

נייר עמדה מס' 5

בנושא:

הסתמכות על אומדן

כתיבה: הרב דניאל כ"ץ

כסלו תשי"ע

תוכן

3	תקציר.....
3	הסוגיות ופסיקת הראשונים.....
4	אחרונים.....
5	פתיחה.....
5	סוגיות הגמרא ופסיקת הראשונים.....
5	ידיעה ללא ראייה.....
7	אומדין דעת הנותן.....
9	הסתמכות על אומדן דעת לא וודאי.....
12	שכנוע של הדיין ללא ראייה.....
16	דין מרומה.....
17	קנס שלא מן הדין.....
20	עקרונות העולים מדברי האחרונים.....
20	אומדנא מועילה רק להחזיק ממון.....
21	אומדנא דמוכח.....
24	אומדן לכל העולם.....
26	הסתמכות על שכנוע אישי.....
26	הוצאת ממון מיתומים.....
26	בית דין גדול בדורו.....
28	נספח – נאמנות עדים פסולים.....
29	סיכום כנס הדיינים בנושא: כללי הפשרה בבית הדין לממונות.....

עריכה : הרב עדו רכניץ

ייעוץ : הרב חיים בלוך

הרב ד"ר איתמר ורהפטיג

כל הזכויות שמורות למכון משפטי ארץ, עפרה

02-9973888 שלוחה 3 info@dintora.org

המסמך אינו משקף בהכרח את עמדת המכון

אומדנא בזמן הזה

תקציר

במקרים רבים מאד נדרש בית הדין להכריע את הדין ללא שהוצגה בפניו ראייה כשרה, דוגמת שני עדים, הודאת בעל דין או שטר. בחלק מהמקרים מוצגות בפני בית הדין ראיות נסיבתיות שונות – האם במקרים כאלה יוכל בית הדין להכריע בשאלות עובדתיות או שמא יהיה עליו להישאר בספק?

בחירת המקורות בעניין, מעלה שניתן לחלק את המקורות לכמה סוגים, ובכל סוג ישנן דעות שונות.

הסוגיות ופסיקת הראשונים

ידיעה ללא ראייה

המקור: נחבל במקום שלא היה יכול לחבול בעצמו, ולא היה שם אדם אחר – גובה בלא שבועה. בשו"ע נכתב "עדות בדיעה ללא ראייה... שיש מי שאומר דהוי עדות".

נחלקו הפוסקים האם גובה מעיקר הדין (רמ"ה, תוספות, רמב"ם ע"פ חלק מהאחרונים, חת"ס, הרא"ה קוק, חלקת יעקב) או שמא מן התקנה (רמב"ם ע"פ אחרונים אחרים).

אומדים דעת הנותן

הרמב"ם כתב "לעולם אומדין דעת הנותן", וכן נפסק בשו"ע. מהרי"ק הסביר שבמקרה זה ניתן להסתמך על אומדן כיון שמדובר בהערכת דעתו של אדם, ולא בהכרעה בשאלה עובדתית.

לגבי מכר נחלקו ראשונים, תוספות כתבו שאומדים את דעת המוכר, ואור זרוע כתב שבמקרה כזה לא ניתן להסתמך על אומדן, הרמ"א הביא את שתי הדעות.

בשו"ת התוספות מובא שאומדן הדעת הנותן הנדרש הוא פחות מאשר אומדן דעת בהכרעה עובדתית. הרשב"א כתב שאומדים דעתו של אדם שהתחייב, גם כאשר השתנו הנסיבות לאחר הסיכום, כגון ביטול שידוך עם חתן שנודה.

גמל האוחר

בתוספתא נחלקו תנאים לגבי "גמל שהיה אוחר בין הגמלים ונמצא גמל מת שם", כאשר חכמים פוטרים ורבי אחא מחייב. רמב"ם, רי"ף, רמב"ן, סמ"ג, רבינו ירוחם והטור פסקו כחכמים. מהרי"ם ותלמידיו, רא"ש ורבנו פלטיאל, פסקו כדעת רבי אחא, שניתן להסתמך על "אומדנא דמוכח" אפילו להוציא ממון. שו"ע פסק שלא כרבי אחא, אולם, פסק כדעת הרא"ש במקרים בהם הסתמך על אומדן אפילו להוציא ממון.

שכנוע של הדיין ללא ראייה

בעקבות כמה מקרים המופיעים בגמרא כתב הרמב"ם "יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראייה ברורה", אולם, הרמב"ם, הוסיף שבימינו הדבר נאסר ויש צורך בראיות. דברים דומים כתבו רי"ף ורא"ש.

כמה אחרונים הציעו לחלק בדעת רא"ש בין גמל האוחר שם יש "אומדנא דמוכח", לבין המקרים בהם יש תקנה שלא להסתמך על אומדן שם אין אומדן ברור.

דין מרומה

הרמב"ם כתב שב"דין מרומה", בו יש לדיין תחושה שהראיות אינם משקפות את האמת, על הדיין להסתלק מהדין. הרא"ש כתב שכאשר התובע נראה כמשקר הוא כותב לנתבע שאין לדון בתביעה זו יותר, וכאשר הנתבע נראה כמשקר הוא מכריע על פי אומדן. בשו"ע הביא את דברי הרא"ש.

קנס

הרמב"ם כתב שניתן לקנוס גם ללא ראייה כשרה, וכך פסק שו"ע לגבי גדול הדור, כפי שכתב הרא"ש.

אחרונים

בעקבות מחלוקות וסתירות בדברי הראשונים הוציעו האחרונים כמה עקרונות להכרעה על פי אומדן:

להחזיק ממון

בשו"תים הבאים נפסק שניתן להסתמך על אומדן רק כדי להחזיק ולא כדי להוציא: רדב"ז, תורת אמת, בעי חיי, שואל ומשיב, משפטים ישרים, וכך מקובל לפסוק בפסקי דין רבניים.

אומדנא דמוכח

לעומת זאת, בשו"תים הבאים נפסק שניתן להסתמך על "אומדנא דמוכח" גם כדי להוציא ממון: רא"ם, מהרשד"ם, מהרי"ט צהלון (מחדש שלפי הרא"ש אומדנא לא תועיל לשער את סכום התביעה),

דרכי נועם, עבודת הגרשוני, אבני שיש, תבואות שמש, וכן במקצת פסקי דין רבניים.

שכנוע אישי

ישנם אחרונים שחילקו בין הסתמכות על שכנוע אישי שאפשרית, לבין הסתמכות על עדות פסולה או הסתברות שאינה אפשרית, ובהם התשב"ץ, פרישה, נחל יצחק ובית יצחק.

יתומים

אמרי בינה כתב שאמרו שהוצאה מיתומים דינה כהחזקת ממון כיון שיתומים אינם טוענים ברי, וכך משמע מהמהרי"ט.

ב"ד גדול בדורו

בשו"ת יכין ובוועז ובספר ישועות מלכו כתבו שרק בית דין גדול שבדורו יכול להוציא ממון על פי אומדנא.

פשרה

משו"ת דברי ריבות משמע שניתן להסתמך על אומדן כחלק מפשרה, וכן כתב בשו"ת דברי מלכיאל, והרב זלמן נ. גולדברג. וכך סוכמו הדברים בכנס הדיינים בנושא כללי הפשרה (תחומין כט, עמ' 144):

סמכות הפשרה מאפשרת לבית הדין להכריע בשאלות עובדתיות על פי אומדן דעת.

פתיחה

הראייה הבסיסית בדיני ממונות היא עדותם של שני עדים. אפילו עד אחד אינו יכול ליצור אלא חיוב שבועה בלבד. אולם, לעיתים יש מקרים בהם הדיין יכול להבין מתוך הנתונים שהוצגו לפניו מי הוא החייב ומי הוא הזכאי גם כשאין לפניו ראייה כשרה. האם במקרה כזה דיין יכול לפסוק על פי הערכתו ואומדן דעתו. בשאלה זו נעסוק בנייר עמדה זה.

בגמרא אנו מוצאים מספר מקרים שבהם ניתן לכאורה להסתמך על אומדן. חלקם מהווים מקור של ממש שכן הם מובאים כדיונים הלכתיים וחלקם כאסמכתא. נפתח בהבאת הסוגיות המרכזיות ונברר בהרחבה את שיטתו של הרמב"ם ופסיקת הראשונים, השולחן ערוך והאחרונים, בכל סוגיה.

סוגיות הגמרא ופסיקת הראשונים

ישנם כמה סוגים של מקרים בהם ישנה הסתמכות על אומדן דעת ללא ראייה, חלקם מוסכמים על כל הראשונים, וחלקם שנויים במחלוקת, נבחן אותם אחד לאחד.

ידיעה ללא ראייה

בעניין הסתמכות על ידע וודאי ללא עדות, המכונה על ידי הרמ"ה "ידיעה ללא ראייה", מובא בגמרא (שבועות מו, ב):

אמר רב יהודה אמר שמואל: לא שנו (=שהנחבל נשבע ונוטל) אלא במקום שיכול (=הנחבל) לחבל בעצמו, אבל במקום שאינו יכול לחבל בעצמו נוטל שלא בשבועה. וניחוש דלמא בכותל נתחכך? תני רבי חייא: שעלתה לו נשיכה בגבו ובין אצילי ידיו. ודלמא אחר עביד ליה! דליכא אחר.

כלומר, כאשר יש וודאות מלאה מי ביצע את החבלה ניתן לחייב ממון, גם ללא עדות כשרה, וכך פסק הרמב"ם (חובל ומזיק ה, ה):

במה דברים אמורים (=שהנחבל נשבע ונוטל) בשהיתה המכה במקום שאפשר לו להכותה לעצמו או שהיה עמהם שלישי שאפשר שזה הנחבל אמר לו לחבול בו ולהתרעם על אחר, אבל אם אין עמהם אחר והיתה המכה במקום שאינו יכול לעשותה בעצמו כגון שהיתה נשיכה בין כתפיו וכיוצא בזה הרי זה נוטל בלא שבועה.

יש שלמדו שכוונת הרמב"ם היא משום שזהו חלק מהקנס (ראה אבן האזל ח, יד; משנת יעקב רוצח ושמירת נפש ד, ו ועוד). ניתן גם לפרש בדעתו שזהו מקרה של "ידיעה בלא ראייה", וכן משמע מהאחרונים של מדין זה לדינים נוספים (ראו לקמן).

מדברי התוספות נראה שבוודאות מוחלטת אין צורך בראייה גם בדיני נפשות, כפי שכתוב בתוספות (שבועות לו, ב, ד"ה דאי):

...משכחת לה אומדנא בדיני נפשות לכולי עלמא, כמו שעלתה לו נשיכה על ראשו ונקב קרום של מוח דאפילו רבנן מודו בהאי אומדנא כדמוכח בפרק כל הנשבעין לקמן (דף מו:): כגון שעלתה לו נשיכה על גבו ובין אצילי ידיו...

וכן הוא גם בתוספות הרא"ש בסנהדרין (לו, ב) ובשבועות (לו, ב). לפי דבריהם עולה שחכמים מודים שניתן לדון דיני נפשות, ומן הסתם גם דיני ממונות, על סמך אומדנא וודאית כמו בדן הנחבל שחכמים חייבו את החובל בתשלום ללא צורך בשבועה של הנחבל. לכאורה, על התוספות קשה מאדם שרדף אחר חבירו לחורבה ונמצא הרגו. הראי"ה קוק תירץ זאת כך (עזרת כהן כט):

ועדיפא אפילו מהאומדנא דשמעון בן שטח, דשם אע"פ שהענין מוכיח טובא מכל מקום יש מקום לומר שההרוג איבד את עצמו לדעת בסייף זה המטפף, ואח"כ לקח אותו זה הרודף בידו, אלא שהוא נגד השכל מתוך האומדנא, אבל כשעלתה לו נשיכה בקרום של מוח, ולא היו שם כי אם הנרצח והאחר, אז הדבר ברור בתורת ידיעה דהוא כמו ראייה שזה הרגו.

כלומר, ברודף אחר חבירו לחורבה ישנו סיכוי קלוש שהנרצח התאבד, לעומת זאת, ישנם מקרים בהם ישנה וודאות מוחלטת ואז ניתן לדון גם דיני נפשות ללא ראייה.

גם הטור (צ) מביא בשם הרמ"ה התייחסות לידיעה ללא ראייה :

וכי היכי דאמרין גבי נחבל אי איבריר מילתא דחבל ביה שקיל בלא שבועה ה"ה גבי נגזל אי בריר מילתא דגזליה אע"ג דלא חזו דגזליה שקיל בלא שבועה. והיכי משכחת לה כגון דמסהדי סהדי דהוה ליה בביתו כך וכך כלים וחזו להאי דעייל לביתיה ונפק ולא עייל התם אינש אחרינא ומקמי דעייל להתם אינש אחרינא עייל לביתיה ומנינהו להנהו כלים ואשתכחו חסר ולא הוה התם דוכתא דליפלו הנך כלים בגויה – שקיל בעל כלים מההוא דמסהדי בו סהדי דעייל להתם בלא שבועה, וזו היא עדות המתקיימת **בידיעה בלא ראות** ע"כ.

הרמ"ה נוקט שבוודאות מוחלטת ניתן להוציא ממון גם ללא ראייה, לגבי דיני נפשות הוא כותב (יד רמה לסנהדרין לו, ב, ד"ה ומתמהינן) שראייה כזו אינה מספיקה¹.

פסיקת ההלכה

השולחן ערוך מציין בהלכות עדות (ל, יד) לכך שיש דעה שניתן להעיד על דיני ממונות בידיעה בלבד. הוא מפנה לדיני הנחבל (שו"ע חו"מ צ, ו; טז) שם מובאים דברי הרמ"ה שניתן להוציא ממון, וכן פסק החת"ם סופר (שו"ת חתם סופר אה"ע ק-קא).

הראי"ה קוק כותב בתשובותיו מספר פעמים שניתן לסמוך על שיטת תוספות שיש אומדנא מוכחת ביותר שניתן לסמוך עליה בכל התחומים וגם בזמן הזה. כך לדוגמא לגבי היתר עגונה (עזרת כהן כט) :

וכיון שהבדיקה מועלת הרי נפילתו בים הוא דבר בטוח, ואין זה בכלל אומדנא כלל, אלא בכלל ידיעה ברורה. והרי הוא כדברי התוס' דשבועות ל"ד א' ד"ה דאי, שכתבו שם דאפילו לית ליה דרבי אחא משכחת לה אומדנא בדיני נפשות לכולי עלמא, כמו שעלתה נשיכה על ראשו וניקב קרום של מוח, דאפילו רבנן מודו בהאי אומדנא, כדמוכח בפרק כל הנשבעין לקמן דף מ"ו כגון שעלתה לו נשיכה על גבו ובין אצילי ידיו עכ"ל.

והכונה היא שאומדנא כזאת, שאי אפשר בשום אופן להיות באופן אחר, נחשבת ידיעה ברורה, שסומכין עליה גם לחייב בדיני נפשות, דהוי כמו ראיית עדים ממש...

בתשובות אלו הראי"ה, שאינו עוסק בדיני ממונות כי אם בעגונה ובקידושין, מחזק למעשה את המושג של "ידיעה" שנפסק על ידי הרמ"ה ובשולחן ערוך.

