

הסתמכות על אומדן

הרב דניאל כ"ץ

- | | |
|----------------------------------|----------------------------------|
| א. פתיחה | 3. אומדן לכל העולם |
| ב. סוגיות הגמרא ופסיקת הראשונים | 4. כוחו של שכנוע אישי |
| 1. ידיעה ללא ראיה | 5. הוצאת ממון מיתומים |
| 2. אומדן גמירות דעת הנותן והמוכר | 6. בית דין גדול בדורו |
| 3. הסתמכות על אומדן לא ודאי | 7. הסתמכות על אומדן במסגרת פשרה |
| 4. שכנוע של הדיין ללא ראיה | ד. סיכום |
| 5. דין מרומה | 1. הסוגיות ופסיקת הראשונים |
| 6. קנס שלא מן הדין | 2. אחרונים |
| ג. עקרונות העולים מדברי האחרונים | ה. נספח – נאמנות עדים פסולים |
| 1. אומדן מועיל רק להחזיק ממון | ו. סיכום כנס הדיינים תש"ע בנושא: |
| 2. "אומדנא דמוכח" | הסתמכות על אומדן דעת |

א. פתיחה

הראיה הבסיסית בדיני ממונות היא עדותם של שני עדים. עדות עד אחד לעומת זאת אינה יכולה ליצור אלא חיוב שבועה בלבד. אולם, לעיתים במקרים מסוימים הדיין יכול להבין מתוך הנתונים שהוצגו לפניו מי הוא החייב ומי הוא הזכאי גם כשאין לפניו ראיה כשרה. במאמר זה נברר האם במקרים כאלה דיין יכול לפסוק על פי אומדן (ראו הגדרות של המונח בהערה¹) והערכה?

בגמרא אנו מוצאים מספר מקרים שבהם נפסק שניתן לכאורה להסתמך על אומדן. חלקם מהווים מקור של ממש, שכן הם מובאים כדיונים הלכתיים וחלקם כאמירת אגב. נפתח בסוגיות המרכזיות, ונברר בהרחבה את פסיקת הראשונים, השולחן ערוך והאחרונים, בכל סוגיה.

* הרב דניאל כ"ץ הוא דיין בבית הדין הרבני בתל אביב, לשעבר חוקר במכון משפטי ארץ.
1. כדי למנוע טעות, במאמר זה המונח "אומדן דעת" – פירושו אומדן דעת של בית הדין המהווה בסיס להכרעה משפטית, ואילו המונח "אומדן גמירות דעת" – פירושו שבית הדין אומד את דעתו של אדם הנוטל חלק בהליך, כגון, אומדן גמירות דעת מוכר או נותן מתנה (זאת, למרות שבמקורות המונח "אומדן דעת" מתפרש לשתי המשמעויות).

ב. סוגיות הגמרא ופסיקת הראשונים

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

1. ידיעה ללא ראייה

א. הסוגיה ופרשניה

בעניין הסתמכות על ידע ודאי ללא ראייה בעיניים,² מובא בגמרא:

אמר רב יהודה אמר שמואל: לא שנו (=שהנחבל נשבע ונוטל דמי החבלה) אלא במקום שיכול (=הנחבל) לחבל בעצמו, אבל במקום שאינו יכול לחבל בעצמו נוטל שלא בשבועה. וניחוש דלמא בכותל נתחכך? תני רבי חייא: שעלתה לו נשיכה בגבו ובין אצילי ידיו. ודלמא אחר עביד ליה! דליכא אחר.³

כלומר כאשר ברור מעבר לכל ספק מי ביצע את החבלה ניתן לחייב ממון, גם ללא עדות כשרה. לעומת זאת, לגבי דיני נפשות נאמר בגמרא:

תנו רבנן: כיצד מאומדן? אומר להן (=הדיין לעדים): שמא כך ראיתם: שרץ אחר חבירו לחורבה, ורצתם אחריו, ומצאתם סייף בידו ודמו מטפטף, והרוג מפרפר. אם כך ראיתם – לא ראיתם כלום. תניא, אמר רבי שמעון בן שטח: אראה בנחמה אם לא ראיתי אחד שרץ אחר חבירו לחורבה, ורצתי אחריו, וראיתי סייף בידו ודמו מטפטף והרוג מפרפר, ואמרתי לו: רשע, מי הרגו לזה? או אני או אתה. אבל מה אעשה שאין דמך מסור בידי, שהרי אמרה תורה על פי שנים עדים יומת המת – היודע מחשבות יפרע מאותו האיש שהרג את חבירו. אמרו: לא זוז משם עד שבא נחש והכישו, ומת.⁴

מכאן משמע שלפחות בדיני נפשות יש צורך בעדות כשרה ולא די באומדן, חזק ככל שיהיה.

לגבי דיני ממונות פסק הרמב"ם:

במה דברים אמורים (=שהנחבל נשבע ונוטל) בשהיתה המכה במקום שאפשר לו להכותה לעצמו או שהיה עמהם שלישי שאפשר שזה הנחבל אמר לו לחבול בו ולהתרעם על אחר, אבל אם אין עמהם אחר והיתה

2. מקור המונח "ידיעה ללא ראייה" הוא בדברי יד רמה סנהדרין לו,ב, ד"ה ומתמהינן, "ידיעה בלא ראיות".

3. שבועות מו,ב.

4. סנהדרין לו,ב.

המכה במקום שאינו יכול לעשותה בעצמו כגון שהיתה נשיכה בין כתפיו וכיוצא בזה הרי זה נוטל בלא שבועה.⁵

יש שלמדו שכוונת הרמב"ם היא שזהו חלק מהקנס המוטל על החובל בחברו.⁶ אולם ניתן גם לפרש שזהו מקרה של "ידיעה בלא ראייה", וכן משמע מהאחרונים שלמדים מכאן למקרים אחרים (ראו לקמן).

מדברי התוספות (וכן בתוספות הרא"ש⁷) נראה שניתן להסתמך על היסק לוגי הכרחי גם בדיני נפשות:

משכחת לה אומדנא בדיני נפשות לכולי עלמא, כמו שעלתה לו נשיכה על ראשו ונקב קרום של מוח דאפילו רבנן מודו בהאי אומדנא כדמוכח בפרק כל הנשבעין לקמן (דף מו,ב) כגון שעלתה לו נשיכה על גבו ובין אצילי ידיו.⁸

לפי דבריהם עולה שחכמים (שחלקו על רבי אחא, ראו לקמן עמוד 265) מודים שניתן לדון דיני נפשות, ומן הסתם גם דיני ממונות, על סמך אומדן ודאי. לכאורה יש להקשות על דברי התוספות מאדם שרדף אחר חברו לחורבה ונמצא הרוג. הראי"ה קוק תירץ זאת כך:

ועדיפא אפילו מהאומדנא דשמעון בן שטח, דשם אע"פ שהענין מוכיח טובא מכל מקום יש מקום לומר שההרוג איבד את עצמו לדעת בסייף זה המטפס, ואח"כ לקח אותו זה הרודף בידו, אלא שהוא נגד השכל מתוך האומדנא, אבל כשעלתה לו נשיכה בקרום של מוח, ולא היו שם כי אם הנרצח והאחר, אז הדבר ברור בתורת ידיעה דהוא כמו ראייה שזה הרגו.⁹

כלומר, ברודף אחר חברו לחורבה ישנו סיכוי קלוש שהנרצח התאבד, לעומת זאת, במקרים שישנה ודאות מוחלטת ניתן לדון גם דיני נפשות ללא ראייה. גם הטור בשם הרמ"ה התייחס לידיעה ללא ראייה:

וכי היכי דאמרינן גבי נחבל אי איבריר מילתא דחבל ביה שקיל בלא שבועה הוא הדין גבי נגזל אי בריר מילתא דגזליה אע"ג דלא חזו דגזליה שקיל בלא שבועה. והיכי משכחת לה כגון דמסהדי סהדי דהוה ליה בביתו כך וכך כלים וחזו להאי דעייל לביתיה ונפק ולא עייל התם אינש אחרינא ומקמי

5. רמב"ם חובל ומזיק ה, ה.

6. ראו: **אבן האזל** ח, יד; **משנת יעקב** רוצח ושמירת נפש ד, ו, ועוד.

7. **תוספות הרא"ש** סנהדרין לו,ב, ד"ה כמאן; שבועות לד,א, ד"ה דאי.

8. **תוספות** שבועות לו,ב, ד"ה דאי.

9. **שו"ת עזרת כהן**, כט.

דעייל להתם אינש אחרינא עייל לביתיה ומנינהו להנהו כלים ואשתכחו חסר ולא הוה התם דוכתא דליפלו הנך כלים בגויה – שקיל בעל כלים מההוא דמסהדי בו סהדי דעייל להתם בלא שבועה, וזו היא עדות המתקיימת בדיעה בלא ראות.¹⁰

הרמ"ה סבר שבוודאות מוחלטת ניתן להוציא ממון גם ללא ראייה של המקרה. לגבי דיני נפשות הוא כתב בספרו¹¹ שלא די בכך.¹²

ב. פסיקת ההלכה

השולחן ערוך מציין בהלכות עדות¹³ את הדעה שבדיני ממונות ניתן לסמוך על עדות ידיעה ללא ראייה, כשהוא מפנה לדיני הנחבל,¹⁴ שם מובאים דברי הרמ"ה שניתן להוציא ממון, וכן פסק החתם סופר.¹⁵

הראי"ה קוק כתב בתשובותיו מספר פעמים שניתן לסמוך על שיטת תוספות שכשיש אומדן מוכח ביותר ניתן לסמוך עליו בכל התחומים וגם בזמן הזה. כך כתב לדוגמה לגבי היתר עגונה:

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

10. שור חו"מ, צ.

11. יד רמה סנהדרין לו, ב, ד"ה ומתמהינן.

12. יש שתי גרסאות ברמ"ה המובא בטור. לפי גרסה אחת רק כאשר הייתה קטטה ביניהם ניתן לחייב כשיש ודאות מוחלטת, לפי גרסה אחרת אין צורך בכך (ראו פרישה וב"ח על הטור חו"מ, צ, ונתיבות המשפט חידושים צ, כה). מסתבר שמי שמחייב רק כשהייתה קטטה ביניהם סבר שזו תקנה, ומי שמחייב בלא זה סבר שכאשר יש ודאות אין בכך צורך. הרמ"ה (הובא בטור חו"מ, צ) הוסיף: "מסתברא היכא דאיכא אחר עמו דבריר להו לטהדי דלא חבל ביה ההוא אחר כמאן דליכא אחר דמי ונוטל בלא שבועה", למרות שאין ודאות מוחלטת.

בשו"ת שבות יעקב א, קיג, הסביר שהרמ"ה סבר בעניין זה כתוספות לגבי אומדנא דמוכח, או שהרמ"ה סבר כרמב"ם שבחבלה יש קנס מיוחד ועל כן אין צורך בעדות ברורה וראה במשנת יעקב רוצח ושמירת נפש ד, ו, שדחה את ביאורו של השבות יעקב ברמ"ה.

13. שולחן ערוך חו"מ ל, יד.

14. שולחן ערוך חו"מ צ, ו; טז.

15. שו"ת חתם סופר אה"ע קקא.

והכונה היא שאומדנא כזאת, שאי אפשר בשום אופן להיות באופן אחר, נחשבת ידיעה ברורה, שסומכין עליה גם לחייב בדיני נפשות, דהוי כמו ראיית עדים ממש...¹⁶

בתשובה זו עסק הראי"ה בעגונה ובקידושין, ואם כן עולה מדבריו שידיעה ודאית מועילה בתחומי ההלכה השונים ולא רק בדיני ממונות. גם בשו"ת חלקת יעקב ביסס היתר עגונה שבעלה נעלם במחנות ההשמדה על אומדן:

מכל הנ"ל חזינן דאומדנא מבוררת נקרא בגדר ידיעה בלא ראייה דמהני לענין ממון ולשיטת התוספות הנ"ל אף בדיני נפשות ולשיטת הפוסקים הנ"ל אף לענין קידושין ואשת איש, א"כ מכל שכן לענין עדות אשה דלא בעי עדות גמורה דמהני ידיעה בלא ראייה...¹⁷

מדבריו עולה שניתן להסתמך על ידיעה ודאית בענייני התיר עגונה וגם בדיני ממונות.¹⁸

2. אומדן גמירות דעת הנותן והמוכר

א. אומדן גמירות דעת נותן מתנה

סוג נוסף של אומדן שמוסכם שניתן להסתמך עליו הוא אומדן גמירות דעתו של נותן מתנה. כך אפשר ללמוד מן הגמרא שמסבירה מדוע אב שחשב שבנו מת ונתן את רכושו לאדם אחר יכול לחזור בו לאחר שגילה שבנו חי:

מאן תנא דאזלינן בתר אומדנא? אמר רב נחמן: רבי שמעון בן מנסיא היא; דתניא: הרי שהלך בנו למדינת הים, ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחר, ואחר כך בא בנו – מתנתו מתנה; רבי שמעון בן מנסיא אומר: אין מתנתו מתנה, שאלמלי היה יודע שבנו קיים – לא היה כותבן. רב ששת אמר: ר' שמעון שזורי היא... ורב ששת מאי טעמא לא מוקים לה כרבי שמעון בן מנסיא? אומדנא דמוכח שאני.¹⁹

מגמרא זו עולה שניתן לפסוק בדיני ממונות על פי אומדן גמירות דעתו של אדם שנתן מתנה, כמו כן, אנו פוגשים כאן את המונח "אומדנא דמוכח" המלמד שיש רמות שונות של אומדן גמירות הדעת. הרמב"ם אכן פסק כך להלכה, וכך הוא כתב בהלכות זכיה ומתנה:

16. שו"ת עזרת כהן, כט.

17. שו"ת חלקת יעקב אה"ע, מט.

18. וראו גם בדבריו שם או"ח, קצב; שם, יו"ד, לד.

19. בבא בתרא קמו"ב.

לעולם **אומדין דעת הנותן**, אם היו הדברים מראין סוף דעתו עושין על פי האומדן אע"פ שלא פירש, כיצד מי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת וכתב כל נכסיו לאחר מתנה גלויה גמורה ואחר כך בא בנו אין מתנתו קיימת, שהדברים מוכיחין שאילו ידע שבנו קיים לא היה נותן כל נכסיו, לפיכך אם שייר מנכסיו כל שהוא בין קרקע בין במטלטלין מתנתו קיימת. וכן הכותב כל נכסיו מתנה לאחד מבניו בין שהיה בריא בין שהיה שכיב מרע, אפילו היה בן קטן המוטל בעריסה לא עשהו אלא אפטרופוס, והרי הוא בכל הנכסים כאחד מאחיו, אומדן דעת הוא שלא נתכוון אלא להיות אחיו נשמעין לו... וכן הכותב כל נכסיו לאשתו בין בריא בין שכיב מרע אף על פי שקנו מידו לא עשאה אלא אפטרופא על יורשיו...²⁰

יש לציין שהמקרים שהביא הרמב"ם הם כאלו שאין בהם בכדי להוציא ממון כי אם להחזיק, ועל כן אין להוכיח מכאן מה דעת הרמב"ם לגבי הוצאת ממון מהמוחזק על פי אומדן.

