

## מקומן של ראיות נסיבתיות במשפט העברי

מאת

חיים ש. חפץ

מבוא

דעה מושרשת היטב בקרב רובו ככלור של קהל המשפטנים אשר שיח ושיג לו במשפט העברי, כי השימוש בראיות נסיבתיות נדיר עד כדי היעדרות גמורה במערכת דיני הראיות במשפט העברי, בין בתחום המשפט הפלילי ובין בתחום המשפט האזרחי. רבים המשפטנים והמתכבדים המרימים על גס עובדא זו כמון המאפיינות שכמעט אינן צריכות ראיה, ואף מציינים אותה כאחד מסימני ההיכר הבולטים והמובהקים של המשפט העברי, המבדילים אותו משיטות המשפט המודרניות.<sup>1</sup>

עמדי התווכח עליהם גשענה דעה זו הן האימרות שבתורה ושבתלמוד, על פי שני עדים... יקום דבר"<sup>2</sup>, "תרי כמאה"<sup>3</sup> ו, "אין הולכין בממון אחר הרוב"<sup>4</sup> וכן ההלכה הידועה שבדיני נפשות אין מטילין עונשי התורה כגון מיתות בית דין ומלקות ארבעים על פי אומדנות או הרדאת הנאשם או עד אחד, כי אם על פי שנים עדים כשרים בלבד.<sup>5</sup> ועל כל אלה ניתן להוסיף כנגה וכהנה הלכות מרובות ודקדוקים לעשרות בדבר פסולי עדות כגון: נשים, קטנים, קרובים, עוברי עבירה, משחקים בקוביה, נגעים בעדותם, גמצא אחד מהם קרוב או פסול נפסלת העדות כולה,<sup>6</sup> ועוד הגבלות כגון ההלכה, "כיון שהגיד שוב אינו תוזר המגיד"<sup>7</sup>. מצירוף כל הפרטים הללו מצטירת תמונה של מסגרת דיני ראיות פורמלית ונוקשה השוללת מהדיין כמעט כל זיק של שיקול דעת ומחשבה עצמאית או יכולת לברר עובדות ולהגיע לחקר האמת.

סיכום איפני להלכי הרהר השוררים בקרב משפטנים בישראל ביחס למערכת דיני הראיות במשפט העברי, מצוי במבוא לחוברת, "הצעת חוק הראיות"<sup>8</sup>: "דיני הראיות במשפט העברי (ובמשפטים קדומים אחרים) עשו סייג לשקר ע"י אמצעי פשוט בתכלית: כל מי שיש לחשוד בו שאינו מקפיד על האמת, פסול לעדות. מכאן פסלו לא רק עוברי עבירה ומשחקים בקוביה, אלא גם נשים, עבדים וקטנים... ואין צריך לומר שפסלו בעל דין

- 1 ראה למשל Jewish Encyclopedia, כרך 5 עמ' 277-280; וכרך 10, עמ' 205; Standard Jewish Encyclopedia מהדורה חדשה של רוט, 1966, ירושלים, עמ' 650.
- 2 דברים י"ט, ט"ו.
- 3 מכות ה', ב'; רמב"ם הלכות עדות, י"ח, ג; וראה כתובות כ"ב, א, בתוס' ד"ה תרי ותרי נינהו.
- 4 בבא בתרא צ"ב, ב.
- 5 דברים י"ז, ו; סנהדרין לו, א; רמב"ם הלכות סנהדרין, כ, א.
- 6 סנהדרין ט, א; כ"ד, ב; כ"ו, ב; כתובות י"ח, ב.
- 7 הוצאת משרד המשפטים, תשי"ג-1953, עמ' 10. סתירה לסיכום כוללני זה מצויה בדברי ההסבר שצורפו לד"ח המיעוט בעמ' 87, ביחס לפסול עדות בעל דין.
- 8 מהיחידים בין המשפטנים הערים לענף הוא אשר גולאק. ראה ייסודי המשפט העברי, ספר רביעי, עמ' 84-110, 164-165, ו' 197.

וקרוביו מלהעיד בענינו שלו. עוד סייגים עשה המשפט העברי בהצריכו לכל דבר שני עדים כשרים, ואם הכחישו זה את זה, בפרט חשוב, עדות שניהם בטלה... והחמירו עוד כהנה וכהנה בדיני גפשות. ותוצאת היתה, כי אמנם לא באו בפני בתי הדין אלא עדים מוחזקים לדברי אמת, ושום דבר לא נחתך אלא על פי עדות שני עדים כאלה, אך כל דבר שאי אפשר היה להוכיח בדרך זו, אי אפשר היה להוכיחו בכלל" (ההדגשה שלי).

ראובן יש מקום להקשות: אם המצב השורר במסגרת דיני הראיות שהיא, מערכת העצבים של כל שיטה משפטית, המממשת את עקרונות המשפט המופשטים הלכה למעשה, הוא באמת כפי שתואר במובאה הלעיל, איד בכלל הצליתו בתי הדין היהודיים בכל הדורות לקנות להם שם טוב בקרב העם היהודי כפעלי צדק דני דין אמת לאמיתו עד שרובו המכריע של העם נודקק להם מרצונו התפשי? ! והלא את העובדות הפשוטות ביותר השנויות במחלוקת בין הצדדים, לא היו בתי הדין מסוגלים לקבוע לאמתן! הלא כל רמאי וגזולן היה בנקל יכול לנצל את הגישה הפורמלית הנקשה חסרת יכולת שיקול הדעת האלמנטרי של הדיינים כדי להכשיל כל תביעה נגדו!<sup>8</sup>

לדעתי, די בקושי יסודי זה כדי להפריך מעיקרא דדינא את ההשקפה המקובלת, כפי שבאה לידי ביטוי מובהק במובאה דלעיל, על מערכת דיני הראיות של המשפט העברי. מטרת מאמר זה היא להוכיח שהשקפה זו מוטעית מיסודה ולהעמיד את מערכת דיני הראיות בחלק האזרחי של המשפט העברי, "בנוית ראייה" נכונה. נוסף לכך, אנסה לעמוד על הסיבות שגרמו להשתרשות ההשקפה המוטעית בקרב משפטנים מודרניים ביחס לדיני הראיות של המשפט העברי בפרט: לעקרונותיו ורוחו של המשפט העברי בכלל.

### ב. ראיות נסיבתיות; הגדרתן ומקומן במערכת דיני הראיות

מהי ראייה נסיבתית? המחברים בכל שיטות המשפט, מאוחדים – תוך שינוי סגנון אופייניים – בדעה כי במהותה ראייה נסיבתית היא תוצאת הפעלת כח העיון והנתוח הטכני של ראיות ישירות. בצורת משוואה אפשר לומר שראייה נסיבתית היא, "ראייה ישירה + הפעלת כח החשיבה". ואם כך תדבר, אין לך שיטה משפטית, לא מהקדומות ולא מהחדשות, היכולה להשבית ראיות נסיבתיות מתחומה מבלי לוותר על השימוש האלמנטרי בשכל האנושי ואתו על יסודות המשפט והצדק האלמנטריים.<sup>9</sup>

8 תמציתית היא הגדרתו של Wills בספרו An Essay on the Principles of Circumstantial Evidence מהד' 6 עמ' 19: "ראייה נסיבתית זהה בטיבה לראייה ישירה; ההבדל הוא בזה שכראייה ישירה הכוונה לראייה המתחסת ישירות לעובדה המהווה נושא הדין, ההפקטום פרובנדרום; ראייה נסיבתית ישירה לא סחות בטיבה, אבל כפי שרמז בשמה, היא ראייה ישירה של עובדה ססלה או עובדות מטיב כזה שהשכל מובל בלי משים או לאחר ההליך מודע של ניתוח סכלי, לקראת או אל ההכרה שממנה או מהן ניתן להסיק עובדה אחרת".  
עיי' גם Best, Principles of the Law of Evidence מהד' 12, עמ' 270-267; Gulson on Proof (1905), עמ' 199-216.

גם במבוא להצעת חוק הראיות, בעמ' 9, כשאין התייחסות ישירה למשפט העברי או למשפטים קדומים אחרים נאמר: "לא היתה תקופה ולא היתה שיטה משפטית שלפיה לא נדרשו בתי המשפט לבור את האמת מן השקר בראיות שהובאו בפניהם, ולמעשה לא היה בידיהם מכשיר לכך אלא עיניהם הרואות ואזניהם השומעות ושכלם המבחין בלבד".

