



גליון חודש כסלו ה'תשע"ב | 41

תוכן העניינים:

א | פסקי דינים – דיני מקח טעות – חלק ז' – קונה שהזיק את החפץ הפגום שקנה

ב | פסקי דינים – דיני מקח טעות – חלק ח' – דין כספי התמורה

ג | חובת סודיות בין עורך דין או טוען רבני לבין לקוחו

בית הוראה לענייני ממונות "נתיבות חיים"

שע"י כולל חושן משפט אוהל יוסף

בית ההוראה מיועד לבירור עניינים הקשורים לדיני ממונות, ניתן להתייעץ עם חברי בית הדין "נתיבות חיים" בענייני ממונות, וכן ניתן לקבל סיוע בעריכת חוזים צוואות וכדו' ללא צורך בקביעת תור. ניתן לקבל תשובות גם באידיש, באנגלית ובצרפתית. בית ההוראה פתוח בימים א - ה בין השעות 13:40-15:30

וביום ו' עם הגר"נ נוסבוים בין השעות 11:00-13:00

ניתן לפנות בשעות אלו גם בטלפון:

02-502-3637

או כל היום בפקס: 02-502-3655

דוא"ל: beisdin@neto.net.il

כמו"כ ניתן לקבוע תור לדיונים בביה"ד "נתיבות חיים"

בפל': 052-7642-346

(בין השעות 6:30-8:00 בערב)

הדיונים נערכים בשפות עברית, אנגלית ואידיש. ההרכבים בבית הדין הם בראשות הדיינים דלהלן:

יום א'

הגאון הרב יצחק שובקס שליט"א

יום ב'

הגאון הרב נפתלי נוסבוים שליט"א

יום ג'

הגאון הרב יוסף פליישמן שליט"א

(ניתן להזמין דיונים גם באנגלית)

יום ד'

הגאון הרב אברהם דרבומדיקר שליט"א

יום ה'

הגאון הרב יעקב פרבשטיין שליט"א

הרב יוסף פליישמן שליט"א

פסקי דינים – מקח טעות חלק ז'

קונה שהזיק את החפץ הפגום שקנה

בגליון הקודם דינים 10-13 ביארנו באלו מקרים הקונה חייב לבדוק את המקח ממומים, והאם הוא חייב באחריות אם לא עשה כן. בגליון זה נבאר בס"ד אם הקונה הזיק את החפץ מחמת שלא ידע מהמום.

1. קונה שלא היה יכול לדעת שיש מום והזיק את החפץ ולאחר מכן מצא מום, לא איבד את זכותו לבטל את המקח. אולם, לגבי אם חייב על הנזק שעשה הדין תלוי – אם הזיק באופן שמקובל שקונה יעשה בשלו, הרי הוא זכאי לקבל את כל כספו בחזרה ואינו חייב על הנזק, אפילו אם הזיק בידים, אבל אם הזיק באופן שאינו מקובל, הרי הוא חייב על הנזק והמוכר רשאי לקזז חוב זה מדמי המקח'. הגדרת אופן מקובל: כל פעולה שהחפץ עומד לכך, גם אם רוב הקונים אינם עושים כן'.

2. גם אם הקונה היה יכול למצוא את המום, אם המום הוא נדיר ולא היה מוטל על הקונה לבדוק על פי הכללים שביארנו בגליון הקודם דינים 10-11, הרי הוא פטור על נזק שעשה באופן מקובל'.

1 בכתובות דף עו ע"ב מבואר שבהמה שנמצאת טריפה לאחר שחיטה, הרי זה מום, ומשמע שהקונה יכול לבטל את המקח אף לאחר ששטח. הרמב"ם בהלכות מכירה פרק טז ה"ו מביא דין זה ומסיף: "מכאן אתה למד שהמוכר דבר שהיה מום בממכרו ועשה בו הלוקח מום אחר קודם שידע לו המום הראשון, אם עשה דבר שדרכו לעשותו כגון זה ששחט את הטרפה פטור, ואם שנה ועשה מום אחר קודם שידע לו המום [הראשון] מחזיר המקח לבעליו ומשלם דמי המום שעשה". והיינו שבהמת טריפה לאחר שחיטה שווה פחות מאשר מחיים ואף על פי כן הקונה פטור על מה שהזיק בשחיטה.

2 יש להוכיח כן ממקור הדין בקונה בהמה ששחט ומצאה טריפה, שאין הגמ' מחלקת בין אם רוב קונים לחרישה או לשחיטה, כמו שהגמ' מחלקת בב"ק דף מו ע"א לענין הקונה שור ונמצא נגחן. ועיין בנתיבות ס' רלב סק"ג שהקשה כעין זה אמאי לא חילקה הגמ' את רוב קונים לחרישה או לשחיטה, הרי אם רוב קונים לחרישה נמצא שטריפה אינה מום כלל, ומתריץ שטריפה היא מום אף לאדם שקונה לחרישה, כיון שטריפה אינה חיה. ומוכח שהדין בגמ' הוא גם אם הרוב קונים לחרישה, ואף על פי כן זה ששחט פטור על הנזק. וכן משמע מהנת' שם סק"י שכתב לענין קונה שהוליק את החפץ למקום אחר "לכן נראה דמייירי בדבר שאין דרכו להוליכו למקום אחר, ולא היה לו למוכר להעלות על דעתו שיוליכנו למקום אחר", משמע שאם המוכר היה יכול להעלות על דעתו שהקונה יעשה פעולה זו אין הקונה מוגדר כמזיק. וכן פסק בספר המסחר בהלכה על מקרה שצרכן קנה כמות גדולה של דג נסיכת הנילוס שתספיק לו לתקופה ארוכה וטחן את כל הכמות, ואחר כך פרסם משרד הבריאות אזהרה שאסור להשתמש בסחורה. טען המוכר שאינו יכול להחזיר ליבואן דגים שנטחנו והקונה אשם בהפסד זה כיון שלא היה צריך לטחון כמות כל כך גדולה. ופסק שלטחון כמות גדולה אינה פעולה חריגה והמוכר היה יכול להעלות בדעתו שהקונה יעשה כן, ולכן הלוקח יכול להחזיר את הכל ולקבל בחזרה את מלוא התמורה. בשו"ת משפטן ליעקב ח"א ס' ד דן אודות בעל אולם שמחות שקנה כמות גדולה של קופסאות שימורים של לפתן אפרסקים. הקונה פתח כמה קופסאות וראה שהאפרסקים אינם ראויים להגשה בשמחות. אף על פי כן המשיך בעל האולם לפתוח את שאר הקופסאות ומצא שרק עשרים אחוז מהם ראויים להגשה. המוכר טען שבעל האולם הזיק בכך שפתח את כל הקופסאות, שאם הקופסאות היו סגורות היה ניתן למוכרם מטרה אחרת. ובעל האולם טען שהוא ביקש מהמוכר להביא לו סחורה אחרת והמוכר הבטיח לו שיעשה כן ולא עמד בדבר, ולכן מתוך הלאחץ המשיך לפתוח את כל הקופסאות כדי להשתמש עם עשרים האחוזים שהיו בסדר. ופסק שם שבעל האולם חייב על הנזק, מאחר שמצא שלושה קופסאות שאינם ראויים להגשה, ובשלושה פעמים יש 'חזקה', היה עליו להבין שמסתבר שאף השאר פגום והיה אסור עליו לפתוח אותם. ונראה שאף ללא הסברא של 'חזקה' לאחר שראה שיש סבירות שהסחורה פגומה לא היה עליו לפתוח, שהרי רק אם הוא מזיק באונס הרי הוא פטור על הנזק, אמנם, מסתבר שאם הפועלים פתחו את הקופסאות מבלי שבעל האולם ידע על כך, בעל האולם פטור על הנזק, כיון שהמוכר היה יכול לדעת שבעל האולם יתן לפועלים לפתוח את הקופסאות, ובדומה למה שכתב הנתיבות בסק"י.

3 הב"ח בס' רלב אות טו והשי"ך שם ס"ק יב (עיין גליון הקודם דין 10) דנים על מקרה שהקונה פשע בכך שלא בדק ומזה נגרם נזק לחפץ, ומדמים לדין שכתב המרדכי בב"מ ס' רצא בשם מהר"ם על אחד שקנה טבעת שהיה אמור להיות של זהב והקונה שברו ומצאו שהוא בדיל, שהקונה זכאי לקבל מלוא כספו בחזרה, אף ששבר את הטבעת "דמה ששברו לאו פשיעה היא דלא הוה ליה למידע שיש בו עופרת". הרי שסברו שבכל מקרה שהקונה אינו חייב לבדוק והוא פטור על נזק שנגרם מכך שלא בדק, הרי הוא פטור גם על נזק שעשה בידיים בדרך מקובלת. והנה בספר פתחי חושן אונאה פרק יג הערה כט כתב שיש מחלוקת בין הפרישה והנתיבות בנידון זה, שהנתיבות בסק"ה סובר שאם הזיק בדרך מקובלת הרי הוא פטור גם אם היה יכול לבדוק, אבל הפרישה בסק"ק יא ד"ה ומ"ש

לדוגמא: קונה ספר שרשם את שמו בתוך הספר⁴, או רשם הגהות בתוך הספר, ולאחר מכן מצא שיש דף מטושטש⁵, הרי הוא זכאי להחזיר את הספר כמות שהוא ולקבל חזרה כל מה ששילם.

3. אם המוכר היה צריך להבין בשעת המכירה שיתכן שהקונה ישתמש בחפץ בדרך שאינה מקובלת, הרי הקונה פטור אף על נזק שנגרם משימוש כזה⁶.

4. אם הקונה הזיק לאחר שראה את המום, יש סוברים שעדיין זכאי לבטל את המקח, אלא שחייב לשלם על הנזק, ויש סוברים שאיבד את זכותו לדרוש ביטול מקח⁷.

סובר שהקונה פטור על הנזק, רק אם מצא מום שלא ניתן לראות לפני עשיית הנזק, וכמו ששחט בהמה שלא ניתן לראות שהבהמה טריפה לפני השחיטה, אבל אם הקונה היה יכול לראות את המום לפני השחיטה, הרי הוא חייב גם אם הזיק בדרך מקובלת. וכתב שבסמ"ע לא ציין חידוש זה ואולי חזר בו. אולם, לפי דברינו אפשר לומר שאין מחלוקת בין הנתניבות והפרישה, אלא שהנתניבות מדובר במום שאינו נראה בבדיקה רגילה, ולכן פטור אם הזיק בדרך מקובלת, אבל הפרישה בא למעט שאם ניתן לראות את המום בבדיקה רגילה שמוטל על הקונה לעשות, הרי הוא חייב על נזק בדרך מקובלת, שהרי אף אם החפץ התקלקל מעצמו הקונה חייב.

4 דוגמא זו כתב בספר פתחי חושן אונאה פרק יג הערה כח.

5 דין ביטול מקח תלוי במנהג המדינה לבטל את המקח כשיש מום כזה, כמבואר בשו"ע סי' רלב סעיף י, וכשיש דף מטושטש המנהג לבטל את המקח.

