

שער חמישי

## עד מדינה

## התוכן

141	פרק ראשון: מבוא
	פרק שני: הדין הקבוע
143	א. עדות עבריין
144	ב. עדות נגד שותף לעברה
145	ג. עדות עד מדינה
	פרק שלישי: חריגה מדיני עדות בענישה לצורך שעה
146	א. הכלל: אין דנים על פי אומד הדעת בדיני נפשות
148	ב. הקפדת יתר עלולה להרבות עבריינים
148	ג. סמכות בית הדין
	ד. סמכות ההנהגה הציבורית
150	1. סמכות המלך
152	2. סמכות ממשלת ישראל
153	3. תקדימים בקהילות ישראל
154	ה. פסול פורמאלי בעדות ופסול מהותי
156	פרק רביעי: הענקת חסינות לעד
158	פרק חמישי: סיכום

## פרק ראשון

## מבוא

הגדרת 'עד מדינה' באה בחוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 6), התשמ"ב-1982.<sup>1</sup> חוק זה בא 'לשחרר'<sup>2</sup> את השופטים מכבלים... של דרישת הסיוע, ככל שהם מתבקשים לענין עדות שותף לעבירה' וכו'. על פי התיקון די ב'דבר לחיזוקה' של העדות, זולת אם היה השותף עד מדינה, שעדותו טעונה סיוע.<sup>3</sup>

וזה לשון סעיף 54א (א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, כפי שתוקן בחוק הנזכר: 'בית המשפט לא ירשיע נאשם על סמך עדותו היחידה של שותפו לעבירה, אלא אם מצא בחומר הראיות דבר לחיזוקה; ואולם אם היה השותף עד מדינה - טעונה עדותו סיוע; לענין זה, "עד מדינה" - שותף לאותה עבירה המעיד מטעם התביעה לאחר שניתנה או שהובטחה לו טובת הנאה.'

מדיניות התביעה הכללית, הנקוטה בשימוש בעברייני כעד מדינה, מתבטאת בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה<sup>4</sup>: 'הכלל הוא שעברייני צריך לבוא על עונשו ועל כן אין להסכים להפיכתו של עברייני לעד מדינה אלא במקרים יוצאי דופן, היינו - מקרים בהם יש להעדיף, למען טובת הציבור, את ההבאה לדין של עברייני עיקרי מסויים (אשר תהיה אפשרית רק עקב הפיכת עברייני אחר לעד מדינה) על הבאתו לדין של העברייני האחר'. בהנחיה הנזכרת לעיל<sup>5</sup> מובאים ראשי הפרקים של כתב ההתחייבות, שיש לעשות עם עברייני העומד להיות עד מדינה. עיקריו של הסכם ההתחייבות הם:

(2) 'החשוד ימסור הודעה מלאה בכתב ובה כל הידוע לו על הפרשה, וכל ההתרחשויות בזמן המקרה, לפניו ואחריו, ויכלול מעשי אנשים אחרים בפרשה ומעשיו הוא...

(5) החשוד ימסור לפני המשפט, לפי דרישת התובע, פרטים והסברים מלאים, וימסור בבית המשפט עדות אמת מלאה ומפורטת.

(6) במידה שהחשוד יקיים את התנאים הרשומים לעיל במלואם, יהיה דינו כדין עד המדינה, היינו - הוא לא יובא לדין בתיק זה, ולא יובא לדין בתיק אחר בשל העבירות בקשר אליהן הסכים להעיד בתור עד מדינה.

(7) במידה שהחשוד יפר תנאי מתנאי זכרון-דברים זה, או לא יעמוד בו, מותר יהא להעמידו לדין בגין הפרשה הנדונה בזה, וכל חומר הראיות שהגיע לידי המשטרה, בין לפני

<sup>1</sup> ספר החוקים התשמ"ב, עמ' 197.

<sup>2</sup> לשון המכוא להצעת החוק: הצעות חוק התש"ם, עמ' 396.

<sup>3</sup> וראה להלן, הערה 60, על הסיוע להודאת הנאשם.

<sup>4</sup> הנחיה מס' 50.031, מיום י"ד בטבת תשל"ב (1.1.72).

<sup>5</sup> בנספח ב.

## עד מדינה

חתימת זכרון-דברים ובין לאחריו, ואפילו כתוצאה מהודעות שמסר למשטרה בעקבות חתימת זכרון-דברים זה, ישמש כראיה במשפט.

הנהלים הנקוטים בעניין עד מדינה, ולפיהם התביעה מתחייבת כלפי עבריין שלא להעמידו לדין על עברות שעבר, תמורת העדות שהוא מוסר נגד שותפיו לעברה, מעוררים שאלות של צדק ושל מוסר.

השופט י' קיסטר, היטיב לבטא את התלבטויותיו בעניין זה, בפסק דינו בעניין בחמוצקי<sup>6</sup>, וכך הוא אומר: 'קשה לי להגדיר את כריתת ההסכמים בין הנאשם ובין התביעה הכללית כמנהג המדינה, כפי שקשה לי לקבל את מוסד "עד המדינה" כמנהג מחייב; אלא שמתוך סיבות מעשיות ותועלתיות, אין לנו אפשרות לבטל כליל את הנוהגים בשטח זה, אף על פי שהם פגומים מבחינת הצדק והמוסר. עוד לא הגענו לתקופה של "יתמו חטאים מן הארץ ורשעים עוד אינם". איננו יכולים כיום למנוע פשעים ללא הזדקקות למחוקק, שופט ושוטר, ולפי המטמורפוזות של המשורר הרומי אויבדיוס שרר צדק ויושר ללא צורך בחוק ובשופט רק בתור הזהב, בימי קדם, תקופה שכבר חלפה מן העולם. על רקע המציאות צמח וקיים המוסד של עד המדינה והסכמים בין התביעה לבין נאשמים.

אין לנו עוד דרך אידיאלית להילחם בעבריינות מבלי להיזקק לענשים המקובלים היום ולהגיע לידי איתור הפושעים ולידי שפיטתם בדרך יותר טובה מאשר על פי דיני ראיות המקובלים היום... אך לא זו בלבד שאין מצליחים לתת 'לפתאים ערמה' (בלשון משלי א, ד) כדי לחזור למוטב, אלא יש צורך להילחם בערמת עבריינים מסוג אחר: הם עושים במחשך מעשיהם ומנסים לטשטש את זהותם ולכן לא קל להביאם ולהוכיח את העבירה לפי הכללים הקיימים. יש וקשה למצוא עדים אשר יוכיחו הכל, וקשה להגיע לפעמים להכרעת דין אם לא יודה הנאשם או לא יעיד אחד מהשותפים במעשה העבירה נגד חבריו, ולכן שימוש בעד המדינה ובהסכמים מסוג זה דרושים לפעמים לתביעה הכללית ולמשטרה.

עלינו להשלים עם דרך זו של הסכמים מסויימים בין התביעה הכללית ובין נאשמים מסויימים מתוך הוראת שעה, ונראה לי שכריתת הסכם בין התביעה הכללית לנאשם בדבר הודאה בעבירות מסויימות וצמצום התביעה פגומה פחות מבחינת הצדק, מאשר שחרור אדם מכל אחריות פלילית ובלבד שישמש עד המדינה.

המחקר שלפנינו הוכן בשעתו בעקבות דיון ציבורי רחב בשאלת קבילות עדותו של עד מדינה. לאחר מכן, כשהוגשה הצעת החוק לתיקון פקודת הראיות, שהוסף בה סעיף 54א, בדבר 'הכרעה על פי עדות יחידה במשפט פלילי'<sup>7</sup>, הסתמך שר המשפטים, מר משה נסים, על חוות דעת זו, בעת שהביא את ההצעה לקריאה ראשונה בכנסת<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> ע"א 532/71, בחמוצקי נ' מדינת ישראל, פד"י כו (1), עמ' 554.

<sup>7</sup> ראה למעלה, ליד ציון הערה 1.

<sup>8</sup> דברי הכנסת, כרך 90, עמ' 310-311. דברים אלה הובאו בספר: המשפט העברי בדיוני הכנסת, ירושלים

תשמ"ט, עמ' 431-433.

## עד מדינה

### פרק שני

### הדין הקבוע

נדון כאן בשאלת קבילות עדותו של עד מדינה, על פי המשפט העברי, משתי נקודות מבט: על פי הדין הקבוע; ועל פי סמכות הענישה לצורך שעה<sup>9</sup>. על פי הדין הקבוע, יש לבחון את קבילות עדותו של עד מדינה עם נתינת הדעת לשלושה דברים: שהעד הוא עבריין; שהוא שותף לעברה שהוא מעיד עליה; ושהוא מקבל תמורה בעד עדותו נגד העבריין.

#### א. עדות עבריין

השופט אולשן ביטא את החשש מהסתמכות על עדותו של פושע, באמרו<sup>10</sup>: 'הכלל המקובל, שאין להרשיע נאשם על סמך עדותו של שותף לפשע ללא עדות מסייעת, מבוסס לא בלבד על החשש, שמא עדותו של השותף, בה הוא מגולל את האשמה על הנאשם, ניתנה מתוך הרצון להופיע כ'עד המלך' ולהחליף על ידי כך מתא הנאשמים, אלא גם על ההנחה, שמסוכן הדבר לייחס מהימנות לעדות של פושע'.

בהלכה העברית עדותו של עבריין היא פסולה. מקורה של פסלות זו הוא במקרא: 'אל תשת ירך עם רשע להיות עד חמס' (שמות כג, א). אמנם לא נאמר בפירוש שמי שהוא רשע הוא פסול לעדות, אבל מדברי המקרא משתמע יותר מזה: אסור אפילו להצטרף לעדותו של עד פסול.

על יסוד הגמרא<sup>11</sup>, קובע הרמב"ם<sup>12</sup>: 'הרשעים פסולין לעדות מן התורה, שנאמר: "אל תשת ירך עם רשע להיות עד חמס" (שמות כג, א). מפי השמועה למדו: אל תשת רשע עד. ואפילו עד כשר שיודע בחברו שהוא רשע ואין הדיניים מכירין רשעו אסור לו להעיד עמו, אע"פ שהוא עדות אמת, מפני שמצטרף עמו ונמצא זה הקשר השית ידו עם הרשע עד שנתקבלה עדותו. ואין צריך לומר עד כשר שהוא יודע בעדות לחברו וידע שהעד השני עמו עד שקר, שאסור לו להעיד, שנאמר: "אל תשת ירך עם רשע" (שמות כג, א)'.

