

שער חמישי

ראיות



## תוכן העניינים

### פרק ראשון: כללי

1. "דין מרומה" – מהימנות בעלי הדין והראיות והשפעתן על פסיקת הדין  
361 ע"א 646/78, חברת מ' בורוכוביץ בע"מ נ' עיריית רמת-גן 361
2. ניתן להאמין למי ששיקר בעבר, אם נותן אמתלא משכנעת לשקריו  
362 ע"א 70/60, מנשה נ' היועץ המשפטי לממשלה 362
3. אימון בדברי עברייין  
364 ע"פ 39/66, כלר נ' היועץ המשפטי לממשלה 364
4. עדות קטין מבחין בעניינים הנוגעים לעצמו  
364 אפוט ל/23/62, עזבון המנוח רייכמן 364
5. שליח בית-דין שנפגע נאמן כשני עדים  
364 ת"פ (י-ם) 5/48, היועץ המשפטי לממשלה נ' שיינברגר 364
6. חובת העד להישבע  
365 ע"א 269/64, מרצפות פ' פ' בע"מ ואח' נ' אלפסי 365  
ע"א (ת"א) 216/65, ארטן נ' 4 נגריס, שותפות רשומה 366  
ת"א (ת"א) 276/46, גרשט נ' וילדנברג 361  
בג"צ 172/78, כקר נ' השופט אילת ואח' 372
7. עדות עד אחד מחייבת שכועה  
381 ע"א 88/49, רחון נ' ביאלי 381
8. "רשע" פסול לעדות  
382 ע"א 41/75, נילי נ' שלומי 382
9. עד שנפסל כתוצאה מעדותו אינו נפסל אלא לאחר סיום העדות  
383 ע"א 238/53, כהן ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה 383
10. חולה נפש פסול לעדות  
385 ע"פ 774/78, 715/78, לוי נ' מדינת ישראל 385
11. עד שאין עדותו מידיעה אישית, פסול  
385 ע"פ 20/61, סהר נ' היועץ המשפטי לממשלה 385  
ע"פ 445/75, דקוסיאן נ' מדינת ישראל 385
12. איך לפסול עדויות הסותרות זו את זו בעניינים שאינם מהותיים  
387 ע"פ 106/53, סולימן ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה 387

שער חמישי: ראיות

13. יש להכדיל בין סתירה בעדות לגופו של דבר  
לכין סתירה בעדות בדברים צדדיים  
389 ע"פ 3/48, כ"ץ-כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה 389
14. אין עד יכול לתזור בו מעדות קודמת –  
"כיון שהגיד, שוב אינו חוזר ומגיד"  
391 ע"א 238/53, כהן ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה 391  
ע"פ 421/71, מימרן נ' מדינת ישראל 392  
ע"פ 3/48, כ"ץ-כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה 392
15. "עדות שאי אתה יכול להזימה" – כסיס לדרישת  
סיוע בעברות מין  
393 ע"פ 207/62, סעריה נ' היועץ המשפטי לממשלה 393
16. ערכן של ראיות נסיבתיות  
394 ע"פ 543/79, 622/79, 641/79, נגר ואח' נ' מדינת ישראל 394  
ע"פ 90/81, גולדשטיין נ' מדינת ישראל 394
17. "עדי קיום" ו"עדי בירור"  
394 ע"א 99/63, פלג ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה 394
18. "בדיקת" עדים  
396 ת"פ (ב"ש) 540/85, מדינת ישראל נ' דרון 396
- פרק שני: ראיות בדין האזרחי**
- א. "הודאת בעל דין"  
397 1. הודאת בעל דין – גדרה וסוגיה  
397 ע"א 26/51, קטיק נ' וולפסון 397
2. "הודאת בעל דין כמאה עדים"  
399 ע"א 168/55, קונראדס נ' האפוטרופסים של צוואת לוי 399  
ע"א 211/63, יחזקאל נ' קלפר ואח' 400  
ע"א 88/57, רוזנברג נ' קרמר' ואח' 401
3. התנאים לתחולת הכלל "שתיקה כהודאה דמיא"  
401 ע"א 502/69, 488/69, בית ינאי נ' הולנדר 401
4. האומר "לא לוייתי" דינו כאומר "לא פרעתי"  
403 ע"א 505/64, אבו יונס ואח' נ' זבידאת ואח' 403
- ב. חזקות  
404 1. "אין אדם פורע חובו תוך זמנו"  
404 ע"א 158/76, גרנד הוטל תיאודור הרצל נ' דקלו 404

## חוכן העניינים

2. "שתיקה כהודאה דמיא"  
405 ע"א 488/69, 502/69, בית ינאי נ' הולנדר 405
3. "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות"  
405 ע"א 384/61, מדינת ישראל נ' פסלר 405
4. "יד בעל השטר על התחונה"  
407 ע"א 536/76, מורחי נ' ידיד 407
5. "שטרך בידי מאי בעי" (חזקה שהאוחז בשטר תובע כדין) 408  
408 ע"א 57/71, בן שטרית נ' בן שטרית 408
6. חזקה שהחותם על מסמך יודע את תוכנו ומתכוון לכתוב בו  
408 ת"א (ב"ש) 364/75, שמעוני נ' מפעלי רכב אשדוד בע"מ 408
7. חזקה שמי שיש לו ברירה, עושה דבר מותר ולא דבר אסור 409  
409 ע"א 384/61, מדינת ישראל נ' פסלר 409
8. עדים החתומים על שטר, חזקה שכיררו את כשרות  
409 המתחייב בשטר  
409 ע"א 250/70, שרעבי נ' סוברי 409
- ג. דרכי הוכחה
1. דרכי הוכחה בעניינים המצריכים מומחיות  
410 ע"א 407/60, פלוגיח נ' אלמוני 410
2. "חזקה שאין עמה טענה – אינה חזקה"  
411 ע"א 213/76, גילברג נ' פאנוס 411
3. "מיגר" (הואיל)  
411 ע"א 88/57, רחנברג נ' קרמר' ואח' 411
- ד. שבועת בעל דין
1. אין גובין מן היתומים אלא בשבועה  
413 ע"א 459/59, פינקלשטיין נ' פרושטייר ואח' 413
- ה. נטל ההוכחה

## פרק שלישי: ראיות בדין הפלילי

- א. הרשעה וזיכוי
1. הרשעה על פי ראיות נסיבתיות  
415 ע"פ 543/79, 622/79, 641/79, נגר ואח' נ' מדינת ישראל 415  
ע"פ 90/81, גולדשטיין נ' מדינת ישראל 423

שער חמישי: ראיות

2. אין להרשיע נאשם באומד הדעת אלא בהוכחות חותכות 423  
בג"צ 224/73, הראל נ' השופט גלעדי ואח' 423
3. זיכוי נאשם שיש ספק כאשמתו 424  
ע"פ 112/69, חליחל נ' מדינת ישראל 424  
ד"נ 30/75, קובי נ' מדינת ישראל 425
4. אין להרשיע נאשם על סמך הודאתו –  
"אין אדם משים עצמו רשע" 425  
ע"פ 290/59, פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה 425  
ע"פ 242/63, קריחי נ' היועץ המשפטי לממשלה 426  
ע"פ 532/71, בחמוצקי נ' מדינת ישראל 427  
ע"פ 774/78, לרי נ' מדינת ישראל 427  
ע"פ 543/79, 622/79, 641/79, נגר ואח' נ' מדינת ישראל 428  
ת"פ (ת"א) 683/79, מדינת ישראל נ' פרסמן ואח' 429  
ע"פ 556/80, 614/80, עלי ואח' נ' מדינת ישראל 430
- ב. מידת ההוכחה 432
1. אין באיומים כדי לייחס למאיים מעשה עברה 432  
ע"פ 19/50, דנוך נ' היועץ המשפטי לממשלה 432
2. אין באיומים משום הוכחה על החלטה לביצוע המעשה 433  
ע"פ 97/68, סוויסה נ' היועץ המשפטי לממשלה 433
3. מידת ההוכחה הנדרשת בעברות של בעילות אסורות 434  
ע"פ 209/76, בלילי נ' מדינת ישראל 434
4. כחירת כלי "אשר ימות בו" כראיה לכוונה לרצוח 434  
ע"פ 288/78, אידמיר נ' מדינת ישראל 434
- ג. זיהוי 435
1. זיהוי אדם על ידי הכרת קולו 435  
ע"פ 87/53, אל-נבארי נ' היועץ המשפטי לממשלה 435  
ע"פ 234/81, חרבון נ' מדינת ישראל 436
2. אין די בזיהוי אדם על פי סימנים בגופו ובכליו ויש צורך בזיהוי פניו 436  
ע"פ 19/50, דנוך נ' היועץ המשפטי לממשלה 436
3. כדיקת דם ובריקת רקמות כאמצעי זיהוי 437  
ע"א 548/78, שרון ואח' נ' לוי 437
4. דמיון קלסחר הפנים כראית סיוע בקביעת אבהות 437  
ע"א 407/60, פלוניח נ' אלמוני 437

## פרק ראשון כללי

### 1. "דין מרומה" – מהימנות בעלי הדין והראיות והשפעתן על פסיקת הדין

ע"א 646/78

חברת מ' בורוכוביץ בע"מ נ' עירית רמת-גן

פ"ד לג(3) 690, 697-698

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים  
לפני השופטים ח' כהן, שמגר, אשר

רשות הערעור בענין זה הוגבלה לשאלה אם היה על עורך-הדין שהתמנה כענין זה כבורר  
"לשמש בורר מכריע או בורר שלישי".

השופט ח' כהן: כפי שהשופט המלומד ראה אל נכון, היה בנסיבות ובאותות  
שנתגלו במשפט זה כדי להטיל ספק חמור בנכונות הצהרתו של מנהל  
המערערת. הצהרתו שלא ידע ולא הסכים שהבורר השלישי יתמנה לבורר  
מכריע אינה עולה בקנה אחד לא עם התנהגותו של הבורר ארליך מטעם  
המערערת ולא עם התנהגותה של המערערת עצמה, חוסר האימון אשר הצהרת  
המנהל נתקלה בו מצד השופט המלומד, נוכח פני הנסיבות והאותות הללו, דיו  
לשלול ממנה כל ערך הוכחתי.

אף לפי שיטת המשפט העברי, שלפחות בדיני נפשות אין בית-דין פוסק  
"באומד הדעת אלא על פי עדים בראיה ברורה" (לשון הרמב"ם, הלכות  
סנהדרין, פרק כ, הלכה א), מוזהרים השופטים שלא לפסוק אף על-פי ראייה  
ברורה ובלתי נסתרת ולכאורה מחייבת, אם היא אינה מהימנה עליהם: "ומניין  
לדיין שהוא יודע בדין שהוא מרומה, שלא יאמר אחתכנו ויהיה הקולר תלוי  
בצוארי העדים – חלמוד לומר, מדבר שקר תרחק" (רמב"ם, שם, פרק כד,  
הלכה ג). הוא הדין לשיטתנו ולזמננו שלנו: אין בית-משפט פוסק דבר שקר  
כיודעין על-פי ראייה כשרה שלא נסתרה, ויתלה את הקולר על צוואר העד (או  
על צוואר עורך-הדין שנמנע מלחקרו). ומה בין שיטת חכמינו הקדמונים לבין

#### שער חמישי: ראיות

שיטתנו שלנו, שאנחנו יוצאים ידי חובתנו השיפוטית בדחיית הראיה ושלילת משקלה ההוכחתי, ואילו המה התלבטו במבוכת הדיין החייב להכריע על-פי ראיה כשרה שיצאה מפי עדים כשרים ונמצאה מכוונת וכדוקה: לדעת הרמב"ם, אם היה לכו של הדיין נוקפו "שאינ רעתו סומכת על דברי העדים, אף על פי שאינו יכול לפסלם, או שדעתו נוטה שבעל-דין זה רמאי ובעל ערמה והשיא את העדים אף על פי שהם כשרים ולפי תומם העידו... אסור לו לחתוך את הדין, אלא יסלק עצמו מדין זה, וידינו מי שלכו שלם בדבר" (שם): אך הרא"ש חלק עליו וכתב שיש ליתן ביד הנתבע מעין פסק-דין "שאינ לשום דיין להשתדל בדין זה", והוא כשהשקר נראה "כאומדנא דמוכח" (תשובות הרא"ש כלל סח, סימן כ, מובא גם בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן טו, סעיף ג); מה שאין כן כשנתבע הוא הרמאי, שאם נראה לדיין באומדנא דמוכח שהוא חייב, יפסוק לחובתו, כדי שלא יהא חוטא נשכר (תשובות הרא"ש כלל קז, סימן ו, מובא בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן טו, סעיף ד). וה"אומדנא דמוכח" – אין בינה לבין נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט אלא הכדל של ניסוח בלבד.

נסיבות הענין הזה ואותות האמת שנתגלו במשפט זה מוכיחות, והשופט המלומד רשאי היה לקבוע, על אף תצהירו של מנהל המערערת, שאמנם באה הסכמת המערערת למינוי הכורך מוריץ כבורר מכריע – וכך נסתם הגולל על כל טענותיה של המערערת בערעור זה.

2. ניתן להאמין למי ששיקר בעבר,  
אם נותן אמתלא משכנעת לשקריו

ע"א 70/60

מנשה נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד יד 1625, 1626, 1627

בבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים  
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים כרנוון, ח' כהן

השופט ח' כהן: ערעור זה דינו להתקבל.  
המערער ביקש בבית-המשפט המחוזי פסק-דין הצהרתי על אשר נולד בשנת 1905 ולא בשנת 1910. להוכחת טענתו הביא שלושה עדים: את עצמו, את אחיו יעקב יצחקוב ואת אחותו הגב' יפה מישאל. שלשתם אמנם העידו שהמערער נולד בשנת 1905 ולא בשנת 1910, ובנקודה זו לא עורערה עדותם



## כללי

בחקירה וברדישה. אף-על-פי-כן דחה השופט המלומד את התביעה, ובפסק-דינו המצטיין בתכלית הקיצור נימק סירובו וזו לשונו:

אינני מתעלם מעדות של הגב' יפה מישאל היחידה בין העדים שהושמעו לפני, שהייתי מוכן להאמין לכנות דבריה. עדות זו יכולה לשמש כסיוע לעדות אחרת, שהייתי מקבלה כעדות מהימנה. כרם, דא עקא, אינני מוכן לסמוך על דברי העד יעקב יצחקוב וגם לא על כנות דבריו של המבקש. לא שוכנעתי לשביעת-רצוני ואני דוחה איפוא את הבקשה.

השאלה היחידה העומדת לפנינו בערעור זה היא אם הביא המערער ראיות אשר היו מהימנות על בית-המשפט דלמטה ואשר יש בהן כדי להוכיח טענתו. העובדה שהשופט המלומד אינו מגלה טעמו על-שום-מה אינו מוכן להאמין לעדותו של פלוני ועל-שום-מה אינו מוכן לסמוך על עדותו של פלמוני – אין בה כדי להניענו שאנחנו נהרהר אחרי מידותיו; ואין עינינו רואות אלא אותן ראיות בלבד שהיו מהימנות על השופט המלומד. אלא בראותנו אותן ראיות, אין אנחנו קשורים במידותיו של השופט המלומד בדבר המשקל ההוכחתי שיש לייחס להן: השאלה אם יש בראייה פלונית כדי הוכחה מספקת אם לא, היא שאלה משפטית, ובית-משפט לערעורים יעשה בה כבתוך שלו.

... מוסיף וטוען בא-כוח המשיב שמכל-מקום אין המערער ראוי לסעד המכוקש, מפני שחלים עליו "אות כאות" דברי הנשיא (אולשן) (כע"א 282/59, בעמ' 1389) כי העובדה שהמערער שיקר – כפי שהודה ששיקר – כדי שיוכל ביתר קלות לעלות ארצה, "עשויה לעורר ספק שמא גם הפעם היה מוכן להיזקק לשקר כדי לרמות מוסד ציבורי אחר". יכולני לתאר לעצמי שספק מעין זה היה מקנן בלבו של השופט המלומד שעה שהסתייג מכנות המערער; ואמנם מסכים אני, עם כל הכבוד, שמן הדין הוא להתייחס למבקשי תיקוני גיל, המשנים גילם לפי צורך המקום והשעה, ככל החשדנות הסבירה, ולא להעמיד אדם שטען אתמול לגיל אחד והטרען היום לגיל אחר, בחזקת דובר אמת. מאידך, ספקות וחשדות אלה אין כוחם עמם אלא כל עוד לא הוכחה הטענה בראייה מהימנה: במקום חזקת הכשרות שאינה עומדת לו לטוען, חייבת לבוא ראייה מספיקה. והדברים אינם אמורים רק לגבי ראייה כלתית-לוויה: הם אמורים אף לגבי עדות המבקש עצמו, שכשבא בית-המשפט להכריע בדבר מהימנותו, הרי ספקות וחשדות אלה אינם חייבים להיות מכשול שבשום מקרה ואופן אין להתגבר עליו. אם לא מצינו כל רמז לכך בדיני הראיות של המשפט המקובל האנגלי – שלפיהם מסורה ההכרעה בדבר מהימנות העדים לחבר מושבעים או לשופט בערכאה הראשונה, ואינה ניתנת לא להנמקה ולא לערעור – הרי מצינו רמזים למכביר בדיני הראיות של המשפט העברי:

מעשה באשה אחת גדולה שהיתה גדולה בנוי, וקפצו עליה בני אדם לקדשה, ואמרה להם, מקודשת אני. לימים עמדה וקידשה את עצמה. אמרו לה חכמים, מה ראית לעשות כן? אמרה להם, בתחילה שבאו עלי אנשים שאינם מהוגנים, אמרתי – מקודשת אני; עכשיו שבאו עלי אנשים מהוגנים, עמדתי וקידשתי את עצמי. וזו הלכה העלה רב אחא, שר הכירה, לפני

שער חמישי: ראיות

חכמים באושא, ואמרו, אם נתנה אמתלא לדבריה – נאמנת (כתובות כב ע"א).

אף לעניינינו כן: אם נותן הטוען טעם וסיבה, היא אמתלא, לדיבוריו הבלתי-נכונים שבעבר, והאמתלא היא טובה וראינו בה ממש (כלשון הרמב"ם, הלכות אישות, פרק ט, הלכה לא), כי אז יכול ויהא נאמן על טענתו כיום; ורק אם לא נתן אמתלא או לא ראינו בה ממש, נפגעת מהימנותו על-ידי דיבוריו הקודמים...

### 3. אימון בדברי עבריין

ע"פ 39/66

כלו נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד כ(2), 188, 191-192

הובא בשער הרביעי, בחי דין וסדריהם, עמ' 285.

### 4. עדות קטין מבחין בעניינים הנוגעים לעצמו

אפוט ל/23/62

עזבון המנוח רייכמן

פ"מ ל 252, 256-257

הובא בשער התשיעי, דיני קניין וקניין רוחני, עמ' 750.

### 5. שליח בית-דין שנפגע נאמן כשני עדים

ת"פ (י-ם) 5/48

היועץ המשפטי לממשלה נ' שיינברגר

המשפט תש"ט 28, 30

הובא בשער הרביעי, בחי דין וסדריהם, עמ' 305.

364

כללי

## 6. חובת העד להישבע

ע"א 269/64

מרצפות פ' פ' בע"מ ואח' נ' אלפסי

פ"ד יח(4) 63, 64-65

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים  
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים יתחקן, מני

כתביעת נזיקין שהוגשה נגד המערער ומעבידתו עמד המערער מס' 2 (מ' רונבליט) להעיד כעד הגנה. בעלותו על דוכן העדים הוא ביקש להעיד בהן צדק ולא בשבועה הואיל והוא יהודי ולא נשבע אף פעם; לכך התנגד המשיב ובית-המשפט המחוזי החליט לא לקבל את העדות של העד אלא אם תינתן בשבועה. המערערים עירערו.

**השופט מני:** כתביעת נזיקין שהוגשה נגדו ונגד מעבידתו, עמד המערער השני להעיד כעד הגנה. בעלותו על דוכן העדים הוא אמר:

אינני מוכן להישבע אלא אני רוצה למסור עדות בהן צדק. אני יהודי ולא נשבעתי אף פעם.

בא-כוחו, ביקש אז מבית-המשפט כי יתיר לעד למסור עדות בהן צדק. משהתנגד המשיב (התוכע בבית-המשפט שלמטה) לבקשה זו, נתן בית-המשפט המחוזי את ההחלטה הבאה:

לא אקבל את העדות של העד אלא אם חנינתן בשבועה.

הצדק בית-המשפט בהחלטתו זו?

תקנה 182(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, השכ"ג-1963, מורה לאמור: כל עד ייחקר בשבועה, וזאת אם נוכח בית-המשפט שהשבועה היא בניגוד לעיקרי דתו של העד או שאינו דתי בכלל; בכל אחד מן המקרים האלה מותר לחקור את העד על יסוד הן צדק בלבד.

מתוך תקנה זו ברור, שהכלל הוא כי כל עד חייב ליתן שבועה. כאשר העד מתנגד למתן השבועה יש לברר את הנימוקים להתנגדותו, ואם נוכח בית-המשפט כי התנגדותו למתן השבועה באה מתוך כך שהשבועה נוגדת את עיקרי דתו, או מתוך כך שהעד אינו דתי בכלל, אזי יאפשר לעד לתת את עדותו על יסוד הצהרה בלבד. הפטור מהשבועה אינו יכול להינתן אלא אך ורק על סמך אחד משני הטעמים הנזכרים בתקנה.

מתוך החלטתו של בית-המשפט עולה ברורות כי הוא לא "נוכח" בקיומם של אחד מהטעמים הנ"ל, ונראה לי, כי אין לבוא עמו בטרוניה על כך.

כאמור, שני נימוקים ניתנו על-ידי המערער השני לאי-נכונותו להישבע: (א) כי הוא יהודי, (ב) כי הוא לא נשבע "אף פעם". לדעתי, אין באף אחד מהנימוקים הללו דבר המצדיק סטייה מהכלל היסודי שעל כל עד ליתן שבועה. עצם העובדה כי אדם מכריז על עצמו כי הינו יהודי, אינה אומרת עוד כי

#### שער המישי: ראיות

השבועה עומדת "בניגוד לעיקרי דתו", וראייה לכך, שבתורה גופה אנו מוצאים פסוקים רבים המזכירים ואף מחייבים ענין השבועה כאלהים. אוכיר להלן אחדים מאלה:

1. בבראשית כא, כג, אומר אבימלך מלך גור לאברהם: "ועתה השבעה לי באלהים הנה אמת־תשקר לי ולניני ולנכדי. כחסד אשר עשיתי עמך תעשה עמדי ועם־הארץ אשר גרתה בה" ועל כך אומר אברהם לאבימלך, בפסוק כד: "אנכי אשבע".
2. בבראשית כד, ג, אומר אברהם אל עבדו זקן ביתו: "ואשביעך בה' אלוהי השמים ואלוהי הארץ אשר לא תקח אשה לבני מבנות הכנעני אשר אנכי יושב בקרבו". ובפסוק ט אנו קוראים: "וישם העבד את ידו תחת ירך אברהם ארניו וישבע לו על הדבר הזה".
3. בשמות ככ, ט-י, נאמר: "כי יתן איש אל רעהו חמור או שור או שה וכל בהמה לשמור ומת או נשבר או נשבה אין רואה: שבועת ה' תהיה בין שניהם אם לא שלח ידו במלאכת רעהו, ולקח בעליו ולא ישלם".
4. בויקרא יט, יב, נאמר: "ולא תשבעו בשמי לשקר וחללת את שם אלהיך אני ה'".

ע"א (ת"א) 216/65

ארטן נ' 4 נגרים, שותפות רשומה

פ"מ נ 352, 354-360

בבית־המשפט המחוזי בחל-אביב-יפו

השופט לס: בפני ערעור ברשות על החלטת ביהמ"ש השלום שניתנה מפי כב' השופט גלעדי לפיה נפסק כי ליאו ארטן, המערער, חייב להשבע כרי שעדותו תשמע וכי אין שבועה אלא שבועה באלוקים. המערער נקרא ע"י בא-כוחו להעיד, בתביעה שהוגשה ע"י שותפות הנגרים נגדו.

השופט המלומד שדן בתביעה סרב להרשות את העדות מאחר שסבר כי הדעה אשר הובאה בע"א 269/64 פד"י יח(4), עמ' 63 מונעת כעדו לשמוע עדות מפי אדם יהודי המסרב להשבע.

עו"ד שינבוים המופיע בשם המערער תוקף את החלטת השופט בערכאה ראשונה ואומר כי הע"א הנ"ל אינו מהווה הלכה פסוקה. מדובר כאן, אומר הוא, בדיני ישראל החלים על ענין שאינו קשור עם מעמד אישי ואין לדינים אלה תכונה שבחוק חרות מקומי.

דיני ישראל, טוען ב"כ המערער, הינם דבר המהווה ענין שבעובדה ואין איפוא ללמוד מדעה אשר הובאה בענין אחר, כיצד לנהוג במקרה שלפנינו. כן סבור הוא שדיני ישראל הרי הם כחוק זר וכפי שהוחלט ב-Lazard Bros. v. Ottoman Bank of Nicosia v. Midland Bank (1933) A.C. 289

כללי

Chakarian (1937) A.E.L.R., כרך 4, עמ' 581, הרי אין בקביעותו של ביהמ"ש העליון, בדבר מהותו ופרושו של חוק זר, דבר המחייב את בתי המשפט האחרים.

אינני מוכן לראות כדיני ישראל חוק זר, כי לא יתכן ששופט יהודי יצטרך לשמוע מומחים כדי שיווכח מה מחייבים דיני ישראל. על כן מסכים אנוכי עם עו"ד ויגל באשר לטענתו שאין לראות את דיני ישראל כמדינת ישראל כחוק זר שיש להוכיחו כאילו היה זה חוק זר המחייב תושבי מדינה זרה. אולם יחד עם זאת נראה לי כי צודק עו"ד שינבויים כאמרו שאין לראות כדעה אשר הביעה הערכאה העליונה הלכה פסוקה כאשר מדובר על אודות דיני ישראל, במקרים שהמחוקק אינו קובע בשפה שאינה משתמעת לשתי פנים שעל עניינים מסוימים יחולו דיני ישראל, כפי שעשה זאת בענייני המעמד האישי ביחס ליהודים.

על כן נראה לי שלא היה מקום לומר בהחלטה שמערערים עליה, כי הדעה שהובעה ע"י כב' השופט מגי בע"א 269/64 הנ"ל מנעה בעד השופט לשמוע את העדות ללא שבועה, מה עוד שבע"א הנ"ל אמר העד "אני יהודי ולא נשבעתי אף פעם" ואילו במקרה הנדון לפנינו לא הסתפק העד בכך אלא הדגיש שהוא דתי ולא נשבע מעולם. אין כל מקום להניח שאמר את אשר אמר שלא בתום לב.

באשר לשאלה גופא, האם השבעת עד באלוקים, בהתאם לתק' 182 (א) לתק' סדר הדין האזרחי תשכ"ג-1963, נוגדת את עיקרי דתו של העד, במקרה זה המערער שבפני, נראה לי כי לא אוכל לתמוך את יחדותי בדברים אשר נאמרו בע"א הנ"ל.

כב' השופט מני מצטט חמישה מקורות מהתורה שבכתב שמהם הוא למד כי אין כדיני ישראל כל דבר המונע בעד יהודי להשבע כאלוקים.

ב"כ המערער שבפני טוען, ונראה לי כי הצדק אתו, כי לא יתכן שדיני ישראל יקבעו על סמך התורה שבכתב בלבד וכדי לתמוך את טענתו הוא מדגים את דבריו כמשל: עובד במסעדה שהתנה באופן מפורש שכשרות המסעדה בה הוא עובד תהיה תנאי מתנאי עבודתו, התפטר מפני שהמסעדה הפכה להיות בלתי כשרה והוא תובע פיצויי פטורין. בהניחנו שעובדה זו היא אמנם הרעת תנאי עבודתו, האם יוכל המעביד להשתחרר מתשלום פיצויים כאשר יוכיח שהאוכל המוגש במסעדתו הוא כשר לפי התורה שבכתב? הרי לפי התורה שבכתב אין אסור שהבשר יחבשל בחלב כל זמן שלא נתכשל גדי בחלב אמו, מה עוד שהתורה שבכתב מספרת לנו שאפילו אברהם אבינו סיפק לשלושת האנשים שניצבו עליו חמאה וחלב וכן בקר רך וטוב גם יחד. (בראשית יח, ז-ח):

ברי כי ביהמ"ש לא יוכל להתעלם מכל מערכת הדינים בקשר לשאלת בשר וחלב אשר הובאו בתלמוד ובפוסקים הראשונים והאחרונים, מערכת דינים שלפיה נהגו היהודים במשך הדורות. נראה לי איפוא, כי אין לי ברירה אלא לעבור על הדעות אשר הוכחו במשך

#### שער חמישי: ראיות

הדורות ע"י חכמינו ז"ל וארשה לי לצטט כמה דברים אשר נדאים לי חשובים בענין הנדון.

עו"ד ויגל, ב"כ המשיב הפנה את תשומת לבי למקורות הבאים:  
א. הרמב"ם בספרו משנה תורה (הלכות שבועות, פרק יא, הלכה א) פוסק:  
"כשם ששבועת שווא ושקר כלא תעשה, כן מצוות עשה שישבע, מי שנתחייב בשבועה בכי"ד, כשם שנאמר ובשמו תשבע זו מצוות תעשה וכו'"  
וכן מתאר הרמב"ם את צורת השבועה (שם, הלכות ז-ט).

הנשבע אוחז ספר תורה כזרועו והוא עומד ונשבע בשם או בכנוי בשבועה או באלה מפיו. וכן: כיצד מפיו? כגון שיאמר: הריני נשבע בה' אלקי ישראל או במי ששמו חנון או במי ששמו רחום שאיני חייב לזה כלום.

