

## גדרי אומדנה וחזקה בדיני נפשות במשפט העברי

מאת חיים שלמה חפץ

### מבוא

המגמה היסודית של דיני הראיות בשיטת המשפט העברי, כבשיטות משפט אחרות, מודרניות ועתיקות, היא לברר ולהוציא לאור את האמת העובדתית במידה המירבית האפשרית במסגרת הכללים והדינים המביעים השקפות ומושגים על צדק ויושר, טבע העולם וטיב האדם והחברה. חשיבות בירור והשגת האמת כיסוד ומטרה למערכת דיני הראיות הודגשה היטב במקרא. „ודרשת היטב, והנה אמת נכון הדבר“, מהווה הקדמה והנמקה לכלל הראיות היסודי „על פי שנים עדים או שלשה עדים יומת המת, לא יומת על פי עד אחד“<sup>1</sup>.

מגמת השגת האמת הפרתה את החשיבה המשפטית בתחום דיני הראיות בדרכים שונות ומגוונות במשך כל התקופות, החל בתקופת המקרא וכלה בימינו, ועדות לכוחה היוצר פזורה בצפיפות על פני ספרות ההלכה הענפה ומקדמת פני לומד מבין וחוקר מעמיק כמעט בכל מקום שיש בו מעיינו. היא משמשת בסיס משפטי להכשרה פסולי עדות לענינים מסוימים ולמטרות מסוימות<sup>2</sup>. אך באופן מיוחד, מבוסס עליה עקרון האומדנה המוכחת, דהיינו, הכרה בראיה נסיבתית חזקה כהוכחה כשרה, הנפוצה מאד בספרות המשפט העברי.

האבטיפוס לאומדנה המוכחת מתקופת המקרא הוא ללא ספק משפט שלמה המפורסם, בו נחתך הדין ללא עדים וללא ראיה מוחשית ברורה.

1 דברים י"ג, 4–6.

2. שו"ת הרשב"א, חלק ג', סימן ע"ד. ראה גם שו"ת הרשב"א המיוחסות, סימן ע"ד, שענינה הכשרת שטרות העולים בערכאות הגוים, בה מובלט עקרון ידיעת האמת. ואלה דבריו: „שערכאות לא מדין עדות הוכשרו אלא דחזקה דלא משקרי ולא מרעי בפשייתו; וכל שהלכו חכמים בדברים אלו על סמך האמת לא חילקו בין אחד לשנים, שכשהוכשר בעדות אשה פסולי עדות אפילו אשה אחת, אפילו עבד ואשה ואפילו כותי אחד הכשירו; דבעדות כשרים הוא דהצריכו שנים, ובדבר שסמכו בו על אמתת הנהוג, זה נראה דאפילו עד אחד כשר“.

תגובת העם והמקרא על כך: „וישמעו כל ישראל את המשפט אשר שפט המלך, וייראו מפני המלך, כי ראו כי חכמת אלקים בקרבו לעשות משפט”<sup>3</sup>, איננה משאירה מקום לפקפק כי הבסיס המשפטי להכשרת האומדנה המוכחת מונח בחובת השופט לשפוט בחכמה ובתבונה ולשקול היטב הטענות והראיות למען עשות צדק ומשפט אמת. לא לחינם הדגישה התורה בפי משה: „הבו לכם אנשים חכמים וגבונים וידועים לשבטיכם ואשימם בראשיכם... ואצוה את שופטיכם בעת ההיא לאמר: שמוע בין אחיכם ושפטתם צדק...”<sup>4</sup>.

ובתקופת המשנה והתלמוד המשיך רבי בנאה את מסורת משפט שלמה בחתכו משפט ירושה מכוח צוואה על פי התנהגות הצדדים ללא עדים וללא ראיה מוחשית ברורה.<sup>5</sup> וכך נהג גם מר זוטרא חסידא במקרה גניבה.<sup>6</sup> ובשבילי מסורת זו צועד הכלל התלמודי של דין מרומה, כפי שנוסח בברייתא<sup>7</sup>: „מנין לדיין שידוע בדין שהוא מרומה (= שלמד מתוך דברי העדים שאין עדותם אמת — רש"י), שלא יאמר הואיל והעדים מעידים אהתכנו ויהא קולר תלוי בצואר העדים, תלמוד לומר: מדבר שקר תרחק”. ואף הדינים בהם נקבע העקרון „דאולינן בתר אומדנא”, מספיקי מסורת זו הם.<sup>8</sup> על בסיס מוצק עומדים, איפוא, דברי רב האי גאון בסוף תקופת הגאונים בראשית המאה האחת עשרה: „ידוע בדיינים מעולם ללכת אחר אומדנה, ולדייק היטב לעולם אחר עיקר המעשים שלא יהיה בהם מרמה ועוול, וללכת אחר אמת המעשה, ולגלות כל הדברים לאור... והגדולים שהיתה בהם יראת שמים, כך היה דרכם ומנהגם”<sup>9</sup>.

ובלשון אחרת, מסכם הרמב"ם במאה השתים עשרה מסורת משפטית בת אלפי שנים: „יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להם שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראיה ברורה. ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא, שהוא דן כפי מה שהוא יודע”<sup>10</sup>.

3. מלכים א', ג', 28.

4. דברים א', 13—16.

5. בבא בתרא נ"ח, א'.

6. בבא מציעא כ"ד, א'.

7. שבעות ל', ב'.

8. עיין שו"ת הרמ"ע פאנו, סימן נ'.

9. תשב"ץ, חלק א', סימן פ'; שו"ת מהר"ם אלאשקר, סימן קט"ז.

10. הלכות סנהדרין כ"ד, א'. התפתחות עקרון האומדנה המוכחת על שלל גווניו והלכותיו נחקרה ביסודיות ובארוכה בעבודתי „ראיות נסיבתיות במשפט העברי”, האוניברסיטה העברית, ניסן תשל"ד—1974. עיין גם מאמרי: „מקומן של ראיות נסיבתיות במשפט העברי”, משפטים, כרך א', חוברת 1, תשכ"ח—1968, עמ' 67.

אולם, כל זה אמור לגבי דיני ממונות במובנם הרחב. ואילו כאשר הדבר נוגע לתחום דיני נפשות, משתנה התמונה במבט ראשון מן הקצה אל הקצה. הכלל המפורסם בדיני נפשות הוא שאין להעניש עבריין באומד הדעת בלבד, אפילו החוק והמשכנע ביותר. וכך מגסה הרמב"ם הלכה זו: „אין בית דין עונשין באומד הדעת אלא על פי עדים בראיה ברורה. אפילו ראוהו העדים רודף אחר חבירו והתירו בו והעלימו עיניהם או שנכנס אחריו לחורבה ונכנסו אחריו ומצאוהו הרוג ומפרפר והסיף מנטף דם ביד ההורג, הואיל ולא ראוהו בעת שהכהו, אין בית דין הורגין בעדות זו”<sup>11</sup>.

ברם, על אף נכונותה והחלטיותה, אין הלכה ברורה זו מבטאה ללא סייג את מלוא מדיניות ההלכה לגבי דיני נפשות. לא אחת הודגש בתלמוד, כי „אין למדין מן הכללות, ואפילו במקום שנאמר בו חוק”<sup>12</sup>, ועל אחת כמה נכונה היא האימרה כשהכלל עצמו טעון ביסוס רעיוני מוצק וקביעת גדר תחולה מדויקים. קיימים בתחום הרחב של הלכות דיני הנפשות ענינים והיבטים שונים הנותנים מקום לתחולת עקרון האומדנה המוכחת הנסמך על שאיפת בירור האמת. לבירור ענינים והיבטים אלה, מתוך מגמה להעמיד באורה הנכון את מדיניות ההלכה לגבי דיני נפשות, יוקדש הדיון במאמר זה.