מי נקרא רשע ופסול לעדות? הרמב"ם משיב לשאלה זו בהמשך דבריו<sup>13</sup>: 'אי זה הוא רשע? כל שעבר עברה שחייבין עליה מלקות זהו רשע ופסול, שהרי התורה קראה למחויב מלקות - "רשע", שנאמר: "והיה אם בן הכות הרשע" (דברים כה, ה). ואין צריך לומר מחויב מיתת בית דין שהוא פסול, שנאמר: "אשר הוא רשע למות" (במדבר לה, לא)'.

ולהלן בדבריו<sup>14</sup>: 'עבר עברה שחייבין עליה מלקות מן התורה - הרי זה פסול מן התורה; ואם היה החיוב שבה מדבריהם - הרי זה פסול מדבריהם. ועוד<sup>15</sup> יש שם רשעים שהם פסולין לעדות אע"פ שהם בני תשלומין ואינם בני מלקות, הואיל ולוקחים ממון שאינו

<sup>9</sup> על ענישה לצורך שעה, ראה נ' רקובר, אוצר המשפט, מפתח ביבליוגרפי למשפט העברי, עמ' 272-273.

<sup>10</sup> ע"פ 53/50, חסון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י ד, עמ' 852.

<sup>11</sup> סנהדרין כז ע"א.

<sup>12</sup> רמב"ם, הלכות עדות, פרק י, הלכה א.

<sup>13</sup> שם, הלכה ב.

<sup>14</sup> שם, הלכה ג.

<sup>15</sup> שם, הלכה ד.

## עד מדינה

שלהם בחמס פסולין, שנאמר: "כי יקום עד חמס באיש" (דברים יט, טז), כגון הגנבים והחמסנים אע"פ שהחזיר - פסול לעדות מעת שגנב או גזל<sup>16</sup>.

## ב. עדות נגד שותף לעברה

עברייך המעיד נגד שותפו לעברה עלול לנסות להסיר מעצמו את האחריות לפשע, ולהטילה על שכם הנאשם. מסיבה זאת קבעה הפסיקה במדינת ישראל כי עדותו של שותף לעברה טעונה סיוע<sup>17</sup>.

העניין האישי שיש לעד בנשוא העדות עושה אותו 'נוגע' בעדות. על פסלותו של מי שנוגע בעדותו, אומר הרמב"ם<sup>18</sup>: 'ודברים אלו אינם תלויין אלא בדעת הדיין ועוצם בינתו שיבין עיקר המשפטים וידע דבר הגורם לדבר אחר ויעמיק לראות. אם ימצא שיש לזה העד צד הנאה בעדות זו אפלו בדרך רחוקה ונפלאה - הרי זה לא יעיד בה'.

וכך פוסק ר' יוסף קארו<sup>19</sup> בשולחן ערוך, חושן המשפט<sup>20</sup>: 'כל עדות שיש לאדם הנאה בה פסול להעיד...'. ובמקום אחר<sup>21</sup>: 'דברים אלו תלויים בדעת הדיין ועוצם בינתו שיבין עיקר המשפטים וידע דבר הגורם לדבר אחר ויעמיק לראות...'.  
מדוע נוגע פסול לעדות? - שתי שיטות יש בדבר זה: השיטה האחת היא ש'לא<sup>22</sup> משום

דחשדינן ליה [=לא משום שחושדים בו], אלא משום דאדם קרוב אצל עצמו, וידוע שקרוב פסול לא משום שהוא עלול לשקר, שהרי גם משה רבנו פסול להעיד על אהרן אחיו; השיטה האחרת באה אצל נושאי כליו של השולחן ערוך - הסמ"ע<sup>23</sup> והש"ך<sup>24</sup> - הסבורים כי הטעם לפסלות הוא משום שהנוגע חשוד להעיד עדות שקר: 'ולא<sup>25</sup> אמרו דאדם קרוב אצל עצמו אלא היכא [=במקום] דבעדותו משים עצמו רשע, ולא בדבר של הנאת ממון'.

הנפקות בין שתי השיטות היא כאשר הנוגע מעיד לחובה: נוגע כשר להעיד לחובה; קרוב פסול אפילו לחובה<sup>26</sup>. בשאלה זו, בדבר הטעם לפסול את הנוגע, כבר נחלקו הראשונים, אבל דעת האחרונים נוטה להכריע על פי השיטה הפוסלת מחשש לשקר<sup>27</sup>.

<sup>16</sup> וכך נפסקה הלכה בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן לד, סעיפים א-ג. וראה מחלוקתם של קצות החושן (סימן מו, ס"ק יז) ונתיבות המשפט (שם, ביאורים, ס"ק יז), בשאלה אם פסול של 'רשע' שאינו של 'חמס' הוא מחשש שהוא משקר, או משום גזרת הכתוב של 'אל תשת רשע עד'. וראה פסקי דין רבניים, כרך ה, עמ' 349; טבעת החשן, כרך ה, עמ' מט.

<sup>17</sup> ראה פסק הדין בעניין חסון, שצוין למעלה, בהערה 10, וכן ראה המבוא ודברי ההסבר להצעת החוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 6), התש"ם-1980, עמ' 396-397.

<sup>18</sup> רמב"ם, הלכות עדות, פרק טז, הלכה ד.

<sup>19</sup> נולד בספרד, ראש חכמי צפת, מחבר בית יוסף על הטור והשולחן ערוך; רמ"ח (1488) - של"ה (1575).

<sup>20</sup> שולחן ערוך, חושן משפט, סימן לז, סעיף א; וראה ש"ך, שם, ס"ק י, הסבור שאף נגיעה שאינה של ממון פוסלת.

<sup>21</sup> שם, סעיף כא.

<sup>22</sup> לשונו של ר' מרדכי יפה, לבוש עיר שושן, סימן לז, סעיף א.

<sup>23</sup> סמ"ע לחושן משפט, סימן לז, ס"ק א.

<sup>24</sup> ש"ך לחושן משפט, שם, ס"ק א.

<sup>25</sup> סמ"ע, שם.

<sup>26</sup> ראה סמ"ע, שם, וש"ך, שם.

<sup>27</sup> ראה פסקי דין רבניים, כרך ה, עמ' 5-6, 117, 349, וכרך ז, עמ' 321.

## הדין הקבוע

## ג. עדות עד מדינה

עדותו של עד מדינה נגועה בדבר נוסף והוא, שיש לעד עניין לעמוד בהתחייבותו ולהעיד נגד הנאשם כדי לזכות בחסינות שהובטחה לו. ולכן הפסלות כנוגע, האמורה לגבי שותף, תחול בעדות זו ביתר תוקף.

אבל יש להעיר, כי אף שהשחרור של העד מעונש אינו תלוי בתוכן עדותו, עשויה העדות להיפסל עקב ה'שכר' שעד המדינה מקבל תמורת עדותו. הלכה זו, הפוסלת את עדות מי שקיבל שכר בעד הגדת עדותו, מקורה במשנה<sup>28</sup>: 'הנוטל שכר לדון - דיניו בטלים; להעיד - עדותו בטלה'. ואף שהרמב"ם<sup>29</sup> ומחבר השולחן ערוך לא הביאו הלכה זו בספריהם, פסקו הראשונים כהלכת המשנה<sup>30</sup>, וכן הביא הרמ"א בהגהותיו לשולחן ערוך<sup>31</sup>: 'כל מי שנוטל שכר להעיד - עדותו בטלה, כמו הנוטל שכר לדון; ... אלא קנס קנסוהו חכמים שיתבטלו מעשיו כל זמן שנוטל שכר'<sup>32</sup>.

כל זה אמור, כאשר קבלת השכר אינה תלויה בתוכן העדות. אבל כשהשכר תלוי בתוכן העדות יש כאן נגיעה נוספת העלולה לפסול את העדות. ולפי זה עד מדינה שהובטח לו 'שכר' תמורת עדות מפלילה שהוא מתחייב להעיד נגד שותפיו לפשע, שכרו תלוי בתוכן עדותו, שהרי אם לא יעיד כפי שהתחייב לא יקבל את שכרו שהובטח לו. אמנם התחייבותו היא להעיד את מה שהוא יודע, אלא שכבר מסר הודעה למשטרה כי הוא יודע עדות מפלילה נגד הנאשם, והוא מתחייב להעיד עדות זו בבית המשפט.

סיבה נוספת העלולה לפסול את עדותו של שותף לעברה היא שכיוון שעדותו לגבי עצמו פסולה, תיפסל גם עדותו לגבי הנאשם, על פי הכלל: 'עדות שבטלה מקצתה - בטלה כולה'. אלא שיש דרך להפריד בין שני חלקי העדות ('פלגינן דיבורא'), ואף על פי שאין העד נאמן לגבי עצמו, יהיה נאמן לגבי הנאשם.

מקורם של הדברים בסוגיה במסכת סנהדרין<sup>33</sup>. לא ניכנס כאן לבירורה של הסוגיה ורק נביא את עיקריה. וזה לשון הגמרא: 'ואמר רב יוסף: פלוני רבעו לאנסו - הוא ואחר מצטרפין להרגו [לדעת רב יוסף, אם העיד אדם שפלוני רבע אותו - במשכב זכור - בניגוד לרצונו, הנאנס ועד אחר עמו מצטרפים להעיד נגד הרובע כדי להרגו]; לרצונו - רשע הוא, והתורה אמרה "אל תשת רשע עד" [אולם אם העיד אותו אדם שפלוני רבע אותו בהסכמתו, הרי הוא שותף לעברה והוא רשע, וכיוון שהעיד על עצמו שעבר הרובע עברה זו בהסכמתו של הנרבע תיפסל עדותו]. רבא אמר: אדם קרוב אצל עצמו, ואין אדם משים עצמו רשע [לדעת רבא, מאחר שאדם קרוב אצל עצמו, אין מקבלים את עדותו נגד עצמו, כשם שהוא פסול להעיד על קרוביו, ומשום כך אין אדם משים עצמו "רשע", לפסלו לעדות; וכיוון שלא נפסל בעדות עצמו, יהיה נאמן להעיד על שותפו. התוצאה תהיה שיהיה עד זה נאמן

<sup>28</sup> משנה בכורות ד, ו.

<sup>29</sup> וראה שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תקמב, שלדעת הרמב"ם העדות כשרה בדיעבד.

