

שער רביעי

# אלים בהליך השיפוטי

## התוכן

107	פרק ראשון: מבוא
	פרק שני: אי ציות להזמנה לדין
109	א. שימוש בערכאות של גויים
111	ב. שלילת הזכות לחבוע
	פרק שלישי: אלימות כלפי השופט
112	א. לא תגורו מפני איש
113	ב. שינוי מקום הדיון
	פרק רביעי: אלימות כלפי העדים
115	א. העברת נטל הראיה
118	1. האם התובע צריך לגלות מי הם עדיו?
119	2. האם התובע צריך להוכיח שהנתבע אָלם?
	3. האם התובע צריך לגלות מי הם עדיו גם כאשר
120	ידוע שהנתבע אָלם?
121	4. מהן הראיות שהנתבע צריך להביא?
122	5. האם הנתבע צריך להביא אותם עדים או עדים אחרים?
124	ב. השבעת העד על אמיתות דבריו
125	ג. הגדת עדות שלא בפני בעל הדין
134	ד. עדות על קטטות שלא בפני הניצים
136	פרק חמישי: סיכום

## פרק ראשון

## מבוא

האלימות היא תופעה רבת גוונים, והשפעתה ניכרת בתחומים שונים של החיים. בין היתר, עשויה האלימות לשבש את הליכי המשפט. יש שהאדם האלים מסרב לבוא ולהתדיין, ויש שהוא מופיע למשפט, אלא שהופעתו עשויה לגרום דווקא עיוות דין. אפשר שבמשפטו של אלים תוטל אימה על השופטים, או על העדים או על בעלי הדין.

כיצד נלחמת מערכת המשפט בתופעות האלה? כשמעשיו של האלים הם בגדר עברה פלילית בת עונשין, ניתן להפעיל נגדו אמצעי ענישה. אבל כשמעשיו אינם בגדר עברה פלילית, או שאי אפשר להוכיח שיש בהם משום מעשה פלילי, נשאלת השאלה מה תעשה מערכת המשפט כדי למנוע את שיבוש הליכי המשפט?

האלימות אינה תופעה חדשה. בתלמוד, במסכת גיטין<sup>1</sup>, יש תיאור ציורי של אֱלָמִים: 'אותן בני אדם הן אמה (רש"י: אנשי מידות גבוהים בקומה), וכובען אמה (רש"י: אף מלבושיהן מאוימים משאר בני אדם), ומדברין מחצייהן (רש"י: כלומר, קולן עבה ונראה הדיבור יוצא מטיבורן), ושמותיהן מבוהלין, ארדא וארטא ופילי בריש. אומרין: "כפותו" - כופתין. אומרין: "הרוגו" - הורגין'. וכך אנו מוצאים בהיסטוריה היהודית אלמים לצד עבריינים אחרים<sup>2</sup>. הם נזכרים בספרות המשפטית הענפה שלנו. מתוך ספרות זו אנו מבקשים ללמוד על דרכי התגובה לתופעת האלימות.

לא נדון כאן בכל דרכי הענישה כנגד האלם<sup>3</sup>, אלא רק בדרכים אחדות בתחום סדרי הדין<sup>4</sup>, שנקבעו למשפטים שיש בהם חשש מפני השפעתו המזיקה של האלם<sup>5</sup>. נעיר כאן שבעקבות התגברות האלימות, סבור אחד מן האחרונים, כי השימוש בכלל 'כל דאלים - גבר', שהוצע בתלמוד למקרים אחדים של סכסוך, אינו הולם את החברה בימיו.

<sup>1</sup> גיטין יד ע"ב.

<sup>2</sup> ראה לדוגמא א' גרוסמן, 'עבריינים ואלמים בחברה היהודית באשכנז הקדומה והשפעתם על סדרי הדין', שנתון המשפט העברי ח (תשמ"א), עמ' 135-152, ובמיוחד בפרק השני.

<sup>3</sup> עוד לעניין זה, ראה להלן, בפרק רביעי, סעיף א.

<sup>4</sup> על עניינים אחרים בסדרי דין שלא יידונו כאן, בעניין הארכת מועדים לכתיבת 'אדרכתא' ולהבאת ראיות, ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך אלם, כרך ב, עמ' יב. א' גרוסמן (למעלה, הערה 2) דן בעניינים אחדים הנוגעים לסדרי הדין, שראה בהם דרכים שנתחדשו במלחמה בעבריינים ובאלמים: קנסות וחרמות, רוב חכמה בבית הדין; עיכוב תפילה; התדיינות בפני בית דין שבכוחו להטיל חרם; אי פסילת הקהל בטענת איבה; חשובי הקהל - בית דין חשוב. באלה לא נדון במחקרנו זה.

<sup>5</sup> על גישות שונות בדבר החופש הניתן לשופט לסטות מן הדין, ראה ח' בן-מנחם, 'יחס התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי לסטיית שופט מן הדין', שנתון המשפט העברי ח (תשמ"א), עמ' 113-134. הנושאים שנדון בהם אינם נבחנים במאמרו.

## אלים בהליך השיפוטי

ואלו דבריו של ר' יעקב ריישר<sup>6</sup>: 'ומכל<sup>7</sup> מקום לבי אומר לי דבזמנים הללו, שאנחנו בגולה שפלים ונבזים וקונסין מאוד על ההכאה, ויש כמה חששות אם יפסוק 'כל דאלים גבר', וגם לפי הטעם דכל מי שהאמת אתו ימסור נפשו על דבר זה, גם כן לא שייך בדורות הללו שרבו המתפרצים והגזולנים והאלמים שמוסרים נפשם גם כן על ממון שאינם שלהם'. הוא נותן שני טעמים מדוע אין להשתמש בכלל הנזכר: האחד, החשש מתגובת השלטונות על תופעה זו; והשני, שהטעם המונח ביסוד הכלל הזה אינו ישים בימיו, ולכן אין לקיימו. והוא מסיים: 'אף על פי שהוא דבר חדש שלא נמצא בפוסקים ראשונים או אחרונים לחלק כן, מכל מקום, למען האמת והשלום לפי צורך שעה יש לפסוק כן, ובודאי יסכימו על זה חבירי ורבותי, לפי דורות הללו'<sup>8</sup>.

החקיקה בארץ ביקשה למנוע את מוראם של עדים בשעת הגדת עדותם. על פי תיקון לחוק בתי המשפט, הוסף סייג לעקרון פומביות הדיון, ולפיו 'רשאי<sup>9</sup> בית המשפט לדון בעניין מסויים, כולו או מקצתו, בדלתיים סגורות, אם ראה צורך בכך באחת מאלה... (6) הדיון הפומבי עלול להרתיע עד מלהעיד עדות חפשית או מלהעיד בכלל'.

תיקון אחר מתיר לבית המשפט 'להרחיק<sup>10</sup> אדם, שאינו בעל דין, מאולם בית המשפט בעת דיון, אם מצא מטעמים שיירשמו, שנוכחות אותו אדם באולם תרתיע עד מלהעיד עדות חפשית או מלהעיד בכלל'.

דברי ההסבר בהצעת החוק מסתמכים גם על המשפט העברי<sup>11</sup>: 'ועדת שמרון לבירור נושא הפשיעה בישראל המליצה להעניק סמכות לבית המשפט לשמוע עדים בדלתיים סגורות כאשר העד חושש מלהעיד ופוחד מאיומים של הנוכחים באולם. על צורך זה עמדו גם שופטי בית המשפט המחוזי בירושלים בתזכיר שכתבו לענין זה ובו עמדו על הקושי שבתופעה, שהנוכחים אינם מאיימים באופן גלוי או בצורה שיש בה משום הפרעה, אלא עצם נוכחותם באולם היא היא האיום. המשפט העברי הכיר בחשיבות שחרורו של עד מאימתו של בעל דין אלם, ולכן קבע כי על אף הכלל ש'אין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין' (שולחן ערוך, חושן המשפט, סימן כת, סעיף טו), הרי 'אם הבעל דין הוא אלם והעדים יראים להגיד לפניו - מקבלים העדות שלא בפניו ודנים על פיו' (הגהת הרמ"א לשולחן ערוך, שם).

במקורות המשפט העברי רווח בדרך כלל המונח 'אלם' ולא 'אלים', ואנו נשתמש בו במחקרנו זה.

<sup>6</sup> נולד בפראג ואחר כך נתמנה לרב בריישא אשר בגליציה, ולכסוף רב בוורמס ובמיץ; נפטר בשנת תצ"ד (1733).

<sup>7</sup> שו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קסז; דבריו הובאו בפתחי תשובה, חושן משפט, סימן קעז, ס"ק א.

<sup>8</sup> וראה שאלתות דרב אחאי גאון, שאלתא ב (הובא למעלה, שער ראשון, המשפט כערך אוניברסאלי, בראש פרק שישי).

<sup>9</sup> סעיף 38 לחוק בתי המשפט, כפי שתוקן בחוק בתי המשפט (תיקון מס' 13), התשמ"א-1981: ספר החוקים התשמ"א, 84.

<sup>10</sup> סעיף 39 לחוק הנזכר בהערה הקודמת, כפי שתוקן כנ"ל.

<sup>11</sup> דברי הסבר להצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 13), התש"ם-1980: הצעות חוק התש"ם, 404.

## אלים בהליך השיפוטי

## פרק שני

## אי ציות להזמנה לדין

א. שימוש בערכאות של גויים

כנגד אלמים המסרבים להתדיין יש כמה וכמה אמצעים משפטיים, סאנקציות עונשיות ודרכי כפייה<sup>12</sup>. כאן ברצוננו לעמוד על אמצעי קיצוני, והוא מתן רשות לבעל הדין לתבוע את האלם בפני ערכאות של גויים. אם ניתן את הדעת לחומרת האיסור ללכת לערכאות של גויים, נבין עד כמה היתר זה נועז<sup>13</sup>. וכבר תמה אחד מחכמי הדור האחרון על ההיתר<sup>14</sup>: 'ולא אמנע מלרשום בזה מה שאני נבוך מאד... [ש]אם אין הבעל דין השני רוצה לדון בדיני ישראל מקבל רשות מבית דין והולך בערכאות להציל את שלו... ואמאי יהיה מותר, כיון שהוא לאו הבא מכלל עשה, "לפניהם - ולא לפני עכו"ם", אמאי יהיה מותר לעבור על זה במקום פסידא [=הפסד], והא [=והרי] מחויב אדם ליתן כל הונו שלא יעבור ב"לא תעשה", ובפרט ב"קום עשה".'

זאת ועוד, היו שביקשו לומר, שאף אם זכה התובע בדיני עכו"ם, אסור לו ליטול יותר ממה שמגיע לו על פי דין תורה<sup>15</sup>.

מקור ההיתר הוא דברי רב פלטי, גאון פומבדיתא<sup>16</sup>, שהסמיך את דבריו על דברי הגמרא במסכת בבא קמא. וזה לשון הגמרא<sup>17</sup>: 'אמר ליה רבא לרבה בר מרי: "מנא הא מלתא דאמרי אינשי: 'קרית חברך ולא ענך - רמי גודא רבה שדי ביה'" [=מהו המקור למה שמורגל בפי בני אדם: קראת לחברך ולא ענה לך - דחה קיר גדול והשלך עליו]? אמר ליה: "דכתיב: 'ען טהרתיך ולא טהרת מטומאתך, לא תטהרי עוד' (יחזקאל כד, יג)".'

ועל דברים אלו מביא הרא"ש<sup>18</sup> בפסקיו<sup>19</sup>: 'מכאן פסק רב פלטי ז"ל: ראובן שיש לו תביעה על שמעון ומסרב לבוא עמו לדין, שרשאי להביאו לערכאות נכרים, כדי להוציא את שלו מתחת ידו.'

הרמב"ם מביא היתר זה בהלכות סנהדרין בהלכה האחרונה. לאחר שהדגיש את חומרת האיסור שיש בהליכה לערכאות של נכרים, הוא אומר<sup>20</sup>: 'היתה יד העכו"ם תקיפה ובעל דינו אלם ואינו יכול להוציא ממנו בדיני ישראל - יתבענו לדיני ישראל תחלה. אם לא רצה לבא, נוטל רשות מבית דין ומציל עכו"ם מיד בעל דינו.'

<sup>12</sup> ראה, למשל, ש' אסף, בתי הדין וסדריהם אחרי חתימת התלמוד, פרקים א-ב.

<sup>13</sup> ראה שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט, סימן שעת, בסופו.

<sup>14</sup> כלי חמדה, לר' מאיר זן פלוצקי [שימש ברבנות בדווארט ובאוסטרוב שבפולין; תרכ"ו (1866) - תרפ"ח (1928)], פרשת משפטים, אות א.

<sup>15</sup> ראה על כך בהלכה פסוקה על שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כו, סעיף ב, עמ' 330.

<sup>16</sup> בשנים ד"א תר"ב (844) - ד"א תרי"ח (858).

<sup>17</sup> בבא קמא צב ע"ב.

<sup>18</sup> ר' אשר בר' יחיאל; מגדולי חכמי אשכנז שעבר לספרד; נפטר בשנת פ"ח (1328).

<sup>19</sup> פסקי הרא"ש לבבא קמא, פרק ח, סימן יז. הובא באוצר הגאונים לבבא קמא, שם, התשובות, סימן רכז. וראה הציונים שנרשמו שם, וכן בתשב"ץ, חלק ב, סימן רט, ובחוט המשולש, תשב"ץ, חלק ד, טור ג, סימן ג, ושו"ת מהרשד"ם, חושן משפט, סימן יג.

<sup>20</sup> רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כו, הלכה ז.

## אלים בהליך השיפוטי

הרדב"ז, ר' דוד בן זמרא<sup>21</sup>, אומר בפירושו לדברי הרמב"ם<sup>22</sup>: 'זה מבואר בירושלמי במסכת פאה ובפרק החובל בבלי, וכן נהגו בכל בתי דינים בכל הדורות שלא לתת יד לבעלי זרוע ולאלמים דלא צייתי דיני'.

אבל הרמב"ן<sup>23</sup> מבחין בין אדם המסרב להתדיין, לבין אדם שבית הדין חושש לכתוב עליו 'אדרכתא'. הוא נשאל<sup>24</sup> על 'לוח אלם שהתירו הגאונים להתרעם ממנו [=להתלונן עליו] בחצר המלך שהתרו בו ב"ד של ישראל ולא רצה לבוא לפניהם אע"פ שהוא משלם שלישי למלכות - מותר, או דלמא במקום שמפסיד [לא]. והשיב: 'התר זה - איני יודע: הגאונים הללו - איני מכיר. אבל לוח אלם שלא רצה לבוא לב"ד אסור להביאו לפני גויים לדון, אלא ב"ד של ישראל כותבין אדרכתא על נכסיו. ואם הוצרך לכך לדון לפני גויים והם מורידין אותו למה שדנו לו דיני ישראל - מותר, דבכי הא ליכא משום "לפניהם ולא לפני גויים", כדאמרינן בעישוי דגיטין'.

אבל אדם דינו שונה. מותר לא רק להוציא לפועל על ידי גויים פסק דין שניתן נגדו בבית דין של ישראל, אלא מותר גם לתבעו בפני גויים: 'אבל אם היה אדם וב"ד של ישראל מתיראין ממנו מלכתוב עליו אדרכתא - זה בכלל הרשעים הוא ומתרעם ממנו בב"ד של גויים, ואינו חושש לשליש שהוא מתחייב למלכות, חדא ד"דינא דמלכותא דינא", ועוד כדאמרינן התם: "מאה פנדי בפנדא לימחיה" [=יכנו מאה מכות] [בבא קמא כו ע"ב]. וכיון דלא ציית וליכא תקנתא בדישראל [=וכיון שאינו מציית ואין תקנה בבית דין של ישראל] - כמציל מן הלסטים דמי, ובין על ידי ישראל ובין על ידי גויים מותר להציל עצמו וממונו מן האנסין, ואם בא להפסד - רשעו הביאו לידי כך'.

ויש שבעל הדין האלם מסרב לא רק בשלבים הראשונים של ההתדיינות המשפטית, אלא גם אינו מציית לפסק הדין. הגאונים נשאלו בדבר מי ש'חייבו<sup>25</sup> אותו שיתן לו מה שיש עליו מן הדין ולא רצה ונתפרק, ואינם יכולין להוציא ממנו מה שיש עליו מן הדין, ויש באותו מקום בי דואר של גויים שאינו מקבל שוחד ולא ישא פנים ומקבל עדות ישראל על חבירו, יש לאותן זקנים ותלמידים ולאותן עדים שילכו לפני שופט של גויים ויעידו על החייב ויאמרו שזה חייב לזה כך וכך כדי להחזיר ממון לבעליו ולהציל גזול מיד עושק... או אין להם רשות? והשיבו: 'כך ראינו, שיש להן רשות ומצוה לעשות כך'. הרי שהתירו לזקנים [=לשופטים?] עצמם<sup>26</sup> להעיד בפני ערכאות של גויים, כדי להציל מידו של האלם<sup>27</sup>.

ההיזקקות לערכאות של גויים מותרת אצל אלם גם לעניין העונשין. בשולחן ערוך,

<sup>21</sup> מגדולי רבני מצרים וארץ ישראל (צפת); ר"ם (1480) - שלי"ד (1574).

<sup>22</sup> פירוש הרדב"ז על הרמב"ם, שם.

<sup>23</sup> ר' משה בן נחמן, מגדולי חכמי ישראל בספרד ומייסדי היישוב היהודי בירושלים אחרי עלייתו לארץ ישראל; ד"א תתקנ"ד (1194) - ה"א ל' (1270).

<sup>24</sup> תשובות הרמב"ן, ספרן של ראשונים, סימן סג.

<sup>25</sup> ראה אוצר הגאונים לבבא קמא קיג ע"ב, התשובות, סימן רצא. וראה המקורות המצוינים שם.

<sup>26</sup> וראה שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן מת, וכן בגידולי תרומה, על ספר התרומות, שער סב, חלק א, אות ג, ד"ה ואני אומר.

<sup>27</sup> וראה עוד בעניין תביעת האלם בערכאות של גויים, בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן כו, סעיף ב, ובאנציקלופדיה תלמודית, ערך אלם, כרך ב, עמ' יא.

## אי ציות להזמנה לדין

בסימן העוסק בסמכותו של בית דין להכות ולענוש לצורך שעה, פוסק המחבר<sup>28</sup>: 'ואם הוא אלם - חובטים אותו על ידי עכו"ם'<sup>29</sup>.