## ראיות נסיבתיות במשפט העברי

המחלוקת והבדלי הגישה ביחס לראיות נסיבתיות בין שיטת המשפט אחת לחברתה אינם טובים סביב הגדרתה המושגית או עצם מציאותה של ראיה נסיבתית במסגרת הדיון המשפטי, כי אם על המשקל ההוכחתי, וכוחה המשכנע של ראיה נסיבתית מסוימת או צירוף ראיות נסיבתיות מסוימות, וכן על סיווגן של ראיות נסיבתיות במסגרת שיטות המיון המשפטיות והמינוח המשפטי המקובלים או הראויים להתקבל על דעת חכמי המשפט בשיטה מסוימת.<sup>10</sup> משום כך גדולה וענפה הספרות המשפטית הנוגעת לדיני הראיות בכלל, ולראיות הנסיבתיות בפרט, בכל שיטה משפטית, ואין המשפט העברי יוצא מכלל זה. כל המצוי אצל מקורות המשפט העברי ידוע היטב את המקום הרחב שענין הראיה הנסיבתית תופש במשפט זה; אולם מאחר והביטוי „ראיה נסיבתית“ אינו ממונחי המשפט העברי, אין תוצמת לב מספקת לכך שמונחים ומושגים כמו „חוקה“, „רוב“, „וצגר“, „אנן סהדי“, „דין מרומה“, „אומדנה“, „שודא דדיינא“, „אמדן דעתא“, „שטר מברחת“, „מתנה טמירתא“, „עביד אינש“, „אין לדיין אלא מה שעניו רואות“ ועוד, כולם שייכים או שיש להם השלכה לסוגיה המכונה בשיטות משפטיות מאדרגיות, „ראיה נסיבתית“. בהקשר זה, ראויים להישמע דבריו של רבי שמעון דוראן באחת מתשובותיו שנאמרו כתגובה לקבעה הפסקנית של השואל, כי במשפט העברי לא ניתן להוציא ממון מידי בעליו על סמך ראיות נסיבתיות בלבד. כותב בעל התשב"ץ: „... עוד כתבת בכמה מקורי מות דמשום אומדן דעתא לא סמכינן לאפוקי ממוגא מרשותא דמאריה אלא בעדי דות ב' עדים, כי זהו אצלך יסוד גדול שאין דבר מדיני התורה נחתך באומדן הדעת. והנה בטלת כמה דיני תורה ורוב דיני התלמוד“. והולך הרשב"ץ ומביא שורה ארוכה של הלכות ואימרות המתבססות על אומדן דעתא, וביניהן רבות המשתמשות בביטוי „אנן סהדי“. על ביטוי זה הוא מעיר: „וכמה יש כאלה בתלמוד וכל פרושות רש"י ז"ל מלאות מזה הטעם דאנן סהדי...“. ומסיים התשב"ץ: „ואתה מתחסד בכל זה וכותב דברים בלא השגחה, חשבת אותם חכמות רמות גביש וראי מות“<sup>11</sup>.

לא אדון איפוא במאמר זה ברוב המושגים וההלכות הדבוקים ואחוזים בקיפולי תורת הראיות הנסיבתיות ודקדוקיה, אלא אצטמצם באותם המקורות הדגים באופן ישיר בבעיות מעמדה וכוח משקלה של „אמדן דעתא“ או „אומדנא“, ולגישאים הקשורים ישירות לה, דהיינו „דין מרומה“, „דין אמת לאמתר“, „הכל לפי ראות עיני הדיין“. אף לאחר הצמצום יידונו הבעיות המשפטיות רק במידה הדרושה להוכחה שהכללות משפטות יתר על המידה בשטח דיני הראיות במשפט העברי מחטיאות את האמת.

10 Best, שם עמ' 280, מביא את האבחנה המקובלת בין שלש דרגות של חזקות עובדא: אלים, מסתבר, קל או ומי; Wills מעדיף שתי אבחנות בלבד: חזק וקל. חזק הוא זה שכוחו להעביר את נטל ההוכחה. אמונת השופט באמתת עובדות ומאורעות ניתנת לחלוקה לדרגות רבות מורדאות מוסרית גמורה, שהיא הדרגה הגבוהה ביותר, ועד לסתם השערה מסתברת, שהיא הדרוטה הנמוכה ביותר, וביניהן כמעט אין סוף דרגות של שכנוע. Wills שם, עמ' 7.

11 שו"ת תשב"ץ, חלק ראשון, סימן ס"ד. ר' שמעון בן צמח דוראן, מגדולי רבני ספרד, במאה החמש עשרה. היה גם רב באלג'יר.

## ג. השימוש באומדנות בתקופת המקרא והתלמוד

א. לפי הנחת היסוד של המחקר המודרני, לוטה תקופת המקרא בערפל היסטורי וסוציולוגי. לא ייפלא איפוא אם דעות חוקרים ופרשנים חלוקות באופן קיצוני בסוגית „דרכי ההוכחה” כפי שהיא משתקפת בספרות תקופת זו. ד”ר ז. פלק סבור כי „כללי הראיה היו גוקשים ולא איפשרו לשופט שיקול דעת בהערכת הראיות שהוגשו על ידי הצדדים. הדרך המקורית של הוכחה הייתה באמצעות ראיה ממשית. ראיה שניתנה ע”י שני העדים היתה סופית ומכרעת וצורה זו של הוכחה כנראה הועברה ממשפטים פליליים למשפטים מכל הסוגים”<sup>12</sup>.

מאידך קובע הפרשן שמחה דוד לוצאטו (שד”ל) בפירושו לשמות כ”ב דת, בקשר להתדיינות שבין בעל הבית לשוכר, כי מפירושו של מקרא עולה שהדיינים קרו והכריעו בין טענות הצדדים לפי ראות עיניהם. והוא הדין בכל תביעת ממון, ולא רק בתביעת החזקת פקדון. בדעה זו תומך המלומד הפרופ’ ברעז בהן<sup>13</sup>.

ישנן דוגמאות רבות במקרא לשימוש בטיעון הגיוני ובנסיבות צדדיות כדי לשכנע באמיתות טענה או גירסה מסוימת. אחי יוסף מכחישים בפני עבדו את ההאשמה שגנבו את גביע בעליו והם מביאים כראיה לטענתם את העובדה שהחזירו מארץ כנען את הכסף שנמצא בפי אמתחותיהם. אשת פוטיפר מציגה את בגדיו של יוסף כהוכחה לגירסתה. הרעה שומר השכר מביא את הטריפה כהוכחה לטענת האונס שבפיה. כדגני נוב הוצאו להורג בפקודת שאול על סמך ראיה נסיבתית בלבד. דוד הרג את הנער העמלקי ואת רוצחי איש בשת על פי הדאגה בצרוף ראיות נסיבתיות. אך גם אם נאמר שדוגמות אלו ניתנות לפירוש לכאן ולכאן, הגה משפט שלמה המפורסם הוא למעלה מכל ספק מקרה קלסי של שפיטה על פי אומדנא ושיקול דעת בלבד בתביעה אזרחית, מעין „הצהרת אמתות”; והכתוב משבת את שלמה בחכמה יתרה ומתאר את התרשמותו העזה של העם במלים: „רשמנו כל ישראל את המשפט אשר שפט המלך ויראו מפני המלך כי ראו כי חכמת אלקים בקרבו לעשות משפט”<sup>14</sup>.

ב. נעבור עתה לתקופת התלמוד בה נוכל לעמוד על קרקע בטוחה, „טרה פרמה”, של הלכות ופסקים מפורשים בלי צורך להיעזר ב„ראיות נסיבתיות” להוכחת השימוש באומדנות ושיקול דעת משפטי.

12 Falk, Hebrew Law in Biblical Times, p. 70; דעה דומה מובעת על ידי חיים דוד הולנד במאמר שנתפרסם בקובץ המשפט העברי, כרך ד', עמ' 152.

13 פירוש שד”ל על חמישה חומשי תורה, תל-אביב, תשכ”ג, עמ' 351-352; B. Cohen, Jewish and Roman Law (1966) p. 739.

14 מלכים א', ג', כח'. לדעתו, הרגשת הכתוב כי משפט המלך שלמה הראה על חכמתו מוכיחה כי החכמה הדרושה מהשופט במקרא כללה יכולת שימוש באומדנות. אפילו בלי משפט שלמה, נדמה לי, שהדבר מובן מאליו. אחרת, מה חכמה יש בשמיעה קטאה ופורמליסטית של טענות וראיות שאין עמה הפעלת השכל. אנכי יש לציין, כי בהצעת חוק הראיות, חשיג, מודגש בהערה לסעיף 5, בעמ' 18, כי בבוא השופט להאמין או לסרב להאמין לראיה על פי מה שעיניו רואות, אין לו להישען אלא על דעתו המודשבת, חושו הכריא, נסיונו השיפוטי, הגיונו הער והשכלתו הפסיכולוגית, וכי לסגולות אלה, אין למצוא תמורה בכל חוק. נראה לי, שאף התורה סברה כך, אלא הסתפקה בקביעה שיש למנות שופטים חכמים ונבונים.

1. כהמשך טבעי למשפט שלמה, נתחיל בספור המשעשע של רבי בנאה המובא במסכת בבא בתרא.

„אדם אחד שמע את אשתו אומרת לבתה: הסיבה שאינך צנועה בעיני אימך היא כי אותה אשה (הכוונה לעצמה) עשרה בנים יש לה, ואין לי מאביך אלא אחד. לפני מותו אמר להם: כל נכסי הבן האחד. לא ידעו למי מהם. באו לפני רבי בנאה אמר להם: לכו ודפקו על קבר אביכם עד שיקום ויגלה לכם, למי מהם השאיר. הלכו כולם, זה שהיה בנו לא הלך. אמר להם: כל הנכסים לזה. הלכו והלשינו עליו אל המלך. אמרו: יש איש אחד אצל היתרים המציא מאן מאנשים בלא עדים ובלא בלום.”<sup>15</sup> (מתורגם מהמקור הארמי).

הגימיק המשפטי המונח ביסוד פסק דינו של ר' בנאה מוסבר ע"י המאירי כדלקמן: „וכן יש לדין מופלג לדון לפעמים על פי אומדתו על הדרך שהיה שלמה דן לפעמים כמו שנתפרסם בשתי גשים שבאו לפניו”<sup>16</sup>.

2. במסכת כתובות מובאים שני פסקי דין, מהם אנו למדים שלא רק שהדיינים הסתמכו על אומדנות אלא גם השתמשו בידיעות פרטיות ממקור נאמן שהגיעו אליהם שלא באמצעות הפרוצדורה הרגילה של הגשת ראיות<sup>17</sup>. סמכות יוצאת דופן זו אמנם בוטלה בתקופת הגאונים<sup>18</sup>, בגלל הסכנה הגדולה של שימוש בה שלא כהלכה, אך היסוד העולה מסוגיה זו, ששיקול דעת רחב נתון בידי הדיין בבואו להוציא את האמת לאשור, רה, לא עבר מן העולם. על סמך אומדנות ושכנוע מוחלט ששטר מזוייף, לא היסס הרמב"ן לקרעו, כעדותו של תלמידו הרשב"א בתשובותיו<sup>19</sup>.