<sup>30</sup> ראה המקורות המובאים במאמרו של א' שוחטמן, 'עדותו של "עד מדינה" לאור המשפט העברי', משפטים יא (תשמ"א), עמ' 173-139, ושם בעמ' 144-145.

<sup>31</sup> שולחן ערוך, חושן משפט, סימן לד, סעיף יח.

<sup>32</sup> וראה פסקי דין רבניים, כרך ה, עמ' 3, 108, וכרך ז, עמ' 320, בעניין חוקרים פרטיים הנוטלים שכר בעד עדותם.

<sup>33</sup> סנהדרין ט ע"ב.



## עד מדינה

להעיד על מעשה העברה של הרובע, אבל לא יהיה נאמן להעיד שנעשה מעשה זה ברצונו של הנרבע, העד]<sup>34</sup>.

## פרק שלישי

## חריגה מדיני עדות בענישה לצורך שעה

א. הכלל: אין דנים על פי אומד הדעת בדיני נפשות

הכלל הרחב הוא כי בדיני נפשות, להבדיל מדיני ממונות, אין לפסוק על פי אומד הדעת. פסיקה על פי אומד הדעת הוכרה בעיקרה בדיני ממונות. וכך פסק הרמב"ם<sup>35</sup> לעניין אומדנה בדיני ממונות: 'יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אף על פי שאין שם ראיה ברורה, ואין צריך לומר אם היה יודע בוודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כפי מה שיודע'<sup>36</sup>.

כדוגמה קלאסית לשיפוט על פי אומד הדעת, הזכיר הרא"ש, ר' אשר בר' יחיאל<sup>37</sup>, את 'משפט שלמה'<sup>38</sup>, שחרץ בו המלך שלמה את הדין על פי אומד הדעת, בהיעדר ראיות כשרות. נידונו של הרא"ש היה נתבע שסירב להשיב על שאלות שנשאל על ידי השופטים, בטענה 'שאינו חייב להשיב על זה'<sup>39</sup>. הרא"ש מסביר בתשובתו כי הנתבע חייב להשיב על השאלות, 'וכיון שנראה לדיין שאם היה זה משיב על שאלותיו היה הדבר מתברר, ומחמת שלא יתברר הוא כובש דבריו, ויעשה הדיין כאלו השיב ונתברר שקרו, ויחייבנו מאומד הדעת, אף על פי שאינו יכול לברר שקרו בביאור ובפירוש, מאחר שהעדר הביאור בא מחמת רמאותו, שאינו רוצה להשיב על חקירות ודרישות כדי שיתברר שקרו - אומדנא

<sup>34</sup> וכן ראה בהמשכה של הסוגיה, סנהדרין י ע"א. וכן נפסק ברמב"ם, הלכות עדות, פרק יב, הלכה ב, ובשולחן ערוך, חושן משפט, סימן לד, סעיפים כה-כו. וכן ראה הגהת הרמ"א לשולחן ערוך, אבן העזר, סימן קטו, סעיף ו: פסקי דין רבניים, כרך ב, עמ' 127, 209-210; כרך ג, עמ' 291-292. בשאלה אם בנוגע אומרים 'פלגינן דיבורא', ראה פני יהושע לקידושין סה ע"א, ד"ה גמרא א"ר יהודה, ובפסקי דין רבניים, כרך ג, עמ' 292-293. וראה חיבורו של ד' ליפשיץ: פלגינן דיבורא, עבודת גמר במסלול לתואר שני במשפט עברי, אוניברסיטת תל-אביב, תשל"ד.

<sup>35</sup> רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכה א.

<sup>36</sup> אמנם הרמב"ם אומר בהמשך, שם, הלכה ב: 'כל אלו הדברים הם עיקר הדין: אבל משרבו בתי דינין שאינם הגונים, ואפילו היו הגונים במעשיהם אינם חכמים כראוי ובעלי בינה - הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה אלא כראיה ברורה... ולא ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו וכו'. וראה שולחן ערוך, חושן משפט, סימן טו, סעיף ה; וראה תשובת רב האי גאון, שהובאה בשער רביעי, אליהם בהליך השיפוט, ליד ציון הערה 72, וראה ביבליוגרפיה בנושא זה ב'אוצר המשפט', עמ' 252; וכן ראה א' שוחטמן, 'לדרך קביעתן של תקנות הגאונים ולמהותה של הוראת הגאונים בדין "קים לי בגווה"', שנתון המשפט העברי יא-יב (תשמ"ד-תשמ"ו), עמ' 655-686; פסקי דין רבניים, כרך יג, עמ' 226-227 (דיון בדבר הסתמכות על 'מכונת אמת', ושם מובאות דעות שונות בדבר דרכו של שלמה המלך בשיפוט).

<sup>37</sup> מגדולי חכמי אשכנז שעבר לספרד; נפטר בשנת פ"ח (1328).

<sup>38</sup> מלכים א ג, טז-כח.

<sup>39</sup> שו"ת הרא"ש, כלל קז, סימן ו.



## חריגה מדיני עדות בענישה לצורך שעה

דמוכח הוא, ורשאי דיין מומחה לדון באומדנא דמוכח כזה, ואין זה נקרא "דברים שבלב", מאחר שהיא סברא מוכחת.

כתקדים לדיון על פי אומד הדעת מביא הרא"ש את פסק דינו של ר' בנאה<sup>40</sup>: 'והחכם ר' בנאה למד דין זה מאב החכמים [=שלמה המלך], במעשה שבא לפניו על שתיים נשים זונות שזן אותן באומד הדעת, שנראה לו שרחמי האם נכמרו על בנה ונתן לה הילד החי, והופיעה רוח הקודש בבית דינו של שלמה ע"ה ואמרה כי היא אמו'.

באותה דרך הולך הרמ"א, ר' משה איסרליש<sup>41</sup>, בתשובה שדחה בה את דרישתו של נתבע שיתברר המשפט בפני סוחרים, משום שהם ידונו על פי אומד דעתם<sup>42</sup>: 'ומה שמבקש שמעון כי הסוחרים ידונו לפי אומד דעתן, תואנה הוא מבקש, כי גם הדיינים יודעי דת ידונו לפי אומד דעתן אם הוא אומדנא המוכחת, כי אומדנא המוכחת הוא הדין לאמתו, כמו שמצינו במעשה של שלמה עם הזונות, וכמו שהאריך הרא"ש בתשובה בעניין זה'.

אבל בדיני נפשות נקבע כלל הפוך, והוא כי אין לפסוק את הדין על יסוד אומד הדעת. וזה לשון הרמב"ם<sup>43</sup>: 'אין בית דין עונשין באומד הדעת אלא על פי עדים בראיה ברורה. אפילו ראוהו העדים רודף אחר חברו והתרו בו והעלימו עיניהם, או שנכנסו אחריו לחורבה, ונכנסו אחריו ומצאוהו הרוג ומפרפר והסייף מגטף דם ביד ההורג, הואיל ולא ראוהו בעת שהכהו - אין בית דין הורגין בעדות זו. ועל זה וכיוצא בו נאמר: "ונקי וצדיק אל תהרוג" (שמות כג, ז)'.

ב'ספר המצוות' מסביר הרמב"ם הלכה זאת בהרחבה<sup>44</sup>: 'האזהרה שהוזהרנו מלהוציא לפועל את העונשים על פי אומד חזק ואפילו קרוב לוודאי, כגון שהיה אדם רודף אחר שונאו להרגו ונמלט ממנו לבית, ונכנס אותו הרודף אחריו, ונכנסנו אנחנו אחריהם ומצאנו את הנרדף הרוג מפרפר, ושונאו הרודפו עומד עליו כשהסכין בידו ושניהם מגואלים בדם - הרי אין הסנהדרין הורגים רודף זה על דרך קיום העונש, כיון שאין שם ברור בעדים שראו את הרציחה. ובאה האזהרה בתורת האמת מלהרוג את זה, והוא אמרו יתעלה: "ונקי וצדיק אל תהרוג" וגו' (שמות כג, ז)'.

ובהמשך דבריו מציב הרמב"ם את היסוד הרעיוני לכך שאין לחרוץ את הדין בדיני נפשות על יסוד אומד הדעת, כשהוא קובע כי יותר טוב לזכות אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד<sup>45</sup>: 'ואל יקשה בעיניך דבר זה ואל תחשוב שזה דין עוול - לפי שהדברים האפשריים יש מהם שאפשרותם קרובה מאד, ומהם שאפשרותם רחוקה מאד, ומהם בינוניים בין אלו, וה"אפשר" רחב מאד. ואילו הרשתה תורה לקיים עונשים באפשר הקרוב מאד, אשר כמעט קרוב למחויב המציאות כדוגמת מה שהזכרנו - כי אז היו מקיימים את העונשים במה שהוא יותר רחוק מזה ובמה שהוא עוד יותר רחוק, עד שיקיימו את העונשים וימיתו בני אדם בעוול באומדן קל לפי דמיון השופט. לפיכך סתם יתעלה את הפתח הזה וציוה שלא יקיים

<sup>40</sup> בבא בתרא נח ע"א.

<sup>41</sup> בעל המפה על השולחן ערוך: רפ"ה (1525) בערך - של"ב (1572).

<sup>42</sup> שו"ת הרמ"א, סוף סימן לג.

<sup>43</sup> רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כ, הלכה א.

<sup>44</sup> ספר המצוות לרמב"ם, מהדורת ר"י קאפח, מצוות לא תעשה, רצ.

<sup>45</sup> ספר המצוות, שם. וראה בדיגסטטה של יוסטיניאן 48.19.5, שמוטב שלא לענוש עבריין מאשר לענוש אדם חף מפשע. וכן ראה G. Williams, The Proof of Guilt (London 3rd ed. 1963), p. 186.

## עד מדינה

שום ענש אלא עד שיהיו שם עדים המעידים שכרור להם אותו המעשה, ברור שאין בו שום ספק, ואי אפשר להסבירו אחרת בשום אופן. ואם לא נקיים את העונשים באומד ובדימוי אפשר שביום מן הימים נהרוג נקי – ויותר טוב ויותר רצוי לפטר אלף חוטאים מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים<sup>46</sup>.

