

## סימן לד

### פסיקת דין ע"פ אומדנא

ראשי פרקים

א. מקור הדין

ב. הוצאת ממון ע"פ אומדנא

ג. בדין מרומה

ד. בין אומדנא של דיין לאומדנא בדעת מקנה

ה. בשבועה מתקנת הגאונים

ו. פסיקת דין בזמן הזה ע"פ אומדנא - בדעת הראשונים

ז. הנוהג המעשי

ראובן תבע את שמעון על מלוה ע"פ שהוא חייב לו. לראובן לא היו הוכחות חותכות לכך (לא עדים ולא שטר), אולם במהלך חקירתו נראה היה ששמעון אכן לוח כתביעת ראובן, וזאת מצרוף של מספר נתונים שעלו מחקירתו, אף שלא היתה כאן הודאה מפורשת. השאלה העקרונית שעלתה לדיון: האם ביה"ד יכול להוציא ממון ע"פ אומדן דעתו.

א. מקור הדין

בגמ' כתובות פה, א הובא מקרה באשה שהתחייבה שבועה בבית דינו של רבא. אמרה ליה בת רב חסדא (אשתו של רבא), ידענא בה דחשודה אשבועה. וע"פ דבריה היפך רבא את השבועה על שכנגדה, למרות שלא היו שני עדים כשרים שהעידו שהיא חשודה על השבועה. ומביאה הגמ' עוד מקרה, שישבו רב פפא ורב אדא בר מתנה לפני רבא, ובא שטר לפניו, ואמר לו רב פפא שיודע הוא שהשטר פרוע, ולא קיבל רבא את דבריו, דבת רב חסדא קים ליה לרבא בגוה דלא משקרא, משא"כ רב פפא. ושם בגמ' בע"ב הובא מקרה באחד שהפקיד ביד רבי מיאשא שבע מרגליות צרורות בסדין אחד. מת רבי מיאשא ולא הספיק להודיע ליורשיו שהמרגליות הינן פקדון. באו לפני ר' אמי. אמר להו, חדא - דידענא ביה ברי מיאשא דלא אמיד. ועוד, הא קא יהיב סימנא. ולא אמרן אלא דלא רגיל דעייל ונפיק להתם, אבל רגיל דעייל ונפיק להתם, אימא איניש אחרינא אפקיד ואיהו מיחזא חזא. הרי שהוציא רב אמי ממון מהיורשים באומדנא שהמרגליות אינן של מורישם. ועיי"ש בגמ' עוד מקרים שנפסקו

והנתיבות טו, ב הקשה סתירה בין פסקי הגמ', דבע"א מבואר בגמ' דלא מהני אומדנא אלא למיפך שבועה או להרע את השטר אך לא להוציא ממון, ואילו בע"ב אף מוציאים ממון מהיתומים. ותירץ הנתיבות:

"נראה דוקא אומדנא שהוא אומדנא לכל העולם, כגון ידענא ביה בחסא דלא אמיד, דכשם שידוע לו, כך ידוע לכל העולם, ובדבר שהוא אומדן של כל העולם אין זה בגדר עדות כמש"כ התוס' ר"פ האשה רבה, אבל בדבר שהוא רק ידוע לדיין, פסלו רחמנא בגזירת הכתוב."

הנתיבות מסתמך על דברי התוס' ביבמות פח, א (ד"ה אתא). דברי התוס' מתיחסים לגמ' שם באשת איש שבאו שני עדים ואמרו מת בעלה, ואח"כ בא הבעל, דמשמע במשנה שלא תצא. ומחכו עליה במערבא, אתא גברא וקאי, ואת אמרת לא תצא, הרי הבעל לפנינו. ותירצה הגמ' דמיירי דלא ידעינן ליה אלא ע"י שני עדים, עיי"ש. ובתוס' שם הקשו, דאף אי ידעינן ליה, מ"מ כיון שיש שני עדים שאומרים מת, אף שכל העולם אומרים לא מת (כיון שהעולם מכירו), הוי תרי נגד מאה, ואין המאה נאמנים יותר מהשנים. ותירצו התוס', דלגבי דבר הנראה וידוע לכל העולם לא היה רב אומר שבשני עדים לא תצא. לומד מזה הנתיבות דכל דבר הידוע לכל העולם, אין זה בבחינת עדות, שאם הדבר היה בבחינת עדות, א"כ עדיין הוי תרי מול מאה ואמאי תצא. אלא שדבר הידוע לכל העולם הוא יותר מעדות ואינו נמדד בגדרים של עדות. לכן בנידון המרגליות שהופקדו אצל רבי מיאשא, סובר הנתיבות שהיתה זו אומדנא שכולם ידעו שרבי מיאשא לא אמיד וכן שנתן סימנים, וע"כ מוציאים ממון, דהוי טפי מעדים. משא"כ כשבת רב חסדא אמרה שהאשה חשודה על השבועה, היתה זו אומדנא פרטית ולא ידועה לכל העולם, וע"כ לא קרענינן לשטרא ע"פ אומדנא זו.

