

הצדדים להתגרש לפי התנאים שבהסכם שהצדדים התמו עליו וקבל תוקף פס"ד, מאחר וכבר התחילו בביצוע פעיפי ההסכם עוד קודם מתן הגט, והוכיחו בזה שאין הסכמי הממון שהסכימו תלויים במתן הגט בדוקא. ועוד רבנ"ד האשה לא חזרה מההסכם במטרה לחזור לשלו"ב אלא כל מטרתה היא להשיג תנאים ממוניים משופרים, וכבר ציטטנו (באות י"ב) מה שכתבו בפד"ר שבכגון זה אינה יכולה לחזור בה מחתימתה על ההסכם.

ועוד יש להוסיף כסניף, מאחר ורבנ"ד האשה מבקשת לחזור בה מהפעוף שנאמר בו שהאשה מוותרת על זכויות הבעל במקום עבודתו, וע"פ ההלכה אין לה כל זכות בהם, ביה"ד לא יכול לתת יד ולסייע לה בבקשה זו, ובפרט לאחר שהצדדים קיבלו עליהם את סמכות ביה"ד לאשר להם את ההסכם ולתת לו תוקף פס"ד כך שלמעשה בטול הפס"ד נתון לשיקול דעתו של ביה"ד.

(-) יצחק אלמליח

בנתקיים התנאי אף שלא קיימו בפועל. אולם בתנאי גירושין לא אמרין דכשרוצה לגרשה הוי בנתקיים התנאי, כיון שאינו יכול לגרשה בעל כרחיה מחמת תקנת רגמ"ה, או מחמת השבועה, או מחמת שהנישואין נעשו על דעת מנהג המקום שאין מגרשים בעל כרחיה. (אות י"ד).

ה. הדיעה המקובלת בין דיני ישראל היא, שמעיפי הסכם גירושין קשורים לביצוע הגט בפועל ואינם ניתנים לאכיפה בטרם סודר הגט. (אות ט"ו).

ט. כאשר הצדדים כבר ביצעו חלק מן ההסכם לפני סידור הגט, יש לומר שגילו דעתם בזה שסידור הגט בפועל אינו תנאי לביצוע שאר חלקי ההסכם, ולכן ניתן לאכוף אותם לעמוד בהסכם שנחתם על ידם, ללא כל קשר למתן הגט. (אות ט"ז).

פסק - דין

למסקנא ביה"ד מחליט לרחות את בקשת האשה ועל

סימן כא

בדין אומדן דעת דמוכח ביותר בדיני ממונות

הדירה בדרכי מרמה ותחבולות, כאשר חשבה שהיא חותמת על ביטול צווי עיקול שהטילה על השבוענו של הבעל בבנק. ועל כן היא תובעת לחייב את הבעל להחזיר לה את חלקה בדירה.

ביה"ד שמע את טענות הצדדים במספר רב של דיונים, וכן זימן את צד ג' לפחות שבעה פעמים ולא הופיע, ולאחר שמייעת עדים ובירור יסודי ומעמיק הגיע ביה"ד למסקנא שהבעל אינו ישר, וגירסתו בענין מכירת הדירה אינה אמינה. לא ראינו ולא שמענו חלואה בסך גדול כזה לכ"כ הרבה שנים, כמו"כ בשנת תשל"ה בסכום הנ"ל ניתן היה לרכוש ארבע דירות כמו הדירה שנקנתה כביכול, גם מצבם הכלכלי היה שפיר והבעל עצמו אמר שהכנסות האשה לחודש עמדו על סך של אלפי דולרים, ומעולם לא נזקקו לחלוואות מאחרים, גם הבעל סירב להשבע, וכן להיבדק במכונת פוליוגרף, ועוד הוכחות כמפורט בפס"ד מיום י"ד אלול תשס"ד, כן הוכח מענינים אחרים של הבעל שא"א לפמוך על אמינותו וישרו כמפורט בפס"ד הנ"ל.

הצדדים נישאו בשנת 1964 כדמו"י.

בין הצדדים פרץ סכסוך עקב נישואי חבת בשנת תשנ"ה, שנעשו שלא ברצון הבעל, ומאז הצדדים מנחלים דיונים ארוכים בביה"ד בענין תביעת הבעל לגירושין, ובענין הרכוש, בעיקר בענין הדירה בת שלשה חדרים, אשר משנת תשל"ה היתה רשומה על שם בני הזוג, ובשנת תשנ"ט העביר הבעל את הדירה על שם צד שלישי.

לטענת הבעל העברת הדירה לצד ג' נעשית כפירעון חוב על סך \$150.000 שנלקחה מצד ג' עבור קניית דירה זו בשנת תשל"ה.

לטענת האשה דברי הבעל בשקר יסודם, מעולם לא היו חייבים כסף לאף אדם, ובפרט סכום גבוה כזה, מצבם הכלכלי היה טוב מאד, שניהם עבדו והיו להם הכנסות גבוהות, ובביתם בתם היחידה, הדירה נקנתה בשנת תשל"ה ברובה תמורת מכירת דירה אחרת, והשאר מחסכנותיהם.

לטענת האשה הבעל החתים אותה על מסמכים למכירת

נשים נראה דס"ל כרב אחא, סמיה להאי מקמי כולהו הני רבוותא שהבאתי לעיל, ועוד דהיכא דאיכא פלוגתא דרבוותא אומרים המוציא מחבירו עליו הראיה, ועוד דנהגו כרב אלפס היכא דלא נחלקו עליו התוספות. ע"ש.

ואמנם מדברי הרא"ש בתשובה (כלל פ"ו סוף סי' א') משמע דס"ל כהמרדכי דהלכתא כר' אחא. ע"ש. ועיין עוד שם (כלל ס"ח סי' כ"ג, וכלל ע"ח סי' ג'). ובשו"ת הרדב"ז (ח"א סי' רפ"ז), ובתשובת הב"ח שבשו"ת גאוני בתראי (סי' נ"ד).

