, בעניין שאלת החיסיון הרפואי.

במהלך הדיון עלתה גם השאלה: באיזו מידה עשוי סירובה של האישה להיבדק לשמש ראייה כנגדה? בעניין זה נחלקו הדעות בין הדיינים מן הקצה אל הקצה בשאלה משפטית עקרונית.

1. הרב גורן – סירוב לשתף פעולה משמש כראיה נגד המסרב

הרב גורן נקט עמדה חד-משמעית נגד האישה בשל סירובה להיבדק. לדבריו –

סירוב עקשני זה, משמש הוכחה שהרופא הפסיכיאטר עלול לגלות בעת הבדיקה שאכן הייתה ואולי היא עדיין חולה מבחינה נפשית, ולכן יש לה ממדה לחשוש... דבריה אלה של האישה... משמשים הוכחה למחלתה.²

אולם, לדעת הרב גורן, לאישה לא הייתה סיבה סבירה בנסיבות העניין להתנגד לבדיקה. אפשר שאילו הייתה לה סיבה סבירה להתנגד, הוא היה קובע שלא זו בלבד שאין לכפות עליה את הבדיקה אלא אף אין להסיק מסירובה מסקנות לרעתה.³

2. הרב קאפח – לסירוב אין כל משמעות ראייתית

הרב קאפח חולק על הרב גורן בעניין זה מכול וכול. הוא נקט עמדה עקרונית חד-משמעית שאפילו אם היה מקום לחייב את האישה להיבדק, אי-אפשר היה להסיק שום מסקנה מסירובה –

אף אם נדמה את זה למי שטוען על חברו שטר שבידך יש לי בו זכות, שכופין אותו להוציאו... הרי בין "כופין אותו להוציאו" לבין לחייבו כאילו הוכח כל מה שזה טוען שיש לו בו זכות, עדיין רב המרחק. ונראה ברור שאין להסיק שום מסקנה נגד האישה כתוצאה מסירובה.⁴

3. הרב אליהו – סירוב שאינו מוצדק משמש כראיה נגד המסרב

הן הרב גורן והן הרב קאפח מבססים את עמדתם על אדני הסברה בלבד ולא מביאים לה מקורות תלמודיים או אחרים. לעומתם, הרב אליהו מזכיר סוגיה תלמודית⁵ העוסקת בדיני כהונה, המצדדת בגישתו של הרב גורן. לפני שנסקור מקור זה יש להזכיר שתנאי לכשרותו של כוהן לעבוד בבית המקדש הוא שלא יהיה בו שום פגם גופני (מום), וחזקה על כוהן שהוא כשר, כל זמן שלא הוכח היפוכו של דבר. התלמוד דן בכוהן, שעד אחד מעיד עליו שהוא בעל מום ופסול לעבודה, והכוהן מכחיש זאת. התלמוד קובע שעדות זו קבילה, אף שאינה אלא של עד אחד, משום שאומרים לכוהן: "שלח אחוי (=הפשט בגדיך)", וכפי

2. פד"ר שם, עמ' 337.

3. כפי שנוקט הרב אליהו, ראה להלן.

4. פד"ר שם, עמ' 341. [לענ"ד, פסק דינו של הרב קאפח עסק בסירוב לוותר על סודיות רפואית, ולא בסירוב להיבדק. ספק אם ניתן להשליך מן הסירוב לוותר על הסודיות לסירוב להיבדק – הערת עורך, י"א.]

5. קידושין טו, ב.

שמסביר רש"י: "אם אינך בעל מום הפשט בגדיך ונראה". מכאן, שסירובו של הכוהן להיבדק ולברר את האמת פועל לרעתו, ועד שלא יאות לכך יש להחזיקו כבעל מום. ומכאן המסקנה שכעיקרון בכל סכסוך משפטי, סירובו של הנתבע לעבור בדיקה שאין לו נימוק סביר להתנגד לה,⁶ כגון בדיקת רוק, ישמש כראיה נגדו.

במקרה הנדון סבר הרב אליהו, שיש לאישה סיבה סבירה להתנגד לבדיקה רפואית מחשש להוצאת שם רע עליה. לכן אין להסיק מסקנות מסירובה.⁷

ב. סירוב להתייצב בפני בית הדין

בתניק ערעור תשל"ג/150⁸ דובר על בעל שתבע גירושין, והאישה סירבה להתייצב לדין. בית הדין רבני הגדול פסק, שמכיוון שבידה של האישה נמצא מידע הדרוש לברור העניין, והיא מונעת את הברור על ידי אי התייצבותה, עובדה זו עומדת לה לרועץ. וכך נאמר בפסק הדין –

זכותו של כל אדם ואדם היא לדין צדק ואמת, וזכאי הוא שכל טענותיו וראיותיו יישמעו בבית הדין, ושכל דרכי החקירה והברור לפי כללי הדין ובתוכם חקירת בעל הדין יריבו יהיו פתוחים לפניו באין סוגר... הברור שהמערער דורש אותו, בידה של המשיבה הוא, ואם היא לא תעכב יתברר לאלתר אם יש ממש בטענותיו של המערער או שבטלות הן. וכאשר המשיבה מונעת את הברור הזה, הרי אשמתן של הטענות הללו בראשה הוא.

את מסקנתו זו מבסס בית הדין על תשובה שהשיב הרא"ש⁹ בעניין תביעת גירושין. המדובר היה בבעל שטוען כי אינו רוצה לפרוע את כתובת אשתו משום שהיא 'טומטום' (שאינ ניכר אם היא זכר או נקבה) ועל כן 'אינה ראויה לאיש', ואילו האישה הכחישה טענה זו. הרא"ש פסק כי **על האישה להיבדק על ידי נשים** "הגונות וכשרות יודעות בדבר זה". ולמעשה, פוסק הרא"ש –

כל זמן שלא נבדקה אינו חייב במזונותיה, מאחר שהוא טוען טענת ברי שאינה ראויה לאיש וגם דבריו עומדין להתברר לאלתר, ואם כן למה נחייבו מזונות? היא תצווה לברוק את עצמה אם היא רוצה להכחישו, ואחר שתיבדק תתבטל טענה זו.¹⁰

6. יש להוסיף שנימוק סביר עשוי להיות גם החשש מפני הפגיעה באינטרסים של צד שלישי. ראה, א' ורדפטיג, "סירוב בעל דין לברר דבריו", תחומין ז (תשמ"ו), 396. וראה עוד להלן, ליד הציון להערה 15.

אין צריך לומר, שסירוב מפני התוצאות של גילוי האמת ברבים אינו יכול להיחשב לסירוב לגיטימי. אשר על כן, אף שהנתבע מסרב להיבדק משום שהוא גבר נשוי ואינו מעוניין שהאמת תתגלה לאשתו, בכל זאת ישמש הסירוב כראיה נגדו.

7. הרב אליהו מרחיב בעניין סמכותו של בית הדין לקבוע ממצאים על סמך אומדנא (כגון סירוב בלתי סביר להיבדק). ראה פד"ר שם, עמ' 349-351. בכך הוא מבקש לדחות את גישתו העקרונית של הרב קאפח.

8. לא פורסם; פסק הדין ניתן ביום ה' בניסן תשל"ה. ישבו בדין הראשל"צ הרב עובדיה יוסף, והרבנים ב' זולטי וא' גולדשמידט.

9. שו"ת הרא"ש לג, ב.

10. בית הדין הסתמך גם על שו"ת מהרש"ם ה, מח.

ג. סוטה המסרבת לשתות את המים המרים

מקור נוסף בענייננו יכולים אולי לשמש דיני האישה הסוטה. כידוע אישה סוטה היא אישה שבעלה חושד בה שזנתה תחתיו, שכן עדים מעידים שנתייחדה עם גבר זר לאחר שבעלה הזהיר אותה שלא לעשות כן. התורה קובעת שמשקים את הסוטה במים המרים המאריים שיש בכוחם הפלאי לגלות האם האישה דוברת אמת או שהיא משקרת.

לשאלה מה דינה של אישה סוטה המסרבת לשתות את השיקוי, עונה המשנה¹¹ שיש ומשקים אותה בעל כורחה ויש ואין משקים אותה בעל כורחה. כשאין משקים אותה בעל כורחה ניתן להסיק מסקנות ממוניות כתוצאה מסירובה לשתות והיא מפסידה אפוא את כתובתה.¹² כלומר: המשנה מבחינה בין המישור הפלילי ובין המישור האזרחי. במישור הפלילי האישה אינה נענשת כמו אישה נואפת, שכן לא הוכח בוודאות שהיא חטאה. אך במישור האזרחי (יחסי הממון שבינה לבין בעלה), סירובה להיבדק מטה את הכף לטובתו, והוא אינו חייב לשלם לה את הסכום שהתחייב לו בכתובה.¹³

ד. סירוב לבצע בדיקה שתוצאותיה אינן עשויות לגלות שהתובע שיקר

התלמוד¹⁴ דן באדם שהפקיד בגד לתיקון אצל חייט, וכשבא לקבלו בחזרה טען הלה: 'לא היו דברים מעולם'. בכגון זה חובת ההוכחה היא כמובן על התובע. התלמוד מוסיף שאף אם יביא המפקיד עדים שראו בגד דומה אצל החייט, יוכל הלה להמשיך ולטעון שזהו בגדו של אדם אחר. ואף אם יטען התובע: 'הוצא את הבגד ונראה אותו', יוכל החייט לסרב, בטענה שאינו מוכן להציג חפצו של אדם אחר לעין כל.

נשאלת השאלה, מדוע סירובו של החייט להראות את הבגד אינו משמש ראיה נגדו, כשם שסירובו של הכוהן להיבדק משמש ראיה נגדו? אפשרות אחת היא כפי שהזכרנו לעיל,¹⁵ שנימוקו של החייט לסרב להציג את הבגד מבוסס על נימוק סביר: שלא להציג את חפצו של אדם אחר לעין כל.

ורהפטיג¹⁶ מעלה נימוק נוסף: לדעתו, ההצדקה להסיק מסקנות נגד המסרב מבוססת לא רק על ההנחה שאילו היה דובר אמת לא היה לו מה להסתיר, אלא גם על ההנחה שאילו התובע היה משקר, הוא לא היה מעז לדרוש את הבדיקה,¹⁷ שהרי יתגלה שקרו מיד. מצב זה מתקיים בעניין הכוהן המסרב להיבדק, אבל אינו מתקיים בעניין החייט: אפשר שהמפקיד

11. משנה סוטה ג, ג.

12. שם ד, ב.

13. [ביקורת על הבחנה זו, ראה: י' אונגר, "זכות השתיקה", תחומין כד (תשס"ד), בעמ' 35 – הערת עורך, י"א.]

14. בבא בתרא מו, א.

15. ראה לעיל, הערה 6.

16. לעיל, הערה 6.

17. מקור לגישה זו מוצא ורהפטיג בספר שער משפט לה, ז.

משקר ובכל זאת הוא מעז לדרוש את בדיקת הבגד, משום שבנסיבות המקרה אף אם יתברר שאין זה בגדו לא יתגלה כשקרן: הלא הוא יוכל לטעון שהבגדים דומים ומשום כך העדים טעו, מזה עוד שהעדים לא אמרו שזיהו בוודאות את בגדו של התובע אלא רק שראו אצל החייט בגד דומה.¹⁸

לפי דבריו, יש לסייג את המסקנה העולה מן הדברים עד כה בדרך זו: הסירוב להיבדק עשוי לשמש כראיה נגד המסרב, רק כאשר תוצאות הבדיקה יכולות להוכיח שהתובע שיקר. כאשר לתובע אין מה להפסיד מביצוע הבדיקה, סירובו של הנתבע להיבדק לא ישמש כראיה נגדו.

ה. מסקנות

העולה מן המקובץ עד כה הוא שלרוב הדעות ניתן בעיקרון להסיק מסקנות ראייתיות מסירובו של הנתבע להיבדק בניגוד להוראת בית הדין. עם זאת יש לזכור שכאשר הסירוב להיבדק נובע מחשש מוצדק לפגיעה בשם הטוב או סיבה מוצדקת אחרת, בית הדין אינו מחייב את הבדיקה וממילא אין מקום להסיק מסקנות כלשהן מאי-ביצועה. נוסף, שהתנגדות לבדיקה בטענה שעצם ביצועה פוגע בכבוד האדם, אינה נחשבת להתנגדות סבירה.

מעניין להשוות גישה זו של המשפט העברי לגישת פסק דין שרון נ' לוי,¹⁹ שם נקבע מחד גיסא ששיקולי כבוד האדם וחירותו מחייבים לכבד את רצונו של האדם שלא להיבדק, אך מאידך גיסא נקבע שסירוב זה עשוי לשמש ראיה נגדו. אולם נראה שגם בתי המשפט מבחינים בין עילות סירוב שונות.

לסיום הדברים, הולמים לכאן דבריו של רבנו אשר, הרא"ש, בעניין 'דין מרומה'. הרא"ש נדרש להכריע בתביעה להחזרת שטרי חוב. הנתבע טען להגנתו שהשטרות כבר אינם ברשותו, משום שכבר נגבו על ידו (בשליחותו של התובע) והתשלומים שנתקבלו הועברו על ידו לתובע. מאחר שטענותיו נראו חשודות לבית הדין, שאל אותו בית הדין סדרה של שאלות (דרישות וחקירות) ובכולן התחמק ממתן תשובות בטענה שאינו חייב להשיב. הרא"ש מגיע למסקנה שסירובו של הנתבע לענות ולסייע לבירור האמת הוא עילה מספיקה לפסוק לטובת התובע. וזו לשונו –

עוד שאלוהו [הדיינים את הנתבע] הרבה שאלות, כי היה נראה להם כי רבי ישראל זה [הנתבע] מסתיר דבריו ומשיב תשובות גנובות, ורצו לחקור ולדרוש ולהוציא

18. מכאן, שאין להסיק מסקנות ראייתיות נגד המסרב להיבדק או לגלות מסמך, אם טענתו של התובע אינה טענת 'ברי' (טענה וראית וחד משמעית) אלא טענת 'שמא' (אולי אתה חייב לי). ראה בעניין זה מאמרו של הרב דוד לבנון, "בדיקת אבהות להכרת אבהות", שורת הדין ה (ירושלים, תשנ"ט) עמ' ע. הוא דן באדם שנתבע לשלם מזונות לבן שילדה אשתו, וביקש לערוך בדיקת רקמות לבן שמא נולד מגבר אחר. הרב לבנון דוחה את תביעת האב בין השאר בנימוק שמאחר שהאב אינו טוען טענת ברי לי שאינו בני, אין בסירובו של הבן לערוך את הבדיקה משום ראיה נגדו.

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

הדבר לאמתו, ויפה כוונו... הנה אני רואה, שהדיינים חקרו ודרשו היטב, כדי שיברר רבי ישראל תשובותיו, כי היה תימא בעיניהם, איך פרעון גדול כזה יעשה במסתרים בקוצר זמן? וכוונו שיברר ר' ישראל דבריו, ודרשו ושאלו בכמה דברים שהיה ראוי שישב רבי ישראל על כל שאלה ושאלה, כדי שיתברר הדבר ויצא הדין לאמתו, והוא הסתיר במחשך מעשיו ודבריו, ולא רצה להשיב על שאלותם, פן יתפס בדבריו ויתברר השקר, ומן הדין היה לו להשיב על כל חקירות ודרישות שעשו.

כדאמרינן בפרק קמא (=ראשון) דסנהדרין (א.ט): אמר רבי שמואל בר נחמני, אמר ר' יונתן: כל דיין שדן דין אמת לאמתו, משרה שכינה בישראל, שנאמר: "אלהים נצב בעדת אל"; ואמרינן: לאמתו, זהו דין מרומה, כשבא לפניו דין מרומה, יש לו לדיין לחקור ולדרוש בכל מיני חקירות ודרישות עד שיצא הדין לאמתו.

והא דאמרינן בפרק שבועת העדות (ב.ל): מנין לדיין שיודע בדין שהוא מרומה שלא יאמר: הואיל ועדים מעידין בפני, אחתכנו, ויהא קולר תלוי בצואר העדים, ת"ל: "מדבר שקר תרחק"; אלמא, שיש לו לדיין להסתלק מדין מרומה שלא לדונו; ובפרק קמא דסנהדרין משמע, שזכות תחשב לו, שהוא משרה שכינה בישראל, אם הוא דן דין מרומה ודורש וחוקר כדי להוציאו לאמתו.

ותירץ רבינו מאיר מרוטנבורג ז"ל, דההיא דשבועת העדות מיירי כשהתובע טוען ברמאות, או יסתלק הדיין ויפסיד הרמאי ברמאותו, שלא ימצא מי שישתדל בדינו לפסקו. והא דפרקא קמא דסנהדרין (א.ט) מיירי שהנתבע טוען ברמאות, ואם יסתלק הדיין מפני שהוא טוען ברמאות, נמצא שהוא משתכר ברמאותו, שלא ימצא מי שישתדל בדין, וישאר הגזל בידו; אלא מה יעשו הדיינים, יחקרו וידרשו בכל מיני חקירות ודרישות להוציא הדין לאמתו... וצריך הנתבע להשיב על כל מה שישאל הדיין.

ואם אינו רוצה להשיב לדיין, ומכסה ומעלים דבריו ומשיב תשובות גנובות, כדי שלא יוכל הדיין לעמוד על אמתת הדין, מה יעשה הדיין? לזכותו אי אפשר, מאחר שנראה לו דין מרומה, כדאיתא בפרק שבועת העדות, ואם יסתלק מן הדין היינו זכות, כי בזה יפטר, אם שום דיין לא יזקק לדונו מפני שהוא טוען ברמאות ואינו רוצה להשיב על חקירות ודרישות, ונמצא חוטא נשכר.

ועל זה ועל כיוצא בזה נאמר: אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות; וכיוון שנראה לדיין שאם היה זה משיב על שאלותיו היה הדבר מתברר, ומחמת שלא יתברר הוא כובש דבריו, ויעשה הדיין כאלו השיב ונתברר שקרו, ויחייבנו מאומד הדעת, אעפ"י שאינו יכול לברר שקרו בביאור ובפני. מאחר שהעדר הביאור בא מחמת רמאותו, שאינו רוצה להשיב על חקירות ודרישות כדי שיתברר שקרו, אומדנא דמוכח הוא, ורשאי דיין מומחה לדון באומדנא דמוכח כזה, ואין זה נקרא דברים שלב, מאחר שהיא סברא מוכחת.²⁰

20. שו"ת הרא"ש קו, ו.

נוגע בעדות שסילק נגיעתו

הרב הלל גפן

- | | |
|--------------------------------------|--|
| א. מבוא | ד. השלכות לשאלת טעם פסול נוגע |
| ב. מחלוקת הראשונים האם עד שהסתלק כשר | 1. עדות על חתימתו של הנוגע |
| ג. מדוע נוגע פסול מלהעיד? | 2. פלגינין דיבורא בנוגע |
| 1. נוגע פסול שמא הוא משקר | 3. עד היודע בעצמו שהוא נוגע בעדות, אך בית הדין אינו יודע |
| 2. נוגע פסול כקרוב | 4. כת של שלושה עדים שנמצא אחד מהם נוגע בעדותו |
| 3. נוגע אינו עד | ה. שיטת הרמב"ן והרשב"א |

א. מבוא

כלל ידוע בהלכות עדות הוא, שהעד צריך להיות כשר לעדות בין בשעת העדות בבית הדין ובין בשעת ראיית המעשה. וכך נאמר בברייתא המובאת בגמרא –

היה יודע לו בעדות עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו, פיקח ונתחרש, פיתח ונסתמא, שפוי ונשתטה – פסול; אבל היה יודע לו בעדות עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו ומתה בתו, פיקח ונתחרש וחזר ונתפקח, פיתח ונסתמא וחזר ונתפתח, שפוי ונשתטה וחזר ונשתפה – כשר; זה הכלל: כל שתחלתו או סופו בפסלות – פסול, תחלתו וסופו בכשרות – כשר.¹

מברייתא זו אנו למדים שכלל זה תקף לעניין פסול קורבה ולעניין פסול הגוף. השאלה אשר נבקש לברר בשורות הבאות היא, מהו דינו של עד שבשעה שראה את המעשה היה נוגע בעדות, ובשעת מסירת העדות בבית הדין הוא כבר סילק נגיעתו.

שאלה זו נדונה בדברי הראשונים על הגמרא הבאה –

בני עיר שנגנב ספר תורה שלהן – אין דנין בדייני אותה העיר, ואין מביאין ראייה מאנשי אותה העיר; ואם איתא, ליסלקו בי תרי מינייהו ולידיינו! שאני ס"ת, דלשמיעה קאי.²

* הרב הלל גפן, ר"מ במכון 'משפטי ארץ' ובישיבה הגבוהה 'בית אל'.

1. בבא בתרא קכח, א.

2. שם מג, א.

בגמרא נאמר שדיינים ועדים שיש להם נגיעה ממונית לנושא הנדון, יכולים להסתלק, כלומר, לוותר על זכות הממון שיש להם בנושא הנדון, ואז יהיו כשרים לדון ולהעיד. על כך הקשו התוספות שם –

וא"ת, והא בעינן תחילתו וסופו בכשרות והכא הוי תחילה בפסול והוי כמו קרוב ונתרחק!³

הראשונים תירצו קושייה זו בכמה דרכים:

- א. דווקא בדיינים מועיל סילוק, אבל בעדים אינו מועיל.⁴
- ב. גם עדים שהסתלקו מנגיעתם – כשרים, את קושיית התוספות תירצו בכמה דרכים:
 1. בפסול הגוף או פסול קורבה דרוש שהעד יהיה תחילתו וסופו בכשרות, אבל פסול נוגע הוא משום 'חשש משקר', וכאשר הסתלק מנגיעתו העדות כשרה.⁵
 2. כאשר אדם נוגע הוא אינו 'עד' כלל, אלא בגדר 'בעל דבר', ורק לאחר שנסתלק חל עליו שם 'עד', והרי אז הוא כבר כשר ונמצא שתחילתו בכשרות.⁶
 3. לאחר שנסתלק הוא מעיד רק עבור אלה שמאז ומעולם הוא היה כשר להעיד עבורם.⁷

להלן נעמוד על התירוצים השונים ועל ההשלכות הנובעות מהם.

ב. מחלוקת הראשונים האם עד שהסתלק כשר

כאמור לעיל, נחלקו ראשונים האם עד שהסתלק כשר. הסוברים שעד שהסתלק פסול הסתמכו על לשון הגמרא "ליסלקו בי תרי ולידינוה", כלומר שקושיית הגמרא היא: מדוע אין דנים בדייני אותה העיר, הרי הדיינים יכולים לסלק עצמם ולא יהיו נוגעים בדבר. אבל לגבי העדים לא הייתה לגמרא קושייה, כיוון שגם לאחר הסילוק העדים פסולים משום שתחילתם הייתה בפסול. הסברה להבחין בין עדים לבין דיינים היא, שהקשר בין הדיין לבין נושא הדיון מתחיל בשעת תחילת הדין, ואילו העד קשור לעדות כבר משעת ראיית המעשה שעליו הוא מעיד.

על תירוץ זה הקשו תוספות⁸ מהמשנה האומרת –

כל הכשר לדון כשר להעיד.⁹

3. תוספות בבא בתרא מג, א ד"ה ליסלקו. קושייה זו מובאת גם בראשונים האחרים בסוגיה שם.
4. תוספות נדה נ, א ד"ה ורבי מאיר היא, ש"ך חו"מ לו, לב, בשם רבנו ברוך.
5. רשב"א בבא בתרא מג, א ד"ה ואמאי, בשם הראב"ד.
6. רמב"ן בבא בתרא מג, א ד"ה ואמאי בשם רבוותא, רשב"א שם בשם לשון אחר.
7. חידושי הרמב"ן בבא בתרא מג, א ד"ה ואמאי, וכן הביא בחידושי הרשב"א בשמו.
8. נדה נ, א ד"ה ורבי מאיר.
9. משנה נדה ו, ד.

והרי לפי תירוץ זה, הנוגע שנסתלק פסול מלהעיד, למרות שהוא כשר לדון. תוספות תירצו שהמשנה מדברת על פסולים השייכים להבא, כלומר כל הכשר לדון להבא כשר להעיד על מה שיראה מכאן ולהבא.

קושייה נוספת הובאה בש"ך¹⁰ על שיטה זו מסוגיית הגמרא העוסקת בדינו של שמואל שקבע ש"שותפים מעידים זה לזה"¹¹. על דין זה הקשתה הגמרא: "ואמאי, נוגעים בעדותם הם?"¹² מחמת קושייה זו, הוסבר שדין המשנה עוסק בשותף שנסתלק מן השותפות. משמע, שהעובדה שמלכתחילה, בעת שנעשה עד היה הוא פסול, כנוגע, אין בה כדי להכשיל את עדותו בפני בית הדין, לאחר שסילק נגיעתו.

הש"ך דחה קושייה זו, ואומר שכוונת הגמרא היא, ששותף יכול להעיד על מה שראה לאחר שנסתלק. לדברי הש"ך, כך יש לדייק גם מכך שבעלי התוספות לא הקשו את קושייתם בתחילת הסוגיה, אלא לאחר מכן, במסגרת הדיון בברייתא על ספר תורה שנגנב, שם ברור שהסילוק בא לאחר מעשה הגניבה.

שיטת ר"י,¹³ ועמו רוב הראשונים, היא שהנוגע שסילק נגיעתו כשר לעדות, לשיטתם, הם מבארים את הגמרא שהובאה לעיל כך: "ליסלקו בי תרי" – העדים יסלקו עצמם, "ולידיינוה" – כדי שהדיינים יוכלו לדון. שיטות אלה מסתמכות על לשון שאלת הגמרא – "ליסלקו בי תרי", שממנה משמע שמדובר בעדים, שהרי לדין יש צורך בשלושה.

השולחן ערוך פסק –

בני העיר שבא מערער לערער עליהם... אין אחד מבני העיר מעיד בדבר זה ולא דן עד שיסתלק עצמו בקניין גמור.¹⁴

מדבריו משמע, שסילוק הנגיעה יכשיר את העדות.

הש"ך¹⁵ הוכיח ראשונים רבים סוברים, בשונה מפסק השולחן ערוך, שסילוק הנגיעה אינו יכול להכשיר את העדות. לכן הוא מסיק, שהמוחזק יכול לטעון 'קים לי כשיטה זו', ולפסול את עדי התובע אם הייתה להם נגיעה, אף שסילקו נגיעתם.

ג. מדוע נוגע פסול מלהעיד?

הראשונים שסוברים שער שהסתלק כשר להעיד מתרצים את הקושייה מדין "תחילתו בפסלות" בדרכים שונות, שמתוכן ניתן ללמוד מדוע נוגע פסול להעיד.

10. ש"ך חו"מ לו, לב.

11. בבא בתרא מב,ב.

12. שם.

13. תוספות בבא בתרא מג,א ד"ה וליסלקו.

14. שולחן ערוך חו"מ לו, יח.

15. ש"ך חו"מ לו, לב.

התוספות כתבו –

ואומר ר"י דלא שייך תחילתו בפסלות הכא, כיון שאין פסלות תלוי בגוף אלא בממון.¹⁶
מילים אלו סתומות הן, וניתנות להתפרש במספר אופנים.

1. נוגע פסול שמא הוא משקר

הרשב"א¹⁷ כתב בשם הראב"ד, שהנוגע בעדות פסול משום שיש לנו חשש שהוא משקר. לכן, לאחר סילק נגיעתו הסתלק החשש, ומשום כך עדותו כשרה. ניתן להסביר על פי דבריו את דברי ר"י: בניגוד לפסולים אחרים, קרבה למשל, נוגע פסול בגלל חשש שמא ישקר עבור ממון. לכן, נוגע שהסתלק כשר, כיון שאין חשש שישקר, בשעה שבפסולים אחרים צריך תחילתו וסופו בכשרות.

כך סוברים הסמ"ע¹⁸ והש"ך¹⁹ שמוכיחים את שיטתם מכך שנוגע פסול מלהעיד דווקא כאשר לעדותו יש השלכה לטובתו, אבל אם יש לה השלכה לחובתו אין עדותו נפסלת, בניגוד לעד קרוב שפסול להעיד גם לחובת קרובו.

2. נוגע פסול בקרוב

חלק מהראשונים והאחרונים סברו שנוגע פסול כשם שקרוב פסול. לגבי הכלל "אדם קרוב אצל עצמו". כתב רש"י –

על עדות עצמו אינו נעשה רשע, שהרי תורה פסלה קרוב לעדות.²⁰

כלומר, עדות אדם בדבר הנוגע לעצמו נפסלת בדיוק כמו עדות של אדם לאחיו או לקרוב אחר.

היטיב לבטא רעיון זה בעל העיר שושן באמרו –

ולא משום דחשדינן ליה, אלא משום דאדם קרוב אצל עצמו.²¹

לפי פירוש זה מובנת טענתם של הסמ"ע והש"ך שהובאה לעיל, שיש להחיל על הנוגע את כללי הפסלות של עד קרוב, ולפוסלו גם כאשר העדות היא לחובתו.

גם המהר"ם מלובלין²² דחה את סברת 'חשש משקר' מכוח סוגיית הגמרא בעניין "המוכר שדה לחברו שלא באחריות". לפי דברי שמואל, אם התעורר סכסוך בין הקונה לנושה של

16. תוספות בבא בתרא מג, א ד"ה וליסלקו.

17. חידושי הרשב"א בבא בתרא מג, א ד"ה וליסלקו.

18. סמ"ע חו"מ לו, א.

19. ש"ך חו"מ לו, א.

20. רש"י סנהדרין ט, ב ד"ה ורבא אמר.

21. מכות ו, א.

22. חידושי המהר"ם בבא בתרא מד, א ד"ה כדרבין.

המוכר, אין המוכר רשאי להעיד לטובת הנושה שהוא אכן היה חייב לו כסף, ושהקרקע משועבדת לחוב זה. הסיבה לכך היא, שלמוכר יש אינטרס שלא ייחשב בעיני הנושה כ"לווה רשע ולא ישלם".

אולם, על הסבר זה קשה, כיצד ייתכן שמשום רצונו שלא להיחשב כרשע בעיני הנושה, יעשה המוכר מעשה רשע גדול יותר, ויעיד עדות שקר? מכוח קושייה זו מסיק המהר"ם, שאין אנו חושדים בנוגע שיעיד עדות שקר. אך למרות זאת, היות ויש לנוגע אינטרס להעיד כפי שהעיד, אין לקבל את עדותו. במילים אחרות: הנגיעה מכניסה את העד למעגל הדיון, ובכך, הופכת את עדותו לעדות על עצמו.

3. נוגע אינו עד

ראשונים אחרים²³ פירשו שעדות אדם על עצמו אינה פסולה מכוח קרבתו אל עצמו, אלא שעדות אדם על עצמו אינה מוגדרת כעדות כלל. אמנם, בית הדין מקבל עדותו של אדם לחובת עצמו, אך זאת מכוח חידוש מיוחד של התורה, ש"הודאת בעל דין כמאה עדים דמי". לפי עיקרון זה ניתן גם לפרש את הסוגיה שבה דנו לעיל. בני העיר שראו את גנבת ספר התורה שלהם אינם בגדר עדים כלל, ורק לאחר שסילקו נגיעתם חל עליהם שם עדים, והרי אז הם כבר כשרים ונמצא שתחילתם בכשרות.

ד. השלכות לשאלת טעם פסול נוגע

למחלוקת זו, בדבר הטעם לפסלותו של הנוגע בעדותו יש השלכות שונות.

1. עדות על חתימתו של הנוגע

הגמרא מביאה ברייתא –

היה יודע לו עדות בשטר עד שלא נעשה גולן, ונעשה גולן – הוא אינו מעיד על כתב ידו, אבל אחרים מעידין.²⁴

הגמרא מסבירה שמדובר באופן שהחזק כתב ידו בבית דין לפני שנעשה גולן, ומשום כך אין חשש שלאחר שנעשה גולן חתם בשקר על השטר והקדים את זמנו לזמן שטרם שנעשה גולן. לעומת זאת, את המשך הברייתא –

היה יודע לו בעדות עד שלא נעשה חתנו, ונעשה חתנו – הוא אינו מעיד על כתב ידו, אבל אחרים מעידין,

העמיד רב נחמן אפילו באופן שלא החזק כתב ידו בבית דין. הגמרא מסבירה דין זה בכך שהקרוב אינו חשוד להעיד שקר, ופסלותו נובעת מגזירת הכתוב. בלשון הגמרא –

23. חידושי הרמב"ן בבא בתרא מג, א ד"ה ואמאי, בשם רבוותא; חידושי הרשב"א בלשון אחר ד"ה ואמאי ליסתלקו.

24. בבא בתרא קנט, א.

גזירת מלך היא דאיהו לא מהימן ואחריני מהימני, ולא משום דמשקר! דאי לא תימא הכי – משה ואהרן לחותנם משום דלא מהימני הוא? אלא גזירת מלך הוא שלא יעידו להם, ה"נ גזירת מלך הוא שלא יעיד על כתב ידו לחותנו.

לפי זה, כותב נתיבות המשפט,²⁵ יש לדון בדין העדות על כתב ידו של הנוגע בעדות, כאשר בעת כתיבת השטר לא היה נוגע, אך נעשה נוגע לאחר מכן, כאשר התעורר הצורך בקיום כתב היד. לשיטת הסמ"ע והש"ך, היות ואנו חוששים שמא הנוגע ישקר מחמת נגיעתו, יש לדמות את דינו לדין הגולן ולחשוש שמא הוא שיקר כאשר חתם, ומשום כך אין להכשיר את חתימתו אפילו אם אחרים מעידים עליה, אלא אם הוחזק כתב ידו בבית דין לפני שנעשה נוגע. אבל לדעת הסוברים שפסולותו של הנוגע מקורה בפסולותו של קרוב, יש לקבוע, כפי שנקבע לגבי קרוב, שניתן להכשיר את השטר בהסתמך על עדות אחרים על כתב ידו של הנוגע.

2. פלגינן דיבורא בנוגע

בגמרא מסופר –

בר ביניתוס אסהידו ביה תרי סהדי, חד אמר: קמי דידי אוזיף בריביתא, וחד אמר: לדידי אוזפי בריביתא. פסליה רבא לבר ביניתוס.
והא רבא הוא דאמר: לזה ברבית פסול לעדות, והוה ליה רשע, והתורה אמרה אל תשת רשע עד!
רבא לטעמיה, דאמר רבא: אדם קרוב אצל עצמו, ואין אדם משים עצמו רשע.²⁶

בגמרא זו ישנו קושי. הרי העד שמעיד שבר ביניתוס הלווה לו בריבית הוא נוגע בדבר, שהרי הוא ירצה את מעות הריבית בחזרה.²⁷ על כך משיב המרדכי בשם הראב"ה,²⁸ שמדובר במקרה שהעד מעיד על כך שבר ביניתוס הלווה בריבית, אך לא על כך שהריבית אכן שולמה, וגם הלווה אינו טוען ששילם. ממילא הוא אינו נוגע, כיוון שהלווה אינו תובע את מעות הריבית.

הריב"ש²⁹ חולק על המרדכי ואומר שגם אם לדבריו של העד הוא שילם את הריבית עדותו אינה נפסלת, כיוון שבמקרה כזה היינו מחילים את הדין של 'פלגינן דיבורא', כלומר היינו מחלקים את דברי העד, והיינו מתחשבים בדבריו רק בחלקים שאינם נוגעים לעצמו. לפי זה גם עד שהעיד "פלוני גזל אותי" יהיה נאמן לפסול את הגולן, כי 'פלגינן דיבורא', ומקבלים את עדותו על פלוני על זולתו ואין מקבלים את דבריו שהוא הנגזל, כיוון שלעניין זה הוא נחשב נוגע בדבר.

25. נתיבות המשפט לו ביאורים א.

26. סנהדרין כה, א.

27. שכן מי ששילם ריבית שלא כדין זכאי לתבוע את כספו בחזרה, כפי שנפסק בשולחן ערוך יו"ד קסא, ה.

28. מרדכי סנהדרין תרצג.

29. שו"ת הריב"ש שלט.

הש"ך³⁰ חולק על הריב"ש, וטוען שאי אפשר לקבל את עדותו של הנגזל כלל, גם לא את החלק שאינו נוגע אליו, כיוון שהוא חשוד לשקר כדי שיחייבו את פלוני להשיב לו את מה שהוא טוען שפלוני גזל ממנו. הדברים מתאימים כמובן לשיטתו של הש"ך שפסלותו של הנוגע נובעת מהפגם במהימנות העדות.

3. עד היודע בעצמו שהוא נוגע בעדות, אך בית הדין אינו יודע

הרב יאיר בכרך³¹ הסתפק כיצד ינהג עד שאין בית הדין יודע על פסלותו. בספר אורים ותומים³² מחלק בין הסוגים השונים של פסולי העדות: אם הוא פסול מחמת קורבה אסור לו להעיד, או שיאמר לבית הדין 'קרוב אני'. לעומת זאת, אם הפסול הוא מחמת עבירה רשאי להעיד.

הוא מנמק את דבריו בשני אופנים: הראשון הוא שאין אדם משים עצמו רשע, כלומר, בית הדין אינו מקבל עדות מרשיעה של אדם על עצמו, ולכן גם אם יאמר לבית הדין שהוא רשע, בית הדין לא יאמין לו, ויקבל את עדותו. הנימוק השני הוא, שסיבת הפסול של רשע לעדות היא מצד שנאמנותו עורערה, והוא חשוד לשקר, אך מי שיודע בעצמו שעדותו אמת יכול להעיד למרות שהוא רשע.

מוסיף האורים ותומים שלפי נימוק זה גם הפסול מחמת נגיעה יכול להעיד, כאשר בית הדין אינו יודע שהוא נוגע, כיוון שגם פסלות הנוגע נובעת מהחשש שהוא משקר, ואם כן, כאן הרי הוא יודע בעצמו שעדותו אמת.

לכאורה, לפי השיטות הסוברות שסיבת הפסול של הנוגע אינה מפני הפגיעה בנאמנותו אלא מדין "אדם קרוב אצל עצמו", ייאסר עליו להעיד, כדין קרוב.³³

4. כת של שלושה עדים שנמצא אחד מהם נוגע בעדותו

בשולחן ערוך נפסק –

עדים רבים שנמצא אחד מהם קרוב או פסול – עדותן בטילה.³⁴

מה הדין כאשר פסלותו של העד נובעת מהיותו נוגע בעדות? בספר התרומות³⁵ כתב שעדות כולם בטלה, כדין כל כת עדים שנמצא אחד מהם קרוב או פסול. אך לעומתו כתב

30. ש"ך חו"מ לד, כח.

31. שו"ת חוות יאיר השמטות בסוף הספר, מובא בפתחי תשובה חו"מ לד, א.

32. אורים ותומים כח אורים ג.

33. ואכן בנתיבות המשפט (כח, חידושים א) כתב שעד היודע שיש לו נגיעה לא יעיד, אך הוא לא נימק זאת בכך שהוא דומה לקרוב (ועיין נתיבות המשפט ביאורים לו, א שלשיטתו הנוגע פסול משום החשש שמא ישקר). במקום זאת הוא דימה את הדבר למובא בגמרא בשבועות (לא, א) המובאת בש"ך (חו"מ עה, ג). לכאורה כוונתו היא לגמרא האומרת "מנין לשלשה שנושין מנה באחד, שלא יהא אחד בעל דין ושנים עדים כדי שיוציאו מנה ויחלוקו? ת"ל: 'מדבר שקר תרחק', כלומר, אסור להשתמש בתכסיסים בדין, אפילו על מנת להגיע לתוצאה אמיתית.

34. שולחן ערוך חו"מ לו, א. מקורו ממשנה מכות א, ח.

הריב"ש³⁶ שבמקרה כזה תתקיים העדות על ידי שאר העדים. לכאורה, ניתן לומר שמחלוקת זו תלויה באותה חקירה, שכן ראינו לעיל ששיטתו של הריב"ש היא שעדותו של אדם לגבי עצמו אינה נחשבת עדות כלל. לפי זה כאשר באה כת של שלושה עדים ומתוכם נמצא אחד נוגע בדבר, הוא אינו נחשב עד, והעדות תתקיים בשאר.

המשנה למלך³⁷ הסכים לדברי הריב"ש, והשווה מקרה זה לסוגיית הגמרא הבאה –

אמר ליה רב פפא לאביי: אלא מעתה, הרוג יצילו! כשהרגו מאחוריו. נרבע יצילו! כשרבעו מאחוריו. הורג ורובע יצילו! אישתיק. כי אתא לקמיה דרבא, אמר ליה: "יקום דבר" (דברים יט, טו), במקיימי דבר הכתוב מדבר.³⁸

כלומר, לא ניתן לפסול כת של עדים בשל נוכחותם של הרוצח והנרצח שהם בעלי הדבר, כיוון שדין זה הוא רק ב'מקיימי הדבר' – כלומר, בעדים. כמו כן, נוגע אינו נחשב לעד פסול, אלא לבעל דבר שאינו נחשב לחלק מכת העדים, ואינו פוסל את העדים האחרים כאשר הצטרף איתם.

ה. שיטת הרמב"ן והרשב"א

הרמב"ן והרשב"א מסכימים לשיטה האומרת שהנוגע בעדות אינו נחשב עד כלל, אך טוענים שעל הקושייה מהכלל של 'תחילתו וסופו בכשרות' יש לענות באופן אחר –

לפיכך נראה לי שלא נאמר תחלתו בפסלות אלא במי שהיה קרוב ונתרחק או פסול הגוף אחר, שהרי זה מעיד למי שהיה קרובו בשעת ראייה. אבל כאן שעכשיו נסתלק מממון זה, אין זה מעיד לקרובו ולא למי שהיה קרובו בשעת ראייה, שהרי ממון אחרים הוא ולא שלו, ולאחרים הוא מעיד.³⁹

הנמוקי יוסף הסביר את סברתם וכתב –

ונראה לי שהרב ז"ל סובר דלא אזלינן אלא בתר גברא משום דמסהיד לו מסהיד ולצורך האיש ההוא מעיד, שהרי אינו מעיד לצורך הממון עצמו, אלא כל היכא שלא נסתלק שלו על עצמו מעיד, ואם נסתלק ממנו לאחרים הוא מעיד, דלא שייך גבי ממון למימר שיהיה בו פסול עדות, שלעולם יש לו לממון בעלים, הלכך כשנסתלק מממון לגבי אדם שהממון שלו כשר הוא לו וכן לגבי הממון לא שייך בו פסול.⁴⁰

35. ספר תרומות נא, ד, ט.

36. שו"ת הריב"ש קסח ד"ה ומה; קצה ד"ה ומה.

37. משנה למלך עדות ה, ג.

38. מכות ו, א.

39. חידושי הרמב"ן בבא בתרא מג, א ד"ה ואמאי; וכן הביא בחידושי הרשב"א בבא בתרא מג, א ד"ה ואמאי בשמו.

40. נמוקי יוסף בבא בתרא כג, א בדפי הרי"ף ד"ה ואמאי ליסלקו בי תרי מינייהו.

כלומר, העדות אינה נחשבת כמתייחסת לממון אלא לבעל הממון. ולכן אם בשעת מסירת העדות בבית דין העד אינו בעל הממון ואין לו נגיעה לממון, עדותו מתייחסת לבעלי הממון הנוכחיים בלבד, וכלפיהם הייתה גם תחילתו בכשרות.

הנפקותא של סברה זו היא במקרה של מי שהיה יודע עדות לקרובו, ואותו קרוב נסתלק מהממון. לפי הסברה הקודמת, שהנוגע אינו נחשב עד כלל אלא בעל דבר, במצב זה יתקיים החיסרון של "תחילתו בפסול", כיון שבשעת ראיית המעשה הייתה העדות עבור קרובו, ועל כן היא הייתה בגדר עדות פסולה (בניגוד לעדות הנוגעת לעד עצמו, שהיא אינה בגדר עדות כלל). אולם לפי סברת הרמב"ן אנו צריכים לבדוק בראשונה עבור מי העד מעיד עכשיו, ואז לבדוק האם בשעת ראייה הוא היה פסול עבורו, וכיוון שהקרוב נסתלק כבר מהממון – אין כאן אפילו תחילתו בפסול.⁴¹

מצאנו נפקותא נוספת לשיטה זו: שכיב מרע מסר צוואה לפני מותו, בפני עדים שהם קרובים לו אך רחוקים מבניו. הרא"ש⁴² מביא את דעת הגאון שעדות זו כשרה, וחלק עליו, כיוון שבשעת ראיית העדות, העדים היו פסולים משום קרבתם למוסר הצוואה.

השולחן ערוך הביא את מחלוקתם –

שכיב מרע שציווה בפני עדים הקרובים לו ורחוקים מבניו, אין הצוואה כלום, כיוון שהיו קרובים בשעה שנמסר להם העדות. ויש מי שמכשיר.⁴³

הסביר שם קצות החושן⁴⁴ שלפי שיטת הרא"ש עדים אלה תחילתם בפסול כיוון שבשעת הצוואה הם היו קרוביו של בעל הממון. אבל לפי שיטת הרמב"ן עדים אלה מעידים עבור בניו של הנפטר, כיוון שכרגע העדות נוגעת רק אליהם, ומעולם הם לא היו קרובים שלהם.

41. נפקותא זו מובאת בחידושי הרמב"ן ובחידושי הרשב"א שם.

42. פסקי הרא"ש סנהדרין ג, כא.

43. שולחן ערוך חו"מ לו, יד.

44. קצות החושן לג, ג.

עדות מתוך הכתב

הרב זלמן נחמיה גולדברג

א. הקדמה	ז. זכויות האישה וחובותיה מכוח הנישואין
ב. החתם סופר – "דעת המתחייב" היא דעת מי שהעדות פועלת לרעתו	ח. שטר פרוזבול
ג. אמרי משה – "דעת המתחייב" היא דעתו של מוסר השטר	ט. מסירת גט בעל כורחה של אישה
ד. שיטת הנמוקי יוסף – "דעת המתחייב" היא דעת יוצר השטר	י. גירושין בעל כורחה של האישה על ידי שליח: מחלוקת 'קצות החושן' ו'הנודע ביהודה'.
ה. עדות על הצהרה	יא. הצורך בבית דין לשם גירושין בעל כורחה של האישה
ו. "מתחייב" ישיר ו"מתחייב" עקיף	

א. הקדמה

מדין תורה, עדות שבכתב פסולה, משום שנאמר: "על פי שני עדים... יקום דבר"¹, ודרשו חכמים: "רחמנא אמר מפיהם, ולא מפני כתבם"². אף על פי כן, ההלכה מכירה בשטרות מסוגים שונים כשטרות שיש להם תוקף הלכתי, כאשר חתומים עדים כשרים על השטר, ו"עדים החתומים על השטר נעשה עדותן כמי שנחקרה בבית דין"³. הראשונים העלו דרכים שונות ליישב הלכה זו עם הקביעה העקרונית, הפוסלת עדות מתוך הכתב.⁴ אחת הדרכים המרכזיות ליישב בין ההלכות היא זו שהוזכרה בדבריהם של בעלי התוספות,⁵ רש"י⁶ ובעל המאור,⁷ ולפיה יש להבחין בין עדות "מפי כתבם" של העדים,

* הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג, חבר בית הדין הרבני הגדול לשעבר, ראש כולל 'שבת מחוקק', סדיגורא.
1. דברים יט, טו.
2. גטין עא, א; יבמות לא, ב; ספרי דברים, קפח.
3. גטין ג, א; כתובות יח, ב.
4. לסיכום ממצה של דרכים אלו, ראה קצות החושן כח, ו.
5. תוספות בבא בתרא לט, ב ד"ה מחאה; כתובות כ, ב ד"ה ורבי (בשם ר"י).

הפסולה, לעדות מפי כתב ידו של המתחייב, הכשרה. הבחנה זו דורשת בירור מקיף בשאלה, מי הוא "מתחייב" ומי הוא "עד".

ב. החתם סופר - "דעת המתחייב" היא דעת מי שהעדות פועלת לרעתו

החתם סופר⁶ העלה השלכה מעניינת שניתן ללמוד מן ההבחנה בין עדות מפי כתבם של עדים לעדות מפי כתב ידו של המתחייב. לדברי החתם סופר, לכאורה, אימוץ שיטתם של בעלי התוספות יחייב את פסילתו של כל גט שניתן לאישה בעל כורחה. וכל כך למה? החתם סופר מסביר, שלשיטת רבי מאיר, שנפסקה להלכה, ש"עדי חתימה כרתי", כשרותו של הגט מותנית בכשרות עדותם של עדי החתימה על הגט. אולם, לשיטת בעלי התוספות, על מנת שעדות עדי החתימה, שהיא למעשה עדות כתובה, לא תיפסל, הכרחי הוא שהעדות תיכתב בשטר על דעת המתחייב – האישה. לפיכך, אם יימסר הגט בעל כורחה של האישה, תיפסל ממילא עדותם הכתובה של עדי החתימה, בהעדר דעת המתחייב, מה שיביא, בהתאם לשיטת רבי מאיר, לפסילת הגט!

החתם סופר מסייג אמנם את מסקנתו, כשהוא מחדש שבאופן עקרוני, ניתן יהיה לגרש אישה בעל כורחה, אף לשיטת רבי מאיר, היות ובזכויות שאותן מעניקה אישה לבעלה בשעת הנישואין, כלולה גם הזכות לגרשה בעל כורחה. לכן, אף כאשר מתגרשת האישה בעל כורחה, לא נכון לומר שהשטר לא נכתב מדעת המתחייב, שכן דעת המתחייב הסכימה לכתיבת השטר עוד בעת הנישואין.

אבל, מדגיש החתם סופר, סייג זה בטל כיום, בעקבות חרם דרבנו גרשום, האוסר לגרש אישה בעל כורחה. בעקבות חרם זה, לא נכון יהיה לטעון שבעת הנישואין מעניקה האישה לבעלה גם את הזכות לגרשה בעל כורחה.

על דברים אלו הוסיף בעל אמרי משה⁷, שלכאורה, לפי הגיונו של החתם סופר, ניתן היה אף להגיע למסקנה חריפה יותר, שלפיה כיום יש לפסול לא רק גט שניתן לאישה בעל כורחה, אלא גם גט שניתן לה ברצונה! זאת משום שלפי דברי החתם סופר, לא נוכל לכתוב גט בזמן הזה, כל עוד לא תבקש האישה מהבעל או הסופר לכתוב את הגט. אולם למעשה, כל הגטין הנשלחים מחו"ל נכתבים על דעת הבעל בלבד, ורק בעת קבלת הגט מקפידים שלא לתת לאישה את הגט בעל כורחה. במצב זה, לכאורה, עדותם של עדי החתימה לא נכתבת על דעת המתחייב, וממילא זוהי עדות פסולה, הפוסלת את הגט. נמצא, לפי דברי האמרי משה, שאימוץ שיטתם של בעלי התוספות יחייב למעשה את פסילת מרבית הגטין

6. כך הובא בשם רש"י, בקצות החושן, שם. [נראה שכוונתו לדברי רש"י בגטין, עא"א ד"ה ולא, אולם לא ברור כיצד למד מדבריו שם שגם רש"י סבור שעדות שבשטר כשרה משום שהשטר נכתב מדעת המתחייב. ואמנם, ראה בשו"ת אבני נזר, אה"ע, סימן קצח, סעיף ח, שהבין אחרת את דברי רש"י – הערת עורך, י"א.]

7. המאור הגדול יבמות ט, א (דפי הרי"ף). כך סוברים גם: שו"ת הרשב"א א, אלף רט; שו"ת הר"ן עח.

8. שו"ת חתם סופר אה"ע, קנ ד"ה וא"ב.

9. אמרי משה יח.

הניתנים בימינו! מסקנה תמוהה זו, הביאה את האמרי משה לדחות את הגדרתו של החתם סופר ל"דעת המתחייב", כפי שניווכח להלן.

לעניות דעתי, יש להקשות גם על דברי החתם סופר גופם. כאמור, החתם סופר הסביר שלשיתת בעלי התוספות, גט הניתן לאישה בעל כורחה כשר, משום שהאישה מקנה לבעל את הזכות לגרשה בעל כורחה כבר בעת הנישואין. אולם, הסבר זה קשה ביותר, שכן, איך ייתכן שהאישה תשתעבד לבעלה לעניין הזכות לכתוב לה גט? הרי גם אם תעשה קניין על כך, לא יהא הקניין יותר מ"קניין דברים", וככזה, תוכל האישה לחזור בה ממנו בכל עת שתחפוץ בכך!¹⁰ אם כן, אף אם נניח שבעת הנישואין קיימת נכונות של האישה להעניק לבעלה את הזכות לגרשה בעל כורחה, הנחה זו אינה מחייבת שנכונות זו נותרה על כנה גם בעת כתיבת הגט, בעל כורחה, וממילא, אין היא יכולה לשמש יסוד להכשרתו של הגט, כיום.

ג. אמרי משה – "דעת המתחייב" היא דעתו של מוסר השטר

מכוח הקושיות החמורות העולות משיטת החתם סופר, מגיע האמרי משה להגדרה שונה בדבר מהותה של "דעת המתחייב". לדבריו, "דעת המתחייב" הנדרשת, אינה דעתו של מי שהעדות פועלת לרעתו, אלא דעתו של מוסר השטר. הגדרה זו מבוססת על ההנחה, שמקבל השטר, הרואה שהשטר פועל לרעתו, יכול להטמין את השטר, ולהכחיש את קיומו. לכן, אין לראות בו "מתחייב" מכוחו של השטר. לעומתו, מוסר השטר, מרגע שהעביר את השטר לידי המקבל, נושא בכל התוצאות הכרוכות בשטר, ואין בידו למנוע את הצגת השטר כראיה בבית דין. על כן, דווקא הוא ראוי להיות מוגדר כ"מתחייב", ודווקא דעתו היא שחשובה לעניין פסלותה או כשרותה של העדות הכתובה.

לאור זאת, אין סיבה לפסול את הגטין בימינו, היות וה"מתחייב" הוא הבעל, וממילא, לא נדרשת דעת האישה.

אולם, גם דברים אלו קשים, משום שהדרישה שהעדות תיכתב מדעת המתחייב, אינה דרישה שנועדה להסיר מכשול בעד הכשרתה של העדות בלבד, אלא מטרתה להביא לכך שהעדות תיחשב כעדות קבילה. את דברי האמרי משה ניתן היה להבין, אם הדין היה, שעדות מפי הכתב כשרה, אלא שכאשר יש מתחייב, לא ניתן לעשות שימוש בעדות, אלא אם היא נכתבה מדעתו. אם כך היה הדין, נכון היה לטעון שכאשר המתחייב הוא מקבל השטר, אין בעובדה שהעדות לא נכתבה על דעתו כדי לערער את כשרותה של העדות, משום שמתחייב זה אינו מתחייב "אמיתי", משום שממילא הוא יכול היה להסתיר את השטר. אך הדין אינו כך, אלא, התורה פסלה כל עדות כתובה, והכשירה עדות כתובה רק אם זו נכתבה על פי דעת המתחייב. לכן, לא די בהפחתת משקלה של ההתחייבות כדי להכשיר את העדות. נדרשת דעת מתחייב בפועל, ואם זו לא קיימת, דין העדות להיפסל!

10. ראה: רמב"ם מכירה ה, יד; שולחן ערוך חו"מ קנז, ב; רמג, י.

אמנם, ייתכן ליישב את דברי האמרי משה בדוחק, ולומר שבכל גט יש שני מתחייבים: הבעל והאישה. היות ודעת המתחייב הראשון (הבעל) קיימת, אין לפסול את הגט מחמת חסרון דעת המתחייב השני (האישה), היות והתחייבותו היא פחותת ערך לעומת התחייבותו של המתחייב הראשון, הואיל ובידו להטמין את השטר.

ד. שיטת הנמוקי יוסף – "דעת המתחייב" היא דעת יוצר השטר

נראה לעניות דעתי, שניתן להציע דרך נוספת ליישב את הקושיות העולות מדברי החתם סופר, וזאת, על פי דברי קצות החושן¹¹ לעניין שטר מחאה, שבהם הוא מבחין בין המתחייב ליוצר השטר.

כידוע, המחזיק בקרקע שלוש שנים, ואין מי שמוחה נגד החזקתו, זכה בקרקע. מחאה זו, פסק השולחן ערוך, צריכה להתבצע בפני עדים, שבפניהם יצהיר המוחה שפלוני גזל ממנו קרקע ומחזיק בה שלא כדין, והעדים יכתבו למוחה שטר, ובו יעידו שמחה בפניהם. אבל, מדגיש השולחן ערוך, העדים צריכים לכתוב את השטר בלשון שליחות, כגון: "פלוני העידנו על עצמו לכתוב לו שמיחה", ולא יכתבו "שמענו שמיחה", משום שאם יעשו כך, תיפסל עדותם כדין עדות שבכתב.¹²

קצות החושן מסביר שלדעת בעלי התוספות,¹³ מן התורה אין לשטר מחאה משמעות היות והוא לא נכתב מדעת המתחייב, הלא הוא המחזיק בקרקע. שטר שלא נכתב מדעת המתחייב אינו שטר, וממילא, העדות שבו תוגדר כעדות שבכתב. לכן, אף אם עדי המחאה כתבו את שטר המחאה על פי בקשת המוחה, לא יהא בכך כדי להכשיר את השטר, לפי דין התורה, כל עוד לא נכתב השטר על דעת המחזיק בקרקע. משום כך, כתבו בעלי התוספות, ברור שתוקפו של שטר מחאה הוא מכוח תקנת חכמים, שנועדה לאפשר את הפקעת חזקתו של גולן בקרקע שאינה שלו או כדי להציל אנוס מיד אונסו.

מסיבה זו, הסביר קצות החושן, לא הבחינו בעלי התוספות בין שטר מחאה שנכתב בלשון שליחות לשטר מחאה שלא נכתב בלשון זו, שכן בכל מקרה, ביקשו חכמים לאפשר למוחה להפקיע את חזקת המחזיק במקרקעיו. לכן דעתם אינה כדעת השולחן ערוך.

אולם, מדברי הנמוקי יוסף¹⁴ עולה גישה שונה בתכלית, בכל הנוגע להגדרת "דעת המתחייב". לדעתו, דעת המתחייב אינה נדרשת על מנת להגדיר את הכתב כ"שטר", וממילא, להפקיעו מן ההלכה הפוסלת עדות כתובה, שכל כולה קשורה לדיני הראיות, ולא לדיני השטרות. לדבריו, עדות שבכתב פסולה מדין התורה, משום שהיא נאמרת לבית הדין "מפי כתבם" של העדים. עדות כזו אינה עדות "מכלי ראשון", ומשום כך יש לפוסלה. אולם,

11. קצות החושן קמו, ג.

12. ע"פ נמוקי יוסף על הרי"ף בבא בתרא, כא ד"ה מחאה בפני שנים.

13. תוספות לעיל, הערה 5.

14. נמוקי יוסף שם. כך סבר גם המאור הגדול יבמות ט, א (דפי הרי"ף).

כאשר העדות אינה אלא תיעוד של דברי יוצר השטר, אין היא בגדר "כתבם" של עדים, וממילא, אין היא פסולה כעדות שבכתב.

נמצא, שלפי שיטת הנמוקי יוסף "דעת המתחייב" הנדרשת כדי להכשיר עדות שבכתב אינה דווקא דעת מי שהשטר פועל לחובתו, ואף לא דעת מוסר השטר. "דעת המתחייב" היא דעתו של יוצר השטר. בשטר מחאה, המוחה הוא יוצר השטר, ולא המחזיק. משום כך, שטר המחאה כשר מן התורה, אם אמנם הוא נכתב בלשון שליחות.

לכן גם אין לתמוה על כשרותם של גטין הניתנים לאישה בעל כורחה, שכן, יוצר שטר הגט הוא הבעל, משום שהוא המגרש, ולא האישה. לכן, לשם השגת "דעת המתחייב" הדרושה כדי להכשיר את הגט, די שיצווה הבעל לכתוב את הגט, ואין צורך בציווי מצד האישה.

ה. עדות על הצהרה

מדברים שכתב קצות החושן בעניינו של שטר הפרזבול, למדים אנו על סייג נוסף לכלל הפוסל עדות כתובה.

לפי דין המשנה,¹⁵ שטר פרזבול שחתמו עליו עדים, כשר. על כך הקשה קצות החושן,¹⁶ מדוע השטר כשר? הרי חתימת העדים היא בגדר עדות "מפי כתבם"?

[על קושיה זו יש להעיר, שהשאלה אינה קשה לשיטת הנמוקי יוסף, שכן לדעתו, די בכך שהעדות תיכתב על דעת יוצר השטר, על מנת להכשירה. בשטר פרזבול, יוצר השטר הוא המלווה, ולא הלווה. לכן, על אף ששטר הפרזבול מחייב את הלווה, אין לראות בלווה "מתחייב" במובן זה שהעדר הסכמתו לכתובת העדות יפסול את העדות.

לכן, נראה ששאלת קצות החושן מכוונת כלפי שיטתם של בעלי התוספות, שסברו שכשרותה של עדות שבכתב אינה תלויה בדעתו של יוצר השטר, אלא בדעת מי שהשטר פועל לרעתו].

את קושיית קצות החושן ניתן לכאורה לדחות על פי דברים שכתב במקום אחר, בעניין שטר מודעא. שטר המודעא נכתב על ידי מוכר שאולץ למכור את רכושו. כתיבת השטר היא הדרך היחידה העומדת למוכר, כדי להפקיע בעתיד את המכר.

קצות החושן¹⁷ שאל, מדוע לא הדגיש הרמ"א במסגרת הדיון על שטר מודעא, שכשם שבשטר מחאה צריכים העדים לכתוב שהמוחה ציווה אותם להעיד ולכתוב לו את המחאה, כך גם בשטר מודעא, צריכים העדים לכתוב שהמוכר האנוס ציווה אותם לכתוב את השטר?

15. משנה שביעית י, ד.

16. קצות החושן סז, ו.

17. קצות החושן קמו, ג.

קצות החושן¹⁸ תירץ, שלדעת הרמ"א, שונה שטר מודעא משטר מחאה, בכך ששטר המודעא יכול להיכתב גם לאחר ביצוע הקניין. לכאורה, הלכה זו תמוהה, שכן לפני ביצוע הקניין, המוכר הוא הגורם היחיד הפועל. שטר המודעא לא נועד להעיד על מעשה שנעשה בין שניים, אלא הוא משמש כהצהרה כתובה של מוסר המודעא. במצב זה, ברור ששטר המודעא נוצר על ידי מוסר המודעא, הוא המתחייב ואין גורם נוסף, שדעתו נדרשת לשם הכשרתו של השטר. לכן, די בציוויו של המוכר, כדי להכשיר את עדות העדים שבשטר.

אבל, לאחר ביצוע הקניין, שטר המודעא אמור לשמש כראיה על מעשה שנעשה בין מוכר לקונה, ומשום כך, מן הדין היה, שהעדויות שבשטר תיכתב על דעת הקונה – המתחייב. אם לא כן, ייפסל השטר משום עדות "מפי כתבם". אם כך, מדוע בכל זאת הוכשר שטר מודעא שנכתב שלא מדעת הקונה? לדעת קצות החושן, הסיבה לכך היא, ששטר מודעא אכן אינו כשר מן התורה, אלא מכוח תקנת חכמים, כדעתם של בעלי התוספות,¹⁹ כדי להציל אנוס מיד אונסו. ממילא, מובן גם מדוע לא דרש הרמ"א שיכתבו העדים שמוסר המודעא ביקש מהם לכתוב את השטר.

מדוע לא השתמש קצות החושן בתירוץ זה גם בקושייתו על פרוזבול? נראה שקצות החושן סבר בקושייתו, כפי הנראה, שמאחר שהפרוזבול נכתב לאחר ההלוואה ויש בו כדי למנוע את השמטת החובות בשנה השביעית, הרי הוא דומה לשטר מודעא שנכתב לאחר המכר. לכן, סובר הקצות, אי אפשר להסביר שבפרוזבול אין חיסרון של "דעת המתחייב" משום שיוצר השטר הוא המלווה, כשם שלא ניתן לומר שחיסרון זה אינו קיים בשטר מודעא, כדלעיל, היות והוא נכתב כראיה על מעשה שכבר נעשה בעבר, ששותפים לו המוכר והקונה.

אולם, ניתן לדחות הסבר זה, משום שכידוע, הפרוזבול לא נכתב בסמוך למועד ההלוואה, אלא לפני ראש השנה של השנה השמינית.²⁰ דבר זה יכול להעיד על כך, שהעדים אינם מעידים על קיומו של החוב, אלא על כך שנעשה פרוזבול על החוב. לכן, לא יהיה נכון להשוות בין פרוזבול למודעא שלאחר המכר, שבה העדים מעידים על עצם המכר. נכון יותר יהיה להשוות בין שטר פרוזבול לשטר מחאה. כשם שבמחאה, עדותם של העדים היא עדות על הצהרה, שהיא פעולה חד צדדית שבה המוחה הוא יוצר השטר ורק דעתו היא הנדרשת לשם הכשרת העדות שבכתב, כך גם בפרוזבול, המלווה הוא יוצר השטר, ורק דעתו היא הנדרשת לשם הכשרת עדותם של העדים החתומים על הפרוזבול.²¹

[לסיכום:²² קצות החושן הבחין בין שני סוגים של שטרות, לעניין הצורך בכתיבת העדות מדעת המתחייב: שטר הצהרתי, דוגמת שטר המחאה, ושטר ראייתי, דוגמת שטר המודעא.

18. קצות החושן רה, א.

19. תוספות לעיל הערה 5.

20. כיוון שפרוזבול מונע שמיטת חובות שנוצרו לפני כתיבתו (רמב"ם שמיטה ט, כב; שולחן ערוך חו"מ סו, לב), נוהגים לכתבו סמוך למועד שמיטת החוב – בסוף שנת השמיטה (רמב"ם שמיטה ט, ד; שולחן ערוך חו"מ סו, ל).

21. למעשה, יישב קצות החושן את קושייתו על הפרוזבול, בדרך אחרת, עיין בדבריו בסימן טו, שם.

22. [קטע סיכום זה נוסף על-ידי העורך – י"א].

בראשון הדגיש הרמ"א את הצורך בכתיבת העדות מדעת המתחייב, ובשני לא. את ההבדל הסביר הקצות כך: שטר מחאה נכתב לפני ביצוע עסקה או פעולה משפטית בין שני אנשים. במצב זה, הגורם היחיד שפועל הוא יוצר השטר. לכן, כתיבת העדות שבשטר חייבת להתבצע על דעתו, ועל דעתו בלבד. לעומת זאת, שטר מודעא נכתב גם לאחר ביצועה של העסקה. במצב זה, היות והשטר אמור לשמש כראיה לקיומה של עסקה שלה היו שני צדדים, מן הדין היה לדרוש, שהעדות שבו תיכתב על דעת שני הצדדים לעסקה. העובדה שדרישה כזו לא הועלתה, מגלה ששטר זה הוא חריג, והסרת הדרישות הפורמאליות היא מכוח תקנת חכמים, כדי "להציל עשוק מיד עושקו".

מקושייתו של הקצות על כשרותו של שטר הפרזבול עולה, שהקצות סבר ששטר הפרזבול דומה במהותו לשטר המודעא, כאשר המבחן שמיישם הקצות על מנת לסווג את השטרות מתבסס על מועד יצירתו של השטר: שטר שנוצר לאחר ביצועה של העסקה הוא שטר ראיתי, בעוד ששטר שנוצר קודם ביצוע העסקה, הוא שטר הצהרתי.

אולם, בחינה מדוקדקת של נסיבות יצירתו של שטר הפרזבול תלמד, שהמבחן הראוי לסיווגו של השטר אינו צריך להתבסס בהכרח על מועד יצירתו של השטר, אלא על נסיבות יצירתו. כך למשל, על אף ששטר הפרזבול נוצר לאחר ההלוואה, המרחק הרב שבין ההלוואה ליצירתו של השטר עשוי ללמד, שהשטר לא נועד להוות ראיה על החיוב, אלא להצהיר על אי השמטת החובות].

ו. "מתחייב" ישיר ו"מתחייב" עקיף

כאמור, לשיטת בעלי התוספות, "דעת המתחייב" הנדרשת לשם הכשרת עדות שבכתב היא דעת מי שהשטר פועל לרעתו. לפי שיטה זו, עדיין צריכים אנו להסביר, כיצד ניתן להכשיר בימינו גט הניתן לאישה מבלי שהיא מצווה לכתוב את הגט?

נראה לעניות דעתי, שלשיטתם של בעלי התוספות, יהא עלינו להבחין בין חוב ישיר לחוב עקיף. כלומר, "דעת המתחייב", הנדרשת לשם הכשרת עדות שבכתב, אינה אלא דעתו של המתחייב מעצם העדות, ולא מי שנגרם לו חוב מן העדות, באופן עקיף.

על דרך משל, בעדות שבשטר מכר, העדות היא על כך שהנכס שנמכר עובר לבעלותו של הקונה. נמצא, שמכוחה של עדות זו, מתחייב המוכר. אמנם, כתוצאה עקיפה של העדות, יהיה הקונה חייב לשלם למוכר את תמורתו של הנכס, אבל זו תוצאה עקיפה, שאינה נובעת מעצם העדות. משום כך, אין הקונה נחשב כ"מתחייב" מכוחה של העדות. לכן, לא ייפסל שטר המכר שלא נעשה על פי בקשת הקונה או על פי הסכמתו, משום שהעדות הכתובה בו היא עדות שבכתב.

על אחת כמה וכמה, שכך נאמר גם כאשר ייתן אדם לעני שדה ששוויה מאתיים זון, במתנה. האם נאמר שכדי שלא תהיה העדות שבשטר המתנה פסולה, צריך גם העני להסכים לכתיבת השטר, משום שהוא "מתחייב" בכך שמעתה הוא לא יהיה זכאי עוד

לקבל צדקה אלה כאחת?²³ ודאי שלא! חוב זה הוא חוב הבא בעקיפין, ומשום כך, אין הוא קשור לעדות, וממילא, לא תידרש דעתו של מתחייב זה, כדי להכשיר את העדות שבכתב. וכן, מובן גם שאם מכוחו של שטר מכר יתחייב הקונה לשלם מיסים, אגרות וכדומה, לא יהא בכוחם של חיובים אלו להגדירו כ"מתחייב" מכוחה של העדות שבשטר.

נראה שלפי עיקרון זה יש ליישב גם את השאלות שעורר החתם סופר על כשרותם של גטין בימינו. משמעותו של הגט היא, שבאמצעותו מפקיע הבעל את כל החיובים שקיבלה על עצמה אשתו כלפיו, בעת הנישואין. על כך יעיד גם נוסח הגט, שבו מצהיר הבעל כלפי אשתו שמעתה היא "רשאה להתנסבא" והרי היא "מותרת לכל אדם". אמנם, באופן עקיף, מפקיע הגט גם חיובים של הבעל כלפי אשתו, אך הפקעה זו אינה תוצאתו הישירה של הגט, אלא תוצאתו העקיפה. האישה אינה מאבדת את זכויותיה כלפי בעלה, מכוחו של הגט, אלא מכוח העובדה ששוב אין היא אשת בעלה.

משום כך, אין האישה מוגדרת כ"מתחייב" מכוחו של הגט, וזו הסיבה לכך שאין הגט צריך להיכתב מדעתה, כדי שחתימת העדים שבו לא תיפסל.

ז. זכויות האישה וחובותיה מכוח הנישואין

בנקודה זו, עלינו להבהיר יותר את דברינו, שהגט אינו מפקיע את זכויות האישה, אלא את חובות הבעל כלפי אשתו.

במסכת כתובות²⁴ למדנו, שאין הבעל יכול לאסור בנדר על אשתו, שלא תהנה ממנו, משום שהוא משועבד לה. שיעבוד זה נלמד מן הנאמר בתורה: "שארה כסותה וענתה לא יגרע".²⁵ אמנם כידוע, נדרים חלים אף על דבר מצוה.²⁶ למשל, האומר: "קונם מצה בליל פסח עלי", חל הנדר, ויהיה אסור לנודר לאכול מצה בליל פסח. בזאת, שונה הנדר מן השבועה, שאינה חלה על דבר מצוה,²⁷ ומי שנשבע שלא יאכל מצה בליל פסח, יהיה חייב לאכול מצה בליל פסח, ולעבור על שבועתו.

הסיבה להבדל בין הנדר לשבועה בעניין זה, יסודה בכך שהשבועה היא בגדר חיוב "גברא", חיוב אישי, שיסודו בכוח שנתנה התורה לאדם להישבע, ולחייב עצמו על ידי שבועתו כמו שחייב בכל המצוות ובכל האיסורים. לגבי השבועה, אמרו חכמים, שלא נתנה התורה כוח לאדם, אלא לחייב את עצמו לעשות מעשים שהם בגדר "דבר הרשות", אבל לא ניתן בידו הכוח לחייב עצמו לעבור על מצוות התורה.

23. ראה: משנה פאה ח, ח; ירושלמי פאה, ח, ז; שולחן ערוך יו"ד רנ"ג, א.

24. כתובות ע, א.

25. שמות כא, י.

26. ראה: נדרים י"ג, ב; רמב"ם נדרים ג, ז; שולחן ערוך יו"ד רטו, א.

27. ראה: נדרים שם; רמב"ם שבועות, ה, טו; שולחן ערוך יו"ד רלט, ד.

הנדר, לעומת זאת, אינו יוצר חיוב "גברא" אלא איסור המוטל על ה"חפצא". דהיינו, התורה נתנה לאדם כוח לאסור על עצמו חפצים מסוימים או מאכלים מסוימים. בעשותו כן, אין האדם מחייב את עצמו, אלא פועל בחפץ. לכן, כשאדם נודר שלא יאכל מצה, אין הוא עושה מעשה שיש בו משום סתירה למצוות התורה, שכן, התורה חייבא את האדם לאכול מצה, הטילה עליו חיוב אישי, והוא אינו מתכחש לחיוב זה, אלא אוסר את המצה על עצמו. אמנם, למעשה לא יתאפשר לנודר לקיים את מצוות אכילת המצה בליל פסח, אבל כיוון שאין הוא פועל באופן ישיר נגד דין התורה, יש בכוחו לעשות זאת.²⁸

לאור זאת יש להקשות, מדוע לא יחול הנדר של הבעל כדי לבטל ממנו את קיומה של המצווה: "שאררה כסותה ועונתה לא יגרע"?

התירוץ לקושיה זו מבוסס על הבנת עניינם של חיובים שהטילה התורה על האדם, שמשמעותם המעשית היא, שעליו לתת דבר לזולתו. כאשר מצווה התורה על האדם לתת דבר לזולתו, אין משמעות הדבר שהתורה הטילה חיוב אישי על האדם בלבד, אלא משמעות הדבר היא, שהתורה עצמה מעבירה כביכול את הזכויות או את החפץ לבעלותו של מי שהאדם מצווה לתת לו את החפץ או את הזכויות.

משום כך, מיד לאחר שאדם הפריש חלה, נעשית החלה לממונו של שבט הכוהנים, והמפריש לא יעבור על איסור "בל יראה" אם תישאר החלה המופרשת ברשותו בפסח.²⁹

באופן דומה, הלקט נעשה ממון עניים³⁰ וכן, לגבי שור תם שנגח, נפסק ש"יוחלט השור",³¹ כלומר, מכוח דברי התורה, הקובעים שבעליו של שור תם שהזיק צריך לשלם חצי נזק, עוברת הבעלות על חציו של השור התם לידי שור תם שנגח. בכך, שונה דינו של שור תם שהזיק מדינם של מזיקים אחרים, שבהם לא שייך לומר ש"יוחלט השור", משום שרק לגבי שור תם שהזיק, נקבע ש"משלם מגופו",³² ולכן, ניתן לומר שיש לניזק חלק מסוים בשור. אבל בשאר המזיקים, כיוון שהנזק עשוי להשתלם מכל אחד מנכסי המזיק, וערכו של הנזק לא ידוע, אי אפשר לומר שהתורה העבירה חלק מנכסיו של המזיק לניזק.

לגבי המפיל שן עבדו לדעת הסוברים שהעבד יוצא לחירות ואינו זקוק לגט שחרור,³³ הסיבה לכך שאין העבד צריך גט שחרור היא, שמצוות התורה לשחרר את העבד, גורמת לכך שבפועל יהיה העבד משוחרר. גם לדעת הסוברים שעבד שרבו הפיל את שנו צריך גט שחרור, נראה שגט זה נדרש רק על מנת להפקיע את קניין האיסור שבו ולהתירו בבת ישראל, אך לא על מנת להפקיע את הקניין הממוני שבו.

28. ההסבר ע"פ רמב"ם נדרים, שם.

29. ע"פ רש"י פסחים מו, א ד"ה לא זהו.

30. ראה למשל: שו"ת הר"ן ב; שו"ת אבני נזר יו"ד שטו, ו.

31. בבא קמא לג, א, וראה רמב"ם נזקי ממון, ט, יב; שולחן ערוך חו"מ תא, א.

32. ראה: בבא קמא טו, א.

33. ראה: קידושין כד, ב.

לאור זאת, ברור שכאשר ציוותה התורה את הבעל: "שארה כסותה וענתה לא יגרע", יצר החיוב גם שיעבוד על נכסיו של הבעל ועל גופו, שעברו לבעלות האישה לטובת זכויות אלו. לכן, נדרו של הבעל, הבא לאסור על אשתו ליהנות ממנו, לא יחול, משום שהתורה חידשה אמנם שיש לאדם כוח לאסור נכסיו על אחרים, לאסור נכסי אחרים עליו, או לאסור נכסיו על עצמו, אבל אין לאדם כוח לאסור נכסי אחרים עליהם. כיוון שהזכויות שהשתעבדו לאישה כבר שייכות לה, אין הבעל רשאי לפגוע בהן, גם באמצעות נדר.

אמנם, בגמרא³⁴ נאמר שאישה שאסרה הנאתה על בעלה – אין הבעל צריך להפר את הנדר, שכיוון שהאישה משועבדת לאיש לתשמיש אין הנדר חל. לאור האמור עד כה, יש להקשות: היכן נאמר בתורה שיש חיוב על אישה לשמש, והרי "וענתה לא יגרע" נאמר על האיש, ולא מצינו שמצווה זו מוטלת על האישה? אך נראה ששעבוד האישה לתשמיש אינו נובע ממצוות התורה, אלא מכווח קניין הקידושין, שבו קנה הבעל זכויות באשתו לתשמיש.³⁵

לאור זאת, מובן שהגט נועד להפקיע את השיעבוד והזכויות שיש לבעל באשתו, ופקיעת זכויות האישה בבעלה לעניין שאר כסות ועונה אינה נובעת מעצם הגט, אלא היא באה בעקיפין. הגט אינו מפקיע את חיובו של הבעל כלפי אשתו, שכן, חיוב זה, שמקורו בתורה, אינו יכול להיות מופקע בידי אדם. הגט מפקיע אם כן, רק את זכויותיו של האיש באשתו, זכויות שנוצרו על ידי בני הזוג, בעת הנישואין. אמנם, לגט יש גם תוצאה עקיפה – לאחריו אין הבעל נחשב עוד לבעלה של אשתו, וממילא, לא מוטלת עליו המצווה לספק לה שאר כסות ועונה. נמצא שפקיעת קניינו של האיש גוררת את ביטול מצוות "שארה כסותה וענתה לא יגרע", ובעקבות כך, את פקיעת זכויות האישה כלפי בעלה.

לאור זאת, יובן מדוע אין להגדיר את האישה כ"מתחייבת" בגט, שכן, החוב בא בעקיפין כתוצאה מן הגט, אך אין הוא נוגע לעצם הגט.

הסבר זה גם יבאר היטב מדוע לא מצאנו פוסק שאמר שאם אדם שייר בגט, וכתב שהוא מגרש את אשתו, אך מבקש להותיר לאישה את הזכות להתפרנס מנכסיו, הגט פסול משום שאין "כריתות" מלאה בין האיש לאישה. וזאת, למרות שכאשר מגרש אדם את אשתו אך משייר בגט, וקובע שהוא מבקש להותיר בידיו את הזכות לירש את האישה, מסתפקים חז"ל,³⁶ שמא אין הגט כשר משום שהשייר בגט גורם לחיסרון ב"כריתות" שבו.

זכויות האישה בבעלה אינן חלק מן הגט, אלא הן פועל יוצא ממנו. משום כך, שיור זכויות לאישה בבעלה, אינו גורע מן ה"כריתות" שבגט. אבל, הפקעת זכויות האיש באשתו היא גופו של גט, ושיור זכויות בידי הבעל, גורעת ממידת ה"כריתות" שבגט.

34. נדרים טו, ב.

35. [עין עוד רמב"ם (נדרים יב, טז) שממנו משמע שיש הבדל מהותי בין חיוב האיש הנובע משיעבוד, לחיוב האישה המבוסס על קניין – הערת עורך, ע"ר].

36. גטין פה, א.

ח. שטר פרוזבול

לאור האמור עד כה, נוכל גם ליישב את קושיית קצות החושן שהובאה לעיל³⁷; כיצד מועילה חתימת העדים על שטר הפרוזבול, ומדוע אין בה חיסרון של עדות מפי הכתב, אחר שחסרה "דעת המתחייב" (הלווה), בעת כתיבת השטר?

משמעותו של הפרוזבול היא, שהמלווה מוסר שטרותיו או חובות שאחרים חייבים לו לבית הדין. עצם מסירת השטרות לבית דין אינה גורמת חוב ללווה. אמנם, מסירת השטרות לבית הדין, תביא בסופו של דבר לכך, ששמיטת הכספים לא תשמט את החוב, אבל דבר זה אינו קשור לעצם הפרוזבול, אלא הוא תוצאתו העקיפה. משום כך, לא נדרשת דעתו של הלווה בעת כתיבת שטר הפרוזבול, ואין הוא מוגדר כ"מתחייב" לעניין הכשר העדות שבשטר הפרוזבול.

ט. נתינת גט בעל כורחה של האישה

לגבי עצם הזכות לגרש אישה בעל כורחה, הקשה הרשב"א³⁸ מדוע הסוברים שנתינה בעל כורחו של מקבל שמה נתינה לא הביאו סיוע לשיטתם מן הנאמר לגבי גט "ונתן בידה ספר כריתות"? מפסוק זה עולה, שהגירושין מותנים בנתינה, ולמרות זאת, מדין התורה מתגרשת האישה בעל כורחה. מכאן מוכח לכאורה, שהנתינה יכולה להיות גם בעל כורחו של המקבל, ובכל זאת שמה נתינה!

הרשב"א תירץ, שעל קושיה זו, יוכלו הסוברים שנתינה בעל כורחו של מקבל לא שמה נתינה להשיב, שרק כאשר המקבל מפסיד מה ששייך לו באמצעות הנתינה בעל כורחו, ראוי לומר שנתינה בעל כורחה לא שמה נתינה, ולא כאשר הנותן מסלק את זכויותו, ואינו נוגע בזכויות אחרים. לגבי גירושי אישה, טען הרשב"א, לא נכון יהיה לומר שהאישה מפסידה את שלה מכוח הגירושין, משום ש"אין בעלה קנוי לה".

לפי דרכנו, נראה שלא בא הרשב"א להבחין בין סוג הקניין שיש לאיש באשתו לסוג הקניין שיש לאישה בבעלה, ולומר שזכויות שיש לבעל באשתו קנויות לו בקניין מוחלט, אבל זכויות האישה בבעלה משועבדות לה, אך אינן שלה בקניין מוחלט. גם זכויות הבעל באשתו אינן קנויות לו בקניין מוחלט, אלא משועבדות לו. אלא, כוונת הרשב"א להבחין בין השיעבוד שיש לבעל באשתו, שהוא בגדר קניין שנוצר בעת הנישואין, לשיעבוד שיש לאישה בבעלה, שהוא תוצאה של חובותיו של הבעל כלפי אשתו, מכוח דין התורה. משום כך, יוכל הבעל לתת לאשתו גט בעל כורחה, ולא ייחשב הדבר כנתינה בעל כורחה שנועדה לשלול מן האישה זכויות שיש לה, אלא כסילוק זכויות הבעל באשתו.

37. באות ה.

38. חידושי הרשב"א גטין עה, א ד"ה תמיה לי (עמ' תרנה בהוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים, תשמ"ו).

בעל פרי חדש,³⁹ מביא את קושייתו של הרשב"א, אך מיישבה בדרך אחרת, וזו לשונו: "ולי נראה ד'ושלחה מביתו' בעל כרחיה משמע". כלומר, הסוברים שנתינה בעל כורחו של מקבל לא שמה נתינה, יוכלו לתרץ שבמילים "ושלחה מביתו", חידשה התורה שמסירת הגט לאישה היא נתינה חריגה, שבה תוגדר הנתינה כנתינה מועילה, למרות שהיא תבצע בעל כורחה של האישה.

נראה להסביר בדעת הפרי חדש, שלדעתו, גם הזכויות שיש לאישה בבעלה מוגדרות כשיעבוד גמור. אמנם, ביסודו של דבר, נוצר שיעבוד זה מכוח החיובים שהטילה התורה על הבעל, אולם לאחר שכבר חל השיעבוד אין הוא פוקע ממילא, כתוצאה של פקיעת הזכויות שיש לבעל באשתו, אלא, כשם שהגט מפקיע את זכויות הבעל באשתו, כך הוא גם מפקיע את זכויות האישה בבעלה.

לפי זה, לא נוכל להסביר בדעת הפרי חדש שבגט שלא נכתב מדעת האישה אין עדות העדים החתומים על הגט, נחשבת כעדות שבכתב, משום שאין צורך בדעת האישה, שאינה מוגדרת כ"מתחייבת". זאת מאחר שלפי הפרי חדש, הגט עצמו גורם חוב לאישה, בכך שהוא מפקיע זכויות שיש לה בבעלה.

לכן, יהא עלינו לומר שהפרי חדש, יסכים לדעת הנמוקי יוסף הנזכרת לעיל, שהכשר עדות שבכתב אינו תלוי בדעת המתחייב דווקא, אלא בדעתו של יוצר השטר.

י. גירושין בעל כורחה של האישה על ידי שליח: מחלוקת 'קצות החושן' וה'נודע ביהודה'

הנודע ביהודה⁴⁰ כתב שלא ניתן לגרש אישה בעל כורחה באמצעות שליח, משום שהשליח הוא בגדר "תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים", שלגביו נפסקה הלכה, שהתופס לא קנה. זאת, מאחר שעל אף שהאיש מעוניין לגרש את האישה, והשליח פועל לטובתו, כעין שליח התופס לבעל חוב מנכסיו החייב לו, במעשיו, גורם השליח חוב לאישה. לכן, כיוון שהתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה, מן הדין לומר גם, שמעשיו של שליח לגרש אישה בעל כורחה לא יהיו ברי תוקף, בהיותו חב לאחרים (=לאישה).

קצות החושן⁴¹ חולק על הנודע ביהודה מכוח דברי הרמב"ם⁴² והשולחן ערוך⁴³ בענייניו של לוזה שביקש מחברו שיתפוס מנכסיו לטובת מלווה שהוא חייב לו. בעניין זה נפסק, שהמלווה זכה בנכס, למרות שהתופס גרם בתפיסתו חוב לנושים אחרים שביקשו לעקל מנכסיו החייב את אותו נכס שתפסו השליח לטובת אחד הנושים.

39. פרי חדש אהע"ז, קיט, סו על הגליון.

40. שו"ת נודע ביהודה קמא, אהע"ז, ב.

41. קצות החושן קפב, ב.

42. רמב"ם מלוה ולוה, כ, ב.

43. שולחן ערוך חו"מ קה, ג.

קצות החושן⁴⁴ הסביר שרק כאשר שלוחו של המלווה תופס מנכסי הלווה, אנו פוסקים ש"התופס לבעל חוב במקום שחב לאחריים לא קנה", משום שאין למלווה כל זכות בנכסים שתפס שלוחו. לכן, אין לשליח זכות לתפוס נכס שאין למלווה זכות בו, כאשר בתפיסה זו הוא חב לאחריים. אבל, הלווה, שכל נכסיו שלו, רשאי לעשות בשלו כל מה שיחפוץ. לכן, הוא גם רשאי למנות שליח כדי שיזכה בחלק מנכסיו לטובת מלווה מסוים, אף שבכך הוא גורם חוב לאחריים.

לאור זאת, כתב קצות החושן –

והא דאישה, לאומר הלוה זכה דמי, כיון דהתורה נתנה לו לבעל רשות לגרש בעל כרחו, ויכול לחוב אותה, הוא הדין דיכול נמי על ידי שליח לחוב אותה.

כלומר, יש לדמות בין גירושי אישה על ידי שליח ללווה שעשה שליח כדי שיזכה בחלק מנכסיו עבור אחד המלווים. וזאת, משום שהתורה נתנה לבעל זכות לגרש את אשתו בעל כורחה. כמו הלווה, הבעל נחשב כפועל בתוך שלו, ומשום כך, הוא יהיה רשאי לגרש את אשתו על ידי שליח, בעל כורחה, ואין לומר שהשליח הוא בגדר "תופס לבעל חוב במקום שחב לאחריים".

אם נעמיק בסברתו של קצות החושן, נגלה שלמעשה הוא סובר כפי שביארנו לעיל, שהסיבה לכך שניתן לגרש אישה בעל כורחה היא, שבמעשה הגירושי אין הבעל שולל מן האישה זכויות, אלא רק מסלק את זכויותיו בה. לכן, נכון לומר שבגירושי, פועל הבעל במסגרת זכויותיו בלבד, ולכן, אין מקום לראות בשלוחו "תופס לבעל חוב במקום שחב לאחריים".

לעומתו, בעל נודע ביהודה מסכים לסברת הפרי חדש, שההלכה המעניקה לבעל זכות לגרש את אשתו בעל כורחה אינה מלמדת שבגט, מסלק הבעל את זכויותיו בלבד, משום שהלכה זו נדרשת מן הנאמר בתורה: "ושלחה מביתו". לכן, כאשר הבעל מגרש את אשתו אין הוא פועל רק במסגרת הזכויות השייכות לו, אלא גם שולל זכויות מאחריים. מסיבה זו, אין לדמות גירושי בעל כורחה של האישה, על ידי שליח, ללווה הממנה שליח כדי שיתפוס משלו ויזכה עבור אחד מנשיו, אלא למלווה הממנה שליח כדי שיתפוס מן הלווה נכס, ויגרום בכך חוב לאחריים. ובכגון זה אנו פוסקים: "התופס לבעל חוב במקום שחב לאחריים לא קנה", ולכן, המגרש אישה בעל כורחה באמצעות שליח, לא גירש.

לאור דברים אלו, נוכל גם ליישב את קושייתו של הגאון רבי עקיבא איגר, על דברי הנודע ביהודה. הקושיה הובאה על ידי חתנו, החתם סופר, בתשובותיו,⁴⁵ בלשון זו –

מה שכתב מעכ"ת (=מעלת כבוד תורתו) הגאון נ"י על דברי הגאון נודע ביהודה, דאי אפשר ליתן בעל כרחו על ידי שליח, דהוה תופס לבעל חוב, גם אנכי דחיתי לדבר זה, והבאתי עוד ראיה, מדברי הר"ן, גטין פרק קמא,⁴⁶ בההיא דג' דרכים שוו גיטי

44. קצות החושן קה, ג.

45. שו"ת חתם סופר אהע"ז, קנב ד"ה מה שכתב.

46. חידושי הר"ן גטין ט, א, וכן בחידושי על הרי"ף גטין, ג, א ד"ה המביא גט.

נשים לשחרורי עבדים, שוו למוליך ומביא. שכתב הר"ן, דשייך עיגונא, דפעמים ששולח שיחרור בעל כורחו דעבד (ואז יהיה אסור בשפחה ובת חורין ויש עיגונא, לכן תקנו שהשליח נאמן לומר בפ"נ בפ"נ הרי שיכול שליח לשחרר עבד). הרי היה כנ"ל לשחרור על ידי שליח בע"כ דעבד, הכא נמי בגט אישה.

כלומר, מכך שהר"ן סבר שניתן לשחרר עבד באמצעות שליח, בעל כורחו, למד רבי עקיבא איגר, שרשאי אדם לגרש את אשתו בעל כורחה באמצעות שליח, בניגוד לדברי הנודע ביהודה. אולם, לפי המבואר עד כה, נראה שניתן לתרץ את קושייתו של רבי עקיבא איגר. אין להשוות שחרור עבד לגירושי אישה, משום שהעבד אכן שייך לרבו, ומשום כך, פועל המשחרר בתוך שלו. לכן, לא ייפלא גם שהוא יהיה רשאי לשחרר את העבד בעל כורחו באמצעות שליח, כשם שאין להתפלא על כך שהלווה רשאי למנות שליח כדי שיזכה בחלק מנכסיו עבור אחד מנושיו.

אבל בגירושין סובר הנודע ביהודה, שהבעל אינו פועל במסגרת זכויותיו בלבד, אלא גם שולל זכויות מאחרים. משום כך, כשם שאין לדמות בין גירושי אישה בעל כורחה על ידי שליח ללווה הממנה שליח כדי שיזכה בחלק מנכסיו עבור אחד מנושיו, כך גם, אין לדמות בין גירושי אישה לשחרור עבד. לכן, למרות שרשאי אדם לשחרר את עבדו בעל כורחו באמצעות שליח, אין הוא רשאי לגרש את אשתו בעל כורחה באמצעות שליח.

יא. הצורך בבית דין לשם גירושין בעל כורחה של האישה

בתחילת מסכת סנהדרין⁴⁷ נאמר במשנה: "המיואונין בשלושה". כלומר, יתומה קטנה שהשיאוה אמה או אחיה בעודה קטנה, יכולה למאן בנישואין אלו, ובכך לבטלם, ובלבד שתעשה זאת בפני שלושה דיינים.

רש"י, בפירושו למשנה, הסביר ש"מיואונין בשלושה" משום שכל שתיקנו חכמים כעין של דאורייתא תיקנו. מדבריו דקדק הנודע ביהודה שלדעת רש"י, מסירת גט צריכה להתבצע בפני שלושה דיינים, ואם לא ייעשה כן, לא יהיה לגט תוקף.

אולם, רבים הקשו על כך: מהו המקור לכך שמסירת הגט צריכה להתבצע בפני בית דין? הרי בכל מקום שמוזכרת בתלמוד מסירת הגט, קיימת אמנם דרישה שהמסירה תתבצע בפני עדים, אך לא קיימת דרישה לכך שהמסירה תתבצע בפני בית דין!

בשו"ת בית הלוי⁴⁸ תירץ, שלשם מסירת גט לאישה, ברצונה, אין צורך אמנם בבית דין. אולם, לשם מסירת גט בעל כורחה של האישה, צריך בית דין. משום כך כתב רש"י שהמיואון, המתבצע בעל כורחו של הבעל, צריך להתבצע בפני בית דין, כעין דאורייתא. כשם שפירוק הקשר בין בעל לאשתו בעל כורחה של האישה צריך להתבצע בפני בית דין, כך גם פירוק הקשר בין הבעל לאישה, בעל כורחו של הבעל, צריך להתבצע בפני בית דין.

47. סנהדרין ב, א.

48. שו"ת בית הלוי א, דף פח ד"ה דהנה.

לפי זה, נראה שגם הבית הלוי סובר כדעת הנודע ביהודה והפרי חדש, שזכות הבעל לגרש את אשתו בעל כורחה לא נלמדת מכוח סברה, משום שמסלק זכויותיו בה בלבד, אלא מכוח גזירת הכתוב: "ושלחה מביתו". לכן, מובן גם מדוע גירושין בעל כורחה של האישה צריכים להתבצע בפני בית דין, שכן הגירושין אינם משפיעים רק על זכויותיו של המגרש אלא גם על זכויות האישה. באמצעות הגט, מפקיע הבעל גם את זכויות האישה כלפיו. בדרך כלל, אין אדם רשאי לפגוע בזכויות הזולת, אלא באמצעות בית דין. משום כך, צריך גט הנמסר לאישה בעל כורחה להימסר בפני בית דין.

מובן מאליו שאילו היה הבית הלוי סבור שהגירושין אינם אלא סילוק של זכויות הבעל באישה, לא היה מקום לדרוש שהגירושין יתבצעו בפני בית דין, משום שאין דרכו של בית דין להתערב במעשיו של אדם במסגרת זכויותיו וקנייניו, כל עוד אין הוא פוגע בזכויות הזולת.

אמנם, בספר **ברכת שמואל**⁴⁹ חידש, שאף שיכול הבעל לגרש את אשתו בעל כורחה, אם אין הבעל מסוגל לזרוק לאשתו את הגט בכוח, והוא יבקש מבית הדין לכפות על אשתו לקבל את הגט, בית הדין לא יעשה זאת. לדבריו, בעניין זה שונה דין הגירושין מדין חלוקת שותפות. שותף המבקש לקבל את חלקו בשותפות, רשאי לתבוע את שותפו לבצע חלוקת שותפות בבית דין, ובית הדין אכן יכפה על שותפו לבצע את החלוקה. אבל בגירושין, בית הדין לא יכפה על אישה לקבל, אם אין בכוחו של הבעל למסור לאשתו את הגט.

אמנם, הוא מוסיף, כאשר האישה היא נכפה (=חולת אפילפסיה) או מורדת, נפסק שבית דין כופים את האישה לקבל גט. אולם, כפייה זו אינה נובעת מכך שהאישה מחזיקה בזכות, כעין ממונית, של הבעל, ובית הדין כופה עליה שלא למנוע ממנו לעשות שימוש בזכותו (כמו בחלוקת שותפות). כפייה זו נובעת מחובת קיום מצוות פרו ורבו, המוטלת אקרקפתא דידה (=על ראשה), משום שהיא מונעת ממנו את תשמיש המיטה.

לעומת זאת, מסביר הברכת שמואל, אם יבקש אדם לשחרר את עבדו, גם אם לא יהא בידו כוח לשחרר בפועל, הוא יוכל לתבוע את העבד בבית דין, שיקבל גט שחרור לידי, כפי ששותף רשאי לתבוע את שותפו לעשות חלוקת שותפות.⁵⁰

נראה שדברי הברכת שמואל אינם עולים בקנה אחד עם דברי הבית הלוי, משום שלדברינו עד כה, מובן שאם אמנם הגירושין הם רק סילוק של זכויות הבעל באשתו, אין מקום לדרוש נוכחות של בית דין בעת מסירת הגט. דרישה כזו תיתכן אך ורק אם נאמר שיש לבעל זכות לתבוע מן האישה להתגרש אף בעל כורחה, מכוח גזירת הכתוב: "ושלחה מביתו". אבל, אם יש לו זכות כזו, על פי התורה, אין סיבה שלא יוכל לתבוע זכות זו בבית דין!⁵¹

49. **ברכת שמואל** קידושין, יד.

50. ועיין שם, שעל פי הסבר זה, מבאר הברכת שמואל את דברי הרשב"א.

51. ועיין גם בספר **אבני מילואים**, סוף סימן א, שכתב שניתן לכפות קבלת גט גם על אישה שהמירה דתה ואם אינה מוכנה לקבל את הגט, ניתן לזכות לה גט בעל כורחה, על ידי אחר. נראה שגם דברים אלו אינם מתאימים לדברי הברכת שמואל, אך לא כאן המקום להאריך בזה.

עדות קיום שטרות מתוך הכתב

הרב משה ארנרייך

א. מבואות	ג. תירוצי האחרונים
עדות בשטר ובכתב	תירוצו של הש"ך
קיום שטרות שלא בפני בעל דין	תירוצי הכנסת יחזקאל
עדות קיום שטרות בכתב	תירוצי קצות החושן
ב. קושיות על פסיקת השולחן ערוך	תירוצי הבית מאיר
ורמ"א	שיטת הגר"א
הקושייה הראשונה	ד. סיכום
הקושייה השנייה	הקושיות
הקושייה השלישית	התירוצים

א. מבואות

עדות בשטר ובכתב

המקור לפסילת עדות שבכתב הוא בסוגיית הגמרא, העוסקת ביכולתו של חרש לגרש את אשתו –

אמר רב כהנא אמר רב: חרש שיכול לדבר מתוך הכתב, כותבין ונותנין גט לאשתו. ... אמר רבי זירא: אי קשיא לי הא קשיא לי, דתניא: "אם לוא יגיד" (ויקרא ה, א) – פרט לאילם שאינו יכול להגיד; אמאי? הא יכול להגיד מתוך הכתב! אמר ליה אביי: עדות קאמרת? שאני עדות, דרחמנא אמר: מפיהם – ולא מפי כתבם.¹

כלומר, רב פסק שחרש שיכול להתבטא בכתב, יכול לגרש את אשתו. רבי זירא הקשה מכך שעד אילם פסול להעיד בכתב, משמע, שכתובה אינה כאמירה. אביי השיב שבעדות יש גזירת הכתוב הפוסלת עדות בכתב, מזה שאין כן לגבי מגרש.

* הרב משה ארנרייך, ראש מכון 'ארץ חמדה', ירושלים, ודיין בבית הדין לענייני גיור של הרבנות הראשית לישראל.

1. גטין עא,א.

נחלקו ראשונים כיצד ניתן ליישב את דברי הגמרא עם העובדה ששטר הוא ראייה כשרה, למרות ששטר הוא בעצם עדות בכתב.

בתוספות מובאת דעת רבנו תם –

ואומר ר"י דשמע מר"ת שנוהגין עכשיו ששולחין העדים עדותן בכתב ידם לב"ד ולא קרינן ביה "מפיהם ולא מפי כתבם", כיון שהם זוכרין עדותן. והא דתניא במי שאחזו? "ואם לוא יגיד" – "פרט לאילם שאין יכול לדבר"... שאני אילם שאין ראוי להגיד, כדאמרין³ "כל שאין ראוי לבילה" כו', אבל אחר מועיל כתב ידו כשזוכר העדות...⁴

רוצה לומר, רק אילם אינו יכול להעיד בכתב, כיוון שאינו יכול להעיד בעל פה. אבל מי שיכול להעיד בעל פה, כלומר, הוא בריא וזוכר את העדות, יכול להעיד גם בכתב.

ר"י חלק על ר"ת, וסבר שעדות בכתב פסולה, ושטר כשר כיוון שנכתב מדעת המתחייב –

ויש לומר דלא חשיב שטר אלא כשעשוי מדעת שניהם, מדעת הלווה שהוא חייב או חשיב שטר. אבל הכא, שכותב עדותו שלא מדעת הלווה, לא חשיב שטרא.⁵

הרמב"ם סבר ששטר כשר רק מדרבנן –

דין תורה שאין מקבלין עדות לא בדיני ממונות ולא בדיני נפשות אלא מפי העדים, שנאמר: "על פי שנים עדים" – "מפיהם ולא מכתב ידן". אבל מדברי סופרים שחותכין דיני ממונות בעדות שבשטר, אף על פי שאין העדים קיימים, כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין...⁶

בשולחן ערוך נפסק –

העדים ששלחו עדותן בכתב לבית דין, אינו עדות, דכתיב: "על פי שנים עדים", מפיהם, ולא מפי כתבם.⁷

ופסק הרמ"א –

וכן נוהגין; ודלא כיש מכשירין אם העדים ראויין להעיד ואינם אלמים.

הדעה ששולל הרמ"א היא דעת ר"ת, שכאמור לעיל, סבר שרק אילם פסול להעיד בכתב. בניגוד לכך, פסקו השולחן ערוך והרמ"א שגם עד שיכול להעיד בפיו, אינו יכול להעיד בכתב, ולדבריהם צריך לומר שהשטר כשר מטעם אחר – או כר"י או כרמב"ם.

לכאורה, נראה שיש שתי נפקויות בין שיטת ר"ת לשיטת השולחן ערוך והרמ"א:

2. שם.
3. מנחות ק"ב.
4. תוספות יבמות לא, ב ד"ה דחזו. שיטת ר"ת מובאת גם בתוספות כתובות כ, א ד"ה ורבי; ב"ב לט, ב ד"ה מחאה.
5. תוספות כתובות כ, א-ב, ב ד"ה ורבי.
6. רמב"ם עדות ג, ד.
7. שולחן ערוך חו"מ כח, יא.

א. במקרה שאילם יחתום בשטר, ר"ת יפסול כי באילם יש תמיד חיסרון של "מפיהם". על פי השולחן ערוך והרמ"א, כיוון שבשטר אין חיסרון של "מפיהם" יכול גם אילם לחתום.

ב. במקרה של עדות קיום שטרות, שבה מקלים ואין חיסרון של "מפיהם ולא מפי כתבם", גם לרמ"א, מהני קיום של אילם. לפי ר"ת ייתכן שלא יועיל.

קיום שטרות שלא בפני בעל דין

עדות על קיום שטרות איננה עדות רגילה, שהרי עדות רגילה חייבת להיאמר בפני בעלי הדין,⁸ ועדות קיום שטרות יכולה להיאמר שלא בפני בעל דין –

אמר רבא: הלכתא מקיימין את השטר שלא בפני בעל דין, ואפילו עומד וצווח...?

בטעם דין זה נחלקו ראשונים, בתוספות הובא ההסבר הבא –

ונראה לר"י דבכל עניין קאמר דמקיימין, דקיום שטר דרבנן, ועדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי, ואין צריך קיום ומדרבנן הוא דצריך, הלכך מקיימין שלא בפני בעל דין.¹⁰

דהיינו, לדעת ר"י, כיוון שמדאורייתא אין צורך כלל בקיום שטרות, חכמים שתיקנו לקיים שטרות הקלו, והתירו לקבל עדות קיום שלא בפני בעל דין.

הרשב"א הסביר דין זה באופן שונה –

...וכן נמי רבא דאמר הלכתא מקיימין את השטר שלא בפני בעל דין, אינהו נמי אית להו שאין מקבלין את העדים שלא בפני בעל דין. דהא אינהו לא פליגי אלא במקיימין את השטר ומשום דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד, ועדי קיום לאו אמנה שבשטר הם מעידין אלא אכתב ידי עדים, וא"כ "והועד בבעליו" מאי שייך לגבי עדי קיום...¹¹

הרשב"א קבע שרבא הקל רק בעדות קיום, והתיר לקבלה שלא בפני בעל דין, אולם, גם רבא מודה שיש לקבל עדות רגילה בפני בעל דין. ההבדל בין העדויות, אליבא דהרשב"א, הוא שבעדות קיום העדות אינו על תוכן השטר ("אמנה שבשטר") וכנגד הנתבע, אלא על העדים, ולכן, אין חובה שהנתבע יהיה נוכח בשעת העדות.

קולא זו בעדות קיום פותחת פתח לקולא נוספת – קבלת עדות קיום בכתב.

עדות קיום שטרות בכתב

בשולחן ערוך נפסק –

8. בבא קמא קיבב; שולחן ערוך חו"מ כח, טו.

9. בבא קמא קיבב.

10. תוספות ב"ק קיבב ד"ה מקיימין.

11. רשב"א ב"ק קיבב ד"ה הא.

חתם כשהיה בריא ונשתתק, הוא אינו יכול להעיד על כתב ידו אבל אחרים מעידים עליו.¹²

כלומר, בריא שחתם על שטר ונעשה אילם, אינו יכול לקיים את חתימת ידו, אבל אחרים יכולים לקיים את חתימת ידו.

הריב"ש פסק לגבי עדות קיום שטרות בכתב –

ועוד יש לדון ולומר: דכיון שהם עצמם עדים, ומכירין חתימות ידי העדים, אף אם לא יהיו דיינין, יכולין לכתוב עדותם על השטר; והוי כמו שנחקרה עדותם בבית דין. וכל שנמצא לקיים חתימתן של אלו, בהכי סגי, ויקבלו ב"ד עדותם מפי כתב זה. ואע"פ שלא נכתב בצואת בעל דבר, לא מפסיל משום "מפיהם, ולא מפי כתבם", כיון דקיום שטרות דרבנן, ולא בעינן דעת בעלים. אלא מקיימין את השטר, אפי' שלא בפני בעל דין, ואפילו עומד וצווח!¹³

דהיינו, עדי קיום יכולים להעיד את עדותם בכתב, אפילו ללא דעת המתחייב, כיוון שקיום שטרות דרבנן.

הרמ"א פסק כך להלכה –

ויכולין להעיד עדות (=קיום שטר) זה מתוך כתבם, ואינן צריכין להעיד בפיהם.¹⁴

ב. קושיות על פסיקת השולחן ערוך והרמ"א

על פסיקת השולחן ערוך והרמ"א הקשו האחרונים שלוש קושיות.

הקושייה הראשונה

הש"ך הקשה על הרמ"א –

קשה על הר"ב: כיון דסתם לקמן [סימן מו] סעיף ל"ו כדברי הטור והמחבר (=שאלם אינו יכול לקיים שטר בכתב), איך פסק כאן כדברי הריב"ש?¹⁵

דהיינו, כיצד מתיישבים דברי הרמ"א, שמחד, פסק כדעת הריב"ש, שבקיום שטרות לא קיים הכלל "מפיהם ולא מפי כתבם". ומאידך, לא חלק על דברי השולחן ערוך שפסל עדות קיום שטר של אילם?

הקושייה השנייה

הש"ך דייק מלשון השולחן ערוך, שאסר על אילם לקיים שטר שחתם בו כשהיה בריא:

12. שולחן ערוך חו"מ מו, לו.

13. שו"ת הריב"ש שפב, וכן שם, תיג.

14. רמ"א חו"מ מו, ז.

15. ש"ך חו"מ מו, יז.

ומשמע מדבריו: אבל נשתתק אינו יכול לחתום שטר. ונראה טעמו על פי מה שמסיק לעיל (כח, טו) בשם ר"ת, דמותר לשלוח עדות בכתב לב"ד, ולא ממעטינן אלא אילם שאינו ראוי להעיד...

אבל לשאר פוסקים והמחבר והר"ב לעיל (כח, יא) דסבירא להו דאף מי שאינו אילם אינו יכול לשלוח עדות לב"ד על פי כתב, דהא דקאמר בש"ס (גטין עא, א) דאילם פסול להעיד משום מפיהם ולא מפי כתבם, לאו דוקא נקט אילם אלא לדוגמא, ואפ"ה השטר כשר דאינו בכלל זה. א"כ קשה על המחבר והר"ב שסתמו כאן כדברי הטור, דהא לפי סברתם בשטר לא שייך מפיהם ולא מפי כתבם, וא"כ אפילו חתם כשנשתתק כשר.¹⁶

מדברי השולחן ערוך משמע שאילם אינו יכול לחתום על שטר. הש"ך שאל, מדוע לדעת השולחן ערוך והרמ"א אילם אינו יכול לחתום בשטר, כפי שנאמר לעיל בנפקא מינה הראשונה. הרי עדות בכתב פסולה אפילו כשחתם בריא, ומכאן ששטר כשר אפילו כשחתם אילם?

הקושייה השלישית

בעניין שליח הבאת גט, פסק הריב"ש –

כי הרא"ש ז"ל הסכים אל האמת, דאילם, כיון שאינו יכול להגיד בפיו, לא סגי מתוך הכתב וברמיזה; דהא עדות הוא, ורחמנא אמר: "מפיהם ולא מפי כתבם".¹⁷

כך פסק הרמ"א –

אילם לא יוכל להביא גט, אף על פי שיוכל לכתוב: בפני נכתב ובפני נחתם, דצריך לומר בפיו.¹⁸

על כך הקשה הבית שמואל –

ועיין תשובת ריב"ש סימן תיג דמכשיר לקיים על פי כתב, וכן כתב בהג"ה שולחן ערוך בחו"מ סימן מו סעיף ז. לפי זה, גם כן כשר לכתוב בפני נכתב ובפני נחתם, דהיינו קיום.¹⁹

דהיינו, יש סתירה בין פסק הריב"ש בעניין קיום שטרות, שהכשיר עדות בכתב, לפסק הריב"ש בעניין שליח גט, שפסל אילם.

16. ש"ך חו"מ מו, צג.

17. שו"ת הריב"ש, רמ.

18. שולחן ערוך אה"ע קמב, ז.

19. בית שמואל קמב, יא, דבריו הובאו בפתחי תשובה חו"מ מו, ב.

ג. תירוצי האחרונים**תירוצו של הש"ך**

הש"ך כותב –

וא"כ הוא הדין בדברבנן אין טעם לחלק בין אילם או לא, וצ"ע.²⁰

הש"ך רצה ליישב את הקושייה ולומר שהרמ"א והשולחן ערוך מסכימים לחילוק ר"ת בעדות דרבנן. כלומר חכמים הקלו בדיני קיום שטרות, וקבעו שניתן להעיד לקיום שטר בכתב, בתנאי שהעד ראוי להעיד בעל פה, ומכאן, שאילם אינו יכול להעיד בכתב. בכך מיושבת הקושייה הראשונה, מדוע אילם אינו יכול לקיים שטר בעדות שבכתב, בזמן שבריא יכול לעשות זאת.

הש"ך דחה זאת, כיוון שאם הרמ"א והשולחן ערוך אינם מקבלים את שיטת ר"ת בעדות דאורייתא, דוחק הוא לומר שהם מקבלים את שיטתו בעדות דרבנן. ויותר קשה, שכל הראשונים סוברים ששטר מהני מדאורייתא.

הבית שמואל קיבל למסקנה את תירוצו של הש"ך –

ועל כרחך, מזה שכתב הריב"ש בסימן רמ דלא מהני על פי כתב, היינו דוקא באילם דאינו יכול לדבר, אז לא מהני כתיבה...²¹

רצונו לומר, הריב"ש פסל אילם מלהביא גט משום שאינו יכול לדבר, אבל בריא יכול להעיד על גט בכתב.

תשובת הש"ך יישרה את קושייתו הראשונה בלבד, ואת הקושייה השלישית, אבל לא היה בה פתרון לקושייה השנייה – מדוע לא יחתום אילם בשטר, הרי בדאורייתא בוודאי לא פוסקים כר"ת.

תירוצי הכנסת יחזקאל

קצות החושן הביא בשם **כנסת יחזקאל** יישוב לשתי קושיות הש"ך. את הסתירה בעניין קיום שטר על ידי אילם תירץ כך:

ולענ"ד אין כאן גדר קושיא, דכיוון שרוצה להעיד על חתימת ידו ואז לכולי עלמא על מנה שבשטר הוא מעיד, ולפי זה כיוון שהוא אילם אינו יכול להעיד על מנה שבשטר. מה שאין כן נדון הריב"ש שהאילם מעיד על חתימת עד החתום וזה קיום גמור ויכול לכתוב.²²

20. ש"ך חר"מ מו, יז.

21. בית שמואל שם.

22. קצות החושן מו, יט.

כלומר, למרות שניתן לקיים שטר בעדות מן הכתב, אולם אינו יכול לקיים את חתימת ידו. שהרי כשעדים מקיימים את חתימת ידיהם – "על מנה שבשטר הם מעידים",²³ כלומר, הם חוזרים ומעידים על החוב, וכיוון שאילם פסול לעדות, הוא אינו יכול לקיים חתימת ידו. אבל את חתימת ידיהם של עדים אחרים יכול אילם לקיים בעדות שבכתב.

חיוק לדברי הכנסת יחזקאל ניתן למצוא בדברי הרמ"ה:

מקיימין את השטר שלא בפני בעל דין ואפילו עומד וצווח אל תקיימוהו שמזוייף הוא והלך לבקש עדים. ומסתברא דדוקא היכא דאפשר לקיימו שלא מפי עדים החתומים, דכהאי גוונא ודאי על כתב דין של עדים הן מעידין ולא על מנה שבשטר ואמטו להכי, מקיימין שלא בפני בעל דין דליכא למיחש ולא מידי.

אבל היכא דלא אפשר לקיימיה אלא מפי עדי – כמאן דמסהדי השתא על פה דמי, דהא קיימא לן על מנה שבשטר הם מעידים... הילכך הוה ליה דיניה לעניין קבלת עדות שלא בפני בעל דין כעדות על פה, דאין מקבלין אלא בפני בעל דין.²⁴

דהיינו, ניתן לקיים שטרות אפילו שלא בפני הלווה, רק כשעדי הקיום מעידים על חתימת אחרים, אבל במעידים על חתימת ידם – לא. כיוון שעדות אדם על חתימתו היא בעצם "על מנה שבשטר", על העדות להיות בפני הלווה.

קצות החושן דחה את דבריהם –

ולא נהירא דבריהם, דמה לי שמעיד על חתימת ידו או על מנה שבשטר, דהא טעמא דמקיימין שטר מפי כתבם, הוי משום דקיום שטרות דרבנן, דמן התורה אין צריך קיום ובדרבנן הקילו. וא"כ מה לי שמעיד על כתב יד או על מנה שבשטר, כיון דסוף סוף מן התורה אין צריך לעדותו, ואינו אלא מדרבנן והקילו מפי כתבם.²⁵

רוצה לומר, טעם הדבר שניתן לקיים מן הכתב הוא משום שכל הצורך בקיום שטרות הוא מדרבנן, ורבנן הקילו. אם כן, מה בכך שבקיום חתימתו העד מעיד על מנה שבשטר, כיוון שכל הצורך בקיום הוא מדרבנן, היה ראוי שעדות כתובה של אילם תועיל.

את הקושייה השנייה של הש"ך – מדוע אילם פסול מלחתום בשטר – תירץ הכנסת יחזקאל כך –

בגלל כן אני אומר במחילה מעצמות הקדושים של הש"ך לא כן הדבר, כי אם אילם רשאי לחתום בשטר אף לטעם ר"ת מטעמא רבה, כמ"ש הרי"ף כיון שמסרו ללוה (רי"ף יבמות ט, א), או מאחר שבציווי הלוה חתמו כמו שכתב בעל המאור (שם). אמנם אם בתחלת חתימת השטר היה אילם ואזי כיון שמסרו ללוה או בציווי חתמו ועשהו הלוה עד והכשיר אותו, הוי כנאמן עלי פסול, ואז גם עתה כשיבא לקיים חתימתו אף דבמנה שבשטר הוא מעיד, יכול להעיד כי כבר קבלוהו הלוה על עצמו להיות

23. כתובות כא, א.

24. שיטה מקובצת בבא קמא קיב, ב ד"ה וכתב הרמ"ה.

25. קצות החושן מו, יט.

נאמן בעדות זו, מה שאין כן כשהיה בריא בעת חתימת השטר צריך אחרים להעיד על חתימתו.²⁶

לדעת הכנסת יחזקאל אילם כשר לחתום בשטר לכל השיטות גם לר"ת, כיוון שהמתחייב מחתים אילם הוא מקבל את עדותו, כפי שניתן לקבל חתימת כל עד פסול. כאשר המתחייב החתים אילם הוא קיבל את עדותו, ולכן יכול האילם גם לקיים את חתימת ידו. במקרה שהובא בשולחן ערוך, דובר על בריא שחתם בשטר ונעשה אילם. במקרה זה המתחייב לא קבל את האילם כעד, ולכן האילם אינו יכול לקיים חתימת ידו. כך תירץ גם התומים.²⁷

תירוץ קצות החושן

קצות החושן חידש שלאילם יש פסול גוף, מלבד הפסול של "מפיהם" –

ומה ששיירתי דרך לעצמי הוא זה, דודאי אילם פסול בחתימת השטר וכדמשמע מדברי הטור דכתב חתם כשהוא בריא, אלא דאין פסולו משום מפי כתבם אלא הוא פסול הגוף. והוא מברייטא פרק מי שאחזו (גטין עא, א) אם לוא יגיד פרט לאילם שאינו יכול להגיד ועיין שם... והוא הדין מי שאינו יכול להגיד פסול ומשום דמחוסר הגדה, ופסול להעיד אפילו במידי דלא בעי הגדה, כגון בשטר כיון שהוא מחוסר הגדה ופסול משום פסול הגוף...