והדמיון של הנתיבות לדברי התוס' ביבמות, לא מובן לכאורה. דבנידון הגמ' ביבמות, כשבא הבעל ואנו מכירים אותו, זו "מציאות" ועל מציאות אין צורך בעדות, ואין משקל לעדות נגד מציאות. משא"כ בנידון המרגליות שהופקדו אצל רבי מיאשא, יש כאן צירוף של שני נתונים שאינן בבחינת מציאות אלא דברים המצריכים עדות, דהא דרבי מיאשא אינו אמיד, לא דמי לבא הבעל ברגליו. זה אינו נתון הברור כשמש לכל העולם. יתכן וחלק יודעים על כך, ויתכן ואחרים יודעים אחרת, וזה מדברים המצריכים עדות. ומעיקרא הוא אמינא לחלק בין אם האומדנא ידועה לדיין עצמו, שיכול לפסוק ע"פ מה שידוע וברור לו, לבין עובדא דבת רב חסדא שלא היה הדבר ידוע לרבא אלא מפי אשתו, וע"כ לא יכל להוציא ממון ע"פ אומדנא הידועה לו מפי אחרים הנאמנים לו. אך זה אינו, דהא הנתיבות בריש דבריו הקשה מדין אין עד נעשה דיין, דאסור לדיין לדון ע"פ עדות שלו, עיי"ש.

וראיתי לגר"א בנחל יצחק (טו, ה) שהקשה על הנתיבות, דהא הגמ' בעובדא דרבי מיאשא מיירי באומדנא של הדיין, ומשמע שאפילו לא ידעו כולם שרבי מיאשא לא אמיד ורק הדיין היה בקי בעסקיו, יכול הדיין לפסוק ע"פ אומדנא הברורה לו. והוא הדין כשיש ריעותא בשטר ע"פ אומדנא הידוע לכל, לא מוציאים ממון. לכן סובר הגר"א שעיקר החילוק בין אם הידיעה היא של הדיין עצמו או שנודעת לו הידיעה מפי מי שנאמן. כאשר הדיין יודע בעצמו שהנפקד אינו אמיד, ע"פ הידוע לו ואומדן דעתו ניתן להוציא ממון, משא"כ כשהידיעה היא מפי אחר, אין מוציאים ממון ולא קרענינן לשטר ולא מגבינן ביה, כיון שהידיעה אינה ברורה כ"כ. ומה שקשה לכאורה מדין אין עד נעשה דיין, דמוכח שאין הדיין יכול לדון ע"פ ידיעתו, זהו מדין גזירת הכתוב דדוקא במקום שלא נעשה דיין בעת הראיה כגון

שראה בלילה, בכגון זה לא נעשה דין, משא"כ אם ראה ביום. אבל באומדנא שאינו ענין כלל לעדות, יכול לפסוק הדין ע"פ ידיעתו.

#### ב. הוצאת ממון ע"פ אומדנא

והנה בגמ' ב"ב צג,א הובאה מחלוקת תנאים: שור שהיה רועה ונמצא שור הרוג בצידו, אע"פ שזה מנוגח וזה מועד ליגח זה מנושך וזה מועד לישוך, אין אומרים בידוע שזה נגחו וזה נשכו. רבי אחא אומר, גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצידו, בידוע שזה הרגו. והרמב"ם בסוף פ"ח מנזקי ממון פסק כת"ק שאין מוציאים ממון אלא בעדים כשרים. ולכאורה קשה, אמאי לא פוסקים אנו ע"פ אומדן דעתינו שהשור הנגחן הרגו, ומאי שנא מעובדא דרבי מיאשא ועובדא דחסא שהוציאו ממון ע"פ אומדנא. ומעיקרא הוה אמינא לפרש דהתנאים החולקים בענין שור שנמצא הרוג, מיירי דבעל השור ההרוג אינו טוען טענת ברי וע"כ אין לו תביעה כנגד בעל השור הנגחן, ואין בית דין יכולים לפסוק ע"פ אומדנא בכהאי גוונא שהניזק עצמו אינו טוען ברי. אולם בדברי הרמב"ם מבואר שהחסרון הוא בראיה ולא בטענה, וע"כ אפילו טוען הניזק ברי, היות ולא אזילנן בתר אומדנא והואיל ולית לניזק ראייה, אין מוציאים ממון מהמזיק. ועיין ברשב"ם בסוגיא דחכמים לא אזלי בתר אומדנא בממון.

ובב"ח חו"מ תח,ג הקשה מדברי הרא"ש בתש"ש שהוכיח מדרב אחא דאזלינן בתר אומדנא. ופירש דבריו - דכיון דאשכחן תנא דאזיל בתר אומדנא, אע"ג דלית הלכתא כוותיה, מ"מ באומדנא דמוכח אף ת"ק מודה דאזלינן בתר אומדנא. לפ"ז יש לחלק בין אומדנא דמוכח לאומדנא דלא מוכח. ואפשר דאומדנא בעובדא דרבי מיאשא וחסא הוי אומדנא טפי מאומדנא של שור נגחן שנמצא שור הרוג בצידו, וצ"ע לשער בכל מקרה ומקרה את איכות האומדנא. (ועיין במהרשד"ם חו"מ סי' לו וסי' נב במה שפסק ע"פ אומדנא דמוכח, ובסי' סו וסי' שס דמבואר החילוק בין אומדנא דמוכח לאומדנא שאינה מוכחת כ"כ.)