6 אם הקונה הודיע למוכר שקונה את החפץ לשם שימוש חריג, מפורש בחידושי הריטב"א ב"ב דף צב ע"א ד"ה וחייב באחריותו שהקונה פטור על הנזק. וז"ל: "דכיון שעל דעת זריעה מכרם לו ולכן מסרם לו ויש מקח טעות בדבר ולא פשע הלוקח בכלום אינו חייב לשלם לו כלום". ואפילו אם הקונה לא הודיע למוכר על כוונתו אלא המוכר היה אמור להבין מעצמו שקונה זה יעשה שימוש חריג, הקונה פטור, וכמו שפסק בשו"ת מהרשד"ם סי' קמז על קונה שמכר את הסחורה לגוי ואחר כך נודע לו שיש בה מום והגוי מסרב להחזיר את הסחורה, שהמוכר חייב להחזיר את הכסף, אף שהקונה אינו יכול להחזיר את הסחורה, כיון שהמוכר ידע שדרך הקונה למכור לגויים. וכן יש להוכיח מדברי הנתניבות סי' רלב סק"י שכתב שאם הקונה העביר את הסחורה למדינה אחרת הרי זה כאילו הזיק לסחורה, ולכן אם לא הודיע למוכר שהוא מעביר למדינה אחרת, עליו להחזיר, ומוסיף "אם ידוע שדרך סחורה זו שקנה להוליכה למקום אחר, או שידוע שהלוקח הוא ממקום אחר, ובודאי יוליכו למקומו, הוי כהודיעו". וכתב שם שאין הקונה חייב להחזיר אלא "דבר שאין דרכו להוליכו למקום אחר ולא היה לו למוכר להעלות על דעתו שיוליכנו למקום אחר".

7 לשון הרמב"ם שהובא בהערה 1 בחלק מהנוסחאות הוא "ואם שנה ועשה מום אחר קודם שיודע לו המום [הראשון] מחזיר המקח לבעליו ומשלם דמי המום שעשה". משמע שאם הזיק לאחר שראה את המום אינו יכול לבטל את המקח כלל. בספר לחם משנה שם הכריע שכך היא הגירסא הנכונה ברמב"ם וכן היא גירסת הטור והשו"ע בסעיף יג. והנה במקרה שהנזק נובע משימוש, ודאי שהקונה אינו יכול לבטל

5. במקרים שהקונה חייב לשלם על הנזק הרי הוא חייב גם במקרה שהמוכר ידע שיש מום וניסה לרמות את הקונה⁸.

את המקח אם השתמש לאחר שראה את המום, וכמו שבארנו באריכות בגליון 38, שהשימוש מהווה הוכחה על ויתור על זכות ביטול מקח. אבל במקרה שהזיק בידיים מבלי להשתמש מסתפק הלחם משנה אם עדיין יכול לבטל את המקח ולשלם על הנזק, ובספר קרית מלך רב שם הכריע שנזק אינו נחשב כשימוש, כיון שאדם אינו מזיק גם לחפץ שהוא בבעלותו, ולכן עדיין יכול לבטל את המקח. (אמנם הקרית מלך רב מסכים שיש לגרוס ברמב"ם "קודם שיודע לו המום", כיון שאם הזיק בדרך שימוש אינו יכול לבטל את המקח, שנזק בדרך שימוש הוא דבר שאדם עושה בחפץ שהוא בבעלותו ומהוה הוכחה על רצונו לקיים את המקח). אמנם, לפי הסברא שכתב בשו"ת גליא מסכת סי' י (מובא בגליון 38 הערה 1) הטעם ששימוש מהווה הוכחה על ויתור על זכות ביטול מקח הוא, שהרי אם הקונה רוצה לבטל את המקח לאחר שמצא מום, אסור לו להשתמש בו, ויחשב כגנב על השימוש, ולכן בהכרח לומר שהקונה החליט לוותר על זכותו לבטל את המקח. אם כן לפי דבריו אם הקונה הזיק מבלי להשתמש, גם כן יש הוכחה שויתר על הזכות לבטל את המקח, שהרי אסור להזיק חפץ שאינו שלו. אולם אפשר שכיון שאדם אינו מאבד את ממונו יש הוכחה נגדית שהחליט לבטל את המקח ולכן לא אכפת לו להזיק. בגליון 38 הבאנו שהרבה פוסקים חולקים על סברת הגליא מסכת, אמנם ייתכן שידוע בדין זה שאחר שהזיק אינו זכאי לבטל את המקח.

8 כן משמע מסתימת לשון הרמב"ם בהלכות מכירה פרק טז ה"ו והשו"ע בסי' רלב סעיף יג, שלא חילקו בין אם המוכר ידע מהמום או לא ידע, וכן הבין הנתניבות בסק"ה ולכן הקשה שהקונה אנוס שהרי סמך על המוכר שאין בו מום והיה רשאי להזיק (בדומה ליורשים ששחטו פרה שאולה שהם פטורים על הנזק מדין מזיק באונס וכמבואר בשו"ע סי' שמא סעיף ד), ומיישב שהקונה דינו כמזיק באונס כעין אבידה שחייב, כיון שהיה יכול לבדוק לפני שמתמש. בספר דברי משפט שם מחלק דין קונה שהזיק מדין יורשים ששחטו פרה שאולה, שהיורשים מעולם לא קיבלו על עצמם להיות שומר, ואין עליהם אלא חיובי מזיק ולכן פטורים על אונס, מה שאין כן הקונה מתחייב חיובי שמירה על החפץ ולכן חייב על שפשע ולא בדק. ועיין בהגהות מילואי משפט על הנתניבות הערה 36 שנתקשה בדבריו, ומביא מספר תורות מרדכי סי' רלז שאין הקונה חייב מדין מזיק, אלא שאין לו זכות לבטל את המקח אם אינו משלם על הנזק. ועיין שם שמסביר את דבריו על פי מה שכתב בספר אבן האזל הלכות מכירה פרק טז הלכה ג (וסברא זו נמצאת גם ביד רמה ב"ב פ"ו סי' סב) שדין מקח טעות הוא על פי אומדנא שעל דעת כן נגמר המקח, והאומדנא היא שאין המוכר מסכים שהקונה יבטל את המקח אם לא יחזיר לו את החפץ בשלימות (חוץ מאם הזיק באונס). בגליון 40 דין 7 הבאנו דעת הערוך השולחן שם סעיף לה שאם המוכר ידע מהמום ורצה לרמות את הקונה, אין הקונה נעשה שומר על החפץ. אמנם, יתכן שהוא מסכים למה שכתב הנתניבות, שאפשר שאף שאין על הקונה חיובי שמירה, מכל מקום חייב על נזק שעשה בידיים.

פסקי דינים – מקח טעות חלק ח'

דין כספי התמורה

1. נקדים הקדמה קצרה לביאור דין זה: דינו של מזיק הוא שיכול לשלם בשווה-כסף גם אם יש לו כסף¹. לווה שיש לו כסף חייב לשלם בכסף, ואם אין לו יכול לשלם במיטלטלין, או בקרקע אם גם מיטלטלין אין לו². דינו של גזלן שאינו יכול להשיב את הגזילה בעינה הוא, שחייב לשלם בכסף, ויש סוברים שאפילו אם יש לו שווה-כסף בלבד, חייב למכור אותם כדי להשיב כסף³. לעניינינו, לגבי כספי תמורת המקח שהמוכר חייב להחזיר במקרה שהמקח התבטל, נחלקו הראשונים בגדרו של כסף זה⁴. יש סוברים שדינו כהלוואה ולכן המוכר חייב להשיב כסף, אם יש לו. ויש סוברים שהכסף הפך

1 שו"ע ח"מ סי' תיט סעיף א.

2 שם סי' קא.

3 המחבר בשו"ע סי' שנד סעיף ה פוסק (על פי שיטת רש"י ותוספות בב"ק דף י"א ע"א ועוד ראשונים) שגזלן חייב לשלם רק בכסף, הרמ"א שם לכאורה חולק וסובר שאם אין לו כסף הרי הוא יכול לשלם בשווה כסף, והש"ך שם סק"ז סובר שהרמ"א אינו חולק על המחבר. האחרונים נחלקו בדעת הראשונים שעליהם סמך המחבר, אם אין לגנב מעות אם חייב למכור כדי לשלם בכסף, המחנה אפרים בהלכות גזילה סי' כג סובר שחייב למכור, וכן סובר הרש"ש בב"ק דף צ"ה ע"א ד"ה מאי אבטל, אבל החזון איש בב"ק סי' ז אות ה ד"ה ולדינא סובר שגזלן אינו חייב למכור.

4 מחלוקת זו מופיעה בכמה מקומות. בתוספות בב"ק דף מו ע"ב ד"ה ג"ג מובאת גירסא בגמ' "אי דליתא להני זוזי" ומפרשים "שם אין אותן מעות בעין שנתן לוקח למוכר, אפילו

להיות פיקדון למפרע, וממילא אם המוכר השתמש בהם דינו כמזיק בשוגג ורשאי לשלם בשווה-כסף, גם אם יש לו כסף. הרמ"א פסק שהכסף מוגדר כהלוואה ואם יש למוכר כסף חייב לשלם כסף⁵. יש הסוברים שכל זה הוא רק במקרה שהמוכר לא ידע שיש פגם במקח, אבל אם ידע וניסה לרמות את הקונה יש לו דין גזלן על הכסף שקיבל במרמה ואסור לו להשתמש בו⁶, ואם השתמש בו, חייב לשלם כסף כדין גזלן, ולדעת הרבה פוסקים חייב גם לטרוח ולמכור כדי לשלם כסף. אמנם, מחמת הספק, אין בית דין יכול לחייב למכור כדי לשלם כסף⁷.

2. נחלקו הראשונים על מקרה שהמקח התבטל לפני שהמוכר השתמש בכסף, אם הכסף הוא בבעלות הקונה⁸, או שהוא כהלוואה ובבעלות המוכר⁹. בשו"ע אבן

אית ליה זוזי אחרני לא יחייב ליה זוזי". והיינו שאין המוכר חייב לשלם בכסף אחר שיש לו, אלא יכול לשלם בשווה-כסף. ורבינו תם חולק "מאחר שמקח טעות הוא, סברא הוא שדינו כדין בעל חוב, ובעל חוב אי אית ליה זוזי לא מצי לסלוקי בשאר מילי". הבית יוסף בסוף סי' רלב מביא מחלוקת זו בשם תשובות מיימוניות סוף ספר משפטים סי' יג שכתב "והמוכר דבר לחבירו שהוא מקח טעות שצריך להחזיר לו הדמים, אמר דדינו כבעל חוב, ור"י אומר דדינו כנזקין, דלא הוי אלא כמזיק שעבודו של חבירו דמסלק ליה בכל מילי, אי ליתנהו להנהו זוזי שנתן לו הלווקה". וכן כתבו בתוספות ב"ב דף צב ע"ב ד"ה אי דליכא שלדעת ר"י אין המוכר חייב לשלם בכסף אחר וכדין מזיק. אמנם, הנימוקי יוסף בב"ב דף ע"ב סוף ע"ב סתם כדעת רבינו תם.