וניחא נמי הא דאילם אינו יכול לקיים החתימה, משום דכבר אימעט מלא יגיד והוה ליה פסול הגוף, אם כן, הוה ליה כמו סומא או מדבר ואינו שומע דאינו מעיד אפילו בקיום שטרות דרבנן. וזה ברור.²⁸

מקורו של קצות החושן בברייתא²⁹ שבה נאמר שפסול אילם נלמד מהפסוק "אם לוא יגיד". קצות החושן הסיק מכך שהברייתא ציטטה את הפסוק הזה, שאילם הוא פסול הגוף, מפני שאינו יכול להגיד, ולא מפני שכתב את עדותו. בניגוד לפסוק – "מפיהם" – ממנו נלמד שבריא אינו יכול להעיד בכתב. כיוון שאילם הוא פסול הגוף, אם ראה את העדות כשהיה אילם, ולאחר שהתרפא חתם בשטר – השטר פסול, כיוון שבשעת הראייה היה פסול, הווי תחילתו בפסלות.

בהמשך ביאר קצות החושן את הגמרא³⁰ שהובאה בראש המאמר, לאור שיטתו: רבי זירא שאל איך ייתכן שלדעת רב, הגדה בכתב דינה כהגדה בפה, הרי מהפסוק "אם לוא יגיד" נלמד שאילם פסול מלהעיד, למרות שיכול לכתוב את עדותו? אביי תירץ שבעדות בבית

26. קצות החושן שם.

27. תומים מו, ז. אמנם, דעתו הייתה שלא לפסוק כך להלכה.

28. קצות החושן שם.

29. גטין עא, א, סוגיה זו הובאה בראש המאמר.

30. שם.

דין, הגדה בכתב אינה כהגדה בפה, כיוון שנאמר "מפיהם". ממילא ניתן לדרוש את הפסוק "אם לוא יגיד", על אילם שבא להעיד, והוי פסול הגוף.

בכך יושבו שתי קושיות הש"ך: הקושייה השנייה תורצה בכך שאילם אינו יכול לחתום בשטר בגלל פסול הגוף. הקושייה הראשונה, בעניין קיום שטר על ידי אילם, תורצה בכך שלמרות שקיום שטרות מדרבנן, וניתן לקיים שטר בכתב, לא הקלו חכמים והתירו לעדים פסולים, כאילם וכסומא, לקיים שטר.

גם לשיטת קצות החושן עדיין קשה הקושייה השלישית, קושיית הבית שמואל, שהרי לגבי עדות 'בפני נכתב ובפני נחתם' הקלו בכל הפסולים, כולל פסולי הגוף, ומדוע אם כן פסל הריב"ש עדות של אילם?

תירוץ הבית מאיר

הבית מאיר הסביר את ההיתר לקיים שטר בעדות כתובה, כך –

הרי דאך ספיקו (=של הריב"ש, האם ניתן לקיים בעדות כתובה), מדמותר לקיימו בלא דעת המתחייב, ונמצא, אם שנים כותבין עדותן אף בלא דעתו (=של המתחייב) הרי הוא כמו מדעתו, ויש תורת שטר עליו, דהוי עדים החתומים על השטר ככל שטרות הנעשים מדעת מצוה, וכנחקר עדותן דמי, ואינו חשוב כלל מפי כתבם.³¹

כלומר, כיוון שניתן לקיים שטר שלא מדעת המתחייב, הרי שאין בקיום שטרות צורך בדעת המתחייב, ולכן ניתן לכתוב את עדות הקיום בשטר שלא מדעתו.

הסבר זה מלמד שדעת הריב"ש כדעת הרשב"א, בהסבר ההיתר לקיים שטר שלא בפני המתחייב. כפי שהובא בראש המאמר, הרשב"א הסביר שניתן לקיים שטר שלא בפני המתחייב כיוון שהוא איננו בעל דין לגבי שאלת הקיום, ולכן אין צורך בהסכמתו ובנוכחותו בזמן קיום השטר.³²

הריב"ש כתב שניתן להעיד על קיום בכתב, כיוון שקיום שטרות דרבנן. על פי הבית מאיר, אין כוונת הריב"ש לקולא בעלמא, אלא שחכמים קבעו שבקיום שטרות, המתחייב לא יחשב בעל דין. לפיכך, ניתן לקיים את השטר שלא בפניו, ולכן ניתן ליצור שטר קיום בלא הסכמתו, אלא מכוח עדים.

כל זאת, דווקא כששני העדים מעידים באותו הכתב, אבל אם עד אחד יכתוב עדותו בנפרד, העדות תהיה פסולה, כפי שכתב הבית מאיר –

אבל דין הרא"ש שבסעיף לו, שאיירי מעד אחד הנשתתק, דלשטת הרמ"א שם סעיף י בהג"ה שכתב: "ולא בעניין שיזכור העדות אלא בעד אחד". ומשום דעד אחד

31. בית מאיר קמב, ו.

32. אמנם, הריב"ש הסתפק האם לקבל דעה זו, או שמא, עדות קיום בכתב תהיה פסולה, חזאת, למרות שניתן לקיים שטר שלא בפניו. ההבדל בין המקרים הוא שבקיום שלא בפני בעל דין, ההליך נעשה על ידי בית דין, בניגוד לכתובת עדות קיום שאינה נעשית על ידי בית דין.

אף כי נעשה מדעת המצוה אין תורת שטר עליו, ואם אינו זוכר חשוב "מפי כתבם", פשיטא נמי דעד אחד אינו יכול להעיד על כתב ידו מפי כתבו, כיון דאין תורת שטר עליו...

ואפילו נאמר דהרא"ש סבירא ליה כדעת הש"ך, דבעד אחד נמי תורת שטר, מכל מקום אין סתירה, דהרא"ש שכתב דבריו בנשתתק מה תועיל כתיבתו ושתהיה תורת שטר עליו, אטו שני אלמים יכולים לחתום בשטר ואפילו מדעת המצוה, הא הם פסולי עדות כמבואר בחו"מ סימן לה. והטעם דלא שייך כלל לגבייהו "כמי שנחקרה בב"ד".³³

דהיינו, שטר שחתום בו אחד אילם פסול משתי סיבות:

א. כיוון שלשטר בעד אחד אין דין "נחקרה בב"ד". כפי שפסק הרמ"א³⁴ בשם הריב"ש,³⁵ שעד אחד החתום בשטר יכול לחזור בו מעדותו.

ב. אילם פסול מלהעיד בעל פה ושטר, ככל הנראה בגלל פסול הגוף.

הגר"א³⁶ ציין שמקור הדין שעד אחד בשטר אינו כמי שנחקרה עדותו בב"ד, הוא בתוספות³⁷ שכתבו שעד בשטר לא נחשב כשטר, כך גם פסק הגר"א.³⁸ כיוון שלעד אחד בשטר אין דין שטר לא יוכל אילם לקיים כתב ידו, כיוון שיש חיסרון של "מפיהם", ואין לזה דין שטר.

כך תיושב גם קושיית הבית שמואל, ששאל מדוע אילם לא יכול להעיד בכתב, שגט נכתב ונתחם בפניו. כיוון שמדובר בעד אחד המביא את הגט, כתב ידו אינו שטר, אלא עדות בכתב, הפסולה משום "מפיהם ולא מפי כתבם". ההיתר של הריב"ש בקיום שטרות עסק בחתימת שני עדים, ולא בחתימת עד אחד.

הבית מאיר לא התייחס לקושייה השנייה, וכאמור לעיל, דעתו כדעת קצות החושן.

שיטת הגר"א

ניתן לומר שדברי הבית מאיר הם כדעת הגר"א. הגר"א נימק את דברי הריב"ש, שהתיר לקיים בעדות כתובה, כך –

שם [כתובות יח, ב] "עדים החתומים [על השטר – נעשה כמי שנחקרה עדותן בבית דין] "כו'.

ועיין תוספות [כתובות דף] כ [עמוד א-ב], ד"ה ורבי יוחנן: "(וכי תימא אם כן בשמעתין) [ואם תאמר והכא אפילו אין זה זוכרה כלל מה בכך יביא שטרו בב"ד] כו' ויש

33. שם.

34. רמ"א חו"מ מו, לח.

35. שו"ת הריב"ש, קכו.

36. ביאור הגר"א חו"מ מו, צד.

37. תוספות כתובות כ, א-ב, ד"ה ורבי.

38. עיין בש"ך (חו"מ מו, קיט) החולק, וסובר שגם עד אחד בשטר דינו כשטר לכל דבר.

לומר דלא חשיב [שטר אלא כשעשוי מדעת שניהם, מדעת הלוה שהוא חייב, או חשיב שטר. אבל הכא שכותב עדותו שלא מדעת הלוה, לא חשיב שטרא] כו'.
וכאן מקיימין אפילו עומד וצווח כנ"ל בסעיף ה'.³⁹

כלומר, הגר"א הבין שעדות בשטר כשרה רק מדעת המתחייב, כדעת ר"י. כיוון שבקיום שטרות אין צורך בדעת המתחייב, שהרי ניתן לקיים שטר שלא בפני המתחייב, ניתן גם לכתוב עדות קיום שלא מדעת המתחייב.

אלא שלכאורה הגר"א סותר את דבריו. בעניין קיום שטר על ידי עד שחתם כשהיה בריא, ונעשה אילם, כתב הגר"א שתי הערות, ההערה השנייה היא –

וזהו דלא כמו שכתב בסעיף ז' בהג"ה: "ויכולין [להעיד עדות זה (=קיום שטרות) מתוך כתבם]" וכו'. דהא כאן אינו אלא משום האי טעמא, כמו שכתוב שם⁴⁰: "עדות קאמרת? שאני [עדות, דרחמנא אמר: 'מפיהם' – ולא מפי כתבם]" וכו'. וכן כתב ש"ך.⁴¹

כלומר הגר"א שאל, כפי ששאל הש"ך בקושייה הראשונה: אם ניתן להעיד על קיום בכתב, מדוע אילם אינו יכול לקיים שטר, הרי אילם פסול רק משום שהוא מעיד בכתב.

הגר"א הניח שאין הבדל בין עדותו של עד אחד בכתב, לעדותם של שניים, וזאת, בניגוד לדברים שכתב בעצמו, והובאו לעיל.

גם הערתו הראשונה של הגר"א אינה ברורה. הגר"א ניסה ליישב את הקושייה הראשונה כך –

גטין עא[א], ואף על גב דשם אמרינן: "אמאי הא יכול להגיד מתוך הכתב! אמר ליה אביי: עדות קאמרת? שאני עדות, דרחמנא אמר: 'מפיהם' – ולא מפי כתבם]" כו', וכאן הכשיר לעיל סעיף ז' [עדות קיום] מפי כתבם.
ההוא אוקימתא לרב כהנא, ואנן קי"ל דלא כרב כהנא, שם [גטין] עבא.

כאמור לעיל, רב כהנא קבע שאילם שיכול להתבטא בכתב יכול לגרש את אשתו. רבי זירא הקשה מכך שעד אילם פסול להעיד, ואינו יכול להעיד בכתב. אביי השיב שבעדות יש גזירת הכתוב הפוסלת עדות בכתב, מזה שאין כן לגבי מגרש.

הגר"א כתב שהטענה שאילם פסול מלהעיד, מכיוון שיש איסור להעיד בכתב, נכונה רק אליבא דרב כהנא. אולם, כיוון שלהלכה נפסק שאילם אינו יכול לגרש אשתו, הרי שאילם פסול מטעם אחר. ככל הנראה כוונתו שלדין באמת אילם פסול משום "אם לוא יגיד" – פסול הגוף.⁴²

39. ביאור הגר"א חו"מ מו, כב. [הכתוב בסוגריים מרובעות הוא הוספה של העורך – ע"ר].

40. גטין עא, א.

41. ביאור הגר"א חו"מ מו, עו.

42. הגר"א חולק על קצות החושן, הכותב שאפילו לרב כהנא ניתן לומר שלעולם יש פסול מטעם פסול הגוף.

גם מדברים אלה עולה שהבעיה בקיום על ידי אילם, איננה שלעד אחד בשטר אין דין שטר, אלא שהוא פסול מטעם פסול הגוף.

ייתכן שהסיבה שהגר"א נזקק לכך שאילם הוא פסול הגוף, ולא תירץ כשיטתו שכתב של עד אחד אינו שטר, היא, שהגר"א רצה לתרץ גם את הקושייה השנייה של הש"ך ששאל מדוע מלכתחילה אילם אינו כשר לחתום ביחד עם עד כשר. הטענה שכתובת עד אחד אינה כשר, אינה שייכת כשחתם עם אחר, ולכן הוסיף הגר"א, שאילם הוא פסול הגוף.

תפיסתם של הבית מאיר והגר"א קרובה לשיטת כנסת יחזקאל והתומים שהובאה לעיל. כנסת יחזקאל כתב שיש הבדל בין עד המקיים את כתב ידו – אז אילם פסול, כיוון שמעיד על מנה שבשטר; לעד המקיים כתב ידם של אחרים – אז אילם כשר, כיוון שמעיד על כתב ידם של העדים. גם הגר"א ובית מאיר נימקו את ההיתר לקיים שטר בעדות כתובה, בכך שזו אינה עדות על ההתחייבות, ומכאן שכאשר העד מקיים את חתימתו הם יודו לכנסת יחזקאל.

ד. סיכום

מהשולחן ערוך משמע, שאילם אינו יכול לחתום כעד בשטר וכן אינו יכול לקיים שטר שחתם בו כשהיה כשר. בעקבות הריב"ש, פסק הרמ"א שניתן לקיים שטר בעדות כתובה. כמו כן פסק הריב"ש שאילם אינו יכול להעיד על גט "בפני נכתב ובפני נחתם", וכך פסק הרמ"א.

הקושיות

האחרונים הקשו שלוש קושיות:

1. הקושייה הראשונה – הש"ך שאל מדוע השולחן ערוך פסל אילם מלחתום על שטר, הרי השולחן ערוך והרמ"א לא פסקו כדעת הר"ת שפסל עדות בכתב של אילם?
2. הקושייה השנייה – הש"ך שאל מדוע הרמ"א לא חלק על השולחן ערוך שפסק שאילם אינו יכול לקיים שטר שהוא עצמו חתם עליו כשהיה כשר, והרי לדעת הרמ"א ניתן לקיים שטר בעדות כתובה?
3. הבית שמואל הקשה על הריב"ש והרמ"א שפסקו שאילם לא יכול להעיד בפני נכתב ובפני נחתם, למרות שעדות זו נדרשת רק מדרבנן. הרי שניהם פסקו שניתן לקיים שטר בעדות כתובה, כיוון שקיום שטרות דרבנן?

התירוצים

האחרונים תירצו את הקושיות באופנים שונים:

הבית שמואל ביאר, שבעדות קיום דרבנן, הרמ"א והשולחן ערוך מודים לר"ת שמי שאינו יכול להגיד (אילם) פסול גם מלכתוב, ומי שיכול להגיד כשר לכתוב. הבית שמואל לא תירץ את הקושייה השנייה – מדוע לשיטת החולקים על ר"ת אילם אינו כשר לחתום בשטר.

הכנסת יחזקאל סבר שעדות קיום בכתב כשרה, בתנאי שמדובר בעדות על כתב ידם של אחרים, אבל כשמעיד על כתב ידו הרי זה מעיד על מנה שבשטר, ולכן פסול כשמעיד בכתב. לדעת הכנסת יחזקאל, אם היה אילם בשעת חתימה והמתחייב קיבל את עדותו, לכולי עלמא שטר שחתם בו אילם כשר, כיוון שהמתחייב קיבל אותו כעד.

הקצות הקשה: כל הסיבה להקל בעדות קיום היא שהיא נדרשת רק מדרבנן, ולכן אין הבדל בין מעיד על כתב ידו או על כתב ידם של אחרים.

הכנסת יחזקאל לא תירץ את הקושייה השלישית – קושיית הבית שמואל, שהרי המביא גט ממדינת הים אינו מעיד על הגירושין, אלא שהגט נכתב ונחתם כדין, ואם כן, מדוע אינו יכול להעיד בכתב.

הקצות חידש שאילם הוא פסול הגוף, לכן פסול מלחתום בשטר מדעת המתחייב, גם לשיטת ר"י. כמו כן, פסול מלקיים שטר, כיוון שחכמים לא הקלו בפסולי הגוף בקיום שטרות. לשיטתו, אין תירוץ לקושייה השלישית, שהרי שליח הגט כשר להעיד גם כאשר הוא פסול הגוף.

הבית מאיר סבר שעדות בכתב פסולה, כיוון שיש צורך בדעת המתחייב (כדעת ר"י), ולכן, בעדות קיום שטרות – שבה ניתן לקיים שלא בפני המתחייב – ניתן גם לכתוב את העדות שלא מדעת המתחייב. כל זאת, בתנאי ששניים חתומים על העדות, אבל עד אחד אינו יכול לכתוב עדותו, כיוון שאין זה שטר (כדעת ר"ת) או מפני שאילם הוא פסול הגוף. מאותם סיבה שליח גט אינו יכול להעיד בכתב, כיוון שרק עדות שני עדים בכתב כשרה.⁴³

הגר"א סבר ששטר שחתום בו עד אחד – פסול. בכך מיתרצת הקושייה השלישית – כיוון ששליח הגט הוא אחד, הוא אינו יכול לכתוב את עדותו. כמו כן, הגר"א סבר שאילם הוא פסול הגוף. בכך מיתרצות שתי הקושיות הראשונות: אילם פסול לכולי עלמא מלחתום על שטר, כמו כן, הוא פסול גם מלהעיד על קיום שטרות.

43. בסמ"ע (מו, נח) מובא שהדיינים אינם צריכים לחתום על מעשה בית דין זה בפני זה, כך פסק הרשב"א (שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, צא). מקורו של הרשב"א מהדין שיכולים לחתום שני דיינים ולכתוב "וחד ליתוהי".

מכאן ניתן להסיק, שאין לחתימה על מעשה בית הדין מעמד של הכרעת דין, אלא של ראייה ועדות על הכרעה שהייתה. אם כך, קשה מדוע אין בכתובת פסק הדין חיסרון של "מפיהם ולא מפי כתבם"? כדי ליישב את הרשב"א יש לומר כדעת הבית מאיר שאין חיסרון של מפיהם, כיוון שפסק הדין לא צריך להיכתב מדעת המתחייב.

נתיבות המשפט (ל, ח) הקשה: מדוע די בכך ששני דיינים חותמים על פסק דין. ותירץ, שדי בשניים לעניין מעשה בית דין, כלומר, רגע החתימה הוא מעשה ב"ד, ולכן יש צורך לפחות בהרכב המינימלי – שניים.

על נתיבות המשפט קשה, שהרי גם הוא פוסק שאין צורך ששני הדיינים יחתמו ביחד, למרות שלדעתו החתימה היא מעשה בית דין!

ניתן לתרץ שהחתימה מהווה חלק מפסק הדין, שראשיתו בהחלטת הדיינים שהתקבלה במעמד כולם.

ליישוב שיטת הרמב"ם בעניין עדות שבשטר

הרב מיכאל בריס

- א. מבוא: שיטת הרמב"ם בעדות שבשטר
- ב. קשיים בשיטת הרמב"ם
- ג. ההבחנה בין שטרי קניין לשטרי ראייה
- ד. הפתרון המוצע: ראייה דרבנן מועילה לדאורייתא
- ה. "תיקון העולם": עדי החתימה בשטרות ובגטין
- ו. השלכות הפתרון המוצע על סוגיית מכירת שטרות

א. מבוא: שיטת הרמב"ם בעדות שבשטר

שיטת הרמב"ם, שלפיה אין כלל עדות בשטר מדאורייתא, וזו אינה כשרה אלא מדרבנן, העסיקה את גדולי הפוסקים והפרשנים במשך הדורות. לפי הרמב"ם – דין תורה שאין מקבלין עדות לא בדיני ממונות ולא בדיני נפשות אלא מפי העדים, שנאמר "על פי שנים עדים" (דברים יז, ו) – מפיהם ולא מכתב ידן. אבל מדברי סופרים שחותכין דיני ממונות בעדות שבשטר אף על פי שאין העדים קיימין, כדי שלא תנעול דלת בפני לווין. ואין דנין בעדות שבשטר בדיני קנסות, ואין צריך לומר במכות ובגלות אלא מפיהם ולא מכתב ידן.¹ הגמרא פסלה עדות שבכתב מכוח דרשה זו² – זמנין דחזו מכתבא ואתו מסהדי, ורחמנא אמר: "מפיהם" – ולא מפי כתבם.³

* הרב מיכאל בריס, ראש מכון 'משפטי ארץ', עפרה.

1. רמב"ם עדות ג, ד.
 2. ראה גם מדרש תנאים (הופמן) דברים יט, טו – "על פי שנים עדים" – מפיהם ולא מפי כתבם.
 3. "יקום דבר" – (כלל הכת' עידי ממונות עם עידי נפשות ומדבריהם שחותכין דיני ממונות בעדות שבשטר כדי שלא תנעול דלת בפני לווין). דרשה אחרונה זו הוסגרה ע"י רד"צ הופמן תוך שמעיר (הערה ו שם): "נעתק מהרמב"ם ה' עדות פ"ג ה"ד".
3. יבמות לא, ב.

“אם לוא יגיד” – פרט לאלם שאינו יכול להגיד; אמאי? הא יכול להגיד מתוך הכתב! אמר ליה אביי: עדות קאמרת? שאני עדות, דרחמנא אמר: “מפיהם” – ולא מפי כתבם.⁴

הראשונים נחלקו באשר להיקף הגבלה זו של העדות.⁵ לרבנו תם, הדרשה מחייבת אפשרות של הגדה בעל פה על ידי העד, אך אינה שוללת עדות בכתב. לרש"י עדות שבכתב אינה עדות, ואין העדים יכולים לשלוח עדותם לבית דין במסמך או בתצהיר. אולם שיטת הרמב"ם, הרואה בדרשה זו מניעה מדאורייתא גם לדין שטר, ולא רק לעדות בבית דין, היא ייחודית ואף מחודשת ביותר. ראשונים אחרים הבחינו בין שטרות לבין הפגם הראייתי שבעדות שבכתב. הרי"ף מייחס חשיבות לכך שהשטר אינו יוצא מתחת ידי העדים אלא מתחת ידי בעל הדין, ועל ידי כך מתקיימת “הגדת” עדות בשטר זה –

ומסתברא לן כי אמרינן רחמנא אמר “מפיהם” – ולא מפי כתבם, דלא הויא עדות שבכתב עדות – הני מילי היכא דאיתיה לשטרא תותי ידי סהדי דכמה דלא נפקא לה סהדותא מתותי ידיהון דסהדי כמה דלא מסהדי בה השתא דמיא, דהא אי בעו כבשי לה לשטרא ולא מסהדי...

אבל שטרא דנפיק מתותי ידי דבעל דין, לא אמרינן ביה “מפיהם” – ולא מפי כתבם” הוא דהא מעידנא דחתימי בשטרא ויהבי ליה למריה לא יכלי למיהדר בהו, והוו להו כמי שנחקרה עדותן בבית דין, דאמר רשב"ל “עדים החתומין בשטר כמי שנחקרה עדותן בבית דין”.⁶ הלכך “מפיהם” קרינא ביה ולא “מפי כתבם” הוא.⁷

המבחן אינו רק בהיבט הפורמלי של מיקומו של השטר, לפי הרי"ף, אלא בכך שניתן פומבי לכתוב בו, המונע מהעדים ומבעל הדין שכנגד להתכחש לדברים הכתובים בו. לפי בעל המאור, וכמוהו הרמב"ן,⁸ ציוויו של בעל השטר מכשיר את המסמך כראיה –

4. גטין עא, א.

5. תוספות יבמות לא, ב ד"ה דחזו בכתבא; כתובות כ, א-כ, ב ד"ה ורבי יוחנן; בבא בתרא לט, ב ד"ה מחאה.

6. ותן דעתך: דין “כמי שנחקרה עדותן בבית דין” אינו הסיבה לכך שאין העדים יכולים לחזור בהם, לפי הרי"ף, אלא הוא תוצאה של מניעה זו. הווי אומר, מכיוון שניתן לדבריהם פומבי, ושוב אינם יכולים לכבוש את השטר ולהכחיש את האמור בו, ומכאן שיש לראות מצב זה כאילו נחקרה עדותן בבית דין. אמור מעתה, הפומבי שניתן לעדות, או על כל פנים מסירת השטר לבעל הדין, יוצרים מצב של מעין קבלת עדות בבית דין – הן לעניין חוסר יכולת העדים לחזור בהם והן לעניין מעמדו של השטר כעדות; השווה: נתיבות המשפט כח, ו.

7. רי"ף יבמות ט, א.

8. שאינו רואה מחלוקת בין העמדות, אלא שעמדת המאור הגדול נגזרת מוזה של הרי"ף – זרוק חוטרא אאורא אעיקרא קאי, שזה הפירוק [=של בעל המאור] יצא מכלל פירוקו של רבינו ז"ל [=הרי"ף] וחזר אליו.

ראה גם חידושי (יבמות לא, א ד"ה ורחמנא אמר), שם מיישב את דברי הרי"ף על פי העיקרון: דאין זה [=מצאו כתוב בשטר מת פלוני, נהרג פלוני... ר' ירמיה אמר אין משיאין את אשתו... על פי עדים ולא על פי כתבן] עושה מעשה שטר, ולא כתבו של אחד בעלי דבר הוא.

"מפי כתבם" הוא שפטולה עדותן, אבל 'מפי כתבו' לא, וכל שטרי הלואה ומקח וממכר הלוה והמוכר הוא שמצוה את העדים ואמר כתבו, וכן בגיטי נשים, ואין זה "מפי כתבם" אלא 'מפי כתבו'.⁹

או כלשון התוספות,¹⁰ שטר כשר כאשר הוא משקף "דעת מי שהוא חובתו", או "שטר שבעל דבר כותבו", בלשון הרמב"ן.¹¹

שיטת הרמב"ם, אפוא, יוצאת דופן. מקורו,¹² ככל הנראה, הוא מדברי המשנה והגמרא בגטין. המשנה ציינה בקצרה, כי –

העדים חותמין על הגט מפני תיקון העולם.¹³

וביאר הגמרא –

מפני תיקון העולם? דאורייתא הוא! דכתיב "וכתוב בספר וחתום" (ירמיהו לב, מד). אמר רבה: לא צריכא [אלא] לרבי אלעזר דאמר עדי מסירה כרתי, תקינו רבנן עדי חתימה מפני תיקון העולם דזימנין דמייתי סהדי, אי נמי זימנין דאזלי למדינת הים.¹⁴

ואכן פוסק הרמב"ם כרבי אלעזר, שעדי מסירה כרתי – בין בגיטי נשים¹⁵ ובין בשטרי ממונות.¹⁶ הרמב"ם הבין, ככל הנראה, שתיקון עולם כולל גם את עצם כשרותה של עדות זו, כלשונה של הגמרא: "תקינו רבנן עדי חתימה". החולקים סבורים שהתקנה כוללת רק את הנוהג להחתים עדים בפועל על מנת להימנע ממצבים שבהם העדים לא יוכלו לבוא ולהעיד, ומניחים שעדות זו כשרה כשלעצמה גם בלא התקנה.

ב. קשיים בשיטת הרמב"ם

אולם הראשונים ראו בגמרא זו עצמה קשייה על שיטת הרמב"ם, שכן מהשקלא וטריא בסוגיה עולה שכשרותן של חתימות העדים בשטרות "מדאורייתא היא!" – גם אם המקור המקראי הוא מדברי נביאים. שאלת מעמדן של דרשות חז"ל מפסקי הנביאים היא נושא מחלוקתו של הרמב"ן עם הרמב"ם בשורש השני של ספר המצוות. קביעתו של הרמב"ם ששטרות הם מדרבנן עומדת במוקד מחלוקת זו, כפי שמשיג עליו הרמב"ן –

9. מלחמות ה' על הרי"ף שם.

10. תוספות ב"ב לט, ב ד"ה מחאה; ראה גם תוספות כתובות כ, א ד"ה ורבי יוחנן.

11. השגות לספר המצוות שורש שני, מהדורת ש' פרנקל, עמוד צד.

12. השוה לעיל הערה 2; וכן מדברי הגמרא "קיום שטרות דרבנן" (כתובות כא, ב), והרמב"ם צירף לזה את הטעם "כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין" (עדות ו, א). ראה השגת הרמב"ן לספר המצוות (שם, עמ' צ-צב); לחם משנה על הלכות עדות שם.

13. גטין לד, ב.

14. שם לו, א.

15. רמב"ם גירושין א, א; א, יג; א, טו.

16. רמב"ם מלוה ולוה יא, ב-ג; והשוה רי"ף גטין מו, ב-מז, א, ובראשונים על אתר.

ואע"פ שמצא הרב בגמרא שאמרו חתימת העדים מן הכתוב שנאמר "שדות בכסף יקנו וכתוב בספר וחתום והעד עדים" (ירמיה לב, מד; קידושין כו,א; גטין לו, א) דן בזה שהוא מדרבנן כשאר כל דברי נבואה שהוא גזור בהן שהם דרבנן ועם הסיוע הזה שמצא לדבריו כפי שעתו שאמרו "מפיהם ולא מפי כתבם".¹⁷

הרמב"ן חולק בנקודה זו לאור לשונה של סוגיה זו, המייחסת לעדי חתימה מעמד של 'דאורייתא' –

והלאוין והאזהרות שבדברי נביאים הם גמרא בידם מסיני והסמיכו אותן לכתוב בנבואה... ומפורש אמרו בפרק השולח... והקשו: מפני תיקון העולם דאורייתא הוא, דכתיב "וכתוב בספר וחתום"... עשו הלימוד הזה שלמדו מן המקרא "וכתוב בספר וחתום והעד עדים" דאורייתא.¹⁸

יתרה מזו, הרמב"ן מקשה מההשלכות של הסתמכות על עדי החתימה שבשטר, אף בענייני דאורייתא –

וכבר יצא עוד הענין הזה בדברי הרב עליו השלום להפסד גדול... וכבר השיבו עליו חכמי הדורות בזה תשובות גמורות אינן נעלמות מכל מבין עם תלמיד, מהן שאנו דנין בגיטין בעידי חתימה בלבד, והאשה המוציאה לפנינו גט חתום מקיימין אותו בחותמיו ומתירין אותה להנשא על פי עדות השטר, וזה לדברי הכל.¹⁹

השאלה שהיא אולי קשה מכל היא שהגט עצמו – "ספר כריתות" – הוא עדות שבשטר, וכך הם גם שטרי קידושין. לאלה יש תוקף מדאורייתא לכל הדעות, שכן שטרי גטין וקידושין על כל השלכותיהם הם מדאורייתא –

דשטר גיטין וקידושין בדאורייתא כתיבי.²⁰

השגותיו אלה של הרמב"ן משקפות גם את עמדת בעל המאור, אשר הדגיש בדבריו על הרי"ף –

ואם אי אתה אומר כן עקרת מה שכתוב בקבלה "וכתוב בספר וחתום והעד עדים" ומקרא מלא כתוב בתורה "וכתב לה ספר כריתות" אלמא כל כה"ג כתבו שלו הוא ולא כתבם של עדים.²¹

17. השגות לספר המצוות לעיל הערה 11, עמ' צב.

18. שם עמ' צ, צב.

19. שם.

20. רמב"ן יבמות לא, א ד"ה ורחמנא.

אף שרק הגט עצמו כתוב במפורש בתורה, "וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה ושלחה מביתו" (דברים כד, א ג), הרי ששטרי קידושין נלמדו בהיקף "ויצאה [מביתו, והלכה] והיתה לאיש אחר" (שם, ב) – "מקיש הויה ליציאה – מה יציאה בשטר אף הויה נמי בשטר" (קידושין ה, א). למרות זאת, עיקרו של שטר בינייני אישות מופיע בתורה, ודי בכך לקושיית הרמב"ן. ושמה הרמב"ן נקט כאן כלשון שהשתמש בה הרמב"ם עצמו – ובאחד משלשה דרכים אלו האשה נקנית, בכסף או בשטר או בביאה. בביאה ובשטר מהתורה, ובכסף מדברי סופרים (רמב"ם אישות א, ב).

21. המאור הגדול על הרי"ף יבמות ט, א.

על הרמב"ם לבאר, אפוא, את תקפותם של שטרות בתורה, על אף שהוא סבור שעדות שבשטר היא מדרבנן.

ג. ההבחנה בין שטרי קניין לשטרי ראייה

ביישוב דברי הרמב"ם, הבחינו גדולי הפרשנים והפוסקים הבחנה חשובה בין שטרי ראייה לשטרי קניין (או: שטרות "פעולה" הפועלים פעולה הלכתית-משפטית).²² שטרי קניין כשרים מן התורה לחולל את אשר כתוב בהם. אפשר לגרש ולקדש אשה ולערוך קניינים אחרים על ידי שטרות. התורה לא הכירה בפן הראייתי של שטרות, על כל פנים כאלה שאינם שטרי קניין, כלשון הרמב"ם: "שאינן מקבלים עדות... אלא מפי העדים, אבל מדברי סופרים שחותכים דיני ממונות בעדות שבשטר". הווי אומר, דברי הרמב"ם כווננו רק כנגד הפן הראייתי של שטרות, ולא כנגד פעולתם בדיני האישות והקניינים. כדברי הגר"ח זצ"ל –

דשני דינים הם, עדות בכתב פסולה, ועדות שבשטר כשרה... ורק אם באנו לדון איזו מיקריא עדות שבשטר, בזה חולק הרמב"ם וס"ל דאין שטר אלא מה שנעשה לקניין כמו גיטין וקידושין ושחרורים וקניינים וכדומה דאיכא עלייהו דין שטר מד"ת, אבל מה שנעשה רק לראיה, בזה דעת הרמב"ם דלא מקרי שטר, אלא עדות בכתב, ועל כן פסול בהו מפי כתבם.²³

בכך ביארו אחרונים אלו את יכולתם של השטרות המוזכרים בתורה לפעול. השטר מהווה כלי פעולה, אך אינו מתיימר להוות תחליף ל"הגדת" עדות.

הגר"ח מתייחס לשני המרכיבים של קושיות הראשונים על שיטת הרמב"ם. כאמור, הרמב"ן הדגיש גם את ההשלכות הראייתיות שיש לשטרות אלו שבתורה, ולא רק את עצם כשרותם לפעול. כדבריו –

והאשה המוציאה לפנינו גט חתום מקיימין אותו בחותמיו ומתירין אותה להנשא על פי עדות שבשטר.²⁴

אכן שטרי קניין משמשים גם כראיה כשרה, כפי שהדגיש הגר"ח בדבריו, שמעמדו של "שטר" לא ניתן על "מה שנעשה, רק לראיה". ההבחנה בין שטר שנועד לראיה, אשר אין לו תוקף מדאורייתא, ובין שטר שמחולל שינוי הלכתי, התקף מדאורייתא, נוגע לשני ההיבטים של השטר גם יחד – לשאלת התוקף ולשאלת הראיה. ואין בכך סתירה לעיקרון הפוסל עדות שבכתב. כדברי תלמידו –

משום דכיון דחתימתן מועיל להכשר הגט על ידו, והוי הגדת עדות ולא הוי "מפי כתבם" וכנחקרה עדותן בב"ד – שוב מועיל עדותן גם לראיה, ולא הוי "מפי כתבם".²⁵

22. בין היתר, ובאופנים שונים: נתיבות המשפט כח, ז; חידושי רבנו חיים הלוי עדות ג, ד.

23. שם.

24. השגות לספר המצוות, לעיל הערה 11, עמ' צב.

זאת אומרת, ההבחנה אינה מתמקדת בתפקידים השונים של השטר – כאילו ראייה בכתב פסולה, מעשה משפטי בכתב כשר – אלא בהבחנה בין סוגי המסמכים, במילים אחרות, שטר שמחיל פעולה כשר אף לראיה שבו; שטר שנועד רק לראיה – אף ראייה אין בו מן התורה.

כאן עולות שתי שאלות: האם אכן הרמב"ם הבחין בין סוגי מסמכים אלה? והאם ההבחנה מספקת לבאר את קושיות הראשונים על קביעתו של הרמב"ם? הרמב"ם לא כתב דברים מפורשים בשאלה זו. מחד, הרמב"ם פסל קבלת עדות בכתב מדאורייתא²⁵ מדברי סופרים שחזתין דיני ממונות בעדות שבשטר. מאידך, אין הד להבחנה זו בשום נפקות מעשית, בדבריו. יתרה מזו, אם שטרי קניין כשרים אף לראיה שבהם, לא היה לרמב"ם לסתום ולומר לגבי כלל השטרות שהכרעת הדין על סמך האמור בהם היא רק מדרבנן.

השאלה השנייה נוגעת להיגיון הפנימי של ההבחנה וליכולתה ליישב את קושיות הראשונים – מה היסוד להבחין בין שטרי קניין לשטרי ראייה בהיבט הראייתי, כפי שהדגישו הרמב"ן בקושייתו והגר"ח ביישובו? זאת ועוד, נראים הדברים שתוקפם של שטרי קניין נובע מההיבט הראייתי שלהם, אף אם רק לרגע – בבחינת "התפסת ראייה"²⁶ הענקת ראייה לקבלת הזכות בידיו של מקבל הזכות הא זו שמחוללת את הענקת אותה זכות. ואם כן, מדוע להפוך את היוצרות ולהכיר בראיה רק כאשר זו מחוללת קניין ולא להכיר ביכולת ראייתית כללית של מסמך כתוב?

להלן, אבקש להציע פתרון לשיטת הרמב"ם אשר, לדעתי, עולה מדבריו. הפתרון המוצע גם מבקש ליישב בין העיקרון שלפיו אין ראייה בכתב כלל מדאורייתא, עם מציאותם של שטרי קניין וראיות בכתב הכשרות אף מדאורייתא. לשם כך יש לבחון את מהות העדות שבשטר המפורשת בתורה – הלא הוא הגט ספר הכריתות.

ד. הפתרון המוצע: ראייה דרבנן מועילה לדאורייתא

תפקיד העדים בגירושי אשה

אין אפשרות לאדם לגרש את אשתו ללא עדים. הרמב"ם מבסס את הצורך בעדי הגט על חוקת האישות של האשה –

ומנין שיתננו לה בפני עדים? הרי הוא אומר "על פי שנים עדים או שלשה עדים יקום דבר" (ע"פ דברים יט, טו) ואי אפשר שתהיה זו היום ערוה והבא עליה במיתת בית

25. רבי משה סאקאלאווסקי, אמרי משה טז, ח.

26. ייתכן שבכך נחלקו הראשונים, כשם שנחלקו בפרשנות דברי המשנה: "על הכל כותבין [=את הגט] על העלה של זית" (משנה גטין ב, ג), וראה תוספות (גטין כא, ב ד"ה על העלה של זית): "דוקא על העלה של זית דמתקיים", לעומת הרמב"ם שסתם ולא כתב כן "והוא שיתנו לה בעדי מסירה" (גירושין ד, ב-ג; מכירה א, ז). ראה גם: תוספות גטין כב, א ד"ה מאן חכמים ר"א. נמצא שלתוספות קיים מרכיב של ראייה שאין הרמב"ם מחייבו. אולם גם תוספות מודים שכותבים שטרות אלו על דבר המודיף כמו חרס. וראה בדבריו של הרב צבי שכטר שליט"א, ארץ הצבי (ירושלים, תשנ"ג), כח.

דן ולמחר תהיה מותרת בלא עדים. לפיכך אם נתן לה גט בינו לבינה ואפילו בעד אחד אינו גט כלל.²⁷

בכך מפרש הרמב"ם את דרשת חז"ל, הלומדת את הצורך בשני עדים בדבר שבערווה על פי גזירה שווה מדיני ממונות, באופן ייחודי. ככלל, לימוד זה מתפרש כך שקיים צורך מספרי בשני עדים – כשם שהתורה קבעה שני עדים באותו מקרא "על פי שני עדים... יקום דבר". אך דא עקא, בדיני ממונות אין צורך בשני עדים בתור עדי קיום. שהרי "לא איברו סהדי אלא לשקרי".²⁸

הרמב"ם מבאר זאת באופן אחר. הצורך בשני עדים אינו "מספרי", והמושג 'עדי קיום' אינו מבטא צורך פורמאלי שהוא חיצוני למעשה הנדון. הכוונה היא שכשם שבדיני ממונות נצרכים עדים כל אימת שבאים לשנות חזקת ממון, כך קיים צורך בעדות כשרה על מנת לשנות את מעמדה – חזקתה – של איסור הערווה. אלא שבדיני ממונות הצורך מתעורר בבית דין כאשר הצדדים מתדיינים ביניהם. או אז העדים מראים מי הצודק ומי משקר, גם אם זה פועל כנגד חזקת הממון. בערווה, הצורך בעדות נובע מעצם השינוי במעמדה של האשה, אשר הייתה עד היום ערווה והבא עליה במיתת בית דין, ולמחר אנו באים להתיירה לכולי עלמא. כאן הצורך בעדות אינו נובע מהתדיינות בין הצדדים כאמור, אלא מהבקשה לשנות את מעמדו ההלכתי של מושא הדיון. או בשפה אחרת: בדיני ממונות הצורך בעדים הוא על מנת לשנות את חזקת הממון, בדבר שבערווה הצורך בעדים הוא על מנת לשנות את חזקת הגוף. לפי הרמב"ם לא קיימת דרישה נוספת של "עדי קיום" כדרישה עצמאית, דוגמת דבר שבקדושה הנאמר רק בעשרה.²⁹ יסוד זה מצאנו גם בדברי הפני יהושע –

והנראה דודאי פשיטא להו מסברא דלא שייך טעמא דאין דבר שבערווה אלא היכא דאיתחזק איסורא דוקא כדאיתא להדיא בגמרא בריש מכילתין (גטין ב, ב) וכן לענין קידושין קי"ל המקדש בעד אחד אין חוששין אפילו בשניהם מודים והיינו משום דאיתחזק היתרא וכל לאפקוי מחזקה ודאי בעינן שנים דילפינן דבר דבר מממון והתם לענין ממון נמי הא דבעינן שנים היינו להוציא ממון מחזקתו.³⁰

27. רמב"ם גירושין א, יג.

28. קידושין סה, ב. השווה קושיית לחם משנה על הרמב"ם שם –

דמשמע דסבירא ליה גזרה שווה דדבר דבר, ומשום הכי ילפינן בגט דצריך בשני עדים – דהיכי מצי למילף מממון? הא בממון כשהחייב מודה משלם, אבל הכא אפילו ששניהם מודים אינה [מגורשת], וא"כ דיו לבא מן הדין להיות כנדון.

29. ראה המשך דברי הלחם משנה שם –

ואפשר שהרמב"ם במה שכתב או אפשר וכו' הרגיש קושיא זאת ותירצו באופן אחר, וכוונתו אפילו דאת"ל דלא מצי למילף מג"ש דצריך שני עדים ולא סגי בעד אחד [אלא] היכא דאין שניהם מודים אבל היא דשניהם מודים לא ילפת דדיו לבא מן הדין וכו' וזה אינו דמסברא אפילו היכא דשניהם מודים צריך עדים דשאני גבי גט דא"א וכו' מה שאין כן בממון, ומשום הכי דין הוא דאפילו שניהם מודים צריך עדים אע"ג דגבי ממון אינו צריך.

30. פני יהושע גטין לג, א ד"ה בא"ד וי"ל כו.

ה. "תיקון העולם": עדי החתימה בשטרות ובגטין

אולם כאשר תיקנו חז"ל בדיני ממונות שעדות שבשטר כשרה, מפני תיקון העולם – הייתה לכך השלכה גם על דיני עדות שבשטר של גט. לפי הרמב"ם התקנה כללה יותר מאשר "המלצה" שיש לעדים לחתום על השטרות, על מנת שאפשר יהיה לקיים את חתימתם כאשר אין אפשרות לאתר אותם כדי שיעידו בעל פה. התקנה פעלה יותר מכך. תיקון העולם הכשיר את עדותם שבכתב. לפי הרמב"ם חז"ל חידשו כאן את עצם היכולת לקבל את הראיה שבשטר על סמך חתימת העדים המקוימת. מעתה, גם בעדות הנצרכת בגטי נשים יש לומר כן. אותה תקנה שהכשירה עדות שבשטר כדי להוציא מחזקת ממון הכשירה גם עדות שבשטר כדי להוציא מחזקת אשת איש. מכיוון שהצורך בעדים הוא רק כדי לשבור את חזקת אשת האיש, הרי שגם עדות הכשרה מדרבנן לשבור חזקה זו בפועל מועילה במישור דין התורה – ועדי חתימה יספיקו מעתה גם למאן דאמר עדי מסירה כרתי. תקנת עדי החתימה על גטי נשים ותקנת עדי חתימה בשטרות דעלמא – תקנה אחת היא. התקנה המכשירה את עדי החתימה בשטרות דעלמא שינתה את דיני הראיות באופן כזה שגם שינתה את דיני הראיות הכשירות בגטי נשים. דוק בלשונות הרמב"ם –

אבל מדברי סופרים שחותכין דיני ממונות בעדות שבשטר אף על פי שאין העדים קיימין, כדי שלא תנעול דלת בפני לווין.³¹
 תקנת חכמים היא שיהיו העדים חותמין על הגט, שמא יתן לה גט בפני שנים וימותו ונמצא הגט שבידה כחרש מחרשי האדמה שהרי אין בו עדים, לפיכך תקנו שיעידו מתוכו.³²

דקדוק בלשונו של הרמב"ם בהלכות גירושין מראה שתקנת חכמים פועלת בשני מישורים, לפי דבריו. החשש הוא שמא ימותו העדים, "ונמצא הגט שבידה כחרש מחרשי האדמה". בשלב המקורי, אין משמעות ראייתית לגט שבידה כלל וכלל, כל עוד עדי המסירה לא העידו בפועל על מסירתו.³³ התקנה היא "שיהיו העדים חותמין על הגט". אולם לא הוראה לחתום בלבד נאמרה כאן, כי אם גם נקבעה כשרותה של עדות זו. הרמב"ם מסיים **במשמעות** של תקנת חז"ל – "לפיכך תקנו שיעידו מתוכו". לא היה די בחתימתם, אלא בעדותם מתוכו. לרמב"ם האפשרות של עדות זו "מתוכו" נוצרה כאן, יחד עם התקנה הרחבה החלה גם על שטרי ממון. זוהי המשמעות הכפולה של תקנת חז"ל – "העדים חותמין על הגט" – כל גט, של אשה ושל ממון – "מפני תיקון העולם".³⁴

בכך יש ליישב את המשך דברי הרמב"ם בהלכות גירושין. בעוד הרמב"ם פוסק כרבי אלעזר שעדי מסירה כרתי, הוא מחדש שדי בעדי חתימה כדי להכשיר את הגט. ועם זאת, עדי מסירה שומרים על בכורתם – ולכתחילה יש למסור את הגט בפניהם. כדבריו –

31. רמב"ם עדות ג, ד.

32. רמב"ם גירושין א, טו.

33. השוה דברי הגר"ח לעיל, בעמוד 291.

34. גטין לד, ב.

ואע"פ שהעדים בתוכו נותנו לה בפני שנים... שעיקר הגירושין בעידי מסירה.³⁵
 חתמו בו שנים ועבר ונתנו לה בינו לבינה או שנמצאו עדי מסירה פסולין הרי זה
 כשר הואיל ועדים שבו כשרין והרי הגט יוצא מתחת ידה.³⁶

מקורו של הרמב"ם בדברי הרי"ף, המדגיש –

מדי (= שאין העדים חותמין על הגט אלא מפני תיקון העולם) שמעינן דלא צריכינן
 לעדי מסירה אלא היכא דליכא עדי חתימה, אבל היכא דאיכא עדי חתימה סגי בלא
 עדי מסירה, והוא דנפיק גיטא מתותי ידא.³⁷
 ומהא (= מהכרעתו של רב שהלכה כרבי אלעזר בגיטין, ועדי מסירה כרתין) נמי
 שמעינן דלא בעינן עדי מסירה היכא דאיכא עדי חתימה... והיינו דקתני שאין
 העדים חותמין על הגט אלא מפני תיקון העולם.³⁸... ואי סלקא דעתך דלא סגי לן
 בעדי חתימה אלא עד דאיכא עדי מסירה – מאי תיקון העולם איכא? אע"ג דמקיימא
 ליה לגיטא בעדי חתימה, ליחוש דילמא לא איתיהיב ליה בעדי מסירה! אלא ודאי
 כל היכא דאיכא עדי חתימה לא בעינן עדי מסירה, וכל היכא דאיכא עדי מסירה לא
 בעינן עדי חתימה דבחד מינייהו סגי, אלא מיהו הנ"מ בדיעבד א"נ דאישתכחו עדי
 מסירה פסולין... אבל לכתחילה בעינן עדי מסירה והן העיקר, שאין העדים חותמין
 על הגט אלא מפני תקון העולם כדאמרינן דאי אביד גיטא קיימי עדי מסירה ואי
 מיייתי עדי מסירה קיימי עדי חתימה.³⁹

וכבר נתחבטו הראשונים בהלכות אלה⁴⁰ – שכן אם הגירושין כשרים בעדי מסירה, כיצד
 יכשרו בעדי החתימה בלבד. ומכאן אכן הסיק הרמב"ן, שלפי רבי אלעזר "אף עדי מסירה
 כרתין",⁴¹ ושלא נחלקו כלל רבי אלעזר ורבי מאיר בכשרותם של עדי חתימה בלבד. אך אם
 כך, מדוע יש למסור את הגט בפני עדים כשרים? הלא עדי מסירה מהווים רק מסלול אחד
 מבין שניים. מה מקור העדיפות שיש לעדי מסירה על פני עדי החתימה. כלום סבורים
 הרמב"ם והרי"ף כרבנו תם, שגם לפי רבי מאיר יש למסור את הגט בפני שניים משום ש"אין
 דבר שבערוה פחות משנים"⁴²? הרמב"ם עצמו מדגיש כי "עיקר הגירושין בעדי מסירה", ולא
 מטעם אחר.

אך לדברינו, לא מתעוררת קושייה. מדאורייתא, אין עדי החתימה מהווים עדות כשרה,
 ואין אפשרות להסתמך על חתימות ללא עדי מסירה, שהרי לא ניתן להתיר אשת איש

35. וכן להלן הלכה יח: "שעיקר הגירושין בעידי מסירה".

36. שם, טו-טז.

37. רי"ף גטין יח, ב.

38. האם כך גרס במשנה זו?

39. שם מז, ב-מח, א.

40. ראה המאור הגדול ומלחמות ה' על הרי"ף גטין מו, א; ר"ן מז, ב שם דקתני, בשם רבנו אפרים ורבותינו
 הצרפתים.

41. מלחמות ה' שם, על פי קושיית בעל המאור שם; השווה ר"ן הנ"ל מח, א "אבל מה שנראה לי בזה כו'".

42. ראה תוספות גטין ד, א ד"ה דקיימא לן.

לשוק ללא עדות כשרה, כאמור. זוהי משמעות קביעתו של הרמב"ם "עיקר גירושין בעדי מסירה", וכדברי הרי"ף "והן העיקר", מכיוון שזו העדות היחידה הכשרה מדאורייתא אליבא דרבי אלעזר. משום כך, דין זה נשאר לכתחילה אף מדרבנן. אולם משעה שתיקנו חכמים שעדות שבשטר כשרה, הרי עדות זו מועילה גם בהעדרה של עדות "חיה", קרי – גם ללא עדי מסירה.

ההבחנה בין שטרי קניין לשטרי ראיה שוב אינה נצרכת מדאורייתא. שטרי קניין מועילים מדאורייתא רק משום שיש בהם עדי מסירה, שכן הרמב"ם פוסק כרבי אלעזר שעדי מסירה כרתי – בין בגטי נשים ובין בשאר שטרות,⁴⁵ כאמור. אין מעמד ראייתי לשטרות אלה על סמך חתימת העדים בלבד, מדאורייתא. מכאן נופלת קושיית הרמב"ן על שיטת הרמב"ם בעדות שבשטר, מאשה המביאה את גטה, שהיא מותרת להינשא – שכן מדאורייתא הייתה צריכה להביא עדי מסירה, כמו יתר הטוענים לזכויות. רק משהתעורר הצורך לשנות את דיני הראיות משום החשש שימותו העדים או ילכו למדינת הים, והכשירו חז"ל הבאת חתימת העדים גם ללא העדים עצמם, הרי שבכך הוכשר גם הגט החתום בתור ראיה המספיקה להתיר אשת איש לשוק.

1. השלכות הפתרון המוצע על סוגיית מכירת שטרות

על סמך דברים אלו, יש לפתור חידה אחרת בדברי הרמב"ם. הרמב"ם ביאר את הדין של שמואל – "המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול"⁴⁴, בכך שאין המכר תקף מן התורה⁴⁵ –

קנין שטרות כדרך הזאת מדברי סופרים, אבל מן התורה אין הראיות נקנות אלא גוף הדבר הקניי בלבד. לפיכך המוכר שטר חוב לחבירו עדיין יכול למוחלו ואפילו יורשו מוחלו.⁴⁶

התמיהה העולה היא, שעצם קיומם של שטרות הוא מדברי סופרים לפי הרמב"ם. לא רק משום "שאינן הראיות נקנות" אלא משום שאין הראיות שבכתב כשרות וקיימות כלל מן התורה. האם אין הרמב"ם סותר את שיטתו דלעיל בכך שהוא ממעט את השטרות דווקא ממכירה, תוך שהוא מניח את קיומם ואת תוקפם מן התורה? זאת ועוד, כיצד יבאר הרמב"ם את מכלול הדרשות של חז"ל הממעטות שטרות משום "שאינן גופן ממון"⁴⁷ – איזה

43. לעיל הערה 16.

44. כתובות פו, א; בבא בתרא קמז, ב ובמקבילות.

45. ראה רי"ף כתובות מד, ב.

46. רמב"ם מכירה ו, יב.

47. תוספות ב"מ נו, ב ד"ה יצאו: "מדמעט להו אונאה משמע דחל המכר מדאורייתא בשטרות". וכקושיית התוספות, המקשים אליבא דשיטות ר"י ורבנו תם כפי שהם הביאוה, הסבורים שמכירת שטרות דרבנן – תימא לר"י היאך יכול למכור החוב, דבשלמא כשיש ללוה קרקעות מוכר לו אותו שעבוד שיש לו על הקרקעות, אבל כשאין לו כלום מה מוכר לו? ונראה לו דלא הוי מכר מדאורייתא דאי הוי מכר אמאי מחול, וכן נראה לר"ת דלא הוי מכר אלא מדרבנן...

מעמד יש לעדות שבכתב, קרי שטר, מדאורייתא לפי הרמב"ם? יתירה מזו, מדוע המעמד של קניין מדרבנן פוגע בהחלטיות מעשה הקניין עצמו – הרי קניין דרבנן אמור להיות בעל השלכות גם מדאורייתא?⁴⁸ כלום משיכה במטלטלין אליבא דרבי יוחנן או מעמד שלושתן ניתנים לביטול? האם יורש יכול לבטל מתנת שכיב מרע? ומה לגבי קניין ד' אמות? במה מכירת שטרות שונה מכל אלה – אם ההסבר הוא משום שאין הקניין מדאורייתא אלא מדרבנן?

אולם לפי המבואר עד כה, נראה שמשעה שתיקנו חכמים עדות שבשטר "מפני תיקון העולם" הרי שעדות זו מועילה כראיה מדאורייתא – בשטרי ממון ובגטי נשים. כתוצאה מכך עולה גם השאלה בתחומים שונים – האם ראיה זו מהווה נכס אשר ניתן להתייחס אליו כאל ממון? האם יש לו מעמד של ממון מדאורייתא – לעניין פדיון, מכירה ועוד – משום תקנת החכמים אשר השוותה לה מעמד של ראיה מדאורייתא? לשם כך באו דרשות חז"ל למעט דבר שאין גופו ממון. לא משום שהשטר כבר קיים מדאורייתא באופן שיש צורך למעטו. אלא משום שהמקראות יצרו כלים משפטיים לדברים שהם גופן ממון, ואין היצירה הראייתית שנוצרה לאחר מכן על ידי חז"ל נופלת תחת כותרת זו. אין המיעוט מתייחס ישירות לשטר, אלא קובע את העיקרון של אותה הלכה – קניין, פדיון נזיקין וכדומה – וממילא מוציא מכללו כל דבר שאינו עונה על דרישות אותה הלכה. משום כך לא הדגיש הרמב"ם את העובדה שצורת הקניין היא מדרבנן, אלא את המוגבל בתוכן הקניין – "מן התורה אין הראיות נקנות אלא גוף הדבר הקנוי בלבד". ניתן אף לומר לשיטתו, שהתורה לא יצרה מנגנון קניין לדבר שלא קיים מן התורה. אולם משעה שתיקנו חז"ל את השטר כראיה, הרי שיש לדון אם יש לו דין ממון. לכך התשובה היא שלילית, ומכירת שטרות היא רק מדרבנן.

למעשה, בכך מתקרב פירושו של הרמב"ם לפירושו של רבנו תם ושל הראב"ד בסוגיית מכירת שטרות. גישתם לחידה – מדוע ניתן למכור שטר חוב ולשוב ולמחלו – נגזרת אף היא מהקושי למכור את החיוב עצמו. לפי רבנו תם, זהו משום שלא ניתן למכור שיעבוד הגוף, כי אם שיעבוד נכסים, כפי שמביאו הר"ן –

לפי ששני שעבודים יש לו למלוה על הלואה, שעבוד גופו של לווה שהוא מחוייב לפרוע והוא עיקר השעבוד, ושעבוד על נכסיו אם הוא לא יפרע כדין ערב... ושעבוד הגוף שיש למלוה על הלואה לאו בר מכירה הוא. הילכך אינו נמכר אלא שעבוד נכסים בלבד ואע"פ שאינו נמכר לא נפקע, אבל כי חזר ומחלו פקע שעבוד הגוף וממילא פקע שעבוד נכסים שאינו אלא מדין ערב.⁴⁹

וא"ת אמאי איצטריך למעוטי שטרות מאונאה אם מכר שטר חוב לא הוי מדאורייתא? וי"ל דנהי דהחוב אינו מכור, מ"מ שייך בו אונאה...

48. דבר אברהם א, ענף ה, ובמקורות המובאים על ידו, וראה שם אות טז.

49. ר"ן על הרי"ף כתובות מד, ב.

גם הראב"ד ביאר הלכה זו באופן דומה –

מפני שהלוח אומר ללוקח: אני לא שעבדתי לך את עצמי.⁵⁰

אף שהראב"ד חלק בכך על הרמב"ם, עדיין יש להדגיש את המשותף לשיטות אלה. לכולן השיקול המרכזי בדינו של שמואל הוא העובדה שהשטר מייצג "משהו אחר". השטר הוא הדבר הנמכר, אך אין אפשרות להגיע "לדבר עצמו" שהשטר מייצג. אף אם ניתן להשתמש בשטר כדי לאפשר את הגבייה, הרי שהחוב עצמו לא נמכר. לרבנו תם ולראב"ד זוהי ההבחנה בין שיעבוד הגוף – הוא "החוב עצמו", הנגבה מהאדם עצמו – ובין יכולת הגבייה שלו מנכסים, כאשר מתקיימים התנאים המתאימים. לרמב"ם זוהי ההבחנה בין מכירת נכס ובין מכירת ראייה. ראייה היא יכולת גבייה, והיא אינה דבר הניתן למכירה. ניתן למכור נכסים ולא ראיות המייצגות משהו אחר. בעוד לשיטות רבנו תם והראב"ד הפיצול בין חוב לגבייה קיים אף מדאורייתא, הרמב"ם מכיר ביכולת מכירת הראיה רק מדרבנן. אולם לא היותה של המכירה מדרבנן היא זו שמאפשרת את המחילה.⁵¹ אלא העובדה שאין החוב עצמו נמכר, בדומה לרבנו תם והראב"ד. המשמעות של שיעבוד הגוף או "שיעבוד עצמו" אינה ערטילאית, אלא מבטאת את היכולת לגבות מהחייב עצמו. לכך דומה גם "הראיה שבשטר", הרשומה על שם החייב המקורי, והמבטאת את היכולת לגבות ממנו. עצם הדיון אפשרי, לפי הרמב"ם, משום שחכמים תיקנו גם את כשרותם של השטרות בתור עדות שבכתב. אולם לכלל נכסים מלאים לא הגיעו, ועל כן מכירתם היא רק מדרבנן. המשמעות העמוקה יותר היא שעדיין הם מייצגים את יכולת הגבייה של השטר, ולא את החוב עצמו. זהו דבר שלא ניתן להעברה – גם לפי הרמב"ם.

50. השגות הראב"ד על הרמב"ם מכירה ו, יב; קצות החושן (טו, כו) למד שדברי ר"ת והראב"ד מייצגים שתי שיטות שונות – אך נראה כי שיטותיהם זהות.

51. השווה קצות החושן הנ"ל.

החותם על שטר שלא קרא או שלא הבין את תוכנו

'חוזה אחיד' בהלכה

הרב אליהו גורפינקל

- א. מבוא
- ב. הדין היסודי
- ג. אופנים שבהם טענת אי-ההבנה מתקבלת
- ד. סוף דבר

א. מבוא

ייחודו של החוזה האחיד לעומת כל חוזה אחר הוא, שלעומת חוזה הנערך ונחתם בין שני אנשים, השותפים לניסוחו באופן מלא, מנוסח החוזה האחיד על ידי אחד הצדדים להתקשרות, לטובת התקשרויות רבות, עם צרכנים שונים. לרוב, מנסח החוזה הוא "הצד החזק": חברות גדולות, בנקים, קבלני בניין וכדומה, שביכולתם לשכור את שירותיהם של משפטים, שינסחו עבורם חוזה שייטיב אתם ככל האפשר, ויקפח את הצד שעמו הם מתקשרים. לעתים, החוזה האחיד משופע בפרטים טכניים מקצועיים, בניסוחים שאינם נהירים להדיוטות ובאותיות קטנות, שלא תמיד טורח הלקוח לקרואן.

חזים מסוג זה הם פרי ההתפתחות התעשייתית האדירה של המאה האחרונה, מכוחה נוצרו תאגידי רבי עוצמה, המתקשרים עם אלפי לקוחות, ומשום כך, אין ביכולתם לשבת ולערוך חוזה מיוחד עבור כל לקוח.

אופיים של חזים אלו, עורר לא אחת את השאלה, האם נכון להניח, כדרך שמניחים בחוזה רגיל, שהחותם על החוזה מודע לתנאי החוזה, ומשום כך, לא תישמע טענתו שלא הבין את פרטי החוזה, ולא היה מודע למשמעות חתימתו.¹

לכאורה, טענתו של מי שחתם על חוזה, שלא קרא אותו, או שקרא ולא הבין את משמעותו, היא טענה משוללת תוקף. המתחייב חתם על השטר בבחירתו המלאה, והיה

* הרב אליהו גורפינקל, מכון 'משפטי ארץ', עפרה.

1. מאמרנו יתמקד בדיון בנקודה זו. דיון שלם במעמדו ההלכתי של 'חוזה אחיד' דורש עיסוק בנושאים נוספים, דוגמת: תנאי שבחובה האחיד מול תנאי אחר מפורש, תנאי שבחובה האחיד מול דין תורה, ועוד. לעניין זה ראה: ש' ורהפטיג, "חוזה אחיד במשפט העברי", שנה בשנה תשל"ד, 236-246.

עליו לבחון היטב למה הוא מתחייב. במידה ולא עשה כן – אין לו להלין אלא על עצמו בלבד.

אמנם, הסבר זה מובן לגבי סוחר, האמור להבין בענייני חוים. ניתן אף לקבלו בדוחק לגבי אדם רגיל, המבצע עסקה מיוחדת, כזו שאינה מזדמנת בכל יום, כגון רכישת דירה. בעסקה מסוג זה, אדם משתדל 'ללמוד' את 'כללי המשחק', על מנת שלא להפסיד, ואם הוא רואה שאינו מסוגל לכך – הוא נועץ בבעל מקצוע או עורך דין.

אולם, האם ניתן לקבל את ההסבר לגבי אדם מן היישוב נמצא בקשרים עסקיים עם גופים רבים, כגון בנק, חברת ביטוח, חברת אשראי, ועוד? האם נוכל לומר בבטחה שאדם זה מבין היטב את משמעותיהן של האותיות הזעירות והניסוחים המשפטיים המפותלים המוגשים לחתימתו, לעתים בתוך חוברת עבה של טפסים?

אמנם, ניתן היה לצפות שאדם שקול לא יחתום על טפסים מסוג זה, אך בכל אופן, עינינו הרואות שהציבור נוהג לחתום עליהם. על מה מסתמכים החותמים?

נראה שמרבית החותמים מניחים, שכיוון שמדובר בהתקשרות ממוסדת, ובחווה שעל שכמותו חותמים אלפי או מאות אלפי אזרחים נוספים, 'מישהו' בוודאי קרא וביקר אותו. כאשר מדובר בחברה כלכלית גדולה כגון בנק או חברת ביטוח, הדברים גם מוסדרים על-ידי רשויות המדינה: באחריות המפקח על הבנקים לאשר כל מסמך שכזה.

לכן, במקרים רבים, כאשר מתברר למתחייב עד כמה הוא משועבד, הוא טוען להגנתו שלא שיער שזו היא משמעות התחייבותו.

מאמר זה נועד לבחון מהו יחס ההלכה לחווה האחיד, ולטענות מן הסוג האחרון.

ב. הדין היסודי

להלכה, החותם על שטר מתחייב בכל הכתוב בו, ואינו יכול לטעון שלא ידע מה כולל השטר. מקור הדין הוא בדברי הרשב"א בתשובותיו, וזו לשון השאלה –

שאלה: הודאה בחתם ידו, והשטר בגופן (=כתב) של כותים, מהו? כיון דלא ידיע למקרי, לא מהני; או דילמא, דלא אתמר אלא בעדים, דליתנהו בתורת עדות כיון דלא ידיע למקרי. אבל בהודאת בעל דין, הא אודי כל מה דכתיב עליה?²

כלומר, האם לעובדה, שלטענת החותם, השטר נכתב בשפה שאותה הוא אינו מבין, חתימתו אינה מעידה על גמירות דעתו לקבל את כל תנאי ההסכם, כשם שחתימת עדים על שטר הכתוב בשפה שאין הם מבינים אותה, פסול, או שמא, כאשר החותם הוא בעל הדין, יש לראות את חתימתו כמעין "הודאת בעל דין", והסכמה לכל תנאי השטר?

בתשובתו, מכשיר הרשב"א את השטר, ונותן תוקף לכל ההתחייבויות הנובעות מן החתימה, מכוחם של שני נימוקים –

2. שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן, עו; מופיע בקיצור בשו"ת הרשב"א, ח"א תתקפה.

כל שחתם ידו יוצא עליו, גובין ממנו מבני חרי. דאפילו לכשתמצא לומר: דכשאינו יודע לקרות, לא מתחייב, מכל מקום, מסתמא אני אומר: כל שהוא חותם, ודאי קרא ואחר כך חתם. ומאן לימא לן שאינו יודע? ואף על פי שאין רובן של ישראל יודעים לקרות בשטרי ארמאי. כיון דאפשר דיידע, חזקה כיון דחתם, ידע וקרא!... ועוד אני אומר לפי עיקר השאלה: שאפילו כשהמלוה מודה לו שאינו יודע לקרות, א"נ שיש עדים שחתם עד שלא קראו, מכל מקום מתחייב הוא עתה בכל מה שכתוב בו. כיון שלא חשש לקרותו, וסמך על הסופר. שכל הסומך על נאמנות של אחרים, הלא הוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר מי שהאמין על עצמו. והיינו טעמא דשליש... אף על פי שאינו יודע מה שכתבו עליו. ולא חשש לקרותו, וחתם בחותם ידו. שהוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שכתוב בו. והרי הוא חייב בכל אותו חיוב, אף על פי שלא לזה, מדר' יוחנן. דאמר חייב אני לך מנה, חייב (כתובות קא, ב). כלומר: אף על פי שלא היה חייב לו. וקי"ל בר' יוחנן.

כלומר, גם במציאות שבה ברור שהחותם לא ידע על מה הוא חותם, וכגון שהמלוה מודה שלא ידע על מה חתם, או שיש עדים שלא קרא את השטר לפני שחתם עליו – חתימתו תקפה, משום שסמך בדעתו על הסופר, וגמר בדעתו להתחייב בכל הכתוב בשטר (כדין המפקיד אצל שלישי), ואף על פי שלא לזה, הוא מתחייב (שהרי מצינו שאדם יכול להתחייב בשטר אף על פי שלא לזה³).

התשובה הובאה להלכה בבית יוסף⁴, ונפסקה להלכה בשולחן ערוך –

הודאה בחתם ידו, והשטר בגופן של עובדי כוכבים, והדבר ברור שאינו יודע לקרות, ויש עדים שחתם עד שלא קראו, מ"מ מתחייב הוא בכל מה שכתוב בו.⁵

אמנם, ניתן לטעון, שמקרים אלו מתייחסים להסכם פרטי שנעשה בין שני אנשים, בעוד אדם החותם על מסמך מול חברה או תאגיד, חותם כי "כך כולם עושים", בלא להתחייב באמת לכל פרטי המקרים והתנאים המפורטים בשטר. תשובה אחרת של הרשב"א, דוחה טענה שכזו –

נשאל ביהודי עם הארץ שבא לגרש את אשתו ואמר לו בית דין שיפרע לה כתובתה. ואמר שלא הבין כשקרא החזן הכתובה והמתנות ולא הבין התנאי. ואמר כי שאלו את פי הרב רבי מאיר ז"ל⁶, והשיב דשומעין לו. והוא אומר דאין שומעין לו

3. כפי הנפסק בשולחן ערוך חו"מ מ, א.

4. בית יוסף חו"מ, סט בסופו.

5. שולחן ערוך חו"מ מה, ג.

6. "הבית יוסף בחושן משפט העתיק 'הרמ"ה', ועיין כנסת הגדולה שם אות כה, שהעיר שאפשר שהוא מהר"ם מרוטנבורג ולא הרמ"ה מטוליטולא. אמנם, בצרור הכסף הקצר... מפורש שהוא רבנו מאיר הלוי" (הערת המהדיר במהדורת מכון ירושלים). בתשובות ובפסקים שבהם עסקנו נוכחנו, שיש מהמחברים שציינו 'רמ"ה' ויש שציינו 'מהר"ם'. לשם הנוחות נציין את שמו של הרמ"ה על דעה זו.

דחוקה שהעידו עדים בעל פה ועל פיו חתמו בו.⁷ ואם אין אתה אומר כן לא הנחת חיוב לעמי הארץ ולא על הנשים דכולן יטענו כן. ואין אלו אלא דברי תמה. אבל מה אעשה שכבר הורה זקן יושב בישיבה חכם עם איש שיבה.⁸

כלומר, דעת רמ"ה היא ששומעים לבעל, וטענת אי ההבנה היא טענה קבילה, בעוד שלדעת הרשב"א, להלכה, לא שומעים לו. מכל מקום, למעשה, מצטרף גם הרשב"א לפסק דינו של הרמ"ה, מכוח סמכותו של הראשון: "אבל מה אעשה שכבר הורה זקן יושב בישיבה, חכם עם איש שיבה."⁹

הבית יוסף¹⁰ מעדיף את סברתו של הרשב"א, וכך הוא פוסק להלכה גם בשולחן ערוך – מי שטען על כתובת אשתו שהיה עם הארץ ולא הבין כשקרא החזן הכתובה והתנאים, אין שומעין לו.¹¹

כך מכריע גם הרמ"א –

עם הארץ שבא לגרש, ואמר אח"כ שלא הבין מה שהיה כתוב בתנאים או בכתובתה, אינו נאמן, דודאי העדים לא חתמו מה שלא העידו בפניו תחלה על פה.¹²

פסק כללי מצאנו בדברי הריב"ש –

מדקדקין על לשון השטר ודנין עפ"י אותו דקדוק, ולא אמרינן האי גברא לא גמיר כולי האי והיה סבור שהדין היה בענין כן, ומפני כן כתב אותו לשון.¹³

דבריו הועתקו להלכה על ידי הרמ"א.¹⁴

לכאורה, נושא דיונונו שנוי במחלוקת ראשונים, אלא שיש שטענו שגם רמ"ה מסכים בחלק מהמקרים שטענת אי-הבנה אינה מתקבלת.

הרב עובדיה יוסף מסביר,¹⁵ שאף הרמ"ה, המקבל את הטענה, שהחתימה אינה מחייבת בכל אופן, עושה כן רק לגבי מקרים מן הסוג הנדון בתשובת הרשב"א, כאשר העדים חתמו על הכתובה במקום הבעל.¹⁶ לדבריו, אילו היה הבעל חותם בעצמו, היה מודה גם הרמ"ה

7. עולה מדבריו, שבמקרה הנדון, הבעל לא חתם בעצמו על הכתובה, אלא עדים חתמו בשמו (על האפשרות לעשות כן, ראה בשולחן ערוך חו"מ, מה, ה; אה"ע סו, יג). הבדל זה אינו משפיע על ניסיונו ללמוד ממקרה זה למקרה שהוא חתם בעצמו, כיוון שאדרבה, כאשר הוא בעצמו חותם, פשוט יותר שהוא מתחייב בכל הכתוב בשטר, וכפי המבואר בשו"ת חתם סופר חו"מ, ה (מובא בפתחי תשובה חו"מ, סא, ו). ראה עוד לקמן מה שנדון בכך.

8. שו"ת הרשב"א א, תרכט.

9. כך מפרש את דבריו בשו"ת יביע אומר ג, אה"ע, יג.

10. בית יוסף אה"ע סו, בסופו.

11. שולחן ערוך חו"מ סא, יג.

12. הגהת הרמ"א לשולחן ערוך אה"ע סו, יג.

13. שו"ת הריב"ש תפ (מובא בבית יוסף חו"מ, סא).

14. הגהת הרמ"א לשולחן ערוך חו"מ סא, יג.

הכתובה במקום הבעל.¹⁶ לדבריו, אילו היה הבעל חותם בעצמו, היה מודה גם הרמ"ה שחתימתו מחייבת אותו בכל דבר.

רבי חיים בנבנישתי¹⁷ מסביר, שרמ"ה מקבל טענת אי-הבנה רק במקום שהיא מסתברת, כגון בתנאי כתובה מיוחדים, אך אינו מקבל ביחס לעיקר החיוב.

על כל פנים, ההלכה המקובלת היא, שטענת אי-הבנה בשטר, אינה מתקבלת גם במקום שיש לה בסיס. כך הכריעו הרב עובדיה יוסף,¹⁸ הרבנים טנא, נשר, והורוויץ,¹⁹ והרב צבי יהודה בן יעקב.²⁰

ג. אופנים שבהם טענת אי-הבנה מתקבלת

עיון בספרי הפוסקים והשו"ת, מעלה כמה אופנים, שבהם, בניגוד לדין היסודי, טענת אי-ההבנה היא טענה קבילה. נפרט מקרים אלו מן הקל אל הכבד, מן הפשוט אל המחודש יותר.

1. פרטים שאין לצפות שיופיעו בהסכם

הרשב"א²¹ דן במקרה של ויכוח בין בת נשואה לאחיה. הבת טוענת שקיבלה מאמה את כל קרקעות המשפחה (והשטר אבד), ולעומתה, האחים טוענים שחלק מהקרקעות שלהם הן, והם הקדישום. נגד טענת הבת, עומד שטר כתובתה, שתוכנו מעיד על כך שהקרקעות המיוחסות לאחים של הקדש הן: מוגדרים בו מצרי השדה שהכניסה לבעלה, על ידי ציון שהשדות הסמוכים שייכים להקדש. מנגד, הבת טוענת שהיא לא נתנה דעתה לפרטי שטר הכתובה, ומשום כך לא מחתה, ולא דרשה לשנות את נוסחו.

הרשב"א מזכה את האישה, ומנמק –

ואף על פי שעשאן הבעל לה בכתובתה סימן לשאר קרקעות שהכניסה לו לא הפסידה בכך דעשאה סימן לאח' לפי שיש הודאה בכך אבל זו שעשאה הבעל סימן אין בכך כלום. ועוד שטענה יפה היא במה שאמרה שלא הבינה בכך ולא שמעה ואנן סהדי שאין כלה מרגשת במה שכתב בכתובתה. ובכיוצא בדברים אלו סומכת היא בכך על אחרים.²²

15. שו"ת יביע אומר ג אה"ע, יג.

16. ראה לעיל הערה 7.

17. כנסת הגדולה אה"ע סו, הגהות בית יוסף לח.

18. שם.

19. תיק 5069/תש"ל, פד"ר ט, 16 (ובפרט בעמ' 25), וראה גם בתיק 925/ל"ג פד"ר י 82, 94.

20. משפטיך ליעקב ב, טו, ריח-ריט.

21. שו"ת הרשב"א א, אלף קנו.

22. שם.

רבי חיים בנבנישתי, בעל **כנסת הגדולה**, בא ליישב את דברי הרשב"א עם דבריו בתשובות שהובאו לעיל. הוא דוחה שם את תירוצו של מהר"י הלוי, שניסה להבחין בין עמי הארץ ונשים לבין אנשים אחרים, ומבחין בין התשובות באופנים אחרים: ההבחנה הראשונה היא בין טענה העוסקת במצרי השדה, המתקבלת, הואיל ומדובר בפרטים נוספים, שאינם מעיקר הכתובה,²³ לטענה הנוגעת לפרטים שהם מעיקרו של הסכם. ההבחנה השנייה מתמקדת בהבדל שבין כלה לבין אחרים, ובלשונו –

ויראה לי, שאני נידון דסימן תרכ"ט, שהוא עיקר החיוב והתנאים, ומסתמא העדים לא חתמו על השטר אם לא עפ"י המתחייב, אבל בתשובה זו (איקנו), אין הפרש בעיקר החיוב והתנאים, אלא במצרים, ובהא איכא למימר שלא הרגישה בכך בכיוצא לדברים אלו, וכמו שמראים דברי הרשב"א...
 עוד אפשר, דלא כתב הרשב"א ז"ל דטענה יפה, אלא דוקא בכלה, דאנן סהדי דאינה מרגשת במה שכתוב בכתובתה, אבל עמי הארץ, ובשאר הנשים שאינן כלות – אינם נאמנים.²⁴

נראה שההבחנה השנייה לא נועדה להבדיל דווקא בין כלה לאחרים, אלא לחדש עיקרון, שלפיו קיימת הבחנה בין מי שהתקשר בהסכם בהיותו במצב נפשי מיוחד, שאינו מאפשר לו להתמקד בפרטים, לבין מי שחתם בתנאים רגילים.

דבריו הובאו גם בשו"ת **גינת ורדים**, ומדבריו נראה שקיבל את ההבחנה השנייה, שדווקא כלה – מתוך התרגשותה היתרה – אינה מודעת למה שהיא חותמת –

וכבר חילק הרב בעל כה"ג חילוק ברור ופשוט דיש לחלק בין שאר נשים ועמי הארץ דאינם נאמנים, אבל כלה, אנן סהדי דאינה מרגשת במה שכתוב בכתובתה, והחילוק הוא פשוט.²⁵

אמנם, הרב קאפח, מקבל גם את הבחנתו הראשונה של בעל כנסת הגדולה –

אלא ברור שחילוק זה בדעת הרשב"א כלומר לחלק בין הדברים שהן עיקר הכתובה והתנאים לבין שאר נוסח הכתובה הכרחי הוא... ולדין אנן סהדי דכולי עלמא אם לא גריעי מכלה דהרשב"א, הרי לא עדיפי.^{26, 27}

גם הרב צבי שפיץ כותב, כנראה על סמך ההבחנה הראשונה של בעל כנסת הגדולה, שחתימה על חוזה אינה מחייבת לגבי הוספות מיוחדות –

23. כך מסבירו בשו"ת **יביע אומר** ג אה"ע, יג.

24. **כנסת הגדולה** חו"מ קמו, הגב"י ח.

25. **גינת ורדים** אה"ע ד, יד.

26. ע"ר תשל"ג/12, פד"ר ט 152, 160 (מובא גם בעדות **ביהוסף**). וראה שם בעמ' 162 את דיונו של הרב אליהו בעניין. הוא מעדיף את החילוק הראשון, אלא שאינו נוקק לו לצורך הפסיקה.

27. מדבריו משמע ששני התירוצים אינם סותרים, אלא מציגים אופנים שונים שבהם 'אנן סהדי' שהחותם אינו מודע לתוכן השטר. בהמשך דברינו (עמ' 307) נאריך בעיקרון זה.

אם היו כתובים בחוזה סעיפים שאינם קשורים כלל לנושא העיסקה, או שבכל החוזים שנעשים אין מנהג לכתוב סעיפים מקפחים כאלו, והחותם סמך על נאמנותו של המתרגם שלא סיפר לו ע"כ... אנן סהדי שלא נתן החותם אמון למתרגם להתחייב על דברים בלתי סבירים שהעלימו ממנו, ולכן אין חתימתו מחייבת אותו על דברים אלו, גם לשיטת הרשב"א אם יוכיח לביה"ד שלא הבין את הכתוב בחוזה.²⁸

דבריהם כוללים הרחבה לדבריו של בעל כנסת הגדולה. בעוד שהאחרון חידש שהחתימה אינה מהווה הסכמה לענינים נוספים שניתן לדייק מהשטר, מחדשים הרב קאפח והרב שפיץ, שהחתימה אינה מחייבת לגבי סעיפים שאין לצפות שיופיעו בשטר, גם אם הם כתובים במפורש.²⁹

כיוון דומה מופיע בדברי בעל עמק המשפט. הוא נוטה לחדש, שאם כותב החוזה הכניס בו סעיפים בלתי הגיוניים בצורה קיצונית, ואין בעולם מי שמתנה תנאים שכאלו – החתימה אינה מחייבת את החותם שלא היה מודע אליהם. לדבריו, החותם סומך על כותב השטר, כשליש, ומסתבר, ששינוי קיצוני כשכזה אינו מחייב את החותם.³⁰

2. שטר שנכתב על ידי צד אחד

מהריא"ז עניול, דן בשטר ירושה שכתב זקן עיוור, ובו העביר את ירושתו מבניו אל בתו וחתנה. התעורר חשש, שמקבלי המתנה החתימו את הזקן על השטר בלא שידע מה בדיוק כתוב בו. מהריא"ז דן בעניין מכמה פנים, ופוסק, שכל עוד לא יעידו עדים שהזקן ידע היטב על מה הוא חותם, אין לסמוך על חתימתו, והוא מנמק –

ולא דמי להא דתשובת הרמב"ן והרשב"א שהביאום הרב בית יוסף סימן מה והרמ"א סימן סא, דהתם ידוע שסמך עצמו על הסופר וחתם בלא קריאה, כמבואר בתשובת הרמב"ן שם, והוציא דין זה מדין שלישי, דכל שסומך עצמו על אמונתו של אחרים, גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר אותו אדם אחר, ע"ש. וזה שייך דוקא כשהוא סומך על איש אחר שאינו בעל דין ואז יש לו דין שלישי, משא"כ לגבי הבעל דין בעצמו, אף שמאמינו, אינו גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר, דכיון שהדבר נוגע לעצמו, ודאי יש לחוש שישקר ויאמר דברים שלא עלה על דעתו להרויח לעצמו, משא"כ באדם אחר שאינו בעל דין, הוא הנקרא שלישי, דאין אדם חוטא ולא לו, הוא סומך עצמו שלא ישקר עליו ולא יפסיד אותו במה שאין לו ריוח, לכן אמדינן דעתיה שסומך עליו להתחייב בכל מה שיאמר, ואם אירע הדבר אח"כ שיאמר השלישי דבר שלא נתחייב המשלישי בפירוש, איכא אומדנא שקיבל על עצמו

28. משפטי התורה ב, טז.

29. בדבריהם מופיע עיקרון נוסף, שעליו נעמוד להלן, ליד הציון להערה 36.

30. עמק המשפט ח"א יט, ו.

להתחייב בו, אבל אצל הבעל דין אמרינן דודאי לא קיבל על עצמו להתחייב בכל מה שיאמר.³¹

מהריא"ז עניין מסביר שהחותם בלא לקרוא מאמין למנסח השטר וסומך עליו. הדבר נלמד מדין שלישי, שבו בעלי הדין סומכים על הכרעתו של השלישי. סברה זו קיימת רק כאשר השלישי הוא צד שלישי, אך לא כאשר המנסח הוא אחד מבעלי הדין.

כך גם בנדון דידן: החותם סומך על מנסח השטר רק אם אין לו זיקה לבעל הדין שכנגדו, אך לא כאשר הוא צד בעסקה.

נוסף לסברה זו, מחזק מהריא"ז עניין את דבריו מכלל דיני טוען ונטען –

שאם אין אתה אומר כן, לא מצאנו ידינו ורגלינו ברוב דיני טוען ונטען, כי אם יהיו שווין מי שמאמין לבעל דין כמו המאמין לשלישי, בטל דין שבועת הפקדון, דכיון שהאמינו על עצמו להפקיד אצלו בלא עדים, השתא ומה שיכול להתחייב בכל מה שיאמר – כ"ש שיכול למחול בכל מה שיאמר, וכן כל דין מלוה בלא עדים יהיה בטל, דכיון שמסר לו המעות והפקדון בלא עדים, גמר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר הנפקד או הלווה, וכן שטר אמנה.³²

הארכנו לצטט, כדי להראות עד כמה פשוטה סברה זו בעיני המשיב, וכדי לסבר את האוזן בראיותיו. ואכן, טענתו נפסקה גם על ידי דיין בן-זמננו, המסתמך על הבחנתו של מהריא"ז.

הרב אברהם שרמן,³³ דן בהתקשרות של לקוח עם בנק, וכותב שההלכה הכללית שאין לקבל את טענת אי-ההבנה, אמורה דווקא כאשר צד שלישי כותב את השטר, כגון סופר שטרות, אך כאשר צד אחד כותב את השטר, והוא בוודאי דאג לאינטרסים שלו, לא היה בדעתו להתחייב לכל מה שכתוב בו, אלא אם כן הוקראו הדברים בפניו.³⁴

לפי זה, בהתקשרות עם בנק, יכול הלקוח לטעון שלא הבין או שלא ידע, כל עוד השטר לא אושר על ידי המפקח על הבנקים. במקרה הנידון שם, הוויכוח היה לגבי פרשנות השטר, וכיון שהפרשנות המרחיבה של הבנק לא עברה הליך שכזה, אין הלקוח מחויב לה.

חידוש גדול יותר מצאנו בפסק דינם של הרבנים **ברוך לוי**, אליהו קצנלבוגן, וחיים הרצברג, מביה"ד לענייני ממונות של הרבנות בירושלים.³⁵

31. שו"ת מהריא"ז עניין, מט.

32. שם.

33. הרב אברהם שרמן, "חזים אחידים" תחומין ח (תשמ"ז) 164-165.

34. הגיע לידי פסק דין של ביה"ד לממונות שלידי המועצה"ד מטה בנימין, שדן בחוזה אחיד. הדיינים (הרבנים) גטניו, ו' וייצן, א' חוברת) טענו, שדעת הרב שרמן היא דעת יחיד, שנאמרה אגב דיון בבית הדין הרבני הגדול, ולא התקבלה על דעת אב בית הדין, הרב ש' דיכובסקי. עיון בתחומין (שם), מגלה שפסק דינו של הרב דיכובסקי כלל לא עסק בנושא החזים האחידים. על כן, לא ברור מהיכן הסיקו הדיינים שהוא חולק על הרב שרמן, גם בשיחה בעל-פה, טען הרב שרמן, שעמדתו התקבלה על דעת חברי ההרכב שעמם ישב באותו דיון.

35. פסקי דין של בית הדין לדיני ממונות ולבירור יהדות של הרבנות הראשית לירושלים, ב, רכה.

מעשה באלמנה מבוגרת ששכרה דירה מכולל פלוני. בחוזה השכירות נקבע במפורש, שכל התיקונים יחולו על השוכר. אולם, האלמנה טענה, שבעת שחתמה על החוזה לא ידעה קרוא וכתוב, ולכן, אין להסיק מחתימתה, שויתרה על חובות המשכיר לתקן את הקלקולים. בנוסף טענה, שהיא שילמה לכולל סכום גבוה מאוד כמה שנים לפני כן, וסברה שחיוביה יקוּזו מסכום זה. בא־כוח הכולל טוען, שלפני שחתמה על החוזה, היא קיבלה אותו למשך שלשה ימים, על־מנת שתתייעץ לגביו עם מקורביה.

הרבנים הנ"ל מקבלים את טענת האלמנה, ופוטרים אותה מחיוב תשלום על התיקונים, כיוון שלא נזכר בחוזה עניין הסכום הגבוה ששילמה בעבר, ומסתבר שאילו ידעה שאין בחוזה זכר לתשלומים ששילמה בעבר לכולל, לא הייתה חותמת, וכן מסתבר, שאילו המייעץ לה היה יודע שהיא מקבלת על עצמה תנאי מכביד בלא להתחשב בסכום ששילמה – לא היה מייעץ לה לחתום.

מפסק דין זה עולה, שטענת "לא ידעתי על מה חתמתי" עשויה להתקבל לעתים, אף כאשר החוזה נמסר לחותם מספר ימים לפני החתימה על מנת שיעיין בו ויתיעץ עם מקורביו, אם כדאי לו לחתום עליו.

3. תנאים שניתן להניח לגביהם, שהחותם לא היה מודע לקיומם

לעתים, אף כאשר התנאי שלגביו מבקש החותם לטעון: "לא ידעתי על מה חתמתי" הוא רגיל, ואף כאשר החוזה לא נוסח בידי אחד הצדדים, תתקבל טענת החותם, שלא היה מודע לתוכנו של החוזה.

כך עולה מפסק דין שיצא מבית הדין הרבני הגדול בשנת תשל"ג, מפי הדיינים, הרבנים שאול ישראלי, יוסף קאפח ומרדכי אליהו. פסק הדין עוסק בערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי, שקיבל את בקשת הבעל לגרש את אשתו בעל־כורחה, בניגוד להתחייבותו בכתובה שלא לגרשה בעל־כורחה (על פי תקנת רבנו גרשום).

אחת מטענותיו של החתן הייתה, שהוא בן לעדה שמעולם לא קיבלה על עצמה את תקנות רבנו גרשום, והוא לא הבין את המילים העוסקות בתקנה זו, ולא ידע על מה הוא חותם. עיון בדבריהם של דייני בית הדין הרבני הגדול, מגלה דעות שונות.³⁶

דעת הרוב (הרבנים קאפח ואליהו³⁷) הייתה, שיש לדחות את הערעור, בנימוק שהחתימה על הכתובה מחייבת את החתן רק בנוגע לסכום הכתובה או לתנאיה העיקריים. לרוב,

36. פד"ר ט, 152 (הובא גם בעדות ביהוסף לב, 170-160).

37. הציטוטים לקוחים מדברי הרב קאפח. הרב אליהו מסכים שלא כל חתימה מחייבת, כפי שעולה מדיונו בסתירה שבין תשובות הרשב"א (שם, עמ' 162), אלא שהוא מכריע לדחות את הערעור מנימוקים אחרים: ולדידי, אין צורך בכל זה לנחות בנידון דידן אם חתימתו מחייבת או שנחלק שהוא חתן ולא הרגיש במה שחתם או שזה לא מעיקר הכתובה, כי כל מה שכתבו הפוסקים הוא מדין שהחתימה היא כהודאה, ובממון יכול אדם להתחייב אפילו אם הוא לא חייב, משא"כ בחרם ובשבעה הדין שונה, שהרי יודעה ומפורסמת המחלוקת אם אדם יכול להתחייב בשבעה או בחרם בכתב ולא מבטא בשפתיים... (שם, עמ' 162-163).

נידונים פרטים אלו במשא ומתן מוקדם, ולא מתקבל על הדעת שהחתן לא ידע במה הוא מתחייב, ואם אכן לא ידע – הוא רשולן, ולכן חתימתו תחייב אותו.

לעומת זאת, הנוסח הסטנדרטי אינו מחייב, ובפרט שהוא מנוגד למנהג עדתו של החתן. לדעת הרבנים אליהו וקאפח, המקרה הנדון דומה לדברי הרשב"א בתשובה,³⁸ שהעובדה שהכלה לא מחתה אינה מהווה ראייה לכך שהבינה את כל תוכנו של ההסכם, כיוון ש"הכלה אינה מרגשת".

מתשובה זו עולה, שבכל מקרה שבו יש 'אנן סהדי' שכזה – החתימה אינה מחייבת. וכך ניסח הרב קאפח את הדברים –

הרי כלל גדול השמיענו הרשב"א: כל דאנן סהדי שאין אדם מרגיש ולא יודע במה שכתוב בכתובתו אין הדבר מחייבו... אלא דבעלמא כשאדם חותם בעצמו על מסמך דרכו ליתן אל לבו ולדקדק בו, מה שאין כן בנוסח הכתובה, שאנו יודעים ברור שאין שום חתן יודע מה כתוב בה, וכולם נותנים דעתם בעת שחותמים על הצלם אם הוא קולט את הרגע, וסומך הוא על שליחת אצבע המס"ק (=המסדר קידושין) שמראה לו היכן לחתום ולא יותר. וכלום יצדק מי שהוא שיבוא ויאמר לנו שהבעל ידע או יודע מה זה תקנת שו"מ, או שרושם הנישואין או מסדר הקידושין או החתן או העדים יודעים היאך נעשה סך הכל שלש מאות ל"י, והיאך הוא מורכב מארבעה סכומים, מאה זווי כתובת מתרכתא, נדוניא שהכניסה חמשים זקוקים, הוסיף החתן חמשים זקוקים, ועוד הכניסה איזה סכום, סך הכל שלש מאות ל"י? ברור שאין איש מכל אלה יודע מאומה, ואם כן היש תוקף לשטר זה?³⁹

בדעת יחיד, סובר הרב ישראלי שחתימתו מחייבת גם באופן זה.⁴⁰

מן הפסק שיצא מביה"ד הגדול עולה, שגם חתימה על 'חוזה אחיד' שנכתב על ידי צד שלישי, אינה מחייבת בהכרח. ובלשונו של הרב קאפח –

דמסתמא ידע על מה נדרש לחתום... משא"כ, היכא דאנן סהדי, שאין זו חוקה... ולא גזירת חז"ל, אלא מילתא בטעמא, דמסתמא אין אדם חותם אלא אם כן יודע על מה חותם.⁴¹

על פי הדברים הללו ציינתי למעלה שהרב אליהו מסכים עקרונית לטענותיו של הרב קאפח, וכך הבין גם הרב דב כץ, עורך ה'פד"רים', וכפי שכתב ב'מסקנות' בית הדין (שם, עמ' 154). הארכתה להוכיח זאת, כיון שבפס"ד של בית הדין לממונות מטה בנימין שהוזכר לעיל (הערה 34), דוחה ביה"ד את טענת התובע, שניסה למעט מערך חתימתו ע"י הסתמכות על דעת הרב קאפח: "הרי שאין חבריו מודים לו בפד"ר הנ"ל, והזכרע הדין שלא כדבריו", וצ"ע.

38. שו"ת הרשב"א א, אלף קנו.

39. פד"ר ט 159.

40. שם, עמ' 156. הוא מסביר את דברי הרשב"א "שאין הכלה מרגשת" באופן אחר: שם, הכלה לא חתמה, אלא שלא מחתה בבעל החותם.

41. פד"ר הנ"ל בהערה 39, בעמ' 160.

ד. סוף דבר

בשנת תשמ"ג חוקקה הכנסת את "חוק חוזים אחידים", שנועד "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים".⁴² "חוזה אחיד" הוגדר שם "נוסח של שטר שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד, כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם".⁴³

החוק נותן סעד ללקוח כנגד תנאי מקפח, בהתאם לשיקול דעתו של ביה"ד, ואף נותן דוגמאות לתנאים מקפחים.⁴⁴

החוק יוצר בתי דין מיוחדים שידונו בחוזים האחידים,⁴⁵ ומאפשר לספק לפנות מראש לבית הדין על מנת שיאשר נוסח של חוזה.⁴⁶

על פי המבואר לעיל, דומה כי הסעד, שמקורות לו בדין תורה, מצא ביטוי בחוק החוזים האחידים. פוסקי ההלכה, בניגוד לנראה ממבט ראשון, ערים היו לכך, שיייתכנו מצבים שבהם החתימה על החוזה לא תבטא גמיירות דעת שלמה, ולא תעיד על כך שהחותם היה מודע בעת שחתם לכל פרטיו של ההסכם, ואף העניקו סעדים מתאימים, במקום שהיה צורך בכך.

ייתכן אף, שמדין התורה, הסעד המוענק למתקשר בחוזה הטוען לכך שחתם מבלי להבין את פרטי ההסכם, רחב מזה שמעניק החוק הישראלי. דין התורה מאפשר קבלתה של טענה מן הסוג הנזכר, לא רק ב"חוזה אחיד", אלא גם בחוזה שבין שני אנשים מסויימים. הדוגמא המובהקת לכך היא, התייחסות הפוסקים להתחייבות שבכתובה.

אמנם, יש לשים לב להבחנה בין כתובה לבין שטר אחר. ניתן לטעון, שדווקא בכתובה קיימים תנאים שאינם מחייבים, כיון שהחותם טוען להגנתו, שלא ברר על מה הוא חותם כיון שסמך על כך שהתבנית האחידה – פחות או יותר – נוסחה על ידי תלמידי חכמים, ויסודה קבוע מדור לדור. זאת, בניגוד לחוזה, שנכתב לצורך עסקה מסוימת.

לאור זאת ניתן לטעון, ששטרות אחידים, אף אם אין הם מוגדרים על פי חוק כ"חוזים אחידים", כגון חוזה שכירות סטנדרטי או שטר סטנדרטי אחר⁴⁷ – אינם מחייבים את החותם בכל פרטיהם, והדבר נתון לשיקול דעתו של ביה"ד.

ראוי גם להדגיש, שחוק החוזים האחידים מטפל בעיקר ב"תנאי מקפח", כלומר, בביטולו של תנאי בחוזה אחיד, שמעניק יתרון בלתי הוגן לאחד הצדדים לחוזה. מן המקורות שסקרנו לעיל עולה, שדין התורה מעניק הגנה רחבה יותר לטוען שלא ידע על מה חתם. טענה זו עשויה להתקבל, בהתאם לנסיבות, אף בנוגע לתנאים שאין להגדירם כתנאים מקפחים, דוגמת התנאי השולל מן הבעל את הזכות לגרש את אשתו בעל כורחה.

42. סעיף 1 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: חוק חו"א).

43. סעיף 2 לחוק חו"א.

44. סעיפים 4, 3 לחוק חו"א.

45. בכך עוסק פרק ב של חוק חו"א (סעיפים 6-11).

46. בכך עוסק פרק ג של חוק חו"א (סעיפים 12-15).

47. [החוק מגדיר חוזה אחיד כחוזה שנוסח כדי שישמש עבור מספר רב של מתקשרים, בלתי מסויימים. לפי הגדרה זו, גם חוזה שכירות עשוי להיחשב כחוזה אחיד – הערת עורך, י"א.]

הכרעה על פי דברי בעלי הדין: טענות ושבועות

אֲתִידָא אֱלֹהֵיךָ תִירָא וְאִתּוּ תַעֲבֹד וּבִשְׁמוֹ תִשָּׁבַע:

דברים, יג

אמר להם הקדוש ברוך הוא לישראל: לא תהיו סבורים שהותר לכם להישבע בשמי; אפילו באמת אין אתה רשאי להשבע בשמי, אלא אם כן יהיה בך כל המדות האלו.

במדבר רבה כב, א

מצות עשה שישבע מי שנתחייב שבועה בבית דין בשם, שנאמר: "ובשמו תשבוע" – זו מצות עשה, שהשבועה בשמו הגדול והקדוש מדרכי העבודה היא, והידור וקידוש גדול הוא להשבע בשמו.

רמב"ם שבועות יא, א

דלזו מתונים בדין... ומה שהצריכו זה בדין יותר משאר הוראות, הוא מפני שצריך דקדוק גדול להבין מתוך הטענות מי הוא זכאי ומי הוא חייב.

מגן אבות לרשב"ץ, אבות א, א

בעניין מיגו לאפטורי משבועה

הגאון הרב שאול ישראלי זצ"ל

- | | |
|---|------------------------------------|
| א. שיטות הראשונים והקושיות עליהם | ג. ביאור מחלוקת הר"י מיגאש והרא"ש |
| 1. שיטת הר"י מיגאש: מיגו אינו פוטר משבועה | 1. מחלוקת הראשונים בביאור דברי רבה |
| 2. שיטת הרא"ש: מיגו פוטר משבועה | 2. מקור כוחו של המיגו |
| 3. הקשיים שבשיטות הר"י מיגאש והרא"ש | 3. ביאור שיטת הר"י מיגאש |
| ב. ביאור קצות החושן ודחייתו | 4. ביאור שיטת הרא"ש |
| 1. הקשיים שבהסבר קצות החושן | 5. ביאור מחלוקת הרא"ש והרשב"א |
| 2. ביאור דברי הרשב"א | ד. סיכום |
| 3. הרא"ש אינו מקבל את דברי הרשב"א | |

א. שיטות הראשונים והקושיות עליהם

1. שיטת הר"י מיגאש: מיגו אינו פוטר משבועה

נחלקו הראשונים בשאלה האם אמרינן מיגו לאפטורי משבועה. הר"י מיגאש כתב – דכי מהני מיגו לאפטורי מממון, אבל לאפטורי משבועה – משתבע, ולא מהני ליה מיגו.¹

הר"י מיגאש הסתמך על דברי רבא בגמרא –

אמר רב מנשיא בר זביד אמר רב: לא שנו (=ששכיר נשבע ונוטל שכרו) אלא ששכרו בעדים, אבל שכרו שלא בעדים, מתוך שיכול (=המעביד) לומר לו: לא שכרתיך מעולם, יכול לומר לו: שכרתיך ונתתי לך שכרך. אמר רמי בר חמא: כמה מעליא הא שמעתא.

* מרן הגאון הרב שאול ישראלי זצ"ל, לפניו ראש ישיבת 'מרכז הרב' וחבר בית הדין הרבני הגדול. תודתנו לרב ישראל שריר, חתן הרב, על המאמר ועל מלאכת העריכה הראשונית. המאמר מבוסס על רשימות שהכין הרב לשם הרצאת שיעור בכלל 'ארץ חמדה', בכסליו תשמ"ט. הדברים לא הוכנו על ידי הרב לדפוס, והם מובאים כמעט ללא עריכה. הערות העורכים הובאו בסוגריים מרובעות. 1. חידושי הר"י מיגאש שבועות מה, ב ד"ה איתמר.

אמר ליה רבא: מאי מעליותא? אם כן, שבועת שומרין דחייב רחמנא היכי משכחת לה? מתוך שיכול לומר לו לא היו דברים מעולם, יכול לומר לו נאנסו!²

רבא ודאי אינו חולק על היסוד המקובל בכל מקום של מיגו לאפטורי מממון, ומכל מקום משבועה אינו נפטר.

עוד הביא הר"י מיגאש ראייה ממודה במקצת וכן משבועת עד אחד. וכוונתו, דמודה במקצת אמרה תורה דיישבע, אף על פי שיש לו מיגו דהיה יכול לכפור הכול.

היינו, אף על פי שזהו מיגו דהעזה, הרי שלדעת הר"י מיגאש אמרינן מיגו דהעזה. וראיה לדבריו בפרק חזקת הבתים –

הנהו עיזי דאכלו חושלא (=שעורים קלופות) בנהרדעא, אתא מרי חושלא תפסינהו והוה קא טעין טובא; אמר אבוה דשמואל: יכול לטעון עד כדי דמיהן, דאי בעי אמר: לקוחות הן בידי.³

אף על פי דזהו מיגו דהעזה, שהרי התובע יודע שעזיו בידי התופס, ואינו יודע אם אכלו.⁴

2. שיטת הרא"ש: מיגו פוטר משבועה

הרא"ש דחה את דבריו של הר"י מיגאש מסברא –

דכיון דמיגו דאורייתא, מה לי ממון מה לי שבועה, אטו שבועה לאו ממון הוא דזימנין דלא בעי אישתבועי וקיהיב ממונא.⁵

מדברי רבא לגבי שבועת השומרים אין ראיה, כי זהו מיגו דהעזה, וכן מהא דמודה במקצת נמי אין ראיה מטעם זה, שהרי "אמרינן אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו וליכא מיגו".

3. הקשיים שבשיטות הר"י מיגאש והרא"ש

(א) הקשיים שבשיטת הרא"ש

לכאורה, כיוון שכתב הרא"ש מסברא "דכיון דמיגו דאורייתא, מה לי ממון מה לי שבועה", משמע שבמיגו דהעזה, לפי מה דמסיק דלגבי שבועה לא אמרינן מיגו כזה, אם כן הוא הדין בממון לא אמרינן מיגו דהעזה.⁶

2. שבועות מה, ב.

3. בבא בתרא לו, א.

4. י"ל דסבירא ליה כרש"י (בבא קמא קז, א ד"ה כדרבה) דרק במלווה אמרינן אין אדם מעיז, מה שאין כן בפיקדון, כיוון שלא עשה לו טובה – מעיז, אם כן, לא הווי בכלל מיגו דהעזה. והרא"ש שחלק על רש"י – הולך לשיטתו כמובא להלן.

5. רא"ש שבועות ז, ב-ג.

6. [כך כתב קצות החושן (עח, ה) לגבי שיטת התוספות: 'והתוס' דכתבו משום מגו דהעזה, אולי ס"ל דאפילו בממון לא מהני מגו דהעזה' – הערת עורך, ע"ר.]

אך זה תמוה, שהרי ב"הנהו עיזי", אמרינן מיגו כהאי גוונא, אף על פי שהוא מיגו דהעזה. והרי זה עיקר דברי הר"י מיגאש דדייק מדרבא מהא דשבועת השומרים, דלא אמרינן מיגו בשבועה, אף על פי שיש לומר שזהו מיגו דהעזה. אלא דמהא ד"הנהו עיזי" מוכח שמיגו דהעזה נמי מיחשב מיגו, וכפי שנוקט הרא"ש עצמו שלא להבדיל בין ממון לשבועה במיגו דהעזה, היה לו לומר שמיגו דהעזה מועיל בין לפטור מממון ובין לפטור משבועה!

ובאמת, הר"ן⁷ הביא את דברי הר"י מיגאש ודחה את דבריו כמו הרא"ש, דאין ראייה מהא דרבא, כיון דהווי מיגו דהעזה, על כן לא אמרינן בזה מיגו. אך בסוף דבריו שם הביא מ"הנהו עיזי", וכתב דאמנם בזה מחולק ממון משבועה, דבממון אמרינן מיגו גם כשזה בהעזה ולא כן בשבועה.

אך הרא"ש, שמיאן לקבל חילוק זה, וטען "מה לי ממון מה לי שבועה", אם כן תקשי ליה הא.⁸

עוד קשה, דמאחר דהר"ן מוכרח לומר שיש הבדל בין כופר בממון לבין בא לפטור עצמו משבועה, למה באמת לא אמר כהר"י מיגאש, דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה בכלל?

(ב) הקשיים שבשיטת ר"י מיגאש

גם הרשב"א עמד בהא דאמר רבא להוכיח דלא אמרינן מיגו, מהא דשבועת השומרים. ותמה, וכי רבא לא מודה בדין מיגו? "והללא מיגו דאוריתא הוא וכדאיתא בכתובות!"¹⁰ והביא מה שכתב בזה הר"י מיגאש וראיתו ממודה במקצת שמיגו אינו פוטר משבועה. וכתב על זה –

וזה אינו מחוור... והראיה שהביא הרב ז"ל ממודה במקצת, ליתא, דהתם ליכא מיגו... דאי בעי כופר, חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, ואדרבא מיניה אית לן למידק בעלמא כל היכא דאיכא מיגו נאמן.¹¹

והיינו, דהרי מעיקרא הוקשה לו אמאי נשבע המודה במקצת, הא אית ליה מיגו. ולא דחה אלא משום דמיגו כהאי גוונא של אין אדם מעיז וכו' לאו מיגו הוא, ואילו כשאין בזה העזה פטרינן ליה משבועה. זה בניגוד להר"י מיגאש.

ובאמת תמוהה דעת הר"י מיגאש מה שהביא בתור ראיה והיא ראייה להיפך. וראינו לעיל כבר שגם הרא"ש דחה ראיתו מהא דמודה במקצת מהאי טעמא, היינו שאין זה ראייה לדעתו, אך לא דחה באותה חריפות כמו הרשב"א "דאדרבא מיניה" ראייה להיפך. וזה נראה

7. ר"ן על הרי"ף שבועות כו, א ד"ה ירושלמי.

8. [גם בתוספות (ב"ק קז, א ד"ה עירוב) הובאה קושייה זו, עיין שם בתירוצם, ובביאור הש"ך (ח"מ צג, ד) וקצות החושן (פב, יד) לדבריהם – הערת עורך, ע"ר.]

9. כתובות כב, א – "מנין להפה שאסר הוא הפה שהתיר מן התורה?". אסמכתא זו ליתא ברא"ש שהובא לעיל, ועיין פלפולא חריפתא על הרא"ש שבועות ז, ב, אות ה.

10. רשב"א שבועות מה, ב ד"ה הא.

11. שם.

מטעם הנ"ל, דעמד לפניו הא ד"הנהו עיזי" דחזינן דבממון מהני גם מיגו כהאי גוונא של העזה, ולא סבירא ליה לחלק בין ממון לשבועה כמו הר"י מיגאש.
מכל מקום, הרי דבריו של הרא"ש מוקשים באמת לפי מה דדחה דברי הר"י מיגאש, והרי לכאורה החילוק בין ממון לשבועה, מוכרח על כל פנים במיגו דהעזה.

ב. ביאור קצות החושן ודחייתו

את הקשייה על הרא"ש מסוגיית "הנהו עיזי", תירץ קצות החושן על פי מה שכתב הרשב"א –

כל שבא להחזיק בדבר הידוע לחברו, אם אתה חושדו דשלא כדין בא להחזיק בו, כל שמעיו פניו בכך, יעיו ויעיו בכל טענה, ואף בטענת מינך זבינתה.¹²

כלומר, מי שחשוד על הגולה, הוא בגדר מעיו פנים, גם אם התובע אינו יודע שהטענה היא שקר, ולכן הוא מסוגל להעיו ולטעון גם טענה אחרת אף כשחברו יודע בשקר. לפי זה לא קשה מ"הנהו עיזי", דהרי הוא נחשד שהעזים לא אכלו אצלו והוא מעיו לתבוע את שאינו שלו, ולגבי דידיה שחשוד בכך, הרי יש לו מיגו, דאי איתא שרוצה לגזול ממון חברו, לא נמנע גם מהעזה. על כן לא קשיא מידי משם.

מה שאין כן לעניין שבועה, לפי מה דמסיק בבבא מציעא¹³ "דחשיד אממונא חשיד אשבועתא". והא דמשביעינן הוא משום דחשדינן דספק מלווה ישנה יש לו עליו, ותופס מספק בממון חברו בחזקה, ואם יזכור שאינו חייב יחזיר לו, על כן לא חשיד כלל אממונא. אם כן לפי זה, כל דין דרמינן שבועה הוא רק בגוונא דלא חשדינן ליה אממונא, ולגבי שכזה אכן קיים הכלל דאין אדם מעיו. על כן, שפיר כתב הרא"ש לעניין שבועה דמיגו דהעזה לאו מיגו הוא, ולא קשיא מ"הנהו עיזי". עד כאן תורף דבריו של קצות החושן.¹⁴

הסבר דבריו, דלכאורה מוקשים הם, דמשום מה נימא דלגבי ממון אמרינן דנחשב למיגו גם מיגו דהעזה, מפני שאם חשבינן ליה שרוצה לגזול בידיעה ברורה, לא יירתע גם מפני זה, דכל גברא כהאי גוונא שפיר מעיו ומעיו. הא מכל מקום גם לגבי קיים הספק שמא תובע מכוח מלווה ישנה, ולמה נחשוב זאת לו למיגו, הא שמא אינו מעיו ולא מיגו הוא?

אכן הדבר פשוט, דבשבועה אין אתה בא לחייבו ממון אלא שבועה, ואי איתא דלא תפיס לה מחמת ספק זה הרי יכול להישבע בשופי, ולא הפסדנו לו כלום. על כן יש מקום לתקן

12. שו"ת הרשב"א ב, רעג.

13. בבא מציעא ו, א.

14. [ביאור: חיוב שבועה חל רק כאשר יש סיכוי שהנתבע מחזיק בממון שלא כדין, והוא אינו גולן, אלא רק מסופק אם התובע חייב לו. במקרה כזה מיגו דהעזה לא פוטר את הנתבע משבועה, כיוון שייתכן שלא היה מעיו פניו וטוען את הטענה שיש בה עזות פנים.

לעומת זאת, כאשר השבועה נועדה לגרום לנתבע להודות בגול, הרי שאם הוא חשוד כגולן, מיגו דהעזה פוטר אותו משבועה, כיוון שאם הוא חשוד להעיו פניו ולגול, גם יעיו פניו וישקר – הערת עורך, ע"ר.]

שייבע להוציא מספק זה. אף על פי שהוא ספק רחוק, כדכתבו התוספות¹⁵ דאם באו עדים שגזל פסלינן ליה לעדות ולשבועה ולא תלינן שנשבע מחמת ספק מלווה ישנה.

על כן, בתביעת ממון החשש הסביר הוא שרוצה לקחת את שאינו שלו ביודעין; לגבי זה אכן יש לו מיגו דהווי מהעזה להעזה, על כן שפיר פטרינן ליה במיגו זה. מאי תימא, שמא בכל זאת תופס מצד מלווה ישנה, אך מצד ספק רחוק זה לא מפקינן ממונא.¹⁶

1. הקשיים שבהסבר קצות החושן

מכל מקום, תירוץ זה אינו מספיק. חדא, דכל זה בנוי על ההנחה שלהלכה נקטינן דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, וכל עיקר דמשביעינן הוא מחמת ספק מלווה ישנה, ואכן כך לכאורה פסק הרי"ף.¹⁷ אולם הרא"ש¹⁸ כתב דפשטא דסוגיא מסיקה שחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא. והא דכתב הרי"ף דברי אביי משום דאין נפקא מינא מזה לדינא, שבכל מקום, גם כהא דהני ג' שבועות דאורייתא, יש לומר שחשיד בספק מלווה ישנה.¹⁹ משמע שנוקט הרא"ש שאילו ימצא נפקא מינא, ההלכה היא באמת כרבי יוחנן דלא חשיד אשבועתא, גם כשחשיד אגזלה.

דברי הרא"ש קשים, מאחר דעיקר השבועה דמשביעינן ליה הוא מצד חשד גזל, וכדברי ר' יוחנן וסוגיית הגמרא, אם כן איך תיתכן שבועת השומרים, הרי יש לו מיגו ד'החזרת' או מיגו דכפירה, ובכהאי גוונא מעיז ומעיז!²⁰

וביותר קשה על קצות החושן, עיקר דבריו של הרא"ש שכתב בביאור הרי"ף, שלא הקפיד בהסברת הא דמשביעינן, אי הוא מצד דלא נחשד אממונא, או מצד שלמרות שחשוד לגזול, מכל מקום אינו חשוד אשבועתא, כיוון שאין לכך נפקא מינא.

הרי נפקא מינא גדולה איכא: אם החשד הוא מצד גזל, לא נשביענו, כי יש לו מיגו, כיוון שאז מעיז ומעיז. ולפי זה מוכרח דהרא"ש לא סבירא ליה כסברת הרשב"א שהחשוד כגולן יכול לטעון אף מיגו המוגדר כמיגו דהעזה.

15. תוספות בבא מציעא ו, א ד"ה ספק.

16. נביאור: הסיכוי שהנתבע תפס את ממון התובע מחמת ספק, הוא קטן ביותר. ולכן, כשיש לנתבע מיגו דהעזה, יש מקום לחייבו שבועה, שהרי אם הוא דובר אמת הוא יכול להישבע ולהיפטר. אבל כאשר האפשרויות היחידות הן לפטור את הנתבע או לחייבו, אין לחייבו בטענה שהוא מחזיק בממון מספק, ולכן לא היה טוען טענה שיש בה העזה. כיוון שמן הסתם הוא מחזיק בממון כדין – ואז אין להוציא מידו; או שהוא גולן – ואז יש לו גם מיגו דהעזה – הערת עורך, ע"ר.]

17. רי"ף בבא מציעא ד, א.

18. רא"ש בבא מציעא א, ט.

19. ועיין פילפולא חריפתא שם שהסביר, שכיוון שכן, נקט הרי"ף יותר בדרך שלא חשדינן ליה בגזל.

20. נביאור: על פי הרא"ש, החשוד לגזול לא חשוד שיישבע לשקר, ומטרת השבועה היא לגרום לאדם החשוד בגזל להודות. אם כן, בהתאם לדברי קצות החושן, שהסביר שהחשוד על הגזל יכול לטעון מיגו, גם כאשר הטענה החלופית דורשת עוות פנים, עולה השאלה: מה היסוד לחיובו של שומר בשבועת השומרים? כל שומר שטוען שהפיקדון אבד באונס ייפטר בלא שבועה, שהרי אם הוא חשוד שגנב את הפיקדון, כלומר, הוא חשוד בגזל, הרי שהוא נאמן גם במיגו דהעזה – הערת עורך, ע"ר.]

עוד קשה על הרשב"א עצמו. הרי לדבריו איכא פירכא מסוגיית הגמרא דילן,²¹ וכן מעיקר המימרא של רבי יוחנן, שעל פיה, עיקר השבועה הוא מצד החשש דגולנותא. וקשה, דאם כן, אמאי לא ייפטר משבועת השומרים במיגו, שהיה יכול להכחיש מכול וכול, ובכהאי גוונא שרוצה לגזול, מעיז ומעיז.

2. ביאור דברי הרשב"א

עיינתי בדברי הרשב"א עצמו, וראיתי שראשית הוא מביא שאין אומרים מיגו דהעזה, ומקורו מהא דרבה לגבי מודה במקצת.²² אחר כך, הקשה מ"הנהו עיזו", ולא חילק בין ממון לשבועה, כדעת הרא"ש, שלא חילק. לכאורה, לפי זה קשה אמאי רבה לא חשיב ליה מיגו, כשמודה במקצת, כשיכול היה לכפור הכול?

