

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 בפקוקי 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 פטיקתו 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 הוא 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 והתראדה.

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 שלמה הוציא דינן בלא עדים והתראדה, 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 שפסק [אלא אמר תנו לה את הילוד החי והמת לא תמיתהו, על אותה שעה אומר "אשריך ארץ שמלכך בן חורים" (קהלת י, טז).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 האמיתית. 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 להפללת אחד מתלמידיו של מר זוטרא –

מר זוטרא חסידא אגניב ליה כסא דכספא מאושפיזא, חזיא לזהווא 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 יהודע 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 והלקהו 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 הרגישה 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 קסו.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 נפְרִין 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 דווקא 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 האוחר (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 לכופו בעלי השטר ולהכותו יעשה כדי שיצא הדין לאמתו.³⁰

25. שו"ת תשב"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 קסו,א סימן סח.

30. טור הוי"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, ה"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 דאבוכו, 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 נזהרת 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 לחבוט 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 לחבוט 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, 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.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) בכוונת 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 לציוויו 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 ומשם 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 (בחידושי 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 שכזו, 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 לשר"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 אומדן 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 אומדן, אלא מההקף של כמה ענינים ביחד, זהו ענין ברור, שע"ז לא שייך כלל לומר דלא אזלינן בתר אומדן. 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 האומדן. 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 עורת 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, רפז 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 עדויות.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"י 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 התוספות,⁹⁹ 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 אנן סהדי (=אנו עדים) שלא על מנת כן לקחה?!

ויש לומר דהתם אנן 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 הגמרא,¹⁰⁰ 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 תירוצו 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 צז, 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 להבריא 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 כחרוט 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 מתמוזגים היטב עם מה שלמדנו עד כה, ובעצם שווים הם למקרה הראשון שראינו לעיל לגבי תוספת הכתובה.
 אולם הראב"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 נותן 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 הראב"ה חייב אותו אדם לתת את המעות ליורשים. אמנם טעמו של הראב"ה הוא לכאורה מצד אחר, משום שחלים כאן דיני נדרים והרי הוא כנודר לצדקה, אולם מדברי הסיום עולה שהראב"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 הראב"ה נימוק שלא כל האומדנות שוות, וכי מה ההבדל בין מקרה זה לתוספת כתובה, ודי היה לו בנימוק שהוי כנדר. אפשר אולי להסביר בדברי הראב"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 ובחקירה, 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 תרדף", 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 הדיינים 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 כעדי 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 הדין. 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 הדין. 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 אשירי (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 בהגהותיו 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 וידיננו 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 בהקשות 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, ב.

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, כ). 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 – שדנין דין אמת לאמיתו". וראה בספר בניהו שפירש: "יושבי לשון עכבה, כמו 'ותשבו 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: "ולי 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, איתו ההוא שטרא גביה, א"ל רב פפא: ידענא ביה דשטרא פריעא 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 שיודע 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 שבעת 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 שבעת 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 וחסרון 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.

ר"ח (מובא בתוספות כתובות שם, ד"ה 'מרענא') ור"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 לאמתו.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 לאמתו.

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 מלווה 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 ושל 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 באומר –

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, נחב 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! (=ישובו 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 בכלל 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 הקשייה 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 מהראשונים 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 יעינינו 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 לוויים 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 טהדי שאין לך אדם שיתן ממנו 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 הקירות

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. וכתביב: 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 לסוף דעתו (סנהדרין ע"ב), ובא במחתרת לא הותר דמו אלא מפני אומדן דעתא שבא להרוג (שם ע"ב), 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 לד, 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 להסתייע 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. לענין 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 קטש 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 (יח,ב) 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 מכחישים 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 ראייה 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 אומדן 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 דינים 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.

1. שיטות האחרונים הלכה למעשה

1. 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 דאינה²²⁹ (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 אומד 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 אומד דעתן תואנה הוא מבקש, כי גם הדיינים יודעי דת ידונו לפי אומד 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: 'ועוד 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 אמדני 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 דנ"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'.

ועב"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 שידוע שבנו ירחם עליו ודאי ולא שביק ליה, אפי' הכי דיש לדחות אלו האומדנות, חיזוקו 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, נזיקין, 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. וז"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 שבת 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 ששקש 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.ח.

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-קס; 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.