#### הכלל ונקי וצדיק אל תהרג

תחילה שומה עלינו לברר מה המקור המשפטי והביסוס הרעיוני לפסילת האומדנה המוכחת כראיה ברורה בדיני נפשות. המחשבה הראשונה מרוב שיגרה נופלת על כלל הראיות המפורסם בתורה, על פיו נדרשים שני עדים לקיום דבר, ובמיוחד להמתת פושע פלילי. ואף מקרא מפורש הוא בשלשה מקומות נפרדים: „כל מכה נפש, לפי עדים ירצה את הרוצח”<sup>13</sup>; „על פי שנים עדים או שלושה עדים יומת המת”<sup>14</sup>; „על פי שני עדים או על פי שלושה עדים יקום דבר”<sup>15</sup>.

ברם, לפי פשוטם בלבד, אין המקראות הללו נותנים מקום לשלילה מכללא של ראיה אחרת מלבד עדות עד אחד. וכך אף נקבע בהם במפורש: „ועד אחד לא יענה בנפש למות”<sup>16</sup>; „לא יומת על פי עד אחד”<sup>17</sup>; „לא יקום עד אחד באיש לכל עוון ולכל חטאת בכל חטא אשר יחטא”. אמנם לשון סוגית התלמוד במסכת סנהדרין, בה נדונה שלילת עקרון האומדנה המוכחת מתחום דיני הנפשות, נותנת מקום למחשבה כי שלילה זו מבוססת על דרישת הכתוב

11. הלכות סנהדרין כ', א'.

12. עירובין כ"ז, א'; קידושין ל"ד, א'.

13. במדבר ל"ה, 30; דברים י"ז, 6; דברים י"ט, 15.

לקיים דבר על פי שני עדים. אך כוונתה המדויקת של הסוגיה בנקודה זו איננה ברורה כל צרכה ונשארה בקעה רחבה לפירושים שונים<sup>14</sup>. לדעתי, הגישה ההגיונית והמבוססת ביותר לחשיפת מקור פסילת האומדנה המוכחת כראיה ברורה בדיני נפשות היא זו של הרמב"ם. בסוף אותה הלכה במשנה תורה השוללת את ההענשה על פי אומד דעת בית דין, שהבאנו לעיל, מוצגת ההנמקה הבאה: „ועל זה וכיוצא בו נאמר: ונקי וצדיק אל תהרוג... הואיל ויש שם צד לנקותו ולהיותו צדיק אל תהרגהו". ביתר בהירות והרחבה מפתח הרמב"ם את גישתו בספר המצוות, ששימש הקדמה ויסוד לספר משנה תורה. שם הוא מבחין בדיני הראיות של המשפט העברי בשני כללי יסוד, שאינם קשורים זה בזה. הכלל האחד, המשותף לדיני נפשות ולדיני ממונות, נמנה במצוות לא תעשה רפ"ח, ותכנו: „האזהרה שהזהרנו מלענוש או להוציא ממון בעדות עד אחד, אפילו היה בתכלית הכשרות". כלל זה הוא המבטא כאמור את הפן השלילי של הכלל על פי שנים עדים יקום דבר. ואילו הכלל השני, המוגבל לדיני נפשות, נמנה סמוך לראשון במצוות לא תעשה ר"צ, ותכנו: „האזהרה שהזהרנו מלהוציא לפועל את הענשים על פי אומד חזק ואפילו קרוב לודאי". וכמקור לאזהרה זו מצוטטת המכלתא על הפסוק ונקי וצדיק אל תהרוג. נמצא לפי זה, שאין כל קשר בין הכלל המחייב שני עדים לקיום דבר לבין פסילת אומדנה מוכחת כראיה ברורה בדיני נפשות.

ההנמקה המשפטית הפורמלית לפסילת האומדנה המוכחת כראיה ברורה בדיני נפשות לא סיפקה את הרמב"ם, והוא מצא לנחוץ לתת לה גם ביסוס רעיוני-עקרוני. הכשרת האומדנה המוכחת לשמש ראיה ברורה מעוגנת היטב בעקרון ידיעת האמת ואינה דורשת כל הצדקה נוספת. עקרון זה צריך היה מן הדין לחול במידה שווה בכל מערכות המשפט, ובמיוחד נראה כחו יפה בתחום דיני הנפשות בו הודגשה נחיצות השגת האמת ובירורה במפורש על ידי התורה. סטייה כה חמורה מעקרון ידיעת האמת דוקא בתחום זה שלטובת הציבור נודעת חשיבות כה רבה בו, נראית כסתירה גמורה לדין אמת לאמתו ולמשפט הצדק שנצטוונו לרדפו.

על תמיהה זו, עונה הרמב"ם בהסבר ארוך המסתיים בצליל ערב לאוזן האמונה על שיטות משפט מודרניות. ואלה דבריו: „ואל יקשה בעיניך דבר

14. סנהדרין ל"ז, ב'. ראה תוספות שם ד"ה שאין דמך מסור בידי; וכן חידושי הריטב"א, שבועות ל"ד, א'. לפי פשט הברייתא היה רבי שמעון בן שטח עד יחיד למעשה, ולכן הסתמך על הנאמר בכתוב על פי שנים עדים. הגמרא הביאה את הברייתא רק לשם הדגמת המושג „מאומד" המוזכר במשנה בקשר לאיום עדי נפשות, אבל לא נכנסה לדיון בביסוס המשפטי.

זה ואל תחשוב שזה דין עול, לפי שהדברים האפשריים יש מהם שאפשרותם קרובה מאד, ומהם שאפשרותם רחוקה מאד, ומהם בינוניים בין אלו, והאפשר רחב מאד. ואילו הרשתה תורה לקיים ענשים באפשר הקרוב מאד אשר כמעט קרוב למחויב המציאות כדוגמת מה שהזכרנו, כי אז היו מקיימים את הענשים במה שהוא יותר רחוק מזה ובמה שהוא עוד יותר רחוק עד שיקיימו את הענשים וימיתו בני אדם בעול באמון קל לפי דמיון השופט. לפיכך סתם יתעלה את הפתח הזה וצוה שלא יקיים שום עונש אלא עד שיהיו שם עדים המעידים שברור להם אותו המעשה בירור שאין בו שום ספק ואי אפשר להסבירו אחרת בשום אופן. ואם לא נקיים את הענשים באומד החזק מאד, הרי לא יוכל לקרות יותר משנפטור את החוטא. אבל אם נקיים את הענשים באומד ובדימוי, אפשר שביום מן הימים נהרוג נקי, ויותר טוב ויותר רצוי לפטור אלף חוטאים מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים"<sup>15</sup>.

לפנינו צורה מקורית ומעניינת של מעין פיקוח נפש של היחיד. מכיון שהטעות בשקילת הראיות במאזני ההגיון והיושר מצויה אפילו אצל הדיינים המומחים והמנוסים ביותר, והיא עלולה ביום מן הימים לגרום להמתת אדם הנקי באמת מעבירה, הרי חשש פיקוח נפש של הנקי האחד ההוא דיו להצדיק מתן פתח הצלה לאלף עבריינים רשעים ודאיים לחמוק דרכו מהעונש המגיע להם. כידוע, משמש נימוק זה אחד הנימוקים החזקים במדיניות שיטות משפט מודרניות מסוימות לביטול עונש המוות בימינו<sup>16</sup>.

אין אנו פטורים מלשאול מה הניע את הרמב"ם לתור אחרי הגמקה להסרת מחשבת דין עול מהכלל ונקי וצדיק אל תהרוג, מאחר וכבר הקדימתו התורה עצמה במקומה, שהרי הפסוק במלואו מכיל בקרבו הנימוק להצדקת דינו. וכה דברי הכתוב: „מדבר שקר תרחק, ונקי וצדיק אל תהרוג, כי לא אצדיק

15. ספר המצוות הוצאת מוסד הרב קוק עמ' ש"א–ש"ב. ייתכן שהרמב"ם נותן כאן פירוש נוסף לפסוק ונקי וצדיק אל תהרוג, דהיינו שהתורה מזהירה שבשפיטה על פי אומדנה המוכחת, עלולים צדיק ונקי אמיתיים ליהרג. לפי זה, נימוקו הרציונלי של הרמב"ם רמוז בכתוב גופו.