דין אומדנא דמוכח

ב. והנה ממה שכתבו הרמב"ם והשו"ע "עד שיראוהו עדים כשרים", דקדק המהרי"ק דאפילו באומדנא מוכחת ביותר לא אזלינן בתרה, דרק ע"י עדים יכולים לפסוק את הדין בדיני ממונות. וז"ל המהרי"ק (שם):

"שאפילו באומדנא רבה כהיא דר' שמעון בן שטח (סנהדרין שם) שאמר אראה בנחמה אם לא ראיתי באחד שרץ אחר חבירו לחורבה ורצתי אחריו ומצאתי סיף בידו ודם מטפטף והרוג מפרפר, מ"מ לא אזלינן בתר אומדנא... ואין לומר דהיינו דוקא בדיני נפשות משום דכתיב ושפטו העדה והצילו, אבל בדיני ממונות באומדנא רבה כי האי דשמעון בן שטח אזלינן בתרה, דאם כן יקשה לך הא דגרסינן פ' שבועת העדות (ל"ד ע"א) וכו', אלא ודאי דאין לחלק, ומדחזינן דבדיני נפשות לא אזלינן בתר אומדנא אפילו באומדנא רבה כי האי דשמעון בן שטח ברץ אחר חבירו וכו' ואע"ג דפשיטא שאין לך אומדנא דמוכח גדול מזה, הוא הדין בדיני ממונות לרבנן דפליגי אדרבי אחא והלכתא כוותייהו לפי דברי הנך רב רבנא שהזכרתי למעלה".

ובשו"ת אבקת רוכל (סימן פ"ז) כתב, וז"ל: "ומ"ש עוד דאומדנא דמוכח וכו', כמה רב גוברי לאפוקי ממונא באומדנא, ורז"ל אפילו באומדנא דמוכח "טובא" כגון ההיא דגמל האוחר בין הגמלים לא סמכו". ע"כ. ובשו"ת הרדב"ז (ח"ב סימן תרע"ח) כתב, וז"ל:

מסקנת הרבנים, בנ"ד יש לביה"ד אומדנא דמוכח טובא שהבעל העביר את חלק האשה בדירה לצד ג' שלא כדיון, ובדרכי מרמה ותחבולות.

הנקודות שיש לברר:

- האם אזלינן בתר אומדנא בדיני ממונות.
- אם יש חילוק בזה בין סתם אומדנא לאומדנא דמוכח טובא.
- היכא שהמעשה מבורר אלא שאנו מסתפקים בדעת עושה המעשה, אם אזלינן בתר אומדנא.
- אם יש חילוק בין להחזיק ממון לבין להוציא ממון.
- אם יכולים בזמן הזה לדון עפ"י אומדנא.
- מה הדין במקום שהנתבע רמאי ועושה תחבולות וערמה האם אזלינן בתר אומדנא להוציא ממון חבירו מידו גם בזמן הזה.

אי אזלינן בתר אומדנא בממון

א. גרסינן בגמ' ב"ב (צ"ג ע"א): "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". ע"כ. ופירש הרשב"ם:

"אין אומרים כו'. דרבנן לא אזלי בתר אומדנא, ואפילו ממון במוטל בספק לא הוי לשלומי פלגא, דמאן לימא לן שזה נגחו הואיל ואיכא שוורים אחרים. ורבי אחא אומר כו'. בתר אומדנא אזיל בדיני ממונות, והכי אמרינן בסנהדרין בפרק אחד דיני ממונות (דף ל"ז ע"ב)". והרמב"ם (פ"ח מה' נזקי ממון הי"ד) פסק כרבנן, וז"ל:

"שור שהיה רועה על גבי הנהר ונמצא שור הרוג בצידו, אע"פ שזה מנוגח וזה מועד ליגח, זה מנושך וזה מועד לישך, אין אומרים בידוע שזה נשכו וזה נגחו, ואפילו גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצידו, אין אומרים בידוע שזה הרגו, עד שראוהו עדים כשרים".

וכן פסק מרן בשו"ע חו"מ (סימן ת"ח סעי' ב'). ובשו"ת מהרי"ק (שרש קכ"ט) כתב: "ואע"פ שהמרדכי בתשובות השייכות לסדר

מתנתו מתנה, רבי שמעון בן מנסיא אומר אין מתנתו מתנה, שאילו היה יודע שבנו קיים לא כתבן, ואמר רב נחמן הלכה כר"ש בן מנסיא".
וכן פסקו הרמב"ם (פ"ו מה' זכיה ומתנה ה"א) ומרן בחו"מ (סי' רמ"ו סעי' א').

"לעולם אומדין דעת הנותן, אם היו הדברים מראים סוף דעתו עושים על פי האומדן אע"פ שלא פירש, כיצד, מי שהלך בנו למדינת הים וכו'".
וכן איתא במקומות רבים בש"ס, ומהן הא דאיתא בכתובות (ע"ט ע"א) בדין שטר מברחת, "טעמא מאי משום דלא שביק איניש לנפשיה ויהיב לאחרני". ובב"ב (קל"א ע"ב) "הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשה אלא אפטרופא". ושם (קמ"ו ע"ב) בדין מתנת שכ"מ, דלא עביד איניש דיהיב כולהו נכסיו לאחרני. ובקידושין (מ"ט ע"ב) בדין המוכר נכסיו אדעתא למיסק לארעא דישראל.
ובשו"ת הרא"ש (כלל ל"ד סי' א') מנה עוד מקומות בש"ס כיוצא באלו, וכתב דבכל אלו הדברים סמכו חז"ל על אומדנא דמוכח לדון ע"פ אומדן כאילו עדים מעידים על דבר זה.
וא"כ יש לברר מהו הכלל בזה, אימת אזלינן בתר אומדנא בדיני ממונות ואימת לא.

