

## “שבועת ה' תהיה בין שניהם”

השימוש בשבועה לשם השבת האמון בין בעלי הדין

### הרב יאיר פרנק

א. פתיחה	ט. אתה נאמן לי בשבועה
ב. האומר נשבעתי	י. הנשבעין שלא בטענה
ג. השבועות בתורה	יא. שבועה בין היורשים
ד. שבועות הרשות	יב. שבועת השומרים בטענת ברי
ה. שבועת עד אחד	יג. השלכות
ו. שבועת הדיינים ושבועת השומרים	יד. סוף דבר
ז. ולקח בעליו	
ח. “לפייס את חברו”	
1. שבועה ומלקות	
2. שוכר שמסר לשואל	
3. שבועת השכיר	
4. עד המעיד על פירעון כתובה	

### א. פתיחה

מקובל לראות בשבועה כלי שבאמצעותו מברר בית הדין את האמת במקרים שבהם אין בידי בעלי הדין ראיות להוכיח את טענותיהם, וקיים חשד או ספק מסוים המחייב בדיקה של אחד מבעלי הדין על ידי השבועה.<sup>1</sup> לפי הבנה זו, השבועה היא מעין ראיה של בעל הדין, שבאמצעותה יכול הוא לחזק את טענתו או להוכיחה לבית הדין.

במאמר זה נבקש להוכיח, שקיים סוג אחר של שבועה, שביסודה לא נועדה לשמש ככלי ביד בית הדין לבירורה של האמת. אין היא מכוונת כלפי בית הדין, אלא כלפי בעל דינו של הנשבע. מטרתה של שבועה זו היא השבת האמון בין הצדדים, והשכנת שלום ביניהם.

\* הרב יאיר פרנק, מכון 'משפטי ארץ', עפרה.

1. בין אם נאמר שחייב השבועה יוצר חיוב ממוני ובעל הדין יכול להיפטר על ידי שבועה, ובין אם נאמר שחלה עליו רק חובת שבועה, ואכמ"ל.

לבסוף, נציע הסבר ולפיו, בכל סכסוך, ייתכן שימוש בכל אחת מן השבועות. השימוש ייעשה בהתאם לאופיין של הנסיבות, המתדיינים, וטענותיהם.

## ב. האומר נשבעתי

במסכת בבא מציעא,<sup>2</sup> נדון דינו של מי שהתחייב שבועה, טען שכבר נשבע, אך הכחישו עדים את דבריו –

אמר רבי אבין אמר רבי אלעא אמר רבי יוחנן: היה חייב לחבירו שבועה, ואמר: 'נשבעתי', והעדים מעידין אותו שלא נשבע [נחזור ואמר נשבעתי] – הוחזק כפרן לאותה שבועה.

רבי יוחנן מתאר מקרה שבו אדם חייב לחברו שבועה, וטוען לאחר מכן שכבר נשבע. רק אם העדים מעידים שלא נשבע – הוא מוחזק כפרן, אך אם אין עדים כאלה – נאמן! מימרא זו מקבילה למקרים שהובאו באותה סוגיה, כגון: "...אמרו לו [בית הדין]: 'צא תן לו', ואמר: 'פרעתי' – נאמן". במקרה זה, תפקיד בית הדין מסתיים בהכרעת הדין, ובקביעת החובה המוטלת על בעל הדין. התשלום עצמו נעשה בין בעלי הדין, ואין לבית הדין עניין בו.<sup>3</sup> רק כאשר אחד מבעלי הדין אינו מקיים את המוטל עליו לפי פסק הדין, מתערב בית הדין בגבייה.

2. בבא מציעא יז, א.

3. אמנם, אם בעל הדין חושש כבר בהיותו בבית הדין שבעל דינו ישקר ויטען אחר שיצאו מבית דין שנשבע או פרע, כתב הרמב"ם (טוען ונטען ז, ו) –

לפיכך היו בקיאי הדעת שבספרד כשיודעה הלוח או כשיתחייב שבועה בבית דין אומר לו בפני בית דין היו עלי עדים שלא יפרעני או שלא ישבע לי אלא בפני עדים.  
וכן כתב הרא"ש (שבועות ו, יא) –

אבל אם נתחייב אדם לחבירו בב"ד והתרה בו אל תפרעני אלא בעדים אפילו אמר איני מקבל עלי תנאי זה – לאו כל כמיניה, כיון דהוצרך להביאו בפני בית דין בשביל ממון זה והתרה בו בפני בית דין, הויא התראתו התראה.

דהיינו, המצב הרגיל הוא שבעל הדין אינו מאבד את נאמנותו לומר שפרע או נשבע אחר שיצאו מבית דין, אולם בעל דינו יכול לומר מיד לאחר פסק הדין בפני בית דין 'אל תפרעני/תישבע אלא בעדים' ושוב לא יהיה נאמן לומר כן. ויש לחקור מה כוחו של התובע לומר כן, ולהציב תנאים לביצוע פסק הדין? (להבדיל ממקרה שאמר כן כחלק מתנאי ההלוואה, ולרמב"ם אף לאחר מתן המעות, ואכמ"ל). ואכן, השי"ך (חושן משפט ע, ט) תמה – "וגם על זה יש לדחוק, דהיאך יכול זה להכריחו לקבל תנאו בעל כורחו, וצ"ע".

ונראה לבאר, שאחר שהוצרך התובע להזדקק לבית דין בכדי להוציא ממנו (ובמקרה דנן לחייב שבועה), בית הדין מחזיק בפסקו את התראתו של המלווה. דהיינו אחר שנצרך אדם לבית הדין, בית הדין נותן למלווה את הכוח ומוודא שאכן פסק דינו יתבצע הלכה למעשה. בדרך כלל אין צורך בכך, וכפי שאמרנו שאדם נשאר כשר ונאמן, אך אם המלווה מבקש זאת מבית דין – מקבלים את דרישתו וקובעים שהפירעון או השבועה יהיו בפני עדים.

ומעין זה כתב קצות החושן (ע, ג), שהיות שיכול התובע לשאול מבית דין שיכתבו לו את פסק הדין, ונותנין לו בע"כ של הנתבע ושוב לא יוכל לטעון פרעתי (כדין שטר), משום כך יכול גם להטיל תנאים שווים בעל כורחו של הנתבע. [אפשרות נוספת היא לבאר שאכן אין לאמירתו משמעות דינית, אלא

אם נשוב להקבלה שבין פירעון חוב לשבועה, נמצאנו למדים שגם חיוב השבועה שמוטל על ידי בית הדין, אינו קשור לדיון בבית הדין. משעה שבית הדין פוסק שבעל הדין חייב שבועה, מסתיים תפקידו. השבועה עצמה היא עניין שבין בעלי הדין, כאשר בית הדין אינו טורח, ואינו צריך לטרוח ולחקור אם נשבע בעל הדין או לא.<sup>4</sup> כך יש ללמוד גם מן הביטוי "חייב לחברו שבועה". כלומר החיוב אינו משרת את בית הדין, אין הוא כלי לבירור האמת, אלא חובה של בעל דין כלפי בעל דינו.<sup>5</sup>

מלשונה של ההלכה, כפי שהיא מובאת בידי רבי אבין, ניתן היה ללמוד, שאין היא עוסקת כלל בחיוב שבועה שמקורו בהכרעת בית דין. ניתן היה להבין, שחיוב השבועה נוצר כתוצאה מהסכם שבין בעלי הדין. אולם, רבי אבהו, בהמשך הסוגיה, הסביר במפורש שהלכה זו עוסקת במי "שנתחייב בבית דין", ואף רבי אבין הסכים לדבריו.

### ג. השבועות בתורה

רק במקום אחד בתורה ישנו חיוב שבועה מפורש במקרה של סכסוך ממוני – בשבועת השומרים, המופיעה בפרשייה המתמקדת בשומר שכו.<sup>6</sup> וכך נאמר בפרשייה זו –

כי יתן איש אל רעהו חמור או שור או שה וכל בהמה לשמר, ומת או נשבר או נשבה אין ראיה. שבעת ה' תהיה בין שניהם אם לא שלח ידו במלאכת רעהו, ולקח בעליו ולא ישלם.<sup>7</sup>

מן הפרשייה משמע, שהשבועה היא "בין שניהם". היינו, שבית הדין לא צריך כלל להתערב בסכסוך, אלא השומר נשבע למפקיד ודיו. בית הדין, המכונה "אלהים" בפרשיות אלו, לא מוזכר כלל בפרשייה. אמנם פעמים שהמפקיד יצטרך להביא את השומר לבית הדין, על מנת שיוורו לו את דינו, שחייב לחברו שבועה.

אומדים דעתו של הנתבע שאחר שאמר כן התובע – שוב לא יפרע או יישבע אלא בעדים, שלא יחזיקו אותו הבריות כשקרן, וכעין סברת הר"ן (על הרי"ף שבועות כ,ב) בהסבר שיטת הרמב"ם.

4. אמנם, ייתכן לומר שכוונתו של בעל הדין הטוען 'נשבעתי' היא, שנשבע בפני בית דין אחר. ואכן, המרדכי (ב"מ רכט) הביא את דבריו של רבנו יקר, שכתב שמדובר ב"אמר נשבעתי בבית דין ועל דעתם, והלכו להם למדינת הים". זהו פירוש דחוק, ודעה זו גם לא הובאה אצל ראשונים אחרים. כמו כן, כפי שהתבאר לעיל, מהשוואת הסוגיות עולה שכולן עוסקות בפירעון/שבועה, המתנהלים מחוץ לכותלי בית הדין, בין בעלי הדין עצמם.

5. בהמשך יבואר, שחיוב זה נועד להשיב את האמון בין הצדדים. ואמנם, כאן בעל הדין טוען נשבעתי, וחברו מכחישו שלא נשבע (וא"כ לא האמינו), אך ידי חובת התורה לישבע יצא לפי טענתו (ועיין עוד לקמן).

6. בפרשה זו מתחייב השומר בגניבה, ואילו בפרשייה הקודמת דינו מבואר לפטור. וביארו חז"ל בפשטות שההבדל בין הפרשיות הוא שהפרשייה הראשונה עסקה בשומר חנינם (וסתם שמירת "כסף או כלים" היא בחינם) ולכן נפטור, ואילו הפרשייה השנייה שעוסקת בשמירת בהמה (ונדרשת בשמירתה עבודה) עוסקת בשומר שכו. עיין בבבא מציעא צד,ב, וראה גם: רמב"ן על התורה, שמות כב, ו.

7. שמות כב, ט-ז.

זאת ועוד, הפרשנים מתחבטים כיצד לפרש את הביטוי "ולקח בעליו", שהרי אינו לוקח דבר ("ולא ישלם"). לדעת הנצי"ב, כוונת הכתוב היא, שבעליו לוקח את גוף הבהמה שמתה.<sup>8</sup> הסבר זה אינו מתמודד עם המקרה שבו השור או השה 'נשבה', ואין הוא מצוי לפנינו.<sup>9</sup> רש"י מפרש שכוונת הביטוי "ולקח בעליו" היא, שייקח את השבועה.<sup>10</sup> מקור דבריו בסוגיה במסכת שבועות –

כל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין. מנלן? דאמר קרא: "ולקח בעליו ולא ישלם", מי שעליו לשלם לו שבועה.<sup>11</sup>

מלשון זו משמע שהשומר חייב לחברו שבועה, והמפקיד 'מקבל' שבועה ממנו.<sup>12</sup> שבועת מודה במקצת נלמדת מהפרשייה הקודמת לפרשייה זו, אשר עסקה בתחילתה בשומר חנינם,<sup>6</sup> אך הרחיבה לאחר מכן את הדין לכדי כלל שלם –

כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמר, וגנב מבית האיש, אם ימצא הגנב – ישלם שנים. אם לא ימצא הגנב – ונקרב בעל הבית אל האלהים אם לא שלח ידו במלאכת רעהו. על כל דבר פשע: על שור, על חמור, על שה, על שלמה, על כל אבדה – אשר יאמר כי הוא זה, עד האלהים יבא דבר שניהם. אשר ירשיען אלהים ישלם שנים לרעהו.<sup>13</sup>

בפרשייה זו לא מופיע חיוב שבועה במפורש, אלא נאמר בה – "ונקרב בעל הבית אל האלהים", שמשמעותו הפשוטה היא, שבעל הדין צריך לבוא לפני בית הדין, והם יכריעו אם טענתו אמת או לאו. את הדין מרחיבה התורה לכל מקרה "אשר יאמר כי הוא זה". וביארו חכמים, שהכוונה היא לכל נתבע המודה במקצת.<sup>14</sup> ההבנה הפשוטה של הפסוק לפי ביאור זה היא, שבכל מקרה ("על כל דבר פשע") שבו הנתבע טוען שמה שיש בידו 'הוא זה', ואילו התובע טוען שהנתבע מחזיק בידו משהו אחר (שערכו רב יותר), הרי שהנתבע הודה במקצת הטענה. כך אכן מוסבר במכילתא<sup>15</sup> –

"אשר יאמר כי הוא זה". שזה אומר זה הוא, וזה אומר אינו הוא, מכאן אמרו: עד שתהא הודאה במקצת הטענה.

8. העמק דבר, שמות כב, י.
9. אם כי אפשר שהנצי"ב יפרש, שהתורה כתבה כן על רוב מהמקרים.
10. רש"י שמות כב, י. וכך פירשו גם אונקלוס, רשב"ם, אבן עזרא ואחרים, שם.
11. שבועות מה, א.
12. עוד על ההשלכות של ביטוי זה, ראה להלן, ליד הציון להערה 31.
13. שמות כב, ו-ח.
14. עיין שבועות לט, ב.
15. מכילתא מסכתא דנוזיקין טו. ובדומה, ברמב"ן על התורה (שמות כב, ח) – "או אשר יאמר השומר כי הוא זה פקדון שבידי ולא הפקדת לי יותר".



