

אומדנא ככלי לפתרון שאלות הלכתיות

א. מבוא

אחד הנושאים המרכזיים בחושן משפט הוא נושא האומדנא. התורה ניתנה לבני אדם ודעתם והכרעתם היא הקובעת בכל מקרה של ספק. במאמר זה נסקור מושג זה, בדגש על שיטת הרמב"ם, ומתוך כך נסקור מגוון סוגיות הלכתיות שגם מדגימות את מרכזיות האומדנא וגם יכולות לקבל מבט חדש מתוך אותו עקרון של אומדנא.

ב. שיטת הרמב"ם באומדנא

כתב הרמב"ם בהלכות סנהדרין (כד, א-ב):

יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אף על פי שאין שם ראיה ברורה ואין צריך לומר אם היה יודע בוודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כפי מה שיודע... 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. כל אלו הדברים הן עיקר הדין, אבל משרבו בתי דינים 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 הדינים. ולא ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו כדי שלא יאמר כל הדייט "לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה".

כלומר, הרמב"ם סובר שמן הדין כל הצורך בעדים הוא רק כאשר הדיין אינו יודע מהי האמת, אך כאשר דעת הדיין נוטה שהאמת במקום מסוים הוא יכול לפעול על פי נטייתו. אלא שמפאת חשש חיצוני, 'שלא יאמר כל הדייט לבי מאמין לדברי זה', הסכימו בתי הדין שלא לדון לפי אומדן הדיין.¹ והקשה **נתיבות המשפט** (ט"ו, סק"ב): "ולכאורה תימה, דהא אפילו ראה, כשנעשה עד אינו נעשה דיין, ואין לך אומדנא דמוכח גדול מזה, שהוא בעצמו ראה המעשה, ואפ"ה אסור לו לדון".

1. מקור הסכמה זו בדברי הגאון שהביא הר"ף בכתובות מג ע"ב בדפיו.

כלומר, הרי אין עד נעשה דיין (כתובות כא, ב ועוד), וזאת למרות שיש לו ידיעה מוחלטת וברורה מאין כמותה, ומוכח שאומדנא של הדיין איננה מועילה. ותירצו **נחל יצחק ואולם המשפט** (שם) שהאומדנא של הרמב"ם דומה לראיה ביום שיכול לדון, ורק כאשר ראה בלילה יש גזה"כ שלא היה עליו שם של דיין אלא שם של עד, ויבואר יותר לקמן בע"ה.

אך לנתיבות לא נוח בתירוץ זה, שהרי כאשר ראה בלילה יש אומדנא מוחלטת של הדיין ובכל זאת התורה גילתה לנו שאין הוא יכול לפעול לפיה, ומניין לרמב"ם לומר שבמקרים אחרים אומדנא שכזו מועילה.

חידושי הרי"מ (חו"מ סימן ז) תירץ שב"ד יכולין לדון רק לפי ידיעה שיכולה להתברר לכולם, כי יש לנו תנאי של 'משפט השווה לכולכם', ולכן אומדנא שידועה לדיין בלבד ושאר בית הדין לא יכול לדון לפיה, אינה מאפשרת לדיין לפעול על פיה. וכך משמע גם מדברי **החזון איש** (אה"ע סי' קא סק"ל):

אחרי שהתורה נתנה נאמנות לב"ד והזהרנו לחזק בדיהם ולקיים כל דבריהם, הנה החמירה התורה על הדיינים ככל חוקות התהוה"ק ובכלל זה שאין מקבלין עדות בלילה ואם קיבלו אין דנין על פיה והלכך כל שסיבת הידיעה באה בלילה אין דנין על פיה, והלכך צריך לחדש ביום סיבה חדשה המודיעה לב"ד את המאורע... ונמצא שענינו חומר על הדיינים שאין יכולין לומר ידענו ושלא יוכלו בני אדם לבקש אחריהן ולחקור אחר ידיעתן אלא שצריכין לומר בדבר שנעשה על פני כל הארץ ושיוכל לבוא הדבר להכחשה בזמן מן הזמנים ושצריך שיהיה הסיבה שמראין עליה שהביאה להן ידיעתן בשעה שהן ב"ד. וזה טעם פסול ראו בלילה.

אך לכאורה לא נראה כן מדברי הרמב"ם, כי לפי חידושי הרי"ם נצטרך לומר שכל מה שכתב הרמב"ם שהדיין דן לפי מה שבדעתו זה רק בדברים שידועים לכל, אך הרמב"ם ממשיך ומבאר כיצד הדיין דן על פי דעתו ומסביר שאם הוא סומך על פלוני שהוא מכיר ואם 'הדבר חזק בלבו' יכול לדון לפי זה, והרי דברים אלו אינם ידועים לכל אלא רק לדיין עצמו, ובכל זאת לפי הרמב"ם הוא יכול לדון לפיהם.

ולכן נראה לומר להיפך. כל האומדנא של הרמב"ם מדברת בדברים שרק הדיין יודע. רק הוא מכיר את הנפשות הפועלות ויודע שאפשר לסמוך עליהם; רק הוא מכיר את אותה אישה ועבד הפסולים ויודע שהם לא ישקרו והם אמינים מספיק לסמוך עליהם. כאן חידש הרמב"ם שלמרות שזו אומדנא שאינה ידועה לכולם אלא רק לדיין בכל זאת יכול הדיין לדון. די לדיין בכך ש"דעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו".

וכדי ליישב מדוע ראייה בלילה אינה מועילה, יש להקדים ביאור בשיטת הרמב"ם בדין אין עד נעשה דיין.

תוספות בכתובות (כא, ב, ד"ה הנח) ביארו שטעם הדין הוא שצריך 'ועמדו שני האנשים לפני ה', ועוד ביארו שצריך עדות שאתה יכול להזימה. אמנם הרמב"ם לא כתב טעם לדין זה, ועוד יש לדקדק בכפל לשון הרמב"ם שכתב "אבל לא ימנה מן הדיינין ולא יעשה דין".

ונראה שהטעם לפי הרמב"ם הוא הצורך בהפרדה בין הדיווח על המציאות ובין בירור הדין, ורק כשראו ביום הם אינם עדים, אך כשהם עדים יש להפריד בין הרשויות.

ולכן כפל הרמב"ם "לא ימנה", כי יש שני שלבים בבירור דין: אחד לברר את ההלכה באופן כללי ואחד לפסוק את הדין הספציפי,² ובשניהם לא שייכים העדים כי תפקידם שונה.³

כלומר, כדי לקיים את מערכת המשפט יש ליצור חיץ ברור בין העובדות לפרשנות. תפקיד העד לומר מה קרה ותפקיד הדיין לומר מה ההלכה במקרה הזה. הפרדה ובלבול בין עולמות אלו יכולה לגרום טעות וסיבוך.

ממילא, אפשר לחזור לדברי הנחל יצחק שאומר שבראה בלילה לא יכול לדון בגלל גזה"כ, ותמהנו: הרי יש לו אומדנא. אלא, שאמנם הוא יכול לדון לפי אומדנא, אבל לא במקרה שהוא עד ואז שייכת ההוראה הכללית להפריד בין התחומים. לכן אי אפשר ללמוד ממקרה שהוא מוגדר כעד ושייך טעם הדין של אין עד נעשה דין למקרה שבו הוא אינו עד, שאז ביכולתו לדון לפי האומדנא שלו. מעתה יוצא שמדינא דין יכול לסמוך גם על אומדנא אישית שלו, אלא אם כן הוא עד ואז ישנה הרחקה כללית מבלבול בין התחומים.

ובזה יש ליישב סתירה ברמב"ם. בפ"ח מהל' נזקי ממון הי"ד פסק הרמב"ם:

שור שהיה רועה על גב הנהר ונמצא שור הרוג בצדו, אף על פי שזה מנוגח וזה מועד ליגת, זה מנושך וזה מועד לישך, אין אומרין בידוע שזה נשכו וזה נגחו. אפילו גמל

2. כמו שכתב **הקהילות יעקב** בריש סנהדרין.

3. ולכן גם לרמב"ם עד נעשה דין בכל דין דרבנן ולא רק בקיום שטרות, כמו שסובר **הריטב"א** בגיטין דף ה', ולכן כתב הרמב"ם "וכן כל כיו"ב", כי טעם הדין אינו שייך בדרבנן. **והאמרי בינה** (הל' דיינים סי' יד) למד מהרמב"ם שגם כשצריך עדים מה"ת וא"צ דיינים אלא מדרבנן, עד נעשה דין, ודלא כשיטת **קצות החושן** (סי' ז סק"ו) בשם הב"ח. ונראה, שהקצות לשיטתו (שם סק"ד) שנוקט כטעם השני שכתבו התוס', שהחסרון הוא באפשרות ההזמה, לכן הדגש הוא על העדים וממילא אם צריך עדים מה"ת אינם דיינים, אך לרמב"ם הדגש על הדיין שאינו יכול להיות אחראי על שיקול הדעת והבירור ההלכתי כשהוא ככובע של 'צלם ההתרחשות', ולכן סובר הרמב"ם שכאשר הצורך בדיינים הוא רק מדרבנן אין את ההפרדה הזו ומהני.

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

ומבואר שאין די באומדנא. והקשו האחרונים, הרי בהלכות סנהדרין, בהלכה שהובאה לעיל, כתב שאומדנא מועילה (וכן במקומות אחרים, כגון שאלה ופקדון פ"ו ה"ד ומלוה ולוה פ"ב ה"ד, הרמב"ם סמך על אומדנא)⁴ ונראה לי, שהרמב"ם בהלכות נזקי ממון מדבר על אומדן ספציפי של עד. אומדן כללי מועיל ואומדן ספציפי של הדיין מועיל רק מדינא ולא בזמן הזה, אך אומדן ספציפי של עד אינו מועיל גם מדינא, וזאת משום שעד חייב רק לצלם את ההתרחשות ולספר את אשר ראו עיניו,⁵ ולכן אומדנא של עד לא מועילה מאותו טעם שעד לא נעשה דיין, ורק אומדן של הדיין מועיל. מעתה אפשר לומר, שכל מה שכתב הרמב"ם שלאחר שרבו בתי דינין אין דנין לפי אומדן, זהו רק באומדנא אישית של הדיין, אך ניתן לדון גם כיום באומדנה כללית, שכולם יכולים לדעת ולהסיק ואינה התרשמות אישית וסלקטיבית של הדיין. האומדנא הספציפית של הדיין היא חידוש. הרי אין לדיין יתרון על בעלי הדין, ומדוע שהם יהיו מחויבים להתרשמותו והבנתו? אלא שהתורה סומכת עליו באופן מוחלט ומבחינתה הוא מקור הסמכות, וחידוש זה לא נאמר אלא בבתי דין קדמונים שהיו מהימנים ביותר. אולם, אומדנא כללית, אומדנא שבטבע בני אדם ושייכת לכל העולם, אינה חידוש אלא סברא פשוטה. לא רק דיין פועל לפיה, אלא

4. **א. מהרי"ק** (שורש קכט ענף ב) תירץ שהולכים אחר אומדנא רק כאשר היא בדעת האדם ולא בבירור פרטי המעשה. **ב. הרדב"ז** (ח"א סי' רפז) תירץ שאומדנא לא מועילה להוציא ממון ולהחזיק היא מועילה. **ג. האבני נזר** (אה"ע סימן קיט) תירץ שהאומדנא בשור עליה מדבר הרמב"ם בהלכות נזקי ממון איננה אומדנא חזקה. **ד. הראי"ה קוק** (עזרת כהן סימן מא) תירץ שאומדנא פרטית במקרה מיוחד איננה מועילה אך 'במקום שמתברר להדיין, בכלל אמיתת הענין, לא ע"פ איזה פרט של אומדנא, אלא מההקף של כמה ענינים ביחד, זהו ענין ברור, שע"ז לא שייך כלל לומר דל"א בתר אומדנא'. **ה. האבן האזל** (נזקי ממון שם) תירץ שכאשר יש אומדנא יש ספק על המוחזקות ובכה"ג אפשר להוציא ממון. **ו. הרב טיקוצ'ינסקי** מחלק בין אומדנא על עצם המעשה לבין אומדנא על גורם המעשה. **ז. האבני עזרי** (סנהדרין פ"כ ה"א) כותב שאה"נ הדיין יכול תמיד לדון לפי אומדנא וגם במקרה של הדור אם הדיין רוצה הוא יכול לדון לפי אומדנא [מקורות אלו, כמו גם חלק נכבד מהמקורות בפרק זה, שאובים ממאמרו של ידידי הרב **בן ציון סופר** הי"ו על אומדנא].

5. ובדומה לכך ביאר רבנו הגר"ז **נ גולדברג** בשיעוריו את הטעם שאוהב ושונא פסול לדון אך כשר לעדות, כי בצילום ההתרחשות העד לא יטעה ולשקר לא חוששים באוהב ושונא.

כל אחד יכול להתנהל לפי אומדנא שכזו. לכן גם לאחר שבתי הדין אינם הגונים, הדיינים אינם פחותים מכל אדם בישראל שיכול לפעול לפי אומדנא שברורה לכל. אפשר להטעים ולומר שאומדנא אישית היא אינפורמציה בלבד, מידע שיש לדיין ולפיו הוא פועל. אך אומדנא כללית היא ידיעה שיותר חזקה מעדים. עדים קיימים כשיש ספק, אך כשיש אומדנא ברורה וקבועה אין כלל התעוררות של ספק. זו ודאות שלפיה פועלים בכל מצב בהלכה. זהו היסוד שלמדנו בדין חזקה, שהספק נדחה ונעלם מפני הוודאי. רק כשמתחיל ספק נוצר צורך בעדים או באומדנא אישית של הדיין, אך כשיש אומדנא ברורה אין כלל התחלה של כניסה למצב מסופק וממילא פשוט בסברא שגם כיום אפשר לדון לפיה.