16. נימוק מודרני אחר שהמתת רוצח כמוה כרצח מכיוון שבין כך אין כל אפשרות להחזיר לחיים את הנרצח הוא זר מאד לרוח הרמב"ם. ראה מורה נבוכים, חלק שלישי. סוף פרק ל"ט: „שהרחמנות על העבריינים אכזריות היא על כל הברואים... ולא כמדות הסכלים אשר יחשבו למעלות שישובח האיש בהם על עזרו ושמרו מי שיוצאם, עושה או עשוק, כמו שהוא מפורסם בדבריהם ובשיריהם". וכן בהלכות סנהדרין כ', ד': „אסור לבית דין לחוס על ההורג שלא יאמרו כבר נהרג זה, ומה תועלת יש בהריגה האחר, ונמצאו מתרשלין בהריגתו, שנאמר: ולא תחוס עינך ובערת דם הנקי".

רשע"<sup>17</sup>. זאת אומרת, אם נלך בעקבות פירוש המכילתא והרמב"ם, שעל אף שיש להתרחק במשפט, בניהולו, בטענות הצדדים ובדרכי ההוכחות, מכל שמץ של שקר<sup>18</sup>, בכל זאת יש לקיים חריג אחד כשהמדובר בהמתת עבריו, אם אפשר למצוא בדרך רחוקה צד לנקותו ולהיותו צדיק, כי לא יתחמק הרשע מהעונש המגיע לו בידי שמים. הרי איפוא תשובה מלאה להשקט המית המחשבה על העוול בנתינת פתח כפתחו של אולם לכל פושע להתחמק מעונש וללעוג לזרועותיו הרפואיות של המשפט. אל לשופטי בשר ודם להיות מודאגים מאפשרות כזאת, כי רשת משפט האלקים פרושה על כל החיים והרשע שיצא זכאי ממיתת בית דין של מטה לא יזוכה מדין מיתת בית דין בבית דין של מעלה<sup>19</sup>.

גימוק זה הופך לכאורה את גימוקו של הרמב"ם למיותר, בהיותו רחב יותר ממנו, באשר הוא נותן תשובה ישירה לתמיהה על העוול בהצדקת רשע שרשעותו הוכחה באומדנה מוכחת חזקה אשר היא כמעט קרובה למחויבת המציאות, כאומדנת רבי שמעון בן שטח, ונטעה בלבו של הדיין ידיעת האמת למעלה מכל צל של ספק. אין הדבר כן, קובעת התורה, כי פטור הרשע מהעונש הוא למראית עין בלבד, ואילו לאמתו של דבר לא נפטור הרשע כלל וכלל.

ברם, עינו החודרת של הרמב"ם הבחינה כי ללא השלמה בנימוק גוסס, אין גימוקה המפורש של התורה כשלעצמו חופף כהלכה את הדין שהוא בא להסביר ולהצדיק. דוקא רחבותו של גימוק התורה עומדת לו למכשול ומעבירה את המטרה. אילו שללה התורה מבית דין של מטה את הסמכות להטיל עונש מוות מכל וכל, היה הגימוק האמור מהווה גימוק שלם לגופו של ענין, כלומר הסמכות להעניש רשעים בעונש מוות נתונה אך ורק בידי שמים וחזקה על השופט העליון שלא יתן לרשע להתחמק מהצדק האלקי. אך במקרה דנא, אזהרת ונקי וצדיק אל תחרוג מבוססת על ההנחה שהעונש רשע במיתה כן נתונה בידי אדם, והיא אף הודגשה במפורש פעמים רבות בתורה<sup>20</sup>. כל כוונתה של האזהרה, לפי המכילתא והרמב"ם בעקבותיה, באה רק לשלול העונש הרשע במיתת בית דין באומד דעת בלבד, יהא כוחו ההוכחתי

17. שמות כ"ג, 7.

18. עיין שבועות ל', ב' — ל"א, א', הפירושים המגוונים ל„מדבר שקר תרחק“.

19. עיין סנהדרין ל"ז, ב', בקשר עם אומדנת רבי שמעון בן שטח: „מיום שחרב בית המקדש, אף על פי שבטלה סנהדרין... דין ארבע מיתות לא בטלו. מי שנתחייב סקילה או גופל מן הגג או חיה דורסתו; מי שנתחייב שריפה או גופל בדליקה או נחש מכישו; מי שנתחייב הריגה או נמסר למלכות או לסטין באין עליו; מי שנתחייב חנק או טובע בנהר או מת בסרוגכי“.

20. בראשית, ט' 6; במדבר ל"ה, 31—33.

והמשכנע חזק ביותר, כמו אומדנת רבי שמעון בן שטח. כל עוד אין עדות וראיה ישירה על מעשה העבירה, דינו של העבריין לצאת מבית הדין זכאי כנקי וצדיק. לגבי דין מיוחד זה, המוציא את השימוש בעקרון ידיעת האמת על ידי הדיין מכלל דיני הראיות החלים בתחום דיני הנפשות, אין למצוא בתורה הנמקה מפורשת המניחה את הדעת. ואך למען מנות חסרון זה, מציע הרמב"ם את הסברו המקורי, שסופו משתלב יפה בהנמקת התורה<sup>21</sup>.

אם נצרף עתה אחד לאחד את פסקיו ודבריו של הרמב"ם ביחס לשני כללי היסוד של דיני הראיות, עקרון ידיעת האמת ועקרון העדות הישירה, הן לגבי דיני ממונות הן לגבי דיני נפשות, תעלה לפנינו משנה עיונית ברורה מחושבת ועקבית. בראש הסולם ההיררכי עומד עקרון ידיעת האמת הנוצרת בלב הדיין, והוא כי „יש לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להם שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראיה ברורה, ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא, שהוא דן כפי מה שידוע“. אמדן דעת זה חייב להיות אמדן דעתו האישית של הדיין, ואין הוא רשאי לסמוך על אמדן דעתם של אחרים, מכיוון שאמדן דעתם של אחרים אינו נחשב כראיה ברורה. „אומדן דעתו אינו אומד דעתו, ואין לו לדיין אלא מה שדעתו סומכת עליו“. ולכן: „אפילו גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו, אין אומרים בידוע שזה הרגו, עד שראוהו עדים כשרים“<sup>22</sup>.

למטה מעקרון ידיעת האמת שבלב הדיין עומד עקרון העדות הכשרה. ובדבריו: „אם כן, למה הצריכה התורה שני עדים, שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים, ידון על פי עדותו, אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר“.

מעיקר הדין היו שני עקרונות אלה צריכים לחול במידה שווה אף בדיני נפשות, אולם מפאת הסכנה שביום מן הימים עלול להיות צדיק ונקי מומת בבית דין עקב טעות מצויה באומד דעתו של הדיין, ומכיוון שבאומד הדעת החזק ביותר ישנו בכל זאת צד אוביקטיבי, גם אם הוא בגדר אפשרות

21. יצוין שבאופן עקרוני מציע הרמב"ם נימוק רציונלי לכל גזירת הכתוב. עיין הלכות סנהדרין י"ח, ו' : „גזירת הכתוב היא שאין ממיתין בית דין ולא מלקין את האדם בהודאת פיו אלא על פי שנים עדים... שמא נטרפה דעתו בדבר זה, שמא מן העמלים מרי נפש הוא המחכים למות שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמן מעל הגגות, שמא כך זה יבא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג. וכללו של דבר : גזירת מלך היא“.

22. לפי סדר המובאות : הלכות סנהדרין כ"ד, א' ; הלכות שאלה ופקדון ו', ד' ; הלכות נזקי ממון ח', י"ד.

רחוקה ביותר, לנקות את הנאשם<sup>23</sup>, ואף גם זאת שדין מיתת בית דין נשאר קיים בדין שמים ורשע לא יוצדק ולא יינקה ממנו, שללה התורה מהדיין הסמכות להשתמש בעקרון ידיעת האמת בדיני נפשות במידה שהדבר נוגע לעצם מעשה העבירה המיוחס לנאשם. כתוצאה משלילת סמכות זו, בוטלה האבחנה בין ידיעת הדיין לאי-ידיעתו, ועל ידי כך נשאר עקרון העדות הכשרה כעקרון בלעדי שעל פיו ניתן להוכיח חבותו של נאשם לצורך עונש מיתת בית דין.