ב. באשר לאסמכתאות של התקופה שלאחר תקופת הרמב"ם הופנית לספרו של ד"ר מ' אלון "חרות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי" (הוצאת מגנס 1964) שם מופיע תאור של שבועות בפני ארון הקודש הפתוח. כדי להבהיר את עמדת הרמב"ם הנ"ל, חשוב להביא את דבריו של הרמב"ם בספר המצוות (מצוות עשה, מצווה ז), שם אומר הרמב"ם:

אמרה תורה השבע בשמו ואמרה תורה אל תשבע. רוצה לומר כמו שהשבועה אשר אין צורך אליה מזהיר ממנה והיא מצוות לא תעשה כן השבועה בעת הצורך מצוה בה והיא מצוות עשה.

מדבריו אלו של הרמב"ם עולה שרק שבועה בעת הצורך היא מצוות עשה ואילו שבועה אשר אין צורך אליה לפי ההלכה היהודית היא מצוות לא תעשה, ורוצה לומר, עבירה. אין לנו להתעלם מדברי הרמב"ם בהשגותיו על דברי הרמב"ם בספר המצוות (שם) שבוודאי מסכים עם הרמב"ם ששבועה שאין צורך בה היא עבירה, אלא שהוא מרחיק לכת מן הרמב"ם וחולק על דברי הרמב"ם ששבועה בעת הצורך היא מצוות עשה ואלו דבריו: "והמתבאר מזה שאין השבועה בשמו בעת הצורך חובה ומצוות עשה, אבל רשות היא בידינו עם תנאים רבים".

עו"ד שינבויס ב"כ המערער הפנה את תשומת לבי למקורות ההלכה הבאים בהקדומו שהבעיה אינה אם ככלל עקרונות הדת מתנגדים לכל שבועה ככל מקרה וככל ענין, אלא אם השבועה הספציפית אשר על העד להשבע באותו מקרה תואמת את עקרונות דתו או לא.

א. מדרש תנחומא (נתחבר ע"י אמורא ארצישראלי במאה הרביעית), לספר במדבר, פרשת מטות, א (הוצאת כובר):

אמר להם הקב"ה לישראל לא תהיו סבורים שמתור לכם להשבע בשמי, אפילו באמת אין אתם רשאים להשבע בשמי אלא אם יהיה כך כל מדות אלו "את ה' אלוך תירא" – שתהא כשלושה אלו שנקראו יראי אלוקים אברהם איוב ויוסף הווי את ה' אלוך תירא, ו"אותו תעבוד" – אם אתה מפנה עצמך לתורה ולעשות מצוות ואין לך עבודה אחרת לכך נאמר ואתו תעבוד, "ובו תירב" – וכי יכול אדם לירבק כשכינה אלא כל המשיא בתו לתלמיד חכם שקורא ושונה והעושה לו פרקמטיא והמהנה מנכסיו, עליו נאמר ובו

## כללי

- תדבק. אם יש בכך כל הללו אתה יכול להשבע ואם לאו אין אתה רשאי להשבע.
- ב. במדרש ויקרא רבה ו, ג (נחלקו הדעות לגבי מחברו וזמן חיבורו אך דאי שהוא מדרש קדום): "המשביע את חברו לשקר שיצא ריקם מכל ממונו ר' אסי אמר על שקר ר' יונה אמר אפילו על אמת".
- ג. ב"חובת הלבבות", שער אהבה, פרק ו (לר' בחיי אבן פקודה – המאה האחת-עשרה): "והוא חייב להזהר מכל מה שיביאנו להשבע בשם הבורא יתברך לקיים את האמת ולבטל את השקר ומכל שכן לקיים את השקר ולבטל את האמת".
- ד. מדרש עשרת הדברות המיוחס לר' אשר בן משולם מלוניל (נפטר 1210) נדפס מכת"י שנמצא בוותיקן ויצא לראשונה בדפוס בפררה בשנת שי"ד. בדבור השלישי (מהר" ילינק, חדר ראשון, עמ' 72): "אי לכך אפילו באמת אין אדם רשאי להשבע... וכל המחלל שמו של הקב"ה ונשבע לשקר או אפילו באמת סופו שהקב"ה מגלה רשעו וענשו לכל אדם, אוי לו בעולם הזה ואוי לו בעולם הבא".
- עו"ד שינבויים מצביע על כך שדעה זו נחקבלה כהלכה מחייבת.
- ה. בטור, אורח חיים (לר' יעקב בן אשר, 1260–1343) סימן קנו: "מאד מאד יזהר אדם בענין השבועה שהרבה הפליגו רבותינו בענין שבועת שקר ואפילו לישבע באמת כמו שאמרו אלף עיירות היו לו לינאי המלך וכולם נחרבו מחמת שברעת אמת".
- ו. וכן בשולחן ערוך, אורח חיים, סימן קנו, סעיף א (לר' יוסף קארו, 1488–1575): "ויזהר מלישבע אפילו באמת שאלף עיירות היו לו לינאי וכו'". בנוסף על המקורות הנ"ל מצטט עו"ד שינבויים ממקורות נוספים המצביעים על כך שביטלו את השבועה לפי שעונשה גדול אפילו באותם מקרים שאדם חייב שבועה כבי"ד.
- ז. בטור, חושן משפט (ר' יעקב בן אשר הנ"ל), סימן פז, סעיף לה: "וכתב רש"י, בדורותינו ביטלו שבועה לפי שעונשה גדול ותיקנו לגזור עליו ארור... וכן כתב הרמ"ה מכי אתו רבנו בתראי דכתר חלמודא נהוג לאישתבעי בגזירה" (משבאו רבנים שלאחר התלמוד נהוג להשבע בגזירה).
- ח. וכן בשולחן ערוך (לר' יוסף קארו הנ"ל), סימן פז, סעיף יט. ב"כ המערער מעיר שאמנם בעל השולחן ערוך מביא הלכה זו בשם יש אומרים אבל מאחר ואין הוא מביא דעה החולקת על יש אומרים אלו קובעים כללי הפוסקים שזוהי ההלכה הפסוקה, וזו לשונו:
- ויש אומרים שכדורות האחרונים ביטלו שבועה בשם לפי שעונשה גדול ונהגו להשבע בארור.
- ט. ב"כ המערער מצטט מקור נוסף המתאר את טקס השבועה ומפרט את נוסח האיום על העד והמכנה בשם רשעים את בעלי הדין שאינם מסתפקים באיום ודורשים שבועה ממש וזה לשונו: "אמר הריני נשבע, וחבירו תובע (שישבע) העומדים שם אומרים זה לזה סורו נא מעל אהלי הרשעים האלה".

#### שער חמישי: ראיות

בנוסף לאסמכתאות שצוטטו לפנינו מפי ב"כ המערער ומפי ב"כ המשיב יש להצביע על מקורות נוספים שאינם עולים בקנה אחד זה את זה.

א. הגמרא במסכת גיטין לה ע"א:

אמר רב כהנא ואמרי לה אמר רב יהודה אמר רב מעשה כאדם אחד בשני בצורת שהפקיד דינר זהב אצל אלמנה והיניחתי בכד של קמח ואפאתו בפת ונתנתו לעני. לימים בא בעל הדינר ואמר לה הבי לי דינרי. אמרה ליה הנה סם המות באחד מכניה של אותה אשה אם נהניתי מדינך כלום. לא היו ימים מועטים עד שמת אחד מבניה. וכששמעו חכמים בדבר אמרו: מה מי ב. החתם סופר בתשובותיו (ר' משה סופר 1763–1840), חושן משפט, תשובה קסב:

ויותר רע מזה שביקש שהעדים ישבעו, שהוא באמת מנמוסי המדינה וחוק המלכות שעדים צריכים שבועה ולא ידע זה שבדת תורתנו הקדושה נהפוך הוא.

וכן שם בתשובה רז:

והשבתי לו, עדים אינם צריכים שבועה בדין ישראל.

ג. הרב בן ציון מאיר חי עזיאל זצ"ל במשפטי עזיאל (חלק חושן משפט, סימן יג, סעיף ב):

ומכל שכן שאין משביעים אותם שיעידו אמת הואיל ושכועה זו היא שבועת שוא ואסור להשביעם מפיהם עצמם, ואם תבע מישהוא אין שומעין לו וזהו הטעם שלא נזכר בהלכות עדות שבתורת ישראל השבעת העדים על ידיעתם בעצם העדות או על אמתת עדותם.

ד. דעה קצת שונה מביע הרשב"ץ (ר' שמעון בר-צמח, 1361–1444) בתשובותיו, ענין טו, חלק שלישי:

רצית לעמוד על דעתי במה שנהגו בארצות אדום להשביע העדים אם לזה שורש דבר בשום מקום... וגם אני מעיד כמוך כי הרב ר' יצחק בר ששת (הריב"ש) ז"ל היה נוהג כן במקום הזה. ואמרו לי ג"כ שעל עדות שנמסרה כברצלונה היה אומר הרב ר' נסים ז"ל אני רוצה שבועה כעדות זו...

ובהמשך באותו ענין:

נראה שאף על פי שאין חייבין להשבע, כשנשבעין להעיד אמת אינה שבועה שאינה צריכה... מכל מקום אף לפי זה אין כאן חיוב לעדים להשבע וכל מה שיכולים אנו לומר בזה שהיא רשות ואין בה אסור הזכרת שם שמים שלא לצורך. עוד אני מוסיף לומר שיכולים בי"ד לחייבם להשבע אם רואים הדור מקילים בעדות שקר. מכל מקום אם אנו רואים הדור מקילים ודורשים היתר לעצמם שעדות שאין בה שבועה אין בה אסור אנו חייבים לדון עפ"י טעותם... ואני אין אני משביע העדים אלא א"כ טען הנתבע ושתק העד כי הגדולים בארץ הזאת קשה להם כמנהג האומה הזאת. ובארץ אדום נהגו להשביע כמנהג האומה ההיא, לא שמוותר ללכת בחוקותיהם אלא לפי מחשבת העדים שגדלו על מנהגם ולא ראיתי בזה דבר לאחד מהראשונים



## כללי

ז"ל, אבל מצאתי לרבינו האי גאון ז"ל... ולענין עיקר הדבר נראה שעדים שצריכין שבועה נפק' להו מתורת עדות... מכל המקורות שצוטטו לעיל עולה המסקנה שאין לקבוע מסמרות. מחד ישנן דעות שאין מניעה אשר תמנע בעד יהודי להשבע – ואפילו כעד כחנאים מסוימים, ומאידך ישנן דעות שיש מניעה המונעת בעד יהודי להשבע אפילו על האמת.

תהא אשר תהא ההלכה, עובדה היא שיהודים יראי שמים נזהרו מלהשבע שבועת אמת ואפילו במקום שהדבר גרם להם הפסד ממין וזאת כבר בימים קדומים כמזכר מן המשנה (בבא מציעא ג, א).

המפקיד אצלו חבירו בהמה או כלים ונגנבו או שאבדו, שילם ולא רצה להשבע – שהרי אמרו שומר חנם נשבע ויוצא – נמצא הגנב משלם חשומי כפל.

הנפקד סרב להשבע במקרה זה אפילו על האמת והראיה לכך עולה מן הסיפא בה נאמר "נמצא הגנב", מכאן שלנפקד היה ברור שהוא לא הגנב ובכל זאת סרב להשבע ש"לא שלח ידו במלאכת רעהו" אפילו על האמת. ראיה נוספת לכך נובעת מן העובדה שבתקופת הגמרא חייבו את הנפקד כשבועה, מכוח תקנת חכמי הגמרא, וזאת על אף ששילם. הצורך בשבועה זו נבע מן העובדה שחששו באותו הזמן שמא יערים הנפקד על בית הדין, יהיה מוכן, מנמוקיו שלו, לשלם עבור הפקדון שלמעשה נשאר אצלו אם כי יטען שהפקדון נגנב, לפיכך חייבוהו בשבועת היסת לפיה נשבע שהפקדון אינו ברשותו. אם אמנם חשש הנפקד להשבע לשקר כלבד, מה הועיל לו החשלום הרי ממילא נאלץ היה להשבע שבועת היסת שהפקדון אינו ברשותו (שבועה מכוח תקנת חכמי הגמרא דלעיל) ולמה ישבע לשקר וגם יפסיד את ממונו? מכאן שהנפקד הסכים לשלם ובלבד שלא להישבע שבועת התורה החמורה ואפילו על האמת אם כי נאלץ להשבע שבועה קלה יותר שתוכנה הוא שהפקדון לא ברשותו, כפי שתיקנו חכמי הגמרא בזמנם, מאחר וחששו לרמאים.

ראה בענין השבועה מאמרו של ד"ר י' אנגלרד "שבועה של עד – חיוב מן התורה?" ב"הפרקליט" כרך כא חוב' ד עמ' 435. נראה איפוא כי על ביהמ"ש להשאיר את ההכרעה בידי העד, היהודי הדתי, בהתאם להכרתו הדתית ואם זה מסרב להשבע בתום לב ובכנות תוך הכרה ורעה שעקרונות דתו מונעים בעדו מלהשבע את השבועה שביח המשפט רוצה להטיל עליו הרי שעל ביהמ"ש לא לסרב לשמוע את העדות גם לפי תקנות הדין אשר היו בתוקפן בזמן שהוחלט בערכאה ראשונה לא לשמוע את המערער ללא שבועה.

ת"א (ת"א) 276/46

גרשט נ' וילדנברג

המשפט חש"ט 15, 16-17

הובא בשער השנים־עשר, פרשנות, עמ' 907.

שער תמישי: ראיות

בג"צ 172/78

## בקר נ' השופט אילת ואח'

פ"ד לב(3) 370, 378-386

בבית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט גבוה לצדק  
לפני השופטים אשר, אלון, בכור

בעתירתו מבקש העותר, שהוא אגנוסטיקן, הצהרה כי רשאי הוא, מטעמים של מצפון, למסור  
עדות בהצהרת הן צדק.

השופט אלון: שתיים הן השאלות שנשאלנו עליהן, ושתייה נובעות הן  
מפירושו של סעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, אשר זו  
לשונו:

בית-המשפט יזהיר את העד לפני גביית עדותו כי עליו להעיד אמת, שאם לא  
כן יהא צפוי לעונש הקבוע בחוק; העד יישבע להעיד אמת, אולם רשאי  
הוא, משהודיע שהוא עושה כן מטעמי דת או מצפון, שלא להישבע אלא  
להצהיר בהן צדק, וזאת אם היה בית-המשפט משוכנע שטעמי העד ניתנו  
שלא בתום-לב.

והשאלות העולות מהאמור בסעיף הנ"ל הנה אלה:  
א. האם עד משהעיד על עצמו שאגנוסטיקן הוא, רשאי, משהודיע שהוא  
עושה כן מטעמי מצפון, שלא להישבע אלא להצהיר בהן צדק.  
ב. מהי המידה ומהו השיעור של שכנוע הדרושים כדי שבית-המשפט יבוא  
לכלל מסקנה שטעמי העד ניתנו שלא בתום-לב.

... נראה לי שלא דק בא-כוחו המלומד של העותר בחיפושיו אחר מקורו של  
סעיף 154 הנ"ל, ומתוך כך גם בא לכלל טעות שיש לפרשו מתוך השוואה ועל  
הרקע של המצב המשפטי שהיה קיים קודם לכן. ואם כי מסקנתי היא כמסקנת  
בא-כוח העותר, שלפי סעיף 154 האמור רשאי אגנוסטיקן, והעותר בכלל זה,  
לתת עדותו בהצהרה בהן צדק בלבד ואין לחייבו להישבע, הרי הדרך שבה יש  
להגיע למסקנה זו שונה היא מזו שהלך בה בא-כוח העותר. אסביר פשרו של  
דבר.

... וקיים עוד הכדל גדול בין סעיף 34 (1) לבין סעיף 154, והוא – כל כולה  
של אזהרת העד, שלית מאן דכר שמה בסעיף 34 (1), ומכנהת היא פאר בראשו  
של סעיף 154. והשאלה העולה מאליה, שחייבים אנו לשאול אותה ושחייבים  
אנו למצוא את התשובה עליה, היא: מהיכן שאב המחוקק הוראה זו בדבר  
אזהרת העד, שמעמיד הוא אותה בראש סעיפו? אין להוראה זו אח ורע לא  
בחוק האנגלי ולא בחוקיה של ארצות-הברית, שבא-כוחו המלומד של העותר  
כה הרכה לצטט מהם לפנינו, אך מצויה היא במערכת משפטית הקרוכה אלינו  
מאוד, הלוא היא המשפט העברי. כבר מתוך כך בלבד ברור הוא שעלינו לפנות  
למקורותיו של המשפט העברי, אם תפצים אנו להכין אל נכון ומגמחו של

סעיף 154 שלפנינו. אך אין כל צורך בהוכחה זו בדבר מקורו של הסעיף, עם כל מידת השכנוע שבה. הדברים נאמרו בצורה גלויה ומפורשת, בהצעת חוק הראיות שפורסמה מטעם משרד המשפטים כחודש כסלו תשי"ג – דצמבר 1952, וכן ניתן להקיש על כך, ושוב בצורה גלויה ומפורשת, מדברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת העדות, תשט"ז-1955.

אך בטרם נעיין בהצעות חוק אלה, שומה עלינו, מאחר שמקורו של סעיף 154 האמור, בעיקרו, במערכת המשפט העברי, לעיין – ולו בראשי פרקים בלבד – בסוגיה זו כפי שמצויה היא במשפט העברי.

11. מתן עדות שקר הריהו אחד האיסורים החמורים במשפט העברי, ואיסורו מצוי הוא בעשרת הדברות גופם: "לא תענה ברעך עד שקר" (שמות כ, יג: והשווה עשרת הדברות שבדברים ה, יז: "ולא תענה ברעך עד שוא"). ומתוך כך קבע המשפט העברי, שאין כל טעם וכל הגיון להשביע את העד, בטרם מוסר הוא את עדותו, שיעיד אמת, שהרי כבר "מושבע ועומד הוא מהר סיני" שלא לענות ברעהו עד שקר. לפי המשפט העברי, עד החשוד לעבור על הדיבור של "לא תענה ברעך עד שקר", חשוד הוא באותה מידה שיעבור על הלאו "לא תשא את שם ה' אלקיך לשוא", שאף הוא מצוי בעשרת הדברות (שמות כ, ז; דברים ה, יא), ומה טעם ומה תועלת יש בהשבעתו. ולא זו בלבד שהשבעת העד אין בה כדי להבטיח שיעיד אמת, אלא שייחכן וגם אסור להשביעו, שמאחר שמושבע ועומד הוא מהר סיני להעיד אמת, אין להוסיף ולהישבע על כך, כי יש כאן משום הזכרח שם שמיים לבטלה (דבר אחרון זה שנוי הוא במחלוקת, ולא כאן המקום להאריך; וראה עוד להלן).

למען מנוע אי־בהירות נציין מיד, כי ההלכה מכירה גם מכירה במוסד השבועה, אך בתחום המשפט שבהלכה משמשת השבועה, בעיקר, כאחת מדרכי הראיות, שעליה מוכיח הטוען את נכונות טענותיו (ראה מנחם אלון המשפט העברי, חלק ב, עמ' 504 ואילך). כן קיים במשפט העברי מושג משפטי ושמו "שבועת העדות", אך אין לו למוסד זה ולעניין השבעת עדים כדי לאמת עדותם ולא כלום; המושג "שבועת העדות" פירושו שאדם משיב את פלוני, שבידו מידע על עניין מסוים העומד לבירור בבית המשפט, שיופיע לפני בית המשפט כדי למסור עדות ולא ישתמט מלהעיד: "שבועת העדות כיצד? העדים שידעו עדות ממון, ותבעם בעל העדות להעיד לו, וכפרו בעדותן ולא העידו ונשבעו שאינן יודעין לו עדות זו – היא נקראת שבועת העדות" (רמב"ם, הלכות שבועות, פרק א, הלכה יב: וראה שם, פרק ט ואילך; מסכת שבועות ל ע"א ואילך). אבל המשפט העברי, במקורו, מעולם לא הכיר ומעולם לא דרש מעד העומד להעיד שיישבע כדי לאמת את העדות שהוא עומד לתת. יתר־על־כן; מצויה אף דעה שעדים "אין נאמנים לאחר שנשבעו, משום דרחמנא (=הקב"ה, התורה), אמר (דברים יט, ט): על פי שנים עדים ..... יקום דבר, דמשמע הנאמנים בדיבור בלבד, אבל עדים הטעונים לישבע קודם שיאמנו דבריהם אין ממש בעדותם" (תוספות, קידושין מג ע"ב, ד"ה והשתא דתקון רבנן, בשם ר"י, וכך הסיק בשו"ת חתם סופר, חלק חושן משפט, סימן

## שער חמישי: ראיות

קסב; וראה עוד: משפטי עוזיאל, להרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, חלק ג, חושן משפט, סימן יג).

12. גם המשפט העברי ידע שמן הראוי ומן הנכון להעמיד את העד על כך, בטרם ימסור עדותו, שעליו להעיד דברי אמת, וכדי להשיג מטרה זו קבע שעובר למסירת העדות היו "מאיימין על העדים", היינו, מזהירים אותם על הצורך להעיד אמת, על האיסור החמור שבמתן עדות שקר ועל העונש הצפוי על כך. אזהרה זו שונה היתה בעדות בעניין שבדיני ממונות מעדות בעניין דיני נפשות, הכל לפי חומרת העניין, ועל ניסוחה מצוי דיון מפורט במשנה ובתלמוד (סנהדרין כט ע"א; שם לו ע"א). לענייננו די לנו כפי שהדברים נוסחו וסרכמו על-ידי הרמב"ם; ואלה הדברים:

מאיימין אף על עדי ממון. וכיצד מאיימין עליהם? מאיימין עליהם בפני הכל (= בפני כל הנמצאים אותה שעה בבית-דין, והטעם כדי שיחבייש ולא יעיד שקר – רדב"ז, על הרמב"ם, שם), ומודיעין אותם כוח עדות שקר, ובושת המעיד בה בעולם הזה ובעולם הבא (רמב"ם, הלכות עדות, פרק יז, הלכה ב). ובשולחן ערוך, מוסיף רבי יוסף קארו על הנוסח האמור את המלים "ושואה בזוי בעיני שוכריו" (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כח, סעיף ז, על-פי סנהדרין, כט, ע"א).

זוהי האזהרה שהושמעה באזני העדים בעניין שבדיני ממונות, ובעניין שבדיני נפשות, שיש ובעדותו של העד תלוי גורלו של הנאשם, היה נוסח האזהרה לאמור:

וכיצד מאיימין על עסקי נפשות? אומרים להם: שמא תאמרו מאומד ומשמועה, עד מפי עד, מפי אדם נאמן שמעתם? או שמא אין אתם יודעים שסופנו לבדוק אתכם בדרישה וחקירה?

הו יודעים שלא כדיני ממונות דיני נפשות: דיני ממונות – אדם נותן ממונו ומתכפר לו; דיני נפשות – דמו ודם זרעו תלויין בו עד סוף כל העולם, שהרי כקין נאמר: קול דמי אחיך צועקים (בראשית ד, י) – דמו ודם זרעו. לפיכך נברא אדם יחירי בעולם ללמד: שכל המאבד נפש אחת מן העולם – מעלין עליו כאילו איבד עולם מלא, וכל המקיים נפש אחת בעולם – מעלין עליו כאלו קיים עולם מלא. הרי כל באי עולם בצורת אדם הראשון הם נבראים ואין פני כל אחד מהם דומין לפני חברו. לפיכך כל אחד ואחד יכול לומר: בשבילי נברא העולם.

שמא תאמרו: מה לנו ולצרה זו? הלא כבר נאמר: והוא עד או ראה או ידע (ויקרא ה, א; והפסוק מסיים: אם לא יגיד – ונשא עונו); או שמא תאמרו מה לנו לחוב בדמו של זה? והלא כבר נאמר: ובאבד רשעים רנה (משלי יא, י). (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק יב, הלכה ג).

סיכומו של דבר. עד הבא להעיד אין משביעין אותו שידבר אמת, שהרי הוא מושבע ועומד על כך – לא תענה ברעך עד שקר. ובמקום השבועה היו מזהירין אותו באזהרה שתכנה הכללי הוא להעמידו על מהותה של עדות, שהיא דבר

שהוא בידעתו האישית של העד ולא מפי השמועה, על חומרת האיסור שבעדות שקר ועל העונש הצפוי למי שמוסר עדות שקר.

13. בטרם נמשיך עיוננו במשפט העברי כפי שהתפתח כעבור זמן, נציין כאן בקצרה למוסד השבועה של העד במערכות משפטיות אחרות שבאותם ימים. הצורך בהשבעת העד מקובל היה בשיטות המשפט השונות עוד הרבה לפני עלות הנצרות, ו"ימיו כימי בריאת העולם" (ראה דברי Lord Chief Justice Willes בפסק-הדין Omichund v. Barker (1744) וכן ראה: W.M. Best, The Principles of the Law of Evidence, 12th ed., 1922, pp. 42-43), וחובת העד להישבע, כתנאי הכרחי לקבלת עדותו, נשארה קיימת ועומדת עד סמוך לימינו, שבהם נוספה האפשרות של הצהרה בהן צדק, במקום השבועה, כפי שראינו בדברינו לעיל. מעניין לציין שראשי הכנסיה הנוצרית הסמיכו את הצורך בהשבעת העד על פסוק שבתורה רוקא, כגון על האמור במדבר ל, ג: "איש כי ידר נדר לה' או השבע שבועה, לאסר אסר על נפשו, לא יחל דברו, ככל היוצא מפיו יעשה" (ראה דברי הארכיבישוף סקר, Secker, המצוטטים בספרו של Best, עמ' 44-45): כמובן שעניינו ונושאו של פסוק זה אין לו ולא כלום לעניין הצורך והחובה להשביע את העד כדי לאמת עדותו (וראה עוד J.H. Wigmore, Evidence, 1976, p. 380 ff; Oaths in Judicial Proceedings and their Effect upon the Competency of Witness, The American Law Register, University of Pennsylvania, 1903, pp. 373, 376-377, 384-389).

14. החל מתחילתה של המאה החמש-עשרה, בספר ובצפון-אפריקה, אנו עומדים על שינוי מהותי בעמדתו של המשפט העברי בסוגיה זו של השבעת העדים, ולצורך עניינינו נסתפק בהבאתן של שתי תשובות. המצביעות על מהותו של שינוי זה ומידת היקפו, ועל המניעים החברתיים והפסיכולוגיים שביסודו.

בשנת 1405 פנו ראשי קהילת ברשך, אשר באלג'יריה שעל חוף הים התיכון, אל רבי יצחק בר ששת ברפת, הריב"ש, מחכמי ההלכה שבספרד וצפון-אפריקה בסופה של המאה הארבע-עשרה ותחילתה של המאה החמש-עשרה (שו"ת הריב"ש, סימן קע; התאריך המדויק מצוי שם, בסוף השאלה), ושאלוהו, בין השאר, אם טובה היא עדותם של עדים, "שביקשו הבית-דין לקבל עדותם בשבועה בספר התורה, ולא רצו העדים ההם לישבע מיראת עונש השבועה בשום פנים". כבר מטיבה של שאלה זו אנו מבחינים בשינוי המהפכני שבמציאות המשפטית: השאלה לא היתה, אם עדות שנמסרה לאחר שבועה אף היא כשרה, כפי שהיתה ההלכה המקורית, אלא להיפך, אם עדות שנמסרה שלא בשבועה, למרות שנדרשה, כשרה היא. ועל זה משיב הריב"ש:

מה שקיבלו הבית-דין עדות העדים בלא שבועה, לא עשו בזה שלא כדין, שלא מצינו שבקבלת עדות יהיו צריכין העדים לישבע להעיד באמת, דהא מושבע ועומד מהר סיני הוא.....

אלא שיש מקומות שנהגו להשביעם כדי לאיים עליהם, אבל לא מן הדין; ואנו בכאן נוהגים להשביע העדים בקבלת עדות כנגד מי שנחשד על עברה

#### שער חמישי: ראיות

לבד, פן יכבשו עדותם להחניף הנחשד, ועל מה שראו, יאמרו לא ראו; וגם העדים (עצמם) חפצים בזה להיות להם פתחון פה עם הנחשד שמעידים כנגדו, לומר – השבועה הכריחתנו להעיד האמת.

מאותה עת עצמה מצויה תשובה מאת ר' שמעון בר' צמח דוראן, בעל התשב"ץ וכן דורו הצעיר של הריב"ש, ואף הוא מחכמי מיורקה ואלג'יר, אשר השיב אותה לחכם ר' עמרם, שבקהילת גרנאטא (=גרנדה) שבדרומה של ספרד (תשב"ץ, חלק ג, סימן טו; בדבר החכם השואל ראה בתחילת סימן יג). ר' שמעון דוראן מוסיף פרטים חשובים בדבר הרקע והמניעים לשינוי בעמדתו של המשפט העברי בנושא השבעת העדים, ובדבר מידת התקבלותו של שינוי זה במערכת בתי-הדין העבריים שבקהילות וכתפוצות השונות. וזו לשון התשובה:

רצית לעמוד על דעתי במה שנהגו בארצות אדום (=ספרד) להשביע העדים, אם (יש) לזה שורש (דבר) בשום מקום, כי גם בעיניך יפלא, ואם ראת (על-אף שראית) רבים ונכבדים נוהגים כן; וגם אני מעיד כמוך כי הרב ר' יצחק בר ששת ז"ל היה נוהג כן במקום הזה, ואמרו לי גם כן, שעל עדות שנמסרה בברצלונה היה אומר הרב ר' נסים ז"ל: אני רוצה שבועה בעדות זו...

