

חידת הַנִּיעָה – על שבועות, מתנות, פרסים וביוש: חלק ראשון – על השבועה במשפט

גיא זיידמן*

מאמר זה הוא ראשון מבין ארבעה חלקים של פרויקט אחד הבוחן ארבעה מנגנונים של הַנִּיעָה אנושית: שבועה, מתנות, פרסים וביוש. תפקידם הוא לקדם התנהגות הנתפסת כחיובית וראויה בעיני הגורם המפעיל אותם, כגון אמירת אמת, עמידה בהתחייבויות, סיוע כלכלי לנזקק, הבעת הערכה, או לחץ לשינוי התנהגות שלילית. מוסדות אלה נבחרו משלושה טעמים: (א) מדובר בשיטות הַנִּיעָה עתיקות שנפוצות בכל חברה אנושית מקדמת דנא ועודן רלוונטיות גם כיום; (ב) אף שמדובר במנגנונים המוכרים לכל אדם, הם מורכבים בהרבה מתפיסתם ה"עממית", ולכן ראויים להצגה מעמיקה; (ג) אף שנעשה בהם שימוש נרחב ביחסים בין-אישיים, הם אינם בגדר "נורמות חברתיות", אלא מוסדות שזכו בהכרה ובעיגון משפטי, והמשפט מעורב בהם בצורה עמוקה מאוד. מטרת המחקר היא לבחון את התפתחותם של מוסדות אלה במהלך ההיסטוריה המערבית, ולעמוד על יחסי-הגומלין בינם לבין המערכת המשפטית. באופן ספציפי, במאמר ראשון זה נראה את תפקידה החשוב של השבועה בעבר במערכת המשפט ובייצוב המשטר המדיני וחקר האמת, ואת תפקידה המוגבל מאוד במשפט כיום.

* פרופסור מן המניין למשפטים, בית-ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. בשלבים השונים של הכנת מאמר זה סייעו בידיי רבים. תודתי נתונה (בסדר אלפביתי) לעלי בוקשפן, לליאור ברשק, לאסף הרדוף, לעופר ולך, ללימור זר-גוטמן, לאסף יעקב, לאיל כחנן, לאיל לב-ארי, לעמיר ליכט, לקולין פיקר, ליובל פרוקצ'יה, לרונן קריטנשטיין, לשרון רבין-מרגליות, ליניב רוזנאי, ליוורם שחר ולרועי שפירא. תודה מיוחדת מוקדשת לעוזר-המחקר המסור מתן סטמרי, לעורך כתב-העת שחר פרידמן, לספרנית יעל נשר מספריית המרכז הבינתחומי, לעורכת דפנה גסנר, לחברי מערכת כתב-העת דור מרינובסקי ורן מס וכן לקוראים החיצוניים על הערותיהם המעמיקות, ששיפרו מאוד את המאמר. תודה מיוחדת לעורך הלשוני גיא פרמינגר. כל העמדות המובעות במאמר זה הן של הכותב. להערות ולהארות – gseidman@idc.ac.il

- מבוא : על שאלת ההנצחה
- פרק א : השבועה והמשפט – הצגה וניתוח ראשוניים
1. הגדרה ראשונית של המונח "שבועה"
 2. הגדרה ראשונית של יסודות השבועה ומטרותיה
 3. השבועה במשפט העתיק – הבנת המוסד מנקודת-מבט בת-זמננו
 - (א) הסיטואציה המגולמת בשבועה
 - (ב) נקודת מוצא: החשש מפני שבועת-שקר – ההסבר של תומס הובס
- פרק ב : מקרה לדוגמה – השבועה ביוון
1. בין מצב ה"טבע" לממשל המודרני – הבחירה ביוון
 2. כיצד יושבו סכסוכים ביוון?
 3. סוגי השבועה המרכזיים במשפט היווני
- פרק ג : השבועה בהקשר של מבחני האמונה – ה-Ordeal
1. השבועה (האיום בשבועה) כ"מבחן" ראייתי
 2. נסיגת ה-Ordeal והתקדמות סדר הדין הפלילי
 3. שתי הערות על Ordeals בהקשר של תקופתנו
- פרק ד : השבועה בהקשר רחב יותר – משפטי ולבר-משפטי
1. מבוא – שבועת הנאמנות/האמונים האישית והמדינית
 2. שבועת הנאמנות/האמונים הפיאודלית
 3. שבועת הנאמנות/האמונים המוטלת על אנשי השלטון
 4. שבועת המלך
 5. שבועת הנאמנות/האמונים בימינו
 6. שבועת הנאמנות/האמונים המקצועית/האתית – שבועת הרופאים
 7. שבועת הנאמנות/האמונים המקצועית/האתית – עורכי-דין ושופטים
- פרק ה : השבועה כחלק מהעדות המשפטית והביקורת עליה
1. הזיקה בין השבועה לבין העדות המשפטית
 2. הביקורת על השבועה בקונטיננט בעידן ההשכלה
 3. השבועה במשפט המקובל
- פרק ו : השבועה במשפט הישראלי
1. דיני הראיות בישראל – מקורות המשפט העות'מאני ומהמשפט המנדטורי
 2. הוראות המגילה
 3. חובת השבועה במנדט ובמדינת-ישראל – התחלה
 4. חובת השבועה במדינת-ישראל – התפתחויות בשנות השישים והשבעים
 5. לקראת ביטול חובת השבועה במשפט הישראלי
 6. ביטול חובת השבועה והשלכותיו
- (א) סיכום הדיון ברקע של החוק לתיקון דיני הראיות

- (ב) ההסדר שקבע החוק לתיקון דיני הראיות
 (ג) מה נותר מחובת השבועה במשפט הפוזיטיבי הישראלי כיום?
 (1) השבועה בעדות
 (2) שבועת האמונים
 (3) שבועה כדרך לנטילת התחייבות
 (4) איסור השבעה לעברה
 במקום סיכום ולקראת חלק ב של המאמר

מבוא: על שאלת ההנצ'ה

"הנצ'ה... מוטיבציה: יש לעורר פתניך את ההנצ'ה
 הפנימית לחשיבה ולחקירה."¹

אחת השאלות המעסיקות את האנושות מקדמת דנא היא שאלת ההנצ'ה (המוטיווציה) האנושית. שאלה זו מבקשת להסביר מדוע אנשים עשו מה שעשו או עושים את מה שהם עושים. במידה רבה זוהי שאלה נושאת פני עבר שכולנו נתקלים בה. חשוב לנו להבין מדוע אנשים, במיוחד כאלה המשפיעים על חיינו, בחרו לפעול בעבר בדרך מסוימת. אבל בחירות כאלה עשויות להשפיע לטווח ארוך, וללמדנו גם על דרכי חשיבה ופעולה בהווה ואף בעתיד. גם אנו, כמשפטנים, עוסקים הרבה בניסיון לנתח מדוע כשלה מערכת יחסים בין צדדים, מה לא עבד באינטראקציה ביניהם, ומכאן עוברים להשלכות המשפטיות המעשיות: מי נושא באחריות לכך, ועל מי ראוי להטיל את החביות. אותי מאתגרת יותר שאלה משלימה – שאלת המנגנון: כיצד ניתן להניע אנשים לבחור בדרך פעולה מסוימת או בהתנהגות מסוימת? אין לי ספק שכל אחד מאיתנו נתקל בשאלה זו לעיתים תכופות במגוון רחב של הקשרים – האישי (איך לגרום לכך שאצא מהמיטה, אעבוד קשה יותר, אקבל החלטות מושכלות יותר),² הבין-אישי (כיצד להשפיע על התנהגותם של בני משפחה, בני-זוג או חברים), המקצועי (איך להשפיע על עובדים בדרגים שמעליי, מתחתיי ומכל צדדיי, כיצד להשפיע על לקוחות פוטנציאליים לבחור

1 "הנצ'ה" אברהם אבן-שושן מלון אבן-שושן כרך שני 400 (משה אזר עורך, 2003).

2 לא אעסוק פה בהנצ'ה עצמית. המשפט – לרבות ובמיוחד המשפט הפלילי – אינו מתערב באופן מסורתי במתרחש בתוך נפשו של אדם כאשר אין לכך השפעה על האינטראקציה והיחסים עם האחר. הכלל הקלסי במשפט הפרטי הוא ש"אין אדם סוחר עם עצמו", כלומר, אין הוא יכול לבצע עם עצמו טרנסקציות שיזכו בהכרה ובהגנה של המשפט. בעולם המודרני ייתכנו לכך חריגים בעסקות כלכליות מסוימות, אבל ההיגיון הוותיק עודנו חל. השוו ע"א 490/13 פלומין נ' פקיד השומה חיפה (פורסם בנבו, 24.12.2014); ע"א 1501/05 כהן נ' מנהל מס שבח תל אביב (פורסם בנבו, 12.6.2007).

את המוצר שלי) או המדיני (כיצד לשכנע אנשים להציג מועמדות פוליטית או לבחור במועמד המועדף עליי). זוהי שאלה נושאת פני עתיד, אופייה ספקולטיבי יותר, והיא עשויה להכתיב דרכי פעולה מגוונות. האם ניתן באמת ללמוד מדרכי פעולה וממנגנוני השפעה ושכנוע שהופעלו בעבר על דרכי התנהגות עתידיים?

אלה שאלות מעניינות, בוודאי תאמרו, אבל חלקכם ישאלו: מה להן ולמשפט? אחרים עשויים לשאול דווקא את השאלה ההפוכה: האם שאלת ההנחיה אינה עומדת בעצם מאחורי כל סוגיה, דין או הליך משפטי העוסקים ביחסי-הגומלין בין בני-אדם? כלומר, האין מדובר בפרויקט אינסופי בהיקפו? במבוא זה אנסה להסביר את הפרויקט, מקורותיו, הגיונו והיקפו.

ראשיתו של מאמר זה ומקורו של הפרויקט כולו בהרצאה שהיה לי הכבוד לשאת ביום 16 במאי 2016 בטקס מצטייני דקן לשנת הלימודים תשע"ה. הכוונה הייתה לומר דברים בנוגע לכמה מנגנוני הנחיה וליחסו של המשפט אליהם לפני קהל שכלל סטודנטים בעלי הנחיה גבוהה במיוחד להצלחה; בני משפחותיהם, אשר תמכו בהם, עודדו אותם ודרבנו אותם להישגיהם; וחברי סגל, שאף לנו, אנו מקווים, יש חלק, ובוודאי עניין, בהנחיה להצטיינות אקדמית.

אמרה מבריקה וחידתית המיוחסת לפיקסו היא "כל הילדים הם אומנים; הבעיה היא איך להישאר אומן כאשר מתבגרים".³ להבנתי, אמרה זו התאימה במיוחד לקהל באותה הרצאה, לנוכח השאיפה של כל הנוכחים לסייע לסטודנטים לקדם את פוטנציאל ההצטיינות הטמון בהם. בשלב ההכנה – מתוך כוונה לשלב את המחקר האקדמי עם הטקס ועם מה שמעניין את משתתפיו, אבל גם מתוך הכרה במגבלותיו של המחקר המשפטי – בחרתי מבין מנגנוני ההנחיה הרבים מאוד הקיימים בארבעה בלבד. כולם מנגנונים שמוכרים לכל אדם מילדות, ואשר סברתי כי יש בהם היבטים משפטיים מורכבים במיוחד המצדיקים ניתוח מעמיק ונרחב. בתקופה שלאחר-מכן, כאשר ניסיתי להעביר את הדברים אל הכתב, הוברר לי כי לא אצליח לדון בכל ארבעת המנגנונים במאמר אחד, וכי כל אחד מהם "דורש" את "דקות התהילה" שלו ברשימה אקדמית נפרדת. ביתר המבוא אנסה להסביר את המאפיינים המשותפים לכל ארבעת המנגנונים ואת הצורך בדיון אקדמי בהם, ואז אפנה לדיון במוסד החברתי-המשפטי של שבועה.

אחד הדברים הראשונים שהיו ברורים לי בפרויקט זה הוא ששאלת ההנחיה היא שאלה בין-תחומית. נושא ההנחיה האנושית מעורר שאלות מעשיות ועיוניות אשר ריתקו ומרתקות הוגי-דעות וחוקרים במגוון רחב מאוד של דיסציפלינות. פסיכולוגים, כלכלנים ואנשי מנהל, רופאים, פילוסופים, ביולוגים, אנשי דת ומוסר, סופרים, משוררים ומחזאים ומומחים בתחומים רבים נוספים – כולם אומרים דברים רלוונטיים וחשובים על השאלה **מדוע** אנו פועלים בצורה מסוימת **וכיצד** אנו **משכנעים** אחרים (וגם את עצמנו) לפעול בדרך פעולה כלשהי. כל אחד מתחומים אלה חושף את המנגנונים המורכבים של ההנחיה האנושית. האינטרסים, הרגשות, הלחצים החברתיים, האמונה הדתית – כל אלה

3 התרגום שלי. ראו, למשל: Famous Pablo Picasso Quotes, PABLO PICASSO, www.pablopicasso.org/quotes.jsp.

נלמדים, נחקרים ומדווחים בשלל הדיסציפלינות. להבנתי, אין תחום שיכול להציע את כל הפתרונים, ולכן לימוד מקיף של הסוגיה מחייב דיון בין-תחומי מעמיק.⁴ אלא שבסופו של יום, וחרף הגיחות שלי לתחומי מחקר אחרים (גם במאמר זה, כפי שתיווכחו), ליבת המומחיות שלי היא משפטית. לכן שאלה מקדמית שעלתה היא אם גם לנו, המשפטנים, יש מה לומר בנושא הקניעה. לדעתי, ודומני שזו דעת רבים, התשובה היא חיובית. למעשה, יש לנו אפילו תחושת קרבה מיוחדת – ועמיתים מתחומים אחרים יאמרו אולי "תחושת בעלות מופרזת" – לנושאים אלה של קניעה אנושית. יש לכך מגוון של סיבות טובות, והייתי מסכמן בקצרה כך: המשפטנים מודעים לכך שהמשפט, באמצעות נורמות תקפות ובנות-אכיפה, הוא אחד מכוחות הקניעה המשמעותיים בחברה האנושית. המשפט קובע גבולות גזרה רבים מאוד ביחס למותר ולאסור בהתנהגות האנושית. הייתי אומר שמרבית המעורבות המשפטית בפעילות האנושית עניינה ניסיון להכווין את ההתנהגות והבחירות של אנשים, לגרום לכך שהם יעשו או ימנעו מלעשות פעולות מסוימות.⁵

זאת ועוד, למשפט הפוזיטיבי במדינה הריבונית יש יתרון גדול על דוברים חברתיים אחרים המבקשים להשפיע על התנהגותם של בני-אדם: יש לו יכולת שיטור, אכיפה וענישה אפקטיביות.⁶ המשפט אומר, אבל גם עושה: המשפט מספק כלים מעשיים

4 מחקרים נוירו-ביולוגיים על המוח האנושי, ניתוחים פסיכולוגיים וכלכליים על ההתנהגות האנושית והתחום המשלב את השניים, קרי הכלכלה ההתנהגותית, כמרגם מחקרים אמפיריים על השפעת המשפט וניתוח של משפט השוואתי – לכל אלה יש מה לתרום בשאלות אלה. על רבים מהתחומים האלה ניתן ללמוד בספר החשוב שערך פרופ' אוריאל פרוקצ'יה – **הגישה הכלכלית למשפט** (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012) – אשר אליו נשוב פעמים רבות בהמשך מאמר זה. בספרות הפופולרית ניתן למצוא כותבים נחרצים יותר. "רובנו מאמינים שהדרך הטובה ביותר לעורר מוטיבציה בעצמנו ובאחרים היא באמצעות תגמולים חיצוניים כגון כסף, כלומר שיטת המקל והגזר. זאת טעות, טוען דניאל פינק בספרו המשכנע ומעורר המחשבה, מוטיבציה. הסוד להשגת ביצועים טובים וסיפוק בעבודה, בלימודים ובבית הוא הצורך האנושי העמוק לשלוט בחיינו, ללמוד וליצור דברים חדשים ולפעול בדרך טובה יותר, שתועיל לנו ולסביבתנו." ראו דניאל ה' פינק **מוטיבציה – האמת המפתיעה על מה שמניע אותנו** תקציר (מרדכי הינוך מתרגם, 2012).

5 עשיית מעשה או אי-עשייתו לא חד הן, כמובן. אבל מבחינת נושא הדיון שלנו, מבחינת התוצאה המעשית ומבחינת המשפט, לעיתים אין הבדל ביניהן. כוונתי היא שהנעת אדם להציג מועמדות לבחירות או ללכת ללמוד קורס או הנעתו לא לעשות כן – שתיהן פעולות אקטיביות הדורשות שכנוע ומיועדות להשפיע על נתיבי הפעולה של אותו אדם (ושל אנשים אחרים לצידו, שהרי העולם ונתיביו אינם ריקים). אף שההקשר במאמר זה אינו משפטי בלבד, ובוודאי לא פלילי בלבד, אני מוצא כמתאימות לעניין זה, באופן אנלוגי לפחות, את ההגדרות בס' 18 ו-20 לחוק העונשין, התשל"ד-1977. מהגדרות אלה עולה כי המונח "**מעשה**" כולל ברגיל הן פעולה והן מחדל (כלומר, הן עשיית דבר והן הימנעות מעשיית דבר או הפסקת עשייתו), וכי המונח "**מכוון**" משמעו שהייתה לאדם מטרה לגרום לתוצאות מעשהו.

6 אלה נגזרות מעצם המושג "מדינה": על-מנת שישות תוכר כמדינה במשפט הבין-לאומי, עליה להיות בעלת שטח ואוכלוסייה מוגדרים, יכולת לקיים ממשל פנימי אפקטיבי ולהטיל את מרותה בשטח,

לאֶכוּף נורמות התנהגות – הן במשפט הפלילי (שעיקרו אכיפת נורמות פליליות על-ידי רשויות המדינה), הן במשפט הציבורי (שעיקרו אכיפת נורמות על הרשות הציבורית בפעילותה מול הציבור) והן במשפט הפרטי (המסדיר את היחסים המשפטיים בעיקר בין גופים פרטיים, כגון אכיפת התחייבויות חוזיות ושמירה על הקניין הפרטי). לשון אחר, חלק גדול מהפעילות האנושית נעשית לאור הוראות ה"עשה" וה"אל תעשה" של החוק. חלק גדול מההגניעה שלנו נובעת ממוראם של החוק, של האכיפה המשטרית, של פסקי-הדין ושל אנשי ההוצאה לפועל.

אולם לאמיתו של דבר, תשובה זו היא לא רק פורמלית מדי, אבל גם אינה תואמת לגמרי את המציאות המוכרת לכל. ראשית, במקרים רבים נוסח החוק משקף את הערכים המהותיים המקובלים על רוב האנשים ואת דרכי ההתנהגות שהם אכן פועלים על-פיהם בחיי המעשה והיו רוצים לראות את כלל החברה מקיימת.⁷ שנית, כידוע, לא כל עברה מתגלה ולא כל הפרת חיוב נאכפת, כך שהחשש מפני הדין אינו יכול להיות הסיבה העיקרית לאי-ביצועה של התנהגות אסורה אם שיקולי "יעילות" מצביעים על האפשרות לבצעה ללא חשש או על כדאיותה הכלכלית.⁸ שלישית, ניתן לומר שהגניעה הנובעת רק מאימת החוק אינה משקפת כלל התנהגות רצונית של אנשים. מכאן עולה המסקנה כי לדיסציפלינה המשפטית יש אומנם לא מעט מה לומר בנושא זה אבל היא אינה מעניקה לי כמשפטן את הכלים המקצועיים המאפשרים למפות באופן שיטתי ולהסביר את כל מנגנוני ההגניעה: אין לי היכולת להסביר, למשל, מה מניע אדם לקום בבוקר ולצאת לעבוד ומה מניע אותו לחזור לביתו בסיום יום העבודה; כיצד אגרום לכך שהעובדים

ועצמאות לקיים יחסי חוץ. ראו יעל רונן "המדינה" **משפט בינלאומי** 75, 76–77 (מהדורה שלישית, רובי סייבל ויעל רונן עורכים, 2016).

7 רוב האנשים מקיימים חוזים בשם תחושת ההגיונות והלחץ החברתי לעמוד בהתחייבויות כלפי אחר, ורוב האנשים נמנעים מלעבור עבירות פליליות מטעמים מוסריים, ערכיים וחינוכיים, ולא דווקא מחשש שהם ייענשו אם יעשו כן. טום טיילר (Tom Tyler) סבור כי אנשים מצייתים לחוק בעיקר משום שהם מאמינים בכיבוד סמכות לגיטימית, ופול רובינסון (Paul Robinson) מסביר כי הציות לחוק נובע פחות מחששם של אנשים מפני ענישה פלילית ויותר משום שהם חרדים מהגינוי של הקבוצה החברתית שהם נמנים עימה, ומשום שהם רואים את עצמם כאנשים מוסריים השואפים לעשות את הדבר ה"נכון", כפי שהם תופסים אותו. ראו: TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW (1990); Paul H. Robinson, *Why Does the Criminal Law Care What the Layperson Thinks Is Just? Coercive Versus Normative Crime Control*, 86 VA. L. REV. 1839, 1861–1862 (2000).

8 על-פי הניתוח הכלכלי של המשפט, קיום החוזה "הוא יעיל כאשר הערך שמייחס הנבטח לקיום החיוב עולה על עלותו למבטיח. ובהתאם לכך, הקיום הוא בלתי יעיל כאשר עלותו למבטיח עולה על התועלת שהוא צפוי להסב לנבטח. הפרת החוזה, במקרה האחרון, היא אפוא 'הפרה יעילה'". עמרי בן שחר ויובל פרוקצ'יה "פרק ד: חוזים" **הגישא הכלכלית למשפט** 153, 201 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012). ראו עוד אלון הראל "פרק יב: משפט פלילי" **הגישא הכלכלית למשפט** 637, 638 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012), המסביר כיצד "הסנקציה הפלילית נתפסת על ידי אנשי משפט וכלכלה כתמריץ המיועד להבטיח שאדם לא יבצע פעולה לא רצויה מבחינה חברתית".

יהיו יצרניים; כיצד אשכנע הורים לחסן את ילדיהם; וכיצד אדרבן את קהל המצביעים לתרום לטובת מועמד. כאמור, שאלות אלה נחקרות על-ידי מומחים במגוון תחומים.

האם ניתן להציע נקודת איזון בין תחומי המחקר תוך שמירה על מרכיב שעיקרו משפט? אני סבור שכן, ולשם כך צריך להבין מתי המשפט מתערב בפעולות הפרט, ובאמצעות אילו מנגנונים (ופה גם אסביר מדוע בחרתי בארבעה תחומי מחקר ספציפיים).

כמשפטן אני יודע שהמשפט אכן חל על טווח עצום של פעילויות – כלומר, מסדיר אותן ומתערב (או יכול להתערב) בהן – עד כדי כך שיש המדברים (לעיתים תוך מתיחת ביקורת) על ה"משפטיזציה" של חיינו,⁹ על ההערכה כי "מלוא כל הארץ משפט".¹⁰ אבל האמת היא, כמובן, שהמשפט אינו מתערב בכל פעילות אנושית, אלא מותיר חלקים נרחבים שלה לאוטונומיה של הפרט, של התאגיד, של המשפחה, של הקהילה. בדמוקרטיה ליברלית צריך לקרות "משהו" – בעיקר פוטנציאל שהתנהגותו של האחד תפגע באחר וביכולתו של האחר לממש את האוטונומיה שלו – כדי שהמשפט (באמצעות המחוקק, הרגולטור, השופט) יגיע לכלל מסקנה כי פעילות כלשהי אינה יכולה להישאר ללא הסדרה משפטית. כלומר, יש "סף" של פגיעה (ממשית או פוטנציאלית) באינטרסים ראויים להגנה אשר בחצייתו "יתעורר" המשפט לפעול באחד הכלים העומדים לרשותו. לדבר זה יש שני פנים נבדלים:

מחד גיסא, רק אם חוצים סף זה של פגיעה, יאות המשפט להכיר במקרה כעילה הראויה להתערבותו.¹¹ הכרה כזו מחייבת כמה החלטות-משנה: איזו רשות תכיר

9 ראו, למשל, עילי אהרנסון "המשפטיזציה של התרבות הפוליטית בישראל: כיצד היא השפיעה על הדיון הציבורי בסוגיות אמנציפטוריות?" **עיוני משפט** לא 157 (2008); עלי מ' זלצברגר "יובל לבית המשפט העליון בישראל – בית המשפט בין שועל לקיפוד" **מחקרי משפט** טז 141 (2000).

10 ראו אהרן ברק "מהות האקטיביזם השיפוטי – על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" **עיוני משפט** יז 475, 477 (1993); "בעיני, מלוא כל הארץ משפט. כל התנהגות אנושית היא נשוא לנורמה משפטית." ראו גם מנחם מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" **אלפיים** 16, 45 (1998). השווה הלל נייער "תורת המהפכה של אהרן ברק" **תכלת** 3, 11 (1998).

11 הדבר בולט במיוחד בתחום המשפט המנהלי, שבו, לנוכח חולשתה היחסית של "הזכות המנהלית" (בהשוואה לזכות החוזית או הקניינית), העותר עשוי להיכשל אם לא יצליח לשכנע כי הרשות פגעה בזכות מנהלית ראויה להגנה. ראו בג"ץ 5621/96 **ראש-עיריית אופקים נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נא(5) 791 (1997), שם מציג השופט חשין את השאלה אם לעותרים – מועמדים לחברות במועצה הדתית – יש זכות שמיעה לפני ביטול מועמדותם זו: "אם זכות העומדת על רגליה-היא לא קנו לעצמם, האם קם לעותרים אינטרס בן-עוצמה כדי-כך שראוי כי שיטת המשפט תבנה סביב-לו חומת-מגן המקנה זכות שמיעה והשמעה קודם פגיעה באותו אינטרס? חומת-מגן שתגן על האינטרס ותמנע פגיעה בו אלא אם תקיים ועדת השרים חובה של שמיעה?" (שם, בעמ' 818). השופט חשין משיב בשלילה לשאלה זו: "מבחינתה של זכות השמיעה וההשמעה, מועמד לחברות במועצה דתית – באשר הוא, ועל דרך העיקרון – אין לו אינטרס שראוי כי נגן עליו. ואילו במקום שאותו מועמד הפך להיותו חבר המועצה, פשוט הוא כי קנה מעמד, ומעמד זה נעטף בזכות השמיעה וההשמעה" (שם, בעמ' 820). על הזכות המנהלית וחולשתה היחסית ראו יצחק זמיר "הזכות המינהלית" **משפט וממשל** טז 135 (2014).

באינטרס פלוני כראוי להכרה? באמצעות איזה מנגנון משפטי ייעשה הדבר? והמעניין במיוחד מבחינתי – האם רשויות המדינה יעשו כן תוך שימוש במנגנונים משפטיים קיימים או שמא הן ייצרו מנגנון חדש (או לחלופין יעניקו עיגון והכרה משפטיים למנגנון חברתי קיים) כדי להתמודד עם התופעה? אכן, גם כאשר המשפט מתערב בתחום פעילות מסוים, הוא אינו עושה כן בהכרח באמצעות יצירת מנגנון משפטי ייעודי לאותה פעילות או עיגון או הכרה בפעילות חברתית קיימת כמנגנון משפטי מחייב, אלא הוא פשוט עושה שימוש במנגנוני איסור והרתעה קיימים, כגון איסור פלילי, רגולציה מנהלית או חבות נזיקית.¹² טלו, למשל, את שאלת הסדרתם של עיסוקים ומקצועות בתחומים רבים פעילות רשלנית עלולה לגרום לאזרח נזק רכוש או נזק גוף, והשאלה היא מתי קיימת הצדקה להתערבות המשפט. גם אם אחת מרשויות המדינה מגיעה למסקנה כי יש מקום להתערבות משפטית, קיימים בידיה מגוון אמצעים לכך. למשל, היא יכולה להורות על רישוי המקצוע (מראש) או להטיל פיצוי נזיקי (בדיעבד).¹³

מאידך גיסא, גם בתחומים שבהם הכיר המשפט זה כבר בקיומה של עילה משפטית ראויה להגנה – בין במשפט האזרחי (במיוחד קניין וחוזים) ובין במשפט הפלילי – המערכת המשפטית יכולה לקבוע כי חרף הכרתה העקרונית בנושא או באינטרס כראויים להגנתה, אין מקום להתערבותה במקרה ספציפי.¹⁴

במקרים רבים רשויות המשפט יכולות להתחבט באותו עניין עצמו מתי ראוי **להתחיל**

12 למשל, אם החברה מזהה התנהגות מסוימת כאנטי-חברתית או כבלתי-רצויה, היא יכולה להפעיל את הענישה הפלילית, שהיא "סוג של תמריץ שלילי המיועד להרתיע פרטים מלבצע התנהגות אנטי-חברתית. אולם המשפט הפלילי איננו המנגנון המשפטי היחיד המיועד לייצר תמריץ מסוג זה. גם המשפט הנזיקי והמנהלי מיועד להרתיע אנשים מביצוע התנהגות אנטי-חברתית". ראו הראל, לעיל ה"ש 8, בעמ' 645.

13 שאלת הרגולציה של מקצועות כוללת היבטים רבים – לרבות הפגיעה בחופש העיסוק, חיוב ההשתייכות לאגודה מקצועית ועלויות האסדרה – ומול אלה ניצב החשש לפגיעה בציבור מפעילות בלתי-מוסדרת. לדיון ראו מרדכי קרמניצר, עמרי בן-שחר ושחר גולדמן **חופש העיסוק: מתי על המדינה לקבוע בחוק חנאי כניסה לעיסוק מקצועי?** (נייר עמדה 11, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1998) www.idi.org.il/media/4466/%D7%97%D7%95%D7%A4%D7%A9-%D7%94%D7%A2%D7%99%D7%A1%D7%95%D7%A7.pdf. לדוגמות של תחומים שבהם נבחן הצורך ברגולציה ראו נתי פרלמן **הסדרת מקצוע ייעוץ הנישואין בעולם – סקירה משווה** (הכנסת – הלשכה המשפטית – תחום חקיקה ומחקר משפטי, 29.11.2016) din-online.info/pdf/kn145.pdf; גיא פולק, גלי שטופמן ודן ליבון "עדכון תהליך הסדרה למטפלי הרפואה הסינית בישראל מאי 2017" **האגודה הישראלית לריפוי סיני מסורתי** (2017) מאי-2017-עדכון-תהליך-הסדרה www.tcmisrael.org.il/category/הסדרה; יהונתן קלינגר "אסדרת מקצועות הסייבר: קריאה מחודשת" **Intellect or Insanity** 3.4.2016 2jk.org/praxis/?p=5546.

14 כפי שאמר השופט טירקל בדנ"א 1333/02 **הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ**, פ"ד נח(6) 289, 332 (2004): "כלל עתיק יומין הוא שאין דרכו של בית-המשפט לעסוק בעניינים זעירים וקלי ערך, עניינים של מה בכך, 'זוטי דברים' (כמו שנאמר 'de minimis non curat lex'). כך אין דרכו לעסוק גם בפגיעה מזערית בזכות. כלל זה מקובל בשיטות משפט רבות, וגם בשיטתנו חולש הוא על תחומי משפט שונים, בין מכוח הוראה מפורשת בחוק ובין מכוח הפסיקה..."

להתערב ומתי ראוי **לחדול** מלהתערב. טלו, למשל, את הנושא המורכב של איומים ואלימות בתא המשפחתי. ברגיל אנו שואפים להרחיק את המדינה מהתא המשפחתי, ומותירים כר נרחב לדרכי התנהגות מגוונות בתוך התא המשפחתי ובכלל בתוך הבית פנימה. אבל כאשר יש חשש להתנהגות אלימה, אנו דורשים ממשטרת ישראל להיענות לקריאה במהירות ובכל עת. אלא שבחלק מן המקרים דווקא רצון הצדדים להמשיך לקיים את התא המשפחתי עשוי להביא לידי כך שהמדינה תסגור את התיק או תקל בעונש.¹⁵

ומה קורה אם המשפט אינו מתערב בתחום מסוים ואינו מסדיר אותו? כלומר, מהו מצב הדברים לפני שהמשפט הפוזיטיבי של המדינה מחליט כי נחצה הסף וכי יש מקום להתערבותו? האם חל "מצב הטבע", שממנו הפחיד תומס הובס את קוראיו?¹⁶ האם אין דין ואין דיין? האם יש ייק נורמטיבי? דרושה יוהרה משפטית רבה כדי לטעון ברצינות שאם המשפט בוחר לא להתערב בתחום פעילות מסוים ומותיר אותו לאוטונומיה של הפרט או ל"כוחות השוק החופשי" אזי אין סדר חברתי והכל תוהו ובוהו.¹⁷ לכולנו ברור שמדובר בטענה מופרכת, וזאת בשני מובנים נבדלים:

ראשית, אם הטענה היא שבחברה של ימינו – גם בזו שלנו – אין חלות נורמות מחייבות זולת המשפט הפוזיטיבי המופק על-ידי האורגנים של המדינה, אזי טענה זו אינה מדויקת. כידוע, גם אנשים פרטיים, קבוצות חברתיות וגורמים מסחריים מפיקים נורמות משפטיות נרחבות, אשר חלות במערכות היחסים שלהם כל עוד המשפט אינו מבטלן.¹⁸ במיוחד ראוי לציין כי המשפט מכיר לעיתים במנהג כמקור

15 על-פי נתוני המשטרה, כ-60% מהתיקים שנפתחו בחודשים ינואר-אוקטובר 2015 בגין כלל התלונות על אלימות במשפחה נגנזו, בין היתר בגלל חוסר עניין לציבור, בגלל חוסר ראיות או מאחר שהעברייני לא נודע. ראו שלי מזרחי סימון **אלימות כלפי נשים – ריכוז נתונים לשנת 2015** 2 (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 2015) - fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/dd1207dc-1277-e511-80d1-00155d0ad6b2_11_9862.pdf. ראו גם הדר דנציג-רוזנברג ודנה פוגץ "כשאבה כואבת": על דילמת ההתחשבות בבקשתן של נשים החיות בצל האלימות להקל בענישת הפוגע" **מחקרי משפט** כו 589 (2010). לדיון ביחס הראוי בין חוק המדינה לבין נורמות חברתיות במשפחה ראו: John Eekelaar, *Self-Restraint: Social Norms*, *Individualism and the Family*, 13 THEORETICAL INQUIRIES L. 75 (2012).

16 לפי הובס, בהעדר שלטון מתקיים "מצב הטבע", שבו חיי האדם הם "חיי בדידות, חיים דלים, מאוסים, בהמיים וקצרים". ראו תומס הובס **לוייתן** 116 (יוסף אור מתרגם, 2008).

17 כשם שדרושה יוהרה על-מנת לטעון שנורמות חברתיות מייטרות את המשפט. לדיון נרחב (הסוקר את הספרות, במיוחד בתחום הפסיכולוגיה החברתית ולקחיה למשפט) ראו: Jeffrey J. Rachlinski, *The Limits of Social Norms*, 74 CHI.-KENT L. REV. 1537 (2000).

18 על הסדרה פרטית ראו, למשל, דפנה ברק-ארו "איסורי החזיר כמקרה של רגולציית מזון: בין עולם הרוח והעולם הכלכלי" **לחם חוק: עיונים במשפט ואוכל** 413 (משפט, חברה ותרבות, יופי תירוש ואייל גרוס עורכים, 2017). על אימוץ רצוני של קוד אתי ראו, למשל, אביבה גבע ורות פלאטור-שנער "קוד אתי – מה הוא מוסיף על הרגולציה של הבנקים?" **מחקרי משפט** כז 261 (2011). לחשיבה על האפשרות לרתום את עוצמתה של התחרות לפיתוח רגולציה חדשנית ולעידודה בתחום שטרם הוסדר

משפטי מחייב,¹⁹ במיוחד במשפט הפרטי.²⁰ ראוי לשים לב שנקודת-המבט שלנו פה כמשפטנים היא זו של המשפט, ועיקרה כיצד יתייחס המשפט – אם יובאו הדברים במסגרת דיון ציבורי או בהליך משפטי – להסדר "פרטי". האם יכיר בית-המשפט ב"מנהג" ויקיימו? כיצד יתייחס המשפט להוראה בחוזה: האם יאסור אותה המחוקק?²¹ האם יפסול אותה בית-המשפט?²² אבל המשפט אינו השחקן היחיד בנושא זה, ומכאן עולה הפרכה הנוספת בטענה שלעיל, אשר תוצג כעת.

על-ידי המדינה ראו עידו באום "ראש בראש: תחרות כאמצעי להתמודדות עם ריק רגולטורי" **מחקרי משפט** לא 169 (2017).

19 על המנהג כמקור משפטי מחייב ראו אהרן ברק "החסר (לאקונה) במשפט וחוק יסודות המשפט" **משפטים** כ 233, 257 ה"ש 121, 272 ה"ש 173, 303 ה"ש 264 (1991). הנושא עלה לדיון בעתירה שביקשה לחייב את נשיא המדינה לפעול על-פי ה"מנהג" של קציבת עונשם של רוצחים. ראו בג"ץ 849/00 **ש"נ' שר המשפטים**, פ"ד נו(5) 571, 573 (2002). בית-המשפט מצא כי מנהג כזה לא בוסס, וציין כי גם אילו בוסס לא היה בו כדי להגביל את סמכותו של הנשיא על-פי חוק-יסוד: נשיא המדינה. הנשיא ברק ציין כי "בשיטת המשפט שלנו אין בכוחו של המנהג שלא לנהוג על-פי החוק, לשנות את החוק או לבטלו" (שם, בעמ' 574). השופט חשין קיים דיון נרחב יותר ובו ציין כי בימיי קדם היווה המנהג מקור חשוב ליצירת דין, אולם "המנהג של ימים עברו אינו נושא עמו בימינו כוח נורמטיבי, כוח של הפריה, בדין הפוזיטיבי. אם כך על דרך הכלל, לא-כל-שכן לאחר היות חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980, שהמנהג בולט בו בהיעדרו כמקור למשפט ישראל. להבהרה נוסף כי איננו מדברים בתחומי-משפט ייחודיים שבהם יהיה תוקף למנהג; כך, למשל, מנהגי הסוחרים במשפט המסחרי. כבעלי ניסיון רב-שנים לא נאמר בחופזה כי המנהג של ימים שמכבר שבק חיים-לכל-חי, כי בר-מינן הוא לכל דבר ועניין, ואולם נדע כי עוצמתו, ככל שיש בו עוצמה, תמצא את ביטוייה פשוטלים: בכללי פרשנות או כממלאת חלל במקרי חירום" (שם, בעמ' 576). מעניין שאך לאחרונה פסק השופט עמית כי לאחר שהוכח לפניו קיומו של מנהג דתי האוסר את חשיפתו של ספר הסינוד (ובו פרוטוקולים של מועצת הפטריארכיה היוונית האורתודוקסית של ירושלים) הוא נכון ליצור חיסיון יחסי למסמך זה בדיני הראיות בישראל. ראו רע"א 5247/15 **הפטריארכ היווני אורתודוכסי של ירושלים נ' הימנותא בע"מ** (פורסם בנבו, 28.8.2016).

20 להשלמת "חלל חוזי" באמצעות נוהג פרטי וכללי בחוזים, במיוחד נוהגי סוחרים, ראו בן שחר ופרוקצ'יה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 194. ראו גם: Claire A. Hill, *Bargaining in the Shadow of the Lawsuit: A Social Norms Theory of Incomplete Contracts*, 34 DEL. J. CORP. L. 191 (2009) על נורמות חברתיות ומנהג בנוזקין ראו: Steven Hetcher, *Creating Safe Social Norms in a Dangerous World*, 73 S. CAL. L. REV. 1 (1999).

21 כך, למשל, ס' 2 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, מגדיר כל מקום המיועד לשימוש הציבור – לרבות מקומות עסקים פרטיים, כגון מסעדה, בית-קפה, קניון, חנות ומוסך – כ"מקום ציבורי", וס' 3 לחוק אוסר הפליה במתן הכניסה למקום ציבורי כאמור "מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם". דוגמה נוספת היא חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, אשר יש הרואים אותו כאוסר נורמות חברתיות אנטי-תחרותיות. ראו, למשל: Dean Harvey, *Anticompetitive Social Norms as Antitrust Violations*, 94 CAL. L. REV. 769 (2006).

22 חוזה אשר כריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי-חוקיים, בלתי-מוסריים או סותרים את

שנית, וכאן אולי טמון האתגר הגדול יותר למשפטנים פוזיטיביסטיים (כמוני), עלינו לשאול את עצמנו מה קורה ברוב העצום של המקרים שבהם הסכמים, מנהגים ונהלים אשר חלים בפועל בין אנשים אינם מגיעים לבירור משפטי.²³ האם אנשים פועלים לפיהם? מדוע הם עושים כן? האם יש "משפט" בהעדר משפטנים? התשובה המרתקת היא חיובית, כמובן, והיא שואבת את תוקפה מן ההיסטוריה הארוכה של החברה האנושית, שברובה לא עמדה לרשות האזרחים מערכת משפט נגישה, הוגנת ויעילה הפועלת במסגרתה של דמוקרטיה ליברלית (כפי שאני רוצה להאמין שאפשר לראות את מצב הדברים בישראל, למשל). נושא זה – המכונה "נורמות חברתיות" (social norms) – הוא תחום מחקר בכמה ענפים שונים של מדעי החברה.²⁴ ראשונים היו הסוציולוגים, אשר עשו שימוש במונח "נורמות חברתיות" כדי להסביר כיצד החברה מעצבת את התנהגות הפרט. בשנות התשעים החלו גם כלכלנים, פילוסופים ואנשי מדע המדינה לעשות שימוש בהתנהגות פרטנית כדי להסביר את המקור והפונקציות של הנורמות.²⁵ ועל אלה נוספו אנשי משפט חשובים, כגון פרופ' רוברט אליקסון (Robert Ellickson) מאוניברסיטת ייל;²⁶ פרופ' אריק פוזנר (Eric Posner) מאוניברסיטת שיקגו, מבכירי החוקרים בתחום המשפט והכלכלה;²⁷ ופרופ' קס סנסטיין (Cass Sunstein), שהיה גם הוא באוניברסיטת שיקגו באותה תקופה.²⁸

תקנת הציבור הינו חוזה פסול, והוא בטל. ראו ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

23 החירות המובטחת בדמוקרטיה ליברלית משמעותה שבררת-המחל היא שהמדינה אינה מתערבת באורחות חייו של הפרט, והדברים חלים גם על מערכות היחסים שלו ועל הקהילות שבהן הוא חבר.

24 לדיון מורכב ורבי-היבטי במשמעותו של מונח זה ראו: CRISTINA BICCHIERI, THE GRAMMAR OF SOCIETY: THE NATURE AND DYNAMICS OF SOCIAL NORMS (2006).

25 לסקירה ולמקורות ראו: Richard H. McAdams, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, 96 MICH. L. REV. 338, 339–340 & nn. 1–2, 343–347 & nn. 19–38 (1997); William K. Jones, *A Theory of Social Norms*, 1994 U. ILL. L. REV. 545.

26 ROBERT C. ELLICKSON, ORDER WITHOUT LAW: HOW ASHER התייחס לנושא בספריו: NEIGHBORS SETTLE DISPUTES (1991); ROBERT C. ELLICKSON, THE HOUSEHOLD: INFORMAL ORDER AROUND THE HEARTH (2008).

27 ASHER התייחס לנושא תחילה במאמרים ולבסוף בספרו: ERIC A. POSNER, LAW AND SOCIAL NORMS 3 (2nd ed. 2002). לסקירת הכתיבה המשפטית והתגברות ההתעניינות בתחום משנות התשעים ראו: Rex D. Glensy, *Quasi-Global Social Norms*, 38 CONN. L. REV. 79, 81–85 (2005); Sheila Vera Flynn, *A Complex Portrayal of Social Norms and the Expressive Function of Law*, 36 UWLA L. REV. 145 (2005); Robert C. Ellickson, *Law and Economics Discovers Social Norms*, 27 J. LEGAL STUD. 537 (1998).

28 ראו במיוחד: Cass R. Sunstein, *Social Norms and Social Roles*, 96 COLUM. L. REV. 903 (1996); Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021 (1996); Cass R. Sunstein, *FREE MARKETS AND SOCIAL JUSTICE* (1997). סנסטיין מציין כי זכות ראשונים בתחום שמורה לחוקרת הישראלית עדנה אולמן-מרגלית, שכתבה בתחום כבר בשנות השבעים. ראו: EDNA ULLMANN-MARGALIT, THE EMERGENCE OF NORMS (1977); Cass R.

נקודת המוצא, כותב פרופ' פוזנר, היא שמוסדות חברתיים שונים מבטיחים את קיומו של סדר חברתי גם בהעדר מערכת משפט מסודרת:

"In a world with no law and rudimentary government, order of some sort would exist. So much is clear from anthropological studies. The order would appear as routine compliance with social norms and the collective infliction of sanctions on those who violate them, including stigmatization of the deviant and ostracism of the incorrigible. People would make symbolic commitments to the community in order to avoid suspicions about their loyalty. Also, people... would keep and rely on promises, refrain from injuring their neighbors, contribute effort to public-spirited projects, make gifts to the poor [etc.]..."²⁹

פוזנר מציין כי החלק המוכר יחסית למשפטנים הוא מה שתיאיתי במסגרת השאלה הראשונה, כלומר, בשאלה אם המדינה יכולה או צריכה, מבחינה נורמטיבית, להתערב ב"נורמות חברתיות", במיוחד כאשר הן (או הסנקציות הננקטות לשם אכיפתן) מכבידות על הפרט, אשר עלול לסבול מחרם, מהפליה או מאלימות; ואם היא מבקשת להתערב – באיזו דרך ובאיזו מידה מן הראוי שהיא תעשה כן:

"...[H]ow should legislatures and courts deal with phenomena like stigma and ostracism, social norms, reputation, symbolism, and the numerous other sources of order that exist outside the laws of the state?"

"Could the government selectively intervene among the continuing nonlegal forms of order...? Could it tinker with the incentives along the edges, using taxes, subsidies, and sanctions..."³⁰

פוזנר מציין, ובדין, כי שאלות אלה הן עתיקות-יומין ומעוררות עניין בדיסציפלינות רבות אבל דווקא האקדמיה המשפטית מתעלמת מהן כמעט לחלוטין. זוהי נקודת המוצא לפרויקט שלו, ולמען האמת, גם לפרויקט שלי. פוזנר, ובינתיים גם כמה חוקרים אחרים, חצבו איש-איש את דרכו בניתוח הנורמות החברתיות. פוזנר, למשל, מנתח את הנושא

Sunstein, *Where Do Norms Come From?*, NEW RAMBLER, newramblerreview.com/book-reviews/philosophy/the-emergence-of-norms

29 ראו POSNER, לעיל ה"ש 27, בעמ' 3.

30 שם. לדיון מעניין שעושה שימוש בספרות שהתפתחה בתחום, במיוחד לאור תורת המשחקים, ואשר מציע כי קובעי המדיניות יכולים להשתמש בנורמות חברתיות כדי לתמוך ברגולציה או אפילו להחליפה, ראו: Bryan H. Druzin, *Social Norms as a Substitute for Law*, 79 ALB. L. REV. 67 (2015–2016).

מנקודת-המבט של משפט וכלכלה התנהגותית ותורת המשחקים.³¹ אחרים, דוגמת פרופ' יובל פלדמן, הוסיפו את נקודת-המבט הפסיכולוגית והנסיונית.³² אכן, מדובר בסוגיה מורכבת, ורבים בחנו, הרחיבו ויישמו אותה לסוגיות שונות.³³ לאור דברים אלה אוכל לנסות להסביר את הפרויקט שרשימה זו היא חלקו הראשון, ואת הבחירה שלי בסדרה של מוסדות, מנגנונים ודרכי פעולה חברתיות ומשפטיות עתיק-יומין.

ראשית, המוקד של הפרויקט שלי אינו ב"נורמות חברתיות",³⁴ ורק חלק מהמוסדות ומדרכי הפעולה שבהם אעסוק עשויים להיחשב כאלה. כך, למשל, החשיבות שמשפטנים מייחסים לקיומה של סנקציה חברתית בגין הפרת הנורמה היא קנה-מידה לא מעודן מספיק לתיאור מוסד חברתי-משפטי חיוני, עתיק ועמוק כמו המתנה, שיסודו בהעדר חובה (לכאורה לפחות) לתת את המתנה או ליתן תמורה כנגדה, ולכן אין סנקציה חברתית (לכאורה לפחות) אם אדם אינו נותן מתנה או אינו מגיב על מתנה שקיבל.³⁵ הדברים נכונים ביתר שאת לגבי יצירת הַנְיָעָה באמצעות פרסים, שבה נדון בעתיד,³⁶ וגם

31 באופן ספציפי, באמצעות הצגת מנגנון של "reputational signaling" וניתוח שיטתי של השלכותיו. דרך ניתוח זו עוררה תגובת-נגד וביקורת מצד משפטנים וחוקרים מדיסיפלינות אחרות שמנתחות את תופעת הנורמה החברתית. ראו: W. Bradley Wendel, *Mixed Signals: Rational-Choice Theories of Social Norms and the Pragmatics of Explanation*, 77 IND. L.J. 1 (2002); Dan M. Kahan, *Signaling or Reciprocating? A Response to Eric Posner's Law and Social Norms*, 36 U. RICH. L. REV. 367 (2002); Alex Geisinger, *A Group Identity Theory of Social Norms and Its Implications*, 78 TUL. L. REV. 605 (2004).

32 ראו במיוחד: Yuval Feldman, *An Experimental Approach to the Study of Social Norms: The Allocation of Intellectual Property Rights in the Workplace*, 10 J. INTELL. PROP. L. 59 (2002); Yuval Feldman & Alon Harel, *Social Norms, Self-Interest and Ambiguity of Legal Norms: An Experimental Analysis of the Rule vs. Standard Dilemma*, 4 REV. L. & ECON. 81 (2008).

33 ראו, למשל: THE COMPLEXITY OF SOCIAL NORMS (Maria Xenitidou & Bruce Edmonds eds., 2014).

34 מונח שאינו קל להגדרה כלל ועיקר. פרופ' ג'פרי מילר מסביר כי הספרות בתחום זה – במיוחד זו המשפטית – אינה מתכנסת סביב הגדרה אחת מדויקת של נורמות חברתיות. לדבריו, דרך אחת, גם אם צרה, להגדיר את המונח היא תגובה התנהגותית מצופה על סיטואציה מוגדרת היטב, אשר מגובה באיום של סנקציה חברתית אם ההתנהגות תחרוג מן הציפיות. לדבריו, חלק גדול מהספרות המשפטית עושה שימוש בתפיסה כזו של נורמות חברתיות, אולי משום שמלומדים משפטיים מוצאים את הרעיון של כללים הנתמכים באיומים אנלוגי לתפקיד החברתי של המשפט. אבל קו הגבול בין נורמות לבין פרקטיקות חברתיות אחרות אינו כה קל להבחנה. ראו: Geoffrey P. Miller, *Norms and Interests*, 32 HOFSTRA L. REV. 637, 641 (2003).

35 שם.

36 המנגנון של הענקת פרסים דומה למתנה במובן זה שהוא כולל מתן הטבה באופן חד-צדדי כתוצאה מרצון של הנותן וללא כל התחייבות נגדית של המקבל, והוא שונה ממתנה בכך שהענקתו אינה תלויה על-פירוב בקיום מערכת יחסים חברתית משמעותית, לא כל שכן קשר אישי וישיר, בין מעניק

בתחום שבו יעסוק מאמר זה – השבועה – המרכיב המרכזי שהמריץ אנשים להישבע שבועת־אמת (בעדות) ולקיים את שבועתם (בהתחייבות) לא היה הלחץ הציבורי על מפר הבטחות, אלא החשש מפני שמים. רק הנושא המורכב של ביוש הוא אכן דוגמה מובהקת של "נורמה חברתית", המתעוררת דווקא כיום, כאשר עומדת לרשותנו מערכת משפט מודרנית ויעילה (לפחות בהשוואה לעבר), ולכן נושא זה מחייב את הטיפול המקיף והמורכב ביותר.

שנית, אין לי לא יומרה ולא יכולת לדון בכל מנגנוני ההניעה המוכרים לחברה או למשפט, אבל ניסיתי לאתר מנגנונים חשובים במיוחד הן לחברה והן למשפט. מדובר במנגנונים שניתן להשתמש בהם ליצירת הניעה, להכוונת התנהגות. כל המנגנונים שבחירתי עתיקים, אך נפוצים ורווחים גם כיום: השימוש בהם בחברה האנושית הוא מקדמת דנא, אך גם בימינו הם מוכרים היטב לכל אדם מילדות. קל להסביר עד כמה מנגנונים אלה היו חשובים בעבר, כאשר אמצעים פנים־חברתיים הם שעמדו במרכז של הסדרת ההתנהגות, ועד כמה הם חשובים גם כיום בחברות מסורתיות ובקהילות אוטונומיות; המעניין הוא הרלוונטיות של מוסדות אלה – שבועה, מתנה, פרס וביוש – לא רק בזמן עבר, כאשר היו למדינה כוחות מוגבלים מאוד של שיטור, משפט ואכיפה, אלא גם במציאות של משפט המדינה הריבונית בן־זמננו.

שלישית, שאלת האינטראקציה בין מערכת המשפט הפורמלית של ימינו לבין מוסדות אלה – שכולם מוסדות חברתיים עתיקים בעלי מאפיינים משפטיים מובהקים – מרתקת בעיניי. התשובה לשאלה זו מורכבת, ושונה לגבי כל אחד מהמוסדות הללו. כך, למשל, מוסד השבועה, אשר בו הפרויקט מתחיל, הוא המשפטי ביותר. עיקר חשיבותו הייתה בעידן העתיק, שבו אמונה דתית עמוקה אפשרה לעשות שימוש בשבועה כאמצעי לביטול האמת, בהעדר דיני הראיות המודרניים, וכאמצעי להבטחת התחייבויות, בהעדר אכיפה חוזית מודרנית. כל המוסדות מושא פרויקט זה עוסקים ביחסים בין אנשים פרטיים. הם לא נוצרו על־ידי המדינה; הם לא נאסרו במשפט המדינה; אבל היבטים שונים שלהם הוסדרו בדין. המדינה בהחלט "פוקחת עין", מנטרת את אופן הפעלתם, ומתערבת כאשר הפעלתם חורגת מהמגבלות שעיצב הדין, ובמיוחד כאשר היא מובילה לפגיעה באדם אחר או במדינה.

רביעית, חלק מהעניין במנגנונים מושא פרויקט זה עולה מכך שהם מורכבים בהרבה מכפי שנדמה במחשבה ראשונה, ומכך שלא מעט תובנות אינטואיטיביות מתבררות כבלתי־מדויקות. אציע שתיים לדוגמה. אינטואיציה אחת הייתה לחלק את מנגנוני ההניעה – כלומר, את הדרכים להשפיע על אדם לעשות דבר־מה – לסוגות "מקל" ו"גזר", למנגנונים של "דבש" (לפיתוי) ו"עוקץ" (לענישה).³⁷ אינטואיציה שנייה הייתה

ההטבה למקבל. זאת ועוד, חלק גדול מערכו של הפרס נובע מפערי המעמד החברתי בין המעניק ("פרס נשיא המדינה") לבין מי שנבחר על־ידי גורמים מקצועיים ("למורה המצטיין").

37 למקורות העבריים של ההנגדה בין מקל לגזר ובין דבש לעוקץ ראו "שיטת המקל והגזר" ויקיפדיה (29.3.2018) שיטת המקל והגזר he.wikipedia.org/wiki/הגזר_והמקל; "פתגמים אכילים:

להניח שהמדינה עושה שימוש בעיקר במנגנונים מסוג "מקל", המיועדים לעורר בליבו של האדם שהמדינה מבקשת להכווין את התנהגותו חשש שאם הוא לא יפעל בצורה הנדרשת יקרה דבר שהוא תופס כשלילי לו עצמו או לאינטרסים שהוא מבקש להגן עליהם. אכן, יש באינטואיציות אלה ממש, אבל התמונה מורכבת הרבה יותר. מתנות ופרסים אינם ניתנים תמיד מ"רצון" אלטרואיסטי טהור,³⁸ ופעמים רבות הם נושאים איתם ציפייה לדרכי התנהגות "מתאימות" של מקבל המתנה או הפרס.³⁹ באשר למדינה, היא אכן מפעילה מנגנוני "מקל" רבים – כגון קנסות, הפקעות או מאסר – אבל פועלת גם בדרכים של עידוד חיובי, לרבות מתן הטבות כלכליות ופרסים. המקרה המורכב ביותר הוא זה של הביוש: לא רק שניתן לתהות אם זהו בהכרח מנגנון של "מקל", כפי שהוא נראה במבט ראשון, אלא שמתברר כי אף-על-פי שהוא נראה מנגנון החל בין פרטים, מחוץ למנגנונים המשפטיים הפורמליים, המדינה עצמה עושה בו שימוש נפוץ, אף שעומדים לרשותה מנגנוני הַנִּיעָה רבים.⁴⁰

אסכום: פרויקט זה בוחן סדרה של מוסדות מכווני התנהגות. כולם עתיקים מאוד

לא מדובבשך ולא מעוקצן" **מדע בצלחת** (8.9.2012) / פתגמים-אכילים-לא-מדובבשך-ולא-מעוקצן
scienceinmyplate.com/2012/09/08/

38 דומני שכל הורה מכיר את טווח האמצעים שבידיו להשפעה על ילדיו. אלה כוללים פעמים רבות "שוחד" גלוי למדי, בצורת "מתנות" ו"פרסים". להורים יש גם כוח להשית סנקציות עונשיות על ילדיהם. להזכירנו, הדין הישראלי אינו מאפשר שימוש באמצעים פיזיים לשם חינוך ילדים, לא על-ידי הוריהם ולא על-ידי בית-הספר (ראו ע"פ 4596/98 **פלונת נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(1) 145 (2000); **איסור על ענישה גופנית לילדים – מדרין לפרורמה משפטית ולאמצעים אחרים** (משרד החינוך מתרגם, התכנית העולמית לביעור ענישה גופנית של ילדים) K.J. Dell'Antonia, *The Right Way to Bribe Your Kids to Read*, N.Y. TIMES (July 23, 2016), www.nytimes.com/2016/07/24/opinion/sunday/the-right-way-to-bribe-your-kids-to-read.html, אבל איום בהחרמת הטלפון הנייד יכול להיות אפקטיבי מאוד.