## ב. הקפדת יתר עלולה להרבות עבריינים

דיני ראיות קפדניים, הבאים להגן על הנאשם, עלולים להביא לידי ריבוי עבריינים. כבר במשנה מצינו דברים מאלפים בעניין זה. וזה לשון המשנה במסכת מכות<sup>47</sup>: 'סנהדרין ההורגת אחד בשבוע [=בשבע שנים], נקראת חובלנית, רבי אליעזר בן עזריה אומר: "אחד לשבעים שנה", רבי טרפון ורבי עקיבא אומרים: "אילו היינו בסנהדרין, לא נהרג אדם מעולם". רבן שמעון בן גמליאל אומר: "אף הן מרבין שופכי דמים בישראל". על דברי ר' טרפון ור' עקיבא, האומרים שאילו היו הם חברים בסנהדרין לא נהרג אדם מעולם, משום 'שבדקו'<sup>48</sup> את העדים בדבר שלא ידעו להשיב, משיב אפוא רבן שמעון בן גמליאל, נשיא הסנהדרין: 'אף הן מרבין שופכי דמים בישראל': כלומר, מתוך כך אין העבריינים יראים מפני בית הדין<sup>49</sup>.

דברים חריפים אנו מוצאים במדרש הנעלם לספר רות<sup>50</sup>, ולפיהם יש דיין הדין דין אמת לאמיתו והוא נענש על כך, כגון דיין המדקדק דקדוקין למצוא פתח לזכות את הרשע, ואינו מתחשב בצורך השעה: 'דאמר<sup>51</sup> ר' יודן... יש מי שאינו דן את הדין לאמתו ומקבל עליו שכר מאת הקב"ה, ויש מי שדן את הדין לאמתו ונתפש עליו לפני הקב"ה. הדין דין אמת ונתפש – כגון דיין שמדקדק דקדוקין לזכות לרשע, דתנינא: "בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה כדי לעשות סייג לתורה", או מפני שהזמן גורם לו, והדיין מסלק עצמו מלהענישו ומדקדק בענין הדין למצא פתח לזכות אותו מן הדין ממש, והוא דין [אמת, אפילו הכי], כשהקב"ה דן את העולם אותו הדין נתפש עליו ומסתלק מן העולם קודם זמנו'.

## ג. סמכות בית הדין

למרות הכללים הנוקשים בדיני הראיות במשפט הפלילי, הוענקה סמכות רחבה לבית הדין לחרוג מן המסגרת הקבועה. הרחבה זו פירושה לענוש בעונש חמור מן הרגיל, או לענוש בלא שנתקיימו הכללים בדבר כשרות הראיות. וזה לשון הרמב"ם בהלכות סנהדרין<sup>52</sup>: 'יש לבית דין להלקות מי שאינו מחויב מלקות

<sup>46</sup> ברם, יש מקרים שעונשים בהם שלא על פי ראייה, כגון 'כמנאפים' – משיראו כמנאפים' (מכות ז ע"א). וראה ח' חפץ, 'גדרי אומדנא וחוקה בדיני נפשות במשפט העברי', דיני ישראל ח (תשל"ז), עמ' מה; וכן ראה מרחשת, חלק ב, ליקוטים, סימן ח, ושו"ת עזרת כהן, סימנים כט, מא.

<sup>47</sup> משנה מכות א, י.

<sup>48</sup> רש"י למכות ז ע"א, ד"ה אילו היינו.

<sup>49</sup> ראה רש"י, שם.

<sup>50</sup> ראה זוהר חדש, מדרש רות, מהדורת הסולם, חלק כא, ירושלים תשט"ו, עמ' כח-כט, אות קטז.

<sup>51</sup> על פי המובא בפירושו הרקאנטי, מהדורת הלבוש, ניו-יורק תשכ"ה, חלקים ח-י, בראש פרשת משפטים. הובא בבית יוסף לטור, חושן משפט, סימן ב, סעיף א.

<sup>52</sup> רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכות ד-ה.

## חריגה מדיני עדות בענישה לצורך שעה

ולהרוג מי שאינו מחויב מיתה, ולא לעבור על דברי תורה – אלא לעשות סיג לתורה. וכיון שרואים בית דין שפרצו העם בדבר, יש להם לגזור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם, הכל הוראת שעה, לא שיקבע הלכה לדורות. מעשה והלקו אדם שבעל אשתו תחת אילן, ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יוונים והביאוהו לבית דין וסקלוהו, ומעשה ותלה שמעון בן שטח שמונים נשים ביום אחד באשקלון ולא היו שם כל דרכי הדרישה וחקירה וההתראה ולא בעדות ברורה אלא הוראת שעה כפי מה שראה. וכן יש לבית דין בכל מקום ובכל זמן להלקות אדם ששמועתו רעה והעם מרנגים עליו שהוא עובר על העריות, והוא: שיהיה קול שאינו פוסק.

הרמב"ם מדגיש כי בית הדין אינו מפעיל סמכותו זאת אלא אם כן נתברר לו כי העבריין ראוי לכך וכי השעה צריכה לכך. ועוד סייג חשוב יש בדבר, והוא לשמור על כבוד האדם<sup>53</sup>: 'כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה. ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהיה כבוד הכריות קל בעיניו, שהרי הוא דוחה את "לא תעשה" של דבריהם'. דומה, שהאזהרות בדבר הכוונה לשם שמים, ובדבר שמירת כבוד האדם, נחוצות במיוחד כאשר ניתנת עצמה רבה לשופט לשפוט לפי שיקול דעתו תוך חריגה מן הדין הקבוע. כוונת אזהרות אלו היא להזהיר את השופט שלא יפעל מתוך קלות דעת או מתוך שרירות לב<sup>54</sup>.

כמו כן, הוסמך בית הדין לענוש את הרוצח בהכנסתו לכיפה, מעשה הגורם למות הרוצח, כאשר נמצא בעדויות פגם המונע הטלת העונש הקבוע. וכך פוסק הרמב"ם<sup>55</sup>: 'ההורג נפשות ולא היו שם עדים רואין אותו כאחת, אלא ראהו האחד אחר האחד, או שהרג בפני עדים בלא התראה, או שהוכחשו העדים בבדיקות ולא הוכחשו בחקירות – כל אלו הרצחנים כונסין אותם לכיפה ומאכילין אותם לחם צר ומים לחץ עד שיצרו מעיהם ואחר כך מאכילין אותם שעורים עד שתבקע כרסם מכובד החולי'.

אלא שאין עונשין בעונש זה אלא רק רוצחים ולא עבריינים אחרים. והרמב"ם מסביר את סיבת הדבר בחומרה המיוחדת שיש בעברת שפיכות דמים<sup>56</sup>: 'ואין עושין דבר זה לשאר מחויבי מיתת בית דין, אבל אם נתחייב מיתה – ממיתין אותו; ואם אינו חייב מיתה – פוטרין אותו. שאף על פי שיש עוונות חמורין משפיכות דמים – אין בהם השחתת ישובו של עולם כשפיכות דמים. אפילו עבודה זרה, ואין צריך לומר עריות או חלול שבת, אינן כשפיכות דמים. שאלו עוונות הם מעבירות שבין אדם למקום; אבל שפיכות דמים מעבירות שבינו לבין חבירו, וכל מי שיש בידו עוון זה – הרי הוא רשע גמור, ואין כל המצוות שעשה כל ימיו שקולין כנגד עוון זה ולא יצילוהו מן הדין, שנאמר: "אדם עשוק בדם נפש" וגו' [עד בור ינוס אל יתמכו בו] (משלי כח, יז)<sup>57</sup>.

בשולחן ערוך, חושן משפט, בסימן שכותרתו היא: 'בית דין מכין ועונשין לצורך שעה', נפסק<sup>58</sup> ש'כל בית דין, אפילו אינם סמוכים בארץ ישראל, אם רואים שהעם פרוצים

<sup>53</sup> רמב"ם, שם, הלכה י.

<sup>54</sup> וראה בדברי הרשב"א, להלן, ליד ציון הערות 88, 116.

<sup>55</sup> רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת נפש, פרק ד, הלכה ח.

<sup>56</sup> רמב"ם, שם, הלכה ט.

<sup>57</sup> וראה גם דברי הרמב"ם, שם, פרק ב, הלכה ה, המובאים להלן, ליד ציון הערה 65.

<sup>58</sup> שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כ.

## עד מדינה

בעבירות (ושהוא צורך שעה), דנין בין מיתה בין ממון בין כל דיני עונש, ואפילו אין בדבר עדות גמורה; ואם הוא אלם - חובטים אותו ע"י גויים (ויש להם כוח להפקיר ממונו ולאבדו כפי מה שרואים לגדור פרצות הדור), וכל מעשיהם יהיו לשם שמים. ודוקא גדול הדור או טובי העיר שהמחום בית דין עליהם (וכן נוהגין בכל מקום שטובי העיר בעירן כבית דין הגדול, ומכין ועונשין והפקרן הפקר כפי המנהג, אע"פ שיש חולקין...).

## ד. סמכות ההנהגה הציבורית

## 1. סמכות המלך

לצד הסמכות שהוענקה לבית הדין לענוש לצורך שעה, הוענקה גם למלך סמכות לענוש לפי צורך השעה, גם בלא ראיות כשרות. וכך פסק הרמב"ם לעניין ענישתו של רוצח<sup>59</sup>: 'כל ההורג נפשות<sup>60</sup> שלא בראיה ברורה, או בלא התראה, אפילו בעד אחד, או שונא שהרג בשגגה - יש למלך רשות להורגו ולתקן העולם כפי מה שהשעה צריכה; והורג רבים ביום אחד, ותולה ומניחם תלויים ימים רבים להטיל אימה ולשבר יד רשעי העולם'.

כמו כן, למרות הכלל ש'אין אדם משים עצמו רשע', הוסמך המלך לענוש את הרוצח על פי הודאתו<sup>61</sup>: 'גזרת הכתוב היא שאין ממיתין בית דין ולא מלקין את האדם בהודאת פיו, אלא על פי שניים עדים. וזה שהרג יהושע עכן<sup>62</sup> ודוד לגר עמלקי<sup>63</sup> בהודאת פיהם<sup>64</sup> - הוראת שעה היתה או דין מלכות היה; אבל הסנהדרין - אין ממיתין ולא מלקין המודה בעבירה, שמא נטרפה דעתו בדבר זה, שמא מן העמלין מרי נפש הוא, המחכים למוות, שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמם מעל הגגות; שמא כך זה יבוא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג. וכללו של דבר: גזרת מלך היא'.