במקרה השני המובא באותו המקום פסק רבי אמי להוציא פקדון של שבע מרגליות מידי יתאמיו של רבי מיאשה בר בריה דרבי יהושע בן לוי — שמת מבלי להשאיר בל הודעה על טיבה של חבילה זו המצויה בין נכסיו — על סמך האומדנא שידוע היה שרבי מיאשה לא היה עשיר, ולכן בודאי פקדון היה בידו. אף בסוגיא זו רבו הפירושים. אך אין תלמוד ערוך יוצא מידי פשוטו, שבאומדנא גדולה אפשר להוציא אפילו מידי יתומים. על סמך סוגיות אלו, סיכם הרמב"ם את סמכויות השיפוטיות של דיין בדיני מאמנות על פי עיקר דין התלמוד. וכה דבריו בצחות סגנונו: „יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראיה ברורה, ואין צריך להמר אם היה יודע בודאי שהדבר כן והוא, שהוא דן כפי מה שידע”<sup>20</sup>.

15 בבא בתרא נח, א.

16 המאירי על בבא בתרא, הוצאת סופר, עמ' 307. ראה גם הרשב"ם במקום ד"ה אמר להו כולהו נכסי דהאי. והירוש הריטב"א, בבא בתרא ח"א הוצאת כלי עמ' 218.

17 כתובות פה, א' ו-ב. אשה אחת חרבה בשבועה בבית דינו של רבא. לחשה לו אשתו כי היא יודעת שאותה אשה חשודה לשקר בשבועה. על סמך הודעה זו חייב רבא בשבועה את הצד שכנגד. גימיקו של רבא היה שהוא בטוח בנאמנות אשתו שהיתה בת ר' חסדא.

18 ראה הר"ף שם. הסתמכות על ידיעות פרטיות אסורה איסור חמור בשיטות משפט מודרניות. ראה סעיף 2 להצעת חוק הראיות, עמ' 16.

19 שו"ת הרשב"א, חלק א' סי' אלף קמ"ו.

20 רמב"ם, הלכות סנהדרין, כ"ד, א'.

לאחר שהוא מביא שורה של דוגמאות העולות מן הסוגיה מסכם הרמב"ם באומרו: „וכן כל כיוצא בזה, שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת“. הרמב"ם ער ולאפשרות שמסקנות אלו עלולות לכאורה להשמיט את הקרקע מתחת עצם הצורך בעדות במסגרת דיני הראיות של המשפט העברי, והוא ממשיך ומסביר: „אם כן למה הצריכה תורה שני עדים? שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים, ידון על פי עדותן אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר“.

שיקול הדעת הרחב הניתן לדיין לשיפוט צדק ולדון דין אמת לאמתו הפורץ כל מסגרת מצמצמת של דיני ראיות פורמליים בדיני ממונות הוא מעיקרא דדינא, ודרש מהדיין מומחיות רבה, הכמת היים, מתינות בדין וסגולות מוסריות מובהקות שלא כל דיין מצויין בהן. לפיכך קבלו על עצמם דייני ישראל, לאחר תקופת התלמוד, להימנע מלהשתמש במלוא הסמכויות הנתונות לדיין על פי דין הגמרא<sup>21</sup>, ובעיקר התנורו מלהשתמש בידיעות פרטיות שהגיעו אליהם מחוץ למסגרת הדיון המשפטי בבית הדין<sup>22</sup>.

3. סוגיה תלמודית חשובה הנוגעת לשאלת סמכות השיפוט באומדנות ומידת שיקול הדעת המוענק לדיין בדיני ממונות היא סוגית דין מרומה.

במסכת שבועות מובאת ברייתא האומרת, בין היתר: „מנין לדיין שיודע בדין שהוא מרומה (שלמד מתוך דברי עדים שאין עדותם אמת-רש"י) שלא יאמר הואיל והעדים מעדיין, אחתכנו ויהא קולך תלוי בצואר עדים, תלמוד לומר מדבר שקר תרחיק“<sup>23</sup>. ובמסכת סנהדרין אנו למדים, כי במקרה של דין מרומה חובה על הדיין לחקור ולדרוש היטב, על אף שבדיני ממונות התקינו חז"ל מעין „סדר דין מקוצר“ מן הטעם של „נעילת דלת בפני לוויין“<sup>24</sup>. הלכה זו של דין מרומה הפוסלת לחלוטין גישה פורמלית צרה מצד הדיין כלפי מלאכת השיפוט, הלכה פסוקה היא שלא נחלק על עיקרה אדם מעולם.

4. סוגיה מפורסמת שהרבה טרחו הראשונים והאחרונים לפרשה ונחלקו הדעות בפסקים המוסקים ממנה ובדרכי ישומה, היא מחלוקת רב ושמואל במסכת בבא בתרא<sup>25</sup>, אם הולכין בממון אחר הרוב, ועימותה עם מחלוקת התנאים בענין „גמל האוחר“<sup>26</sup>.

21 שם, ב'.

22 עיין טור ח"מ ושוע ח"מ, סימן ט"ו, ונשאי כליהם שם.

23 שבועות ל', ב'.

24 סנהדרין לב, ב'.

25 ב"ב צב, א, וצג, א. המקרה עליה נסבה המחלוקת היא במכירת שור שנמצא נחן, והקונה טוען מקח טעות בטענה שקנהו לחרישה. אך גם שם משתמשים באומדנות, עיין שם הסוגיא והמאירי. לדעת התוס' ר"ד, דעתו של שמואל שאין הולכים בממון אחר הרוב מצמצמת לענין הוצאת ממון מן המוחזק על סמך טענת רוב בלבד, ואיננה באה להוציא אוכדנות אחרות. וכך אכנס יוצא מהגמרא שם, ששמואל אינו חולק בהכרח על ר' אחא. וראה ירושלמי בבא קמא, פ"ה, ה"א: "א"ר יוסי במקום אחד הילכו במידת הדין כממון אחר הרוב כהרא דתני ר' אחא: גמל האוחר בין הנמלים ונמצא שם אחד מת חייב בידוע שזה הרע".

26 כשהגמל הזכר מודווג עם הנקבה, קרי ליה אוחר – לדעת רש"י בסנהדרין לו, ב.

מחלוקת אחרונה זו מובאת בפירושו במסכת סנהדרין<sup>27</sup> ובמסכת שבועות<sup>28</sup>, בהקשר ישיר עם בעית הדיון על פי אומדנא בדיני ממונות. במסכת שבועות מתקשרת מחלוקת קת, גמל האוחר" עם מחלוקת אחרת, בה מוזכר מושג חשוב בתורת דיני הראיות: „עדות המתקיימת בידיעה בלא ראיה" הנלמד מהפסוק „והוא עד או ראה או ידע", המזופיע בספרות ההלכה כדרגא העליונה של אומדנא דמכת ליד המושג „אנן סהדי"<sup>29</sup>.

5. סוגיא אחרת מתחום דיני הנזיקין המבליטה את השימוש באומדנות מצויה במסכת שבועות<sup>30</sup>. בין המקרים שהחכמים התקינו להפך השבועה על התובע, שיטבע ויטול במקום שהגנתו ישבע ויפטר לפי דין תורה, מנה המשנה את הנחבל, „גחבל כיצד, היז מעידים אותו שנכנס תחת ידו שלם יצא חבול ואמר לו חבלת בי והוא אומר לא חבלתי, הרי זה בשבע ונטל". על דין זה מעיר בגמרא רב יהודה בשם שמאל: „לא שנו אלא במקום שיכול לחבל בעצמו אבל במקום שאינו יכול לחבל בעצמו נוטל שלא בשבועה". הגמרא ממשיכה בקרשיות וחירצים להגביל דינו של שמאל בשני תנאים<sup>31</sup>: „וניחוש דלמא בכותל נתחכך ? תני רבי חייא, שעלתה לו גשיכה בגבו ובין אצילי ידיו. ודלמא אחר עבד ליה ? דליכא אחר".

6. עד כאן הבאנו דוגמאות לשימוש באומדנות הכאות לקבוע עובדות בהוריות. עתה נביא דוגמאות מספר של אומדנות שעל פיהן נקבעו כוונות הצדדים בעיסקא<sup>32</sup>. זהו השימוש הנפוץ של המנה „אומדנא" בתלמוד. במסכת בבא בתרא על המשנה הדנה בשכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים והמבחינה בין שיר קרקע כל שהוא ללא שיר, מובא בגמרא:

„מאן תבא דאולגין בתר אומדנא (הסובר שהולכים אחר אומדן דעת נתן מתנה אע"פ שלא פירש כפירש דמירשב"ם) אמר רב גחמן רבי שמעון בן מנסיא היא, דתניא הרי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחר ואחר כך בא בנו מתנתו מתנה רבי שמעון בן מנסיא אומר אין מתנתו מתנה שאלמלי היה יודע שבנו קיים לא היה כותבן"<sup>33</sup>.

ולאחר הבאת עוד דוגמא של הליכה אחר אומדנא, מסיקה הגמרא שמקורו של רבי שמעון בן מנסיא הוא בדרגת „אומדנא דמכת". כלל זה של אומדן דעת הנתן עובר כחוש השני בתלמוד והוא מיושם בשלל מקרים בעניני כתובה, נדוניא, סבלונות, נדרים,

27 סנהדרין לו, ב.