#### פוקלין ושורפיין על החזקות

החלה עקבית של הכלל ונקי וצדיק אל תהרוג, בצירוף יתר הכללים והדינים שבין דיני נפשות לדיני ממונות, שהרוח הכללית המפעמת בהם הוא, "הצילו העדה"<sup>24</sup>, מן ההכרח שתהפוך את עונש מיתת בית דין למעשה נדיר ביותר. ואכן העידה לנו המשנה שאמנם כך היה. "סנהדרין ההורגת אחד בשבוע (=שבע שנים) נקראת חובלנית. רבי אלעזר בן עזריה אומר: אחד לשבעים שנה"<sup>25</sup>. אולם נשאלת השאלה, אם באותה מידה אין בכחו של יישום מלא של הכלל ונקי וצדיק אל תהרוג להביא לידי ביטול עונש מיתת בית דין למעשה, בחינת הלכה ואין מורין כן, שהרי שערי מציאת צדדים לנקות הנאשם בדרכים רחוקות לא נגעלו. אם אומדנה מוכחת כמו זו של רבי שמעון בן שטח שחסרה בה רק חוליה קטנה אחת של ראיית ההכאה עצמה, והיא בגדר אפשר, "אשר כמעט קרוב למחויב המציאות", איננה נחשבת הוכחה ודאית, לא יקשה למצוא צדדי ספק וחוליות חסרות נוספות כמעט בכל ראייה שהיא כביכול ודאית. העדים רואים לעינים, והשגת וודאות ביחס למעשה העבירה באופן שאין למצוא שום צד זכות היא כמעט בלתי אפשרית.

כך, על כל פנים, סברו רבי טרפון ורבי עקיבא, שהעידו על עצמם כי "אילו היינו בסנהדרין, לא נהרג אדם מעולם". הדרכים שהיו נוקטים בהם כדי להשיג תוצאה זו אינם מפורשים בדבריהם, ונשארה בקעה לאמוראים להעלותם בסברתם.

23. אומדנת רבי שמעון בן שטח, בלי הזכרת שמו עליה, מובאת בספרות המשפטית האנגלית כדוגמא קלאסית של אומדנה בדיני נפשות, הגובלת בודאות גמורה, ואינה ניתנת לסתירה. אך מאוחר יותר, קרוב לזמן המודרני, התחילו משפטנים לפקפק באמינותה, והעלו אפשרויות שונות לסתור מסקנותיה ההגיוניות לרעת הנאשם. ראה הדיון בספרו של בסט, עקרונות משפט הראיות, מהדורה 12, עמ' 263.

24. סנהדרין ל"ב, א'.

25. מכות ו', א'.



„היכי הוּו עבדי? רבי יוחנן ורבי אלעזר דאמרי תרוייהו: ראיתם טריפה הרג, שלם הרג?“. וכדי לקדם פני תשובה אפשרית של ראיית שלם הרג, צועד רב אשי צעד נוסף הלאה. „אמר רב אשי: אם תמצא לומר שלם היה, דלמא במקום סייף נקב הוּה?״<sup>26</sup>.

אנו רואים, איפוא, כי לפי גישה זו, לא די בראיית עצם ההכאה, אלא בדרשת ראיית מקומה המדויק של הפגיעה בגוף הנרצח. אף היא מהווה חוליה בראייה ברורה שחסרונה עשוי לפתוח פתח לצד זכות שבכוחו לנקות הרוצח מעונש מיתת בית דין, כי „דלמא במקום סייף נקב הוּה“, והריגת טריפה איננה גוררת אחריה עונש בידי אדם. ואם כי אפשרות כזאת רחוקה כל כך עד שהיא כמעט נמנעת מן המציאות, בכל אופן צד מה לנקותו קיים, ומי יודע אם ביום מן הימים היא או כמותה לא תתגשם, ואז יוצא להורג במיתת בית דין אדם נקי באמת.

גישה רבי טרפון ורבי עקיבא לא נתקבלה על דעת רוב החכמים וגדחתה מהלכה. נגדה הטיח רבן שמעון בן גמליאל דברים בוטים. „אף הן מרבין שופכי דמים בישראל“. במקומה דגלו בגישה הרואה בסוגים מסוימים של אומדנות מוכיחות, חזקות שבעובדה, ונקבע הכלל בדיני נפשות, כי „סוקלין ושורפין על החזקות“. היות רוב בני אדם שלמים ולא טריפות היא בגדר חוקה כזאת שמוציאים להורג עליה.

הדוגמא המובאת בגמרא לכלל סוקלין ושורפין על החזקות לקוחה מתחום איסורי עריות שחייבים עליהם מיתת בית דין. וכך היא שנויה במקורה: „...דא"ר תייא בר אבא א"ר יוחנן: מלקין על החזקות, סוקלין ושורפין על החזקות. מלקין על החזקות כרב יהודה, דאמר רב יהודה: החזקה נידה בשכונותיה, בעלה לוקה עליה משום נידה. סוקלין ושורפין על החזקות כדרבה בר רב הונא, דאמר רבה בר רב הונא: איש ואשה, תינוק ותינוקת, שהגדילו בתוך הבית, נסקלין זה על זה ונשרפין זה על זה. א"ר שמעון בן פזי אמר רב יהושע בן לוי משום בר קפרא: מעשה באשה שבאת לירושלים ותינוק מורכב לה על כתיפה, והגדילתו ובא עליה, והביאום לבית דין וסקלום. לא מפני שבנה ודאי אלא מפני שכרוך אחריה״<sup>27</sup>.

עלינו לברר עתה את הבסיס המשפטי לאבחנה המאפשרת לשני הכללים הסותרים הללו, פסילת עקרון האומדנה המוכחת הנובעת מהכלל ונקי וצדיק אל תהרוג מחד גיסא והכלל סוקלין ושורפין על החזקות מאידך גיסא, לדור בכפיפה אחת. משתי הדוגמאות המוזכרות לכלל השני מסתמנת לכאורה אבחנה

26 שם.

27. קידושין פ', א'.

בין עצם המעשה המהווה את מעשה העבירה לבין עובדות צדדיות המהוות תנאים מיוחדים בהגדרת העבירה או בקביעת מידת העונש. לגבי הקביעה אם עצם מעשה העבירה נעשה על ידי הנאשם בה, אין להיוקק לשום אומדנה מוכחת שבעולם, תהא חזקה ומשכנעת ביותר אשר תהא. אולם לגבי הקביעה אם נתקיימו תנאים מסויימים המגדירים את העבירה או את העונש המגיע עבורה, כגון אם קיימים יחסי קורבה הדרושים לעבירת איסורי עריות או אם הגרצח היה שלם באיבריו הפנימיים ולא טריפה, מספיקות אומדנות מוכיחות היוצרות חזקות שבעובדה.<sup>28</sup>

אבחנה זו בולטת לכאורה בלשונו של הרמב"ם בדברו על הכלל סוקלין ושורפין על החזקות: „מי שהוחזק בשאר בשר דנין בו על פי החזקה, אף על פי שאין שם ראיה ברורה שזה קרוב; ומלקין ושורפין וסוקלין וחונקין על חזקה זו. כיצד: הרי שהוחזק שזו אחותו או בתו או אמו, ובא עליה בעדים, הרי זה לוקה או נשרף או נסקל, ואע"פ שאין שם ראיה ברורה שזו היא אחותו או אמו או בתו אלא בחזקה בלבד.<sup>29</sup>

ברם, הבסיס המשפטי לאבחנה זו אינו נהיר כל צרכו. אין זה מתקבל על הדעת לנתק את המעשה מכל התנאים המוקדמים הקובעים את תכונותיו היסודיות כמעשה עבירה הגורר אחריו עונש מיתת בית דין. אין הנאשם נידון למות על מעשה ערטיילאי סתם אלא על מעשה עבירה מסוים. אם אמנם מחייב הכלל של ונקי וצדיק אל תהרוג, כי „לא יקוים שום עונש אלא עד שיהיו שם עדים המעידים שברור להם אותו המעשה בירור שאין בו שום ספק, ואי אפשר להסבירו אחרת בשום אופן“, מה לי המעשה המעורטל המהווה רק החוליה האחרונה בפקעת שלמה היוצרת את מעשה העבירה, מה לי פקעת מעשה העבירה כולה על כל חלקיה כמות שהיא. כל עוד עונש מיתת בית דין אינו יכול להתבצע עקב חסרונו של חלק כלשהו במעשה העבירה, הרי מבחינה זו, ובכל הנוגע להכשרת עקרון האומדנה המוכחת, רק בחינה זו קובעת, שקול חלק זה כנגד כל חלק אחר וכנגד מעשה העבירה בכללותו. אבחנה בין חלק אחד לחבירו ללא ביסוס משפטי ענייני הינה בגדר אבחנה פורמלית ללא הבדל.