ד. ובשו"ת מהרי"ק (שורש קכ"ט) כתב חילוק בענין לדון ע"פ אומדנות, וז"ל:
"דכל היכא שהמעשה מבורר אצל הדיינים אלא שאנו מסתפקים בדעת הנותן או המוכר או המגרש, אזלינן בתר אומדנא, אבל היכא דלא נתברר גוף המעשה כי ההיא דגמל האוחר בין הגמלים, דאין ידוע לנו אם נגחו ואם לאו, בהא פליגי רבנן ורב אחא".

מדברי המהרי"ק עולה דיש להבחין בין סוגי אומדנא, דהיכא שגוף המעשה אינו מבורר והאומדנא באה להוכיח על עצם קיומו, בהא לא אזלינן בתר אומדנא, אבל כשהמעשה עצמו ברור לנו, והאומדנא באה לברר רק את הכוונה של עושה המעשה, באיזה אופן ועל דעת מה עשה את המעשה, בהא אזלינן בתר אומדנא.

ה. אלא שהב"ח בתשובה (בשו"ת גאוני בתראי

"אין הולכים בממון אחר אומדנא אפילו היכא דמוכח כי ההוא דגמל האוחר בין הגמלים דפליגי ר' אחא ורבנן ופסק הרמב"ם ורוב הפוסקים דאין אומרים שזה הרגו ופטור, ואע"ג דאיכא מאן דפסק כרבנן (צ"ל: כרבי אחא) ואומרים שזה הרגו וחייב, הנ"מ באומדנא דמוכחא טובא כי הך פלוגתא וכו'".

מבואר מדבריו דלהרמב"ם ורוב הפוסקים לא אזלינן בתר אומדנא ואפילו באומדנא דמוכחא טובא. וזהו כמ"ש המהרי"ק ומרן באבקת רוכל הנ"ל דאפילו אומדנא דמוכח טובא ואומדנא רבה לא אזלינן בתרה.

וכ"כ בשו"ת מהרשד"ם (חו"מ סימן מ"ה), וז"ל:
"כי ידוע ופשוט שדין נזקים כדין שאר דיני ממונות, והתובע שרוצה להוציא צריך ראיה ברורה, ואם לאו לא עשה ולא כלום, אפילו יהיה שם כל האומדנות שבעולם, וכמש"כ הרמב"ם ז"ל פ"ח מנזקי ממון שור שהיה רועה ע"ג הנהר וכו', הרי אתה רואה שאין לך אומדנות גדולות וחזקות מאלו שזה השור ראו אותו בריא כשהיה סמוך לגמל, וגמל זה מועד, ועוד שהוא הוא אוחר וכו', ואין מספיק שום אומדנא בעולם להוציא ממון". עכ"ל.
[ומדברי המהרשד"ם עולה עוד שגם אם יצטרפו כמה אומדנות לא אזלינן בתרייהו, שהרי כתב אפילו יהיה שם כל האומדנות שבעולם. ועיין בשד"ח (כללים מערכת האל"ף כלל שפ"ז) שהביא דעות הפוסקים בזה].
ואמנם בדבר שהוא אומדן של כל העולם כתב בנתיב"מ (סי' ט"ו ס"ק ב') דהרי זה בגדר עדות, והבאנו דבריו להלן (אות ח').

כשהמעשה ברור

והאומדנא מבררת כוונת עושה המעשה

ג. אולם מאידך מצינו במקומות רבים בש"ס ובפוסקים דפשיטא להו דאזלינן בתר אומדנא דמוכח בממונות, וכהא דאמרינן בב"ב (קל"ב ע"א):

"הרי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו,

"מיייתנא הכא בגמ' הא דפרק שור שנגח את הפרה ונמצא עובדה בצידה וכו' (ב"ק מ"ו ע"א), ומסקינן דקי"ל כרבנן דאמרי המוציא מחבירו עליו הראיה, וכן בענין אומדנא לא אזלינן בממונא בתר אומדנא לחייב, אלא בכולהו אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, כדתניא שור שהיה רועה ע"ג הנהר ונמצא שור הרוג בצידו וכו'".

מבואר מדברי הנ"י דהא דלא אזלינן בתר אומדנא הוא מטעם דהמוציא מחבירו עליו הראיה, וא"כ זהו דוקא היכא דבאים אנו להוציא ממנו דאז לא סגי באומדנא עד שיביא ראיה בעדים, אבל לאוקמי ממונא אפשר דסגי באומדנא להחזיק ממונו בידו, וכן מפורש בשו"ת הרדב"ז (חלק א' סימן רפ"ז), וז"ל:

"אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל דפסק כרבנן דלא אזלינן בתר אומדנא, ה"מ לאפוקי ממונא, אבל לאוקמי ממונא הדבר ברור דאזלינן בתר אומדנא". ע"כ.

ועיין עוד שם (סי' קכ"ח).

ובזה מיושב מה שהקשה הקובץ שיעורים מאלמנה ששהתה כ"ה שנים דאזלינן בתר אומדנא לומר שמחלה כתובתה, דהתם היורשים הם המוחזקים בממון והיא באה להוציא מהם, בזה מהני אומדנא דמסתמא מחלה, להחזיק הממון בידם, משא"כ בגמל האוחר וכיו"ב דמיירי להוציא לא אזלינן בתר אומדנא.