גם בתקנות הקהילות אנו מוצאים שתיקנו תקנות בעניין מי שמסרב להתדיין. וכך מובא בתקנות העיר זאלקווא<sup>30</sup>: 'חלילה לשום אדם לסרב מלירד לדין, יהיה מי שיהיה. ובאם שלא יציית דין, אזי חלילה לו לבא לבית הכנסת, ואם ילך באלמות אזי יחרץ דינו שלא בפניו וענוש יענשו אותו'.

## ב. שלילת הזכות לתבוע

דרך אחרת לאכיפת התדיינות, מחדש ר' יעקב ווייל<sup>31</sup>. באחת מתשובותיו, מצדיק ר"י ווייל את סירובו של נתבע להתדיין עם התובע כל זמן שהתובע מסרב להתדיין עם הנתבע שתבעו קודם לכן. וכך הוא כותב<sup>32</sup>: 'וכיון דהכי הוא [=וכיון שכך הוא], שפיר עבדו [=יפה עשו] שלא רצו להשיב על דבריו עד שיעמוד הוא למשפט על תביעתם, כיון שהם היו התובעים הראשונים'. פסקו של ר"י ווייל הובא להלכה על ידי הרמ"א<sup>33</sup> בדרכי משה<sup>34</sup>, ועל ידי הסמ"ע<sup>35</sup> בחיבורו על שולחן ערוך.

בדרך דומה נוקט ר' דוד בר' אברהם פיפאנו<sup>36</sup>, בדינו של מי שסירב לציית לפסק דין שניתן נגדו<sup>37</sup>. בפסק דינו הוא מצדיק את הטענה שאין להיזקק לתביעתו של אותו אדם כל זמן שאינו מקיים את פסק הדין שניתן נגדו. יש לציין כי כאן לא היה אי הציות כלפי מי שהוא הנתבע עכשיו אלא כלפי שכנו, ואף על פי כן מרשה לו המשיב להסתמך על סרבנותו כלפי אחר. דיונו של ר' דוד פיפאנו הוא בעניין ראובן שנתבע לדין על שבנה בית ופתח חלונות לחצרו של שמעון, ונצטווה על ידי בית הדין לסתום את החלונות, ולא ציית לפסק הדין. לאחר זמן הגיש ראובן תביעה משפטית נגד שכנו לוי, שבנה באופן שהוא סותם את חלונותיו הסמוכים לביתו של לוי. ולוי מבקש מבית הדין שלא להיזקק לתביעת ראובן בגלל סירובו לקיים את פסק הדין שיצא נגדו בהתדיינות עם שמעון. 'וראובן משיב: מה לך בשל אחרים? אם אני גזלתי או עשקתי מאחרים, הותר לך גם לגזול את ממוני?' ר' דוד פיפאנו מברר שאלה זו לאור דברי המכילתא<sup>38</sup>, המובאים ברמב"ם<sup>39</sup>, שאסור לדיין להטות דינו של רשע, משום שנאמר: 'לא תטה משפט אביונך בריבו' (שמות כג, ו) -

<sup>28</sup> שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ב, סעיף א.

<sup>29</sup> וראה סמ"ע לשולחן ערוך, שם, ס"ק ז, שמתוך שלא סיים המחבר לכתוב 'ואומרים לו עשה מה שישראל אומרים לך', כמו שכתב הטור, משמע שהמחבר סובר 'שאפילו גמר דין יוכלו לעשות על ידי עכו"ם, כיון שהוא אלם, ובפרט כשבאים לקונסו, דלאו דין הוא'.

<sup>30</sup> ש' בוכר, קריה נשגבה, קראקא תרס"ג, עמ' 110, תקנה מה.

<sup>31</sup> מגדולי חכמי אשכנז; נפטר בשנת ר"י (1450).

<sup>32</sup> שו"ת מהר"י ווייל, סימן קמז (עמ' צד בסופו).

<sup>33</sup> ר' משה איסרליש; בעל המפה על השולחן ערוך; רפ"ה (1525) בערך - של"ב (1572).

<sup>34</sup> דרכי משה, לטור חושן משפט, סימן כד.

<sup>35</sup> סמ"ע, לשולחן ערוך, חושן משפט, סימן כד, ס"ק יג.

<sup>36</sup> שימש ברבנות בסופיה, בירת בולגריה; תרי"א (1851) - תרפ"ה (1925).

<sup>37</sup> חושן האפוד, חלק השו"ת, סימן יח.

<sup>38</sup> מכילתא, פרשה כ (עמ' 326 במהדורת הורוביץ).

<sup>39</sup> רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כ, הלכה ה. וכן הוא בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן יז, סעיף י.

## אליהם בהליך השיפוטי

אביון הוא במצוות<sup>40</sup>. ולאחר מכן הוא מראה שהלכה זו עומדת לכאורה בסתירה לסוגיית מרי בר איסק<sup>41</sup>, אלא שהוא מסביר כי בענייניו של מרי בר איסק לא היטו את הדין עצמו, אלא רק הטילו את נטל ההוכחה על הנתבע האלם בגלל סירוב העדים להעיד מפחד מפני האלם.

לאחר בירור בעניין דינו של מי שהערים, אם יכול בית הדין להטות את דינו<sup>42</sup>, הוא מסיק שגם לדעת מי שסובר שאין להטות את הדין ולחייבו, אין לכופף את הנתבע להתדיין עם הסרבן, עד שיתקן את מה שעיוות<sup>43</sup>.

## פרק שלישי

## אלימות כלפי השופט

א. 'לא תגורו מפני איש'

כבר ציוותה תורה 'לא תגורו מפני איש' (דברים א, יז). מה גדרו של חיוב זה? עד מתי חייב השופט, העומד בפני איום וסחיטה, להתעלם מן הסיכון שהוא עומד בפניו? האם רק כאשר צפויה פגיעה ברכושו, או גם כשעלולים להיפגע שמו הטוב וכבודו, או אולי אפילו כשהוא נתון בסכנת נפשות? לא נעמוד כאן על פרטי הדין<sup>44</sup>, אבל מכל מקום ברור שככל שנדרוש יותר מן השופט, נחזק יותר את שלטון החוק. אבל זו היא רק ציפייה; כך גדלים הסיכויים שיציית השופט לציווי המוטל עליו לדון דין אמת, אבל מובן שאין בזה כדי להסיר את החשש שייאלץ השופט לעתים להיכנע לאלימות.

דוגמה קלאסית למורא שהטילו אלמים על שופטים, מצינו במאורע שגרר אחריו תוצאה חמורה, והיא הפקעת כוח השיפוטי. כוונתנו להזמנתו לדין של ינאי המלך במשפט שהואשם בו עבדו בהריגת נפש. בזיקה להלכת המשנה<sup>45</sup> הקובעת: 'המלך - לא דן ולא דנין אותו, לא

<sup>40</sup> וכן ראה תפארת ישראל למשנה בבא בתרא ט, ז על 'בני רוכל תקברם אמן', שמקשה שלכאורה הלכה זו עומדת בניגוד לדברי המכילתא, והוא משיב שאסור לדיין להניח שהרשע טוען שקר, אבל אם הוא ראוי לקנס - יש לקנסו.

<sup>41</sup> ראה להלן, בפרק 'אלימות כנגד העדים', ליד ציון הערה 67.

<sup>42</sup> על הטיית דינו של רשע ראה בספר פני מכין, לר' בכור יצחק נברו, על מסכת סנהדרין, דף לג (דף קמ ע"ב בדפי הספר), וכן בשדי חמד, אסיפת דינים, מערכת ה, אות ג.

<sup>43</sup> ר"ד פיפאנו אינו מציין בתשובתו את פסקו של מהר"י ווייל, אבל הוא מזכיר פסק זה בהערותיו על חושן משפט, סימן יז, סעיף י, אות ו.

וראה בשו"ת בעי חיי לר' חיים בנבנשתי (ראה עליו להלן, הערה 164), חושן משפט, חלק א, סימן קנח, בתושבים מליוורנו, שהתדיינו עם שניים מתושבי איזמיר, בפני אנשי המעמד בליוורנו, אבל לאחר שדחה בית הדין את המשך הדיון לשישה חדשים, ביקשו אנשי ליוורנו 'מהדוכס הגדול' שיידון עניינם לפני הקונסול של פיזה או לפני שלושה סוחרים ערלים. ור"ח בנבנשתי פוסק שכיוון שאנשי ליוורנו עשו שלא כהוגן, יש לעשות עמם שלא כהוגן; עיין שם. וראה עוד במה שציין בספר דעת קדושים, חושן משפט, מערכת ע, אות קסח.

<sup>44</sup> ראה, לעניין זה, אנציקלופדיה תלמודית, ערך אלם, כרך ב, עמ' יא, וכן למעלה, שער ראשון, המשפט כערך אוניברסאלי, פרק שביעי, הערה 242.

<sup>45</sup> משנה סנהדרין ב, ב.



## אלימות כלפי השופט

מעיד ולא מעידין אותו, אומר רב יוסף בתלמוד<sup>46</sup>, כי הלכה זו אינה אמורה אלא במלכי ישראל 'אבל מלכי בית דוד - דן ודנין אותן'. מדוע אין דנין את מלך ישראל? 'משום מעשה שהיה' בינאי המלך<sup>47</sup>. יראת המלך גרמה לשופטים להימנע מלחוות את דעתם בשאלה שהוצגה בפניהם. והתוצאה - קביעה מרחיקת לכת, שאין לדון את מלך ישראל. לכאורה יש כאן כניעה של המערכת המשפטית. ואכן, במצב שנוצר באותה עת, הייתה התוצאה ההכרחית הפרדה בין שתי המערכות: מערכת השלטון - שאינו נכנע למרות המשפט - מזה; והמערכת השיפוטית מזה. תוצאה זו, נמצאה עדיפה מ'הצגה' משפטית, היינו, שיימנעו השופטים מלחוות דעתם בעניין בגלל מורא המלכות.

מגדרה של הלכה זו ניתן להכיר את הצד השני של המטבע: גם למלך אין חסינות במשפט: 'מלכי בית דוד - דן ודנין אותן'. היוצא מן הכלל הוא שלטון שאינו כופף עצמו למשפט. כאן עלול המשפט לכפוף עצמו בפני השלטון העריץ, ואז נקבע כי המלך אינו 'שפיט', לא משום עליונותו, אלא בגלל עריצותו.

## ב. שינוי מקום הדיון

בדיון משפטי שאחד הצדדים בו הוא אלם, עולות שתי שאלות המצריכות התייחסות: האחת היא, שעלולה להיות השפעה על השופט להטות את הדין, והשנייה, שעל ידי אלימותו של אחד מבעלי הדין נוצרת הפרת איזון בין שני הצדדים, והכלל המחייב 'השוויית שני בעלי דינין בכל דבר'<sup>48</sup>, שהוא כלל בסיסי בסדרי הדין, עלול להיפגע.

במקרים אלה מצאו השופטים צורך לקבוע שלא יתקיים הדיון במקום מגוריו של האלם, אלא במקום אחר. המהרי"ק, ר' יוסף קולון<sup>49</sup>, דן בשאלה זו<sup>50</sup>. מעשה כתובע שביקש להכריח את בעל דינו להתדיין עמו בעירו של התובע, 'וגם מגזם... שאם לא ירד עמו בגרעץ' [= שם מקום] יביא אותו בערכאות של גויים'. לאחר שמהרי"ק מברר כי התובע אינו יכול להכריח את הנתבע להתדיין בעירו של התובע, הוא ממשיך: 'ועוד שהרי לפי הנשמע, הר' יצחק מה"ו הנזכר הוא תקיף גדול ואימתו מוטלת על בני הקהל גרעץ מחמת המלכות, והאיך נתחייב הר' קלמן יצ"ו ללכת לדון עמו בגרעץ'. והוא מסתמך על תשובתו של ר' שמואל<sup>51</sup>, נינו של רבנו יצחק, בעל התוספות, בעניין 'אחד שהזמינוהו לדין גדולי

<sup>46</sup> סנהדרין יט ע"א-ע"ב.

<sup>47</sup> ראה למעלה, שער שלישי, כללי אתיקה של עובדי ציבור, ליד ציון הערה 23.

<sup>48</sup> לשון הרמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כא, הלכות א-ג.

<sup>49</sup> מגדולי רבני איטליה, נפטר בשנת ר"ם (1480).

<sup>50</sup> שו"ת ופסקי מהרי"ק החדשים, סימן יח. והשווה שו"ת מהרי"ק, שורש א. וכן ראה, 'סימני שאלות ותשובות ממהר"ר יוסף קולון טרבוט', שו"ת ופסקי מהרי"ק החדשים, עמ' 261, סימן ת. וכן ראה שו"ת מהרי"ק, סימן עט: 'מכל מקום אם כן יהיה, מאחר שנתברר ונתאמת אצלי על פי כתבים מקויימים מאנשים גדולים בתורה שהאיש הזה ר' יצחק קר"א גברא אלמא הוא וקרוב למלכות ומחתו חתתו בארץ החיים הרבנים הסמוכים לו יראים מלהזקק בדין, ואם כן תלקה מדת הדין ח"ו, ואיש זרוע לו הארץ ח"ו, גוזר אני על רבי יצחק שירד לדין עם ר' זיינוול הנ"ל מכל תכיעות אשר יתבע לו ר' זיינוול הנ"ל בפני הג' אשר כבר בירר הישיש מהר"ר יעקב יצ"ו, ולא יוכל להשמט באמרו שאינם ממוצעים אליו, מאחר שמתוך אלמותו נמנעים מלעיין בדיניהם. וראיה ברורה נראה לעניות דעתי מהא דגרסינן... מרי בר איסק...: כל שכן וכל שכן הכא שהעידו עליו תרי גברא ברבא דגברא אלמא הוא, שלא יוכל להשמט ולומר לא אדין בפני זה כו'.

<sup>51</sup> תשובתו של ר' שמואל הובאה גם במקורות האלה: תשב"ץ, לר' שמשון בר' צדוק, סימן תקיב; שו"ת מהר"ם

## אלים בהליך השיפוטי

העיר ופרנסיה אשר כל דברי העיר נחתכים על פיהם, והנידון אומר היאך אדין בעיר הזאת, והנה אימתם מוטלת על הדיינים, וגם טענותי יסתמו בפניהם. כלומר, טענתו כפולה: חשש מפני השפעה על השופט, וכן שטענותיו של בעל הדין עלולות להיסתם. ועל זה השיב ר' שמואל: 'נראה לי טוב על הדיינים ועל הנדונים לילך למקום הסמוך'<sup>52</sup>.

הרמ"א<sup>53</sup>, בהגותו לשולחן ערוך<sup>54</sup>, פוסק: 'עשיר מוחזק ואלם בעירו - מוציאין אותו (לדור) [לדין] בעיר אחרת אע"פ שהב"ד שבעירו יותר גדול'. כמה מן האחרונים דנו בגדרי הלכה זו, ולא ניכנס לפרטיה<sup>55</sup>, ורק נעיר כאן על תשובתו של ר' יעקב פפירש, אב"ד פראנקפורט<sup>56</sup>, שדן בתשובתו<sup>57</sup> בשתי שאלות: האחת, מהו גדרו של 'אלם'? והשנייה, האם יש צורך שיהיה גם עשיר וגם אלם?

בתשובה לשאלה מהו גדרו של 'אלם', כתב: 'ואין הפירוש של "אלם" שהוא בעל דין קשה, רק שהוא תקיף; ואם כן, הוא הדין בנידון דידן, אף שה"ה הרר' אלי' הוא בנדאי איש כשר וישר, מכל מקום כיון שהוא עשיר ותקיף בעירו, נכון הדבר לפנינו לילך במשפט עם האלמנה ויתמי [= ויתומי] אחיו בעיר אחרת, משני טעמים הנ"ל, מפני אימת הדיינים ומפני שלא יסתתם טענות האלמנה ויתום'. מובן שהגדרתו של ר' יעקב פפירש את המושג 'אלם', נאמרה רק לעניין שינוי מקום הדיון, ואין ללמוד ממנה על גדרי 'אלם' בעניינים אחרים. ובעניין אם יש צורך שיהיה בעל הדין גם עשיר וגם אלם, סבור ר' יעקב פפירש, שדי באלמות לגרום לשינוי מקום הדיון, ואשר לנקיטת לשון עשיר הרי זה בבחינת הסבר לאלימותו של בעל הדין. אם כן עשיר שאינו אלם אינו נכנס בגדר הלכה זו<sup>58</sup>, ומי שביקש לומר שהאות וי"ו במלה 'ואלם' היא וי"ו המחלקת, ושדי באחד מן המרכיבים - או עשיר או אלם - כדי לגרום לשינוי מקום הדיון, אין הדין עמו.

יש לציין כי הגרסה שלפנינו בדברי הרמ"א 'עשיר מוחזק ואלם בעירו' באה בדפוסים הראשונים של הגהות הרמ"א<sup>59</sup>, אבל ר' יעקב פפירש, בתשובתו הנזכרת, ציין שבדפוס

בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תקמו: שו"ת מהר"ם מינץ, סימן קח; שו"ת בנימין זאב, סימן תיח: בית יוסף לטור חושן משפט, סימן יד, סעיף ג.

<sup>52</sup> וראה שו"ת חכם צבי, סימן יד, שמבקש לצמצם את משמעותה של תשובה זו. מן המלים 'טוב על הדיינים' הוא לומד שזו עצה טובה בעלמא. ולדעתו בהתדיינות שבין היחיד והקהל אין זכות ליחיד להעביר את הדיון למקום אחר, והוא נותן שני טעמים להבחנה בין יחיד לציבור: האחד - שרבים אינם חשודים כל כך בגזלנות לאיים ולפחד [= ולהפחיד] על הדיין; והטעם השני, שאם נצריך את הרבים להרחיק נדוד בענייני עירם, אין לציבור תקנה לעולם. אמנם אשר להוכחות מן התלמוד, הוא אומר שאפשר לדחות ראיות אלו, בטענה שבזמן חכמי התלמוד עדיין לא נתקלקלו הדורות, ולא היו חוששים לכך.

<sup>53</sup> ראה עליו למעלה, הערה 33.

<sup>54</sup> הגהות הרמ"א לשולחן ערוך, חושן משפט, סימן יד, סעיף א, בסופו. וכן ראה דרכי משה לטור, חושן משפט, סימן יז, ס"ק א.