אולם, לאמיתו של דבר, אין כל אפשרות לקיים את האבחנה אפילו כאבחנה פורמלית גרידא עד למציאת בסיסה המשפטי, הואיל והכלל סוקלין ושורפין על החזקות מיושם בתלמוד גם לשם קביעת עצם המעשה. בחפשמ הדגמה

28. כלומר, שהן ניתנות לסתירה על ידי ראיה ברורה, ואינן בגדר חזקות שבחוק שאין אחריהן ולא כלום. עיין שו"ת שבות יעקב, חלק ג', סימן ק"ט.

29. הלכות איסורי ביאה א', כ'.

לגישת רבי טרפון ורבי עקיבא אף בתחום איסורי עריות, „בבועל את הערוה היכי הוּו עבדי?“, מציעים אביי ורבא את הפתרון הבא: „אביי ורבא דאמרי תרוייהו: ראיתם כמכחול בשפופרת?“. והמסקנה המתבקשת לגבי רוב החכמים החולקים על רבי טרפון ורבי עקיבא היא: „ורבנן היכי דיינו, כשמואל, דאמר שמואל: במנאפס, משיראו כמנאפס“.

ובלשונו של הרמב"ם הפוסק כחכמים: „אין העדים נזקקין לראות המנאפס שהערו זה בזה והכנים כמכחול בשפופרת, אלא משיראו אותן דבוקין זה עם זה כדרך כל הבועלין, הרי אלו נהרגין בראיה זו, ואין אומרים שמא לא הערה, שחזקת צורה זו שהערה“<sup>30</sup>.

כאן המדובר בעצם המעשה ולא בתנאים מוקדמים ועובדות צדדיות. בלי הכנסה כמכחול בשפופרת, אין לפנינו כלל מעשה עבירה של גיאוף שהוטל עליו עונש מיתת בית דין, אלא מעשה מגונה החייב במלקות בלבד<sup>31</sup>. ובכל זאת, ניתן להוכיח חוליה כה יסודית בעצם מעשה העבירה על פי אומדנה מוכחת היוצרת חזקה שבעובדה. וברור שאין אומדנה זו יכולה להיות חזקה ומשכנעת יותר מאומדנת רבי שמעון בן שטח, שהיא, לדעת הרמב"ם, בגדר „אפשר הקרוב מאד אשר כמעט קרוב למחויב המציאות“. ואם כן, חזרה קושיא לדוכתא, על פי איוו אבחנה משפטית ניתן לישר את הדורי הסתירה בין הכללים הנוגעים לעקרון האומדנה המוכחת בדיני נפשות.

מוצע שהאבחנה הנכונה היא בין ענינים הניתנים להוכחה בקלות יחסית באמצעות ראייה ישירה של עדים לבין ענינים שהוכחתם על ידי עדות ישירה היא או מן הנמנעות או מן הבלתי שכיחות ביותר. מחשבות אדם וכוונותיו אין עיני עדים שולטות בהן, ואפשרות הוכחתן היא אך ורק על ידי אומדנות וחזקות. אף ענינים שביסודם מעשי סתר בדרגות שונות, מבוא הכרחי בהוכחתם לאומדנות וחזקות, אם אמנם הדין נותן שיהיו ברי-הוכחה. אם אדם שלם הוא או טריפה, ועל אחת כמה „אם במקום סייף נקב הוה“, הם מן הדברים הנסתרים מעין רואים כמעט בדרגת ההסתר של מחשבות אדם וכוונותיו. יחסי קרבת הדם בין בני אדם תלויים במעשי סתר במידה כזאת, שאין כל אפשרות לקבוע אותם בודאות באמצעות עדויות מבלי להזדקק לחזקות. ואילו ראייה ישירה של סתרי מכחול בשפופרת, אין מדרכם וכמעט אף לא ביכלתם של עדים כשרים להתבונן ולהסתכל בדברים כגון אלה. הבסיס המשפטי לאבחנה זו הוא עקרון הראיה הטובה ביותר. לפי עקרון זה, יש להביא לשם הוכחת ענין ברי-הוכחה את הראיה הטובה ביותר האפשרית

30. הלכות איסורי ביאה א', י"ט.

31. הלכות איסורי ביאה, כ', א'; א', י'.

באותו ענין. סוג ההוכחה הנדרש תלוי בטיב הענין הנדון ונסיבותיו. ענין שניתן להוכחה באמצעות עדות ישירה, אין להסתפק בהוכחתו בראיה פחותה ממנה. אולם ענין שמן הנמנע להוכיחו בעדות ישירה, או שדרגת הסתרו מעין רואים הופכת הוכחתו באמצעות עדות ישירה לבלתי שכיחה ביותר, נעשות חזקות ואומדנות שונות לגבי הראיות הטובות ביותר.

עקרון הראיה הטובה ביותר בא לידי ביטוי והכרה בתלמוד באימרתו של איסי בן יהודה לגבי פטורו של שומר שכר הטוען טענת אונס, בשבועה ללא הבאת ראיה נוספת. הפסוק בפרשת משפטים ממנו יוצא דין זה, כך לשונו: "...ומת או נשבר או נשבה אין רואה; שבועת ד' תהיה בין שניהם..." ומדייק ממנו איסי בן יהודה: "הא יש רואה יביא ראיה ויפטר"<sup>32</sup>. כלומר, פטורו של שומר שכר בשבועה ללא הבאת ראיה נוספת כשטוען טענת אונס מותנה בכך שהאונס הנטען ארע במקום מרוחק או נסתר שאין עדים מצויים שם. ברם, אם האונס הנטען ארע ברשות הרבים או בכל מקום בו מצויים עדים, לא ייפטר השומר שכר ללא הבאת עדי ראיה כראיה ברורה להוכחת טענתו. אבחנה זו בין ענינים לפי מידת השכיחות של עדי ראיה בהם שהצטווה כמישבת הסתירה בין שני הכללים בדיני נפשות, ונקי וצדיק אל תהרוג וסוקלין ושורפין על החזקות, היא הינה אבן היסוד בשיטת ר' יואל סירקיס, המכונה ב"ח<sup>33</sup>, לבעיית ביטוסו של עקרון האומדנה המוכחת בתחום דיני ממונות דוקא. בניגוד לרמב"ם, שביסס את עקרון האומדנה המוכחת בעקרון ידיעת האמת בלב הדיין, מבססו הב"ח בעקרון הראיה הטובה ביותר לפי מבחן השכיחות.

גישתו של הב"ח באה לידי ביטוי מובהק בתשובה ארוכה שהוקדשה כולה לעקרון האומדנה המוכחת, שנושאה היה תביעת פיצויים על פיתוי בת לקויה בשכלה שהוכחשה בטענת להד"ם (לא היו דברים מעולם) על ידי הנתבע. השאלה התרכזה כולה בענין אחד, והוא: "אם יש לחייב את שמעון על פי אומדנא בדין תורה או דוקא על ידי עדות ברורה".