חכמינו הסבירו, שהפרשייה הסמוכה מלמדת שמשמעותה של הקריבה אל האלהים המוזכרת בפסוק היא שבועה –

"ונקרב בעל הבית אל האלהים" – לשבועה; אתה אומר: לשבועה, או אינו אלא לדין? נאמר שליחות יד למטה ונאמר שליחות יד למעלה, מה להלן לשבועה, אף כאן לשבועה.<sup>16</sup>

נראה שיש יסוד להסבר זה, אף במובנם הפשוט של הכתובים. עיון בדינים הרבים המופיעים בפרשת משפטים מגלה, שלעולם אין מוזכר הצורך של בעל הדין לבוא לפני בית הדין. התורה כותבת אך ורק את הדין, כאשר ברור שיישומו של הדין מוטל על בית הדין. דווקא בפרשיית השומרים, העוסקת בטענה שקיים לגביה ספק, אם אמיתית היא אם לא, נאמר – "ונקרב בעל הבית אל האלהים". דומה שמשמעות העמידה בפני האלהים אינה רק עמידה בפני בית הדין, אלא אף עמידה בפני ה', לצורך השבועה. שבועה זו נועדה ודאי לאפשר לבית הדין לברר אם טענתו של בעל הדין נכונה.

נמצאנו למדים שבתורה יש שתי שבועות שונות – זו שבית הדין מטיל, כדי לברר את נכונות טענת בעל הדין, ולהגיע להכרעה ("אשר ירשיען אלהים ישלם שנים לרעהו"). זו שנכתבה במפורש בתורה, שאינה כלפי בית הדין, אלא "בין שניהם". "שבועת ה' תהיה בין שניהם", לעומת "עד האלהים יבא דבר שניהם".

מהו היסוד המהותי המצדיק את ההבדל בין השבועות? נראה שההבדל נעוץ באופן טענתו של התובע. כאשר התובע טוען ברי, דהיינו שהוא טוען טענה ודאית, אין משמעות לשבועת הנתבע בעיניו, שכן התובע לא יאמין לבעל דינו אף אם יישבע, היות והוא משוכנע שבעל דינו אינו נרתע מלשקר. על כן, טענותיהם מובאות לפני בית דין. מנגד, כאשר התובע אכן לא יודע מה אירע,<sup>17</sup> חיוב השבועה נדרש רק כדי להסיר מלב התובע את התרעומת כלפי הנתבע. כך הוא המצב לגבי מי שהפקיד ביד חברו נכס, תוך שהוא מאמין לו שישמור למענו את הפיקדון. משהגיע מועד השבת הפיקדון, טען השומר טענות שונות, המכוונות לפטור אותו מחובת ההשבה. במקרה זה התובע אינו יודע בוודאות, שהשומר משקר, אם כי, במידת מה נתערער אמונו בו. לפיכך, נדרש השומר להישבע למפקיד, ובכך, להוציא מלבו את החשד שנטל את הפיקדון לעצמו.

אמנם, עדיין קשה, שהרי הפרשייה הראשונה כוללת אמנם בסופה את כל המודים במקצת, אך בתחילתה היא עוסקת במפורש בשומר חונם, ומדוע ישתנו דינו ושבועתו מכלל שבועות השומרים? לקמן<sup>18</sup> נעסוק בשאלה זו.

16. בבא קמא סג,ב; בבא מציעא מא,ב.

17. כך הוא אמנם מצב הדברים בפרשיית שומר שכר.

18. בפרק האחרון.

**ד. שבועות הרשות**

שבועות דומות לשבועתו של השומר בשכר, מצויות במקומות אחדים נוספים בתורה, אלא שבהם, אין השבועה מוטלת כחייב. במקרים אלו דנה התורה במצבים שבהם נשבע אדם לחברו, מיזמתו, כדי לאמת את דבריו, והתברר לאחר מכן ששיקר בשבועתו. בתחילת ספר ויקרא, בפרשיות העוסקות בקרבנות למיניהם, עוסקת התורה בשני נשבעים לשקר: שבועת העדות ושבועת הפיקדון. במקום אחד נאמר –

ונפש כי תחטא ושמעה קול אלה, והוא עד או ראה או ידע, אם לוא יגיד – ונשא עונו.<sup>19</sup>

ובמקום נוסף נאמר –

נפש כי תחטא ומעלה מעל בה, וכחש בעמיתו בפקדון או בתשומת יד או בגזל או עשק את עמיתו. או מצא אבדה וכחש בה, ונשבע על שקר על אחת מכל אשר יעשה האדם לחטא בהנה.<sup>20</sup>

בשני המקרים, חייב הנשבע לשקר קרבן, על כך שנשבע לשקר.<sup>21</sup> בשניהם, לא היה הנתבע חייב שבועה, אולם הוא רצה להישבע בכדי לאמת את טענתו<sup>22</sup> ולהוכיח לחברו, שאין הוא יודע לו עדות כלשהי, או שלא הפקיד אצלו דבר. השבועה נועדה כדי שחברו לא יחשוד בו בחינם, ועל כן אין צורך בכך שתתקיים בבית הדין.<sup>23</sup>

אכן, ישנם מקרים שבהם התובע טוען בוודאות שהפקיד ביד הנפקד נכס. אולם, גם במקרים אלו, מטרת השבועה היא להוכיח את אמינותו של הנפקד בעיני החברה. ההבדל בין שבועות אלו לשבועת השומרים דלעיל היא שבשבועת השומרים התורה מחייבת אותו לישבע שבועה זו, אולם אופי השבועה דומה – שבועה שבין אדם לרעהו.

19. ויקרא ה, א. 'ושמע קול אלה' היינו שהשביעו חברו שאינו יודע לו עדות, עיין שבועות לה, א.

20. שם, שם, כא-כב.

21. קרבן עולה ויורד בשבועת העדות ואשם בשבועת הפיקדון.

22. כן הוא בפשטות הן בשבועת הפיקדון, והן בשבועת העדות. אמנם ביחס לשבועת העדות יש שנקטו שיכול להשביעם בעל כורחם. עיין שו"ת מבי"ט (א, רפג) שביאר כן את דברי הרמב"ן (בחידושו לשבועות לא, ב). אולם עיין ברמ"א חו"מ לח, ב ובנושאי הכלים. השי"ך (שם, ג) כתב שחייב דווקא כששתק מטעם ששתיקתו כהודאה, אך לעולם אם אומרים שאינם מקבלים עליהם שבועה – פטורים משבועת העדות [וכן עיין בנתיבות המשפט (שם, ביאורים ג) שכך הביין מדברי הרמב"ן].

23. כאמור, השבועה עצמה עשויה להתבצע מחוץ לבית הדין (ראה: משנה שבועות ד, ג; ובבבלי, לב, א). אמנם, עיין רמב"ם שבועות ט, א-י, והשגת הראב"ד (שם). אך לגבי הכפירה (איני יודע עדות, לא הפקדת אצלי וכו') נחלקו רבי מאיר וחכמים: ביחס לשבועת העדות (משנה שבועות ד, א) לחכמים צריך תמיד לכפור בבי"ד, ולר"מ רק במושב מפני אחרים. וביחס לשבועת הפיקדון (שבועות ה, א) חכמים מקילים שלא צריך כלל כפירה בבי"ד, ולר"מ במושב מפני אחרים צריך לכפור בבי"ד. בפשטות סברת חכמים היא שהמעשה שעליו נשבע האדם צריך להיות במקום הרלוונטי למקרה, וע"כ הכפירה בעדות צריכה להיות במקום שהיה יכול להעיד – בי"ד, ואילו בפיקדון הרי הוא יכול להודות, וממילא גם לכפור, בכל מקום. רבי מאיר הוא שמשווה בין שתי השבועות (עיין שבועות לא, א), ואכמ"ל.

## ה. שבועת עד אחד

השבועה השלישית הנזכרת בתורה היא 'שבועת עד אחד'. שבועה זו אינה מבוארת במפורש בפסוקים, ולמדה חכמינו מדרשת הפסוקים –

דכתיב "לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת" (דברים יט, טו), לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם, אבל קם הוא לשבועה, ותניא: כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון, עד אחד מחייבו שבועה.<sup>24</sup>

לכאורה, אופיה של שבועה זו דומה לשבועת מודה במקצת – בירור של הדין על ידי בית הדין. כשם שבית דין מחייב ממון על ידי שני עדים, כך עד אחד מהווה ראיה מסוימת המאפשרת לבית הדין לחייב את בעל הדין שבועה – לאמת את טענתו. אף שבועת עד אחד, כשבועת מודה במקצת, נלמדה מדרשת חכמים.

עקרונית, ניתן היה לומר, שאף שבועה זו מגמתה כלפי בעל הדין, וכביכול הנשבע המוכחש על ידי העד צריך להישבע בכדי שיאמין לו בעל דינו (ולא לעד).

אולם, נראה שהלכותיה של שבועה זו אינן הולמות פירוש זה. כאמור, שבועה שנועדה לשם השבת האמון בין בעלי הדין, תיתכן רק כאשר התובע טוען טענה שאינה ודאית. למרות זאת, לכל הדעות שבועת עד אחד חלה, אף כאשר התובע טוען טענה ודאית (ברי), ואדרבה, נחלקו הראשונים האם חייב הנתבע שבועה כאשר התובע טוען טענה מסופקת (שמא).<sup>25</sup>

## ו. שבועת הדיינים ושבועת השומרים

על משמעויותיהן השונה של שבועות שונות, ניתן גם ללמוד מלשון המשניות במסכת שבועות. כותרתו של הפרק השישי במסכת היא – "שבועת הדיינים". לכאורה, אמורה הייתה כותרת כזו לכלול את כל סוגי השבועות, שמטיל בית הדין על בעל הדין. אולם, עיון בפרק מגלה, שהוא עוסק אך ורק בשבועת מודה במקצת, וכלשון המשנה הראשונה של הפרק –

שבועת הדיינים – הטענה שתי כסף וההודאה שתי כסף.<sup>26</sup>

24. שבועות מ, א (וכן בכתובות פז, ב).

במשנה לא מוזכרת שבועה זו כלל [כשבועה דאורייתא. אולם הובאה כעין שבועה זו במשנה כתובות (ט, ז) ושבועות (ז, ז) לגבי הנשבעים ונטלים מדרבנן כאשר עד אחד מעידה שהיא פרועה], ויש לחקור מדוע. אולם היא הוזכרה בפירוש בספרי דברים (קפח), מדרש תנאים לדברים (יט, טו), תוספתא שבועות (ה, ג-ד), ספרא ויקרא (דיבורא דחובא ה, ז) ועוד [ודוק שבספרי ובתוספתא מובאת דעה זו בשם רבי יוסי. להבנת דבריו עיין שינויי נוסחאות, ואכמ"ל].

25. לדעת ר"י מיגאש, חיוב שבועה על פי עדותו של עד אחד קיים, רק כאשר התובע טוען ברי. אולם לדעת רוב הראשונים (רי"ף, רמב"ם, ראב"ד, רמב"ן וכו'), החיוב קיים גם כאשר התובע טוען שמא, וכך גם נפסק להלכה (הדעות הובאו בטור ושולחן ערוך עה, כג, ראה במקורות שם).

26. משנה שבועות ו, א.

דהיינו, שבועת מודה במקצת – היא ורק היא – ראויה לשם 'שבועת הדיינים'. זאת משום שרק שבועה זו באה מכוח סמכותם ורצונם של הדיינים לברר את טענת הנתבע.

כאמור, התורה כלל לא השתמשה בלשון שבועה בהתייחסה למודה במקצת, אלא כתבה – "עד האלהים יבא דבר שניהם". בית הדין הנקרא 'אלהים', הוא המחייבו שבועה בכדי לברר טענתו, בכדי להגיע בסופו של דבר להכרעה ממונית.<sup>27</sup>

לעומת זאת, חיוב שבועת השומרים הובא בתחילת הפרק השמיני של המסכת ("ארבע שומרים הן"), ואולם הפרק בכללו, עוסק בכל המקרים שבהם נשבע השומר למפקיד, אף כאשר לא היה חייב שבועה מן הדין (כגון: "היכן שוריי? אמר לו: איני יודע מה אתה סח"<sup>28</sup>), ובכל זאת, בחר הנתבע להישבע מרצונו.

השבועות שבהן עוסק הפרק באות בתוך מעין דר־שיח בין בעלי הדין –

היכן שוריי? אמר לו... משביעך אני, ואמר אמן.<sup>29</sup>

הדיון בשבועות אלה עוסק בעיקר בחיוב קרבן, כדין הנשבע שבועת הפיקדון, ונמצא ששיקר בשבועתו (וכהמשך לפרק חמישי). דהיינו, שבועת השומרים היא חלק משבועות הפיקדון, אלא שבשבועה זו, התורה היא שחייבה את השומר לישבע למפקיד (במקרים השונים).

## ז. ולקח בעליו

ראינו לעיל,<sup>30</sup> שהביטוי המוזכר בשבועת השומרים – "ולקח בעליו", פירושו שבעל הדין 'לוקח' את שבועתו של השומר. פירוש זה שימש לרב בסיס להלכה מחודשת –

אמר רב הונא אמר רב: מנה לי בידך, והלה אומר אין לך בידי כלום, ונשבע ובאו עדים – פטור, שנאמר: ולקח בעליו ולא ישלם, כיון שקבלו בעלים שבועה, שוב אין משלמין ממון.<sup>31</sup>

27. אדם המודה במקצת ישנה סבירות מסויימת ורגליים לדבר' (רמב"ן שבועות מב, ב) שהוא חייב את מלוא הסכום, אלא שהוא משתמט (מימרא דרבה ב"ג, ג, א ועוד).  
ואכן, אף שלהלכה, האומר 'הילך', פטור (בבא מציעא ד, א וכרב ששת), כתב בעל התרומות (ו, ב, ו) בשם ר"י הלוי:

וטענת הילך שפטרנוהו משבועת התורה, דוקא שלא יהא כמערים אבל אם נראה לדין שהוא כמערים לדחות השבועה מעליו – חייב שבועת התורה, וכן פסק רבנו חננאל.

דהיינו, במקום שהוא נראה כמערים, ואין כאן טענת הילך פשוטה (של אדם המוכן לשלם חובו, ולא משתמט), הרי הוא שוב חייב שבועת התורה! אומדן דעת זה מסור בידי בית הדין, וכן פסק להלכה השולחן ערוך (פז, ג). (אמנם נראה, שיש ראשונים שהבינו שסברת הילך אינה מטעם אומדן דעת, אלא שחזר דינו להיות כופר בכול, ואכמ"ל.)