<sup>55</sup> ראה סמ"ע לשולחן ערוך שם, ס"ק יח: פתחי תשובה לשולחן ערוך, שם, ס"ק ה. קובץ הפוסקים לשולחן ערוך, חושן משפט, סימן יד, סעיף א; וכן ראה אורחות המשפטים, לרא"ש כ"ץ, חלק א, כלל כג, סעיף א, שציין לשו"ת רמ"ץ, חושן משפט, סימן ד, הדין בשאלה אם הדין המובא ברמ"א, נוגע רק לתובע, או שמא יוכל גם התובע להכריח את הנתבע לדון בעיר אחרת. וכן ראה שו"ת שבות יעקב, חלק ג, סימן קמא.

<sup>56</sup> שימש דיין כפראג ומשם נתקבל לרב בקובלנץ ולאחר מכן רב בפראנקפורט ענ"מ: נפטר בשנת ת"ק (1740).

<sup>57</sup> שו"ת שב יעקב, חלק חושן משפט, סימן ב.

<sup>58</sup> וראה גם שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חושן משפט, סימן ב, הסבור כן.

<sup>59</sup> דפוס האנאו שפ"ז ודפוס אמשטרדם תכ"ו.

## אלימות כלפי השופט

פראג<sup>60</sup> הגרסה היא: 'עשיר מוחזק לאלם', והביא שם ראיות להעדפת גרסה זו. הנוסח 'עשיר מוחזק לאלם' עמד כנראה גם לפני השואל והמשיב בשאלה לר' יחזקאל לנדא<sup>61</sup>. ר' ליב איגר שאל את ר' יחזקאל לנדא בדבר הטענה שיש לפסול בוררים המכריעים בסכסוכים הנוגעים להטלת המס, בגלל נגיעה, עקב השלכות העשויות להיות להכרעותיהם על המס שישלמו קרוביהם<sup>62</sup>. ר' ליב איגר סבור, בהצעת דבריו, שמאחר שנהגו בענייני מס שלא להקפיד בעניין 'נגיעה', אם כן אין להקפיד בזה, וכדוגמה לכך הוא מביא את הלכתנו: 'וכמו כן יש אילי הארץ, תקיפים גדולים, בגלילות ההם, אשר בודאי אימתן מוטלת על הבריות, ומסתמא גם על הרב המבורר שלהם אשר אתם שוכן בגליל אחד, ובידם להיטב ולהרע עם הרב המבורר, וגם כן ע"פ הדין היה לו להרב להסתלק מדין זה, דלא גרע מעשיר מוחזק לאלם בעירו, שמוציאין אותו לדון בעיר אחרת, כמבואר בחושן משפט, סימן יד, סוף סעיף א, בהג"ה; אף על פי כן לא דקדקו הארצות הנזכרים זה על זה בכל אותן הדברים ותמיד היו עומדים למשפט לפני שלושה מבוררים הנ"ל'.

ולעניין שינוי מקום הדיון, האם יש להתחשב רק באלימותו של בעל הדין או גם של בן משפחתו האלם? ר' משה טייטלבוים<sup>63</sup> סבור כי יש להתחשב גם בבן המשפחה, משום שאין בשינוי מקום הדיון משום קנס, ולכן אין לומר כאן שאין לקנוס את בעל הדין בשל אלמותו של בן משפחתו<sup>64</sup>: 'דתורה אחת לכולנו ואין בזה משום העברת הדת, רק שיצא הדין לאמיתו, אם כן גם לבתו מוציאין לדון בעיר אחרת'.

## פרק רביעי

## אלימות כלפי העדים

יש והאלימות מופעלת כלפי העדים לבל יעידו אמת. אלימות זו עשויה להיות מופעלת גם שלא במעשים. לעתים מעורבות אדם אלם במשפט עלולה 'לאיים' על העדים לבל יעידו במשפט, או שיעידו עדות שקר. אמנם, העד מצווה להעיד אמת למרות ה'איום'<sup>65</sup>, אבל כיצד נבטיח שיעמוד העד בניסיון זה, לא יסרב להעיד, ויעיד אמת?

## א. העברת נטל הראיה

דרך חדשה להתגבר על השפעת האלימות במשפט, היא העברת נטל הראיה מן התובע אל הנתבע. התקדים התלמודי לדרך זו הוא המעשה ש'גיבורו' הוא מרי בר איסק<sup>66</sup>.

<sup>60</sup> כך היא הגרסה בדפוס פראג שע"ד, ושפ"ח.

<sup>61</sup> מגדולי הרבנים בדורו, היה רב בפראג וניהל שם ישיבה גדולה: תע"ד (1714) - תקנ"ג (1793).

<sup>62</sup> שו"ת נודע ביהודה, שם.

<sup>63</sup> מגדולי ישראל בהונגריה: תקי"ט (1759) - תר"א (1841).

<sup>64</sup> שו"ת השיב משה, סימן ס, דרך ג, נתיב יז: ראה להלן, ליד ציון הערה 207 ובהערה 207.

<sup>65</sup> מובן שהדבר תלוי ב'עצמת' האיום. ראה שו"ת אבקת רוכל, סימן קצה, הטענה הז', שמותר לעד להעיד שקר מפני חשש נפשות, וכל שכן לכבוש עדותו. ובטענה הח', שם, שבסכנת ממון מותר לעד לכבוש עדותו.

<sup>66</sup> ראה עליו בספר תולדות תנאים ואמוראים, לר' אהרן הימן, כרך ג, עמ' 905.

## אלים בהליך השיפוטי

וכך מובא בתלמוד<sup>67</sup>: 'מרי בר איסק [ואמרי לה: חנה בר איסק] אתא ליה אחא מבי חוזאי. אמר ליה: "פלוג לי", אמר ליה: "לא ידענא לך". אתא לקמיה דרב חסדא. אמר ליה: "שפיר קאמר לך, שנאמר 'ויכר יוסף את אחיו והם לא הכירוהו', מלמד שיצא בלא חתימת זקן ובא בחתימת זקן". אמר ליה: "זיל אייתי סהדי<sup>68</sup> דאחזה את". אמר ליה: "אית לי סהדי ודחלי מיניה, דגברא אל(י)מא הוא". אמר ליה לדידיה: "זיל אנת אייתי סהדי דלאו אחוך הוא". אמר ליה: "דינא הכי?! המוציא מחבירו עליו הראיה!" אמר ליה: "הכי דיינינא לך ולכל אל(י)מי (ד)חברך". אמר ליה: "סוף סוף אתו סהדי ולא מסהדי". אמר ליה: "תרתוי לא עבדי".

ותרגומו של המעשה: 'מרי בר איסק [ויש אומרים: חנה בר איסק] בא לו אח מבי חוזאי [=שם מקום]. אמר לו: חלוק לי, אמר לו: איני מכירך. בא לפני רב חסדא. אמר לו: יפה הוא אומר לך, שנאמר 'ויכר יוסף את אחיו והם לא הכירוהו', מלמד שיצא בלא חתימת זקן ובא בחתימת זקן. אמר לו: לך הבא עדים שאחיו אתה, אמר לו: יש לי עדים ויראים ממנו, שאדם אלים הוא. אמר לו להוא: לך אתה הבא עדים שאינו<sup>69</sup> אחיך. אמר לו: כך הדין?! המוציא מחבירו עליו הראיה! אמר לו: כך אני זן אותך ואת כל חבריך האלמים. אמר לו: סוף סוף יבואו עדים ולא יעידו. אמר לו: שתיים לא יעשו<sup>70</sup>.

אם כן, הדרך שנקט בה רב חסדא היא אפוא העברת נטל הראיה מן האח הצעיר אל האח המבוגר - האלם - מרי בר איסק.

לפני שנדון בפרטיה של סוגיה זו, נציין שהמעשה במרי בר איסק שימש תקדים לסמכותו של בית הדין לחרוג מן הדין הקבוע. כבר רב האי גאון<sup>71</sup>, בתשובתו בעניין סמכותו של בית הדין לדון על פי אומדנה, כותב<sup>72</sup>: 'סברא דילנא [=סברתנו] ודאבא מארי ז"ל ידיע בדיני מעולם למיזל [=ללכת] בתר אומדנא ומידק דייקנא [=ואנו מדקדקים] לעולם בתר עקר מעשים שלא יהא בהם מרמה ועול ולמיזל בתר קושטא [=ללכת אחר האמת] דמעשים ולגלויי כל מילי [=ולגלות הכל] וכו' כדאמרינן: "מנין לדיין שיודע בדין שהוא מרומה" וכו' (שבועות ל ע"ב), ואמרינן: "הלכה כר"ש בן מנסיא דאמר: 'אין מתנתו קיימת'" (בבא בתרא קלב ע"א), שאלו היה יודע שבנו קיים לא היה כותבן לאחרים. וא"ר נחמן: הלכה כר"ש בן מנסיא דאזיל בתר אומדנא. ורבואתא דהות בהון [=ורבותינו הגדולים שהייתה בהם] יראת שמים הכי הות סוגייהון ומנהגן. כדאמר רב חסדא למרי בר איסק: "הכי

<sup>67</sup> בבא מציעא לט ע"ב, ובשינויים אחדים בכתובות כז ע"ב.

<sup>68</sup> שני עדים דווקא, ראה על כך בספר מי נפתח (לר' דוד טביל) על בבא מציעא, שם, שמסביר זאת על פי סברתו שמה שסומכים על יסוד הכלל שבדבר העשוי להתברר אין אדם משקר - 'מילתא דעבידא לגלויי לא משקרי אינשי' - אין זה משום אומדנה, אלא משום רוב, ולכן אין הדבר מועיל כממונות ומשום כך בממונות יש צורך בשני עדים דווקא. וראה פסקי דין רבניים, כרך ט, עמ' 377.

<sup>69</sup> ראה שו"ת אבקת ריכל, סימן קפא, ד"ה ותו איכא בהוא, שמביא ראיה מכאן לעניין טיבה של עדות בדבר שלא היה.

<sup>70</sup> ש'אם לא באו כלל, עברו רק על "אם לא יגיד", אבל אם באו והעידו שקר, יש שני לאווי: חדא, "אם לא יגיד"; ועוד, "לא תענה". וראה גם שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן קד, ד"ה וכן מ"ש: שר"ת בצלאל אשכנזי, סימן ד (טז ע"ב). וראה גם להלן, ליד ציון הערה 108.

<sup>71</sup> אחרון הגאונים, בנו של רב שרירא גאון; ד"א תרצ"ט (939) - ד"א תשצ"ח (1038).

<sup>72</sup> העיטור, מתנת שכיב מרע (נח ע"ד במהדורת רמ"י); תשב"ץ, חלק א, סימן פ, וסימן פד בסופו: שו"ת מהר"ם אל אשקר, סימן קטז. המובא כאן מספר התשב"ץ, חלק א, סימן פ.

## אלימות כלפי העדים

דיינינא לך ולכלהו אלמי חברך" (=כך אדון אותך ואת כל חבריך האלימים) (בבא מציעא לט ע"ב).

רבנו חננאל<sup>73</sup> קבע כלל רחב על יסוד סוגיה זו<sup>74</sup>: 'מהא שמעינן דיש לו רשות לבית דין אם יתברר לו דגברא אלמא הוא וכיוצא בו, מחייבו ומדקדק עליו לפני משורת הדין להוציא הדין לאמתו'.

בסמכות הניתנת לדיין להתחשב במקרה הפרטי, בניגוד לכלל הרחב, רואה ר' יצחק עראמה<sup>75</sup> את שכלולו של המשפט<sup>76</sup>. הוא הולך בעקבות אריסטו, המבחין בין הצדיק 'השלם' אצל הצדק הנימוסי המונח, שהוא על הרוב צודק בכלליו המונחים בו כי השומר אותו ונוהר בו לבלתי סור ממנו ימין ושמאל' לבין החסיד ש'הוא אשר ישלים הנמוס הזה ומישר אותו בכל מה שיבא הצורך לצאת מהצדק שהוא הכולל לסבה מן הסבות, שהמניח עצמו אילו היה אז נמצא לא היה דן אותו לפי הנמוס הכולל ההוא'. להמחשת עניין זה מביא ר"י עראמה את התקדים של מרי בר איסק: 'וכגון הא דאמרינן התם [=וכגון זה שאמרנו שם]: "הכי דיינינא לך ולכל אלמי חברך" (בבא מציעא לט ע"ב), וכמו שאמרו: "דנין כדין ושלא כדין לצורך" (יבמות צ ע"ב)'.<sup>77</sup>

הרמב"ם מגדיר את סמכויות בית הדין לענוש שלא לפי הדין הקבוע ומוסיף ואומר<sup>77</sup>: 'וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים, ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אדם זה'.

וכך גם בתחום הענישה המסור ביד בית הדין, הסתמכו חכמים על המעשה במרי בר איסק. הרשב"א, ר' שלמה (בר' אברהם) בן אדרת<sup>78</sup>, כשנשאל על אדם שקידש אישה בערמה<sup>79</sup>, פסק ש'הדעת נותנת שנהג בה מנהג רמאות, ואינה מקודשת, אלא שמחמת חומר העדויות אין אנו יכולין לדון בהם מאומד הדעת, ואין אני רואה לה היתר אלא בגט שיתן מדעתו, אבל ראוי לקנסו בממון לפי מה שיראה לדיין הממונה מן המלך שלא ילמדו הרואים לעשות כן, וכן כל בית דין יפה רשאין לעשות מן הדין כן, כדאמרינן: "הכי דיינינא לך ולכל אלמי חברך" (בבא מציעא לט ע"ב)'.<sup>80</sup>

וכן הסתמך הרשב"א על סוגיית מרי בר איסק כשנשאל בדבר אדם שהערים כשנשא אישה, גירשה ביום שנשאה ולאחר מכן החזירה, ובא וטען שכיוון שגירשה נתבטלו התנאים הראשונים וביקש לנשל את יורשיה. ועל כך השיב הרשב"א<sup>80</sup>: 'ועוד שזה מערים היה, ושורת הדין בית דין דנין ומחייבין אותו, שהתורה שלימה שלנו אמת ודיניה אמת ומחייב השקרנים והאלמים שלא (מדין) [כדין?] שאר בני אדם, כעובדא דמרי בר איסק [=כמעשה מרי בר איסק] בפרק המפקיד: "הכי דיינינא לך ולכל אלמי חברך", ובבבא

<sup>73</sup> מגדולי חכמי ישראל בסוף תקופת הגאונים; נפטר אחרי שנת ד"א תתי"ג (1053).

<sup>74</sup> פירוש רבנו חננאל לכתובות כז ע"ב; הובא באוצר הגאונים לכתובות שם, אות יח.

<sup>75</sup> מחכמי ספרד בדור הגירוש; נפטר בשנת רנ"ד (1494).

<sup>76</sup> עקדת יצחק, פרשת יתרו, שער מג (צה ע"ב).

<sup>77</sup> רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכה ו.

<sup>78</sup> גדול חכמי ישראל בספרד בדור שלאחר הרמב"ן, למד תורה מפי ר' יונה גירונדי והרמב"ן; ברצלונה, ד"א חתקצ"ה (1235) - ה"א ע' (1310).

<sup>79</sup> שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תקנא.

<sup>80</sup> שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתקסב. וראה גם שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קמו, חלק ב, סימן רפג, וחלק ו, סימן רנג.

## אלים בהליך השיפוטי

קמא פרק י (דף צו ע"ב), אמר רב נחמן "גזלנא עתיקא הוא ובעי דאקנסיה [=גזלן ותיק הוא ואני צריך לקנוס אותו]".

ובתשובה אחרת כותב הרשב"א<sup>81</sup>: 'והווי יודעים שכל הדברים שאמתתן ידועה לבית דין אף על פי שבעלי הדין נוטין מדרך האמת מתוך טענותיהן ואין לבעל הדין עדים ידועים וראיה ברורה צריך הבית דין לדון הדין לאמתו. ואין לדיין לומר: "איני חותך אלא מתוך העדים והראיה ויהא קולר תלוי בצואר בעל הדין", אלא חותך על פי האמת, שלא נצטוינו אלא על דין האמת. שנאמר: "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם". ואמרו ז"ל: "מנין לדיין שידוע בדין שהוא מרומה, שלא יאמר: 'הואיל והעדים מעידים לפני אחתכנו ויהא קולר תלוי בצואר העדים? תלמוד לומר: 'מדבר שקר תרחק'. ומרי בר איסק יוכיח, שאמר לו רב חסדא: הכי דיינא לך ולכל אלמי חברך. ובפרק הכותב אמרו: "תולה מעותיו בנכרי היה". הוא עשה שלא כהוגן לפיכך עשו לו שלא כהוגן. וזהו ההוגן וזה הדין האמת והצדק<sup>82</sup>.

שלילת זכותו של הנתבע האלם להתדיין במקומו, אנו מוצאים בתשובתו של מהר"י ווייל<sup>83</sup>, כשחייב את מחותנו לשלם דמי פדיון אשתו ונכדתו. מהר"י ווייל מבסס את פסקו על העובדה שמחותנו מחפש עילה להשתמט מן התשלום, ולכן הוא אינו נענה לדרישתו להתדיין במקומו, וזאת בהסתמך על התקדים במרי בר איסק. וכך כותב מהר"י ווייל<sup>84</sup>: 'ומה שאמר שהוא רוצה להיות ציית דינא בבית דין אשר הוא שייך שמה... בודאי ובברור שכל כוונת אברהם עזרא למצוא עילא ותואנה למיטרד [=להטריד] ולהלאות את הנה"ר [=הנכבד הרב] דוד, כי כן משפטו כל הימים לבא בעקיפין על הבריות ללכודם במצודתו בערמתו וברמאותו...: וכיון דהאי גברא אלמא הוא [=ומאחר שהוא אלים], עסקיו ופגעיו רעים, איכא לדמויי [=לדמות] להא דאמרינן פרק המפקיד: "מרי בר איסק..."; אלמא [=זאת אומרת] מהפכינן הדין נגד דין תורה, וכל שכן בנדון דידן דהדין פשוט לנו<sup>85</sup>. וכך הסתמכו גם האחרונים על סוגיה זו, ללכת עם אלמים 'שלא מן הדין'<sup>86</sup>.

ועתה נחזור לברר שאלות אחדות במעשה מרי בר איסק. לתשובות שיינתנו לשאלות אלה עשויות להיות השלכות לגדרי הלכת רב חסדא.

