

הכרעת דין ללא עדות

על השימוש באומדן ובראיות מודרניות בבית הדין הרבני

הרב אורי רותם

- | | |
|---------------------------------------|----------------------------|
| א. הצורך בעדות עדים | ג. דין על פי האומדן בימינו |
| ב. דין שלא על פי עדות עדים | ד. ראיות מודרניות |
| 1. לא תהא שמיעה גדולה מראייה | 1. בדיקות דם |
| 2. חזקה ר'אנן סהדי' | 2. הקלטות |
| 3. אומדנא | 3. תמונות וקלטות וידאו |
| 4. רוב | 4. פוליגרף ('מכונת אמת') |
| 5. אומד הדעת | 5. טביעת אצבעות |
| 6. קיום שטרות על פי הכרת חתימות העדים | |
| 7. אומד דעת הנסמך על עדות לא קבילה | |
| 8. דיון על פי ידיעה – שיטת הרמב"ם | |

א. הצורך בעדות עדים¹

במסכת ראש השנה², דנה הגמרא ביכולתו של בית דין שראה את מולד הלבנה לקדש את החודש על פי ראיותיו. בהקשר זה נקבע, שאם ראו ביום, יכולים לקדש על פי ראיותם, כיוון "שלא תהא שמיעה גדולה מראייה". כלומר, לא תהא שמיעת עדים המעידים על המולד גדולה מראיית בית הדין עצמו את המולד.

אולם, מדגישה הגמרא, אם ראה בית הדין את המולד בלילה, היות ובית דין אינו דן בלילה, יש לקדש את החודש ביום, ולא ניתן לקדש את החודש ביום על פי ראיות הדיינים בלילה. לכן, צריכים שניים מתוך הדיינים להעיד בפני בית דין, ועל פי עדותם יקדשו את החודש.

* הרב אורי רותם, נו"נ בישיבת 'מרכז הרב', ירושלים.

- [המאמר מתמקד בדיני הראיות הראויים לפי דין התורה, ולא בדיני ראיות מיוחדים, הנדרשים לעיתים לשם ענישת עבריינים כהוראת שעה, לפי צורך השעה, המקום והזמן – הערת עורך, י"א.]
- ראש השנה כה, ב.

למדנו אם כן, שבית הדין אינו יכול לקדש את החודש ביום, על סמך ראיית הדיינים את המולד, בלילה.³

אולם, יש לשאול, גם אם לא ניתן היה לדון בלילה, הרי למעשה, הדיינים יודעים שהיה מולד. אם כן, מדוע לא יוכלו לקדש את החודש על סמך ידיעתם, ולא תהיה עדות עדים גדולה מידיעת הדיינים? לשון אחר: לכאורה, בית הדין דן בדרך כלל, בהסתמכו על ידיעה, המוסקת מעדות העדים. מדוע תיגרע ידיעה בלתי אמצעית מידיעה מכוחה של עדות?⁴

נראה שממקור זה ניתן להוכיח, שמדין תורה, אין בית הדין רשאי לדון על פי ידיעה גרידא. את ההוראה: "על פי שני עדים או על פי שלשה עדים יקום דבר"⁵, אין להבין כהוראה הקובעת רק דרך להשגת המידע שעל פיו ידון בית הדין, אלא כקביעה המגדירה את היקף סמכות בית הדין: סמכות זו מותנית בכך שהפסיקה תתבסס על עדות עדים. לפיכך, אף אם המידע מצוי כבר בידי בית הדין אך ממקור אחר, שאינו עדות, אין בית הדין מוסמך לפעול במציאות, ולכפות על פי ידיעתו את פסק הדין.⁶

עיקרון זה מוכח גם מפסולתם של עדים קרובים. בעניין זה נאמר בגמרא,⁷ שעדים קרובים לא פסולים מחמת החשש שמא הם משקרים, שהרי גם משה ואהרן פסולים, אלא פסולתם היא בגדר 'גזירת מלך'. גם בהקשר זה ניתן לשאול: אף אם פסלה התורה את עדותם של משה ואהרן, כלום אין בדבריהם כדי ללמד את בית הדין מהי האמת? ואם כן, מדוע לא

3. בדברי הראשונים ניתן למצוא שלושה נימוקים שונים לכך שבית הדין לא רשאי להסתמך על הראייה בלילה, וכפי שיתבאר בהערות 14, 22 ו-23 לקמן.

4. בדברי רש"י (כתובות כא, ב ד"ה ליתבו בדוכתייהו) מבואר שגם אם עד נעשה דיין, צריכים הדיינים שראו בלילה להעיד לפני ב"ד כדי שיוכלו לקדש ביום. וכ"כ הרמב"ן (כתובות שם, בפירושו הראשון לדברי הגמרא) ומוסיף שכן מבואר בירושלמי (ראש השנה ג, א). עוד מוסיף הרמב"ן, שניתן לבאר שכוונת הגמרא היא שאם עד נעשה דיין הרי שאין צורך שהדיינים גם יעידו ביום על ראייתם, אלא יוכלו מיד לקדש ביום ע"פ ראייתם בלילה, אולם מבואר בדבריו שזה דווקא בקידוש החודש, כיוון שבקידוש החודש אין צורך בהגדת עדות, כמבואר לקמן בשיטת רש"י ליד הציון להערה 13.

5. דברים יט, טו.

6. כך מבארים: חידושי הרי"ם ח"מ ז, א; קובץ שיעורים ב"ב, שכט; חזון איש אה"ע קא, לא.

7. הג"ר שמעון שקאפ [שערי יושר ז, א; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (קידושין, כב)] מבאר, שזהו תנאי לסמכות בית הדין לפעול במציאות. הרי"מ והחזון איש מבארים, שהתורה אמרה שבית דין יכולים לדון רק על פי ידיעה אשר ניתן לבדקה. לכן, אין בית הדין רשאי לפסוק ולומר שכך ידוע לו, מבלי שניתן יהיה לערער על הפסיקה ולבחון את נכונותה.

נראה שהעדות אינה רק תנאי בסמכות בית הדין, כפי שנראה מדברי הג"ר שקאפ, אלא היא תנאי ביכולת לעשות 'משפט'. לדעת רב אחא (סנהדרין ג, א) דיני הודאות והלוואות אינם צריכים להיות נדונים בב"ד מדין תורה, ואף על פי כן פשוט שניתן לדון דינים אלה דווקא ע"פ שני עדים, כמו בדיני גולות וחבלות. ומבואר בדברי התוספות (שם ב, ב ד"ה דברי) שבין דיני הודאות והלוואות ובין דיני גולות וחבלות מוגדרים כ'משפט'. נראה מכך, שכל 'משפט' – כל דין אשר אינו רק הוראת איסור והיתר אלא נוגע לבירור מעמדו האישי או הממוני, של האדם – צריך להיות מבוסס על עדות עדים, מחמת הטעם המבואר בדברי הרי"ם והחזון איש.

7. בבא בתרא קנט, א.

ידון בית הדין על סמך ידיעה זו? מוכח אם כן, שבית הדין אינו רשאי לדון על סמך ידיעתו. לא די בידיעת המציאות כדי לפסוק, שכן הפסיקה צריכה להתבסס על עדות כשרה.⁸ כך עולה גם מדברי בעלי התוספות⁹ בעניין שטר שהעדים החתומים בו הם קרובים, שאין לסמוך עליו על אף שהעדים החתומים דוברי אמת, כיוון שאין לעשות מעשה אלא על פי עדות כשרה.¹⁰

ב. דין שלא על פי עדות עדים

בפרק הקודם עמדנו על העיקרון, העולה ממקורות רבים, שפסיקת בית הדין צריכה להתבסס על עדותם של עדים כשרים, ולא על ידיעה שמקורה אינו בעדות כשרה. עם זאת, ניתן למצוא מקורות המלמדים שלעתים בית הדין פוסק על פי ידיעת המציאות, גם כאשר אין לפניו עדות כשרה. במקורות אלו ובמשמעויותיהם נעסוק בפרק זה.

1. לא תהא שמיעה גדולה מראייה

כאמור, בסוגיית ראש השנה¹¹ נקבע שבית הדין רשאי לקדש את החודש ביום, על פי ראיית הדיינים את המולד. אם על סמך הידיעה הנובעת מראיית הלילה לא ניתן לדון, היות ואין היא מבוססת על עדות כשרה, מן הדין היה לקבוע גם, שבית הדין לא יהיה רשאי לקדש את החודש על סמך ראיית המולד!¹²

רש"י¹³ אומר, שבנוגע לקידוש החודש לא הגבילה התורה את הדיינים בכך שפסיקתם צריכה להתבסס דווקא על עדות כשרה. לכן ניתן לפסוק על פי ראייה.¹⁴ מדבריו משמע, שבדיני ממונות לא ניתן לפסוק דין על פי ראייה.

8. כך מבארים: נודע ביהודה מהדורא קמא, אה"ע מא; שערי יושר וחיידושי רבי שמעון יהודה הכהן הנ"ל בהערה 6.

הג"ר א"י וולדינברג (בשו"ת ציץ אליעזר טז, מז; ובפסק הדין המובא בפד"ר ח, יג עמ' 224), אומר שבית הדין צריך לדון רק על פי עדים ולא על פי ידיעתו, וכראיה לכך הוא מביא את דברי הגמרא בראש השנה (כא,ב), האומרת שביקש שלמה לדון על פי דינים שבלב ללא עדים ויצאה בת קול ואמרה: "על פי שנים עדים". המהר"ץ חיות על אתר מבאר, שהדברים מוסבים על משפט שלמה. מבואר אם כן, שאין לדון על פי אומדנות המתבררות לדין ללא עדות. עוד על הוכחה זו, ראה להלן בהערות 83 ו-180.

9. תוספות גטין ד, א ד"ה מודה.

10. כך מבאר קובץ שיעורים הנ"ל בהערה 6.

11. לעיל, הערה 2.

12. קובץ שיעורים (לעיל, הערה 6) מנסח את השאלה בלשון זו: כשם שאומרים לא תהא שמיעה גדולה מראייה, כך יש לומר לא תהא שמיעה גדולה מידיעה.

13. רש"י ר"ה כה, ב ד"ה ואמאי.

14. כך מבאר הג"ר ברוך דוב פוברסקי (בד קודש ד, מח). לפי דברי רש"י נראה שבליילה בית הדין לא מקדש על סמך ראייתו, כיוון שאין מקדשים את החודש בליילה, כמבואר בגמרא שם. וביום לא מקדשים על סמך הראייה, משום שהראייה אינה עוד לפני בית הדין.

אבל, במסכת בבא קמא¹⁵ נקבע, שבית דין הרואה שאדם הזיק לחברו יכול לחייב את המזיק על פי ראייתו. ממקור זה מוכח לכאורה, שגם בדיני ממונות ניתן לפסוק על פי ראייה. במסכת בבא בתרא¹⁶ מובא דיון בדבר חלוקת נכסי שכיב מרע, על פי ראיית בית הדין, שהחלוקה נעשתה בפניו. מדברי הרשב"ם על אתר¹⁷ עולה, שפסיקת בית הדין אכן מבוססת על הראייה. לפי הסבר זה, אף בדיני ממונות ניתן לפסוק על פי ראייה.¹⁸

מנגד, הרמב"ן¹⁹ סבור שהפסיקה מבוססת על הודאת בעל הדין בפני בית הדין. לפי דבריו, אין להביא ממקור זה ראיה לכך שניתן לפסוק בדיני ממונות על סמך ראייה בלבד. נראה שנטייט מרבית הראשונים היא לדחות את דברי רש"י, מכוחה של סוגיית בבא קמא. כך למשל קובעים במפורש בעלי התוספות בסוגיית ראש השנה דלעיל.²⁰ נראה שלדעת בעלי התוספות, הראייה אף עדיפה על השמיעה מפי העדים, כיוון שהראייה היא כעדות שמהימנותה נבחנה.²¹ לפי גישה זו, המציאות המתגלה לדיינים על ידי ראייתם, נחשבת כעדות על המקרה שבו הם דנים, ולכן הם יכולים לדון על פיה.²²

את הדין על פי ראייה ניתן להסביר בדרך אחרת, ולפיה, ראיית בית הדין יכולה לשמש בסיס לפסק דין, לא משום שהיא מעין עדות, אלא משום שבמצב זה, אין כלל צורך בעדות. העדות נדרשת, לפי הסבר זה, רק כאשר קיים צורך לברר מציאות מסופקת. כאשר קיים צורך בעדות, לא ניתן לבסס פסק דין על ידיעת הדיינים. אבל, כאשר המציאות עצמה ברורה, כפי שקורה כאשר בית הדין עצמו ראה מה אירע, אין כלל צורך בעדים.²³

15. בבא קמא צ,ב.

16. בבא בתרא קיג,ב.

17. רשב"ם בבא בתרא שם ד"ה לא שנו.

18. לגבי דיני נפשות אומרת הגמרא (ראש השנה כה,ב; בבא קמא צ,ב) שנחלקו רבי עקיבא ורבי טרפון האם רשאי בית הדין לדון על פי ראייה. רבי טרפון אומר שיכולים לדון, וגם רבי עקיבא מסכים שבאופן עקרוני בית הדין רשאי לדון על פי ראייה, משום שלא תהא שמיעה גדולה מראייה. אולם, לדעתו, דיינים שראו רצח, למשל, אינם רשאים לדון בדבר, גם לא על פי עדות העדים, כיוון שהם לא יוכלו למצוא צד זכות לרצח.

19. חידושי הרמב"ן בבא בתרא, שם.

20. תוספות ראש השנה כה,ב ד"ה לא תהא שמיעה גדולה מראייה, וכך כתבו גם: רא"ה, רמב"ן, רשב"א והריטב"א בחידושיהם לכתובות כא,ב. אמנם מדברי הריטב"א (ב"ב קיג,ב) נראה שהוא סובר בדברי רש"י, שבית דין יכולים לדון על פי ראייתו דווקא בקידוש החדש.

21. וראה גם בחידושי רבנו חיים הלוי (רמב"ם עדות ג, ד), שלבית דין הדין על פי ראיית הדיינים יש דין עדות. עוד לגבי דין זה, ראה גם בדברי הגי"ר שמעון שקאפ (הנ"ל בהערה 6), בביאור דברי חידושי הרשב"א לב"ק צ,ב.

22. לפי זה, מוסבר בתוספות (ר"ה כה,ב ד"ה כגון), שאין בית הדין יכול לקדש בלילה כיוון שקבלת ראיית הדיינים היא כקבלת עדות, ואין מקבלים עדות בלילה.

23. כך משמע מדברי רשב"ם (ב"ב קיג,ב ד"ה רצו עושין דין), וכך כתב המהרש"א (ב"ק צ,ב). בחידושי רבי ראובן (יבמות כה) מובאות שתי האפשרויות להבנת דין "לא תהא שמיעה גדולה מראייה". שתי הגישות הללו בהבנת דין ע"פ ראייה מבוארות בדברי הראב"ד ובעל העיטור להלן ליד הציון להערה 88, ובהערה 89.

2. חזקה ו'אנן סהדי'

במסכת יבמות²⁴ מובא דיון אודות מי שנישאה על פי שני עדים שהעידו שבעלה מת, ובא בעלה. ההלכה היא, שאם נישאה לאחר, תצא ממנו. **בעלי התוספות**²⁵ מבהירים, שעל אף שיש עדות שהבעל מת, ולרוב אין ראייה כעדות שני עדים, ו'תרי כמאה' – כאשר המציאות ברורה ללא צל של ספק, אין מקום לעדות העדים. משום כך, בית הדין לא יתייחס כלל לעדות העדים הטוענים שמת הבעל. משמעות קביעה זו היא, שעדותם של עדים נדרשת רק כאשר המציאות אינה ברורה. כאשר המציאות ברורה אין צורך בעדות עדים, וממילא גם אין משמעות לעדות.²⁶

לאור המבואר כאן ברור שרשב"ם אינו יכול לפרש כדברי התוספות שהחיסרון בראייה בלילה הוא מחמת שבי"ד לא מקבל עדות בלילה, כמבואר בהערה 22 לעיל, שהרי לדעת הרשב"ם אין לראייה גדר של קבלת עדות. אלא מבאר רשב"ם (שם ד"ה לא שנו) שבליה הם אינם דנים, משום שאין להם מעמד של בית דין בלילה, וממילא לא ניתן לומר שכלפי בית הדין המציאות ברורה לחלוטין, כיוון שאין בנמצא בי"ד אשר יכול להתייחס למציאות. ביום המציאות כבר אינה ברורה, ועל סמך ידיעת הדיינים את המציאות בלילה, הם אינם יכולים לדון, כמבואר לעיל, בפרק א.

ומכל מקום, הסבר זה – שבמקרה שבו הדיינים רואים המציאות נחשבת כברורה, ולכן הם לא צריכים עדות עדים – הנו הסבר מחדש, כיוון שהמציאות אינה ברורה לכל העולם, כפי שהיא במקרה שיש חזקה של 'אנן סהדי', כמבואר בפרק ב (2) לקמן. אלא זו מציאות הברורה רק לדייני בית הדין הרואים אותה באופן מקרי, ולכן רש"י ותוספות מבארים דין זה באופן אחר.

24. יבמות פח, א.

25. תוספות יבמות שם ד"ה אתא גברא.

26. כך כתב הש"ך (ח"מ מו, סו) בביאור דברי התוספות (שם) שבדבר העשוי להתגלות לכל העולם אין אומרים ששני עדים כמאה. וכוונתו לומר כמבואר למעלה, שכיוון שזהו דבר הברור לכל העולם הרי שיש לומר שאין צורך בעדות עדים, ולכן בזה אין לומר ששני עדים כמאה. וכ"כ שו"ת שבות יעקב (א, קכה), שכיוון שדברים המפורסמים אינם צריכים ראייה, הרי שגם לא מועילה בהם ראייה.

הנודע ביהודה (מהדורה קמא, אה"ע סה) מסביר את דברי בעלי התוספות בדרך שונה. לדבריו, אין כוונת התוספות ביבמות לומר שבוזה אין אומרים ששני עדים כמאה. כוונתו לומר, שבניגוד לכלל הרגיל, הקובע שכאשר יש שתי כתי עדים המכחישות זו את זו מעמידים את האיש על חזקתה, ואם נישאת לא תצא – במקרה זה אומרים שתצא האשה מבעלה, כיוון שכל העולם מכחיש את דברי העדים. הסבר אחר המוצע בנודע ביהודה הוא, שעל אף ששני עדים מעידים על האשה שהיא אלמנה, כיוון שכלל העולם ברור שהיא נשואה, הרי שהם מצווים להפרישה מאיסור ולכן מוציאים אותה מבעלה. מדבריו עולה, שגם כאשר המציאות ברורה לכל העולם, אין בכך כדי להפקיע את נאמנות העדים.

אולם, בשו"ת **חתם סופר** (אה"ע, קמב) דוחה את דברי הנודע ביהודה, ואומר שכאשר המציאות ברורה לכול, אין העדים נאמנים, אלא אומרים שהם טעו בטביעות עין, והעידו על אדם אחר שמת. מדברים אלו משמע, שכאשר המציאות ברורה, לא מתייחסים לעדות העדים, אלא שלפי דבריו אין זה משום שכלל לא צריך את עדותם ולכן אין להם נאמנות, אלא שיש לתלות שהם טעו בעדותם.

נתיבות המשפט (מו, ז) אומר, שיש מחלוקת במקרה שעדים החתומים על שטר אומרים שזהו כתב ידם, ועדים אחרים אומרים שאין זה כתב ידם, האם צריך קיום אחר. על פניו, הצורך בקיום אחר אינו מובן. מה יועיל קיום אחר, הרי שני עדים כמאה, ואם כן, לא יהא בכוח עדי הקיום האחרים, להכחיש את עדות אלו שאומרים שאין זה כתב ידם! על כך משיב הנתיבות, לפי דברי התוספות הנ"ל, שישנם מקרים שבהם המציאות ברורה ואין צורך בעדות, וכך יש לומר לגבי הכרת כתב ידם, שזהו דבר הגלוי לכול, ולכן בזה אין צורך בעדות עדים. לכן, אין לעדות משמעות של עדות רגילה, ויש בכוח שני עדים נוספים להכריע את הספק שנוצר.