5 בסוף סי' רלב.
6 בירושלמי קידושין סוף פרק שני על המשנה "מכרן וקידש בדמיהן מקודשת", והיינו שאם אדם מכר איסורי הנאה וקידש אשה בכסף זה הרי היא מקודשת "רבי חגי בשם רבי זעיריה בשאין דמיהן, אמר רבי חנינה זאת אומרת שמקדישין בגזילה". ומפרש בפסקי הרא"ש שם סי' לא ועוד ראשונים שהירושלמי סובר שהמוכר דינו כגזלן על הדמים, כיון שהקונה לא ידע שמכר לו איסורי הנאה, ובהכרח שהמקדש בגזילה אחר ייאוש מקודשת. ובמשנה למלך הלכות אישות פ"ה סוף ה"ז כתב שאפשר שדברי הירושלמי אמורים רק אם המוכר ידע שמוכר איסורי הנאה ורימה את הקונה, ומביא שיש משמעות בחידושי הריטב"א שם דף נו ע"ב שיותר מסתבר שיהיה גזל אם המוכר ידע מהמום, אבל למעשה נשאר בספק. ובספר נחל יצחק סי' פא סעיף לב סוף ענף ב נוקט למעשה כדרך זו, שיש חילוק בין אם המוכר ידע מהמום ובין אם לאו, וזוה מיישב סתייה בדעת הרא"ש והשו"ע. וכן כתב בעל קרית מלך רב בהגהותיו על ספר מחנה אפרים הלכות גזילה סוף סי' כג. אמנם, יש לציין שמדברי הקצות החושן בס' סו סק"ד והנתיבות שם סק"ה מוכח שסברו שאפילו אם המוכר ניסה לרמות את הקונה, הכסף הוא הלוואה.

7 שהרי לדעת כמה פוסקים שהובאו בהערה הקודמת, גם אם המוכר ניסה לרמות הרי הוא כלוה ולא כגזלן, ואפילו לסוברים שהוא גזלן, הרי הרמ"א שהובא בהערה 3 סובר שאף גזלן אינו חייב למכור כדי לשלם בכסף, ואף בדעת המחבר נחלקו האחרונים כמבואר שם.

8 כן כתב בפסקי הרא"ש קידושין פ"ב סי' לא לענין המוכר איסורי הנאה שקידש אשה בכסף "ואם תאמר והא הני זוזי לאו דידיה ניהו, שצריך להחזיר הדמים, כיון שמכר לו איסורי הנאה, ויש לומר דמיידי כשמכרו לעכ"ם או לישראל והכיר בהן הדיו מעות מנתה". מפורש שבמקח טעות חייב המוכר להחזיר את הכסף שקיבל ואינם שלו. וכן פסקה ה"ה באבן העזר סוף סי' כח לגבי המוכר איסורי הנאה לישראל "אם אינו יודע לא חל המכר והמעות גזל ביד המוכר". ואף שלאחר שהביא הרא"ש את הירושלמי שהבאנו בהערה 6 כתב "ואי לאו הירושלמי דמחשיב ליה גזל לא הוה קשיא לי מידי דהני דמים לאו גזל הוה בידו כיון בתורת מקח באו לידו, ואף על גב דמקח טעות הוא ישרם מביתו", (וכשיטת הרמב"ן ודעימיה שהובאו בהערה הבאה) מכל מקום לאחר שראה את הירושלמי הרי הוא פוסק שהכסף בבעלות הקונה. וכן הבין הטור בדעתו, הן באבן העזר והן בקיצור פסקי הרא"ש, וכן כתבו המשנה למלך הלכות אישות פ"ה ה"ז ד"ה הכלל העולה והמחנה אפרים הלכות גזילה סי' כג בדעת הרא"ש.
9 בחידושי הרמב"ן קידושין דף נו ע"ב, בחידושי הרשב"א שם ובר"ן על הרי"ף דף כג ע"א הביאו את הירושלמי שהבאנו בהערה 6 כתבו שהירושלמי מסיק מן דין במשנה שמכר איסורי הנאה וקידש בדמיהן מקודשת, שאף אם קידש בגזל מקודשת, אבל הבבלי בקידושין דף נב ע"א פוסק שאם קידש בגזל אינה מקודשת אפילו בדיעבד, וכתבו שהבבלי יפרש את המשנה שלכך מקודשת כיון שהקונה נתן את הכסף על דעת שהמוכר ישתמש בהם הרי הם כמו הלוואה. ובחידושי הריטב"א שם מוסיף וז"ל: "ואפילו מכר לישראל ולא הכיר בהם אף על פי שהיה מכיר בהם מוכר לא נתכוין לגזול אלא שיהו אצלו מלוה וכשיחזור בו לוקח ישרם מביתו, וכיון דכן ואידך היבניהו ניהליה

העזר¹⁰ נפסק שאם המוכר קידש אישה בכסף זה, הרי היא ספק מקודשת, מחמת הספק מיהו בעליו של הכסף¹¹. ונחלקו האחרונים בדעת הרמ"א שבדין הקודם אם הכריע כדעת הסוברים שהכסף הוא כהלוואה ואם כן הקידושין חלים בוודאות, שהרי 'מלוה להוצאה ניתנה'¹², או שיש לחלק בין לפני שהמוכר השתמש בכסף שאז הוא בבעלות הקונה, לבין לאחר שהשתמש שאז הופך המוכר להיות מוגדר כלוה, ואם כן אף לדעת הרמ"א יש ספק קידושין¹³.

3. על פי האמור, לקוח שמצא פגם במקח יכול לדרוש את כספו בחזרה, ובעל החנות אינו רשאי לתת לו תו זיכוי לקנייה בחנות במקום כסף¹⁴, אם לא התנה כן מראש¹⁵. אמנם, יש מי שסובר שבעל החנות יכול להחזיר פריט זהה במקום הפריט הפגום, אם בשעת הקנייה היה קיימים אצלו פריטים זהים נוספים, כיון שבמקרה כזה העסקה איננה רק על הפריט הפגום, אלא על פריט אחד מכלל כל הפריטים הזהים הקיימים בחנות, וממילא ניתן לקיים את המקח בפריט אחר. במקרה זה גם אם הפריט התייקר בינתיים אין איסור ריבית אם המוכר יתן פריט זהה. וייתכן

לאפוקיניהו לאו גזל הוא אלא מלוה ויכול לקדש בהם את האשה. כל הראשונים האלו בהכרח שיסברו כמו שפסק הרמ"א בסוף סי' רלב שאין המוכר יכול לשלם בשווה-כסף, אם יש לו כסף, וכדין כל לוה.

10 סי' כח סעיף כב.
11 בביאור הגר"א שם סק"ס כתב שהספק הוא אם פוסקים כהירושלמי שדינו כמקדש בגזל ולפי הבבלי מקדש בגזל לפני ייאוש אינה מקודשת, או שלא פוסקים כהירושלמי שהכסף הוא בבעלות הקונה, אלא הכסף הוא כהלוואה ביד המוכר וכדעת הרמב"ן ודעימיה שהובאו בהערה 9.

12 כן כתב האבני מילואים בס' כח ס"ק סג שהרמ"א שהכריע כדעת הר"י שהמוכר דינו כלוה, אם כן הכסף בבעלות המוכר והאשה מקודשת בוודאות ושלא כדעת המחבר שהאשה ספק מקודשת. בדומה לזה כתב האבני מילואים גם בספר שב שמעתתא שמעתתא ד סוף פרק טו, עיין שם שמביא בשם התוספות בכתובות דף עו ע"א שאם יש ספק מקח טעות יש לקונה 'חזקת מרא קמא' על הכסף, הרי שהתוספות סובר שעל הצד שיש מקח טעות הכסף הוא בבעלות הקונה, וכתב שהתוספות חולקים על הנימוקי יוסף והרמ"א שפסקו שהמוכר מוגדר כלוה. הרי שדעתו שלפי הרמ"א הכסף יוצא מיד מרשות הקונה. גם לפי הנחת האבני מילואים שלדעת הרמ"א הכסף הוא מיד בבעלות המוכר, יש מקום להשיב על טענתו, לפי מה שהסתפק המשנה למלך בהלכות אישות פ"ה ה"ז שם דאפשר שדברי הירושלמי אמורים רק באיסורי הנאה שאינם שווים כלום, אבל במוכר דבר שיש בו מום שאינו ידוע אם הקונה יבוא לבטל את המקח, ודאי שהכסף הוא הלוואה ולא גזל, ולפי זה ייתכן שבקידש בדמי איסורי הנאה יפסוק הרמ"א שאין האשה מקודשת, אף שבמום רגיל הכסף הופך להיות הלוואה. ועיין עוד בהערה הבאה שיש דרכים נוספים ליישב טענת האבני מילואים ושגם הרמ"א יסבור שהאשה ספק מקודשת.

13 בספר אור שמח הלכות אישות פ"ה ה"ב מבאר דעת הר"י שהובאה בהערה 4, שהמוכר יכול לשלם בשווה-כסף, כיון שהכסף היה בבעלות הקונה, ולכן כשהמוכר השתמש בהם הרי הוא מזיק. ומוסיף שאף רבינו תם שחולק וסובר שהמוכר חייב לשלם בכסף, אינו חולק על כך שהכסף הוא בבעלות הקונה, אלא שכיון שהקונה נתן את הכסף למוכר מדעתו והמוכר נהנה מהם, לכן יש לו את המעלה שיש לכל מלוה שיכול לדרוש שהלווה (או במקרה זה, המוכר) ישלם בכסף, אם יש לו. גם בשו"ת מהר"ם שיק"ד סי' קסב ד"ה ומדברי הרמ"א מפרש בדעת הרמ"א שכל זמן שהכסף נמצא בעין, המוכר חייב להחזיר אותו כסף בדוקא, אלא שהרמ"א בא להחמיר שאין למוכר את הקולא שיש למזיק שאינו חייב לשלם בכסף, כיון שהמוכר לא השתמש בהם על דעת גזילה. ובספר ערך ש"י אבן העזר שם מיישב על פי דרך זו את טענת האבני מילואים שבהערה הקודמת שלפי הכרעת הרמ"א האשה מקודשת בוודאות. בהערות הגרש"ז אויערבך על ספר שב שמעתתא שם כתב שאין מחלוקת בין הנימוקי יוסף והתוספות בכתובות, ואף הנימוקי יוסף והרמ"א מודים שכל עוד שהמוכר לא השתמש בכסף הרי הוא בבעלות הקונה, אלא שסוברים שלאחר שהמוכר השתמש בהם הרי הוא מוגדר כלוה ולא כמזיק כיון שהקונה מסכים שהמוכר ישתמש בכסף, גם על הצד שימצא 'מקח טעות', כיון שאין הבדל בין כסף זה לכסף אחר.

14 על פי הכרעת הרמ"א בסוף סי' רלב, המוכר חייב לשלם כסף אם יש לו, והנושא כלים שם הסכימו להכרעה זו. וכן פסק בספר פתחי חושן חלק אונאה פרק יג הערה יח, אם לא שהמוכר יכול להחליף עם פריט זהה ללא מום וכפי שיבואר בהמשך.
15 ככל תנאי שבממון, ואם כך נהוג דינו כהתנה.

« המשך בעמוד הבא

שאפילו אם לא היו פריטים נוספים במלאי אין איסור ריבית לתת פריט זהה¹⁶. ואם המוכר ידע שיש מום, שאז דינו כגזלן (לפי הדעות שהובאו בהערה 6), מותר לכל הדעות לתת פריט דומה גם אם התייקר¹⁷.