ונראה, שאף על פי שאין חייבין להשבע, כשנשבעין להעיד אמת, אינה שבועה שאינה צריכה, דהא קימא לן דנשבעין לקיים את המצוות... מכל מקום, אף לפי זה אין כאן חיוב לעדים להשבע, וכל מה שיכולים אנו לומר בזה שהיא רשות, ואין בה איסור הזכרת שם שמים שלא לצורך. עוד אני מוסיף לומר, שיכולים בית-דין לחייבם להשבע, אם רואים הדור מקילים בעדות שקר. דאף על גב דעדות שקר ושבועת שקר שניהן הם בלאו, ואם אתה חושדו שיעיד שקר ויעבור בלאו, איך תאמינו בשבועה? מאי אלומיה דהאי לאו מהאי לאו (=במה חזק יותר לאו זה – של שבועת שקר – מהלאו של עדות שקר?)...

מכל מקום אם אנו רואים (בני) הדור מקילים ודורשים היתר לעצמם שעדות שאין בה שבועה אין בה איסור (לשקר), אנו מחייבים לדון על פי טעותם (ולהשביעם), וכדאמר החם (בבא מציעא ה"ב): לא תתמודד לאינשי בלא דמי משמע להו.

ואני אין אני משביע העדים אלא אם כן טען הנחשד ושתק העד, כי הגדלים בארץ הזאת (=אלג'יר) קשה להם כמנהג האומה הזאת; ובארץ אדום נהגו להשביע (=העדים) כמנהג האומה הזאת (=בני ספרד הנורצרים), לא שמותר ללכת בחוקותיהם, אלא לפי מחשבת העדים שגדלו על מנהגם וחשבוהו תורה.

הרי לפנינו שינוי מהותי בדין השבעת העד העומד להעיד, שינוי הנובע ומבוסס על תמורות מוסריות, חברתיות ופסיכולוגיות שבאותה תקופה. ושינוי זה הלך ונתקבל במערכת המשפט העברי והיה לחלק הימנו, ומצא את סיכומו בדבריו של ר' משה איסרליס, הרמ"א, מחכמי ההלכה בפולין במאה השש-עשרה,

בהגותו על השולחן-ערוך:

מיהו, אם נראה לבית-דין צורך להשביען שיגידו האמת – הרשות כירן (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כח, סעיף ב, ברמ"א).  
(וראה עוד מנחם אלון, המשפט העברי, חלק א, עמ' 107–110; ז' ורהפטיג, לשכונת העדים בבתי המשפט בישראל, יבנה, כרך ג, חש"ט–1949, עמ' 147–151).

15. עמדה זו של המשפט העברי אימץ משרד המשפטים בהצעת חוק הראיות שפורסמה לעיון הציבור (הצעת חוק הראיות, תשי"ג–1952, הוצאת משרד המשפטים), בסעיפים 19 ו-20, אשר זו לשונם:

19. עד שבא להעיד יזהירו תחילה בית-המשפט, בלשון המובנת לו, כי עליו להעיד את האמת כולה, שאם לא יעשה כן יהא צפוי לעונשים הקבועים בחוק; משהוזהר העד, רואים עדותו כעדות בשבועה לצורכי סעיף 117 לפקודת החוק הפלילי, 1936.

20. היה לבית-המשפט יסוד להניח, כי השבעת עד עשויה לסייע לגילוי האמת, ושאי בית-המשפט להשביעו, חו לשון השבועה:  
אני נשבע, כי עדותי בבית-משפט זה תהא עדות אמת, האמת כולה, והאמת בלבד.

בדברי ההסבר להצעת הסעיפים האמורים מוסבר, שעניין השבועה הפך לפורמולה שבשגרה, שהעדים חוזרים עליה כמלמול שפתיים ללא כל מחשבה או כוונה, וההצעה מאמצת לה את עמדת המשפט העברי:

מסורת עברית עתיקת יומין היא, שכית-הדין מזהיר את העדים בטרם יעידו, או, כלשון ההלכה, מאיימים ומטילים אימה עליהם ומודיעים אותם כוח עדות שקר ובושת המעיד בה בעולם הזה ובעולם הבא ושהוא בזוי בעיני שוכריו; (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כח, סעיף ז). אזהרה כגון זו, כשהיא יוצאת מפי השופט בצורה ובשפה אשר העד מסוגל להבינה, עלולה להשפיע עליו ולעורר בו הכרת ערך העדות, וזאת תכלית כל השבועה מבחינת החוק.

דארתו נימוק שראינו לעיל בשאלות ותשובות הריב"ש ובתשב"ץ בעניין הטלת השבועה לפי שיקול-דעתו של השופט, מובא גם כאן בדברי ההסבר לסעיף 20:

יש מהם, ובעיקר מן השופטים, שאומרים שבארץ כשלונו אין השעה כשרה לביטול השבועה. לדבריהם של הסוכרים כך נרתעים אנשים פרימיטיביים משבועת שקר, ואינם נרתעים מעדות שקר. אם מזדמן לו לבית-המשפט עד שכזה, תהיה, לפי סעיף זה, הרשות בידו להשביעו, כין לאחר שכבר התחיל להעיד וכין לפני שהתחיל. מנוסח השבועה הושמט שם אלהים, כדי למנוע חששות מבחינה דתית. (הצעת חוק הראיות, שם עמ' 24–25).

16. בשנת תשט"ז–1955 פורסמה הצעת חוק לתיקון פקודת העדות, תשט"ז–1955 (הצעות חוק, תשט"ז, עמ' 6), שכאה לקבוע, שהצהרה בכתב, שצריכה להינתן בשבועה או בהן צדק לפני שופט שלום או רשם של בית-

#### שער חמישי: ראיות

המשפט המחוזי, כפי שהיה בחוק המנדטורי הקיים – כשרה כראיה גם אם ניתנה לפני דין, עורך-דין ואחרים המפורטים בחוק, ובמקום השבועה או ההן צדק – "הוזהר המצהיר, כי עליו להצהיר את האמת וכי יהא צפוי לעונשים הקבועים בחוק, אם לא יעשה כן". כן נקבע, כי הוראות החוק הפלילי בדבר עדות שקר יחולו על הצהרה כזו. אף בהצעת חוק זו מובאת שוב בדברי ההסבר אותה הסתמכות על המשפט העברי. ההצעה נתקבלה כעבור זמן קצר בחוק, הלוא הוא חוק לתיקון פקודת העדות, תשט"ז–1955.

17. ועתה, חוזרים אנו לסעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה–1965, שהוא נושא דיוננו. אכן, בדברי בא-כוח העותר, סעיף זה אינו מופיע בהצעת חוק סדר הדין הפלילי, והוא הוכנס לחוק על-ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, אבל ברור, ואין כל ספק, שהוועדה ניסתה את סעיף 154 כפי שניסחה על-סמך סעיפים 19 ו-20 שבהצעת חוק הראיות משנת 1952 שהיו לפניו. אך הוועדה לא קיבלה את האמור בסעיפים אלה כמות שהם, אלא שינתה מהאמור בהם שינוי חשוב. סעיף 19 שבהצעת חוק הראיות נתקבל על כל תכנון, אם כי בשינוי נוסח, בלתי-משמעותי, והיא הרישא שבסעיף 154: "בית-המשפט יהיר את העד לפני גביית עדותו כי עליו להעיד אמת, שאם לא כן יהא צפוי לעונש הקבוע בחוק". והוא הוא ה"מאיימין על העדים" שבמקורות המשפט העברי, שמשמעותו היא אחת ויחידה, היינו להזהיר את העד ולהזכירו את חובתו להיות דובר אמת.

אך לעומת האמור בסעיף 20 להצעת חוק הראיות, שלפיו השימוש בשבועה מסור לשיקול-דעתו של השופט, אם נראה לו, בנסיבות המקרה שלפניו, שיש בכך כדי לסייע לגילוי האמת, קבעה הכנסת בהמשכו של סעיף 154 הוראה כללית בדבר שבועת העד, והוסיפה וקבעה בו שהוראה זו אינה חלה במקרים שהעד מודיע שמטעמים של דת או מצפון אין הוא נשבע אלא מבקש להצהיר בהן צדק בלבד. מה גרם לשינוי זה? על כך בידינו תשובה בדברי הכנסת, בדיונים שהתנהלו עם קבלתו של סעיף 154 בקריאה השנייה והשלישית. חברי כנסת מסיעות שונות ובעלי השקפות עולם שונות, איש איש מטעמו הוא, הסתייגו והציעו, שבמקום המילים "העד יישבע להעיד אמת", ייאמר: "והעד יצהיר בהן צדק שיעיד אמת" (ראה דברי הכנסת, כרך 43, עמ' 2370, וההנמקות בע' 2434). אך רוב הוועדה דחה את ההסתייגות, וההסבר לנוסח שלפנינו נומק בידי חבר הכנסת אזניה, שאמר, בין היתר:

כל אלה המציעים לבטל היום את השבועה, מקדימים לדעתי התפתחות מסויימת. יכול להיות שכעבור דור או שניים, תתגבש האוכלוסיה בישראל בצורה כזו שהיא תעריך את ההתראה וההזהרה של בית-המשפט לפני גביית העדות כגורם מרתיע במידה מספקת – במקום שבועה (שם, עמ' 2434–2435).

עינינו הרואות, גם לדעת הרוב בוועדה, ההוראה הבסיסית והעקרונית שבסעיף 154 היא זו שברישא, ההתראה והאזהרה; אלא, בהמשך לדברי בעל התשב"ץ שראינו לעיל שיש המקילים בעדות שקר ואינם מקילים בשבועת



שקר, נתקבלה הוראה נוספת בדבר חיוב כשבועה, והוועדה העדיפה דרך זו מהדרך שהוצעה בסעיף 20 להצעת חוק הראיות, שלפיו יהא הדבר מסור, בכל מקרה ומקרה, לשיקול-דעתו של בית-המשפט. זוהי דוגמה של קליטת עקרון מהמשפט העברי על-ידי הכנסת, הוך התאמת פרט מפרטיו למציאות החברתית והמוסרית שבימינו – ובציפיה לאפשרות ביטול השבועה בעתיד כאמור בדברי הכנסת המובאים לעיל – כשם שכך הוחאם פרט זה, בצורה של שיקול-דעת בידי בית-המשפט, במערכת המשפט העברי כמאה החמש-עשרה, לפי המציאות החברתית והמוסרית שבאותה שעה. וגדול השינוי שהוכנס אותה שעה מהשינוי שהוכנס עתה, שהרי עד אותה שעה לא היתה קיימת כל עיקר אפשרות לחייב את העד להישבע, ולהיפך, אף היה בכך משום דבר שאין לעשותו (וראה דבריו של ר' יהונתן אייבשיץ, מחכמי אשכנז במחציתה הראשונה של המאה השמונה-עשרה: "צורך שעה – הואיל והם מורגלים בגוים שנוהגים להשביע לעדים שיעידו אמת, ובשביל זה חושבים המוני עם כל כמה שאינם נשבעים אין איסור להעיד שקר, ולכך רגילים בית-דין להשביע "נאורים ותומים, לשולחן ערוך, חושן משפט, סימן כח, אורים, סעיף קטן יז). המילים "רגילים בית-דין להשביע" משמען לכאורה, מן הסתם, ובכל עדות, ואם אמנם כן הוא, משמע שכך נהגו בימיו של ר' יהונתן אייבשיץ, משום שכך "חושבים המוני העם". ולא כאן המקום להאריך).

ובדרך-אגב יצויין שנוסח זה לאמור בסעיף 154 לעניין סדר הדין הפלילי נחקל כעבור זמן קצר כתיקון לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג–1963 (ראה קובץ התקנות, תשכ"ו, עמ' 656), הלוא היא תקנה 182 (א) לתקנות האמורות. 18. ומשבאנו לכך, נחזור לעניין שלפנינו. כפי שראינו, הכלל הגדול שבסעיף 154 הוא זה שברישא, היינו שהבטחת מתן עדות אמת מושגת על-ידי אזהרתו של העד שעליו להעיד אמת, שאם לא כן יהא צפוי לעונש הקבוע בחוק. וההוראה שאחריה, שהעד יישבע, משנית היא וטפלה לכלל, וצריך שתתפרש לאורו של הכלל וברוחו. ואכן, המחוקק עצמו פתח פתח רחב ומרווח לפיטורו של העד משבועה: הנימוקים לכך יכולים להיות הן מטעמי דת והן מטעמי מצפון, ודי אם העד המבקש להיפטר מן השבועה מודיע שאלה הם נימוקיו, ואין לחקרו ולדרשו על כך, אם אכן אמת בפיו, ובמקרה זה די לו לעד אם הוא מצהיר בהן צדק. ולא זו בלבד, אלא יתירה מזו; אין בית-המשפט רשאי לשלול מן העד זכותו שלא להישבע אלא אם הוא, בית-המשפט, משוכנע שטעמיו של העד ניתנו שלא בחוס-לב. ועל טיבו ומידתו של שכנוע זה עוד ידובר להלן.

היוצא מדברינו, שכל כולו של סעיף 154 מטרה אחת לפניו: להביא לתודעתו של העד שעליו להיות דובר אמת, ושאחרת צפוי הוא לעונש על-פי החוק. בימים כתיקונם – שהיו ושיהיו – די לשם כך באזהרה, ב"איום", לבד; ובימים אחרים, הדרכים לכך שונות הן, מקרה מקרה ודרכו. ויפים דבריו של המלומד ויגמור גם לענייננו:

... it follows that the form of the administration of the oath is

שער חמישי: ראיות

mmaterial, provided that it involves, in the mind of the witness,  
(השווה עם דבריו של בעל התשב"ץ!)  
the bringing to bear of this apprehension of punishment (Wigmore,  
ibid, p. 387).

ולמטה מן העניין מוסיף ויגמור ואומר:

The true purpose of the oath is not to exclude any competent witness, but merely to add a stimulus to truthfulness wherever such a stimulus is feasible. Until the 1800s, however, this advanced notion of its purpose had not been reached (pp. 413-414).

המשפט העברי הגיע לעקרון זה זמן מה – כ-1,800 שנה – לפני כן, ועקרון זה, על התפתחותו וגלגוליו, הוא ביסודו של סעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965.

ומשראינו כך, הרי העותר שבענייננו, משהודיע שמתעמי מצפון מבקש הוא שלא להישבע, זכאי הוא לכך, על-פי האמור בסעיף 154 הנ"ל, ויש לקבל את עדותו בהצהרה בהן צדק בלבד.

19. מוסיף וטוען בא-כוחו המלומד של העותר שלא רק מבחינת פירוש לשונו של סעיף 154 צריכים אנו להגיע למסקנה האמורה, אלא גם מבחינת המדיניות הרצויה, ומדיניות זו היא לצמצם את הצורך בשבועה ככל האפשר, הן משום ההגנה על חופש הדת והמצפון, שאין לכפות על אדם שאינו מאמין להישבע, והן משום הספקות הרציניים באשר ליתרונות של השבועה על ההצהרה בהן צדק כדרך המסייעת לאמירת האמת (ראה א' הרנון, דיני ראיות, חלק א, ע' 46; 164, p. Cross, ibid).

מסכים אני שאכן זוהי המדיניות הרצויה, וכך ראינו שזוהי דעתו של המחוקק (דברי הכנסת, שם), שמצפה הוא ליום שיבוא ויהא ניתן לבטל כליל את הצורך בשבועה. ולדידי קיים נימוק נוסף למדיניות רצויה זו. גדול הוא הזלזול וקשה הוא העלבון בראותנו יום יום כיצד מעשה השבועה, אשר לו משמעות עמוקה דוקא לאדם המאמין, הופך לדבר שהשגרה אוכלת בו בכל פה, למלמול ולזלזול בעלמא. ואכן הזהירו חכמים, וחזרו והזהירו, לבל ירגיל אדם עצמו לשבועה, אפילו על דבר אמת (ראה מדרש תנחומא, מהדורת בוכר, פרשת מטות, פסקה א; ויקרא רבא, פרשה ו, ג, מהדורת מרגליות, עמ' קלב, וראה מקורות נוספים, בהערה 2, שם; מדרש עשרת הדברות, מהדורת ילינק, חדר ראשון, עמ' 72; חובת הלבבות, שער אהבת ה', פרק ו); וכך סוכם הלכה למעשה:

וישא ויתן באמונה, ויזהר מלהזכיר שם שמים לבטלה... ומאד מאד יזהר אדם בענין השבועה, שהרבה הפליגו רבותינו בענין שבועת שקר, ואפילו לישבע באמת" (טור, אורח חיים, סימן קנו, ושולחן ערוך שם סעיף א). חזקה על כל אדם שלא יענה ברעהו עד שקר, ואין עלינו אלא להזכירו ולהזהירו שמושבע ועומד הוא על כך. זוהי המדיניות הרצויה שעלינו לצפות לקראתה ולאורה יש לפרש את האמור בסעיף 154.

כללי

## 7. עדות עד אחד מחייבת שבועה

ע"א 88/49

רוזן נ' ביאלי

פ"ד ה 72, 73, 78-80

בכית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אורחיים  
לפני השופטים דונקלבלום, אגרינט, זילברג

השופט זילברג: זה הוא ערעור, לאחר נטילת רשות, על החלטת בית-המשפט המחוזי, תל-אביב, אשר דן בבקשה לאישור (enforcement) פסק דין של כוררין, והחליט "להחזיר את פסק הדין לכורר". המשיב ביקש מבית-המשפט דלמטה לאשר את פסק הדין, המערער התנגד לכך וביקש שלא לאשרו, אך השופט המלומד לא שעה לא לזה ולא לזה, אלא החליט להחזירו לאותו כורר, כאמור.

2. השאלה העיקרית העומדת לדיון לפנינו היא, מה פירוש המלה uncon- tradicted המצוייה בסעיף 6 לפקודת העדות: לא הוכחה כלל וכלל, אף לא כדרך של טענה בלבד, או דילמא: לא הוכחה בעדות, ודוקא בעדות... 11. וכאן יבוא הטוען ויטען: תקנת את התובע – את הנתבע לא תקנת! ומה יעשה נתבע ישר, שאינו יכול, מחוסר ידיעה, להעיד ולהשבע על הכחשת התביעה, וכיצד יתגונן זה בפני עדותו היחידה, עדות השקר, של התובע-הרמאי? למשל: חיבה סגורה שנמסרה לשומר שכר, ואבדה, ואין הנפקד יודע מה היה בתוכה; להכחיש בהגנתו את שווייה הנדרש – הוא יכול, להעיד ולהשבע על שווייה האמיתי – איננו יכול! והאם אין זה בלבד נימוק מספיק ומכריע, לחייב את התובע להביא תמיד סיוע לעדותו היחידה, ואפילו אם הוכחה רק בטענות הנתבע?

התשובה לכך כפולה ופשוטה:

ראשית, סכנה זו, של תובעים-רמאים, אין לה תקנה, אפילו אם יידרש תמיד סיוע לעדות יחידה שלא הוכחה אלא בטענות בלבד. תובע שאינו מהוגן, היודע כבעל דינו הישר כי אינו יכול להעיד (או להביא עדים) על דברי הגנתו, והוא (התובע) מנצל את המצב, ומוכן לאשר בעדות ובשבועה את טענות תביעתו, – תובע שכזה יהא מסוגל גם להמציא – "להמציא" תרתי משמע – סיוע לעדותו.

שנית – וזה הוא העיקר – יכול אמנם השופט, לפי הדעה שהבעתי, לחייב את הנתבע על פי עדותו היחידה של התובע, אשר לא הוכחה בעדות, אך הוא אינו מחוייב לעשות כן. הכל תלוי במדת האמון שהוא רוחש לאותו עד אחד. ואם השופט לא שוכנע באמיתות דברי העד – ואפילו אם לא נתגלה בעליל השקר שבהם – רשאי הוא שלא לקבל את עדותו ולדחות את התביעה.

#### שער חמישי: ראיות

אך מאידך גיסא, אם השופט משוכנע בהחלט באמיתות דברי העד, והנתבע מצדו רק כפר בתביעה, ולא הביא כל עדות סותרת כלפי העדות ההיא, מדוע נניח תמיד כי השופט טעה בהערכת העדות, ונגזור עליו שלא לסמוך עליה ולדחות את התביעה?

על כל פנים, בחשבנו זה כנגד זה את שני השיקולים האלה: הקשיים והעול העלולים להגרם לתובע הישר – אם דרוש נדרוש סיוע במקרה הנדון, והרעה העלולה לבוא על נתבע ישר מידי תובע-רמאי, אם לא יידרש סיוע שכזה – נראה לי כי השיקול הראשון גובר. יען כי בגלל אותה "טקטיקה לגיטימית" של כפירה, אשר הצבענו עליה לעיל, סכנת הנזק שייגרם ע"י נתבעים "כופרים" – כופרים ולא מעידים – היא בהרבה יותר קרובה, ויותר ממשית, מסכנת הנזק, ההפוכה, של תובעים-שקרנים.

יצויין כאן, כי גם בדיני ישראל – שהם נציגו הקלסי של הרעיון: "על פי שני עדים יקום דבר" – עד אחד אמנם "אין מחייבו ממון" (את הנתבע), אבל "מחייבו שבועה", ורק אם הנתבע נשבע להכחיש את דברי העד, הוא פטור לשלם. בסרבו להשבע – חייב הנתבע לשלם, אף על פי שלא העיד נגדו אלא עד אחד בלבד (שבועות מ ע"א ומקומות אחרים; רמב"ם, הלכות טוען ונטען, פרק א, הלכה א; שם פרק ג, הלכה ו; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן פז, סעיף א). יש להדגיש רק, לשם מניעת טעות, כי שבועתו של הנתבע המכחישה את העד האחד, היא שבועת צד, ולא עדות בשבועה, כי בדיני ישראל, כידוע, אין בעל דין כשר לעדות.

12. כללו וקיצורו של דבר: אין עדות "עד אחד" נראית כ"מוכחשת" במוכן סעיף 6, אלא אם כן הוכחה על ידי עדות נגדית. ומכיון שבמקרה דנן לא הביא המערער כל עדות סותרת כלפי עדותו של המשיב, לא היתה שום מניעה חוקית לקבלת עדותו של עד יחיד זה, אף על פי שלא זכתה לסיוע וחיוזוק. לפיכך סבור אני, כי יש לדחות את הערעור.

#### 8. "רשע" פסול לעדות

ע"א 41/75

נילי נ' שלומי

פ"ד (2) 3, 4, 6-7

כביח-המשפט העליון בשבתו כביח-משפט לערעורים אזרחיים  
לפני השופטים לנדוי, ויתקון, ח' כהן

השופט ויתקון: המערערים (להלן – המוכרים) מכרו למשיבים (להלן – הקונים) את דירתם, אך לא עמדו בהתחייבותם להעביר להם את הדירה ועל-כן

## כללי

הגישו הללו תביעה נגדם לאכיפת ההסכם. להגנתם טענו המוכרים שההסכם הוא בלתי-חוקי, אך בית-המשפט דחה את הטענה וחייב אותם להעביר את הדירה בתנאי שישלמו להם הקונים בעת ההעברה את יתרת המחיר בסך 28,000 לירות. מכאן ערעור המוכרים.

אין חולק על כך שההסכם שבכתב שנעשה בין הצדדים לא פירש את המחיר האמיתי שעליו הוסכם, אלא סכום קטן ממנו, ואילו ההפרש שולם למוכרים כמסווה של הלוואה, שלא היתה כוונה להחזירה. כל אחד מבעלי-הדין טען והעיד לפני הנשיא שהצד שכנגד הוא אשר יזם את עריכת ההסכם בצורה שאינה מגלה את התמורה המלאה, והנשיא קבע במפורש שאין בידו לומר, איזוהי הגרסה הנכונה.

השופט ח' כהן: משבח אני את הנשיא המלומד בכית-המשפט המחוזי שלא נח ולא שקט ולא חסך מעצמו מחשבה ומאמץ עד אשר מצא דרך, שהניחה דעתו, למנוע כעד מי ששם עצמו רשע להיבנות מרשעו. משלא האמין למערערים שהסתרת מקצת המחיר בחוזה הנדון באה למטרה בלתי-חוקית, לא יצאו המערערים ידי חובת הראייה המוטלת עליהם; ובכגון דא אין להרהר אחר מידותיו של בית-המשפט אשר לפניו העידו. הסלידה אשר היא, כידוע, מנת חלקנו כל אימת שנטענת טענת אי-חוקיות מפי החוטאים עצמם, יש בה, מטבע הדברים, כדי להחשידם גם בעדות שקר, שכשם שאינם נרתעים מסילופים ושקרים לשם השתמטות ממס (או לשם הפרה אחרת של החוק), כן חשודים הם שלא יירעו מסילופים ושקרים כדי לזכות בדינם. ולא בכדי דין התורה הוא שהרשעים פסולים לעדות – וביניהם אלה "הלוקחים ממון שאינו שלהם" (כלשון הרמב"ם, הלכות עדות, פרק י הלכה ד).

## 9. עד שנפסל כתוצאה מעדותו אינו נפסל אלא לאחר סיום העדות

ע"א 238/53

כהן ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד ח 4, 30-31

בכית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט לערעורים אורחיים  
לפני השופטים חשין, זילברג, זוסמן

השופט זילברג: וכאן יכוא השואל וישאל: מפני מה באמת לא נפסלו העדים בשעת הקידושין גופם? ממה נפשך: אם העבירה על החרם פוסלת את העדים,

## שער חמישי: ראיות

מדוע לא ייראו כפסולים עת ראותם את המעשה, ויתבטלו ממילא הקידושין עצמם?

התשובה לכך מצויה בשו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן א (לא הצלחתי להשיג את המקור, ואני מצטט כאן מתוך ספרו הנזכר של פריימן, עמ' קע"ה). לאחר שהמהרש"ך – כן עירו וכמעט בן דורו של הרשד"ם – קובע שם כעובדא כי, על אף המקרים המרובים של קידושי אשה "בנכל ותרמית בפני ב' אנשים" אשר קרו בימיו בשאלוניקי, הוא מעולם לא שמע ולא ראה שום פוסק שיפסוק לבטל את הקידושין מחמת עבירת העדים על החרם הנ"ל, הוא חוקר לפשר הדבר ושואל ומשיב:

ויראה לעניות דעתי לומר, דאפשר דטעמא דמילתא הוי, דאין טעם לפסלם (כעדי קידושין) משום שעברו על זה החרם, שמה שעברו על זה החרם היה בשעה שנמצאו בעדות הקידושין, ולא קדם להם פסול אחר בשעה שנמצאו בקידושין ההם, נמצא שלא נפסלו העדים אלא לאחר שנחקדשה, אם כן הקידושין הם קידושין גמורים, והעדים הם רשעים ופסולים מכאן ולהבא.

הלשון קשה קצת, אך הרעיון פשוט וברור: מי שנפסל לעדות מחמת עבירה, נפסל לאחר גמר העבירה, קרי כאן: לאחר גמר ראיית מעשה הקידושין, וכרגע בו נפסלים העדים, הקידושין כבר גמורים וקיימים.

אותו רעיון ממש, ביחס לשאלה דומה מאד, מוצאים אנו בשו"ת ר' משה רוטנברג, חלק חושן משפט, סימן ה (הובא בפתחי תשובה, חושן משפט, סימן לד, סעיף ה, סעיף קטן יד). השאלה הייתה שם, מה דינה של עדות, כאשר העדים (כפי שקרה המקרה באותו מעשה מיוחד), ע"י עצם העידם בכית דין עברו על איסור שבתורה – הכשרה היא, העדות שהעירו, או פסולה? והתשובה הייתה: עבירה יש כאן, פסלות אין כאן! כי הפסלות מחמת מתן העדות, מתחילה לאחר מתן העדות.

חישוב "אריחמטי" זה של שעות ורגעים, ייראה ודאי בעיני רבים כפורמליסמוס מופרז, או כפלפול ריק וחסר תוכן, אך לא תהא זו בקורת צודקת! נא לשים לב לכך, כי עצם פסולו של "רשע" להעיד, שהוא, ברוב המקרים, פסול דאורייתא המיוסד על הפסוק (ראה סנהדרין כה ע"א, וכבא קמא עב ע"ב), הנו סוף סוף אף הוא פסול פורמליסטי – מעין גזירת הכתוב, אם לא גזירת הכתוב ממש – שכן הוא פועל אפילו כאשר אין ספק כל שהוא במהימנותו של העד (עיין בדברי הש"ך, חושן משפט, סימן לד, סעיף א, סעיף קטן ג, ודוק בהם היטב); לכן מן הדין הוא, כי גם עם תחומיו של הפסול נדקדק כחוט השערה, בצורה פורמליסטית שכזאת, כדי למעט דוקא את תחולת הפורמליסמוס ההוא.

כללי

## 10. חולה נפש פסול לעדות

ע"פ 715/78, 774/78  
לוי נ' מדינת ישראל  
פ"ד לג(3) 228, 241

הובא בשער זה, עמ' 427.

## 11. עד שאין עדותו מידיעה אישית, פסול

ע"פ 20/61  
סהר נ' היועץ המשפטי לממשלה  
פ"ד טו 561, 576, 579, 581-582

בבית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים  
לפני השופטים זילברג, זוסמן, ברנזון

במשפט אזרחי שהתקיים בפני בית-משפט מחוזי היתה זו שאלה מטריאלית אם אדם מסוים היה "חשוד" או "בלתי-חשוד" עליידי המשטרה. המערער, שהיה בזמנו המפקח הכללי של משטרת ישראל, העיד בבית-המשפט המחוזי: ראשית שהוא, כאיש משטרה, לא היה מסתכל על אותו אדם כעל חשוד בזמנו, ושגם בזמן מתן עדותו אין שום חשד עליו; משנתבקש עליידי כא-כוח הנחבצים להציג את תיקי המשטרה, טען חיסור. לאחר מספר שבועות, כאשר בינתיים הוסר החיסוי מעל תיקים מסויימים של המשטרה בהתאם להוראות בית-המשפט העליון בע"א 65/57, הוא הוסיף והעיד כי לא ידוע לו כי אותו אדם חשוד, וכי לא היה ידוע לו שהיה חשוד מעולם. המערער הואשם בכך ששלוש הגדות עדות אלו היו עדות שקר, והוא הורשע ונידון למאסר-על-תנאי ולקנס מכסימלי על כל אחד משלושת פרטי האישום; הוא עירער הן על ההרשעה והן על גזר-הדין.