וראיתי, שנראה בלשונו שדקדק לומר דבריו רק בגוונא דהא דאכלי חושלא, שכתב שבכהאי גוונא החשד הוא "שבא להחזיק" בדבר הידוע שהוא של חברו. ומשמע, שמבדיל במפורש בין מי שבא עכשיו להחזיק בדבר שאינו שלו, למי שיודע במפורש שעושה מעשה גזל עכשיו.²³

ולא כן בהא דשבועת השומרים²⁴ שבא להימנע מלהחזיר דבר שבא לידו בשעתו בהיתר ברשות הבעלים, שהוא אצלו בחינת שב ואל תעשה, דהיינו להימנע מלהשיב, אבל לא עושה מעשה גולה בידיים. בזה לא אמר חידושו דבכהאי גוונא מעיז ומעיז.²⁵

ועל כן בהנהו עיזי שלוקח השתא ממון חברו בגזל, בזה הוא דאמר שכל כהאי גוונא הווי מעיז ומעיז. אבל הרשב"א לא בא להגיד כזאת בגוונא דבא לעכב ולא להחזיר מה שבא לידו ברשות.²⁶

על כן יסוד חילוקו של הקצות דבא לתרץ את הקושייה על הרא"ש מ"הנהו עיזו" אמנם נכון, אבל אין צריך להא דכתב דתלי לה בהלכה אי אמרינן חשיד אממונא חשיד אשבועתא או לא. דגם אי נימא דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, והשבועה היא מצד החשד שרוצה לגזול, לא תקשי דאם כן נימא דמעיו גם להישבע, כי לא אמר הרשב"א סברתו אלא

21. [ביאור: הכוונה לשאלת רבא על רמי בר חמא, לגבי מיגו לפטור משבועה – הערת עורך, ע"ר.]

22. [אמר רבה: מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע? חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו" (כתובות יח, א ועוד) – הערת עורך, י"ש.]

23. [ביאור: רק כאשר בא לתפוס ממון חברו, אנו אומרים שאם הוא חשוד כגולן, גם היה מעיז פניו לטעון כל טענה, ולכן הוא פטור משבועה במיגו שהיה טוען גם טענה שיש בה עזות פנים – הערת עורך, ע"ר.]

24. שהרי הא דרבה הוא גם בפיקדון, לראשונים שחולקים על רש"י דס"ל שבפיקדון חייב בכופר הכול.

25. [ביאור: כאשר אדם נמנע מלהחזיר לחברו ממון שניתן לו, אין בכך עזות פנים גדולה, ולכן הוא אינו נאמן לומר שהיה מעו לטעון טענה שיש בה עזות פנים, ולכן מיגו דהעזה אינו פוטר אותו משבועה – הערת עורך, ע"ר.]

26. [ביאור: כאשר תפס ממון חברו בטענה שחברו חייב לו, אם הוא חשוד כשקרן, הרי הוא גולן גמור, ונאמן גם במיגו דהעזה. אבל במקרה שאינו מחזיר ממון שבא לידו בהיתר, הוא אינו נאמן במיגו דהעזה, כיון שאינו חשוד להעיז פניו ולגזול ממון חברו, אלא רק לעכב ממון שבא לידו – הערת עורך, ע"ר.]

בהא ד"הני עיזי" כשלא בא לידו בהיתר. אבל בהא דג' שבועות דהגיע לידו בהיתר, אכן יש לומר דבאמת אכתי אינו מעיז, ועל כן לא חשבינן למיגו דהעזה.

ולא קשיא גם למאן דאמר חשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, ושפיר יש מקום לשבועה, ולא אמרינן שכיוון שמעיז לקחת שאינו שלו, מעיז ומעיז לטעון כל טענה. דבגוונא שאינו גזל ממש בידיים אמרינן שפיר דאינו מעיז. ומיושבת שיטת הרשב"א כשלעצמה.²⁷

3. הרא"ש אינו מקבל את דברי הרשב"א

אכן על הרא"ש קשה, כי בתשובה²⁸ על תופס פיקדון, שבא בטענה שהמפקיד היה חייב לו כסף, הביא הרא"ש ראייה על זה מ"הני עיזי" שמייגו דהעזה פוטר מממון, ולכן התופס נאמן.

קשה אם כן, הרי במקרה שבא לפני הרא"ש בא הממון לידו בהיתר, ובוהו אייתי שפיר סברת הרשב"א, שבמקרה כזה, מיגו דהעזה אינו פוטר, בניגוד ל"הנהו עיזי" שתפס ללא רשות.

ומכאן משמע דהרא"ש אינו מחלק כהרשב"א. וכן פשטות לשונו שמסיים ואומר שכהנה הרבה בש"ס מיגו דהעזה, שלא העלה סברתו של הרשב"א ולברוק כל הני שבש"ס אם הם כאלה.

אם כן הדרא קושיא, כיוון שמייגו דהעזה לא אמרינן לפטור משבועה, ולדידיה אין הרי הבל בין ממון לשבועה, תקשי מהני עיזי דחזינן דאיכא מיגו דהעזה.

ג. ביאור מחלוקת הרא"ש והר"י מיגאש

1. מחלוקת הראשונים בביאור דברי רבה

והנראה בזה על פי מה שיש לדקדק, דהרא"ש כתב השגתו על הר"י מיגאש (וכן הוא ברשב"א כנ"ל) על פי מה שהקדים "כיון דמיגו דאורייתא מה לי ממון מה לי שבועה". ובפילפולא חריפתא²⁹ שם ציין שהמקור לכך שמייגו הוא מדאורייתא הוא מדברי רבה שאמר "מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה נשבע", הרי חזינן דסוגיית הגמרא נוקטת שמייגו הוא מן התורה.

ונראה מדברי הרא"ש, שאילו היינו אומרים שמייגו אינו מן התורה, אלא מתקנת חכמים, כי אז לא היה קשה לו: "מה לי ממון מה לי שבועה". ולכאורה, מאי נפקא מינה אם מיגו הוא

27. ונראה דכזו היא גם שיטת הנמוקי יוסף (על הרי"ף בבא מציעא א,א), דבא לתרץ מה שהקשו גם התוספות באומר חציה שלי - ניהמניה במייגו דאי בעי טעין כולה שלי. ותירץ הנמוקי דמיגו מממון לממון לא אמרינן, דייכתן שאינו מעיז לממון יותר. נראה דס"ל דגם בממון לא אמרינן מיגו דהעזה. ותקשי עליה ג"כ מהא ד"הני עיזי". אכן לפי דרכו של הרשב"א ניתן לתרץ זאת, דהרי אמרו שם בגמרא דהבא לתפוס בטלית של המציאה (או של קנייה) מורה היתר לעצמו, אם כן אינו דומה לגזל ממש מיד השני, דבר שידוע שהוא גזל, דע"כ אמרינן ביה דלא הווי מיגו, דהווי מיגו דהעזה, ולא כן בהא ד"הני עיזי", דהווי גזלה בידועין וללא כל הוראת היתר.

28. שו"ת הרא"ש קו, א.

29. על הרא"ש הנ"ל בהערה 18.

מדאורייתא או מדרבנן? גם הרשב"א מציין שמיגו הוא מן התורה, וציין "כדאיתא בכתובות". וזה לכאורה תמוה, דמה לו לציין בכתובות (אי איתא שהכוונה להא דרבה, דזה איתא במסכת שבועות³⁰ עצמה).

ונראה, דבכוונה הדגיש הרא"ש כהקדמה לטענתו על הר"י מיגאש דמיגו הווי מן התורה, דבזה תבאר לנו שיטת הר"י מיגאש שמיגו לא פוטר משבועה, במה שכתב הוכחה לדעתו מהא דמודה במקצת שאינו פטור במיגו שהיה כופר הכול. שכאמור לעיל, הרשב"א כתב שמשם ראייה להיפך, וכן הרא"ש דחה על כל פנים הראייה משם.

וזה, דבעוד התוספות פירשו את שאלת רבה: "מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע"³¹, שהשאלה הייתה מדוע לא נפטר במיגו דאי בעי היה כופר הכול, אכן רש"י³² פירש, דהשאלה הייתה שנראה זאת כמשיב אבדה, דזהו מגדר 'הפה שאסר'.³³ ונראה, דהכי נמי סבירא ליה להר"י מיגאש כרש"י.

והנה דין 'הפה שאסר' מבואר בגמרא³⁴ כנ"ל שהוא אם מקרא ואם מסברא (דלא צריך לזה קרא). על כן פשיטא שסברא זו שייכת גם לעניין שבועה, וברור דגם אליביה אמרינן 'הפה שאסר' לפטור משבועה. אכן זה היה הסלקא דעתא. ותירץ רבה דאמרינן "אין אדם מעיז..." דאשר על כן אין לראות זאת כמשיב אבדה.

אלא דמכל מקום הן יקשה מהא ד"הנהו עיזי" שגם מיגו דהעזה הווי מיגו. אלא שהתירוץ הוא, שבמיגו רגיל אמנם יש להבחין אם זה לפטור מממון או משבועה, ומכאן הוכחה לדברי הר"י מיגאש דמיגו לפטור משבועה לא אמרינן, אף על פי דבממון מהני מיגו. זאת הייתה כוונת הר"י מיגאש במה שכתב להוכיח דמיגו לא פוטר משבועה מדין מודה במקצת.³⁵

אלא שהרא"ש דמפרש כתוספות שגם קושיית רבה מעיקרא לא הייתה מדין 'הפה שאסר', אלא מדין מיגו, על כן חזינן מתוך השאלה שגם לפטור משבועה – אמרינן מיגו, ורק לפי מה שמתרץ דזהו מיגו דהעזה, על כן לא אמרינן מיגו.

ובהסבר הא דתלי בהנחה שמיגו הוא דאורייתא, נראה דיש מקום לומר שהוא מדרבנן. ולכאורה יש להבין, אי מן התורה אין דין מיגו,³⁶ אם כן לכאורה לא מובן, דאי איתא שמן

30. שבועות מב,ב.

31. שם.

32. רש"י בבא מציעא ג,א ד"ה מפני ונראה.

33. דרש"י לשיטתו דסבירא ליה (בבא קמא קז,א ד"ה כדרבה), דהא דכופר הכול פטור משבועה הוא מפני שאין אדם מעיז וכו'. והרי רבה בשאלתו טרם ידע מסברה זו, שהרי זוהי תשובתו.

34. כתובות כב,א.

35. [ביאור: דהיינו, לדעת הר"י מיגאש 'הפה שאסר' פוטר משבועה וממון, לעומת זאת, מיגו פוטר מממון בלבד. שאלת רבה הניחה שלמורה במקצת יש 'הפה שאסר', ומסקנתו היא שיש לו רק מיגו, ולכן אינו נפטר בשבועה – הערת עורך, ע"ר.]

36. וכך יש מקום לדייק קצת מהא דכתובות כב,א, דאמר רק לענין 'הפה שאסר' דיש סברא. ומשמע, דאילו לדין מיגו לא שמענו סברא, ולפי זה יש לומר שהוא רק מדרבנן.

התורה לא סמכין על מיגו, משמע שזו אינה הוכחה ברורה, ואם כן למה יתקנו חכמים מדרבנן שתהא זו נחשבת כהוכחה.

בדומה לזה יש לשאול אליבא דהר"י מיגאש שלדעתו הפה שאסר פוטר גם משבועה, ואילו מיגו אמרינן רק לממון ולא לשבועה. דממה נפשך, אי מיגו הווי הוכחה, הרי כשם שהפה שאסר מהני גם לעניין שבועה, אמאי לא יהני גם מיגו לשבועה. וצ"ע לכאורה.

2. מקור כוחו של המיגו

ונראה שיוסבר על פי מה שידועה החקירה³⁷ בתוכן קבלת טענת מיגו, אי הוא מטעם נאמנות בדומה להפה שאסר, שזה מוכיח שדבריו אמת, דאי רצה לשקר יכול היה לומר הטענה האחרת. או דנימא שזה מגדר זכות הטענה, דהעובדא שבטענה אחרת היה זוכה, מקנה לו זכות קבלת הטענה שטוען כיום.

ונראה שיש נפקא מינא בין שני הנימוקים.

דאי אמרינן שמיוגו מהווה הוכחה, כי אז נכונה הטענה של הרא"ש "מה לי ממון מה לי שבועה". דאי זה משמש לממון, מסתבר דמהאי טעמא ישמש זה גם כנאמנות לשבועה.

אכן, אי נימא שהוא מכוח זכות הטענה, יש לומר שזהו רק כשאנו באים להוציא ממנו, מהווה זה נימוק לקבל כמו הטענה ההיא. אך אם לשבועה, יש לומר דכיוון דאין באים להוציא ממנו, והרי אם אמת הדבר יכול הוא להישבע ואין זה פוגע בזכותו, על כן לא אמרינן מיגו לאפטורי.

מאידך, נראה דנפקא מינה גם לעניין העזה, דאי נימא שהוא מכוח זכות הטענה, אזי ניתן לקבל גם מיגו דהעזה. דהרי לפי זה ממילא אין אנו רואים בזה הוכחה לצדקת טענתו, אלא רק שזכותו היא שתתקבל טענה זו כטענה האחרת. וזה שייך גם בטענה דהעזה, דסוף סוף יש לו זכות טענה, וזו ניתנת להעברה לטענה זו.

3. ביאור שיטת הר"י מיגאש

מעתה הדברים יתבארו כמין חומר. דלר"י מיגאש דמחלק בין 'הפה שאסר' שמהני גם לפטור משבועה, ולא כן טענת מיגו אף על פי שגם היא מן התורה.

כי 'הפה שאסר' היא באמת מטעם הוכחה, וכדאמרינן דהוא מילתא דסברא ולא צריך קרא, בזה אין מקום לחלק, וגם בשבועה נאמן להיפטר. ולא כן מיגו, דאמנם גם הוא מהני מן התורה, אך רק מכוח העברת זכות הטענה. על כן שייך רק לממון שזכות זו שמורה לו גם לטענה זו. ולא כן לעניין להיפטר משבועה, שאין כאן פגיעה של ממש בזכותו, כי מה ניזוק הוא אם יישבע ויוכיח האמת.

מאידך, 'הפה שאסר' לא שייכא בגוונא דהעזה, דאז אין כאן 'הפה שאסר', אבל זה מהני בממון גם בגוונא דהעזה, דמכל מקום הרי סוף סוף יש לו זכות הטענה, וזכות זו עוברת

37. [ראה למשל הגר"א וסרמן, קובץ שיעורים ב, ג – הערת עורך, ע"ר.]

וקיימת לו גם בטענתו השנייה. על כן ב"הנהו עיזי" אמנם מהני גם טענה דהעזה, אבל לא בשבועה, אפילו בטענה דלאו דהעזה. זוהי סברתו של הר"י מיגאש.

4. ביאור שיטת הרא"ש

ואילו הרא"ש פירש הא דרבה מצד מיגו, וזה מהני מדאורייתא כדמוכח מרבה "מפני מה אמרה תורה". והרשב"א הוכיח לה ממה דאיתא בכתובות, ונראה שבכוונה נקט בכתובות, דשם שמעינן שנאמנות של מיגו היא גם לעניין איסור.³⁸ אם כן מוכח שזה לא רק מדרבנן ומכוח תקנה, אלא מעיקר הדין ובתור הוכחה. על כן הוא מהני גם לשבועה, דמה לי ממון מה לי שבועה.

אכן, גם מיגו שבא מכוח זכות הטענה מהני, כדחזינן ב"הנהו עיזי", אך רק מכוח תקנת חכמים, על כן מיגו מהני אמנם גם בטענה דהעזה, אך זה לא מהני בשבועה, כיוון שלא באים לפגוע בזכותו, דאי אמת כדבריו – מה איכפת לו שיישבע. על כן לא קשיא מידי גם לרא"ש מהא ד"הנהו עיזי", דיש לומר, דהתם אין זה מן התורה, רק מכוח התקנה, על כן זה מהני לממון ולא לשבועה.

5. ביאור מחלוקת הרא"ש והרשב"א

ומעתה יתבאר לנו יפה הא דהרשב"א דחה דברי הר"י מיגאש באמרו שלא זו בלבד שאין ראייה מהא דמודה במקצת, כי גם ממש מוכיח איפכא משם. והיינו כנ"ל, דכיוון שכל עיקר הקושייה של רבה הייתה מכוח מיגו, והיה מהני לפטור משבועה, שמעינן שמיגו בכוחו לפטור גם משבועה.

לרשב"א לא קיימת כל הוכחה שיש למיגו נאמנות נוספת מטעם זכות הטענה. שכל עיקר הראיה לומר שיש גם נאמנות של זכות הטענה היא מ"הנהו עיזי", אך הרי איהו הסביר שם טעם אחר שזו טענה מהעזה להעזה, על כן הוא עניין אחר.

אכן הרא"ש, הרי סבירא ליה דייחכן קבלת טענה למיגו מכוח העברת זכות הטענה שיש לו בטענה אחרת כמו להר"י מיגאש ביסודו. אלא שבעוד שלהר"י מיגאש הוא מן התורה ממש, ואילו לדידיה זה מכוח תקנת חכמים. ועל כן אין לו פירכא על שיטת הר"י מיגאש, לפי מה שפירש הא דרבה בשאלתו על נאמנות מדין 'הפה שאסר', דלפי זה יש נאמנות למיגו מכוח העברת זכות הטענה מטענה לטענה, יסוד שגם הוא מכיר בו כראוי להתקבל. על כן אינו יכול לפרוך סברתו ולדחותה, ועל כן לא הקשה עליו כמו הרשב"א שדחה דבריו והוכחתו, שזו אינה הוכחה, כי כשם שניתן לפרש דברי רבה בקושייתו מכוח הפה שאסר, הן כך ניתן לפרש גם מכוח מיגו. על כן ראייה אין כאן, אולם גם פירכא אין כאן ודו"ק.

38. למשל בכתובות יג,א, "ראוה מדברת... ע"ש תוספות.

ד. סיכום³⁹

מן המפורסמות הוא, שלפי דין התורה, מי שיכול היה לזכות בדין לפי טענה אחת, אך בפועל בחר להציג בפני בית הדין טענה אחרת, מוגדר כמי שטענתו היא טענת 'מיגו', שיש בכוחה לפטור אותו מן החיוב הממוני המוטל עליו, כשם שהיה בכוח הטענה האחרת, שבה לא בחר בפועל.

נחלקו הראשונים בשאלה, האם יש בכוחו של מיגו לפטור את בעל הדין מחיוב שבועה המוטל עליו: לדעת הר"י מיגאש, אין בכוח מיגו לפטור את בעל הדין מחיוב שבועה המוטל עליו. לעומתו, הרא"ש סבר שיש בכוחו של המיגו גם לפטור את בעל הדין מחיוב שבועה המוטל עליו.

אגב מחלוקת זו והראיות השונות שהביאו הראשונים לביסוס עמדתם, נמצאנו למדים על מחלוקת נוספת ביניהם, בעניין ההבחנה בין מיגו 'רגיל' ל'מיגו דהעזה'. במיגו דהעזה, הטענה החלופית, שמכוחה יכול היה בעל הדין לזכות בדין, דורשת עזות מצח גדולה יותר מזו הנדרשת לשם הצגת הטענה הנוכחית. ולכן, יש מקום לשקול האם באמת הייתה לטוען היכולת הנפשית להעז פניו ולטעון את הטענה הנוכחית.

הר"י מיגאש אינו מבחין בין מיגו רגיל ל'מיגו דהעזה'. לדעתו, שני סוגי המיגו פוטרים מממון ואינם פוטרים משבועה. לעומתו, הרא"ש מבחין בין שני סוגי המיגו. לדבריו, מיגו רגיל כוחו יפה כדי לפטור את בעל הדין מממון ומחיוב שבועה המוטל עליו. לעומת זאת, מיגו דהעזה הוא מיגו 'חלש', שאין בכוחו לפטור אדם מחיוב שבועה המוטל עליו. לא ברור מדברי הרא"ש האם מיגו דהעזה פוטר מממון.

שיטותיהם של הר"י מיגאש והרא"ש, מעוררות קשיים רבים, שעל חלקם עמדו האחרונים. הרב מציג קשיים אלו בהרחבה, מתאר את הדרכים שבהן ניסו האחרונים ליישב את הקשיים, ומצביע על הקשיים שמעוררים תירוצים אלו. בעקבות זאת, מבקש הרב להסביר את המחלוקת בדרך שונה, המתבססת על חקירה עקרונית בדבר מקור כוחו של המיגו.

השאלה היא מדוע תורם המיגו לעוצמתה של הטענה, האם מפני שנמנע מלשקר (ימה לי לשקר), או שמא, מפני שיש לו את ה'כוח' של הטענה החלופית שיכול היה לטעון ('כוח טענה').

על פי ההסבר הראשון, מיגו הוא הוכחה שהנתבע דובר אמת, ומסתבר שהוכחה כזו יכולה לפטור גם משבועה. כמו כן, על פי הסבר זה מיגו מועיל רק כאשר הייתה לנתבע אפשרות ממשית לשקר, כלומר, לא במיגו דהעזה.

על פי ההסבר השני, מיגו אינו הוכחה, ולכן הוא מועיל רק לנתבע שרוצים להוציא ממנו ממון, ולא לנתבע שיכול להיפטר בשבועה. כמו כן, על פי הסבר זה, גם מיגו דהעזה יועיל לנתבע, כיון שדי בכך שתיאורטית הוא יכול היה לטעון טענה חלופית, כדי להסתמך על 'כוח הטענה'.

39. [הסיכום כולו אינו חלק מכתב היד, אלא סיכום מפורט של מהלך המאמר ומסקנותיו – העורך, ע"ר.]

ר"י מיגאש מבחין בין מיגו מסוג 'הפה שאסר', שבו כוחה של טענת בעל הדין נובעת מכך שיכול היה לזכות בדין. לו היה שותק, לבין מיגו המתבסס על יכולתו של בעל הדין להציג טענה שונה, שהייתה מתקבלת על דעת בית הדין. כוחו של מיגו מן הסוג הראשון, נובע מן המהימנות שהוא מעניק לטענת בעל הדין ('מה לי לשקר'). לעומתו, כוחו של מיגו מן הסוג השני, נובע מהעברת כוחה של הטענה החלופית, אל הטענה הנטענת בפועל ('כוח טענה').

כאשר כוחו של המיגו נובע מן המהימנות שהוא מעניק לטענה, אין סיבה להבחין בין כוחו של המיגו לפטור מחיוב ממוני, לכוחו לפטור מחיוב שבועה. היות והטוען מהימן, לשם מה ישיע אותו בית הדין?

מנגד, כאשר כוחו של המיגו נובע מהעברת 'כוח הטענה' החלופית, הוא פוטר מממון ולא משבועה, כאמור לעיל. לפי הסבר זה, מובן גם מדוע אין ר"י מיגאש מבחין בין מיגו רגיל למיגו דהעזה, כיוון שכאשר מדובר ב'כוח הטענה' אין צורך בכך שלנתבע תהיה יכולת ממשיית לטעון את הטענה החלופית.

הרא"ש סובר, שמדאורייתא גם 'הפה שאסר' וגם מיגו מעניקים לטוען מהימנות משום 'מה לי לשקר'. ולכן מיגו פוטר משבועה, כיוון שהוא מעניק לטוען מהימנות השווה לזו של שבועה.

כל זאת, כאשר הייתה לטוען אפשרות ממשיית לשקר, אבל במיגו דהעזה, שם לא הייתה לנתבע יכולת ממשיית לשקר, הטוען נהנה רק מ'כוח הטענה'. כוח זה מקורו בתקנת חכמים, ואינו מדאורייתא. כמו כן, מיגו כזה פוטר מממון, ואינו פוטר משבועה, כיוון שאין בו ראיה שיכולה להחליף את השבועה שבה חייב הטוען.

אגב בירור שיטותיהם של ר"י מיגאש והרא"ש, הסביר הרב גם את שיטתו של הרשב"א. הרשב"א, בדומה לרא"ש, סובר שכוחו של המיגו נובע מן המהימנות שהוא מעניק לטענתו של בעל הדין ('מה לי לשקר'). אולם, בניגוד לרא"ש, הרשב"א סבור שאין למיגו 'כוח הטענה'.

משום כך סובר הרשב"א, שאין בכוחו של מיגו דהעזה להעניק לבעל הדין זכויות, מכל סוג שהוא, זולת אם הטוען חשוד כגולן. במקרה האחרון, למרות שבטענה החלופית יש עזות מצח, הרי שגם בטענה הנוכחית יש עזות מצח, כי אנו מניחים שהמלווה הוא גולן הכופר באשמתו. לפיכך, לגבי אדם כזה יועיל מיגו מכל סוג שהוא.

האם "יהיו בעיניך כרשעים"?

כוחה של טענת אדם לטובת עצמו

הרב עדו רכניץ

- | | |
|---|-----------------------|
| א. מבוא | ד. סיכום ופסיקת ההלכה |
| ב. שיטת בעלי התוספות – כוח ראייתי לטענה | 1. מיגו |
| 1. ברי ושמא | 2. טוענים ליורשים |
| 2. טענין ליתמי | 3. ברי ושמא |
| 3. מיגו | |
| ג. שיטת הרמב"ם – אין לטענה כוח | |
| 1. מיגו | |
| 2. חוששים ליורשים, ללקוחות ולערב | |
| 3. טוענים ליורשים | |
| 4. ברי ושמא | |

א. מבוא

במשנה מובא –

יהודה בן טבאי אומר: אל תעש עצמך כעורכי הדיינין; וכשיהיו בעלי דינים עומדים לפניך יהיו בעיניך כרשעים; וכשנפטרים מלפניך יהיו בעיניך כזכאין כשקיבלו עליהם את הדין.¹

את ההוראה לראות את בעלי הדין "כרשעים" ניתן להבין בשתי דרכים: האחת – לקבל את דברי בעלי הדין בספקנות, אולם, להעניק משקל כלשהו לדבריהם. השנייה – לא לתת שום משקל לטענת אדם לטובת עצמו.

פירושו של רבנו יונה נוטה לדרך השנייה –

...כאילו רשעים שניהם בדינם וטוענין שקר יהיו בעיניך...²

* הרב עדו רכניץ, מכון 'משפטי ארץ', עפרה.

1. אבות א, ח.

2. שם.

במילים אחרות, השאלה היא האם במקרה שנתבע טוען שהוא פטור, או כשתובע טוען שהנתבע חייב לו, הטענה משפרת את מצבו של הטוען מעבר למה שהיה נפסק על פי הראיות והחזקות.

ניתן ליישם שאלה זו בביאור הדין הבא: כאשר אדם תובע את חברו ומביא עדים על ההלוואה, והנתבע טוען שפרע – הנתבע פטור.³

אם ההנחה היא שלטענת הנתבע שהוא פטור אין משמעות, הרי שהוא נפטר מפני שהתובע כלל לא הביא ראיה על חיוב נוכחי, אלא על כך שהיה חיוב בעבר. לעומת זאת, ניתן להבין שמול ראיה חלשה כעדי הלוואה צריך הנתבע לטעון טענת פטור, והטענה היא זו שפוטר את אותו.

נפקא מינה בין שני ההסברים תהיה ביורש שאינו יודע האם המוריש פרע. לפי ההסבר הראשון היורש ייפטר כיוון שבעצם אין ראיה שהוא ירש רכוש שחל עליו חוב; לפי ההסבר השני, לכאורה, היורש חייב, כיוון שלא טען שום טענה כנגד הראיה שהוצגה בבית הדין. יש לציין שלהלכה אין חולק שבמקרה זה היורשים פטורים, אולם, ישנם הסבורים שזוהי תקנת חכמים, נושא זה יתברר תוך כדי העיון בסוגיית טענין ליתמי.

ככלל, נבקש להוכיח שקיימות שתי שיטות מרכזיות בהלכה בעניין זה. שיטת הרמב"ם, הסובר שלטענת אדם לטובת עצמו אין שום משמעות במקום שבו יש ראיות או חזקות; ולעומתה שיטת בעלי התוספות, והרמב"ן ותלמידיו הסוברים שיש משמעות לטענה במקרים מסוימים.

בסיומו של המאמר, לאחר הבהרת השיטות השונות, נבקש לעמוד על פסיקת ההלכה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בשולחן ערוך, בנושאי כליו ובדברי האחרונים.

ב. שיטת בעלי התוספות – כוח ראייתי לטענה

בעלי התוספות סוברים שטענת 'פטור אני' או 'אתה חייב לי' משפרת את מצבו המשפטי של הטוען, לעומת המצב שבו היה מצוי, אילולי טען מה שטען. רוצה לומר, ישנן ראיות מסוימות שעל פיהן ניתן לחייב אדם – בממון או בנפשות – אולם, אם האדם יטען שהוא פטור, הוא ייפטר. נראה שהתוספות סוברים שבמקרים מסוימים יש להאמין לאדם הטוען טענה לטובת עצמו. להלן, נבקש להדגים שיטה זו, כפי שהיא עולה מדבריהם של בעלי התוספות, במספר סוגיות.

סוגיית גמלא פרחא

סוגיית גמלא פרחא עוסקת בהפללתם של עדים זוממים. וכך נאמר בה –

אמר רבא: באו שנים ואמרו: בסורא, בצפרא (=בבוקר), בחד בשבתא, הרג פלוני את הנפש, ובאו שנים ואמרו: בפניא (=בערב), בחד בשבתא, עמנו הייתם בנהרדעא.

3. שולחן ערוך חו"מ ע, א.

חזינן, אי מצפרא לפניא מצי אזיל מסורא לנהרדעא – לא הוו זוממין, ואי לאו – הוו זוממין. פשיטא! מהו דתימא ליחוש לגמלא פרחא, קא משמע לן.⁴

מדובר אם כן בעדים שהעידו על רצח שהתרחש בעיר סורא, בבוקר. כנגדם, באו שני עדים שהעידו שהעדים המעידים על הרצח היו עמם בערב של אותו יום בעיר נהרדעא. ואין אפשרות להגיע מסורא לנהרדעא בפרק הזמן האמור – הרי שהעדים הראשונים מוזמים, ובית הדין אינו חושש שמא הגיעו לסורא בעזרת גמל פורח. על כך נכתב בתוספות –

וה"ר מנחם פירש דהתם אם איתא דאזלו בגמלא פרחא היה להן לטעון כן, ומדלא אמרו הכי – שמע מינה דשקר הם מעידים.⁵

כלומר, אילו היו העדים טוענים שהגיעו לסורא בגמל פורח – היו ניצלים ממוות, אולם, כיוון שלא אמרו – יהרגו.

במקרה זה, מדובר בדיני נפשות, שבהם אדם אינו נענש על פי הודאתו, ובכל זאת, כיוון שלא טענו העדים שהגיעו בגמל פורח – הם ודאי זוממים, ונהרגים.

לא ניתן להסביר דין זה בכך, ששתיקת העדים כמוה כהודאה, כיוון שבדיני נפשות הודאה אינה מחייבת. הדרך היחידה להסביר דין זה היא, שדי בעדות המוזמים בכדי לחייב את העדים המוזמים בעונש מוות, אולם, המוזמים יכולים להציל את עצמם בכך שיטענו שהגיעו בעזרת גמל פורח ממקום למקום. כלומר, טענת המוזמים בנוגע לדרך שבה הגיעו מסורא לנהרדעא יש בה כדי לפטור אותם ממוות, שהיה נגזר עליהם אילו היו שותקים.

זהו מקרה מובהק שבו לדעת התוספות אדם נפטר בטענה שאין לה כל ראייה. כמו כן, עולה מדברי התוספות שאפילו בדיני נפשות די בראיה שניתן לדחות בטענה בכדי לחייב מיתה!

בא על ידי שם

במקרה קיצוני נוסף הולכים התוספות בדרך זו. תוספות דנים באישה שהתעברה בשעה שבעלה היה במדינת הים, שדינו כממזר –

ועוד קשה דמאי קאמר ומיעוט שהלכו בעליהם למדינת הים דהאי נמי יש לנו להכשירו, דשמא בא על ידי שם ושימש כי ההוא עובדא דאבוה דשמואל שהלך למדינת הים ובא על ידי שם ושימש והוליד את שמואל?

...אי נמי יש לומר דלא תלינן שבא עליה על ידי שם אלא דוקא כשאומרת כן, אבל האי אסופי כיון דאין אמו מעידה עליו אין לתלות בהכי.⁶

כלומר, תוספות התקשו, הרי ידוע שאמו של שמואל התעברה בתקופה שבעלה היה במדינת הים, וזאת, כיוון שהוא הגיע על ידי אמירת שם המפורש. מדוע, אם כן, כל ילד

4. מכות ה,א.

5. תוספות יבמות קטז,א ד"ה הכא.

6. תוספות קידושין עג,א ד"ה מאי.

שנולד לאישה שבעלה במדינת הים הוא בחזקת ממזר, הרי יש סיכוי שאביו הגיע על ידי שם ועיבר את אמו? התוספות משיבים שאמנם, אילו הייתה האם טוענת שבעלה הגיע על ידי שם ועיבר אותה – הייתה נאמנת, אולם, כיוון ששתקה – התינוק בחזקת ממזר. כלומר, על פי תירוץ זה, ללא טענת האישה, הרי היא בחזקת אישה שזינתה תחת בעלה, ובנה – ממזר. אולם, אם האישה טענה שבעלה הגיע על ידי שם, וממנו התעברה – הוולד כשר. גם כאן, טענה המסבירה את האירועים, גם אם באופן משונה – מתקבלת ומשנה את הדין מכפי שהיה נקבע ללא הטענה.

1. ברי ושמא

בגמרא⁷ נחלקו אמוראים מהו הדין במקרה שאדם תובע בטענה ודאית (ברי) והנתבע משיב שאינו יודע אם הוא חייב (שמא). לדעת רב יהודה ורב הונא התובע זוכה, לעומת זאת, רב נחמן ורבי יוחנן סוברים שהנתבע פטור.

לכאורה, מחלוקת זו סובבת סביב השאלה האם יש משמעות לטענות. לדעת רב יהודה ורב הונא לטענות יש משמעות, ולכן מי שתובע בברי גובר על נתבע שטוען שמא, למרות שהנתבע מוחזק. לעומת זאת, רב נחמן ורבי יוחנן סוברים שאין משמעות לטענות, אלא רק לראיות ולחזקות, ולכן, הנתבע פטור, כיוון שהוא מוחזק.

להלכה נפסק⁸, שלא מוציאים מהנתבע ממון. אולם, בעלי התוספות הציעו שבמקרים מסוימים תהיה משמעות לטענות הצדדים.

ברי מול שמא גרוע

בתוספות נדונה שיטת רב יהודה, שסובר ברי ושמא – ברי עדיף –

תימא דרב יהודה גופיה אית ליה בריש הפרה (בבא קמא מו,א) אפילו ניזק אומר ברי

ומזיק אומר שמא המוציא מחברו עליו הראיה...

ויש לומר, דהתם ברי גרוע ושמא טוב, דלפי שהמזיק לא היה שם טוען זה ברי,

ושמא דמזיק טוב, דלא הוה ליה למידע; אבל מנה לי בידך, הברי טוב והשמא גרוע,

דהוה ליה לידע אם חייב אם לאו...?

מסקנת התוספות שגם לשיטה שברי ושמא – ברי עדיף, אם הנתבע טוען שמא, ויש הוכחה שהוא אינו יודע – הוא פטור. כאשר מסתבר שהנתבע היה צריך לדעת, והוא טוען שמא – ברי עדיף.

7. בבא קמא קיח,א.

8. שולחן ערוך חו"מ עה, ט.

9. תוספות כתובות יב, ב ד"ה רב; וכן ב"ק לה, ב ד"ה וסיפא; ב"מ צו, ב ד"ה רב; ב"ב קלה, ב ד"ה אביי.

ברי וחזקה או מיגו מול שמא וחזקה

בתוספות מובא –

לכאורה היה נראה לרבינו יצחק לפרש... ואע"ג דקי"ל דברי ושמא לאו ברי עדיף

הכא איכא ברי וחזקה. וחזר בו רבינו יצחק...¹⁰

כלומר, ר"י חשב בתחילה שבברי וחזקה מול שמא וחזקה – ברי עדיף, כפי שנאמר בגמרא,¹¹ אולם, חזר בו.

בעניין זה כתב הרא"ש –

... אמרינן לקמן (כתובות יג, א) דקי"ל כרב נחמן, דלא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף, אפילו

היכא דהברי הוא טוב והשמא הוא גרוע, כ"ש הכא דהברי גרוע שיודעת שאינו יכול להכחשה.

והא דקי"ל לקמן (כתובות יב, ב) כרבן גמליאל, דאמר ברי ושמא ברי עדיף, היינו דווקא

היכא דאיכא מיגו כדמפרש לקמן והכא ליכא מיגו, אי נמי היכא דאיכא חזקה...¹²

כלומר, ברי עדיף על שמא כשיש מיגו שתומך בו או חזקה. פסיקת הרא"ש מבוססת על ההנחה שלטענות יש משמעות, ולכן כאשר גם לתובע יש חזקה (למשל, חזקה שהנתבע חייב לו), הוא גובר על חזקת ממון של הנתבע, וכל זאת רק משום שיש הבדל בין הטענות שלהם – התובע טען ברי והנתבע טען שמא.

גם ההלכה שמיגו וטענת ברי גוברים על נתבע שטען שמא מבוססת על אותה הנחת יסוד, הן מיגו והן ברי הם טענות של התובע, והן התשתית הראייתית היחידה שעליה הוא מתבסס בכדי להוציא ממון מהנתבע.

2. טענין ליתמי

המבחן הברור ביותר לשיטת התוספות הוא בדינם של יורשים שאינם יודעים מה אירע, ולכן אינם יכולים לטעון דבר. לכאורה, לשיטת תוספות, בלא טענה יורשים אמורים להתחייב. אמנם, תוספות פסקו שיורשים נפטרים בטענה שהיה המוריש יכול לטעון, אולם, נראה שלדעתם זו תקנת חכמים.¹³

10. תוספות כתובות עו, א ד"ה רישא.

11. כתובות יב, א.

12. רא"ש כתובות א, יח.

13. חשוב להעיר שקצות החושן (עה, טז; קלג, ז) הבין את התוספות בדיוק להיפך: לדבריו היורש פטור משום שלא היה אמור לדעת, כפי שהמוריש פטור כשלא היה אמור לדעת. אולם, לענ"ד מהראיות המובאות לקמן ניתן להבין גם אחרת.

טענין

עצם המונח 'טענין ליתמי' או ללקוחות, המופיע בתוספות במקומות רבים¹⁴ מרמז על כך שיש צורך לטעון עבור היתומים, ולא, היתומים יפסידו. את טענת היתומים מחליפה תקנת חכמים.

טענה שאינה שכיחה

התוספות סוברים שלא כל טענה 'טענין ליתמי', אלא רק טענות שכיחות. הגמרא¹⁵ עוסקת במוצא שטר חוב, שדינו להחזירו למלווה. בסוף הדיון מעמידה הגמרא את הדין במקרה שבשטר אין אחריות, ולדעת שמואל, לא ניתן לגבות משטר כזה לא מהלווה ולא ממשועבדים, והשטר הוחזר למלווה כדי שיוכל להשתמש בנייר. הסיבה שהלווה לא מקבל את הנייר היא, שהוא טוען להד"מ.

על כך כותבים התוספות –

משמע שהלווה טוען שהוא מזויף... וקשה, דאפילו יש בו אחריות – אמאי לא יחזיר? אם לא יקיימנו לא יגבה כלום, ואם יקיימנו בדין יגבה? ואין לומר דחיישינן שמא יוציאנו שלא בפניו או על הלקוחות ויתומים ולא נטעון להם מזויף משום דלא שכיח, כמו שאין טוענין ליתמי נאנסו משום דלא שכיח... וכיון דאין טוענין להו מזויף גם אין טוענין להם פרוע...
הא ליתא דאפילו לא נטעון להם מזויף הוא, נטעון להם פרוע...¹⁶

כלומר, התוספות מבארים שהלווה טוען שהשטר מזויף, ולכן לדבריו הנייר לא שייך לו. בעקבות זאת שואלים התוספות מדוע לא ניתן להחזיר שטר שיש בו אחריות, הרי המלווה יצטרך לקיים את השטר, ואם אכן הלווה צודק שהשטר מזויף, הזיוף יתגלה.

התוספות מעלים אפשרות שיש חשש שהמלווה יתבע את היתומים, ובית הדין לא יטען ליתומים טענת מזויף, כיוון שזיוף אינו שכיח. וכיוון שטענת 'פרוע' מועילה רק במיגו שהנתבע יכול היה לטעון שהשטר מזויף, הרי שלא טוענים ליתומים גם טענת פרוע. ממילא, יוכל התובע לגבות בעזרת השטר ללא קיומו.

התוספות דוחים אפשרות זאת, בטענה שאף שלא טוענים ליתומים 'מזויף' טוענים להם 'פרוע'. אם כן, כאשר ינסה המלווה לגבות מהיורשים, בית הדין יטען עבורם 'פרוע', והתובע יאלץ לקיים את השטר, וניסיונו לרמות יתגלה.

14. **תוספות שבת עח, ב ד"ה ת"ק;** כתובות פה, ב ד"ה חדא; צב, ב ד"ה דינא; קט, ב ד"ה אם; גטין ב, א ד"ה ואם; ב, ב ד"ה ואם; בבא קמא ח, ב ד"ה דינא; בבא מציעא יג, ב ד"ה הא; ע, א ד"ה אתא; בבא בתרא ל, א ד"ה לאו; לא, א ד"ה מה; מז, א ד"ה פעמים; נב, א ד"ה ומודה; ע, ב ד"ה מ"ד; קסא, ב ד"ה ומתכשר; סנהדרין כט, ב ד"ה כן; שבועות מא, א ד"ה וכי; מא, ב ד"ה כל.

15. **בבא מציעא ג, א-ג, ב.**

16. **תוספות ב"מ יג, ב ד"ה הא;** דברים דומים מובאים בתוספות כתובות פה, ב ד"ה חדא; בבא מציעא יג, ב ד"ה הא; בבא מציעא ע, א ד"ה אתא; בבא בתרא מז, א ד"ה פעמים; בבא בתרא ע, ב ד"ה מ"ד; שבועות מא, ב ד"ה כל.

ניתן לסכם את דברי התוספות כך:

1. לא טוענים ליורשים 'מזויף' כיוון שזוהי טענה שאינה שכיחה. יש להעיר שאם הנתבע עצמו היה טוען 'מזויף' טענתו הייתה מתקבלת.

2. טוענים ליתומים 'פרוע', אף שנאמנות הנתבע עצמו לטעון 'פרוע' מוסברת בכך שיש לו מיגו שהיה יכול לטעון 'מזויף', טענה שלא טוענים עבור היורשים.

עיון בדברי התוספות מוכיח שלא ניתן להסביר את כל המקרים שבהם הנתבע נפטר בטענה ללא ראיה, בכך שלתובע אין ראיה מספקת. שהרי יורשים שאינם טוענים, אינם נפטרים בכל הטענות שיכול היה המוריש לטעון. אילו סיבת הפטור בטענה הייתה שלתובע אין ראיה מספקת, לא היה צורך שהטענה תיטען, בית הדין היה אמור לדחות את התביעה בעצמו.

לכאורה, ניתן להסביר את דברי התוספות בכמה דרכים:

הדרך הראשונה: יש להבדיל בין מקרה שבו אין לתובע ראיות מספיקות, שאז אין צורך בטענת הנתבע כדי לפטור עצמו, ורק אז 'טענין ליתמי', למקרה שבו יש לתובע ראיות מספיקות, והנתבע אינו נפטר ללא טענה. על פי הסבר זה, 'טענין' פירושו שיש לבית הדין ספק לגבי ראיות התובע, גם ללא טענה של היורשים.

על פי ההסבר המוצע, ההבדל בין טענת 'פרוע' לטענת 'מזויף' הוא שבית הדין מסופק שמא החוב נפרע גם ללא טענה של הנתבע, בניגוד לכך, בית הדין אינו חושד ששטר הוא מזויף עד שהנתבע יטען כך.

על הסבר זה קשה מהקביעה השנייה של התוספות, שטענין ליתמי 'פרוע' אף שלא טענין להם 'מזויף', בשעה שתוספות מציינים שהנתבע עצמו נאמן לטעון 'פרוע' רק במיגו שהיה טוען 'מזויף'.¹⁷ כלומר, טענת 'פרוע' בפני עצמה אינה מתקבלת כאשר לא ניתן לטעון 'מזויף'. אם כך, כיצד ניתן לומר שבית הדין מסופק שמא שטר נפרע, אף שאין לו חשד שמא השטר זויף, הרי ללא האפשרות לטעון 'מזויף' לא ניתן לטעון 'פרוע'!

הדרך השנייה: 'טענין' היא תקנה לטובת היתומים, תקנה זו חלה על טענות שכיחות. כך יובן כיצד טוענים עבור היתומים 'פרוע' אף שאין טוענים עבורם 'מזויף' – כיוון שכך תקנו חכמים.

ראיה נוספת להסבר זה נעוצה במושג עצמו – 'טענין' – כלומר, חכמים טוענים עבור היתומים. דהיינו, יש צורך בטענה והיא אכן נשמעה כביכול מפייהם של חכמים.

דברים דומים כותבים התוספות¹⁸ בעניין טענת אונס והחזרה של פיקדון, ליורשי שומר.

17. **נתיבות המשפט** (פב, קיצור כללי המיגו יד) כותב שהשומר נאמן לא בשל מיגו, אלא מכיוון שלא חשש להשאיר שטר פיקדון שהוחזר ביד המפקיד, שכן יכול היה לטעון שהפיקדון נאנס ולהיפטר. גם לגבי טענת 'פרעתני' כנגד שטר לא מקוים, כותב **נתיבות המשפט** (סט, ז) שנאמנות הנתבע אינה מפני מיגו שהיה טוען מזויף; אלא מפני שלא חשש להניח שטר לא מקוים שנפרע ביד המלווה, כיוון שידע שיוכל לטעון שהשטר מזויף, אם יתבעו המלווה פעם נוספת.

18. **תוספות ב"ב עב, ד"ה מ"ד נשבע**; כתובות צב, ב ד"ה דינא.

טענת פרוע בתוך הזמן
הנתבע עצמו נאמן לומר ביום הפירעון שפרע בתוך הזמן, **בנמוקי יוסף** הובאה דעת
הראב"ד בעניין יורשיו –

דדוקא היכא דטעין איהו, אבל ליתמי דידיה לא טענינן להו.¹⁹
דהיינו, לא טוענים ליורשים טענה זו. **הגר"א**²⁰ מסביר זאת כחלק משיטת התוספות שלא
טוענים ליורשים טענה שאינה שכיחה.

כאשר הנתבע טוען שפרע בתוך הזמן, כתב **הרא"ש**²¹ שהתובע נשבע ונוטל, אף שאם היה
תובע את יורשי הלווה, והיה מוכיח שלא פרע לאחר הזמן – היה גובה בלא שבועה.

טענת מזויף כנגד שטר לא מקוים

רבנו אביגדור כותב –

ורבנן הוא דאצריך קיום בשאר שטרות בתרי אפילו היכא דליכא הכחשה, כדריש
לקיש, כגון בבא ליפרע שלא בפניו או מיתומים ולקוחות, או בא בהרשאה דטענינן
מזויף, ולא גבי עד דמקיים ליה בתרי... אבל היכא דאיכא הכחשה קמן, אפילו
מדאורייתא בעי קיום גמור, ואי לא מקיימי חספא בעלמא הוא.²²

כלומר, כאשר הנתבע או העדים טוענים שהשטר מזויף – יש לקיימו מדאורייתא. כאשר
יורשים או לקוחות נתבעים והם אינם יודעים אם השטר מזויף או לא – השטר כשר
מדאורייתא בלא קיום. במקרה זה, קיום השטר נדרש מדרבנן, כלומר, חכמים תיקנו תקנה
לטובת היורשים שדינם יהיה כאילו המוריש טען שהשטר מזויף.

3. מיגו

הבנת מושג המיגו מחייבת דיון ארוך ומפורט, שאין כאן מקומו.²³ **הגר"ש שקאפ**²⁴ הציג שתי
אפשרויות להבנת מיגו –

19. **נמוקי יוסף** על הרי"ף בבא מציעא נט, ב ד"ה בעי.
 20. **ביאור הגר"א** חו"מ עח, כא.
 21. **רא"ש** בבא בתרא א, ט.
 22. **הגהות מרדכי** קידושין תקסט.
 23. ראה מאמרו של הרב יהודה יפרח, "מיגו בתפר שבין ראייה וטענה", בקובץ זה, עמ' 349, שהרחיב את
היריעה בעניין. ככלל, דבריו עולים בקנה אחד עם הנטען כאן.
 24. **שערי יושר** ב"מ ה.
- דברים דומים כותב **הגר"א** וסרמן הי"ד (קובץ שיעורים ב, ג) –
דין מגו יש לפרשו בשני אופנים: א. שהוא אנן סהדי שאומר אמת דמ"ל לשקר דהיה יכול לטעון
טענה טובה מזו... ב. י"ל דאינו מטעם אנן סהדי אלא שהוא דין נאמנות, דבכח הנאמנות שיש לו
לטעון טענה אחרת נאמן גם על טענה זאת שהוא טוען.
דבריו של **הגר"א** וסרמן בביאור השיטה השנייה, הם בעצם הכלאה של שתי שיטות. מחד, המיגו הוא
אובייקטיבי, מאידך, עדיין נעשה שימוש בביטוי 'נאמן', כאילו בית הדין מאמין לטוען.

- ולענ"ד נראה על פי מה שבארנו במקום אחר בענינא דמיגו דמשמש לשני עניינים:
- א. פשוט לברר טענת הטוען דלא משקר, דאי בעי לשקר הוה טעין באופן אחר, הטוב לו יותר.
 - ב. לחזק את חזקת הטוען, כיון שהיה בכחו לזכות באופן אחר, הוה הדבר בחזקתו יותר.

כלומר, על פי האפשרות הראשונה המיגו הוא ראייה שהטוען דובר אמת. על פי ההבנה השנייה המיגו הוא סימן לכך שלתובע אין ראייה, והמוציא מחברו עליו הראייה. ניתן לדלות משיטת התוספות במיגו מספר פרטים המוכיחים את הטענה, שלדעת התוספות המיגו הוא ראייה עבור הטוען, כיוון שהיה יכול לשקר ונמנע מכך. כלומר, העובדה שהטוען לא שיקר יוצרת ראייה עבורו, ראייה הבנויה כולה על הימנעותו מלטעון טענת שקר. כיוון שכך, במקרים שבהם לטוען לא הייתה אפשרות לשקר, אין לו מיגו. ובמקרים שבהם יש לו מיגו הוא יכול להוות ראייה לטובת הטוען, ראייה שעשויה להגיע עד כדי הוצאת ממון.

גישה זו הולמת את שיטת התוספות שטענת אדם לטובת עצמו משפרת את מצבו, ובית הדין מאמין לה. כיוון שכך, כאשר הטוען יכול היה לטעון טענה טובה יותר, ובמקומה טען טענה גרועה – מצבו נשאר טוב. כיוון שבחר שלא לשקר, בית הדין מאמין לו כאילו טען את הטענה הטובה. וזאת, בתנאי שאכן היה יכול, אובייקטיבית וסובייקטיבית, לטעון את הטענה הטובה.

מיגו דהעזה

התוספות מסבירים מדוע מודה במקצת אינו נאמן במיגו שהיה כופר הכול –

קאמר הכא שפיר חזקה דאין אדם מעיז לכפור הכל כל כך, ולא הוי מגו, דיותר ברצון הוא מודה במקצת הטענה דאינו מעיז כל כך.²⁵

דהיינו, מודה במקצת חייב שבועה, ואינו נפטר במיגו שהיה כופר הכול, כיוון שבהודאה במקצת יש פחות עזות פנים מאשר בכפירת הכול. הנתבע העדיף טענה נוחה יותר מבחינה נפשית, ולכן, אינו נאמן שהיה יכול להעז פנים ולכפור הכול, ואין לו מיגו.²⁶

התוספות מניחים שמיגו הוא ראייה שהטוען אינו משקר, שהרי אילו היה רוצה לשקר היה טוען טענה טובה יותר. ניתן לומר זאת, רק כאשר אין לטוען מעצורים נפשיים המונעים ממנו לטעון את הטענה העדיפה. גישה זו מיושמת על ידי תוספות בעשרות מקומות.²⁷

25. תוספות כתובות יח, א ד"ה מפני.

26. תוספות בבא בתרא נג, ב ד"ה דברים ("ואין לומר...").

27. תוספות יבמות קיד, ב ד"ה מי; כתובות ט, ב ד"ה לא; יג, ב ד"ה השבתנו; יח, א ד"ה אי, ד"ה מפני, ד"ה חזקה; יט, א ד"ה מודה; כב, ב ד"ה תרוייהו; גטין נא, ב ד"ה מפני, ד"ה אין; בבא קמא קוב, ד"ה אבל; קז, א ד"ה עירוב; בבא מציעא ג, א ד"ה מפני; ג, ב ד"ה בכלייה; יג, ב ד"ה הא; בבא בתרא כט, א ד"ה הני; לא, ב ד"ה וזו; לד, א ד"ה הוי; מו, א ד"ה אלא, ד"ה שפיר; קכח, ב ד"ה אבל; שבועות לב, ב ד"ה הוה; מה, ב ד"ה מתוך, ד"ה בעדים; כריתות יב, א ד"ה או.

מהתוספות²⁸ מוכח שמיגו דהעזה כלל אינו מיגו, ולכן אינו פוטר את הנתבע מחיוב שבועה ומחיוב ממון, כך טוען גם קצות החושן²⁹ בפירוש התוספות. הרמב"ן קובע שמיגו דהעזה פוטר ממון, אבל אינו פוטר מחיוב שבועה. שיטתו תעלה לדיון בסיכום המאמר. לשיטת התוספות הימנעות הטוען מלשקר מעלה את קרנו בעיני בית הדין, ולכן טענתו הגרועה מתקבלת כאילו טען את הטענה הטובה. הנחת היסוד של התוספות היא שבית הדין מאמין לטוען, וכשהוא נמנע מלשקר – מצבו משתפר עוד.

טענה חלופית שאינה ידועה לטוען

בעניין אישה שמכרה כתובתה כותב הרא"ש –

...אם אמרה שנפרעה (=כתובתה) קודם המכר לא מהימנא במיגו דאי בעי מחלה (=כתובתה לבעלה) דאין זה מיגו טוב... ואף לדברי המפרשים דכל מוחל שטר חוב אינו חייב לשלם אלא דמי המכר, מכל מקום, כולי עלמא לאו דינא גמירי, והיא יראה למחול שמא תתחייב לשלם כל השטר...³⁰

כלומר, אישה שמכרה כתובתה, וכשבאו הקונים לגבות את הכתובה מבעלה טענה שבעלה פרע לה כתובתה קודם שמכרה – אינה נאמנת, אף שיש לה מיגו שיכלה למחול לבעלה על החוב כעת, ולגרום הפסד לקוני הכתובה.

אמנם, כמה ראשונים סוברים שמוחל שטר חוב שמכר חייב לשלם לקונה רק את מה ששילם, ולא את השווי הנקוב. אולם, כיוון שרוב האנשים סבורים שעל מחילה משלמים את מלוא שווי השטר, האישה מן הסתם חשבה שלא תרוויח כלום מטענה זו, ולכן אינה נאמנת לומר שמכרה כתובתה לאחר הפירעון, במיגו שהייתה טוענת שמחלה על הכתובה.

במילים אחרות, הרא"ש פוסל מיגו משום שרוב בני האדם אינם בקיאים בדיון, ולא היו טוענים טענה חלופית מסוימת. בכך צועד הרא"ש בדרכם של בעלי התוספות, שהבינו שהמיגו מבוסס על יכולתו הממשית של האדם לטעון טענה חלופית. כשם שמיגו דהעזה אינו מיגו, כיוון שמעצורים נפשיים מונעים מהאדם לטעון טענה שיש בה עזות פנים, כך טענה שאינה ידועה לרבים אינה מסייעת לאדם שאינו בקי בדיון.

מיגו לפטור משבועה

כאמור לעיל, התוספות כותבים שמודה במקצת אינו פטור משבועה במיגו שהיה כופר הכול, כיוון שזהו מיגו דהעזה. מכאן, שכאשר זהו מיגו טוב, הוא פוטר משבועה. כך כותבים תוספות במפורש –

אבל במקום שיכול להעיד, כגון בבנו ואמר מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס, נאמן במגו דאי בעי כפר הכל...³¹

28. תוספות בבא בתרא ה,א-ה,ב ד"ה ובא (בסופו).

29. קצות החושן עח, ה; וראה עוד קצות החושן פב, יד, בשם אחיו.

30. רא"ש כתובות ט, כח.

31. תוספות ב"מ ג,א ד"ה מפני; דברים דומים הובאו בתוספות ב"ק קז,א ד"ה עירוב, בשם ריב"א.

הנחת היסוד המסתתרת מאחורי קביעת תוספות שמיגו פוטר משבועה היא שטענה מחוזקת במיגו היא ראיה לטובת הטוען, ראיה המספיקה כדי לפטור משבועה. ובמילים אחרות, מיגו מחזק את הטענה של בעל הדין במידה כזו עד שרואים אותו כאילו הוא נשבע.

מיגו להוציא ממון

בתוספות כתוב –

ותירץ ר"י בר' מרדכי דלא אמרינן מיגו להוציא ממון...³²

כלומר, ריב"ם סובר שאי אפשר להוציא ממון על סמך מיגו, זו גם דעת ר"י.³³

הרמב"ן סובר שבכל מקרה מיגו מספיק בכדי להוציא ממון –

ולענין הדין בגמרא עצמה תמה הוא, למה לא יהא אדם נאמן לטעון על פה במגו

דיכול לתבוע בשטר...³⁴

הרמב"ן כותב שאדם שהציג שטר בבית דין והודה שהוא מזויף, נאמן לטעון שהנתבע חייב לו, במיגו שהיה תובע בשטר. מדברי הרמב"ן משמע שמיגו הוא ראיה, ולא רק סימן לחוסר ראיה של הצד השני. לפיכך, ניתן להסתמך עליו כראיה על מנת להוציא ממון.

נראה שהרמב"ן סובר שאדם יכול לשכנע את בית הדין בטענות בלבד, עד כדי כך שבית דין יוציא ממון על סמך האמון שהוא נותן בדברי הטוען. גם לדעת התוספות, שמיגו לבדו אינו מספיק בכדי להוציא ממון, צריך לומר שמיגו מהווה ראיה, שהרי הוא פוטר משבועה, אלא שאין די בכוחו כדי להוציא ממון.

מיגו להוציא נגד שמא

ריצב"א כתב –

ובמקום שיש חזקה או ברי במקום (=נגד) שמא עם המיגו – אמרינן מיגו להוציא.³⁵

כלומר, די במיגו כנגד טענת שמא בכדי להוציא ממון, וזאת, למרות שהתובע לא הציג שום ראיה בפני בית הדין. בית הדין מאמין לתובע בשל המיגו, ומשום שהנתבע אינו מציג גרסה נגדית.

סיכום

שיטת בעלי התוספות במיגו מבוססת על ההנחה שלטענת אדם עבור עצמו יש עוצמה, כיוון שבית הדין מאמין לה, והיא משנה את הדין מכפי שהיה ללא טענה. לפיכך, כאשר אדם יכול היה לטעון טענה שהייתה פוטרת אותו, הוא נאמן כאילו טען.

32. תוספות ב"ב דף לב,ב ד"ה אמאי.

33. תוספות ב"ב לב,ב ד"ה והלכתא.

34. רמב"ן ב"ב לב,ב ד"ה אמאי.

35. הגהות מרדכי בבא מציעא תטז.

נאמנות זו קיימת רק כאשר הייתה לאדם יכולת ממשית לטעון את הטענה. אבל אם לא היה יכול לטעון את הטענה החלופית כיוון שלא ידע שהיא תועיל, או כיוון שלא היה מעז פניו – אין לו מיגו.

עוצמת הנאמנות, לדעת תוספות, מספיקה כדי לפטור אדם משבועה. אולם, אין בה די כדי להוציא ממון. לעומתם, הרמב"ן סובר שמיגו כשלעצמו מספיק בכדי להוציא ממון.

ג. שיטת הרמב"ם – אין לטענה כוח

הרמב"ם סובר שאין משמעות לטענות אדם עבור עצמו³⁶ במקום שבו יש ראיות וחזקות. רק במצב של ריק ראייתי מוחלט אדם נאמן בטענה שטען עבור עצמו, כשאינן טענה נגדית.

לדעת הרמב"ם כאשר אדם נפטר בטענה ללא ראיה, בעצם אין לתובע ראיות מספיקות, וגם ללא טענת הנתבע הוא היה נפטר. בית הדין שואל את הנתבע לגרסתו, אף שלתובע אין ראיה, שמא הנתבע יודה שהוא חייב.

שיטת הרמב"ם בולטת על רקע דברי התוספות שהובאו לעיל. במספר רב של מקרים קבעו התוספות, שיש הבדל גדול בין נתבע שטען שהוא פטור לנתבע שלא טען זאת, גם כאשר לא ניתן לראות בשתיקה הודאה. כך בדיני נפשות (גמלא פרחא), וכך ביורשים.

כפי שנראה מיד, בכל המקרים שבהם קבעו התוספות שהנתבע הפסיד כאשר לא טען שהוא פטור, הרמב"ם סבר שהנתבע אינו מפסיד, והדין נשאר כפי שהיה אילו היה טוען. כל זאת, פרט למקרים שבהם שתיקת הנתבע מתפרשת כהודאה.

גמלא פרחא

הרמב"ם כתב –

וכן אם העידו שנים ואמרו: בבקר הרג זה את הנפש בירושלים, ובאו שנים ואמרו להן: ביום זה בערב הייתם עמנו בלוד, אם יכול אדם להלך אפילו על הסוס מירושלים ללוד מבקר עד ערב – אינן זוממין, ואם לאו – הרי אלו זוממין, ואין אומרין שמא כר קל ביותר נודמן להן וקפלו את הדרך, אלא בדבר המצוי הידוע לכל משערין לעולם ומזימין אותן.³⁷

כלומר, הרמב"ם פוסק שבית הדין בודק האם ייתכן שהעדים המוזמים הגיעו ממקום שבו ראו את הרצח למקום שבו נראו על ידי המוזמים. אם הדבר אינו סביר – העדים המוזמים יהרגו.

הרמב"ם לא הזכיר שהעדים המוזמים ייפטרו אם יטענו שנודמן להם "כר קל ביותר". נראה שהסיבה היא שלא ייתכן, לדעת הרמב"ם, לפטור אדם מעונש, לאחר שהובאו ראיות מספיקות כנגדו, רק משום שהוא טוען שהוא חף מפשע.

36. בעניין יוחסין, מצינו שני מקרים שבהם פוסק הרמב"ם (איסורי ביאה טו, יז יט) שמעמדו של היילוד משתנה לאחר שאמו טוענת שלא זינתה, או שהתעברה מנכרי. ואין זה המקום להאריך.

37. רמב"ם עדות יט, א.

1. מיגו

כפי שנכתב לעיל, עיון בסוגיית מיגו דורש אריכות דברים שאין זה מקומם, אולם, די בעיון במספר הלכות, בכדי לקבוע שהרמב"ם חלק על התוספות בהבנת דין מיגו. לדעת הרמב"ם העובדה שהנתבע יכול היה להיפטר בטענה חלופית היא סימן לכך שלתובע אין ראייה. דברים דומים הובאו לעיל בשמו של הגר"ש שקאפ,³⁸ שהסביר שתפקידו של המיגו הוא –

לחזק³⁹ את חזקת הטוען, כיון שהיה בכחו לזכות באופן אחר, הוה הדבר בחזקתו יותר.

מיגו דהעזה

כאמור לעיל, התוספות קובעים שמיגו דהעזה אינו מיגו. הנחת היסוד של התוספות היא שמיגו הוא ראייה לטובת הנתבע, ולכן רק כאשר יש לנתבע אפשרות לטעון טענה חלופית, הוא נאמן שלא שיקר.

הרמב"ם אינו מזכיר בשום מקום שמיגו פסול כאשר לנתבע היו מעצורים נפשיים שהיו מונעים ממנו לטעון את הטענה החלופית. מכאן שהרמב"ם מבין שמיגו הוא סימן לכך שלתובע אין ראייה, ולכן הנתבע נאמן אפילו כאשר הוא טוען טענות לא-סבירות. רוצה לומר, מיגו אינו ראייה לכך שהנתבע דובר אמת, אלא סימן לכך שלתובע אין ראיות מספיקות.

לפיכך, בכל מקרה שבו יכול היה הנתבע להיפטר בטענה ללא ראייה, הרי שלתובע לא היו ראיות מספיקות וכל החיוב מתבסס על הודאת הנתבע. כיוון שהנתבע כופר בתביעה מטעם אחר – הנתבע פטור.

מיגו לפטור משבועה

מכאן ברור מדוע הרמב"ם סובר שמיגו אינו פטור משבועה.

המפקיד או המשאיל או המשכיר את חבירו בעדים או שלא בעדים – דין אחד יש להן, כיון שהודה זה מפי עצמו ששמר לו או ששאל ממנו, הרי זה נשבע שבועת השומרין. שאין אומרים מיגו לפוטרו משבועה, אלא לפוטרו מלשלם.⁴⁰

הדבר מסתבר, שהרי מיגו אינו ראייה לטובת הנתבע, אלא העדר ראייה לתובע. לפיכך, במקום שבו הנתבע חויב להביא ראייה – כלומר, להישבע – מיגו, שאינו ראייה, אינו מועיל.

מיגו להוציא

כמוכן, שלשיטת הרמב"ם מיגו אינו ראייה מספקת להוציא ממון, כיוון שהוא כלל אינו ראייה. ואכן הרמב"ם כתב –

38. שערי יושר ב"מ ה.

39. הגר"ש שקאפ כתב: "לחזק את...", אולם, אין כוונתו לדברי הטוען, אלא למצב האובייקטיבי של הראיות, שמאפשר להיפטר בטענה חלופית.

40. רמב"ם שכירות ב, ח.

...שאין לנו לומר מגו אלא לפטור את האדם מחוב, לא שיגבה מהאחרים בטענתו...⁴¹

אולם, במקום שבו יש לתובע ראייה, אלא שהנתבע מערער עליה, מיגו של התובע הוא סימן לכך שלנתבע אין ראייה נגדית. כפי שפוסק הרמב"ם –

הוציא עליו שטר מקויים שיש לו עליו מנה ואמר לו הלוה: הלא פרעתיך בפני פלוני ופלוני, ובאו אלו והעידו שפרעו אבל לא הזכיר לו את השטר, ואמר לו המלוה: כן הוא שפרעת, אבל חוב אחר פרעת שהיה לי אצלך – הרי בטל השטר. במה דברים אמורים – כשהעידו שנתן לו בתורת פרעון. אבל אם ראוהו נותן לו מעות ולא ידעו אם הוא בתורת פרעון או בתורת פקדון או בתורת מתנה, אם אמר בעל השטר לא היו דברים מעולם – הרי הוחזק כפרן ובטל השטר, ואם אמר פרעון של חוב אחר הוא – הרי זה נאמן ונשבע ונוטל מה שבשטר, שהרי לא פרעו בעדים, מתוך שיכול לומר מתנה נתנם לי נאמן לומר פרעון של חוב אחר הן.⁴²

כלומר, בחלק הראשון כתב הרמב"ם שהתובע בשטר אינו נאמן לומר שקיבל כסף עבור חוב אחר, כאשר יש לנתבע עדים שפרע. בחלק השני הוא כתב שאם העדים יודעים שהנתבע נתן לתובע כסף, אבל אינם יודעים שכוונתו הייתה לפרוע את החוב – התובע נאמן, במיגו שהיה אומר שקיבל את הכסף כמתנה ולא כפירעון.

במקרה זה, המיגו מועיל לתובע להוציא ממון, כיוון שלתובע יש ראייה כשרה – שטר, והמיגו הוא סימן שלנתבע אין ראייה נגדית, כיוון שהעדים לא יודעים לומר בוודאות שנתנית הכסף הייתה עבור החוב שבשטר.

2. חוששים ליורשים, ללקוחות ולערב

שיטת הרמב"ם היא שבכל מקרה שהמוריש היה יכול להיפטר בטענה, גם יורשיו פטורים. כפי שנטען לעיל, טעם הדבר הוא, שגם המוריש לא נפטר בשל טענתו, אלא מפני שלתובע לא היו ראיות מספיקות, ומכאן שהיורשים פטורים מאותה הסיבה. כך כותב הגר"ש שקאפ –

ודוגמא אחת נביא בזה, דמצינו דטענינן ליורשים טענה שהיה אביהם יכול לזכות על ידי מיגו, כמו החזרתי (=את הפיקדון) מיגו דנאנסה... דכיון שהיה בכח אביהם לזכות בדבר על ידי אמירה גרידא בלא ראייה ועדים מן החוץ, חשבינן הדבר כבר בחזקתו, ואין הדבר צריך בירור וסגיא כטענה בלא בירור, דהכלל הוא, שהמוציא מחברו עליו הראייה, ומשום הכי טענינן ליורשים בלי שום ראייה והוכחה, ואכמ"ל.⁴³

41. פירוש המשניות להרמב"ם שביעית י, ה.

42. רמב"ם מלוה יד, ט, וכן שמיטה ט, כו.

43. שערי יושר ב"מ סימן ה.

כלומר, כיוון שהממון בחזקת היורשים והתובע לא הביא ראיה מספיקה, היורשים אינם צריכים להוכיח את זכותם, והם נפטרים בלא טענה.⁴⁴

ש מא ולא טענינן

יש לציין, שכאשר הרמב"ם כותב שהיורשים פטורים, הוא מנמק זאת בכך שיש חשש "שמא" אירע כך וכך, ולא בכך ש"טוענים ליורש". השימוש בנימוק "יש חשש שמא", מעיד על כך שהרמב"ם לא רואה צורך בתקנה כדי לפטור את היורשים מתשלום, אלא סובר שישנו ספק לבית הדין גם ללא תקנה.

ש מא פרוע

הרמב"ם כותב שאין גובים מיורשי לווה כאשר יש חשש שמא הלווה פרע בחייו –

...אם באו עדים שהיה חייב לווה מנה או בפנינו הלווה, אינו גובה מן היורש כלום, שמא

פרעו, שהמלוה את חבריו בעדים אין צריך לפרעו בעדים...⁴⁵

הרמב"ם⁴⁶ מתנסח באותו אופן גם כאשר ערב של הלווה תובע את יורשי הלווה. כך כותב הרמב"ם⁴⁷ גם בעניין טריפה מלקוחות.⁴⁸

ש מא מזויף

בניגוד לתוספות, שכותבים שלא טוענים עבור יתומים 'מזויף', כותב הרמב"ם שחוששים שמא השטר שהוצא כנגד היורשים מזויף –

יורש קטן שהיה שט"ח לאביו ויצא עליו שובר אחר מיתת אביו – אין קורעין את השטר ואין מגבין בו עד שיגדלו היתומים, שמא שובר זה מזויף הוא ולפיכך לא הוציאו הלוה בחיי אביו.⁴⁹

כלומר, גם בעניין טענת מזויף, אין הבדל בין נתבע שטען כך, ליורשיו שלא טענו כך, ובית הדין חשש לכך עבורם.

ש מא נמחל

בעניין אלמנה התובעת מזונות ללא כתובה, כותב הרמב"ם –

אלמנה שאין שטר כתובה יוצא מתחת ידה אין לה מזונות, שמא מחלה כתובתה או מכרה או משכנה אותה, ואע"פ שלא טען יורש – אנו טוענין לו, ואומרים לה: הביאי כתובתיך והשבעי וטלי מזונות, אלא אם אין דרכם לכתוב כתובה.⁵⁰

44. חשוב להעיר שקצות החושן (עה, טז; קלג, ז) הבין את הרמב"ם בדיוק להיפך, ולדבריו, היורש פטור מפני תקנת חכמים. אולם, לענ"ד מהראיות המובאות לקמן ניתן להבין גם אחרת.

45. רמב"ם מלוה יא, ו.

46. רמב"ם מלוה כו, ו.

47. רמב"ם מלוה טו, ו.

48. ברוח זו טען הש"ך (חור"מ לט, כד) שלדעת הרמב"ם, אם נתבע נאמן לטעון 'פרוע' כנגד פסק דין, גם יורשיו פטורים.

49. רמב"ם מלוה יז, ח.

כאן מדובר בירוש הנתבע, ולכן מובן מדוע הרמב"ם השתמש בנימוק "שמה מחלה", כיוון שבית הדין עצמו מסופק בעניין. הרמב"ם הוסיף ש"אנו טוענים לו", ומבהירים לאלמנה את התנאים לקבלת המזונות.

ש מא מכר

בעניין התובע את חברו בטענה שקנה רכוש שנגנב מהתובע כותב הרמב"ם –

היה בעל הבית עשוי למכור את כליו ולא היו מדברים העשויין להשאיל ולהשכיר אע"פ שיצא לו שם גניבה בעיר והוכרו כליו אינו מחזירן מיד הלקוחות שמה הוא מכרן לאחרים.⁵¹

כלומר, יש צורך שהתובע יביא ראיה שהרכוש המדובר נגנב מהתובע, ולא, יש חשש שמה התובע מכר את הרכוש, למי שמכר לנתבע.

טענת שלי

הרמב"ם כותב –

היה (=החפץ שנמצא) בתוך הכותל מעות או לשונות של זהב שאין שם מוכיח, מחציו ולחוץ של מוצא, מחציו ולפנים של בעל הבית. ויראה לי שאין הדברים אמורים אלא בשטען בעל הבית שהמטמון שלו או שהיה יורש, שאנו טוענים לו שמה של אביו הן, אבל אם הודה שהן מציאה הרי הן של מוצאן...⁵²

כלומר, אין הבדל בין התובע את המוצא, ליורשו. התובע זוכה בטענה שהחפץ שלו, וגם היורש זוכה, כיוון שהאבדה נמצאה בכותל היורשים, אי אפשר להוציא מהם ממון ללא ראיה.

טענת מציאה או מתנה

במקרה אחד בלבד נראה שהרמב"ם מחייב יורשים כאשר המוריש היה נפטר בטענה, אולם מקרה זה שונה באופן מהותי מהדינים הרגילים.

בגמרא⁵³ נאמר שכאשר התובע טוען שהוא הפקיד אצל אדם שנפטר חפץ ונתן סימנים, והנפטר אינו אמוד להיות בעלים על חפץ כזה – מוציאים אותו מיד היורשים. התוספות קובעים שאילו המוריש היה חי והיה טוען שקיבל את החפץ במתנה – הוא היה נאמן.⁵⁴

50. רמב"ם אישות יח, כג.

51. רמב"ם גניבה ה, יא.

52. רמב"ם גולה טז, יא.

53. כתובות פה, ב.

54. בעניין זה כתב הרי"ף (בבא מציעא כה, ב) –

ושמענין מיניה דאי אפקיד איניש גבי חבריה מידי ואית ליה סהדי דהאי מידי בעיניה אפקדיה גביה – שקיל ליה ואפילו מיתמי, ולית להו ליתמי למיטען. דילמא בתר הכי זבניה אבונן מינך; ואין הכי נמי דכי איתיה בחיים ולא יכיל למיטען דהדרית זבנתיה מינך.

הרמב"ם פוסק את הדין כך –

הפקיד אצל חבריו בעדים ובאו עדים שזה החפץ בפנינו הפקידו אצלו, אין השומר יכול לטעון ולומר חזרתי ולקחתיו ממנו או נתנו לי במתנה, לפיכך אם מת השומר מוציאין הפקדון עצמו מן היתומים בלא שבועה.

ולא עוד אלא מי שבא ואמר: כך וכך הפקדתי אצל אביכם, ונתן סימנין מובהקין 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 שמת. אבל אם היה רגיל ליכנס אצלו – שמא של אחר הוא והכיר הסימנין שלו...⁵⁵

מדברי הרמב"ם, שמפריד בין מקרה שבו יש עדים, לתביעת יורשים, שבה לא מזכיר עדים, עולה שהוא מבין שלמרות שאין עדים על ההפקדה, היתומים מפסידים. למרות שאם המוריש היה חי והיה טוען שהחזיר – הוא היה נאמן.

כך מבאר המגיד משנה את המקרה השני המובא ברמב"ם –

ובאורם לדעת רבנו שלא היו שם עדי פקדון כלל אלא שנתן סימנין מובהקין, והאב ידוע לדיין שלא היה אמוד, וזה התובע לא היה רגיל להכנס בבית המת, ובהתחבר שלשת ענינים אלו אמר שינתנו לו. ואפשר לדעתו שאלו היה האב קיים והיה טוען לקחתי, כיון שאין שם עדי פקדון וראה אין מוציאים מידו, אבל אין טוענין ליתומים...

כלומר, לדעת המגיד משנה, במקרה השני מדובר שלא היו עדים, ואילו היה המוריש חי היה נפטר בטענת 'לקחתי', בניגוד ליורשיו.

על מנת להבין מדוע דווקא במקרה זה יש הבדל בין נתבע ליורשיו, יש לעיין בהלכה אחרת שבה עוסק הרמב"ם במקרה זה –

...וכן מי שבא וטען שיש לו פקדון אצל פלוני שמת בלא צואה, ונתן סימנין מובהקין, ולא היה זה הטוען רגיל להכנס בבית זה האיש שמת – אם ידע הדיין שזה המת אינו אמוד להיות לו חפץ זה וסמכה דעתו שאין זה החפץ של מת – מוציאו מן היורשין ונותנו לזה האמוד בו ונתן סימנים. וכן כל כיוצא בזה, שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת. אם כן למה הצריכה תורה שני עדים? שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן, אע"פ שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר.⁵⁶

כלומר, הרי"ף הסיק מדברי הגמרא שבמקרה שבו יש לתובע עדים שהוא הפקיד את החפץ המדובר אצל המוריש, הוא מוציא אותם מידי היורשים. במקרה כזה, גם המוריש עצמו היה חייב להחזיר את החפץ, ולא היה יכול להיפטר בטענה כל שהיא. במילים אחרות, לדעת הרי"ף, גם במקרה זה אין הבדל בין היורשים למוריש – שניהם אינם נפטרים ללא הבאת ראיה. כך הבין הרמב"ן (כתובות פה, ב ד"ה חדא) את דברי הרי"ף.

55. רמב"ם שאלה ו, ד.

56. רמב"ם סנהדרין כד, א-ב.

כלומר, במקרה זה הדין נפסק למרות שאין לתובע ראייה, על פי אומדן דעתו של הדיין. בהמשך כותב הרמב"ם שבימינו אין דיין רשאי לדון על פי אומדן דעתו. במילים אחרות, גם במקרה היחיד שבו מבחין הרמב"ם בין מוריש ליורשיו, הדבר אינו מהווה חלק מדיני הראיות הרגילים, אלא דין המבוסס על אומדן דעת.

3. טוענים ליורשים

במספר מקרים נוקט הרמב"ם לשון "טוענים ליורשים". במקרים אלו יש צורך בתקנה שתפטור את היורשים מתביעה, כיוון שללא תביעה אין בית הדין נוקק לדון בעניין.

תביעת שבועת היסט

בעניין אדם אשר הוציא מבית חברו כלים באופן חשוד, ומת, כותב הרמב"ם –

אפילו מת זה שהכלי תחת ידו – מוציאין אותו מיד היורש בלא שבועה, שכיון שאין לאביו לטעון שלקחו או שהוא משכון כך אין זה יכול להשביעו, ואם טען היורש טענת ודאי, ואמר: בפני נתנו לאבי או מכרו לו, הרי בעל הבית נשבע היסט כשאר כל הנשבעין.

וכבר בארנו (טוען ונטען ח, א) שיש מי שהורה שישבע בעל הבית היסט ואחר כך יחזיר כליו מיד היורש, ואין דעתי נוטה לזה.⁵⁷

כלומר, לדעת הגאונים בית הדין תובע עבור היורש מבעל הבית להישבע היסט, אולם, הרמב"ם חולק על כך. דעת הגאונים בטענת ודאי מבוססת על תקנה, שהרי אין חיוב שבועת היסט ללא טענת ודאי. לעומת זאת, הרמב"ם, לשיטתו עד כה, סובר שיורש אינו זכאי ליותר ממה שאביו היה זכאי, ולכן כאשר היורש אינו תובע בטענת ודאי – הוא אינו יכול לדרוש מבעל הבית להישבע.⁵⁸

בשני מקרים, העוסקים בחיוב מזונות לאלמנה, כותב הרמב"ם שיש הבדל בין יורשים למוריש, לטובת היורשים. כלומר, במקום שבו המוריש היה חייב לשלם, היורשים פטורים. גם דין זה הוא בוודאי תוצאה של תקנה לטובת היורשים.

מזונות לאישה שבעלה הלך למדינת הים

כותב הרמב"ם –

יש מן הגאונים שהורה שאין פוסקין מזונות לאישה שהלך בעלה או שמת בעלה עד

57. רמב"ם טוען ונטען ט, ה.

58. לגבי חנווני שהצטווה על ידי מעסיק להאכיל את הפועלים, וטען החנווני שכך עשה, והפועלים טוענים שלא קיבלו, נפסק (רמב"ם מלוה טז, ה; שולחן ערוך חו"מ צא, א) ששניהם נשבעים ונוטלים. הרמב"ם (שם) הוסיף, שאם החנווני או הפועלים מתו, השני נוטל בלא שבועה. הש"ך (חו"מ צא, י) התקשה כיצד ייתכן שחנווני יטול בלא שבועה, הרי יורשי הפועלים יכולים לתבוע את המעסיק, ותירץ, שמדובר בפועל גר שאין לו יורשים. לאור האמור למעלה ניתן לתרץ, שלדעת הרמב"ם יורשי פועל אינם גובים מהמעסיק, כיוון שאינם תובעים בטענת ברי, וכשם שפועל אינו גובה בטענת שמא, כך גם יורשיו. במילים אחרות, מעמדם של היורשים הוא כשל המוריש, ולעניין תביעה, בוודאי שיש צורך בטענת ברי של התובע, או בראייה, ולכן יורשי תובע ללא ראייה – מפסידים.

שיהא שטר כתובה יוצא מתחת ידה, ואם לא תוציא שטר כתובה אין לה מזונות, שמא נטלה כתובתה מבעלה או מחלה לו כתובתה שאין לה מזונות, כמו שיתבאר. ויש מי שהורה שפוסקין לה מזונות בחזקת שלא נטלה ולא מחלה, ואין מצריכין אותה להביא כתובה, ודעתי נוטה לזה במי שהלך בעלה, הואיל ויש לה מזונות מן התורה.

אבל אם מת בעלה – אין לה מזונות עד שתביא כתובה, מפני שהיא אוכלת בתקנת חכמים, ועוד שניזונת מנכסי יורשים, ולעולם⁵⁹ טוענין ליורש.⁶⁰

כלומר, כאשר אישה תובעת שבית הדין יפסוק לה מזונות מנכסי בעלה שהלך למדינת הים – פוסקים לה, כיוון שחזקתה שלא מחלה ולא נטלה. לעומת זאת, אם מת בעלה של האישה אין פוסקים לה מזונות משתי סיבות:

1. מזונות לאלמנה הם דרבנן.

2. טוענים ליורשים.

במקרה זה, ברור שלדעת הרמב"ם יש תקנה לטובת יורשים, תקנה שאינה קיימת לטובת אדם שאינו כאן. ומכאן ההבדל שבין גבייה מנכסי מי שהלך למדינת הים, לגבייה מיורשיו.

מזונות לאישה שספק התגרשה

בעניין מזונות לאישה שספק התגרשה יש עדיפות ליורשים על פני המוריש, כפי שפוסק הרמב"ם –

האשה שהיה לה ספק גירושין ומת בעלה – אינה ניזונת מנכסיו, שאין מוציאין מיד היורש מספק, אבל בחיי בעלה יש לה מזונות, עד שתתגרש גירושין גמורין.⁶¹

נראה שגם במקרה זה יש תקנה לטובת היורשים, תקנה שלא קיימת ביחס למוריש.

4. ברי ושמא

הרמב"ם סובר שבברי ושמא – הולכים אחר ראיות וחזקות, ולא אחר טענות הצדדים. רק במקרה שבו אין ראיות ואין חזקות יש משמעות לטענות.

ספק למי התקדשה

בעקבות המשנה⁶² פוסק הרמב"ם –

אמר האב: איני יודע למי קידשתיה, ובא אחד ואמר: אני הוא שקידשתיה, נאמן אף לכנוס, ואינו צריך קידושין אחרים.⁶³

59. במקום אחד נוסף בלבד התנסח הרמב"ם (שלוחין ז, א) באופן זה – "ולעולם טוענין ליורש".

60. רמב"ם אישות יב, יח.

61. רמב"ם אישות יח, כה.

62. קידושין סג, ב.

63. רמב"ם אישות ט, יב.

במקרה זה, האישה היא בחזקת מקודשת, אלא שלא ידוע למי. ולכן, נאמן כל אדם לומר שהוא קידש את האישה, כיוון שבדבריו הוא אינו סותר חזקה.

לוויתי ואיני יודע אם פרעתי

הרמב"ם פוסק כך –

מנה יש לי בידך בודאי, והנתבע אומר כן היה לך בידי אבל איני יודע אם החזרתי לך או עדיין לא החזרתי לך – חייב לשלם. ולא ישבע התובע כלל אפילו שבועת היסט, מפני שהוא יודע בודאי שהוא חייב, והרי זה טוען אותו טענת ודאי ונסתפק אם נפטר או לא נפטר, וכן כל כיוצא בזה. אבל אם אין לו תובע והודה מעצמו ואמר גולתיך או הלוייתי מנה, אביך הפקיד אצלי מנה ואיני יודע אם החזרתי או לא החזרתי, אינו חייב לשלם, ואם בא לצאת ידי שמים חייב לשלם.⁶⁴

הרמב"ם מסביר ש'לוויתי ואיני יודע אם פרעתי' הנתבע חייב משום שמתקיימים שני תנאים:

1. החיוב ודאי, והפירעון מסופק – על פי הודאת הנתבע.

2. יש תובע.

לכאורה משמע, שגם לשיטת הרמב"ם יש לטענת התובע משמעות. אולם נראה שההסבר הוא שאילו לא הייתה תביעה היה הנתבע בגדר משיב אבדה, שפטור.⁶⁵

ד. סיכום ופסיקת ההלכה

התוספות סוברים שבית הדין מאמין לטענת אדם עבור עצמו, ולכן במקרים מסוימים אדם שהיה בחזקת חיוב על פי הראיות שהוצגו כנגדו, יכול להיפטר בטענה.

הרמב"ם סובר שטענה של אדם לטובת עצמו אינה פוטרת אותו, כיוון שבית הדין אינו מאמין לטענת אדם עבור עצמו. במקרים שבהם אדם נפטר בטענה הסיבה היא שלתובע אין די ראיות, ולכן כשהנתבע אינו מודה – הוא פטור.

גמלא פרחא

הדוגמה המובהקת ביותר היא עדים שהעידו על רצח שהתרחש במקום א' בבוקר, ובאו שניים ואמרו שאותם עדים היו עמם בערב של אותו יום במקום ב', ואין אפשרות להגיע ממקום א' למקום ב' בפרק הזמן האמור – הרי שהעדים הראשונים מוזמים, ובית הדין אינו חושש שמא הגיעו למקום ב' בעזרת גמל פורח.

על כך כותבים התוספות שאם העדים טוענים שהגיעו למקום ב' בגמל פורח – הם יינצלו ממוות, ואם ישתקו – ייהרגו.

64. רמב"ם טוען ונטען ה, ט.

65. רמב"ם טוען ונטען ד, ה.

במקרה זה, מדובר בדיני נפשות, שבהם אדם אינו נענש על פי הודאתו, ובכל זאת, כיוון שהעדים לא טענו שהגיעו בגמל פורח – הם ודאי זוממים, ונהרגים, ואם יטענו שהם פטורים – ייפטרו. בניגוד לכך, הרמב"ם מביא את הגמרא כפשוטה, שעל פיה במקרה כזה העדים לא ייפטרו בטענה.

נראה שהתוספות סוברים שבית הדין מאמין לטענת העדים, ולדעת הרמב"ם, בית הדין אינו מאמין לטענת העדים, וכיוון שיש ראיות כנגדם – הם חייבים.

1. מיגו

נחלקו הראשונים האם מיגו הוא ראיה לטובת הטוען, או שהוא סימן שלבעל דינו אין די ראיות. התוספות סוברים, לשיטתם, שבית הדין מאמין לכל טוען, ומאמין עוד יותר לאדם שנמנע מלומר בשקר טענה טובה, ובמקום זאת אומר טענה גרועה. לעומת זאת, הרמב"ם סובר שהעובדה שהטוען יכול היה להיפטר בטענה חלופית מוכיחה שלטובע אין ראיות מספיקות.

פסילת מיגו מטעמים סובייקטיביים

התוספות מניחים שמיגו הוא ראיה שהטוען אינו משקר, שהרי אילו היה רוצה לשקר היה טוען טענה טובה יותר. ניתן לומר זאת, רק כאשר אין לטוען מעצורים נפשיים המונעים ממנו לטעון את הטענה העדיפה. גישה זו יושמה על ידי התוספות פעמים רבות.

ברוח זו פוסל הרא"ש מיגו מפני שרוב בני האדם אינם בקיאים בדין, ולא היו טוענים טענה חלופית מסוימת. השולחן ערוך⁶⁶ פסק כדעת הרא"ש אך לא מטעמו, ואילו הש"ך⁶⁷ חלק על הרא"ש.

בניגוד לכך, הרמב"ם אינו מזכיר בשום מקום שמיגו נפסל בשל מעצורים סובייקטיביים של הטוען. מיגו הוא סימן לכך שלטובע אין ראיות, ולפיכך, הנתבע ייפטר בכל מקרה שלא יודה.

מיגו כראיה

התוספות כותבים שמיגו, שאינו מיגו דהעזה, פוטר משבועה. לשיטתם מיגו, מהווה ראיה לטובת הטוען, הפוטרת אותו מלהישבע. הרמב"ם חולק על כך, וכך נפסק בשולחן ערוך.⁶⁸

הרמב"ם כותב שמיגו אינו מספיק בכדי להוציא ממון, שהרי לשיטתו מיגו כלל אינו ראיה. בתוספות מובאת דעה זו, ונראה שלדעת התוספות מיגו הוא אמנם ראיה, אך לא ראיה מספיקה בכדי להוציא ממון.

66. שולחן ערוך אה"ע קה, ב. כיוון שלדעת השולחן ערוך (סו, לה) מוחל שטר חוב מכור משלם את שווי כשעת המחילה, לפיכך, האישה אינה נאמנת לומר שמכרה שטר פרוע במיגו שהייתה מוחלת, כיוון שאילו הייתה מוחלת הייתה משלמת את שווי בשעת המחילה, הגבוה ממה שקיבלה כשמכרה את השטר.

67. ש"ך חו"מ סו, נו.

68. שולחן ערוך חו"מ עב, יז; צג, ב; רצו, א (במפורש).

הרמב"ן חולק על כך, וסובר שמיגו הוא ראייה מספיקה בכדי להוציא ממון. הרמ"א⁶⁹ מביא את שתי הדעות, והש"ך⁷⁰ פוסק שניתן לומר "קים לי" כדעת הרמב"ן, לאחר תפיסה. ריצב"א כותב שמיגו כנגד טענת שמא מספיק בכדי להוציא ממון, וזאת, למרות שהתובע לא מציג שום ראייה בפני בית הדין. כך פוסקים גם הש"ך⁷¹ ונתיבות המשפט.⁷²

שיטת הרמב"ן

לאחר שהוצגו שיטות הרמב"ם והתוספות ניתן להבין את שיטת הרמב"ן. הרמב"ן⁷³ כותב שמיגו דהעזה אינו פוטר משבועה, אבל הוא פוטר מממון –

דכי אמרינן התם ההוא מגו (=דהעזה) לאיפטורי ממונא, אבל לא אלים לאיפטורי משבועה...

ההיגיון שמאחורי קביעה זו הוא שכאשר התובע אינו מציג ראיות משכנעות – הנתבע פטור בכל מיגו. במקרה כזה המיגו הוא סימן להעדר הראיות המספיקות, והוא אינו ראייה, ולכן גם מיגו דהעזה מועיל. לעומת זאת, כאשר נטל הראייה מוטל על הנתבע, למשל, כאשר התחייב שבועה, הוא ייפטר במיגו שיהווה ראייה, ולא במיגו דהעזה.

במילים אחרות, הרמב"ן מקבל גם את שיטת הרמב"ם וגם את שיטת התוספות. לדבריו במקרים מסוימים אין צורך בטענה כדי להיפטר, די בכך שבעל הדין לא הביא די ראיות לזכותו. בחלק מהמקרים שבהם צריך אדם להביא ראיה לטובת עצמו, הוא יוכל להסתפק במיגו, כך למשל, במיגו להוציא. הש"ך⁷⁴ פוסק כדעת הרמב"ן.

2. טוענים ליורשים

נחלקו הראשונים מדוע פטורים היורשים במקרה שבו המוריש היה נפטר בטענה? הרמב"ם סובר שלא טענת המוריש הייתה פוטרת אותו, אלא העדר הראיות של בעל הדין, ומכאן שדין היורשים כדין המוריש – גם הם נפטרים מאותה סיבה. לעומת זאת התוספות סוברים שטענת המוריש הייתה פוטרת אותו, וללא טענה היה מתחייב, ומכאן שיש צורך בתקנה שתגן על היורשים שאינם טוענים דבר.

טענינן

עצם המונח 'טענינן ליתמי' או ללקוחות, המופיע בתוספות עשרות פעמים מרמז על כך שיש צורך לטעון עבור היתומים, ולא, היתומים יפסידו. את טענת היתומים מחליפה תקנת חכמים.

69. רמ"א חו"מ פב, יב.

70. ש"ך חו"מ צט, ט.

71. ש"ך חו"מ פב, כללי מיגו טז.

72. נתיבות המשפט פט, י.

73. חידושי הרמב"ן ב"מ ג, ב ד"ה חזקה, וכן שבועות מב, ב.

74. ש"ך חו"מ נח, יא; סב, ו; סד, ו; עב, נג; פא, עו; פב, לט; פט, ו; צג, ד.

בניגוד לכך משתמש הרמב"ם בנימוק "שמא..." כלומר, הראיות של התובע אינן מספיקות.

טענה שאינה שכיחה

תוספות סוברים שלא כל טענה 'טענין ליתמי', אלא רק טענות שכיחות. טענות שאינן שכיחות, כטענת מזויף בשטר וטענת נאנס בפיקדון – לא טוענים ליורשים.

הרמב"ם, לשיטתו, מבין שהיורשים פטורים בכל מקום שאביהם היה נפטר בטענה, משום שלתובע אין ראיות מוצקות, ולבית הדין יש חשש "שמא...". אמנם, גם הרמב"ם סובר שיש מקרים שבהם מתקנים תקנה לטובת היורשים, המשפרת את מצבם ביחס למוריש.

בשולחן ערוך הובאו שתי הדעות לגבי טענת נאנס,⁷⁵ ודעת הרמב"ם לגבי טענת מזויף.⁷⁶ לגבי שטר שעדיין לא הגיע זמנו להיפרע, הרמ"א⁷⁷ פוסק שדין לוה כדין יורשיו, ובשני המקרים גובה התובע בלא שבועה.

רבנו אביגדור כותב שרק כאשר הנתבע טוען ששטרו של התובע מזויף יש לקיימו מדאורייתא, אולם, כאשר הנתבע הלך לעולמו, התובע אינו חייב מדאורייתא לקיים את השטר בכדי לגבות מהיורשים, אלא רק מדרבנן. הסמ"ע⁷⁸ מביא את דברי רבנו אביגדור להלכה.

הש"ך⁷⁹ חולק על רבנו אביגדור. כמו כן, הש"ך פוסק כדעת הרמב"ם פעמים רבות,⁸⁰ פרט למקרים חריגים שבהם הטענה "אינה שכיחה כלל".⁸¹ את העובדה שיש מקרים שבהם דין היורש אינו כדין המוריש ניתן להסביר שהיורש פטור מתקנה ולא מעיקר הדין, ובטענה נדירה מאד חכמים לא תיקנו.

קצות החושן⁸² כותב שטוענים ליורש וקונה, אבל לא לקטן על ממון שלא ירש. משמע מדבריו שטענין ליורש היא תקנה לטובת יורש ממון מאחר או קונה ממנו. אם היורש היה פטור משום שאין צורך בטענה כדי להיפטר, הרי שדין קטן כדין יורש, שהרי שניהם אינם יכולים לטעון. העובדה שקצות החושן מבחין ביניהם מוכיחה שטור מתקנת חכמים.

נתיבות המשפט⁸³ כותב שטענין לקטן כשם שטענין ליורש, כמו כן, כותב נתיבות המשפט⁸⁴ שטענה שכיחה טוענים כברי, וטענה שאינה שכיחה כטענת שמא. משמע מכאן שכדי להיפטר צריך לטעון טענה, וחכמים תיקנו שדינו של יורש יהיה כאילו טען.

75. שולחן ערוך חו"מ קח, ד.

76. שולחן ערוך חו"מ קח, טז.

77. רמ"א חו"מ עח, ב.

78. סמ"ע מו, ט.

79. ש"ך חו"מ מו, ט.

80. ש"ך חו"מ לט, ו; סב, טו; סה, יד; סט, כו; עח, יז; פב, לט; קו, ו; קח, ז-ח; קמו, ג; רצו, א; שסא, ד.

81. ש"ך חו"מ סב, טו; פא, ז; פא, סא.

82. קצות החושן קמט, ה.

83. נתיבות המשפט קלג, א.

84. נתיבות המשפט סט, יא.

טענת מציאה או מתנה

במקרה אחד בלבד נראה שהרמב"ם מחייב יורשים כאשר המוריש היה נפטר בטענה, אולם מקרה זה שונה באופן מהותי מהדינים הרגילים.

בגמרא נאמר שכאשר התובע טוען שהוא הפקיד אצל אדם שנפטר חפץ ונתן סימנים, והנפטר אינו אמוד להיות בעלים על חפץ כזה – מוציאים אותו מיד היורשים. התוספות קובעים שאילו היה המוריש חי והיה טוען שקיבל את החפץ במתנה – הוא היה נאמן.

מהרמב"ם עולה שהוא מבין שלמרות שאין עדים על ההפקדה, היתומים מפסידים. וזאת, בשעה שאם המוריש היה חי וטוען שהחזיר – הוא היה נאמן. נראה שהסיבה היא שבמקרה זה הדין נפסק למרות שאין לתובע ראיה, על פי אומדן דעתו של הדיין, ולא על פי דיני הראיות הרגילים, ובמקרים כאלה יש משמעות לטענת הנתבע.

3. ברי ושמה

במקרה אחד בלבד פוסק הרמב"ם שברי נגד שמה – ברי עדיף, וזאת באדם שטוען שקידש את בתו ואינו יודע למי, ובא אדם וטען שהוא אשר קידש את הבת – נאמן. במקרה זה הטוען אינו משנה את מעמדה של האישה; היא בחזקת נשואה בעקבות דברי אביה. הטוען רק קובע שהוא הבעל.

ברי מול שמה גרוע

בתוספות נדונה שיטת רב יהודה, שסובר שברי ושמה – ברי עדיף, מסקנת התוספות היא שגם לשיטה שברי ושמה – ברי עדיף, אם הנתבע טוען שמה, ויש הוכחה שהוא אינו יודע – הוא פטור. כאשר מסתבר שהנתבע היה צריך לדעת, והוא טוען שמה – ברי עדיף. **נתיבות המשפט**⁸⁵ מיישם את הבחנתם של התוספות במספר מקומות שבהם יש לטוען ברי וגם חזקה. כך למשל ביאר נתיבות המשפט⁸⁶ מדוע כאשר הנתבע מודה שלוה ואינו יודע אם פרע הוא חייב – כיוון שטענת השמה שלו גרועה, והוא בחזקת חייב.

ברי וחזקה או מיגו מול שמה וחזקה

ר"י סבר בתחילה שבברי וחזקה מול שמה וחזקה – ברי עדיף, כפי שנאמר בגמרא, אולם, חזר בו. הרא"ש פסק זאת להלכה, וכך פסקו גם הש"ך⁸⁷ וקצות החושן⁸⁸.

85. **נתיבות המשפט** עח, א; נט, א; נה, ה.

86. **נתיבות המשפט** עה, ז.

87. ש"ך (ח"מ עה, כז) בביאור לווייתו ואינו יודע אם פרעתי; ש"ך (ח"מ צא, יב), בנימוק לטענה שחזונוני על פנקסו גובה מדאורייתא, כיוון שטוען ברי ויש לו חזקת שליח עושה שליחותו מול טענת שמה של המעסיק וחזקת ממון. כמו כן, הש"ך (ח"מ פב, לט) כתב שמיגו וברי של התובע גוברים על שמה של הנתבע. כך נראה גם מדברי הש"ך (ח"מ רלב, טו) בעניין מלווה שטען שקבל כסף מזויף כפירעון, והלווה טוען שאינו יודע איזה כסף נתן.

88. **קצות החושן** (נט, א) פוסק שתובע בברי עם חזקה גובר על נתבע שטוען שמה. הוא כותב גם (עח, א) כותב שנתבע הטוען שמה פרעתי תוך הזמן חייב לשלם, כיוון שחזקת 'אין אדם פורע תוך זמנו', וטענת ברי של תובע גוברת על שמה של נתבע. **קצות החושן** (קלג, ז) פוסק שמיגו וברי גוברים על טענת שמה של נתבע.

מיגו – על התפר שבין טענה לראיה

הרב יהודה יפרח

- | | |
|--|--|
| א. הקדמה | ד. מיגו כטיעון טהור |
| 1. מהו מיגו? | 1. מיגו דהעזה |
| 2. בין ראיה והערכה | 2. מיגו למפרע |
| 3. נאמנות אדם לחייב את אשתו בייבום ולפטרה ממנו | 3. כוחה של טענה שלא נטענה |
| ב. שורש הדין וטעמו | 4. מיגו לחצי טענה |
| ג. מיגו כסימן לקיומה של ראיה | 5. מיגו להוציא |
| 1. מיגו להוציא | 6. המועל במעות הקדש |
| 2. מיגו כראיה לפטור משבועה | ה. מהיכן נובע כוחה של טענה? |
| 3. מיגו למי שאינו בקי בהלכה | 1. טענה כערעור כוחה של טענת התובע – שיטת 'יד המלך' |
| 4. חזקת מטלטלין בכלים העשויים להשאיל ולהשכיר | 2. טענה כדרך ליצירת חזקה – רבי שמעון שקאפ |
| 5. מעגליות המיגו | ו. סיכום |

א. הקדמה

1. מהו מיגו?

במסכת בבא בתרא מובא המעשה הבא –

הנהו עיזי דאכלו חושלא (=שעורים קלופות, השטוחות על פני השדה) בנהרדעא. אתא מרי חושלא תפסינהו והוה קא טעין טובא. אמר אבוה דשמואל: יכול לטעון עד כדי דמיהן, דאי בעי אמר לקוחות הן בידי.¹

בעל השעורים אשר ניזוק מהעזים, עשה מעשה והחזיק בהן עד אשר יאות הבעלים לפצותו. אביו של שמואל פסק, שלמרות שאין לבעל החושלא ראיה באשר להיקף הנזק אשר נגרם לו, ולמרות העובדה שאין טוען לבעלות על העזים שברשותו, רשאי הוא לגבות מהן את נזקו עד לערכן בשוק. את פסיקתו נימק בכך, שהניזוק היה יכול לטעון שהעזים נקנו על

* הרב יהודה יפרח, מכון 'משפטי ארץ', עפרה.

1. בבא בתרא לו, א.

ידו, ואז היה זוכה בדין מאחר והוא המוחזק בהן, ואם הבעלים הקודמים היה מערער היה עליו להביא ראיה לזכותו בעזים, מכוח הכלל 'המוציא מחברו עליו הראיה'. יכולתו של הניזוק להחזיק בעזים מכוח טענת 'לקוחות הן בידי' מעניקה לו את הזכות להחזיק בעזים, אף כשאינו טוען טענה זו בפועל.

הלכה זו היא דוגמה אחת מיני רבות בגמרא לכוחו של מיגו,² או בניסוחו המקביל: 'מה לי לשקר', שמשמעה מעין טענה של בעל הדין – 'האמינו לטענתי שכן אם הייתי מעוניין לשקר לא הייתי משתמש בטענתי הנוכחית (החלשה) אלא בטענה טובה יותר, שבה הייתי זוכה בדין'.

על בירור דין מיגו נשתברו קולמוסים רבים. אחרונים כראשונים עסקו רבות בגדרו של הדין ובתחולתו. העניין הרב בדין מיגו נובע בעיקר בשל העובדה שמדובר בטענה מיוחדת שההלכה חידשה את השימוש בה בהליך המשפטי, ומתוך כך עלות שאלות רבות כשהיא 'מתנגשת' עם עקרונות משפטיים אחרים.

נזכיר מעט מן הנושאים אשר עלו בהקשר לדין מיגו:

כוחו של מיגו: להוציא ממון;³ לחייב שבועה;⁴ לפטור משבועה;⁵ לפטור מחיוב קנס;⁶ כשהטענה לא על הממון הנדון אלא על ממון אחר;⁷ כשטען כבר מחוץ לבית הדין.⁸

מיגו כשלטוען הייתה סיבה ממשית שלא לטעון את הטענה ה"חזקה": כשהטענה החזקה דורשת מן הטוען תעוזה שיש להניח שהיה מעדיף להימנע ממנה;⁹ כשהטענה החזקה אינה אמינה מאחר והיא אינה שכיחה;¹⁰ נגד קול;¹¹ נגד עדים פסולים;¹² כשהטענה החזקה עלולה להתברר כשקר בעוד הטענה החלשה אינה עשויה להתברר;¹³ כשבטענה החזקה לא היה הטוען משיג את כל מבוקשו (מיגו לחצי טענה);¹⁴ כשהטענה החזקה דורשת מן הטוען

2. בתרגום מילולי: 'מתוך', כלומר – נאמין לו בטענה זו מתוך שיכול היה לטעון אחרת.
3. ראה למשל: בבא בתרא ל"ב, ומפרשים על אתר; שו"ת הרי"ד צ"א; שו"ת הרשב"א ג, שנג; תוספות בבא בתרא נ"ב, ד"ה דברים; רא"ש שבועות ו, יט.
4. ראה למשל: קצות החושן פ"ב, ז, טז.
5. ראה למשל: ר"ן אלפס שבועות כו, א; רמב"ן בבא מציעא ג, א, ד"ה חזקה; תוספות שם, ד"ה מפני; שולחן ערוך חו"מ רצו, א.
6. ראה למשל: קצות החושן א, ח.
7. ראה למשל: בבא מציעא ב, א ומפרשים על אתר; ש"ך כללי מיגו יג; אורים ותומים כללי מיגו קלו.
8. ראה למשל: שו"ת הרא"ש קו, ב; קצות החושן מו, ג.
9. ראה למשל: תוספות בבא בתרא נ"ב, ד"ה דברים; בבא קמא קו, א ד"ה עירוב; נמוקי יוסף על הרי"ף בבא קמא מא, ב. רמב"ן בבא מציעא ג, א, ד"ה חזקה; רא"ש שבועות ז, ג; ש"ך כללי מיגו ו.
10. ראה למשל: רא"ש כתובות י, א; מרדכי בבא בתרא ה, ב; ש"ך כללי מיגו כב.
11. ראה למשל: רא"ש בבא בתרא ג, טז; תוספות בבא בתרא לג, א ד"ה לקוחה.
12. ראה למשל: שו"ת הרא"ש סו, ח; ש"ך חו"מ פ"ב, טו.
13. ראה למשל: תוספות כתובות יט, א ד"ה מודה; רשב"ם בבא בתרא מה, א ד"ה אלא שמסר לו; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפוס פראג, קסז.
14. ראה למשל: רמב"ן בבא בתרא לג, ב; תוספות שם, ד"ה ואי טעין; ר"ן על הרי"ף קידושין כח, א; רמב"ן בבא בתרא קל"ד, ב. אורים ותומים כללי מיגו לב; שער המלך מכירה כו, טו.

להישבע נגד עדותו של עד אחד;¹⁵ כשהצגתה מביאה להפללת הטוען;¹⁶ כשאת הטענה החזקה צריכים לטעון שני אנשים, בתיאום מוחלט ביניהם.¹⁷

כאשר טענת מיגו מתנגשת עם כללים מדיני הראיות: מיגו נגד עדים;¹⁸ נגד נאמנות;¹⁹ או נגד הערכות שונות של בית הדין, דוגמת: 'אגן סהדי',²⁰ חזקות,²¹ רוב,²² קול,²³ מנהג המדינה.²⁴

כאשר מיגו בא לחזק כוח אחר: ברי ושמא;²⁵ חזקה;²⁶ או שמדובר במיגו חזק במיוחד, כגון שיכל לטעון לא היו דברים מעולם, או שיכל לעשות מעשה ולהשיג מבוקשו ללא עזרת בית הדין.²⁷

במאמר זה אין כוונתנו לדון בהיקף הרחב והעשיר של דין מיגו ואף לא במכלול הנושאים שבהם הוא בא לידי ביטוי. המטרה היא לסקור מספר מובאות וסוגיות שבהן מופיע הדין, וזאת על מנת לעמוד על גדרו וניסוחו של דין מיגו, ועל הרעיון העומד בבסיסו כפי העולה מדיוני הראשונים והאחרונים אשר עסקו בכך.

הבנת דין מיגו תסייע בידינו לעמוד על התפיסה ההלכתית באשר ליחס שבין עולם דיני הראיות לעולם דיני הטענות. בניסוח פשוטי ננסה לשאול: מהו כוחה של טענת מיגו, ומאי הוא נובע?

15. ראה למשל: בבא בתרא לד, א ומפרשים על אתר; אורים ותומים כללי מיגו פג. ערך השלחן כללי מיגו ס-סז.
16. ראה למשל: תוספות כריתות יב, א ד"ה או דילמא; אורים ותומים כללי מיגו קב.
17. תוספות ב"ב ד"ה וזו באה; תוספות כתובות יט, ב ד"ה ואם; קידושין מג, ב ד"ה והשתא; נמוקי יוסף על הרי"ף בבא בתרא טז, א; ש"ך כללי מיגו יט; אורים ותומים כללי מיגו מט, נז; שער המשפט כללי מיגו ה.
18. ראה למשל: רמב"ן בבא בתרא לא, ב, ד"ה אמר, ומפרשים נוספים על אתר; תוספות בכורות לו, א ד"ה ואמר רבא; תוספות ב"ב לג, א ד"ה ה"ג.
19. ראה למשל: שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, צז.
20. ראה למשל: בבא מציעא פא, ב.
21. ראה למשל: בבא בתרא ה, ב ומפרשים על אתר; קידושין סד, ב ומפרשים על אתר; קצות החושן עח, ה. אורים ותומים עח, ט.
22. ראה למשל: נתיבות המשפט כללי המיגו יב; ערוך השלחן כללי המיגו ו; ערך השלחן כללי המיגו עג-עד; קרבן נתנאל על רא"ש כתובות א, יח, אות ל.
23. ראה למשל: תוספות בבא בתרא קלד, ב ד"ה אזל; רשב"ם ב"ב קלה, א ד"ה ואנן. אורים ותומים כללי מיגו לו.
24. ראה למשל: נמוקי יוסף על הרי"ף בבא מציעא טז, א, ד"ה אריס; שיטה מקובצת בבא מציעא קי, א ד"ה כתוב בתוספות; ש"ך כללי המיגו ב. אורים ותומים כללי מיגו צב; מפרשים על משנה פאה ח, ג; ערך השלחן כללי מיגו מ-מט; קצות החושן פב, יז; קנו, ד.
25. ראה למשל: רא"ש כתובות א, יח; מרדכי ב"מ רטז; ב"ח חו"מ פב, יט. שער המשפט כללי מיגו א; ערך השלחן כללי מיגו טז.
26. ראה למשל: מרדכי שם; שו"ת מהר"מ מרוטנברג (פראג) תתקסג.
27. ר"ן ורמב"ן לקידושין סד, ב; ערך השלחן כללי מיגו ז, לט.

2. בין ראייה והערכה

נקדים: אם נתבונן במבט מהצד על עבודתו של בית הדין, נוכל לפרק כרונולוגית כל הליך משפטי שהגיע לפתחו של בית הדין למספר שלבים:

בשלב הראשון מבקשים הדיינים לברר את העובדות הידועות והמוסכמות. הללו מתחלקות לשתיים: המצב בהווה (כגון: מי המוחזק), וראיות באשר לעבר (כגון: שני עדים, שטר מקיים וכד'). כל אלו נכללים במסגרת עולם הראיות, ואם די בהן על מנת להכריע את הדין יסתיים הדין בשלב זה.

הבעיה מתחילה כאשר העובדות והראיות אינן מספקות תמונה שלמה של מה שהתרחש, במקרה זה יידרשו הדיינים ליצירת השלב השני. עניינו – ליקוט מירב הנתונים והעובדות, ו'השלמת הפאזל' הנעשית על ידי הערכות או ראיות נסיבתיות. בהליך זה של השלמת התמונה אנו מבחינים בין הערכות מוצקות ויציבות, כגון 'אנן סהדי', המבטאות תפיסה חד משמעית של בית הדין שמסתמא כך היה הדבר, ובין הערכות ספקולטיביות וקלושות היכולות להביא רק להכרעה זהירה, כגון שנימנע מלהוציא ממון. לעיתים אף אלו אינן בנמצא ואז מסתלק בית הדין מהכרעה בנדון, והפסק יהיה 'כל דאליס גבר', או 'יהיה מונח עד שיבוא אליהו'.

ההבחנה בין השלבים הנה עקרונית ומשמעותית הן להלכה והן למעשה. עולם הראיות משרטט בדרך כלל תמונה ברורה של הדברים, ולכן יהיה קל להוציא ממון ולנקוט בהליכים משפטיים חדים כתוצאה מהעובדות אשר נתבררו בו. אם כי גם באלו ייתכנו חריגים, בעיקר אם יצליח הנתבע להציג פרשנות חדשה לעובדות שהוצגו בידי התובע.

מאידך, עולם ההערכות ו'השלמת הפאזל' המשפטית הוא גמיש יותר. הדיין אינו מסתמך על 'מה שענינו רואות' אלא על ברירות מחדל שהוגדרו לפי אמות מידה משפטיות שונות. אי לכך, מטבע הדברים ישאף בית הדין להכרעות מינימליסטיות ויעדיף בדרך כלל להימנע מצעדים חריפים, כגון הוצאת ממון או חיובים בלתי הפיכים אחרים.

כפי הנראה, דין מיגו עומד בתפר שבין שני העולמות. המחלוקות והספקות בעניינו של דין מיגו, נובעות בחלקן מהשאלה הפשוטה – האם אנו רואים במיגו ראייה משפטית לכל דבר, וככוז היא תאפשר לנו לשרטט מחדש את העובדות ולקבוע מאן כוחות מוגדר בין התובע לנתבע? או שמא, אין בטענת המגובה במיגו מעבר למה שיש בה, והיינו טענה פשוטה והבעת עמדה של אחד הצדדים. לפי דרך זו, אף אם חידשה התורה שהמיגו הוא טענה בעלת כוח משופר, אין בכך כדי להוציאה ממסגרת עולם הטענות, שבו משתמשים הצדדים בתיאורם הסובייקטיבי את העובדות, תוך מתן פרשנות אישית, ולפיכך, יש להתייחס אליה בעירבון מוגבל.

בהמשך נציע, כי הן מחלוקת האחרונים באשר לטעמו של דין מיגו, והן חלק ממחלוקות הפוסקים באשר לפרטיו של הדין, נובעות מהמתח המתואר, ואנו נידרש כמובן להגדירו בקריטריונים משפטיים חדים יותר.

3. נאמנות אדם לחייב את אשתו בייבום ולפטרה ממנו

על פניו נראה, כי למחלוקת סביב מהותו של הדין ישנו שורש קדום (שלא נדון דיו) המופיע כבר במחלוקת תנאים. המשנה במסכת קידושין קובעת –

מי שאמר בשעת מיתתו יש לי בנים – נאמן, יש לי אחים – אינו נאמן.²⁸

ממשנה זו נלמד, ש"נאמן להתיר ואין נאמן לאסור". כלומר, מקבלים את טענתו של אדם, שיש לו בנים, שמכוחה הוא מתיר את אשתו להינשא לאחר מותו, מבלי שתזדקק לייבום; אך אין מקבלים את טענתו, שיש לו אחים, שמכוחה מבקש הוא לאסור את אשתו להינשא לאחר, מבלי שתעבור הליך של ייבום או חליצה.

על קביעה זו נאמר בגמרא –

נימא מתניתין דלא כרבי נתן, דתניא: בשעת קידושין אמר יש לו בנים בשעת מיתה אמר אין לו בנים, בשעת קידושין אמר אין לו אחים בשעת מיתה אמר יש לו אחים – נאמן להתיר ואין נאמן לאסור, דברי רבי. רבי נתן אומר: אף נאמן לאסור.²⁹

אבל, האמוראים לא קיבלו את הזיקה שבין מחלוקת רבי ורבי נתן, לדין המשנה –

אמר רבא: שאני התם כיון דבשעת מיתה קא הדר ביה – אימא קושטא קאמר.

לאמור: ייתכן שבאופן עקרוני, אף רבי נתן סבור ש"נאמן להתיר ואינו נאמן לאסור". אבל, כאשר דברי האוסר נאמרים בסמוך למיתתו, זוכים דבריו למהימנות מיוחדת, כשחזר בו מדבריו הראשונים, מתוך ההנחה שאין אדם משקר בשעת מיתה.

אביי אינו משתכנע מדבריו של רבא. לדבריו, אין בנימוקו של רבא כדי לשכנע שדין המשנה מתיישב עם דעתו של רבי נתן –

אמר ליה אביי: ולא כל דכן הוא השתא? ומה התם דקא מרע ליה לדיבוריה אמרת קושטא קאמר, מתני' דלא קא מרע ליה לדבוריה לא כל שכן?

כלומר, היא הנותנת: אם בדין הברייתא, שבו דובר במי שרוצה לשנות את טענתו הראשונה, אמר רב נחמן שנאמן לאסור, אחר שבעבר התיר, על אחת כמה וכמה, שמי שמעולם לא התיר, יהיה נאמן לאסור. לפיכך, מציע אביי הבחנה שונה בין דין המשנה לדין הברייתא –

אלא אמר אביי: מתניתין, דלא מוחזק לן באחי ולא מוחזק לן בבני, דאמרינן כיון דלא מוחזק לן בבני ולא באחי, אמר: יש לי בנים – נאמן, יש לי אחים – אינו נאמן, לאו כל כמיניה. ברייתא, דמוחזק לן באחי ולא מוחזק לן בבני, דאמרינן 'מה לי לשקר', מאי קאמר – למיפטרה מיבם? מצי אמר: פטנא לך בגיטא. רבי סבר מה לי

28. משנה קידושין ג, ה.

29. קידושין סד, א.

לשקר כי עדים דמי ואתו עדים עקרי חזקה, ורבי נתן סבר מה לי לשקר כי חזקה דמי
לא אתי חזקה ועקרה חזקה לגמרי.³⁰

כלומר, דין המשנה עוסק במצב שבו לא ידוע שיש לטוען בנים או אחים. לפיכך, כשאומר 'יש לי בנים' נאמן, הואיל ואין בטענתו כדי לשנות את מצבה המשפטית של אשתו: קודם הייתה פטורה מייבום או חליצה (כי אין לו אחים), ואף עתה פטורה (כי יש לו בנים). אולם, כשטוען שיש לו אחים, אינו נאמן, הואיל ובכך הוא מבקש לשנות את מצבה המשפטית של אשתו, ולהזיקה ייבום או חליצה, וכוח כזה לא ניתן בידו.