4. נחלקו הפוסקים אם אדם נתן שיק במטבע חוץ לחלפן כספים וקיבל תמורתו שקלים¹⁸, ולאחר מכן התברר שלשיק לא היה כיסוי וחזר, ובינתיים עלה ערכו של המטבע הזר לעומת השקל, יש שהתירו ללקוח לתת שיק אחר באותו סכום לחלפן¹⁹, ויש אוסרים וסוברים שהלקוח חייב

16 בספר ברית יהודה פרק כח הערה מה מחדש שאם אדם קונה חפץ בחנות מתקיימים בעצם שתי קניינים, קניין אחד שהמוכר מתחייב לספק לקונה חפץ כזה, וקניין נוסף שהמוכר מקיים את חובתו בחפץ המסוים שהקונה לקח בפועל. ולכן אם הקונה מצא פגם בחפץ שלקח ומחזיר אותו לחנות, עדיין העסקה קיימת לגבי זה שהמוכר חייב לספק לו חפץ זהה. ועל פי זה מחדש שאין איסור ריבית אם המוכר יחליף לו את החפץ הפגום בחפץ זהה, אף אם בינתיים עלה מחיר החפץ בשוק. ואין אומרים שלאחר שהעסקה התבטלה הפך הכסף להיות כהלוואה ואסור למוכר (הלווה) להחזיר חפץ ששווה יותר מהחוב, אלא העסקה עדיין קיימת לגבי חפץ זהה. כמו כן, המוכר חייב לספק לקונה חפץ זהה, ואם יסרב יתחייב ב'מי שפרע', וכדין המבואר בשו"ע חו"מ סי' רט סעיף ו' (ענין שם בסמ"ע, ש"ך, קצות ונתיבות). אמנם, אם למוכר לא היה אלא פריט אחד בחנות, או שיש לכפחות אחרות שהמוכר לא מוכן למכור רק מה שיש לו במלאי, העסקה היא רק כלפי חפץ זה, ואם הקונה ימצא מום יצטרך המוכר להחזיר לו את כספו. אמנם דרכו של הברית יהודה מחודשת, שאם יש למוכר פריט זה במלאי חייב לתת פריט זה ואם יחזיר את הכסף יתחייב ב'מי שפרע', ומסברא לא נראה כן. ואף על פי כן נראה לומר שאין איסור ריבית אם המוכר יחליף את החפץ לאחר שמחירו עלה מטעמים אחרים. ניתן לומר, כמו שמצינו במוכר דבר שאינו שלו שאם המוכר קנה אותו מהבעלים בודאי קנה אותו בשביל הקונה שלו "דניחא ליה לאיניש למיקם בהימנותיה", והיינו שאדם רוצה שיחזיקו אותו לאדם אמיץ, ולפי זה ניתן לומר גם במוכר דבר שיש בו מום והמקח התבטל, שהמוכר רוצה לקיים את המקח בדרך אחרת, ואפילו אם המוכר לא ידע מהמום, וכמו שכתב בספר התרומות כלל מז אות ב שבכל מקרה שהמקח בטל יש סברא זו שהמוכר רוצה לקיים את המקח כדי להיות אדם אמיץ, וכן כתבו התומים והנתיבות בתחילת סי' קנ. וממילא אין איסור ריבית כיון שהמוכר רוצה למנוע ביטול מקח, וכמו שאין איסור ריבית במוכר דבר שאינו שלו וחזר ולקחו מהבעלים ובינתיים המקח התייקר, וכמו שכתב המהרי"ט ח"ב סי' לט. סברא נוספת להיתר היא, שהרי המוכר מעדיף להחליף מאשר להחזיר את הכסף, כיון שאף אם החפץ התייקר, מכל מקום המוכר יכול להשיג את החפץ גם עכשיו במחיר נמוך יותר ממה שקיבל, והמוכר בוחר לשלם בדרך זו מחמת טובת עצמו, יוצא שאינו משלם שכר המתנת מעות ואין בזה איסור ריבית. הרה"ר ג' אשר דויטש שליט"א הסכים לסברא זאת רק במקרה שהקונה אינו מעוניין בחפץ או שאם המוכר היה מחזיר לו כסף היה קונה את החפץ במקום אחר, שאז ברור שנתנת החפץ הזהה במקום הכסף, הוא אך טובת המוכר, אבל במקרה שאם הקונה היה מקבל כסף היה קונה את החפץ, יוצא שיש ריבית בכך שרק קונה זה מקבל את החפץ בזול ולא קונים אחרים המעוניינים בו. בנוסף לכך בנידון דידן גם הקונה אינו מרוויח מכך שהמוכר מחליף לו שהרי אם החפץ לא היה פגום היתה מתקיימת המקח במחיר הזול, וברבית דרבנן של מוכר (ענין ב"מ דף טו ע"א שיש לומר שנידון דידן הוא מוכר) יש סברא להיתר מעט שקילא טיבותין ושדיא אחזיר' היינו שאם הקונה לא מרויח לא אסור רבנן משום ריבית אף אם בפועל הוא קיבל יותר, וכמבואר בב"מ דף סג ע"ב. במקרה שאדם הזמין פריט מסוים בחנות ושילם מראש ולאחר שקיבל את הפריט מצא בו מום, בודאי שהמקח קיים לגבי פריט זהה אחר, שהרי היתה התחייבות לספק פריט כזה, ואין איסור ריבית, כמבואר בגמ' ב"מ דף סג ע"ב לגבי כל 'פוסק על השער' בדבר שיצא השער, כיון שהקונה יכול לקנות במקום אחר. לפי שתי סברות אלו, גם אם לא היו קיימים פריטים נוספים במלאי, אין איסור ריבית.

17 בגזל אין איסור ריבית, כמבואר בשו"ע יו"ד סי' קעז סעיף יט.

18 יש לציין שבספר חוט השני הלכות רבית עמוד קטז כותב ששכיח לעבור על איסור ריבית בהחלפת שיקים בדרך המקובלת. ענין שם.

19 במקרה זה אין ההיתר שכתבנו בהערה 16 בשם ספר ברית יהודה, כיון ששיק מחשבון אחר אינו זהה לשיק שחזר. ההיתר במקרה זה מבוסס על מה שכתב שו"ת מהר"ם שיק יו"ד סי' קסא-קסב שאין איסור ריבית אם מוכר השיק יתן שיק אחר. בתחילה בנה את ההיתר על כך שבמקח טעות הכסף הוא גזול ביד המוכר ואין איסור ריבית בגזל כמבואר בשו"ע יו"ד סי' קעז סעיף יט. וכתב שמה שכתב הרמ"א בחו"מ סוף סי' רלב שהכסף הוא הלוואה, כוונתו לומר שהמוכר אינו מוגדר כמזיק שיכול לשלם בשווה-כסף, אלא כגזלן שחייב לשלם בכסף. ושוב חזר מטעם זה, שהרי באבן העזר נפסק במקדש בדמי איסורי הנאה שהאשה ספק מוקדשת (ענין דין 2)

להחזיר את השקלים שקיבל בלבד²⁰.

5. אם כתבו שטר מכר בעדים על המקח ולאחר מכן המקח התבטל מצד 'מקח טעות', נחלקו הראשונים אם כספי התמורה דינם כהלוואה בשטר²¹, או כהלוואה בעל פה²², ולפי דעת רוב האחרונים הרי זה כהלוואה בשטר²³, ונפקא מינה לעניין גביה מנכסים משועבדים, וכן אם יש לקונה זכות קדימה לגבות לפני נושים אחרים. ולרוב הפוסקים אין המוכר נאמן לטעון פרעתי כל עוד ששטר המקח נמצא ביד הקונה²⁴.

והיינו משום דהכסף הוא ספק הלוואה ואם כן יהיה בזה ספק איסור ריבית. (אמנם, לפי הדעות שהבאנו בהערה 6 שאם המוכר ידע מהמום דינו כגזלן ניתן לקיים סברת המהר"ם שיק במקרה שהמוכר ידע שהשיק שלו יחזור). ולכן כתב להתיר מטעם אחר, שהמוכר מתחייב בתורת קנס לשלם את מלוא הסכום הרשום בשטר, אם יתברר שמלכתחילה מכר שיק שאין לו ערך. ומוכיח שאין איסור ריבית בקנס זה ממה שנפסק בשו"ע יו"ד סי' קעג סעיף ד שמתור למוכר שטרות להתחייב באחריות אם יתברר שמכר שטר פרוע, ולכאורה במקרה זה אין צורך להתחייב באחריות, שאם השטר פרוע הרי זה מקח טעות, כמבואר בשו"ע חו"מ סי' סו סעיף לד, אלא בהכרח שכוונת השו"ע שאחריות המוכר היא על כל הסכום הרשום בשטר. ואף שמבואר בשו"ע יו"ד שם שאסור למוכר שטר לקבל על עצמו אחריות אם העני הלוה, מכל מקום כתב המהר"ם שיק שם שהמוכר יכול לקבל אחריות על מקרה שהלווה היה עני בשעת מכירת השטר. בדרך כלל חלפני שיקים מפקידים את השיק ימים ספורים לאחר שפרטו, ואם אין לו כיסוי לשיק, גם לא היה לו כיסוי ביום שפרטו ובעל השיק הוא עני חדל פירעון, וממילא שייך ההיתר של המהר"ם שיק. ואף שההיתר הוא רק אם התנו מראש שהמוכר חייב באחריות ומכל מקום היום ידוע המנהג אצל כל המשתמשים בשירותים של חלפנים שחייבים באחריות על השיק. ואף אם אין מנהג, המחליף יכול להיפטר בהחזרת הכסף שקיבל, אבל אין איסור ריבית אם ישלם יותר, שהרי ללא סיכום מראש איסור ריבית יותר קל מאשר אם סוכם. כמו כן, לדעת החוות דעת בסי' קסא סק"א המרת מטבעות מוגדר כמכר, וכיון שמחליף השיק קיבל שקלים ונתן מטבע חוץ, אין איסור ריבית אם יוסיף מדעתו לשלם יותר ממה שחייב, וכמו שפסק הרמ"א ביו"ד סי' קס סעיף ד שבמכר מותר לתת יותר מדעתו. יש לציין שבשו"ת מנחת יצחק ח"ו סי' סד מתיר שהמחליף יקבל על עצמו לשלם מה שהמטבע של השיק יתייקר מיום ההחלפה עד שיתברר שהשיק חזר, על פי ההיתר של המהר"ם שיק ובצירוף טעמים נוספים, ואוסר לתת מה שהמטבע התייקר לאחר שנודע שהשיק חזר.

20 הכתב סופר חולק על המהר"ם שיק וכמבואר בשו"ת מהר"ם שיק סי' קסב. גם בספר ברית יהודה פרק טו דין ז והערה יח חולק על המהר"ם שיק וסובר שאי אפשר להתחייב בקנס על מקרה שהמקח יתבטל, כיון שאז חוזר הכסף להיות הלוואה.

21 בספר התרומות כלל מז אות ב כותב מספר דוגמאות שהמקח בטל, כגון יורש פחות מגיל עשרים שמכר נכסי אביו, או שמכר שדה שעתידי לירש, או מקח באסמכתא, שהקונה יכול לגבות את כספו מנכסים משועבדים, כיון שהשטר קיים לגבי זה שהמוכר רוצה לעמוד במקח כדי להיות אדם אמיץ. ומפרש בגמ' ב"מ דף עב ע"ב שרק אם אנוס אותו למכור פרדס והמוכר הקדים למכור אותו לבנו כדי לבטל את המקח לאנס, אין האנס גובה את כספו מנכסים משועבדים, כיון שהמוכר לא היה מעוניין בקיום המקח. אבל אם המוכר היה מעוניין בקיום המקח, אלא שמצד הדין המקח בטל, גובים מנכסים משועבדים. וכעין זה כתב האור זרוע בב"מ סי' רכ בשם ר"י "אבל שאר מוכר שדהו דניחא ליה לאוקמיה בידיה ניחא ליה שישעבדו נכסיו".