כמו כן, מדברי רבה (שם) משמע שמטרת השבועה היא אמצעי לחץ של בית הדין על המודה להודות בחוב כולו – "רמא רחמנא שבועה עילויה כי היכי דלודי ליה בכוליה".

28. משנה שבועות ח, ג.

29. שם.

30. ליד הציון להערה 12.

דהיינו, לאחר שהבעלים נשבע על דבריו, אף שיבואו עדים לאחר מכן, ויעידו שנשבע לשקר, אינו משלם, שהרי המפקיד כבר קיבל שבועתו!

לכאורה, היה אפשר לבאר דבריו של רב בצורה מתונה יותר, שלא מדובר שהעדים מכחישים ממש את דבריו, אלא למשל, שהעדים מעידים שלוה, ונשבע הלוה שפרע. במקרה זה, מחדש רב, אף אם לפי הדין, אם היו באים העדים בתחילה, היה חייב לשלם ולא היה נאמן אף בשבועה שפרע,<sup>32</sup> אם כבר נשבע הרי הוא נאמן.

אולם, המשך הסוגיה מוכיח, שרב נחמן הבין שהלכת רב עוסקת גם במקרה שבו העדים מכחישים את דברי הנשבע ממש. אף במקרה זה, היות ונשבע הנתבע על טענתו, הרי שהמפקיד נתן בו אמון וקיבל את שבועתו. לפיכך, השומר פטור מתשלום.

ניתן להבין הלכה זו (במקצת), לאור ההבנה שתפקיד השבועה אינו במישור הבירור האובייקטיבי מצד בית הדין (שכן אם כך היה, ודאי ששני עדים מבטלים לגמרי את דברי הנשבע) אלא במישור האמון שבין הצדדים גרידא. התרצותו של בעל הדין לקבל את שבועת בעל דינו, משקפת למעשה מעין הסכמה לוותר על התביעה הממונית, אם אמנם יישבע השומר על טענתו. דבר זה לא ישתנה, אף אם יבואו עדים לאחר מכן.

אמנם, דעת רב לא התקבלה להלכה. אולם, דומה שיש בה כדי לבסס את ההבנה, שתפקידה של שבועת השומרים אינו לברר את האמת העובדתית, אלא להשיב את האמון שבין בעלי הדין.

#### ח. "לפייס את חברו"

במספר מקומות בתלמוד העוסקים בשבועות מסוגים שונים, מופיע ביטוי ייחודי, שיש בו כדי ללמד, שמגמת השבועה היא – לפייס את חברו.

##### 1. שבועה ומלקות

במסכת תמורה קיים דיון הנוגע למקור שממנו למדים שהמקלל חברו בשם חייב מלקות –

המקלל את חברו בשם. מנלן? אמר רבי אלעזר אמר רבי אושעיא: אמר קרא – "אם לא תשמר [לעשות את כל דברי התורה הזאת הכתובים בספר הזה ליראה את השם הנכבד והנורא הזה]" (דברים כח, נח), וכתוב "והפלא ה' את מכותך" (שם, נט). הפלאה זו איני יודע מהו, כשהוא אומר: "והפילו השופט והכהו לפניו" (דברים כה, ב) – הוי אומר: הפלאה זו מלקות.<sup>33</sup>

למדנו אפוא, שהוצאת שם שמים ללא צורך, מצדיקה עונש מלקות. לאור זאת נשאלת השאלה –

31. בבא קמא קד, א.

32. לפי הדעה שהמלווה את חברו בעדים צריך לפורעו בעדים, עיין שבועות מא, ב.

33. תמורה ג, ב.

אימרו: אפילו שבועת אמת!

אם אמנם הוצאת שם שמים שאין בה צורך מחייבת מלקות, יוטל עונש זה אף על מי שנשבע שבועת אמת! על כך משיב התלמוד –

בהדיא כתיב "שבועת ה' תהיה בין שניהם" (שמות כב, ז).

לאמור, לא ייתכן להעניש אדם על כך שנשבע, אחר שהתורה עצמה חייבה אותו להישבע. אולם, אף תשובה זו אינה מספיקה –

אימרו: הני מילי – לפייס את חברו, אבל מילקא – לילקי!

ייתכן שהתורה אמנם חייבה אדם להישבע, אולם חיוב זה, בשונה מחיובים אחרים, אינו חיוב כלפי שמים. זהו חיוב הנובע מן הצורך "לפייס את חברו". המחויב רשאי אם כן להימנע מן השבועה. במקרה זה, חברו לא יפויס, ויהא עליו לשלם לחברו את הסך שאותו הוא תובע ממנו. היות ואין מדובר בחיוב מוחלט, ניתן להטיל עונש על מי שבחר להישבע, ולא לשלם.<sup>34</sup> לפי הרמב"ן,<sup>35</sup> משמעות השאלה היא, שאם נשבע שבועת ביטוי מעצמו לוקה עליה (אך הנשבע שבועת השומרים אינו לוקה). יש להדגיש שמסקנת הסוגיה שם היא, שהנשבע על האמת אינו לוקה.<sup>36</sup>

נמצאנו למדים, שמגמתו של הנשבע היא – "לפייס את חברו". ביטוי זה מובא דווקא בנוגע לשבועת השומרים – "שבועת ה' תהיה בין שניהם".

אמנם, ניתן להסביר את הביטוי גם בדרך אחרת. לפי דרך זו, בית הדין מחייב את בעל הדין להישבע, לא משום שיש צורך אמיתי בכך, אלא על מנת לתת לבעלי הדין את ההרגשה, שבית הדין ניסה לברר את הדין עד כמה שידו מגעת, ולא דחה את טענות בעלי הדין ללא התייחסות רצינית אליהן. הפיוס, לפי הסבר זה, אינו בין בעלי הדין, אלא בין התובע לדיינים.

אולם הסבר זה קשה. ראשית, אין בידינו דוגמאות להלכות הדורשות מן הדיינים לעשות מעשים שאין בהם צורך ענייני, רק בכדי שבעל הדין ירגיש שדנו אותו כראוי. זאת ועוד, החיוב שבו מדובר כאן, אינו חיוב רגיל. זהו חיוב שבועה! עליו נאמר שהוא חמור מכל עבירות שבתורה, ונפרעין ממנו וממשפחתו ומכל העולם כולו.<sup>37</sup> כמו כן, משמעותה הפשוטה של הסוגיה היא, שהצורך בפיוס בא מתוך רצונו של הנתבע לפייס את חברו, ולא מצד בית הדין.<sup>38</sup>

34. עיין רש"י – "לפייס חברו – שלא יהא תובעו ממון, אבל מילקא לילקי הואיל ומביא עצמו לידי שבועה".

35. רמב"ן, השגות לספר המצוות, עשין ז.

36. וראה מחלוקת הרמב"ם והרמב"ן בספר המצוות (עשה ז), בשאלה, האם יש מצווה להישבע על האמת.

37. שבועות לט, א.

38. כך משמע גם מסוגיות אחרות שבהן מופיע הביטוי, כפי שיבואר בפרקים הבאים. אמנם במקום אחד (עכ"פ) אכן נראה מסתבר יותר לבאר כאפשרות השנייה (וכפי שיבואר לקמן).

## 2. שוכר שמסר לשואל

המשנה במסכת בבא מציעא עוסקת בדינו של שוכר שמסר לשואל –

השוכר פרה מחבירו והשאיילה לאחר ומתה כדרכה – ישבע השוכר שמתה כדרכה, והשואל ישלם לשוכר. אמר רבי יוסי: כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו? אלא, תחזור פרה לבעלים.<sup>39</sup>

על משנה זו שאל רב אידי בר אבין את אביי מדוע לדעת תנא קמא, לא יוכל המפקיד לומר לשוכר שאין הוא מעוניין לקבל את שבועתו, כדי שיוכל לתבוע את פרתו ישירות מן השואל –

אמר ליה רב אידי בר אבין לאביי: מכדי שוכר במאי קני להאי פרה – בשבועה, ונימא ליה משכיר לשוכר: דל אנת ודל שבועתך, ואנא משתעינא דינא בהדי שואל! אמר ליה: מי סברת שוכר בשבועה הוא דקא קני לה? משעת מיתה הוא דקני, ושבועה כדי להפיס דעתו של בעל הבית.

שאלתו של רב אידי ותשובתו של אביי, מגלות סברות שונות בנוגע לתפקידה של השבועה. רב אידי סבר שהשבועה נועדה לפטור את השוכר מלשלם את דמי הפרה. לשון אחר: כל עוד השוכר לא יישבע שהבהמה מתה כדרכה, הוא בחזקת חייב. ניתן אם כן לומר, שבאמצעות השבועה 'קונה' השוכר את הפרה. כוחה של השבועה לפטור את השוכר מן החיוב המוטל עליו, נובע אך ורק מכך שיש בה כדי לברר את האמת, ולהוכיח שאמנם מתה הבהמה כדרכה. מתוך הבנה זו הקשה רב אידי, מדוע לא יוכל המפקיד לומר לשוכר – 'דל אנת ודל שבועתך'? אם אמנם השבועה לא נועדה אלא לברר את האמת, כדי לפטור את השוכר מן החיוב המוטל עליו, מדוע לא יוכל המפקיד למחול על תביעתו כלפי השוכר, ובכך גם למחול על חיוב השבועה המוטל עליו, כדי שיוכל לתבוע את השואל?

בתשובתו מחדש אביי שההבנה בנוגע לתפקיד השבועה, היא הפוכה. מעיקר הדין, זכה השוכר בדמי הפרה כבר משעת מיתתה. היות ובאמת מתה הפרה כדרכה, לא מוטל כל חיוב דיני על השוכר, כלפי המפקיד. מנגד, לשואל יש חיוב כלפי השוכר, היות והשואל נושא באחריות אף על אובדן של הפיקדון, שלא הייתה יכולה להיות לו שליטה עליו. לפיכך, שבועת השוכר לא נועדה אלא "להפיס דעתו של בעל הבית". דהיינו, עיקרה אינו בירור האמת, אלא פיוס דעתו של המפקיד, על מנת שלא יחשוד בשוכר שפשע בשמירת הפיקדון.<sup>40</sup>

39. בבא מציעא לה, ב.

40. רש"י שם. אמנם עיין בתוספות בבא מציעא שם ד"ה תחזור, המבארים שבעניין זה נחלקו תנא קמא ורבי יוסי. לדעת רבי יוסי תחזור פרה לבעלים, כיוון שהשוכר קונה אותה בשבועתו, ויכול המשכיר לומר לו 'דל שבועתך'. להלכה, התקבלה דעתו של רבי יוסי (ראה בבא מציעא לו, ב). אמנם, ראה בדברי הריטב"א (חידושים לבבא מציעא, שם) שטעמו של ר' יוסי שמלכתחילה "השואל שומר דבעלים הוא לגמרי", וכן ברמב"ן (חידושים לבבא מציעא, לו, א) הכותב – "דבעל דברים דידיה הוא". וכן נראה מפשט דבריו של רבי יוסי – "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו? אלא, תחזור פרה לבעלים".

גם כאן, כמו בסוגיית תמורה, הסוגיה עוסקת בשבועת השומרים.

### 3. שבועת השכיר

עד כאן, מצאנו שימוש בביטויים – "לפייס את חברו" או "להפיס את דעת בעל הבית", אך ורק בנוגע לשבועה שמקורה בתורה, הלא היא שבועת השומרים. כעת נפגוש שימוש בביטוי זה, גם בשבועה שמקורה בדברי חכמים.

במסכת שבועות קיים דיון בנוגע לשבועת השכיר, שמקורה בדברי חכמים. שבועה זו נדרשת, במקום שהשכיר טוען שלא קיבל את שכרו, והמעביד סבור שכבר שילם לו שכר. הסוגיה פותחת בשאלה –

מאי שנא שכיר דתקיננו ליה רבנן דמשתבע ושקיל (=במה שונה השכיר, שתקנו לו חכמים שיישבע וייטול)?<sup>41</sup>

הדין הרגיל הוא, ש"המוציא מחברו עליו הראיה", ואין אדם יכול להוציא מחברו ממון בשבועה. אם כך, מהו הצידוק להלכה החריגה, המעניקה לשכיר את הזכות להישבע וליטול? תשובות שונות הוצעו לשאלה זו, ונדחו.<sup>42</sup> לבסוף, מוסברת הזכות על רקע ריבוי טרדותיו של המעביד –

אלא, בעל הבית טרוד בפועליו הוא.

היות ועל המעביד לתת שכר לפועלים רבים, דעתו טרודה בחלוקה של משכורות רבות. לכן, ייתכן בהחלט שישכח את שכרו של אחד הפועלים. מנגד, טרדתו של הפועל נתונה אך ורק למשכורת שלו. לפיכך, לטענתו משקל רב מלטענתו של המעביד. טעם זה נראה כנימוק כה חזק, עד ששאלו –

וליתב ליה בלא שבועה!

כאן מתהפכת השאלה: אם אמנם נכון להניח שטענתו של העובד מבוססת יותר מטענתו של המעביד, לשם מה דרשו חכמים מן השכיר להישבע? ותשובת חכמים היא –

כדי להפיס דעתו של בעל הבית.<sup>43</sup>

על פי מה שביארנו לעיל, כוונת הדברים היא, שהשבועה נועדה להשיב את האמון בין המעביד לעובדיו, כדי שלא יחשוד בהם שנטלו כספו במרמה.

סברה זו מצטרפת אם כן לשורה סברות שהוזכרו באותה סוגיה,<sup>44</sup> שמגמתן שיפור מערכת היחסים בין המעביד לפועלים.<sup>45</sup>

41. שבועות מה, א, וראה גם: בבא מציעא קיב, ב.

42. אמנם, עיין בהערה הבאה.

43. פשוט שטעם זה אינו מן הדין אלא תקנת חכמים, "אבל מן הדין ודאי אפי' בשבועה אין לו הואיל ובעה"ב אומר ברי לי, אלא משום תקנה אמרינן" (רמב"ן שם). הרמב"ן שם מבאר שמסקנת הסוגיה איננה טעם עצמאי, אלא בנויה על גבי מה שנאמר לעיל, ששבועת השכיר היא משום כדי חייו.