לאחר דיון ארוך בשיטות הפוסקים לפניו, מגיע הב"ח למסקנה המתומצתת דלקמן: "ועוד נראה לי עיקר, והוא האמת, דבכל הדברים דשכיחי רואים כההיא דשור שהיה רועה וגמל האוחר כו' ובעובדא דשמעון בן שטח, אף על פי דהשתא בהך מעשה ליכא רואים, לא אזלינן בתר אומדנא לחייבו ממון, להנך רבוותא דפסקו כחכמים דר' אחא. אבל בכל הדברים דלא שכיחי רואים

32. שמות כ"ב, 9—10; בבא מציעא פ"ג, א'.

33. על שם ספרו בית חדש, נושא כלים לספר הטורים. הב"ח היה מגדולי הפוסקים בפולין בסוף המאה השש עשרה.

כלל ואי אפשר בעולם להביא עדים כשרים אולינן בתר אומדנא. ולפיכך בההיא עובדא דרבי בנאה, וכן בהך עובדא דנגבי ידיה בסודרית דחבריה דכפתיה ואודי. וכך היא בכל אומדנא שבתלמוד דקאמרי רבנן דאמדינן דעת הנותן או מוכר או מגרש, שזה טעמו, כיוון דאי אפשר בעולם להביא עדים על זה. והוא הדין בנדון דידן, כיוון דאי אפשר להביא עדים על זה, אולינן בתר אומדנא בדיני ממונות. וכן כל כיוצא בו, כגון מסור, דכתב מהרי"ק שורש קע"ט על שם רבינו תם דדאין באומדנא"<sup>34</sup>.

ברם, כפי שהדגיש הב"ח באותה תשובה ובעוד מקום ביחס להרשעת מוסר<sup>35</sup>, קבלת עקרון אומדנה המוכחת בכל תחום שהוא איננה פותרת כשלעצמה את כל הבעיות המתעוררות בקשר עם הוכחת עובדות מסוימות. חשיבות מיוחדת, ואפילו מכרעת, נודעת לכמות האומדנות המוכיחות ולמשקלן ההוכחתי בנסיבותיו המיוחדות של הענין הנדון. בעיה זו הטרידה את ר' יחזקאל לנדא, בעל הנודע ביהודה, באחת מתשובותיו, בה ניסה להגדיר בדיוק מירבי את הנסיבות השונות הדרושות ליישום נכון של דין שמואל בדבר חזקת ניאוף, הן לגבי דיני נפשות הן לגבי איסור אשה לבעלה<sup>36</sup>. הכלל העולה מדבריו הוא, כי הקריטריון „משיראו כמנאפים“ שנקבע על ידי שמואל, משמעותו משתנית לפי הנסיבות ודרושה זהירות רבה בהפעלתו, כדי לא להיכשל באומדנה מוכיחה חלשה.

אף ר' יוסף קולון, המהרי"ק, טורח בארוכה להוכיח, כי החזקות המוזכרות בכללי רבי יוחנן — מלקין על החזקות וסוקלין ושורפין על החזקות — אינן מעור אחד וברדרגת חזקה אחת. וזו תמצית לשונו: „ופשיטא דאין לומר דלא מקרי חזקה אלא היכא שיש עמה מעשה גמור המעיד עליה כההיא דפרק עשרה יוחסין: איש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו בבית בסקלין זה על זה ונשרפים זה על זה, דהנה יש מעשה גדול המעיד על החזקה, שהרי היא עמו כאשה עם בעלה לכל דבר וכן תינוק כרוך אחרי אמו... דודאי גבי דיני נפשות לסקול ולשרוף צריך חזקה גדולה כי הך, כדכתיב: ושפטו העדה והצילו, ובכל דוכתא אמרינן ספק נפשות להקל, ואיכא תנאי גמי דסבירא להו דאין הולכין בדיני נפשות אחר הרוב... וגם רבנן דפליגי עליהו התם, פשיטא דמודו דבעינן ראייה גדולה טרם נהרוג אותו. ומשום הכי בעינן שינהגו האיש והאשה זה עם זה בכל דרך איש עם אשתו, וכן שיהיו הבנים כרוכים אחר האם בטרם שנוציא את זה לסקילה או לשריפה. אבל לענין אחר ואפילו

34. שו"ת גאוני בתראי, סימן נ"ד.

35. בית חדש על טור חו"מ, סימן שפ"ח סעיף ו'.

36. נודע ביהודה, מהדורא תנינא, אבן העזר; סימן י"א.

להלקותו, דפשיטא דגם בזה בעינן ראייה גדולה קודם שנלקהו, מכל מקום לא בעינן כולי האי, אלא מכיון שאנו מוחזקין שכן הוא, כלומר שזו אשתו של פלוני או שזו ארוסה לפלוני, פשיטא דמלקין על חזקה זו ולא בעינן מעשה מוכיח כמו בדיני נפשות<sup>37</sup>.

מכל האמור רואים אנו, כי הפתח לקליטת עקרון האומדנה המוכחת והחלתו בתחום דיני הנפשות שנפתח על ידי הכלל סוקלין ושורפין על החזקות הוא צר כל כך, עד שכמעט ואין בינו לבין שלילה מוחלטת ולא כלום מבחינה מעשית. אולם שערי הכללים בדיני נפשות לא ננעלו על שני הכללים של ונקי וצדיק אל תהרוג ושל סוקלין ושורפין על החזקות בלבד. קיימים שני כללים נוספים, שהם בשרשם מהווים כלל אחד, המשנים את התמונה המקובלת המצטיירת בתחילת המחשבה בדבר מדיניותה של ההלכה כלפי דיני נפשות מן הקצה אל הקצה, והמעמידים את תחומי דיני הנפשות ודיני הממונות על מישור רעיוני אחיד מבחינת תחולת עקרון האומדנה המוכחת ועקרון ידיעת האמת עליו הוא מובסס.

#### דיני המלך והוראת שעה

הביקורת שהוטחה נגד גישת רבי טרפון ורבי עקיבא (,,אלו היינו בסנהדרין, לא נהרג אדם מעולם") על ידי רבן שמעון בן גמליאל (,,אף הן מרבין שופכי דמים בישראל") יכולה להיות מכוונת בלי שינוי גוסס ובאותה מידת הצדקה נגד כל סנהדרין,,חובלנית" השופטת בהתאם לעקרונות הגישה החולקת של רוב החכמים. קשה לראות איך הפעלת עונש מיתת בית דין אחת לשבע או לשבעים שנה, בכוחה לשמש הרתעה משמעותית כלפי אלה העלולים להיות שופכי דמים בישראל. מבחינת ההשפעה המעשית על ריבוי שפיכת דמים בישראל, אין גישות רבי טרפון ורבי עקיבא ורבן שמעון בן גמליאל נבדלות זו מזו הבדל של ממש. ההבדל ביניהן הוא בעיקרו רעיוני-עקרוני, להלכה ולא למעשה.

על כל פנים, הביקורת כמות שהיא ביקורת של ממש היא, ואין הדעת סובלת שמדיניות ההלכה תתעלם ממנה כליל מבלי לקבוע עמדה מפורשת כלפיה בצורה זו או אחרת. ואמנם, מדיניות ההלכה לא רק מתיחסת ישירות לבעיית מניעת שפיכות דמים והרתעת רוצחים פוטנציאליים, אלא שהיא אף מעמידה אותה כמטרת יסוד שכל הגבלות דיני הראיות שדיני הנפשות משופעים בהן, והכלל ונקי וצדיק אל תהרוג בתוכם, נידחות מפניה. כבר בסיפורי המקרא, מוצאים אנו דוגמאות של הטלת עונש מוות שלא

37. שו"ת מהרי"ק, שורש פ"ז.