נראה שעיקרון זה הוא העומד ביסוד אותם מקרים שבהם מבואר בתלמוד שביט הדין פוסק על פי חזקה. משמעות החזקה היא, שעל אף שהמציאות עצמה אינה ברורה כמו במקרה שבו 'בא הרוג ברגליו', היות וקיים כלל התנהגות, 'אנן סהדי' הקובע שבני אדם נוהגים בדרך מסוימת, ניתן לפרש את המציאות בהתאם לאותו כלל, מבלי להזדקק לעדים. כזו למשל היא חזקת 'אין אדם פורע תוך זמנו'.²⁷ משמעות החזקה היא, שמכוחה רשאי בית הדין להוציא ממון מן החייב, הטוען שפרע לפני המועד שנקבע לפירעון החוב, ואפילו מיתומים, כיוון שברור שהלווה לא פרע את חובו לפני מועד זה, וכהנה עוד רבות.²⁸

כאשר קיימת חזקה, או 'אנן סהדי', המציאות כלל אינה מסופקת, הכול ברור בה. במקרה כזה אין צורך בעדים. רק כאשר המציאות מסופקת יש צורך בעדים כדי לבררה. במצב זה, ניתן לסמוך רק על עדים כשרים כדי לברר את המציאות ולפסוק, ולא על ידיעת הדיין.

אמנם, אם יבואו עדים ויעידו שהלווה פרע את חובו תוך זמנו, הם יהיו נאמנים, כיוון שחזקות אינן ברורות מוחלט של המציאות, אלא הן מגדירות את המציאות על פי התנהגותם של רוב בני האדם. הגדרה זו אינה שוללת קיומם של מצבים יוצאי דופן, היוצאים מגדר הרגיל. לכן, יש בכוחה של עדות לעקור את החזקה.

(א) בין רוב לחזקה

למעשה, החזקה מבוססת על הנחה הנסמכת על מנהגם של רוב בני האדם, כפי שמדגיש בעל אור זרוע.²⁹ אמנם, כלל ידוע הוא, שבדיני ממונות אין פוסקים על פי הרוב.³⁰ מדוע אם כן פוסקים דין על פי חזקה? נראה, שבאותם מקרים שבהם מבקשים להכריע על פי הרוב, המציאות אינה מוגדרת כמציאות שאינה מסופקת כלל, אלא זו מציאות מסופקת שיש בה

אמנם דברי הנתיבות מחודשים, כיוון שנראה שבמקרה זה, המציאות אינה נחשבת למציאות ברורה לחלוטין, ולכן אין לומר שאין צורך בעדות עדים [וכך אכן מקשים על דבריו הגהות אמרי ברוך (שם), ואמרי בינה (הלכות הלואה, לא)].

במקום אחר (טו, ב), לומד נתיבות המשפט מדברי התוספות הנ"ל, שישנם מצבים שבהם קיימת אומדנא הברורה לכל העולם, ובהם אין צורך בעדות עדים. גם דבריו אלו מחודשים, כיוון שהשימוש באומדנא קיים בעיקר כאשר המציאות עצמה אינה ברורה, והדיינים, מכוח ידיעות שונות שיש בידם על התנהגות בני האדם מצליחים לברר את הספק. אף במקרים אלו, קשה להגדיר את המציאות כברורה לחלוטין, עד שאין צורך בעדותם של עדים. כך אמנם מקשים נחל יצחק (טו, ה), וישועות ישראל (טו, חוקת המשפט ד) על דברי הנתיבות. לדבריהם, דווקא כאשר המציאות גלויה לפני כולם ניתן לומר שאין צורך בעדים. אולם, כאשר המציאות אינה ברורה לכול, ורק בכוח הדיינים לבררה, בהתאם לאומדן הידוע להם בלבד, יש בהחלט משמעות לעדות העדים.

מכל מקום, דעת הנתיבות היא, שגם במקרים אלו, כיוון שיש אומדנות ברורות לפני בית הדין, המציאות עצמה נחשבת ברורה ללא כל צל של ספק.

27. בבא בתרא ה, ב.

28. פירוט של כל אותן חזקות מובא באנציקלופדיה תלמודית יג, ערך חזקה, עמוד תרצד ואילך.

29. אור זרוע א, תשט.

30. כמבואר להלן, אחרי הציון להערה 54.

רוב ומיעוט; במקרה כזה יש צורך בעדים. אולם באותם מקרים שבהם קיימת חזקה, המציאות מוגדרת כמציאות ברורה לחלוטין עד שכלל אין צורך בעדות עדים.³¹

הבדל זה בולט בעיקר בסוגיית הגמרא במסכת כתובות,³² הדנה במי שנישאה מבלי שיצא עליה קול שהיא בתולה. באותם ימים, הייתה קיימת חזקה ולפיה, כל בתולה שנישאת יוצא עליה קול שנישאה בתולה. בהתאם לכך נפסק, שמי שנישאה ולא יצא עליה קול שהיא בתולה, הרי היא בחזקת שנישאה בעולה, ואף אם יבואו עדים ויעידו שהיא בתולה לא חוששים לעדותם, ורואים את עדותם כעדות שקר. החזקה במקרה זה מגדירה את המציאות, ומשום כך, אף אם יבואו עדים שהאישה נישאה בתולה, אין משמעות לעדותם, כיוון שאין כל ספק שהיא ודאי נישאה בעולה. 'אנן סהדי' עדיף על עדים, כיוון שמציאות שבה קיים 'אנן סהדי' הנה מציאות ברורה ללא כל ספק, ולכן אין מקום לעדות העדים.

אמנם, בדרך כלל אין לחזקות משמעות כה מרחיקת לכת. לרוב, משמעות החזקות היא, שרוב בני האדם נוהגים כך, ולכן אין סיבה להניח שהמציאות היא אחרת. אבל, אם באים עדים, עדותם תהווה סיבה מספקת לומר, שהמקרה הנדון הוא חריג.

ברם, בכל האמור עד כה עדיין אין די כדי להסביר את ההבחנה המהותית, המצדיקה התייחסות שונה לרוב ולחזקה. מדוע במקרים מסוימים הרוב אינו מגדיר את המציאות כמציאות ברורה, וממילא אז צריך לדון דווקא על פי עדים, ובמקרים אחרים הרוב מגדיר את המציאות כמציאות ברורה ללא ספק?³³

31. הגמרא (חולין יא, ב) אומרת, שאדם מיוחס כבן לאביו מחמת הכלל ש'רוב בעילות אחר הבעל', קביעה זו אינה עולה לכאורה בקנה אחד עם הקביעה בירושלמי (קידושין ד, י) שייחוס זה נובע מן הכלל ש'סוקלים על החזקות', וכפי שמובא גם ברמב"ם (איסורי ביאה א, כ), היינו שזו חזקה ולא רוב. הגר"ח מוולוז'ין (חוט המשולש א, ה) מבאר שלפי הרמב"ם, אין מחלוקת בין הבבלי לירושלמי. ברור לכול, שייחוס בן לאביו מבוסס על כך ש'רוב בעילות אחר הבעל', אולם לגבי כל אחת מן הבעילות שיצרו את הרוב, אין בידינו עדות שהבעילה היא של הבעל. הכרחי אם כן להסביר, שהרוב מבוסס על חזקה, שאכן הבעל הוא הבעל את רוב הבעילות. מדבריו משמע, שהחזקה אינה נשענת על רוב ידוע במציאות, אלא שהיא מעין אומדן אובייקטיבי על המציאות הנובע מהכרה של המציאות, שאינה מתבססת על נתון סטטיסטי זה או אחר, ומכוחה ניתן להגדיר את המציאות, ללא צל של ספק. כך כתב גם הג"ר אליהו מישקובסקי באחד ההסברים להבדל בין רוב לחזקה, המובאים במאמרו "בעניין חזקה ואומדנא" מוריה ו, י"א עמ' מא ואילך. לפי המבואר להלן אחרי הציון להערה 79, נראה שלגבי חזקה כזו חולקים הרא"ש והמהר"ק האם ניתן לסמוך עליה כ'אנן סהדי'.

נראה להסביר את דעת הרמב"ם באופן הפוך, שכיוון שיש רוב ידוע במציאות שרוב בעילות אחר הבעל, וזהו רוב טבעי, הרי שרוב זה אינו רק רוב סטטיסטי, אלא יש לו דין של חזקה, ואנן סהדי' שכך היא המציאות ללא ספק, וכדברי הירושלמי, ולכן ניתן לסקול על פיו. כך כתב השערי יושר (ו, ח), בביאור דברי הרמב"ם.

32. כתובות טז, ב.

33. ניתן היה לומר שכשם שאומר הריטב"א (ב"ב ע, א), שלא כל החזקות שוות, וישנה חזקה המגדירה ברור מוחלט המועיל כנגד מיעוט, ויש חזקה שאין בכוחה לעשות זאת, כך יש לומר גם לגבי רוב, שכאשר הפרש בין הרוב למיעוט משמעותי, יש בכוח הרוב להגדיר את המציאות כברורה, וזו 'חזקה' או 'אנן סהדי'. מנגד, יש רוב שהפרש בינו למיעוט אינו כה משמעותי, ומשום כך, אין בכוחו להגדיר את המציאות כברורה. כך כתב השערי יושר (ג, ג) בתחילה, שדין רוב הוא בכל מקרה שבו יש רוב מול מיעוט, אע"פ

נראה שההבחנה מיוסדת על ההפרש שבין רוב טבעי לרוב סטטיסטי. יש והרוב נוצר מכוחם של מקרים רבים, שבהצטברותם יוצרים רוב. זהו רוב סטטיסטי. כך למשל, במסכת בבא בתרא³⁴ מדובר על 'רוב אנשים הקונים שור לחרישה'. רוב מסוג זה אינו מבוסס על קשר מהותי בין כל אותם בני אדם שרכשו שור למטרות חרישה, אלא על ההכרה שמבחינה סטטיסטית, רוב רכישות השוורים מתבצעות למטרות חרישה, ולא לשחיטה. לכן, כאשר יש ספק האם אדם קנה את שורו לשחיטה או לחרישה, אין הרוב מבטל את המיעוט. המציאות לא התבררה מכוח קיומו של הרוב. הרוב רק יכול לקבוע, שקיימת הסתברות גבוהה לכך, שהשור נרכש למטרות חרישה.

מנגד, בחזקת 'אין אדם פורע תוך זמנו' למשל, הרוב הוא רוב טבעי, רוב שיש בו כדי ללמד על טבע בני האדם. במקרה זה, הרוב אינו צירוף מקרים בלבד, אלא קיומו מלמד על האופי האנושי: אין אדם פורע תוך זמנו. לכן, כאשר יש ספק האם אדם פרע את חובו לפני המועד שנקבע לפירעון החוב, יש בכוחו של הרוב להגדיר את המציאות, ולקבוע בצורה החלטית וברורה, שהחוב לא נפרע לפני מועד הפירעון.³⁵

שאינ הפרש גדול בין הרוב למיעוט, אלא מספיק שיש נ' כנגד נ"א. רוב זה אינו רוב שכלי, שמסברה יש ללכת אחריו, אך כך גורה התורה, שיש להכריע את הספק על פי הרוב.

אולם, כאשר ההפרש בין הרוב למיעוט הוא רב ביותר, אף השכל האנושי יכריע שמן הראוי להכריע על פי הרוב. מכוחו של רוב כזה ניתן להגדיר את המציאות, ולהתעלם לחלוטין מן המיעוט, וכך כתב גם קונטרס הספקות (ו, ד) ושו"ת זרע אמת (ב, י"ד קיא) בביאור דברי התוספות (להלן, הערה 41), שרוב הקונים שוורים לחרישה הוא רוב לא טוב כיוון שזהו רוב שבו המיעוט שכיח.

34. בבא בתרא צב.ב.

35. נראה שודאי שגם לפי הסבר זה החזקה מבוססת על רוב מוחלט שבו המיעוט הוא קטן, שהרי אילו היה המיעוט גדול, הרי שהרוב לא היה מהווה ראיה לטבע בני האדם, שהרי יש אנשים רבים אשר נוהגים כמיעוט. אבל, המוקד בהסבר זה אינו גודל הרוב, אלא טבע בני האדם או צורת התנהגותם, המוסקת מקיומו של הרוב.

יש להוסיף שגם רוב כמו 'רוב אנשים קונים שוורים לחרישה' הוא רוב בטבע, מבחינה זו שהוא רוב הטבע בעולם, כך הוא טבע העולם שרוב האנשים קונים את השוורים לעבודה ולא לשחיטה, כיוון שכך היא צורת העבודה של אנשים שהם לוקחים את השוורים לעבודה ולא לשחיטה. אלא שזו לא הגדרה בטבע האדם המלמדת על כל מקרה בודד שבו אדם קונה שור, האם הוא קונה אותו לשחיטה או לעבודה, אלא זהו טבע האדם המגדיר שההסתברות שאדם יקנה את השור לשחיטה או לעבודה היא הסתברות קבועה, כל עוד אכן משתמשים בשוורים לעבודה. בכל מקרה שבו ידוע שדרך העולם להשתמש בשוורים לחרישה אין צורך לבדוק את הסטטיסטיקה, אלא ברור שהסטטיסטיקה היא שרוב קונים שוורים לחרישה. אולם כאשר יש רוב שבני אדם לא פורעים את חובם תוך זמנם, זהו רוב המגדיר שטבע האדם כך הוא, שהוא לא פורע תוך זמנו, ולגבי כל מקרה בודד שעליו דנים הרוב מגדיר שיש לדון שאותו אדם אינו פורע תוך זמנו.

לעומת זאת, ברוב כמו 'רוב אנשים מקדשים ואח"כ נותנים סבלנות' נראה שזו סטטיסטיקה שכלל אינה בטבע, אלא מקרית לחלוטין, המשתנה ממקום למקום, על פי נורמות ההתנהגות המקובלות באותו מקום, כפי שמבואר בגמרא (קידושין שם) שישנם מקומות שבהם הרוב מקדשים ואח"כ נותנים סבלנות וישנם מקומות שבהם הרוב נותנים סבלנות ואח"כ מקדשים.

מכל מקום לא זו כוונת הרמב"ן בהבחנתו, כמבואר בדבריו שהוא אומר שרוב בטבע הוא 'רוב נשים יולדות לאחר תשעה חודשים', שזו לא סטטיסטיקה בלבד, אלא רוב המגדיר את טבעה של כל אישה, וממילא מלמד על כל מקרה ומקרה. גם מסברה נראה שכאשר דנים על מקרה מסוים אין חילוק בין 'רוב

נראה שהבחנה זו מוצאת ביטוי כבר בדברי הראשונים. במסכת קידושין³⁶ נפסק, שבמקום שבו רוב האנשים מקדשים ואחר כך נותנים סבלונות (=מתנות חתונה), ומיעוטם נותנים סבלונות ואחר כך מקדשים, אין חוששים למיעוט. לכן, אם נתן אדם סבלונות לאישה במקום כזה, מניחים שהסבלונות ניתנו לשם קידושין.³⁷

לר"ף³⁸ ישנה גירסה שונה בסוגיה זו. לפי גרסתו, הסוגיה דנה במקום שבו הרוב נותנים סבלונות ואחר כך מקדשים, ומיעוט מקדשים ואחר כך נותנים סבלונות. החידוש שבסוגיה הוא אם כן, שחוששים למיעוט, ומשום כך מניחים שהסבלונות ניתנו לשם קידושין.

הרמב"ן³⁹ מבאר את שיטת הר"ף, באמרו שיש לחלק בין רוב של חיוב וטבע, שבו אין חוששים למיעוט, לרוב שאינו מלמד על טבע בני האדם. רוב המלמד על טבע בני אדם, כגון רוב נשים יולדות לאחר תשעה חודשים, מלמד שהטבע האנושי בא לידי ביטוי ברוב המקרים. לכן, כאשר יש ספק האם אישה ילדה לאחר תשעה חודשים או לא, אין חוששים שהיא לא ילדה.⁴⁰ לעומת זאת, כאשר יש ספק האם אנשים מקדשים ואחר כך נותנים סבלונות או שקודם נותנים סבלונות ואחר כך מקדשים, ברור שהשאלה העומדת ביסוד הספק, אינה 'מה טבע בני האדם?', אלא 'איזה נוהג שכיח יותר?'. לכן, במקרים אלו הרוב אינו מגדיר את המציאות כמציאות ברורה ללא ספק, אלא זו מציאות שברוב נוהגים בני אדם בצורה מסוימת, ובמיעוט המקרים הם נוהגים אחרת, ומשום כך, חוששים למיעוט מחמת חומרת איסור אשת איש.

אנשים קונים שוורים לחרישה' לבין 'רוב אנשים מקדשים ואח"כ נותנים סבלונות', ובשני המקרים הרוב אינו מלמד על המציאות בכל מקרה ומקרה, אלא רק על הסטטיסטיקה.

36. קידושין נ.ב.

37. כך מבאר רש"י (קידושין נ.ב ד"ה חוששין לסבלונות), אך תוספות (שם ד"ה חוששין לסבלונות) מבאר אחרת. יש להוסיף שהאור זרוע (א, תשס) משווה לפי דברי רש"י שם בסוגיה את הרוב בעניין האנשים המקדשים ואחר כך שולחים סבלונות, לרוב בעניין אנשים שאינם פורעים תוך זמנם, ואומר ששניהם הם חזקה של 'אנן סהדי', שלא כדברי הרמב"ן האומר שזהו רוב לא טוב. לדעת האור זרוע, כיוון שכך אנשים נוהגים לעשות, הרי שהרוב הזה יוצר חזקה המלמדת שבכל מקרה זו תהיה צורת ההתנהגות של כל אדם השולח מתנה, שהוא שולח אותה לשם קידושין, וכלל אין ספק בדבר. לדבריו, רוב זה אינו דומה לרוב בעניין האנשים הקונים שור לחרישה, היות והרוב של הקונים שוורים לחרישה אינו מבוסס על מכנה משותף לכל הרוכשים. לכל אדם יש את סיבותיו שלו לקניית השור, אשר אינן מושפעות מהרוב. לכן, הרוב לא מלמד לאיזו מטרה רכש האדם שלפנינו את שורו. מנגד, בעניין הסבלונות, המנהג הוא שקובע את צורת ההתנהגות של האדם. לכן, אומר האור זרוע, המנהג ילמד על כל מקרה מסופק מהי צורת ההתנהגות של אותו אדם ללא צל של ספק.

נראה שלדעת רש"י ההבחנה בין סוגי הרוב אינה נובעת מן הגורמים להיווצרות הרוב: טבע האדם או נורמות התנהגות שונות. ההבחנה לשיטתו היא בין רוב סטטיסטי אשר אינו מברר כל מקרה בודד לבין רוב אשר מגדיר את המציאות בכל מקרה בודד. לעומת זאת, לדעת הראשונים ההבחנה בין סוגי הרוב היא בסיבות היווצרותו; רק רוב הנובע מטבע האדם, גופני או נפשי, הוא רוב מוחלט המגדיר את המציאות כברורה לחלוטין.

38. ר"ף קידושין כא.ב.

39. מלחמות השם קידושין כא. ב.

40. יבמות קיט.א.