1. האם התובע צריך לגלות מי הם עדיו, או די שיאמר שיש לו עדים? מדברי רש"י<sup>87</sup> משמע, שהתובע צריך לגלות מי הם עדיו, ולכן הטיל רב חסדא את נטל הבאת העדים על הנתבע: 'אותם עדים שיש לו לזה שבאו משם ומכירים בו מי הוא, הביאם אתה ויעידו שאינו בן אביך, או בקש עדים אחרים'.

<sup>81</sup> שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קמח.

<sup>82</sup> וכן ראה שו"ת חכמי פרובינציה, חלק א, סימן סה, ושו"ת הריב"ש, סימן תצט, המביאים ראיה מסוגיית מרי בר איסק, שיש רשות לעשות עם האלם אף שלא מן הדין.

<sup>83</sup> ראה עליו למעלה, הערה 31.

<sup>84</sup> שו"ת מהר"י ווייל, סימן קמט.

<sup>85</sup> ועוד הוא מוסיף שם כי בית דין הקרוב אליו הוא קהילת ה"א, והגיד לו אדם מהימן כי הדיין שם אינו רוצה להכניס את ראשו במחלוקת זו בשום עניין מפני אימתו של אברהם עזרא, כי מכיר הוא בפגיעתו ובעסקיו.

<sup>86</sup> וראה באריכות בתשובתו של ר' שמואל קלעי, שו"ת משפטי שמואל, סימן קכ, דף קנו ע"א. ושם מביא ראיות על ההיתר לנטות מן האמת 'כדי לזכות דבר טוב', וכן על מה שהתירו לעשות כדי 'שלא יהא חוטא נשכר'.

<sup>87</sup> רש"י לבבא מציעא שם, ד"ה דלאו אתוך הוא.

## אלימות כלפי העדים

וכן אומרים התוספות<sup>88</sup>: 'ויש לומר... שאותו [התובע] אמר שיש לו עדים ויראים להעיד, אמר לו רב חסדא שיעשה עמהם שיעידו'. וכיצד יעשה עמהם שיעידו אם לא אמר התובע מי הם עדיו אלא רק אמר שיש לו עדים?

מהי דעת הרמב"ם בעניין זה? הרמב"ם מביא את הלכת רב חסדא בלשון זו<sup>89</sup>: 'כל מי שיש לו ראייה בעדים - מטפל בעדים עד שיביאם לבית דין. ואם ידעו בית דין שבעל דינו אלם, וטען התובע שהעדים מתפחדים מבעל דינו שיבואו ויעידו לו, הרי בית דין כופין את בעל דינו שיביא הוא העדים, וכן כל כיוצא בדברים אלו דנין בהם לאלם'. מלשונו 'וטען התובע שהעדים מתפחדים', עדיין אין אנו שומעים שהוא צריך לפרש מי הם עדיו. אבל נשאלת השאלה מה משמעות לשונו 'כופין את בעל דינו שיביא הוא העדים'? האם הכוונה היא ל'העדים' המסוימים שהצביע עליהם התובע<sup>90</sup>, או שמא אין הכרח לפרש כן, ואפשר שהתובע נדרש להביא 'העדים' איזה שהם, גם אם לא הצביע התובע על עדים מסוימים? ואין לתמוה, שאם כן יאמר כל אדם שיש לו עדים בלא לפרש מי הם, משום שהרמב"ם מדבר באופן ש'ידעו בית דין שבעל דינו אלם', ואז אפשר שדי בזה שהתובע טוען שיש לו עדים. ומכאן אנו מגיעים לשאלה הבאה:

2. האם התובע צריך להוכיח שהנתבע אלם? דבר פשוט הוא שאין די בטענה שפלוני הוא אלם. אבל מהו שיעור ההוכחות לאלימותו של הלה? מדברי התוספות<sup>91</sup> לסוגיה המקבילה במסכת כתובות, אנו שומעים שאין צורך בהוכחה ודאית<sup>92</sup>, ודי שיש 'רגליים לדבר'. וכך מובא בתוספות בשם ר"י, על דברי התובע שיש לו עדים ומתייראים הם ממנו משום שהוא אלם: 'נראה לר"י דמיירי שהביא עדים ואומרים: "אותו עדות שאתה שואל לא נאמר לך כלום עליו", דרגלים לדבר שהוא אלם'<sup>93</sup>. אלא שהרמב"ם - כפי שמשמע מדבריו שהבאנו למעלה - מתנה את יישומה של הלכה זו בכך ש'ידעו בית דין שבעל דינו אלם'<sup>94</sup>. מנוסח זה משמע - אם כי לא בהכרח - שמדובר בידיעה ודאית, ולא רק ב'רגליים לדבר' [ברם, מצד שני, אין הרמב"ם מצריך ראייה, אפילו לא ב'רגליים לדבר', שהעדים מפחדים מפני האלם]<sup>95</sup>.

<sup>88</sup> תוספות לבבא מציעא שם, ד"ה זיל את.

<sup>89</sup> רמב"ם, הלכות עדות, פרק ג, הלכה יב.

<sup>90</sup> ולצד זה נוטה ר' שבתי יונה האומר: 'גם התנאי הרביעי, נראה לי שגם הרמב"ם וסמ"ג סבירא להו הכי, מדכתבו "כופין את בעל דינו שיביא הוא העדים" וכי, דמשמע אותם עדים שאומר בעל דינו' (שי למורא, התשובות על טור חושן משפט, הלכות עדות, סימן ד).

<sup>91</sup> תוספות לכתובות כז ע"ב, ד"ה אמר ליה. וראה שו"ת מהרש"ל, סימן לג, המסתמך על דברי התוספות.

<sup>92</sup> וראה שו"ת בנימין זאב, סימן תיח (עמ' תיח במהדורת ירושלים תשי"ט).

<sup>93</sup> ייתכן שהצורך ב'רגליים לדבר', כסירובם של העדים, הוא רק כשאין ראייה שהוא אלם, אבל כשיש ראייה שהוא אלם לא יהיה צורך ב'רגליים לדבר'. ולפי זה לא תהיה מחלוקת בין התוספות בכתובות לתוספות בבבא מציעא. ראה שי למורא, שם, דף קד, טור ב, וראה חידושי מהרי"א, המובאים בסוף ספר שני המאורות הגדולים, סימן יח, המשיג עליו. וראה המשך דברי התוספות לכתובות, שם: 'אבל אם אין רגלים לדבר אין נראה כלל שיהיה נאמן לומר דגברא אלמא הוא, דאם לא כן כל אדם יאמר על חבירו שהוא גברא אלמא ויביא הוא עדים, ואם לא - יפסיד'. אבל ראה חכמת מנוח, על התוספות שם, שמפרש 'כל אדם יאמר על חבירו' וכי: 'כלומר, יאמר על חבירו שהוחזק אלם שחייב לו'.

<sup>94</sup> וכך הוא גם בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן כח, סעיף ה.

<sup>95</sup> וראה חידושי מהרי"א (ר' יצחק אלמידה), סימן יח, בסופו: 'הכלל העולה מדברים אלו, שהרמב"ם והסמ"ג

## אלים בהליך השיפוטי

ואמנם יש מן הראשונים שפרשו כך את סוגיית מרי בר איסק. הרמב"ן<sup>96</sup>, בפירושו לסוגייתנו, אומר<sup>97</sup>: 'ואפשר משום דידע רב חסדא דשקרא ואלמא הוא ובעי למקנסיה [= שהוא שקרן ואלים ורצה לקנוס אותו], אלא שאמר בהא מלתא [= בדבר זה] לא משקר, דכתיב "ויכר יוסף את אחיו"'. וכן רבנו יהונתן<sup>98</sup>: 'ואף<sup>99</sup> על פי שהיה יודע רב חסדא כי מרי בר איסק גבר אלמא הוא, היה משבחו בפניו כדי שיהיה נשמע לבית דין, ולא הועילו שלומותיו עד שפירש לו בפירוש שגברא אלמא הוא'. הרי שלשיטת רבנו יהונתן ידע רב חסדא שהנתבע אלם<sup>100</sup>.

הצעה לבית הדין כיצד לעמוד על כך שהעדים יודעים עדות ומפחדים להעיד, מציע הרמ"ך<sup>101</sup>. הוא קובע<sup>102</sup> כי הדיינים צריכים לברר אם אמנם אמת הדבר שיש לו עדים, ולכן ישאלו הדיינים את העדים שלא בפני בעל הדין<sup>103</sup>, אף על פי שעדות זו אינה מועילה, שהרי אין מקבלים עדות אלא בפני בעל דין<sup>104</sup>.

3. האם התובע צריך לגלות מי הם עדיו גם כאשר ידוע שהנתבע אלם? מדברי התוספות לכבא מציעא, שהבאנו למעלה, משמע שהוא צריך לעשות כן, שהרי שאלו: 'וכי<sup>105</sup> כל אדם עשיר אלם יצטרך להביא עדים שאין התובעו אחיו?', והשיבו: 'ויש לומר דשאני הכא [= שהדבר שונה כאן] שאותו אמר שיש לו עדים ויראים להגיד'. אבל מדברי התוספות לכתובות, שהובאו גם כן למעלה, ניתן להסיק שבמקרה זה אין התובע צריך לפרש מי הם עדיו, שהרי אמרו, שהביא התובע עדים והם אומרים שלא יעידו רק כדי שיהיו רגליים לדבריו שהוא אלם.

דומה שאין ללמוד מדברי הרמב"ם לענייננו משום שלשונו דו משמעית, כפי שהובא למעלה.

מחמירים על האלם ביותר, שאפילו בהוכחת כל דהו, דהיינו שטען התובע שהעדים מתפחדים, אע"פ דליכא הוכחה מהעדים שידעו בדבר, כופין את האלם להביא העדים, ותוס' ור"י והרא"ש וטור סבירא להו דאין כופין את האלם להביא עדים אלא אם כן אומרים העדים מה לנו ולצרה, שמשמע מדבריהם שיוודעים עדות בדבר ויראים שהוא אלם. וראה שי למורא, על טור חושן משפט, הלכות עדות, סימן ד.

<sup>96</sup> ראה עליו למעלה, הערה 23.

<sup>97</sup> חידושי הרמב"ן לכבא מציעא, שם, ד"ה הא דאמר ר"ח.

<sup>98</sup> ר' יהונתן, מגדולי העיר לונגיל וראש חכמיה; נפטר כנראה לאחר שנת ד"א תתקע"א (1211).

<sup>99</sup> מובא בשיטה מקובצת לכבא מציעא, שם.

<sup>100</sup> וראה שי למורא, שם, ד"ה ועל התנאי.

<sup>101</sup> ר' משה הכהן, מחכמי צרפת הדרומית בדורו של הרמב"ם.

<sup>102</sup> שיטה מקובצת לכבא מציעא לט ע"ב, ד"ה וזה לשון הרמ"ך, בסוף הדיבור.

<sup>103</sup> השווה דברי הריב"ש, המובאים להלן, ליד ציון הערה 174.

<sup>104</sup> מדברים אלה מבקש ר' ישעיה יוסף פונטריומולי (פנים במשפט, חושן משפט, סימן כח, אות כ) ללמוד, שדעת

הרמ"ך היא שלא כדעת מהרי"א שהתיר בבעל דין אלם לקבל עדות שלא בפני בעל דין (ראה להלן, ליד ציון הערה 146), ברם, ייתכן שאף הרמ"ך היה מתיר לקבל עדות שלא בפני בעל דין כשאי אפשר להטיל על האלם להביא את העדים (כמו שמובא בדרכי משה, להלן, ליד ציון הערה 159). וראה שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק א, סימן קמו, ד"ה והנה במ"ש שפיר, שמעמיד את סוגייתנו בכך שרב חסדא קיבל את העדות שלא בפני מרי בר איסק, כדינו של אלם, אבל לא גילה את הדבר למרי בר איסק. ועיין שם עוד בפירוש סוגייתנו.

<sup>105</sup> תוספות לכבא מציעא לט ע"ב, ד"ה זיל את.



## אלימות כלפי העדים

4. נעבור מן התובע אל הנתבע. מהן הראיות שהנתבע צריך להביא? לכאורה, די שיערער את טענתו של התובע שהסתמך על העובדה שהעדים היודעים שהוא אחיו חוששים להעיד; ואם יעידו עכשיו שאינם יודעים עדות לתובע, הרי שהם מעידים בניגוד לדברי התובע, שאמר שהם מכירים אותו. וכך משתמע מן התוספות לבבא מציעא<sup>106</sup> האומרים שאם יאמרו שאינם יודעים, נשא הנתבע בנטל המוטל עליו. וכך גם מפרשים התוספות לכתובות<sup>107</sup>, שדברי רב חסדא למרי בר איסק היו: 'לך הבא אותם עדים עצמם שיראים להעיד עליך, שיעידו שאינו אחיך או שיאמרו שאינם יודעים'<sup>108</sup> אם הוא אחיך, אם לאו'<sup>109</sup>.

אבל דברי רש"י - שמשמע מהם שהנטל המוטל על התובע הוא כבד יותר, ועליו להביא עדים שיעידו במפורש שאינו אחיו - צריכים עיון. על דברי רב חסדא אל מרי בר איסק: 'זיל אנת אייתי סהדי דלאו אחוך הוא', אומר רש"י<sup>110</sup>: 'אותם עדים שיש לו לזה שבאו משם ומכירין בו מי הוא, הביאם אתה ויעידו שאינו בן אביך או בקש עדים אחרים'. אבל מאחר שלא חידש רש"י מעצמו את הצורך בעדות 'שאינו בן אביך', אלא פירש כן את דברי רב חסדא שאמר 'דלאו אחוך הוא', ייתכן שאין לדייק מדבריו שאין דרך אחרת בפני הנתבע כגון שיעידו אותם העדים ויאמרו שאינם מכירים בו שהוא אחיו, כמו שפירשו התוספות את דברי רב חסדא, שמה שאמר 'דלא אחוך הוא' הוא לאו דווקא, ואפשר גם שאינם יודעים אם הוא אחיו.

אבל בהמשך דבריו, על דברי מרי בר איסק שטען: 'סוף סוף יבואו עדים ולא יעידו', מוסיף רש"י: 'אלא כמותי ולא כמותך'. כלומר, העדים יעידו כמו הנתבע. מה משמעות המלה 'כמותו'? האם משמעותה שיעידו שאינו אחיו, או שמא משמעותה שיעידו כטענתו 'לא ידענא לך' [=איני מכיר אותך]? ספק אם אפשר לדייק דבר בדברי רש"י אלה.

בחידושי 'תלמיד הרשב"א' לבבא מציעא, אנו מוצאים שהוא מתנגד לפירוש שיש לחייב את האלם להביא עדים שאין זה אחיו, וזה לשונו, שם<sup>111</sup>: 'ויש מי שהוסיף לומר שלהביא הוא עדים שאינו אחיו חייבוהו. ואם הוא לא יביא עדים שאינו אחיו שיחייבוהו לתת לו חלקו. וזהו מה שאמר להן: "המוציא מחבירו עליו הראיה". וזה ודאי דבר רחוק, אע"פ שהגרסאות מודין להן, שאם אתה אומר כן, לא הנחת חיים לאיש זרוע, שכל העולם יתבעו אותו, ואם לא יביא ראיה, ישלם. אלא ודאי הלשון הראשון עיקר'. מכל מקום, ר' יוסף קארו, בפירושו על הרמב"ם, דייק כך בדברי רש"י<sup>112</sup>.

ובעקבות דיוקו של ר"י קארו, הוא מחדש דבר חשוב: הלכתו של מרי בר איסק עשויה להעמיד כל אלם בסיכון, שיתנכלו לו בעקבות נחיתותו בדיני הראיות. וכבר התלבטו התוספות בתוצאה העשויה להתקבל מהלכתו של רב חסדא, שהטיל על מרי בר איסק את נטל הראיה. התוספות לכתובות הסיקו מכך שבהכרח מדובר, בשיש רגליים לטענה

<sup>106</sup> תוספות לבבא מציעא, שם. וכן הוא גם בתוספות לכתובות.

<sup>107</sup> תוספות לכתובות כז ע"ב, ד"ה אמר ליה.

<sup>108</sup> וגם זו נקראת עדות שקר, ולכן אף זו נכללת ב'תרחי לא עבדי', האמור בהמשך הסוגיה. ראה חידושי מהר"ם מלובלין לבבא מציעא, שם, ד"ה זיל את אייתי. וראה עוד בכירור 'תרחי לא עבדי', בספר שי למורא, התשובות על טור חושן המשפט, הלכות עדות, סימן ד. וראה גם למעלה, ליד ציון הערה 70.

<sup>109</sup> וראה שי למורא, שם, בסוף הסימן.

<sup>110</sup> רש"י לבבא מציעא שם, ד"ה דלאו אחוך.

<sup>111</sup> שיטת הקדמונים על מסכת בבא מציעא, מהדורת בלוי, בפירוש תלמיד הרשב"א לב"מ, שם, עמ' קיב.

<sup>112</sup> כסף משנה, על הרמב"ם, הלכות עדות, פרק ג, הלכה יב.

## אליהם בהליך השיפוט

שהנתבע אלם, שאם לא כן לא הנחת חיים לכל בריה! וזה לשונם<sup>113</sup>: 'אבל אם אין רגלים לדבר אין נראה כלל שיהא נאמן לומר דגברא אלמא הוא, דאם לא כן כל אדם יאמר על חבירו שהוא גברא אלמא ויביא הוא עדים, ואם לא - יפסיד'. והתוספות לבבא מציעא אף מבקשים להגן על האלם שלא יקופח בתואנות שוא. כפי שכבר אמרנו למעלה, שאלו התוספות<sup>114</sup>: 'ואם תאמר וכי כל אדם עשיר אלם יצטרך להביא עדים שאין התובעו אחיו?', ועל כך השיבו: 'ויש לומר דשאני הכא, שאותו אמר שיש לו עדים ויראים להגיד, אמר לו רב חסדא שיעשה עמהם שיעידו'<sup>115</sup>.

