

## אומדן דעת ונפש בני-אדם במשפט העברי

כל שיטת משפט לוקחת בחשבון את טבע האדם. לא הוגן ולא מועיל להטיל נורמות משפטיות שנוגדות לגמרי את טבעו ואופיו — לא להקל מדי ולא להחמיר מדי.

אי לכך הנורמה המשפטית — בהרבה מקרים — מסתירה מאחוריה קביעה באשר לאופיו, לעתים מבלי שנהיה מודעים לכך. למשל, חוזה שנעשה בכפיה בטל, כי אנו מניחים שבנסיבות אלו רצונו היה פגום.

יש שיטות משפט שנמנעות מלקבוע או אף מלהסתמך על חזקות כלליות באשר לטבע בני אדם בכלל, והן משאירות לשופט שיקול דעת נרחב להכריע בכל מקרה לגופו.

במשפט העברי לעומת זה, יש הרבה חזקות, אומדנות בנפש האדם, שמכוון נחקקו חוקים לכלל.

כיצד נקבעו חזקות אלו, וע"י מי? האם הן ניתנות לשינוי? האם הן מלמדות על אופי קבוע ובסיסי של האדם? היש להן זיקה למדע הפסיכולוגיה?

שאלות אלו עומדות במוקד המאמר. המאמר מצביע על שתי גישות באשר לדרך קביעת החזקות, האחת ע"פ ניסיון החיים, והשנייה, ע"פ מסורת או לימוד ממקורות קודמים (משנה או פסוק מקראי וכיוצ"ב). הראינו פנים לגישה השנייה תוך כדי דיון בדוגמאות מתחומים שונים.

אף הסברנו כי יוצר האדם שנתן את החוקים מכיר את האדם שלו ניתנו משפטיו.

### מבוא

הדעת, הכוונה והמצב הנפשי בכלל הם כאחד חלק בלתי-נפרד ממעשה האדם. אינו דומה עברייני במזיד לעברייני בשוגג או באונס. אין תוקף להרבה פעולות משפטיות ללא הכוונה הראויה. לכן כל שיטת משפט מתייחסת לא רק למעשה אלא גם לדעת המלווה אותו.<sup>1</sup>

בהלכה יש לדעת "תפקיד" לא רק בתחום המשפטי אלא גם בתחום הדתי. נסקור כעת בקיצור דוגמאות לחשיבות הדעת בכלל.

בתחום הדתי: "לשמה". יש קרבנות שנפסלים אם הוקרבו שלא לשמן, כחטאת.<sup>2</sup> כן מצינו מושג "לשמה" בעניין כתיבת ספר תורה, אפיית מצה ועוד. יש אומרים שכל המצוות צריכות כוונה, וכך הלכה.<sup>3</sup>

בתחום המשפטי: בתחום הפלילי — בכל עבירה יש לבחון אם היה העושה מזיד, שוגג או אנוס. בנזיקין — אף ש"אדם מועד לעולם", הרי בשוגג פטור הוא מחמישה דברים, וחייב רק בנזק.<sup>4</sup> התוספות<sup>5</sup> אומרים שבאנוס גמור פטור אף מנזק. בראיות — יש ראיות שנקבעות על-ידי חזקות (השערה משפטית) ובחלקן בנזיקין על אומדן דעת האדם, כחזקה אין אדם פורע תוך זמנו, חזקה על חבר שאינו מוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן ועוד. בחוזים — אין חוזה ללא גמירות דעת הצדדים, וכשזו פגומה, נפסל החוזה, כמו במקרה של טעות, אונאה בשיעור מסוים, אסמכתא, אנוס במקרים ידועים ועוד.

### א. חזקות כלליות ודרך קביעתן

כיצד יודעים מהי דעת האדם? המעשה הוא גלוי, אך הדעת לא. בדרך-כלל הדעת מתגלה על-ידי דיבורו של האדם, ולעתים על-ידי התנהגותו המלווה את המעשה. אולם יש שאדם נוהג בדרך מסוימת ואינך יודע את כוונתו. כאן יש לעתים חזקות המעידות על כוונתו. בדרך-כלל חזקות אלו ניתנות לסתירה לאור נסיבות המקרה שלפנינו, אך בנסיבות רגילות מסתייעים אנו בחזקה כללית על כוונת האדם. בהלכה — בניגוד לשיטות משפט אחרות — מצינו שימוש רב מאוד בחזקות כאלו. מהי חזקה זו? יש כמה מובנים למושג זה. לענייננו נציין כי הכוונה להשערה משפטית, ואף לזו סוגים שונים, ואנו מתייחסים לסוג מסוים שמוגדר באנציקלופדיה התלמודית (כרך ג, עמ' תרצג, סוג ג): "דבר שדרכו להיות על פי טבעו של אדם בתכונות נפשו או גופו, אנו אומדין שכן היה". אולם כבר ציינו שם בהערה, שיש עוד כללים בהלכה שבנויים על טבעו ותכונתו של אדם, אבל לא הוזכרו בפירושו בשם חזקה. כגון: "אין אדם מוציא דבריו לבטלה", ומכאן השלכה לפירושו של חוזה; "לא שביק איניש היתרא ועביד איסורא", ולכן נאמן הוא לומר שפרוובול היה לוֹ וְאָבָד. יש גם הלכות שבנויות על כללים כאלו, כגון: "אסמכתא לא קניא" קובע כי חוזה שיש בו תנאי עם גוזמה מעיד על חוסר גמירות דעת ופוסל את החוזה (כך הלכה, שלא כדעה החולקת).

כיצד נקבעות חזקות אלו? כללית, ייתכנו שתי גישות: מתוך נסיון החיים ומתוך מקורות ההלכה.

### ב. גישה א — מתוך נסיון החיים

גישה אחת לקביעת חזקות היא — מבט על האדם הסביר, מתוך נסיונו כיצד האדם מתנהג, מה דעתו ומצבו הנפשי במצב מסוים. אפשר שנתייעץ באנשי מדע החברה, ועל-כל-פנים גם לאנשי משפט מיומנים יש מה לומר בנושא. לפי זה, המשפט קובע עקרונות מספר, אך יישומם תלוי במנהג המקום והזמן. כך, למשל, בחוזים — גמירות דעת. אך מתי אדם גומר דעתו? לפי המקובל. בעונשין — רשימת עבירות והבחנה בין שוגג, אנוס ומזיד. אך מי נקרא מזיד — לפי המקובל. נזיקין — רשלנות (פשיעה), אך יישום העקרון לפי הנהוג. נמצא, הלך הדין אחר מנהגן של הבריות.

#### קשיי הגישה

בגישה זו לקביעת חזקות יש כמה קשיים ואלה הם:  
(1) חלוקה הכללית. כשם שאין פרצופיהם דומים זה לזה, כך אין דעותיהם דומות

זה לזה, ואף לא מידותיהן. למשל, "חזקה אין אדם פורע תוך זמנו". לכאורה תלוי הדבר באופיו של אותו אדם — אם חרד הוא ושונא מתחים ומתפטר מחובותיו בהקדם, או להיפך, שש אלי מתח ודוחה הוא מילוי חובותיו עד כמה שאפשר, וכיו"ב. וכיצד נקבע דין אחד לכולם? ועל כרחך יש לומר כי למען יציבות הדין אנו הולכים לפי הרוב, ודעת המיעוט בטלה לדעתם. כלומר, לפי המקובל אצל הרוב נקבעה החזקה. אך אם כן, לכאורה גבול יש לקביעה כזו, כאמור להלן.

(2) אי-יציבות הדין. הדין צריך להשתנות בהתאם לשינויים החברתיים של בני-אדם. אם המשנה מדברת על מחילת שתות, אפשר שבמקום אחר או בזמן אחר אין אדם מוחל על שתות דווקא. ואם בזמן חז"ל אין אדם גומר דעתו באסמכתא, אולי היום כן. ואם אשה מתקדשת גם לבעל שיש לו אח מוכה שחין, משום "טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו" (ב"ק קיא ע"א), אולי כיום אין אשה מוכנה להינשא ב"כל מחיר".

אולם ראה זה פלא: כמעט שלא מצינו שינויים בהלכות הבנויות על חזקות בדבר דעת בני-אדם! להלן נדון בשאלה זו, אם אכן יש יוצאים מן הכלל לכך. עכ"פ ברור שהלכות רבות מאוד לא נשתנו. יש שנשתנו הנסיבות אך לא החזקות, כמבואר להלן.

(3) מחלוקת בחזקות. אם חז"ל קבעו מה שקבעו על-פי נסיון החיים, כיצד נסביר אותן חזקות שנחלקו בהן חכמים? בשלמא, חזקה מפורסמת כגון "אין אדם מתפייס במומין" (כתובות עה ע"ב), ולכן קונה מיקח ומצא בו מום, יכול לבטלו לאחר זמן רב, ולא נאמר שידע מיד מהמום ונתפייס — חזקה כזו אפשר שנובעת מנסיון החיים שלנו. אבל, כאמור, יש חזקות שאינן כה מוחלטות בעינינו, ומצינו שנחלקו בהן חכמים. האם, למשל, עשו מחקר שדה אם אדם פורע תוך זמנו, ועל-פי זה נחלקו אמוראים? או, למשל, נחלקו תנאים בסנהדרין מ"ע"א אם אדם טועה שעה אחת או שתיים כדי להכשיר עדותו, האם נחלקו על-פי נסיונם המשפטי?