ב. אומדן גמירות דעת המוכר

נחלקו ראשונים אם ניתן להסתמך על אומדן רק בבירור דעתו של נותן מתנה או שמא גם בבירור דעתו של מוכר. תוספות עסקו בכך אגב השוואת הכלל "דברים שבלב אינם דברים" לדיני אומדן, וכתבו במקומות רבים את הכלל הבא:

ואומר ר"י דצריך לחלק ולומר דיש דברים שאינם צריכין תנאי כפול, אלא גלוי מילתא דאנן סהדי דאדעתא דהכי עביד, וגם יש דברים דאפילו גילוי מילתא לא בעי כגון ההיא דהכותב כל נכסיו לאחרים ושמע שיש לו בן שהמתנה בטלה וכן הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפטרופא לפי שאנו אומדין שלכך היה בדעתו, וכמו כן אנן סהדי דלא זבן אלא אדעתא למיסק לארעא דישראל.²¹

לפי תוספות רמת הוודאות כדי לקבוע אם ההליך היה מותנה משתנה לפי המקרה:

א. יש מקרים שבהם צריך להתנות במפורש ולפי כללי התנאים.

ב. יש מקרים שבהם יש צורך באמירה של אחד הצדדים כדי להניח שההליך היה מותנה, אף שלא נאמר תנאי מפורש.

20. רמב"ם זכיה ומתנה ו, א"ד, בדילוגים.

21. תוספות קידושין מט, ב, ד"ה דברים.

ג. יש מקרים שבהם אין צורך באמירה כלל וברור שההליך היה מותנה, ובכלל זה המוכר את ביתו כדי לעלות לארץ ישראל, ובסוף לא הסתייע הדבר בידו.²² הגר"א²³ מסביר שכל המקרים המובאים על ידי תוספות כהוכחה לדרגה ג נכללים ב"אומדן דעת הנותן" של הרמב"ם. מכאן שהוא הבין שלדעת הרמב"ם אומדים רק את דעת הנותן ולא את דעת המוכר. כמו כן, משמע מדבריו שלדעת תוספות אין הבדל בין מוכר ונותן מתנה וניתן לאמוד את דעת שניהם.²⁴ לעומת זאת, האור זרוע כותב בשם רבינו יצחק בר מרדכי שיש להבחין בין מכר ומתנה:

נראה לי דגבי מתנה דברים שבלב דברים הן דהיכא דגלי אדעתיה דלא יהיב מדעתיה לא הויא מתנה... אבל גבי מכר וקידושין אינן דברים, דלאו כל כמיניה לומר לא היה בדעתי. ואפילו גלי אדעתיה אם לא אמר בפירוש, אמרינן אגב דשקיל זוזי גמר ומקני.²⁵

כלומר, כיוון שמוכר קיבל תמורה עבר העסקה, יתכן שגמר בדעתו ללא תנאי ולכן כל תנאי שלא נאמר במפורש – בטל.

ג. פרטי דיני אומדן גמירות דעת הנותן והמוכר

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

...אזלינן בתר אומדן דמוכח טובא. ובפחות מכאן אזלינן בתר אומדן דעתא, כמו בפרק האיש מקדש (קידושין נ,א) גבי ההוא גברא דזבין לניכסיה

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

23. ביאור הגר"א חו"מ רז, יד.

24. התייחסות מפורשת לשאלת אומדן גמירות דעת המוכר ישנה בדברי רבי יצחק קרקושא (בשיטת הקדמונים) בבא בתרא קמ"א, ד"ה דומה, שמביא תירוץ דומה לדברי התוספות (ובמיוחד למוכח בשמם במאירי, ראו לעיל) ומסכם: "ומהתם אתה למד דבמכר נמי אמרינן אומדנא דמוכח דכדברים דמו ולא דוקא במתנה".

25. אור זרוע בבא בתרא, קפ.

אדעתא למיסק לארעא דישראל... וכמה מקומות בתלמוד אפילו לא פירש מידי, דאזלינן בתר אומדן דעתא, כל שכן הכא דמוכח טובא שהרי פירש כן מעיקרא והבטיחוהו...²⁶

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

הרשב"א עסק במספר תשובות במקרים של אומדן גמירות דעת הנותן. בתשובה אחת העוסקת בשידוך עם חתן שהחל להמר (לשחק בקוביה) ונודה גם על עבירות נוספות קבע הרשב"א:

עוד: דאומדן הדעת הוא: שאלו היה מקלקל עצמו כל כך, שלא היה נותן לו זה בתו. והיא לא תנשא לו. והולכין בתר אומדנא... וגם זה: בידוע. אילו היה יודע שהיה מתקלקל כל כך, לא היה משיא לו בתו. ואף במקום השבועה והנדרים הולכים בתר אומדנא. כאותה שאמרו: לא נתכוונה זו אלא להגון לה.²⁷

בדברים אלו יש חידוש, שכן הוא קבע שגם בנוגע להתנהגות שהתפתחה לאחר חתימת העסקה, יש להסתמך על אומדן. בתשובות נוספות הוא אמר את דעת נותן שהתכוון לכלול דברים אף שלא פירטם²⁸ או לחילופין אדם שהשתמש בלשון כללית אך לא התכוון לכלול הכול בדבריו²⁹ וכן כתב הרשב"א לגבי שאלות נוספות הנוגעות בכוונת הנותן.³⁰ כמו כן הוא התבסס על אומדן כדי להעריך כוונת פסק דין.³¹

ד. פסיקת ההלכה

בהלכות מתנה פסק השולחן ערוך³² את דברי הרמב"ם ש"אומדין דעת נותן", והביא את כל הדוגמאות שהביא הרמב"ם.

בהלכות מקח וממכר הביא השולחן ערוך³³ לגבי מכר את שיטת הרמב"ם שאם לא פירש בשעת המכר את כוונתו אזי "דברים שבלב אינם דברים". הרמ"א הוסיף והביא את שיטת התוספות שגם אם לא פירש אם יש "אומדנא דמוכח" המקח

26. שו"ת בעלי התוספות, פט.

27. שו"ת הרשב"א ב, לה.

28. שם ב, קב; ב, קכח.

29. שם ב, ריז.

30. שם ד, ריג; ז, תלט; החדשות, שכה.

31. שם ג, רד.

32. שולחן ערוך חו"מ, רמו.

33. שולחן ערוך חו"מ רז, גיד.

מתבטל, וכן את שיטת הרי"ד³⁴ שבמתנה "דברים שבלב הוי דברים". כאמור הגר"א מבאר שזו שיטת הרמב"ם שמחלק בין מתנה למכירה.³⁵ ערוך השולחן העיר על כך הערה משמעותית וכתב: "אמנם אין לנו לעשות אומדנות מעצמינו אלא מה שאמרו רז"ל וכיוצא בהם".³⁶ כלומר, גם באומדן גמירות דעת נותן מתנה לא ניתן לשער שהיו תנאים שאינם מופיעים בגמרא וכיוצא בהם.

3. הסתמכות על אומדן לא ודאי

א. גמל האוחר בין הגמלים

בתוספתא הובאה מחלוקת בעניין הסתמכות על אומדן בנזק:

שור שהיה רועה ויצא שור אחר אחריו, נמצא הרועה זה שמת, אפילו זה מנוגח וזה מועד לנגיחה, זה מנושך וזה מועד לנשיכה – פטור. רבי אחא אומר: גמל שהיה אוחר בין הגמלים ונמצא גמל מת שם – חייב, בידוע שזה המיתו.³⁷

במקרה המדובר כאן יש ספק עובדתי, אולם, יש הסתברות גבוהה שהאירוע התרחש באופן מסוים, ורבי אחא פסק שדי בכך כדי לחייב ממון. מחלוקת זו הובאה בגמרא במספר מקומות כשהגמרא תולה את המחלוקת בשאלה האם הולכים אחר "אומד" בדיני ממונות. כך הוא בסוגיה בסנהדרין:

כיצד מאיימין את העדים? על עידי נפשות, היו מכניסין אותן ומאיימין עליהן: שמא תאמרו מאומד ומשמועה... בדיני נפשות הוא דלא אמדינן, הא בדיני ממונות – אמדינן, כמאן? כרבי אחא.³⁸

בסוגיות בבבא בתרא³⁹ ובשבועות⁴⁰ מושווה דין זה להליכה אחר הרוב ולפסיקה על פי ידיעה ללא ראייה.

34. מובא בריא"ז, שלטי גיבורים כתובות נו,א, בדפי הרי"ף, אות ח.

35. בפסקי דין רבניים יט, עמ' 125, כתב ר"י אלמליח שאמנם הרמב"ם מקל באומדן גמירות דעת הנותן, אולם, לשיטת תוספות שאינם מחלקים בין מכר ומתנה, יש להחמיר ולדרוש אומדן "מוכח טובא" גם במתנה. יש להקשות על דבריו ממה שכתב המהר"ם מרוטנבורג (שו"ת בעלי התוספות, פט), הובא לעיל, שבאומדן גמירות דעתם של מוכר ונותן אין צורך באומדן "דמוכח טובא". במילים אחרות, המהר"ם מקל גם במכר וגם במתנה.

36. ערוך השולחן חו"מ רמו, א.

37. תוספתא בבא קמא ג, ו.

38. סנהדרין לו,ב.

39. בבא בתרא צג,א.

40. שבועות לד,א.

להלכה הכריעו הרי"ף,⁴¹ הרמב"ם,⁴² רמב"ן,⁴³ סמ"ג,⁴⁴ רבינו ירוחם⁴⁵ והטור⁴⁶ כחכמים שלא ניתן להסתמך על אומדן. הרמב"ם אף שיבץ פסיקה זו בתוך הדרכה כללית לפסיקה בדיני ממונות:

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

שור שהיה רועה על גב הנהר ונמצא שור הרוג בצדו, אף על פי שזה מנוגח וזה מועד ליגח זה מנושך וזה מועד לישך אין אומרין בידוע שזה נשכו וזה נגחו, אפילו גמל האוחז בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו אין אומרין בידוע שזה הרגו עד שיראוהו עדים כשרים.⁴⁷

גם המהרי"ק פסק שלא כרבי אחא, והבחין בין הסתמכות על אומדן בהכרעת שאלה עובדתית, לבין אומדן גמירות דעת הנותן כן:

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 אוחז כו' דאין ידוע לנו אם נגחו ואם לאו אלא מתוך אומדן בהא ודאי פליגו רבנן עליה דרבי אחא וקיימא לן כוותיהו לדעת הפוסקים הנזכר למעלה.⁴⁸

לדבריו יש לחלק בין מקרה שהאומדן משמש לבירור המציאות לבין מקרה שהמציאות ברורה לדין והאומדן משמש לפירוש כוונת הצדדים המעורבים באירוע.

41. רי"ף בבא קמא כ,ב.

42. רמב"ם נזקי ממון ח, יד.

43. ראו לקמן עמ' 274.

44. סמ"ג עשה, סז.

45. רבינו ירוחם, מישרים נתיב לא, חלק א.

46. טור חו"מ, תח.

47. רמב"ם נזקי ממון ח, יג-יד.

48. שו"ת מהרי"ק, שורש קכט.

לעומת כל הראשונים המזכירים לעיל, מתלמידיו של המהר"ם משמע שפסקו כרבי אחא. כך למשל תלמיד המהר"ם, רבי פלטיאל, כתב⁴⁹ את דברי רבי אחא כדוגמה לאומדן שהולכים אחריו,⁵⁰ גם המאירי⁵¹ הביא ראשונים שהכריעו כרבי אחא, לפחות באופן חלקי ובאומדן מוכח. וכן כתב תלמיד נוסף של המהר"ם מרוטנבורג, הרא"ש:

וכן בכמה מקומות הלכו חכמי הגמרא בטר **אומדנא דמוכח**; גבי שטר מברחת, וכן גבי מי שכתב כל נכסיו לאחר ואח"כ נודע לו שיש לו בן, וכן מתנת שכיב מרע בכלה, וההוא גברא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל, **וגמל האוחר בין הגמלים**.⁵²

הרא"ש קבע שהולכים אחר אומדן ובין הדוגמאות הביא את שיטת רבי אחא, וחזר והביא דוגמאות אלו במקום אחר.⁵³ משום כך כתבו אחרונים⁵⁴ שניתן לדייק מדבריו שהוא פסק כרבי אחא. אמנם הב"ח⁵⁵ כתב שאין ראייה מכאן שהרא"ש פסק כרבי אחא, כי ייתכן שכוונת הרא"ש לומר רק שיש שיטה כזו בהלכה, ושבאומדן מוכח ביותר ייתכן שכולם יודו (כפי שאכן מבואר בדברי תוספות רא"ש לגבי ידיעה ללא ראייה, ראו לעיל עמ' 259, ליד הערה 7).

הרא"ש הסתמך על "אומדנא דמוכח" במקרים נוספים. כך הוא כתב בתשובה ביחס לשטר שבני הלווה טענו שפרעו אותו, אך היו נסיבות שהוכיחו שהשטר נפל מידי המלווה והתגלגל לידי בני הלווה שלא כדין. בתשובה קבע הרא"ש עיקרון יסודי בדיני הראיות:

...ונצטוינו לדון דין אמת לאמתו, ואע"פ שאין אנו נביאים לדון דברים שבלב, חכם עדיף מנביא, ונצא בעקבות הראשונים ונלמוד ממעשיהם. מההיא עובדא דפרק חזקת הבתים (נח): "ההוא גברא דשמע לדביתהו

49. מובאת בהגהות **מרדכי** קידושין, תקסד.

50. **בשו"ת מהרי"ק**, שורש קכט, התייחס לתשובה זו במילים אלו: "ואע"ג שכתב המרדכי בתשובות השייכות לסדר נשים תשובה אחת אשר לא נזכר שם המשיב, ומתוכה משמע דסבירא ליה כרב אחא, סמייה להאי מקמי כולהו הני רברבתא שהבאתי לעיל. ועוד דהיכא דאיכא פלוגתא דרברבתא אומרים המוציא מחברו עליו הראיה. ועוד דנהגו כרב אלפס היכא דלא נחלקו עליו התוספות יש לציין שבמקום אחר **בשו"ת מהרי"ק**, שורש א, ציטט תשובה זו והסתמך עליה למעשה.

51. מאירי, **בית הבחירה**, בבא בתרא צג, א.

52. **שו"ת הרא"ש** סח, כג.