22 כן כתב בשו"ת הרשב"א ח"ג סי' קכא על יורש פחות מגיל עשרים שמכר נכסי אביו, שאין הקונה יכול לגבות מנכסים משועבדים "דכל שאין עיקר המקח מקח חזרו המעות להיות כמלוה על פה כדאסיקו... גבי מעשה דפרדיסא", והיינו שהרשב"א חולק על ספר התרומות בהבנת הגמ' בב"מ דף עב ע"ב. המשנה למלך בהלכות מכירה פרק כב הלכה ה מביא את שתי הדעות.

23 בחו"מ סי' קנ נחלקו האחרונים על מקרה שהמוכר הקדים למכור בערמה לאדם אחר מבלי שהיה אנוס על המכירה השניה. הסמ"ע בסק"ג פוסק דכל שאין איסור במכירה יש לשטר המכר דין שטר לגבות מנכסים משועבדים, הט"ז שם חולק וסובר שכל שהמכר בטל גם השטר בטל, התומים הסכים לדעת הסמ"ע והנתיבות בסק"א מחלק כסברת ספר התרומות שתלוי אם המוכר מעוניין במקח. ואם כן בנידון דידן לסמ"ע, לתומים ולנתיבות יהיה לחוב דין הלוואה בשטר.

24 לפוסקים שהובאו בהערה 21 יש לשטר מכר דין שטר, וממילא אין המוכר נאמן לטעון פרעתי ככל הלוואה בשטר. גם לדעת הפוסקים שהובאו בהערה 22 שאין לשטר המכר דין שטר על הכסף, הש"ך בסי' ע"ס"ק כו מביא מחלוקת הפוסקים אם המוכר נאמן לטעון פרעתי.

חובת סודיות בין עורך דין או טוען רבני לבין לקוחו

שאלה:

פעמים, שבתי הדין מזמנים עורך דין להעיד, או להציג מסמכים, על עניינים הקשורים בלקוח שלו. משפט המדינה מכיר במערכת היחסים המיוחדת בין עורך הדין לבין לקוחו, אשר, בין היתר, מקימה על עורך הדין את "חובת הסודיות"¹. חובה זו אוסרת על עורך הדין לגלות ידיעה או מסמך הנוגע למרשו ואשר הגיע אליו במסגרת היחסים שבינו – כעורך דין – לבין לקוחו. השאלה היא: כיצד על עורך דין שומר תורה ומצוות לנהוג, בעומדו לפני דילמה קשה, כאשר מחד גיסא בית הדין מחייב אותו להעיד, חיוב שהוא מצווה, ומאידך, חל עליו איסור לעשות זאת, על פי חוק המדינה.

תשובה:

בית הדין לא יכול לדרוש מעורך הדין להעיד כנגד מרשו, ולהפך בכך את 'חובת הסודיות' שהוא חב בה, כאשר יש חשש סביר שייגרם לו הפסד אם יעיד. גם טוען רבני (שאינו לו 'חובת סודיות' משפטית) שנדרש להעיד בעניין הנוגע למרשו, אינו חייב (לדעת הט"ז²) להיענות לדרישה במקרה שלא חל עליו חיוב מדין 'אם לא יגיד' אלא חיוב מדין השבת אבידה בלבד (כגון: גילוי מסמכים, עד נוגע ועוד מקרים שיבוארו בהרחבה בהמשך), זאת משום שהידיעות שהגיעו אליו מלקוחו, נמסרו לו על דעת שישמרו בחיסיון מוחלט. אבל, אם נדרש להעיד במקרה שחלה עליו חובת עדות מדין 'לא יגיד', על בית הדין לשקול אם יתיר לו לא להעיד בטענה שעלול להיגרם לו הפסד כתוצאה מברירת לקוחות. יחד עם זאת, אם הלקוח, הינו בעל דין, והוא מסרב לאשר לעורך דינו להעיד, קיימת לבית הדין אפשרות, בהתקיים נסיבות מסוימות, לפסוק כנגד בעל הדין, כאילו העדות נאמרה. כן, יכול בית הדין להטיל עליו את נטל ההוכחה להוכיח שהוא פטור.

חובת סודיות – רקע כללי

ואינו מעיד לו". ומקשה הגמרא על כך: "והיודע עדות לחברו ואינו מעיד לו - במאי עסקינן? אילימא בבי תרי (אם נאמר שמדובר בשני עדים), פשיטא (שחייב בדיני שמים – רש"י), דאורייתא הוא (שהרי מן התורה הוא מחויב להעיד, כפי שכתוב בויקרא ה, א): 'אם לא יגיד ונשא עונו' - אלא בחד (בעד אחד)".

מסוגיה זו עולה, שמהפסוק "אם לא יגיד" למדים חובה מדאורייתא על אדם - היודע עדות לחברו - להעיד. והעירו בתוספות שם: "כשעובר בדבר, שאם לא יגיד היה נושא עוון, אז יביא קרבן שבועה, אבל, בלא שבועה, נמי איכא נשיאות עוון, כדמוכח במתני', באחד דיני ממונות".

וכן פסק הרמב"ם בהלכות עדות פ"א ה"א: "העד מצווה להעיד בבית דין, בכל עדות שיועד, בין בעדות שיחייב בה את חברו בין בעדות שיזכרו בו... שנאמר: והוא 'עד או ראה או ידע אם לא יגיד ונשא עונו'". וכן נפסק בפסקי הרא"ש ב"ק פ"ו ס' ב, שיש חיוב להעיד מדין 'אם לא יגיד'.

חובה להעיד מדין 'לא תעמוד על דם רעך'

כתב הרמב"ם, בספר המצוות לאוין רצז: "שהזהירנו מהתרשל בהצלת נפש אחד מישראל... ובאה האזהרה מהמנע להצילו באמרו יתעלה (ויקרא יט, טז): 'לא תעמוד על דם רעך'. וכבר אמרו, שמי שיכבוש עדות, תכללהו גם כן זאת האזהרה, כי הוא רואה ממון חברו אובד, והוא יכול להחזירו אליו, באמרו האמת. וכבר בא בזה העניין, גם כן 'אם לא יגיד ונשא עונו'. ולשון ספרא: 'מניין אם אתה יודע לו עדות שאין אתה רשאי לשתוק עליה? תלמוד לומר: 'לא תעמוד על דם רעך'...". גם בספר החינוך מצווה רלז, כתב דברים דומים, בשם הספרא. אך, בספר 'שער המשפט' חו"מ ס' כח ובספר 'אמרי בינה' הלכות עדות סי' ח, כתבו בדעת הרמב"ם, שהפסוק שציטט, אינו אלא 'אסמכתא בעלמא', וגם לדעתו החיוב להעיד הוא מדין 'אם לא יגיד'.

החובה להעיד מדין 'השבת אבידה'

בנוסף לחובה להעיד מדין 'אם לא יגיד' - כתבו האחרונים - יש חיוב להעיד גם מדין 'השבת אבידה'. החיוב לפי טעם זה, משמעותי בעיקר, כאשר מדובר בהגדת עדות על ידי אדם שהוא פסול לעדות, או בכל מקרה שאדם נדרש, חובה עליו חובה לגלות דברים שאינם בגדר עדות. בעבר נהגו בתי הדין, במקרה שאדם קיבל על עצמו עדות של קרוב או פסול³, להזהירו שלא ישקר, משום שהוא בכלל הלאו ד'לא יגיד ונשא עונו'. ובספר 'קצות החושן' סי' כח סק"ג, שמנהג זה, טעות היא בידם, שכן עד כזה

לפי החוק⁴: "עורך דין ישמור בסוד כל דבר שיובא לידיעתו בידי לקוח או מטעמו, תוך כדי מילוי תפקידיו, וזולת אם הסכים הלקוח במפורש אחרת". כלומר, חל איסור על עורך הדין לחשוף כל ידיעה או מסמך שהגיע אליו מהלקוח במסגרת תפקידו כעורך הדין שלו.

ההיגיון העומד בבסיס 'חובת הסודיות' הוא, להוות תשתית למערכת יחסים פתוחה וגלויה בין הלקוח ובין עורך דינו, המבוססת על כנות ואמון, ללא חשש שהמידע שימסור הלקוח יעמוד לרעתו ביום מן הימים. כך, יוכל הלקוח לקבל ייצוג משפטי הולם.

גם בבית משפט חל איסור על עורך הדין לגלות דברים שהגיעו אליו במסגרת עבודתו. חובה זו מעוגנת במסגרת, "חיסיון עורך דין - לקוח"⁵, לפיו בית המשפט לא יצווה על עורך דין להעיד בעניינים שבינו לבין הלקוח.

'חובת הסודיות' מתקיימת גם לאחר שעורך הדין חדל מלייצג את לקוחו. חשוב להדגיש, שהלקוח יכול להסכים לוותר לעורך דינו על 'חובת הסודיות'. וזאת, בתנאי שהוא עושה כן מרצון וללא כפייה. אי עמידה בחובה זו עלול לגרום עמו נזקים לעורך הדין, כדוגמת: שילת רישיון עורך דין, עילה לתביעת נזיקין בבית משפט. בנוסף, יש בכך עבירה פלילית שעונשה עד חמש שנות מאסר.

בכל הנוגע לטוען רבני - לא חלה עליו 'חובת סודיות' מכוח החוק. אך, נראה, שקיים הסכם בלתי כתוב בין טוען רבני לבין לקוחו, לפיו עליו לשמור בסוד ידיעות שהגיעו אליו מהלקוח במסגרת העבודה. ועכשיו, הבה נבדוק מה דעת ההלכה והפוסקים בנדון שלפנינו.

החובה להעיד מניין?

מצאנו במקורות ההלכה כמה טעמים לחיוב אדם - אשר יודע עדות לחברו - להעיד. יש נפקויות להלכה בין הטעמים השונים, וייתכן שאף הנדון שלפנינו תלוי בטעמים השונים.

חיוב מדין 'אם לא יגיד' - ונשא עונו'

בגמ' ב"ק דף נה ע"ב מובאת ברייתא: "תניא, אמר רבי יהושע: ארבעה דברים, העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ואלו הן... והיודע עדות לחברו

- 1 הכוונה, בעיקר, לבתי דין לממונות פרטיים.
- 2 בהמשך, הרחבת היריעה בנושא 'חובת סודיות'.
- 3 ראה בהמשך דיון בדעתו.
- 4 כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) סעיף 17.
- 5 פקודת הראיות סעיף 48.

6 יש תוקף לקבלה זו, כמבואר בשו"ע סי' כב סעיף א.

איננו בגדר עד בכלל, עקב היותו פסול לעדות. אך, הוסיף, שמכל מקום, מצווה הוא להעיד מטעם דין של 'השבת אבידה'. וכך הביא בסי' ס"ק כא גם בשם הרמב"ן,⁷ שיש חובה להעיד מדין 'השבת אבידה'.