על פי עדות ישירה של שני עדים כשרים. עכן מורשע על ידי יהושע בחטא המעילה בחרם יריחו על פי צירוף ענינים, שאין בהם זכר לשני עדים כשרים, והם: גורל, הודאת הנאשם וראיות נסיבתיות<sup>38</sup>. שאול גזר מיתה על כוהני נוב על סמך עדות עד אחד, הודאת אחימלך וראיות נסיבתיות מחשדות<sup>39</sup>. עצם נתינת הלחם והחרב לדוד והשאלה לטובתו באלקים על ידי אחימלך שמשו בעיני שאול אומדנות מוכיחות חזקות לקשרו של אחימלך גדול. תשובתו ההגיונית של אחימלך שבאה לסתור את המשמעות הלכאורית של האומדנות ההן ולגולל מעל עצמו את ההאשמה החמורה, לא נתקבלה על דעתו מוכת הרוח הרעה של המלך השופט. אף דוד מעניש את הנער העמלקי וכן את רוצחי איש בושת על סמך הודאתם ואומדנות מוכיחות. הגור והאצעדה של שאול בידי הנער העמלקי וראש איש בושת בידי רוצחיו שמשו אומדנות מוכיחות חזקות לנכונות ההודאות שבפיהם<sup>40</sup>.

מקרים אלה וכיוצא בהם המובאים בתלמוד<sup>41</sup> מדגימים את קיומם של שני כללים נוספים, שבשרשם מגמה אחת מאחדותם, בתחום דיני הנפשות, והם: דין המלך ודין הוראת שעה. עצם קיומם של שני כללים אלה איננו מוטל בספק באף מקום בספרות הענפה של המשפט העברי, והרבה נכתב עליהם להבהרת פרטיהם ודרכי הפעלתם<sup>42</sup>. נסתפק בכמה מובאות מספר משנה תורה לרמב"ם כדי להראות כוחם והיקפם, לפני שנגש לבירור בסיסם המשפטי. „כל ההורג נפשות שלא בראיה ברורה, או בלא התראה, אפילו בעד אחד, או שונא שהרג בשגגה, יש למלך רשות להרגו ולתקן העולם כפי מה שהשעה צריכה. והורג רבים ביום אחד ותולה ומניח תלויים ימים רבים להטיל אימה ולשבר יד רשעי עולם”.

„יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה. ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות פייג לתורה. וכיון שרואין בית דין שפרצו העם בדבר, יש להן לגדור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם,

38. יהושע ז', 18–23. עיין פירוש המלבי"ם שם.

39. שמואל א', כ"ב, 9–16.

40. שמואל ב', א', 10; ד', 8. יצוין כי ישנם במקרא סיפורים המוכיחים כי בדרך כלל אמנם נחתכו דיני נפשות על פי שני עדים ויותר. עיין ויקרא כ"ד, 10–23: „ויביאו אותו אל משה... וסמכו כל השומעים את ידיהם על ראשו”. במדבר ט"ו, 32–36: „ויקריבו אותו המוצאים אותו מקושש עצים”. מלכים א', כ"א, 13: „ויבאו שני אנשים בני בליעל וישבו נגדו, ויעידו אנשי הבליעל את נבות נגד העם לאמר...”

41. בבא מציעא פ"ג, ב'; סנהדרין כ"ז, א'; מ"ה, ב'; נ"ח, ב'; פ"א, ב'.

42. עיין אסף, העונשין אחרי חתימת התלמוד; גינצבורג, משפטים לישראל, עמ' א'–נ"ח.

הכל הוראת שעה, לא שיקבע הלכה לדורות... ומעשה ותלה שמעון בן שטח שמונים נשים ביזם אחד באשקלון, ולא היו שם כל דרכי הדרישה וההתראה ולא בעדות ברורה, אלא הוראת שעה כפי מה שראה".

„וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן שאינן מחוייבין מיתת בית דין, אם רצה מלך ישראל להרגם בדיון המלכות ותקנת העולם הרשות בידו. וכן אם ראו בית דין להרגם בהוראת שעה אם היתה השעה צריכה לכך, יש להם רשות כפי מה שיראו.

הרי שלא הרגם המלך, ולא היתה השעה צריכה לכך לחזק הדבר, הרי בית דין חייבין מכל מקום להכותם מכה רבה הקרובה למיתה, לאסרם במצור ובמצוק שנים רבות, ולצערן בכל מיני צער<sup>43</sup> כדי להפחיד ולאיים על שאר רשעים שלא יהיה הדבר להם לפוקה ולמכשול, ויאמר הריני מסבב להרוג אויבי כדרך שעשה פלוני ואפטר".

„ההורג נפשות ולא היו שם עדים רואין אותו כאחת, אלא ראהו האחד אחר האחד, או שהרג בפני עדים שלא בהתראה או שהוכחשו העדים בבדי" קות ולא הוכחשו בחקירות, כל אלו הרצחנים כונסין אותן לכיפה ומאכילין אותן לחם צר ומים לחץ עד שיצרו מעיהן, ואחר כך מאכילין אותן שעורים עד שתבקע כרסם מכובד החולי.

ואין עושין דבר זה לשאר מחוייבי מיתות 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 יישובו של עולם כשפיכות דמים. אפילו עבודה זרה ואין צריך לומר עריות או חילול שבת אינן כשפיכות דמים. שאלו עוונות הן מעבירות שבין אדם למקום, אבל שפיכות דמים מעבירות שבינו לבין חבריו, וכל מי שיש בידו עוון זה הרי הוא רשע גמור"<sup>44</sup>.

משלל ההלכות הללו, שאין עתה מענינגו להיכנס לפרטיהן ולבירור האבי חנות הדקות ביניהן ונימוקיהן, רואים אנו בעליל כי לא שפר חלקו של הרוצח הערמומי ולא בנקל יכול היה להתחמק מהענשים החמורים שהועידו לו מושגי הצדק של המשפט העברי. אם הצליח לעבור בקלות את רשת דין תורה, עדיין עמדו ללכדו רשתות דין כניסה לכיפה, דין מלכות ודין הוראת שעה. ואף אם מולו עמד לו לעבור את אלו בשלום, רק מידי מיתה מידית ניצל,

43. רמז לענשים יוצאי דופן, כגון קטיעת איברים, עיין סנהדרין כ"ז, א'; ג"ח, ב. שו"ת זכרון ליהודה, סימנים ג"ח וס"ג. וכן אסף, העונשין אחרי חתימת התלמוד, לדוגמאות נוספות.

44. לפי סדר המובאות: הלכות מלכים ג, י'; הלכות סנהדרין, כ"ד ד'; הלכות רוצח ושמירת נפש, ב, ד'—ה'; שם, ד', ח'—ט'. ועיין גם שו"ת הריב"ש, סימן רנ"א, ושו"ת מהר"ם מלובלין, סימן קל"ח: ומורה נבוכים, ח"ג, סוף פרק מ'.



אבל לא מידי ענשים כבדים אחרים הקרובים למיתה או ההופכים חיי אדם בעולם הזה למיתה אחת ארוכה. הדאגה שלא תרבה שפיכות דמים בישראל מצאה, איפוא, ביטוי נרחב והולם במערכת דיני הנפשות של המשפט העברי. ברם, הנקודה החשובה הנוגעת לעניננו היא עובדת הכשרת עקרון האומדנה המוכחת בתחום דיני הנפשות כהלכה ברורה שאין עליה עוררין. לפי כללי דין המלכות ודין הוראת שעה, נהפכו דיני נפשות להיות למעשה שווים לגמרי לדיני ממונות בכל הקשור לעקרון האומדנה המוכחת מעיקר דין תורה. השאלה היא אם גם להלכה השוויון הזה תופס. לשון אחרת, האם הבסיס המשפטי להכשרת עקרון האומדנה המוכחת בדיני נפשות לפי כללי דין המלכות ודין הוראת שעה הוא זה שעליו נסמכת ההכשרה בדיני ממונות? התשובה, לדעתי, היא חיובית בהחלט – על כל פנים, במידה שהענין נוגע לשיטת הרמב"ם<sup>45</sup>. כבדיני ממונות אף בדיני נפשות לפי כללי דין המלכות ודין הוראת שעה, הבסיס המשפטי להכשרת עקרון האומדנה המוכחת נעוץ בעקרון ידיעת האמת בלבד של השופט. ידיעתו ושכנועו הסובייקטיביים של השופט בדבר מקום שכנו של אור האמת במשפט שלפניו הם המהווים את הנורמה העליונה בדיני הראיות, שמפניה נדחית אף הגדת עדים כשרים הברורה ביותר. לא במקרה הכניס הרמב"ם דין הוראת שעה באותו פרק בו קבע עקרון ידיעת האמת כיסוד מוסד של דיני הראיות בדיני ממונות, ללמדנו דבר הלמד מענינו, כי הבסיס המשפטי להכשרת עקרון האומדנה המוכחת שווה בשניהם<sup>46</sup>.