השופט זילברג: קיצורו של דבר: "חשוד" הוא מחשבת-הספק המקנת כלכו של החושד כלפי הנחשד, בין אם סבירה היא בין אם בלתי-סבירה. זו היא משמעותו הנכונה של המונח. אם יש צורך בראיות לכך, הרי הן מצויות למכביר במקורות השפה העברית.

החושד בכשרין, לוקה בגופו (יומא יט ע"ב);

יהא חלקי ממי שחושדין אותו, ואין בו (שבת קית ע"ב);

כי כרו שוחה ללכדני ... שחשדוהו (את ירמיה) בזונה (בבא קמא טז ע"ב);

מי חשיד קודשא בריך הוא דעביד דינא בלא דינא (וכי חשוד הקדוש ברוך

הוא שיענוש ולא במשפט)?! (ברכות, ה ע"ב);

## שער חמישי: ראיות

חשדא דעלמא... חשדא דבני מתא... (שבת כג ע"א; רומז על דרגות שונות בעצמתו של החשד, עיין שם ודוק).

ועוד כהנה וכהנה, בכל רחבי הש"ס והספרות המאוחרת, עד ועד בכלל של ספרותנו החדשה. גם באיריש, שהיא שפת מליוני יהודים, משמשת המלה "חשוד" על כל נטיותיה באותו מובן ממש: ספק מכרסם בלב, שאינו מגיע לדרגת רדאות. תעיד עליך שנינת-הכנף המהלכת בין דוברי אידיש על ראובן השואל את שמעון: וכי חושד אתה בי, שרימיתו אותך או שגנבתי ממך דבר? והלה עונה: לא, אינני חושד, אני יודע...

שאלת העד "הבלתי-מאמין" ("בלתי-מאמין" במובן חוסר ידיעה אישית, פוזיטיבית, על תוכן עדותו) כבר נדונה בתלמוד. ומעניין הדבר, כי חכמי התלמוד לא זו בלבד שראו בו "עד שקר" העובר על הדיברה התשיעית של עשרת הדיברות, אלא אף תמהו והשתוממו כיצד אפשר להעלות על הדעת היפוכו של דבר. נאמר בכרייתא אחת:

מנין לתלמיד שאמר לו רבו: יודע אתה שאם נותנים לי מאה מנה – איני מבדה (איני משקר); מנה יש לי אצל פלוני, ואין לי עליו אלא עד אחד, מנין שלא יצטרף עמו (מנין לנו, שאסור לתלמיד להצטרף אל העד, ולהעיד עמו, כעד שני, על החוב המגיע מפלוני), תלמוד לומר: מדבר שקר תרחק. האי מדבר שקר תרחק נפקא (האם דבר זה נלמד מן הפסוק "מדבר שקר תרחק")?! הא ודאי שקורי קא משקר (הלא זה ודאי שקר משקר)! ורתמנא אמר (התורה אמרה): לא תענה ברעך עד שקר, אלא כגון דאמר וכו' (שבועות ל ע"א).

פירושו של דבר: תלמיד המצטרף אל עד רבו כדי להעיד עמו שידוע לו אישית, כי פלוני לווה מרבו (של העד) מאה זוז, הוא "ודאי שקורי קא משקר", הוא שקרן ממש, אומר שקר פשוט, שאין צורך ללמוד אותו מן הפסוק "מדבר שקר תרחק"; כי שקרו של זה אינו כלל "רחוק", הוא קרוב מאד, שוכן בתוך תוכה של הגדת עדותו. זה הוא הפירוש הטבעי והמובן מאליו שניתן על-ידי חכמי התלמוד לביטוי "עד שקר" אשר בעשרת הדיברות, וזה הוא גם – להבדיל אלף הבדלות – הפירוש הטבעי והמובן מאליו שיש לייחס לביטוי "עדות שקר" המצוי בסעיף 117(1) של פקודת החוק הפלילי. לא היה, אפוא, שום צורך להוסיף באותו סעיף את המלים: "או שאינו מאמין באמיתותה", והמלים החסרות הללו, מעלה עליהן הכתוב כאילו נכתבו...

ידוע ידע סהר, כי הרושם שיתקבל מדבריו בלב בית-המשפט יהיה, כי ירקוני לא היה "חשוד" במובן הרגיל והמקובל של המלה, וכי המשטרה לא ניהלה נגדו שום חקירות בקשר לעבירות פליליות. נמצא כי המערער, על-כל-פנים, שיקר בחלק הראשון של עדותו, החלק שהוגד על-ידו לפני הסרת החיסוי. ואם אפילו, בקרב לבו פנימה – כפי שביקש לשכנענו הפרקליט המלומד – הוא חשב על משהו אחר, כגון אשמה פלילית מוכחת או תומר מספיק להעמדה בדין, הרי זה "תנאי שבלב" או "רזרביציו מנטליס", שאין מתחשבים בהם כלל בהערכת אמיתה ושקרה של העדות והשבועה. וכבר אמרו



כללי

חכמינו ז"ל:

כשהן משביעין אותו אומרין לו: הוי יודע שלא על תנאי שכלכך אנו משביעין אותך, אלא על דעתנו ועל דעת בית דין (ברייתא נדרים כה ע"א; ולשם אילוסטרציה של "התנאי שכלכ" מסופר שם בש"ס מעשה הרמאות הידוע בשם "קניא דרבא", והוא מעשה בלווה אחד, כפרן ובלתי-הגון, שהוטל עליו להישבע כי פרע את החוב למלווה. מה עשה? הלך והביא מקל עבה וחלול, הכניס לתוכו בהסתר את הזוזים, ונתן את המקל למלווה להחזיק בו לרגע קט, ונשבע בספר תורה ששילם כל המגיע ממנו. רגז המלווה מאד, שבר את המקל, ונשפכו כל הזוזים שבו). המחוקק המודרני, אף אינו רואה צורך במתן התראה מפורשת מעין ההתראה האמורה בברייתא הנ"ל.

ע"פ 445/75

דקוסיאן נ' מדינת ישראל

פ"ד לא(1) 298, 294

הובא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 501.

12. אין לפסול עדויות הסותרות זו את זו בענינים שאינם מהותיים

ע"פ 106/53

סולימן ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד ת 826, 824

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים לפני השופטים אולשן, אסף, זילברג

השופט אסף: זהו ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בחיפה, שניתן ביום 8.4.53 בתיק פלילי מס' 195/52, ואשר לפיו הורשעו שלושת המערערים ונידונו לחמש שנות מאסר לפי הסעיפים (1)288 ו-23 לפקודת החוק הפלילי, 1936...

בטענותיו לפנינו הראה ב"כ המערערים על סתירות שונות, שעדי החביעה סותרים ומכחישים זה את זה, ועל סתירות שנתגלו בעדותו של כל עד ועד גופו, לפי מה שהעיד במשטרה, לפני השופט החוקר ובבית-המשפט. הוא בדק בכל

החורין והסדקיין של עדויות אלו עד כמה שידו מגעת ולא הניח אף פגימה אחת שלא עמד עליה.

5. והנה כאשר לסתירות המתגלות בעדויות כבר הורה בית-משפט זה – שלא כל סתירה עושה את העדות לעדות מוכחשת. יש להבדיל בין סתירה שהיא בגופו של דבר ובין סתירה בפרטים צדדיים. אם אחד העדים לא דייק בפרטי עדותו, אין זאת אומרת עדיין שהיא עדות שקר. דוקא עדי שקר, שנדברו ביניהם יפה יפה, מוכשרים למסור עדות מושלמת ללא שום סתירה ביניהם, ואילו עדי אמת אפשר שיכחישו זה את זה, ואף יסתרו דברי עצמם, בפרטים בלתי חשובים, ביחוד במה שנוגע למסיכות צדדיות של המאורע, מכיון שדעתם לא היתה מיושבת עליהם והיו מזועזעים ע"י המהומה וההתעוררות שבאו לרגל המאורע (ע"פ 3/48, פסקים ב, עמ' 216, 222). וכן הורה בית-משפט זה, בחקופת המנדט, שסתירות בין העדויות כשלעצמן אינן פוסלות אותן, אלא אם הן מעוררות ספק באשמתו של הנאשם (ע"פ 42/47).

וכלל זה עתיק יומין הוא, וחתום הוא בהותמו של רב, ראש וראשון לחכמי התלמוד: "רב כד הוא חמי סהדי מכווני הוא חקר, כד הוא חמי סהדי הכין והכין הוא מכרין" (ירושלמי, סנהדרין, פרק ד, הלכה א (כב ע"א), והגירסא שלפנינו בדפוס היא משוכשת).

פירוש, כשהיה רואה עדים שאומרים עדותן בכיוון בלשון אחד היה חושש שמא שקרנין הן ובעצה אחת כיוונו לשונם, והיה חוקר ודורש אותם, אבל אם לא היו אומרים ממש בלשון אחד, אלא זה אומר בכה וזה אומר בכה, לא היה חוקר אלא רק שתהא עדות מכוונת (רבנו אשר, סנהדרין, פרק ג, סימן לא, קטז ע"ב; טור, חושן משפט, סימן כח, סעיף יד).

ואם שני נביאים אינם מתנבאים בסגנון אחד, קל וחומר לשני הדיוטות (שו"ת זכרון יהודה, לר' יהודה בן הרא"ש, סימן עב).

כללי

### 13. יש להבדיל בין סתירה בעדות לגופו של דבר לבין סתירה בעדות בדברים צדדיים

ע"פ 3/48

כ"ץ-כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד ב 681, 686-687

בבית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים לפני הנשיא (זמורה), והשופטים אסף, חשין

השופט אסף: זהו ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, הל-אכיב, מיום 23.9.48, שבו מצא את הנאשם, מיכאל בן יהודה כ"ץ-כהן, אשם בהריגת אשתו יפה, עבירה לפי סעיף 212 לפקודת החוק הפלילי, 1936, והוציא עליו גזר-דין של חמש-עשרה שנות מאסר.

2. בין הבעל והאשה, שהתחתנו בשנת 1938, היו מריבות תמידיות לרגלי קנאותו היתרה של הבעל לאשתו, עוד בבוקרו של אותו יום שבו קרה הרצח, הוא יום 21.4.48, פרצה קטטה חריפה ביניהם ואביה של האשה אמר, שהענין מוכרח להיגמר וכי בתו עם ילדה תעבור לגור אצלו. טרם הספיק לעשות זאת והאשה נרצחה בשעה 4.30 אחה"צ בערך. שכנות שנכנסו לדירה, מיד אחר ששמעו את היריות, מצאו את האשה גוססת ומלכדה לא ראו איש בבית. בית-המשפט שלמטה שוכנע במהימנותם של עדי התביעה ועל סמך עדותם בא למסקנות דלקמן: הנאשם לבדו היה בשעת הרצח בדירתו עם אשתו. היריות נורו על-ידיו מאותו אקדח שקנה כחדשיים לפני זה. תרמילי הכדורים שנמצאו במקום הרצח מתאימים, כמידה המתקרבת להזדהות, לאותם הכדורים שהנאשם רכש לו בזמן שקנה את האקדח. לדעת בית-המשפט שלמטה הוכיחה התביעה הכללית את היסודות א-ר"ג של סעיף 216 לפקודת החוק הפלילי, היינו "החלטה" ו"הכנה", אבל היה לו ספק לגבי יסוד ב, היינו אם הרצח נעשה "בדם קר", ולכן זיכה את הנאשם מאשמת רצח בכוונה תחילה שהובאה נגדו בכתב-האשמה, ומצא אותו אשם בהריגה.

3. הנאשם לא הודה באשמתו וטען להד"ם: לא קניתי לי אקדח וכדורים, לא הייתי בשעת מעשה הרצח בדירתי, אלא נסעתי לפחת-תקוה באותה שעה כדי להיודע על בן-אחותי שנתבקשתי לחפש אחריו. בית-המשפט שלמטה לא נתן אמון בדבריו ובדברי העדים שהביא להגנתו...

12. העד השני החשוב של התביעה הכללית היא רחל וינר, המכירה את הנאשם למקום הפשע בזמן הפשע. היא העידה, שכשיצאה למרפסת דירתה, אחרי שנשמעו היריות, ראתה את הנאשם על הכביש ליד הבית הולך ומתרחק במהירות לכיוון רחוב יוחנן הסנדלר, אותה שעה גם שמעה אותו קורא "מגן דוד, מגן דוד".

## שער חמישי: ראיות

13. במסקנות שאליהן הגיע בית-המשפט שלמטה נאמר: הנאשם היה אותה שעה – שעה 4.30 בערך אחה"צ – בדירתו עם אשתו, ולא היה איש זולתם שם אז. דבר זה נובע מעדות הנאשם שאמר שכא הביתה בשעות הצהריים, ומעדות רחל וינר שאמרה שמיד לאחר ששמעה את שלוש היריות ראתה את הנאשם על-יד ביתו ממהר להתרחק משם לכיוון רחוב יוחנן הסנדלר, ומפיו נעתקו המלים "מגן-דוד, מגן-דוד". עובדות אלו גם מתאשרות על-ידי עדות העדים שאצו למקום הפשע, מיד בהישמע היריות, ושהעידו שלא נמצא כל אדם אחר בדירה או בחדר המדרגות, וכן על-ידי עדות הנהג שהסיע את הנאשם מרחוב ברנר בתל-אביב לפתח תקוה, תוך מחצית השעה הראשונה לאחר השעה החמישית אחרי הצהריים. מר לויצקי טוען, שבית-המשפט שלמטה הסיק, ללא כל הצדקה, מסקנות בלתי-נכונות ומרחיקות לכת מן העדות הזאת ומן העובדות שהובאו לפניו. הנאשם אמר שעזב את ביתו בשעה 3.30, כשעה לפני הרצח. בית-המשפט לא האמין לו, אבל מהיכן הסיק שלא היה איש זולתם שם. ועוד: הגב' וינר אמרה במשטרה, שיצאה למרפסת רק כעבור 10 דקות, ולא מיד. עדותה ששמעה את הנאשם קורא "מגן-דוד, מגן-דוד" מוכחשת על-ידי עדה אחרת, שהעידה ששמעה קול אשה קורא "מגן-דוד, מגן-דוד". המסקנה שמר לויצקי מגיע אליה היא שהנאשם לא היה כלל במקום הפשע.
14. איננו מסכימים לדעתו ולמסקנתו. שלא היה איש זולתם בבית – יוצא מדברי העדים שמיהרו למקום הפשע מיד בהישמע היריות ולא ראו כל אדם אחר בדירה או בחדר המדרגות. ואשר לזמן שבו יצאה הגב' וינר למרפסת דירתה, הרי הסבירה בבית-המשפט שכונתה היתה ל-10 שניות, ובית-המשפט שלמטה היה משוכנע, שבאמרה 10 דקות התכוונה ל-10 שניות. אנו סבורים שאין בעדות זו – משום חוזר ומגיד, אם העד עצמו מפרש את דבריו באופן המתקבל על הדעת (עיי' גם שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כט). גם מסתבר שהגב' וינר מיהרה למרפסת מיד אחר שנשמעו היריות, מחוץ דאגתה לבנה הקטן שהיה אותה שעה למטה ברחוב. ואשר לזה שעדה אחרת אמרה, ששמעה קול אשה קורא "מגן-דוד", ומר לויצקי רואה בזה הכחשה גמורה לעדותה של הגב' וינר – הרי ייתכן שמחוץ לנאשם קראה גם אשה קריאה זו, או שאותו קול עצמו נשמע לאחת כקול גבר ולאחרת כקול אשה. בעצם לא זה העיקר בעדותה של הגב' וינר, אלא העובדה, שראתה את הנאשם יוצא מביתו מיד לאחר שנשמעו שלוש היריות, היא הקובעת.
15. וכאן המקום להעיר הערה כללית על טענות בא-כוח המערער, שבהן השתדל להראות סתירות מסויימות בדברי עדי התביעה הכללית ועל יסודן תבע שנביט על עדותם כעל עדות מוכחשת. אנו סבורים שלא כל סתירה עושה את העדות לעדות מוכחשת. יש להבדיל בין סתירה שהיא בגופו של דבר ובין סתירה בפרטים צדדיים (עיי' גם: סנהדרין, מא ע"א). אם אחד העדים לא דייק בפרטי עדותו, אין זאת אומרת עדיין שהיא עדות שקר. דוקא עדי שקר, שנדברו ביניהם יפה יפה, מוכשרים למסור עדות מושלמת, ללא שום סתירה כיניהם,

כללי

ואילו עדי אמת אפשר שיכחישו זה את זה, ואף יסתרו דברי עצמם, כפרטים בלתי-חשובים, ביחוד במה שנוגע למסיכות צדדיות של המאורע, מכיון שדעתם לא היתה מיושבת עליהם והיו מזועזעים על-ידי המהומה וההתעוררות שבאו לרגלי המאורע.

14. אין עד יכול לחזור בו מעדות קודמת –  
"כיון שהגיד, שוב אינו חוזר ומגיד"

ע"א 238/53

כהן ובוסליק נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד ח 4, 26–27

בבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט לערעורים אורחיים  
לפני השופטים חשין, זילברג, זוסמן

השופט זילברג: מעשה בבחור אחד שהוציא קול, כי קידש בקידושי כסף את בת אחיו, ילדה כבת שתיים-עשרה–שלוש-עשרה, ולרֵאָיָה על כך הביא שטר המאשר את דבר מעשה הקידושין. השטר נחתם על-ידי שני עדים, ונתקיים השטר – היינו: אושרו חתימות עדינו – מיד ג' ריקים" (כלומר: שלושה הדיוטות, לא דיינים מומחים ולא מומחים כלל). אחרי 2–3 ימים בא הדבר לפני הקהל, והעדים הללו החלו למשוך את ידם מעסק ביש זה.

האחד מהם אמר שלא היו דברים מעולם, והשני אמר שכן היה אמת שנתן לה כך וכך, אבל לא אמר לה כלל (שהוא מקדש אותה בזה), אלא להם לעדים אמר: הוּוּ עלי עדים, ואמר (העד) שהיא (הילדה) לא שמעה (שו"ת מהרשד"ם, אבן העזר, סימן כא).

היו, איפוא, רגלים לדבר, כי כל הענין אינו אלא הוצאת דיבה ולעז, אבל מה לעשות והדין הוא: "כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד" (כתובות יח ע"ב, ומקומות אחרים) – אין עד יכול לחזור בו מעדותו הראשונה – והשאלה היחידה שעמדה לדיון היתה, מה ערך יש לדברי השטר ההוא, ואם הוא עשוי לשמש רֵאָיָה חוקית למעשה הקידושין הנ"ל.

שער חמישי: ראיות

ע"פ 421/71

## מימון נ' מדינת ישראל

פ"ד כו(1) 281, 287

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים  
לפני השופטים ח' כהן, עציני, י' כהן

המעורר הואשם והורשע במעשה אינוס, עבירה לפי סעיף 152(1)(א) לפקודת החוק הפלילי. המתלוננת היחה כיום המעשה בת שלושה-עשרה וחצי. בבית-המשפט נתקבלה העדות אשר רשמה חוקרת הנוער מפיה – ואשר עלי-פיה בעל אותה המעורר בכוח – כראיה. במהלך המשפט מלאו למתלוננת ארבע-עשרה שנים והיא הוזמנה להעיד מטעם הסניגוריה, ובעדות בשבועה הכחישה את סיפורה לחוקרת הנוער.

**השופט ח' כהן:** אל העובדה הפסיכולוגית הפשוטה שלענין חיפוש האמת וקביעתה, עדיפה עדות מוקדמת על פני עדות מאוחרת, מצטרפת עובדה נוספת הגלמדת מנטיון החיים, והיא שאם חוזר בו העד מעדותו המקורית ומעיד את היפוכה, אין הוא עושה זאת בדרך כלל כדי לתקן טעות בטענה בתום-לב, כי אם כדי להשיג מטרה אשר אין לה עם קביעת האמת ולא כלום – בין שפעלה עליו השפעתם של המעוניינים ונוגעים בדבר, בין שהוא מצפה לטובת הנאה לעצמו משינוי עדותו, ובין שעדותו החדשה רק הותאמה לצרכי המשפט. אולי שיקול מעין זה הוא המונח ביסוד הוראתו של המשפט העברי, שאין עד יכול לחזור בו מעדותו הקודמת ("כיון שהגיד, שוב אינו חוזר ומגיד": סנהדרין מד ע"ב; מכות ג ע"א, ועוד) – ואפילו נתן טעם לדבריו, כגון מוטעה הייתי, שוגג הייתי ונזכרתי שאין הדבר כן, לפחדו עשיתי, אין שומעין לו (כלשון הרמב"ם, הלכות עדות, פרק ג, הלכה ה).

צוטט ע"י השופט שמגר, ע"פ 71/76 מרילי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 813, 819–820, והשופטת כן-פורת, ע"פ 612/76 מדינת ישראל נ' פרץ ואחרים, פ"ד לא(3) 365, 377.

ע"פ 3/48

## כ"ץ-כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד כ 681, 687

הוכא בשער זה, עמ' 389.

כללי

15. "עדות שאי אתה יכול להזימה" –  
בסיס לדרישת סיוע בעברות מין

ע"פ 207/62

סעדיה נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד טו 1860, 1862

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים  
לפני השופטים זילברג, זוסמן, ח' כהן

המערער הורשע על-פי סעיף 157 לפקודת החוק הפלילי, 1936, כביצוע מעשה מגונה, תוך  
איומים, בכתו, ונידון לשלוש שנות מאסר. הוא עירער. כא-כוח היועץ המשפטי ביקש,  
אלטרנטיבית, להרשיע את המערער בעבירת חקיפה על-פי סעיף 251(א) לפקודה הנ"ל.

השופט זילברג: כא-כוח היועץ המשפטי ביקש מאתנו, אלטרנטיבית,  
להרשיע את המערער בעבירת חקיפה על-פי סעיף 251(א) של פקודת החוק  
הפלילי, 1936, בהסתמכו על פסק-דינו של בית-משפט זה בע"פ 153/56,  
בעמ' 1742; שהרי אם ל"חקיפה" ייחשב הדבר, שוב לא יהיה צורך בסיוע  
לעדוטה של הבת.

לי נראה, כי "שינוי השם" של מעשה מגונה, אינו "סגולה" לפטור אותו  
מעולה של העדות המסייעת. הטעם שבגללו זקוקה עבירה מינית לעדות  
מסייעת, הוא נראה בעליל וברור: מפני שעדותה של המתלוננת היא, כמעט  
תמיד, בגדר עדות "שאי אתה יכול להזימה". מעשי בינר-לבינה אלה נעשים  
בהסתר אין רואה, ואין עדי הגנה כנמצא שיחוש לעזרתו של החף שנחשד;  
הגבול בין אונס לרצון מטושטש למדי, ולא תמיד קל להבחין ביניהם. ואם  
יורשה השופט להרשיע על-פי העדות היחידה של המתלוננת, עלול לשמש  
דבר זה מקור לא אכזב לסחיטה ונקמנות. ואם כך הדבר, ואם נאמר כי על-ידי  
החלפת השם מ"מעשה מגונה" ל"חקיפה", אפשר יהיה להרשיע את הנאשם  
על-פי עדותה היחידה של המתלוננת – מה הועילו חכמים בתקנתם, ואיזו  
בטיחות תהיה בררשת הסיוע בעבירות מיניות? ! הן כל עבירה על סעיף 157,  
ממילא עבירה היא על סעיף 251(א), והסתן הפוטנציאלי חזקה עליו שיסתפק  
בהרשעת "הנסחט" בעבירה אחרונה זו.

שער חמישי: ראיות

## 16. ערכן של ראיות נסיבתיות

ע"פ 641/79, 622/79, 543/79  
נגר ואח' נ' מדינת ישראל  
פ"ד לה(1) 113, 154, 163-170

הובא בשער זה, עמ' 415.

ע"פ 90/81  
גולדשטיין נ' מדינת ישראל  
פ"ד לו(1) 610, 612

הובא בשער זה, עמ' 423.

## 17. "עדי קיום" ו"עדי בירור"

ע"א 99/63  
פלג ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה  
פ"ד יז 1122, 1128

בבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים אזרחיים  
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים ח' כהן, מני

אביהם התורג של המבקשים שלקה בהתקפת לב אשר הביאה לפטירתו, הודיע פעמיים, פעם  
כאשר הועבר במונית לבית־החולים, ופעם שניה כאשר נערך אצלו ביקור בבית־החולים עצמו,  
כי הוא מרגיש שסופו קרב ולפיכך הביע, בשתי הפעמים הנ"ל בפני שני עדים שונים, את רצונו  
שרכושו יימסר לידי המערערים שטיפלו בו לאחר מות אשתו, אם המערערים, עת נותר גלמוד  
ובורד. רכוש זה הייתה את חלקו של המנוח בעזבונו אשתו. בית־המשפט המחוזי סירב לקיים  
צוואה זו ומכאן הערער.

השופט ח' כהן: נשאר השאלה בדבר ההבחנה בין עדי־קיום לבין עדי־  
בירור. הבחנה זו נהיתה לנכס־צאן־ברזל של דיני הראיות האזרחיים בעניני  
המצב האישי, מאז פסק־דינו של בית־המשפט זה בע"א 26/51, הנ"ל;  
וכשלעצמי, אין אני יכול להעלות על דעתי כל אפשרות של שיפוט אזרחי  
בענינים שהדין הדתי חל עליהם, בלעדי ההבחנה הזאת. בענין שלפנינו, אין



## כללי

ספק שגם אם כשרה צוואת שכיב־מרע שנעשתה בעל־פה שלא כמעמד עדים ("עדי־קיום"), הרי טעונה היא, לפי דין התורה, הוכחה בשני עדים כשרים ("עדי־בירור"), חוץ אם היורשים הודו בה, שהודאת בעל־דין כמאה עדים דמי. ואם אומנם דין התורה חל לא רק על טיב הצוואה וכשרותה, אלא גם על דרכי הוכחתה, כי אז לא הועלנו ולא כלום, שהרי עדים הכשרים לפי דין התורה, כמעט ואינם עוד בנמצא בתוכנו, ועל־כל־פנים אין לאל ידינו לבדוק ציזיותיהם, תרתי משמע, אם כשרים הם אם לאו.

השופט המלומד ראה בהבחנה זו בין עדי־קיום ובין עדי־בירור – משום מלאכותיות: ... קשה מאד לחלק ולהבחין מתי עדים דרושים במשפט העברי לפי דיני ראיות במובן אנגלי ואימתי דרישת המשפט העברי לעדים יש לראות כדרישה פרוציסואלית באותו המשפט האנגלי. ייתכן שאפילו בלתי אפשרי להכניס את המושגים של עדות ועדים של משפט עברי לקטיגוריות של משפט אנגלי. במשפט עברי, עניני עדות והודאת בעל־דין, עדות בעניני קידושין וגיטין ועניני ממונות נחצבו ממקור אחד, וכל הענינים אחוזים ודבוקים זה בזה (תיק עזבונות 25/59 הנ"ל).

כל מי אשר מצוי בתלמוד ובפוסקים יסכים עם השופט המלומד שאומנם כן הם פני הדברים. אף־על־פי־כן אין מנוס מן "המלאכותיות" הזאת, וההכרח לא יגונה, כל עוד מוטל על כתי־המשפט האזרחיים תפקיד שפיטה על־פי דינים דתיים. כפי שכבר אמר השופט זילברג בפסק־דינו בע"א 26/51, הנ"ל, אין המצב כגון דא שונה מן המצב השורר בכתי־המשפט כשהוא מצווה לדרון על־פי משפט חילוני זר: גם אז עליו לברור לו את הדין הסובסטנטיבי מן המשפט הזר, ואותו בלבד הוא יחיל הלכה למעשה; וכמה שהדין הפרוציסואלי של המשפט הזר לא יהא אחוז ודבוק בדין הסובסטנטיבי, אין הוא רשאי להחילו, והוא נדחה מפני הדין הפרוציסואלי המקומי של בית־המשפט. כל מעשה של ברירת־דינים מביא לידי שעטנו; אלא נראה לי שבמצבנו המיוחד שלנו שעטנו זה הוא הרע במיעוטו. ודי לחכימא.

שער חמישי: ראיות

## 18. "בדיקת" עדים

ה"פ (ב"ש) 540/85  
מדינת ישראל נ' דרון  
פ"מ תשמ"ו (3) 127, 130

בבית-המשפט המחוזי בבאר-שבע

המאשימה מייחסת לנאשם ביצוע עבירה של מעשה מגונה בכפייה, בניגוד לסעיף 354(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977. בית-המשפט נזקק לדיון במישקלה של אימרתו של הקטין, שניתנה לחוקר נוער וכן בסיוע לאימרתו של קטין מחוץ לבית-המשפט, כל זאת, כאשר הקטין כעצמו אינו מעיד בבית-המשפט.