דוגמאות נוספות למחלוקת כאלו יובאו להלן.

(4) הדיון והראיות. בתלמוד כמעט שלא מצינו דיון ענייני בדבר טיבה של החזקה, אלא כל הדיון הוא מסביב לראיות ממקורות קדומים, כמשנה, אם יש ראייה או קושייה ממקור קדום יותר. למשל, "חזקה אין אדם עושה שליח אלא במילתא דקיימי קמיה", כלומר אין דעת המשלח שליח לקדש לו אשה, כי אם על אשה שהוא עצמו יכול לקדשה בשעת המינוי. ודוחה הגמרא חזקה זו מכוח דוגמה מן המשנה (נזיר יב ע"א).

(5) ריבוי גוונים ופרטים. יש בחזקות אלו לא רק חילוקי דעות, אלא גם ריבוי גדול של פרטים וגוונים שונים המעידים על הבדלים דקים במצב הנפשי. כגון בעבירות — מזיד, קרוב למזיד, שוגג, קרוב לשוגג, אונס, אומר מותר, יש גם הבדל בין רצח לעבירה אחרת בהבחנתו אלו.

או אם, למשל, יש דעה הסבורה כי רשות ביד כל אדם להרוג את מי שיצא מעיר מקלטו. יש שסובר רק "אין חייבין עליו", והוא פחות מרשות. ניתן להסביר שהדבר תלוי במצב הנפשי של ההורג (מכות יב ע"א). כל זאת מניין?

### ג. גישה ב — מתוך מקורות ההלכה

מסתבר יותר לאמץ את הגישה השנייה, האומרת שהחזקות ידועות לנו ממקורות קדומים שנמסרו לנו. כלומר, ההלכה אומרת לנו מהו טבע האדם ודעתו במצבים שונים, ובהתאם לאלו נקבע הדין.

אין פלא בדבר, שכן הלכה שמקורה אלוקי מכירה את האדם, וכפי שנאמר: "היצר יחד לבם המבין אל כל מעשיהם" (תהלים לג, טו). אין זה אומר שהדבר נקבע ללא הגיון, כגזירת הכתוב, אלא שמתוך מכלול האפשרויות שבהן נוהגים בני-אדם, נמסר לנו מהו אכן טבעו ודעתו, שהוא דעת הרוב.

### 1. הצגת דוגמאות

נעמוד כעת על כמה דוגמאות שמתבארות היטב לפי גישה זו קביעת חזקות מתוך מקורות ההלכה.

#### (א) אין אדם פורע תוך זמנו

בבבא בתרא ה"ע"א מובאת מחלוקת אמוראים בין ריש לקיש הקובע חזקה זו לבין אביי ורבא החולקים עליה. לאמור, במלווה על-פה נאמן הלווה לטעון פרעתי, אבל אם נקבע זמן להלוואה וטען כן בתוך הזמן, לא נאמן לפי ר"ל, וחייב לשלם. בגמרא מובאים גם טעמי המחלוקת. לפי ר"ל, אינו נאמן "ולואי שיפרע בזמנו". כלומר, דרך אדם לדחות כמה שאפשר פריעת חובו. ולפי אביי ורבא, נאמן — "עביד איניש דפרע בגו זימניה, זימנין דמתרמי ליה זווי, אמר איזיל אפרעיה כי היכי דלא ליטרדן". כלומר, דרך אדם לפרוע מיד, כדי שלא יטרד.

והנה, אם נתבונן במציאות ימינו, נודה שיש פנים לכאן ולכאן. יש טיפוסים שפורעים חשבון חשמל מיד, ויש שמשתהים עד היום האחרון. מכאן שקשה היה לנו, לאור נסיונו, לקבוע חזקה בעניין זה, ולכל היותר היינו מסתייעים בהכרת אופיו של אדם זה, כדי להחליט אם להאמין לו אם לאו. במה אפוא נחלקו האמוראים? וכי חקרו ושאלו? אילולא הסבר הגמרא אפשר היה לומר שאין לפנינו חזקה מוחלטת, אלא ידוע כי 50% בערך אינם פורעים תוך-הזמן, אלא נחלקו במשמעות הדבר. לדעת אביי ורבא, די בכך כדי להטיל ספק בחיוב, ויד המלווה, המוציא מחברו, על התחזונה. ולדעת ר"ל, יש חזקת חיוב, ועל הלווה להרים את נטל הראיה מעבר לסבירות של 50% שאכן פרע. אולם לשון הגמרא מורה, כאמור, שנחלקו בעצם קיום חזקה כזו. וזאת מניין להם?

המעין בסוגיה שם ייווכח כי למדו כן מן המשנה. שם נאמר: "כותל חצר שנפל, מחייבין אותו לבנותו. עד ד' אמות בחזקת שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן. מד' אמות ולמעלן אין מחייבין אותו. סמך לו כותל אחר... מגלגלין עליו הכל, בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן". הרי המשנה עצמה עוסקת בשאלה אם יש חזקת פירעון אם לא. אביי ורבא הבינו שהמשנה מדברת בטענת פירעון תוך הזמן, לפני שהשלים לבנות, שאם לא כן פשיטא שנאמן לומר פרעתי ומכאן ראיה מהרישא, כי חזקה שאדם פורע תוך זמנו, ור"ל עונה על כך מה שעונה, ע"ש. ריש לקיש מוכיח הפוך מן הסיפא, ואביי ורבא עונים כי שם החוב לא גלוי לכל, ע"ש. על-כל-פנים, מכאן למדו, כל אחד לשיטתו, איזו חזקה יש לאדם בהקשר זה.

#### (ב) מחילת כתובה לאחר כה שנה

המשנה בכתובות קד ע"א מביאה מחלוקת תנאים. לדעת ר' מאיר, אלמנה כל זמן שהיא בבית בעלה מפסידה כתובתה לאחר כה שנה, "שיש בכ"ה שנים שתעשה טובה כנגד

כתובתה"; ואילו לחכמים, להיפך — כל זמן שהיא בבית בעלה גובה כתובתה לעולם, ואילו בבית אביה מפסידה כתובתה לאחר כה שנה. ומבואר בגמרא, כי מכך ששתקה עד כה ראייה שמחלה, ואילו בבית בעלה בושה היא לבקש ואין ראייה שמחלה. לדעת חכמים, יש אפוא חזקת מחילה אחר כה שנה בבית אביה. כיצד הגיעו לדעה זו, מניין למדו זאת? ומדוע ר' מאיר חולק? מסתבר לומר, שהיתה להם מסורת שאחר כה שנה אשה מפסידה כתובתה באחד המצבים (בית בעלה או בית אביה), אך לא זכרו מה הטעם ובאיזה מצב מדובר. ר' מאיר הבין שדין זה בנוי על "אכילת הכתובה" בתקופה זו, ובבית בעלה דווקא, וחכמים הבינו שהדין בנוי על חזקת מחילה, ובבית אביה דווקא. שתי הוכחות אלו שמעתי בשיעור מפי מו"ר הרב ז"נ גולדברג שליט"א, וכעת נוסף עוד רוגמה.

### (ג) אדם בהול על ממונו

בכמה מקומות מצינו חזקה שאדם בהול על ממונו, ומכאן השלכה על היתר התנהגותו בשבת. אולם לכשנתבונן נמצא תוצאות הפוכות הנובעות מן החזקה. החזקה אומרת, כי מתוך שאדם בהול על ממונו יש חשש שיבוא לעבור על איסור. מכאן אומרת הגמרא בשבת ק"ז ע"א, כי אם נפלה דליקה בשבת, אינו מציל כל מה שיש לו בחצר לחצר אחרת המעורבת עמה, שמא ישכח שהיום שבת ויבוא לכבות. לפיכך גזרו שלא יציל אלא מוזן ובגדים לאותה שבת, שנמצא מתייאש מן הכל ולא יבוא לידי כיבוי. כיוצא בזה אוסר ר' יוסי גרם כיבוי בשבת, היינו לעשות מחיצה לפני האש בכלי חרס חדשים מלאים מים, כי מתוך שבהול על ממונו שמא יבוא לידי כיבוי בידים (שבת קכ ע"ב).

מצד שני, מי שהיה בא בדרך בערב שבת וקידש עליו היום וכידו מעות, נותן כיסו לנכרי להוליכו לו, מפני שאדם בהול על ממונו, ואם לא נתיר לו איסור דרבנן, יש חשש שיביאנו בידו ויעבור על איסור תורה (שבת קנג ע"ב). כלומר, יש שמכוח החזקה אוסרים לו המותר כדי שלא יבוא לידי איסור. ויש שמכוח החזקה מתירים לו האסור כדי שלא יעשה איסור חמור יותר. הדאשונים כבר חלקו באופנים שונים. למשל, הר"ן בשבת קנג ע"א אומר כי הפסד שבא פתאום, שאפילו בלי איסור שבת אדם בהול על ממונו להצילו, כבדליקה, בזה אנו אומרים שאם נתיר לו להציל הכל יבוא לכבות; אבל כשאין השעה דחוקה לו, ורק משום שבת צריך להציל, אדרבה, אם לא נתיר לו לא יעמיד עצמו על ממונו ויעבור על איסור חמור. וברמב"ן שם חילוק אחר — בין ממונו שכבר בידו, ונוזק לזרקו, לבין ממונו שנפסד מאליו.