53. שם פו, א.

54. **שו"ת רדב"ז** ד, קצח, ובעוד תשובות רבות; הב"ח, **שו"ת גאוני בתראי**, נד, ועוד.

55. **ב"ח חו"מ**, תח.

דקאמרה לברתה: אמאי לא צניעת באיסורא, הך איתתא עשרה בני אית לה, ולית לי מאבוך אלא חדא. כי קא שכיב אמר: כל נכסי לחד ברא, ולא ידעי להי מינייהו, אתו לקמיה דרבי בנאה, אמר להו: זילו חבוטו לקברא דאבוכו עד דקאי ומגלי לכו להי מינייכו, אזלו כולהו, וההוא דבריה לא אזל, אמר להו: כולהו נכסי להאי נינהו. וכן בכמה מקומות הלכו חכמי הגמרא בתר **אומדנא דמוכח**; גבי שטר מברחת, וכן גבי מי שכתב כל נכסיו לאחר ואח"כ נודע לו שיש לו בן, וכן מתנת שכיב מרע בכולהו, וההוא גברא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל, **וגמל האוחר בין הגמלים**. ודבר זה יש לו עיקר מדברי קבלה, מאב לחכמים, אשר צוה ליתן לה הילד החי. על כן בכל דור ודור מצווין לשבור מלתעות עול, והמטים עקלקלותם להדריכם בנתיב יושר.⁵⁶

מדברי הרא"ש עולה שהוא לא הבחין בין אומדן גמירות דעת נותן מתנה לבין הסתמכות על אומדן בהערכת מציאות. הרא"ש הוכיח את דבריו מן הסיפור על רבי בנאה⁵⁷ ששלח את הבנים לבזות את קבר אביהם, ונתן את הירושה לבן שלא הסכים לעשות זאת,⁵⁸ וממעשה שלמה המלך. בדבריו עולה במרומז ("ונצטוונו לדון דין אמת לאמיתו") שהשימוש באומדן במקרים אלו הוא משום "דין מרומה" (ראו דיון בעניין זה לקמן, עמ' 277), והוא הסיק שניתן לכתוב שטר חדש ולהוציא בעזרתו ממון.

עוד כתב הרא"ש בנוגע לאדם ששידך את בנו ולאחר מכן המירה אחות המשודכת את דתה ואבי הבן רצה לבטל את השידוך. הרא"ש הצדיק את האב וכתב שיש "אומדנא דמוכח" שזו הייתה גמירות דעתו:

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

56. שו"ת הרא"ש טח, כג.

57. בבא בתרא נח, א.

58. התשב"ץ א, פ, הציע מספר הסברים לסיפור, או כאומדן להכרעה מי הוא הבן, או כאומדן גמירות דעת האב שרצונו לתת למי שלא רצה לבזותו. בכל מקרה מדובר לדבריו בהסתמכות אחר אומדן.

בספק הפסד הקנס, כל שכן שמתחלה אדעתא דהכי לא הקנה ושעבד עצמו, ואומדנא דמוכח הוא, וכאלו התנה בפירוש דמי.⁵⁹ במקום אחר הוא דן בחוב שהיה על יתומים וכתב שמכיוון שיש "אומדנא דמוכח" שהחוב קיים גובים מהם ואין טוענים להם טענות שקריות:

אלמא חזינא, היכא דמית, ונולד ספק ליתומים בממון אביהם, אזלינן בתר אומדנא דדעתא, ואמרינן: מסתמא כך היה הענין. וכל שכן בנדון זה, שאין לך ידים מוכיחות ורגלים לדבר יותר מזה, שיש שטרות ועדים ופנקס ופיתקי המשכונות ואשתו וחמותו ואחיו וכל בית אביו יודעים שהוא אמת; הרבה אומדנות מצינן בגמרא שאין להם כל כך הוכחה כמו לזו. כי היא דפרק מי שמת (קמ"ב): מי שהלך בנו למדינת הים, ושמע שמת בנו... וכן גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו (ב"ב צ"ג, א). אלמא, האי דאזלינן בתר אומדנא בדיני ממונות, דינא, ואין חילוק לענין דינא בין יתומים לאחר.⁶⁰

בתשובה נוספת ביטל הרא"ש שטרות מכר שנעשו כדי להבריח את הרכוש מהנושים. ולאחר שהוא חוזר על כל המקורות בדיני אומדן סיים בעדות על דרכו של המהר"ם:

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 להבריח נכסיו מבעלי חוביו וילוח ויאכל ממון של אחרים ולא ימצאו לגבות ממנו, דאנן סהדי שאין לך אדם שיתן ממנו לאחרים ויחזור הוא על הפתחים.⁶¹

במקרה דומה הוא חוזר על הדברים בקיצור⁶² וכן הוא כתב בתשובה אחרת⁶³ על אדם שהקנה לבנו הקטן את הקרקע אך האב המשיך לשלם את המסים עליה שזו הערמה ומבטלים את ההקנאה.⁶⁴

נמצא שהרא"ש פסק שניתן להוציא ממון או להעריך את גמירות דעתו של אדם על סמך "אומדנא דמוכח", ולא הבחין בין אומדן גמירות דעת להכרעה עובדתית על סמך אומדן. כמו כן, מסתבר שהמונח "אומדנא דמוכח" פירוש ראיות

59. שו"ת הרא"ש לר, א.

60. שם פו, א.

61. שם עח, ג.

62. שם עח, א.

63. שם עח, ב.

64. וראה גם בדבריו שם ט, א, ששלל הקנאה לצורך הברחה ממסים גם כן.

נסיבתיות, כלומר, הכרעה שאינה מבוססת אך ורק על הערכה אלא גם על עובדות התומכות, גם אם לא באופן מוחלט.

ב. עדי קידושין שלא ראו את נתינת הטבעת המרכזי דן בתוקפם של קידושין כשהעדים לא ראו את רגע נתינת הטבעת, ובין היתר כתב את הסברה הבאה:

ועוד אם עד רואה דבר מוכיח ונראה יכול להעיד ונדון כאילו ראה גוף המעשה כדאמרינן בגיטין ובקדושין ובית הלל אומר: "הן הן עדי יחוד הן הן עידי ביאה" [ואמרינן] בכ"מ במנאפין עד שיראה כדרך המנאפין.⁶⁵

דהיינו, גם אם העד לא ראה את מתן הטבעת בעיניו הוא יכול להעיד על הקידושין כאשר הנסיבות מוכיחות שכך היה. הרשב"א בתשובה חלק על כך:

השיב עוד בשנים שהיו עומדים אחרי גדר בית אחד. ושמעו שאמר ראובן ללאה התקדשי לי באתרוג אבל לא ראו נתינה ממש. ואפילו ראו האתרוג יוצא מתחת ידה אין כאן חשש של כלום. ואפילו היא מודה שלקחתו לשם קידושין דעדות ראייה דידיעה בעיא ממש.⁶⁶

אחרונים האריכו בביאור המחלוקת.⁶⁷ רבים מהאחרונים פירשו שבמקרה שבא לפני הרשב"א לא היה אומדן ברור, ובאומדן ברור יסכים הרשב"א שהוא מועיל בקידושין.

ג. פסיקת ההלכה

בעניין גמל האוחר בין הגמלים סברו הרמב"ם וראשונים נוספים, שאין מוציאין ממון על פי אומדן כזה, וכך פסק גם בשולחן ערוך.⁶⁸

למרות זאת השולחן ערוך⁶⁹ הביא גם את תשובת הרא"ש שאם יש "כמה אומדנות" מוכיחות שהשטר אבד בית דין כותב שטר חדש לתובע. כמו כן הוא פסק⁷⁰ את תשובת הרא"ש שאם הגיע לבית הדין כתב-פירעון שנראה מזויף אין סומכים עליו. בעקבות תשובה אחרת של הרא"ש הזהיר השולחן ערוך⁷¹ גם הוא

65. מרכזי קידושין, תקלא.

66. שו"ת הרשב"א א, תשפ, וראו ביתר פירוט: שם א, אלף קלג.

67. ראו: קצות החושן צ, ז; אבני מילואים לא, ד; מב, ח; חתם סופר אה"ע, ק"קא; דברי יחזקאל מ; וסיכום הדעות במשפט ערוך ל, יד.

68. שולחן ערוך חו"מ תח, ב.

69. שם סה, יז.

70. שם עא, יא.

71. שם צח, ב.

מהסתמכות על שטרות ישנים. הוא⁷² הזהיר גם מהערמה והברחת נכסים, והרמ"א סיים והדגיש שכל מי שרוצה להפקיע תקנות חכמים או לגזול חייבים חכמי הדור לבטל כוונתו אף על פי "שאינן כאן ראייה רק אומדנות מוכיחות היטב". עמדות האחרונים יובאו לקמן.

4. שכנוע של הדיין ללא ראייה

בגמרא מובאים כמה מקרים שבהם הכריעו דיינים בשאלות עובדתיות על סמך אומדן או ראיות פסולות.

א. סוגיות הגמרא

במסכת כתובות מובאים מקרים שבהם חכמים הוציאו ממון מיתומים על סמך אומדן שממון זה הופקד אצל אביהם:

ההוא גברא דאפקיד שב מרגניתא דציירי בסדינא בי רבי מיאשא בר בריה דרבי יהושע בן לוי, שכיב רבי מיאשא ולא פקיד, אתו לקמיה דרבי אמי, א"ל: חדא, דידענא ביה ברבי מיאשא בר בריה דרבי יהושע בן לוי דלא אמיד; ועוד, הא קא יהיב סימנא. ולא אמרן – אלא דלא רגיל דעייל ונפיק להתם, אבל רגיל דעייל ונפיק להתם, אימא איניש אחרינא אפקיד ואיהו מיחזא חזא.⁷³

וכן מופיעים שם גם המקרים הבאים:

ההיא איתתא דאיחייבא שבועה בי דינא דרבא, אמרה ליה בת רב חסדא: **ידענא בה** דחשודה אשבועה, אפכה רבא לשבועה אשכנגדה... בת רב חסדא **קים לי בגווה**... אמר רב פפא, השתא דאמר מר: קים לי בגווה מילתא היא, כגון אבא מר ברי דקים לי בגווה, קרענא שטרא אפומיה. קרענא ס"ד? אלא, מרענא שטרא אפומיה.⁷⁴

במעשה זה מסופר על אישה שנתחייבה שבועה, ורבא על פי עדות אשתו, שאותה אישה חשודה להישבע לשקר, הפך את השבועה על הצד שכנגדה.⁷⁵ רב פפא

72. שם צט, ר"ח.

73. **כתובות** פה,ב. הר"ן כתובות מד,א, בדפי הרי"ף, הביא שלוש שיטות להבנת המקרה: א. שיטת הרי"ף, ב. שיטת הרמב"ן כתובות פה, ב (וכן **מלחמות** ה' בבא קמא לח,ב, בדפי הרי"ף; וכן בהשגותיו ל**ספר הצבא**, מדה יב), ג. שיטת הרמב"ם שתידון כאן בהרחבה.

74. **כתובות** פה,א.

75. לדעת רוב הראשונים הוא אפשר לתובע להישבע וליטול, מלבד הריטב"א במקום שהקשה: "דכיון דליכא ראייה שהיא חשודה משום דקים ליה בבת רב חסדא לית ליה לאפוקי ממונא". על כן הסביר הריטב"א בשם רבי פנחס הלוי, אחי הרא"ה, שהנתבע היה אמור להישבע וליטול, ומכיוון שהוא נחשד, הנתבע נשבע ונפטר.

הסיק מזה שניתן גם למנוע גביית שטר שיש כנגדו עדות של אדם יחיד ואפילו פסול לעדות, שהשטר אינו תקף, ובלבד שהדיין מאמין לעד.⁷⁶

ב. שיטת הרמב"ם

הרמב"ם קבע על פי שתי הסוגיות את הכלל הבא:

יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים **שדעתו נוטה** להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראיה ברורה ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כפי מה שיודע. כיצד? הרי שנתחייב אדם שבועה בב"ד ואמר לדיין אדם שהוא נאמן אצלו ושדעתו סומכת על דבריו שזה האיש חשוד על השבועה יש לדיין להפוך השבועה על שכנגדו וישבע ויטול הואיל **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 אמוד להיות לו חפץ זה **וסמכה דעתו** שאין זה החפץ של מת מוציאו מן היורשין ונותנו לזה האמוד בו ונתן סימנים.

וכן כל כיוצא בזה שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא **דין האמת**, אם כן למה הצריכה תורה שני עדים שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן אע"פ שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר.⁷⁷

הרמב"ם כרך את דין "קים לי בגווה" עם דין הוצאת פיקדון מן היתומים והסיק מסוגיות אלו שהדיין צריך ללכת בפסיקתו על פי הבנתו ושכנועו הפנימי, גם ללא

הסבר מצמצם ביותר למקרה זה הובא ב**שו"ת מהר"ם אלשקר**, קיט, בשם הגאונים: "אנו אין לנו אלא מה שהשיבו רב שרירא גאון וחמודו רבינו האי ז"ל. וזה לשון התשובה: הכי מפרשי רבנן דהאי דינא שודא דדייני הוה, או כגון שודא דדייני דהוה אית ליה לרבא למידיני כדהואי ולפיכך סמך אבת רב חסדא". כלומר מדובר באחד המקרים המיוחדים שבהם על הדיין לפסוק על פי שיקול דעתו, ורק אז אפשר להסתמך על אומדן.

76. נחלקו ראשונים בסוגיה האם כוונתו הייתה שיניחו את השטר ללא גבייה כלל (רש"י) או שיחייבו את בעל השטר בשבועה (רבנו חננאל ורבנו תם).

77. **רמב"ם** סנהדרין כד, א.

ראייה תקפה על פי דין, ממילא הוא העלה את השאלה המתבקשת לשם מה צריך שני עדים, הרי הדיין יכול לפסוק גם בלעדיהם? על כך הוא השיב ששני העדים מהווים עילה לפסיקת דין גם במקום שהדיין אינו משוכנע מה האמת. את הסוגיה בסנהדרין השוללת פסיקה על פי אומדן הביא הרמב"ם כהסבר למצווה במניין המצוות בנוגע לדיני נפשות בלבד:

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

ולא תרחיק זה ולא תפלא מזה הדין. כי הדברים האפשריים מהם קרובי האפשרות מאד ומהם רחוקי האפשרות ומהם אמצעיים בין זה לזה. ולאפשר רוחב גדול מאד. ואילו התירה התורה לחתוך דיני נפשות... עד שיחתכו הגדרים וימיתו האנשים פעמים במעט אומדן לפי דמיון הדיין ומחשבתו... ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד...⁷⁸ כלומר, שלא כדיני ממונות שבהם יכול הדיין להסתמך על השכנוע הפנימי שלו, כדיני נפשות הדבר אסור. כדי להבין היטב את שיטת הרמב"ם נציג את דבריו בטבלה:

גמל האוחר (נזקי ממון ח, יג)	דיני ממונות (סנהדרין כד, א)	דיני נפשות (סנהדרין כ, א)
אין הנזקין משתלמין ואין חייבין בכופר ואין הבהמה נהרגת אלא בראיה ברורה ובעדים הכשרים להעיד...	יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אף על פי שאין שם ראיה ברורה ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כפי מה שידוע...	אין בית דין עונשין באומדן הדעת אלא על פי עדים בראיה ברורה...