ההבחנה שבדברי הרמב"ן היא ההבחנה שנדונה לעיל, בין רוב טבעי לרוב סטטיסטי. הבחנה זו רמוזה למעשה גם בדבריהם של בעלי התוספות,⁴¹ בעניין הרוב הקובע שרוב האנשים רוכשים שור למטרות חרישה. בעלי התוספות קובעים שרוב זה אינו 'רוב טוב', ולכן אין דנים על פיו. בעלי התוספות אינם מבהירים אמנם מדוע הרוב אינו טוב, אולם אחרונים רבים פירשו את דבריהם לאור דברי הרמב"ן דלעיל, שרוב זה אינו רוב טבעי, אלא רוב סטטיסטי, וככזה, אין בכוחו לברר מציאות, עד כדי שניתן יהיה להגדירה כמציאות בלתי מסופקת.⁴²

אמנם, מעיר השב שבעתתא,⁴³ הבחנה זו נסתרת לכאורה מסוגיית בבא בתרא,⁴⁴ שם שואלת הגמרא: אם הולכים בממון אחר הרוב, כדעתו של רב, הפוסק שדנים על פי רוב מסוג 'רוב אנשים קונים שוורים לחרישה', מדוע אין דנים על פי רוב של 'רוב נשים נישאות בתולות'? מבואר בדברי הגמרא שהיא משווה את הרוב של הנישאות בתולות שהוא רוב טבעי, לרוב אנשים קונים שוורים לחרישה שהוא רוב סטטיסטי.⁴⁵

41. תוספות סנהדרין ג, ב ד"ה דיני ממונות.

42. וכך מבואר בשב שבעתתא ד, ו; באבני מילואים מה, ב; ובגליון מהרש"א סנהדרין ג, ב.

43. שב שבעתתא הנ"ל בהערה הקודמת.

44. בבא בתרא צ, ב.

45. היה מקום לומר שאמנם הרוב של 'רוב נשים נישאות בתולות' אינו רוב סטטיסטי בלבד, אלא רוב המלמד על כל מקרה הנדון בבי"ד. אולם רוב זה אינו נגזר מטבע האדם, כמו 'רוב אנשים אינם פורעים תוך זמנם'. רוב זה נגזר מנורמות התנהגות של חברה מסוימת, אמנם באותה חברה הרוב מלמד לגבי כל מקרה של נישואין, שההנחה היסודית במציאות היא שהאישה אכן נישאה בתולה. אולם בחברות בעלות נורמות התנהגות אחרות רוב זה לא יהיה תקף. לעומת זאת הרוב של 'אין אדם פורע תוך זמנו' נובע מתכונה בסיסית בטבע האדם ולא מנורמות התנהגות של חברה זו או אחרת, ולכן הוא לא בר שינוי. לפ"ז יש מקום לומר שהגמרא סוברת שגם 'רוב נשים נישאות בתולות' אינו רוב טבעי, ולכן אינו מגדיר את המציאות ככרוה לחלוטין. רק רוב אשר אינו בר שינוי יגדיר עבור ביה"ד את המציאות ככרוה לחלוטין, עד שלא יהיה צורך בעדות עדים.

נראה שיש לדמות את 'רוב נשים נישאות בתולות' ל'רוב מקדשים ואח"כ נותנים סבלנות'. בשניהם מדובר ברוב הנגזר מנורמות התנהגות מסוימות המשפיעות על היחיד ומבררות לחלוטין כל מקרה בודד. כך אכן מבואר לעיל בהערה 37, שלדעת רש"י הרוב של 'רוב מקדשים ואחר כך נותנים סבלנות' הוא רוב המברר את המציאות, אע"פ שזהו רוב אשר אינו תלוי בטבע האדם, אלא נובע מצורת התנהגות הנהוגה באותו מקום. לדבריו אכן ברור שגם 'רוב נשים נישאות בתולות' הוא רוב המברר את המציאות לחלוטין. אולם מבואר בהערה שם ובגוף המאמר שדעת רוב הראשונים שרוב כזה, הנובע מנורמות חברתיות ולא מטבע האדם אינו נחשב לרוב טבעי, אלא זהו רוב סטטיסטי בלבד. והיה מקום לומר שדברי הגמרא בב"ב הם סיוע לשיטתם.

מכל מקום, תוספות הרשב"א, השב שבעתתא ורבנו מאיר שמחה לא סוברים כך, נראה שלדעתם גם הרוב של 'רוב נשים נישאות בתולות' נובע מטבע האדם – טבעה של אישה להינשא בתולה, אלא שיתכן שבמקומות שונים יתפתחו נורמות התנהגות שונות אשר "יקלקלו" את אותו טבע. אולם, כל עוד טבע זה נשמר, הרי שהרוב הנובע ממנו הוא רוב טבעי.

[ההנחה ש'רוב נשים נישאות בתולות' נובע מטבע אנושי, קשה ביותר. על מנת שהנחה זו תהיה נכונה, היא עלינו להניח שהמציאות שבה אישה נישאת כשאינה בתולה היא לא אנושית. הנחה זו אינה נראית נכונה, בייחוד לאור העובדה שיתכן ואישה תאבד בתוליה מחמת פציעה, בגרות וכדומה.]

תשובה לשאלה זו ניתן למצוא בדברי תוספות הרשב"א משאנץ.⁴⁶ הוא כותב כדברי התוספות, שהרוב של הקונים שוורים לחרישה הוא רוב גרוע, ואמנם מקשה לפי זה, מדוע הקשתה הגמרא מ'רוב נשים נישאות בתולות' ועונה, שכנגד אותו רוב יש רוב אחר, שרוב הנישאות בתולות יש להן קול. נמצא, שבמקרה מיוחד זה, למרות קיומו של רוב טבעי, היות וקיים רוב טבעי מנוגד, נוצר ספק, שגורם להפחתת מעמד החזקה ממעמד של רוב טבעי למעמד של רוב סטטיסטי, שדינו תלוי במחלוקת רב ושמואל בשאלה, האם ניתן לפסוק בממון על פי רוב.

רבנו מאיר שמחה⁴⁷ מיישב את השאלה בדרך אחרת, תוך שהוא מתמקד דווקא במיעוט. לדבריו, יש להבחין בין מיעוט שקיומו אפשרי, למיעוט שקיומו טבעי. למיעוט טבעי יש לחוש, וממילא, נכון לומר שכאשר יש מיעוט טבעי, מתעורר ספק מחמת אותו מיעוט, אלא שיש לדון על פי רוב, ובדיני ממונות אין דנים על פי רוב. אולם, כאשר המיעוט אינו טבעי, אין לחוש למיעוט ולכן הספק אינו מתעורר כלל. לאור הבחנה זו, אומר רבנו מאיר שמחה, מיעוט נשים הנישאות כשאינן בתולות הוא מיעוט טבעי, שהרי יש אלמנות המתאלמנות באופן טבעי, ולכן יש בכוחו של מיעוט כזה לעורר ספק. לכן, מובן מדוע סוגיית בבא בתרא משווה בין 'רוב אנשים קונים שוורים לחרישה', ל'רוב נשים נישאות בתולות'. לשון אחר, ספק עשוי להתעורר באחד משני מקרים: כאשר הרוב אינו טבעי, או כאשר הרוב טבעי, אך גם המיעוט טבעי. בשני המקרים גם יחד, הרוב עשוי להכריע את הספק, אך בממונות אין הולכים אחר הרוב.

אולם, דומה שהתמקדותו של רבנו מאיר שמחה בטבעיותו של המיעוט, ולא בזו של הרוב, אינה הולמת את לשונם של בעלי התוספות, והראשונים דלעיל, ואף רבנו מאיר שמחה עצמו עמד על כך. על כן נראית דרכו של הרשב"א משאנץ, ש'רוב נשים נישאות בתולות' הוא רוב אשר גם לדעת שמואל היה אפשר לדון על פיו, כיוון שזהו רוב טוב, אילולא היה נגדו רוב הקובע שרוב הנישאות בתולות יש להן קול. כל זאת, בניגוד לעמדתו של רבנו מאיר שמחה, שלפיה, כיוון שהמיעוט הנישאות בעולות הוא מיעוט טבעי אין לדון על פי 'רוב נשים נישאות בתולות' לדעת שמואל.⁴⁸

לפיכך ניתן להציע, שהבחנה, כפי שהובנה על ידי ר"ש משאנץ ושב שמעתא, אינה בין 'רוב טבעי' ל'רוב סטטיסטי', אלא בין רוב המייצג נורמה חברתית לבין רוב סטטיסטי. 'רוב נשים נישאות בתולות' אינו רוב טבעי, אולי, אך הוא בהחלט מייצג נורמה מקובלת בחברה. לכן ניתן להחיל אותו על כל מקרה שבו קיים ספק בנוגע להתנהגות היחיד. לעומת זאת, 'רוב קונים שוורים לחרישה' אינו מייצג נורמה כלל, ומשום כך אי אפשר ללמוד ממנו דבר – הערת עורך, י"א.]

46. תוספות רשב"א משאנץ כתובות טו,א.

47. חידושי רבנו מאיר שמחה חולין צו,א.

48. להלן בהערה 149 מבוארות השלכות מחלוקת זו.

3. אומדנא

הסוגיה העוסקת ישירות בדין האומדנא היא הסוגיה במסכת שבועות⁴⁹ בעניין "גמל האוחר בין הגמלים, ונמצא גמל הרוג בצידו". סוגיה זו עוסקת בגמל שקיים לגביו אומדן ברור, שהוא עלול לבעוט ("אוחר"). בעניין זה נחלקו רבי אחא וחכמים בשאלה, האם דנים על פי אומדן זה. רבי אחא אומר שמחייבים את בעל הגמל האמוד לנשוך בנוק שנגרם, וחכמים חולקים עליו. דין זה מוגדר בסוגיה שם כ'דיעה בלא ראייה'.

נראה שאין מחלוקת בין רבי אחא לחכמים, על כך שניתן לדון רק על פי עדות, ולא על פי ידיעה, או על כך שכאשר יש מצב של 'אנן סהדי', אין צורך בעדות. מחלוקת רבי אחא וחכמים עוסקת, אם כן, רק במצבים שבהם קיים צירוף נסיבות שמהן ניתן להסיק מה אירע. רבי אחא סובר שזה נחשב כ'אנן סהדי', שהמציאות עצמה היא ברורה, ואין צורך בעדים. לכן מודה גם הוא, שכאשר המציאות אינה ברורה, ואין אומדנא במציאות עצמה על מעשה מסוים, לא ניתן לדון על פי ידיעה.⁵⁰

מנגד, חכמים סוברים שהמציאות הנדונה אינה ברורה לגמרי. לדעתם, קיימות נסיבות שונות שצירופן עשוי ליצור תמונה מציאותית מסוימת. לכן, כל עוד קיימת אפשרות אחרת להסביר את המציאות, על אף שסבירותה נמוכה, די בכך כדי להגדיר את המציאות כמסופקת.

אמנם, גם חכמים מודים שקיים אומדן ברור שדבר מסוים אירע. אולם, לא ניתן לדון על פי האומדן, כל עוד אין בו כדי להבהיר את המציאות, באופן שלא תיתכן לה כל פרשנות אחרת. לכן, כאשר לא ניתן להסביר את המציאות בדרך אחרת מוז העולה מן האומדן, גם צירוף נסיבות ייחשב כ'אנן סהדי', וכך אמנם מבואר בסוגיה במסכת שבועות,⁵¹ שגם לדעת חכמים יש לחייב במקרה שבו אין כל אפשרות אחרת להסביר את הנסיבות.

מחלוקת זו מתעוררת גם במסכת סנהדרין,⁵² בנוגע לעדות על פי אומדן. לדעת רבי אחא, כאשר העדים מעידים רק על קיומן של נסיבות מסוימות שלהן הם היו עדים, שניתוחן עשוי להביא למסקנה, על פי אומדן בית הדין, שדבר מסוים אירע – העדות קבילה, ויש בכוחה להוציא ממון. חכמים חולקים על רבי אחא, וסוברים שאין בכוחה של עדות מסוג זה

49. שבועות לד,א.

50. כך עולה גם מדברי חידושי הרי"ם חו"מ ז, א.

לעומת זאת, הקובץ שיעורים (ב"ב תקפ) אומר, שאין דנים על פי עדות משה ואהרן, משום שאין הלכה כרבי אחא, ולא דנים על פי אומדנא. לפי המבואר כאן, גם לרבי אחא לא דנים על פי עדות משה ואהרן, וכפי שמסתבר, שהרי גם רבי אחא מודה שעדות קרובים פסולה. ורבי אחא רק אמר שדנים על פי אומדנא במציאות עצמה, שאז זו מציאות ברורה שלא צריך בה עדים. אולם כאשר משה ואהרן מעידים, המציאות עצמה היא מסופקת, במצב זה, לא ניתן, אף לדעת רבי אחא, להכריע דין על פי עדותם של משה ואהרן, היות ואין זו עדות קבילה. וכן מבואר להלן בהערה 53 שנראה שמחלוקת רב אחא וחכמים אינה בשאלה האם ניתן לדון על פי אומדנא.

51. שבועות מו,ב.

52. סנהדרין לו,ב.

להוציא ממון. לדעת רבי אחא ניתן להכריע דין בהסתמך על הנסיבות, המורות בסבירות גבוהה, שדבר מסוים אירע, ואין לחשוש לאפשרות רחוקה, שהדבר אירע בדרך אחרת. לכן, כאשר מעידים עדים שגמל האוחר בין גמלים, עמד בין הגמלים, ולצדו נמצא גמל נשור, רשאי בית הדין לראות את עדותם כעדות על כך שאותו גמל הוא שנשך את הגמל שנמצא נשור.⁵³

4. רוב

את הדיון במשמעותו של הרוב יש לחלק לשניים: משמעותו של הרוב בדיון בדיני ממונות, ומשמעותו בעת דיון בדיני נפשות.

(א) דיני ממונות

במסכת בבא בתרא⁵⁴ מובאת מחלוקת בין רב לשמואל בשאלה: האם הולכים בממון אחר הרוב? משמעותה הפשוטה של השאלה היא, האם לדון דין על פי רוב, ולא רק על פי עדים, או שמא על אף שיש בכוח הרוב לתת ביד בית דין הערכה על המציאות, אין להכריע דין אלא על פי עדים?⁵⁵

ברם, מסוגיית בבא קמא⁵⁶ עולה, ששלילת ההכרעה על פי רוב בדיני ממונות נובעת מכוחה של חזקת הממון, שאותה לא ניתן לערער אלא באמצעות ראיה, מכוח הכלל הקובע ש'המוציא מחברו עליו הראיה'. אי היכולת לדון בממון על פי רוב היא רק מחמת מוחזקות הממון והדין שהמוציא מחברו עליו הראיה, וכך אמנם כתבו בעלי התוספות, במקומות אחדים.⁵⁷

53. מחלוקת זו אינה עוסקת בשאלה, האם ניתן לדון על פי ידיעה אשר אינה מבוססת על עדות עדים, שכן, אם זו הייתה המחלוקת, היו חכמים מודים, שכאשר מדובר בעדות עדים על פי אומדנא ניתן לדון על פי העדות, שהרי גם הם מודים שהאומדנא מבררת את המציאות ללא ספק. על כן, נראה שהמחלוקת היא עקרונית יותר, ועוסקת בשאלה: האם אומדנא במציאות מבררת את המציאות ללא ספק, או לא? כיוון שחכמים סוברים שאומדנא אינה מבררת את המציאות ללא ספק, הם אומרים שגם עדות ע"פ אומדנא אינה עדות טובה.

54. בבא בתרא צב,ב.

55. כך מבארים את דברי שמואל: שב שמעתתא ד, ח; בני בנימין א (בענין אומדנא ורוב).

השערי יושר (ג, ב) דוחה את דברי השב שמעתתא, ואומר שוודאי שכשאמרה התורה שיש לסמוך על עדים, אין כוונתה שניתן לסמוך רק על עדים, אלא שאם אין לבית הדין כל ידיעה אחרת, יש לדון על פי עדים ולא על פי הוכחות אחרות. מכל מקום, אם הדיינים יודעים את המציאות ולא נזקקים להוכחות, הם יכולים לסמוך על ידיעתם.

נראה שאע"פ שזה ודאי נכון שבמקרה שבו המציאות ברורה לחלוטין, כיוון שיש חוקה, 'אנן סהדי', המגדירה שהמציאות ברורה ללא ספק אין צורך בעדות עדים, מכל מקום הרוב אינו מגדיר את המציאות כברורה ללא ספק, וכמבואר לעיל (אחרי הציון להערה 29). לכן מובנים דברי השב שמעתתא האומר שבמקרה זה יש צורך דווקא בעדות עדים.

56. בבא קמא מו,א.

57. תוספות ב"ק כז, ד"ה קמ"ל; ב"ב כג, ד"ה חוץ.

בהתאם לכך עולה, שאין בכוחו של הרוב לברר את הספק, אך יש בו כדי ליצור נקודת מוצא משפטית על הספק, הקובעת את יחסי הכוחות ההתחלתיים בין בעלי הדין, הקובעים על מי יוטל נטל הראייה, כמו חזקת ממון. מובן אם כן, שגם שמואל סבור שיש לדון בספקות על פי חזקת ממון, אף על פי שחזקת הממון אינה מבררת את הספק, אלא היא רק נקודת הפתיחה לבירור הספק, שהרוצה לשנות ממנה ידו על התחטונה ועליו להביא ראיה.

באופן דומה, אף ההלכה הקובעת שהטוען טענת ברי שבעל דינו טוען שמא, יזכה בדין, אם אין חזקת ממון,⁵⁸ אינה נובעת מן ההנחה שטענת הברי מבררת את הספק. טענה זו, בדומה לחזקת הממון, מגדירה את יחסי הכוחות בין בעלי הדין. יחסי כוחות אלו נובעים מכך שאחד טוען טענה ודאית, והאחר מסופק. במצב זה, מוצדק לקבוע שעל הטוען שמא להביא ראיה לסתור את טענת הברי.

מחלוקת רב ושמואל עוסקת, אם כן, רק במצב שבו יש חזקת ממון, והיא מציבה את השאלה: האם נקודת הפתיחה לדיון במצבי ספק היא חזקת הממון או הרוב? על כן, ברור שהכול מסכימים שכאשר אין חזקת ממון, נקודת המוצא לדיון תיקבע על פי הרוב.⁵⁹

(ב) דיני נפשות

לפי המבואר עד כה נראה, שדווקא לגבי ממון ניתן לקבל את דבריו של רב, שהרוב מגדיר את מעמדו של אחד מבעלי הדין כמוחזק, ומעניק לו יתרון על פני בעל דינו. הגדרה שכזו לא תיתכן בדיני נפשות, שבהם הדיון אינו בין שני בעלי דין, אלא על שאלה עובדתית, שבבירורה תלוי גורל בעל הדין. מובן מאליו, אם כן, שלא שייך בדיון מסוג זה לדון על רוב, כמגדיר את מעמדו של בעל הדין, ואת זכותו 'להחזיק' בחייו.⁶⁰

אמנם, במסכת סנהדרין⁶¹ נאמר שדנים גם בנפשות על פי הרוב, אולם באותו מקום מדובר על רוב המגלה על טבע או צורת ההתנהגות של בני האדם. רוב מסוג זה, לפי המבואר עד

58. כמבואר בדברי הגמרא בבבא קמא (מו,א) שגם הדין שאין ברי עדיף הוא רק מחמת חזקת הממון של הטוען שמא, וכן מבואר בדברי הרמב"ן (ב"ב לד,ב).

59. נראה שזו כוונת רשב"ם (ב"ב צב,ב ד"ה יכול לומר לו; ד"ה לא אולינן בתר רובא) האומר שהמחלוקת היא בשאלה, האם טענת בעל הדין שהרוב לצדו מוגדרת כטובה יותר, או שמא טענת בעל הדין שיש לו חזקת ממון טובה יותר.

זו כוונת קונטרס הספקות (ו, א) ושו"ת רבי עקיבא איגר (מהדורה תניינא קג, ה), האומרים שהטעם שאין הולכים בממון אחר הרוב הוא, שסומכים את המיעוט לחזקת ממון, כיוון שהרוב אינו רוב המגדיר שכלל אין ספק במקרה הנידון, לכן הוא יכול רק להגדיר את המעמד של כל אחד מבעלי הדין בספק, וכיוון שיש גם צד של מיעוט הנותן מעמד מסוים לבעל הדין שהמיעוט לצידו, הרי שחזקת הממון מגדירה את מעמדו של אותו בעל דין, וממילא היא עדיפה. כהמשך לכך, אומר קצות החושן (רפ, ב), שחזקת ממון עדיפה על חזקה רגילה, כיוון שהיא מבוססת על המצב הקיים בהווה בספק, ולכן היא עדיפה על הרוב בהגדרת מעמד בעלי הדין בספק.