39 ומכאן המגבלות המוטלות על מתן מתנות לעובדי ציבור ועל קבלתן. בעניין זה ראו חוק שירות הציבור (מתנות), התש"ס-1979; הודעה סה/16 של נציבות שירות המדינה "יישום הוראות נוהל קבלת מתנות" (23.6.2005) www.gov.il/BlobFolder/policy/tashae16/he/tashae16.pdf. ברוב המקרים אנשים שמחים לקבל פרס, ואף עושים מאמצים של ממש כדי לקבלו, אך לעיתים, אם כי נדירות, אדם מסרב לקבל פרס. לשני ההיבטים הללו בהקשר של פרס ישראל ראו, למשל, הללו גלזר "מה צריך לעשות בשביל לזכות בפרס ישראל? (ולמה אנשים מוכנים להרוג בשביל זה)" **הארץ** 14.12.2017 www.haaretz.co.il/magazine/premium-MAGAZINE-1.4704527; "פרס ישראל" ויקיפדיה (11.9.2018) he.wikipedia.org/wiki/פרס_ישראל

40 דוגמה לכך היא הרוח השנתי של הממונה על השכר באוצר החושף את גובה הוצאות השכר של גופים ציבוריים: האם באמת אין לממשלת ישראל כל דרך להגביל את השכר זולת אי-הנעילות שנגרמת לרשויות שונות במסגרת הסיקור העיתונאי בנושא זה? ראו משרד האוצר **הרוח השנתי של הממונה על השכר 2016** hsgs.mof.gov.il/Documents/MainFindings.pdf; יונה לייבזון "שיאני השכר במגזר הציבורי נחשפים" **mako** 15.3.2017 www.mako.co.il/news-money/economy-q1_2017/Article-cf3c81e64c1da51004.htm

ומוכרים היטב, אבל לכולם יש תחולה חברתית והשלכות משפטיות גם כיום. הניתוח, המבקש להציג את מורכבותם של מוסדות אלה, ייעשה מנקודת-מבט משפטית-היסטורית, תוך שילוב מחקר מדיסציפלינות אחרות ככל שיידרש לשם השלמת התמונה. הפרויקט כולל ארבעה מנגנוני **הניעה**:

(1) **שבועה** – השבועה, שהיא נושא של רשימה ראשונה זו, ניתנת להגדרה כאחד משני סוגים של התחייבות: הבטחה לקיום התחייבות עתידית או הצהרה כחלק מהליך משפטי, אשר נעשות תחת "אזהרה" עצמית אל-אנושית שלפיה הפרת השבועה – כך מאמין הנשבע ומזהיר את עצמו – תגרום לתוצאות קשות, ולא מידי אדם, אלא מידי שמים, דהיינו, ממקור חמור ומאיים הרבה יותר. השבועה אינה המצאה של מערכת המשפט, והיא גם לא הוכלה בה. היא נמצאת בכל רחבי ההיסטוריה המערבית, לעיתים במסגרת מערכת המשפט ולעיתים במסגרת ספרותית, דתית, חברתית או מוסרית.⁴¹ במהלך המחקר התברר לי כי נושא השבועה הוא מורכב ומרתק, וכי מבין כל ארבעת המנגנונים הוא המוכר פחות, גם בקרב משפטנים,⁴² ולכן ראוי להיות הראשון בסדר המאמרים בפרויקט זה.

(2) **מתנה** – ההגדרה המקובלת של מתנה היא "הקניית נכס שלא בתמורה".⁴³ זוהי אחת הדרכים העתיקות והמקובלות ביותר להשפעה על אנשים, וקל להסביר מדוע המשפט מכיר במוסד זה ואף מגן עליו:⁴⁴ "...עידוד מוסד המתנה, על רעיון הנתינה שבו, חוצה באופן ברור את גבולותיו של עולם המשפט וטומן בחובו חינוך לנתינה ולא לטרואיסטיות, חינוך לקיומן של נורמות חברתיות ראויות."⁴⁵ זאת ועוד, גם בהקשרים חברתיים ועסקיים רחבים יותר, "מתן מתנות בתחילתו של קשר יכול להפיג תחושת אי-אמון ולאפשר שיתוף-פעולה טוב יותר... לכן לעולם המתנות יש

41 ולמעשה, בכל מקום שבו יחסים אנושיים משמעותיים נידונים. ראו: Myron Gochner, *Oaths*, 4 CANADIAN J.L. & JURIS. 67, 68 (1991).

42 הספר הנחשב כמרכזי בתחום נכתב על-ידי תיאולוג נוצרי בשנת 1834, ומטרתו המעשית הראשונה היא לברר אם השבועה מותרת לאדם הנוצרי או אסורה על-פי כתבי הקודש. ראו: JAMES ENDELL TYLER, *OATHS: THEIR ORIGIN, NATURE, AND HISTORY* (London, J.W. Parker 1834) (להלן: JAMES ENDELL TYLER); Eugene R. Milhizer, *So Help Me Allah: An Historical and Prudential Analysis of Oaths as Applied to the Current Controversy of the Bible and Quran* in *Oath Practices in America*, 70 OHIO ST. L.J. 1, 4 (2009). לטעמי, החיבור הטוב ביותר שמצאתי בעברית בנושא זה הוא משנת 1957 – ראו משה שטרנברג "על שבועת עדים: טבעה, טעמה ותכליתה" **הד המשפט** א 357 (התשי"ז).

43 זוהי הגדרתה של מהות המתנה – ראו ס' 1 (א) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968.

44 חוק המתנה מכיר במוסד המתנה. ס' 5 לחוק המתנה כולל כמה הוראות המבדילות בין מתנה לבין כל חוזה אחר: ראשית, התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב (ס' 5 (א) לחוק); שנית, הנותן רשאי לחזור בו מהתחייבותו כל עוד מקבל ההבטחה לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות (ס' 5 (ב) לחוק) וכן במקרה של "התנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או כלפי בן-משפחתו או בהרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן" (ס' 5 (ג) לחוק).

45 ראו רונן קריטנשטיין "עוז לתמורה: מעמדו הבין-מוסדי של מוסד המתנה" **משפט ועסקים** יא 133, 133 (2009).

תפקיד חשוב ביצירת אמון בין פרטים מתקשרים בפרט ובמערכות יחסים חברתיות בכלל⁴⁶. עם זאת, הוותק הרב של מוסד המתנה מחייב עיון מעמיק יותר ברקע הסוציולוגי והאנתרופולוגי העומד ביסודו, במיוחד בעידן שקדם לשיטת המשפט המודרנית⁴⁷, ובמקביל מחייב דיון בשאלה עד כמה המשפט מעוניין להתיר ולקדם מוסד זה, במיוחד אם המתנה באה חלף עסקה החבה במס או מוענקת לבעל סמכות ומעוררת ולו אבק של חשד למשוא-פנים. זאת ועוד, אף שהמתנה נחזית כאירוע טוב ומיטיב, המניעים להענקתה – קרי, התמורה הלא-כלכלית שהמעניק מקווה לקבל בגינה – מטילים צל על מוסד המתנה: כפי שאמר החכם באדם, "שׁוֹנָא מִתְּנָת יִתְּנָה"⁴⁸.

(3) פרס – על-פי הגדרתו המילונית, פרס הוא מענק של כבוד והערכה הניתן כגמול למנצח בתחרות כלשהי או למצטיין בפעילות מסוימת. הפרס דומה למתנה הואיל ומדובר בהענקת-חסד חד-צדדית של הטבה, אשר הנותן בוחר להעניקה, ועד שהוא עושה כן אין למקבל זכות משפטית לדרוש אותה. אבל יש נקודות שוני משמעותיות. כך, להבדיל ממתנה, פרס ניתן לציון הישג של המקבל, כלומר, בגין פעילות מסוימת שלו; הוא ניתן על-פי אמת-מידה רציונלית – לסטודנט המצטיין בשנת הלימודים, למשל; הוא אינו ניתן לכולם, אלא לנבחרים. בדרך-כלל יש פער מדרגי – חברתי או מקצועי, למשל – בין נותן הפרס למקבלו, שממנו נובע חלק משמעותי מחשיבותו של הפרס. אבל לפרס יש גם ערך כלכלי – הן במישור, בדמות הכספים שהוא מעניק, והן כאיתות, המעיד על בחירתו של פלוני מבין כל עמיתיו.

המשפט נותן הכרה והגנה לפרסים⁴⁹, וכל עוד הכללים הנקבעים לחלוקתם נשמרים, בתי-המשפט נמנעים מלהתערב בשיקול-הדעת המקצועי של נותני הפרס.⁵⁰ הפרס יכול להינתן על-ידי גופים פרטיים, אבל גם על-ידי גופי מדינה, שאז יש משנה חשיבות להגינות וליושרה בתהליך ההענקתה. מעניין שלאחרונה החלו כלכלנים

46 שם, בעמ' 141–142.

47 לדיונים רחבים וחשובים על משמעותה של המתנה ראו במיוחד: MARCEL MAUSS, THE GIFT: THE FORM AND REASON FOR EXCHANGE IN ARCHAIC SOCIETIES (W.D. Halls trans., 1990); LEWIS HYDE, THE GIFT: CREATIVITY AND THE ARTIST IN THE MODERN WORLD (2007); JAMES G. CARRIER, GIFTS AND COMMODITIES: EXCHANGE AND WESTERN CAPITALISM SINCE 1700 (1995); AAFKE E. KOMTER, SOCIAL SOLIDARITY AND THE GIFT (2005).

48 משלי טו 27.

49 בין היתר, המדינה מעניקה לזוכים בפרסים פטור ממס במקרים מסוימים. ראו אלה לוי-ויריב "מדוע זוכי פרס נובל ופרס ישראל פטורים ממס הכנסה – וזוכי הריאליטי לא?" **גלובס** 10.3.2010. www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000545286

50 ראו במיוחד בג"ץ 2324/11 **גיל נ' שר החינוך** (פורסם בנבו, 26.4.2011).

להתעניין במוסד עתיק ונפוץ זה,⁵¹ ולדעתי ראוי להשלים מחקרים אלה בדיון משפטי-היסטורי מקיף.

(4) **ביוש** (שיימינג) – ביוש אינו מושג קל להגדרה. הביוש – הביזוי ברבים – הוא במידה רבה חלק מרכזי מההליך הפלילי הפומבי גם כיום, החל בחקירה, המשך בכתב האישום וכלה בפסק-הדין.⁵² להבנתי, משמעותו המהותית של הביוש היא פרסום של מידע נכון אבל לא-נעים על אדם, אשר מטרתו המרכזית היא גינוי התנהגותו של אותו אדם. מדובר כמובן בפרקטיקה חברתית עתיקת-יומין, אבל בשנים האחרונות היא זוכה בתהודה עצומה בשל היכולת המעשית הנתונה כמעט לכל אדם לפרסם דברים ברשתות החברתיות בדרך קלה, זמינה וזולה, מבלי שיהיה אפשר למעשה למנוע זאת לחלוטין מראש או למחוק את המידע כליל לאחר פרסומו.⁵³

כמה היבטים ייחודיים הופכים את הביוש לחלק מרכזי מפרויקט זה. ראשית, הביוש הוא כלי מורכב המיועד ליצור הניעה. למונח "ביוש" כשלעצמו יש מטען לשוני ראשוני שלילי (pejorative). אבל מדובר באמצעי, בכלי; וככל כלי – גם כלי מסוכן – הוא עשוי לשמש למטרות שליליות או למטרות חיוביות. להבנתי, הביוש הוא אמצעי, ולא רק מטרה. הבכת האדם באמצעות פרסום המידע אינה התוצאה היחידה, ולעיתים גם לא העיקרית. למפרסם יש מטרות רבות אחרות: לחייב את הקהילה להגיב על המידע, להוקיע את האדם, למנוע אותו מלפגוע באחרים, לקבוע כללים שימנעו הישנות מעשים כמו אלה שעשה, ואולי אפילו להביא את אותו אדם לידי הבעת חרטה ועשיית תשובה. אכן, מדובר בנורמה חברתית עתיקה, והאופי המשפטי שלה ברור ומובהק. היא אפשרה בעבר לאנשים שלא יכלו לזכות בסעד ממערכת המשפט – ורבים יאמרו שהיא מאפשרת לאנשים כאלה גם כיום – לתבוע את

51 ראו, למשל: Bruno S. Frey & Jana Gallus, *Towards an Economics of Awards*, 31 J. ECON. SURV. 190 (2017).

52 "...לא הפסד הממון בקנס ולא הקשיים בתנאי המחיה בכלא ואף לא עונש מוות הם העומדים בעיצומה של ענישה פלילית. פסק הדין המביע קבל עם ועדה את התנגדותה הנחרצת של החברה לעבריין ולעברתו... אלה הם לב לבה, עיקרה ונשמתה של מפלתו המשפטית, החברתית, המוסרית והאישית של הנדון. ביזיונו של העברייין... הוא מקיף: יש שהוא מתחיל בשלבי האישום, בטרם הועמד למשפט, ויש שיתמיד להכתיים את שמו עם יום מותו ואפילו אחריו." אהרן קירשנבאום **בית דין מכין ועונשין: הענישה הפלילית בעם ישראל – תורתה ותולדותיה** 439 (2013) (להלן: קירשנבאום **בית דין מכין ועונשין**). הציטוט הוא פרפרזה על: George K. Gardner, *Bailey v. Richardson and the Constitution of the United States*, 33 B.U. L. REV. 176 (1953).

53 אף שמדינות ריבוניות שונות עושות לעיתים מאמצים רבים למנוע גישה למרשתת, להגביל פרסומים באתרים או להביא לידי מחיקתם. אין מדובר בצנזורה דיקטטורית בלבד; לעיתים מדובר בעמדה משפטית דמוקרטית וליברלית למהדרין, דוגמת הפסיקה האירופית העוסקת ב"זכות להישכח", אשר מבקשת למעשה לקבוע דיני התיישנות מידע גם על פרסומים של מידע אמיתי ונכון במרשתת. לדיון ראו אתי גרבר ולאה מילר פורשטט "הזכות להישכח – הרצון לאנונימיות" **אנשים ומחשבים** 5.12.2017 www.pc.co.il/featured/254945/; אלה טבת "מהפכת הפרטיות באירופה תשפיע גם על ישראל" **TheMarker** 27.6.2017 www.themarker.com/opinion/1.4210635.

עלבונם לפני "דעת הקהל".⁵⁴ במובן מסוים, השימוש הנפוץ במנגנון זה בשנים האחרונות – ולא בכדי בחר המגזין המשפיע TIME ב"שוברות השתיקה" בנושא ההטרדה המינית כאנשי השנה שלו לשנת 2017⁵⁵ – מעורר מחשבות מטרידות על כשלונה של מערכת המשפט המודרנית. מחד גיסא, מערכת זו מאפשרת לאנשים פרטיים, לתאגידים ולמדינה לנקוט הליכים מגוונים כדי להעלות לדיון את תביעותיהם, להציג לפני הציבור את עמדותיהם ולבקש סעד משפטי למימוש זכויותיהם. מאידך גיסא, למרות התחושה שכל נושא ברומו של עולם מגיע לבית-משפט, "רף הכניסה" להליך המשפטי עודנו גבוה, ויש תחומים שאינם עולים ב"מכ"ם" המשפטי. דוגמה מעולה לכך הוא נושא הביוש. מי שחשב שביוש הוא סעד חברתי מן העבר – שקיומו כיום מתרחש בעיקר בקרב קבוצות שאינן רוצות או אינן יכולות להביא את המחלוקות הערכיות שלהן לבירור סופי ומחייב לפני בתי-משפט, דוגמת קטינים בבית-ספר או להבדיל אנשי קהילות חרדיות המפרסמים פשקווילים⁵⁶ – התבדה בשנים האחרונות, ובגדול. גם כיום הביוש הוא פרסום שיכול להניב תוצאות, ויש שיאמרו אפילו סנקציות מהירות ואפקטיביות. עם זאת, ברוב המקרים הביוש אינו נעשה על ידי גורם רשמי, ואינו כולל את איזוני "ההליך הנאות", אשר לו זכאים מי שעניינם מגיע לבירור בבית-משפט. בניגוד לתחומים האחרים הנבחנו בפרויקט זה, אשר הוכלו על-ידי המשפט המודרני ואינם נמצאים בתקופת התפתחות מיוחדת בשנים האחרונות, תופעת הביוש נמצאת בראשיתה של פריחה עצומה, וטרם זכתה בתגובה בהירה של המשפט, דבר המחייב בעליל ניתוח עמוק ומקיף. תובנה זו היא שהניעה אותי להציע לכתב-העת **משפט ועסקים** לקיים כנס ולהקדיש כרך ייחודי לנושא. לשמחתי, נענה כתב-העת לאתגר, ובראשית יולי 2017 התקיים בהרצליה כנס בנושא הביוש, בהשתתפות יותר משישים דוברים. מאמרים שנכתבו בעקבות הכנס יכונסו בכרך כג, ובו גם תרומתי הצנועה.

54 השוו אביעד הכהן "למה יאמרו הגויים" – על 'דעת המקום' ועל 'דעת הקהל' כשיקול בהכרעת הדין" **פרשת השבוע** 212 (התשס"ה) www.justice.gov.il/Units/MishpatIvri/GilyonotParasha/Pages/gilyonot.aspx?WPID=WPQ7&PN=6.

55 ראו: Edward Felsenthal, *The Choice*, TIME (Dec. 18, 2017), time.com/time-person-of-the-year-2017-silence-breakers-choice/.

56 לדיון בתופעה זו ולדוגמות שלה ראו מנחם פרידמן "פשקווילים ומודעות קיר בחברה החרדית" ניצה ברהווי ברעז **פשקווילים – מודעות קיר וכרזות פולמוס ברחוב החרדי** 8, 11–8 (2005). פרופ' קירשנבאום מציין כי המשפט העברי תומך בפומביות של הענישה, במובן של ראייה פומבית של הוצאת העונש אל הפועל, שמיעה עליה ופרסומה. בימי-הביניים, כאשר היהודים התגוררו בקהילות מופרדות, התמקדה פומביות הענישה בבית-הכנסת: השפלה פומבית, חרמה, גינוי, קללה הכרזת קנס מטעם שלטונות הקהילה או בקשת מחילה וסליחה מצד העברייני – כל אלה התקיימו לרוב לפני עם ועדה בבית-הכנסת. ראו קירשנבאום **בית דין מכין ועונשין**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 440–441.

לסיים המבוא ברצוני להודות לעורכת כתב-העת ד"ר רות זפרן על שניאותה לצרף מאמר זה לכרך שהותקן לכבודו של פרופ' אוריאל פרוקצ'יה, שהייתה לי הזכות להיות עמיתו במרכז הבינתחומי שנים רבות. אני חושב שכרך זה הוא האכסניה הראויה ביותר למאמר זה, משום ששניים מן הדברים המרכזיים שלמדתי מפרופ' פרוקצ'יה עומדים ביסודה של רשימה זו: האחד, ב"כובעו" כאקדמאי-חוקר רחב-אופקים עד-מאוד, הוא הנכונות והאומץ להרחיב את הראייה אל מעבר לתחום ההתמחות המשפטי אל תחומים רחבים הרבה יותר, החל בחשיבה רוחבית על כל ענפי המשפט, המשך בנכונות ללמוד כלי ניתוח וחשיבה מתחומים כגון כלכלה ופסיכולוגיה,⁵⁷ וכלה בנכונות להציע שילובים מרחיקי-לכת של משפט עם תרבות ואומנות;⁵⁸ והאחר, ב"כובעו" כאקדמאי-מורה, הוא הנכונות לטרוח ולהתקין חיבורים המיועדים לפשט נושאים מורכבים ולהציגם בצורה בהירה ככל האפשר לקוראים, לרבות באמצעות הצגת מבט-על רב-תחומי על פעילותה של האקדמיה עצמה.⁵⁹ השילוב של שני אלה נתן לי, לתחושת, את ההיתר להציע את הדיון הרפסודי המאפיין רשימה זו.

57 דוגמה יפה לכך היא הספר **הגישה הכלכלית למשפט**, לעיל ה"ש 4, שפרופ' פרוקצ'יה הוא העורך שלו וגם הכותב של כמה פרקים מרכזיים בו, ואשר נעשה בו שימוש תכוף במאמר זה.

58 קיימות שלוש דוגמות מובהקות לכך בכתיבתו של פרופ' פרוקצ'יה: שרון נבו ואוריאל פרוקצ'יה "מהפך! על הקודקס האזרחי החדש" **משפט ועסקים** ד 95 (2006), אשר כולל דיון בתרבות המערב ומביא תימוכין מעולמות הספרות, הציור והמוזיקה; אוריאל פרוקצ'יה "כללים וסטנדרטים בספר הברית – תמרור אזהרה לחקיקה בעידן המודרני" **מחקרי משפט** כו 661 (2010), המיישם את ההבחנה המשפטית והכלכלית בין כללים לסטנדרטים על חוקי התורה, ומציע לקחים עשירים הן ביחס למקורותינו והן ביחס למציאות זמננו; URIEL PROCACCIA, RUSSIAN CULTURE, PROPERTY RIGHTS, AND THE MARKET ECONOMY (2007), שכותרתו מדברת בעד עצמה.

59 לדוגמות נהדרות ראו אוריאל פרוקצ'יה "על הרוחני שבמשפט" **דין ודברים** ג 127 (2007); אוריאל פרוקצ'יה "בועות-משפט – הרצאה לפתיחת שנת הלימודים" **משפטים** כ 9 (1990).

פרק א: השבועה והמשפט – הצגה וניתוח ראשוניים

"שבועה..." התחייבות של אדם בכל הקדוש לו, על פי רב
בהזכרת שם אלוהים, או אשור ואמונת של דבר על ידי
אדם המוסיף לדבריו במפרש או שלא בפרוש גם קללה
שתחול עליו אם לא יקים את דבריו או אם אין אמת
בהם...⁶⁰

1. הגדרה ראשונית של המונח "שבועה"

"שבועה" היא המילה העיקרית מבין כמה ביטויים (כגון "נדר", "שבועת נאמנות/אמונים", ובאנגלית: oath, vow, covenant, pledge)⁶¹ המתארים מגוון של סיטואציות אנושיות שבהן אדם מצהיר או מתחייב כלפי עצמו או כלפי אחר, יהא זה אדם, תאגיד או אף החברה/המדינה כולה.⁶² במהלך ההיסטוריה ניתן לראות מגוון של ניסוחים וטקסים שבאמצעותם נעשתה השבועה, ובתקופות ובתרבויות שונות הייתה לטקס עצמו חשיבות רבה.⁶³ אבל האמת היא, כפי שציין החוקר החשוב ג'ון ויגמור

⁶⁰ "שבועה" אברהם אבן-שושן מלון אבן-שושן כרך שישי 1828 (משה אור עורך, 2003). להגדרה דומה ראו: Oath, BLACK'S LAW DICTIONARY (10th ed. 2014): "[O]ath (bef. 12c) 1. A solemn declaration, accompanied by a swearing to God or a revered person or thing, that one's statement is true or that one will be bound to a promise. • The person making the oath implicitly invites punishment if the statement is untrue or the promise is broken. The legal effect of an oath is to subject the person to penalties for perjury if the testimony is false"

⁶¹ להבחנה בין שבועה לנדר במשפט העברי ראו "נדר ושבועה – שתי דרכים בעבודתו האישית של האדם" דעת – אגודת חז"ל www.daat.ac.il/chazal/maamar.asp?id=420 (להלן: "נדר ושבועה").

⁶² להבנת, השבועה מחייבת בין שנותן השבועה נמצא לבדו ובין שהוא נמצא בנוכחות אחרים, משום שמרכיב האכיפה, לפחות עד לעידן המודרני, לא היה בידי אדם, אלא בידי גורם על-טבעי. אבל נראה שהמונח "נדר" מתאים יותר לסיטואציה של "שבועה עצמית", אשר אינה כלפי אחר ונעשית לא בנוכחות אחרים. השוו "נדר" ויקיפדיה (7.9.2018) he.wikipedia.org/wiki/נדר.

⁶³ ראו שטרנברג, לעיל ה"ש 42, בעמ' 359, המציין כי האימפריה הבריטית הכירה בצורות מגוונות של שבועה: מאמיני הדתות המונותאיסטיות נשבעו כל אחד באמצעות הנחת יד על הספר הקדוש לו; אולם סיני שהופיע לפני בית-דין בריטי כרע על ברכיו, נטל צלחת בידו, שברה, ונשבע כשהוא אומר "אם לא אומר את האמת תשבר נשמתו כצלחת זו"; ויפני נשבע כשהוא נוטל נר בידו ואומר "אם אומר דבר-שקר תיכבה נשמתו כלהבת זו". ראו גם: "שבועת העדים כיצד? השביע עליהם חמש פעמים בכל לשון ששומעין ואמרו לו אמן – הרי אלו תיכבים." ספר קאנגדה – מבחר האגדות שבתלמוד ובמדרשים 923, פס' רכו (ח"נ ביאליק וי"ח רבניצקי עורכים, 2015) (להלן: ספר האגדה). לגבי נוסחות השבועה ביהדות ראו "שבועה" אנציקלופדיה מקראית: אוצר הידיעות על המקרא

(John Wigmore), שהלשון והנוהל אינם חשובים במיוחד כל עוד השבועה מובנת למבצעה⁶⁴ וכל עוד מתקיימים שני היסודות האמוניים המרכזיים של השבועה – האמונה בקיומו של כוח על-אנושי והאמונה שאותו כוח ישית עונש על מי שנשבע שבועת-שווא:

"...[A] belief in a *superhuman* (and therefore inevitable) *retribution* to follow false swearing... Therefore *any form* suffices which actually binds the particular witness' conscience, even if it varies from the orthodox form."⁶⁵

השבועה היא גם כיום אמצעי פעולה נפוץ מאוד המוכר לכל אדם, כמעט בכל גיל, אבל היא מנגנון אנושי עתיק-יומין ומורכב, אשר נחקר על-ידי דיסציפלינות רבות. אלה הציבו שאלות חשובות ומורכבות, אשר ברשימה זו אוכל לקיים רק דיון בסיסי בהן. שאלות אלה מבקשות להבין ביתר דיוק את המנגנונים של השבועה: מדוע אנשים נותנים הבטחות? מתי ומדוע הם מקיימים אותן? מהם הלחצים החברתיים, המוסריים, הכלכליים והאישיותיים שבעטיים אנשים מקיימים – או אינם מקיימים – את הבטחותיהם?

רק כדי לשבר את האוזן אציין בקצרה כי הפילוסופים יעירו שבועות, הצהרות והתחייבויות הן מעשים דאונטולוגיים מובהקים, משום שהן כובלות אדם להתחייבותו, שעליה העיד לפני ישות עליונה. הדאונטולוגיה היא תיאוריה אתית שלפיה לפעולות מסוימות יש ערך מוסרי חיובי או שלילי כשלעצמן, הנבדל מן הערך המוסרי החיובי או השלילי של תוצאותיהן. הדאונטולוגיה מניחה קיום א-פריורי של חובות מוסריות, אשר אינן משתנות עם שינוי הנסיבות.⁶⁶

המחקר המוגבל שנערך בתחום הפסיכולוגיה בשאלת השפעתה של השבועה גילה כי

ותקופתו כרך ז 483–487 (בנימין מזר, חיים תדמור ושמואל אחיטוב עורכים, 1976) (להלן: "שבועה" אנציקלופדיה מקראית). על הפעולות הסמליות הנלוות לשבועה, ובמיוחד על הרמת היד, ראו שם, בעמ' 486–487. על תקיעת-כף כרכיב בשבועה ראו רון ש' קליינמן "תקיעת כף – שבועה, התחייבות וקניין: משפט עברי, גרמני וצרפתי בימי-הביניים" שנתון המשפט העברי כד 265 (התשס"ז). לגבי הרמת יד כחלק מהליך השבועה ראו "ביאור: בראשית יד כב" ויקיטקסט (23.5.2016) ביאור: בראשית_יד_כב/ he.wikisource.org/wiki/

64 "בעל-הדין שמשיבעים אותו, כדי שידיוק ויקפיד בטענותיו ויפרוש מן ההשתמטות ומן הוראת ההיתר לעצמו מחמת יראת השבועה, צריכה כוונת המשביע שתהיה ברורה ולשון השבועה תתפרש לפי לשון בני-אדם." ראו שלום אלבק **הראיות בדיני התלמוד** 182 (1987).

65 3 JOHN HENRY WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW 383, 387, 388 & n. 3 (1976) (James H. Chadbourne Rev., 1976) (ההדגשות במקור).

66 לדין ראשוני ראו "דאונטולוגיה" ויקיפדיה (7.2.2018) he.wikipedia.org/wiki/דאונטולוגיה בהקשר של שבועת הרופאים ראו: ALBERT R. JONSEN, A SHORT HISTORY OF MEDICAL ETHICS 4 (2000).

כאשר אנשים נשבעים לא לשקר או לרמות, יש לשבועתם, במקרים מסוימים, השפעה חיובית עליהם, הגורמת לכך שהם אכן לא ישקרו או ירמו, ⁶⁷ אם כי השפעה זו פחותה כנראה מכפי שהאינטואיציה עשויה לרמוז. הסיבה להשפעה החיובית היא כנראה שאקט השבועה מאותת למחויבות חזקה. ⁶⁸

אחד הענפים העוסק במידה הרבה ביותר בטעמים המשפיעים על קבלת החלטות הוא הכלכלה, שהיא "מדע התנהגותו הרציונלית של האדם המתייחסת למוצרים כלכליים", כפי שהסביר פרופ' פרוקצ'יה. ⁶⁹ הכלכלה מניחה כי הצרכן מודע להעדפותיו ביחס למוצרים כלכליים ופועל באופן תבוני כדי לספק העדפות אלה. מוצרים אלה כוללים כמובן מוצרים ושירותים גשמיים, בעלי ערך כספי, אבל גם את כל מה שחשוב לאדם בשביל עצמו או בשביל זולתו, כגון רוחה, שוויון, שמירה על החוק או פילנתרופיה. ⁷⁰ מכאן:

"מאחר שכל אדם מתומרץ לספק את מאווייו, די בהבנתם של תמריצים אלה ובהנחה כי כולנו משתדלים לנקוט אמצעים רציונליים כדי להגשים את מאוויינו, כדי לספק הסברים מניחים את הדעת למצבים שאנו נקלעים אליהם, וכן כדי לספק ניבויים סבירים למה שעומד להתרחש בחיינו בעתיד..." ⁷¹

לכאורה, אפוא, מצב הדברים פשוט: הסיבות לפעולותינו ברורות, התמריצים מובנים, הכל ברור. אבל מצב הדברים האמיתי מורכב בהרבה. ⁷² "האדם הכלכלי" הוא מודל; הוא אינו האדם ה"אמיתי". הוא רציונלי באופן מוחלט, הוא יודע תמיד לברור את האפשרות המיטבית, והוא אנוכי ובוחר תמיד את האפשרות הטובה לו מבלי להתחשב

67 לדין בתחום מחקר זה, ובעיקר במחקריו של החוקר המוביל בתחום פרופ' דן אריאלי ולביקורת עליהם, ראו: MICHAEL J. SAKS & BARBARA A. SPELLMAN, THE PSYCHOLOGICAL FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW 118–119, 171–172 (2016).

68 לדין אקדמי וליישום מחקרי ראו: Nicolas Jacquemet, Robert-Vincent Joule, Stéphane Luchini & Jason F. Shogren, *Preference Elicitation Under Oath*, 65 J. ENVTL. ECON. & MGMT. 110 (2013).

69 "מוצרים כלכליים" הם מוצרים ושירותים הנמצאים במחסור. ראו אוריאל פרוקצ'יה "הקדמה" **הגישה הכלכלית למשפט** 25, 27 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

70 שם, בעמ' 27–28.

71 שם, בעמ' 28.

72 פרופ' פרוקצ'יה מלין על הדעות הקדומות ביחס לגישה הכלכלית למשפט – שלפיהן גישה זו "עוסקת רק בפן אחד של מאוויי האדם והוא הרצון לצבור נכסים חומריים" (שם, בעמ' 30) ומחפשת פתרונות "יעילים" תוך הזנחת שיקולים אחרים של המשפט, כגון צדק – וכן על ייחוס הטיה אידיאולוגית שמרנית או קפיטליסטית לעוסקים בתחום (שם, בעמ' 29–33). עמדתו של פרופ' פרוקצ'יה שונה, כמוסבר בספרו האמור.

בזולתו. מכאן הצורך בענף הכלכלה ההתנהגותית, אשר משלב פסיכולוגיה וכלכלה, ומיועד לבחון באופן אמפירי כיצד אנשים מתנהלים בפועל.⁷³ זאת ועוד, מושמעת גם טענה אבולוציונית מעניינת – המשליכה במישרין על השבועה – שלפיה:

"Evolution built us to punish cheaters. Without that punishment instinct, we would never have been able to live in small groups, and would never have realized all the significant benefits that small-group living conferred, including... our notions of right and wrong, of empathy and compassion, of fairness and justice..."⁷⁴

2. הגדרה ראשונית של יסודות השבועה ומטרותיה

אף אני סבור, כרוב הכותבים בתחום, כי בשבועה מצטלבים "שלושה מישורים של ערכי אנושן": הדת, המוסר והמשפט.⁷⁵ אם נתמקד בשבועה כמנגנון חברתי-משפטי, נוכל לומר, להבנתי, את הדברים העיקריים הבאים:

73 ראו מיה בר הלל ואוריאל פרוקצ'יה "פרק ב: כלכלה התנהגותית" **הגישה הכלכלית למשפט** (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012). לדיון נרחב ראו: Christine Jolls, Cass R. Sunstein & Richard Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 STAN. L. REV. 1471 (1998). על התובנה שאנשים אינם מקבלים בפועל את ההחלטות הטובות ביותר מבחינתם, ועל השלכותיה של תובנה זו על הרגולציה הממשלתית, ראו: Cass R. Sunstein, *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*, 122 YALE L.J. 1826 (2013).

74 MORRIS B. HOFFMAN, THE PUNISHER'S BRAIN: THE EVOLUTION OF JUDGE AND JURY 1 & 11 (2014). אכן, חוקרים במגוון תחומים – מביולוגיה אבולוציונית, דרך פסיכולוגיה ועד כלכלה – קרובים להסכמה כי בני-האדם היו זקוקים לענישה כדי להצליח להתאגר לקבוצות חברתיות הדוקות, אם כי הקשר המדויק בין ענישה לבין התפתחות החיים החברתיים עודנו שנוי במחלוקת. ראו בעניין זה גם דניאל אלכסנדר לוי "מטרות ותועלות של ענישה: מבט מביולוגיה אבולוציונית וחקר המוח" **משפט ועסקים** יב 181 (2010).

מתברר כי ניתן להעלות טיעון המסביר, באמצעות ניתוח כלכלי, את יעילותה של שיטת ה-ordeals – מבחנים פיזיים אכזריים שנועדו להרתיע מתביעת-שווא ומעדות-שקר, ואשר נדון בה בהמשך בהרחבה. ראו: Peter T. Leeson, *Ordeals*, 55 J.L. & ECON. 691 (2012) (להלן: Leeson, *Ordeals*), הטוען כי ה-ordeals השיפוטיים של ימי-הביניים ייחסו לנאשמים פליליים אשמה או חפות בצורה מדויקת; (Peter T. Leeson, *Trial by Battle*, 3 J. LEGAL ANALYSIS 341 (2011) *Why the trial by battle הקצה זכויות רכושיות שבמחלוקת בצורה יעילה*; *Trial by Ordeal was Actually an Effective Test of Guilt*, AEON (Oct. 17, 2017), aeon.co/ideas/why-the-trial-by-ordeal-was-actually-an-effective-test-of-guilt.

75 ראו שטרנברג, לעיל ה"ש 42, בעמ' 357. האומנם מדובר בהצטלבות? הפילוסוף האיטלקי ג'ורג'ו אגמבן (Giorgio Agamben) מכיר בחשיבותה של השבועה במשפט ובממשל של המערב, אבל במקביל דוחה את הדעה הרווחת שלפיה יסוד השבועה הוא בדת, וטוען חלף זאת כי השבועה הינה

ראשית, השבועה היא מוסד או אמצעי חברתי-משפטי עתיק מאוד, אשר התקיים במהלך כל ההיסטוריה האנושית. השבועה מופיעה בתרבויות הקדומות של המזרח התיכון,⁷⁶ אפילו לפני תחילת ההיסטוריה היהודית.⁷⁷ היא מופיעה בכל התורות והמשפטים הדתיים-המונותאיסטיים (העבריים,⁷⁸ הנוצריים⁷⁹ והמוסלמיים⁸⁰), והיא מוכרת היטב בכל תולדותיו של משפט המערב – למן המשפט היווני הקדום והרומי,⁸¹

- תגובה על התפתחות הלשון דווקא, וכי אותה תגובה עומדת גם ביסוד התפתחותם של המשפט והדת, כפי שהם מוכרים לנו. ראו: GEORGIO AGAMBEN, *THE SACRAMENT OF LANGUAGE: AN ARCHAEOLOGY OF THE OATH* (Adam Kotsko trans., 2011).
- 76 התיעוד הקיים מתחיל בשנת 2000 לפני הספירה בערך – ראו ה"ש 162 להלן. ראו גם אהרן קירשנבאום **הרשעה עצמית במשפט העברי – ההודאה בפלילים וההפללה העצמית בהלכה היהודית** 18–16 (התשס"ה) (להלן: קירשנבאום **הרשעה עצמית במשפט העברי**); John A. Wilson, *The Oath in Ancient Egypt*, 7 J. NEAR E. STUD. 129 (1948).
- 77 מקריאת התנ"ך ניתן לראות ששבועה הייתה מנהג רווח. המעניין הוא שלא רק בני-אדם נשבעו (השבועות הראשונות הן של אברהם: שבועתו למלך סדום שלא ייקח מרכושו (בראשית יד 22–24) ושבועתו לאבימלך במסגרת כריתת הברית ביניהם (בראשית כא 22–34)), אלא גם האל עצמו. ראו "שבועה (יהדות)" ו**ויקיפדיה** (4.2.2018) שבועה_יהדות) he.wikipedia.org/wiki/שבועה_יהדות.
- 78 ברשימה זו אתייחס לא מעט למשפט העברי, אבל בחרתי לא להקדיש פרק ייחודי לנושא. לדיון שיטתי ראו במיוחד אשר גולאק **יסודי המשפט העברי – סדר דיני ממונות בישראל עפ"י מקורות התלמוד והפוסקים** ספר רביעי 128 (התרפ"ב). במקומות רבים בספרו המקיף של מנחם אֶלון על-אודות המשפט העברי יש התייחסויות שונות לנושא השבועה. ראו מנחם אֶלון **המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** (מהדורה שלישית מורחבת ומתוקנת, 1992) (להלן: אֶלון **המשפט העברי**). ראו גם קירשנבאום **הרשעה עצמית במשפט העברי**, לעיל ה"ש 76; Moshe Greenberg, *The Hebrew Oath Particle Hay/Hē*, 76 J. BIBLICAL LITERATURE 34 (1957); *Oath*, JEWISH VIRTUAL LIBRARY, www.jewishvirtuallibrary.org/oath. לדיון מרתק ומורכב על השבועה בתנ"ך ראו יעל ציגלר **השבועה בסיפורת המקראית** תקציר (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למדעי היהדות, התשס"ז); Yael Ziegler, *PROMISES TO KEEP: THE OATH IN BIBLICAL NARRATIVE* (Supp. Vetus Testamentum Ser. No. 120, 2008).
- 79 ראו בהרחבה JAMES ENDELL TYLER, לעיל ה"ש 42. על המחלוקת בין הקתולים לפרוטסטנטים באנגליה של המאה השש-עשרה ביחס לתוקפה המחייב של השבועה ראו: Jonathan Michael Gray, *Vows, Oaths, and the Propagation of a Subversive Discourse*, 41 SIXTEENTH CENTURY J. 731 (2010).
- 80 ראו: Helen Silving, *The Oath: I*, 68 YALE L.J. 1329, 1332–1334 (1959); Guy Bechor, *GOD IN THE COURTROOM: THE TRANSFORMATION OF COURTROOM OATH AND PERJURY BETWEEN ISLAMIC AND FRANCO-EGYPTIAN LAW* (Stud. Islamic L. & Soc'y Ser. No. 34, 2012). כן ראו Milhizer, לעיל ה"ש 42, בעמ' 47–58; ḤAMĪD AL-DĪN FARĀHĪ, *A STUDY OF THE QUR'ANIC OATHS* (Tariq Mahmood Hashmi trans., 2008); JOSEPH SCHACHT, *AN INTRODUCTION TO ISLAMIC LAW* (1998).
- 81 על המשפט היווני נרחיב בפרק ב להלן. לסקירה רחבה יותר ראו JAMES ENDELL TYLER, לעיל ה"ש 42; Milhizer, לעיל ה"ש 42, בעמ' 7–14.

דרך משפט ימיהיניים הפיאודלי ועד לשיטות המשפט המערביות המודרניות. אבל חשוב להדגיש כי השבועה מוכרת ומופיעה גם בתרבויות, בחברות ובדתות רבות נוספות, שאולי מוכרות ונגישות לנו פחות, דוגמת אלה של המזרח הרחוק.⁸²

שנית, השבועה הייתה בעבר חלק משמעותי מהמנגנון המשפטי, ככל שהיה כזה.⁸³ למעשה, ככל שאנו יוצאים מימינו – תקופה שיש בה (לפחות באופן עקרוני ובמדינות המפותחות) מערכת משפט חזקה, המגדירה נורמות ומאפשרת קיום הליכים לאכיפתן – וחוזרים אחורה לזמן עבר, חשיבותה של השבועה ומעמדה כחלק מהמנגנון המשפטי מתגברים. לשון אחר, דווקא משום שהיא יונקת את תוקפה ממקורות של דת ומוסר, ודווקא משום שאנשים היו נאמנים לשבועתם גם בהעדר מערכת משפט שתאכוף את התחייבויותיהם, הכירה מערכת המשפט בחשיבותו של מוסד זה, והייתה מוכנה לתת אומן במנגנון השבועה ולעשות בו שימוש. ודוק: גם כיום השבועה מוכרת היטב בתרבותנו, אם כי תוקפה המשפטי כיום מוגבל ביותר, אך על כך בהמשך.

שלישית, לפי הבנתי, בסוקרי את ההיסטוריה הארוכה של השבועה, מוסד חברתי וערכי זה כולל – בהיבט המשפטי שלו – ארבעה מרכיבים מרכזיים:

(1) **מתן הצהרה או התחייבות** – מדובר באדם שמצהיר על אמיתותה של עובדה או נוטל על עצמו התחייבות עתידית. במקרה השני מדובר בהתחייבות שיש בכוחו המשפטי לעשותה, כלומר, אין משמעות להתחייבות בשבועה על דבר שאדם מחויב בו ממילא או על דבר שאסור עליו.⁸⁴

(2) **חד-צדדית ובלתי-מותנית** – נותן השבועה מצהיר הצהרה או מכריז על התחייבות חד-צדדית שתוקפן אינו מותנה בתנאי כלשהו ואינו מסויג. תוקף ההצהרה או

82 ראו פול כץ "טקסי פולחן משפטיים בסין ובמסורת המונותאיסטית המערבית" **זמנים: רבעון להיסטוריה** 85, 75 (עינת מרבך מתרגמת, 2003); Milhizer, לעיל ה"ש 42, בעמ' 14–18; E. Washburn Hopkins, *The Oath in Hindu Epic Literature*, 52 J. AM. ORIENTAL SOC'y 316 (1932); GESHE KELSANG GYATSO, *THE BODHISATTVA VOW: THE ESSENTIAL PRACTICES OF MAHAYANA BUDDHISM* (1991); JAN-ULRICH SOBISCH, *THREE-VOW THEORIES IN TIBETAN BUDDHISM: A COMPARATIVE STUDY OF MAJOR TRADITIONS FROM THE TWELFTH THROUGH NINETEENTH CENTURIES* (David P. Jackson ed., Contributions Tibetan Stud. Ser. No. 1, 2002); *DEALING WITH DEITIES: THE RITUAL VOW IN SOUTH ASIA* (Selva J. Raj & William P. Harman eds., 2006); SHOHAKU OKUMURA, *LIVING BY VOW: A PRACTICAL INTRODUCTION TO EIGHT ESSENTIAL ZEN CHANTS AND TEXTS* (Dave Ellison ed., 2012).

83 כפי שנראה בהמשך רשימה זו, בשיטות משפט רבות יש לשבועה חשיבות גם בהליכים אזרחיים וגם בהליכים פליליים. באחרונים יש לה אולי אף חשיבות מיוחדת, באשר באלה לא תמיד ניתן להעמיד אפילו שתי גרסות מנוגדות של הצדדים. בהקשר זה מעניין כי "אין מקום לשבועה בסדר הדין הפלילי העברי, לא מצד העדים ולא מצד הנאשם. לעומת זאת בדיני ממונות מקומה ותפקידה חשובים ומורכבים עד מאוד". קירשנבאום **הרשעה עצמית במשפט העברי**, לעיל ה"ש 76, בעמ' 282. להרחבה ראו שם, בעמ' 282–289.

84 ביהדות "שבועה אינה תופסת ואינה חלה על דבר האסור או על דבר מצווה, אלא רק על דבר רשות, ואילו נדר חל על כל סוגי המעשים". ראו "נדר ושבועה", לעיל ה"ש 61.

ההתחייבות אינו תלוי בקיומו של צד נוסף כלשהו אשר מעניק לנשבע התחייבות נגדית או תמורה כנגד התחייבותו. נוסף על כך, שבועה אינה ניתנת להפרה. זאת, בניגוד לנדר, אשר המשפט העברי מאפשר את התרתו על-ידי חכם.⁸⁵

(3) **בת אכיפה או ענישה** – ההבנה המובלעת בשבועה היא שהיא מהווה התחייבות משפטית מחייבת או הצהרה שהיא אמת, ושאם לא זה מצב הדברים, אזי יהיו לדבר תוצאות מעשיות. כיום הציפייה היא לענישה מידי אדם, אולם בעבר הציפייה הייתה לענישה מידי כוח עליון, קרי, לאו דווקא מידי אדם, לאו דווקא בהליך שיפוטי ולא דווקא בעולם הזה.⁸⁶ זאת ועוד, גם כיום, כאשר החשש מפני ענישה צומצם מאוד, אין חולק על הערך שבמתן אזהרה לעדים בדבר חובתם לומר אמת:

"In the past, the oath was thought to place a burden on witnesses, especially ones who believed that lying under oath was a particularly grave type of sin. Now the penalties of perjury—commonly threatened but rarely applied—treat lying under oath as more serious than simply not telling the truth to a public official. But even now, when few people believe that lying under oath will consign them to eternal damnation, the justification for the oath is that it will make witnesses aware of their duty to tell the truth."⁸⁷

(4) **בפומבי** – האם שבועה חייבת להיעשות לפני ציבור, ולא באופן פרטי? התשובה לכך, מבחינה פורמלית, היא כנראה בשלילה. לכן צודק כנראה המלומד ג'רמי בנתם (Jeremy Bentham), המדבר על מספר מינימלי של שניים: המשביע והנשבע.⁸⁸ אכן, כאשר חל שיבוש במילות השבועה שנטל על עצמו נשיא ארצות-הברית בטקס ההשבעה הפומבי שלו בשנת 2009, נעשה התיקון במסגרת טקס

85 שם; "נדר", לעיל ה"ש 62. לכל סוגי השבועה במשפט העברי ראו "שבועה" דעת – אנציקלופדיה יהודית www.daat.ac.il/encyclopedia/value.asp?id1=2489.

86 ראו JAMES ENDELL TYLER, לעיל ה"ש 42, בעמ' 15, המגדיר את מושג השבועה תוך הדגשת הרכיב האמוני: "An oath is an outward pledge given by the juror that his attestation [or promise] is made under an immediate sense of his responsibility to God".

87 ראו SAKS & SPELLMAN, לעיל ה"ש 67, בעמ' 117.

88 ראו: JEREMY BENTHAM, "SWEAR NOT AT ALL:" CONTAINING AN EXPOSURE OF THE NEEDLESSNESS AND MISCHIEVOUSNESS, AS WELL AS ANTICHRISTIANITY, OF THE CEREMONY OF AN OATH 1–2 (London, R. Hunter 1817): "[O]ther persons besides the swearer have commonly, in some way or other, borne a part in it: one person at any rate, viz. the person by whom the oath is said to have been administered: and commonly some other person or persons, by whose authority and order, or at whose instance at least, it has been administered, or at any rate taken. The intervention of any such third person is not essentially and inseparably included in the notion of an oath".

פרטי.⁸⁹ אולם דומני ששבועה פרטית היא הליך נדיר יחסית, וברוב המקרים השבועה מתקיימת בפועל באופן פומבי וציבורי, וראוי שהיא תתקיים באופן זה כעניין של מדיניות, גם אם תוקפה אינו מותנה בכך. כך בשבועה שהיא עדות, וכך בשבועה שהיא נטילת תפקיד ציבורי: הראשונה היא חלק מההליך השיפוטי, אשר פתוח ברגיל לפני הקהל, דבר אשר מגביר ומאשר את הלגיטימיות הציבורית שלו; והשנייה היא המחויבות הפורמלית שאיש הציבור נוטל על עצמו כלפי אחרים, אשר מסתמכים על התחייבותו זו ומצפים שיעמוד בה. כפי שמציין סטיבן שפרד (Stephen Sheppard), יש חשיבות רבה למימד הטקסי: השבעת איש ציבור נעשית בדרך-כלל באופן פומבי ובעל-פה, בדרך שמבהירה לכל נוכח כי היא נעשית מרצון ויוצרת חובה מוסרית כלפי הציבור וכלפי המוסד שאותו אדם מצטרף אליו, ובכך תורמת באופן משמעותי לשלטון החוק.⁹⁰

רביעית, אם לסכם, בזהירות רבה, את תולדותיה של השבועה מהמשפט העתיק ועד למאות האחרונות, ניתן לומר כי נוסף על כל שימוש אחר שהיה לה במישור הפרטי – דהיינו, שימוש בתחום האישי, הדתי, המוסרי, המשפחתי או החברתי שלא הגיע לידי הליך משפטי – הייתה לשבועה משמעות משפטית מובהקת. זאת, בחמישה הקשרים, שלארבעה מהם הייתה חשיבות מרכזית אם וכאשר הגיע העניין לבירור לפני ערכאות, ככל שהיו כאלה, ולחמישי היו השלכות רחבות בהרבה:

(1) השבועה כבסיס להתחייבות משפטית – כאשר אדם אומר לחברו "אני נשבע להחזיר לך קילו תפוחים עד יום חמישי השבוע", הריהו מחזק בשבועה הבטחה שהבטיח (promissory oath).⁹¹ שבועה כזו הוכרה כחיוב משפטי בראכיפה

89 בשנת 2009, בהשבעתו הפומבית של הנשיא אובמה בכהונתו הראשונה, התבלבל נשיא בית-המשפט העליון הפדרלי בנוסח מילות ההשבעה. לנוכח חשיבות ההשבעה, וכדי לא לעורר ספק בלגיטימיות של כהונת הנשיא, הושבע אובמה פעם נוספת בטקס שהיה פרטי, במובן זה שהוא לא התקיים לפני קהל של מאות אלפים מחוץ לבניין הקונגרס (אם כי השתתפו בו כמובן אנשים לא מעטים, והוא זכה בסיקור עיתונאי נרחב). אגב, לשם הזהירות הושבע אובמה פעמיים גם בראשית כהונתו השנייה, בשנת 2013. בפעם הזו הייתה ההשבעה הפרטית ראשונה, והשבועה הציבורית נהפכה בכך לטקסית בלבד. גם רבים משופטי בית-המשפט העליון האמריקאי נשבעו אמונים במה שתואר כ"טקס פרטי". "אחרי המבוכה: אובמה שוב הושבע לנשיא ארה"ב" *ynet* 22.1.2009 *Obama Using 2 Bibles at Swearing-In*; www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3660167,00.html; *Ceremony*, VOA (Jan. 21, 2013), www.voanews.com/a/obama_using_two_bibles_at_swearing_in/1587823.html; *Oaths Taken by the Current Court*, SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, www.supremecourt.gov/about/oath/oathsofthecurrentcourt.aspx; Bill Mears, *Facts About Supreme Court Oath Ceremonies*, CNN (Aug. 6, 2010), edition.cnn.com/2010/POLITICS/08/06/kagan.oath.faq/index.html; Bruce Peabody, *Imperfect Oaths, the Primed President, and an Abundance of Constitutional Caution*, 104 *Nw. U. L. Rev. Colloquy* 12 (2009).

90 ראו: STEPHEN MICHAEL SHEPPARD, *I DO SOLEMNLY SWEAR: THE MORAL OBLIGATIONS OF LEGAL OFFICIALS* 105–109 (2009).

91 ראו "שבועה" אנציקלופדיה מקראית, לעיל ה"ש 63, בעמ' 479.

בערכאות. כך, למשל, במשפט העברי "השבועה מוטלת כחיוב על זה שנתחייב בה, ובעל דינו יכול לתבוע אותו לדין על השבועה. חיוב השבועה כשהוא לעצמו יכול אפוא לשמש יסוד לתביעה".⁹²

(2) **השבועה כבסיס ההתחייבות האישית של העד** – יש גם שבועה שהיא הצהרה שבה המצהיר מחזק בשבועה קביעת עובדות שקבעה.⁹³ במידה רבה זוהי שבועה כהודיה – אם דובר בהצהרה של **עובדות** ("אני נשבע שלקחתי רק תפוח אחד"), הייתה השבועה בבחינת הודאה מרצון בעובדות. במשפט העברי "השבועה משמשת ראייה במהלך הדין על טענה של ממון", כלומר, "השבועה באה על טענה שאילו הודה בה בעל דין היה חייב ממון על ידה".⁹⁴ אבל מעניין שהשבועה מיוחדת במשפט העברי לטענותיהם של **בעלי-הדין** בלבד, "ואילו העדים אינם נשבעים כלל... לפי שאין השבועה מאמתת את העדות. כלומר, אין השבועה ראייה לאמיתות העדות או לאמיתות טענת בעל-הדין".⁹⁵ ההיגיון הוא ש"אדם הראוי להעיד, נאמן בלי שבועה, ואם הוא חשוד שיעיד עדות שקר אם לא ישביעוהו... הרי הוא פסול לעדות".⁹⁶

(3) **השבועה כראיה עצמאית בעלת משקל** – לא רק שפלוני אומר דבר-מה, הוא גם נשבע על כך! בעידן שבו החשש מפני הצהרת-שקר – כלומר, החשש מתוצאותיה של אי-אמירת אמת – היה ממשי ומשמעותי ביותר,⁹⁷ היה משקל לעצם נכונותו של עד לשאת שבועה (לפחות בשיטות משפט שבהן לא הייתה חובה על העד להישבע), והדבר נחשב ראייה התומכת בעדות. ודוק: ניתן גם משקל לסירוב של עד להישבע, במיוחד כאשר ההליך אפשר לשופט או לבעל-הדין שכנגד להציע או לדרוש שבועה.

(4) **השבועה כאחד מכלי ההוכחה הראייתיים במשפט** – בעידן העתיק לא עמדו לרשות האזרח או מערכת המשפט דרכי ההוכחה המודרניות, שאנו מאמינים (על בסיס תימוכין מדעיים ומקצועיים אמינים) כי יש בהן כדי לסייע, בהסתברות

92 גולאק, לעיל ה"ש 78, בעמ' 130. האם השבועה היא **דקלרטיבית** או **קונסטיטוטיבית**? האם היא יוצרת את ההתחייבות או רק מעידה על קיומה? תומס הובס, הדין בנושא בספרו החשוב **לויטן** משנת 1651, סבור כי "השבועה אינה מוסיפה על ההתחייבות ולא כלום". הטעם לכך הוא שהתחייבות חוזית עתידית, שאותה הוא מכנה "אמנה" (covenant), "אם חוקית היא, מחייבת בעיני אלוהים גם בלי שבועה, ממש כמו עמה; ואם בלתי-חוקית היא, אינה מחייבת כלל, אף אם ניתן לה אישור בצורת שבועה". ראו הובס, לעיל ה"ש 16, בעמ' 133.

93 "שבועה" **אנציקלופדיה מקראית**, לעיל ה"ש 63, בעמ' 479.

94 "...אבל אין שבועה באה על טענה שאין בה חיוב ממון כלל." ראו גולאק, לעיל ה"ש 78, בעמ' 129.

95 "...ואין היא באה לאשר ולהסיר כל ספק שהעד הגיד אמת, שידעו הדיינים בבירור שאפשר לפסוק על-פי עדות זו." ראו אלבק, לעיל ה"ש 64, בעמ' 181.

96 שם. ראו גם נחום רקובר **עדות בשבועה** 18–22 (סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוב' נו, 1980). ובכל-זאת עדים נשבעים גם במסגרת המשפט העברי.

97 החשש מפני נשיאת שם האל לשווא או מפני שבועת-שקר בשוגג הוביל לביטול חובת השבועה בדיני הראיות בישראל – ראו דיון להלן בתת-פרק 61.

גבוהה, בחקר האמת ובגילוייה (למשל, בדיקת רמת אלכוהול או בדיקת DNA).⁹⁸ חלף זאת פיתחו שיטות המשפט העתיק סדרה של כלים ראייתיים, שרובם כללו מעורבות של גורמים על-טבעיים.⁹⁹ הראשון מבין אלה, והרחוק ביותר מענייננו, הוא "הנחש, דהיינו אמצעי כישופי שאדם קובע כדי לנחש מה התרחש או מה עתיד להתרחש (divination)".¹⁰⁰ לצידו גובשו השבועה ומה שמכונה "מבחנים אלוהיים" (judicia Dei) או ordeals, הכוללים, למשל, מבחני אש ומים. מנגנוני ה-ordeal והשבועה מבוססים על כך שהאדם העומד לעבור אותם מאמין באמונה שלמה, ראשית, שהם עלולים לסכן את גופו או את בריאותו (דבר שהוא ברור מאליו במבחני האש והמים, ואמוני יותר במבחן השבועה), ושנית, שהם יכולים להוכיח אם הוא דובר אמת, משום שברקע הדברים עומד כוח עליון אשר יתערב לטובתו וימנע את הפגיעה בו אם הוא דובר אמת אך יימנע מלהתערב לטובתו ויותר אותו לגורלו המר אם הוא דובר שקר.¹⁰¹ אבל יש הבדל משמעותי בין

98 ראו איתן אלעד הפסיכולוגיה של השקר ושיטות לחשיפתו 195–200 (הוצאת אוניברסיטת בר-אילן, 2007). גם כיום, ולמרות התפתחות המדע, נראה שאין בדיקה שהיא אמינה בצורה מוחלטת, אלא יש מבחנים שיש להם תימוכין מדעיים שחלקם אמינים יותר מאחרים. ודוק: ממילא אין נדרשת ודאות של 100%, אפילו לשם הרשעה בפלילים. השוו מרדכי הלפרט ומשה פרדס "האומנם ניתן להרשיע על בסיס ראיה מדעית יחידה? המקרה של ראיית טביעת-האצבע וראיית ה-DNA" **עיוני משפט** ל 399 (2007); דניאל פיש "קביעת התנאים להוכחת עניינים מדעיים במשפט: פילוסופיה ולא מדע" **המשפט** טו 275 (2010); בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט "ראיות מדעיות מול 'junk science'" **עלי משפט** יא 425 (2014). אחת מהשלכותיו של ההליך המדעי היא הספקנות, המובילה לבדיקות חוזרות, לעדכון מתמיד ולהתפתחות נמשכת. אלה הביאו בשנים האחרונות לידי הטלת ספק במוחלטותם של ממצאי ה-DNA, שנחפסו עד לא מכבר כבסיס לזיהוי מוחלט ולהרשעה ודאית. ראו, למשל: Naomi Elster, *How Forensic DNA Evidence Can Lead to Wrongful Convictions*, JSTOR DAILY (Dec. 6, 2017), daily.jstor.org/forensic-dna-evidence-can-lead-wrongful-convictions/; Lauren Kirchner, *Putting Crime Scene DNA Analysis on Trial*, PROPUBLICA (Oct. 11, 2017), www.propublica.org/article/putting-crime-scene-dna-analysis-on-trial.