החובה להעיד מדין 'גמילות חסדים'

גם הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי, סובר כשיטת רש"י בב"ק שאף שני עדים שנמנעו מלהעיד, לא חייבים בדיני אדם, כי אם בדיני שמים בלבד. הוא נימק זאת כך: "וטעמא דמילתא, שאף הוא אינו חייב להעיד לו אלא מדין 'גמילות חסדים', שחייבה תורה להעיד, ואם לא רצה לקיים אותה מצווה, אינו מן הדין לחייבו ממון".

וכן דעת ה'נימוקי יוסף', בפרק הכונס, בשם הרא"ה⁸ שכתב: "שהרי, אין אדם חייב להעיד על חברו אלא מדין 'גמילות חסדים'".

דין בדברי הראשונים הנ"ל

ברם, ראוי להתבונן: האם הרמב"ן והנימוקי יוסף, אשר סוברים שהחוב להעיד הוא מדין 'גמילות חסדים', חולקים על רש"י, תוספות והרמב"ם (שהובאו לעיל), אשר סוברים שהחוב להעיד הוא מדין 'אם לא יגיד', והלא הם למדו את סברתם מהגמרא.

ואכן, כך הקשה הב"ח על הנימוקי יוסף: "אבל תימה, כיון דתלמודא פריך, פשיטא דחייב בדיני שמים מדאורייתא, דעבר על 'אם לא יגיד ונשא עונו', אם כן אינו ממידת 'גמילות חסדים', אלא איכא נשיאת עון... וכדכתבו התוספות והרא"ש, והביאו הנימוקי יוסף עצמו. ותו, דהלא הרמב"ם, בריש הלכות עדות, והסמ"ג עשה קח, מנו אותו למצות עשה, להעיד לחברו".

בביאור העניין, נראה לומר, שבאמת אין מחלוקת בין הפוסקים. אין ספק, שגם הרמב"ן והנימוקי יוסף סוברים, שהמקור לחוב על אדם להעיד, נלמד מהפסוק "אם לא יגיד", כפי המובא בגמרא, אלא, שלדעתם, מצווה זו של 'אם לא יגיד', היא מגדרי גמילות חסדים, כמו השבת אבידה, שגם היא מצווה מגדרי גמילות חסדים.⁹

האם קיימת חובה להעיד, כאשר העדות כרוכה בהפסד ממוני לעד

בהתחשב בטעמים הנ"ל לעצם החוב להעיד, הרי, לשיטת הסוברים שהחוב נובע מדין 'אם לא יגיד', נראה, לכאורה, שחייב העד להעיד גם אם ייגרם לו, הפסד/נזק, שהרי אדם מצווה לקיים מצוות, ובודאי להימנע מלעבור עבירות¹⁰, גם אם הדבר כרוך בהוצאות כספיות או אחרות.

למסקנה זו, נגיע, לכאורה, גם אם נסבור שהחוב להעיד הוא מדין 'לא תעמוד על דם רעך', שהרי, נפסק בשו"ע חו"מ ס' תכו, שיש חובה להפסיד ממון כדי לקיים מצווה זו. ואם אכן כן, החובה להעיד תקפה גם כאשר עלול להיגרם לעד נזק ממוני כתוצאה מעדותו.

לעומת זאת, אם ננקוט את הטעם של 'השבת אבידה' או 'גמילות חסדים', הרי נפסק בשו"ע ס' רסד-רסה, שאין חובה להפסיד כדי לקיים את המצווה של 'השבת אבידה', מהטעם הפשוט, שאבידתו ואבידת חברו, אבידתו קודמת.

ברם, אם ננקוט – בהמשך לדברינו לעיל – בגישה שאין מחלוקת בין שיטת רש"י, תוספות והרמב"ם – אשר סוברים שהחוב להעיד הוא מטעם 'אם לא יגיד' – לבין הרמב"ן וה'נימוקי יוסף', שסוברים שהטעם הוא אכן מדין 'אם לא יגיד', אך דין זה עצמו הוא מדין 'גמילות חסדים', הרי גם לשיטת הסוברים מדין 'אם לא יגיד' יהיה פטור העד מלהעיד במקרה של הפסד ממוני. בהסבר שיטה

7 מן הראוי לציין, כי הרמב"ן לא כתב 'השבת אבידה' אלא כתב, שהחובה להעיד היא מדין 'גמילות חסדים'. כמו כן, יוער, שהקצות, בהסתמכו על הרמב"ן, מקים חובה להעיד מדין 'השבת אבידה' גם כאשר אין חובה להעיד מדין 'אם לא יגיד', ואילו מהרמב"ן משמע, שהחובה להעיד מדין 'אם לא יגיד', היא עצמה מגדרי 'גמילות חסדים' (כנכתב בהרחבה בגוף המאמר). לפיכך, עולה, שאין ראייה מהרמב"ן לדברי הקצות, שקיימת חובה להעיד מדין 'השבת אבידה', גם כאשר אין חוב מדין 'אם לא יגיד'.

8 מובא בבית יוסף ס' כח.

9 בהמשך אביא לכך ראייה מדברי האבקות רוכל.

10 כדי לקיים מצוות 'עשה', צריך אדם להוציא עד חומש מנכסיו, וכדי להימנע מלעבור על מצוות 'לא תעשה', צריך להוציא כל ממונו, כמבואר ברמ"א או"ח ס' תרנו. הרמב"ם מונה מצוות 'אם לא יגיד' במנין העשירי רצו.

זו נראה שראוי לחקור מהו מרכז הכובד של המצווה להעיד. מחד ניתן לומר שהחובה להעיד, שורשה הוא ממוני, והמצווה נועדה בכדי לאפשר לאדם לקבל את מה שמגיע לו על פי דין. ולפי זה שורת הדין נותנת שאדם לא צריך להפסיד כסף בכדי לעזור לחברו להרוויח. מאידך ניתן לטעון שהחובה להעיד היא מצווה ששורשה הוא בחובה להעמיד את המשפט ולהוציא הדין לאמיתו, ואם כן כשם שצריך להוציא כסף בכדי לקנות לולב, כך צריך להוציא כסף או להפסיד כסף בכדי לקיים מצוות עדות.

ואכן, מצאנו בשו"ת 'אבקות רוכל' (לבעל השו"ע) ס' קצה, שפסק, שאין חיוב על העד להעיד כאשר העדות כרוכה בהפסד ממוני. וכך כתב: "הטענה השמינית, שאפילו לא היה בדבר סכנת גוף, אלא סכנת ממון בלבד, היה מותר לכבוש עדותו, אפילו אם היה ראוי להעיד... ואין אומרים לזה: הפסד ממונך כדי שיזכה חברך בממון, שהרי אין אדם חייב להעיד על חברו אלא מדין 'גמילות חסדים', כמו שכתב נימוקי יוסף, פרק הכונס, בשם הרא"ה, ואין גמילות חסד שיפסיד אדם ממונו בשבילו, דיותר הוא חייב להיותו חס על נכסיו מעל נכסיו חברו, וכדאשכחן במשיב אבידה...". בעקבותיו, פסק בספר 'ישועות ישראל' חו"מ ס' כח, שאין העד מחויב להעיד כאשר העדות תגרום לו הפסד ממוני¹¹. ביחס לחוב מדין 'לא תעמוד על דם רעך', כבר הזכרתי לעיל, שהאחרונים כתבו שאינו אלא אסמכתא בעלמא.

שיטת הרי"ד והרי"ז – חובה להעיד גם במקום שייגרם הפסד ממוני

ברם, ישנם פוסקים הסבורים שהחוב להעיד הוא מצווה גמורה ולא רק חיוב מגדר 'גמילות חסדים' בלבד. שכן מצאנו ב'פסקי הרי"ד' ב"ק דף נו ע"א נוסחא שונה בדברי הגמ': "במאי עסקינן? אילימא בבי תרי, בדיני אדם נמי נחייב, דכתיב: 'אם לא יגיד ונשא עונו' - אלא בחד". הרי, שלפי דבריו, במקרה של שני עדים שכבשו עדותם, הם חייבים בדיני אדם¹². לפיכך, קשה מאוד לומר, שהחוב להעיד – שיכול לגרום גם חיוב ממוני בדיני אדם – תוקפו יהיה רק מדין 'גמילות חסדים'.

גם הרי"ז כתב¹³: "היודע עדות לחברו ואינו מעיד לו, הואיל ובכלל דיני הגרמות הוא, יכול חברו להשיבעו שבועת היסת, דלא כפר עדותו, שהרי, אם כפר חייב - לשלם לו, והרי תביעה זו כשאר תביעות של ממון". שוב, יקשה מאד לקבל שיש חיוב לשלם אם לא העיד¹⁴, אם החוב להעיד נובע רק מדין 'גמילות חסדים'¹⁵.

גם מדברי הרמב"ם ניתן לדייק, ששני עדים שכבשו עדותם, חייבים בדיני אדם, שכן כתב בהלכות עדות פרק יז ה"ז: "וכן עד אחד שכבש עדותו ולא העיד, פטור מדיני אדם, וחייב בדיני שמים", משמע, שבשני עדים, חייבים בדיני אדם¹⁶.

אם כן, ברור מדברי הרי"ד והרי"ז, שהחוב להעיד, אינו כדעת הרמב"ן וה'נימוקי יוסף' - מדין 'גמילות חסדים' – אלא הוא חיוב גמור, וכשם שצריך להוציא מעות בכדי לקנות לולב, כך חייבים להפסיד כסף בכדי להעיד עדות. ולכן, לדעתם, אם עד לא יקיים אותו¹⁷, ניתן לתבוע אותו לשלם בדיני אדם.

11 אך עיין בשו"ת שמע שלמה (להגרש"מ עמר) ח"ד חו"מ ס' א, שכתב שהאבקות רוכל סובר את הסברא הזו שאין חובה להעיד במקום שיש לו הפסד ממון לצירוף בעלמא אך לדינא ההכרעה שלו שם מבוססת גם על עוד שבעה טעמים שכתב שם. כאמור, הישועות ישראל, סבר שלדינא במקום שיש הפסד ממון אין חובה להעיד.

12 ניתן להסביר שכוונתו בדיני אדם, מ'דינא דגרמי' ולא מדין גמור. אך, מדיוק לשונו משמע שלומד זאת מהפסוק "ונשא עונו".

13 מובא ב'שלטי הגבורים' ב"ק דף כד ע"ב אות ב.

14 חיוב שאמנם יסודו ב'דיני גרמא'. לא כאן המקום להאריך בשיטת הרי"ז, בחילוק שבין גרמא לגרמי, אם אכן יש חילוק כזה.

15 ועיין בב"ח בתחילת ס' כח, שעמד על השאלה כיצד מתיישבת דעת הרי"ז עם הסוגיא שלפנינו.

16 אמנם, אפשר לדחות דיוק זה, ולומר, שכתב 'עד אחד', לרבותא, שגם הוא חייב בדיני שמים. אך, אין מכאן ראייה ששני עדים חייבים בדיני אדם. ועיין בשו"ת שמע שלמה ח"ד חו"מ ס' א, שהאריך בשיטת הרמב"ם. ועיין עוד שם שהביא עוד ראשונים שדייק מהם כדעת הרי"ז והרי"ד אך לעניות דעתי דבריו אינם מוכרחים.