אבל ר' יוסף קארו אינו נרתע מקיפוחו של האלם. לאחר שפירש את דברי רש"י כפי שפירש, וכן ש'אפשר שדעת רבינו [הרמב"ם] כן'<sup>116</sup>, הוא אומר<sup>117</sup>: 'ואם תאמר: סוף סוף, לא שבקת חיי לאלמי [=אינך מניח חיים לאלמים], שמאחר שהוחזק באלם יטעון בעל דינו שהעדים יראים ממנו, ונמצא האלם מפסיד כל אשר לו!'. והשיב: 'יש לומר, דכיון דאלמי נינהו [=שכיוון שהם אלמים] - יפסידו כל אשר להם, וכהאי גוונא דיינינן להו [=ובאופן זה אנו דנים אותם] עד שישובו בתשובה, ויהיו כשאר כל האדם, ואז דיינינן להו כשאר אינשי [=ואז אנו דנים אותם כשאר בני אדם]<sup>118</sup>. כלומר, מעמדם הנחות בדין של האלמים אינו נובע אלא ממעשיהם שלהם, ויכולים הם להיטיב את מעשיהם ואז ישתנה מעמדם.

5. האם הנתבע צריך להביא את אותם העדים או עדים אחרים? מה משמעות פסק הדין של רב חסדא, שהטיל על מרי בר איסק להביא עדים שאינו אחיו? אפשר היה לומר שהכוונה היא שמרי בר איסק צריך להביא את העדים ההם ולבקש מהם בפני בית דין שיעידו. ר' משה הכהן<sup>119</sup> מציע פירוש זה, אבל דוחה אותו מן הטעם שייתכן שיחששו העדים, שאף על פי שהתיר להם מרי בר איסק להעיד, יתנקם בהם לאחר מתן העדות. וזה לשונו של הרמ"ך<sup>120</sup>: 'אמרין ליה לאידך דלייתי איהו הנהו סהדי גופייהו, ולימא להו בבי דינא דליסהדו מאי דידעו בהאיך, אי אחוה הוא, או לא. מיהו אכתי איכא למיחש, דילמא כיון דמסתפו מיניה, אף על גב דלימא להו דליסהדו, לא עבדי, דאמרי: "כי ניפוק מבי דינא ליקום עלן וליזקן"'. [תרגום: אומרים לו לשני שיביא הוא אותם עדים עצמם, ויאמר להם בבית הדין שיעידו מה שהם יודעים באותו איש, אם אחיו הוא, או לא. אמנם, עדיין יש לחשוש, שמא מאחר שמפחדים ממנו, אף על פי שיאמר להם להעיד לא יעשו כן, שיאמרו: 'כשנצא מבית הדין יעמוד עלינו ויזיק לנו']. ולכן הוא מעדיף פירוש אחר ולפיו על מרי בר

<sup>113</sup> תוספות לכתובות כז ע"ב, ד"ה אמר ליה.

<sup>114</sup> תוספות לבא מציעא לט ע"ב, ד"ה זיל את.

<sup>115</sup> וראה פסקי דין רבניים, כרך ט, עמ' 343, ש'אף אם נדון את האשה כאלם... הרי בכל אופן, אם אין אפשרות לכופו [את האלם], לא מצאנו שום סברה שעל ידי כך נאמין לשכנגדו וכאילו הוכחו טענותיו.

<sup>116</sup> וראה לחם משנה על הרמב"ם, שם, שאפשר ש'דעת רבינו כדברי התוספות בפרק המפקיד... והרב בכסף משנה הלך להסכימו עם רש"י ו'ל, ואין צריך'.

<sup>117</sup> כסף משנה, שם.

<sup>118</sup> והשווה שו"ת אבקת רוכל, סימן קעט (דף קנו ע"א): 'זכיון שנתנהג באלמות, תיתי להו לבית דינא שכך גזרו עליו, כדאמרין... מרי בר איסק... אלמא שהרשות ביד ב"ד לאלם לעשות לו אפילו שלא כדין, והוא נקרא דין אמת'. וכן ראה עוד שם, בסימן קפא (קס ע"ב).

<sup>119</sup> ראה עליו למעלה, הערה 101.

<sup>120</sup> שיטה מקובצת לבבא מציעא, דף לט ע"ב, ד"ה וזה לשון רמ"ך.

## אלימות כלפי העדים

איסק להביא עדים שיסתרו את תוכן עדות האח הצעיר. ואמנם רש"י<sup>121</sup> אומר במפורש, שהיו למרי בר איסק שתי אפשרויות: או שהעדים, שהצביע עליהם האח הצעיר, יעידו שאינו אחיו; או שיבקש לעצמו עדים אחרים. אבל יש דעה, הנסמכת על גרסה בתלמוד<sup>122</sup>, ולפיה על הנתבע להביא אותם עדים ממש. וכך מעיד הרשב"א<sup>123</sup>: 'הכי גרסינן, והכי איתא במקצת הנוסחאות: "אמר ליה זיל אייתינהו". כלומר, אייתינהו להני סהדי. ולא גרסינן: זיל אייתי סהדי'.

ויש מי שמבקש ללמוד מדברי התוספות לכתובות<sup>124</sup>, שאף על פי שיביא הנתבע עדים שאינו אחיו – לא יועיל לו<sup>125</sup>, כיוון שיש רגליים לדבר, שהעדים שהצביע עליהם התובע יודעים שהוא אחיו 'ותרי כמאה [=ושני עדים הרי הם כמאה]', וכיוון שהוחזק אלם, אנו אומרים שמחמת אלימותו של זה העדים האחרים משקרים ואומרים שאינו אחיו. ולכן צריך הנתבע להביא את אותם העדים שהתובע אומר עליהם, שהם יודעים לו עדות.

להלכה נתקבל פסקו של רב חסדא כחוקים מחייב, לא רק במקרים שהעובדות בהם דומות לשל מרי בר איסק, אלא 'וכן כל כיוצא בדברים אלו דנין בהם לאלם', וכלשונו של הרמב"ם, שהבאנו למעלה<sup>126</sup>.

כשולחן ערוך הולך המחבר בעקבות דברי הרמב"ם, אבל יש לשים לב לתוספת שהוסיף הרמ"א על דברי המחבר, בעניין טענתו של התובע שיש לו עדים המפחדים לבוא ולהעיד: 'יש הוכחה לדבריו'. תוספת זו מצויה כבר בספר 'הטור'<sup>127</sup>, האומר: 'ודוקא שיש הוכחה שהעדים יודעין, אלא שיראים להעיד, כגון שאומרים: "מה לנו ולצרה שנכניס עצמינו על זה", או דברים כיוצא באלו, אבל אם אין רגלים לדבר – לא; דאם לא כן, כל מי שיש לו דין עם אלם יאמר כן, כדי שנחייב האלם להביא העדים'.

ר' שבתי יונה<sup>128</sup> מסכם את התנאים להחלת דין האלם, לפי שיטת הטור<sup>129</sup>: 'הרב המחבר [=בעל הטור] הניח בדין זה ארבעה תנאים: הא' – דידעינן דהאי גברא אלמא הוא; הב' – דבעל דינו אומר שיש לו עדים, אלא שאין רוצים לבוא ולהעיד מחמת אלמותו; הג' – שיש הוכחה שאותם עדים יודעים ומחמת אלמותו מנועים מלהעיד; הד' – שאין אנו מחייבין אותו להביא עדים אחרים<sup>130</sup>, אלא דווקא אותם שאמר בעל דינו. ולהלן בדבריו הוא מברר את עמדתם של פוסקים אחרים בכל אחד מן התנאים הללו, וכן את מקור ההלכה בכל תנאי ותנאי.

<sup>121</sup> רש"י לכבא מציעא שם, ד"ה דלאו אחוך הוא.

<sup>122</sup> וכך היא הגרסה לפניו בסוגיה המקבילה, כתובות כז ע"ב: 'זיל אייתינהו'.

<sup>123</sup> חידושי הרשב"א לכבא מציעא, שם, וראה דקדוקי סופרים השלם לכתובות, שם. וכן ראה שו"ת הריב"ש, סימן שעא.

<sup>124</sup> תוספות לכתובות כז ע"ב, ד"ה אמר ליה.

<sup>125</sup> חכמת מנות, על התוספות לכתובות שם.

<sup>126</sup> רמב"ם, הלכות עדות, פרק ג, הלכה יב. ראה למעלה, ליד ציון הערה 89.

<sup>127</sup> טור, חושן משפט, סימן כח, סעיף י. וראה שי למורא, שם, דף קד, טור ב, שאין הכרח מדברי התוספות לצרף את שתי הדרישות גם יחד. והוא תמה על הבית יוסף שביסס את דברי הטור על התוספות, וראה חידושי מהרי"א"ל (ר' יצחק אלמידה), שבסוף ספר שני המאורות הגדולים, סימן יח.

<sup>128</sup> מחכמי סאלוניקי: תלמידם של ר' אברהם די בוטון ור' אהרן ששון; נפטר בשנת תי"ב (1652) בערך.

<sup>129</sup> שי למורא, התשובות על טור חושן משפט, הלכות עדות, סימן ד.

<sup>130</sup> וראה דיונו של ר' שבתי יונה שם, ד"ה אמנם, בהבנת החובה או הרשות להביא עדים אחרים.

## אלים בהליך השיפוטי

לפי שיטת הטור והגהת הרמ"א, צריך שיהא ידוע שהלה אלם, וגם צריך להוכיח שהעדים מסרבים להעיד משום שהם יראים ממנו<sup>131</sup>. וזה לשון השולחן ערוך<sup>132</sup>: 'וכל מי שיש לו ראי' בעדי' מטפל בהם להביאם לב"ד. ואם ידעו ב"ד שבעל דינו אלם וטען התוכע שהעדים מפחדים מבעל דינו לבא להעיד (ויש הוכחה לדבריו) הרי ב"ד כופין את בעל דינו שיביא הוא העדים וכן כל כיוצא בדבר' אלו דנין בהם לאלם'.

הרחבה מעניינת של הלכת מרי בר איסק נעשתה על יד בית הדין הרבני בתל-אביב. מדובר בתביעת גירושין שהגיש בעל נגד אשתו מחמת מחלת האישה. בית הדין פסק, שאף על פי שחובת ההוכחה מוטלת על הבעל, מאחר שאין דרך להוכיח את טענותיו אלא על ידי בדיקת האישה, ומשום שהיא מנעה מן הרופאים שיעידו על מחלתה, לכן בית הדין מטיל על האישה את חובת ההוכחה. וזה לשון פסק הדין<sup>133</sup>: 'זאת ועוד, מוצא ביה"ד שיש להטיל חובת ההוכחה על האשה. אמרינן בבבא מציעא דף לט ע"ב דאם המוחזק גברא אלימא שהעדים יראים להעיד נגדו, על המוחזק להביא ראיה, ע"ש. וכן מבואר בחושן משפט סימן כח ס"ח... בנידוננו הרי ידוע לב"ד שהאשה מנעה את עדותו של פרופ' היילפרין (ראה מכתבו בתיק מיום 25 אוקטובר 64) וכן את ד"ר וורברט. לכן ביה"ד מוצא שהאשה תיבדק בביה"ח תל-השומר במחלקה נוירולוגית, ועל התוצאות יעידו הרופאים לפנינו'.

## ב. השבעת העד על אמיתות דבריו

דרך חדשה להתגבר על החשש שישקר העד בעדותו מפחד האלם, אנו מוצאים בתשובת הריב"ש, ר' יצחק בר ששת ברפ"ט<sup>134</sup>. כשהוא דן בהשבעת העד, קובע הריב"ש שאף על פי שמצד הדין אין להשביע את העד על אמיתות דבריו<sup>135</sup>, מנהג מקומו הוא להשביע את העד. והסברו למנהג זה הוא שהשבועה באה כדי שלא יחניפו העדים לנאשם, ושגם העדים עצמם מעוניינים שתוטל עליהם שבועה, כדי שיוכלו 'להצטדק' בפני הנאשם שהיו 'מוכרחים' להעיד האמת. וכך כותב הריב"ש<sup>136</sup>: 'ואנו בכאן נוהגין להשביע העדים בקבלת עדות כנגד מי שנחשד על עברה לבד, פן יכבשו עדותם להחניף הנחשד, ועל מה שראו יאמרו לא ראו; וגם העדים עצמם חפצים בזה להיות להם פתחון פה עם הנחשד שמעידים כנגדו לומר: "השבועה הכריחתנו להעיד האמת"'. והוא מביא ראיה לדבר מן המעשה במרי בר איסק<sup>137</sup>. אמנם, כבר קודם לזמנו היה מקובל להטיל חרם על מי שיודע עדות אלא שהוא חושש להעיד מפחדו של בעל הדין<sup>138</sup>. ואולם חידושו של הריב"ש הוא שיש להשביע את העד שהוא מעיד אמת.

<sup>131</sup> וראה תפארת יעקב (לר"י גזונדהייט), על שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כח, סעיף ה, אות יח, שמשיג על הלכה זו.

<sup>132</sup> שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כח, סעיף ה.

<sup>133</sup> פסקי דין רבניים, כרך ז, עמ' 224.

<sup>134</sup> נולד בברצלונה, ועקב רדיפות שנת קנ"א נמלט לאלג'יר ונתמנה שם לרב; פ"ו (1326) - קס"ח (1407).

<sup>135</sup> ראה על כך להלן, שער שישי, עדות בשבועה, ליד ציון הערה 104.

<sup>136</sup> שו"ת הריב"ש, סימן קע.

<sup>137</sup> ראה להלן, שער שישי, עדות בשבועה, ליד ציון הערה 259. ושם, ליד ציון הערה 265, הערתי כי הראיה ממרי בר איסק באה להסיר את השאלה: מה התועלת בשבועה, אם הוא חשוד לכבוש עדותו? שהוא מביא ראיה לכך מסוגיית מרי בר איסק, שאף על פי שהוא חשוד לכבוש עדותו, אינו חשוד להעיד שקר.

<sup>138</sup> לא נעמוד כאן על התפתחותה של דרך זו. וראה להלן, שער שישי, עדות בשבועה, פרק חמישי, חרם כתחליף

## אלימות כלפי העדים

ובעניין הטלת חרם על העדים שיבואו ויעידו, מסביר הרשב"ץ, ר' שמעון בן צמח<sup>139</sup>:  
 'ולענין<sup>140</sup> מה שרצית לדעת ממני מאין נתחייבו כ"ד להחרים בבית הכנסת, ומאין שהצבור  
 חייבין על זה... ודאי שכן כתבתי, לפי שהשואל כתב בשאלתו שיש עדים יודעים עדות זו  
 ומפני היראה או מפני הכבוד הם נמנעים מלהעיד, והיו אומרים שאם יחרימו בבית הכנסת  
 יבואו ויעידו, על כן כתבתי כן. ובהמשך דבריו הוא מסתמך על סוגיית מרי בר איסק.  
 נראה שהטלת חרם הייתה נפוצה עד כדי כך שהרשב"ץ<sup>141</sup> מקשה על פסקו של רב חסדא  
 בעניינו של מרי בר איסק, ושואל מדוע חייבו להביא עדים ולא גזר הדיין בבית הכנסת  
 בשבועה שכל מי שיודע עדות שיבוא ויעיד<sup>142</sup>? 'ואם כן למה היה לרב חסדא להכנס בכל  
 זאת ולגזור גזירה חדשה, מאחר שמצא רגלא בקל לסלק ידי האלם עד שיעידו?'

## ג. הגדת עדות שלא בפני בעל הדין

כלל בסיסי הוא שהעדות צריכה להינתן בפני בעל הדין<sup>143</sup>. אבל דרישה זו עלולה להרתיע  
 עדים מלהעיד כלל או עלולה לגרום לשינוי תוכן העדות. מצד שני, ויתור על דרישה זו  
 עלול להביא לאבדן יתרון חשוב הנובע מנוכחות בעל הדין, והוא שיירתע העד מלהעיד  
 שקר מחשש שיבחין בעל הדין שהוא משקר<sup>144</sup>. ואף על פי כן, אנו מוצאים שכשיש בעל דין  
 אלם, הותר לעד להעיד שלא בפניו.

מהרי"א, ר' ישראל איסרליין<sup>145</sup>, הציע דרך שתימנע את פגיעתם של אלמים בהליכי  
 המשפט. בתשובה שהשיב מהרי"א לנכבדי ופרנסי נירנברג<sup>146</sup> פסק, כי מאחר שהם  
 חוששים להעיד מאימתו של אחד מתושבי העיר, יכתבו את עדותם כל אחד בפני עצמו מה  
 שידוע לו. כך לא יידע בעל הדין מי הם העדים שהעידו נגדו.

וזה לשון התשובה: 'שלומכם יסגא לחדא [=ירבה מאד], אהוביי נכבדי ופרנסי  
 נורנבר"ק. הנה אהוביי, זעקת מהר"ד יצ"ו גדלה על ההוא גברא הדר [=על אותו אדם  
 הגר] עמכם, וקצת ניכרים דברים דברי אמת, והנה ידוע שאימת אותו גברא מוטלת עליכם,  
 לכן הנני גוזר עליכם בתוקף גזרתי ב"ואם לא יגיד" שכל אחד מכם יגיד לו ולהבא מכתו  
 [=ולבא כוחו] כל אשר ידוע לכם מזכותו, ותכתבו לו עדותכם ביחידי כל אחד בפני עצמו

לשבועת העדות. והשווה גם פני משה(כנבנשתי), חלק ב, סימן סא, בעניין מי שנשבע שלא יטפל בצורכי  
 ציבור ועתה מבקש להתמנות לתפקיד ציבורי, והוא אלם, והעדים חוששים להעיד שנשבע שלא יתעסק בצרכי  
 ציבור, והמשיב דן בהטלת חרם על העדים לבוא ולהעיד על שבועתו של האלם.

<sup>139</sup> מגדולי חכמי ישראל באלג'יר: קכ"א (1361) - ר"ד (1444).

<sup>140</sup> תשב"ץ, חלק ב, סימן יט.

<sup>141</sup> מגדולי חכמי פולין: ר"ע (1510) - של"ד (1573).

<sup>142</sup> ים של שלמה לכתובות, פרק ב, סימן נב.

<sup>143</sup> ראה נ' רקובר, 'פרקים בסדרי הדין הפלילי', הפרקליט יח (תשכ"ב), עמ' 264-272, 306-330, בעמ' 312.

<sup>144</sup> ראה להלן, ליד ציון הערה 208, בדברי ר' שלמה לוריא, וכן ראה שו"ת מהרי"ק, סימן קיז (דף סד, טור ב);  
 לכוש עיר שושן, הלכות עדות, סימן כח, סעיף טו; שו"ת מהר"ם די בוטון, סימן יט ('אבל שלא בפני בעל דין  
 לא יכול לקנוס, דמה שנתאמת בשכלו הדבר מפני שלא היה בעל דין לפניו, שאם היה שם בעל דין אפשר שלא  
 יתאמת'); ערוך השולחן, חושן משפט, סימן כח, סעיף כ; עין משפט, על חושן משפט, סימן כח, סעיף טו; שו"ת  
 יביע אומר, חלק א, יורה דעה, סימן א, אות יג.