ז. אלא שיש לעיין בזה ממה שכתב הרמב"ם פכ"ד מהל' סנהדרין (ה"א), וז"ל:

"יש לדיין לדון דיני ממונות ע"פ הדברים שדעתו נוטה להם שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן, אע"פ שאין שם ראיה ברורה וכו'. וכן מי שבא וטען שיש לו פיקדון אצל פלוני שמת בלא צוואה, ונתן סימנים מובהקים, ולא היה זה הטוען רגיל להכנס בבית זה האיש שמת, אם ידע הדיין שזה המת אינו אמיד להיות לו חפץ זה, וסמכה דעתו שאין זה החפץ של מת, מוציאו מן היורשים ונותנו לזה האמוד בו ונתן סימנים, וכן כל כיוצא בזה, שאין הדבר מסור אלא לליבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת, אם כן למה הצריכה

סימן נ"ד) הקשה על דברי המהרי"ק האלו מהא דאיתא בב"ב (נ"ח ע"א), מעשה שהיה באותו אדם ששמע את אשתו שאמרה שיש לה עשרה בנים, אבל רק אחד הוא ממנו, וקודם שמת אותו האב צוה "כל נכסי לבן אחד", ולא ידעו לאיזה בן, ובאו לדין לפני רבי בנאה, אמר להם רבי בנאה לכו הכו על קברו עד שיעמוד ויגלה לכם למי נתכוון לתת, הלכו כולם והיכו על קיברו חוץ מבן אחד שלא הלך, ופסק רבי בנאה שכל הנכסים של בן זה, ע"ש. וחזינן מהא דרבי בנאה דאזלינן בתר אומדנא גם לברר המעשה, היינו מי הוא הבן שלו, ומוכח דלא כדברי המהרי"ק, אלא דגם לבירור המעשה אזלינן בתר אומדנא.

ובקובץ שיעורים ח"ב (סימן ל"ח) הביא דברי המהרי"ק האלו והקשה מהא דאמרינן דאחריות טעות סופר משום דאנן סהדי דלא שדי איניש זוזי בכדי ובודאי קיבל עליו אחריות, (עיין ב"מ י"ד ע"א) הרי דמהני אומדנא דמוכח אפילו להעיד על עיקר המעשה, ע"ש.

להחזיק ממון ביד המוחזק על סמך אומדנא

ו. ובקובץ שיעורים (ב"ב אות תק"פ) הקשה על דברי המהרי"ק מהא דמצינו שאלמנה ששהתה כ"ה שנים ולא תבעה כתובתה הפסידה כתובתה, דמסתמא אם שהתה כ"כ זמן בודאי מחלה על כתובתה (כתובות ק"ד ע"א), והרי בכה"ג הוי ודאי אומדנא לברר את גוף המעשה, שאנו מכריעים שמחלה על סמך אומדנא דמוכח, ע"ש.

והנראה לומר בזה, דכל מה שחילק המהרי"ק דלא אזלינן בתר אומדנא לברר המעשה, ורק היכא דהמעשה מבורר אזלינן בתר אומדנא לברר דעת עושה המעשה, זהו דוקא היכא דבאים אנו להוציא מהמוחזק, אבל היכא דבאים אנו להחזיק הממון ביד המוחזק כהא אזלינן בתר אומדנא אף לברר המעשה, דמחלוקת רב אחא ורבנן בגמל האוחר בין הגמלים היא לענין להוציא, אבל להחזיק לכו"ע אזלינן בתר אומדנא.

וכן נראה מדברי הנ"י (ריש פ"ו דב"ב, ד' מ"ו סע"ב בדפי הרי"ף), וז"ל:

דבמקום שליכא חזקה מה שתחת יד אדם שלו מהני סימנים וכנ"ל, אבל במקום שבאין להוציא מיד המוחזק לא מהניא אומדנא. עכת"ד.

העולה ממה שנתבאר עד כאן, דאומדנא מהני להחזיק ממון, אבל לא להוציא ממון, והא דמהני אומדנא להוציא מן היתומים להנתיבות זהו משום דאומדנא שהיא של כל העולם הוי בגדר עדות, ולהאבן האזל זהו צירוף של אומדנא המרעת חזקה מה שתחת יד אדם שלו וע"י הסימנים נותנין את הממון ליורשים.

דעת הפוסקים דאזלינן בתר אומדנא גם להוציא

י. בשו"ת התשב"ץ (ח"א סימן פ"ד, ד"ה עוד כתבתה בכמה מקומות וכו'), דחה בתוקף את דברי השואל שטען שעל פי ההלכה ניתן להוציא ממון אך ורק על סמך עדותם של שני עדים כשרים, ולא אזלינן כלל בתר אומדנא. והאריך להוכיח שבכל התלמוד אנו מוצאים שדנו על סמך אומדנא גם להוציא, ע"ש.

וז"ל הרא"ש (כלל ק"ז סי' ו'):

"נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדויות, פעמים באומדן הדעת, ופעמים כמו שיראה הדיין, בלא טעם ובלא ראייה ובלא אומדן הדעת, ופעמים על דרך פשרה, ובדין זה שהדבר ידוע שהנתבע טוען ברמאות, לזכותו אי אפשר כמו שאמרו רז"ל (שבועות ל' ע"ב) מדבר שקר תרחק, להסתלק אי אפשר כמו שכתבתי, אם כן על כרחו זקוק הדיין לדונו לפי אומדן דעתו".

וכן פסק מרן (סי' ט"ו סעי' ד'), וז"ל:

"כשהנתבע רמאי אין הדיין יכול להסתלק, שלא ישתכר הרמאי ברמאותו, אלא ידרוש ויחקור יפה לבטל רמאותו, ואם נראה לו באומדנא דמוכח שהוא חייב, יחייבנו, אם הוא דיין מומחה ויחיד בדורו".

וכן הוא בלבוש (שם). ואמנם מרן בשו"ע הוסיף "יחיד בדורו", אולם הפוסקים האחרונים לא הזכירו תנאי זה, אלא כל שהוא דיין מובהק רשאי לפסוק כן. (ועי' להלן).