60. כעין זה מבואר בדברי קונטרס הספקות (ו, ג), שדווקא לגבי ממון שייך לדון על חזקת ממון שלא ניתן להוציא ממנה על ידי רוב. אולם, לגבי נפשות, לא שייך לדון על חזקת גוף כיוון שהאדם הוא הנדון. כעין זה אומר גם קובץ שיעורים (ב), קונטרס דברי סופרים, ה, ב) שלא שייך בדיני נפשות לדון על מוחזקות, אלא רק בדיני ממונות שהם דינים שבין אדם לחברו.

61. סנהדרין ט,א.

כה, אינו בגדר רוב רגיל, אלא בגדר חזקה, או 'אנן סהדי', שעל פיו ניתן אמנם לפסוק גם בדיני ממונות וגם בדיני נפשות, כיוון שהוא מגדיר שהמציאות ברורה ללא כל ספק, וממילא אין צורך בעדות עדים.

הסבר זה מפורש בדבריהם של בעלי התוספות במסכת סנהדרין,⁶² המדגישים שניתן לדון בדיני נפשות על פי רוב, רק כאשר מדובר ברוב טוב, היינו, רוב המגדיר חזקה, היוצר 'אנן סהדי'. במקרה זה, החזקה מגדירה שכלל אין ספק, וממילא ניתן לדון על פי הרוב. זו גם כוונת הגמרא במסכת סנהדרין,⁶³ האומרת שניתן לדון על פי רוב, כמו 'רוב נשים היולדות לאחר תשעה חודשים' או 'רוב אנשים הטועים בעיבור החודש'.⁶⁴ אולם, כאשר הרוב לא מוגדר כרוב טוב, כמו 'רוב קונים שוורים לחרישה', לא ניתן לדון דיני נפשות על פי אותו רוב.⁶⁵

לאור דברים אלו יש להבין גם את פסיקתו של הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה,⁶⁶ שאין דנים דיני נפשות על פי רוב, ואמנם המגיד משנה שם מבאר, שדווקא על פי רוב של 'אנן סהדי' המגדיר שכלל אין ספק ניתן לדון דיני נפשות.

אמנם, במסכת כתובות⁶⁷ נאמר, שכאשר יש מצב של 'קבוע', אין דנים על פי רוב. הדוגמא לכך היא אדם הזורק אבן לעבר חבורה של אנשים שתשעה מהם ישראלים ואחד נכרי, וכתוצאה מכך נהרג אחד מהם. הכרעה של הדין על פי הרוב, הייתה מביאה למסקנה שההרוג יהודי, וזורק האבן חייב מיתה. אולם, כיוון שהחבורה נמצאה במקום קבוע, אין דנים על פי הרוב, והזורק פטור. במקרה זה, הרוב אינו רוב של 'אנן סהדי', ובכל זאת משמע מן הסוגיה, שאם הדין לא היה עוסק ב'קבוע', היו דנים על פי רוב ומחייבים את הזורק מיתה! ואמנם, הרשב"א⁶⁸ הסיק מסוגיה זו, שדנים דיני נפשות על פי רוב.

את שיטתו של הרמב"ם בעניין זה ניתן ליישב לאור דבריו של רש"י בכמה מקומות,⁶⁹ שהסוגיה עוסקת במקרה שבו ברור שההרוג הוא יהודי. אולם קיים ספק בשאלה, האם הזורק אכן התכוון להרוג יהודי. שאלה זו תוכל להתברר על פי הרוב. הרמב"ם יסבור, אם

62. וכפי שאומר תוספות סנהדרין ג, א ד"ה דיני ממונות.
 63. סנהדרין ט, א.
 64. השב שמעתתא (ד, ח) אומר, למעשה, שבדיני נפשות לא דנים כלל על פי רוב, אלא שאם הרוב קדם לספק, הרי שהוא מגדיר את המציאות, ואח"כ דנים על פי אותה מציאות שהרוב הגדיר.
 65. כך כתבו קונטרס הספקות (ו, ג) ושערי יושר (ג, ג), שלפי דברי התוספות בסנהדרין אין הבדל בין דיני נפשות לדיני ממונות לדעת שמואל, ובשניהם אין דנים על פי הרוב. ועוד יש להאריך בעניין זה בדברי תוספות (ב"ק כז, ב ד"ה קמ"ל), ולא כאן המקום להאריך.
 66. רמב"ם איסורי ביאה טו, כז.
 67. כתובות טו, א.
 68. שו"ת הרשב"א ג, שעח.
 69. רש"י ב"ק מד, ב ד"ה מה בעלים; סנהדרין עט, א ד"ה אי נמי פלגא ופלגא; וכך כתב השיטה מקובצת בכתובות טו, א בשמו.

כן, שלא ניתן להכריע עובדות הנוגעות לדיני נפשות על פי הרוב. אולם, ניתן להסתייע ברוב על מנת לברר האם המעשה נעשה במכוון.⁷⁰

אמנם, מדברי ראשונים אחרים, דוגמת הרמ"ה,⁷¹ הרשב"א⁷² והראב"ד⁷³ עולה, שגם כאשר יש ספק את מי הרוצח הרג, יש לדון על פי הרוב. את דבריהם נראה להסביר בדרך זו: עיקר הדיון בדיני נפשות הוא על עצם המעשה שבוצע על ידי הנאשם. לשם הוכחת ביצוע המעשה, יש צורך בעדות גמורה. תנאי זה מתקיים במקרה המובא בסוגיית כתובות, היות וישנה עדות גמורה, שהנאשם אכן זרק אבן על אדם אחר. הספק אינו נוגע לעיקר המעשה, אלא לזהות הנרצח. גם במקרה שבו דן הראב"ד יש עדות גמורה שהנאשם אכן בא על אישה, אלא שקיים ספק באשר לזהות בעל האישה, האם יהודי הוא או לא. ספק שאינו נוגע לעיקרו של הדיון בדיני נפשות, יוכל להתברר גם על פי רוב. לפי הסבר זה, אין חולק על כך, שאת הספק הנוגע לביצוע מעשה העבירה אין לברר על פי רוב, אלא על פי עדות גמורה.

5. אומד הדעת

ישנם מצבים נוספים⁷⁴ שבהם נראה שניתן לסמוך על אומד הדעת, ובדברי המפרשים ניתן למצוא דרכים שונות לפרשם. מצבים אלו אינם דומים למצבים שבהם יש חזקה, 'אנן סהדי', המבררת את הספק עצמו. למשל, אין חזקה שאדם המכה על קבר אביו הוא בעצם לא בנו.⁷⁵ למרות זאת, חכמים אמדו שלרוב, מי שמכה על קבר אדם אינו בנו, ובהתאם לכך, נישלו את המכה מן הירושה.⁷⁶ באופן דומה, אמדו חכמים את דעתו של הכותב כל נכסיו לאחרים לאחר ששמע שבנו מת, והניחו שכתב כך רק משום שהניח שבנו אכן מת. בהתאם לכך פסקו, שאם התברר שהבן חי, איבדו אותם אחרים את זכויותיהם.⁷⁷ אומדנות אלו אינן מבוססות על חזקה. החזקה המוגדרת כ'אנן סהדי' מבוססת על ריבוי של מקרים המעידים על אופי ההתנהגות של בני אדם.⁷⁸ אומדנות מן הסוג הנדון כאן אינן מבוססות על ריבוי של מקרים שאירעו במציאות, שהוכיחו טבע אנושי מסוים. אומדנות אלו הן למעשה הערכה

70. כך מובא בחידושי רבנו מאיר שמחה (סנהדרין מ,ב) בביאור דברי הגמרא לשיטת הרמב"ם.

71. דבריו מובאים בשיטה מקובצת, וביד רמ"ה לסנהדרין מ,ב.

72. לעיל, הערה 68.

73. על הרמב"ם דלעיל, הערה 66.

74. משנה כתובות ה, א; כתובות עח,ב; בבא בתרא נח,א; בבא בתרא קלב,א.

75. כמבואר בבבא בתרא נח,א.

76. [אבל, ייתכן גם להסביר את הפסיקה בדרך אחרת. ראה מאמרו של הרב אברהם דוד כ"ץ, "האומדן בדיני הראיות", בקובץ זה, עמ' 115, הערה 39 – הערת עורך, י"א.]

77. כמבואר בבבא בתרא קלב,א.

78. כמבואר לעיל, ליד הציון להערה 29 בדברי האור זרוע, שזו חזקה הבאה מכוח רוב, וכמבואר שם שמעלת החזקה על הרוב היא מצד שהיא מעידה על מכנה משותף לכל אותם מקרים היוצרים את הרוב ומגלים את צורת ההתנהגות של בני אדם.

של אופיים של בני האדם, שאינה נשענת על מציאות, אך חכמים הניחו שכך אכן ינהגו רוב בני האדם, אם וכאשר יזדמן להם מקרה דומה.

הרא"ש⁷⁹ אומר, שגם במקרים אלו אומדן הדעת מוגדר כ'אנן סהדי', כיוון שאומדן הדעת קובע שזו אכן צורת ההתנהגות של בני אדם במציאות, ולכן יש 'אנן סהדי' שזו המציאות.

אומדן זה שונה מהותית מן האומדן שבו דן רבי אחא. רבי אחא דן על סמך אומדן המבקש ליצור תמונת מציאות שלמה לאור העובדות הידועות. למשל, מכך שנמצא גמל הרוג בצידו של גמל הנוהג לנשוך גמלים אחרים, מסיק רבי אחא שאותו גמל הוא שנשך את הגמל ההרוג. אומדן הדעת שבו אנו דנים כאן לא נועד להסביר מה אירע, אלא להסביר את התנהגות בני האדם. מובן מאליו, שלהסבר זה תהיה השלכה ישירה גם על תיאור המציאות. אולם, האומדן אינו עוסק ישירות בהסבר המציאות. לפי אומדן זה, למשל, לאחר שנוכחנו שהאופי האנושי הוא כזה, שאדם אינו מעביר נכסיו לאחרים אלא אם שוכנע שבנו מת, נוכל לקבוע בוודאות שבעת שהעניק זכויות בנכסיו לאחרים, עשה זאת על דעת שבנו מת.⁸⁰

למהרי"ק⁸¹ דרך אחרת בהסבר השימוש באומדן הדעת. לדבריו, אין לדון על פי אומדן, משום שהאומדן יכול להציע את אחד ההסברים למציאות, הסבר שיהיה אולי המשכנע ביותר, אך ודאי לא ההסבר היחיד האפשרי. לכן, כאשר יש צורך להשתמש באומדן, אין לומר שהמציאות ברורה, וממילא, יש צורך בעדות כשרה.

אולם, אומר המהרי"ק, כאשר המציאות אינה מסופקת, אך יש צורך לבחון את כוונת האדם בעת עשיית המעשה, ניתן ללמוד על כוונתו לפי אומדן הדעת. במצבים דלעיל, שבהם נעשה שימוש באומדן הדעת, אין צורך לברר מה אירע, אך יש צורך לברר מה הייתה כוונתו של האדם.

נראה לבאר את סברת המהרי"ק בדרך זו: את כוונת האדם לא ניתן לברר על פי עדים, שהרי אין ביכולת העדים לעמוד על כוונת האדם. לכן, ברור שהכלל הקובע שאין לדון אלא על פי עדות כשרה, לא מתייחס לכוונת האדם. הכרחי אם כן להסביר, שכוונת האדם יישקלו לפי אומדן דעת האדם, שיעשה על ידי בית הדין.

המחלוקת בין הרא"ש למהרי"ק עוסקת אם כן במידת הוודאות שניתן להסיק מן האומדן. הרא"ש סובר, בניגוד למהרי"ק, שכאשר יש אומדן ברור, אין ספק. לכן, סבור הרא"ש, ניתן להכריע דין לפי אומדן, גם בנוגע לעצם המעשה, ולא רק בנוגע לכוונת העושה. הוא דן על

79. שו"ת הרא"ש לד, א; סח, כג.

80. אמנם, בשו"ת הרא"ש (סח, כג) מביא ראייה גם מדין גמל האוחז בין הגמלים, שזו דעת רבי אחא. ניתן היה ללמוד מדבריו, שדבריו מבוססים על כך שהוא פוסק כרב אחא, וכך אמנם למד מדבריו בשו"ת רדב"ז (ב, תקצח). אולם נראה שאין להסביר את דבריו כך, כיוון שגם לדעת הרא"ש הלכה כחכמים ולא כרבי אחא, וכמבואר בדברי הטור (ח"מ תח), ואף הבית יוסף (שם) אומר שזו דעת הפוסקים, לפסוק כחכמים, ולא מצוין שהרא"ש פוסק כרבי אחא. הבי"ח (שם, ג) מבאר, שהרא"ש מביא ראייה לכך שאין דנים על פי עדים בלבד, אלא דנים גם על פי אומדן. אלא שלדעת חכמים דנים דווקא על פי אומדן מוכחת.

81. שו"ת מהרי"ק קכט.

פי אותן אומדנות גם לגבי המעשה עצמו. ואמנם, מדברי הרא"ש בכמה מקומות⁸² עולה, שניתן לדון על פי אותן אומדנות, מעיקר הדין.⁸³

אמנם, מתשובה אחת של הרא"ש⁸⁴ נראה שדבריו מתקרבים לדברי המהרי"ק. תשובה זו עוסקת בנתבע שהתחמק ממתן תשובות לשאלות הדיינים. הרא"ש הכריע שבמקרה זה שתיקת הנתבע עומדת לו לרועץ, וניתן לפסוק נגדו, מכוחו של אומדן, שהוא משקר. הרא"ש מבהיר באותה תשובה, שהיות ואין דרך אחרת לברר את הספק, מלבד חקירתו של הנתבע, שמצדו, מסרב לשתף פעולה, בית הדין אינו יכול להשאיר את הספק במצבו, ולאפשר לחוטא להיות נשכר, ומשום כך, מכריע על פי האומדן. מדבריו משמע אם כן, שהאומדן אינו מברר את הספק באופן מוחלט, ורק משום שלא ניתן לברר את הספק בדרך אחרת, ניתן לעשות שימוש באומדן. הסבר זה קרוב למדי לדברי המהרי"ק, שאומדן הדעת אינו קובע חזקה של 'אנן סהדי' אשר ניתן לדון על פיה ללא ספק. כוחו של אומדן הדעת, לפי הסבר זה, נובע אך ורק מכך שלא ניתן לברר את המציאות באמצעות ראיות קבילות.

אולם, דומה שתשובה זו היא בבחינת חריג, שאינו מעיד על הכלל. תשובה זו כאמור, עסקה בנתבע שהתחמק ממתן תשובות לשאלות הדיינים ומחמת כך נראה שהוא מרמה. אומדן זה אינו מגלה אמנם דבר על טבע האדם, אלא על המקרה הנדון בלבד. מובן אם כן, שבמקרה זה האומדן אכן אינו מגדיר את המציאות, אלא רק מוכיח שהנתבע רמאי. כוחו של אומדן כזה, אינו ככוחו של אומדן רגיל, ואמנם יש לדון על פיו, רק משום שלא ניתן להותיר את הספק בלתי פתור, ולהניח לנתבע הרמאי להרוויח מרמאותו.⁸⁵

6. קיום שטרות על פי הכרת חתימות העדים

במסכת כתובות⁸⁶ מובאת דעתו של רב, האומר שכאשר בית הדין יושב לקיים את השטר, ושני דיינים מכירים את חתימות העדים החתומים על השטר, ואחד אינו מכיר, יעידו שני הדיינים על החתימות בפני השלישי. מכך מסיקה הגמרא, שאם שלושת הדיינים מכירים את החתימות, אין צורך בעדות. לכאורה, ממקור זה ניתן להוכיח שבית הדין דן על פי

82. שו"ת הרא"ש סד, טח.

83. מבואר בדברי שו"ת הרא"ש, שהמקור לכך שניתן לסמוך על אותן אומדנות הוא ממשפט שלמה, וכך כתב גם בבניאר הגר"א (חו"מ טו, יב). כל זה, שלא כדברי המהרי"ץ חיות (הנ"ל בהערה 8), שדברי הגמרא בראש השנה (כא, ב) שיצאה בת קול ואמרה לשלמה שלא ידון אלא על פי עדים – מוסבים על משפט שלמה. התשב"ץ (שו"ת תשב"ץ א, פ) אומר, שדברי הגמרא בראש השנה מוסבים על כך שרצה שלמה לדון על פי רוח הקודש, ולא על משפט שלמה.

הרדב"ז (שו"ת רדב"ז ג, אלף נט) אומר, שאין ללמוד ממשפט שלמה שיש לדון על פי אומדן כיוון שניתן לומר שזו הייתה הוראת שעה, או שלא היה צורך להוציא את התינוק מידי האישה, ולכן לא היה לזה גדר של דין, ומשום כך ניתן לדון על פי אומדן.

84. שו"ת הרא"ש קו, ו.

85. כמבואר להלן, ליד הציון להערה 136.

86. כתובות כא, ב.

ידיעתו, ללא צורך בעדות, ובמקרה זה אין המציאות ברורה ללא צל של ספק, שהרי יש לפנינו שטר עם חתימות עדים, ולא ברור אם אמנם אלו חתימותיהם של העדים.

רב אשי חולק על דין זה, ואומר שלעולם אין הדיינים יכולים לקיים את השטר על פי הכרתם את החתימות, אלא דרושה הגדת עדות.

אולם, הראשונים מקשים על דבריו, משום שכלל נקוט בידנו, שלא תהא שמיעה גדולה מראייה.⁸⁷

לכאורה, ההשוואה בין ראיית עדות להכרת חתימות, אינה מובנת מאליה. זאת משום שהדיינים יכולים לדון דווקא על פי ראייתם, כיוון שהראייה נחשבת כקבלת עדות או משום שבזמן הראייה, המציאות ברורה ללא כל ספק, וממילא אין צורך בעדות.⁸⁷ אולם הידיעה, ברורה ככל שתהיה, לא תוכל להוות תחליף לקיום חתימות עדי השטר!

ואכן, הראב"ד⁸⁸ מיישב את השאלה, תוך שהוא מבחין בין ראיית בית דין את המולד, להכרת חתימות. לדבריו, ראיית המולד על ידי בית הדין, מבררת את המציאות לחלוטין, זאת, בניגוד להכרת חתימות, שאינה מבררת את המציאות לחלוטין. לכן דורש רב אשי עדות עדים.⁸⁹

בעלי התוספות⁹⁰ מיישבים את השאלה בדרך אחרת, באמנם שהצורך בעדות, לפי רב אשי, נובע מן הצורך שקיום השטרות יהיה בפני בית דין. קיום מכוח ידיעת הדיינים אינו נראה כקיום בפני בית דין, אלא כעדות הדיינים על עדות העדים, וכעדות של עד מפי עד שאינה טובה.

הסבר אחר המוצע בדבריהם הוא, שלדעת רב אשי הכרת החתימות עלולה להיות מבוססת גם על ראייה בשעת לילה, שאין בית הדין רשאי לדון על פיה.

אולם הרמב"ן⁹¹ אומר שאין פסול בקיום על סמך ראייה בלילה, כיוון שבקיום שטר אין בית הדין דן על חתימת העדים בעת עשיית השטר, האם הם חתמו או לו, אלא על השטר שלפניו – האם הוא כשר. לכן, הראייה הרלוונטית היא זו שבה מזהים הדיינים עתה את החתימות, וראייה זו כשרה היא.