הגמרא בב"ב (צג, ב) אומרת: "אי כל הנישאות בתולה יש לה קול כי איכא עדים מאי הוי מדלית לה קול סהדי שקרי נינהו". ולכאורה צ"ב מדוע הם שקרנים, הרי תרי כמאה, אלא ודאי שאם זה כ"כ ברור אין התעוררות ספק וידיעה מוחלטת שכזו מועילה אפילו יותר מעדות מפורשת.

וכך מבואר מדברי **מהרי"ט** (ח"א סימן ק"ב) שכתב שדברי הרמב"ם אמורים רק לעניין טענת 'קים לי בגויה', ולכן הוא מסיק שאומדנא כללית מועילה גם בזמן הזה: "וכל דיין מומחה יכול להוציא מן היתומים. שאין זה תלוי באומדן דעתו של דיין זה בלבד, **אלא הדבר מוכיח לכל העולם**, ולא נפיק מיניה חורבה שיאמר כל הדיוט כך לבי מאמין, שדברים שבלבו אינן דברים אם לא יהיו מוכיחין וברורים לכל העולם".

וכך סובר גם הראשון לציון הרב **שלמה משה עמאר שליט"א** (שו"ת שמע שלמה ח"ה, חו"מ סימן ו) שגם כיום ניתן לסמוך על אומדנא ברורה שאינה תלויה בשיקולים של הדיין.⁶

יתרה מכך, **הגר"ש פישר שליט"א** בשיעוריו על חזקה מבאר באריכות שכאשר אין התעוררות ספק בלב בני אדם אין אפילו צורך בפסוק שמלמד על חזקה, כי כשאינן

6. דוגמה נוספת לכך, מצינו בדברי **הקצות החושן** בסימן י"ב סק"א שדן בעניין דברים שבלב והעלה ע"פ דברי **המהר"י בן לב** שאם הדבר ידוע רק לאדם ספציפי הוי דברים שבלב, אבל אם ידוע לכל העולם מה שבלבו אין זה דברים שבלב. וכה"ג כתב **התשב"ץ** בתשובה (ח"א סימן צה): "הוי יודע, שאין לילך אחר אומדן דעתא אלא בדברים שאין לפקפק כלל שלא היה כן דעת הנותן או הנשבע, ושיהיה הדבר ההוא מפורש מן הסתם כאילו פירשו... וקיימא לן כיון דאין לחלוק כלל בדעתו שלא היה כן אף על פי שלא פירש הרי הוא כמי שפירש. ולא הוו דברים שבלב אלא דברים שבפה ושבבלב, דכולי עלמא סהדי שזהו דעתו". כלומר כאשר לכולם ברור מה המצב הרי זו כידיעה. אם ידוע לכולם אין ספק, ולכן לא צריך אמירה מפורשת.

ספק אז לא מתחילים כל כללי ההלכה. וכך יש לומר גם כאן, שרק כשמתחיל ספק נוצר צורך בעדים או באומדנא אישית של הדיין, אבל כשיש אומדנא ברורה אין כלל התחלה של כניסה למצב מסופק וממילא פשוט בסברא שגם כיום אפשר לדון לפי אומדנא שכזו.

ועל דרך הדרוש יש להוסיף, שנאמר בירושלמי ברפ"ה דברכות ש"הסובר תלמודו, לא במהרה הוא משכח, מה טעם? פן תשכח את הדברים אשר ראו עיניך". ובביאור הדברים נראה שראייה זו הידיעה המוחלטת שאין בה ספק, כלשון הגמרא (ר"ה כה, ב) "לא תהא שמיעה גדולה מראייה". נביא רואה מראות אלוקים ובכך יש לו ידיעה שגבוהה מכל ידיעה שכלית. משיח דן ע"פ ריח כי ע"י הריח אין לו ספק, וממילא אין הוא צריך עדים כי הוא דן על פי ידיעתו. שלמה המלך דן על פי אומדנא כי הוא הגיע לרמת ידיעה כזו שלא היה לו ספק, וממילא הוא לא נצרך לארגז הכלים שאתו עובד כל בית דין.

כל כללי הגמרא והפוסקים נועדו למצב שיש ספק, אך שלמה והמשיח והנביא עקפו את הספק ולא התעורר אצלם ספק כלל. הם הגיעו למצב שמקביל לבא הרוג ברגליו. לכן אדם שמשוכנע בלימודו ומבין אותו היטב הרי זה כמו ראיית הדבר ולכן הוא לא ישכח. ואף כאן ידיעה ברורה שמוחלטת לדיין נחשבת כמו ראייה, שבוודאי יכול לדון לפיה.

לו נצליח להגיע למצב של ידיעה מלאה ומקיפה, של ראייה, של נבואה, של חיבור לשורשי התורה ועקרונותיה, בזכות פעמי התקופה וארגז כלים המגוון שנרקם בדורנו, לא נזדקק לכלי וכללי הספק.

ובאמת, גם הנתיבות שהקשה על הרמב"ם והסיק שאומד של הדיין לא מועיל, כתב שאומדנא 'שהיא אומדנא לכל העולם דכשם שידוע לו כך ידוע לכל העולם' מועילה, 'דבדבר שהוא אומד של כל העולם אין זה בגדר עדות כמו שכתבו התוספות ביבמות'.

ובשו"ת **שבות יעקב** (ח"ג סימן קמב, הו"ד בפת"ש סימן טו סק"ט) למד מתשובת **הרא"ש** (כלל עח סימן ג), שהוא חולק על הרמב"ם וסובר שכאשר ישנן אומדנות רבות ולבו של הדיין שלם בדבר אפשר לדון על פי אומדנא גם כיום, ובפרט כיום שאין דנין דין תורה שיש לדון לפי האמת והיושר.

ולפי האמור, גם הרמב"ם מודה באומדנא שברורה לכל אחד ולא רק לדיין. ואפשר שגם הרא"ש לא חולק על כך, כי בתשובה הוא עסק במקרה שאין בו ידיעה אישית של הדיין אלא כל אחד מבין מהקשר הדברים ומהבנת הסיטואציה את מה שהדיין מבין, ובכה"ג בוודאי מועילה אומדנא.

וכן בכלל קז סימן ו דן **הרא"ש** באריכות רבה על מקרה שנראה לכל שאחד מבעלי הדין מתחמק מלענות כדי שלא ייתפס בשקרו, וכתב שאין זה נקרא דברים שבלב

כי זו סברא מוכחת, והביא ראייה מהגמרא בב"ב נ"ח ע"א שרבי בנאה סמך על אומדן שאדם לא יכה את קבר אביו כדי להוכיח שהוא לא אביו, וכתב הרא"ש שרבי בנאה למד כן מהאומדנא שעשה שלמה המלך, 'אב החכמים', במשפט הנשים שברור שהאמא לא תסכים לחתוך את בנה.

ועוד הוסיף הרא"ש להוכיח מהאומדנא ששכיב מרע נתן רק כי חשב שימות (ב"ב קג, ב), וכן הכותב נכסיו לאשתו עשאה רק אפוטרופא (שם קלא, ב), וכן השומע שמת בנו וחילק כל נכסיו והתברר שבנו חי בטלה המתנה מטעם אומדנא שאלו היה יודע לא היה נותן (שם קלב, א). וכן אמדו חכמים שאשה שרצתה להינשא ולכן כתבה כל נכסיה לאחר לא התכוונה למתנה אלא להבריה מבעלה (כתובות עח, ב).

בכל הדוגמאות הללו שהביא הרא"ש (ועליהם יש להוסיף את האומדנא במשנה בכתובות פ"ה מ"א שאם אשה מתה קודם נישואין אינה זוכה בתוספת כי 'לא כתב לה אלא על מנת לכונסה'), לא מדובר על אומדנא ספציפית של הדיין, על סמך היכרות אישית שלו עם אחד הצדדים כמו הדוגמאות שמדבר עליהן הרמב"ם, אלא על אומדנא כללית שכל אחד יודע במצב הזה מהי האמת. הן אצל שלמה, הן אצל רבי בנאה והן בשלל הדוגמאות שהביא הרא"ש. והראיה לכך, שהרי את כל הדוגמאות הללו שהביא הרא"ש פסק השו"ע בצורה גורפת, ולא כתב שכיום שבתי הדין אינם הגונים אין לדון באומדנא שכזו, על אף שבסימן ט"ו העתיק את דברי הרמב"ם. והטעם הוא שאומדנא כללית שכזו מועילה גם כיום.

ונראה שזו הסיבה שבפסקיו (כתובות ט, ו) הביא הרא"ש את דברי הגאון שעליהם מבוססים דברי הרמב"ם לפיהם אין להשתמש כיום באומדנא, ולא העיר על כך (וראה בשו"ת מהר"ם אלשיך סימן מ מה שתיירץ בזה), כי בתשובותיו לא חלק על דברי הגאון אלא דיבר על סוג אומדנא אחר. וראה עוד בשו"ת הרא"ש (כלל סח ס' כ, והובא להלכה בטוש"ע חו"מ ס' סא, וכן בב"י ס' טו): "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 וחותם ונותן ביד הנתבע".

ובפרט שלדעת הרב **מרדכי אליהו** (פד"ר ח"ט עמ' שלא) כל בית דין אזורי כיום מוגדר בית דין 'יחיד בדורו' שיכול לדון על פי אומדנא: "בזמן הזה, בית הדין האזורי במקומו הוא הדיין המומחה והוא יכול לפסוק, בתנאי שיהא שם **אומדנא טובה ומוכח טובא**. כל זה אם נפסוק כנוסח הרא"ש דבעינן יחיד מומחה. אבל לפי לשון השו"ע יוצא, שאם רוצים לדון באומדנא, לא מספיק שיהא דיין מומחה בלבד, אלא צריך דיין מומחה ויחיד בדורו, וזה אין לנו כיום. ואפשר שיש לבית הדין

האזורי דין דיין מומחה ויחיד בדורו, כי אין באותו אזור מקום אחר לתבוע, והציבור קיבל אותם, והוי כהמחזהו רבים עליהם, ויחידים הם במקומם".

יתרה מכך מצינו בדברי החלקת יעקב וכפי שיבואר:

הרמב"ם בספר המצוות (מל"ת רצ) כתב שלגבי דיני נפשות 'הזהירנו שלא לחתוך הגדרים באומד הדעת החזק ואפילו היה קרוב אל האמת', בנימוק של חשש ל'מדרון חלקלק':

אילו התירה התורה לחתוך דיני נפשות באפשר הקרוב מאד שאפשר שיהיה קרוב מן המחוייב המציאות כגון זה שהמשלנו היינו חותכים הגדר במה שהוא רחוק מזה מעט ובמה שהוא יותר רחוק גם כן עד שיחתכו הגדרים וימיתו האנשים פעמים במעט אומד לפי דמיון הדיין ומחשבתו. ולכן סגר יתעלה את הפתח הזה ואמר שלא ייחתך גדר העונש אלא כשיהיו העדים מעידים שהם ידעו בודאי שזה עשה המעשה ההוא באמת בלא ספק ובלא דמיון כלל. וכאשר לא נחתוך הגדרים בדמיון החזק מאד הנה תכלית מה שיהיה שנפטור החוטא וכאשר חתכנו הגדרים בדמיון ובאומד הנה פעמים נהרוג נקי יום אחד. ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד.

אך בשו"ת **חלקת יעקב** (חלק יו"ד, סימן לד) הוכיח מדברי הרמב"ם במקום אחר שלדעתו גם בדיני נפשות הולכים אחר אומדנא ודאית. בגמרא בסנהדרין (פ, א) נאמר "שניים שהיו עומדין ויצא חץ מביניהם והרג פטורים, ואמר רבי יוסי אפילו אבא חלפתא ביניהם (ופירש"י: שהכל יודעין שהוא חסיד ולא זרקו). והרמב"ם (רוצה ד, ו) הביא רק את הרישא, והשמיט את דברי רבי יוסי. ומכאן הוכיח החלקת יעקב שלדעת הרמב"ם אם אבא חלפתא יהיה אחד מהם השני חייב מיתה, כי יש ודאות גמורה שהוא הרגו.

ונראה שטעם החילוק אינו **בחוזק** האומדנא, שהרי הרמב"ם בספר המצוות מתאר אומדנא ברורה ובכל זאת אומר שאינה מועילה מהנימוק של מדרון. אלא שבספר המצוות מדובר על אומדן שבנוי על התרחשות ספציפית, שהאומדנא שייכת לעד שראה את הסיטואציה, ואלו באבא חלפתא אין צורך בראיית ההתרחשות אלא כל אחד יודע שאבא חלפתא בוודאי לא זרק ואומדנא כללית שכזו יוצרת מצב של ודאות ללא התעוררות הספק ובכהאי גוונא אין צורך לעדות.

ונמצא שאותה אומדנא שמועילה בדיני ממונות גם כיום לפי הרמב"ם מועילה גם בדיני נפשות כי גדרה הוא שאין התעוררות ספק.

דוגמה לאומדנא מסוג זה מצינו בדברי **האגרות משה** (יו"ד ה"א סי' מז) שכתב שידיעה ברורה היא כמו ראייה ולכן התיר חלב עכו"ם כאשר ברור לכל על פי אומדנא כללית שהגוי לא עירב חלב טמא, וכתב שזה הטעם של דין 'אנן סהדי'

שידיעה מכח השכל נחשבת כעדות על פי ראייה, והביא את דברי **התוספות** ביבמות (מה, ב) שכתבו לגבי טבילה "דכיון שידוע לכל שטבלה כאילו עומדים שם דמי", והוסיף שגם בדיני נפשות מועילה אומדנא שהרי הגמרא במכות אומרת 'במנאפים שיראו כמנאפים', אלא שבנפשות הצריכו עדות ובזנות כיון שא"א העמידו על עיקר הדין.

וכן בשו"ת **יביע אומר** (ח"ו אה"ע סי' ג) כתב שבדיסקית של צה"ל אין לחוש לשאלה, כי "הואיל וכל תכלית נשיאת הדיסקית אינה אלא למטרת זיהוי הנושאה, ואינה ראויה לשום תשימש אחר. ומי פתי יסור הנה להשאילה לחבירו, ולא יחוש לתקלה פן יפול חבירו במלחמה, ויחשבו עליו שהוא עצמו נהרג. ולא דמי לכיס וארנקי וטבעת שמשמששים בהם לצרכים אחרים".