בשו"ת חלקת יעקב (אבן העזר מט) ביסס היתר עגונה שבעלה נעלם במחנות ההשמדה על מושגי האומדנא :

מבואר בחו"מ סוף סי' צ' לענין נחבל דאם יש הוכחה שזה חבל בו שאי אפשר בעצמו לחבול כגון בין כתפיו וכיו"ב וליכא אחר עמהם הרי זה נוטל בלא שבועה ואפילו יש אחר עמהם אי ברור לעדים שאותו אחר לא חבל בו כאילו אין עמהם אחר ונוטל בלא שבועה - ומקורו משבועות מ"ה. ובתוס' שבועות ל"ד א' ד"ה דאי דזה אפילו לרבנן דפליגו על ר' אחא בגמל האחר בין הגמלים באומדנא כזה אפילו רבנן מודה ואף לענין **דיני נפשות**, וזה נקרא אומדנא מבוררת... ומסיים החתם סופר הרי **מתירים אשת איש לעלמא** על אומדנא מבוררת הלז כעין אומדנא דחובל ונחבל ומביא בשם תשובת הריב"ש סימן תע"ט כעין זה דבאומדנא מבוררת מהני גם לענין **קדושין** עיי"ש בארוכה ובסי' שאחר זה סי' ק"א - מכל הנ"ל חזינן דאומדנא מבוררת נקרא בגדר **ידיעה בלא ראייה** דמהני לענין ממון ולשיטת התוס' הנ"ל אף בדיני נפשות ולשיטת הפוסקים הנ"ל אף לענין קידושין ואשת איש, א"כ מכל שכן לענין עדות אשה דלא בעי עדות גמורה דמהני ידיעה בלא ראייה...

נמצא לפי דבריו שהוא גם הולך על פי אומדנא שמוגדרת כידיעה ולדעתו הולכים אחריה גם בדיני ממונות (וראה גם בדבריו שם או"ח קצב; שם, יו"ד לד).

¹ יש שתי גרסאות ברמ"ה המובא בטור האם רק כאשר היתה קטטה ביניהם ניתן לחייב במקרה של וודאות מוחלטת, או שמא, אין צורך בכך (ראו פרישה ובי"ח על הטור, ונתיבות המשפט, חידושים צ, כה). מסתבר שמי שמצריך שתהיה קטטה ביניהם סבר שזו תקנה, ומי שלא מצריך סבר שכאשר יש וודאות אין בכך צורך.

הרמ"ה (בטור) הוסיף: "מסתברא היכא דאיכא אחר עמו דבריר להו לשהדי דלא חבל ביה ההוא אחר כמאן דליכא אחר דמי ונוטל בלא שבועה", למרות שאין וודאות מוחלטת.

בשו"ת שבות יעקב (א, קיג) הסביר שהרמ"ה סובר בעניין זה כתוספות לגבי אומדנא דמוכח, או שהרמ"ה סובר כרמב"ם שבחבלה יש קנס מיוחד וזהו חלק מהקנס שאין צורך בעדות ברורה וראה במשנת יעקב (רוצח ושמירת נפש ד, ו) שדחה את ביאורו של השבות יעקב ברמ"ה.

אומדין דעת הנותן

אומדן דעת נותן מתנה

סוג נוסף של מקרים בהם מוסכם שניתן להסתמך על אומדן דעת הוא באומדן דעתו של נותן מתנה. מקור הדברים בגמרא (בבא בתרא קמו, ב) שדנה במשנה שקובעת ששכיב מרע יכול לחזור בו מצוואתו אם חזר והבריא:

מאן תנא דאזלין בתר **אומדנא**? אמר רב נחמן: רבי שמעון בן מנסיא היא; דתנאי: הרי שהלך בנו למדינת הים, ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחר, ואחר כך בא בנו - מתנתו מתנה; רבי שמעון בן מנסיא אומר: אין מתנתו מתנה, שאלמלי היה יודע שבנו קיים - לא היה כותבן. רב ששת אמר: ר' שמעון שזורי היא... ורב ששת מ"ט לא מוקים לה כרבי שמעון בן מנסיא? אומדנא דמוכח שאני.

מגמרא זו עולה שיש מצבים בהם הולכים אחר אומדנא והרמב"ם אכן פוסק את המקרים המובאים שם להלכה, וכך הוא אומר בהלכות זכיה ומתנה (ו, א-ד בדילוגים):

לעולם **אומדין דעת הנותן**, אם היו הדברים מראין סוף דעתו עושין על פי האומדן אע"פ 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 מוכיחין שאילו ידע שבנו קיים לא היה נותן כל נכסיו, לפיכך אם שייר מנכסיו כל שהוא בין קרקע בין במטלטלין מתנתו קיימת. וכן הכותב כל נכסיו מתנה לאחד מבניו בין שהיה בריא בין שהיה שכיב מרע, אפילו היה בן קטן המוטל בעריסה לא עשהו אלא אפוטרופוס, והרי הוא בכל הנכסים כאחד מאחיו, אומדן דעת הוא שלא נתכוון אלא להיות אחיו נשמעין לו... וכן הכותב כל נכסיו לאשתו בין בריא בין שכיב מרע אף על פי שקנו מידו לא עשאה אלא אפוטרופא על יורשיו...

יש לציין שהמקרים המובאים ברמב"ם הם כאלו שאין בהם בכדי להוציא ממון כי אם **להחזיק** ועל כן אין להוכיח מכאן לגבי דעת הרמב"ם באומדנא להוציא. בהמשך, נעסוק בהסתמכות על אומדן על מנת להכריע בשאלה עובדתית, שם הרמב"ם סובר שלעתים הדבר בלתי אפשרי.

המהרי"ק (סי' קכט) דן בחילוק שבין הסתמכות על אומדן בהכרעת שאלה עובדתית, לבין אומדן דעת הנותן כך:

ודאי דכל היכא **שהמעשה** מבורר אצל הדיינים אלא שאנו מסופקין **באומדן דעת הנותן או המוכר** או המגרשה **אזלין בתר אומדנא**, אבל היכא דלא נתברר גוף המעשה אצל הדיינים כי ההיא דגמל אוחר כו' דאין ידוע לנו אם נגחו ואם לאו אלא מתוך אומדן בהא ודאי פליגו רבנן עליה דרבי אחא וקיימא לן כוותיהו לדעת הפוסקים הנזכר למעלה.

כלומר לדבריו יש לחלק בין מקרה שהאומדנא משמשת לבירור **המציאות** לבין מקרה שהמציאות ברורה לדיין והאומדנא משמשת לפירוש **כוונת** הצדדים המעורבים באירוע.

אומדן דעת המוכר

אלא שנחלקו ראשונים האם ניתן להסתמך על אומדן דעת רק בבירור דעתו של נותן מתנה או שמא גם בבירור דעתו של מוכר. תוספות עסקו בכך אגב השוואת הכלל "דברים שבלב אינם דברים" לדיני אומדנא וכתבו במקומות רבים את הכלל הבא (קידושין מט, ב ד"ה דברים):

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 ההיא 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 סהדי דלא **זבן** אלא אדעתא למיסק לארעא דישראל.

לפי תוספות יש שלוש דרגות:

- א. תנאי כפול – יש דברים שצריך להתנות במפורש ולפי כללי התנאים.
- ב. גילוי מילתא – יש מקרים בהם אין אומדנא דמוכח ועל כן צריך אמירה של אחד הצדדים שתיצור אומדנא.

ג. אומדנא דמוכח – יש מקרים בהם אין צורך באמירה וברור שהדברים נעשו על דעת כך, ובכלל זה המוכר את ביתו כדי לעלות לארץ ישראל².

הגר"א (רז, יד) מסביר שלדעת הרמב"ם כל המקרים המובאים על ידי תוספות כהוכחה לדרגה ג נכללים בדין "אומדן דעת הנותן". התייחסות מפורשת לשאלת אומדן דעת המוכר ישנה בדברי הר"י קרקושא (בבא בתרא קמז, א), שמביא תירוץ דומה לדברי התוספות (ובמיוחד למוכר בשם במאירי – ראה בהערה) ומסכם:

ומהתם אתה למד דבמכר נמי אמרינן אומדנא דמוכח דכדברים דמו ולא דוקא במתנה.

לעומתו, האור זרוע (בבא בתרא סימן קפ) כותב בשם רבינו יצחק בר מרדכי:

נראה לי דגבי מתנה דברים שבלב דברים הן דהיכא דגלי אדעתיה דלא יהיב מדעתיה לא הויא מתנה כגון גבי מתנה טמירתא. וכגון גבי שטר מברחת. וכגון הכא. וכגון גבי הקדש אמרי' יש שאלה דהואיל דבחנם יהיב איגלי דעתיה דלא ניחא ליה אפילו לא אמר בפירוש לא קני. אבל גבי מכר וקידושין אינן דברים דלאו כל כמיני' לומר לא היה בדעתו. ואפילו גלי אדעתיה אם לא אמר בפ"י אמרינן אגב דשקיל זווי גמר ומקני.

פרטי דיני אומדן דעת הנותן

המהר"ם מרוטנבורג, רבו של הרא"ש, דן במקרה שחייבו בעל דין בסכום גדול בפשרה ובעל הדין הסכים לפשרה רק מפני שהיה סבור שלא יחייבו אותו בסכום גדול כזה (שו"ת בעלי התוספות פט):

...אזלינן בתר אומדן דמוכח טובא. ובפחות מכאן אזלינן בתר אומדן דעתא, כמו בפרק האיש מקדש (קידושין נ, א) גבי ההוא גברא דזבין לניכסיה אדעתא למיסק לארעא דישאל... וכמה מקומות בתלמוד אפילו לא פירש מידי, דאזלינן בתר אומדן דעתא, כל שכן הכא דמוכח טובא שהרי פ"י כן מעיקרא והבטיחוהו...

המהר"ם קובע שבאומדן דעת נותן ומוכר אין צורך ב"אומדן דמוכח טובא", אלא די בפחות מכך.

הרשב"א עונה במספר תשובות על מקרים של אומדן דעת הנותן. לדוגמה בתשובה אחת הוא עוסק בשידוך עם חתן שהחל לשחק בקוביא ונודה גם על עבירות נוספות, על כך קובע הרשב"א (ב, לה):

עוד: דאומדן הדעת הוא: שאלו היה מקלקל עצמו כל כך, שלא היה נותן לו זה בתו. והיא לא תנשא לו. והולכין בתר אומדנא... וגם זה: בידוע. אילו היה יודע שהיה מתקלקל כל כך, לא היה משיא לו בתו. ואף במקום השבועה והנדרים הולכים בתר אומדנא. כאותה שאמרו: לא נתכוונה זו אלא להגון לה.

יש חידוש בדבריו שכן גם בדבר שהתפתח לאחר חתימת העסקה, מסתמכים על אומדנא. כמו כן הוא אמד את דעת נותן שקיצר בלשונו והתכוון לכלול דברים נוספים (שם ב, קב; ב, קכח) או לחילופין השתמש בלשון כללית אך לא התכוון לכלול הכל בדבריו (שם ב, ריז) וכן לגבי שאלות נוספות הנוגעות בכוונת הנותן (שם ד, ריג; ז, תלט; החדשות, שכה). כמו כן הוא השתמש באומדן דעת בשביל להעריך כוונת פסק דין (שם ג, רד).

פסיקת ההלכה

בהלכות מתנה פוסק השולחן (רמו) את דברי הרמב"ם ש"אומדן דעת נותן" והביא את כל הדוגמאות של הרמב"ם.

בהלכות מקח וממכר (רז, ג-ד) מביא השולחן ערוך לגבי מכר את שיטת הרמב"ם שאם פירש הרי זה כמתנה ואם לא פירש בשעת המכר את כוונתו, "דברים שבלב אינם דברים". הרמ"א מוסיף ומביא את שיטת התוספות שגם אם לא פירש אם יש אומדנא שמוכח המקח מתבטל. וכן מביא את שיטת הר"ד (מובא ברי"ד בשלטי גיבורים כתובות נו, א בדפי הרי"ף אות ח) שבמתנה דברים

² וראה במאירי (בבא בתרא קמו, ב) שהביא את שיטת התוספות: "ואע"פ שכלל ידוע דברים שבלב אינן דברים כתבו גדולי הצרפתים שבחמשה מקומות בתלמוד מצינו שהם דברים וסימן השמועות זו שבכאן ומתנה טמירתא ומברחת וההיא בצורתא דהוה בנהרדעא וזבון אפדנייהו והקדש שאמרו שיש בה שאלה וטעם כלם משום אומדנא דמוכח ולא היה רואה עצמו צריך אלא לגלוי הדעת אבל מכר היה לו לגלות דעתו וכן בכל דבר הבא דרך תנאי מאדם לחברו אבל דברים שהזכרנו אינן בדרך זה ומתוך כך הולכין בהם אחר האומדן וכן הענין בכותב נכסיו לאשתו או לבנו שלא עשאן אלא אפטרופסין כמו שהתבאר ואיני יודע למה לא צירפום עם אותם חמשה שהזכרנו." כפי הנראה עמדו לפניו תוספות אחרים, שהרי אלו שלפניו מביאים את הדוגמא החסירה.

שבלב הוי דברים. כבר הזכרנו שהגר"א מבאר שזו שיטת הרמב"ם שאינו מחלק את דיני מקח וממכר לג' דרגות אלא מחלק בין מתנה למכירה.

ערוך השולחן (חו"מ רמו, א) כתב:

אע"פ שבמתנה אין לנו לראות רק מה שכתב בשטר מ"מ אמרו חז"ל דלפעמים כשהאומדנא גדולה דלא כיון הנותן לכך או שטעה בעיקר המתנה או שכוונתו מסתמא היתה לדבר אחר עושין כפי האומדנא ומבטלין לשטרא אמנם אין לנו לעשות אומדנות מעצמינו אלא מה שאמרו רז"ל וכיוצא בהם...

כלומר, גם באומדן דעת נותן מתנה לא ניתן לאמוד במקרים שאינם מופיעים בגמרא.

בפד"ר (יט, 125) כתב ר"י אלמליח שאף אם הרמב"ם מקל באומדן דעת הנותן, אולם, לשיטת תוספות שאינם מחלקים בין מכר ומתנה, יש להחמיר ולדרוש אומדנא דמוכח טובא גם במתנה.

במקרה בו הוא עוסק הבנים נתנו לאימם את החלק שירשו מאביהם בדירה בה היא גרה. לאחר 10 שנים האם נתנה את הדירה כולה לבת שלה (ואחותם של הבנים) שטיפלה בה. הבנים ערערו בטענה שהמתנה הייתה על דעת כך שהיא תשאיר את הדירה אצלה ותוריש להם אותה. בית הדין דחה את טענתם גם בגלל שאומדן דעת הנותן צריך להיות אומדנא דמוכח ובמקרה זה יש מספר ספיקות שאולי גם זה היה בדעתם.

על דבריו קשה מדברי המהר"ם מרוטנבורג (שו"ת בעלי התוספות פט), הובאו לעיל, שכתב שבאומדן דעתו של מוכר ונותן אין צורך באומדן דמוכח טובא. במילים אחרות, המהר"ם מקל גם במכר וגם במתנה.