מכל מקום, ברור שאנו מדעתנו לא היינו קובעים הבחנות דקות כאלו מתוך התבוננות בדעת בני-אדם. רק לאחר שהחזקות הללו נמסרו לנו, מנסים אנו להסבירן, על-פי התבוננות מעמיקה בדרך בני-אדם מחד גיסא, ויישוב הסתירות במקורות מאידך גיסא.

### 2. שינויים בחזקות

לפי גישה זו מובנת תופעת אי-השינויים בהלכה. טבע האדם שנמסר לנו כנתון יסודי, אינו משתנה, אלא אם כן נמסר לנו שהוא נתון לשינויים. ואכן אם נברוק, על-פי כמה שירי, יד כהה, מגעת, נמצא שכמעט לא נשתנו החזקות.

אם כי אפשר שנתון עובדתי ישתנה וישפיע על החזקה, או שמראש לא התכוונה הגמרא לחזקה כזו. נביא כמה דוגמאות בנושא זה.

**(א) אדם קרוב לבתו וחתנו**

המשנה בעירובין פו ע"א אומרת, כי אדם שיש לו דירה אך אינו גר בה בשבת זו, אין צריך לערב עמו כדי לעשות אותה חצר לרשות היחיד. אך אם יש חשש שיחזור בשבת, דירתו אוסרת על היתר לטלטל בחצר אם לא עירבו עמו. לפי זה קובעת המשנה, כי מי "שהניח ביתו והלך לשבות אצל בתו באותה העיר, אינו אוסר, שכבר הסיע מלכו", וודאי לא יחזור בשבת. ומסבירה הגמרא, שדווקא אצל בתו הוא כך, כי יסתדר היטב עם בתו וחתנו, אבל אצל בנו יש חשש שיחזור בשבת, לפי שעלול הוא לריב עם כלתו ולצאת. וכן מובא ברי"ף, ברא"ש שם ובטור או"ח סי' שעא. על-פי זה קבע הרב"ז (ר' בצלאל שפרן) להלכה, כי זקן בודד, שלא יכול לגור לבדו, יעדיף לגור אצל בתו הנשואה מאשר אצל בנו הנשוי.<sup>7</sup>

אולם הרמב"ם בהלכות עירובין פ"ד הי"ג כותב: "אחד מבני חצר שהניח ביתו והלך ושבת בחצר אחרת... אם הסיע מלכו ואין דעתו לחזור לביתו בשבת, הרי זה אינו אוסר", ולא הבחין בין בנו לבתו. וכן הוא בשו"ע שם. ומסביר המגיד משנה: "לפי שלא אמרו אלא לדבר בהוה המצוי, שדרך בני אדם לשבות אצל בתו מאצל בנו...", ולעולם יש לבחון אם הסיע מלכו אם לאו. כלומר, לפי הרמב"ם אין שינוי בחזקה, אלא לעולם לא נקבעה חזקה כזו, ולכן יש לבחון כל מקרה לגופו. על כל פנים, לדעת הרי"ף והרא"ש יש חזקה כזו עד ימינו, כאמור.

**(ב) לא שביק אינש היתרא ועביד איסורא**

הגמרא בגיטין לו ע"ב אומרת, כי נאמן מלווה לאחר השביעית לומר "פרוסכול היה בידי ואבד ממני, מאי טעמא, כיון דחקינו רבנן פרוסכול, לא שביק היתירא ואכיל איסורא". והנה הרא"ש כותב בתשובה, כלל עז, סימן ה, כי אינו סומך על כך.<sup>8</sup> אך אינו אומר שהחזקה השתנתה אלא העובדות. לאמור: כיום (בזמנו) אין מצויים סופרים כותבי פרוסכול, וכן אין האיסור ידוע, ואינו נחשב כאיסור בעיני הבריות,<sup>9</sup> וממילא החזקה אינה קיימת.

**(ג) אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות**

כיוצא בזה יש לומר על החזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. חכמי זמננו דנו הרבה בנישואים אזרחיים. יש מקילים להחשיבה כפנויה, ואומרים שלא קיימת כיום חזקה זו, כמבואר להלן. אולם אין כאן שינוי בחזקה, אלא י"א שהרי הם כאילו הכריזו שמתחתנים שלא כדת משה וישראל, ואם כן החזקה נסתרה,<sup>10</sup> וי"א שהם בגדר אנשים לא כשרים ומראש החזקה לא נאמרה לגביהם.<sup>11</sup> י"א שמי שאינו חושש לאיסור חמור של נידה, אינו חושש לאיסור קל של זנות (ראה רב"ז על הרמב"ם שם), ולכן בנישואין אזרחיים בימינו אין החזקה אמורה.

היוצא מזה, שחלות החזקה תלויה בשינוי העובדות, אך אין כאן שינוי בקביעת טבעו של אדם.

(ד) בעל הבית שאומר "אין" לפועלים

הגמרא בב"ק לג ע"א אומרת, כי פועל שבא לבית בעל הבית, שמצוי לעתים בביתו, כדי לבקש שכרו, ואמר לו בעה"ב "אין" (כז), נחלקו הדעות אם משמע מלה זו הוא "היכנס" וממילא חייב בעה"ב בנוקי בהמתו בפועל, או אם משמעה "הישאר במקומך" ופטור על נזקי בהמתו אם בכל זאת נכנס הפועל. וכן פסק הרמב"ם.<sup>12</sup> לפנינו חזקה בדבר כוונתו של מעביד האומר "אין" בנסיבות מסוימות.

אומר הרא"ש שם: "תמיהני מדוע לא הביא רב אלפסי ז"ל ברייתא זו, ואפשר דסבירא ליה דאע"ג דבימיהם היה שייך למחלוקת זה, והיה מנהג זה נוהג בזמנם שלא היה אדם נכנס לבית חבירו, אבל בזמן הזה מנהג פשוט הוא שיכנסו פועלים לבית בעל הבית לתבוע שכרן, וגם אין מצוי לאדם מעות בכיסו בשוק לפרוע לפועלים. ובימיהם היו רגילים להמחותם אצל שולחני... לכן היו תובעין מהן בשוק. הלכך ע"פ המנהג המצוי בינינו ישתנה הדין וחייב בעל הבית אפי' אם שכיה בשוק, כדחזינן שהדין משתנה בין אדם לחבירו אפי' בזמן אחד — שכיה (בעה"ב בעיר) פטור לכ"ע, לא שכיה (בעיר, אלא בביתו) חייב, כל שכן שישתנה הדין בחילוף הזמן כפי המנהג, וכן הדעת נוטה."<sup>13</sup>

הרי לפנינו שינוי דין לפי חילוף הזמן. אך אין כאן שינוי בחזקה, כי אם בנתוני המציאות. לא היתה חזקה שאין דרך פועלים להיכנס לבית המעביד, אלא החזקה אומרת כי בנסיבות של זמן הגמרא — אמירת "אין" מתפרשת, לפי רבנן, כ"הישאר במקומך", כשאינו שכיה בביתו.

לאור השינוי ביחסי מעביד ופועלים משתנה הדין, אך לא החזקה האמורה.

(ה) חזקה אין אשה מעיזה פניה בפני בעלה

כאן המקום היחיד שמצאתי כי יש אומרים שהחזקה נשתנתה. חזקה זו אומרת, שאין אשה מעיזה לשקר בפני בעלה כשיודעת שהוא מכיר בשקרה. מכאן למדים כמה הלכות, ואחת מהן להקל: האשה שאמרה לבעלה "גירשתני" נאמנת, אף שהוא דבר שבערווה הדורש בדרך-כלל נאמנות של שני עדים (כתובות כב ע"ב).<sup>14</sup>

והנה מביא הרמ"א (אה"ע, סי' יז, סע' ב)<sup>15</sup> כי יש אומרים שבזמן הזה, שהרבה חוצפה ופריצות בעולם, אינה נאמנת להקל.

הרי לנו שינוי בחזקה, בטבע האדם, לפי השינויים החברתיים. אולם אין זה אלא יוצא מן הכלל המעיד על הכלל. אף אותו יוצא מן הכלל מוסבר לפי הגר"א על השו"ע שם, שלא נלקח מהתבוננות חיצונית אלא מן הגמרא, שכן הירושלמי בגיטין פ"ו כבר דיבר על ירידת הדורות, ורמז לכן מצינו גם בבבלי יבמות לט ע"ב ("אכשור דרי?"), וסוף נדרים, ע"ש. לאמור, לעניין חזקה זו יש רמז במקורותינו שעלולה היא להשתנות. השתנות הטבעים (ראה תוס' מועד קטן יא ע"א) הוא עניין אחר, ואין כאן מקומו.