וכאשר קובע הרמב"ם שאין לענוש אדם ששכר אדם אחר להרוג, משום שלא הוא הרג, אלא שלח אחרים לעשות כן, מוסיף הרמב"ם ואומר שיש למלך סמכות להרוג את השוכר. וזה לשון הרמב"ם<sup>65</sup>: 'אבל השוכר הורג להרוג את חבירו או ששלח עבדיו והרגוהו... כל אחד מאלו שופך דמים הוא, ועוון הריגה בידו, וחייב מיתה לשמים, ואין בהן מיתת בית דין... וכל אלו הרצחנין וכיוצא בהן שאינן מחוייבין מיתת בית דין, אם רצה מלך ישראל להורגם בדין המלכות ותקנת העולם - הרשות בידו. וכן אם ראו בית דין להורגם בהוראת שעה, אם היתה השעה צריכה לכך, יש להם רשות כפי מה שיראו. הרי שלא הרגם המלך

<sup>59</sup> רמב"ם, הלכות מלכים ומלחמותיהם, פרק ג, הלכה י.

<sup>60</sup> וראה אור שמח, על הרמב"ם, שם, שסמכותו של המלך אינה אלא לתקן העולם, והיינו דוקא לרוצח, אבל בענינים שבין אדם למקום, כמו כהטיח אשתו תחת התאנה, או רכב על סוס בשבת, שזה אינו נוגע לתקון המדינה כלל, אין זה שייך למלכי בית דוד רק לסנהדרין, וברור. אלא שהוא תמה שם על המובא בתלמוד הירושלמי, סנהדרין, פרק ו, הלכה ג, על אפשרות שידון דוד המלך על פי עד אחד, על עברה של משכב זכור.

<sup>61</sup> רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק יח, הלכה ו.

<sup>62</sup> יהושע ז, כ; שם, כה.

<sup>63</sup> שמואל ב א, טו-טז.

<sup>64</sup> וראה צ' קארל, 'ההוכחות במשפט העברי והתפתחותן', המשפט העברי ג (תרפ"ח), עמ' 92, ש'ההודאה המוזכרת בכתבי הקדש, שהיתה משמשת הוכחה, כדי לענוש ולהרוג על פיה, תמיד היו בצדה ראיות מוכיחות את אמיתותה'. וראה למעלה, ליד ציון הערה 3.

<sup>65</sup> רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת נפש, פרק ב, הלכות ב, ד, ה.

## חריגה מדיני עדות בענישה לצורך שעה

ולא היתה השעה צריכה לכך לחזק הדבר, הרי בית דין חייבין מכל מקום להכותם מכה רבה הקרובה למיתה, לאוסרם במצור ובמצוק שנים רבות ולצערן בכל מיני צער, כדי להפחיד ולאיים על שאר הרשעים, שלא יהיה הדבר להם לפוקה ולמכשול, ויאמר: "הריני מסבב להרוג אויבי, כדרך שעשה פלוני, ואפטר". בדברים אלה ניתן הביסוס המשפטי גם לענישתם של עברייני הפשע המאורגן, המבצעים את הפשע באמצעות אחרים.

מאלפת היא דרכו של הר"ן, ר' נסים בר' ראובן גירונדי<sup>66</sup>, בעניין ענישה לצורך שעה:

לשיטתו<sup>67</sup>, יש בישראל שתי מערכות משפטיות: תפקיד הסנהדרין הוא 'לשפוט את העם במשפט צדק אמיתי', ואילו תפקיד המלך הוא ה'סידור המדיני' לצורך יישובו של עולם, לצורך השעה: 'ונמצא שמנוי השופטים היה לשפוט משפטי התורה בלבד שהם צודקים בעצמם, כמו שכתוב: "ושפטו את העם משפט צדק", ומנוי המלך היה להשלים תקון סדר המדיני וכל מה שהיה מצטרך לצורך השעה'<sup>68</sup>.

הר"ן מסביר שהסמכות המסורה לבית הדין לשפוט שלא לפי הדין הקבוע אינה קיימת אלא בזמן שאין מלך בישראל: 'ואל תקשה עלי מה ששנינו בפרק נגמר הדין, תניא: "ר' אליעזר אומר: 'שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה'" וכו' (סנהדרין מו ע"א), שנראה ממנו שמינוי הבית דין הוא לשפוט כפי תקון העת והזמן, ואינו כן; אבל בזמן שיהיו בישראל סנהדרין ומלך, הסנהדרין – לשפוט את העם במשפט צדק לבד לא לתקון ענינם ביותר מזה, אם לא שיתן המלך להם כחו. אבל כאשר לא יהיה מלך בישראל, השופט יכלול שני הכחות, כח השופט וכח המלך'. לדברי הר"ן סמכות הסנהדרין ייחודית לעם ישראל, ואילו סמכותו של המלך מקבילה למערכת השיפוט בכל המין האנושי לצורך יישובו של עולם: 'ידוע הוא כי המין האנושי צריך לשופט שישפוט בין פרטיו, שאם לא כן "איש את רעהו חיים בלעו"<sup>69</sup> ויהיה העולם נשחת, וכל אומה צריכה לזה ישוב מדיני, עד שאמר החכם<sup>69</sup> שכת הלסטים הסכימו ביניהם היושר, וישראל צריכין זה כיתר האומות'.

רעיון הקבלת דין המלך בישראל לסמכות השיפוט המסורה למלך באומות העולם, הביא אחדים מחכמי הדור הקודם להסביר את היקף סמכותו של המלך במקביל לסמכות המערכת השיפוטית בבני נוח: זו גם זו הן מערכות שיפוט טבעיות, כלל אנושיות.

כך, למשל, בדבר מקור סמכותו של המלך לדון עבריינים על פי עד אחד, הוסבר כי סמכות זאת מקבילה לדיני בני נוח, שאף הם נידונים על פי עד אחד. שכן זהו לשון הגמרא, במסכת סנהדרין<sup>70</sup>: 'בן נח נהרג בדיין אחד ובעד אחד, שלא בהתראה, מפי איש ולא מפי

<sup>66</sup> הר"ן, מגדולי חכמי ספרד; נפטר סמוך לשנת ק"ם (1380).

<sup>67</sup> דרשות הר"ן, הדרוש האחד-עשר.

<sup>68</sup> ומאחר 'שהשופט משועבד יותר למשפטי התורה מהמלך... מפני זה הזהיר המלך וצוהו שיהא לו ספר תורה שני ויביא עמו... שמתוך שהמלך רואה שאינו משועבד למשפטי התורה כמו השופט צריך אזהרה מרובה לבלתי יסור מן המצוה ימין ושמאל ולבלתי רום לבבו מאחיו כפי היכולת הגדול שנותן לו השם יתברך, אבל בשופט לא הוצרך בכל אלו האזהרות לפי שיכלתו מוגבל כפי משפט התורה'.

<sup>69</sup> אבות ג, ב.

<sup>69</sup> השווה אפלטון, המדינה, ספר א, עמ' 351 (עמ' 195 בתרגומו של ליבס). וראה ספר הכוזרי, לר' יהודה הלוי (מאמר ב, מח): 'עד כי גם חברת שודדים לא יתכן שלא תקבל שלטון הצדק בדברים שבינם לבין עצמם: בלא זה לא תתמיד חבורתם'.

<sup>70</sup> סנהדרין נז ע"ב.



## עז מדינה

אשה ואפילו קרוב. וכן פסק הרמב"ם<sup>71</sup>: 'ובן נח נהרג בעד אחד ובדיין אחד בלא התראה ועל פי קרובין, אבל לא בעדות אשה ולא תדון אשה להם'.

וכך מסביר את הדבר ר' מאיר שמחה מדווינסק<sup>72</sup>: 'דוקא<sup>73</sup> לדון בדיני סנהדרין בחוקים תורניים שמצווה עליהן לדון; ציותה התורה דבעי [=שצריך] שני עדים, אבל בגואל הדם ומלך ישראל דרשות ניתן להם, והוא לתיקון המדינה, דינם כמו שנתנה התורה הנימוסית לבני נח. וזה ענין מושכל'.

ובדרך דומה הולך ר' מאיר דן פלוצקי<sup>74</sup>, ואלה דבריו<sup>75</sup>: 'הנה ידוע שיש שני הנהגות בעולם, הנהגה הטבעיית, והוא הנהגת בני נח, והנהגת התורה הקדושה, והוא שניתנה לישראל מעת שקבלו התורה הקדושה; דכן נח נהרג בעד אחד ובדיין אחד, אמנם הנהגת התורה הוא דאינו נהרג אלא בבית דין של כ"ג ובעדים ובהתראה, והוא הנהגת התורה למעלה מן הטבע. ועניין מלך היא הנהגה הטבעית, כמו שמבואר בקרא "ואמרת אשימה עלי מלך ככל הגויים אשר סביבותי" [דברים יז, יד], ועיין בדרשות הר"ן ז"ל, דרוש יא, מה שביאר בזה. ולכן מלך דן בדיני נח וכן נח הורג בעד אחד, לכן גם מלך הורג בעד אחד כמו בן נח. ובהתאם להקבלה זו מצמצם ר' מאיר דן פלוצקי את סמכויות המלך רק לעניינים הנוגעים למצוות בני נוח: 'ומעתה נראה לעניות דעתי דזה דוקא בז' מצוות בני נח, שהם מפני תיקון העולם, בזה יכול המלך לדון בעד אחד... מה שאין כן במצוות שנצטוו ישראל ממתן תורה ואילך, בזה לא שייך דין מלך כלל, כיון דכל הצווי הוא מכח התורה, אין נהרגין אלא בשני עדים והתראה ובבי"ד של כ"ג'<sup>76</sup>.

## 2. סמכות ממשלת ישראל

כשאין מלך בישראל – הסמכות מסורה למנהיגי הדור. וכך כתב ר' מנחם המאירי<sup>77</sup>: 'ומכל<sup>78</sup> מקום דיני המלכות קיימים בכל זמן, ואף בכל דור ודור יש רשות למנהיגי הדור גדולי הארצות לענוש ולהרוג דרך הוראת שעה על הדרכים שבארנו. וזהו שנרמז בתורה אחר כן "ואל השופט אשר יהיה בימים ההם" (דברים יז, ט). וכך קבע הרב קוק<sup>79</sup> בתשובתו, בלא שידע את דברי המאירי, משום שעדיין לא נתפרסמו בשעה שאמר את דבריו<sup>80</sup>: 'נראים הדברים שבזמן שאין מלך, כיון שמשפטי המלוכה הם ג"כ מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים אלה הזכויות של המשפטים ליד האומה בכללה'. העולה מן האמור הוא, שסמכויות המלך מסורות היום בידי ממשלת ישראל<sup>81</sup>.