**השופט פלפל: חז"ל הורו (ראה משנה סנהדרין ה, א) כי יש לבדוק את העדים כדלקמן: –**

היו בודקין אותן כשבע חקירות: באיזה שבוע, באיזו שנה, באיזה חודש, בכמה בחודש, באיזה יום, באיזו שעה, באיזה מקום.  
כללים אלה שנכתבו במשנה מלמדים איזה חשיבות נתנו חז"ל לחקירת העדים והם הורו כי יש לקבוע את המסגרת הכוללת של העובדות: המקום, הזמן ומעשה העבירה. לא יעלה על הדעת לחקור קטינה בת 3 שפגעו בגופה, בצורה כה שטחית וכה קצרה. כל מי שהוא אבא לילדים, יודע עד כמה קשה לדוכב ילד קטן בן 3 ולמקרא ת/ב מתעורר הרושם שהקטינה מסרה לחוקר הנוער עדות קצרה, עניינית, תכליתית כאילו היתה בחורה מבוגרת.  
קשה להעלות על הדעת שקטין בן 3 מסוגל לתת לחוקר ריווח כל כך קצר וענייני על מה שאירע לו. לדעתי, היה צריך חוקר הנוער, לשאול את הקטינה שאלות רבות על נסיבות הארוע (כפי שנאמר במשנה ב שם "כל המרבה בכדיקות הרי זה משוכח") ולהעלות על הכתב את תשובותיה של הקטינה באופן מלא ומדויק.

פרק שני  
ראיות בדין האזרחי

א. "הודאת בעל דין"

1. הודאת בעל דין – גדרה וסוגיה

ע"א 26/51

קוטיק נ' וולפסון

פ"ד ה' 1341, 1343-1344, 1346-1347

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים  
לפני השופטים דונקלבלום, אגרנט, זילברג

השופט זילברג: לפנינו ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, תל-אביב, הקובע כי המערער הוא אבי הילד שנולד למשיבה הפנויה. ומחייב אותו בתשלום מזונות הילד והוצאות ההריון והלידה. בא-כוח המשיבה לא נדרש לענות על טענות בא-כוח המערער, חוץ מן הטענה האחת, כלפי החיוב בהוצאות ההריון והלידה, הנדונה בסעיף 12 של פסק דין זה.

2. הטענות שהושמעו בערעור הן, בעיקר, טענות משפטיות. ולכן אין צורך לנו לגולל מחדש את כל פרשת העובדות והעדויות. די לנו אם נציין, כי השופט המלומד סמך את מסקנת האבהות גם על הודאת הנתבע (המערער), וכי הודאה זו: (א) ניתנה מחוץ לכתלי בית-המשפט; (ב) ניתנה לפני לידת הולד – שני פרטים שבא-כוח המערער מבקש לנגח בהם את פסק-הדין, כפי שיתבאר להלן...

4. הציר שעליו סובבים טעמי הערעור הוא: אימתי, ועל פי אילו הוכחות, מחייבים בדיני ישראל את הנתבע בתשלום מזונות הילד שנולד מן הפנויה? החשובה שבא-כוח המערער דוגל בה היא: אך ורק כאשר הנתבע מודה בתביעה שהוגשה לבית הדין; הוא מסתמך על מה שנאמר בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן ע"א, סעיף ד: –

הבא על הפנויה וילדה ממנו, אם הוא מודה שהולד ממנו חייב לזונו.

#### שער חמישי: ראיות

"מודה" – כך הוא טוען – פירושו: מודה בבית דין, ולאחר שנולד הולד דוקא, שכן מתחיל הסעיף במלים: "הבא על הפנויה וילדה ממנו"...

7. וכך, מה טיבה של ההודאה בדיני ישראל: אמצעי הוכחה או עילה של תביעה? בלשון הספרות התלמודית: ההודאה היא "מטעם נאמנות", או "מטעם קנין"? אין להשיב על שאלה זו בקיצור ובפשטות, כי הדבר תלוי בסוג ההודאה, תכנה ומסיבותיה, כפי שנראה מיד.

8. שניים הם סוגי ההודאות בדיני ישראל, אם כי לא הוגדרו בדיוק כך בספרות המשפטית:

- (א) הודאה אבסטרקטית בחיוב המודה, או בזכותו של אחר;
- (ב) הודאה קונקריטית בעובדות.
- חלוקה נוספת, החוצה את החלוקה הראשונה:
- (ג) הודאת אמת, כלומר: שאין ידוע כי איננה אמת;
- (ד) "הודאת שקר", כלומר: אשר ידוע עליה, למקבל ההודאה ולבית דין, כי איננה אמת.

אין ספק, כי הודאה שנתקיימו בה התנאים (א) ו-(ד) היא "מטעם קנין", לאמר: היא גופה מולידה את הזכות, האובליגטורית או הריאלית, של מקבל ההודאה. דוגמה קלאסית ל"הודאת שקר" אבסטרקטית, היא ה"אודיתא" המפורסמת של איסור גיורא \* (בבא בתרא קמט ע"א; עיין חוספות בבא בתרא, מד ע"ב, ד"ה דלא; וחוספות בבא מציעא מו ע"א, ד"ה ונקנינהו; נידע ביהודה, מהדורא קמא, חושן משפט, סימן ל; שו"ת חכם צבי, סימן טז; השוהה גם שולחן ערוך, חושן משפט, סימן מ, סעיף א, ונושאי כליו, ושים לב לכותרת של הסימן: "דין המחייב עצמו לחברו").

מאידך גיסא אין, לדעתי, גם כל ספק בדבר, כי הודאה שנתקיימו בה התנאים (ב) ו-(ג) היא "מטעם נאמנות", המעידה "כמאה עדים", כי אכן נחרשו העובדות כפי שהודה בהן המודה. כאן אין צורך בשום פורמליות מיוחדת, לא בית דין ולא עדים, לא קנין ולא שטר, די אם יבואו עדים אחר-כך לבית דין ויעידו כי שמעו את דבר ההודאה, אף על פי שהמודה גופו לא ידע כלל על נוכחותם, ולא אמר להם: "אתם עדיי", או: "הווי עלי עדים" (ירצא, אם נדייק היטב, מתוך הסוגיא ד"הודאה אחר הלואה", בסנהדרין ל ע"ב, ושולחן ערוך, חושן משפט, סימן ל, סעיפים ה-ו. עיין שם). כל הדרישות הפורמליות שנקשרו לענין ההודאה, אינן חלות אלא על הודאה אבסטרקטית "שאינה אמת", כלומר: הודאה שאינה מעידה על העבר, אלא באה ליצור בהבל פה, ובכוונה מכוונת, זכות אובליגטורית או חפצית, אשר לא היתה קיימת לפני מתן

\* ההודאה המפורסמת של הגר, איסור, אשר רצה, בהיותו שכיב מרע, להעביר את כספיו שבידי רבא לרב מרי, בנו ה"בלתי חוקי" (מרחל בת מר שמואל), כי היתה "הורתו שלא בקדושה (בגויחתו של איסור) ולידתו בקדושה (לאחר שנתגייר)". הזמן דחק, הבן נמצא בריחוק מקום, ומטעמים משפטיים המכבירים בתלמוד לא היתה שם כל אפשרות חוקית לעשות קנין אחר, לכן "הודה" איסור כי הכספים הם של רב מרי, וברוך זו הקנה אותם לבנו. "אודיתא" – הודאה שמורה ארם על דבר השייך לו, שהוא של פלוני, אע"פ שיודעים שהדבר אינו של פלוני.

## ראיות בדין האזרחי

ההודאה. לאור אבחנה יסודית הגיונית זו מתכארים, לדעתי, בטוב טעם כל דיני ההודאה, ומתיישבות רוב הסתירות הלכאוריות שאנו נתקלים בהן, על פני סוגיא זו, במקורות המשפט העברי, ואין כאן מקום להאריך. מה בא זה ללמדנו לגבי בעית הערעור רנן? זה בא ללמדנו, כי גם הודאת האבהות של המערער, שלא היתה הודאה אבסטרקטית בחיוב מזוונות הילד, ולא היתה "הודאת שקר" בעליל, היא בעיני החוק הדתי היהודי הודאה מטעם נאמנות, ולכן איננה נורמה סובסטיבית של דיני ישראל. בזה נשמט גם ה"רכש" האחרון, עליו הרכיב בא-כוח המערער את טענתו לשימוש בכללי הראיות של דיני ישראל – והגבלותיהם – לגבי קביעת אבהותו של המערער, והשופט המלומד רשאי היה לקבוע את אשר קבע, על פי דיני הראיות המקובלים בחוק הא"י הכללי.

## 2. "הודאת בעל דין כמאה עדים"

ע"א 168/55

### קונראדס ואח' נ' האפוטרופסים והמוציאים לפועל של צוואת המנוח לוי

פ"ד י 1310, 1315

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני השופטים זילברג, בינון, ויתקון

ערעור על צו בית-המשפט המחוזי, ירושלים (השופט ב' שרשבסקי), מיום 30.5.55, בתיק קיום צוואות 158/53, לפיו נדחתה התנגדות המערערות ואושרה הצוואה של המנוח ד"ר זיגמונד לוי על שינוייה כפי בקשת המשיכים. הערעור נדחה.

השופט זילברג: המצווה הודה כי "כל הדברים הנזכרים לעיל סודרו... ככל אופן היותר מועיל... כל דבר ודבר לפי קנינו", והודאת בעל-דין כמאה עדים דמי, ומחייבת את בית-המשפט לפסוק על-פי ההודאה, כאילו הוכח שאמנם כך היה הדבר. ומכיון שבדיני ישראל אפשר להקנות אפילו דבר שלא בא לעולם, לכשיבוא לעולם, על-ידי הקנאת הגוף לפירותיו – "ואין זה מקנה דבר שלא בא לעולם, שהרי הגוף מצוי ומקנה לפירות" (רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה א) – ומכיון שגם חוב אפשר להקנות, אמנם לא בקנין סודר ולא בקנין אגב, אלא במעמד שלשתן, או בכתיבה ומסירה אם יש שטר (ראה: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה ט; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רג, סעיף ט; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן סו וסימן קכז). ולמעשה אין לך דבר

#### שער חמישי: ראיות

שאי-אפשר יהיה להקנותו, באיזו דרך שהיא, על-פי דיני ישראל, הרי על-ידי אמירתו-הודאתו הנ"ל של המצווה, כי הקנה את הדברים הנזכרים בצוואה "כל דבר ודבר לפי קנינו". נוצרה מעין "מניעות" estoppel בלע"ז, המונעת את יורשי העזבון מלבוא ולהוכיח, כי אכן לא נעשה כל קנין כשר בשעת עריכת הצוואה או לפנייה. כוח ההודאה בדיני ישראל הוא כל כך חזק, עד שלדעת אחד מבעלי התוספות הגדולים, אפילו מי שאין לו קרקע כלל יכול להקנות אגב קרקע כל מטלטלים שהם, מכוח עצם ההודאה שיש לו קרקע שכזאת. ונראה לרכנו תם דהיינו טעמא – כלומר: זה הוא הטעם, שבגללו יכול להשתמש בקנין אגב גם מי שאין לו קרקע – כיון שמודה שיש לו קרקע, רחוב הוא לו, שהרי על-ידי קרקע מקנה לחבירו, אפילו יש כמה עדים שמכחישים אותו. הרי הודאת בעל-דין כמאה עדים ולא חיישינן למיחוי כשיקרא, כדאשכחנא (לקמן קמט ע"א) גבי איסור גיורא דנפק אודיתא מבי איסור, ואף על גב שהיה איסור משקר (תוספות, בבא בתרא מד ע"ב, ד"ה דלא).

אך גם מי שאיננו מודה בהלכה קיצונית זו, וסובר כי אין בכוח ההודאה לכרוא "יש מאין" שכזה – למשל: רמ"א, חושן משפט, סימן רב, סעיף ז; בית יוסף, לטור חושן משפט, שם, סעיף א, בשם הרשב"א – אינו חולק על כך, כי כל המודה, לחובתו, שעשה קנין כשר בנכסיו, הודאתו כמאה עדים ואינו יכול לחזור בו הימנה (עיין ודו"ק בגוף דברי הרמ"א שם; באר היטב שם, סעיף קטן יא; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קג, סעיף ד). העולה מכל האמור, כי הצוואה דנן, בצורתה המקורית, כשרה היתה.

ע"א 211/63

#### יחזקאל ג' קלפר ואח'

פ"ד יח(1) 563, 567, 571

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אורחיים לפני מ"מ הנשיא (אגרנט), והשופטים זוסמן, הלוי

השופט הלוי: ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, תל-אביב-יפו, תי"א 1299/61, מיום 5.4.63 (כב' השופט י' רווה), אשר דחה את תביעת המערערת לתשלום דמי נזק בקשר לתאונת עבודה שאונתה לה ביום 29.1.60, בהיותה מועסקת על-ידי המשיבים במכססתם ליד מעגילה מכנית. ידה הימנית של המערערת נתפסה במעגילה ונכווה קשה...

5. הנמקת פסק-הדין מעוררת את השאלה העקרונית, באיזו מידה בעל-דין שהעיד "קשור בגירסתו", ובמיוחד באיזו מידה הוא מנוע מהסתמך על ראיות אחרות לטובתו הסותרות את עדותו הוא. אין ספק כי עדות בעל-דין יכולה לשמש "הודאה" בידי בעל-הדין שכנגד,

## ראיות ברין האזרחי

כמאמר לורד Jessel ב-583, 580 Ch.D. 19 (1882) Ex parte Hall:

Any statement made by a man on oath may be used against him as an admission.

במינוח עברי ניתן לומר כי יש כאן משום "הודאת בעל-דין"; אך אין במינוח זה בלבד כדי להחיל על כל "הודאת בעל-דין" – כיד המליצה הטובה עלינו – את כלל המשפט העברי כי "הודאת בעל-דין כמאה עדים". משמעותו של כלל זה, כפירוש רש"י לכבא מציעא ג ע"ב (ד"ה אינו בהכחשה ובהזמה): "אם הודה לו במנה ובאו עדים והכחישוהו לומר אינך חייב לו כלום, אינו נפטר בכך, דהודאת בעל-דין כמאה עדים"; ובלשון הרמ"א בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן עט, סעיף א, בעל-דין שהודה "נאמן על עצמו יותר מק' עדים". פירושו של דבר, "הודאת בעל-דין" באה במקום כל עדות ומחייבת את בעל-הדין על-אף כל עדות סותרת.

ע"א 88/57

רוזנברג נ' קרמרז' ואח'

פ"ד יב 1096, 1102-1103

הובא כשער זה, עמ' 411.

### 3. התנאים לתחולת הכלל "שתיקה כהודאה דמיא"

ע"א 502/69, 488/69

בית ינאי, אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' הולנדר

פ"ד כד (1) 378, 388-389

בכית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים  
לפני השופטים לנדוי, ח' כהן, מני

כמשך השנים שחלפו מאז כניסתו של המשיב כחבר לבית ינאי, האגודה השיתופית המערערת, ועד להגשת התביעה, הצטבר חוב של המשיב בספרי האגודה, לפי פריטים שונים. מהם: חיוב המשיב מדי חודש בתשלום מס האגודה, מסים מוניציפליים, ריבית.

השופט ח' כהן: דין הוא ששתיקה גרידא אינה יוצרת מניעות: "מקום שאין חובה לענות ולדבר, אין להסיק כל מסקנה מן השתיקה" (ראה Everest and Strode, Law of Estoppel, 3rd ed. p. 290). כאן חובה לקום ולעשות

#### שער חמישי: ראיות

ולמחות, כשמקבל אדם דרישת תשלום שהוא אינו מודה בחבותו בו, הרי שתיקתו ושיבתו בחיבוק ידיים אינן יכולות ליצור כל מגיעות.

ושוב: לא ידעתי מנין לנו חובה אשר כזאת. מס שנדרש ממני תשלומי, ויודע אני שלפי החוק אין אני חב בתשלומי, אין אני יכול להתחייב בו על-ידי כך בלבד שהתעלמתי מדרישת התשלום וזרקתי אל סל הניירות הבטלים; והוא הדין בתשלומים שדרישתם מבוססת על חבות חוזית או אחרת, כשחבות כזאת למעשה אינה קיימת.

והוא אשר לימדנו גם המגילה: "אין שתיקתו של אדם אומרת כלום, אבל יש ורואים שתיקתו כהודאה. כלומר, אין להגיד על אדם שותק, כי אמר דבר קבוע, אבל במקום שהיה עליו לדבר, שתיקתו כהודאה וכהודעה" (סעיף 67). המשפט העברי שונה במקצת מן המשפט המושלמי: שם הכלל הוא, אין שתיקתו של אדם אומרת כלום, ואילו אצלנו הכלל הוא, שתיקה כהודאה דמיא (יבמות, פז ע"ב). אבל היוצאים מן הכלל מאזנים את הדין: שם היוצאים מן הכלל הוא, שהיתה חובה עליו לדבר ושתק; ואצלנו היוצאים מן הכלל הוא, שלא היתה חובה עליו לדבר ושתק (ראה: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן פא, סעיף ז: "אם אמר לו (התובע), מנה לי בידך, והלה שתק, ואמר התובע לעדים אתם עדי, ושתק הנחבע – אין שתיקתו כלום, דלא הוי שתיקה כהודאה אלא כשהודה לו תחילה ואמר לו הן, וכשומר התובע אתם עדי, שתק; אבל כששתק מתחילה ועד סוף, יכול לומר לא חששתי להשיבך"). אין חובה מוטלת על נתבע לומר "הן" או "לאו" כשטוענים נגדו שהוא חייב, אלא יכול הוא לשתוק; ואם באים לאחר-מכן וטוענים נגדו שתיקתו כהודאה, יכול הוא לומר, "לא חששתי להשיבך".

וכן יכול המשיב דנן לומר למערערת, לא חששתי להשיבך על דרישותיך וטענותיך, ושום חובה לא היתה מוטלת עלי להשיב; ומששתקתי "מתחילה ועד סוף", אין בשתיקתי לא הודאה ולא כלום.



ראיות בדין האזרחי

#### 4. האומר "לא לוייתי" דינו כאומר "לא פרעתי"

ע"א 505/64

אבו יונס ואח' נ' זבידאת ואח'

פ"ד יט (4) 169, 172-173

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים  
לפני מ"מ הנשיא (זילברג), והשופטים ח' כהן, הלוי

חלקת אדמה מסויימת היתה שייכת למערערים ולמשיב מס' 1 בחלקים שויים. משנחלקה החלקה, תבע המשיב את מחצית הבעלות בחלקה אחת ואת הבעלות בשלמות בחלקה השניה, וזכה בהן. תביעת המערערים למתן פסק-דין המצהיר, כי הם הבעלים, בשיעור של מחצית, בחלקה השניה האמורה, נדחתה על-ידי בית-המשפט המחוזי, ומכאן הערעור.

**השופט זילברג:** פרטי המקרה שלפנינו מזכירים לנו את סיפור המעשה שהוחל עליו הכלל התלמודי הידוע של "כל האומר לא לוייתי – כאומר לא פרעתי דמי", כפי שנחבאר במסכת שבועות, מא ע"ב. מעשה שם כאדם שאמר לחברו תן לי את מאה הזוז שהלוייתיך. אמר לו השני להד"ם. הלך הוא, השני, והביא עדים שהוא לווה את הזוזים ופרע אותם. אמר רבא, וכן היא הלכה, כל האומר לא לוייתי כאומר לא פרעתי דמי! וכה אומר רש"י שם:

כאומר לא פרעתי דמי: דכיון דלא לווה לפי דיבורו – לא פרע, והרי יש עדים שלוה; נאמנין הם על ההלוואה, ואינן נאמנין על הפרעון, דהודאת בעל דין כמאה עדים (השווה: רמב"ם, הלכות טוען ונטען, פרק ו, הלכה ג; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן עט, סעיף א).

ואף במקרה שלפנינו כך. הנתבע תבע את מחצית החלקה 19 לא במפרוז אלא במשעא. בזה הוא הכריז כאילו מראש כבלתי נכונה את העדות העתידה של עדיו כמשפט כי כל מחציתה המערבית של החלקה-האם שייכת לו, ולו בלבד. וכיצד אפשר לסמוך על עדים אלה לגבי חלקה הפעוט של המחצית המערבית המהווה את החלקה 17?

ידעתי גם ידעתי כי הכלל התלמודי הנ"ל אינו מחייב את בתי-המשפט האזרחיים, ואילו קבע השופט המלומד כי הוא מאמין לדברי העדים טאהא וסאלימן סלאמה, על-אף הסתירה שבין דבריהם לבין גירסת הנתבע גופו – החרשתי! אבל נראה לי מתוך הרצאת הדברים על-ידי השופט המלומד, כי הוא כלל לא שם לב לסתירה הנ"ל, וכי היא לא שימשה בעיניו שיקול בהכרעת שאלת המהימנות.

## ב. חזקות

### 1. "אין אדם פורע חובו תוך זמנו"

ע"א 158/76, 332/76

גרנד הוטל תיאודור הרצל בע"מ נ' דקלו

פ"ד לא(1) 228, 234-235

בבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט לערעורים אזרחיים  
לפני השופטים ח' כהן, מני, שמגר

בית-המשפט המחוזי נתן למוכרים הצהרה, על-פיה חייבים הקונים להשלים את תשלום מלוא התמורה שנקבעה בהסכם המכר. על-סמך הצהרה זו ניתן פסק-דין, בסדר-דין-מקוצר, לפיו חייבו הקונים בתשלום היתרה. הערעורים נסבים על שני פסקי-הדין.

השופט ח' כהן: 11. ושנית, טוענים המוכרים ופסק הרשם המלומד, נסתחמו טענותיהם של הקונים שטרם הגיע זמן פרעונה של יתרת המחיר, שהרי הם עצמם שילמו למוכרים עוד ביום 24.4.1975 את אשר ראו הם כיתרת המחיר – סימן וראייה שלא העלו על דעתם כלל שיש בתנאים שבסעיף 4 (ג) לחוזה המקורי כדי לעכב את התשלום. הרשם המלומד ייחס חשיבות מרובה גם לנוסח המכתב שכתב בא-כוח הקונים אל המוכרים שעה ששלח להם את התשלום: מלשונו של עורך-הדין מסתבר שהקונים ראו עצמם אותה שעה חייבים לשלם את יתרת המחיר (כפי שהבינוה הם).

אין אני גורס שהקונים מנועים מלטעון שפרעו מה שפרעו לפני זמנם. איש אינו טוען – או יעלה על הדעת – שעל-ידי התנהגותם, ששילמו למוכרים חצי מיליון לירות במועד ששילמו, גרמו לשינוי מצבם של המוכרים לרעה. אדרבא, הם שינו מצבם של המוכרים רק לטובה – ומעודי לא שמעתי שכשם שלוקים על הרעה לוקים על הטובה.

היו מחכמי התלמוד שפסקו שאין חייב נאמן לומר, פרעתי לפני הזמן, שחזקה על אדם שאינו פורע חובו "תוך זמנו" (בבא בתרא ה' ע"א-ע"ב); ואם כי היתה זו דעת מיעוט (של ריש לקיש ומר בר רב אשי, כשאביי ורבא ורב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע חלקו עליהם), נפסקה הלכה כמותה (שם).

אך במה דברים אמורים, בנחבע הטוען פרעתי לפני הזמן ואיני חייב עוד לפרוע, והתובע מכחיש את הפרעון; שאז מגלגלים שבועה על הנתבע להוכיח שפרע (רמב"ם, הלכות מלוה ולווה, פרק יד, הלכה א). ועוד הגבילו את החזקה שתחול על הלוואה ושכירות בלבד, אך לא על פקדון ומכר ועסקה אחרת (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן עח, סעיף א בהגה, וש"ך, שם, סעיף קטן

## ראיות בדין האזרחי

ח-יב). על-כל-פנים אין החזקה הזאת יכולה לבוא במקום ראייה שהזמן שהחייב פרע בו היה זמן הפרעון שהותנה בינו לבין נושהו. אפילו סברו הקונים ויועציהם בשעתם שעליהם לשלם יתרת המחיר מיד והתנאים שבסעיף 4 (ג) לחוזה המקורי אינם עומדים להם, אין בכך בלבד כדי עילה להשתיקם עתה מלהודות בטעותם – והוא כאשר טעותם לא גרמה למוכרים אלא רווח ממון.

## 2. "שתיקה כהודאה דמיא"

ע"א 502/69, 488/69  
בית ינאי, אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' הולנדר  
פ"ד כד(1) 378, 389

הובא בשער זה, עמ' 401.

## 3. "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות"

ע"א 384/61  
מדינת ישראל נ' פסלר  
פ"ד טז 102, 103, 106-107

בבית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני הנשיא (אולשן), והשופטים ויתקון, ח' כהן

אשה, בהיותה נשואה לאחר, חיתה משך שנים רבות עם עובד מדינה. כשנפטר היא תבעה גימלאות ולשם כך הגישה בקשה לבית-המשפט המחוזי למתן פסק-דין המצהיר, כי היא ידועה בציבור כאשתו של המנוח. בית-המשפט המחוזי נעתר לבקשתה. המדינה ערערה.

השופט ח' כהן: זה ערעור המדינה על אשר נעתר בית-המשפט המחוזי, חיפה (כבוד הנשיא-התורן, השופט עציוני), לתביעת המשיבה ונתן לה פסק-דין המצהיר שהמשיבה היתה ידועה בציבור כאשתו של המנוח אריה (ליאון) שיף וגרה עמו בשעת מותו.

... המוסד של נישואין שיצא עליהם קול, או של נישואין-למעשה להבדילם

#### שער חמישי: ראיות

מנישואין כהלכה, אינו בגדר זכות-יחיד של המשפט הסקוטי דוקא; מצינו אותו או שכמותו ברוב שיטות המשפט. אלא בו בזמן שבמשפט הסקוטי – כמו כדן תורה – רואים אולי חיי אישות כאחת הדרכים אשר "האשה נקנית בהן", הרי ברוב השיטות האחרות אין חיי האישות, כשהם מתמידים ויצא עליהם קול בציבור, משמשים תחליף לטכס הנישואין, אלא אך ראייה בלבד לקיום הנישואין. העובדה שאיש ואשה חיים יחדיו תקופה ממושכת כדרך בני-זוג הנשואים זה לזה, יוצרת חזקה שאמנם נישאו זה לזה כדן, או יש בה משום ראייה לכאורה לכך...

והתורה שבפרק הזה אינה אלא חלק של הכלל הגדול שאמרנו, לאמור, איש ואשה חיים יחדיו במה שנראה כחיי נישואין, באופן שהציבור מקבל אותם כבני-זוג הנשואים זה לזה, מעמידים אותם בחזקתם, בהעדר חזקות שכנגד או ראיות לסתור, שאין הם פוגעים בסדר הטוב של החברה ושאינם מפירים את החוק, אלא שלמעשה נשואים הם לזה לזה... (Bishop on Marriage, Divorce and Separation, New Ed. 1981, vol. 1 pp. 405-6). אותה חזקה מצינו בדיני התורה. מעמידים אדם בחזקתו שלא שכיח היתירא ואכיל איסורא (גיטין לו ע"ב; חולין ד ע"א), כלומר כשיש בידי אדם לעשות דבר המותר או לעשות דבר האסור, חזקה עליו שהוא נוקט בדרך המותר וזנח את דרך האסור. וכבר קידמני חברי הנכבד, השופט זילברג, כאמרו שחזקה זו "מהווה את הבסיס לחזקה הידועה של 'אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות' (כתובות, עג ע"א), והיא גורמת לכך כי חיי אישות משותפים בין גבר ואשה נהפכים, כרגיל, לקידושי ביאה מן התורה וזוקקין את האשה לגט" (בספרו "כך דרכו של תלמוד", עמ' 113, הערה 64).

בענין המיוחד המדובר בו כאן – חיי נישואין למעשה בתקופה ממושכת – קיימת כדן התורה חזקה מיוחדת לאמור:

איש ואשה שבאו ממדינת היס. הוא אומר, אשתי היא, והיא אומרת, בעלי הוא – אין הורגין עליהן משום אשת איש. הוחזקו – הורגין עליהן משום אשת איש. עד כמה היא חזקה ... עד שלושים יום. (ירושלמי קידושין, פרק ד, הלכה י, סו ע"ב).

בשפת דיני הראיות דהאידינא: העובדה שאיש ואשה חיים יחדיו, אינה כשלעצמה מספיקה לראותה כאשת-איש לענין פלילי; כלומר, הבעל אשה זו, אינו אשם בבעילת אשת-איש משום כך בלבד שהיא חיה עם איש אחר. אבל משהוחזקו כאיש ואשה שלושים יום, דייה כחזקה זו כדי להרשיע על פיה את בועלה בתור בועל אשת-איש.

העובדה שהחזקה הזאת אינה יוצרת מעמד של נישואין כביכול ואינה הופכת פנויה לאשת-איש, אלא שהיא רק מדרכי הראיות להוכיח כי בעולתו של אותו בועל היתה אשת-איש האסורה עליו, מסתברת יפה מהדבק הדברים אשר בו מופיעה הלכה זו אצל הרמב"ם. לפני שהרמב"ם מביא את החזקה האמורה שהבאתיה לעיל מן הירושלמי, הוא פוסק שתי הלכות בדיני ראיות דוקא, ואלה הן:

#### ראיות בדין האזרחי

אין העדים נוקקין לראות המנאפים שהערו זה בזה... אלא משיראו אותן דבוקין זה עם זה כדרך כל הבעלין, הרי אלו נהרגין בראיה זו, ואין אומרים שמא לא הערה, מפני שחזקת צורה זו – שהערה. 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... ומעשה באשה אחת שבאת לירושלים ותינוק מורכב לה על כתפה והגדילתו בחזקת שהוא בנה, ובא עליה, והביאוה לבית-דין וסקלוה. ראיה לדין זה מה שדנה תורה במקלל אביו ובמכה אביו שיומת: ומנין לנו ראיה ברורה שזה אביו? אלא בחזקה; כך שאר קרובים בחזקה. (הלכות איסורי ביאה פרק א, הלכות יט-כ).