הסתמכות על אומדן דעת לא וודאי

גמל האוחר בין הגמלים

נחלקו התנאים (תוספתא בבא קמא ג, ו):

שור שהיה רועה ויצא שור אחר אחריו, נמצא הרועה זה שמת, אפילו 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.

כאן מדובר על מקרה בו יש ספק עובדתי, אולם, יש הסתברות גבוהה, אך לא וודאות, שהאירוע התרחש באופן מסוים. מחלוקת זו הובאה בגמרא במספר מקומות כשהגמרא תולה את המחלוקת בשאלה האם הולכים אחר "אומד" בדיני ממונות. כך הוא בסוגיה בסנהדרין (לז, ב):

כיצד מאיימין את העדים? על עידי נפשות, היו מכניסין אותן ומאיימין עליהן: שמא תאמרו מאומד ומשמועה... בדיני נפשות הוא דלא אמדינן, הא בדיני ממונות - אמדינן, כמאן - כרבי אחא...

בסוגיות בבבא בתרא (צג, א) ובשבועות (לד, א) מושווה דין זה להליכה אחר הרוב ולפסיקה על פי ידיעה ללא ראייה.

להלכה הכריעו הרי"ף (בבא קמא כ, ב), הרמב"ם (נזקי ממון ח, יד), רמב"ן (להלן), סמ"ג (עשה סז), רבינו ירוחם (מישרים נתיב לא חלק א) והטור (חו"מ תח) כחכמים שלא ניתן להסתמך על אומדן דעת. הרמב"ם אף משבץ פסיקה זו כחלק מהדרכה כללית לפסיקה בדיני ממונות (שם יג-יד):

אין הנזקין משתלמין ואין חייבין בכופר ואין הבהמה נהרגת אלא **בראייה ברורה ובעדים הכשרים** להעיד, שלא תאמר הואיל ואין מצויין באוריות (=אורוות) 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.

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 האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו אין אומרין בידוע שזה הרגו עד שיראוהו עדים כשרים.

הרמב"ן בהשגתו לספר המצוות (מצווה רצ) סובר שהלכה כחכמים וממילא אין הבדל בין ממונות לנפשות:

וכן מאומד אף **בדיני ממונות** הוא פסול דקיימא לן כרבנן דפליגי עליה דר' אחא בגמל האחר כמתבאר שם ברביעי שלסנהדרין (לז, ב).

לפי דרכו הרמב"ן אף הקשה על הרמב"ם שכתב שיש מצווה שלא להסתמך על אומדן דעת בדיני נפשות, מדוע המצווה אינה כוללת גם את דיני הממונות.

לעומת כל הראשונים המוזכרים למעלה, מתלמידיו של המהר"ם משמע שפסקו כרבי אחא. כך למשל הרא"ש (סח, כג) כותב:

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, **וגמל האחר בין הגמלים**...

הרא"ש קובע שהולכים אחר האומדנא ובין הדוגמאות מובאת שיטת רבי אחא, הרא"ש חוזר על דוגמאות אלו במקום נוסף (שם פו, א). ואכן האחרונים (רדב"ז ד, קצח ובעוד תשובות רבות, הב"ח בשו"ת גאוני בתראי סימן נד ועוד) ציינו שניתן לדייק כך מדבריו.

אמנם, הב"ח (בביאורו לטור חו"מ תח) כותב שאין ראיה מכאן שהרא"ש פוסק כרבי אחא ויתכן שכוונת הרא"ש לומר רק שיש שיטה כזו בהלכה ושבאומדנא יותר מוכחת יתכן שכולם יודו (כפי שאכן מבואר בדברי תוספות רא"ש לגבי ידיעה ללא ראיה).

תלמיד נוסף של המהר"ם מרוטנבורג, רבי פלטיאל, כותב גם הוא בתשובה (המובאת בהגהות מרדכי קידושין תקסד) את דברי רבי אחא כדוגמא לאומדנא שהולכים אחריה³, גם במאירי (בבא בתרא צג, א) מובא שיש ראשונים שהכריעו כרבי אחא, לפחות באופן חלקי ובאומדנא מוכחת.

הרא"ש משתמש באומדנות במקרים נוספים. כך הוא כותב בתשובה (סח, כג) ביחס לשטר שבני הלווה טענו שפרעו אותו אך היו אומדנות מוכיחות שהשטר נפל מידי המלווה והתגלגל לידי בני הלווה שלא כדין:

...ונצטוינו לדון **דין אמת לאמתו**, ואע"פ שאין אנו נביאים לדון דברים שבלב, חכם עדיף מנביא, ונצא בעקבות הראשונים ונלמוד ממעשיהם. מההיא עובדא דפרק חזקת הבתים (נח): ההוא גברא דשמע לדביתהו דקאמרה לברתה: אמאי לא צניעת באיסורא, הך איתתא עשרה בני אית לה, ולית לי מאבוך אלא חדא. כי קא שכיב אמר: כל נכסי לחד ברא, ולא ידעי להי מינייהו, אתו לקמי*ה דרבי בנאה, אמר להו: זילו חבוטו לקברא דאבוכוון עד דקאי ומגלי לכו להי מיניכו, אזלו כולהו, וההוא דבריה לא אזל, אמר להו: כולהו נכסי להאי נינהו. 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, **וגמל האחר בין הגמלים**. ודבר זה יש לו עיקר מדברי קבלה, מאב לחכמים, אשר צוה ליתן לה הילד החי. על כן בכל דור ודור מצווין לשבור מלתעות עול, והמטים עקלקלותם להדריכם בנתיב יושר.

הרא"ש הוכיח את דבריו מרבי בנאה (בבא בתרא נח, א) בסיפור הידוע ששלח את הבנים לבזות את קבר אביהם ונתן את הירושה לבן שלא הסכים לעשות זאת⁴, וממעשה שלמה המלך. בדבריו עולה במרומז ("ונצטוינו לדון דין אמת לאמתו") שהשימוש באומדנות במקרים אלו הוא משום "דין מרומה" והוא מסיק שניתן לכתוב שטר חדש **ולהוציא בעזרתו ממון**.

עוד כותב הרא"ש ביחס לאדם ששדך את בנו ולאחר מכן המירה אחות המשודכת את דתה ואבי הבן רצה לבטל את השידוך, הוא מצדיק אותו וכותב (שו"ת הרא"ש לד, א):

³ המהר"ם (קכט) התייחס לתשובה זו במילים אלו: "ואע"פ שכתב המרדכי בתשובות השייכות לסדר נשים תשובה אחת אשר לא נזכר שם המשיב ומתוכה משמע דס"ל כרב אחא סמייה להאי מקמי כולהו הני ברברתא שהבאתי לעיל ועוד דהיכא דאיכא פלוגתא דרברבתא אומרים המע"ה ועוד דנהגו כרב אלפס היכא דלא נחלקו עליו התוספות..." יש לציין שהמהר"ם עצמו (א) ציטט תשובה זו והסתמך עליה למעשה.

⁴ תשב"ץ (א, פ) מציע מספר הסברים לסיפור, או כאומדן אמיתי מי הוא הבן או כאומדן בדעת האב שרצונו לתת למי שלא ירצה לבזותו. בכל מקרה מדובר לדבריו בהליכה ברורה אחר אומדן דעת.

אבל דברים דאיכא **אומדנא דמוכח** בלא גילוי דעתו, וכונתו ידוע לכל לאיזה דעת הוא עושה, אפילו לא גלה דעתו בשעת מעשה לא הוי דברים שבלב, אלא עבדין כאלו התנה. כגון שטר מברחת... בכל אלו הדברים סמכו חכמים ז"ל על אומדנא דמוכח, **לדון ע"פ אומדן אלו עדים מעידים על דבר זה**. וכן בנדון זה, אומדנא דמוכח שאלו היה יודע דבר זה שהיה עתיד ליעשות, לא היה מקבל עליו קנס זה, דישראל קדושים הם והרבה פורשים מלהתערב בפגם גזרה. ורגלים לדבר, שהרי העביר זמן החופה והכניס עצמו בספק הפסד הקנס, כל שכן שמתחלה אדעתא דהכי לא הקנה ושעבד עצמו, ואומדנא דמוכח הוא, וכאלו התנה בפירוש דמי...

במקום אחר הוא דן בחוב שהיה על יתומים וכותב שמכיוון שיש אומדנות חזקות שהחוב קיים גובים מהם ואין טוענים להם טענות שקריות (שם פו, א):

אלמא חזינא, היכא דמית, ונולד ספק ליתומים בממון אביהם, אזלין בתר **אומדנא** דדעתא, ואמרינן: מסתמא כך היה הענין. וכל שכן בנדון זה, שאין לך ידים מוכיחות ורגלים לדבר יותר מזה, שיש שטרות ועדים ופנקס ופיתקי המשכונות ואשתו וחמותו ואחיו וכל בית אביו יודעים שהוא אמת; הרבה אומדנות מצינן בגמרא שאין להם כל כך הוכחה כמו לזו. כי ההיא דפרק מי שמת (קמו, ב): מי שהלך בנו למדינת הים, ושמע שמת בנו... וכן **גמל האוחר בין הגמלים** ונמצא גמל הרוג בצדו (בי"ב צג, א). אלמא, האי דאזלין בתר אומדנא בדיני ממונות, דינא, ואין חילוק לענין דינא בין יתומים לאחר.

בתשובה נוספת (עח, ג) הרא"ש מבטל שטרות מכר שנעשו בכדי לסלק את הממון מהנושים ולאחר שהוא חוזר שוב על כל המקורות בדיני אומדנא ומסיים בעדות גם על דרכו של המהר"ם:

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 ומדמין 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...

במקרה דומה הוא חוזר על הדברים בקיצור (עח, א) וכן הוא כותב בתשובה אחרת (עח, ב) על אדם שהקנה לבנו הקטן את הקרקע והוא משלם את המסים עליה שזו הערמה ומבטלים את ההקנאה (וראה גם בדבריו שם ט, א, ששולל הקנאה לצורך הברחה ממיסים גם כן).

עדי קידושין שלא ראו את נתינת הטבעת

המרדכי (קידושין תקלא) דן בקידושין שהעד לא ראה את רגע נתינת הטבעת ובין היתר הוא מביא את הסברה הבאה:

ועוד אם עד רואה דבר מוכיח ונראה יכול להעיד ונדון כאילו ראה גוף המעשה כדאמרי בגיטין ובקדושין ובית הלל אומר: הן הן עדי יחוד הן הן עידי ביאה [ואמרינן] בכ"מ במנאפין עד שיראה כדרך המנאפין...

הרשב"א בתשובה (א, תשפ וראה ביתר פירוט בא, אלף וקלג) חולק על כך:

השיב עוד בשנים שהיו עומדים אחרי גדר בית אחד. ושמעו שאמר ראובן ללאה התקדשי לי באתרוג אבל לא ראו נתינה ממש. ואפילו ראו האתרוג יוצא מתחת ידה אין כאן חשש של כלום. ואפילו היא מודה שלקחתו לשם קידושין דעדות ראה ידיעה בעיא ממש.

האחרונים האריכו בביאור המחלוקת (ראה קצות החושן צ, ז; אבני מילואים לא, ד; מב, ח; חתם סופר אה"ע ק-קא; דברי יחזקאל מ; וסיכום הדעות במשפט ערוך ל, יד). רבים מהאחרונים דייקו בדעת הרשב"א שבמקרה שלפניו לא הייתה אומדנא ברורה אבל אם הייתה אומדנא ברורה הייתה מועילה לקידושין.

פסיקת ההלכה

דעת הרמב"ם ושאר ראשונים בעניין גמל האוחר, שאין מוציאין ממון על פי אומדנא כזו, נפסקה להלכה גם בשולחן ערוך (חוי"מ תח, ב).

למרות זאת השולחן ערוך (חו"מ סה, יז) פוסק גם את תשובת הרא"ש שאם יש אומדנות מוכיחות שהשטר אבד בית דין כותב שטר חדש לתובע. כמו כן הוא פוסק (חו"מ עא, יא) את תשובת הרא"ש שאם הגיע לב"ד כתב פירעון שנראה מזויף אין סומכים עליו. בעקבות תשובה אחרת של הרא"ש השולחן ערוך (צח, ב) מזהיר גם הוא משימוש בשטרות ישנים. הוא (צט, ו-ח) מזהיר גם מהערמה והברחת נכסים, והרמ"א מסיים ומדגיש שכל מי שרוצה להפקיע תקנות חכמים או לגזול חייבים חכמי הדור לבטל כוונתו אף על פי שאין ראייה רק אומדנות מוכיחות היטב. עמדות האחרונים יובאו לקמן.

שכנוע של הדיין ללא ראייה

בגמרא מובאים כמה מקרים בהם הכריע הדיין בשאלות עובדתיות על סמך אומדנא או ראיות פסולות, הרמב"ם ראה בכל המקרים חלק מכלל אחד.

גביית פיקדון מיתומים

בגמרא במסכת כתובות (פה, ב) מובאים מקרים בהם חכמים הוציאו ממון מיתומים על סמך אומדנא שממון זה הופקד אצל אביהם:

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, דידענא 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.

הר"ן במקום (מד, א בדפי הרי"ף) מסכם את האפשרויות העיקריות בהבנת המקרה:

אלא שהרב ז"ל (=הרי"ף) מפרשה לנו בדאפקיד גביה בסהדי, והנהו סהדי לא בקיאי בהו אי הני אינהו אי לא, אלא הוא דיהיב בהו סימנא ואיכא סהדי אחריני דמסהדי דאית בהו ההוא סימנא ומשייה מהני כאילו עידי פקדון מסהדי דהני נינהו דאפקיד גביהו.

ואיכא מאן דאמר (=הרמב"ן) דהני תרי טעמי צריכי להדדי דאי משום לא אמיד בלבד לא מפקינן מיניה דחיישינן דילמא ר' מיאשא לא הוה מפרסם נפשיה אי נמי מציאה אשכח... וכן נמי משום סימנא בלחוד לא מהדרינן...

ולא נהירא דאע"ג דמשום לא אמיד בלחוד לא מהדרינן, משום סימנא כי איכא עדי פקדון משמע דמהדרינן...

לפיכך נראה לי יותר דברי הרמב"ם ז"ל שכתב בפרק כ"ד מהלכות סנהדרין ויש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים **שדעתו נוטה להם שהן אמת** וכו'. שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת כו'. ולפי זה טעמא דסימנא לא סגי בלא טעמא דלא אמיד...

הר"ן מציג בפנינו בתחילה את גישת הרי"ף ובית מדרשו שמעמידים את הסיפור בגמרא במקרה שהיו עדים על ההפקדה ויש סימנים שזהו החפץ. בהמשך הוא מביא את הסבר הרמב"ן (כתובות פה, ב; מלחמות ה' בבא קמא לת, ב, בדפי הרי"ף; וכן בהשגותיו לספר הצבא, מדה יב) שעדי הפקדון והסימנים הם שני המרכיבים העיקריים שעל ידם ניתן להוציא את החפץ מהיתומים. הנושא של העושר ("אמיד") אינו משמעותי לשיטה זו⁵.