99 לרשות בית-המשפט עמדו בימי-הביניים שלושה כלים מרכזיים. הראשון היה העדות – בכתב או בעל-פה. מסמכים כתובים ומאושרים היו דרך הוכחה טובה, אבל התפוצה המוגבלת של ידיעת קרוא וכתוב גרמה לכך שרוב ההסכמים והעדויות היו על-פה. לפני בית-המשפט עמדו שתי דרכי הוכחה נוספות – שבועה ו-ordeal – אשר שימוש באחת ייתר את האחרת. ראו: ROBERT BARTLETT, TRIAL BY FIRE AND WATER: THE MEDIEVAL JUDICIAL ORDEAL 24–33 (1986); HENRY CHARLES LEA, THE ORDEAL 3–31 (Edward Peters ed., Uni. Pennsylvania Press 1973) (1866).

100 ראו קירשנבאום **הרשעה עצמית במשפט העברי**, לעיל ה"ש 76, בעמ' 15. מדובר בניבוי עתידות – פעילות המבוססת על יכולת מיסטית, שמטרתה לגלות מה צפוי להתרחש בעתיד ואשר אסורה בהלכה היהודית. ראו "ניבוי עתידות" ו**יקיפדיה** (14.9.2018) ניבוי_עתידות/הי. wikipedia.org/wiki/.

101 ראו קירשנבאום, שם. כן ראו: Ordeal, BLACK'S LAW DICTIONARY (10th ed. 2014). המשמעות הלשונית המקורית של המילה ordeal – המקבילה למילים Urteil בגרמנית ו-ordeel בהולנדית – היא פסיקה או הכרעה. השימוש המודרני במילה לציון חוויה מאוד לא-נעימה – שהייתה מהות ההליך העתיק אבל לא משמעותו המילולית – החלה במאה השבע-עשרה. ראו: Ordeal, OXFORD

מבחני ה-ordeal לבין השבועה: אומנם בשניהם יד אלוהים היא החורצת את גורלו של החשוד, אבל בראשונים ההכרעה היא מיידית – אם האדם העובר את מבחן האש נפגע בצורה פחותה מהרגיל, הריהו זכאי; ואילו בשבועה העונש משמים על שבועת-שקר הינו "בעקיפין", לא באופן מידי, ולא דווקא בצורה מוגדרת. מגבלה זו של אי-מידיות בהכרעה פסלה את השבועה מלהכריע במקרים דחופים.¹⁰² על זאת יש להוסיף שלכל המנגנונים האמורים יש תועלת נוספת, לפחות בחברה חדורת אמונה ואצל פרט שהפנים את האמונה בכוחם של הטקסים הללו: "...השגת הודאה מפי הנאשם. החשוד, המכיר בלבבו באמתות אשמתו אחוז פחד, וגדול הסיכוי שיודה. לחלופין, רתיעה מלעמוד במבחן אלוהי או סירוב להישבע, כמותם כהודאה באשמה."¹⁰³

(5) **שבועת הנאמנות** – עד כה דיברנו על שבועה בהקשר של יחסים בין שני צדדים המגיעים להתדיינות משפטית. אבל לשבועה יש משמעות נוספת, והיא כאשר אדם נשבע אמונים לאחר, ונוטל על עצמו התחייבות לא להעמיד עוד את האינטרסים העצמיים שלו בראש שיקוליו, אלא לפעול לטובת האינטרסים של אותו אחר. חשיבותה של שבועה זו טמונה בכך שהיא מאפשרת לבנות מערכות יחסים ארוכות ולהקים מנגנוני פעולה ארוכי-טווח: היא המאפשרת את יצירת יחסי האמונה, ¹⁰⁴ שהיא היסוד להסכם הפיאודלי; היא היסוד להתחייבויות האתיות של בעל-המקצוע (שבועת הרופא); היא היסוד לכבילת השליט להתחייבויותיו באמצעות שבועה הנעשית בזמן ההכתרה (coronation oath) או בטקס השבעה הנערך עם כניסת ראש המדינה (דוגמת נשיא ארצות-הברית) לתפקידו, ובישראל – באמצעות הצהרות הנאמנות של עובדי ציבור; והיא המאפשרת את חיוב האזרחים בהצהרת נאמנות כלפי מדינתם ("pledge of allegiance").

LEARNER'S DICTIONARIES, www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/ordeal; *Trial by Ordeal*, WIKIPEDIA (Sept. 11, 2018), en.wikipedia.org/wiki/Trial_by_ordeal; ordeal ביהדות ראו: CHRISTOPH O. SCHROEDER, HISTORY, JUSTICE, AND THE AGENCY OF GOD: A HERMENEUTICAL AND EXEGETICAL INVESTIGATION ON ISAIAH AND PSALMS (Biblical Interpretation Ser. No. 52, 2001). לתחולת ה-ordeal בשיטות משפט מגוונות ראו, Richard W. Lariviere, *Ordeals in Europe and in India*, 101 J. AM. ORIENTAL SOC'Y 347 (1981).

102 קירשנבאום **הרשעה עצמית במשפט העברי**, לעיל ה"ש 76, בעמ' 15–16. במקרים דחופים אלה, "כגון כאשר נעשתה עברה חמורה שנתפסה כחותרת תחת אושיות החברה (במזרח הקדום: כישוף או ניאוף)" (שם, בעמ' 16), נזקק ל-ordeal, שתוצאותיו ניכרות מייד. ראו באופן דומה BARTLETT, לעיל ה"ש 99, בעמ' 30: "The oath, the corner-stone of medieval judicial procedure, was, in some sense, an ordeal, but one which relied upon God's eventual rather than his immediate judgement".

103 ראו קירשנבאום, שם, בעמ' 16.

104 לדין מעמיק ראו עמיר ליכט **דיני אמונות: חובת האמון בתאגיד ובדין הכללי** (2013) וכן עמיר ליכט "יחסי אמונות בתאגיד – חובת האמון" **משפט ועסקים** יח 237 (2014).

3. השבועה במשפט העתיק – הבנת המוסד מנקודת מבט בת-זמננו

(א) הסיטואציה המגולמת בשבועה

למשפטן בן-ימינו הסיטואציה של שבועה נראית כיום זרה, טקסית במהותה ואנכרוניסטית. דומני שיש שלושה מרכיבים שקשה לנו במיוחד לקבל ביחס להתקיימותה של השבועה – במשך מאות אם לא אלפי שנים – כמנגנון משפטי חשוב: ראשית, קשה להבין את הסיטואציה הבסיסית: בהנחה הנדיבה שהשבועה אכן נעשתה מרצון חופשי ושיקפה הסכמה אמיתית¹⁰⁵ – מה מניע אדם לתת הצהרה או הבטחה חד-צדדית? מאילו טעמים הוא מסכים לעשות כן? ולעניין רשימה זו – כיצד אדם יכול להביא את אדם ב לידי כך שהוא ייתן הצהרה או התחייבות בשבועה שיש לה השלכות לטובתו של אדם א? מדוע שאדם ב יישבע – במיוחד אם הוא עושה כן לפני עדים או טריבונל – שפריט מסוים הוא אכן רכשו של א או שהוא מתחייב להחזיר פריט זה ל-א?

שנית, בעידן הנוכחי קשה לרבים לתפוס שהנשבע התכוון באמת לתת לשבועה תוקף משפטי, והאמין באמת שאם הוא לא יצהיר אמת יכולע לו מידי כוח מופשט, על-אנושי או אל-אנושי¹⁰⁶ ולא מידי אדם (לרבות אותו אדם שניזוק באופן ישיר משבועת-השקר או מההתחייבות שלא מומשה). לשון אחר, קשה לנו להבין את המנגנון המתקף את טקס השבועה: מהו אותו מרכיב נעלם שמניע את הנשבע לתת הצהרת-אמת או התחייבות מחייבת? מה גורם לכך שהמאזינים לשבועה, כאשר יש כאלה, יאמינו לה? האם קיים מניע חיובי ("גזר") או שלילי ("מקל", "סנקציה"), מבין אלה המוכרים לנו בחיינו האנושיים, העומד ברקע הדברים? האם באמת רק האמונה בכוחות על-אנושיים או אל-אנושיים היא המניעה את השבועה?¹⁰⁷

105 השוו: Michael Brooks, *Metaphysics Special: Do We Have Free Will?*, NEW SCIENTIST (Aug. 31, 2016), www.newscientist.com/article/mg23130890-700-metaphysics-special-do-we-have-free-will/.

106 לעומת זאת, על יחסם הרציני מאוד של יהודים דתיים לשבועה, אשר תוצאתו הייתה ביטול השבועה בעדות בישראל, ראו דיון בפרק ו להלן.

107 כפי שמציין בעניין זה תומס וייט במאמר ותיק שלא נס ליחו: ברגיל עדים יאמרו אמת, שכן פשוט קל יותר לומר אמת מאשר לשקר, שהרי אמירת שקר מחייבת מאמץ בהתוויית רשת של אירועים שלא קרו ושל זכרונות שלא נוצרו. יתר על כן, מקדמת דנא האמת נערצת והשקר נתעב. למי שמשקר ביועצין בנסיבות שבהן זכויותיהם של אחרים תלויות במילותיו שמור ביזיון משמעותי במיוחד. על כך יש להוסיף את האמונה הדתית, הקיימת ברוב הדתות, בדבר האיסור לשקר בעדות, שאליה נלווה החשש מפני ענישה מידי גורם על-אנושי. אבל הואיל ונטיות "טבעיות" אלה אינן מספיקות בכל המקרים, מסביר וייט, הוסיף המשפט המקובל שתי מגבלות "מלאכותיות" כנגד ההשפעות על העד לא לומר אמת: האחת היא השבועה, והאחרת היא הענישה מידי אדם בגין שבועת-שקר. "The first, as we know, appealed to his fears of divine vengeance for the blasphemy connected with a false oath and the second appealed to his fears of human punishment." Thomas R. White, *Oaths in Judicial Proceedings and Their Effect upon the Competency of Witnesses*, 51 U. PA. L. REV. 373, 402 (1903).

שלישית, ואולי מפתיע מכל, המשפט הפוזיטיבי העתיק – ככל שהייתה מערכת חברתית־משפטית כזו – הכיר בשבועה. לא זו אף זו, השבועה הייתה, מבחינת המשפט, כלי חיוני ואפקטיבי: לא רק שהשבועה נתפסה כאקט תקף ומחייב מבחינה משפטית, אלא שבתקופות נרחבות בהיסטוריה היא אף הייתה הדרך המרכזית להבטיח אמינות של עדויות וקיום התחייבויות עתידיות, שהם שני נושאי־יסוד בשלטון החוק. כדי לנסות לענות על שאלות אלה, עלינו לחזור אחורה בזמן, למקורות ההיסטוריים של מערכות המשפט המודרניות. דיון מלא בכל תולדות המשפט העתיק אינו אפשרי כמובן, אבל ננסה לשבר את האוזן בכמה נקודות מרכזיות, ולקוות שחיבורן בקו מחשבתי אחד יצייר תמונה הגיונית של הרקע ההיסטורי של השבועה. החיבור בין הדברים – האמונה של הפרט ושל החברה שעדות־שקר בשבועה תעורר את חמתם של כוחות עליונים ותגרום לפגיעתם בנשבע שבועת־השקר; הנכונות של הפרט, החברה ומערכת המשפט להכיר בשבועה ככלי אמין; והצורך של אנשים לשתף פעולה כדי לקדם פעילות מסוגים רבים ומגוונים – מסביר, כמדומני, מדוע השבועה הייתה כלי משפטי כה חשוב ומרכזי בעידנים היסטוריים רבים.

(ב) נקודת מוצא: החשש מפני שבועת־שקר – ההסבר של תומס הובס

הצורך לקיים בירור משפטי התקיים בכל החברות האנושיות המאורגנות בהיסטוריה. כולן התלבטו בשאלה כיצד התובע יכול להוכיח את הפרת זכויותיו וכיצד הנתבע יכול להוכיח את חפותו, ורבות מהן – שאפשרו מתן הצהרות או עדויות במהלך הדיון, בין של הצדדים להליך ובין של עדים – התלבטו בשאלה המשלימה כיצד ניתן לוודא שהדברים הנאמרים, בהעדר ראיה מובהקת לסתור, הינם אמת. השבועה הינה אחד המנגנונים המרכזיים שאומצו לצורך זה.

בעולם העתיק הייתה השבועה דרך להביע רצינות של עמדה או כוונות. במגוון של מצבים חברתיים היה אדם מציע להישבע כדרך לחזק את עמדתו ("אתה לא מאמין לי? אני נשבע!") או היה מתבקש על־ידי בן־שיחו להישבע ("באמת? לא יכול להיות! הישבע!"). אנו רואים עדויות לכך במקורות הספרותיים הקלאסיים היווניים, שעליהם מתבסס חלק ניכר מהידע שלנו על ההתנהלות ביוון הקלאסית,¹⁰⁸ ויש שיאמרו כי הדבר נוהג גם כיום בהקשרים חברתיים מסוימים.

כדי לנסות להבין מהם המניעים האפשריים של מצהיר השבועה בעולם העתיק, יש לשאול את השאלה הפשוטה: מה היה צפוי לקרות לנותן השבועה אם הצהרתו לא הייתה אמת או אם הוא לא קיים את התחייבותו העתידית?

בעולם המודרני ההנחה שלנו היא כי אם אדם מעיד עדות־שקר או אינו מקיים את הבטחתו, יינקטו נגדו סנקציות אפקטיביות: עד־השקר יישלח לכלא, ומפר החוזה ייתבע

108 כפי שיפורט עוד להלן. על כך, ולדיון בשאלה מה תוקפה של שבועה שהוצעה אך לא בוצעה בפועל, ראו: Cathy Callaway, *Perjury and the Unsworn Oath*, 123 TRANSACTIONS AM. PHILOLOGICAL ASSOC. 15 (1993); Judith Fletcher, *A Trickster's Oath in the Homeric Hymn to Hermes*, 129 AM. J. PHILOLOGY 19 (2008).

לדין ובית-המשפט יטיל עליו לקיים את התחייבותו או לפצות בגין אי-קיומה. חוק העונשין הישראלי קובע כי מוסר תצהיר-שקר, בין אם בשבועה או בהן-צדק ובין אם לאו, דינו מאסר שלוש שנים (סעיף 239 לחוק), וכי מתן עדות כוזבת ביועץ, בין בשבועה ובין לא בשבועה, הינה עדות-שקר שעונשה מאסר שבע שנים (סעיף 237 לחוק). אבל במערכות משפט עתיקות, שהיו כמובן מפותחות פחות מאלה הקיימות כיום, לא היה אפשר להניח שכל הרכיבים המאפשרים אכיפה על-ידי אדם יעמדו לרשות הניזוק מהפרת השבועה. אף-על-פי-כן אנשים נשבעו, והדבר נתפס כאמצעי יעיל. הכיצד?

נקודת מוצא טובה להסבר נמצאת בספרו המפורסם של תומס הובס משנת 1651 – **לוייתן**.¹⁰⁹ הובס מתאר חוזה, שהוא מכנה "אמנה" (covenant), שבו צד אחד מקיים את התחייבותו לאלתר, ומכיוון שיש לו אמון בצד האחר, הוא מרשה לו לקיים את חלקו במועד עתידי:

"...במצב הטבעי... שהוא מצב של מלחמת הכל בכל, דיו חשד סביר כלשהו כדי שתהא האמנה מבוטלת; אבל אם מצויה רשות משותפת הממונה על שני הצדדים, ולה זכות וכוח מספיקים כדי לכפותם לקיימה, אינה מבוטלת. כי מי שמקיים ראשון, אין לו בטחון שהאחר יקיים לאחר מכן, מפני שעבודות המלים חלשות מכדי לבלום את השאפתנות, הכילות, הכעס, ושאר ההיפעלויות של בני-אדם, בלי מוראו של איזו כוח כופה..."¹¹⁰

הפתרון הטוב ביותר הוא זה המוכר לנו, המודרני: קיומו של משטר מדיני, "ששם נתכוננה רשות כדי לכפות את כל מי שבלעדי כך היה מפר את האמון", ואשר שם "אין עוד יסוד סביר לחשש; ומטעם זה, מי שנועד על-פי האמנה לקיים ראשון, מחוייב לעשות זאת".¹¹¹ האם קיים כלי משפטי כלשהו שיחבר בין המצב האנרכי שקיים ב"טבע" לבין המצב שבו קיים משטר מדיני משמעותי? בנושא זה מוסיף הובס:

"כוחם של דיבורים, כפי שצויין למעלה, חלש הוא מכדי לכפות בני-אדם לקיים את האמנות שלהם; ומצויים בטבע האדם רק שני אמצעי-עזר לחזקו, שאפשר להעלותם על הדעת. אלה הם או פחד בלב האיש מפני התוצאות של אי-עמידתו בדיבורו, או זחיחות או גאווה בלבו על שהוא מופיע כמי שאין לו צורך להפר את

109 ראו הובס, לעיל ה"ש 16, בעמ' 120–133.

110 שם, בעמ' 127.

111 שם. אגב, הובס אינו מכיר באמנה אלא ביחס לדברים שעתידיים לבוא ושהם אפשריים, להבנתם של כורתי הברית. מאידך גיסא, הובס סבור כי ב"מצב הטבעי" יש תוקף גם לאמנה שכפויה על-ידי איום, כי היא נותנת לכורת האמנה את טובת-ההנאה של השארתו בחיים כנגד התחייבותו לתת כסף או שירות. אבל במצב שבו קיים משטר מדיני ניתן לאסור בחוק קיומה של אמנה כזו. שם, בעמ' 129–130.

הבטחתו. גאווה כזו היא סגולת־נדיבות נדירה כל־כך, שאין לסמוך עליה, בייחוד לגבי הרודפים אחרי העושר, השררה או תענוגות החושים, שהם רובו הגדול של מין האדם. ההיפעלות שיש לסמוך עליה, זהו הפחד; ולו שני מושאים כלליים מאוד: האחד – כוחן של נשמות סמויות מן העין, השני – כוחם של אותם בני־אדם שהפרת ההבטחה תהא פוגעת בהם. מבין שני אלו, אף־על־פי שהראשון הוא הכוח הגדול יותר, הרי הפחד מפני השני הוא ברגיל הפחד הגדול יותר. הפחד מפני הראשון מקנן בלבם של כל אדם, והיא הדת אשר לו... אין דבר שיוכל לחזק אמנת שלום מוסכמת... זולת הפחד מפני אותו כוח בלתי־נראה שכל אחד מעריצו כאלוה, ויֵרָא אותו כנוקם ונוטר על הכחש והבגד של בני־אדם. כל מה שאפשר אפוא לעשות בין שני בני־אדם שאינם כפופים לשלטון מדיני, הרי זה להשביעם זה לזה בשם האל שהם יראים אותו; ושבועה זו היא נוסח של דיבור, נוסף על הבטחה, נוסח שהמבטיח מכריז באמצעותו, שאם לא יקיים מה שהבטיח, הריהו מוותר על רחמי אלוהיו, או קורא אליו להינקם ממנו.¹¹²

דווקא: האינטואיציה האישית שלי – בעולם המודרני, החילוני, הציני משהו – היא שעלי לפחד יותר דווקא מהאדם העומד מולי ברגע זה ומאיים עליי פיזית, בשל כך שהעדתי נגדו עדות־שקר או שאיני מקיים את הבטחתי כלפיו, מאשר מפני כוח עליון. להזכירנו, ההצדקה המרכזית ל"שלטון החוק" היא שהוא נועד למנוע את הכוחניות שב"שלטון האדם".¹¹³ אבל להובס יש הסבר מעניין, אשר גם מסביר את כוחה של החרדה מהעל־טבעי וגם מתאר הטיה פסיכולוגית בהערכת הסיכונים. לדברי הובס, גם במצב הטבע, חששו של הנשבע שהאדם שכלפיו הוא התחייב יעשה סעד עצמי ויאכוף

112 שם, בעמ' 131–132 (ההדגשה הוספה). כן ראו שם, בעמ' 132: "וכל זה – בלוויית הטקסים הנהוגים בדתות השונות, כדי שיגדל הפחד מפני הפרת אמונים."

113 התיאור האקסיומטי של המשטר בארצות־הברית, שהוטבע על־ידי ג'ון אדמס (John Adams) בחוקת מסצ'וסטס בשנת 1780, הוא ששלטונה של מדינה זו הוא "a government of laws and not of men". ראו: Quote No. 991, RESPECTFULLY QUOTED, www.bartleby.com/73/991.html. על כך ועל ההבחנה בין the rule of law לבין the rule of man ראו: Rule of Law, WIKIPEDIA (Sept. 14, 2018), en.wikipedia.org/wiki/Rule_of_law; Rule of Man, WIKIPEDIA (Aug. 18, 2018), en.wikipedia.org/wiki/Rule_of_man; Jacob G. Hornberger, *The Rule of Men vs. the Rule of Law*, FUTURE FREEDOM FOUNDATION (Feb. 26, 2016), www.fff.org/2016/02/26/the-rule-of-men-vs-the-rule-of-law/. לעומת זאת, התיאור האקסיומטי של הפרדת הדת מהמדינה ("דת" במובן של דת מאורגנת הנתמכת על־ידי השלטון, להבדיל מחירות הפולחן של הפרט ומחופש ההתארגנות של הכנסיות, אשר מובטחים בחוקה האמריקאית) מצוי במכתבו של תומס ג'פרסון לבפטיסטים משנת 1802. ראו: Separation of Church and State in the United States, WIKIPEDIA (Sept. 11, 2018), en.wikipedia.org/wiki/Separation_of_church_and_state_in_the_United_States; Jefferson's Letter to the Danbury Baptists, LIBRARY OF CONGRESS (57 Martha Graham Collection – Special Ala Issue, 1998), www.loc.gov/loc/lcib/9806/danpre.html.

את ההתחייבות שנעשתה כלפיו קטן מאשר פחדו מן האל משום שבמצב הטבע אנשים אינם מעריכים נכונה את הבדלי הכוח ביניהם עד שהם מגיעים לקרב.¹¹⁴ התשובה הראשונית נמצאת אם כן בשבועה עצמה: בעולם האמוני הקדום שבועת-שקר תיאכף על-ידי כוחות על-אנושיים או אל-אנושיים. זהו ההסבר המקובל לעוצמתה של השבועה. אנו מוצאים את החשש מפני שבועת-שקר ב"שבועת האלים" שעוגנה בחוקי הממלכות העתיקות של המזרח (התיכון) הקדום משנת 2000 לפני הספירה ועד המאה השתים-עשרה לפני הספירה.¹¹⁵ גם אצל חכמינו נחשבה שבועת-השקר כאחת העבירות החמורות ביותר, שעונשה היה חמור ביותר והוטל לא רק על העברייני, אלא על כלל הציבור.¹¹⁶

משה שטרנברג מסביר את הדברים בצורה דומה.¹¹⁷ לשיטתו, לשבועה (בהקשר של מתן עדות בבתי-המשפט האזרחיים באותה תקופה) יש שלושה יסודות מהותיים: (א) קבלת התחייבות לומר את האמת; (ב) פנייה לאלוהים, במפורש או מכללא, שישמש ערובה להתחייבות זו; (ג) הפקרה עצמית לרעה הצפויה למצהיר אם דבריו אינם אמת. שני המרכיבים האחרונים "הם אלמנטים דתיים ומבוססים על האמונה כי קיימת בעולם ישות עליונה, שהיא מוסרית במהותה, הערבה לסדר עולם מוסרי, הגומלת על הטוב ומענישה על הרע".¹¹⁸ שטרנברג מסביר כי אקט השבועה הוא אקט דתי-מוסרי-משפטי, שמבקש "ליצור לחץ או זעזוע נפשי ברוחו של העד במגמה לעוררו ולזרוז לומר אמת".¹¹⁹

דברים אלה מסבירים יפה את ההיגיון של השבועה. השבועה נסמכת על אמונה דתית עמוקה, אשר אין חולק שקנתה לה "שביתה בטבע האדם לפני קום החברה המדינית", כלשונו של הובס.¹²⁰ אבל היו שבועות שקדמו גם לאמונה באלים – בין באל המונותאיסטי ("מותנית השבועה באמונה בקיומה של ישות על-אנושית ועל-טבעית, בעלת יכולת ורצון, המשגחת על הבריות השגחה פרטית, הגומלת על הטוב ומענשת על הרע"¹²¹) ובין באל הפגני ("כך היה הנוסח האלילי: 'יהרגני יופיטר, כמו שאני הורג חיה

114 הובס, לעיל ה"ש 16, בעמ' 132.

115 ראו קירשנבאום **הרשעה עצמית במשפט העברי**, לעיל ה"ש 76, בעמ' 16–18.

116 ומשום חומרת השבועה ביטלו הגאונים את השבועה והמירוה בחרם. ראו קובר **עדות בשבועה**, לעיל ה"ש 96, בעמ' 61–64.

117 שטרנברג, לעיל ה"ש 42, בעמ' 357.

118 שם, בעמ' 359–360.

119 שם, בעמ' 360. במקביל קיים כלי הקללה, ש"היא אמצעי דתי מובהק להעניש; ואיום הקללה היה אפקטיבי להשפיע על התנהגותם של בני אדם". קירשנבאום **בית דין מכין ועונשין**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 464.

120 הובס, לעיל ה"ש 16, בעמ' 132.

121 כלשונו של שטרנברג, לעיל ה"ש 42, בעמ' 357. כל הדתות המוקדמות היו מוסריות מכך ששבועות קדומות כללו, בין היתר, מגע פיזי באיברי הרבייה (ראו, למשל, בראשית כד 2–9; בראשית מז 29), ולכן הן שימרו אומנם את המנהג הקדום של השבועה אבל ניסו להפוך אותו לביטוי של אמונה,

זו"ו).¹²² ולטר בורקרט (Walter Burkert) מסביר כי השבועה וטקסיה – במיוחד הקרבת קורבנות – אינם מחייבים אמונה באל: הם מבקשים להפעיל פריטים מסוימים או את הקוסמוס כולו. אבל ליוונים היה חשוב להאמין שיש ישות אלוהית הצופה ממעל על הכל ויכולה להתערב כדי להעניש. האדם הפשוט האמין שזאוס משגר ברקים בנשבעי שבועות־שקר, גם אם הדבר לא נתמך בנסיונו האישי.¹²³

הלן סילווינג (Helen Silving) מעלה את הסברה שבטרם הכירו בני־האדם באלוהות, הם עשו שימוש בקללה, בהאמינם כי יש באפשרותה להרוג כמו כוח פיזי, וזאת מכוח הקסם הגלום במילה או מכוח מעשה כישוף. השבועה הייתה מעשה של קללה עצמית, שהוטלה באופן מותנה אבל בלתי־ניתן לביטול. הקללה נכנסה לתוקף בהתרחש התנאי. בדרך זו היה אפשר לעשות שימוש בקללה העצמית כדרך להבטיח שהתחייבות עתידית תקום.¹²⁴

השבועה ביוון כללה ברגיל שלושה רכיבים: פנייה לאלים (invocation); תוכן של הבטחה או הצהרת עובדות; וקללה (imprecation) אשר הדובר קורא על עצמו אם לא יקיים את הבטחתו או אם הוא אינו דובר אמת.¹²⁵ לשבועה נלווה ריטואל – למשל, השלכת חפץ או הטבעתו, הקרבה של חיות ושתייה (libationa) – שנועד להבהיר כי מדובר בהתחייבות רצינית ובלתי־הפיכה.¹²⁶ באחד הקודים המשפטיים היווניים, מהמאה הרביעית לפני הספירה, היתוסף לשבועה מרכיב מגי של המסת צלמיות

הכולל אזכור מפורש של האל האחד העליון והכל־יכול. ראו Silving, לעיל ה"ש 80, בעמ' 1331–

1333; "שבועה" אנציקלופדיה מקראית, לעיל ה"ש 63, בעמ' 487.

122 הובס, לעיל ה"ש 16, בעמ' 132. ואולי, עובר להכרה באלים, נשבעו בכוחות הטבע: "יש חושבים שגם קדמוני הקדמונים שחיו זמן מרובה לפני דורנו ודרשו ראשונה בענייני האלוהות" החזיקו בדעה שההתחלה היא מים, כותב אריסטו על הדורות שקדמו לו. "אף אמרו שהאלים נשבעים בסטי'כס, שהוא כינוי למים (כי הזקן ביותר הוא הראוי לכבוד ביותר, והראוי לכבוד ביותר הוא [מושא] השבועה)". אריסטו **המטפיסיקה** – ספר א 38–39 (מהדורה חמישית מתוקנת ומעובדת, ח"י רות מתרגם, 1992). עוד כותב אריסטו שם, בעמ' 39, ה"ש 21: "ואם־כן סטי'כס, כלומר, המים, הוא הקדמון שבנבראים."

123 ראו: WALTER BURKERT, GREEK RELIGION 213 (John Raffan trans., 1985).

124 ראו Silving, לעיל ה"ש 80, בעמ' 1330. למאמר על פרופ' סילווינג, המרצה הראשונה למשפטים בארצות־הברית, ראו: Reut Yael Paz, *A Forgotten Kelsenian? The Story of Helen Silving-* 1123 (2014) EUR. J. INT'L L. 1123 (2014). לדיון בשימוש בקללות במסגרת ריטואל השבועה, ולהצגת מקורות כתובים עתיקים שעשו שימוש בטכניקה זו, ראו: Anne Marie Kitz, *An Oath, Its Curse and Anointing Ritual*, 124 J. AM. ORIENTAL SOC'Y 315 (2004). לדיון מרתק ברצף שבין קללות ל"מילות קסם" – מהמילים הקדושות, עובר במילים של חול ועד למילים האסורות – ראו: GEOFFREY HUGHES, AN ENCYCLOPEDIA OF SWEARING: THE SOCIAL HISTORY OF OATH, PROFANITY, FOUL LANGUAGE, AND ETHNIC SLURS IN THE ENGLISH-SPEAKING WORLD xv–xxv (2006).

125 ראו: VINCENT FARENGA, CITIZEN AND SELF IN ANCIENT GREECE: INDIVIDUALS .PERFORMING JUSTICE AND THE LAW 26 & n. 44 (2006).

126 ראו BURKERT, לעיל ה"ש 123, בעמ' 212–213.

(figurines) משעווה, כדי להבהיר את גורלו של המפר.¹²⁷ לאחר קליטת הנצרות באירופה הוחלפה השבועה הפגנית, שעשתה שימוש בחפצים שונים ובאלים רבים, בשבועה בספרי הבשורות (ה-gospels), בקדושים (כולם או חלקם), בבתולה הקדושה וכדומה. במובן זה היה זה סימן של קדמה וסובלנות (במיוחד כלפי היהודים) כאשר קבע הקיסר יוזף השני מאוסטריה, במאה השמונה-עשרה, כי מעתה ייעשה שימוש בנוסחה "כה יעזור לי האל", המונותיאיסטית הכוללנית, במסגרת השבועה.¹²⁸

פרק ב: מקרה לדוגמה – השבועה ביוון

1. בין מצב ה"טבע" לממשל המודרני – הבחירה ביוון

בספרו **ליותן מציע הובס הסבר לצורך בממשל מרכזי**, על מעלותיו וחסרונותיו, מתוך הנגדתו למצב הדברים ב"טבע", שבו אין ממשל כלל וכל דאליים גבר. זהו, כמובן, ניסוי מחשבתי,¹²⁹ משום שבכל מהלך ההיסטוריה הידועה לנו למן בראשית לא התקיים תוהו ובוהו¹³⁰ מוחלט כזה בחברה האנושית למשך פרק-זמן ארוך. כלומר, להבנתי, למצט בתקופות חירום כמלחמה,¹³¹ תמיד התקיימו ממשל ומשפט בחברה האנושית, וההבדל

127 ביטוי זה נתפס כמקרה נדיר של מגיה שחורה וירטואלית במסמך פומבי. ראו: NOEL ROBERTSON, RELIGION AND RECONCILIATION IN GREEK CITIES: THE SACRED LAWS OF SELINUS AND CYRENE 283–284 (Am. Philological Ass'n Am. Classical Stud. Ser. No. 54, 2010).

128 ראו Silving, לעיל ה"ש 80, בעמ' 1353–1355. אנתוני מוסון מתאר את המשפט האנגלי של ימי הביניים בכללותו כך: "The quasi-religious aspect of the legal world was further enhanced with the use of sacred oaths and gospel books. Before writing became common, gospel books or valuable objects (such as swords, knives or horns) were taken and preserved as symbols of a property conveyance." ANTHONY MUSSON, MEDIEVAL LAW IN CONTEXT: THE GROWTH OF LEGAL CONSCIOUSNESS FROM MAGNA CARTA TO THE PEASANTS' REVOLT 20 (Manchester Medieval Stud. Ser. 2001).

129 שתכליתו להנגיד שלטון אנושי לא-מושלם עם "מצב טבעי" בלתי-נסבל. על הובס כמציג "ניסוי מחשבתי" ראו, למשל: Thomas Hobbes: Social Contract, GREAT PHILOSOPHERS, oregonstate.edu/instruct/phl201/modules/Philosophers/Hobbes/hobbes_social_contract.htm; *The State of Nature and Other Political Thought Experiments*, FRIESIAN, www.friesian.com/nature.htm.

130 כמאמר מקורותינו (בראשית א 2), "וְהָאָרֶץ הָיְתָה תוהו וָבוהו וְחָשֶׁךְ עַל-פְּנֵי תְהוֹם". השוו "פרשת בראשית – תוהו ובוהו" **האקדמיה ללשון העברית** 13.10.2015 hebrew.academy.org.il/2015/10/13/.

131 בזמן מלחמה סדרה של החברה האנושית – לרבות ההליך השיפוטי והשבועה באלים – קורסים. כפי שכתב ההיסטוריון תוקידידיס על המלחמות ביוון: "והדברים הגיעו לידי כך, שאיש לא השגיח ביראת-שמים... והמתונים שבין האזרחים נספו בידי שני הצדדים... וכך הביאה המחלוקת לידי

המרכזי בין מערכות הממשל והמשפט של פעם לבין אלה המודרניות התבטא בהיקפם ובאיכותם של השירותים שהן הציעו לאזרחים.¹³² כבר היו מלומדים שיצאו ל"מסעות" של תיאור שיטות הממשל והמשפט בעולם, תוך שהם חובקים בתיאורם טווחי זמן ומרחבים גיאוגרפיים נרחבים.¹³³ מהלך כזה אינו אפשרי במאמר זה, אבל היה חשוב לי לנסות להציג את תחולת השבועה, על כל סוגיה ותפקידיה המגוונים, באחת משיטות המשפט העתיקות המרכזיות שבהן היא יושמה. בתחילה חשבתי לכתוב על נושא השבועה ביהדות בכלל ובמשפט העברי בפרט, אבל נושא זה ראוי, מפאת חשיבותו והיקפו, לחיבור עצמאי. לבסוף בחרתי להתחקות אחד מעמדה של השבועה בשיטת המשפט הקלסית של יוון העתיקה. לא רק שמדובר בדוגמה מורכבת ומגוונת, אלא שהדרך להבנת המשפט היווני עוברת דרך כלל ספרותה: המחזות, האפוסים, הפילוסופיה – כתבים שהייתה להם, ועדיין יש להם, השפעה משמעותית על כל תרבות המערב. נוסף על כך, הסיוור במחזות היווניים ראוי משום שתחום זה מוכר להערכתי למשפטן הישראלי פחות מאשר תולדותיהן של שיטות משפט אחרות.

ודוק: עצם הניסיון להתחקות אחר המשפט היווני הוא מאתגר. זאת, ראשית, משום שמעולם לא הייתה מערכת משפט "יוונית" כללית, אלא לכל-היותר ניתן למצוא נקודות דמיון בין ההליכים המשפטיים שהתקיימו באזורים שונים ובתקופות שונות בהיסטוריה של יוון;¹³⁴ שנית, משום שמדובר בתקופה היסטורית רחוקה למדי מזמננו – התקופה הקלסית שבה הייתה העיר אתונה בשיאה הייתה בין השנים 508 ו-322 לפני הספירה;¹³⁵ ושלישית, בעיקר משום שהפילוסופים היוונים – להבדיל ממקביליהם ברומא או כיום – לא נטו לעסוק בשאלות משפטיות יומיומיות. לכן, כדי ללמוד על פרטיו של המשפט היווני, ולא רק על עקרונותיו, יש לפנות אל כלל המקורות הספרותיים הקיימים, כלומר,

קלקול כל המידות הטובות ביוון. התום, יסוד מידת האצילות, היה ללעג ולקלס ובטל קיומו; התנכלות איש ברעהו והחשדנות פשטו בכל מקום ומקום. ושום דבר לא היה בכוחו להשלים בין הניצים, לא הן-צדק ולא שבועת-אלה. ראו תוקידידס **תולדות מלחמת פילופוניס** 161 (א"א הלוי מתרגם, 1959).

132 לדיןן ראו: MICHAEL GAGARIN, *EARLY GREEK LAW* 1–7 (1986). סיכמה את הדברים יפה האנתרופולוגית לוסי מייר: "People argue whether primitive societies have government. They also argue whether they have law. But nobody questions that they have rules of some kind which everyone thinks it is right to obey... This is where Hobbes was wrong" היא בוחנת "how rules are upheld in societies... where there is nothing to correspond with courts and policemen." LUCY MAIR, *PRIMITIVE GOVERNMENT* 35 (1962).

133 שתי דוגמות קלסיות הן: HENRY SUMNER MAINE, *ANCIENT LAW: ITS CONNECTION WITH THE EARLY HISTORY OF SOCIETY, AND ITS RELATION TO MODERN IDEAS* (Transaction Publishers 2002) (1866); 3 S.E. FINER, *THE HISTORY OF GOVERNMENT FROM THE EARLIEST TIMES: EMPIRES, MONARCHIES, AND THE MODERN STATE* (1997).

134 ראו: CHRISTOPHER CAREY, *TRIALS FROM CLASSICAL ATHENS* 1–2 (1997).
 135 ראו: *Classical Athens*, WIKIPEDIA (Sept. 4, 2018), en.wikipedia.org/wiki/Classical_Athens. אתונה הקלסית היא גם עיר-מדינה, וזו התקופה בהיסטוריה שלגביה יש לנו המידע הרב ביותר, אף שמדובר עדיין במידע חלקי ביותר. ראו CAREY, שם, בעמ' 2–3.

לא רק למקורות משפטיים מובהקים, כגון חקיקה, פסיקה וחוזים, אלא גם לכתיבה היסטורית וספרותית, לרבות נאומים, אפוסים ומחזות. אכן, אזכורים משפטיים והתייחסויות לפתרון סכסוכים אצל הומרוס, אריסטו ואפלטון הם מקורות משמעותיים מאוד ללימוד המשפט היווני.¹³⁶

2. כיצד יושבו סכסוכים ביוון?

במשך תקופה ארוכה רווחה תיאוריה אבולוציונית שלפיה בתקופה הפרהיסטורית הסכימו הפרטים מרצון לוותר על זכותם לסעד עצמי, ובחרו ליישב סכסוכים בדרך של בוררות. באופן הדרגתי, בלחץ דעת-הקהל, נשללה מהמתדיינים האפשרות לעשות שימוש בכוח פרטי, והם נאלצו להפנות את סכסוכיהם לרשויות. בתחילה שימשו ראשי הקהילה הפרימיטיבית כבוררים, אבל עם התגבשות המדינה נהפכה סמכות זו למוסד משפטי ועברה מן המלכים הקדומים לשופטים עירוניים אריסטוקרטים, ומהם לבתי-המשפט העממיים.¹³⁷

משנת 1946 ואילך הועלו ספקות ביחס לתיאוריה זו, ובמיוחד ביחס לאופן שבו היא מחברת בין הרצון ליישב סכסוכים פריטיים לבין יצירת המערכת השלטונית. החוקר הנס וולף (Hans Wolff) תהה אם אכן היה די בקיומה של נטייה לבוררות להביא לדיכוייה של

136 Gerhards Thür, *Oaths and Dispute Settlement in Ancient Greek Law*, in GREEK LAW IN ITS POLITICAL SETTING: JUSTIFICATIONS NOT JUSTICE 57 (L. Foxhall & A.D.E. Lewis eds., 1996) (להלן: Thür, *Oaths and Dispute Settlement*). תור עצמו עושה בפרק זה שימוש בשני דברי חקיקה עתיקים – החוק של Drakon והקוד של Gortyn מסביבות 400–750 לפני הספירה – במשולב עם האיליאדה של הומרוס. שם, בעמ' 58 ו-62. ראו, באופן דומה: ADRIAAN LANNI, LAW AND JUSTICE IN THE COURTS OF CLASSICAL ATHENS 4–6 (2006); MARGO KITTS, SANCTIFIED VIOLENCE IN HOMERIC SOCIETY: OATH-MAKING RITUALS AND NARRATIVES IN THE ILIAD 3 (2005): "...[T]here are more than two dozen references to oath-making and cursing customs and two precise oath-sacrificing rituals in the *Iliad*, evidence enough that oath-making was understood as a foundational institution in Homeric society and surely penetrated the ancient world beyond the epic". התוצאה היא שקיימת ספרות מחקרית ענפה שמתייחסת לשבועות ביוון, אבל רק מעטים מבין החוקרים, דוגמת אדריאן לני, הם משפטיים. ראו במיוחד KITTS, שם, וכן, מן השנים האחרונות: JUDITH FLETCHER, PERFORMING OATHS IN CLASSICAL GREEK DRAMA (2012); ALAN H. SOMMERSTEIN & ANDREW J. BAYLISS, OATH AND STATE IN ANCIENT GREECE (Beitrage Zur Altertumskunde Ser. No. 306, 2013); ALAN H. SOMMERSTEIN & ISABELLE C. TORRANCE, OATHS AND SWEARING IN ANCIENT GREECE (Beitrage Zur Altertumskunde Ser. No. 307, 2014). ספר קלסי בנושא השבועה ביוון הוא ספרו של ההיסטוריון הצרפתי החשוב גוסטב גלוצ: GUSTAVE GLOTZ, L'ORDALIE DANS LA GRÈCE PRIMITIVE (Albert Fontemoing ed., 1904).

137 ראו Thür, *Oaths and Dispute Settlement*, לעיל ה"ש 136, בעמ' 58, המסביר כי המקור המרכזי לתיאוריה היה באיליאדה של הומרוס. כן ראו 2 A.R.W. HARRISON, THE LAW OF ATHENS: PROCEDURE 60–70 (1971).

האנרכייה, ואם אכן סביר להניח שהמדינה הסכימה להעמיד את כוחה לטובת שיטת בוררות פרטית. וולף ציין גם כי סעד עצמי התקיים בערי-המדינה היווניות לא רק בתקופות הפרהיסטוריות, אלא גם בתקופות ההיסטוריות. לדעתו, נסיכים לא פעלו כבוררים בעצמם, אלא הבטיחו את השלום החברתי על-ידי כך שהעניקו לנאשם הגנה זמנית מפני מעשי נקמה. כלומר, נראה שהשאיפה של הפרטים להסדיר סכסוכים והנכונות של הקהילה להתארגן ולפעול באמצעות נציגים, בין היתר על-מנת להסדיר סכסוכים, התפתחו במקביל. הנסיכים, כרשויות ציבוריות, הסדירו את הסעד העצמי: לאחר שהם בחנו את המצב המשפטי בסכסוך, הם יכלו לבחור להתיר או לאסור סעד עצמי. עמדותיו של וולף זכו בתמיכתם של חוקרים נוספים, לרבות היסטוריונים של המשפט, אבל היו שחלקו עליו. נראה שאין סימוכין לתיאוריה שלו שלפיה הרשויות בחברה היוונית הקדומה העניקו הגנה זמנית לנאשם. הטעם הוא שגם בתקופות מאוחרות ביותר היו מקומות מקלט (sanctuaries) שהעניקו הגנה לנאשמים.¹³⁸

החוקר גרהרד תור (Gerhard Thür) מציע תיאוריה שונה, הכוללת גם את תפקידה של **השבועה** בפתרון סכסוכים. להבנתו, בוררות מרצון או פשרה היו דרכים מרכזיות לפתרון סכסוכים בחברה היוונית הקדומה. ברם, כאשר לא היה אפשר להגיע להסכם בדרך שלום, היה התובע רשאי להשתמש בכוח פרטי נגד יריבו, אבל זאת רק לאחר שרשות כלשהי הכריעה, בהליך פורמלי, כי הסעד העצמי הוא חוקי במקרה זה. ביוון העתיקה לא הכריעו השופטים בהליכים בעצמם, אלא ניסחו שבועה, וקבעו איזה מן המתדיינים נדרש להישבע על העובדות כלפי האל המתאים. אם "השבועה המכרעת" (decisive oath) בוצעה בהצלחה, הצד שנשבע ניצח בתיק, אוטומטית, ולא היה צורך בהכרעה שיפוטית נוספת. בתקופה מאוחרת יותר, בדמוקרטיה האתונאית, הביאו השופטים את התיק לפני בית-משפט עממי, ואם המושבעים הרשיעו את הנתבע, הם התירו בכך עשיית דין עצמית.¹³⁹ תור, להבדיל מוולף, סבור כי הוצאה זו לפועל לא כללה הגנה משטרתית או היתר נוסף מהרשויות: הותר לתובע לעשות שימוש בכוח פרטי רק לאחר שהוא קיבל את הלגיטימציה האלוהית של השבועה, שכן כפי שכבר ראינו:

138 ראו Thür, *Oaths and Dispute Settlement*, שם, בעמ' 59–61; HARRISON, שם, בעמ' 70–71. למחקרו של Wolff: Hans Julius Wolff, *The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks*, 4 TRADITIO 31 (1946).

139 ראו Thür, *Oaths and Dispute Settlement*, שם, בעמ' 59–61 ו-70–71. כפי שעולה מכתבי אריסטו, במאה הרביעית לפני הספירה היו שני שלבים בתהליך זה: בשלב הראשון נפגשו המתדיינים לפני שופט בהליך מקדמי, ובשלב השני טענו הצדדים לפני בית-משפט עממי שכלל לפחות מאתיים מושבעים, שקיבלו את החלטתם באמצעות הצבעה "כן" או "לא" לגבי התיק. ראו שם, בעמ' 62. מעניין להשוות זאת עם מאמרו של הרב אריה כץ, שבו הוא מקיים דיון, במסגרת עולם ההלכה, בשאלת **מהות** השבועה שהדיינים מחייבים בה את בעלי-הדין על-מנת ליטול ממון ועל-מנת להיפטר מתביעה ממונית, קרי, בשאלה "אם היא נחשבת לחלק מהליכי הבירור, ולאחר השבועה יוכלו הדיינים לפסוק את הדין, או שהיא עצמה נחשבת כבר פסק דין". ראו אריה כץ "חייב בשבועה – אמצעי בירור או פסק דין?" **חמדת הארץ** 87, 87 (התשס"ח).

"Punishment by an offended god was a real threat to people in archaic times...
[T]his System presupposes that perjury hardly ever occurs."¹⁴⁰

היוונים היו מודעים להטיות האפשריות של הדין. הם חששו מפני שבועתם העצמית של הצדדים להליך,¹⁴¹ ולכן נקבע שכל צד להליך יידרש לשאת שבועה שנוסחה על-ידי השופטים. אבל החשש מפני מעשים שרירותיים של השופטים שבידיהם הופקדה סמכות השיפוט היה הסיבה העיקרית להעברת ההכרעה למושבעים.¹⁴² המושבעים קיבלו את שבועותיהם של שני המתדיינים (עכשיו לא הייתה שבועה אחת מכרעת, וצומצמה יכולתו של השופט להשפיע על ההכרעה), והם שקבעו איזו שבועה משבועות המתדיינים "טובה יותר" בעיניהם.¹⁴³ צעדים אלה – השבועה הכפולה והקודיפיקציה של החוק – היו כנראה שלבים במעבר מממשל אריסטוקרטי דתי לממשל דמוקרטי חילוני.¹⁴⁴

הסבר מעניין ביחס לשבועה מציע החוקר מייקל גגרין (Michael Gagarin), בפרשו את תור כאומר שהמושבעים אינם מכריעים בסכסוך, אלא רק מציעים שיטת הוכחה שעל-פיה יוכרע הסכסוך אוטומטית. שיטות הוכחה אלה – הכוללות את השבועה, את ה-*combat* ואת ה-*ordeal* – הן לא-רציונליות, ותוצאתן תלויה בהתערבות האלים.¹⁴⁵ מקורות נוספים מציעים תמונה עשירה יותר של מערכת המשפט של אתונה בתקופתה הקלאסית, הדמוקרטית, ושל תפקיד השבועה במסגרתה. הדעה הרווחת בקרב

140 ראו Thür, *Oaths and Dispute Settlement*, שם, בעמ' 62 ו-70. וכפי שנראה להלן בדיון על השבועה בישראל: "[A]n upstanding person would have avoided lawsuits as far as possible... legal procedure was the last resort" (שם, בעמ' 71).

141 אפלטון הציע לבטל את שבועותיהם של הצדדים, בעלי-הדין (השבועה המכרעת), מן הטעם שהם נוגעים בדבר ולכן אחד מהם בוודאי בא לידי שבועת-שקר. לעומת זאת, הוא לא התנגד לחייב את השופטים להישבע (שבועת אמונים), מאחר שאין להם כל ריווח בשבועת-שקר. ראו כתבי אפלטון כרך רביעי 948–949 (יוסף ג' ליבס מתרגם, 1997); שטרנברג, לעיל ה"ש 42, בעמ' 357, ה"ש 1; א"א הלוי "על השבועה (פרק בתולדות ההלכה)" *תרכיץ* לו 24, 26 (1967).

142 זהו הרקע הפוליטי לקודיפיקציה של החוק במחצית הראשונה של המאה החמישית לפני הספירה, אשר גם הסדירה את פעילות השופט וגם קבעה כי כאשר שני המתדיינים מביאים עד, אין שבועה מכרעת, אלא השופט עצמו נדרש לתת הכרעה סופית בשבועה. ראו Thür, *Oaths and Dispute Settlement*, לעיל ה"ש 136, בעמ' 70–71. החוקים היו כתובים על גושי אבן גדולים שהוצבו במקומות ציבוריים שונים באתונה, והמתדיינים היו אחראים למצוא ולצטט כל חוק התומך בטענותיהם. ראו LANNI, לעיל ה"ש 136, בעמ' 37–38. נראה כי להבדיל מתרבויות אחרות, היוונים עשו שימוש בכתובה רק לחקיקה, וזאת במטרה להפוך את החוק לנגיש (ולא למטרות לימוד או תעמולה), ועשו שימוש מינימלי בלבד בכתובה בפרוצדורה המשפטית. ראו: MICHAEL GAGARIN, *Writing Greek Law* 1–2 (2008).

143 ראו Thür, *Oaths and Dispute Settlement*, שם, בעמ' 71–72.

144 שם.

145 הביקורת של גגרין היא שהוא אינו מוצא שימוש ב-*ordeal* וב-*combat* במקורות היווניים. ראו GAGARIN, *Early Greek Law*, לעיל ה"ש 132, בעמ' 29–31.

החוקרים היא שהמשפט האתונאי היה בעל מכוונות פרוצדורלית, ולא מהותית, כלומר, הדגש היה בפיתוח הליכים רבים ומגוונים, בעוד שכללי המשפט המהותי העוסקים בעבירות, בחיובים ובקניין נותרו מעורפלים. נוסף על כך, החוקרים מזהים גישה רווחת של עוינות למקצוענות: רוב בעלי-התפקידים באתונה היו אזרחים שנבחרו לתקופה קצובה, וגם בתחום המשפט היו רוב ה"שחקנים" – המתדיינים, השופט והמושבעים – נטולי השכלה משפטית.¹⁴⁶ רוב שלבי ההליך המשפטי היו נתונים ליוזמת הצדדים: בהעדר משטרה שתשמור על הסדר הציבורי ותחקור עבירות, נפגע העברה הוא שהיה צריך לחקור את המקרה, לאתר עדים וליזום את ההליך המשפטי (שבו הצדדים גם ייצגו את עצמם ברוב המקרים).¹⁴⁷ ודוק: הניזוק היה יכול להתעלם מהמערכת המשפטית כליל, ולנסות לקבל סעד באמצעות איומים או אלימות או להגיע להסכמה עם הנתבע בדבר העברת הסכסוך להכרעתו המחייבת של בורר פרטי מוסכם. שני התנאים היסודיים לתוקפו המחייב של פסק הבורר היו הסכמת הצדדים לבוררות ומתן פסק הבורר תחת שבועה. בוררות כזו הייתה כנראה נורמה חברתית שהועדפה על התדיינות משפטית, במיוחד בסכסוכים בין בני משפחה, חברים או שכנים. אולם המקורות ההיסטוריים מצביעים בכל-זאת על לא מעט התדיינויות באתונה, ועל כך שהאתונאים היו ידועים כחובבי התדיינות משפטית.¹⁴⁸

בתי-המשפט העממיים באתונה קיימו שני סוגי הליכים: הליך פרטי, שבו תבע הניזוק (או בני משפחתו, במקרה של רצח); והליך ציבורי, שאותו כל אדם היה יכול לייזום.¹⁴⁹ השלבים המקדמיים בהתדיינות כללו ניסוח של התביעה, הגשתה לנתבע וזימונו לפני השופט (שהיה אדם ללא השכלה משפטית פורמלית שנבחר לתפקידו למשך שנה), וכן דיון מקדמי לפני השופט, שבו נתנו הצדדים הצהרות בשבועה והציגו ראיות. נראה כי במאה הרביעית לפני הספירה היו לפחות שני תהליכי סינון לפני המשפט עצמו: ראשית, השופט היה מכריע ברוב התביעות הפרטיות בסכומים קטנים; שנית, במקרים אחרים התקיים הליך-חובה של בוררות פומבית, ורק אם אחד הצדדים דחה את פסיקת

146 ראו LANNI, לעיל ה"ש 136, בעמ' 31; CAREY, לעיל ה"ש 134, בעמ' 5, 13 ו-18; Stephen Carey, *The Shape of Athenian Laws*, 48 CLASSICAL Q. 93 (1998); ROBERT J. BONNER, LAWYERS AND LITIGANTS IN ANCIENT ATHENS: THE GENESIS OF THE LEGAL PROFESSION (1927).

147 ראו LANNI, לעיל ה"ש 136, בעמ' 31–32; CAREY, לעיל ה"ש 134, בעמ' 13.

148 סיבה אפשרית אחת למשיכה אל ההתדיינות המשפטית היא החשיבות של מושג הכבוד בחברה האתונאית, וסיבה אפשרית נוספת היא הפורמט הדרמטי של ההליך – מעין תחרות פומבית לפני מושבעים על כבוד ויוקרה. ההערכה היא שבתי-המשפט ישבו בדין כ-200 יום בשנה, ושמעו בין 4 ל-40 תיקים ביום, לפי העניין. ראו LANNI, שם, בעמ' 33–34; CAREY, שם, בעמ' 12–14.

149 הרעיון היה, כנראה, שהרחבת זכות העמידה תאפשר הגשת תביעות אלטרואיסטיות, על-מנת לסייע לחלשים, או תביעות בעניינים שהשפיעו על הקהילה בכללותה. הליך כזה עורר חשש מפני הגשת תביעות-סרק, והפתרון לכך היה אות-קלון חברתי חזק וכן קנסות כבדים למי שנטשו הליך ציבורי שהגישו או לא קיבלו אפילו חמישית מקולות המושבעים במשפט. ראו LANNI, שם, בעמ' 35–36. נוסף על שני ההליכים המרכזיים הללו התקיימו הליכים מיוחדים נוספים. ראו שם, בעמ' 40 ו-57. להרחבה ראו CAREY, שם, בעמ' 9–12.

הבורר, הועבר העניין למשפט מושבעים.¹⁵⁰ במשפט עצמו נשאו הצדדים להליך נאומים שבהם סיכמו את עמדתם והציגו את ראיותיהם. הצדדים נעזרו לעיתים בכותבים או בדוברים מטעמם (advocates), אבל הנוסח לא היה משפטי פורמלי, כמקובל בבתי-המשפט כיום.¹⁵¹ ההכרעה בדין נעשתה על-ידי חבר מושבעים, שבו ישבו ברגיל בין 201 ל-501 איש, אשר נבחרו בהגרלה מבין כלל אזרחי אתונה שגילם שלושים ומעלה. ההכרעה הייתה ברוב רגיל, ללא דיון, ללא הנמקה וללא ערעור. העם אמר את דברו.¹⁵² לחלק מהעברות נקבע עונש בחוק, ובשאר המקרים שמע חבר המושבעים את הצדדים פעם נוספת ובחר בעונש המתאים. הצדדים גם יכלו להגיע להסכמה ביניהם על הסנקציה. באשר ליישום: שופטים פיקחו על הוצאות להורג, ופקידי ממשל גבו קנסות לטובת המדינה בהליכים ציבוריים, אבל ברגיל, כאמור, הזוכים בתביעות הפרטיות היו אחראים לגבות על-פי פסק-הדין.¹⁵³

3. סוגי השבועה המרכזיים במשפט היווני

הסוג הקדום ביותר של שבועה במשפט היווני הוא זה המכונה evidentiary oath. שבועה זו שימשה כשלעצמה דרך להערכת סכסוכים, במקביל ל-trial by ordeal. אחד הצדדים או שניהם היו מוסרים הצהרה בשבועה בדבר אמיתות טענותיהם. אם אחד הצדדים סירב להישבע, הוא היה מוכרז כמי שהפסיד בהליך. אם שניהם נשבעו, היה ברור אומנם שאחד מהם נשבע שבועת-שקר, אבל הותירו לאלים את מלאכת הענשתו של מי שהצהיר לשווא.¹⁵⁴ יש להסביר כי נוסף על חיוב התובע להישבע, עמדה לרשות בית-המשפט בפוליס היווני האפשרות להטיל "שבועה מזכה" או "מטהרת" ("purgatory oath"),

150 ראו LANNI, שם, בעמ' 36–37. על סמכות השופט ראו גם HARRISON, לעיל ה"ש 137, בעמ' 4–7. על ההליך ראו שם, בעמ' 85.

151 ראו LANNI, שם. כתיבת נאומים על-ידי אנשי-מקצוע על-מנת שיינשאו על-ידי המתדיינים עצמם החלה בסוף המאה החמישית לפני הספירה. ה-advocate המקורי היה אדם שהיה מוכן לדבר בבית-המשפט במקום אחד הצדדים, מטעמים משפחתיים או חבריים, והוא לא היה מקבל תשלום על עזרתו. ראו HARRISON, שם, בעמ' 157–160. המונח לציון דובר מטעמו של מתדיין היה synegoros. דוברים אלה לא החליפו ברגיל את הנאום העיקרי של בעל-הדין, אלא רק השלימו וחיזקו אותו. ראו CAREY, לעיל ה"ש 134, בעמ' 13 ו-18.