3. אומדנא בכוונה ולא בגוף המעשה — פסיכולוגיה לעומת סטטיסטיקה

אומדנא מוגדרת באנציקלופדיה התלמודית, כך א, עמ' רצה: "הערכת כוונת האדם במעשה ידוע או בדיבור; קביעת המציאות של המעשה ע"י הערכת תנאים ונסיבות ידועים". בדומה לחזקות יש אומדנות שמתבססות על הערכת נפש האדם. בהקשר זה נזכיר קושי, ונשתדל ליישבו לאור האמור.

כידוע, נחלקו תנאים אם אפשר להסתמך על ראיות שלא על-פי עדים אלא על-פי אומדנות. גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו, לדעת רבי אחא יש לנו אומדנא כי בידוע שזה הרגו, וחכמים חולקים (ב"ב צג ע"א), ופסק הרמב"ם כחכמים.<sup>16</sup> כלומר, אין סומכין על אומדנא. מתקשה המהרי"ק (שורש קכט): הרי במקומות אחרים סומכים על אומדנא, כגון מי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו וכתב כל נכסיו לאחרים, ואחר-כך בא בנו — אומדנא מוכחת שלא על דעת כן כתב והמתנה בטלה (ב"ב קמו ע"ב). כיצא בזה, המוכר חפץ לקנות בדמיו דבר ידוע, ואחר-כך לא הוצרך לדמים משום דבר שהתחדש, כגון שרצה לקנות חיטים שהיו יקרות ואחר-כך הוזלו, יכול לבטל המכר.<sup>17</sup> מדוע שם מסתמכים על אומדנא? בא המהרי"ק ומחלק בין אומדנא בהערכת כוונת האדם לבין אומדנא כגוף המעשה, כמו בגמל האוחר בין הגמלים.

לכאורה הסברה צריכה להיות הפוכה. באומדנא של גמל האוחר, אנו בתחום מדע הסטאטיסטיקה. יש הסתברות כזו וכזו — בלשון ההלכה, רוב או חזקה — שגמל זה הוא המזיק. בכל זאת אנו חוששים שטעינו ואיננו מסתמכים על "רוב" כזה. ואילו בהערכת כוונת האדם, אנו בתחום הפסיכולוגיה. מה דעת אדם שמוכר חפץ בנסיבות הנ"ל, האם גמר דעתו למכור רק בתנאי? כאן לכאורה עלינו להיות בטוחים פחות בקביעותינו. אלא מכאן נלמד, שההלכה מכירה את נפש האדם וקובעת את תכונת נפשו, אף אם באומדנות על גוף המעשה אינה סומכת על רוב. קביעת דעת האדם בטוחה יותר מקביעה מציאותית הבאה מכוח "רוב",<sup>18</sup> אם כי עדיין יש לבחון באילו מצבים מדובר.

#### 4. חזקות "מוקשות"

לפי זה ננסה ללכת עוד צעד ולהתמודד עם כמה אומדני דעת האדם, שהם קשים בעינינו.

##### (א) "תליוה וזבין"

"תליוה וזבין, וזביניה זביני" (ב"ב מז ע"ב), ומסבירה הגמרא, כי מוכר באונס שקיבל דמים, גמר בדעתו להקנות החפץ. ברור שרוב בני-אדם שיישאלו יאמרו שמוכר כזה לא גמר דעתו, ואף מבחינת המדיניות המשפטית ודאי יפסלו חוזה כזה. אולם אפשר שההלכה ירדה לסוף דעתו של אדם וקבעה, כי בסופו של דבר מסכים הוא למכירה. אין צורך לומר שוודאי הסכים, אלא כיוון שאמר — מתוך כפייה אמנם — "רוצה אני", די לנו לראות בזה הסכמה, ואם אכן לא רצה, הרי זה בגדר "דברים שבלב" שאינם דברים. הגמרא מדמה זאת לכפייה על קרבן וגט, שכן אלו זקוקים לרצון כדי שיחולו, ונלמד מלשון הכתוב "יקריב אותו" (ויקרא א, ג) — בעל כורחו, לעומת "לרצונו" (שם) — שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני.<sup>19</sup> ואם כי דוחה הגמרא ששם "ניחא ליה דתיהוי ליה כפרה", אפשר שרוב הונא למד משם שמתכר להרחיב רעיון זה גם לתמורה של מחיר.<sup>20</sup>

##### (ב) אונאה ואסמכתא

כנגד זה מצינו כי אונאה במחיר מעל שתות מבטלת מיקח. כלומר, קונה ששילם בהסכמה מחיר גבוה ביותר משישית מן המקובל בשוק, רשאי לבטל המיקח בגלל פגם בגמירות הדעת. זוהי הוראה ייחודית למשפט שלנו, שכן בשיטות משפט אחרות אומרים "יזהר



הקונה".<sup>21</sup> ועכ"פ, אם לא בירר, היכן הטעות כאן? ללמדך, כי איידיעת צד לחוזה המחיר הרלבאנטי חמורה יותר מידיעתו והסכמתו בעל-כורחו. כיוון שידע, אף שנאלץ, יש מקום לסברה, שכאמור נלמדת מפסוק, ש"אגב אונסיה גמר ומקני".  
 וכן יש לומר ביחס לאסמכתא. חוכר שדה האומר: "אם אוכיר ולא אעביד, אשלם אלף זוז", היינו סכום גבוה כקנס (ב"מ קד ע"א) — כיוון שאינו יודע את אשר יקרה בעתיד, ומקווה שלא ייקנס, כבר נפגמה דעתו. וכמו שמצינו שטעות מבטלת מיקח, כי לא ידע את העובדות, ואי אפשר לומר שמחל.  
 מכל מקום, כך לימדונו חז"ל פרק בתורת הנפש, שלה השלכות על דיני החוזים. מכר באונס תקף, ובאסמכתא — לא.<sup>22</sup>

(ג) פטור בגלל מצב נפשי מסוים

יש שאדם הורג במזיד, אך מתוך מצב נפשי שלטענתו ערפל את דעתו. כך למשל, שכרות בדרך-כלל פוטר את העבריין, לפחות מעונש של מזיד (ראה עירובין סה ע"א). האם מצב נפשי של כעס פוטר? הריב"ש נזקק לשאלה כזו (סי' רנא) ואומר, כי ברוב המקרים של הריגה, זו בוצעה מתוך ריב ומצה, "וכעס בחיק כסילים ינוח", ולפיכך אין לפטור את ההורג.<sup>23</sup>

והנה מצינו במקום אחד לכאורה, כי כעס ורוגז פוטרים את הרוצח. גואל הדם שהרג ורוצח-בשוגג לפני שהגיע לעיר מקלטו, פטור עליו (מכות י ע"ב). יתר על כן, מבואר שם כי שני תלמידי חכמים מלווים את הרוצח-בשוגג למקלטו ומבקשים מגואל הדם שלא לפגוע בו, ואף-על-פי-כן אם פגע בו והרגו, פטור. כלומר, לכתחילה אסור, אך בדיעבד פטור. כבר בתורה נאמר: "תכין לך הדרך... כי יחס לבבו..." (דברים יט, ג-ו), משמע שחמימות לב זו של גואל הדם פוטרתו.

אפשר להסביר זאת בשתי דרכים. א. סתם כעס אינו פוטר, כי אדם צריך לכבוש יצרו, אך כעס במידה גבוהה ביותר, כבר מחשיב את האדם להיות קרוב לאונס. אולם שוב כאן מלמדת אותנו ההלכה, כי שום כעס, אף שייראה בעינינו רציני וחמור מאוד, אינו גבוה דיו כדי שייחשב כאונס, ורק רוגז של גואל הדם הוא רוגז גבוה ביותר ומחשיבו כאונס. ושוב, יש להטעים בסברה את גילוי הכתוב, כי רוגז על רציחת נפש הוא רוגז ברמה כה גבוהה שמערפלת את הדעת.

ב. מבחינה פסיכולוגית אין רוגזו כה גבוה, אך עם זאת רוגזו של גואל הדם הוא לגיטימי בעינינו והוא סיבה מוצדקת לפטורו בהריגתו. כביכול התורה אומרת, כי לגואל יש זכות לנקום ברוצח שלא ניתנת לשלילה,<sup>24</sup> אלא לכתחילה כל העניין עובר למערכת המשפטית, אך אין לנו כוח לשלול לגמרי זכותו לעשות דין לעצמו. אפשר להביא ראיות לכאן ולכאן.<sup>25</sup>

כיוצא בזה יש לומר ביחס לכלל "העוסק במצווה פטור ממצווה". אחת ההשלכות של כלל זה הוא, שחתך הטרוד במצוותו פטור מקריאת שמע. שואלת הגמרא בסוכה כה ע"א: אם כן, גם מי שטבעה ספינתו בים יהא פטור עקב טרדתו? ומשיבה: "הכא טריד טירדא דמצוה, התם טריד טירדא דרשות". ומשמע שם בתוספות, כי בטרדה דמצווה הוא כעין אנוס ופטור מלקרוא ק"ש, מה שאין כן בטרדת רשות. ושוב יש לפנינו שתי דרכים: א. רק טרדת מצווה היא טרדה כה רצינית שפוטרת מק"ש, מה שאין כן טרדת רשות שלא נחשבת כנגדה. ב. מבחינה פסיכולוגית אין הבדל בין טרדת רשות לטרדת

מצווה, אלא טרדת מצווה היא "לגיטימית", כסיבה לפטור מקיום מצווה.<sup>26</sup>  
 בין כך ובין כך, ההלכה מתייחסת כאן למצב הנפשי, ומבחינה בין טרדת מצווה  
 לטרדת רשות.