אמנם, על פניו נראה, שהמעביד טוען טענת ברי כלפי עובדיו. אולם, חכמים אמרו דעתו של מעביד, והבינו שטענה זו אינה ודאית כל כך –

דשמה שכח מחמת שהוא טרוד בפועליו, ומחמת שסבור שפרע טוען ברי, אף על פי שמסופק,<sup>46</sup>

ולפיכך –

רבנן מיהא חשבי ליה כודאי שכח.<sup>47</sup>

#### 4. עד המעיד על פירעון כתובה

במסכת כתובות מובא דיון בנוגע לשבועת אשה נגד עדותו של עד אחד, המעיד שכתובתה נפרעה –

עד אחד מעידה שהיא פרועה... אלא אמר רבא: מדרבנן, כדי להפיס דעתו של בעל.<sup>48</sup>

ואמנם כאן בפשטות הבעל טוען בוודאות שפרע את חובו על פי הכתובה.<sup>49</sup> לפיכך על כורחנו, לא נוכל להסביר שמגמת השבועה היא להשיב את האמון בין הבעל לאשתו. אלא כאפשרות השנייה שהעלינו לעיל, שהשבועה שהטילו חכמים על האישה, נועדה לתת לבעל את ההרגשה, שבית הדין השתדל ככל שניתן לברר את טענתו. (אמנם אפשר להעמיד את הגמרא בדוחק באופן שהבעל חושד באישתו שתפסה מטלטלין בשביל כתובתה, ויש עד אחד המעיד כן. ונמצא שאכן אין הוא יודע בברי שנפרעה.)

44. כגון: "בעל הבית גופיה ניחא ליה דמשתבע שכיר ושקיל, כי היכי דאיתגרין ליה פועלין", וראה רש"י שבועות מה, א ד"ה כי היכי דאיתגרין ליה פועלים.

45. אחת מההשלכות של סברא זו היא, שאף שבכל השבועות יכול התובע לגלגל על הנשבע שבועה אחרת, בשבועת שכיר הוא אינו יכול לגלגל [שבועות מט, א וכהסבר רוב הראשונים שם, וכן נפסק להלכה בשולחן ערוך חו"מ פט, ו. ולא כריצב"א בתוספות (שם ד"ה לכל) שה"ה כל הנשבעין ונוטלין]. הסיבה לכך נובעת ממהותה של השבועה. היות והשבועה נועדה רק כדי להפיס את דעתו של בעל הבית, ו"אינה מן הדין", אין צידוק לחייב את הנשבע שבועות נוספות (ראה רש"י שם ד"ה לכל; תוספות שם ד"ה לכל).

אמנם, הר"י מיגאש כתב שהסיבה לכך שאין לגלגל שבועה בשבועת השכיר היא, שהקלו חכמים על השכיר, כדי לא לצער ולחייבו להישבע שבועות נוספות, משום כדי חייו. כלומר, היות והשכיר חייב לעבוד לפרנסתו, ולעתים, כדי לתבוע את זכויותיו ייאלץ להישבע, לא יהיה זה מוצדק שבאותה הזדמנות יטילו עליו שבועות נוספות. כך משמע גם מלשון הרמב"ם (שכירות יא, ט) והשולחן ערוך (שם).

46. תוספות שבועות מו, ב ד"ה מתוך.

47. תוספות שבועות מה, א ד"ה וניתב. ולשון הריטב"א (שבועות שם) – "וברי דידיה כשמה הוא, וכאומר איני יודע אם פרעתיך".

48. כתובות פז, א.

49. לשון המשנה (כתובות ט, ז) – "ואמר לה התקבלת כתובתיך".

### ט. אתה נאמן לי בשבועה

בהמשך הגמרא בבבא מציעא שהובאה לעיל,<sup>50</sup> נחלקו אמוראים מה דינו של שומר שמסר את הפיקדון לשומר אחר.<sup>51</sup> דעת רבי יוחנן היא שהעברת החפץ לאחר היא כפשיעה, ויש לחייב את השומר הראשון מכאן ואילך אף באונסין. נחלקו אביי ורבא בטעמו של רבי יוחנן –

אמר אביי: ... ולטעמיה דרבי יוחנן... דאמר ליה: אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר... אמר רבא: הלכתא, שומר שמסר לשומר – חייב... מאי טעמא – דאמר ליה: את מהימנת לי בשבועה, האיך לא מהימן לי בשבועה.

אביי סובר שיש לחייב את השומר, כיוון שעבר על דעת הבעלים ונתן את החפץ לאחר. רבא סובר שטעם זה אינו מספיק בכדי לחייבו,<sup>52</sup> אלא הטעם הוא שהמפקיד יכול לומר שהוא מאמין דווקא לשבועתו של השומר הראשון. בפשטות, ההבדל בין הדעות יהיה כאשר יש עדים לאונס, או שהשומר הראשון היה נוכח בשעת האונס ויכול להישבע.<sup>53</sup>

אם נאמר שהשבועה היא כלי אובייקטיבי שבאמצעותו בית הדין עומד על אמיתות טענתו של השומר, אין מקום כלל לטענת המפקיד שפלוגי נאמן עליו בשבועה ולא אלמוני. אלא על כורחך, השבועה היא כלפי המפקיד, ולכתחילה הוא מבקש אדם שיהיה נאמן לו בשבועתו. טענה זו, ששומר זה נאמן עליו ולא אחר, חזקה לדעת רבא אף יותר מהטענה (הפשוטה) שאין רצונו של אדם שיהיה הפיקדון ביד אדם אחר, ורק מכוח טענה זו יש לחייב את השומר בתשלומין!

להלכה, נפסק כדעת רבי יוחנן וכטעמו של רבא.<sup>54</sup>

משמעות השבועה כנאמנות אישית וסובייקטיבית כלפי המפקיד מתחזקת על פי שיטת הרא"ש בסוגיה. נחלקו התוספות והרא"ש, מה יהיה הדין כאשר השומר השני מוחזק ככשר וישר, אף יותר מהראשון. התוספות כתבו –

50. לעיל, ליד הציון להערה 39.

51. בבא מציעא לו, א (וכן בבא קמא יא, ב).

52. טעמו של אביי מפורש לכאורה במשנה (גטין ג, ה) – "המביא גט בא"י וחלה – הרי זה משלחו ביד אחר, ואם אמר לו טול לי הימנה חפץ פלוני – לא ישלחנו ביד אחר, שאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר". הרי"ף (ב"מ כ, א) ביאר שאמנם אין לו לשומר להעביר לכתחילה את הפיקדון לאחר, "אבל דיעבד אע"ג דאינו רשאי, אי איכא סהדי דלא פשע בה לא מחייבינן ליה" נוכח ביארו התוספות (ב"מ לו, א ד"ה רב) את דעת רב החלוק על רבי יוחנן לעיל.

53. כן כתבו התוספות (שם לו, ב ד"ה את מהימנת) ועוד ראשונים, וכן בשולחן ערוך חו"מ (רצא, כו).

54. רמב"ם שכירות א, ד-ו. שולחן ערוך שם. עוד ביחס לטענת 'איהו לא מהימן לי בשבועה', עיין בבא מציעא (ג, א) ביחס לשבועת חנווני על פנקסו, וברש"י שם ד"ה לא מהימן לי נואף ששם כל אחד מהם טוען בברי שהאחר משקר, טענותיהם מועילות, שלא נאמר היות דאיכא ודאי רמאי יהא מונח עד שיבוא אליהו, שכן בעל הבית הוא שקלקל ועליו לקבל אחריות ולשלם לשניהם. משום כך, כתב בשו"ת החכם צבי (קכו) שבמקרה זה אפילו מאמינו ומפקיד אצלו בדרך כלל, עדיין חייב לתת לשניהם, כיוון שטוענים שבפעם זאת זולתם משקר].

לפי טעם זה אם השני נאמן יותר מן הראשון נראה דפטור.<sup>55</sup>

דהיינו, אם השומר השני מוחזק כאדם כשר יותר מהראשון, אין המפקיד יכול לומר "את מהימנת לי בשבועה, האיך לא מהימן לי בשבועה". אף שהשבועה היא כלפי המפקיד, על כל פנים הוא עצמו כפוף לכללי הנאמנות הרגילים והמסתברים.

אולם הרא"ש כתב –

אפילו אי ידעי כולי עלמא שהוא אדם טוב וכשר יותר מן הראשון, יראה דמצי למימר: את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי בשבועה, דאין לך להאמין עלי בשבועה כל מי שאין לי עסק עמו.<sup>56</sup>

השבועה באה בכדי ליצור נאמנות אצל המפקיד, ועל כן, גם אם השומר השני הוא צדיק וישר יותר מהראשון, יכול המפקיד לומר שאין לו עסק עימו ואינו רוצה להאמין לו.

השולחן ערוך<sup>57</sup> פסק כרא"ש.

### י. הנשבעין שלא בטענה

במספר מצבים חייבו חכמים שבועה, אף שהתובע אינו טוען טענה מסויימת נגד הנתבע –

ואלו נשבעין שלא בטענה: השותפין, והאריסין, והאפוטרופין, והאשה הנושאת והנותנת בתוך הבית, ובן הבית; אמר לו: מה אתה טועניני? רצוני שתשבע לי – חייב.<sup>58</sup>

למדנו אם כן, שאם אחד השותפים חושד בשותפו שנהג שלא כדין, רשאי הוא להשביעו שפעל כשורה, אף שאין הוא מסוגל לטעון נגד שותפו טענה מסוימת וודאית (וקל וחומר שאין בידו ראיה על כך). באופן דומה, תיקנו חכמים חיוב שבועה גם בעוד כמה "שותפויות" למיניהן, כגון אישה הנושאת ונותנת בתוך ביתה.

נראה שמטרת שבועה זו היא לאפשר יחסי עבודה תקינים בין שותפים, אריס ובעל השדה וכדומה.

כאשר מתעוררים חשדות וחוסר אמון בין השותפים, הנוהגים להורות היתר לעצמם ליהנות מנכסי השותפות, אף שלא כדין,<sup>59</sup> לא ניתן להסיר את החשד ולהשיב את האמון, אלא אם יישבע שותף לשותפו.

55. תוספות בבא קמא יא, ב ד"ה את.

56. בבא מציעא ג, ו.

57. שם.

58. משנה שבועות ז, ח.

59. ראה שבועות מח, ב.

לכן, תיקנו חכמים שאם אחד מהשותפים מעוניין שחברו יישבע לו על מעשיו, אף שאין ביד התובע להציג בפני בית הדין טענה מסוימת, יישבע השותף. תקנה זו נועדה להשיב את האמון בין הצדדים.<sup>60</sup>

סופה של המשנה מוכיח לכאורה סברה זו –

חלקו השותפין והאריסין – אין יכול להשביעו.<sup>61</sup>

כלומר, אם פירקו השותפים את השותפות (או נתגרשה האשה וכדו'), כבר אינו יכול להשביע, אף על אותו דבר שרצה קודם לכן.<sup>62</sup> מוכרח שהטעם לשבועה הוא בכדי להחזיר את השותפות שביניהם ליחסים תקינים, ועל כן בשעה שטעם זה אינו קיים – אף אין שבועה.<sup>63</sup>

### יא. שבועה בין היורשים

ההבנה שתפקיד השבועה הוא השבת האמון בין הצדדים, עשויה להקל עלינו להבין את דרשת חכמים בעניין חיוב השבועה על יורשיהם של בעלי הדין. בעניין זה עוסקת הסוגיה במסכת שבועות –

תני רבי אמי: "שבועת ה' תהיה בין שניהם" – ולא בין היורשין.<sup>64</sup>

הגמרא דוחה את האפשרות שמדובר במקרה רגיל של שבועת מודה במקצת,<sup>65</sup> ומבארת שמדובר במקרה מיוחד שהיורש הודה במקצת הטענה, ובשאר אינו יודע (ולשיטת ר' אבא שם<sup>66</sup>).

60. מעניין להשוות שבועה זו להשקאת סוטה. הסוטה אינה נבדקת במים המרים רק בכדי לברר אם חטאה, שהרי אם כך היה, מן הדין היה להנהיג דרך דומה בנוגע לעבירות נוספות. לפיכך, מוכרחים אנו להסביר, שלאחר שנוצר מצב שבו הבעל חושד באשתו שזינתה תחתיו, מתעורר צורך להשיב את האמון בין בני הזוג. השבת האמון מחייבת בדיקת האישה בידי שמים, שרק בכוחה להשיב את האמון והשלום בין בני הזוג. על כך אמר רבי ישמעאל – "גדול הוא השלום, שמצינו שויתר הקדוש ברוך הוא על שמו שנכתב בקדושה שימחה על המים, כדי להטיל שלום בין איש לאשתו" (מסכת דרך ארץ פרק שלום, ט. ועוד).

61. משנה שבועות ז, ח.

62. ראה: רמב"ם שולחן ושותפין ט, ז; שולחן ערוך חו"מ צג, ו.

63. אמנם מלשון הרמב"ם (שם) משמע לכאורה טעם אחר, ח"ל –

חלקו השותפין והאריסין ונתגרשה האשה ונפרד מעליו בן הבית והביא לו השליח סחורה שקנה לו או מעות שמכר לו בהן ושתק והלכו להם ולא תבעם מיד – אינו יכול לחזור ולהשביעו בטענת ספק. מלשון זו נראה שהטעם הוא שהיות שלא תבעם מיד בשעת החלוקה, איבד את זכותו לתבעם אחר כך, ורגליים לדבר שהחלוקה הייתה צודקת. רצ"ע.

64. שבועות מז, א. דרשה דומה מצויה במכילתא דרבי ישמעאל (משפטים מסכתא דנויקין טז): "בין שניהם – להוציא את היורשין". ובירושלמי (שבועות ו, ה) – "בין שניהם – אינה זזה מבין שניהם לעולם".

65. ההוא אמינא היא שמדובר בשבועת מודה במקצת – "אילימא דאמר ליה: מנה לאבא ביד אביך, ואמר ליה: חמשין אית ליה וחמשין לית ליה, מה לי הוא ומנה לי אבוהא!". ובדרך אפשר, לאור הדברים דלעיל, ניתן לומר שאכן בשבועת מודה במקצת אין נפ"מ כלל בין יורש לאדם עצמו, אלא שהפסוק נאמר על שבועת שומר.