ובכגון זה נמצא בדברי האבני נזר בתש"י (אהע"ז ח"א קיט, קד). האבני נזר הוכיח מדברי הרמב"ם שפוסקים בדיני ממונות ע"פ אומדנא. דהנה בגמ' סנהדרין לו,ב תניא, אמר רבי שמעון בן שטח, אראה בנחמה אם לא ראיתי אחד שרץ אחר חבירו לחורבה, ורצתי אחריו וראיתי סייף בידו ודמו מטפטף והרוג מפרפר, ואמרתי לו, רשע מי הרגו לזה, או אני או אתה, אבל מה אעשה שאין דמך מסור בידי, שהרי אמרה תורה: "על-פי שנים עדים יומת המת". והרמב"ם בהל' סנהדרין כ,א למד את דין הנ"ל מהפסוק "ונקי וצדיק אל תהרוג", ד"הואיל ויש שם צד לנקותו ולהיות צדיק - אל תהרגו". לפ"ז דין זה הינו דוקא בדיני נפשות ולא בדיני ממונות. והקשה האבני נזר סתירה לדברי הרמב"ם בסוף פ"ח מחובל ומזיק בדין הנ"ל בשור המועד ליגח ונמצא שור הרוג בצידו, דלא אזלינן בתר אומדנא. וחילק האבני נזר בין שני סוגים של אומדנא, דאומדנא שראוהו רודף וסייף בידו וכו', לענין דיני ממונות הוי אומדנא טפי משור שנמצא הרוג ליד שור המועד ליגח. וזה מילתא דמסתברא דאומדנא כהאי גוונא שגם רץ אחריו וגם נכנס לחורבה וראו סייף נוטף דם, הוי אומדנא טפי משור הרוג הנ"ל, שבכגון נידון הגמ' בסנהדרין הוי צרוף של מספר נסיבות המוליכות למסקנא אחת, ובכהאי גוונא אזלינן בתר אומדנא כזו בדיני ממונות.

ובתוס' בשבועות (לד, א סד"ה דאי) הוכיחו דאפילו לרבנן דפליגי עליה דרבי אחא מהני אומדנא בחבלה, כגון שעלתה לו נשיכה על ראשו וניקב קרום של מח, עיי"ש. ואפשר דבכגון זה הוי אומדנא דמוכח טפי. אלא שהרמב"ם בהל' חובל ומזיק

(ה,ד) לענין שבועת הנחבל, שנאמן בשבועה בנקיטת חפץ שפלוגי חבל בו כשראוהו נכנס לתוך ידו שלם ויצא חבול, נקט שנחבל נשבע ונוטל אינו מעיקר הדין אלא; "קנס קנסו חכמים לאלו השוטים בעלי הזרוע שיהיה הנחבל נאמן ונשבע בנקיטת חפץ". והראב"ד שם השיגו וכתב שהוא מדין נאמנות שהאמינוהו חכמים, כיון שאין דרך בני-אדם לחבול בעצמם. וברב המגיד כתב דדעת הרמב"ם שאין להוציא מעיקר הדין ממון אלא בעדות ובראייה ובידיעה ברורה, עיי"ש. ואפשר דלשיטתו נמי לא הוי אומדנא דמוכח (לדעת הרמב"ם).

והנה בדין נחבל איתא בגמ' שבועות מו,ב, ונפסק בשו"ע חו"מ צ,טז דאם יש הוכחה נסיבתית ברורה שפלוגי חבל בחבירו, כגון שראוהו עדים שנכנס תחת ידו של חבירו שלם ויצא חבול ולא ראוהו בשעה שחבל בו, והיתה החבלה במקום שאי אפשר שיחבול בעצמו, כגון שהיתה נשיכה בין כתפיו, ולא היה אחר עימהם, הרי הנחבל נוטל בלא שבועה. ועיין בקצוה"ח צ,ז מש"כ בדין זה. ומ"מ חזינן שמוצאים ממון בעדות נסיבתית שמטיבעה אינה אלא אומדנא. אך נראה דבעדות נסיבתית כזו הוי אומדנא דמוכח טובא, והוי טפי מגמל האוחר ומנכנס אחריו לחורבה, וע"כ בכה"ג לכולי עלמא אזלינן בתר אומדנא טובא כזו.

וראיתי לגרא"ז מלצר באבן האזל (חובל ומזיק ח,יד) שהקשה סתירה בדברי הרמב"ם בין מש"כ בהל' חובל ומזיק ח,יד למש"כ בהל' סנהדרין כד,א דמעיקר הדין דיין יכול לדון בדיני ממונות ע"פ הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת, דבהל' חובל מבואר דלא אזלינן בממונות בתר אומדנא, ובהל' סנהדרין משמע שפוסקים ע"פ אומדנא של הדיין. ומסביר הגרא"ז בדעת הרמב"ם, וז"ל:

"ונראה דדעת הרמב"ם דאומד הדיין אינו עושה דין ודאי להוציא ממון אלא מהני לעשות לספק, ובאמת לא עדיף אומד הדיין מאומדנא דרב אחא אלא דאומדנא דרב אחא היא להוציא ממון ובזה קיי"ל כרבנן דאין מוציאים ממון באומדנא, ובזה יבוארו דבריו ... ובאופן הג' שכתב הרמב"ם דמוציאים מן היתומים ע"י סימנים אם אביהם לא היה אמיד לחפץ זה, הוא ג"כ משום דמה דאין מוציאים ממון ע"פ סימנים אינו כלל גמור על הוצאות ממון אלא דוקא להוציא ממוחזק של בירור, דהיינו דע"פ החזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו אנו מחזיקין שהוא ודאי שלו, וראיה לזה ממה שכתב הרמב"ן בריש ב"ב דבחצר דלא מהני חזית משום דיכול לכופו אפילו למעלה מד' אמות לא מהני חזית, וכתב בטעמא דמילתא שכיון שהמקום והכותל עד חציו של שניהם, נמצא הלה מוציא מרשות חבירו דבר המוחזק ולא סגי אלא בראיה ברורה ולא בחזית. וקשה על זה, שהרי עיקר דין חזית הוא דלמא נפל לרשות אחד מהן וא"כ עיקר דינו להוציא. וע"כ דכונת הרמב"ן דוקא להוציא ממה שהוא בחזקת שניהם, דכיון דלמטה של שניהם, חזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו, אבל נפילה לרשות אחד אינו אלא תפיסה ובזה שפיר מהני חזית. ודין סימן נוכל לדמות לחזית דהוא ג"כ ראיה ולא בירור גמור ... וא"כ שפיר נוכל לומר דגבי סימן דלא מהני להוציא הוא דוקא היכי דאיכא חזקת בירור, והיינו משום דמה שמצינו דסמכה התורה על סימנים הוא רק באופן ספק כמו אבידה. ולכן שפיר מובן דעת הרמב"ם, דכיון דאומד הדין שאביהם של היתומים לא היה לו חפץ כזה, א"כ הורעה בזה חזקת כל מה שביד אדם הוא שלו ואין כאן חזקה של בירור אלא חזקה של מוחזק בלא בירור דמהני סימנים להוציא, ואף דאומדנא לא מהני להוציא מ"מ סימנים מהני, משום דסימנים הוא דין תורה דמהני היכי דהוי