### 5. תכונות סוגי אנשים שונים

ייחוס תכונות נפש לאנשים בהתאם לשייכותם הקבוצתי היא תופעה ידועה באגדה, כגון  
 "ישראל רחמנים הם", "כהנים זריזין הן" ועוד, אך יש גם הלכות הבנויות על כך.  
 מכאן נובעים הבדלים להלכה בין גדול לקטן, בין ישראל לכהן, בין ישראל לנכרי,  
 ובין איש לאשה. שוב לפנינו קביעה כללית בדבר טבעו האנושי של אדם.

#### (א) דינים שונים בעכו"ם

"עכו"ם לדעתיה דנפשיה עבד". הגמרא בגיטין כג ע"א מסבירה, כי אפשר לכתוב  
 גט על-ידי חרש, שוטה וקטן שגדול עומד על גביו, ומלמדו לכתוב "לשמה" — לצורך  
 פלוני המגרש. אולם אין לכתוב גט על-ידי עכו"ם, כי "עכו"ם לדעתיה דנפשיה עבד".  
 ומסביר רש"י: "ואע"פ שזה אומר לו כן, שמא הוא גמר בלבו לשם אחר". כלומר, איננו  
 יכולים לסמוך עליו שכתב "לשמה".

"הבטחת עכו"ם". כעין זה מצינו בפסחים צא ע"א, כי מי שהיה חבוש בבית  
 האסורים בערב פסח, והבטיחוהו שיצא לערב, מותר לשחוט עליו קרבן פסח, שכן יאכלנו  
 בלילה. עם זאת, מבחינה הגמרא בין מאסר בידי יהודים לבין זה של גויים: אצל יהודים  
 — "שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב" (צפניה ג, יג); אבל עכו"ם — אין  
 סומכין על הבטחתם, בירושלמי שם מובא הפסוק "אשר פיהם דבר שוא" (תהלים קמד,  
 ח).

"כותי לענין פרעון לעולם מצר". במו"ק ט ע"ב מובאת מחלוקת תנאים אם  
 מותר להיפרע מגוי חובו ביום אידם, שכן אסור להיראות כמשתתף עמו בשמחתו באותו  
 יום. חכמים אוסרים, כי "אע"פ שמצר עכשיו, שמחה היא לו לאחר זמן", ור' יהודה חולק  
 על סברה זו. שואלת הגמרא: הרי מצינו שר' יהודה מסכים לסברה זו אצל בנות ישראל  
 בעניין אחר? עונה רבינא: "כותי לענין פרעון לעולם מצר". כלומר, כותי — לעומת  
 יהודי — אינו עושה חשבון עתידי. הוא חי חיי הרגע, וכעת הוא מיצר על הפירעון,  
 ולכן מותר להיפרע ממנו.

מחילה על פחות משהו פרוטה. כאן לפנינו שתי קביעות בדבר תכונות האדם:  
 חזקה לגבי ישראל, ואי חלותה על נכרי. בגמרא (סנהדרין נו ע"א) מבואר, שאין חובת  
 השבה על גזל של פחות משוה פרוטה. מאידך, דין גזל אצל גויים נאמר אף בפחות  
 משוה פרוטה, וההסבר הוא משום "לאו בני מחילה ניהו" (סנהדרין נט ע"א). מכאן  
 מסביר רש"י, כי בישראל שרחמנים הם יש חזקת מחילה, אבל עכו"ם אינם רחמנים  
 כישראל ומקפידים גם על שווי כזה.

#### (ב) דינים שונים באשה

ידוע שיש הבדל בהלכה בין איש לאשה. אשה פטורה ממצוות עשה שהזמן גרמן, אינה  
 נאמנת לעדות ועוד. בדרך-כלל לא נאמר שהלכות אלו וכיו"ב בנויות על תכונותיהן

השונות של הנשים. אמנם בעניין אחד כבר התורה רומזת להבדל הלכתי על סמך תכונתה וטבעה. "לא יבא עמוני ומואבי בקהל ה'... על דבר אשר לא קדמו אתכם בלחם ובמים בדרך בצאתכם ממצרים" (דברים כג, ד-ה). ודורשת הגמרא ביבמות עו ע"ב: "עמוני ולא עמונית, מואבי ולא מואבית... על דבר אשר לא קדמו אתכם בלחם ובמים, דרכו של איש לקדם ולא דרכה של אשה לקדם". ומבואר שם בהמשך (עו ע"א) כי אין דרכה של אשה אף לקדם אשה, ולמדו כן מן המקרא: "הכא תרגמו כל כבודה בת מלך פנימה (תהלים מה, יד), במערבא אמרי... ויאמרו אליו איה שרה אשתך... הנה באהל (בראשית יח, ט)". ומפרש רש"י: "דאין דרך אשה לצאת מביתה".

דוגמה אחרת מדין דרבנן. הגמרא בקידושין מא ע"א אומרת שאסור לאדם לקדש אשה — על-ידי שליח — עד שיראנה, שמא ימצא בה דבר מגונה ותתגנה עליו. עם זאת, אין איסור לאשה להתקדש על-ידי שלוחה, כי "טב למיתב טן דו, מלמיתב ארמלו". כלומר, היא מעדיפה בעל איזשהו מאשר להיות רווקה, ואין חוששים שהבעל יתגנה עליה. בעניין נאמנות נשים מצינו התייחסות בירושלמי, והובאו דברים בתוס' פסחים ד ע"ב, ד"ה הימנהו. עד אחד — כולל אשה — נאמן באיסורין. מכאן נאמנת היא לומר כי הבית נבדק מחמץ. עם זאת, בערב פסח לאחר שש שעות, כשחובת הבדיקה היא מן התורה — כי אי-אפשר עוד לבטל החמץ — אינה נאמנת. מכיוון שבבדיקה יש טורח גדול והנשים עצלניות הן, לא האמינו להן אלא כשהבדיקה היא מדרבנן. הרי לפנינו תכונת האשה שמשפיעה על נאמנותה.<sup>27</sup>

יש שחז"ל לא התייחסו לתכונה כרקע להלכה, אך בראשונים כך מבואר. הגמרא בשבועות ל ע"א דורשת מפסוק שאשה פסולה לעדות, ולא נתבארה הסיבה. ספר החנוך (מצוה קכב) מסביר זאת על-פי מאמר חז"ל: "נשים דעתן קלה". נראה שכוונתו לומר, כי האשה בטבעה ממהרת לחרוץ משפט על מה שהיא רואה, ויש חשש שאינה מדייקת.

## 6. קביעת חזקות על-ידי הפוסקים עד ימינו

עד כה דיברנו על אומדנות שקבעו התורה או חז"ל, אך יצירה זו ממשיכה להיעשות על-ידי הפוסקים עד ימינו, וזאת בשתי דרכים: האחת — כשעולה בעיה חדשה בדבר תכונת האדם, ואין לנו תשובה ישירה בגמרא; השנייה — כשיש סתירה בין מקורות שונים. בהרבה מקרים אומרים הפוסקים הבחנות שונות בדבר טבעו של אדם, כדי ליישב בין אותם מקורות.

נביא דוגמה לדרך הראשונה. הפוסקים דנו במי שנותן לחברו בסתם דיור או מזונות, למה התכוון — למתנה או להלוואה? אפשר היה לומר שכל מקרה יידון לגופו, ללא קביעת חזקה כללית. אך בראשונים יש נטייה — עכ"פ כך הבינו פוסקים מאוחרים יותר — לקבוע חזקה כללית בנידון, חזקה שניתנת לסתירה לאור נסיבות המקרה הנידון. והנה, בשאלה זו לא מצאו הפוסקים תשובה ישירה בהלכה, ונחלקו ביניהם מן הקצה לקצה, כאשר הם נעזרים באנאלוגיה מן האמור בגמרא — כל אחד לפי הבנתו.

מצד אחד פוסק הרי"ף, כי מי שמגדל יתום בביתו מתכוון למתנה, וראייתו היא מדין "פורע חובו של חברו" שפטור.<sup>28</sup> כלומר, מכאן נלמד כי אדם שעושה טובה לחברו מתכוון לעשות כן דרך גמילות חסדים.

מצד שני סוברים הרשב"א והר"ן, כי מי שזן את חברו בסתם מתכוון לקבל תמורה,

ולמדו כן מדין "יורד לשדה חברו" שזכאי לשכר. ומכאן קבעו כחזקה: "וכן כל אדם שעושה עם חברו פעולה או טובה לחברו לא יוכל לומר בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתך אלא צריך ליתן לו שכרו" (רמ"א חו"מ סי' רסד סע' ד, על-פי הר"ן כתובות קח ע"א ונדרים לג ע"ב).