ניתן להסביר, לאור המבואר עד כה, פשט לדרשת חז"ל דלעיל. היות ושבועה זו נועדה להשיב את האמון בין הצדדים, הרי שאין מקום לגלגלה על הדור הבא. וכפי שביארנו, פסוק זה נאמר בייחוד ביחס לשבועת השומרים, ולא ביחס למודה במקצת.<sup>67</sup> וכן יש לשאול אף להלכה – שומר שאבד ממנו חפץ באונס ומת, האם יש לחייב את בנו (הטוען כן בברי) שבועת השומרים? ומסתבר שאכן הבן פטור משבועה – הן מהסברה שהובאה לעיל, והן מהטעם שחויב שבועה זו הוא חלק מחיובי השומר למפקיד, והבן לא התחייב בהם כלל.<sup>68</sup>

### יב. שבועת השומרים בטענת ברי

נחלקו הפוסקים האם שבועת השומרים שייכת אף במקום שהמפקיד טוען בטענת ודאי שהפיקדון נמצא ביד השומר או אבד בפשיעה וכדומה. דעת הש"ך היא, ששבועת השומרים חלה רק כאשר המפקיד אינו יודע מזה אירע לפיקדון, אולם אם יטען ברי, השומר פטור משבועה –

דכל שבועת שומרים אינה אלא כשבעל החפץ טוען שמא, דרמי רחמנא שבועה עליה שלא יהא כל אחד ואחד הולך וטוען אבד חפצך, שהרי אין הבעל יודע אם משקר, אבל כשהבעל טוען ברי לא רמי רחמנא שבועה עליה, דחזקה אין אדם מעיז.<sup>69</sup>

טעמו של הש"ך הוא, שבמקום שהמפקיד טוען ודאי, לא מסתבר שהמפקיד יכחיש דבריו, שכן חזקה היא שאין אדם מעז להכחיש דברי מי שהפיקד אצלו,<sup>70</sup> ואם למרות זאת הוא טוען כן – מסתבר שנאמנים דבריו ואין לחייבו שבועה.

לאור דברינו לעיל, יש להוסיף טעם נוסף לשיטת הש"ך. כל עיקרה של השבועה בא בכדי לפייס בין בעלי הדין, ועל כן היא שייכת דווקא במקום שהמפקיד טוען: "שמא פשעת

66. לשיטת רב ושמואל (שם), שאין אומרים מתוך שאינו יכול לישבע לשלם (או עכ"פ לא דרשו כן מהפסוק, ואכמ"ל), למדו מהפסוק – "שמעון בן טרפון אומר: 'שבועת ה' תהיה בין שניהם' – מלמד שהשבועה חלה על שניהם" (במכילתא הובאה דרשה זו בשם ר' נתן).

67. ובדומה לכך מצאנו בשבועות דרבנן, שלא תיקנו שבועת הגאונים (שבועת 'אין לי') על היורשים (עיין שו"ת הרי"ף קלב; שולחן ערוך חו"מ קז, ב). וכן, מדברי הרא"ש בתשובה משמע שאין לחייב יורש שבועת היסט כלל, אף שטוען בברי שאביו לא היה חייב כלל – "...ואם היה אביהם קיים, היה נשבע שפרע, והיורשים פטורים בלא שבועה, שלא נתקנה שבועת היסט אלא בין טוען לנטען, אבל לא על היורשים" [שו"ת הרא"ש (סז, ב), הביאו הסמ"ע חו"מ פז, צג]. אמנם, ברמ"א (חו"מ עה, כ ובש"ך שם, עה) כתב שבטוען היורש ברי חייב היסט, וחלק על הבית יוסף בבדק הבית (שם) שפטר.

68. כאשר טענתו היא שהחפץ אבד אצל אביו (להבדיל ממקרה שבו היורש קיבל את החפץ מאביו השומר – עיין בבא קמא קיב, א; שולחן ערוך חו"מ שמא, ג). עיקרון זה, של פטור היורש משבועה, שמעתי מהרה"ג אביגדור נבנצל (והוסיף, שפטור זה כל כך פשוט, ועל כן פירשה הגמרא את דרשת חז"ל ביחס למודה במקצת).

69. ש"ך חושן משפט עב, קטו.

70. ע"פ סברת הריב"א בתוספות ב"ק קז, א ד"ה עירוב פרשיות, ולא כרש"י ד"ה דאמר.

בפיקדון". אולם, אם טוען כן בוודאי, הרי שהם חוזרים להיות ככל טוען ונטען – והשומר פטור משבועה.<sup>71</sup>

אמנם, התומים האריך לחלוק על הש"ך, ודעתו שהשומר חייב בשבועת השומרים בכל מקרה.<sup>72</sup> ואפשר לבאר דעתו, שכאשר המפקיד טוען בכרי שהשומר פשע וכדומה, הרי שתביעתו אכן מקבלת אופי אחר, ושבועת השומר היא בכדי לברר את דבריו כלפי בית דין. סברה זו תתבאר יותר לאור דברינו להלן, בסוף המאמר.

### יג. השלכות

כאמור, ההבדל הפשוט ביותר בין הסוגים השונים של השבועות הוא, המקום שבו מתבצעת השבועה. שבועה לשם השבת האמון אינה צריכה להתבצע בפני בית דין. שבועה לשם בירור הדין, בהיותה חלק מן הדיון בבית הדין, צריכה להתבצע בפני בית הדין. ניתן לחשוב גם על השלכה נוספת. האם גם כשמכריז בעל דין, שאף אם יישבע בעל דינו לא יאמין לו, נטיל שבועה? נראה שהתשובה לשאלה זו תלויה במידה רבה במטרתה של השבועה. אם השבועה נועדה לאפשר לבית הדין לברר את טענות בעלי הדין, נראה שלמידת האמון של בעלי הדין בשבועה לא יהיה משקל. מנגד, אם השבועה נועדה להשיב את האמון בין בעלי הדין, כאשר אלו אינם מאמינים זה לזה, גם לאחר השבועה, אין טעם בהטלתה.

דיון בשאלה זו מצאנו באחד מפסקי הדין של בית הדין לדיני ממונות בירושלים –

והנה יש להסתפק בחיוב שבועה שמחייבים בית דין, שלהלכה אין משביעין אותה אלא על טענת ברי, האם חיוב השבועה תלוי בתביעת התובע לשבועה, כדי להפיס דעתו, וכמו שאמרו בתמורה (ג,ב) דמה שאמרה תורה "שבועת ה' תהיה בין שניהם", היינו כדי לפייס את חברו, ופרש"י, שלא יהיה תובעו ממון, וכן אמרו בכמה מקומות לענין שבועת הפקדון ועוד. ועי' שערי שבועות לרי"ף שער א סוף הלכה ו, דלקיחת השבועה היא במקום לקיחת ממון, וכן יש לומר לענין היסת. ולפיכך, אם אומר התובע שלא יתפייס בשבועת הנתבע משום שאינו מאמינו, אין בי"ד נזקקין להשביעו; או שנאמר שאמנם השבועה היא כדי לפייסו, אבל היא קיימת ומחוייבת גם כשאינו מתפייס בה.<sup>73</sup>

בית הדין תולה שאלה זו במחלוקת הראשונים בענין הנימוק להלכה הקובעת שאין משביעים את החשוד על השבועה –

71. אולם חייב היסת.

72. אורים ותומים עב, תומים מב. והסכים עימו הנתובות שם חידושים לו.

73. פסקי דין ירושלים דיני ממונות א, עמ' רלג. ישבו בהרכב הרבנים דוד עובדיה (אב"ד), אברהם דב לוינ ושמואל ביבס. יש לציין שהחקירה שם נסובה על שבועת היסת.

הרמב"ן והרשב"א ועוד ראשונים (בבא מציעא ה.ב.) כתבו בשם רבנו תם, שהטעם הוא משום שאנו חוששים שמא יישבע לשקר. ועיין רמב"ם (טוען ונטען ב. יא; וטור ושולחן ערוך חו"מ צב, א) שאפילו אמר התובע: 'אקבל שבועתו אף-על-פי שהוא חשוד', אין שומעים לו. אבל ב'שיטה מקובצת' (בבא מציעא ה.ב.) בשם מהר"י כ"ץ כתב, שאין הטעם משום חשש שבועת שקר, אלא משום שהתובע אומר לו: "כיון שאתה חשוד, איני מקבל שבועתך". ועיין מרדכי (שבועות תשסט) בשם רשב"ט... שאם נתרצה התובע לקבל שבועתו, שומעים לו.

הרמב"ן וסיעתו לא הסבירו שהטעם לכך שאין משביעים את החשוד הוא, משום שבעל דינו לא יקבל שבועתו, כיוון שלשיטתם השבועה היא כלפי בית הדין. לעומתם, מהר"י כ"ץ סובר שאין משביעים את החשוד משום שבעל דינו לא יקבל את השבועה. הסבר זה מניח, שהשבועה נועדה לטובת בעל הדין. לכן גם סובר רשב"ט שאם בעל דינו של החשוד מוכן לקבל שבועתו – משביעים אותו.

אמנם, תלות זו בין מחלוקת הראשונים בעניין שבועתו של החשוד לשאלה העקרונית בדבר תפקידה של השבועה, אינה הכרחית. ניתן להסביר, שאף הרמב"ן סבור שהשבועה נועדה לפייס את בעל הדין. אולם, בית הדין לא ייתן ידו להשבעתו של החשוד על השבועה, משום חומרתה של השבועה, וחילול ה' שייגרם עקב שבועת שקר.<sup>74</sup> ייתכן גם, שבית הדין לא ייתן ידו לכך, מן החשש שהשבעת החשוד היא כנתינת מכשול לפני עיוור.<sup>75</sup> מנגד, אפשר שאף לדעת מהר"י כ"ץ, השבועה נועדה לשמש ככלי ביד בית הדין לבירור האמת. עם זאת, לנכונותו של בעל דין לקבל את שבועת בעל דינו יש משקל רב, שכן יוכל בעל הדין לטעון: היות ולדבריך אין להאמין לי, אין אתה יכול לתבוע מבית דין להשביעני.<sup>76</sup> כמו כן, לאור האפשרות שנציע בפרק הבא, אין מקום לתלות זו מטעם אחר.

## יד. סוף דבר

הקושי המרכזי בהבנה שתפקיד השבועה הוא השבת האמון בין הצדדים לדיון, נובע מכך שפרשיית מודה במקצת, המתאימה לשבועה שנועדה לשם בירור האמת בבית הדין,<sup>77</sup> מצויה בתוך פרשייה העוסקת בשבועתו של שומר חינם, שאף בו נאמר – "ונקרב בעל הבית אל האלהים אם לא שלח ידו במלאכת רעהו". דהיינו אף שומר חינם, נדרש להישבע אל מול בית הדין.

74. מרדכי שבועות תשסט.

75. ריטב"א ב"מ ה.ב. ד"ה א"ר יוחנן.

76. עיין שו"ת הר"י מיגאש (קנו) בשם הר"י. ועיין שו"ת הרשב"א (ג, צד) הדין בנשבע וחוזר ונשבע על אותו הדבר (כגון שנשבע היסת וצריך לחזור ולהישבע שבועה דאורייתא) האם משביעים אותו (שהרי לפי דברי התובע נשבע על שקר) ומדוע? (תולים בדבר רחוק, אין חשוד לחצאין וכו'). ועיין שולחן ערוך חו"מ פו, יד. ואמנם אפשר שיש לחלק בין מקרה שטען שבעל דינו חשוד ממש (שנשבע בעבר לשקר וכדו'), לבין אם טען בסתם שאינו מאמינו.

77. ראה לעיל, ליד הציון להערה 14.

אולם, לאור מאפייני שבועת השומר, כפי שביארנו לעיל,<sup>78</sup> צריכה שבועתו להיות שבועה כלפי המפקיד, שנועדה להשבת האמון בינו לבין המפקיד, ולא שבועה כלפי הדיינים.

אמנם, כבר מסוגיות רבות עולה שחכמים התחבטו בדבר היחס בין שבועת מודה במקצת לשבועת שומר חינם. כך למשל, במסכת בבא קמא<sup>79</sup> נחלקו אמוראים בשאלה, האם "הטוען טענת גנב בפקדון" חייב שבועה רק כאשר הוא גם מודה במקצת (רבי חייא בר אבא), כמשמעות הפרשייה, או שמא "עירוב פרשיות כתוב כאן", ואף השומר הטוען שכל הפיקדון נגנב, חייב שבועה (רבי חייא בר יוסף).<sup>80</sup>

הראשונים עסקו בשאלה, האם משמעות דבריו של רבי חייא בר יוסף היא, שאף אם השומר כופר בכול, כלומר, שטוען שלא היה כלל שומר, הוא חייב שבועה, או שמא אף ש"עירוב פרשיות כתוב כאן", אך עיקור פרשיות אין כתוב כאן, וודאי אם כופר בפיקדון לגמרי – פטור.<sup>81</sup>

קושי זה מביאנו להבנה חדשה, שיש בה כדי להאיר את כל הנאמר עד כה, באור שונה (ואמנם, שערי תירוצים אחרים לא ננעלו). ייחודו של שומר חינם לעומת שומר שכר הוא, שהוא נפטר מאחריות גם בטענת גנבה ואבדה. טענה זו היא טענה כוללנית שנוח לטעון אותה. למעשה, כל אבדן שלא אירע בפשיעתו של השומר, נכלל בה. זאת ועוד, הגבול בין "גנבה ואבדה" לפשיעה, שעליה מתחייב אף שומר חינם, הוא לפעמים דק ביותר. על כן, על אף שהמפקיד טוען כלפי השומר בחינם טענה שאינה ודאית (שמא), מראש, האמון שהוא נותן בו אינו רב, אף אם יישבע לו. בלבו, תמיד יחשוד התובע שמא הפיקדון אבד בפשיעה, בעוד שהנפקד סבר שהאבדן נכלל בגדר "גנבה ואבדה". על כן, אף שבועה זו צריכה להתבצע בפני בית הדין.