מנגד, דין הברייתא עוסק במציאות שונה, שבה קיימת חזקה שלטוען יש אחים, אך לא ידוע שיש לו בנים. במצב זה, קובעת הברייתא ש"נאמן להתיר", היות וממילא, אם היה הטוען מבקש לפטור את אשתו מייבום או חליצה, יכול היה לעשות כן, על ידי מתן גט.

מחלוקת רבי ורבי נתן עוסקת במי שבשעת מיתתו חזר בו מדברים שאמר בשעת קידושין, ושהיה בהם כדי לפטור את אשתו מן הייבום או מן החליצה. דבריו הראשונים הם לכאורה בעלי משקל רב מדבריו האחרונים, משום שכאמור, יכול היה הטוען לפטור את אשתו מן הייבום או מן החליצה, באמצעות מתן גט סמוך למיתתו. למעשה טענתו הראשונה היא טענת המגובה במיגו, או בלשונו של אביי – 'מה לי לשקר', ומחלוקת רבי ורבי נתן עוסקת בהבנת מהותה של טענה מסוג זה.

רבי סבר שטענת מיגו כמוה כ"עדים", ומשום כך, יש בכוחה לעקור את חזקת האישה הקודמת, לפיה היא זקוקה ליבום או חליצה. לכן, אין בכוחו של הבעל לאסור בשעת מיתה. מנגד, רבי נתן סבר, שטענת המיגו יוצרת, לכל היותר, חזקה, וחזקה אינה עוקרת חזקה. לכן, יש בכוחו של הבעל גם לאסור.

30. אמנם, לא כל הראשונים תפסו את מחלוקת רבי ורבי נתן כפשוטה, כגון הרמב"ן בפירושו לסוגיה, שסייג: "רבי סבר מה לי לשקר כעדים דמי" – פי' לאו ממש כעדים דהא מה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן, ואפי' במקום חזקה בעיא ולא... אלא שאין כל מה לי לשקר במקום עדים שוין ולא כל החזקות שוות, והאי מה לי לשקר כיון שהוא בידו לגרשה נאמן אף לעקור חזקה זו, מה שאין כן באותן הספיקות שכתבתי שאין מה לי לשקר בידו לעשותו, אלא שהיה יכול לומר טענה אחרת שהוא נאמן עליה חומנין דמערין וסבר שהוא נאמן על טענה זו יותר מחברתה.

אולם מדברי ראשונים אחרים נראה שהבינו את שיטתו החדשנית של רבי כמשמעותה הפשוטה בגמרא. כך למשל הרשב"א:

"רבי סבר מה לי לשקר" – כזה דאי בעי עביד קמן, אלים כעדים. ואע"ג דבפ"ק דבבא בתרא (הב) איבעיא אי אמרינן מיגו במקום חזקה או לא ולא איפשיטא, וכן נמי ביבמות פרק האשה שלום (קיד, ב) גבי החזיקה מלחמה בעולם התם הוא דמה לי לשקר בחלוף טענות שאינן אמיתיות, ואע"פ שזו היתה נכונה אלו אמרה יותר מזו שאומרת עכשיו, מיגו כזה לא אלים דלמא זו היתה נכונה וקרובה בדעתו. אבל מיגו כזה דאלו רצה גומר כונתו לפנינו עכשיו אלים כעדים, ואתיא עדות ומרעא חזקה.

הרשב"א מציין אמנם שמדובר במיגו 'טהור'. אולם העיקרון בעינו עומד, ובדומה לכך בריטב"א: ותו דהוי מילתא דספיקא ועבידא לאיגלויי, ותו מסתמא כל איתתא בחזקת היתר קיימא לשוק במיתת בעלה עד שתאסר בזיקת יבם לפנינו, הלכך חשיב מיגו דיליה כעדים.

גם אם ניתן להציע אוקימתות שונות לסוגיה זו,³¹ אין בכך כדי להמעיט מחשיבותה של מחלוקת רבי ורבי נתן, בכל הנוגע להבנת מהותה של טענת המיגו.³²

מדין התורה, "על פי שני עדים או על פי שלשה עדים יקום דבר"³³. משמעות הפסוק היא, שתפקיד העדים אינו רק לתאר את המציאות, הנסותרת מעיניהם של הדיינים, אלא גם, במידה מסוימת, לקבוע את קיומה. זו משמעותה של ראיה בדין התורה, ורק מכוח משמעות זו, ניתן לבית הדין להכריע דין ולהורות על ביצוע פסקי דין בכל התחומים, בענייני ממונות כבענייני נפשות. "יקום דבר" מתפרש אפוא, הן במישור של תפיסת המציאות העקרונית על ידי הדיינים, והן במישור ההשלכות המעשיות – מישור הפסיקה.

חזקה, מאידך, אינה ראיה במובן המקובל שתואר לעיל. החזקה מהווה בסיס להנחות יסוד בלבד, שאינן משקפות בהכרח את פני המציאות. השימוש בה ייעשה, רק כאשר אין בידי בית הדין ראיות מספיקות כדי לברר את אשר אירע, וכל שעומד בפניו אינו אלא סיפור הדברים, כפי שאירעו מנקודת מבטם הסובייקטיבית של הצדדים. במצב זה, מחוסר ברירה, יש להיצמד לסיפור הנשען על חזקה. החזקה יכול להתבסס על נקודת הזמן האחרונה אשר לגביה יש הסכמה (כגון 'חזקת מרא קמא'), או על תיאור מציאות הנשען על הערכת התנהגותו של 'האדם הסביר' במציאות נתונה.³⁴

ב. שורש הדין וטעמו

שתי הדרכים להבנת מהותו של מיגו נדונו רבות בדברי אחרונים. הניסוח המקובל בדברי אחרונים להגדרת שתי הדרכים הוא: מיגו כ'ראיה', או כ'כח הטענה' שלא נטענה. כך למשל כותב הגר"א וסרמן הי"ד –

דין מגו יש לפרשו בשני אופנים: א. דהוא אנן סהדי שאומר אמת דמה לי לשקר דהיה יכול לטעון טענה טובה מזו... ב. י"ל דאינו מטעם אנן סהדי אלא שהוא דין נאמנות דבכח הנאמנות שיש לו לטעון טענה אחרת נאמן גם על טענה זאת שהוא טוען.³⁵

עם זאת, מן הראוי להדגיש כבר עתה, שבמאמר זה המונחים שבהם השתמש הגר"א וסרמן מקבלים משמעות הפוכה לחלוטין. הראיה, או ה'אנן סהדי שאומר אמת', משמעו בדברי הגר"א וסרמן נתינת כוח ראייתי לטענה, גם ללא תמיכתה על ידי ראיה חיצונית. להלן,

31. ראה בהרחבה בהערה הקודמת.

32. נציין רק כי בראשונים נדחקה סוגיה זו לקרן זוית בהקשר לדיון בטענת המיגו, מכיוון שמקרה זה הוגדר כ'מיגו שבידו [לעשות]'. כלומר, בידו של האדם עומדת אפשרות מעשית לפעול כטענתו, ובהקשר הנוכחי – לתת גט, ולא היכולת לטעון טענה חלופית בלבד. במיגו כזה, החידוש שבנאמנות הטוען הנו פחות משמעותי.

33. דברים יט, טו.

34. [ראה למשל, נתיבות המשפט (עה, ד) שהבחין בין סוגי החזקות – הערת עורך, ע"ר.]

35. קובץ שיעורים ב, ג.

כשנדון בראיה הגלומה בטענת המיגו, תהיה כוונתנו לראות במיגו סימן בלבד לקיומה של מערכת ראייתית אובייקטיבית (שאינה תלויה בטענות) התומכת בטוען את טענת המיגו.

במילים אחרות – 'מיגו כראיה' פירושו במאמר זה: מיגו כסימן לראיה.

אף בנוגע ל'כוח הטענה', נציע הסבר השונה במקצת מזה המוצע על ידי הרב וסרמן. הרב וסרמן מתמקד ב'כוח הטענה' מן הבחינה הפורמאלית, תוך ניסיון להבין את הטכניקה העומדת ביסודו של כוח זה, ולהשיב על השאלה: 'איך פועל המיגו? עקב כך, הנימוק המהותי, המבקש לענות על השאלה 'מדוע פועל המיגו? נותר עמום, ולמעשה נתפס כמעין גזירת הכתוב. במאמר זה נבקש לבסס את מושג 'כוח הטענה' כתפיסה הלכתית של הטענה ככוח משפטי העומד בפני עצמו גם ללא ראיה אובייקטיבית חיצונית.

ג. מיגו כסימן לקיומה של ראיה

1. מיגו להוציא

אחד מהשאלות המובהקות שעל פיהן ניתן לבחון מהי מהותו של מיגו היא שאלת מיגו להוציא, רוצה לומר, האם מיגו יכול להוות ראיה כדי להוציא ממון. שהרי אם מיגו מועיל רק כאשר הוא סימן לקיומה של ראיה, לא ניתן יהיה להוציא ממון על פיו.

בעניין זה מובא בגמרא –

ההוא דאמר לחבריה: מאי בעית בהאי ארעא?

אמר ליה: מינך זבינתה, והא שטרא.

אמר ליה: שטרא זיפא הוא.

גחין, לחיש ליה לרבה: אין, שטרא זיפא הוא, מיהו שטרא מעליא הוה לי ואירכס, ואמינא אינקיט האי בידאי כל דהו.

אמר רבה: מה לו לשקר, אי בעי אמר ליה שטרא מעליא הוא.

אמר ליה רב יוסף: אמאי סמכת אהאי שטרא, האי שטרא חספא בעלמא הוא!³⁶

תרגום: ההוא שאמר לחבריו: מה אתה רוצה בקרקע זו? אמר לו: ממך קניתיה, והרי השטר. אמר לו: שטר מזוייף הוא.

התכופף ולחש לרבה, אמת, שטר מזוייף הוא, אבל שטר טוב היה בידי, ואבד, ואמרתי לעצמי: אטול בידי שטר כל שהוא.

אמר רבה: מה לו לשקר, אם היה רוצה, היה אומר שהשטר טוב.

אמר ליה רב יוסף: על מה אתה סומך? על שטר זה? הלא שטר זה כחרס הוא!

בסוגיה זו הוצגה טענת מיגו, כאשר לטוען ולבית הדין ברור היה, שאין תשתית ראייתית שיש בכוחה לתמוך בטענה. מן הסוגיה עצמה נראה, שנחלקו האמוראים בנוגע לתחולתו של דין המיגו במקרה הנתון.³⁷

36. בבא בתרא לב, א.

הרמב"ם, שעה שבא לפטוק דין בנושא זה, לא הזכיר כלל את טענת המיגו, וכתב –

הוציא עליו שטר מקויים, ואמר הלזה מזויף הוא ומעולם לא כתבתיו או שטר אמנה הוא. ואמר המלוה כן הדברים, אבל שטר כשר היה לי ואבד. אף על פי שהמלוה הוא ששבר את שטרו, ואילו רצה אמר אינו מזויף שהרי נתקיים בבית דין – אינו גובה בו כלום, אלא נשבע הלזה היסת ונפטר, שהרי זה השטר כחרס הוא חשוב.³⁷

עולה מדבריו, שמאחר שהתברר שאין תשתית ראייתית לביסוס טענתו של מחזיק השטר, שכן גם הוא מודה שהשטר מזויף, הרי שידו על התחטונה. במקרה זה שום טענה, ואף לא כזו הנושאת ערך מוסף של מיגו, אינה יכולה להועיל לו. הסיבה לכך היא, כפי הנראה, שלדעת הרמב"ם, מיקומה המשפטי של טענת המיגו הוא במסגרת דיני הראיות. לכן, כאשר הטענה מבוססת על עובדות שקריות, אין לה משמעות.

דומה שלתפיסת המיגו כראיה, יש יסודות איתנים בפשטן של כמה מן הסוגיות העוסקות בדין המיגו. כך למשל עולה לכאורה מסוגיית 'סיטראי' –

אבימי בריה דרבי אבהו הוו מסקי ביה זוזי בי חוזאי (=היו נושיו מבני חוזאה), שדרינהו ביד חמא בריה דרבה בר אבהו, אול פרעינהו (=שלח את הכסף ביד חמא בנו של אבהו, והוא הלך ופרע את החוב). אמר להו: הבו לי שטרא, אמרו ליה: סיטראי נינהו (=אמר להם: תנו לי את השטר, אמרו לו: מצד אחר קיבלנו את הכסף, כלומר, עבור חוב אחר). אתא לקמיה דרבי אבהו, אמר ליה: אית לך סהדי דפרעתינהו? אמר ליה: לא. אמר ליה: מיגו דיכולין לומר לא היו דברים מעולם, יכולין נמי למימר סיטראי נינהו (=מתוך שיכולים היו לומר לא-היו-דברים-מעולם, יכולים לומר שקיבלו את הכסף עבור חוב אחר).³⁸

ריצב"א ראה בסוגיה זו דוגמה ל'מיגו להוציא' היות וכתוצאה מקבלת טענת המיגו יתאפשר לבי חוזאי לגבות שוב את חובם מאבימי. בהתאם לכך הוא שואל –

וקשיא לריצב"א דאמר בפ' חזקת הבתים (ד,א) לא אמרי' מיגו להוציא? וצ"ל: שאני הכא דאיכא שטרא.^{40, 41}

אולם, הסוגיה עצמה לא העלתה את השאלה, ולא את התירוץ. דומה שהסיבה לכך היא, שבדרך כלל, מיגו אינו מבטא אלא את העובדה שאין לתביעה תשתית ראייתית ראויה. משום כך, יש ביד הנתבע לטעון כל טענה שיחפוץ בה, והיא תתקבל על דעת בית הדין. במקרה הנדון בסוגיית 'סיטראי', השליח לא טרח לדרוש מלכתחילה את השטר כתנאי

37. וכן הבינו רוב הראשונים, כמפורט באריכות להלן.

38. רמב"ם מלוה ולוה יד, ו.

39. כתובות פה, א.

40. הגהות אשר"י כתובות ט, ד.

41. **קצות החושן** (פב, י) מבאר אחרת: המלוה נאמן לא מפני שמקבלים מיגו בשטר, אלא משום שהמיגו גורם להאמין לטענת הסיטראי, ואז ממילא השטר עומד בתוקפו וניתן לגבות בו. המיגו לא הוציא ממון אלא רק הסיר מונע שהיה בשטר. שיטת הרמב"ן היא, שלא אמרינן מיגו להוציא בשטר.

לפירעון החוב, ובכך שם כספו על קרן הצבי וסמך על טוב לבם של בי חוזאי שיודו בפירעון, שכן אין לו שום ראייה שאכן פרע. לכן, 'המוציא מחברו' שעליו להביא ראיה במקרה זה הוא אבימי ולא הנושים.

תפיסה זו מקבלת חיזוק מהמשך הסוגיה שבו דנה הגמרא בשאלת אחריותו של השליח, ומסכמת כי הוא חייב לשלם למשלחו על הנזק שגרם, ובלשון הגמרא 'בין כך ובין כך משלם, דאמר ליה לתיקוני שדרתיך ולא לעותי'.⁴²

2. מיגו כראיה לפטור משבועה

אחת הסוגיות המרכזיות אשר 'מציפה' את ההבנות השונות בגדרו של המיגו היא סוגיית השכיר, ובעקבותיה המחלוקת סביב תוקפם של מיגו כראיה לפטור משבועה, ומיגו דהעזה. במשנה במסכת שבועות ישנו פירוט של אלו אשר נשבעים ונוטלים –

כל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין. ואלו נשבעין ונוטלין: השכיר והנגזל והנחבל.⁴³

הגמרא מבקשת להסביר, מדוע השכיר נשבע ונוטל –

42. סוגיה מקבילה מופיעה בשבועות (מב,א):

ההוא דאמר ליה לחבריה: הב לי מאה זוזי דמסיקנא כך והא שטרא (=ההוא שאמר לחברו תן לי מאה זוז שאני נושה בך). אמר ליה: פרעתיך. אמר ליה: הנהו סיטראי נינהו (=אמר לו: אלו, מה שפרעת, מצד אחר הם, היינו, עבור חוב אחר).

אמר רב נחמן: איתרע שטרא (=הורע השטר), רב פפא אמר: לא איתרע שטרא. ולרב פפא מאי שנא מההוא דאמר ליה לחבריה: הב לי מאה זוזי דמסיקנא כך והא שטרא? אמר ליה: לאו אתורי יהבת לי ואתית ואיתיבת אמסחתא וקבילת זוזך (=לא לשם רכישת שוורים נתתי לי, על מנת להרוויח מהם, וקבלת כסף בהיותנו יחד אצל הקצב?) ואמר ליה: הנהו סיטראי נינהו – ואמר רב פפא איתרע שטרא?

התם כיון דקאמר אתורי יהבת לי ומתורי שקלת איתרע שטרא, הכא אימור סיטראי נינהו. מאי הוי עלה? רב פפי אמר: לא איתרע שטרא; רב ששת בריה דרב אידי אמר: איתרע שטרא. והלכתא איתרע שטרא, והני מילי דפרעיה באפי סהדי ולא אידכר ליה שטרא, אבל פרעיה בין ידיה לדידיה מיגו דיכול למימר לא היו דברים מעולם יכול נמי למימר סיטראי נינהו, וכדאבימי בריה דר' אבהו.

לכאורה סוגיית שבועות עוסקת במצב שבו אין עדים על הפירעון, ובכל זאת סבר רב נחמן ש"איתרע שטרא". הסיבה לכך (ע"פ רש"י שם) היא, שכיוון שהנושה מודה שקיבל את הכסף, הוא לא יכול לטעון 'סיטראי' ולהוסיף ולהשתמש בשטר. לכאורה, דעתו של רב נחמן תמוהה. היות ואין לנתבע עדים על הפירעון, מדוע לא יוכל התובע לטעון 'סיטראי' במיגו שהיה טוען לא-היודברים-מעולם? ייתכן ושיטתו של רב נחמן מבוססת על בחינת מאזן הראיות שיש ביד התובע וביד הנתבע. על הכול מוסכם שהיה חוב, וביד התובע שטר המעיד שטרם נפרע החוב. מנגד, מוסכם על הכול שהתובע קיבל לידיו כסף פירעון מן הנתבע. במצב זה, אין לתובע כל עילת תביעה כלפי הנתבע. אמנם, התובע טוען, שהנתבע היה חייב לו חוב נוסף, אך על חוב זה אין בידו כל ראיה. אי לכך, 'אתרע שטרא'. משמעות הדברים, לפי הסבר זה היא, שקיומו של מיגו אינו מספיק כדי להביא את בית הדין לקבל את טענותיו של הטוען במיגו. על מנת שיוכל בית הדין לקבל את טענת המיגו, יש צורך בבסיס ראיתי חיצוני שיאפשר את קבלתה.

43. משנה שבועות ז, א.

מאי שנא שכיר דתקיננו ליה רבנן דמשתבע ושקיל (=מה נשתנה השכיר, שתיקנו לו חכמים שיישבע ויטול)?... אמר רב נחמן אמר שמואל... עקרוה רבנן לשבועה מבעל הבית ושדיוה אשכיר משום כדי חייו (=עקרו חכמים את השבועה מבעל הבית, והטילו אותה על השכיר, משום פרנסתו). משום כדי חייו דשכיר קנסינן ליה לבעל הבית? בעל הבית גופיה ניחא ליה דמשתבע שכיר ושקיל כי היכי דאיתגרון ליה פועלין (=לבעל הבית נוח שיישבע השכיר ויטול, כדי שיוכל לשכור פועלים). אדרבה! שכיר ניחא ליה דלשתבע בעל הבית ונפקע כי היכי דליגריה בעל הבית (אדרבה, נוח לשכיר שיישבע בעל הבית ויפטר, כדי שירצה לשכור פועלים)! בעה"ב על כורחיה אגר. שכיר נמי על כורחיה מיתגר! אלא בעה"ב טרוד בפועליו הוא (ומשום כך, עלול שלא לזכור למי שילם).⁴⁴

אם כן, הנימוק לדין המשנה, המטיל את השבועה על השכיר, ומאפשר לו ליטול שכרו לאחר שיישבע שלא קיבל את המגיע לו, מבוסס על החזקה, שהמעביד טרוד בפועליו ואינו זוכר למי נתן שכרו ולמי לא. זאת, בנוסף לנימוק הסוציאלי – ההתחשבות ב'כדי חייו' של השכיר.

בהמשך, מסייג רב נחמן את דין המשנה, לשכיר שנשכר בפני עדים –

אמר רב נחמן אמר שמואל: לא שנו אלא ששכרו בעדים, אבל שכרו שלא בעדים – מתוך שיכול לומר לו: לא שכרתוך מעולם, יכול לומר לו: שכרתוך ונתתי לך שכרך.

לשיטתו של שמואל, המיגו פוטר את בעל הבית מהתחייבותו כלפי הפועל, והוא אף אינו צריך להישבע ששילם לפועל את שכרו. הראשונים התקשו בשאלה, מאחר שאין אנו מאמינים למעביד, הטרוד בפועליו, מדוע נאמין לו, כשיש לו מיגו?

בעלי התוספות⁴⁵ מסבירים, שבדרך כלל, גם כשטוען המעביד ששילם לפועל את שכרו, אין זו טענה ודאית, היות ויש להניח שהמעביד עצמו אינו בטוח לחלוטין ששילם את שכר הפועל, בהיותו טרוד בפועליו. לכן, יש להתייחס לטענת המעביד כאל טענת ספק (שמא). לפיכך, כאשר טענת המעביד נתמכת על ידי מיגו, יש לתת אמון רב יותר בטענה, ולראותה כטענה ודאית (ברי).

בהמשך הסוגיה, נעשה ניסיון לבחון את משמעות דבריו של שמואל, בנוגע לשבועת השומרים –

אמר רמי בר חמא: כמה מעליא הא שמעתא.

אמר ליה רבא: מאי מעליותא? אם כן, שבועת שומרין דחייב רחמנא היכי משכחת לה? מתוך שיכול לומר לו לא היו דברים מעולם יכול לומר לו נאנסו!

[אמר לו:] דאפקיד ליה בעדים.

[שאל רבא:] מתוך שיכול לומר לו החזרתיו לך יכול לומר לו נאנסו?

[אמר לו:] דאפקיד ליה בשטרא.

44. שבועות מה, א.

45. תוספות שבועות מה, א ד"ה מתוך.

לפי רבא, קבלת דברי שמואל מחייבת את המסקנה, שאף שבועת השומרים אינה חלה, אלא כאשר אין לשומר מיגו. כלומר, כאשר אין השומר יכול לטעון 'לא היו דברים מעולם' או 'נאנסו'. משום כך, נאלץ רמי בר חמא לקבוע שחויב שבועה קיים, רק כאשר ההפקדה נעשתה באמצעות שטר, בניגוד למשמעותם הפשוטה של הכתובים בפרשת השומרים.

הראשונים עסקו דווקא בבירור עמדתו של רבא. השאלה שהטרידה אותם הייתה: האם יש לראות בשאלותיו של רבא משום ערעור על העיקרון העומד ביסוד דין המיגו? ואם לאו, כיצד היה עונה הוא על השאלות שהציג לרמי בר חמא? התשובות השונות המוצעות על ידי הראשונים, מגלות השקפות שונות באשר למהותו של המיגו.

לשיטת ר"י מיגאש,⁴⁶ מסקנת הסוגיה היא, שטענת מיגו אינה פוטרת אדם מחיוב שבועה המוטל עליו. או בניסוח המקובל: "מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן".

ר"י מיגאש מסביר, שהמחלוקת בין שמואל לרבא, עוסקת בשאלה, האם יש בכוחו של מיגו לפטור אדם מחיוב שבועה המוטל עליו? לפי שמואל, יש בכוחו של מיגו לפטור משבועה, ומשום כך פסק, שמעביד ששכר פועל שלא בפני עדים, יכול לטעון ששילם לו את שכרו, ולהיפטר מחובת התשלום, אף ללא שבועה. הסיבה לכך היא, שטענת המעביד היא טענה 'חזקה', בהיותה מגובה במיגו. מנגד, רבא סבר, שאין בכוחו של מיגו כדי לפטור משבועה, משום שאם היה כך, מן הדין היה, שהתורה תבהיר בפרשת השומרים, שהשומר פטור משבועה, כאשר טענתו מגובה במיגו.

לדעת ר"י מיגאש, תירוציו של רמי בר חמא הם בבחינת 'דיחוייא בעלמא', ומשום כך מתקבלת המסקנה, ששבועת השומרים מוטלת על השומר בכל מצב, ו'מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן'.

הר"י מיגאש אף מוסיף שתי ראיות התומכות במסקנה זו. הראשונה, מדינו של עד אחד. ההלכה קובעת שעד אחד על הלוואה מחייב שבועה, למרות שהנתבע יכול היה לטעון 'החזרתי'. מוכח אם כן, ש'מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן'.⁴⁷

ראיה נוספת היא מדינו של המכיר כליו וספריו שנגנבו ביד אחר. במקרה זה נפסק, שכאשר טוען הנתבע 'קניתיים מפלוני', יישבע על טענתו. על הלכה זו מקשה הר"י מיגאש: מדוע יישבע? הרי יש לו מיגו, שיכול היה לומר 'קניתיים ממך'! מוכח אם כן גם מהלכה זו, שאין בכוחו של מיגו כדי לפטור אדם מחיוב שבועה המוטל עליו.

נראה שהגבלת כוחו של המיגו באופן זה, הולמת את הגישה הרואה במיגו סימן בלבד לקיומה של ראיה אחרת, ולכן במקום שבו אדם נדרש להוכיח את צדקתו בשבועה – עליו הראיה, ומיגו אינו פוטר אותו.

כוחו של עד אחד הוא כוח ראיתי מובהק. כך עולה למשל מדברי הרמב"ם –

46. חידושי הר"י מיגאש, שבועות מה, ב ד"ה איתמר.

47. וקשה: מניין לו שעד אחד מועיל גם כשיכול לומר החזרתי? יש שהסיקו מנסכא דרבי אבא שהגזול את חברו בעדים צריך להחזירו בעדים, וייתכן שמוזה הביא הר"י מיגאש ראיה שאינו יכול לומר החזרתי והמיגו אינו עוזר, ואכמ"ל.

ומפי השמועה למדו שכל מקום ששנים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבועה. וכן למדו מפי השמועה שער אחד לכל עון ולכל חטאת אינו קם, אבל קם הוא לשבועה.⁴⁸

דהיינו, לעדותו של עד אחד יש משקל ראייתי, בדיוק כפי שיש לעדותם של שני עדים. אמנם, מכוח ראיה המבוססת על עדותו של עד אחד, לא ניתן אלא לחייב שבועה, ולא ממון. לאור זאת מובן, שקביעה הפוטרת במיגו את הטוען מחיוב שבועה המוטל עליו, משמעותה היא למעשה, הענקת משקל זהה לעדות עד אחד ולטענת בעל דין (המגובה במיגו).

מובן מאליו שעל פי הרמב"ם ורבו ר"י מיגאש, מסקנה כזו היא מופרכת, היות וטענתו של בעל הדין, מהימנה ככל שתהיה, לוקה בסובייקטיביות ובנגיעה אישית. לכן, מתבקשת המסקנה, שכוחה הראייתי של עדותו של עד אחד רב משל טענת בעל הדין, אף זו המגובה במיגו, ומשום כך, "מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן".

ייחודו של ההסבר אשר מציע הר"י מיגאש הוא, שבניגוד למפרשים אחרים, אין הוא בוחן את איכותו של המיגו, אלא בוחן את משמעותו, לאור תשתית הראיות במקרה הנדון.

ניתוח המכנה המשותף לשתי הסוגיות שאותן מעלה ר"י מיגאש כראיה לשיטתו, מגלה שבשתייהן קיימת תשתית ראייתית ברורה נגד הטוען 'מיגו'. כאשר עד אחד מעיד נגד הנתבע, קיימת תשתית ראייתית לחיוב שבועה. היות וכך הוא, אין למיגו כל משקל, שכן כל כוחו של המיגו נובע מהיותו משקף את העובדה, שלא קיימת תשתית ראייתית ראויה לתביעה.

גם כאשר התובע מכיר כליו ביד אחר, התמונה הראייתית נוטה לרעת הנתבע. לפני בית הדין מתגלה התמונה הבאה: חפץ שנגנב מביתו של התובע, שמצדו, אינו מציג כל ראיה שרכש את החפץ כדין. במצב זה, מובן שנטל הראיה מוטל על הנתבע. כאמור, מיגו עשוי לפרש מערכת עובדתית נתונה, לטובתו של הטוען מיגו. אולם, במקום שבו המערכת העובדתית נוטה לרעתו של הטוען מיגו, אין בכוחו של המיגו לשנות את העובדות.

נוכל אם כן לסכם פרק זה, ולומר שלפי ר"י מיגאש, למיגו אין כוח עצמאי משלו, אלא הוא מעין טענה שנועדה לשקף את משקלה של התשתית הראייתית שאותה מציג התובע. לכן, כאשר יש בתשתית הראייתית די כדי לבסס חיוב ממוני או חיוב שבועה, אין בכוחו של המיגו לפטור את החייב מן החיוב המוטל עליו. עמדה זו, היא העומדת ביסוד שאלותיו של רבא על דבריו של רמי בר חמא.

נציין כבר עתה, שלר"ן פרשנות שונה בתכלית לסוגיה זו, המתמקדת באיכותו של המיגו. לפי פרשנות זו, שבה נרחיב בהמשך, יש למיגו כוח עצמאי, הנובע ממהימנותה של הטענה.

48. רמב"ם טוען ונטען א, א.

3. מיגו למי שאינו בקי בהלכה

בין האחרונים, נראה שניתן לזהות את הש"ך, כממשיך דרכו של ר"י מיגאש. כך עולה למשל, מתגובתו לדברי הרא"ש בעניין כוחו של מי שאינו בקי בהלכה לטעון מיגו. שימוש במיגו דורש לכאורה ידע בסיסי בהלכה, שכן, הטענה יכול הייתי לטעון, מבוססת על ההנחה, שהטען ידע שבטענה החלופית הוא עשוי לזכות בדין. אם לא כן, אליבא דאמת, לא יכול היה לטעון. בהתאם לכך סובר הרא"ש,⁴⁹ שישנם מצבים שבהם לא תוכל אישה ליהנות מיתרונותיו של המיגו, משום שיש להניח שחוסר בקיאותה בהלכה הוא שהביא לכך שלא הציגה טענה חלופית, ולא יושרה הרב. נגד דבריו אלו יוצא הש"ך באומרו –

וקשיא לי בהו טובא... מה שכתב כולי עלמא לאו דינא גמירי והיא יראה למחול וכו' הוא נגד הסברה, דהא אשכחן כמה מיגות חמורות יותר מזה שצריכים לימוד ועומק גדול בים התלמוד שהאשה נאמנת באותם מיגות, וכל הש"ס והפוסקים מלאים מזה בכמה מקומות, ולא אמרינן שמא אינה יודעת הדין. ואם מצינו לפעמים בש"ס אטו כולהי נשי דינא גמירי. היינו דוקא במקומות שאמרו הם ושם יש טעם בדבר, מה שאין כן בשאר דוכתי, דאם לא כן ביטלת רוב וכמעט כל המיגות שבש"ס ופוסקים.⁵⁰

על פניו, הש"ך אינו מתמודד עם הבעיה שמעלה הרא"ש אלא דוחה אותה על הסף, בנימוק שדבריו של הרא"ש אינם עומדים במבחן הביקורת של השימוש הרחב שנעשה בטענת המיגו בסוגיות הגמרא. אך לכאורה השאלה עדיין בעינה עומדת: אם טענת המיגו מבוססת על בירור כנותו של טוען הטענה, על ידי התבנית הלוגית הפשוטה של 'מה לי לשקר', הרי שאם בעל הדין אינו מודע לאפשרויות הטענות העומדות בפניו הרי שמבחינתו הבירור חסר בסיס, וזהו 'גוף' מיגו ללא 'נשמה'!

אולם, נראה שדבריו של הש"ך מבוססים על שיטת ר"י מיגאש, ומשום כך, הבעייתיות שהטרידה את הרא"ש, אינה מטרידה אותו. לדעת הש"ך, המיגו אינו חלק מעולם הטענות, שבו המבחן המרכזי לכוחה של טענה הוא, מידת האותנטיות שלה, אלא משרטט מחדש את מערכת הראיות והעובדות.⁵¹

מיגו מגלה למעשה, שהתשתית הראייתית המוצגת על ידי התובע 'מלאה חורים', ומשום כך, אין בה כדי לבסס את התביעה. אמנם, אין בכוחו של המיגו להוסיף ראיה, אך יש בכוחו להעניק פרשנות חדשה למערכת הראיות שהוצגה. כתוצאה מכך, מתערער בסיס

49. פסקי הרא"ש כתובות ט, כח.

50. ש"ך חר"מ סו, נו.

51. [נראה שיש לנסח את הטענה כך: לדעת הש"ך מיגו איננו רק חלק מעולם הטענות, אלא גם חלק מעולם הראיות. שהרי הש"ך (חר"מ פג, ט) הוא זה שפסק, בעקבות הרמב"ן ש"אמרינן מיגו להוציא", כלומר, שמיגו יכול להוות ראיה כדי להוציא ממון. כלומר, לדבריו מיגו איננו רק סימן ליחסי הכוחות הראייתיים, אלא בעל כוח עצמי – הערת עורך, ע"ר.]

התביעה, ונטל הראיה חוזר אל התובע. לפי דרך זו, שאלת הריאליות של המיגו כטענה ממשית העשויה להיטען בבית דין אינה משמעותית.⁵² בהמשך ניווכח ששיטה זו של הש"ך, שבה ועולה בדבריו בהקשרים שונים.

4. חזקת מטלטלין בכלים העשויים להשאיל ולהשכיר

המקום שבו באה שיטתו של הש"ך לידי ביטוי המובהק ביותר הוא בסוגיה העוסקת בחזקת מטלטלין. חזקת מטלטלין היא יסוד מוסד בהלכה. בתוספות: "דאנן סהדי דמה דמחזיק האי דידיה הוא,"⁵³ ובשולחן ערוך: "כל דבר המיטלטל שהוא ביד האדם בחזקת שהוא שלו."⁵⁴

הגמרא במסכת שבועות עוסקת בחריגים אשר החזקה אינה חלה לגביהם –

שלח רב הונא בר אבין: דברים העשויים להשאיל ולהשכיר ואמר לקוחים הם בידי אינו נאמן.⁵⁵

בבסיס דבריו של רב הונא עומדת סוגיית ה'אומן'⁵⁶ העוסקת בטענות שיכול לטעון המחזיק בחפץ כנגד תובע הטוען שהחפץ שייך לו. ביניהן, מובאת טענת 'לקוח (=קנוי) הוא בידי המועילה גם אם לתובע יש עדים שהחפץ היה שלו ושנתנו למחזיק בתורת השאלה או שכירות. רק שילוב של עדי מסירה ('עדים'), ועדים שראו את החפץ ביד המחזיק בסמוך לדיון בבית הדין ('ראה'), עשוי להפקיע את חזקת המטלטלין של המחזיק.

רב הונא מחדש, שכאשר התביעה עוסקת בכלים העשויים להשאיל ולהשכיר נאמן התובע בטענתו, גם אם אין לו עדים שמסר את החפץ בתורת השאלה, ובלבד שיהיו לו עדים שראו את החפץ בידי המחזיק בסמוך לדיון בבית הדין ('ראה').

מסוגיית 'גזול'⁵⁷ עולה שטענת התובע לגבי חפצים העשויים להשאיל ולהשכיר קבילה, רק כאשר התובע אכן טוען שהשכיר או השאילם, ולא כשטוען שנגנבו ממנו. וההיגיון פשוט: חזקת המטלטלין היא חזקה משמעותית שאין לבטלה ללא סיבה מוצקה. בתביעה העוסקת בכלים העשויים להשאיל ולהשכיר אנו מפקיעים את החזקה, מתוך הנחה שקיימת סבירות

52. שיטתו של הש"ך עומדת בניגוד לדברי המרדכי (כתובות רז), שסובר כי טענה שלא עולה על דעתו של בעל המיגו לא ניתן לטעון לו, ודווקא טענה שהיא גלויה וידועה לכול ניתן לטעון. הש"ך דחה דין זה וכתב שצ"ע אם ניתן ללמוד מהמקרה שממנו למד המרדכי את דינו, מאחר ושם הובא עיקרון כללי (עי"ש).
נתיבות המשפט (פב, כללי המיגו י) ניסה לטעון ששיטתו של המרדכי מבוססת על דברי הרא"ש הנ"ל בהערה 49, אך בהמשך הוא מביא את דברי הש"ך, ומצדד ש"מסתמא גם הרא"ש מודה בזה, ושאי התם דאם תמחול גריעותה הוא לגבה משום שיש במחילה מח' הפוסקים... אבל שאר מיגו אמרינן בכל אדם, ומכריע להלכה ש"אם כן טענינן מיגו גם לעם הארץ".

53. תוספות ב"מ ב,א ד"ה ויחלוקו.

54. שולחן ערוך חו"מ קלג, א.

55. שבועות מו, ב.

56. בבא בתרא מה, ב-מו, א.

57. שבועות מו, א-מו, ב.

גבוהה שכלים אלו לא נקנו על ידי המחזיק אלא הושאלו או הושכרו לו. אולם, כשהמערער עצמו אינו טוען זאת, אין טעם להפקיע את החזקה.

עיקרון זה בא לידי ביטוי בדברי הרמב"ם,⁵⁸ שנפסקו גם בשולחן ערוך –

מי שהיה בידו דברים העשויים להשאיל ולהשכיר, אף על פי שהודה ואמר לו: יודע אני שהיה שלך, אבל פלוני מכרם לי, או: נתנם לי מתנה, והלה טוען שנגנבו ממנו – אין מוציאין אותה מידו, אפילו הביא זה עדים שהיו ידועים לו, שאדם עשוי למכור כליו. וכנ"ל עיקר.

ואם טען זה עליו, ואמר: אני השכרתים לך או השאלתים לך – מוציאין אותם מידו...⁵⁹

הש"ך⁶⁰ מבאר את שיטתם של הרמב"ם והשו"ע בכך שכיוון שהמערער השאיל או השכיר את החפץ לאדם שלישי, ואותו אדם מכר את החפץ למחזיק הנוכחי. למעשה השואל או השוכר גנב את החפץ, בכך שמכרו ללא רשות, והכלל שלא ניתן להפקיע חזקת מטלטלין בטענת 'גנבת' חל גם במקרה זה.⁶¹

הש"ך חולק על הדין העולה מהשולחן ערוך, וטוען שגם אם המערער טוען שנגנבו ממש מביתו נאמן, במיגו שיכול היה לטעון 'השאלתים' או 'השכרתים לך'. כאן נשאלת השאלה – הרי זהו מיגו המכוון להוציא ממון, ואמנם לסוברים שאין מניעה לטעון טענת מיגו גם כשהוא מכוון להוציא ממון לא תהיה בעיה, אך לסוברים ש'מיגו להוציא לא אמרינן' לא נוכל להשתמש בטענת מיגו בסיטואציה זו.

מבאר הש"ך, שגם לסוברים ש'מיגו להוציא לא אמרינן' נוכל להשתמש כאן במיגו משני טעמים:

א. אין זה 'מיגו להוציא': במקרה זה גם אם המערער יקבל את החפץ שלו הרי שהוא יצטרך לשלם את דמיו למחזיק בו משום תקנת השוק. עניינה של תקנת השוק הוא שאם אדם גנב חפץ מחברו ומכרו לאדם שלישי, והלה קנהו בתום לב, הרי שגם אם יתברר שהחפץ גזול הלוקח ייאלץ אמנם להחזירו לנגזל אך הנגזל יצטרך לשלם לו את דמיו כפיצוי, ולשוב ולתובעם מהגנב לאחר מכן. בנדון דידן יצטרך המערער לתת את דמי החפץ ללוקח גם אם יקבל את החפץ עצמו, אי לכך אין זה מיגו להוציא, שהרי ערכו של החפץ יישאר בידי המחזיק בו.

ב. "ועוד יש לחלק דהכא כיון שהוא מכיר כליו ועדים מעידים שהיו שלו חשוב כמוחזק" – הש"ך עורך כאן מעין הפשטה של רעיון המוחזקות כך שאינה מסמנת את המחזיק בפועל בחפץ, אלא את מי שיש לו זיקה משפטית חזקה יותר אליו.

58. רמב"ם טוען ונטען ח, ז-ח.

59. שולחן ערוך חו"מ קלג, ז.

60. ש"ך חו"מ שם, יג.

61. ועיי' שם במבאר שהראב"ד והטור, ובעקבותיהם הרמ"א חלקו על זה מכיוון שהגניבה נעשתה בדרך של שאלה או שכירות, ובכגון דא שייכת ההתייחסות החריגה לכלים העשויים להשאיל ולהשכיר.

משמעות הדברים היא שלמרות שבפועל החפץ מוחזק בידי הלוקח, העובדה שמדובר בחפצים העשויים להשאיל ולהשכיר, ושהמערער מכיר את כליו ויש לו עדים על כך שהיו שלו, יוצרת מאזן משפטי חדש שלפיו למערער ישנה זיקת בעלות ברורה יותר לחפץ. הוא אמנם אינו המחזיק בפועל אך הוא מוגדר כ'מוחזק'.

קשה להתעלם מהיחס שבין שני הטעמים שהביא הש"ך: הש"ך עורך "תמרונים חריפים" בכדי להפוך את הקערה על פיה, ולהוכיח שגם לשוללים מכול וכול אפשרות של שימוש במיגו לצורך הפקעת ממון כאן הדין יהיה שונה. שימוש במיגו על מנת להוציא ממון הוא חידוש משפטי קיצוני, שכן משמעותו היא שלמרות שמיגו הוא חלק מעולם הטענות, די בו כדי להוציא ממון.

כאן באות אחרונות ומלמדות על הראשונות, שכן נראה שהנימוק השני מגדיר מחדש את הראשון. מיגו במקרה זה הוא אך ורק סימן לרמת המוחזקות בחפץ. אמנם ברמה הטכנית הנתבע הוא אשר מחזיק בחפץ בפועל, אולם מבחינה משפטית זיקתו לחפץ קלושה, והעובדה שהכלל של 'מיגו להוציא לא אמרינן' אינו חל כאן – בסך הכול משקפת מצב דברים זה.

חזקת המטלטלין נשענת על הנחות יסוד בדבר היחס הרגיל שבין בני האדם לחפציהם. הנחות אלו מתבססות על הנוהג הרגיל, או 'מבחן האדם הסביר', ובאות לידי ביטוי בפרמטרים שהגדירו חז"ל. עם זאת, המשניות והסוגיות העוסקות בכך הגדירו שורה של סיטואציות שבהן ברירת המחדל של החזקה אינה חלה, ואחת מהן היא זו המתייחסת לכלים העשויים להשאיל ולהשכיר. אי לכך ברור שגם אם פלוני מחזיק בפועל בחפץ, הוא אינו מוגדר כ'מוחזק' מבחינה הלכתית, ומיגו בסך הכול מהווה סימן לעובדה זו.

גם כאן עולה מדבריו של הש"ך, שלמיגו אין כוח עצמאי, אלא מכוח היותו משקף את איכותה של מערכת עובדתית-משפטית נתונה.

5. מעגליות המיגו

הגדרה זו למחותו של דין מיגו עשויה לפתור את אחת הבעיות שהעלו האחרונים ביחס לדין המיגו. הכוונה היא לסתירה הפנימית העולה לכאורה מקיבועה של טענת המיגו בגדרים קבועים. בעיה זו הועלתה גם על ידי הרב שלמה פישר –

דבאמת צריך עיון, היאך גילו לנו חז"ל דיני מיגו? הלא על ידי גלוי זה בטלה סברת מה לי לשקר, דהכל יודעים דטענה זו שיש בה מיגו עדיפה או על כל פנים שקולה כטענה האחרת.

הבסיס לקושיה פשוט: אם המיגו מבוסס על ידיעת ההלכה הרי סביר שבעל הדין מודע לכך שהוא נאמן בטענתו הנוכחית במיגו, ואם כן שוב אין לנו כל ראיה שאכן הוא דובר אמת. תשובתו של הרב פישר היא –

יש לומר דהדבר חוזר חלילה, שאם לא יהיה קיים דין מיגו הרי באמת אנן סהדי דאינו משקר ונמצא מפסיד בדבר שלא כדין. והלא מוטב להחזיק בממון להמוחזק בו

שלא כדין מאשר להוציא ממון ממוחזק שלא כדין. הלכך קבעו רז"ל דין מיגו כתקנה קבועה אפילו בהבטל הטעם, כדחזינן דאף מיגו דהעזה מהני.

כלומר, דין מיגו מבטא למעשה מעין ברירת מחדל משפטית. אמנם, המיגו הוא ראייה שעצם גילוי קיומה עלול להפחית ממשקלה; גילוי דין מיגו כרוך בסיכון, שאחוז מסוים מן הנתבעים יעשו שימוש לא הוגן בדין, על מנת להחזיק בידם ממון, שלא כדין. אך מנגד, ביטול דין המיגו יביא לכך, שראייה, שהייתה עשויה לשמש נתבעים רבים, כדי לאפשר להם להחזיק בנכס המצוי בידיהם כדין, לא תוכל לשמש. בדרך זו, יהיו מקרים רבים שבהם יוציא בית הדין מנתבע נכס, כאשר על פי האמת הוא זכאי להחזיק בנכס. גילוי דין המיגו מבטא אפוא את הבחירה באופציה הראשונה, שחסרונותיה מועטים מאלו של האופציה השנייה.⁶²

לכאורה, גם הבעיה, וגם פתרונה מעלים תמיהות לא מבוטלות. מדוע בעיה זו לא עלתה בפירושי הראשונים? אם אמנם במקורו, היה מיגו מעין אינטואיציה בריאה של בית הדין, הרי שעצם יציקתו בתבנית משפטית קבועה מרוקנת אותו למעשה מתוכן. הניתן לראות בעיה זו כבעיה שולית, ולא להתייחס אליה כלל?

בתירוץ, יש מעין 'תבריה לגויזיה' לדין המיגו, מאחר שממנו עולה, שלמעשה, המיגו אינו ראייה מוצקה, כפי שעולה מדברי הראשונים, אלא ברירת מחדל משפטית, ובעייתית.

לשיטתנו בהסבר דין המיגו כראיה, השאלה כלל אינה עולה. אם המיגו מהווה ביטוי לתשתית ראייתית התומכת בצד שטען אותו, הרי שכוחה של טענת המיגו נעוץ בעצם היותה אופציה, ולא דווקא במשמעותה הריאלית של הטענה, במסגרת הדיון שבין הטוען לנטען.⁶³

ד. מיגו כטיעון טהור

הגישה הרווחת בראשונים רואה במיגו סוג של ראייה משפטית קבילה. כך בלשון הנמוקי יוסף –

מי אמרינן מה לי לשקר ודאי אמת הוא טוען שפרעו בתוך זמנו דאי בעי לשקר ניהא ליה טפי למימר פרעתך בזמניה.⁶⁴

62. ולשיטתו צריך לומר כי זהו המקור למחלוקת בדין 'מיגו להוציא'.

63. [לענ"ד, שאלת הגר"ש ופישר וקודמיו, קשה. ראשית, כיוון שדיני מיגו אינם ידועים לכול, ואכן אם הדין משוכנע שהעומד מולו יודע את ההלכות ומשתמש בהן כדי לשקר, עליו למנוע זאת במסגרת כללי דין מרומה. שנית, ידיעת דיני מיגו אינה מפחיתה מעוצמתם, שהרי גם אם הטוען מכיר את דיני מיגו עדיף היה לו לטעון את הטענה החלופית ולהיפטר. בחירתו בטענה הנוכחית, החלשה יותר, אינה משפרת את מצבו, אלא רק משאירה אותו כפי שהיה אילו היה טוען את הטענה החלופית – הערת עורך, ע"ר.]

64. נמוקי יוסף על הרי"ף בבא בתרא ג, א.

כך כותב גם הרשב"א –

שכל מקום שיש מיגו אנו מאמינים שהאמת כמו שטוען, שאילו בא לשקר היה לו לטעון טענה אחרת בשקר שהיה נאמן בה.⁶⁵

ואף הרא"ש בתשובותיו –

ודאי גם טענה זו שטוען – אמת, דאם היה רוצה לשקר היה טוען טענה אחרת שנראה לעולם יותר שהיא אמת מזו הטענה שהוא טוען.⁶⁶

התפיסה הרואה את המיגו כ'טעון טהור', כלומר, ראיה שכל כולה נובעת מהימנעות הטוען מלטעון את הטענה החליפית, ללא כל צורך בראיה חיזונית, עולה מדברי ראשונים ואחרונים בכמה מן הסוגיות העוסקות בדין המיגו. על העיקריות שבהן, נעמוד בפרק זה.

1. מיגו דהעזה

בפרק הקודם הוצגה שיטתו של ר"י מיגאש בהסבר שיטתו של רבא. לר"ן, שיטה שונה בתכלית. כזכור, רמי בר חמא שיבח את דבריו של שמואל, שפסק שמעביד ששכר פועל שלא בפני עדים נאמן לטעון ששילם לפועל את שכרו, במיגו שיכול היה לטעון שמעולם לא שכרו. על כך תמה רבא –

מאי מעליותא? אם כן, שבעת שומרין דחייב רחמנא היכי משכחת לה? מתוך שיכול לומר לו לא היו דברים מעולם יכול לומר לו נאנסו!

[אמר לו:] דאפקיד ליה בעדים.

[שאל רבא:] מתוך שיכול לומר לו החזרתיו לך יכול לומר לו נאנסו?

[אמר לו:] דאפקיד ליה בשטרא.

אף הר"ן⁶⁷ יוצא מתוך ההנחה, שרבא אינו חולק על עצם דין מיגו. אולם, שלא כר"י מיגאש, הר"ן אינו מוצא את הפגם, אליבא דרבא, בנסיבות יישומו של המיגו, אלא באופיו העצמי של המיגו.

לפי הר"ן, המיגו המוצע על ידי שמואל אינו מיגו רגיל, אלא מיגו דהעזה. כלומר, מיגו 'חלש', בהיותו מבוסס על טענה חלופית, שהצגתה דורשת מן הטוען תעוזה רבה מזו הנדרשת באמירת הטענה הנוכחית. בנוגע למיגו כזה, ורק בנוגע אליו, טען רבא שאין בכוחו לפטור משבועה.^{68, 69}

65. שו"ת הרשב"א ג, פא.

66. שו"ת הרא"ש עט, ח.

67. בחידושו על אתר, ד"ה א"ב שבועת השומרים.

68. מדברי הר"ן משמע, שרב ושמואל סוברים שניתן לקבל גם מיגו דהעזה, אך גם לדבריהם ניתן אולי לומר שאין כוונתם להכשיר מיגו כזה בצורה גורפת (ולכן אין צורך להעמיד את שבועת השומרים רק במקרה שהפקיד בשטר), שכן ניתן להבין שמיגו דהעזה מועיל רק לגבי שבועת השכיר שאין היא שבועה מדאורייתא, אלא מתקנת חכמים, כמנגנון שנועד להגן על השכיר. לכן, יועיל לגביה גם מיגו 'חלש'

הר"ן מוכיח את שיטתו מסוגיית מודה במקצת –

דאמר רבה: מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע? חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, והאי בכליה בעי דנכפריה, והא דלא כפריה משום דאין אדם מעיז פניו.⁷⁰

הר"ן הבין שרבה שאל מדוע מודה במקצת לא ייפטר משבועה במיגו שהיה כופר בכול. מעצם השאלה עולה, שעקרונית מיגו יכול לפטור אדם מחיוב שבועה המוטל עליו, וזאת, בניגוד לעמדת ר"י מיגאש. תשובתו של רבה היא, שחזקה שאין הנתבע מעז פניו וכופר בכול. משמעות התשובה היא, שזהו מיגו דהעזה ולכן אין בכוחו לפטור משבועה.

למעשה, עצם הדיון ב'מיגו דהעזה' מסיט את מרכז הכובד ממערכת היחסים הראייתית שבין התובע לנתבע, להתמקדות בטענה עצמה כגורם דומיננטי בעל משקל עצמאי. הדיון סביב 'מיגו דהעזה' עוסק בשאלה, האם המיגו היה ריאלי מבחינתו של הטוען, או שמא מכיוון שהיה צריך להעזיז על מנת לטעון את הטענה החלופית, הרי שאין אנו יכולים לקבלה כאופציה ממשית ולכן אין לה תוקף משפטי כמו למיגו רגיל.

כך או כך, הדיון סביב המיגו מתקיים לצד העובדות אשר התבררו על פי ראיות, ולכן ברור שלגישה זו המיגו הוא מעין דין אוטונומי.⁷¹

יחסית. לפי הסבר זה, רבא חלק על רמי בר חמא מאחר שהבין מדבריו שמיגו כזה יכול לפטור מכל שבועה שתהיה, שכן טען שזוהי 'טענא מעלייתא':

69. שואלים אחרונים: הרי בממון אמרינן מיגו דהעזה? קובץ שיעורים (ב, ג), בדרכו, מציין בתירוץ שבמיגו יש שני כוחות: (1) מה לי לשקר: שזוהי נאמנות שמתוך שיכל לשקר הוא דורש שיאמינו לו לטענתו הנוכחית. (2) כוח טענה: אדם שיכול לזכות בדין בטענה מסויימת יש לו נקודות זכות משפטיות העומדות לו גם בטענתו האחרת. הנפקא מינה היא במיגו דהעזה: הנאמנות של 'מה לי לשקר' אינה קיימת שכן אנו טוענים כנגדו שמאחר ולא היה מעז לומר כן אין המיגו משפיע על נאמנותו, אולם את כוח הטענה שלא נטענה יש לו. ממילא לגבי שבועה שבה אנו דורשים בירור אנו דורשים גם את הכוח של מה לי לשקר מאחר והמוקד הוא בבירור. אך בממון אנו מסתפקים בכוח הטענה.

הוא מציין שהרא"ש חולק על הבנה זו, ולשיטתו חיוב ממון הוא כמו חיוב שבועה ואי אפשר להבחין בין מיגו לאפטורי ממון למיגו לאפטורי משבועה. (תלוי בחקירה שהובאה לעיל בגדר חיוב שבועה: האם היא כחיוב ממון שהנשבע חייב ממון אך יכול להמיר זאת בשבועה, או שהיא פשוט כלי לבירור אמינות טענתו, ולאור הדברים שהבאנו עולה שגם לרמב"ם לא תהיה הבחנה בין הדינים.)

עולה שלשיטתו של הקובץ הטעמים בדין המיגו מתפקדים כשני רבדים המתמודדים עם דרישות שונות: דרישה לראיה ובירור המציאות, ונתינת מקום לטיעון משפטי אוטונומי.

70. **בבא מציעא ג,ב.**

71. בשולי הדברים יש לציין כי גם לשיטתו של הר"ן ישנם 'גבולות גזרה' למיגו הנובעות ממערכת הראיות. הדוגמה הקלאסית לכך היא סוגיית מיגו במקום עדים. סוגיה זו מובאת במחלוקת אביי ורבא בשני מקומות בגמרא: **בבא מציעא פא,א** (ההוא עובדא דנהר פקוד), ו**בבא בתרא לג,ב** (זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי, האי אייתי סהדי דאבהתי הוא והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה...). הר"ן בחידושו (ב"ב לג,א) מציין כי גם אביי יודה שאין מקבלים את טענת המיגו כשמולה עומדת עדות שני עדים ממש, והמחלוקת נסובה רק על מקרה שבו בית הדין תופס את המציאות בצורה של 'אנן סהדי', כלומר שיש הערכה מוצקה של בית הדין שכך היו הדברים, וכבסוגיית נהר פקוד שבה אנו מעריכים שמסתמא היו מים במקום שבו עבר עם החמור (עיין שם). גם בדין השדה מדובר שהעדים מעידים שאכן הייתה השדה של אבותי, אך לא מוכח מדבריהם שלא מכרה.

אף בעלי התוספות סברו כר"ן, ש"מיגו דהעזה לא אמרינן", אולם, לדבריהם מיגו דהעזה אינו פוטר אפילו מממון ולא רק משבועה. דבריהם מבוססים על החזקה, ש'אין אדם פורע תוך זמנו'.⁷² משמעותה המעשית של החזקה היא, שאם תבע נושה את החייב במועד הפירעון, אין הנתבע יכול להיפטר בטענה שפרע את החוב לפני מועד זה.

על כך שואלת הגמרא: אם תבע הנושה לאחר מועד הפירעון, וטוען החייב שפרע לפני מועד זה, האם יפטר במיגו שיכול היה לטעון שפרע במועד? הגמרא משאירה שאלה זו ב'תיקו'.

לפי קו זה, מוסיפים ומקשים בעלי התוספות⁷³: אם כן, גם ביום הפירעון עצמו יש לנתבע מיגו, היות ויכול היה לטעון 'פרעתוך הבוקר'! תשובתם של בעלי התוספות לשאלה זו היא, שמיגו כזה הוא 'מיגו דהעזה', שכן אין זה סביר שהנתבע יחציף פניו בפני התובע, ויטען שהיום פרע, אם לא עשה כן.

עם זאת, בעלי התוספות⁷⁴ עומדים על כך, שלפחות משתי סוגיות (ובהן הסוגיה שהובאה בראשית המאמר) עולה, שנעשה שימוש גם במיגו דהעזה. למרות זאת, הם מזדהים עם העיקרון, שאין להשתמש במיגו דהעזה, ומשום כך, מיישבים את המקורות תוך הבחנה בין מיגו ב'מידי דכפירה', למיגו בדבר שאין בו כפירה. בעלי התוספות לא הסבירו הבחנה זו, ומשום כך, התחבטו רבים בהבנתה.

הש"ך⁷⁵ מציע שני הסברים להבחנה. לפי ההסבר השני, ההבחנה קשורה לנסיבות השימוש במיגו. מיגו דהעזה שנועד לפטור מחיוב שבועה, אינו קביל. לעומת זאת, מיגו דהעזה שנועד לפטור מחיוב ממוני, קביל. כלומר, כדעת הר"ן.

קצות החושן⁷⁶ ביקש להסביר את הגיונה של ההבחנה בדרך זו: כאשר התביעה היא ממונית, היא רומזת למעשה על החשד, שהנתבע מסוגל לגזול ממון זולתו. מי שמסוגל לגזול, יעז גם לכפור בעצם קיומו של החיוב. העובדה שלא עשה כן, מעידה כנראה על מהימנותה של טענתו. זו הסיבה לכך, שבתביעה ממונית, ניתן לעשות שימוש במיגו דהעזה. לעומת זאת, כאשר התביעה אינה ממונית, אלא יש בה רק כדי לחייב את הנתבע שבועה, המצב שונה. היות והחשוד על הממון חשוד גם שיישבע לשקר,⁷⁷ עצם הטלת השבועה

גם הרמב"ן בחידושו על הסוגיות הנ"ל מציין כי אין מדובר במיגו מול עדים ממשיים וגם אם היו עדים נבאר את דבריו של הטוען כך שלא יסתור את העדים בצורה חזיתית, כבסוגיה דנהר פקוד, שנבאר שלא הייתה כוונתו שלא זרמו מים בנהר אלא שהבהמה לא מתה מהמים. אמנם רשב"ם חולק ומבאר בסוגיית השדה שהעדים מעידים שהייתה של אבותיו עד ליום מותם, ולכן ברור שלא מכרוה לו. יוצא שלשיטתו אמרינן מיגו גם במקום עדים ממש.

72. בבא בתרא ה,א.

73. תוספות ב"ב ה,א ד"ה ובא.

74. תוספות בבא קמא קז,א ד"ה עירוב פרשיות.

75. ש"ך חו"מ פב, לט.

76. קצות החושן פב, יד.

77. בבא מציעא ה,ב.

מלמדת, שהנתבע אינו חשוד לגזול ממון חברו. לגבי אדם כזה, יש להניח שלא יעז לכפור בעצם קיומו של החיוב. משום כך, לא ניתן לעשות שימוש במיגו דהעזה, שכן, הטענה החלופית אינה ריאלית מבחינתו של הטוען.

הסברו של קצות החושן מותח את הבנת המיגו כטיעון טהור לקיצוניות הפוכה מזו של ר"י מיגאש. על פי ההיגיון הפנימי של ריאליות המיגו עשוי להיווצר מעין אבסורד שדווקא הגולן, שאינו חושש מגזל ממון זולתו, יהנה מטענת המיגו שכן עבורו הוא 'ריאלי' ומהווה אופציה ממשית, והחשוד על השבועה לא יהנה ממנו כי אנו מעריכים שלא יעז לכפור לגמרי ולגזול ממון.

2. מיגו למפרע

דוגמה נוספת לשיטתם של בעלי התוספות היא הסוגיה העוסקת בפירעון כתובת אשה ממטלטלין של יתומים: הסוגיה⁷⁸ מתבססת על ההנחה ש"מטלטלין דיתמי לא משתעבדי לא לבעל חוב ולא לכתובה".

במשנה, נחלקו רבי עקיבא ורבי טרפון בדינם של נכסי החייב שבשעת מותו היו מופקדים אצל אחרים, ובדינם של חובות של אחרים כלפי הנפטר, שלא נפרעו לפני מותו. האם זכו היורשים בנכסים אלו עם מותו של מורישם, וממילא, אין למלווה ולאשה זכות בהם, או שמא, יכולים אלו לזכות בהם, מאחר שבשעת מות החייב, לא היו יורשיו מוחזקים בהם?

בגמרא, פסק רב נחמן שגם לשיטת רבי עקיבא, השולל מבעל החוב ומן האשה את זכות העיקול בנכסים מסוג זה, יוכלו הנושים לתפוס נכסים אלו לפני מות החייב, היות ובמועד זה ברור שהיורשים טרם זכו בנכסים. בהקשר זה הובא מקרה לדיון –

ההיא איתתא דהוו מיפקדי גבה מלוגא דשטרי (=אותה אשה שהיה מופקד אצלה קובץ שטרי חוב). אתו יורשים קא תבעי ליה מינה, אמרה להו: מחיים תפיסנא להו (=באו יורשים ותבעום ממנה, אמרה להם: מחיים תפסתיים, כנגד חובות שהמפקיד חייב לי). אתאי לקמיה דרב נחמן, אמר לה: אית ליך סהדי דתבעוה מיניך מחיים ולא יהבית ניהליה? (=יש לך עדים שתבעו אותך בחיי החייב, ולא נתת את השטרות?) אמרה ליה: לא. (אמר לה) אם כן הוי תפיסה דלאחר מיתה, ותפיסה דלאחר מיתה לא כלום היא (וצריכה להביא ראיה שהיא תפסה בהדיא עוד בחיי המפקיד).⁷⁹

על פסיקתו של רב נחמן שואלים בעלי התוספות⁸⁰: מדוע לא נאמין לאישה במיגו שיכולה הייתה לטעון שקנתה את השטרות?⁸¹

78. כתובות פה, א.

79. שם.

80. תוספות שם ד"ה אית.

81. אמנם, האישה אינה יכולה לטעון שהחוב הגלום בשטרות קנוי לה מאחר ו'אין אותיות נקנות במסירה' (כגירסת רוב הראשונים בסוגיית בבא בתרא ע"ב ובניגוד לגירסת הרשב"ם ולגירסה הנדפסת לפיה 'אמר

הרא"ש⁸² משיב על השאלה, תוך שהוא מסביר את המקרה שבו עסקה הסוגיה במציאות מיוחדת: השטרות הופקדו ביד האישה במעמד עדים, והם שראו את השטרות בידיה לאחר מות המוריש. לכן, לא יכולה האישה לטעון 'לקוחים הם בידי'.

תשובת ר"י המובאת בתוספות מעניינת: בשעה שטענה האישה 'מחיים תפיסנא' היא לא העלתה על דעתה שטענה זו בעייתית. לדידה, דין ההפקדה כדין התפיסה בחיי החייב, ומשום כך, לא זכו היורשים בשטרות. על כן, ה'מיגו' המוצע הוא למעשה 'מיגו למפרע', שכן, עד שרב נחמן חידש את ההלכה שמעמדה של האשה הוא כשל שומר, ולכן להחזקתה בשטרות אין מעמד של תפיסה, היא סברה שהיא טוענת את הטענה הטובה ביותר בנמצא ולכן כלל לא העלתה על דעתה טענה אחרת. הצגת ה'מיגו' כעת, היא למעשה חכמה שלאחר מעשה. לשון אחר: כיוון שהאישה לא הייתה מודעת לתועלת שבשקר הרי שמבחינתה המיגו אינו ריאלי, ולכן השיקול הפסיכולוגי 'מה לי לשקר' אינו רלוונטי למקרה זה.

למדנו אם כן, שבעלי התוספות סוברים שלמרות שמדובר במיגו קלאסי, העובדה שהוא אינו ריאלי שוללת את השימוש בו. לאור זאת ברור שבעלי התוספות הבינו את דין מיגו בפרמטרים של טענה שנטענת תוך דיון בבית הדין, והחידוש הוא שטענה זו הינה בעלת כוח משופר בהיותה מגובה בנאמנות שיש למי שנמנע מלטעון את הטענה החלופית.

מדבריהם של הר"ן ובעלי התוספות עולה אם כן גישה עקבית, הממקדת את הדיון בדין מיגו, כדין שאינו קשור במכלול הראייתי הסובב את הדיון, אלא בכוחה העצמאי של הטענה. ודוק, כוחה העצמי של הטענה שנטענה בפועל, נובע מההימנעות מלשקר ומלטעון את הטענה החלופית.

ברם, כפי שניזכר בפרק הבא, אף לגישה המכירה בכוחה של הטענה שלא נטענה, כמקרינן על כוחה של הטענה שנטענה, יש יסודות איתנים, לא רק בדברי אחרונים, אלא גם בדברי ראשונים.

3. כוחה של טענה שלא נטענה

נראה שהניסוח הקדום ביותר לתפיסת המיגו כנתינת כוח הטענה שלא נטענה, מופיע בראב"ד בהשגותיו על הרי"ף בסוגיה זו.

הרי"ף מסכם את העולה מסוגיית מלוגא דשטרי בלשון זו –

אמימר הלכתא אותיות נקנות במסירה⁸³. אולם, האישה יכולה לטעון שהנייר קנוי לה, ומשום כך, היורשים לא יוכלו לממש את זכותם הגלומה בשטרות, ויעדיפו לשלם לה את חובה, על מנת לזכות בשטרות ולממש את זכותם.

יש לציין כי השולחן ערוך (ח"מ טו, א) פסק כי כשהוסב שטר חוב שלא בצורה הנדרשת, היינו ללא כתיבה ומסירה, המקח בטל ואפילו לצור על פי צלוחיתו לא קנה. מהמפרשים עולה כי זו מחלוקת ראשונים בביאור סוגיית בבא בתרא, שם.

82. רא"ש כתובות ט, ה.

במלוגא דשטרי בלחוד הוא דדיינין הכי ולא גמרינן למידי אחרינא משום דמלוגא דשטרא לא יכלה למימר לקוחים הם בידי.⁸³

כלומר, דווקא האישה האוחזת ב'מלוגא דשטרי' אינה יכולה לטעון: האמינו לי שתפסתי השטרות בחיי הבעלים, מתוך שיכולה הייתי לטעון 'לקוחים הם בידי', משום ש'אין אותיות נקנות במסירה' ומשמעות הדבר היא, שלא ניתן להקנות את השטרות, וממילא, אין משמעות לתפיסה. עולה מכך, שאם היה מדובר בנכסים מסוג אחר, היתה האשה נאמנת. על כך כתב הראב"ד –

יש מי שטוען עליו (=על הרי"ף): והלא אף כאן יש לומר מיגו דיכולה למימר לא היו דברים מעולם... ואת כולם ישא הרוח, כי הטענה האחרת... אינה טענה לפי שאם אמרה החזרתים לך או לא היו דברים מעולם מה הועילו לה השטרות בכבישתם תחת ידה? לגבות בהן אינה יכולה, והיאך נאמין אותה בטענתה יותר ממה שלא יועיל לה טענת המיגו? וכלל זה בידנו בטענת מיגו: למה שיוכל להועיל טענת המיגו יועיל לה טענתה ואם זה לא יועיל גם זה לא יועיל.⁸⁴

עולה מכך שהזיקה שבין הטענות אינה מתמצית בעובדה שהטענה שנטענה הוכחה כנכונה, נוסף כאן עוד חידוש. והוא, שהטענה השנייה מגדירה את היקף האפקטיביות של הראשונה, ובמידה מסוימת אנו מתייחסים לדיון כאילו הטענה השנייה היא שנטענה בבית הדין.

באחרונים הוגדרה תפיסה זו בשיטתם של רבי ברוך פרנקל תאומים, רבי שמעון שקאפ,⁸⁵ ורבי אלחנן וסרמן.⁸⁶ כך למשל ניסח את הדברים רבי ברוך פרנקל תאומים –

וכי היכא דיש לבעל דין מיגו אנו מחליטים בודאי שהוא דובר אמת?... יכול להיות שמשקר ואחז אחת מהטענות שהדין שיפטר בהם. רק כך מדות התורה, דאף שטענת יש לי כנגדו אין להאמין מצד עצמו, מכל מקום כיון שיש עוד צד טענה להלוא להשתמט ולהיות נמצא זכאי נגד המלוה, אנו דנים בכל אשר יטעון במתוך שהוא יכול לומר, ופטור בזה מתביעות המלוה כמו בטענה אחרת שיוכל לטעון... ורבים משתבשים לומר וסוברים כשיש מיגו הוי כאילו על ידי זה יש אומד דעת שטוען אמת וחבירו משקר.⁸⁷

4. מיגו לחצי טענה

הגמרא במסכת בבא בתרא מביאה את המעשה הבא –

- 83. רי"ף כתובות מג, א.
- 84. השגות הראב"ד על הרי"ף, כתובות מג, א.
- 85. שערי יושר בבא מציעא, ה.
- 86. קובץ שיעורים ב, ג.
- 87. שו"ת עטרת חכמים חו"מ כ, עמ' לח.

ההוא דאמר ליה לחבריה: מאי בעית בהאי ארעא? (=אותו אדם אמר לחברו: מה מעשיך בקרקע זו?) אמר ליה: מינך זבני ואכלתייה שני חזקה (=אמר לו: ממך קניתייה והשתמשתי בה במשך תקופה היוצרת חזקה). אזל, אייתי סהדי דאכלה תרתי שני. אמר רב נחמן: הדרא ארעא והדרי פירי (=הלך, הביא עדים שהשתמש בקרקע במשך שנתיים. אמר רב נחמן: תחזור הקרקע ויחזרו הפרות).⁸⁸

מפסיקתו של רב נחמן עולה, שלא זו בלבד שלא היה בכוחה של העדות לאשר את טענת הנתבע, היות והעדויות הייתה על החזקה של שנתיים ולא שלוש, אלא שמכוחה חייב רב נחמן את הנתבע לשלם לתובע את ערך הפרות שמהם נהנה בעודו מחזיק בקרקע.

בעלי התוספות⁸⁹ מדגישים, שלמרות שהנתבע יכול היה לטעון 'אריס הייתי ולפרות ירדתי', ולהיפטר מהשבת הפרות, כיוון שטען שקנה את הקרקע הפסיד הכול, מאחר והו 'מיגו לחצי טענה'. כלומר, מיגו שבכוחו להשיג רק חלק מערך התביעה.

הנימוק העומד ביסוד שלילת כוחו של 'מיגו לחצי טענה' הוא, שהיות ומכוחה של הטענה החלופית, יכול היה הנתבע לזכות רק בחלק מממה שהוא מסוגל לזכות בו, לפי הטענה שנטענה בפועל, לא סביר שהיה טוען את הטענה החלופית, וממילא, אין היא אופציית טיעון ממשית.

לעיל הובאו בתמצית דברי הגר"א וסרמן בעניין מיגו; כאן הם מובאים בהרחבה תוך התייחסות לבעייתיות של מיגו לחצי טענה –

ונראה בביאור שני התירוצים שבר"ן דדין מגו יש לפרשו בשני אופנים:
 (א) דהוא אנן סהדי שאומר אמת דמה לי לשקר דהיה יכול לטעון טענה טובה מזו ולפי הטעם הזה כתב... דהכא דהוי מגו לחצי טענה אין כאן הוכחה שטענתו אמת וע"כ לא מהימן כלל.

(ב) י"ל דאינו מטעם אנן סהדי אלא שהוא דין נאמנות דבכח הנאמנות שיש לו לטעון טענה אחרת נאמן גם על טענה זאת שהוא טוען וע"כ לא איכפת לן מה שהוא לחצי טענה דמ"מ יש לו כח נאמנות על חצי הטענה.⁹⁰

ברם, דומה שדברים אלו אינם עומדים במבחן הביקורת. הסיטואציה המדוברת היא, שהתובע מציג ראיה כנגד המחזיק בקרקע, והמחזיק יודע שאין בידו ראיה משמעותית לבעלותו. במצב זה, ברור שגם אם לא יוכל להוכיח בעלות, יש לו אינטרס חזק להיפטר מתביעת הפירות שאכל במשך השנתיים שהחזיק בקרקע. האם העובדה שלא עשה שימוש בטיעון שיכול היה לפוטרו מחלק מן התביעה אינה עשויה לשמש ראיה לכנות טענתו?

מנגד, גם אם נאמר שכוחו של המיגו נובע מהענקת כוח הטענה החלופית לטענה המוצגת בפועל, לא ברור מדוע ימנע הדבר את בחינת היקף תוקפה של כל טענה. מדוע לא ייאמר

88. בבא בתרא לגב.

89. תוספות שם, ד"ה ואי.

90. קובץ שיעורים ב, ג.

שהיות ו'כוח הטענה' החלופית מועיל רק להענקת זיכוי על אכילת הפרות, אין בכוחה לבסס את הטענה על גוף הקרקע?

כפי שנראה, מקרה זה הינו אחד מני רבים שבהם נוכל לעמוד על שיטתם של בעלי התוספות, שייתכן שהם 'מקור ההשראה' לתפיסת המיגו כטיעון טהור. ונבאר: בסוגיה זו מתייצב כנגד המחזיק בקרקע תובע שמוכיח שהוא היה פעם הבעלים (מרא קמא), ולמחזיק אין לא שטר מכר ולא שנות חזקה. אף רב נחמן, שלפניו הגיע הדין, לא היסס ופסק בנוסף לקבלת דרישת התובע להוציא את המחזיק מן הקרקע, שעל המחזיק להשיב את דמי הפרות שאכל מן השדה.

לכאורה, במצב זה לא ברורה העמדה שעליה מבוססת שאלת בעלי התוספות, שהמחזיק יוכל לזכות בקרקע על ידי טענת מיגו. מסתבר, שלדעת בעלי התוספות, השימוש במיגו אינו דורש קיומה של תשתית ראייתית, ולו הדלה ביותר. כל כוחו של 'המיגו' הוא, בהיותו טענה אותנטית שכביכול נבדקה במכונת אמת, ומאידך, ככזו, סביר שכוחה מוגבל.

5. מיגו להוציא

דוגמה נוספת הממחישה עיקרון זה, נשענת על הסוגיה העוסקת במיגו להוציא, שהובאה לעיל.⁹¹

בהסבר סוגיה זו נחלקו הראשונים: שיטתם של רבנו חננאל והרי"ף היא, שהשטר שהוצג על ידי התובע לא היה שטר מזויף ממש, אלא שטר אמנה. לשיטתם, אם היה מדובר בשטר מזויף ממש היה מודה רבא ש'חספא בעלמא הוא' וטענת המיגו לא הייתה מועילה.

רשב"ם מביא את פירושו, אך מציע גם פירוש אחר, שאומץ גם על ידי הרא"ש.⁹² –

אי נמי איבא לפירושי 'זיפא', שטר מזויף ממש, שזיף חתימת העדים יפה, וטועים העדים, כסבורים שחתימת ידיהם הוא.⁹³

ההבדל בין הפירושים משמעותי ביותר. אם נפרש שמדובר בשטר מזויף לגמרי המשמעות היא, שאנו נקבל טענה הנשענת על בסיס ראייתי שהוכח בבית דין ככזו, וזאת רק משום שזוהי טענה בעלת כוח 'משופר'.⁹⁴ זהו חידוש אף לשיטתם של בעלי התוספות, שכן עד עתה חשבנו שחידושו של המיגו הוא בכוחו כאשר אין בסיס עובדתי, אולם לא העלינו על דעתנו לתת לו כוח משפטי כאשר ראיות לכאורה שהובאו בפני בית הדין הוכחו כשקריות.

91. סמוך להערה 36.

92. בסעיף יב. טעמו, ש'מסתבר טעמא דשטר אמנה פסול כמו שטר מזויף'.

93. יש לציין כי לבסוף חזר בו רשב"ם מפירושו זה.

94. וכן נראה בפשטות מדבריו של הקובץ שעורים (ב, ג; ההדגשה אינה במקור) –

ולפי המבואר למעלה אפשר לומר בדעת הרשב"ם דאילו אמר שטרא מעליא הוה לי, היה זוכה בכח עדים, ועכשיו אנו יודעין שאין לו עדים כלל דשטרא זיפא הוא, אלא שטוען שטרא מעליא הו"ל ואירכס, וא"כ אי אפשר ליתן לו כח הנאמנות של הטענה האחרת שהיה יכול לטעון היינו כח עדים כיון דבאמת אין לו עדים כלל. אמנם כ"ז רק אם נאמר דטעמא דמיגו הוא מפני כח הנאמנות של הטענה האחרת אבל אי נימא בטעם מיגו משום אנן סהדי דמ"ל לשקר אין שום טעם בחילוק הזה.

בעלי התוספות הרגישו בבעייתיות שבגישה קיצונית זו, והיא מתבטאת בהבדל שבין שני התירוצים שהביאו, כדי להסביר את הטעם לכך שרב יוסף שלל את השימוש במיגו במקרה זה –

ותירץ ר"י בר' מרדכי דלא אמרינן מיגו להוציא ממון, ומזה שהוא מוחזק בקרקע אינו כלום דקרקע בחזקת בעליה עומדת.⁹⁵

כלומר, למיגו יש כוח למרות היותו טענה המשוללת כל בסיס ראייתי, אולם משמעות הדברים היא שלא תהיה לו יכולת להוציא ממון מהמוחזק אלא רק להגן על הנתבע ולמנוע הוצאת ממון ממנו. בהמשך מביאים התוספות את ר"י שדוחה תירוצו זה ומציע הסבר אחר –

דטעמא דרב יוסף דלא אמרינן מיגו הכא, כיון דלית ליה הכא מיגו אלא אם כן שקר תחילה שהוצרך לשקר תחלה ולומר והא שטרא.

נראה, כי הסבר זה של ר"י משמעותי ביותר להבנת שיטתם של התוספות. ייתכן שכאן משרטט ר"י את 'גבולות הגיזרה' של טענת המיגו אליבא דשיטתו. כוחו של המיגו אמנם אינו תלוי בבסיס הראייתי של התביעה, מאחר וכוחו נובע מהיותו טיעון טהור, השואב את כוחו מהכנות והאותנטיות של הטוען, המתבטאת ב'מה לי לשקר'.

הגבול הוא כשהגולם, בתבנית של 'מה לי לשקר', קם על יוצרו. בנדון דידן טענתו הראשונה של בעל הדין – 'והא שטרא' – הנה שקרית, שכן גם לדבריו שטר זה מזויף. לכן, גם אם נוכל לשרטט כאן תבנית של טיעון מיגו לא סביר שנקבלו. אם כל עניינו של המיגו בהוכחת ישירות ואמינותו הסובייקטיבית של הטוען, הרי שאם הוכח שהטענה החלופית שקרית, נותר המיגו כתבנית ריקה, ללא 'נשמה'.

אם כן, שני התירוצים של בעלי התוספות בסוגיה זו מבהירים את שיטתם: המיגו הוא טענה טובה ותו לא, החידוש הוא שלטענה זו יש כוח משפטי, אך לכוח זה יש שתי מגבלות: כוחו מוגבל בהתאם לעוצמת הטענה החלופית, וכן אנו נדרוש שהטיעון יהיה אותנטי וריאלי מבחינתו של הטוען.⁹⁶

6. המועל במעות הקדש

דוגמה מאלפת נוספת לשיטתם של בעלי התוספות מופיעה בסוגיה במסכת קידושין, שבה נעשה נסיון לברר את המקור להלכתו של רבא, שדברים שבלב אינם דברים. אחד המקורות המוצעים הוא, דינו של המועל במעות הקדש –

אלא אמר רב חייא בר אבין... מהא: האומר לשלוחו: הבא לי (=מעות) מן החלון או מן הדלוסקמא, והביא לו (=מעות הקדש), אף על פי שאמר בעל הבית: לא היה לי בלבי אלא על זה (=שאינו הקדש), כיון שהביא לו מזה (=ששייך להקדש), בעל הבית

95. תוספות בבא בתרא לב, ב ד"ה אמאי.

96. [יש לציין שהרמב"ן (ב"ב לב, ב, ד"ה אמאי) סובר שאמרינן מיגו להוציא – הערת עורך, י"א.]

מעל. ואמאי? הא קאמר בלבי! אלא לאו משום דאמרינן דברים שבלב אינן דברים. ודלמא שאני התם דלמיפטר נפשיה מקרבן קאתי? הוה ליה למימר מזיד הוה. לא עביד איניש דמשוי נפשיה רשיעא.⁹⁷

מפירושו רש"י⁹⁸ עולה, שבחלון היו שני ארנקים: באחד היו כספי הקדש ובשני כספי חולין. המשלח שגג, ומעל בכספי ההקדש, מאחר והשליח ביצע את שליחותו, וההלכה היא ש'השליח שעשה שליחותו בעל הבית מעל'.⁹⁹

הגמרא מניחה, שלמרות שאמר המשלח: 'לא היה בליבי אלא על זה', אין טענתו זו מועילה לפוטרו מהבאת הקרבן, מאחר שדברים שבלב אינם דברים, ולא משום שאנו חוששים שמא שיקר על מנת לפטור עצמו מקרבן, שכן, אם לכך התכוון, יכול היה לומר: 'מזיד הייתי'.

לשון אחר: אילולא ההלכה ש'דברים שבלב אינם דברים', מן הדין היה להאמין לטענת המשלח שלא התכוון למעול, ולא לחשוך בו שכוונתו לפטור עצמו מן הקרבן, במיגו שיכול היה לטעון, 'מזיד הייתי'.

לענייננו חשוב הסברם של בעלי התוספות –

היה לו לומר מזיד הייתי – דנהי דאין אנו מאמינים אותו לומר: 'בלבי היה כך', מכל מקום 'מזיד הייתי' הוה טענה מקובלת יותר, ואין נראה כל כך רמאות.¹⁰⁰

לשיטתם, בטענת מיגו אין צורך שהטוען יהיה נאמן בטענה החלופית כלל. מבחינה מהותית אין כל הבדל בין טענת 'לא היה בליבי' לטענת 'מזיד הייתי', וכל כוחה של השנייה הוא בכך ש"אין נראה כל כך רמאות". מבחינת בית הדין, די בכך שמבחינה צורנית הטענה החלופית מסתברת והגיונית, כדי שהטוען ייהנה מממדימנות הנובעת מסברת 'מה לי לשקר'.

מבחינה מסויימת, זהו ניסוח רדיקלי של התפיסה שלפיה המוקד בהליך המיגו נעוץ בזיהוי הטיעון האותנטי. העיגון המשפטי לטיעון זה אינו מצוי במישור העובדתי אלא באבחנה המנטלית-פסיכולוגית של הדיינים, שמזהים את בעל הדין הטוען כניצב בעמדה של 'מה לי לשקר'.

ה. מהיכן נובע כוחה של טענה?

למדנו אם כן, שקיימות שתי תפיסות יסוד באשר לכוחו של המיגו. האחת, זו הרואה כל טענה, גם זו המגובה במיגו, כנטולת ערך עצמי, אף שלעתים היא מהווה סימן לקיומה של ראייה אחרת. השנייה, בוחנת את כוחה העצמי של הטענה, לצד התשתית הראייתית המוצגת על ידי בעלי הדין.

97. קידושין נ.א.

98. רש"י שם ד"ה הבא לי מן החלון, וד"ה בעה"ב מעל.

99. מעילה כ.א.

100. תוספות שם ד"ה היה לו.

תפיסות אלה מחייבות בירור של מהות כוחה של הטענה. היות והטענה אינה ראייה, מהיכן נובע כוחה? גם אם הוצג טיעון על ידי אחד הצדדים, אשר כנותו והאותנטיות שבו הוכחו בבית הדין במיגו, נזדקק לשאלה – סוף סוף מה נשתנה? מדוע נתייחס לטענה שאינה מגובה בתשתית ראייתית וכל כוחה בנסיבות שבהן נטענה? עיון בדברי האחרונים, עשוי לגלות שתי גישות בעניין זה.

1. טענה כערעור כוחה של טענת התובע – שיטת 'יד המלך'

הרב שלמה פישר מציג שאלה דומה לזו המוצגת בתחילת הפרק –

וגוף הטענה דמיגו הוי זכות הטענה, אינה מחוורת, דלכאורה הרי זה עניין טענין, דמה לי אם אני אומר שטוענים עבורו אותה טענה ומה לי אם אני אומר שזוכה בדין על ידי אותה טענה, דא ודא אחת היא, ולא טענין אלא ליתמי וללקוחות...
ושמא אפשר לאמרה לסברת האחרונים בלשון אחרת, דהנה במלוא הרועים חלק ג' בהשמטה לערך מיגו כתב בשם יד המלך, דענין מיגו הוא שעל ידי זה נהפכת טענת שכנגדו לטענת שמא עי"ש. ונראה בכוונתו דמיגו הוי ביטול שם טענה מתביעתו של התובע, דהיינו כיון דאי בעי הנתבע היה מבטל כוחה וכל כוחה אינה אלא מפני הודאת הנתבע, לא שם טענה עלה. ואם כי תביעה הויה שהרי הוא תובעו ממון, אבל טענה מיהא לא הויה.¹⁰¹

התובע הוא 'המוציא מחברו' ועליו מוטל נטל הבאת הראיה להוכחת תביעתו. כוחו של דין המיגו נעוץ בעובדה שהנתבע, לו רצה בכך, יכול היה לטעון טענה חלופית, ועל ידה לתת פרשנות חדשה לראיות שמציג התובע. פרשנות זו הייתה מעקרת את טענתו של התובע מתוכן, בכך שהייתה מציבה אלטרנטיבה לגיטימית להבנת העובדות שהוצגו.

ניתן להבין את הגיון המיגו, בכך שעצם האופציה לשרטט פרשנות חדשה לעובדות מלמדת עליהן משהו. עובדות דו משמעיות, היכולות להוכיח את דבריו של התובע מחד, אך לקבל משמעות אחרת מאידך, אינן יכולות להיות כאלו שעל ידן נוציא ממון. לא נוכל להתעלם מהעובדה שלאור זאת טענתו של התובע הינה בגדר נרטיב בלבד, והיא רק אחת מהאפשרויות לפרש את הסיפור, וככזו אינה מהווה עילה מספקת להוצאת ממון.

כוחה של הטענה, לפי הסבר זה הוא, בהיותה מציבה הסבר אלטרנטיבי לראיות אשר מציג התובע. בכך, היא מערערת על יסוד כוחן של הראיות.

2. טענה כדרך ליצירת חזקה – רבי שמעון שקאפ

דרך אחרת להבנת כוחה של הטענה, עולה מדברים שכתב רבי שמעון שקאפ.¹⁰² לדבריו, יש בכוחו של המיגו "לחזק את חזקת הטוען כיון שהיה בכוחו לזכות באופן אחר הווה הדבר בחזקתו יותר". כלומר, החזקה, שהיא הקובעת על מי יוטל נטל הראיה, מבוססת גם על

101. בית ישי ב, שפט.

102. חירושי רבי שמעון יהודה הכהן בבא מציעא, ה.

ההחזקה הפיזית בנכס, אך לא רק על חזקה זו. החזקה מבוססת גם על השליטה בנכס, במובן של היכולת לשנות את מעמדו המשפטי. מי שיש בכוחו לזכות בנכס, הוא למעשה השולט בנכס, ומשום כך, מי שמבקש לערער את חזקתו, הוא המוציא, ועליו הראיה. בצורה מפורשת יותר, מופיע רעיון זה בדבריו של רבי ישראל יעקב קנייבסקי.¹⁰³ לפי הרב קנייבסקי, מי שטענתו מגובה במיגו, נהנה משליטה מסוימת על החפץ בדומה לשליטתו של המוחזק. היכולת, שתלויה במוצא פיו של בעל הדין, לזכות בנכס, מהווה מעין חזקה מופשטת. מכוחה של חזקה זו, משיג הטוען יתרון על בעל דינו, המחייב את בעל דינו להציג ראיות חד משמעיות, על מנת לתקוף את החזקה.

1. סיכום

טענת המיגו היא אחת הטענות היסודיות והשכיחות ביותר במשפט העברי. בפוסקים מצינו מחלוקות נרחבות בדבר גרייה, כוחה ואופיה של טענה זו. הראינו שורש קדום למחלוקות אלו במחלוקת תנאים: רבי ורבי נתן, אשר חלקו בשאלה האם מיגו 'כעדים דמי' או 'כחזקה דמי'.

האחרונים ניסחו את החקירה כך: השאלה היא, האם כוחה של טענת המיגו נובע מכך שהימנעות בעל הדין מלשקר מהווה ראיה לאמינותו ולטענתו (מה לי לשקר), או שעצם היכולת לטעון טענה חלופית מעניק כוח לטענה הנוכחית (כוח טענה).

במאמר הצענו ניסוח מחודש לחקירה: ההבנה הראשונה היא שלטענת מיגו אין שום משמעות כטענה. כל עניינה הוא בכך שהיא מציפה את העובדות, ועל ידי כך מלמדת אותנו משהו על מאזן הכוחות הראייתיים שבין הצדדים. לכן, כשאחד הצדדים טוען טענת מיגו מוטל נטל הראיה וההוכחה על שכנגדו. בניסוח פשוט: טענת מיגו לנתבע משמעה שאין ראיה לתובע.

ההבנה השנייה היא שטענת המיגו היא טענה בעלת כוח משופר, המסוגלת לשנות את מאזן הכוחות המשפטי שבין הצדדים גם ללא קשר לראיות שהוצגו. כלומר, גם אם המאזן המשפטי תומך בטענת התובע, אם יציג הנתבע טענת מיגו, הטענה תתמוך בו ותשנה את התמונה המשפטית.

מהו מקור כוחה של טענה זו? בעניין זה מצינו גישות שונות:

יש שראו בה סוג של גזירת הכתוב (כפי העולה מתוספות, ר"א וסרמן).

יש שטענו שהיא מחזקת את זיקתו של הטוען לחפץ ונותנת לו מעין בעלות מופשטת. כלומר: הטענה היא דרך ליצירת סוג של חזקה, ואז שכנגדו הוא המוציא מחברו שעליו להביא ראיה (ר"ש שקאפ, ר"י קנייבסקי).

אחרים ביארו שהיא מערערת את טענת התובע, שכן עצם האפשרות להציב פרשנות חדשה לטענות שהעלה ולראיות שהציג מלמדת עליהם משהו. טענת מיגו הופכת את דברי

103. קהילות יעקב בבא מציעא, ג.

מיגו – על התפר שבין טענה לראיה ♦ 379

התובע לנרטיב בלבד – כלומר: אפשרות אחת, לא הכרחית, לספר ולפרש את הסיפור (יד המלך, ר"ש פישר).

הצגנו נפקותות לשיטות השונות, העולות מהסוגיות הבאות:

מיגו לאפטורי משבועה, מיגו למי שאינו בקי בהלכה, חזקת מטלטלין בכלים העשויים להשאיל ולהשכיר, מיגו דהעזה, מיגו למפרע, מיגו לחצי טענה, מיגו בשטרא זיפא, המועל במעות הקדש, והדיון סביב מעגליות המיגו.

שורשי חיובי השבועות בתורה

הרב איתי אליצור

חלק ראשון – פרשיית שומר חנם ודין השבועה

- א. הפירושים השונים לפרשיית שומר חנם ד. מקור שבועת עד אחד
ב. שבועה מחמת עד אחד ה. הסבר נוסף למקור שבועת עד אחד
ג. בין שבועת המודה במקצת לשבועת השומרים ו. סיכום

חלק שני – מטרת השבועה

- א. השבועה – חיוב או נאמנות?
ב. שבועה המסייעת למי שאינו יכול לדעת ה. כפירה בכל הפיקדון בטענת נאנסו
ג. סברת שבועת מודה במקצת ו. סיכום

חלק שלישי – המרכיבים בחיובי השבועות

- א. מבוא
ב. הנתנה
ג. נתינה וטענה
ד. טענות חיוב וטענות נתינה
ה. תביעה וכפירה
ו. סיכום

מבוא

חכמינו למדו מן התורה, שישנם שלושה מקרים שבהם חייב הנתבע בדין להישבע על אמיתות טענתו, ואם לא יישבע יחויב לשלם. המקרים הם:
א. שומר שטוען שהחפץ שהופקד אצלו אבד באופן שפוטר אותו מלשלם.
ב. נתבע המודה במקצת התביעה, אבל כופר בשאר.
ג. נתבע שעד אחד מעיד נגדו.

* הרב איתי אליצור, מכון 'משפטי ארץ', עפרה.

במאמר זה נבקש לברר כיצד נלמדו חיובי השבועות האלה מן התורה, ומהם העקרונות שעל פיהם ציוותה התורה לחייב שבועה. מתוך כך נברר את דיני השבועות השונים, ואת טעמיהם.

נבחן את הפירושים השונים לפרשייה המלמדת את עיקר ענייני שבועות, נבחן את שורשי שיטות הראשונים, נראה שהן נובעות מהבנת הפרשייה ונראה האם אפשר לנסח כלל אחד המבהיר מתי חייב אדם שבועה.

את המאמר נחלק לשלושה חלקים: הראשון יעסוק בפרשיית שומר חינום, ובדרך שגלמדו ממנה דיני השבועות השונים; השני יעסוק במטרותיה של השבועה; והאחרון – במרכיביה השונים של השבועה.

חלק ראשון – פרשיית שומר חינום ודין השבועה

א. הפירושים השונים לפרשיית שומר חינום

חיוב השבועה נזכר בתורה בפירוש במקום אחד בלבד: בפרשיית שומר חינום אשר בפרשת משפטים. תוכנו של החיוב הוא, שמי שקיבל פיקדון לשמירה, "וגנב מבית האיש", לא ייפטר מאחריותו עד שיישבע שגרסתו הפוטרת אותו היא אמת. וכך נאמר בתורה –

כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמר וגנב מבית האיש – אם ימצא הגנב ישלם שנים. אם לא ימצא הגנב – ונקרב בעל הבית אל האלהים¹ אם לא שלח ידו במלאכת רעהו.²

אלא שכאן מוסיפה התורה פסוק נוסף, המרחיב את הדין –

על כל דבר פשע, על שור על חמור על שה על שלמה על כל אבדה, אשר יאמר כי הוא זה – עד האלהים יבא דבר שניהם; אשר ירשיען אלהים ישלם שנים לרעהו.³

מן הראוי לעמוד על משמעותו של הפסוק, על השלכותיו על הפרשייה כולה ועל מכלול חיובי השבועה.

1. קריבה זו לשבועה היא, כפי שלומדת הגמרא בבבא קמא (סג,ב) ובבא מציעא (מא,ב) מההקבלה לפרשיית שומר שכר הסמוכה.
2. שמות כב, ו-ו.
3. שם שם, ח.

השוואה בין הפרשייה לפרשיות אחרות שבפרשת משפטים, מגלה שהפרשייה משונה מפרשיות אחרות שבפרשה. בדרך כלל פרשת משפטים מפרטת מה הדין בכל מקרה נתון, מבלי להתייחס לבית הדין, שתפקידו ליישם את הדין בפועל. ממילא, אם יובא המקרה לפני בית הדין הוא יפסוק על פי הדין האמור. לעומת זאת, פרשיית שומר חינוס מתייחסת לדיינים בפירוש, והם נתפסים כחלק הכרחי מן הדין.

עוד נבדלת פרשה זאת מיתר הפרשיות בפרשה בכך, שבניגוד למצב בפרשיות אחרות, שבהן הרקע העובדתי ברור, והתורה לא באה ללמד אלא מהו הדין במקרה המדובר, בפרשייה זאת העובדות עצמן מוטלות בספק וטעונות בירור.⁴ בהמשך, נעמוד על משמעות הדבר, ועל ההשלכות שיש לכך על הבנת חיוב השבועה.

4. יש כמה מקומות שבהם באה התורה ללמדנו כיצד לנהוג במקרה של ספק. אבל בשום מקום לא מתואר הספק בפירוש. למשל, בשבועת השומרים מלמדת התורה מה הדין במקרה שבו לא ברור אם השומר פשע או לא. יחד עם זאת, התורה אינה מציגה את הדברים בצורה מסופקת, אלא כותבת: "וְגַב מִבֵּית הַאִישׁ" (שמות כב, ו). כך גם בפרשת הסוטה. הפרשה מתארת מקרה שבו הבעל חושד באשתו והאשה מכחישה את החשד. אך התורה לא כותבת: "זעבר עליו רוח קנאה וקנא את אשתו, ולא נודע אם נטמאה", אלא "ועבר עליו רוח קנאה וקנא את אשתו והוא נטמאה, או עבר עליו רוח קנאה וקנא את אשתו והיא לא נטמאה" (במדבר ה, יד). כך הוא גם בפרשת המוציא שם־רע (דברים כב, יג) ובפרשיות אחרות, שמטרתן ללמד איך להתמודד עם ספק.

נראה שהסיבה לכך נובעת מן התפיסה העקרונית, שהתורה מלמדת אותנו עקרונות והעקרונות נכונים לפי האמת, לא לפי ידיעתנו. התורה לא מציגה את הספק, משום שמבחינה אמיתית אין ספק. לפני הקב"ה נותן התורה, לא קיים ספק, ולכן, אין מקום להצגה של המציאות כמסופקת. הספק נובע מחולשת בני אנוש, עמה יש אמנם להתמודד. אולם, אין לגזור מכך, שיש להקיש מן הידיעה הסובייקטיבית האנושית על מצבה האובייקטיבית של המציאות. המציאות היא כפי שהיא, וחוסר־ידיעתו של האדם אותה הוא בעיה צדדית ביותר. אנו צריכים לנהוג על פי האמת המוחלטת (גם אם לא תמיד אנו יודעים אותה) ולא להתייחס לידיעתנו כאל אמת.

הספק הוא בעיה מעשית. כלומר, העיקרון ברור, אך למעשה, יש בעיה ליישמו במציאות נתונה. בעיות מעשיות הן מטבען בעיות ביישום העיקרון בחומר, אך הן לא בעיות מהותיות. בין העיקרון למעשה יש כמה מדרגות, שמתבטאות בעקרונות, עקרונות־משנה שנועדו להדריך את האדם כיצד ליישם את העקרונות, ועקרונות ברמה נמוכה יותר, שמהם לומד האדם כיצד ליישם את עקרונות־המשנה וכו'.

העקרונות הם הרוח. הרוח היא נצחית ואינה משתנה, ככתב. לכן מקומם של העקרונות הוא בתורה שבכתב. התורה שבעל־פה נותנת הדרכה מעשית יותר. התייחסות רחבה למצבי ספק קיימת בעיקר בספר דברים. ספר זה נועד להכין את בני־ישראל לכניסה לארץ. לכן, אין אנו שומעים בו על ה' המדבר אל משה, אלא על משה, המעביר את הדברים אל בני־ישראל. הספר גם כתוב בסגנון ובגישא מעשיים יותר מן הספרים שקדמו לו. כלומר: יותר קרוב למעשה ופחות קרוב לעיקרון, אך עדיין, מדובר בחלק מן התורה שבכתב, שבמסגרתו עקרונות רוחניים־נצחיים, ובו מלמדת התורה דרכים לברור הספקות ומתייחסת לידיעתנו.

ישנן הלכות רבות שנלמדות מן התורה, שאינן כתובות בה בפירוש. חכמי הגמרא לומדים הלכות אלו בדרך הדרש או הרמז. הנושאים הנלמדים בדרכים אלו הם מסוג: דרכי קניין, דרכי בירור ספקות וכדומה. המכנה המשותף לכולם הוא, שאלו הלכות הנוגעות ליישום העקרונות, ולא עקרונות בפני עצמם. למשל, ישנו עיקרון שאסור לגנוב. יישומו של העיקרון דורש בירור בשאלות כגון: מהי הדרך שבה עוברת הבעלות בנכס. בירור זה אינו בירור עקרוני, ותוצאותיו אינן אמורות לקבוע עקרונות רוחניים. היות והתורה עוסקת בעיקר בעקרונות, אין זה עיקר עניינה, לפרט לנו כיצד עלינו להתנהג בענייני משא ומתן. פירוט זה הוא נושא חומרי. עם זאת, היות ואנו משועבדים לה' ולתורה בכל אורחות חיינו, נדרשים אנו לברר, מהו

אמנם ניתן לפרש (כפי מקצת הפירושים שיוצגו להלן), שגם בפרשייה זאת עיקר הפרשה הוא לימוד עצם הדין: שהשומר פטור בגנבה ובאבדה, ושאלת הבירור האם אכן הייתה כאן גנבה אינה עולה כאן לדין אלא כבדרך אגב.⁵ על כל פנים, המקרה שבו עוסקת הפרשה הוא מקרה שבו בדרך כלל, גם התובע וגם בית הדין אינם יכולים לדעת את העובדות לאשורן, ומשום כך לימדה התורה בפרשה זאת את דין השבועה, שאינו נוכר בפרשיות אחרות. עלינו לברר אם כן מתוך הפרשייה את הכלל שלפיו נוכל לקבוע, מתי חל חיוב השבועה ומתי לא. לשם כך יש לפרש את הפרשה, להבין את שורשיה, ולדרשה.

הפרשה בנויה משני פסוקים שעוסקים בפיקדון שנגנב מבית שומר, ומפסוק שלישי המרחיב את הדין ואומר ש"על כל דבר פשע ... אשר יאמר כי הוא זה עד האלהים יבא דבר שניהם". ויש לבאר את הפסוק הזה, להסביר מה הוא מוסיף על שני הפסוקים הראשונים, והאם הוא מבאר ביאור נוסף גם בהם.

נציע שלוש דרכים לפרש את הפסוק האחרון, ואת הפרשייה כולה. הסברים אלו יסייעו בידנו להבין כיצד למדו חכמים מפרשייה זו, שהמודה במקצת הטענה יישבע, ולבאר את דברי חז"ל ש"ערוב פרשיות כתוב כאן".⁶

המעשה הנכון בעיני ה'. לכן, גם את הדרך ליישום העקרונות אנו מבקשים ללמוד מן התורה, אף שהדרך אינה כתובה בה בפירושו. הגיעו הדברים עד כדי כך, שישנן גם הלכות המורות לאדם כיצד לנעול נעליו בבוקר, שכן, בכל פעולה שעושה האדם, עליו לחקור מהי הדרך הראויה ביותר לעשותו. השקפה זו מחייבת התייחסות אובייקטיבית לכל שאלה, תוך פתיחות מחשבתית לקבל כל מה שמתחייב מן התורה, אף אם הוא מנוגד לנוח לנו והרצוי לנו. זו המשמעות של ביטול רצוננו מפני רצונו. הלימוד נובע מתוך ההכרה בשיעבוד האדם לה', ויעדו – להשתעבד לה', לברר מהו המעשה הנכון בעיני ה', ולבצעו. לפי זה יש לברר (ובבירור זה תלויות מחלוקות האמוראים והראשונים כפי שיתבאר להלן) האם עיקר הפרשייה הוא הספק, אף על פי שהתורה לא כתבה כך בפירושו, או שהפרשייה היא בעיקרה 'דבר הפשע'. ועל פי זה – האם התנאים לדיני פרשייה זאת, כגון שהתביעה היא שתי כסף וכיו"ב, הם נושא הספק או נושא 'דבר הפשע' (דבר מלשון דיבור, דבר פשע שטוען התובע, שהנתבע אומר כ"הוא זה)? האם הספק הוא לפחות בשתי כסף או דבר הפשע הוא לפחות שתי כסף? וראה בהרחבה להלן. פרשה זאת באה ללמד את הדין כיצד לנהוג במקרה של ספק מבוסס הנוצר מטענות הצדדים.

5. וכן אפשר לבאר שהדיינים והשבועה לא נועדו לברר אלא להפיס את דעת הבעלים כיוון שהוא אינו יודע את האמת. ומכיוון שמיוחד מקרה זה מיתר המקרים האמורים בפרשה כי בו בד"כ הנתבע יודע את העובדות והתובע אינו יודע, לימדה תורה מלבד הדין, שצריך הנתבע להישבע בבית הדין.

6. **בבא קמא קז,א; סנהדרין ב,ב.**
רש"י (שם) מסביר, שהתערבה כאן פרשיית "אם כסף תלוה" (שמות כב, כד). הסבר זה קשה מכמה סיבות. מה ההיגיון בכך שפרשייה רחוקה התערבה כאן, והלא כמה נושאים גדולים וחשובים נכנסו בינתיים, אטו סכינא חריפא מפסקא קראי? יתרה מכך. את ערבוב הפרשייה בפרשייתנו ניתן היה להבין, אילו הייתה זו פרשה העוסקת בנושאים קרובים לאלו הנדונים בפרשייה שבה התערבה, כגון: תביעת מלווה, בדין ובמשפט. אך פרשת "אם כסף תלוה" אינה עוסקת בכך. ועוד – הלא דיני טענות הנלמדים מכאן חלים על כל חיובי ממון, ולא דווקא על הלוואות. קשיות נוספות על שיטה זו, ראה בתוספות (שם), וראה גם את שיטת ר"ת וריב"א, שם.

לאור זאת, נראה לבאר שמשמעותו של עירוב פרשיות היא, שמעורבות בפרשייה הלכות, שאינן מעניינה העיקרי, לפי הפירושים השונים המוצעים. כך הסביר הר"ן, בחידושיו לסנהדרין ב,ב ד"ה ערוב פרשיות, וייתכן שלכך התכוון גם ריב"א הנ"ל.

הפירושים השונים באים לידי ביטוי במחלוקות ראשונים בעניינים הלכתיים שונים, כפי שיבואר להלן.

1. נושא הפרשייה הוא דיני השומרים

על פי הפירוש הראשון, עניינה של הפרשייה הוא דיני השומרים. תפקידה של הפרשה הוא לבאר, באלו מקרים חייב השומר לשלם ובאלו מקרים הוא פטור. לכן אין הפרשה נוקטת בלשון: "ואמר שנגנב", אלא "וגנב". כלומר, הפרשה באה ללמד, שאם נגנב הפיקדון השומר פטור מתשלום.

אמנם, התורה מתנה את הפטור מתשלומים בשבועה של השומר. לפי הסבר זה, השבועה היא מעין מעשה פירעון, בדומה לנאמר בפרשייה הבאה "ולקח בעליו ולא ישלם"¹² במילים אחרות, מי שקיבל פיקדון מיד אחר, ואין המפקיד יודע מה עלה בגורלו, נדרש לפרוע את חובו, אם על ידי תשלום כספי, אם על ידי שבועה.

הפסוק השלישי אינו חורג מדיני השומרים אלא מבהיר, שחיוב השבועה לא מוגבל רק לטענת פטור מחמת גנבה, אלא הוא חל אף על כל מצב שבו יטען השומר להגנתו טענה שמכוחה הוא יהיה פטור מאחריות. "על כל דבר פשע... על כל אבדה אשר יאמר כי הוא זה". כלומר, יטען לפטור מחמתה, בדומה לפטור מחמת גנבה. מכלל זה למדנו, שהשומר אינו נושא באחריות גם על אבדן מחמת אבדה.

לכאורה, בכלל הפטור האמור כאן, גם הטוען שהחזיר את הפיקדון, או שלא קיבל עליו לשמור. אולם, הטוען שלא קיבל על עצמו לשמור או שהחזיר את הפיקדון,⁷ טוען למעשה שאין הוא שומר כלל, כלומר: אין לו כלל חיוב כלפי חברו, וממילא, אין יסוד לחיובו שבועה.⁸ לעומת זאת, הטוען שהשיב חלק מן הפיקדון, או שקיבל על עצמו שמירת חלק מן הפיקדון, הודה שיש יסוד להטיל עליו אחריות, לפחות לגבי חלק מהפיקדון,⁹ לכן הוא מתחייב שבועה.

7. או שמחזיר תוך כדי טענתו ואומר הילך. (על פי בבא מציעא ד,א, שם נקבע, שהמודה במקצת ואומר הילך פטור משבועה על השאר).

8. כל חיובי השבועות חלים דווקא כשיש בסיס לקיומו של חיוב של הנתבע כלפי התובע, כמו שיתבאר להלן. קיומו של חיוב יכול לבוא מכוח טענות מסוג: 'לויתתי' או 'קיבלתי שמירה ועדיין לא נפטרתי לגמרי מחיובי'. אבל כשאומר בעל דין 'קיבלתי והחזרתי הכול', אינו מודה שחייב לו, ולכן, אין בסיס לחיובו שבועה. אמנם, אם יבואו עדים שקיבל שמירה וכיו"ב ראה להלן, שחייב שבועה אלא אם נפטר מן השבועה מכוח מיגו, או טענה אחרת הפוטרת את בעל הדין מן השבועה, אף אם הוא טוען: 'איני חייב לך עוד כי פרעתי'. אבל, אם אין בית הדין יודע שהנתבע מחויב לתובע, אלא על פי טענות שניהם, אי אפשר לחיובו שבועה, שהרי הוא אומר 'איני חייב לו כלל'.

9. אמנם, עדיין לימוד חיוב השבועה של מודה במקצת מפרשיית שומר חינם אינו מוכח. שכן, לכאורה יש מקום להבחין בין הנושאים. השבועה המוטלת על השומר עוסקת במצב שבו האמת ידועה לנשבע בלבד. ייתכן שזו הסיבה לכך שהתורה הטילה עליו חיוב שבועה. כלומר, כיוון שאין אנו רוצים להסתמך רק על דבריו של בעל הדין, אנו דורשים ממנו להוסיף חיזוק לדבריו, על ידי השבועה. לכן, קשה להסיק מחיוב השבועה בפרשיית שומר חינם לדיונים אחרים בדיני ממונות, שבהם ישנם שני בעלי דין, שכל אחד מהם יודע את האמת (ודאי שקושייה זו קשה על ההסבר הראשון בפסוקים, אבל גם על ההסבר השני. אף על

בדרך של בניין אב למדים אנו מהפרשה, שלא רק שומר, אלא כל מי שמוטל עליו חיוב כלפי הזולת, לא ייצא ידי חובתו עד שישלם, או עד שיישבע.

לפי פירוש זה, משמעות "עירוב פרשיות" היא, שהפרשייה עוסקת בדיני השומרים, אך נכללים בה גם דינים כלליים הנוגעים להרכב בית הדין, ולבירורי ספקות וטענות. פרשה זאת יצאה אפוא מן הכלל, ללמד על הכלל כולו, שהדיון בפני בית הדין ייעשה בפני שלושה דיינים, ועל ידי שבועה אם יודה במקצת או במקרה דומה לכך.¹⁰

2. נושא הפרשייה הוא דיני השומרים, והפסוק השלישי מרחיב את הדין לכל טוען

לפי ההסבר שיוצע בפרק זה, הפרשייה שבה אנו עוסקים נועדה אמנם להבהיר את דיני השומרים, אך הפסוק השלישי מרחיב את הדין שבפרשה למקרים נוספים, ומלמד שדין הפרשה חל לא רק בשומר אלא גם ב"כל דבר פשע". כלומר, מי שהתחייב כלפי חברו וטוען שנפטר מחיובו, יישבע. הפסוק השלישי אינו עוסק אם כן בדיני שומרים, אלא בדיני טענות.

לפי הסבר זה, אין צורך בבניין אב לשם לימוד חיוב השבועה בנוגע לכל טוען, משום שהחיוב נאמר בפסוק בפירוש. משמעות "עירוב פרשיות" היא, שעל אף שנושא הפרשייה הוא דיני השומרים, עירבה בה התורה פסוק אחד, שמלמד כלל הנוגע לכל דיני הממונות¹¹ – כללי הטענות והשבועות.

בהתאם לכך יוסבר, שבפסוק השלישי הרחיבה התורה את החיוב להישבע. חיוב השבועה קיים, לא רק במצבי ספק כגון אלו הקיימים בדיני השומרים, שבהם צד אחד יודע את האמת, וצד אחר אינו יודע. גם כאשר שני הצדדים יודעים היטב מהי האמת, קבעה התורה

פי שהתורה כתבה פסוק מפורש ללמדנו דיני טענות, מכל מקום, מסברה פשוטה יש להניח שמדובר במקרה דומה לדוגמה שהובאה. וראה להלן, הערה 12). להתייחסות לשאלה זו, ראה להלן.

הבחנה נוספת, שניתן להבחין בין הדיון בין מפקיד לשומר לדיונים אחרים היא, שפרשיית שומר חינם עוסקת בתביעה שתחילתה בהפקדת נכס אצל הנתבע. אפשר שדווקא בכגון זה, שהתובע מביע אמון בסיסי בנתבע, סמכה תורה על שבועתו. אם כך הדבר, כיצד ניתן ללמוד מפרשייה זו חיוב שבועה למקרים שבהם מעולם לא הביע התובע אמון בנתבע?

ניתן להסביר שהשבועה אינה כלפי בעל הדין, אלא כלפי ה'אלהים'. כלומר, כלפי הדיינים, שפרשה זאת מלמדת על רוב הלכותיהם. לכן, ידיעת האמת או אי ידיעתה מצד התובע, אינה צריכה להשפיע על הדין. גם למידת האמון שרוחש התובע לנתבע, לפי הסבר זה, לא צריכה להיות השפעה על הדין, וראה להלן, הערה 12.

10. וראה **סנהדרין** ב,ב, ש"עירוב פרשיות כתוב כאן", ולכן סדרי הדין הנלמדים מפרשייה זו אינם שייכים רק לדיונים בענייני גולות וחבלות שנדונו בה, שעונשם קנס, אלא גם לענייני הודאות והלוואות, כלומר – לכל הדיונים שבהם יש טוען ונטען. (ומכאן למדה הגמרא שמהתורה צריך שלשה מומחים כדי לדון דיני הודאות והלוואות, וגם מי שפוסק שמן התורה אין צורך בשלושה מומחים בהודאות והלוואות – לומד זאת מן הפסוק "בצדק תשפט עמיתך", ולא מפני שאינו דורש עירוב פרשיות, כאמור בסנהדרין ג,א).

11. הגמרא עסקה לרוב בהלוואות, אך ההלוואות משמשות כדוגמה לחיוב ממוני. לכן, ברור שדיני הטענות חלים לא רק על הלוואה אלא על כל חיוב ממוני.

שעל הטוען לפטור להישבע. שבועה זאת אינה כלפי בעל דינו, אלא היא שבועה כלפי הדיינים,¹² המשמשת ככלי ביד הדיינים לשם בירור האמת.

גם כאן עלינו לפרש שהכופר בעצם קיומו של חיוב ממוני¹⁶ מצדו כלפי התובע, לא חלים עליו דיני הטענות שבפרשה. וכן מסתבר, שלא יוכל כל אדם לכוף כל אדם אחר להישבע לו, בלי שיוכיח שיש לו חיוב כלשהו כלפיו. הפסוק השלישי בא ללמדנו שלא רק בדיון על שמירה יבוא הדבר "עד האלהים", אלא בכל דיון של "כסף או כלים", שבו הנתבע¹³ "יאמר כי הוא זה", כלומר, יודה בחיוב או לפחות בחלקו, יחול דין השבועה.

12. מדיוק בפסוקים עולה, שיש לשבועה תפקיד כפול: כלפי הדיינים וכלפי בעל הדין. הפרשייה הראשונה, פרשת שומר חנם, היא פרשת בירור הדין ע"י הדיינים. היא הפרשה שבה נאמר שלוש פעמים "אלהים", וממנה נלמדות רבות מהלכות הדיינים. בפרשה הזאת "נקרב בעל הבית אל האלהים", וגם השבועה הנזכרת שם היא כלפי בית הדין.

הפרשה השנייה, פרשת שומר שכר, מציגה את הצד האחר של השבועה – שבועה כלפי בעל הדין. בפרשה הזאת "שבעת ה' תהיה בין שניהם", ובה נאמר "ולקח בעליו ולא ישלם", כפירוש רש"י (שם): שייקח בעליו את השבועה תחת התשלום. כלומר: החייב לזולתו לא ייצא ידי חובתו עד שיישבע, או עד שישלם, כפי שיבואר בהרחבה להלן.

השבועה הנזכרת בפרשיית שומר חנם, שבה אנו דנים, מכוונת כלפי הדיינים. לכן, ניתן ללמוד ממנה חיוב שבועה, גם כאשר התובע יודע את העובדות לאשורן. מכל מקום, מסתבר שהפרשיות מלמדות זו על זו, וכל שבועה ממלאת את שני התפקידים, כי אין סברה לומר ששומר חנם יצטרך להישבע דווקא לדיינים ושומר שכר יצטרך להישבע דווקא לבעלים.

13. ולהלכה לאו דווקא הנתבע, אלא כל דבר פשע שישען התובע ואחד "יאמר כי הוא זה" – עד האלהים יבא דבר שניהם. אמנם, אם הוא הנתבע, ישלם מה שיודה ולא יישבע אלא על השאר. ואם האומר כ"הוא-זה הוא אחר, יישבע הנתבע על הכול.

ואמנם לכאורה אפשר לחלק ולומר שאם יעיד אחר על חלק מהחיוב לא יישבע על הכול אלא ע"י גלגול. אבל הואיל ולהלכה נשבע על הכול נראה שהתורה לא חילקה. [וכן רבי חייא (בבא מציעא ד,א) למד מה הצד מהודאתו וגלגול שבועת עד אחד, ומשמע שם שעד אחד שמחייב שבועה וגלגול, הוא חיוב אחד. הגלגול הוא חלק מהחיוב הראשון, ואינו דבר בפ"ע (וראה להלן הערה 82). גלגול חל מפני שכל מי שחייב שבועה חייב על כל הטענה. ומכאן למד ר"ח שעד אחד מחייב על הטענה כהודאתו.] ואמנם אם האומר כ"הוא-זה הוא הנתבע עצמו אינו נשבע אלא כ"כ כפר במקצת, שהרי אילו הודה בכול ממילא לא היה נשבע, אך אם אחר יאמר כ"הוא-זה – יבא דבר שניהם עד האלהים, בין אם העיד האחר על הכול ובין אם העיד במקצת.