28 שבועות לד, א.

29 ראה בענין זה מאמריו של הרב בנימין ליפקין על נדרי אומדנא ורוב בדיני ממונות וברצי נפשות ועל אומדנות הדיינים שפורסמו בקובץ „התורה והמדינה", עמ' קט"ז, וב-סיני, כרך כ' עמ' קט"ט.

30 שבועות מד, ב; מו, ב.

31 ואדם כשר שאין לחשוד בו שזיק כליכא אחד דמי. עיי' טור ח"מ סוף סימן צ' בשם הרמ"ה וש"ת שבות יעקב ח"א, סי' ק"ג.

32 האבחנה להלכה בין אומדנות של עובדות לבין אומדנות של כוונות נעשתה על ידי המהר"ק בשורש קט"ט. לצרכי הנדרה משתמשת באבחנה האנציקלופדיה התלמודית, כרך א' עמ' קל"ז, ערך-אומדנא.

33 בבא בתרא קמו, ב.

הקדשות, ומתנות צדקה, וכן בצוואות.<sup>34</sup> תחת אומדנא זו נכנס גם העקרון התלמודי המפורסם, „שחא דדייני“, שמוצא את שימושו באותם מקרי צוואות שכונת הנפטר מסופת קת במדה כזאת, שכמעט אין כל אפשרות לעמוד עליה לאשרה.<sup>35</sup>

אומדנא זו נהפכה להלכה פסוקה בליסוד בדיני המתנה. הרמב"ם פותח את הפרק על דיני המתנה בכלל זה: „לעולם אומדין דעת הגותן, אם היו הדברים מראין סוף דעתו, ערשין על פי האומדן אף על פי שלא פירש“.<sup>36</sup> כל יתר והלכות והדינים כובאים על ידו כהדגמות לכלל יסוד זה.

7. אף בדיני מכר, ביצרה לה האומדנא מקום נכבד. ברם שלא כבדיני מתנה, יש להגן כאן ענין ב„דעת אחרת“, שיש להתחשב בה בגלל הדעת האחרת שורר בדיני מכר הכלל הידוע „דברים שבלב אינם דברים“, וכן הדרישות הקפדניות של דיני ההתנאה במסגרת הנבלות אלה, נוצרה באמצעות האומדנא תורת ההתנאה מכללא, על הלכותיה, אבחנותיה, ופרטיה בהתאם לסיגי ההתקשרות החזית ונשואיה (כגון מקרקעין, מטלטלין, וכו').

את כללי האומדנא בדיני ההתקשרות החזית, בין במכר ובין במתנה, אסכם הרא"ש בפסקו ותירושו כדלקמן: „... ויש דברים שאין מעיל בהם גילוי דעת עד שיתנה בפירוש כגון תכא ש אין הענין מוכיח על דעתו אי לאו דאתני, וכיון דבעי תנאי בעי תנאי כפול; ויש דברים שאפילו גילוי דעת אינו צריך משום דאיכא אומדנא דמוכח, אפילו לא גילה דעתו בשעת המעשה לא הו דברים שבלב משום דבלא גילוי דעת אנון סהדי דלהכי איכיון... אבל זכין ולא אצטריכו ליה זוני והוא גברא דזכין נכסי אדעתא למיסק לארעא דישאל אע"ג דגלי דעתיה מעיקרא וידוע לכל שידעת כן הוא וזכר בעינן גילוי דעת בשעת מעשה דליכא אומדנא דמוכח כולי האי בלא גילוי דעת, דהרבה פעמים אדם מוכר קרקעות ואין ידוע למה הוא מוכרן...“.<sup>37</sup>

8. נסיים פרק זה על השימוש באומדנא בתקופת התלמוד בציטטה מתורגמת מתוך תשובת רב האי גאון, המהווה עדות ברורה מפי דיין מומחה על הגישה הגמישה לדיני הראיות ודרכי הפעלתם בה נהגו הלכה למעשה בבתי הדין העליונים בתקופת התלמוד ובתקופת הגאונים גם יחד.

„דעתנו שלנו ושל אבי מורי ז"ל (הוא גר' שרירא גאון): ידוע בדיינים מעולם שהולכים אחר אומדנא, מדקדקים לעולם אחר עיקר המעשה, שלא יהיה בו מרמה, וכבר סים והולכים אחר אמת המעשה ולגלות כל הדברים לאור... והגדולים שהיתה בהם יראת שמים, כך היה הרגלם ומנהגם“.<sup>38</sup>

34 עיין שו"ת הרמ"ע סאנו, סי' 1; שו"ת הרא"ם, סי' ט"ז וני"ג; שו"ת מהר"ש אבוהב (דבר שמואל) סי' ס"ו; שו"ת האלשיך, סי' י"ח; שו"ת משאת משה, חלק י"ד, סי' י"ט.

35 כתובות פה, ב.

36 רמב"ם הלכות זכיה ומתנה, ו, א.

37 הרא"ש על כתובות צו, א, סי' ט'.

38 מובא בשו"ת תשב"ץ ח"א, סי' פ'; ובשו"ת מהר"מ אלאשקר סי' קט"ו.



#### ד. ספרות השאלות ותשובות והפוסקים

ספרות השאלות והתשובות והפוסקים הינה „יס" כה רחב ואדיר, שאפילו „יס התלמוד" נדמה ביחס אליה כ„אגם"<sup>39</sup>. כל כוונתנו בפרק זה היא ללקוט זעיר פה וזעיר שם מתוך תשובותיהם של גדולי החכמים והפוסקים שבמרכזי היהדות בארצות הגולה במשך כל הדורות מסוף המאה האחת עשרה ועד המאה התשע עשרה לספירה, כדי לתת מושג מה על יחסם של גדולי דיני ישראל לתפקיד השיפוט המעשי הדרכי השימוש בכללי דיני הראיות בכלל, ובאומדנות בפרט, לצורך ביצועו היומיומי התקין. מאחר ואין שני דיינים, אפילו דגרים בארץ אחת ובתקופה אחת, מתבאים בעניני המשפט המופשט והמיזשם בסגנון אחד, ועל אחת כמה וכמה כשהם מארצות שונות ומתקופות שונות, לא יפלא איפוא בעינינו למצוא חילוקי דעות חילופי סגנון לעיתים תרופים בין החכמים. כאן יודגשו הקיום הבולטים המשותפים ביחס לשימוש בתורת האומדנא הלכה למעשה.

1. נתחיל בתשובות הרא"ש, שהוא ראש המדברים בנושא השימוש באומדנא, וממנו יתד ופינה לכל דיון בסוגיה זו.

מעשה בראובן שהיה בידו שטר חוב על שני שותפים שמעון ח'וי. לאחר מות שמעון פרע לוי לראובן את חלקו בחוב, אבל בני שמעון שהיו ידועים כעניים פרשטי רגל ברח מהעיר ונדדו למקום אחר בגלל החובות המרובים שלא יכלו לעמוד בהם. ראובן תבע את יתרת החוב מאמם של בני שמעון. בהיותה חולה בקשה האם ארכה עד שתתרפא. לאחר זמן יצא קול הברה בעיר שמורשהו של ראובן אבד את השטר בשוק והוא נמצא על ידי גוי שמכרו בדמים מעטים לקרובי בני שמעון. בא ראובן ותבע כתיבת שטר חדש, ונגד תביעתו טענו קרובי בני שמעון שהשטר פרוץ, ושהשטר נפל משליח בני שמעון לאחר שנפרע.

הרא"ש נכנס בעובי הקורה ופסק לטובת ראובן, בהסתמך על שבע אומדנות ברורות. מדבריו משתמע הכלל שהיה נר לרגליו בבואו להוציא פסק, לאחר שהוא מסתמך על המקורות בתלמוד אותם כבר ציינו. „ונצטוונו לדון דין אמת לאמיתו ואע"פ שאין אנו נביאים לדון דברים שבלב, חכם עדיף מנביא, ונצא בעקבות הראשונים ונלמוד ממעשיהם. ודבר זה יש לו עיקר מדברי קבלה מאב לחכמים אשר צוה ליתן לה הילד התי"י"<sup>40</sup>.

ולאחר ניתוח נסיבות המקרה הוא מסיים: „וכיון שחוב זה (הכוונה לסכום) ידוע לכמה בני אדם, יכתבו לנו שטר אחר, שכן הדין נוהג במי שנמחק חובו ורישומו ניכר, שבית דין עושין לו קינא. ואין לך רישומו ניכר יותר מנדון זה מכמה אמת לאות ואומדנות ברורות וידיים מוכיחות שגלוי זידוע שממון זה לא גפרע... ואם היו היורשים בכאן היו טוענים אותם טענות שבד

39 ראה סתד יצחק השלם (ר' יצחק לאמפרוטטי), הוצאת צבי קאנל, תרצ"ה, תחת הערכים אומדנות; כנסת הגדולה לטור חר"מ ס" טו; שדי חמד, ח"א, אות א' ס" שפ"ו; אנציקלופדיה תלמודית כרך א' תחת הערך אומדנא; ספר עזרת נשים מאת הרב מאיר מאירי, ספר ראשון, עמ' קס"ז-ר"ב.

40 שרת הרא"ש כלל ס"ח, סימן כ"ג.

קרוביהם מלבם היו ראויים לכפותם ולרדותם עד שיאמרו אמת דעדיפי כל הני אומדנות מההוא אומדנא דמר זוטרא חסידא<sup>41</sup>.