תורה שני עדים שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון ע"פ עדותם אע"פ שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר¹²³⁴⁵⁶⁷.

וכן פסק מרן בשו"ע (סי' רח"צ).

ולכאורה מדברי הרמב"ם אלו משמע דמהניא אומדנא אפילו להוציא ממון.

ח. ובאמת הנתיבות (סימן ט"ו ס"ק ב') כתב דלא מהני אומדנא של הדיין להוציא, והא דמהני אומדנא להוציא מן היתומים זהו משום דהיא אומדנא של כל העולם, וז"ל:

"ונראה דלא מהני אומדנא רק לענין אורועי שטרא, תדע דאמרינן בכתובות פ' הכותב (פ"ה ע"א) קרענא סלקא דעתך אלא מרענא, או לענין מיפך שבועה, אבל לענין להוציא ממון אין שום הוה אמינא כדאמרינן שם קרענא ס"ד, והא דמהני אומדנא להוציא מיתומים, נראה דווקא אומדנא שהוא אומדנא לכל העולם, כגון ידענא ביה בחסא דלא אמיד (שם ע"ב), דכשם שידוע לו כך ידוע לכל העולם, ובדבר שהוא אומדן של כל העולם אין (נראה שצ"ל: הרי) זה בגדר עדות כמש"כ התוס' ביבמות (ר"פ האשה רבה), אבל בדבר שהוא רק ידוע להדיין פסלו רחמנא בגזירת הכתוב כנ"ל".

ט. ובס' אבן האזל בפירושו דברי הרמב"ם (שם, ובה' נזקי ממון פ"ח הי"ד, ובה' שאלה ופקדון פ"ו ה"ד) כתב דלעולם לא מהניא אומדנא לאפוקי ממון, והא דמוציאין מן היתומים, היינו בצירוף האומדנא עם הסימנים שנותן התובע, דשני ההוכחות ביחד מצטרפי להוציא מן המוחזקים, והסברא בזה, דהא דלא מהני סימנים להוציא הוא משום דהמחזיק יש לו חזקה מה שתחת יד אדם שלו הוא, וחזקה זו עדיפא מסימנים, ולכן בהשבת אבידה דליכא למחזיק חזקה מה שתחת יד אדם שלו, שהרי אינו טוען שחפץ זה שלו, מהני סימנים להוציא מן המוצא, ולפי זה יש לבאר את צירוף האומדנא יחד עם הסימנים להוציא, דע"י האומדנא מרעינן את החזקה מה שתחת יד אדם שלו הוא, שהרי אותו אדם אינו אמוד שיהיה לו דבר כזה, ואז יש כח לסימנים להוציא החפץ מן היתומים,

ועכ"פ מדברי מרן אלו עולה דמהני אומדנא דמוכח לחייבו ולהוציא ממון על סמך האומדנא. וכן כתב בערוך השולחן (סי' ט"ו סעי' ד'), וז"ל: "ואם אחר השתדלות אין ביכולתו לבטל רמאותו, אם הדיין נראה לו באומדנא דמוכח כשנתבע חייב לתובע, יחייבנו, אם הוא דיין מומחה".

יא. אלא דא"כ דברי מרן לכאורה סתרי אהדדי, שבסימן ת"ח (סעי' ב') בדין שור שהיה רועה וכו' כתב דלא אזלינן בתר אומדנא להוציא, וכאן בסימן ט"ו (סעי' ד') כתב דאזלינן כתב אומדנא להוציא. ובשלמא דברי הרא"ש לא סתרי אהדדי, דאיהו פסק כר' אחא בההיא דגמל האוחר וכנ"ל (אות א'), וכן מבואר בשו"ת הרדב"ז (סי' רפ"ז) שכן הוא דעת הרא"ש. אבל מרן שפסק כרבנן דלא אזלינן בתר אומדנא, איך כתב דיכול הדיין להוציא ממון לפי אומד דעתו.

ובאחרונים יש מספר אפשרויות ליישב את הסתירה הנ"ל בדברי מרן. החת"ס (אה"ע סי' ק"א) כתב דאומדנא של גמל האוחר אינה מוכחת כ"כ, אלא הוי כרובא והוכיח כן מב"ב צ"ג, ע"ש. וכן כתב בשו"ת אבני נזר (חאה"ע ח"א סימן קי"ט). ואמנם יש לעיין בזה ממה שביארנו לעיל (אות ב') דלא אזלינן בתר אומדנא אפי' באומדנא דמוכח טובא. ועיין עוד בזה בשו"ת עזרת כהן (סימן מ"א), ובמאמרו של הרב הגאון רח"ג צימבליסט שליט"א "אומד הדיינים בדיני ממונות" (מוריה שנה י"א גליון ה-1 תשמ"ב).

אם יכולים בזמן הזה לדון על פי אומד הדעת

יב. כתב הרמב"ם (פכ"ד מה' סנהדרין ה"ב): "משרבו בתי דינים שאינן הגונים, ואפילו היו הגונים במעשיהם אינן חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה, ולא יפגמו שטר וכו', ולא ידון הדיין בסמיכת 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".

וכ"ה בשו"ע (סי' ט"ו סעי' ד'). וא"כ גם אם נאמר דאפשר להוציא ממון על ידי אומדן דעת, בזמן הזה אין להוציא כי אם בראיה ברורה. ואולם בערוך השולחן (סימן ט"ו סעי' ק') כתב בזה"ל:

"אם הדיין הוא ירא, חכם ונבון ומבין ויודע היטב בהויות העולם, מבין דבר מדבר, וילמד דבר מדבר עד שיצא האמת לאמיתו, דאע"פ שהרמב"ם ז"ל כתב דמשרבו בתי דינים שאינם בעלי בינה ואינם הגונים אין לדיין לידון ע"פ אומדנא, מ"מ המהרי"ק והאלשיך ועוד רבים מהגדולים כתבו דהיכא דיש אומדנות הרבה וליבו של הדיין שלם בדבר והוא מומחה ומוחזק לאינו נושא פנים בדין יש לו לדון ע"פ אומדנא דמוכח גם בזמן הזה ובלבד שתהיה כוונתו לש"ש". עכ"ל.