עוד יש להקשות, שהרי הגמרא (שבועות מ,א) אומרת שלהלכה יש הבדל בין הודאת הנתבע לבין עדות עד אחד, שאם אמר אחר כ"הוא-זה (עד אחד) חייב אף בפחות משתי כסף. ומכאן נראה לכאורה ששבועת עד אחד ושבועת מודה במקצת הן שני עניינים שונים, שאל"כ למה הן שונות בהלכותיהן. אבל ראה תוספות שם, ד"ה אבל, שאומר ששבועת עד אחד היא דווקא על טענה דומה ל"כי הוא זה". התוספות תולים דין זה בשמואל ואומרים שדווקא לפי שמואל שנשבעים על כפירת פרוטה במודה במקצת נשבעים על כפירת פרוטה בעד אחד. ואין הלכה כשמואל בשניהם. וראה להלן הערה 58. וראה להלן עמ' 414.

3. נושא הפרשייה הוא דיני הטענות

לפי ההסבר המוצע בפרק זה, הפסוק השלישי מלמד שעיקרה של הפרשייה הוא דיני הטענות.¹⁴ כלומר: הפסוק השלישי מלמד על הפרשייה כולה. כאשר דיני השומרים לא הובאו אלא כדוגמה ליישום דיני הטענות.¹⁵

משמעות "עירוב פרשיות" היא, שעל אף מיקומה ותוכנה של הפרשייה בין דיני השומרים,¹⁶ נושא הפרשייה אינו דיני השומרים אלא דיני הטענות.

אמנם, הפרשה לא נקטה בלשון: "כי יטען השומר..."¹⁷, אך למעשה, היא עוסקת במקרה שבו השומר טוען טענה, שעליה הוא נדרש להישבע. התורה מדגישה בפסוק השלישי, שחיוב השבועה קיים, לא רק כאשר השומר טוען שהפיקדון נגנב ממנו, אלא אף בכל טענה "אשר יאמר כי הוא זה".

למעשה, העיסוק בטענות לא בא לידי ביטוי בפסוק השלישי בלבד. כבר בפסוק הראשון,¹⁸ אין אנו עוסקים בעובדה ידועה ומוסכמת, אלא בשומר, הטוען שהפיקדון נגנב ממנו. על טענה זו עליו להישבע, ואם נמצא שנשבע לשקר, "ישלם שנים לרעהו".¹⁹ רק הפסוק השני עוסק בשבועת השומרים, וגם הוא רק כדוגמה לכלל דיני טוען.

14. בד"כ כאשר התורה מביאה דוגמה ואחריה פסוק כולל, הפסוק הכולל אינו בא לעסוק בנושא חדש, אלא לומר שהדוגמה שהובאה בראש אינה אלא דוגמה המלמדת על כלל גדול. כאשר התורה אומרת "לא תראה את שור אחיך או את שיו נדחים" ואח"כ אומרת "וכן תעשה לכל אבדת אחיך", אין כאן דין חדש אלא גילוי על כך שהדין האמור בראש הפרשה אינו דווקא בשור ושה. כיוצא בזה יש לפרש בנדון דידן, הפסוק האחרון המלמד דיני טענות בא לומר שעיקר עניינה של הפרשה הוא דיני טענות ושבועות, והשומר לא הובא אלא כדוגמה.

15. מטרתה של הפרשייה היא ללמד על דיני ספקות וביירויהם, לכן עניינה של הפרשייה הוא לא רק מה הדין במקרה נתון, אלא גם איך מבררים אותו. זוהי פרשיית הזיינים ולכן כתובים בה ורמוזים בה ונלמדים ממנה הרבה מדיני בית הדין.

16. מקומה של הפרשה בסמוך לפרשיית שומר שכר ולפרשיית שואל, מלמד לכאורה שהנושא הנדון בפסוקים אלה הוא שומרים. אעפ"כ אפשר לומר שהנושא העיקרי של הפרשייה הראשונה הוא אחר, ולכן אין וי"ו החיבור בין הפרשייה הראשונה לשנייה, אלא רק בין השנייה לשלישית.

17. מהסיבה שנתבארה לעיל, שהתורה מתארת עובדות ולא ספקות; ראה הערה 4.

18. אפשר לפרש שהפרשה דיברה גם על שומר וגם על לווה. המילה "כסף" בפסוק מלמדת על הלווה, והמילים "כלים לשמר" מלמדות על השומר. הפרשה עסקה בנותן כסף להלוואה או כלים לשמירה. ולפי זה יובן למה בכלים אין צורך שיהיו שווים שתי כסף. וכן נראה כי בד"כ נותנים כסף להלוואה וכלים לשמירה. אבל, לפי הפיסוק של טעמי המקרא נראה, שגם הכסף בפסוק ניתן לשמירה. אך אולי כך פירשו אלה שאמרו שכל הפרשה עניינה דיני הטענות, וכל הפרשה עוסקת גם במלווה, ויש בה פסוקים שלא נוגעים כלל לדיני שומרים, וראה להלן, עמ' 424 ואילך. 'עירוב פרשיות' על פי זה יתבאר בכך שהתורה פתחה בשני מקרים, ובפרשה מעורבים גם דיני מלווה וגם דיני פיקדון, וחלק מהדינים האמורים בה אמורים רק על אחד מהם. ומ"מ גם אם נפרש כפירוש הטעמים אפשר לומר שהתורה דיברה על נותן לחברו לשמור וה"ה נותן לחברו להלוואה. והדבר תלוי בדעות השונות בטעם מודה במקצת – האם תלוי בכך שעשה לו טובה או לא, ועיין להלן עמ' 420 (סמוך להערה 141).

19. ראה: רש"י שמות כב, ח.

להלן נוכיח, שדיני השבועות השונים תלויים בפירושים השונים שהועלו כאן. כל הלכות שבועות נגזרות מפרשייה זאת, ומשום כך, יש הבדלים רבים להלכה בין המפרשים כפירוש אחד לבין המפרשים כפירוש אחר, כפי שנבאר בהרחבה להלן. אולם, על מנת להבין את השיטות השונות, עלינו להקדים תחילה הסבר לסוגי השבועות השונות ולדיניהן.

ב. שבועה מחמת עד אחד

במסכת שבועות דרשו חכמים –

”לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת” – לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם, אבל קם הוא לשבועה.²⁰

כלומר, בכוחה של עדות עד אחד לחייב בשבועה את בעל הדין שנגדו הוא מעיד. למדנו אם כן חיוב שבועה נוסף – חיוב שבועה מחמת עדות של עד אחד (להלן: שבועת עד אחד). להלן נבאר את מקור השבועה, ומדוע למדו חכמים מפסוק זה, שדווקא ”קם הוא לשבועה”? הן ישנם חיובים רבים בתורה שאינם בגדר ”עון” או ”חטאת”. מדוע אם כן למדו שדווקא לשבועה הוא קם, ולא לחוב וכדומה?

ג. בין שבועת המודה במקצת לשבועת השומרים

עד כה, הנחנו את היסודות להבנת מקור שבועת המודה במקצת ושבועת עד אחד, בהתאם לפירושים השונים שהוצעו להבנתה של פרשיית השומרים. לפירושים אלה יש השלכות על הלכות שונות, ובעיקר, על הבנת השוני בין ההלכות שנאמרו בנוגע לשבועת המודה במקצת, לבין ההלכות שנאמרו בנוגע לשבועת השומרים ושבועת עד אחד.

כדי לברר באיזו דרך נלמדו שבועת מודה במקצת ושבועת עד אחד משבועת השומרים ומפרשיית שומר חינם, נשווה בין הלכות שבועת השומרים לבין הלכות השבועות האחרות בשני עניינים: סכום התביעה וטענת קטן.²¹

1. סכום התביעה

נחלקו הראשונים בשאלה, האם שבועת השומרים ושבועת עד אחד חלות דווקא כאשר שוויה של טענת התביעה הוא – שתי כסף.

20. שבועות מ, א.

21. בענייני טענה ונתינה, הגדרתם ומקורם, ראה להלן עמ' 432.

המונח ההלכתי 'נתינה' משמעותו יצירת חיוב כלפי בן דעת. כללו של דבר: משנוצר חיוב, לא יצא החייב ידי חובתו עד שישלם או יישבע. יצירת החיוב יכולה להתבטא בנתינת כסף או פיקדון לשמירה, גרימת נזק, אונס, פיתוי או כל מעשה אחר היוצר חיוב ממוני. וזאת כוונתנו במילה 'נתינה' במאמר זה.

לדעת הר"י מיגאש²² והרמב"ם²² ההלכה שאין לחייב את בעל הדין שבועה אלא אם סכום התביעה הוא לפחות שתי כסף, חלה דווקא על מודה במקצת. השומר נשבע, אף אם סכום התביעה נגדו אינו אלא פרוטה.

לעומתם, הרמב"ן והרא"ש²² כתבו, שאין לקבל את דעת הרמב"ם ור"י מיגאש, משום שהפסוק שממנו למדו חכמים את ההלכה בעניין תביעת שתי כסף, אמור בשומר. לדבריהם, לא ייתכן להפקיע את ההלכות שנלמדו מן הפסוק, מנושאו המרכזי של הפסוק – דיני השומרים.

נראה שהמחלוקת נובעת מן המחלוקת העקרונית בהבנת פרשיית שומר חינום. הרמב"ם ור"י מיגאש מפרשים את פרשיית שומר חינום כמו ההסבר השלישי שהוצג לעיל: הפרשייה כולה היא פרשיית הטענות, גם הפסוק הראשון בפרשייה עוסק בטוען, ולכן גם החיוב ב"כסף או כלים" מתייחס לטוען.²³ זו משמעות עירוב הפרשיות.¹⁵⁶ לכן, ההלכות הנלמדות מן הפרשייה אינן נוגעות לשומר. בשומר, חיוב השבועה נובע מעצם העובדה שקיבל על עצמו שמירה.

מנגד, הרמב"ן סובר, שכל הפרשייה עוסקת בשומר, כפי שעולה גם מפירושו לתורה,²⁴ שבו הוא מפרש שגם הפסוק השלישי עוסק בשומר ובטענות שהוא יכול לטעון. אחת הטענות שיכול השומר לטעון היא, שהופקד אצלו פיקדון שערכו נמוך מערך הפיקדון שתובע המפקיד. מחיוב השבועה במקרה זה למדנו עיקרון כללי בעניין חיוב שבועה בכל מודה במקצת, אף שהפרשייה לא עסקה בו. לכן, לא ניתן להפקיע את ההלכה הנלמדת מן המילים "כסף או כלים" משבועת השומרים. לאור זאת, מסתבר שהרא"ש יפרש את הפרשייה, כפירוש הראשון או השני שהוצגו לעיל בפרק השני.

2. שבועה לקטן

כאמור, הלכה פסוקה היא, ש"אין נשבעים לקטן". וגם הלכה זאת נלמדה מהפסוק הראשון של פרשיית שומר חינום.²⁵ עם זאת, נחלקו הראשונים הנ"ל בשאלה, האם הלכה זו חלה אף על שבועת השומרים.

הרמב"ם²⁶ ור"י מיגאש²⁷ מחייבים שבועת השומרים כלפי קטן, בעוד שהרמב"ן,²⁸ הרא"ש²⁹ ואחרים אינם מחייבים שבועת השומרים כלפי קטן.

22. ר"י מיגאש שבועות מ,א ד"ה אמר; רמב"ם שכירות ב, ה; טוען ג, ו; רמב"ן רשב"א ור"ן בחידושיהם לשבועות מ,א; רא"ש שבועות ו, ו; שולחן ערוך חו"מ רצה, ג.

23. ר"י מיגאש אומר שכמו ש"כי הוא זה" לא שייך בשומרים, כך גם "כסף או כלים". משמעות עירוב הפרשיות היא, שכל הפרשה היא פרשת דיני הטענות, ולכן, מתוך שהפסוק השלישי אינו עוסק בשמירה, כך גם הפסוק הראשון. החולקים עליו אינם מקבלים סברה זאת, משום שעל הפסוק השלישי ניתן לומר שאינו עוסק בשומרים, אך הפסוק הראשון, שבו נאמר "כסף או כלים", ודאי עוסק בשומרים. הרמב"ן יפרש, שגם הפסוק השלישי עוסק בשומרים אלא שנלמד ממנו בעקיפין גם דין מודה במקצת. הר"ן (שבועות יט, ב) אומר, שלומדים מכסף או כלים להלכות שומרים, ולכן גם דין שתי כסף ינהג בשומרים.

24. שמות כב ו, ח.

25. בביאור הלימוד והדרשות ראה להלן עמ' 432.

נראה שדבריהם של ראשונים אלה תואמים את גישותיהם העקרוניות בנוגע לפרשנות פרשיית שומר חנם, כפי שהתבארו בפרק הקודם.

ייחודה של שבועת השומרים הוא, שאין היא נדרשת מפאת כוחה של טענת התובע, שכן, המפקיד טוען 'שמא', ואינו יודע בוודאות שהשומר מעלים את הפיקדון בזדון, פשע בשמירתו וכדומה, ולכן אינו טוען בוודאות שהשומר חייב לו כסף. על כן, חיוב השבועה נובע מעצם העובדה שהמפקיד מסר ביד הנפקד חפץ. להלן יכונה גורם זה 'נתינה'.

הרמב"ם ור"י מיגאש סוברים, שכל הדינים שנלמדו מהפסוק הראשון של הפרשייה חלים רק על שבועה הבאה מכוח טענות, ולא על שבועת השומרים שבה הגורם המחייב שבועה אינו הטענה.²⁶ לכן, אין סיבה להבחין לעניין שבועת השומרים בין תובע קטן לתובע גדול, שניהם אינם טוענים טענה ודאית, וכשם שהגדול משביע אף על פי שטענתו אינה טענה ודאית, כך גם הקטן יחייב שבועה.

לעומת זאת, הרמב"ן, הרא"ש וסיעתם פוטרם משבועה כלפי הקטן גם בשבועת השומרים, משום שהם סוברים, שהפסוק הראשון אמור בשומר,²⁷ ולכן אין להפקיע את הדינים הנלמדים ממנו²⁸ מדיני שבועת השומרים.²⁹ לדעתם, לא הטענה היא עיקר הפרשייה, ולכן הגורם הפוטר את הקטן אינו העובדה שטענתו אינה טענה, וגם במקום שבו טענת התובע ממילא אינה טענת ברי אפילו בגדול, לא יוכל הקטן לחייב שבועה.

לאור המבואר עד כה, למדים אנו שיש הבדל בין שיטות הראשונים השונות בהבנת משקלה של טענת התובע לגבי חיוב השבועה. לפי הרמב"ן וסיעתו, התורה הביאה את דיני השומרים כדוגמה למקרה שבו יש זיקת חיוב בין אדם לחברו (נתינה), והנתבע טוען טענת פטור. לפי הסבר זה, לטענת התובע אין משקל רב בהטלת חיוב השבועה, ומשום כך, אין סיבה להבחין בין מקום שבו יכול היה התובע לטעון טענת ברי, למקרה שבו אינו יכול לטעון טענת ברי. חיוב השבועה מבוסס על הזיקה הממונית שיש לנתבע כלפי התובע – על קיומה של 'נתינה'.³⁰ סברת הרמב"ן היא, שכל מקום שבו אם יבואו עדים יתחייב לשלם, אם יהיה מי שיאמר שהנתבע חייב, בין אם האומר הוא הנתבע ובין אם האומר הוא עד אחד,³¹ יחייב בית הדין שבועה.

26. רמב"ם שכירות ב, ז; טוען ה, ט.

27. ר"י מיגאש שבועות מב, ב ד"ה מתני'.

28. רמב"ן ורשב"א בחידושיהם לשבועות מב, א.

29. רא"ש שבועות ו, כב-כג.

30. הרמב"ן והרשב"א אומרים שהדינים שנלמדים מהפסוק הראשון אמורים דווקא בשומרים. לגבי הלכות שמירה ולא דווקא לגבי שבועת השומרים. לכן אומר הרשב"א, שהשומר לקטן אינו שומר כלל ואפילו אם פשע ייפטר. וראה ר"ן (שבועות כב, ב ד"ה גמרא) שביאר את השיטות השונות. וראה ראב"ד (בהשגותיו לשכירות ב, ז), שאומר שלא נשבעים לקטן שבועת השומרים כלל, כי נתינתו אינה נתינה ולא נעשה שומר, ואפילו היסת אין משביעים, ואפילו כאבדה אינו כי אבדה באה מכוח בן דעת.

31. כגון דיני שבועה לקטן הנלמדים מהפסוק "כי יתן איש אל רעהו וכו'".

32. וראה רמב"ן שבועות מב, א ד"ה הא, שהוכיח את שיטתו.

33. כפי שיתבאר להלן, עמ' 396.

לעומתו סובר הר"י מיגאש, שעיקר הפרשייה הוא דיני הטענות, ומשמעות "כי יתן איש" להלכה היא, כי יטען איש שנתן. חיוב השבועה מבוסס על הטענה; במקום שאין טענה אין שבועה, ובמקום שיש טענה יש שבועה, ובלבד שקיימת נתינה.²¹ (הנתינה אינה יוצרת את חיוב השבועה, אלא רק מאפשרת לבית הדין לחייב שבועה, שכן היא מאשרת את הזיקה הממונית של הנתבע כלפי התובע.³⁴ ללא קיומה של נתינה, יוכל הנתבע להשתמט מן השבועה בטענת "לאו בעל דברים דידי את".⁸¹)

שבועת השומרים היא החריג לכלל זה, ובה אמנם הבעלים אינו טוען בוודאות שהשומר חייב לו, אך מכל מקום, הוא טוען בריש³⁵ שנתן לשומר,³⁶ ונוצר חיוב של השומר כלפיו.³⁷ לכן, אין השומר יוצא ידי חובתו, עד שישלם או שישבע.³⁸

34. ואז הוא בבחינת "עבד לזה לאיש מלחה". הוא מחויב כלפי התובע ולכן יכול התובע להשביעו. לכן חל חיוב השבועה רק כשהחוב חל על הלווה בגברא, אבל כל עוד הפיקדון בעין או שאמר הלווה הילך – הוא פטור. כל עוד הוא עבד לווה או שומר, לא ייפטר עד שיחזיר או יישבע. גם בקרקעות אין חיוב שבועה כי החיוב הוא על הקרקע ולא על האדם. בקרקעות הטענה אינה 'פלוני חייב לי כו"כ דונם', אלא 'קרקע פלונית הנמצאת ביד פלוני היא שלי' (וראה בהערה הבאה). עד אחד לא קם לחייב ממון, אך בכוחו לעשות את הנתבע מחויב לב"ד, ובית הדין משביע. וראה נתיבות המשפט (פו, א) שמחלק בין חיוב בגוף לחיוב על הממון.

35. וראה תוספות ב"מ צ"ב ד"ה השוכר וד"ה והלה, שאומר שלא ניתן להשביע על טענת 'איני יודע אם הפקדתי', אך ניתן להשביע על טענת 'הפקדתי ואיני יודע אם נאנס'. כלומר צריך צד ברי. ולפי זה מובן שורש טוען ונטען, שכשברי שהתחייב אינו נפטר עד שיהיה ברי שנפטר. אך אם אינו ברי שהתחייב פטור. וזה נלמד ממש מדין שומר. וראה להלן עמ' 414. יצירת החיוב בשומר היא נתינה, אך לעניין טוען לאו דווקא נתינה אלא כל שברי לו שהייתה יצירת חיוב גם בדרך של מזיק ואונס ומפתה וכיו"ב – הרי זו נתינה.

עוד עולה שם מדברי תוספות, שהאומר איני יודע אם השאלתי או השכרתי אינה נתינה. כאן אין ודאות על הנתינה, שהרי נתינה היא יצירת חיוב ואם הוא שוכר לא נוצר כל חיוב כשנאנס, ואף על פי שבוודאי קיבל את הפרה וקיבל עליה אחריות, החיוב אינו מקבלת שמירה אלא מהחיוב לשלם. ואולי מפני שבשואל לא נאמר "כי יתן".

36. או שיעידו שני עדים שנתן לשומר, כוחם של שני עדים חזק מכוחו כמו שראינו בקל וחומר של רח"ק. והגמרא בשבועות אף אומרת שאלמלא שני עדים אין שבועה, אך אין הלכה כאותה גמרא. וכן אפשר שהשומר מודה שחייב לו, שגם בזה חייב שבועה, ודאי לפי הרמב"ם (שכירות ב, ח) ור"י מיגאש (שבועות מה, ב ד"ה איתמר), שסוברים שמיגו אינו פוטר מן השבועה, ולכן בכל טענת שמירה אם נדע שאכן נעשה שומר, אפילו על פי הודאתו, יתחייב שבועה. וכן מצאנו בר"ן (על הרי"ף קידושין יח, א) ובבית יוסף חו"מ קכ"א, ב, ושם בסמ"ע יט וש"ך מו, שגם במקום שבו בעה"ב אינו יודע בוודאות שהשומר נעשה שומר, אם יש אדם אחר שיודע זאת בוודאות, הוא תומך בטענת בעה"ב ועושה אותה טענת ברי. [נעפ"ז פסק השולחן ערוך (חו"מ קכ"א, ה), שאפשר לחייב שליח בשבועת השומרים גם כשבעה"ב מסופק האם הממון הגיע לידי של השליח, כשיש אדם אחר הטוען בוודאות שהממון הגיע ליד השליח.] וראה להלן עמ' 401 בביאור העניין, שכאשר אדם אינו יודע דבר שאין מחובתו לדעתו, אינו מפסיד בכך ויכול להיעזר בידיעתו של אחר. ומי"מ כל הנ"ל אמור לגבי טענת ברי שקיבל שמירה, אך אין צריך כלל טענת ברי שחייב לשלם לו. וכן דרך השומרים שאין הבעלים יודע מה עלה בגורל החפץ ואינו יכול לטעון ברי שאתה חייב לי. ובה נתייחדה שבועת השומרים מיתר השבועות שאין צריך ברי שאתה חייב לי. לכן פוסקים הרמב"ם ור"י מיגאש שבשומרים נשבע אף על טענת קטן, שהרי ממילא א"צ טענת ברי, ואם כן, מה ההיגיון בהבחנה בין קטן לגדול? אבל לדעת יתר הראשונים לא הטענה היא הבסיס לשבועה אלא הנתינה, ואם כן, גם בשבועת השומרים לא יישבע לקטן.

(א) שבועת עד אחד כנגד טענת שמא

לפי זה מתבאר דעת ר"י מיגאש גם לגבי שבועת עד אחד, במקום שטענת התובע אינה טענה ודאית (=טענת שמא). לדעת ר"י מיגאש,³⁹ כאשר התובע אינו טוען ברי, טענתו אינה טענה, וממילא, אין בסיס לחיוב שבועה. גם כאשר טענת התובע באה מחמת עדותו של עד אחד, כל עוד לא יטען התובע ברי, לא יתחייב הנתבע שבועה. אבל לדעת יתר הראשונים שהוזכרו כאן, די בכך שיש אדם כלשהו שברי לו שיש לנתבע זיקה ממונית לתובע,³⁵ כדי שלא ייפטר ממנו ללא שבועה.⁸¹ שכן, עליו להישבע לבית הדין, ולא רק לתובע.¹² בעניין דעתו של הרמב"ם בשאלה זאת רבו הדעות.⁴⁰

כל האמור כאן הוא בהנחה שלדעת ר"י מיגאש כל שבועות התורה דומות זו לזו, ואין מקום לשבועה בלי שיהיה לפחות צד של טענת ברי, שברי שנתן לו לשמור. אבל **נתיבות המשפט** (כללי מיגו כח) אומר שר"י מיגאש סובר **כנמוקי יוסף** (ב"מ נו,א) שלשבועת השומרים יש תפקיד אחר לגמרי. שבועה זו באה לא משום חשש שקר אלא משום חשש שהשומר אומר בדמיו. ולפי זה יש לומר ששבועת השומרים אינה דומה כלל לשבועת עד אחד ומודה במקצת, ולכן אין בה צורך בטענת שמא ונשבעים גם לקטן. אך קשה לומר כן כי שבועת השומרים ושבועת עד אחד אמורות בפרשייה אחת, ושבועת השומרים היא לפחות דוגמה לדין טוען, וע"כ נראה כמו שפירשנו לעיל.

37. לפי זה אפשר לבאר שבעיני נתינה או טענה (בביאור נתינה וטענה ראה להלן עמ' 434). שני הפסוקים הראשונים עוסקים בשומר שאין בו טענת ברי, אך יש בו נתינה. התערב כאן הפסוק השלישי ולימד שגם כשאין נתינה, אם יש טענה ואומר כ"הוא זה יש שבועה. (ולפי זה אפשר שהחיוב בשומר הוא דווקא אם הייתה נתינה מדעת, כי מתוך שנתן לו האמינו בשבועה, ובשאר מודה במקצת א"צ נתינה כי לא האמנתו יצרה את החיוב.)

38. אפשר שמקור שבועת מודה במקצת הוא **שכמו בשומר** שמודה שהתחייב לחברו וטוען שנפטר מחוב זה, כן מודה במקצת. וזה פירוש הפסוק "אשר יאמר כי הוא זה". וגם בשומר אם אומר החזרתי אינו חייב שבועה, ואין אנו דנים אותו כמי שמודה שהתחייב לחברו וטוען שנפטר מחוב זה. דווקא בטוען טענת גנב חייבה התורה שבועה. ולכן גם בחוב כשאומר פרעתי הכול פטור משבועה, ואין **שבועה אלא כשטוען טענה פוטרת אך אינו אומר שנפטר לגמרי מחיובו כלפי חברו**, כלומר: מודה במקצת. וא"ת למה לא נחייב בשבועה בכופר הכול, והלא גם בשומר אינו פטור בהחזרתי אלא במיגו, כלומר שמעיקר הדין חייב ורק המיגו פוטר, ובהלוואה אין מיגו. יש לומר, ששומר פטור במיגו דווקא בהפקיד לו בשטר, אבל מפקיד בעל פה או בעדים נאמן שהחזיר גם ללא מיגו, ואינו כמודה בנתינה, וא"כ ה"ה מלווה כשמודה בנתינה ואינו מודה בפירעון – יישבע, ולא משכחת לה אלא במודה במקצת, שהרי אם אומר לא החזרתי כלל ישלם, ואם כן אין שבועה. והאומר לא לויתי אלא חמישים, אף הוא מודה בעיקר הנתינה, שהרי מודה שמחויב לו. ולפי זה תבאר דעת האומרים שנשבע שבועת השומרים בפרוטה. ההודאה אינה אלא בשווה פרוטה, ובכך כבר מודה שמחויב לו הן בשומרים והן במודה במקצת. וראוי לחייבו שבועה. אלא שכאשר אין התביעה נסובה על דבר חשוב אין משביעים. וכששניהם מודים שיעקר ההפקדה הייתה שווה פרוטה, אחשבוה. אך כשאין הנתבע מודה אלא בדבר שאינו חשוב וגם התובע לא מחשיבו לא ישלם. ועדיין צריך ביאור. ומכל מקום הדבר תלוי בשאלה לאיזה עניין מתחייב השומר בקבלת השמירה ולאיזה עניין הוא מתחייב בזמן הפשיעה או האבדה, או שהוא מתחייב בקבלת השמירה ונפטר אם נגנב ממנו או אם נשבע. וראה ב"ק קז,ב, והערה 182.

39. הובא ברא"ש שבועות ו, ה.

40. **המגיד משנה** (הלכות גזילה ואבידה ד, יז) כותב, שלדעת הרמב"ם חייב הנתבע שבועת עד אחד, אף כאשר בפי התובע טענת שמא. כך דייק מלשון **הרמב"ם** שם:

נכנס לביתו של חברו שלא בפניו, ונטל משם כלים בפני עד אחד ואין העד יודע כמה נטל, הרי בעל הבית אומר עשרים כלים היו בביתי והגזול אומר לא נטלתי אלא עשרה והם שלי – חייב להחזיר

(ב) שבועת עד אחד כלפי תובע קטן

הרמב"ם⁴¹ ור"י מייגאש⁴² אינם מחייבים שבועת עד אחד, כאשר התובע קטן. לשיטתם עיקר חיוב השבועה קיים כשיש תובע הטוען ברי. קטן, שאינו יכול לטעון ברי, אינו יכול להשביע.⁴³ לפי פרשנות זו, משמעות "כי יתן איש" היא: כי יטען איש שנתן.⁴⁴

העשרה מפני שהוא מחויב שבועה, ואינו יכול להשבע. ואינו נשבע על השאר אפילו שבועת הסת מפני שאינו יכול לטעון על הגזלן טענת ודאי.

אבל בדבריו על הלכות טוען ונטען (ג, ו), כתב שדעת הרמב"ם בעניין זה לא ברורה מדבריו. על כך, תמה עליו הלחם משנה (שם).

לדעת ה"ט"ז (ח"מ צו, א), דעת הרמב"ם היא שאין מטילים שבועת עד אחד על נתבע, כאשר התובע טוען 'שמא'.

וראה העמק שאלה (וישב כו, ט), המפרש את המגיד משנה להיפך, ולא הבנתי איך יצא לו כך מלשון המגיד משנה. ובמרומי שדה (שבועות לח, ב) חזר בו וכתב שדעת המגיד משנה שחייב. ועוד כתב שמלשון הרמב"ם עולה שפטור כדעת רבו הר"י מייגאש.

מפסיקת השולחן ערוך (ח"מ עה, כג) עולה שמחייב את הנתבע להישבע שבועת עד אחד, אף כאשר התובע טוען 'שמא', נראה שסבר שזאת דעת הרמב"ם, היות ודרכו לפטוק בעניינים אלו כרמב"ם. מאידך, דרכו של הרמב"ם לפטוק כדעת ר"י מייגאש, ובעיקר בהלכות השבועות. אם אמנם דעתו בעניין זה שונה מדעת ר"י מייגאש, יש לתת טעם לכך שינה ממנהגו, ויש עוד לעיין בדבר.

41. רמב"ם טוען ה, ט.

42. חידושי הר"י מייגאש שבועות מב, א.

43. ר"י מייגאש כאן לשיטתו שעד אחד אינו מחייב שבועה, אלא אם יטען התובע ברי. וכן ביאר בדבריו הר"ן (שבועות כב, ב). וקשה על שולחן ערוך (ח"מ צו, א), וכן על מגיד משנה ולחם משנה אליבא דהרמב"ם, איך פסקו שעד אחד משביע גם ללא טענת התובע ועם זאת פטרו מלהישבע לקטן על פי עד אחד. ולדעתם שומר נשבע לקטן כי ממילא אין צורך בטענת ברי. ואם כך, למה לא אמרו כן גם בעד אחד שגם הוא לשיטתם לא צריך ברי?

44. בהלכות טוען ונטען (ה, ט) כתב הרמב"ם שאין נשבעים לקטן שבועת מודה במקצת כי אין תביעתו תביעה גמורה והוא צריך תביעה, אבל נשבעים לקטן שבועת השומרים לפי שאינו נשבע מחמת טענה. לגבי עד אחד כתב הרמב"ם שאין תביעה ולגבי שומרים שאין טענה. לכאורה ברור שגם בשומר צריך תביעה אלא שאין צריך טענה. ייתכן שבאמרו 'תביעה' התכוון הרמב"ם לתביעה שמחמת טענת ברי, וזה נחוץ בעד אחד ולא בשומר. וראה בהערה הקודמת.

עוד אפשר לפרש בדברי הרמב"ם, על פי מה שכתבנו לעיל בסוף הערה 36, ששונה שבועת השומרים משבועת עד אחד ומודה במקצת. שבועת השומרים לא באה מחמת טענה אלא מחמת נתינה, ועל זה נאמר "כי יתן", ולכן אין צורך בטענה ונשבעים גם לקטן. אבל קשה מאוד לפרש כך כי דווקא מ"כי יתן" למדה הגמרא למעוטי קטן. ועוד, אם עניינו העיקרי של הפסוק הראשון הוא דיני טוען ונטען, איך נלמד ממנו שהנתינה בשומר? איך אפשר ללמוד שהנתינה בשומר אבל למעוטי קטן ממודה במקצת? איך אפשר ללמוד ש"יתן" כסף או כלים" דווקא במודה במקצת, ו"לשמר" דווקא בשומר. גם אם עירוב פרשיות כתוב כאן לא מתקבל על הדעת שהפרשה כ"כ מעורבת עד שאין כל משמעות לדבריה. לפי פירוש זה קשה מאד לתרץ את קושיות הרמב"ן על הרמב"ם שהפרשה עוסקת בשומר.

לכן נראה כמו שכתבנו לעיל: שכל השבועות באות משורש אחד, וכולן נדרשות מפרשת טענות, אלא שלעניין שומר אין צורך שיטען 'ברי שהוא חייב לי', ודי בכך שיטען 'ברי שהתחייב לי שמירה' והייתה נתינה, ואינו נפטר עד שיתן או יישבע. וגם צריך שיעידו עדים או יודה השומר שהייתה נתינה. ואילו בטוען ונטען צריך שיטען 'ברי שהוא חייב לשלם לי'. ומעתה אפשר לומר, שהשומר הובא כדוגמה לפרשת טענות, כדי ללמדנו שטענת חיוב והודאת נתינה מחייבות שבועה. ואמנם, בשומר יש מציאות שבה אינו טוען חיוב ברי, מכל מקום שם לא היה עליו לדעת, אבל במקום שהיה עליו לדעת, אין טענתו טענה אם

מנגד, לגבי שבועת השומרים, אין צורך בטענת ברי על מנת לחייב שבועה, שכן, כאמור, אין המפקיד יודע מה עלה בגורל הפיקדון, ואינו יכול לטעון 'ברי שאתה חייב לי כסף'.⁴⁵ לאור זאת, מובן מדוע פסקו הרמב"ם ור"י מיגאש ששומר חייב שבועה אף כאשר התובע הוא קטן,⁴³ שהרי בשבועת השומרים ממילא אין צורך בטענת ברי על מנת לחייב שבועה, ואם כן, אין סיבה שיהא דין השבועה כלפי הקטן שונה מדין השבועה כלפי הגדול.

לדעת יתר הראשונים הנזכרים כאן, המפרשים שנושא הפרשייה הוא דיני השומרים, לא הטענה היא הבסיס לחיוב השבועה, אלא הנתונה, ונתונה זו צריכה להיות נתינתו של גדול.²¹ לכן, כשם שבשאר שבועות אין נשבעים לקטן, כך גם בנוגע לשבועת השומרים.³⁰

ביאור נוסף לקשר שבין שבועת המודה במקצת לשבועת השומרים הוא, שכל טענה ממונית מבוססת שמודה בה הנתבע – חייב להישבע שפרעה. הפרשייה נדרשת כך: כמו ששומר שמודה שקיבל צריך להישבע שנפטר, כן לוה שמודה שחייב יישבע שנפטר. ראה להלן.⁴⁶ נמצאנו למדים, שדעות הראשונים השונות בנוגע להלכות שבועת השומרים ושבועת מודה במקצת, נובעות מהאפשרויות השונות בהבנת הפרשייה ודרשותיה, כפי שהוצעו בראש המאמר.⁴⁷

ד. מקור שבועת עד אחד

כאמור, המקור לשבועת עד אחד הוא בדרשת חכמים במסכת שבועות –

“לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת” – לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם, אבל קם הוא לשבועה.⁴⁸

כלומר, בכוחה של עדות עד אחד, לחייב שבועה את בעל הדין שנגדו הוא מעיד. למסקנה זו מגיעים חכמים מן הדיוק – “אבל קם הוא לשבועה”. ואולם יש לברר מדוע למדו דווקא ש'קם הוא לשבועה'? הן ישנם חיובים רבים בתורה שאינם בגדר “עון” או “חטאת”. מדוע אם כן למדו שדווקא לשבועה הוא קם, ולא לחוב וכדומה?

את דרשת חכמים ניתן לבאר כך: הנחת היסוד היא, שעד אחד נאמן לכל דבר ועניין. לכן, אלמלא אמרה תורה שאין עד אחד קם לעון וחטאת היה עד אחד נאמן אפילו לעון

אינו יודע, וראה להלן עמ' 414 (ובהערה 113) בביאור הדבר. שמשמעות פרשת טענות היא ענייני ברי ושמא, והשבועה נועדה להפוך את הטענה לטענת ברי, ולכן כאשר היה עליו לדעת, אין משמעות לטענת שמא. והתורה נתנה לו זכות להשביע בשמא במקום שלא היה עליו לדעת. וראה קצות החושן (עה, טז) שעוסק בשאלת חיוב שבועה במקום שלא היה עליו לדעת.

45. וראה לעיל הערה 36.

46. בעמ' 415.

47. להלן, בעמ' 424 והלאה, נציע פרשנות נוספת לפרשייה, לפי שיטתם של בעלי התוספות, שלפיה הפרשייה עוסקת בעיקר בדינו של המודה במקצת, ואף שומר אינו נשבע אלא אם הוא מודה במקצת.

48. שבועות מ, א.

וחטאת. מכאן, שמן המיעוט המלמד ש"לכל עון ולכל חטאת אינו קם", למדו חכמים ש"קם" הוא לכל דבר שאינו בגדר עון וחטאת, שעליו לא אמרה תורה דבר.⁴⁹

לפי הסבר זה מובן אולי, מדוע ניתן ללמוד מן הפסוק, שאין סיבה למנוע מבית הדין להטיל שבועה, מחמת עדותו של עד אחד. אולם, ההסבר אינו מספק תשובה לשאלה, מניין המקור המחייב את בעל הדין להישבע מחמת עדותו של עד אחד?⁵⁰

אפשר לפרש, שהפסוק השלישי של פרשיית שומר חינוך מרחיב את דין השבועה, ואומר שלא רק בשמירה, אלא בכל מקרה שבו יהיה דיון על "כסף או כלים",⁵¹ ויהיה בו מי ש"יאמר כי הוא זה". כלומר, שיהיה מי שיטען שברי לו שהנתבע צריך לשלם לתובע, בין אם יהיה זה הנתבע (מודה במקצת), ובין אם יהיה זה אחר (עד אחד),⁵² "עד האלהים יבא דבר שניהם".⁵¹ אלא שאם האומר כ"הוא-זה הוא הנתבע, ישלם לפי הודאתו, ולא יישבע אלא על השאר. ואם האומר כ"הוא-זה הוא אחר, יישבע הנתבע על הכול.⁵³ (והדרשה "אבל קם הוא לשבועה" לא באה ללמד שיישבע, אלא רק לענות על הקושייה איך יישבע, והלא עד אחד ענה בו. לפי זה שוב אין מקום לשאול למה דווקא לשבועה הוא דאינו קם, כיוון שהפסוק ההוא אינו המקור לחיוב השבועה; המקור לחיוב השבועה הוא פרשיית שומר חינוך. כדי שלא יקשה לנו: והלא אין עד אחד קם, מבהיר המדרש שעד אחד אינו קם רק לדברים שהם עון וחטאת, וכיוון ששבועה אינה עון וחטאת - שוב אין קושייה מהפסוק ההוא).

בספרי⁵⁴ ובתוספתא⁵⁴ מובא, ששבועת עד אחד נלמדת בקל וחומר מהודאת בעל דין. אם מתחייב אדם שבועה על סמך הודאתו (במקצת), קל וחומר שיתחייב שבועה על סמך עדות עד אחד, שכוחו גדול מכוח הודאת בעל דין, שכן, הוא יכול להצטרף עם עד אחר, על מנת לחייב את בעל הדין מיתה.⁵⁵

49. ופירושו חז"ל שאף ממון הוא בכלל עון וחטאת, אע"פ שלרוב אדם מתחייב ממון אע"ג שלא חטא, וכוננת התורה באמרה לא יקום לכל עון ולכל חטאת היא שלא יפסוק ביה"ד פסק גמור ומוחלט על האדם על פי עד אחד. אבל שבועה אינה פסיקה של ביה"ד, כי אין כאן ציווי לעשות מעשה כגון תשלום או עונש.

50. אפשר להסביר את ההיגיון בדרשה "אבל קם הוא לשבועה", אם נפרש שגם הבסיס לחיוב שבועת עד אחד הוא פרשיית שומר חינוך ו"אשר יאמר כי הוא זה", מפני שגם בעד אחד קיים הגורם לחיוב שבועה שקיים בפרשיית שומר חינוך. שהרי גם כאן יש בסיס לכך שיש לנתבע זיקה ממונית כלפי התובע, ויש כאן אדם האומר כ"הוא-זה, ולכן חיוב השבועה האמור בפרשה חל גם כאן. ואם תאמר: הלא אותו אדם עד הוא, והתורה אמרה "לא יקום עד אחד", הרי תשובתך בצדך: "לכל עון ולכל חטאת" - "לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם, אבל קם הוא לשבועה". אבל קשה על הסבר זה דא"ה למה דווקא עד כשר? ולפי הקל וחומר שהובא להלן עמ' 397 בשם הספרי והתוספתא אתי שפיר.

51. כלומר: יישבע, וכך נלמד במכילתא ובמכילתא דרשב"י על הפסוק הזה, מהדמיון בין פרשיית שומר חינוך לפרשיית שומר שטר. והואיל ובפרשיית שומר שטר נאמר בפירוש שבועה, מסתבר שגם הקריבה אל האלהים בפרשיית שומר חינוך היא שבועה.

52. וגם רש"י על התורה אומר שם שלפי פשוטו יבוא עד ויאמר כי הוא זה. והרמב"ן שם למד שהנתבע יאמר כ"הוא-זה על הפיקדון. וכן נלמד מכאן דין הודאת בעל דין. כלומר: האומר כי הוא זה הוא הנתבע.

53. דברים יט, טו.

54. תוספתא שבועות ה, ג.

55. ומכל מקום, יש גרסאות שונות ופירושים שונים למדרש זה, שלא כולם עולים בקנה אחד עם האמור כאן, ועיין שם.

מכאן נראה, שחיוב שבועת עד אחד מקורו בפרשיית שומר חינם. פרשייה זו לימדה שהודאת בעל הדין מחייבתו שבועה, ומכך למדו חכמים, שאף עדות עד אחד, שאינה גרועה מהודאת בעל דין, תחייב שבועה. ואם תאמר: הלא התורה אמרה "לא יקום עד אחד?" הרי תשובתך בצדו: "לכל עון ולכל חטאת". כלומר, "לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם, אבל קם הוא לשבועה".

אפשר שחיוב שבועת עד אחד נלמד אף הוא מפרשיית שומר חינם. לפי הסבר זה, שבועה זו היא סוג שונה של שבועת המודה במקצת, אלא שהטוען אינו בעל הדין אלא אחר (העד). מנגד אפשר לבאר שהלימוד שעד אחד קם לשבועה אינו מתבסס כלל על פרשייתנו (ולפי זה יש לברר מדוע מחייבים את הנתבע דווקא שבועה. אמנם, לא ניתן לחייבו עוון וחטאת, אך מניין שיתחייב שבועה, אם לא מפרשייתנו, שממנה למדנו שיש בעולם חיובי שבועות?). כדי לבחון הבנות אלה נשווה בין דיני שבועה מחמת עד אחד לדיני טוען ושומר, שנלמדו מפרשיית שומר חינם (כפי שהשוונו לעיל את דיני שומר לדיני טוען להבנת הפרשייה).

(א) סכום התביעה

לדעת שמואל⁵⁶ שבועת עד אחד נוהגת אף כאשר סכום התביעה קטן משתי כסף. בזה נבדלת שבועת עד אחד מהשבועות האמורות בפרשייתנו, שאינן נוהגות אלא בשתי כסף.

התוספות⁵⁷ סוברים, שדברי שמואל הם לשיטתו, שגם המודה במקצת נשבע, כשהסכום שעליו נסוב הדיון נמוך משתי כסף, ובלבד שטענת התובע היא על סכום השווה לבל הפחות שתי כסף. מדברים אלו נראה, שבעלי התוספות סוברים ששבועה על פי עדותו של עד אחד זהה במהותה לשבועת המודה במקצת.⁵⁸ כלומר: שבועת עד אחד דומה במהותה לשבועת המודה במקצת. במקום שבו יש מי שטוען בוודאות שהנתבע חייב לתובע, קיימת עילה לחיוב שבועה. זהותו של הטוען אינה משמעותית.

התוספות אינם פוסקים להלכה כדברי שמואל לגבי שבועת עד אחד, כשם שלא פסקו כדבריו בשבועת המודה במקצת, משום שלדבריהם דבריו בשני המקומות תלויים זה בזה.

מנגד, רוב הראשונים⁵⁹ פוסקים כדעת שמואל, ששבועת עד אחד נוהגת גם בפחות משתי כסף, אך שבועת המודה במקצת אינה נוהגת בדיון על פחות משתי כסף. מכאן נראה, שיש להבחין בין שבועת המודה במקצת לשבועת עד אחד.

הבחנה זו מעוררת את השאלה, אם אין ללמוד את השבועה על פי עדות עד אחד משבועת המודה במקצת, מהו אם כן מקורה? לחילופין, ניתן לשאול, אם אמנם המקור לשתי השבועות זהה, מדוע נבדלו השבועות זו מזו בהלכותיהן?

56. שבועות מ, א.

57. תוספות שבועות שם ד"ה אבל; תוספות כתובות פז, ב ד"ה ועוד (בריש פח, א).

58. ומכל מקום, גם לתוספות יש להקשות, שהרי לפי שמואל עיקר החיוב גם במודה במקצת נובע מכך שהייתה נתינת שתי כסף או לפחות טענת נתינת שתי כסף, ובלו זה אין שבועה, ואם כן למה בעד אחד לא צריך?

59. וראה רמב"ם טוען ונטען ג, ו; טור ושולחן ערוך חו"מ פח, ד.

כדי לבאר איך נלמדו מפרשית שומר חינום שבועות מודה במקצת ועד אחד, נבחן שוב את המקרה שבו פתחה התורה: המעשה בשומר. במקרה הנ"ל שניהם מודים שהייתה נתינת שתי כסף, וזה הבסיס לתביעה, אלא שהשומר טוען שהוא פטור. וכבר ביארנו לעיל ועוד יתבאר להלן⁶⁰ שנחלקו רב ושמאל בהבנת היסוד המחייב שבועה בפרשייה. לשיטת שמאל הבסיס לתביעה הוא טענת נתינת שתי כסף, ואם יטען כן התובע ויטען הנתבע טענה פוטרת – יישבע עליה. אבל לשיטת רב הבסיס לחיוב השבועה הוא הוויכוח ביניהם. כלומר: סכום המחלוקת ביניהם הוא הבסיס לחיוב השבועה, וסכום ההודאה אינו אלא הגורם לכך שיוכל להשביעו ולא יאמר לו אין ביני לבינך כלום. עוד אפשר לבאר, שלפי רב עיקר הפרשייה בטענות, ולפי שמאל עיקרה בנתינה.

לפי זה צריך להסביר מדוע לדעת רוב הראשונים⁶¹ מודה רב שעד אחד מחייב שבועה גם אם הוא מעיד על סכום נמוך משתי כסף. הלא אין כאן טענת שתי כסף. ויש לפרש שיש הבדל בין דיני מודה במקצת לדיני עד אחד. במודה במקצת ובשומר הנתבע חייב להישבע מחמת טענת התובע. התורה נתנה למפקיד בידי חברו, או למי שחברו בוודאי מחזיק את ממונו, זכות מיוחדת: להשביע את הנתבע. ואולם זכות זאת אינה ניתנת אלא על סכום חשוב, שעליו נסובה פרשית שומר חינום. אם התובע אינו תובע סכום של שתי כסף אינו יכול להשביע. ואולם גם כשתובע שתי כסף לא יוכל להשביע, אלא אם כן יש לו זיקה ממונית מוכחת כלפי התובע, שהיא הבסיס לתביעה. כלומר: יש שמירה או הודאה במקצת. נמצא אם כן שיש בפרשיית שומר חינום שני מרכיבים לחיוב השבועה: הזיקה הממונית, והתביעה עצמה. הזיקה הממונית היא ההוכחה שאכן יש כוח ביד התובע לחייב את הנתבע.⁶² והיה אם התקיים תנאי זה אפשר להחיל עליו את הדין המיוחד של הפרשייה: שאם תהיה תביעה, בכוח התובע להשביע כשנתן ממון לחברו, ובזה התורה חידשה שהמחזיק ממון חברו יישבע דווקא כשתובע שתי כסף. בשבועת עד אחד דין זה אינו חל, כי היא לא באה מחמת התובע. לא התובע משביע אותו אלא בית הדין משביעו בעקבות עדותו של העד, כדרך שבית דין פוסק את הדין בעקבות עדותם של שני עדים. אין כאן צורך בטענת התובע, שהרי בית הדין יודע בעדות שיש חיוב. מפרשיית שומר חינום נלמד רק שכשיש בסיס לתביעה יישבע. כדרך שנשבע במודה במקצת. נמצא אם כן שתפקידו של העד האחד בשבועת עד אחד דומה לתפקידה של ההודאה במקצת: להעניק ביסוס לתביעה. וכשם שההודאה במקצת מחייבת אף כשאינה אלא פרוטה, כך עדות העד האחד מחייבת, אף על פי שאינה אלא על פרוטה. הדין השני הנוהג בפרשיית שומר חינום, שאין שבועה אם אין התובע תובע שתי כסף, אינו נוגע לעניין עד אחד, שהחיוב בו אינו מחמת הטענה.

60. עמ' 438.

61. סברה מעין זאת מובאת בתוספות (כתובות יח, א ד"ה מפני) המבארים שאפשר לחייב את הנתבע שבועה דווקא כשהודה במקצת, מפני שיש לו חיוב כלפי חברו. ועל החיוב הזה מתגלגל חיוב השבועה. כלומר: הזיקה הממונית לתובע מחייבת את הנתבע שבועה.

(ב) שבועה מחמת תביעת קרקעות

אמנם נחלקו האמוראים בשאלה האם נשבעים על פחות משתי כסף שבועת עד אחד, אך מכל מקום אלו ואלו בוודאי מודים שאין נשבעים שבועה זאת על תביעת קרקעות. בזה דומה שבועת עד אחד לשבועת מודה במקצת ושומר. מכאן נראה ששבועת עד אחד נובעת אף היא מהאמור בפרשייתנו, שאם לא כן, מניין שלא ינהג דין זה בשבועה שמחמת קרקע?

התוספות והר"ן עסקו בשאלה למה חלק מהדינים האמורים בפרשיית טוען נוהגים גם בשבועת עד אחד, וחלק מהדינים אינם נוהגים; מדוע לכולי עלמא אין נשבעים על קרקע שבועת עד אחד, אבל לדעת שמואל נשבעים שבועת עד אחד גם כשסכום התביעה נמוך משתי כסף?

בתוספות⁶² מובאים שני הסברים:

א. רב לשיטתו ושמואל לשיטתו, ושבועת עד אחד דומה בכול לשבועת מודה במקצת,⁶³ כמו שביארנו לעיל. בשני המקרים לפי רב אינו נשבע אלא אם כן הם חולקים ביניהם בשתי כסף, ולשמואל נשבע אף אם המחלוקת ביניהם אינה אלא על פרוטה. ובשני המקרים אין נשבעים על קרקע.

ב. קרקע היא מין שלא חייבים עליו שבועה בשום מקום, אבל פרוטה היא מין שחייבים עליו שבועה לכולי עלמא.⁶⁴ אלא שבמודה במקצת בעיני שתי כסף. ההבדל בין תביעת קרקע לבין תביעת מטלטלין הוא מהותי,⁶⁵ ולכן אי אפשר לחייב שבועה על קרקע, שהיא מין שלא למדנו לגביו חיוב שבועה. לעומת זאת, הצורך בשתי כסף הוא עניין כמותי, ואם למדנו מפרשיית שומר חינום את עצם העובדה שיש שבועה על חיוב ממון, אין פירוש הדבר שעלינו ללמוד משם את כל הדינים.

שני ההסברים מניחים שיש קשר בין שבועת המודה במקצת לשבועת עד אחד. לפי התירוץ הראשון, קיימת זהות מוחלטת בין השבועות. לפי התירוץ השני, קיים אמנם הבדל, אך ישנו בסיס אחד משותף לכל השבועות. מסתבר אם כן, שבעלי התוספות טוברים, שגם שבועת עד אחד נלמדה, לפחות בחלקה, מפרשיית שומר חינום.

גישה אחרת עולה לכאורה, מדברי הר"ן –

ומיהא שמעינן שכשם שנתמעטו קרקעות וחבריהם משבועת השומרים ומשבועת מודה במקצת, כך נתמעטו משבועה הבאה בהעדאת עד אחד. וצריך טעם למה, שהרי כשם שאנו מחייבין שבועה בהעדאת עד אחד בפחות משתי כסף, אף על פי

62. תוספות כתובות פו, ב ד"ה ועוד.

63. אבל יש להקשות, הלא גם שבועת מודה במקצת צריכה טענת שתי כסף, ואם שבועת עד אחד נלמדה משם, לפי שמואל לא היה מקום להשביע אלא כשיש נתינה של שתי כסף, שהרי נתינת שתי כסף היא העיקר בפרשייה לפי שמואל. וראה להלן עמ' 405, וכן עמ' 406, בתירוץ קושייה זאת.

64. פרוטה נלמדה מ"כסף או כלים", כלומר מעיקר התביעה. אבל קרקעות נלמדו מ"כל דבר פשע", כלומר מהטענה. בפרוטה לא קיבל שמירה, אך דין טוען יש גם בה, אך לא בקרקע.

65. ובביאור הדבר ראה לעיל הערה 34.

שנתמעט משבועת השומרים ומשבועת מודה במקצת, משום טעמא דכל מקום ששנים מחייבים אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה, כך היה לנו לחייב שבועה על הקרקעות בהעדאת עד אחד משום האי טעמא גופיה! וכך נ"ל בטעמו של דבר דדין הוא שנתחייב שבועה בפחות משתי כסף בהעדאת עד אחד, לפי שחויבו של עד אחד לשבועה נלמד מחיובו של שנים לממון. וכדאמרינן 'כל מקום ששנים מחיבין אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה'. ולפיכך, כשם שאין חלוק בין שתי כסף לפחות מהן לחיוב תשלומים בשני עדים, שכל השומריין חייבים בפחות משתי כסף כמו שהן חייבים בשתי כסף, ומן הטעם שכתבתי למעלה, כך אין ראוי שנחלק בשבועה הבאה בהעדאת עד אחד בין שתי כסף לפחות מהן, ששנים לממון ועד אחד לשבועה שוין הם, וכשם שאין מחלקין בזה כך אין מחלקין בזה.⁶⁶

מדברי הר"ן עד כה עולה, שהוא אינו לומד את דין שבועת עד אחד מפרשיית שומר חינום, אלא דורש "כל מקום ששנים מחיבין אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה". לפי הר"ן, שבועת עד אחד נלמדת מן הפסוק: "לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת", ולפי דרשת חכמים, כיוון ששבועה אינה כלולה בגדרי עון וחטאת, ממילא "קם הוא לשבועה",⁶⁷ ומכאן, שכל מקום ששנים מחייבים ממון אחד מחייב שבועה. לפי הסבר זה, אין לשבועת עד אחד כל קשר לשבועת המודה במקצת, וממילא, אין מקום להבחין בין תביעת שתי כסף לתביעת פרוטה.

אך כאן ממשיך הר"ן ועונה על קושייתו המקורית, למה הדין שאין נשבעים על קרקעות נוהג בשבועת עד אחד. ואלה דבריו –

אבל בקרקעות ועבדים ושטרות אין הדבר כן, שהרי דינו חלוק מן המטלטלין לענין תשלומים בשני עדים, שאם באו עדים והעידו במטלטלין על שומר חינום שפשע ועל שומר שכר שנגנבו ועל שואל שנאנסו חייבים, ואם העידו כיוצא בזה בקרקעות פטורים. לפיכך כיון שהורע כחן של שני עדים בהן לענין תשלומים, כך ראוי שיוורע כח של עד אחד בהן לשבועה, ואי אתה יכול להטיל רעות אחר בו אלא שתאמר שעל המטלטלין יהא קם לשבועה ולא על הקרקעות.⁶⁷

אם כן, הר"ן אכן אינו לומד את דיני שבועת עד אחד מדיני שבועת מודה במקצת, אך מאידך, הוא לומד אותם מדיני שומרים האמורים אף הם בפרשיית שומר חינום. כלומר, גם הר"ן סובר שיש קשר בין שבועת עד אחד לפרשיית שומר חינום, ושדיני השומרים הם הבסיס להבנת חיובי ממון לעניין שבועות, ובכלל זה גם שבועת עד אחד. מסתבר שגם הוא סובר שביסוד הדברים גם מקורה של שבועת עד אחד הוא בפרשתנו. לדבריו הכול תלוי

66. ר"ן שבועות כג, ד"ה גמ'.

67. בהמשך דבריו הוא מבאר, שאי אפשר לכוון את הריעותא אלא בכך, ויש להקשות למה אי אפשר לכוון את הריעותא אלא בכך, הלא אפשר לומר שעד אחד שהעיד שפשע בשמירת קרקע פטור משבועה ועד אחד שטען שהקרקע שלו ישביע. מכאן עולה שאפילו לפי הר"ן לא רק דיני השמירה הממוניים מלמדים, השבועה בפרשייה היא עיקר ומלמדת גם על עד אחד.

בשומרים. הכלל אינו 'כל מקום ששניים מחייבים ממון אחד מחייב שבועה', אלא 'כל מקום שאילו היה שומר היו שניים מחייבים ממון – אחד מחייב שבועה'.

(ג) שבועה מחמת טענת שמה

אף שאלת חיוב שבועת עד אחד כשבעל הדין טוען שמה, שנדונה לעיל,⁶⁸ תלויה בשאלת המקור לחיוב שבועת עד אחד.

הר"י מייגאש סובר, שאין חיוב שבועה אלא מכוח טענה. עמדה זו יסודה בהנחה, ששבועת עד אחד מבוססת על דיני הטענות. לכן, ברור שכל עוד לא יטען התובע טענת ברי, לא ניתן יהיה לחייב שבועה. על כן, יש להניח שמקורה של שבועת עד אחד הוא בפרשיית השומרים, והבסיס לחיוב הוא טענת התובע.⁶⁹ לעומתו, הרא"ש⁷⁰ סובר, ש'כל מקום ששניים מחייבים ממון אחד מחייבו שבועה', והואיל ואילו באו שני עדים והעידו עדות זו יתחייב ממון, אף על פי שהתובע אינו טוען ברי, כך גם, אם יעיד עד אחד עדות זו, יחייב שבועה אף שהתובע אינו טוען ברי. לשון אחר: השבועה אינה באה מחמת הטענה, וממילא, אין צורך בטענת ברי לשם הטלת חיוב השבועה.

השולחן ערוך, ויש אומרים שגם הרמב"ם,⁷¹ פוסקים שמשביעים שבועת עד אחד גם כאשר התובע אינו טוען ברי. אפשר שהם סוברים ששבועת עד אחד נובעת מדיני עדות, ולא מדיני טענות. שבועת עד אחד היא חלק מהלכות עדות ולא מהלכות שבועות, עד אחד אמנם אינו מחייב ממון, אך הוא מחייב שבועה.

ואולם ניתן להסביר, שאף לשיטת הרא"ש ושו"ע, הבסיס לחיוב השבועה הוא הטענה. אך כאשר השבועה באה מחמת עדותו של עד אחד, אפשר לחייב שבועה אף שהתובע טוען שמה, משום שהעד טוען ברי.⁷² והנתבע צריך להישבע נגד טענת הברי של העד. דברים אלו חוזרים לביאור דלעיל,⁷³ לפיו "אשר יאמר כי הוא זה" אינו דווקא התובע אלא גם אדם אחר.

לפי הסבר זה, גם שבועת עד אחד היא חלק מדיני הטענות, ואמנם היא נוהגת גם כשהתובע טוען שמה, כי אם טוען העד ברי⁷⁴ מה לי בכך שבעל הדין אינו יודע, וכי מפני כך

68. עמ' 392.

69. אך ראה דיון נרחב יותר בשיטתו בעניין זה להלן עמ' 402.

70. רא"ש שבועות ו, ה.

71. ראה לעיל עמ' 393.

72. יש להקשות על הסבר זה, שהרי דין שבועה מחמת עד אחד חל דווקא כשהעד הוא עד כשר, וקצות החושן (פב, טו) אומר שהוא עד גמור וחיב בשבועת העדות. ומכאן נראה שהוא כעד ולא כטוען. ולפי הקל וחומר שהובא לעיל עמ' 397 בשם הספרי והתוספתא אתי שפיר.

73. ראה עמ' 396 סמוך להערה 52.

74. וראה לעיל הערה 36.

יפסיד? והלא לא היה עליו לדעת.⁷⁵ שבועה באה לסייע למי שלא יודע ושלא היה עליו לדעת, כמו במפקיד.⁷⁶

1. שיטת הר"י מיגאש

כאמור, הר"י מיגאש סובר, שעד אחד אינו מחייב שבועה אלא כאשר התובע טוען כלפי הנתבע טענת ברי.⁷⁷ מכאן משמע, שאף שבועת עד אחד מבוססת על טענה, וממילא, מקורה בשבועות שמחמת טענה, המוזכרות בפרשיית שומר חינום. אולם, מסקנה זו קשה לאור לשונו של הר"י מיגאש עצמו –

דלמא לעולם אימא לך דטענה עצמה שתי כסף... הא נמי ליכא למימר. חדא, דהאי קרא דכתיב ביה כסף לא שייך ביה עד אחד כלל דשבועת עד אחד לאו מהאי קרא הוא דילפינן לה אלא מ"לא יקום עד אחד באיש" וגו' וכיון שכן לית לן ראייה לאצרוכיה לטענת שתי כסף. ועוד, דכיון דאוקמא להאי כסף דכתיב בקרא דלענין כפירת טענה היא, כדאמרינן ליכא לאוקמא אלא בשבועה דהויא מחמת טענה וכפירה, ולית לן שבועה מה"ת דהויא מחמת טענה וכפירה אלא מודה במקצת בלחוד דחיובא מחמת כפירה והודאה היא, אבל שבועת עד אחד אף על גב דכי משתבע אכפירה הוא דמשתבע, אפילו הכי חיובה לאו מחמת הודאה וכפירה היא כי היכי דנבעי בה טענת שתי כסף, אלא חיובה מחמת עד אחד, וכיון שכן אפילו ליכא בטענה עצמה שתי כסף מחייב שבועה.⁷⁸

מדבריו עולה, ששבועת עד אחד לא נלמדה כלל מפרשיית שומר חינום אלא רק מ"לא יקום עד אחד באיש". אם כך, לא ברור מניין למד הר"י מיגאש שאין נשבעים שבועת עד אחד אלא בטענת ברי? ניתן גם לשאול, לאור העיקרון הקובע שכל מקום ששניים מחייבים ממון

75. וכמו שמצאנו בגלגול שבועה שלא יפסיד אם אינו יודע כשלא היה עליו לדעת, וראה רא"ש (ב"מ ח, י) שאומר שאף על פי שהגלגול מהתורה, אין מתוך שאינו יכול להישבע – משלם. דין מתוך שאינו יכול להישבע – משלם למדנו מ"שבועת ה' תהיה בין שניהם" – דבר ששניהם צריכים לדעת. תוספות (ב"ק מו, א ד"ה דאפילו) אומרים, שמודה במקצת שלא היה לו לדעת אין בו דין מתוך שאינו יכול להישבע – משלם (כגון יורש או שור שנגח, שלא היה שם), ולא יורשים ולא בגלגול שלא היה לו לדעת. כלומר: דווקא במקרה כגון זה שהיה לו לדעת. שבועה באה לסייע למי שלא יודע ולא היה עליו לדעת כמו במפקיד (וראה להלן עמ' 404, וראה הערות 44, 113).

לפי הרא"ש במקום שבו יש בסיס לתביעה, מי שלא נשבע רגליים לדבר שחייב, או מפני שאינו נשבע או מפני שעיקר החיוב הוא שישלם ולא ייפטר עד שיטען ברי בשבועה שאינו חייב, וזה אינו בגלגול. ומ"מ לדעת רמ"ה ישלם גם בגלגול. עוד אומר הרא"ש (ב"ק ו, טז) שדווקא במקום שהיה צריך לדעת, אי ידיעתו מחשידה, אך מי שלא היה צריך לדעת מה בכך שאינו יודע (וכמו שיבואר להלן, שאפשר שכוחה של שבועה הוא בכך שמתוך שמסרב להישבע מתחזק החשד שהוא חייב. אך במקום שבו לא היה עליו לדעת אין מקום לסברה זו).

76. וראה להלן עמ' 404; וראה הערות 44, 113.

77. כפי שכבר ביארנו בדעותיהם לעיל עמ' 392-393.

78. חידושי הר"י מיגאש שבועות מ, א ד"ה אמר.

אחד מחייב שבועה, הואיל ושני עדים מחייבים ממון גם כשאין בפי התובע טענת ברי, עד אחד צריך היה לחייב שבועה, אף שהתובע אינו טוען טענת ברי!

לכן, נראה לבאר שכל דין שבועה בתורה על פי הר"י מיגאש בא כדי לאלם את טענות הברי של הצדדים.⁷⁹ לפי הסבר זה, הבסיס לחיוב שבועה הוא שבמקום שיש תביעה בעלת בסיס מוצק (שנוצר משמירה, מהודאה במקצת או מעדות עד אחד), יש הצדקה לקיום דיון בבית דין, וברי מוציא מידי שמא.⁸⁰ לפי הסבר זה, תפקידם של העד או ההודאה במקצת הוא ליצור את עצם קיום הדיון בבית דין, ותפקידה של השבועה הוא לוודא שהטוען אכן טוען טענת ברי, כי רק טענה שבעל הדין מוכן להישבע על אמתתה נחשבת טענת ברי לעניין זה.

לפי זה, כשהתובע לא יכול להישבע אין טעם שיישבע הנתבע, שהרי התובע עצמו טוען שמא, ושמא לא מוציא מידי שמא. אין נשבעים על טענת שמא של התובע, ואף שומר לא נשבע אלא מפני שלתובע ברי שמסר לו לשמירה,⁸⁶ וכמו שנבאר להלן. ואם כן יש לחלק בין הגורם שמבסס את התביעה ומחייב קיום דיון בבית דין, לבין הגורם שמחייב להישבע. הגורם המחייב את קיום הדיון הוא השמירה בשומר, העד בעד אחד והטענות במודה במקצת, בכל המקרים הללו – "עד האלהים יבא דבר שניהם". אחרי שבית הדין נוקק להם יישמעו טענות הצדדים, ואז:

אם שניהם טוענים ברי – ייפטר הנתבע בשבועה, כלומר: יאשר שהוא אכן טוען ברי.¹¹³

אם התובע טוען ברי והנתבע טוען שמא – ישלם.⁸⁰

אם התובע טוען שמא – אין מקום לא לשבועה ולא לתשלום. ובשומר אף על פי שטוען שמא אם ברי לו שקיבל הנתבע שמירה, דינו כברי כי הוא יודע כל מה שהוא צריך לדעת.

ואם הוא בא על ידי טענה וכפירה – אין בית דין נזקקין להם עד שיחלקו בשתי כסף.

לפי זה יבוארו דברי ר"י מיגאש הנ"ל: עילת הדיון בעד אחד היא העד ולא הטענה, ולכן אומר הר"י מיגאש שלא מפרשתנו נלמדה שבועת עד אחד. ומכל מקום, אחר שלמדנו את עצם קיום החיוב, כלומר: הזיקה הממונית לתובע, מהפסוק "לא יקום עד אחד", פרטי ענייני ההכרעה וההשבעה אכן נלמדו מפרשתנו כמו שביארנו לעיל. דברי ר"י מיגאש ש"לאו מהאי קרא הוא דילפינן לה", מוסבים דווקא על עניין כסף או כלים, אבל הפסוק השלישי בפרשתנו כן מלמד גם על דיני עד אחד. שאם לא כן מניין שיקום לשבועה. כן נראה לבאר בדעת ר"י מיגאש.

על פי האמור כאן, לפי הר"י מיגאש הפרשייה מתיישבת כך: הפרשה היא פרשת טענות, לכן "כסף או כלים" הוא סכום הטענה ולא סכום הנתינה, ואפשר להשביע רק אם הם חולקים בכסף או כלים. אי אפשר להשביע אלא בטענה גם בעד אחד, כי עיקר שבועה הוא דווקא כשיש טענה.

79. כפי שיתבאר להלן עמ' 414; וכן בהערות 113, 115.

80. בניגוד לדין במקרה רגיל, שבו אין תביעה מבוססת, שבו נפסקה ההלכה שהמוציא מחברו עליו הראיה, ועד שלא יביא ראיה מוחלטת לא יוכל להוציא ממון אפילו אם יטען התובע טענת ברי והנתבע לא יוכל לטעון אלא שמא. וראה להלן הערה 115.

2. שיטת הרמב"ן

לעיל, עמדנו על כך שלפי הרמב"ן וסיעתו, ניתן להשביע את הנתבע על פי עד אחד, אף שאין בפי התובע טענת ברי. מכאן, שחייב השבועה אינו מותנה בקיומה של טענה, אלא בקיומה של זיקה ממונית⁸¹ בין התובע לנתבע. זיקה זו יכולה להיווצר מטענה, אבל לא דווקא מטענה, היא עשויה להיווצר אף מחיוב שמירה, ומהודאה במקצת. וכן בנדון שלנו – מעדותו של עד אחד. דין עד אחד נלמד אף הוא מכוח השבועה שבפרשיית שומר חינום, שבה לימדנו תורה שאם יש טענה מבוססת, בין של הצדדים ובין של אחר, בית הדין משביע את הנתבע.⁸² פרשיית שומר חינום מלמדת כלל: בכל מקום שבו יש זיקה ממונית מוכחת בין התובע לנתבע ברי מוציא מידי שמא, ולא יפטר ממנו עד שלא יישבע.⁸⁴

בעד אחד אין התובע צריך טענת ברי. במקום שלא היה על התובע לדעת חייבה התורה שבועה גם כשהתובע אינו טוען ברי. ומסתבר שזה עיקר טעם הדבר, שהרי חברו יכול לגולל בלי שידע ולכן נתנה לו התורה כוח.⁸³ כמו בנושא העיקרי של פרשיית שומר חינום,

81. ולא דווקא ע"י הודאתו אלא אף ע"י עדים, שכוחם חזק מכוחו. וראה בבא מציעא ד,א. שרבי חייא לומר שעדים שמחייבים אותו במקצת התביעה מחייבים אותו שבועה על היתר, וזה נלמד מהצד השווה בין הודאתו לבין גלגול שבועה דעד אחד. כלומר: בכל מקום שבו מוכח שיש זיקה ממונית בין התובע לנתבע יש חיוב שבועה על התביעה (וראה בהערה הבאה). וזאת משמעות הפסוק "על כל דבר פשע וכו'". כאשר הנתבע מודה שיש זיקה בינו לבין התובע הוא מתחייב שבועה על השאר (ומכאן למדו חז"ל שבע"ד נאמן בהודאתו, אם נאמן לומר כיהואיזה ומאמינים לו לחייבו על השאר, הרי שהוא נאמן בהודאתו). וה"ה אם יעידו עדים שקיבל שמירה יתחייב שבועה. אלא שכאן לימדה תורה שלא רק על פי עדים אלא גם על פי הודאתו.

מהתייחסות האחרונים לשבועת רבי חייא אפשר ללמוד על הדרך שבה הם הבינו את שורש חיוב שבועת מודה במקצת, ואת הגדרת הזיקה הממונית שבין התובע לנתבע. וראה באריכות: סמ"ע (ח"מ פז, טז); ש"ך (ח"מ פז, יב-ג); ש"ך (ח"מ עה, יט); תומים (עה, ד); קצות החושן (עה, ב). שהאריכו בביאור המקרים השונים שבהם נהגת שבועה זאת. העולה מדבריהם בקיצור הוא, שלפי הש"ך כל החייב לחברו במקצת יישבע על השאר, הוא דומה ל"כי יתן איש", וכל עוד לא נפטר מחברו וגופו מחויב לו – יישבע. לפ"ז אין שום סברה לחלק בין פיו לעדים. לפי הסמ"ע דווקא ההודאה היא הבסיס לחיוב. לפי התומים כל נתבע חייב שבועה, אלא אם עומדת לו חוקת 'אין אדם מעו' (שתבואר בהרחבה להלן עמ' 419). הקצות סבר כמו הש"ך, אלא שהוא סובר שאם יש עם הסברה לחייב סברה לפטור מהשאר – פטור.

82. דין לגלול שבועה עצמו נגזר מהכלל הזה (אע"פ שחז"ל דרשוהו ממקום אחר), כיון שיש זיקה בינו ובין התובע חייב להישבע על כל הטענות. על זה מתבסס גם רבי חייא.

וראה גם תוספות (כתובות יח, א סוף ד"ה מפני) שמבאר אף הוא ששבועת מודה במקצת וגלגול שבועה דין אחד הם. שניהם נובעים מכך שהחייב לחברו בוודאי נשבע על הטענות. ואם כן הרי שבועת רבי חייא אף היא פועל יוצא של הכלל הזה. [אמנם יש להקשות כמו שהקשתה הגמרא (ב"מ ד,א) מה לגלגול שבועה שכן שבועה גוררת שבועה, ועוד, שם תירצה הגמ' פיו יוכיח, ואיך תוכיח מפיו שהוא עצמו כעין גלגול? אבל קושיות אלה אינן חוקות כ"כ כי אפשר לומר שלמסקנה שורש שבועות אלה אחד הוא.]

83. הסברה שהתורה חייבה שבועה בכל מקום שבו יש בסיס לתובע, מסבירה את ההבדל שבין מודה במקצת לבין משיב אבדה. וכן את ההבדל שבין פוגמת לפוחתת. כאשר הנתבע מודה בעיקר החיוב, מודה בעצם הנתנה, הוא חייב שבועה. אך כאשר הנתנה, בסיס החיוב, איננה, אי אפשר לחייבו שבועה. בפוגמת שניהם מודים שהתחייב ואינם מודים שנפטר, ולכן הוא כעין של תורה.

84. וראה להלן עמ' 415 שביארנו בו עניינים שונים ע"פ כלל זה.

בשומר,⁸⁵ שבו למדה התורה שאדם שאינו יכול לדעת אם חברו חייב לו, ויש רגליים לדבר, יכול להשביעו.⁸⁶ ובוזה דומה עד אחד לשומר האמור בפרשתנו: שהתובע משביע במקום שבו חברו יכול לגזלו והוא אינו יודע.⁸⁷

לפי הרמב"ן הפרשה מתבארת כך: אמנם עיקר הפרשה הוא בשומרים ובנתינה, אבל בכל זאת אינו מתחייב שבועה אלא אם כן יכפור בשתי כסף. הפסוק השלישי, שעיקרו אמנם בשומר, מלמד דין כללי על כל ענייני טענות, שכאשר נוצר מצב כמו שומר ששני הצדדים חלוקים על סכום חשוב ויש לנתבע זיקה לתובע – יש חיוב שבועה.⁸¹ בעד אחד אין צריך טענה כי גם בשומר ובטוען לא הטענה עיקר אלא הנתינה.²¹ עיקר פרשתנו בשומר ולא בטוען. ולכן עיקר חיוב שבועה בתורה הוא לא מחמת טענת ברי.

ואם תשאל: אם כן למה עד אחד משביע גם כשאינו מעיד על סכום חשוב, הלא עיקר חיוב שבועה בתורה הוא משומר, שבו אינו נשבע אלא אם כן תבעו שתי כסף? יש לבאר שבשומר לא יישבע אלא על שתי כסף כי כך הם כללי השמירה, וזהו דין בדיני שומרים,⁸⁸ ולא בדיני שבועות. גם דין מודה במקצת נלמד משומר, ולכן גם בו לא יישבע אלא על שתי כסף, אך בעד אחד אין הגבלה כזאת, כי חיובו מחמת העדות ולא מחמת טענות. ועוד יש לומר שדווקא לגבי שומר וכיוצא בו לא חייבה תורה אלא בסכום חשוב. אבל כוח עד אחד גדול מכוח טענת התובע והנתבע, כי עצם העובדה שיש עד אחד נותנת חשיבות לתביעה, ולכן אין צריך סכום חשוב. מפרשתנו נלמד שכל מקום שיש טענה חשובה ויש זיקה מוכחת בין הנתבע לתובע, יש שבועה. ואם כן שבועת עד אחד היא היא השבועה של פרשתנו.⁸⁹

85. כפי שביארנו לעיל עמ' 390 שלדעת הרמב"ן עיקר הפרשייה הוא דיני השומרים. ולכן כל ענייני השבועות נלמדים מהכלל העולה משומר: שבמקום שבו יש זיקה ממונית מוכחת בין התובע לנתבע, והנתבע יכול לגזול את התובע בלי שידע, כמו בשומר, רשאי להשביע את הנתבע. זאת, בניגוד לדברי ר"י מיגאש שהנושא העיקרי של הפרשייה הוא דיני הטוענים, וממילא הבסיס לחיוב השבועה הוא הטענה.

86. וראה ש"ך (רצו, ג) שמביא נימוק זה להלכה, כדי לבאר מדוע לא ניתן מן התורה להישבע שהחזיר את הפיקדון במיגו שיכול להישבע שהפיקדון נאנס. הש"ך מבאר שהשבועה שהפיקדון נאנס נקבעה על ידי התורה רק משום שחברו אינו יכול לדעת, ואין ללמוד ממנה על מקום שבו חברו יודע את האמת כמוהו. וראה בהרחבה להלן הערה 144.

87. ומ"מ ברור שאין להסיק מכאן שאין השבועה באה אלא כשהתובע אינו יודע את העובדות. ידיעתו של התובע ודאי לא גורעת מכוחו. וגם בפרשתנו נאמר עניין זה. שהרי פירשנו לעיל שתפקידו של הפסוק השלישי הוא לבוא וללמד שגם כששניהם יודעים את העובדות לאשורן, חייבה התורה שבועה עבור הדיינים.

88. בשומר ובמודה במקצת גזרה תורה שאין נוקמים לו בפחות משתי כסף, שאינה נתינה.

89. עוד יש לבאר שלדעת שמואל עיקר הפרשה הוא השומר, ובשומר יש שני גורמים מחייבים: הנתינה וההתחייבות (הגנבה). מכאן שחיוב שבועה נוצר משני הגורמים: יצירת הזיקה הממונית (כמו התחייבות השומר למפקיד בנתינה) ועצם ההתחייבות. גם במודה במקצת יש שני גורמים: יצירת הזיקה הממונית ועצם ההתחייבות. אבל כל אחד מהמרכיבים עומד בפני עצמו, ורק הראשון צריך סכום חשוב. לכן סובר שמואל שטענו שני מינים והורה באחד – חייב. ולכן התביעה עצמה צריכה להיות שתי כסף ולא הכפירה. הלכה כשמואל בתובע שני מינים והורה באחד, אך אין הלכה כמותו בכפירה שאינה שתי כסף, כי מה שהורה בו אינו חלק מהתביעה והוא כהילך, ולא עליו הדיון.

ה. הסבר נוסף למקור שבועת עד אחד

אפשר שהפסוק השלישי בפרשיית שומר חינום בא ללמד דין נוסף אגב דין שומר:⁹⁰ לא רק כאשר נתן איש אל רעהו חל חיוב השבועה, אלא גם כאשר טען איש שהנתבע חייב לו. "אשר יאמר" מחליף את "כי יתן", ובמקום שבו יש טענת ברי, כלומר אמירה, אין צריך נתינה.⁹¹ לפי זה, הנתינה מתפרשת כפשוטה, ולא כל יצירת חיוב כלפי הזולת נקראת נתינה. אולם הפסוק השלישי הוא המשך לנאמר לפניו, ולכן אפשר ללמוד ממנו דינים שונים לעניין המודה במקצת, כגון דין שתי כסף. ואפשר ללמוד ממנו לעד אחד אף על פי שבעד אחד אין צריך שתי כסף כי אינו עולה ישירות מאותה פרשייה, אלא הוא מקרה אחר שדומה לאותה פרשייה, שבו יש תביעה ויש מקצת טענה מחייבת, אם של בעל הדין ואם של העד. ואת זה הפסוק "לא יקום עד אחד" לא ממעט.

ובזה תתורץ קושייה נוספת: היה מקום לתמוה איך נלמדו דיני עד אחד מפרשייתנו למחצה. אם הגורם המחייב שבועה הוא הטענה והכפירה, הלא בטוען אינו נשבע עד שתהיה כפירת שתי כסף, ומניין שעד אחד ישביע גם בפרוטה? ואם הגורם המחייב הוא הנתינה,⁹² ועל פי דעת שמואל שנשבעים גם על כפירת פרוטה,⁹³ אמנם אפשר ללמוד מכאן לעד אחד, אבל אז יש לשאול למה נלמד עד אחד מהטפל, שהוא הכפירה, הלא עיקר חיוב השבועה בפרשה הוא מחמת נתינה. אבל לפי דברינו תתורץ הקושייה, שהרי במקום "אשר יאמר כי הוא זה" אין צריך נתינה. ואמנם במודה במקצת שבא מכוח שטוען שחברו חייב לו צריך טענה חשובה, שתהיה שקולה כנגד נתינה. אבל כשבא עד כשר ומעיד על חיוב לחברו הרי יש זיקה ממונית לתובע גם ללא נתינה כלל.⁹⁴

ו. סיכום

עד כה, עסקנו בפרשיית שומר חינום, שבה אחר פירוט דינו של שומר חינום הוסיפה התורה פסוק המרחיב את הדין ל"כל דבר פשע". חז"ל ביארו ש"עירוב פרשיות כתוב כאן", ולמדו מכאן את דיניהן של שתי שבועות: שבועת השומרים ושבועת מודה במקצת.

ביקשנו לבאר את דעות הראשונים השונות בהבנת דרך לימוד השבועות מהפרשייה.

מצאנו שהרמב"ן והרא"ש סוברים שהנושא העיקרי שאותו באה הפרשייה ללמד, הוא שומר חינום פטור כשהפיקדון נגנב, אלא שעליו להישבע על כך. מכך למדנו, שבכל דיני טענות בין אדם לחברו ששורשן מוסכם, כמו בשומר שבו מוסכם על הצדדים שהחפץ נמסר לשמירה ולא הוחזר, יש חיוב שבועה. בדרך זאת נלמד מכאן גם דין מודה במקצת, שהרי גם הוא בכלל הזה.

90. כמו הפירוש השני שהוצע לפרשייה בראשית המאמר.

91. ראה להלן עמ' 437.

92. הסבר נוסף למקור שבועת עד אחד ראה להלן עמ' 418, בפרק 6. השבועה – בין בירור לחיוב.

לעומת זאת, לדעת הר"י מיגאש והרמב"ם הנושא העיקרי של הפרשה הוא דיני הטענות, והשומר אינו אלא דוגמה לדינים אלו. גם מדבריהם עולה הכלל האמור כאן, הכולל בתוכו גם את שבועת השומר וגם את שבועת מודה במקצת, ומדהוה בסיס לדיני טוען ונטען: בכל מקום שבו יש זיקה ממונית בין התובע והנתבע, יש חיוב שבועה. מכלל זה למדנו מתי הטוען ברי זוכה ומתי הטוען שמא מתחייב.

עוד למדנו, שהשבועה באה במקום שבו יש רגליים לדבר, שהמחזיק חייב לשלם. במקרה זה לימדה התורה שהברי מוציא מידי שמא. תפקידה של השבועה הוא לוודא שהמחזיק אכן טוען 'ברי'.

לפי זה, יש כלל אחד הכולל בתוכו את שלושת השבועות המתחייבות מדין תורה, וכולן מתחייבות מתוך הכלל האמור בפרשייה של שומר חינם. השיטות השונות בפסיקה בהלכות שבועות נובעות מהבנות שונות של מבנה הפרשייה ודרשותיה.

חלק שני – מטרות השבועה

א. השבועה – חיוב או נאמנות?

מה תפקידו של חיוב השבועה? לשאלה זו ניתן להציע שתי תשובות:

- א. חיוב השבועה הוא למעשה חיוב הדומה לחיוב הממוני. במקום שלא ניתן להטיל על אדם את החיוב הממוני מחמת מחסור בראיות, מוטל עליו חיוב שבועה.
- ב. במקום שבו אין ראיות מספיקות לשם הטלת חיוב ממוני על הנתבע, הוא פטור לגמרי. עם זאת, כיוון שיש יסוד כלשהו לתביעה יישובע, וייפטר. אם סירב להישבע ישלם, כי הסירוב מעיד שהוא אכן חייב.

לפי הדרך הראשונה, נראה שהשבועה נתפסת כחיוב חמור, שנועד להביא את הנתבע לשלם, כדי להימנע מן השבועה.⁹³ אבל לפי הדרך השנייה נראה שציוותה התורה שיישבוע, וראוי שאכן יישבע, ואין אנו מחייבים אותו לשלם, אבל אם הוא מסרב להישבע, סירובו מעורר את החשד שאכן הוא חייב ולכן ישלם.

93. וכן נראה מכך שהנשבע מכונה 'חוטא', ושמאיימים עליו ואומרים 'סורו נא מעל אהלי האנשים הרשעים האלה' (שבועות ט,ב). אמנם, לכאורה הדבר קשה: התורה אפשרה לדובר האמת לדחות את טענת חברו הרשע באמצעות השבועה. מדוע לא ינצל אפשרות זו, יישבע, ויציל ממונו המגיע לו בדין? האם משום שעשה שימוש באפשרות זו שנתנה לו התורה, ייקרא רשע?

(אמנם אמת ששאלה זאת נשאלת על כל ענייני נדרים ושבועות בתורה, שה' ציווה עליהם בתורתו, ואף על פי כן חז"ל התנגדו לנודרים ולנזירים. התשובה היא שהם טובים רק אם הם נעשים במקום ובזמן הראויים, וכן מצינו שכמה מגדולי ישראל נדרו נדרים. אבל אין ראוי שאדם ירבה לנדור ויקל ראשו בנדריו. חז"ל לימדו שיש לנהוג בהם בזהירות ולהתרחק מהם ולא לרדוף אחריהם, וכן לענייננו).

ייתכן, שאף האיום על דובר האמת שנשבע מביא לכך שהרשע יפרוש, ולכן מבהירים חז"ל את חומרת השבועה. חז"ל הניחו שהטוען שקר לא יפרוש מאימת השבועה, כי ירא שמא עקב הפרישה יתגלה ברבים שטען שקר, ומחמת השבועה פרש. אבל עתה, כשיאיימו עליו ויאמרו לו שכל הנשבע מכונה רשע, יוכל לפרוש מן השבועה בקלות, ולהראות את עצמו שמחמת צדיקות גדולה שיש בו, כביכול, פרש, ונתן ממון אף על פי שלא היה חייב בו. [נאבל, אין להתעלם מן המחיר של השימוש בדרך זו: גם דוברי האמת עלולים לפרוש מן השבועה, וכך להפסיד ממון השייך להם בדין, לכן, נראה שחז"ל אכן סברו שהשימוש בשבועה אינו ראוי, אף כשהדובר הוא דובר אמת – הערת עורך, י"א.]

וראה ר"ן (שבועות יח,א סד"ה ודאמרינן לאנקוטי) שמביא מחלוקת בשאלה האם ראוי להשביע, או לא. בהקשר זה הוא מביא מדרש (ויקרא רבה ו, ג) המדבר נגד המשביע את חברו, ויש האומרים שדווקא במשביע את חברו לשקר. גם כאן יש לשאול: למה מבקרים חז"ל את מי שתובע את חברו שישביע לו ממון המגיע לו באמת, ולא יוכל להציל את ממונו אלא ע"י שבועה?

ייתכן שהדרש עוסק בדור שאין בו יראת שבועות, ואם יישבע, יישבע הלה לשקר ונמצא שגרם חילול ש"ש, ואת ממונו לא הציל, ואם כן למה יישבע. אבל בדור שיש בו יראת שבועות ינהגו בדין תורה. וראה רש"י בשבועות שם ושולחן ערוך חו"מ פז, יט.

ניתן אם כן לנסח את השאלה בצורה פשוטה: האם השבועה היא חיוב, או שמא אמצעי בירור היא? עיון בדברי הראשונים, מגלה גישות שונות בעניין זה. נעיין אם כן בדברי הראשונים בכמה סוגיות.

1. מיגו כפטור מן השבועה

הלכה פסוקה היא, שמי שיכול היה לטעון טענה טובה, שאילו טען אותה היה נאמן, ובהרבה בטענה גרועה, אנו מאמינים לטענתו כשם שהיינו מאמינים לו אילו טען את הטענה הטובה ('מיגו'). לפיכך, נתבע הטוען שהוא פטור, ומיגו מסייע את טענתו, פטור. הראשונים הרבו לעסוק בשאלה, האם באופן דומה, מיגו פוטר גם את חיוב השבועה.

הר"י מיגאש⁹⁴ סובר, שעל אף שמיגו פוטר מחיוב ממוני, אין הוא פוטר משבועה. על כך כותב הרא"ש –

ודבריו אינם מובנים לי, כיון דמגו דאורייתא הוא מה לי ממון מה לי שבועה, אטו שבועה לאו ממון היא?⁹⁵

המחלוקת עוסקת בדיוק בשאלה דלעיל. הר"י מיגאש סובר, שמיגו אינו פוטר משבועה, כי חיוב שבועה הוא למעשה פטור, אם כך יישבע ויפטור. ואף אם טוען בעל הדין שהיה נאמן בטענה אחרת, יענו לו, שגם עכשיו הוא אכן נאמן, אלא שהנאמן בטענת נאנסו וכדומה, נאמן דווקא אם טוען טענת ברי ונשבע.⁹⁶ אם כן, יישבע ויפטור, ומה בכך.⁹⁷

לעומתו, הרא"ש סובר שאף השבועה היא תשלום. לפיכך מן הדין, שכשם שמיגו פוטר מתשלום, כך יפטור את הנתבע מן השבועה.⁹⁸

ניתן להתייחס לשאלה האם שבועה היא חיוב או פטור, מתוך דברי נתיבות המשפט.⁹⁹ מדבריו נראה שהוא מבחין בין מקרים שונים לעניין זה. במקרים שבהם הדין הוא 'מתוך

94. מובא ברא"ש שבועות ז, ג.

95. רא"ש, שם.

96. וראה לעיל (עמ' 403) שביארנו שתפקידה של השבועה הוא לוודא שהטוען ברי אכן ברי. וגם כאן, הנתבע נאמן בטענתו, ובלבד שהוא ברי.

97. המחשבה, שיועיל מיגו כדי לפטור משבועה נראית תמוהה ממבט ראשון, שהרי במודה במקצת הבסיס לחיוב שבועה הוא טענתו, שהיה יכול לטעון אחרת ולהיפטור. וגם שבועת השומרים מבוססת לעתים על הודאתו שהיה שומר. על שאלה זאת עונים הר"י מיגאש והרא"ש תשובות שונות, וראה ברא"ש שם.

גם האחרונים ענו תשובות שונות לשאלת חיובו של שומר בשבועה כשיכול היה לטעון לא קיבלתי שמירה, וראה סמ"ע וש"ך (רצו, א). הסמ"ע אומר שאין מקום לפטור במיגו כשיכול להיפטור ביתר קלות בשבועה, משום שאומרים לו: 'מה אכפת לך? הישבע והיפטור'. אך הש"ך, שסובר ששבועה היא חיוב ממון, כפי שיתבאר להלן (עמ' 416), לא מקבל את דברי הסמ"ע, וסובר שאם יכול להיפטור ממון במיגו יפטור גם משבועה. והטעם לכך ששומר אינו יכול להיפטור מן השבועה הוא, מפני שקיבל על עצמו שמירה, וזוהי קיבל על עצמו לא להיפטור בלא שבועה. וכן, מפני שאין חברו מכיר בשקרו, ולכן צריך להישבע.

98. בדומה לכך כתב ספר התרומה (ד, א ג) שא"א להשיב אדם וגם לגבות ממנו כי בתרי דיני לא דיינינן ליה. כלומר: השבועה היא דין. וראה דברי האחרונים על ספר התרומה הנ"ל; ש"ך חו"מ קא, ה; תומים קא, ו.

99. נתיבות המשפט פב, כח.

שאינו יכול להישבע משלם' (כלומר, שהנתבע אינו יכול להישבע, ולכן ישלם כאילו סירב להישבע), למעשה חייבתו תורה ממון, אלא שבועה פוטרתו. אבל במקום שלא אומרים 'מתוך שאינו יכול להישבע משלם' למעשה פטור, ותפקיד השבועה הוא שלא יורה לעצמו היתר לטעון שקר, ואם כן מיגו אינו מועיל, שכן אינו פותר את הבעיה. ור"י מיגאש סובר שבשומר מיגו אינו פוטר, או מהטעם המובא ברמב"ן¹⁰⁰, בר"ן¹⁰¹ ובנימוקי יוסף¹⁰² שאומרים שבועת נאנסו היא כדי שלא יאמר בדדמי (כלומר: שלא יורה לעצמו היתר לטעון שנאנסו אף על פי שאינו בטוח בכך לגמרי), או מפני שבשומר עיקר החיוב הוא שבועה.

2. עד המסייע

אפשר גם, ששאלת משמעותה של השבועה היא העומדת ביסוד מחלוקת הראשונים בעניין עד המסייע. לדעת הרא"ש¹⁰³ כשם שיש בכוחו של עד אחד לחייב שבועה, כך גם, יש בכוחו לפטור בעל דין מחיוב שבועה המוטל עליו, מקל וחומר, אם עד מחייב שבועה קל וחומר שפוטר משבועה. כי לעולם קל יותר לפטור מאשר לחייב. כוחו של עד אחד בשבועה נלמד מהפסוק "לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת", מכאן שלשבועה הוא קם. עד אחד קם לשבועה לאו דווקא לחייב שבועה אלא גם לפטור. פטור משבועה אינו עוון וחטאת, ועד אחד קם לכל דבר שאינו עוון וחטאת.

מנגד, הרמב"ן¹⁰⁴ סובר, שעל אף שיש בכוחו של עד אחד לחייב שבועה, אין בכוחו לפטור משבועה. במקום שבו חייבה התורה שבועה, משמעות הדבר היא, שאין הנתבע רשאי להחזיק נכס בידיו, אלא אם יישבע. כוחו של בעל הדין עומד לו מפני שנשבע, ולכן אין ללמוד מכוחו של העד לחייב שבועה, שיש בכוחו גם לפטור מן השבועה.

נראה שלדעת הרמב"ן, תפקידה של השבועה הוא לתת אמינות לטענתו של בעל הדין. מנגד, לדעת הרא"ש השבועה היא חיוב; אפשר לחייב אדם ממון, ואפשר לחייב אדם שבועה. לכן יכול הרא"ש ללמוד בקל וחומר שאם עד אחד מחייב כל שכן שפוטר. אך הרמב"ן לא יכול היה ללמוד כך, כי לדעתו כל כוחה של הטענה מבוסס על השבועה, ואם לא נשבע, מניין נובע כוחה? אף המהרי"ט¹⁰⁵ הקשה על הרא"ש, ששבועה אינה חיוב אלא בירור, ש"רמי רחמנא שבועה עליו כדי שיודה", ואילו ראיותיו של הרא"ש מתייחסות לשבועה כאל חיוב. המהרי"ט תירץ, ששבועה היא גם בירור וגם חיוב, ואי אפשר לחייב את המסופק כמו שאי אפשר לחייבו בממון. והמשביע את חברו – עליו הראיה שחייב שבועה.

אמנם, את שיטתו של הרא"ש ניתן להסביר, גם לפי הדרך הרואה שבועה כלי לבירור מהימנות טענתו של בעל הדין. עדותם של שני עדים יש בה כדי להוציא ממון מנתבע.

100. רמב"ן ב"מ ג, ד"ה ולפי פירוש.

101. ר"ן שבועות כו, א.

102. נימוקי יוסף ב"מ נו, א.

103. רא"ש ב"מ א, ג.

104. מלחמות השם ב"מ א.

105. שו"ת מהרי"ט אה"ע כו ד"ה ואם.

עדותו של עד אחד אין בה כדי לפעול כן, אולם, יש בה כדי להטיל על הנתבע שבועה, בניגוד לשבועת בעל דין, שאינה יכולה להטיל חיוב שבועה על בעל דינו. נמצאנו למדים, שלעדויותו של עד אחד משקל נמוך מזה של עדות שני עדים, אך גבוה משל שבועת בעל דין.¹⁰⁶ לפיכך, אם יש בשבועת בעל הדין כדי לבסס את מהימנותה של טענתו, ברור מאליו שגם בכוחה של עדות עד אחד יהיה לעשות כן.

נראה שהסיבה לכך שאין בשבועת בעל דין כדי לחייב את הצד שכנגד להישבע, נובעת מן ההבחנה בין הסרת חשד להטלתו. הסרת חשד קלה מהטלת חשד (כי הטלת חשד דומה להוצאת ממון, והסרת חשד דומה להחזקת ממון, ועוד, שעל ידי הטלת חשד עלול לאבד ממון אם לא יישבע) ולכן שבועת בעל דין, החלשה, מסירה את החשד שהטיל עד אחד החזק יותר. משום כך, די בשבועה, שמשקלה קל יחסית, כדי לבסס את טענתו של הנתבע, ולפטרו מן החיוב הממוני, אף שכנגדה עומדת עדותו של עד אחד, שמשקלה רב יותר. מאידך, אין בכוחה של שבועה להטיל חשד על בעל דין, שהרי אין בה משקל מספיק לשם הטלת חשד.

הרמב"ן סובר, שהבירור הכרוך בחיוב השבועה, אינו נובע רק מן השבועה בפועל, אלא אף מן הסירוב להישבע.¹⁰⁷ שכן אם אדם מסרב להישבע יש להניח שהוא משקר. ואם כן אין בכוחו של עד אחד לפטרו.¹⁰⁸

בסוגיית עד המסייע יש דעות רבות נוספות, ולא הבאתי כאן אלא את הנחוץ לענייננו.

106. ונראה שעל כך מתבסס **תרומת הדשן**. האומר (על פי הרא"ש) שעד המסייע פוטר משבועה אף כשעד אחד מכחישו. אם יהיה אדם שיהיה מודה במקצת וגם יהיה נגדו עד אחד יהיה נאמן בשבועה. כוחו של עד אחד גדול מכוחה של שבועת בע"ד. ולכן עד אחד המסייעו יפטור.

107. [להרחבה לעניין המשקל הראייתי של הסירוב לשתף פעולה עם בית הדין, ראה במאמרו של ד"ר מיכאל ויגודה, "על המשמעות הראייתית של הסירוב לשתף פעולה עם בית הדין" בקובץ זה, עמ' 241 – הערת עורך, י"א.]

108. מכך ששביעית משמטת את השבועה (**משנה שבועות ז**, ח) נראה שהיא חיוב ולא רק ראייה. אך על פי מה שפסק הרמב"ם (שמיטה ויובל ט, ז) שהשביעית משמטת דווקא שבועה על חוב המשמט בשביעית נראה שאין ללמוד מכאן לענייננו, שכן הרמב"ן יענה שהשבועה אינה חיוב אלא ראייה, ולא שמטה בשביעית מפני שהיא כחוב אלא מפני שאם בטל החוב ממילא בטלה השבועה עליו. ואם תאמר: אם כן, מה חידשה המשנה? י"ל שחידשה שאף על פי שהנתבע כופר בחוב ולכן החוב אינו משמט, משחייבוהו ב"ד שבועה, שוב אין כפירתו כפירה לעניין שביעית. ואם תאמר: הלא החוב אינו בטל, שעדיין יכול להביא עדים אחר השביעית ולגבותו, יש לומר שאמנם כך הוא, אך כל עוד לא באו עדים והתובע רוצה להשביעו אנו דנים לפי תביעתו הראשונה ונמצא החוב בטל.

ראה **סמ"ע** (חור"מ פט, א) שאומר ש"ולקח בעליו" היינו את השבועה. כלומר: השבועה היא חיוב. **קצות החושן** (צד) לומד מן הפסוק, שמדין התורה אין נשבע ונוטל, והוא מסופק, האם ניתן לפי דין התורה ליטול באמצעות שבועה על ידי גלגול שבועה.

ממינו דחשיד אקמייתא חשיד אבתרייתא, נראה שהשבועה היא בירור. אך אפשר לפרש שהואיל והוא חשוד אין להשביעו.

3. עד המסייע למי שאינו יכול להישבע

הלכה פסוקה היא, שהמחוייב שבועה שאינו יכול להישבע, משלם. בהקשר זה נחלקו הש"ך¹⁰⁹ ובעל קצות החושן¹¹⁰ בשאלה, מה דינו של מי שאינו יכול להישבע, ועד מסייע לטענתו.

לדעת הש"ך, עד המסייע אינו פוטר מן התשלום את מי שאינו יכול להישבע. הוא מביא ראייה לדבריו מדברי הרא"ש המתרץ קושייה של הרמב"ן. הרא"ש סובר, כנזכר לעיל, שיש בכוחו של עד אחד לפטור בעל דין מחיוב שבועה המוטל עליו, אך לא מחיוב ממוני המוטל עליו.¹¹¹

הרא"ש מיישב קושייה של הרמב"ן. הרמב"ן מקשה שלפי דיני השומרים, שומר שמסר לשומר חייב, אף שהשומר השני טוען שהפיקדון אבד ממנו באונס, והוא אף מוכן להישבע על כך. הסיבה לכך היא, שהמפקיד רשאי לטעון כלפי השומר, 'לך אני מאמין בשבועה, ולא לו'. אולם, טוען הרמב"ן, אם עד המסייע פוטר משבועה, מדוע לא יוכל השומר השני להעיד שהפיקדון אבד באונס, וכך, לפטור את השומר הראשי מחיוב שבועת השומרים ומן התשלומים? תירוצו של הרא"ש הוא, שהשומר הראשון אינו חייב שבועה אלא ממון, שהרי אין הוא יכול להישבע שבועת השומרים, משום שהעובדות הכרוכות באבדן הפיקדון אינן ידועות לו. נמצא אם כן, שחיובו של השומר הראשון הוא חיוב ממוני, ולא חיוב שבועה. כיוון שאין בכוחו של עד אחד לפטור אדם מחיוב ממוני, ממילא, אין בכוחו של השומר השני לפטור את השומר הראשון מן החיוב המוטל עליו.

מכאן עולה שהרא"ש רואה בחיוב שבועה חיוב חלופי לחיוב הממוני, ובמקום שלא ניתן להשביע, מוטל החיוב העיקרי, הלא הוא החיוב הממוני. ומכאן ראייה לדעת הש"ך.

מנגד, קצות החושן¹¹⁰ סובר, שהחיוב הממוני המוטל על מי שאינו יכול להישבע, אינו החיוב המקורי, אלא הוא נולד מאי יכולתו של בעל הדין להישבע. עד אחד אינו מחייב ממון אלא שבועה. חיוב התשלום אינו נוצר על ידי העד אלא על ידי אי השבועה. לכן, אם בכוחו של עד אחד לחייב שבועה, יש בכוחו של עד אחד לפטור מחיוב השבועה, ובכך, לסלק את הסיבה לקיומו של החיוב הממוני.

את קושיית הרמב"ן מדין שומר שמסר לשומר, מתרץ הקצות בדרך אחרת:¹¹² החיוב הממוני המוטל על השומר הראשון אינו נובע מאי יכולתו להישבע, אלא זהו חיוב ממוני מקורי,

109. ש"ך חר"מ עב, סא.

110. קצות החושן פז, ט.

111. ועוד הביא ראייה מאינו יודע כמה היה שווה המשכון ויש לו עד אחד, שהרשב"א (שו"ת הרשב"א ג, כג) אומר, שמשביע את הלווה שבועת המשנה או פורע ומשביעו שבועת התורה, אך לא כותב שנפטר לגמרי.

112. אפשר לבאר שהבסיס לשבועת השומרים הוא הנתינה, ומתוך שנתן לו האמינו בשבועה ששמר לפי התנאים שסוכמו. ואם לא שמר כמו שסוכם ממילא חייב. ואם כן הוא חייב ממון ועד אחד לא יוכל לסייעו.

כדין החייב הטוען 'איני יודע אם פרעתיך'.¹¹³ עדותו של עד אחד, לא די בה כדי לפטור נתבע מחיוב כזה.¹¹⁴ ואפילו למאן דאמר ששומר משתעבד משעת פשיעה, מכל מקום משמסר לשומר השתעבד והווי 'איני יודע אם פרעתיך'.¹¹⁵ ובוהו עד אחד אינו פוטר.¹¹⁶

113. זה תלוי בשאלה מה כוחן של הטענות ומה כוחו של המסופק במקום דלא היה עליו לדעת. המשנה בבבא קמא (י, ז) אומרת שהאומר 'איני יודע אם פרעתי' חייב. וראה נתיבות המשפט (עה, ה) שעסק במקרה שבו התובע עצמו מסופק. הוא דן בכך ומביא כמה דעות, ולהלכה הוא מחלק בין מקרה שבו היה על המלווה לדעת, לבין מקרה שבו לא היה עליו לדעת. תובע שלא היה לו לדעת רשאי לדרוש מהנתבע להיות ברי (בשבועה) או לשלם, וזה ממש הנדון בשומר. נכמובן דווקא אם ידוע שחייב לו. 'איני יודע אם הלוייתך' פטור, וזה בדיוק מה שנלמד מפרשת שומר חינוך, ולכן מודה במקצת יישבע, כי גם הוא מודה שיש לו חיוב לתובע, וצריך להיות ברי שנפטר. אמנם אם יטען התובע שמא, לא יצטרך הנתבע להישבע כי היה עליו לדעת, וזה ההבדל בין מלווה למפקיד. מפקיד משביע בשמא כי לא היה עליו לדעת. אבל לדעת קצות החושן (עה, ח), יש להבחין בין 'איני יודע אם פרעתי' לבין 'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם'. 'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם' הוא חיוב גמור, ו'איני יודע אם פרעתי' הוא רק להוציא את עצמו מספק גול. קצות החושן כאן לשיטתו בעד המסייע כאמור בגוף הדברים.] ועיין ש"ך (עה, עה) וקצות החושן (עה, טז-ז) שהביאו דעות שונות ודנו בכך. ועיין תוספות (ב"ק מו, א ד"ה דאפילו). וראה הערה 115. (אמנם יש להעיר שבסימן עו משמע בקצות החושן עצמו שמודה במקצת ואיני יודע אם פרעתי חד הם.)

114. ולכאורה היא היא מחלוקת הרמב"ן והרא"ש.

115. ראה ר"י מיגאש (שבועות מג, א ד"ה מכל) שאומר שאיני יודע אם פרעתיך חייב כי הודה בעיקר החיוב, אבל איני יודע אם הפקדת פטור כי לא הודה בעיקר החיוב, וזה ממש כדברינו. וראה רמב"ם, ראב"ד ומגיד משנה (שאלה ופיקדון ה, ז). לדעת הרמב"ם ור"י מיגאש השומר הוא הנאמן להישבע כמה היה הפיקדון, ואם אומר איני יודע והתובע טוען ברי 'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם'. ולכן ביחמישים ידענא' הדין הוא – 'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם'. (מלשונו משמע ממש כדברינו: שמודה במקצת ושומר ו'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם' ואיני יודע אם פרעתיך – כולם שורש אחד להם: בכל מקום שבו ידוע שהנתבע התחייב לתובע והוא צריך לדעת האם הוא עדיין חייב ברי מוציא מידי שמא עד שיישבע. וכך נלמדים דיני טוען מדיני שומר.) ואינו דומה לאיני יודע אם הפקדת, כי כאן מודה בעיקר החיוב.

ומקור דבריהם בירושלמי (ב"ק ו, ז) במי שהפקיד שק סגור ואירעו אונס שנשבע ונטל. ומפרשים בשנתבע טוען שמא. והביאו רי"ף ב"מ כה, ב בסוף הפרק. והרמב"ם (שאלה ופיקדון ה, ז) הביא את המקרה וכתב שפשע. לדעת הר"י מיגאש אם נתבע ברי נשבע ונפטר. ואם שניהם מודים מה היה בו אלא שהשומר טוען איני יודע כמה, הדין הוא – 'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם'. ואם חולקים מה היה בו, דינו כדין טענו חיטים והודה לו בשעורים, שהתובע נשבע ונטל. הראב"ד (שם) חולק ואומר שאינו טענו חיטים כי מודה על השק, אבל אינו משלם על פי בבא קמא (לה, ב) דמוקי בתובע ברי ונתבע שמא שלא משלם.

המגיד משנה (שאלה ופיקדון שם) מבאר בדעת הראב"ד, שאינו פוסק כלפי הנתבע את דין 'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם', כי לא היה עליו לדעת. ולדעת הראב"ד (שאלה ופיקדון ה, ו) במקום שלא היה עליו לדעת לא אומרים 'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם' (וראה לעיל הערה 113 בביאור הדבר). כלומר: השבועה באה מחמת טענת ברי של התובע, ולכה"פ ברי שהייתה נתינה, ואם הוא במקום שבו הנתבע צריך להיות ברי בטענתו הפסיד בכך שהוא שמא ו'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם'. ואם לא אין 'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם' כי בכך אינו בדין שברי יוציא מידי שמא.

וראה גם רמב"ם וראב"ד בהלכות מלוה ולוה (יג, ד) שגם שם נחלקו, ולדעת הרמב"ם כשהנתבע טוען שמא 'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם' וראב"ד חולק.

הש"ך (חור"מ עב, נא) מביא את דבריהם ופוסק, ע"פ שיטתו, כרמב"ם, שגם במקום שלא היה לו לדעת חייב לשלם. פסיקה זו את חיוב השבועה כחיוב 'ממון' גמור, שממנו אין בעל הדין נפטר עד שיישבע או שישלם.

גם הבית יוסף¹¹⁷ כותב שמותר לעד אחד להעיד לסייע לגוי להיפטר משבועה, כי גם בדיני ישראל יכול עד אחד לפטרו משבועה, ואף על פי שפוטרו מממון כי בדיני ישראל לא משביעים את הגוי, מכל מקום מותר. גם מדברי בית יוסף אלה עולה שהוא סובר שמתוך שאינו יכול להישבע משלם אינו חיוב ממון גמור אלא חיוב שבועה בלבד, ורק אם לא יישבע ישלם.

הגדרת חיוב השבועה על פי הש"ך וקצות החושן

לפי הש"ך, עיקר החיוב הוא ממון, אך יוכל לפטור את עצמו בשבועה (או שכשיכול להישבע אין חיוב ממון). לפי הקצות עיקר החיוב הוא שבועה, אך אם לא יישבע ישלם. לכן, לפי הש"ך מתוך שאינו יכול להישבע משלם הוא חיוב ממון ממש¹¹⁸ לפי קצות החושן עיקרו פטור, אך ישלם כי אינו נשבע.

ניתן לראות את דעותיהם אלה מכך, שלפי הש"ך דין 'איני יודע אם פרעתיך' ודין 'מתוך שאינו יכול להישבע משלם'¹¹⁹ נובעים שניהם משורש אחד, ושניהם חיוב ממון ממש. בכל מקום שבו יש טענה ממונית מבוססת, ברי מוציא מידי שמא¹¹⁹ וכל עוד אינו נשבע נחשבת טענתו כטענת שמא. לכן בכל מקום שבו הודה שהתחייב לחברו לא תועיל לו מוחזקותו עד שיישבע שחייבו לחברו אינו בתוקף, שהרי חיובו הוא חיוב ממון גמור (וכך נלמדו דיני טוען מדיני שומרים)¹²⁰.

לפי הש"ך, כל מקום שהייתה נתינה לנתבע או בסיס אחר לתביעה חייבתו תורה, לפי זה גם האומר 'איני יודע אם פרעתי' הוא בכלל הפרשה, שהרי הודה שנתן לו. ואינו יכול לפטור עצמו בשבועה. לפיכך, 'מתוך שאינו יכול להישבע משלם' הוא חיוב ממון ממש, ועד אחד אינו יכול לפטרו, שהרי עד אחד אינו פוטר מחיוב תשלום ממון. רק במקום שבו בעל הדין בטוח בעצמו וטוען ברי, אינו מחויב ממון, ועד אחד יפטרו אף מן השבועה. כשחייבה

אמנם יש להקשות, שגם קצות החושן (סט, ז) הביא את דבריהם, ואף הביא את דברי הש"ך ומשמע שהוא נוטה לדעתו. וזה נגד מה שביארנו כאן בשיטתו. ונראה שגם קצות החושן מודה, שבמקום שכבר פסקו לו ביה"ד שבועה, לא ייפטר עד שיישבע או ישלם, וזה המקרה הנדון בסימן סט.

116. קצות החושן מסתפק לגבי נסכא דרבי אבא, כלומר: במקרה שבו עד אחד מעיד שחטף חפץ מאדם אחר, והחוטף אומר אמת שחטפתי אבל זה שלי. שהעד שחטף נאמן כשניים, ואם כן ספק אם עד המסייע שאומר שהוא שלו מועיל.

117. בית יוסף חו"מ כח ג-ד.

118. וכן עולה מדבריו בחו"מ עה, נב.

119. כמו שנתבאר לעיל עמ' 403.

120. וכן דין הודאת בעל דין נלמד גם הוא מפרשייתנו שהיא פרישית הטענות. ולפי זה מובן היטב למה איני יודע אם הלוייתי פטור, אבל איני יודע אם פרעתיך חייב. מי שמודה שנוצרה זיקה ממונית בינו לבין התובע חייב לשלם, ולא ייפטר אלא בשבועה. שכן בעניינים אלה ברי מוציא מידי שמא ולא ייפטר עד שיברר לנו בשבועה שהוא טוען ברי. אבל כשאין ודאות שיש זיקה ממונית לתובע אין אנו יכולים לחייבו. ואולם הוא חייב בדיני שמים, שהרי טענת התובע שחייב לו אין לה על מה להתבסס ואין בית הדין יכול לחייב שבועה על פיה. אבל הנתבע עצמו אם אינו ברי שאינו חייב צריך להסתלק מן הספק שלא יהיה ספק גולן. והדבר מסור ללב אם הוא מאמין ואם הוא יודע שהוא פטור.

התורה שבועה חייבה ממון,¹²¹ אך במקום שבעל הדין טוען ברי, ויכול להישבע על טענתו, לא חל החיוב כלל.

מנגד סובר הקצות שחיוב שבועה אינו חיוב ממון גמור. במקום שחייבה התורה שבועה לא חייבה אלא שבועה (כלומר: חיוב שבועה הוא בירור) ואם כן אם אינו יכול להישבע משלם רק משום שאינו יכול להישבע.¹²²

דרכי משה¹²³ הביא בשם הרא"ש בשם הרמב"ן¹²⁴ שכאשר טוען בעל הדין 'לא ידעתי אם פרעתיך'¹²⁵ הדין הוא ש'מתוך שאינו יכול להישבע משלם'. לפי דבריו נפרש כך: "אשר יאמר כי הוא זה" – אשר יאמר כי יש חוב, ואז חייב שבועה. אך שבועה זו אינה באה לידי ביטוי אלא כאשר כופר במקצת, כי אם כפר בכול הרי לא אמר כ"הוא זה", ואם הודה בכול הרי משלם. אם אמר 'איני יודע אם פרעתי' הודה בעיקר החוב וצריך להישבע, ומתוך שאינו יכול להישבע משלם. מדברי הרמב"ן הנ"ל עולה, שגם הוא סבר ש'איני יודע אם פרעתיך' הוא סוג של 'מתוך שאינו יכול להישבע משלם', ושגם הוא נלמד מפרשיית שומר חינם. בדומה לדברינו לעיל.

4. עד המסייע ועד מכחישו

הש"ך וקצות החושן¹²⁵ נחלקו גם בנוגע לחיוב השבועה, במקום שיש עד המסייע לטענת הנתבע, אך יש עד אחר, שמכחיש את עדותו. וזו לשון הש"ך –

כתב בתרומת הדשן סימן שלד דעד אחד מסיע פוטרו משבועה אפילו במודה במקצת ושבועת שומרים ועד אחד מכחישו ע"ש שהאריך בראיות. וכל דבריו לא

121. בהתאם לשיטתו כאן סובר הש"ך שא"א להישבע בטענה אחת במיגו שהיה יכול להישבע בטענה אחרת, שהרי אינו יכול להישבע בטענה האחרת, וכפי שיתבאר הדברים בהרחבה להלן בהערה 144. לדעת הש"ך חיוב שבועה הוא חיוב ממון. ומהתורה אדם לא נאמן לומר החזרתי במיגו שהיה נשבע שנאנסו. ואלמלא היה נאמן ממילא בטענת החזרתי, היה משלם. השבועה הנזכרת בבבא בתרא (ע,א) היא מדרבנן ומהתורה פטור, ואין כלל מיגו שיכול להישבע.

122. ואולם גם לדעת קצות החושן (עה, ח) אחר שנפסק הדין ש'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם' נעשה חיוב ממון גמור. אך עיין היטב בדבריו שם כי הוא התקשה, בהתאם לשיטתו, וסבר תחילה להבחין בין 'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם' לבין 'איני יודע'. לדעת קצות החושן, כשטען הנתבע 'איני יודע אם פרעתיך' חייב, לא מטעם 'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם' אלא מסיבה אחרת. קצות החושן חולק שם על האומרים (בדומה לדברינו לעיל) ש'איני יודע אם פרעתיך' הוא סוג של 'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם', אך גם הוא מבאר שהכלל העולה מפרשיית שומר חינם הוא שבמקרים מסוימים ברי מוציא מידי שמא (וראה גם דבריו בסימן נט). לפי ביאורו הכלל הקובע אינו 'במקום שבו יש זיקה ממונית מוכחת מהנתבע לתובע ברי מוציא מיד שמא', אלא 'בכל מקום שבו יש חזקת חיוב ברי מוציא מידי שמא'. הוא תולה את כל העניין בחזקות. לפי זה דין איני יודע אם פרעתיך אינו סוג של 'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם', אך גם הוא עולה מתוך הכללים הנלמדים מן הפרשייה בדומה למה שביארנו לעיל.

123. חו"מ פו, ב.

124. לא מצאתי שם ברמב"ן במפורש עניין זה.

125. קצות החושן פו, ח.

נתחורו אצלי, אלא נראה דאוקי חד לגבי חד וסלק עדותן כמאן דליתא, וחיב שבועה דאורייתא משום שבועת שומרים או משום מודה במקצת.¹²⁶

הש"ך סובר, שיש בכוחה של עדות עד אחד ליצור חיוב ממוני, המותנה בכך שהנתבע לא יחליף את החיוב הממוני בשבועה. בהתאם לכך, אם יבוא עד אחר, ויכחיש את עדותו של העד הראשון, הרי שלפני בית הדין שתי עדויות סותרות: האחת מטילה על הנתבע חיוב ממוני, והאחרת פוטרת אותו מחיוב זה. במקרה זה, יופעל הכלל הידוע, שכאשר יש עדויות סותרות ('תרי ותרי'), מבטלות העדויות זו את זו. זו הסיבה לכך שלדעת הש"ך, כאשר עד מסייע לטענת הנתבע, ועד אחד מכחישו, חייב הנתבע שבועה.

מנגד, קצות החושן סבור, שאין בכוחו של עד אחד ליצור חיוב, מכל סוג שהוא. אמנם, יש בכוחו של עד לחייב שבועה, אך חיוב שבועה אינו חיוב ממון, כמו שביארנו לעיל. לשון אחר: עדות עד אחד אינה עדות, לכן לא חלים עליה דיני עדות, ובכללם הדין ששתי עדויות סותרות מבטלות זו את זו.