<sup>145</sup> מגדולי הפוסקים באשכנז: ק"ן (1390) בערך - ר"ך (1460).

<sup>146</sup> תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן קעה.

## אלים בהליך השיפוטי

מה שידוע לו... ובנידון דידן נמי [=ובענייננו גם כן], כיון דידעינן [=שאנו יודעים] שיתעכב קבלת העדות על ידי כחות ואלימות אם יודע לו - מקבלין שלא בפניו...'

מהרי"א מבסס בתשובתו את ההיתר שנתן להגדת העדות שלא בפני בעל דין. כדי לעמוד על משמעות דבריו נביא את הסוגיה במסכת בבא קמא<sup>147</sup>, שעניינה היתר הגדת עדות שלא בפני בעל דין: 'אמר רב אשי אמר רב שבתאי: "מקבלין עדים שלא בפני בעל דין". תהי בה ר' יוחנן: "וכי מקבלין עדים שלא בפני בעל דין?" קבלה מיניה ר' יוסי בר חנינא, כגון שהיה הוא חולה או עדי חולים או שהיו עדיו מבקשין לילך למדינת הים ושלחו<sup>148</sup> לו ולא בא'. הכלל האומר שהגדת עדות צריכה שתהיה בפני בעל דין דווקא, יש לו אפוא חריגים אחדים. הכלל וחריגיו הובאו בהרמב"ם בלשון זו<sup>149</sup>: 'גם בדיני ממונות אין מקבלין עדות אלא בפני בעל דין. אם היה בעל דין חולה או שהיו העדים מבקשים לילך למדינת הים ושלחו לבעל דין ולא בא - הרי אלו מקבלין עדים שלא בפניו'.

על יסוד סוגיה זו, הכשיר הראב"ן, ר' אליעזר בר' נתן<sup>150</sup>, בדיעבד עדות שניתנה שלא בפני בעל דין, אף בלא אונס. ועל יסוד דברים אלה מבסס מהרי"א את דבריו: 'ואל תתמה על שאני מזקיק אתכם להעיד שלא בפני בעל דין, כי ראב"ן כתב<sup>151</sup> מדקבלת עדות כשר לכתחילה שלא בפני בעל דין מחמת אונס, שמע מינה דביעבד כשר בלא אונס<sup>152</sup>. וגם כתב דאם אין שהות להמתין עליו מקבלינן, אלמא מקילינן [=אנו מקילים] בדבר היכא דאיכא צד וטעם; ובנידון דידן נמי כיון דידעינן שיתעכב קבלת העדות על ידי כחות ואלימות אם יודע לו - מקבלין שלא בפניו<sup>153</sup>'.

זאת ועוד, מהרי"א אומר בסוף תשובתו: 'ואף כי עיקרן אינו אלא לברר אמיתות הדברים לפי אומדנות מוכחות'. כלומר, זוהי סיבה נוספת להתיר את הגדת העדות שלא בפני בעל דין, משום שאין כאן צורך בעדות ממש, אלא שייחתכו הדברים על פי אומדנות מוכחות<sup>154</sup>.

<sup>147</sup> בבא קמא קיב ע"ב.

<sup>148</sup> ויש גורסים: 'או שלחו'. וראה תוספות לבבא קמא שם, ד"ה ושלחו לו, ולהלן, הערה 153.

<sup>149</sup> רמב"ם, הלכות עדות, פרק ג, הלכה יא.

<sup>150</sup> מבעלי התוספות הראשונים באשכנז; ד"א תת"ן (1090) - ד"א תתק"ל (1170) בערך.

<sup>151</sup> ראה מרדכי לבבא קמא, פרק י, סימן קמז, בסופו.

<sup>152</sup> הסבר לדברי הראב"ן אנו מוצאים בתשובה של הרמ"א, בה הוא מסביר לשואלו - ר' יהודה - 'בפשטי המרדכי (שו"ת הרמ"א, סימן ק, סעיף ב). הרמ"א מסביר שאין פירוש הדברים שחילקו חכמים בין לכתחילה לדיעבד, 'דלעולם אמרינן דלא חלקו חכמים בתקנתן, ואין חילוק בין דיעבד ללכתחילה: אלא דלגבי קבלת עדות שלא בפני בעל דין שהכשירו במקום אונס, ממילא דיעבד נמי כשר, דאין לך אונס גדול מזו, דאי אפשר לחזור ולקבל העדות [משום 'כיוון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד]', ובלא זו לא מקרי דיעבד; זהו סברת הראב"ן. וראה גם שו"ת מהרי"ק, סימן קיז, בהסברת דעת ראב"ן: 'מכל מקום מדחזינן הכא דכשר על ידי אונס, שמע מינה דלא חשו בו משום פסול עדות בדיעבד, דאי פסילנא ליה בדיעבד שלא בפני בעל דין, אם כן הוא הוי כמו חוכא ואטלולא שיכשירו, דאטו משום אונסו של מלוה יפסידו ללוה להוציא ממנו שלא כדין' וכו'.

<sup>153</sup> ר' שלמה לוריא, שו"ת מהרש"ל, סימן לג, בתשובתו המובאת להלן, סבור כי דבריו אמורים לפי הגרסה 'או שלחו' בסוגיית בבא קמא, ולא לפי הגרסה 'ושלחו' (ראה למעלה, הערה 148). והרמ"א והרש"ל (שו"ת הרמ"א, סימנים יב-יג) חולקים על הראב"ן. הרש"ל תמה על מהרי"א שהביא את דברי הראב"ן לפסק הלכה. 'ואולי לא סמך אדברי ראב"ן כל עיקר, אלא סמך קצת אמה [=על מה] שכתב בסוף התשובה, וז"ל: "ואף כי עיקרן אינה אלא לברר אמיתות הדברים לפי אומדנות מוכחות", עכ"ל. פירוש מכח זה היה מתיר לגבות שלא בפניו. וראה עוד בהמשך דבריו שם.

<sup>154</sup> וראה דברי מהרש"ל, המובאים בהערה 153.

## אלימות כלפי העדים

מהרי"א עסק בעניין זה גם בתשובה אחרת<sup>155</sup>, ושם דחה ראיות שמוכח לכאורה מן התלמוד שגם אצל אלם אין לקבל עדות שלא בפני בעל דין: 'כתבת שתלמוד ערוך הוא בפנינו בפרק המפקיד [=בסוגיית מרי בר איסק] דאין מקבלין עדות אפילו על האלם שלא בפניו'. ועל כך הוא משיג: 'נראה שהבנת הגמרא דהו עדים דחלי [=שהיו העדים פוחדים] רק להעיד בפניו, אבל שלא בפניו לא הו דחלי [=לא היו פוחדים]. והאי מלתא [=ודבר זה] לא בהוכחה ולא ברמיזה, לא בגמרא ולא בפירוש רש"י ולא בתוספות. אדרבה, בגמרא משמע להדיא שהאח אמר לרב חסדא בפני מרי דאית ליה סהדי דדחלי מיניה [=שיש לו עדים שפוחדים ממנו], ורש"י פירש: אותן עדים שבאו משם ומכירין בו מי הוא. הא קמן [=הרי לפנינו] דהוה ליה למרי [=שהיה לו למרי] להרגיש מי הן העדים שיעידו, ואפילו אם היו מעידים שלא בפניו היה מיצר ומציק להם. אבל לעולם היכא דלא דחלי [=במקום שאינם פוחדים] אלא להעיד בפניו דלא כל האלמים שווים, איכא למימר [=יש לומר] דגובין שלא בפניו'. כלומר, אין להסיק מסוגיית מרי בר איסק שאפילו באלם אין להעיד שלא בפניו, משום ששם לא הייתה דרך זו מעשית, ולכן לא נקטה רב חסדא.

כשאפשר להעיד שלא בפניו, סבור מהרי"א שעדיף לעשות כן מלחייב את הנתבע להביא את העדים בניגוד להלכה הנלמדת מן המקרא, האומרת ש'המוציא מחבירו - עליו הראיה'. מהרי"א מדגיש כאן שהעדיפות להעיד שלא בפניו היא משום שההלכה 'המוציא מחבירו - עליו הראיה' היא מן המקרא, ואילו הרש"ל<sup>156</sup> אומר שחיוב הנתבע להביא את העדים הוא נגד הסברא והדין<sup>157</sup>.

הרמ"א, ר' משה איסרליש<sup>158</sup>, מביא ב'דרכי משה'<sup>159</sup> את דברי מהרי"א שבמקום ש'העדים יראים מלהגיד לו בפניו, יגידו שלא בפניו, ואחר כך הוא מקשה מסוגיית מרי בר איסק, שעולה ממנה לכאורה שאף אצל אלם אין להעיד שלא בפניו - כפי שראינו בתשובת מהרי"א. אבל בתירוץ הוא מסכים לדעת מהרי"א רק במקצת. הוא מתרץ - כפי שתירץ מהרי"א - ש'אפשר דשם היו יראים להגיד אפילו שלא בפניו'. אבל בהמשך הוא נוטה משיטת מהרי"א: מהרי"א אמר, שאם אין העדים יראים להעיד שלא בפניו, ראוי שיעידו שלא בפניו, ועדיף לעשות כן מלהטיל על הנתבע שיביא עדים, ואילו הרמ"א נוקט דרך הפוכה. בתירוץ שני על הראיה מסוגיית מרי בר איסק, הוא אומר: 'אי נמי, דאם אפשר לכוף האלם שהוא יביא העדים - עדיף טפי'.

וכך פוסק הרמ"א גם בהגהותיו לשולחן ערוך. הרמ"א מביא תחילה את פסק המהרי"א להלכה. על דברי המחבר בשולחן ערוך<sup>160</sup>, הכותב 'אין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין, ואם קבלו - אין דנין על פיו', מוסיף הרמ"א<sup>161</sup>: 'ויש חולקין ואומרים דאם נתקבל העדות שלא בפניו - כשר בדיעבד, ולכן אם הבעל דין הוא אלם והעדים יראים להגיד בפניו, מקבלין העדות שלא בפניו ודנין על פיו'<sup>162</sup>. ולאחר מכן הוא מאמץ את שיטתו להעדיף לכוף

<sup>155</sup> תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן קעו.

<sup>156</sup> ים של שלמה, כתובות, פרק ב, סימן נב.

<sup>157</sup> וראה להלן, ליד ציון הערה 170.

<sup>158</sup> ראה עליו למעלה, הערה 33.

<sup>159</sup> דרכי משה, לטור, חושן משפט, סימן כח, אות ט.

<sup>160</sup> שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כח, סעיף טו.

<sup>161</sup> הגהת הרמ"א לשולחן ערוך, שם.

<sup>162</sup> וראה גם שו"ת בנימין זאב, סימן רמט, בעניין מי 'שגיוז ואיים', שהתיר לקבל עדות שלא בפניו, על סמך

## אלים בהליך השיפוטי

את בעל הדין להביא את העדים, מלהעיד שלא בפניו: 'מיהו אם אפשר לכופ האלם, כדרך שנתבאר לעיל סימן זה סעיף ה' - עדיף טפי [=טוב יותר]'<sup>163</sup>.

מלשון הרמ"א 'ויש חולקין... ולכן אם הבעל דין הוא אלם... מקבלין העדות שלא בפניו', אנו שומעים שההיתר תלוי בדעה המתירה בדיעבד עדות שניתנה שלא בפני בעל דין. וכך אמנם דייק ר' חיים בנבנשת<sup>164</sup>, בעל 'כנסת הגדולה'<sup>165</sup>. אבל הרדב"ז<sup>166</sup> סבור<sup>167</sup> שאף לדעת מי שאומר שאין לקבל את העדות אפילו בדיעבד, אפשר באלם להעיד שלא בפניו אפילו לכתחילה<sup>168</sup>. ולפי שיטה זו שאלת קבלת עדות באלם שלא בפניו, לא תהיה תלויה במחלוקת אם בדיעבד העדות קבילה או לא, כפי שמשתקף מן הדעות בשולחן ערוך ובהגהת הרמ"א<sup>169</sup>.

בדרך שהלך מהרי"א, שהעדיף מתן עדות שלא בפני בעל דין מכפיית הנתבע להביא את העדים, הולך הרדב"ז, ר' דוד בן זמרא, אלא שטעמו של הרדב"ז שונה מטעמו של מהרי"א. מהרי"א הדגיש שמקורה של הלכת 'המוציא מחברו עליו הראיה' בתורה, ולעומתו הרדב"ז מטעים את דבריו בכך ש'כל העולם יודע' ש'המוציא מחברו עליו הראיה'. ודברים אלו קרובים יותר למה שהדגיש הרש"ל<sup>170</sup>, שהוראה זו היא נגד הסברא.

תשובתו של הרדב"ז<sup>171</sup> עוסקת בשאלה, האם אפשר לקבל עדות שלא בפני בעל דין כשבעל הדין הוא אלם, ו'אם יקראו לבעל הדין תתעכב העדות?' דעתו היא שבכגון זה לכולי עלמא, אף לדעת הסוברים שאם קיבלו עדות שלא בפני בעל דין אין מכריעין על פיה, יש לקבל לכתחילה את העדות שלא בפני בעל הדין, על יסוד סוגיית בבא קמא, שהבאנוה למעלה, בעניין 'היו עדיו מבקשין לילך למדינת הים', וכיוון שיש טעם ואמתלה שאם יבוא בעל דינו תתעכב העדות - מקבלין את העדות.

בתשובתו נזקק הרדב"ז גם לסוגיית מרי בר איסק, שלא פסק בה רב חסדא לקבל את העדות שלא בפני מרי בר איסק. ועל כך אומר הרדב"ז, שבאותו עניין לא הסכימו העדים לומר את העדות אף שלא בפני האלם. אבל אם היו מסכימים, היה רב חסדא מקבל את

פסקיהם של ראבי"ה וראב"ן המכשירים בדיעבד, 'ואפילו אליבא דריב"א כדהביא דבריו האשירי בקמא פרק הגזול בתרא, שפיר עדותן עדות וכאלו פשע על ידי גיזומו ואיומו'. וראה עוד שם בהמשך דבריו: 'ועוד מלתא דפשיטא היא לנו דכשידע שרוצים להעיד איים וגיוס, והוה ליה כאילו הודיעוהו הבית דין ושלחו לו ולא כא, דברצונו אינו בא לשמוע העדות, אם כן, לפי זה, מקבלין העדות שלא בפניו, והיינו בדיעבד כראבי"ה וראב"ן, דמכשירי כדלעיל, ונראה לעניות דעתי דאין לך "שלחו לו ולא בא" גדול מזה'.

<sup>163</sup> וראה ביאורי הגר"א לשולחן ערוך, חושן משפט, שם, ס"ק סט, שציין לסוגיית מרי בר איסק, 'שהוצרכו לכופ'.

<sup>164</sup> מגדולי חכמי טורקיה: שס"ג (1603) - תל"ג (1673).

<sup>165</sup> כנסת הגדולה, חושן משפט, סימן כח, הגהות הטור, אות עד.

<sup>166</sup> ראה עליו למעלה, הערה 21.

<sup>167</sup> ראה להלן, ליד ציון הערה 171.

<sup>168</sup> וראה ישמח לב, לר' חיים מנחם, חלק ב, חושן משפט, סימן יט, המבקש לפרש את דברי הרמ"א באופן שלא יחלקו על דברי הרדב"ז. משמעות המלה 'לכן', שבדברי הרמ"א, יכולה לדבריו להיות כך: מכיוון שמצינו מחלוקת בשאלה אם מועילה העדות בדיעבד, 'אם כן ממעטינן המחלוקת, דאף למאן דאמר דאף בדיעבד אינן דנים עפ"י אותו עדות, היינו היכא דלא היה בענין שום טעם, לא כן הכא דאיכא אמתלאה מכת דיראים להעיד בפניו, אליבא דכולי עלמא מקבלין אף לכתחילה'.

<sup>169</sup> וראה שו"ת יביע אומר, שצוין למעלה, בהערה 144.

<sup>170</sup> ראה למעלה, ליד ציון הערה 156.

<sup>171</sup> שו"ת הרדב"ז, חלק ו, סימן שני אלפים שכז.



## אלימות כלפי העדים

עדותם, 'ונח היה זה, מלומר למרי [בר איסק] שיביא הוא עדים שאין זה אחיו, דהא כולי עלמא ידעי [=שהרי כל העולם יודע] דהמוציא מחבירו עליו הראיה'<sup>172</sup>.

יש לתת את הדעת לכך שאנו מדברים בעדים החוששים להעיד מפני אדם אלם, ולא בעדים שיש חשש שישנו את עדותם מתוך חנופה לבעל הדין. עניין זה נדון בתשובתו של הריב"ש, ר' יצחק בר ששת<sup>173</sup>, שנשאל<sup>174</sup> על דיין הנוהג לקבל עדות שלא בפני בעל דין מחשש 'פן יחניפו לאחד מבעלי דינין אם יעידו בפניהם', והשיב הריב"ש: 'זה שלא כדין, והביא לראייה את סוגיית בבא קמא קיב ע"ב ואת פסקו של הרשב"א, שבדיעבד לא עשה ולא כלום. אבל הריב"ש מציע דרך אחרת להסרת החשש, והיא לחקור תחילה את העדים שלא בפני בעלי הדין, ואחר כך יעידו בפניהם, ואז יבושו מלהחניף לאיש. והריב"ש מעיד על עצמו ש'כן אני עושה לפעמים כשיש לחוש למה שאתה חושש'<sup>175</sup>.

כאמור, הריב"ש אינו מדבר באלם, ואילו היה מדובר באלם אפשר שהיה מתיר לקבל עדות שלא בפני בעל דין. אמנם כיוון שביסס את דבריו על כך שאף בדיעבד לא עשה ולא כלום, הרי שייטכן שהיה פוסק כך גם באלם<sup>176</sup>. אבל בתשובה אחרת<sup>177</sup> מפרש הריב"ש שבאלם אפשר לגבות עדות שלא בפניו, אם יש בזה 'צורך שעה'.

האם גם ב'דיני נפשות' אפשר שתינתן העדות שלא בפני בעל הדין, כאשר העדים חוששים מפני בעל הדין? דיון מפורט בעניין זה אנו מוצאים בתשובת הרמ"א<sup>178</sup> ובתשובת הרש"ל<sup>179</sup>.