ואף ההגיון מחייב מסקנה זו. שהרי במה ההצדקה הרעיונית בקיום שתי מערכות דיני נפשות במשפט העברי, מערכת דין תורה ומערכת דין הוראת שעה ודין מלכות. הלא מבחינה עקרונית-תיאורטית וגם מעשית-הסטורית, מקור שתיהן בתורת משה<sup>47</sup>, והכינוי דין תורה ניתן להחילו על שתיהן במידה שווה. מה מטרה משרתות, איפוא, שתי מערכות נפרדות המופעלות בעת ובעונה אחת, ומה גם שהן נראות כמיצגות מגמות הענשה סותרות? אולם, במעט עיון מתבהר הענין ומתישב הקושי ללא דוחק. כי אכן קיימות שתי מטרות שונות להענשת עבריין בדיני נפשות, והתורה דוגלת בשתיהן כאחת. האחת היא לשלם לעבריין על עבירתו כגמולו הראוי מידה כנגד

45. ולחנם ניסה הרב גינצבורג למצוא סתירה לפירוש המלבי"ם על המסופר בענין מעשה עכן משיטת הרמב"ם. ראה משפטים לישראל, עמ' ו', טור ב'.

46. הלכות סנהדרין, פרק כ"ד.

47. דברים, י"ז, 13–20 (פרשת המלך); שמות ל"ב, 26–29 (הריגה בחרב של עובדי העגל בציווי משה. דוגמת דין הוראת שעה או דין מלכות מובהקת); במדבר כ"ה, 4–9 (כנ"ל במעשה פעור).

מידה. השניה דואגת להשפעת העבריינין ועבירתו על כלל החברה ושוקלת את העונש במאזני התועלת החברתית. ואין מטרה אחת נוגעת בחברתה, ושתייהן כאחת נכונות בעת ובעונה אחת. כי כל עבירה יש לה שתי פנים, פן אישי ופן חברתי גם יחד. העבירה ראויה לעונש מצד עצמה או מצד שהיא פוגמת באנושיותו של העבריינין. היא גם ראויה לעונש מצד שהיא עלולה לשמש מקור חיקוי לאחרים, ואם אמנם ילכו רבים בעקבות העבריינין, עלול שלום הציבור להיפגע ואשיות החברה האנושית להתמוטט. המטרה הראשונה היא ענשית-אישית, ואילו השניה היא חינוכית-הרתעתית. לפי חלוקה זו, ההענשה לפי מערכת דין תורה באה לשרת את המטרה הראשונה, בעוד ההענשה לפי מערכת דין מלכות ודין הוראת שעה באה לשרת את המטרה השניה.

והנה מערכת דיני ממונות מטרתה כולה להביא ליציבות וסדר ביחסי החברה, שלא ישתרר מצב של תוהו ובוהו בענייני רכוש וכלכלה. אין למערכת דינים זו פן נוסף מלבד הפן החברתי. הרי שמערכת דיני הנפשות לפי דין המלכות ודין הוראת שעה ומערכת דיני הממונות, אותה מטרה ממש, תיקון החברה ושמירת שלומה ויציבותה, משותפת לשתייהן. ההגיון מחייב, איפוא, שאם בדיני ממונות, שעיקרם שמירת הרכוש, עומד עקרון ידיעת האמת בראש הסולם ההיררכי בדיני הראיות, והוא הוא הערובה לדין אמת לאמתו, בדיני המלכות והוראת שעה, שעיקרם שמירת הנפש, על אחת כמה וכמה.

נשאלת השאלה, מה צורך מעשי יש במערכת דיני נפשות לפי דין תורה במובן המצומצם? למה לא להסתפק במערכה אחת, והיא דין הוראת שעה ודין המלכות, שדי בה לבדה לשמור על החברה מהעבירות הקשות הממוטטות יסודותיה. מה תרומה מוסיפה המערכת השניה של דין תורה, שלפי הגבלותיה החמורות, כמעט איננה מתבצעת בחיי המעשה? למה לא להשאיר את העונש לגופה של עבירה, מידה כנגד מידה, לגמרי בידי שמים? כנראה, שזאת היתה עמדתם של רבי טרפון ורבי עקיבא שהצהירו כי, "אילו היינו בסנהדרין, לא נהרג אדם מעולם".

אך רבן שמעון בן גמליאל שהטיח כנגדם, "אף הם מרבים שופכי דמים בישראל" סבור היה אחרת. לדעתו, ביצוע מעשי של דין תורה, אף אם יהיה זה דבר נדיר מאד (אחת לשבע או לשבעים שנה), יש לו השפעה חינוכית-מעשית בשני כיוונים, גם על הציבור הרחב וגם על זרועות השלטון. כי בזה נבדל דין תורה מדיני המלכות והוראת שעה, שהראשון הוא מוגדר היטב, קבוע ובלתי משתנה, ואילו השני גמיש מאד ומשתנה לפי הזמן והמקום. כדי לשפוט נכון לפי דין מלכות ודין הוראת שעה, צריך השופט להיות חדור רוח דין תורה, הנוטעת בלבו סלידה עמוקה מעצם העבירה מצד אחד, אבל

מצד שני מחייבת זהירות מירבית וחקירה ובדיקה ודרישה רבה בענין מכל צדדיו שלא יוצא להורג חלילה צדיק ונקי.

אם כן, טוען רבן שמעון בן גמליאל, אם שופטי הסנהדרין יקבעו להם מראש מדיניות בהתאם לגישתם של רבי טרפון ורבי עקיבא, התוצאה תהיה שתרכה שפיכות דמים בישראל, הן מצד הציבור, שיפשה בו הולול בדין תורה, הן מצד המלכות, שדין תורה לא ישמש לה קו ומשקולת לזהירות ולכובד ראש בדיני נפשות.

#### סיכום

אם נבוא עתה לסכם את המסקנות אליהן הגענו בדיון זה, נמצא כי אם נמצה משנת הרמב"ם עד תומה — ולמעשה זו היא המשנה העיונית היחידה הבהירה והמקיפה בסוגיה הזאת, ואין קיימת משנה עיונית אחרת החולקת עליה במפורש — יתברר כי עקרון האומדנה המוכחת מוכר ומופעל בדיני ממונות ובדיני נפשות להלכה ולמעשה במידה שווה. כמוכן, הכוונה לאותה מערכת של דיני נפשות הגלומה בדיני המלך והוראת שעה, שהיא כיום, מבחינה מושגית, המערכת היחידה של דיני נפשות הקיימת בשיטות המשפט המודרניות.

באשר לדיני הנפשות לפי התפישה המושגית של דין תורה במובנו המצומצם, אמנם נשלל עקרון האומדנה המוכחת מכאן בהם באופן עקרוני להלכה ולמעשה. אולם הנימוק לשלילה נובע מהכלל ונקי וצדיק אל תהרג, שעיקרו גזירה רחוקה נגד טעות אפשרית העלולה להביא ביום מן הימים להריגה נקי וצדיק אמתי, והוא מוגבל לעונש מיתת בית דין במובנו המיוחד בלבד.

אכן, אף בדין תורה, לא נמתחה שלילת עקרון האומדנה המוכחת עד כדי ביטול דין תורה לגמרי בעולם המעשה, כפי שמתחייבת מגישת רבי טרפון ורבי עקיבא. העקרון הוכר והופעל בצורה מוגבלת לשם יצירת חזקות שבעובדה לגבי אותם פרטים וענינים במעשה העבירה שאין ראייתם הישירה של עדים שולטת בהם, או משום שהיא נמנעת המציאות או משום שהיא בלתי שכיחה בדרגה גבוהה. צורה זו של הכרת עקרון האומדנה המוכחת במסגרת דיני נפשות לפי דין תורה מובעת בכלל: סוקלין ושורפין על החזקות.

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_