ענין אחר בו עסק הרא"ש התיחס לבעית הברתת נכסים בערמה שהיתה ממכות התקופה. הלווה היה כותב בהשאי כל נכסיו כמתנה לקרוביו או לידידיו, ואחר כך היה לוה כספים וחותרם על שטרות כאוות נפשו, ובבוא זמן הפרעון, טען והוכיח שאין לו כל נכסים לגבות מהם. הרא"ש התקומם נגד מעשי עוולה אלו, וביטל את מתנות הערמה בכל מקום שהנסיבות הראו בבירור שכל כוונתם של הנותנים להבריח מפני המלווים. בתשובות רבות, הגדיר הרא"ש בבירור את שיקול הדעת הרחב הנתון לדיין לשפוט צדק ולדון לפי האמת מבלי להיחזק קשור לפורמולות משפטיות גוקשות, מקום שהן עומדות בסתירה לאמת ולצדק.

,תורת אמת וחוקים טובים ומשפטים ישרים נתן הקב"ה לעמו ישראל על ידי משה רבנו ע"ה, דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום, צדיקים ילכו בהם ופושעים המתנכלים לעקש הישרה להגדיל שקל במאזני מרמה, חייבים חכמי ישראל לסכל עצתם ולבטל מחשבותיהם ועל זה נאמר צדק צדק תרדוף (סנהדרין לב:), ואמרו חכמים דין אמת לאמתו לאפוקי מרומה"<sup>41א</sup>.

ולאחר שהיא מביא את המקורות בתלמוד הנוגעים לאומדנות ולסמכות הנתונה לדיינים לבטל עצת מערימים מסיק הרא"ש את המסקנה שהמקרים שבחלמוד לא מצו את כל האפשרויות, ויש לכן ללכת אחר העקרון: ,ואנו נדון דבר מדבר ועלמוד דבר מדבר כי חכמי התלמוד לא הספיקו לכתוב כל הנוגדות העתידות לבא המתחדשות בכל יום, אלא שהבאים אחריהם יוצאים בעקבותיהם ומדמין מילתא למילתא".

במשפט אחר הכחיש הנתבע תביעת שותפו, שהוא חייב לו 12 אלף זהובים בשטר. טענת הנתבע היתה ששלם את הכל מזמן והוא סרב לענות על שאלות החקירה בהסתתרו מאחורי הטענה הפורמלית שאין תובה עליו להשיב על פרטי השאלות, שכן נוטל התוכחה הוא על התובע. תשובת הרא"ש לטענה פורמליסטית זאת ברורה וקולעת: ,מן הדין היה על ר' ישראל להשיב על כל החקירות ודרישות, כי בדין ומרומה יש לדיין לחקור ולדרוש בכל מיני חקירות ודרישות עד שיצא הדין לאמיתו".

אין הרא"ש מסתפק בקביעה זו, והוא ממשיך להוציא מדין זה מסקנה משפטית מרחיקה לכת, העולה בקנה אחד עם כלל דעותיו: ,ועל זה וכיצא בזה נאמר אין לדיין אלא מה שעיניו רואות, וכיון שנראה לדיין שאם היה זה משיב על שאלותיו היה הדבר מתברר, ומחמת שלא יתברר הוא כובש דבריו ויעשה הדיין כאלו השיב ונתברר שקרו ויחייבו באומדן הדעת אע"פ שאינו יכול לברר שקרו בביאור ובפירושו... אומדנא דמוכח הוא ורשאי דיין מומחה לדון באומדנא דמוכח כזה....

41 הכוונה למסופר בבבא מציעא כד, ב, על כוס כסף שנעב מבעל אכסניה, וכשראה מר זוטרא תלמיד אחד שניגב ידיו בכנדי חברו, חשד בו שהוא העב מאחר שזולל במינק חברו, והכריחהו להודות.

41א שו"ת הרא"ש כלל ע"ח, סימן ג'. וראה עוד מ. אלק, חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי, תשכ"ד, עמ' 123 ואילך.

...דכיון שבא הדין לפני הדין והוא אינו יכול לברר הדבר, אינו רשאי למשוך ידו מן הדין ויריבו בעלי הדין זה עם זה וכתוב אמת ומשפט שלום וכו' כי על ידי המשפט יש שלום בעולם, ולכך נתנו כח לדיין לשפוט ולעשות מה שירצה אף בלא טעם וראיה כדי לתת שלום בעולם"<sup>42</sup>.

2. הרשב"א<sup>43</sup> שהיה בן דורו הקשיש של הרא"ש וראש רבני ספרד לפניו דן אף הוא בתשובותיו בפנים השונות של השימוש באומדנות, אם כי מקצר בראיותיו מתוך התלמוד. ביחס לבעית הלווים המערימים על מלוויהם מעיד הרשב"א על דינים גדולים רבותיו שמתוך ענוותנות יתירה שנהגו בעצמם לא בוקקו לבטל את מתנות הפיקציה. אך לא כן דעתו בענין זה, "אני אומר כי זו מצוה רבה וכל אשר דן בה דין אמת לאמתו, שתורתינו אמתית ודוחפת בשתי ידיים עושה רשעה..."<sup>44</sup>.

במקום אחר בסכסוך מסוים בין יורשים, סיים הרשב"א תשובתו לשואלים ברמז שמסכת העובדות איננה לגמרי חלקה, "ובית דין יפה יוציא הדבר לאמתו". השואלים פנו שוב לרשב"א להורותם, "היאך יוציא לאמתו". תשובתו של הרשב"א פותחת לנו אשנב ליסודות מלאכת השפיטה ולתכונות הנחוצות לדיין נאמן.

"דבר זה אינו ענין פרטי שיוכל שום חכם לומר בדבר פלוני ובדבר פלוני אלא כל בית דין לפי מה שהוא ענין במקומו ושעתו בחקירת הענין אם היו שם עדים, איש או אפילו אשה, ובאיות ענין היה ולפי דעת הב"ד וחכמתו וחריפותו יכיר הענין מתוך הדברים והוא שהיו בודקין ומרבין בחקירות ובבדיקות, והוא רמז במה שאמרו דן דין אמת לאמתו אם הוא דן דין אמת מאי לאמתו, אלא שרמז לזה שיוסיפו לדבר ולשאל, ואע"פ שמן הדין היה כן וכן בתחילת הדבר אפילו כן יעינו היטב כדי שיצא לאמתו, אם יראה בעיניהם שיש קצת דברי רמאות הערממת בטענותיהם"<sup>45</sup>.

בתשובה אחרת נשאל הרשב"א אם יש כח בדין בית דין לקרוע שטר על סמך ידיעתו שהשטר מזויף מבלי שהזויף הוכח בעדים, והוא משיב: "אם הבית דין ידוע ומתחזק בכשרות ורא שמים ובית דין חשוב הוא יש בו כח לעשות כזה וכיוצא בזה להוראת שעה וכמדומה שעל זה אמרו דן דין אמת לאמתו והוא מעשה דמרי בר איסק"<sup>46</sup>. ... הנה שרב חסדא הפך את הדין לפי שעה להוציא את הדין לאמתו. ומכל מקום צריך הבית דין להיות מתון בדברים אלו הרבה ולדרוש ולחקור היטב קודם שיקרע שטרות של בני אדם, ושמעתי

42 שו"ת הרא"ש, כלל ק"ז, סימן ר. הענין הנדון בחשובה הועבר על ידי מלכת ספרד לרא"ש לאחר שכבר עבר ערכאות רבות גם בבתי המשפט וגם בבתי הדין. המשפט הזה פותח לנו אשנב למצב היהודים בגלות ספרד.

43 על הרשב"א והרא"ש, ראה בער, תולדות היהודים בספרד הנצרית, מהד' שניה, עמ' 167-190.

44 שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' רס"ג. ראה גם שם סי' קמ"ח.

45 שו"ת הרשב"א, ח"ג סי' ע"ד.

46 הכוונה למסופר בבבא מציעא לט, ב, שהטיל ר' חסדא על הנתבע להביא עדים לדחות התביעה, מפני שהיה מסורסם כאלם, והעדים סרבו להוסיף על סי הזמנת התובע.

כי מעשה היה בפני מורנו הרב משה בן נחמן ז"ל וקרעו בידי, והכל לפי הבדי-  
קות ולפי כוונת שמים גירא אלקים יצא את כולם" 47.

3. לאחר שזמנו הדעות האימרות והפסקים בסוגית האומדנא שנבעו מאמירות הרמב"ם והרא"ש לפונדק אחד בספר הטורים 48 על ידי רבי יעקב בנו של הרא"ש, נתגבר שה הדעה כי מעיקר דין התלמוד רחבה בלי מצרים סמכותו של הדיין להשתמש בשיקול דעתו ולשפוט לפי ראות עיניו על פי אומדנות. אך שטר זה טוברו בצדו, בדמות התקנה או המנהג שצריך על ידי הרמב"ם בצירוף תשובות הספר של הרא"ש, בהן סרב להכריע על פי אומדנות, מטעמים המבוארים על ידו במקרים המסוימים ההם 49. הבעיה הגדולה שהתברר לדון בה לאחר זמנו של בעל הטורים היתה באיזו מידה נשארה בידי הדיינים הסמכות לדון על פי אומדנא. כרגיל בספרות הפסיקה של המשפט העברי, לא הוכרעה השאלה בצורה מופשטת וכללית, אלא דורחבה היריעה בנתחיי מקורות נוספים, בפירוט שים ואבחנות הגוגעים לפרטים ופרטי פרטים, ובחילוקי דעות רבים, שקובצו לאחר מכן בשלחן הערוך ובנרשאי כליו 50.