נידון התשובות הללו לא היה ב'דיני נפשות' ממש, אלא בעניין שדימו אותו ל'נפשות', והוא דיון משפטי העלול לגרום לאישה להיאסר על בעלה<sup>180</sup>. המעשה, שגרר אחריו תשובות מגדולי הדור, היה בבעל שהגיש תביעה נגד אשתו שהייתה בתו של אחד מפרנסי העיר פראג. על יסוד עדויות, שניתנו שלא בפני האישה, בגדה האישה בבעלה. טענת הבעל הייתה שהעדויות ניתנה שלא בפני אשתו, מחמת החשש מאלמותו של חותנו, אבי האישה. העניין הובא לדיון אצל דייני קראקא, שאחד מהם היה הרמ"א. נתברר שהעליל הבעל עלילות שקר על אשתו. החותן, שביקש להשיב למשפחתו את שמה הטוב, חיזר אצל גדולי הדור וביקש את הסכמתם לפסק הדין של דייני קראקא. וכך אנו מוצאים גם תשובה של הרש"ל באותו עניין<sup>181</sup>, והוא מסכים להכריז בכל בתי הכנסיות שנמצאה האישה זכאית וכשרה וטהורה<sup>182</sup>.

<sup>172</sup> וראה ישמח לב, לר' חיים מנחם, חלק ב, חושן משפט, סימן יט.

<sup>173</sup> ראה עליו למעלה, הערה 134.

<sup>174</sup> שו"ת הריב"ש, סימן קעו.

<sup>175</sup> וראה ים של שלמה, בבא קמא, פרק י, סימן ת, המציע ללכת בדרכו של הריב"ש. והשווה דבריו של הרמ"ך, המובאים למעלה, ליד ציון הערה 104.

<sup>176</sup> ראה למעלה, ליד ציון הערה 165.

<sup>177</sup> שו"ת הריב"ש, סימן רלו (ראה להלן, ליד ציון הערה 158), וכן ראה שם, סימן תצט.

<sup>178</sup> ראה עליו למעלה, הערה 33.

<sup>179</sup> ראה עליו למעלה, הערה 141.

<sup>180</sup> וראה: שדי חמד, דברי חכמים, סימן עט: אוצר הפוסקים, על שולחן ערוך, אבן העזר, סימן יא, סעיף ד, אות נח: ש' שילה, 'קבלת עדות שלא בפני בעל דין בענייני אישות', שנתון המשפט העברי ה (תשל"ח), עמ' 321-359.

<sup>181</sup> שו"ת מהרש"ל, סימן לג = שו"ת הרמ"א, סימן יג.

<sup>182</sup> על פרטי המעשה, ראה א' ויו, 'הרמ"א כפוסק ומכריע', הדרום כה (ניסן תשכ"ז), עמ' 211-219.

## אלים בהליך השיפוטי

נחזור לענייננו. מדוע עניין זה דומה לדיני נפשות? בתשובת הרמ"א<sup>183</sup> נאמר שעדות כזו, בעניין הפקעת אישה מבעלה, מצריכה דרישה וחקירה כבדיני נפשות, כמו שכתב הרא"ש בתשובתו<sup>184</sup>. אם כן, גם לענין קבלת עדות שלא בפניו, הוה דינו כדיני נפשות<sup>185</sup> (וכך פסק הרמ"א בשולחן ערוך אבן העזר. על הלכת המחבר<sup>186</sup>: 'יש אומרים שאם באו עדים שאשת איש זינתה, צריכים דרישה וחקירה', הוסיף הרמ"א<sup>187</sup>: 'ואין לקבל העדות שלא בפניה ושלא בפני בעלה').

ומה הדין, אם כן, בדיני נפשות? 'שם - פשיטא דלא מהני [= שאין מועילה] עדות שלא בפניו, דכתיב [=שכתוב]: 'והועד בבעליו' (שמות כא, כט) - יבוא בעל השור ויעמוד על שורו'. וראיה לדבר מביא הרמ"א מן המעשה בינאי המלך, שהובא למעלה. ממעשה ינאי המלך מתברר, שאם עדות שלא בפניו כשרה בדיעבד בדיני נפשות, לא היה צריך להכריח את ינאי המלך להופיע למשפט, שהרי יש מצוות עשה: 'שום תשים עליך מלך' (דברים יז, טו). מצווה זו מעמידה את עניין התייצבות ינאי המלך לדין כעניין שבדיעבד, ואם כן מדוע הוכרח לבוא, והרי מטעם זה 'דקדק (ריב"ן) [ראב"ן]<sup>188</sup>, שעדות שלא בפניו כשר בדיעבד, מדכשר לכתחילה במקום שמקבלין שלא בפניו היכא דהיו עדים חולים או הולכים למדינת הים', ואם כן, מאחר ששלחו אחר ינאי, בוודאי אנו למדים שמן התורה כל עדות בדיני נפשות צריכה להיות בפני בעל דין, ואפילו בדיעבד - פסול.

זאת ועוד, הרמ"א אומר, שמן המעשה בינאי המלך אנו שומעים, שאפילו במקום אלם לא מגבינן [= אין גובין] עדות שלא בפניו בדיני נפשות, דאין לך אלם גדול מינאי מלכא דהוה מלך וקטל כולהו רבנן [= שהיה מלך והרג את כל החכמים], כמוזכר בקידושין<sup>189</sup>, ואפילו הכי לא רצה לגבות שלא בפניו. והוא הדין כאן בנידון דידן<sup>190</sup>. לדעת הרמ"א, היתרו של מהרי"א לגבות את העדות שלא בפני האלם אפילו לכתחילה, בשעה שחוששים מפניו, אינו אמור אלא בדיני ממונות, 'כמו שכתב שם בעצמו'<sup>191</sup>, מטעם 'הפקר בית דין הפקר'<sup>192</sup>.

183 שו"ת הרמ"א, סימן יב.

184 שו"ת הרא"ש, כלל מו, סימן א.

185 וראה על כך גם בתשובת הרש"ל, המובאת להלן, וכן ראה פסקי דין רבניים, כרך ה, עמ' 152, המשווה עדות כשאלה הנוגעת לזכותה של אישה לקבל גט, לעדות בעניין שהוא 'מעין נפשות'.

186 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן יא, סעיף ד.

187 הגהת הרמ"א על שולחן ערוך, שם.

188 ראה למעלה, דעתו של ראב"ן.

189 קידושין סו ע"א.

190 אבל ראה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן עב, הסבור שגם בדיני נפשות אפשר לקבל עדות שלא בפני בעל דין. וראה גם תשובותיו שם, סימן צב, ובמהדורא תניינא, אבן העזר, סימן קנא. ש' שילה, במאמרו הנזכר למעלה בהערה 180, עמ' 340-343, דן בתשובות אלו.

וראה עוד שו"ת ר' עקיבא איגר, סימנים צד, צט, שם דן כדברי הרשב"א, לפיהם האיסור מן התורה שלא לקבל עדות שלא בפני בעל דין הוא רק בדיני נפשות, וההשלכות הנובעות משיטה זו לשאלה למה יש לדמות איסור אישה על בעלה, לדיני ממונות או לדיני נפשות.

191 'ואם יש כת ביד חכמים מכח הפקר ב"ד הפקר לקנוס את האלם, להזיקו ראייה או לקבל עדות שלא בפניו לגבי ממון, וכי משום הכי יפקיעו איתתא של זה' (תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן קעו).

192 עניין דומה, של עדות על אישה שזינתה, שנגבתה שלא בפני האישה, בטענת פחד מאלמות, נדון בתשובתו של ר' אברהם בר' יוסף אלמליח [רב ואב בית דין בסאלי וברבאט שבמרוקו: נפטר בשנת תקפ"ג (1823)]: בשו"ת תקפו של יוסף, חלק א, סימן כ. אף הוא מדמה איסור אשת איש לדיני נפשות, שהרי מצריכים בזה דרישה

## אלימות כלפי העדים

יש לציין כי למרות דברי הרמ"א, פוסק בעל ערוך השולחן שבאלם אפשר לקבל עדות שלא בפני הבעל והאישה אפילו לכתחילה. והוא כותב כי כך הסכימו כמה מהגדולים<sup>193</sup>: 'ואם אי אפשר להעיד בפניהם [= בפני הבעל והאישה] מפני איזה סיבה, בדיעבד עדותן עדות, וכן אם יראים העדים להעיד בפניהם מקבלים לכתחילה שלא בפניהם. כן הסכימו כמה מהגדולים'.

יש להעיר שאין מדובר כאן בעשיית דין באלם מצד 'הוראת שעה', כשיש חשש שאם יצטרכו לדון בפניו אי אפשר יהיה לדונו כלל<sup>194</sup>. כשיש צורך ב'הוראת שעה', יהיה מותר לדון את האלם אף שלא בפניו. כך פסק הרא"ש<sup>195</sup> בעניינו של מי 'שנתפרסם עליו שהוא מלשין ליחידים מישראל ולקהל לאנסין, והוא מגזם בכל יום תמיד שילך ויאמר לאנסין על אנשים יחידים וקהלות מישראל דברים שיוכל להגיע להם מחמתם נזק בגופם או בממונם, והקהל מתייראין מהאיש הזה עד מאד'. לאחר שהרא"ש מברר את דינו של 'רודף' ושל 'מוסר', הוא מסיק ש'רשות ביד כל אדם לענשו, ואין צריך לקבל עדות בפניו, ואף שלא בשעת מעשה, כשדנין עליו לענשו ביד עובד אלילים אין צריך לקבל עדות בפניו, כי הדבר ידוע מי שהוא מוחזק מסור ומלשין העובדי אלילים מקרבין אותו בשביל הנאתו, ואילו היה צריך לקבל העדות בפניו ולדרוש ולחקור בדינו, לעולם לא יעשה ממנו דין, כי ינצל ע"י עובדי אלילים, כי אפילו כשאינו בסכנה הוא מוסר יחידים ורבים, כל שכן כשיראה עצמו בסכנת גופו שימסור בעלילות שקר ויסכן לכל ישראל<sup>196</sup>.

הריב"ש, ר' יצחק בר ששת<sup>197</sup>, כשנשאל אם אפשר לקבל עדות שלא בפני הנאשם<sup>198</sup>,

וחקירה (כפי הנפסק בשולחן ערוך, וכדברי הרמ"א, שאין לקבל עדות על אישה שזינתה שלא בפניה; ראה למעלה, ליד ציון הערה 186). וכיוון שבדיני נפשות, וכך גם באיסור אשת איש, אין מועילה העדות אפילו בדיעבד, אם כן אף כשיש טענת פחד מאלמות, לא תועיל העדות. ולכן הוא מסיק: 'ומעתה האיסור שיצא מיד חזני תאפילאלת לאסור אשה על בעלה, בעדות שאמרו שבאו לפניהם ולא העידו בפני הבעל והאשה ושלא בדרישה וחקירה, הוא שלא כדן ושלא כשורה, ושגו ברואה פקו פליליה, ואין לסמוך על הוראתם ואיסורם'. לא זו אף זו, המשיב מורה לענוש את האוסרים ולסלקם ממשרתם: 'כלל העולה שהאשה הזאת בחזקת היתר עומדת והחזנים ראויים לענוש גדול ולסלקם מאומנותם עד שיחזרו בתשובה' (והשווה שו"ת הרא"ש, כלל מו, סימן א, ש'ראוי להעניש לכל מי שהיה באותה עצה וכאותו ועד לקבל עדות של לעז ופגם על אשה היושבת תחת בעלה שלא בפניה').

וראה בית המלך, לר' יוסף חסון [יליד סאלוניקי; עלה ארצה ושימש דיין בירושלים בבית דינו של בעל 'בתי כהונה'; נפטר בשנת תקכ"ב (1761)]: בקונטרס סוכת דוד, דף יז טור ג, תמה מדוע לא סייג הרמ"א גם בחושן משפט את ההלכה המתירה הגדת עדות באלם שלא בפני בעל דין, שאין הלכה זו אמורה אלא בדיני ממונות, ולא בדיני נפשות. ברם, בחושן משפט, הפנה הרמ"א למה 'שנתבאר באה"ע סימן יא סעיף ד, לענין שכשרוצים לענוש ולדון אחד מהם אין לקבל העדות אלא בפניו'.

<sup>193</sup> ערוך השולחן, אבן העזר, סימן יא, סעיף טו: וראה למעלה, הערה 190.

<sup>194</sup> ולכן אין סתירה בין תשובת הרמ"א לתשובת הריב"ש, סימן רלו, המובאת להלן, ושלא כדברי ר' חיים בנבנשת, בשו"ת בעי חיי, חושן משפט, חלק א, סימן רכח, שכתב שלא ראה [הרמ"א] תשובה זו של הריב"ש ז"ל, 'דמוכת מינה דבאלם ובעל זרוע מקבלין עדות שלא בפניו אפילו בדיני נפשות'.

<sup>195</sup> שו"ת הרא"ש, כלל יז, סימן א.

<sup>196</sup> וראה ים של שלמה, כתובות, פרק ב, סימן נב, המסתמך על דברי הרא"ש, אבל מוסיף שאין כל אדם רשאי לטעון שפלוני אלם, אלא רק אב בית דין שבעירו.

<sup>197</sup> ראה עליו למעלה, הערה 134.

<sup>198</sup> שו"ת ריב"ש, סימן רלו.

## אליהם בהליך השיפוט

קובע תחילה כי פסקו של הרא"ש אינו חל בעניין שלפניו, משום שלא הוחזק להיות מסור<sup>199</sup>, גם שאין נראה שיהיה גברא אלמא ואיש זרוע, ולזה [=ולכן] ראוי לקבל העדויות בפניו, אלא אם כן יראה בעיני הדיינים שיש סכנה כזה, שאז לצורך השעה יכולין בית דין לעשות שלא מן הדין, לעשות סייג לתורה, כהיא דשמעון בן שטח באשקלון.

דיני נפשות נתפרשו פירוש רחב והם כוללים גם ענישה שיש בה כדי לבייש אדם. מהר"ם די בוטון, ר' מאיר בר' אברהם די בוטון<sup>200</sup>, נשאל<sup>201</sup> על 'ממונים' שנידו אדם שהוחשד שהלשין אצל הגויים על מערכת השיפוט היהודית. מהר"ם די בוטון מבטל את כתב הנידוי לאחר שנתברר שנשמעה העדות שלא בפני החשוד. לדבריו, 'בנידון דידן דכדיני נפשות דמי, להחרים ולנדות ולבייש בן ברית בפרט איש מוחזק בכשרות וכבוד כנוכר בשאלה, ולהלבין פניו, דאזיל סומקא ואתי חיורא [=שהולך האדום ובא הלבן, כשמלבין את פניו], דכשפיכות דמים דמי, ודאי דאין העדות עדות לכולי עלמא'.

לא זו אף זו: גם כשקבלת העדות היא להפריש אדם מן האיסור, אבל הדבר כרוך בכושט ובפגם, ייחשב הדבר לעונש ואין לקבל עדות זו אלא בפניו<sup>202</sup>.

נחזור לתשובת הרמ"א. בנידונו ניתנה העדות שלא בפני האישה, לא מפחד מהאישה עצמה, אלא בגלל הפחד מאביה. וכאן עולה השאלה, האם הדין האומר שאפשר להעיד שלא בפני בעל דין אלם, חל גם כאשר האלם אינו בעל הדין עצמו, אלא מישהו ממשפחתו, כמו האב במקרה שלנו? האם תיגרע זכותה של הבת בשל אלמותו של האב? תשובתו של הרמ"א לשאלה זו היא שלילית: אין מקום לחשוש מאלמותו של האב. והראיה שהוא מביא לדעתו זו היא מדין גזלן לעניין חזקה, שהרי הגזלן עצמו אין לו חזקה אם החזיק בקרקע בלא מחאת הבעלים, משום שהבעלים חושש מפני הגזלן, ואף על פי כן יש חזקה לבנו של הגזלן, ואין אומרים שהבעלים פוחדים מפני אביו של המחזיק<sup>203</sup>.

שמה תאמר: יש להבחין בין דין החזקה, שאין המחאה פוגעת באב הגזלן האלם, לבין הנידון שלפניו, שהעדות כנגד האישה פוגעת גם באב האלם, משום שהפגם פוגם בכל המשפחה, ולכן יש מקום לפחד מפני האב האלם. על כך משיב הרמ"א שאין לומר כן, 'שאם כן אין לדבר סוף, שאין לך משפחה שאין בה מוכס'<sup>204</sup>, וכדומה לזה. כלומר, לא ייתכן להרחיב את דין האלם ולהחילו גם על בנו, שאם כן, מאחר שיש בכל משפחה מישהו שהוא אלם, אם כן, נתיר להעיד כל עדות שלא בפני בעל דין! ולכן מסקנת הרמ"א היא שאף אם

<sup>199</sup> ובעקבות הריב"ש, הולך ר' אהרן בר' חיים אברהם הכהן [מחשובי רבני סאלוניקי: נפטר בשנת תנ"ז (1797)], בתשובתו, שו"ת פרח מטה אהרן, סימן פח, ד"ה וחוזרני. תחילה הוא מעלה שיש צד לומר דכיון ששמעון מגזים לומר שהוא ימסרנו הרי הוא גברא אלמא, ובכהאי גוונא מקבלים עדים שלא בפני בעל דין. והוא מסתמך על פסקיהם של מהרי"א, הרא"ש והריב"ש, אבל לבסוף הוא קובע שכיון שכאן לא הוחזק מעולם שהוא 'מוסר' ממון יהודים לשרים, לכן 'מן הראוי לקבל העדות בפניו'. ובדרך דומה הולך גם מהר"ם די בוטון בתשובתו הנזכרת להלן, ליד ציון הערה 201.

<sup>200</sup> בנו של בעל הלחם משנה, ר' אברהם בן משה די בוטון.

<sup>201</sup> שו"ת מהר"ם די בוטון, סימן ח.

<sup>202</sup> ראה על כך באריכות בשדי חמד, דברי חכמים, סימן עט.

<sup>203</sup> והשווה שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתקטו: 'שאין הגזלן גוזל והורג על עסקי בנו'.

<sup>204</sup> השווה לשון הגמרא: 'אין לך משפחה שיש בה מוכס, שאין כולה מוכסין' (שבועות לט ע"א).

## אלימות כלפי העדים

היו הדברים כנים, שלא נגבתה העדות בנוכחות האישה משום אלמות אביה, מכל מקום לא הפסידה בתו את זכותה בגלל אביה.

