

תוכן העניינים

יז
1

שלמי תודה
דברי פתיחה

חלק ראשון: ההודאה במשפט העברי באספקלריה של תולדות המשפט

13

פרק א: 'מלכת הראיות'

- 1.א. הערה לשונית 14
- 1.ב. אמצעים לגילוי האמת במשפט 14
2. סקירה השוואתית: המשפט הקדום והטרומ־מודרני 16
 - 2.א. החוק של המזרח הקדום 16
 - 2.ב. החוק היווני 18
 - 2.ג. החוק הרומי 20
 - 1.ג.2 החוק הרומי הקלסי 20
 - 2.ג.2 החוק הרומי הלא־קלסי 21
 - 2.ד. החוק המוסלמי 22
 - 2.ה. החוק הקנוני 24
 - 2.ו. חוק היבשת האירופית: ימי הביניים 27
 - 2.ז. השימוש בעינויים: צמצומו וביטולו 29
 - 2.ח. החוק האנגלי: ימי הביניים 31
 - 2.ט. שונות 33
- 1.ט.1 החוק הרוסי במאה התשע עשרה 33
- 2.ט.2 מההווי המשפטי בהודו בראשית המאה העשרים 34

35

פרק ב: ההרשעה העצמית במשפט המודרני

1. מבוא: שיטה אקזוטורית־אדוורסרית מול שיטה אינקוויזיטורית 36
 - 1.א. כללי 36
 - 1.ב. הנאשם כמקור לראיות במשפט הפלילי 39
 2. האוריינטציה האירופית 40
 - 2.א. כללי 40
 - 2.ב. צרפת 42
 - 2.ג. גרמניה 43
 3. האוריינטציה האנגלו־אמריקנית 45
 - 3.א. אנגליה 45

- ב.ב. ארצות הברית 46
- נספח: הזכות לאי־הפללה עצמית במשפט האמריקני מפסק דין מירנדה ואילך 49
1. פסק דין *Miranda v. Arizona* 49
 2. פסקי דין בהם הותנתה זכות ההתייעצות באירוע עתידי 50
 3. פסקי דין שבהם נפסלו אזהרות־הודעות בשל היותן בלתי ברורות 51
 4. דרישות פסק דין מירנדה לעומת בקשות ל'הביאס קורפוס' 52
 5. רצוניות ההודאה 52
 6. סיכום הנספח 53
- ג.ג. קנדה 54
- ד.ד. יפן 55
4. פערים בין נורמות משפטיות לבין הפרקטיקה: הערות אחדות 55

57

פרק ג: המשפט הנוהג במדינת ישראל

1. מבוא 58
2. החיסיון מפני הפללה עצמית 58
 - א. החובה להעיד ומושג החיסיון 58
 - ב. הצגה כללית של מהות החיסיון מפני הפללה עצמית והיקפו 58
 - 1.ב.1. מהות החיסיון מפני הפללה עצמית 58
 - 2.ב.2. זכות השתיקה 60
 - ג. החיסיון מפני הפללה עצמית וזכות השתיקה 62
 - ד. החיסיון מפני הפללה עצמית, זכות השתיקה וזכות ההיוועצות בעורך דין 63
 - ה. החיסיון מפני הפללה עצמית וסוגיית 'חסינות השימוש' 63
 - ו. היקף החיסיון מפני הפללה עצמית המוקנה לנחקר במשטרה, שאינו חשוד, לעומת היקף החיסיון המוקנה לחשוד 64
 - ז. הפעלת החיסיון 65
 - ח. ויתור על החיסיון 65
 - ט. שלילת החיסיון על ידי הוראות מן החוק החרות 65
3. הודאת הנאשם 66
 - א. הצגה כללית של מוסד ההודאה: ההבחנה בין הודאה בעובדות להודאה באשמה 66
 - ב. הודאה פורמלית והודאת חוץ 67
 - 1.ב.3. הודאה פורמלית 67
 - 2.ב.3. הודאת חוץ 67
 - ג. קבילותה של הודאת חוץ: היבטים מהותיים ודיוניים 68
 - 1.ג.3. כללי 68
 - 2.ג.3. המבחן הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות (קבילות הודאות חוץ) 69
 - ד. משקלה הראייתי של הודאת חוץ וה'דבר מה' הנדרש לשם הרשעה 76
 - 1.ד.3. מבחן ידיעת הפרטים 78
 - 2.ד.3. מבחן ההזדמנות 78
 - 3.ד.3. מבחן 'ההשתלבות במציאות' 78
 - ה. השתחררות מהודאה שנמסרה כדין והבאת ראיות לסתירתה 79

- ו.3. הבחנה בין הודאה לראשית הודאה 80
 ז.3. מבחני הקבילות של הודאת חוץ ועקרון
 פסילת הראיה עקב אי־חוקיות בדרך השגתה 81
 4. ביקורת על מעמד ההודאה ביישום שיטת המשפט הישראלית 82
 5. סיכום 85

- 86 **פרק ד: ההלכה היהודית**
 1. הקדמה 86
 1.א. הערה מסכמת 86
 1.ב. הערה על המינוח 87
 2. עמדת המשפט העברי 87
 3. טיבה של השפיטה ההלכתית 90
 4. היש קשר היסטורי בין המשפט העברי לבין המשפט האנגלי? 96
 5. סיכום 97