לפי הסבר זה ניתן להבין, שבקיום שטרות אין הדיינים דנים על פי ידיעתם, אלא על פי ראייתם את החתימות שעל השטר. הדיינים דנים על כשרות השטר שלפניהם, על פי ראיית חתימות העדים, ולכן זה מועיל. לכן אומרים בעלי התוספות והרמב"ן, שיכולת הדיינים לקיים את השטר על סמך הכרתם את חתימות העדים, נובעת מן הכלל שלא תהא שמיעה

87. כמבואר לעיל, ליד הציון להערה 21.

88. בשיטה מקובצת לכתובות שם.

89. וכן אומר בעל העיטור (אות ק', דיני קיום, נדב), אלא שלדבריו, ראיית הלבנה מועילה, כיוון שקבלת הראייה היא קבלת עדות. ואילו הראב"ד אומר שכאשר הלבנה נראית זהו מצב ברור ללא ספק, ולכן לא צריך כלל עדים.

90. תוספות כתובות כא, ב"ה וש"מ דיינין.

91. מלחמות השם כתובות ח, ב.

גדולה מראייה'. כלומר, שלא תהא שמיעת הדיינים גדולה מראייה, מהכרת החתימות שלפניהם, שהן אכן חתימות העדים.

נראה שבעלי התוספות מקבלים את הסברו של הרמב"ן, שהרי רק הסבר זה מבאר כיצד יכול בית הדין לקיים שטרות על פי הכרת חתימות העדים. אלא שכוונת בעלי התוספות בהסברם השני היא, שכאשר הדיינים לא מכירים את חתימות העדים, אך יודעים שהעדים חתמו על השטר כיוון שראו אותם חותמים, לא ניתן לומר שראיית החתימות היא ראייה שהשטר כשר, שהרי על פי ראיית החתימות הם לא יכולים לדון, כיוון שהם לא מכירים אותו. לכן, צריך בית הדין לדון על פי ראיית מעמד החתימה, וזאת יכולים הם לעשות רק אם זו ראייה שביום, לדעת רב אשי.⁹²

7. אומד דעת הנסמך על עדות לא קבילה

במסכת כתובות⁹³ מובאת הלכה בשם רבה, שהדיין יכול לסמוך על אדם הנאמן עליו, האומר לו שהנתבע שלפניו חשוד על השבועה, ולהפך את השבועה על התובע. לפי הלכה אחרת, המובאת באותו מקום, אם המלווה תובע את הלווה ומוציא כנגדו שטר, ואדם נאמן אומר לדיין שהשטר פרוע, רשאי הדיין לסמוך על אותו אדם, ולא לגבות את השטר. מהלכות אלו משמע, שרשאי הדיין לדון על פי אומד הדעת, הנסמך על עדות שאינה קבילה.

אמנם, נקבע באותה סוגיה, שאין קורעים את השטר בהסתמך על דבריו של האדם הנאמן. רש"י⁹⁴ מסביר זאת בכך שאכן לא ניתן להוציא ממון על סמך עדות שאינה קבילה, ולכן גם לא ניתן לקרוע את השטר. קריעת השטר מהווה למעשה מעשה בית דין, המבטל את החוב. זאת לא ניתן לעשות מבלי שתובא בפני בית הדין עדות קבילה שהחוב נפרע. אולם, בית הדין רשאי להפקיע מן השטר את כוחו הראייתי, אם נוכח שיש יסוד סביר לחשד, שהשטר נפרע, ופסק דין שיתבסס על השטר יעשה עוול לנתבע.⁹⁵ כך גם לגבי הטלת שבועה. אם נודע לבית הדין שהנתבע חשוד על השבועה, רשאי בית הדין להטיל את השבועה על התובע. בכך, אין בית הדין פוסק על פי ידיעתו, משום שפסק דין משנה את המעמד המשפטי של הנכסים שעליהם דנים התובע והנתבע,⁹⁶ ואמנם, לשם פסיקת דין יש צורך

92. ולמסקנת הסוגיה, אף זה אינו מעכב, כיוון שהצורך בקיום השטר הוא מדרבנן.

יש להוסיף שגם הראב"ד ובעל העיטור מסכימים עם דברי הרמב"ן בהסבר דעת חכמים, אלא שלדעתם זו עצמה מחלוקת רב אשי וחכמים האם ראיית השטר נחשבת כראיה שהשטר כשר, או שכיוון שזיהוי החתימות מבוסס על ידיעה קודמת של הדיינים המכירים את החתימות, הרי שזו נחשבת ידיעה ולא ראייה, ועל פי ידיעה בי"ד אינו יכול לדון.

93. כתובות פה, א.

94. רש"י שם ד"ה קרענא ס"ד.

95. כך מפרש רש"י שם ד"ה מרענא, שאין גובים באותו שטר. תוספות (שם ד"ה מרענא) מפרש, שבית הדין אף לא מונע לגמרי את הגבייה בשטר, אלא רק מטיל על בעל השטר שבועה.

96. הריטב"א (כתובות שם) מסביר, שלדעת רש"י גם לעניין שבועה דאורייתא יכול בית הדין להפך את השבועה ללא ראייה, ואין זה נחשב שבית הדין פועל במציאות ומוציא ממון, כיוון שהוא רק מטיל חיוב

בעדות קבילה. אולם, בכל הנוגע לסדרי הדין, רשאי בית הדין לפעול לפי הבנתו. זו הסיבה לכך שבית הדין רשאי להעביר את השבועה מבעל דין אחד למשנהו, או להימנע מלדון על פי ראיות הנראות כשקריות.⁹⁷

אמנם, בהמשך אותה סוגיה⁹⁸ מובאת הלכה, שממנה ניתן להסיק שבית הדין רשאי גם להוציא ממון על פי אומדן. הלכה זו עוסקת במי שתובע מיתומים חפץ שלטענתו הפקיד אצל אביהם, ולפי אומדן בית הדין, לא ייתכן שהחפץ היה שייך לאביהם. ההלכה שנקבעה היא, שמוציאים את החפץ מן היתומים, ונותנים אותו לתובע. לכאורה, במקרה זה משמש האומדן לביטוסו של פסק דין, שמכוחו הוציאו ממון מן המוחזק בו.

אולם, הרי"ף⁹⁹ מטביר שהלכה זו עוסקת במצב מיוחד, שבו היו עדים על ההפקדה, אך הם לא היו יכולים לזהות את החפץ שהופקד. במקרה זה, הסביר הריטב"א¹⁰⁰ על אף שלא ניתן להוציא ממון ללא עדים, גם אם יש למפקיד סימנים בחפץ ואומדן התומך בעמדתו, היות ויש עדי הפקדה, ולא חסר אלא זיהוי הפיקדון, ניתן להסתמך על האומדן.¹⁰¹

8. דין על פי ידיעה – שיטת הרמב"ם

הרמב"ם פוסק, שהדיינים יכולים לדון על פי ידיעתם, והצורך בעדים קיים רק כאשר יש לדיין ספק בבירור המציאות.¹⁰² מדבריו עולה, שהסמכות לדון נתונה לדיינים גם כאשר אין עדות. לשיטתו, ההלכה המאפשרת לבית הדין להוציא ממון על פי אומדן מהיתומים, אינה מוגבלת למצב שבו היו עדי הפקדה, שאינם מסוגלים לזהות את החפץ שהופקד. עוד עולה מדברי הרמב"ם, שיכול הדיין לדון על פי ידיעתו, אף על פי שידיעתו נסמכת על מידע

שבועה, וכך כתב גם המהרש"א בכתובות שם, בדעת רש"י. לעומת זאת, הריטב"א סובר, שכאשר הנתבע חייב שבועה דאורייתא, שהוא נשבע ונפטר על ידה, לא ניתן להטיל על התובע שבועת הנוטלין, כיוון שע"י זה מוציאים ממון, ונמצא שבית הדין מוציא ממון ללא עדים. לכן, מבאר שהחשוד היה צריך ליטול ע"י שבועה, ואת זה בית הדין יכול למנוע.

השיטה מקובצת שם, אומר בשם הרי"מ מטראני, שאין לראות בהיפוך השבועה הוצאת ממון, משום שעצם חיוב השבועה הוא מעין חיוב ממוני המוטל על הנתבע, שאם אין ביכולתו להישבע הוא צריך לשלם. לכן, הטלת השבועה על התובע, אינה נחשבת להוצאת ממון מן הנתבע, אלא לשלילת הזכות להישבע ולהיפטר.

97. וכדין מרומה, כמבואר להלן, אחר הציון להערה 127.

98. כתובות פה,ב.

99. רי"ף ב"מ כה,ב וכן אומרים הרמב"ן, הרא"ה והר"ן בחידושיהם לכתובות שם.

100. ריטב"א כתובות שם.

101. הג"ר שלמה איגר (ספר העיקרים אומדנא, אשכול ו) מבאר, שכיוון שהטענה שהחפץ הוא של אביהם אינה מסתברת, בית הדין לא יטען אותה עבור היתומים, וממילא יוצא החפץ מידיהם. כך כתב גם אמרי בינה (דיינים, כד), אולם דבריהם תלויים בשאלה, האם חזקת מיטלטלים צריכה טענה, ולא כאן המקום להאריך בעניין זה.

102. רמב"ם סנהדרין כד, א.

שקיבל מאדם הנאמן עליו, אם הוא סומך לחלוטין על דברי אותו אדם, עד שהדבר הופך לידיעתו.¹⁰³

נראה, שכדברי הרמב"ם מוכח מן הסוגיה¹⁰⁴ המספרת על רבי שמעון בן שטח שראה אדם הרץ אחר חברו לחורבה ומצא הרוג מפרפר ואותו אדם עומד ובידו סכין ודם מטפטף ממנו. מסופר שרבי שמעון בן שטח אמר לאותו אדם שאין בידו להורגו כיוון שהתורה אמרה "על פי שנים עדים או שלשה עדים יומת המת". מכך שרבי טרפון ציין דווקא את הפסוק העוסק בדיני נפשות, ניתן להסיק שלדעתו ניתן לדון בדיני ממונות על פי אומד הדעת.¹⁰⁵ ואמנם, בהלכות סנהדרין¹⁰⁶ מדגיש הרמב"ם, שדווקא בדיני נפשות אין לדון על פי ידיעה הנסמכת על אומד הדעת, משום חומרת העניין, אולם פסקי דין שאינם נוגעים לנפשות, ניתן לדון על פי ידיעת הדיינים.¹⁰⁷

מן המבואר עד כה ניתן להסיק, שבית הדין רשאי לדון דיני ממונות לפי אומד הדעת. אולם, מסוגיית הגמרא במסכת שבועות¹⁰⁸ עולה, שזו דעת רבי אחא, אולם לדעת חכמים החולקים עליו, לא ניתן לדון דיני ממונות לפי אומד הדעת, וכך אמנם פסק הרמב"ם.¹⁰⁹

לאור זאת נראה, שיש להבחין בין אומד הדעת של הדיינים, לאומד הדעת של העדים. מחלוקת רבי אחא וחכמים עסקה באומד מן הסוג האחרון. כאשר אין לדיינים ידיעה ברורה, הנסמכת על אומדנם, עליהם להזדקק לעדות כשרה. עדות כזו אינה יכולה לסמוך על אומד הדעת, משום שעליה לתת ביד הדיינים ידיעה מוחלטת על מה שאירע. ידיעה כזו, לפי חכמים, יכולה לנבוע מאומד הדיינים, או מעדות שאינה נסמכת על אומד הדעת. אבל,

103. כך מבאר קצת החושן רסז, ב.

104. שבועות לד, א; סנהדרין לו, ב.

105. [על היסק זה יש להשיב, שהנושא הנדון היה דיני נפשות, ולפיכך צוטט פסוק העוסק בדיני נפשות. לכן, אין להסיק מן הציטוט דבר – הערת עורך, י"א.]

106. רמב"ם סנהדרין כ, א.

107. נראה מלשון הרמב"ם שזהו דין מיוחד בדיני נפשות, משום חומר העניין, אבל לעניין מלקות, ייתכן שילקו גם על סמך הידיעה. אולם המנחת חינוך (מצוה פב, אות א) אומר, שאין מלקים על פי הידיעה, אלא שבדיני נפשות הדבר אסור מכוח לאו מפורש, ולגבי מלקות אין לאו.

בדברי הרמב"ם בהלכות גירושין (יג, כט) מבואר, שגם בנוגע לענייני עריות, יש לדון על פי ידיעת הדיינים, ולכן ניתן לדון גם ע"פ עדות עד אחד. אמנם, מדבריו בהלכות נחלות (ז, ג) משמע, שכדי להתיר אשה צריכה הידיעה להיסמך על עדות, אף אם אינה עדות כשרה, ולא על אומדן, משום חומרת דיני עריות. מכל מקום גם בדבריו בהלכות נחלות משמע שאין מניעה מהותית לדון על פי הידיעה, כל עוד זו ידיעה ברורה של עד אחד, ולא רק אומדן.

108. שבועות לד, א.

109. רמב"ם נזקי ממון ח, יד.

לדעת הרדב"ז (שו"ת רדב"ז א, רפז), מוכח מכאן שגם לדעת הרמב"ם אין להוציא ממון על פי אומדן, ולא ניתן אלא להעמיד ממון בחזקת הנתבע. כך כתב גם אבן האזל (שאלה ופקדון ו, ה; סנהדרין כד) בדעת הרמב"ם. לדבריו, סוגיית כתובות (פה, ב) אינה מלמדת שניתן להוציא ממון על פי אומדן, אלא שניתן לערער חזקת ממון באמצעות האומדן, אך הוצאת הפיקדון מידי היתומים מבוססת על הכרת סימני הפיקדון, שרק מכוחם ניתן להוציא ממון.

כאשר אומד הדעת הוא של הדיינים, יש בכוחו לתת ביד הדיינים תמונה שלמה על המציאות, וניתן לפסוק דין מכוחו.¹¹⁰

לפי המבואר כאן בדעת הרמב"ם, אם היו הדיינים רואים את הגמל האוחז בין הגמלים, או שאדם הנאמן עליהם היה מספר להם שכך היה, וזו הייתה הופכת לידיעתם, אז היו יכולים לדון על פי האומדן שבעל הגמל האוחז חייב. רק כאשר הדיינים לא יודעים מה קרה, והם נדרשים לפסוק על פי עדות, צריכה העדות להיות ברורה, על המעשה עצמו.

אמנם, בעל אבני נזר¹¹¹ סובר שהאומדן שבסוגיית גמל האוחז בין הגמלים הוא אומדן 'חלש', ולכן, אין לדון על פיו גם בדיני ממונות. מנגד, האומדן שבו עוסק המעשה שבא לפני רבי שמעון בן שטח הוא אומדן 'חזק', ולכן, הגם שלא ניתן לדון על פיו דיני נפשות, ניתן לדון על פיו דיני ממונות, וכן משמע גם מדברי החתם סופר בתשובותיו.¹¹²

אבל, ממשמעותה הפשוטה של הסוגיה במסכת שבועות, המשווה בין שני המקרים, נראה שאין להבחין בין האומדנות, ואף האבני נזר עצמו הודה בכך.¹¹³ גם מדברי הגראי"ה קוק בתשובותיו¹¹⁴ עולה, שגם לדעת חכמים המקרה של גמל האוחז בין הגמלים יוצר אומדן שמכוחו שואב הדיין ידיעה, המספקת כדי לדון על פיה.

אמנם, לעיל סקרנו מקורות רבים שמהם עולה לכאורה, שאין בית הדין רשאי לדון על פי ידיעה בלבד. ראוי אם כן להסביר מקורות אלו, לפי שיטתו של הרמב"ם.

כזכור, לגבי קידוש החודש נפסק שאין הדיינים רשאים לדון על סמך ראייתם את המולד בלילה, אף שכעת הם יודעים בוודאות שיש לקדש את החודש.¹¹⁵ נראה שזהו דין מיוחד בדין שראה את העדות בשעה שהוא היה ראוי להיות רק עד ולא דיין, כיון שאין דנים בלילה. במקרה זה ידיעת האדם מוגדרת כידיעת עד ולא דיין, והוא אינו יכול לדון על פיה ביום, כיוון שאין עד נעשה דיין.¹¹⁶

110. כך מבארים הזכר יצחק (יח, ב), והנחל יצחק (טו), ואף האבני נזר (אה"ע קיט, קח) כתב, שעדים לא יכולים להעיד על אומדנא.

111. אבני נזר אה"ע קיט, קד.

112. שו"ת חתם סופר אה"ע, קא.

113. אבני נזר אה"ע קיט, קה.

114. שו"ת עזרת כהן מא.

115. אמנם נתיבות המשפט (טו, ב) אומר, שמשם מוכח שאין דיינים יכולים לדון על פי ידיעתם.

116. נחל יצחק טו, א; דמשק אליעזר טו, א.

עוד ניתן לומר, שיש שני סוגי דינים שהדיינים דנים: דיני ממונות, הודאות והלוואות, שבהם בית הדין אינו יוצר מציאות חדשה, אלא רק מברר את העבר (למי שייך הממון), ופוסק דין הקובע למי שייך הממון. מנגד, בדיני עונשין (מיתה, מלקות וקנסות) בית הדין יוצר מציאות, בכך שהוא מטיל עונש על החייב. על מנת שתהיה לבית הדין סמכות לעשות זאת, עליו לפסוק על פי עדות. דין קידוש החודש שייך לדיינים שבהם בית הדין מחדש מציאות. בית הדין אינו רק מגלה את העובדה שהחל החודש, אלא פוסק זאת, כמבואר בדברי הגמרא בראש השנה (כה,א) במעשה של רבן גמליאל ורבי יהושע, שבו נקבע יום הכיפורים על פי הזמן שבו קידש בית הדין את החודש, ולא על פי הזמן שבו היה המולד. אמנם, הסבר זה נכון, רק אם הדין כדברי המנחת חינוך (דלעיל הערה 107), שאין מלקים אלא על פי עדים.

מסוגיית בבא בתרא¹¹⁷ למדנו, שלא ניתן לסמוך על עדות משה ואהרן. מסוגיה זו משמע גם, שלא ניתן לדון על פי ידיעת הדיינים, הנובעת מעדות זו.

נראה, שלכלל הנוכח בסוגיה זו, שעדים קרובים פסולים לעדות מכוח 'גזירת מלך' יש לתת פרשנות רחבה, שלפיה אין לפסוק דין בהסתמך על עדות קרובים. ממילא, אין לדון גם על סמך ידיעה, הנובעת מעדות קרובים.¹¹⁸

הרב קוק¹¹⁹ מבאר, שלפי דברי הרמב"ם ניתן לסמוך גם על דברי משה ואהרן כאומדן. אבל, חכמים לא רצו לקבוע אומדן זה כעיקרון כללי, משום שלדעת חכמים, החולקים על רבי אחא, אין לקבוע מסמרות בעניין האומדן, ויש לבחון כל מקרה לגופו.¹²⁰

עולה מדברינו, שהסוגיות שמהן משמע שלא ניתן לדון על פי ידיעה הן חריגות לדעת הרמב"ם, כאשר הכלל הוא, שבית הדין רשאי לדון דיני ממונות על פי ידיעה שמקורה אינו עדות. רק כאשר המציאות מסופקת, ולא ניתן ללמוד עליה מכוחו של אומדן, יש צורך בעדות כשרה.¹²¹

ג. דין על פי האומדן בימינו

הדין בשאלה, האם יכול בית דין בן זמננו לסמוך על העקרונות שהותוו בפרקים הקודמים, ולדון על פי האומדן, נפתח בדברי הרי"ף למסכת כתובות¹²² בשם גאון, שאין לדון בזמן הזה על פי האומדן, וכדברים אלו כותבים גם הרא"ש בפסקיו¹²³ והרמב"ם בהלכותיו.¹²⁴

117. בבא בתרא קנט,א.