יצויין כי בחזקת לא שביק איניש היתירא ואכיל איסורא, וכן בחזקת אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, המדובר הוא בפריזומפציות הבאות במקום ראיות, מעין ראיות אשר החוק מספק ואשר על-כן אין בעל-הדין חייב לחפש ולהביא אותן. מה שאין כן בחזקת שלושים היום של האיש והאשה החיים יחדיו, או בחזקת יחסי הקירבה: אלה הן חזקות בבחינת *repute*. כלומר דברים שבידיעת הציבור הנוגע בדבר, אבל הטעונים עוד הוכחה כבית-הדין בתור שכאלה. הצד השווה שבין שני מיני החזקות השונים הוא, שאלה גם אלה מדיני הראיות הם, ואין ביניהם לבין דיני הנישואין המהותיים ולא כלום.

#### 4. "יד בעל השטר על התחתונה"

ע"א 536/76

מזרחי נ' ידיד

פ"ד לא(2) 257, 264

הובא בשער העשירי, משפט מסחרי, עמ' 820.

שער חמישי: ראיות

5. "שטרך בידי מאי בעי"  
(חזקה שהאוחז בשטר תובע כדין)

ע"א 57/71  
בן שטרית נ' בן שטרית  
פ"ד כו"ז (1) 638, 641-642

הובא בשער העשירי, משפט מסחרי, עמ' 819.

6. חזקה שהחותם על מסמך יודע את תוכנו  
ומתכוון לכתוב בו

ת"א (ב"ש) 364/75  
שמעוני נ' מפעלי רכב אשדוד בע"מ  
פ"מ תשל"ז (1) 444, 446, 454-455

בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע

השופט טירקל: 1. התובע, אבנר שמעוני, תבע לחייב את הנחבעת, מפעלי רכב אשדוד מ"ל בע"מ, לפצותו בשל הנוקים שנגרמו לו עקב הפרת התחייבותה של הנחבעת לספק לו משאית בתודש אוקטובר 1974. לפי ההסכם שנעשה בין התובע לבין הנחבעת (להלן – "ההסכם"). (יצויין כי המחקשרת המקורית בהסכם, שקדמה לתובע, היתה יר"ח בע"מ שזכויותיה לפי ההסכם הוסכו לתובע).

אחת מטענותיה של הנחבעת ככתב הגנתה, שהיא העיקרית הצריכה לענייננו, היתה כי המועד האמור של חודש אוקטובר 1974 נקבע אך ורק "כמועד הספקה משוער" וכי נקבע בפירוש בהסכם, כי מועד זה אינו מחייב את הנחבעת וכי התובע אינו זכאי לפיצויים בשל איחור בהספקה... (ד) תוצאה סופית זאת תואמת גם את דיני ישראל, כפי שנפסק הדין בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן סא, סעיף יג: מי שטען על כתובת אשתו שהיה עם הארץ ולא הבין כשקרא החזן הכתובה והתנאים, אין שומעים לו. ובהגה שם מובאים בהמשך דברי הבית יוסף, בשם הריב"ש, סימן תפ, לעניין זה:

ראיות כדין האזרחי

וה"ה בשאר דקדוקים שיש לדקדק מן השטר ולא אמרין דהאי גברא לא דקדק כל כך.  
ומוסיף השפתי כהן שם (סעיף קטן יח):  
ואפילו ידוע שאינו מבין לשון השטר מתחייב הוא בכך כיון שקיבל על עצמו ושתק.  
(כאמור, זהו הדין כפי שהוא חל, לעניות דעתי, על העניין שלפנינו, אולם ראה אצל ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי (מכון הרי פישל, תשל"ד), פרק עשירי: חוזה אחיד, עמ' 232–239, הדין בשאלת תוקפו של חוזה אחיד או תנאי אחיד כשהוא עומד בסתירה לתנאי אחר שבחוזה, לדין או להגיון).

7. חזקה שמי שיש לו ברירה,  
עושה דבר מותר ולא דבר אסור

ע"א 384/61  
מדינת ישראל נ' פסלר  
פ"ד טז 102, 106

הובא בשער זה, עמ' 405.

8. עדים התומים על שטר,  
חזקה שביררו את כשרות המתחייב בשטר

ע"א 250/70  
שרעבי ואח' נ' סוברי  
פ"ד כה(1) 429, 431

הובא בשער העשירי, משפט מסחרי, עמ' 821.

שער חמישי: ראיות

## ג. דרכי הוכחה

ראה גם בשער זה, עמ' 361 ועמ' 397.

### 1. דרכי הוכחה בעניינים המצריכים מומחיות

ע"א 407/60

פלונית נ' אלמוני

פ"ד טו 212, 216

בכיתה המשפט העליון בשבתו כבית המשפט לערעורים אזרחיים  
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים זילברג, ח' כהן

המערערת הגישה תביעה לקביעת אבהות כבית המשפט המחוזי נגד המשיב; המשיב סירב להעמיד עצמו לבדיקות דם; התביעה נדחתה מחוסר הוכחה.

השופט ח' כהן: תרעומת אחרת בפי בא-כוח המערערת, והיא שהשופט המלומד, אשר ראה גם את הילד וגם את המשיב, לא אמר בפסק-דינו מאומה על התרשמותו מן הדמיון או חוסר הדמיון ביניהם. למעשה, טוען הוא, קיים ביניהם דמיון כולט "המנקר ממש עיניים". לי נראה, עם כל הכבוד, שהשכיל השופט המלומד בשמרו התרשמותו בלבד. ממה נפשך: אם לא מצא דמיון, הרי התרשמותו אינה מועילה לא למערערת ולא למשיב; אם מצא דמיון, התרשמותו עשויה להזיק למשיב, אבל אין היא מועילה למערערת, שהרי טביעות-עיניו של השופט כגון דא אינה בגדר ראית-סיוע. אין הרבר דומה לסימני היכר שכל אדם מזהה אותם מיד בטביעות-עיניו, ללא סיכון סביר של ספק או טעות: כגון אם אדם הוא ילד או מבוגר, זכר או נקבה, לבן או שחור, וכיוצא כאלה דברים שלהבחנתם אינך זקוק – בדרך כלל – לעדות מומחים, אלא דיין בטביעות-עיניו של השופט. מה שאין כן לגבי דברים שעשויים להיות בהם פנים לכאן ולכאן: דברים אלה טעונים הוכחה בראיות, ואם יש צורך בטביעות-עין, כי אז טעונים הם בטביעות-עינים של מומחים שימסרו תוות-דעת כעדים במשפט. אמת נכון הדבר שמצינו בספרים תקדימים רבים בהם קבעו בתי-משפט את קביעותיהם גם בדברים שכאלה ושכחלוקת על-פי טביעות-עינים – לרבות גם אבהות לפי הדמיון בין הילד לבין הנטען (ויגמור, שם, עמ' 624, הערה 2); וכן קבעו בתי-דין בישראל מחלות נפש "לפי מה שיראה הדיין, שאי-אפשר לכוון הדעת בכתב" (כלשון הרמב"ם, הלכות עדות, פרק ט, הלכה י). אלא כל אלה הם נחלת העבר, ששעתם ומקומם היו בתקופות טרום-מומחיות: היום שנתברכנו במומחים מוסמכים בכל שטח ובכל נושא, לא יקח



## ראיות בדין האזרחי

השופט על עצמו את ההכרעה בשאלות שבמדע ובידיעה מומחית אך על-פי טביעות-עיניו שלו בלבד (רעיון דומה הביע הרמב"ם בלשון זו: היום כשהדיינים "אינן חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא ... ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו, כדי שלא יאמר כל הדיוט, לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה, אלא בראיה ברורה, לא כדעת הדיין ולא כאומדן..."), הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכה ב).

## 2. "חזקה שאין עמה טענה – אינה חזקה"

ע"א 213/76

**גילברג נ' פאנוס**

פ"ד לא(2) 272, 279

הובא בשער התשיעי, דיני קניין וקניין רוחני, עמ' 737.

## 3. "מיגו" (הואיל)

ע"א 88/57

**רוזנברג נ' קרמרד' ואח'**

פ"ד יב 1096, 1102–1103

בבית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני מ"מ הנשיא (חשין), והשופטים אגרנט, ריחקן

שאלת כשרותה ומידת תקפה של צוואת שכיב-מרע.

מ"מ הנשיא (חשין): ואין הודאת היורשים הדרך היחידה להוכחת צוואת-שכיב-מרע שנעשתה שלא בפני עדים. עוד שתי דרכי הוכחה ידועות כמשפט העברי, והן: "מיגו" ושטרות שנעשו בערכאות של נכרים. כתשובות הרא"ש (רבנו אשר בן יחיאל, מראשי הפוסקים, 1250–1328), כלל פג, סימן ד, אנו מוצאים הלכה זו:

מה שאמרו חכמים דברי שכיב-מרע ככתובים וכמסורים דמי – אם מועיל בלא כתיבה ובלא עדים – דע, כי בלא כתיבה מועיל, כי דבריו הם כמו בריא

#### שער חמישי: ראיות

שכתב ומסר, ויותר טובים דבריו ממה שכתב והקנה, דבהא איכא פלוגתא: איכא למאן דאמר שמא לא גמר להקנותו אלא בקנין, ואין קנין לאחר מיתה. אבל עדים ודאי צריך, אם הממון ביד היורשין. אבל אם הממון ביד מקבל המתנה והוא אומר: "נתנו לי", נאמן במיגו דאין בידי כלום או החזרתי לך ובשכרעה.

משמעותה של טענת "מיגו" היא, כידוע, זו: הואיל ("מיגו") ופלוגי יכול היה לפטור עצמו בטענת "אין בידי כלום", או "החזרתי למנוח מה שהיה בידי משלו", ולא עשה כן, אלא אמר שהמנוח נתן לו את הדבר במתנה, נאמן הוא על דיבורו; כי אילו רצה לשקר, היה כורך לו טענה אחרת שהיה קרוב יותר לזכות על פיה. שמע מינה, כי אף "מיגו" הוא מדרכי ההוכחה של הטענה הנטענת, והצוואה מקבלת תוקף לא מפני השמעת הטענה בעת הדיון בדברי השכיב־מרע, כי אם משעת אמירת דברי הצוואה על־ידי השכיב־מרע, וטענת "מיגו" משמשת רק נימוק לנאמנותו של מקבל־המתנה. לשון אחרת: דברי השכיב־מרע הם הם המקנים את המתנה לנהנה, אף אם נאמרו שלא בפני עדים, וטענת ה"מיגו" לא באה אלא כדי לשכנע את בית־הדין כי השכיב־מרע אמנם ציווה מה שאומר הנהנה שציווה. קל לנו לשער, כי אילו הוציא הנהנה את דבר המתנה מתחת ידו ומסרו ליורשים לפני שהחל בית־דין דן בענין. היתה הקרקע נשמטת מתחת לטענה זו, ושוב לא היה המקבל נאמן על דיבורו מחמת "מיגו". אך הצוואה היתה נפסלת במסיבות אלה לא משום שנעשתה שלא בפני עדי־קיום, כי אם מפני העדר אחת מאפשרויות ההוכחה הנ"ל, היינו: הודאת יורשים ו"מיגו". והר"א: תשובת רבנו גרשום מאור הגולה (965–1028 או 1040), שהועתקה בתשובות מהר"ם מרוטנבורג (רבנו מאיר מרוטנבורג, 1215–1293), סימן תחסא. וזו לשון התשובה בחלקה הנוגע לענינו:

ראובן ושמעון שותפים היו והלכו למדינות הים וחלה ראובן ונטה למות וקרא לשמעון וציווה לו: תן לפלוני מנכסי שבידך כך וכך, ולפלוני כך וכך, ונפטר ראובן... ושכ שמעון למקומו, וכבואו הושיב בי"ד וסיפר דבריו לפניו כאשר צוה ראובן, ועשה (שמעון) ציווי המת, ועכשיו תרבעת אלמנת ראובן מן המקבל מה שנתן לו שמעון, כי (אומרת) שלא (היה ראובן יכול ליתן) כלום, לפי שהכל משועבד לה בכחובתה, הדין עם מי? כך דעתי נוטה, שאין אלמנת ראובן יכולה להוציא מיד המקבל כלום, דדברי שכיב־מרע ככתובים וכמסורים דמי... ושמעון זה נאמן הוא בדבריו, לפי שעד שלא הוציא הממון הושיב בי"ד וסיפר דבריו לפניו. ושנו רבותינו (תוספתא בבא מציעא א, י) הודאת בעל־דין כמאה עדים דמי. ושליש נאמן משניהם. זה אמר בכך וזה אמר בכך, שלישי נאמן. אימתי? בזמן שהשלישות כידו. אבל אם אין השלישות בידו, הרי הוא ככל אדם (וראה גם: תשובות מהר"ם מרוטנבורג, סימן תחע).

## ד. שבועת בעל דין

### 1. אין גובין מן היתומים אלא בשבועה

ע"א 459/59

פינקלשטיין נ' פרושטייר ואח'

פ"ד יד 2327, 2331-2333

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים  
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים זילברג, זוסמן

דחיית תביעת התובעים מעובונו של מת ומאחד מירשיו לחילום עורף ההלוואה שניתנה כומונו על ידיהם למנחם – השוואת ההודאה לפי המגילה עם ה"אוריתא" של המשפט העברי.

השופט זילברג: גם המשפט העותמאני והמשפט העברי נודעה להם גישה מיוחדת – אם כי לא זהה ממש – לתביעות המוגשות נגד עזבון. סעיף 1746 (א) של המגילה: מי שתבע זכות בעזבון והביא ראיה על תביעתו, משיבוע השופט את התובע שלא נפרע את זכותו מהמת על איזו דרך שהיא, בין בעצמו ובין על-ידי אחר בעדו, שלא מחל לו, שלא המחזהו על אחר, ושאינ בידו משכון מהמת להבטחת הזכות. והמשפט העברי מה הוא אומר?

אין אלמנה נפרעת מנכסי יתומים אלא בשבועה (שלא נתקבלה כלום – רש"י, שם). נמנעו מלהשיבועה. התקין רבן גמליאל הזקן שחאה נודרת ליחומין כל מה שירצו, וגובה כתובתה. (משנה גיטין, לד ע"ב). וכן התקינו שכשתבוא לגבות כתובתה אחר מותו, לא תגבה עד שתשבע בנקיטת חפץ שלא הניח אצלה כלום, ולא מכרה לו כתובתה ולא מחלה אותה. (רמב"ם, הלכות אישות, פרק טז, הלכה ד). אין אלמנה גובה כתובתה, עיקר ותוספת, אלא בשבועה... כשמשביעין בית-דין או היוורשין את האלמנה כשתבוא לגבות כתובתה, אין משביעין אלא חוץ לבית-דין, מפני שבת-דינין היו נמנעין מלהשיבוע שחוששין שמא לא תדקדק על עצמה, ושבועה חוץ לבית-דין אינה חמורה. ועל הודאה המצויה בפנקסו של המת – דוגמת המקרה שקרה בענין שלפנינו (ראה להלן) – מצינו בחושן-משפט שני כתובים המכחישים – לכאורה – זה את זה.

ראובן שמת ונמצא בפנקסו כתוב בכתב ידו שהוא חייב לשמעון מנה, היוורשים פטורים, דמילוא בעל-פה אפילו בעדים אינו גובה מן היוורשים אלא אם כן היה תוך זמנו. (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קז, סעיף יב).

#### שער חמישי: ראיות

יש לדון על פי פנקס של אדם שרגיל לכתוב בו עניניו, ואפילו להוציא מיתומים הקטנים, היכא דיש רגלים לדבר שמה שכתוב בפנקס הוא אמת. (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן צא, סעיף ה).

לכאורה, סתירה בולטת לפנינו, אך למעשה אין סתירה כלל; כי תנאי הותנה בהלכת סימן צא הנ"ל: "היכא דיש רגלים לדבר שמה שכתוב בפנקס הוא אמת"; הוזה אומר בטרמינולוגיה המודרנית והיבשה שלנו: חייב להיות "סיוע" ממקום אחר לאמיתות ההודאה שנמצאה בפנקסו של המת, וכן כתב הסמ"ע בפירושו על חושן משפט, סימן קח, סעיף קטן כז. עיין שם. עינינו הרואות את החשדנות ואת הספקנות, בה מתייחס המשפט העברי לתביעה מן היורשים, אלא שכאן צריך להוסיף את ההערה הבאה: מכיון שדיני ישראל נוקטים, כידוע, את "שיטת ההערכה הפורמלית של העדות" בניגוד ל"שיטת ההערכה החפשית" הנהוגה בחוקים המודרניים, והדיין מצווה ועומד – פרט למקרה של "דין מרומה" (ראה: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן טו, סעיף ג) – לפסוק על-פי שנים עדים כשרים, הרי אם יש עדים כאלה המעידים על חובה-מלווה של המוריש, החשש המתעורר במות המת הוא: לא שמא לא לווה, אלא שמא פרע את החוב לפני פטירתו.

הנוסחא המשותפת שבה אפשר להגדיר את עמדת כל שלוש שיטות המשפט ההן – האנגלית, העותמאנית והעברית – היא: כאשר התביעה היא נגד עזבון או אחד מיורשיו, יש קודם-כל לעקור מן הלב את הספק, פן ואולי היתה באמתחתו של הנתבע החי טענה כל-שהיא העשויה לסכל – אם על-ידי כפירה ואם על-ידי עדות סותרת – את תביעת יריבו. לא נעקר הספק – הפסיד התובע, כי המוציא מחברו עליו הראייה, הראייה הורדאית.

רעיון זה מחייב יחס של זהירות לא רק כלפי עדותו של התובע בלבד. כי הספק הוא בעינו עומד – אולי כמידה קצת מופחתת – כאשר התביעה מסתמכת על עד זר שאינו נוגע בדבר.

## ה. נטל ההוכחה

ראה בשער השביעי, דיני נזיקין, עמ' 606.

## פרק שלישי ראיות בדין הפלילי

### א. הרשעה וזיכוי

#### 1. הרשעה על פי ראיות נסיבתיות

ע"פ 543/79, 622/79, 641/79  
נגר ואח' נ' מדינת ישראל  
פ"ד לה (1) 113, 154, 163-170

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים  
לפני השופטים שמגר, אלון, בייסקי

שופטי הרוב בבית-המשפט המחוזי הרשיעו את המערערים כרצח יוסף ארביב, הגם שגופתו לא נמצאה. לצורך ההרשעה הסתמכו השופטים על עדותו של העד העיקרי במשפט – שנסתייעה ב"דבר-מה-נוסף" – לפיה התוודרו בפניו המערערים בנפרד בהמתחו של ארביב ביריות, כאשר כל אחד מהמערערים מייחס את המעשה לחברו. כן קבעו השופטים, שהיו מרשיעים את המערערים גם ללא ההודאה האמורה, בהסתמך על ראיות נסיבתיות. לעומתם גרס שופט המיעוט, שיש לזכות את המערערים, כיון שלא הוכח מעבר לכל ספק סביר, שהם ביצעו את מעשה הרצח, מאחר שאין ליתן אמון בדברי העד העיקרי. השאלה עליה נסב הערעור היא אם ניתן להרשיע את המערערים כרצח, למרות שגופת הקרבן לא נמצאה, וזאת בהסתמך על הודאותיהם מחוץ לכותלי בית-המשפט או על ראיות נסיבתיות.

השופט אלון: 2. נחלקו הדעות במערכות משפטיות שונות, אם ניתן להרשיע אדם בפלילים על סמך הודאה שניתנה מחוץ לבית-המשפט, כאשר אינה קיימת, בנוסף להודאה, ראייה עצמאית בדבר קיומו של ה-corporis delicti, היינו הוכחה בדבר אירוע המעשה – בענייננו מותו של אדם – שנגרם על-ידי התנהגות פלילית ולא בא כדרך הטבע. בפסיקתו של בית-משפט זה נקבע, כי כאשר מצויה הודאה כזו אין צורך בראיה כאמור, ודי בקיומו של "דבר-מה" נוסף (ע"פ 290/59, בעמ' 1496). ובכך עוד ידובר להלן. אך לית מאן דפליג, כי בהיעדר הודאה מצד הנאשם, על התביעה להוכיח בראש וראשונה את קיומו של ה-corporis delicti, ותחילת כל דבר – באישום של עבירת רצח – דבר

#### שער חמישי: ראיות

מותו של אדם. מכין שלושת האלמנטים בעבירת הרצח עליהם עמדנו לעיל – מותו של אדם, מותו על-ידי התנהגות פלילית וזהות העבריין הנאשם ברצח – שני האלמנטים הראשונים יוצרים את עצם קיומה של העבירה הפלילית, ובהיעדר אחד מהם אינה קיימת עבירה כזו כל עיקר. ומשני אלמנטים אלה, על-פי טבע הדברים, הוכחת האלמנט הראשון – היינו עצם המוות – מחייבת ראייה חזקה וודאית ביותר, שהרי בלעדיו חסר היסוד העובדתי האלמנטרי של עבירת הרצח, היינו קיפוח חייו של אדם. משום כך הושם בימים עברו הדגש, כפי שעמד על כך חברי הנכבד, השופט שמגר, על מציאת הגופה או קיומה של ראייה ישירה בדבר מותו של הקרוב, שמא ביום מן הימים "יבוא ההרוג ברגליו" (בבא קמא עד ע"ב; כריתות כד ע"א), ותחברר הטעות הפאטלית שבהרשעת הנאשם...

9. רבת עניין היא דרכו של המשפט העברי בנושא שלפנינו, ויש בה כדי לאלפנו.

בע"פ 112/69 הנ"ל מביא השופט זילברג המנוח את דבריהם של רבי טרפון ורבי עקיבא: "אילו היינו בסנהדרין, לא נהרג אדם מעולם" (משנה מכות א, י); כחלמוד (מכות ז ע"א) מוסברים הדברים כך:

היכי הו עברי (=כיצד היו עושים)? רבי יוחנן ורבי אלעזר דאמרי תרווייהו (=שניהם): ראיחם טרפה הרג? שלם הרג? אמר רב אשי: אם תמצא לומר שלם הוה, דלמא במקום סייף נקב הוה (=אולי באותו מקום שפגע הסייף היה נקב, ובלאו הכי היה מת).

השופט זילברג מביא דעתם זו של רבי טרפון ורבי עקיבא – לפיה יש לזכות את הנאשם גם על סמך חשש של אפשרות רחוקה ונדירה ביותר, שלא מעשהו גרם לרצח – לעומת הדעה המקובלת בפסיקה המודרנית שלפיה –

...מכיון שיש צורך בהליכי שפוט, כדי להעניש עבריינים, מן הנחוץ הוא להתעלם מ"נסיכות רחוקות", כלומר: אירועים יוצאי דופן ורחוקים מן המציאות כאלה, אף-על-פי שייחכן וייגרם על-ידי כך עיוות-דין. זאת אומרת: המחוקק ראה לפניו את הסיכון, אך מצא שיש בו הכרח, כי אחרת לא יספקו אף פעם צרכי השיפוט, וההכרח לא יגונה". (שם, בעמ' 741; ההדגשות במקור).

ברם, דעה מרחיקה לכת זו של ר' טרפון ור' עקיבא שנויה הייתה במחלוקת אף בימיהם, ורבן שמעון בן גמליאל, נשיא ישראל, הגיב על דעתם זו במלים בוטות אלה: "אף הן מרכין שופכי דמים בישראל" (משנה מכות שם); בדבריו של רש"י: "אם היו עושים כן, היו מרבים שופכי דמים, שלא יראו מבית דין" (שם מכות ז ע"א, ד"ה אף; וכן ראה תוספות שם, ד"ה דלמא). יחד עם זאת נכון הוא, כי בקשר לאמצעי ההוכחה על עובדות המקרה, היינו אם פלוני דקר את אלמוני בסייף אם לאו, הקפיד המשפט העברי במקורו על הבאת ראיות ישירות. דברים מאירים על דרישה זו במשפט העברי וההנמקה לכך מצויים בדברי הרמב"ם (ספר המצוות (תרגום) קאפח, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשי"ח), לא תעשה, רץ), ואלה דבריו:

## ראיות ברין הפלילי

האזהרה שהוזהרנו מלהוציא לפועל את העונשים על פי אומדן חזק ואפילו קרוב לודאי, כגון שהיה אדם רודף אחר שונאו להרגו ונמלט ממנו לבית, ונכנס אותו הרודף אחרייו, ונכנסנו אנחנו אחריהם ומצאנו את הנרדף הרוג ומפרפר, ושונאו הרודפו עומד עליו כשהסכין בידו ושניהם מגואלים בדם – הרי אין הסנהדרין הורגים רודף זה על דרך קיום העונש כיון שאין שם בירור בעדים שראו את הרציחה...

ואל יקשה בעיניך דבר זה ואל תחשוב שזה דין עוול – לפי שהדברים האפשריים יש מהם שאפשרותם קרובה מאד, ומהם שאפשרותם רחוקה מאד, ומהם בינוניים בין אלו, וה"אפשר" רחב מאד. ואלו הרשתה תורה לקיים עונשים באפשר הקרוב מאד, אשר כמעט קרוב למחויב המציאות כדוגמת מה-שהזכרנו – כי אז היו מקיימים את העונשים במה שהוא יותר רחוק מזה ובמה שהוא עוד יותר רחוק, עד שיקיימו את העונשים וימיתו בני אדם בעוול באומדן קל לפי דמיון השופט. לפיכך סתם יתעלה את הפתח הזה 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 העונשים באומדן החזק מאד – הרי לא יוכל לקרות יותר משנפטר אח החוטא; אבל אם נקיים את העונשים באומדן ובדימוי אפשר שכיום מן הימים נהרוג נקי – ויותר טוב ויותר רצוי לפטר אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים.

מעניין הוא נימוקו של הרמב"ם. החשש הוא, שמשבאים אנו להסתפק בראיות נסיבתיות, ייחכן ונפריו על המידה "וימיתו בני אדם בעוול, באומדן קל, לפי דמיון השופט". משום כך מוטב להקפיד על קיומה של ראיה ישירה, גם אם בעקבות כך ייחכן שנוכח את מי שראוי היה להרשיע, שהרי מוטב ליכות אלף חוטאים מלהרשיע אדם אחד חף מפשע (על אמרה ידועה אחרונה זו, מקורה וגלגולה – ראה: G. Williams, The Proof of Guilt (London, 3rd ed., 1963) p. 186 ff. ומקום כבוד לרבנו הרמב"ם לשימוש באמרה).

10. סמוך לסיום תקופת התנאים אנו שומעים על קביעת עיקרון – שעל-פייו נהגו עוד שנים רבות לפני כן (ראה, דרך משל, המעשה המובא בשם שמעון בן שטח, ספרי (פינקלשטיין), דברים, פרשת כי תצא, פיסקא רכא, עמ' 253) – שהכניס שינוי מהותי במשפט הפלילי העברי, הן מבחינת דיני העונשין והן לעניין סדרי הדיון והראיות שבדיון הפלילי.

תניא: ר' אליעזר בן יעקב אומר: שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה (יבמות צ"ב, סנהדרין מו ע"א; ובירושלמי חגיגה, פרק ב, הלכה ב, ע"א, הנוסח הוא: "שמעתי שעונשין שלא כהלכה ועונשין שלא כתורה").

על-פי עיקרון זה מותר לו לבית הדין לדון שלא על-פי הדין שבחורה בכל התחום הנרחב של דיני עונשין וסדרי הדיון הפלילי, אם צורכי השעה מחייבים זאת, והדבר הוא "למיגדר מילתא" (יבמות, שם), היינו, כדי לגדור בפני עושי עוולה ועבריינים. לשם כך הפעילו כתי הדין, וכן ראשי הציבור על-פי סמכותם

להחקיין תקנות הקהל, חקיקה מסועפת בדרך של תקנות שהותקנו בכל הדורות ובכל התקופות על רקע של נסיבות דתיות, חברתיות, כלכליות ומוסריות שונות. תקנות אלה, שמבחינה פורמלית נאמר עליהן שהותקנו כ"הוראת שעה", משום "שהשעה היתה צריכה לכך" וכיוצא מכיטיים אלה, היו למעשה לחלק מהותי של כלל ההלכה העברית, ומובאים ונידונים הם בספרי הלכותיה, ובמיוחד בקובצי תשובותיה (ראה על כך: מ' אלון, המשפט העברי (י"ל מאגנס, מהדורה 2, תשל"ח) כרך ב 436–439). על תופעה מאלפת זו במשפט הפלילי העברי – בתקופת התלמוד ובמיוחד לאחריה – עמדתי במקום אחר, ולא כאן המקום להאריך (ראה: שם, בעמ' 421–425, 566–569. חומר רב מצוי בספריהם של ש' אסף, העונשין אחר חתימת התלמוד (ספריה משפטית, תרפ"ב) ושל י' מ' גינצבורג, משפטים לישראל (מכון הרי פישל לדרישת התלמוד, תשט"ז), ובמאמרו של י' בזק, "הריגת נפשות ודיניה בספרות השו"ת" דברי הקונגרס העולמי החמישי למדעי היהדות ג (תשכ"ט) 37. אטול רשות להביא כאן דברים, כפי שסיכמתי במקום אחר (מ' אלון, בספר הנ"ל, בעמ' 424–425):

עיקרון חקיקתי מרחיק לכת זה כריני העונשין ובסדרי הדין הפלילי, שימש כימי חכמי ההלכה בכל התקופות מכשיר רב-ערוך ורב-חשיבות בהסדרת חיי החברה העברית, ומכוחו התפתחה כמשפט העברי – ככל שאפשרה האוטונומיה השיפוטית שהוענקה למרכזים היהודיים השונים – חקיקה מרובה בתחומים השונים של דיני העונשין וסדרי הדין הפלילי. חקיקה זו העניקה סמכות נרחבת בקביעת עונשים פליליים ובהסדרת דרכי דין התואמים את צרכי השעה והחברה, אגב אזהרה כפולה ומכופלת, שלא לקפח על ידם יותר מן ההכרחי, את צלם האדם וכבודו. וכך מסכם הרמב"ם, לאחר שהוא קובע תחילה סמכות נרחבה זו שבידי חכמי ההלכה בתחום המשפט הפלילי, את חובתם בהפעלת סמכות זו: "כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה; ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו" (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכה י').