שתי דוגמאות אלו הן אומדנא של כל העולם ולא של אדם ספציפי, ולכן הן מועילות.

ונראה שזו הסיבה שטביעות עין עדיפה מסימנים.⁷ בשו"ת **ברכת רצ"ה** (סימן ג) כתב:

וצ"ל, דעדיפתא דטביעות עין - דמהני בדיני נפשות - מסימנים, הוא, דבסימנים כל סימן וסימן הוא ענין בפני עצמו, וצריך המכיר לחשוב ולהתבונן על כל אחד אם יש כזה בדיוק באדם הלזה. משא"כ בטביעות עין, ע"י ההבדלים הרבים ניכר הוא מיד למכיריו כי זה הוא ולא אחר. והמכירים בעצמם אינם יודעים במה יובדל זה מזולתו, ולא ידעו לחשוב כי אם מהשנויים בפרטים, וגם יש שינויים דקים למאוד שאין הדמיון תופס לדעתם בפרטות, ורק דרך כלל נתפס בהמחשבה והדמיון, עד שלא יפול בחוש הראות שום ספק. וזה עדיפתא דטביעות עין, שנתפס הכל בכלל בהמחשבה וכח המדמה, ושלטא ביה עינא כל כך, עד שבלי ישוב בהשקפה ראשונה מכיר שזה הוא.

והגאון הרב **שלמה פישר שליט"א** (נעם כרך ב' עמוד רט"ו) ניסח זאת כך: "טביעת עין היא הכרה טבעית הפועלת באופן אינסטנקטיבי כשאר חושי האדם. לא כן סימנים, שאינם גורמים אלא הכרה שכלית, שהיא פרי התבוננות ועבודת המחשבה".

7. אמנם לדעת **קצות החושן** בסימן פא (סקי"ג) טביעות עין של קול לא מועילה בממון, אך כשחלק עליו ה**נתיבות** (ביאורים סק"ז) וטען שאם באיסור מועילה טביעות עין הוא הדין בממון, השיב עליו הקצות בספרו **משונב נתיבות** והוכיח, "דטביעות עינא דקלא קליש טובא, ולא סמכינן אהכרה דיליה כלל", ומבואר שעקרונת הקצות מודה שמועיל אומדן, אלא שסובר שטביעות עין של קול היא קלושה מאד.

ונראה שהביאור הוא, שבסימן יש ספק ומכריעים אותו בהיקש שכלי אחרי 'התבוננות ועבודת המחשבה', אך בטביעות עין האדם פשוט מזהה את המצב וממילא אין לו ספק, כלשון הברכת רצה 'לא יפול בחוש הראות שום ספק' ולכן זה עדיף מסימן שבו יש התעוררות ספק וצריך להכריע אותו.

וזה הטעם שסומכים על בדיקות דנ"א, כמו שהוכיח רבנו הגאון הרב **זלמן נחמיה גולדברג** זצ"ל במאמרו בישורון (כרך יב), כי כשיש בדיקת דנ"א ישנו בירור מוחלט שגורם לכך שאין ספק, ואין פירוש הדבר שיש סתירה בין כללי ההלכה לבין עמדת המדע, אלא שההלכה נאמרה כאשר יש ספק והמדע מאפשר לעקוף את המצב ולהגיע למצב שבו כלל אין ספק ולכן בירור זה עדיף מכללי ההתנהלות בספקות שקבעה ההלכה כי הם נאמרו במקום שיש ספק.

ומכאן יש לדון על מכונת אמת, מצלמה, סקייפ, וכל כיו"ב, שיש לבדוק מבחינה מקצועית את רמת האמינות ואם הגענו לרמת שכנוע מקסימלית שיוצרת מצב שכבר אין ספק אזי לכאורה אפשר לסמוך על כל האומדנות הללו כמו בדיקת דנ"א שדיבר בה הגר"ז.

ועל פי זה יש לדון בסוגיות נוספות.

ג. עגונות בימינו

בדיני עגונות ישנם כללי ספק רבים: עד אחד, אישה, גוי, סימנין, חשש לשאלה, מים שאין להם סוף, וכיו"ב. במקרים רבים הפוסק ניגש לבירור השאלה כאשר הוא יודע לפי התרשמותו מהעובדות שהבעל מת, אלא שיש צורך במציאת הכלל ההלכתי המתאים למקרה המדובר.

אחד הצירופים המשמעותיים שקיימים כיום הוא דברי **החתם סופר** (בשו"ת ח"ג סי' מח, שם סי' סה ועוד) שכותב שכיום שיש דואר והבעל יכול להודיע את מצבו, אחרי י"ב חודש ישנה אומדנא שהוא אינו בין החיים, שכן אחרת היה יוצר קשר, אם ידוע שהיה שלום בית ביניהם. כמובן שדברי החתם סופר שייכים כיום הרבה יותר, כי כיום שהכל מרושת ומצולם והתקשורת זמינה יותר מאי פעם, לו רצה הבעל החי ליצור קשר עם משפחתו היה עושה זאת בקלות ולו היה נעלם היו מוצאים דרך כלשהי לאתר אותו.

אלא שדברי החתם סופר מחודשים מאד. בגמרא ישנם כמה מקרים שבמציאות הטבעית נראה שהבעל מת, ובכל זאת יש צורך בעדות ברורה. כגון דברי המשנה (יבמות טז, ד) שאם אדם נפל למים שאין להם סוף אין מתירין את אשתו, ובברייתא מבואר (שם קכא, א) שאפילו נפל לגוב האריות אין מתירין את אשתו. או למשל שם (משנה ג) שנינו "אין מעדין אלא עד שתצא נפשו ואפילו ראוהו מגויד או צלוב והחיה אוכלת בו".

ולכאורה, אם במקרים כאלו שהמוות ודאי אין מתירין את אשתו כי יש צורך בעדות ברורה על מותו, מניין לחתם סופר לחדש שהאומדנא שהיה יוצר קשר מועילה למרות שאין עדות ברורה?

ונראה שיש חילוק מהותי בין המקרים: כאשר נפל למים או לגוב האריות איננו יודעים מה המצב, אלא אנו ניזונים מדברי העד. לאדם ממוצע ששומע את הסיפור אין יכולת לדעת האם העד צודק בדבריו או לא, ולכן מבחינתו המצב נשאר בספק. במצב שכזה יש צורך בעדות ברורה ועדות חייבת להיות עדות מיתה חתוכה.

אבל כאשר אדם, כל אדם ואפילו אינו דיין, שומע על מקרים מעין אלו שעליהם דיבר החתם סופר, ברור לו כשמש שלו האדם היה חי היה יוצר קשר. למשל, מה שדנו פוסקי זמנינו בעגונות מאסון התאומים. אדם שידוע מה הייתה המציאות באותו זמן ובאותו מקום, יודע בבירור מעל לכל ספק, ללא כל צורך להיות דיין, שאין סיכוי שבנאדם שהיה במגדלי התאומים בעת האסון ניצול בדרך נס והחליט באותו רגע לברוח ממשפחתו ומאשתו לעד, ולמרות האבטחה והגבלת הטיסות הצליח לחמוק מהמדינה ולהיעלם לעד תוך שהוא נוטש, בהחלטה של רגע אחד בתוך בהלת האסון, את כל רכושו ואשתו וילדיו, שלא היה שום אינדיקציה שיש לו משבר אתם, ונעלם מבלי ליצור קשר במשך שנים רבות. הרי לא צריך להיות דיין ולא שופט כדי להבין שמקרה כזה לא ייתכן כלל לפי המציאות שאנו חיים בה. האם במקרה כזה האישה תהיה עגונה לעד? הרי אין כאן כלל ספק וזו אומדנא כללית שנוצרת אצל כל אדם. במקרה כזה הספק כלל לא מתעורר. כמו אישה שמגיעה ממדינת הים, שאנו מקדשים אותה ולא חוששים שמא היא נשואה כי אין לנו התעוררות ספק, כך כשאנו שומעים את פרטי המקרה אין כלל התעוררות של ספק, אלא יש ידיעה חזקה ומוחלטת ששייכת לכל העולם כולו, ולכן סובר החתם סופר שאומדנא מעין זו מועילה. ואין היא סותרת את הצורך של המשנה בעדות חתוכה, שכן צורך זה קיים כאשר ישנו ספק לכל העולם ויש צורך בעדות כדי לפשוט אותו, ולא כאשר לכל העולם אין כלל ספק מה קרה באותו מקרה.

ד. בירורי ממזרות בימינו

לפי זה נראה עוד שכל ההיתרים של ממזרות שייכים כשאלין דרך לברר מהי האמת. ולפ"ז יש לדון לגבי בדיקה מדעית לשאלת האבהות. אם יש היתר ברור לממזר, ייתכן שאין חובה לקיים בדיקה מדעית כדי לבדוק מהי האמת, אך כיון שבהרבה מקרים מכלל ספק ממזר האסור מדרבנן לא יצאנו, נמצא שבלאו הכי הממזר אסור מדרבנן, וממילא אין להתעלם מהיכולת להכריע ולברר ולפתור את

הספק על ידי בדיקות מדעיות שאנו סומכים עליהם בכל תחומי חיינו. אם הבדיקה תאמר שאינו ממזר הוא יהיה מותר ואם תאמר שהוא ממזר, מסתבר שהיא יוצרת מצב שאין לנו ספק אלא הכרענו אותו בעזרת הכלים המדעיים שהקב"ה טבע בעולמו, ומעתה אין כאן ספק ממזר אלא ממזר ודאי. לא מן הנמנע שלו חכמינו היו חיים כיום הם היו מחייבים בכל מצב של ספק ממזר לערוך בדיקה מדעית, כי כל הספיקות הם כאשר אין בירור והכרעה, ואם אין בירור והכרעה מדעית אנו פועלים לפי הכללים שקבעו הפוסקים, אבל כאשר קיימת לפנינו דרך להכריע ולברר את הספק עלינו ללכת בה, כי כך אנו שואפים לפעול בכל תחומי ההלכה, לחתור להכרעה ברורה ולא להישאר ברובד הספק, ולא מסתבר שבתחום קדושת הייחוס נתעלם מהכללים העומדים לרשותנו ונתיר מקרים שבהם כל אדם השומע על המקרה משוכנע שהנידון ממזר, ובכה"ג אין כלל ספק לפי מה שהעלינו.

ה. ביטול קידושין על סמך אומדנא של מצב העדים

הלכה בידינו שאין אדם נפסל בעבירה על פי עצמו אלא על פי עדים, אבל אם הודה מעצמו שעבר עבירה אין עושין אותו אמנם עד לכתחילה אך הוא לא נפסל בדיעבד. אולם, בית הדין הגדול שבירושלים, בפס"ד שנדפס בכרך ז' עמוד 178-182, כתב כך:

הרי לפי דרכו של עולם בימינו אלה ואורח החיים של בני אדם בתקופה זו, אם בא אדם לפני בית דין ומספר שהוא מחלל שבת, אין לבית הדין כל סיבה שהיא שלא להאמינו על כך. ואף על פי שלפי כללי הדין אין לבית הדין לקבל דבריו, הרי בתוך לבם אין לדיינים כל ספק שאכן נכונים הם הדברים. ואם לדעת הדיינים נכונים הם דברי העדים שהם מחללי שבת, הרי לדעתם לא היו עדים כשרים בשעת הקידושין, והאיך יכול בית דין לאשר קידושין כשהוא משוכנע שהקידושין היו ללא עדים ואינם קידושין. למותר להוסיף כי הדברים אמורים לאו דוקא כלפי אותו בית דין אשר שמע את העדים, אלא כל בית דין ובית דין אשר יוטל עליו לפסוק בשאלה זו, יהא באותו מצב ביחס לעדים לאור דבריהם, כאמור. ועיין בתשובות משפט צדק חלק ג' סימן ד', בשאלת אין אדם משים עצמו רשע, הפוסק אם כן יש לומר דיש רגלים לדברי המגרש, דבכי האי גוונא חיישין שירשע לעשות. כלומר במקום שיש רגלים לדבר כי נכונה היא ההרשעה שהאדם מרשיע את עצמו, מקבלים את הדברים וחוששים להם. ועיין בתשובות אהיעזר חלק ב' סימן כ"ה, לענין עדים שנאמר עליהם כי הם מחללי שבת ולא העידו עדים על כך, הכותב: ואין לומר משום שלא

הוגבה עדות על זה, ואינם נפסלים בלי בירור עדות, דבדבר שהוא בפרהסיא והכל יודעים מזה אין צריך בזה קבלת עדות.

חידוש גדול למדנו כאן. אף שנדרשת עדות כדי לפסול עד, זהו דווקא כאשר אין הכל יודעים מזה. אם כולם יודעים מהמצב ולא רק אותו ב"ד התרשם כך "אלא כל בית דין ובית דין אשר יוטל עליו לפסוק בשאלה זו יהא באותו מצב", אז לפי האחיזה אין צורך בקבלת עדות.

אמנם הנידון בפס"ד הוא לחשוש לכתחילה לקידושין, אך נראה שיש בדברים נפקא מינה גם להיתר ממזרות, אם התעורר ספק בקידושין באופן שמאפשר להכשיר את הממזר, אלא שאין עדות ברורה שברגע הקידושין העד היה פסול לעדות. אם כל אחד שישמע את העדויות ויתרשם מאורח חייו של העד, מחבריו וסביבתו, יבין שבוודאי אין סיכוי שהעד הזה שמר תורה ומצוות בזמן הקידושין – ניתן יהיה לפסול את העדים.