118. כעין זה אומר הקובץ הערות (סה, ה), שהפסול של עדות קרובים אינו מחמת שהם פסולים לעדות, אלא מצד שאסור לדון על פי קרובים, כיוון שהתורה אמרה שלא יהיה אח נדון על פי עדות אחיו. כלומר, הפסול קשור לבית הדין, ולא לעדות. פסול מסוג זה נוגע רק לעדות עדים הקרובים זה לזה או קרובים לנדון, ולא נוגע לפסול עדותם של עדים הקרובים לדיין, שלגביה מבואר בדברי הגמרא (כתובות פה,א) והרמב"ם (סנהדרין כד, א) שניתן לדון על פי העדות. גם פסילת עדות אשה אינה מן ההלכות הנוגעות לבית הדין, ומשום כך, ניתן לדון על פי עדות אישה.

119. שו"ת עזרת כהן כא; מא.

120. כך כתב האב"י עזרי מהדורא קמא, גירושין יג, כט; מהדורא תניינא, סנהדרין כ, א.

121. וכן פוסק השולחן ערוך חו"מ טו, ה.

אמנם, נתיבות המשפט (שם, ב) אומר, שוודאי אין הכוונה להוציא ממון, אלא רק לדון בדברים הנוגעים להיפוך השבועה או שלא לגבות בשטר. לדבריו, רק מכוחו של אומדן המגיע לגדר 'אנן סהדי' ניתן להוציא ממון, וכך כתב גם הקובץ שיעורים (ב, לח), שלהלכה אין דנים אלא על פי עדים, כיוון שכך דעת רוב הראשונים, וכך כתב גם האב"י נזר (אה"ע קיט, קה).

אמנם, מדברי האורים ותומים (צ, יד) מבואר שהוא סובר שיכול הדיין לדון לפי ידיעתו, וכן נראה מדברי קצות החושן (צ, ז), המביא את דבריו ומסכים עמם, וכן נראה מדברי הרב קוק בשו"ת עזרת כהן (מא), ומדברי שו"ת משנה הלכות (ד, קסד).

122. רי"ף כתובות מג,ב.

123. רא"ש כתובות ט, ו.

124. רמב"ם סנהדרין כד, ב.

אמנם, קביעה זו אינה חלה על כל האומדנות. ברור שבמקרים שבהם יש חזקה של 'אנן סהדי', שבכוחה לברר את המציאות ללא צל של ספק, רשאי הדיין לדון שלא על פי עדות.¹²⁵ גם כאשר אין חזקה של 'אנן סהדי' המבוססת על עובדות, אך קיים אומדן ברור שמכוחו ניתן לומר שהמציאות ברורה, קיימת חזקה של 'אנן סהדי', שניתן לדון על פיה.¹²⁶ התשב"ץ¹²⁷ מבחין בין אומדן המבוסס על הסתמכות הדיין על אדם הנאמן לו, שזו אומדנא פרטית, הנוגעת למקרה הנדון בלבד, ועל פיה אין דנים כיום, לאומדנא כללית, שממנה ניתן ללמוד על המציאות בכללה, ועל פיה ניתן לדון גם כיום.

דין מרומה

סוגיית דין מרומה עוסקת במצב שבו הדיינים חושדים שבעל הדין ועדיו מבקשים לעשות שימוש בדיני הראיות המקובלים בבית הדין, כדי לגרום עוול. סוגיה זו אינה עוסקת ישירות בפסיקה של דין על פי אומדן, אלא על ההשלכה של האומדן על סדרי הדיון בבית הדין. לעיתים, מכוח האומדן יקפיד בית הדין על דרישת העדים וחקירתם, ולעיתים אף יסתלק מן הדיון, כפי שיבואר בהמשך.

במסכת שבועות¹²⁸ נאמר, שאין לדיין לדון כלל בדין מרומה. מנגד, במסכת סנהדרין¹²⁹ נאמר, שעל אף שאין לדרוש ולחקור את העדים בדיני ממונות – כאשר הדין מרומה, יש לעשות זאת. מסוגיה זו משמע, שבית הדין רשאי לדון בדין מרומה, שלא כדברי הגמרא בשבועות.

(א) דין מרומה ודאי, ודין החשוד כמרומה – שיטת בעלי התוספות והרמב"ם

בעלי התוספות¹³⁰ מבחינים בין הסוגיות, באומרם שסוגיית סנהדרין עוסקת במצב שבו הדיינים סבורים שהדין מרומה, אך אין הם יודעים זאת בוודאות. במקרה כזה, אם העדים עמדו בחקירות הרי שאין הדיין צריך לחשוש שהדין מרומה והוא יכול לפסוק על פי עדותם. מנגד, סוגיית שבועות עוסקת בדיינים היודעים בוודאות שהדין מרומה, ומשום כך, אסור להם לפסוק על פי עדות העדים.

הרמב"ם¹³¹ פוסק בעניין זה, שסוגיית סנהדרין מחייבת את הדיין לדרוש ולחקור את העדים ואת בעל הדין כראוי. אם גם לאחר הדרישה והחקירה סבור הדיין שהדין מרומה הוא צריך להימנע מלדון. הבחנה זו קרובה להבחנתם של בעלי התוספות, שהדגישו שאם הדיין

125. כמבואר לעיל, אחרי הציון להערה 28.

126. כמבואר לעיל, ליד הציון להערה 79, ושם מבואר שהדבר תלוי במחלוקת הרא"ש ומהרי"ק.

127. שו"ת תשב"ץ א, פ.

128. שבועות ל, ב.

129. סנהדרין לב, ב.

130. תוספות סנהדרין שם ד"ה כאן.

131. רמב"ם סנהדרין כד, ג.

מסופק האם הדין מרומה עליו לדרוש ולחקור, ואם ברור לו שהדין מרומה, עליו להימנע מלדון.¹³²

הרמב"ם¹³³ מדגיש, שלמרות שאין דנים בזמן הזה על פי אומדנא, על הדיין להימנע מלדון, אם אמנם לפי אומד דעתו, הדין מרומה. לכאורה, סוגיית דין מרומה מהווה חריג לכלל שאין דנים היום על פי אומדן. אולם, זהו חריג מדומה בלבד, משום שכאמור, סוגיית דין מרומה אינה עוסקת בפסיקה שלא על פי עדות, אלא בהימנעות מפסיקה.¹³⁴

(ב) בין תובע רמאי לנתבע רמאי – שיטת מהר"ם מרוטנבורג בכמה מקומות, מביא הרא"ש בשם מהר"ם מרוטנבורג הבחנה אחרת, שיש בה כדי ליישב את הסתירה לכאורה שבין הסוגיות העוסקות בדין מרומה.¹³⁵

מהר"ם מרוטנבורג הבחין בין מצב שבו נראה לדיין שהתובע מרמה, למצב בו נראה לדיין שהנתבע מרמה. במצב הראשון, על הדיין להסתלק מן הדין כהכרעת סוגיית שבעות. תוצאתה של הסתלקות זו תהיה, שהתובע הרמאי יפסיד, כיוון שהממון יישאר ביד הנתבע. במצב השני, כאשר הנתבע רמאי, אין הדיין רשאי להסתלק מן הדין, משום שאם יעשה כן, ירוויח הנתבע הרמאי. למקרה מסוג זה מתייחסת סוגיית סנהדרין, הדורשת מן הדיין לדרוש ולחקור, כדי לחשוף את הרמאות.

על מצב זה אומר הרא"ש¹³⁶ שיש לדון גם על פי אומדן, ומדבריו נראה, שגם בזמן הזה יש לדון על פי אומדן, כדי שלא יצא חוטא נשכר.

(ג) הלכה

לפי פשוטם של דברים, הרמב"ם חולק על הרא"ש, ולדעתו אין לדון דין מרומה על פי אומדן. לכל היותר, רשאי הדיין להסתלק מן הדין, אם לפי אומד דעתו הדין מרומה.

למרות זאת, השולחן ערוך¹³⁷ הביא להלכה הן את דברי הרמב"ם והן את דברי הרא"ש. מכך למדו רבים,¹³⁸ שלדעת השולחן ערוך, הרמב"ם אינו חולק על דברי הרא"ש, ושגם לדעתו, ניתן לדון על פי אומדן, כדי שלא ייצא הנתבע החוטא, נשכר.

132. כך כתבו: דרישה חו"מ ט, ג, ובסמ"ע שם, ט; ביאור הגר"א שם, ז, ט.

133. רמב"ם סנהדרין כד, ב.

134. כך מבואר בביאור הגר"א חו"מ טו, כב.

עוד יש להוסיף, שגם לדעת הרמב"ם, הסבור שדיין יכול לדון על פי ידיעתו, יש חידוש בדין מרומה, והוא, שעל אף שהדיין אינו יודע את הדין הנכון, די בכך שהוא יודע שיש רמאות בדין, כדי להצדיק את הסתלקותו מן הדין.

135. רא"ש סנהדרין ד, ד; שו"ת הרא"ש קז, ו.

136. שם.

137. שולחן ערוך חו"מ טו, ג-ד.

138. סמ"ע חו"מ שם, ט; ביאור הגר"א שם, ז, ו-יא, וראה גם: בית יוסף ובי"ח לחו"מ שם, ובפירושו הרדב"ז לרמב"ם סנהדרין כד, ג.

דומה שמסידור ההלכות בשולחן ערוך ניתן להבין מדוע סובר המחבר ששיטתו של הרמב"ם עולה בקנה אחד עם שיטת הרא"ש. תחילה, מביא המחבר את ההלכות העוסקות בדין מרומה.¹³⁹ רק לאחר מכן, מביא המחבר את ההלכה בעניין דין על פי האומדן,¹⁴⁰ ובה הוא כותב כדברי הרמב"ם שהדיין יכול לדון על פי ידיעתו, אך בזמן הזה אין דנים על פי האומדן. סדר זה שונה מסדר ההלכות ברמב"ם, המביא תחילה את ההלכה בעניין זכותו של הדיין להשתמש באומדן,¹⁴¹ לאחר מכן את ההלכה השוללת זכות זו, כיום,¹⁴² ורק לאחר מכן מביא את הדיון בדין מרומה.¹⁴³ נראה שהמחבר הבין, שכל דברי הרמב"ם בעניין דין מרומה, כפופים להגבלה העקרונית שהזכיר לפני הדיון בדין מרומה, שכיום לא דנים על פי האומדן, ורק משום כך אומר הרמב"ם שהדיין אינו יכול להוציא ממון במקרה של דין מרומה. משום כך סידר המחבר את ההלכות באופן שידגיש, שהסמכות לדון דין מרומה, כשיטת הרא"ש, אינה קיימת כיום, הואיל ובזמן הזה אין דנים על פי האומדן.

לאור זאת מובן גם, מדוע בתחילת דבריו הביא המחבר את שיטת הרא"ש עם שיטת הרמב"ם בדין מרומה. המחבר סובר שגם לדעת הרמב"ם, על הדיין לדון על פי אומדן כדי להוציא ממון מיד הנתבע בדין מרומה. אולם, הרמב"ם לא מציין זאת בהלכה העוסקת בדין מרומה, הואיל והלכה זו נאמרה לאחר הקביעה העקרונית, שבזמן הזה אין דנים על פי אומדן, והיא כפופה לה. משום כך כותב הרמב"ם, שלא ניתן לפסוק על פי האומדן, אף כאשר הדין מרומה, אלא לכל היותר, להסתלק מן הדין.¹⁴⁴

פרשנות זו אפשרית בביאור שיטתו של הרמב"ם. אולם, אין היא יכולה להתקבל כפרשנות נכונה לשיטתו של הרא"ש, משום שממקורות רבים מוכח, שלדעת הרא"ש, על מנת למנוע מנתבע רמאי לנצל את חולשת בית הדין, ניתן גם כיום לפסוק דין על פי האומדן, ורבים קיבלו שיטה זו להלכה.¹⁴⁵

139. שולחן ערוך שם, סעיפים ג-ד.

140. שם סעיף ה.

141. רמב"ם סנהדרין כד, א.

142. שם הלכה ב.

143. שם הלכה ג.

144. אמנם, השולחן ערוך (ח"מ סה, יז) פוסק כדברי הרא"ש (בשו"ת הרא"ש סח, כג) הפוסק שניתן להוציא ממון על פי האומדן ששטר אינו פרוע; אולם נראה שהאומדן המדובר הוא אומדן דעת של טבע בני אדם, שאין דרכם לפרוע חוב אשר הם ביקשו לדחות את זמן פירעונו, ובצירוף לעובדה שהם נמצאים במקום רחוק מהמלווה, ואין דרך בני אדם לשלוח שליח לפרוע את החוב במקרה כזה. אומדן כזה, כמבואר לעיל ליד הציון להערה 79, מוגדר כ'אנן סהדי' לדעת הרא"ש, ועל פיו ניתן לדון גם כיום, כמבואר בדברי התשב"ץ (לעיל, ליד הציון להערה 127).

145. ראה: שו"ת הרא"ש הנ"ל בהערה 135; שו"ת הרשב"א א, אלף קמו; שו"ת מהר"ם אלשיך מ (האומר ע"פ דברי הרא"ש והרשב"א, שגם בזמן הזה דנים להוציא ממון על פי אומדנות מוכחות היטב, כדי שלא יהיה הדין מרומה); סמ"ע ח"מ טו, טו; ש"ך שם, ו; חידושי רבי עקיבא איגר על השולחן ערוך שם, בשם שו"ת מהרשד"ם ובעי חיי.

בשולחן ערוך ח"מ טו, ד נאמר, שדיין מומחה בדורו רשאי לדון דין מרומה על פי האומדן, כאשר בית הדין חושד בנתבע שמבקש לרמות. על פי דברים אלו מסיק בשו"ת שבות יעקב ג, קמב (מובאים בדבריו בפתחי תשובה ח"מ ט, ט), שגם בזמן הזה יש לדיין לדון על פי אומדנות מוכחות אם הוא מומחה בדורו.

באשר להגדרת 'מומחה בדורו', דעת הגר"מ אליהו (ע"ר 216/ל"ג, פד"ר ט, 349) היא, שלבית הדין האזורי יש גדר של דיין מומחה ויחיד בדורו. 'מומחה' – כיוון שהוא הדיין אשר ממונה על הציבור באותו מקום. ויחיד בדורו' – כיוון שזהו בית הדין היחיד אשר אליו ניתן לפנות. עוד אומר הגר"מ אליהו שמדברי מהר"ם אלשיך (שם) נראה, שאין צורך דווקא בדיין מומחה ויחיד בדורו, אלא שבכל מקרה שבו יש אומדנות מוכחות היטב ניתן לדון על פיהן.

עוד מוסיף השבות יעקב שבזמננו, שאין דנים דין תורה ממש, אלא על פי פשרה וכדומה, מתחזקת סמכות בית הדין לדון על פי האומדן, וכעין זה מבואר בדברי שו"ת משפטיך ליעקב (מובאים דבריו להלן בהערה 169).

רבי יעקב אבן צור (משפט וצדקה ביעקב ג ד"ה שבת) אומר, שדברי הרמב"ם, השוללים את סמכות בית הדין לדון על פי האומדן בימינו, נוגעים רק לאומדן שאינו 'חוק', אולם על סמך אומדנות מוכחות ניתן גם כיום לפסוק גם על ידי בית הדין הרבני הגדול, (בע"ר 216/ל"ג הנזכר לעיל), בהסתמך על דברי מהר"ם אלשיך שם. קביעה עקרונית זו חוזרת גם בפסק דינו של בית הדין הרבני האזורי בחיפה (תיק 833/תשי"ט; 1022/יט, פד"ר ג, 188 ואילך), ובפסק דינו של בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו (תיק 1223/ל"ו, פד"ר יב, 75 ואילך). אולם בפסיקות אלו הועלה הספק, האם יכול בית הדין להכריע האם אלו אומדנות מוכחות.

אמנם, בבית הרבני האזורי ת"א-יפו (תיק 1257/תשי"ד, פד"ר א, 267 ואילך; ע"ר 257/תשי"ז, פד"ר ד, 175 ואילך) נפסק, שאין להוציא ממון על פי האומדן, אולם פסקים אלו דנו באומדן 'חלש', ואפשר שיש לפרש את הפסיקה כמכוונת לאומדן מסוג זה בלבד.

יש להוסיף שהבית יוסף (ח"מ טו), והסמ"ע (שם, טז) אומרים, שלדעת הרי"ף והרא"ש, הגבלת הדיון על פי האומדן בזמננו, אינה נוגעת להוצאת ממון מהיתומים. מדבריהם עולה, שכאשר התובע טוען שהפקיד אצל אבי היתומים חפץ, ולפי אומדן הדיינים, לא ייתכן שהחפץ שייך ליתומים, ניתן להוציא את החפץ מידיהם גם בזמננו.

אך נראה שכיוון שלדעת הרי"ף והרא"ש המקרה של היתומים הוא כאשר יש עדים שהופקד אצלו חפץ, וכמבואר לעיל (ליד הציון להערה 99), אין זה נחשב שהדיין דן על פי אומדן דעתו, אלא על פי עדות עדים, וזו הסיבה האמיתית לכך שגם כיום ניתן לדון דין זה על פי האומדן (וכן מבאר הב"ח ח"מ טו את דעתם). אולם, לדעת הרמב"ם אומדן כזה אינו טוב, כיוון שדווקא על פי אומדן דעת של הדיין עצמו ניתן לדון, ולא על פי אומדן דעת של העדים, כמבואר לעיל (ליד הציון להערה 110).

לפי שו"ת הלכה למשה (אלבאז, ח"מ ז) ניתן להוציא ממון על פי אומדן גם מיתומים, ואע"פ שפסקו הרמב"ם והשולחן ערוך שאין להוציא ממון מיתומים על פי אומדן, דברים אלו לא נאמרו אלא על אומדן שאין לו סיוע מדברי עדים. כאשר יש לדיין אומדן שיש לו סיוע גם מדברי העדים, הוא יכול להסתמך על האומדן כדי להוציא ממון.

תשובת ההלכה למשה עוסקת במי שלפי עדות עדים ואומדן, נראה לדיין שיש לו דין 'מוסר'. לאור המבואר עד כה נראה, שלדעת הרמב"ם לא ניתן לפסוק דין על פי עדות הנסמכת על אומדן של העדים. לכן, אם לפי אומדן הדיינים אין ראיה המחשידה את הנדון כמוסר, לא ניתן לפסוק דין תוך הסתמכות על עדות העדים, שאף היא נסמכת למעשה על אומדן.

ההלכה למשה מבקש להוכיח את דבריו מדברי הסמ"ע (ח"מ רצו, יג) האומר, שגם בזמן הזה על פי עדים ניתן להוציא ממון מיתומים. אולם, ראייתו זו תמוהה. הסמ"ע דן שם בדברי השולחן ערוך, שפסק שתי הלכות: הראשונה, שכאשר יש עדי פיקדון, וגם עדים המעידים שאותו פיקדון נמצא ביד היתומים, מוציאים מן היתומים את הפיקדון. הלכה זו מפורשת בסוגיית בבא בתרא (מה, ב), שאינה עוסקת כלל בפסק דין על פי האומדן, כמבואר בבית יוסף (ח"מ שם) ובסמ"ע (שם יא, יג). דין זה מבוסס על כך שבמצב שנוצר, אין הנפקד זכאי ליהנות מחזקת 'מה שתחת יד אדם שלו', שמכוחה היה נאמן בטענתו, שקנה את הפיקדון. הלכה שנייה קובעת שאין להוציא ממון על פי האומדן שלא היה חפץ כזה לאביהם של היתומים. דברי הסמ"ע מוסיבים רק על ההלכה האחרונה, ולא על הראשונה, שבה יש עדות של עדים. לא מובן אם כן, כיצד יכולים דברי הסמ"ע לתמוך בדבריו של שו"ת הלכה למשה.

ד. ראיות מודרניות

לפסיקת דין על פי האומדן יש השלכות רבות לגבי סוגים שונים של ראיות שהתחדשו בשנים האחרונות, עקב ההתפתחות הטכנולוגית והמדעית, המאפשרת כיום ללמוד על המציאות לפי נתונים כימיים, אלקטרוניים, ביולוגיים וכדומה. האם ניתן לפסוק דין על פי ראיות מודרניות כאלו? האם יש בכוחן לתת ביד בית הדין אומדן ברור על המציאות, שמכוחו ניתן יהיה לבסס פסק דין בבית הדין הרבני? נראה שאין לתת תשובה אחת כוללת לשאלות אלו, ויש לדון בכל ראייה בפני עצמה.