<sup>71</sup> רמב"ם, הלכות מלכים ומלחמותיהם, פרק ט, הלכה יד.

<sup>72</sup> מגדולי חכמי ישראל בדורות האחרונים; תר"ג (1843) – תרפ"ו (1926).

<sup>73</sup> אור שמח, על הרמב"ם הלכות מלכים, פרק ג, הלכה י.

<sup>74</sup> שימש ברבנות בדווארט ובאוסטרוב שבפולין; תרכ"ו (1866) – תרפ"ח (1928).

<sup>75</sup> חמדת ישראל, על ספר המצוות לרמב"ם, קונטרס נר מצווה, אות עב, מצווה רפת, עמ' לח.

<sup>76</sup> וראה שער ראשון, המשפט כערך אוניברסאלי, פרק רביעי: 'דינא דמלכותא דינא' ודין המלך'.

<sup>77</sup> מגדולי המפרשים לתלמוד כפרובינציא: נפטר בשנת ע"ה (1315).

<sup>78</sup> בית הכחירה לסנהדרין נב ע"ב; עמ' 212 במהדורת ר"א סופר.

<sup>79</sup> רבה הראשי של ארץ ישראל; תרכ"ה (1865) – תרצ"ה (1935).

<sup>80</sup> שו"ת משפט כהן, סימן קמד.

<sup>81</sup> וראה הרב י"א הרצוג, 'התחיקה והמשפט במדינה היהודית', יבנה ג (ניסן תש"ט), עמ' 13; הרב ש' ישראלי, 'סמכות הנשיא ומוסדות ממשל נבחרים בישראל', עמוד הימיני, סימן ז, עמ' נב; הרב י' גרשוני, 'דיני סנהדרין

## חריגה מדיני עדות בענישה לצורך שעה

3. תקדימים בקהילות ישראל

הסמכות שהוענקה לבית הדין לענוש לצורך שעה, לא נשארה בגדר סמכות תיאורטית, אלא הופעלה הלכה למעשה בחיי הקהילות, הן על ידי בתי הדין והן על ידי בתי דין מיוחדים שנתמנו לצורך ביעור הפשע.

בספרות השו"ת נידונה בהרחבה הענישה בפלילים<sup>82</sup>. מבין התשובות הרבות נביא כאן אחדות מתשובות הרשב"א, ר' שלמה בן אדרת, גדול חכמי ישראל בספרד במאה ה"ג<sup>83</sup>. הרשב"א נשאל<sup>84</sup> בדבר סמכותם של הברורים<sup>85</sup> – הם הממונים שנבררו לענוש את העבריינים – האם הם חייבים לשפוט על פי דיני העדות הקבועים, או שמותר להם לחרוג מכללים אלה? בתשובותיו לא רק שקבע הרשב"א את סמכות הברורים אלא גם הביא את הבסיס הרעיוני-הלכתי לסמכות זאת.

וכך השיב הרשב"א: 'עמדתי על כל טענות הקונדרס [=קונטרס] הזה ורואה אני שאם העדים נאמנים אצל הברורים רשאים הן לקנוס קנס ממון או עונש הגוף, הכל לפי מה שיראה להם, וזה מקיים העולם. שאם אתם מעמידין הכל על הדינין הקצובים בתורה, ושלא לענוש אלא כמו שענשה התורה בחבלות וכיוצא בזה, נמצא העולם חרב, שהיינו צריכים עדים והתראה, וכמו שאמרו ז"ל<sup>86</sup>: "לא תרבה ירושלים אלא שהעמידו דבריהם על דין תורה", וכל שכן בחוצה לארץ שאין דנין בה דיני קנסות, ונמצאו קלי דעת פורצין גדרו של עולם, נמצא העולם שמים'.

ולאחר מכן מביא הרשב"א אסמכתאות מן התלמוד לענישה לצורך שעה, והוא ממשיך: 'וכן עושין בכל דור ודור ובכל מקום ומקום שרואין שהשעה צריכה לכך, ולייסר השוטם והנערים המטים עקלקלותם... ולפיכך ברורים אלו שעשו זה, אם ראו צורך השעה לענוש ולקנוס ממון או גוף לתיקון המדינה ולצורך השעה, כהין עשו, וכ"ש בדאיכא הורמנא דמלכא [=וכל שכן כשיש רשות מן המלך]<sup>87</sup>. והוא מסיים: 'ומכל מקום הברורים צריכין

ודיני מלכות, קול צופין, ירושלים תש"ם, עמ' צג: וראה למעלה, שער שני, על שלטון החוק, ליד ציון הערה 41 ואילך.

<sup>82</sup> ראה, למשל, ש' אסף, העונשין אחרי חתימת התלמוד, ירושלים תרפ"ב, וכן מה שצוין למעלה, בהערה 9, וכן הרב י"מ גינצבורג, משפטים לישראל, ירושלים תשט"ז, חוברת ראשונה, כוח בית דין, עמ' א-צט.

<sup>83</sup> הרשב"א למד תורה מפי ר' יונה גירונדי והרמב"ן; ברצלונה, ד"א תתקצ"ה (1235) – ה"א ע' (1310).

<sup>84</sup> שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן שצג; הובא בקצרה בבית יוסף לטור, חושן משפט, סימן ב, מחודש ב.

<sup>85</sup> "ברורי העבירות" – מוסד ממוצא קאטאלוני מובהק – י' בער, תולדות היהודים בספרד הנוצרית, מהדורה ב, עמ' 134. וראה גם במפתח, שם, ערך ברורי עבירות. וראה גם ב"צ דינור, ישראל כגולה, כרך ב, ספר ב, ירושלים תשכ"ז, עמ' 424, הערה 9.

<sup>86</sup> בבא מציעא ל ע"ב.

<sup>87</sup> והשווה תשובת הרשב"א, המובאת בבית יוסף לטור חושן משפט, סימן שפת, מחודש ח (פורסמה במלואה על ידי קאופמן ב" JQR 8 (1896) p. 228). וראה עוד חידושי הריטב"א לבבא מציעא, מהדורת האלפערן, פג ע"ב, ד"ה אמר להם תפשוהו; חידושי הר"ן לסנהדרין פז ע"א, בשם ר' דוד, ולסנהדרין מז ע"א; וראה למעלה, שער שני, על שלטון החוק, הערה 54; ש' שילה, דינא דמלכותא דינא, ירושלים תשל"ה, עמ' 264-274.

והשווה כתב הזכויות לקהילת ואלנסיה, מטעם יעקב מלך אראגון, משנת 1239: 'וביחוד שתוכלו להסיר כל דין בין יהודי ליהודי לפי חוקיכם, ולא תועמד עליכם ולא על השייך לכם שום האשמה על ידנו או על ידי אישיות אחרת, מלבד האשמת רצח... ושאר האשמות תדונו אתם על פי חוקיכם' (ב"צ דינור, ישראל כגולה, סדרה ראשונה, כרך ב, ספר ב, עמ' 404; יר"ט עסיס, מדיניותם היהודית של מלכי ארגוניה במאה ה"ג [חומר לתרגיל: ירושלים תשמ"א], עמ' 8).



## עד מדינה

להתיישב בדברים ולעשות מעשיהן אחר המלכה [=מחשבה רבה], ולהיות כוונתם בכל עת לשמים<sup>88</sup>.

וביתר פירוט השיב הרשב"א, בתשובתו לשאלת ה'ברורים', ששאלוהו האם הם מוסמכים לדון על פי עדים קרובים ועל פי עדות אישה וקטן? ואלה דבריו<sup>89</sup>: 'שאלתם: הסכימו דעת הקהל למנות אותנו ברורים לבער העבירות, וכן נשבענו לעשות כן, וכתוב בתיקוני ההסכמה שיהא רשות בידינו משלטון המדינה ליסר ולענוש בגוף וממון לפי ראות עינינו. הודיענו אם יעידו עדים קרובים<sup>90</sup> על ראובן שעבר על שבועתו, והעדים ראויים לסמוך עליהם. או אם יעידו אשה וקטן מסיחים לפי תומם, יש לנו ליסר את ראובן, אם לאו. וכן אם העדים או אחד מהן קרובים לראובן ורואין אנו אמתלאות שאלו העדים אומרים אמת, יש לנו רשות לעשות על פיהם אע"פ שאין שם עדות ברורה'.

והשיב להם: 'תשובה. דברים אלו נראין פשוטים בעיני שאתם רשאים לעשות כפי מה שנראה בעיניכם. שלא נאמרו אותן הדברים שאמרתם אלא בבית דין שדנין על פי דיני תורה, כסנהדרין או כיוצא בהם, אבל מי שעומד על תקוני מדינה אינו דן על הדינים הכתובים בתורה ממש, אלא לפי מה שהוא צריך לעשות כפי השעה ברשיון הממשלה. שאם לא כן אף הם לא יקנסו בגוף ולא בממון לפי שאין דנין דיני קנסות בבבל ולא בדברים שאינם מצויים... וכן לא ילקה ולא יענש על פי עצמו, לפי שאין אדם משים עצמו רשע מן הדין, ואפילו יש עדים כשרים לא ילקה אלא אם כן התרו בו, שאין בית דין מלקין אלא אחר התראה. אלא שבכל אלו הדברים אינם אלא בבית דין הנוהגין על פי התורה'.

ולבסוף מביא הרשב"א אסמכתה מדוד המלך, שענש את הגר העמלקי על פי הודאתו<sup>91</sup>, וכן הזכיר את דברי התלמוד המסמיכים לענוש לצורך שעה; ומסיים: 'כל שכן אתם, שעיקר ההסכמה לא היתה אלא לעשות מה שיראה בעיניכם, כמו שכתוב באגרת התקנה אשר אמרתם. וכן הדבר פשוט בינינו ובין כל המקומות שיש תקנה ביניהם על דברים אלו'. כלומר, הסמכות לחרוג מן הכללים בדיני העדות, טבועה בעצם סמכותם של ה'ברורים', משום שלא נאמרו דיני העדות אלא בבתי דין הדנים על פי דיני תורה, כסנהדרין או כיוצא בהם, אבל מי שעומד על תיקוני מדינה אינו דן על פי הדינים הכתובים בתורה ממש, אלא לפי מה שהוא צריך לעשות לפי השעה. ובוודאי שהסמכות לחרוג מדיני העדות נתונה לאלה שהוענקה להם הסמכות בפירוש, מטעם הציבור ומטעם השלטונות, לעשות כפי שייראה בעיניהם.