הרי לנו דוגמה שהראשונים קבעו חזקה חדשה לפי הבנתם את הגמרא. הדרך השנייה הנ"ל היא מצויה ביותר, וכמעט שאיננו מרגישים כי חלק הגון מיישובי הפוסקים לקשיים שונים עוסק בפסיכולוגיה. הנה דוגמה מתחום אורח חיים. הרמ"א באו"ח סי' רד סע' ח פוסק על-פי דברי הרא"ש, כי מי שהאכילוהו באונס אינו צריך לברך. מקשים עליו מהגמרא בראש השנה שהובאה להלכה באו"ח סי' תעה, האומרת כי כפאוהו לאכול מצה יצא ידי חובתו בפסח. יש מתרצים, כי בדבר מצווה מסתמא נתרצה בסופו של דבר, כשם שכופין על קרבן ובכל זאת הוא "לרצונו" (ראה קידושין נא ע"א). אך בסתם כפיית מאכל, כשאינו כרוך במצווה, מן הסתם לא נתרצה. כלומר, אנו קובעים כי באנסוהו לאכול — כשיש מצווה בדבר יש קצת רצון, מה שאין כן בסתם שבו אין רצון. הרי לנו קביעה על מצבו הנפשי של האדם שבאה לנו מתוך חשבון, כדי ליישב סתירה.

## 7. מקור האומדנא

אם אכן למדו חז"ל אומדנות וחזקות מן המקורות הקדומים, כדוגמת חזקה אין אדם פורע תוך זמנו, שלמדוהו אמוראים מן המשנה (כ"ב ה ע"ב), שוב נשאל: מניין המשנה למדה זאת?

נראה שאפשר לעשות אנאלוגיה לקביעות חז"ל כמדעי הטבע. אף בתחום זה מצינו קביעות שונות, כרקע להלכות, שלא היו ידועות לנו על סמך נסיונו ובדיקותינו בלבד. כגון: טעם של מאכל איסור בטל בתערובת של שישים;<sup>29</sup> אכילה בינם כיפור בשיעור של כותבת דווקא (יותר מכזית) מיישבת דעתו של אדם, כך שעובר הוא על איסור "תענו את נפשותיכם" (ויקרא טז, כט). והנה בזה, השני, אומרת הגמרא ביומא עט ע"א: "קים להו לרבנן דבהכי מיתבא דעתיה, בציר מהכי לא מיתבא דעתיה". ביתר הסבר מופיע עניין כזה בראש השנה יג ע"א: "קים להו לרבנן דכל תבואה שנקצרה בחג (סוכות), בידוע שהביאה שליש לפני זה", ונפקא מינה ביחס לשביעית, עיי"ש. ושם מבארת הסוגיה:

א"ל ר' ירמיה לר' זירא, וקים להו לרבנן בין שליש לפחות משליש (בתמיה, וכי בקיאיין הן בטיב גידול התבואה לדעת שאין התבואה ראויה לקצור בחג אא"כ הביאה שליש בשנה שעברה — רש"י), א"ל לאו אמינא לך לא תפיק נפשך לבר מהלכתא (לפקפק בשיעור חכמים — רש"י), כל מדות חכמים כן הוא, בארבעים סאה הוא טובל, בארבעים חסר קורטוב אינו יכול לטבול בהן; כביצה מטמא טומאת אוכלין (וקים להו לרבנן שאין בית הבליעה מחזיק לא פחות ולא יותר מביצת תרנגולת... — רש"י), כביצה חסר שומשום אינו מטמא טומאת אוכלין; שלשה על שלשה מטמא מדרס (שיערו חכמים שכשיעור הזה ראוי לשיבה — רש"י), שלשה על שלשה חסר נימא אחת אינו מטמא מדרס.

הרי לפנינו, שאין לנו לפקפק בשיעורים שנמסרו לנו. והנה במקום אחר<sup>30</sup> נאמר כי "שעורין הם הלכה למשה מסיני".

אמנם אין זה אומר שכל קביעת חז"ל ביחס למדעי הטבע באה מהלכה למשה מסיני. יש שדרשו מפסוקים, כגון: "מניין לפולטת שכבת זרע ביום השלישי שהיא טמאה (ביום השלישי אחתי לא מסרחה שכבת זרע... — רש"י) שנא' היו נכונים לשלשת ימים (שמות יט, טו)".<sup>31</sup> הרי שהמשנה למדה כן מן המקרא.

במקום אחר נראה שלמדו שיעור יניקת התבואה — נפקא מינה לעניין כלאיים — מן החורי יושב הארץ. וזה לשון הגמרא בשבת פה ע"א:

וקים להו לרבנן דחמשא בשיתא לא ינקי מהדדי (חמשה זרעונין בשיתא טפחים — רש"י) ומנלן דהא דקים להו לרבנן מילתא היא, דא"ר חייא בר אבא א"ר יוחנן מאי דכתיב לא תסיג גבול רעך אשר גבלו ראשונים (דברים יט, יד) גבול שגבלו ראשונים לא תסיג, מאי גבלו ראשונים, אמר רבי שמואל בר נחמני אמר רבי יונתן דכתיב אלה בני שעיר החורי יושבי הארץ (בראשית לו, כ), אטו כולי עלמא יושבי רקיע נינהו? אלא שהיו בקיאיין בישובה של ארץ, שהיו אומרים מלא קנה זה לזית...

הרי שהקדמונים, גם גויים, היו בקיאים בידיעות שאין לנו עתה, ועליהם אנו מסתמכים.<sup>32</sup> מסתבר שבדרך זו יש ללכת גם כאשר לקביעות חז"ל בנפש האדם. רמז לכך אפשר אולי למצוא בעניין אונאה במיקח וממכר.

הרמב"ן בפירושו לויקרא כה, טו אומר, כי "השעורים כלם בשתות ויתר על שתות כפי דעות בני אדם", אך לא נתבאר לנו כיצד ידעו דעת בני-אדם.

כאשר תיקנו חז"ל שאין מוסיפים על המידות יותר משתות (כ"ב צ ע"א), מצאו רמז במקרא, ביחזקאל. אם כן, ייתכן שממקור זה גם דרשו את השיעור של שישית ביחס למחילה.<sup>33</sup> אפשר שיש אומדנות וחזקות שהגיעו לחז"ל במסורת משלמה המלך, החכם מכל אדם. הרבה פסוקים ממשלי וקוהלת שנתחברו ע"י שלמה נדרשים ע"י חז"ל, ויש מהם שמורים על תכונות האדם.

למעשה, בהרבה מקרים קשה לנו לעמוד על מקור החזקה, אם כי רשאים וצריכים אנו לחפש. אך גם כשלא נמצא, אין זה סותר עיקר דברינו שיש מקור לקביעת החזקה, ואם נתייגע גם נמצאנו. ועדיין ייתכן שיש חזקות פשוטות, שלמדו כן מתוך נסיון החיים, אך בדרך-כלל הדעת נוטה שקיבלו כן במסורת או שדרשו מן הפסוקים.

#### ד. היבט רעיוני

לכסוף נעיר שתי הערות בהקשר הרעיוני.

1. הכרת נפש האדם היא מן התעלומות המסקרנות כל אדם משכיל. עם התקדמות המדע בעידן החדש, עלו וצמחו גם מדעי הנפש והחברה, כפסיכולוגיה וסוציולוגיה לענפיהן השונים. אלו מנסים כוחם בפענוח נפש היחיד והכלל, על-פי בדיקות שונות ותוך היעזרות במדע הסטאטיסטיקה.

והנה לנו דרך נוספת לפענוח סוד האדם, לפחות באופן חלקי. נמסרו לנו חזקות המעידות על תכונות נפשו של אדם, על גמירת דעתו במצבים שונים, ועל-פיהן נקבעו

הלכות שונות ביחסי בני-אדם. מעודי אני תמה: מדוע איננו מנצלים כלי זה במחקר הפסיכולוגיה? מדוע סמוכים אנו על שולחנם של אחרים (ואף פרויד בהקשר זה — אחר הוא) ואיננו בוחנים את הנפש לפי חז"ל? מדוע איננו מוצאים דרך לעמת בין הנפש לפי חז"ל לבין הנפש לפי המחקר המדעי כיום? האם החזקות שקבעו חז"ל מקובלות אצל הפסיכולוגים? היש להם דרך לבחון אותן מבחינה מדעית?

יתר על כן, אין מדובר רק בכלי עזר למדע. מסתבר לומר שהאימרה "אתה הוא יוצרם, ואתה יודע יצרם" לא רק קובעת עובדה, אלא גם ציון דרך — מי הוא אדם נורמאלי, על מחשבותיו, רגשותיו וחולשותיו. אדם נורמאלי מוחל על שישית ומקפיד על יותר משישית, מעמיד עצמו על ממונו עד כדי הריגתו של מי שפורץ לביתו (ראה סנהדרין עב ע"א), וכיו"ב.