4. אחת הבעיות הקשות שהעסיקה מאד את דיניי ישראל בדורות ההם געעה לתחום הנישואין, אנשי בליעל היו מוציאים לעז על בנות ישראל ממשפחות מכובדות שהן נתקדשו להם בסתר בפני שני עדים, "כשרים". במקרים כאלה, גטיה לחומרא – האופינית לענייני אישות – מצד דיניי ישראל היתה עוזרת בידי הגעלילים להפיק זממם, כי די היה בקביעת הצורך לגט מספק לעגן את האומללה או לאלץ את המשפחה להיכנע לסחטנות. כדי להתגבר על געעה זו, צללו הדיינים בים של אומדנות, אגן סהדי 51, רגלים לדבר" והעמיקו חקר בסוגית, "דין מרומה" ובחכמת הדרישה החקירה. התוצאה אליה שאפו דיניי ישראל היתה להתיר בלא גט את הבת האומללה. יש שהסתמכו ישירות על האומדנות המרובות והכריעו במפורש על פיהן ויש שהשתמשו באומדנות ככלי עזר לגילויי פגמים פורמליים בעדויות ובטענות כדי לפסלן בהסתמך על הליכות מפורשות בתלמוד. במקרים אלה גלוי לעין הבוחנת, כי הדיינים היו משוכנעים שלא יתכן שלא נכשלו הרשעים בדרכי התורה, וכל מאמצייהם היו נתונים לגלות כשלונות אלו.

47 שו"ת הרשב"א, ח"א, ס"ו אלף קמ"ו.

48 טור חר"מ, ס"ו ט"ו, סעיפים ג' ד'; ס"ו צ', סעיפים כ"ג וכ"ד; ס"ו צ"א, סעיפים ו' ו"ז; ס"ו צ"ט, סעי' יב-כ"ד. סלא גדול בעיני שהרא"ש בהשוכותיו מתעלם לגמרי מדעת הרמב"ם ואינו מזכירה כלל, על אף שאין לסקסוק לרנע שהלכות סנהדרין מספר משנה תורה היו ידועות לו היטב.

49 עיין שו"ת הרא"ש כלל ס"ד, סימן ד', וכלל ס"ח, סימן כ'. אין בשני המקרים הללו כל סתירה לדעתו היסודית והברורה של הרא"ש. במקרה אחר, קבע הרא"ש שיטת שטר חוב אינה כשל עצמה אומדנא ככריעה שהשטר זויף או נסרע. במקרה השני קבע שאין כוונה כשל עצמה מססיקה לבטל ירושה, אם לא נעשה פעולה משפטית תקפה להוצאת הנכס מכלל ירושה. וראה מ. אלק, ההתיישות במשפט העברי, הפרקליט, תשי"ח-1958, עמ' 244 ואילך.

50 שו"ע חר"מ ס"ו ט"ו.

הריב"ש<sup>51</sup> למשל מרוב ענותנות לא החזיק את עצמו כבעל מידות מוסריות ושכ" ליות שיאפשר לו לפסוק על פי אומד הדעת. בכל זאת קבע שאין לחוש כלל לטענת קידושין שטען אדם בשם מאשטרי חזראן והביא עדים לטענתו, על סמך מה שנראה לו „שהוא עיקר ועומקא דדינא לפי דין הגמרא“. כדי להגיע לדין הגמרא, מביא הריב"ש אומדנות ואמתלות רבות שהתשובה שבהן עליה נסב כל הנתוח ההלכתי היתה „בודאי אין לך דין מצומה גדול מזה שיאמר אדם שהוא קדש אשה אחת חשובה בלא שזוכין ושללא בפני קרוביה ובלא ברכת אירוסין ושללא בעשרה ובהכמנת עדים בדרך ערמה“<sup>52</sup>.

אומדנא זו והדומות לה עוברות כחוט השני בכל התשובות הדנות בבעיה כאובה זו. תשובה ארוכה בסוגיה זו, ממנה ניתן ללמוד פרק חשוב בקבלת עדים וחקירתם, מצויה בשאלות ותשובות הרב אליהו מזרחי, בה מזכיר הר"ם ישירות על סמך האומדנות שהדין מצומה כי „מדע לא קדשה לפני קבוץ גמבדים מהקהל ולפני אביה... היתכן רמאות גדולה מזו, וכיון שהוא כן אפילו בדיני ממונות צריכין דרישה חקירת. כל שכן בדיני אישות שהוא קרוב לדיני נפשות...“<sup>53</sup>.

מקרה דומה שאירע בימי האלשי"ך<sup>54</sup> הביאו לניתוח ארוך ומעמיק בסוגית האומד"נא ודין מצומה ובמסקנה הבחין האלשי"ך בחמש דרגות של אומדנא ודין מצומה. הדרגה האחרונה בה שובץ המקרה הנדון שעל פיה התיר את הצעירה ללא גט היא: „דאפילו בזמן הזה קרעינן לשטרא, דמחמת בדיקות איכא אומדנא טובא דמוכחי בירור דמילתא וזיפא דשטרא דמתוכן מת ברר לדיין דמזוייף הוא“<sup>55</sup>.

5. תשובות רבות הדנות בבעית האומדנא מצויות בספר שאלות ותשובות הרשד"ם<sup>56</sup>, אך קשה להסיק מהם שיטה ברורה, כי לפעמים יאמר בכה ולפעמים בכה, ובשנים מקום אינו מעמיד את התקדימים הסותרים אלה לעומת אלה כדי להוציא כללים על סמך אבחנות כפי שעשו האלשי"ך והמהר"ק<sup>57</sup>. נראה שרשד"ם סובר מבחינה עקרונית „שיש להלך אחר אומדנא להוציא ממנו כאשר יש אומדנא גדולה“, והוא מחיל עקרון זה גם בתחום דיני נפשות ודיני נזיקין. אולם מסעמים הסמססים עמו, הרי במקרים שלדעתו לא הספיקו האומדנות להכריע את הכף, נוקט הוא בלשון גומא שהתובע צריך ראיה ברורה ובלעדה דינה של תביעתו להכשל „אפילו יהיה שם כל

51 ר' יצחק בר ששת ברפת, רבה של סרוסה, מגדולי הרבנים בספרד במחצית השנייה של המאה הארבע עשרה.

52 שרת הריב"ש, סימנים רס"ו ורס"ז; ראה דבריו בסוף סימן שצ"ב.

53 שרת הרא"מ סימן כ"ד; ר' אליהו מזרחי היה מגדולי הרבנים בטורקיה לאחר מרוש ספרד. הרב משה אלשי"ך חי בצפת במאה השש עשרה.

54 שרת האלשי"ך, סימן מ'. וראה בקשר לבעיה חמורה זו גם שרת המהר"ש (ר' חיים שבתאי) אכן העור סימן י"ח; ופסק דין בית הדין הרבני הגדול המובא בפסקי הדין של בתי הדין הרבניים, כרך ד' עמ' 33. בפסק דין זה, המסקנה מפתיעה עד מאד, ולא הצלחתי לרדת לסוף דעתה. וראה א.ח. סריימן, ספר קידושין תישואין, תשכ"ה, המכיל חומר רב הנוגע לבעיה זו.

55 ר' שמואל די מדינת, מגדולי דיני שלונקי במאה השש עשרה.

56 ראה שרת מהר"ק, שורש קכ"ט; מ"ר הרב יוסף קולת, מגדולי רבני איטליה במחצית השנייה של המאה החמש עשרה.

אומדנות שבעולם" ... ולהלן באותה תשובה, לאחר שקבע כי, "כל טענות התובע בטלות ומבוטלות מעצמן ולהג הרבה להשיב על הבליו והקדמתיו" ... הוא מסיים: "כי כבר אמרתי שאין לחייב אפילו באומדנות מוכיחות כל שכן בהבלים כאלו..."<sup>58</sup>

בנוגד לרשד"ם, ה"ר אדרבי בתשובתו קובע בהחלטיות כי רשאי דיין מומחה לדון באומדנא דמוכח<sup>59</sup>. ואף המהר"ט במשפט המפורסם "אל צואת דונת גרציה לבתה ולחנתה יוסף נשיא לתת למשרתה בתים וקרקעות עבור שרותיו הנאמנים בחייה, קובע שאומדנא המוכיחה, "לכל העולם" דינה כראיה ברורה<sup>60</sup>. בין היחידים בארץ תורכיה העומד איתן בהתנגדותו להוצאת ממון מידי המתחוק ביטום אומדנא אפילו המוכיחה ביותר הוא ר' מאיר בר' שם טוב מלמד, בעל שו"ת משפט צדק, ונימוקו עמו: "ושגאמר שאלו האומר דנות הוו כעדות ברורה, זה לא יעלה על הדעת כלל, שא"כ כל דיין ודיין יאמר שהאומר דנות אשר ישים בנדון שלפניו דהוו כעדות ברורה, אם כן מה התקינו רוב בתי ישראל בהסכמתם שלא לסמוך רק על עדות ברורה אפילו לאפוכי שבועה ולאורועי שטרא"<sup>61</sup>.

6. ענין רע שהיה על קהילות ישראל בגולה לענות בו היה המלשין והמסור לשלטונות. נגד מלשינים אלו פעלה הקהילה היהודית להגנתה העצמית בכל חומר הדין, שלא כבדיני נפשות רגילים, הסתפקו בתי הדין באומדנות להרשיע את המסור, בין לענין חיובו בזק שגרם ובין לענין הטלת עונש עליו. בב"ח<sup>62</sup> נדון ענין זה תוך העלאת גימה חדיקה, ששימשה יסוד גם לתקנות בדבר קבלת עדות פסולים במשפטי מסורים ובמשפטים דומים אחרים והיא: "אם לא היינו סומכין על אומדנות לא היה נידון שום מסור לאנשים בדין מלשין בשקר ולא שבקת חיים לכל בריה"<sup>63</sup>.