ו. לשון הרע בתקשורת ציבורית

אחד הנושאים המשמעותיים בהלכות ציבור הוא נושא התקשורת. בעוד שלשון הרע בין אנשים פרטיים היא תופעה שרובה שלילית, במדינה דמוקרטית דיווח על עובדות נכונות הקשורות לנבחרי הציבור הוא חלק אינטגרלי מהתנהלות המדינה. הרב **עזריאל אריאל** שליט"א (בכתב העת צהר, כרכים ה'–ו') דן בעניין לשון הרע בתקשורת ומסיק שאין לסמוך על כך שנבחר הציבור מוחל שיאמרו עליו לשון הרע כי הוא לא מסכים לכך, וכן עולה מדבריו שחלק לא מבוטל מהתנאים שמנה החפץ חיים כדי להתיר לשון הרע לתועלת אינם מתקיימים בתקשורת, וכך הוא מסכם:

כל עיתון צריך להיות מלווה בהתייעצות רצופה של ת"ח... זהו תפקידן הגדול של המערכת הציבוריות בציבור הדתי... עליהן ליצור את הדגם הראוי לפוליטיקה אחרת ולעיתונות אחראית הפועלות באהבת ישראל גדולה ומתוך רגישות ציבורית ופרטית לכל הצדדים שבהם עוסקות הן פוליטיקה כזאת ועיתונות כזאת תהווה נדבך חשוב וחיוני בבנינה של מדינת התורה אשר קום תקום בבוא העת.⁸

8. וכעין זה כתב הרב **משה קאופמן** בספר 'נתיבות חיים' (בקונטרס זרע חיים כלל א' סימן ס"ח): "סוף דבר, לאחר עיון קצר בדברים השכיחים בעיתון יש להתעורר כמה ראוי לקורא להזהר ומצד הכותבים כמה ראוי לשאול ת"ח שראוי להורות בדברים אלה, וכמו שלא ייתכנו שוחטים שכל עסקם בשחיטה בלי בודק ובלי מורה הוראה שיפסוק להם הספקות שגולדו בטריפות ובנבילות היה ראוי כמו כן שעיתון שמוחזק על ידי אנשים

אך לענ"ד יש מקום לומר שישנה אומדנא ברורה שעל דעת כן נכנס איש ציבור לחיים פוליטיים, שציבור בוחריו יידע את האמת עליו. אנשי ציבור מתמרמרים כלפי התקשורת שהיא לא מדווחת עליהם את האמת, אך אם יכתבו עליהם רק את האמת⁹ הרלוונטית לציבור בוחריהם, אין להם זכות להתלונן, ודומני שבאמת הם גם לא יתלוננו ויבינו שזה הכרחי ואפילו צודק. זהו חלק מהמשחק הדמוקרטי ומי שנכנס לחיים הפוליטיים עליו לקחת זאת בחשבון ועל דעת כן הוא נכנס. עצם העובדה שמחילה מועילה בלשון הרע מסתברת לאור העובדה שמצינו הלכות רבות שאינן משפטיות בלבד אלא יש בהן איסור תורה, ובכל זאת כיון שגדר האיסור כלפי הזולת - מועילה בהן מחילה:

- א. להלכה נפסק שתנאי מועיל באונאה (שו"ע חו"מ רכז, כא).
- ב. באיסור חסימת פועל מלאכול כתב **הסמ"ע** (חו"מ שלז, סק"ג) שיכול להתנות עם הפועל שלא יאכל.
- ג. באיסור לא תחבול כתב **בשער משפט** (חו"מ צז, סק"ב) בדעת הרז"ה והשו"ע: "דכיון דמשכן לו כלי אוכל נפש מרצונו הטוב הרי מוחל לו מדעתו החיוב של המלווה דממון ניתן למחילה, ומה"ט מתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו קיים משום דממון ניתן למחילה וכמבואר בסכ"ח לעניין אם התנה שלא יסדרו לו ובסימן ס"א ס"ו לעניין אם התנה שיהיה יכול למשכנו בעצמו, וה"ה הכא אם הלווה מוסר לו מדעתו כלי אוכל נפש הרי הלווה מוחל למלווה חיובו... ובאמת היה נראה לפ"ז דאף לעניין החזרת העבוט אם נתן לו הלווה למלווה משכון מדעתו שלא בשעת הלוואה ואמר לו בפירוש שלא יחזיר לו בעת צורכו מועיל מטעם מחילה".
- ד. לגבי שמיטת כספים כתב **הב"י** (חו"מ סימן ס"), שלדעת הרמב"ם מהני תנאי.
- ה. לגבי הלנת שכר דעת **הרי"ף והרמב"ם** שמועיל תנאי (וכ"כ **הש"ך** בחו"מ שלט סק"ב, והאריך בזה **המשנת יעב"ץ** בחו"מ סימן מה).

יראי שמיים הכפופים לתוה"ק ואזהרותיה כיון שכל עסקיו בפרסום דברים ועל כל צעד מתעוררות שאלה באיסור לשה"ר לתועלת או ללא תועלת **שלא יפנו על ימין או על שמאל בלי לשאול מורה הוראה על כל ספק** ובוודאי זכות גדולה יהיה להם חוץ ממה שיזהרו מלהכשיל קוראים בדבר שאין לקרותם ויזכו לקדש שם שמים במעשיהם".

9. כצורתה, ללא טריקים עיתונאיים שמשחירים את האישיות גם בלי לשקר.

1. לגבי החיוב על אונס לישא אנוסתו כתב **התוספות רי"ד** בכתובות מ': "דמאי דאמר רחמנא גבי אונס ולו תהיה לאשה אינה אלא להפיס דעתה, ואי אמרה לא בעינא ליה ליתיה לעשה כלל, הלכך לאו כלום הוא עשה למידחי את לא תעשה, כיון שלא ציוהו הבורא אלא להפיס דעתה".

בכל האיסורים הללו ישנו איסור תורה ובכל זאת הוא ניתן למחילה, כי האיסור הוא לפגוע באחר, ומעתה כיון שגם לשון הרע הוא איסור לפגוע בחברו, כמו שמשמע מדברי **הרמב"ם** (דעות ז, ה) שכתב: "והמספר דברים שגורמים אם נשמעו איש מפי איש להזיק חברו בגופו או בממונו ואפילו להצר לו או להפחידו הרי זה לשון הרע",¹⁰ ממילא מחילה מועילה עליו.

הרב עזריאל אריאל כותב גם כן שעקרונית אין איסור לדבר לשון הרע על אדם המסכים לכך, ובהערה כתב שאין להביא ראיה מהסיפור המפורסם על הח"ח שאסר לספר לשה"ר על עצמו, כי מקורו אינו ברור, והוא סותר למה שכתב הח"ח עצמו בבאמ"ח כלל א' סקט"ו שהביא דברי הילקוט שמעוני (ישעיהו רמז ת"ו), שאמר הקב"ה לישעיהו: "על שאמרת כי איש טמא שפתים אנכי שרא לך, שאתה שליט בעצמך, שמא בבני היית שליט שאמרת ובתוך עם טמא שפתים אנכי יושב", וביאר שם שרק אם הוא מספר על אחרים ובתוך כך כולל את עצמו - הדבר אסור, אבל אם מדבר רק על עצמו - מותר.¹¹

ונראה שמשום כך כתב **הרמב"ם** (תשובה ב, ה) שבעל תשובה צריך לפרסם חטאיו שבין אדם לחברו, ו**נראב"ד** כתב ש"כן עבירות המפורסמות ומגולות אף על פי שאינן עם חבירו" (ועיי' לח"מ), ו**בכס"מ** כתב בדעת הרמב"ם שכל עבירות שבין אדם למקום אין לפרסם, אך נימק זאת משום חילול ה' ולא מטעם לשון הרע: "מ"מ אינו מצווה לפרסם שאולי יהיה שם אדם שלא ידע בדבר ועכשיו ידע ואיכא חילול השם". ו**במעשה רוקח** כתב בשם **הפרי חדש** שגם עבירות שבין אדם למקום לצורך מותר: "דקדק הפר"ח ז"ל דהיינו שלא לצורך אבל לצורך שפיר דמי כדאמרינן בסוטה דף ז' אלא ראובן למה ליה דאודי והאמר רב ששת חציף עלי מאן דמפרש חטאיה ומשני כי היכי דלא לחשדוהו אחוהי ע"כ ונכון". ומבואר שאדם יכול לספר על דבר רע שעשה, ורק לאחרים אסור לעשות לספר עליו, כמו

10. וע"ע **חפץ חיים** רכילות ריש כלל ט, שכתב שלכן אסור לספר לשון הרע אף שזה בגרמא, כי כמו בכל נזק שגרמא פטור אבל אסור, כך בלשון הרע פטור אבל אסור לכתחילה.

11. הערת עורך (א.ס.): החפץ חיים גרס בילקוט "עליך אתה **רשאי** לומר", ולפי זה אכן יש כאן היתר גמור. אבל לפנינו הגירסא "שרא לך" כמובא למעלה, ונראה שאין הכוונה **מותר** לך, אלא **מחול** לך, וכלשון הש"ס והפוסקים בכמה דוכתי "שרא ליה מריה" - ימחל לו רבו. ולפ"ז איסורא איכא לומר על עצמו לשה"ר, אלא שע"ז הקב"ה מחל לו.

שכתב בשו"ת **משנה הלכות** (ח"ט סי' שנג): "דדוקא הוא בעצמו שחטא מותר לו לפרסם ומצוה הוא שעשה תשובה אבל אחרים ח"ו, ואדרבה כיון ששב הרי נעשה כאחיק ואסור לבזותו ואפילו לומר לו זכור מעשיך הראשונים אסור". אך יותר נראה לענ"ד שבאמת אסור לאדם לספר לשון הרע על עצמו ללא סיבה, אלא רק כאשר ישנו צורך מסוים, כגון שהסיפור הוא חלק מתהליך התשובה או כדי שלא יחשדוהו כמו שהביא המעשה רוקח בשם הפר"ח.¹² וכעין שמצינו שאסור לאדם לחבול בעצמו¹³ (רמב"ם חובל ומזיק ה, א), אך לצורך מותר ואפילו לצורך שאינו הכרחי כל כך.

ועיין בשו"ת **אגרות משה** (חור"מ ח"א סימן קג) שהתיר לחבול בעצמו לתרום דם לצורך קבלת כסף גם כאשר אין בכך הצלת נפשות, וכן התיר (חור"מ ח"ב סימן סה) לעשות דיאטה לשם נוי, אא"כ זו דיאטה שיש לה ממש צער רעבון, וגם בזה כתב שאין למחות ביד הנשים המקילות. וכן התיר האגרו"מ (שם סימן סו) לנערה לעשות ניתוחים קוסמטיים כדי לייפות עצמה. ואם כן אף אם נאמר שאסור לאדם לספר לשון הרע על עצמו, נראה לדמות את האיסור לחובל, שאסור לאדם לחבול בעצמו ללא צורך אבל לצורך מותר,¹⁴ ואפילו לצורך כסף או יופי.

12. בכתב העת פתיחתא כרך יג כתב הרב **ישראל רוזנברג** שאכן מותר לדבר לשון הרע על אדם שמסכים לכך, אך רק כאשר מדובר בדברי נזק ולא בדברי גנות. ולדבריו יהיה ניתן למחול רק על דיבור שגורם נזק ולא על דיבור שמגנה. אמנם מלבד שהוא כתב שהחפץ חיים מתיר גם בזה, זכינו לדין שלשון הרע ניתן למחילה לפי החפץ חיים, ונראה לי שכאשר יש תועלת במחילה וצורך בה אזי גם בדברי גנות מותר, כי הנזק שנוצר ניתן למחילה, ומצד סברתו ש"דיבור שעל ידו מתגנה חברו הוא עבירה עצמית שאיננה תלויה בשאלת תוצאות דיבורו. עצם הדיבור אודות בריאתו של הקב"ה הוא רע", א"כ נראה שלצורך וסיבה מותר כי רק דיבור גנאי סתמי ללא צורך הוא רע אך אמירה לצורך איננה בכלל זה.

13. ויש לציין שלדעת הרמ"ה שמובא בטור חור"מ סימן ת"כ סל"א רשאי לחבול בעצמו, ובפת"ש סימן רכ"ז הביא דברי **הכנסת יחזקאל** שכתב שבשעת הצורך ניתן לתקן לסמוך על דעת רבי יהודה במשנה שבמרגליות אין משום אונאה, ולכאורה אם כדי לאפשר מסחר במרגליות סמכו על דעת יחיד בתנאים ה"ה שאפשר לתקן לסמוך על דעת הרמ"ה כדי לאפשר תפקוד מדינה.

14. הסיפור על הח"ח שאסר לספר לשה"ר על עצמו אף שפקק בו הרב עזריאל אריאל, הודפס בכמה מקומות (אמנם אין למדין הלכה מפי מעשה ופרשב"ם ב"ב ק"ל ע"ב שאיירי שראה את רבו עושה כן ואעפ"כ אין למדין, וק"ו בכה"ג), וביום חמישי אור לכ"ה סיון תשע"ו העברתי שיחה בנושא זה של לשון הרע בתקשורת בבית האבות 'בית ברט' פעיה"ק ירושת"ו, ובסופו אמר לי אחד מהשומעים ש"אביו שמע כמה פעמים מהחפץ

נמצא אם כן שמחילה לצורך מועילה בלשון הרע. אלא שנבחרי הציבור לא הצהירו שהם מוחלים שיספרו עליהם לשון הרע, ולכן טען הרב עזריאל אריאל שאין כאן מחילה. אך לענ"ד נראה שכמו שבדיני ממונות אין צורך להסכמה מפורשת אלא די בכך שכך מקובל וכך נהוג,¹⁵ א"כ גם העובדה שכך מקובל שמעשי נבחרי הציבור צריכים להיות שקופים לכל, א"כ כל הנכנס על דעת זה נכנס. כלומר, אין צורך בהסכמה אלא די במודעות.