לדעת הקצות מי שהעיד נגדו עד אחד פטור מתשלום, כי עד אחד אינו נאמן כלל. הוא בא לחייב ממון אך אינו נאמן לכך. אין כאן כלל דין חיוב ממון אלא רק דין שבועה. שבועה לדעת הקצות אינה חיוב ממון. מנגד לדעת הש"ך אם יכול עד אחד לחייב שבועה הרי שכוחו גדול כמעט ככוח שני עדים, שהרי חיוב שבועה קרוב לחיוב ממון. ניתן לומר שלשיטה זו, עד אחד מחייב ממון, אלא שיכול הנתבע להישבע ולהיפטר. אם כוחו של עד אחד דומה לכוחם של שניים, נמצא שכאשר יש עד מסייע ועד מכחיש, כוח העד הסותר גדול דיו כדי לדחות את כוח העד הפוטר. עד אחד כנגד עד אחד נדון כמעט כשניים נגד שניים.

לעומת זאת, דעת הקצות היא ששבועה אינה חיוב ממון אלא פטור. לכן אין ללמוד על כוחו של עד אחד מהיכולת לחייב שבועה. הוא אינו אלא כטוען. לכן בעד מסייע ועד פוטר יסייענו העד המסייע, והעד המכחיש אינו גורע מכוחו.

גם בעניין זה הש"ך והקצות עקביים בשיטותיהם. לפי הש"ך, חיוב שבועה הוא חיוב 'ממון' ממש, אלא שיש לבעל הדין אפשרות להישבע ולפטור את עצמו. לכן, מתוך שאינו יכול להישבע משלם הוא חיוב ממון ממש. לכן דעת הש"ך היא שעד אחד הרי הוא כשניים, ואם יבוא עוד עד הם כתרי ותרי, שהרי כל אחד מחייב ממון אם לא יישבע. אבל לדעת הקצות הראשון אינו כשניים, וגם השני אינו כשניים, אלא הם כאחד מול אחד, שהרי הראשון אינו מחייב ממון אלא שבועה, והתורה לא האמינה לו כשניים.¹²⁷

126. ש"ך ח"מ פז, טו.

127. ראה קצות החושן שם שהאריך לעסוק בשאלה, למה באיסורים שעד אחד נאמן הרי הוא כשניים ואין אחד מכחישו, אבל לעניין שבועה הראשון אינו כשניים, ותיירץ תירוצים שונים, שהעולה מהם הוא שעד אחד לגבי שבועה אינו כשניים. ובשם אחיו תירץ תירוץ אחר ועי"ש.

דברים דומים כותב גם **נתיבות המשפט**,¹²⁸ המסביר שהסיבה לכך שאין מחייבים ממון כאשר קיימות שתי עדויות סותרות היא, ששתי העדויות יוצרות ספק, ואין מוציאים ממון מספק. אולם, השבועה אינה חיוב, אלא כלי לבירור האמת, כאשר קיים ספק. משום כך, מחייבים שבועה אף במקום שבו קיים ספק. כשיש עדויות מוכחות יש ספק ואי אפשר לחייב ממון. אך שבועה מחייבים בספק כי אינה חיוב אלא דרך לצאת מידי ספק, ולכן מחייבים אותה גם במקום ספק. לכן אין עד אחד מבטל עד אחד שכנגדו. כלומר: עד אחד לא יכול להקים דבר, לברר שיש חיוב, אך הוא יכול להביאנו לידי ספק, ובמקום ספק מבוסס הלא לימדנו תורה שיישבע הנתבע.

וכן יש לבאר את הדרשה "אבל קם הוא לשבועה". לפי הש"ך הדרשה לא באה ללמד את עצם חיוב השבועה, חיוב השבועה בעד אחד נלמד ממקום אחר, אולי מ"כי הוא זה", דאל"ה מניין. הדרשה באה לשלול את האפשרות שלמרות הלימוד ההוא, הפסוק "לא יקום עד אחד" מלמד שעד אחד לא מחייב אפילו שבועה. אך לפי הקצות אין צורך בדרשה כדי לשלול אפשרות זו, זה ברור ממילא, שהרי לדעתו השבועה אינה כלום, ואם לא לימדה תורה אלא שאינו קם לעונש, למה לא יקום לשבועה הנלמדת מהפסוק "עד האלהים יבא דבר שניהם"¹²⁹

עוד אפשר לבאר בש"ך שעד אחד נאמן לכל דבר, ולמה לא יאמן? הלא בא אדם והעיד שכך הוא, וכל התורה כולה לא למדנו אלא מפי אחד. במקום שבו התורה ציוותה שלא נשמע לעד אחד אין עד אחד נאמן. הא לכל דבר אחר נאמן.

5. גלגול שבועה על מי שאינו יכול להישבע

נחלקו ראשונים בשאלה, האם ניתן לגלגל שבועה נוספת על מי שמחוייב שבועה, אך אינו יכול להישבע, למשל – כאשר אינו יודע.

הרא"ש¹³⁰ כותב שלא ניתן לגלגל על המחוייב שבועה שאינו יכול להישבע שבועות נוספות. מנגד, ספר התרומות¹³¹ כותב, שניתן לגלגל עליו שבועות נוספות.

גם כאן, הרא"ש לשיטתו,¹³² שחיוב השבועה הוא למעשה חיוב ממון. בהתאם לכך, החיוב הממוני המוטל על מי שאינו יכול להישבע, הוא חיוב ממוני גמור. דין גלגול השבועה מאפשר להטיל שבועות נוספות על מי שמחוייב כבר שבועה. אולם, דין זה אינו מאפשר הטלת שבועה על מי שמוטל עליו חיוב ממוני.

128. נתיבות המשפט ביאורים פז, ד.

129. וראה קצות החושן (כח, ד) שאומר שקרוב אינו עד כלל, שלא כעד אחד שהוא עד אלא שאינו נאמן כשניים. ואילו יש משמעות לעד אחד, למה לא יחייב שבועה?

130. שו"ת הרא"ש ח, ג.

131. תרומות לח, א ב.

132. שנתבאר לעיל עמ' 410.

ספר התרומות סובר, שהחיוב הממוני של מי שאינו יכול להישבע, הוא תולדה של חיוב השבועה. משום כך, ניתן לגלגל על המחוייב שבועה שבועות נוספות.

6. השבועה – בין בירור לחיוב

ניתן להציע דרך נוספת להבין את משמעותה של השבועה, ולפיה, השבועה אינה חיוב ואף אינה בירור. מעמדה של השבועה הוא מעמד ביניים, בין בירור לחיוב. בפני בית הדין ישנן שלוש אפשרויות עקרוניות של פסיקה: יכול הוא לפטור את הנתבע, לחייבו שבועה, או לחייבו חיוב ממוני. חיוב השבועה, לפי הסבר זה, אינו חיוב ואף אינו פטור.

הסבר זה יוכל לסייע בידינו להבין טוב יותר את דרשת חכמים על הפסוק "לא יקום עד אחד באיש", שממנו נלמדה שבועת עד אחד. מן הפסוק למדו חכמים, שאין בכוחה של עדות עד אחד להטיל על אדם חיוב גמור. מכאן דייקו, שחיוב שאינו גמור, כחיוב השבועה, יש בכוחה של עדות עד אחד להטיל. משום כך, "קם הוא לשבועה".

פרשיית שומר חנם לימדה, שיש לבית הדין אפשרות לתת פסק דין שאינו בגדר חיוב גמור, ואף אין הוא בגדר פטור גמור. לאחר שנלמד דבר זה, למדו חכמים את דין שבועת עד אחד, ממילא, לפי דיוק בפסוק: "לא יקום עד אחד באיש".

הסבר זה יוכל גם לסייע בידינו להבין את שיטות חלק מן הראשונים, המבחינים בין דיני חיוב שבועת עד אחד לחיובי שבועה אחרים. על שיטות אלו הקשינו, מהו המקור להבחין בין החיובים? לפי המבואר כאן, ניתן להסביר, שדין שבועת עד אחד אינו נובע ישירות מפרשיית שומר חנם. אמנם, יסודו בפרשייה זו, המלמדת את עצם קיומה של השבועה, כפסק דין אפשרי. לכן, רק הדינים המהווים את היסוד המהותי של חיוב השבועה, נלמדו מפרשיית שומר חנם. לא נלמדו מפרשייתנו לעד אחד הלכות שעניינן מתי חל דין שבועה אלא רק הלכות שעניינן מהו דין שבועה.

ב. שבועה המסייעת למי שאינו יכול לדעת

לעיל¹³³ ביארנו שלדעת חלק מהראשונים אפשר שאחד מתפקידי השבועה הוא לסייע למי שחברו יכול לגזול והוא אינו יודע. כלומר: לסתום פרצות, במקום שבו אפשר לגזול בלי שהבעלים ידע, נתנה לו התורה את האפשרות להשביע. לפי זה אפשר שגם יתר השבועות הן כלי ביד בית הדין במקום שבו אדם יכול לגזול מבלי שבית הדין ידע. לפי זה נראה שהשבועה היא כלי לבירור. אולם אין הדבר מוכרח, כי אפשר שהשבועה נועדה להרתיע, שכן על ידה אדם לא יגזול מלכתחילה כי הוא יודע שסופו להישבע. ועיקר הדין נלמד משומר. שבו נתנה תורה דין שבועה כדי שהשומר לא יפשע בפקדון.

ג. סברת שבועת מודה במקצת

בגמרא,¹³⁴ מובא נימוקו של רבה להלכה שהמודה במקצת הטענה יישבע –

מפני מה אמרה תורה מודה במקצת ישבע? חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בע"ח, והאי בכליה בעי דנכפריה והא דלא כפריה (=וזה בכול רצה לכפור, וזה שלא כפר), משום דאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו. והאי בכליה בעי דלודי ליה, והאי דלא אודי אשתמוטי הוא דקא משתמט מיניה, סבר: עד דהוו לי זוזי ופרענא ליה. ואמר רחמנא: רמי שבועה עליה, כי היכי דלודי ליה בכליה (=ונמשום חזקה זו) זה בכול היה רוצה להודות, וזה שלא הודה, משתמט הוא, סבר: עד שיהיו לי זוזים, ואפרע לו. והתורה אמרה: הטל שבועה עליו, כדי שיודה בכול.¹³⁵

מה משמעותו של נימוק זה? האם הוא אמנם הסיבה להטלת השבועה, או שמא אין הוא אלא הסבר, מדוע לא נפטור את הנתבע, משום מיגו שהיה יכול לכפור בכול?

מדברי ראשונים רבים¹³⁶ נראה, שהמודה במקצת חייב שבועה משום שאמר כ"הוא-זה. כלומר, משום הודאתו. ואולם, היה מקום לחשוב שיש לפטור את המודה במקצת משבועה, משום שיכול היה לכפור בכול ולהיפטר לגמרי. לכך באה החזקה, שאין אדם מעז פניו בפני בעל חובו, כנימוק לשלילתו של המיגו: לא נכון לומר שיכול היה הנתבע לכפור בכול, משום שלא היה מעז פניו לומר כן.

כך יש ללמוד גם מכך שהגמרא¹³⁷ אומרת, שאין ללמוד מדברי רבה, שרק המודה במקצת נשבע, שכן, אף מי שהעידו עדים שחייב חלק מן התביעה, חייב שבועה. הלכה זו מלמדת שחיוב השבועה אינו נובע מהודאתו של הנתבע במקצת התביעה, אלא מכך שנודע כי הוא זה, היינו, משום שנודע לבית הדין שיש יסוד לתביעה, בין אם נודע מדבריו של הנתבע, ובין אם נודע מדברי עדים. במקרה האחרון, סברת 'אין אדם מעז פניו' לא קיימת, ובכל זאת,

134. כתובות יח, א; שבועות מב, ב; בבא מציעא ג, א ועוד.

135. כלומר: בד"כ הוויכוח בין בעלי הדין אינו על עצם החיוב אלא על גובהו. ואכן הניסיון מלמד שבד"כ אדם שרוצה לשקר אינו מעז לכפור בכל העובדה המדוברת, שבה הוא רוצה לכפור. אבל הוא אכן מעז לשקר שקר כמותי. ובוזה דומה מודה במקצת לשומר. כי גם שומר אינו מעז לומר שלא הייתה הפקדה, אך הוא יעז לטעון טענת גנב. ואמנם המקרים אינם דומים מצד הגורם שבגללו אינו מעז, שהרי בשומר אין חברו מכיר בשקרו ובמודה במקצת הוא מכיר. אך מ"מ גם במודה במקצת המשקר סובר שחברו יחשוב שהוא טועה בסכום וכדומה, ומבחינת התוצאה הם דומים: המשקר אינו מעז לשקר בעצם החוב, אך הוא מעז לשקר בפרטים. וראה מחלוקת הראשונים שם האם אינו מעז מפני שחברו מכיר בשקרו או מפני שעשה לו טובה או שמחויב כלפיו.

136. רש"י ותוספות ורשב"א לבבא מציעא ג, א; רמב"ן בשבועות מב, א; וריטב"א בשני המקומות, ור"ן על הרי"ף שבועות כב, ב ד"ה מפני.

137. בבא מציעא ג, א.

חיוב השבועה קיים.¹³⁸ נמצאנו למדים, שסברת 'אין אדם מעז' אינה הסיבה לקיומו של חיוב השבועה, אלא היא הסיבה לשלול מיגו של הנתבע.¹³⁹

בעלי התוספות¹⁴⁰ אומרים, שהפטור של הכופר בכול מן השבועה, אינו נובע מן החזקה, ש'אין אדם מעז פניו בפני בעל חובו, משום שאם כך היה, מן הדין היה לחייב את הכופר בכול שבועה, במקום שחזקה זו אינה קיימת. למשל, כאשר החייב דן מול יורשי בעל חובו, אין סיבה שלא יעז פניו לכפור בכול בפניהם. לפיכך, אם אמנם חיוב השבועה והפטור ממנה, היו מבוססים על חזקת 'אין אדם מעז פניו', היה הנתבע צריך להיות חייב בשבועה. אולם, להלכה פטור.¹⁴¹ מכך יש ללמוד, שחיוב השבועה או הפטור ממנה, אינם נובעים מחזקת 'אין אדם מעז פניו'. אף מדבריהם עולה, שחזקת 'אין אדם מעז פניו', לא יכולה להוות מקור להטלת חיוב השבועה או לפטור מן החיוב, אלא היא נועדה רק לשלול מן הנתבע את טענת המיגו.

בעלי התוספות מפרשים, ש'אין אדם מעז פניו', משום שבדרך כלל אדם נרתע מלשקר מול מי שידוע את האמת כמוהו. לכן, כאשר הוא דן עם יורשי בעל החוב, שאינם יודעים את האמת כמוהו, אין הוא נרתע מלשקר. וכן פירשו רבים מן הראשונים.¹⁴²

אולם, רש"י מסביר את החזקה באופן אחר. לדבריו, 'אין אדם מעז פניו' לשקר למי שהיטיב לו. לפי הסבר זה, כאשר התביעה נובעת מהפסד שנגרם לחפץ שהפקיד התובע ביד הנתבע, יהיה הנתבע חייב שבועה כשכופר בכול, משום שהתובע לא עשה לו טובה, וממילא, חזקת 'אין אדם מעז פניו' לא קיימת אצלו.

ההסבר שלפיו סברת רבה, שהמודה במקצת מבקש לדחות את מועד הפירעון, נועדה לשלול את טענת המיגו של הנתבע, כולל בתוכו גם את ההנחה, שבכוחו של מיגו לפטור אדם מחיוב שבועה המוטל עליו. ואמנם, כך עולה לכאורה מסוגיית הגמרא במסכת שבועות,¹⁴³ שאומרת, ששומר שהפקידו אצלו פיקדון בעל פה, ולא כתבו שטר על כך, אינו חייב שבועת השומרים, כי הוא נאמן לטעון שהפקידון אבד ממנו באונס, במיגו שיכול היה לטעון שלא היו דברים מעולם. גם מי שהפקידו בידו בפני עדים, אינו חייב שבועה, משום שיש להאמין לטענתו, כיוון שיכול היה לטעון שהשיב את הפיקדון לבעליו. לכן, רק שומר

138. וראה גם רשב"א ונמו"י שם.

139. וראה גם להלן בפרק ה', בשאלה, האם סברת רבה מלמדת למה חייב שבועה כשמודה במקצת או שהיא מלמדת למה פטור משבועה כשכופר בכול.

140. תוספות ב"מ שם, ד"ה מפני.

141. והיינו לפי ריב"א בתוספות (כתובות יח, א ד"ה חזקה), שאין אדם מעז היינו משום שחברו מכיר בשקרו. אבל לפי ר"ת שם שאין לאדם פנים לכפור הכול, לכאורה היה כאן.

142. ראה רשב"א, ריטב"א ונמוקי יוסף לגטין נא, ב ולבבא מציעא ג, א.

143. שבועות מה, ב.

שהתביעה נגדו מבוססת על שטר, יישבע שבועת השומרים.¹⁴⁴ מהלכות אלו עולה, שיש בכוחו של מיגו, לפטור אדם מחיוב שבועה.

144. ויש לשאול האם הטוען החזרתי נאמן בשבועה במיגו שיכול לטעון נאנסו ולהיפטר בשבועה. הדבר תלוי בשאלה האם חייב ונפטר בשבועה, או שפטור אם נשבע. האם יוכל להישבע שהחזיר במיגו שיכול להישבע שנאנסו, שהרי אינו יכול להישבע שנאנסו. הגמרא (בבא בתרא ע"א) אומרת שנשבע ונפטר, וכן פסק הרמב"ם (שכירות ב, יב). והש"ך (פז, לא; רצו, ג) אומר שזה מדרבנן [ומהתורה היה פטור גם בלא שבועה, וכן אומר המאור (בבא בתרא לו, א) שהש"ך מפנה אליו. ולכן לדעת הש"ך שבועה זאת קלה משבועה דאורייתא ומקלים על הנתבע לכיוון הפטור. לדעת הש"ך אין בהלכה אף מקרה של שבועה במיגו שהיה יכול להישבע אחרת, אדם שחייב שבועה חייב ממון אא"כ נשבע כפי שנתבאר לעיל בשיטתו]. אבל הסמ"ע (רצו, ג) אומר שזה מהתורה, והביאו קצות החושן (פז, טו). ונתיבות המשפט (פז, ח) אומר שהיא שבועת המשנה אך נחתין בה לנכסיו.

לדעת הטור, הטוען 'החזרתי', בפקדון בשטר, נאמן במיגו דנאנסו ויישבע שבועה דאורייתא. לדעת השולחן ערוך, שבועה זו כעין של תורה היא, ולפי הש"ך, כעין דאורייתא – כלומר: בנקיטת חפץ, ולא שבועה דאורייתא, שהרי התובע מכיר בשקרו. כמו כן, לדעתו, בשבועה זו לא חל דין 'מתוך שאינו יכול להישבע' – משלם, וכן אין יורדים לנכסיו ואין היפוך שבועה, וכ"כ גם בשם ר"ש מקינון, המאור הגדול והסמ"ג. סמ"ע וקצות החושן אומרים שזאת שבועה דאורייתא.

יש לדון למ"ד שזאת שבועה דרבנן, מה הדין מהתורה? אפשר לומר שמהתורה מיגו כזה אינו מיגו וחייב לשלם. ולפי זה חיוב שבועה הוא חיוב ממון. אלא שהתורה אפשרה לו להיפטר אם יישבע שנאנס, אך זה אינו יכול להישבע שנאנס ולכן אין לו מיגו. אבל אפשר לפרש שמהתורה פטור לגמרי, כי חייב שבועה הוא פטור מממון. אלא שבנאנסו ציוותה אותו התורה להישבע, או מפני שאין חברו מכיר בשקרו, או מפני שאומר בדדמי (כדברי נתיבות המשפט), אך מעיקרא דינא פטור. ולכן גם כשאומר החזרתי פטור, ואין מקום לחייבו שבועה. ומ"מ לפי העיר שושן והש"ך (רצו, א) אולי אפשר לפרש שהמיגו הוא: אילו הייתי משקר הייתי נשבע לשקר שנאנסו, ומתוך כך האמינו לי שהחזרתי. ואינו נראה כלל, כי רמי רחמנא שבועה עליה ומתוך כך אנו למדים שהוא חשוד לשקר ואינו חשוד להישבע לשקר, ולכן טוען טענה הפוטרתו משבועה.

ומ"מ שואלים התוספות (ב"ב לד, א, ד"ה הוי) מה בין נדון זה לנסכא דרבי אבא, שאינו רשאי להישבע ששלו הוא במיגו שיכול להישבע שלא חטף. ואולי לכן אין זו שבועה דאורייתא ומהתורה ישלם. אין אדם נאמן בשבועה אלא על מה שהאמינתו תורה, ואם אינו יכול להישבע על כך ישלם. ואין אומרים מיגו שיכול להישבע שלא חטף שהרי אינו יכול להישבע שלא חטף. לפי הש"ך ממילא אין קושיית תוספות מתחילה, שהרי מהתורה אין כלל שבועה במיגו שיכול להישבע, לא בהחזרתי במיגו דנאנסו ולא בנסכא דר"א. ומ"מ הסמ"ע יחלק בין שבועה דנאנסו לשבועה דעד אחד, כאמור לעיל. (וראה סמ"ע [עה, לא] שמפרש שאינו מעו פניו נגד עד אחד המכיר בשקרו, וממילא אינו יכול להישבע שלא חטף, ולכן אין לו מיגו שיישבע שלא חטף. ולפי זה אתי שפיר, כי בפקדון טעם זה אינו יפה, שהרי יכול להעז ולומר שנאנסו, ומתוך כך יישבע שהחזיר.) ור"י בתוספות (שם) אומר ששם הוא מיגו דהעוה. (וקשה על קצות החושן [פז, טו] שאומר שכשיש עד אחד ששכרו יכול להישבע ששילם במיגו. ושם אם יטען כן הרי הוא מעו בפני השכיר והעד גם יחד.)

עוד ניתן לתרץ את קושיית התוספות ולומר שיש הבדל בין שבועת עד אחד לשבועת השומרים. אם מפני שעד אחד הוא מכוח עדות, אלא שאינו עדות שלמה, אבל עד שלא יישבע הנתבע יש לו דין עד. אם מפני שהשומר לא התחייב בגופו בשעת ההפקדה כי עדיין הוא כיד הבעלים, ולא נעשה חייב עד שימות הפיקדון או שישלח בו יד, וכאן הוא טענת שמה אתה חייב לי, ומשנשבע שאינו חייב לו כלל אינו משועבד לו מלכתחילה. וכן במודה במקצת שהוא נשבע על חיוב בגופו לחברו, אבל כשהעיד עד אחד שחטף ממנו הרי התחייב בוודאי, ועתה הוא בא להיפטר בטענה אחרת. אם מסיבה אחרת. קצות החושן (עה, יב) אומר שבנסכא העד מעיד שהוא גולן כי חזקה מה שתי"א אדם שלו, ואם יקנו העד יהיה חייב להחזיר. וכל עוד לא נשבע לעד שלא גול נאמן העד שגול. לכן אין מיגו.

אולם, למעשה הכריעו רבים,¹⁴⁵ שהשומר חייב להישבע שבועת השומרים, גם כאשר ההפקדה הייתה בעל פה. מהכרעה זו למדנו, שמיגו אינו פוטר שומר מחיוב השבועה המוטל עליו.

שומר מתחייב שבועה מהתורה ואינו נפטר ממנה במיגו שהיה יכול לטעון אחרת. והוא הדין מודה במקצת. וכבר נחלקו הראשונים¹⁴⁶ האם טעם הדבר הוא שמיגו אינו פוטר משבועה, או שאין אומרים מיגו מטענה שלא היה מעו פניו לטעון אותה.¹⁴⁷

אפשר לפרש שגם סברת אין אדם מעו פניו מושתתת על דברינו לעיל.¹⁴⁸ כאשר אדם טוען טענת ברי על חברו, בדרך כלל לא ימלאנו לבו להכחיש בעזות מצח את הכול, ולכן יודה במקצת. ואכן, גם כשמודה במקצת אם יישבע נגד חברו יהיה נאמן, אך כאמור עליו להישבע, כדי שהטענה תהיה ברי, ולכן מודה במקצת הטענה יישבע.¹⁴⁹

עוד אומרת הגמרא¹⁵⁰ שהטוען אינו נשבע במקום שטענתו היא בבחינת השבת אבדה, כגון שבא והודה במקצת מדעת עצמו, במקום שבו התובע כלל לא ידע ולא תבע דבר. וכאן נחלקו ראב"י וחכמים. מצאנו כמה פירושים בטעם הדבר. א. אינו מודה במקצת כי התביעה לא תביעה. ב. הוא מודה במקצת אבל יש לו מיגו, שהרי יכול היה לשתוק. (לפי הסבר זה, דין מודה במקצת לא מבוסס על 'חזקה אין אדם מעו', אלא הואיל ושניהם מודים שהייתה

הראב"ד (תמים דעים ריא) מביא מחלוקת אם יש היפוך בשבועה זאת, ש"א שהיא שבועה דאורייתא ולכן אינה מתהפכת, וי"א שמדרבנן הוא נאמן במיגו ויכול לומר לא בעינא שאהיה נאמן במיגו והישבע אתה וטול [נראה שכוונתו שבועת היסת כדברי הרמב"ם (טוען ונטען א, ד), ואם כן הרי אינו היפוך אלא שבועה אחרת]. והש"ך (רצו ג) כתב שזאת שבועה דרבנן והיא מתהפכת, ותמה עליו התומים (כללי מיגו קיב) שהרי הוא מכוח שבועה שאינו יכול להפכה, ושיודע שחברו לא יישבע אלא ישלם ולכן אינו יכול להפכה, ואיך יגדל כוחו מכוח הטענה שמכוחה בא? ועוד אם הוא שבועה דרבנן הרי אינו מיגו, כי נוח לו לטעון טענת החזרתי שיהיה חייב שבועה דרבנן ולא נחתין לנכסיו, ולא לטעון טענה שנחתין לנכסיו.

הש"ך (קכא, לד; רצו, ג) מתייחס לדעת הסמ"ע (רצו, ג) שאומר שהחזרתי במיגו דנאנסו היא שבועה דאורייתא, ואומר הש"ך שאף על פי שמיגו הוא מהתורה, שבועה זאת אינה מהתורה, כי התורה נתנה שבועה לשומר דווקא נגד טענת שמא של הבעלים. וכ"כ המאור (ב"ב לו, א), ולכן אין כאן 'מתוך שאינו יכול להישבע' – משלם. ועל פי זה כתב הכריתות (מובא בש"ך) שהחזרתי במיגו דנאנסו נאמן כיוון שנשבע שבועה דרבנן, וטענת נאנסו עדיפא כי לא מכיר בשקר. אך בשני שליחים לא יהיו נאמנים בלא שבועה במיגו שהיו נשבעים שבועה דרבנן. לפי הכריתות המיגו הוא שהחזרתי במיגו שיכולתי להישבע שנאנסו. וזה לכאורה קשה מאד איך ייאמן בלא שבועה במיגו שיכול להישבע. ואולי הוא מפרש שלא אומרים מיגו כזה אלא אחר שתיקנו חכמים שבועה, שהוא נאמן כי נשבע. אבל אם נפרש שהפסוק השלישי בפרשה הוא הרחבה של הפסוק הראשון, שבכל טענה יישבע, נמצא שגם השבועה של הפסוק הראשון היא כלפי הדיינים ולא כלפי בעה"ד. וטענת שמא ל"ד.

145. ר"ן, רמב"ן ור"י מיגאש שבועות מה, ב; רמב"ם שכירות ב, ה; שולחן ערוך חו"מ רצו, א.

146. ראה רא"ש שבועות ז, ג.

147. וראה באריכות בהערה 144.

148. עמ' 403 ועוד.

149. ואעפ"כ אם אינו מודה לו כלל לא יישבע, כי אין בסיס לחיוב שבועה ולא יוכל כל אדם לתקוף את חברו ולחייבו שבועה בטענה ריקנית. כמו כן אם הוא משיב אבדה לא יישבע, כי אין סברה לחיוב שבועה זאת מלכתחילה. כמו שיתבאר בסמוך.

150. כתובות יח, א; שבועות מב, ב.

נתינה והוא משועבד לו ונחלקו אם צריך לשלם, אמרה תורה יישבע, וחזקה אין אדם מעז אינה אלא נימוק לשאלה למה אין מיגו. ג. מהתורה יישבע, ומפני תיקון העולם לא יישבע.¹⁵¹ לפי שני הפירושים הראשונים, סברת 'אין אדם מעז פניו', יכולה לחייב שבועה דווקא כאשר התביעה מבוססת על טענת ברי, שכנגדה לא יוכל הנתבע להעז את פניו.

151. רש"י (כתובות יח, א ד"ה ורבי אליעזר) אומר שזאת תקנה. וכן אומר רמב"ם (טוען ונטען ד, ה). תוספות, רמב"ן ורשב"א (כתובות שם) ור"ן (על הרי"ף שבועות כב, ב ד"ה מפני) אומרים שזה מהתורה. אילו לא אמרה תורה שמורה במקצת יישבע ה"א שלא יישבע כי הוא משיב אבדה, ויש לו מיגו ומיגו דאורייתא הוא (על פי כתובות כב, א). מכאן שמשיב אבדה פטור בד"כ ורק כאן חייב כי בכליה בעי דלודי ליה.

הסברה שמשיב אבדה פטור כי יש לו מיגו יוצאת מנקודת הנחה שמיגו פוטר משבועה. ובכך יש מחלוקת ראשונים. לכאורה בכל פיקדון היה יכול להיפטר מהשבועה במיגו דלא-הייר-דברים-מעולם, לכן לדעת הרי"י מיגאש והרמב"ם אי אפשר מיגו לאפטורי משבועה. ואילו לדעת הרא"ש אומרים מיגו לאפטורי משבועה, ולא-הייר-דברים-מעולם בפיקדון הוא מיגו דהעזה ולכן אי אפשר. רבה בא לבאר למה אין מיגו. הרי"ן (על הרי"ף שבועות כו, א) אומר שאומרים מיגו דהעזה ואומרים מיגו לאפטורי משבועה, אבל מיגו שהוא גם העזה וגם אפטורי משבועה לא אמרינן. מיגו דהעזה הוא מיגו גרוע, מועיל להיפטר מממון אך לא להיפטר משבועה של תורה. גם מדברי הראשונים שנוכרו לעיל, שאומרים שדברי רבה הם נימוק למה אין מיגו, משמע שיש מיגו לאפטורי משבועה. לדעת תוספות (ב"ק קז, א) אומרים מיגו דהעזה מלבד מבמידה דכפירה, וראה קצות החושן (פב, יד) שהביא פירושים שונים מהו מידי דכפירה, ועסק בעניין מיגו דהעזה. וכן ראה ש"ך (סוף סימן פב כללי מיגו ו). לדעת השולחן ערוך (ח"מ רצו, א) אין אומרים מיגו לאפטורי משבועה. וראה באריכות לעיל הערה 144.

הש"ך אומר שאין מיגו דהעזה בשומר ובע"ח, דהיינו במקום שבו סמך עליו מתחילה והאמינו, וזוהי סברת רבה שאין אדם מעז פניו בפני בעל חובו. ואפשר לבאר שאין אדם מעז פניו בפני בעל חובו – היינו כשהוא עדיין בעל חובו, והוא חש כלפיו כעבד, כשמורה שחייב לו. אך כשאומר אין לך עליי כלום, או הילך – מעז. ולכן דווקא במקרים אלה אין מיגו, וכך יש לבאר את סברת רבה. התורה חייבה שבועה דווקא במקרים אלה כי בהם אין מיגו.

בבבא בתרא (לו, א) נאמר שבעזים שאכלו חושלי ותפשן הניק, נאמן שהזיקו במיגו שקנאן. רמב"ן (שבועות מה, ב), שו"ת הריב"ש (שצב), וש"ך (עה, כג) אומרים שבעזים שאכלו חושלי מועיל המיגו ע"י שבועה, כמו מודה במקצת ושומר שיש לו מיגו שיכול לומר לא-הייר-דברים-מעולם ונפטר ע"י שבועה. ואמנם שומר ומודה במקצת נפטרים לא בגלל המיגו אלא מעצם טענתם, מ"מ למדנו שאפילו מיגו דהעזה מועיל ע"י שבועה. וזאת סברת רבה, שלמדנו מהפרשייה שמיגו דהעזה צריך שבועה. הריטב"א (שבועות מב, ב ד"ה ומכאן) אומר שמיגו דהעזה מועיל, ומדרבנן צריך שבועה כעין של תורה, ולכן בעזים שאכלו חושלי צריך שבועה. [רמב"ן (שם) ומגיד משנה (טוען ונטען י, ג) כתבו שבחושלי צריך שבועה כי תובע מה שאינו בידו].

נתיבות המשפט (פב, כח) אומר שבמקום שלא אמרינן 'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם' לא חייבתו תורה ממון אלא יישבע כדי שלא יורה היתר, וזה אף במקום מיגו. אבל במקום שאמרינן 'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם' למעשה חייבתו תורה ממון, אלא ששבועה פוטרנו, וקל וחומר שמיגו פוטרנו שהוא חזק משבועה, שהרי הוא פוטר אף במקום שבו אינו נאמן בשבועה, וממילא הוא פוטר אף משבועה. ור"י מיגאש שאומר ששומר לא נפטר משבועה במיגו דלא-הייר-דברים-מעולם, טובר שבשומר עיקר החיוב הוא חיוב שבועה ולא חיוב ממון, ורק אם לא רצה להישבע רגליים לדבר שחייב. ולכן הוא סובר שאם הוא חשוד נפטר בלא שבועה. ומכיוון שעיקר החיוב הוא שבועה אינו נפטר במיגו, אך כשעיקר החיוב הוא ממון נפטר במיגו. ואם אומר השומר איני יודע משלם לא מטעם 'מתוך שאינו יכול להישבע – משלם' אלא מטעם איני יודע אם פרעתיך. או מטעם הרמב"ן (בבא מציעא ג, א ד"ה ולפי פירוש), הרי"ן (שבועות כו, א) והגימוקי יוסף (בבא מציעא נו, א), שאומרים ששבועת נאנסו היא כדי שלא יאמר בדומה, וגם כאן המיגו לא יפטרנו. וכן נשבע ונטל לא נפטר במיגו שהרי הוא מיגו להוציא, אלא יישבע ויטול.

ד. תפקיד השבועה על פי סברת רבה

לשון הגמרא היא "ורמי רחמנא שבועה עליה, כי היכי דלודי ליה בכוליה". מכאן היה ניתן להוכיח לכאורה שמטרת השבועה היא שיוודה. כלומר: אין מטרת השבועה לברר האם הוא חייב, אלא להביאו לידי הודאה. ואולם אפשר לפרש שלא דווקא שיוודה בכולו¹⁵¹ אלא אם באמת חייב שיוודה בכולו,¹⁵² ואם לא – הרי הוכח שאינו חייב, או לפחות ימנע אדם מלהביא את עצמו למצב שיצטרך להישבע ויודה מלכתחילה.¹⁵²

הטור¹⁵³ מביא את דעת רב שמואל בר חפני גאון שאומר שאין בעל דין יכול להפך שבועה מן התורה, ולהטילה על בעל דינו, אפילו בהסכמת הצדדים. על כך תמהו הרי"ף והטור: אם נעשה הדבר בהסכמה, מדוע נתנגד לכך? והם אמנם פסקו, שניתן להפך שבועה מן התורה, בהסכמה. ה"ח מפרש שתפקיד השבועה להביאו לידי הודאה ואפשר שלא יישבע אם הוא משלם, אבל אם עשה כן מכוח שבועת חברו נמצא שלא הודה. מכל מקום נמצאו למדים שתפקיד השבועה, על פי ה"ח, הוא להביא את בעל הדין לידי הודאה.

ה. כפירה בכל הפיקדון בטענת נאנסו

במסכת בבא קמא¹⁵⁴ נחלקו רבי חייא בר אבא ורבי חייא בר יוסף בשאלה, האם השומר הטוען שכל הפיקדון נגנב יישבע, או שמא, לא יישבע השומר, אלא אם הוא גם מודה במקצת. בעקבות מחלוקת זו, נחלקו גם הראשונים.

רש"י¹⁵⁵ סובר, שלדעת הסבורים ש"ערוב פרשיות כתוב כאן", נאמר "כי הוא זה" דווקא במלווה, ולא בפיקדון.¹⁵⁶ ההיגיון שבכך הוא, שבמלווה קיימת חזקת 'אין אדם מעז'. לכן,

151. הגמרא בשבועות (מ"ב) אומרת שאין אדם תובע א"כ יש לו. זאת סברה ברורה, שהרי אין אדם הולך סתם ומטריח עצמו לטעון שקרים כשיידע שלא יועיל לו דבר ולא ירויח כסף מתביעה זו, למה לו לעשות כן. אבל מי שתביעתו אמת אפשר שיתבע גם כשיידע שלא יועיל כי דרך הנעשק לזעוק הצילו. וא"ת ומה תועיל תקנתנו הלא זה הנתבע חזקתו שלא נתבע בחינם ואם כן הוא רשע, וגם עתה יישבע לשקר וייפטר, ואין כאן סברה דמשתמט דא"כ היה מודה במקצת. וי"ל תועיל ותועיל. דעד השתא מי שבא לב"ד בטענה ריקנית אין ב"ד נזקקים לו כלל, וא"כ יודע כל עושה עוולה וכל רשע שיוכל לעשות ככל העולה על רוחו ואם יעשה בלא עדים ובלא ראיות כלל לא יתבעוהו. אבל עתה הוא בוש לעשות כן כי יודע שיזמינוהו לדין, ומשיזמינוהו גם ישתדלו הדיינים בדינו ויאמרו לו כיצד אתה אומר כן והלא זה אומר להיפך, ובסוף גם אם יישבע ויהיה נאמן לדין מ"מ בעיניהם יהיה כשקרן ועוף השמים יוליך את הקול. ומתוך כך יירתעו מקצת הרשעים ולא יעשקו. ואפשר שגם שבועה של תורה כך. ומ"מ הגמרא תירצה משום ספק מלווה ישנה. אפשר לפרש שהשבועה באה להרתיע מראש.

152. טור חו"מ פז, יא.

153. בבא קמא ק"ב-ק"א.

154. רש"י ב"ק ק"א ד"ה עירוב פרשיות.

155. וראה רא"ש (שבועות ו, ו), העוסק בשאלה האם יש דין שתי כסף בשומרים, ותולה את המחלוקת בהבנת עירוב פרשיות כתוב כאן. לדעת הרמב"ם עקרינן מפיקדון לגמרי ואין בשומרים דין כסף או כלים. אך הרא"ש חולק עליו וסובר שכונת המדרש היא שגם במלווה יש שבועה, ולא עקרינן משומרים לגמרי. כלומר: הרמב"ם ביאר את הדרשה שהנתינה עוסקת דווקא במודה במקצת. והרא"ש ביאר שהפרשייה היא פרשת השומרים אלא שיש גם דין שבכל דבר פשע ול"ד בשומר חל הדין הזה.

כאשר הנתבע כופר בכל התביעה, לא יחוייב שבועה. חיוב השבועה יוטל עליו, רק כאשר יודה במקצת. לעומת זאת, לגבי נפקד, לא קיימת חזקת 'אין אדם מעז', ולכן, גם הכופר בכול יהיה חייב שבועה. כלומר: רש"י אינו מוציא את הפרשייה מפשוטה והוא סובר שדברי התורה על שומר עוסקים בשומר. והפסוק השלישי, אפילו למאן דאמר עירוב פרשיות כתוב כאן, לא אומר ששומר צריך אמירת כ"הוא זה אלא בא ללמד דין חדש על מלווה. בדומה למה שביארנו לעיל. לכן כל שומר נשבע גם אם הוא לא מודה במקצת. להלכה יש כאן שתי שבועות שונות, שבועת שומר ושבועת מודה במקצת, והן אינן תלויות זו בזו אף על פי ששתיהן נלמדו ממקור אחד.

אולם, לדעת בעלי התוספות, אין משמעות עירוב הפרשיות, שעוקרים לחלוטין את פרשיית שומר חנם מדיני הפרשייה.¹⁵⁷ לכן, כל ההלכות הנלמדות מהפרשה, כגון שבעינן שלושה ומומחים, נוהגות גם בפיקדון. לכן גם בפיקדון אינו חייב אלא אם כן הודה במקצת. אמנם, כאשר מדובר בחיוב שבועה של המודה במקצת, אין מחייבים שבועה, במקום שלא קיימת סברת רבה לחייב שבועה.

תוספות מקשים על רש"י, וזו לשונם –

אבל קשה דבפרק השואל (בבא מציעא צ"ב) גבי הא דמוקי מתניתין דהתם כשיש עסק שבועה ביניהם ומוקי רישא בתרתי וסיפא בתלת, משמע דלא מחייב שבועה אלא א"כ יש חדא דקמודה, והתם כרבי חייא בר יוסף מדקאמר בתר הכי ולרמי בר חמא, אלמא דלא מחייב רבי חייא בר יוסף בלא הודאה מקצת, אלמא לא עקר לגמרי "כי הוא זה" מפקדון. ועוד דבכמה משניות משמע דלא מתחייב בפקדון אלא במודה מקצת, כי ההיא דשבועות (מג,א) דסלע הליתני עליו ושתים היה שוה,¹⁵⁸ וכן ההיא דמנורה בת עשרה ליטרין (שם), וההיא דעשר גפנות טעונות מסרתי לך (שם מב,ב), ובהניזקין (גטין נא,א ושם) גבי שני כיסין קשורים מצאת לי, דמחייבין מודה מקצת ופטרינן כופר הכל אע"ג שלא עשה לו שום טובה. ובפרק שני דכתובות (יח,א ושם) ובשבועת הדיינים (שבועות מב,א) פטרינן מנה לאביך בידים¹⁵⁹ והאכלתיו פרס במגו דאי בעי כופר הכל, משום דבבנו מעז ולפירוש הקונטרס אדרבה כופר הכל ה"ל לחיובי התם.¹⁵⁹

157. התוספות מתבססים על כך שהגמרא למדה את דין מודה במקצת מהמלים "כי הוא זה". לעיל ביארנו (ראה הערה 38 ודברינו על כך לאורך המאמר) כיצד התפרשו המלים האלה כמודה במקצת, וביארנו שהדבר נלמד בעקיפין, התורה מדברת על מקרה שבו הנתבע מודה בקיום ההתחייבות, אך מ"מ יש טענה, ולכן יש לפרש שהוא אומר שאמנם יש עיקר להתחייבות אך אע"כ אינו חייב לשלם. כיצד זה ייתכן? במודה במקצת. אבל תוספות למדו זאת במישורין. הם סברו שהמשמעות המילולית של המלים "אשר יאמר כי הוא זה" היא הודאה במקצת (אע"פ שהלשון "אשר יאמר כי הוא זה" היא כללית יותר וקשה ללמוד ממנה במישורין מודה במקצת, ויותר קל לומר שהגמ' למדה זאת בעקיפין, כמו שביארנו לעיל). לכן אומרים תוספות שגם שומר אינו חייב אא"כ יודה במקצת.

158. ויש לתרץ שדומה לאיבדתי את הפיקדון ושילמתי, שבוה אינו נשבע שבועת השומרים, או שאינו שומר אם שווה את דמיו, או שממילא לא מחויב שבועת השומרים כי מודה שלא נאנס, ואי לאו דמודה במקצת מהי תיתי שבועה.

159. ואפשר לתרץ שרש"י לשיטתו שהוא תקנה.

ובהמשך דבריהם מקשים התוספות –

ולפי' הקונטרס נמי דליכא הודאה כי אמר אדהיא דנאנסו נמי להד"ם בעי שבועה, דהא מחייב שבועה בפיקדון אכופר הכל.

יש לתרץ את קושיות תוספות על רש"י ולומר שרש"י מבאר שהגמרא לא באה לפרש כאן אלא את המקרה שעליו נחלקו רבי חייא בר אבא ורבי חייא בר יוסף, דהיינו טוען טענת גנב בפיקדון. ובוודאי אין חולק שהטוען לא-היודברים-מעולם בפיקדון פטור משבועה, ואין חולק שהמודה במקצת הפיקדון כגון שאומר שהופקד אצלו פיקדון קטן יותר חייב שבועה כפי שעולה ממשניות וגמרות מפורשות וכפי שמוכיח תוספות. ולא נחלקו אלא לגבי טוען טענת גנב בפיקדון, שרחב"א אומר שלא יישבע עד שתהיה שם כפירה במקצת והודאה במקצת, ואילו רחב"י אומר שאפילו אם אומר שאבד הכול יישבע, כי לא עשה לו טובה ומעז לומר אבד הכול. אבל הטוען לא-היודברים-מעולם לא יישבע¹⁶⁰ דמהיכי תיתי שבועה, כי לעולם אין אדם יכול להשביע את חברו בטענה ריקנית בלי שום סיוע.¹⁶¹ ורק "כי יתן איש", כשירוע שנתן, יישבע.¹⁶²

160. וכן מוכח משבועות (מהב, שמתוך שיכול לומר לא-היודברים-מעולם יכול וכו'. כלומר: פשיטא שיכול לומר להד"ם. ואם תאמר, א"כ הוא הדין שמתוך שיכול לומר להד"ם יכול לומר לא היו אלא חמש, י"ל שמהפרשה היא למדנו שהמודה שחייב מקצת גרוע מהאומר שפטור לגמרי אף על פי שאומר התחייבתי ונפטרת. ולכן אומר רבי חייא (בבא מציעא ג,א) שגם אם יעידו עליו עדים אחרים שחייב מקצת יתחייב שבועה, כי התורה חייבה את כל החייב לחברו מקצת, ורק אם הוא משיב אבדה פטור. אם יש עליו חיוב לחברו הוא חייב שבועה ואין כאן מיגו. ולכן אם אומר הילך נפטר מהשבועה, שהרי אינו חייב עוד דבר לחברו. הגמרא נזקקה למיגו רק במקרה שבו על פי טענתו אינו חייב עוד דבר לחברו. וראה ריב"א בתוספות (כאן) שאומר אף הוא שהמודה שחייב לחברו גרוע מהאומר התחייבתי ונפטרת, ואין בו מיגו. "עירוב פרשיות כתוב כאן" – היינו יש כאן שני דינים, בשבועת השומרים חייב אפילו כופר בכול, ומודה במקצת חייב לעולם, בין במלווה ובין בפיקדון, ואינו שייך כלל לפסוק שלפניו. הפסוק שלפניו עוסק בטענת גנב וברא"צ הודאה במקצת, ועל זה בלבד חלוק רחב"א ואומר שצריך כי הפסוק הזה מלמד על הפסוק שלפניו.

ומכל מקום, להלכה נפסק שלא אומרים מיגו שיכול לומר להד"ם יכול לומר נאנסו ולהיפטר בלא שבועה, ומעתה מטעם זה אינו יכול לומר לא היו אלא חמש. התורה חייבה שבועה את כל המודה בעיקר הנתונה ואינו אומר אתה יודע שכבר נפטרת ממך לגמרי.

161. לשון הרמב"ן (שבועות מב,ב) –

דרבה סבר התורה פטרה כופר בכול והדין נותן שלא יהא כל אחד משביע את חברו בטענה שאין לה רגליים ותביעה שאין בה אמתלא, וכן חייבה תורה מודה במקצת והדין נותן לפי שכבר יש ממש בטענתו, אבל זו קשה בדיון הזה למה לא האמינה התורה מודה במקצת משום מיגו שיכול לכפור בכל דהא מיגו דאורייתא הוא, ומפרש רבה שאין זה המיגו ראוי להאמינו בו לפי שאינו יכול להעז פניו במה שחברו יודע בו, ומיהו כיון שמודה במקצת נשמת הוא ממנו על השאר, או השמטה גמורה על דעת לגולו ואעפ"כ נשבע דקי"ל מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא לא אמרינן, או השמטה לשעה עד שיהא לו לשלם, ומה שאמר עד דהוי לי ופרענא ליה לישנא בעלמא נקט לקרב טעם מודה מקצת, אבל אינו מעכב בדיון.

162. התוספות (ב"מ ג,א) לומדים ברש"י שאין אדם מעז היא סברה לפטור, ולכן הקשה מכופר בפני בנו, ולדברינו א"ש. ואדרבה, לשון רש"י כאן "ולא חשבו כמשיב אבדה" מקורה בסוגיית כופר בפני בנו, שמלמדת שכשאינו מעז אינו משיב אבדה ולכן חייב. אלא שבב"ק הובא רבה כדי לומר שאף על פי שאין סברתו יפה אלא במודה במקצת, בטענת גנב בפיקדון היא יפה גם בכופר בכול, כאמור בגוף הדברים.

כלומר: דין טוען טענת גנב, שאמור בפירוש בפסוק הראשון של פרשיית שומר חנם, הוא דין שבועת השומרים, ואינו תלוי בהודאה במקצת. דין הודאה במקצת האמור בפסוק השלישי של הפרשייה בא לחדש שאם מודה במקצת אף אם אינו טוען טענת גנב אלא טענת החזרתי מקצת או לא הפקדת אלא מקצת, יישבע. כמו שביארנו את הפרשייה לעיל. זוהי שבועת מודה במקצת, ושבועת השומרים היא שבועה בפני עצמה ואינה צריכה הודאה במקצת.

הסוגיה בב"ק כאן מסתמכת על סברתו של רבה שנתבארה בפרק הקודם. כזכור, רבה הסביר שטעמו של דין שבועת מודה במקצת, הוא חזקה שאין אדם מעז פניו בפני בעל חובו. אבל קשה, כי מרש"י כאן עולה שסברת רבה מבארת למה ייפטר משבועה. ואילו במסכת בבא מציעא¹⁶³ מפרש רש"י שסברת רבה מבארת למה יתחייב שבועה,¹⁶⁴ ולא למה ייפטר משבועה. וכן מסתבר, כי איך אפשר לבאר למה ייפטר לפני שביארנו שיתחייב.

הג"ר זלמן נחמיה גולדברג תירץ (בשיעור בעל פה), שאין פוסקים הלכה על פי טעמא דקרא (מעין גזירת הכתוב שאומר תוספות) אלא לגבי מצווה אחרת, כגון המבשל קרבן בכלי חרש שלא בלע ששבור, ואעפ"כ למדנו משם שכלי חרש אינו יוצא מידי דפיו, וכגון בכור שנהרג בתוך שלושים שלמדנו משם שלושים מוציאים מידי נפל, ואעפ"כ אם התאכלו המעות בתוך שלושים יפדה שוב, וכאלה רבים.

ולענייננו ניתן לומר עוד שפשיטא שהטוען לא-היודברים-מעולם אינו חייב שבועה, ולא עלה על לב איש שיהא אדם תוקף את חברו בטענה ריקנית ומחייבו שבועה. אבל שאלת תוספות ויתר הראשונים (כתובות יח, א ושבועות מב, ב) ורשב"א (ב"ק קז, א) ששאלו מניין שהכופר בכול פטור, היא מהאומר פרעתי הכול, שהודה בעיקר החוב ואמר כי-הוא-זה, מפני מה ייפטר מן השבועה? ע"כ אינו אלא משום מיגו, ואם הודה במקצת לית ליה מיגו, אך אם כפר בכול יש לו מיגו. ולפי זה סברת רבה יפה הן לפטור את האומר פרעתי הכול והן לבטל את המיגו במודה במקצת. וכך כנראה הבינו תוספות את רש"י. ואמנם עדיין יש הבדל ביניהם, שלדעת יתר הראשונים פרעתי הכול במיגו דלהד"מ מועיל כי הוא מהעוה להעוה, ולדעת רש"י מועיל כי משפרע שוב אינו בעל חובו ומעז. ומ"מ אפשר לפרש את רש"י בדרך הראשונה ולומר שאף האומר פרעתי הכול, הואיל ואמר אינו חייב דבר, תביעה מעיקרא ליתא.

נתיבות המשפט (פב, כח) אומר שרחמנא הימניה לתובע כל עוד לא נשבע הנתבע, אולי מטעם חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו.

הר"י מיגאש אומר של"א מיגו לאפטורי משבועה, שהרי מודה במקצת אינו פטור במיגו דלהד"מ. ואמרינן מיגו דהעוה. אומר הגר"ז שלפי רש"י יש לדחותו כי כל נאמנותו בכופר היא מכוח שהעז לכפור. וזוהי פשיטא שאין מיגו. ולדברינו א"ש שרבה הוא סברה לחייב ולא לפטור, ובלהד"מ ממילא פטור כי היא טענה ריקנית.

163. ג, א ד"ה מפני.

164. ואמנם קשה שהרי רש"י כתב שם שסברת רבה מבארת למה לא ייחשב כמשיב אבדה, ומה ההי"א והלא רבה בא לבאר את דין תורה ולשיטת רש"י משיב אבדה הוא תקנה דרבנן. ומבאר הג"ר זלמן נחמיה גולדברג בשם **חרושי הרי"ם** (טימן עה), שתקנה דרבנן באה לתקן את הדין במקרה אחד מרבים שהמצווה עוסקת בו, אך לא ייתכן שתהיה תקנה דרבנן להפקיע מצווה שלמה. לא ייתכן שמצווה שלמה תהיה נגד תיקון העולם. וכאן הואיל ותיקנו דין משיב אבדה משמע שהמשיב אבדה א"צ להישבע וא"כ בטל כל דין שבועת מודה במקצת, ואת זה מתרץ רש"י באמרו שכאשר הטענה היא העוה אינו משיב אבדה ולכן גזרה תורה שבועת מודה במקצת. עוד אפשר לתרץ שכוונת רש"י בב"מ היא כעין כוונת תוספות שם, וכן הביא הר"ץ (שבועות ו, א) בשמו, שהשאלה היא מפני מה אין מיגו. וזאת כוונתו במלים משיב אבדה, מפני מה חייבתו תורה שבועה ולא פטרתו שהיה יכול לכפור בכול – מפני שלא היה מעז. וכן בריטב"א (ב"מ ג, א ד"ה דאמר רבה) גורס ברש"י שבא לפטור ממיגו. וראה לעיל עמ' 419.

ויש לבאר בדברי רש"י שאמנם סברתו של רבה לחייב יפה רק למקרה שבו יש בדבריו מעין הודאה, שהודה בעיקר הנתינה, וכמו כן אין סברתו יפה במלווה כשאומר פרעתי הכול, כי מתוך שהעז משמע שאמת אתו. ובסוגיית ב"ק הובא רבה כדי לומר שאף על פי שאין סברת רבה יפה כשכופר בכול, מכל מקום בטענת גב בפיקדון אף על פי שכופר בכול סברת רבה יפה,¹⁶⁵ כי הודה בנתינה. (לכן הובא כאן רבה ללמד למה פטור, ואין כאן קושייה איך כתב רש"י כך כאן ובב"מ כתב שסברת רבה מלמדת למה חייב).

ריב"א¹⁶⁶ ורשב"א¹⁶⁷ וריטב"א¹⁶⁸ מפרשים בדומה לרש"י, אלא שלשיתתם אינו מעז במקום שחברו מכיר בשקרו. לכן בטענת גב בפיקדון מעז ומעז וישביע. אבל לטעון לא-היודברים-מעולם אינו מעז פניו גם בפיקדון ולכן אם מודה במקצת וישבע, ולא יוכל להיפטר במיגו

165. מתוך הגמרא עצמה יש קושי בעניין, שכן לגבי כפירה בפני בנו מעז ומעז הוא סברה לפטור משבועה ולומר שהוא משיב אבדה ולכן לא וישבע, אבל בב"ק לגבי פיקדון מעז ומעז הוא סברה לחייב שבועה. אפשר לפרש שמשיב אבדה הוא תקנה ומהתורה וישבע, וכן משמע לכאורה ברש"י (כתובות יח, א ד"ה ורבי), אבל עניין משיב אבדה מובא כסברה לפטור גם ברש"י בב"מ שעוסק בעצם הסברה של רבה (ולא בהשלכתה לגבי מקרים אחרים), וודאי עסקינן שם בדאורייתא. ושם מפרש רש"י שהו"א שהמודה במקצת יהיה משיב אבדה ולא וישבע, לימדתנו תורה שהואיל ואינו מעז וישבע. מכאן יכולים אנו ללמוד שאילו מעז ומעז לא וישבע.

לכן נראה לבאר שכך מפרש רש"י: גזרה תורה שבפיקדון וישבע. ולכאורה א"כ ה"ה לכל הנותן דבר לחברו, שלא יפטר עד שישבע שנפטר ממנו, אלא שאין לומר כן שהרי יש לו מיגו שהיה טוען לא-היודברים-מעולם (ואולי רש"י סובר שהגמרא בשבועות למסקנה ואף בפיקדון יש לו מיגו) אבל כשמודה במקצת אין מיגו, וישבע. כאשר מודה בפני בנו תיקנו חכמים שלא וישבע, מהתורה וישבע שהרי הוא מודה בעצם הנתינה. ואם אינו מעז פשיטא שישבע, ותיקנו חכמים שאם הוא מעז לא וישבע כי הוא משיב אבדה. אך מהתורה גם אם הוא מעז וישבע. ותוספות בב"ק מקשים שלפי רש"י דווקא משום שמעז היה צריך להתחייב. יש לבאר שלפי רש"י חייב שבועת מודה במקצת דווקא כאשר אינו מעז. אבל בטוען טענת גב בפיקדון חייב שבועה אף על פי שמעז ומעז. סברת רבה יפה הן לפטור את האומר פרעתי הכול והן לבטל את המיגו במודה במקצת ולחייבו שבועה. לפי זה כל שהודה בעיקר הנתינה חייב שבועה א"כ יוכח שנפטר. האומר פרעתי הכול פטור משבועה כי מוכח שקושטא בהדיה. ואם הודה במקצת חייב ואין לו מיגו. אבל בטוען טענת גב בפיקדון לא מוכח שקושטא בהדיה, וישבע.

סברת רבה פירושה שאם שני הצדדים מודים בעצם החיוב אבל הם חולקים על גובהו יש חשש שהנתבע מורה היתר לעצמו לשנות את הסכום, ולהשתמט קצת ו"לעגל פינות" כי אין לו פנים לכפור בכול. לכן עליו לאלם את טענתו ע"י שבועה. במקום שבו יש לו פנים לכפור הכול אין זה החשש ואין מקום להשביע. בפיקדון החשש הוא ששלח יד או פשע והוא טוען שנגנב וכאן יש מקום לחשוש גם כשכופר בכול. כוונת הגמרא בב"ק היא שבפיקדון תמיד מעז ומעז ואעפ"כ חייבה התורה שבועה, ולכן אין לחלק בפיקדון בין כופר בכול לבין מודה במקצת. ומ"מ גם שומר וגם מודה במקצת נלמדים מפרשייתנו (על פי הביאורים השונים שהוזכרו במאמר זה), אף על פי שבכל אחד מהם החשש הוא אחר, כי בשניהם החשש הוא שהנתבע יתפתה לשקר. בשומר יש חשש שישלח יד ויטען טענת גב, ובלווה יש חשש שיפחית את הסכום, מכיוון ששני החששות הם סבירים על פי טבע האדם גזרה תורה שישבעו, או כדי שידעו מראש שהם עתידים להגיע לידי שבועה ולא יטענו שקר, או כדי שיחזרו בהם אחרי שטענו כדי לא להישבע. ומ"מ אפשר ללמוד את שני הדינים בעירוב פרשיות אחד כי בשני המקרים יש חשש שישתמט וישקר וע"י השבועה יפרוש.

166. בתוספות ב"ק שם.

167. שם.

168. ריטב"א שבועות מב, ב ד"ה לכך הנכון.

שהיה כופר בכול.¹⁶¹ לדעתם, כוחו של "ערוב פרשיות כתוב כאן", הוא שמודה במקצת הוא דווקא בטענה ששייכת במלווה, אבל טענת נאנסו ששייכת דווקא בפיקדון אינה צריכה הודאה במקצת.

בין לרש"י ובין לריב"א, דברי הגמרא שהפסוק השני נאמר על מלווה, כוונתם לאפוקי מהמקרה האמור בפסוק הראשון, שבו יש פיקדון, "וגנב מבית האיש". כלומר: לא רק בדין טוען טענת גנב האמור בפסוק הראשון, אלא בכל דבר פשע – "אשר יאמר כי הוא זה עד האלהים יבא דבר שניהם". והטוען לא־הי־דברים־מעולם פטור מגזירת הכתוב אפילו במקום שיכול להעז. כלומר: להלכה לשיטת ריב"א וריטב"א הכופר הכול בפיקדון פטור לגמרי, ומודה במקצת בפיקדון יישבע. והטוען טענת גנבו או נאנסו יישבע גם אם אומר שהכול נגנב.

בדומה לכך מפרש הרמב"ן,¹⁶⁹ שבנאנסו נשבע גם אם אומר שנאנס הכול, כי אנו חוששים שאומר בדדמי,¹⁷⁰ ובמודה במקצת נשבע גם בפיקדון. ולא נפטר במיגו כי אינו מעז פניו בפני המפקיד היודע שהוא משקר. ואם טוען 'בפני פשעת בהם' והלה טוען נאנסו, לא נפטר במיגו דלהד"מ אף על פי שגם עכשיו מעז, כי אנו חוששים שמא פשע בהם שלא בפניו.

רבנו תם אומר ש'כי הוא זה' נאמר על פיקדון ומלווה. בפיקדון אם יודה במקצת ויודה שחייב ושלא נאנסו שלם, כי הודה במקצת. כמו במלווה. ויש עוד שבועה בפיקדון כשטוען שנאנסו, ולא מדין מודה במקצת, וגם אם לא כפר. והיא השבועה של הפסוק הקודם שאינו אלא בשומר. בעיני הודאה בעיקר ההפקדה כדי לחייב שבועה שהחוב היה נמוך, או כדי לחייב שבועה שהפיקדון אבד, אך אין צריך כפירה מלבד הטענה שהפיקדון אבד. כשמודה שלא נאנסו אינו נשבע על כך, וממילא אינו חייב שבועה אלא אם כן טענו יותר. הלווה חייב רק אם יש הודאה מלבד מה שכופר, והשומר חייב אם יש הודאה מלבד מה שנאנסו.¹⁷¹ ומאן דלית ליה עירוב פרשיות טובר שצריך גם נאנסו וגם כפירה במקצת. הפסוק בא ללמד שאפילו שומר לא חייב אלא אם אומר כִּי־הוא־זה, ומכל מקום, גם לווה, אם יאמר כִּי־הוא־זה יישבע. וכופר הכול לעולם פטור.

תוספות¹⁷² הקשו על רש"י וריב"א מהגמרא בבבא מציעא¹⁷³ שעוסקת במפקיד ושומר שנחלקו בשאלה האם מתה הפרה המופקדת כשהיתה שאלה או שכורה. הדין הוא שהשומר נשבע דווקא כש"יש עסק שבועה ביניהם". כשיש שלוש פרות, כלומר, כאשר ביד השומר הופקדו שלוש פרות, ושתיים מהן מתו. המפקיד טוען ששתי המתות שאלות והחיה היא השכורה, והנפקד טוען שאחת מן המתות שאלה, ולגבי האחרת אין הוא יודע

169. רמב"ן בבא מציעא ג,א ד"ה ולפי.

170. כלומר: הוא אינו יכול לדעת בוודאות שהפיקדון אכן נגנב, הוא טוען שנגנב כי נדמה לו שנגנב, ואם נחייב אותו להישבע ידקדק היטב.

171. לכן באיני יודע אם שאלה צריך עוד אחת שמודה בה (ולכאורה דווקא שם כי טוען שמא וצריך עסק שבועה מלבדה, אבל בעלמא גם אם אין אלא פרה אחת).

172. תוספות ב"ק קז,א ד"ה עירוב פרשיות.

173. בבא מציעא צח,א.

אם היא שאולה או שכורה. על כך הקשו: למה יש צורך בשלוש פרות, הרי ממילא חייב שבועה!

ונראה לתרץ ששם לא מדובר כלל על שבועת 'נאנסו', שבה מודים שניהם שמתה כדרכה, או שיש עדים שמתה כדרכה, ולא נחלקו אלא אם הייתה שכורה או שאולה. ושם אומרת הגמרא, שאם טוען השומר 'איני יודע' ישלם רק אם יש עסק שבועה ביניהם, דהיינו שיש עוד תביעה. מנגד, ניתן היה להסביר את המשנה כעוסקת בתביעה אחת, וכגון שאינו מודה שמתה כדרכה,¹⁷⁴ אך הואיל ולשון המשנה "ומתה" משמע כדרכה בוודאות, נראה יותר שהמשנה לא באה לעסוק אלא בשאלת מה חייב השואל ומה חייב השוכר ולא בשאלה הזאת, ולכן היה לגמרא נוח יותר להעמיד בשיש עליו שבועה ממקום אחר.

עוד ניתן לומר, שמכיוון שהבעלים טוען ברי שאתה שואל, וגם הנתבע אומר שמא כדברייך אינו יכול להשביעו שמתה כדרכה. שאין שואל נשבע על כך.¹⁷⁵

עוד מקשים תוספות: אם כן איך יש מיגו שיכול לטעון להד"מ, הלא הוא מיגו דהעוזה. הם מתרצים שאינו ממש מיגו אלא כעין מיגו. ומקשים התוספות על ריב"א שאין אדם מעז משום שיודע, איך יש מיגו דלקוחות הן בידי ודלא הייתה של אביך הרי יודע שמשקר. תוספות מתרצים שלא דמי למידי דכפירה.¹⁷⁶

העולה מדברינו: לדעת התוספות גם שומר אינו נשבע אלא אם כן הודה במקצת. אבל לדעת יתר הראשונים שנזכרו כאן יש בפרשתנו שתי שבועות: שבועת השומרים ושבועת מודה במקצת. שבועת השומרים נוהגת בפיקדון ושבועת מודה במקצת בין בפיקדון ובין בהלוואה. שתי השבועות האלה דומות זו לזו ולכן נכתבו יחד, כפי שנתבאר לעיל.

כלומר: לדעת התוספות עיקר הפרשייה הוא ההודאה במקצת,¹⁷⁷ ואף שומר אינו נשבע אלא אם כן הודה במקצת, אבל יתר הראשונים דוחים את הפירוש הזה ומפרשים את הפרשייה בדרך שהתבארה לעיל.

לדעת תוספות שבועה לא באה אלא במקום שבו עלול להורות לעצמו היתר מסיבות מסוימות, כאשר אינו כופר בעצם החיוב אלא בכמותו. לעומת זאת ליתר הראשונים ישנם מקרים נוספים שבהם אדם עלול לשקר, ואת הפרצה הזאת גודרת התורה באמצעות שבועה. וכמו שביארנו לעיל, כל מקום שבו אדם מודה בעצם החיוב והדיון בין הצדדים

174. שם צח,ב.

175. הרמב"ן (שבועות מב) מקשה על רש"י מעין קושייתנו, למה צריך שתיים ושלוש פרות הלא לשיטתו כופר בכול בפיקדון לעולם נשבע, כי לא עשה לו טובה. ואף על פירוש הרמב"ן אליבא דרש"י אינה קושייה שהרי בשואל עשה לו טובה ואינו מעז וחזר דינו להיות כמודה במקצת במלווה. אמנם לדברינו א"צ לכל זה, שהרי אין כונת רש"י שכל כופר בכול בפיקדון חייב שבועה, אלא דווקא הטוען טענה הפותרתו משמירתו שאין חברו מכיר בה. כלומר: חייב להישבע שמתה כדרכה ושלא פשע, ובכך האמינתו תורה בשבועה, אך אין עליו חיוב שבועה שמתה בשעה שהייתה שכורה. ובג"ד הלא שניהם מודים שמתה כדרכה ואם כן אין מקום לשבועה זו.

176. עיין כללי מיגו לש"ך ואורים ותומים עב, קצות החושן יד.

הוא על פרטיו או על כמותו, גזרה תורה שיישבע. כי לא בקלות אדם כופר בכל העניין, אך יותר בקלות הוא מתפתה לשקר בפרטי הדבר.¹³⁵

ו. סיכום

התורה הטילה שבועה על הנתבע במקום שבו יש חשש שהוא משקר, ויש סיכוי סביר שעל ידי השבועה לא ישקר.

השבועה באה במקום שבו גם אדם שלרוב אינו משקר, עלול להתפתות לשקר.

העלינו שתי אפשרויות בדרך שבה ננעלת הפרצה על ידי השבועה. לפי אחת הדרכים, אדם יירתע כשיראה שהוא עומד להישבע לשקר ויחזור בו, ולפי האפשרות השנייה אדם מראש לא ישקר כי הוא יודע שסופו להישבע. ונראה שאלו ואלו דברי אלהים חיים, ולקיומה של השבועה יש השפעה על כל התהליך.

שאלנו האם השבועה היא חיוב או פטור, וכן האם היא אמצעי בירור, ראינו שהדבר תלוי במחלוקות הראשונים והאחרונים. וגם כאן אפשר שהשבועה אינה חיוב ואינה פטור אלא מצב ביניים.

חלק שלישי – המרכיבים בחיובי השבועות

א. מבוא

ביארנו עד כה, שכל דיני השבועות נלמדים מפרשיית שומר חינם. להלן ננסה לבחון את המרכיבים השונים האמורים בפרשייה זו, ולבחון אלו מהם הנם הכרחיים לצורך חיוב השבועה ובלעדיהם אין בסיס לחיוב שבועה.

גם משקלם של המרכיבים השונים בפרשייה תלוי בהבנה האם עיקר הפרשייה הוא ביאור דיני החיובים בין המפקיד לנפקד, או ביאור דיני הטענות. כפי שביארנו לעיל בחלקו הראשון של המאמר. אם עיקר הפרשייה הוא לימוד דיני המפקיד והנפקד, הרי הגורם העיקרי לחיוב הוא עצם ההפקדה, או יצירת החיוב, יצירת הזיקה הממונית בין התובע לנתבע. בזה תלויה השאלה האם חייב להישבע. מאידך, אם השבועה אינה אלא דרך להתמודד עם טענות סותרות של הצדדים, הרי ששעת הטענה היא המפתח לשאלת חיוב השבועה.

נבחן כאן מספר מרכיבים הלכתיים, ומתוכם ננסה לגבש הגדרה למצב המחייב הטלת שבועה.

ב. הנתינה

הפרשה פותחת ב"כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמר". הבסיס לחיוב השבועה הוא 'נתינה' של 'כסף או כלים' של התובע לנתבע. משמעות הדבר היא, שאין לחייב את הנתבע שבועה אלא אם ידוע שנוצרה זיקה ממונית¹⁷⁶ בינו לבין התובע.

עיקרון זה בא לידי ביטוי בהלכות שונות. כך למשל נאמר בגמרא,¹⁷⁷ שאין נשבעים על טענת קטן. הסיבה לכך היא, שהשבועה תלויה ב'נתינה', ו"אין נתינת קטן כלום".

אמנם, הירושלמי¹⁷⁸ לומד את הדין לא מהמלה "יתן" אלא מהמלה "איש".¹⁷⁹ כלומר, חיוב השבועה יכול להיווצר דווקא בעקבות נתינת 'איש', וקטן אינו בגדר 'איש'.¹⁸⁰ מדרשה זו למדנו, שהשבועה אינה באה אלא בעקבות נתינת איש.

177. שבועות מב, א.

178. ירושלמי שבועות ו, ה.

179. ולכן יש בירושלמי לימוד מיוחד לגבי נתינה בקטנות וטענה בבגרות. בבבלי בשבועות א"צ לימוד זה.

180. יתרה מזאת, הירושלמי (גטין ה, ט) לומד מכאן שאין נתינתו של קטן נתינה. ולכן ברור שאין הוא יכול ללמוד מ"כי יתן" למעט קטן, מפני שא"כ אפשר לדחות ולומר ומנ"ל, דלמא נתינת קטן נתינה וגם חייבים

גם על פי הדרשה שבבבלי, המדגישה את הנתינה, מובן שהנתינה אינה אלא דוגמה ליצירת חיוב, והראיות לכך רבות. כך למשל, במסכת בבא קמא¹⁸¹ מוגדרת אף שמירתו של מוצא אבדה, כשמירה שמכוח נתינה, היות והיא באה מכוח בן דעת (בניגוד לשמירה עבור קטן, שאינה באה מכוח 'נתינה').¹⁸² המאבד לא נתן כמובן את האבדה למוצא, במובן הפשוט של המילה. עם זאת, כיוון שהוא בן דעת, חל כאן דין "כי יתן איש"¹⁸³ שכן, הנתינה היא כינוי ליצירת החיוב.

דוגמה נוספת: **קצות החושן**¹⁸⁴ אומר שהאונס קטנה אינו נשבע כשמודה במקצת, כי אינו בכלל "כי יתן איש", משום שלא הייתה 'נתינה', שהרי נתינת קטן אינה כלום. מובן מאליו, שאף אם הנאנסת היא גדולה, היא לא 'נתנה' לאונס דבר, במובן הפשוט של המילה. אולם, מעשה האונס, כאשר הוא מכוון כלפי גדולה, יוצר חיוב כלפי בת דעת, ולכן, נוצרה 'נתינה', לעניין דין "כי יתן איש". המונח ההלכתי 'נתינה' משמעותו יצירת חיוב כלפי בן דעת. כללו

עליה שבועה. וע"כ אנו נזקקים לדרישת המילה "איש". על מחלוקת ר"י מיגאש ורמב"ן ורשב"א בשאלה האם קטן פטור כי טענתו אינה טענה או כי נתינתו אינה נתינה, ראה לעיל עמ' 392.

181. בבא קמא ק"ב.

182. ומשמע שם שההתחייבות לשלם חלה ברגע אכילת הפיקדון ולא בזמן ההפקדה. לפי זה אין לומר שהמפקיד אצל חברו לא יינקה עד שיישבע או יחזיר, הלימוד משומר לטוען הוא משומר שאומר שמא התחייבת. ובטוען טוען ברי שהתחייבת. לכן הראשונים בסוגיה מתייחסים לשומר כאל טוען טענת שמא. ואם קטן פשע בפיקדונו אינה נתינה. בעיני אכילה ותביעה שווין כאחד. ולכן למדו הר"י מיגאש והרמב"ם ששבועת השומרים שלא באה מכוח טענה נשבעים גם לקטן. אבל הראב"ד כתב שפיקדון אין כאן שבועה אין כאן, כלומר: הוא תופש את ההפקדה כנתינה. לדעת הר"י מיגאש והרמב"ם הואיל והשומר אינו מתחייב אלא מרגע שגנב מביתו, א"כ אין בפרשה אלא טענה, שהרי השומר אינו תובעו מכוח שנעשה שומר אלא מתוך שטען. ולכן נלמדו מפרשתנו דיני טענות. אבל ליתר הראשונים תביעתו של השומר היא מכוח שומר, וטענות נלמדו בעירוב פרשיות כאמור בגוף הדברים.

וראה לעיל עמ' 428 שאפשר להסביר שהודאה בנתינה, כלומר בהפקדה, היא הצד השווה בין שומר למודה במקצת, וכך נלמד מודה במקצת משומר. גם האומר פרעתי הכול לכו"ע פטור משבועה אף על פי שהוא מודה בעצם ההפקדה. או מפני שנתינה היא רק כשהוא מודה שהתחייב, או מפני שבנדון כזה יש לו מיגו (למ"ד אומרים מיגו לאפטורי משבועה). וראה לעיל עמ' 414. אבל המודה במקצת אין לו מיגו כמבואר בתוספות (בבא מציעא ג, ד"ה מפני).

ומ"מ לגבי עיקר השאלה האם שומר מתחייב משעת נתינה או משעת אבדן הפיקדון הדבר שנוי במחלוקת אמוראים בכתובות לד, ב ובבבא קמא ק"ב, א, וזוה פוסק גם הרמב"ם (שאלה ופקדון א, ה) ששעת החיוב היא שעת ההפקדה, ואם הפקיד אצל אדם ומת ואח"כ מת הפיקדון גובה מנכסיו שהרי התחייבו בשעת ההפקדה, אך אם אין לו נכסים אינו גובה מבניו אף על פי שהפיקדון מת ברשותם כי הם לא נעשו שומרים. לפי זה מובן שהתביעה היא לעולם על הנתינה, וגם שומר בא מכוח טענת ברי שנתן. ומה שאמרו הרמב"ם והר"י מיגאש שאינו בא מחמת טענה היינו שאינו טוען ברי שחייב לו, ורק לעניין זה השומר אינו מתחייב אלא מרגע שגנב מביתו. וראה **אבן האזל** (טוען ונטען ג, טו) ד"ה והנה, שאומר שהדעה שנפסקה להלכה, שטוען טענת גנב בפיקדון נשבע גם אם אומר שכל הפיקדון נגנב (ראה לעיל עמ' 428), גם היא מתבססת על כך ששעת ההתחייבות היא שעת ההפקדה, ולכן הוא כטוען ברי שהרי טוען ברי שנתן, וראה דברינו שם.

183. ומכאן ראייה למי שמפרש שעניינה העיקרי של הפרשה הוא דין טוען (הפירוש השלישי לעיל), ו"כי יתן" הוא כי יטען שנתן. ולכן יש הבדל בין טענת בן דעת לטענת קטן.

184. קצות החושן פח, כ.

של דבר: משנוצר חיוב, לא יצא החייב ידי חובתו עד שישלם או שיישבע. יצירת החיוב יכולה להתבטא בנתינת כסף או פיקדון לשמירה, גרימת נזק, אונס, פיתוי או כל מעשה אחר היוצר חיוב ממוני. וזאת כוונתנו במילה 'נתינה' במאמר זה.

ג. נתינה וטענה

בפרק הקודם נאמר שאחד התנאים לחיוב השבועה הוא הנתינה, שמשמעותה התבארה בפרק הקודם. ואולם חיוב השבועה תלוי בדבר נוסף: טענות הצדדים. כמו שאנו רואים בפרשייה שאמירתו של בעל הדין היא המחייבת. וכמו שנתבאר לעיל, שהפרשייה אכן מתארת מציאות, אך מבחינת בית הדין אין כאן אלא טענה, שהרי הצד השני טוען אחרת. כדי לברר האם עיקר חיוב השבועה נובע מהנתינה או מטענות הצדדים, נעסוק במקרים שבהם חלות הלכות חיובי השבועה בשעת הנתינה ולא בשעת התביעה, או להפך.

1. שבועה על תביעת קרקע

המשנה¹⁸⁵ אומרת שאין נשבעים על תביעת קרקעות. מה הדין כאשר החיוב במקורו נובע מדיון בענייני קרקעות, אך בפועל, התובע אינו מבקש לגבות קרקע, אלא כסף? בעניין זה נחלקו ראשונים.

הר"ן כותב¹⁸⁶ שכל תביעה שבאה מחמת קרקע, אף שבסופו של דבר התובע מבקש כסף, אינה מחייבת שבועה. כלומר: מתייחסים לנתינה ולא רק לתביעה,¹⁸⁷ וכך כתב הרמב"ם.¹⁸⁸ וראה גם ברא"ש¹⁸⁹ שנחלק על הרמב"ן במי שתובע חוב שבמקורו היה מאפשר לתובע קרקע, אך עתה אי אפשר כי אבד השטר. שלדעת הרמב"ן התביעה עיקר ואין דנים אותו כתובע קרקע, ולדעת הרא"ש הוא נדון כתובע קרקע.

185. שבועות מב.ב.

186. ר"ן שבועות כג.ב ד"ה מתני' יש. ועיין היטב שם שהביא דוגמאות רבות לכך.

187. השגות על הרמב"ם, טוען ונטען ה, ב.

דווקא לעניין קרקע ומעות. אך לעניין הודאה ממין הטענה אם תובע דמים ומודה לו בדמים אף על פי שהתביעה באה מחמת חטים והוא מודה לו בדמי שעורים יישבע, כמו שמצאנו במקומות רבים. וראה נמוקי יוסף (על הרי"ף ב"ק יז,א) שמבחינן בין 'עשאו דמים לפני תביעה' ל'אחר תביעה'. וראה קצות החושן (פח, ח) שהאריך, וראה בית יוסף ושולחן ערוך (ח"מ פח, יט) לגבי טען מלווה הודיה בפיקדון, אם אוליגן בתר נתינה או טענה. וראה שולחן ערוך (ח"מ צה) לגבי חופר בורות שיחין ומערות בשדה חברו ותובע דמים, וכן בתובע דמי קרקע שמכר לו או תובע דמי ענבים מחוברים. בכל אלה נחלקו השולחן ערוך ורמ"א בעקבות הראשונים בסימן צה.

188. רמב"ם טוען ונטען ה, ב.

189. רא"ש שבועות ה, ג.

מנגד, לדעת הראב"ד¹⁸⁸ דווקא כאשר התביעה היא על קרקע ממש, כלומר: שהתובע מבקש לחייב את הנתבע לעשות מעשה בגוף הקרקע,¹⁹⁰ פטור הנתבע מן השבועה.¹⁹¹ עולה מדברי הראב"ד, שחיוב השבועה תלוי בעיקר בטענה, ולא בנתינה.¹⁹²

2. טענת קטן מחמת נתינה לגדול

הלכה פסוקה היא, שאין נשבעים על טענת קטן. שאלה שדנו בה ראשונים היא, מה דינה של תביעתו של קטן, המבוססת על נתינה של גדול, כגון: תביעת יורש קטן לפירעון הלוואה שהלווה אביו.

לדעת רש"י¹⁹³ אם הנתינה הייתה על ידי גדול, ניתן לחייב שבועה מכוחה, על אף שהתביעה נעשית על ידי קטן. מדבריו עולה שהגורם המרכזי בחיוב השבועה אינו התביעה, אלא הנתינה, וכך נראה גם מדברי הראב"ד.¹⁹⁴

מנגד, התוספות¹⁹⁵ והר"ן¹⁹⁵ סוברים שאין נשבעים לקטן.¹⁹⁶ כלומר, חיוב השבועה תלוי בטענה ולא בנתינה.

מדברי הרמ"ה למדים אנו על הבחנה חשובה לעניין זה, בין שבועת השומרים, הבאה מכוח נתינה, לשבועת מודה במקצת או שבועה על פי עד אחד, הבאה מכוח טענה –

ושמענין מינה דאין נתינת קטן כלום לחייב עליה שמירה, לא שנא נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא קטן, ולא שנא נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול... ואי טעין עליה דשלח בה יד לא מחייב שבועת השומרים דלאו שומר הוא.¹⁹⁷

עיקרון זה מיישם הרמ"ה אף על חיובים הנובעים משכירות, שיסודם בנתינה, ולא בטענה. מנגד, מדגיש הרמ"ה –

אבל שבועת מודה מקצת ועד אחד היכא דתבעו כשהוא גדול מנה גולתני כשהייתי קטן, והלה אומר לא גולתניך אלא חמשים, או שאמר לו אין לך בידי כלום ועד אחד מעידו שיש לו, מחייב שבועת התורה. דנהי דאין נתינת קטן כלום וכמאן דליתא

190. הרמב"ם הזכיר הן את התביעה הנובעת משינוי מצב הקרקע (שחפר בה בורות שיחין ומערות), והן את התביעה הנובעת מסכסוך בעלות ("שדה פלוני שלי הוא מכרתו ל"), שאינו תובע דמים.

191. וראה לעיל הערה 34.

192. [לענין נראה שמחלוקת זו אינה בעניין תביעות, אלא בעניין מהות חיוב נזיקין – החזרת המצב לקדמותו, או פיצוי. ראה בעניין זה: הרב ידידיה כהנא, חיוב אדם המזיק – חיוב או השלמה, בתוך משפטי ישראל, דיני נזיקין, פתח תקוה, תשס"ג – הערת עורך, ע"ר.]

193. רש"י כתובות יח, ד"ה אלא.

194. השגות הראב"ד על הרמב"ם טוען ונטען ה, ט.

195. ר"ן על הרי"ף שבועות כב, ב.

196. ראה: ש"ך חו"מ צו, א; סמ"ע חו"מ צו, א; נתיבות המשפט צו, א.

197. דברי הרמ"ה הובאו בשיטה מקובצת בבא קמא קו, ב, ובטור חו"מ, סימן צו.

דמיא, האי לאו משום נתינה קא מחייב קא מחמת דגזליה קא מחייב, וכיון דטעין ליה כשהוא גדול – טענתא מעלייתא היא ומיחייב עלה שבועה.¹⁹⁸

במקרים אלו, השבועה אינה מבוססת על הנתינה, אלא על טענות התובע. לכן, חיוב השבועה מותנה בהיותו של התובע גדול, בשעת התביעה, ואין בודקים אם היה קטן או גדול בשעת הנתינה.

בשבועת השומרים, השבועה אינה יכולה להתבסס על טענת התובע, שהרי המפקיד אינו יודע בוודאות שהשומר חייב לו כסף. התובע עצמו אינו טוען טענה ודאית, וודאי שאינו יכול לחייב שבועה. לפיכך, השבועה מבוססת על הנתינה, ולא ניתן יהיה להשביע אלא אם הייתה הנתינה על ידי גדול.¹⁹⁹ לעומת זאת, שבועת מודה במקצת ושבועה על פי עד אחד מבוססות על טענות התובע, ומשום כך, מותנות בהיותו של הטוען גדול.

כלומר: לעניין קרקע סובר הר"ן שחיוב השבועה תלוי בעיקר בנתינה, ואילו הראב"ד סובר שהחיוב תלוי בעיקר בתביעה. לעניין תביעת קטן, סובר הראב"ד שהחיוב תלוי בעיקר בנתינה, ואילו הר"ן סובר שהחיוב תלוי בעיקר בתביעה. אפשר לפרש שהם חלקו בין מודה במקצת לבין שבועת השומרים ודווקא לעניין שבועת השומרים הם אומרים את דבריהם לגבי קטן, אבל מכל מקום הדבר צריך ביאור.

ד. טענות חיוב וטענות נתינה

נחלקו ראשונים בדין השבועה, במקום שהתובע טוען שהנתבע לווה ממנו סכום מסויים, וטרם פרעו, והנתבע מודה שחייב לתובע חלק מן הסכום, אך לא מחמת הלוואה, אלא מחמת פיקדון. כלומר: הוא מודה במקצת הדין, שהוא חייב מקצת מן הסכום. אך אינו מודה אף במקצת מן העובדות.

לדעת הרמב"ם,²⁰⁰ הרא"ש,²⁰⁰ והשולחן ערוך²⁰⁰ חייב שבועה דאורייתא. מנגד, לדעת רמב"ן, ראב"ד,²⁰⁰ רשב"א²⁰⁰ ואחרים, אין המודה חייב שבועה דאורייתא.²⁰¹ בכלל דעות אלה יש למנות גם את הרא"ה, שאמנם מחייב שבועה דאורייתא, אך פסק כך דווקא מפני שמפרשים את דברי הנתבע, שהתכוון לאותו מנה וטען שהוא פיקדון. נוכח מעות של כרם פלוני או כרם אחר²⁰² (ראה בפנים לתיאור המקרים) מפרשים את דבריו שכוונתו לאותם ענבים אלא

198. שיטה מקובצת, שם.

199. עוד מוסיף הרמ"ה, שכל זה דווקא בחיוב שבא מחמת נתינה, אבל חיוב שבא מחמת עצמו ולא מחמת נתינת התובע, כגון גזלות וחבלות, נשבעים לקטן.

200. רמב"ם טוען ונטען ג, יד; ראב"ד ומגיד משנה שם; רמב"ן ב"מ צח, א ד"ה הא; רשב"א שם; רא"ש ב"מ ח, י; שולחן ערוך חו"מ פח, יט.

201. לדעת חלק מהראשונים יש חילוקים שונים בדין זה. לדעת המגיד משנה, תבעו הלוואה ופיקדון ש"ד, תבעו הלוואה – היסת. הרמב"ן אומר שמלווה ופיקדון הם שני מינים, אבל שאלה ושכירות הן מין אחד. וישנם עוד חילוקים מעין זה. אבל ביסוד הדברים הם סוברים שאם מודה מחמת נתינה אחרת אין לו דין מודה במקצת.

202. בבא מציעא ק, א.

שטובר שהם מכרם אחר. וראיה ממנורה גדולה שיכול לגררה,²⁰³ שאם אפשר לפרש דבריו מפרשים. אבל נזקי שדה גדולה ונזקי קטנה²⁰⁴ אינם מין אחד, שהרי בוודאי הם שני שדות. [לדעת הרא"ה, במקום שבו בוודאי הודה במנה אחר, לא יתחייב שבועה דאורייתא.

הרמב"ם וסיעתו סוברים שחיוב השבועה מבוסס על הטענה, ולא על הנתינה.²⁰⁵ לפיכך, די בכך שיודה הנתבע במקצת מטענתו של התובע, על מנת לחייבו שבועת מודה במקצת. לכן, הואיל והתובע טוען שחייב לו הנתבע סכום מסוים, והנתבע מודה לו בחלק מן הסכום, יש לחייב את הנתבע שבועה, ואין חשיבות לשאלה מה הטעם לחיוב.²⁰⁶

החולקים עליו סוברים שחיוב השבועה מבוסס על הנתינה. כשאינן בסיס משותף לתובע ולנתבע לגבי הנתינה, אין מקום לומר שהנתבע הודה בחלק מן התביעה, וממילא, אין יסוד לחיוב השבועה.

ה. תביעה וכפירה

הדין האמור בפרשה חל דווקא על נתינה של "כסף או כלים". מכך למדו חז"ל, שדווקא בתביעה חשובה כעין כסף או כלים עסקינן, דהיינו: לפחות שתי כסף או שני כלים. במסכת שבועות²⁰⁷ נחלקו רב ושמואל בשאלה, כיצד יש לפרש את הפרשה לגבי מודה במקצת. האם חיוב השבועה מותנה בכך שתהיה התביעה בסכום של שתי כסף לפחות, או שמא החיוב מותנה בכך שהכפירה תהיה בסכום זה לפחות. שאלה זו אינה מתעוררת כמובן בנוגע לשבועת השומר, שבה סכום התביעה וסכום הכפירה זהים. לעומת זאת, כאשר בעל הדין מודה במקצת, הסכומים שונים. מתעוררת אפוא השאלה, מהו הגורם המחייב את השומר שבועה: הטענה או הכפירה?

השאלה האם הגורם המחייב שבועה הוא הטענה או הכפירה, תלויה כמובן בשאלה, מה עיקר מגמתה של הפרשה: דיני הטענות או דיני השמירה.

לדעת רב העיקר בפרשה הוא הדיון בין הצדדים. רב מפרש שהכלל העקרי העולה מן הפרשה הוא שבמקום שבו יש ויכוח בין הצדדים על שתי כסף לפחות, שם מחייבת התורה

203. שבועות מג.א. בפשטות נראה שמנורה גדולה שיכול לגררה היא מטעם שאנו רואים את המנורה ככלי שיש בו שני חלקים מחוברים זה לזה, והחלק האחד צורתו ותבניתו כתבנית מנורה קטנה. והואיל ואם נחתוך את המנורה ונפריד בין החלקים נמצא שתבע מנורה קטנה ועוד חלק, אי"כ לא אכפת לנו ששני החלקים מחוברים יחד למנורה גדולה ואינם נראים כלל כשני חלקים. סו"ס הודה במקצת. אך נראה שלא כך הבין רא"ה. וסברת רא"ה היא שאם נתן לו מנורה פלונית ולא מנורה אלמונית, הרי שלא הודה ממין הטענה אף על פי שהיא כתבנית הראשונה. ומה שאנחנו מחייבים ביכול לגררה הוא רק מפני שאפשר לפרש את דבריו. ואי אפשר לחייבו מפני שחלק מהמנורה הגדולה הוא תבנית מנורה קטנה, שהרי סו"ס מנורה אחרת היא.

204. בבא מציעא שם.

205. לשיטתו הפרשייה היא פרשיית טענות, וגם הנתינה אינה אלא טענת נתינה, כמו שביארנו לעיל.

206. אבל הסמ"ע (פח, לד) פירש את דעת הרמב"ם שהכול מין ממון, כלומר: גם לרמב"ם אוליין בתר נתינה.

207. שבועות לט.ב.

שבועה. לכן יש מקום גם לטענת הנתבע, ואין חשיבות בלעדית לתביעה או לנתינה. עיקר החיוב נובע לא מהשאלה מה נמסר לשמירה אלא מהשאלה מה הדיון בין הצדדים על הסכום שצריך לשלם. לכן להלכה הסכום הקובע הוא דווקא סכום הכפירה, שהרי הוא הסכום שעליו אין הסכמה בין הצדדים. לעמת זאת, שמואל מפרש שהכלל העולה מן הפרשייה הוא שבכל מקום שבו יש תביעת שתי כסף, או בכל מקום שבו יש תביעה שיסודה בנתינת שתי כסף,²⁰⁸ חייבה התורה שבועה. לכן להלכה הסכום הקובע הוא סכום התביעה.

מחלוקת האמוראים באה לידי ביטוי בשני הקשרים נוספים:

לדעת שמואל, אם תובע מטבע והנתבע מודה במטבע אחר אין זו הודאה ממין הטענה. לפי רב זאת הודאה ממין הטענה, כי הגורם המחייב בפרשה אינו השאלה מה נתן לו אלא הוויכוח ביניהם למעשה והסכום השנוי במחלוקת, ואם כן אין חשיבות לשאלה איזה מטבע נמסר מראש, חשוב רק ערכו. שהרי התובע כסף אינו תובע דווקא שישלם לו באותו מטבע (להבדיל מהתובע חיטים למשל, שתובע שיתן לו חיטים). הוא תובע סכום כסף ואם כן הדיון נסוב על הסכום. ומכיוון שלפי רב הגורם המחייב שבועה הוא מחלוקת בין הצדדים על חיוב סכום מסוים, גם כאן יש דיון כזה ויישבע. לעומת זאת, לדעת שמואל הבסיס לחיוב השבועה הוא העובדות, אותו מעשה שיצר את החיוב, הנתינה, המעשה שנעשה ביום ההפקדה, ולא התביעה המונחת עתה על שולחן בית הדין. לכן כשאין הודאה במקצת על הנתינה אין חיוב שבועה.

עוד נחלקו רב ושמואל לגבי מקרה שבו תבעו חיטים ושעורים והודה באחד מהם. לפי רב הכפירה היא היסוד לחיוב השבועה, ולכן לפי רב, אם תבעו שני מינים והודה באחד מהם – אינו נשבע, שהרי כל מין הוא דיון בפני עצמו, והדיון הוא העיקר. אבל לפי שמואל הואיל ועסקינן בהפקדה אחת יש כאן תביעה אחת, והואיל והודה במקצתה יישבע. הגורם המחייב לפי שמואל הוא המעשה שנעשה ביום ההפקדה, ולא התביעה המונחת עתה על שולחן בית הדין, ומכיוון שיש הודאה במקצת אותו מעשה – יישבע.

אולם, להלכה פוסקים כרב בתביעת שתי כסף, וכשמואל בשני מינים. ולקמן יורחבו הדברים.

אפשר שרב ושמואל נחלקו בשאלה שהעלינו לעיל, האם עיקר הפרשייה הוא פרשיית טוען, או שעיקר הפרשייה הוא פרשיית השמירה. לדעת רב הפרשה מתחילתה עוסקת בטוען, ושומר הוא רק דוגמה. לדעת שמואל הפרשה היא פרשה של שמירה, שהרי התורה מנסחת את המקרה במעשה ובדבר שמירה ופשע. אבל הפסוק השלישי מלמד שלא רק בשומר האמור, אלא בכל דבר פשע בכסף או כלים, "עד האלהים יבא דבר שניהם".

לכן לפי רב המחלוקת בין בעלי הדין היא העיקר, היא נושא הפרשייה, ועליה נאמר שתי כסף. לכן היא צריכה להיות לפחות שתי כסף, שהרי עליה אנו דנים. ואילו לפי שמואל

208. לדעת שמואל העיקר הוא הנתינה, עיקר הפרשה בתיאור המקרה, הנתינה או טענת התובע שנתן, ולכן די בכך שהתובע טוען שנתן שתי כסף.

הסכום שנמסר לנתבע על פי טענת התובע הוא אשר צריך להיות שתי כסף, שהרי על המעשה אנו דנים.

לחילופין, אפשר לפרש ששניהם מודים שעיקר הפרשייה עוסקת בשמירה. לפי רב העיקרון הנלמד משומר לדיני טענות הוא דרך הדיון בוויכוח שיש בין הצדדים, ואילו לשמואל הכלל העיקרי הנלמד הוא שכאשר יש זיקת ממון מוכחת, כלומר: יש נתינה מחייבת שהנתבע אינו כופר בה לגמרי, אפשר להשביע. לשיטת שמואל, הנתינה או התביעה הן העיקר, כמו בשומר שבו נתינת שתי כסף יצרה חיוב שבועה, כך גם במודה במקצת – אם הייתה נתינת שתי כסף יש חיוב שבועה.

ניתן לפרש גם ששניהם מודים שעיקר הפרשייה עוסק בטענות, וכשנאמר "כי יתן" היינו כי יטען שיתן, "וגנב" היינו שיטען שגנב,²⁰⁹ ומחלוקת האמוראים היא בשאלה האם חיוב השבועה נוצר מטענת התובע²¹⁰ או מטענת שני הצדדים.

הגמרא²¹¹ אומרת שדייקי קראי כוותיה דשמואל, כי הפרשה עוסקת בשתי כסף ועל זה "יאמר כי הוא זה". הגמרא מבינה שפשט המילים "כי יתן" הוא: כי יטען שיתן,²⁰⁹ ועל זה נאמר "כסף או כלים", ולכן דברי הנתבע אינם באים אלא בפסוק השלישי. הפסוק הראשון, שבו נאמר כסף או כלים, עוסק בדברי התובע בלבד, לכן קראי כוותיה דשמואל. הגמרא אומרת שרב יבאר ש"כסף" אתא מעיקרא לכפירה. כלומר, הפסוק הראשון עצמו עוסק גם בכפירה; גם הוא עוסק בדיון בין הצדדים ולא רק בטענת התובע.

1. סיכום

נמצא אם כן, שיש בפרשה כמה מרכיבים. מבנה הפרשייה בנוי על תיאור העובדות כמו שהן, ולא על טענות הצדדים. בבסיס חיובו של הנתבע עומדת הנתינה, כלומר: הפעולה שיצרה את החיוב. בלעדיה אין הנתבע חייב דבר, וממילא אין בסיס להשביעו. ואולם, נחלקו הדעות בשאלה האם עצם קיומה של הנתינה הוא הבסיס לחיוב בפרשייה, או שהפרשייה השתמשה במקרה של שומר חינם כדי ללמד את דיני הטענות. על פי מחלוקת זאת בהבנת הפרשייה, נחלקו מהו המרכיב העיקרי בחיוב השבועה.

209. כלומר: זה המצב מבחינת הדיינים. מבחינת האמת אפשר שטענותיהם נכונות.

210. ולפי הגורם העיקרי המחייב שבועה בפרשתנו הוא טענת התובע, ורק על זה נאמר כסף או כלים, וכמו שהתבאר לעיל שבמקום שבו א"צ טענה (כלומר בעד אחד) א"צ שתי כסף. (אך יש עדיין לשאול מתחילה למה להשביע בעד אחד, ועל כך ראה בהרחבה לעיל בפרק יד. מקור שבועת עד אחד, בעמ' 395 ואילך).

211. שבועות לט.ב.

שבועה – תשלום, נאמנות או פטור מחוסר ראיות?

הרב ירידיה כהנא

- | | |
|------------------------------------|-----------------------------------|
| א. מבוא | ז. שיטת השולחן ערוך |
| ב. מחלוקת רב ורב נחמן | 1. תפיסה ללא עדים לאחר שבועה |
| ג. ביאור שיטת רב | 2. כופר בכול שחזר בו והודה במקצת |
| ד. שבועה כתשלום | 3. קשיים בפסיקת השו"ע |
| 1. שיטת השערי שבועות' | ח. שיטת הגר"א |
| 2. תפיסה ללא עדים לאחר שבועה | 1. נשבע היסת ובא עד אחד |
| 3. שיטת הר"י מיגאש | 2. נשבע והוכח שהוא חשוד |
| 4. סיכום | 3. מקור לדברי הראשונים |
| ה. שבועה כנאמנות | 4. הקושי בדברי הגר"א |
| 1. פסילת הנשבע על ידי תובע ועד אחד | 5. יישוב הקושיות על פי שיטת הרא"ש |
| 2. תפיסה במיגו לאחר שבועה | ט. סיכום |
| 3. סיכום | שיטת השערי שבועות |
| ו. שבועה כפטור מחוסר ראיות | שיטת הרשב"א |
| 1. פסילת הנשבע על ידי תובע ועד אחד | שיטת הרא"ש, השו"ע והגר"א |
| 2. תפיסה במיגו לאחר שבועה | |
| 3. סיכום | |

א. מבוא

בדיני הראיות בתורה מצאנו סוגים שונים של ראיות ורמות שונות שלהן, לדוגמה – מיגו, חזקה, עדים וכדומה. למסגרת זו יש להוסיף את שבועת הדיינים, שתפקידה בתורה הוא לפטור את הנתבע מן התשלום במקרים מסוימים: כנגד עד אחד, בהודאת מקצת, בשומרים ובעוד מצבים.

נשאלת השאלה: מהו מעמדה של השבועה וכיצד היא פוטרת את החייב?

* הרב ירידיה כהנא, מכון 'ארץ חמדה', ירושלים.

ב. מחלוקת רב ורב נחמן

אחת הסוגיות המרכזיות בעניין מהות השבועה, היא הסוגיה הבאה –

שבועה קונה כדרב הונא, דאמר רב הונא אמר רב: מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי ונשבע, ואחר כך באו עדים – פטור, שנאמר "ולקח בעליו ולא ישלם", כיוון שקבלו הבעלים שבועה שוב אין משלמים להם ממון...
אמר ליה רמי בר חמא לרב נחמן: מכדי דרב לא סבירא לך, משכוני נפשך אדרב למה לך?... והא רב קרא קאמר?
קרא – לכל הנשבעין שבתורה שנשבעין ולא משלמין הוא דאתא, "ולקח בעליו ולא ישלם" (שמות כב, י) – מי שעליו לשלם הוא נשבע.¹

כלומר, בגמרא מובאים דברי רב, שסובר שאדם שנשבע ונפטר, אף אם יבואו עדים ששיקר – לא יוכלו לחייבו לשלם. רב נחמן חולק על כך, וסובר שאם העידו עדים שהנשבע שיקר – הוא חייב לשלם. בכל זאת, ניסה רב נחמן לתרץ את דברי רב מהקושיות עליו.
על דברי הגמרא הללו מתעוררות מספר שאלות:

א. מהי סברת רב?

ב. האם רב נחמן, שהלכה כמותו, חולק על רב בדין, או גם בסברה?
לאור הדיון בשאלות הללו, ננסה לברר מהם מעמדה ותפקידה של שבועת הדיינים.

ג. ביאור שיטת רב

בביאור דברי רב יש כמה אפשרויות:

א. השבועה משמשת כמעין **תשלום**, וממילא נפטר הנתבע מהחוב אף שיש ראייה שהיה חייב ונשבע לשקר. הבנה זו מסתייעת בביטוי המופיע בגמרא "שבועה קונה", כלומר, על ידי השבועה הנתבע "קונה" את הממון.

לחילופין, ניתן לומר ששבועה אינה ממש תשלום, אלא מחילה, כלומר התובע מתרצה לקבל את השבועה במקום את כספו. הבנה זו מסתייעת בביטוי "כיוון שקבלו הבעלים שבועה..." הבעלים מקבלים את השבועה במקום התשלום. גם הסבר זה עולה בקנה אחד עם הביטוי "שבועה קונה".²

ב. השבועה טובה כ**נאמנות של שני עדים**. הסבר זה קשה, וגם בגמרא לא משמע כך. אין כל רמז לכך בביטוי "שבועה קונה", וכן לא ברור איך נלמד הדבר מן הפסוק "ולקח בעליו ולא ישלם", שמשמע ממנו שהבעלים מקבלים משהו.

1. **בבא קמא קו.א.**

2. הבנה זו קשה בדברי רב מצד אחר, שהרי רב הוא הסובר שאין דין "מתוך שאינו יכול להישבע משלם" ואם השבועה היא בעצם תשלום של הממון, קשה להבין מדוע כשאינו נשבע אינו צריך לשלם. לקמן (סמוך להערה 16) נציע תירוץ לקושי זה על פי אחת השיטות.

כעיבוד לסברה זו אפשר להציע, שהתובע חייב לתת לנתבע נאמנות כשני עדים בשבועתו, וממילא לא יועילו עדים יותר. ביאור זה הולם את דברי הגמרא, ואף מסביר את העובדה שהודאת בעל-דין לאחר השבועה מועילה.³

ג. כשאדם נשבע, נוצר לפנינו מצב של "סוף הדיון". כלומר: התובע מוותר על זכותו להביא ראיות מכאן ואילך, ונעשה כמי שאמר 'אין לי עדים ואין לי ראיה'.⁴ הסבר זה מסביר היטב את העובדה, שדבריו של רב אינם תקפים במקרה שהנתבע הודה שנשבע לשקר. בדרך כלל נקטו הראשונים כסברה הראשונה, ששבועה לפי רב היא כתשלום. במהלך המאמר יובאו שיטות הראשונים בביאור סוגיה זו, ובמעמדה של השבועה באופן כללי.

ד. שבועה כתשלום

1. שיטת ה'שערי שבועות'

בספר שערי שבועות מובא –

שאמרתי שיקבל התובע לקיחת השבועה במקום גביית ממון כדכתב קרא... "ולקח בעליו ולא ישלם"... הרי לקיחת השבועה במקום התשלומין.⁵

אלה הם דברי רב בשינויים קלים. השערי שבועות מסביר שהבעלים מקבל את השבועה במקום התשלום.

לכאורה, לפי זה, גם אם יבואו עדים אחר שבועת הנתבע הם לא יחייבו אותו בתשלום, מפני שכבר "שילם" בשבועתו. אך מכיוון שהלכה כרב נחמן בדיני,⁶ חייב לשלם במקרה כזה. ואם כך יש להקשות, איך מסתדר דינו של רב נחמן עם הקביעה ששבועה היא כתשלום?

על כך עונה השערי שבועות –

...שתהא שבועת אמת ומקוימת. זו בא ללמדנו שאם ידחה בעל דינו בטענה הנפטר בה ונשבע עליה לשקר, ואחר כך נתברר על פי עדים שלשקר נשבע, לא נפטר מבעל חובו... וחוזר וגובה ממנו... ולכך אמרנו מדה זו בשבועת אמת ומקוימת, שאינו נפטר בשבועת שקר מלשלם...⁷

3. נאמנות, אף שהיא כבי תרי, לא מועילה למקרה שהנאמן מודה אחר כך מעצמו (שבועות מא,ב).

4. ניתן להסביר זאת כך: התורה לא רצתה שאדם יישבע לחינם. גם להלכה אנחנו רואים שמכריחים את התובע לבטל ראיות שהוא יכול להביא עכשיו, ושעלולות להפוך את השבועה לשבועה לחינם, כגון אם טוען פרעתי, יכול לתבוע שהתובע יבטל כל שטר שיש לו, כדי שלא ייווצר מצב שיישבע ובכל זאת יתחייב לשלם (שולחן ערוך חו"מ עה, כד). כמוכן שזה לא כפוף לדברי רב, משום ששם מדובר בראיות שאינן סותרות את השבועה.

5. שערי שבועות א, ו.

6. כתובות יג,ב.

7. שערי שבועות א, ד.

כלומר, על אף שהשבועה היא כתשלום, וחייב התובע לקבל השבועה במקום התשלומים, הוא אינו חייב לקבל שבועת שקר כתשלום. כמובן, בתנאי שהדבר הוכח.

לפי הסבר זה, אין מחלוקת עקרונית בין רב נחמן לבין רב. שניהם מסכימים ששבועה היא מעין תשלום, אך לפי רב נחמן קיימת הסתייגות במקרה שהוכח שהשבועה הייתה לשקר. הסבר זה לדברי רב נחמן מסתדר במיוחד לפי הביאור שהשבועה היא כתשלום מפני שהתובע מקבל אותה כך, כעין מחילה. ולכן ברור שאין הוא מקבל שבועת שקר כתשלום.

על פי זאת נוכל להבין גם מדוע מנסה רב נחמן להסביר את דברי רב ולתרצם, אף שהוא עצמו חולק עליהם, וזאת משום שבעיקר הסברה יש ביניהם הסכמה.

לדבריו של השערי שבועות מסכים, כנראה, רש"י. הגמרא מביאה את דינו של רב נחמן –

כל הנשבעין שבתורה... לא משלמין, דאמר קרא "ולקח בעליו ולא ישלם".⁸

ומסביר רש"י –

רישא דקרא "שבועת ה' תהיה בין שניהם". "ולקח בעליו" – את השבועה, "ולא ישלם" הנתבע שוב כלום.⁹

לכאורה קשה על רש"י שהביא את דבריו של רב ביחס להסבר דברי רב נחמן, הרי הם חולקים! אך הדבר יובן בנקל, אם נניח שאין ביניהם מחלוקת עקרונית ביחס לאופי השבועה, שהיא כתשלום, והמחלוקת ביניהם היא יישומית בלבד, במקרה שבאו עדים.

2. תפיסה ללא עדים לאחר שבועה

אלא שכעת נשאלת השאלה, מה נפקא מינה ששבועה כתשלום, אם כשבאו עדים ששיקר – חייב לשלם? תשובה לכך אפשר למצוא בדברי המרדכי –

בספר החכמה כתב: נשבע ואחר כך באו עדים – פטור... ואין הלכה כן, אלא אם באו עדים אחר השבועה חייב לשלם. וממורי הכהן קבלתי, דאפילו לא באו עדים וזה תפס משלו שלא בפנינו ואומר איני רוצה לישבע, שהדין עימו שהוא נשבע לשקר, דיכול לעשות כן. ובשערי שבועת האלפס כתב, שיקבל התובע השבועה במקום גביית ממון... משמע שלא כדברי מורי הכהן.¹⁰

המרדכי מביא מחלוקת בין 'מורי הכהן' לבין שערי שבועות, מה הדין אם הנתבע נשבע ונפטר, ואחר כך תפס התובע בלא עדים את הממון, וטען שהנתבע נשבע לשקר. בשם 'מורי הכהן' מביא שהדין עם התופס, ונאמן במיגו שהיה טוען שלא תפס, אבל מכך ששערי שבועות פוסק כדברי רב, מסיק המרדכי שהוא חולק, וסובר שלא תועיל תפיסה, אף שיש לו מיגו.

ההסבר ברור, היות שהנתבע כבר שילם בשבועתו, והתובע מודה בכך, לא יועיל מיגו במצב כזה, מכיוון שאף לפי טענת התובע אין הנתבע חייב לו כלום, שכבר שילם בשבועתו.

8. שבועות מה, א.

9. רש"י שם ד"ה ולקח.

10. מרדכי בבא קמא קלג, כדבריו כותב גם השלטי גבורים (על הרי"ף שבועות לג, ב).

3. שיטת הר"י מיגאש

עתה נותר לנו לברר, מה פירוש הדבר "שבועה כתשלום"? האם הכוונה היא שבבסיס החיוב עומד הממון המוטל בוויכוח, ועל ידי השבועה אפשר להיפטר מחוב זה, או אולי, שהחוב המוטל על אדם במקרה של חיוב שבועה הוא שבועה בלבד, אך ייתכן שבמקרים מסוימים חוב זה יתפתח לכדי חוב ממוני?

ההבנה הפשוטה אומרת שבסיס החיוב הוא ממון, והשבועה באה לפטור ממנו, אולם, נראה שיש חולקים על גישה זו.

אדם שחייב לחברו ממון, ועברה השביעית – פקע החוב. במשנה¹¹ כתוב: "והשביעית משמטת את השבועה". כלומר, הוא הדין גם בחיוב שבועה, אם עברה השביעית עליו קודם שנשבע – אינו חייב יותר להישבע שבועה זו. הגמרא¹² לומדת דין זה מהפסוק "וזה דבר השמיטה" – "אפילו דיבור משמטת".

הר"ן¹³ הקשה בסוגיה זו: מה החידוש בכך שהשביעית משמטת את השבועה, הלא מדובר בשבועת ממון, וכיוון שעברה השביעית פקע החוב. על מה, אם כן, יישבע? כל פירוש בסוגיה מוכרח לתרץ קושיה זו.

הר"י מיגאש מפרש את דברי הגמרא כך –

פירוש, ואף על פי שאינו חוב ממון דקרינא ביה לא יגוש, אלא חוב שבועה, אפילו הכי משמט. דחוב שבועה נמי לא יגוש קרינא ביה, דהא קא נקיט ליה ואמר קום אשתבע לי.¹⁴

מדברי הר"י מיגאש עולה ששבועה היא חיוב הגוף,¹⁵ ואף על פי כן היא נשמטת, וזהו חידוש התורה בפסוק "וזה דבר השמיטה", שאף חוב שאינו של ממון ממש, אלא של שבועה – נשמט.

לפי זה מתורצת גם קושיית הר"ן, שנקודת המוצא שלו הייתה שבבסיס חיוב השבועה עומד חוב ממוני, ואם הוא נשמט אין טעם לשבועה, אך לפי דברי הר"י מיגאש חוב השבועה עומד בפני עצמו. אמנם אם אדם אינו רוצה להישבע או אינו יכול, הוא ישלם, אך זוהי התוצאה של אי מילוי חובת השבועה, ולא הסיבה להיווצרותה של חובה זו.

11. שבועות מה, א.

12. שבועות מט, א.

13. ר"ן על הר"ף שבועות לב, ב.

14. חידושי הר"י מיגאש שבועות מט, א ד"ה פיסקא.

15. בדרך זו ניתן גם להבין את הסבר הר"י מיגאש (שם שבועות מח, ב ד"ה איבעיא) לעובדה ששבועת השותפים אינה נשמטת בשביעית, וזה לשונו: "משום דלא משמטא שביעית אלא חוב שהוא ודאי, דקרינא ביה לא יגוש".

לכאורה קשה הדבר, הלא גם בשבועה דאורייתא יש ספק בחוב? אלא ההבנה היא, שבשבועה דאורייתא נוצר חוב ודאי של שבועה, ולכן שביעית משמטת, מה שאין כן בשבועת השותפין. אמנם זה קצת קשה, מכיוון שזה מקביל להסבר השני של הר"י מיגאש שמובא שם, שמחלק בין שבועה דרבנן לשבועה דאורייתא.

על פי דברי הר"י מיגאש הללו נוכל להבין מדוע רב חולק על כך שאין דין "מתוך שאינו יכול להישבע משלם".¹⁶ אם בדברי רב ההסבר הוא, ששבועה היא כתשלום ממון, תמוה מאוד שרב הוא הסובר שאין דין מתוך שאינו יכול להישבע משלם,¹⁷ שהרי אם אינו יכול להישבע צריך לשלם. אך אם ההסבר הוא שהשבועה היא מילוי החובה להישבע, הרי שמי שאינו יכול להישבע נפטר.

4. סיכום

בעל השערי שבועות קיבל להלכה את דעת רב שבועה היא כתשלום, וזאת, בתנאי שמדובר בשבועת אמת. מכאן מובנת פסיקת המרדכי שתפיסה אינה מועילה לאחר שבועה: כיוון שהנתבע פרע את חובו, לא ניתן לגבות ממנו שוב.

את הקביעה ששבועה היא כתשלום ניתן להבין בשתי צורות:

האחת – בסיס השבועה הוא חוב הממון המסופק, שהשבועה פוטרת ממנו על ידי כך שהיא מהווה מעין תשלום.

והשנייה – התורה קבעה שבמצבים מסוימים ייווצר חוב חדש, והוא השבועה. ייתכן שאם אי אפשר לממשו הוא יומר בכסף, אבל החוב בבסיסו הוא חוב שבועה. כך עולה מדברי הר"י מיגאש.

ה. שבועה כנאמנות

אפשר להבין את השבועה גם כנאמנות, כלומר, התורה נתנה לנתבע נאמנות בשבועתו במסגרת הראיות הקיימות בתורה: עדים, מיגו, עד אחד, יכיר, והוסיפה התורה את השבועה. להלן נראה, שזו היא שיטתו של הרשב"א.

1. פסילת הנשבע על ידי התובע ועד אחד

הרשב"א דן בנושא השנוי במחלוקת ראשונים, והוא: האם לאחר שהנתבע נשבע ונפטר מחיובו, יכול העד שנגדו נשבע, ואולי גם בעל דינו, להעיד שלשקר נשבע ולפוסלו לעדות.

ואלו הם דברי הרשב"א –

ומכל מקום לעיקר מה שהיא השאלה במורה במקצת שנשבע, שיבוא התובע לאחר מכאן להעיד עליו שנשבע לשקר ויפסלנו, אינו נראה לי... משום דקשיא לן דאם איתא כל שנשבע על פי עד אחד נעשה חשוד ופסול, וכן כל שתבעוהו שניים וכפר

16. שבועות מז,א.

17. מקובל להסביר שהמחלוקת בין מי שאומר "מתוך שאינו יכול להישבע – משלם" לחולק עליו היא, שדין "מתוך" מבוסס על כך שחייב שבועה הוא חייב ממון וכדי להיפטר צריך להישבע, לכן מי שאינו יכול להישבע – משלם. החולקים סוברים שחייב שבועה הוא חייב הגוף להישבע, ורק סירוב להישבע מחייב ממון. הסבר זה קשה אם השבועה היא כתשלום. לאור האמור למעלה קושי זה מתיישב.

בכל ונשבע... ואם כן לא הנחת בן לאברהם אבינו כשר לעדות, והתורה האמינתו ופטרתו בשבועה או בתשלומי שבועתו, עד שאמר רב ולקח בעליו שבועתו ושוב ולא ישלם. ואף על גב דלא משכנינן נפשין אדרב, מכל מקום לא ניקום וניפסליה, וכי אמרה תורה והאמינתך בדינך ופסלתך לעדות? אתמהה...¹⁸

כלומר, הרשב"א מבין, שאין אפשרות לפסול את הנתבע על פי העד ו/או בעל הדין שנגדו, שיעידו שנשבע לשקר, משתי סיבות:

א. לא הגיוני לומר שהתורה האמינה לאדם בשבועתו, ופסלה אותו על פי אותה השבועה עצמה לעדות. אם כך הוא, לא יהיה בישראל אדם כשר לעדות.

ב. הפסיקה בניגוד לרב, היא רק בנוגע לעיקר דינו, שעדים לאחר שבועה אינם מוציאים ממון, ובוה לא פוסקים כמותו. אבל ברור מתוך דברי רב, שאין אפשרות לפסול אדם לאחר שנשבע בצורה המתוארת, ועל כך אין מחלוקת.

כדברי הרשב"א מביא הים של שלמה¹⁹ בשם ראשונים רבים – הר"י מיגאש, הרב משה בר יודא, ועוד – כולם מציינים שהמקור לדבריהם הוא בסוגיית "ולקח בעליו ולא ישלם".

בפירושו הגמרא על פי הרשב"א ישנן שתי אפשרויות. וזאת על פי דבריו "התורה האמינתו ופטרתו בשבועה או בתשלומי שבועתו":

א. רב סובר שהשבועה היא כתשלום, ולכן עדים שיבואו לאחריה לא יוציאו ממון מהנתבע; רב נחמן חולק עליו וסובר שהשבועה היא נאמנות, אבל פחותה מנאמנותם של שני עדים.