ספק, ולא מחלקינן בין היכי דליכא הוצאת ממון להיכי דאיכא הוצאת ממון, כמו דמהני חזית להוציא היכי דליכא חזקת בירור.

מדברי הגר"י עולה דלא מהני להוציא ממון באומדן דעת הדיין. אומדן דעת הדיין מכליל את הדין בגדר ספק. ומה דמשמע בגמרא דמהני להוציא ממון מהיתומים באומדנא (עובדא דרבי מיאשא ועובדא דחסא) - האומדנא עשתה את המקרה לספק, וכיון דהוי ספק מהני להוציא ממון, דכאשר המקרה הינו בכלל ספק, אין למוחזק מוחזקות ברורה ומוחלטת, וכאשר יש לנו ספק מכח האומדנא הוי המוחזקות כמוחזקות מסופקת, ומהני להוציא ממוחזקות כזו ע"פ סימנים כשם דמוציאים אבידה ע"פ סימנים. ומ"מ מבואר מדבריו דאין לדיין כח להוציא ממון מכח האומדנא, אף לעיקר הדין קודם שרבו בתי דין שאינם מהוגנים.

ג. בדין מרומה

אלא שאם נאמר שהאומדנא עושה רק ספק לדיין, ואין הדיין יכול להוציא ממון ע"פ אומדנא, יש להבין מש"כ הרא"ש בתש" (קז,ו) בנתבע שהתחמק מתשובות ששאלוהו בית דין, ונראה היה לדיינים שהוא "מסתיר דבריו ומשיב תשובות גנובות". והשיב הרא"ש, וז"ל:

"... וכיון שנראה לדיין שאם היה זה משיב על שאלותיו היה הדבר מתברר, ומחמת שלא יתברר הוא כובש דבריו, יעשה הדיין כאלו השיב ונתברר שקרו ויחייבנו מאומד הדעת, אע"פ שאינו יכול לברר שקרו בביאור ובפירוש, מאחר שהעדר הביאור בא מחמת רמאותו שאינו רוצה להשיב על חקירות ודרישות כדי שיתברר שקרו, אומדנא דמוכח הוא ורשאי דיין מומחה לדון באומדנא דמוכח כזה."

בנידון הרא"ש - אבד לתובע שטר של יב' אלף זהובים שהיה לו על הנתבע. הנתבע טען שפרע לתובע והתובע השיב לו את השטר והוא קרעו, אך בחקירה הסתיר דבריו והשיב "תשובות גנובות". אם יפסוק הדיין ע"פ אומדן דעתו, יוציא ממון מהנתבע, וא"כ הוי אומדנא להוציא. ואפשר דהיכא דהוי אומדנא דמוכח כהאי גוונא, מהני האומדנא אף להוציא. ואין נראה לחלק דבנידון הרא"ש לא הוי להוציא כיון שטוען התובע שהיה מוחזק בשטר, ובשטר לא הוי להוציא, עיין בתוס' ב"ב לב, ב ד"ה אמאי, ובבעה"ת שער כא, ג, ב, וכן בשער יז סוף ח"ב, ברמב"ן בתש' המיוחסות ס"י ק, בעליות רבינו יונה (ב"ב לב, ב), ובשו"ע חו"מ פב, יב ובנו"כ שם, (וע"ע במש"כ בח"א יא/ג). דאף אם נדון את המחזיק בשטר כמחזיק בגוף הממון וכמש"כ הרמב"ן בתש' המיוחסות ס"י ק, היינו דוקא כשהתובע מוחזק בשטר, משא"כ בנדון הרא"ש שאינו מוחזק בשטר אלא טוען שטר היה לי ואבד, והנתבע משיב שטר היה לך ופרעתיך וקרעתי, לכ"ע לא ניתן לדון את התובע כמוחזק. וע"כ צ"ל דבאומדנא כהאי גוונא ניתן אף להוציא ממון.