78. ספר המצוות, מצוות לא תעשה, רצ.

לעומת זאת, הרמב"ן בהשגתו לספר המצוות סבר שאין הבדל בין ממונות לנפשות:

וכן מאומד אף בדיני ממונות הוא פסול דקיימא לן כרבנן דפליגי עליה דר' אחא בגמל האוחר כמתבאר שם ברביעי שלסנהדרין (לז,ב).⁷⁹

לפי דרכו הרמב"ן אף הקשה על הרמב"ם, שכתב שיש מצווה שלא להסתמך על אומדן בדיני נפשות, מדוע המצווה אינה כוללת גם את דיני הממונות? אלא שכאמור הרמב"ם הבחין בין דיני ממונות לדיני נפשות.

ועדיין, גם לגבי ממונות, לכאורה יש סתירה בדברי הרמב"ם לגבי הסתמכות על אומדן – לגבי גמל האוחר הרמב"ם כתב שיש צורך בעדות כשרה ו"בראייה ברורה", לעומת זאת הוא כתב במפורש שניתן להכריע את הדין בממונות למרות "שאינן שם ראייה ברורה".

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

1. **אומדן מועיל רק להחזיק ממון** – הממון שאצל היתומים במקרה שנדון בגמרא אינו נחשב כמוחזק בידם, ולכן אומדן בית הדין מספיק כדי להוציאו מהם (אמרי בינה).
2. אומדן של הדיין על פי שכנוע פנימי מועיל רק להחזיק ממון, לעומת זאת, אומדן של כל העולם מועיל אף להוציא (נתיבות המשפט).
3. שכנוע על פי עדים מועיל רק להחזיק ממון, לעומת זאת שכנוע של הדיין עצמו מספיק אף להוציא ממון (נחל יצחק).
4. אומדן מועיל רק בבית דין גדול שיכול גם להוציא ממון שלא על פי שורת הדין, לעומת זאת בבית דין רגיל אומדן מועיל רק להחזיק ממון (ישועות ישראל).

ג. תקנה שלא להסתמך על אומדן

העיקרון המובא ברמב"ם סויג כבר על ידי הרי"ף:

וחזינן לגאון דקאמר דהאידינא לא אפשר ליה לדיין למימר "קים ליה בגויה", דלא בריר לן קים לן בגויה היכי הווי. הלכך לית ליה לאורועי שטרא או לאפוכי שבועה אלא בעדות ברורה ואעפ"כ בעדות אדם נאמן מחמיצין את הדין ודורשין וחוקרין עד שיתברר הדבר ויצא הדין לאמיתו.⁸⁰

79. השגות הרמב"ן על ספר המצוות לרמב"ם, מצוות לא תעשה, רצ.

80. רי"ף כתובות מג,ב.

לפי דברי הרי"ף ישנה תקנה שאין להסתמך על שכנוע פנימי בפסיקה, והאפשרות היחידה העומדת לפני הדיין שקיבל עדות פסול שהוא מאמין לה היא להמשיך ולחקור עד לבירור העניין. הרמב"ם פסק גם את שיטת הרי"ף ובכך צמצם את היסוד שהניח הוא עצמו בתחילת דבריו:

כל אלו הדברים הן עיקר הדין אבל משרבו בתי דינין שאינן הגונים ואפילו היו הגונים במעשיהם אינן חכמים כראוי ובעלי בינה הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה, ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו בעדות אשה או פסול וכן בשאר כל הדינין ולא ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה, וכן אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה לא בדעת הדיין ולא באומדן המת או הטוען, ואעפ"כ אם העיד אדם נאמן בדבר מכל הדברים ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אומר ממתין בדין ואינו דוחה עדותו ונושא ונותן עם בעלי דינין עד שיוודו לדברי העד או יעשו פשרה או יסתלק מן הדין.⁸¹

לפי דבריו בזמן הזה הדיין לא יכול לסמוך על "קים לי בגווה" ואף לא על האומדן שעל ידו מוציאים פיקדון מן היתומים.⁸² גם הסמ"ג⁸³ הביא את דברי הרי"ף והרמב"ם שבזמן הזה לא מסתמכים על אומדן.

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

הרא"ש הביא את דברי הרי"ף,⁸⁴ אולם, מדבריו במקומות אחרים נראה שאם האומדן חזק ("אומדנא דמוכח"), ניתן להסתמך עליו גם בימינו. כך הבינו חלק

81. רמב"ם סנהדרין כד, ב.

82. המאירי במספר מקומות מביא את דברי הרי"ף והרמב"ם להלכה. ראו למשל דבריו בבית הבחירה יבמות קא, ב: "ומכל מקום עכשו כתבו גאוני ספרד שאין לו לדיין להיות סומך בענין זה אלא בראיה ברורה שאין כל הדיינין בקיאים כל צרכם ואין ראוי להתיר הרצועה לכל דיין ודיין לומר מוחזקני בזה שהוא נאמן, ויפה כתבו".

בשו"ת מהרי"ט א, קיב, ביאר שהסיבה שהרמב"ם הרחיב את דבריו גם לגבי היתומים, מעבר למה שכתב הרי"ף, היא שהרמב"ם חלק על הרי"ף בביאור דין זה וסבר שהוא מבוסס על אומדן, בניגוד לרי"ף שביאר הלכה זו בדרך אחרת.

83. סמ"ג, עשין קז.

מהאחרונים (ראו לקמן בדברי עבודת הגרשוני ומהריט"ץ בפרק על "אומדנא דמוכח").

ד. פסיקת ההלכה

השולחן ערוך⁸⁵ העתיק את דברי הרמב"ם בעניין אומדן, ואף את קביעתו שלא ניתן להסתמך על אומדן בזמן הזה. הרמ"א הוסיף על פי דברי תרומת הדשן⁸⁶ שניתן לגזור על אדם שלא ישאו ויתנו עמו ולא יאשה שלא תינשא אם יש אומדן שהם מחזיקים גזל תחת ידיהם. הסמ"ע⁸⁷ הסביר שהרי"ף והרא"ש שהשמיטו את הסייג על הסתמכות על אומדן במקרה של גבייה מיתומים, סוברים שניתן גם היום להוציא מיתומים על סמך אומדן מפני שאינם טוענים ברי. באחת מתשובותיו דן המהרשד"ם במקרה שיש אומדן שנפלה טעות בשטר – במקום מ"ה אלף (=45,000) נכתב מ"ה (=45) בלבד. הוא הביא את דברי הרא"ש אך הוסיף שלפי הרמב"ם אין להסתמך היום על אומדן:

ואם בארזים הגבוהים כהרמב"ם וחבריו אמרו כן מה נעשה אנן יתמי דיתמי אזובי קיר. למדנו מכאן שאעפ"י שיש אמדנות שראוי לסמוך עליהם, אין לדון אלא על פי ראייה גדולה וחזקה ועל כן אני אומר דבנידון דידן אעפ"י שנראה שיש כאן אמתלאות כפי הנזכר למעלה מ"מ פשיטא דאין כח להוציא ממון גדול כזה.⁸⁸

למרות שהוא הבין שהרא"ש פוסק שניתן להסתמך על אומדן, הוא חשש מלהכריע במחלוקת והעדיף טעמים אחרים המבוססים בהלכה. במקום נוסף⁸⁹ הזכיר המהרשד"ם את דברי הרא"ש שאומדן מועיל אף להוציא ממון, אך כתב שליבו לא מלאו לסמוך על כך. וראו בשו"ת בעי חיי⁹⁰ שטען שהמהרשד"ם הורה להוציא ממון רק כשהממון הוצא מבעליו במרמה על ידי אותם אנשים שהממון אצלם, וגם אז התיר לאיים עליהם על ידי המלכות, ולא שבית הדין עצמו יוציא את הממון מהם.

84. רא"ש כתובות ט, ו.

85. שולחן ערוך חו"מ טו, ה.

86. שו"ת תרומת הדשן ב, רס.

87. סמ"ע טו, טז.

88. מהרשד"ם חו"מ, טו, וכן שם, רו.

89. שם, קמח.

90. שו"ת בעי חיי חו"מ, י.

5. דין מרומה

מקרה נוסף שבו רשאי בית הדין לפעול על פי אומדן, הוא בדין מרומה, כפי שנאמר בגמרא:

מנין לדיין שידוע בדין שהוא מרומה, שלא יאמר: הואיל והעדים מעדיין, אחתכנו ויהא קולר תלוי בצואר עדים? תלמוד לומר: מדבר שקר תרחק.⁹¹
בביאור הדין ובפסיקה נחלקו ראשונים, כפי שיבואר.

א. הסתלקות או הסתמכות על אומדן

הרמב"ם, לאחר שקבע שלא ניתן לפעול לפי אומדן בזמן הזה, כתב מה הדיין צריך לעשות ב"דין מרומה", כלומר, כאשר יש התנגשות בין העדויות ששמע לבין השכנוע הפנימי שלו:

...אם היה לבו נוקפו שיש בו רמאות או שאין דעתו סומכת על דברי העדים אע"פ שאינו יכול לפסלן או שדעתו נוטה שבעל דין זה רמאי ובעל ערמה והשיא את העדים אף על פי שהם כשרים ולפי תומם העידו וזה הטעם, או שנראה לו מכלל הדברים שיש שם דברים אחרים מסותרין ואינן רוצים לגלותם, כל אלו הדברים וכיוצא בהן אסור לו לחתוך אותו הדין אלא **יסלק עצמו מדין זה וידיננו מי שלבו שלם בדבר**, והרי הדברים מסורים ללב והכתוב אומר כי המשפט לאלהים הוא.⁹²

הרמב"ם קבע שאם הדיין רואה שלא ניתן להגיע לדין אמת עליו להסתלק מן הדין. הלכה זו תקפה גם בימינו, והיא יכולה לסייע לדיין כשיש לו סתירה בין השכנוע הפנימי לבין הראיות.

לגבי דין מרומה תוספות⁹³ סברו כרמב"ם שאם הדין מרומה בוודאות, על הדיין להסתלק מן הדין, ואם הוא מסופק בכך עליו לדון ולברר עד היכן שידו משגת. השאלה היא מדוע על פי התוספות לא ניתן במקרה כזה להכריע לפי אומדן, ואולי מפני שאין זו "אומדנא דמוכח" וצ"ע.

לעומת זאת, הרא"ש נקט בצעד פעיל יותר. בתשובה לגבי שטר הלוואה שהמלווה רוצה לגבות 30 שנים אחרי ההלוואה מירשי הלווים שכבר מתו, כתב הרא"ש:

ואם יראה לדיין שדין מרומה הוא, ימנע מלהשתדל באותו הדין. וכן אני עושה, כשמביאין לפני שטרות ישנים, אני חוקר ודורש להוציא הדין

91. **שבועות** ל"ב.

92. **רמב"ם** סנהדרין כד, ג.

93. **תוספות** סנהדרין לבב, ד"ה כאן.

לאמיתו, ואם אני רואה באומדנא דמוכח שהדין מרומה ושקר, אני אומר שאין לשום דיין מישראל להשתדל בדין זה, וזה אני כותב וחותם ונותן ביד הנתבע.⁹⁴

כלומר כאשר הדיין חש שהתובע מרמה פסק הרא"ש שאין לדון בכך יותר, כאשר משמעות הדברים היא פסיקה כנגד התובע.

במקרה בו התברר שיש רמאות מצדו של הנתבע הרא"ש הכריע בסופו של דבר שחייבים לפסוק את הדין על סמך אומדן.⁹⁵ הרא"ש האריך בדיני דין מרומה, הזכיר את שיטת המהר"ם מרוטנבורג שאם הנתבע מרמה חייבים לפסוק נגדו, על פי "אומדנא דמוכח" שהוא אכן מרמה והזכיר שוב את כל הראיות שלו מדיני אומדן שבגמרא. שיטת המהר"ם בדין מרומה מובאת גם בתוספות הרא"ש⁹⁶ לאחר שהוא מביא דברי התוספות (שהם כדעת הרמב"ם כמבואר להלן).

ב. פסיקת ההלכה

השולחן ערוך⁹⁷ העתיק את דברי הרמב"ם ביחס לדין מרומה והוסיף עליהם את עצת הרא"ש לכתוב פסק דין שאין לאף דיין להשתדל בדין שבו התובע מרמה. הלכה זו מובאת על ידו גם בהלכות הלוואה⁹⁸ הרמ"א הוסיף על פי המהרי"ק⁹⁹ שראוי לדרוש אחרי כל שטר ישן כדי להוציא הדין לאמיתו.

הסמ"ע¹⁰⁰ סבר שדברי הרא"ש מנוגדים לשיטת הרמב"ם שכתב שבדין מרומה הדיין צריך להסתלק מלדון, אך הגר"א¹⁰¹ כתב שהוראת הרא"ש במקרה כזה, לכתוב שטר שאין לדון בזה מוסכמת גם על דעת הרמב"ם.

בסעיף הבא הביא השולחן ערוך¹⁰² גם את שיטת המהר"ם, המובאת ברא"ש ובעוד ראשונים, שאם הנתבע רמאי הדיין אינו יכול להסתלק מהדין, ואם יש לדיין "אומדנא דמוכח" שהנתבע חייב – יחייבנו "אם הוא דיין מומחה ויחיד בדורו". לכאורה יסוד הדין הוא משום דין מרומה, אך הגר"א¹⁰³ ציין הביא לכך מספר

94. שו"ת הרא"ש טח, כ.

95. שם קו, ו.

96. תוספות הרא"ש סנהדרין לבב, ד"ה כאן.

97. שולחן ערוך חו"מ טו, ג.

98. שם טא, ט.

99. שו"ת מהרי"ק, שורש קצ.

100. סמ"ע טו, יב, הובא גם בנתיבות המשפט חידושים טו, ח.

101. הגר"א חו"מ טו, י.

102. שולחן ערוך חו"מ טו, ד.

103. הגר"א שם, יא.

מקורות, כמעשה שלמה המלך ודין מברחת, וסיים "הכל באומדנא". הרמ"א הוסיף שבמקרה כזה הדיין יכול גם להשביע מי שאינו חייב שבועה מצד הדין "כדי לברר האמת".