הוא מביא גישה נוספת שמצריכה את שני הטעמים יחדיו מלבד עדי הפיקדון. אך הוא מסכם שלדעתו עיקר כשיטה השלישית היא שיטת הרמב"ם (בה נרחיב המשך) לדבריו די בכך שיש סימנים והמחזיק בממון אינו אמיד בשביל לשלול את האפשרות שהוא אכן בעל החפץ ועל כן ניתן להוציא את החפץ מהיתומים, ואין צורך אף בעדי פיקדון.

קיים לי בגווה

בגמרא בכתובות (פה, א) מופיעים המקרים הבאים:

⁵ וראה בריטבי"א בכתובות שהביא שיטה שמצריכה עדים ואחד משני התנאים, סימנים ולא אמיד, ללא העדפה של אחד מהם.

ההיא איתתא דאיחייבא שבועה בי דינא דרבא, אמרה ליה בת רב חסדא: **ידענא בה** דחשודה אשבועה, אפכה רבא לשבועה אשכנגדה... בת רב חסדא **קים לי בגווה**... אמר רב פפא, השתא דאמר מר: **קים לי בגווה מילתא היא**, כגון אבא מר ברי דקים לי בגווה, קרענא שטרא אפומיה. קרענא ס"ד? אלא, מרענא שטרא אפומיה.

רבא הופך שבועה ממי שהיתה אמורה להישבע בתחילה, על פי עדות אשתו שהאישה המדוברת חשודה להישבע לשקר, בגלל שהוא סומך על אשתו שהיא דוברת אמת.⁶ רב פפא מסיק מכך שניתן גם למנוע גביית שטר שיש כנגדו עדות של אדם יחיד ואפילו פסול לעדות, שהשטר אינו תקף, ובלבד שהדיין מאמין לו.⁷

שיטת הרמב"ם

הרמב"ם (סנהדרין כד, א) קובע לאור צירופן של הסוגיא הזו והקודמת לה את הכלל הבא:

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 בב"ד ואמר לדיין אדם שהוא נאמן אצלו ושדעתו סומכת על דבריו שזה האיש חשוד על השבועה יש לדיין להפוך השבועה על שכנגדו וישבע ויטול הואיל ו**סמכה 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 אמוד להיות לו חפץ זה ו**סמכה 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.

הרמב"ם כורך את דין "קים לה בגווה" ואת דין הוצאת פיקדון מן היתומים בחדא מחתא ומסיק מסוגיות אלו שהדיין צריך ללכת בפסיקתו על פי הבנתו ושכנועו הפנימי, גם ללא ראיה תקפה על פי דין. ממילא הוא מתקשה בשאלה לשם מה צריך שני עדים, הרי הדיין יכול לפסוק גם בלעדיהם? על כך הוא משיב ששני העדים מהווים עילה לפסיקת דין גם במקום שהדיין אינו משוכנע מה האמת.

לגבי דיני נפשות מובא בגמרא (סנהדרין לו, ב):

תנו רבנן: כיצד מאומד? אומר להן: שמא כך ראיתם: שרץ אחר חבירו לחורבה, ורצתם אחריו, ומצאתם סייף בידו ודמו מטפטף, והרוג מפרפר. אם כך ראיתם - לא ראיתם כלום.

מכאן משמע שבדיני נפשות יש צורך בעדות כשרה ולא די באומדנא חזקה ככל שתהיה. הרמב"ם הפך את הסוגיא בסנהדרין השוללת פסיקה על פי אומדן למצווה במנין המצוות בנוגע לדיני נפשות (מצווה רצ):

⁶ לדעת רוב הראשונים הוא אפשר לצד השני להישבע וליטול, מלבד הריטב"א במקום שהקשה: "דכיון דליכא ראיה שהיא חשודה משום דקים ליה בבת רב חסדא לית ליה לאפוקי ממונא" ועל כן הסביר בשם רבי פנחס הלוי, אחי הרא"ה, שהצד הראשון היה אמור להישבע וליטול.

הסבר מצמצם ביותר למקרה זה הובא בשו"ת מהר"ם אלשקר (ק"ט) בשם הגאונים: "ומה ששאלת בענין ההיא איתתא דאיחייבא שבועה בי דינא דרבא אמרה ליה בת רב חסדא ידענא בה דחשיד' אשבועה ואפכה רבא אשכנגדה דהיאך יקבל עדות אשה במקום דין והפיכת שבועה והנשים פסולות. ואם כל דיין שיאמין באשתו ובאמו אם יוכל לעשות כך או אם דוקא בת רב חסדא ולא זולתה. והוקשה לך הדבר ולא ראית במה תתקור דעתך. תשובה אנו אין לנו אלא מה שהשיבו רב שרירא גאון וחמודו רבי' האי ז"ל. וז"ל התשובה הכי מפרשי רבנן דהאי דינא שודא דדייני הוה או כגון שודא דדייני דהוה אית ליה לרבא למידייני' כדהואי ולפיכך סמך אבת רב חסדא..."

⁷ נחלקו הראשונים האם כוונתו הייתה שניחו את השטר ללא גבייה כלל (רש"י) או שיחייבו את בעל השטר בשבועה (ר"ח ור"ת), עיין בראשונים בסוגיה.

והמצוה הר"צ היא שהזהירנו שלא לחתוך הגדרים **באומד הדעת** החזק ואפילו היה קרוב אל האמת. כמו שיהיה אדם ירדפהו שונאו להרגו ולהנצל ממנו יכנס בבית אחד ויכנס הרודף והוא אחריו ונכנס אנחנו אחריהם ונמצא הנרדף הרוג והוא מפרפר ושונאו שהיה רודפו עומד עליו והסכין בידו ושניהם מנטפין דם. הנה זה הרודף לא יהרגוהו הסנהדרין על צד חתוך הגדר אחר שאין שם עדים מעידים שראו ההריגה...

ולא תרחיק זה ולא תפלא מזה הדין. כי הדברים האפשריים מהם קרובי האפשרות מאד ומהם רחוקי האפשרות ומהם אמצעיים בין זה לזה. ולאפשר רוחב גדול מאד. ואילו התיירה התורה לחתוך **דיני נפשות**... עד שיחתכו הגדרים וימיתו האנשים פעמים במעט אומד לפי דמיון הדין ומחשבתו... ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד...

כלומר, בניגוד לדיני ממונות בהם יכול הדין להסתמך על השכנוע הפנימי שלו, בדיני נפשות הדבר אסור. אולם, לגבי ממונות, יש סתירה בדברי הרמב"ם לגבי הסתמכות על אומדן, נציג את הדברים בטבלה:

נזקי ממון ח, יג (גמל האוחר)	סנהדרין כד, א (דיני ממונות)	סנהדרין כ, א (דיני נפשות)
אין הנזקין משתלמין ואין חייבין בכופר ואין הבהמה נהרגת אלא בראיה ברורה ובעדים הכשרים להעיד...	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...	אין בית דין עונשין באומד הדעת אלא על פי עדים בראיה ברורה ...

ראשית, מדקדוק דברי הרמב"ם נראה שלדעתו יש הבדל בין דיני ממונות לדיני נפשות בתחום האומדנא. על כן יתכן שהשגת הרמב"ן, הובאה לעיל, על כך שמנה מצוה מיוחדת בדיני נפשות אינה קשה עליו שכן הוא אכן סבור שיש חילוק בין דיני נפשות לדיני ממונות.

שנית, לכאורה יש סתירה בדברי הרמב"ם לגבי דיני ממונות: לגבי גמל האוחר הרמב"ם כתב שיש צורך בעדות כשרה ו"בראיה ברורה", לעומת זאת הוא כותב במפורש שניתן להכריע את הדין בממונות למרות "שאיין שם ראיה ברורה".

אחרונים רבים דנו בשיטת הרמב"ם, ודבריהם יובאו לקמן, אולם, כבר כעת ניתן לציין שניתן להבחין בארבע שיטות בביאור דעת הרמב"ם:

- א. **אומדנא מועילה רק להחזיק**, הממון שאצל היתומים מוחזק אצלם רק מכח טענות בית דין ואם בית דין אינו יכול לטעון, אין לו חזקה ואין זה נקרא "להוציא" (אמרי בינה).
- ב. אומדנא פרטית של הדיין מועילה להחזיק ממון, **אומד של כל העולם מועיל אף להוציא** (נתיבות המשפט).
- ג. אומדנא על פי עדים מועילה רק להחזיק ממון, **אומדנא של הדיין עצמו מועילה אף להוציא ממון** (נחל יצחק).
- ד. **רק בית דין גדול שיכול גם להוציא ממון שלא על פי שורת הדין**, בבית דין רגיל אומדנא מועילה רק להחזיק ממון (ישועות ישראל).

תקנה שלא להסתמך על אומדן

העיקרון המובא ברמב"ם סויג כבר על ידי הר"ף (כתובות מג, ב בדפי הר"ף):

וחינין לגאון דקאמר דהאידינא לא אפשר ליה לדיין למימר "קים ליה בגויה", דלא בריר לן קים לן בגויה היכי הוי. 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.

לפי דברי הר"ף אין מקום להסתמכות על טענת "קים לה בגויה" בפסיקה, והאפשרות היחידה העומדת בפני הדין שנתקל באמירה כזו של מי שקים לו בגויה היא להמשיך ולחקור עד לבירור

העניין. הרמב"ם (סנהדרין כד, ב) פוסק גם כן את שיטת הרי"ף ומצמצם בזה את היסוד שהניח הוא עצמו בתחילת דבריו:

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

לפי דבריו לא רק דין "קים לה בגווה" אינו ניתן לשימוש עכשיו כי אם גם האומדנא שעל ידה מוציאים פיקדון מן היתומים⁸. המהרי"ט (שו"ת א, קיב) ביאר שהסיבה שהרמב"ם הרחיב את דבריו גם לגבי היתומים, מעבר למה שכותב הרי"ף, היא שהרמב"ם חולק על הרי"ף בביאור דין זה וסבור שהוא מבוסס על אומדנא, בניגוד לרי"ף שביאר הלכה זו בדרך אחרת כמבואר לעיל. עיין גם בסמ"ג (עשין קז) שהביא את דברי הרי"ף והרמב"ם שבזמן הזה לא עושים אומדנא להלכה.

אם כן הרמב"ם שביסס את הפסיקה לפי אומדנא בסוגיות הגמרא סבור שלמעשה לא ניתן היום לפסוק על פי אומדנא וזאת משום שבתי הדין אינם הגונים ואף ההגונים "אינם חכמים כראוי ובעלי בינה".

חשוב לציין שהרמב"ם לא כלל בתקנה את אומדן דעת שם הוא פסק שניתן להסתמך על אומדן. יתכן שבמקרים כאלו בית הדין מוכרח לפעול על פי האומדנא גם כיום ומלכתחילה האדם שנותן את המתנה כוונתו היא שבית הדין יקיים את דבריו לפי דעתו ורצונו. מה שאין כן במקרים בהם בית הדין מתערב בגלל הסכסוך בין הצדדים שלא ניתן לומר שמלכתחילה התכוונו לפעול על פי מה שבית דין יורה להם, ועדיין צ"ע.

אמנם הרא"ש הביא את דברי הרי"ף⁹, אולם, מדבריו במקומות אחרים נראה שאם האומדן חזק ("אומדנא דמוכח"), ניתן להסתמך עליו גם בימינו, וכך הבינו חלק מהאחרונים (ראו לקמן בדברי עבודת הגרשוני ומהריט"ץ בפרק על אומדנא דמוכח).

פסיקת ההלכה

השולחן ערוך מעתיק את דברי הרמב"ם בעניין אומדנא (טו, ה) כולל את קביעתו הסופית שלא ניתן להסתמך על אומדנא בזמן הזה. הרמ"א מוסיף על פי דברי תרומת הדשן (ב, רס) שניתן לגזור על אדם שלא ישאו ויתנו עמו ולא יאשה שלא תינשא אם יש אומדנות שלאותו אדם או לאותה אישה יש גזל תחת ידיהם. הסמ"ע (טו, טז) הסביר שהרי"ף והרא"ש שהשמיטו את הסייג על הסתמכות על אומדן במקרה של גבייה מיתומים, סוברים שניתן גם היום להוציא מיתומים מפני שאינם טוענים ברי.

בתשובה אחת (ח"מ סו) המהרשד"ם דן במקרה שיש אומדנות שנפלה טעות בשטר ונכתב מ"ה בלבד במקום מ"ה אלף, הוא מביא את דברי הרא"ש אך מוסיף שלפי הרמב"ם אין להשתמש היום באומדנות:

ואם בארזים הגבוהים כהרמב"ם וחבריו אמרו כן מה נעשה אכן יתמי דיתמי אזובי קיר. למדנו מכאן שאעפ"י שיש אומדנות שראוי לסמוך עליהם, אין לדון אלא על פי ראייה גדולה וחזקה ועל כן אני אומר דבנידון דידן אעפ"י שנראה שיש כאן אמתלאות כפי הנזכר למעלה מ"מ פשיטא דאין כח להוציא ממון גדול כזה...

וכן בתשובה נוספת (ח"מ רז):

⁸ המאירי במספר מקומות מביא את דברי הרי"ף והרמב"ם להלכה וראה למשל דבריו היפים ביבמות (קא, ב): "ומכל מקום עכשו כתבו גאוני ספרד שאין לו לדיין להיות סומך בענין זה אלא בראיה ברורה שאין כל הדיינין בקיאין כל צרכם ואין ראוי להתיר הרצועה לכל דיין ודיין לומר מוחזקני בזה שהוא נאמן ויפה כתבו".

⁹ רא"ש מסכת כתובות פרק ט סימן ו.

וקודם כל דברי אני אומר כי ידוע מ"ש הרא"ש כלל ס"ח כי יש לנו מקום לדון ע"פ אומדן הדעת... אלא שמכל מקום לפי שמדברי הרמב"ם נראה שבדורות הללו אין לנו כח לדון באומדנות כדי שלא יטול כל אדם את השם...

למרות שהוא הבין שהרא"ש פוסק שניתן להסתמך על אומדן דעת, הוא חושש מלהכריע במחלוקת ומעדיף טעמים אחרים המבוססים בהלכה. במקום נוסף (חוי"מ קמח) הוא מזכיר את דברי הרא"ש שאומדנא מועילה אף להוציא אך כותב שלבו לא מלאו לסמוך על כך. וראה בשו"ת בעי חיי (חוי"מ י) שטוען שהמקרים בהם הורה המהרשד"ם להוציא ממון היו דוקא כשהממון הוצא מבעליו במרמה על ידי אותם אנשים שהממון אצלם וגם אז התיר לאיים עליהם על ידי המלכות ולא שבית הדין עצמו יוציא את הממון מהם.

דין מרומה

מקרה נוסף בו ניתן לפעול לפי אומדנא, הוא בדין מרומה, כפי שנאמר בגמרא (שבועות ל, ב):
מנין לדיין שיודע בדין שהוא מרומה, שלא יאמר: הואיל והעדים מעידין, אחתכנו ויהא קולר תלוי בצואר עדים? תלמוד לומר: מדבר שקר תרחק.

הסתלקות או הסתמכות על אומדן

גם הרמב"ם, לאחר שקבע שלא ניתן לפעול לפי אומדנא בזמן הזה, המשיך וכתב מה הדיין צריך לעשות כאשר יש התנגשות בין העדויות ששמע לבין השכנוע הפנימי שלו (סנהדרין כד, ג):

...אם היה לבו נוקפו שיש בו רמאות או שאין דעתו סומכת על דברי העדים אע"פ שאינו יכול לפסלן או שדעתו נוטה שבעל דין זה רמאי ובעל ערמה והשיא את העדים אף על פי שהם כשרים ולפי תומם העידו וזה הטעם, 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.