17 לפי הרי"ד, במקרה שיש עד נוסף עמו. לפי הרי"ז, גם במקרה שיש רק עד אחד הוא חייב בדיני אדם. הרי"ז פוסק כן, כי הוא סובר שהגמרא היא רק לפי מאן דאמר

לשיטתם, יש אפוא, לכאורה, חיוב להעיד, גם כאשר יש לעד הפסד ממוני. ברם, נראה, שלהלכה, קיימת לן כהרמב"ן וה'נימוקי יוסף'. שהרי בשאלה: עד שנמנע מלהעיד במקרה שהיה עמו עד נוסף, האם חייב בדיני שמים בלבד, כדעת הרמב"ן, או גם בדיני אדם, כדעת הר"ד, פסק השו"ע בס"י כח סעיף א כדעת הרמב"ן, שגם במקרה זה אין חובה לפצות בדיני אדם: "כל מי שיודע עדות לחברו... חייב להעיד, אם יתבענו שיעיד לו, בין שיש עד אחד עמו בין שהוא לבדו. ואם כבש עדותו, פטור בדיני אדם, וחייב בדיני שמים". ואם כן, פסקו של שו"ת 'אבקת רוכל', שהחובה להעיד היא מדין 'גמילות חסדים', מתאים לשיטתו בשולחן ערוך, שגם במקרה שהיו שני עדים, ועד אחד מהם נמנע מלהעיד, אין חובה לפצות בדיני אדם.

מקרים בהם החיוב להעיד הוא מדין 'השבת אבידה' ולא מדין 'אם לא יגיד' לשיטת האחרונים שהובאו לעיל, ישנם מקרים שאין חיוב להעיד מדין 'אם לא יגיד', אך קיימת חובה להעיד מגדרי 'השבת אבידה' או 'גמילות חסדים'. במקרים אלו, פשיטא (גם ללא חידושו של 'האבקת רוכל'), שאין חובה להעיד כאשר עלול להיגרם לעד הפסד ממוני. להלן, כמה דוגמאות:

א. עדות במקרה שלא נתבקש להעיד.

בספר החינוך מצווה קכב כתב: "חילוק יש בין דיני ממונות לדיני נפשות ושאר איסורי שבתורה, שבדיני ממונות אין אדם חייב להעיד עליהם מעצמו, אלא אם כן יתבענו בעל הדבר או בית דין...". וכן פסק הרמב"ם שם, ובעקבותיו השו"ע בס"י כח סעיף א: "העד, מצווה להעיד בבית דין, בכל עדות שיודע... והוא שיתבענו להעיד בדיני ממונות...".

ראוי לציין, שלמרות הדמיון ביניהם, קיים הבדל בין החינוך לבין הרמב"ם. בעוד, שלפי הרמב"ם יש צורך בתביעה של בעל הדין דווקא, כדי לחייב את להעיד מדין 'אם לא יגיד', הרי לדעת החינוך די בתביעה של בית הדין כדי לחייבו להעיד. אמנם, האחרונים הקשו¹⁸, מדוע לא יהיה חייב להעיד, גם כאשר לא תבעוהו להעיד, מדין 'השבת אבידה', או מדין 'לא תעמוד על דם רעך'? ולכן הסבירו, שכוונת הרמב"ם היא, שכאשר אין בין הצדדים דין תורה בבית דין, אזי, לא חלה חובה על העד ללכת לבעל הדין ולעידע אותו שהוא יודע עדות עבורו. אבל, כאשר אכן מתנהל דין תורה בין הצדדים, וברור לו לאדם, שעדותו יכולה להיות רלוונטית לבידור האמת, אזי קיימת חובה להעיד, גם כאשר לא תבעוהו להעיד. אך, מפשטות דברי הפוסקים נראה, שאדם שלא נתבע להעיד, אין עליו חיוב להעיד מדין 'אם לא יגיד', וכן כתב בבית יוסף שם ובסמ"ע שם סק"ו.

ב. חשיפת מסמך.

נראה, שדרישת בית הדין מעורך הדין לחשוף מסמך כלשהו כנגד רצונו של בעל המסמך, אינה בגדרי עדות כלל, שהלא הגדרת 'עדות' בהלכה היא: ספור דברים, שהעד היה עד למאורע מסוים, ולא חשיפת מסמך. יתר על כן, מסמך, בדרך כלל, הוא עדות לא קבילה, משום הפסול של 'מפיהם ולא מפי כתבם'¹⁹.

ג. קיבל עליו קרוב או פסול.

בעל הדין יכול לקבל על עצמו ולהסכים לעדות של קרוב או פסול. במקרה כזה, העד יתקבל בבית הדין, ובית הדין יכול לסמוך עליו ולפסוק לפי עדותו. האחרונים כתבו²⁰, שעדות כזו איננה בגדר 'אם לא יגיד', והחובה להעיד היא מדין 'השבת אבידה'.

ד. עדים פסולים להחמיץ את הדין.

גם עדים פסולים, או נוגעים בדבר, נקראים לפעמים לבית הדין למסור עדות. מטרת הזמנתם להעיד, מכונה בפוסקים 'להחמיץ את הדין'. כלומר, בית הדין

גרמא פטור, ולדעתו, להלכה קיימת לן שגרמא חייב.

18 'שער המשפט' ח"מ ס"י כח סק"ב ועוד אחרונים. עיין פתחי תשובה שם סק"ד.

19 כמבואר בשו"ע ס"י כח ס"ק יא. פעמים שמסמך נחשב כ'שטר', ושטר הוא עדות קבילה. עם זאת, ישנם מסמכים רבים שאינם עומדים בגדרי שטר. לדוגמא: חשבונות, תלושי שכר ועוד. גם בשטר גמור נחלקו הראשונים, האם הוא כשר מדאורייתא או שרבנן הכשירוהו, מטעם שלא תנעל דלת בפני לווים'. ועיין ש"ך ס"י כח ס"ק יד.

20 הקצות בס"י כח סק"ג, נתיבות שם סק"א, שו"ת רע"א ס"י קעט ובספר 'שב שמעתא', שמעתתא ז פרק א. אך ה'מנחת חינוך' במצווה קכב דוחה את ראיית הקצות.

מעוניין לדעת יותר על המקרה הנדון, אך, בכל אופן, הוא לא יחתוך את הדין על פי עדותם, משום שהם עדים פסולים. גם עדות כזו לא נופלת בגדר 'אם לא יגיד', ואינה אלא מגדרי 'השבת אבידה'.

סיכום ביניים

1. בכל המקרים שהחיוב להעיד אינו מדין 'אם לא יגיד', אלא מדין 'השבת אבידה' ומדין 'גמילות חסדים', (חיוב שקיים רק לדעת קצות החושן) אין חובה להעיד במקום שיש לעד הפסד ממוני. דוגמאות: עדות של עד פסול, או עדות שלא באה אלא 'להחמיץ את הדין', או שקיבל עליו בעל הדין קרוב או פסול, או דרישה לחשיפת מסמך, או שהעד לא נתבע להעיד (למרבית הפוסקים), כל אלו, אינם בגדר 'אם לא יגיד'.

2. גם במקרים שחלה חובה להעיד מדין 'אם לא יגיד', פסק 'האבקת רוכל', שהמצווה היא מגדר 'גמילות חסדים', ולפיכך אין חובה להפסיד ממוני בכדי להעיד. אמנם, לפי הר"ד והרי"א²¹, עדות כזו אין דינה כ'השבת אבידה', ולכן פסקו שיש חיוב לפצות בדיני אדם אם העד נמנע מלהעיד. אך, ה'שולחן ערוך' הכריע, שבכל מקרה שעד נמנע מלהעיד, אין עליו חובה לשלם מדיני אדם, ולכן נראה שגם בשאלת החובה להעיד, כשיש הפסד, קיימת לן כדעת 'האבקת רוכל', שפטור מלהעיד.

עד שהתחייב לחברו שלא יגלה את סודו, ונדרש להעיד ללא שייגרם לו נזק/הפסד

הסמ"ע והש"ך בתחילת ס"י כח הביאו בשם מהר"י ווייל: "דאם שום עד יאמר שאין רשאי להעיד מחמת שקיבל עליו בסוד שלא לגלות הדבר, אז בעל דין יתיר לו [היינו בעל הסוד, הוא עצמו יתיר לו, וכן הוא שם במהרי"ן] לגלות הדבר".

הרי, שאם אדם התחייב כלפי חברו, שלא לגלות סודו, אין הוא רשאי להעיד ולגלות את סוד חברו, ללא רשות מבעל הסוד לעשות זאת. יצוין, שמהר"י ווייל אינו מגביל את פסקו דווקא למקרה שיש הפסד לעד אם יעיד.

מה הדין אם בעל הדין לא מסכים להתיר לעד לגלות את הסוד בספר 'אורים ותומים' שם, כתב: "ואם מה שקיבל עליו [שלא] לגלות הוא רק באמירה בעלמא, ודאי לא נתכוין מהר"י רק למילתא יתירתא. אבל, ודאי אם אינו רוצה (בעל הסוד להתיר את הסוד), או שאינו כאן, לא איכפת לן בקבלתו, והבית דין גוזרים עליו שיאמר, דלאו כל כמיניה לכבוש עדותו".

הרי, שלפי בעל 'האורים ותומים', אם בעל הדין אינו רוצה להתיר לעד לגלות את סודו, בית הדין גוזרים על העד לעשות זאת, שכן אינו רשאי לכבוש עדותו. ברם, בט"ז שם לא משמע כן, שכן הקשה על דינו של מהר"י ווייל: מדוע צריך היתר מיוחד מבעל הדין להתיר לעד לספר את הסוד, והלא דיו בכך שיש עליו חיוב מדין 'אם לא יגיד'? בדומה לכך, הקשה הט"ז ביו"ד ס"י רכח סעיף ג, על מה שכתב בשו"ע שם: "הנשבע שלא ליכנס בתקנת הקהל, הוי שבועת שווא, ועל כורחו חל עליו תקנת הקהל...". והוסיף הרמ"א: "ואפילו נשבע על איזה דבר שלא לגלותו, ואחר כך נתנו עליו חרם, חייב להגיד", והקשה הט"ז: למה דווקא במקום שיש חרם חייב להעיד, והלא גם אם אין חרם חייב להעיד, מדין 'אם לא יגיד', ובמה כוחו של החרם אלים מהדין 'אם לא יגיד'?

ותירץ, שמהר"י ווייל מדבר על מקרה שלא תבעוהו להעיד, שנתבאר לעיל שאין חיוב להעיד מדין 'אם לא יגיד', ולכך צריך שיתיר לו בעל הסוד לעד להעיד ולגלות את הסוד.

ברם, יש להעיר, כי אוקימתא זו של הט"ז, היא דחוקה מאוד בדברי מהר"י ווייל, שהרי מהר"י ווייל כתב: "ורבי חיים ובנו ישראל, כל מה שרוצים לברר בעדות יכולים לשאול עדות והעדים יגידו עדותם לפני הפרנסים בתורת עדות. ואם שום עד יאמר, שאינו רשאי להגיד העדות מחמת שקבל עליו בסוד שלא לגלות, אז רבי חיים ובנו רבי ישראל, יתירו לאותו עד לגלות הסוד", מתוכן המעשה שם משמע שמדובר במקרה שהפרנסים יתבעו את העדים להעיד בפניהם²². מעבר

21 אפשר ליישב שמדובר במקרה שבית הדין תבע אותו להעיד אך לא בעל הדין. מלשון הרמב"ם, שהבאתי לעיל, משמע, שצריך תביעה של בעל הדין דווקא, אך מלשון 'החינוך' שם, משמע, שדי בדרישת בית הדין להעיד כדי שתחול על העד חובה להעיד מדין 'אם לא יגיד'.