הבנה זו מוסיפה רובד משמעותי לכל הדיון עד כה. האמון שבין בעלי הדין נבחן לא רק בהתאם לצורה שבה הם מציגים את טענותיהם בפני בית הדין (ברי או שמא), אלא גם בהתאם לנסיבות ולסוג הטענות שטוענים בעלי הדין. כך יקרה, שגם חשד שהוא לפי טבעו הפורמאלי מסופק (שמא), ויסודו בעמדתו הסובייקטיבית של בעל הדין, יכול לקבל ממד אובייקטיבי, אם אמנם סוג הטענה המועלית על ידי הנתבע שבועה היא כזו, שמצדיקה את החשד. בנסיבות מסויימות, ייתכן שגם החשד המהווה בסיס לפרשיית שומר שכר, כולל בתוכו חשד אובייקטיבי.

78. ליד הציון להערה 17.

79. בבא קמא קו.ב.

80. לפי הסבר זה, דין מודה במקצת הוא דווקא בהלוואה ובדומים לה.

81. ראה רש"י שם קז,א ד"ה מעיז, תוספות שם ד"ה עירוב פרשיות. כמו כן, חלקו הראשונים ('לשיטתו') במספר דינים ביחס לשומר, כאשר המכנה המשותף להם הוא בשאלה האם יש ללמוד דין שומר ממודה במקצת: האם חייב השומר בשבועה דווקא בתביעת שתי כסף? הר"י מיגאש סובר שחייב אף בתביעת פרוטה, והרמב"ן סובר שחייב רק בתביעת שתי כסף (עיין רמב"ן שבועות מ,ב, שולחן ערוך חו"מ פח, ד). האם שומר חייב אף בתביעת קטן? הר"י מיגאש סובר שחייב, והרמב"ן סובר שפטור (עיין רמב"ן שבועות מ,א, שולחן ערוך חו"מ צו, א). ואפשר שהיא המחלוקת האם שומר חייב בפשיעה בקרקעות ובשטרות. ויש לדחות, ואכמ"ל (עיין רמב"ם שכירות ב, ג והשגת הראב"ד שם, שולחן ערוך חו"מ טו, מ).



משמעות קביעת התורה, שהשבועה תהיה "בין שניהם" היא אם כן, שיש לתת עדיפות לפתרון הסכסוך בדרך של שבועה "בין שניהם".<sup>82</sup> זאת, אם אמנם בעל דינו של הנשבע יתפייס בשבועתו.

אמנם, במקום שבו בעל הדין לא יקבל את שבועת בעל דינו, יהא על הנתבע להישבע בפני בית הדין, שיידרש אמנם להכריע בין בעלי הדין. לשון אחר: כל עוד ניתן ליישב את הסכסוך מחוץ לבית הדין, על ידי השבת האמון בין הצדדים, יש להעדיף פתרון זה, על פני ההכרעה המשפטית בפני בית הדין.

הסבר זה מוציא למעשה את העוקץ מן ההבחנה החדה שנעשתה לעיל, בין השבועות השונות. אופייה ותפקידה של השבועה, ייקבע בהתאם לאופן שבו יקבל התובע את שבועתו של הנתבע. אם ניתן להניח שהשבועה תתקבל על דעת התובע, ותביא לשיקום האמון בין הצדדים, נעדיף פתרון בדרך של שבועה "בין שניהם", ולא בפני בית הדין. עצם העמידה בפני בית הדין, יוצרת אווירה של חשד וניכור, אשר יש להימנע ממנה ככל הניתן. רק אם ניווכח שהתובע לא יאמין לשבועת הנתבע, תובא ההכרעה והשבועה לפני בית הדין.

מובן אם כן גם, מדוע אין אנו מוצאים בהלכה הבחנה חדה בין שני סוגי השבועות. הדבר נובע מכך, שכל אימת שבעלי הדין באו כבר לפני בית הדין, צריכה השבועה להתבצע בפני בית הדין, כחלק מהליך בירור העובדות. עם זאת, נמצאנו למדים שאם ראה בית הדין לנכון להוציא את בעלי הדין מלפניו, בראותו שקיים סיכוי שהשבועה תשיב את האמון בין הצדדים, יעשה כן, כדרך שבית הדין מציע פשרה למתדיינים, בטרם בואו להכריע את הדין בדרך של פסק דין מחייב.

82. כעדיפות הפשרה על הדין, ראה: סנהדרין ו,ב.





# חדש מן התורה

ביקורת ספרים





**עדות ביהוסף – קובץ פסקי הדין של הרב יוסף קאפח זצ"ל; הוצאת יד מהר"י קאפח, תמוז תשס"ד (הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, עורך; 516 עמ').**

אין זה סוד, כי פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל, אינם יוצאים לאור עולם באופן תדיר ומסודר. כיום, המבקש לבחון בצורה מעמיקה ומקיפה, לא רק מהי 'סוגיית דשמעתתא', אלא גם מהן 'סוגיין דעלמא', היינו, כיצד מיושמת ההלכה, הלכה למעשה בבתי הדין הרבניים, נאלץ להסתפק במספר מוגבל של ספרי פסקי הדין של בתי הדין הרבניים בישראל,<sup>1</sup> בפסקי דין המתפרסמים בכתבי עת שונים,<sup>2</sup> ובפסקי דין שפורסמו בידי מחבריהם, בספרים שונים.<sup>3</sup>

על רקע זה, ברור שהוצאתם לאור של פסקי דין, השוכבים כאבן שאין לה הופכין בארכיון המדינה, היא אירוע משמח במיוחד עבור כל מי שמשפט התורה והחייאתו נוגעים ללב, ומשמח הוא שבעתיים, כאשר פסקי הדין המפורסמים הם פסקיו של מו"ר הדיין החכם השלם, הרב יוסף קאפח, ועל כך, צריכים כולנו להודות למשפחת הרב, ובראשה – לבנו, דוד קאפח, שנטלו על עצמם את המלאכה הגדולה של איסוף פסקי הדין של אביהם הדגול, והוצאתם לאור עולם.

הרב קאפח שימש בדיינות כחמישים שנה, מהן כעשרים שנה בבית הדין הרבני האזורי בתל אביב, וכשלושים שנה בבית הדין הרבני הגדול בירושלים. מבין הפסקים הרבים שנתן הרב בשנים אלו, מרוכזים בספר פסקי דין של הרב קאפח שניתנו בבית הדין הרבני הגדול בלבד. מתוך פסקי דין אלו, לא הצליחה המשפחה לאתר אלא פסקי דין מעשרים השנים הראשונות שבהן ישב הרב קאפח בהרכבי בית הדין הרבני הגדול. יש לקוות שאף גאולתם של פסקי הדין של הרב בבית הדין האזורי תבוא במהרה, יחד

1. עד כה, יצאו לאור עשרים ואחד כרכים בלבד, מתוכם מצויים אחד עשר כרכים גם בתקליטור פרויקט השו"ת. כמו כן, יצאו לאור שמונה כרכי פסקי הדין של בית הדין לממונות ולביורוי יהדות, שאף הם פורסמו בתקליטור הנ"ל, וקובץ צנוע של אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לישראל, בעריכת ז' ורהפטיג (ירושלים, תש"י).
2. שורת הדין בעריכת הרב א"צ שיינפלד; דברי משפט בעריכת צ' קנול וד"א רוזנשטיין; הדין והדיין – פסקי דין בנושאי משפחה, בהוצאת יד לאישה ומרכז רקמן, אוניברסיטת בר אילן. באחרון, מפורסם מספר מועט ביותר של פסקי דין, ועל פי רוב, אין הם מפורסמים במלואם.
3. דוגמת פסקים וכתבים להגריא"ה הרצוג (כרכים ו-ט, ירושלים, תשמ"ט) עזר משפט (הרב אליעזר גולדשמידט, ירושלים, תשנ"ד), ומשפטי שאול (הרב שאול ישראלי, ירושלים, תשנ"ז). ישנם גם פסקי דין הפוזרים בספרי שו"ת של מחברים שונים, דוגמת ציץ אליעזר להגרא"י ולדנברג, יביע אומר להגר"ע יוסף ועוד, ששימשו כדיינים בבתי הדין בישראל.

עם איתורם של פסקי הדין מעשר השנים האחרונות לשבתו כדיין בבית הדין הרבני הגדול.

פסיקתו של הרב קאפח נודעה בייחודיותה, על שום דבקותו בתורתו של הרמב"ם, וכבר דובר בעניין זה רבות. אולם, ספר זה מגלה צד ייחודי נוסף בפסיקתו של הרב קאפח, צד שלא זכה לפרסום הנאות עד כה, ומן הראוי לתת עליו את הדעת. הרב קאפח מתגלה בספר זה כ"נקי וצדיק בפנימיותו... עדין נפש ואציל רוח... ולא חת מפני איש, גדול או קטון", כלשון דברי הברכה של מו"ר הג"ר מרדכי אליהו בפתחו של הספר. פסיקותיו משקפות חתירה בלתי מתפשרת אל האמת ואל הצדק.

בפתיחתו של ספר זה, הבאנו את דבריו המפורסמים של הרמב"ם בעניין חובת הדיין לדון בתקיפות ובעוז על פי "מה שעיניו רואות" כדי להביא שלום לעולם, להציל עשוק מיד עושקו ואישה עשוקה או עגונה מיד בעל אלים או רשע אחר, והרחבנו את הדיבור על משמעותם המעשית. הספר עדות ביהוסף, מספק לנו הדגמה מעשית, דרכה יכולים אנו לראות כיצד נראות פסיקותיו של דיין המפנים עיקרון זה, ועושה אותו נר לרגליו. הנה מספר דוגמאות:

- בסימן ח, דן הרב קאפח בבני זוג שהתגרשו לאחר הצהירו בפני בית הדין שבגדו זה בזה, וכעת מבקשים הם להינשא בשנית. כידוע, במקרה של בגידה, הלכה פסוקה היא ש"אסורה לבעל ולבוהל". אולם, בני הזוג טוענים כעת, שהצהרתם נועדה לזרז את הליך הגירושין, אך אין היא משקפת את האמת. הרב קאפח מקבל את הטענה, באומרו – נראה, שמאחר שאכן אין בית דין ממהרים לבצע גירושין במקרי סכסוך בין איש לאשתו, הרי האמתלא שנתנו שאמרו מה שאמרו כדי לזרז את תהליך הגירושין, היא סבירה, ויש לקבלה.

עדות ביהוסף עמ' 38

והוא סומך דבריו על לשון הרא"ה<sup>4</sup> –

אם נתנה אמתלא לדבריה, כלומר בדברים הניכרים לנו אמת, אע"פ שאינן ידועין לנו.

ומסיים –

והדבר תלוי ושקול לעיני ביה"ד אם האמתלא שאומרת בחזרתה היא הנכונה וניכרים דברי אמת.

- בסימן לו, בעניין אישה שטוענת 'מאיס עלי' כלפי בעל שנוהג בה עלבונות ובוז, ניכרת כל רגישותו וכל אומץ ליבו לנוכח מראה עיני הדיין –

וכבר אמרו בעלי המוסר כי קשים מכות נפשיות, המתבטאות בעלבונות ובהתנהגות מחפירה, ממכות גופניות. כי מכות הגוף עשויים להירפא ולהישכח, ואילו מכות

4. המובא בר"ן על הרי"ף כתובות כב, ובשיטה מקובצת שם.

הנפש משאירות צלקות מכוערות לעולם ואינן ניתנות לריפוי. מעתה נראה שאין אנו רשאים להתעלם מטענות האישה אשר משקל רב להן, ולנהוג בה כמו בסתם בעל חיים לומר לה המשיכי לחיות בסבל נפשי ובמועקה תמידית. ואם מפני ריח הפה כופין להוציא כנפסק גם ברמב"ם פכ"ה אישות הל' י"א, מפני פליטות הפה והתפרצויותיו לא כל שכך?

עדות ביהוסף עמ' 210-211

וכלפי בעל "הרותם את אשתו במתג ורסן לחיות אתו" –

אני בשלעצמי הייתי מחייב את הבעל לפטור את אשתו בג"פ (=בגט פיטורין), וכלשון הרמב"ם שאינה שבויה, אבל מה אעשה וכבר אומץ נוהג בבתי דין שלא לנהוג כך.

שם סימן לח, עמ' 215

- בסימן מא, הוא לוחם נגד החלת דין מורדת על אישה שנמלטה מבעל אלים –

ומה תעשה צעירה זו בעולם ההפקר שבימינו, וכבר מצינו כמה שקדו חכמינו על תקנת בנות ישראל לבל תהיינה טרף לשיני אכזריות עקשני הדור. כי ענין זה להכריז מורדת צריך מיתון וישוב דעת מרובה. כמו שכתב רבה של קרלין הר"ר פרידמן בספרו "יד דוד" וז"ל: "ויידונו אלה הדברים לפני ראות עיני הדיין הדין בזה לאחר יישוב הדעת ודעת תורה".

שם עמ' 231

הרב מהפך את החלטת ביה"ד האזורי וקובע שביה"ד "הפריז על המידה" והוא קובע "דלכל הדעות ומכל הבחינות אישה זאת ראויה לכל סער אפשרי וטרם הפסידה מזונותיה". הנה כי כן, אין לכל דיין אלא מה שענינו רואות.

- בסימן מה, בעניין בעל מאוס ואלים, הוא מצטט מתשובות התשב"ץ –

אשה השרויה בצער תדיר שיש לנו לומר יוציא ויתן כתובה, לפי שאין אדם דר עם נחש בכפיפה... ואע"פ שיש בתשובות גדולי האחרונים ז"ל שאין כופים בזה כלל, אנו לאו קטולי קני באגמא אנו ומלתא דתליא בסברא אין לדיין אלא מה שענינו רואות.