ה. פסול פורמאלי בעדות ופסול מהותי

כפי שראינו, עדויות שהן פסולות על פי הדין הקבוע, הוכשרו לצורך שעה. האם יש להבחין, לעניין זה, בין עד שהפסול שלו הוא 'פורמאלי' גרידא, היינו שאין עדותו לפי כללי העדות, לבין עד שהפסול שלו הוא משום שנפגמה מהימנותו, כגון עברייין, וכגון נוגע בעדות, שיש לחשוש שמא אינו מעיד אמת?

<sup>88</sup> וראה בדברי הרשב"א, להלן, ליד ציון הערה 116, ובדברי הרמב"ם, למעלה, ליד ציון הערה 54.

<sup>89</sup> שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן שיא; והובא בקצרה בשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן רעט.

<sup>90</sup> ראה להלן, ליד ציון הערה 98.

<sup>91</sup> ראה למעלה, ליד ציון הערה 63.

## חריגה מדיני עדות בענישה לצורך שעה

לכאורה, מצינו הבחנה כזאת בדברי הרש"ל, ר' שלמה לוריא<sup>92</sup>, כשהוא דן בתקנה קדומה<sup>93</sup>, המאפשרת קבלת עדויות הנוגעות לקטטות מפסולי עדות, משום שאי אפשר למצוא עדים כשרים, שיעידו על מעשים כאלה<sup>94</sup>. הרש"ל דן בתקנה זאת ומגביל את תחולתה במידת מה, ולאחר מכן הוא קובע כי אף במקום שיש להכשיר עדים פסולים, אין להכשיר את עדותו של קרוב, משום שהקרוב לעולם אינו רואה חובה לקרובו, והוא הדין לשונא ולמי שהוא פסול מחמת עברה<sup>95</sup>. ואלה דבריו: 'ואף היכא שנאמנים לעניין הכאה ומריבה כהאי עניין שכתבתי, מכל מקום היכא שהם קרובים לטוען לעולם אינם נאמנים לזכותו, א"ל [=אם לא<sup>96</sup>] לחובתו, ואפילו צדיקים. והוי כשוחד אשר יעור עיני חכמים כו'. דבודאי מי שבנו או אחיו מכה עם חברו, והאב או האם רואה אפילו הוא פושע נראה לעולם בעיני האב שבנו אינו פושע והשני הוא המתחיל, כי נפשו קשורה בו ודעתו מקורבת ואין רואה חובתו, וסובר לעולם שהשני התחיל כנגדו. ואני הגבר אשר ראה זאת כמה פעמים וכן שונאים כהאי גוונא אינן נאמנים, אף שהתורה הכשירו<sup>97</sup>, מכל מקום מאחר שהוא כבר פסול מדאורייתא, כגון שהוא מעיד ביחידי, או שאחד מן השניים הוא קרוב או אשה או עבד, אוקימנ' אסבר' דלא מהימן, והוא הדין פסולין מחמת עבירה שאינם נאמנים. הלכך לא נהירא לי כלל דעת מהרי"ק, שיהיה קרוב נאמן אפילו כסיגנון שכת', אלא קרוב לעולם אין נאמן, אם לא כשקבלו עליו<sup>98</sup>.

אבל נראה שדברי הרש"ל אינם אמורים אלא בהכשרת הפסולים האלה כ'עדים'<sup>99</sup>, כלומר, שייחתך הדין על פי דבריהם. אבל כשדנים שלא על פי דיני עדות אלא על פי אומד הדעת, אין לפסול מכול וכול עדות קרוב או עבריין, אלא שייבחן משקלה של עדות כזאת לאור החשדות והחששות לגבי מהימנות העד. ואם יתברר שלמרות המגרעות הללו יש בעדותו כדי לשכנע את השופט באמיתות דבריו, יוכל השופט לפסוק על פי אומד דעתו<sup>100</sup>.

<sup>92</sup> מחכמי פולין: ר"ע (1510) בערך - של"ד (1573).

<sup>93</sup> ראה כל בו, סימן קי, בין תקנות רבינו גרשון ושאר גזירות קדמונים. שולחן ערוך, חושן משפט, סימן לה, סעיף יד, בהגהת הרמ"א. וראה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חושן משפט, סימן נח: שו"ת כנסת יחזקאל, סימן פג: שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק א, סימו קפד: שו"ת רבי שלמה איגר, חלק ב, ירושלים תשמ"ב, חושן משפט, סימן א.

<sup>94</sup> ים של שלמה, בבא קמא, פרק א, סימן מא.

<sup>95</sup> וראה שו"ת כנסת יחזקאל, שם, ושו"ת ר' שלמה איגר, שם.

<sup>96</sup> כך הוא לפנינו בש"ך לשולחן ערוך, חושן משפט, שם, ס"ק יא, שהביא את דעת הרש"ל. ושמא יש לקרוא: אף לא.

<sup>97</sup> ראה רמב"ם, הלכות עדות, פרק יג, הלכה טו: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן לג, סעיף א.

<sup>98</sup> והשווה תשובת הרשב"א, למעלה, ליד ציון הערה 90.

<sup>99</sup> וראה גם בסוף דבריו: 'אם לא כשקבלו עליו'.

<sup>100</sup> והוא הדין לעניין קבילות עדותו של עבריין בדיני בני נוח, שדינם דומה לדין המלך. ראה למעלה, ליד ציון הערה 73. אמנם דעתו של ר' מנחם המאירי היא כי 'פסולי עדות של תורה' פסולים אף בדיני בני נוח. ראה בית הבחירה לסנהדרין נו ע"ב: עמ' 224 במהדורת ר"א סופר, וראה הערת המהדיר שם, אות ח.

אבל אף לדעת המאירי, אין לומר שבדיני בני נוח אי אפשר להסתמך על עד פסול. כל שאמר המאירי הוא שפסולי עדות אינם בגדר 'עד'. אבל ייתכן שאפשר להסתמך על דבריו של עד פסול, כששופטים על פי אומד הדעת, שהרי ביסס הרמב"ם את האיסור לשפוט בדיני נפשות על פי אומד הדעת, על הפסוק 'ונקי וצדיק אל תהרוג'. ראה למעלה, ליד ציון הערה 43: ומאחר שציווי זה אינו מוטל על בני נוח, אפשר שבני נוח רשאים לפסוק על פי אומד הדעת. וראה למעלה, שער ראשון, המשפט כערך אוניברסאלי, כפרק חמישי, ליד ציון הערה 183 ואילך.

## עד מדינה

ונראה שאפשר למצוא תימוכין לדעה, שאף בחשודים לשקר מפני רשעה, תועיל אומדנה שמעידים אמת כדי לקבל את עדותם, מתשובתו של הרב קוק<sup>101</sup>. הרב קוק מברר את השאלה אם אפשר לסמוך על עדותו של נכרי לעניין עגינותה של אישה<sup>102</sup>. והוא מדמה את דינו של הנכרי (לדעה הסוברת שעדותו כשרה מן התורה), לדינם של רקים ופוחזים, שפסק מהרי"א<sup>103</sup> שאפשר לסמוך עליהם אם ידוע שהעידו בלא רמיה ועיקול'. הרב קוק מסביר את הלכת מהרי"א כך: 'היינו משום שאף על פי שעל פי האומד הם רשעים פסולים באיסורי תורה, מכל מקום כיון שלא הוגבה עליהם עדות לפוסלן כדין, הם כמו פסולין דרבנן, וכשרים לעדות אשה גם כשאינם מסיחים לפי תומם. ונראה דמשום הכי בעינן שיהיה לפחות העדות על פי האומד עדות של אמת, כיון שהם חשודים לשקר מפני רשעתם, אף על פי שלא נתבררה אלא על פי אומדנא, מכל מקום צריכים נגד זה אומדנא שהענין הוא אמת'. ובתשובה אחרת<sup>104</sup> שואל הרב קוק האם אפשר לסמוך על פסולי עדות של תורה 'מטעם אומדנא, על כל פנים בדברים שאין צריך תורת עדות כי אם בירור של דברים; ויש לומר דמשה ואהרן דפסולין לעדות מגזרת הכתוב, היינו מדין עדות, אבל אם באנו לדון מדין אומדנא הכי נמי דסומכין עליהם, והוא הדין כל פסולי עדות'.

## פרק רביעי

## הענקת חסינות לעד

שאלה נוספת הקשורה בעד מדינה, היא שאלת התחייבות התביעה הכללית שלא להעמיד לדין את העבריין, תמורת הסכמתו להעיד. בדיקת המקורות מראה שבניגוד לענישה על פי הדין הקבוע, בענישה לצורך שעה הרשות נתונה שלא להעמיד לדין עבריינים. הרשות להעמיד לדין, להבדיל מן החובה, משתמעת מלשונו של הרמב"ם בכמה מהלכותיו, העוסקות בסמכויות המלך. לגבי רוצחים, פוסק הרמב"ם<sup>105</sup>: 'כל אלו הרצחנים וכיוצא בהם שאינם מחוייבים מיתת בית דין, אם רצה מלך ישראל להרגם בדין המלכות ותקנת העולם, הרשות בידו'. ועל המורדים במלכות הוא אומר<sup>106</sup>: 'כל המורד במלך ישראל יש למלך רשות להורגו'. ולעניין רוצח שהוכחה אשמתו שלא על פי דיני הראיות הקבועים<sup>107</sup>: 'כל ההורג נפשות שלא בראיה גמורה או בלא התראה, אפילו בעד אחד, או

101 ראה למעלה, הערה 79.

102 שו"ת עזרת כהן, סימן כב, עמ' ס.

103 תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן רך; הובאו דבריו בהגהת הרמ"א לשולחן ערוך, אבן העזר, סימן יז,

סעיף ו.

104 שו"ת עזרת כהן, סימן כא, עמ' נד.

105 רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת נפש, פרק ב, הלכה ד.

106 רמב"ם, הלכות מלכים, פרק ג, הלכה ת.

107 רמב"ם, שם, פרק ג, הלכה י.