ביחס למגבלה של הסתמכות על אומדן בזמן הזה ציינו הסמ"ע¹⁰⁴ ובעקבותיו נתיבות המשפט¹⁰⁵ לדברי המהרי"ק שכתב:

לעניות דעתי נראה דבר פשוט יותר מביעותא בכותחא שעל הדיין מוטל לדון על פי האמת אשר נתאמת אצלו, ולא על פי הטענות אם הם מכחישות את האמת כי למה תהא האמת נעדרת מפני טענות רמאות חלילה וחס.¹⁰⁶

כמו כן הם ציינו לדברי הרשב"א בתשובה שהובאה לעיל על קריעת שטר החוב שהיה ניכר שהוא מזויף (הדברים יובאו בהרחבה מיד, בדיון על קנס שלא מן הדין) ויפורט שם שהסיבה לכך הייתה משום דין מרומה. נראה שאין כוונת הסמ"ע ונתיבות המשפט לחלוק על השולחן ערוך, כי אם לומר שבית הדין יכול לפעול בדרכים מסוימות גם לאחר ביטול השימוש באומדן.

המהר"ם אלשיך נשאל על שטר קידושין שהיו סימנים מרובים שהוא מזויף, בתשובתו הוא דן באריכות בשאלה האם דנים על פי אומדן בזמן הזה, הביא את כל המקורות הנוגעים לעניין, וקשר את כל הדיון באומדן ל"דין מרומה". לבסוף הוא סיכם שיש חמש דרגות ב"דין 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 מזויף הוא אי לא, דלא מסהדי אהאי שטרא בייחוד.

רביעית, דאיכא רעותא בהאי שטרא גופא או במאן דחייב שבועה, אלא דלית ראיה אלא הוכחה על פומא דחד סהדא אף על גב שהוא מפי אשה דלאו בת עדות היא.

חמישית היכא דע"י בדיקות ובירורין איתגלי דמזויף שטרא.¹⁰⁷

104. סמ"ע שם, טו.

105. נתיבות המשפט, חידושים שם, י.

106. שו"ת מהרי"ק, שורש קיח.

107. מהר"ם אלשיך, מ.

לדבריו, יש מקרים בהם האומדן ברור על פי הוכחות וניתן אף לקרוע שטר על פיו, אך כאמור הוא מתבסס על "דין מרומה".

6. קנס שלא מן הדין

סמכות נוספת שהרמב"ם העניק לדיין היא לפעול שלא על פי הדין, סמכות זו תקפה גם בזמן הזה. הרמב"ם גם הדגיש שאין צורך בדיני הראיות בשביל לקנוס באופן זה, ואלו דבריו:

יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה, וכיון שרואים בית דין שפרצו העם בדבר יש להן לגדור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם הכל הוראת שעה לא שיקבע הלכה לדורות... ומעשה ותלה שמעון בן שטח שמונים נשים ביום אחד באשקלון ולא היו שם כל דרכי הדרישה וחקירה וההתראה ולא בעדות ברורה אלא הוראת שעה כפי מה שראה.

וכן יש לבית דין בכל מקום ובכל זמן להלקות אדם ששמועתו רעה והעם מרננים עליו שהוא עובר על העריות... וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם זה... וכן יש לדיין לנדות ולהחרים מי שאינו בן נידוי... וכן יש לדיין לעשות מריבה עם הראוי לריב עמו ולקללו ולהכותו ולתלוש שערו ולהשביע באלהים בעל כרחו שלא יעשה או שלא עשה... וכן יש לו לכפות ידים ורגלים ולאסור בבית האסורים ולדחוף ולסחוב על הארץ... כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה...¹⁰⁸

הרמב"ם קבע שבית הדין רשאי לפעול באופן חופשי במקום שיש צורך מיוחד.¹⁰⁹ בבית יוסף¹¹⁰ הוסיף והביא ראשונים שקבעו שרק גדולי הדור או טובי העיר שנבחרו לכך מוסמכים לפעול באופן זה.

בתשובה העוסקת באלמנה שנתנה הרשאה לאדם שידון בשבילה והלך ונתן את הנכסים לבנו, כתב הרשב"א דברים ברורים לגבי דרך הפסיקה:

108. רמב"ם סנהדרין כד, ד"י.

109. הדגשנו בדברי הרמב"ם שאפילו בדיני נפשות נעשה הדין בלא עדים וחקירות. עיינו בט"ז חו"מ ב, א, ד"ה וכן יראה) שעסק בשאלה מדוע הטור שמביא דינים אלו כתב: "וכן יראה מדברי הרמב"ם" ולא: "וכן כתב הרמב"ם", וטען שהטור חידש שאין צורך בעדים והראיה שזה לא נכתב במפורש ברמב"ם, אך לכאורה הדברים מפורשים ברמב"ם וצ"ע.

110. בית יוסף חו"מ, ב.

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

ומרי בר איסק יוכיח. שאמר לו רב חסדא: הכי דיינא לך ולכל אלמי חברך. ובפרק הכותב אמרו: תולה מעותיו בנכרי היה. הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך: עשו לו שלא כהוגן. וזהו ההוגן, וזה הדין האמת והצדק.¹¹¹

בסיום דבריו הזכיר הרשב"א מימרות חז"ל על היכולת של חכמים לעשות "שלא כהוגן" עם מי שעשה שלא כהוגן. בתשובה נוספת הוא מגבה בית דין בנימוק זה:

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

תשובה, אם הבית דין ידוע ומוחזק בכשרות וירא שמים ובית דין חשוב הוא יש בו כח לעשות כזה וכיוצא בזה להוראת שעה. וכמדומה שעל זה אמרו דין אמת לאמתו. וזהו מעשה דמרי בר איסק (בבא מציעא ל"ט, ב) ... אמר ליה הכי דייננא לך ולכל אלמי חברך. הנה שרב חסדא הפך את הדין לפי שעה להוציא את הדין לאמתו. ומכל מקום צריך הבית דין להיות מתון בדברים אלו הרבה ולדרוש ולחקור היטב קודם שיקרע שטרות של בני אדם. וכאותה שאמרו בפרק הכותב אמר רב פפא השתא דאמר קים לי בגווייה מילתא היא כגון אבא מר ברי דקים לי בגווייה קרענא שטרא אפומיה. ואקשינן קרענא ס"ד אלא מרענא שטרא אפומיה.

ושמעתי כי מעשה היה בפני מורנו הרב רבינו משה בר' נחמן ז"ל וקרעו בידיו. והכל לפי הבדיקות ולפי כוונת שמים וירא אלהים יצא את כלם.¹¹²

111. שו"ת הרשב"א ב, קמח.

112. שם א, אלף קמו.

הרשב"א הזכיר בדבריו הן את המושג "דין מרומה" הן את המקורות של "ענישה שלא כדין". נראה שלדעתו אלו המקורות שעליהם ניתן להסתמך אף בשביל לקרוע שטר חוב. הוא גם מביא את הדין של "קים לי בגווה", אך אין זה המקור היחיד לפסק, ועל כן אין לשאול כיצד הוא מתמודד עם שיטת הרי"ף והרמב"ם שכיום אין לנהוג כך. לפי עדותו של הרשב"א, גם רבו, הרמב"ן, פסק לעיתים לקרוע שטר הלוואה על פי אומדן.

השולחן ערוך¹¹³ הביא גם את דברי הרמב"ם ביחס לענישה שלא כדין אף כשאין ראיות מספיקות למעשה העבירה, והוסיף על כך את המגבלה של הרא"ש שדווקא לגדולי הדור או לטובי העיר יש סמכות כזו. הרמ"א הביא שיש חולקים לגבי טובי העיר אך אם נהגו כך או קיבלו עליהם גם להם יש כוח לענוש שלא כדין.

ג. עקרונות העולים מדברי האחרונים

האחרונים עסקו בסוגיה זו ויישבו שיטות הראשונים וסוגיות הגמרא. כדי להקל על הדיון, דבריהם מוינו לפי הסברות השונות.

1. אומדן מועיל רק להחזיק ממון

כמה מהאחרונים¹¹⁴ תירצו את הסתירה בין פסיקת הרמב"ם לגבי "גמל האוחר" – שם לא ניתן להסתמך על אומדן, לבין פסיקתו שניתן לאמוד את גמירות דעת נותן המתנה, וכן שמעיקר הדין ניתן להסתמך על שכנוע פנימי, בכך שניתן להסתמך על אומדן רק כדי להחזיק ממון, או שכיוון שיש מחלוקת בעניין, אין להוציא ממון מהמוחזק.

א. הרמב"ם מאפשר להחזיק ממון על בסיס אומדן

הרדב"ז קבע שעל פי הרמב"ם אין להוציא ממון על פי אומדן אך אפשר להחזיק ממון:

אלא אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל דפסק כרבנן דלא אזלינן בתר אומדנא, הני מילי לאפוקי ממונא, אבל לאוקמי ממונא הדבר ברור דאזלינן בתר אומדנא.¹¹⁵

113. שולחן ערוך חו"מ ב, א.

114. ראו גם: שו"ת שואל ומשיב ג, א, קנב; ג, ב, קפד ועוד.

115. שו"ת הרדב"ז א, רפז, ובעוד תשובות רבות.

אמנם מדברי הרמב"ם נראה שמוציאים ממון מהיתומים על פי אומדן שהממון שבידם הוא פיקדון.

ואכן הרדב"ז חזר במקומות רבים על כך שהרא"ש שפוסק כרבי אחא, סובר שניתן להוציא ממון על סמך אומדן והחולקים עליו סוברים שניתן רק להחזיק ממון על סמך אומדן. נביא כדוגמה תשובה בה הוא מסתמך על אומדן, אך רק בכדי להחזיק:

ואע"ג דרוב הפוסקים פסקו דלא קיימא לן כרב אחא דאמר גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצידו בידוע שזה הרגו הני מילי לאפוקי ממונא אבל לאוקומי ממונא מוקמינן מאומדנא והכא קרקע בחזקת בעליה עומדת והשוכר הוא המוציא.¹¹⁶

במקום אחר¹¹⁷ השתמש הרדב"ז בצירוף של אומדן וסיבות נוספות כדי להוציא אף מיתומים, והדגיש שרק בגלל צירוף של כמה דברים ביחד ניתן לעשות זאת. במקרה אחד¹¹⁸ שבו היה צירוף של אומדן ושיקולים הלכתיים נוספים הוא פסק להוציא ממון והדגיש שהוא פוסק כמו הרמב"ם ולדעתו במקרה כזה גם הרמב"ם יודה מכיוון שיש צירוף של סברות נוספות. כמו כן הרדב"ז כתב במספר מקומות שאומדן מסוים אינו מספיק ודרש אומדן טוב יותר. לא נוכל לפרט את הדברים וכל דבר לפי עניינו.

הרדב"ז לא התייחס לדברי הרמב"ם שהיום אין מסתמכים על אומדן, אולם בשו"ת משפטים ישרים דן בעניין זה. הוא עסק במקרה של אדם שהחזיק בקרקע ונתבע על ידי יורשי שותפו, שטענו שהוא לקח את חלק הקרקע של מורישם שהיה שותפו. הנתבע השיב שהוא קנה מהשותף את חלקו בקרקע. נפסק על פי אומדן, שהנתבע אכן קנה מהתובע את חלקו, והוסבר מדוע ניתן להסתמך על אומדן בזמן הזה גם לדעת הרמב"ם: "אך נראה דעד כאן לא קאמר הרמב"ם ז"ל דאין לסמוך על האומדנא אלא להוציא אבל להחזיק מה שבידו שפיר סמכינן על האומדנא."¹¹⁹ לדבריו, מסתמכים על אומדן כדי להחזיק ממון גם בזמן הזה. גם בית הדין הרבני הגדול¹²⁰ חיזק פסק דין של בית הדין האזורי שנמנע מלהוציא ממון על פי אומדן מוכח.

116. שם ג, תקנא.

117. שם ד, ע.

118. שם ו, ב אלפים צו.

119. שו"ת משפטים ישרים א, קעא.

120. פסקי דין רבניים ד, עמ' 178-177.

ב. אין להוציא ממון כיון שיש מחלוקת בתשובה מפורטת סיכם בשו"ת בעי חיי את תמונת המצב בפסיקה עד זמנו, והיא מצטרפת לכל המקורות שהבאנו עד עתה. נושא התשובה הוא תביעה על חוב ישן כלפי אדם שנפטר זה מכבר. התביעה נראתה תמוהה ביותר מכיוון שהחוב לא נתבע בחייו של הנתבע ובשל אומדנות רבים, ובסיכום תשובתו כתב:

כללא דמילתא דכולהו רבוותא סבירא להו דאזלינן בדיני ממונות בתר אמדנא דמוכח להחזיק ויש מהם סוברים דאזלינן בתר אמדנא אפילו להוציא ממון... ומסורת היא בידינו גדול כח המוחזק.¹²¹

נמצא שלדעתו ניתן להשתמש ב"אומדנא דמוכח" כדי להחזיק ממון אף בימינו אלו. אף שהרמב"ם ומהרי"ק שללו זאת, המחזיק יוכל לומר "קים לי".

2. "אומדנא דמוכח"

בניגוד לאחרונים שפסקו שניתן להסתמך על אומדן רק כדי להחזיק ממון, פסקו אחרונים רבים שניתן להסתמך על "אומדנא דמוכח" כדי להוציא ממון. התשב"ץ פסק:

שאלת, אשה אחת במליינא ואחיה בתונס והדרך רב ביניהם, ובצאת נפשה כי מתה צוותה שיתנו נכסיה לעניי עירה. ועכשיו בא אחיה והוא עני, אי אזלינן בתר אומדן דעתא, שאנו אומרין שאלו עלה בדעתה שיבוא למליינא או שישלחם לו ממליינא, לא היתה מקדשת נכסיה לעניים, כל שכן אם הוא עני אי אמרינן ענייך ועניי עירך ענייך קודמין?

תשובה, קיימא לן כרבי שמעון בן מנסיא בפרק יש נוחלין (בבא בתרא קלב,א) ובפרק אע"פ (כתובות נו,א) דאזלינן בתר אומדנא. ואומדן דעתא הוא שאם היה אחיה עמה או במקום שתוכל לשלוח לו נכסיה לא היתה נותנת נכסיה לאחרים ולעבור נחלה מאחיה היורש דבר תורה. וכל שכן אם הוא עני, וענייך ועניי עירך ענייך קודמין. ע"כ כל מה שיש מנכסיה בעין ולא הוציא והוה הקהל בהוצאותיהם ינתן בידו מן הדין.¹²²

הרשב"ש, בנו של התשב"ץ, כתב תשובה בחיי אביו, שבה הוא מבאר את אחד מפסקי התשב"ץ. בתשובה זו הוא קושר את כל ענייני האומדן יחדיו. התשובה עוסקת בסוחרים שקנו סחורה כדי לטעון אותה על האונייה, ומסיבות שונות אי אפשר היה להעמיס את הסחורה. התשב"ץ הורה לבטל את העסקה:

121. שו"ת בעי חיי חו"מ, י.