ב. רב סובר שהשבועה היא כנאמנות של שניים; רב נחמן חולק עליו וסובר שהיא פחותה מזה.

כך או כך, ברור שלדעת הרשב"א השבועה היא ראייה לדברי הנתבע, ולכן אי אפשר לפסלו על סמך אותן הראיות שהשביעהו.

18. שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן, קט.

19. ים של שלמה בבא קמא ט, מז. היש"ש חילק שם בין בעל הדין לבין העד. ומסקנתו, שבעל הדין אינו יכול להעיד נגד הנתבע לפסולו לאחר שנשבע, מכיוון שנאמן נגדו, אבל העד יכול להעיד עליו שנשבע לשקר. ולכן, אם אדם נשבע פעמיים נגד עד אחד יכולים העדים לפסולו לשבועה, ומביא לכך הוכחה מהגמרא בסנהדרין, ששני עדים העידו על שתי גניבות שונות: "קמי דידי גנב קבא דחושלא... קמי דידי גנב קתא דבורטיא" ופסלוהו לעדות, ואומר היש"ש שזה אף שנשבע נגד העדים, והוא הדין בכל אדם שנשבע פעמיים נגד עד אחד שייפסל לכל הדעות.

נראה לי לדחות את דבריו וגם את הוכחתו. בסוגיה בסנהדרין העדים העידו על גניבה, שפוסלת אף ללא שבועה, ולכן נפסל אף שנשבע נגדם. אך כל אדם שנשבע, נניח, בהלוואה נגד עד אחד, על כך שכפר, אי אפשר לפסלו, שכן "הכופר במלוה כשר לעדות", ואחרי שנשבע הוא כבר נאמן נגד העד, ועל כך אי אפשר לפסלו.

באופן זה ניתן לדחות גם את ההוכחה מ"לידי אופן בריביתא" ששם המעשה עצמו פוסל. כמו כן, מהתוספות בבבא בתרא אין הוכחה שדעתו שתמיד אפשר לפסול את הנתבע אחר השבועה, כי שם מדובר בגול (אם כי מבעל הדין יש קצת הוכחה). אמנם ריב"א והרא"ש וסיעתם בוודאי סוברים שהוא הדין בכל שבועת עד אחד.

ממד של נאמנות בשבועה אפשר למצוא גם בדברי הר"ן על שאלת הגמרא "מנא לן שכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין", ואלו דבריו –

דבמודה במקצת סלקא דעתך אמינא כיוון דממונא אית ליה גביה... אימא ישבע התובע וייטול, ובעד אחד נמי... ישבע התובע ותהיה שבועתו במקום עד ויטול כעל פי שנים עדים.²⁰

כלומר, הר"ן התייחס לשבועה כאל כלי ברור השווה בערכו לעדות.

בדברי הר"ן חוזר ומופיע עניין זה גם ביחס לשבועת הנוטלין, הר"ן²¹ כותב על התובע מחברו מאה, חמישים הלוואה וחמישים חבלה, ונשבע על חבלתו ונטל, שצריך הנתבע להישבע שבועת התורה על החמישים הלוואה. שהרי כשנשבע התובע על חבלתו אנן סהדי שהאמת אתו, והוי כרבי חייא קמייתא,²² כעדים על מקצת התביעה – והנתבע חייב שבועה. שוב רואים אנו שהר"ן מייחס לשבועה נאמנות.

2. תפיסה ללא עדים לאחר שבועה

בעניין תפיסה במיגו לאחר השבועה, יש להסתפק מה יהיה הדין לפי שיטת הרשב"א. מצד אחד, נראה שתועיל תפיסה במיגו, כי גם אם השבועה ביררה את הספק, הרי גם מיגו הוא כלי ברור, ולא ברור אם מיגו הוא ראייה טובה יותר מן השבועה או ראייה פחותה ממנה.

מצד שני, נראה לומר שלא תועיל תפיסה, מכיוון ששבועה היא נאמנות עצמאית²³ שהתורה יצרה, מה שאינו נכון במיגו, שאינו בדיוק ראייה, אלא חלק ממערכת הטענות. והדעת נותנת שלא יוכל לתפוס,²⁴ אך עדיין יש להסתפק בדבר.

3. סיכום

שיטה זו, העולה מדברי הרשב"א, רואה את השבועה כנאמנות. ממילא עולה שלאחר שהנתבע נשבע הוא נאמן, ואי אפשר לפוסלו אלא על פי עדים. אם תפס התובע אחר השבועה – יש להסתפק, ונראה שהתפיסה לא תועיל.

20. ר"ן על הרי"ף שבועות, כה, ב ד"ה גמ'.

21. ר"ן על הרי"ף שבועות כ, ב.

22. על-פי רש"י ב"מ ג, א ד"ה דידיה הוא.

23. יש לדון מה יהיה הדין במיגו מול "כיר". לדוגמה, האב הכיר אחד מבניו בתור בכור, ובן אחר תפס בלי עדים וטען שהוא הבכור, ורוצה שנאמין לו במיגו שהיה אומר שכלל לא תפס, או שהחזיר. לא מצאתי לשאלה זו כל התייחסות בפוסקים.

24. דמות ראייה ניתן להביא מכך שנראה להלן ברא"ש שהסיבה שפוסק שתפיסה לאחר שבועה מועילה היא שלא קיימא לן כרב ולא כסברתו.

1. שבועה כפטור מחוסר ראיות

1. פסילת הנשבע על ידי התובע ועד אחד

עסקנו בפרק הקודם בפסילת הנתבע לאחר שנשבע, על ידי התובע והעד שהשביעו. ראינו שהרשב"א וסיעתו שוללים זאת מכול וכול, אך יש החולקים על דבריהם, ונביא אותם אחד לאחד.

אחד המקורות לכך הם דברי התוספות שמסבירים למה אין לאדם מיגו שיכול להכחיש עד אחד ולהישבע –

דלא הוי חציף למימר לא חטפי להכחיש את העד, או משום שירא שלא יפסלוהו לעדות העד ובעל הנסכא כדאמר בזה בורר (סנהדרין כה,א), דבעל דין מהימן לומר לדידי אוזפן בריביתא.²⁵

וכדבריהם כותבים גם הריב"א, רבנו יקר ורבנו ברוך, וכן מובא בשם במרדכי –

הוא הדין דנגזל מצטרף עם אחד להעיד על הגולן שהוא פסול לעדות... ומצאתי משם ריב"א שפסק שהוא הדין הנשבע להכחיש העד אף על פי שפטר עצמו בשבועתו, שהרי בעל דינו והעד אומר ששקר שבועתו... ומכאן פסק רבינו יקר מי שתבעוהו שניים לדין... ונשבע להם דיכולין להעיד ולפוסלו, וכן פסק רבינו ברוך בספר החכמה.²⁶

כך כתב גם הרא"ש –

ששאלת על הנשבע להכחיש העד... שהעד ובעל דין מצטרפין יחד לפוסלו... אבל כשיעידו שניהם בפני בית דין ויאמרו אנו מעידין... שעבר על שבועתו, מאז... הוא נפסל.²⁷

יש לשאול, לפי דברי הראשונים שהובאו, מהי משמעותה של השבועה על פי רב נחמן? אם אין היא מעניקה נאמנות ולא תשלום, אז מהי משמעותה?

2. תפיסה במיגו לאחר שבועה

המפתח להבנת הדברים נמצא, לדעתי, בדברי הרא"ש במקום אחר, שדן במקרה שנדון לעיל: לאחר שראובן נשבע לשמעון על ממון מסוים ונפטר, תפס שמעון את ממונו של ראובן ללא עדים, וטוען שראובן נשבע לשקר, האם נאמן במיגו שהיה אומר שלא תפס כלל. וזו תשובת הרא"ש²⁸ –

25. תוספות בבא בתרא לד, א ד"ה הוי.

26. מרדכי סנהדרין, תרצג.

27. שו"ת הרא"ש יא, ב.

28. כדברי הרא"ש בתשובה מדויק גם מדבריו בהלכות (רא"ש ב"מ ב, ט) בסוגיית "ראה סלע שנפל משניים" ולשונו שם: "אמר רבא ראה סלע שנפל משניים חייב להחזיר. מאי טעמא? ההוא דנפל מיניה לא מייאש,

הדין עם שמעון (=התופס) דלא קיימא לן כרב... אלא כרב נחמן דפליג עליה התם וסבר דלא קנה הממון בשבועתו... וכי היכי דאם הביא עדים מוציא ממנו, הכי נמי אם בא לידו ממון ממנו יכול לתפוס בשביל ממון שנשבע לו עליו, דכיוון שלא קנאו בשבועתו עדיין חייב לו בדיני שמים, אלא שאין יכול להוציא ממנו בדיני אדם...²⁹

כלומר, לא ניתן להוציא מידי התופס. כך כתב גם בעל התרומות –

ויש לברר, נתבע שנשבע בבית דין על טענת התובע ולא באו עדים להכחישו, אך אחר זמן תפס התובע ממון משל הנתבע וליכא עדים וראה, וכשתבעו בתפיסתו השיבו שמאותה תביעה שתבעו... עליה אני תופסו ושברי לי שחייב לי... ושבועתו לא היתה אמת וזה משיבו... כבר יצאתי מבית דין זכאי ותפיסתך שלא כדין היא. ועל זה הסכימו בעלי הוראה דכיוון דשבועה אינה קונה ממון מהניא ליה תפיסתו.³⁰

מדבריהם עולה, שרב נחמן חולק על רב מכול וכול, בסברה ובדין, ושבועה אינה משמשת לא כתשלום ולא כהוכחה. ניתן לראות זאת בדברי בעל התרומות במקום אחר –

לית הלכתא כוותיה (=דרב) דהא... אמר ליה רמי בר חמא לרב נחמן מכדי הא דרב לא סבירא לך, משכוני נפשך אדרב למה לך. פירוש, הלא אין סברתך כסברתו.³¹

ניתן, אם כן, להסיק כמה מסקנות:

א. רב נחמן חולק על רב גם בדין וגם בסברה.

ב. שבועה איננה תשלום, והראיה – תפיסה מועילה לאחריה.

ג. שבועה איננה הוכחה, והראיה – בעל הדין והעד יכולים לפוסלו לאחר שנשבע.

מהי, אם כן, השבועה לפי הרא"ש?

נראה, שהשבועה היא פטור מחוסר ראיות, כלומר, השבועה פוטרת את הנתבע, אבל אין פירוש הדבר שאנחנו מאמינים לו יותר בגלל זה. הנחת היסוד היא שלתובע אין ראיות מספיקות כנגד הנתבע, ורק סירובו של הנתבע להישבע יהווה ראיה שהוא חייב. כאשר הנתבע נשבע, הוא נשאר פטור כשהיה, מהעדר ראיה של התובע.

לפי זה ניתן להבין את שני הדינים שהובאו, דהיינו: פסילת הנשבע והתפיסה שמועילה לאחר שנשבע, מכיוון שכל מה שקרה על ידי השבועה הוא, שהנתבע לא סירב להישבע ולכן לא חייב את עצמו.

מימר אמר איניש אחרינא לא הוה בהדאי... והיום או למחר יתפוס משלו אף אם יישבע לו... אפילו הכי אם יתפוס משלו לא יחזירנו".

29. שו"ת הרא"ש ח, ה.

30. ספר התרומות י, א, ד.

31. שם שם, שם, א.

3. סיכום

שיטת הרא"ש היא שהשבועה היא פטור מחוסר ראיות, ולכן אפשר לפסול את הנתבע על סמך ההוכחות שהיו עוד קודם שנשבע (העד ובעל הדין), וכן אם תפס התובע וטען שהנתבע שיקר בשבועתו, ויש לתובע מיגו – נאמן ואין מוציאים ממנו.

ז. שיטת השולחן ערוך

לאחר שסקרנו את שיטות הראשונים השונות על משמעות השבועה, נבדוק מהי דעתו של רבי יוסף קארו, בעל השולחן ערוך.

1. תפיסה ללא עדים לאחר שבועה

כתב השולחן ערוך –

אף על פי שנשבע הנתבע ונפטר על פי בית דין, אם תפס התובע אחר כך משלו בלא עדים וטוען... שלא נשבע לו באמת, הדין עם התופס ונאמן במיגו שלא תפסתי משלך.³²

בעניין זה פסק המחבר כרא"ש.

גם בעניין פסילת הנתבע אחר שנשבע, פסק השו"ע כדעת הרא"ש –

יש אומרים שהנשבע להכחיש העד, העד ואותו שנשבע לו מצטרפים להעיד עליו לפוסלו.³³

אם נכונה הנחתנו, ששיטת הרא"ש היא שבועה מהווה פטור מחוסר ראיות, ולא נאמנות או תשלום, הרי שזו היא גם שיטת המחבר.^{34, 35}

להלן נראה קשיים בפסקים שונים של המחבר, ונבדוק אם אפשר לתרצם על פי הנחה זו.

2. כופר בכול שחזר בו והודה במקצת

בטור מובא –

כתב רב אלפס בתשובה: נשבע היסת ואחר כך הודה מעצמו במקצת הוה ליה

32. שולחן ערוך חו"מ פז, ל.

33. שם, לד, כז.

34. נייטכן שישנו הבדל בין הרא"ש והשו"ע. הרא"ש סובר שלאחר השבועה נשאר הנתבע פטור כשהיה, לעומתו, דעת השו"ע היא שהשבועה יוצרת ספק. הראיה לשיטת השו"ע היא, שהשולחן ערוך (צ, י; רצח, א) פוסק כדעת הרמב"ם, שגם נתבע שלא היה אמור לדעת – חייב לשלם, משמע, שחיוב שבועה הוא חיוב ממון – הערת ערוך, ע"ר.]

35. יש לעיין, אם לשיטה זו שהשבועה היא פטור, ייתכנו מקרים שבהם השבועה תהיה תשלום או נאמנות, כרב. עיין בזה בגליון רעק"א (שולחן ערוך חו"מ פז, ל), שהביא מחלוקת בין שו"ת מקור ברוך (סימן כב) לבין שו"ת צמח צדק (ז) שדנים במקרה שהנתבע אמר לתובע 'רצונך הישבע וטול' ונשבע ונטל, ואחר כך תפס הנתבע בלי עדים וטען שהתובע נשבע לשקר, האם פה מודים כולם לרב והתפיסה לא תועיל, או שגם בכזה מקרה הדין שווה והתפיסה תועיל.

חשוד, ופרע מאי דאודי ושכנגדו נשבע ונוטל, ותמהו על דבריו, איך ייחשד על פי עצמו. ורב שרירא גאון כתב, כי אודי מדעתיה אם על דרך תשובה הודה... נפטר מהשאר. ואם הודה שלא על דרך תשובה, נשבע על השאר שאינו נפסל לשבועה על פי עצמו.³⁶

כלומר, אדם שתבעוהו וכפר בכול, ונשבע היסת כדינו ונפטר, ואחר כך הודה שבאמת היה חייב מקצת ושבועתו הייתה שבועת שקר. רב שרירא חילק בדינו, וכתב שאם הודאתו הייתה דרך תשובה³⁷ אינו צריך שבועה נוספת על החמישים שכפר. אך אם הודה שלא על דרך תשובה, מלבד תשלום החמישים שהודה, עליו להישבע פעם נוספת על החמישים האחרים. על כך העיר הבית יוסף –

ורבינו ירוחם כתב דברי רב שרירא לבד. ולשון נשבע על השאר אינו נוח לי. וצריך לדחוק ולפרש דהכי קאמר: ומועיל לו שבועתו שנשבע קודם לכן על השאר.³⁸

כלומר, לבית יוסף היה קשה על דברי רב שרירא, מדוע בהודה שלא בדרך תשובה צריך להישבע פעם נוספת, הלא כבר נשבע פעם אחת? ומתרץ בדוחק, שבאמת זוהי כוונת רב שרירא, שנפטר בשבועתו הראשונה ואין צריך להישבע פעם נוספת. כך נפסק גם בשולחן ערוך –

נשבע היסת ואחר כך הודה מעצמו במקצת. אם דרך תשובה הודה... נפטר מהשאר, ואם הודה שלא על דרך תשובה אינו נפסל לשבועה על פי עצמו.³⁹ אבל אינו צריך להישבע פעם נוספת לפי פסק המחבר, כפי מסקנתו בבית יוסף.

3. קשיים בפסיקת השו"ע

על פסיקת השו"ע הקשו הסמ"ע⁴⁰ והש"ך⁴¹ מדוע אינו צריך להישבע פעם נוספת, הרי שבועתו הראשונה בשקר הייתה!

בעקבות שאלה זו דוחים אחרונים אלה את דבריו, ופוסקים כפשט דברי רב שרירא, שאם הודה שלא על דרך תשובה צריך להישבע פעם נוספת.

קצות החושן יישב את דברי השולחן ערוך –

דאין צריך שבועה אחרת. וראיה מהא דאיתא בפרק הגזול... הטוען טענת אבידה בפקדון ונשבע, וחזר וטען טענת גניבה ונשבע ובאו עדים – פטור, הואיל ויצא ידי

36. טור חו"מ פז, מג.

37. עיין שם בגר"א שמביא מקור לנאמנות מיוחדת לדרך תשובה; מהסוגיה בחולין (נא,א) שם מובא שאם גולן מחזיר נאמן גם לומר שלא ריסק את הבהמה, למרות שבדרך כלל לא נאמן, כי עושה תשובה.

38. בית יוסף פז, מג.

39. שולחן ערוך חו"מ פז, כח.

40. סמ"ע שם, פח.

41. ש"ך שם, סז.

בעלים בשבועה ראשונה. וכתבו התוספות, דאף על גב שהודה שלשקר נשבע, אין חייב מן הדין להישבע פעם שנית... דאי בעי אמר באמת נשבעתי והיה פטור. ומוכח מזה דאפילו הודה דשבועתו הראשונה לשקר אין צריך להישבע פעם אחרת.⁴²

כלומר, בגמרא⁴³ נאמר, ששומר חינום שטען שהפיקדון אבד, ונשבע כדין, אחר כך טען ששיקר והחפץ באמת נגנב, ונשבע פעם נוספת, אחר כך באו עדים ששיקר והחפץ היה אצלו – פטור מכפל, מכיוון שכבר נפטר מן הבעלים בשבועה הראשונה. ומבארים התוספות:⁴⁴ היות והשומר היה יכול להישאר בטענתו הראשונה, פטור בפעם השנייה משבועה.

על כך הקשה קצות החושן, הלא סוף סוף שבועתו הראשונה הייתה לשקר, ומדוע לא יישבע פעם נוספת?

מכאן הוכיח קצות החושן שאפילו כשהשבועה הראשונה הייתה לשקר אין צריך להישבע עוד, ומספיקה לו שבועתו הראשונה שגם לפיה פטור מלשלם. ולפי זה מיושבים דברי המחבר, שאף שמודה ששבועתו הראשונה הייתה לשקר, פטור משבועה נוספת.

אך בעיון נוסף, דבריו של קצות החושן תמוהים. הרי יש הבדל משמעותי בין המקרה בגמרא למקרה שבו עסק השולחן ערוך. במקרה שבגמרא השקר אינו מתייחס לפטור עצמו, אלא רק לסיבת הפטור, שכן, בין בגנבה ובין באבדה שומר חינום פטור. ואילו במקרה של רב שרירא השקר הוא בגוף הממון!

ובמילים אחרות, בגמרא שבועת השקר היא שבועת ביטוי,⁴⁵ ואצלנו היא שבועת הדיינים. ואם כך, מה שייך להוכיח מאדם ששיקר בשבועת ביטוי, שהדין הוא ששבועת הדיינים שבה אינה נפסלת, על אדם ששיקר בשבועת הממון גופה, שלא תיפסל? לפני שנתרץ את דברי המחבר, נראה קושי נוסף, והפעם בדבריו של הגר"א.

ח. שיטת הגר"א

1. נשבע היסט ובא עד אחר

השולחן ערוך מביא את דברי תשובת הרי"ף, וזה לשונו –

42. קצות החושן פז, כז.

43. בבא קמא קזב.

44. שם ד"ה הואיל.

45. בגמרא (בבא מציעא לו,א; שבועות מט,ב) מופיעה דעתו של רבי אמי ש"כל שבועה שהדיינים משביעין אותה אין חייבין עליה משום שבועת ביטוי". אנו אמנם פוסקים שלא כדעה זו, אך ניתן להביא ממנה חיווק לטענתנו כנגד דברי קצות החושן, שרואים שבשבועת ממון ישנה חשיבות מועטת לעובדות כפי שהיו, וחשיבות רבה יותר לשאלה הממונית – האם הנשבע באמת פטור מלשלם או לא. וגם להלכה שיש לשבועת הדיינים גם אלמנט של ביטוי, אין הדבר אמור להרע את החלק הממוני של השבועה.

כפר הכל ונשבע היסת בלא נקיטת חפץ, ואחר כך חזר והביא עד אחד, חוזר ונשבע שבועה דאורייתא בנקיטת חפץ.⁴⁶

כלומר, אדם שנשבע על ממון מסויים שבועה דרבנן, ואחר כך נתחייב על אותו הממון עצמו שבועה דאורייתא, חייב לחזור ולהישבע, ואינו יכול לטעון שכבר נשבע, שהרי שבועתו הראשונה לא הייתה בנקיטת חפץ.

2. נשבע והוכח שהוא חשוד

במקום אחר, פסק השו"ע את דברי הרמב"ם –

מי שנתחייב שבועה... ונשבע ונטל או נשבע ונפטר, ואחר כך באו עליו עדים שהוא חשוד, אין שבועתו שנשבע כלום ויש לבעל דינו להוציא.⁴⁷

3. מקור לדברי הראשונים

הגר"א הביא מקור לשני חידושים אלה,⁴⁸ מסוגיית "ההוא רעיא" –

ההוא רעיא דהווי מסרי ליה כל יומא חיותא בטהדי. יומא חדא מסרו ליה בלא טהדי, לסוף אמר להו לא היו דברים מעולם. אתו טהדי, אסהידו ביה דאכל תרתני מינייהו. אמר רבי זירא: אם איתא לדרבי חייא משתבע אשאר. אמר ליה אביי: אם איתא משתבע? והא גולן הוא! אמר ליה: שכנגדו קאמינא. השתא נמי, דליתא לדרבי חייא, נחייביה מדרבי נחמן, דתנן, מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי פטור. ואמר רב נחמן: משביעין אותו שבועת היסת! דרב נחמן תקנתא היא, ותקנתא לתקנתא לא עבדינן. ותיפוק ליה דהוה ליה רועה, ואמר רב יהודה, סתם רועה פסול! לא קשיא, הא דידיה הא דאחרני.⁴⁹

כלומר מדובר ברועה שטען שלא קיבל את הכבשים, ובאו עדים שאכל שתיים מהן. רבי זירא אמר, שאילו הייתה ההלכה כרבי חייא, שעדים במקצת מחייבים שבועה, היה נשבע על השאר. על כך הקשה אביי, שזה לא ייתכן, שהרי הוא גול, וגולן פסול לשבועה. רבי זירא השיב שכוונתו הייתה, שהתובע יישבע וייטול. מקשה הגמרא, שאף ללא דברי רבי חייא היה מתחייב בשבועת היסת, ושכנגדו יישבע וייטול, ומתרצת, שאין דין שכנגדו בשבועת היסת.

46. שולחן ערוך חו"מ פו, יד.

47. שולחן ערוך חו"מ צב, יג.

48. יש להעיר, שהרי"ף (שבועות יח, א) עצמו מביא כמקור לדבריו את הגמרא (שבועות לח, ב) "האי דיינא דאשבע בה... נעשה כטועה בדבר משנה וחוזר", וכן גם כשנשבע בלי נקיטת חפץ לא יצא ידי שבועה בנקיטת חפץ. מקורו של הרמב"ם הוא מתשובת הרי"ף (סימן פה), שם לא מצויין מקור ששבועת החשוד פסולה בדיעבד.

49. בבא מציעא ה, א-ה, ב.

ואז מוסיפה הגמרא ומקשה, מדוע שאלנו שייפסל לשבועה מדין גולן מפני שאכל מהכבשים, הרי גם ללא אכילה פסול מדין רועה? הגמרא תירצה שרועה לאחרים כשר.

מקשה הגר"א⁵⁰ על שאלתה האחרונה של הגמרא: מה קשה, הלא רועה פסול מדרבנן, ואילו גולן פסול מדאורייתא, ואם כן מה קשה בכך שהגמרא השתמשה בסיבה החזקה יותר לפוסלו?

לכן, משנה הגר"א את הגרסה בגמרא, במקום: "לסוף אמר להו לא-היודברים-מעולם, אתו סהדי", הגר"א גורס: "אמר להו לא-היודברים-מעולם, לסוף אתו סהדי". ופירוש הדברים, שמדובר במקרה שנשבע היסט, ואחר כך באו עדים.

לפי זה ברורה קושיית הגמרא "ותיפוק ליה דהוי ליה רועה": הגמרא מקשה מדוע השבענו אותו מלכתחילה, גם לפני שהוכח שגול, הלא הוא פסול מדין רועה. לפי פירוש זה בגמרא, מוכיח הגר"א את שני החידושים, גם של הרי"ף וגם של הרמב"ם.

מהרישא של הגמרא, "אם איתא לדברי חייא משתבע" מדוע יישבע, הלא כבר נשבע היסט! מכאן מוכיח הגר"א שאם נשבע שבועת היסט ואחר כך מתחייב שבועה דאורייתא, חייב שבועה נוספת, כחידושו של הרי"ף.

על הסיפא, "השתא נמי ניחייביה מדרב נחמן" יש לשאול מדוע, הלא כבר נשבע שבועת היסט! אלא מכאן, שמי שנשבע ואחר כך הוכח שבזמן השבועה היה חשוד, שבועתו בטלה למפרע, כדברי הרמב"ם.

4. הקושי בדברי הגר"א

דברי הגר"א צריכים עיון גדול, שהרי במקרה של הרועה, לא זו בלבד שהוא התחייב בשבועה דאורייתא, ושהוכח שהיה חשוד, אלא גם הוכח דבר מהותי הרבה יותר – ששבועתו הראשונה הייתה לשקר, שהרי נשבע שלא לקח כלום והתברר שאכל שתיים מהבהמות. ואם כן תמוהה הוכחתו של הגר"א. שהרי ייתכן שמי שנשבע שבועה דרבנן פטור אף אם אחר כך יתחייב בשבועה דאורייתא, אך בההוא רעיא יהיה חייב, כי שבועתו הראשונה הייתה לשקר, וממילא אין הוכחה לדברי הרי"ף.

וכן לדברי הרמב"ם אין הוכחה, שכן ייתכן שכאשר אדם נשבע ואחר כך הוכח שבזמן השבועה היה חשוד – מקבלים בדיעבד את שבועתו, אך בההוא רעיא לא, כי נשבע לשקר!

5. יישוב הקושיות על פי שיטת הרא"ש

גם מהגר"א וגם מדברי המחבר רואים, שהם מתייחסים לשבועה שחציה שקר כשבועה תקינה לחלוטין לגבי החצי השני. הדבר קשה להבנה, אם נאמר שהשבועה היא בירור⁵¹

50. ביאור הגר"א ח"מ פז, מו.

51. אם השבועה היא נאמנות, פשוט שכשם שעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה (איננו מביאים פה מהמקרה שחלק מהעדים פסולים, אלא שחלק מהעדות נפסלה, עיין בבבא קמא עב,ב) כך נאמר גם לגבי

מכל סוג שהוא. גם אם השבועה היא כתשלום, הרי ראינו שצריך להתקיים בה התנאי שתהא "שבועת אמת ומקוימת", וקשה יהיה לומר ששבועה שהוכח שחציה שקר תועיל בתור תשלום.

לאור האמור לעיל בשיטת הרא"ש, שהשבועה היא פטור מחוסר ראיות, ואינה בירור, וכפי שהוכח לעיל, זו גם שיטת המחבר⁵² – אפשר בהחלט לומר, שהשבועה תקפה, כל עוד לא הוכח בבירור שאינה נכונה. ואף אם הוכח שחלק ממנה הוא שקר, הדבר אינו פוגם בחלק האחר. מכיוון ששבועה אינה פוטרת את הנשבע, אלא משאירה אותו פטור כשהיה.

ט. סיכום

ישנה מחלוקת בין רב לרב נחמן, לגבי אדם שנשבע ואחר כך באו עדים והעידו ששיקר. רב סובר שפטור, שהרי כתוב "ולקח בעליו ולא ישלם", ואילו רב נחמן, שהלכה כמותו, סובר שחייב.

נחלקו הראשונים, במה חולק רב נחמן על רב, בדין או גם בסברה. ממהלוקת זו עלות גם שלוש שיטות בהבנת משמעותה של השבועה:

שיטת השערי שבועות

חיוב השבועה הוא חיוב ממון, והשבועה מהווה תשלום, לכן טען רב שאף שלאחר שנשבע העידו עדים ששיקר, אינו צריך לשלם. ואף רב נחמן שחלק עליו בדין זה, מסכים ששבועה מהווה תשלום ובלבד שתהא שבועת אמת ומקוימת. נפקא מינה כשתפס התובע לאחר שבועת הנתבע ויש לו מיגו, אין תפיסתו כלום, מאחר שכבר שילמו לו בשבועה. מהר"י מייגאש עולה שחיוב שבועה הוא חיוב הגוף, ושבועת הנתבע היא פירעון החיוב.

שיטת הרשב"א

השבועה יוצרת בירור, כלומר: כשהנתבע נשבע – בית הדין מאמין לו. לכן ברור שאם יבואו עדים ויכחישו את דבריו – בטלה שבועתו. זאת, בניגוד לדברי רב, שסובר שאף במקרה כזה פטור, או מכיוון ששבועה היא כתשלום, או מכיוון שהתובע מקבלה כנאמנות חזקה כשני עדים. לעומת זאת, לדעת רב נחמן שהלכה כמותו, השבועה יוצרת בירור לבית הדין. ומסיבה זו ברור שאין אפשרות לפסול אדם לשבועה על סמך נתונים שהיו ידועים לפני השבועה ולא היה בכוחם לפוסלו, ולכן אין בעל הדין והעד יכולים להעיד עליו שנשבע לשקר ולפוסלו.

שבועה. הוא הדין אם שבועה היא תשלום – אין התובע מקבל שבועה שחציה שקר כתשלום, ואין להאריך בזה.

52. דבר זה תואם גם את הבנתו של הגר"א, והדבר מוצא את ביטויו בדבריו של הגר"א (פו, קה) לגבי אדם שנשבע שפרע, ואחר כך הוציא המלווה שטר מקוים, שגובה אף שנשבע הלווה, ומסביר שם הגר"א: "שבועה אינה מעלה כלום, וכדברי בעל התרומות" ודבריו מוסברים היטב לשיטתנו.

שיטת הרא"ש, השו"ע והגר"א

השבועה היא פטור מחוסר ראיות, ורב נחמן חולק על רב מכול וכול, על סברתו ועל חידושו. השבועה איננה תשלום וגם איננה יוצרת בירור, ולכן תפיסת התובע לאחר שנשבע הנתבע יכולה להועיל אם יש לו מיגו, שהרי הנתבע לא בירר כלום וגם לא שילם בשבועתו. וכן אפשר לפסול את הנשבע על סמך בעל הדין והעד שחייב שבועה, שהרי הנשבע לא בירר כלום, וממילא יכולים הם להעיד עליו שנשבע לשקר.

נפקא מינה נוספת לשיטה זו היא, ששבועה שחלקה הוכח כשקר – מועילה בחלקה השני, מכיוון שלא הובאו ראיות חדשות שיחייבו את הנתבע באותו חלק.

השבועה בבית הדין הרבני – בין חזון למציאות

הרב נתן חי

א. מבוא	ד. שינוי הייעוד – מבירור לפישור
ב. סוגי השבועות	ה. חיוב שבועה בימינו
1. שבועת העדות	1. שבועת המודה במקצת
2. שבועת הדיינים	2. שבועה דרבנן בנקיטת חפץ
3. שבועת היסת	3. שבועת היסת
4. חרם וחרם סתם	4. חרם סתם
ג. צמצום השימוש בשבועה	ו. מסקנות
1. חומרתה של השבועה	
2. ירידת קרנה של השבועה	

א. מבוא

השבועה שימשה מאז ומתמיד כאחד הכלים החזקים הנתונים בידי בית הדין כדי להביא לבירור האמת. כך למשל, מי שהעיד נגדו עד אחד, חויב להישבע על טענתו, והאישה שטענה שנפרע חלק מכתובתה (פוגמת כתובתה) חויבה להישבע שלא קיבלה יותר, כדי שתדייק יותר.¹

עם זאת, בדורות האחרונים ניכרת מגמה להימנע מן השימוש בשבועה בבתי הדין. למרות זאת, בחינה של הדין המצוי בבתי הדין הרבניים תגלה, שהשימוש בשבועה לא בטל לחלוטין. בשורות הבאות, ננסה להתחקות אחר הסיבות שהביאו לצמצום השימוש בשבועה, לבחון מקרים שבהם בתי דין חייבו שבועה גם בדורות האחרונים, ולמצוא מכנה משותף למקרים אלו.

ב. סוגי השבועות

בחינתו של הדין הקיים, בכל הנוגע לחיוב השבועה בבתי הדין הרבניים, דורשת הבהרה של סוגי השבועות השונים, הקיימים בהלכה.

* הרב נתן חי, רב היישוב איתמר שבשומרון; מכון 'משפטי ארץ', עפרה.
1. **בבא מציעא ג**, – "רחמנא אמר רמי שבועה עליה כי היכי דלודי ליה בכלי".

ככלל, ניתן לחלק את השבועות השונות לשלוש משפחות: שבועת העדות, שבועת הדיינים, ושבועות מדברי סופרים.

1. שבועת העדות

שבועת העדות נועדה לברר, האם אדם יודע עדות אם לאו?² בחינה של שבועות העדות השונות, מגלה הבחנה פנימית בין שבועות העדות שמן התורה, לשבועות העדות שמקורן בדברי חכמים.

(א) מדין תורה

שבועת העדות שמן התורה, היא השבועה שמשביע בעל דין אדם הטוען שאינו לו עדות, כאשר לדעתו, הוא יודע אך מבקש להתחמק ממתן העדות. וכך כותב הרמב"ם על שבועה זו –

עדים שידעו עדות ממון, ותבעם בעל העדות להעיד לו, וכפרו בעדותן ולא העידו, ונשבעו לו שאינן יודעין לו עדות – זו היא הנקראת שבועת העדות.³

הרמב"ם מונה שתי דרכים להישבע שבועת העדות: מושבע מפי עצמו ומושבע מפי אחרים. המושבע מפי עצמו יכול להישבע במפורש, כגון: "שבועה שאין אני יודע לך עדות", או מכללא, כגון שאמר בעל הדין לעדים: "משביע אני עליכם אם לא תבואו ותעידו לי" וענו העדים 'אמן' או 'הן' וכיוצא בזה.⁴

כלומר, העד המושבע מפי עצמו הוא זה שמיזמתו נשבע למי שתובעו להעיד לו, שאין הוא יודע לו עדות. לעניין זה, אין צורך בשבועה מפורשת. די בעניית "אמן", "הן" וכיוצא בזה על הצהרת התובע: "משביע אני עליכם", כדי שייחשב העד כמי שנשבע מפי עצמו.

המושבע מפי אחרים הוא זה שלא הוציא הגה מפיו, אך התובע נשבע שהוא יודע לו עדות –

אם השביעם התובע וכפרו בו אף-על-פי שלא נשבעו הן ולא ענו אמן אחר שבועתו כיון שכפרו הרי אלו חייבים.⁵

לפי הרמב"ן, גם אם שתק העד אחר שבועת התובע חלה עליו שבועה כי שתקתו היא בגדר הסכמה לדברי המשביע.⁶

2. יש שזיהו בטעות שבועה זו עם שבועת העד שדבריו אמת, שהייתה נהוגה בשיטות משפט רבות. כאמור, לשבועת העדות שבהלכה אין כל קשר לשבועה זו. ההלכה מכירה בזכותו של בעל דין להשביע אדם שהוא יודע או לא יודע לו עדות, אך אין היא מכירה בזכות להשביע את העד שדבריו אמת, וראה להלן, ליד הציון להערה 17. הרחבה בעניין זה, ראה אצל נ' רקובר, **שלטון החוק בישראל**, ירושלים, תשמ"ט, 176-180 (להלן: רקובר). עמדת ההלכה התקבלה לבסוף אף בחוק הישראלי. על כך ראה אצל רקובר, שם, עמ' 209-211.

3. רמב"ם שבועות א, יב.

4. על-פי רמב"ם שם, פרק ט.

5. רמב"ם שם, הלכה א.

(ב) תקנת חכמים

חרם, וחרם סתם⁷ – מאז ומתמיד נחשבה השבועה, אף אם היא שבועת אמת, כהליך שמן הראוי להימנע ממנו, מפאת חומרתו, וחומרת התוצאות השליליות הנובעות מקיומו כמבואר להלן. משום כך, ביקשו חכמים למצוא תחליף לחיוב השבועה.⁸

זו הסיבה לכך שחכמים תיקנו את האפשרות להטיל חרם על העד, לפיה רשאי בעל הדין או בי"ד להשביע את עדיו בלשון 'אלה' 'איסור' או 'חרם' וכגון שאומר: 'אוסרכם אני בשבועה', או 'מחרים אני עליכם שתבואו ותעידו לי שיש לי ביד פלוני מנה ואם לא תעידוני הרי אתם בחרם'.⁹

בדורות מאוחרים יותר, שוכלל החרם ל'חרם סתם', שמכוחו ניתן להחרים אדם שאינו מסוים, מתוך קבוצה של אנשים. כך למשל, יכול בעל דין לומר: 'חרם על כל מי שיבוא ויעיד', או: 'כל מי שיודע עדות ואינו מעיד הרי הוא בחרם', וכן: 'פלוני ופלוני אם יודעים לי עדות ואינם מעידים הרי הם בחרם'.¹⁰ החרם חל על העד בעל כורחו, 'ואפילו היה במצולות ים'.¹¹

חרם זה הונהג בתקופת הראשונים, מפני תיקון העולם, כאשר ראו שבני אדם כובשים את עדותם ואינם יראים מחומר עוון "אם לוא יגיד".¹²

השבועת עד לאמת עדותו – מעיקר הדין אין העדים חייבים להישבע כדי לאמת עדותם, אך "אם נראה לבית דין צורך שעה להשביען שיגידו האמת הרשות בידן".¹³ מהו צורך שעה? כגון אם רואים שהציבור מקל בעדות שקר בעוד שבשבועת שקר אין הוא מקל.¹⁴

רשות זו להשביע עדים היא בכלל כוח בי"ד לחייב אדם בשבועה גם כאשר אינו חייב שבועה מן הדין.¹⁵ כמו כן, יש מהראשונים שנהגו להשביע עדים המעידים בעוברי עבירה, כדי שלא יעלים העד את האמת מתוך רצון להחניף לעוברי עבירה, וכן כדי למנוע כבישת עדות עקב פחד מפני נאשם אלים. כאשר יש בהשבעת העדים משום פתחון פה לעדים "להתנצל" בפני הנאשם על מסירת העדות נגדו מחמת הכרח השבועה.¹⁶

6. רמב"ן שבועות לא, ב.

7. השימוש בחרם מקובל עוד מתקופת הגאונים, במסגרת הניסיון להשפיע על בעלי הדין להודות על האמת. אולם, שימוש בחרם כנגד העדים, מקובל רק מתקופת הראשונים, ובשימוש מסוג זה עוסק הפרק.

8. ראה: רקובר, 180-181.

9. שולחן ערוך חו"מ כח, ב, ונושאי הכלים.

10. שם.

11. רמ"א יו"ד רכח, לג.

12. שו"ת הרשב"א ב, רכט.

13. רמ"א חו"מ כח, ב.

14. שו"ת תשב"ץ ג, טו.

15. רמ"א חו"מ טו, ד.

16. שו"ת הריב"ש קע.

השבעת עד כדי לאמת עדותו מקובלת בשיטות משפט רבות. אין בהשבעת עדים לפי נוהג זה משום איסור הליכה בחוקות הגויים, כי העדים שהורגלו במנהג זה סבורים לפי תומם שהשבעת העד בטרם יעיד היא מדין תורה,¹⁷ וחמור מכך, סברו שאין איסור להעיד עדות שקר בלא שבועה.

2. שבועת הדיינים

שבועת הדיינים היא שבועה שמטילים הדיינים על אחד מבעלי הדין. רוב שבועות הדיינים מקורן בתקנות חז"ל, אך שלוש מהן, מקורן בתורה.

(א) שבועות מן התורה

שלוש שבועות הדיינים מקורן בדברי תורה: שבועת המודה במקצת, שבועת השומרים ושבועה כנגד עדותו של עד אחד.

שבועת המודה במקצת נלמדת מן הפסוק שבפרשת השומרים, שבו נאמר: "אשר יאמר כי הוא זה, עד האלהים יבוא דבר שניהם".¹⁸ וכך כותב בהקשר זה הרמב"ם –

הטוען את חברו במיטלטלין והודה לו במקצת – הרי זה משלם מה שהודה בו, ונשבע על השאר מן התורה, שנאמר: "אשר יאמר כי הוא זה".¹⁹

שבועת השומרים מפורשת בתורה, והיא נועדה כדי לברר אם טענת הפטור של השומר שאינו משיב את הפיקדון, מוצדקת.

שומר הטוען שהפיקדון שהופקד בידי אבד, נגנב, מת וכיוצא בזה, חייב להישבע ש"לא שלח ידו במלאכת רעהו".²⁰

חיוב השבועה על פי עד אחד נועד למצבים שבהם הנתבע מכחיש את טענות התובע מכול וכול, ובא עד אחד ותומך בטענות התובע בעדותו. בעניין זה דרש הספרי –

"לא יקום עד אחד באיש לכל עוון ולכל חטאת" (דברים יט, טו) – לעוון אינו קם, קם הוא לשבועה.²¹

(ב) שבועות הדיינים מדברי סופרים

בנוסף על שבועות הדיינים שמקורן בדברי תורה, תיקנו חכמים שתי שבועות נוספות, הנחוצות לבית הדין לשם בירור טענות בעלי הדין: שבועת הנשבעים ונוטלים, ושבועה על טענת ספק (=שמא).

17. שם, ובשו"ת תשב"ץ ג, טו.

18. שמות כב, ח.

19. רמב"ם טוען ונטען א, א.

20. שמות כב ו-יד.

21. ספרי שופטים, קפה.

חכמים קבעו שישנם מקרים מיוחדים, שבהם רשאי התובע להוציא מן הנתבע את הסך שאותו הוא תובע ממנו ללא ראייה, אחר שיישבע על טענתו. מקרים אלו כוללים את תביעותיהם של השכיר, הנגול, הנחבל, מי שכנגדו חשוד על השבועה, החנווני על פנקסו,²² הפוגמת כתובתה, עד אחד מעידה שהיא פרועה, הגובה מנכסים משועבדים ומנכסי יתומים, הנפרעת שלא בפניו, וכן יתומים שבאים להיפרע מן היתומים.²³

עוד תיקנו חכמים, שבניגוד לדין הרגיל, הקובע שאין נתבע חייב להישבע על טענת ספק, יש שהנתבע יחויב להישבע כדי להסיר מעליו את התביעה, אף כאשר התובע אינו מציג טענה ודאית (=ברי). כך יקרה כאשר הנתבע הוא שותף, אריס, אפוטרופוס, האישה הנושאת ונותנת בתוך הבית,²⁴ והטוען פרעתי כנגד שטר.²⁵

3. שבועת היסת

מלבד שבועת הדיינים מדברי סופרים אשר נתקנה על ידי חכמי המשנה, יש שבועה אחרת אשר תיקנו חכמי התלמוד והיא הנקראת שבועת היסת. בשבועה זו נעשה שימוש כאשר הנתבע כופר בכול ולתובע אין שום הוכחה, ואפילו לא עד אחד,²⁶ כאשר תבעו חיטים והודה לו בשעורים וכיוצא בזה,²⁷ או בכל מקרה אחר שבו הנתבע כופר בכול, ואין בידו דרך אחרת להפריך את טענות התובע. באמצעות שבועת היסת מנקה הנתבע את עצמו מן החשד. אמנם אם נראה לדיינים שטענת התובע מרומה או גרועה, אין להשביעו.²⁸

שבועה בנקיטת חפץ

בעת שנשבע שבועת התורה או שבועת הדיינים, מחויב הנשבע בנקיטת חפץ, דהיינו, להחזיק בידו ספר תורה, תפילין או שאר ספרים שיש בהם שמות קדושים.²⁹ שבועת היסת אינה מחייבת נקיטת חפץ,³⁰ אבל יכול הדיין להשביע בנקיטת חפץ, אף במקום שאין הנתבע חייב שבועה מן הדין, על מנת לברר את האמת.³¹

4. חרם וחרם סתם

מחמת היראה מן השבועה, תיקנו הגאונים להשתמש בחרם במקום בשבועה. במעמד ההחרמה, הטילו חרם או קללה על בעל הדין, במידה והוא משקר.³² חרם זה נקרא חרם

22. שבועות מד, ב.

23. שם מה, א.

24. שם.

25. שולחן ערוך חו"מ פכ, ב.

26. שולחן ערוך חו"מ עה, ז.

27. שולחן ערוך חו"מ פז, יב ובסמ"ע שם, כב.

28. שולחן ערוך חו"מ פז, לט.

29. שולחן ערוך חו"מ פז, יג-טו.

30. שולחן ערוך חו"מ פז, יג.

31. רמ"א חו"מ טו, ד; וכן שם פז, כ.

32. ג' ליבון, "הגזירתא בתקופת הגאונים ובראשית ימי הביניים", שנתון המשפט העברי ה', 154-79 (להלן: ליבון).

מפורש מכיוון שהיו "מחרימין אותו בקהל בשמו"³³ כמו כן נקרא חרם זה בשם 'גזירתא', 'אלה', 'שמתא', או 'חרם בשם'.³⁴

לעומת השימוש בחרם מפורש, רווח יותר בבתי הדין עד דורנו, השימוש ב"חרם סתם" דהיינו חרם שהוטל בלי להזכיר את שמו של בעל הדבר כגון הטלת חרם על כל מי שחייב ממון לתובע ואינו מחזיר לו³⁵ או על מי שמבקש להוציא מחברו ממון שאינו חייב לו.³⁶

אמנם, סמכות בית הדין להטיל חרם סתם מקורה בתקנת הגאונים,³⁷ שכאמור, מקורה ביראה מפני תוצאות השבועה. אולם במהלך הדורות, הפך ה"חרם סתם" גם לכלי בירור ביד בית הדין, שבו נעשה שימוש כל אימת שלא ניתן היה לחייב שבועה לא מדאורייתא ולא מדרבנן, ואף לא שבועת היסת. כך למשל נפסק, ש"מי שנתחייב שבועה מן התורה הרי זה נשבע ונפטר ואם לא רצה להשבע יש לו להנתבע להחרים סתם על מי שטען עליו דבר שאינו כן ונותן".³⁸ וכן, לגבי מי שעומד להישבע ולהיפטר נפסק: "נתחייב שבועה בין של תורה בין של דבריהם אפילו היסת יש לו להחרים סתם קודם שישבע על כל מי שטוען עליו... ותקנה טובה לבעל דין כדי שימנעו מטענות שקר".³⁹ וכן אנו מוצאים הטלת חרם סתם כאשר בעלי הדין טוענים טענות שאין בידם להוכיחן כגון "תביעות שדכנות וסרסרות... דזה תובע וזה מכחישו ואומר שלא היה שדכן או סרסור שלו... כשרואים שגרועות וחלושות הן, אין נותנים שבועה רק חרם סתם, ועניינים כאלה תלוי בהבנת הדיינים לפי העניין ולפי התובע והנתבע".⁴⁰

ג. צמצום השימוש בשבועה

את צמצום השימוש בשבועה, בדורות האחרונים, ניתן לתלות בשני גורמים, שבמידה רבה הם הפוכים: חומרת השבועה, וירידת קרנה של השבועה. בדורות ראשונים, הייתה קיימת רתיעה מן השבועה, משום ההכרה בחומרתה של השבועה. בדורות מאוחרים יותר, ירדה קרנה של השבועה, ואין בכוחה לשמש תמיד ככלי בירור הולם. לכן, אין עוד טעם בהטלתה.

1. חומרתה של השבועה

במקומות רבים, הדגישו חכמים את חומרת השבועה. על הנשבע לשקר אמרו חכמים שנפרעים לא רק ממנו אלא גם ממשפחתו, והוא אף מביא פורענות על כל

33. אוצר הגאונים שבת, תשובות תסד, וראה גם בתשובות הרמב"ם קפט, ובשו"ת הרשב"א א, שפו.

34. ליבוזן, עמ' 89 ובהערות 88,75.

35. שולחן ערוך חו"מ עא, ז.

36. שולחן ערוך חו"מ פז, כב.

37. רמב"ם טוען ונטען א, ד, ומגיד משנה שם.

38. רמב"ם טוען ונטען א, ד.

39. רמב"ם טוען ונטען א, יא.

40. ערוך השולחן חו"מ פז, לד.

ישראל.⁴¹ רבי טרפון לימד, שהאחריות על שבועת השקר, אינה מוטלת על הנתבע הנשבע בלבד, אלא אף על התובע –

“שבועת ה' תהיה בין שניהם” (שמות כב, י) – מלמד שחלה השבועה על שניהם.⁴²

ופירש רש"י –

ששניהם נענשין בה, שלא דקדק למסור ממונו ביד נאמן ובאו לידי חלול השם.⁴³

חומרת השבועה אינה נוגעת רק לשבועת שקר. כך יש ללמוד מדרשת חכמים –

בין זכאי בין חייב למומי לא תיעול.⁴⁴

וכן נפסק גם בשולחן ערוך –

יזהר מלישבע אפילו באמת, שאלף עיירות היו לינאי המלך וכולם חרבו בשביל

שהיו נשבעים שבועות, אף על פי שהיו מקיימים אותן.⁴⁵

ייתכן בהחלט שההכרה בחומרת השבועה הביאה נתבעים, לא אחת, להפך את השבועה על התובע, ולומר לו: 'הישבע וטול'.⁴⁶ דבר זה עלול היה לגרום לעיוות דין, כיוון שדווקא הנתבעים הישרים יסרבו להישבע, וייתנו לתובע שאינו ישר את האפשרות להישבע וליטול ממון שלא כדין.

עם זאת, חשוב להדגיש שהתפיסה הרואה בשבועה הליך שיש להימנע ממנו, אף כאשר השבועה היא שבועת אמת, אינה מקובלת כפי הנראה על כל הפוסקים. על כך עמד כבר הרב אליעזר יהודה ולדינברג –

ועל אודות אם יש להימנע מלהישבע אפילו על אמת... הן אמנם דיש מקום עיון על התבואות שור (שבועות לט, א) על שלא הזכיר משיטת הרמב"ם (ספר המצוות עשין ז) דס"ל דהשבועה בעת הצורך מצווה בה והיא מצות עשה שציוונו להישבע בשמו כשנצטרך לקיים דבר מהדברים או להכחישו, כי בזה תהיה הגדולה והכבוד ועילוי, והוא אמרו יתברך "ובשמו תשבע" ע"ש, וכן פוסק הרמב"ם (שבועות יא, ה), דכשם ששבועת שווא ושקר בלא תעשה כך מצות עשה שישבע מי שנתחייב שבועה בבי"ד בשם, שנאמר "ובשמו תשבע" זו מצות עשה, שהשבועה בשמו הגדול והקדוש מדרכי העבודה היא והדור וקדוש הוא להישבע בשמו עכ"ל, והרדב"ז שם מסיים בלשון שהידור וקידוש גדול הוא לישבע באמת בשמו.⁴⁷

41. שבועות לט, א, ושולחן ערוך חו"מ פז, כ.

42. שבועות לט, א.

43. רש"י שם לט, ב ד"ה חלה.

44. ויקרא רבה פרשה ו, ג.

45. שולחן ערוך או"ח קנו, א.

46. שבועות מא, א.

47. שו"ת ציץ אליעזר ח, ה, אות ב (בשאלה השנייה).

אמנם, כפי שהוזכר לעיל, ממקורות רבים ניתן להוכיח, שאין להישבע, אף כאשר השבועה היא שבועת אמת. כיצד תתיישב שיטתו של הרמב"ם עם מקורות אלו? הרב ולדינברג מתמודד עם שאלה זו בדרך זו –

ואליבא דהרמב"ם צריכים לחלק ולומר, דשאני ההיא דאלף עיירות דינאי וכו' מפני שהיו נשבעים ללא צורך, ולכן נכללו בכלל הנשבעים שבועה שאין צורך אליה שהתורה מזהירה ממנה, כדכותב הרמב"ם שם בסה"מ (=בספר המצוות). והכי ראיתי בלבוש (לבוש מרדכי קנו) שמדקדק בזה לכתוב בלשון ויזהר מלישבע לבטלה, ועל ההיא דאלף עיירות דינאי שנחרבו מסביר שהוא זה מפני שהיו יכולין לעשות בלא שבועה ע"ש, והיינו כנזכר, ויעוין בשו"ת שואל ומשיב (מהדורה ג, ב, כט) מה שכתב ליישב אליבא דהרמב"ם מה דאמרו בגטין "מה מי שנשבע באמת כך" (גטין לה, א), הרי דאסור לישבע אף באמת ומכ"ש דאינו מצוה, משום דשם לא היה צורך כלל בשבועה זו ובכה"ג גם הרמב"ם מודה דאסור עיי"ש.

כלומר, על אף ש"הידור וקידוש גדול הוא לישבע באמת בשמו", היות והשבועה היא כלי בירור חריף, שהשימוש בו כרוך בסיכון, יש להשתמש בכלי זה רק כמוצא אחרון. שימוש תדיר בשבועה, עלול להביא לזילות השבועה, והוא שהביא לכל התוצאות החמורות שהוזכרו בדברי חכמים כתוצאותיה של שבועת אמת.

נמצאנו למדים, שלכל הדעות, מן הראוי למצוא כלים פחות חריפים מן השבועה, לביורר טענות בעלי הדין. ואמנם, כבר בימי הראשונים ניתן להבחין בניצני הגישה המצמצמת ביותר את השימוש בשבועה, תוך מציאת תחליפים שונים לשבועה. כך למשל, מעיד רש"י –

בדורותינו ביטלו הראשונים שבועה דאורייתא לפי שעונשה גדול ותקנו לגזור עליו ארור בעשרה.⁴⁸

תפקיד דומה נועד לפי הרמב"ם, לחרם –

הורו רבותינו, כל מי שנתחייב שבועה בין של תורה, ובין של דבריהם, אפילו היסת, יש לו להחרים חרם סתם קודם שישיבע על מי שיטעון עליו דבר שאינו חייב בו כדי להשביע אותו בחינם, יענה המשביעו אמן.⁴⁹

2. ירידת קרנה של השבועה

הנימוקים שהוזכרו בפרק הקודם, לצמצום השימוש בשבועה, תקפים אף בקהילות שבהן קיימת יראה מן השבועה, ומעונשה.

48. רש"י שבועות לה, ב ד"ה בספר תורה.

49. רמב"ם טוען ונטען א, יא.

בדורות האחרונים, קיבלה מגמת הצמצום של השימוש בשבועה משנה תוקף, לאור ירידת קרנה של השבועה בעיני חלקים רחבים בציבור. בהקשר זה כותב הרב שלמה שמשון קרליץ –

לפי זה יש מקום לחייב את הנתבע בנדון דידן שבועת השותפים... אולם למעשה קשה בזמננו לחייב שבועה לאנשים שאינם מוכרים בתור יראי שמים, ואין היום חומר שבועה על בני אדם שייזוהרו מלפרוש מחשש שבועת שקר.⁵⁰

כיוון שכך, כוחה של השבועה ככלי לבירור האמת נחלש. מציאות שבה הנשבע חשוד להישבע לשקר, לא הייתה זרה לחלוטין לחכמינו, והם אמנם קבעו שבמקרה זה, אין להטיל על החשוד שבועה. בדור שבו רבים חשודים על השבועה, נכון להימנע מהטלת שבועה על בעל דין שאינו מוכר לבית הדין כירא שמים.

ד. שינוי הייעוד – מבירור לפישור

במקורה, שימשה השבועה ככלי לבירור טענות בעלי הדין. עם זאת, כפי שנוכחנו בפרק הקודם, במהלך הדורות השפיעה חומרת השבועה וירידת הדורות על בתי הדין, והביאה לצמצום השימוש בשבועה.

בעקבות זאת, ניתן לזהות תהליך מעניין, שבו הופכת השבועה במהלך הדורות מכלי לבירור האמת, לכלי שבו משתמשים הדיינים כדי להשפיע על בעלי הדין להתפשר ביניהם. דומה ששורשיו של מהלך זה מצויים כבר בדברי הראשונים, שפסקו שכאשר מתעורר צורך לחייב שבועה, רשאי בית הדין לפשר בין בעלי הדין, כדי להימנע מעונש השבועה.⁵¹ פסיקה זו מוצאת ביטוי גם בדברי השולחן ערוך, שפסק –

אם חייבו בית דין שבועה לאחד מהם, רשאי בית הדין לעשות פשרה ביניהם כדי להיפטר מעונש שבועה.⁵²

אמנם, פסיקה זו אינה רואה את השבועה כאמצעי לפישור. בית הדין רשאי לפשר, אך רשאי גם שלא לעשות כן. דומה שפסיקה זו נובעת ממצב שכיח, שבו שני בעלי הדין מסרבים להישבע. במצב זה, הדרך היחידה להביא לסיומו של הדיון היא הפשרה. בדורות האחרונים, צעדה הפסיקה צעד נוסף לקראת הפיכת השבועה לכלי שנועד להביא את בעלי הדין להתפשר ביניהם. ביטוי לכך יש בדבריו של הרב יעקב ברמון –

בזמננו השבועה קיימת במשפט העברי, רק בתור אפשרות ובתור איום, בתור גורם שעל ידי עצם קיומו בהלכה הוא מוכשר להשפיע על הצדדים שלא ישקרו, שיודו, שישתוו, שיתפשרו, ובצורה כזו קיומה של השבועה רצוי.⁵³

50. שו"ת עטרת שלמה א, נ, ח.

51. תוספות סנהדרין ו, ב סוף ד"ה נגמר.

52. שולחן ערוך חו"מ יב, ב.

תפיסה זו מוצאת ביטוי ברבים מפסקי הדין הרבניים במדינת ישראל, שבהם קובע בית הדין, שבמקום שבעל דין צריך להישבע כדי לזכות בתביעתו, "מחמת חומר השבועה, יש לבית דין לפשר... ולעתים יכול לכוף על הפשרה"⁵⁴.

למעשה, הפיכת השבועה לכלי המסייע לפישור בין הצדדים דרשה מבתי הדין "לתרגם" את הוויתור על השבועה לערכים כספיים.

בחינה של הנהוג בבתי הדין הרבניים מגלה, שלרוב, נהוג להעריך את הוויתור על השבועה בערך של שליש מגובה התביעה. לפי זה, אם היה התובע נשבע וזוכה במלוא תביעתו, בית הדין יזכה אותו בשני שלישים מערך התביעה, ללא שבועה; נתבע שהיה נפטר מן התשלום כליל, אילו היה נשבע, ישלם שליש מסך התביעה כנגד הפטור שניתן לו מחיוב השבועה.⁵⁵

אמנם נראה שאין לקבוע מסמרות בדבר. בכל מקרה, על בית הדין לשקול את מהות התביעה וטענות הצדדים, על מנת למנוע מצב שבו תגרום הפשרה לעיוות דין. כך למשל, כאשר לפי התרשמות בית הדין, מי שחויב שבועה אינו צודק, ואם היה מתחייב שבועה היה נשבע לשקר, אין להמיר את השבועה בממון.⁵⁶ בעניין זה כבר הוזכר הרב שלמה לוי –

חס וחלילה למצב של הוצאת שליש (שהוא לפעמים סכום נכבד מאוד) במקום שהתביעה אינה מוצדקת כלל.⁵⁷

אי לכך, יש להפעיל שיקול דעת מעמיק על פי הנסיבות בכל מקרה.

ה. חיוב שבועה בימינו

כפי שהוזכר בפרק הקודם, בדורות האחרונים, הפכה השבועה לכלי המשמש את בית הדין לשם כפיית פשרה. בשבועה עצמה לא נעשה שימוש הלכה למעשה, אולם קיומה כהלך אפשרי נחוץ, כדי להביא את בעלי הדין להתפשר ביניהם.

עם זאת, יש עדיין ונעשה שימוש בשבועה עצמה, בדרך שהייתה מקובלת בעבר. הרב קאפח, בספרו **הליכות תימן**, מביא בפנינו תיאור מפורט ומאלף של הלך השבועה, כפי שהיה נהוג בקהילות תימן, אף בדורנו –

בהתחייב אדם שבועה כך הוא סדר ההשבעה. קובעים יום לכך, על פי רוב ביום שני או ביום חמישי. מוזמינים לבית הכנסת עשרה זקנים, מביאים לשם את המיטה שבה נושאים המתים. מעמידים אותה באמצע בית הכנסת ופורשים עליה תכריכים של מת, מביאים מאת חופר הקברים מעדר ואת, "מפרס ומקחף", שבהם הוא חופר את

53. י' ברמן, **המשפט העברי** ב (תרפ"ז) עמוד 226 – "עיקרי שבועת התורה".

54. ע"ר נב/432 פד"ר טז 186, 194.

55. שם. וראה גם: הרב שאול ישראלי, **משפטי שאול** (ירושלים, תשנ"ז), רצג.

56. עפ"י הרב צבי יהודה בן יעקב, **משפטי ליעקב** ב, ה, פרק ב. שם מתבארים צדדים שונים שנדרש בית הדין לשקול בבואו להמיר שבועה בפשרה.

57. כפי שהוזכר הרב שלמה לוי במאמרו, "הטלת פשרה במקום חיוב שבועה", **תחומין** יב (תשנ"א), עמ' 327 ואילך.

הקברות, מעמידים גם אותם באמצע בית הכנסת, מביאים גם "כבשה" והוא סל שבו מוציא החופר הקבר את העפר מן הקבר.

הגיע המחויב שבועה בלווית הדיינים, פותחים את ההיכל (ארון הקודש), מזהירים את שני הצדדים בפעם האחרונה לבל יגרמו לנשיאת שם-שמים לשווא, מודיעים להם חומר השבועה ועונשה, משתדלים פעם נוספת לפשר ביניהם, אם עמדו על דעתם פותחים את ספר התורה המקודש ביותר באותו בית-כנסת, בלי להוציאו ממקומו (על פי רוב היו משביעים בבית הכנסת "אלדמארי" כי היה שם ספר תורה קדוש מאד אשר יקראו שמו "אלדהרי"); פותחים אותו בפסוק "לא תשא את שם אלהיך לשוא כי לא ינקה ה' את אשר ישא את שמו לשוא"; הנשבע קורא פסוק זה והזקנים העומדים שם אומרים "סורו נא מעל אהלי האנשים הרשעים האלה פן תספו בכל חטאתם". והקהל זוים, קמעה מעל-יד המתדיינים.

גדול שבדיינים משביע את המחויב שבועה בפני ספר תורה – אם השבועה דרבנן. אך אם היא שבועת התורה או שבועת המשנה מוציאים ספר תורה מן ההיכל, פותחים אותו כנ"ל, הנשבע קורא את הפסוק הנ"ל, זה שכנגד הנשבע קורא "שיר למעלות אשא עיני אל ההרים מאין יבא עזרי, עזרי מעם ה' עושה שמים וארץ". גדול שבדיינים משביע את המחויב שבועה על הרוב בנוסח זה: "תיכשל בחרם על דעתינו ועל דעת המקום ברוך-הוא ועל דעת כל הקהל הקדוש הזה שלא עשית כך וכך" והוא עונה "אמן".

עצם מציאות התכריכים וכל כלי הקבורה שם, והקריאות וכל התכונה מסביב – מעוררים בלבבות רעד וחלחלה מורא ופחד, ולעתים קרובות חוזרים בהם הצדדים ברגע האחרון ומתפשרים.⁵⁸

להלן, נסקור את המצבים שבהם הוטל חיוב שבועה על בעל דין. מסקירה זו נבקש לדלות את העקרונות המנחים את בתי הדין בימינו, בכל הנוגע להטלת השבועה.

1. שבועת המודה במקצת

הרב משה כלפון הכוהן, מגדולי הפוסקים בגרבה, הרבה לעשות שימוש בשבועה. את המנהג בעניין זה הוא מסכם כך –

שנוהגים הב"ד של כת הקודמים וגו' וכן גם הם אחריהם דמי שנתחייב שבועה דאורייתא פותחים לו את היכל הקדש ומניחין ידו על התיק שיש בו ס"ת ואומר "וחק האד התורה (=ובאמיתות זאת התורה) שאיני חייב לו אלא כך וכך או שאיני חייב לו כלום.⁵⁹

למעשה, מנהג זה מתייחס הן לשבועת התורה, היא שבועת המודה במקצת ("איני חייב לו אלא כך וכך"), והן לשבועת המשנה על טענת ספק, שהיא כעין דאורייתא⁶⁰ ("איני חייב לו כלום").

58. הרב יוסף קאפח, הליכות תימן, ירושלים, תשס"ב, עמ' 109.

59. שו"ת שואל ונשאל א, חו"מ כט (ע"פ משכנות הרועים מערכת ש' אות מא ד"ה ואולם).

60. ראה: שולחן ערוך חו"מ צג, א.

(אמנם בשבועת היסת, הנוהג הוא, שהנשבע אינו נדרש להניח ידו דווקא על ספר התורה, ודי לו בהנחת יד על ספר מודפס מספרי הקודש. כך עולה מתשובה אחרת של הרב כלפון,⁶¹ שבה הוא מעיד, שנהוג להשביע שבועת היסת בנקיטת חפץ, כשהנשבע מניח ידו על ספר הזוהר ונשבע.

אמנם, השולחן ערוך פסק שאין צורך בנקיטת חפץ בשבועת היסת.⁶² אולם נראה שפסק השולחן ערוך מבוסס על כך שבשבועת היסת יש הזכרת שם ה'.⁶³ לכן, בזמן הזה, שאין מזכירים את השם עולה הצורך להחמיר בנקיטת החפץ. וכתב בשם משכנות הרועים⁶⁴ שבשבועת היסת מניח ידו על איזה ספר מהספרים הנדפסים ונשבע באמיתת התורה כך וכך.)

(א) שבועת נפקד ליורש

ראובן תבע את שמעון, שיחזיר לו בגדים שהפקיד אצלו אביו של ראובן לפני מותו. שמעון הכחיש זאת, וטען שהבגדים הם של יהודה, שהפקידם אצלו.

בעניין זה פסק הרב משה כלפון,⁶⁵ שלא ניתן לחייב את שמעון שבועה מאחר שהוא כופר בכול. אמנם הוסיף הרב, שעקב העובדה שביד שמעון נמצאים נכסים ופיקדונות אחרים מעזובן המוריש, יכול ראובן להשביעו שבועה מדאורייתא על כלל הנכסים שהופקדו בידו, ואשר שמעון מודה בחלקם, ובתוך השבועה הכללית יכלול גם את השבועה על הבגדים.

(ב) המודה בהלוואה אחת ומכחיש את האחרת

שמעון תבע מראובן החזר הלוואה בסך 125 לירות שנתן לו, וכן הלוואה נוספת בסך 80 דולר. כנגדו טוען ראובן שפרע את החוב הראשון בתכשיטים וברהיטים שנתן לשמעון, וכן מכחיש ראובן את ההלוואה השנייה. בתגובה אמר שמעון שלא קיבל את החפצים תמורת ההלוואה ולכן תובע את מלוא כספו.

בעניין זה פסק הרב שלמה שמשון קרליץ⁶⁶ ששמעון חייב לשלם סך 125 לירות שהוא מודה שקיבל, וכן להישבע שבועה דאורייתא של מודה במקצת על סך 80 דולר, שבהם הוא כפר.

2. שבועה דרבנן בנקיטת חפץ

(א) שבועת היורשים זה לזה

כאשר מתעורר סכסוך בין יורשים אודות חלוקת רכושו של המוריש, על היורשים להישבע שבועת היורשים, שהיא למעשה שבועת השותפים, היות וכל עוד לא חולק הרכוש בין היורשים, הרי הם שותפים ברכוש שטרם חולק.

61. שו"ת שואל ונשאל ה, חו"מ לה.

62. שולחן ערוך חו"מ פז, ג.

63. כמו שכתב שם, סעיף יח.

64. מערכת ש' אות מא.

65. שו"ת שואל ונשאל ה, חו"מ כח.

66. שו"ת עטרת שלמה ב, לו, ז.

רבי משה כלפון⁶⁷ דן בסכסוך שהתגלע בין צאצאי יורשים בדבר הבעלות על ספרי קודש אשר הותיר זקנם. חלק מהספרים היה מכוונס במקום אחד וחלקם מפוזר בין נכדיו. לא היה ברור האם מצב זה נוצר כתוצאה מחלוקת נכסים מסודרת.

הרב כלפון פסק שעל היורשים לחלק מחדש את כל הספרים, או להישבע על הספרים שביד חלק מן היורשים, שהספרים חולקו כדין.⁶⁸

(ב) השבעת בעלי הדין לברר טענותיהם

רבי משה כלפון נשאל,⁶⁹ האם רשאי דיין המטיל ספק במהימנות טענותיהם של התובע או הנתבע, להטיל עליהם שבועה כעין דאורייתא, כדי לברר האמת.

בתשובתו, מבחין הרב כלפון בין חיוב שבועה להוציא ממון, לחיוב שבועה על מנת לחזק את מהימנות הטענות. בנוגע לחיוב שבועה מן הסוג הראשון, פסק השולחן ערוך,⁷⁰ שאם נראה לדיין באומדנא דמוכח, שהנתבע חייב, רשאי הדיין להטיל על התובע שבועה, ובלבד שהדיין הוא מומחה ויחיד בדורו. לגבי חיוב שבועה מן הסוג האחרון, נכתב בשולחן ערוך –

וכן יש רשות לדיין להשביע בנקיטת חפץ במקום שאינו צריך.⁷¹

על כך מוסיף הרב כלפון –

וכן זכורני שבא מעשה לידי וחייבתי למי שאינו חייב שבועה כלל להישבע בספר תורה שזהו הנהוג בשבועה דאורייתא.

במקום אחר, דן הרב כלפון בהשבעת בעל דין, שלפי הכרת בית הדין מבקש להערים על בית הדין, על מנת לצאת זכאי בדין. הרב כלפון מכריע, שאם אמנם מגיע בית הדין למסקנה, שבעל הדין מבקש להערים על בית הדין על מנת להסתיר את האמת, רשאי בית הדין להשביע את בעל הדין המערים בנקיטת חפץ, על מנת לברר את האמת.⁷²

כדי להסביר כיצד משתלבת פסיקתו עם המגמה להיזהר מהטלת שבועה, כותב הרב כלפון –

וכל שכן בזמן הזה דאין מזכירים שם שמים בשבועה אלא אוחו ספר תורה או זוהר ואומר: "וחק האדה וגו'" (=ובאמיתות זה הספר הנני נשבע)... כך הכל לפי העניין והצורך ובלבד שיכוון אדם את לבו לשמים.⁷³

כלומר, היות ואין הזכרת שם שמים בשבועה, אין להירתע משימוש בשבועה, על מנת לחשוף את האמת.

67. שו"ת שואל ונשאל ה', חו"מ פה.
68. שולחן ערוך חו"מ צג, ח.
69. שו"ת שואל ונשאל א, חו"מ ז.
70. שולחן ערוך חו"מ טו, ד.
71. שולחן ערוך חו"מ פו, ב.
72. ע"פ רמ"א חו"מ טו, ד; וכן פו, ב.
73. שו"ת שואל ונשאל ה', חו"מ ט.

(ג) חיוב שבועה ליהודי בעקבות תביעה של גוי

בתי המשפט של הגויים בג'רבה נהגו לשלוח נתבעים יהודיים לבתי הדין הרבניים, על מנת שיישבעו בפני בית הדין על הטענות שהועלו בפני בית המשפט של הגויים. הרב כלפון נשאל,⁷⁴ האם רשאים בתי הדין הרבניים להשביע את הנתבע, ואם כן, איזו שבועה יש להטיל על הנתבע. בתשובתו, כותב הרב כלפון, שמעיקר הדין, אין להטיל על הנתבע שבועה, אלא חרם. דבריו בעניין זה מבוססים על דבריו של הסמ"ע,⁷⁵ שכתב שיש להניח שהגוי משקר, ומשום כך, תביעתו אינה יותר מתביעת ספק, ודינה כדין האומר "איני יודע אם גולתני, או אם אתה חייב לי", שלגביו נפסק,⁷⁶ שאינו יכול להשביע את הנתבע, אלא לכל היותר, להטיל עליו חרם סתם.

למרות זאת, הרב כלפון הכריע בסופו של דבר, שבית הדין יטיל על הנתבע שבועה, בהתאם לדין שהיה מיושם על ידי בית הדין, אם התובע היה יהודי. את ההכרעה הוא מנמק כך –

נראה דכיון דבמכתבם [לבית הדין] (של הערכאות שדנו בעניין) כתבו "ימין" שהוא שבועה, אין חרם סתם בכלל זה שהם אינם יודעים זה. ועוד שהם דנו כפי נימוסיהם ובודאי דלדידהו אין חילוק בין גוי לישראל. ואם כן כמו שאם היה ישראל וישראל מחייבים אותו שבועה ממש הוא הדין לגוי וישראל. והגם דבדינינו אינו כן כיון שהם ממונים מהמשלה לודן דינא דמלכותא דינא.⁷⁷

4. השבעת מנהל חברה בע"מ שלא פשע

הרב יצחק ווייס⁷⁸ דן בעניינו של מנהל חברה בע"מ, שהועלתה נגדו טענה מצד אחד מבעלי המניות, שמעל בכספי החברה.

הרב ווייס הכריע, שדין חברה בע"מ כדין שותפות,⁷⁹ אשר השותפים התנו בה מראש, שחובות השותפות לא ייפרעו אלא מנכסי החברה. בנוגע לטענות שבין שותפים נפסק, שהם נשבעים זה לזה, אף כאשר טענות התובע הן בגדר טענות שמא.⁸⁰

3. שבועת היסת

(א) אומן הטוען שלא נפרע ובעל הבית מכחישו

אדם הדפיס ספר, אך סירב למסור את עותקי הספרים למחבר, בטענה שלא קיבל את מלוא שכרו. כנגדו, טען המחבר, ששכר ההדפסה שולם מראש.

74. שו"ת שואל ונשאל ב, כג.

75. סמ"ע, חו"מ פז, עו.

76. שולחן ערוך חו"מ עה, יח ו-כ.

77. וכן פסק באופן דומה בשו"ת שואל ונשאל ה, ל.

78. שו"ת מנחת יצחק י, קמד.

79. יש להעיר כי דעת הרב שלמה דייכובסקי (פד"ר תשל"ב/11183) היא שחברה בע"מ היא "אישיות משפטית".

80. שולחן ערוך חו"מ צג.

הרב וייס,⁸¹ שנדרש לעניין, פסק שתפיסת המדפיס מועילה, והוסיף שאם המדפיס יישבע היסת שלא קיבל את מלוא שכרו, הוא יוכל להמשיך ולהחזיק בספר עד שיקבל את השכר שהוא תובע.

(ב) השליש כסף אצל גיסו וטוען שהוציאו שלא כדין

אדם תבע את גיסו, וטען נגדו, שהוציא סך שהופקד בידי בניגוד להוראותיו. לדברי התובע, הוא התעתד לנסוע מאנגליה לארץ ישראל. לפני נסיעתו השליש ביד גיסו סך רב, והורה לו לתת לאשתו עשירית מהסכום, ואת שאר הכסף ייתן לה לאחר מותו. לאחר שחזר לאנגליה, תבע את כספו בחזרה, אך הגיס טען שהעביר את כל הכסף לאשת התובע. לדבריו, בעת הפקדת הכסף לא נאמר לו שהכסף יועבר רק לאחר מות התובע, ולכן העביר את הכסף לאשת התובע.

הרב יצחק וייס⁸² דן בדבר, ובסופו של דבר חייב את הגיס להישבע שהוציא את הכסף כדין, כפי ההוראות שקיבל, לדבריו. מאידך, התובע חויב לקבל חרם, אם גורם לגיסו להישבע שבועת חינום. עוד פסק הרב וייס, שאם הגיס ירצה יוכל להפך את השבועה על התובע.

(ג) שבועת היסת לשותף בעיסקה

חיוב שבועה בבית דין רבני אזורי של מדינת ישראל, אירע בעת שאלמנה תבעה את אחי בעלה שטיפל בחנות שקנו מכספי ביטוח, ותרומות שניתנו למשפחת הנפטר. האלמנה טענה, שהנתבע לא העביר לידה כספים מרווחי החנות, בניגוד לסיכום ביניהם בעת רכישת החנות, הנתבע כפר בכל טענותיה.

תביעה זו נידונה בפני בית הדין האזורי בתל אביב, שחייב את הנתבע להישבע שבועת היסת. ערעור על פסיקת בית הדין האזורי הוגש לבית הדין הגדול לערעורים בירושלים,⁸³ אך בית דין זה הצדיק את פסק דינו של בית הדין האזורי, לאחר שנוכח שלפי הנסיבות, יש יסוד סביר לחשוד בגיסה של האלמנה, שלא העביר אליה את כל הכספים שהיו מגיעים לה בעת מכירת החנות ותכולתה.

4. חרם סתם

כאמור, החל מתקופת הגאונים, "חרם סתם" משמש לעיתים כתחליף לשבועה. להלן נבקש לבחון שימוש ב"חרם סתם", אצל פוסקי זמננו.

(א) מודה במקצת לתביעת יורש

אדם תבע את חברו בטענה שאביו אמר לו לפני מותו, שיש ביד הנתבע סך מסוים, המגיע לו. הנתבע הודה בחלק מן הסך אותו דרש ממנו התובע. הרב כלפון,⁸⁴ שנדרש לעניין, עמד

81. שו"ת מנחת יצחק ב, פז.

82. שו"ת מנחת יצחק א, קיב.

83. ע"ר תשלז/126, הובא במשפטי שאול מה.

84. שו"ת שואל ונשאל ה, חו"מ כו.

על כך שבשולחן ערוך⁸⁵ קיימת מחלוקת, אם במקרה מסוג זה יש להטיל על הנתבע שבועת התורה. אמנם, מסביר הרב כלפון, מן השולחן ערוך משמע, שהכריע כדעת המחייבים שבועה. אולם, היות ובעל ערך השולחן פסק שאין לחייב את הנתבע במקרה זה שבועה, אלא חרם סתם, וכך נהגו חכמי תוניס, כך יש לנהוג.

(ב) נתבע הטוען שאין ביכולתו לשלם

מתקנת הגאונים, כאשר טוען הלווה שאין לו ממה לשלם –

משיביעין את הלווה כעין של תורה בנקיטת חפץ, שאין לו כלום יותר על מה שמסדרין לו, ושלא החביא ביד אחרים, ושלא נתן מתנה על מנת להחזיר.⁸⁶

במקרה שבא לפני בית הדין לממונות בירושלים,⁸⁷ שבו טען הלווה כך, העדיף ביה"ד להימנע מן השבועה, ולהמיר את חיוב השבועה בחרם, כמבואר ברמב"ם –

אבל מחרימים על מי שיש לו ולא יתן לבעל חובו.⁸⁸

עם זאת, מצויה בידינו עדות מן הדיין הותיק, הרב צבי יהודה בן יעקב, שבה הוא כותב –

זכורני רק מקרה אחד שבית הדין חייב שבועה. זה היה בשנת תשמ"ז, כאשר יהודי תלמיד חכם בבני ברק היה חייב כסף לאנשים רבים עקב הלוואות שלקח בהיתר עיסקא, וטענו המלווים כי יש בידו כסף להחזיר, והג"ר ניסים קרליץ חייב אותו שבועת "אין לי", ותהום כל העיר, ורבים רצו לבית הדין לראות איך משיביעים.⁸⁹

(ג) תובע הטוען שלא את קיבל כספו

במקרה שבו התובע והנתבע הסכימו ביניהם, שסך התביעה יופקד בידי שלישי, על מנת שהאחרון ימסור לתובע את הכסף, אחר שיישבע בפניו שהחוב לא נפרע, פסק הרב איסר יהודה אונטרמן,⁹⁰ שהנהוג הקבוע בבתי דין רבניים בארץ ובחו"ל הוא, שלא לחייב שבועה, אך להטיל חרם. הרב אונטרמן מטעים, שגם הטלת החרם היא הליך חמור, והיא מעין שבועה. עוד הוסיף הרב אונטרמן, שבייחוד במקרה הנדון, שאין חיוב שבועה מן הדין אלא שהם עצמם הסכימו לברר הדבר על ידי שבועה, בזה ודאי לא צריכים להישבע אלא לקבל בחרם בלבד וזה מספיק. לכן, במקום שבועה יצהיר בלשון זה: "אני מקבל עלי בחרם חמור שלא קיבלתי... ובאם קיבלתי את הכסף סך... כי אז יחול עלי חרם חמור עם כל המצורף לזה". וליתר תוקף יתנו את הקבלה בחרם בפני עשרה מישראל, ואחר כך יקבל את השטר כפי שהושלש.

85. שולחן ערוך חו"מ עה, כא.

86. שולחן ערוך חו"מ צט, א.

87. פסקי דין ירושלים דיני ממונות א, עמ' פא.

88. רמב"ם מלוה ולוה ב, ב.

89. במכתב אישי אל הכותב.

90. שבט מיהודה ב, חו"מ א.

(ד) סכסוך בין מלווה לערב

אדם הלווה לחברו סכום כסף, תמורת התחייבות של אדם שלישי להיות ערב לפירעון החוב. לימים, כשתבע המלווה את החוב, טענו הלווה והערב, שאין להם ממה לשלם. המלווה חושד שהלווה והערב עשו קנוניא נגדו, שנועדה להעביר את כסף ההלוואה לערב דרך הלווה, מתוך כוונה להתחמק מן התשלום.

ההכרעה בסכסוך הובאה בפניו של הרב שלמה שמשון קרליץ.⁹¹ הרב קרליץ פסק, שעל הערב לקבל בחרם, שהוא לא קיבל לידי את כסף ההלוואה, כולו או חלקו.

(ה) סכסוך בין שותפים

שותפים הסתכסכו על חלוקת בית חרושת שהיו שותפים בו, אחד השותפים חושד בשותפו, שקנה לעצמו מכוונות חדשות מכספי השותפות. במקרים מסוג זה, מעיקר הדין ניתן להטיל על השותף שבועה, על אף שטענת התובע מבוססת על חשד בלבד.⁹² למעשה, פסק הרב קרליץ,⁹³ שהתובע רשאי להטיל חרם סתם על שותפו, שבמהלך השותפות לא נטל מנכסי השותפות לצרכיו.

(ו) חרם סתם למכחיש התחייבות שקיבל עליו

בתביעה שנידונה בפני בית הדין בפתח תקוה תבעה החברה קדישא תושב שהתחייב לשלם סכום מסוים תמורת נתינת מקום קבורה בחלקה היקרה ביותר בבית הקברות, וכעת הוא מכחיש הבטחתו. בפסק דינו החליט בית הדין להטיל על הנתבע חרם סתם שלא התחייב באותו חוב. הנתבע ערער על ההחלטה בפני ביה"ד הגדול לערעורים בטענה שחרם סתם בא במקום שבועה, וכיוון שמצד הדין אין עליו חיוב שבועה, לכן אין לחייבו בקבלת חרם. ביה"ד דחה את התביעה וקבע: "זכותו של התובע או של הנתבע, והכל לפי העניין, לדרוש להטיל על שכנגדו חרם סתם אף שאין עליו דין שבועה... כל שכן אם נראה לביה"ד עצמו אחר שטיפל הרבה בנדון והיו לפניו טענות ומענות לאין שיעור משני הצדדים, דיש להטיל על הנתבע חרם סתם, דוהו מעיקר תקנת הגאונים, כי עניני הטלת חרמות ושבועות מסור לידי ביה"ד ותלוי בראות עיני הדיינים לפי העניין שלפניהם".⁹⁴

ו. מסקנות

מדין התורה, מבחינים אנו בין שני סוגים של שבועות: שבועת העדות ושבועת הדיינים. הראשונה, נועדה לברר את טענתו של אדם, שאין הוא יודע עדות לחברו. האחרונה נועדה לשמש כלי בידי הדיינים, לברר את טענות בעלי הדין. שבועת הדיינים נחלקות לשלוש

91. שו"ת עטרת שלמה א, סא, ס"ק ח.

92. שולחן ערוך חו"מ צג, ו

93. שו"ת עטרת שלמה ב, כט, ד.

94. פד"ר ג, 240.

סוגים של שבועות: שבועת השומרים, שבועת המודה במקצת ושבועת מי שעד אחד מעיד נגדו.

בתקופת המשנה והתלמוד, מדגישים חכמינו את חומרתה של השבועה, והתוצאות הקשות הכרוכות בשבועת שקר לנשבע, ולעולם כולו.

עם זאת, ההכרה בחומרתה של השבועה לא הביאה את חכמי המשנה לצמצם את השימוש בשבועה. אדרבה, כשראו שהדבר נחוץ, הוסיפו חכמי המשנה שבועות על אלו המוזכרות בתורה, דוגמת שבועת השותפים, האריסים, האפוטרופוסים ודומיהם.

גם הגאונים לא נרתעו מחיוב השבועה, והם אף הוסיפו ל"מאגר השבועות", את השבועה המכונה "שבועת אין לי", בראותם שטענת "אין לי" שימשה בפעמים רבות את החייבים, כדי להתחמק מן החובות המוטלים עליהם.

עם זאת, החל מתקופת הגאונים, מוצאים אנו שימוש בחרם ו'חרם סתם', ככלי חלופי לשבועה, שחומרתו מועטת מחומרתה של השבועה. ניתן בהחלט לראות בשימוש זה, תחילתו של תהליך, שצובר תאוצה במהלך הדורות, למעט בשימוש בשבועה.

בתקופת הראשונים, קיימים עדיין חילוקי דעות בין אלו המצדדים בצמצום השימוש בשבועה, מתוך ההשקפה, שלשבועה תהיינה תוצאות קשות, בין אם תהיה שבועת אמת ובין אם לאו, ובין אלו המצדדים בהמשך השימוש בשבועה כדי לברר את טענות בעלי הדין. בראשם של המצדדים עמד הרמב"ם.

בחינה של ספרות השו"ת מגלה שבויכוח זה, יד השוללים את השימוש בשבועה גברה, אם כי למעשה, לא בטל השימוש בשבועה לחלוטין. לתוצאה זו, תרמה לא מעט ירידת הדורות, שהביאה לכך שרבים אינם מכירים בחומרתה של השבועה, מה שמטיל ספק ביכולתה של השבועה לשמש כיום כלי מתאים לבירור טענות בעלי הדין.

השימוש בשבועה הוא אמנם נדיר כיום, אך לא ניתן לומר בצורה החלטית, שהלכות השבועה הפכו ל"הלכה ואין מורין כן". השימוש בשבועה מוכר גם כיום, במסגרת תקנות הדיון של הרבנות הראשית, שבהן נקבע –

חויב בעל דין להישבע, מפציר בית הדין תחילה בבעלי הדין לחזור מעניין השבועה. לא חזרו בהם – מנסח בית הדין את השבועה בכתב בלשון המובנת לנשבע, מזהיר את החייב בשבועה שלא יישבע לשקר, ואת המשביע – שלא יגרום לשבועת שקר.⁹⁵

אולם, כפי שנוכחנו, השימוש בשבועה אינו מוכר רק בהלכה הפסוקה ובתקנות הדיון, אלא גם בנוהג בתי הדין בפועל.

השימוש בשבועה נפוץ בעיקר בקהילות קטנות וסגורות, אשר בהן הסכסוכים הם בדרך כלל בין יראים, דוגמת קהילת ג'רבה, שבה נהג הרב משה כלפון הכהן להשביע במקרים שונים, או העדה החרדית בירושלים, שבה נהג הרב יצחק יעקב וייס להטיל שבועה, כשכיהן כאב

95. תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, ה'תשנ"ג, י"ב תשנ"ג, 2298; תשנ"ה, 2047.

בית הדין של העדה. בקהילות מסוג זה, החשש מפני שבועת שקר מועט, ומנגד, הסיכוי שהטלת השבועה תסייע לבירור האמת, רב.

בדורנו, מתרחש תהליך מעניין, שאת שורשיו ניתן לתלות בפסיקת השולחן ערוך. תהליך זה הביא להפיכת השבועה, מכלי לבירור האמת, לכלי שנועד להשפיע על בעלי הדין להתפשר ביניהם, ולעיתים אף בכפייה. לשם כך, "תורגם" חיוב השבועה לערך כספי של שלישי מערך התביעה. בהתאם לכך, תובע שמעיקר הדין היה זוכה בתביעתו לאחר שהיה נשבע על טענתו, לא יזכה אלא בשני שלישים מערך התביעה. נתבע שהיה יוצא פטור בדין לאחר שהיה נשבע, יידרש לשלם שלישי מסך התביעה.

עם זאת, לא נעלמה מעינם של פוסקי זמננו הבעייתיות שעלולה להיות כרוכה בהסדר מסוג זה. לפיכך הורו רבים, שבכפיית פשרה במקום שבועה לפי עקרונות אלו, יש להתחשב בנסיבות העניין, בגובה התביעה ובאומדן של מהימנות טענות בעלי הדין, על מנת להימנע מכפיית פשרה שיש בה עוול כלפי אחד מבעלי הדין.

במצב שבו ייווכח בית הדין שהפשרה עלולה לגרום עוול לאחד מבעלי הדין, ולפי נסיבות העניין ואישיותם של בעלי הדין, הטלת השבועה עשויה לתרום לבירור האמת, לא יירתע בית הדין מהטלת השבועה.

לעתים יבכר בית הדין שימוש בחרם או 'חרם סתם', אם ימצא ששימוש כזה עשוי להיות יעיל, לא פחות מן השימוש בשבועה.⁹⁶

96. מן הראוי לציין כאן דברים ששמענו מפי הרב רצון ערוסי, רבה של קריית אונו, המשמש גם כאב בית הדין המקומי לענייני ממונות. הרב ערוסי סיפר, שבאחד הימים קיבל טלפון מיהלומן ירא שמים, בעניין סכסוך שהתגלע בין הסוחרים בבורסת היהלומים שברמת-גן. לדברי הפונה, ראשיתו של הסכסוך בישיבה שניהלו שלושה סוחרים באחד מחדרי הבורסה, שבה הוצגו יהלומים שונים. לאחר הישיבה, התגלה שאחד היהלומים, שערכו רב ביותר, נעלם. כל הסוחרים שהשתתפו באותה ישיבה, הכחישו כמובן כל קשר להיעלמות היהלום, ועלתה ההצעה לחייב את שלושת היהלומנים לעבור בדיקת פוליגרף. שני היהלומנים הסכימו לעבור את הבדיקה, והשלישי סירב. הרב ערוסי השיב לפונה, שיומן אליו את היהלומנים, והוא ישיב אותם שלא גנבו את היהלום. לאחר שזומנו היהלומנים להישבע, "חזרו בתשובה" אותם שהיו מוכנים לעבור בדיקת פוליגרף, והודו שגנבו את היהלום. מעשה זה הוכיח, שיש שאינם יראים מבדיקת פוליגרף, אך יראים מעונשה של השבועה, ויש היראים מן הבדיקה, אך אינם יראים מן השבועה, בידועם שהצדק עמם. מעשה זה ממחיש לדעתנו את נחיצותה של השבועה, במקרים המתאימים.

שבועת מודה במקצת ודרישת טעמי המצוות

הרב שמואל טל

- | | |
|-----------------------------------|---------------------------------|
| א. מפני מה מודה במקצת חייב שבועה? | ג. ביאור שיטת הרמב"ם ורש"י |
| 1. שיטת התוספות | 1. שיטת הרמב"ם בדרישת טעמא דקרא |
| 2. שיטת רש"י והרמב"ם | 2. ביאור דברי רבה על פי הרמב"ם |
| ב. מדוע משיב אבדה פטור משבועה? | 3. הפה שאסר ומיגו |
| 1. שיטת רש"י והרמב"ם | 4. שטר שלא כתוב בו סכום |
| 2. שיטת הר"ן | 5. מדוע כופר הכול פטור משבועה |
| 3. קשיים בשיטת הר"ן | ד. סיכום |

א. מפני מה מודה במקצת חייב שבועה?

על פי דין תורה, נתבע הכופר בתביעה – פטור לחלוטין, לעומת זאת, נתבע שהודה במקצת התביעה – חייב שבועה על המקצת שאינו מודה בו. בגמרא הובאו דברי רבה שעסק בהבדל שבין מודה במקצת ובין כופר בכול –

אמר רבה: מפני מה אמרה תורה מקצת הטענה ישבע? חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, והאי בכולה בעי דלכפריה, והאי דלא כפר ליה – משום דאין אדם מעיז פניו הוא, ובכולה בעי דלודי ליה, והאי דלא אודי ליה – כי היכי דלישתמיט ליה, וסבר, עד דהוה לי זוזי ופרענא ליה, ורחמנא אמר: רמי שבועה עליה כי היכי דלודי ליה בכוליה.¹

רבה הסביר מדוע מודה במקצת חייב שבועה – כיוון שייתכן שהנתבע בחר להודות במקצת מפני שמחד גיסא, לא רצה להודות בחוב, ומאידך גיסא, לא העז לכפור בקיומו.

1. שיטת התוספות

כתבו התוספות –

אפילו לרבנן, דלא דרשי טעמא דקרא, קא בעי רבה שפיר מפני מה אמרה תורה וכו', דאמאי לא מהימן בלא שבועה במגו דאי בעי כפר הכל או נילף מהכא דלא אמרינן

* הרב שמואל טל, ראש ישיבת 'תורת החיים', נווה דקלים.
1. כתובות יח, א ובסוגיות מקבילות נוספות.

מיגו? ומשני דאין זה מיגו דאין אדם מעיז לכפור וכו'.

...ואם תאמר, ומנלן דכופר הכל פטור?

...אלא יש לומר דגזירת הכתוב היא, ד"כי הוא זה" משמע דבעינן כפירה והודאה.

ועוד, מודה מקצת יש להשביעו שחייב לו ממון שהודה, ועל ידי כך מגלגל עליו שבועה כעין גלגול. אבל כופר הכל נסתלק לגמרי ממנו.²

דהיינו, תוספות דחו את ההבנה, שעל פיה רבה מסביר את טעמה של ההלכה הקובעת שמודה במקצת חייב שבועה; כיוון שדרישת טעמי ההלכות היא שיטתו של רבי שמעון, שהיה דורש 'טעמא דקרא',³ ואין הלכה כמותו. לפיכך פירשו תוספות, שרבה ביקש להסביר, מדוע מודה במקצת אינו פטור משבועה, במיגו שהיה כופר בכול.

בנוסף, שאלו תוספות, מניין שכופר בכול פטור משבועה? והשיבו שתי תשובות: האחת, זו גזירת הכתוב; השנייה, מודה במקצת חייב שבועה, כיוון שהתחייב מקצת, ובית הדין מגלגל עליו שבועה על השאר. כופר הכול, שאינו מתחייב לשלם, פטור גם משבועה.

דברי התוספות מעוררים מספר קשיים:

הקושי הראשון – ממשמעותם הפשוטה של דברי רבה לא נראה שהוא בא ליישב את הקושי: מדוע מודה במקצת לא נפטר במיגו דהיה כופר בכול, אלא נראה שרבה מסביר את טעם ההלכה, המחייבת את המודה במקצת שבועה.

הקושי השני – המקור הראשון שתוספות הביאו לכך שכופר הכול פטור אינו מחזור דיו. אמנם מצאנו⁴ שממילות הפסוק "כי הוא זה" נלמד שמדובר בפרשה על מודה במקצת. אולם לא ברור מדוע שלא נלמד בבניין אב, ואולי אפילו בקל וחומר, שגם כופר בכול חייב שבועה.

שהרי, מתוך כך שתוספות לא נימקו שכופר בכול פטור משבועה מן הסברה שאין אדם מעז, מוכח שלשיטתם, סברה זו אינה מהווה סעד לטענת הנתבע. אם כן, יש יותר טעם בהטלת חיוב שבועה על כופר הכול, מהטלת החיוב על מודה במקצת. כיון שדווקא משום שמודה במקצת לא העז פניו יש יותר 'רגליים לדבר' שהוא מודה על האמת. לעומת זאת, בכופר בכול יש מקום לחשוד שהוא עז פנים, ולא איכפת לו לשקר כנגד בעל חובו.

הקושי השלישי – לא מובן כיצד השאלה "מנלן דכופר הכל פטור" מתורצת על ידי התירוץ השני, שמודה במקצת מגלגלים עליו שבועה, וכופר הכול נסתלק לגמרי. זו אמנם סברה להבחין ביניהם, אך אין היא יכולה להיות המקור לדין. כלומר, גם אם דברי התוספות מבהירים את ההבדל בין מודה במקצת לכופר הכול, אין בהבדל זה כדי להסביר מדוע כופר הכול פטור. מלבד זאת, סברה זו אינה מחוורת, שהרי לא מצאנו גלגול שבועה על חיוב ממון.

2. תוספות שם ד"ה מפני, וכן גטין נא, ב, ד"ה מפני; בבא מציעא ג, א, ד"ה מפני. כדבריהם כתב גם הר"ן (על הר"ף שבועות מב, ב), וראשונים אחרים.

3. בבא מציעא קטו, א, ובעוד מקומות.

4. בבא קמא קו, ב-קז, א.

הקושי הרביעי – לכאורה התוספות סותרים עצמם מיניה וביה. לפי שיטתם ניתן היה לפטור מודה במקצת מן השבועה, בשל המיגו שיש לו, מכוח שהיה יכול לכפור בכול, ורק מפני שאין אדם מעז פניו בפני בעל חובו, אין לו מיגו. יוצא אפוא, שדווקא העובדה שהנתבע אינו מעז פניו בפני בעל חובו, לכפור בכל החוב, היא הגורמת לכך שלא תהיה לו נאמנות כאשר הוא מודה במקצת.

אם כן, לא מובן כיצד ניתן לומר שהנאמנות של כופר בכול אינה תלויה בהעזת פניו. ממה נפשך: אם זו לא רבותא להעז פנים, יש מקום לפטור גם במודה במקצת. ואם זו רבותא להעז פנים, יש להאמין לו כאשר הוא אכן העז את פניו.

לשיטתם צריך לומר, שבאמת היה מקום לפטור את הכופר בכול, שהרי אם הוא העז פניו כנראה שאין זה בעל חובו. אלא שאין טעם זה מספק, כיוון שיש מקרים שבהם טעם זה לא שייך, ובכל זאת הכופר בכול פטור בהם. למשל, כאשר התובע הוא בנו של המלווה. כמו כן, אין צורך בטעם זה כיוון שיש פסוק מיוחד שממנו ניתן ללמוד דין זה.

הר"ן⁵ הביא מקור נוסף לכך שכופר הכול פטור, לדבריו, אם כוונת התורה הייתה לחייב את הכופר בכול בשבועה, היה כתוב חיוב שבועה סתם, וכך היה ברור שבין בכופר הכול ובין במודה במקצת חייבים שבועה. אולם דבריו קשים, כיוון שאם היה כתוב חיוב שבועה סתם, היה ניתן לומר שמדובר דווקא בכופר בכול ולא במודה במקצת, כיוון שיש יותר מקום לחשוד בכופר הכול, מאשר באדם שהודה במקצת.

2. שיטת רש"י והרמב"ם

רש"י ביאר את דברי רבה כפשוטם –

אין אדם מעיז פניו בפני זה שעושה לו טובה, הלכך היכא דכפר הכל פטור משבועה, דאי לאו קושטא בהדיה לא הוה מצי למכפר ביה; והיכא דמודה מקצת, בכולה בעי למכפריה, והא דלא כפריה משום דאין אדם מעיז.⁶

מדבריו מבואר שסברת רבה יכולה לשמש נימוק מדוע הכופר בכול פטור משבועה, ואילו המודה במקצת חייב.⁷

כנגד זה ביארו התוספות שכוונת דברי רבה היא ליישב מדוע אין למודה במקצת מיגו שהיה יכול לכפור הכול. ממילא, התקשו התוספות לפי שיטתם, מהו המקור לכך שהכופר בכול פטור משבועה.

גם הרמב"ם והר"י מיגאש הבינו את דברי רבה שלא כבעלי התוספות, שהרי שיטת הרמב"ם⁸ ור"י מיגאש⁹ בכל מקום היא, שלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה. לשיטתם אם

5. ר"ן על הר"ף שבועות כג, א.

6. רש"י ב"ק קז, א ד"ה כדרבה.

7. וכך גם נקט הרמב"ן בב"מ ג, א ד"ה מפני, אלא שהקשה על עצמו את קושיית התוספות.

8. רמב"ם שכירות ב, ח; שלוחין ושותפין ט, ד; מלוה יג, ג.

9. חידושי הר"י מיגאש, שבועות מה, ב ד"ה איתמר.

כן, לא ניתן היה לפטור את המודה במקצת משבועה, במיגו שהיה יכול לכפור בכול, וממילא, לא ייתכן שדברי רבה נועדו ליישב את השאלה, מדוע לא יהיה המודה במקצת פטור משבועה, במיגו שהיה כופר בכול.

ב. מדוע משיב אבדה פטור משבועה?

סוגיה נוספת העוסקת בשאלות שעלו לעיל, היא הסוגיה הבאה –

דתניא, רבי אליעזר בן יעקב אומר: פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו, כיצד? מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס – הרי זה נשבע, וזהו שנשבע על טענת עצמו; וחכמים אומרים: אינו אלא כמשיב אבדה ופטור.¹⁰

דהיינו, אדם שהודה בפני חברו שהיה חייב לאביו סכום כסף ופרע את מקצתו – פטור לדעת חכמים משבועה, כיוון שהודה מעצמו והרי הוא כמשיב אבדה. רבי אליעזר בן יעקב חלק על חכמים, והגמרא תמחה על כך: "ור' אליעזר בן יעקב לית ליה משיב אבדה פטור?".

1. שיטת רש"י והרמב"ם

רש"י ביאר מדוע משיב אבדה פטור באופן הבא –

ורבי אליעזר לית ליה משיב אבדה פטור מן השבועה – בתמיהה. הא תקנתא דרבנן היא...¹¹

כלומר, רש"י ביאר את הפטור של משיב אבדה על פי המשנה,¹² שבה נאמר שחכמים תיקנו תקנה הפוטרת משיב אבדה משבועה, למרות שמדאורייתא היה חייב שבועה.

כשיטת רש"י כתב גם הרמב"ם –

שטר שכתוב בו סלעים ולא הזכיר מנין, מלוה אומר חמש סלעים שיש לי בידך הם הכתובים בו והלוה אומר אין לך בידי אלא שלש והם הכתובים בשטר, אף על פי שאין מחייבין אותו בשטר זה אלא בשתים והרי הודה בסלע שאפשר לכפור בה – הרי זה פטור, מפני שהוא כמשיב אבדה, ותקנת חכמים היא שכל ששיב אבדה לא ישבע כמו שביארנו במקומו, וכן האומר לחבירו: אמר לי אבא שיש לי בידך מנה, והלה אומר: אין לך בידי אלא חמשים, הרי זה משיב אבדה, ופטור אף משבועת היסת.¹³

ומבואר מזה שהפטור של משיב אבדה הוא תקנת חכמים.

10. כתובות יח, א.

11. רש"י שם ד"ה ורבי.

12. משנה גטין ה, ג.

13. רמב"ם טוען ד, ה.

2. שיטת הר"ן

הר"ן הקשה על כך –

ולא מיחוור, דמשיב אבידה לא מפני התקנה הוא פטור, שהרי התורה פטרתו דהפה שאסר הוא הפה שהתיר. וכדאמרין בפרק האשה שנתארמלה (כתובות כב,א) מנין שהפה שאסר הוא הפה שהתיר מן התורה שנאמר: "את בתי נתתי לאיש הזה". אלא הכי פירושא: ורבי אליעזר לית ליה משיב אבידה פטור? והא משיב אבידה מדאורייתא הוא, וכדכתיבנא. והא דתנן המוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם – בשטענו הלה, שאינו פטור מן התורה אלא מפני תיקון העולם.¹⁴

דהיינו, כאשר אדם הודה מעצמו הוא פטור מדאורייתא, משום שהפה שאסר הוא שהתיר. תקנת חכמים נדרשה רק למצבים שבהם משיב האבדה נתבע והודה במקצת, כך כתבו גם התוספות.¹⁵

קושיות הר"ן על רש"י קשות גם על הרמב"ם – מדוע הוא תולה את הפטור בתקנת חכמים שתקנו שלא להישבע, ולא תולה את הדבר בכלל "הפה שאסר", שהוא מדאורייתא? בנוסף, קושי זה קיים גם בגמרא ששאלה על רבי אליעזר בן יעקב ממשיב אבדה, ולא מדין "הפה שאסר".

3. קשיים בשיטת הר"ן

דברי הר"ן תמוהים מאד. שהרי "הפה שאסר הוא הפה שהתיר" נאמר כנימוק לפטור את הנתבע גם במקרה שהייתה תביעה, אלא שאין לתובע ראיות, והמקור היחידי שעליו ניתן להתבסס הוא דברי הנתבע. כך במקרה המקור של "הפה שאסר", כפי שמובא בגמרא –

א"ר אסי: מנין להפה שאסר הוא הפה שהתיר מן התורה? שנאמר: "את בתי נתתי לאיש הזה לאשה", "לאיש" – אסרה, "הזה" – התיירה...¹⁶

בפריייה שממנה לקוח הפסוק מדובר על בעל שטען שאישתו זנתה תחתיו בזמן האירוסין, דהיינו, הייתה תביעה,¹⁷ ובכל זאת, רב אסי למד מכאן ש"הפה שאסר הוא שהתיר". כיוון שכך, לא מובן מדוע מוצא מציאה שנתבע להשיב איננו פטור מדין "הפה שאסר". מה גם, שאפילו כשאין לנתבע "הפה שאסר" יש לו מיגו.

14. ר"ן על הרי"ף שבועות כב,ב.

15. תוספות כתובות יח,א ד"ה ורבי.

16. כתובות כב,א.

17. [הלימוד של רב אסי מנותק מן ההקשר הכללי של הפרשה. רב אסי למד מכך שהאב נאמן להתיר את בתו לבעלה, אחר שהצהיר "את בתי נתתי", ש"הפה שאסר הוא הפה שהתיר". יתרה מכך, במקרה זה, מיגו של "הפה שאסר" יוצא מפי אבי הכלה, שהוא לבטח אינו נתבע. גם החתן אינו תובע, משום שמדובר בחטא שעונשו מוות, שהחלתו אינו מותנית כמובן בתביעה. הפנייה של החתן – "לא מצאתי לה בתולים", נועדה ככל הנראה לפוטרו מן החובה לשלם לכלתו כתובת בתולה, או לאב, מוהר בתולים. על כן, אין לראות בחתן תובע – הערת עורך, י"א.]

מלבד זאת, לא מובן כיצד ניתן לומר שהסוגיה עוסקת רק במקרה שבו הנתבע הודה מעצמו, ללא תביעה. שהרי הגמרא¹⁸ מעמידה בבא בטענת אביו ומחלקת בין שמא לברי, מדובר אם כן במקרה שבו יש תביעה, בניגוד לפירושו של הר"ן.

אמנם, ניתן לתרץ שהגמרא חזרה בה מהקושיה שהקשתה, דיש לפטור מדאורייתא משום "הפה שאסר", ורק מקשה מדוע אין על כל פנים פטור "משיב אבדה" מדרבנן.

אולם הסבר זה דחוק, מה עוד שבהמשך הסוגיה¹⁹ הגמרא אומרת שלדעת חכמים בבנו הוא מעז, ומדלא העז משיב אבדה הוי. ומבואר מזה להדיא שגם לאחר שהעמידה הגמרא בבא בטענת אביו עדיין הסברה לפטור היא משום משיב אבדה, כלומר, משמע מזה שהגמרא לא חזרה בה מהנחת היסוד.

בנוסף, יש לתמוה מדוע משיב אבדה פטור כאשר הוא נתבע. דממה נפשך, אם הר"ן סבור שחכמים תיקנו תקנה מיוחדת במשיב אבדה, שאינה קיימת במודה במקצת אחר, הוא לא היה צריך לחלק בין מקרה שיש תביעה, ובין הודאה ללא תביעה, אלא בין מודה במקצת רגיל ובין משיב אבדה שהודה במקצת. ואם הוא סבור שכל מודה במקצת שווה בדינו למשיב אבדה שהודה במקצת, אם כן כל מודה במקצת יהיה פטור כשטענו הלה, מתקנת חכמים מפני תיקון העולם, ובטל דין שבועת מודה במקצת מן העולם.

ג. ביאור שיטת הרמב"ם ורש"י

1. שיטת הרמב"ם בדרישת טעמא דקרא

לפיכך נראה שרש"י, הרמב"ם והר"י מיגאש הבינו את דברי רבה באופן שונה לגמרי מהתוספות ומן ההולכים בעקבותיו. על מנת להבין היטב את ההבדל בין השיטות, נפתח בשיטת התוספות. התוספות פתחו את הדין בדברי רבה כך –

אפילו לרבנן, דלא דרשי טעמא דקרא, קא בעי רבה שפיר מפני מה אמרה תורה...

כלומר, כיוון שקיימא לן דאין דורשים טעמא דקרא, יש לברר את פשר שאלת רבה "מפני מה אמרה תורה..."

אולם הרמב"ם חלק על הנחת יסוד זו –

אף על פי שכל חוקי התורה גזרות הם, כמו שבארנו בסוף מעילה, ראוי להתבונן

בהם וכל מה שאתה יכול ליתן לו טעם תן לו טעם...²⁰

כך כתב הרמב"ם בעוד מקומות בחיבוריו, והוא הקדיש מאמרים שלמים לביאור טעמי התורה.

18. שבועות מב,א.

19. שם, ב.

20. רמב"ם תמורה ד, יג.

גם בגמרא מופיעה השאלה "מפני אמרה תורה..." פעמים נוספות –

שאלו תלמידיו את רבי שמעון בן יוחי: מפני מה אמרה תורה יולדת מביאה קרבן? אמר להן: בשעה שכורעת לילד קופצת ונשבעת שלא תזקק לבעלה, לפיכך אמרה תורה תביא קרבן... ומפני מה אמרה תורה זכר לשבעה ונקבה לארבעה עשר? זכר שהכל שמחים בו – מתחרטת לשבעה, נקבה שהכל עצבים בה – מתחרטת לארבעה עשר. ומפני מה אמרה תורה מילה לשמונה? שלא יהו כולם שמחים ואביו ואמו עצבים.

תניא, היה ר"מ אומר: מפני מה אמרה תורה נדה לשבעה – מפני שרגיל בה, וקץ בה, אמרה תורה: תהא טמאה שבעה ימים, כדי שתהא חביבה על בעלה כשעת כניסתה לחופה.²¹

ואף על פי שאת המימרות הראשונות אמרו בשם רבי שמעון בר יוחאי שדורש טעמא דקרא כאמור, מכל מקום את המימרא האחרונה אמרו בשם רבי מאיר שלא ידוע כמי שדורש טעמא דקרא.

ואכן, אין לדברי רבה שום קשר לשאלה אם דרשינן טעמא דקרא או לא. מחלוקת התנאים היא רק במקרה שדרישת טעמי המצוות משפיעה על הגדרת המצווה. למשל, כאשר התורה אומרת שאסור לחבול בגד אלמנה, אין חילוק בין אלמנה עשירה וענייה. רבי שמעון, דרש את טעם המצווה ומתוך הטעם הסיק, שהאיסור חל רק על אלמנה ענייה. אולם אם משאירים את המצווה כמות שהיא, ורק מסבירים מה טעמה, אין בדבר שום גנאי, ואדרבה לפי הרמב"ם וחכמי ישראל אחרים יש בדבר מעלה גדולה.

יותר מכך, אפילו אם רוצים לחדש על פי טעם המצווה, שהדין מתקיים לא רק במקרה המוזכר בתורה, אלא גם במקרה אחר שאינו מוזכר, ניתן לדרוש טעמא דקרא, וללמוד בבניין אב למקרה אחר. כאשר מובן מה הטעם של הדין ניתן לבחון האם מקרה אחר יכול להילמד בבניין אב מהדין הקיים: אם הטעם לא שייך כלל במקרה השני, יכול להיות ההבדל פירכא ללימוד בבניין אב. אולם אם הטעם יכול להיות שייך גם בדין השני, אין סיבה לפרוך את הבניין אב, אלא אם כן מוצאים פירכא אחרת.

2. ביאור דברי רבה על פי הרמב"ם

לפיכך, הבינו רש"י והרמב"ם שרבה בא לבאר את טעמו של דין מודה במקצת. לפי הבנה זו דברי רבה מתפרשים כפשוטם, כאשר רבה לא התייחס לשאלה מדוע מודה במקצת לא נפטר במיגו שהיה כופר בכול.

מדבריו של רבה ניתן להסיק גם מסקנות הלכתיות. למשל, אם נבחן את האפשרות ללמוד בבניין אב משבועת מודה במקצת, לחייב את הכופר בכול שבועה, תהיה לנו פירכא: מה

21. נידה לא, ב [ראה עוד ראש השנה טז, א; בבא קמא טז, ב – בשם רבי עקיבא. – הערת עורך, ע"ר].

למודה במקצת שלא העז פניו בפני בעל חובו, ולכן אין להסתמך על דבריו, שהרי אין הוכחה שהוא צודק; תאמר בכופר בכול, שהעז פניו, ורגליים לדבר שהוא לא משקר. פירכא זו גורמת שלא נלמד בשום מקרה לחייב שבועה בכופר הכול, למרות שייתכנו מקרים שבהם הנתבע כפר בכול, ובכל זאת הפירכא לא תהיה שייכת.

3. הפה שאסר ומיגו

כאמור לעיל, התוספות והר"ן זיהו את פטור משיב אבדה עם "הפה שאסר", לדעתם, משיב אבדה פטור במיגו שהיה יכול שלא להודות בכלל.

נראה, שהרמב"ם ורש"י וסיעתם חלקו על כך באופן עקרוני. לדעתם, משיב אבדה אינו פטור משבועה במיגו שלא היה מודה, שהרי, לפי שיטתם מיגו אינו פטור משבועה. אלא זוהי סברה מיוחדת ומיוחדת, שתוקפה יפה מדרבנן בלבד, לפטור משבועה אדם שהודה בדבר שלא היה חייב להודות. והפטור אינו נובע מחמת הנאמנות שלו, אלא מחמת תקנה שמטרתה לעודד אותו להודות.

לפי זה, קושיות התוספות²² לא קשות כלל על הרמב"ם וסיעתו. תוספות הניחו כדבר מובן מאליו שהפטור של משיב אבדה הוא משום שיש לו מיגו, לפיכך הקשו: אם הפטור של נתבע שכפר הכול כנגד תביעה, הוא משום שהנתבע העז פניו, הרי כשתבעו בנו של המלווה, אין עזות פנים בכפירת תביעתו אליבא דחכמים, ולכן אין מקום לפטור בכופר בכול. ואם כן גם אין לפטור במודה במקצת, כיוון שאין לו מיגו.

אולם, הרמב"ם וסיעתו הבינו שהפטור של משיב אבדה הוא לא בשל המיגו, אלא מפני שחכמים תיקנו שייפטר כדי לעודד אותו להודות. ממילא אין שום תלות בין הנאמנות שלו כאשר הוא כופר בכול, לבין הפטור שלו כשהוא מודה במקצת – כופר הכול פטור מדאורייתא כיוון שאין מקור לחייבו ויש לו נאמנות, ובמשיב אבדה הפטור הוא מדרבנן, לא מחמת נאמנות, אלא מחמת שבאים לעודדו להודות.

לפיכך, אמנם כופר הכול פטור משום שהוא נאמן כיוון שהוא העז פניו, וממילא במודה במקצת שלא העז פניו, מן הראוי שיתחייב. אולם, יש מקום לפטור במודה במקצת בבנו, מתקנת חכמים כדי שלא יחשוש להודות. אבל במודה במקצת רגיל לא תיקנו חכמים שייפטר, כיוון שהוא יודה בעל כורחו, דאין אדם מעז פניו בפני בעל חובו.

4. שטר שלא כתוב בו סכום

בגמרא הובאה ברייתא, שעסקה בשטר שהיה כתוב בו שהלווה חייב "סלעים", ללא פירוט – סלעים, דינרין. מלווה אומר: חמש, ולוה אומר: שלש. רבי שמעון בן אלעזר אומר: הואיל והודה מקצת הטענה – ישבע, רבי עקיבא אומר: אינו אלא כמשיב אבידה, ופטור.²³

22. תוספות גטין נא, ב ד"ה מפני.

23. בבא מציעא ד, ב.

תוספות כתבו על כך –

גבי סילעין דינרין פטר [ר"ע] בלוח אומר ג' משום דמשיב אבידה דאי בעי אמר ב' והוי כופר הכל דהא דכתיב בשטר כהילך דמי... אלמא כופר הכל פטור, ואע"ג דיכול להעיו, משום דמסייע ליה שטרא. דהא פטור במודה במקצת במיגו דאי בעי כפר הכל וכופר הכל דפטור גזירת הכתוב דכתיב "כי הוא זה", משמע דוקא במודה במקצת ולא כופר הכל.²⁴

כלומר, תוספות הבינו שרבי עקיבא פטר משום שלנתבע יש מיגו שהיה יכול להודות בשני סלעים בלבד, והיה נחשב ככופר בכול לגבי שלושת הסלעים שבהם כפר, כיוון שמה שכתוב בשטר דינו כמו "הילך".²⁵

אילו הנתבע היה משקר, מודה בשני סלעים, וכופר בשלושה, לא היה בכך עזות פנים, שהרי השטר מסייע לטענתו. וכיוון שמשמע מרבי עקיבא שבמקרה כזה הנתבע היה פטור, מוכח שהפטור של כופר הכול אינו תלוי בהעזת פניו, אלא בטעמים שהוזכרו לעיל בשם התוספות.

אולם לפי מה שהתבאר, על פי הרמב"ם, אין מקום להוכחת התוספות. שהרי על פי הרמב"ם, הפטור של משיב אבדה אינו נובע מן המיגו שיש לו, שהיה יכול לומר שחייב לו שניים בלבד, אלא הפטור הוא משום שבאים לעודדו להודות, ורוצים לסלק ממנו את החשש מפני ההודאה. לכן, אפילו אם היה מקום לחייבו לו היה טוען שהוא חייב שני סלעים בלבד, מפני שאין סיבה להאמין לו, דאין זו העזת פנים. בכל זאת היה מקום לפוטרו משבועה, כאשר הוא טוען שהוא חייב שלושה, כדי שירצה להודות באותם שלושה ולא יימנע מלעשות כן בשל השבועה.