## הענקת חסינות לעד

שונא שהרג בשגגה, יש למלך רשות להרגו ולתקן העולם כפי מה שהשעה צריכה<sup>108</sup>. ומאלפים דבריו של הרשב"א, ר' שלמה בן אדרת, בתשובה<sup>109</sup> שעניינה דרכי הנהגה והענשת פושעים: 'וזה מה שהשבתי לחכם ר' יעקב בן הכסף בעל ישיבה בטוליטולה על הנהגת המדינה זו ויסור העוברים'. תחילה יעץ הרשב"א להשתמש בהנהגה הציבורית בשיטת 'לשון רכה תשבור גרם'<sup>110</sup>, והסמיך לכך את האמרה התלמודית 'גדולה עברה לשמה ממצוה שלא לשמה', וכן הוא אומר: 'דע כי לשון רכה תשבור גרם, ולעולם כל מישר ומישר<sup>111</sup> ופְּנָה דרך לפני העם'<sup>112</sup> להסיר המכשלה את העם צריך לעלות מן הקלה אל החמורה ואין נוטלין כל החבלה [=החכילה] ביחד, ואחר כוונת הלב הדברים אמורים. כבר ידעת מה שאמרו בנזיר "גדולה עבירה לשמה ממצוה שלא לשמה" (כג ע"ב), וכבר הראו לנו מועצות ודעת במה שהזכירו בפרק קמא דעבודה זרה (טז ע"א) גבי בית רבי שהיה מקריב לבית קיסר שור פיטם ביום אידם, חיסר ד' רבוון [=ארבע רבבות] שלא יהיו מקריבין אותו יום אלא למחר, חיסר ד' רבוון [=ארבע רבבות] שלא מקריבין אותו כל עיקר, ואמרו: "רבי למעקר מילתא בעי, ועקרי אותה פורתא פורתא [=רוצה לעקור את הדבר, ויעקרוהו מעט מעט]"<sup>113</sup>.

ולאחר מכן הוא מסתייע בראיות מן המקרא, מדוד המלך שהעלים עין מיואב ומשמעי<sup>113</sup>, ומשאול המלך<sup>114</sup> ש'היה כמחריש': 'הנה זאת שמענה, ואתה דע לך עוד כי אי אפשר לנהוג בכל האנשים במדה אחת. וזכור נא ענין דוד אדונינו מלכינו אשר נהג להעלים עינו מיואב ושמעי, ואף על פי שהיו בני מות. והטענה שאמר כי היום ידעתי שאני מלך על ישראל, כי לכל זמן מזומן, והעלמת עין מן העובר לעתים מצוה. והכל לפי צורך השעה. והחכם מעלים עין לעתים בקלות, ואני רואה שצריך שיתחזק ענין התקנות בתחילה ולא יכנס במחלוקת, וכבר ידעת ענין מלכנו הראשון שאול כי היה כמחריש'<sup>115</sup>.

והוא ממשיך ומסביר לשואל כי דרך זו חשובה לביצור מעמד הנהגה 'והעלמת עין בדבר זה, עד אשר יחזקו זרועות העומדים על הפקודים, מצוה רבה, והמקיים את המצוה עשה סמוכות לתקנה ובנקלה [ובנה לה? חומה בצורה, ואחר תחזקנה ידיך ומלכת בכל אשר תאוה נפשך'.

עם אלה שלא ייענו ליזמת ההתקרבות שלו, מציע הרשב"א לנקוט דרך קשה: 'זהו עצתי שתפתח בלשון רכה פעם ושתיים והרבה רעים על הרעים, שמאל דוחה וימין מקרבת, אולי

<sup>108</sup> משיקול הדעת המסור ביד המלך, נגזרת גם סמכות החנינה של המלך (על שיקול הדעת של המלך ועל החנינה ראה ביבליוגרפיה ב'אוצר המשפט', מפתח ביבליוגרפי למשפט העברי, עמ' 300; א' דסברג, 'החנינה בהלכה', תחומין ז (תשמ"ו), עמ' 413-426; וכן ראה שדי חמד, דברי חכמים, סימן מה, וצפנת פענח לר"י ראזין, בראשית, ירושלים תש"ך, עמ' קצד-קצה). וראה הדרש והעיון, לר"א לוין, ספר שמות, פרשת משפטים, מאמר קעב, אות ז, ושם דן בשאלה אם המלך רשאי לחון את מי שנידון על ידי בית דין.

<sup>109</sup> שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן רלח.

<sup>110</sup> משלי כה, טו.

<sup>111</sup> על פי לשון המשנה כלאים ב, ו: 'הרוצה לעשות שדהו משר משר'.

<sup>112</sup> על פי מלאכי ג, א.

<sup>113</sup> שמואל ב יט, כד.

<sup>114</sup> שמואל א י, כז.

<sup>115</sup> אמנם ראה דברי התלמוד: 'אמר רב יהודה אמר רב: מפני מה נענש שאול? מפני שמחל על כבודו, שנאמר "ובני בליעל אמרו מה יושיענו זה, ויכזוהו ולא הביאו לו מנחה, ויהי כמחריש" (שמואל א י, כז) (יומא כח ע"ב).

## עד מדינה

יזכו וישובו מדרכם הרעה ורשעים עוד אינם. ואם לא ישמעו ויעברו, בשלח יעבורו, תלוש ומרוט טול מקל והך על קדקדם אלף ופרוטרוט היש דבר שצריך שישקול הפסד כנגד שכר'. זאת ועוד, הרשב"א מזהיר שיש לענוש בשיקול דעת מרובה ומתוך זהירות מפני רגשי נקמה: 'וצריך מתון [=מתונות] והסכמה והמלכה ומתוך כך יסור הרבים לשם שמים, כי כל שהמעשה גדול וחזקת היד רצה צריך יותר השגחה והסרת הכעס. וצריך שיהא הדיין חושש את עצמו שמא אש קנאתו לשי"ת תבער בו ותהיה גורמת להעלם הדרך הטוב והנכון מעליו. על כן, כי תבא הנקימה לפניו - בעודה בכפו לא יבלענה, שמא יאכלנה פגא, אלא יבשלנה וימתיקנה בסוד הזקנים וישרים בלבותם'<sup>116</sup>.

## פרק חמישי

## סיכום

העולה מן הסקירה הוא כי לעניין קבילות עדותו של עד מדינה יש להבחין בין הדין הקבוע לבין סמכויות מיוחדות לשעת חירום.

לעד מדינה יש עניין אישי להעיד, והוא רצונו לקבל את טובת ההנאה שהובטחה לו אם יעיד, ולפי הדין הקבוע - עדותו פסולה. ובנוסף לכך יש עוד נימוקים לפסלו: עד המדינה הוא עבריין שהיה שותף לעברה ויש גם לחשוד בו שיטיל את האשמה על כתפי שותפו לפשע. אפשרות בגידתו בשותפו ודאי אינה מוסיפה לאימון שיש לתת בו.

האם אפשר לענוש על פי אומד הדעת בהסתמך על עדותו של עד המדינה? כפי שראינו, בדיני נפשות - להבדיל מדיני ממונות - אין בית המשפט רשאי לענוש על פי אומד הדעת, וכפי שנימק הרמב"ם: 'יותר טוב ויותר רצוי לפטר אלף חוטאים מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים'. לפי הדין הקבוע, יש להשיב אפוא בשלילה על שאלה זו. אבל לצד הדין הקבוע הוענקו סמכויות רחבות לשיפוט לצורך שעה. אם ה'שעה צריכה לכך' - אפשר לענוש על מעשים שאינם בני ענישה לפי הדין הקבוע, ואפשר לענוש אף כאשר העדויות על ביצוע העברה אינן כשרות.

הסמכות לחרוג מן הכללים הקבועים, כשהשעה צריכה לכך, הוענקה הן לבית הדין והן למלך. המושג 'מלך', לעניין זה, נתפרש כמובן רחב. כאשר אין מלך, הסמכות מסורה למנהיגי הדור.

<sup>116</sup> וראה עוד בעניין הסמכות שלא להעמיד לדין, נ' רקובר, 'פרקים בסדרי הדין הפלילי במשפט העברי', פרק רביעי: העמדה לדין, הפרקליט יח (תשכ"ב), עמ' 270.

ועל מדיניות ענישה ראה גם בספר משא חיים, לר' חיים פאלאג'י, מערכת ע, אות צד. הוא דן בשאלה אם יש לענוש את מי שמתחבר עם עבריין שנדון על חטאו, עומד בעזרתו ונושא לו פנים. לדעתו, אין לענוש את ה'נטפל' לעבריין, משום שהדבר עלול להגביר את הקטטה, אלא יש להמתין עד יעבור זעם, ואז יבוא יומו של ה'נטפל', ועת לחשות 'לעשות עצמינו אשר לא ידע', והמנהיג את הציבור צריך שיעשה הכל במיתון כדי שלא תבוא תקלה על ידו.



## סיכום

סוג העברות והנסיבות האישיות והחברתיות, המצדיקים הפעלת הסמכות לחרוג מן הדין הקבוע, לצורך שעה ולתיקון המדינה, לא הוגדרו; אבל החמירו החכמים במיוחד בעברת רצח, 'שאף'<sup>117</sup> על פי שיש עוונות חמורים משפיכות דמים – אין בהם השחתת ישובו של עולם כשפיכות דמים'.

ומשום שלא הוגדרו הנסיבות לחריגה, הוזהרו הרשויות המוסמכות 'להתיישב'<sup>118</sup> בדברים ולעשות מעשיהם אחרי המלכה ולהיות כוונתם בכל עת לשמים'. כמו כן הוזהרו להקפיד שלא יחולל כבוד הבריות<sup>119</sup>, בעת הפעלת הסמכויות האלה.

עיון בפסיקה מראה, שהופעלה הסמכות לחרוג מן הדין הקבוע הלכה למעשה בתפוצות ישראל. בתי דין קבועים, ובתי דין מיוחדים לעניינים פליליים, ענשו עבריינים גם כשלא היו העדויות כשרות. וכך ענשו אף בהסתמך על הודאת הנאשם, למרות הכלל 'אין אדם משים עצמו רשע', ובלבד שהם היו משוכנעים באמיתות דברי העדים.

<sup>117</sup> לשון הרמב"ם, למעלה, ליד ציון הערה 56, לעניין עונש כיפה.

<sup>118</sup> לשון הרשב"א, למעלה, ליד ציון הערה 88.

<sup>119</sup> ראה רמב"ם, למעלה, ליד ציון הערה 53.