ד. בין אומדנא של דיין לאומדנא בדעת מקנה

והנה המהרי"ק בשורש קכט, לאחר שהביא והוכיח דקיי"ל דלא כרב אחא ואין מוציאים ממון בנזיקין ע"פ אומדנא, הקשה מהא דקיי"ל בכמה מקומות בש"ס דאזלינן בתר אומדנא, כמי ששמע שמת בנו ונתן כל נכסיו לאחר ואח"כ התברר שבנו היה חי, דבטלה המתנה שנתן לאחר (ב"ב קמו, ב) וכן לענין מתנת שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחר, שאם עמד מחוליו חוזרת המתנה. ומתוך המהרי"ק:

"דודאי דכל היכא שהמעשה מבורר אצל הדיינים אלא שאנו מסופקי  
באומדן דעת הנותן או המוכר או המגרש אזלינן בתר אומדנא, אבל  
היכא דלא נתברר גוף המעשה אצל הדיינים כי ההיא דגמל אחר וכו',  
דאין ידוע לנו אם נגחו ואם לאו אלא מתוך אומדן, בהא ודאי פליגו  
רבנן עליה דרבי אחא וקיימא לן כוותיהו לדעת הפוסקים הנזכר  
למעלה."

לדעת המהרי"ק - אומדן דעת יכול לפרש ולהבין כונה של מקרה, אך אינו יכול  
לקבוע עובדות. כונה היא בעצם מהותה אינה דבר מציאותי - בניגוד לעובדה, וע"כ  
היא ניתנת לפרשנות. הפרשנות צריכה להיות צמודה למהות המקרה, ואינה ניתנת  
לשיקול דעת של הדיין. חכמים קבעו שבמקרים מסוימים הכונה שונה מדרך הכלל.  
כגון, אדם ששמע שמת בנו ונתן את נכסיו מתנה לאחר. נסיבות המקרה מורות  
שבמידה והיה יודע שאכן בנו קיים, אין כוונתו למתנה. אין כאן קביעה שלא  
נעשתה כאן פעולה של מתנה, אלא מתנה עם כונה שלמעשה לאחר שנודע שמת בנו,  
מעשה המתנה מופקע. האומדנא לא קובעת מה היא העובדה אלא מה הכונה, אף  
שלאומדנא יש השלכות על מעשה הקנין. משא"כ בנידון שור נגחן שלידו נמצא שור  
מת, אם נשתמש בכח האומדנא הרי שהאומדנא תקבע את המציאות, ולכך אין כח  
לאומדנא לפעול.

והרא"ש בתש" (קזו, ד"ה ואין זה) הביא ראיה דאזלינן בתר אומדנא מהגמ'  
בב"ב נח, א: :הוא גברא דשמעה לדביתהו דקא אמרה לברתה, אמאי לא צניעת באיסורא  
הך איתתא, עשרה בני אית לה ולית לי מאבוך אלא חד. כי שכיב אמר להו כל נכסי  
לחד ברא. לא ידעי להי מינייהו. אתו לקמיה דרבי בנאה, אמר להו זילו חבוטו  
קברא דאבוכון עד דקאי ומגלי לכו להי מינייכו שבקא. אזלו כולהו. ההוא דבריה  
הוה לא אזל. אמר להו כולהו נכסי דהאי. אכלו קורצא בי מלכא, אמרי, איכא גברא  
חד ביהודאי דקא מפיק ממונא מאנשי בלא סהדי ובלא ראיה וכו'. מבואר שם בגמ'  
שרבי בנאה פסק שהירושה שייכת לבן שלא חבט בקבר אביו, ועל כך הלכו האחים  
והלשינו למלכות שרבי בנאה מוציא ממון בלא ראיה. ובנידון שם היתה הירושה  
מוחזקת לכאורה לכל האחים, והשאלה היא עובדתית - מי בנו האמיתי של אותו איש,  
שלו הוא חפץ היה לתת כל נכסיו, שהרי שמע שהשאר ממזרים, וכיצד רבי בנאה קבע  
עובדה ע"פ אומדנא.

אלא נראה דגם בנידון שם לא קבע רבי בנאה קביעה עובדתית ע"פ אומדנא אלא  
פסק בכונת הנותן. וז"ל הרשב"ם בסוגיא שם :

"חבוטו. הכו הכאות על קברו. ולנסותן נתכוין, שאותן שהן ממזרים  
הן עזי פנים וילכו לחבוט. אמר להו כולהו נכסי דהאי. שלא רצה  
לחבוט על קברו של אביו, שזה הוא הצנוע שבכם, ומסתברא דלזה אהב  
יותר. ויפה דן רבי בנאה דלא שייך הכא אלא שודא דדייני, והיינו  
שודא שלא רצה לחבוט, והכי נמי אמרינן גבי ההוא דאמר נכסי  
לטוביה."

רבי בנאה לא נצרך לקביעה העובדתית מי הוא הבן של אותו נפטר. הרי יתכן גם  
שאותו נפטר עצמו לא ידע מי הוא בנו. השאלה היתה למי התכוין אותו נפטר לתת  
את נכסיו. רבי בנאה השתמש באומדנא לקבוע את מי אהב יותר האב כדי לקבוע את  
כוונתו של האב. ואף שרבי בנאה הסיק מכך שלא חבט קבר אביו שהוא בנו, מ"מ לעצם  
פסק הדין לא נצרך לקביעה העובדתית הנ"ל אלא לאומדן דעת הנותן למי היתה דעתו  
קרובה יותר. וכיוצא בסברא זו מצאתי לאחר מכן בתשב"ץ (ח"א סי' פ). וע"ע

במש"כ המהר"מ אלשקר סי' קטז.