1. בדיקות דם

קיימות כיום בדיקות דם שונות אשר לפיהן נשללת אבהות וכן נקבעת אבהות באופן חיובי. ככלל, קיימים שלושה סוגים של בדיקות: בדיקת סוג דם, בדיקת רקמות, ובדיקת איזואנזימים בדם.¹⁴⁶ הבדיקות מבוססות על כך שצריכה להיות זהות מסוימת בין סוג הדם והמרכיבים של דמו של האב לסוג הדם והמרכיבים של דם הבן.¹⁴⁷ מבחינה רפואית, תוצאות הבדיקות הללו הן כמעט ודאיות.¹⁴⁸

נראה שתוצאת בדיקה כזו ודאי נחשבת כ'אנן סהדי' גמור, שזו מציאות ברורה ללא ספק. וודאי שניתן לדון על פיה. קביעה זו נסמכת על שני מאפיינים ההופכים את האומדן ל'אנן סהדי':

א. קיים רק מיעוט קטן ביותר, שלגביו ממצאי הבדיקה אינה מדויקים.

זאת ועוד, בדברי השולחן ערוך (שם) מפורש, שהדיין אינו יכול לסמוך על אומדן דעת של העדים, אלא רק על אומדנו, ומדגיש השולחן ערוך שהדיין דן על פי עדים רק כאשר עדותם ברורה, אך לא על פי אומדן דעתם, אלא אם הדיין סומך על דברי העדים, עד כדי כך שמכוח האמון שיש לו בהם, אומדנם הופך לאומדנו, כמבואר לעיל, ליד הציון להערה 103.

על יסוד דברי ההלכה למשה, נפסק בבית הדין הרבני האזורי בירושלים, תיק 479/תשט"ו, פד"ר א, 371 ואילך, שניתן להוציא ממון מיתומים גם בזמן הזה, אם יש אומדן דעת של העדים. אותו דיון עסק במתן פסק דין על סמך אומדנם של העדים בלבד. מפסיקה זו נראה שבית הדין הכריע כדברי הרי"ף והרא"ש, שניתן לסמוך על אומדן דעת של העדים. אבל, ראה להלן בהערה 180, שמדברי הגר"ע יוסף משמע, שדעתו נוטה לפסוק בעניין זה כדברי הרמב"ם.

146. להרחבה ראה **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** א, אבהות, רקע מדעי, עמודים 2-3.

147. על בדיקה זו יש שערערו מכוח דברי הגמרא (נידה לא, א) שדם הבן בא מאמו בלבד. הדעות בעניין זה מובאות במאמרו של הגר"ש דיכובסקי "שלילת אבהות באמצעות בדיקת HLA" **אסיא** ה, 163 ואילך ובמאמרו של פרופ' דב פרימר "קביעת אבהות על ידי בדיקת סוגי דם [במערכת A, B, O] במשפט הישראלי ובמשפט העברי" שם, 185 ואילך, ויעיין במקורות המובאים שם שיש המערערים על מהימנות הבדיקה מצד השתנות ממצאי המדע מעת לעת.

148. **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** שם, מבואר שבשקלול כל הבדיקות המדעיות הקיימות כיום המתבססות על בדיקת דם ורקמות, וכן בדיקות מבנה פרצוף, ניתן להגיע לרמת ודאות של 98%-99.9% לגבי שלילת אבהות, ולרמת ודאות של 95%-99.8% באישור אבהות. ומוסיף עורך האנציקלופדיה, הרב פרופ' שטינברג שלא מגיעים לרמת ודאות של 100% מפני שמשקללים את טעויות הבדיקה שיתכנו ואת המחלוקות הרפואיות בניתוח התוצאות.

ב. אופי הבדיקה מבוסס על רוב המגלה דבר על טבע בני האדם. היות וטבע בני האדם הוא, שיש התאמה בין התכונות הגנטיות של אב ובנו, כאשר מתגלה חוסר התאמה יש חזקה, 'אנן סהדי' שהנבדק אינו בנו של מי שאליו הושווה דמו. מכוחה של חזקה כזו, ניתן לדון בדיני ממונות.¹⁴⁹

(א) דיני ממונות

לאור המבואר עד כה, מובנת הפסיקה שבמקרה של שלילת אבהות על סמך אותן בדיקות דם, רשאי בית הדין לפטור את האב מתשלום מזונות, שהרי יש חזקה, 'אנן סהדי', הפוטרת אותו.¹⁵⁰

כהמשך לכך היה מקום לומר שגם כאשר הבדיקה מאשרת את אבהותו של הנבדק, היות והיא מבוססת על גילוי טבע האדם, נראה שיש לסמוך עליה.

גם אם תוצאות בדיקות הדם אינן נחשבות כבירור מוחלט של המציאות, המגדיר שהמציאות ברורה ללא ספק, ניתן לראות בהן, לכל הפחות, אומדנא מוכחת היטב, שהרי תוצאותיהן כמעט ודאיות. לכן, יש לדון על פיהן, בהתאם לפסיקת הרא"ש, שגם בזמן הזה דנים על פי אומדנות מוכחות היטב.¹⁵¹

149. כמו כן, כותב הגר"ש דיכובסקי (תיק 866/מ"א בבית הדין הרבני האזורי באשדוד, פד"ר יג, 51) וכן במאמרו הנ"ל בהערה 147, שיש לדון את הרוב של בדיקת רקמות כרוב שבטבע שאין לחוש בו למיעוט, ולכן הוא מוגדר כמציאות ברורה ללא ספק שניתן לדון על פיה. כן פסק גם הגרי"א הרצוג, כמובא בעמוד 196 שם, וכך כתב גם בשו"ת ישכיל עבדי (ה, אה"ע, יג).

בדברי הגר"ש דיכובסקי שם מבואר, שישנם מקרים יוצאי דופן שבהם על אף שבדיקת הרקמות מורה שאין זהות גנטית בין הילד לבין מי שטוענים שהוא אביו, בכל זאת הילד הוא בנו. הרב ד"ר מרדכי הלפרין ("האם נתגלתה פרטנוגוזה אנושית בביה"ד הרבני באשדוד" אסיא ה, 179) אומר, שייתכן מצב שבדמו של ילד לא יימצאו מרכיבים גנטיים והים למרכיבים הגנטיים שבדמו של אביו. אולם דבריו שם נוגעים רק לבדיקת רקמות, והוא מוסיף ואומר שמשום כך, ראוי לבצע גם בדיקת איואנוזימים, אשר תשלול את האפשרות הרחוקה של טעות בבדיקות.

כמבואר לעיל (ליד הערה 47), לדעת רבנו מאיר שמחה, כאשר יש מיעוט טבעי, יש לחשוש לאותו מיעוט. לפי דבריו, יש לחשוש לאותו מיעוט, כיוון שזהו מיעוט הקיים באופן טבעי. מכל מקום, מבואר שם שמדברי הרמב"ן, רשב"א, ריטב"א, ר"ן, תוספות הרשב"א ותוספות עולה, שגם במקרה שבו המיעוט טבעי אין לחשוש לו, כל עוד הרוב מגלה על טבע בני האדם. לפי זה נראה שכיוון שאותו רוב מגלה שאכן בדיקת הרקמות צריכה להראות זהות גנטית בין האב לבנו, ניתן לדון על סמך אותו רוב.

150. כך כתב הגרי"א הרצוג, שו"ת ישכיל עבדי ה, אה"ע, יג, וכך הכריע הגר"ש דיכובסקי, כמבואר בהערה 149, וכך כתב הרב ד"ר מרדכי הלפרין במאמרו "קביעת ממזרות על פי בדיקת רקמות – השלמה לדיון", אסיא ז, 99 ואילך בשם הג"ר אליעזר שפירא.

יש להוסיף, שגם לדעות המובאות בהערה 154, שהבדיקה מוגדרת רק כ'רוב' או כ'סימן מובהק' בלבד, יש בה כדי לעורר ספק, ומשום כך, אין לחייב אב במזונותיו של ילד, כאשר הבדיקה קובעת שהילד אינו בנו. וכך כתב הרב דוד לבנון, "בדיקת רקמות להכרת אבהות" שורת הדין ה (תשנ"ט), עמוד ע'.

151. כך נראה באופן פשוט מדברי ספר חסידים רצא, שם מסופר על רב סעדיה שהוציא ממון ע"פ בדיקת דם [ראה במאמרו של הרב איתמר ורהפטיג, "בירור עובדות במשפט תוך פגיעה בצנעת הפרט", עמ' 217, שם צוטט המעשה – הערת עורך, י"א]. הגר"ש דיכובסקי במאמרו הנ"ל בהערה 147 מביא את דברי ספר חסידים כמקור להסתמכות על בדיקת דם, מכל מקום, הפוסקים לא דנו בזה.

(ב) דיני עריות

השאלה, האם ניתן לסמוך על בדיקות הדם השונות על מנת לפסוק דין בדיני עריות, תלויה במידה רבה, במידת הוודאות שייחסו הפוסקים לתוצאותיה של הבדיקה, ולמשמעות שייחסו למקרים חריגים, שבהם הוכח שהבדיקה אינה מהימנה.

לדעת בעל **ברכת יעקב**,¹⁵² אין לפסוק על פי בדיקות דם בדיני עריות, כיוון שזהו פסק דין המבוסס על אומדן ולא על מציאות.¹⁵³

אחרים סבורים, שבדיקת רקמות מוגדרת כהוכחה ודאית גמורה של 'רוב' ו'סימן מובהק' ולא רק אומדנא, היות והיא נותנת ודאות הקרובה ביותר למאה אחו.¹⁵⁴

(ג) דיני ממזרות

ההכרעה בדיני ממזרות קשה במיוחד, בעיקר משום שיש לה משמעות קריטית ליכולתו של אדם להינשא, ואף על יכולת צאצאיו, כאשר יש לו כאלה, להינשא.

משום כך, יש מן הפוסקים¹⁵⁵ שנרתעים מלקבוע על ילד שהוא ממזר, תוך הסתמכות על בדיקת רקמות בלבד. פוסקים אלו קבעו, שעל מנת לקבוע שאדם ממזר, יש להסתמך על

הרב דוד לבנון, במאמרו הנזכר בהערה הקודמת, אומר שכיוון שלבדיקה יש גדר של סימן מובהק בלבד, אין להוציא ממון על פיה, ולחייב את האב במוזנות בנו. לדברי הרב לבנון, המסופר בספר חסידיים לא נוגע להוצאת ממון. וכן כתב הגר"מ קליין [”זיהוי הלכתי על פי בדיקת DNA” תחומין כא (תשס”א) 121, בשם בית הוראה בראשות הגר”ר שמואל ואזנר], שאין להוציא ממון ע”פ בדיקה זו, כיוון שיש לה ערך של סימן בינוני בלבד, וסיים שפסיקת ההלכה במאמר מוסכמת על דעת הגר”ר שמואל ואזנר והגר”ר ניסים קרליץ.

152. שו”ת **ברכת יעקב** א, יד.

153. כך נראה גם מדברי הגרש”ז אויערבך, המובאים במאמרו של פרופסור פרימר (הנ”ל בהערה 147, עמוד 195 ובהערה 61 שם) שמהם עולה שבדיקת רקמות אינה בגדר בירור ודאי, אלא בגדר 'רוב' בלבד. מנגד, ראה במאמרו של הרב ד”ר מרדכי הלפרין הנזכר בהערה 150 בשם הגרש”ז אויערבך, שחזר ואמר שאם בדיקה זו מפורסמת ומקובלת בכל העולם, ונבחנה בבדיקות רבות ונמצאה נכונה, יש לסמוך עליה.

דברים דומים כותב גם הגר”ר משה קליין במאמרו הנזכר בהערה 151, אלא שהוא מגדיר את הבדיקה כ'סימן בינוני' בלבד, שמכוחו לא ניתן להתיר עגונה. אע”פ שהוא מסתמך בדבריו על כך שהסיכוי לטעות בבדיקה הוא אחד למליון ואף יותר.

אולם, ראה **אוצר הפוסקים** (יו, כד, ס”ק קצ, אות ד) הדין בדברי הפוסקים בהגדרת סימן מובהק. מכלל הדברים שם עולה, שלדעת רוב הפוסקים, סימן מובהק הוא סימן שנדיר ביותר למוצאו אצל מי שאינו אמור להיות אצלו. נראה שבדיקת רקמות הולמת הגדרה זו, וכך כתב גם שו”ת **משפטי ליעקב** שם ע”פ המבואר שם, שאם מידת הדיוק היא של 99.9% אז יש לבדיקה גדר של סימן מובהק. ומסיים שם את דבריו, שאין לקבוע בדבר מסמרות, כיוון שמידת הדיוק של הבדיקה משתנה ממעבדה למעבדה, ותלויה גם בהשתכללות הבדיקה במשך הזמן.

154. ראה: שו”ת **משמרת חיים** לו. כך כותב גם הרב לבנון במאמרו הנזכר בהערה 150, ואומר שיש לסמוך על בדיקות הדם לגבי ייחוס ילד לאביו לעניין היתרו לכהונה, או לגבי היתר אלמנת אביו מיבום וחליצה מדין תורה. גם שו”ת **משפטי ליעקב** הנזכר בהערה הקודמת קובע שיש לתת לבדיקת רקמות מעמד של סימן מובהק, שמכוחו ניתן להתיר עגונות. אם אכן עומד הסימן בתנאים המוגדרים בהערה הקודמת.

מדברי הגרש”ז אויערבך, כפי שמביאם הרב ד”ר מרדכי הלפרין במאמרו הנזכר בהערה הקודמת, עולה שהבדיקה מוגדרת כהוכחה ודאית גמורה ולא רק כאומדנא, היות והיא יוצרת ודאות הקרובה ביותר למאה אחו. לפי דבריו נראה שוודאי שיש לסמוך על הבדיקה בדיני עריות.

155. הגר”ר שלמה דיכובסקי בפסק דינו הנ”ל הערה 149, ובמאמרו הנ”ל הערה 147.

ראיה היוצרת ודאות מקסימלית (100%). לכן, ילד שבדיקת הרקמות שללה את אבהות בעל אימו כלפיו לא יוגדר כודאי ממזר, אלא רק כספק ממזר.¹⁵⁶ מנגד, יש שנטו לקבוע שמכוחה של בדיקת רקמות, ניתן לקבוע מעמד של ילד כמי שהוא 'בחזקת ממזר',¹⁵⁷ או אף ממזר ודאי.¹⁵⁸

2. הקלטות

נראה שהקלטות המובאות לפני בית הדין תחשבנה כאומדנא גמורה, הנותנת תמונה של מציאות ברורה, ללא ספק. לפיכך, רשאי בית הדין לפסוק, אף באין עדות. כמו כן, נראה שעל פי אומדנא כזו ניתן לפסוק גם בימינו, כיוון שזהו זיהוי מוחלט.¹⁵⁹

אמנם, כל זה אם הזיהוי של הדובר בקלטת נחשב זיהוי ברור. אולם נראה שנחלקו בזה הראשונים. הר"י מיגאש¹⁶⁰ אומר, שהזיהוי על פי טביעת קול הוא זיהוי גמור אשר יש לסמוך עליו לכל עניין, ולא רק לגבי היתר עגונה. מנגד, הרמ"ה¹⁶¹ אומר, שניתן לסמוך על זיהוי זה רק לגבי איסורים. אולם לא ניתן לסמוך על הקול, כעדות המשמשת ראיה עבור בית הדין, שמכוחה ניתן יהיה להוציא פסק דין. דבריו מבוססים על ההשקפה, שעדותם של עדים צריכה להיסמך על מראה עיניים, ולא על משמע אוזניים.¹⁶²

לפי זה, נראה שבית הדין שבפניו מובאות הקלטות יכול לדון על פיהן, אם אמנם מזהים הדיינים את הקול.¹⁶³ זאת, מאחר שגם לדעת הרמ"ה, זיהוי על סמך הקול הוא זיהוי טוב, אלא שלא ניתן להשתית עליו עדות. לפיכך, כאשר המציאות ברורה לבית הדין מכוח הזיהוי הקולי, אין בית הדין נדרש לעדות, המציאות ברורה לגמרי, וניתן לפסוק דין, אף ללא עדות העדים.¹⁶⁴

אמנם, לדעת הקצות¹⁶⁵ לא ניתן לסמוך על זיהוי הקול, כיוון שהכרת הקול אינה הכרה גמורה אלא רק בגדר סימנים, ולעניין איסורים הקלו לסמוך על סימנים, ולא לעניין ממונות וכל שכן שלא לעניין נפשות, בניגוד לדברי הר"י מיגאש.

156. כך אומר גם הג"ר משה קליין (לעיל, הערה 151).

157. הרב דוד לבנון (לעיל, הערה 150).

158. הרב ד"ר מרדכי הלפרין, במאמרו הנ"ל בהערה 153, בשם הגרש"ז אויערבך.

159. כ"כ הגר"ש דיכובסקי, "האזנות סתר" תחומין יא, 304.

160. שו"ת הר"י מיגאש קמט.

161. יד רמ"ה סנהדרין ט, א.

162. לדעת שער המשפט (לה, ד), מדברי הרמב"ם והשולחן ערוך נראה שהם סוברים כר"י מיגאש.

163. [מדברי המחבר לא ברור האם ניתן לסמוך על ההקלטה, גם כאשר הדיינים אינם מכירים את הקול, אך עדים מעידים שזהו קולו של בעל הדין. אולם, נראה שלעניין זה לא יהיה גרוע הזיהוי הקולי מקיום שטר באמצעות הכרת חתימות – הערת עורך, י"א.]

164. שו"ת משפטיך ליעקב ג, לב תלה דין זה במחלוקת הרמ"ה והר"י מיגאש.

165. קצות החושן פא, יג.

אולם, ה**נתיבות**¹⁶⁶ חולק על דבריו, ופוסק שניתן לפטוק דין על פי הכרת הקול בכל הנושאים, למעט דיני נפשות, כיוון שזו ידיעה בלא ראיה, ולא ניתן לדון דיני נפשות אלא אם ראו העדים את הכול מתחילה ועד סוף, ולא על סמך זיהוי הקול. כך סובר גם **שער המשפט**¹⁶⁷.

לפי זה, לדעת הקצות, גם הדיינים השומעים את הקלטת לא יוכלו לסמוך עליה, כיוון שלא ניתן לסמוך על הכרת הקול, וכך סובר גם **החתם סופר**¹⁶⁸. למעשה, מרבית הפוסקים נוטים להכריע שניתן לסמוך על זיהוי קולי לשם היתר עגונות, אך ספק רב אם ניתן לסמוך על זיהוי זה, כדי להוציא ממון מבעליו, ומשום כך, אין מוציאים ממון על פי ראיה מוקלטת.¹⁶⁹

עם זאת, פוסקי זמננו סייגו קביעה זו בדרכים שונות, באופן שלעתים רבות ניתן להביא ראיה מוקלטת בפני בית דין.

כך למשל, בית הדין הרבני בירושלים¹⁷⁰ העיר, שכאשר הזיהוי הקולי מבוצע בידי מומחים, מודים הכול שניתן לסמוך עליו לשם ביסוס פסק דין.

עוד העיר אותו בית דין,¹⁷¹ שמדברי החתם סופר מבואר, שניתן לסמוך על זיהוי הקול, בצירוף הכרת הגוף. בהתאם לכך אומר החתם סופר שניתן לסמוך על זיהוי קול בצירוף אומדנות נוספות.