וכן מצינו במומין שאם כך מקובל או שידוע שיש מום שכזה, גם אם לא יודע מכך הדבר נחשב כמחילה. **וברמ"א** (או"ח תרצה, ב) כתב "ויש אומרים דאם הזיק אחד את חבירו מכח שמחת פורים, פטור מלשלם ועיין בח"מ בדיני נזיקין". ושם (שעה, ט) כתב: "הרוכבים דרך שמחה ושחוק הואיל ונהגו כן פטורים". ובשו"ת **הרא"ש** (כלל ק"א סימן ו', מובא בטור חו"מ תכא, ה): "וכן בנדון זה, נתאבקו זה עם זה מדעת שניהם, והזיקו זה את זה שלא בכוונה, כי הדבר ידוע כששניהם נתאבקו עיקר כונתם שיפיל האחד את חברו, וכשהאחד נותן על חברו, א"א לו לצמצם ולכוין שיפילו בנחת כדי שלא יזיקו, כי בכל כחן מתאבקין, וכל אחד מכוין להפיל חברו, אם יזיקנו, ואדעתא דהכי נתאבקו יחד". ומבואר שעצם הכניסה למציאות שכך מקובל נחשבת כמחילה. **וברמ"א** (חו"מ תיז, א): "וי"א דאף על גב דהכי דינא הוא, מ"מ כבר נהגו לעשות ביבין ומרתפות תחת חלל ר"ה, וכן זיזין, וכולן מוחלין על כך מאחר שכן נהגו".

ובקובץ דרכי הוראה (תמוז תשס"ה קובץ ב) כתב **הרב אשר וייס** שכיוון שמקובל בכלכלה המודרנית שכל אחד מוכר במחיר שכדאי לו והלוקח הא זה שסוקר את השוק, אפשר שהדבר נחשב כמתנה ע"מ שאין לך עלי אונאה. כלומר עצם המודעות שכך מתנהלים הדברים כמוה כמחילה.

חיים זיע"א שאסור לספר לשה"ר על עצמו. ולפ"ז א"ש, שבאמת אסור לאדם לספר על עצמו אך לצורך מותר למחול על כך כמו חובל.

ועיין קובץ יסודות וחקירות (עמוד 1114) שהביא בשם ספר **קדשי ישראל** שחקר האם לשה"ר לתועלת הוא בגדר הותרה או שלא הוא לשה"ר. ולדרכנו נראה שלא הוא לשה"ר כלל כי הגדר הוא נזק וכל שלצורך אינו בכלל זה. ועיין ח"ח כלל י סעיף יד בהערה, שכתב: "ואפשר שהוא הדין אם כוונתו בסיפורו להפג את דאגתו מלבו הוא כמכוון לתועלת על להבא" (ועיין בספר נתיב חיים שזו דעתו של הח"ח, וכתב בלשון אפשר כי לא מצא מקור לכך). ולכאורה, למה הפגת דאגה היא סיבה להתיר איסור כה חמור שנכפלו בו כ"כ הרבה לאוין ועשין? ואם נאמר שלשה"ר לתועלת אינו בגדר האיסור כי הגדרתו היא נזק וכשזה לתועלת אין עליו שם של מעשה נזק, א"ש.

15. ואדם נכנס למצב מסוים על דעת הנורמה הנהוגה באותו עניין, ובכל דיני קניינים ופועלים וכיו"ב הנורמה המקובלת מחייבת כי על דעת כך נכנס.

ובשו"ת **ציץ אליעזר** (ח"כ סימן נ"ב) נשאל מאת הרב פרופ' אברהם סופר אברהם על רופא המכתיב למזכיר תוצאות מחלה האם אין בזה משום לשון הרע, שהרי אין צורך למזכיר לדעת זאת והשיב:

תשובה כללית להיתרא לכל ועל כל פרטי שאלותיו (פרט בנוגע לילדים) היא: **א.** היות וידוע לנוגעים בדבר מראש, **שכך הנהוג והמקובל, אם כן אדעתא דהכי נחתים ומוחלים על כך מראש. ב.** מכיון דאחרת, יתקלו בקשיים, והעבודה לא תיעשה כפי הדרוש, ותיביא לאיחורים ולשיבושים מכמה פנים. הרי נקרא זה מה שעושים זאת בצירוף מזכיר או מזכירה, וכדומה, לשם תועלת הנזקקים אשר בכה"ג מותר, וכפי שכותב החפץ חיים בה' רכילות כלל ט' בבאר מים חיים סק"ח (שכבו' מציין אליו), ויעוין גם במ"ש עוד בכלל ד' סעי' י"א בהגה"ה ע"ש, וזה כבר נימוק גם בנוגע לילדים. **ג.** מכיון שאחרת לא יוכל הרופא למלא תפקידו כראוי, ומוכרח לעזרת מזכיר או מזכירה כדי להכתיב על ידה את התוצאות. ומוכן זאת מראש, אם כן נחשב הכל גוף אורגני רצוף אחד בבחינה של שלוחו כגופו לבירור ומיצוי והמצאת מסקנות כפי הנדרש, ומעלין איפוא זאת כאילו הרופא משמיע לעצמו ומכתיב לעצמו ביד ארוכה התוצאות כדי להמציאם לרופא המשפחה, וכדומה. ועל כן כשם שההכתבה של הרופא אל רופא המשפחה לא נחשב בגדר של לה"ר כך גם ההכתבה לרופא המשפחה באמצעות מזכירתו המיועדת לכך מראש לא נחשב בגדר לה"ר מה שנודע לה עי"ז התוצאות כי זה בגדר של כגופו, זאת אומרת שהדבר בא בפני הגוף האורגני, והגוף האורגני המטפל בדבר משיב על התוצאות.

ומנימוק זה "שכך הנהוג והמקובל, אם כן אדעתא דהכי נחתים ומוחלים על כך מראש" יש ללמוד לנידון דידן, שכיון שכך נהוג ומקובל בכל מדינה מתוקנת שהציבור מקבל דיווח על מעשי נבחרי הציבור א"כ בכניסתם למגרש הפוליטי הם מקבלים את כללי המשחק כי "אדעתא דהכי נחתים ומוחלים על כך מראש". ובפרט, לפי מה שנתבאר שאומדנא כללית הידועה לכולם ואינה בנויה על השערה ספציפית נחשבת כידיעה גמורה וכאמירה ברורה. וכן הטעם שיש בכך צורך לתפעול הגוף האורגני, מסתבר שלא גרע הצורך של תפקוד מדינה דמוקרטית ביעילות מתפקודו של הגוף האורגני הרפואי. ועוד יש לומר, שכיון שהחוק במדינה קבע¹⁶ שכל איש ציבור מביא את הדבר בחשבון כשהוא נכנס לחיים הפוליטיים, א"כ החוק גם תורם לכך שעל דעת זה

16. הרב עזריאל אריאל מביא שכך פסק בית המשפט העליון, מובא במאמרה של ד"ר שולמית אלמוג 'פרסום דברי רכילות מול הזכות לפרטיות במשפט הישראלי' בקובץ רכילות בהוצאת הקיבוץ המאוחד.

נכנס ומוחל על כך,¹⁷ ואולי אף נאמר שהחלק בחוק שמאפשר לדווח אמת לתועלת תקף מצד דינא דמלכותא דינא, כי ייתכן שגם חכמי ישראל היו מתקנים כך אם הדבר נחוץ לצורך תפקודה של המדינה.¹⁸

ז. אומדנא בשימוש בחפץ ללא בקשת רשות

איתא בבבא מציעא (כא, ב):

אתמר, יאוש שלא מדעת: אביי אמר לא הוי יאוש ורבא אמר הוי יאוש. בדבר שיש בו סימן כו"ע לא פליגי דלא הוי יאוש, ואף על גב דשמעיניה דמייאש לסוף לא הוי יאוש, דכי אתא לדיה באיסורא הוא דאתא לדיה, דלכי ידע דנפל מיניה לא מייאש, מימר אמר: סימנא אית לי בגויה, יהבנא סימנא ושקילנא ליה. בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר אע"ג דאית ביה סימן רחמנא שרייה, כדבעינן למימר לקמן. כי פליגי בדבר שאין בו סימן: אביי אמר לא הוי יאוש, דהא לא ידע דנפל מיניה. רבא אמר הוי יאוש, דלכי ידע דנפל מיניה מייאש, מימר אמר: סימנא לית ליה בגויה, מהשתא הוא דמייאש.

כדי להכריע במחלוקתם, הגמרא הביאה שתיים עשרה ראיות. עשר מהן עוסקות בדיני יאוש, ושתיים בדינים כלליים: האחת בדין מפריש את פירות חברו בלא ידיעתו, ולאחר מכן התברר שהבעלים מעוניין והתרומה חלה אף שבשעת ההפרשה לא ידע, ועל כך תירץ רבא בשיטת אביי שמדובר בעשאו שליח. והשנייה בדין ניחותא של משקים המכשירים טומאה. לאחר הברייתא על הפרשת תרומה הביאה הגמרא (כב, א) מעשה:

אמימר ומר זוטרא ורב אשי אקלעו לבוסתנא דמרי בר איסק, אייתי אריסיה תמרי ורימוני ושדא קמייהו. אמימר ורב אשי אכלי, מר זוטרא לא אכיל. אדהכי אתא מרי

17. עיין תחומין כרך ל"ד שפרס הרב **אריאל בראלי** אוסף דוגמאות עשיר בהם מצינו שאף שהחוק לכשעצמו לא מחייב, מ"מ עובדת קיומו גורמת שאדם מודע לכך ועל דעת זה פועל ומתקשר עם החברה.

18. עפמ"ש"כ **החת"ס** סימן מ"ד, שכל שאילו בא לפנינו היינו מתקנים כן מהני ד"ד. ועיין עוד **בעמוד הימיני** לגר"ש ישראלי סימן ח' שדברים שעיקרם בהכרעת השכל לא מהני בהו ד"ד אך דברים שעיקרם תיקון העולם מהני ד"ד, וא"כ מסתבר שמה שנחוץ לתפקוד המדינה הוי בכלל תיקון העולם דמהני ד"ד, ובשו"ת **מנחת אשר** (ח"א סימן קכ"ב) הפליג לומר שכל מה שלא סותר את מוסר התורה מהני ביה דינא דמלכותא, ולדבריו ייתכן שאמנם דיני לשון הרע מבטאים השקפת מוסר שונה לחלוטין מההשקפה הרווחת שאינה אוסרת לפרסם דברי אמת אף שלא לתועלת, אך החלק שמאפשר אמת לתועלת במידה שנצרכת לניהול המדינה לא סותר את מוסר התורה שגם בה יש הלכות מדינה.

בר איסק, אשכחינהו ואמר ליה לאריסיה: אמאי לא אייתית להו לרבנן מהנך שפירתא? אמרו ליה אמימר ורב אשי למר זוטרא: השתא אמאי לא אכיל מר? והתניא, אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה! אמר להו: הכי אמר רבא: לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד משום דמצוה הוא וניחא ליה, אבל הכא – משום כסיפותא הוא דאמר הכי.

והקשו **תוספות** (ד"ה מר זוטרא), מדוע מר זוטרא לא אכל, הרי בב"ק קי"ט ע"א מובא שאריס מעצמו מוכר. ותירצו ששם מדובר שהביא מביתו, אך כאן מר זוטרא חשש שבשעת החלוקה האריס לא ינכה מחלקו את מה שנתן: "ורב אשי לא היה חושש לזה, ולכך אכל קודם שבא מרי בר איסק משום דאריס מדנפשיה קא יהיב, דאין לומר שהיה סומך שיתרצה מרי בר איסק כשידע, דהלכה כאביי ואף על גב דהשתא ניחא ליה מעיקרא לא הוה ניחא ליה".

נמצא שלדעת התוספות אסור לאדם להשתמש ברכושו של חברו ללא רשות אף שיודע שהוא מסכים לו. אך ה**ש"ך** (שנ"ח סק"א) כתב לחלוק על דברי התוספות:

ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר שמותר, ויאוש שלא מדעת שאני שגם אח"כ אינו מייאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא, ובע"כ הוא מתייאש, א"כ אמר' מעיקרא באיסורא אתי לידיה, דבמה יקנה – אי ביאוש, הא השתא אינו מתייאש, ואלו הי' יודע שהוא אצלו לא מתייאש. משא"כ הכא כיון שידוע שיתרצה, א"כ השתא נמי בהיתרא אתי לידיה, דמסתמא אינו מקפיד על זה. ואף על גב דבש"ס שם מדמה תרומה וטומאה ליאוש שלא מדעת, טעמא אחרינא איכא התם, דלענין תרומה וטומאה ידיעה ממש בעינן.

ולכאורה דברי ה**ש"ך** צ"ב. לדבריו יוצא שיש שני עניינים בסוגיא, יש עניין יאוש שהוא בעל כרחו ויש עניין נוסף שהוא דין 'ידיעה ממש' בתרומה וטומאה, וזה קשה כי הגמרא משווה ביניהם ורוצה להוכיח מתרומה וטומאה על יאוש, ואם בתרומה וטומאה יש דין ידיעה ממש, קושיית הגמ' לכאורה אינה במקומה.

ואכן, כך הקשה **שו"ע הרב** (הלכות מציאה סימן א', בקונטרס אחרון): "צע"ג, דהמקשה לא אסיק אדעתיה דלתרומה בעינן דעת בעלים משום גם אתם, אלא תרומה תליא מילתא בחושש משום גזל לחוד, כדקתני בברייתא בהדיא, וכן גבי הכשר". ולכן פסק: "אפילו ברור לו שכשיודע לבעליו שהוא נטלה אזי ישמחו ויגילו מפני אהבתם אותו אסור לו ליהנות בה בלא דעת הבעלים... מכל מקום כיון שעכשיו אינו יודע מזה הרי הוא נהנה באיסור וכן כל כיוצא בזה וצריך להזהיר לרבים שנכשלין בזה מחמת חסרון ידיעה".