11. התפתחות מאלפת חלה בדרכי ההוכחה כמשפט הפלילי, הוא הנושא שבפנינו. נעיין באחדים מהתקדימים המנחים, ומהם הנוגעים לעניין שבפנינו. א. בסופה של המאה השלוש עשרה דן הרשב"א, רבי שלמה בר' אברהם אדרת, מחכמי ספרד, בקבילות עדותם של קרובים, של אשה, של קטין וכן בהרשעה על-פי הפללה עצמית של הנאשם (שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן שיא; תשובה זו מובאת במקוצר בשו"ת הרשב"א, המיוחסות להרמב"ן, סימן רעט; וראה עוד: שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן שצג). וזו לשון השאלה: הסכימו דעת הקהל למנות אותנו ברורים לבער העבירות (=שופטים הדנים בענינים פליליים), וכן נשבענו לעשות כן. וכתוב בתיקוני ההסכמה (=התקנה), שיהא רשות בידינו משלטון המדינה ליסר ולענש בגוף וממון לפי ראות עינינו. הודיענו, אם יעידו עדים קרובים על ראובן שעבר על



## ראיות בדין הפלילי

שבועתו והעדים ראויים לסמוך עליהם; או אם יעידו אשה וקטן מסיחים לפי תומם – יש לנו ליסר את ראובן אם לאו? וכן אם העדים או אחד מהן קרובים לראובן, ורואין אנו אמתלאות שאלו העדים אומרים אמת, יש לנו רשות לעשות על פיהם אף על פי שאין שם עדות ברורה?

ותשובת הרשב"א היא ברורה וחד־משמעית:

דברים אלו נראין פשוטים בעיני, שאחם רשאים לעשות כפי מה שנראה בעיניכם. שלא נאמרו אותן הדברים שאמרתם (בענין עדים קרובים וכו') שהם פסולים) אלא בבית דין שדנין על פי דיני תורה כסנהדרין או כיוצא בהם. אבל מי שעומד על תיקוני מדינה (=תקנות הקהל) אינו דן על הדינים הכתובים בתורה ממש, אלא לפי מה שהוא צריך לעשות כפי השעה ברשיון הממשלה, שאם לא כן... לא יענש על פי עצמו, לפי שאין אדם משים עצמו רשע מן הדין; ... אלא שבכל אלו הדברים אינם אלא כבית דין הנוהגין על פי התורה... וכן אמרו מכין ועונשין שלא מן הדין ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה... וכן הדבר פשוט בינינו ובין כל המקומות שיש תקנה ביניהם על דברים אלו.

ב. בתשובתו של ר' יצחק בר' ששת ברפת, הריב"ש, מחכמי ספרד וצפון אפריקה בטופה של המאה הארבע עשרה – אותה שלח לר' מנחם הארוך, שכיהן כדיין, תחילה בשאלמאנקה ולאחר מכן בסמורה (Zamora) – נדונה פרשת הרשעה על רצח; הריב"ש פסק, כי ניתן להרשיע את הנאשמים – כאשר אין ספק בקשר למוותו של הקרבן – על סמך ראיות נסיבתיות, ובלבד שיהיו אלה "ראיות חזקות ואמתלאות אמיתיות". וזו לשון התשובה (שו"ת הריב"ש, סימן רנא):

כבר ידעת, שכל מה שדנין דיני נפשות בזמן הזה, במקום שהותר מדינא דמלכותא (=היינו שבכתב הפריבילגיה של המלכות ניתנה רשות לבית הדין העברי לדון גם דיני נפשות), אינו מן הדין, שכבר בטלו דיני נפשות (=על התקופה שבה בוטלה סמכות השיפוט בדיני נפשות עם חורבן הבית ראה: מ' אלון, בספר הנ"ל, כרך א, בעמ' 7-8 והערה 10); אבל משום מיגדר מילתא היו בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה אם השעה צריכה... ואם בשאר העבירות היו הורגין שלא כדין לצורך השעה, אין צריך לומר בשפיכות דמים שהחמירו בו חז"ל... ומכל מקום, משום מיגדר מילתא, כיון שמת מביניהם, אם רואה אתה להמיתם, כיון שעשו כן בשאט נפש, ביד רמה ובזדון, כמו שנראה שארבו לו בלילה, וגם ביום, ובפרהסיא בפני טובי הקהל היו הולכין בכלי זיין כנגדו, הרשות בידך, וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל (הלכות רוצח, פרק ב, הלכות ד-ה); ואף לאותו שאין בו עדים, רק ראיות חזקות ואמתלאות אמיתיות.

ג. כאמור בתשובתו של הרשב"א שציטטנו לעיל (שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן שיא). נחקבל במשפט העברי, בשלב חדש זה, שאדם יורשע על-פי הפללה עצמית. אפשרות זו עמדה בניגוד לעמדת המשפט העברי במקורו, שלפיה אין מקבלין הודאח הנאשם כדי להרשיע את עצמו, לפי הכלל ש"אדם

#### שער חמישי: ראיות

קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע" (יבמות כה, ע"ב) וכפי שראינו בדברים שצוטטו לעיל מתוך הרמב"ם (סנהדרין, פרק יח, הלכה ו). על הרקע לחידוש גדול זה בדיני הראיות כמשפט העברי אנו למדים מחוץ תשובתו של הריב"ש למוקדמין (=כך נקראו מנהיגי הציבור, שלעתים קרובות מילאו תפקידים שיפוטיים) של העיר טירואל שבמחוז ארגוניה שבספרד – שם הייתה קהילה יהודית גדולה שקיימה שיפוט אוטונומי עברי אף בתחומים רבים שכמשפט הפלילי – בדבר דינו של יהודי החשוד שהוא מוסר ומלשין, והועמד לדין בפני בית הדין העברי שבטירואל (שו"ת הריב"ש, סימן רלד). וזה לשונו: עתה אין הרשות נתונה בידי בית-דין לדין בדיני נפשות רק בהורמנא דמלכא (=ברשות הניתנת מטעם המלך, השלטון הכללי) וצריך לאמת הדין אף בעיני שופטי הארץ שלא מכריחנו, למען לא יחדונו בדנים לא כצדק ולא כמשפט. גם כי עתה בזמנינו זה מה שדיני בדיני נפשות הוא לפי צורך השעה, שהרי בטלו דיני נפשות, אלא שבית דין מכין ועונשין שלא מן הדין לפי צורך השעה ואף שלא בעדות גמורה, כל שידעו באמתלאות ברורות שעבר העבירה. לזה נהגו לקבל הודאת פי העובר אף בדיני נפשות למען יתברר הדבר גם מחוץ דבריו, עם קצת אמתלאות אם אין עדות ברורה. כאשר אין עדות ברורה ניתן להרשיע את הנאשם על-פי הודאת עצמו, אך ההודאה בלבד אינה מספיקה: צריך שיתווספו לה, כדברי הריב"ש, קצת אמתלאות, רעיון המזכיר לנו בצורה מעניינת את הצורך ב"דבר-הינוסף" על הודאת הנאשם, דבר שנחחדש בפסיקתו של בית-משפט זה בע"פ 3/49 (ראה: ע"פ 290/59 הנ"ל, בעמ' 1493).

ד. חכמי המשפט העברי העריכו את העובדה, שהשלטון הזר העניק להם סמכות השיפוט הפלילי כאמצעי חיוני לקיום סדרי חברה מתוקנים בציבור העברי ולשם כך התקינו, כאמור, תקנות מרחיקות לכת בדיני הראיות בסדר הדין הפלילי.

וכך אנו שומעים מפיו של ר' יהודה בר' אשר, בנו של הרא"ש, במחציתה הראשונה של המאה הארבע עשרה בספרד:

דבר ידוע הוא כי מן היום אשר גלתה סנהדרין מלשכת הגזית, בטלו דיני נפשות מישראל; וכל מה שהדין עתה הוא לגדור פרצת-הדור. וכרוך ה' אשר נתן כזאת בלב מלכי הארץ הזאת לתת כח לישראל לדין ולבער עושי רשעה. לולי זה – לא היה קיום לישראל בארץ הזאת. וגם כמה אנשים מישראל ימלטו (מ)דיני ישראל – שהיו נהרגים על ידי שופטי הגויים. והדין שאנו דנין בדיני נפשות אינם כולם על פי התורה... (שו"ת זכרון יהודה, סימן נח).

ומה הם הדינים שעל-פיהם דנים דיני נפשות? על כך אנו שומעים מפיו בתשובה אחרת, ששלח לדייני קורדובה בקשר לאחד שנאשם בתקיפתו של אחד הדיינים ופציעתו בחבלות קשות (שם, סימן עט):

... ודבר ידוע הוא שכל המקרים המתחדשים בזמנים הם בלא מספר, אי אפשר לחקתם על ספר ולפרש כל דיניהם, ועל כן כתבו לנו רז"ל, כלל אחד

## ראיות בדין הפלילי

שכולל עניינים רבים, ונתנו כח לבית דין לגדור גדר בכל זמן לצורך שעה, כדגורסינן בפרק נגמר הדין (סנהדרין מו ע"א): תניא: אמר רבי אליעזר בן יעקב, שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן הדין, ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה... גם כי אין עדים שהכהו, מכל מקום הוחזק בעיר בקלא דלא פסיק (=כשמרעה שאינה פוסקת) שהכהו, וגם יש אמת לאות והוכחות, ועד מפי עד; וגם יש עדים שראוהו יושב במארב מכוסה עיניו בכגדיו שלא יוכר במקום שהוכה הדיין. ועוד – אחר שהוכה הדיין ברח ולא נראה עוד בעיר... נראה לי שראוי ליסרו כאילו יש עדים שראוהו שהכהו, כיון שהעונש כדי לגדור הפרצה הזאת, שיהיה כל דין רשאי לרון האמת ולא יירא מבעלי הדינין... כל דין ועונש שעושים בית דין לצורך השעה כאשר יתאמת יענישוהו עונש שיראה לבית דין ובלבד שתהיה כוונתם לרדוף הצדק והאמת בלבד, בלא שחוף כוונה אחרת".

ה. לא כל תפוצה יהודית בגולה נהנתה מאוטונומיה שיפוטית נרחבת זו בתחום המשפט הפלילי, ויש שבאותה תפוצה עצמה נשתנתה סמכות השיפוט מתקופה לתקופה (ראה: מ' אלון, בספר הנ"ל, כרך א, בעמ' 11 והערות 23–25; בעמ' 36 והערה 112). כפי שראינו נהנה המרכז היהודי בספרד מסמכות שיפוט פלילית נרחבת – אף כדי הוצאת פסקי-דין מוות – במשך תקופות ניכרות, ובתקופה מסוימת מצאנו סמכות שיפוט זו אף במרכז היהודי שבפולין; ומתוך כך עדים אנו אף במרכז זה לשינויים בדיני הראיות בדין הפלילי העברי. וכך אנו שומעים, דרך משל, מתשובתו של ר' מאיר מלובלין, מחכמי פולין במאה השש עשרה (שו"ת מהר"ם מלובלין, סימן קלח):

הגיע לידי הפסק דין אשר חרצת על דבר המעשה המכוער והזר, עון הרציחה שעשה אחד מפריצי בני עמינו, כנזכר בהעדויות אשר שלח מעלת כבוד תורתו לידי. הגם שעד השני הוא עד מפי עד מסתמא המעשה הרע הוא ידוע ומפורסם... שיסוד הכל שבנו עליו הפוסקים שפסקו שגם בזמן הזה יש כח כיד בית דין להעניש, אחד בעונש גוף או מיתה, הוא מהא דאיתא בפרק נגזר הדין (סנהדרין מו ע"א) ובפרק האשה רבה (יבמות צ ע"ב); תניא: אמר רבי אליעזר בן יעקב: שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן הדין, ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה... שבית דין מכין ועונשין כדי לעשות גדר... שכתב רבינו ירוחם... וזה לשונו: וכל זה אפילו בחוץ לארץ ואפילו בלא התראה וכו' ואפילו דליכא עדות ברורה, כל שנראה לדיין לעשות עושה...

(וראה עוד: שו"ת איתן האזרחי, לר' אברהם הכהן רפפורט, מחכמי פולין בתחילת המאה השבע-עשרה, תשובות מג-מד, ובתשובה הסמוכה מה, משל ר' מאיר בר' אברהם ז"ק, מחכמי פולין שבמאה השש-עשרה).

ו. הלכות אלה באות לידי ביטוי בצורה מקוצרת בספרות הפוסקים המאוחרת. רבי יעקב בר' אשר, בעל הטורים, מקדיש סימן אחד (טור, חושן משפט, סימן ב) וחלק קטן מסימן אחר (תכה, סעיפים א-ג) לסמכות השיפוט הפלילי בזמן הזה, וכותב הוא, בין היתר:

#### שער חמישי: ראיות

אם רואין בית דין שצורך שעה הוא שהעם פרוצים בעבירות, דנין בין מיתה, בין ממון ובין כל מיני עונש... ונראה שאפילו אין בדבר עדות גמורה שהיה מתחייב על פיהם בדין בשעה שהיו דנים דיני נפשות, אלא שיש רגלים לדבר וקלא דלא פסיק – אם נראה לדיין שיש צורך השעה לדונו בכך, הרשות בידו... ובכל יהו מעשיו לשם שמים ואל יהא כבוד הבריות קל בעיניו (טור, חושן משפט, סימן ב).

ורבינו יוסף קארו, בשולחנו הערוך, אף מקצר הרבה יותר בעניין דרכי ההוכחה:

כל בית דין... אם רואים שהעם פרוצים בעבירות (ומוסיף הרמ"א: ושהוא צורך השעה) דנין בין מיתה, בין ממון, בין כל דיני עונש, ואפילו אין בדבר עדות גמורה... וכל מעשיהם יהיו לשם שמים (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ב, סעיף א, וראה שם, סימן תכה, סעיף א, דברי הרמ"א).  
בולט הוא הקיצור המופלג בדיונם של בעל הטורים והשלחן ערוך במשפט הפלילי העברי, הן מבחינת דיני העונשין המהותיים והן מבחינת דרכי הדין וההוכחה, לעומת דיונם המפורט של שני פוסקים אלה בדיני המשפט האזרחי, המהותי והדיוני, וסביר להניח שבמידה מסוימת גרמה לכך מיעוטה של האוטונומיה השיפוטית הפלילית העברית כאותה שעה, לעומת האוטונומיה הנרחבת בתחום המשפט האזרחי והמינהלי ממנה נהנו תפוצות ישראל בכל אתר ואתר. גורם מסוים נוסף ניתן לראות גם בעובדה, שהעבריינות לא הייתה נפוצה ביותר בקהילות ישראל, אם כי – כאמור לעיל – אף בכך היו תקופות של "שפל" ו"גיאות".

12. סיכמו של דבר. ברכות הימים ועם שינוי העתים, לא יכול היה המשפט העברי לעמוד בדרישה "שלא יקרים שום עונש אלא עד שיהיו שם עדים המעידים שכרור להם אותו המעשה, כירור שאין בו שום ספק, ואי־אפשר להסבירו אחרת בשום אופן" (ספר המצוות לרמב"ם, צוטט לעיל). צריך היה, משום צרכי השעה, להרשיע גם על־פי ראיות נסיבתיות, על־פי "אומד ודימוי". וכדי למנוע את החשש שירשיעו על־פי "אמדן קל לפי דמיון השופט", נשנתה, וחזרה ונשנתה הדרישה, שהעדות, גם אם אינה ישירה וברורה, צריך שתהא כזאת שהדיינים "נראה להם שהענין אמת" (שו"ת הרשב"א, המיוחסות להרמב"ן, סימן רעט) ודנים כאשר דנים רק "כאשר יתאמת" "ושתהיה כוונתם לרדוף הצדק והאמת בלבד, בלא שתוף כוונה אחרת" (שו"ת זכרון יהודה, סימן עט). מתוך כך הותרה במשפט העברי קבלת עדותם של עדים קרובים ופסולים על־פי דין, של הפללה עצמית אם יש עמה "קצת אמתלאות" התומכות בה, ושל עדות נסיבתית בקשר להרשעת אדם ברצח, כאשר אין ספק בקשר למותו של הקרבן. ומגמה זו מעניינת ומאלפת היא גם לענייננו.

ראיות ברין הפלילי

ע"פ 90/81

## גולדשטיין נ' מדינת ישראל

פ"ד לו(1) 610, 612

כביח־המשפט העליון בשכתו כביח־משפט לערעורים פליליים  
לפני השופטים בן־פורת, לין, שילה

המעצור הורשע בבית־המשפט המחוזי ברצח אמו. הרשעתו כוססה על ראיות נסיבות בלבד. מכאן ערעורו, המתבסס על הטענה, שהמסקנות אותן הסיק בית־המשפט אינן מחיבות המציאות.

השופט שילה: כאמור, אנו ערים – כפי שהיה ער גם בית־משפט קמא – לכך, שראיות התביעה הן נסיבותיות. הצד השווה שבין ראיות ישירות וראיות נסיבותיות הוא, שאין להשתית הרשעה לא על אלה ולא על אלה, אלא אם אין הן מותירות ספק סביר בנכונותה, כלומר, מוליכות הן אליה על דרך ההיגיון כמסקנה אפשרית יחידה, ובו בזמן שוללות הן כל מסקנה סותרת. ... המשפט העברי הקדום שלל הרשעה שלא על־פי עדות ישירה והסתייג מדיון על־פי "אומד", כלומר, הסקת מסקנה המוליכה אל הרשעה מתוך ראיות נסיבותיות. תוך כדי הבחנה בין ראיה ישירה ל"אומד" מובאת בתלמוד (סנהדרין לו, ע"ב) דוגמה מובהקת לראיות נסיבותיות, שאף כי, לכאורה, נראות הן כמחייבות הרשעה, הרי אין בהן משום ביסוסה מחמת הספק, המתלווה אל הדברים:

כיצד מאומד? אומר להן [לעדים]: שמא כך ראיתם, שרץ אחר חברו לחורבה, ורצתם אחריו ומצאתם סייף בידו ודמו מטפף, והרוג מפרפר, אם כך ראיתם, לא ראיתם כלום...

## 2. אין להרשיע נאשם באומד הדעת אלא בהוכחות חותכות

בג"צ 224/73

## הראל נ' השופט גלעד ואח'

פ"ד כח(1) 337, 343

הובא בשער הרביעי, בחי דין וסדריהם, עמ' 349.

שער חמישי: ראיות

### 3. זיכוי נאשם שיש ספק באשמתו

ע"פ 112/69

#### חליחל נ' מדינת ישראל

פ"ד כג(1) 733, 741

בבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט לערעורים פליליים  
לפני מ"מ הנשיא (זילברג), והשופטים ח' כהן, מני

בבית-המשפט המחוזי הורשע המערער בעבירת רצח. בית-המשפט קיבל חוות-דעתו של המומחה לכליטיקה וקבע על-פיה שהיריות, הלא-קטלניות, נורו בידי הנאשם ומכך הסיק שגם היריות שגרמו למות המנוח נורו מאקדחו של הנאשם. בבית-המשפט העליון העלה סניגורו של המערער השגות על מומחיות העד המומחה לכליטיקה ועל פרטי עדותו ותוצאות בדיקותיו.

מ"מ הנשיא (זילברג): חברי הנכבד מונה את השופטים המלומדים בכך שהם החילו על המקרה דגן את אמירתו של הפרופ' ויליאמס בקטע שצוטט לעיל. חברי אומר, כי אין דבריו של פרופ' ויליאמס ענין לכאן:

הוא (ויליאמס) יוצא מן ההנחה שאשמתו של הנאשם כבר הוכחה בהוכחות למכביר – למשל, שהנאשם הוא אשר ירה את היריות שהן שגרמו למות הקרבן. לאחר הוכחה שכזאת, אין מקום להפליג למרחקים ולשער שמא מת הקרבן משבץ הלב, שניה לפני שהכדור פילח את לבו.

לי נראה, ככל הכבוד ויקר לחברי המלומד, כי לא לכך התכוון פרופ' ויליאמס שם, – לא למקרה בו כבר הוכח שהנאשם הוא שירה את היריות שגרמו למות הקרבן. המלומד האנגלי שם מביע את הרעיון, כי אל לו לבית-המשפט, לחוש לאירוע מאורע רחוק ויוצא דופן העולה, אם אמנם התרחש, בקנה אחד עם חפותו של הנאשם בעוד שהעדויות שהושמעו במשפט, ושבת-המשפט מאמין בהן, מוליכות למסקנה סבירה הרבה יותר והיא שהנאשם איננו חף. ויליאמס מסתייג כאן, למעשה, מעמדתם של התנאים רבי טרפון ורבי עקיבא שאמרו:

אילו היינו בסנהדרין לא נהרג אדם מעולם (משנה מכות ז ע"א).

והגמרא שם אומרת על כך:

היכי הווי עבדי (כיצד היו עושים?) ר' יוחנן ור' אלעזר דאמרי תרווייהו: ראיתם טריפה הרג, שלם הרג? אמר רבי אשי אם תימצי לומר שלם היה, דילמא במקום סייף נקב היה? (כלומר: אולי היה שם נקב אשר בגללו היה מת בלאו הכי).

וטעמו של ויליאמס "החולק" על התנאים, הוא, כי אף-על-פי שעובדות נדירות כאלה עשויות להתקיים לעתים, ועל-ידי התעלמות מהן, יכול וייגרם, בהזדמנות נדירה, גם עיוות-דין, הרי אפשרות זו "אינה שקולה כנגד צרכי השיפוט, ובסיכון כזה יש משום הכרח".

## ראיות בדין הפלילי

הווה אומר: כנגד השקפתם של התנאים, הסוברים כי יש לשחרר את הנאשם בכל מקרה בו קיים אפילו ספיק־ספיק־ספיק־ספיקא באשמתו, סכור הוא, וויליאמס, וזו היא דעתה של כל הפסיקה המודרנית, כי מכיון שיש צורך בהליכי שיפוט, כדי להעניש עבריינים, מן הנחוץ הוא להתעלם "מנסיבות רחוקות", כלומר: אירועים יוצאי דופן ורחוקים מן המציאות כאלה, אף־על־פי שייחכן וייגנם על־ידי כך עיוות־דין. זאת אומרת: המחוקק ראה לפניו את הסיכון, אך מצא שיש בו הכרח, כי אחרת לא יסופקו אף פעם צרכי השיפוט, וההכרח לא יגונה.

ד"ג 30/75

### קובי נ' מדינת ישראל

פ"ד ל(2) 757, 786-787

הובא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 455.

#### 4. אין להרשיע נאשם על סמך הודאתו – "אין אדם משים עצמו רשע"

ע"פ 290/59

### פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד יד 1489, 1494-1495

בבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים פליליים לפני הנשיא (אולשן), מ"מ הנשיא (אגרנט), והשופט לנדוי

ערעור על פסק־דינו של בית־המשפט המחוזי, חיפה (מ' עציוני, נשיא־תורן, והשופטים י' גוברניק, מ' בן־זאב), מיום 1.12.59, בתי"פ 178/59. לפיו הורשע המערער כעבירה לפי סעיף 13(ג) לפקודת הסודות הרשמיים ונידון לשנתיים וחצי מאסר, ובעבירה לפי סעיף 7 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954, ונידון לשנה אחת מאסר, כששני הענשים חופפים, הערעור נדחה.

השופט לנדוי: אולי ניטיב לעשות, לשם הבנת הבעיה שלפנינו, אם נשאל מה הטעם המונח ביסוד השקפתם של "המחמירים", שאינם מוכנים לתת את ידם להרשעת אדם רק על־פי הודאתו מחוץ לבית־המשפט, ונשיב על שאלה

שער חמישי: ראיות

זו בלשונו של ויליס בחיבורו הקלטי על ראיות נסיבתיות (Circumstantial Evidence), מהדורה 6, בעמ' 109:

דברי הימים של בתי-המשפט מלאים מקרים, שיש בהם משום אזהרה נגד הסכנה שבהסתמכות בלתי-מסוייגת על הודאות, אפילו הן חפשיות מכל חשד של לחץ, פיסי או מוסרי, או השפעה רעה אחרת. וכמה תמורה יותר סכנה זו, כאשר ההודאה היא הראייה היחידה לעובדה שנעברה עבירה! וכמה גדול יותר לאין שיעור הוא הצורך במקרים אלה לבחון כשבע עיניים את כל הנסיבות הסיככות, העלולות לגרום להודאה כוזבת! הסבל שבעינינו גוף, הפחד מהפעלתם, התקווה להימלט ממצוקת העבדות או מתלאות השירות הצבאי, לאות הנפש, אשליה עצמית, הרצון לחפות על קרוב או ידיד אשם מפני עונש המשפט, דחיפת היאוש נוכח לחצן של הנחות אשמה חזקות, שלכאורה אינן ניתנות לסתירה, התקווה להימלט מהעונש על לא עוול ומחרפה – אלה ומניעים רבים אחרים גרמו לא אחת להודאות באשמה, שהיו נטולות יסוד.

החשש מהודאות כוזבת מתייחס איפוא למניעים חיצוניים של לחץ פיסי או מוסרי המופעל על-ידי אחרים, וגם למניעים פנימיים הפועלים בלבו של "המודה", ללא כל לחץ חיצוני מדי. אשר למניעים פנימיים אלה הפנה אותי חברי השופט זילברג אל דברי הרמב"ם, המתאר את המניע של "לאות הנפש" במלים אלה:

... הסנהדרין אין ממיתין ולא מלקין המודה בעבירה שמא נטרפה דעתו בדבר זה. שמא מן העמלים מרי נפש הוא המחכים למות שתוקעין החרבות כבטנם ומשליכין עצמן מן הגגות שמא כך זה יבא ויאמר דבר שלא עשה כדי שייהרג... (הלכות סנהדרין פרק יח, הלכה ו').  
אותו רעיון מביע השופט חשין ז"ל בדברו בע"פ 48/54, על נאשם האומר "להתאבד" בהודאתו.

ע"פ 242/63

קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד יח (3) 477, 497

בבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים פליליים  
לפני השופטים ברנזון, מני, הלוי

המערער הוכא לדין בבית-המשפט השלום על חמישה פרטי אישום לפי סעיף 77 לפקודת מט הכנסה, 1947.

השופט הלוי: עקרון החיסוי מהפללה עצמית – "אחד העקרונות הקדושים ביותר בחוק בארץ הזאת" (דברי לורד Eldon ב"כ 531, 540 Ex parte Buck.



## ראיות בדין הפלילי

(Cossens (1820) – עקרון המשפט המקובל, שהועלה כארצות-הברית לדרגת "חוקה" על-ידי "התיקון החמישי" ("איש לא יוכרח בכל משפט פלילי להיות עד נגד עצמו") – מקורו – כן נראה לי – בתורת ישראל ובמטבע שטבעו חכמים: "אין אדם משים עצמו רשע" (סנהדרין ט ע"ב). על מקורו זה של הכלל מעיד נוסחו הלטיני: "Nemo tenetur se ipsum accusare" (או "prodere") שאינו אלא תרגום מילולי מעברית, וכן מעידים עליו עקבותיו בכתבי אבות הכנסיה (עיין המובאות במאמרו של Riesenfeld, Law Making and Legislative Precedent in American Legal History, 33 Minn. L. Rev. 103, 118 (1949), שהועתקו ב-1954) Rev. 103, 118 (1949), עמ' 253, הערות 9-10; ועיין בנוגע לתולדות העקרון באנגליה עמ' 2250 (Wigmore, Evidence, Mc Neughton Revision (1961), 2250). עם קליטת "מהות המשפט המקובל" בארצנו, דרך צינור הסימן 46, לדבר-המלך-במועצתו על ארץ-ישראל וסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, חזר עקרון המשפט העברי לצור מחצבתו. אמנם יש להבחין היטב בין משמעותו המקיפה של העקרון במשפט העברי, לפיו אין אדם יכול להפליל את עצמו על-ידי הודאת פיו, לבין משמעותו המצומצמת יותר במשפט המקובל, לפיו אין אדם חייב להפליל את עצמו. "אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע" (סנהדרין, שם), פירוש רש"י: "כלומר על עדות עצמו אינו נעשה רשע, שהרי תורה פסלה קרוב לעדות".

ע"פ 532/71

### בחמוצקי נ' מדינת ישראל

פ"ד כר(1) 543, 556-557

הוכא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 510.

ע"פ 715/78, 774/78

### לוי נ' מדינת ישראל

פ"ד לג(3) 240, 228, 241

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים לפני הנשיא (זוסמן), והשופטים ח' כהן, ברק

השופט ברק: 1. המערער הועמד לדין בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב באשמת רצח, עבירה לפי סעיף 214(ב) לפקודת החוק הפלילי, 1936. בית-המשפט המחוזי (כבוד הנשיא התורן ב' כהן, והשופטים מ' טלגם וא' רינוגרד)

שער חמישי: ראיות

הרשיע את הנאשם ברוכ דעות כאשמת רצח. שופט המיעוט, השופט מ' טלגם, גרס כי יש להרשיע את הנאשם בהריגה. מכאן הערעור שלפנינו...

השופט ח' כהן: אני מסכים, ואין ברצוני להוסיף אלא מלים אחדות לענין קבילותה ומשקלה של הודיית חולה נפש.