122. שו"ת תשב"ץ ג, רפט.

שהרמב"ם ז"ל לא יחלוק שכל אומדנא דמוכח דסמכינן עליה, שהרי ביש נוחלין תניא, הרי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחר ואח"כ בא מתנתו מתנה, שמעון בן מנסיא אומר אין מתנתו מתנה שאלו היה יודע שבנו קיים לא היה כותבם, ואמר רב נחמן הלכה כר' שמעון בן מנסיא, ופסק הרב ז"ל דין זה בפ"ו מהלכות זכיה ומתנה. א"כ הרמב"ם ז"ל אינו חולק ואזלינן בתר אומדנא דמוכח. ומתנת שכיב מרע בכולה דאם עמד חוזר, משום אומדנא דמוכח היא דלא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחרינא. והכא בנדון הזה, אומדנא דמוכח הוא (דלא) שלא קנה זה פשתן והספינה בנמל אלא לשלחו במיורקה, ואם נאנסה הדרי זביני, דאנן סהדי דלא קנאו אלא לשלחו, ואנן סהדי רבותינו ז"ל נשתמשו בתלמוד בכמה מקומות.¹²³

הרשב"ש רואה במקרים שבגמרא העוסקים באומדן גמירות דעת במתנה אב טיפוס לכל הסתמכות על "אומדנא דמוכח". ממילא ניתן להסיק שהוא אינו מבחין בין אומדן גמירות דעת במתנה לאומדן במכר. מכלל דבריו עולה שאף שבתני הדין כיום אינם יכולים לפסוק על פי אומדן הם כן יכולים לפסוק על פי "אומדנא דמוכח".

לעומת זאת הרא"ם הזהיר מהסתמכות על אומדן, אם לא כאשר מדובר בדין שמופיע בתלמוד או "באומדנא דמוכחא טפי":

וכיון דאנן לא בקיאין האידינא בשעור האומדנא כמו שהיו בקיאים בהם חכמי התלמוד דהוּו בקיאי טפי באומד כל דבר ודבר, ואיזה מהם הוּו אומדנא דמוכחא ואי זה מהם לא הוּו אומדנא דמוכחא, לא נוכל אנחנו להוציא ממון מיד המחזיק בו בלא ראייה ברורה, אלא או באומד שנזכר בתלמוד או באומדנא דמוכחא טפי דליכא למיתלי בה משום מלתא אחריתי.¹²⁴

בדומה לכך, המהר"א ששון¹²⁵ כשדן באדם שהציל אחרים ותבע מהם הוצאות, כתב שיש "אומדנא דמוכח" שהם היו רוצים שיעשה זאת עבורם ולכן דינו כ"יורד ברשות". אולם למסקנה הוא כתב שמכיוון שהם מכחישים צריך לדון אותו כ"יורד

123. שו"ת רשב"ש, שפז.

124. שו"ת הרא"ם, טז.

125. שו"ת מהר"א ששון, מה.

שלא ברשות".¹²⁶ במקרה נוסף¹²⁷ הוא הסתמך על דברי הרא"ם שהובאו לעיל שלא ניתן לקבוע שמקרים שלא מופיעים בגמרא הם בגדר "אומדנא דמוכח". למרות זאת הוא עצמו פסק על סמך "אומדנא דמוכח" במקרה שהגיע לפניו:

הנה מהנודע בכמה וכמה דברים וענינים חמורים אזלינן בתר אומדנא דמוכח, כדאיתא בגמרא ובספרי הפוסקים ישנים גם חדשים ולא יכילם ספר וגיליון להביאם ולכותבם ולהאריך בהם. וכיון שכן, הנה בנידון דידן, מכח האומדנות המוכיחות בזה הענין בהן לבדנה היה ראוי לפטור את שמעון... וא"כ בודאי דנידון דידן אין לך דין מרומה גדול ממנו ואדרכא אני אומר שהוא מפורסם ונודע אצלי ששטר זה כולו פרוע ואם נשאר ממנו לא נשאר כי אם מעט מזער כו' באופן שהנה מהראוי היה מכח אלו האומדנות לבדן לפטור את שמעון אך אמנם להפיס דעת התובע אעלה על ספר קצת טענות אחרות ראויות ורצויות לפטור את שמעון הנזכר ומה גם בהצטרפם בשרש הזה והוא שרש האומדנות דמוכיחות שכתבתי.¹²⁸

אמנם הפסיקה היא להחזיק ממון ולא להוציא ממון, אולם הוא לא ציין במפורש שלא היה פוסק כך אילו היה מדובר על הוצאת ממון.

בעל שו"ת עבודת הגרשוני סובר שניתן להפוך שבועה על סמך "אומדנא דמוכח", גם לאחר פסיקת השולחן ערוך ששולל הסתמכות על אומדן רגיל בזמן הזה:

אמנם נלע"ד אם יש לדיין אומדנא מוכחות שלבן משקר ומכחיש ודאי יש בידו להפך השבועה על שכנגדו אע"פ שהגאונים אחזו לנו השער הובא בהרא"ש... וכ"כ הרמב"ם, ש"מ שאסרו לנו ידינו להעמיד דבר על האומדנא להוציא ממון כי אנו אין בקיאים באומדנא. מכל מקום נראה היינו דוקא לענין זה לומר קים לי בגווה להפך שבועה או לארועי שטרא אבל ע"י אומדנות דמוכחות ודאי יש לנו רשות לדון גם בזמן הזה וכן מצינו בכמה תשובות הרא"ש ושאר אחרונים שיש לנו רשות לדון ע"פ אומדנת דמוכחות...¹²⁹

לדבריו "אומדנא דמוכח" אינו בכלל תקנת הרמב"ם, וניתן להסתמך עליו גם בזמן הזה.

126. ראו שולחן ערוך חו"מ שעה, א"ד, שם מבואר ההבדל בין "יורד ברשות" ל"יורד שלא ברשות".

127. שו"ת מהר"א ששון, נד.

128. שם, פב.

129. שו"ת עבודת הגרשוני צא.

בתשובות מהרשד"ם ישנן התייחסויות רבות ומשמעותיות לנושא הסתמכות על אומדן. במקום אחד הוא כתב בנוגע לאירוע שבו נהרג נער, ונחשדו בכך שני אנשים שחשבו שהוא גנב מהם וחקרו אותו, כפי הנראה באלימות, עד מותו:

אבל מ"מ יש לכל קהל וקהל מישראל לעשות קרוב לדין להעניש עושה רע כזה או יוצא מחמת ידו דבר כיוצא בזה, ולכן ראיתי לכתוב בקצור במעשה הרע הזה... שמע מינה **שיש להלך אחר אומדנא להוציא ממון כאשר יש אומדנא גדולה.**¹³⁰

המהרשד"ם ציין לדברי הראב"ד שניתן לחייב בתשלום על חבלה באבן על פי אומדן והסיק מכך שניתן להוציא ממון על סמך "אומדנא גדולה". במקום נוסף¹³¹ הוא הסתמך על אומדן כדי להוציא ממון מיתומים וזאת על פי "קלא דלא פסיק" ועדויות חלקיות, על פי תשובות הרא"ש.

גם מהר"י אדרבי, בעל שו"ת דברי ריבות, סמך על שיטת הרא"ש בענייני אומדן, הן בבירור זיפופו של שטר¹³² הן ביחס להברחת נכסים על ידי נתינתם כביכול לאחר.¹³³ בתשובה שכתב הוא הכריע על פי בירור המציאות, והקדים לכך את הכללים הבאים:

ומצאתי ראיתי מה שכתב הרא"ש בתשובותיו כלל ס"ט והביא כמה וכמה ראיות מן הש"ס דאזלינן בתר אומדנא דמוכח אפילו להוציא ממון... וגם כתב הרמב"ם ז"ל בהלכות סנהדרין פרק כ"ה יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה בהן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא דין אף על פי שאין ראיה ברורה ואין צריך לומר אם הוא ידוע בודאי שהוא כן שהוא דן כפי מה שידוע... ולכן קריתי ושניתי ושלשתי השטרות והגזירות והאגרות אשר בין השתי כתות הנזכרות ומצאתי שיש כמה וכמה אומדנות גדולות וידיים מוכיחות בלי שום ספק...¹³⁴

במקרה הנדון הוא אכן הוציא כסף מאחד הצדדים (על פי שטר, כך שאין כאן הסתמכות מלאה על אומדן גרידא), אך הוא הקדים לכך גם כמה מילים על חשיבות הפשרה, ונראה שהאומדן היה בסיס לפשרה ולא לפסיקה על פי שורת הדין. במקום נוסף¹³⁵ התייחס מהר"י אדרבי למקרה של שטר שחסרה בו מילת

130. שו"ת מהרשד"ם חו"מ ה.

131. שם, לז.

132. שו"ת דברי ריבות, קא.

133. שם, רנח.

134. שם, רסב.

135. שם, שדמ.

"אלף", שבו דן המהרשד"ם, וכתב שהיה ראוי לפסוק על פי אומדן, אלא שמסיבות שונות לא הכריע כך.

מהרי"ט צהלון נקט במספר תשובות שניתן לגבות מיתומים חובות שיש "אומדנא דמוכח" שאביהם לא פרע, וכן שניתן לגבות חובות מהקדש על סמך "אומדנא דמוכח". כך הוא כתב בתשובה אחת:

אמנם אם איכא אומדנא דמוכחי שלא פרעו, כגון שהכתב ששלח שמעון ללוי שיפרע לראובן ממעות העניים ששלח לידו היה קרוב למיתת שמעון, ויש בירור שלא יצאת ספינה מאותו היום עד שמת, אם כן הרי אומדנא דמוכח שלא פרע...¹³⁶

אך עולה מדבריו שרק במקרים מיוחדים ניתן להוציא על פי אומדן (כגון גביית חוב מיתומים כאשר ברור שהאב לא פרע את החוב). לגבי אומדן להוציא ממון נוקט מהרי"ט צהלון בשיטה מחודשת, המופיעה בתשובה שבה יישב דברי הרא"ש:

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

אלא שאין הנדון הזה דומה לאותו הנדון, דלעולם אומדנא דמוכחי דנין על פיו, אלא שהשאלה ההיא שכתב על סכום מנין המעות שהפסידה, שרחל אומרת הפסדתי הרבה מעות סך אחד יש לו עדים ברורים והסך האחר אין עדים אלא הוכחות. לכך השיב שמנין המעות שהפסידה לא מהני לברר המנין מהוכחות אם לא בעדים ברורים, דאין אפשר לברר על ידי הוכחות מנין המעות, וזה פשוט... אמור מעתה אעפ"י דאזלינן בתר אומדנא דמוכח על המעשר מכל מקום על סכום המעות לא אזלינן זו היא דעת הרא"ש ומעתה לא יהיו דבריו סותרים למה שכתבנו.¹³⁷

כלומר ניתן לשער את עצם החיוב על פי "אומדנא דמוכח", אך לא ניתן לשער באופן זה את שיעור החיוב.

136. שו"ת מהרי"ט צהלון החדשות, יט, מב; שו"ת מהרי"ט צהלון, יז.

137. שו"ת מהרי"ט צהלון החדשות, מב.

בשו"ת דרכי נועם¹³⁸ עסק בהרחבה במקרה שהיה אומדן שבעלי חוב לא שילמו חובם למלווה. הוא חייב על פי אומדן, והתווכח עם חכם אחר שכתב לו שאין מוציאים ממון על סמך אומדן. נצטט קטע קצר מאחת התשובות:

כל הפוסקים כלם האריכו למעניתם בענין האומדנות דעבדינן בהו עובדא להוציא ממון וגם להפקיע מעליו חומר שבועה או נזירות.¹³⁹

בשו"ת שבות יעקב חיוק את היכולת לדון במיוחד בזמן הזה על פי אומדן, מכיוון שאין מי שיודע לדון דין תורה, אך גם הוא הגביל זאת להיפוך שבועה או לפשרה:

ואדרבא נראה לי דעכשיו יותר יש לדון ע"פ האומד והיושר דהרי הסכמת האחרונים דהאידינא לית דידע למידן דין תורה אפילו בימי אמוראים מצינו כן בירושלמי מכל שכן האידנא אם הראשונים כפתחו של אולם וכו' רק שצריך כל דיין להיות מתון בדין בכל מאמץ כחו לדין דין אמת ואם רואה שהדין מרומה יכול לדון ע"פ האומד לראות לפשר הדבר או להפך השבועה על המשלח.¹⁴⁰

הראי"ה קוק הוסיף עוד קולא בעניין אומדן:

ונראה שדוקא בדבר פרטי לפסוק שתמיד יהיה הדין לסמוך על אומדנא מיוחדת, לא אזלינן בתרה, דשמא ישתנה הענין ובזמן אחר לא יהי' הענין מכריח כל כך, כמו שביאר הרמב"ם כהאי גוונא בספר המצוות מפני שהשער הזה הוא רחב. אבל בדרך כלל במקום שמתברר להדיין, בכלל אמיתת הענין, לא ע"פ איזה פרט של אומדנא, אלא מההקף של כמה ענינים ביחד, זהו ענין ברור, שעל זה לא שייך כלל לומר דלא אזלינן בתר אומדנא. ועל כן אע"ג דקיי"ל דלא כרב אחא היינו לסמוך תמיד על פרט זה, וכן נראה מאריכות דברי הבריייתא, שלא נאמר הואיל וזה ניגח וזה מועד ליגח וכיו"ב, אבל אם באותו המאורע מתברר לדיין ביחוד שהאמת הוא באופן מיוחד דנין על פיו מדינא, וממילא שמצד הדין גם בדיני קדושין אזלינן בתר אומדנא ברורה.¹⁴¹

הרב קוק חילק בין אומדן על סמך פרט מסוים, שנשללה בימינו, לבין הסתמכות על מכלול של ראיות נסיבתיות, שעדיין אפשרית.

138. שו"ת דרכי נועם חו"מ מט; נא-נג.

139. שם, חו"מ מט.

140. שו"ת שבות יעקב ג, קמב (מובא בפתחי תשובה חו"מ טו, ט), ראו דבריו גם בתשובה נוספת ב, קסח.

141. שו"ת עזרת כהן, מא.