7. נסיים בתשובה של דיין מפורסם בצפון אפריקה במחצית השניה של המאה התשע עשרה הדנה בענין מעילה גדולה בכספי ציבור בסגנון התקופה המודרנית. ומעשה שהיה כך היה: ראובן אחד, מלה ברבית לגוים במגדים, "בנקאיים", קבל כספים ופקדונות רבים מציבור מפקדים גדול, שכלל תלמידי חכמים, אלמנות ויתומים, שנתנו בו אמון ומסרו לו כספיהם לשם קבלת רווחים מעסקותיו. והנה נתגלו יום אחד הפסדים עצומים בעסקו של ראובן זה והוא הגיע לידי פשיטת רגל. צבור המפקדים התדפקו על דלתו ותבעוהו לדין בפני ראשי הקהל והדיינים. הנתבע בהגנתו הגיש דו"ח מלא על עסקיו, שכללו השקעות גדולות באוצרות תבואה וקורות בנין, ושלרוע מזלו נתבדו תקוותיו

58 שו"ת מהרשד"ם, חלק ח"מ סי' ה' וסי' ש"ס. ראה שם גם סי' מ"ה, סי' ע"ה, קכ"ד, קמ"ח, קס"ד, ש"ד, וסמ"ז.

59 שו"ת דברי ריבנות סי' ז', ק"א, ק"ט, רס"ב וש"ד. ראה גם שו"ת פליטת בית יהודה סי' כ"ו, כ"ז, וכ"ח.

60 שו"ת מהר"ט, ח"א, סי' ק"ב; מורנו הרב יוסף טראני, מנדולי רבני קושטא במאה השבע עשרה, נולד בצפת.

61 שו"ת משפט צדק ח"ב, סי' ט"ו, מ"ג, נ"ח.

62 ר' יואל סירקיס מנדולי רבני פולין במאה השבע עשרה. כונה על שם ספרו "בית חדש" על הסור.

63 ב"ח לטור ח"מ סי' שפ"ח. ראה גם שו"ת הלכה למשה (ר' רפאל משה אלבא"ז), חלק ח"מ, סימן י"י.

והיה נאלץ למכור המלאי בזול עקב ירידות תלולות בשערי השוק ונזקים מגזקים שונים שלא היו צפויים מראש. את דו"ח השקעותיו והפסדיו אישר בשבתה חמורה בנקיטת חפץ. בעל „שו"ת ליצחק ריח"<sup>64</sup> דוחה בשאט נפש את שבועתו של ראובן, ובאומדנות מוכיחות סותר את פרטי הדו"ח סעיף אחר סעיף, וקובע שהכל שקר וכזב וכי ראובן אתראי עד הפרוטה האחרונה לשלם למפקדים את כספיהם.

הוא מנתח באריכות כל צדדי ההלכה בענין הפסיקה על פי אומדנא ומסיק „דגם בדורות הללו יש אתנו יודע עד מה ובנקל בדעת כל דהו נוכל לעמוד על האמת... דבר שהיה בכלל, שהאיש הלזה מוחזק כפרן ע"פ הני אומדני דמוכחי הנ"ל... דאפילו אם הדין לא היה ברור כ"כ כמ"ש (כל כך כמו שאמרת), על כל זה מפני תיקון העולם עלינו להפך בזכות הבע"ח (הבעלי חוב) ובפרט מהם ת"ח (תלמידי חכמים) ויתומים כדי שלא תנעול דלת בפני לווין אשר נחננים ממונם ביד המתעסקים וסוחרים על אמנחתם וממתנינם להם זמן רב, ולבסוף נהפכים כקשת רמיה ופרשטים להם את הרגל „כמתלהלה היוורה זיקים להוציאם בידים ריקניות...“<sup>65</sup>

### ה. מסקנות והרהורים

מן הדוגמאות שהבאנו, המהוות רק טפה מן הים הגדול של מקורות המשפט העברי, עולות מספר מסקנות ביחס למקומן של ראיות נסיבתיות במסגרת דיני הראיות. הראיות הנסיבתיות המסונות בלשון המשפטית העברית אומדנות<sup>66</sup>, מופיעות בסוגיות משפטיות רבות ומגוונות, במפורש ובמרומו. אין לך כמעט מקצוע הגדון בספרות המשפט העברי שאינו מלא אומדנות כרימון. אפשר למיין את האומדנות לפי כח השכרוע האגור בהן. ישנן אומדנות סתם, אומדנות דמוכח, אומדנות דמוכחי טפי המגיעות לדרגת ידיעה בלא ראיה ואנן סהדי.<sup>67</sup> לשיטה זו מהלכים במקורות מאידך, גיתן למיין את האומדנות לפי התפקיד שהן ממלאות בתהליך הדיון המשפטי. לפי שיטה זו, אפשר להבחין בין סוגי האומדנות כדלקמן: אומדנות היוצרות חזקות; אומדנות הנובעות מחזקות; אומדנות המשמשות עילה להעברת גטל ההוכחה משכם צד אחד למשנתו; אומדנות המבררות סבירות טענות; אומדנות המבררות כוונות, אומדנות המבררות עובדות מסוימות; אומדנות המשמשות כלי עזר בידי הדיין לצורך חקירת הצדדים והעדים; ואומדנות המשמשות ראיה גמורה האלימה להכריע על פיהן את הדין לטובת אחד הצדדים. חילוקי הדעות הכוזיים במקורות נסכים כולם על האומדנות מסוג אחרון, ובעיקר על השאלה אם אלימה אומדנא המוכח כעדות להוציא ממון מיד המוחזק בזמן הזה.

ברם, גם אם נהיה יראי התצאת מסקנות עד קצה גבול האחרון, וגם אילו נהג בוהירות מדעית יותר קיצונית מאשר הסוברים שאין להוציא ממון מיד המוחזק בשום

64 ר' יצחק אבן דנאן, שהיה מורה צדק בפא"ס.

65 שו"ת ליצחק ריח סימנים מ"ב-מ"ד. בסימנים מ"ג ומ"ד מובאות הסכמותיהם ודעותיהם של הדיינים הר' שמואל טולידאנו והר' שמואל ברדוגו.

66 וכן חזקות, רגלים לדבר, ידים מוכיחות, ועוד ביטויים כהנה וכהנה.

67 ראה הרב בנימין לפקין, גררי אומדנא ורוב דיני ממונות ובדיני נפשות, התורה והמדינה קובץ י"א-י"ג, עמ' תקס"ז. וראה גם הגאמר בהערה 10 לעיל.

אומדנא דמוכח בעולם, הרי נהא בכל זאת חייבים להודות שמוסד האומדנא נופס מקום גבוה במשפט העברי<sup>68</sup>. כל הכללה בדבר מקומן של ראיות נסיבתיות במערכת דיגי הראיות של המשפט העברי תהיה מוטעית ומטעית בהכרח אם היא תנוסח מבלי להתייחס למקורות הרבים הדנים והקשורים בסוגיה זו. אם ניתנה רשות לדיין להעמיד בפסק דינו את כל תורת האומדנא על רגל אחת של גמל תאוחר<sup>69</sup>, לחוקר ולמחבר בודאי שרשות כזאת לא ניתנה.

לאור מסקנות אלו, מתעוררת במלוא חריפותה השאלה: הכיצד נשתרשה בקרב משפטנים הדגי העות מודרניים הדעה המוטעית שבמשפט העברי השימוש בראיות נסיבתיות הוא גדיד? הלא תורות האומדנא ודין מרומה ודין אמת לאמתו לא במקורות פתח נטמנות ולא ממדרשי דהק ואמרות אגב גלמדות אלא תורת שלמות הן הנשנות בגלוי ובלשון ברורה במקורות ההלכה המקובלים והידועים. גראה לי, כי שלש, שהן אחת, הסיבות העיקריות המסבירות את תופעת גילוי פנים שלא כהלכה במשפט העברי בכלל, ובדיגי הראיות שבו בפרט, בתקופה המודרנית.

1. הסיבה האחת בעוצה בהסתכלות על משגי המשפט העברי, הלכותו כללית ומגוחזו דרך אספקלרית המרשגים והמגנחים של שיטות משפט מודרניות ורות המשג פטן והאמן על ברכי שיטת משפט מודרנית פרויטביית מעביר בלא משים את המשמעות והמשקל שיש למושג מסוים במסגרת אותה שיטה וזה למושג המקביל המופיע במסגרת שיטת המשפט העברי.

לשם המחשה נקח למשל את המושג הפשוט „עד“, המוכר בכל שיטות המשפט, מודרניות כעתיקות. במשפט האנגלי, ובאותן שיטות המשפט ההולכות בעקבותיו, עד הוא אדם הנמצא על דוכן עדים באולם בית המשפט ומוסר משם הצהרות, עליהן הוא נתקף לפי סדרי דיון מיוחדים על ידי עורכי הדין המייצגים את בעלי הדין. גם אם שלא הגיע לדוכן העדים בבית המשפט דינו כעד, אם מסר הצהרות לפי הפרוט צדורה שנקבעה בחוק. צד במשפט יכול להיות עד אם יעלה על דוכן העדים או ימסור הצהרותיו בדרכים המוכרות בחוק. מאידך אם צד במשפט השמיע טענותיו והצהרותיו באמצעות עורך דינו ממקום המצקצה לעורכי דין או בעצמו טען מאותו מקום, אין הוא נחשב כעד באותו משפט ואין הוא יכול להחזק בצורה המקובלת לחקירת עד.