לדעת **שו"ת משפטיך ליעקב**,¹⁷² העובדה שכיום בתי הדין דנים דיני ממונות על פי הסכם בוררות הנחתם על ידי שני הצדדים, מרחיבה את סמכויות בתי הדין לדון גם על סמך אומדנות ולא רק על סמך ראיות מוכחות היטב. לכן, יש מקום לומר שניתן לדון על סמך קלטות בכל מקרה.¹⁷³

לדעת **הרב חיים דוד הלוי**,¹⁷⁴ אף החתם סופר יודה שיש לסמוך על זיהוי קולי, בהתקיים שני תנאים:

- א. העדים לא הובאו למקום על ידי התובע, אלא שמעו את הנתבע באופן טבעי.
- ב. העדים מכירים את הדובר ואת קולו גם לפני האירוע שעליו הם מעידים.

166. **נתיבות המשפט** שם, ז.

167. **שער המשפט** לה, ד.

168. **שו"ת חתם סופר** חו"מ, ב.

169. ראה: **שו"ת שבות יעקב** א, ק; הגר"ש דיכובסקי, לעיל הערה 159, עמ' 310 ואילך; תיק 1880/מ"ז בבית הדין הרבני האזורי נתניה, פד"ר יד, 300; תיק 245/נ"ב בבית הדין לממונות שע"י הרבנות הראשית ירושלים, פסקי דין ירושלים א, דיני ממונות, 209. **שו"ת משפטיך ליעקב** ג, לב, ס"ק ג, על פי דבריהם.

170. תיק 245/נ"ב הנוצר בהערה הקודמת.

171. שם.

172. לעיל, הערה 169.

173. וכעין זה מבואר בדברי **השבות יעקב** מובאים דבריו לעיל בהערה 145.

174. הרב חיים דוד הלוי, "קבלת עדות על עסקה שנעשתה בטלפון" תחומין יב, 300.

במקרה כזה, סבור הרב חיים דוד הלוי, ניתן אף להוציא ממון על פי הזיהוי הקולי, לכל הדעות.

3. תמונות וקלטות וידאו

לגבי צילומים או קלטות וידאו יש לדון האם הזיהוי בתמונה נחשב זיהוי טוב. נושא הזיהוי על פי תמונה שנוי במחלוקת הפוסקים.¹⁷⁵ דומה שלעניין זה, מן הראוי להימנע מקביעת מסמרות בדבר. נראה שכאשר הזיהוי נחשב זיהוי טוב, הראיה המצולמת מביאה למצב שבו המציאות נחשבת כברורה לבית הדין ללא ספק, וממילא ניתן לדון על פיה.¹⁷⁶ אמנם, בעניין זה יש לנקוט משנה זהירות, כפי שהעיר בית הדין הרבני¹⁷⁷ בנוגע לסרט וידאו, שנמנע מלבסס פסק דין על סמך הסרט, בטענה שאת הסרט ניתן לערוך, ולשלב בו תמונות שלא צולמו במקור. מכל מקום, אם לדעת המומחים ניתן לבדוק את הסרט ולהגיע לוודאות ביחס לשאלה האם הוא זויף או לא, ניתן יהיה לסמוך על הסרט.

4. פוליגרף ('מכונת אמת')

מעמדו של הפוליגרף, על אף כינויו – 'מכונת אמת', אינו שווה ערך למעמדן של הראיות שנסקרו עד כה. קשה לומר שמכוח בדיקת הפוליגרף ניתן להגיע למצב שבו המציאות ברורה, מעבר לכל ספק.

נכון להיום, המכשיר אינו נחשב כאמין, ומשום כך, אינו מקובל כראיה משפטית, אף בבתי המשפט האזרחיים.¹⁷⁸ בהקשר זה יש להדגיש, שגם אם ההתפתחות הטכנולוגית תשפר את

175. ראה: **אוצר הפוסקים** אה"ע ה, יז, סעיף כד עמ' 62 ואילך.

176. **הפתחי תשובה** (חו"מ לה, ח) מביא את דברי בעל הלכות קטנות, האומר שעדות עדים הרואים מעשה דרך זכוכית היא עדות גמורה, אך מטיל ספק בשאלה, האם גם עדות דרך מראה היא עדות גמורה. לפי זה, יש להניח שספק דומה יהיה קיים גם בנוגע לעדות על פי סרט וידאו. אמנם, ניתן לומר שהספק נוגע רק לכשרותה של העדות. אולם, כאשר הדיינים עצמם רואים את הסרט, והם משתכנעים ממנו עד כדי כך, שקיימת אצלם ידיעה ברורה על המציאות, אין להם כלל צורך בעדות, וממילא, רשאים הם לדון על סמך אותה ידיעה. אמנם הפתחי תשובה שם משווה זאת לזיהוי על פי קול, אך נראה שבסרט ניתן להגיע לזיהוי מוחלט שכולם יודו שניתן לסמוך עליו. למסקנה זו ניתן להגיע גם בהסתמך על דברי הפתחי תשובה שם, שכאשר הזיהוי של העדים הוא זיהוי מוחלט – גם ראייה דרך מראה תועיל. באופן דומה נאמר, שכאשר הזיהוי על פי הסרט הוא מוחלט, ניתן יהיה לבסס עדות ופסק דין עליו.

177. תיק 249/נ"ד בבית הדין לממונות שע"י הרבנות הראשית ירושלים, **פסקי דין ירושלים**, דיני ממונות וביורורי יהדות ג, 63, בעמ' 66.

178. כך מובא ב**שו"ת ציץ אליעזר** טז, מז, בע"ר תשמ"ג/309, **פד"ר יג**, 224; ב**שו"ת יביע אומר** ז, חו"מ ח, ב; ח ד; ובמאמרו של הרב שלמה קורח "הפוליגרף כראיה בדין" **תחומין** ה 315. אף פרופסור אליאב שוחטמן ("ההסתהיעות בפוליגרף בבית הדין הרבני" **תחומין** ז, 381) קובע שאין לסמוך על מכונה זו כיוון שאינה מדויקת.

אמנם ב**שו"ת אגרות משה** (אה"ע ד, צח) פוסק הגר"מ פיינשטיין שאדם חולה שאינו יכול לדבר מחמת מחלתו, ויודעים על פי פוליגרף שהוא רוצה לגרש את אשתו, ניתן לסמוך על כך ולגרשה, מדבריו ניתן ללמוד שלדעתו, האומדן מכוח בדיקת הפוליגרף הוא אומדן גמור, שניתן לסמוך עליו גם בידי עריות.

מהימנות ממצאיו של המכשיר, לא יגרום הדבר לשינוי מהותי ביחס ההלכה אל ממצאיו. הסיבה לכך היא, שתוצאות הבדיקה אינן מגלות לדיינים בצורה ברורה שהנבדק משקר או אומר אמת. התשובה לשאלה, האם הנתבע דובר אמת או לא, מוסקת באופן עקיף, מנתונים שונים שנבדקו, דוגמת הזעת יתר, לחץ דם, מהירות דופק, התמקדות בפני החוקר וכדומה. כל אלו יחד מצטרפים להערכה של המומחה, אודות מידת מהימנותו של הנחקר.¹⁷⁹

לאור המבואר עד כה, נראה שהערכה כזו תחשב כאומדן, ולא כמציאות הברורה ללא כל צל של ספק. המסקנה שאליה מגיע החוקר אינה נובעת מהסתכלות במציאות, אלא מניתוח נתונים שאין להם קשר ישיר למציאות שנדונה בבית הדין. לכן, לא ניתן יהיה לבסס פסק דין כיום, על בדיקת הפוליוגרף.

קביעה זו, כך נראה, נכונה גם לשיטתו של הרמב"ם, האומר שהדיין יכול לדון על פי ידיעתו, היות והאומדן אינו אומדנו של הדיין, אלא אומדנו של אחר (המומחה או החוקר), שעל אומדנו מבקש הדיין לסמוך. כאמור, לדעת הרמב"ם, אין הדיין רשאי לפסוק דין בהסתמכו על אומדן של אחר.¹⁸⁰

נראה שלדעתו ניתן יהיה גם לפסוק דין על פי הבדיקה, אם אין צורך באומדנא של הדיין או עדות עדים, כמבואר למעלה.

גם שו"ת העמק הלכה (בוימל) ב, יד סבור שתוצאות בדיקת הפוליוגרף מהוות אומדנא מוכחת, ולכן במקרה שיש עדים שהתוצאות מצביעות על כך שהם משקרים, לא ניתן לסמוך על עדותם. לדבריו, אף נתיבות המשפט (טו, ב), הסבור שלא ניתן לפסוק דין אלא בהסתמך על אומדן מוכח לגמרי כמבואר בהערה 115 לעיל, יודה לכך, כיוון שזהו אומדן מוכח לגמרי. אבל, ראה יביע אומר (שם, אות ג), שדחה את דבריו.

בדיון המובא בפד"ר כ, 121 התעוררה מחלוקת בין הרב זלמן נחמיה גולדברג לרב אברהם שרמן. הדיין עסק בתביעת גירושין, שבמהלכה ביקשה האישה שלום בית. הבעל טען שאין אישתו רוצה שלום בית בכנות, אלא היא מבקשת להשתמש בבקשת שלום הבית ככלי לסחיטת כספים ממנו. הרב זלמן נחמיה גולדברג פסק, שיש לשלוח את האישה לבדיקת פוליוגרף, כדי לעמוד על כנות בקשתה. מנגד, הרב שרמן סבר, שאין לסמוך על בדיקת הפוליוגרף, כיוון שבדיקה זו אינה אמינה, וגם אם הבדיקה הייתה אמינה היא הייתה בגדר אומדן בלבד, שלא ניתן לפסוק על פיו.

179. רקע מדעי לבדיקת הפוליוגרף מובא במאמרו של הרב קורח, הנוכח בהערה הקודמת, בעמ' 316, ובהפניות המובאות במאמרו של פרופ' שוחטמן הנוכח בהערה הקודמת, הערה 46.

180. כמבואר לעיל, ליד הציון להערה 110. אמנם לדעת הרי"ף והרא"ש האומרים שניתן לצרף אומדנא עם עדות העדים, כמבואר בהערה 99, ניתן לסמוך על אותה אומדנא של המומחה. ומבואר לעיל בהערה 145 שמדברי השולחן ערוך נראה שהוא פוסק כדברי הרמב"ם.

כך נפסק בשו"ת יביע אומר (ז, חו"מ ח, ג) שאם הדיינים עצמם אינם בקיאים בטיב בדיקת הפוליוגרף, אינם רואים בעצמם את תוצאות הבדיקה, אלא מסתמכים על דברי המומחה, הרי שזו אומדנא על אומדנא. גם בבית הדין לממונות שע"י הרבנות הראשית ירושלים (תיק 211/נ"ח, פסקי דין ירושלים דיני ממונות ובריורי יהדות ו, 13) נקבע, על פי דברי הרמב"ם הנ"ל, שאם יש לדיין עצמו אומדנא הוא יכול לדון על פיה. אלא, שכדברי העורך, ביה"ד קבע שאם הבודק נאמן לחלוטין אז הדיינים יכולים לסמוך על דבריו, אולם משמעות נאמנות זו אינה שהם סומכים על דבריו כעל דברי עד, שנאמן בדבריו. נזה לא נאמר שם, אלא ש"אם אין דעתו של הדיין סומכת במאה אחוז על הבודק שהוא אומר אמת, אינו יכול לפסוק על פיו" וכן בסיומו של פסק הדין, שהואיל ולב בית הדין אינו חזק בנאמנותו של המפעיל, אינו פוסק על פיו.

אמנם אפשר שיש להסתייע בפולגרף כדי להימנע מלדון דין מרומה. לפיכך, כאשר מכווחה של בדיקת פולגרף ייווצר אצל הדיין חשד שמא אחד מבעלי הדין מבקש לרמות, יוכל להימנע מלדון.¹⁸¹

5. טביעת אצבעות

דיון נרחב במשמעותן הראייתית של טביעות האצבעות, קיים בפוסקים בנוגע להיתר עגונות על סמך טביעות אצבעותיו של ההרוג. בעניין זה נאמרו דעות שונות. יש מי שראה בטביעת האצבעות ראיה מוחלטת, המברר את המציאות באופן מלא.¹⁸² אחרים פסקו, שטביעת

משמע, שאם היה בית הדין מאמין למפעיל באופן מלא, יכול היה לפסוק על פיו, ואין צורך שהדיין עצמו יהיה מומחה – הערת עורך, י"א.

[תגובת המחבר: אכן, כדברי העורך, נקבע בפסק דין שאם הבודק נאמן לחלוטין או הדיינים יכולים לסמוך על דבריו, אולם משמעות נאמנות זו אינה שהם טומכים על דבריו כעל דברי עד, שנאמן בדבריו. לדעת הרמב"ם אין ביה"ד יכול להסתמך על אומדנא של העד, שאינה אומדנא של הדיינים; הוא יכול להסתמך רק על אומדנא שברורה לדיינים עצמם, כמבואר בדברי הרמב"ם שעליהם מבוסס אותו חלק בפסק הדין. אלא שאם זהו אדם הנאמן באופן מיוחד על הדיינים, או האומדנא שלו הופכת לאומדנא של הדיינים עצמם, כמבואר שם ליד הציון להערה 103. מומחיות הדיינים עצמם נדרשת כדי שזו תחשב אומדנא שלהם עצמם, כמבואר בדברי הגרע"י, ונראה שגם ביה"ד יודה לדבריו. אלא שנוסף בפסק הדין שאם זהו אדם נאמן לחלוטין על הדיינים, הרי שמומחיות הדיינים לא נצרכת, כיוון שהאומדנא של הבודק הפכה לאומדנא שלהם עצמם.]

יש לציין בהקשר זה, שהדיין בממצאה של "מכונת אמת" וקבילות ראיות הנסמכות עליה, אינו חדש. הג"ר אליעזר יהודה ולדינברג העיר בכמה מקומות (שו"ת אליעזר טז, מו; ע"ר תשמ"ג/ג 309 פד"ר יג 224, 226), שבדברי הגמרא (ראש השנה כא, ב) מבואר, ששלמה המלך הצטווה להימנע מפסיקת דין שלא על פי שני עדים, כמובא בהערה 8 לעיל. הרב ולדינברג מציין לזוהר (ח"ב עח, א), שם מבואר שבכיסא שלמה היו חקוקות דמויות של חיות, שהיו "משכשכות" כאשר היה מופיע לפניהן בעל דין שאינו דובר אמת, "וזהו מכונת אמת מהסוג הגבוה ביותר". ובכל זאת, מנעו את שלמה מלפסוק דין על פי ממצאי הכיסא. אמנם, מן הזוהר משמע ששלמה המלך דן בפועל על פי ממצאי הכיסא, אך הרב ולדינברג מעיר, שיש להכריע כסוגיית הבבלי ולא כזוהר, מה גם שיתכן לפרש גם בזוהר, ששלמה ביקש לדון על פי הכיסא, אך מנעו זאת ממנו.

הג"ר אליעזר שפירא (ע"ר תשמ"ג/ג 309 הנ"ל), מציין לילקוט שמעוני (אסתר תתרמו), שממנו עולה שהחיות שבכיסא היו שואגות ומייללות על עדים שמשקרים, ומתוך כך היו נמנעים העדים מלשקר, ושלמה דן על פי עדות אותם עדים שלא שיקרו, ולא על פי הכיסא, וכך כתב גם תוספות (יומא נד, א ד"ה כרובים). לפי זה, אין כל שאלה מכיסא שלמה אשר דן רק על פי עדות עדים, וכל תפקיד הכיסא היה רק למנוע עדות שקר של העדים. שלא כפולגרף, שם צריכים הדיינים להסתמך על האומדנא של הפולגרף כדי לדון.

לפי המבואר כאן נראה, שגם אם שלמה המלך דן בפועל על פי הכיסא, אין ללמוד מכך על הפולגרף, משום ששלמה המלך עצמו היה אומדן על פי הכיסא שלו מיהו המשקר, ובמקרה כזה הוא רשאי לדון על פי האומדן. אולם בבדיקת הפולגרף אין לדיין עצמו כל אומדן, אלא רק למומחה, ואין הדיין רשאי לדון על פי אומדן המומחה.

181. כך נפסק בתק"נ 211/נ"ח ה"ל בהערה הקודמת. כמו כן, הרב קורח (לעיל, הערה 178) כותב, שיש לסמוך את ממצאי הפולגרף לאומדנות אחרות.

182. הרב לבנון, לעיל הערה 151.

האצבעות היא בגדר 'סימן מובהק',¹⁸⁵ ויש אף מי שקבע שאין לסמוך על טביעת האצבעות כלל.¹⁸⁴

כאמור, דברים אלו נאמרו לגבי היתר עגונה אשר בעלה מזוהה על פי טביעת אצבעות. במקרה כזה, כל הספק הוא, האם המת הוא אכן בעלה של המבקשת היתר. לכן, היות והזיהוי על סמך טביעת האצבעות הוא כמעט ודאי, די בכך כדי להתיר את העגונה. אולם, כאשר הדיון אינו עוסק בזיהוי אדם, וטביעת האצבעות מוגשת כראיה שנועדה רק לקשור אדם מסוים למקום מסוים או לאירוע מסוים, מובן מאליו שהשימוש בטביעת האצבעות אינו יותר מאומדן. טביעת האצבעות אינה יכולה ללמד מתי היה בעל טביעת האצבעות במקום, או מה היו הנסיבות שבהן נגע בחפץ. ממילא, קשה לתאר מצב שבו טביעת האצבעות תיתן ביד בית הדין אומדן ברור, שניתן לדון על פיו. לרוב, נראה שגם כצירוף לאומדנות אחרות לא ניתן יהיה לסמוך על טביעת האצבעות.¹⁸⁵

אמנם, אפשר שיהיו מצבים שמכוחה של טביעת האצבעות ניתן יהיה לחייב אדם בדיני ממונות, אם כי באופן עקיף. כך למשל, לגבי מצב שבו התובע טוען שהנתבע לוהה ממנו במקום מסוים, והנתבע טוען שלא לוהה ולא היה מעוררו במקום זה, נאמר במסכת שבוועת,¹⁸⁶ שאף אם באו עדים והעידו שראו את הנתבע באותו מקום, הנתבע פטור, כיוון שלא היה עליו לזכור אם עבר באותו מקום. אבל, נחלקו הראשונים בשאלה, האם כך הדין גם לגבי מי שנטען נגדו שגנב חפץ ממקום מסוים, והוא טען להגנתו שלא גנב, ולא היה מעוררו באותו מקום. לדעת הרמב"ם,¹⁸⁷ נאמן הנתבע בטענתו, ולדעת הטור,¹⁸⁸ אינו נאמן. השולחן ערוך¹⁸⁹ פוסק כרמב"ם, והרמ"א¹⁹⁰ כטור. נראה שיש לראות את טביעת האצבעות כמעין עדות עדים שהנתבע שהה במקום שלגביו הוא טוען שמעולם לא שהה בו. בהתאם לכך, לפי הרמ"א ניתן יהיה לחייב את הגנב, מכוח טביעת האצבעות.

183. ראה: **אוצר הפוסקים** אה"ע יז, קצט, לוח הסימנים, מערכת ט אות סב; הג"ר שלמה פישר, "טביעת אצבעות לאור ההלכה" **נועם ב** (תשי"ט), ריא.

184. **שו"ת עמק יהושע ג**, אה"ע ד.

185. הגר"מ קליין (לעיל, הערה 151) כותב, שאין לסמוך על ראיות נסיבתיות המבוססות על בדיקות רקמות. נראה שכונתו למצב שבו ברור שאדם היה במקום מסוים, כיוון שנמצאו באותו מקום שרידים של נוזלי גוף אשר ניתן בוודאות ליחסם אליו ע"פ אותן בדיקות רקמות. אולם עובדת היותו באותו מקום אינה מוכיחה על מעשיו באותו מקום, ולכן לא ניתן לדון על פיה.

186. **שבוועת לד**, ב.

187. **רמב"ם גזילה ואבידה ד**, ד.

188. **טור חו"מ צ**.

189. **שולחן ערוך חו"מ צ**, ב.

190. **רמ"א שם**.