152 אם כי לא ברור לגמרי כיצד נבחר חבר המושבעים בכל הליך והליך. ראו LANNI, שם, בעמ' 38–40; CAREY, שם, בעמ' 5–7 ו-17.

153 עונש מאסר היה נדיר. העונשים הרגילים כללו תשלום כספי, אובדן זכויות האזרחות (לאחר שלוש הרשעות), הגליה והוצאה להורג. ראו LANNI, שם, בעמ' 40 ו-55; CAREY, שם, בעמ' 5.

154 ראו HARRISON, לעיל ה"ש 137, בעמ' 99–100. להשלמת התמונה ראוי להעיר כי ההיסטוריה של ה-ordeals נחלקת לשתי תקופות: הראשונה, מראשית ההיסטוריה ועד סביבות שנת 800 לספירה, שלגביה ידוע כי נעשה שימוש ב-ordeal אבל הראיות ההיסטוריות מוגבלות למדי; והשנייה, משנת 800 לספירה ואילך, שלגביה קיימות רשומות היסטוריות מקיפות המעידות על השימוש במבחנים אלה באירופה של ימי-הביניים. ראו BARTLETT, לעיל ה"ש 99, בעמ' 4–12.

שבאמצעותה נשבע הנחבע כדי לסתור את טענות התובע.¹⁵⁵ זאת ועוד, חקיקה מסביבות המאה השישית לפני הספירה קבעה כי אם שום צד אינו יכול להציג מסמך או עד להוכחת טענותיו, שני הצדדים יישבעו, ובית-המשפט יכריע על בסיס זה.¹⁵⁶ בהליך המשפטי ביוון הקלסית היה לשבועה תפקיד מוגבל יותר. חשוב להסביר את ההקשר. אריסטו מחלק את דרכי השכנוע לשני סוגים: מלאכותיים או אומנותיים, כלומר, שכנוע רטורי; ואמצעים לא-מלאכותיים, שכללו את התימוכין העובדתיים בתהליך. הקבוצה השנייה כללה את החוק, הסכמים חוזיים, שבועות, עדויות של עדים ועדויות שהוצאו בעיניים.¹⁵⁷

הצהרות בשבועה יכלו להינתן, בהסכמת הצדדים, גם על-ידי עדים מטעמם. ודוק: עדים לא הושבעו כחלק מההליך, אבל היו עשויים להישבע בין מרצונם ובין כתגובה על קריאת-תיגר (challenge) של הצד האחר ובהסכמתו. לשבועה שנעשתה כתגובה על קריאת-תיגר היה ככל הנראה משקל ראיתי גדול יותר מאשר לשבועה שנעשתה כחלק רטורי מהעדות. לא לגמרי ברורה לנו התוצאה המשפטית של סירוב להישבע, אולם נראה שבהליך בוררות הוביל סירוב כזה להפסד בתיק, ואילו בהליך בבית-משפט היווה הסירוב רק ראיה נוספת שהיה צריך להביא בחשבון.¹⁵⁸ השבועה הייתה כלי חשוב בהליך, אבל לא עניין אמוני בלבד:

155 וכאמור, לא בנקל היה אדם נוטל על עצמו שבועה ומסתכן בתוצאותיה אם היא אינה אמת. ראו: Gerhard Thür, *Rationality and Irrationality in the Ancient Greek Law of Procedure*, 20 FUNDAMINA 916 (2014). על השבועה המזכה ביהדות ראו SCHROEDER, לעיל ה"ש 101, בעמ' 123 ואילך.

156 לפירוט ראו HARRISON, לעיל ה"ש 137, בעמ' 151. 157 CAREY, לעיל ה"ש 134, בעמ' 6–7; HARRISON, שם, בעמ' 153–154. על השימוש בעיניים ביוון וברומא לשם אימות חשד באמצעות הודאה של עדים שאמינותם מוטלת בספק מלכתחילה – כגון עבדים – ראו אלעד, לעיל ה"ש 98, בעמ' 192–193. על אריסטו ראו עוד: RICK KENNEDY, A HISTORY OF REASONABLENESS: TESTIMONY AND AUTHORITY IN THE ART OF THINKING 14–18 (Rochester Stud. Phil. Ser., 2004). על חשיבותם של אמצעי השכנוע הרטוריים לאורך ההיסטוריה ראו: OLGA WEIJERS, IN SEARCH OF THE TRUTH: A HISTORY OF DISPUTATION TECHNIQUES FROM ANTIQUITY TO EARLY MODERN TIMES (Stud. on Fac. Arts Hist. & Influence Ser. No. 1, 2013).

158 ראו HARRISON, שם, בעמ' 150–153. במהלך המאה החמישית לפני הספירה באו העדים לבית-משפט וסיפרו את דברי עדותם. במאה הרביעית שונה סדר הדין, והעדים באו לבית-המשפט רק כדי לאשר תצהיר כתוב שהם נתנו קודם לכן לטובת אחד הצדדים. הדבר השאיר לעד מרווח תמרון קטן מאוד, אם כי הוא היה יכול להישבע שבועת הכחשה ("oath of denial"), שבה הוא הצהיר כי הוא אינו יודע את העובדה הנטענת או לא היה נוכח באירוע, או לשלם קנס כספי. ראו CAREY, שם, בעמ' 15; David Cyrus Mirhady, *The Oath-Challenge in Athens*, 41 CLASSICAL Q. 78 (1991); Stephen Todd, *The Purpose of Evidence in Athenian Courts*, in NOMOS: ESSAYS IN ATHENIAN LAW, POLITICS AND SOCIETY 19, 24 (Paul Cartledge, Paul Millett & Stephen Todd eds., 2002).

"Men had recourse to oath not in blind faith but after canny and cautious negotiation... Yet one handled the supernatural with immense care because it was powerful. Few swore false oaths lightly, whether in the eighth century or the fourth."¹⁵⁹

עד כה עסקנו בשבועה כחלק מדרכי ההוכחה של המתדיינים. אבל יש שבועה נוספת שמתרחשת בהליך המשפטי – שבועת המושבעים. זוהי שבועה מסוג אחר – שבועת האמונים של הנאמן, של בעל-התפקיד. בכל שנה נבחרו באתונה ששת אלפים מושבעים פוטנציאליים, אשר נטלו על עצמם באותו מועד את השבועה המכונה heliastic oath או dikastic oath. המקורות הקיימים מלמדים כי בשבועה זו היו שלושה חלקים. **חלק אחד** כלל התחייבויות שאינן שנויות במחלוקת: המושבע התחייב להצביע בהתאם לחוקים ולצווים של אזורי אתונה ומועצתה (ולפי נוסח אחר הוא התחייב גם להצביע ביחס לאישום וכן להאזין למאשים ולנאשם בצורה שוויונית). **חלק שני** כלל התחייבות של המושבע להצביע בהתאם לשיקול-הדעת ההוגן שלו עצמו. משמעות הביטוי שנויה במחלוקת. רבים מפרשים את הביטוי כאומר שבעניינים שבהם אין חקיקה קיימת יכריע המושבע לפי מיטב שיפוטו, ללא משוא-פנים או עוינות, כלומר, לפי חופש מצפונו. הדברים אינם ברורים לגמרי, וגם כיום נמשכים הוויכוחים על פרשנות הטקסטים העתיקים, וכתוצאה מכך גם על היקף שיקול-הדעת שהיה למושבעים האתונאים בפועל להכריע לפי מיטב שיפוטם, על השאלה אם הותרת שיקול-דעת פרשני בידי המושבעים היוותה פגיעה בשלטון החוק, ועל ההשוואה בין המושבעים האתונאים לבין מושבעים בשיטות משפט ובעידנים אחרים. **החלק השלישי** היה האזהרה הבאה: "אני נשבע דברים אלה בזאוס, באפולו ובדמטר; אזכה לדברים טובים רבים אם אשבע כהלכה, אך אמיט חורבן על משפחתי ועליי אם אשבע לשווא."¹⁶⁰

159 הכוונה לתקופות שלפני הספירה. ראו: Robert Parker, *Law and Religion*, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO ANCIENT GREEK LAW 61, 69–70 (Michael Gagarin & David Cohen eds., 2005).

160 *Heliastic Oath*, WIKIPEDIA (Sept. 3, 2016), en.wikipedia.org/wiki/Heliastic_oath; *The Dikasts' Oath*, www.sfu.ca/classics/pdf/dikast.pdf (תרגום חופשי שלי). לפירוט ראו LANNI, לעיל ה"ש 136, בעמ' 38 ה"ש 106, בעמ' 72 ה"ש 152, ובעמ' 100 ה"ש 153; HARRISON, לעיל ה"ש 137, בעמ' 44–49; CAREY, לעיל ה"ש 134, בעמ' 6–7; Edward M. Harris, *The Rule of Law in Athenian Democracy: Reflections on the Judicial Oath*, 9 DIKE 157 (2006).

פרק ג: השבועה בהקשר של מבחני האמונה – ה־Ordeal

1. השבועה (האיום בשבועה) כ"מבחן" ראייתי

כפי שראינו, לא רק השבועה עצמה הייתה כלי מרכזי במסגרת ההליך המשפטי, אלא גם השימוש האסטרטגי של הצדדים להליך בעצם האפשרות שצד להליך או עד יישבעו: גם להבעת נכונות עקרונית של אדם להישבע או לדרישה מאדם אחר להישבע הייתה משמעות ראייתית.

אבל השבועה היא רק אחד מתוך סדרה של דרכי הוכחה "ראייתיות" או מנגנוני "מבחן" (ordeals) שיושמו בשיטות משפט רבות במהלך מרבית ההיסטוריה, לרבות בתקופות קרובות לימינו. כפי שכבר ציינו, מדובר בסדרה של מבחנים שבמסגרתם נדרש הנאשם (ולעיתים גם אחרים) ליטול על עצמו הליך שסכנתו לחייו ולבריאותו ברורה. הטעם לכך לא היה שההליך יסייע מבחינה מדעית ישירה, אובייקטיבית, לחקר האמת (אם כי יש אולי גם קמצוץ של מדע בהליך, כפי שנראה להלן), אלא שני אלה: **ראשית**, שעצם נכונותו של האדם לעבור את ההליך המסוכן מצביעה על אמונתו העזה בצדקתו;¹⁶¹ **שנית**, שלאמונתו של האדם בצדקתו מצטרפת אמונתו הדתית שכוחות על-אנושיים יעמדו לצידו בדרכו הצודקת ויאפשרו לו לעבור את המבחן ולהוכיח את צדקתו.

מבחנים כאלה, שעומדים נמנית השבועה, היו נהוגים ונפוצים בשיטות המשפט הקדומות. דוגמה מובהקת ניתן למצוא בקוד חמורבי שחוקק על-ידי מלך בבל במאה השמונה-עשרה לפני הספירה, כלומר, מאות שנים לפני שניתנה תורת ישראל.¹⁶² סעיף 2 לקוד קובע את דרך ההוכחה של **מבחן המים** (trial by water) ואת המחיר המר של מי שבוחר לקיים הליך משפטי ונמצא אשם על-ידי כוחות עליונים:

"כִּי יֵשִׁים אִישׁ לְרַעְהוּ עֲלִילוֹת כְּשֶׁפִּים וְלֹא הוֹכִיחַ עָלָיו הָאִישׁ אֲשֶׁר יוֹשֵׁם לוֹ עֲלִילוֹת כְּשֶׁפִּים יֵלֶךְ אֶל הַנָּהָר וְיִפֹּל בְּנָהָר. אִם שָׁטְפוּ הַנָּהָר, מֵאֲשִׁימוֹ אֶת בֵּיתוֹ

¹⁶¹ במובן זה, הסיפור המפורסם של משפט שלמה מדגים אותו רעיון. הצעתו של שלמה לחלוק את התינוק מעמידה אותו בסיכון גדול. האם המתחזה מעדיפה "לחצות" את התינוק ולא לוותר על זכויותיה, ואילו האם האמיתית מעדיפה לוותר על זכותה ההורית ולא לפגוע בילד. לניתוח משפטי והלכתי ראו בני דון-יחיא "כי חכמת אלהים בקרבו לעשות משפט" – משפט שלמה כדגם לחשיפת האמת העובדתית" **פרשת השבוע** 102 (התשס"ג) www.justice.gov.il/Units/MishpatIvri/GilyonotParasha/Pages/gilyonot.aspx?WPID=WPQ7&PN=8.

¹⁶² לראשית דיון ראו "חוקי חמורבי" **ויקיפדיה** (15.8.2018) he.wikipedia.org/wiki/חוקי_חמורבי; "חמורבי" **דעת – אנציקלופדיה יהודית** www.daat.ac.il/encyclopedia/value.asp?id1=1188.

יִנְחֹל. וְאִם טָהָרוּ הַנֶּהָר וַיִּשְׁלֹם, הָאִישׁ אֲשֶׁר שָׁם לוֹ עֲלִילוֹת כְּשָׁפִים מוֹת יוֹמָת;
וְאֲשֶׁר נָפַל בְּנֶהָר, אֶת בֵּית מִאֲשִׁימוֹ יִנְחֹל.¹⁶³

זאת ועוד, קוד חמורבי כולל גם לא פחות מחמש התייחסויות נפרדות לשבועה. אחת מהן, לדוגמה, היא הוראת סעיף 131, שלפיה "אם האֲשָׁם יֹאשִׁים אִישׁ אֶת אִשְׁתּוֹ כִּי שָׁכְבָה עִם אִישׁ אֲחֵר וְהָיָא לֹא נִתְפָּשָׁה – תִּשְׁכַּע בְּאַלְהִים וְאֶל בֵּיתָה תָּשׁוּב".¹⁶⁴ השימוש ב־ordeals בתקופות היסטוריות קדומות אינו מפתיע: הכלים שעמדו לרשות מערכות המשפט העתיקות לגילוי האמת היו מוגבלים מאוד, וכך גם המשאבים שעמדו לרשותן לצורך קיום חקירה ודרישה, מעצר וחיפוש, זימון והבאה לדין, אכיפה והוצאה לפועל. "מבחנים" מעין אלה – המבוססים על הבנת הצדדים בדבר המחיר הפוטנציאלי, הסיכון, שבעמידתם על קיום הליך וסירובם להתפשר, ועל אמונה בגורם עליון שיוכיל לפתרון המחלוקת העובדתית – נראים לפיכך הגיוניים.¹⁶⁵ אבל שיא השימוש במבחנים אלה במשפט המערב היה כנראה בתקופה קרובה יותר לזמננו – תקופת ימי־הביניים, במיוחד במהלך השנים 800–1200.¹⁶⁶ החיבור בין השבועה ל־ordeals הוא הדוק. יחד עם העדות, בכתב ובעל־פה, שימשה השבועה דרך ההוכחה המרכזית שעמדה לרשות בתי־המשפט באירופה של ימי־הביניים. הבחירה בהוכחת חפות באמצעות שבועה לא אפשרה שימוש ב־ordeals, ולהפך.¹⁶⁷ החוקר הנרי צ'רלס לי (Henry Charles Lea) – אשר כתב את הספר הקלסי בנושא ה־ordeals, שפורסם לראשונה בשנת 1866 – קובע כי השבועה הייתה חלק בלתי־נפרד מטקס ה־ordeals. לדבריו:

163 ש"י טשרנא חקי חמורבי ו (1923); avalon.law; The Code of Hammurabi, AVALON PROJECT, yale.edu/ancient/hamframe.asp (להלן: קוד חמורבי). ראו גם אלעד, לעיל ה"ש 98, בעמ' 195–196.

164 ראו טשרנא, שם, בעמ' כב. כן ראו ס' 9, 23, 120 ו־126 לקוד חמורבי, שם. ראו, באופן דומה, גם "חוקי אור־נאמו" ויקיפדיה (9.8.2018) חוקי_אור־נאמו/he.wikipedia.org/wiki/Code_of_Ur-; en.wikipedia.org/wiki/Code_of_Ur-Nammu (Sept. 15, 2018), WIKIPEDIA, Nammu.

165 לדין בנושא ראו HOFFMAN, לעיל ה"ש 74, בעמ' 231–235.

166 ההיסטוריון ראול ון־קנגם (Raoul van Caenegem) מסביר את עליית השימוש ב־ordeals בתקופה זו בשילוב של מסורות המשפט הרומי, שהיו נפוצות עדיין במערב אירופה גם לאחר נפילת רומא, עם המשפט הנוצרי, שתחולתו התרחבה עם התנצרות השבטים הברברים הפולשים: זו הייתה הדרך לשלב אמונה בכוחות על־טבעיים עם האמונה באל. ראו: R.C. VAN CAENEGEM, LEGAL HISTORY: A EUROPEAN PERSPECTIVE 73–74 (1991) (להלן: VAN CAENEGEM, LEGAL HISTORY). לסקירה נרחבת של השימוש ב־ordeals במערב ומעבר לו ראו: Trial by Combat, WIKIPEDIA (Sept. 17, 2018), en.wikipedia.org/wiki/Trial_by_combat; Margaret H. Kerr, Richard D. Forsyth & Michael J. Plyley, Cold ; 12–4, בעמ' 99, לעיל ה"ש 99, Water and Hot Iron: Trial by Ordeal in England, 22 J. INTERDISC. HIST. 573 (1992); VICKIE L. ZIEGLER, TRIAL BY FIRE AND BATTLE IN MEDIEVAL GERMAN LITERATURE 1 (Stud. German Literature, Linguistics & Culture Ser., 2004).

167 ראו BARTLETT, לעיל ה"ש 99, בעמ' 26–27 ו־30.

"The oath naturally formed an integral portion of the ordeal. Even as in the battle trial both parties... were compelled to swear to the truth of their assertions, so in the other ordeals the accuser and accused took an oath immediately prior to the administration of the test."¹⁶⁸

זאת ועוד, השבועה נתפסה כמובן מסוים כסוג של ordeal, מבחן אלוהי, וההבדל היחיד בינה לבין ה-ordeal ה"רגיל" היה שהפסיקה האלוהית בדבר נכונות העדות לא ניתנה באופן מיידי.¹⁶⁹ אבל היו גם מקומות שבהם האמונה העממית הייתה שעדות-שקר תוביל לאסון באופן מיידי, דבר המקרב מאוד את המודלים זה לזה.¹⁷⁰ על אלה יש להוסיף נסיבות כמו של "שבועת היהודים" – השבועה המשפילה והמבזה שאותה אולצו יהודים להישבע בערכאות המדינה באירופה, ואשר כללה מרכיבים פיזיים של ordeal.¹⁷¹ על נושא זה ועל השינויים שחלו ממשפט ימי-הביניים ועד ימינו נעסוק ביתרת פרק-משנה זה וכן בשני פרקי-המשנה הבאים.

ה"מבחנים" של ימי-הביניים היו רבים ומגוונים, ובחלקם גם קשים. בין המאה השמינית למאה העשירית לספירה אנו מוצאים עדויות למבחן הצלב (המאשים והנאשם עומדים משני צידי צלב עם ידיים מורמות – מי שמוריד את ידיו ראשון מוכרז מפסיד), למבחן מאכל (הנאשם מקבל לחם קדוש אבל יבש, ואם הוא נחנק, הוא מוכרז מפסיד; בגרסה אחרת שולב מבחן זה עם שבועה שבה הכריז הנשבע כי אם הוא דובר שקר הוא ימות לאחר תקופה או ייענש בעולם הבא). ארבעת המבחנים המרכזיים והמוכרים היו מבחן האש, מבחן המים הקרים, מבחן המים החמים ומבחן הקרב. שלושת הראשונים, שהיו כואבים ומשפילים, היו שמורים בעיקר לאנשי המעמדות הנמוכים. במבחן האש (trial by fire) נדרש הנאשם ללכת כמה מטרים על מחרשות מלובנות או בהחזיקו ברזל מלוכלך. הכוונה נחבשה ונבדקה לאחר שלושה ימים על-ידי נזיר, שהיה פוסק בדבר. אם נמצא כי האל התערב וסייע להחלמה, הוכרז הנאשם זכאי; אם לא זה היה המצב, הוגלה הנאשם או הוצא להורג. במבחן המים החמים (trial by hot water) נדרש הנאשם להכניס את ידיו לקדרה של מים רותחים ולהוציא חפץ. אם האל התערב בתוך שלושה ימים וסייע להחלמתו, הוכרז הנאשם זכאי. במבחן המים הקרים (trial by cold water) הושלך הנאשם למים. אם הוא שקע ולא צף, הוא הוכרז זכאי, שכן המים – בהיותם יסוד טהור –

168 ראו LEA, לעיל ה"ש 99, בעמ' 125.

169 ראו BARTLETT, לעיל ה"ש 99, בעמ' 30 ו-163; LEA, שם, בעמ' 125: "Sometimes... the oath of the accused was regarded as a sufficient ordeal in itself"

170 ראו שם: "...[A]mong many and diverse races, disculpatory oaths are administered with ceremonies which render them practically ordeals in view of the popular belief that misfortune will follow perjury"

171 "לפי ספר חוקים צרפתי מהמאה ה-11, ענד הנשבע היהודי זר קוצים על צווארו, ועמד בברכיים כבולות, וענף של זר קוצים נתון בין שוקיו. אם לא ניזוק, יצא הנשבע זכאי בדין." ראו יעקב גלר "שבועת היהודים" עת-מול 23, 18 (1998) (להלן: גלר "שבועת היהודים"), וכן דיון משלים להלן בתת-פרק 4.

היו דוחים כל דבר בלתי־טהור. במבחן הקרב (trial by combat), שהיה נפוץ בכל אירופה, היו שני הצדדים – על־פירוב בני המעמד הגבוה, "אנשי כבוד" – נאבקים זה בזה פיזית. הם יכלו לעשות כן בעצמם או באמצעות נציג (champion).¹⁷² היה זה מעין דו־קרב בחסות החוק (שכונה לכן גם "the judicial duel") שהזוכה בו הוכרז כצודק בין הצדדים. עם התפתחות הפיאודליזם ועליית מעמד הלוחמים נהפך מבחן הקרב להליך המועדף על האבירים, ובמקביל – להליך השנוא על קהילות הבורגנים שהתפתחו בעידן של התרחבות העיור.

ודוק: המשפט הכנסייתי הגביל את השימוש ב־ordeals רק למקרים שבהם לא היו בנמצא ראיות על־פה לפחות מאחד מבין שלושה סוגים – של המאשים, של עד או הודיה של הנאשם. היו סיבות רבות וטובות מדוע עדים חששו מן העדות ובחרו לא להעיד. למשל, במקרים רבים דובר בתושבי קהילות קטנות ומלוכדות, ונוסף על כך, ההליך הפלילי עצמו כלל סיכונים, כגון דרישה למבחן קרב מצד המואשם. אבל החשש העיקרי של עדים היה מפני הסכנה הרוחנית של השבועה – הנשבע היה הופך את האל לעדו, וזה כבר עניין רציני, במיוחד אם העד אינו משוכנע לחלוטין בדבריו:

"A guilty conscience and fear might defeat them, even at the last moment, when the priest was threatening God's wrath and the saint's relics were brought in. Even that great ruffian, Reynard the Fox, thought better of it when he saw the relics being brought in upon which he was supposed to swear his innocence, lost his nerve and fled... [H]ell was real enough to people of all walks of life."¹⁷³

אבל הייתה גם עדות מסוג רביעי, שהייתה יכולה לייתר את ה־ordeals ולכן גם את הפנייה להכרעתו של האל: "השבועה המזכה" ("purgatory oath"). שבועה כזו נעשתה על־ידי אדם בעל מעמד חברתי גבוה על־מנת "לטהר" את עצמו מטענות או מהאשמות כלפיו. בפועל לא הסתפקו על־פירוב בשבועה יחידה, ועל שבועת הנאשם

¹⁷² במהלך ימי־הביניים נהפך ה־champion לאיש־מקצוע, שקיבל תשלום בגין השירות המסוכן שסיפק. המאבק היה יכול להימשך שעות רבות, ולהסתיים בפציעה או אף חמור מכך. מבחן הקרב הובא לאנגליה על־ידי הנורמנים לאחר הכיבוש של 1066, ונעשה בו שימוש בהליכים פליליים ואזרחיים, במיוחד בענייני בעלות על קרקעות. ראו *Trial by Combat*, לעיל ה"ש 166; LEA, לעיל ה"ש 99, פרק 2 ואילך; VAN CAENEGEM, *LEGAL HISTORY*, לעיל ה"ש 166, בעמ' 75 ו־77; אלעד, לעיל ה"ש 98, בעמ' 193–203; JAMES Q. WHITMAN, *THE ORIGINS OF REASONABLE DOUBT*: "..."[T]he most common and most dramatic forms were... the ordeals of hot iron, cold water, hot water, and trial by combat. All four were memorable, painful, and violent procedures"

R.C. VAN CAENEGEM, *THE BIRTH OF THE ENGLISH COMMON LAW* 67 (2nd ed. 1988) ¹⁷³ (להלן: VAN CAENEGEM, *THE BIRTH OF THE ENGLISH COMMON LAW*). ראו גם WHITMAN,

שם, בעמ' 66–82, ובמיוחד בעמ' 76 ה"ש 105.

נוספו נשבעים נוספים, בדרך-כלל בני משפחה. אלה נקראו "מסייעי-שבועה" ("compurgators"), והם העידו על אופיו של הנשבע, ולא על עובדות המקרה. ככל שמעמדו החברתי של הנשבע היה גבוה יותר כן הוא נחשב "ראוי לשבועה" יותר. שבועה כזו הייתה היפוכה של ההודיה: היא הייתה הצהרת חפות. לשבועה כזו הייתה משמעות דתית עמוקה. היא בוצעה באירוע מרגש ליד חפץ קדוש, שבאמצעותו הפך הנשבע את האל לעדו. לעומת זאת, אדם שלא נהנה משם טוב, ואשר עדותו לא נחשבה אמינה, לא היה יכול להישבע, ולא היה מוצא נשבעים שיצרפו את שבועתם לשלו. חוקרים רואים לכן את השבועה וה-*ordeals* כמוסדות דומים:

"Both the oath and the ordeal were sacral practices, by which individuals were forced to confront God in order to clear themselves of suspicion."¹⁷⁴

ההבדל, כפי שכבר צוין, הוא במועד שבו "מתבררת" התשובה האלוהית.

2. נסיגת ה-*Ordeal* והתקדמות סדר הדין הפלילי

במהלך המאות הראשונות של ימי הביניים נהפכו דרכי ההוכחה העתיקות של ה-*ordeals* למקובלות ברחבי המערב, והן שרדו עד למאות השנים-עשרה והשלוש-עשרה.¹⁷⁵ סיבה אחת לאפקטיביות של דרכי הוכחה אלה הייתה הכוח שהעניקו להן האמונה בנוכחות האלוהית, מחד גיסא, והחרדה מפני כוחות האופל שיישאו את החוטאים, מאידך גיסא. אחד היסודות המרכזיים של ה-*ordeals* נבע דווקא מההכרה באי-הרציונליות של מהותו כמבחן: ההבנה שהאש, המים, לחם הקודש או השבועה יכולים להעיד על אמיתות משום שיש בהם משום התגלות של רצון האל (ומכאן שמם "משפט האל" – *judicium Dei*).

אלא שבסביבות שנת 1000 החלה אירופה לעבור שינויים מוסדיים מרחיקי-לכת, ועימם גברה ההתנגדות למבחני ה-*ordeals*. ודוק: השימוש בהליכים אלה קדם

¹⁷⁴ WHITMAN, שם, בעמ' 62. ראו גם שם, בעמ' 61–62; VAN CAENEGEM, LEGAL HISTORY, לעיל ה"ש 166, בעמ' 77; BARTLETT, לעיל ה"ש 99, בעמ' 30; Aug. 24, 2018), en.wikipedia.org/wiki/Compurgation, WIKIPEDIA (Aug. 24, 2018). גם במשפט העברי "כל חשוד על השבועה אין משיעין אותו", כלשונו של הרמב"ם. ראו קירשנבאום *הרשעה עצמית במשפט העברי*, לעיל ה"ש 76, בעמ' 283. על הלחץ הנלווה לשבועה המזכה ראו VAN CAENEGEM, LEGAL HISTORY, לעיל ה"ש 166, בעמ' 77.

¹⁷⁵ יש להוסיף על כך שתי הערות משלימות: הראשונה, שהיו שלוש קבוצות עיקריות שהיו פטורות מה-*ordeals* – אנשי הכנסייה (בשל כוחם), היהודים (בשל הקשר העמוק בין ה-*ordeals* לדת הנוצרית) ותושבי העיר (שעוונותם להליך היא אחת הסיבות לשקיעתו); והשנייה, שבמאות האחת-עשרה והשנים-עשרה לא רק שאין עדות לשקיעתו של ה-*ordeals*, אלא יש דווקא הוכחות שהשימוש בנוהל היה נפוץ ואף התרחב יחד עם התפשטות הנצרות באותה תקופה. ראו BARTLETT, לעיל ה"ש 99, בעמ' 34, 42–50 ו-62.

להתנצרותה של אירופה, אבל במהלך ימי הביניים מילאו קידוש האש והמים ומתן ברכה עליהם תפקיד מרכזי בפעולתם של אנשי הכנסייה, והיו בעיקרם טקס דתי. עתה חל שינוי, גם בכנסייה. השנה שאנו מזהים כמועד שבו החלה הנסיגה המשמעותית משימוש בשיטות אלה לשם הכרעה בסכסוכים משפטיים היא שנת 1215, שאז אסרה מועצה כנסייתית באופן מפורש את מעורבותם של אנשי כמורה בארבעת הליכי ה-ordeal המרכזיים. הטעמים מאחורי צעד דרמטי זה – שבישר את קיצם של הליכים משפטיים שנהגו בכל המערב הנוצרי במשך שלוש מאות שנים ויותר – הם מורכבים. בין הנימוקים הדתיים שנשמעו היו הטענה שלמבחני ה-ordeal אין בסיס בכתבי הקודש, ההתנגדות לניסיון "לפתוח" את האל לעשות נס, והחשש מפני שפיכת דמים. טעמים אלה נשמעו כבר מאות שנים ללא השפעה של ממש, אבל תחת שלטונו של האפיפיור אינוקנטיוס השלישי (Innocentius III), בשנים 1198–1216, הגיעו תהליכי הרפורמה הדתית של ההליך המשפטי לפרקם.¹⁷⁶

יש ויכוח בין החוקרים עד כמה שינוי זה במשפט הכנסייתי שיקף את הלכי-הרוח התיאולוגיים והחברתיים של התקופה.¹⁷⁷ רוברט ברטלט (Robert Bartlett) מתאר את ה-ordeal כאחת המטרות שסימנו ראשי הכנסייה במערכה שניהלו בשם המשפט נגד המנהג.¹⁷⁸ אך ההכרעה נעשתה, וחסותה של הכנסייה הוסרה מעל הסדרים אלה. לדבריה הייתה הן השלכה רעיונית והן השלכה מעשית: החלטת הכנסייה אומנם לא התימרה

¹⁷⁶ ראו בעיקר: Finbarr McAuley, *Canon Law and the End of the Ordeal*, 26 OXFORD J. LEGAL STUD. 473 (2006). כן ראו VAN CAENEGEM, LEGAL HISTORY, לעיל ה"ש 166, בעמ' 78–79; WHITMAN, לעיל ה"ש 172, בעמ' 53, וכן שם, בעמ' 126: "[T]he Fourth Lateran Council, in its famous eighteenth canon, 'Judgments of Blood,' condemned the use of the judicial ordeal. Participation in an ordeal, the council held... polluted any clergyman who took part in it, and therefore no blessings could be pronounced over the ordeal". ראו גם BARTLETT, לעיל ה"ש 99, בעמ' 70–102. לתיאורים ולסיכומים יפים של הדיון ראו WHITMAN, לעיל ה"ש 172, בעמ' 65, 82–87; John W. Baldwin, *The Intellectual Preparation for the Canon of 1215*, 36 SPECULUM 613 (1961); PER ANDERSEN, LEGAL PROCEDURE AND PRACTICE IN MEDIEVAL DENMARK 60–67 (Frederik Pedersen & Sarah Pedersen trans., 2011). לתיאור תהליך הנסיגה מן ה-ordeals ראו גם VAN CAENEGEM, LEGAL HISTORY, לעיל ה"ש 166, בעמ' 85–89.

¹⁷⁷ לרבות הכרה תיאולוגית המבוססת על ניתוח רציונלי של מגבלות התפיסה של צדק על-טבעי כפי שהוא יושם בהליך המשפטי הפלילי, וכאמור, החשש מפני שפיכת דם לא-מוצדקת בהליך השיפוטי. ראו McAuley, לעיל ה"ש 176, בעמ' 507–512; WHITMAN, לעיל ה"ש 172, בעמ' 48, 82–90 ו-93–95. לביקורות על ה-ordeals ראו VAN CAENEGEM, LEGAL HISTORY, לעיל ה"ש 166, בעמ' 83–85. כן ראו BARTLETT, לעיל ה"ש 99, בעמ' 86 ו-90–102.

¹⁷⁸ לדבריו, ההחלטה של ראשי הכנסייה להפסיק את ה-ordeal לא הייתה משום שהוא לא-רציונלי (כפי שהסביר חוקר אחר, איאן פילרצ'יק, ה-ordeal נתפס דווקא כרציונלי בימי הביניים המוקדמים: Ian C. Pilarczyk, *Between a Rock and a Hot Place: the Role of Subjectivity and Rationality in the Medieval Ordeal by Hot Iron*, 25 ANGLO-AM. L. REV. 87 (1996)), אלא ההחלטה של הכנסייה היא שהפכה אותו ללא-רציונלי. ראו BARTLETT, לעיל ה"ש 99, בעמ' 86.

להורות לשלטונות החילוניים כיצד לנהל את ההליכים המשפטיים שלהם, אבל בפועל היא לא רק שללה את האפשרות המעשית להמשיך לעשות שימוש ב־*ordeals*, אלא גם הסירה את הטיעון שלפיו הדרך היחידה לקבלת החלטה במקרים שבהם לא היו ראיות אחרות היא פנייה ל"משפט האל" כדרך לחקר האמת, למציאת "ראיות נסתרות", ולמעשה כאמצעי שהוא מעין "שובר שוויון". האפיפיור חייב למעשה את אירופה של המאה השלוש-עשרה להתחיל במהפכה ראייתית בהליך הפלילי. זו אכן הובילה במהלך הזמן להגברת האחריות המוטלת על השופט ולפיתוח כלים לקבלת החלטות באמצעות ראיות נסיבתיות ולהסקת מסקנות מהראיות הקיימות.¹⁷⁹ היא הובילה אומנם גם לעלייתה של האינקוויזיציה, אך גם להיווצרותו של מוסד המושבעים.

גישתו המסורתית של המשפט האירופי הייתה שיוזם ההליך פלילי הוא התובע. הוא אשר מביא את האישום, מבקש להוכיחו ונוטל את הסיכון הכרוך בכשלון מאמציו לעשות כן. בעידן ה־*ordeals* דובר בהליך רב סיכון, אבל עם שקיעתם של מבחנים אלה פיתחו המשפטים הכנסייתיים את ההליך האינקוויזיטורי – הליך חקירה שמנוהל על-ידי שופט, השומע עדויות הניתנות בשבועה. כידוע, ההליך כלל גם שימוש בעינויים על-ידי בית-המשפט, וזאת כ"כלי לחקר האמת, לא אמצעי ענישה".¹⁸⁰ באשר למושבעים, בשנת 1219, ארבע שנים לאחר שהכנסייה אסרה את מבחני האש והמים, הורה המלך האנגלי הנרי השלישי לשופטים האנגלים לפתח דרכים חלופיות לשפוט בדין. בתוך שנה בחרו השופטים בגרסה מוקדמת של מוסד המושבעים כדרך הראויה. הנה כי כן:

179 ראו McAuley, לעיל ה"ש 176, בעמ' 499 ו-511; WHITMAN, לעיל ה"ש 172, בעמ' 60–61 ו-72–73; VAN CAENEGEM, LEGAL HISTORY, לעיל ה"ש 166, בעמ' 94–95.

180 אלעד, לעיל ה"ש 98, בעמ' 192. כן ראו שם, בעמ' 193; WHITMAN, לעיל ה"ש 172, בעמ' 97–102. להשלכות על עדים ושופטים ראו שם, בעמ' 102–124; VAN CAENEGEM, LEGAL HISTORY, לעיל ה"ש 166, בעמ' 97–102. ככל שהדבר נשמע מדהים בעינינו כיום, העובדה היא שבמאה השלוש-עשרה פותחה באירופה מערכת סדר דין פלילי שכללה הליך קפדני שנועד למנוע טעות שיפוטית או שחיתות ואשר הסתמך על הוצאת הודאות בעינויים במקרי פשע חמורים. עד לביטולו במאה השמונה-עשרה היה העינוי חלק ממערכת המשפט בכל המדינות החשובות באירופה הקונטיננטלית; הייתה אפילו ספרות מקצועית בנושא. ראו: JOHN H. LANGBEIN, TORTURE AND THE LAW OF PROOF: EUROPE AND ENGLAND IN THE ANCIEN RÉGIME 3–8, 61–63 (2006). השימוש בענישה פיזית במסגרת הליכים שיפוטיים – להבריל מעינויים לשם הוצאת הודאה – נמשך גם אחרי המאה השמונה-עשרה, ובאזורים מסוימים הוא נמשך גם כיום. ראו, בין היתר: Sylvia R. Frey, *Courts and Cats: British Military Justice in the Eighteenth Century*, 43 MIL. AFF. 5 (1979); MYRA C. GLENN, CAMPAIGNS AGAINST CORPORAL PUNISHMENT: PRISONERS, SAILORS, WOMEN, AND CHILDREN IN ANTEBELLUM AMERICA (SUNY Series Am. Soc. His., 1984); CORPORAL PUNISHMENT OF CHILDREN IN THEORETICAL PERSPECTIVE (Michael Donnelly & Murray A. Straus eds., 2005). לדין בענישה האנושית במבט רחב יותר ראו HOFFMAN, לעיל ה"ש 74. ולסיום הנקודה: "In the year 1231 Pope Gregory IX appointed the first 'inquisitors of heretical depravity' to serve as explicit papal agents. Thus began what is called the Medieval Inquisition". ראו: CULLEN MURPHY, GOD'S JURY: THE INQUISITION AND THE MAKING OF THE MODERN WORLD 9 (2012).

"Common law jury trial thus emerged as the first fully realized substitute for the judicial ordeals of hot iron and cold water, decades before Continental law followed suit."¹⁸¹

בתוך כמה שנים הלכה והתרחבה ההפעלה של המושבעים, ועימה הצורך להבהיר כי תפקידם מוגבל להכרעה בדבר עובדות המקרה, בעוד קבלת ההחלטות בשאלות המשפטיות מופקדת בידי השופטים.¹⁸²

תהליך ירידת המסך על השימוש ב־ordeals היה ארוך ומורכב, במיוחד ביחס למבחן הקרב. כך, בגרמניה, למרות הוראת הכנסייה ונסיונותיהם של השלטונות החילוניים לבטלו, המשיכו הליכים אלה להתקיים במשך מאות שנים. יתר על כן, ההליך, שהיה כזכור פתוח לפני בני המעמדות הגבוהים בלבד, התמקצע ולאחר־מכן התפתח ל־דו־קרב הג'נטלמני, אשר בוטל סופית רק בשלהי המאה התשע־עשרה. באנגליה נערך מבחן הקרב האחרון שזכה באישור מלכותי בשנת 1584, בימי אליזבת הראשונה, אבל יש עדויות להמשך קיומו עד למאה התשע־עשרה. סוגי המבחן האחרים הלכו ונעלמו אחרי המאה השלוש־עשרה, לפחות באירופה, אם כי הם זכו בהתעוררות ב"ציד המכשפות" של המאות השש־עשרה והשבע־עשרה. גורלה של "השבועה המזכה" היה דומה: שקיעתה המובהקת הסתמנה כבר במאה השנים־עשרה, אם כי התהליך נמשך בקצב שונה בכל מדינה אירופית, ובגרמניה, למשל, היא נשארה חשובה עד אמצע המאה החמש־עשרה. ראוי לציין כי "השבועה המזכה" הייתה שונה מיתר סוגי ה־ordeals במובן זה שהיו בה פחות מאפיינים לא־רציונליים ושהיא לא הייתה משפילה או פוגענית כלפי מבצעה. כמו־כן היא לא הייתה מושא להתנגדות או לגינוי מטעם הכנסייה. מסיבה

181 WHITMAN, לעיל ה"ש 172, בעמ' 127. מקורות היסטוריים אנגליים אינם מתארים ביצוע ordeal אחרי שנת 1219. לדיון נרחב ראו שם, בעמ' 125 ואילך; HOFFMAN, לעיל ה"ש 74, בעמ' 235–241. ראוי לציין כי הנרי השלישי (1207–1272), מגדולי המלכים של אנגליה, היה בשנת 1219 קטין בן שתים־עשרה. למוסד המושבעים בהיסטוריה האנגלית – גם לפני שנת 1215 (שבה ניתנה ה"מגנה כרטה") אך בעיקר לאחריה – ראו: J.R. Pole, "A Quest of Thoughts": Representation and Moral Agency in the Early Anglo-American Jury, in "THE DEAREST BIRTH RIGHT OF THE PEOPLE OF ENGLAND": THE JURY IN THE HISTORY OF THE COMMON LAW 101, 103 (John W. Cairns & Grant McLeod eds., 2002). לתיאור מציאותי יותר, שלפיו מועצת המלך הותירה את הנושא לשיקול־דעתם של השופטים, ראו *Trial by Ordeal*, לעיל ה"ש 101; D.A. CARPENTER, THE MINORITY OF HENRY III 99 (1990). לפירוט של תהליך קבלת ההחלטות בשנת 1219 ראו: M.D. STETSON, ROLLS OF THE JUSTICES IN EYRE: BEING THE ROLLS OF PLEAS AND ASSIZES FOR YORKSHIRE IN 3 HENRY III (1218–1219) (1937).

182 תפקידם של המושבעים הובהר בחקיקה ראשית משנת 1230, אבל הנושא חשוב משום שהוא חייב את המשפט המקובל לחדד ולעדן את ההבחנות בין תחום העובדה לבין תחום המשפט. ראו Pole, שם, בעמ' 104. ראוי להדגיש כי מוסד המושבעים יושם לא רק באנגליה, אלא גם במדינות אירופיות נוספות. ראו VAN CAENEGEM, LEGAL HISTORY, לעיל ה"ש 166, בעמ' 95–97. לדיון חשוב בחשיבותה של ההבחנה בין עניין "משפטי" לעניין "שבועה" ראו: BARBARA J. SHAPIRO, A CULTURE OF FACT: ENGLAND, 1550–1720, 9–13 (2000).

זו הן "השבועה המזכה" והן "מסייעי השבועה" מילאו תפקיד בתקופת המעבר שבין ירידת ה-ordeals לעלייתן של דרכי ההוכחה הראייתיות הרציונליות.¹⁸³

3. שתי הערות על Ordeals בהקשר של תקופתנו

הבסיס של ה-ordeal הוא אמוני, וככזה, וכל עוד הנוטלים בו חלק מאמינים בו, אין צורך לבחון אם יש לו גם בסיס רציונלי. ובכל-זאת מעניין לשאול: האם ייתכן שיש בסיס פסיכולוגי ופיזיולוגי ל-ordeals? זאת ועוד: האם ייתכן שגם כיום, במאה העשרים ואחת, מתקיימים עדיין מבחנים כאלה במסגרת הליכים שיפוטיים? ייתכן מאוד שהתשובה לשתי השאלות הללו חיובית. נתחיל באחרונה: מעניין שדווקא באזורנו נערך עדיין, גם כיום, "מבחן באש", וזאת בקרב הבדווים. הנוהג קרוי בערבית פִּישְׂעָה ("המכוער"), והוא נאסר ברוב מדינות המזרח התיכון, לרבות סעודיה, ירדן וישראל, אבל הוא מתקיים עדיין במצרים. ההליך ננקט כמוצא אחרון כאשר יש חשד לעברות קשות ואין עדים או ראיות חותכות. הוא נערך בפומבי ובהסכמת הנבחנים, על-ידי אדם בעל הסמכה ייחודית, ותוקפו מיוחס לחסד העליון. המבקש להוכיח את חפותו נדרש ללקק שלוש פעמים כלי מתכת דמוי מצקת שלובן באש לטמפרטורה של 600 עד 900 מעלות צלזיוס, ולאחר-מכן לשטוף את פיו במים. אם ימצאו סימני כווייה על הלשון הדבר מעיד כי הוא שיקר. מובן שעצם החשש מפני שרפת הלשון מדרבן אנשים דוברי שקר להודות. באשר לדוברי האמת, אלה יכולים למצוא עידוד בטענה הפיזיולוגית שלפיה פיו של מי שדובר שקר מתייבש, ולכן נזקי המתכת המלוכנת הנגרמים לו גדולים מאלה הנגרמים לדובר אמת, שהרוק בפיו מספק לו הגנה מסוימת. תמהני אם ייתכן שתופעה זו הייתה ידועה לכותב המקראי שחיבר את השבועה המפורסמת של גולי ציון בבבל על ירושלים – השבועה שכל חתן יהודי נשבע גם כיום ואשר מופיעה בספר תהלים: "אֶשְׁכַּח יְרוּשָׁלַם תִּשְׁכַּח יְמִינִי: תִּדְבֹק לְשׁוֹנִי לְחִפִּי אִם לֹא אֶזְכְּרֶנָּה".¹⁸⁴

183 ראו *Trial by Combat*, לעיל ה"ש 166; *Trial by Ordeal*, לעיל ה"ש 101; VAN CAENEGEM, LEGAL HISTORY, לעיל ה"ש 166, בעמ' 93–94; Witch-Hunt, WIKIPEDIA (Sept. 16, 2018), en.wikipedia.org/wiki/Witch-hunt; Charles M. Radding, *Superstition to Science: Nature, Fortune, and the Passing of the Medieval Ordeal*, 84 AM. HIST. REV. 945 (1979) שרד מבחן הקרב עד 1815 – ראו Silving, לעיל ה"ש 80, בעמ' 1365. לתיאור היסטורי של ה-ordeals ועליית מוסד המושבעים ראו VAN CAENEGEM, THE BIRTH OF THE ENGLISH COMMON LAW, לעיל ה"ש 173, בעמ' 62; GEORGE J. EDWARDS, JR., THE GRAND JURY: CONSIDERED FROM AN HISTORICAL, POLITICAL AND LEGAL STANDPOINT, AND THE LAW AND PRACTICE RELATING THERETO (1906).

184 תהלים קלז 5–6. ראו גם אלעד, לעיל ה"ש 98, בעמ' 200–201. פרופ' יוסף גינת מדווח, במחקרו האמפירי שערך על מדגם של תצפיות מהשנים 1989–2006, כי החשוד נמצא דובר אמת ב-82% מהמקרים. ראו: Issa J. Boullata, *Bedouin Bisha'h Justice: Ordeal by Fire*, 67 MIDDLE EAST J. 141 (2013) by Joseph Ginat, 29.12.2017 בישעה, WIKIPEDIA (July 10, 2018), he.wikipedia.org/wiki/

פרק ד: השבועה בהקשר רחב יותר – משפטי ולבר-משפטי

ראינו את הרקע לשימוש בשבועה בתקופות היסטוריות קדומות, במיוחד כחלק מההליך המשפטי. בעידן שנעדר אמצעי הקלטה מכניים ודרכי הוכחה מדעיות, היכולת להוכיח דבר-מה הייתה תלויה במידה רבה בנכונותם של אנשים להעיד עדות-אמת. השבועה הייתה כלי מרכזי לוודא אמירת אמת. אבל לשבועה היה – ובמידה מסוימת יש גם כיום – תפקיד גם מחוץ להליך המשפטי: לוודא את רצינות כוונותיו של המתחייב. מבחינה היסטורית היה לשבועה תפקיד משמעותי אף יותר: השבועה – ובאופן ספציפי שבועת הנאמנות/האמונים – מילאה תפקיד מרכזי ביחס שבין האדם לישות המדינית, ה-polity, שהוא השתייך אליה.

1. מבוא – שבועת הנאמנות/האמונים האישית והמדינית

לשבועת האמונים האישית/המדינית יש היסטוריה ארוכה. אזרחי עיר-המדינה – הפוליס היווני, דוגמת אתונה – נשבעו שבועת נאמנות למדינתם לפחות למן המחצית השנייה

en.wikipedia.org/wiki/Bisha%27a ; דנצ'ו ארנון "אש האמת במצרים" מסע אחר /אש-האמת-במצרים; www.masa.co.il/article/BECHOR, לעיל ה"ש 80, בעמ' 363–364. הטעון הפיזיולוגי מבוסס על התובנה שאנשים שמשקרים חווים ברגיל אי-נעימות, המתבטאת בתחושות פיזיות ובדרכי התנהגות אשר שונות מן הרגיל אצלם, ואשר עשויות להיות ניתנות לזיהוי. השוו: Liz Leafloor, *The Truth About Lie Detection in Ancient and Modern Times*, ANCIENT ORIGINS (Sept. 27, 2014), www.ancient-origins.net/myths-legends/truth-about-lie-detection-ancient-and-modern-times-002125; Deb Muoio, *Body Talk: Liar, Liar! How to Detect Lying and Deception Through Someone's Speech and Body Language*, ARCH PROFILE (July 21, 2014), blog.archprofile.com/archinsights/body_language_deception; Xerostomia, WIKIPEDIA (Aug. 31, 2018), en.wikipedia.org/wiki/Xerostomia; 10 Body Language Tips to Tell if Someone Is Lying, POSITIVEMED (Nov. 24, 2013), positivemed.com/2013/11/24/7-body-language-tips-tell-someone-lying; Wendy M. Yoder, *How Anxiety Causes Dry Mouth and What to Do*, CALM CLINIC (Sept. 28, 2017), www.calmclinic.com/anxiety/symptoms/dry-mouth. מצד אחר, מקורות ימי-ביניים מעידים כי גם ב-ordeals היה שיעור זיכוי גבוה, דבר שנתפס כמעיד על היות האל רחמן (או על התערבות ישירה של הכנסייה באמצעות מניפולציות שונות של המבחנים – למשל, קירור הברזל ה"מלובן"). ראו WHITMAN, לעיל ה"ש 172, בעמ' 65; Pilarczyk, לעיל ה"ש 178; Leeson, *Ordeals*, לעיל ה"ש 74, בעמ' 705–708; Why the Trial by Ordeal was Actually an Effective Test of Guilt, לעיל ה"ש 74. לניתוח המתאר את ה-ordeal ככלי של חסד משפטי ראו Kerr, Forsyth & Plyley, לעיל ה"ש 166. לעניין פרשנותם של הפסוקים מתהלים, ייתכן שלכך כיוון גם הרב משה דוד וואלי בפרשנותו את הדברים: "וסודו של הפורענות הזה – שיתריס הדין בפיו בלי מיתוק החסד, שאז נדבק הלשון אל החרך מפני תוקף הדין המיבש את האברים, כי החסד הוא מים המקיים לחלוחית האברים, כדי שיוכל האדם להשתמש בהם..." ראו משה דוד וואלי *ביאור ספר תהלים – מזמורים עג-קן תד (התשס"ח)*.

של המאה הרביעית לפני הספירה. השבועה התקיימה בשלב גיוסם של צעירים בני שמונה-עשרה עד עשרים לאימון הצבאי (מהמונח "מגויסים" או "קדטים" – ephēbos – בא שם השבועה: ephēbic), והיא כללה התחייבות בשם כל האלים להגן על המולדת, לציית לחוק ולרשויות, ולכבד את דת המדינה.¹⁸⁵

2. שבועת הנאמנות/האמונים הפיאודלית

לשבועה הייתה חשיבות עצומה במסגרת המשטר הפיאודלי באירופה של ימי הביניים.¹⁸⁶

מקובל למצוא את מקורות הפיאודליזם בממלכה הפרנקית – שהתקיימה באזור הגבול הפרנק-גרמני של ימינו – בסביבות המאה השישית לספירה. המריבות במשפחת השלטון גרמו לשקיעת האזור למצב של כמעט-אנרכיה. "ככל שקרבה המאה השביעית לסיומה... לא היתה המדינה מסוגלת כלל לקיים את שלום הציבור או לדאוג לבטחון תושביה."¹⁸⁷ התוצאה הייתה ש"מי שחשו צורך בהגנה היו מבקשים אותה אצל שכניהם החזקים יותר, והגנה מעין זו היתה כרוכה במתן צורה כלשהי של שירות כתמורה".¹⁸⁸ המעשה המשפטי שבאמצעותו העמיד עצמו בן-חורין תחת חסות נקרא "התמסרות" ("commendatio" ולאחר-מכן "homagium"; להלן: הומגיום). תוצאותיו המשפטיות היו סדרה של התחייבויות שחלו על שני הצדדים. המתמסר (להלן: הווסל) התחייב לשרת ולכבד את אדונו, בכפוף למה שמתחייב משמירת מעמדו כבן-חורין, ואילו האדון התחייב להבטיח לו כלכלה (מזון ולבוש) והגנה.¹⁸⁹ את חוזה ההתמסרות היה אפשר למלא בתוכן מגוון: הווסל היה יכול להתחייב לספק שירותים בתיים, כלכליים או צבאיים, והאדון היה יכול לסייע לבן-חסותו בדרכים שונות, כגון פרנסו באופן ישיר או

185 ראו: P. Siewert, *The Ephebic Oath in Fifth-Century Athens*, 97 J. HELLENIC STUD. 102 (1977); Guthrie S. Birkhead & Malcolm MacLaren, *The Ephebic Oath*, 42 PUB. ADMIN. REV. 598 (1982).

186 ודוק, אנו נתמקד בהסדרים של אירופה בימי הביניים בשל חשיבותם להיסטוריה של המדינה האירופית המודרנית, אבל היו כמובן משטרים פיאודליים עתיקים, שגם הסדריהם נתמכו בשבועה. משה אילת מציין, למשל, כי הספרות הפוליטית החיתית – שהשפיעה על ניסוח הבריתות המקראיות – מציינת רק מקרים ספורים של הפרת ברית אלוהית בלא עונש ומבלי שהמפר הביע חרטה על חטאו. זאת, מאחר ש"שבועת הווסל לשמור אמונים לאדונו נתפסה כשבועה לאלים, שלפניהם ותחת אימתם ניתנת שבועה זו". ראו משה אילת **שמואל וכינון המלוכה בישראל** 112 (1998). ראו גם: Matitahu Tsevat, *The Neo-Assyrian and Neo-Babylonian Vassal Oaths and the Prophet Ezekiel*, 78 J. BIBLICAL LITERATURE 199 (1959).

187 פ"ל גאנסהוף **פיאודליזם** 21 (אהרן אמיר מתרגם, צבי רזי עורך, 1985).

188 שם. התופעה עצמה לא הייתה חדשה; החידוש היה בהתרחבות תפוצתה (שם, בעמ' 22). ראו, באופן דומה, מארק בלוך **החברה הפיאודלית** 156–159 (אורה גרינגרד מתרגמת, 1968).

189 ראו גאנסהוף, לעיל ה"ש 187, בעמ' 21–25 ו-45–55. "ההתמסרות" היא, איפוא, חוזה הדדי" (שם, בעמ' 25).

הענקת קרקע שתאפשר לו להתפרנס ממנה.¹⁹⁰ החל במאה השביעית נמשכו אנשים מדרגים גבוהים יותר להסדר זה, ומעמדם החברתי של הווסלים – לפחות של אלה האצילים שהיו כפופים למלך במישרין – עלה בצורה משמעותית.¹⁹¹ נוסף על כך, במהלך המחצית השנייה של המאה השמינית ובמשך כל המאה התשיעית הלך וגדל אחוז הווסלים מקרב כלל הפרנקים.¹⁹²

במאות השמינית והתשיעית כבר לא הסתפקו אלה שבאו בקשרים וסליים במעשה ההתמסרות – שבוצע בטקס שכלל מחוות פיזיות של הנחת ידיים בין ידי האדון – אלא גם נשבעו שבועת אמונים. השבועה כללה הבטחה של נאמנות מחוזקת בשבועה, אשר "כרוכה היתה לא סתם בקריאה אל האלוהים אלא בנגיעה פיזית באיזה... שריד קדוש, ספר ה'ברית-החדשה' או חפץ דומה לזה".¹⁹³ השינוי שירת את האינטרסים של שני הצדדים: האדונים ביקשו לחזק את ההסדר באמצעות השבועה, שכן "אדם שהפך נדר-שבועה אשם במעל, וזה היה חטא חמור במיוחד, בתקופה של אמונה עמוקה";¹⁹⁴ ואילו הווסלים, מצידם, ביקשו להעלות את יוקרתה של מערכת היחסים באמצעות העברת הדגש מטקס ההתמסרות, שיש בו מרכיב של אובדן חירות, אל השבועה, אשר מדגישה כי מדובר בהתחייבות עתידית ולכן מצביעה על מידה של חירות מצד המתחייב. נחזור לנושא זה בקרוב.¹⁹⁵

טקס ההתמסרות ושבועת האמונים יצרו את הקשר המשפטי שבין הצדדים: חוזה וסליות. חוזה זה נחשב (ועל-פירוב אכן היה) הסכם שנכרת מתוך רצון חופשי בין שני צדדים. עם זאת, לא היה אפשר להתנער ממנו באורח חד-צדדי, והוא הסתיים, ברגיל, רק עם מות אחד הצדדים.¹⁹⁶ בתוך זמן לא רב נהפכה הווסליות למצב יחסים שעבר בדרך-כלל בירושה, אבל כל אימת שאחד הצדדים נפטר היה צורך לשוב ולערוך את הטקס מחדש.¹⁹⁷ ראוי להדגיש כי כבר במאה התשיעית הייתה להסדר זה "הילה מיסטית":

190 ראו שם, בעמ' 26–29 ו-45. בלוח מדגיש כי הסיוע העיקרי שהווסלים ציפו לו מאדוניהם היה בפרנסה ובמזון. משמעות הדברים, בתנאים הכלכליים של אותה תקופה, הייתה שלאדון היו שתי אפשרויות: להחזיק את הווסל בבית ולפרנס אותו או להפקיד בידו אדמה ולאפשר לו להתפרנס ממנה. ראו בלוח, לעיל ה"ש 188, בעמ' 171 ואילך.

191 ראו גאנסהוף, לעיל ה"ש 187, בעמ' 37–38 ו-40–41.

192 שם, בעמ' 40.

193 שם, בעמ' 45. כן ראו שם, בעמ' 44–47. אף שקצת קשה להאמין בדבר כיום, בתקופה מסוימת – במיוחד בממלכה הקרולינגית במאה התשיעית – עוררו עצמותיהם של קדושים נוצרים עניין עצום. הביקוש להן – שהיה נחלתן של כל שכבות העם, מאיכרים ועד לקרל הגדול עצמו – יצר שוק ער. לדיון מסקרן ראו: D. Manns, *The Business of Bones: Relic Trafficking in the Middle Ages*, ATLAS OBSCURA (Apr. 13, 2015), www.atlasobscura.com/articles/a-business-of-bones-relic-trafficking-in-the-middle-ages.