הרמב"ם קובע שאם הדיין רואה שלא ניתן להגיע לדין אמת עליו להסתלק מן הדין. הלכה זו תקפה גם בימינו והיא מהווה מבחינתו הפיתרון העומד בפני דיין שיש לו אומדנא ורוצה לדון על פיה.

לגבי דין מרומה תוספות (סנהדרין לב, ב ד"ה כאן) סובר כמו הרמב"ם שאם הדין מרומה בוודאות, אין לדיין לדונו כלל, ואם הוא מסופק בכך עליו לדון ולברר עד היכן שידו משגת. השאלה היא מדוע על פי התוספות לא ניתן במקרה כזה להכריע לפי האומדנא ואולי אין זו אומדנא דמוכח לגמרי וצ"ע.

לעומת זאת, הרא"ש נקט בצעד פעיל יותר. בתשובה נוספת לגבי שטר הלוואה שהמלווה רוצה לגבות 30 שנים אחרי ההלוואה ודווקא מירשי הלווים שכבר מתו כותב הרא"ש (סח, כ):

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 וחותר ונותן ביד הנתבע.

כלומר, כאשר הדיין חש **שהתובע** מרמה הוא כתב שאין לדון בכך יותר.

במקרה המפורסם (קז, ו) בו התברר שיש רמאות מצדו של הנתבע הרא"ש מכריע בסופו של דבר שחייבים לחתוך את הדין על סמך אומדן דעת. הרא"ש מאריך בדיני דין מרומה, מזכיר את שיטת המהר"ם מרוטנבורג שאם הנתבע מרמה חייבים לחתוך את הדין נגדו וזאת על פי אומדנא דמוכח שהוא אכן מרמה ומזכיר שוב את כל הראיות שלו מדיני אומדנא שבש"ס. שיטת המהר"ם בדין מרומה מובאת גם בתוספות הרא"ש (סנהדרין לב, ב ד"ה כאן) לאחר שהוא מביא דברי התוספות (שהם כדעת הרמב"ם כמבואר להלן).

פסיקת ההלכה

השולחן ערוך (טו, ג) מעתיק גם את דברי הרמב"ם ביחס לדין מרומה ומוסיף עליהם את עצת הרא"ש לכתוב פסק דין שאין לאף דיין להשתדל בדין שבו **התובע** מרמה. הלכה זו מובאת על ידו גם בהלכות בהלוואה (סא, ט) הרמ"א מוסיף על פי המהרי"ק (קצ) שראוי לדרוש אחרי כל שטר ישן כדי להוציא הדין לאמיתו.

הסמ"ע (טו, יב) הובא גם בנתיבות המשפט (שם) היה סבור שהם עומדים בניגוד לשיטת הרמב"ם שכתב שבדין מרומה הדיין צריך להסתלק מלדון, אך הגר"א (טו, י) חולק וסובר שפעולת הרא"ש במקרה כזה, לכתוב שטר שאין לדון בזה מוסכמת גם על דעת הרמב"ם.

בסעיף לאחר מכן (טו, ד) מביא השולחן ערוך גם את שיטת המהר"ם, המובאת ברא"ש ובעוד ראשונים, שאם **הנתבע** רמאי הדיין אינו יכול להסתלק מהדין, ואם יש לו אומדנא דמוכח שהוא חייב – יחייבנו "אם הוא דיין מומחה ויחיד בדורו". לכאורה יסוד הדין הוא משום דין מרומה אך הגר"א (טו, יא) מציין על כך מספר מקורות כמעשה שלמה המלך ודין מברחת ומסיים "הכל באומדנא".

הרמ"א הוסיף שבמקרה כזה הדיין יכול גם להשביע מי שאינו חייב שבועה מצד הדין "כדי לברר האמת".

ביחס למגבלה של אומדנא בזמן הזה מציינים הסמ"ע (טו, טו), ובעקבותיו נתיבות המשפט (חידושים י), לדברי המהרי"ק (ק"ח) שכותב:

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...

כמו כן הם מציינים לדברי הרשב"א בתשובה שהובאה לעיל על קריעת שטר החוב שהיה ניכר שהוא מזויף (הדברים הובאו בהרחבה בפרק על קנס שלא מן הדין) ופורט שם שהסיבה לכך הייתה משום דין מרומה. נראה שאין כוונת הסמ"ע ונתיבות המשפט לחלוק על השו"ע כי אם לומר שבית הדין יכול לפעול בדרכים מסוימות גם לאחר ביטול השימוש באומדנא.

המהר"ם אלשיך (סימן מ) נשאל על שטר קידושין שהיו סימנים מרובים שהוא מזויף, בתשובתו הוא דן באריכות בשאלה האם דנים על פי אומדנא בזמן הזה, מביא את כל המקורות הנוגעים לעניין, ומכניס את כל הדיון באומדנא לתוך דיני "דין מרומה". הוא מסכם שיש חמש דרגות ב"דין מרומה":

חדא דמספק' 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 מזויף 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.

לדבריו יש מקרים בהם האומדנא היא ברורה על פי הוכחות וניתן אף לקרוע שטר על פיה, אך כאמור הוא מתבסס על "דין מרומה".

קנס שלא מן הדין

אפשרות נוספת שהרמב"ם מעמיד בפני הדיין היא לפעול שלא על פי הדין בכדי לתקן את המצב, גם קנס זה אינו מוגבל בתקופה מסוימת והוא תקף גם בזמן הזה. הרמב"ם גם מדגיש שאין צורך בדיני הראיות בשביל לקנוס. וכך הם דבריו (סנהדרין כד, ד-י בדילוגים):

יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה, וכיון שרואים בית דין שפרצו העם בדבר יש להן לגדור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם הכל הוראת שעה לא שיקבע הלכה לדורות...

ומעשה ותלה שמעון בן שטח שמונים נשים ביום אחד באשקלון ולא היו שם כל דרכי הדרישה וחקירה וההתראה ולא בעדות ברורה אלא הוראת שעה כפי מה שראה. וכן יש לבית דין בכל מקום ובכל זמן להלקות אדם ששמועתו רעה והעם מרננים עליו שהוא עובר על העריות... וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם זה... וכן יש לדיין לנדות ולהחרים מי שאינו בן נידוי... וכן יש לדיין לעשות מריבה עם הראוי לריב עמו ולקללו ולהכותו ולתלוש שעריו ולהשביע באלהים בעל כרחו שלא יעשה או שלא עשה... וכן יש לו לכפות ידים ורגלים ולאסור בבית האסורים ולדחוף ולסחוב על הארץ... כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה...

הרמב"ם נותן אפשרות לפעול באופן חופשי במקום שיש צורך מיוחד¹⁰. בבית יוסף (חו"מ סימן ב) הוסיף וציין לדברי הראשונים שדרשו שגדולי הדור יעשו זאת או טובי העיר שבחרו לכך. ומצאנו דיינים ופוסקים שאכן עשו כך בפועל¹¹.

בתשובה אחת במקרה של אלמנה שנתנה הרשאה לאדם שידון בשבילה והלך ונתן את הנכסים לבנו, כותב הרשב"א דברים ברורים לגבי דרך הפסיקה (ב, קמח):

והו' יודעים: שכל הדברים שאמתתו ידועה לבית דין, אף על פי שבעלי הדין נוטין מדרך האמת מתוך טענותיהן, ואין לבעל הדין עדים ידועים וראיה ברורה, צריך הבית דין לדון הדין לאמתו. ואין לדיין לומר: איני חותך אלא מתוך העדים והראיה. ויהא קולר תלוי בצואר בעלי הדין. אלא חותך על פי האמת. שלא נצטוינו אלא על דין האמת שנאמר: אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם. ואמרו ז"ל (שבועות, ל, ב) מנין לדיין שידוע בדין שהוא מרומה, שלא יאמר: הואיל והעדים מעידים לפני, אחתכנו, ויהא קולר תלוי בצואר העדים? תלמוד לומר: מדבר שקר תרחק.

ומרי בר איסק יוכיח. שאמר לו רב חסדא: הכי דיינא לך ולכל אלמי חברך. ובפרק הכותב אמרו: תולה מעותיו בנכרי היה. הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך: עשו לו שלא כהוגן. וזהו ההוגן, וזה הדין האמת והצדק.

הרשב"א בתשובה זו מזכיר בסיום דבריו גם מימרות חז"ל על היכולת של חכמים לעשות "שלא כהוגן" עם מי שעשה שלא כהוגן. בתשובה נוספת (א, אלף וקמו) הוא מגבה בית דין על ידי שימוש בנימוק זה:

שאלת בית דין קבוע שבעירו שיצא שטר לפניו וידוע אצלו כי השטר הוא מזויף שאותו שהוציאו ציורי ציירה וכי העדים החתומין בו עדי שקר הם אלא שלא הוחזקו. וסמך הבית דין על ידיעתו וקרע השטר. היש לבעל השטר על הבית דין דין ודברים? או דילמא אלמי אלמוה לכח בית דין דכיון דבית דין חשוב הוא מוחזק שלא להפקיע ממנו של אחרים בכדי יש כח בידו לעשות הוראת שעה כי האי גוונא.

תשובה אם הבית דין ידוע ומוחזק בכשרות וירא שמים ובית דין חשוב הוא יש בו כח לעשות כזה וכיוצא בזה להוראת שעה. וכמדומה שעל זה אמרו דן דין אמת לאמתו. וזהו מעשה דמרי בר איסק (ב"מ לט, ב)... אמר ליה הכי דיינא לך ולכל אלמי חברך. הנה שרב חסדא הפך את הדין לפי שעה להוציא את הדין לאמתו. 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 בגווייה מילתא היא כגון אבא מר ברי דקים לי בגווייה קרענא שטרא אפומיה. ואקשינן קרענא ס"ד אלא מרענא שטרא אפומיה.

ושמעתי כי מעשה היה בפני מורנו הרב רבינו משה בר' נחמן ז"ל וקרעו בידי. והכל לפי הבדיקות ולפי כוונת שמים וירא אלהים יצא את כלם.

הרשב"א מזכיר בדבריו הן את המושג של "דין מרומה" והן את המקורות של "ענישה שלא כדין". נראה שלדבריו אלו המקורות עליהם ניתן להסתמך אף בשביל לקרוע שטר חוב. הוא גם מביא את הדין של "קים לה בגווה", אך אין זה המקור היחיד לפסקו ועל כן אין לשאול כיצד הוא מתמודד

¹⁰ הדגשנו בדברי הרמב"ם שאפילו בדיני נפשות נעשה הדין בלא עדים וחקירות. עיין בטי"ז (ב ד"ה וכן יראה) שעסק בשאלה מדוע הטור שמביא דינים אלו כותב: "וכן יראה מדברי הרמב"ם" ולא: "וכ"כ הרמב"ם" וטען שהטור חידש שאין צורך בעדים והראיה שזה לא נכתב במפורש ברמב"ם, אך לכאורה הדברים מפורשים ברמב"ם וצ"ע.

¹¹ ראה סיכום הדעות בעניין זה בנייר העמדה של משפטי ארץ "פיצוי על גרימת נזק", הרב עדו רכניץ, עמ"ס 6 ואילך.

עם שיטת הרייף והרמב"ם שכיום אין לנהוג כך. לפי עדותו של הרשב"א גם רבו הרמב"ן פוסק לעיתים אף לקרוע שטר הלואה מכוח אומדנות.

פסיקת ההלכה

השולחן ערוך (חו"מ ב) מביא גם את דברי הרמב"ם ביחס לענישה שלא כדין אף כשאינן ראיות מספיקות למעשה העבירה ומוסיף על כך את המגבלה של הרא"ש שדווקא גדולי הדור או טובי העיר בעלי סמכות כזו. הרמ"א מביא שיש חולקים לגבי טובי העיר אך אם נהגו כך או קיבלו עליהם גם להם יש כוח לענוש שלא כדין.

עקרונות העולים מדברי האחרונים

האחרונים עסקו בסוגיה זו תוך כדי יישוב שיטות הראשונים וסוגיות הגמרא. על מנת להקל את הדין הדברים חולקו לפי הסברות שהעלו האחרונים.

אומדנא מועילה רק להחזיק ממון

אחרונים רבים תירצו את הסתירה בין פסיקת הרמב"ם לגבי "גמל האוחר" – שם לא ניתן להסתמך על אומדן, לבין פסיקתו שניתן לאמוד את דעת נותן המתנה, וכן שמעיקר הדין ניתן להסתמך על שכנוע פנימי, בכך שניתן להסתמך על אומדן רק כדי להחזיק ממון או שכיון שיש מחלוקת בעניין אין להוציא ממון מהמוחזק.

הרמב"ם מאפשר להחזיק ממון על בסיס אומדן

הרדב"ז (א, רפז) ועוד תשובות רבות קובע בשיטת הרמב"ם שאין אפשרות להוציא ממון על פי אומדנא אך אפשר להחזיק ממון:

אלא אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל דפסק כרבנן דלא אזלינן בתר אומדנא הני מילי לאפוקי ממונא אבל לאוקמי ממונא הדבר ברור דאזלינן בתר אומדנא...

אמנם מדברי הרמב"ם נראה שמוציאים ממון מהיתומים על פי אומדנא שממון שבידם הוא פיקדון. הרדב"ז חוזר במקומות רבים על כך שהרא"ש שפוסק כרבי אחא סובר שניתן להוציא ממון באומדנא והחולקים סוברים שניתן רק להחזיק ממון באומדנא. לפי דבריו ברור שהחילוק בין האומדנא הרצויה לפי הרמב"ם לבין אומדנא שאינה מתקבלת הוא בשאלה האם האומדנא היא להוציא או להחזיק.

הוא אינו מתייחס לדברי הרמב"ם שהיום אין אומרים אומדנא משום שבתי דין אינם הגונים. נביא כדוגמא תשובה בה הולך אחר האומדנא, אך רק בכדי להחזיק (ג, תקנא):

ואע"ג דרוב הפוסקים פסקו דלא קיימא לן כרב אחא דאמר גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצידו בידוע שזה הרגו הנ"מ לאפוקי ממונא אבל לאוקמי ממונא מוקמינן מאומדנא והכא קרקע בחזקת בעליה עומדת והשוכר הוא המוציא...

במקום אחר (ד, ע) הוא משתמש בצירוף של אומדנות וסיבות נוספות אף להוציא מיתומים ומדגיש שרק בגלל צירוף של כמה דברים ביחד הוא סובר שניתן לעשות זאת. במקרה אחד (ו, ב אלפים צז) בו היה צירוף של אומדנות ושיקולים הלכתיים נוספים הוא פוסק להוציא ממון ומדגיש שהוא פוסק כמו הרמב"ם ולדעתו במקרה כזה גם הרמב"ם מודה מכיוון שיש צירוף של סברות נוספות. כמו כן הרדב"ז במספר מקומות כותב שהאומדנא אינה מספיקה והוא דורש אומדנא טובה יותר. לא נוכל לפרט את הדברים וכל דבר לפי עניינו.