שו"ת תשב"ץ ב, ח

- סימן נ, עוסק באישה שברחה מבית בעלה בתוך שנה לנישואיהם, עם בתם הקטנה, ערערה על קביעת בית דין רבני אזורי, שראה בה "מורדת", לאחר שלא הופיעה פעמיים לדיוני בית הדין. לטענת האישה, לא הופיעה בפעם הראשונה, מפאת מחלה. לדיון השני, הורה בית הדין האזורי להביא את האישה בפקודת מעצר. הרב קאפח מבקר את השימוש שעשה בית הדין האזורי באקט המשפיל של הבאה באמצעות פקודת מעצר מבלי להתרות תחילה באישה, "כמקובל בכל בתי הדין הרבניים בישראל, וכזכותו של כל אדם חף מפשע". ומקבל את טענת האישה, שלאחר שהשוטרים לא מצאוה בבית הוריה, החזירו את ההזמנה לדיון לבית הדין, ומשום כך, כלל לא ידעה על קיומו של הדיון. הרב קאפח מביא בדבריו את דברי ר"ד פרידמן הקובע בהקשר זה ש"ידונו אלו הדברים לפי

ראות עיני הדיין בזה, לאחר ישוב הדעת ויראת שמים ודעת תורה", ועל רקע זה תמה, כיצד פסק בית הדין האזורי שהאישה מורדת, מבלי ששמע אותה ולו פעם אחת. בדבריו, אף רומז הרב קאפח למניעי בית הדין האזורי באמרו –

האמת יורה דרכו. כבוד ביה"ד, היקר לנו מאוד, כעס על אישה זו שהלכה לרשות אחרת (=שפנתה לערכאה אזרחית), ו[משום כך] העביר עליה את הדרך, וכבר אמרו חז"ל: "בא לכלל כעס, בא לכלל טעות" (ספרי מטות).

עמ' 290

עמדתו של הרב קאפח בתיק זה, לא התקבלה על דעת חבריו, שפסקו שיש להחזיר את התיק לבית הדין האזורי, על מנת שישוב וידון במעמדה של האישה, לאחר שמיעת טענותיה. על רקע זה, מציג הרב רצון ערוסי בפתחו של הספר מסמך נדיר, מארכיונו של הרב קאפח, שצורף לפסק דינו, ובו כתב –

בתיק זה נעשה למערערת עוול משווע... ואני הן קצרה ידי מהושיע. והואיל ואין ממידתי להיכנס במחלוקת, ובודאי לא להחזיק בה, איני רואה שם מוצא מאשר להתפטר מן הטיפול בתיק זה... ידי לא שפכו את הדם הזה... ודורש דמים ידרוש חמס העלובה הזו. בקריאה לכל אשר לאל ידו שלא יעמוד על הדם.

וכאן מתנוססת חתימתו.

לא נותר לנו אלא לקוות, שהמעיינים בספר זה ישכילו ללמוד, לא רק מתורתו מאירת העיניים של מהר"י קאפח, אלא גם, ואולי בעיקר, יפנימו בקרבם את דרך הפסיקה ואת החתירה הבלתי מתפשרת אל האמת, לפי ראות עיני הדיין.

**הרב אברהם גיטר**



אהרן קירשנבאום, הרשעה עצמית במשפט העברי – ההודאה בפלילים וההפללה העצמית בהלכה היהודית, הוצאת ספרים ע"ל מאגנס, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשס"ה (573 עמ').

ספרו המקיף והמעמיק של פרופ' אהרן קירשנבאום הוא כמעט ייחודי בגישתו ובמתודה העקרונית שבה הוא נוקט. הספר פורש את ההלכות "אין אדם משים עצמו רשע", "אדם קרוב אצל עצמו" ואף הפטור של "מודה בקנס", ומעמידן לעומת הכלל בדיני ממונות ש"הודאת בעל דין כמאה עדים דמי". ההבדל שבין דין תורה – השולל מבחינה עקרונית את ההרשעה על סמך ההפללה העצמית כאמור – והמשפט הנוהג במדינת ישראל, התחדד לאור פרשיות שונות בעשרים שנים האחרונות, שבעקבותיהן ישבו אנשים חפים מפשע תקופות ממושכות במאסר, בשל הודאות שנגבו מפיהם תוך לחץ החקירה (ביניהן פרשיות ברנס, נאפסו, 'חבורת מע"צ' (עמ' 1)). הספר אף עוסק באופן מעמיק במניעים הפסיכולוגיים להודאות שווא כאלה, וכפי שנראה להלן, גם ההלכה עסקה בסוגיה מתמיהה זו.

אחת הסוגיות המרכזיות העולות בספר היא היחס שבין ההלכה העקרונית ("הדוגמאטית" – "המשפט העברי הקלאסי" או "הדוקטרינה" בפי קירשנבאום) ובין יישומה במשך הדורות. ישנם הסבורים שמרגע שהמעשה חורג מגבול ד' אמותיו של בית המדרש, מעולם המושגים ה'טהורים', ועובר לרשויות המצוות על אכיפת הסדר החברתי בפועל – שוב אין תחולה לעקרונות ההלכתיים הדוגמאטיים, שכן הדין מתקיים – לדברי אלה – על פי "הצדק והיושר" החלים אף על בני נח. לדידם, עקרונות אלה – של "חירות, צדק, יושר ושלוש" – אינם מבטאים שום דבר מהותי של מורשת ישראל. בדרך כלל אלה עקרונות צדק ונורמות אוניברסליות, שיימצאו גם במערכות משפט נוכריות.<sup>2</sup> מורשת ישראל אינה אלא ההלכה הצרופה בטהרתה, וכאשר המלך מעניש שלא מן הדין או כאשר בית הדין מורה הוראת שעה – אין להלכה היהודית עמדת בכורה באשר לאופן הפעלת העקרונות שעל פיהם יפעלו רשויות אלה. באשר למדינת ישראל – אין תחולה מעיקרא לחוק יסודות המשפט, תש"ם – 1980, שכן בהגדרה הוא מייצג קבוצה ריקה מתוכן. לדידם, כל אזכור של הלכה יהודית במסגרת חוק או פסק דין של הכנסת – קרי, של המלכות שנוהגת שלא מן הדין – אינו אלא

1. השווה: הרב מ' אברהם, "האם ההלכה היא משפט עברי? – על דת מוסר ומשפט", אקדמות טו (מרחשוון, תשס"ה) 141.  
2. שם, עמ' 152.

"קישוט אילוסטרטיבי לפסק הדין" ותו לא.<sup>3</sup> אין אזכורים אלה משרתים את ההלכה, אלא פוגמים בטהרתה.<sup>4</sup>

לא כן דרכו של פרופ' קירשנבאום, וטענתו ראויה לתשומת לב. הצורך ביישום פרגמטי של ההלכה האידיאלית לא נולד בתקופת האמנציפציה ואף לא נגזר מתנועת ההשכלה. לפי הרמב"ם, צורך זה בא לידי ביטוי כבר בימיה הראשונים של ההתנחלות בארץ. זיהויו של עכן כמועל המעל ביריחו והענשתו, לא התנהלו על פי הדין העקרוני של עדים והתראה. לא הגורל ולא הודאת פיו של עכן ("בני, שים נא כבוד לה' אלהי ישראל ותן לו תודה, והגד נא לי מה עשית אל תכחד ממני. ויען עכן... אמנה אנכי חטאתי לה' אלהי ישראל וכזאת עשיתי"<sup>5</sup>) עונים על דרישות אלה (קירשנבאום עמ' 121-122). כך הדבר במרבית המשפטים הפליליים המקראיים (פרשת הגר העמלקי,<sup>6</sup> פרשת רכב ובענה,<sup>7</sup> ועוד (פרק ו, עמ' 121-122)) – וכך גם לאורך הדורות בתפוצות ישראל (פרקים יג-יד, עמ' 235-264). כבר עמד הר"ן בדרשתו הידועה<sup>8</sup> על קיומן של שתי מערכות משפט הנוהגות בישראל. האחת, לשם "תיקון סדר מדיני", והאחרת, והיא ייחודית לישראל, לשם "חול העניין האלוהי". האחת מופקדת בידי המלך הדין "כפי צורך השעה"; האחרת בידי סנהדרין – שופטים אשר ישפטו לפי "המשפט הצודק האמיתי" (קירשנבאום עמ' 204-209, 427-423).

אולם, לטענתו של פרופ' קירשנבאום, גם כאשר ההלכה מסמיכה פעילות "חוץ-הלכתית" שכזו, היא איננה מנתקת מגע מאותו "משפט הצודק האמיתי". אחת הטענות המרכזיות של מחקרו זה היא שקיימת זיקה הדדית בין שתי המערכות: ההלכה היהודית יודעת שעל מנת לקיים את הסדר החברתי יש צורך בפעולה "שלא מן הדין", אך היא רואה מתפקידה להתוות דרך עקרונית בהפעלת שיקולים שהם חוץ-הלכתיים. מאידך, שלטונות אכיפת החוק פונים במשך דורות רבים אל ההלכה על מנת לקבל השראה ולאמץ עקרונות מההלכה עצמה – ולדבריו כך ראוי שינהג הדבר גם עתה. בית המדרש אכן עוסק בהוויות דאביי ורבא בטהרתן, אך אין הוא נועל את שעריו בפני הוויות העולם – ורואה את עצמו כמקריין חוצה (וודאי שכך כאשר ההלכה קובעת עקרונות בתוכה פנימה (ראה עמ' 146-147)). פרופ' קירשנבאום מרחיב בשאלת המתח שבין שתי המערכות –

והלא דבר הוא: בכל הדורות ובכל מקומות מושבותיהם היה קיים בלב החכמים מתח מבורך בין ההלכה הנורמטיבית (המשפט היקלאסי) לבין המשפט המעשי (סטטייה מן ההלכה הנורמטיבית לשעה ולצורך השעה). בכל מקום ובכל עת שואפים לקיים את הראשונה, וכאשר סוטים ממנה מתנצלים, ומוצאים לנכון להצדיק את הסטייה.

3. שם, עמ' 154.

4. שם, עמ' 154-155.

5. יהושע ז, יט-כ; רמב"ם סנהדרין יח, ו.

6. שמואל-ב א, יג-טז.

7. שם ד, ח-יב.

8. דרשות הר"ן יא.

שאף בתור הזהב של ספרד, כאשר הוטלה על הקהילה היהודית האחריות לטפל בפשעים חמורים, הייתה הסטייה מדין תורה די נדירה – ותמיד הזכירו הפוסקים את הדרישות של הדין הקלאסי.

עמ' 262-263; ראה גם עמ' 260-261

מתח זה, והמודעות הבאה עמו, אף השפיעו באופן מהותי על הוראת השעה במישורים שונים: נקבעו העילות וההצדקות לסטייה עצמה, הוצבה המסגרת והגדרים של הדין היישומי, וכן תוכנה המהותי של הסטייה. למעשה, נקבע העיקרון שלעולם לא יורשע אדם על סמך הודאתו בלבד.<sup>9</sup> בשפת המשפט של היום: נדרש סיוע להודאתו, על מנת שתהיה לה משמעות. כך בימיו של יהושע, כאשר הסיוע להודאת עכן נמצא בשלל עצמו ובמיקומו; כך בגר העמלקי המביא את "הנזר אשר על ראשו ואצעדה אשר על זרועו", כך בדבריהם של גדולי הראשונים והאחרונים (ריב"ש מצריך "אמתלאות ברורות" (עמ' 245)) וכך בהמלצותיו של פרופ' קירשנבאום לגופי החקירה והשלטון במדינת ישראל (עמ' 521-527). בהפעלת הסמכות של הוראת השעה אין הסמכות המשפטית – של מלך או של בית הדין – מתנתקת חלילה מדין תורה המהותי, אלא אדרבה, דין תורה הקלאסי עומד לנגד עיניהם של מפעילי סמכות זו. לולא כן, ספק אם הסמכות הייתה אכן ניתנת.<sup>10</sup>

הר"ן עצמו מדגיש את כפיפותו של המלך לתורה –

ולפי שכח המלך גדול, איננו משועבד למשפטי התורה כמו השופט, ואם לא יהיה שלם ביראת אלהיו יבוא להפריז על המדות יותר במה שיתחייב לתקון הכל, ציווה שיהיה ס"ת עמו תמיד, כאמרו: "והיה כשבתו על כסא ממלכתו וכתב לו את משנה התורה הזאת והיתה עמו וקרא בו כל ימי חייו למען ילמד ליראה את ה' אלהיו לשמור את כל דברי התורה הזאת" (דברים יז, יח-ט). ירצה בזה על מצות התורה בכלל, אם יבטל שום מצווה לצורך תקן זמנו, לא תהיה כוונתו לעבור על דברי תורה כלל, ולא לפרוק מעליו עול יראת שמים בשום צד, אבל תהיה כוונתו לשמור את כל דברי התורה הזאת, ואת החקים האלה לעשותם. שבכל מה שיוסיף או יגרע יכווין כדי שחוקי התורה ומצוותיה יהיו יותר נשמרים.<sup>11</sup>

9. אך לאו דווקא הוראות מדויקות ונוקשות, שכן "החיים מסובכים מדי מכדי שניתן יהיה לנסח במדויק את החריגים לחוק החרות האוסר עינויים [=כדוגמה שהובאה שם]. גם קדושת התורה מונעת זאת" (קירשנבאום, עמ' 450 הערה 31).

10. ראה גם מ' בריס, "במקום הקדמה: החקיקה במדינת ישראל בראי ההלכה – יצירתיות אנושית וגבולותיה", משפטי ארץ – דין, דיין וריון, עפרה, תשס"ב, עמ' 41-51.