גם **בחידושי רבי שמעון שקאפ** (ב"מ סימן כ) פתח בכך שברור מהגמרא שמחלוקת אביי ורבא היא מחלוקת כללית: "דבכל דבר שפועלת הכוונה והמחשבה כגון

הפרשת תרומה וכגון הפקר היכי דאנן סהדי דמפקיר בלבו דשם לא מהני לכו"ע בלא ידיעה ומחשבה בפועל דכל שלא כיוון וחישוב מחשבת ההפרשה וההפקר חסר המעשה העיקרי ועל חסרון שום מעשה לא שייך שיועיל מה שאמדינן שלו היה יודע היה עושה דהרי מ"מ לא עשה". לאחר מכן ציין הגרש"ש את דברי הש"ך: "שרוצה לחלוק על התוספות מסברא, ולא אדע למה, כי דבריהם מוכרחים שם מכל הסוגיא. ולא דמי לדבר שאינו מקפיד, דשם הוי גילוי דעתיה היינו שאמדינן שבידיעה בפועל חושב שאינו מקפיד, אבל בכה"ג דמיירי הש"ס שם בעובדא דמר זוטרא הוי במקרה שאמדינן שלאותם רבנן אם היה יודע לא היה מקפיד, וזוהי עיקר מחלוקת אביי ורבא, ומה שחולק הש"ך על התוספות מכל השקלא והטריא של הסוגיא אינו מובן".

נראה שכוונת הש"ך שהסוגיא עוסקת בדברים שיש בהם צורך בהחלת חלות, וגם יאוש נחשב החלת חלות ולא הסכמה רגילה משום שהוא חל בעל כרחו. גם בתרומה וטומאה יש החלת חלות, ולכן יש צורך ב'ידיעה ממש' כדי להחיל אותה. כלומר, באמת כל הסוגיא עוסקת באותו ענין, אלא כוונת הש"ך שבגלל שהיאוש חל בעל כרחו נדרשת ידיעה ממש כמו בתרומה וטומאה, ולכן הגמרא משווה ביניהם. הסכמה לשימוש אינה נחשבת החלת חלות, ולכן די בה באומדנא, וממילא מיושבת שאלתם של הגר"ז והגרש"ש על רבנו הש"ך.

עוד נראה שהוויכוח בין הש"ך לבין בעלי התוספות (כפי שביארו את הבנתם הגר"ז והגרש"ש), יסודו במחלוקת ראשונים בהבנת מהלך הסוגיא. בקידושין נ"ב ע"ב הגמרא הביאה מעשה לגבי קידושין שדומה לתרומה, ואמרה שרק לגבי תרומה מועיל הבירור שלאחר מכן, "אבל הכא משום כיסופא הוא דעבד ואינה מקודשת". **תוספות** כותבים שם שבב"מ העמידו בעשאו שליח, והקשו: א"כ למה הוי שלא ברשות? ותירצו, שתרומתו מן היפה נחשבת שלא ברשות: "ואם כן צריך לומר גבי פרזמא דשויה שליח דאי לאו הכי מאי מייתי". אבל מהרמב"ם לא נראה כן, כי **הרמב"ם** (תרומות ד, ג) כתב:

התורם שלא ברשות או שירד לתוך שדה חברו וליקט פירות שלא ברשות כדי שיקחם ותורם, אם בא בעל הבית ואמר לו כלך אצל יפות אם היו שם יפות ממה שתורם תרומתו תרומה שהרי אינו מקפיד, ואם לא היו שם יפות אין תרומתו תרומה שלא אמר לו אלא על דרך מיחוי, ואם בא בעל הבית וליקט והוסיף בין יש לו יפות מהן בין אין לו תרומתו תרומה.

וכתב **הכסף משנה** שהרמב"ם השמיט את האוקימתא של שליח בגלל הגמרא בקידושין, ובגלל שבהמשך הסוגיא, בסיפור של האריס, הגמרא אמרה: "לא אמרו כלך אצל יפות אלא לתרומה", ומשמע שלא מדובר בעשאו שליח, "וא"כ מאי

דתרגמוהו בשעשאו שליח אליבא דמקשה הוא אבל קושטא דאפי' לא עשאו שליח נמי כיון דלמתרם קאי ועוד דהוי מצוה בגילוי דעת למפרע סגי". וכ"כ **המעשה רקח והגר"א** בביאורו ליו"ד של"א סקע"ו (ויש להוסיף שגם מהירושלמי תרומות שהביא **המל"מ** על אתר משמע שלא מדובר בשליחות).

וכך מבואר מדברי **רבנו חננאל** בסוגיא, שהשמיט לגמרי את האוקימתא של עשאו שליח והזכיר רק שכלך אצל יפות אומרים רק לגבי תרומה כי יש מצווה ובמקום אחר לא: "אע"פ שאמר לו כלך אצל יפות משום כיסופא הוא דאמר ליה הכי ואסורין משום גזל".

ונראה, שמחלוקתם תלויה בשאלה מה הוויכוח בין אביי לרבא: לדעת **תוספות** יש כאן ויכוח בהגדרות: האם אומדנה שהיה מתייחס אם היה יודע מועילה, וכמו שביאר הגרש"ש שללא אמירה "חסר המעשה העיקרי ועל חסרון שום מעשה לא שייך שיועיל מה שאמדינן שלו היה יודע היה עושה". אבל **הר"ח והרמב"ם** הבינו שהטעם שאביי אוסר הוא שבשעת המציאה אין בהירות שיתייאש ובמצב שכזה אין אומרים גילוי מלתא למפרע. ולכן כאשר יש נחותא של מצוה אין צורך להעמיד בשליח, שכן זהו אומדן חזק ומשמעותי שמועיל.

וכך מוכח מדברי **רבנו חננאל**, שלגבי זוטו של ים, שבו מודה אביי לרבא, ביאר שהטעם הוא "דהא ודאי נתייאש הימנה", ומבואר להדיא שכל החיסרון של אביי הוא שאין ודאות בייאוש העתידי, ולכן בזוטו של ים, שיש ודאות שיתייאש - מודה אביי לרבא. וכן כתב **הריטב"א** להדיא, שבזוטו של ים כיון שיש כאן אומדנא ברורה מהני אף שלא מדעת. והתוספות יסברו כמו השיטה שזוטו של ים הוא גזה"כ.

וכבר עסקו בשתי האפשרויות הללו בהרחבה בתורת ראשי הישיבות זיע"א. כך למשל התנסח **הקהילות יעקב** בסימן כו:

בהא דיאוש שלא מדעת לא מהני לאביי איכא לפרושי בתרי גוונן, **דיש לפרש** דאביי מודה לרבא דבדבר שאין בו סימן עומד הוא לייאוש ולכשיתוודע לו ודאי שיתייאש אלא דאביי סבר 'דעומד לייאוש' לא מהני משום דבעינן ייאוש בפועל, **ויש לפרש** איפכא - דאביי מודה לרבא דסגי בעומד לייאוש אלא דסובר דבדבר שאין בו סימן אינו ברור שעומד לייאוש דייטכן שהבעלים ירדפו לחזור על המוצא ולחזור על עדים ומשום הכי לא הוי ייאוש.

וממילא, לפי הבנת הר"ח והרמב"ם והריטב"א אומדנא ברורה וודאית מועילה ואין צורך בהסכמה בפועל.

ממקום נוסף הוכיחו האחרונים שדעת הרמב"ם כמו הש"ך. **הרמב"ם** (אישות ה, ח) כותב:

הנכנס לבית חבירו ולקח לו כלי או אוכל וכיוצא בהן וקידש בו אשה ובא בעל הבית אף על פי שאמר לו למה לא נתת לה דבר זה שהוא טוב ממה שנתת לה אינה מקודשת, שלא אמר לו דבר זה אלא כדי שלא להתבייש עמו והואיל וקידש בממון חבירו שלא מדעת חבירו הרי זה גזל ואינה מקודשת, ואם קידשה בדבר שאין בעל הבית מקפיד עליו כגון תמרה או אגוז הרי זו מקודשת מספק.

ומבואר מדברי הרמב"ם שאם ברור שהוא מסכים מקודשת שהרי הנימוק הוא שלא באמת הסכים וגם בדבר שאין הבעלים מקפיד מקודשת בספק, ולכן הוכיחו **המחנה אפרים** (גזילה סימן ב) **והנודע ביהודה** (מה"ת אה"ע סימן עז) שלדעת הרמב"ם אומדנא ברורה מועילה. וע"ש במחנ"א שהוכיח **מתוספות** בקידושין שג"כ סוברים כמו הש"ך.

וכך מבואר מדברי **הצפנת פענח** שציין לפסחים ו ע"ב, ושם מובאת תוספתא שאומרת: "בזמן שאין בעל הבית מקפיד עליהן מותרין משום גזל", והוסיף להוכיח כן מדברי הירושלמי: "ועיין בירושלמי פרק א' דערלה דדבר שאין בהם ממש מותר משום גזל, ועיין בירושלמי פרק ג' דדמאי הלכה ב' גבי הך דהלוקח ירק מן השוק דאמר שם חזקיה דמותר ליקח עליו ליעשר שלא מדעת הבעלים מחמת שאין להם הפסד בהעלין דגבי ירק לא קפדי רק אמנין ולא על העלין".¹⁹ ונמצא שהרמב"ם הן בהלכות אישות והן בהלכות תרומות סובר לדינא כמו הש"ך שאומדנה מתירה להשתמש בחפץ ללא הסכמת הבעלים, וביחס בין הדברים לדין יאוש שלא מדעת שלא נחשב יאוש יש בפנינו שתי דרכים – דרכו של הש"ך שהסוגיה עוסקת בהחלת חלות כמו יאוש שבעל כרחו ותרומה וטומאה, ודרכם של הר"ח והרמב"ם שהסוגיה נאמרה כשאין ברור ודאי. ונראה שגם דעת **תרומת הדשן** כמו הש"ך, שכתב בסי' קפח:

אשה בעלת הבית לשה לה משרתת שלה עיסה והלכה לחוץ קודם שהפרישה חלה, וקודם שחזרה נתחמצה העיסה כל צורכה שאם עוד תשהה שלא תאפה תתקלקל העיסה, ובשביל כך רוצה המשרתת להפריש חלה בלי רשות בעה"ב, יראה דשפיר דמי למיעבד הכי, דכיון דמתקלקל זכות הוא לבעה"ב וקי"ל זכיה מטעם שליחות

19. והטעם שכתב הרמב"ם בסוף שיש ספק, ביאר הצפנת פענח: "משום דהא בלא הקדושין היתה היא יכולה ליקח הדבר הזה מן הבעה"ב כיון דאינו מקפיד על זה ודבר דבלא הקדושין היה מגיע לידה זה תליא בהך בעיא דקדושין דף ח' ע"ב גבי כלב רץ אחריה לנשכה ונשאר בתיקו ולכך פסק רבינו כאן דהוה ספק".

אתרבי וכו', וה"נ המשרתת נעשית שלוחה אפילו שלא מדעתה מטעם דזכות הוא לה... ואי ק"ל, הא דתניא בפ"ב דמציעא (כב, א) כיצד התורם שלא מדעת תרומתו תרומה כו', עד הרי שמצאו ואמר לו בעה"ב כלך אצל יפות [וכו'], לא שויה שליח [לא] משום דבעינן שלוחכם דומיא דאתם מה אתם לדעתכם, אלמא אף על גב דידעינן בתר הכי דניחא ליה במה שתרום אפ"ה לא הוי שליח כיון דמעיקרא לא לדעת הוי. לא דמי כלל, דהתם בשעה שנעשה שליחות **לא ידעינן כלל דניחא ליה** אלא דאח"כ שמעינן מיניה או דחזינן מיניה דניחא ליה ובעינן למימר דלמפרע הוי שליח, הא לא מהני משום דבעינן למידע בשעה שנעשה שליח דזכות הוא וניחא ליה, וכה"ג הוי דומיא דאתם דאנן סהדי אי הוי הכא הוה ניחא ליה, אבל היכא דבשעה שנעשה שליחות לא ידעינן לא הוי דומיא דאתם.

ויוצא לפי תרומת הדשן שאפשר ללכת אחרי אומדנה שקיימת כבר בשעת המעשה כמו בחלה, והבעיה בב"מ היא שרצונו התברר רק לאחר המעשה. אמנם, שו"ע הרב, החולק על הש"ך, הביא את דברי תה"ד וכתב ששם "היינו טעמא משום **דרגילה כן** דמיא לתאנה דידיע דנתרא, ולעבד הנותן פת לעני שכך נהגו". אך לא הבנתי מניין שכך נהגו שהמשרתת מפרישה בלא ידיעת בעלת הבית, הרי תה"ד מתאר מקרה **חריג** שבעלת הבית יצאה קודם הפרשה ולא שזו הרגילות. ועוד, שגם מלשונו שחילק בין משרתת לגמרא בב"מ ששם לא ידעינן שניחא ליה בשעת המעשה וכאן ידעינן, לא משמע שטעמו שכך מצוי, אלא שיש אומדנא ברורה בשעת הפעולה.

ובאמת, **קצות החושן**, שבסימן רסב סק"א הסכים לדעת התוספות וחלק על הש"ך, חלק גם כן על תה"ד, וכתב בסימן רמג סק"ח שמתוספות בנדירים ובנזיר, וכן מהרשב"א בנדירים מוכח שכדי להוציא מאדם אין די באומדנא אלא צריך מינוי, ולכן נטה מדברי תה"ד.²⁰

ונראה שתה"ד הלך בשיטה העקרונית של הר"ח והרמב"ם והש"ך, ואין להקשות עליו מדברי התוספות, שהם הולכים לשיטתם, וממילא כיון **שהרמ"א והט"ז** פסקו כדברי תה"ד, הכי הלכתא. ועוד, שהרי גם מהרמב"ם והשו"ע מבואר שמועיל 'זכין' בתרומה, ובאמת **הגרונ"ט** (ב"מ כב) **והאמרי בינה** (הלואה סי' יג ועוד) תמהו על הקצות, שמדברי הרמב"ם והשו"ע מוכח שזכין מועיל בתרומה. ועוד, שגם התוספות

20. **ובקצות** בסימן רמד סק"ב כתב שלפי הקדוש מרדוש אין מועיל שליחות במתנה, וחלק עליו ה**הנתיבות** סק"א, שלמתנה א"צ שליחות. וביאר **אבן האזל** פ"ב מהל' שכנים ה"י, שלפי הקצות קנין צריך הקנאה של מקנה ולא רק הסכמה. ונראה שזהו טעם הקצות גם כאן שאין די בהסכמת על פי אומדן אלא המקנה צריך להקנות, ולכן אין די באומדנא וצריך מינוי. ותה"ד אזיל בשיטת הנתיבות שדי בהסכמה ולכן מועילה אומדנא.