כאמור לעיל, הנטייה בפסקי הדין הרבניים היא להשתמש באומדן רק כדי להחזיק ממון. אמנם מצאנו מקרה שהוציאו מיתומים:

ובענין הוצאה מהיתומים עפ"י, אומדנא מצינו בשו"ת הלכה למשה חלק חו"מ סי' י' שהרבה להוכיח שאף שכתב מרן בחו"מ בסי' ט"ו סעי' ג' שאין מוציאין וכו', וכן בחו"מ בסוף סי' רצ"ז, מ"מ היינו דוקא כשהאומדנא היא מדעתו של הדיין דוקא ואין לה הוכחה מדברי העדים, אבל כשיש לה סמכות גם מדברי העדים – מוציאין. ועל פי זה העלה להלכה דהיכא דאיכא אומדנא טובא דמוכחי מוציאין גם בזמן הזה מן היתומים עיי"ש. ובנידוננו הדעת נוטה כי יש לדון לומר דהוי בגדר אומדנא טובא, ולכן על כל כגון זה יש עכ"פ לפסוק לטובת התובע.¹⁴²

גם בתשובה זו בית הדין חייב רק בחלק מהתביעה ובצירוף שיקולים רבים נוספים. במקום אחר¹⁴³ הסתמך בית דין על אומדן כדי לבטל הוכחה מסוימת על בעלות הממון.

הרב מרדכי אליהו¹⁴⁴ פסק שהולכים אחר אומדן מוכח גם בזמן הזה, אלא שלכאורה מדובר באומדן כדי להחזיק ממון ולא כדי להוציא. אמנם יש לציין שבעקבות דברי הרב אליהו הכריע בית הדין לממונות ירושלים¹⁴⁵ להוציא ממון מנתבע שנראה ששיקר לבית הדין.

הרב מימון נהרי¹⁴⁶ כתב בפסק דין שיש להוציא ממון ממוחזק על סמך אומדן ברור וקלטת שבה נראו מעשים מכוערים. בפסק דין של בית הדין הגדול¹⁴⁷ נחלקו הדעות האם ללכת אחר אומדן, ורוב הדיינים הכריעו שיש ללכת אחר אומדן שהבעל רשם את הדירה כולה על שם אשתו רק לצורך המשכנתא, ולמעשה חצי הדירה שייכת לו (ואולי מקרה זה הוא בגדר "אומדין דעת נותן" שלא הוזכר שם, וצ"ע). הרב ציון אלגרבל¹⁴⁸ קבע בפסק דין ללכת אחר "אומדנא דמוכח" לפי שיטת התשב"ץ.

142. פסקי דין רבניים א, עמ' 374.

143. שם ג, עמ' 192.

144. שם ט, 350.

145. שם ב, רמ"ט.

146. שם, בית הדין בחיפה, תיק מס' 1-29-6830, פורסם באתר דעת.

147. פסקי דין רבניים יז, 321.

148. שם כא, עמ' 143.

הרב משאש¹⁴⁹ כתב בתשובה לקיים צוואה שאחד התנאים שבה לא התקיים, על פי אומדן שהמצווה לא התכוון לבטלה במציאות שנוצרה. הוא ביסס באריכות את דין "אומדנא דמוכח" אף כדי להוציא ממון, והדגיש שיש גם צד נוסף של אומדן על התנאי.¹⁵⁰

3. אומדן לכל העולם

באחרונים מובא שיש הבדל בין אומדן אישי של הדיין לבין אומדן דעת שמתקבל על דעת רבים. כך הסביר התשב"ץ את ההבדל בין המקרים שבהם הרמב"ם פסק שניתן לסמוך על אומדן בזמן הזה, למקרים שבהם הרמב"ם שלל זאת:

היינו במילתא דלא קיימא לן לאיניש בההיא סהדותא דקושטא היא אלא לההוא דיינא וכמו שהוא מוכיח לשון הרמב"ם ז"ל בזה. אבל היכא דקיימא לן לכולי עלמא דהאי סהדותא דמסהיד האי קושטא היא שפיר עבדינן בה עובדא ומרעי' וקרעי' שטרא אפומיה. שהרי נסתלק חשש רחוק מעליו, והתורה לא פסלתו אלא מאותו חשש רחוק וכיון שנסתלק מעליו הרי הוא כשני עדים כשרים.¹⁵¹

מדברי התשב"ץ עולה שיש הבדל בין הדין המוזכר בגמרא המאפשר לדיין להסתמך על עד אחד במקרה שהדיין סומך על דבריו ("קים לי בגווה"), שבטל בימינו, לבין מקרה שבו כולם מאמינים לו. התשב"ץ המשיך בשיטה זו וקבע שניתן להסתמך על אומדן כללי גם בימינו:

ואינו קשה כלל דהתם שהוא רוצה לסמוך לאורעי שטרא לאפוכי שבועתא ע"פ 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.¹⁵²

התשב"ץ הביא ראיה לדבריו שמעבירים רכוש ליורש גם ללא עדות של שני עדים כשרים על פטירת המוריש. ביחס ל"גמל האוחר" נראה מדברי התשב"ץ¹⁵³ שהוא רואה בכך מעין "חזקה" בלבד שהיא בדרגה פחותה מאומדן.

149. שו"ת תבואות שמש הו"מ, יח.

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

151. שו"ת התשב"ץ א, עז.

152. שם, פ.

153. שם.

מן הראוי לציין כי התשב"ץ אינו מחלק בין אומדן כדי להחזיק ממון לבין אומדן להוציא ממון. כמו כן, כאמור לעיל, בדיני נפשות הרמב"ם שלל פסיקה על פי אומדן, ואף שהתשב"ץ אינו מתייחס לכך, ייתכן שהוא מקבל הבחנה זו. בדומה לתשב"ץ כתב בשו"ת אבני שיש לגבי אישה שמכרה שדה ולאחר זמן רב ערערה על חלק מהשדה. הוא הראה שכאשר האומדן אינו של הדיין בלבד אלא "מוכח לכל העולם" הולכים אחריו גם בזמן הזה:

אלא שהרמב"ם בפרק כ"ד מהלכות סנהדרין נעל בפנינו כראוי... וקרוב לשמוע דמאי דהוסיף הרמב"ם על דברי גאון מחמת שכך הסכימו רוב בתי דיני ישראל להוסיף דאין מוציאין, מכל מקום אף לדעת הרמב"ם לא אמרה למילתיה אלא בדבר שאין לו הוכחה אלא מאומדן דעתו של דיין שדעתו נוטה שדבר זה אמת והדבר חזק בלבו שהוא כך. וכיון שכן איתיה השתא לטעמא דכתב כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין בזה ודעתי סומכת על זה. אבל דבר שאינו תלוי באומדן דעתו של דיין זה בלבד, אלא הדבר מוכח לכל העולם. ולא נפיק מניה חורבא שיאמר כל הדיוט לבי מאמין בזה שדברים שבלבו אינם דברים, אלא שיהיו מוכיחים וברורים לכל העולם יע"ש. והוא טעמו של הרא"ש דאזיל בתר אומדנא דמוכח לכל.¹⁵⁴

גם נתיבות המשפט הבחין בין אומדן כללי לאומדן של הדיין בדעת הרמב"ם:

ונראה דלא מהני אומדנא רק לענין אורועי שטרא. תדע, דאמרינן בכתובות פרק הכותב (פה,א) קרענא סלקא דעתך אלא מרענא, או לענין מיפך שבועה. אבל לענין להוציא ממון אין שום הוה אמינא, כדאמרינן שם קרענא סלקא דעתך. והא דמהני אומדנא להוציא מיתומים (כמבואר ברמב"ם שם), נראה דוקא אומדנא שהיא אומדנא לכל העולם, כגון ידענא ביה בחסא דלא אמיד (כתובות שם,ב), דכשם שידוע לו כך ידוע לכל העולם, ובדבר שהוא אומדן של כל העולם אין זה בגדר עדות כמו שכתבו התוספות ביבמות ריש פרק האשה רבה (פח,א, ד"ה אתא גברא), אבל בדבר שהוא רק ידוע להדיין פסלו רחמנא בגזירת הכתוב, כנ"ל.¹⁵⁵

לדבריו הרמב"ם מחלק בין "אומדנא לכל העולם" שמאפשר אף להוציא ממון (אך לא בימינו), לבין אומדן של הדיין ("קים לי בגווה") שמועיל רק להחזיק ממון.

154. שו"ת אבני שיש ב, יח, וחזר על כך שוב שם, לו, אך הדגיש שזו אומדנא להחזיק ממון ולא להוציא ממון.

155. נתיבות המשפט טו, ב. כדאי לציין שבספר נחל יצחק דייק מדברי נתיבות המשפט שהחיסרון בעדות עד אחד הוא משום שאינו מדייק, ועל כן נאמנות אישית של העד ("קים לי בגווה") פותרת חשש זה, אולם, הוא חולק עליו.

דבריו דומים לדברי התשב"ץ, אולם מסתבר שיש הבדל ביניהם במקרה של נאמנות מיוחדת של עד ("קים לי בגווה"). מנתיבות המשפט משמע שנאמנות כזו מבוססת תמיד על אומדן אישי בעוד שלדברי התשב"ץ ייתכן שהיא תהיה מבוססת על אומדן כללי. כמו כן, לדעת נתיבות המשפט היה ניתן להסתמך על אומדן כללי כדי להוציא ממון בעבר אך לא בימינו, בעוד שלדעת התשב"ץ באומדן כללי ניתן להוציא ממון גם בזמן הזה.

בספר נחל יצחק¹⁵⁶ התקשה בהבנת דברי נתיבות המשפט. לדבריו האומדן ביתומים יכול להיות גם כזה הידוע רק לדיין, ומאידך האומדן של "קים לי בגווה" יכול להיות כזה שמפורסם אצל רבים שמכירים את העד כאדם ישר במיוחד. גם בספר אמרי בינה¹⁵⁷ דייק מדברי הרמב"ם¹⁵⁸ שאומדן הדעת של הדיין קובע לגבי היתומים גם כשהדברים אינם מוסכמים על אנשים אחרים.

4. כוחו של שכנוע אישי

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

כללו של דבר כיון דבהך "קים ליה בגווא" דלא משקר, דהדיין עצמו **סומך על עדותו של האחר** דכיוון דהדיין אינו יודע את הענין בעצמו רק ע"פ עד האחר... אבל אומדנא זו יודע הדיין על פי ידיעתו ואומדן דעתו.¹⁵⁹

נחל יצחק מבחין בדעת הרמב"ם בין שתי דרגות של אומדן: הדרגה הגבוהה שניתן להוציא על פיה ממון היא אומדן שנובע מידיעת הדיין עצמו, ואילו הדרגה

156. נחל יצחק, טו.

157. אמרי בינה חו"מ, כד.

158. הן מסיום דבריו של הרמב"ם שקובע בצורה ברורה בהלכות סנהדרין (רמב"ם סנהדרין כד, א) "שאין הדבר מסור אלא ללבו של הדיין", הן לאור דבריו בהלכה המקבילה בהלכות שאילה ופקדון (שם, שאילה ופקדון ג, ד): "באו עדים והעידו לדיין שאין זה אמוד אין מוציאין מיד היתומים בעדותן שאין זה ראייה ברורה, ואומדן דעתן אינו אמוד דעתו ואין לו לדיין אלא מה שדעתו סומכת עליו כמו שיתבאר בהלכות סנהדרין". ההדגשה בדברי הרמב"ם היא ברורה, גם כשיש עדים בדבר "אומדן דעתן אינו אמוד דעתו" כלומר רק אמוד דעתו של הדיין עצמו הוא זה שקובע.

159. נחל יצחק, טו.

השנייה היא אומדן שהדיין מבסס על אמירת אחרים ואז הוא אינו יכול להוציא ממון על פיו. כך כתבו גם פרישה¹⁶⁰ וזכר יצחק,¹⁶¹

5. הוצאת ממון מיתומים

כיוון שונה עולה מדברי אמרי בינה.¹⁶² הוא סבר שבדרך כלל ניתן רק להחזיק ממון על ידי אומדן. לדעתו המקרה של היתומים אינו בגדר הוצאת ממון שכן מדובר בחוב ברור, והדין הוא בשאלה עד כמה בית הדין יכול לטעון טענות עבור היתומים כדי לפטור אותם. במקרה כזה יש סברה להימנע מטענות עבורם, שהרי גם הם מצווים על הגזל.

גם מדברי המהרי"ט¹⁶³ משמע קצת שכך היא דעתו והוא אף מכריע שבמקרה שהטענות עבור היתומים הן מאוד לא שכיחות הרמב"ם יודה שגם היום בית הדין יכול לאמוד שטענות אלו אינן נכונות ולהימנע מלטעון אותן.¹⁶⁴

6. בית דין גדול בדורו

ראוי לציין גם לדברי בנו של הרשב"ש ונכדו של התשב"ץ, רבי צמח דוראן בשו"ת יכין ובעז שמוהיר מהסתמכות על אומדן. אם כי אזהרתו מיועדת למי שאינו ראוי בעיניו, ובמקרה שלדבריו גם לא היה אומדן אמיתי:

מבואר שלדעת הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל שבתני דינים שלנו היום אין דנין באותן אומדן דעתא ואומדנא דמוכח שהזכירו בעלי התלמוד. ואפילו תאמר שלא תסמוך על הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל בזה, מכל מקום הבו דלא לוסיף עלה ואין לדון בזה אלא באותן עניינים המוזכרים בתלמוד לא בענין חדש שאינו מאותן הנזכרים בתלמוד, ויבא כל הבא וימלא את ידו וידמה מילתא למילתא דילמא לא דמייא. ואם יעשה זה הרא"ש שהוא רב וגדול בישראל ומופלג בדינים ודיינא הוא ונחית לעומקא דדינא לו נאה לדון

160. פרישה חו"מ טו, ד"ה אם.

161. זכר יצחק יח, ב. ראו עוד באריכות הרב מיכאל בריס, "מבוא להלכות עדות: כללים נוקשים ושכנוע הלב – עיון בשיטת הרמב"ם", משפטי ארץ ב: טענות וראיות, עמ' 60-61.

162. אמרי בינה דיינים, כד.

163. שו"ת מהרי"ט א, קיב.

164. יש מקום להעיר על שו"ת תבואות שמש חו"מ, יח, שהוכיח מדברי המהרי"ט שאפשר לסמוך על "אומדנא דמוכח" גם בזמן הזה. לכאורה אין זו כוונת המהרי"ט, מכיוון שהוא עוסק אך ורק בתחום זה של טענות ליתומים ואי אפשר ללמוד מדין זה על דיני אומדן בכלל.

באומדנא דמוכח ואומדן דעתא הוא וכל דדמי ליה לא לאחריים שאינם

בקיאים.¹⁶⁵

גם בספר ישועות ישראל¹⁶⁶ טען שיש לחלק בין אומדן של בית דין רגיל שלא ניתן להוציא ממון על פיו, לבין אומדן של דיין גדול בדורו שרשאי לפסוק שלא על פי שורת הדין.