גם השואל ומשיב נוקט בכמה מקומות שאומדנא מועילה רק להחזיק (ג, א, קנב; ג, ב, קפד ועוד).

בשו"ת משפטים ישרים (א, קעא) דן במקרה של אדם שהחזיק בקרקע ויצא עליו ערעור מיורשי שותפו שהשותף קנה את גוף הקרקע מהגוי והוא טוען ששילם לשותף את חלקו בגוף. הוא פוסק שיש אומדנא שאכן הוא שילם ומנמק מדוע ניתן לומר אומדנא זו בזמן הזה גם לדעת הרמב"ם:

אך נראה דעד כאן לא קאמר הרמב"ם ז"ל דאין לסמוך על האומדנא אלא להוציא אבל להחזיק מה שבידו שפיר סמכינן על האומדנא...

לדבריו אומדנא להחזיק אומרים גם בזמן הזה.

גם בית הדין הגדול (ד, 177) חיזק פסק דין של בית הדין האזורי שנמנע מלהוציא ממון על פי אומדנא מוכחת.

אין להוציא ממון כיון שיש מחלוקת

בתשובה מפורטת מסכם בעל שו"ת "בעי חיי" (רבי חיים בנבישתי בעל "כנסת הגדולה") את תמונת המצב בפסיקה עד זמנו המצטרפת לכל המקורות שהבאנו עד עתה. נושא התשובה היה תביעה שנראתה תמוהה ביותר על חוב ישן כלפי אדם שנפטר זה מכבר שלא נתבע בחייו ויש עוד אומדנות רבות שהחוב מקורו בזיוף, ומסקנתו:

כללא דמילתא דכולהו רבוותא ס"ל דאזלינן בדיני ממונות בתר אמדנא דמוכח להחזיק ויש מהם סוברים דאזלינן בתר אמדנא אפי' להוציא ממון... **ומסורת היא בידינו גדול כח המוחזק...**

נמצא שלדעת בעי חיי ניתן להשתמש באומדנות מוכיחות בכדי להחזיק ממון אף בימינו אלו, ואף שהרמב"ם שלל אותן ומדברי המהרי"ק נראה שלא ניתן להשתמש בהן, המחזיק יוכל לומר "קיים לי".

אומדנא דמוכח

בניגוד לאחרונים שפסקו שניתן להסתמך על אומדן רק כדי להחזיק ממון, ישנם אחרונים רבים שפסקו שניתן להסתמך על "אומדנא דמוכח" כדי להוציא ממון.

התשב"ץ (ג, רפט) פוסק:

שאלת, אשה אחת במליינא ואחי' בתונס והדרך רב ביניהם ובצאת נפשה כי מתה צוותה שיתנו נכסי' לעניי עירה ועכשיו בא אחיה והוא עני אי אזלינן בתר אומדן דעתא, שאנו אומרינן שאלו עלה בדעתה שיבוא למליינא או שישלחום לו ממליינא לא היתה מקדשת נכסיה לעניי, כ"ש אם הוא עני אי אמרינן ענייך ועניי עירך ענייך קודמין. תשובה קיי"ל כר"ש בן מנסיא בפי' יש נוחלין (קלי"ב ע"א) ובפרק אע"פ (נ"ו ע"א) דאזלינן בתר אומדנא ואומדן דעתא הוא שאם היה אחיה עמה או במקום שתוכל לשלוח לו נכסי' לא היתה נותנת נכסי' לאחרים ולעבור נחלה מאחי' היורש דבר תורה וכ"ש אם הוא עני וענייך ועניי עירך ענייך קודמין ע"כ כל מה שיש מנכסי' בעין ולא הוציאוהו הקהל בהוצאותיהם יתן בידו מן הדין:

פסיקה זו ניתנת להתפרש על פי דרכו של התשב"ץ, מובאת להלן, שהולכים אחר אומדנא מוכחת גם בזמן הזה. אך אולי גם החולקים יודו במקרה כזה לתשב"ץ וכפי שצינו שאומדן דעת נותן מתנה מהווה אומדנא מוסכמת.

הרשב"ש, בנו של התשב"ץ, כתב תשובה (שפז) בחיי אביו בה הוא מבאר פסק שפסק התשב"ץ. בתשובה זו הוא קושר את כל ענייני האומדנא יחדיו, נושא התשובה הוא סותרים שקנו סחורה בכדי לטעון אותה על האונייה, מסיבות שונות אי אפשר היה להעמיס את הסחורה והתשב"ץ הורה לבטל את העסקה:

שהרמב"ם ז"ל לא יחלוק שכל אומדנא דמוכח דסמכין עליה, שהרי ביש נוחלין תניא, הרי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחר ואחי"כ בא מתנתו מתנה, שמעון בן מנסיא אומר אין מתנתו מתנה שאלו היה יודע שבנו קיים לא היה כותבם, ואמר רב נחמן הלכה כר' שמעון בן מנסיא, ופסק הרב ז"ל דין זה בפ"ו מהלכות זכיה ומתנה, א"כ הרמב"ם ז"ל אינו חולק ואזלינן בתר **אומדנא דמוכח**. ומתנת שכיב מרע בכולה דאם עמד חוזר, משום אומדנא דמוכח היא דלא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחרינא. והכא בנדון הזה, אומדנא דמוכח הוא (דלא) שלא קנה זה פשתן והספינה בנמל אלא לשלחו במיורקה, ואם נאנסה הדרי זביני, דאנן סהדי דלא קנאו אלא לשלחו, ואנן סהדי רבותינו ז"ל נשתמשו בתלמוד בכמה מקומות.

הרשב"ש רואה במקרים שבגמרא אב טיפוס לכל האומדנות, הוא אינו מבחין בין מתנה ומכר. כמו כן, הוא אינו דן בשאלה כיצד ניתן לפסוק על פי הרמב"ם הרי בתי דין כיום אינם יכולים לפסוק כך, והוא בוודאי מסתמך על דברי אביו **שבאומדנא דמוכח** יכולים גם בתי דין של עכשיו לפסוק על פי אומדנא.

הרא"מ (טז) מזהיר מהסתמכות על אומדנות, אם לא כאשר מדובר בדין שמופיע בתלמוד או "באומדנא דמוכחא טפי":

וכיון דאנן לא בקיאין **האידינא** בשעור האומדנא כמו שהיו בקיאים בהם חכמי התלמוד דהוו בקיאי טפי באומדן כל דבר ודבר ואיזה מהם הוי אומדנא דמוכחא ואי זה מהם לא הוי אומדנא דמוכחא לא נוכל אנחנו להוציא ממון מיד המחזיק בו בלא ראייה ברורה אלא או באומדן שנזכר בתלמוד או **באומדנא דמוכחא טפי** דליכא למיתלי בה משום מלתא אחריתי...

המהר"א ששון (מה) דן במקרה של אדם שהציל אחרים ותבע מהם הוצאות. בין הדברים הוא כותב שאומדנא דמוכח שהם היו רוצים שיעשה זאת עבורם והוא אמור להיות יורד ברשות, אך הוא אינו מוציא על פי זה ממון אלא כותב שמכיוון שהם מכחישים צריך לדון אותו כיורד שלא ברשות.

במקרה נוסף (נד) הוא מסתמך על דברי הרא"מ שאין היום אומדנות מוכחות. למרות זאת הוא בעצמו פוסק לפי אומדנא במקרה שהגיע לפניו (פב), צריך לסייג שמדובר שם באומדנא להחזיק ממון :

הנה מהנודע בכמה וכמה דברים וענינים חמורים אזלינן בתר אומדנא דמוכח כדאיתא בגמרא ובספרי הפוסקים ישנים גם חדשים ולא יכילם ספר וגיליון להביאם ולכותבם ולהאריך בהם וכיון שכן הנה בני"ד מכח האומדנות המוכחות בזה הענין בהן לבדנה היה ראוי לפטור את שמעון...

וא"כ בודאי דני"ד אין לך דין מרומה גדול ממנו ואדרבא אני אומר שהוא מפורסם ונודע אצלי ששטר זה כולו פרוע ואם נשאר ממנו לא נשאר כי אם מעט מזער כו' באופן שהנה מהראוי היה מכח אלו האומדנות לבדן לפטור את שמעון אך אמנם להפיס דעת התובע אעלה על ספר קצת טענות אחרות ראויות ורצויות לפטור את שמעון הנזכר ומה גם בהצטרפם בשרש הזה והוא שרש האומדנות דמוכחות שכתבתי.

בעל שו"ת עבודת הגרשוני (צא) סובר שניתן להפוך שבועה מכח אומדנות גם לאחר פסיקת השולחן ערוך ששולל הסתמכות על עד משום "קים לה בגווה":

אמנם נלע"ד אם יש לדיין אומדנא מוכחות שלבן משקר ומכחיש ודאי יש בידו להפך השבועה על שכנגדו אע"פ שהגאונים אחזו לנו השער הובא בהרא"ש... וכ"כ הרמב"ם, ש"מ שאסרו לנו ידינו להעמיד דבר על האומדנא להוציא ממון כי אנו אין בקיאים באומדנא. מכל מקום נראה היינו דוקא לענין זה לומר קים לי בגווה להפך שבועה או לארועי שטרא אבל ע"י **אומדנות דמוכחות** ודאי יש לנו רשות לדון גם בזמן הזה **וכן מצינו בכמה תשובות הרא"ש** ושאר אחרונים שיש לנו רשות לדון ע"פ אומדנת דמוכחות...

לדבריו אומדנות מוכחות אינן בכלל חששו של הרמב"ם וניתן לסמוך עליהן גם בזמן הזה.

בתשובות מהרשד"ם ישנן התייחסויות רבות ומשמעותיות לנושא האומדנא. במקום אחד (חוי"מ ה) הוא כותב ביחס לאירוע שבו נהרג נער ונחשדו בכך שני אנשים שחשבו שהוא גנב מהם וחקרו אותו, כפי הנראה באלימות, עד מותו :

אבל מ"מ יש לכל קהל וקהל מישראל לעשות קרוב לדין להעניש עושה רע כזה או יוצא מחמת ידו דבר כיוצא בזה ולכן ראיתי לכתוב בקצור במעשה הרע הזה כתב הרמב"ם סוף פרק א מהלכות חובל ומזיק וז"ל צריכין העדים לידע במה הזיק ומביאין החפץ שהזיק לב"ד עד שאומדין אותו ודנין עליו ואם אבד החפץ אמר החובל לא היה בו כדי להזיק כו' עד ישבע הנחבל ויטול כמו שיתבאר עכ"ל וכתב הראב"ד אשר מדרכו להשיג על דבריו, כנודע, וכאן קלסו וכתב: "יפה אמר ומה במקום שאין העדי יודעי" אם חבל בו בעל הבית או חבל בו בעצמו אמרו נשבע ונוטל לפי שאין דרך שיחבול אדם עצמו והולכים אחר החזקות כיון שבאו עדים ואין דרך אבן קטנה לחבלי' כזאת לא כ"ש. ש"מ **שיש להלך אחר אומדנא להוציא ממון כאשר יש אומדנא גדולה.**

המהרשד"ם מציין לדברי הראב"ד שניתן לחייב בתשלום על חבלה באבן לפי אומדנא ומסיק מכך שניתן להוציא ממון באומדנא גדולה. במקום נוסף הוא משתמש באומדנא להוציא מיתומים (חוי"מ לו) וזאת על פי קלא דלא פסיק ועדויות חלקיות ומסתמך על תשובות הרא"ש.

בעל ה"דברי ריבנות" סומך על שיטת הרא"ש בענייני אומדנא הן בבירור זיופו של שטר (קא) והן ביחס להברחת נכסים על ידי נתינתם כביכול לאחר (רנח).

בפסק נוסף בעל הדברי ריבנות מכריע על פי בירור המציאות ומקדים לכך את הכללים הבאים (רסב):

ומצאתי ראיתי מה שכתב הרא"ש בתשובותיו כלל ס"ט והביא כמה וכמה ראיות מן הש"ס דאזלינן בתר **אומדנא דמוכח** אפילו להוציא ממון... וגם כתב הרמב"ם ז"ל בהלכות סנהדרין פרק כ"ה יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה בהן שהן אמת והדבר חזק בלבם שהוא דין אף על פי שאין ראיה ברורה ואין צריך לומר אם הוא ידוע בודאי שהוא כן שהוא דן כפי מה שידוע... ולכן קריתי ושניתי ושלשתי השטרות והגזירות

והאגרות אשר בין השתי כתות הנזכרות ומצאתי שיש כמה וכמה אומדנות גדולות וידיים מוכיחות בלי שום ספק...

באותו מקרה הוא אכן מוציא כסף מאחד הצדדים (על ידי שטר כך שאין זו הוצאה גמורה), אך הוא מקדים לכך גם כמה מילים על חשיבות הפשרה ונראה שהאומדנא לבד לא מספיקה לו לדין גמור אלא לפשרה. במקום נוסף (שדמ) מתייחס המהר"י אדרבי לאותו מקרה בו דן המהרשד"ם על שטר שחסרה בו מילת "אלף" וכותב שהיה ראוי ללכת אחר אומדנא אלא שמסיבות שונות למעשה לא הכריע כך על פי עדויות העדים ועוד.

המהר"י צהלון נוקט במספר תשובות שניתן להוציא מיתומים או מהקדש חובות שיש אומדנא דמוכח שאביהם לא פרע. כך הוא כותב בתשובה אחת (החדשות יט):

אמנם אם איכא אומדנא דמוכחי שלא פרעו, כגון שהכתב ששלח שמעון ללוי שיפרע לראובן ממעות העניים ששלח לידו היה קרוב למיתת שמעון, ויש בירור שלא יצאת ספינה מאותו היום עד שמת, אם כן הרי אומדנא דמוכח שלא פרע...

כך הוא גם נוקט בעוד מקומות (הישנות יז והחדשות מב) אך עולה מדבריו שזהו דווקא במקרים אלו שניתן להוציא על פי אומדנות אחרות (כגון מיתומים שיש שלושה דברים שבהם ניתן להוציא מפני שברור שהאב לא פרע את החוב). לגבי אומדנות להוציא ממון נוקט המהר"יט בשיטה מחודשת (החדשות מב) בדבריו הוא מתרץ סתירה בדברי הרא"ש:

דאם כן תיקשי להרא"ש דידיה אדידיה, דהוא כתב דאזלינן בתר אומדנא דמוכח אפי' לאפוקי ממונא אפי' מהירשים קטנים, והיכי כתב הכא דאין להוציא ממון בהוכחות. ובדאי הוכחות הם אומדני דמוכחי אלא שלא יש עדים ברורים דהכי כתב דלא מהני אם לא בעדים.

אלא שאין הנדון הזה דומה לאותו הנדון, דלעולם אומדנא דמוכחי דנין על פיו, אלא שהשאלה היא שכתב על סכום מנין המעות שהפסידה, שרחל אומרת הפסדתי הרבה מעות סך אחד יש לו עדים ברורים והסך האחר אין עדים אלא הוכחות. לכך השיב שמנין המעות שהפסידה לא מהני לברר המנין מהוכחות אם לא בעדים ברורים, דאין לפשר לברר על ידי הוכחות מנין המעות, וזה פשוט... אמור מעתה אעפ"י דאזלינן בתר אומדנא דמוכח על המעשר מכל מקום על סכום המעות לא אזלינן זו היא דעת הרא"ש ומעתה לא יהיו דבריו סותרים למה שכתבנו.