11. **דרשות הר"ן** יא. וראה קירשנבאום עמ' 449 הערה 29. בעמ' 263, הערה 65 הביא גם את דברי הרא"ה קוק: אע"פ שכל דבר שאדם עושה, ובפרט ב"ד, אפילו כשעושים כדין תורה ממש, צריך שיהיה לש"ש, מ"מ בכל דבר שהוא מן הדין אין הכוונה מעכבת עצם הדבר לדינא, שהרי מ"מ כדין הוא עושה, אע"פ שהוא מערב איזה פני, ויבוא בעל מחשבות ויפרע ממנו, מ"מ מה שעשה כדין תורה נעשה. אבל במה שב"ד עושים שלא כדין תורה צריך לעיכובא שתהי' כוונתם לשם שמים, כי בלא כונה לש"ש, לעשות סייג לתורה, כיון שבעצם הדבר עושים שלא כד"ת, וכל עיקר כחם מפני שמכוונים לעשות

אפשר אפוא לומר, כי חכמי ישראל במשך הדורות הם הנם ספר התורה שעל זרועו של המלך. גדולי ישראל אלה – בזמן הסנהדרין ובכל דור ודור – לא הגבילו את השפעתם לארבע אמותיו של בית המדרש בלבד, אלא הם שהקרינו את אורו של בית המדרש אף מחוצה לו. יחס זה היה גם מצדו של המלך – אשר "ענד" את ספר התורה שלהם "על לבו תמיד" גם כאשר נאלץ לפעול שלא כדין "לתיקון עולם" ו"לשבר זרוע רשעי עולם". גם בדורנו צריכה להתקיים זיקה שכזו. לשם כך צריכים גם תלמידי חכמים "דסלקי ונחתי" – הלנים בעומקה של ההלכה ה"טהורה", ויכולים לתרגם את עקרונותיה בפני ה"מלך" שבכל דור ודור על מנת לענות לצרכי השעה. מבחינה מתודולוגית, הדבר מחייב עיסוק מעמיק בצורות הסתכלות שונות זו מזו (עמ' 9-6), "מה שנקרא בפי לומדי תורה 'לומדוס' (בביטוי עברי-יידישאי)" (עמ' 8; דוגמאות לכך בעמ' 146, 151-154) עם בקיאות בצרכי השעה ובדרכי חשיבתה. בנוהג שבעולם, כל אחד מהתחומים האלה דורש מומחיות אחרת. עולם ההלכה מחייב בקיאות ולמדנות, ולינה בעומקה של הלכה. לעולם המשפט מומחיות משלו. אולם לשם קיום ההשראה של ההלכה על המשפט, כבמשפט המלך, נדרשים גם תלמידי חכמים להיות מומחים בשני העולמות (ראה גם עמ' 442-443), ואף ליצור את השפה עצמה – דרך העקרונות המהותיים – על מנת לתרגם את עקרונות התורה למטה-עקרונות אשר ישפיעו על עולם המעשה. כזה הוא ספרו של פרופ' קירשנבאום (עם רשימה ביבליוגרפית בארבע שפות המתפרשת על פני 34 עמודים), וכזה הוא גם האיש – אשר יראת השמים שלו קודמת לחכמתו, וחרדת הקודש שלו לתורה, לחברה ולצלם האלהים שבאדם ניבטת היטב מבין עמודי הספר, כבספריו הקודמים.

המחסום ההלכתי בפני הרשעה עצמית – "אין אדם משים עצמו רשע" – כמו היבטים אחרים של דיני הראיות, מהווה כר פורה לעיסוק בנקודות המפגש בין שני העולמות.<sup>12</sup> מחד, זהו עיקרון פנים-הלכתי אשר השלכות לו בתוך בית המדרש פנימה ולפני דייני בתי הדין הסמוכים – "לפני האלהים". ועם זאת, גם כאשר החברה באה לבער קוצים מן הכרם, מכוח המלכות או הריבונות, ומתמודדת עם פשיעה של ממש, יש לעיקרון זה חשיבות רבה, כפי שמתאר פרופ' קירשנבאום בהרחבה. אך יתרה מזו, הראשונים – ר"י מיגאש והרמב"ם – עסקו גם במתן רציונל לכלל הלכתי זה. הנמקתו הידועה של הרמב"ם לעיקרון הנדון יוצאת דופן היא, שכן ככלל לא נתן הרמב"ם טעמים להלכות פרטניות במסגרת חיבורו הגדול משנה תורה. לעומת זאת, כאן קבע הרמב"ם –

גזירת הכתוב היא שאין ממיתין בית דין ולא מלקין את האדם בהודיית פיו, אלא על פי שני עדים. וזה שהרג יהושע עכן ורוד לגר עמלקי בהודיית פיהם – הוראת שעה הייתה או דין מלכות היה; אבל הסנהדרין – אין ממיתין ולא מלקין המודה בעבירה, שמא נטרפה דעתו בדבר זה, שמא מן העמלין מרי נפש הוא המחכים למות שהן

סייג, הא אם תחסר הכונה הרי הם כאלמים בעלמא, ואין להם דין ב"ד כלל ואסור להם בודאי לעשות שום דבר שלא מן התורה מן הדין (באר אליהו לביאור הגר"א חו"מ ב, ו).

12. ראה גם: הרב י' אריאל, "זכות השתיקה", תחומין כד (תשס"ד), 11; י' אונגר, "זכות השתיקה", שם, 22; הרב ד"ר א' ורהפטיג, "גילוי מסמכים", שם, 37. השווה קירשנבאום, עמ' 253, הערה 24.

תמיד תוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמן מעל הגגות, כך זה יבא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג. וכללו של דבר: גזירת מלך היא.<sup>13</sup>

מרתקת ההשוואה שעורך פרופ' קירשנבאום עם עיקרון זה, שיסודו בהררי קודש, עם הממצא הפסיכולוגי-אמפירי המקיף בפרק כז שבספרו. גם כאשר המחקר המודרני ממקד את הגורמים הפוטנציאליים להודאות שווא, וגם כאשר פגיעה עצמית נתפסת באופן רחב יותר מאשר חשש להתאבדות (כגון דברי הרדב"ז: "לפי שאין נפשו של אדם קניינו, אלא קניין הקב"ה"<sup>14</sup>). כלום לא התכוון הרמב"ם להעניק משמעות אוניברסלית לעיקרון ההלכתי כאשר קבע את 'טעמא דקרא' של בית המדרש, הרואה בכך 'גזירת מלך'? כלום אין הרמב"ם מצייד את תלמידי החכמים שעל זרועו של המלך בקריטריונים, בבואם לסייע למלך לתקן עולם ולשבר זרוע רשעים?

ושמא אפשר לנסח זאת כך: המתח הקיים בעולם המשפט בין זכות החשוד כמי שנברא בצלם, לבין זכות הנפגע הפוטנציאלי לשלמות גופו וממונו, אינו אלא בבואה למתח הקיים בין זכות הקמה על פי ההלכה העקרונית ("הקלאסית"), הנגזרת מ"חול הענין האלוהי", ודברי התורה עצמה שהאדם – גם החשוד – נברא בצלם אלוהים, לבין הצרכים המעשיים. אולם ההלכה היא זו שמופקדת על מציאת נקודת האיוון שבין שני האינטרסים. כשם שאין ההלכה נבחנת בקריטריונים חיצוניים-אוניברסליים, כך אין היא מצמצמת את עצמה מלהשפיע מחוץ לבית המדרש, ומלקבוע את אמות המידה של 'הוראות השעה' ואופני תיקון העולם. נכונתו של פרופ' קירשנבאום לגשר בין העולמות, ולבנות על גבי פיגומי ההלכה את נדבך ההמלצות המעשיות לתחומי המשפט והמעשה במדינת ישראל, משקפת תפיסה זו היטב.

זאת ועוד, משמעות נוספת לדין תורה העקרוני שמזהה פרופ' קירשנבאום בדברי הר"ן, היא המשמעות החינוכית (ובעקבות גדולי הדורות כרבינו יונה והגר"מ פיינשטיין (עמ' 430 הערות 41-40)) – ואף בזאת השפעת הדין העקרוני חזקה גם במקום שאין לה אפשרות מעשית להתבצע –

כי אף כאשר נמנעת מישראל החוויה המיסטית של קבלת השפע האלוהי, ואף במקרים של עבריינות שאין בה משום כוונה למרוד בה' אלוהי ישראל, עדיין נשאר למשפט התורה תפקיד נעלה, תפקיד של עידון הנפש הישראלית והעלאתה מבחינה רוחנית. המצוות ניתנו לצרוף בהן את הבריות, לא רק על ידי קיומן אלא על ידי קליטת המסר החינוכי שלהן.

עמ' 428-429

13. רמב"ם סנהדרין יח, ו; מובא אצל קירשנבאום עמ' 165-166; ור"י מיגאש: "התורה לא התירה לאדם שיצער עצמו... ולסיבה זו אין האדם חייב במה שמורה על עצמו במה שהוא חייב מיתה או מלקות כמי שהוא חייב במה שמורה על עצמו בממון" (שו"ת הר"י מיגאש סי' קפו; קירשנבאום עמ' 164).

14. הרדב"ז על הרמב"ם הנ"ל; ומכאן – דרך מאמרם של אנקר ואלסן, לפסק הדין האמריקאי המנחה בתחום זה, מירנדה נ' אריזונה, קירשנבאום עמ' 180-181, הערה 11; השווה לעיל הערה 1, בעמ' 147.

המחבר אף מרחיב מסר זה, ורואה את הגרעין המוסרי הטומן בחובו גם אמונה בתיקון האדם, ואינו מוגבל לשמירה עליו במסגרת הליך העמדתו לדין –

אדם הפוסק כי רשע הוא, נועל בפני עצמו את שערי תיקון המידות. אדם אשר התייאש מיכולתו להיטיב את דרכיו באמרו 'רשע אני' איבד את תדמיתו העצמית של חשיבות ומכובדות.

אוי לו לאדם אשר כישלונו משל בו; אוי לו לאדם שנפל ורפו ידיו מלהקים את עצמו בהשתכנעו שאבדה כל תקווה לשיקומו.

עמ' 528

דומה, כי יותר מאשר מחדש המחבר בטקסטים שבפניו, פרשנות זו של הטקסטים חושפת טפחיים מן הממד הרוחני-חינוכי-מוסרי של המחבר עצמו. ואכן ראויים הדברים למי שאמרם, שכן זכה לחנך דורות של דתיים ושאינם דתיים יחדיו לאהבת התורה ומורשת ישראל. זו הייתה והנה אחת ממטרותיו המרכזיות של המחבר בלימוד תורה בפני תלמידיו – ומן המפורסמות בפי כול שהוא אכן הצליח.

**הרב מיכאל בריס**

Marcos David Katz, "Hebrew and Mexican Procedural Law – Comparative Aspects", Implementation of Halacha in Modern Life, (5765 עמודים) 186

נושא ההרשעה העצמית הוא חלק ממאמרו המקיף יותר של כ"ץ, אשר ראה אור בספר **יישום ההלכה בחיים המודרניים** (תשס"ה), בחלקו האנגלי. למעשה, המאמר מהווה ספר בפני עצמו.

כ"ץ, כמי שפעל רוב ימיו במכסיקו, התעניין רבות בהשוואת שיטת המשפט העברי לשיטת המשפט המכסיקני. השוואה זו מעניינת, בעיקר בסוגיית קבילותה של ההרשעה העצמית, משום ששיטת המשפט המכסיקני בעניין זה, דומה מאוד לזו הנהוגה במדינת ישראל.

המשפט המכסיקני, כמו הישראלי, רואה את החיסיון מפני הפללה עצמית כ'זכות' של הנאשם, שעליה הוא רשאי לוותר. זאת, בניגוד למשפט העברי, שאינו מאפשר קבלתה של הרשעה עצמית, אף אם ויתר הנאשם על זכות החיסיון.

בהקשר זה, מוצא כ"ץ הבדל מהותי בין הדרך שבה התפתחו שיטות משפט מודרניות, לדרך שבה התפתח המשפט העברי. הבדל זה הוא שיצר את הפער שבין שיטות המשפט, לעניין היקפו של החיסיון.

שיטות המשפט המודרניות יצאו מתוך נקודת המוצא, שלהודאת הנאשם יש כוח ראייתי רב, משום שלרוב, נוטה הנאשם לשקר על מנת להציל את עורו. אם בכל זאת הודה באשמה, אות הוא שהוא אכן אשם. תפיסה זו לא השתנתה עם השנים. אולם, ברבות העתים התפתחה תופעה מדאיגה: היות והרשויות הכירו בערכה הראייתי הרב של ההודאה, הן עשו כל אשר לאל ידן כדי לחלץ הודאה מפיו של נאשם. תופעה זו הביא בסופו של דבר לקיומן של חקירות אינקוויזיטוריות, שהיו מלוות בעינויים. רק במאתיים שנים האחרונות, החל העולם המערבי להבין שחקירות מסוג זה הן פסולות, באשר הן פוגעות בכבוד האדם. לאור זאת, נעשו שינויים רבים במערכות משפט רבות, שתכליתם הייתה – להבטיח את השמירה על כבודו של הנאשם. בהתאם לכך נקבע גם, שלנאשם הזכות לשמור על 'זכות השתיקה' ולא להפליל את עצמו. נמצא, ששלילת קבילותה של ההפללה העצמית, לא נבעה מעולם מתפיסה עצמאית של אופיו של האדם, ולאור זאת, מאופייה של ההודאה, אלא מן הניסיון "לרפא" פגמים בהליך המשפטי, פגמים שנבעו מהקשר היסטורי מסוים, שחייב את שינויו של החוק.

לעומת זאת, תפיסת המשפט העברי בדבר קבילותה של ההפללה העצמית, לא התפתחה עקב הצורך לרפא פגמים בהליך המשפטי, שנבעו מתהליכים היסטוריים שונים, אלא היא נובעת מהערכה מעמיקה של אופיו של האדם. אופי זה, הוא אופיו של כל בן אנוש באשר הוא, ואין הוא משתנה מזמן לזמן. בהתאם להערכה זו, הכיר המשפט העברי בחוסר ההיגיון הפסיכולוגי שיש בהפללה העצמית, ובהתאם לכך קבע עמדת מוצא השונה אף מזו המקובלת כיום במשפט המודרני, לפיה להפללה העצמית יש כוח ראייתי פגום. משום כך, אין הוויתור על החיסיון, מצידו של הנאשם, מעלה או מוריד לעניין קבלת ההודאה כראיה במשפט הפלילי.

נראה שהבחנה זו, צריכה לשמש תמרור אזהרה, לכל העוסק בדיני הראיות. את דיני הראיות אין לעצב מכוח הנסיבות המשתנות, אלא מכוח חקירה עצמאית של רוח האדם, אשר מכוחה, ורק מכוחה, ניתן יהיה לשקול את ערכן של ראיות שונות.

מאמר זה משקף את עניינו של מר כ"ץ – ושל משפחתו – ביישום אמיתי של עקרונות ההלכה בשאלות המעשיות העדכניות. שאלת ההפללה העצמית היא עתיקת יומין, ושבה ועולה בימינו בכל היבטי החיים – הפרטיים והציבוריים כאחד. התעניינות מבורכת זו תמשיך ותביא את דברי התורה להתמודד עם ענפי החיים כולם.

**הרב ירון אונגר**



|

|

—

—

—

—

|

|

|

|

—

—

—

—

|

|