במשפט העברי לשמת זה, בו הצדדים עיקר ועורכי הדין טפלים להם, אז גע דרים בכלל בשעת הדיון המשפטי<sup>70</sup>, עד מעצם הגדרתו הוא אדם שאין לו אינטרס כלשהו בתוצאת המשפט. עד שיש לו נגיעה בעדותו הוא צד במשפט ודינו כבעל דין. יתר על כן, אין הבדל עקרוני ומעשי בין חקירת עדים לחקירת הצדדים. בעלי הדין בטענותיהם ועדים בעדותם נתונים לחקירות ובדיקות במידה שווה לפי ראות עיני הדיינים. בעלי הדין איפוא במשפט העברי תמיד „מעידים“. על אמת ידועה זו

68 ראה ערך אומדנות בפחד יצחק השלם, לרי יצחק למפרתטי.

69 למשל שרת הרדביו דפוס חרשה ח"ב, סימן תרע"ח.

70 ראה הרב שמחה אסף, בתי הדין וסדריהם אחרי חתימת התלמוד, ירושלים תרפ"ד, עמ' 95 ואילך.



## ראיות נסיבתיות במשפט העברי

בגיה הצעת המיעוט של הוועדה שנתמנתה בשעתו על ידי שר המשפטים הכלולה בחוברת הצעת חוק הראיות. על אף הצעת המיעוט בחוברת לא נגמעה מחבר המבוא מלכתוב כדבר מובן מאליו ובלי הסתייגויות, שבמשפט העברי פסול בעל דין מלהעיד בענינו שלו.<sup>71</sup>

ועוד, במשפט האנגלי עדות פסולה פירושה עדות, „בלתי קבילה“ דהיינו, עדות שאין שומעין אותה כלל בין כתלי בית המשפט, ואם בטעות הרשמעה, יש למחקה כליל מהפרטיכל או מתודעת השופט כאילו לא הרשמעה. ואילו במשפט העברי, עדות פסולה פירושה עדות שאסור להתוך את הדין על פיה בלבד. אולם מתר ולפ עמים אפילו מצוה לשמוע אותה ללא כל הגבלה לפי ראות עיני הדיינים<sup>72</sup> לשם הבטחת רקע המחלוקת בין הצדדים וקביעת עובדות צדדיות, וכן לשם קבלת חומר עובדתי לצורך תקירת בעלי הדין והעדים הכשרים והערכת סבירות טענותיהם ועדותם. לכן טעות היא לקבוע בלשון סתמית, כי בעלי הדין, קרובים, גשים ועדים פסולים אחרים, פסולים מלהעיד בבית הדין, כשברור שהצירוף, „פסולים מלהעיד“ מצטייר בדעתם ובדמיונם של החוקר ושל הקורא האמונים על ברכי המשפט האנגלי כפסול עדות כפי משמעותו ומובנו במסגרת שיטת המשפט האנגלי. סכנת ערוב כושגים בגלל דמיון לשוני חיצוני רובצת לפתח כל מחקר בתחום המשפט ההשוואתי, אך היא מחריפה פי כמה כשאחת השיטות נשוא ההשוואה נחשבת כשיטה עתיקה, שאינה עונה על צרכי ימינו, בעיני החוקר והמעייין.

2. הסיבה השניה נעוצה באי-התחשבות מספקת בדרכי החשיבה, הגיתוח וההתייחסות המיוחדים המאפיינים את הסגנון המשפטי של ספרות ההלכה בכלל, והתלמוד המתווה אב-טיפוס של סגנון זה בפרט. כבר העירו משפטנים על כך שהסגנון התלמודי „קואיסיטי“ להפליא, דהיינו שהוא מביע רעיונות באמצעות פרטים ופרטי פרטים<sup>73</sup>. יתר על כן, פעמים רבות אין יחס סביר בעיני האמון על ברכי סגנון אירופאי, בין חשיבות הפרט לבין אריכות הדיון עליו. פרט פעוט לכאורה יכול לזכות בתשומת לב מרובה בספרות ההלכה ולגיתוח ארוך ומעמיק היורד „לשיתין“ שלו, בעוד כללים גדולים והלכות יסוד מובעים בין שיטי הדיון כלאחר יד ובלשון קצרה. וכל זה נעשה בדרך כלל בערבובייה ושלא לפי סדר הרצאה המוכר לחניך תרבות המערב בת זמננו, של הליכה מודרגת מן הכלל אל הפרט או מן הפרט אל הכלל. בגלל כך, יש לנהוג בזהירות רבה כשבאים להסיק מסקנות מן החומר התלמודי ולתרגמו לסגנון משפטי מודרני. אם בכל מקצוע יש להיזהר מהסתמך על אימרות ערטאיליות המנותקות מהקשרן העניני, הרי יש להיזהר שבעתים מאימרות בודדות הצצות בתוך שטף תודון התלמודי.<sup>74</sup>

71 ראה המובאה במבוא מאמר זה.

72 שו"ת הרא"ש, כלל ק"ז, סימן ר"ג; ושו"ת הרשב"א ח"א, אלף קמ"ו; וכן שו"ת מהר"י (מהר"י וייל), סי' צ"א-צ"ב.

73 עיין מ. זילברג, כך דרכו של תלמוד, עמ' 13-25.

74 זוהי אחת הסיבות שאפילו דיינים מומחים ראו צורך בסייעתא דשמיא להצליח ללאסוקי שמעתא אליבא דהלכתא.

לדעתי היטיב לדחור לרוח הסגנון התלמודי הגיונו, אשר גולאק, המסיים את הפרק בספרו, "יסודי המשפט העברי", הן בחזקות ובאומדנות, בדברים הללו:

"אולם ההגיון התלמודי, שקבע גדרים הללו ועיבד אותם בחריפות השכל אינו סובל מקפאון, ואינו נותן ללומדיו כללים חנוטים וחסרים כל תנועת מחשבה. וזוהי אחת התכונות המיוחדות של ההגיון התלמודי שאין הוא נותן מסקנות קבועות אלא שהוא מצויל כל תלמיד ותלמיד בשבילי הגיונו ומשתף אותו בעבודת המחשבה המחפשת ובאה לידי מסקנות..."

מי שדן על פי הכללים של אומדנא, חוקה משוערת, סברא ומגו, נתנסה כבר ועבר בכל שבילי יצירתם וקביעתם, ואין הם מעיקים על גטיית דעתו בשיקול הדין ובחורו אלא שהוא רוכש לו בכללים הללו אוצר שימשי להשתמש בכל ענין וענין לפי תכונותיו. במקום שהוא רואה טעמים מכריעים לנטות מן הגדרים שגדרו כללים אלו, אין הדרך סגורה לפניו להבדיל בין ענין לענין לפי שיקול דעתו.<sup>75</sup>

3. הסיבה השלישית בעוצה בחוסר הבחנה ומסקנת בין לימוד משפט לשמו לבין מלאכת הפסיקה וההכרעה המשפטית. את עולם המחשבה המשפטית הטהורה אפשר להכיר מתוך עיון בספרי הליכוד המחקר שחיברו חכמי המשפט; את עולם המעשה של הפסיקה המשפטית, אפשר להכיר לאמתו רק מתוך עקיבה מתמדת אחרי המתרחש בין כתלי בית המשפט. לכך התכוננו חכמינו ז"ל באמרו שגדול שימושה של תורה מלימודה. ההבנה הנכונה של תורת המשפט וכלליה, נרכשת רק על ידי שימוש שופטים וצמחים תלמידי חכמים. במקרה שלא מזדמן לתלמיד לראות את בתי הדין בפעולה, — והפעלתו של המשפט העברי נצטמקה מאין דורשים לו ברוב קהילות ישראל במאה השנים האחרונות — הרי יכול הוא למצוא תחליף מה בקריאת פסקי דין. במשפט העברי, ספרות השו"ת הענפה וספרי הפוסקים האצורים בתוכם תמציות ומובאות מספרות השו"ת לרוב, הם המתווים את קבצי פסקי הדין שלו. לכן הרוצה להכיר לאמתה את תורת דיני הראיות של המשפט העברי חייב לילך ולברר איך שהיא משתקפת בספרות השו"ת והפוסקים. לא טוב יעשה התוקר אם, "פסוק" ויסיק מסקנות מתוך התלמוד על דעת עצמו. חוששני שמחקרו יהיה לקוי מבחינה מדעית, מלבד היותו עובר על אזהרת חכמי התלמוד נגד המורה הנוראה מתוך משנתו.<sup>76</sup>

ואם נרצה, הרי שאפשר להעמיד כל שלוש הסיבות האמורות על אחת, והיא: טבעיותה ורענותה של שיטת המשפט מודרנית לעומת זרותה ועתיקותה של שיטת המשפט העברי, בעיני רוב רובו של ציבור המשפטנים.

75 ספר רביעי, עמ' 108-109. וראה גם דבריו המאירים של בעל הספרת ישראל בפירושו על המשנה האחרונה במסכת בבא בתרא האומרת: "הרוצה שיחכים יעסוק בדיני ממונות, שאין לך מקצוע בתורה גדול מהן, שהן כמעין הנובע".

76 ההבדל בין הלמדן לדיין מוגדר היטב על ידי הנריא בפירושו למשלי ו', 4. הלמדן די לו שיהיה בקיא רק בדין תורה - אבל הדיינים צריכים להיות בקיאן גם בטבעו של עולם בכרי שלא יהיה דין מרומה..."

---

ראיות נסיבתיות במשפט העברי

לגורם זה – יותר מאחרים – השלכה רבה על בעיית תחית המשפט העברי בישראל, שנתלבטו ומתלבטים בה רבים וטובים, ושלפי כל הסימנים התרחק המתרון מאתנו במרוצת השנים מאז קום המדינה.<sup>77</sup>

77 ראה מ. וילברג, כך דרכו של תלמוד, עמ' 139-181.