ומצאנו ששלמה המלך דן ע"פ אומדנא, במעשה של שתי הנשים שמת אחד מילדיהן ופסק שלמה שהאם שלא רצתה לחתכו לשנים היא אימו, והיינו אומדן דעת. ועיין בגמ' מכות כג, ב דהתם היינו טעמא שיצאה בת קול ואמרה זו אימו, עיי"ש. ובגמ' בראש-השנה כא, ב איתא: בקש קהלת לדון דינין שבלב שלא בעדים ושלא בהתראה, יצתה בת קול ואמרה לו, וכתוב יושר דברי אמת, על פי שנים עדים וגוי. ולכאורה יוצא שאין הדיין רשאי לדון ע"פ אומדן דעתו כיון שיצאה בת קול. ושתי תשובות בדבר - דמה שביקש קהלת לבטל בכלל את הצורך בעדים, ואף במקום שיש עדים יוכל הדיין לדון ע"פ אומדן דעתו, כשם שרצה לבטל את ההתראה. (ועיין במהרש"א בחידושי אגדות שם שהקשה מה שייך דין שבלב כשלא התרו בו. עוד הקשה, שהבת קול ענתה על עדים ולא ענתה על התראה. ותירץ, דעיקר ההתראה שלא יאמר שוגג הייתי, וכשע"פ אומדן דעתו אינו שוגג, יוכל לדונו, וההתראה תלויה בעדים, עיי"ש.). עוד י"ל, דשלמה המלך בקש לדון דיני נפשות שלא ע"פ עדים, וראיה מהתראה ששייכת רק בנפשות. ויצאה בת קול ואמרה ע"פ שנים עדים וכו', ואף שפסוק זה מיירי נמי בממונות, מ"מ הבת קול התייחסה לרצון שלמה המלך. ולכן לא הפקיעה הבת קול את יכולת הדיין לדון ע"פ אומדן דעתו במקום שהדבר ניתן ע"פ הדין. ועיין במהר"ק שורש קכט לענין אומדנא בנפשות ואי ילפינן מינה לממונות.

ה. בשבועה מתקנת הגאונים

מתקנת רבנן סבוראי (הגאונים הראשונים) שכאשר בא המלוה לגבות מהחייב וטוען החייב שאין לו נכסים, שישבע החייב שבועה חמורה כעין של תורה שאין לו נכסים ולא הבריא נכסיו - הובאה התקנה בדברי הרמב"ם בפ"ב מהל' מלוה ולוה ובשו"ע חו"מ סי' צט. והרמב"ם בהל' מלוה ולוה (ב, ד) כתב דמי שהוחזק שהוא עני והדבר גלוי וידוע לדיין ולרוב העם וכו', שאסור לדיין ירא שמים להשביעו שבועה זו, ואם השביעו ביטל לא תעשה של תורה "לא תהיה לו כנושה", שלא תקנו הגאונים תקנה זו אלא מפני הרמאים. וכן לאידך גיסא - מי שהוחזק רמאי והוא אמוד שיש לו ממון וטען שאין לו כלום ורץ להשבע, אין ראוי להשביעו, אלא אם יש כח בדיין לעשותו עד שיפרע בעל חובו או לנדונו עד שיתן - יעשה:

"כללו של דבר, כל שיעשה הדיין מדברים אלו וכוונתו לרדוף הצדק בלבד שנצטוינו לרדפו ולא לעבור הדין על אחד מבעלי דינין, הרי זה מורשה לעשות ומקבל שכר, והוא שיהיו מעשיו לשם שמים."

הרי שפועל הדיין בשבועה זו ע"פ אומדן דעתו, כשאם ע"פ אומדן דעתו של הדיין החייב עני וכשר ואינו מבריא נכסיו, או לאידך גיסא - רמאי ובודאי מבריא, אין לו להשביעו. וצ"ל דהגאונים לא תיקנו תקנתם אלא במקום הספק ולא במציאות שיש לדיין אומדן דעת וודאות על מצב נכסיו של החייב. וע"כ אין להביא ראיה מדין זה דאזלינן לענין שבועה בתר אומדנא, דדוקא בשבועה זו שמעיקרא נתקנה ע"י הגאונים באופן שאין לדיין אומדן דעת, משא"כ כשיש לו אומדן דעת, לא תקנו רבנן סבוראי שבועה זו.

ו. פסיקת דין בזמן הזה ע"פ אומדנא - בדעת הראשונים

על הדין של מרענא שטרא ע"פ עד מהימן, כתב הרי"ף בכתובות (מג, ב בעמוה"ר):

"וחזינן לגאון דקאמר דהאידינא לא אפשר ליה לדיין למימר קים ליה

בגויה היכי הוי, הלכך לית ליה לאורועי שטרא או לאפוכי שבועה  
אלא בעדות ברורה, ואעפ"כ בעדות אדם נאמן מחמיצין את הדין  
ודורשין וחוקרין עד שיתברר הדבר ויצא הדין לאמיתו."

הרי שהרי"ף פסק שאינו יכול להרע שטר ע"פ מי שנאמן לו לדיין. דברי מי שנאמן  
לו יכולים לשמש בסיס לדרישות וחקירות אך לא לפסק דין. ולכאורה מבואר שאם  
אינו יכול להרע שטר ע"פ אומדנא, כל-שכן שאינו יכול להוציא ממון ע"פ אומדנא.  
אלא שבהמשך דברי הרי"ף (מד, א בעמוה"ר) כשמובא המעשה ברבי מיאשא, שרבי אמי  
פסק ע"פ אומדנא, וכן רב נחמן בעובדא דחסא, הרי"ף לא כתב דהאידינא לא פסקינן  
ע"פ אומדנא. ואף שלכאורה הדברים ק"ו, ומה שטר לא מרעים, כל-שכן שממון לא  
מוציאים. אך למש"כ לעיל יש חילוק בין שני סוגי האומדנות. "קים לי בגויה"  
היא אומדנא בעד האחד המעיד, משא"כ אומדנא שהדיין יודע בעצמו. אך מלשון  
הרי"ף נראה שאין הדיין יכול לומר קים לי בגויה "היכי הוי" ואינו יכול לפסוק  
אלא "בעדות ברורה". הרי שידיעת המציאות צריכה להיות ברורה לדיין ע"פ עדים  
ולא ע"פ ידיעה וקים לי. ועיין ברא"ש פ"ט דכתובות סה"ו שהביא ג"כ את מש"כ  
הרי"ף בשם הגאון, ולא הביא דין זה לענין אומדנא של ידיעת הדיין והוצאת ממון  
מיתומים, כעובדא דרבי מיאשא וחסא.