כלומר ניתן לשער את עצם החיוב על פי אומדנא אך לא לשער את סכום הכסף באומדנא בלבד.

בשו"ת דרכי נועם (חו"מ מט; נא-נג) עסק בהרחבה במקרה שהייתה אומדנא שבעלי חוב לא שילמו חובם למלווה. הוא מחייב על ידי אומדנא ומתווכח עם חכם אחר שכתב לו שאין אומרים אומדנא להוציא. נצטט קטע קצר מאחת התשובות (מט):

כל הפוסקים כלם האריכו למענייתם בענין האומדנות דעבדינן בהו עובדא להוציא ממון וגם להפקיע מעליו חומר שבועה או נזירות...

משמע מדבריו שהוא משתמש באומדנא גם בכדי להוציא ממון אפילו מיתומים.

בשו"ת שבות יעקב (ג, קמב מובא בפתחי תשובה טו, ט) חיזק את היכולת לדון במיוחד בזמן הזה על פי אומדנא, כיון שאין מי שיודע לדון דין תורה:

ואדרבא נ"ל דעכשיו יותר יש לדון ע"פ האומד והיושר דהרי הסכמת האחרונים דהאידינא 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 ע"פ האומד לראות לפשר הדבר או להפך השבועה על המשלח

אך גם הוא מגביל את עצמו להיפוך שבועה או לפשרה (וראה דבריו גם בתשובה נוספת ב, קסח).

הרא"י קוק מוסיף לחדש עוד קולא בענין אומדנא (עזרת כהן מא):

ונראה שדוקא בדבר פרטי לפסוק שתמיד יהיה הדין לסמוך על אומדנא מיוחדת, לא אזלינן בתרה, דשמא ישתנה הענין ובזמן אחר לא יהי' הענין מכריח כל כך, כמו שביאר הרמב"ם כהאי גוונא בספר המצוות 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. ועל כן אע"ג

דקיי"ל דלא כרב אחא 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, וממילא שמצד הדין גם בדיני קדושין אזלינן בתר אומדנא ברורה.

הרב קוק מחלק בין הסתמכות על פרט מסוים שנשללה, לבין הסתמכות על מכלול של ראיות נסיבתיות שאפשרי.

כאמור לעיל, הנטייה בפסקי הדין היא להשתמש באומדנא רק להחזיק. אמנם מצאנו מקרה שהוציאו מיתומים (א, עמ' 374):

ובענין הוצאה מהיתומים עפ"י, אומדנא מצינו בשו"ת הלכה למשה חח"מ סי' י' שהרבה להוכיח שאף שכתב מרן בחו"מ בסי' ט"ו סעי' ג' שאין מוציאין וכו', וכן בחו"מ בסוסי"י רצ"ז, מ"מ היינו דוקא כשהאומדנא היא מדעתו של הדיין דוקא ואין לה הוכחה מדברי העדים, אבל כשיש לה סמכות גם מדברי העדים - מוציאין, ועפ"י העלה להלכה דהיכא דאיכא **אומדנא טובא דמוכחי** מוציאין גם בזה"ז מן היתומים עיי"ש. ובנידונו הדעת נוטה כי יש לדון לומר דהוי בגדר אומדנא טובא, ולכן על כל כגון זה יש עכ"פ לפסוק לטובת התובע

וגם שם בית הדין פסק רק להוציא רק חלק מהתביעה ובצירוף שיקולים רבים נוספים. במקום אחר (ג, 192) השתמשו בית דין באומדנא לבטל הוכחה מסוימת על בעלות הממון.

הגר"מ אליהו (ט, 350) פוסק שהולכים אחר אומדנא מוכחת גם בזמן הזה, לכאורה הוא עוסק רק במקרה של אומדנא להחזיק. אמנם יש לציין שבעקבות דברי הגר"מ אליהו מכריע ב"ד לממונות ירושלים (ב, רמט) להוציא ממון מנתבע שנראה ששיקר לבית הדין.

בפסק דין של הרב מימון נהרי (תיק מס' 1-29-6830) הכריע להוציא ממון ממוחזק בצירוף של אומדנות ברורות וקלטת שבה נראו מעשים מכוערים.

בפסק דין של בית הדין הגדול (ז, 321) נחלקו הדעות האם ללכת אחר אומדנא והכרעת הרוב הייתה ללכת אחר אומדנא שהבעל רשם את הדירה על שם אשתו משום המשכנתא ולמעשה חצי הדירה שייכת לו (ואולי הוא בגדר "אומדין דעת נותן" שלא הוזכר שם וצ"ע).

בפס"ד של הרב ציון אלגרבל (כא, עמ' 143) פסק ללכת אחר אומדנות מוכחות לפי שיטת התשב"ץ.

הגר"ש משאש (תבואות שמש חו"מ יח) מאריך בתשובה לקיים צוואה שאחד התנאים בה לא התקיים, על פי אומדנא שהמצווה לא התכוון לבטלה במציאות שנוצרה (שהאם בה הייתה תלויה הצוואה מתנגדת לנשואי ביתה מסיבות לא ראויות). הוא מבסס באריכות את דין אומדנא דמוכח אף להוציא ומדגיש שיש גם צד נוסף של אומדנא על התנאי¹².

אומדן לכל העולם

באחרונים מובא שיש הבדל בין אומדן דעת אישי של הדיין לבין אומדן דעת שמתקבל על דעת רבים.

כך התשב"ץ הסביר את ההבדל בין המקרים בהם הרמב"ם פסק שניתן לסמוך על אומדנא בזמן הזה למקרים בהם הרמב"ם שלל זאת, באופן הבא (שו"ת התשב"ץ א, עז):

היינו במילתא דלא קי"ל לאיניש בההיא סהדותא דקושטא היא אלא לההוא דיינא וכמו שהוא מוכיח לשון הרמב"ם ז"ל בזה. אבל היכא דקי"ל **לכולי עלמא דהאי סהדותא דמסהיד האי קושטא היא שפיר עבדינן בה עובדא** ומרע"י וקרע"י שטרא אפומיה שהרי נסתלק חשש רחוק מעליו והתורה לא פסלתו אלא מאותו חשש רחוק וכיון שנסתלק מעליו הרי הוא כשני עדים כשרים.

מדברי התשב"ץ עולה שדין "קים לי בגווה" נאמר מלכתחילה רק במקרה שהדיין הוא היחיד שמאמין לעד הזה, ואדרבא אם כולם מאמינים לו יש בזה אומדנא שכולם יודו שצריך ללכת

¹² וצ"ע מדוע לא הזכיר גם "אומדין דעת נותן".

אחריה וגם כיום שאין בתי דין הגונים ונבונים ניתן לסמוך על אומדנא כזו, לפי דברי התשב"ץ אין הבדל בין אומדנא שנובעת מידיעת אחרים לאומדנא שנובעת מידיעת עצמו כי אם בין אומדנא מוכחת לכזו שאינה מוכחת כמו כן התשב"ץ אינו מחלק בין אומדנא להחזיק לבין אומדנא להוציא ממון¹³.

התשב"ץ ממשיך בשיטה זו וקובע מסמרות בדיני הליכה אחר אומדנא בהמשך התשובה (א, פ):

ואינו קשה כלל דהתם שהוא רוצה לסמוך לאורעי שטרא לאפוכי שבועתא ע"פ קרוב או אשה כשנים משום **דאיהו** קים ליה בגויה האינדנא 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...

וכן מצינו להרא"ש ז"ל שהוא מגדולי האחרונים ז"ל ודיינא הוא ונחית לעומקא דדינא דן כמה דינים באומדן דעתא כמ"ש בס' חשן המשפט והביא כמה ראיות כלם נכוחים למבין וישרים למוצאי דעת וענין שלמה המלך היה ביותר מאומדן דעתא ע"פ רה"ק עליו ונמנע מזה משום דלא בשמ"י היא ולא הי' רשאי לדון אלא במה שאחרי' רשאים.

כלומר הדיון על הליכה אחר אומדנא מתקיים רק כאשר זו אומדנא פרטית של הדיין. בדבר שניתן לכל אדם להעריך אותו לכל הדעות הולכים אחר אומדנא לדין זה מביא התשב"ץ כהוכחה שמורידים קרובים לנחלה גם אם אין עדיין עדות של שני עדים כשרים על פטירת קרובם.

ביחס ל"גמל האוחר" נראה מדברי התשב"ץ (א, פ) שהוא רואה בכך מעין "חזקה" בלבד שהיא בדרגה פחות גבוהה מאומדנא. אמנם בדיני נפשות הרמב"ם שולל פסיקה על פי אומדנא, התשב"ץ אינו מתייחס לכך אך יתכן והוא סבור שאכן בנקודה זו יש לדעת הרמב"ם חילוק בין דיני נפשות לדיני ממונות.

לסיכום התשב"ץ סובר להלכה ומבאר זאת גם בדעת הרמב"ם שתמיד הולכים אחרי אומדנא כללית, גם בימינו אלו. ולעומת אומדנא פרטית אף שהייתה אפשרית בימי הגמרא אין הולכים אחריה כיום לאחר פסיקת הגאונים והרמב"ם. התשב"ץ גם אינו מחלק בדבריו בין אומדנא להחזיק ממון ובין אומדנא להוציא ממון.

באופן דומה הסביר נתיבות המשפט את הרמב"ם (טו, ביאורים ב):

ונראה דלא מהני אומדנא רק לענין אורועי שטרא. תדע, דאמרינן בכתובות פרק הכותב (פה), א קרענא סלקא דעתך אלא מרענא, או לענין מיפך שבועה, אבל לענין **להוציא ממון** אין שום הוה אמינא, כדאמרינן שם קרענא סלקא דעתך. והא דמהני אומדנא להוציא מיתומים (כמבואר ברמב"ם שם), נראה **דוקא אומדנא שהיא אומדנא לכל העולם**, כגון ידענא ביה בחסא דלא אמיד (כתובות שם, ב), דכשם שידוע לו כך ידוע לכל העולם, ובדבר שהוא אומדן של כל העולם אין זה בגדר עדות כמו שכתבו התוספות ביבמות ריש פרק האשה רבה (פח, א ד"ה אתא גברא), אבל בדבר שהוא רק ידוע להדיין פסלו רחמנא בגזירת הכתוב, כנ"ל.

לדבריו הרמב"ם מחלק בין "אומדן של כל העולם" בו השתמשו בהוצאת ממון מן היתומים שמועיל גם בכדי להוציא ממון, לבין אומדנא של "קים לה בגווה" שהיא רק של הדיין והיא מועילה רק להחזיק ממון.

נחל יצחק (טו) התקשה בהבנת דברי נתיבות המשפט. לדבריו האומדנא ביתומים יכולה להיות גם כזו שרק הדיין יודע אותה, ומאידך האומדנא של "קים לה בגווה" יכולה להיות כזו שמפורסמת אצל רבים שמכירים את העד כאדם ישר במיוחד, וראה גם באמרי בינה (חוי"מ כד) שדייק בדברי הרמב"ם¹⁴ שאומדן הדעת של הדיין קובע לגבי היתומים גם במקרים שהדברים אינם מוסכמים על אנשים אחרים.

¹³ דבריו דומים לדברי נתיבות המשפט אלא שיש הבדל ביניהם לכאורה במקרה של "קים ליה בגווה", מהנתיבות משמע שזו תמיד אומדנא אישית בעוד שלדברי התשב"ץ יתכן וזו תהיה אומדנא כללית. כמו כן לדעת הנתיבות ניתן לסמוך על אומדנא כללית להוציא ממון בבתי דין הגונים אך לא בזמן הזה בעוד שלדעת התשב"ץ באומדנא כללית ניתן להוציא ממון גם בזמן הזה. כדאי לציין שהנחל יצחק דייק מדברי הנתיבות שהחיסרון בעדות עד אחד הוא משום שאינו מדייק ועל כן "קים לה בגווה" פוטר חשש זה והוא חולק עליו.

¹⁴ הן מסיום דבריו הרמב"ם שקובע בצורה ברורה "שאיין הדבר מסור אלא ללבו של הדיין" והן לאור דבריו בהלכה המקבילה בהלכות שאילה ופקדון (ו, ד): " 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". ההדגשה בדברי הרמב"ם היא ברורה, גם כשיש עדים בדבר "אומדן דעתן אינו אומד דעתו" כלומר רק אומדן דעתו של הדיין עצמו הוא זה שקובע.

בדומה לנתיבות המשפט כתב בשו"ת אבני שיש (ב, יח) לגבי אישה שמכרה שדה ולאחר זמן רב ערערה על חלק מהשדה, הוא מראה שכאשר האומדן אינו בדעתו של הדיין בלבד אלא "מוכח לכל העולם" הולכים אחריו גם בזמן הזה:

...אלא שהרמב"ם בפי' כ"ד מהלכות סנהדרין נעל בפנינו כראוי... וקרוב לשמוע דמאי דהוסיף הרמב"ם על דברי גאון מחמת שכך הסכימו רוב בתי דיני ישראל להוסיף דאין מוציאין מ"מ אף לדעת הרמב"ם לא אמרה למילתיה אלא בדבר שאין לו הוכחה אלא מאומדן דעתו של דיין שדעתו נוטה שדבר זה אמת והדבר חזק בלבו שהוא כך וכיון שכן איתיה השתא לטעמא דכתב כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין בזה ודעתי סומכת על זה אבל דבר שאינו תלוי באומדן דעתו של דיין זה בלבד אלא הדבר **מוכח לכל העולם** ולא נפיק מניה חורבא שיאמר כל הדיוט לבי מאמין בזה שדברים שבלבו אינם דברים אלא שיהיו מוכיחים וברורים לכל העולם יע"ש והוא טעמו של הרא"ש דאזיל בתר אומדנא דמוכח לכל...

כלומר הולכים אחרי אומדנות מוכחות גם בזמן הזה (וחזר על כך שוב בסימן לו אך הדגיש שזו אומדנא לאוקומי ממונא).

הסתמכות על שכנוע אישי

יש אחרונים שתירצו את הסתירה ברמב"ם בין ההיתר להסתמך על אומדן בדיני ממונות, לבין דין גמל האוחר בו האפשרות הזו נשללה, כהבדל בין שכנוע פנימי לבין הסתמכות על עדות פסולה או הסתברות. ברוח זו כתב בספר נחל יצחק:

כללו של דבר כיון דבהך "קים ליה בגווא" דלא משקר, דהדיין עצמו **סומך על עדותו של האחר** דכיוון דהדיין אינו יודע את הענין בעצמו רק ע"פ עד האחר... אבל אומדנא זו יודע הדיין על פי ידיעתו ואומדן דעתו...

נחל יצחק מחלק גם כן את האומדנא בדעת הרמב"ם לשתי דרגות: הדרגה הגבוהה שניתן להוציא בה ממון היא אומדנא שנובעת מידיעת הדיין עצמו, ואילו הדרגה השנייה היא אומדנא שהדיין מבסס על אמירת אחרים ואז הוא אינו יכול להוציא ממון על ידיה. כך כתבו גם פרישה (ח"מ טו, ד"ה אם), זכר יצחק (יח, ב)¹⁵.