מלבד זאת, לא ברור מניין לתוספות שכאשר השטר מסייע לטענתו של הנתבע, מסוגל הנתבע להעז פניו. שהרי, עזות פנים אינה תלויה בכך שחושש להיתפס בשקרו, אלא מחמת הבושה, שידוע שהתובע מכיר בשקרו.²⁶ ואם כן, מה לי אם יש לו שטר ומה לי אם אין לו שטר?

כמו כן, יש לדחות את הוכחת התוספות מטעם נוסף: גם אם נאמר שהנתבע היה מעז פניו כאשר השטר היה מסייע לו, ומחמת הפטור הרגיל של כופר בכול אין מקום לפוטרו, יש לפוטרו מעצם העובדה שהשטר מסייע לדבריו. כך תירץ רבי חייא, לשיטתו שהילך חייב, שבמקרה זה הוא פטור כיוון ש"מסייע ליה שטרא".²⁷ ברור אם כן, שאף אם אנו מוצאים שהכופר בכול פטור בשל סיוע השטר, אין בכך סתירה לקיומו של פטור אחר מטעם עזות פנים, ששייך במצבים אחרים.

24. תוספות גטין נא, ב ד"ה מפני.

25. הילך – כאשר מודה במקצת משלם מיד את המקצת שהודה בו הוא פטור משבועת מודה במקצת.

26. רמב"ן בבא מציעא ה, ב ד"ה אלא.

27. בבא מציעא ד, ב.

5. מדוע כופר הכול פטור משבועה

על פי מה שהתבאר בשיטת הרמב"ם, אין צורך להגיע לדחקי התוספות שהמקור לכך שהכופר בכול פטור הוא מ"כי הוא זה", או מגלגול שבועה לאחר שיש חיוב ממון, כיוון שלפי מה שהתבאר, הפטור של כופר הכול נובע באופן ישיר מסברת רבה.

אלא שכאמור אין זה דרישת טעמא דקרא, כיוון שהפסוק אמנם מדבר רק על מודה במקצת, וסברתו של רבה רק מסייעת לדעת האם ללמוד בבניין אב מדין מודה במקצת גם לכופר הכול. ולפי זה גם, אין סתירה בין הפטור של כופר בכול והפטור של משיב אבדה, כמו שיוצא אליבא דהתוספות, וכמו שהקשינו לעיל.

גם קושיית התוספות והר"ן על רש"י, וממילא גם על הרמב"ם, לגבי "משיב אבדה", מיושבת בפשטות. הר"ן שאל מדוע הגמרא לא נקטה את הטעם "הפה שאסר הוא הפה שהתיר". התשובה היא שמיגו לא שייך בנדון של שבועה, כיוון שמיגו אינו פטור משבועה, ולכן הוצרכה הגמרא לתת טעם אחר.

ממילא, אין צורך להגיע לדוחק הגדול של הר"ן, שדין "הפה שאסר" לא שייך במקרה שבו יש תביעה, שהרי כפי שהתבאר, מצאנו מיגו זה בכל מקום שבו אנו יכולים לחייב רק על סמך הודאת הנתבע, ללא קשר לשאלה אם יש תביעה או לאו.

לפי זה יוצא שהרמב"ם וסיעתו עקביים לשיטתם בדין מיגו לאפטורי משבועה ובסוגיית משיב אבדה. לפי שיטתם, כיוון שלא שייך לפטור משבועה בשל מיגו, לא היה ניתן להזכיר את טעם "הפה שאסר", שאף הוא שואב את כוחו ממיגו. לכן, נדרשו חכמים להשתמש בטעם של משיב אבדה כדי לפטור.

יתרה מזו, נראה שרמב"ם אין הכרח לפרש שהפטור בכופר הכול הוא משום שאנו משוכנעים שאין זה בעל חובו, דאין אדם מעז פניו בפני בעל חובו והוא העז פניו בפני זה. ניתן לומר שהפטור נובע מכך שאין תועלת בשבועה, משום שרק כאשר הנתבע נוהג ככל האדם ואינו מעז פניו בפני בעל חובו, יכולה השבועה לגרום לו להישבר ולהודות. אולם כאשר הוא כופר בכול, אין להשביעו ממה נפשך: אם הוא דובר אמת – הרי הוא פטור. ואם הוא משקר – הרי שהוא עז פנים כל כך, שלא איכפת לו להעז פניו בפני בעל חובו. אם כן, יש מקום לומר שלאדם כזה לא תועיל השבועה.²⁸

ממילא, כאשר נרצה ללמוד חיוב שבועה בבניין אב ממודה במקצת, איכא למיפרך, מה למודה במקצת שאינו עז פנים ושבועה יכולה להועיל בו, תאמר בכופר הכול שאם הוא משקר הוא עז פנים ושבועה לא תועיל לו כלל.

אם נאמר כך, יהיה ניתן לומר שדווקא דברי רבה יכולים להוות מקור לשיטת הרמב"ם וסיעתו, שלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה. כאשר רבה אמר ש"חזקה אין אדם מעז

28. [יש להעיר, כי שאלה זו: האם יש טעם להשביע אדם החשוד בכופר בממון, עלתה כבר בגמרא (בבא מציעא ה,ב): "מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא". כמו כן, נחלקו ראשונים (שם) כיצד יש לפסוק בשאלה זו. ראה על כך עוד במאמרו של הגר"ש ישראלי, "בעניין מיגו לאפטורי משבועה", בקובץ זה, עמ' 313 – הערת עורך, ע"ר.]

פניו", הוא לא התכוון לשלול את האפשרות שהנתבע יעז פניו ויכפור בכול, שהרי מעשים שבכל יום שאנשים מעיזים פניהם וכופרים בכול, והרי בגלל זה גם תיקנו שבועת היסת לכופר הכול.

אם כך, הרי שיש למודה במקצת אפשרות לכפור בכול ולהיפטר, ובכל זאת הוא חייב שבועה. מכאן, שמיגו אינו פוטר משבועה.

אמנם ההבדל בין מודה במקצת ובין כופר בכול, לגבי מידת הסיכויים שהשבועה תועיל, יכול לגרום שלא נלמד את דינו של הכופר בכול בבניין אב מן המודה במקצת. אולם עדיין אין זה אומר שאין סיכוי סביר שהוא יעז פניו. ולכן נראה שבאמת היה ניתן לומר מיגו דאי בעי היה כופר בכול, דסברת רבה לא הייתה יכולה לגרום לסלק את המיגו. על כרחך הטעם שאין אומרים מיגו כזה הוא דווקא משום שלא אומרים מיגו לאפטורי משבועה.

ד. סיכום²⁹

הראשונים הציעו פירושים שונים, כדי להסביר את דברי רבה לגבי שבועת מודה במקצת. התוספות והר"ן הניחו שרבה אינו מסביר מדוע מודה במקצת חייב שבועה, כיוון שאין דורשים טעמי מצוות. לפיכך, הסבירו שההלכה הפוטרת את הכופר בכול משבועה, ומחייבת את המודה במקצת, היא בגדר גזירת הכתוב, ורבה לא בא אלא להסביר, מדוע מודה במקצת אינו פטור במיגו שהיה כופר בכול. הסיבה לכך היא, שזהו מיגו גרוע, 'מיגו דהעזה'. כלומר, הנתבע אינו נאמן במיגו שהיה כופר הכול, כיוון שכפירה בכול מחייבתו להעז פנים. לכן, העובדה שלא בחר בטענה האחרת, שהייתה מתקבלת על דעת בית הדין, אינה מוסיפה למהימנות טענתו.

לשיטתם, הסבירו תוספות והר"ן ש'משיב אבדה' שהודה במקצת, פטור בגלל מיגו. כלומר, נתבע שהודה ללא תביעה פטור, כיוון שיכול היה לשתוק.

דרכם של התוספות והר"ן מעוררת קושיות רבות.

לעומת זאת, רש"י, הרמב"ם ור"י מיגאש הבינו את דברי רבה כפשוטם, וזאת, על פי שיטת הרמב"ם שיש טעם למצוות ויש מצווה בדרישתן. לדבריהם, רבה הסביר את טעם הדין הפוטר את הכופר בכול משבועה – כיוון שגם אם שיקר, הרי שהוא עז פנים, ולא יימנע מלהישבע לשקר, ולכן אין טעם להשביעו. בניגוד לכך, מודה במקצת איננו עז פנים, ולכן, גם אם שיקר, הוא יימנע משבועת שקר, ויודה.

לשיטתם, הסבירו רש"י ורמב"ם ש'משיב אבדה' שהודה במקצת פטור בגלל תקנת חכמים שנועדה לעודד הודאה ללא תביעה. כיוון שמעיקר הדין היה מקום לחייב משיב אבדה בשבועה, שהרי גם הוא בוודאי אינו עז פנים, ולא יישבע לשקר.

29. [הסיכום נוסף על ידי העורך – ע"ר].

“שבועת ה' תהיה בין שניהם”

השימוש בשבועה לשם השבת האמון בין בעלי הדין

הרב יאיר פרנק

א. פתיחה	ט. אתה נאמן לי בשבועה
ב. האומר נשבעתי	י. הנשבעין שלא בטענה
ג. השבועות בתורה	יא. שבועה בין היורשים
ד. שבועות הרשות	יב. שבועת השומרים בטענת ברי
ה. שבועת עד אחד	יג. השלכות
ו. שבועת הדיינים ושבועת השומרים	יד. סוף דבר
ז. ולקח בעליו	
ח. “לפייס את חברו”	
1. שבועה ומלקות	
2. שוכר שמסר לשואל	
3. שבועת השכיר	
4. עד המעיד על פירעון כתובה	

א. פתיחה

מקובל לראות בשבועה כלי שבאמצעותו מברר בית הדין את האמת במקרים שבהם אין בידי בעלי הדין ראיות להוכיח את טענותיהם, וקיים חשד או ספק מסוים המחייב בדיקה של אחד מבעלי הדין על ידי השבועה.¹ לפי הבנה זו, השבועה היא מעין ראיה של בעל הדין, שבאמצעותה יכול הוא לחזק את טענתו או להוכיחה לבית הדין.

במאמר זה נבקש להוכיח, שקיים סוג אחר של שבועה, שביסודה לא נועדה לשמש ככלי ביד בית הדין לבירורה של האמת. אין היא מכוונת כלפי בית הדין, אלא כלפי בעל דינו של הנשבע. מטרתה של שבועה זו היא השבת האמון בין הצדדים, והשכנת שלום ביניהם.

* הרב יאיר פרנק, מכון 'משפטי ארץ', עפרה.

1. בין אם נאמר שחיוב השבועה יוצר חיוב ממוני ובעל הדין יכול להיפטר על ידי שבועה, ובין אם נאמר שחלה עליו רק חובת שבועה, ואכמ"ל.

לבסוף, נציע הסבר ולפיו, בכל סכסוך, ייתכן שימוש בכל אחת מן השבועות. השימוש ייעשה בהתאם לאופיין של הנסיבות, המתדיינים, וטענותיהם.

ב. האומר נשבעתי

במסכת בבא מציעא,² נדון דינו של מי שהתחייב שבועה, טען שכבר נשבע, אך הכחישו עדים את דבריו –

אמר רבי אבין אמר רבי אלעא אמר רבי יוחנן: היה חייב לחבירו שבועה, ואמר: 'נשבעתי', והעדים מעידין אותו שלא נשבע [נחזור ואמר נשבעתי] – הוחזק כפרן לאותה שבועה.

רבי יוחנן מתאר מקרה שבו אדם חייב לחברו שבועה, וטוען לאחר מכן שכבר נשבע. רק אם העדים מעידים שלא נשבע – הוא מוחזק כפרן, אך אם אין עדים כאלה – נאמן! מימרא זו מקבילה למקרים שהובאו באותה סוגיה, כגון: "...אמרו לו [בית הדין]: 'צא תן לו', ואמר: 'פרעתי' – נאמן". במקרה זה, תפקיד בית הדין מסתיים בהכרעת הדין, ובקביעת החובה המוטלת על בעל הדין. התשלום עצמו נעשה בין בעלי הדין, ואין לבית הדין עניין בו.³ רק כאשר אחד מבעלי הדין אינו מקיים את המוטל עליו לפי פסק הדין, מתערב בית הדין בגבייה.

2. בבא מציעא יז, א.

3. אמנם, אם בעל הדין חושש כבר בהיותו בבית הדין שבעל דינו ישקר ויטען אחר שיצאו מבית דין שנשבע או פרע, כתב הרמב"ם (טוען ונטען ז, ו) –

לפיכך היו בקיאי הדעת שבספרד כשיוודה הלוח או כשיתחייב שבועה בבית דין אומר לו בפני בית דין היו עלי עדים שלא יפרעני או שלא ישבע לי אלא בפני עדים.

וכן כתב הרא"ש (שבועות ו, יא) –

אבל אם נתחייב אדם לחבירו בב"ד והתרה בו אל תפרעני אלא בעדים אפילו אמר איני מקבל עלי תנאי זה – לאו כל כמיניה, כיון דהוצרך להביאו בפני בית דין בשביל ממון זה והתרה בו בפני בית דין, הויא התראתו התראה.

דהיינו, המצב הרגיל הוא שבעל הדין אינו מאבד את נאמנותו לומר שפרע או נשבע אחר שיצאו מבית דין, אולם בעל דינו יכול לומר מיד לאחר פסק הדין בפני בית דין 'אל תפרעני/תישבע אלא בעדים' ושוב לא יהיה נאמן לומר כן. ויש לחקור מה כוחו של התובע לומר כן, ולהציב תנאים לביצוע פסק הדין? (להבדיל ממקרה שאמר כן כחלק מתנאי ההלוואה, ולרמב"ם אף לאחר מתן המעות, ואכמ"ל). ואכן, השי"ך (חושן משפט ע, ט) תמה – "וגם על זה יש לדחוק, דהיאך יכול זה להכריחו לקבל תנאו בעל כורחו, וצ"ע".

ונראה לבאר, שאחר שהוצרך התובע להזדקק לבית דין בכדי להוציא ממונו (ובמקרה דנן לחייב שבועה), בית הדין מחזיק בפסקו את התראתו של המלווה. דהיינו אחר שנצרך אדם לבית הדין, בית הדין נותן למלווה את הכוח ומוודא שאכן פסק דינו יתבצע הלכה למעשה. בדרך כלל אין צורך בכך, וכפי שאמרנו שאדם נשאר כשר ונאמן, אך אם המלווה מבקש זאת מבית דין – מקבלים את דרישתו וקובעים שהפירעון או השבועה יהיו בפני עדים.

ומעין זה כתב קצות החושן (ע, ג), שהיות שיכול התובע לשאול מבית דין שיכתבו לו את פסק הדין, ונתנין לו בע"כ של הנתבע ושוב לא יוכל לטעון פרעתי (כדין שטר), משום כך יכול גם להטיל תנאים שווים בעל כורחו של הנתבע. [אפשרות נוספת היא לבאר שאכן אין לאמירתו משמעות דינית, אלא

אם נשוב להקבלה שבין פירעון חוב לשבועה, נמצאנו למדים שגם חיוב השבועה שמוטל על ידי בית הדין, אינו קשור לדיון בבית הדין. משעה שבית הדין פוסק שבעל הדין חייב שבועה, מסתיים תפקידו. השבועה עצמה היא עניין שבין בעלי הדין, כאשר בית הדין אינו טורח, ואינו צריך לטרוח ולחקור אם נשבע בעל הדין או לא.⁴ כך יש ללמוד גם מן הביטוי "חייב לחברו שבועה". כלומר החיוב אינו משרת את בית הדין, אין הוא כלי לבירור האמת, אלא חובה של בעל דין כלפי בעל דינו.⁵

מלשונה של ההלכה, כפי שהיא מובאת בידי רבי אבין, ניתן היה ללמוד, שאין היא עוסקת כלל בחיוב שבועה שמקורו בהכרעת בית דין. ניתן היה להבין, שחיוב השבועה נוצר כתוצאה מהסכם שבין בעלי הדין. אולם, רבי אבהו, בהמשך הסוגיה, הסביר במפורש שהלכה זו עוסקת במי "שנתחייב בבית דין", ואף רבי אבין הסכים לדבריו.

ג. השבועות בתורה

רק במקום אחד בתורה ישנו חיוב שבועה מפורש במקרה של סכסוך ממוני – בשבועת השומרים, המופיעה בפרשייה המתמקדת בשומר שכו.⁶ וכך נאמר בפרשייה זו –

כי יתן איש אל רעהו חמור או שור או שה וכל בהמה לשמר, ומת או נשבר או נשבה אין ראיה. שבעת ה' תהיה בין שניהם אם לא שלח ידו במלאכת רעהו, ולקח בעליו ולא ישלם.⁷

מן הפרשייה משמע, שהשבועה היא "בין שניהם". היינו, שבית הדין לא צריך כלל להתערב בסכסוך, אלא השומר נשבע למפקיד ודיו. בית הדין, המכונה "אלהים" בפרשיות אלו, לא מוזכר כלל בפרשייה. אמנם פעמים שהמפקיד יצטרך להביא את השומר לבית הדין, על מנת שיוורו לו את דינו, שחייב לחברו שבועה.

אומדים דעתו של הנתבע שאחר שאמר כן התובע – שוב לא יפרע או יישבע אלא בעדים, שלא יחזיקו אותו הבריות כשקרן, וכעין סברת הר"ן (על הרי"ף שבועות כ,ב) בהסבר שיטת הרמב"ם].

4. אמנם, ייתכן לומר שכוונתו של בעל הדין הטוען 'נשבעתי' היא, שנשבע בפני בית דין אחר. ואכן, המרדכי (ב"מ רכט) הביא את דבריו של רבנו יקר, שכתב שמדובר ב"אמר נשבעתי בבית דין ועל דעתם, והלכו להם למדינת הים". זהו פירוש דחוק, ודעה זו גם לא הובאה אצל ראשונים אחרים. כמו כן, כפי שהתבאר לעיל, מהשוואת הסוגיות עולה שכולן עוסקות בפירעון/שבועה, המתנהלים מחוץ לכותלי בית הדין, בין בעלי הדין עצמם.

5. בהמשך יבואר, שחיוב זה נועד להשיב את האמון בין הצדדים. ואמנם, כאן בעל הדין טוען נשבעתי, וחברו מכחישו שלא נשבע (וא"כ לא האמינו), אך ידי חובת התורה לישבע יצא לפי טענתו (ועיין עוד לקמן).

6. בפרשה זו מתחייב השומר בגניבה, ואילו בפרשייה הקודמת דינו מבואר לפטור. וביארו חז"ל בפשטות שההבדל בין הפרשיות הוא שהפרשייה הראשונה עסקה בשומר חנינם (וסתם שמירת "כסף או כלים" היא בחינם) ולכן נפטר, ואילו הפרשייה השנייה שעוסקת בשמירת בהמה (ונדרשת בשמירתה עבודה) עוסקת בשומר שכו. עיין בבבא מציעא צד,ב, וראה גם: רמב"ן על התורה, שמות כב, ו.

7. שמות כב, ט-י.

זאת ועוד, הפרשנים מתחבטים כיצד לפרש את הביטוי "ולקח בעליו", שהרי אינו לוקח דבר ("ולא ישלם"). לדעת הנצי"ב, כוונת הכתוב היא, שבעליו לוקח את גוף הבהמה שמתה.⁸ הסבר זה אינו מתמודד עם המקרה שבו השור או השה 'נשבה', ואין הוא מצוי לפנינו.⁹ רש"י מפרש שכוונת הביטוי "ולקח בעליו" היא, שייקח את השבועה.¹⁰ מקור דבריו בסוגיה במסכת שבועות –

כל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין. מנלן? דאמר קרא: "ולקח בעליו ולא ישלם", מי שעליו לשלם לו שבועה.¹¹

מלשון זו משמע שהשומר חייב לחברו שבועה, והמפקיד 'מקבל' שבועה ממנו.¹² שבועת מודה במקצת נלמדת מהפרשייה הקודמת לפרשייה זו, אשר עסקה בתחילתה בשומר חנם,⁶ אך הרחיבה לאחר מכן את הדין לכדי כלל שלם –

כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמר, וגנב מבית האיש, אם ימצא הגנב – ישלם שנים. אם לא ימצא הגנב – ונקרב בעל הבית אל האלהים אם לא שלח ידו במלאכת רעהו. על כל דבר פשע: על שור, על חמור, על שה, על שלמה, על כל אבדה – אשר יאמר כי הוא זה, עד האלהים יבא דבר שניהם. אשר ירשיען אלהים ישלם שנים לרעהו.¹³

בפרשייה זו לא מופיע חיוב שבועה במפורש, אלא נאמר בה – "ונקרב בעל הבית אל האלהים", שמשמעותו הפשוטה היא, שבעל הדין צריך לבוא לפני בית הדין, והם יכריעו אם טענתו אמת או לאו. את הדין מרחיבה התורה לכל מקרה "אשר יאמר כי הוא זה". וביארו חכמים, שהכוונה היא לכל נתבע המודה במקצת.¹⁴ ההבנה הפשוטה של הפסוק לפי ביאור זה היא, שבכל מקרה ("על כל דבר פשע") שבו הנתבע טוען שמה שיש בידו 'הוא זה', ואילו התובע טוען שהנתבע מחזיק בידו משהו אחר (שערכו רב יותר), הרי שהנתבע הודה במקצת הטענה. כך אכן מוסבר במכילתא¹⁵ –

"אשר יאמר כי הוא זה". שזה אומר זה הוא, וזה אומר אינו הוא, מכאן אמרו: עד שתהא הודאה במקצת הטענה.

8. העמק דבר, שמות כב, י.
9. אם כי אפשר שהנצי"ב יפרש, שהתורה כתבה כן על רוב מהמקרים.
10. רש"י שמות כב, י. וכך פירשו גם אונקלוס, רשב"ם, אבן עזרא ואחרים, שם.
11. שבועות מה, א.
12. עוד על ההשלכות של ביטוי זה, ראה להלן, ליד הציון להערה 31.
13. שמות כב, ו-ח.
14. עיין שבועות לט, ב.
15. מכילתא מסכתא דנוזיקין טו. ובדומה, ברמב"ן על התורה (שמות כב, ח) – "או אשר יאמר השומר כי הוא זה פקדון שבידי ולא הפקרת לי יותר".

חכמינו הסבירו, שהפרשייה הסמוכה מלמדת שמשמעותה של הקריבה אל האלהים המוזכרת בפסוק היא שבועה –

"ונקרב בעל הבית אל האלהים" – לשבועה; אתה אומר: לשבועה, או אינו אלא לדין? נאמר שליחות יד למטה ונאמר שליחות יד למעלה, מה להלן לשבועה, אף כאן לשבועה.¹⁶

נראה שיש יסוד להסבר זה, אף במובנם הפשוט של הכתובים. עיון בדינים הרבים המופיעים בפרשת משפטים מגלה, שלעולם אין מוזכר הצורך של בעל הדין לבוא לפני בית הדין. התורה כותבת אך ורק את הדין, כאשר ברור שיישומו של הדין מוטל על בית הדין. דווקא בפרשיית השומרים, העוסקת בטענה שקיים לגביה ספק, אם אמיתית היא אם לא, נאמר – "ונקרב בעל הבית אל האלהים". דומה שמשמעות העמידה בפני האלהים אינה רק עמידה בפני בית הדין, אלא אף עמידה בפני ה', לצורך השבועה. שבועה זו נועדה ודאי לאפשר לבית הדין לברר אם טענתו של בעל הדין נכונה.

נמצאנו למדים שבתורה יש שתי שבועות שונות – זו שבית הדין מטיל, כדי לברר את נכונות טענת בעל הדין, ולהגיע להכרעה ("אשר ירשיען אלהים ישלם שנים לרעהו"). זו שנכתבה במפורש בתורה, שאינה כלפי בית הדין, אלא "בין שניהם". "שבועת ה' תהיה בין שניהם", לעומת "עד האלהים יבא דבר שניהם".

מהו היסוד המהותי המצדיק את ההבדל בין השבועות? נראה שההבדל נעוץ באופן טענתו של התובע. כאשר התובע טוען ברי, דהיינו שהוא טוען טענה ודאית, אין משמעות לשבועת הנתבע בעיניו, שכן התובע לא יאמין לבעל דינו אף אם יישבע, היות והוא משוכנע שבעל דינו אינו נרתע מלשקר. על כן, טענותיהם מובאות לפני בית דין. מנגד, כאשר התובע אכן לא יודע מה אירע,¹⁷ חיוב השבועה נדרש רק כדי להסיר מלב התובע את התרעומת כלפי הנתבע. כך הוא המצב לגבי מי שהפקיד ביד חברו נכס, תוך שהוא מאמין לו שישמור למענו את הפיקדון. משהגיע מועד השבת הפיקדון, טען השומר טענות שונות, המכוונות לפטור אותו מחובת ההשבה. במקרה זה התובע אינו יודע בוודאות, שהשומר משקר, אם כי, במידת מה נתערער אמונו בו. לפיכך, נדרש השומר להישבע למפקיד, ובכך, להוציא מלבו את החשד שנטל את הפיקדון לעצמו.

אמנם, עדיין קשה, שהרי הפרשייה הראשונה כוללת אמנם בסופה את כל המודים במקצת, אך בתחילתה היא עוסקת במפורש בשומר חנם, ומדוע ישתנו דינו ושבועתו מכלל שבועות השומרים? לקמן¹⁸ נעסוק בשאלה זו.

16. בבא קמא סג,ב; בבא מציעא מא,ב.

17. כך הוא אמנם מצב הדברים בפרשיית שומר שכר.

18. בפרק האחרון.

ד. שבועות הרשות

שבועות דומות לשבועתו של השומר בשכר, מצויות במקומות אחדים נוספים בתורה, אלא שבהם, אין השבועה מוטלת כחייב. במקרים אלו דנה התורה במצבים שבהם נשבע אדם לחברו, מיזמתו, כדי לאמת את דבריו, והתברר לאחר מכן ששיקר בשבועתו. בתחילת ספר ויקרא, בפרשיות העוסקות בקרבנות למיניהם, עוסקת התורה בשני נשבעים לשקר: שבועת העדות ושבועת הפיקדון. במקום אחד נאמר –

ונפש כי תחטא ושמעה קול אלה, והוא עד או ראה או ידע, אם לוא יגיד – ונשא עונו.¹⁹

ובמקום נוסף נאמר –

נפש כי תחטא ומעלה מעל בה, וכחש בעמיתו בפקדון או בתשומת יד או בגזל או עשק את עמיתו. או מצא אבדה וכחש בה, ונשבע על שקר על אחת מכל אשר יעשה האדם לחטא בהנה.²⁰

בשני המקרים, חייב הנשבע לשקר קרבן, על כך שנשבע לשקר.²¹ בשניהם, לא היה הנתבע חייב שבועה, אולם הוא רצה להישבע בכדי לאמת את טענתו²² ולהוכיח לחברו, שאין הוא יודע לו עדות כלשהי, או שלא הפקיד אצלו דבר. השבועה נועדה כדי שחברו לא יחשוד בו בחינם, ועל כן אין צורך בכך שתתקיים בבית הדין.²³

אכן, ישנם מקרים שבהם התובע טוען בוודאות שהפקיד ביד הנפקד נכס. אולם, גם במקרים אלו, מטרת השבועה היא להוכיח את אמינותו של הנפקד בעיני החברה. ההבדל בין שבועות אלו לשבועת השומרים דלעיל היא שבשבועת השומרים התורה מחייבת אותו לישבע שבועה זו, אולם אופי השבועה דומה – שבועה שבין אדם לרעהו.

19. ויקרא ה, א. 'ושמע קול אלה' היינו שהשביעו חברו שאינו יודע לו עדות, עיין **שבועות** לה, א.

20. שם, שם, כא-כב.

21. קרבן עולה ויורד בשבועת העדות ואשם בשבועת הפיקדון.

22. כן הוא בפשטות הן בשבועת הפיקדון, והן בשבועת העדות. אמנם ביחס לשבועת העדות יש שנקטו שיכול להשביעם בעל כורחם. עיין **שו"ת מבי"ט** (א, רפג) שביאר כן את דברי הרמב"ן (בחידושו לשבועות לא, ב). אולם עיין ברמ"א חו"מ לח, ב ובנושאי הכלים. ה"ש"ך (שם, ג) כתב שחייב דווקא כששתק מטעם ששתיקתו כהודאה, אך לעולם אם אומרים שאינם מקבלים עליהם שבועה – פטורים משבועת העדות [וכן עיין ב**נתיבות המשפט** (שם, ביאורים ג) שכך הבין מדברי הרמב"ן].

23. כאמור, השבועה עצמה עשויה להתבצע מחוץ לבית הדין (ראה: **משנה שבועות** ד, ג; ובבבלי, לב, א. אמנם, עיין **רמב"ם** שבועות ט, א-י, והשגת הרמב"ד שם). אך לגבי הכפירה (איני יודע עדות, לא הפקדת אצלי וכו') נחלקו רבי מאיר וחכמים: ביחס לשבועת העדות (**משנה שבועות** ד, א) לחכמים צריך תמיד לכפור בבי"ד, ולר"מ רק במושב מפני אחרים. וביחס לשבועת הפיקדון (**שבועות** ה, א) חכמים מקילים שלא צריך כלל כפירה בבי"ד, ולר"מ במושב מפני אחרים צריך לכפור בבי"ד. בפשטות סברת חכמים היא שהמעשה שעליו נשבע האדם צריך להיות במקום הרלוונטי למקרה, וע"כ הכפירה בעדות צריכה להיות במקום שהיה יכול להעיד – בי"ד, ואילו בפיקדון הרי הוא יכול להודות, וממילא גם לכפור, בכל מקום. רבי מאיר הוא שמשווה בין שתי השבועות (עיין **שבועות** לא, א), ואכמ"ל.

ה. שבועת עד אחד

השבועה השלישית הנזכרת בתורה היא 'שבועת עד אחד'. שבועה זו אינה מבוארת במפורש בפסוקים, ולמדה חכמינו מדרשת הפסוקים –

דכתיב "לא יקום עד אחד באיש לכלל עון ולכל חטאת" (דברים יט, טו), לכלל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם, אבל קם הוא לשבועה, ותניא: כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון, עד אחד מחייבו שבועה.²⁴

לכאורה, אופיה של שבועה זו דומה לשבועת מודה במקצת – בירור של הדין על ידי בית הדין. כשם שבית דין מחייב ממון על ידי שני עדים, כך עד אחד מהווה ראיה מסוימת המאפשרת לבית הדין לחייב את בעל הדין שבועה – לאמת את טענתו. אף שבועת עד אחד, כשבועת מודה במקצת, נלמדה מדרשת חכמים.

עקרונית, ניתן היה לומר, שאף שבועה זו מגמתה כלפי בעל הדין, וכביכול הנשבע המוכחש על ידי העד צריך להישבע בכדי שיאמין לו בעל דינו (ולא לעד).

אולם, נראה שהלכותיה של שבועה זו אינן הולמות פירוש זה. כאמור, שבועה שנועדה לשם השבת האמון בין בעלי הדין, תיתכן רק כאשר התובע טוען טענה שאינה ודאית. למרות זאת, לכל הדעות שבועת עד אחד חלה, אף כאשר התובע טוען טענה ודאית (ברי), ואדרבה, נחלקו הראשונים האם חייב הנתבע שבועה כאשר התובע טוען טענה מסופקת (שמא).²⁵

ו. שבועת הדיינים ושבועת השומרים

על משמעויותיהן השונה של שבועות שונות, ניתן גם ללמוד מלשון המשניות במסכת שבועות. כותרתו של הפרק השישי במסכת היא – "שבועת הדיינים". לכאורה, אמורה הייתה כותרת כזו לכלול את כל סוגי השבועות, שמטיל בית הדין על בעל הדין. אולם, עיון בפרק מגלה, שהוא עוסק אך ורק בשבועת מודה במקצת, וכלשון המשנה הראשונה של הפרק –

שבועת הדיינים – הטענה שתי כסף וההודאה שתי כסף.²⁶

24. שבועות מ, א (וכן בכתובות פז, ב).

במשנה לא מוזכרת שבועה זו כלל [כשבועה דאורייתא. אולם הובאה כעין שבועה זו במשנה כתובות (ט), ז] ושבועות (ז, ז) לגבי הנשבעים ונוטלים מדרבנן כאשר עד אחד מעידה שהיא פרועה], ויש לחקור מדוע. אולם היא הוזכרה בפירוש בספרי דברים (קפח), מדרש תנאים לדברים (יט, טו), תוספתא שבועות (ה, ג-ד), ספרא ויקרא (דיבורא דחובא ה, ז) ועוד [ודוק שבספרי ובתוספתא מובאת דעה זו בשם רבי יוסי. להבנת דבריו עיין שינויי נוסחאות, ואכמ"ל].

25. לדעת ר"י מיגאש, חיוב שבועה על פי עדותו של עד אחד קיים, רק כאשר התובע טוען ברי. אולם לדעת רוב הראשונים (רי"ף, רמב"ם, ראב"ד, רמב"ן וכו'), החיוב קיים גם כאשר התובע טוען שמא, וכך גם נפסק להלכה (הדעות הובאו בטור ושולחן ערוך עה, כג, ראה במקורות שם).

26. משנה שבועות ו, א.

דהיינו, שבועת מודה במקצת – היא ורק היא – ראויה לשם 'שבועת הדיינים'. זאת משום שרק שבועה זו באה מכוח סמכותם ורצונם של הדיינים לברר את טענת הנתבע.

כאמור, התורה כלל לא השתמשה בלשון שבועה בהתייחסה למודה במקצת, אלא כתבה – "עד האלהים יבא דבר שניהם". בית הדין הנקרא 'אלהים', הוא המחייבו שבועה בכדי לברר טענתו, בכדי להגיע בסופו של דבר להכרעה ממונית.²⁷

לעומת זאת, חיוב שבועת השומרים הובא בתחילת הפרק השמיני של המסכת ("ארבע שומרים הן"), ואולם הפרק בכללו, עוסק בכל המקרים שבהם נשבע השומר למפקיד, אף כאשר לא היה חייב שבועה מן הדין (כגון: "היכן שורי? אמר לו: איני יודע מה אתה סח"²⁸), ובכל זאת, בחר הנתבע להישבע מרצונו.

השבועות שבהן עוסק הפרק באות בתוך מעין דו־שיח בין בעלי הדין –

היכן שורי? אמר לו... משביעך אני, ואמר אמן.²⁹

הדיון בשבועות אלה עוסק בעיקר בחיוב קרבן, כדין הנשבע שבועת הפיקדון, ונמצא ששיקר בשבועתו (וכהמשך לפרק חמישי). דהיינו, שבועת השומרים היא חלק משבועות הפיקדון, אלא שבשבועה זו, התורה היא שחייבה את השומר לישבע למפקיד (במקרים השונים).

ז. ולקח בעליו

ראינו לעיל,³⁰ שהביטוי המוזכר בשבועת השומרים – "ולקח בעליו", פירושו שבעל הדין 'לוקח' את שבועתו של השומר. פירוש זה שימש לרב בסיס להלכה מחודשת –

אמר רב הונא אמר רב: מנה לי בידך, והלה אומר אין לך בידי כלום, ונשבע ובאו עדים – פטור, שנאמר: ולקח בעליו ולא ישלם, כיון שקבלו בעלים שבועה, שוב אין משלמין ממון.³¹

27. אדם המודה במקצת ישנה סבירות מסויימת ו'רגליים לדבר' (רמב"ן שבועות מב, ב) שהוא חייב את מלוא הסכום, אלא שהוא משתמט (מימרא דרבה ב"מ ג, א ועוד).
ואכן, אף שלהלכה, האומר 'הילך', פטור (בבא מציעא ד, א וכרב ששת), כתב בעל התרומות (ו, ב, ו) בשם ר"י הלוי:

וטענת הילך שפטרנוהו משבועת התורה, דוקא שלא יהא כמערים אבל אם נראה לדין שהוא כמערים לדחות השבועה מעליו – חייב שבועת התורה, וכן פסק רבנו חננאל.

דהיינו, במקום שהוא נראה כמערים, ואין כאן טענת הילך פשוטה (של אדם המוכן לשלם חובו, ולא משתמט), הרי הוא שוב חייב שבועת התורה! אומדן דעת זה מסור בידי בית הדין, וכן פסק להלכה השולחן ערוך (פז, ג). (אמנם נראה, שיש ראשונים שהבינו שסברת הילך אינה מטעם אומדן דעת, אלא שחזר דינו להיות כופר בכל, ואכמ"ל.)

כמו כן, מדברי רבה (שם) משמע שמטרת השבועה היא אמצעי לחץ של בית הדין על המודה להודות בחוב כולו – "רמא רחמנא שבועה עילויה כי היכי דלודי ליה בכלייה".

28. משנה שבועות ח, ג.

29. שם.

30. ליד הציון להערה 12.

דהיינו, לאחר שהבעלים נשבע על דבריו, אף שיבואו עדים לאחר מכן, ויעידו שנשבע לשקר, אינו משלם, שהרי המפקיד כבר קיבל שבועתו!

לכאורה, היה אפשר לבאר דבריו של רב בצורה מתונה יותר, שלא מדובר שהעדים מכחישים ממש את דבריו, אלא למשל, שהעדים מעידים שלוה, ונשבע הלוה שפרע. במקרה זה, מחדש רב, אף אם לפי הדין, אם היו באים העדים בתחילה, היה חייב לשלם ולא היה נאמן אף בשבועה שפרע,³² אם כבר נשבע הרי הוא נאמן.

אולם, המשך הסוגיה מוכיח, שרב נחמן הבין שהלכת רב עוסקת גם במקרה שבו העדים מכחישים את דברי הנשבע ממש. אף במקרה זה, היות ונשבע הנתבע על טענתו, הרי שהמפקיד נתן בו אמון וקיבל את שבועתו. לפיכך, השומר פטור מתשלום.

ניתן להבין הלכה זו (במקצת), לאור ההבנה שתפקיד השבועה אינו במישור הבירור האובייקטיבי מצד בית הדין (שכן אם כך היה, ודאי ששני עדים מבטלים לגמרי את דברי הנשבע) אלא במישור האמון שבין הצדדים גרידא. התרצותו של בעל הדין לקבל את שבועת בעל דינו, משקפת למעשה מעין הסכמה לוותר על התביעה הממונית, אם אמנם יישבע השומר על טענתו. דבר זה לא ישתנה, אף אם יבואו עדים לאחר מכן.

אמנם, דעת רב לא התקבלה להלכה. אולם, דומה שיש בה כדי לבסס את ההבנה, שתפקידה של שבועת השומרים אינו לברר את האמת העובדתית, אלא להשיב את האמון שבין בעלי הדין.

ח. "לפייס את חברו"

במספר מקומות בתלמוד העוסקים בשבועות מסוגים שונים, מופיע ביטוי ייחודי, שיש בו כדי ללמד, שמגמת השבועה היא – לפייס את חברו.

1. שבועה ומלקות

במסכת תמורה קיים דיון הנוגע למקור שממנו למדים שהמקלל חברו בשם חייב מלקות –

המקלל את חברו בשם. מנלן? אמר רבי אלעזר אמר רבי אושעיא: אמר קרא – "אם לא תשמר [לעשות את כל דברי התורה הזאת הכתובים בספר הזה ליראה את השם הנכבד והנורא הזה]" (דברים כח, נח), וכתוב "והפלא ה' את מכותך" (שם, נט). הפלאה זו אינה יודע מהו, כשהוא אומר: "והפילו השופט והכהו לפניו" (דברים כה, ב) – הוי אומר: הפלאה זו מלקות.³³

למדנו אפוא, שהוצאת שם שמים ללא צורך, מצדיקה עונש מלקות. לאור זאת נשאלת השאלה –

31. בבא קמא קד, א.

32. לפי הדעה שהמלווה את חברו בעדים צריך לפורעו בעדים, עיין שבועות מא, ב.

33. תמורה ג, ב.

אימר: אפילו שבועת אמת!

אם אמנם הוצאת שם שמים שאין בה צורך מחייבת מלקות, יוטל עונש זה אף על מי שנשבע שבועת אמת! על כך משיב התלמוד –

בהדיא כתיב "שבועת ה' תהיה בין שניהם" (שמות כב, ק).

לאמור, לא ייתכן להעניש אדם על כך שנשבע, אחר שהתורה עצמה חייבה אותו להישבע. אולם, אף תשובה זו אינה מספיקה –

אימר: הני מילי – לפייס את חברו, אבל מילקא – לילקי!

ייתכן שהתורה אמנם חייבה אדם להישבע, אולם חיוב זה, בשונה מחיובים אחרים, אינו חיוב כלפי שמים. זהו חיוב הנובע מן הצורך "לפייס את חברו". המחויב רשאי אם כן להימנע מן השבועה. במקרה זה, חברו לא יפויס, ויהא עליו לשלם לחברו את הסך שאותו הוא תובע ממנו. היות ואין מדובר בחיוב מוחלט, ניתן להטיל עונש על מי שבחר להישבע, ולא לשלם.³⁴ לפי הרמב"ן,³⁵ משמעות השאלה היא, שאם נשבע שבועת ביטוי מעצמו לוקה עליה (אך הנשבע שבועת השומרים אינו לוקה). יש להדגיש שמסקנת הסוגיה שם היא, שהנשבע על האמת אינו לוקה.³⁶

נמצאנו למדים, שמגמתו של הנשבע היא – "לפייס את חברו". ביטוי זה מובא דווקא בנוגע לשבועת השומרים – "שבועת ה' תהיה בין שניהם".

אמנם, ניתן להסביר את הביטוי גם בדרך אחרת. לפי דרך זו, בית הדין מחייב את בעל הדין להישבע, לא משום שיש צורך אמיתי בכך, אלא על מנת לתת לבעלי הדין את ההרגשה, שבית הדין ניסה לברר את הדין עד כמה שידו מגעת, ולא דחה את טענות בעלי הדין ללא התייחסות רצינית אליהן. הפיוס, לפי הסבר זה, אינו בין בעלי הדין, אלא בין התובע לדיינים.

אולם הסבר זה קשה. ראשית, אין בידינו דוגמאות להלכות הדורשות מן הדיינים לעשות מעשים שאין בהם צורך ענייני, רק בכדי שבעל הדין ירגיש שדנו אותו כראוי. זאת ועוד, החיוב שבו מדובר כאן, אינו חיוב רגיל. זהו חיוב שבועה! עליו נאמר שהוא חמור מכל עבירות שבתורה, ונפרעין ממנו וממשפחתו ומכל העולם כולו.³⁷ כמו כן, משמעותה הפשוטה של הסוגיה היא, שהצורך בפיוס בא מתוך רצונו של הנתבע לפייס את חברו, ולא מצד בית הדין.³⁸

34. עיין רש"י – "לפייס חברו – שלא יהא תובעו ממון, אבל מילקא לילקי הואיל ומביא עצמו לידי שבועה".

35. רמב"ן, השגות לספר המצוות, עשין ז.

36. וראה מחלוקת הרמב"ם והרמב"ן בספר המצוות (עשה ז), בשאלה, האם יש מצווה להישבע על האמת.

37. שבועות לט, א.

38. כך משמע גם מסוגיות אחרות שבהן מופיע הביטוי, כפי שיבואר בפרקים הבאים. אמנם במקום אחד (עכ"פ) אכן נראה מסתבר יותר לבאר כאפשרות השנייה (וכפי שיבואר לקמן).

2. שוכר שמסר לשואל

המשנה במסכת בבא מציעא עוסקת בדינו של שוכר שמסר לשואל –

השוכר פרה מחבירו והשאיילה לאחר ומתה כדרכה – ישבע השוכר שמתה כדרכה, והשואל ישלם לשוכר. אמר רבי יוסי: כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו? אלא, תחזור פרה לבעלים.³⁹

על משנה זו שאל רב אידי בר אבין את אביי מדוע לדעת תנא קמא, לא יוכל המפקיד לומר לשוכר שאין הוא מעוניין לקבל את שבועתו, כדי שיוכל לתבוע את פרתו ישירות מן השואל –

אמר ליה רב אידי בר אבין לאביי: מכדי שוכר במאי קני להאי פרה – בשבועה, ונימא ליה משכיר לשוכר: דל אנת ודל שבועתך, ואנא משתעינא דינא בהדי שואל! אמר ליה: מי סברת שוכר בשבועה הוא דקא קני לה? משעת מיתה הוא דקני, ושבועה כדי להפיס דעתו של בעל הבית.

שאלתו של רב אידי ותשובתו של אביי, מגלות סברות שונות בנוגע לתפקידה של השבועה. רב אידי סבר שהשבועה נועדה לפטור את השוכר מלשלם את דמי הפרה. לשון אחר: כל עוד השוכר לא יישבע שהבהמה מתה כדרכה, הוא בחזקת חייב. ניתן אם כן לומר, שבאמצעות השבועה 'קונה' השוכר את הפרה. כוחה של השבועה לפטור את השוכר מן החיוב המוטל עליו, נובע אך ורק מכך שיש בה כדי לברר את האמת, ולהוכיח שאמנם מתה הבהמה כדרכה. מתוך הבנה זו הקשה רב אידי, מדוע לא יוכל המפקיד לומר לשוכר – 'דל אנת ודל שבועתך'? אם אמנם השבועה לא נועדה אלא לברר את האמת, כדי לפטור את השוכר מן החיוב המוטל עליו, מדוע לא יוכל המפקיד למחול על תביעתו כלפי השוכר, ובכך גם למחול על חיוב השבועה המוטל עליו, כדי שיוכל לתבוע את השואל?

בתשובתו מחדש אביי שההבנה בנוגע לתפקיד השבועה, היא הפוכה. מעיקר הדין, זכה השוכר בדמי הפרה כבר משעת מיתתה. היות ובאמת מתה הפרה כדרכה, לא מוטל כל חיוב דיני על השוכר, כלפי המפקיד. מנגד, לשואל יש חיוב כלפי השוכר, היות והשואל נושא באחריות אף על אובדן של הפיקדון, שלא הייתה יכולה להיות לו שליטה עליו. לפיכך, שבועת השוכר לא נועדה אלא "להפיס דעתו של בעל הבית". דהיינו, עיקרה אינו בירור האמת, אלא פיוס דעתו של המפקיד, על מנת שלא יחשוד בשוכר שפשע בשמירת הפיקדון.⁴⁰

39. בבא מציעא לה, ב.

40. רש"י שם. אמנם עיין בתוספות בבא מציעא שם ד"ה תחזור, המבארים שבעניין זה נחלקו תנא קמא ורבי יוסי. לדעת רבי יוסי תחזור פרה לבעלים, כיוון שהשוכר קונה אותה בשבועתו, ויכול המשכיר לומר לו 'דל שבועתך'. להלכה, התקבלה דעתו של רבי יוסי (ראה בבא מציעא לו, ב). אמנם, ראה בדברי הריטב"א (חידושים לבבא מציעא, שם) שטעמו של ר' יוסי שמלכתחילה "השואל שומר דבעלים הוא לגמרי", וכן ברמב"ן (חידושים לבבא מציעא, לו, א) הכותב – "דבעל דברים דידיה הוא". וכן נראה מפשט דבריו של רבי יוסי – "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו? אלא, תחזור פרה לבעלים".

גם כאן, כמו בסוגיית תמורה, הסוגיה עוסקת בשבועת השומרים.

3. שבועת השכיר

עד כאן, מצאנו שימוש בביטויים – "לפייס את חברו" או "להפיס את דעת בעל הבית", אך ורק בנוגע לשבועה שמקורה בתורה, הלא היא שבועת השומרים. כעת נפגוש שימוש בביטוי זה, גם בשבועה שמקורה בדברי חכמים.

במסכת שבועות קיים דיון בנוגע לשבועת השכיר, שמקורה בדברי חכמים. שבועה זו נדרשת, במקום שהשכיר טוען שלא קיבל את שכרו, והמעביד סבור שכבר שילם לו שכר. הסוגיה פותחת בשאלה –

מאי שנא שכיר דתקיננו ליה רבנן דמשתבע ושקיל (=במה שונה השכיר, שתקנו לו חכמים שיישבע וייטול)?⁴¹

הדין הרגיל הוא, ש"המוציא מחברו עליו הראיה", ואין אדם יכול להוציא מחברו ממון בשבועה. אם כך, מהו הצידוק להלכה החריגה, המעניקה לשכיר את הזכות להישבע וליטול? תשובות שונות הוצעו לשאלה זו, ונדחו.⁴² לבסוף, מוסברת הזכות על רקע ריבוי טרדותיו של המעביד –

אלא, בעל הבית טרוד בפועליו הוא.

היות ועל המעביד לתת שכר לפועלים רבים, דעתו טרודה בחלוקה של משכורות רבות. לכן, ייתכן בהחלט שישכח את שכרו של אחד הפועלים. מנגד, טרדתו של הפועל נתונה אך ורק למשכורת שלו. לפיכך, לטענתו משקל רב מלטענתו של המעביד. טעם זה נראה כנימוק כה חזק, עד ששאלו –

וליתב ליה בלא שבועה!

כאן מתהפכת השאלה: אם אמנם נכון להניח שטענתו של העובד מבוססת יותר מטענתו של המעביד, לשם מה דרשו חכמים מן השכיר להישבע? ותשובת חכמים היא –

כדי להפיס דעתו של בעל הבית.⁴³

על פי מה שביארנו לעיל, כוונת הדברים היא, שהשבועה נועדה להשיב את האמון בין המעביד לעובדיו, כדי שלא יחשוד בהם שנטלו כספו במרמה.

סברה זו מצטרפת אם כן לשורה סברות שהוזכרו באותה סוגיה,⁴⁴ שמגמתן שיפור מערכת היחסים בין המעביד לפועלים.⁴⁵

41. שבועות מה, א, וראה גם: בבא מציעא קיב, ב.

42. אמנם, עיין בהערה הבאה.

43. פשוט שטעם זה אינו מן הדין אלא תקנת חכמים, "אבל מן הדין ודאי אפי' בשבועה אין לו הואיל ובעה"ב אומר ברי לי, אלא משום תקנה אמרינן" (רמב"ן שם). הרמב"ן שם מבאר שמסקנת הסוגיה איננה טעם עצמאי, אלא בנויה על גבי מה שנאמר לעיל, ששבועת השכיר היא משום כדי חייו.

אמנם, על פניו נראה, שהמעביד טוען טענת ברי כלפי עובדיו. אולם, חכמים אמדו דעתו של מעביד, והבינו שטענה זו אינה ודאית כל כך –

דשמה שכח מחמת שהוא טרוד בפועליו, ומחמת שסבור שפרע טוען ברי, אף על פי שמסופק,⁴⁶

ולפיכך –

רבנן מיהא חשבי ליה כודאי שכח.⁴⁷

4. עד המעיד על פירעון כתובה

במסכת כתובות מובא דיון בנוגע לשבועת אשה נגד עדותו של עד אחד, המעיד שכתובתה נפרעה –

עד אחד מעידה שהיא פרועה... אלא אמר רבא: מדרבנן, כדי להפיס דעתו של בעל.⁴⁸

ואמנם כאן בפשטות הבעל טוען בוודאות שפרע את חובו על פי הכתובה.⁴⁹ לפיכך על כורחנו, לא נוכל להסביר שמגמת השבועה היא להשיב את האמון בין הבעל לאשתו. אלא כאפשרות השנייה שהעלינו לעיל, שהשבועה שהטילו חכמים על האישה, נועדה לתת לבעל את ההרגשה, שבית הדין השתדל ככל שניתן לברר את טענתו. (אמנם אפשר להעמיד את הגמרא בדוחק באופן שהבעל חושד באישתו שתפסה מטלטלין בשביל כתובתה, ויש עד אחד המעיד כן. ונמצא שאכן אין הוא יודע בברי שנפרעה.)

44. כגון: "בעל הבית גופיה ניחא ליה דמשתבע שכיר ושקיל, כי היכי דאיתגרין ליה פועלין", וראה רש"י שבועות מה, א ד"ה כי היכי דאיתגרין ליה פועלים.

45. אחת מההשלכות של סברא זו היא, שאף שבכל השבועות יכול התובע לגלגל על הנשבע שבועה אחרת, בשבועת שכיר הוא אינו יכול לגלגל [שבועות מט, א וכהסבר רוב הראשונים שם, וכן נפסק להלכה בשולחן ערוך ה"מ פט, ו. ולא כריצב"א בתוספות (שם ד"ה לכל) שה"ה כל הנשבעין ונוטלין]. הסיבה לכך נובעת ממהותה של השבועה. היות והשבועה נועדה רק כדי להפיס את דעתו של בעל הבית, ו"אינה מן הדין", אין צידוק לחייב את הנשבע שבועות נוספות (ראה רש"י שם ד"ה לכל; תוספות שם ד"ה לכל).

אמנם, הר"י מיגאש כתב שהסיבה לכך שאין לגלגל שבועה בשבועת השכיר היא, שהקלו חכמים על השכיר, כדי לא לצער ולחייבו להישבע שבועות נוספות, משום כדי חייו. כלומר, היות והשכיר חייב לעבוד לפרנסתו, ולעתים, כדי לתבוע את זכויותיו ייאלץ להישבע, לא יהיה זה מוצדק שבאותה הזדמנות יטילו עליו שבועות נוספות. כך משמע גם מלשון הרמב"ם (שכירות יא, ט) והשולחן ערוך (שם).

46. תוספות שבועות מו, ב ד"ה מתוך.

47. תוספות שבועות מה, א ד"ה וניתב. ולשון הריטב"א (שבועות שם) – "וברי דידיה כשמה הוא, וכאומר איני יודע אם פרעתיך".

48. כתובות פז, א.

49. לשון המשנה (כתובות ט, ז) – "ואמר לה התקבלת כתובתיך".

ט. אתה נאמן לי בשבועה

בהמשך הגמרא בבבא מציעא שהובאה לעיל,⁵⁰ נחלקו אמוראים מה דינו של שומר שמסר את הפיקדון לשומר אחר.⁵¹ דעת רבי יוחנן היא שהעברת החפץ לאחר היא כפשיעה, ויש לחייב את השומר הראשון מכאן ואילך אף באונסין. נחלקו אביי ורבא בטעמו של רבי יוחנן –

אמר אביי: ... ולטעמיה דרבי יוחנן... דאמר ליה: אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר... אמר רבא: הלכתא, שומר שמסר לשומר – חייב... מאי טעמא – דאמר ליה: את מהימנת לי בשבועה, האיך לא מהימן לי בשבועה.

אביי סובר שיש לחייב את השומר, כיוון שעבר על דעת הבעלים ונתן את החפץ לאחר. רבא סובר שטעם זה אינו מספיק בכדי לחייבו,⁵² אלא הטעם הוא שהמפקיד יכול לומר שהוא מאמין דווקא לשבועתו של השומר הראשון. בפשטות, ההבדל בין הדעות יהיה כאשר יש עדים לאונס, או שהשומר הראשון היה נוכח בשעת האונס ויכול להישבע.⁵³

אם נאמר שהשבועה היא כלי אובייקטיבי שבאמצעותו בית הדין עומד על אמיתות טענתו של השומר, אין מקום כלל לטענת המפקיד שפלוגי נאמן עליו בשבועה ולא אלמוני. אלא על כורחך, השבועה היא כלפי המפקיד, ולכתחילה הוא מבקש אדם שיהיה נאמן לו בשבועתו. טענה זו, ששומר זה נאמן עליו ולא אחר, חזקה לדעת רבא אף יותר מהטענה (הפשוטה) שאין רצונו של אדם שיהיה הפיקדון ביד אדם אחר, ורק מכוח טענה זו יש לחייב את השומר בתשלומין!

להלכה, נפסק כדעת רבי יוחנן וכטעמו של רבא.⁵⁴

משמעות השבועה כנאמנות אישית וסובייקטיבית כלפי המפקיד מתחזקת על פי שיטת הרא"ש בסוגיה. נחלקו התוספות והרא"ש, מה יהיה הדין כאשר השומר השני מוחזק ככשר וישר, אף יותר מהראשון. התוספות כתבו –

50. לעיל, ליד הציון להערה 39.

51. **בבא מציעא** לו, א (וכן **בבא קמא** יא, ב).

52. טעמו של אביי מפורש לכאורה **במשנה** (גטין ג, ה) – "המביא גט בא"י וחלה – הרי זה משלחו ביד אחר, ואם אמר לו טול לי הימנה חפץ פלוני – לא ישלחנו ביד אחר, שאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר". הרי"ף (ב"מ כ, א) ביאר שאמנם אין לו לשומר להעביר לכתחילה את הפיקדון לאחר, "אבל דיעבד אע"ג דאינו רשאי, אי איכא סהדי דלא פשע בה לא מחייבינן ליה" [וכן ביארו התוספות (ב"מ לו, א ד"ה רב) את דעת רב החלוק על רבי יוחנן לעיל].

53. כן כתבו התוספות (שם לו, ב ד"ה את מהימנת) ועוד ראשונים, וכן בשולחן ערוך חו"מ (רצא, כו).

54. **רמב"ם** שכירות א, ד-ו. **שולחן ערוך** שם. עוד ביחס לטענת 'איהו לא מהימן לי בשבועה', עיין **בבא מציעא** (ג, א) ביחס לשבועת חנווני על פנקסו, וברש"י שם ד"ה לא מהימן לי נואף ששם כל אחד מהם טוען בברי שהאחר משקר, טענותיהם מועילות, שלא נאמר היות דאיכא ודאי רמאי יהא מונח עד שיבוא אליהו, שכן בעל הבית הוא שקלקל ועליו לקבל אחריות ולשלם לשניהם. משום כך, כתב בשו"ת **החכם צבי** (קכו) שבמקרה זה אפילו מאמינו ומפקיד אצלו בדרך כלל, עדיין חייב לתת לשניהם, כיוון שטוענים שבפעם זאת זולתם משקר].

לפי טעם זה אם השני נאמן יותר מן הראשון נראה דפטור.⁵⁵

דהיינו, אם השומר השני מוחזק כאדם כשר יותר מהראשון, אין המפקיד יכול לומר "את מהימנת לי בשבועה, האיך לא מהימן לי בשבועה". אף שהשבועה היא כלפי המפקיד, על כל פנים הוא עצמו כפוף לכללי הנאמנות הרגילים והמסתברים. אולם הרא"ש כתב –

אפילו אי ידעי כולי עלמא שהוא אדם טוב וכשר יותר מן הראשון, יראה דמצי למימר: את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי בשבועה, דאין לך להאמין עלי בשבועה כל מי שאין לי עסק עמו.⁵⁶

השבועה באה בכדי ליצור נאמנות אצל המפקיד, ועל כן, גם אם השומר השני הוא צדיק וישר יותר מהראשון, יכול המפקיד לומר שאין לו עסק עימו ואינו רוצה להאמין לו. השולחן ערוך⁵⁷ פסק כרא"ש.

י. הנשבעין שלא בטענה

במספר מצבים חייבו חכמים שבועה, אף שהתובע אינו טוען טענה מסויימת נגד הנתבע – ואלו נשבעין שלא בטענה: השותפין, והאריסין, והאפוטרופין, והאשה הנושאת והנותנת בתוך הבית, ובן הבית; אמר לו: מה אתה טועניני? רצוני שתשבע לי – חייב.⁵⁸

למדנו אם כן, שאם אחד השותפים חושד בשותפו שנהג שלא כדין, רשאי הוא להשביעו שפעל כשורה, אף שאין הוא מסוגל לטעון נגד שותפו טענה מסוימת וודאית (וקל וחומר שאין בידו ראיה על כך). באופן דומה, תיקנו חכמים חיוב שבועה גם בעוד כמה "שותפויות" למיניהן, כגון אישה הנושאת ונותנת בתוך ביתה.

נראה שמטרת שבועה זו היא לאפשר יחסי עבודה תקינים בין שותפים, אריס ובעל השדה וכדומה.

כאשר מתעוררים חשדות וחוסר אמון בין השותפים, הנוהגים להורות היתר לעצמם ליהנות מנכסי השותפות, אף שלא כדין,⁵⁹ לא ניתן להסיר את החשד ולהשיב את האמון, אלא אם יישבע שותף לשותפו.

55. תוספות בבא קמא יא, ב ד"ה את.

56. בבא מציעא ג, ו.

57. שם.

58. משנה שבועות ז, ח.

59. ראה שבועות מח, ב.

לכן, תיקנו חכמים שאם אחד מהשותפים מעוניין שחברו יישבע לו על מעשיו, אף שאין ביד התובע להציג בפני בית הדין טענה מסוימת, יישבע השותף. תקנה זו נועדה להשיב את האמון בין הצדדים.⁶⁰

סופה של המשנה מוכיח לכאורה סברה זו –

חלקו השותפין והאריסין – אין יכול להשביעו.⁶¹

כלומר, אם פירקו השותפים את השותפות (או נתגרשה האשה וכדו'), כבר אינו יכול להשביע, אף על אותו דבר שרצה קודם לכן.⁶² מוכרח שהטעם לשובעה הוא בכדי להחזיר את השותפות שביניהם ליחסים תקינים, ועל כן בשעה שטעם זה אינו קיים – אף אין שבועה.⁶³

יא. שבועה בין היורשים

ההבנה שתפקיד השבועה הוא השבת האמון בין הצדדים, עשויה להקל עלינו להבין את דרשת חכמים בעניין חיוב השבועה על יורשיהם של בעלי הדין. בעניין זה עוסקת הסוגיה במסכת שבעות –

תני רבי אמי: "שבועת ה' תהיה בין שניהם" – ולא בין היורשין.⁶⁴

הגמרא דוחה את האפשרות שמדובר במקרה רגיל של שבועת מודה במקצת,⁶⁵ ומבארת שמדובר במקרה מיוחד שהיורש הודה במקצת הטענה, ובשאר אינו יודע (ולשיטת ר' אבא שם⁶⁶).

60. מעניין להשוות שבועה זו להשקאת סוטה. הסוטה אינה נבדקת במים המרים רק בכדי לברר אם חטאה, שהרי אם כך היה, מן הדין היה להנהיג דרך דומה בנוגע לעבירות נוספות. לפיכך, מוכרחים אנו להסביר, שלאחר שנוצר מצב שבו הבעל חושד באשתו שזינתה תחתיו, מתעורר צורך להשיב את האמון בין בני הזוג. השבת האמון מחייבת בדיקת האישה בידי שמים, שרק בכוחה להשיב את האמון והשלום בין בני הזוג. על כך אמר רבי ישמעאל – "גדול הוא השלום, שמצינו שויתר הקדוש ברוך הוא על שמו שנכתב בקדושה שימחה על המים, כדי להטיל שלום בין איש לאשתו" (מסכת דרך ארץ פרק שלום, ט. ועוד).

61. משנה שבעות ז, ח.

62. ראה: רמב"ם שולחן ושותפין ט, ז; שולחן ערוך חו"מ צג, ו.

63. אמנם מלשון הרמב"ם (שם) משמע לכאורה טעם אחר, ח"ל –

חלקו השותפין והאריסין ונתגרשה האשה ונפרד מעליו בן הבית והביא לו השליח סחורה שקנה לו או מעות שמכר לו בהן ושתק והלכו להם ולא תבעם מיד – אינו יכול לחזור ולהשביעו בטענת ספק, מלשון זו נראה שהטעם הוא שהיות שלא תבעם מיד בשעת החלוקה, איבד את זכותו לתבעם אחר כך, ורגילים לדבר שהחלוקה הייתה צודקת. רצ"ע.

64. שבעות מז, א. דרשה דומה מצויה במכילתא דרבי ישמעאל (משפטים מסכתא דניקין טז): "בין שניהם – להוציא את היורשין". ובירושלמי (שבעות ו, ה) – "בין שניהם – אינה זוהי מבין שניהם לעולם".

65. ההוא אמינא היא שמדובר בשבעות מודה במקצת – "אילימא דאמר ליה: מנה לאבא ביד אביך, ואמר ליה: חמשין אית ליה וחמשין לית ליה, מה לי הוא ומה לי אבוהא!". ובדרך אפשר, לאור הדברים דלעיל, ניתן לומר שאכן בשבעות מודה במקצת אין נפ"מ כלל בין יורש לאדם עצמו, אלא שהפסוק נאמר על שבעות שומר.

ניתן להסביר, לאור המבואר עד כה, פשט לדרשת חז"ל דלעיל. היות ושבועה זו נועדה להשיב את האמון בין הצדדים, הרי שאין מקום לגלגלה על הדור הבא. וכפי שביארנו, פסוק זה נאמר בייחוד ביחס לשבועת השומרים, ולא ביחס למודה במקצת.⁶⁷

וכן יש לשאול אף להלכה – שומר שאבד ממנו חפץ באונס ומת, האם יש לחייב את בנו (הטוען כן בברי) שבועת השומרים?

ומסתבר שאכן הבן פטור משבועה – הן מהסברה שהובאה לעיל, והן מהטעם שחויב שבועה זו הוא חלק מחיובי השומר למפקיד, והבן לא התחייב בהם כלל.⁶⁸

יב. שבועת השומרים בטענת ברי

נחלקו הפוסקים האם שבועת השומרים שייכת אף במקום שהמפקיד טוען בטענת ודאי שהפיקדון נמצא ביד השומר או אבד בפשיעה וכדומה.

דעת הש"ך היא, ששבועת השומרים חלה רק כאשר המפקיד אינו יודע מה אירע לפיקדון, אולם אם יטען ברי, השומר פטור משבועה –

דכל שבועת שומרים אינה אלא כשבעל החפץ טוען שמא, דרמי רחמנא שבועה עליה שלא יהא כל אחד ואחד הולך וטוען אבד חפצך, שהרי אין הבעל יודע אם משקר, אבל כשהבעל טוען ברי לא רמי רחמנא שבועה עליה, דחזקה אין אדם מעיז.⁶⁹

טעמו של הש"ך הוא, שבמקום שהמפקיד טוען ודאי, לא מסתבר שהמפקיד יכחיש דבריו, שכן חזקה היא שאין אדם מעז להכחיש דברי מי שהפקיד אצלו,⁷⁰ ואם למרות זאת הוא טוען כן – מסתבר שנאמנים דבריו ואין לחייבו שבועה.

לאור דברינו לעיל, יש להוסיף טעם נוסף לשיטת הש"ך. כל עיקרה של השבועה בא בכדי לפייס בין בעלי הדין, ועל כן היא שייכת דווקא במקום שהמפקיד טוען: "שמא פשעת

66. לשיטת רב ושמואל (שם), שאין אומרים מתוך שאינו יכול לישבע לשלם (או עכ"פ לא דרשו כן מהפסוק, ואכמ"ל), למדו מהפסוק – "שמעון בן טרפון אומר: 'שבועת ה' תהיה בין שניהם' – מלמד שהשבועה חלה על שניהם" (במכילתא הובאה דרשה זו בשם ר' נתן).

67. ובדומה לכך מצאנו בשבועות דרבנן, שלא תיקנו שבועת הגאונים (שבועת 'אין לי') על היורשים (עיין שו"ת הרי"ף קלב; שולחן ערוך חו"מ קז, ב). וכן, מדברי הרא"ש בתשובה משמע שאין לחייב יורש שבועת היסת כלל, אף שטוען בברי שאביו לא היה חייב כלל – "...ואם היה אביהם קיים, היה נשבע שפרע, והיורשים פטורים בלא שבועה, שלא נתקנה שבועת היסת אלא בין טוען לנטען, אבל לא על היורשים" [שו"ת הרא"ש (סז, ב), הביאו הסמ"ע חו"מ פז, צג]. אמנם, ברמ"א (חו"מ עה, כ ובש"ך שם, עה) כתב שבטוען היורש ברי חייב היסת, וחלק על הבית יוסף בבדק הבית (שם) שפטר.

68. כאשר טענתו היא שהחפץ אבד אצל אביו (להבדיל ממקרה שבו היורש קיבל את החפץ מאביו השומר – עיין בבא קמא קיב, א; שולחן ערוך חו"מ שמא, ג). עיקרון זה, של פטור היורש משבועה, שמעתי מהרה"ג אביגדור נבנצל (והוסיף, שפטור זה כל כך פשוט, ועל כן פירשה הגמרא את דרשת חז"ל ביחס למודה במקצת).

69. ש"ך חושן משפט עב, קטו.

70. ע"פ סברת הריב"א בתוספות ב"ק קז, א ד"ה עירוב פרשיות, ולא כרש"י ד"ה דאמר.

בפיקדון". אולם, אם טוען כן בוודאי, הרי שהם חוזרים להיות ככל טוען ונטען – והשומר פטור משבועה.⁷¹

אמנם, התומים האריך לחלוק על הש"ך, ודעתו שהשומר חייב בשבועת השומרים בכל מקרה.⁷² ואפשר לבאר דעתו, שכאשר המפקיד טוען בבירור שהשומר פשע וכדומה, הרי שתביעתו אכן מקבלת אופי אחר, ושבועת השומר היא בכדי לברר את דבריו כלפי בית דין. סברה זו תתבאר יותר לאור דברינו להלן, בסוף המאמר.

יג. השלכות

כאמור, ההבדל הפשוט ביותר בין הסוגים השונים של השבועות הוא, המקום שבו מתבצעת השבועה. שבועה לשם השבת האמון אינה צריכה להתבצע בפני בית דין. שבועה לשם בירור הדין, בהיותה חלק מן הדיון בבית הדין, צריכה להתבצע בפני בית הדין. ניתן לחשוב גם על השלכה נוספת. האם גם כשמכריז בעל דין, שאף אם יישבע בעל דינו לא יאמין לו, נטיל שבועה? נראה שהתשובה לשאלה זו תלויה במידה רבה במטרתה של השבועה. אם השבועה נועדה לאפשר לבית הדין לברר את טענות בעלי הדין, נראה שלמידת האמון של בעלי הדין בשבועה לא יהיה משקל. מנגד, אם השבועה נועדה להשיב את האמון בין בעלי הדין, כאשר אלו אינם מאמינים זה לזה, גם לאחר השבועה, אין טעם בהטלתה.

דיון בשאלה זו מצאנו באחד מפסקי הדין של בית הדין לדיני ממונות בירושלים –

והנה יש להסתפק בחיוב שבועה שמחייבים בית דין, שלהלכה אין משביעין אותה אלא על טענת ברי, האם חיוב השבועה תלוי בתביעת התובע לשבועה, כדי להפיס דעתו, וכמו שאמרו בתמורה (ג,ב) דמה שאמרה תורה "שבועת ה' תהיה בין שניהם", היינו כדי לפייס את חברו, ופרש"י, שלא יהיה תובעו ממון, וכן אמרו בכמה מקומות לעניין שבועת הפקדון ועוד. ועי' שערי שבועות לרי"ף שער א סוף הלכה ו, דלקיחת השבועה היא במקום לקיחת ממון, וכן יש לומר לענין היסת. ולפיכך, אם אומר התובע שלא יתפייס בשבועת הנתבע משום שאינו מאמינו, אין בי"ד נזקקין להשביעו; או שנאמר שאמנם השבועה היא כדי לפייסו, אבל היא קיימת ומחוייבת גם כשאינו מתפייס בה.⁷³

בית הדין תולה שאלה זו במחלוקת הראשונים בעניין הנימוק להלכה הקובעת שאין משביעים את החשוד על השבועה –

71. אולם חייב היסת.

72. אורים ותומים עב, תומים מב. והסכים עימו הנתובות שם חידושים לו.

73. פסקי דין ירושלים דיני ממונות א, עמ' רלג. ישבו בהרכב הרבנים דוד עובדיה (אב"ד), אברהם דב לוינ ושמואל ביבס. יש לציין שהחקירה שם נסובה על שבועת היסת.

הרמב"ן והרשב"א ועוד ראשונים (בבא מציעא ה,ב) כתבו בשם רבנו תם, שהטעם הוא משום שאנו חוששים שמא יישבע לשקר. ועיין רמב"ם (טוען ונטען ב, יא; וטור ושולחן ערוך חו"מ צב, א) שאפילו אמר התובע: 'אקבל שבועתו אף-על-פי שהוא חשוד', אין שומעים לו. אבל ב'שיטה מקובצת' (בבא מציעא ב,ב) בשם מהר"י כ"ץ כתב, שאין הטעם משום חשש שבועת שקר, אלא משום שהתובע אומר לו: "כיון שאתה חשוד, איני מקבל שבועתך". ועיין מרדכי (שבועות תשסט) בשם רשב"ט... שאם נתרצה התובע לקבל שבועתו, שומעים לו.

הרמב"ן וסיעתו לא הסבירו שהטעם לכך שאין משביעים את החשוד הוא, משום שבעל דינו לא יקבל שבועתו, כיוון שלשיטתם השבועה היא כלפי בית הדין. לעומתם, מהר"י כ"ץ סובר שאין משביעים את החשוד משום שבעל דינו לא יקבל את השבועה. הסבר זה מניח, שהשבועה נועדה לטובת בעל הדין. לכן גם סובר רשב"ט שאם בעל דינו של החשוד מוכן לקבל שבועתו – משביעים אותו.

אמנם, תלות זו בין מחלוקת הראשונים בעניין שבועתו של החשוד לשאלה העקרונית בדבר תפקידה של השבועה, אינה הכרחית. ניתן להסביר, שאף הרמב"ן סבור שהשבועה נועדה לפייס את בעל הדין. אולם, בית הדין לא ייתן ידו להשבעתו של החשוד על השבועה, משום חומרתה של השבועה, וחילול ה' שייגרם עקב שבועת שקר.⁷⁴ ייתכן גם, שבית הדין לא ייתן ידו לכך, מן החשש שהשבעת החשוד היא כנתינת מכשול לפני עיוור.⁷⁵ מנגד, אפשר שאף לדעת מהר"י כ"ץ, השבועה נועדה לשמש ככלי ביד בית הדין לבירור האמת. עם זאת, לנכונותו של בעל דין לקבל את שבועת בעל דינו יש משקל רב, שכן יוכל בעל הדין לטעון: היות ולדבריך אין להאמין לי, אין אתה יכול לתבוע מבית דין להשביעני.⁷⁶ כמו כן, לאור האפשרות שנציע בפרק הבא, אין מקום לתלות זו מטעם אחר.

יד. סוף דבר

הקושי המרכזי בהבנה שתפקיד השבועה הוא השבת האמון בין הצדדים לדין, נובע מכך שפרשיית מודה במקצת, המתאימה לשבועה שנועדה לשם בירור האמת בבית הדין,⁷⁷ מצויה בתוך פרשייה העוסקת בשבועתו של שומר חנם, שאף בו נאמר – "ונקרב בעל הבית אל האלהים אם לא שלח ידו במלאכת רעהו". דהיינו אף שומר חנם, נדרש להישבע אל מול בית הדין.

74. מרדכי שבועות תשסט.

75. ריטב"א ב"מ ה,ב ד"ה א"ר יוחנן.

76. עיין שו"ת הר"י מיגאש (קנז) בשם הר"י פ. ועיין שו"ת הרשב"א (ג, צד) הדין בנשבע וחוזר ונשבע על אותו הדבר (כגון שנשבע היסת וצריך לחזור ולהישבע שבועה דאורייתא) האם משביעים אותו (שהרי לפי דברי התובע נשבע על שקר) ומדוע? (תולים בדבר רחוק, אין חשוד לחצאין וכו'). ועיין שולחן ערוך חו"מ פז, יד. ואמנם אפשר שיש לחלק בין מקרה שטען שבעל דינו חשוד ממש (שנשבע בעבר לשקר וכדו'), לבין אם טען בסתם שאינו מאמינו.

77. ראה לעיל, ליד הציון להערה 14.

אולם, לאור מאפייני שבועת השומר, כפי שביארנו לעיל,⁷⁸ צריכה שבועתו להיות שבועה כלפי המפקיד, שנועדה להשבת האמון בינו לבין המפקיד, ולא שבועה כלפי הדיינים.

אמנם, כבר מסוגיות רבות עולה שחכמים התחבטו בדבר היחס בין שבועת מודה במקצת לשבועת שומר חינם. כך למשל, במסכת בבא קמא⁷⁹ נחלקו אמוראים בשאלה, האם "הטוען טענת גנב בפקדון" חייב שבועה רק כאשר הוא גם מודה במקצת (רבי חייא בר אבא), כמשמעות הפרשייה, או שמא "עירוב פרשיות כתוב כאן", ואף השומר הטוען שכל הפיקדון נגנב, חייב שבועה (רבי חייא בר יוסף).⁸⁰

הראשונים עסקו בשאלה, האם משמעות דבריו של רבי חייא בר יוסף היא, שאף אם השומר כופר בכול, כלומר, שטוען שלא היה כלל שומר, הוא חייב שבועה, או שמא אף ש"עירוב פרשיות כתוב כאן", אך עיקור פרשיות אין כתוב כאן, וודאי אם כופר בפיקדון לגמרי – פטור.⁸¹

קושי זה מביאנו להבנה חדשה, שיש בה כדי להאיר את כל הנאמר עד כה, באור שונה (ואמנם, שערי תירוצים אחרים לא ננעלו). ייחודו של שומר חינם לעומת שומר שכר הוא, שהוא נפטר מאחריות גם בטענת גנבה ואבדה. טענה זו היא טענה כוללת שנוח לטעון אותה. למעשה, כל אבדן שלא אירע בפשיעתו של השומר, נכלל בה. זאת ועוד, הגבול בין "גנבה ואבדה" לפשיעה, שעליה מתחייב אף שומר חינם, הוא לפעמים דק ביותר. על כן, על אף שהמפקיד טוען כלפי השומר בחינם טענה שאינה ודאית (שמא), מראש, האמון שהוא נותן בו אינו רב, אף אם יישבע לו. בלבו, תמיד יחשוד התובע שמא הפיקדון אבד בפשיעה, בעוד שהנפקד סבר שהאבדן נכלל בגדר "גנבה ואבדה". על כן, אף שבועה זו צריכה להתבצע בפני בית הדין.

הבנה זו מוסיפה רובד משמעותי לכל הדיון עד כה. האמון שבין בעלי הדין נבחן לא רק בהתאם לצורה שבה הם מציגים את טענותיהם בפני בית הדין (ברי או שמא), אלא גם בהתאם לנסיבות ולסוג הטענות שטוענים בעלי הדין. כך יקרה, שגם חשד שהוא לפי טבעו הפורמאלי מסופק (שמא), ויסודו בעמדתו הסובייקטיבית של בעל הדין, יכול לקבל ממד אובייקטיבי, אם אמנם סוג הטענה המועלת על ידי הנתבע שבועה היא כזו, שמצדיקה את החשד. בנסיבות מסויימות, ייתכן שגם החשד המהווה בסיס לפרשיית שומר שכר, כולל בתוכו חשד אובייקטיבי.

78. ליד הציון להערה 17.

79. בבא קמא ק"ב.

80. לפי הסבר זה, דין מודה במקצת הוא דווקא בהלוואה ובדומים לה.

81. ראה רש"י שם ק"א ד"ה מעיז, תוספות שם ד"ה עירוב פרשיות. כמו כן, חלקו הראשונים ('לשיטתו') במספר דינים ביחס לשומר, כאשר המכנה המשותף להם הוא בשאלה האם יש ללמוד דין שומר ממודה במקצת: האם חייב השומר בשבועה דווקא בתביעת שתי כסף? הר"י מיגאש סובר שחייב אף בתביעת פרוטה, והרמב"ן סובר שחייב רק בתביעת שתי כסף (עיין רמב"ן שבועות מ"ב, שולחן ערוך חו"מ פ"ה, ד). האם שומר חייב אף בתביעת קטן? הר"י מיגאש סובר שחייב, והרמב"ן סובר שפטור (עיין רמב"ן שבועות מ"ב, א, שולחן ערוך חו"מ צ"א). ואפשר שהיא המחלוקת האם שומר חייב בפשיעה בקרקעות ובשטרות. ויש לדחות, ואכמ"ל (עיין רמב"ם שכירות ב, ג והשגת הראב"ד שם, שולחן ערוך חו"מ ט"ו, מ).

משמעות קביעת התורה, שהשבועה תהיה "בין שניהם" היא אם כן, שיש לתת עדיפות לפתרון הסכסוך בדרך של שבועה "בין שניהם".⁸² זאת, אם אמנם בעל דינו של הנשבע יתפייס בשבועתו.

אמנם, במקום שבו בעל הדין לא יקבל את שבועת בעל דינו, יהא על הנתבע להישבע בפני בית הדין, שיידרש אמנם להכריע בין בעלי הדין. לשון אחר: כל עוד ניתן ליישב את הסכסוך מחוץ לבית הדין, על ידי השבת האמון בין הצדדים, יש להעדיף פתרון זה, על פני ההכרעה המשפטית בפני בית הדין.

הסבר זה מוציא למעשה את העוקץ מן ההבחנה החדה שנעשתה לעיל, בין השבועות השונות. אופייה ותפקידה של השבועה, ייקבע בהתאם לאופן שבו יקבל התובע את שבועתו של הנתבע. אם ניתן להניח שהשבועה תתקבל על דעת התובע, ותביא לשיקום האמון בין הצדדים, נעדיף פתרון בדרך של שבועה "בין שניהם", ולא בפני בית הדין. עצם העמידה בפני בית הדין, יוצרת אווירה של חשד וניכור, אשר יש להימנע ממנה ככל הניתן. רק אם ניווכח שהתובע לא יאמין לשבועת הנתבע, תובא ההכרעה והשבועה לפני בית הדין.

מובן אם כן גם, מדוע אין אנו מוצאים בהלכה הבחנה חדה בין שני סוגי השבועות. הדבר נובע מכך, שכל אימת שבעלי הדין באו כבר לפני בית הדין, צריכה השבועה להתבצע בפני בית הדין, כחלק מהליך בירור העובדות. עם זאת, נמצאנו למדים שאם ראה בית הדין לנכון להוציא את בעלי הדין מלפניו, בראותו שקיים סיכוי שהשבועה תשיב את האמון בין הצדדים, יעשה כן, כדרך שבית הדין מציע פשרה למתדיינים, בטרם בואו להכריע את הדין בדרך של פסק דין מחייב.

82. כעדיפות הפשרה על הדין, ראה: סנהדרין ו,ב.



חדש מן התורה

ביקורת ספרים



עדות ביהוסף – קובץ פסקי הדין של הרב יוסף קאפח זצ"ל; הוצאת יד מהר"י קאפח, תמוז תשס"ד (הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, עורך; 516 עמ').

אין זה סוד, כי פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל, אינם יוצאים לאור עולם באופן תדיר ומסודר. כיום, המבקש לבחון בצורה מעמיקה ומקיפה, לא רק מהי 'סוגיית דשמעתתא', אלא גם מהן 'סוגיין דעלמא', היינו, כיצד מיושמת ההלכה, הלכה למעשה בבתי הדין הרבניים, נאלץ להסתפק במספר מוגבל של ספרי פסקי הדין של בתי הדין הרבניים בישראל,¹ בפסקי דין המתפרסמים בכתבי עת שונים,² ובפסקי דין שפורסמו בידי מחבריהם, בספרים שונים.³

על רקע זה, ברור שהוצאתם לאור של פסקי דין, השוכבים כאבן שאין לה הופכין בארכיון המדינה, היא אירוע משמח במיוחד עבור כל מי שמשפט התורה והחייאתו נוגעים ללב, ומשמח הוא שבעתיים, כאשר פסקי הדין המפורסמים הם פסקיו של מו"ר הדיין החכם השלם, הרב יוסף קאפח, ועל כך, צריכים כולנו להודות למשפחת הרב, ובראשה – לבנו, דוד קאפח, שנטלו על עצמם את המלאכה הגדולה של איסוף פסקי הדין של אביהם הדגול, והוצאתם לאור עולם.

הרב קאפח שימש בדיינות כחמישים שנה, מהן כעשרים שנה בבית הדין הרבני האזורי בתל אביב, וכשלושים שנה בבית הדין הרבני הגדול בירושלים. מבין הפסקים הרבים שנתן הרב בשנים אלו, מרוכזים בספר פסקי דין של הרב קאפח שניתנו בבית הדין הרבני הגדול בלבד. מתוך פסקי דין אלו, לא הצליחה המשפחה לאתר אלא פסקי דין מעשרים השנים הראשונות שבהן ישב הרב קאפח בהרכבי בית הדין הרבני הגדול. יש לקוות שאף גאולתם של פסקי הדין של הרב בבית הדין האזורי תבוא במהרה, יחד

1. עד כה, יצאו לאור עשרים ואחד כרכים בלבד, מתוכם מצויים אחד עשר כרכים גם בתקליטור פרויקט השו"ת. כמו כן, יצאו לאור שמונה כרכי פסקי הדין של בית הדין לממונות ולביורוי יהדות, שאף הם פורסמו בתקליטור הנ"ל, וקובץ צנוע של אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לישראל, בעריכת ז' ורהפטיג (ירושלים, תש"י).
2. שורת הדין בעריכת הרב א"צ שיינפלד; דברי משפט בעריכת צ' קנול וד"א רונשטיין; הדין והדיין – פסקי דין בנושאי משפחה, בהוצאת יד לאישה ומרכז רקמן, אוניברסיטת בר אילן. באחרון, מפורסם מספר מועט ביותר של פסקי דין, ועל פי רוב, אין הם מפורסמים במלואם.
3. דוגמת פסקים וכתבים להגריא"ה הרצוג (כרכים ו-ט, ירושלים, תשמ"ט) עזר משפט (הרב אליעזר גולדשמידט, ירושלים, תשנ"ד), ומשפטי שאול (הרב שאול ישראלי, ירושלים, תשנ"ז). ישנם גם פסקי דין הפוזרים בספרי שו"ת של מחברים שונים, דוגמת ציץ אליעזר להגרא"י ולדנברג, יביע אומר להגר"ע יוסף ועוד, ששימשו כדיינים בבתי הדין בישראל.

עם איתורם של פסקי הדין מעשר השנים האחרונות לשבתו כדיין בבית הדין הרבני הגדול.

פסיקתו של הרב קאפח נודעה בייחודיותה, על שום דבקותו בתורתו של הרמב"ם, וכבר דובר בעניין זה רבות. אולם, ספר זה מגלה צד ייחודי נוסף בפסיקתו של הרב קאפח, צד שלא זכה לפרסום הנאות עד כה, ומן הראוי לתת עליו את הדעת. הרב קאפח מתגלה בספר זה כ"נקי וצדיק בפנימיותו... עדין נפש ואציל רוח... ולא חת מפני איש, גדול או קטון", כלשון דברי הברכה של מו"ר הג"ר מרדכי אליהו בפתחו של הספר. פסיקותיו משקפות חתירה בלתי מתפשרת אל האמת ואל הצדק.

בפתיחתו של ספר זה, הבאנו את דבריו המפורסמים של הרמב"ם בעניין חובת הדיין לזון בתקיפות ובעזו על פי "מה שעיניו רואות" כדי להביא שלום לעולם, להציל עשוק מיד עושקו ואישה עשוקה או עגונה מיד בעל אלים או רשע אחר, והרחבנו את הדיבור על משמעותם המעשית. הספר עדות ביהוסף, מספק לנו הדגמה מעשית, דרכה יכולים אנו לראות כיצד נראות פסיקותיו של דיין המפנים עיקרון זה, ועושה אותו נר לרגליו. הנה מספר דוגמאות:

- בסימן ח, דן הרב קאפח בבני זוג שהתגרשו לאחר הצהירו בפני בית הדין שבגדו זה בזה, וכעת מבקשים הם להינשא בשנית. כידוע, במקרה של בגידה, הלכה פסוקה היא ש"אסורה לבעל ולבוטל". אולם, בני הזוג טוענים כעת, שהצהרתם נועדה לזרו את הליך הגירושין, אך אין היא משקפת את האמת. הרב קאפח מקבל את הטענה, באומרו – נראה, שמאחר שאכן אין בית דין ממהרים לבצע גירושין במקרי סכסוך בין איש לאשתו, הרי האמתלא שנתנו שאמרו מה שאמרו כדי לזרו את תהליך הגירושין, היא סבירה, ויש לקבלה.

עדות ביהוסף עמ' 38

והוא סומך דבריו על לשון הרא"ה⁴ –

אם נתנה אמתלא לדבריה, כלומר בדברים הניכרים לנו אמת, אע"פ שאינן ידועין לנו.

ומסיים –

והדבר תלוי ושקול לעיני ביה"ד אם האמתלא שאומרת בחזרתה היא הנכונה וניכרים דברי אמת.

- בסימן לו, בעניין אישה שטוענת 'מאיס עלי' כלפי בעל שנוהג בה עלבונות ובוז, ניכרת כל רגישותו וכל אומץ ליבו לנוכח מראה עיני הדיין –

וכבר אמרו בעלי המוסר כי קשים מכות נפשיות, המתבטאות בעלבונות ובהתנהגות מחפירה, ממכות גופניות. כי מכות הגוף עשויים להירפא ולהישכח, ואילו מכות

4. המובא בר"ן על הרי"ף כתובות כב, ובשיטה מקובצת שם.

הנפש משאירות צלקות מכוערות לעולם ואינן ניתנות לריפוי. מעתה נראה שאין אנו רשאים להתעלם מטענות האישה אשר משקל רב להן, ולנהוג בה כמו בסתם בעל חיים לומר לה המשיכי לחיות בסבל נפשי ובמועקה תמידית. ואם מפני ריח הפה כופין להוציא כנפסק גם ברמב"ם פכ"ה אישות הל' י"א, מפני פליטות הפה והתפרצויותיו לא כל שכך?

עדות ביהוסף עמ' 210-211

וכלפי בעל "הרותם את אשתו במתג ורסן לחיות אתו" –

אני בשלעצמי הייתי מחייב את הבעל לפטור את אשתו בג"פ (=בגט פיטורין), וכלשון הרמב"ם שאינה שבויה, אבל מה אעשה וכבר אומץ נוהג בבתי דין שלא לנהוג כך.

שם סימן לח, עמ' 215

- בסימן מא, הוא לוחם נגד החלת דין מורדת על אישה שנמלטה מבעל אלים –

ומה תעשה צעירה זו בעולם ההפקר שבימינו, וכבר מצינו כמה שקדו חכמינו על תקנת בנות ישראל לבל תהיינה טרף לשיני אכזריות עקשני הדור. כי ענין זה להכריז מורדת צריך מיתון וישוב דעת מרובה. כמו שכתב רבה של קרלין הר"ר פרידמן בספרו "יד דוד" וז"ל: "ויידונו אלה הדברים לפי ראות עיני הדיין הדין בזה לאחר יישוב הדעת ודעת תורה".

שם עמ' 231

הרב מהפך את החלטת ביה"ד האזורי וקובע שביה"ד "הפריז על המידה" והוא קובע "דלכל הדעות ומכל הבחינות אישה זאת ראויה לכל סער אפשרי וטרם הפסידה מזונותיה". הנה כי כן, אין לכל דיין אלא מה שעניו רואות.

- בסימן מה, בעניין בעל מאוס ואלים, הוא מצטט מתשובות התשב"ץ –

אשה השרויה בצער תדיר שיש לנו לומר יוציא ויתן כתובה, לפי שאין אדם דר עם נחש בכפיפה... ואע"פ שיש בתשובות גדולי האחרונים ז"ל שאין כופים בזה כלל, אנן לאו קטולי קני באגמא אנן ומלתא דתליא בסברא אין לדיין אלא מה שעניו רואות.

שו"ת תשב"ץ ב, ח

- סימן נ, עוסק באישה שברחה מבית בעלה בתוך שנה לנישואיהם, עם בתם הקטנה, ערערה על קביעת בית דין רבני אזורי, שראה בה "מורדת", לאחר שלא הופיעה פעמיים לדיוני בית הדין. לטענת האישה, לא הופיעה בפעם הראשונה, מפאת מחלה. לדיון השני, הורה בית הדין האזורי להביא את האישה בפקודת מעצר. הרב קאפח מבקר את השימוש שעשה בית הדין האזורי באקט המשפיל של הבאה באמצעות פקודת מעצר מבלי להתרות תחילה באישה, "כמקובל בכל בתי הדין הרבניים בישראל, וכזכותו של כל אדם חף מפשע". ומקבל את טענת האישה, שלאחר שהוטרים לא מצאוה בבית הוריה, החזירו את ההזמנה לדיון לבית הדין, ומשום כך, כלל לא ידעה על קיומו של הדיון. הרב קאפח מביא בדבריו את דברי ר"ד פרידמן הקובע בהקשר זה ש"ידונו אלו הדברים לפי

ראות עיני הדיין בזה, לאחר ישוב הדעת ויראת שמים ודעת תורה", ועל רקע זה תמה, כיצד פסק בית הדין האזורי שהאישה מורדת, מבלי ששמע אותה ולו פעם אחת. בדבריו, אף רומז הרב קאפח למניעי בית הדין האזורי באמרו –

האמת יורה דרכו. כבוד ביה"ד, היקר לנו מאוד, כעס על אישה זו שהלכה לרשות אחרת (=שפנתה לערכאה אזרחית), ו[משום כך] העביר עליה את הדרך, וכבר אמרו חז"ל: "בא לכלל כעס, בא לכלל טעות" (ספרי מטות).

עמ' 290

עמדתו של הרב קאפח בתיק זה, לא התקבלה על דעת חבריו, שפסקו שיש להחזיר את התיק לבית הדין האזורי, על מנת שישוב וידון במעמדה של האישה, לאחר שמיעת טענותיה. על רקע זה, מציג הרב רצון ערוסי בפתחו של הספר מסמך נדיר, מארכיונו של הרב קאפח, שצורף לפסק דינו, ובו כתב –

בתיק זה נעשה למערערת עוול משווע... ואני הן קצרה ידי מהושיע. והואיל ואין ממידתי להיכנס במחלוקת, ובודאי לא להחזיק בה, איני רואה שם מוצא מאשר להתפטר מן הטיפול בתיק זה... ידי לא שפכו את הדם הזה... ודורש דמים ידרוש חמס העלובה הזו. בקריאה לכל אשר לאל ידו שלא יעמוד על הדם.

וכאן מתנוססת חתימתו.

לא נותר לנו אלא לקוות, שהמעיינים בספר זה ישכילו ללמוד, לא רק מתורתו מאירת העיניים של מהר"י קאפח, אלא גם, ואולי בעיקר, יפנימו בקרבם את דרך הפסיקה ואת החתירה הבלתי מתפשרת אל האמת, לפי ראות עיני הדיין.

הרב אברהם גיטר

אהרן קירשנבאום, הרשעה עצמית במשפט העברי – ההודאה בפלילים וההפללה העצמית בהלכה היהודית, הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשס"ה (573 עמ').

ספרו המקיף והמעמיק של פרופ' אהרן קירשנבאום הוא כמעט ייחודי בגישתו ובמתודה העקרונית שבה הוא נוקט. הספר פורש את ההלכות "אין אדם משים עצמו רשע", "אדם קרוב אצל עצמו" ואף הפטור של "מודה בקנס", ומעמידן לעומת הכלל בדיני ממונות ש"הודאת בעל דין כמאה עדים דמי". ההבדל שבין דין תורה – השולל מבחינה עקרונית את ההרשעה על סמך ההפללה העצמית כאמור – והמשפט הנוהג במדינת ישראל, התחדד לאור פרשיות שונות בעשרים שנים האחרונות, שבעקבותיהן ישבו אנשים חפים מפשע תקופות ממושכות במאסר, בשל הודאות שנגבו מפיהם תוך לחץ החקירה (ביניהן פרשיות ברנס, נאפסו, 'חבורת מע"צ' (עמ' 1)). הספר אף עוסק באופן מעמיק במניעים הפסיכולוגיים להודאות שווא כאלה, וכפי שנראה להלן, גם ההלכה עסקה בסוגיה מתמיהה זו.

אחת הסוגיות המרכזיות העולות בספר היא היחס שבין ההלכה העקרונית ("הדוגמאטית" – "המשפט העברי הקלאסי" או "הדוקטרינה" בפי קירשנבאום) ובין יישומה במשך הדורות. ישנם הסבורים שמרגע שהמעשה חורג מגבול ד' אמותיו של בית המדרש, מעולם המושגים ה'טהורים', ועובר לרשויות המצוות על אכיפת הסדר החברתי בפועל – שוב אין תחולה לעקרונות ההלכתיים הדוגמאטיים, שכן הדין מתקיים – לדברי אלה – על פי "הצדק והיושר" החלים אף על בני נח. לדידם, עקרונות אלה – של "חירות, צדק, יושר ושלוש" – אינם מבטאים שום דבר מהותי של מורשת ישראל. בדרך כלל אלה עקרונות צדק ונורמות אוניברסליות, שיימצאו גם במערכות משפט נוכריות.² מורשת ישראל אינה אלא ההלכה הצרופה בטהרתה, וכאשר המלך מעניש שלא מן הדין או כאשר בית הדין מורה הוראת שעה – אין להלכה היהודית עמדת בכורה באשר לאופן הפעלת העקרונות שעל פיהם יפעלו רשויות אלה. באשר למדינת ישראל – אין תחולה מעיקרא לחוק יסודות המשפט, תש"ם–1980, שכן בהגדרה הוא מייצג קבוצה ריקה מתוכן. לדידם, כל אזכור של הלכה יהודית במסגרת חוק או פסק דין של הכנסת – קרי, של המלכות שנוהגת שלא מן הדין – אינו אלא

1. השווה: הרב מ' אברהם, "האם ההלכה היא משפט עברי? – על דת מוסר ומשפט", אקדמות טו (מרחשוון, תשס"ה) 141.
2. שם, עמ' 152.

"קישוט אילוסטרטיבי לפסק הדין" ותו לא.³ אין אזכורים אלה משרתים את ההלכה, אלא פוגמים בטהרתה.⁴

לא כן דרכו של פרופ' קירשנבאום, וטענתו ראויה לתשומת לב. הצורך ביישום פרגמטי של ההלכה האידיאלית לא נולד בתקופת האמנציפציה ואף לא נגזר מתנועת ההשכלה. לפי הרמב"ם, צורך זה בא לידי ביטוי כבר בימיה הראשונים של ההתנחלות בארץ. זיהויו של עכן כמועל המעל ביריחו והענשתו, לא התנהלו על פי הדין העקרוני של עדים והתראה. לא הגורל ולא הודאת פיו של עכן ("בני, שים נא כבוד לה' אלהי ישראל ותן לו תודה, והגד נא לי מה עשית אל תכחד ממני. ויען עכן... אמנה אנכי חטאתי לה' אלהי ישראל וכזאת וכזאת עשיתי"⁵) עונים על דרישות אלה (קירשנבאום עמ' 121-122). כך הדבר במרבית המשפטים הפיליליים המקראיים (פרשת הגר העמלקי,⁶ פרשת רכב ובענה,⁷ ועוד (פרק ו, עמ' 121-122) – וכך גם לאורך הדורות בתפוצות ישראל (פרקים יג-יד, עמ' 235-264). כבר עמד הר"ן בדרשתו הידועה⁸ על קיומן של שתי מערכות משפט הנוהגות בישראל. האחת, לשם "תיקון סדר מדיני", והאחרת, והיא ייחודית לישראל, לשם "חול הענין האלוהי". האחת מופקדת בידי המלך הדין "כפי צורך השעה"; האחרת בידי סנהדרין – שופטים אשר ישפטו לפי "המשפט הצודק האמיתי" (קירשנבאום עמ' 204-209, 423-427).

אולם, לטענתו של פרופ' קירשנבאום, גם כאשר ההלכה מסמיכה פעילות "חוץ-הלכתית" שכזו, היא איננה מנתקת מגע מאותו "משפט הצודק האמיתי". אחת הטענות המרכזיות של מחקרו זה היא שקיימת זיקה הדדית בין שתי המערכות: ההלכה היהודית יודעת שעל מנת לקיים את הסדר החברתי יש צורך בפעולה "שלא מן הדין", אך היא רואה מתפקידה להתוות דרך עקרונית בהפעלת שיקולים שהם חוץ-הלכתיים. מאידך, שלטונות אכיפת החוק פונים במשך דורות רבים אל ההלכה על מנת לקבל השראה ולאמץ עקרונות מההלכה עצמה – ולדבריו כך ראוי שינהג הדבר גם עתה. בית המדרש אכן עוסק בהוויות דאביי ורבא בטהרתן, אך אין הוא נועל את שעריו בפני הוויות העולם – ורואה את עצמו כמקריין חוצה (וודאי שכך כאשר ההלכה קובעת עקרונות בתוכה פנימה (ראה עמ' 146-147)). פרופ' קירשנבאום מרחיב בשאלת המתח שבין שתי המערכות –

והלא דבר הוא: בכל הדורות ובכל מקומות מושבותיהם היה קיים בלב החכמים מתח מבורך בין ההלכה הנורמטיבית (המשפט ה'קלאסי') לבין המשפט המעשי (סטייה מן ההלכה הנורמטיבית לשעה ולצורך השעה). בכל מקום ובכל עת שואפים לקיים את הראשונה, וכאשר סוטים ממנה מתנצלים, ומוצאים לנכון להצדיק את הסטייה.

3. שם, עמ' 154.

4. שם, עמ' 154-155.

5. יהושע ז, יט-כ; רמב"ם סנהדרין יח, ו.

6. שמואל-ב א, יג-טז.

7. שם ד, ח-יב.

8. דרשות הר"ן יא.

שאף בתור הזהב של ספרד, כאשר הוטלה על הקהילה היהודית האחריות לטפל בפשעים חמורים, הייתה הסטייה מדין תורה די נדירה – ותמיד הזכירו הפוסקים את הדרישות של הדין הקלאסי.

עמ' 262-263; ראה גם עמ' 260-261

מתח זה, והמודעות הבאה עמו, אף השפיעו באופן מהותי על הוראת השעה במישורים שונים: נקבעו העילות וההצדקות לסטייה עצמה, הוצבה המסגרת והגדרים של הדין היישומי, וכן תוכנה המהותי של הסטייה. למעשה, נקבע העיקרון שלעולם לא יורשע אדם על סמך הודאתו בלבד.⁹ בשפת המשפט של היום: נדרש סיוע להודאתו, על מנת שתהיה לה משמעות. כך בימיו של יהושע, כאשר הסיוע להודאת עכן נמצא בשלל עצמו ובמיקומו; כך בגר העמלקי המביא את "הנזר אשר על ראשו ואצעה אשר על זרועו", כך בדבריהם של גדולי הראשונים והאחרונים (ריב"ש מצריך "אמתלאות ברורות" (עמ' 245)) וכך בהמלצותיו של פרופ' קירשנבאום לגופי החקירה והשלטון במדינת ישראל (עמ' 521-527). בהפעלת הסמכות של הוראת השעה אין הסמכות המשפטית – של מלך או של בית הדין – מתנתקת חלילה מדין תורה המהותי, אלא אדרבה, דין תורה הקלאסי עומד לנגד עיניהם של מפעילי סמכות זו. לולא כן, ספק אם הסמכות הייתה אכן ניתנת.¹⁰

הר"ן עצמו מדגיש את כפיפותו של המלך לתורה –

ולפי שכח המלך גדול, איננו משועבד למשפטי התורה כמו השופט, ואם לא יהיה שלם ביראת אלהיו יבוא להפריז על המדות יותר במה שיתחייב לתקון הכל, ציווה שיהיה ס"ת עמו תמיד, כאמרו: "והיה כשבתו על כסא ממלכתו וכתב לו את משנה התורה הזאת והיתה עמו וקרא בו כל ימי חייו למען ילמד ליראה את ה' אלהיו לשמור את כל דברי התורה הזאת" (דברים יז, יח-ט). ירצה בזה על מצות התורה בכלל, אם יבטל שום מצווה לצורך תקון זמנו, לא תהיה כוונתו לעבור על דברי תורה כלל, ולא לפרוק מעליו עול יראת שמים בשום צד, אבל תהיה כוונתו לשמור את כל דברי התורה הזאת, ואת החקים האלה לעשותם. שבכל מה שיוסיף או יגרע יכווין כדי שחוקי התורה ומצוותיה יהיו יותר נשמרים.¹¹

9. אך לאו דווקא הוראות מדויקות ונוקשות, שכן "החיים מסובכים מדי מכדי שניתן יהיה לנסח במדויק את החריגים לחוק החרות האוסר עינויים [=כדוגמה שהובאה שם]. גם קדושת התורה מונעת זאת" (קירשנבאום, עמ' 450 הערה 31).

10. ראה גם מ' בריס, "במקום הקדמה: החקיקה במדינת ישראל בראי ההלכה – יצירתיות אנושית וגבולותיה", משפטי ארץ – דין, דיין וריון, עפרה, תשס"ב, עמ' 41-51.

11. דרשות הר"ן יא. וראה קירשנבאום עמ' 449 הערה 29. בעמ' 263, הערה 65 הביא גם את דברי הרא"ה קוק: אע"פ שכל דבר שאדם עושה, ובפרט ב"ד, אפילו כשעושים כדין תורה ממש, צריך שיהיה לש"ש, מ"מ בכל דבר שהוא מן הדין אין הכוונה מעכבת עצם הדבר לדינא, שהרי מ"מ כדין הוא עושה, אע"פ שהוא מערב איזה פני, ויבוא בעל מחשבות ויפרע ממנו, מ"מ מה שעשה כדין תורה נעשה. אבל במה שב"ד עושים שלא כדין תורה צריך לעיכובא שתהי' כוונתם לשם שמים, כי בלא כונה לש"ש, לעשות סייג לתורה, כיון שבעצם הדבר עושים שלא כד"ת, וכל עיקר כחם מפני שמכוונים לעשות

אפשר אפוא לומר, כי חכמי ישראל במשך הדורות הם הנם ספר התורה שעל זרועו של המלך. גדולי ישראל אלה – בזמן הסנהדרין ובכל דור ודור – לא הגבילו את השפעתם לארבע אמותיו של בית המדרש בלבד, אלא הם שהקרינו את אורו של בית המדרש אף מחוצה לו. יחס זה היה גם מצדו של המלך – אשר "ענד" את ספר התורה שלהם "על לבו תמיד" גם כאשר נאלץ לפעול שלא כדין "לתיקון עולם" ו"לשבר זרוע רשעי עולם". גם בדורנו צריכה להתקיים זיקה שכזו. לשם כך צריכים גם תלמידי חכמים "דסלקי ונחתי" – הלנים בעומקה של ההלכה ה"טהורה", ויכולים לתרגם את עקרונותיה בפני ה"מלך" שבכל דור ודור על מנת לענות לצרכי השעה. מבחינה מתודולוגית, הדבר מחייב עיסוק מעמיק בצורות הסתכלות שונות זו מזו (עמ' 9-6), "מזה שנקרא בפי לומדי תורה 'לומדוס' (בביטוי עברי-יידישאי)" (עמ' 8; דוגמאות לכך בעמ' 146, 151-154) עם בקיאות בצרכי השעה ובדרכי חשיבתה. בנוהג שבעולם, כל אחד מהתחומים האלה דורש מומחיות אחרת. עולם ההלכה מחייב בקיאות ולמדנות, ולינה בעומקה של הלכה. לעולם המשפט מומחיות משלו. אולם לשם קיום ההשראה של ההלכה על המשפט, כבמשפט המלך, נדרשים גם תלמידי חכמים להיות מומחים בשני העולמות (ראה גם עמ' 442-443), ואף ליצור את השפה עצמה – דרך העקרונות המהותיים – על מנת לתרגם את עקרונות התורה למטה-עקרונות אשר ישפיעו על עולם המעשה. כזה הוא ספרו של פרופ' קירשנבאום (עם רשימה ביבליוגרפית בארבע שפות המתפרשת על פני 34 עמודים), וכזה הוא גם האיש – אשר יראת השמים שלו קודמת לחכמתו, וחרדת הקודש שלו לתורה, לחברה ולצלם האלהים שבאדם ניבטת היטב מבין עמודי הספר, כבספריו הקודמים.

המחסום ההלכתי בפני הרשעה עצמית – "אין אדם משים עצמו רשע" – כמו היבטים אחרים של דיני הראיות, מהוה כר פורה לעיסוק בנקודות המפגש בין שני העולמות.¹² מחד, זהו עיקרון פנים-הלכתי אשר השלכות לו בתוך בית המדרש פנימה ולפני דייני בתי הדין הסמוכים – "לפני האלהים". ועם זאת, גם כאשר החברה באה לבער קוצים מן הכרם, מכוח המלכות או הריבונות, ומתמודדת עם פשיעה של ממש, יש לעיקרון זה חשיבות רבה, כפי שמתאר פרופ' קירשנבאום בהרחבה. אך יתרה מזו, הראשונים – ר"י מיגאש והרמב"ם – עסקו גם במתן רציונל לכלל הלכתי זה. הנמקתו הידועה של הרמב"ם לעיקרון הנדון יוצאת דופן היא, שכן ככלל לא נתן הרמב"ם טעמים להלכות פרטניות במסגרת חיבורו הגדול משנה תורה. לעומת זאת, כאן קבע הרמב"ם –

גזירת הכתוב היא שאין ממיתין בית דין ולא מלקין את האדם בהודיית פיו, אלא על פי שני עדים. וזה שהרג יהושע עכן ורוד לגר עמלקי בהודיית פיהם – הוראת שעה הייתה או דין מלכות היה; אבל הסנהדרין – אין ממיתין ולא מלקין המודה בעבירה, שמא נטרפה דעתו בדבר זה, שמא מן העמלין מרי נפש הוא המחכים למות שהן

סייג, הא אם תחסר הכונה הרי הם כאלמים בעלמא, ואין להם דין ב"ד כלל ואסור להם בודאי לעשות שום דבר שלא מן התורה מן הדין (באר אליהו לביאור הגר"א חו"מ ב, ו).

12. ראה גם: הרב י' אריאל, "זכות השתיקה", תחומין כד (תשס"ד), 11; י' אונגר, "זכות השתיקה", שם, 22; הרב ד"ר א' ורהפטיג, "גילוי מסמכים", שם, 37. השווה קירשנבאום, עמ' 253, הערה 24.

תמיד תוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמן מעל הגגות, כך זה יבא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג. וכללו של דבר: גזירת מלך היא.¹³

מרתקת ההשוואה שעורך פרופ' קירשנבאום עם עיקרון זה, שיסודו בהררי קודש, עם הממצא הפסיכולוגי-אמפירי המקיף בפרק כז שבספרו. גם כאשר המחקר המודרני ממקד את הגורמים הפוטנציאליים להודאות שווא, וגם כאשר פגיעה עצמית נתפסת באופן רחב יותר מאשר חשש להתאבדות (כגון דברי הרדב"ז: "לפי שאין נפשו של אדם קניינו, אלא קניין הקב"ה"¹⁴). כלום לא התכוון הרמב"ם להעניק משמעות אוניברסלית לעיקרון ההלכתי כאשר קבע את 'טעמא דקרא' של בית המדרש, הרואה בכך 'גזירת מלך'? כלום אין הרמב"ם מצייד את תלמידי החכמים שעל זרועו של המלך בקריטריונים, בבואם לסייע למלך לתקן עולם ולשבר זרוע רשעים?

ושמא אפשר לנסח זאת כך: המתח הקיים בעולם המשפט בין זכות החשוד כמי שנברא בצלם, לבין זכות הנפגע הפוטנציאלי לשלמות גופו וממונו, אינו אלא בבואה למתח הקיים בין זכות הקמה על פי ההלכה העקרונית ("הקלאסית"), הנגזרת מ"חול הענין האלוהי", ודברי התורה עצמה שהאדם – גם החשוד – נברא בצלם אלוהים, לבין הצרכים המעשיים. אולם ההלכה היא זו שמופקדת על מציאת נקודת האיזון שבין שני האינטרסים. כשם שאין ההלכה נבחנת בקריטריונים חיצוניים-אוניברסליים, כך אין היא מצמצמת את עצמה מלהשפיע מחוץ לבית המדרש, ומלקבוע את אמות המידה של 'הוראות השעה' ואופני תיקון העולם. נכונתו של פרופ' קירשנבאום לגשר בין העולמות, ולבנות על גבי פיגומי ההלכה את נדבך ההמלצות המעשיות לתחומי המשפט והמעשה במדינת ישראל, משקפת תפיסה זו היטב.

זאת ועוד, משמעות נוספת לדין תורה העקרוני שמזהה פרופ' קירשנבאום בדברי הר"ן, היא המשמעות החינוכית (ובעקבות גדולי הדורות כרבינו יונה והגר"מ פיינשטיין (עמ' 430 הערות 41-40)) – ואף בזאת השפעת הדין העקרוני חזקה גם במקום שאין לה אפשרות מעשית להתבצע –

כי אף כאשר נמנעת מ ישראל החוויה המיסטית של קבלת השפע האלוהי, ואף במקרים של עבריינות שאין בה משום כוונה למרוד בה' אלוהי ישראל, עדיין נשאר למשפט התורה תפקיד נעלה, תפקיד של עידון הנפש הישראלית והעלאתה מבחינה רוחנית. המצוות ניתנו לצרוף בהן את הבריות, לא רק על ידי קיומן אלא על ידי קליטת המסר החינוכי שלהן.

עמ' 428-429

13. רמב"ם סנהדרין יח, ו; מובא אצל קירשנבאום עמ' 165-166; ור"י מיגאש: "התורה לא התירה לאדם שיצטרע עצמו... ולסיבה זו אין האדם חייב במה שמורה על עצמו במה שהוא חייב מיתה או מלקות כמי שהוא חייב במה שמורה על עצמו בממון" (שו"ת הר"י מיגאש סי' קפו; קירשנבאום עמ' 164).

14. הרדב"ז על הרמב"ם הנ"ל; ומכאן – דרך מאמרם של אנקר ואלסן, לפסק הדין האמריקאי המנחה בתחום זה, מירנדה נ' אריזונה, קירשנבאום עמ' 180-181, הערה 11; השווה לעיל הערה 1, בעמ' 147.

המחבר אף מרחיב מסר זה, ורואה את הגרעין המוסרי הטומן בחובו גם אמונה בתיקון האדם, ואינו מוגבל לשמירה עליו במסגרת הליך העמדתו לדין –

אדם הפוסק כי רשע הוא, נועל בפני עצמו את שערי תיקון המידות. אדם אשר התייאש מיכולתו להיטיב את דרכיו באמרו 'רשע אני' איבד את תדמיתו העצמית של חשיבות ומכובדות.

אוי לו לאדם אשר כישלונו משל בו; אוי לו לאדם שנפל ורפו ידיו מלהקים את עצמו בהשתכנעו שאבדה כל תקווה לשיקומו.

עמ' 528

דומה, כי יותר מאשר מחדש המחבר בטקסטים שבפניו, פרשנות זו של הטקסטים חושפת טפחיים מן הממד הרוחני-חינוכי-מוסרי של המחבר עצמו. ואכן ראויים הדברים למי שאמרם, שכן זכה לחנך דורות של דתיים ושאינם דתיים יחדיו לאהבת התורה ומורשת ישראל. זו הייתה והנה אחת ממטרותיו המרכזיות של המחבר בלימוד תורה בפני תלמידיו – ומן המפורסמות בפי כול שהוא אכן הצליח.

הרב מיכאל בריס

Marcos David Katz, "Hebrew and Mexican Procedural Law – Comparative Aspects", Implementation of Halacha in Modern Life, (5765 עמודים) 186

נושא ההרשעה העצמית הוא חלק ממאמרו המקיף יותר של כ"ץ, אשר ראה אור בספר **יישום ההלכה בחיים המודרניים** (תשס"ה), בחלקו האנגלי. למעשה, המאמר מהווה ספר בפני עצמו.

כ"ץ, כמי שפעל רוב ימיו במכסיקו, התעניין רבות בהשוואת שיטת המשפט העברי לשיטת המשפט המכסיקני. השוואה זו מעניינת, בעיקר בסוגיית קבילותה של ההרשעה העצמית, משום ששיטת המשפט המכסיקני בעניין זה, דומה מאוד לזו הנהוגה במדינת ישראל.

המשפט המכסיקני, כמו הישראלי, רואה את החיסיון מפני הפללה עצמית כ'זכות' של הנאשם, שעליה הוא רשאי לוותר. זאת, בניגוד למשפט העברי, שאינו מאפשר קבלתה של הרשעה עצמית, אף אם ויתר הנאשם על זכות החיסיון.

בהקשר זה, מוצא כ"ץ הבדל מהותי בין הדרך שבה התפתחו שיטות משפט מודרניות, לדרך שבה התפתח המשפט העברי. הבדל זה הוא שיצר את הפער שבין שיטות המשפט, לעניין היקפו של החיסיון.

שיטות המשפט המודרניות יצאו מתוך נקודת המוצא, שלהודאת הנאשם יש כוח ראייתי רב, משום שלרוב, נוטה הנאשם לשקר על מנת להציל את עורו. אם בכל זאת הודה באשמה, אות הוא שהוא אכן אשם. תפיסה זו לא השתנתה עם השנים. אולם, ברבות העתים התפתחה תופעה מדאיגה: היות והרשויות הכירו בערכה הראייתי הרב של ההודאה, הן עשו כל אשר לאל ידן כדי לחלץ הודאה מפיו של נאשם. תופעה זו הביא בסופו של דבר לקיומן של חקירות אינקוויזיטוריות, שהיו מלוות בעינויים. רק במאתיים שנים האחרונות, החל העולם המערבי להבין שחקירות מסוג זה הן פסולות, באשר הן פוגעות בכבוד האדם. לאור זאת, נעשו שינויים רבים במערכות משפט רבות, שתכליתם הייתה – להבטיח את השמירה על כבודו של הנאשם. בהתאם לכך נקבע גם, שלנאשם הזכות לשמור על 'זכות השתיקה' ולא להפליל את עצמו. נמצא, ששלילת קבילותה של ההפללה העצמית, לא נבעה מעולם מתפיסה עצמאית של אופיו של האדם, ולאור זאת, מאופייה של ההודאה, אלא מן הניסיון "לרפא" פגמים בהליך המשפטי, פגמים שנבעו מהקשר היסטורי מסוים, שחייב את שינויו של החוק.

לעומת זאת, תפיסת המשפט העברי בדבר קבילותה של ההפללה העצמית, לא התפתחה עקב הצורך לרפא פגמים בהליך המשפטי, שנבעו מתהליכים היסטוריים שונים, אלא היא נובעת מהערכה מעמיקה של אופיו של האדם. אופי זה, הוא אופיו של כל בן אנוש באשר הוא, ואין הוא משתנה מזמן לזמן. בהתאם להערכה זו, הכיר המשפט העברי בחוסר ההיגיון הפסיכולוגי שיש בהפללה העצמית, ובהתאם לכך קבע עמדת מוצא השונה אף מזו המקובלת כיום במשפט המודרני, לפיה להפללה העצמית יש כוח ראייתי פגום. משום כך, אין הוויתור על החיסיון, מצידו של הנאשם, מעלה או מוריד לעניין קבלת ההודאה כראיה במשפט הפלילי.

נראה שהבחנה זו, צריכה לשמש תמרור אזהרה, לכל העוסק בדיני הראיות. את דיני הראיות אין לעצב מכוח הנסיבות המשתנות, אלא מכוח חקירה עצמאית של רוח האדם, אשר מכוחה, ורק מכוחה, ניתן יהיה לשקול את ערכן של ראיות שונות.

מאמר זה משקף את עניינו של מר כ"ץ – ושל משפחתו – ביישום אמיתי של עקרונות ההלכה בשאלות המעשיות העדכניות. שאלת ההפללה העצמית היא עתיקת יומין, ושבה ועולה בימינו בכל היבטי החיים – הפרטיים והציבוריים כאחד. התעניינות מבורכת זו תמשיך ותביא את דברי התורה להתמודד עם ענפי החיים כולם.

הרב ירון אונגר

|

|

—

—

—

—

|

|

|

|

—

—

—

—

|

|