וכעין זה נמצא בדברי התשב"ץ (ח"א סי' פ) שהביא את חילוק הדין לענין עדות  
על מיתת הבעל, בין התרת האשה להורדה לנחלה, דלענין להתיר את אשתו בעינן  
שיעידו במיתה ובקבורה היכא דחיישינן לבדדמי, כגון, מים שאין להם סוף, מלחמה  
וכו', ואעפ"כ היכא דאיכא תרי סהדי בדברים שזקתן למיתה, יורדים היורשים  
לנחלה. וכן הביא מתש"ר רב האי גאון דאזלינן בתר אומדנא, ומהראשונים בכתובות  
(הני"ל) דהאידינא לא אזלינן בתר אומדנא, וחילק:

"דהתם שהוא רוצה לסמוך לאורועי שטרא לאפוכי שבועתא ע"פ קרוב או  
אשה כשנים משום דאיהו קים ליה בגויה, האידינא לית לן למיעבד  
הכי, אבל במאי דאמרי כ"ע דהכי הוא קושטא דמילתא, לית ליה  
לאמנועי מלמעבד הכי, אדרבא מחייב למרדף בתר קושטא להוציא דין  
לאמיתו. ולפ"ז סמכו הפוסקים בענין נחלה להוריד בה קרובים בעדות  
שדעת בני אדם אומדת שהוא מת. וכן מצינו בעלי התלמוד מורידין  
לנחלה קרוב מסופק באומדן דעתא, דאמרינן בפרק חזקת הבתים (נח, א)  
ההוא גברא שמעה לדביתהו ... הרי שר' בנאה דרך אומדן דעתיה  
בירושה זו להפקיעה מאחרים וליתנה לזה, או שהוא אמד בדעתו שזה  
לא רצה לזלזל בכבודו הוא בנו ודאי ..."

העולה מדברי התשב"ץ שיש חילוק בין אומדן דעת שמבוסס על נאמנות לאומדן דעת  
שמבוסס על חזקה. כאשר האומדן דעת נובע מנאמנות מהדיין, אומדן הדעת שייך  
לדיין לבדו ואינו יכול לפעול ולפסוק ע"פ אומדן דעת כזה. נאמנות לא יכולה  
ללמד על מציאות ועובדות. אולם דברים הידועים לכל ויש חזקה שכך ארע, האומדנא  
משקפת את המציאות. האומדנא שדיין יכול לפסוק היא אומדנא שהורתה ולידתה  
מהעובדות והמציאות בתוספת הסתברות, משא"כ נאמנות אינה מעצם עובדות המקרה  
אלא מדבר צדדי, שהדיין מאמין או לא מאמין לעד, ואין בכך ללמד על המציאות.  
[וע"ע במש"כ התשב"ץ (ח"א סי' פד) שאסף כעמיר גורנה הרבה הלכות שבסיסן הוא  
אומדן דעת. ויש לחלק בין חלק מהדינים שהביא לדין שיכול הדיין לפסוק ע"פ  
אומדן דעתו, דיש דברים שההלכה נקבעה מפני אומדן דעת של התורה (כגון בבן  
סורר ובא במחירת) או אומדן דעת של חכמים (חזקה של ג' שנים), משא"כ כשהדיין  
פועל לפי שיקול דעתו ולא לפי שיקול דעת של חז"ל או של התורה שנקבע להלכה].



וע"ע במש"כ התשב"ץ בח"ב סו"ס רכד, ובמהר"מ אלשיך סי' מ (ד"ה אבל לתרוצי).

והרמב"ם בהל' סנהדרין כד, ב הביא את הדין הנ"ל הן לענין הורעת שטר והן לענין הוצאת ממון, וז"ל:

"כל אלו הדברים הן עיקר הדין, אבל משרבו בתי דינין שאינן הגונים, ואפילו היו הגונים במעשיהם אינן חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה. ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו בעדות אשה או פסול, וכן בשאר כל הדינין. ולא ידון הדיין בסמיכות דעתו ולא בידיעתו, כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה. וכן אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה, לא בדעת הדיין ולא באומדן המת או הטוען..."

והסמ"ע טו, טז הסיק מהא שהרי"ף והרא"ש השמיטו את הדין שאין מוציאים מהיתומים באומדנא, דלדעתם גם בזמן הזה מוציאים מהיתומים באומדנא, דכיון שאין היורשים באים בטענת ברי, משום הכי מוציאים מהם גם בזמן הזה. ובתומים (טו, אורים ס"ק טו) כתב דהרי"ף והרא"ש גם מודים לדעת הרמב"ם שלא מוציאים ממון מהיתומים באומדנא בזמן הזה, אלא שהביאו את המקרה של רבי מיאשא וחסא ללמדנו שאם טעה הדיין ודן באומדנא, אין לו דין של טועה בדבר משנה או שקול הדעת וקם דינא.