194 ראו גאנסהוף, לעיל ה"ש 187, בעמ' 45.

195 שבועת האמונים נוספה על מעשה ההתמסרות לכל-המאוחר בשנת 757. ראו שם, בעמ' 46.

196 ראו שם, בעמ' 47–48. ראו גם: HEINRICH FICHTENAU, *THE CAROLINGIAN EMPIRE: THE AGE OF CHARLEMAGNE* 136 (Peter Munz trans., Harper & Row 1964) (1957).

197 ראו בלוח, לעיל ה"ש 188, בעמ' 155.

מחויבות נפשית עמוקה שחזקה אצל רבים את רעיון האופי המוחלט של המסירות שחב ואסאל לאדונו. במידה רבה הזין האופי הדתי של שבועת-האמונים את התפיסה הזו.¹⁹⁸

מעניין נסיונו של קרל הגדול (מלך הפרנקים בשנים 768–814) להקביל בין הנאמנות שחבו הנתינים למלכם לבין הנאמנות שחבו הווסלים לאדונם. בשנת 802, לאחר שנהיה לקיסר האימפריה הרומית הקדושה, כפה הקיסר שבועת נאמנות חדשה על נתיניו, תוך שהוא עושה שימוש בנוסחה שבה השתמשו בשבועת הווסלים המלכותיים למלכם.¹⁹⁹ אבל לחיבור זה היה גם היגיון: המלוכה הפרנקית חָסְרָה מְנַהֵל יעיל, ולכן קיוו קרל הגדול ויועציו למצוא בווסליות את הפתרון, ולמעשה להכליל את המוסדות הפיאודליים במבנה המדינה עצמה.²⁰⁰ קרל הגדול הרחיב את הנוהג – שהחל בתקופת אביו – לחייב את האצילים, את שאר הפקידים הגבוהים החילונים בשירות הציבור וכן את ראשי הכנסייה להיעשות וסלים שלו.²⁰¹ אלא שמדיניות זו כשלה, והביאה דווקא לידי החלשת מרותו של המלך. ראשית, התברר כי קשרי הנאמנות הישירים שבין הנתין-הווסל לאדונו היו חזקים בהרבה מאלה שקישרו את הנתין למלך. כאשר שתי נאמנויות אלה התנגשו, כמעט תמיד גברה הנאמנות הווסלית.²⁰² שנית, האופי התורשתי-למעשה של ההסדר הפיאודלי – אשר כלל עתה גם את המשרות הציבוריות – הגביל מאוד את שליטת המלך בפקידיו.²⁰³ שלישית, בקרב האצולה הגבוהה (המעמד שממנו נלקחו שלוחיו של השלטון המלכותי) –

“...תרמה התפשטות ההתחייבויות הוואסאליות, שנוצרו על-ידי צורה של חוזה הדדי, להתפשטות הרעיון שהשלטון המלכותי עצמו אינו אלא שלטון על-תנאי. אם נתינים יש להם חובות כלפי המלך, הרי הלו יש לו חובות כלפיו נתיניו...”²⁰⁴

198 ראו גאנסהוף, לעיל ה"ש 187, בעמ' 40.

199 ראו שם, בעמ' 50. שבועת הנאמנות הפומבית כלפי המלך באופן אישי לא הוטלה רק על האצולה, אלא גם על שכבות-הביניים של החברה, אבל היה הבדל באופי השבועה: התחייבותם של האזרחים הרגילים הייתה "שלילית" – התחייבות לא לפגוע בצורה כלשהי בגופו וברכושו של המלך; התחייבותם של האצילים, לעומת זאת, כללה גם רכיבים "חיוביים" של מתן תמיכה ועצה בשירות המלך. איום בעונש ריחף מעל ראשם של מי שניסו להתחמק מלשאת את השבועה על-ידי יציאה למדינה אחרת. ראו FICHTEAU, לעיל ה"ש 196, בעמ' 114; Charles Edwin Odegaard, *The Concept of Royal Power in Carolingian Oaths of Fidelity*, 20 SPECULUM 279 (1945).

200 ראו גאנסהוף, לעיל ה"ש 187, בעמ' 66; בלוך, לעיל ה"ש 188, בעמ' 165–168.

201 ראו גאנסהוף, שם, בעמ' 66–70.

202 הנושא היה קריטי במאבקים הצבאיים בין המלך לבין האצילים, כאשר וסלים רבים תמכו באדוניהם המורדים נגד מלכם. ראו שם, בעמ' 70; FICHTEAU, לעיל ה"ש 196, בעמ' 114.

203 ראו גאנסהוף, לעיל ה"ש 187, בעמ' 70–71.

204 ראו שם, בעמ' 71.

מכאן נגזר כלל של המשפט הציבורי הקרולינגי שלפיו נאמנותו של המלך במילוי חובותיו הייתה תנאי לנאמנות העם כלפיו.²⁰⁵ ודוק: הכוונה במונחים "נתינים" ו"עם" לא הייתה לכלל הנתינים, שרובם היו מרוחקים מהמלך מרחק רב במורד הסולם הפיאודלי, אלא רק לעילית – לראשי האצולה שעימם היה למלך קשר משפטי-פיאודלי ישיר.²⁰⁶ מבחינה רעיונית החלו לבצבץ דעות שלפיהן בין הצידיקים להדחת מלך רע נמצאת זכותו המוכרת של הווסל לנטוש את אדון רע. רעיונות אלה החלו להתממש בפועל במרידות נגד המלך, ולהשפיע על מסמכים שעליהם חתמו המלכים, החל בשבועות שטרסבורג משנת 842 ועד ל"מגנה כרטה" האנגלית משנת 1215. נחזור למסמכים אלה בהמשך.²⁰⁷

תוצאת הדברים מורכבת. מחד גיסא, הפיאודליזם היה אחת הסיבות להעברת סמכויות ממשל רבות מידי המלך לידי נסיכים טריטוריאליים בצרפת, באיטליה ובגרמניה במאות התשיעית והעשירית. מאידך גיסא, כאשר הנסיכים הטריטוריאליים הלכו ונעשו עצמאיים לגמרי, במאות העשירית והאחת-עשרה, נהפכה עליונותו הפיאודלית של המלך "לקשר היחיד שהוסיף לקשרם אל הכתר".²⁰⁸ גם במאות העשירית עד השלוש-עשרה – הנתפסות כעידן ה"קלסי" של הפיאודליזם, שבו הגיעו מוסדותיו להתפתחותם השלמה ביותר²⁰⁹ – נוצרו היחסים הווסליים על-ידי חוזה התמסרות שבו שני רכיבים. הראשון היה הרכיב הטקסי, ההומגיום, שסימל מסירה עצמית. לרכיב זה היו שני חלקים: מחוות יד והכרזה מילולית על רצונם של הצדדים להתקשר.²¹⁰ בתקופה המוקדמת היה ההומגיום, כאמור, הרכיב היחיד הדרוש ליצירת היחסים הווסליים. כוחו הסמלי נבע משורשיו הגרמאניים הקדומים, והוא לא נשא חותם נוצרי. "אך חיסרון כזה של הדת לא יכול היה להתמיד בחברה שבה חדלו לראות הבטחה כתקפה אם לא ערב לה אלוהים בכבודו ובעצמו."²¹¹ לכן נוסף רכיב שני, שבא מייד לאחריו, בדמות טקס דתי ממש של שבועת אמונים או נאמנות. גם ברכיב זה היו רכיב

205 הכלל נוסח בצורה מדויקת ופורמלית בשנת 843. ראו שם, בעמ' 167–168.

206 לנתינים היו עדיין חובות כלפי המדינה, אבל "במידה מסוימת חצץ האדון למעשה בין המדינה לבין הוואסאל" (שם, בעמ' 71). ראו גם בלוק, לעיל ה"ש 188, בעמ' 166–168.

207 לאלה ולמסמכים נוספים ראו בלוק, שם, בעמ' 467–469, המסכם ומסביר כי מכאן מובן גם כיצד נולד משטר הנציגים באנגליה, בצרפת, בגרמניה ובספרד כאספה אריסטוקרטית, שכן מדובר "במדינות שאך זה יצאו מן השלב הפיאודאלי ונשאו עדיין את חותמו" (שם, בעמ' 469).

208 גאנסהוף, לעיל ה"ש 187, בעמ' 73. ראו גם שם, בעמ' 72–74; בלוק, שם, בעמ' 155.

209 ראו גאנסהוף, שם, בעמ' 77.

210 לפי הידוע לנו, הטקס נראה כך: הווסל כרע ברך כשהוא גלוי ראש ונטול נשק, שם את ידיו הצמודות בין ידי אדונו, והצהיר לפני האדון "אדוני, אני רוצה להיות איש שלך"; האדון, שסגר את ידיו על ידי הווסל, ענה לו "אני מקבל ולוקח אותך כאיש" (שם, בעמ' 84). ראו גם שם, בעמ' 82–85. "היות 'האדם' שייך ל'אדם' אחר – לא היתה ברית מלים נפוצה יותר במילון הפיאודלי, ולא היתה פשוטה ממנה במובנה." צירוף זה "ביטא את עצם התלות האישית" הווסלית. בלוק, לעיל ה"ש 188, בעמ' 153. להרחבה על ההומגיום הווסלי ראו שם, בעמ' 153 ואילך.

211 שם, בעמ' 154.

טקסי ורכיב מילולי: הווסל נשבע בעמידה, תוך שהוא מניח את ידו על כתבי קודש או על תיבה המכילה שרידי קודש.²¹² מרכיבים אלה הבהירו את הקשר של השבועה הימית ביניימית במערב לנצרות.²¹³ בלון מציין כי הרכיב השני, טקס "האמונה", לא היה ייחודי לחוזה הפיאודלי:

"...בחברה טרופה, שהעיקרון ששלט בה היה אי־אמון ועונש מידי שמים נחשב בה אחד היעילים – והנדירים – שבאמצעי הריסון, היו אלף טעמים לדרוש את עריכתה של שבועת אמונים. כל בעלי המשרות בחצר המלך או הסניור נשבעו את שבועת האמונים הדתית עם היכנסם לתפקידם, אחת היא מה דרגתם. ראשי כמורה לא היססו לדרוש אותה מכמריהם, וסניורי הקרקעות דרשו אותה לפעמים מאיכריהם.²¹⁴"

מה שהיה ייחודי לחוזה הפיאודלי היה טקס ההומגיום. שבועת האמונים הייתה הבטחה נדושה כמעט, שהיה אפשר לשוב ולתיתה מדי תקופה. לא כך ההומגיום, "שקשר את האיש כולו, מבלי שאפשר יהיה, בדרך כלל, לשוב ולחדש את הנדר".²¹⁵ לכן היה טקס זה הרכיב הראשון והעיקרי ביצירת היחס הווסלי.

ראוי לציין כי שבועת האמונים של הווסל הייתה התחייבות חד־צדדית, ורק לעיתים נדירות השיב האדון בשבועה דומה.²¹⁶ מבחינה מהותית כללה שבועת האמונים של הווסל שני מרכיבים: רכיב חיובי של התחייבות לשמור אמונים על־ידי הימנעות מכל מעשה העלול לסכן את האדון; ורכיב חיובי, שכלל מתן שירותים שונים לאדון. דובר במתן עזרה חומרית של הווסל – במיוחד שירות צבאי כאביר רכוב על סוס אבל גם סיוע בניהול משק־הבית או האחוזת של האדון או אף סיוע כספי – וכן בהתייצבות של הווסל

212 רכיב שלישי בסדר הפעולות, שהופיע במיוחד בצרפת, הוא נשיקה טקסית, אך זו לא הייתה נחוצה להשלמת חוזה הווסליות, אלא הייתה דומה לשתיית הכוסית או ללחיצת־היד המקובלות כיום לאחר ביצוע עסקה. אגב, כל הפעולות שתוארו לעיל נעשו בעל־פה, ורק במקרים נדירים נרשמו בכתב הנסיבות של עשיית ההומגיום ושבועת האמונים וההתחייבויות ששני הצדדים קיבלו על עצמם. ראו ביתר פירוט גאנסהוף, לעיל ה"ש 187, בעמ' 86–91; בלון, שם, בעמ' 154–155 ו־170; MUSSON, לעיל ה"ש 128, בעמ' 51. רכיב נוסף שמתואר בספרות על החוזה הפיאודלי, ואשר השלים את הטקס, היה הענקת עצם סמלי מאת האדון הפיאודלי לנתיניו. במקרים רבים היה זה עצם שהזכיר את הנכס שניתן לווסל – למשל, ענף או פיסת אדמה לציון העברת קרקע. ראו: JENNY BENHAM, PEACEMAKING IN THE MIDDLE AGES: PRINCIPLES AND PRACTICE 90 (Manchester Medieval Stud. Ser., 2011).

213 אשר נוסחה המקובלת היא: "[S]o help us God and these Holy Gospels and the relics of the Saints. ראו שם, בעמ' 150.

214 בלון, לעיל ה"ש 188, בעמ' 155.

215 שם.

216 ראו שם.

לפני האדון, בעקבות זימון, לשם מתן עצה והשתתפות בהתוועדות עם עמיתיו הווסלים.²¹⁷

עד המאה האחת-עשרה לא הייתה לווסל זכות לבטל את החוזה הפיאודלי שקשר אותו אל אדונו אלא אם כן ניצל האדון לרעה ובזדון את שליטתו בו. מסוף אותה מאה היה הווסל רשאי להפר את התחייבותו, בתנאי שימסור הודעה פומבית ברוח זו ויותר על הפיאודום – הקרקע שהוענקה לו מידי האדון. עם ביטול החוזה היה הווסל יכול למצוא לו אדון אחר.²¹⁸ כאשר אחד הצדדים לא מילא את התחייבויותיו, נחשב הדבר, לפחות מבחינה טכנית, לפשע (felony). כל אחד מהצדדים היה יכול לנתק את חובת האמונים, והאדון היה יכול גם להחרים את הפיאודום, באופן קבוע או זמני, או לעקל מיטלטלין בגין עברה חמורה של הווסל. אבל "עונשים כאלה... יש להודות שעד למאה השנים-עשרה ואפילו השלוש-עשרה, לעתים קרובות לא היה בהם מועיל כל-עיקר ולמעשה נפתרו הסיכסוכים שבאו לאחר הפרות-התחייבות מעין אלו לעתים קרובות ביותר על-ידי פנייה אל כוח הנשק".²¹⁹

3. שבועת הנאמנות/האמונים המוטלת על אנשי השלטון

ראוי לחזור ולהדגיש כי השבועה הייתה אמצעי ממתן ראשון במעלה, והשימוש בו היה נפוץ ובעל עוצמה בימי-הביניים, וזאת לא רק בנושא כריתת החוזה הפיאודלי. כפי שהסביר אנתוני מוסון (Anthony Musson):

"The main restraint on misbehaviour was the psychological, spiritual and chivalric device of an oath: an appeal to honour and a pledge of good faith, backed up by the foundation of religious belief. In the Middle Ages the swearing of an oath had an aura of sanctity..."²²⁰

השבועה הייתה כלי מרכזי בגיבוש החברה הואיל והיא העניקה לגיטימציה לרשויות השלטון. באנגליה, במאה הארבע-עשרה לכל-המאוחר, נשבעו כל בעלי-התפקידים, לרבות בעלי-התפקידים במערכת השיפוטית, דוגמת השופטים, המושבעים והעדים.²²¹ הרעיון שלפיו ראוי לקיים טקס הכולל רכיב של שבועה לפני כניסתו של אדם לכהונה בתפקיד ציבורי הוא כמובן עתיק מאוד ונפוץ מאוד.²²² הנוסחים הקדומים ביותר

217 ראו גאנסהוף, לעיל ה"ש 187, בעמ' 94–101. לדיון נרחב ראו בלוך, לעיל ה"ש 188, בעמ' 229 ואילך.

218 ראו גאנסהוף, שם, בעמ' 106.

219 שם, בעמ' 107. כן ראו שם, בעמ' 106–109.

220 ראו Musson, לעיל ה"ש 128, בעמ' 50–51.

221 יש עדויות המצביעות על כך שהשופטים המלכותיים נשבעו בעת מינויים החל בסוף המאה השנים-עשרה לכל-המאוחר. ראו שם, בעמ' 51.

222 ראו White, לעיל ה"ש 107, בעמ' 383–384.

שנשמרו של שבועת השופטים, מן המאה השלוש-עשרה, כוללים התחייבות לפעול בחריצות במילוי תפקידם, אבל גם התחייבות מהותית "to uphold 'right justice'... 'to the best of his ability'.²²³ עד סוף המאה השלוש-עשרה כבר נדרשו כל השופטים המלכותיים לשאת שבועה מפורטת הכוללת התחייבות לעשות צדק כמיטב יכולתם לעני ולעשיר, ללא משוא-פנים וללא קבלת טובות-הנאה.²²⁴

אופייה המוסדי-הדתי של השבועה באנגליה הובלט במיוחד לאחר שהמלך הנרי השמיני החליט לפרוש מן הכנסייה הקתולית ולייסד את הכנסייה האנגליקנית. חקיקה משנת 1534 (המכונה Act of Supremacy) חייבה כל אדם הממלא תפקיד ציבורי או נושא משרה כנסייתית באנגליה להישבע אמונים למלך כמושלה העליון של הכנסייה של אנגליה. חיוב זה הורחב לאחר-מכן וכלל לא רק את חברי הפרלמנט, אלא גם את כל הלומדים באוניברסיטות. הצעד פוון בעיקר נגד הקתולים, אבל הייתה לו כמובן השפעה גם על היהודים. ה-Roman Catholics Relief Act משנת 1829 שינה את נוסח השבועה כך שהיא חייבה מעתה הצהרה על "אמונה נוצרית אמיתית". הדבר אפשר לקתולים לכהן כחברי פרלמנט, אבל מנע זאת מיהודים ומקבוצות מיעוט פרוטסטנטיות, דוגמת הקווייקרים והמורבים (Quakers and Moravians). בתגובה על ההדרה הברורה מתפקידים עתירי כבוד והון הפעילה הקהילה היהודית לחץ מסיבי במשך שלושה עשורים, עד שבסופו של דבר שונה המצב המשפטי. בתחילה, בשנת 1833, התקבל היהודי הראשון ללשכת עורכי-הדין; בהמשך, בשנת 1835, זכו היהודים בזכות לבחור; בשנת 1847 ביטלה אוניברסיטת לונדון את המגבלה הדתית בקבלה ללימודים (ואוניברסיטות אוקספורד וקיימברידג' החרו-החזיקו אחריה בשנים 1854 ו-1856, בהתאמה); בשנת 1845 נפתחו כל המשרות המוניציפליות לפני היהודים; ולבסוף נפתח לפנייהם גם הפרלמנט: בית-הנבחרים בשנת 1858, ובית-הלורדים בשנת 1866.²²⁵

223 Musson, לעיל ה"ש 128, בעמ' 51. לשבועת השופטים נוספה, בסביבות שנת 1257, התחייבות לא לקבל מתנה או שירות (למעט אירוח מקובל של מזון ומשקה) מאחד הצדדים המתדיינים לפנייהם. שם.

224 כלומר, "loyally to do right to all according to law and custom" (שם). זאת ועוד, המלך עודד את נתיניו להתלונן על התנהגות לא-אחית של השופטים המלכותיים, וזאת במטרה להבטיח הגינות במשפט. ראו שם, בעמ' 51-53, 55 ו-74.

225 לדין ראו: Oath of Supremacy, WIKIPEDIA (May 5, 2018), en.wikipedia.org/wiki/Oath_of_Supremacy; MICHAEL CLARK, ALBION & JERUSALEM: THE ANGLO-JEWISH COMMUNITY IN THE POST-EMANCIPATION ERA 1858-1887, 9 & n. 46 (2009); Enid Campbell, Oaths and Affirmations of Public Office, 25 MONASH U. L. REV. 132 (1999); DAVIS CESARANI, THE JEWISH CHRONICLE AND ANGLO-JEWRY, 1841-1991, 5-6, 19-22, 35-36 (1994). לפרטים נוספים ראו: H.S.Q. HENRIQUES, THE JEWS AND THE ENGLISH LAW (1908). וייט מסביר כי הפעם הראשונה שבה הופיעה הדרישה לשבועה נוצרית דווקא הייתה בחיבורו החשוב של השופט והלומד רב ההשפעה אדוארד קוק – EDWARD COKE, THE THIRD PART OF THE INSTITUTES OF THE LAWS OF ENGLAND: CONCERNING HIGH TREASON, AND OTHER PLEAS OF THE CROWN, AND CRIMINAL CAUSES (London, M. Flesher 1644) – שיצא לאור בהדרגה בשנים 1644-1628. ראו: Edward Coke, WIKIPEDIA (Sept. 4, 2018), en.wikipedia.org/wiki/Edward_Coke.

המתיישבים האנגלים בצפון אמריקה היו מודעים היטב לתפקידה של שבועת הנאמנות בנוהל החוקתי הבריטי, לפחות מתקופת הנרי השמיני. אבל הם גם הבינו שהיא הייתה חלק מהמאבקים סביב יחסי דת ומדינה, ושהחיוב בנטילתה נעשה לא פעם באופן בררני, כדרך לזהות בעלי דעות אנטי-ממסדיות ולצמצם את מספרם בממשל. לכן הוראת סעיף 6 לחוקת ארצות-הברית, המחייבת שבועת נאמנות לחוקה מצד ממלאי תפקידים פדרליים ומדינתיים, קובעת במפורש כי "לעולם לא ידרש מבחן דתי" כתנאי לקבלת התפקיד.²²⁶

4. שבועת המלך

השבועה לא הוגבלה רק לפקידיו הבכירים של המלך; השבועה החשובה והמעניינת ביותר מבין שבועות הנאמנות/האמונים שהיו מוטלות על אנשי השלטון היא כנראה שבועת המלך עצמו. עצם העובדה שהמלך נדרש להישבע אינה מפתיעה: בעידן שבו יכולת האכיפה של התחייבויות, בכל הדרגים, הייתה מוגבלת, והשבועה הייתה אחת הדרכים האפקטיביות ביותר להבטיח התחייבות רצינית, אין זה מפתיע שגם המלך נדרש להישבע, שהרי גם הוא האמין באפשרות מעורבותם של כוחות על-אנושיים במקרה של שבועת-שווא. אכן, גם המלכים התנ"כיים נשבעו.²²⁷

בשבועת המלך יש, לכאורה לפחות, שני היבטים ייחודיים. האחד נובע מכך שהמלך עמד בראש הפירמידה הפיאודלית. בעוד בעלי-התפקידים בממלכה וכל בעלי השררה

Edward_Coke. קוק מגדיר שבועה כהצהרה של נוצרי, וקובע לא רק שקתולים (וכמובן יהודים) לא יוכלו להעיד, אלא שגם הפרלמנט אינו יכול לשנות מצב דברים זה. לשינוי נדרשו, כאמור, זמן רב ולחץ ציבורי משמעותי. ראו White, לעיל ה"ש 107, בעמ' 387–388 ה"ש 26 ו-28. להשלמת התמונה ולשם השוואה נציין כי יהודי ראשון נבחר לבית-הנבחרים הצרפתי כבר בשנת 1834 – שבע שנים לפני היהודי הראשון שכהן בקונגרס האמריקאי; ויהודים ראשונים כיהנו בממשלת צרפת בשנת 1848, בעוד לממשל הפדרלי האמריקאי הגיע יהודי רק בשנת 1906. עם זאת, הממשל האמריקאי מעולם לא הפלה יהודים על בסיס חוקי, בעוד השייר האחרון של הפליה אזרחית בצרפת – "שבועת היהודים" (ראו דיון בתת-פרק 41 להלן) – בוטל רק בשנת 1846. ראו: FREDERIC COPLE JAHNER, THE JEWS AND THE NATION: REVOLUTION, EMANCIPATION, STATE FORMATION, AND THE LIBERAL PARADIGM IN AMERICA AND FRANCE 223 (2002).

226 התרגום שלי. לנוסח ההוראה בחוקה ראו: U.S. CONST. art. VI, cl. 3: "The Senators and Representatives before mentioned, and the Members of the several State Legislatures, and all executive and judicial Officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by Oath or Affirmation, to support this Constitution; but no religious Test shall ever be required as a Qualification to any Office or public Trust under the United States" להסברת הרקע לדברים ראו: Patrick O. Gudridge, *The Office of the Oath*, 20 CONST. COMMENT. 387, 389–390 (2003).

227 ראו "שבועה (יהדות)", לעיל ה"ש 77; יאיר זקוביץ דוד – מרועה למשיח 17 (מהדורה דיגיטלית, שלומית משולם עורכת, התש"ע) www.kotar.co.il/KotarApp/Viewer.aspx?nBookID=95141223; זאב וייסמן עם ומלך במשפט המקראי (1993).

שניצבו לאורך הסולם הפיאודלי היו במצב שבו הם נשבעו אמונים "כלפי מעלה" לבכירים מהם וקיבלו שבועת נאמנות מאלה שנמוכים מהם, המלך, בהיותו קודקודה של המערכת השלטונית, לא היה אמור להישבע כלפי מעלה. אבל ההיסטוריה מורכבת יותר, ומראה כי בהזדמנויות שונות נשבע המלך כלפי שליטים אחרים שהיו מקבילים לו בדרגה או אף נשבע שבועה פיאודלית כלפי מלך אחר או האפיפיור שאותם קיבל כאדוניו.²²⁸

ההיבט האחר, ואולי החשוב יותר, עוסק בשבועה אחת ספציפית של המלך – זו המכונה Coronation Oath. שבועה זו נישאה ברגיל כחלק מטקס ההכתרה,²²⁹ וכללה את ההתחייבויות של המלך כלפי "עמו" (ובמיוחד כלפי האצולה הגבוהה שסביבו).²³⁰ חלק נכבד מהספרות המתייחסת לשבועות הימייניות מתעניינת בשאלה עד כמה הייתה השבועה אפקטיבית ובאיזו מידה כיבדו המלכים את ההתחייבויות שנטלו על עצמם בשבועה.²³¹ אין ספק ששבועת ההכתרה החלה בהקשר של חוזה פיאודלי, שבו הייתה זו חובתו של המלך לעשות משפט ולציית לחוק, ואם הוא לא עשה כן, הייתה בכך הפרה של החוזה הפיאודלי, דבר שאפשר לנתיניו לסרב להמשיך לקיימו ולהתעמת עם אדונום.²³² בהקשר של מאבקי הכוח של המאה השבע-עשרה והחשיבה של תקופת ההשכלה, דובר בניסיון פוליטי לטעון מסמכים ימייניים כאלה במשמעות חוקתית – כגון הכרה של המלך במגבלות כוחו ובזכותם של אלה שכלפיהם הפר את שבועתו למרוד בו כדי לאכוף עליו את ההתחייבויותיו – ולקרוא את שבועת המלך כ"אמנה חברתית".²³³ הדברים אמורים במיוחד ביחס למגנה כרטה. ברם, הואיל וזה אינו עיקר הדיון שלנו, אסקור אך בקצרה את נושא שבועת המלך.

228 יש מקרים רבים שבהם היה המלך נתון במערכת פיאודלית שבה הוא לא היה ראש המערכת. למשל, עד המאה השלוש-עשרה היו מלכי אנגליה ברוגים בצרפת וכפופים פיאודלית למלך הצרפתי, והיו מקרים שבהם כפף המלך את עצמו – ולו בצורה סמלית – לקיסר או לאפיפיור. ראו BENHAM, לעיל ה"ש 212, בעמ' 96–92 ו-145. על שבועה לאפיפיור ראו: Rodney Bruce Hall, *Moral Authority as a Power Resource*, 51 INT'L ORG. 591 (1997).

229 עם זאת, המלך נשבע גם בנסיבות אחרות. ראו, למשל: F.M. Powicke, *The Oath of Bromholm*, 56 ENG. HIST. REV. 529 (1941).

230 ודוק, למיטב ידיעתי, מלכי ישראל לא נדרשו לשבועה כזו במסגרת התחייבויותיהם. במסגרת דיני המלוכה בישראל, המכונים "משפט המלך", חובותיו של המלך מסתכמות בכך שהוא יכתוב לעצמו ספר תורה ויקרא בו כל ימי חייו. ככתוב בספר דברים יז 18–20: "וְהָיָה לְשִׁבְתּוֹ עַל פֶּסֶא מִמְּלָכְתּוֹ וְכָתַב לוֹ אֶת מִשְׁנֵה הַתּוֹרָה הַזֹּאת עַל סֵפֶר מַלְפָּנָי הַפָּהֳנִים הָלוֹזִים: וְהָיְתָה עִמּוֹ וְקָרָא בוּ כָּל יְמֵי חַיָּיו לְמַעַן יִלְמַד לְיִרְאָה אֶת יְהוָה אֱלֹהָיו לְשִׁמּוֹר אֶת כָּל דְּבָרֵי הַתּוֹרָה הַזֹּאת וְאֶת הַחֻקִּים הָאֵלֶּה לַעֲשׂוֹת: לְבִלְתִּי רוּם לְבָבוֹ מֵאֶחָיו וּלְבִלְתִּי סוּר מִן הַמִּצְוָה מִיָּמִין וּשְׂמֹאל לְמַעַן יֹאמְרוּ יָמָיו עַל מִמְּלָכְתּוֹ הוּא וּבָנָיו בְּקֶרֶב יִשְׂרָאֵל". ראו גם אֶלּוֹן הַמִּשְׁפָּט הַעִבְרִי, לעיל ה"ש 78, כרך א, בעמ' 49; אילת, לעיל ה"ש 186.

231 על השבועה ומגבלותיה ראו: Markus Fischer, *Feudal Europe, 800–1300: Communal Discourse and Confictual Practices*, 46 INT'L ORG. 427, 445 (1992).

232 ראו: James Westfall Thompson, *The Development of the Idea of Social Democracy and Social Justice in the Middle Ages*, 28 AM. J. SOC. 586, 590, 600 (1923).

233 פרופ' פראוור מתאר בפירוט את טקס ההכתרה של מלך ירושלים הצלבני במאה השתים-עשרה. הוא

ראשית, מהי שבועת ההכתרה? למרות העניין של היסטוריונים מודרניים ברכיב זה של שבועת המלך, לגבי בני התקופה הייתה שבועה זו כנראה חלק חשוב פחות בטקס משלב המשיחה של המלך.²³⁴ במהלך המאה התשיעית הגבירה הכנסייה הקתולית את כוחה באמצעות שדרוג טקס ההכתרה מטקס דקלרטיבי לאקט קונסטיטויטיבי שבאמצעותו המלך "נוצר" ואשר בלעדיו אין לו הזכות לשלוט. בניסיון להבטיח שהמלך ישלוט בהגינות, נדרש המלך לקיים התחייבות, היא שבועת ההכתרה, אשר הבהירה את אופייה החוזה-הפיאודלי של סמכות המלך.²³⁵ עם השנים הלך והתגבש פרוטוקול מפורט ביחס לטקס ההשבעה בכלל וביחס לנוסח של שבועת המלך בפרט.²³⁶ דברים אלה נכונים גם באירופה הקונטיננטלית²³⁷ וגם באנגליה.

המקורות ההיסטוריים המוגבלים אינם מאפשרים ליצור תמונה שלמה של מהלך טקסי ההכתרה לאורך ההיסטוריה האנגלית (ובכל מקרה המקורות המוקדמים ביותר הם רק משנת 975 לספירה בקירוב). הדבר משמעותי במיוחד לגבי שחזור הנוסח המדויק של השבועה שנשא המלך בהכתרה.²³⁸ כך, על-פי התייעוד שהגיע לימינו, הארכיבישוף של יורק דרש מווייליאם, הכובש הנורמני, להישבע בהכתרתו (בשנת 1066) – בנוסח שהיה, כמקובל, בשפה המדוברת – כי ישלוט על עמו "as well as any previous king had done", אבל מקורות אחרים מייחסים לו נוסח שבועה שנשען על טקסטים ליטורגיים

מדבר על כך שבמסגרת הטקס התקיימה "שבועה רשמית, או נוסחה רשמית... שלפיה נתחייב המלך לא לבד למשול בצדק, אלא גם לשמור אמונים לחוק המנהג ולמכלול המשפט של הממלכה", ומתאר את השבועה ככזו "שהעמידה מעין 'ברית', או 'אֶמְנָה חברתית', בין השליט והנשלטים". ראו יהושע פראוור **הצלבנים – דיוקנה של חברה קולוניאלית** 110 (מהדורה שנייה מתוקנת ומורחבת, 1985). פראוור גם מדגיש כי שבועת ההכתרה כללה התחייבויות לטובת הכנסייה, ולאחריהן "בא אותו חלק בשבועה שיותר לכנותו: חידוש האמנה. אם אמנם ניתן למצוא בשבועת-ההכתרה של כל ממלכות אירופה הבטחה כללית לשמור את הזכויות והקניינים של כל תושבי הממלכה, הרי לא נמצא בהן ניסוח מפורש ומפורט כזה שנכלל בשבועת מלכי ירושלים... דבר זה הפך את שבועת-ההכתרה לאמנה חברתית, מעין חוזה הדדי בין המלך לאצולה". שם, בעמ' 113.

234 ראו: H.G. Richardson, *The Coronation in Medieval England: The Evolution of the Office* (1960) 111, 116 (להלן: Richardson, *The Coronation in Medieval England*); en.wikipedia.org/wiki/Coronation (Sept. 10, 2018), WIKIPEDIA.

235 ראו Thompson, לעיל ה"ש 232, בעמ' 589–590.

236 ראו, למשל: Jacques Le Goff, *A Coronation Program for the Age of Saint Louis: The Ordo of 1250*, in *CORONATIONS: MEDIEVAL AND EARLY MODERN MONARCHIC RITUAL* 46 (János M. Bak ed., 1990).

237 ראו במאמרים שונים בספר בעריכת Bak, שם, וכן אצל ארנסט קנטורוביץ' בספרו: ERNST H. KANTOROWICZ, *THE KING'S TWO BODIES: A STUDY IN MEDIEVAL POLITICAL THEOLOGY* (1957) (1997).

238 החוקרים בתחום מודים כי המקורות הקיימים אינם מספקים תמונה שלמה של מהלך טקסי ההכתרה בכל ההיסטוריה הבריטית. ראו Richardson, *The Coronation in Medieval England*, לעיל ה"ש 234, בעמ' 161 ו-173.

לטיניים.²³⁹ בידינו נוסחים של coronation charters (או מסמכים מקבילים) החל בשנת 1100, וטקסטים חשובים אלה, שהבטיחו זכויות שונות לאוכלוסייה (ובמיוחד לבכירה), מקבילים כנראה בנוסחם לשבועות המלך (אשר לא תועדו במדויק, כאמור).²⁴⁰

שנית, מה כללה השבועה? מניתוח כל המקורות ההיסטוריים עולה כי שבועת המלך התבססה על נוסחה שכללה שלושה סעיפים, אשר הבטיחו הגנה לכנסייה, צדק לעם וביטול של חוקים ומנהגים רעים. מאוחר יותר הוסף סעיף רביעי, שכלל התחייבות להגן על זכויות הכתר. זו הייתה מהותן של הוראות אלה, אף שייתכן שנוסחן המדויק, בלשון המדוברת, לא עוגן בנוסחה קשיחה, אלא השתנה מזמן לזמן, וגם לא תאם במדויק את הנוסח הליטורגי הלטיני.²⁴¹ אנו מעריכים כי במהלך ההשבעה היה נוסח כתוב של השבועה לפני המלך, והמלך האנגלי – כמו מקביליו הקונטיננטליים – הניח את הכתב הזה על המזבח. כאמור, הנוסח המדויק של השבועה, בכתב או בעל־פה, לא נשמר.²⁴² לאחר ששבועת המלך הוקראה לו בשפה המדוברת המובנת לו, היה המלך משיב כי בעזרת האל הוא יקיים בנאמנות את שבועותיו.²⁴³ שבועת המלך בטקס ההכתרה – ומלכים אנגליים נשבעו לקיים התחייבויות שונות גם במהלך תקופת מלכותם – הייתה הצהרה בדבר חובות הכתר, אך היא נתפסה כסמל חשוב של התחייבויותיו האישיות של המלך לממלכתו. למעשה, טקס ההכתרה היה חוזה כפול: בין המלך לבין עמו, ובין המלך לבין האצולה הבכירה (הווסלים שלו, ובהמשך ההיסטוריה – האצולה, שהסכמתה נדרשה לחקיקה בפרלמנט).²⁴⁴

ואחרון – חוזר להתחלה: השבועה הייתה כלי מרכזי ביצירת מערכת יחסים של פפיפות בעולם היחסים המדיניים הבין-לאומיים של ימי-הביניים. ההיסטוריון הבלגי פרנסואה גנשוף (François Ganshof) הסביר זאת כך:

239 מה בדיוק נאמר בטקס לא נדע כנראה לעולם. ייתכן שהנוסח שילב לטינית עם השפה המדוברת (שבה בחרו כדי לוודא שהמלך והסובבים אותו מבינים את השבועה). אבל המקורות אומרים שהשפה המדוברת שבה השתמשו הייתה אנגלית, בעוד ששפתו של ויליאם הייתה צרפתית. השבועה הראשונה שנוסחה המלא מצוי בידינו – בשני נוסחים, בלטינית ובצרפתית – היא משנת 1308. ראו H.G. Richardson, *The Coronation in Medieval England*, שם. ראו גם: H.G. Richardson, *The English Coronation Oath*, 24 SPECULUM 44, 46, 48, 50 (1949); Robert S. Hoyt, *The Coronation Oath of 1308*, 71 ENG. HIST. REV. 353 (1956); L.B. Wilkinson, *Notes on the Coronation Records of the Fourteenth Century*, 70 ENG. HIST. REV. 581 (1955).

240 ראו Richardson, *The Coronation in Medieval England*, לעיל ה"ש 234, בעמ' 163–164; *Charter of Liberties*, WIKIPEDIA (Apr. 12, 2018), en.wikipedia.org/wiki/Charter_of_Liberties.

241 ראו Richardson, *The Coronation in Medieval England*, שם, בעמ' 171. השו' Musson, לעיל ה"ש 128, בעמ' 221–222. על השבועה, ובמיוחד על הרכיב הרביעי שלה, ראו Kantorowicz, לעיל ה"ש 237.

242 ראו Richardson, *The Coronation in Medieval England*, לעיל ה"ש 234, בעמ' 172.

243 שם, בעמ' 170.

244 ראו Musson, לעיל ה"ש 128, בעמ' 221. כן ראו Hoyt, לעיל ה"ש 239, בעמ' 365.

"Whatever their actual basis—conquest, agreement, partial franchisement, etc.—bonds of dependency with a political entity under protection could be created, renewed, or maintained by various legal acts. Among those most frequently used was the oath of fidelity taken by the head of the political entity under protection and sometimes by all or part of the population."²⁴⁵

גנושף מדגים את הדברים באמצעות הסכמים או נסיונות לערוך הסכמים בין שליטים בראשית המאה התשיעית.²⁴⁶ אותנו מעניין במיוחד מסמך היסטורי רב חשיבות משנת 842: **שבועות שטרסבורג**.

נתחיל בהקשר: לאחר מותו של הקיסר קרל הגדול, בשנת 814, החל קרב ירושה בין שלושה פלגים של המשפחה. אחד הנכדים, לותר הראשון, זכה בכס הקיסרות, ובשנת 842 החליטו שני היורשים האחרים – לואי הגרמני וצ'רלס הקירח (ששלט באזור שהוא כיום צרפת) – לסיים את הסכסוך ביניהם ולהתאחד נגד יריבם המשותף. לצורך כך הם נפגשו, על צבאותיהם, בעיר ששכנה על הגבול בין תחומי שלטונם (ואשר ממשיכה לשמש נקודת מפגש בין גרמניה לצרפת גם בימינו) – שטרסבורג. בכיכר העיר נשבעו שני המלכים, והשבועה נהפכה לציון-דרך בהיסטוריה האירופית. יש הרואים במסמך זה אות לכך שדרכיהם של העמים ששכנו בארצות שייהפכו לצרפת ולגרמניה נפרדו **באופן מילולי**: כל מלך חתם על שבועת הנאמנות ההדדית בשפתו של המלך האחר – המלך הצרפתי בגרמנית קדומה והמלך הגרמני בצרפתית קדומה. הדבר נעשה כדי שהחיילים של כל מלך יבינו את ההתחייבות שקיבל על עצמו המלך האחר, דבר שהיה חיוני כי

FRANÇOIS L. GANSHOF, THE MIDDLE AGES: A HISTORY OF INTERNATIONAL RELATIONS 245 (Remy Inglis Hall trans., 1970). את השבועה היה יכול לשאת בשם המלך נציגו, ונראה כי זה היה הנוהל המקובל בתהליכי שלום בסוף המאה השתים-עשרה ובראשית המאה השלוש-עשרה. נראה גם שלעיתים נדרשה השבועה לא רק מהמלך, אלא גם מתומכיו. ראו BENHAM, לעיל ה"ש 212, בעמ' 146–147 ו-153, וכן את הדיון הסמוך בשבועות שטרסבורג. עם זאת, כפי שמצוין שם, בעמ' 151, לפחות בהקשר של התחייבויותיהם של בעלי כוח מדיני, לא היה לשבועה כוח מכריע: "Despite some clear examples where oath-breakers were thought to have suffered divine retribution, it is equally clear that some agreements guaranteed by oaths were broken, and, in some cases, the oath to keep a certain agreement was even sworn in the knowledge that 'Peacemaking in the medieval period would be unthinkable it would be broken'." עם זאת, "without the oath. The oath was an essential part of guaranteeing agreements through the appeal to faith, personal honour and obligation that it invoked on behalf of the oath-taker... Importantly, oaths were cross-cultural, being recognised among Christians and non-Christians alike, and their importance is not confined to one historical period" (152–153).

246 ראו GANSHOF, שם, בעמ' 50–51; וכן בהסכמים מהמאה השלוש-עשרה – ראו שם, בעמ' 303–304.

לאחר המלכים נשבעו גם החיילים (בשפתם).²⁴⁷ אבל ההיבט המרתק ביותר של המסמך מצוי באמרה הכלולה בו, המופנית במישרין לחיילי הצד האחר, שלפיה אם אחד המלכים יפר באופן חד-צדדי את השבועה שזה עתה נטל על עצמו כלפי המלך האחר, כל אחד מהחיילים של אותו מלך מפר מתחייב לא לעזור לאדונו נגד המלך האחר. בכך נטמן הזרע לרעיון של "זכות ההתנגדות" שעמד ביסוד מרידות רבות, קרי, הרעיון שאדם יכול להתנגד למלך כאשר הלה פועל בניגוד לחוק, ושאינן בכך משום הפרת חובת הנאמנות הפיאודלית.²⁴⁸ ודוק: לטקסטים בדבר חובות המלך מתקופת ימי הביניים נודעה חשיבות רבה בזמן המאבקים במלוכה באנגליה של המאה השבע-עשרה: הם נתנו תחמושת לדוגלים בדעה שמלך שאינו עומד בהתחייבויותיו, דוגמת אלה שנטל על עצמו בזמן השבעתו, אינו זכאי עוד לתוארו; שהוא מפר את ה"אמנה" עם עמו ובכך משחרר אותם מחובת הנאמנות כלפיו; ושהוא עשוי להיות מודח ומוחלף.²⁴⁹

5. שבועת הנאמנות/האמונים בימינו

מבחינה עניינית ראוי לחלק את הסוגיה לשני נושאים, שהחיבור ביניהם מוגבל. הנושא הראשון, והוא לב הסוגיה, עניינו חובת הנאמנות בהקשר המדיני. כפי שציין בצדק ד"ר ליאב אורגד, "חובת הנאמנות הפוליטית מעסיקה את עולם המשפט במשך אלפי שנים. אף-על-פי-כן, נאמנות נותרה חובה עמומה אשר רב הנסתר בה על הגלוי".²⁵⁰ ולא בכדי

²⁴⁷ למעשה, המסמך היה בשלוש שפות, הואיל וחלקים מן השבועה נכתבו גם בלטינית, שהייתה השפה הבינ-לאומית באותה תקופה. מכל מקום, נראה שהשבועה הדו-לשונית הייתה סמלית בעיקרה, כי רבים מהמשתתפים הכירו את שתי השפות. חשוב לציין כי המסמך הוא הטקסט הקדום ביותר המוכר לנו בניב צרפתי. אגב, שנה לאחר-מכן, בשנת 843, נחתם חוזה ורדן – הסכם השלום הכולל הראשון בין שלושת הפלגים היריבים. ראו BENHAM, לעיל ה"ש 212, בעמ' 148–149; *The Birth of Two States: The Oaths of Strasbourg – 842*, DW (Nov. 16, 2009), www.dw.com/en/the-birth-of-two-states-the-oaths-of-strasbourg-842/a-4619104; *Oaths of Strasbourg*, WIKIPEDIA (Mar. 31, 2018), en.wikipedia.org/wiki/Oaths_of_Strasbourg; *Treaty of Verdun*, WIKIPEDIA (Aug. 8, 2018), en.wikipedia.org/wiki/Treaty_of_Verdun.

²⁴⁸ ראו בלוך, לעיל ה"ש 188, בעמ' 467–469.

²⁴⁹ ראו: Janelle Greenberg, *The Confessor's Laws and the Radical Face of the Ancient Constitution*, 104 ENG. HIST. REV. 611 (1989); Corinne Comstock Weston, *Legal Sovereignty in the Brady Controversy*, 15 HIST. J. 409 (1972). לשבועה בתקופות מאוחרות יותר ראו: ALICE HUNT, *THE DRAMA OF CORONATION: MEDIEVAL CEREMONY IN EARLY MODERN ENGLAND* (2008).

²⁵⁰ ראו ליאב אורגד "חידת הנאמנות: מי חב מה למי ומדוע?" **משפט ועסקים** יד 723, 723 (2012). בין היתר מציין אורגד את העמימות לגבי תוכנו המהותי של המונח "נאמנות" (אם היא תכונה אופי, מצב נפשי או דפוס התנהגות), במיוחד כאשר מדובר בנאמנות פוליטית לישות המשפטית שבה אדם חי (שם, בעמ' 726–729). ראו גם יפה זילברשץ "נאמנות למדינה" **ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה** 491 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "זכויות אדם,

זה המצב: חובת הנאמנות עמוקה יותר מחובת הציות לחוק משום שמתלווה אליה "ציפייה להזדהות, לאמונה וליחס רגשי"²⁵¹ – דבר המעורר קושי מובן בחברה רב-תרבותית כישראל. במצב המשפטי החל כיום, "שבועת הנאמנות הנוכחית בישראל היא מינימלית, במיוחד ביחס לנוסחים מקבילים במשפט המשווה"²⁵². השבועה, הקבועה בסעיף 5(ג) לחוק האזרחות, התשי"ב-1952, מסתכמת בהצהרתו הבאה של המבקש אזרחות ישראלית:

"אני מצהיר שאהיה אזרח נאמן למדינת ישראל."²⁵³

הצהרה זו עושרה בעוניה, כפי שהתברר כאשר נעשו נסיונות להרחיב את הצהרת הנאמנות, בעיקר באופן שיכלול הצהרת נאמנות למדינת-ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית", דבר שעורר קשיים בקרב אוכלוסייתה הערבית (וחלק מזו החרדית) של ישראל.²⁵⁴

הנושא השני, הקרוב לענייננו, הוא נושא השבועה. הצהרת הנאמנות בחוק האזרחות שואבת כנראה מדבר המלך הבריטי משנת 1925,²⁵⁵ אלא שיש שני הבדלים בין החוק המנדטורי לבין זה הישראלי: ראשית, הבעת הנאמנות היא לממשלת ארץ ישראל;²⁵⁶ ושנית, מדובר בשבועה שהמתאזרח נדרש ליטול על עצמו על-מנת ליהפך לאזרח ארץ

ביטחון המדינה ורוח יהודי – המקרה של הגירה לצורכי נישואין" **הפרקליט** מח 315, 344, 349–348 (2006).

251 אורגד, לעיל ה"ש 250, בעמ' 725.

252 שם, בעמ' 754.

253 ס' 5(ג) לחוק האזרחות. ודוק: הדרישה אינה חלה על אזרח מלידה או מכוח שבות, אלא רק על מי ששוהה בישראל במעמד שאינו אזרחות. גם מעמד המאפשר שהייה ארוכה של "תושב קבע" לפי ס' 2(א) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, אינו מחייב הצהרה זו. ראו אורגד, לעיל ה"ש 250, בעמ' 735. ראוי לציין כי מצב הדברים היה דומה לפי דבר המלך בנוגע לנתינות הפלשתינאית 1925, ע"ר 496, אשר חוק האזרחות מבוסס עליו במידה רבה (ואשר ס' 18 לחוק האזרחות ביטל אותו, יחד עם הפקודות שעדכנו אותו בזמן המנדט): גם לפי חקיקה מנדטורית זו, אזרחים מלידה לא היו חייבים בהצהרת נאמנות, אלא רק המתאזרחים (ראו שם, בעמ' 498, ס' 7).

254 לדין ראו אורגד, לעיל ה"ש 250, בעמ' 724 ו-754–756. ראו גם רע"א 7504/95 **יאסין נ' רשם המפלגות**, פ"ד נ(2) 45, 72 (1996), שבו דחה בית-המשפט העליון עתירה נגד רישום מפלגה, ופסק כי "הקביעה [במצעה של המפלגה], כי הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת תותנה בשבועת אמונים למדינת ישראל כמדינה יהודית – בלי שבכך נשללת גם השבועה אליה כאל מדינה דמוקרטית – אינה מטרה בלתי חוקית ואין בה גזענות". השוו גם חסן ג' בארין "הנכבה, המשפט והנאמנות: הרגע ההובסאיני של הפלסטינים בישראל" **תיאוריה וביקורת** 42, 13 (2014).

255 דבר המלך בנוגע לנתינות הפלשתינאית. ראו אורגד, לעיל ה"ש 250, בעמ' 756.

256 הדבר מעורר את השאלה אם סעיפי ההתאמות בפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ע"ר 2 תוס' א' 1, שינו את השבועה לשבועת נאמנות לממשלת ישראל או למדינת-ישראל, ואולי היה זה אחד הטעמים לחקיקת חוק האזרחות הישראלי.

ישראלי, אבל ניתן "להמירה" בהצהרה. הדברים מובהרים בסעיף 7 לדבר המלך, במצטבר עם נוסח השבועה המופיע בתוספת לדבר המלך:

7. התאזרחות

- (1) הנציב העליון יוכל ליתן תעודת התאזרחות כנתין פלשתינאי...
 - (2) תעודת התאזרחות לא תקבל תקף עד אשר נשבע המבקש שבועת אמונים בנוסחא המסורה בתוספת לדבר המלך הזה:
- בתנאי שכל אדם המורשה למסר הודעה גלויה או הודעה בהן צדק במקום שבועה – רשאי למסר הודעה גלויה כזאת חלף השבועה.
- "תוספת: שבועת אמונים"**
- אני _____ א.ב. נשבע באלוהים שאהיה נאמן ונשמע לממשלת 'פלשתינה (א"י)".

אם לסכם את הדברים, ברי כי בעבר הדרך שבה נטל אדם על עצמו התחייבות אישית של נאמנות הייתה השבועה. הצהרת הנאמנות מעוררת גם כיום רגשות עזים בעד ונגד, אך נראה שניתק הקשר בין הצהרת הנאמנות לבין השבועה: בישראל, לפחות על-פי מצב הדברים הנוכחי, הכיוון הרווח הוא לא לכפות על אדם את השבועה, וגם חוק האזרחות מדבר רק על "הצהרה", ולא על שבועה.²⁵⁷

6. שבועת הנאמנות/האמונים המקצועית/האתית – שבועת הרופאים

הנורמה הרווחת כיום היא שאנשים המסיימים את הכשרתם הרפואית ומבקשים לפעול כרופאים נדרשים להישבע את "שבועת הרופא". השבועה נקראת על-שם המרפא היווני **היפוקרטס** (Hippocrates), אבל לאמיתו של דבר איננו יודעים מי בדיוק כתב את נוסחה המקורי ומתי. ההערכה הרווחת היא שהשבועה, בנוסח שהגיע לידינו, נכתבה ביוון בסביבות שנת 400 לפני הספירה.²⁵⁸

²⁵⁷ שלמה אבינרי, ליאב אורגד ואמנון רובינשטיין "התמודדות עם הגירה גלובלית: מתווה למדיניות הגירה לישראל" (נייר עמדה, מרכז מציל"ה, 2009) www.metzilah.org.il/webfiles/fck/file/Immigration_Book%20202.pdf, אשר מציעים עדכון להצהרת הנאמנות הקיימת, מדברים מפורשות בלשון של שבועה. ראו גם אורגד, לעיל ה"ש 250, בעמ' 754–756. דוגמה נוספת ברוח דברים זו היא הצעת חוק פרטית של חברת-הכנסת מירי רגב (הצעת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון) – הצהרת אמונים), (1523/19/פ), אשר מציעה לשנות את הנוסח של **הצהרת האמונים** של חברי-הכנסת על-פי ס' 15 לחוק-יסוד: הכנסת. על-פי דברי ההסבר, "מוצע, שכל חבר כנסת **שנשבע אמונים** לכנסת, **יצהיר** כי הוא מכיר במדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית... השבועה למדינת ישראל כמדינה יהודית, מדגישה ומגבירה את הזיקה של חברי הכנסת למדינת ישראל ולסמליה היהודיים, כמו ההמנון והדגל" (ההדגשות הוספו). מנוסח הדברים עולה, להבנתי, כי כוונתה של חברת-הכנסת היא לשנות את התוכן המהותי של ההצהרה, אבל לאו דווקא להפוך את ההצהרה לשבועה.

²⁵⁸ ראו: STEVEN H. MILES, THE HIPPOCRATIC OATH AND THE ETHICS OF MEDICINE 3 (2004).

מהי בדיוק שבועה זו? מה מהותה המשפטית?

קוד האתיקה הרפואית של ארגון הרופאים האמריקאי (1996) אומר כי שבועת היפוקרטס "נותרת בתרבות המערבית כביטוי של אידיאל התנהגות לרופא"²⁵⁹, כלומר, כתיאור של האתיקה הראויה לרופא. כך היא כיום, וארחיב על כך מייד, אבל עיון בנוסח השבועה המקורי מצביע על כך שהיא ראשית לכל שבועה, כשמה, הכוללת רכיבי התחייבות ורכיבי הצהרה. בנוסח המקורי של השבועה יש שלושה חלקים עיקריים. **חלק אחד** כולל את מילות הפתיחה ומילות הסיום של השבועה: בפתיחה מצויה ההצהרה כי השבועה נישאת בשם האל – "אני נשבע בשם אפולו המרפא, בשם אסקלפיוס, היגיאיה ופנקיאיה, וכל האלים והאלות עדי, כי אקיים את השבועה ואת האמנה דלהלן כמיטב שיפוטי ויכולתי"; ובסיום מצויה האזהרה העצמית שלפיה "אם אקיים את השבועה ולא אפר אותה, מי ייתן ואמצא הנאה בחיי ובאומנותי ואזכה בתהילה מצד כל האנשים בהווה ובעתיד; אם אפר את השבועה ובכך היא תהפוך לשבועת שקר, ייפול ההפך מזה בגורלי". **חלק שני** הוא רכיב של התחייבות מפורשת של הרופא כלפי מוריו "להתייחס למי שלימד אותי את אומנותי כפי שאני מתייחס להורי ולחיות עמו בשיתוף, ואם הוא יהיה זקוק לכסף לחלוק עמו את כספי, ולהתייחס לילדיו כמו לאחי, ואם יחפצו, ללמד אותם את ידיעותי בלא תשלום ובלא הבטחות שבכתב". הדבר הגיוני אם נביא בחשבון שלימודי הרפואה התקיימו באותה תקופה – וכן במשך מאות רבות של שנים לאחר-מכן – בדרך של התמחות ממושכת של שוליה אצל אומן. אבל חלקה המשלים של התחייבות זו ("אלמד את יסודות אומנותי לבני, לבניהם של מורי ולכל אותם תלמידים, אשר יצהירו כי הם נכונים לקיים את חוקי המקצוע, ולא לאיש זולתם"), אשר נועד כנראה להבטיח את הישארות הידע הרפואי בידי הגילדה המקצועית, נראה בעייתי כיום – בעידן שבו הקבלה ללימודי הרפואה היא על בסיס מריטוקרטי. **החלק השלישי** הוא סדרה של הבטחות עתידיות בדבר האופן האתי שבו ינהג הרופא כלפי מטופליו: במיוחד ההתחייבויות שלפיהן "אשמור על החולים מאי-צדק ולעולם לא אזיק להם" וכן "לכל בית שבו אבק, אגיע לטובת החולה, ולא אבצע שום פשע ולא אגרום לנזק בכוונה תחילה"; אבל גם התחייבויות כגון לא לבצע הפלות או המתות-חסד, לשמור על סודיות רפואית ולא לקיים יחסי מין עם מטופלים.²⁶⁰

יש כמה בעיות מרכזיות עם שבועת היפוקרטס. **ראשית**, יש מלומדים הסבורים כי היא לא שיקפה את הפרקטיקה הרפואית ביוון בתקופה שבה נכתבה, כמו בעניין המתות-חסד והפלות. **שנית**, בפועל, לאחר כתיבתה, היא כמעט לא הוזכרה במשך כאלף וחמש מאות שנה, וקרוב לוודאי שעם נפילת האימפריה הרומית היא נשכחה במערב אירופה. עם זאת, השבועה הייתה מוכרת כנראה במזרח הים התיכון. כתביהם של רופאים מוסלמים מימי הביניים מעידים שהם הכירו את השבועה ונהגו על-פיה. רק בימי-

259 ראו: Peter Tyson, *The Hippocratic Oath Today*, NOVA (Mar. 27, 2001), www.pbs.org/wgbh/nova/body/hippocratic-oath-today.html (התרגום שלי).

260 ראו JONSEN, לעיל ה"ש 66, בעמ' 4–5. לנוסח המתורגם ראו "שבועת הרופאים" ויקיפדיה (5.7.2018) he.wikipedia.org/wiki/שבועת_הרופאים.