וכבר הורונו רבותינו, שהתורה מתאימה לנפש האדם ואינה דורשת ממנו לפעול מעבר לכוחותיו הנפשיים.<sup>34</sup> העולה מן האמור: מתוך ההלכה נכיר את עצמנו, ואולי גם נדע לכלכל צעדינו כשניתקל בשאלה חדשה, כשאין לנו תשובה ישירה בהלכה.

2. דומה שיש הבדל בין פסיכולוגיה לסוציולוגיה. טבע האדם הפרטי כמעט שאינו משתנה, כפי שבואר לעיל, אך פני החברה משתנות. פני החברה אינן תלויות דווקא בתכונות הנפש הפרטית, אלא באווירה כללית: בהשפעת מנהיגים, באירועי טבע (רעש אדמה למשל), במלחמות וכיו"ב, ולכן בתחום זה ההלכות אינן כה נוקשות. כן הוא ביחס לצורת השלטון, משק וכלכלה, דיני עונשין ועוד. באלו ההלכה גמישה יותר, בין היתר בהתאם לרוח התקופה, ועניין זה דורש עוד ביאור, ועוד חזון למועד. אמנם, אישי הלכה והגות צריכים לטכס עצה כיצד להשפיע על אופי החברה בכלל, שתצעד בדרכה של תורה.

### ה. סיכום

אחד ממאפייניה של שיטת המשפט העברי הוא — קביעתן של חזקות ברעת ונפש האדם או הלכות הבנויות על חזקות כאלו.

הבאנו שתי דרכים בפשר קביעתן של אלו: א. נסיון החיים; ב. מקורות קדומים — כתבי הקודש או מסורות בעל-פה שעברו מדור לדור. נטינו לדרך השנייה שמסירה קשיים שונים שנתקלת בהם הדרך הראשונה.

במסגרת זו עמדנו על ההשוואה לדרך קביעתם של חז"ל בתחום מדעי הטבע, שבו פוגשים אנו לעתים כמושג "קיים להו לרבנן" — ידוע להם לחז"ל. אמנם כבר הזכרנו שאין הכוונה לומר שכל החזקות הללו בנויות על מקור קדום דווקא. אף בתחום מדעי הטבע יש חילוקי דעות בדבר.<sup>35</sup> בעניין זה הבאנו לעיל כדוגמה את החזקה "אין אדם מתפייס במומין", שנראה לומר שהיא מבוססת על סברה ונסיון החיים בלבד. דוגמה אחרת מצינו בתמורה ל ע"ב, שם נאמר כי המקדש אשה בפרש של שור הנסקל — מקודשת, ואילו בפרש של עגל ע"ז — אינה מקודשת. בטעם הדבר מבואר: "אי בעית אימא קרא ואי בעית אימא סברא". ומהי הסברה?

ניחא ליה גבי ע"ז בניפחיה [ולכן דעתו היא שהפרש הוא חלק מן המוקדש לשם ע"ז] גבי שור הנסקל לא ניחא ליה בניפחיה. אי בעית אימא קרא, גבי עכו"ם כתיב

והיית חרם כמוהו (דברים ז, כו), כל שאתה מהיה ממנו הרי הוא כמוהו, גבי שור הנסקל כתיב לא יאכל את בשרו (שמות כא, כח), בשרו אסור פרושו מותר.

הרי לפנינו, כי לטעם הראשון יודעים אנו מסברה את נפש האדם — היינו, בבהמה של ע"ז נוח לו בבהמה שמנה כולל פרשה, ואף כאן יש דעה שצריכים ללימוד מפסוק. אך ברוב החזקות נראה שנלמדות הן ממקורות קדומים כאמור, אם במישרין אם בדרשה אם במסורת, ואם בדרך אחרת חז"ל פענחו מן הכתובים את סוד האדם.

ונסיים בעוד דוגמה שבה נחלקו תנאים. בנידה מה ע"כ מובאת משנה האומרת שבת י"ב שנה נחשבת כגדולה, וכן — מגיל י"ג. בגמרא שם מובאת כרייתא האומרת שזו דעת רבי, אבל ר"ש בן אלעזר סובר להיפך. ובמה נחלקו? "אמר רב חסדא מ"ט דרבי דכתיב ויבן ה' [אלקים] את הצלע מלמד שנתן הקב"ה בינה יתירה באשה יותר מבאיש", ור"ש בן אלעזר דורש אחרת את הפסוק. ומה טעמו? "אמר רב שמואל בר רב יצחק מתוך שהתינוק מצוי בבית רבו נכנסת בו ערמומית תחילה". כלומר, נחלקו אם ללמוד מן הפסוק או מסברה. ושוב נראה לומר, שהיתה להם מסורת שיש הבדל בין בן לבת אך לא ידעו מי מקדים להתבגר, ונחלקו כאמור.

עובר להדפסת המאמר הופנית ע"י תלמידי לשיעור שנתן הרב י"ד סולובייצ'יק זצ"ל בשנת 1975, בויעידת הסתדרות הרבנים, על הנושא: תלמוד תורה וקבלת עול מלכות שמים.

בתוך דבריו דן הוא בחזקה: "טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו" (יבמות קיה ע"ב). חזקה זו אומרת כי האשה מעדיפה להנשא לבן-זוג, אף בזיווג לא מתאים, מאשר לשבת בודדה. הרב מסביר את שורש החזקה וקביעותה. הדברים עולים בקנה אחד עם האמור עד כה ואני מצטט בלשון המקור:

Not only the halachos but also the chazakos which Chachmei Chazal have introduced are indestructible. We must not tamper, not only with the halachos, but even with the chazakos, for the chazakos of which Chazal spoke rest not upon transient psychological behavioral patterns, but upon permanent ontological principles rooted in the very depth of the human personality, in the metaphysical human personality, which is as changeless as the heavens above. Let us take for example the chazaka that I was told about: the chazaka "טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו" has absolutely nothing to do with the social and political status of women in antiquity. This chazaka is based not upon sociological factors, but upon a verse in It. הרבה ארבה עצבונך והרוגך בעצב תלדי בנים ואל אישך תשוקתך — בראשית. It is a metaphysical curse rooted in the feminine personality — she suffers incomparably more than the male who is in solitude. Solitude to the male is not as terrible an experience, as horrifying an experience, as is solitude to the woman. And this will never change, שמים וארץ עדים. This is not a psychological fact; it is an existential fact, which is due not to the inferior status of the woman, but rather to the difference, the basic

distinction, between the female personality and the male personality. Loneliness frightens the woman, and an old spinster's life is much more miserable and tragic than the life of an old bachelor. This was true in antiquity; it is still true, and it will be true a thousand years from now. So, to say that **טן דו מלמיתב ארמלו** was or is due to the inferior political or social status of the woman is simply misinterpreting the **chazaka**. No legislation can alleviate the pain of the single woman, and no legislation can change this role. She was burdened by the Almighty, after she violated the first [law].

**הערות**

- \* מאמר זה מבוסס על הרצאה שניתנה בכנס השנתי של תורה ומדע במכון לב ניסן תשנ"ז.
- 1 פנים רבות ל"דעת" זו: יש שהיא נוגעת באלמנט השכלי, המודע — אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, וודאי התכוון לקדושין; יש שהיא נוגעת באלמנט הנפשיר-רגשי, כגון מי שהורג או מזיק מתוך לחץ נפשי, שלא במודעות מלאה, וכיו"ב; ויש שהיא נוגעת בטבע האדם בכלל (אופיו ותכונותיו), כגון אם דרכו לפרוע תוך זמנו. לא נכנסנו כאן להבחנות אלו, אלא לדרך קביעת הדעת בכלל.
- 2 משנה, תחילת מסכת זבחים.
- 3 שו"ע או"ח, סי' ס.
- 4 ראה: ב"ק כו ע"א.
- 5 ב"ק כו ע"ב ד"ה ושמואל אמר.
- 6 ראה: ברכות נח ע"א; ירושלמי שם פ"ט סוף ה"א; סנהדרין לח ע"א, ומהרש"א שם ד"ה וברעת.
- 7 שו"ת הרב"ז, ח"ג, סי' לד.
- 8 הובאו דבריו בטור חו"מ סי' סז טע' לג, וכן בבאר הגולה על השו"ע שם.
- 9 אמנם ראה שם בדברי השואל, ר' יעקב אלפסי, ואפשר שהבין כי החזקה נשלטתה, כי "יש עמי הארץ שמגניחין ההיתר ואוכלין האיסור, ואפילו בלא הנאה, כל שכן בהפסד ממון".
- 10 ראה: שו"ת הריב"ש סי' ו והערה הסמוכה.
- 11 ראה: רמב"ם, הלכות אישות סוף פ"ז; שו"ת משפטי עוזיאל, אה"ע, סי' נט; אנציקלופדיה תלמודית, כרך א (מהדורה ראשונה), עמ' רס.
- 12 הלכות נזקי ממון פ"י הי"א, ועיין מגיד משנה שם.
- 13 וכן פסק הרמ"א, חו"מ, סי' שפט טע' י.
- 14 זו שיטת הרשב"א ועוד, ואילו לראב"ד נאמנת רק להחמיר, ושתי הדעות הובאו ברמ"א אה"ע, סי' יז טע' ב-ג.
- 15 כב"י שם מובא כי דעה זו מקורה בא"ח בשם הרמ"ה.
- 16 הלכות נזקי ממון פ"ח הי"ד, וכן פסק השו"ע חו"מ, סי' תח טע' ב.
- 17 ראה: כתובות צו ע"א. י"א שכן הוא רק אם גילה דעתו לפני המכר, עיי"ש רש"י ותוס'.
- 18 מפי מו"ר הגרז"ן גולדברג שליט"א שמעתי יתר הטעמה והעמקה. אומדנא על גוף המעשה דומה לעדים שמעידים על מה שראו, יש כללים מתי נאמנים. אך אומדנא על כוונת האדם דומה להחלטת דין, שיש בה חכמה, כמו דין שמעריך אם באבן זו יש כדי להמית (ב"ק צ ע"ב). והשווה להסבר הסמ"ע (סי' לג ס"ק א) בחילוק שבין עד לדיין ביחס לאוהב ושונא.
- ועי' מה שכתבתי בתחומין, ג (תשמ"ב), עמ' 341, בהסבר הר"י מיגאש באשר להבדל שבין אונאה במחיר, שהיא טעות בהערכה, לבין טעות במידה, שהיא טעות במעשה.
- 19 ורש"י שם מח ע"א, ד"ה עד שיאמר רוצה אני: "אלמא היכא דכופין אותו עד דאמר מתוך יסורין רוצה אני קרינא ביה לרצונו, דגמר בלבו להקריב, והוא הדין לזכיני, אם אמר רוצה אני הזי זכיני,