טעמו הראשון של הרמ"א הוא כנראה עובדתי, היינו שאין מקום לפחד מפני קרוביו של בעל הדין, ואילו הטעם השני – 'שאם כן אין לדבר סוף' – הוא שאין לגרום הפסד לבעל דין שאינו אלם על ידי הגדת עדות שלא בפניו, בגלל בן משפחה אלם<sup>205</sup>.

הרש"ל חולק על כמה מן הטעמים של הרמ"א<sup>206</sup>. אשר להבחנה בין האלם עצמו לבין בנו, אומר הרש"ל: 'אין טעמא ברור לדבריהם כסיני, דמאי שנא הא מהא?!' ודין בנו של הגזולן לעניין חזקה אינו אמור אלא כשהחזיק בנו של הגזולן בנכס שלוש שנים לאחר מיתת האב הגזולן, 'שכבר חלף והלך לו אלמותו של האב'.

ולעניין ההבחנה בין החזקה, שאין האב האלם נפגע מן העדות, לבין פגם משפחה, שגם האב נפגע כתוצאה מן העדות, סבור הרש"ל כי אכן יש מקום להבחנה זו, ואף התורה הדגישה את פגמו של האב בגלל פגם בתו, 'שפגמה – פוגמתו, שהרי סוקלין אותה על פתח בית אביה לומר: "ראו גידולים שגידלתם", כל שכן בת כהן שתלויה בקדושה ועל כן יצאה להחמיר ולידון בשריפה, שיהא בה שייך דין אלם'.

אלא שנתלה הרש"ל בטעם אחר: אף אם יש מקום לפחד מפני האב האלם, לא ייתכן שתיגרע זכותה של הבת בגלל אביה: 'אלא שתמה אני על הגאונים, איך הושבו חכמים אחר, והיה להם להשיב: גהי דהוי אלם, מכל מקום "אבות יאכלו בוסר" וגו' [ושיני בנים תקהינה]?!'. והוא מוכיח שמקור הדין המתיר גביית עדות שלא בפני האלם הוא במעשה מרי בר איסק, וסיבתו משום קנס, ואין לקנוס את הבת בגלל אביה: 'הלא עיקר דינא דגבינן עדות שלא בפני אלם, היינו מקור חוצבו מהאי עובדא דמרי בר איסק... משמע דמקילינן גבי אלם למעבד ליה נגד דת תורתנו, והוא הדין למגבי עדות שלא בפניו... אלמא דעיקר דינא דאלם משום קנסא, ואם כן אי קנסינן ליה לאב, למה נקנוס לבניו. וכזו לא אשכחן [=וכזו לא מצאנו] לא בתורה ולא במשנה ולא בתלמוד'<sup>207</sup>.

<sup>205</sup> טעם נוסף שנותן הרמ"א – אף הוא נוגע לעובדות – הוא, ש'ברור לנו שכזמן שנגבה עדות זו, היה צד פלוני המושלים וראשי פראג, והיו יכולים לגבות עדות בפניו' [והשווה גם תשובת הרש"ל, סימן לג: 'ועוד דברור לנו שכזמן שנגבה עדות זו היה צד אליצור (=שם בדוי, כמו שאר השמות בתשובה זו) המושלים וראשי הקהילה, והיו יכולין לגבות עדותן לפניו]. ועוד טעם: שלושה אנשים התרו בכעל שאם יש לו עדות יגבו את העדות בפני האישה, והם מוכנים לדון בעניין ואינם יראים מפני איש, ומאחר שלא עשה כן, אין מקום לסענתו שגבה עדותו שלא בפניה מחמת אלמותו של האב.

ועוד, שמאחר שהיה יכול לגבות את העדות בפניה של האישה לפני אותם שהסכימו לשבת בדין, ולא רצה לעשות כן, אם כן הרי זה כאילו בא לגבות עדות שלא בפניה לכתחילה, ואף (הריב"ן) [הראב"ן] לא התיר אלא בדיעבד, ואילו כאן אין הדבר נקרא בדיעבד, מאחר שהיה יכול לתקן קודם שבא לבית דין, וכל שכן, שמקרה זה הוא כדני נפשות, ופסול אף בדיעבד, כמבואר למעלה.

<sup>206</sup> שו"ת מהרש"ל, סימן לג = שו"ת הרמ"א, סימן יג.

<sup>207</sup> אמנם כשמשינים את סדרי הדיון שלא בתורת קנס, יש להתחשב גם בעובדה שבן משפחה הוא אלם, אף שבעל הדין עצמו אינו אלם. כך כתב בשו"ת השיב משה, סימן ד, דרך ג, נתיב יז, ש'בשלמא בהא דמקבלין עדות שלא בפניה, שהוא שלא כדת של תורה, שפיר צריך לומר שהוא משום קנס, מה שאין כן בהא דמוציאין לדון בעיר אחרת, דתורה אחת לכולנו, ואין בזה משום העברת הדת, רק שיצא הדבר לאמיתו, אם כן ודאי דגם לבתו מוציאין לדון בעיר אחרת ויתרו בה הבית דין מעיר אחרת שתבא לפני הכית דין ויעידו העדים בפניה (ולא יודיעו מי הם העדים שרוצים להעיד) וכודאי אלם אלמותיה קעכיד [=האלם עושה את אלמותו] ויאמר: הרי יש

## אלים בהליך השיפוטי

[בסוף תשובתו הרש"ל דן בשאלת מעניינת: כיוון שהעדות נגד האישה יש לה נפקות גם לגבי הבעל, שמפקיעים ממנו את אשתו, שמא מועילה הסכמתו של הבעל שתתקבל העדות שלא בפני האישה. הרש"ל דוחה את הדעה הזו משני טעמים: חדא, כיוון שאין אדם משים עצמו רשע על פי עדות עצמו, 'אם כן איך נשים אותה רשעה שלא בפניה, וקל וחומר לפוסלה ולפוגמה, ואין חילוק בזה שהוגבה בפני הבעל, שהרי הוא בא לחוב לה ולפוסלה, ואף אם יבא בעל דין לחלוק ולומר שהוגבה לחובתו, מכל מקום אינו מועיל לפוסלה, נהי דחוב לו שיוציאה מביתו, מכל מקום הוא אינו נפסל ונעשה רשע, ואם כן איך יועיל אותו הקבלה לעשותה רשעה ולפוסלה.]

ועוד, ש'עיקר הטעם שאין מקבלין העדות אלא בפני בעל דינו, היינו משום שלא יוכלו להעיד כל כך בפניו שהוא ידע בשקרייהו [=כיוון שהוא יודע את שקריהם]<sup>208</sup>, ולכן גם מסיבה זו לא תועיל הסכמת הבעל].

בדעה שיש להתחשב אף באלמותו של האב ולגבות עדות הנוגעת לבן שלא בפניו, מחזיק גם ר' נפתלי הירץ, אב"ד בריסק<sup>209</sup>, בתשובתו<sup>210</sup>. הראיה שהביאו מחזקה בבנו של גזלן אינה ראיה, משום ששם האב כבר אינו בחיים, אבל אם האב עדיין חי, ויש חשש שאם יוציא המערער את הקרקע מן הבן, יתנכל לו האב האלם - פשיטא שאין לבן הגזלן חזקה. הרמ"א, נאמן לדרכו, פסק להלכה בהגהותיו על הטור, שבבן הגזלן יש חזקה אף אם האב חי. על הלכות הטור בעניין חזקה בבנו של גזלן<sup>211</sup>, כותב הרמ"א ב'דרכי משה'<sup>212</sup>: 'אפילו היה אביהן חי יש לבנים חזקה. כן מוכח בהדיא מתשובת מהר"ם שהביא המרדכי פ' חזקת, ולא אמרינן בבן גזלן דמשום יראת אב ירא למחות בבנו. וכן מוכח בסנהדרין כ"ג [=פרק כהן גדול] גבי אין דנין את המלך, דהא לא אמרינן, ופשוט הוא. אבל לפי שראיתי ב' חכמים גדולים טעו בזה ופסקו לדינא דלבן גזלן אין לו חזקה אלא אחר מיתת אביו, כתבתי זה. וכבר הארכתי בתשובה בס"ד'.

הסמ"ע<sup>213</sup> מביא את דעתו זו של הרמ"א ופסק להלכה על פיה. בעקבותיו הולך גם ר' חיים הכהן רפפורט<sup>214</sup>, שנשאל<sup>215</sup> בדבר גביית עדות שנעשתה שלא בפני שוחט, לא בגלל החשש מן השוחט עצמו אלא בגלל הפסד אנשי סיעתו, ובלשונו: 'האלמות של צד שלו'. ופסק ש'לא שייך אלמות הצד של השוחט לגרוע זכותו של השוחט'.

## ד. עדות על קטטות שלא בפני הניצים

תקנה מיוחדת למניעת אלימות ניתקנה כבר בזמן קדום, בקשר לקטטות. התקנה קובעת

בית דין בעירי וכדומה, והרשעה תעמוד במרדה ותפשע ולא תרצה לבא, ואז יקבלו עדות שלא בפניה כדין וכדת, כן נראה לי בדרך עצה טובה.

<sup>208</sup> ראה גם ים של שלמה, בבא קמא, פרק י, סימן י: וכן ראה למעלה, ליד ציון הערה 144.

<sup>209</sup> ראה עליו בספר קריה נאמנה, עמ' 58. אבל ראה השגה על דברים אלה בספר עיר תהילה, עמ' 145-147, 151, 153.

<sup>210</sup> המובאת בשו"ת הרמ"א, סימן יד.

<sup>211</sup> טור, חושן משפט, סימן קנב.

<sup>212</sup> דרכי משה לטור, חושן משפט, שם ס"ק א.

<sup>213</sup> סמ"ע לשולחן ערוך, חושן משפט, סימן קנב, ס"ק א.

<sup>214</sup> כיהן כרב באוסטרהא שכרוסיה: נפטר בשנת ת"ר (1840).

<sup>215</sup> שו"ת מים חיים, חלק יורה דעה, סימן לא.

## אלימות כלפי העדים

שעדות הנוגעת לקטטות יש להעיד שלא בפני הנוגעים בדבר כדי שלא תגרום העדות לקטטה נוספת<sup>216</sup>.

וכך מביא ר' יהושע בועז<sup>217</sup> בשם 'תקנת הגאונים'<sup>218</sup>: 'תקנת הגאונים כשמקבלים עדות מקטטות, שאין לעדים להעיד בפני הבעלי דינים, כדי שלא יעשו זה את זה קטטות כשישמעו עדותן; וגם הדיינים לא יגלו עדותן שיקבלו לבעלי דינים, כדי שלא ילך בעל הריב אליו להתקוטט'.

אמנם נתפרשה תקנה זו פירוש מצמצם. הרמ"א, ר' משה איסרליש, מפרש שאין הכוונה בתקנה זו לדון דיון משפטי רגיל בין שני בעלי הדין, אלא היא נוגעת ליישוב סכסוך כשהמטרה היא 'להשקיט קטטות ומריבות' ו'לעשות שלום', ואז מותר לדבריו גם להטיל קנס. וזה לשונו<sup>219</sup>: 'ונראה דלא מיירי הג"ה זו אלא בדבר שדנין ב"ד כדי להשקיט קטטות ומריבות או משום לעשות שלום מותר לקבל עדות שלא בפני בע"ד ולקנוס החייב בדרך קנס, אבל לדון בין ב' בעלי דינים לא נראה שתיקנו בזו הגאונים לקבל עדות שלא כדין, ואם תיקנו לא נתפשטה תקנתן, ואין לסמוך בזה על דברי יחיד נגד כל הפוסקים וכן ג"ל'. ובהגותו לשולחן ערוך כתב<sup>220</sup>: 'יש אומרים דלא אמרו אין מקבלין עדות אלא בפני ב"ד, היינו בדיני ממונות, אבל בקטטות ומריבות שיש לחוש שאם יעידו בפניהם יתקוטטו עם עדים זה עם זה, תקנו הגאונים שמקבלים העדות שלא בפניהם גם לא יגלו מי הם העדים (הגהת מרדכי). ול"נ [=ולי נראה] דדוקא כשאין הב"ד רוצים לדון אחד מהם ע"פ הדין ולענוש<sup>221</sup> רק להשקיט הקטטה ולהורות כפי צורך המריבה, אבל כשרוצים לענוש ולדון אחד מהם אין לקבל העדות אלא בפניו, וכמו שנתבאר באבן העזר, סימן יא, סעיף ד'<sup>222</sup>. פרשנות המצמצמת עוד יותר את התקנה יש בדברי הרש"ל. לדבריו, אף אין לקנוס את הנוגעים בדבר, גם כאשר הטלת הקנס היא לשם עשיית שלום. אין התקנה עוסקת אלא רק ביישוב הקטטות בדרך של פשרה ופיוס, בלא זיקה כספית כלל, ובוודאי בלא זיקה עונשית<sup>223</sup>: 'ואף שיש טועין ומקבלין עדות שלא בפני בעל דין אפילו בעניין פסולין וגידופין, ואומרים משום דאיכא למיחש לקטטא, ותולין עצמן בהג"ה חדשה שנמצא סביב המרדכי בהאי פירקא, וז"ל: תקנת הגאונים כשמקבלין עדות מן הקטטות שאין לעדים להעיד בפני בעל דין כדי שלא יעשו זה עם זה קטטות כשישמעו, וגם הדיינים לא יגלו עדותן שיקבלו לבעלי דינים שלא ילך בעל ריב אליו להתקוטט, אבל על עסקי ממון מקבלין בפני בעל דין, עכ"ל. וחלילה שיעשו הגאונים תקנה זו שלא כדין תורה היא, דלא שייך

<sup>216</sup> ראה נ' רקובר, 'פרקים בסדרי הדין הפלילי' (למעלה, הערה 143), בעמ' 314.

<sup>217</sup> חכם תלמודי ממגורשי ספרד שחי באיטליה.

<sup>218</sup> שלטי גיבורים, על המרדכי, בבא קמא, פרק י, רמז קמז. וראה ח' טיקוצינסקי, תקנות הגאונים (תרגום לעברית: מ' חבצלת), ת"א-ירושלים תשכ"ב, עמ' 121.

<sup>219</sup> דרכי משה לטור, חושן משפט, סימן כח, אות ט.

<sup>220</sup> הגהת הרמ"א לשולחן ערוך, חושן משפט, סימן כח, סעיף טו.

<sup>221</sup> אבל בדרכי משה, ראה למעלה בהערה 219, אמר שאין התקנה אמורה אלא 'כדי להשקיט קטטות... ולקנוס החייב בדרך קנס'. וראה משפטים לישראל, ירושלים תשט"ז, עמ' צד, שמבקש להבחין בין קנס המשתלם לצד שכנגד, שהוא נחשב לעונש ואין להטילו אלא בעדות שכפני בעל הדין, לבין קנס המשתלם לדבר מצווה, שעל ידי כך הוא מתרצה להתפייס עם יריבו, ואפשר להטילו בעדות שלא בפני בעל הדין.

<sup>222</sup> ראה למעלה, ליד ציון הערה 187.

<sup>223</sup> שו"ת מהרש"ל, סימן יא. וכן הוא בים של שלמה, בבא קמא, פרק י, סימן ח.

## אלים בהליך השיפוטי

הפקר ב"ד הפקר כגון בממון, ועוד הלא כתב אבל על עסקי ממון מקבלין דוקא בפני בעל דין, וכ"ש שאר עניינים החמורים, ועוד אין לך קטטות יותר מזה אם תבא אחר כך לחתוך הדין על פי אותם העדות, אלא איירי בדין שבא לישב ולדין דברי ריבות וקטטות בין איש לחבירו או בין משפחה למשפחה בעניין ריב שאין בו דדרא דממונא וכ"ש שאין בו דברים האוסרים והפוסלים, אלא על ענייני חרופים וגידופים בית' ריב מצה והירהור הלשון, אז יכול הדין לגבות העדות לראות מי הפושע וכדי שידע באיך ומה לפשר הענין ומי יחויב בדין יותר צריך יותר לבקר את חבירו ולפייסו כדי להשקיט הריב אבל לא בעניין אחר כלל.

## פרק חמישי

## סיכום

במחקרנו זה באנו להצביע על עניין אחד הנוגע להתמודדות המשפט עם תופעת האלם, והוא מעמד האלם בהליך השיפוטי.

בדיקת הנושא הראתה לנו כי שכלולם של סדרי הדין במשפט העברי אינו מתבטא רק בסדרים הרגילים של המשפט<sup>224</sup>, אלא גם בהתמודדות של שופטי ישראל עם התופעות החריגות, כשהאלם משמש דוגמה טובה לעניין זה. דומה, כי גמישותו של המשפט העברי, שבאה לידי ביטוי בדין המהותי, בחופש הרב הניתן לשופט במסגרת דיני הראיות, ובהתאמתם של הדינים למקרה המסוים הנדון במשפט, משתקפת גם בסדרי הדין.

סדר הדין, עניינו לקיים סדר בדין, אבל יש שהשופט מקלקל את השורה ומפר את הסדר הקבוע, בלא שיסכל סדר הדין את עשיית הדין, אלא יאפשר עשיית דין גם עם מפירי סדר. יש שקביעת סדר הדין באלם מביאה לא רק לידי התאמת ההליך השיפוטי למקרה המסוים, אלא אפשר גם שתפגע ה'התאמה' בזכויותיו של האלם. אבל ראינו שהיו חכמים שלא נרתעו מזה, ואמרו שכיוון שהאלם הוא שגרם, על ידי התנהגותו, להחלת סדר דין המפלה אותו לרעה, יישא הוא בתוצאות, שהרי הוא יכול להיטיב את דרכיו, ועל ידי כך יחזור דינו להיות כשל שאר בני האדם, גם בסדרי ההליך השיפוטי.

האם הדין המיוחד החל על האלם נובע מהתאמת הדין, או שמא יש בו צד של הענשה? לעניין זה עשויה להיות משמעות כאשר האלם איננו בעל הדין, אלא מישהו מ'צדו' - אם מבני משפחתו או מקרוביו. במקרה זה, הייתכן להפלות את בעל הדין לרעה? וכי 'אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה'?! אף זו אחת השאלות שנתלבטו בה חכמים בהתמודדות עם תופעת האלימות.

<sup>224</sup> ראה עתה ספרו של א' שוחטמן, סדר הדין, ירושלים תשמ"ח.