הוצאת ממון מיתומים

כיוון שונה עולה מדברי אמרי בינה (דיינים, סימן כד). הוא סובר שבדרך כלל ניתן רק להחזיק ממון על ידי האומדנא. המקרה של היתומים אינו נקרא הוצאת ממון שכן מדובר בחוב ברור ובדיון בשאלה עד כמה ניתן לטעון עבור היתומים ועל כן אין זה הוצאת ממון, כי אם דיון עד כמה בית הדין מהפך בזכות היתומים כשיש אף שיקול להימנע מטענות עבורם ולדרוש מהם את תשלום החוב שאם לא כן הדבר יהיה לרעתם שהרי גם הם אסורים בגזל.

גם מדברי המהרי"ט (א, קיב) משמע קצת שכך היא דעתו והוא אף מכריע לאור זאת שבמקרה שהטענות עבור היתומים הן מאד לא שכיחות הרמב"ם יודה שגם היום בית הדין יכול לאמוד שטענות אלו אינן נכונות ולהימנע מלטעון אותן¹⁶.

בית דין גדול בדורו

ראוי לציין גם לדברי בנו של הרשב"ש ונכדו של התשב"ץ, רבי צמח דוראן בשו"ת יכין ובעוז (א, קלג) שמזהיר משימוש באומדנא, אם כי אזהרתו מיועדת למי שאינו ראוי בעיניו ובמקרה שלדבריו גם לא הייתה אומדנא אמיתית:

מבואר שלדעת הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל שבתי דינים שלנו היום אין דנין באותן אומדן דעתא ואומדנא דמוכח שהזכירו בעלי התלמוד ואפי' תאמר שלא תסמוך על הרי"ף ז"ל

¹⁵ ראו עוד באריכות הרב מיכאל בריס, "מבוא להלכות עדות: כללים נוקשים ושכנוע הלב – עיון בשיטת הרמב"ם", משפטי ארץ ב – טענות וראיות, עפרה (תשס"ח), עמ' 60-61.

¹⁶ יש מקום להעיר על שו"ת תבואות שמש (ח"מ יח) שהוכיח מדברי המהרי"ט שדעתו היא שאפשר לסמוך על אומדנא דמוכח גם בזמן הזה. ולכאורה אין זו כוונתו אלא הוא עוסק אך ורק בתחום זה של טענות ליתומים ואין בזה הוכחה לשאר דיני אומדנא.

והרמב"ם ז"ל בזה מ"מ הבו דלא לוסיף עלה ואין לדון בזה אלא באותן עניינים המוזכרים בתלמוד לא בענין חדש שאינו מאותן הנזכרים בתלמוד ויבא כל הבא וימלא את ידו וידמה מילתא למילתא דילמא לא דמייא ואם יעשה זה **הרא"ש שהוא רב וגדול בישראל ומופלג בדינים ודיינא הוא ונחית לעומקא דדינא לו נאה לדון באומדנא** דמוכח ואומדן דעתא הוא וכל דדמי ליה לא לאחרים שאינם בקיאים.

גם הישועות ישראל (טו, ד) טוען שיש לחלק בין אומדנא כדין של בית דין רגיל שלא ניתן להוציא ממון על ידיה לבין אומדנא של דיין גדול בדורו שפועל גם שלא על פי דין.

הסתמכות על אומדן במסגרת פשרה

בשולחן ערוך (חושן משפט יב, ה) פסק בעקבות הרא"ש :

יש כח לדיין לעשות דין כעין הפשרה, במקום שאין הדבר יכול להתברר. ואינו רשאי להוציא הדין חלוק מתחת ידו בלי גמר.

כאן מדובר שכאשר אין אפשרות להגיע לחקר האמת ניתן לעשות פשרה. בעקבות זאת כתב בשו"ת דברי מלכיאל (ב, קלג) :

שאין הפשרה על שיווי השבועה רק על אומדן הדעת בגוף החוב. ומצד האומדנא פסק ג"כ לפשר אף בלא הסכם הבעלי דין.

כלומר, כאשר ישנו ספק עובדתי ניתן לפשר בין הצדדים גם ללא הסכמתם.

בעקבות דברים אלה כתב הרב זלמן נ. גולדברג ("שבחי הפשרה", משפטי ארץ א – דין דיין ודיון, עמ' 79-81) :

נראה שבפשרה יש אפשרות להוציא ממון ברוב או במיגו. אכן מסתבר שדבר זה תלוי בשיקול הדעת, ובודאי שגם ברוב יש חילוקים בין רוב לרוב...

הרי מצינו פשרה כשאין הדבר ברור לגמרי...

ובכל ספק שלא ניתן לבד להגיע לאמת, עליהם לעשות פשרה.

כלומר, כאשר ישנו ספק עובדתי ניתן לפשר בין הצדדים.

נספח – נאמנות עדים פסולים

השולחן ערוך (ח"מ לה, יד) פוסק:

אשה, פסולה. וטומטום ואנדרוגינוס, פסולים מספק. וכל מי שהוא ספק כשר ספק פסול, הרי הוא פסול.

הרמ"א מוסיף על כך:

הגה: וכל אלו הפסולים, פסולים אפילו במקום דלא שכיחא אנשים כשרים להעיד, וכל זה מדינא, אבל י"א דתקנת קדמונים הוא דבמקום שאין אנשים רגילים להיות, כגון בבית הכנסת של נשים או בשאר דבר אקראי שאשה רגילה ולא אנשים, כגון לומר שבגדים אלו לבשה אשה פלונית והן שלה, ואין רגילים אנשים לדקדק בזה, נשים נאמנות. ולכן יש מי שכתב דאפילו אשה יחידה, או קרוב או קטן, נאמנים בענין הכאה ובזיון ת"ח או שאר קטטות ומסירות, לפי שאין דרך להזמין עדים כשרים לזה, ואין פנאי להזמין. והוא שהתובע טוען ברי.

הרמ"א מביא תקנת קדמונים שבמקום שאין אנשים רגילים להיות גם נשים נאמנות. ומסיים שלפי זה יש מי שכתב שאפילו אישה יחידה וקטן נאמנים על בזיון תלמידי חכמים.

הנודע ביהודה (ח"מ תנינא נח מובא בפתחי תשובה לה, ט) ציין שהרמ"א עירב שתי שיטות שונות. החלק הראשון ברמ"א מבוסס על דברי תרומת הדשן (שנג):

...והשתא כיון דשמעינן מן התנא דסברא לומר דכל היכי דהפסולים שכיחי טפי מן הכשרים יש להכשיר הפסולים, אע"ג דמסיק התנא דלא נכשרינהו אית למימר הני מילי גבי נזיקין, משום דאי הימנינהו א"כ לא שביק חיי לכל בריה, דכל חשוד גזלן ישכיר עבדים או נכרים או יפתה נשים או קטנים שיעידו לו שחבירו או בהמת חבירו הזיקו בקי 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, ולכך אין לאה צריכה לישבע כלל נגד העד שהרי יש לה עדות כנגדה.

לפי מה שמבאר תרומת הדשן בדברים שקורים באופן אקראי ואין קשורים לדיני נזיקין המצויים, ניתן להאמין לאנשים שרגילים להיות במקום אפילו אם אלו פסולי עדות. הנודע ביהודה שכותב שלפי החשש שהעלה תרומת הדשן שמא ילכו וישכרו אותם להעיד עדות שקר, זה לא נאמר דווקא לגבי נזיקין כי אם גם בעדות על גניבה אינם נאמנים.

לעומת זאת המהרי"ק (קעט) שהוא המקור השני המובא ברמ"א מתייחס לתקנה:

ואף על גב שלא היו שני עדים בדבר הלא כתב בתקנת קדמוניות מר"ת שאפילו אשה יחידה או קרוב נאמנים להעיד שראו שהכהו כו'. וכן קטן כדאיתא התם ומפרש שם הטעם לפי שאין פנאי להזמין כשרים פתאום לזה וה"ה נמי בדין מבזה ת"ח וקל וחומר הוא לפי הנראה לעניית דעתי...

נראה מדבריו שעיקר הסתמכותו היא על תקנה קדמונית שנישים נאמנות בדברים שאין אנשים מצויים בהם ואין פנאי להזמין עדים עבורם.

הנודע ביהודה עוסק במקרה שיצא שם על פלוני שגנב והעידו שתי נשים על כך. השואלים נחלקו האם לסמוך על הרמ"א במקרה כזה. אך הנודע ביהודה מפנה אותם לסוף דברי הרמ"א שלצורך קבלת עדים פסולים נדרשת טענת ברי.

לפני כן הוא מוסיף עוד מספר יסודות בדינים אלו. כבר הזכרנו לעיל שלדעתו אין להביא נשים להעיד גם על גניבה כמו על נזיקין. חידוש נוסף נמצא בדבריו שגם לדברי המהרי"ק שיש תקנה שיקבלו את עדותם כוונת התקנה למקום כזה שאין אנשים ונשים מצויים, מכיוון שזהו דבר שקורה באופן פתאומי, אך להעיד על גניבה שנמצאת ביד פלוני שזהו דבר שיכול להימשך זמן מה ואינו פתאומי הוא סובר שאינם נאמנים.

צריך לציין גם את דעת המהרש"ל (ים של שלמה בבא קמא, פרק א סימן מא) שעדות נשים מועילה רק במקום שיש כבר ספק ואי אפשר לברר אלא על ידי הפסול, כמו ביולדת שנאמנת על הולד מסיבות אלו. כמו כן הוא כותב שאם הפסולים הם גם קרובים הם אינם נאמנים אלא לחובת הקרוב.

בשו"ת כנסת יחזקאל (פג מובא בפתחי תשובה לה, יא) הוסיף עוד חידוש הלכתי לפי דרכו של המהרש"ל שלדעתו הנאמנות על העבירה היא רק במקום שגם קול מסייע לה. בנוסף לכך הביא את חידוש המהרש"ל שאישה או קטן ששונאים אינם נאמנים. וראה עוד בשו"ת משפטי עוזיאל (ד חו"מ כ).

וראה בפס"ד ירושלים (ז עמ' שמ) שעסקו במקרה של עדות קרובים על תנאים שהתחייבה החמות לחתן וציינו לדעות מצמצמות:

ובכנה"ג סו"ס לה כתב בשם מהר"ש הלוי חו"מ סי' לח דאף המכשירים עדות נשים ופסולים אלא בדברי ריבות וקטטות אבל לענין ממון לא, זולת תרומת הדשן. ועוד כתב שם בכנה"ג דמהר"י פורמון שהובא ברש"ך ח"ב סי' קס הסכים עם הדעה הראשונה שאין להכשיר עדות נשים ופסולים כלל. וכתב מהר"ש הלוי שם ומהר"א די בוטון בתשו' כ"י סי' קעד, דכיון דאיכא פלוגתא אוקי ארעא בחזקת מריה קמא. ועי' אוצר הפוסקים אבהע"ז סי' ד ס"ק קסא.

סיכום כנס הדיינים בנושא: כללי הפשרה בבית הדין לממונות*

1. בהסכם הבוררות מקובל לכתוב שהצדדים מקבלים את בית הדין "בין לדין ובין לפשרה", ובכך ניתנת לבית הדין הסמכות להכריע על פי פשרה.
2. פשרה הנהוגה בבתי הדין היא פשרה הקרובה לדין¹⁷.
3. הסכמה לפשרה אינה כוללת פשרה שרירותית, ודיינים שנוהגים כך נקראים "דייני דחצצתא"¹⁸.
4. אין לבחור בפשרה כאשר "הישר והטוב" הוא לפסוק על פי שורת הדין¹⁹.
5. בנוסף לאמור, סמכות הפשרה מאפשרת לבית הדין להכריע בשאלות עובדתיות על פי אומדן דעת²⁰, להכריע במחלוקות בין פוסקי ההלכה גם כנגד טענת "קים ליי"²¹, לחייב בתשלום מי שחייב בדיני שמיים, כגון מזיק בגרמא²², לחייב בדיני קנסות כמשמעם בהלכה²³ (ובכלל זה בנזקי גוף), ולהטיל קנס שיש לו תקדים בהלכה או בדינא דמלכותא.

הרב יעקב אריאל – רבה של רמת גן, ואב"ד הרב דב ליאור – רבה של קריית ארבע ואב"ד לממונות "ארץ חמדה - גזית" גוש דן לממונות
הרב אברהם גיסר – יו"ר מכון משפטי ארץ, ואב"ד לממונות "ארץ חמדה - גזית" בעפרה
הרב יוסף כרמל – ראש כולל ארץ חמדה, ואב"ד לממונות "ארץ חמדה - גזית" בירושלים
הרב רצון ערוסי – רבה של קריית אונו ואב"ד לממונות
הרב אליעזר שנקולבסקי – אב"ד לממונות "ארץ חמדה - גזית" וראש ישיבת ההסדר, בית שמש

* בעקבות כנס הדיינים ובהסתמך על מאמרו של הגאון הרב זלמן נ. גולדברג "שבחי הפשרה" (משפטי ארץ – דין דיין ודיון, עמ' 78) וספרו של הרב יעזר אריאל "דיני בוררות".

¹⁷ תשובות חכמי פרובינציה ב, יד; שו"ת רדב"ז ד, קסד; ועוד רבים.

¹⁸ בבא בתרא קלג, ב.

¹⁹ מאזנים למשפט סימן יב, ס"ק ג: "שגם מן הצד הישר והטוב ליכא צד לזפות המתחייב"; וראו עוד יד רמ"ה סנהדרין לב ע"ב ד"ה תניא; בשו"ת דברי מלכיאל ב, קלג. מאידך, אחד השיקולים להעדיף פשרה הוא במקרים "שהדין הוא נגד היושר השכלי לפי מצב הענין" - שו"ת אורח משפט חו"מ א, וראו עוד: שו"ת דברי מלכיאל ב, קלג; חידושי הרי"מ חו"מ סימן יב, בסוף חו"מ חלק ד.

²⁰ שולחן ערוך חושן משפט יב, ה, מהרש"ד"ם חו"מ שסז; דברי מלכיאל ב, קלג.

²¹ גט פשוט, כללים, כלל ב; ערוך השולחן קד, טו; אבני נזר יו"ד ח"א קלג.

²² הרב זלמן נ. גולדברג, "שבחי הפשרה", משפטי ארץ – דין, דיין ודיון, עמ' 82.

²³ שם.

מכון משפטי ארץ שם לו למטרה לסייע לקדם את מערך בתי הדין לממונות במסגרת זו, פועל המכון בשני מישורים:

1. מחקר בנושאים הלכתיים הקשורים לעבודת בתי הדין לממונות, כדוגמת, כתיבת חוזים על פי ההלכה, כתיבת ניירות עמדה ומאמרים ופרסום ספרים (סדרת משפטי ארץ).
2. הבאת מידע עדכני הקשור לעבודת בתי הדין (מידע שימושי, פסקי דין וחוזים), וזאת, בעיקר על ידי אתר האינטרנט של המכון - "אתר דין תורה".

מכון משפטי ארץ, עפרה, ד.נ. מזרח בנימין מיקוד 90627

טלפון: 02-9973888 שלוחה 3 (בין השעות 9-12)

www.dintora.org

info@dintora.org