- 20 דגמר בלבו להקנות". ועיין: ב"ק סב ע"א; תשו"ע חו"מ סי' רה סע' א, ובאור הגר"א שם ס"ק א. ולפי זה לא קשה קשיית תוס' שם ד"ה אלא, שכן לולא הפסוק, לא היינו אומרים את הסברה.
- 21 ראה ש"ך חו"מ סי' רכו ס"ק יד בשם המהרש"ל: "בדין עכו"ם אינו יכול להשתלם... אונאה, שאומרים ע"ד המליצה פקח עינך וראה". אמנם בזמננו נשתנה המצב המשפטי, שכן ראו שיש צורך להגן על הצרכן.
- 22 אם נחשוש מכפייה על מוכרים למכור, יש לטפל בכך באמצעים אחרים. כך, למשל, אומרת הגמרא בב"ב מח ע"ב כי הפקיעו רבנן קידושי אשה, כאשר הושגה הסכמתה בכפייה.
- 23 אמנם לעניין מחילה דרך כעס נחלקו הדעות, ראה רמ"א חו"מ ס"ס שלג ופ"ח שם, ואכמ"ל.
- 24 ראה אור שמח על הרמב"ם הלכות רוצח פ"ז, ה"ח, שמשכיר מדוע אומרת המשנה במכות פרק שני כי אין הגולה יוצא מעיר מקלטו לעולם, אפילו כל ישראל צריכין לחשושתו: "דנגד הטבע אין לנו להוסיף אחרי מצות יוצר הטבע, חוקק כליות ולב, הוא אמר כי אם יתם לבב הגואל להרוגו אין לו משפט מות, תו אין יכולים ב"ד להמיתו, וכיון שהותר לגואל הים אין לו להכניס עצמו לספק סכנה עבור הצלת חבריו...". ובפ"ב ה"ד שם הוא מוסיף, שלכן אין אפשרות לאסור זמנית את גואל הים.
- 25 ראה הערה הקודמת, אם כי יש דוחים את ראיית האור שמח מהמשנה במכות, ראה תפארת ישראל שם. להסבר הראשון קשה עוד: מדוע שני ת"ח הנ"ל רק מבקשים מגואל הים שלא להרוג את הרוצח בשגגה, מדוע אין מונעים ממנו ע"י מאסר וכיו"ב לבצע עבירה כאונס. מאידך גיסא, להסבר השני, קשה להבין קיומה של זכות (אף כי לכתחילה אסור להפעילה) להרוג עבריין שוגג. עוד קשה מדברי המשנה למלך בהלכות רוצח פ"א ה"טו, כי לרוצח בשוגג מותר להרוג את גואל הים הרודפו מדין רודף. אם עושה הגואל מעשה לגיטימי, הרי איננו רודף? אלא אם כן נאמר כי אף שהמעשה מותר, מכיוון שאינו רצוי — די בכך כדי להעניק זכות הגנה לנרדף, כמו שזו ניתנה לזמרי כנגד פנחס. עיין במל"מ שם.
- 26 נראה לי שכן יש להוכיח מן הרמב"ם בהלכות נחלות פ"ג ה"א שאומר: "וכן אם היתה לאביו מלוח או היתה לו ספינה בים, יורשין אותה הבכור והפשוט כאחד", כי הוא בגדר ראי ולא מוחזק. המפרשים שם התקשו במקורו, אך באשר לסברה יש לומר כי טרדתו ביחס לגורל ספינתו נחשבת כטרדה לעניין דבר הרשות, היינו שלא להחשיבו כמוחזק בספינה, ורק לעניין מצווה אין להתחשב כטרדה כזו.
- 27 אולם ראה במאירי לפסחים שם שפירש בדרך אחרת, לשבח האשה.
- 28 ראה: שו"ת הרי"ף (מהדורת לייטר), סי' קטז.
- 29 ראה: חולין צז ע"ב. ומובאים שם פרטים שלא ייתכן שנקבעו על-פי מחקר אמפירי, כגון "גיד בשישים ואין גיד מן המנין, כחל בשישים וכחל מן המנין...".
- 30 ראה: יומא פ ע"א; רמב"ם, הלכות מאכלות אסורות פ"ב ה"א.
- 31 ראה: שבת פו ע"א (במשנה). ושם נלמד גם מפסוק, כי חינוק מסוכן ביום השלישי למיתו. במקום אחר, נירה ט ע"א, לומד רבי מאיר מדרשה, כי דם נעכר ונעשה חלב, ולכן גם אשה שמניקה לאחר שנתיים יש לה דין מינקת, ע"ש.
- 32 החת"ם סופר בחידושיו לשבח שם התקשה בזה, שבניגוד לגמרא בראש השנה כאן משמע כי "קים להו לרבנן" אינו בנוי על הלכה למשה מסיני אלא על קבלה מגויים קדמונים. ונראה לי שאין הכוונה להל"מ דווקא אלא למקור תורני, וכאן נדרש מהפסוק בבראשית שאפשר לסמוך על הכרחם של בני שעיר החורי את הארץ.
- 33 על רמזים נוספים ראה מה שכתבתי בתחומין, ב (תשמ"א), עמ' 474.
- 34 ראה: רמב"ם, הלכות גירושין פ"ב ה"כ; משך חכמה, דברים ל, יא. במורה נבוכים ג, לב עומד הרמב"ם על הצורך בבחירה חופשית בשכר ועונש, כי "טבע בני אדם לא ישנהו ה' כלל על צד המופת".
- 35 כידוע, קיימות שתי גישות עקרוניות באשר למדעי הטבע אצל חז"ל: אם ידיעתם באלו היא כחכמה אנושית מקובלת בימיהם, וממילא ניתנת לסתירה, או שידעתם באה להם ממקורות שלנו, ואין לטותרם. ראה: ד' פרימר, "קביעת אבהות ע"י בדיקת דם במשפט הישראלי והמשפט העברי", שנתון המשפט העברי, ה (תשל"ח), עמ' 219, 227.

חדש בהוצאה

# הפרטת חברות בישראל ובעולם

  
הוצאת  
אוניברסיטת  
בר-אילן  
BAR-ILAN  
UNIVERSITY  
PRESS

שלמה אקשטיין  
בן-ציון זילברפרב  
שמעון רוזביץ

הספר מתאר ומנתח בצורה מעמיקה את תהליך הפרטתן של חברות ממשלתיות בעולם ובישראל.

הוא מאפשר ללמוד על השווה והשונה בין התהליך העולמי והישראלי, על הצלחות ההפרטה בישראל וכן על הכישלונות. המחברים מנתחים הן את הגורמים שעיקבו ועודם מעכבים את תהליך מכירתן של חברות ממשלתיות בישראל והן את הגורמים שסייעו להאצת התהליך בשנים האחרונות.

הספר כולל הערכה של פוטנציאל ההפרטה בשנים הקרובות.

"כל מי שמתעניין בכלכלת ישראל בכלל ובתהליך ההפרטה העולמי והישראלי בפרט ימצא בספר זה עניין רב. הספר **הפרטת חברות בישראל ובעולם** מהווה ללא ספק תרומה חשובה ומאלפת לספרות הכלכלית של המשק הישראלי".

(מדברי ההקדמה של פרופ' יעקב פרנקל, נגיד בנק ישראל)

237 עמ', כריכה קשה, 1998

למידע נוסף נא לפנות להוצאת אוניברסיטת בר-אילן,  
רמת-גן 52900, טל' 5318575, 03-5318401  
פקס' 03-5353446