7. הסתמכות על אומדן במסגרת פשרה

בשולחן ערוך פסק בעקבות הרא"ש:

יש כח לדיין לעשות דין כעין הפשרה, במקום שאין הדבר יכול להתברר. ואינו רשאי להוציא הדין חלוק מתחת ידו בלי גמר.¹⁶⁷

השולחן ערוך קבע כאן שכאשר אי אפשר להגיע לחקר האמת ניתן להכריע בדרך פשרה על פי אומדן. בעקבות זאת כתב בשו"ת דברי מלכיאל:

שאיין הפשרה על שיווי השבועה רק על אומדן הדעת בגוף החוב. ומצד האומדנא פסק ג"כ לפשר אף בלא הסכם הבעלי דין.¹⁶⁸

כלומר, כאשר ישנו ספק עובדתי ניתן לפשר בין הצדדים גם ללא הסכמתם. בעקבות דברים אלה כתב הרב זלמן נ. גולדברג: "נראה שבפשרה יש אפשרות להוציא ממון ברוב או במיגו. אכן מסתבר שדבר זה תלוי בשיקול הדעת, ובודאי שגם ברוב יש חילוקים בין רוב לרוב... הרי מצינו פשרה כשאין הדבר ברור לגמרי... ובכל ספק שלא ניתן לבד להגיע לאמת, עליהם לעשות פשרה".¹⁶⁹

ד. סיכום

במקרים רבים נדרש בית הדין להכריע את הדין ללא שהוצגה בפניו ראיה כשרה, כשני עדים, הודאת בעל דין או שטר. בחלק מהמקרים מוצגות בפני בית הדין ראיות נסיבתיות שונות – האם במקרים כאלה יוכל בית הדין להכריע בשאלות עובדתיות או שמא יהיה עליו להישאר בספק? בחינת המקורות בעניין, מעלה שניתן לחלק את המקורות לכמה סוגים, ובכל סוג ישנן דעות שונות.

165. שו"ת יכין ובוועז א, קלג.

166. ישועות ישראל טו, ד.

167. שולחן ערוך חו"מ יב, ה.

168. שו"ת דברי מלכיאל ב, קלג.

169. הרב זלמן נ. גולדברג, שבחי הפשרה, משפטי ארץ א: דין, דיין ודיין, עמ' 79-81.

1. הסוגיות ופסיקת הראשונים

א. ידיעה ללא ראייה

בגמרא נאמר שאם אדם נחבל במקום שלא היה יכול לחבול בעצמו, ולא היה שם איתו אלא אדם אחד – הנחבל גובה ממנו בלא שבועה. בעקבות זאת נפסק בשולחן ערוך: "עדות בידיעה ללא ראייה... שיש מי שאומר דהוי עדות". נחלקו הפוסקים האם גובה מעיקר הדין¹⁷⁰ או שמא מן התקנה.¹⁷¹

ב. אומדים דעת הנותן

הרמב"ם כתב: "לעולם אומדין דעת הנותן", וכן נפסק בשולחן ערוך. מהרי"ק הסביר שבמקרה זה ניתן להסתמך על אומדן מכיוון שמדובר באומדן גמירות דעתו של אדם, ולא בהכרעה בשאלה עובדתית. לגבי מכר נחלקו ראשונים: תוספות כתבו שאומדים את דעת המוכר, ואור זרוע כתב שבמקרה כזה לא ניתן להסתמך על אומדן, הרמ"א הביא את שתי הדעות.

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

ג. "גמל האוחר"

בתוספתא נחלקו תנאים לגבי "גמל שהיה אוחר בין הגמלים ונמצא גמל מת שם": חכמים פוטרים ורבי אחא מחייב. רמב"ם, רי"ף, רמב"ן, סמ"ג, רבנו ירוחם והטור פסקו כחכמים. מהר"ם ותלמידיו, רא"ש ורבי פלטיאל, פסקו כדעת רבי אחא, שניתן להסתמך על "אומדנא דמוכח" אפילו כדי להוציא ממון. בשולחן ערוך פסק שלא כרבי אחא, אולם פסק כדעת הרא"ש במקרים שבהם הסתמך על אומדן אפילו כדי להוציא ממון.

ד. שכנוע של הדיין ללא ראייה

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

170. רמ"ה, תוספות, רמב"ם ע"פ חלק מהאחרונים, חתם סופר, הראי"ה קוק, חלקת יעקב.

171. רמב"ם ע"פ אחרונים אחרים.

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

ה. דין מרומה

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

ו. קנס

הרמב"ם כתב שניתן לקנוס גם ללא ראיה כשרה, וכך פסק בשולחן ערוך לגבי גדול הדור, כפי שכתב הרא"ש.

2. אחרונים

בעקבות מחלוקות וסתירות בדברי הראשונים הציעו אחרונים כמה עקרונות להכרעה על פי אומדן:

א. להחזיק ממון

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

ב. אומדנא דמוכח

לעומת זאת בשו"תים הבאים נפסק שניתן להסתמך על "אומדנא דמוכח" גם כדי להוציא ממון: רא"ם, מהרשד"ם, מהרי"ט צהלון (מחדש שלפי הרא"ש אומדן לא יועיל כדי לשער את סכום התביעה), דרכי נועם, עבודת הגרשוני, אבני שיש, תבואות שמש, וכן במקצת פסקי דין רבניים.

ג. שכנוע אישי

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

ד. יתומים

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

ה. בית הדין הגדול בדורו בשו"ת יבין ובעז ובספר ישועות מלכו כתבו שרק בית דין גדול שבדורו יכול להוציא ממון על פי אומדן.

ו. פשרה

משו"ת דברי ריבות משמע שניתן להסתמך על אומדן כחלק מפשרה, וכן כתבו בשו"ת דברי מלכיאל, והרב זלמן נ. גולדברג. וכך סוכמו הדברים בכנס הדיינים בנושא כללי הפשרה: "סמכות הפשרה מאפשרת לבית הדין להכריע בשאלות עובדתיות על פי אומדן דעת".¹⁷²

ה. נספח – נאמנות עדים פסולים

השולחן ערוך פסק:

אשה, פסולה. וטומטום ואנדרוגינוס, פסולים מספק. וכל מי שהוא ספק כשר ספק פסול, הרי הוא פסול.¹⁷³

הרמ"א הוסיף על כך:

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

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

הנודע ביהודה¹⁷⁴ ציין שהרמ"א עירב שתי שיטות שונות. החלק הראשון ברמ"א מבוסס על דברי תרומת הדשן:

...והשתא כיון דשמעין מן התנא דסברא לומר דכל היכי דהפסולים שכיחי טפי מן הכשרים יש להכשיר הפסולים, אע"ג דמסיק התנא דלא נכשרינהו

172. לעיל עמ' 215.

173. שולחן ערוך חו"מ לה, יד.

174. שו"ת נודע ביהודה חו"מ תנינא, נח, מובא בפתחי תשובה חו"מ לה, ט.

אית למימר הני מילי גבי נזיקין, משום דאי הימנינהו א"כ לא שביק חיי לכל בריה, דכל חשוד גזלן ישכיר עבדים או נכרים, או יפתה נשים או קטנים, שיעידו לו שחבירו או בהמת חבירו הזיקו בק' מנה בכל יום. אבל לעולם נימא במילי אקראי כגון בגדי אלמנות או מקומות בבית הכנסת של נשים, יש לנו לתפוס סברת התנא דיש להכשיר הפסולים.¹⁷⁵

לפי מה שמבאר תרומת הדשן, באירועים נדירים שאינם קשורים לדיני נזיקין המצויים ניתן לסמוך מדאורייתא על אנשים שרגילים להיות במקום, אפילו אם הם פסולי עדות. מדבריו משמע שפסולי עדות כשרים מדאורייתא, והם נפסלו (ככל הנראה מדרבנן) רק מחשש שישכרו אותם להעיד עדות שקר. הנודע ביהודה כתב שלפי ההסבר של תרומת הדשן גם בעדות על גניבה הם נאמנים, מכיוון שגניבה היא אירוע חריג שבו לא גזרו חכמים.

לעומת זאת המהרי"ק שהוא המקור השני המובא ברמ"א מדבר על תקנה:

ואף על גב שלא היו שני עדים בדבר הלא כתב בתקנת קדמוניות מרבנו תם שאפילו אשה יחידה או קרוב נאמנים להעיד שראו שהכהו כו'. וכן קטן כדאיתא התם ומפרש שם הטעם לפי שאין פנאי להזמין כשרים פתאום לזה והוא הדין נמי בדין מבזה תלמיד חכם וקל וחומר הוא לפי הנראה לעניית דעתו.¹⁷⁶

נראה שמהרי"ק מסתמך בעיקר על תקנה קדמונית, שנשים נאמנות בדברים שאין אנשים מצויים בהם ואין פנאי להזמין עדים עבורם.

הנודע ביהודה נשאל אם אפשר לקבל עדות שתי נשים על מי שיצא עליו שם שגנב. השואלים נחלקו האם אפשר לקבל עדותם על פי הרמ"א. אך הנודע ביהודה הפנה אותם לסוף דברי הרמ"א שלצורך קבלת עדים פסולים נדרשת טענה ודאית ("ברי").

לפני כן הוא הוסיף עוד מספר יסודות בדינים אלו. כבר הזכרנו לעיל שלדעתו אין לסמוך על עדות נשים גם על גניבה כמו על נזיקין. והוסיף שגם לדברי המהרי"ק שיש תקנה לקבל את עדותן, אין מקבלים אותן אלא במקום שאין אנשים ונשים מצויים, מכיוון שזהו דבר שקורה באופן פתאומי. אך להעיד על גניבה שנמצאת ביד פלוני, שזהו דבר שיכול להימשך זמן מה ואינו פתאומי, גם לדעת מהרי"ק נשים אינן נאמנות.

175. שו"ת תרומת הדשן, שנג.

176. שו"ת מהרי"ק, שורש קעט.

מן הראוי לציין גם את דעת המהרש"ל¹⁷⁷ שעדות נשים מועילה רק במקום שיש כבר ספק ואי אפשר לברר אלא על ידי הפסול, כמו ביולדת שנאמנת על הולד מסיבות אלו. כמו כן הוא כתב שאם הפסולים הם גם קרובים, הם אינם נאמנים אלא לחובת הקרוב.

בשו"ת כנסת יחזקאל¹⁷⁸ כתב שאף לפי דרכו של המהרש"ל נשים נאמנות על עבירה רק במקום שיש "קול" המסייע להן. בנוסף לכך הביא את חידוש המהרש"ל שאישה או קטן ששונאים אינם נאמנים, וראו עוד בשו"ת משפטי עוזיאל¹⁷⁹ בפסק דין ירושלים עסקו בעדות קרובים על תנאים שהתחייבה החמות לחתן וציינו דעות מצמצמות:

ובכנסת הגדולה סוף סימן לה כתב בשם מהר"ש הלוי חו"מ סי' לח דאף המכשירים עדות נשים ופסולים אלא בדברי ריבות וקטנות, אבל לענין ממון לא, זולת תרומת הדשן. ועוד כתב שם בכנה"ג דמהר"י פורמון שהובא ברש"ך ח"ב סי' קס הסכים עם הדעה הראשונה שאין להכשיר עדות נשים ופסולים כלל. וכתב מהר"ש הלוי שם ומהר"א די בוטון בתשו' כתב יד סי' קעד, דכיון דאיכא פלוגתא אוקי ארעא בחזקת מריה קמא. ועי' אוצר הפוסקים אבהע"ז סי' ד ס"ק קסא.¹⁸⁰

נמצא שישנה מחלוקת האם ניתן להסתמך על עדים פסולים כשאין עדים כשרים. גם בין הסבורים שהדבר אפשרי ישנה מחלוקת באילו מקרים ותנאים ניתן לעשות זאת.

ו. סיכום כנס הדיינים תש"ע בנושא: הסתמכות על אומדן דעת

1. בהסכם הבוררות מקובל לכתוב שהצדדים מקבלים את בית הדין "בין לדין ובין לפשרה", ובכך ניתנת לבית הדין הסמכות להכריע על פי פשרה הקרובה לדין.¹⁸¹

2. סמכות הפשרה מאפשרת לבית הדין להכריע בשאלות עובדתיות על פי אומדן דעת.¹⁸²

177. ים של שלמה בבא קמא, א, מא.

178. שו"ת כנסת יחזקאל פג, מובא בפתחי תשובה חו"מ לה, יא.

179. שו"ת משפטי עוזיאל ד, חו"מ, כ.

180. פסקי דין ירושלים ז, עמ' שמ.

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

182. שולחן ערוך חו"מ יב, ה, שו"ת מהרשד"ם חו"מ, שסז; שו"ת דברי מלכיאל ב, קלג.

3. כאשר ישנה ודאות מוחלטת ניתן לחייב אדם ללא ראיה.¹⁸³
4. בית הדין מוסמך לאמוד את דעתו של אדם (כגון, האם גמר בדעתו למכור) גם ללא ראיה.¹⁸⁴
5. בית הדין יכול להסתמך על אומדן דעתו בשאלות עובדתיות, כאשר הוא משוכנע שכך אכן קרה.¹⁸⁵
6. כאשר בית הדין איננו משוכנע במידה סבירה, הוא ימנע מלחייב אפילו חיוב חלקי,¹⁸⁶ מלבד במקרים המוגדרים בהלכה (כגון, חיוב ממון במקום שבועה¹⁸⁷).
 הרב יעקב אריאל, רב העיר רמת גן, ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
 הרב דב ליאור, רבה של קריית ארבע
 הרב ד"ר רצון ערוסי, רבה של קריית אונו, וי"ר הליכות עם ישראל
 הרב אברהם גיטר, רבה של עפרה, יו"ר מכון משפטי ארץ,
 אב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
 הרב יוסף כרמל, ראש כולל ארץ חמדה ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"
 הרב אליעזר שנקולבסקי, ראש ישיבת ההסדר בית שמש,
 ואב"ד לממונות "ארץ חמדה – גזית"

183. תוספות שבועות לו,ב, ד"ה דאי; דברי הרמ"ה שהובאו בטור חו"מ, צ; שו"ת חלקת יעקב אה"ע, מט; שו"ת עזרת כהן, כט.

184. תוספות קידושין מט,ב, ד"ה דברים; שו"ת מהרי"ק, שורש קכט.

185. שו"ת הרא"ש סח, כג; לד, א; פו, א; הגהות מרדכי קידושין, תקסד; שו"ת הרא"ם, טז; שו"ת מהרשד"ם חו"מ, ה; שו"ת דברי ריבות, רסב, הרב בצמ"ח עזריאל, השופט והמשפט, עמ' 420-421.

186. בבא קמא מו,א: "אמר רב יהודה אמר שמואל: זו דברי סומכוס, דאמר: ממון המוטל בספק חולקין, אבל חכמים אומרים: זה כלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה."

187. שולחן ערוך חו"מ יב, ב.