ז. הנוהג המעשי

כבר הובאו לעיל דברי הראשונים והאחרונים שיש לחלק בין אומדנא דמוכח לאומדנא שאינה מוכחת כ"כ. ובשו"ע חו"מ טו, ד לענין דין מרומה, פסק וז"ל:

"... ואם נראה לו באומדנא דמוכח שהוא חייב, יחייבנו אם הוא דיין מומחה ויחיד בדורו."

ומשמע דרק אם הוא דיין מומחה ויחיד בדורו יכול לפסוק ע"פ אומדנא דמוכח, ועיין במהרשד"ם (חחו"מ סי' שס) ובריב"ש סו"ס שסב, ועיין במהר"מ אלשיך בתש"י סי' מ שהאריך בדין זה, ומשמע במסקנת דבריו שניתן לפסוק גם בזמן הזה באומדנא דמוכח טובא, עיי"ש. ובשבות יעקב (ח"ג סי' קמב) כתב דנ"ל דעכשיו יש לדון ע"פ האומד והיושר:

"דהרי הסכמת האחרונים דהאידינא לית דידע למידן דין תורה, אפילו בימי האמוראים מצינו כן בירושלמי, מכל-שכן האידינא, אם הראשונים כפתחו של אולם וכו', רק שצריך כל דיין להיות מתון בדין בכל מאמץ כוחו לדון דין אמת, ואם רואה שהדין מרומה יכול לדון ע"פ האומד לראות לפשר הדבר או להפך השבועה."

ומדבריו משמע דגם בית דין שאינו יחיד בדורו יכול לפסוק ע"פ אומדנא. ונראה לתת טעם לשבח בזמן הזה שמקבלים את הדיינים "בין לדון בין לפשרה ובין ליושר", והמשמעות של "לפי יושר" בהקשר הנ"ל הינה ע"פ שיקול ואומדן דעתו של הדיין. (ועיין במהרי"ק סוף שורש קפו מש"כ בענין דיין שקבלוהו שידון בין לדון ובין לפשרה ובין נגד הדין).

ומצאנו בפסיקת בתי הדין הרבניים בישראל שפסקו ע"פ אומדנא דמוכח אף במקום

שלא קבלו אותם כבוררים אלא בשבתם כבית דין. כך מוצאים אנו בפס"ד של ביה"ד הרבני העליון (בהרכב: הגר"א הרצוג, הגרב"צ עוזיאל, הגרא"מ ולקובסקי) בענין חלוקת מגרש ורהיטים בין בני זוג (מובא באוסף ורהפטיג, עמ' קסב), וז"ל:

"נוסף לזה יוצא מכל החשבונות ותעודות הבנקים ויתר המסמכים שעש אומדנא חזקה וידיים מוכיחות ומשכנעות, כי במגרש זה וברהיטי הבית אלה שקוע במידה ניכרת רכושה של המשיבה, ולפי כמה פוסקים מותר להוציא ממון ע"פ אומדנא חזקה..."

אף שבנדון שם לא פסקו כן למעשה מחמת שלא היה בנסיבות המקרה אומדנא דמוכח טובא, מ"מ מבואר שם דגם בזמן הזה יכול הדיין לפסוק ע"פ אומדנא דמוכח טובא ואף להוציא ממון. וע"ע בפד"ר כרך ט עמ' 349 ולהלן, וכרך יב עמ' 178 ולהלן.

לאור האמור לעיל נראה דאם יש לביה"ד אומדנא דמוכח טובא כתביעת ראובן, רשאי ביה"ד לפסוק ע"פ אומדן דעתו, בפרט אם חתמו הצדדים על שטר בוררין שמקבלים את הדיינים לפסוק "בין לדין ובין ליושר".

## מסקנות

א. יש לחלק בין אומדן דעת הידוע לכל העולם, שאינו בגדר עדות ומהני להוציא ממון על-פיו, לבין אומדן דעת הידוע לדיין בלבד, שהתורה פסלה בגזירת הכתוב.

ב. הנחל יצחק מחלק בין אומדן דעת הידועה לדיין מפי עצמו, שבו ניתן להוציא ממון, לבין כשהידועה מפי אחר.

ג. לא פוסקים בדיני נפשות אפילו ע"פ אומדנא דמוכח.

ד. כשיש הוכחה נסיבתית ברורה שפלוגי חבל בחבירו, כגון שראוהו עדים שנכנס תחת ידו שלם ויצא חבול והיתה החבלה במקום שא"א שיחבול בעצמו, הנחבל נוטל בלא שבועה.

ה. כאשר הצד לדין מתחמק משאלות בי"ד וכובש דבריו, יכול הדיין לפסוק ע"פ אומדן דעתו, כהשיב והתברר שקרו.

ו. אזלינן בתר אומדנא בכונת הנותן, אך לא אזלינן בתר אומדנא לקבוע את המציאות.

ז. כאשר ע"פ אומדן דעת הדיין החייב עני וכשר ואינו מבריח נכסיו, אין להשביעו. וכן במי שהוחזק רמאי, אינו ראוי להשביעו.

ח. אומדן דעת שמבוסס על נאמנות הדיין, אין הדיין יכול לפסוק על-פיו. משא"כ באומדן דעת המבוסס על חזקה, שהאומדנא משקפת את המציאות.

ט. נחלקו הראשונים אם בזמן הזה מוציאים ממון מהיתומים באומדן דעת. ויש הסוברים דאליבא דכ"ע אין מוציאים.

י. יכול הדיין לפסוק ע"פ אומדנא מוכחת. וי"א דוקא דיין מומחה ויחיד בדורו.