לכך מהר"י ווייל כתב שיעידו ב'תורת עדות' ומשמע שמדובר על עדות ממש ולא על עדות מדין 'השבת אבידה'.

משמע, לפי הט"ז, שבמקום שאין חיוב להעיד מדין 'אם לא יגיד', אלא מדין 'השבת אבידה', אם בעל הדין לא יסכים להתיר לעד לגלות את סודו, גם בית דין לא יחייב אותו להעיד²².

אך, עדיין צריך ביאור בדעת הט"ז, מדוע באמת לא יחייבוהו בית דין לגלות את הסוד גם מטעם 'השבת אבידה', ומהיכן נובעת החובה להגן על בעל הסוד שרוצה להסתיר את סודו ולמנוע מבית הדין את ידיעת האמת. והלא, פשיטא, שאיסורים 'כלשון הרע' ו'הולך רכיל' אינם תקפים במסגרת עדות בבית דין, ככל שהדבר נוגע לגילוי האמת.

ונראה לומר, שיש כאן קונפליקט בין האיסור לגלות סוד²³ – שמקנה כעין זכות לאדם שסודו לא יתגלה – לבין החובה להעיד אמת בבית הדין. לכן, כאשר אין חיוב מן הדין להעיד, אלא רק חובה כללית מדין 'השבת אבידה', אזי, גוברת הזכות של אדם שלא יגלו את סודו, על החובה להשיב את ממונו של אדם אחר, בבחינת 'מאי אולמיה האי מהאי'. ועדיין הדבר צריך תלמוד.

אמצעים שיש לבית הדין כנגד המסרב להתיר לעד להעיד

כתב בשו"ת הרא"ש כלל קז סי' ו': "עוד שאלוהו הרבה שאלות, כי היה נראה להם, כי רבי ישראל זה מסתיר דבריו ומשיב תשובות גנובות... ודרשו ושאלו בכמה דברים שהיה ראוי שישבי רבי ישראל על כל שאלה ושאלה, כדי שיתברר הדבר ויצא הדין לאמתו, והוא הסתיר במחשך מעשיו ודבריו, ולא רצה להשיב על שאלותם, פן יתפס בדבריו ויתברר השקר... ועל זה ועל כיוצא בזה נאמר: 'אין לו לדין אלא מה שענינו ראות', וכיון שנראה לדין שאם היה זה משיב על שאלותיו היה הדבר מתברר, ומחמת שלא יתברר הוא כובש דבריו. ויעשה הדין כאלו השיב ונתברר שקרו, ויחייבונו מאומד הדעת, אף על פי שאינו יכול לברר שיקרו בביאור ובפירושו. מאחר שהעדר הביאור, בא מחמת רמאותו, שאינו רוצה להשיב על חקירות ודרישות כדי שיתברר שקרו, אומדנא דמוכח הוא, ורשאי דין מומחה לדון באומדנא דמוכח כזה... והיינו טעמא, דכיון שבא הדין לפני הדין והוא אינו יכול לברר הדבר, אינו רשאי למשוך ידו מן הדין ויריבו הבעלי דינים זה עם זה, וכתב: 'אמת ומשפט שלום' וכו', כי על ידי המשפט יש שלום בעולם, ולכן נתנו כוח לדין לשפוט ולעשות מה שירצה אף בלא טעם וראיה, כדי לתת שלום בעולם".

אכן, הרא"ש מסייג את דבריו וקובע, שרק דין מומחה יוכל לדון על פי אומדנא כזו²⁴.

מדברי הרא"ש עולה שהימנעות של בעל דין מלענות על שאלות בית הדין, מאפשרת לבית הדין לפסוק דין כראות עיניו, והדבר מהווה אומדנא שראוי לסמוך עליה ולפסוק על פיה. סמכות זו לפסוק על פי אומדנא נתבארה בשו"ע סוף סי' טו בהרחבה. ולכן, יכול בית הדין להחשיב את סירובו של בעל הדין להתיר את גילוי סודותיו כאינדיקציה לכך שהוא מתנהג ברמאות. אמנם, פעמים, בעל הדין אינו מעוניין שהעד יגלה את סודו, לא מחמת רמאות וחשש להתחייב בדין, אלא מפני שאינו מעוניין שיתגלו עניינים אחרים, שאינם קשורים להתדיינות זו. לפיכך, שומה על בית הדין לחקור היטב לסיבת סירובו של בעל הדין לאפשר לעד להעיד.

'היפוך נטל הראיה' – פסיקה לפי אומדנא או קנס

דרך נוספת שבית הדין יכול לנקוט בה, היא: 'היפוך נטל הראיה'. כלומר, היות ובעל הדין מונע מהעד להעיד, ונוצר אפוא חשד כי אינו חפץ בגילוי האמת,

22 לדינא ייתכן שה'אורים ותומים' אינו חולק על הט"ז, ומה שכתב שמאלצים אותו להעיד, משום שסובר שמר"י ווייל עוסק גם במקום שיש חיוב להעיד מדין 'אם לא יגיד'.

23 שערי תשובה לרבנו יונה שער ג' אות רכה. ועיין בספר חפץ חיים איסורי רכילות כלל ח, שפוסק כן להלכה. ועיין בהערות באר מים חיים שם, שכתב: "ודבר זה חמור הרבה יותר מסתם אבק לשון הרע ורכילות, כן מוכח ברבינו יונה".

24 וכן בשו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף קמו, וכן בשו"ע סי' טו סעיף ג.

מתהפך נטל הראיה וחל עליו. במקרה זה, יפסוק בית הדין לטובת הצד השני, ויוטל על בעל הדין להביא ראיות לזכותו הוא, או לחיובו של הצד השני.

ראיה לכך מצאנו במ"ב דף לט ע"ב: "מרי בר איסק (איש עשיר ותקיף), אתא ליה אחא מבי חוזהי (בא לו אח, שלא הכיר, ממקום שנקרא בי חוזהי). אמר ליה (האח): פלוג לי (תן לי חלק מהעזיבון שירשת מאבין/אבינו). אמר ליה (מרי בר איסק): לא ידענא לך (אינני מכיר בכך כאח). אתא לקמיה דרב חסדא... אמר ליה (רב חסדא לאח): זיל אייתי סהדי, דאחיה את (לך תביא עדים שאחי אתה). אמר ליה (אמר לו האח): אית לי סהדי, ודחלי מיניה, דגברא אלימא הוא (יש לי עדים, אך מפחדים הם ממרי בר איסק, שהוא אדם אלים). אמר ליה לדידיה (אמר לו רב חסדא למרי בר איסק): זיל אנת, אייתי סהדי, דלאו אחוך הוא (לך תביא אתה עדים, שהוא אינו אחיך). אמר ליה (מרי בר איסק): דינא הכי (וכי כך הוא הדין, האם אין הדין-) המוציא מחברו עליו הראיה?! אמר ליה (אמר לו רב חסדא): הכי דיינינא לך, ולכל אלימי דחברך (כך אני פוסק לגביך ולגבי כל חבריך האלימים)".

הרי, שרב חסדא הטיל, במקרה זה על הנתבע – מרי בר איסק, בהיותו גברא אלימא, שמשוגל למנוע מהעדים לבוא להעיד – את נטל ההוכחה, על אף הכלל של 'המוציא מחברו עליו הראיה'.

אמנם, התוספות שם ד"ה 'זיל' מסייגים את הפסק של רב חסדא רק לאותו מקרה, מכוח קושיא שהקשו, שאם הדין של רב חסדא תקף בכל מקרה ובכל מקום, אזי, לא שבקת חיי לכל בריה, שכל אדם יתבע אדם אלים ויטען שיש לו עדים שמפחדים להעיד נגדו. ומתריצים הם, שהנדון בגמרא הוא, בעדים שבאו לבית הדין ואמרו 'אין אנו רוצים להעיד', ואם כן יש רגלים לדבר שהם באמת חוששים להעיד משום שהוא גברא אלמא. אבל, לא יכול כל אדם לתבוע אדם אלים בטענה שאינו יכול להביא עדים שפחדים להעיד נגדו, ובכך לחייב את האדם האלים להוכיח ולהביא ראיות.

אך, ב'כסף משנה' הלכות עדות פ"ג הלכה יב, אינו מסכים עם תירוצם של התוספות, אלא פוסק: "דכיון דאלמי ניהו (כיון שאלימים הם) יפסידו כל אשר להם, וכהאי גוונא דיינינן להו, עד שישבו בתשובה ויהיו כשאר כל אדם, ואז דיינינן להו כשאר אינשי". הרי, שלפי ה'כסף משנה', שמדייק את דינו בדברי רש"י בסוגיא, נראה, שרב חסדא קבע כלל, שהוא אכן סטייה מכללי הפסק והדין, וזאת מתוך מגמה להעניש את האדם האלים, כל אדם אלים שבגיניו נמנעת עדות שעשויה לגלות את האמת, במשפט המתנהל. לפי כלל זה, הנתבע האלים – שאינו מאפשר גילוי האמת – ייחשב לתובע ויחייב להביא ראיות והוכחות לטענותיו.

כך משמע גם מדברי שו"ת מהרש"ל סי' לג, שדין 'גברא אלמא', הוא סוג של קנס, שכתב: "משמע דמקילינן גבי אלם למעבד ליה נגד דת תורתנו. והוא הדין, למגבי עדות שלא בפניו. ומה שיש רוצים לדקדק מהאי עובדא איפכא, כבר ביארתי יפה לשם בחיבורי. אלמא, דעיקר דינא דאלם, משום קנסא".

ולענייננו, הדברים קל וחומר. ומה שם, שמרי בר איסק לא עשה בפועל כל דבר אלים כדי להשתיק את העדים, פסק רב חסדא שיש להפוך את נטל הראיה, קל וחומר במקרה שלפנינו, שבעל הדין משתיק את העד בפועל, בודאי שיש מקום להחיל עליו את האפשרות של 'היפוך נטל הראיה'.

אמנם, חשוב להדגיש, שלא ניתן לקבוע כלל חד משמעי בזה, ואם בעל הדין ינמק בצורה ראויה מדוע הוא מונע מן העד להעיד, אזי, כמובן שהדבר לא יישמש נגדו. דוגמא לנימוק ראוי: אם יש לבעל הדין חשש מגילוי סודותיו המקצועיים, או חשש שעדות של עורך הדין עלולה לסבך אותו בפלילים.

כמו כן, ראוי להזכיר את שיטת הרמב"ם, שנפסקה להלכה בשו"ע סוף סי' טו, שבזמנינו לא דנים על פי אומדנא, וגם הרא"ש עצמו הסכים לזה. אמנם, נראה מהרא"ש, שאומדנא כזו, שאדם שותק ולא עונה על אף שאלה, דנים גם בזמנינו. ועיין עוד בש"ך שם שהביא בשם מהר"ם אלשיך, שבזמננו קיימים חמשה אופנים של אומדנא, שחלוקים זה מזה לדינא. אין ברצוני להיכנס לפרטי הדינים, מתי דנים על פי אומדנא ומתי לא, רציתי רק להזכיר שאפשרות כזו קיימת, ובית הדין ידון ויפסוק בכל מקרה לגופו.