... לא באה לפני בית-המשפט ראייה רפואית לשלול רצונו של חולה הנפש, והנסיבות שהוכחו לפניו לפי סעיף 12 לא העלו חשש לכל "לחץ חיצוני" שהיה בו כדי לשלול רצונו לעשות את הודייתו, כי אז תתעורר שאלת אמיתותה של ההודיה – שהיא, כפי שהראה חברי הנכבד, שאלה בדבר משקלה ההוכחתי של ההודיה, וכשם שלענין עדותו של חולה נפש יודע בית-המשפט, כי מן המפורסמות הוא, שיש ומחלת נפש מביאה לידי הזיות, הלוצינאציות וחלומות בהקיץ שאין להם ולא כלום עם המציאות הריאלית, כן לענין הודיותיו של חולה נפש יודע בית-המשפט, כי מן המפורסמות הוא, שיש ומחלת נפש מביאה לידי דילריות של התוודות, עינוי עצמי והכאה על חטא הנובעות מרגשות אשם נסתרים ומודחים ושאיין להן ולא כלום עם הפשע המדובר בו (ראה למשל: (Noyes, Modern Clinical Psychiatry (4th ed.) p. 106). תופעה פתולוגית זו כבר היתה ידועה לאדוננו הרמב"ם, ז"ל, שכתב וזו לשונו: "גזירת הכתוב היא שאין ממיחין בית דין ולא מלקין את האדם בהודאת פיו... שמא נטרפה דעתו בדבר זה, שמא מן העמלין מרי הנפש הוא המחכים למות, שתוקעין החרבות בביטנם ומשליכין עצמם מעל הגגות, שמא כך זה יבוא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג" (הלכות סנהדרין, פרק יח, הלכה ו). ואם לפי דין התורה פסולה הודייתו של כל אדם כראיה בפלילים נגדו מחשש שמא חולה נפש הוא, אין לחמוה שחולה נפש פסול לכל עדות מן התורה (רמב"ם, הלכות עדות, פרק ט, הלכה ט); ששיטת חקר האמת בדין התורה שונה מדיני הראיות שלנו בעיקר בכך שבטרם הגיעו לידי פסילת עדות מחמת שהיא עדות שקר, תחילה פסלו כל עד המוחזק כעד שקר, אם באשר הוא רשע העלול לשקר מתוך הזדון, ואם באשר הוא חולה נפש העלול לשקר מתוך ההזיה. אנחנו שאין אנו יכולים עוד לפסול רשעים, באשר כולנו בחזקת רשעים העלולים לשקר, גם חולי נפש לא נפסול – ולו רק משום שלכבוד הרשעים כבר אמונים אנו בלאו הכי להבחין, גם בעדותו של שקרן, בין האמת לבין השקר שבדברי העד.

ע"פ 543/79, 622/79, 641/79

נגר ואח' נ' מדינת ישראל

פ"ד לה (1), 113, 166-168

הובא כשער זה, עמ' 415.

ראיות בדין הפלילי

ת"פ (ת"א) 683/79

מדינת ישראל נ' פרסמן ואח'

פ"מ חשמ"ב(2) 98, 117

בכיתחמשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

תוך דיון באשמתם של הנאשמים נדרש בכתחמשפט בין השאר לשלוש סוגיות: א. פירושי סעיפי חוק הפיקוח על מטבע חוץ באשר למשמעות המרכיב של "נסיבות מחמירות" בעבירות של החזקת זהב ועיסקה בו ללא היתר; ב. משמעות סירובם של הנאשמים למסור למפקח מידע ומסמכים, בחוקף סמכותו על פי החוק הנ"ל, בנצלם את זכותם כנגד הפללה עצמית; ג. משמעותה של "הפרת אמונים" בסעיף 248 לחוק העונשין.

השופט אילן: למעשה כבר דן ביהמ"ש העליון פעם אחת בשאלה אם עקרון החיסוי מהפללה עצמית הוא עקרון יסוד גם במדינתנו. בע"פ 242/63 קריתי נ' היועמ"ש בעמ' 497 נאמר מפי כב' השופט הלוי, לאחר שהוא מכנה את עקרון החיסוי מהפללה עצמית כעקרון מקודש של המשפט המקובל:

עם קליטת "מהות המשפט המקובל" בארצנו דרך צינור הסימן 46 לדבר המלך במועצתו על ארץ ישראל וסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט תש"ח-1948 חזר עקרון המשפט העברי לצור מחצבתו.

כדי להבין את הדברים צריך לדעת כי בתחילת הקטע מאזכר השופט הנכבד את דברי הלורד אלדון במשפט Ex Parte Cossens מ-1820 בו הוא מכנה את עקרון החיסוי מהפללה עצמית "אחד העקרונות המקודשים ביותר בחוק כארץ הזאת". הוי אומר אנגליה. לאחר מכן מביע השופט הנכבד את דעתו כי מקורו של העקרון של המשפט המקובל בעקרון של המשפט העברי "אין אדם משים עצמו רשע" כפי שמעיד עליו שמו הלטיני 'nemo tenetur se ipsum accusare' ולכסוף הוא מגיע למסקנה שהעקרון חזר לצור מחצבתו אם כי השופט הנכבד מבחין בין משמעותו של העקרון במקורו העברי לפיו אין אדם יכול להפליל עצמו לבין גלגולו במשפט המקובל שאין אדם חייב להפליל עצמו.

שער חמישי: ראיות

ע"פ 614/80, 556/80

## עלי ואח' נ' מדינת ישראל

פ"ד לז(3) 169, 184, 186-188

בכיתה-משפט העליון בשבחו כבית-משפט לערעורים פליליים  
לפני השופטים בן-פורת, אלון, שילה

המערערים בע"פ 556/80 הורשעו בכיתה-משפט המחוזי ברצח לפי סעיף 300(א)(3) לתוקף העונשין, תשל"ז-1977, ובניסיון לשדוד את הנרצח, עבירה לפי סעיפים 402(ב) ו-32 לתוקף. המערער בע"פ 614/80 זוכה מאשמת הרצח והורשע בניסיון לשדוד לפי סעיף 403 סיפא לתוקף. האירוע עניינו רצח בעת ניסיון שוד של הנרצח שהתגורר בחצר מוסך, בו היו המערערים בע"פ 556/80 שומרים. המערער בע"פ 614/80 הינו מכר של המערערים האחרים, שנהג לבקום לעתים מזומנות. הרשעת המערערים בוססה על הודעותיהם במשטרה. המערערים בע"פ 556/80 מערערים על הרשעתם והמערער בע"פ 614/80 – על חומרת עונשו. המשיכה מערערת על זיכוי המערער בע"פ 614/80 מעבירת הרצח.

**השופט אלון:** כלל גדול נקוט בפסיקתו של בית-משפט זה, כי אין להרשיע אדם על סמך הודאתו בלבד, אשר נמסרה מחוץ לכותלי בית-המשפט, גם כאשר הודאה זו נחקבלה ונמסרה כרת וכדין ללא לחץ חיצוני. הסיבה לכך היא, בראש ובראשונה, כי חוששים אנו מפני "לחץ פנימי", בו נתון הנאשם, שמא מייחס הוא לעצמו מעשה עבירה, שבוצע על-ידי מישהו אחר (ע"פ 290/59, בעמ' 1497). חשש זה מצא את ביטויו בדברי הרמב"ם, לאמור: "שמא מן העמלין מרי נפש הוא המחכים למות שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמן מן הגגות, שמא כך זה יבוא ויאמר דבר שלא עשה כדי שייהרג" (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק יח, הלכה ו) ודבריו הובאו בהקשר זה בע"פ 290/59 בעמ' 1495, ובע"פ 543/79, 622, 641, בעמ' 162).

לאור הדברים האמורים, מן הראוי, לדעתי, כי המדיניות בסוגיה זו של הסתמכות על הודאת הנאשם תהא שונה מהמדיניות הנקוטה לאחרונה בידי המחוקק, המקלה עם התביעה בעניין קבלת הודעה מפי עד, שנמסרה מחוץ לבית-המשפט, בתנאים ובנסיבות מסוימים (סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש]). בעניין אחרון זה טעם רב יש בהקלה זו על התביעה, לרגל התגברות התופעה של הטלת פחד ואיומים על עדים, שיתזרו בהם מהודעותיהם שמסרו במשטרה. אך נימוק זה אין לו עמידה לעניין הדרושה והצורך בדבר-מה-נוסף במקרה של הודאת נאשם; להפך, כפי שראינו, התגברות הפשע והשתלטות של פושעים בעלי זרוע על עבריינים חלשים וכפופים להם מחייבות זהירות מיוחדת נוספת בהסתמכות על הודאת הנאשם בלבד, אף אם נמסרה בבית-המשפט. בכגון דא חל הכלל הגדול הנקוט בידינו, כי "יותר טוב ויותר רצוי לפטר אלף חוטאים מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים" (רמב"ם, ספר המצוות (תרגום י' קאפה, הוצאת מוסד הרב קוק, תשי"ח), לא תעשה, רצ). ולא זו בלבד; אלא הענשת חפים מפשע, על-פי הודאתם, עלולה לחפות על האשמים

## ראיות בדין הפלילי

האמיתיים, שיצליחו להתחמק מלכוא על עונשם, וימשיכו לסכן את שלום הציבור וביטחוננו. דומה שהתגברות האלימות של בעלי זרוע מאורגנים ומסוכנים, המטילים חתים לא רק על הציבור בכללו אלא גם על שותפיהם "הזוטרים", שייטלו על עצמם את פשעי "הגדולים", מחייבת לנהוג במשנה זהירות, בטרם נבוא להרשיע אדם על סמך הודאתו בלבד. ואשר על-כן מציע הייתי למחוקק לשקול ולהוסיף על ההלכה הקיימת ולקבוע, כי אף אם נמסרה הודאת הנאשם בבית-המשפט, אין להרשיע על פיה בלבד, אלא אם מצוי דבר מה נוסף לחיזוקה ולאימותה של הודאתו.

7. מאלף לציין את עמדת המשפט העברי בסוגיה נכבדה זו של הודאת הנאשם בפלילים. כידוע, גרס המשפט העברי במקורו, כי אין מקבלין כל עיקר הודאת הנאשם, המרשיע את עצמו, לפי הכלל ש"אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע" (יבמות כה, ע"ב); הרשעת עצמו בפלילים לא הייתה קבילה כל עיקר, בין שהנאשם הודה מחוץ לבית-המשפט ובין שהודה בבית-המשפט, ואף אם היה סיוע להודאתו, ואין אדם מורשע בפלילים אלא על-פי ראיות ועדים המעידים על כך. כמשך הזמן, לפי צורכי השעה והחברה, חלו שינויים מפליגים בכיוון הקלת דרכי ההוכחה במשפט הפלילי, הוכשרה קבילותם של עדים, שהיו פסולים לפי הדין, ואף הסתפקו בראיות נסיבתיות, אם הן חזקות ומשמעותיות (ועל כך עמדנו בהרחבה בע"פ 641,622,543/79 הנ"ל, בעמ' 163–170). במסגרת שינויים גדולים אלה נקבעה גם אפשרות הרשעה על-פי הפללה עצמית של הנאשם (שו"ת הרשב"א, חלק ד סימן שיא), אך תנאי נקבע, כי הודאת הנאשם בלבד אינה מספיקה, אלא אם יש עמה "קצת אמתלאות", המוכיחות אמיתותה של ההודאה: "לזה נהגו לקבל הודאת פי העובר (העברייין – מ' א') אף בדיני נפשות למען יתברר הדבר גם מתוך דבריו, עם קצת אמתלאות, אם אין עדות ברורה" (שו"ת הריב"ש, סימן רלד). כאשר אין עדות ברורה, ניתן להרשיע את הנאשם על-פי הודאת עצמו, אך ההודאה בלבד אינה מספיקה; צריך שייתוספו לה, כדברי הריב"ש, קצת אמתלאות, היינו בלשוננו דהאינדא – דבר-מה-נוסף. ו"קצת אמתלאות" נוספות אלה דרושות הן בכל מקרה של הרשעה על-פי הודאת הנאשם בלבד, אף אם נמסרה בבית-המשפט. דומה כי דרך זו רצויה וטובה היא, הן מבחינת טובת הנאשם, לבל יורשע על לא עוול בכפו, והן מבחינת מציאת האשמים האמיתיים, לבל יימלטו מהרשעתם בדין וכדין.

## ב. מידת ההוכחה

### 1. אין באיומים כדי לייחס למאיים מעשה עברה

צ"פ 19/50

#### דנוך נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד ה' 81, 84, 88-89, 91

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים  
לפני השופטים דונקלבלים, אסף, חשין

השופט אסף: 1. זהו ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, בתיק פשעים חמורים מס' 172/49, מיום כ' בשבט תש"י (7.2.50), שלפיו הורשע המערער יהושע בן יחיא דנוך, ברצח בכוונה תחילה, כהתאם לסעיף 214(ב) של פקודת החוק הפלילי 1936, ונידון למיתה.  
2. וכך היה מעשה: הנאשם, יהושע דנוך, והנרצח, המנוח מסעוד שוישה, עסקו בעסקי השוק השחור בבשר. המנוח היה חשוד על מגע קרוב עם המשטרה, והיה מקבל מן הקצבים דמי "לא יחרץ". היחסים בין הנאשם ובין המנוח היו מתוחים ביותר, ובימים האחרונים לפני הרצח, אחרי שהמשטרה ערכה חיפושים בכרם התימנים והחרימה בשר, גדל הרוגז עוד יותר, כי הנאשם חשד במנוח שהוא הוא שהלשין במשטרה. ביום אחרון של חול המועד פסח, כ' בניסן תש"ט, אחרי שהמשטרה החרימה שוב בשר, האשים הנאשם את המנוח בהלשנה ואמר לו: "אתה סדרת אותי ואני אסדר עוד אותך". לפי נוסחא אחרת, אמר לו: "אני עוד הערב אסדר אותך". בעדותו בבית-המשפט הודה הנאשם בנוסחא הראשונה והכחיש את הנוסחא השנייה. באותו ערב, כליל החג, בשעה 8.20 בקירוב, נורה המנוח בצאתו מבתו. נפגע ב-5-6 כדורים וכעבור חצי שעה מת מפצעיו...

11. אף לע"פ 203/45 (46 אל"ר, 16) יש חשיבות לענייננו. שם הואשמו שניים בשוד. אחד זוכה והשני הורשע. זה שהורשע ערער על פסק הדין. השופט קבע, שבשוד השתתפו שניים, וכל השאלה היתה שאלת זיהוי. המזוהה היה עד אחד והשופט קיבל את עדותו בזיהויו של אחד ודחה אותה בנוגע לזיהויו של השני...

בע"פ 203/45 ראה העד בעצם רק את הנאשם האחד, את זה שהמסכה נפלה מעל פניו, וניתן לו לזהותו זיהוי מלא, ואילו את הנאשם השני ראה כשפניו מכוסים ברובם במסכה, ורק את מקצתם ראה, ואין במקצת ראייה ככל ראייה. אף בעדים הכאים להעיד על אשה שמת בעלה, כדי להתירה להנשא אמרו חכמים: "אין מעידין (על האישה שמת) אלא על פרצוף פנים עם החוטם אף על פי שיש

## ראיות בדין הפלילי

סימנים בגופו ובכליו". וכך נפסקה ההלכה (רמב"ם, הלכות גירושין, פרק יג, הלכה כא, ושולחן ערוך, אבן העזר, סימן יז, סעיף כד), אף שכידוע הקילו חכמים כמה קולות בעדות אשה משום עגון. מה שאין כן במקרה שלפנינו. כאן העיד נסים, שראה את שלשת הנאשמים יהושע, שמשון ונג'ר, כשהם הולכים בכיוון המוביל לביתו של המנוח ואקדה בידי כל אחד מהם, וכעבור רגעים מועטים, אחרי הירוות, ראה, לדבריו, שוב את שלשת הנאשמים כשהם חוזרים ובורחים בכיוון ההפוך. הרי, שראה את שלשת הנאשמים יחד פעם ופעמיים. מעיד הוא בודאות גמורה על זה שראה את גדליה נג'ר באותה מרת הוודאות שהוא מעיד על יהושע ובנו שמשון...

16. ומאחר שבאנו לכלל דעה, שאין להרשיע את יהושע ע"פ עדותו של נסים שוישה, אין אנו צריכים לנתח את עדותה של שמחה שוישה, שבית המשפט בעצמו קבע, כאמור, שקשה לבחון את אמיתותה, ואת שאר המסיבות שדובר עליהן בפסק הדין. טול מכאן את עדותו של נסים וכל העדויות, והמסובות שיש בהן משום סיוע לעדות נסים נהפכות לסיוע שאין בו ממש כמובן המשפטי. הריב, שבין יהושע למסעוד ואיומו של יהושע שהוא יסדר את מסעוד, תופסים מקום רב בפסק הדין, "והעדויות בדבר הריב בין יהושע (עמ' ומסעוד" נזכרות גם בסיכומו של פסק הדין כנימוק להרשעתו של יהושע (עמ' 16). אולם האיום כשלעצמו וראי אין לעשותו סניף להרשעה. ומעשה באדם, שאחז גרזן בידו ואמר: אלך ואקצוץ רקלו של פלוני, ומצאו את הדקל, שהוא קצוץ ומוטל לארץ, ונפסקה הלכה: עשוי אדם שיאיים לעשות ואינו עושה (שבועות מו ע"א). יתכן אף שהמריבה והאיום, וההכרה של נסים שלמרות השתדלותו לא הצליח להשכיך שלום אמת ביניהם הם שהביאוהו להעיד, שהמערער ובנו וחתנו הם הם שהלכו לרצוח את מסעוד בנו. עדות נסים היא, איפוא, היתד תלוי עליו. ואם היא נגדעת ונופלת הרי הכל נשמט ונופל. כיון שכך, אין אנו כאים גם לחוות דעתנו על טענת האליבי שנטענה להגנת המערער ושהעסיקה במדה מרובה את בית המשפט שלמטה. טענת האליבי היא טענת הגנה בזמן שיש לכאורה עדות מספקת להרשעת הנאשם, ואילו כאן אין אנו מוצאים את עדות נסים שוישה למספקת.

## 2. אין באיומים משום הוכחה על החלטה לביצוע המעשה

ע"פ 97/68

סוויסה נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד כב(2) 759, 767-768

הוכא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 462.

שער חמישי: ראיות

### 3. מידת ההוכחה הנדרשת בעברות של בעילות אסורות

ע"פ 209/76

כלילי נ' מדינת ישראל

פ"ד לא(2) 598, 602-603

הובא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 477.

### 4. בחירת כלי "אשר ימות בו" כראיה לכוונה לרצוח

ע"פ 288/78

איזדמיר נ' מדינת ישראל

פ"ד לד(2) 200, 202

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים  
לפני הנשיא (זוסמן), והשופטים ויחקון, ח' כהן

המערער הורשע ברצח אשוח, עבירה בניגוד לטעיף 300 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, והוא מערער על הרשעתו בטענה כי לא התכוון לגרום למותה.

השופט ח' כהן: פשיטא שבעדותו של המערער עצמו שלא התכוון להמית – לא סגי: עדות זו אינה יכולה לעמוד כנגד נסיבות אובייקטיביות מוכחות המצביעות בעליל על כוונת רצח.

5. הנסיבה הראשית והראשונה נעוצה בטיב המכשיר שהמערער בחר בו ("הכין לו") לביצוע זממו. מקדמת דגא ראו בבחירת כלי "אשר ימות בו" משום ראיה ניצחת לכוונת רצח (במדבר לה, טז-יח). הכלי שהמערער דנן בחר בו הוא, כתיאורו שלו בהודיתו במשטרה, "מקל של הספונג'ה", ובלשונו של הנשיא התורן, "מגב המותקן על מוט אלומיניום חלול" – ואין חולקין שמקל אשר כזה אינו משמש בדרך כלל למטרות רציחה, אלא שימושו הוא, שוב כלשונו של הנשיא התורן, "שימוש תמים במשק הבית (בצד הנשי בדרך כלל)".



1. זיהוי אדם על ידי הכרת קולו

ע"פ 87/53

אל-נבארי נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד ז 964, 965, 972

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים  
לפני השופטים חשין, זילברג, לנדוי

השופט לנדוי: זהו ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, אשר הרשיע את המערער חוסין סלאמה אל-נבארי באשמת רצח לפי סעיף 214 (ג) לפקודת החוק הפלילי, 1936 – שביום 20.7.52, באדמות ביר אבו ערפאן ליד באר-שבע, גרם כזדון, יחד עם אחר, למותו של יוסף מורד, כדי להקל על ביצוע פשע, היינו ביצוע שוד מזויין. פסק-הדין ניתן ברוב דעות (כב' השופטים גביון ושילה) נגד דעתו החולקת של כב' הנשיא של בית-המשפט, השופט ד"ר בר-זכאי, אשר היה סבור שהמערער היה צריך ליהנות מן הספק ולצאת זכאי...

השופט זילברג: אין ספק בכך, כי זהותו של אדם ניתנת להיקבע, כוודאות גמורה, וללא התערבות ספק כל שהוא, באמצעות הכרת הקול בלבד. מן המפורסמות היא, כי אדם מכיר ו"מזהה" את חברו, על-ידי שמיעת קולו, בלי שיראהו כלל, ואין המכיר חושש כלל שמא קול זה, המוכר לו מקדמת דנא, "שייך" למישהו אחר. אך אם יתבקש המכיר להסביר ולבאר, במלים מפורשות, כיצד הכיר וזיהה את האיש ואת שיחו, הרי הוא – כפי שהנסיון מלמדנו – לא יוכל לעשותו כלל, או יוכל לעשותו רק למקוטעין, והטעם לכך הוא: כי סגולות קולו של אדם הן, ברובן המכריע, כל כך אינדיבידואליות, כל כך "חד פעמיות", עד שלא נתייחדו להן שמות וכינויים כלל באוצר המלים של השפה. זו היא ההכרה המיידית, השלמה והמוחלטת, הקרויה בלשון המקורות שלנו: "טביעות עינא דקלא", בעברית: "טביעת העין של הקול" (גיטין כג ע"א).

שער חמישי: ראיות

ע"פ 234/81

## חרבון נ' מדינת ישראל

פ"ד לו(1) 90, 98

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים  
לפני מ"מ הנשיא (י' כהן), והשופטים בן-פורת, שילה

המעורר הורשע בבית המשפט המחוזי כרוב דעות בהתפרצות לזירה ושדירת הדיירת  
המתלוננת. הרשעתו בוססה בעיקרה על עדות המתלוננת, שמסרה כי זיהתה את המערער על-פי  
קולו כאחד משני רעולי הפנים, ששדודה לאחר שפרצו לביתה. בנקודה זו של זיהוי על-פי קול  
בלבד התרכז הערעור.

השופט שילה: יש לעתים שהתדמית מורכבת מקווים המועברים לתודעה  
באמצעות יותר מאשר חוש אחד, ובדרך כלל הזיהוי יהיה יותר קל, אולם גם  
במקרה זה המיידיות (האינסטינקטיביות) היא הקובעת. אם מותר להזכיר  
מקרה של זיהוי אולי הראשון הידוע לנו בתולדותינו – במפגש בין אבותינו  
יצחק ויעקב כאשר יעקב בא לבקש את ברכת אביו והוא מחופש בבגדי עשוי  
בכדי להטעות את יצחק שיחשוב שעשיר לפניו – ניתן להבחין בזיהוי כפול  
בדבריו של יצחק "הקול קול יעקב והידיים ידי עשו". הזיהוי הראשון – הזיהוי  
על-פי הקול – הוא הזיהוי האינסטינקטיבי – היה הזיהוי הנכון, אולם תחבולת  
ההטעיה של עטיפת ידיו של יעקב בבגד שעיר הצליחה להטעות את יצחק  
העיור. הוא מישש את הבגד השעיר שעל ידי יעקב והאמין לתומו, שלפניו  
עומד בכורו עשיר. טעותו הייתה בדחיית הזיהוי האינסטינקטיבי הראשון. כמו  
כן הוטעה יצחק על-ידי חוש הריח, כי ייתכן שהניגוד בין התדמית שהועברה  
אליו על-ידי הקול לבין זאת שהועברה על-ידי חוש המישוש השאיר בו ספק.  
הוא השתמש בחוש השלישי – חוש הריח. הריח את ריח בגדיו של יעקב, ורק  
לאחר שהבחין בריחו של עשיר העולה מן הבגדים ("ריח בני כריח שרה") כיוך  
את יעקב בחשכו שהוא מברך את עשיר (בראשית כז, כז).

2. אין די בזיהוי אדם על פי סימנים בגופו ובכליו  
ויש צורך בזיהוי פניו

ע"פ 19/50

## דנוך נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד ה 81, 84, 88-89

הובא בשער זה, עמ' 432.

ראיות בדין הפלילי

### 3. בדיקת דם ובדיקת רקמות כאמצעי זיהוי

ע"א 548/78

שרון ואח' נ' לוי

פ"ד לה (1) 736, 754

הובא בשער השכיעי, דיני נזיקין, עמ' 542.

### 4. דמיון קלסתר הפנים כראית סיוע בקביעת אבהות

ע"א 407/60

פלונית נ' אלמוני

פ"ד טר 212, 219-200

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני הנשיא (אולשן), והשופטים זילברג, ח' כהן

המעוררת הגישה תביעה לקביעת אבהות בבית-המשפט המחוזי נגד המשיב; המשיב טירב להעמיד עצמו לבדיקת דם; התביעה נדחתה מחוסר הוכחה.

השופט זילברג: השופט המלומד, בריש פסק-דינו, מתאר כמלים מעטות – נרגשות, נאות וקולעות – את טרגיות מצבו של הילד. הוא קורא עליו את הפסוק (קוהלת ד, א):

ושבתי אני ואראה את כל העשוקים אשר נעשים תחת השמש, והנה דמעת העשוקים ואין להם מנחם...

משער אני, כי השופט המלומד התכוון כאן לא לאותו פסוק בלבד, אלא גם למה שנאמר עליו במדרש ויקרא רבה לב, ח:

ושבתי אני ואראה את כל העשוקים. דניאל חייטא פתר קרייה (דניאל החייט פירש פסוק זה) ... והנה דמעת העשוקים: אבותם של אלה עוברי עבירות, ואילין עלובים (ואלה הילדים העלובים) מה איכפת להון (מה להם בכך, ומה יכולין לזה?! – מתנות כהונה על מדרש רבה, שם).

ודאי! צרתו של הילד המסכן נוגעת עד הלב. הוא ודאי עשוק, אבל מניעת עושק זה אינה צריכה להוליד עושק אחר, והוא ייחוס האבהות החוקית למי שאיננו אביו. לכן דחה שופט המלומד את תביעתה של האם.

3. הגעתי למסקנה זו בהיותי סבור, כי השופט המלומד כלל לא האמין לעדותה של המערערת. אילו סבור הייתי כי השופט נתן אמון בדבריה, או לא כפר בהם כליל, אלא שדחה תביעתה מחוסר-סיוע – היינו, הסיוע הנדרש, מכוח סעיף 6 של פקודת העדות, לעדותו היחידה של תובע כאשר היא מוכחשת על-ידי עדותו של הנתבע (ראה ע"א 88/49) – אילו סברתי כך, הייתי מציע להחזיר את הדין לבית-המשפט דלמטה, על-מנת שהשופט המלומד יחקור וידרוש ויחליט על אודות הדמיון הפיזיאולוגי הקיים, לטענת המערערת, בין הילד והמשיב. כי אם אמנם קלסתר פניו של הילד דומה – כפי שטען בא-כוח המערערת – דמיון "המנקר את העיניים" לקלסתר פניו של המשיב, הייתי רואה בזה סיוע לעדותה של האם. התלמוד מספר:

אותו היום שגמל אברהם את יצחק בנו, עשה סעודה גדולה. היו כל אומות העולם מרננים ואומרים: ראיתם זקן וזקנה שהביאו אסופי מן השוק ואומרים: בננו הוא, ולא עוד אלא שעושים משתה גדול להעמיד דבריהם! מה עשה אברהם אבינו? הלך וזימן כל גדולי הדור, ושרה אמנו זימנה את נשותיהם, וכל אחת ואחת הביאה בנה עמה, ומיניקתו לא הביאה, ונעשה נס בשרה אמנו... והיניקה את כולן. ועדיין היו מרננים ואומרים: אם שרה הבת תשעים שנה תלד? אברהם בן מאה שנה יוליד? מיד נהפך קלסתר פנים של יצחק ונדמה לאברהם, פתחו כולם ואמרו: אברהם הוליד את יצחק... (בבא מציעא פז ע"א).

ואלה תולדות יצחק... לפי שהיו ליצני הדור אומרים: מאבימלך נתעברה שרה, שהרי כמה שנים שהתה עם אברהם ולא נתעברה הימנו; מה עשה הקב"ה? צר קלסתר פניו של יצחק דומה לאברהם, והעידו הכל: אברהם הוליד את יצחק" (רש"י על התורה, בראשית כה, יט).

כמובן לא התעלמתי מכך, כי הדברים הללו דברי אגדה הם. אבל בכל אגדה יש גרעין של מציאות ונסיון החיים, והגרעין המציאותי – ה"פרוזאי" – שממנו צמחה האגדה הנ"ל הוא, כי אפשר להסיק קרבת אבהות מדמיון תווי הפנים. אין אני אומר כי דמיון-קלסתר-פנים הוא ראיה חותכת שתשכנע – כמו אצל אברהם ויצחק – את "כל גדולי הדור" או כל "ליצני הדור"; אבל משום ראיה מסייעת יש בו בדמיון זה, ובהצטרפה אל עדות מהימנה של האם עשויה היא, פעמים, להטות את הכף לטובת התביעה.

ולא אגדות חז"ל בלבד! גם הפסיקה האנגלית והקנדית אינה מזלזלת כל עיקר במשקל המוכיח של הדמיון הפיזיאולוגי – אינה מבטלת אותו כקליפת השום או כ"דבר שבדמיון" בעלמא – אלא רואה בו ראיה או ראיות-עזר או ריח-ראיה בשאלת קביעת האבהות (השווה: ויגמור, מהדורה שלישית, כרך ראשון, עמ' 622, סעי' 166, ושם הערה 2).