והרשב"א שהביא הקצות עוסקים בשליחות, שנדרש מינוי כדי לחדש ששלוחו כמותו ואין די בניחותא, אבל במקומות שאין צורך בשליחות אלא בהסכמה אין לנו ראייה שהרשב"א לא סובר כמו הש"ך.

והנתיבות המשפט (סי' קצה סק"א) הביא דברי הש"ך וביאר על פיהם את דברי הסמ"ע. וע"ע בנתיבות (סי' רצא סקל"א) שכתב: "אמרינן אלו היה שם בשעת מעשה ודאי היה מסכים למעשיו".

נמצא שדעת הש"ך איננה דעת יחיד, אלא שיטתו בנויה על הבנת הר"ח והרמב"ם, וגם מדברי תה"ד שנפסקו ברמ"א ובט"ז משמע כך (ובפניני הלכה ליקוטים עמוד 81 כותב שהמנהג כמו הש"ך, ואולי מטעם שהרמ"א כמותו).

ועוד נראה, שכיון שמשתמש כי בטוח שחברו מסכים, אין זה חמור יותר מגונב ע"מ לשלם, שהרי אם יתברר לו שחברו לא מסכים הוא ישלם וגם כלל לא מתכוון לגנוב אלא בטוח שחברו מסכים לו, וא"כ לדעת הרמב"ם שגונב ע"מ להחזיר אינו אסור מה"ת אלא מדרבנן 'שלא ירגיל עצמו בכך', וכך פסק השו"ע בסימן שמח ס"א,²¹ נמצא שכל הנידון כאן הוא בדין דרבנן.

ולולי דמסתפינא אמינא, שבאמת אם ישנה ודאות גמורה שהאדם מסכים, כגון שני חברים טובים שאחד רוצה להשתמש בעפרון של חברו - לכולי עלמא מותר להשתמש בחפץ. הסברא מכריחה כן, שהרי אין דין של אמירה שתאשר בפירוש את השימוש, אלא האמירה באה לגלות את דעתו, ולכן אם אין כל ספק, אלא ישנה אומדנא ברורה שהוא מסכים, הסכמתו קיימת ואין צורך שיוציא מפיו את המילים 'אני מסכים'. וכמו שכתב הקצות בסימן י"ב שבדבר הידוע לכל העולם אין זה דברים שבלב אלא יש כאן אמירה גלויה ולא בלב.

ולכן הגמרא אומרת בפסחים ד' שניחא ליה לאיניש שיעשו מצווה בממונו, וכאשר אין קפידא למדו הפוסקים (עי' שו"ע או"ח סי' יד ובנו"כ) שמותר להשתמש בחפצי חברו לצורך מצווה. ולכאורה מה מהני הניחותא הרי סו"ס לא ידע על השימוש ולא הסכים בפירוש? אלא ודאי שאומדנא ברורה מועילה, אלא שלולי מצוה אין אומדנא ברורה. וא"כ נראה שגם התוספות אסרו רק כשאין אין ודאות שיסכים.

ובשו"ת **שבט הלוי** (ח"ד סימן רכה) כתב:

איברא, יש מקומות כמו באמריקה, שמה שנשאר מן הסעודה אפילו עופות ומנות שלמות זורקים לאשפה לאיבוד, ובין כך וכך על הבעה"ב המזמין לשלם הנ"ל. אף על פי שהזריקה לאשפה בכזה איסור דאורייתא דבל תשחית, דהא אפי' בשירי כוס מבואר באו"ח סו"ס ק"ע דאיכא משום ב"ת, ומכ"ש בכה"ג, מ"מ כיון דכך נוהגים אלו

21. ולכן כתב הב"ח בריש הלכות גזילה שמותר לגזול על מנת להחזיר, כי גזילה דלא שכיחא לא אסרו שמא ירגיל עצמו.

האנשים ואין המנות עומדים אלא לאיבוד, שוב אין מקפיד עליהם. אבל מעיקר הדין ובמקום שמקפידין עליהם איסור גמר לקחת מהם.

וכך מבואר ב**שו"ע** (חו"מ שנט, א), שכתב שאסור לגזול כל שהוא, "ואם הוא דבר דליכא מאן דקפיד ביה, שרי; כגון ליטול מהחבילה או מהגדר לחצות בו שיניו". מבואר להדיא שאם ברור שאינו מקפיד מותר, ולא הזכירו שם הפוסקים שהתוספות חולק על כך.

ועוד כתב שם הטור בשם **הרא"ש**, שהאיסור לגזול אפילו ע"מ לשלם הוא "דווקא שאין התשלומין בעין כההיא דמייתי עלה שרצו אנשי דוד ליקח גדיש של שעורים ולתת במקומו של עדשים ועדיין לא היו בידם העדשים אלא רצו גדיש של שעורים של ישראל ולכשיזדמן להם גדישי עדשים של פלשתים יתנו לישראל במקום גדיש השעורים אבל אם היו מזומנים העדשים אפילו אין בעלי גדיש שעורים לפנינו מותר לזכות להם גדישי עדשים [ע"י אחר] דעדיפי מהשעורים וזכין לאדם שלא בפניו". ומבואר שעל ידי אומדנא אפשר להפקיע בעלות גם ללא אמירה מפורשת.

ובכך יש ליישב שיטת התוספות שכתבו (כתובות יא, א ד"ה מטבילין) שזכין מועיל מטעם שליחות, שאם היה יודע היה ממנה, ותמה עליהם **הקצות** (ס' קה סק"א) שהרי זהו המנגנון של רבא בעוד שהלכה כאביי שאין אומרים כן. ולפי האמור ניתן ליישב שכאשר יש אומדנא ברורה גם תוספות מודה, וכשיש זכין ישנה אומדנא ברורה.

ובכך יש ליישב גם את קושיית **הקצות** בסימן שנח סק"א, איך סובר רב חסדא בכתובות (מח, א) שההולך למדה"י ואשתו תובעת מזונות - נותנים מרכושו תכשיט, הרי זהו יאוש שלא מדעת? ולפי האמור, הקצות לשיטתו בסימן ק"ה בהבנת הסוגיא, אבל לפי מה שנתבאר, בכה"ג הוי אומדנא ברורה שכל אחד רוצה שיהיה לאשתו תכשיט, ובכה"ג לכו"ע מהני אומדנא.

נמצא לפי האמור, שלא מצינו בראשונים מי שחולק בפירוש על ההנחה שאומדנא ברורה ומוחלטת מועילה. ורק אצל רבותינו האחרונים מצאנו כן: שו"ע הרב כתב כן להדיא שגם כאשר הבעלים ישישו וישמחו לא מהני, וגם הגרש"ש הבין כך, וכמובן הקצות בכמה מקומות סובר שאומדנא אינה מועילה להוציא ממון ואף בזכין. ולכאורה יחיד הוא בדבר זה, כי תה"ד והרמ"א והט"ז והרמב"ם והשו"ע לא סוברים כמותו בזה, ואף לקצות אם זה שימוש שלא מוציא מרשות הבעלים, מסתבר שהוא מודה שאומדנא מועילה.

ואם כן לענ"ד, כיון שאומדנא ברורה ומוחלטת היא יסוד מוסד וכולל וסברא גדולה היא, ועלה בידינו ששיטת הר"ח והרמב"ם והריטב"א בהבנת הסוגיא מובילה למסקנה שאומדנא ברורה מועילה וכפי הנראה זו דעת תה"ד והרמ"א

והט"ז, וכך הורה הש"ך, וכך נראה מדברי הרא"ש והנתיבות, ויש פנים לומר שכך גם שיטת התוספות, ובפרט שזה מיישב את שיטתם בכתובות, וגם בקידושין הם סוברים כמו הש"ך כמו שהוכיח המחנ"א, לכן מסתבר שהמקל בזה יש לו על מה לסמוך.

ח. מסירת אבדה למשטרה

על פי זה יש לדון גם בעניין מסירת אבדה למשטרה. כיון שהמשטרה אינה פועלת על פי דיני השבת אבדה, בפשטות אי אפשר למסור את האבדה למשטרה כי המוצא מחויב בהשבה והוא צריך להשיבה כפי הדין. אך ישנם מקומות שבהם הסיכוי שהאבדה תחזור לבעליה גדול יותר אם זה יתבצע דרך מחלקת אבדות, של המשטרה או תחנת הרכבת או האוטובוס. האם מותר לאדם שיודע שבדרך הרגילה לא יצליח למצוא את בעלי האבדה למסור אותה למחלקת אבדות?

מסתבר שעל פי הש"ך בוודאי הדבר מותר, כי אם ביכולתו להשתמש בחפץ של חברו על פי אומדן שהוא מסכים לו, הוא הדין שיכול למסור את החפץ של חברו למשטרה על פי אומדן שאילו היה כאן היה מעדיף שכך ייעשה, כי זו הדרך האפקטיבית ביותר להחזרת האבידה.

ונראה שגם התוספות חלקו על הש"ך רק בהפקעת בעלות, אך כאן אינו מפקיע את הבעלות אלא מבטל מצוות השבה, ובמצווה התוספות מודים שאין צורך בחלות בפועל אלא די באומדן, ובפרט לפי מה שציידנו שבאומדנא ברורה גם התוספות מודים.

ועוד יש לומר, שבהשבת אבדה שכל תכליתה ומטרתה היא להשיב את האבדה לבעליה יש לפעול לפי מטרת הדין. הגמרא בב"מ (כז, ב) אומרת שגם אם סימנין לאו דאורייתא אפשר להחזיר אבדה, כי "ניחא ליה לבעל אבדה למיהב סימנין ולמשקליה. מידע ידע דעדים לית ליה, ומימר אמר, כולי עלמא לא ידעי סימנין מובהקים דידה ואנא יהיבנא סימנין מובהקין דידה ושקילנא לה".²²

וכעין זה שמעתי (בחומ"פ תשע"ה) מהרב **אברהם דברמדיקר**, דיין בבית ההוראה הישר והטוב, שישנם חפצים כמו מוצצים וכיו"ב שהושארו בגן ציבורי

22. אמנם הטעם הזה אינו מספיק כי הגמרא שאלה עליו, דאם כן למה בתכריך של שטרות יחזיר, הרי הלווה לא מעוניין בכך, ולכן הגמרא אמרה הסבר אחר. אמנם, נראה שמה שנדחה זו ההבנה שכל ההחזרה בסימנים בנויה על נחותא דהבעלים, ועל כך קשה מתכריך של שטרות, אבל עצם ההנחה שבהשבת אבדה פועלים לפי הבנתנו ברצונו של הבעלים - מסתבר שנשארה.

שצריך להשאירם במקום, כי כך הבעלים מעדיפים בימינו. והמשיך הרב וסיפר על אחד שאיבד את המפתחות של מכוניתו בגן סאקר, וחיפש מסביב עד שראה שהמוצא הניח אותם על גדר בסמוך לדשא ואמר: ברוך ה' שהוא לא לקח אותם לביתו כפי דין השבת אבדה, כי לא הייתי מצליח למצוא אותו.

ובספר 'השבת אבדה כהלכה' של הרב **מרדכי גרוס** שליט"א כתב שאסור לתת את האבדה למשטרה שאינה מחזירה לפי ההלכה, אך למחלקת אבדות של אגד וכיו"ב מותר, כי הנכנס לאוטובוס נכנס על דעת הנהלים של החברה והנהלים קובעים שהאבדה נמסרת למחלקת האבדות.

ולענ"ד נראה שאין להחזיר למשטרה רק אם יש דרך אחרת יעילה להשיב את האבדה לבעליה, אך אם ישנה אומדנא ברורה שהבעלים היה מעדיף להחזיר למשטרה כי זוהי הדרך הטובה ביותר שיקבל את אבדתו בחזרה - עדיף להשיב למשטרה ולקיים את תכלית המצוה.

ומסתבר שבמציאות שלנו הדרך המאורגנת היא הדרך הטובה ביותר לקיים את מצוות השבת אבדה בהידור; אם דרך אתרי אינטרנט של השבת אבדה ואם דרך מחלקות אבדות של משטרה או אגד. כמובן השאיפה היא שדרכים אלו יפעלו לפי כל כללי ההלכה ודרישותיה, אבל אם כרגע במדרחוב או ברכבת אין דרך מאורגנת שפועלת לפי ההלכה, והאופציות הם או למסור למשטרה או שמרב הסיכויים שהאבדה לא תשוב לבעליה - מסתבר כאמור שעדיף למסור למשטרה.

שוב ראיתי את מאמרו של רב הכותל הרב **שמואל רבינוביץ'** (תחומין ל) שדן על אבדות בכותל וכתב:

בספר השבת אבדה כהלכתה מובא שמותר למסור אבדות שנמצאו באוטובוס למחלקת האבדות באגד כיון שעל דעת כן עלה הנוסע לאוטובוס, ואדרבה הבעלים מעדיפים כך כיון שבדרך אחרת הסיכוי שהמוצא ימצא את המאבד נמוך. לפי סברה זו, מסתבר שגם באבדות שנשכחות בכותל מעדיפים הבעלים שימסרו ליד המשטרה. וכיון שאין המשטרה יכולה לשמור את כל האבדות לזמן בלתי מוגבל מן הסתם הבעלים מסכימים מראש שלאחר זמן מה תוכל המשטרה לעשות בחפצים שנמצאו כרצונה.

ובסיכום כתב, שהמוצא אבדה במקום ציבורי ימסרנה להנהלת המקום, ואם הנהלת המקום לא יכולה להתחייב שתשיב כהלכה יכול למסור למחלקת האבדות של המשטרה.