יג. ויש מן הפוסקים שנקטו דהא דכתבו הרמב"ם והשו"ע דמשרבו בתי דינים שאינם בעלי בינה וכו' אין לדון ע"פ אומדנא, היינו דוקא באומדנא דלא מוכחת טובא, אבל באומדנא דמוכח טפי דנים גם בזמן הזה.

וכן אנו מוצאים בפס"ד של ביה"ד הרבני העליון (בענין חלוקת מגרש ורהיטים בין בני הזוג, מובא באוסף פסקי דין ורהפטיג עמ' קס"ב) בהרכב הגרי"א הרצוג, הגר"צ עוזיאל, והגרא"מ שקובסקי זצ"ל, וז"ל:

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

אלא שבנדון שם לא פסקו כן למעשה מאחר ובנדון שם לא היה אומדנא דמוכח טובא.

ובפסק דין אחר (פד"ר כרך ג' עמוד קפ"ח) נטה בית הדין לומר כי לפנינו "אומדנא דמוכח טובא", ואעפ"כ נמנע מלפסוק להוציא ממון על סמך אותה

שהדבר אינו ניתן להאמר כאשר מדובר בדיון בענייני ממונות, אשר אינם במסגרת התפקיד שהוטל על בית הדין על פי החוק, אכן למסקנה אין בית הדין שם מסתמך רק על חידוש זה אלא גם על נימוקים הלכתיים נוספים.

סוף דבר, מעיון בספרי הפוסקים ובפסקי דין בענין לדון ולהוציא ממון על סמך אומדנא, עולה שאין דעה אחידה בזה, ולמעשה צ"ע טובא אם יכול ביה"ד לסמוך על שיקול דעתו, וגם אם אכן דעתו נכונה אם יכול על סמך זה להוציא ממון.

כשבעל הדין הולך בערמה ובתחבולות להוציא ממון חבירו מידו

טו. ואולם בנ"ד מלבד מה שיש לנו אומדנא דמוכח טובא שחלקה של האשה בדירה נלקח ממנה שלא כדין, עוד רואים אנו בכאן מעשה ערמה ותחבולה שעשה הבעל כדי להשיג את מטרותו, וכפי שמפורט בהרחבה בנימוקים של פסק הדין, ובזה יש לומר דאפשר להוציא על סמך אומדנא וכפי שנבאר.

כתב הרמ"א (ס"ס צ"ט) וז"ל:

"כל מי שבא להפקיע תקנת חכמים בערמה ובתחבולה, וכ"ש לגזול של חבירו, חייבים חכמי הדור לבטל כוונתו, אע"פ שאין כאן ראיה רק אומדנות המוכיחות היטב".

ומקור הלכה זו הוא מתשובת הרא"ש (כלל ע"ח), הובא בטור (שם), וז"ל:

"תורת אמת וחוקים טובים ומשפטים ישרים נתן הקב"ה לישראל ע"י מרע"ה, דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום, צדיקים ילכו בהם ופושעים יכשלו בהם, והפושעים המתנכלים לעקש הישרה ולהגדיל שקל במאזני מרמה חייבין חכמי ישראל לסכל עצתם ולבטל מחשבותם, וע"ז נאמר צדק צדק תרדוף וכו' וכו', מצינו בדברי חכמים שבטלו עצת המערימים כדאיתא גבי דינא דבר מצרא זבין גריוא דארעא וכו' (ב"מ ק"ח ע"א), והדברים ק"ו ומה התם דתקנת חכמים בעלמא היא משום דינא דבר מצרא משום ועשית הישר והטוב, נתחכמו חכמי התלמוד לבטל עצתו ולא תעשינה ידיו תושיה, על אחת כמה וכמה בבא לגזול חבירו ולבטל דין

אומדנא, ואמנם בית הדין הביא דעות הפוסקים שפסקו להוציא ממון ע"פ אומדנא דמוכח טובא, אך כתבו "אולם יש להסס אם כח ביה"ד יפה להניח שיש כאן אומדנא דמוכח במדה שתועיל אף להוציא ממון".

ובפד"ר כרך ד' (עמוד קע"ה) בהרכב הדיינים הגר"י הדס, הגר"ש אלישיב, והגר"ב ז'ולטי, נטו לומר להלכה שאין להסתמך על אומדנא להוציא ממון, והביאו לשון המהרי"ק שדקדק ממ"ש הרמב"ם בפ"ח דה' נזקי ממון "שור שהיה רועה ע"ג הנהר וכו', אין אומרים בידוע שזה הרגו, עד שיראוהו עדים כשרים", ומדמסיים עד שיראו עדים כשרים, ולא מפליג אפילו בלא ראית עדים וכגון באומדנא רבה כי ההיא דשמעון בן שטח, שמע מינה דלית ליה שום אומדנא אפילו לענין דיני ממונות. וכ"כ המהרשד"ם (חו"מ סי' מ"ה). ועע"ש. עמדה דומה הובעה גם על ידי כבוד הדיינים, הרב מ"א איריה, הרב י. הוכמן, והרב מרדכי יפה שלזינגר זצ"ל בפד"ר (כרך א' עמוד 267).