הביניים גילו מלומדי הכנסייה את המסמך, עם תרגומם של כתבים מדעיים מלטינית ומערבית, והם החלו להתאימו לדוקטרינות הנוצריות של ימיהם. בין היתר הוחלף כמובן אפולו באל הנוצרי כמתקף השבועה. **שלישית**, החל במאה השמונה-עשרה אומנם גבר השימוש בשבועה בטקסי סיום של לימודי רפואה באירופה ובארצות-הברית, אבל השבועה עברה התאמות נוספות לשם התאמתה לתרבות ולזמן. גם במסורת היהודית ניתן למצוא כמה גרסות של שבועה או תפילה שנאמרו על-ידי רופאים. הנוסח המקובל כיום בעולם המערבי הוא זה שנוסח על-ידי לואיס לזניה (Louis Lasagna) בשנת 1964; והגרסה העברית המקובלת כיום חוברת בישראל בשנת 1952 על-ידי פרופ' ליפמן הלפרין, מבית-החולים "הדסה", לרגל סיום המחזור הראשון של בוגרי בית-הספר לרפואה הישראלי. טקסט עברי זה נוקט לשון של **ברית**: במסגרת טקס כריתת הברית מוקראת סדרה של אמירות בדבר התנהגות אתית ראויה של רופאים – למשל, שהם יעמדו לימין החולה במצוקתו בכל עת ובכל שעה, שהם ישמרו על סודיות, שהם ימשיכו ללמוד במהלך כל הקריירה, ושהם יכבדו את חבריהם למקצוע – והבוגרים עונים על כך "אמן, אמן כן נעשה".²⁶¹

מה נותר מ"שבועת הרופאים" בימינו, והאם יש לה רלוונטיות גם למקצועות נוספים? התשובה לשתי השאלות מצויה בתחום המשפטי שאנו מכנים "אתיקה מקצועית". מדובר בסדרת כללים המסדירה את דרך הפעילות הראויה של בעלי-מקצוע בתחומים שונים. מדובר בדרכי התנהגות ראויות כפי שהן נקבעות על-ידי בעלי-המקצוע, אנשי הגילדה, עצמם. חלק מכללי האתיקה חוזרים (או מגובים) בנורמות משפטיות מוכרות מדיני העונשין או מדיני החוזים והנזיקין, אבל רבים מהם עניינם כבוד המקצוע וכבוד העוסקים בו. בעלי-המקצוע מתייחסים לכללי האתיקה הללו – אשר במידה רבה מגדירים את זהותם המקצועית הייחודית – ברצינות רבה. על רקע זה ניתן להבין את הדיונים הרבים המתקיימים בעולם הרפואה, למשל, לגבי הצורך לעדכן מזמן לזמן את נוסח השבועה על-מנת להתאימה לערכי התקופה ולאתגריה.²⁶²

261 ראו "שבועת הרופאים", שם. למעשה, העדות המוקדמת ביותר לשבועה של רופאים באוניברסיטות היא משנת 1558, והעדות המוקדמת ביותר שסטודנטים או בוגרים נשבעו היא משנת 1804. ראו: V. Nutton, *What's in an Oath?*, 29 J. ROYAL C. PHYSICIANS LOND. 518 (1995). כן ראו MILES, לעיל ה"ש 258, בעמ' 3–5; JONSEN, לעיל ה"ש 66, בעמ' 1–12. לניתוח מרתק ומעמיק – אם כי שנוי במחלוקת – של שבועת היפוקרטס ראו: LUDWIG EDELSTEIN, *THE HIPPOCRATIC OATH: TEXT, TRANSLATION AND INTERPRETATION* (1943). לרלוונטיות של שבועת הרופא בעידן הנוכחי ראו אבינעם רכס "לעדכן את שבועת היפוקרטס" **הארץ** 30.8.2011 www.haaretz.co.il/opinions/1.1079372; בנימין מוזס "הרופאים נגד היפוקרטס" **TheMarker** 10.3.2014 www.themarker.com/opinion/1.2265836.

262 ראו, למשל, נדב דוידוביץ' ויואל דונחין "שבועת הרופאים – האם היא רלוונטית בכלל?" **הארץ** 29.10.2016 www.haaretz.co.il/news/health/new-research/premium-1.3094589, המבקרים את שבועת הרופא העברית שנאמרת כיום בישראל, ומציעים להרחיבה כך שתבטא ערכים כגון מחויבות חברתית, סולידריות וקידום הבריאות של כלל הציבור בישראל.

7. שבועת הנאמנות/האמונים המקצועית/האתית – עורכי־דין ושופטים

גם פה, כמו בדיון בשבועת האמונים המדינית, ניטל עוקצו של רוב הדיון בשבועה, מאחר שכאשר הדיון הישראלי דורש מבעל־תפקיד בישראל ליטול על עצמו חובת אמונים – על כל החובות המשפטיות והאתיות הכרוכות בה – הוא עושה כן, כמעט ללא יוצא־מין־הכלל, בדרך של חיוב במתן הצהרת אמונים.

כך, למשל, סעיף 6 לחוק־יסוד: השפיטה קובע כי "מי שנתמנה שופט יצהיר הצהרת אמונים לפני נשיא המדינה". לשון ההצהרה הקבועה שם היא "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, ולשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים".²⁶³ לשון החקיקה הישראלית כיום היא לשון הצהרה, אבל "שורשיה של הצהרת האמונים של השופט עוד מן העת העתיקה. יש, למשל, המוצאים ביטויים לה במצרים העתיקה, שם נועדה שבועת השופט להבטיח כי אפילו יורה המלך לשופט להכריע באופן לא־הוגן, לא יקיים השופט הוראה זו. אפלטון מתאר את שבועת השופט ביוון העתיקה... [ו]באנגליה ניתן למצוא ביטויים לחובת השופט להצהיר (להישבע) אמונים עוד מן המאה החמש־עשרה".²⁶⁴

ומה לגבי "שבועת עורכי־הדין"?

אלה מאיתנו שהם עורכי־דין (ובישראל מדובר כידוע בפלח לא־קטן של האוכלוסייה), ואשר נכחו בטקס הקבלה החגיגי כחברים בלשכת עורכי־הדין, זוכרים בוודאי כיצד בדקות שקדמו לטקס חתמנו על נוסח של התחייבות אישית. למיטב ידיעתי, מי שלא נכחו בטקס ולא חתמו על אותו טקסט לא נדרשו מעולם לעשות כן. מהו, אם כן, מעמדו של טקסט זה? למיטב הבנתי, התשובה היא שמדובר – לפחות בנוסח הנהוג כיום – בהצהרה, ולא בשבועה, שנוסחה אינו קבוע בחוק ואשר אינה נדרשת על־פיו, ומכאן שהיא אינה תנאי לתחולתה של האתיקה המשפטית על עורך־הדין.²⁶⁵ אסביר את הדברים בקצרה.

263 חוק־היסוד מתייחס לשופטי שלום, מחוזי ועליון, אבל הצהרה זהה מצהירים גם שופטי בתי־הדין הצבאיים, מכוח ס' 190 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955; שופטי בתי־הדין לעבודה, מכוח ס' 4(ב) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969; דייני בתי־הדין הרבניים, מכוח ס' 10 לחוק הדיינים, התשט"ו-1955; וחברי בתי־הדין הדרוזיים, מכוח ס' 13 לחוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, התשכ"ג-1962 (להלן: חוק בתי־הדין הדרוזיים). לרשימה של נבחרים ובעלי־תפקידים המצהירים אמונים על־פי החוק – מנשיא המדינה ועד עובדי מדינה – ראו ה"ש 419 להלן.

264 ראו יגאל מרזל "על הצהרת האמונים של השופט" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 647, 649–650 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013).

265 נוסחה של ההצהרה, כפי שהועבר לי מלשכת עורכי־הדין, הוא זה: "אני מתחייב/ת לשמור על כבוד המקצוע של עריכת־הדין ובמילוי תפקידי אפעל לטובת שולחי בנאמנות ובמסירות ואעזור לבית־המשפט לעשות משפט". מעניין שחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, אינו מזכיר הצהרה או שבועה זו. לפי ס' 24 לחוק, התנאים לכשירותו של אדם להיות עורך־דין הם שהוא רכש השכלה משפטית גבוהה, עבר תקופת התמחות ועמד בבחינות הלשכה. ס' 41 ו-53 לחוק מחייבים הן מתמחה (שטרם התחייב בנוסח האמור) והן עורך־דין לקיים את כללי האתיקה של הלשכה.

בראשית ימי המנדט חוקקו הבריטים את פקודת עורכי הדין, 1922 – "פקודה הקובעת סדרים בענין התקבלות אנשים שישמשו עורכי-דין בפלשתינה (א"י) והמורה הוראות אחרות בדבר השמוש במקצוע זה".²⁶⁶ הפקודה הסדירה את העיסוק בפרופסיה המשפטית, תוך ייחוד תחומי פעילות לעורכי-דין בלבד. אלא שגם הפקודה מ-1922 וגם פקודת עורכי-הדין, 1938, שהחליפה אותה,²⁶⁷ לא קבעו נוהל של הצהרה או שבועה – לא כתנאי כשרות לקבלה למקצוע עריכת-הדין, לא כתנאי לעיסוק בו, ולא כתנאי לתחולתם של כללי האתיקה המקצועית. עם זאת, נראה שבפועל אכן התקיים הליך של שבועה. אנו למדים על כך, למשל, מהדיווח העיתונאי הבא משנת 1932:

"עוד עורכי דין!

אתמול בבוקר, מספר זקן השופטים, מר מיכאל מקדונל ארבעה רשיונות חדשים לעורכי דין: לה' פליכס רוזינבליט ויוסף ממאן (יהודים) והנרי קמאן (נוצרי). לעבדול קאדר (ערבי) מרמלה, נתנה סמכות להופיע בבית דין דתי מושלמי. עורכי הדין החדשים נשבעו שבועת אמונים, ומתוך לחיצת יד קבלו את רשיונותיהם."²⁶⁸

פרק ה: השבועה כחלק מהעדות המשפטית והביקורת עליה

1. הזיקה בין השבועה לבין העדות המשפטית

ההקשר המוכר ביותר לציבור הרחב בין המשפט לשבועה הוא העדות בבית-המשפט. סצנות בית-משפט מתחילות במקרים רבים עם מילות השבועה, היד המונחת על כתבי הקודש, והמתח הגלום בשאלה אם העד יאמר את האמת, את כל האמת ורק את האמת, ומה יקרה לו אם לא יעשה כן. המשפטנים כבר יודעים שאין עוד חובה להישבע לשם מתן עדות, כפי שנראה בתת-פרק 6 להלן, אבל המחקר ההיסטורי מגלה לנו, כפי שכבר ראינו, שגם בעבר הרחוק לא היה חיבור הכרחי בין עדות לבין שבועה:

"The original judicial oath was not incidental to testimonial evidence. Rather the reverse was the case; witnesses supported the oath."²⁶⁹

²⁶⁶ פקודת עורכי הדין, 1922. לדיון ראו נטע זיו "מי הזיז את הגלימה שלי? – על הסגת מקצוע עריכת הדין" מחקרי משפט כד 439, 440–442 (2008).

²⁶⁷ ראו ס' 31 בצירוף תוספת ד לפקודת עורכי הדין, 1938.

²⁶⁸ "מה חדש בבירתנו?" דאר היום 1.11.1932, ד. אגב, שלושה מתוך ארבעת עורכי-הדין החדשים נשאו את מספרי החבר 410 עד 412 בפנקס עורכי-הדין. ראו גבריאל שטרסמן עוטי הגלימה – תולדות עריכת הדין בארץ-ישראל 318 (1984).

ודוק: העדות לא הייתה בראשיתה מקור הוכחה עצמאי, אלא רק אמצעי לחיזוק השבועה. לכל-היותר נשבעו העדים יחד עם נותן השבועה המרכזי כ"מסייע-שבועה" ("compurgators"). הם לא העידו באופן אישי ביחס לאמיתות העובדות הידועות להם, ותמיכתם הייתה חלק מה-ordeal של השבועה.²⁷⁰ זאת ועוד, גם כאשר נהפכה העדות לדרך הוכחה עצמאית, היא לא התבססה על שבועה: התנ"ך והקוראן אינם מדווחים על השבעת עדים, אם כי לעיתים מוזכר האל כ"עד".²⁷¹ דורות מאוחרים יותר – במיוחד המשפט הרומי ולאחר-מכן המשפט הכנסייתי הנוצרי – הם שעיבדו את השבועה התנ"כית לעניין מתן עדות המהווה ראיה בבית-משפט.²⁷²

2. הביקורת על השבועה בקונטיננט בעידן ההשכלה

הביקורת על השבועה באה משלושה כיוונים מרכזיים בעידן ההשכלה: דתי, אתי-הומניסטי ומדיניות משפטית.

באשר לביקורת הדתית, אף שהשבועה נכנסה לשיטות המשפט הקונטיננטליות במידה רבה דרך המשפט הכנסייתי, היא נהפכה לנושא למחלוקת דתית גדולה לאחר אמצע המאה השמונה-עשרה. בקיצון האחד היו שטענו כי אזכור האל בשבועה הוא תוספת חסרת משמעות שאינה משפיעה על מהותה; בקיצון האחר היו שסברו כי גם השמטת האזכורים הדתיים המפורשים לא תבטל את הקונוטציה הדתית של השבועה; ובתווך היו שהציעו "לחלץ" את השבועה על-ידי השמטת האזכורים הדתיים.²⁷³

הדעה הרווחת במדינות המשפט הקונטיננטלי היא עדיין שבאמצעות השבועה – בנוסחה המקובל, הכולל פנייה אל האל – הנשבע פונה לעזרתו של האל כעד לכנותו, ומביע הסכמה מובלעת לקבל על עצמו את התוצאות החמורות שיבואו משמים אם הוא משקר. לכן מדינות אלה מוכנות לאפשר מתן הצהרה או שבועה ללא אזכורים דתיים למי שדתם אינה מתירה להם שבועה כזו או למי שמצהירים על עצמם כלא-מאמינים. רוב הרשויות הקתוליות והפרוטסטנטיות אינן מתנגדות לשימוש המדינה בשבועה, וחלקן אף רואות בכך אישור להשפעה דתית בעניינים חילוניים. אבל הנושא אינו מעורר עוד מחלוקות לנוכח הפטור שניתן משימוש בנוסח הדתי של השבועה למי שמבקשים זאת.²⁷⁴

269 ראו Silving, לעיל ה"ש 80, בעמ' 1335.

270 סיוע זה נתפס כדרך להפגנת תמיכה משפחתית, שבטית, בכוחו החברתי של הנשבע. גם בתקופות מאוחרות יותר הייתה חשיבות למספר העדים הבאים לתמוך בעדות הראשית. ראו שם, בעמ' 1335–1336.

271 מה שהופך לכאורה את האל עצמו ל"מסייע-שבועה", במובן זה שהאל מחזק כביכול את עדותו של אותו אדם (מבלי שהוא מעיד בעצמו, כמובן). שם, בעמ' 1336.

272 שם, בעמ' 1336, וראו דיון מפורט שם, החל בעמ' 1337.

273 לדיון ולהצגת ביטויים של הדברים בדין בצרפת, בגרמניה ובשווייץ ראו שם, בעמ' 1353.

274 שם, בעמ' 1356.

באשר לביקורת האתית וההומניסטית, פילוסופים חילונים והומניסטים רבים, לרבות קנט, העלו טיעונים שונים נגד השבועה. היו שטענו כי למדינה אין כלל סמכות לחייב בשבועה, משום שחיוב כזה פוגע בחירויות אנוש מוגנות; היו שצינו את חוסר הרציונליות של השבועה, והעירו כי העונש בגין שבועת־שקר קטן במקרים רבים מהעונש הצפוי בעקבות הודיה; אחרים טענו כי מהות השבועה – שבמרכזה פנייה של הנשבע לכוחות על־אנושיים שיענישו אותו אם הוא נשבע שבועת־שקר – אינה דתית, אלא מיסטית ומגית; ולבסוף, היו שטענו כי השבועה מבוססת על דימוי מעוות ושלילי של האדם. תומכי השבועה הגיבו בטיעונים שונים. החשוב והמכריע מביניהם הוא התועלתני, ולפיו השבועה משפיעה במידה מסוימת על עדים ובכך מסייעת בגילוי האמת, ולכן אֵל למדינה לבטלה.²⁷⁵

באשר למדיניות המשפטית, בתחום זה הטענה העיקרית שהועלתה בעידן ההשכלה נגד השבועה הייתה החשש לפגיעת השבועה בחירותו של השופט להעריך באופן חופשי את הראיות שלפניו. החשש להשפעת השבועה היה גדול במיוחד בהכרעה של מושבעים.²⁷⁶

3. השבועה במשפט המקובל

מקומה ומעמדה של השבועה במשפט המקובל חשובה לדיוננו במיוחד, משום ש"את דיני השבועה שאבנו מן המשפט האנגלי".²⁷⁷ החוקר האמריקאי החשוב ויגמור מסכם בקצרה את התהליך שעברה השבועה במשפט המקובל כמעבר ממוסד המבוסס על תיאוריה אובייקטיבית למוסד המבוסס על תיאוריה סובייקטיבית: בעבר ראו את השבועה כמזמינה חרון אלוהי במקרה של שבועת־שקר, ואם לא אירע לנשבע דבר, המסקנה הייתה שגורמי מרום קבעו כי הוא דובר אמת. הגישה לִמֵן המאה התשע־עשרה היא שהשבועה היא אמצעי להזכיר לעד את הענישה האלוהית שעלולה ליפול על ראשו במקרה של עדות־שקר, ובדרך זו להביאו לידי הלך־רוח שבו הוא ידבר רק אמת בעדותו.²⁷⁸ התהליך היה, כמובן, ארוך ומורכב הרבה יותר, ובשלבם הראשונים של התפתחות סדרי הדין והשבועה במשפט האנגלי ניכרות מאוד ההשפעות הגרמאנית והכנסייתית.²⁷⁹

בראשית האלף השני הייתה השבועה בהליך המשפטי באנגליה, על־פי החוק הגרמני, שבועה של צד אחד, התובע, שנועדה להוכיח את תום־ליבו. על כך נוספה

275 שם, בעמ' 1357–1359.

276 שם, בעמ' 1359–1361.

277 ראו אליהו הרנון **דיני ראיות** חלק ראשון 43 (מהדורה חמישית, 1985).

278 ראו ניתוח אצל Silving, לעיל ה"ש 80, בעמ' 1371. למקור הטיעון ראו Wigmore, לעיל ה"ש 65, בעמ' 382.

279 אפילו רכיב מובהק של המשפט האנגלי – משפט המושבעים – צמח מנוהלי שבועה גרמאניים. זוהי נקודה חשובה, שכן היא תומכת בתיאוריות בדבר שיתוף רעיונות והפריה הדדית בין המשפט המקובל למשפט הקונטיננטלי. ראו Silving, שם, בעמ' 1361.

לעיתים שבועתם של תומכים ("מסייעי-שבועה"), אשר לא נועדה בהכרח להצהיר על העובדות, ככל שהן ידועות להם, אלא להביע תמיכה חברתית בצד שלטובתו נשבעו. ודוק: העדים שהופיעו במשפט לא נחקרו חקירה נגדית, והשבועה לא נועדה כאמור להוכיח בדרך ראייתית את מה שקרה או לשכנע את השופט, אלא להוציא לפועל ריטואל מְגִי אשר באותה תקופה האמינו האנשים שיש בכוחו לייצר תוצאה צודקת.²⁸⁰ סוג מקביל של משפט של "one-sided proof" היה זה שבו הנתבע ותומכיו הם שנשבעו "שבועה מזכה". גם פה טקס השבועה היה העיקר, וגם פה הייתה חשיבות להתייבבות של תומכים, במספר גדול ככל האפשר, להישבע לצד הנתבע.²⁸¹ מעניין שבמדינות קונטיננטליות שונות נשמרה אפשרותם של הצדדים לקיים שבועה מכרעת עד לתקופה המודרנית – דבר המעיד כי צד להליך שונה מכל עד "רגיל" אחר.²⁸²

לאחר החלטת הכנסיה משנת 1215 שהובילה לשקיעת ה-ordeals,²⁸³ עלה השימוש בשבועה באנגליה ככלכל אירופה הקונטיננטלית.²⁸⁴ הכובשים הנורמניים הביאו לאנגליה הליך של חקירה אינקוויזיטורית בעניינים של מנהל ציבורי: הרשויות זימנו כמה אנשים שהיה אפשר להעריך כי יאמרו אמת, וחקרו אותם בשבועה בעניינים שאירעו באזורם. מהליך זה נולדה שיטת המושבעים, שבמקורה הייתה שיטת הוכחה בעדים. היה זה כוחה של השבועה שהכריע את התוצאה, וריבוי המושבעים הגדיל את כוחה של השבועה באמצעות הגדלת מהותה המגית או החברתית, ולא דווקא הקונטיננטלית.²⁸⁵

כפי שציין המלומד תומס וייט (Thomas White), לרוב האנשים יש נטייה לומר אמת, והשילוב של שבועה עם האפשרות של אישום בגין שבועת-שקר בוודאי מסייע לרבים ללכת בדרך זו.²⁸⁶ השבועה זכתה בתמיכה משמעותית במשפט המקובל: השופט והמלומד החשוב ג'פרי גילברט (Jeffrey Gilbert), מחברו של הספר החשוב ביותר על

280 החשיבות העיקרית הייתה טמונה לכן בהקפדה על טקס השבועה – שיתנהל ללא גמגום או חריגה, שהיו עלולים לגרום לקריסתו – ולא באמיתות התביעה. ראו Silving, שם, בעמ' 1361–1362.

281 מספר הנשבעים-התומכים היה יכול להגיע לשלוש מאות. מעניין שצורה זו של משפט (שנקראה באנגליה "wager of law"), שבה אדם מטהר את עצמו בצורה חלוטה באמצעות השבועה, נהפכה לזכות חשובה במשפט האנגלי, ובוטלה לחלוטין, בחקיקה ראשית, רק בשנת 1833. ראו Silving, שם, בעמ' 1362–1363.

282 חשיבות הדברים תתבהר בתת-פרק הבא. אגב, עד לשנת 1851 אסר המשפט המקובל האנגלי על בעל-דין במשפט אזרחי להעיד בהליך, בנימוק שהוא "צד בעל עניין" בדבר. ראו שם, וכן: C.J.W. ALLEN, THE LAW OF EVIDENCE IN VICTORIAN ENGLAND (1997).

283 ראו לעיל בתת-פרק 2.

284 לאלה, ולדיון בשאלה אם השבועה הייתה חלק מה-ordeal או דרך רציונלית יותר להוכחה, ראו Silving, לעיל ה"ש 80, בעמ' 1363–1364.

285 שם.

286 השבועה מחזקת את החרדה מפני ענישה מידי שמים, וההעמדה לדין בשל עדות-שקר מחזקת את החרדה מפני ענישה מידי אדם. ראו White, לעיל ה"ש 107, בעמ' 401–403, וכן HARRISON, לעיל ה"ש 137.

דיני ראיות באנגליה במאה השמונה-עשרה,²⁸⁷ שם דגש מיוחד בחשיבותה של השבועה, וראה בה תנאי-בלעדיו-אין לקבלת ראיות בעדות. לשיטתו, השבועה – ולא האמינות שניתן לייחס לעדות לאחר חקירה נגדית בבית-משפט – היא המקנה משקל לעדות.²⁸⁸ אלא שכמו בקונטיננט, גם במשפט המקובל נשמעה ביקורת על השבועה, והיא הלכה ונדחקה לקרן-זווית על-ידי ממשיכיו של גילברט, אשר אימצו את החקירה הנגדית כמרכיב החיוני בהערכת עדויות בבית-משפט.²⁸⁹

אחד המבקרים המשמעותיים של השבועה היה הפילוסוף בנתם,²⁹⁰ הנחשב אחד מאבותיהם של דיני הראיות המודרניים.²⁹¹ בנתם תקף את השבועה וראה בה מנגנון חסר ערך שאי-אפשר להסתמך עליו לחיזוק אמירת אמת בעדות.²⁹² חלק מרכזי בביקורתו הוא תיאולוגי: בנתם הדגיש את חילול הקודש הנובע מהעלאת השם המפורש בענייני פרוטה, ואת חוסר ההתאמה של ענישה חילונית בגין עדות-שקר כאשר ענישה מלמעלה היא זו שמצפים לה. הצעתו הייתה לבטל את השבועה ולהעניש על עדות-שקר בהתאם לחומרת העניין.²⁹³ אבל ביקורתו של בנתם כללה גם שיקולים תועלתניים, שהם רלוונטיים במיוחד לשבועה הנישאת כתנאי לתפקיד ציבורי ("oath of office"). ראשית, שימוש מופרז בשבועה מפחית את ערכה, ולכן גם את תוצאותיה החיוביות. שנית, יש חשש ששימוש אינסטרומנטלי בשבועה יגרום נזק יותר מאשר תועלת: שבועה, במיוחד של איש ציבור, מעוררת ציפיות מוסריות שאותו אדם ינהג בהתאם להתחייבויותיו. אבל לעיתים מדיניות משתנה בעקבות שינויים במציאות החיים או מגבלות החיים הפוליטיים, ואנשי ציבור פועלים בדרך שונה מזו שעליה הצהירו. הדבר עלול לעורר חשש שהשבועה לא נישאה ברצינות, ולהטיל דופי מוסרי באיש הציבור. זאת ועוד, שבועתו של בעל-התפקיד נועדה להעניק לו לגיטימיות ורמה מסוימת של עצמאות שיקול-דעת. השימוש בשבועה מעורר ציפייה להתנהגות ראויה לטובת הציבור. הפרת התחייבות זו מבלי שהמפר נושא בתוצאות של ממש היא עניין רציני, ועלולה להחליש

287 ראו: Stephan Landsman, *From Gilbert to Bentham: The Reconceptualization of Evidence Theory*, 36 WAYNE L. REV. 1149, 1151–1152 (1990).

288 ראו שם, בעמ' 1154–1155. על הערך הראיתי שבשילוב שבועה עם חקירה נגדית ראו: Robert C. Sorensen, *Effectiveness of the Oath to Obtain a Witness' True Personal Opinion*, 47 J. CRIM. L. CRIMINOLOGY & POLICE SCI. 284 (1956).

289 ראו Landsman, לעיל ה"ש 287, בעמ' 1154.

290 לביקורתו המפורטת ראו BENTHAM, לעיל ה"ש 88.

291 ראו Landsman, לעיל ה"ש 287, בעמ' 1175: "Between 1802 and 1812 Jeremy Bentham wrote a monumental five volume work concerning evidence... Bentham's work signaled the beginning of the modern approach to the field of evidence".

292 שם, בעמ' 1178.

293 ראו Silving, לעיל ה"ש 80, בעמ' 1370. לביקורת על השבועה בארצות-הברית ראו שם, בעמ' 1371. לדין מפורט ראו ALLEN, לעיל ה"ש 282, בעמ' 52–56, וכן Milhizer, לעיל ה"ש 42, בעמ' 27–36. על חשיבות האמונה בענישה משמים ראו WIGMORE, לעיל ה"ש 65, בעמ' 384–386.

את התמיכה הציבורית כמו-גם את המחויבות האישית של נוטלי ההתחייבות בשבועה.²⁹⁴

המשפט המקובל האנגלי של המאה התשע-עשרה דרש עדיין שכל העדים ייטלו על עצמם שבועה. אבל הן השיקולים הדתיים והן השיקולים הפרגמטיים הובילו בסופו של דבר לשינוי. אם הלורד קוק (Coke, 1552–1634), גדול המשפטנים בדורו, ראה כאמור בשבועה פרוגטיבה נוצרית שאינה נתונה לחסרי אמונה (infidels),²⁹⁵ במאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה נדרש המשפט לבחון שוב את עמדתו ביחס לעדים שהצהירו כי הם אינם מאמינים באלוהים, שלגביהם השבועה לא נשאה עוד עימה אזהרה על-טבעית, וכן ביחס לאנשים שלא היו בני הדתות המונותאיסטיות ואשר עימם קיימה האימפריה הבריטית יחסים כלכליים ענפים. אולי לא במפתיע, ידם של צורכי הסחר הייתה על העליונה, והן בתי-המשפט והן המחוקק הבריטי בחרו לערוך רפורמות בשבועה. בתחילה היו אלה בתי-המשפט שהרחיבו את ההגדרות והתירו לכל אדם המאמין באל – במובן של כוח עליון אשר דורש אמירת אמת ומעניש על עדות-שקר – להעיד. אבל בשלב זה נותרו עדיין האתיאיסט והאגנוסטיקן פסולים לעדות. לאחר-מכן קיבלו קבוצות מיעוט נוצריות שהתקשו להישבע מסיבות מצפוניות-דתיות (המוכרת שביניהם היא הקווייקרים (Quakers)) היתר להצהיר בהן-צדק, כלומר, תחת אזהרת הצהרה, ולא שבועה (solemn affirmation). בתחילה הותר להם הדבר רק בהליכים אזרחיים, ולאחר-מכן גם בהליכים פליליים. עשרות שנים של הצעות רפורמה חקיקתיות – שהועלו על רקע שינויים חברתיים מקיפים שחלו באותה תקופה, ובראשם היחלשות כוחה של הכנסייה, ועל רקע אי-הנחת מפגיעתה האפשרית של דרישת השבועה בחירות המצפון ומכך שרק נוצרים יכלו להישבע (מה שחסם אחרים לא רק מלתת עדות, אלא גם מלהתמנות לתפקידים רשמיים) – הובילו לבסוף, בשנת 1869, לחקיקה שאפשרה לכל מי שחפץ בכך להעיד בהצהרה חלף שבועה.²⁹⁶

294 ראו: Trui P.S. Steen & Mark R. Rutgers, *The Double-Edged Sword*, 13 PUB. MGMT. REV. 343, 352 (2011).

295 ראו לעיל ה"ש 225.

296 ראו Silving, לעיל ה"ש 80, בעמ' 1371–1372, ALLEN; לעיל ה"ש 282, בעמ' 50–51, Milhizer; לעיל ה"ש 42, בעמ' 19–27 וכן (לדיון נרחב) בעמ' 56–94; הרנון, לעיל ה"ש 277, בעמ' 43. כן ראו בג"ץ 172/78 בקר נ' השופט אילת, פ"ד לב (3) 370, 375 (1978). למבט רחב יותר על המאבקים הדתיים הפנים-נוצריים בעניין השבועה ראו: Virgil Wiebe, *Oath Martyrs*, 2 BRIT. J. AM. LEGAL STUD. 205 (2013).

פרק ו: השבועה במשפט הישראלי

1. דיני הראיות בישראל – מקורות מהמשפט העות'מאני ומהמשפט המנדטורי

מבין שלוש השכבות המרכזיות של הדין הישראלי, הרכיב העתיק ביותר הוא מקורות המשפט העות'מאניים, ורכיב הביניים הוא מקורות המשפט המנדטוריים. הוראות המשפט העות'מאני המשיכו לחול בתקופת המנדט מכוח סימן 46 לדבר המלך במועצה (להלן: סימן 46), ואותן הוראות בצירוף המשפט המנדטורי המשיכו לחול במשפטה של מדינת-ישראל מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 – זאת, כל עוד הם לא בוטלו או שונו באופן יזום על-ידי השלטון החדש. הפרוצדורה האזרחית העות'מאנית התבססה על חוק הפרוצדורה האזרחית העות'מאנית משנת 1879 – שהיה מבוסס רובו ככולו על הקודקס הצרפתי – וכן על כמה פרקים מהמג'לה, שכללה גם הוראות בענייני פרוצדורה וראיות, ואשר גילמה מרכיבים חשובים של המשפט המוסלמי.²⁹⁷ אלא שהוראות המג'לה כללו "דיני ראיות בלתי גמישים, אבסולוטיים וארכאיים... [ש]היו... מוגבלים בהיקפם".²⁹⁸ התוצאה הייתה שתחום דיני הראיות היה חלל ריק רחב ידיים,²⁹⁹ ודרכם של חללים כאלה להתמלא. "עם הוצאת פקודת העדות ב-1924, נתן המחוקק המנדטורי את האות הראשון לשינוי מהותי של דיני הראיות בארץ".³⁰⁰ בשנת 1938 נתפרסמו תקנות הפרוצדורה האזרחית שהכניסו סדרי דיון חדשים לגמרי, הבנויים על תקנות הדיון הנוהגות באנגליה.³⁰¹ התוצאה, כפי שתוארה בשנת 1963, הייתה ש"חשיבותן של הוראות החוק העות'מאני בשטח דיני הראיות, הנזכרות דלהלן, היא כמעט אפסית".³⁰²

297 ראו הרנון, לעיל ה"ש 277, בעמ' 26–27, וכן **סדרי שלטון ומשפט בישראל** (צ' זילביגר עורך, קובץ הרצאות, 1954).

298 אליעזר מלחי **תולדות המשפט בארץ-ישראל** 137 (מבוא היסטורי למשפט במדינת ישראל, מהדורה שנייה, 1953).

299 שם.

300 הרנון, לעיל ה"ש 277, בעמ' 27. "באותן נקודות שהפקודה דנה, ברור כי הוראותיה נקבעו כעדיפות על פני הדינים העות'מאניים." שם.

301 צ' זילביגר "סדרי דין ודיני ראיות – מבוא" **סדרי שלטון ומשפט בישראל** 344, 344 (צ' זילביגר עורך, קובץ הרצאות, 1954). להשלמת התמונה יש לציין, בתחום סדר הדין הפלילי, את פקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), משנת 1927, אשר היוותה – יחד עם פקודת תקן חוק העדות, 1924, ויחד עם ס' 80–82 לחוק הפרוצדורה הפלילית העות'מאני וכן הוראות משלימות בחוקים שונים, כגון המג'לה – את התשתית החקיקתית בתחום עם הקמת המדינה. ראו אהרן קדרון **הלכות פסוקות בדיני ראיה** (1956). לדיון רחב יותר ראו אפרים סלנט **ראיות במשפטים אורחיים ופליינים** 9–11 (1963).

302 שם, בעמ' 11.

כשם שההוראות המנדטוריות עדכנו, שינו ולעיתים ביטלו כליל הוראות עות'מאניות, כך גם המחוקק הישראלי, אשר הותיר על כנו את ההוראות שעמדו בתוקפן במועד ייסוד המדינה, עשה לשינוי, אם כי רק לעיתים נדירות לביטול. רק בשנת 1980 ביטל המחוקק הישראלי את סימן 46, אשר שימש עדיין, לפחות בדין, "צינור" לקשר בין המשפט הישראלי לבין המשפט האנגלי ולהזרמת המשפט האנגלי לארץ.³⁰³ אלא שביטול סימן 46, כפי שהבהירה הצעת החוק, לא גרע "מתחולת המשפט העות'מאני שהיה קיים עם קום המדינה ועודנו מחייב" הואיל ותוקפו נובע ישירות מסימן 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט.³⁰⁴ מכאן נבע הצורך בחוק נוסף – החוק לביטול המג'לה, התשמ"ד-1984 – כדי לבטל, שלושים ושש שנה לאחר קום המדינה ויותר משישים שנה לאחר תחילת המנדט הבריטי, את מאות ההוראות של המג'לה שנותרו עדיין בספר החוקים הישראלי אף שבפועל לא נעשה בהן עוד שימוש.³⁰⁵

מה מהוראות אלה מעניין אותנו במאמר זה?

כאמור, רוב המשפט העות'מאני בנושאי סדרי דין וראיות בוטל והוחלף זה כבר, ואינו עוד חלק מהמשפט הפוזיטיבי הקיים של ישראל.³⁰⁶ אולם בשני תחומים יש שתי הוראות המעניינות אותנו במיוחד: **השבועה המכרעת ושבועת בעלי-דין ועדים**. לשני סוגי שבועה אלה התייחס שטרנברג בשנת 1957, בכותבו:

"השבועות הנהוגות בבתי המשפט האזרחיים – שתיים הן. האחת היא השבועה שהיא עצמה עדות, והאחרת היא השבועה שהיא תנאי לעדות. השבועה מן הסוג הראשון שהיא בגדר שבועה פוטרת, בחינת 'נשבע והרי זה פטור'... נעלמת והולכת מבתי המשפט. אף שזו הייתה השבועה המקורית והמקובלת ביותר, והיא שמשה דרך הוכחה מכרעת לאמיתותם של דברים במשך דורות רבים, תש כוחה מאז תחילת המאה ה-19, ופרט למקרים בודדים כמעט שאין נזקקים לה עכשיו.

303 דברי ההסבר להצעת חוק יסודות המשפט, התשל"ח-1978, ה"ח 307. ס' 2 (ב) לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, מבהיר כי אין לביטול סימן 46 כדי לפגוע במשפט שנקלט בישראל לפני חקיקת הוראה זו. כן ראו הרנון, לעיל ה"ש 277, בעמ' 28.

304 ראו בדברי ההסבר להצעת חוק יסודות המשפט, בעמ' 308.

305 ס' 1 לחוק לביטול המג'לה מבטל את המג'לה, אבל ס' 2 כולל הוראת שמירת דינים. בדברי ההסבר להצעת חוק לביטול המג'לה, התשמ"ד-1984, ה"ח 246, נאמר, בין היתר, כי "המחוקק הישראלי קיים בראשית דרכו את שארית המג'לה, אך פעל בשקידה להמרתה בחקיקת מערכת נכבדה של חוקים בנושאים שונים הנידונים במג'לה... מהמג'לה נותרו עדיין בתוקפן הפורמלי – כיון שלא בוטלו במפורש – מעל לשש מאות סעיפים, שבפועל אין נזקקים להם עוד. הבטחון המשפטי מחייב לבטלם במפורש".

306 ההוראות היחידות מחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מאני אשר מצויות עדיין בספר החוקים הישראלי ומחייבות גם כיום הן הוראות ס' 80–82, שעניינן חובת ראיה בכתב. "להוראות אלה", כתב סלנט, "יש תוקף חוקי, ומספר פסקי-הדין המפרשים סעיפים אלה באופן הליכרלי ביותר אינו קטן". ראו סלנט, לעיל ה"ש 301, בעמ' 11 (ציטוט) וכן דיון בעמ' 335–342. כן ראו מלחי, לעיל ה"ש 298, בעמ' 65.

במשפט האזרחי שלנו מצויה 'השבועה המכרעת' שבמג'לה, משייריה של השבועה מן הסוג הראשון, והשמוש בה נדיר. לעומתה, השבועה מן הסוג השני, השבועה כפתיחה למתן עדות וכתנאי לעדות, נהוגה ומקובלת בכל בתי המשפט האזרחיים במדינתנו, וכן כמעט ברוב מדינות העולם.³⁰⁷

במה דברים אמורים? על כך בפרקי המשנה הבאים.

2. הוראות המג'לה

נפתח בעניין השבועה המכרעת – הסדר אשר נקבע במג'לה וזכור כיום רק לוותיקי המשפטנים בארץ. על-פי השיטה המשפטית שהנהיגו העות'מאנים במג'לה, לא היו בעלי-הדין יכולים להופיע כעדים. למעשה, ניתן לומר כי "בדומה ליבשת אירופה ובניגוד לאנגליה, – לא היו כללי גביית עדות קבלתה, שקילתה והערכתה חלק מן המשפט".³⁰⁸ הפתרון, בהעדר אפשרות אחרת לבירור עובדות המקרה, היה שימוש בשבועה מכמה סוגים: במחלוקת בין צדדים בהליך אזרחי, "כאשר קצרה ידם של אלה מהביא ראיה משכנעת לטובת גירסתם, מטיל השופט שבועה על שני הצדדים בתור השלמה של חומר הראיות", ובמקרים מסוימים המג'לה מחייבת את השופט לדרוש מן הנתבע להישבע שבועת בירור, אף אם התובע לא ביקש זאת.³⁰⁹ כאשר התובע אינו מצליח להוכיח את תביעתו, המג'לה מקנה לו את הזכות לדרוש מן השופט להטיל "שבועה מכרעת" על הנתבע. אם הנתבע הסכים להישבע שאינו חייב – התביעה נדחת; לא הסכים – התביעה מתקבלת.³¹⁰

המג'לה קבעה הוראות מפורטות בדבר נוהל השבועה. ראשית, כאשר משביעים אחד מבעלי-הדין, "הרי הוא נשבע בשם האל המרומם, לאמר: 'באלהים'" (סעיף 1743). שנית, "אין שבועה אלא בפני השופט או בפני סגנו", ולכן "נתבע שנחפז להשבע לפי דרישת בעל דינו מבלי שנשאל לכך על ידי השופט, אין שבועתו שבועה", וכן "סרוב לשבועה בפני אחר אין לו דין סרוב" (סעיפים 1747 ו-1744). שלישית, כאשר מוטלת

307 שטרנברג, לעיל ה"ש 42, בעמ' 358.

308 מלחי, לעיל ה"ש 298, בעמ' 137.

309 ראו הרנון, לעיל ה"ש 277, בעמ' 181–182; סלנט, לעיל ה"ש 301, בעמ' 223. ההוראות בנושא זה מצויות בס' 1746–1742 למג'לה. ראו מג'לה או מגילת אל-אחכאם אל-עדליה (קבץ דיני-המשפט) (מהדורה שלישית, גרסאות מתורגמות, 1928). סעיף מעניין הוא ס' 1742, הפותח במילים: "אחד היסודות של פסק-הדין היא השבועה או הסרוב להשבע. והרי התובע שלא היה יכול להוכיח את תביעתו, משביעים לפי דרישתו את הנתבע." לעניין סדר הדין במשפט ומקום השבועה בו ראו ס' 1818–1820 למג'לה (שם).

310 ראו הרנון, לעיל ה"ש 277, בעמ' 182; סלנט, לעיל ה"ש 301, בעמ' 223. כן ראו לעניין זה ס' 1778–1783 למג'לה. מעניין שהמג'לה מגדירה את המונח "השבועה" כ"הטלת שבועה על אחד מבעלי-הדין", ואת המונח "השבועת-שני-הצדדים" כ"הטלת שבועה על בעלי-הדין שניהם" (ס' 1681–1682 למג'לה).

שבועה על בעל-הדין, הוא חייב להישבע בעצמו, ואי-אפשר להשביע את מיופה-כוחו (סעיף 1745). **רביעית**, אולם יכול להישבע או לסרב להישבע "ברמיזותיו הידועות" (סעיף 1752).³¹¹

הוראות אלה המשיכו לחול גם בתקופת המנדט, וגם שנים לאחר הקמת המדינה: כפי שכתב סלנט בשנת 1963, הוראת המג'לה בדבר השבועה המכרעת "לא בוטלה עד היום, אלא שאין מרבית להשתמש בה".³¹² זאת ועוד, בית-המשפט העליון ציין פעמים מספר כי דיני ההודאה של המג'לה, לרבות השבועה המכרעת, ממשיכים לנהוג בישראל.³¹³ ראויים לציון במיוחד שני פסקי-דין, שניתנו האחד בשנת 1959 והאחר בשנת 1960, ואשר בשניהם הועלתה האפשרות להטלת שבועה מכרעת. בפסק-הדין הראשון ציין השופט לנדוי כי "נכון הדבר, שסעיפי המג'לה בדבר ההודאה (1572–1590) עדיין נוהגים אצלנו", לפחות "בתורת עקרון".³¹⁴ הסיבה לכך היא שסעיפים אלה לא בוטלו (באותה עת) בספר החוקים. אלא שבפועל הפרוצדורה שהנהיג המנדט הבריטי הביאה לידי הפחתת השימוש בהוראות אלה של המג'לה, עד ש"בחלקן אבד עליהן הכלח".³¹⁵ מדובר במיוחד בשינוי שהוליד סעיף 14 לפקודת העדות:

"...[בעקבות סעיף זה], שאיפשר לראשונה את שמיעת הצדדים כעדים, חלה התפתחות במה שנוגע לדרכים הפתוחות בפני הצד שהודה, בהן הוא יכול לנסות להוציא מפי הצד שכנגד הודאה נגדית, המבטלת את משקל ההודאה הראשונה: בימי העתמאנים היתה הדרך היחידה לכך השבעת הצד שכנגד בשבועת-הכרע. עתה אפשר להעמידו על דוכן העדים ולחקור אותו כעד, במגמה להוציא מפי את ההודאה הנגדית... מכאן, שאם הצד שכנגד כבר הופיע כעד, והוא נחקר בדבר ההודאה והגיב עליה ברורות בעדותו בשבועה, אין עוד טעם, ולכן אין עוד צורך, לחזור ולהטיל עליו את שבועת-ההכרע בסוף המשפט..."³¹⁶

הטעם לדברים הוא בפרוצדורה שהחילו הבריטים: "...מאז שהחלה לחדור לכאן השפעת המשפט האנגלי, ובמיוחד בעקבות סעיף 14 לפקודת העדות, אשר איפשר את שמיעת בעלי-הדין כעדים, נתמעט ביותר השימוש בהוראות המג'לה ובחלקן אבד עליהן

311 לפירוט מלא ראו ס' 1742–1753 למג'לה.

312 ראו סלנט, לעיל ה"ש 301, בעמ' 11.

313 ראו הרנון, לעיל ה"ש 277, בעמ' 183. לדין דומה בהלכות לפני קום המדינה ואחרי הקמתה ראו מלחי, לעיל ה"ש 298, בעמ' 158.

314 ע"א 202/59 **פישר נ' אפשטיין**, פ"ד יג 1843, 1845 (1959). לדבריו, ס' 1589 למג'לה, הקובע כי "מי שטען שהיה כוזב בהודאתו, משביעים את מי-שהודו-לזכותו שאין ההודאה כוזבת", קובע את העיקרון "שאת ההודאה אפשר לסתור רק על-ידי הודאתו הנגדית של היריב. עקרון זה עדיין שריר וקיים אצלנו בתורת עקרון, פרט לסייגים מסויימים שהורכבו עליו במרוצת הזמן" (שם).

315 ראו הרנון, לעיל ה"ש 277, בעמ' 181.

316 ראו עניין **פישר**, לעיל ה"ש 314, בעמ' 1845–1846.

הכלח...³¹⁷ סיכום נקודה זו נמצא בפסק-הדין השני האמור, משנת 1960, שבו דן בית-המשפט העליון בבקשה להטיל שבועה מכרעת במוכן של המג'לה. בית-המשפט הכריע בנושא מטעמים אחרים, והנשיא אולשן העיר כי "לאור העובדות הנ"ל אין לנו צורך לחטט כאן בכל 'הקווים והתכונות' של 'השבועה המכרעת' במג'לה. אינני בטוח אם מוסד זה מת או חי, אבל אפילו חי – הוא במצב של גסיסה".³¹⁸

3. חובת השבועה במנדט ובמדינת-ישראל – התחלה

מכאן ראוי לעבור לדון בשבועת העדים. לנושא זה, ככל שהוא רלוונטי למשפט הישראלי העכשווי, יש שתי נקודות מוצא בזמן: ראשיתו בשבועה המנדטורית, וסופו בביטולה של חובת השבועה במשפט הישראלי. המידע העומד לרשות החוקר במועד זה מוגבל; הוא מאפשר רק לתאר נקודות מרכזיות על ציר הזמן, ולקוות שהן משרטטות במשותף תיאור לכיד של העובדות. נסקור את הדברים בשלושה חלקים: התחלה, אמצע וסוף. בפרק-משנה זה נעסוק בהתחלה.

מקורם של דיני השבועה הישראליים, כפי שהסביר פרופ' הרנון, במשפט האנגלי. הדין האנגלי, כפי שהתפתח עד לראשית המאה העשרים, כלל שני רכיבים מרכזיים: "העקרון היסודי של המשפט האנגלי היה ועודנו, כי העדות צריכה להימסר בשבועה דווקא. עקרון זה הועבר אלינו בתקופת המנדט";³¹⁹ הרכיב השני היה שהחויב בשבועה על הברית החדשה – שהיה תנאי מוקדם למתן עדות באנגליה עד סוף המאה השבע-עשרה, ואשר פסל בכך את כל מי שלא היו נוצרים למתן עדות – מותן מאוד באנגליה. המצב המשפטי במשפט המנדטורי, ומכאן גם במדינת-ישראל בשנותיה הראשונות, היה כנראה דומה. הצעת חוק הראיות שפרסם משרד המשפטים בשנת 1952³²⁰ תיארה את המצב המשפטי כך: "לפי החוק הקיים הכלל הוא שאין עדות אלא בשבועה; מי שאין לו אמונה דתית, וכן מי שדתו אוסרת עליו להישבע, מוסר הצהרת הן-צדק במקום השבועה, ודין הצהרה כזו כדין שבועה לכל דבר..."³²¹ ראוי לפרט מעט יותר את מצב הדברים, משום שבחלק ממרכיביו נותרו אי-בהירויות מסוימות – הן ביחס להיקף החריגים לחובת השבועה והן באשר לצורת השבועה.

317 ראו הרנון, לעיל ה"ש 277, בעמ' 181.

318 ראו ע"א 173/58 "הסנה" חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' אמריקן אקספורט לינס אינק. (AMERICAN EXPORT LINES, INC.), פ"ד יד 589, 590 (1960). נושא השבועה המכרעת עלה לפני בתי-המשפט בישראל, באופן ישיר או אנלוגי, עוד פעמים מספר בתקופות מאוחרות יותר. לנוכח מצב דברים זה כלל קדרון בחיבורו, לעיל ה"ש 301, את ההלכות המרכזיות בתחום השבועה המכרעת, וכן אמירות מן הפסיקה בדבר היותן "כמעט מיושנות ומיותרות" (שם, בעמ' 161–162).

319 ראו הרנון, לעיל ה"ש 277, בעמ' 43. ראו גם את דבריו של השופט אגרנט בבג"ץ 99/54 וקסקרץ נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 1009, 1015 (1954), שציין כי "עקרון זה חל על כתבי עדויות לא פחות מאשר על עדות שבעל-פה".

320 משרד המשפטים הצעת חוק הראיות (1952) (להלן: הצעת חוק הראיות).

321 הדברים מצוטטים בדברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת העדות, התשט"ז-1955, ה"ח 6, 7.

באשר לפטור משבועה, הרנון מציין כי "ברוב המקרים נהגו בתי המשפט להיענות לבקשת העדים להצהיר במקום להישבע, במיוחד כאשר המסרב להישבע היה מציין כי הסיבה לכך היא אמונתו הדתית. אולם לעתים לא קיבלו בתי המשפט את התנגדות העד למתן שבועה".³²² בהליך לפני בית-המשפט המחוזי בירושלים התעוררה שאלת תוקפה של עדותו של עד אשר סירב להישבע מטעמי מצפון. העד ציין כי הוא מאמין באלוהים אך אינו שייך לכל עדה דתית, ובית-המשפט נדרש לבחון את המצב המשפטי בנושא.³²³ נקודות המוצא לדיון היו שני דברי חקיקה מנדטוריים: תקנה 141(1) לתקנות הפרוצדורה בבתי משפט השלום, שלפיה "כל עד יחקר בשבועה, מלבד אם נוכח בית המשפט כי אמונתו הדתית של העד אוסרת עליו שבועה או כי אין לו כל אמונה דתית, ובמקרים אלה יהיה העד נחקר עפ"י הן צדקו בלבד";³²⁴ ופקודת הפירושים, 1945, המגדירה "שבועה" (oath) ככוללת "הודעה בהן-צדק או הצהרה במקרי בני-אדם שהותר להם לפי החוק להודיע בהן-צדק או להצהיר במקום להישבע".³²⁵ על בסיס אלה, בצירוף דברי החקיקה, הפסיקה וכתבי המלומדים של אנגליה, פסק בית-המשפט "שלא תתקבל עדות עד מבלי שבועה אלא אם הכניס עצמו בתחום שני המקרים היוצאים מן הכלל" (המצוינים בתקנה 141(1) ובחקיקה הבריטית, שנוסחה דומה).³²⁶ לכן, כפי שהסביר שטרנברג, "מופיע עד שהוא בעל אמונה דתית, היינו מאמין במציאות של אל הגומל על האמת ומעניש על השקר, חייב הוא בשבועה ותהא דתו אשר תהא".³²⁷

בתחום המשפט הפלילי חלה בראשית ימי המדינה הוראת סעיף 34(1) לפקודת הפרוצידורה הפלילית (שפיטה עפ"י כתב האשמה), אשר הורתה כי "כל עד ועד יחקר בשבועה, חוץ אם נתברר לבית המשפט שקבלת השבועה מתנגדת לאמונתו הדתית של העד או שאין לו לעד כל אמונה דתית, ובשני מקרים אלה אפשר לחקרו בהן צדק שלו בלבד".³²⁸ סעיף זה "מקור יניקתו בחוק האנגלי, The Oaths Act, 1888 וניסוחו כמעט זהה עם הסעיף הראשון שבחוק זה".³²⁹

בעניין צ'רנוכה פירש ממלא-מקום הנשיא זילברג את המונח "אמונתו הדתית" כביטוי רחב שאין כוונתו –

"...לעיקרים פוזיטיביים שאפשר לזהותם באמצעות מקורותיה של דתו של העד, אלא הכוונה היא להשקפה דתית, סובייקטיבית, של אדם אשר כמסקנה הימנה... הוא רואה את השבועה באלהים כדבר שאין להשתמש בו לצורך ענינים חילוניים.

322 ראו הרנון, לעיל ה"ש 277, בעמ' 43.

323 המ' (מחוזי י-ם) 359/51 וייל נ' טריפוס, פ"מ ה' 108, 111 (1951).

324 תקנות הפרוצדורה בבתי משפט השלום, 1940, ע"ר תוס' 2(ע) 29, (א) 35.

325 ס' 2 לפקודת הפירושים.

326 עניין וייל, לעיל ה"ש 323, בעמ' 111.

327 ראו שטרנברג, לעיל ה"ש 42, בעמ' 359. "עד שיש לו אמונה דתית כלשהי אינו רשאי להצהיר, הוא

חייב בשבועה". שם (ההדגשה במקור).

328 פקודת הפרוצידורה הפלילית (שפיטה עפ"י כתב האשמה), 1924, חא"י א 446.

329 דברי השופט אֶלון בעניין בקר, לעיל ה"ש 296, בעמ' 376.

השקפה זו היא דבר המסור ללבו של אדם, ולא ייתכן 'להוכיח' אותה על-ידי ראיות חיצוניות.

אם האדם, בעמדו כל דוכן העדים, מסרב להישבע, ומציין כי הסיבה לכך היא אמונתו הדתית, אין השופט רשאי שלא לקבל את הצהרתו אלא אם כן נראה בעליל שאמירה זו היא אמירת שקר.

...

אגב: הנוסחא ה'סטינוגרפית' ההיא (מטעמי דת או חוסר דת), היא נוסחא מקובלת זה קרוב ליובל שנים, ולא נבוא כאן לקעקע את היסוד של עשרות אלפי פסקי-דין שניתנו על יסוד הצהרות כאלו.³³⁰

נושא שני הוא הצורה, הנוהל, של השבועה. כפי שכבר ציינתי, במשפט המקובל הנוסח והטקס המדויק של השבועה היו חשובים פחות מהמהות, כפי שפסק בית-המשפט באנגליה בשנת 1744:

"...[T]he form of oaths varies in countries according to different laws and constitutions, but the substance is the same in all."³³¹

המנהג הרווח מימי קדם **לנשק** את ספר הקודש שעליו נשבעו הוכר לבסוף, בלשונו של ויגמור, כ-"both repulsive and unsanitary", ובוטל באנגליה בחקיקה ראשית משנת 1909.³³² בארץ-ישראל ובישראל, כפי שציין השופט תושייה-כהן בדעת הרוב בבית-המשפט המחוזי בשנת 1951, "אין כל הוראה בחוק הקובעת את צורת השבועה",³³³ ולנוכח זאת הסיק בית-המשפט, לאחר שעייין בכתבי מלומדים זרים, כי "כל צורה שעד מצהיר שמחייבת אותו לפי מצפוננו דייה כדי למלא אחרי דרישת החוק בדבר מתן שבועה לפני העדות. אין אנו חושבים כי השבועה חייבת להיות בצורה הקבועה המקובלת בדת מסוימת".³³⁴ נשיא ההרכב, השופט ויתקון, הגיע לתוצאה אופרטיבית אחרת. לדבריו, "הכל מודים כי השבועה היא אקט דתי. אין אצלנו, או בחוק האנגלי, 'שבועה חילונית'".³³⁵ ההרחבה במשפט המקובל אל מעבר לשבועה נוצרית בלבד אפשרה לבני דתות אחרות להישבע גם כן, באשר "במרוצת הזמן, קיבלה השבועה אופי דתי-אוניברסלי, אמנם לא חילוני, אך גם לא קשור לאיזו דת מסוימת".³³⁶ זאת ועוד, "אדם שאינו בן דת מוכרת, דינו כדין כופר בעיקר **רק במקרה**, שאין הוא מכיר בחיוב –

330 ראו ע"פ 271/65 **צ'רנוכה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יט(3) 109, 111–112 (1965).
331 1 Atk, 21, 45 (1745) *Omychund v. Barker*. כן ראו את ניתוח הדברים אצל WIGMORE, לעיל
ה"ש 65, בעמ' 387.

332 שם, בעמ' 389.

333 עניין **ויל**, לעיל ה"ש 323, בעמ' 111.

334 שכן אז אדם מחוסר דת ימצא את עצמו (שוב) פסול לעדות. ראו שם, בעמ' 112.

335 שם, בעמ' 113.

336 שם, בעמ' 115.

הסנקציה – של השבועה. לשון אחרת, אין לשחרר אדם בעל אמונה דתית מחובת השבועה, אלא אם אין מקום לשבועה בתוך אמונתו הדתית ואין קדושתה מטילה עליו אימה".³³⁷

מדברים אלה אנו רואים את הבעיות המרכזיות שנושא השבועה עורר במשפט הישראלי, דווקא משום היותו מוסד בעל רקע דתי מובהק במדינה יהודית ודמוקרטית, ואת ההתנגדות אליו, שהובילה בהמשך לביטולו.

4. חובת השבועה במדינת ישראל – התפתחויות בשנות השישים והשבעים

נמשיך את סיפור הדברים בשלבי האמצע – בהתפתחויות שחלו בשנות השישים והשבעים בחקיקה ובפסיקה בכל הנוגע בשבועה. ראשית, **לחקיקה**: בשנות השישים עוגנו הכללים המנדטוריים בדברי חקיקה ישראליים. **בתחום האזרחי** הוחלפו תקנות הפרוצדורה האזרחית, 1938, ותקנות הפרוצדורה בבתי משפט השלום, 1940, בתקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ג-1963. בנוסח המקורי של התקנות קבעה תקנה 182(א) כי "כל עד ייחקר בשבועה, זולת 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".³³⁸ אולם בתיקון משנת 1966 שונה נוסח תקנה 182(א), והיא קבעה כדלקמן:

"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, זולת אם היה בית המשפט משוכנע שטעמי העד ניתנו שלא בתום לב."

בתחום הפלילי, שנה קודם לכן, קבע סעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ה-1965, נוסח זהה.³³⁹ גם לפיו:

"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,

³³⁷ שם (ההדגשה במקור).

³³⁸ תק' 182(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ג-1963, ק"ת 1869, 1889. התקנות משנת 1963 הוחלפו בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי), שם תק' 162-163 עוסקות בנושא השבועה.

³³⁹ כפי שמציין השופט א'לון בעניין **בקר**, לעיל ה"ש 296, בעמ' 385. ראו גם דוד א' פרנקל "ביטול שבועתו של עד וסדרי הדין בבוררות 'מטעם החוק' באגודות שיתופיות" **משפטים** ד 688, 689 (1972).