ט. אומדנא שזוקקת תקנה – מזונות הילדים והסכמי קדם נישואין

נראה עוד שיש מקרים שבהם האומדנא הברורה מובילה למסקנה שכך נכון לעשות, אלא שלמעשה אי אפשר לפעול מכוח האומדנא לבדה, ולכן יש צורך בתקנה כדי לתת לה תוקף פורמלי.

למשל, בעניין מזונות הילדים ייתכן שסיבת החיוב היא שעל דעת כן אדם נישא ומחמת כן חכמים חייבו במזונות. ולפ"ז אפשר לומר שאף שבזמן חז"ל החיוב היה רק של האבא ורק עד גיל שש ומעל גיל שש חייב מדין צדקה, מכל מקום כיום דעת בני אדם לדאוג לילדיהם גם לאחר גיל שש, וכך פשוט לכל ההורים בעולם בכל המדינות וכך המנהג, ועל דעת כן הביאו ילדים לעולם, וזוהי סיבת החיוב של מזונות בימינו. אולם, אי אפשר לחייב על סמך האומדנא הזו, ולכן הרבנות הראשית השתמשה בכלי ההלכתי של התקנות כדי לעגן את החיוב שהוא בעצם המשך הרוח והרעיון של חז"ל.

ממילא מסתבר שגם אם התקנה אינה מתורת צדקה, כיום שהנשים עובדות ומרוויחות יש מקום לשקול לתקן מחדש (שו"ר שכן הציעה מועצת הרבנות הראשית) שבמצבים מסוימים גם האמא תישא בעול נטל המזונות, בפרט כאשר הילד אינו אצל האב וחובתו במזונות מוטלת בספק או כאשר המשמורת משותפת והאבא יכול ורוצה לטפל גם הוא בילדים. ומסתבר שאם בזמן הנישואין שניהם עבדו וטיפלו בילדים, גם אם המינון של כל תחום משתנה מזוג לזוג ומבית לבית, אין סיבה סבירה שלאחר הגירושין כל עול הפרנסה ייפול על הבעל וכל הגידול יהיה באחריות האישה.

באותו כיוון יש לדון גם על תנאים שעושים קודם הנישואין כדי למנוע סרבנות גט.

נראה שחכמים קבעו את דיני הכפייה על הגט לפי אומדן דעת הנשים, ולפי זה הסכמי קדם הנישואין מבוססים על אותו יסוד של כפיית גט שקבעו חכמים. עולה מכך ששינוי דעת האישה משנה את גדרי הכפייה, אלא שאין לנו יכולת לדון לפי אומדן ולכן צריך תנאי מפורש. תנאי זה בעצם אומר שבעבר רק במקרים קיצוניים האישה לא הייתה יכולה לסבול, ולכן רק במוכה שחין וכיו"ב קבעו חכמים כפיית גט, אבל כיום המציאות השתנתה. ציפיות הנשים מחיי הנישואין השתנו, ומוכנותן להסתפק בכל בעל שהוא כבר איננה מוחלטת. ואף אם א"א לשנות דין מחמת זה, מכל מקום כשהן מתנות זאת במפורש ועל דעת כן מסכימות להינשא והבעל מודע לכך, אין בכך כל מניעה.²³

23. ואדרבה אולי יש בכך עדיפות על המצבים שנאמרו בחלק מהפוסקים לכפות גט, כי בהם אין תנאי מפורש ונדרש כח מיוחד של חכמים כדי לכפות, ולכן כאשר אין הדבר מבורר

י. היחס בין כללי הפסיקה לבין הבנתו האישית של הלומד וההשלכה על דין קים לי וספק ברכות להקל

ידועה שיטת הרמב"ם (טומאת מת ט, יב) שכל הספיקות מותרים מה"ת ואסורים רק מדרבנן, ולפי דבריו ביאר **הפני יהושע** (כתובות ט, א) ש"ס הוא מדין ספק דרבנן לקולא. ולכן ניתן לחדש ס"ס מדעתנו²⁴ ולכן הולכים אחרי ס"ס גם לכתחילה וגם כשאפשר לברר²⁵ וגם כשאנו מתהפך.²⁶

והנה לפי כללים אלו יוצא שבכל סוגיא הלומד צריך לראות את השיטות העיקריות, ואז אם ישנו כלל כגון על ידי פסיקת בעלי השו"ע או נטיית רוב הפוסקים או מנהג וכיו"ב צריך לפעול לפיו, ואם לא - לפי דעת הרמב"ם יוצא שכל ספק בדרבנן וכל ספק ספיקא בדאורייתא מן הדין הדבר מותר, אף לכתחילה ואף מעצמנו ואף כשאנו מתהפך, ובספקא דאורייתא יש להחמיר.

אך נראה פשוט, שכללים אלו נאמרו רק כשאין לאדם עמדה, כי לא למד או כי לא הצליח להגיע לבירור והכרעה. אולם צורת הלימוד האידיאלית ודרך המלך של לימוד התורה היא לשאוף להגיע לבירור, להכרעה ולחקר האמת.

בגמרא שישנה כפייה בשוטים חששו מאד הפוסקים לכפות, אך כאשר ישנו תנאי מפורש שעל דעת כן היו כל הנישואין אין מקום לחשוש שהרי הבעל הסכים לכך מלכתחילה (כמובן שבסוגיא זו ישנם היבטים נוספים, ורק הערנו על נקודה קטנה בהקשר האומדנא).

24. על דברי הש"ך (בסוף כללי הס"ס) שאין לבדות ס"ס מלבנו אם לא אותם המפורשים או הדומים להם ממש וגם זה אחר רוב העיון, כתב **הכרתי ופלתי** (בית הספק) שהש"ך לשיטתו שסובר שספק דאורייתא אסור מה"ת, אבל לפי הרמב"ם: "כל ענין הס"ס להתיר איסורי דרבנן שהספיקות מד"ס, ובזה אין להחמיר כולי האי, ושפיר סמכינן על דעתנו דעת תורה ובלבד שתהא הכוונה לשם שמים".

25. כך הסביר היביע אומר: "שפיר סמכינן על ספק ספיקא אפילו במקום שאפשר להתברר" (יבי"א ח"ה יו"ד סימן ג' אות ב' במילואים); "כבר פשטה הוראה להקל בכל ספק ספיקא אף לכתחילה" (שם ח"ז או"ח מ"ב ב'ג'). מכיון שהספק הראשון מותר מה"ת לדעת הרמב"ם, אלא שחכמים החמירו, א"כ כאשר מצטרף עוד ספק - במקרה שכזה לא החמירו חכמים, ולכן יכול להקל גם כשאפשר לברר וגם לכתחילה.

26. הש"ך סובר (כללי הס"ס, יג-טו) ש"ס לא מועיל אלא אם כן הוא מתהפך, והפר"ח (שם, סעיף יג) חלק עליו שאין צורך בס"ס מתהפך. ונכתב **הכרתי ופלתי** שרק לרשב"א שספקא דאורייתא לחומרא קיימת הדרישה לס"ס מתהפך, אבל לפי הרמב"ם הרי בספק אחד כבר יצאנו מאיסור תורה וכשיש עוד ספק יש כאן ספקא דרבנן לקולא ולכן אין צורך שיהיה מתהפך.

אמת זו לא צריכה להיות אמת מוחלטת שאדם קובע מסמרות לדורי דורות כאילו הוא בר הכי לחלוק ולקבוע הלכה, אלא אמת סובייקטיבית. אדם עמל על הסוגיא, מנתח את הגמרא ושיטות הראשונים, ומגיע למסקנה מה נראה נכון בעיניו. מה לדעתו האמת העולה מן התלמוד, מה לדעתו דבר ה' בשאלה זו, ואת המסקנה שלו הוא מיישם, תהא אשר תהא. כמובן שצריך להיות זהיר ולא להקל כנגד דעות מקובלות לפני שיש לאדם בירור מוחלט ובהיר שהוא ליבן אותו עם חבריו ועם ת"ח מובהקים עד שיצא הספק מלבן, אבל באופן עקרוני כשאדם לומד סוגיא הוא לומד כדי להכריע ולא כדי להישאר בספק ולפעול לפי כללי הספק. על מי אפשר לחלוק כשיש בירור זו שאלה נפרדת שאין כאן מקומה, אבל לא מצינו שום מקור שאוסר להכריע בין אחרונים על פי ראיות ובירור ולכן עכ"פ לגבי מחלוקות אחרונים מסתבר שיכול להכריע על פי בירורו.

אם אין לאדם עמדה בסוגיא, או שלמד והצדדים נראים בעיניו שקולים ואין לו נטייה או בירור, או שאדם אחר שואל אותו, לא מתוך רצון לדעת את עמדתו האישית אלא כמו יהודי ששואל רב ורוצה לדעת מה ההלכה המקובלת בעניין הזה, בכל המצבים הללו על האדם לפעול לפי כללי הספק (אא"כ כבר התקבעה ההלכה או ישנו מנהג וכיו"ב). אך השאיפה והדרך הראשית היא לחתור להכרעה, לברר, לבדוק את היתרונות והחסרונות בכל שיטה, ללבן היטב איזו שיטה הכי מחוורת בתלמוד ובראשונים, ועל פי המסקנה לנהוג ולפעול. זה מה שה' אלוקינו רוצה מעמנו, ואם שגינו ניבחן בשאלה האם באמת התאמצנו לברר וללבן והאם עשינו זאת מתוך חיפוש אמת בלבד.

כל לומד הוא דיין לעצמו, ולו מדין עביד איניש דינא לנפשיה, ולכן כמו שדיין פועל בעיקר על פי נטיית לבו והכרעת שכלו ובירור המציאות, כך כל לומד, כל רב, מברר את ההלכה מתוך חתירה להגעה להכרעה ולבירור הספיקות ולהגיע לידיעה ברורה שהיא יסוד פסיקת בית הדין בתחומי אבן העזר וחושן משפט, והיא גם המעלה העליונה ביותר בבירור הלכה בכל שאר תחומי התורה. מקובלנו מרבתינו, שאדם שחיפש אך ורק אמת ועמל ככל יכולתו לברר את האמת ולבסוף שגה, אין עליו תביעה כי לבו אנסו (עי' שבועות כו ע"א ותוד"ה את), ואונס, כידוע, רחמנא פטריה.

נראה שכך גם ביחס לכללי 'קים לי' ו'ספק ברכות להקל'. כשאין ללומד עמדה והוא נמצא במצב של ספק, אז ישנו כלל לפיו בברכות כיון שאינן מעכבות ולדעת

הגאונים והרמב"ם ברכה לבטלה היא מה"ת, לכן כשאין בהירות שצריך לברך עדיף לא לברך.²⁷

וכן בממון, כיון שאין הולכים בממון אחר הרוב, די בשני פוסקים שלפיהם המוחזק צודק כדי לא להוציא ממנו. אבל כאשר ללומד, לרב, לדיין, ישנה דעה בסוגיא – עליו לפעול לפי הכרעתו ובירורו, ראיותיו ונטיית לבו ולא לפי כללי קים לי.²⁸

אדוננו הש"ך חותר בכל סוגיא וסוגיא לבירור העניין על פי מה שנראה לו מן התלמוד, וכשיש לו בירור לא חשש לכלל של קים לי שהוא עצמו כתב שלפיו די בשני פוסקים כדי להשאיר אצל המוחזק, אלא סמך על בירורו.²⁹ ורק כשאין לו הכרעה, הוא פוסק לפי קים לי.

נראה שבדורנו בפרט יש בשלות והכרח לאור ריבוי הדעות והמבוכה, לחתור להכרעה, ללבן ולברר ולפסוק לפי הטעמים והעקרונות העולים מהפוסקים ומדברי חז"ל. כמובן בזהירות הנדרשת ולאחר שימוש ת"ח ותוך כדי ביקורת עצמית מתמדת והצעת המסקנות האישיות בפני ת"ח מופלגים.

דרך ההכרעה הראשית אפוא היא על ידי בירור עקרונות הדין והמצווה, בסיוע כל הכלים שהתפתחו בגלות, עולם הלמדנות וההלכה, המחשבה והאקדמיה, שכולם יחד מסייעים לברר את מטרות התורה ועקרונות מצוותיה, ומתוך בירור זה יכול אדם להגיע להכרעה ההלכה שהיא מגמתנו בלימודנו, והיא יסוד הפסיקה בכל תחומי התורה.

הרב קוק התבטא בכמה מקומות שחלק אינטגרלי מתחיית האומה בארצה, מהתהליך ההיסטורי של קיבוץ הגלויות והחתיירה לבניית חיי אומה מתוקנים לפי התורה, כולל חידוש בצורת לימוד התורה. באורות התורה הוא מדבר על כך שצריך לראות כיצד הפרטים מקושרים עם הכלל, וכיצד ישנו קשר בין ההלכה והאגדה. נראה שעל ידי בירור עקרונות התורה מתוך מגמה להכריע במחלוקות הפוסקים ובשאלות חדשות, אפשר לקשר בין הפרטים ולמצוא גשר בין עולם

27. וגם הרב יעקב חיים סופר שליט"א, שחותר לצמצם את דין קים לי, מעיד (ברכי נפשי סי' ג) ש"רבנן דידן בני ספרד רגילים להורות שאפילו רוב פוסקים אומרים לברך ומיעוט אומרים שלא לברך, אין לברך".

28. אמנם פוסקים רבים מאד אינם סבורים כך, כי אדם לא יכול להכריע מדעתו ולכן עליו לפעול תמיד לפי כללי הקים לי.

29. אא"כ רבים מן הראשונים סוברים לא כמותו, ואז בד"כ הוא יסיים שאינו כדאי להכריע ולכן הוי ספיקא דדינא.

ההלכה והאגדה, שכן עולם האגדה מסייע להגדיר את הרעיון של כל דין, מהותו ומטרתו.

ונסיים בלשונו של הרב **יצחק גינזבורג** שליט"א שהתבטא שתקופתנו, תקופת בית המקדש השלישי, צריכה להצמיח לא רק את התודעה האוניברסלית, את האחריות לאנושות כולה מתוך המאמץ להתכונן לבית **המקדש** השלישי, אלא להצמיח גם את בית **המדרש** השלישי.