יד. ועוד יש לדון, דאף אי נימא דבאומדנא דמוכח טובא אפשר להוציא ממון גם בזמן הזה, הלא מרן כאמור כתב הגבלה בדין זה, שכתב "ואם נראה לו באומדנא דמוכח שהוא חייב, יחייבנו, אם הוא דיין מומחה ויחיד בדורו".

ובפד"ר (כרך ט' עמוד 349) כתב הגר"מ אליהו שליט"א:

"באומדנא מוכח טובא דנים, וא"כ בזמן הזה ביה"ד האזורי במקומו הוא הדיין המומחה והוא יכול לפסוק, בתנאי שיהא שם אומדנא טובה ומוכח טובא, כ"ז אם נפסוק כנוסח הרא"ש דבעינן דיין מומחה, אבל לפי לשון השו"ע יוצא שאם רוצים לדון באומדנא לא מספיק שיהא דיין מומחה בלבד אלא צריך "דיין מומחה ויחיד בדורו", וזה אין לנו כיום, ואפשר שיש לביה"ד האזורי דין "דיין מומחה ויחיד בדורו", כי אין באותו איזור מקום אחר לתבוע והציבור קיבל אותם, והרי המחזהו רבים עליהם ויחידים הם במקומם". ע"כ.

ואולם חידוש גדול הוא לתת לכל בית דין אזורי מעמד של "דיין מומחה ויחיד בדורו", ובודאי

וכן מצאתי כעין זה בשו"ת הריב"ש (סי' ק"ח) שנשאל על אודות אשה שטענה שלא נשאר מבעלה כלום, ויש אומדנות מוכיחות שהיה לו ממון הרבה והיא לקחה אותו, והשיב הריב"ש:

"תאיימו עליה להפחידה בכל מיני אימים והפחדות כדי שתודה "להתפשר" עם היורשים אחרי שמפורסם ביניכם ההערמות והאונאות שעשתה". ע"כ.

ועיין בפד"ר (כרך י"ב עמוד 75) בהרכב כבוד הרבנים, הגר"ח ג' צימבליסט, הגר"ע אזולאי, והגר"ש דיכובסקי, שפסקו שכאשר מדובר בנתבע רמאי ועושה תחבולות ועורמה ניתן גם בזמן הזה להוציא ממון על סמך אומדנא.

כאמור בנ"ד הנתבע עשה ערמה ותחבולות, ויש אומדן דעת טובא שלקח מהאשה חצי דירתה הרשום על שמה ורשמו על שם אחר, וא"כ ודאי שיש לעשות פשרה ביניהם.

יז. עוד יש להוסיף, שמלבד חיוב פשרה מצד האומדן דעת הנ"ל, יש כח ביד ביה"ד להטיל על הנתבע חיוב לפשר עם התובעת גם ללא אומדן דעת כלל, שהרי יש בנ"ד חיוב שבועת היסת, שהרי האשה טוענת גזלת ממני חצי דירתי והוא מכחיש, וגם על תביעת קרקע משביעים שבועת היסת כמבואר בחו"מ סי' צ"ה (סעי' א').

ואע"פ שלטענתה הוא גזלן מ"מ משביעים אותו, וכמבואר בשו"ע (סי' ע"ה סעי' ח'), וז"ל:

"מנה לי בידך שגזלתני והלה אומר להד"ם משביעים אותו שבועת היסת".

וכתב הש"ך (שם ס"ק כ"ד) דאע"ג דלדברי התובע חשוד הוא, משביעין ליה, כיון שלא נעשה חשוד ע"פ עדים.

וא"כ בנ"ד יש לחייבו שבועת היסת.

וכידוע שמפני חומרת שבועה נהגו היום שאין משביעים שבועת היסת, וביה"ד עושים פשרה בין הצדדים. ועי' בחו"מ (סי' י"ב סעי' ב'), וש"ך שם (ס"ק ז'). ועי' פת"ש (שם ס"ק ג').

וא"כ יוצא בנ"ד שהנתבע חייב לפשר מצד חיוב שבועה שעליו גם בלי אומדנות, וכן חייב מצד האומדן דעת דמוכח, ובפרט בעושה מעשה רמאות.

תורה, שנבטל את ערמתו, וביבמות (ק"י ע"א) הוא עשה שלא כהוגן לפיכך נעשה לו שלא כהוגן, וכהנה רבות בתלמוד, שכל מי שמתכוין להערים ולהפקיע תקנת חכמים ולעשות עוול לחבירו, לכדום חכמים בערמם ועמדו נגדו להפר עצתו ומחשבתו הרעה, ונדון אנו ונלמד דבר מדבר, כי חכמי התלמוד לא הספיקו לכתוב כל הנולדות העתידות לבוא המתחדשים בכל יום, אלא שהבאים אחריהם יוצאים בעקביהן ומדמין מילתא למילתא". ע"כ.

טז. ומדברי הרמ"א הנ"ל משמע שאע"פ שכתב הרמב"ם שבזמן הזה לא דנים ע"פ אומדנות, מ"מ במקום שיש ערמה ותחבולות דנים ע"פ אומדנא. וכן מבואר בשו"ת שבות יעקב (ח"ג סימן קמ"ב), הובאו דבריו בפ"ת (סימן ט"ו ס"ק ט'), וז"ל:

"אע"ג דמבואר בשו"ע סימן ט"ו והוא מרמב"ם פכ"ד מהל' סנהדרין ומשרבו בתי דינים שאינם הגונים וכו' הסכימו וכו', מ"מ האריך בתשובת מהר"ם אלשיך סימן מ' והוציא כן מתשובת הרא"ש ומהרי"ק ושאר פוסקים דהיכא דאיכא אומדנות טובא ולבו של הדיין שלם בדבר והוא מומחה בדורו ומוחזק איש ישר שאינו נושא פנים, אם לבו שלם בדבר מותר לדון ע"פ האומדן אף בזמן הזה, וכן כתב בתשובת עבודת הגרשוני (סימן צ"א), ונ"ל דגם רמ"א אף שסותם בסי' ט"ו כדעת הרמב"ם מ"מ בס"ס צ"ט כתב בהגה מי שיבוא להפקיע תקנת חכמים בערמה ותחבולה וכ"ש לגזול את של חבירו חייבים חכמי הדור לבטל כוונתו אע"פ שאין כאן ראייה, רק אומדנות מוכיחות היטב, ע"כ, ואדרבה, נ"ל דעכשיו יותר יש לדון ע"פ האומדן והיורש, דהרי הסכמת האחרונים דהאידנא לית דמידע דין תורה וכו', רק שצריך כל דיין להיות מתון בדין בכל מאמצי כח ולדון דין אמת, ואם רואה שהדין מרומה יכול לדון ע"פ האומדן, לראות לפשר הדבר או להפך השבועה על שכנגדו וכו', רק שיהא כוונתו לשם שמים". עכ"ל. מבואר להדיא דגם בזמן הזה יש כח ביד ביה"ד לדון ע"פ אומדנא דמוכח במקום שהנתבע רמאי ועושה תחבולות וערמה, ולפחות לפשר בין הצדדים.

המורם מהאמור:

א. להרמב"ם ורוב הפוסקים לא אזלינן בתר אומדנא ואפילו באומדנא דמוכחא טובא. (אות א'-ב').

ב. בדבר שהוא אומדן של כל העולם כתב בנתיח"מ דהרי זה בגדר עדות. (אות ח').

ג. כתב המהרי"ק דכל היכא שהמעשה מבורר אצל הדיינים אלא שאנו מסתפקים בדעת הנותן או המוכר או המגרש, אזלינן בתר אומדנא. (אות ג-ד').

ד. מדברי הנ"י נראה דלהחזיק ממונן אזלינן בתר אומדנא גם לבירור המעשה, וכ"כ הרדב"ז. (אות ו').

ה. התשב"ץ כתב דמהני אומדנא דמוכח אף להוציא ממונן, וכן נראה מדברי מרן בס' ט"ו. וכ"כ הח"ס והאבני נזר דאומדנא דמוכח טובא מהני אף להוציא ממונן. (אות י'-י"א).

ו. הרמב"ם והשו"ע כתבו דבזמנינו אין לדון עפ"י אומדנא אלא רק בראיה ברורה. ויש שכתבו דבאומדנא דמוכח טובא יכולים לדון גם בזמן הזה. (אות י"ב-י"ג).

ז. מרן כתב דאף כשדנים ע"פ אומדנא זהו דוקא דיון

מומחה ויחיד בדורו, וצ"ע אם יש לביה"ד האזורי כח של דיון מומחה ויחיד בדורו, ובפרט בדיני ממונות שלא המחזהו על כך. (אות י"ד).

במקום שהנתבע רמאי ועושה תחבולות וערמה ^{אוצר החכמה} להוציא ממונן חבירו מידו, יש כח לביה"ד גם בזמן הזה להוציא ממונן או עכ"פ לעשות פשרה על סמך אומדנא. (אות ט"ו-ט"ז).

ט. נהגו היום שאין משביעים שום שבועה, ובמקום שיש חיוב שבועה ביה"ד עושים פשרה בין הצדדים. (אות י"ז).

פסק - דין

ביה"ד פוסק שעל הבעל להחזיר לאשה את חלקה בדירה וכפי הסכום שיקבע ע"י ביה"ד. וזאת ללא קשר לתביעת הבעל לגירושין, וגם אם יחליט לחזור בו מתביעתו, זכותה של האשה לקבל את חלקה בדירה כפי שיקבע ע"י ביה"ד.

כמו"כ חייב הבעל בשכר דירה על חלקה של האשה. לאור הנ"ל ביה"ד מחליט בזה כי העיקולים שהוטלו על הדירה עומדים בעינם, וזאת כדי שיהא לאשה מקור לגבות את מה שנתחייב הבעל בביה"ד.

(-) יצחק אלמליח

סימן כב

אל תעש עצמך כעורכי הדיינים

- ג. מתי אמרינן "פתח פיו לאדם".
- ד. בעל דין שתבע פחות מהמגיע לו על פי הדין, אם צריך להודיעו.
- ה. ומה הדין כשתבע על פי עד אחד.
- ו. אם מותר לביה"ד לטעון טענות הלכתיות ולגלות את הדין, כגון אסמכתא, וכדו'.
- ז. הטעם שבתו הדין טוענים לנתבע קים לי.
- ח. האם הדין דאל תעש עצמך כעורכי הדיינים נאמר רק בדיון או בכל אדם.
- ט. אם האזהרה היא לכל אדם, אם זהו דוקא כאשר עומדים בפני הדיינים, או גם כשמלמדו חוץ לבית דין.
- י. אם נכלל באזהרה זו גם מי שהוא קרובו או אוהבו.
- יא. האם יש חילוק בזה בין אדם חשוב לשאינו חשוב.

לעתים קרובות באים בנ"א אשר להם הריב לשאול כיצד יטענו בדיון, ומבקשים ללמוד טענות שבהם יוכלו לזכות בדין, והשאלה, האם יש לחשוש בזה להא דתנן באבות (פ"א מ"ח): "יהודה בן טבאי אומר אל תעש עצמך כעורכי הדיינים".

יש לברר בדברי המשנה:

- א. דין זה דאל תעש עצמך כעורכי הדיינים הוא מדת חסידות, או איסור מדינא.
- ב. אם דין זה הוא שלא ללמדו טענה שלא ידע בה, או דוקא ליתן לו עצה לעשות מעשה שעל ידו ישתנה הדין לטובתו.