משהודיע שהוא עושה כן מטעמי דת או מצפון, שלא להישבע אלא להצהיר בהן צדק, זולת אם היה בית המשפט משוכנע שטעמי העד ניתנו שלא בתום לב.³⁴⁰

מעניין שסעיף 14 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968, קבע כי עדותו של עד, לרבות בעל-דין, תיגבה במהלך בוררות "בשבועה או בהן צדק, אם לא הסכימו הבורר ובעלי-הדין לגבות את העדות בלי שבועה ובלי הן צדק, ובלבד שלא יחוייב עד להעיד בשבועה מקום שבית המשפט לא היה מחייבו לעשות כן".³⁴¹ על החקיקה בנושא יש להוסיף שני פסקי-דין שבהם נידונה, באופן נדיר למדי, מהות השבועה בישראל, ואשר בשניהם התייחסו השופטים לקושי הספציפי של יהודים מאמינים להישבע.

בהליך הראשון עלה עד הגנה בתביעת נזיקין לדוכן העדים ואמר: "אינני מוכן להישבע אלא אני רוצה למסור עדות בהן צדק. אני יהודי ולא נשבעתי אף פעם."³⁴² בית-המשפט המחוזי דחה את הבקשה, ומכאן הערעור לעליון. השופט מני, שכתב את פסק-הדין, דחה את הערעור בהסתמכו על תקנה 182(א). מהוראה זו, אומר השופט, עולה מפורשות שכל עד חייב ליתן שבועה אלא אם כן נוכח בית-המשפט באחד משניים: שהשבועה היא בניגוד לעיקרי דתו של העד או שהעד אינו דתי כלל. בית-המשפט המחוזי לא מצא שאחד משני טעמים אלה חל, ובית-המשפט העליון מסכים עימו.³⁴³ אלא שהשופט מני ממשיך ודוחה את שני הנימוקים של העד לגופם. לדבריו, "עצם העובדה כי אדם מכריז על עצמו כי הינו יהודי, אינה אומרת עוד כי השבועה עומדת 'בניגוד לעיקרי דתו', וראייה לכך, שבתורה גופה אנו מוצאים פסוקים רבים המזכירים ואף מחייבים ענין השבועה באלהים".³⁴⁴ נוסף על כך, "הנימוק הסתמי שהוא לא נשבע מעודו... אינו נימוק המצדיק מתן אפשרות להעיד על יסוד הן צדק, כי מנין ידע בית-המשפט במקרה כזה מה היו מניעיו האמיתיים של העד לכך, ואיך יוכל הוא להיווכח כי היות השבועה נוגדת את עיקרי דתו היא ולא אחרת שהניעה אותו להינזר משבועה?"³⁴⁵

דבריו של השופט מני הזמינו תגובה וביקורת. זו הופיעה במאמר ביקורת פרי-עטו של יצחק אנגלרד, שפורסם בשנת 1965.³⁴⁶ אנגלרד מקשה במאמרו: "מאימתי לומדים

340 ס' 154 לחוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ה-1965, ס"ח 161, 175.

341 ס' יא לתוספת הראשונה לחוק הבוררות משלים את הדברים, בקובעו כי "לפני שיגבה עדות, יזהיר הבורר את העד כי עליו להעיד אמת, שאם לא כן יהא צפוי לעונש הקבוע בחוק". להשלמת הדיון ראו פרנקל, לעיל ה"ש 339, בעמ' 690.

342 ראו ע"א 269/64 **מרצפות פ' פ' בע"מ, מפעלי איטונג נ' אלפסי**, פ"ד יח(4) 63, 64 (1964).

343 שם, בעמ' 65.

344 שם (ההדגשה במקור).

345 שם, בעמ' 66.

346 ראו יצחק אנגלרד "שבועה של עד – חיוב מן התורה?" **הפרקליט** כא 435 (1965). לסקירה נרחבת יותר (המבקרת גם היא את פסק-הדין בעניין **מרצפות פ' פ'**, לעיל ה"ש 342) ראו רפאל יעקובי "הבריחה מן השבועה" **דעת** (התשס"א) www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/21-2.htm.

את עיקרי הדת היהודית רק מפסוקים של התורה שבכתב? מנין לו לבית המשפט כי השבעת עד בבית משפט חילוני היא השבועה אליה התכוונה התורה? אולי שבועה זו היא דווקא אסורה לפי ההלכה?³⁴⁷ אנגלרד מציין כי "רתיעתו של היהודי להשבע היא עתיקת יומין",³⁴⁸ ולאחר דיון קצר אך מעמיק הוא מגיע למסקנה כי "יהודי הטוען כי השבועה השגרית להעיד אמת בפני בית המשפט נוגדת את עיקרי דתו יש לו על מה להסתמך!"³⁴⁹ אנגלרד מביע את התקווה "כי המחוקק יתן את דעתו על מכלול הבעיות, כדי למנוע כפיית מעשה האסור ליהודי על פי ההלכה. בינתיים יש לקוות כי בית המשפט העליון טרם אמר את דברו האחרון בענין עיקרי הדת היהודית".³⁵⁰ באופן מפתיע ודי נדיר, תקוותיו של אנגלרד התגשמו, בשני מרכיביהם, אם כי לא במהרה.

בעניין הרתיעה של היהודים מפני השבועה ראוי להוסיף הערה היסטורית מעניינת העוסקת במקרים שבהם העידו יהודים בערכאות של גויים. הבעיה שבה נתקלו יהודים הייתה לאו דווקא שהם נדרשו להעיד בשבועה בערכאות אלה, אלא שהשלטונות לא האמינו כי שבועתם כנה ואמיתית, משום שהם סברו כי בתפילת "כל נדרי" (בליל יום הכיפורים) היהודים מבטלים את כל שבועותיהם ונדריהם מראש. כתוצאה מכך הוטלה על היהודים שבועה ייחודית, שנקראה "שבועת היהודים" (*Juramentum More Judaico* או *Juramentum Judaeorum*). שבועה זו נוסחה בצורה מפחידה ומשפילה, נערכה בדרך טקסית מבוזה, וכללה גידופים וקללות נמרצות שיחולו על הנשבע שבועת־שקר. לנוהג זה יש היסטוריה ארוכה ביותר בממלכות הנוצריות: ראשיתו בשנת 531 לספירה, בימי הקיסר יוסטיניאן, והוא נמשך לכל אורך ההיסטוריה – הן בממלכה הביזנטית, ממשיכתה המזרחית של רומא, והן בממלכת הפרנקים ובארצות הנוצריות שבמזרח אירופה ובמערבה. גם חלק מהמוסלמים – כנראה בהשפעת הנוצרים – לא האמינו לשבועת היהודים, וחיברו עבורם שבועות מיוחדות בתקופות שונות במהלך ההיסטוריה.³⁵¹ ודוק: הכנסייה ייחסה חשיבות רבה לנוסח השבועה. מאחר שלהבנתה שבועה היא

347 אנגלרד, שם, בעמ' 435 (ההדגשות במקור). השוו: "בתורה ובנביאים אין אנו שומעים על כך שבועת־אמת נחשבה כדבר שבאסור. להיפך, ממקומות רבים במקרא אנו למדים שהשבועה בשם אלוהים היתה מצוייה בכל מעמדות העם; יתר על כן, התורה והנביאים ראו בדבר גם משום מידת חסידות." הלוי, לעיל ה"ש 141, בעמ' 25.

348 אנגלרד, לעיל ה"ש 346, בעמ' 435. כן ראו את הדיון שם, בעמ' 435–436. הדברים מסבירים את פסיקת השולחן ערוך "ויזהר מלישבע אפילו באמת שאלף עיירות היו לינאי המלך וכולם נחרבו בשביל שהיו נשבעים שבועות אע"פ שהיו מקיימים אותם", ואת העובדה ש"מן המפורסמות הוא כי יהודים רבים העדיפו, ומעדיפים עדיין, להפסיד כסף כדי לא להגיע לידי שבועה". שם, בעמ' 436.

349 שם, בעמ' 437.

350 שם.

351 ראו גלר "שבועת היהודים", לעיל ה"ש 171; יעקב גלר "פרשות אחרי מות־קדושים, תשנ"ח – השבועה כמנהג היהודים 'מורה יודאיק' "אוניברסיטת בראיילן www.biu.ac.il/JH/Parasha/acharey/gel.html (להלן: גלר "פרשות אחרי מות־קדושים"); *Encyclopedia Judaica: Oath More Judaico or Juramentum Judaeorum*, JEWISH VIRTUAL LIBRARY, www.jewishvirtuallibrary.org/oath-more-judaico-or-juramentum-judaeorum.

נוסחה היוצרת חיוב מְגִי כלפי הנשבע, האל ושלוחיו, נעשה מאמץ לנסח את השבועה באופן שיכלול, לדעת הכנסייה, סנקציות דתיות שיהיו בעלות כוח מיוחד לגבי היהודים. כך, היהודי חויב להישבע בשם המפורש (ובנוסחים מסוימים ברשימה של שבעים שמות האל והמלאכים), ולציין כי אם שבועתו היא שבועת-שקר, יבואו על ראשו מבחר נרחב של תוצאות קשות, אשר נשאבו מאירועים תנ"כיים. זאת ועוד, ניתן להבין את הטקס המשפיל שנכפה על היהודים במסגרת השבועה כמעין מבחן מְגִי מסוגו של ה-*ordeale*: למשל, בצרפת של המאה האחת-עשרה הצמידו זר קוצים סביב צווארו של היהודי וענף קוצני סביב מותניו, בחנו את ההשפעה הפיזית של הקוצים על גופו, ורק אם הוא יצא מהניסיון ללא נזק (של ממש), התקבלה שבועתו והוא זופה.³⁵² ההתנגדות לשבועה המבישה הזו החלה בימי הביניים המאוחרים, והובעה דווקא על-ידי משפטים נוצרים. אבל המאבק החל לשאת פרי רק כאשר הצטרפו אליו גדולי החוקרים היהודים, שפרסמו מחקרים בגנותה, וכן מנהיגים יהודים. אלה ניהלו מסע לביטולה של השבועה, וזה נשא פרי, אם כי רק במהלך המאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים (!).³⁵³

ההלך השני, משנת 1978, עסק בעד מומחה שהוזמן ליתן עדות בהליך פלילי וסירב להישבע על התנ"ך, "משום שמטעמי מצפון אינני מאמין באלהים כפי שהתנ"ך מציג אותו".³⁵⁴ יצחק זמיר, שהיה בא-כוחו של העד האמור בעתירתו, טען כי מרשו הינו אגנוסטיקן וככזה הוא **רשאי**, על-פי סעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי, להצהיר בהן-צדק,³⁵⁵ והזמין את בית-המשפט העליון להתוות הלכה עקרונית בנושא. הצטרפה אליו דורית ביניש, בשם המדינה, והשופט פרופ' מנחם אלון הרים את הכפפה.³⁵⁶

השופט פותח בניתוח הדין הישראלי, ובעיקר בניתוח ההבדל בין סעיף 34(1) לפקודת הפרוצידורה הפלילית (שפיטה עפ"י כתב האשמה) לבין ההוראה הישראלית שהחליפה אותה – סעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי – ומשם עובר להצגת הלכות

352 ראו על כך בספר הקלסי של הרב יהושע טרכטנברג: JOSHUA TRACHTENBERG, *THE DEVIL AND THE JEWS: THE MEDIEVAL CONCEPTION OF THE JEWS AND ITS RELATION TO MODERN ANTISEMITISM* 69–70 (Varda Books 2001) (1943).

353 כך, למשל, בהולנד בוטלה שבועת היהודים בשנת 1818; בצרפת – בשנת 1846; וברומניה היא בוטלה, לפחות באופן רשמי, בשנת 1912, אבל השימוש בה נמשך בחלק מן הערים עד לשנות העשרים. ראו גלר "פרשות אחרי מות-קדושים", לעיל ה"ש 351. חשוב להדגיש כי ביטול השבועה היה רק אחד המאבקים של קהילות יהודיות לאמנציפציה. כך, בצרפת, רק בשנת 1831 – עשרות שנים אחרי עמיתיהם הנוצרים – זכו גם רבנים בשכר מהמדינה; רק בשנת 1833 זכו בתי-ספר יהודיים במימון מדינתי כמו מקביליהם הנוצריים; רק בשנת 1835 נהפכה היהדות לדת הנתמכת על-ידי המדינה; וכאמור, רק בשנת 1846 בוטלה שבועת היהודים. ראו JAHNER, לעיל ה"ש 225, בעמ' 133.

354 ראו עניין **בקר**, לעיל ה"ש 296, בעמ' 373.

355 ראו שם, בעמ' 374.

356 ראו שם, בעמ' 374–375. חמן פ' שלח "אגב הפסיקה – האגנוסטיקן ושבועת העד" **משפטים** ט 508, 522 (התשל"ט), מסכם כי "בפסק הדין בולטת נכונותו, וניתן אף לומר התלהבותו, של בית המשפט לדון בבעיה העקרונית של שבועת העד". לדעתו, "דיון זה לא היה הכרחי".

המשפט העברי בתחום זה. השופט אֶלון מסכים עם בא-כוחו של העותר שסעיף 154 הרחיב את האפשרות לתת עדות בהצהרה של הן-צדק בלבד, מאחר שסעיף 34(1) דורש שיתברר לבית-המשפט כי קבלת השבועה מנוגדת לאמונתו הדתית של העד, ואילו סעיף 154 מסתפק בכך שהעד מודיע כי מטעמי דת או מצפון הוא מבקש להעיד בהן-צדק.³⁵⁷ אולם השופט אֶלון מזהה שני הבדלים מהותיים יותר בין שני הסעיפים:

ראשית, בעוד סעיף 34(1) קובע בראשיתו את הכלל היסודי שלפיו כל עד ייחקר בשבועה, ורק לאחר-מכן מציין חריגים לכלל, סעיף 154 פותח במילים "בית המשפט יזהיר את העד לפני גביית עדותו", כלומר, "הצורך בשבועה שוב אינו מופיע כדרישה ראשונית ויסודית, אלא כדרישה משנית ונלווית בהמשכו של הסעיף", ולכן די בהודעת העד לבית-המשפט בדבר בקשתו להעיד בהן-צדק.³⁵⁸

שנית, מניין, תוהה השופט אֶלון, "שאב המחקק הוראה זו בדבר אזהרת העד, שמעמיד הוא אותה בראש סעיפו? אין להוראה זו אח ורע לא בחוק האנגלי ולא בחוקיה של ארצות-הברית... אך מצויה היא במערכת משפטית הקרובה אלינו מאוד, הלוא היא המשפט העברי".³⁵⁹ מכאן, וכן מנוסחן של הצעות קודמות בנושאים קרובים (אם כי לא מדברי ההסבר לחוק סדר הדין הפלילי עצמו), הוא למד כי "ברור הוא שעלינו לפנות למקורותיו של המשפט העברי, אם חפצים אנו להבין אל נכון תכנו ומגמתו של סעיף 154 שלפנינו".³⁶⁰

מכאן עובר השופט אֶלון – להבנתי, גדול החוקרים של המשפט העברי בדורנו – לניתוח המשפט העברי, ולהסברת הרתיעה העמוקה של יהודים שומרי מסורת מפני מתן שבועה. אֶלון מסביר כי בתחום המשפט ההלכה מכירה במוסד השבועה כאחת מדרכי הראיות שבאמצעותן אדם מוכיח את נכונות טענותיו.³⁶¹

זאת ועוד, "גם המשפט העברי ידע שמן הראוי ומן הנכון להעמיד את העד על כך, בטרם ימסור עדותו, שעליו להעיד דברי אמת",³⁶² אבל הדרך לכך לא הייתה שבועה, אלא אזהרה שהיו מזהירים את העד לפני מסירת העדות – אזהרה "שתכנה הכללי הוא להעמידו על מהותה של עדות, שהיא דבר שהוא בדיעתו האישית של העד ולא מפי השמועה, על חומרת האיסור שבעדות שקר ועל העונש הצפוי למי שמוסר עדות שקר".³⁶³

357 ראו עניין **בקר**, לעיל ה"ש 296, בעמ' 377.

358 שם, בעמ' 377.

359 שם, בעמ' 378.

360 שם. כן ראו שלח, לעיל ה"ש 356, בעמ' 515–516, המציג דעה מנומקת שונה שלפיה המחוקק הישראלי לא קיבל את עמדת ההלכה בעניין זה.

361 ראו עניין **בקר**, לעיל ה"ש 296, בעמ' 378 ואילך. להרחבה נוספת ראו אֶלון **המשפט העברי**, לעיל ה"ש 78, בעמ' 497 ואילך.

362 עניין **בקר**, שם, בעמ' 379.

363 שם, בעמ' 380. ראו גם שם, בעמ' 379: "אזהרה זו שונה היתה בעדות בעניין שבדיני ממונות מעדות בעניין דיני נפשות, הכל לפי חומרת העניין..." ראו גם "סימן כח: כיצד מאיימין העדים ואין מקבלין

ומדוע לא השביעו את העד? כפי שכבר ציינו, "אין השבועה באה לראיה שהנשבע הגיד אמת ושאפשר לסמוך על דבריו, ומשום כך גם אין משביעים עדים".³⁶⁴ זאת, משום שלפי עמדת המשפט העברי, "אין 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".³⁶⁵ אדם המעיד עדות-שקר עובר בכך על אחד ואולי שניים מעשרת הדברות: הוא בוודאי עובר על האיסור החמור של "לא תענה ברעך עד שקר",³⁶⁶ וכן "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)".³⁶⁷ מכאן ממשיך אֶלון בטיעון שלב אחד קדימה: לא רק שספק אם יש טעם ותועלת בהשבעה ה"נוספת" של העד, "אלא שייתכן וגם אסור להשביעו, שמאחר שמושבע ועומד הוא מהר סיני להעיד אמת, אין להוסיף ולהשבע על כך, כי יש כאן משום הזכרת שם שמייס לבטלה", אם כי אֶלון מציין כי "דבר אחרון זה שנוי הוא במחלוקת".³⁶⁸ טעם נוסף שבעטיו אין להשביע עדים הוא שהדבר עלול להביא לידי שתי שבועות סותרות של עדים שונים, "ונמצא שבועה אחת היא לשקר".³⁶⁹

ראוי להשלים את התמונה ביחס למשפט העברי בשני כיוונים. **האחד** הוא החלופות שפותחו לשבועה לשם אימות העדות. עם אלה יש למנות את ה"איום" על העדים (שכבר אוזכר ברשימה זו) – קרי, את הזהרתם על-ידי בית-הדין הן לגבי משמעות העדות והן לגבי התוצאות החמורות של עדות-שקר.³⁷⁰ ואת המנהג להחרים את מי שיודע עדות ואינו בא להעיד.³⁷¹ **האחר** הוא שהיו תנאים שבהם נשבע עד גם במסגרת המשפט העברי. מדובר בעיקר ב"שבועת העדות": הדין המקורי הוא שבעל-הדין משביע את עדיו בשבועת העדות שיבואו להעיד. הבעיה מתעוררת במקרה שבו אדם שהיה עד להתרחשות והתבקש להעיד בבית-הדין לטובת אחד הצדדים **שיקר** ונשבע שהוא אינו יודע דבר. על-פי ההלכה, לצורך כפרה על עברה זו, אותו אדם חייב להקריב קורבן

עדות שלא בפני בעל דין" **דעת** – **תושב"ע** www.daat.ac.il/he-il/toshba/shulchan_aruch/choshen-mishpat/edut/siman28.htm.

364 אלבק, לעיל ה"ש 64, בעמ' 37–38. ראו גם שם, בעמ' 181: "ואילו העדים אינם נשבעים כלל... לפי שאין השבועה מאמתת את העדות. כלומר, אין השבועה ראייה לאמיתות העדות או לאמיתות טענת בעל-הדין."

365 עניין **בקר**, לעיל ה"ש 296, בעמ' 378.

366 שמות כ 13, והשוו דברים ה 17.

367 עניין **בקר**, לעיל ה"ש 296, בעמ' 378.

368 שם. אנגלרד מסביר כי השבעת עדים על אמיתות עדות אינה שבועה מן התורה או מדרבנן, וכי היא אינה שבועה על עובדה קיימת, אלא על התנהגות עתידית. אולם האיסור להעיד עדות-שקר והחובה לומר אמת הן מצוות מן התורה. מתעוררת השאלה אם שבועה כזו אינה שבועת-שווא, האסורה מן התורה, ובנושא זה יש מחלוקת רבנים. ראו אנגלרד, לעיל ה"ש 346, בעמ' 436–437.

369 רקובר **עדות בשבועה**, לעיל ה"ש 96, בעמ' 23.

370 שם, בעמ' 8–17.

371 לגבי החרם ועדיפותו על השבועה ראו שם, בעמ' 24–43.

בבית-המקדש. אולם אי-אפשר להכריח את העד להישבע, ואם הוא הושבע ואינו מעיד, הוא אינו עובר על שבועת העדות.³⁷² עוד יש לציין את התפתחותו של מנהג להשביע עדים ביחס לתוכן עדותם, שהחל במשפט הפלילי. הרקע לדברים הוא חששם של עדים להעיד נגד אנשים אלימים משום האפשרות למעשה נקמה מצד העברייין בשל עדותם. התוצאה הייתה שעדים נהגו להימנע מלהעיד או העידו עדות-שקר. הפתרון שנמצא הוא שהעדים שחששו להעיד נגד האדם האלים ביקשו שיטילו עליהם חובה בשבועה לבוא להעיד, כדי שיהיו "אנוסים" להעיד נגד העברייין. שבועה זו הפחיתה את הפחד הגשמי מפני העברייין, וגם הוסיפה מימד של פחד מהכוח האלוהי. היא המריצה את העד לומר אמת, והקטינה את החשש שהוא יעיד עדות-שקר. לדבר אחרון זה יש הסבר נוסף, והוא שמנהג השבועה הנוכרי היה נפוץ מאוד בגולה ונהיה מוכר אף לקהילות היהודיות, והתעורר החשש שמא יטעו יהודים ויחשבו כי בעדות שאין בה שבועה אין איסור לשקר, אף שלפי דין תורה עדות-שקר חמורה כמו שבועת-שקר, "ולכן אם בני אדם מקילים בעדות שקר, יכולים בית הדין להשביע את העד".³⁷³ לאחר שחכמים אפשרו להשביע עדים, נהפכה השבועה לנוהג מקובל בקרב קהילות רבות.³⁷⁴

נחזור לעניין בקר: מה הייתה ההכרעה בפסק-הדין? השופט אֶלון מסביר כי מטרתו האחת של סעיף 154 היא "להביא לתודעתו של העד שעליו להיות דובר אמת, ושאחרת צפוי הוא לעונש על-פי החוק... המשפט העברי הגיע לעקרון זה זמן מה – כ-1,800 שנה לפני כן, ועקרון זה, על התפתחותו וגלגוליו, הוא ביסודו של סעיף 154".³⁷⁵ כלומר, הכלל המרכזי בסעיף 154 קובע הוא "שהבטחת מתן עדות אמת מושגת על-ידי אזהרתו של העד שעליו להעיד אמת... וההוראה שאחריה, שהעד יישבע, משנית היא וטפלה לכלל".³⁷⁶ אם כן, "המחוקק עצמו פתח פתח רחב ומרווח לפיטורו של העד משבועה: הנימוקים לכך יכולים להיות הן מטעמי דת והן מטעמי מצפון, ודי אם העד המבקש להיפטור מן השבועה מודיע שאלה הם נימוקיו, ואין לחקרו ולדרשו על כך... אלא אם... בית-המשפט... משוכנע שטעמיו של העד ניתנו שלא בתום-לב".³⁷⁷ לפיכך, משהודיע

372 ראו שם, בעמ' 4–7 ו-24, וכן "שבועת העדות" ויקיפדיה (1.9.2018) he.wikipedia.org/wiki/שבועת_העדות.

373 רקובר **עדות בשבועה**, לעיל ה"ש 96, בעמ' 50.

374 להרחבת הדיון ראו שם, בעמ' 44–55. יוער כי ההחלטה אם להשביע את העד אם לאו נתונה בידי בית-הדין (שם, בעמ' 55), וכי אחד מגדולי החכמים העיד על עצמו כי הוא אינו משביע "אלא כשהתובע טוען והעד שותק, שאז באה השבועה להמריצו להעיד אמת" (שם, בעמ' 50). כן ראו נחום רקובר **אלים בהליך השיפוט** 29–30 (סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוב' נט, 1988).

375 ראו עניין **בקר**, לעיל ה"ש 296, בעמ' 385–386. להסבר של השפעת המשפט העברי על חקיקת ס' 154 ראו שם, בעמ' 384–385.

376 שם, בעמ' 385.

377 שם. לדיון בפרשנות של השכנוע שבית-המשפט נדרש לו לשם קביעה כי טעמי העד ניתנו לא בתום-לב ראו שם, בעמ' 387–388.

העותר במקרה דנן כי מטעמי מצפון הוא מבקש לא להישבע, "זכאי הוא לכך, על-פי האמור בסעיף 154 הנ"ל, ויש לקבל את עדותו בהצהרה בהן צדק בלבד".³⁷⁸

ומילה לקראת המשך הדרך: השופט אֶלון מצטט את קריאתו של זמיר, בא-כוחו של העותר, לצמצם את הצורך בשבועה ככל האפשר כעניין של מדיניות – וזאת הן משום שיש בכפיית השבועה על אדם שאינו מאמין משום פגיעה בחופש הדת והמצפון, והן משום שיש ספק אם לשבועה יש יתרון על הצהרה בהן-צדק כדרך לקידום אמירת אמת³⁷⁹ – ומצטרף לעמדה זו משני טעמים נוספים: **האחד**, הזילות במעמד השבועה – "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";³⁸⁰ **והאחר**, שהוא סבור כי זו גם עמדתו של המחוקק, "שמצפה הוא ליום שיבוא ויהא ניתן לבטל כליל את הצורך בשבועה".³⁸¹

5. לקראת ביטול חובת השבועה במשפט הישראלי

נשלים את סיפור הדברים בדיון מהסוף להתחלה: מביטול חובת השבועה אל הצעת חוק הראיות משנת 1952.

במקרים לא-מעטים שופטי בית-המשפט העליון פונים למחוקק בקריאה שיעשה לתיקון הסדר חקיקתי, ובמקרים רבים קשיי העולם הזה – קשיים פוליטיים, תקציביים, מדיניים ודומיהם – מקשים על חברי-הכנסת להיענות לקריאה גם אם ברמה העקרונית הם שואפים לאמץ את הצעת בית-המשפט.³⁸² לא זה היה המקרה פה.

שנתיים בלבד לאחר פסק-הדין בעניין **בקר**, בשנת 1980, ביטלה הכנסת את ההוראות שלפיהן הושבעו עד אז עדים לפני שמסרו את עדותם. סעיף 1 לחוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה), התש"ס-1980 (להלן: **החוק לתיקון דיני הראיות**), שכותרתו "ביטול שבועה", קבע כי "עד העומד להעיד, בכל הליך שיפוטי או מעין שיפוטי, אין משביעים אותו, על אף האמור בכל דין אחר". בכך הושלם התהליך שהחל עשרות שנים קודם לכן.

חומרי-הרקע לדברים אינם רבים. הם כוללים את דברי ההסבר להצעת החוק,³⁸³ שני דיונים קצרים שהתקיימו בכנסת במהלך תהליך החקיקה,³⁸⁴ ואת פסק-דינו של השופט

378 שם, בעמ' 386.

379 שם.

380 שם.

381 שם.

382 השוו ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית-המשפט העליון" **עיוני משפט** לד 437 (2011); יגאל מרזל "השעיית הכרות הבטלות" **משפט וממשל** ט 39 (2006).

383 ראו הצעת חוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה), התש"ס-1980, ה"ח 327 (להלן: **הצעת החוק לתיקון דיני הראיות**).

אלון בעניין בקר, שחלקו תואר בפסקות דלעיל וחלקו יתואר בפסקות דלהלן, ואשר חומרי-הרקע האחרים מפנים אליו מפורשות. אולם חומרי-רקע מעטים אלה נותנים תמונה ברורה למדי על הדרך לביטול חובת השבועה. עולה מהם כי בין שנות החמישים לשנות השמונים התרחש בישראל תהליך של שינוי בחשיבה על עניין חובת השבועה כפי שהתרחש במדינות ותיקות ממנה במאות הקודמות, אבל בדרך ייחודית ועצמאית.

הרעיון של ביטול חובת השבועה לא נבע מאי-הכרה בחשיבותה ובערכה או מרצון להפריד בין דת למדינה באמצעות הפסקת השימוש במוסד דתי-אמוני והחלפתו במוסד אזרחי;³⁸⁵ נהפוך הוא – דווקא מתוך כבוד למוסד השבועה והכרה עמוקה של משמעותו האמונית ושל ההשלכות המטרידות של הפרתו המכוונת בעדות-שקר, וכנראה גם מתוך הכרת המוסד של הזהרת העד במשפט העברי, הועלתה ההצעה לבטל את חובת השבועה. כפי שראינו, המשטר החוקי הנוכחי – של אזהרה חלף חובת שבועה – לא רק נותן תשובה לקושי של יהודים אורתודוקסים,³⁸⁶ אלא מקל על כל אדם אחר המתקשה להעיד בשבועה בשל ההיבטים הדתיים שבה, דוגמת האתיאיסט והאגנוסטיקן, וזאת מבלי לבטל את הזיקה הדתית כליל, מאחר שהוא מאמץ, ככל הנראה במכוון, פתרון מן המשפט העברי דווקא.³⁸⁷

דווקא: יוזם הצעת החוק ומי שהציג אותה בקריאה הראשונה היה חבר-הכנסת שלמה יעקב גרוס, איש אגודת ישראל, ומי שהשלים את תהליך החקיקה, יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, היה חבר-הכנסת דוד גלס, איש המפד"ל.³⁸⁸ דברי ההסבר מרגישים את הזיקה בין הצעת החוק משנת 1980 להצעת חוק הראיות שפרסם משרד המשפטים עוד בשנת 1952 (שאותה ייחס חבר-הכנסת גרוס ל"שופט בית-המשפט העליון דהיום מר חיים כהן", שכינה בשנת 1952 כיועץ המשפטי לממשלה וגם כשר המשפטים לתקופה מסוימת³⁸⁹) ואת הזיקה של שתיהן להסדר ההלכתי. בדיון בהצעת

384 הדיון בקריאה הראשונה התקיים ב-23 ביולי 1980, והדיון בקריאות השנייה והשלישית התקיים ביום 30 ביולי 1980. לדיונים הקצרים מאוד ראו ד"כ 89, 4095–4096, 4334–4335 (התש"ס).

385 דוגמה מעניינת להשוואה קשורה לתוכנית לגמילה מאלכוהול של "אלכוהוליסטים אנונימיים", אשר משתמשת בשם האל כחלק ממערך התמיכה בגמילה: כיצד יתמודד הארגון עם בקשה של אתאיסטים להוציא את האל מהמשוואה? ראו: Ryan Moore, *The Atheist in AA Fighting to Get 'God' Taken Out of the 12 Steps*, VICE (Oct. 24, 2016), www.vice.com/en_us/article/qbnj35/an-atheist-is-taking-on-alcoholics-anonymous-in-bid-to-get-god-out-of-12-steps.

386 אם כי יש המטילים ספק בכך שהוא מקל את הקושי. אנגלרד, לדוגמה, מעיר במאמרו כי "בעיה גדולה היא אם הצהרה בהן צדק שונה מבחינת ההלכה היהודית משבועה מפורשת". אנגלרד, לעיל ה"ש 346, בעמ' 437.

387 שטרנברג, המתאר את השבועה כנקודת ההצטלבות בין הדת, המוסר והמשפט, סבור כי השבועה מהווה "מין שארית מן האחדות הקדומה בטרם יצאו הדת, המוסר והמשפט בדרכיהם העצמיות". לדעתו, "הבקורת שנמתחת מדי פעם על השבועה היא במדה מסוימת המרד נגד השארית של האחדות הקמאית הזאת". ראו שטרנברג, לעיל ה"ש 42, בעמ' 357.

388 והדובר הנוסף היחיד בקריאות השנייה והשלישית היה שר הפנים, איש המפד"ל, יוסף בורג. ראו ד"כ 89, 4335 (התש"ס). ראוי לציין כי גרוס הביא את ההצעה לפני הכנסת כבר בשנת 1962.

389 ראו את דבריו של חבר-הכנסת גרוס בדיון בקריאה הראשונה – שם, בעמ' 4095.

החוק הודגש כי "העובדה שאין מסתייגים לתיקון המוצע היא עדות להסכמה הרחבה הקיימת שיש לבטל את ההוראות הקיימות כיום בחוק שלפיהן משביעים עדים קודם מסירת עדותם".³⁹⁰

הפתרון שאומץ בחוק לתיקון דיני הראיות שואב אם כן מן המשפט העברי.³⁹¹ אבל כפי שצינו, קיימת במשפט העברי רתיעה מפני עדות בשבועה;³⁹² כיצד אפוא היה אפשר להתיר מלכתחילה את השבועה, ומהו התחליף שהמשפט העברי מציע לה? נסביר את הדברים.

הסביר את הדברים השופט אֶלון בעניין **בקר**. לדבריו, החל בראשית המאה החמש-עשרה חל 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.³⁹³ עם זאת, בלשונו של ר' משה איסרליס, מחכמי ההלכה בפולין במאה השש-עשרה, "אם נראה לבית דין צורך להשביען שיגידו האמת – הרשות בידן".³⁹⁴ "עמדה זו של המשפט העברי", אומר השופט אֶלון, "אימץ משרד המשפטים בהצעת חוק הראיות שפורסמה לעיון הציבור" בשנת 1952.³⁹⁵ הצעת החוק האמורה מציעה שני סעיפים עיקריים בנושא, הם סעיפים 19 ו-20.³⁹⁶

390 ראו את דבריו של חבר הכנסת גלס בקריאות השנייה והשלישית – שם, בעמ' 4335.
391 ראו להזכיר כי הביקורת נגד השימוש בשבועה כחלק מדיני הראיות מלכתחילה הייתה כי "המדינה היא חילונית, ואמצעי ההסדר שלה חילוניים. השבועה היא קודש. ערכוב תחומים מביא לזלזול בקדשים ובעקיפין גם לזלזול בעדות". ראו שטרנברג, לעיל ה"ש 42, בעמ' 360. זאת ועוד, כאשר הדין החילוני עושה שימוש במוסד השאוב מן הדת אבל אינו מיישם אותו על-פי ההלכה הדתית, נוצר מתקל שעלול להיות בעייתי יותר מאשר יצירת מנגנון שאין לו זיקה לדת כלל ועיקר.
392 ראו גם: "שבועת העדים כיצד? השביע עליהם חמש פעמים בכל לשון ששומעין ואמרו לו אמן – הרי אלו חֲנִיכִים. שבועת הדין כיצד? מי שנתחייב שבועה לחברו אומרים לו בית דין: הֲגִי יודע שכל העולם כלו נודעזע בשעה שאמר הקדוש ברוך הוא בסיני: 'לא תשא את שם ה' אלהיך לשוא' (שמות כ, ז), וכל עֲבֻרוֹת שבתורה נאמר בהן 'וְנָקָה', וכאן נאמר 'כי לא ינקו' את אשר ישא את שמו לשוא' (שם) (שבועות לח ע"ב–לט ע"א; תוספתא סוטה ז, א–ב). "ספר האגדה, לעיל ה"ש 63, בעמ' 923, פס' רכז.

393 עניין **בקר**, לעיל ה"ש 296, בעמ' 382. להרחבת הדיון ראו שם, בעמ' 380–382.
394 בהגותו על השולחן ערוך – שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כח, סעיף ב. ראו את ציטוט הדברים על-ידי השופט אֶלון בעניין **בקר**, שם, בעמ' 382. ודוק: קיימת ספרות רבה ועשירה בנושא השבועה במשפט העברי, ועל האפשרות ליישמו בשיטת המשפט הפוזיטיבית הנוהגת. מעבר לחומרים שכבר הוזכרו, ראו, בין היתר, צבי קארל "שבועת הדיינים" **הפרקליט** ד 298 (1947); ברכיהו ליפשיץ "גלגולה של שבועת בית דין באלה" **שנתון המשפט העברי** יא–יב 393 (התשמ"ד–התשמ"ו); יוסף ריבלין "שבועת האלמנה – בין ספרד לאשכנז" **מחקרי משפט** כא 705 (2005).

395 ראו עניין **בקר**, לעיל ה"ש 296, בעמ' 382.
396 הצעת החוק גם הציעה לבטל סדרה של חקוקים מנדטוריים, לרבות כאלה שהתייחסו לנושא השבועה (ס' 110 ופירוט בתוספת) וכן לבטל שבועות לפי חוקים אחרים (ס' 111). ראו **הצעת חוק הראיות**, לעיל ה"ש 320, בעמ' 54–55.

סעיף 19 עוסק בהזהרת עדים, וקובע כי "עד שבא להעיד יזהירו תחילה בית המשפט, בלשון המובנת לו, כי עליו להעיד את האמת בלבד ואת האמת כולה, שאם לא יעשה כן יהא צפוי לעונשים הקבועים בחוק; משהוזהר העד, רואים עדותו כעדות בשבועה לצרכי סעיף 117 לפקודת החוק הפלילי, 1936". דברי ההסבר לסעיף זה סוקרים בקצרה את ההיסטוריה של השבועה, ומסבירים הן את הבעיה שנוצרה בעניין השבועה והן את הפתרון המוצע של אזהרה. הבעיה שנוצרה, כך מוסבר, היא שהשבועה איבדה את "כוח ההרתעה" שלה, ואנשים שוב אינם מאמינים כי שבועת-שקר תגרור עונשים אימים בגיהנום. "בימינו ובמקומנו נתרוקנה השבועה מכל תוכן; היא נעשתה לפורמולה שבשגרה שהעדים בבתי המשפט חוזרים עליה במלמול שפתיים ללא כל מחשבה או כוונה, אין היא אלא שריד מימי קדם שנשאר בו טעם לפגם של אמונות טפלות ושל עבודה זרה והגיעה השעה לבטלה."³⁹⁷ **ומהו הפתרון המוצע?** "מסורת עברית עתיקה יומין היא שבית הדין מזהירין את העדים בטרם יעידו... 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."³⁹⁸

סעיף 20 מאפשר, כחלופה משלימה, השבעת עדים. בלשונו: "היה לבית המשפט יסוד להניח כי השבעת עד עשויה לסייע לגילוי האמת, רשאי בית המשפט להשביעו. וזו לשון השבועה: 'אני נשבע כי עדותי בבית משפט זה תהא עדות אמת, האמת כולה, והאמת בלבד'." דברי ההסבר מסבירים את הצורך בחלופה זו ואת נוסחה. הצורך נובע "בעיקר מן השופטים, שאומרים שבארץ כשלנו אין השעה כשרה לביטול השבועה. לדבריהם של הסוברים כך נרתעים אנשים פרימיטיביים ודוקא מארצות המזרח, משבועת שקר, ואינם נרתעים מעדות שקר. אם מזדמן לו לבית המשפט עד שכזה, תהיה, לפי סעיף זה, הרשות בידו להשביעו". ובאשר לנוסח השבועה, בכוונת מכוון הושמט "מוסח השבועה... שם אלהים, כדי למנוע חששות מבחינה דתית."³⁹⁹

למעט חריג חשוב אחד המתינו הרפורמות שנכללו בהצעת החוק של משרד המשפטים משנת 1952 במשך כמעט שלושה עשורים. החריג הוא החוק לתיקון פקודת העדות, התשט"ז-1955. חוק זה נועד "להקדים ולתת תוקף להוראות מספר מתוך הצעת חוק הראיות אשר משרד המשפטים פרסם ברבים" בדצמבר 1952 – "הוראות שנודעת להן דחיפות מיוחדת, באשר יש בהן כדי להקל על מעמסם ולחסוך זמנם של השופטים מכאן ושל עובדי הציבור מכאן".⁴⁰⁰ החקיקה המנדטורית קבעה כי כל הצעה בשבועה או בהן צדק המיועדת לשמש ראיה בבית-משפט או לפני רשות מוסמכת טעונה השבעה

³⁹⁷ שם, בעמ' 24.

³⁹⁸ שם. ודוק: "יש מערכות משפט שבהן משמשת אזהרת העד, קודם למתן העדות, כ'אמצעי מעורר' יחיד או ראשוני." ראו שלח, לעיל ה"ש 356, בעמ' 510.

³⁹⁹ ראו **הצעת חוק הראיות**, לעיל ה"ש 320, בעמ' 24–25. למרות ההשמטה האמורה ניתן לומר כי עצם השימוש במוסד השבועה הדתי-אמוני, במקום באזהרה השיפוטית, מרמז לכוח עליון שאליו נשבעים. השוו שלח, לעיל ה"ש 356, בעמ' 513, המציין כי ההסדר המוצע בס' 20 "דומה מאוד לדין החל בשווייץ ובגרמניה".

⁴⁰⁰ ראו דברי הסבר להצעת החוק לתיקון פקודת העדות, בעמ' 7.

לפני שופט. חוק זה הסמיך לאישורן של הצהרות כאלה גם דיינים של בתי-הדין הדתיים, עורכי-דין וכל אדם אחר ששר המשפטים יסמיך לכך. לענייני חשבים שני אלה: ראשית, סעיף 35 לפקודה המתוקנת אפשר לכל אותם אנשים שהוסמכו בחוק זה להחליף את ההצהרה בשבועה או בדין צדק בהזדהות המצהיר "בלשון מובנת לו, כי עליו להצהיר את האמת, וכי אם לא יעשה כן יהא צפוי לענשים הקבועים בחוק";⁴⁰¹ ושנית, הצעת החוק מבחירה כי היא הולכת בעקבות דברי ההסבר לסעיף 19 להצעת החוק של משרד המשפטים, על הפנייתה למסורות המשפט העברית.⁴⁰² **כעת נחזור ונסיים בשנת 1980.**

6. ביטול חובת השבועה והשלכותיו

(א) סיכום הדיון ברקע של החוק לתיקון דיני הראיות

דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון דיני הראיות, משנת 1980, והדיונים הקצרים שנערכו בה בכנסת חוזרים בעיקרם על הטיעונים והמקורות שנידונו לעיל. אולם הם מוסיפים כמה נקודות מעניינות הראויות להתייחסות.

ראשית, בהצעת החוק תיאר חבר-הכנסת גרוס את שתי הבעיות המרכזיות שחובת השבועה מעוררת כך: הבעיה הראשונה היא ש"השבועה המקובלת עכשיו בבתי המשפט אינה שווה לכל נפש. יהודים מאמינים המדקדקים במצוות פוטרים את עצמם בדרך כלל מן השבועה, ומוסרים הצהרת 'הן צדק'; כך עושים גם אלה שמגדירים את עצמם כמחוסרי אמונה";⁴⁰³ והבעיה השנייה היא שמי שמצהיר עושה כן "פורמולה שבשיגרה" (כלשון הצעת חוק הראיות של משרד המשפטים משנת 1952), בדרך שהופכת את מעשה השבועה "למלמול ולזלזול בעלמא" (כלשונו של השופט אֶלון בעניין **בקר**) (שני המקורות מצוטטים בדברי ההסבר להצעת החוק), דבר שהוא עלבון לאדם המאמין, המייחס חשיבות עמוקה למעשה השבועה בשם האל.⁴⁰⁴

שנית, דברי ההסבר להצעת החוק משנת 1980 מכירים ב"כוח האזהרה", ומצטטים לעניין זה את דברי הצעת החוק משנת 1952, שלפיהם "אזהרה כגון זו, שהיא יוצאת מפי השופט בצורה ובשפה אשר העד מסוגל להבינה, עלולה, להשפיע עליו ולעורר בו הכרת ערך העדות, וזאת תכלית כל השבועה מבחינת החוק".⁴⁰⁵ אולם בחומר-הרקע אין הסבר מדוע המציעים סבורים כי הזהרה שיפוטית של העד תוביל לתוצאות אפקטיביות יותר, מבחינת הרתעת המוזהרים מפני עדות-שקר, מאשר ההסדר הקודם של השבעה ועדות בהן-צדק. מחומר-הרקע עולה שחברי-הכנסת סבורים כי תיקון החוק יניב שיפור אחד לפחות: "חוק זה של ביטול השבועה הוא דבר חקיקה המביא תועלת מעשית במקרה של

401 ס' 36 להצעת החוק לתיקון פקודת העדות. ראו גם את דברי ההסבר להצעת החוק, שם, בעמ' 7–8.

402 ראו שם, בעמ' 7; עניין **בקר**, לעיל ה"ש 296, בעמ' 382.

403 ראו את דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון דיני הראיות, בעמ' 327.

404 שם. חבר-הכנסת גרוס מצטט בהסכמה את השופט אֶלון, ומאמץ ומיישם את קריאתו של השופט למחוקק לפעול.

405 שם.

ייתור, מבטל הוראה שאינה מתאימה עוד למטרתה ויחד עם זאת הוא יגרום לצימצום חילול ה' – מטרה קדושה ונעלה לכל יהודי באשר הוא יהודי.⁴⁰⁶

שלישית, חברי-הכנסת מודעים לכך ש"הנסיון מראה כי קיימים מקרים שבהם דווקא השבועה באלוקים משפיעה על העד לגלות את האמת".⁴⁰⁷ לפיכך נקבעה, כיוצא-מן-הכלל, הוראת סעיף 5 לחוק, שנתייחס אליה להלן, המאפשרת השבעה של העד.

רביעית, דברי ההסבר להצעת החוק מציינים, ביחס לנוסח השבועה ולטקס שבמסגרתו היא נעשית, כי "לנוסח השבועה המקובל בבתי המשפט תוך שימת יד על התנ"ך, אין כל מקור בחוק הישראלי, והיו מקרים שבית המשפט בא במבוכה משפטית כאשר אחד העדים סירב למסור שבועה בנוסח ובטקס המקובלים".⁴⁰⁸ אכן, במצב הדברים שהיה עד לחוק זה, "החק שלנו לא קבע נוסח שבועה אחיד. הנוסח הנהוג בבתי-המשפט שלנו הוא התרגום של הנוסח האנגלי, כפי שנקבע בשביל כל בתי-המשפט באנגליה... בינואר 1927, והיא 'אני נשבע באלהים לומר את האמת, כל האמת, ושום דבר זולת האמת'".⁴⁰⁹ לכך ניתן פתרון בסעיף 5 לחוק לתיקון דיני הראיות, כפי שנראה בחלק הבא.

(ב) ההסדר שקבע החוק לתיקון דיני הראיות

ראשית, החוק ביטל באופן עקרוני את חובת השבועה במשפט הישראלי, וקבע כי "עד העומד להעיד, בכל הליך שיפוטי או מעין שיפוטי, אין משביעים אותו, על אף האמור בכל דין אחר" (סעיף 1).

שנית, סעיף 2 לחוק קבע את ההסדר החלופי של אזהרה. לפי הסעיף, "עד העומד להעיד, בכל הליך שיפוטי או מעין שיפוטי, מזהירים אותו תחילה, בלשון המובנת לו, כי עליו להעיד את האמת בלבד ואת האמת כולה, וכי יהיה צפוי לענשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן". בשנת 1984 הוספו לסעיף המילים "העד ישיב כי הבין את האזהרה וכי הוא מתחייב לעשות כן".⁴¹⁰

שלישית, החוק ערך החלפה רוחבית בחקיקה הקיימת של "שבועה" ב"אזהרה", בקובעו כי "מקום שחוק מתיר או מחייב כי דבר פלוני ייעשה בשבועה, ייעשה הדבר

406 ראו את דבריו של חבר-הכנסת גלס בקריאות השנייה והשלישית – ד"כ 89, 4335 (התש"ס).

407 ראו שם וכן את דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון דיני הראיות, בעמ' 328.

408 שם, בעמ' 327.

409 שטרנברג, לעיל ה"ש 42, בעמ' 359. "הנוסח הקודם... היה מסתיים ברגיל במלים 'כן יעזור לי השם'. ונשמטו, כך דומה, בהשפעתו של הובס ובהמלצתם של חכמי משפט". שם.

410 בחוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה) (תיקון), התשמ"ד-1984, ס"ח 53 (להלן: חוק התיקון לתיקון). דברי ההסבר אינם מתייחסים לרקע לתיקון זה – ראו הצעת חוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה) (תיקון), התשמ"ב-1981, ה"ח 62 (להלן: הצעת חוק התיקון לתיקון). נכון למועד זה מדובר בתיקון היחיד שנעשה בחוק ממועד חקיקתו. נוסח ס' 2 לחוק עוגן בתק' 162(2) לתקנות סדר הדין האזרחי, ואילו חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, מגדיר (בס' 1) את המונח "אזהרה" כ"אזהרה בדרך הקבועה בסעיף 2 לחוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה), תש"ס-1980".

באזהרה בדרך הקבועה בסעיף 2, בשינויים המחויבים לפי הענין; מי שמוסמך על פי אותו חוק להשביע, יהא מוסמך להזהיר כאמור" (סעיף 3). לאחר חקיקת החוק "נתעורר ספק אם הוראה זו אוסרת לחלוטין השבעתם של עדים או של מצהירים, או אם האיסור חל רק כשבחוק נאמר במפורש שדבר מסוים חייב להיעשות או ניתן להיעשות בשבועה".⁴¹¹ לכן הוסף בשנת 1984 סעיף לחוק שלפיו "חוק זה אינו בא למנוע השבעתו של אדם לענין עדות או תצהיר אם הסכים במפורש להשבעה ואם העדות או התצהיר בשבועה דרושים לשימוש בהם בחוץ לארץ" (סעיף 6).⁴¹²

רביעית, השינוי משבועה לאזהרה לא נועד להקל ברמת הענישה בגין עדות-שקר. החוק קובע לפיכך כי "דין אזהרה לפי חוק זה כדין שבועה לענין חוק העונשין, תשל"ז-1977, ולענין חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955" (סעיף 4).⁴¹³

חמישית, החוק מאפשר כאמור לקיים השבעה. סעיף 5 לחוק כולל שלושה רכיבים: (א) הנסיבות שבהן נערכת השבעה ("היה לבית-המשפט יסוד להניח כי השבעת העד עשויה לסייע לגילוי האמת, רשאי בית המשפט, ביוזמתו או לפי בקשת בעל דין, להשביעו"); (ב) האפשרות לבקש פטור מהשבעה ("אולם רשאי העד, משהודיע שהוא עושה כן מטעמי דת או מצפון, שלא להישבע אלא להצהיר בהן צדק, וזולת אם היה בית המשפט משוכנע שטעמי העד ניתנו שלא בתום לב");⁴¹⁴ (ג) נוסח השבועה (אם כי לא נוהל ביצועה) ("החליט בית המשפט להשביעו, יהא לשון השבועה כך: 'אני נשבע באלוהים, כי עדותי בבית משפט זה היא עדות אמת, האמת כולה, והאמת בלבד'"). לשון סעיף 5 (למעט נוסח השבועה) עוגנה בתקנה 162(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.⁴¹⁵

(ג) מה נותר מחובת השבועה במשפט הפוזיטיבי הישראלי כיום?

התשובה היא – מעט מאוד, ואולי אף למטה מכך. כאמור, במוסד השבועה, כפי שנהג לאורך ההיסטוריה, הצטלבו "שלושה מישורים של ערכי אנוש": [הדת], המוסר והמשפט, כשמשמעותו של ההיבט המשפטי היא

411 דברי ההסבר להצעת חוק התיקון לתיקון.

412 החוק לתיקון דיני הראיות.

413 שם. כן ראו את דברי ההסבר להצעת חוק התיקון לתיקון. ראוי לציין כי ההפניה לחוק השיפוט הצבאי נוספה בחוק התיקון לתיקון. חוק השיפוט הצבאי קובע בס' 111 עברה צבאית של עדות-שקר בבית-דין.

414 האפשרות להשביע אדם "כפופה לסייג הקיים היום בחוק, שיש לאפשר לאדם, מטעמי דת או מצפון, להצהיר ב'הן צדק' במקום להישבע". ראו את דבריו של חבר-הכנסת גלס בקריאות השנייה והשלישית – ד"כ 89, 4335 (התש"ם).

415 בצירוף הוראה ייחודית (ס' 163 לתקנות סדר הדין האזרחי) שעניינה השבעת כהן דת וחבר למסדר דתי: "כהן דת או חבר למסדר דתי המתנגד להשבעתו לפי תקנה 162(ב) שלא בידי הבישוף או ראש המסדר הדתי שלו, יגש אל הבישוף או אל ראש המסדר הדתי שלו, כדי שישביעוהו לענות באמת ובתמים על כל השאלות שיוצגו לפניו ברשות בית המשפט, וישוב כשבידו תעודה מאת הרשות שהשביעוהו המאשרת שהושבע כאמור, ודינו יהיה כדין מי שנשבע בפני בית המשפט."

ש"השבועה היא תכן של נורמה משפטית במערכת הנורמטיבית המשפטית הכללית ומוצאת בה, במערכה זו, את תקפה".⁴¹⁶ זו אינה ראייה צרה, אלא צורת מבט מקצועית: כמשפטנים, אנו מתעניינים פחות בשבועה כמעידה על ערכיו האישיים, אופיו ויושרו של הפרט, או על אמונתו הדתית, ויותר בשבועה כמוסד בעל הכרה, תוקף ומשמעות מעשית במשפט החל במדינה. לשון אחר, התוצאה היא שעלינו לפנות אל המשפט הפוזיטיבי הישראלי כדי לבדוק מתי והיכן הוא מכיר בשבועה – בין במסגרת תהליך הוכחת העובדות במשפט ובין כהתחייבות משפטית מחייבת. כפי שראינו ברשימה זו, המשפט הישראלי – בין היתר לאור עמדות המשפט העברי אבל גם לנוכח התפתחויות במדינות מערביות אחרות – הגביל מאוד את השימוש בשבועה, בוודאי כאמצעי מחייב הזוכה בהכרה, בגיבוי ובאכיפה משפטיים.

להבנתי, במשפט המודרני אין לשבועה תוקף משפטי מחייב במישרין, בפני עצמה, במובן זה שהיא בת-אכיפה והפרתה בת-ענישה בשל תוקפו של מוסד השבועה עצמו. יש לשבועה תוקף במישור החברתי, הדתי או המוסרי, כמו לכל הצהרה או הבטחה חד-צדדית. מצב הדברים שונה אם התחייבות כזו נקבעה כמחייבת לא מתוקף מוסד השבועה המסורתי, אלא מתוקף מוסד משפטי מחייב הקיים כיום ובמגבלות שהחוק קובע. בהקשר זה אתייחס לארבע דוגמות מהמשפט הישראלי שעודן רלוונטיות כיום.

(1) השבועה בעדות

כאמור, לשבועה יש כיום תפקיד משני בתהליך קבלת הראיות בהליך המשפטי. כפי שראינו, האפשרות להטיל חובת שבועה בעדות הוגבלת מאוד בחוק לתיוקן דיני הראיות, ודרך-המלך כיום היא הזהרת עד, ולא השבעתו. זאת ועוד, חוק העונשין מבהיר כי לעניין הרשעה בעדות-שקר ולעניין הענישה במקרה כזה (מידי בני-אנוש, כאן ועכשיו) "אין נפקא מינה... אם ניתנה העדות בשבועה או בלא שבועה או בעיצום אחר שהותר על פי דין".⁴¹⁷

(2) שבועת האמונים

כפי שכולנו יודעים, ולו מטקסים ממלכתיים חשובים ששודרו בכלי התקשורת, בעלי-תפקידים רבים ומגוונים נשבעים אמונים למדינה, וזאת על-פי הוראות מפורשות בחקיקה. שבועת אמונים של ממלאי תפקידים ציבוריים מקובלת במדינות רבות, והיא אולי המאפיין המובהק ביותר המייחד אותם – התחייבותם לתת לאינטרסים הציבוריים עדיפות על אלה הפרטיים. השבועה יוצרת התחייבות מוסרית למשרה – תוקף משמעותי יותר מזה העולה מהטעמים המשפטיים, החוזיים והניהוליים הרגילים. היא מסמלת את הנאמנות שמשרתי ציבור נוטלים על עצמם, ומחברת בין המוסר האישי לבין הערכים והאינטרסים הציבוריים.⁴¹⁸

⁴¹⁶ כלשונו של שטרנברג, לעיל ה"ש 42, בעמ' 357.

⁴¹⁷ ראו ס' 237(ב) ו-239 לחוק העונשין.

⁴¹⁸ יש הרואים בשבועה הגנה מסוימת כנגד המניעים והאינטרסים הפרטיים. ראו: Mark R. Rutgers, *The Oath of Office as Public Value Guardian*, 40 AM. REV. PUB. ADMIN. 428 (2010).

ודוק: אף שמדובר בתפיסה רווחת מאוד, ברוב-רובם של המקרים אין מדובר בשבועת אמונים, אלא בהצהרת אמונים: העובדה היא שהדין מחייב בעלי-תפקידים בטווח נרחב של דרגים – כולל נשיא המדינה, השרים וחברי-הכנסת – במתן הצהרת אמונים, ולא בשבועה,⁴¹⁹ וכך היה למן הקמת המדינה.⁴²⁰ הנושא מעורר שאלות

419 הדין הישראלי כולל כמה הוראות בדבר הצהרות אמונים של נבחרים ונושאי-משרה שונים: (1) נשיא המדינה (ס' 9 לחוק-יסוד: נשיא המדינה); (2) חברי-הכנסת (ס' 15, 16 ו-16 לחוק-יסוד: הכנסת); (4) ראש הממשלה ושרי הממשלה (ס' 14 ו-15 לחוק-יסוד: הממשלה); (5) חברי המועצה בעיריות ובמועצות המקומיות (ס' 24 לפקודת העיריות [נוסח חדש] וס' 35 לפקודת המועצות המקומיות [נוסח חדש]); (6) השופטים (ס' 6 לחוק-יסוד: השפיטה); (7) מבקר המדינה (ס' 9 לחוק-יסוד: מבקר המדינה); (8) הדיינים (ס' 10 לחוק הדיינים), הקאדים (ס' 7 לחוק הקאדים, התשכ"א-1961) והקאדים-מד'הב (ס' 13 לחוק בתי-הדין הדוריים); (9) חברי המועצות הדתיות (ס' 6(ג) לחוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971); (10) כל עובד מדינה החל בדרגה מסוימת שנקבעה בתקנות (ס' 34 ו-52 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, ותקנות שירות המדינה (מינויים) (הצהרת אמונים), התשמ"א-1981). ראו גם שירה בן ששון-פורסטנברג **מסמך רקע לדיון בנושא: טקסי השבעה בצהל ומחוצה לו** (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 2003) fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/6ac0e73a-9632-e811-80de-00155d0a0235/2_6ac0e73a-9632-e811-80de-00155d0a0235_11_8198.pdf. דוגמה לכלבול הרווח בנושא ניתן למצוא בדיווח העיתונאי של רוני לינדר-גנץ "יש עתיד נגד מינוי ליצמן לסגן שר הבריאות: 'אם לא ימונה שר במשרד הבריאות נעתור לבג"ץ'" **TheMarker** 3.5.2015 www.themarker.com/news/health/1.2627542: "מפלגת יש עתיד מאיימת לעתור לבג"ץ נגד מינויו של סגן שר הבריאות המיועד יעקב ליצמן, ובדרישה כי ימונה שר לתפקיד שר הבריאות. לפיד כתב אתמול בפייסבוק כי 'לא יכול להיות שבראש משרד הבריאות יעמוד אדם שלא מוכן להישבע אמונים למדינת ישראל ולחוקיה ושאינו סמכויות לנהל את המשרד. לאזרחי ישראל מגיע שרים במשרה מלאה'. באופן מסורתי, חברי הכנסת של יהדות התורה אינם מתמנים לשרים אלא לסגני שרים במעמד של שר. עם זאת, בניגוד לדברי לפיד, חברי הכנסת של יהדות התורה כן נשבעים אמונים למדינה כשהם מתמנים לחברי כנסת באמירה 'מתחייב אני'... בלשכת סגן שר הבריאות המיועד ח"כ יעקב ליצמן אמרו גורמים המקורבים לו כי 'האמירה של לפיד לפיה ליצמן לא מוכן להישבע אמונים למדינה – שקרית וחסרת כל בסיס. יעקב ליצמן נשבע אמונים כחוק, כחבר כנסת וכסגן שר, בדיוק כמו כל שר אחר. תפקודו של ליצמן והישגיו למערכת הבריאות ולציבור החולים, היו גדולים ומוצלחים כסגן שר במשרה מליאה, בהשוואה ללפיד, למשל, שלא קידם את כלכלת ישראל, למרות כהונתו כשר אוצר בתואר'. "העתירה המוזכרת בדיווח העיתונאי היא בג"ץ 3132/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 13.4.2016). ראו גם את התייחסותו של השופט חשין לשבועת השופטים בע"א 3798/94 **פלוני נ' פלונית**, פ"ד נ(3) 133, 164 (1996).

420 בישיבת הפתיחה של האספה המכוננת, שנערכה ב-14 בפברואר 1949, קרא מזכיר הממשלה את ההצהרה הבאה: "אני מתחייב להיות נאמן למדינת-ישראל ולמלא באמונה את שליחותי באספה המכוננת", ולאחר-מכן קרא בשמות הצירים (המונח שקדם לכינוי "חברי-כנסת"), וכל אחד מהם קם ואמר "אני מתחייב". ראו ד"כ 1, 8 (התש"ט). ביום 17 בפברואר 1949 הצהיר ד"ר חיים ויצמן, בהרמת יד ימינו, "אני מתחייב כנשיא-המדינה לשמור אמונים למדינת-ישראל ולחוקיה" (שם, בעמ' 51). ב-10 במרץ 1949 קרא יושב-ראש הכנסת לחברי הממשלה להצהיר את הצהרות ההתחייבות שלהם, וכל אחד מהם התחייב "לשמור אמונים למדינת-ישראל ולחוקיה ולקיים את החלטות הכנסת" (שם, בעמ' 144).

חשובות ומרתקות, אשר למיטב ידיעתי לא קיבלו תשובה במשפט הישראלי. אתייחס בקצרה לשלוש מהן, הראויות למחקר מקיף ונרחב עתידי.

שאלה ראשונה: האם המעבר משבועה להצהרת אמונים יוצר שוני מהותי כלשהו מבחינת מהותה של ההצהרה? לעניין מאמר זה, המעבר הוא משמעותי, משום שהוא מדגים את הפיחות הגדול במעמדה הציבורי של השבועה: עכשיו אנחנו מסתפקים במילתו של המצהיר בדבר אמיתות דבריו (בעדות), רצינות כוונותיו (בהתחייבות עתידית) וטוהר ליבו (בכניסה לתפקיד), מבלי שהוא יזמן גורם על-אנושי, אשר לפי אמונת הצדדים יש לו היכולת גם לדעת לבב אנוש וגם להעניש את מי שנשבע שבועת־שקר. מבחינה מהותית, בעידן המודרני, הטכנולוגי, החילוני, אני מסופק אם יש הבדל מהותי בין המנגנונים. מכל מקום, בפועל החליפה הצהרת האמונים את השבועה בהצלחה – הן מבחינה אישית (של המצהיר) והן מבחינה ציבורית (של ערכאות השיפוט והציבור הרחב).⁴²¹

בהנחה זו של דמיון עד כדי חליפיות בין השבועה להצהרת האמונים ניתן לעבור לשתי השאלות הבאות. שתיהן שאלות מורכבות הראויות למחקר עצמאי, ובמחקר ראשוני של הנושא מצאתי להן רק תשובות חלקיות. בפסקות שלהלן אסתפק בדיון בטעמים העיקריים לכאן ולכאן, ואעריך מהו המצב המשפטי הנוהג, על-פי הדין הקיים, ביחס לשתי השאלות.

שאלה שנייה: האם הצהרת האמונים (או שבועת האמונים) של בעלי-התפקידים היא קונסטיטיוטיבית או דקלרטיבית? כלומר, האם אמרה זו יוצרת את המעמד המשפטי של בעל-התפקיד, ולכן היא חיונית לשם כניסתו לתפקיד וקבלת הסמכויות והזכויות הנלוות אליו, או שמא היא רק מצהירה על מעמד שכבר נוצר וקיים בלעדית, והיא רק טקס, סממן חיצוני, כמו רכב שרד או לשכה, המעיד על המעמד של בעל-התפקיד? לשון אחר, האם השבועה היא תנאי מוקדם לכניסה לתפקיד?

מחד גיסא, ניתן להצביע על טעמים רבים שבמדיניות ציבורית ובפרשנות משפטית התומכים בקביעה כי בעל-תפקיד הנדרש להצהרת אמונים ייכנס לתפקידו רק לאחר שיצהיר כנדרש. הדברים אמורים במיוחד לגבי ממלאי התפקידים הציבוריים הבכירים במדינה, המצהירים אמונים בטקס פומבי אשר נערך מעל בימת הכנסת ומסוקר בתקשורת.⁴²² באירוע זה הם פונים במישורין לאזרחי המדינה ומצהירים כי הם מתחייבים לשמור אמונים למדינה ולחוקיה ולמלא את תפקידם בנאמנות. מתן משמעות נורמטיבית ל"שבועה" – הן לעניין הכניסה לתפקיד הן לעניין אכיפתה על המצהירים –

421 מלומדים אחדים דנים בעניין זה ביתר פירוט. ראו במיוחד Gochner, לעיל ה"ש 41, בעמ' 80–88; JEFFREY BRAND-BALLARD, LIMITS OF LEGALITY: THE ETHICS OF LAWLESS JUDGING 142–156 (2010).

422 השוו': Q&A About Honesty in Business Schools with Dan Ariely, GRADUATE MANAGEMENT NEWS (Jan. 2013), www.gmac.com/why-gmac/gmac-news/gmnews/2013/january-2013/qanda-about-honesty-in-business-schools-with-dan-ariely.aspx (פרופ' דן אריאלי מסביר, בהקשר של תלמידי M.B.A, כי יש יתרון בחתימתם על שבועה להתחייבות אתית וכן בעשיית הדבר בפומבי).

יכול לעודד התנהגות ראויה של בעלי-התפקידים, שיפנימו את חשיבות ההתחייבות בזמן שירותם כשליחי ציבור, וגם לקדם את אמון הציבור בראשי רשויות המדינה.⁴²³ קביעה שהצהרת האמונים היא קונסטטטיטובית תואמת יפה את עקרון חוקיות המנהל, המחייב כל בעל-תפקיד המפעיל סמכויות על-פי דין להיות מסוגל להראות את מקור סמכותו. מדובר בשני רכיבים: מקור סמכותו בחוק של בעל-התפקיד, וזיהוי האישי של האדם כממלא תפקיד זה. כך, אדם המזדהה כשוטר ומבקש לעצור אדם אחר חייב להיות מסוגל להראות הן שהפעולה מצויה בגדר סמכויותיו של שוטר בדין והן שהוא עצמו הוסמך כשוטר. שבועת האמונים של הבכירים, הנישאת באירוע שזוכה בפרסום רב ואשר מועדו המדויק ניתן לבדיקה ולאתור בנקל, היא דרך מצוינת לציין את המועד שבו האדם נכנס לתפקידו ומקבל את עול סמכויותיו.

מאידך גיסא, יש גם טעמים הפוכים. העיקרי שביניהם הוא שבישראל – וזו תהיה התשובה לשאלה השנייה – הצהרת האמונים אינה נתפסת כמסמך היוצר את החיובים המשפטיים של בעל-התפקיד. כשם שהצהרת עורך-הדין אינה הבסיס לחובותיו האתיות, כפי שראינו, כך הדבר גם אצל ממלאי התפקידים הבכירים במדינה הנדרשים ליתן הצהרת אמונים, כפי שנראה בהמשך. ויש גם שיקולים מעשיים: מה יקרה אם יתעורר קושי – ובמצב הבטחוני של מדינת-ישראל אין מדובר בדברים בטלים – לקיים את הליך ההשבועה לאחר הבחירות? האם לא תהיה אז כנסת בישראל? האם לא תהיה ממשלה? האם לא יוכל להיבחר נשיא? ומה יקרה אם יתברר כי הייתה תקלה בהצהרת האמונים של חבר-כנסת – האם יבוטלו כל הצבעותיו בכנסת עד אותה עת?

אם נעייין בדין הקיים, נוכל לראות כמה תשובות אפשריות:

מודל ראשון: ביחס לממלאי תפקידים שיפוטיים נראה מנוסח החוקים הרלוונטיים כי הצהרה האמונים היא תנאי מוקדם שבלעדיו אין כניסה לתפקיד. סעיף 6 לחוק-יסוד: השפיטה קובע כי "מי שנתמנה שופט יצהיר הצהרת אמונים לפני נשיא המדינה", וסעיף 7 משלים וקובע כי "כהונת שופט תתחיל מעת שהצהיר הצהרת אמונים".⁴²⁴ נוסח דומה קבוע בחוק בתי-הדין הדרוזיים, הקובע בסעיף 13 כי "מי שנתמנה קאדי-מדהב חייב, בטרם ישב בדין, להצהיר בפני נשיא המדינה" הצהרת אמונים, וסעיף 17 משלים וקובע כי "כהונת קאדי מדהב תתחיל ביום שהצהיר אמונים".⁴²⁵

423 לנתונים בדבר אמון הציבור, המצביעים על פערים גדולים בין בעלי-תפקידים ומוסדות שונים במידת האמון שהציבור רוחש כלפיהם ועל הצורך בחיזוק אמון הציבור ברבות מרשויות המדינה, ראו "מדד הדמוקרטיה הישראלית 2017" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** 12.12.2017; www.idi.org.il/events/20100; יעל הדר "אמון הציבור הישראלי במוסדות השלטון בעשור האחרון" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** 24.12.2009 www.idi.org.il/parliaments/3467/8205.

424 הכהונה לא תסתיים אלא באחד המקרים המנויים בס' 7. נוסח הצהרת האמונים, הקבוע בס' 6 לחוק-יסוד: השפיטה, הוא "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, ולשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים".

425 נוסח ההצהרה, הקבוע בס' 13 לחוק בתי-הדין הדרוזיים, הוא "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל, לשפוט את העם משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים". שימו לב שהנוסח הקבוע לשופטי בתי-הדין הדתיים אינו מחייב הצהרת אמונים **לחוקיה** של המדינה כמו הצהרות האמונים

הנוסח שנקבע בחוק לשופטי בתי-הדין הדתיים האחרים בהיר אפילו יותר: סעיף 10 לחוק הדיינים קובע כי "מי שנתמנה דיין חייב, בטרם ישב בדין, להצהיר בפני נשיא המדינה ובמעמד הרבנים הראשיים לישראל"⁴²⁶; סעיף 7 לחוק הקאדים קובע כי "מי שנתמנה קאדי חייב, בטרם ישב בדין, להצהיר בפני נשיא המדינה" הצהרת אמונים.⁴²⁷ סעיף (1)2(7) לחוקה הפדרלית של ארצות-הברית קובע כי "לפני שיתחיל לשמש ככהונתו, יישבע או יתחייב [הנשיא הנבחר] בהן-צדק לאמור: 'אני נשבע (או מתחייב) בכבוד ראש כי אמלא באמונה את תפקיד נשיא ארצות הברית, וכמיטב יכולתי אקיים את חוקת ארצות הברית, אשמור ואגן עליה'".⁴²⁸ מצב הדברים ביחס לנשיא המדינה הישראלי מעניין אף יותר: סעיף 10 לחוק-יסוד: נשיא המדינה קובע כך:

- (א) הנשיא הנבחר יצהיר אמונים, בתום תקופת כהונתו של הנשיא הקודם או סמוך ככל האפשר לפני כן, ויתחיל לכהן בתום תקופת כהונתו של הנשיא הקודם.
- (ב) נתפנה מקומו של נשיא המדינה לפני תום תקופת כהונתו, יצהיר הנשיא הנבחר אמונים סמוך, ככל האפשר, לאחר בחירתו, ויתחיל לכהן מעת שהצהיר."

מן הסעיף עולה כי הנשיא יכול להצהיר אמונים אף לפני כניסתו לתפקיד (סעיף-קטן (א)), אבל בכל מקרה הוא "יתחיל לכהן מעת שהצהיר".

מודל שני מתייחס למקרים שבהם החוק מחייב הצהרת אמונים אבל אינו קובע זיקה ברורה בין מועד מתן ההצהרה לבין מועד הכניסה לתפקיד. כך, למשל, סעיף 7 לחוק-יסוד: מבקר המדינה קובע כי "מבקר המדינה ייבחר בידי הכנסת בהצבעה חשאית",⁴²⁹ ואילו סעיף 9 משלים וקובע כי "מבקר המדינה הנבחר יצהיר ויחתום לפני הכנסת הצהרת אמונים זו".⁴³⁰ על פניו, הפרשנות הראויה לסעיף זה דומה לדין על-פי סעיף 6

של בעלי-תפקידים אחרים. פרופ' נבות סבורה כי "הצהרת האמונים היא בדרך-כלל למדינה ולחוקה... הדרישה כי חבר-הכנסת יצהיר אמונים 'לחוקי הכנסת' אינה במקומה". ראו סוזי נבות "הצעת החוקה: שלוש הערות על פרק הכנסת" **משפט וממשל** י 593, 625 (2007). אשלים ואציין כי כהונת השופט לא תסתיים אלא באחת העילות המנויות בס' 17 לחוק בתי-הדין הדרוזיים.

⁴²⁶ למחלוקת על נוסח ההצהרה – שאינה מציינת שמירת אמונים לחוקיה של המדינה – ראו פרוטוקול ישיבה מס' 100 של הכנסת ה-15 (28.3.2000) knesset.gov.il/tql/knesset_new/knesset15/HTML_28_03_2012_09-20-03-AM/20000328@100-00MAR28@057.html.

⁴²⁷ נוסח ההצהרה הוא "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל, לשפוט את העם משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים".

⁴²⁸ ראו "חוקת ארצות הברית של אמריקה" (ארנון גטפלד מתרגם, אוניברסיטת תל-אביב) photos.state.gov/libraries/amgov/133183/constitution/US_Constitution_Hebrew.pdf.

⁴²⁹ שסדרה ייקבעו בחוק-יסוד: מבקר המדינה.

⁴³⁰ שלשונה "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה ולמלא באמונה את תפקידי כמבקר המדינה".

לחוקה הפדרלית של ארצות-הברית, אשר מחייב את כל בעלי-התפקידים (למעט הנשיא, כאמור לעיל) להצהיר אמונים במהלך כהונתם אבל אינו קובע מועד מדויק לכך או מתנה בהצהרה את יכולתם לשאת בתפקידם הרשמי.⁴³¹ מעניין שהמחוקק קבע את האפשרות הזו של פער בין מועד תחילת התפקיד למועד השבועה ביחס לכהונתם של ראש ממשלה ושר. סעיף 14 לחוק-יסוד: הממשלה קובע:

"משהביעה הכנסת אמון בממשלה, או סמוך ככל האפשר לאחר מכן, יצהיר ראש הממשלה בפני הכנסת הצהרת אמונים זו: 'אני (השם) מתחייב כראש הממשלה לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, למלא באמונה את תפקידי כראש הממשלה ולקיים את החלטות הכנסת'; וכל אחד מן השרים האחרים יצהיר הצהרת אמונים זו: 'אני (השם) מתחייב כחבר הממשלה לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, למלא באמונה את תפקידי כחבר הממשלה ולקיים את החלטות הכנסת.'" (ההדגשה הוספה.)

הדברים מובהרים שוב בסעיף 15, שעניינו צירוף שר:

"הממשלה רשאית, על פי הצעת ראש הממשלה, לצרף שר נוסף לממשלה; החליטה הממשלה לצרף שר, תודיע על כך ועל תפקידו של השר הנוסף לכנסת; עם אישור ההודעה על ידי הכנסת ייכנס השר הנוסף לכהונתו וסמוך ככל האפשר לאישור יצהיר את הצהרת האמונים." (ההדגשה הוספה.)

מודל שלישי: להבנתי, המודל השני האמור מאפשר לשר למלא את תפקידו ולהשתמש במלוא סמכויותיו עוד לפני שהצהיר אמונים. אולם ניתן לחשוב על מודל שלישי שבו בעל-התפקיד אומנם נכנס באופן רשמי לתפקיד ויכול להתהדר בשמו במועד שנקבע לתחילת הכהונה, אולם אינו יכול לעשות שימוש בסמכויותיו או בזכויות-היתר שהתפקיד מקנה לו אלא לאחר שהצהיר אמונים.

מודל זה הוא וריאציה על המודל השני, ולפיו החוק קובע (או מאפשר) הבחנה בין המעמד הפורמלי של בעל-התפקיד לבין הזכויות המהותיות שמעמד זה מקנה. ייתכן שזהו מצב הדברים ביחס לשבועת האמונים של חברי-הכנסת בישראל, אם כי הדברים אינם ברורים כל צורכם.⁴³²

431 ראו "חוקת ארצות הברית של אמריקה", לעיל ה"ש 428.

432 אגב, סקירה השוואתית של מרכז המחקר והמידע של הכנסת בנושא הצהרת אמונים של חברי פרלמנט לא מצאה נוהל מקובל של הצהרת אמונים. ראו יהודית גלילי **מסמך רקע לדיון בנושא: הצהרת אמונים של חברי פרלמנט – סקירה השוואתית** (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 2002) fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/8e986dc6-9232-e811-80de-00155d0a0235/2_8e986dc6-fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/8e986dc6-9232-e811-80de-00155d0a0235_11_8687.pdf. למשפט השוואתי ראו גם נבות, לעיל ה"ש 425, בעמ' 633–638.

נתחיל בעניין **כהנא** משנת 1987.⁴³³ במקרה זה התברר כי חבר-הכנסת הוסיף פסוק מספר תהלים להצהרת האמונים שלו מעל במת הכנסת. הדבר התברר כשנתיים לאחר כניסתו לתפקיד, כאשר אותו חבר-כנסת הבהיר כי כוונתו הייתה להתנות את נאמנותו לחוקי המדינה בכך שהם לא יעמדו בסתירה לחוקי התורה. כאשר התברר הדבר, פסל יושב-ראש הכנסת את הצהרתו, וקבע כי כל עוד הוא לא יצהיר אמונים כדין, הוא לא יינה מזכויותיו של חבר-כנסת. מכאן העתירה. בג"ץ דחה את העתירה והבהיר את חובתו של חבר-הכנסת להצהיר אמונים ללא כל תוספת או הסתייגות. לכאורה ניתן להבין מן הדברים כי עד שלא יצהיר חבר-הכנסת אמונים, הוא לא יוכל להיכנס לתפקידו. אבל סעיף 16 לחוק-יסוד: הכנסת, שבו עשה יושב-ראש הבית שימוש, קובע כך: "קרא יושב ראש הכנסת לחבר הכנסת להצהיר הצהרת אמונים והחבר לא עשה כן, **לא ינה החבר מזכויותיו של חבר הכנסת כל עוד לא הצהיר.**" (ההדגשה הוספה). לשון זו מרמזת כי חבר-הכנסת זכאי להיקרא בתואר זה עוד לפני הצהרתו, אלא שהוא אינו זכאי ליהנות מזכויותיו של חבר-כנסת עד שיצהיר. מצב דברים זה יכול לפתור גם בעיות דוגמת זו שהתהוותה כאשר חבר-הכנסת טריף נכנס לכנסת בעקבות התפטרות בסיעתו אולם ביקש לא להישבע אמונים כל עוד לא הסתיים הליך פלילי שהיה תלוי ועומד נגדו.⁴³⁴ אולם מרבית הנפקות המעשית של כהונה כחבר-כנסת תלויה בהצהרת האמונים, והדבר מחייב חשיבה בשאלות כגון מה יקרה אם יושב-ראש הכנסת אינו קורא לחברי-הכנסת להישבע אמונים – למשל, חלילה, בשל התנהגות לא-ראויה של יושב-הראש או בשל מצב חירום שאינו מאפשר השבעה: האם אז לא יהיו חברי-כנסת בעלי סמכות מהותית בישראל?

דומני שכיום הדברים ברורים יותר, לנוכח שילוב ההוראות של חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, של חוק הכנסת, התשנ"ד-1994, ושל חוק-יסוד: הכנסת. סעיף 88(א) לחוק הבחירות לכנסת מבהיר כי "מתום יום הבחירות יינה הנבחרים מחסינות פרלמנטרית".⁴³⁵ ודוק: מדובר בחירות, בחסינות מהתערבות בפעילותם, ולא בזכות חיובית. על-פי סעיף 1 לחוק הכנסת תתכנס הכנסת הנבחרת לשיבתה הראשונה ארבעה-עשר יום לאחר הבחירות, ובמהלך ישיבתה הראשונה יצהירו יושב-ראש הכנסת וחברי-הכנסת אמונים. סעיף 2 מבהיר כי "חבר הכנסת שלא נכח בישיבת הפתיחה, או שהיה לחבר הכנסת לאחר מכן, יצהיר את הצהרת האמונים בישיבה הראשונה שבה הוא נוכח". לבסוף, סעיף 16 לחוק-יסוד: הכנסת קובע, כאמור, שההצהרה היא תנאי להנאת חבר-הכנסת מזכויותיו. להבנתי, אם כן, יש להפריד בין

433 ראו בג"ץ 400/87 **כהנא נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מא(2) 729 (1987).

434 ראו גרעין אלון "טריף יצטרף לכנסת אך לא יישבע אמונים" **וואלה! חדשות** 17.11.2005 news.walla.co.il/item/810295.

435 באותו סעיף נקבע גם כי "נבחר שנמצא במעצר או במאסר, ישוחרר מיד אחרי פרסום תוצאות הבחירות, אולם אם היה במעצר או במאסר בשל פשע, ישוחרר – אם לא שוחרר לפני כן על ידי השלטונות המוסמכים – כעבור ארבעה עשר יום לאחר פתיחת הכנסת, זולת אם החליטה בינתיים הכנסת ליטול את חסינותו". ס' 88(ב) קובע הוראות מקבילות לגבי מועמד שנהיה חבר-כנסת אחרי יום הבחירות.

המעמד הפורמלי של חבר-כנסת לבין הכניסה לתפקיד והנשיאה בסמכויות, אשר תלויות בהצהרת האמונים.

מלומדים הביעו דעות שונות בנושא זה. פרופ' סוזי נבות סבורה כי הצהרת האמונים מהווה תנאי לכניסתו של חבר-הכנסת לתפקידו: "לשיטתי, חבר-הכנסת אינו נכנס כלל לתפקידו כ'חבר-כנסת' אם לא הצהיר אמונים."⁴³⁶ המלומדים רובינשטיין ומדינה סבורים כי למי שנבחר לחבר-כנסת מוענקות זכויות על-תנאי, והתנאי הוא השבועה: "אם אין הוא מקיימו – כגון מסרב להישבע – הן נשללות ממנו."⁴³⁷ אבל לטעמי, כאמור, הפרשנות התואמת ביותר את נוסח ההוראות היא הדעה – המוזכרת גם על-ידי פרופ' נבות – שלפיה קיימת "הבחנה בין ה'מעמד' או ה'תואר' של חבר-כנסת, שנרכש ללא כל תנאי מוקדם מרגע שהסתיימו הבחירות, לבין ה'תפקיד' של חבר-הכנסת, קרי, הפונקציות הפרלמנטריות. המעמד של הנבחר נרכש מייד עם תום הבחירות, אולם ה'תפקיד' של חבר-הכנסת מותנה בהצהרת אמונים."⁴³⁸ פרופ' נבות הוסיפה כי "הצהרת האמונים מהווה, לדעתי, תנאי לכניסתו לתפקיד של חבר-הכנסת, ולא 'עילה להדחה'".⁴³⁹

מצב דברים דומה מצוי בהסדר שנקבע בחוק הצהרת אמונים של חברי מועצת רשות מקומית (תיקוני חקיקה), התשס"ד-2004, שחייב חברי מועצת עירייה וחברי מועצה מקומית בהצהרת אמונים. הוראת פקודת העיריות כיום היא אפוא כדלקמן:

"התחלת כהונה

24. (א) מועמדים בבחירות למועצה שפקיד הבחירות הכריז עליהם כמי שנבחרו חברי מועצה לפי סעיף 46 לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965... או שנקבעו כחברי המועצה בפרוטוקול שנוהל לפי סעיף 66 לחוק הבחירות, יתחילו לכהן 21 ימים לאחר יום הבחירות...
- (ב) המועצה תקיים את ישיבתה הראשונה תוך 14 ימים מיום התחלת כהונתם של חברי המועצה כאמור בסעיף קטן (א).

הצהרת אמונים של חברי המועצה

- 24א. (א) עם כינוסה של ישיבת המועצה הראשונה לאחר הבחירות יצהיר חבר המועצה אמונים; ואלה דברי ההצהרה:
- 'אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולמלא באמונה את שליחותי במועצה'.

436 נבות, לעיל ה"ש 425, בעמ' 626. להרחבה ראו שם, בעמ' 625–626.

437 אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך ב 678 (מהדורה שישית, 2005).

438 ראו נבות, לעיל ה"ש 425, בעמ' 626.

439 שם, בעמ' 625.

- (ב) חבר המועצה שלא הצהיר את הצהרת האמונים, לא ייהנה מזכויותיו של חבר המועצה, לרבות זכות ההצבעה במועצה ובוועדותיה, כל עוד לא הצהיר.
- (ג) חבר המועצה שלא נכח בישיבת המועצה הראשונה, או שהיה לחבר המועצה לאחר מכן, יצהיר את הצהרת האמונים בישיבה הראשונה שבה הוא נוכח.⁴⁴⁰

השאלה השלישית (הקשורה לקודמתה): מה תוקפן המשפטי של הצהרת האמונים או השבועה, כלומר, מה משמעותן הנורמטיבית – האם הן יוצרות חובות משפטיות קונקרטיות או שמא הן רק בגדר התחייבות טקסית, ציבורית ואתית? ככל שנקנה חשיבות גדולה יותר להצהרה או לשבועה כן תהיה גם חשיבות גדולה יותר לשאלה אם ביצוען הוא תנאי-בלעדי-אין לכניסה לתפקיד.

אילו רצינו, כעניין שבמדיניות, לתת להצהרת האמונים משמעות משפטית מחייבת, הדרך לעשות כן הייתה ברורה: לעשות בהצהרת הנאמנות שימוש ישיר ככלי משפטי, ולראות בהפרתה עילה לנקיטת הליכים משפטיים – משמעתיים, פליליים, מנהליים או אזרחיים – נגד בעל סמכות שהתנהג לכאורה בצורה לא-נאותה. במילים אחרות, היה עלינו להאשים אותו באי-קיום הצהרת האמון שלו.

אולם להבנתי, לא זו הפרקטיקה הנוהגת: אין כיום כל ספק שהמשפט הישראלי מטיל על פקידי ציבור חובת אמון או חובת נאמנות לציבור, הן במשפט הציבורי (החוקתי, ובעיקר המנהלי) והן במשפט הפלילי, אבל מקור הדברים אינו ממוקד בהצהרת הנאמנות שלהם, אלא מחובר במישורין, בהגדרה, לעובדה שהם נטלו על עצמם את המשימה לפעול בשליחות ציבורית ולהפעיל סמכות ציבורית.

כך, בתחום המשפט המנהלי בית-המשפט אומר פעמים רבות אמירות כגון "איש הציבור הוא נאמן הציבור"⁴⁴¹ או "המשיבות בענייננו – הוועדה המקומית והעירייה – הן רשויות ציבוריות, וככאלה הן בבחינת נאמן הציבור",⁴⁴² ומקביעה אקסיומטית זו הוא גוזר הלכות: "חובת ההגינות החלה על הרשות כלפי האזרח היא המקור הרעיוני של כללים שונים המסדירים את היחסים שבין הרשות לבין האזרח. כך, לדוגמה, הכלל בדבר חובת השימוע... כך גם הכלל בדבר החובה לקיים הבטחה מינהלית."⁴⁴³ אבל בית-המשפט אינו מתייחס לעובדה שגופי הממשל מורכבים מאנשים שרבים מהם, במיוחד הבכירים שביניהם, נטלו על עצמם חובות נאמנות בהתחייבות אישית במסגרת בהצהרת האמונים.⁴⁴⁴ פרופ' נבות העירה כי לפחות בשני מקרים העניקה פסיקתו של בית-

440 כאמור, הסדר דומה קבוע כיום בפקודת המועצות המקומיות – ראו לעיל ה"ש 419.

441 ראו בג"ץ 669/86 **רובין נ' ברגר**, פ"ד מא(1) 73, פס' 6 לפסק-דינו של השופט ברק (1987).

442 ראו ע"מ 1369/06 **הלביץ נ' הוועדה המקומית לחכנון ולבנייה, חדרה**, פ"ד סב(4) 634, פס' 58 לפסק-דינו של השופט דנציגר (2008).

443 בג"ץ 164/97 **קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נב(1) 289, פס' 22 לפסק-דינו של השופט זמיר (1998).

444 נראה שמצב הדברים במשפט האמריקאי דומה. לדיון באפשרות לשאוב טיעון נורמטיבי מהצהרת הנאמנות לחוק הפדרלי ראו: Richard M. Re, *Promising the Constitution*, 110 NW. U. L. REV. 299 (2016).

המשפט העליון להצהרות האמונים של חברי-הכנסת "משמעות חוקתית, אם כי בצורה עקיפה, וראתה בה מקור לחובות האמון של חברי-הכנסת".⁴⁴⁵ אבל מדובר בשימוש מוגבל מאוד בהצהרות האמונים לעומת הפוטנציאל של שימוש ישיר בהתחייבות אישית זו של בעלי-התפקידים.

מצב הדברים דומה כנראה בתחום המשפט הפלילי. תהיתי אם ניתן לחבר בין העברות הפליליות של "הפרת אמונים" לבין הצהרת האמונים, אבל לא מצאתי תשובה ברורה בחקיקה הישראלית. התרשמותי מהפסיקה היא שהיחס לשבועה הוא יותר כאל עניין של כבוד ומוסר, ופחות כאל התחייבות מחייבת. טלו, למשל, את פסק-הדין שבו הורשע הנשיא לשעבר קצב בדין, וראו כיצד ההצהרה מוזכרת בראשית גזר-הדין:

"בראש המדינה עומד נשיא". הנשיא הנבחר יצהיר ויחתום בפני הכנסת הצהרת-אמונים זו: 'אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה ולמלא באמונה את תפקידי כנשיא המדינה'. כך קובעים סעיפים 1 ו-9 לחוק יסוד: נשיא המדינה. נשיא המדינה מייצג את מדינת ישראל, על כל חלקיה ומגזריה ואחד מסמלי הריבונות של מדינת ישראל. הוא 'מי שעומד בראש המדינה או מסמל אותה'... מעמדו של נשיא המדינה מחייב אותו לממלכתיות וסמליות. נשיא המדינה מכהן בכהונה הרמה. הוא אינו חלק משלוש רשויות השלטון ואינו בעל מעמד פוליטי. נשיא המדינה הוא נאמן ואחראי לתפקידו הרם. מעמדו ומדיניותו של נשיא המדינה מחזקים את תחושת המחויבות ההדדית בקרב אזרחי ישראל למדינה ולעם, לסמליה הממלכתיים ולתחושת השייכות. נשיא המדינה בישראל אמור לבטא את הממלכתיות, את האחדות ולהיות לסמל שכל אזרחי המדינה מזדהים עמו.⁴⁴⁶

אבל בסופו של דבר ההרשעה הייתה על-פי הוראות מהחוק הפלילי – עברות אינוס, מעשה מגונה בכוח ועוד. קיימת בפסק-הדין התייחסות למעמדו הציבורי של הנאשם ולעובדה שמעמדו זה נתן לו במידה רבה את האפשרות לעבור את העברות (וגם גרם לו נזקים אישיים קשים עקב הפרסום הרב שנלווה להליך), אבל לא מצאתי התייחסות משפטית מעשית להצהרת האמונים.⁴⁴⁷

ודוק: איני משוכנע שראוי להפוך את הצהרת האמונים מאירוע הצהרתי-אתי לחובה משפטית מחייבת. זאת, ראשית, משום שהדבר ישנה לגמרי את האופי הטקסי והציבורי

445 ראו נבות, לעיל ה"ש 425, בעמ' 627.

446 ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פס' 406 לגזר דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 10.11.2011).

447 דברים דומים ניתן לומר ביחס לדנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385 (2004), שם דחה הרכב מורחב של בית-המשפט העליון את ערעורו של מי שהיה מנכ"ל משרד ראש הממשלה על הרשעתו בעברות של מרמה והפרת אמונים לפי ס' 284 לחוק העונשין – גם כאן ללא התייחסות להצהרת האמונים שפקיד בכיר זה נטל מן הסתם על עצמו.

של טקס ההשבעה של הבכירים, ויהפוך אותו לטקס חתימה משפטי-פורמלי; ושנית, משום ששינוי מעמדה של הצהרת האמונים יעורר סדרה של שאלות מורכבות: האם הצהרת האמונים היא תנאי קונסטיטוטבי היוצר את סמכותו של עובד הציבור? האם ניתן לחייבו בחובת נאמנות גם אם הוא לא הצהיר מסיבה כלשהי? וכדומה. אבל הייתי שמח בהחלט לעורר דיון בנושא, וחשיבה ביחס למשמעותה של הצהרת האמונים.

למיטב ידיעתי, גם במדינות אחרות לא זכה נושא חשוב זה בדיון. פרופ' ג'פרי ברנד-בלרד (Jeffrey Brand-Ballard) מלין על כך בספרו,⁴⁴⁸ שבו הוא בוחן את המשמעות המשפטית והאתית של שבועתם של ממלאי תפקידים שיפוטיים. לדעתו, כאשר שופט נשבע אמונים, הוא מתחייב לקיים את חובותיו השיפוטיות בצורה טובה בכל מקרה שבו יכריע כל עוד הוא נושא בתפקידו, והתחייבותו היא כלפי הציבור הכללי, עמיתיו השופטים וכל נושאי המשרות הציבוריות, אך לא כלפי שום נבטח ספציפי.⁴⁴⁹ אבל מהו התוכן המדויק של ההתחייבות? הדבר מעורר שאלות משפטיות, ואף יותר מכך שאלות מוסריות מורכבות ביותר העוסקות במהות ההתחייבות, בעולם שבו כולנו עמוסים בהתחייבויות ואינטרסים מורכבים.⁴⁵⁰

באשר ל**שבועת אמונים** – למיטב ידיעתי, **שבועת האמונים** היחידה הנהוגה כיום בישראל היא זו של חיילי צה"ל. הרקע של הדברים הוא כדלקמן:⁴⁵¹ סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט – דבר החקיקה הראשון שחוקק לאחר הקמת המדינה – הסמיך את הממשלה הזמנית להקים "כוחות מזוינים ביבשה, בים ובאוויר, אשר יהיו מורשים לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם הגנת המדינה".⁴⁵² בהתאם לכך הציע ראש הממשלה ושר הביטחון דוד בן-גוריון לחוקק את פקודת צבא-הגנה לישראל, והצעתו התקבלה ופורסמה ברשומות ביום 31 במאי 1948.⁴⁵³ מכוח הפקודה הוקם צה"ל, נקבע תפקידו הבלעדי ככוח המזויין של המדינה, הונהג גיוס-חובה לשורותיו, וכן נקבעה חובת שבועת האמונים. את השבועה חיבר בן-גוריון ביום 30 במאי על בסיס "שבועת ההגנה", ויישומה החל בהשבעת הפיקוד העליון של צה"ל ביוני 1948. באותו אירוע קרא בן-גוריון את נוסח השבועה: "הנני נשבע ומתחייב בהן צדקי לשמור אמונים למדינת ישראל, לחוקתה ולשלטונותיה המוסמכים, לקבל על עצמי ללא תנאי וללא סייג עול משמעותו של צבא-הגנה לישראל, לציית לכל הפקודות וההוראות הניתנות על-ידי

448 ראו BRAND-BALLARD, לעיל ה"ש 421, בעמ' 143.

449 שם, בעמ' 143–144.

450 ראו לפירוט שם, בעמ' 142–156.

451 לדיון נרחב יותר במסמך ובמשמעותו ראו גיא זיידמן ויהל קפלן "עברות שמות לפני ואחרי הקמת המדינה: בין הפרטי לציבורי" (טרם פורסם).

452 תוקף הפקודה הוחל רטרואקטיבית מיום הקמת המדינה.

453 פקודת צבא-הגנה לישראל, ע"ר 3 תוס' א 9. הפקודה גם פורסמה כ"פקודת יום מס' 1" של צה"ל, ומאז נקבע ה-31 במאי 1948 כיום ההקמה הרשמי של צה"ל.

המפקדים המוסמכים ולהקדיש כל כוחותי ואף להקריב את חיי להגנת המולדת וחרות ישראל. כל מפקד ששמו נקרא צעד אל מול ראש הממשלה וקרא "אני נשבע".⁴⁵⁴ אין לי ספק ששבועת האמונים לצה"ל היא דקלרטיבית, ולא קונסטיטוטיובית, כלומר, השבועה אינה תנאי להחלת איזו מן החובות המוטלות על החייל, ועיקר מעיינה לחייב את החייל להתמודד במישורין עם המשמעות והחשיבות של השירות הצבאי. הטעמים לכך ברורים. להבדיל מהתפקידים הממלכתיים שנידונו לעיל, השירות בצה"ל הינו חובה. הגיוס נעשה על-פי חוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986,⁴⁵⁵ ואינו תלוי בהסכמתו של המתגייס. תחולת המשפט הצבאי על חייל מרגע גיוסו הינה מכוח חוק השיפוט הצבאי,⁴⁵⁶ ואינה תלויה בשבועת האמונים. ראוי לציין – ויש בכך אולי משום ראייה לסתור – כי על-פי פקודות הצבא חיילים נשבעים אמונים פעמיים: בפעם הראשונה הם חותמים על טופס 500 ("שבועה לצה"ל") כחלק מהליך הגיוס בבסיס הקליטה והמיון; ובפעם השנייה הם מצהירים אמונים בעל-פה ביחידה, בסיום הטירונות, "במסגרת טקס חגיגי שישולב עם קבלת הנשק האישי".⁴⁵⁷ אבל במהלך השנים נרשמו כמה מקרים – שהגיעו לידיעת הציבור – שבהם "ויתרו" רשויות הצבא למתגייסים, בעקבות בקשתם מטעמי מצפון, על נטילת שבועת האמונים, ואף על-פי-כן הם עשו שירות צבאי.⁴⁵⁸ על דברים אלה ראוי להוסיף ארבע הערות:

454 ראו "בן גוריון וצה"ל" ארכיון צה"ל ומערכת הביטחון www.archives.mod.gov.il/Exhib/BenGurion/tzahal/Pages/default.aspx. ראו גם פ"מ 33.0915 "שבועת אמונים לצה"ל וחלוקת נשק לטירונים". בשנת 1999 שונה נוסח השבועה כפי שהיא מבוצעת בפועל – להבדיל מהנוסח בפקודה, אשר לא שונה – והמילה "לחוקתה" הוחלפה במילה "לחוקיה". ראו עוד "טקס השבעה צבאי" ויקיפדיה (4.2.2018) [טקס_השבועה_צבאי](https://he.wikipedia.org/wiki/טקס_השבועה_צבאי).
455 חוק זה מטיל באופן עקרוני את חובת הגיוס על כל אזרח ישראלי או תושב קבוע שמלאו לו שמונה עשרה שנים (ראו ס' 1 ו-13 לחוק). קבוצות ופרטים מקבלים הקלות בשירות, העשויות להגיע עד לפטור משירות חובה, אולם החובה העקרונית מוטלת בחוק זה, כאמור, על הכל.
456 ס' 4 לחוק השיפוט הצבאי קובע כי "מי שנחקל כדין, או דימו בתום לב שנתקבל כדין, לכוחות הסדירים של הצבא או לשירות בכוחות המילואים של הצבא, יחול עליו חוק זה כל עוד לא קיבל שחרור מן הכוחות הסדירים או מאותו שירות מילואים". (ההדגשה הוספה על-מנת לציין כי החוק עשוי לחול גם על אדם שמתברר כי לא גויס כלל אולם היה משוכנע, בתום-לב, שהוא חייל צה"ל).
457 ראו פ"מ 33.0915, לעיל ה"ש 454. עוד ראו "טקס השבעה צבאי", לעיל ה"ש 454.
458 במקרה מפורסם אחד, שאירע בשנת 1954, "ניהל החייל אמנון זיכרוני – לימים עורך דין ידוע – מאבק עיקש ברשויות הצבא, מאבק שהמניע שלו היה פציפיזם ולא הרצון להתחמק מסיכון עצמי. זיכרוני סירב להישבע אמונים לצה"ל, סירב לאחוז בנשק... ושבת שביתת רעב 23 יום בכלא הצבאי". ראו ציפי גון-גרוס **חורים מתגייסים – משפחה, צבא ומה שביניהם** 199 (2003). בסופו של דבר, בהתערבות ראש הממשלה משה שרת, ובניגוד לעמדתו של שר הביטחון פנחס לבון, הוקל עונשו, והוא שירת כמתרגם וכעורך בטאונים בהג"א. ראו שם, בעמ' 199–200; "אמנון זכרוני" ויקיפדיה (30.5.2018) he.wikipedia.org/wiki/אמנון_זכרוני. ראו גם "צום אמנון זכרוני ליומו ה-20" על **המשמר** 17.6.1954, 1. מקרה נוסף, קרוב יותר לימינו, אירע בשנת 2003. אז פורסם כי "בצעד חסר תקדים, איפשר צה"ל לסרבן השירות רותם רונן להתגייס לשירותיו בלי לחתום על הצהרת האמונים לצבא ולמדינה, שעליה חותם כל חייל בבקו"ם, ובלי לעבור טירונות. רונן – שריצה כבר שלוש

ראשית, מעניין וראוי לציון שנוסח השבועה כולל הן שבועה והן התחייבות בהן-צדק.⁴⁵⁹

שנית, האם ניתן לקרוא את סעיף 3 לחוק לתיקון דיני הראיות – הקובע כי "מקום שחוק מתיר או מחייב כי דבר פלוני ייעשה בשבועה, ייעשה הדבר באזהרה בדרך הקבועה בסעיף 2, בשינויים המחוייבים לפי הענין" – כמשנה את נוסח השבועה של חיילי צה"ל וכ"ממיר" את השבועה באזהרה בלבד?

שלישית, חשוב להוסיף פרטים אחדים על הקבוצה שלגביה סוגיה זו חשובה במיוחד: חיילי צה"ל הדתיים. הרב בניהו ברונר, ראש ישיבת-ההסדר בצפת, דן בשבועת האמונים לצה"ל⁴⁶⁰ וציין כי הפרקטיקה המקובלת היא "שחיילים דתיים אינם נשבעים אלא מסתפקים בהצהרת אמונים, בגלל חומרתה של השבועה".⁴⁶¹ ברונר בוחן במאמרו שאלה מרתקת, והיא אם קיים היתר הלכתי, לחייל החפץ בכך, להישבע אמונים. דיון זה רלוונטי, לדידו, "גם לגבי חברי כנסת ושרים הנשבעים אמונים למדינת ישראל".⁴⁶² בין מסקנותיו: "השבועה הייתה מקובלת ונפוצה בימי התנ"ך, כשמדובר בנושאים בעלי חשיבות, ולא מצאנו הד של הסתייגות מנוהג זה בנושאים אלו"; ובסופו של הדיון – "כל זמן שאין תקנה קבועה, לענ"ד [=לעניות דעת] יש להורות לחיילים שהם רשאים

תקופות מאסר (של חודשיים וחצי בסך הכל) בגלל סירובו להתגייס – ימלא את שירותו הצבאי בחלוקת מסיכות אב"כ בפיקוד העורף". לילי גלילי "סרבן גויס בלי להצהיר אמונים; ישרת רק אזרחים" **הארץ** 29.5.2003 www.haaretz.co.il/misc/1.885118

459 אולם מהסיקור העיתונאי של התקופה נראה שהדגש היה במרכיב **השבועה**, אשר נתפס לא רק כלגיטימי, אלא אף כראוי במדינה הריבונית החדשה, ולא רק בהתייחס לחיילי צה"ל, אלא גם בהתייחס לשוטרים. ראו, למשל, את הדיווח העיתונאי הבא: "122 חניכים ראשונים של בסיס האמונים של משטרת המדינה נשבעו אתמול אמונים למדינת ישראל בסיימם את מחזור הלימודים הראשון. תוך התרוממות וסיפוק, כי עובדי ממשלת ישראל הראשונים המה, הזוכים להישבע שבועת אמונים למדינתנו חזרו בוגרי המחזור, שנמשך שבועים ובו השתתפו רבים מהשוטרים לשעבר" (**קול העם**, 30.5.1948, 4). (ההשבעה של מפקדי צה"ל וחייליו הייתה רק כחודש לאחר-מכן – השוו "הושבעו 21 מפקדים גבוהים בצבא-ההגנה – היום תהא ההשבעה הכללית של חיילי הצבא" **המשקיף** 28.6.1948, 1). על-פי ס' 14 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, שבועת האמונים נדרשת רק מקציני משטרה בדרגת מפקח-משנה ומעלה.

460 ראו בניהו ברונר "שבועת אמונים לצה"ל" **צהר** יא 17 (התשס"ב).
461 שם, בעמ' 17 (ההדגשות במקור). לדברים דומים ראו בן ששון-פורסטנברג, לעיל ה"ש 419, בעמ' 1, המציינת כי בסיום טקס ההשבעה מחלקים כשי ספר תנ"ך לחיילים יהודים, ספרי הברית החדשה לנוצרים, ספרי קוראן למוסלמים ומדליה לדרוזים – כל חייל על-פי אמונתו ועל-פי בקשתו.

462 ראו ברונר, לעיל ה"ש 460. ודוק, מדובר במי **שבועתים** להישבע. ברונר חוזר על עמדה זו בתשובתו למאמר התגובה של הרב רימון – ראו יוסף צבי רימון "שבועת אמונים לצה"ל (תגובה למאמרו של בניהו ברונר, 'צהר' יא) **צהר** יג 1, 6 (התשס"ג). כן ראו, בעניין שבועת האמונים של שרים וחבריי-כנסת, שמואל הכהן וינגרטן "חוקי המדינה ותוקפם לפי ההלכה" **צמת – צוותי מדע ותורה** www.zomet.org.il/?CategoryID=282&ArticleID=369

להישבע ללא חשש איסור.⁴⁶³ על דברים אלה ענה הרב יוסף צבי רימון במאמר תגובה, שבו הביע ונימק את דעתו כי "אין להישבע שבועת אמונים, אלא להצהיר בלבד".⁴⁶⁴ רביעית, לפילוסוף אסא כשר, מחבר הקוד האתי של צה"ל, יש השגות ערכיות על השבועה, אבל דווקא ביחס לרכיבים אחרים שלה. הצעתו היא לשנות את נוסח השבועה כך שבמקום המילים "להקדיש כל כוחותיי ואף להקריב את חיי" ייאמר "להקדיש את כל כוחותיי, עד כדי חירוף הנפש", מילים המשקפות במדויק את רוח צה"ל.⁴⁶⁵ ומה לגבי שימוש וולונטרי בשבועה, אשר אינו פרי דרישת החוק אלא נובע מרצונו של הפרט? האם יהיה לו תוקף במשפט הישראלי? על כך בשתי הנקודות המסיימות הבאות.

(3) שבועה כדרך לנטילת התחייבות

ראינו כי אחד השימושים המרכזיים של השבועה לאורך ההיסטוריה היה כדרך להביע את רצינות כוונותיו של האדם הנוטל על עצמו התחייבות. דין החוזים הישראלי אינו מחייב אדם להוכיח את רצינות כוונותיו – לא בשבועה, וכיום אפילו לא באמצעות מתן תמורה כלשהי, ולו סמלית.⁴⁶⁶ כיצד אפוא נכרת חוזה, והיכן משתלבת השבועה? לפי סעיף 1 לחוק החוזים (חלק כללי), חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול. סעיף 2 מבהיר כי "פנייתו של אדם לחברו היא בגדר הצעה, אם היא מעידה על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה והיא מסויימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה". התחייבות בדרך של שבועה יכולה לעמוד בדרישות אלה כמו כל טקסט אחר, אבל במקרה כזה השבועה היא לא יותר מנוסח טקסי, צורני, המעיד על כוונת הצדדים.⁴⁶⁷ לשבועה לא תהיה משמעות מהותית ביחס לתוקף ההתחייבות וליצירת החוזה, למעט, אולי, לעניין חזקת הקיבול של סעיף 7 לחוק, שלפיו "הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע, חזקה עליו שקיבל אותה, זולת אם הודיע למציע על התנגדותו תוך זמן סביר לאחר שנודע לו עליה".

463 ראו ברונר, שם, בעמ' 24.

464 ראו רימון, לעיל ה"ש 462, בעמ' 1. כן ראו דיון שם, בעמ' 1–5; "יוסף צבי רימון (רב)" ויקיפדיה (30.5.2018) [http://he.wikipedia.org/wiki/יוסף_צבי_רימון_\(רב\)](http://he.wikipedia.org/wiki/יוסף_צבי_רימון_(רב)).

465 ראו אסא כשר "מותר לשנות שבועה, בזהירות" nrg מעריב 19.8.2007 www.nrg.co.il/online/1/ART1/624/363.html.

466 על דרישת התמורה בחוזה במשפט האנגלי ועל אי-תחולתה במשפט הישראלי ראו פבלו לרנר ההתחייבות החר צדדית 69–71 (2001).

467 כך, למשל, בתמ"ש (משפחה ת"א) 37521/00 ה' ה' ב' ג' מ' ש' (פורסם בנבו, 4.6.2009) דחה השופט גרמן תביעה כספית לאכיפת חוזה וקבלת פיצויים בשל הפרת חוזה וגרם הפרת חוזה. נקבע כי ההצעה לא הבשילה לכלל חוזה מחייב בשל העדר גמירות-דעת והעדר מסוימות. בין היתר נקבע כי לא היה בלחיצות-הידיים בתום הפגישה כדי ליצור מחויבות, וזאת גם על-פי אדניו של המוסד המשפטי "תקיעת-כף" שבמשפט העברי, שבו תקיעת-כף נחשבת ביטוי של שבועה שאדם נשבע לחברו.

אפשרויות נוספות כוללות, לצד החיוב, את האפשרות לראות בשבועה משום מתנה על-פי חוק המתנה,⁴⁶⁸ אם היא עומדת בתנאיו של חוק זה; ולצד השלילה, את ביטול החוזה, אם נוסח השבועה כולל רכיבים של שקר, מרמה, הטעיה, כפייה או איום, וזאת מכוח סעיפים שונים בחוק החוזים (חלק כללי). עניין אחרון זה מוביל אותנו לנקודה המסיימת.

(4) איסור השבעה לעברה

דווקא לגבי אותם אנשים המייחסים משקל לשבועה במובנה העתיק – והמשפט הישראלי מודע למצב דברים זה – חוק העונשין מוסיף אזהרה: מן הצד האחד, החוק הפלילי אוסר על אדם להשביע "את חברו בשבועה או בהתחייבות שכמוה כשבועה" או להיות "נוכח בהשבעה כאמור [תוך הבעת] הסכמתו לה" אם שבועה זו באה לחייב את הנשבע לעבור עברה; ומן הצד האחר, החוק הפלילי מגביל את יכולתו של מי שנשבע שבועה כאמור לטעון להגנתו שכפו אותו.⁴⁶⁹

במקום סיכום ולקראת חלק ב של המאמר

מבחינה היסטורית היו לשבועה שני תפקידים: היא הייתה דרך ליטול התחייבות, והיא הייתה דרך להעיד על נכונותו של מידע. במשך מרבית ההיסטוריה האנושית התייחס המשפט לשבועה – על האזהרה העל-אנושית הגלומה בה – ברצינות רבה, עשה בה שימוש בהליכים משפטיים ונתן לה תוקף מחייב.

אבל גם כיום, כאשר השבועה נעלמה כמעט מההליך המשפטי, אנשים עודם משתמשים בה, בוודאי בשיח העממי. אנשים ממשיכים להישבע בדבר אמיתותן של עובדות ובדבר כנות התחייבויותיהם, ואחרים עדיין רואים בשבועה כזו משום ראיה לאמיתות הדברים ולכנות ההצהרות. זאת ועוד, עודנו מחייבים אנשים להצהיר – אם לא להישבע – כי דבריהם הם אמת בעדות בבית-משפט, ועודנו מחייבים ממלאי תפקידים בכירים להצהיר אמונים באירועים פומביים רבי תהודה. מדוע אנו עושים כן?

כאמור, המחקר הפסיכולוגי מוצא תימוכין חלקיים בלבד לדעה כי השבועה מקדמת אמירת אמת.⁴⁷⁰ ייתכן שהשבועה היא אחת הנסיבות של העדות בבית-משפט – בצד הפורמליות של ההליך, השופט הנישא עם גלימתו השחורה, המודעות לכך שעדות-שקר עלולה להוביל להשטת סנקציות על העושה, וקיומו של קהל הקשוב לכל מילה – המשפיעות על אנשים לומר אמת.⁴⁷¹ מה שברור הוא שהאינטואיציה שלפיה השבועה

468 לנושא זה אתייחס בהרחבה במאמר משלים לרשימה זו.

469 ס' 140(1) ר-142 לחוק העונשין.

470 ראו SAKS & SPELLMAN, לעיל ה"ש 67, בעמ' 117–119 ו-141.

471 ראו שם, בעמ' 172.

או האזהרה מגדילות את הסיכוי שהעד יאמר אמת רווחת במשפט המקובל.⁴⁷² בית-המשפט העליון הפדרלי הניח במפורש כעניין אמפירי, בפסק-דין משנת 1987, כי לשבועה (ובאותו מקרה דובר בשבועת אמונים לתפקיד) יש תוקף פסיכולוגי ולפיכך נוטים לקיימה.⁴⁷³

מדוע אנו ממשיכים לדרוש מאנשים להתחייב בהצהרה או בשבועה בבתי-המשפט? המחקר המוגבל שנערך בתחום הפסיכולוגיה בשאלת השפעתה של השבועה גילה כי כאשר אנשים מבטיחים לא לשקר או לא לרמות, יש לדבר, במקרים מסוימים, השפעה חיובית עליהם, אשר הודות לה הם אכן אינם משקרים או מרמים. המחקרים אשר עסקו בשאלה מדוע אנשים מתחייבים ומדוע הם מקיימים את הבטחותיהם נתנו אפוא הסבר מדוע ההתחייבות האישית החגיגית בדרך של שבועה היא עדיין מנגנון חברתי – אם לא משפטי – אפקטיבי ורלוונטי גם כיום.

אני נמנה עם אלה הסבורים כי יש לשבועה תפקיד. כפי שכותב מיירון גוקנאואר (Myron Gochnauer):

"The oath remains... an easily recognized institution in our society, and performs a role which is not out of date... [I]t performs the social function of publicly committing the speaker to something *in the strongest possible way*."⁴⁷⁴

ההיסטוריה התרבותית הארוכה של השבועה מבטיחה שהיא מוסד חברתי שמהותו מובנת היטב, שהמשתמשים בו מתכוונים להביע התחייבות מהסוג החזק ביותר, כמעט ברמה של נדר, ושביצועה הוא עניין רציני, אפילו מוזר, על גבול המיתי.⁴⁷⁵ ייתכן שהשימוש בשבועה שוב אינו מתאים בנסיבות המשפטיות של ימינו – בין בשל הזיקה הדתית של המוסד, שאינה מתאימה למסגרת של הליך חילוני, ובין משום שמוסד זה אינו יכול להשפיע על אנשים שאינם מאמינים בו – אבל המשפט אינו רק מוסד ריאלי-פוליטי: באופן אידיאלי הוא משקף את שאיפותיה של החברה ואת מושג הצדק שלה.⁴⁷⁶

472 ראו, למשל: United States v. Turner, 558 F.2d 46, 50 (2d Cir. 1977): "An 'Oath or affirmation' is a formal assertion of, or attestation to, the truth of what has been, or is to be, said. It is designed to ensure that the truth will be told by insuring that the witness or affiant will be impressed with the solemnity and importance of his words. The theory is that those who have been impressed with the moral, religious or legal significance of formally undertaking to tell the truth are more likely to do so than those who have not made such an undertaking or been so impressed".

473 ראו Re, לעיל ה"ש 444, בעמ' 302 ה"ש 3, המתייחס לפסק-הדין בעניין: Illinois v. Krull, 480 U.S. 340 (1987).

474 ראו Gochnauer, לעיל ה"ש 41, בעמ' 99 (ההדגשה במקור).

475 ראו שם.

476 ראו שם, בעמ' 98–100.

הייתי רוצה להאמין שגם בעידן הציני שבו אנו נמצאים, כאשר אנשים מעידים אמת או נוטלים על עצמם תפקיד או התחייבות אשר משפיעים באופן משמעותי על טובתם של אחרים, ובמיוחד כאשר הם עושים כן מול פני הקהילה (המשפחתית, המקצועית או הרחבה יותר), כוונתם אמיתית וכנה, לפחות ברגע ההצהרה. כך, למשל, יפה בעיניי הדיון המתקיים בקהילה הרפואית בעניין שבועת הרופא והתאמתה לימינו. גם כיום השבועה היא מוסד חי וקיים, בוודאי בשיח העממי, וייתכן בהחלט שיהיו מי שיעשו בה שימוש. בהקשר של רשימה זו, העוסקת בהנצחות האנושיות ובכלים ליישומם, במיוחד אלה שהמשפט מותיר לאוטונומיה של הפרט ומפקח עליהם בעיקר כדי למנוע שימוש בוטה בהם לרעה, ברי כי יש לשבועה תפקיד פוטנציאלי. ייתכן שבן הנשבע להוריו כי יעשה כל ביכולתו להצליח בלימודיו אכן יתאמץ יותר, וגם יזכה במידה רבה יותר של אמון ותמיכה מהוריו. ההורים עשויים גם הם להישבע לסייע לבנם, כדי לעודדו להתאמץ בלימודיו. המשפט יתקשה לאכוף על הבן התחייבות "ללמוד כמו שצריך", אבל הוא עשוי לאכוף שבועה של הורים לסייע כלכלית, אם היא נופלת לגדר מוסדות משפטיים מוכרים – כגון מתנה, שבה יעסוק המאמר השני בסדרה, או פרס, שבו יעסוק המאמר השלישי בסדרה – ואם הדין אינו מכיר באפשרות לבטל את ההתחייבות.