- 98 **פרק ה: היבט מדיני־חברתי**
 1. סוגי רשויות שופטות 98
 2. הרשות השופטת העברית 103
 3. ההרשעה העצמית 106
 4. סיכום ביניים 108
 5. משפט וחברה: ארגוניות וקבוצתיות 110
 6. ההרשעה העצמית במשפט העברי 115

חלק שני: המשפט העברי הקלסי: תולדות הדוקטרינה

- 121 **פרק ו: מקרא**

- 128 **פרק ז: משנת תנאים**
 1. מקורות 128
 2. התפתחות פנים־תקופתית 137

- 143 **פרק ח: תלמודם של אמוראים**
 1. הסוגיות המרכזיות של הכלל 'אין אדם משים עצמו רשע' 143
 2. הגדר של 'קרוב' בכלל 'אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע' 151
 3. הרשעה עצמית בתקופת האמוראים: הריגים 155

- 158 **פרק ט: תורתם של ראשונים**
 1. הקדמה 158
 2. תקופת הגאונים 160
 3. רש"י 161

4. הר"י מיגאש 163
5. הרמב"ם 164
6. הרשב"ש 173
7. נספח: הודאה כראיה נסיבתית 175

179

פרק י: הערות של אחרונים

1. הרדב"ז 179
2. המהרש"ל והחכם צבי 182
3. אדם קרוב אצל עצמו: הערת הש"ך 182
4. הודאת בעל דין 182
- 4.א. מהר"י אבן לב 183
- 4.ב. בעל 'קצות החשן' 183
- 4.ג. הר"י אלגזי 184
- 4.ד. בעל 'תרומת הכרי' 185

187

פרק יא: ההודאה הפלילית וההפללה העצמית: הדוקטרינה העברית

1. סיכום הדוקטרינה העברית להלכותיה 187
2. הסברה מאחורי ההלכות 192
3. סיום 196

199

נספח: הברית החדשה וההרשעה העצמית

חלק שלישי: המשפט העברי הפלילי: הלכה למעשה

203

פרק יב: המשפט העברי הפלילי: סקירה כללית

1. הבעיה 203
 2. המבנה החוקתי של הרשות השופטת על פי ההלכה 204
 3. דין מלכות 208
 4. הוראת שעה של בית דין: המקור התלמודי 209
 5. המערכות השיפוטיות המעשיות מול דין תורה 215
 6. המערכות השיפוטיות המעשיות אחת מול רעותה 217
 7. מירוץ סמכויות? 219
 8. בית דין של מעלה 223
 9. שלטון החוק בישראל: הערות סיכום וסיום 225
- נספח: תולדות הדין הפלילי העברי: פרק בהיסטוריוגרפיה תלמודית 228
1. מקרים של דיני נפשות בכתבי הקודש 228
 2. דיני נפשות בימי הבית השני: תולדותיהם לפי הספרות התלמודית 230

פרק יג: ההליך הפלילי בימי הביניים: תשובת הריב"ש –
פסק דין לדוגמה

235

1. הרקע ההלכתי 235
2. הרקע האיידאולוגי 237
3. הרקע ההיסטורי 238
4. תשובת הריב"ש 241
5. ההודאה הפלילית מלווה בראיות מסייעות 245
6. הערכאה השופטת: בית דין של הדיוטות 245

- 247 פרק יד: הרשעה עצמית: הלכה למעשה
1. פסיקה על פי הוראת שעה 247
 2. זכות השתיקה (הערה על המשפט העברי הקלטי) 252
 3. הודאה כפויה 254
 4. מקומו של דין תורה בפסיקה על פי הוראת שעה 260

265 פרק טו: ההודאה במשפט העברי המעשי באספקלריה של תולדות המשפט

חלק רביעי: הכלל 'אין אדם משים עצמו רשע': סקירה דוגמטית עיונית

- 273 פרק טז: חלות הכלל ויישומו
1. דאורייתא לעומת דרבנן 274
 2. גבר ואישה 274
 3. עבד 275
 4. בן נח 276
 5. שבועה 282
 6. ממון וקנס 283
 7. מקרה שחלים בו הן המשפט הפלילי הן דיני ממונות 285
 8. פסילה לעדות דווקא או אפילו השמצה עצמית? 286

- 290 פרק יז: הכלל 'אין אדם משים עצמו רשע' לעומת גורמים אחרים
1. היקפו של הכלל: הערה כללית 290
 2. גורמים המחזקים את אמינותם של דברי המודה 291
 - 2.א. מסיח לפי תומו 291
 - 2.ב. הודאה בפרט שולי 293
 - 2.ג. דברים הנאמרים בכוונה לשם שמים 294
 - 2.ג.1. לשם חזרה בתשובה 294
 - 2.ג.2. במטרה להינצל מעברה 295
 - 2.ג.3. במגמה שלא ייכשלו אחרים 295
 - 2.ד. שוויא אנפשיה חתיכה דאיסורא 296
 3. הודאה אשר אינה פוגעת במודה 300
 4. מגבלות ביישום הכלל 301
 - 4.א. לכתחילה – בדיעבד 301

306

פרק יח: פלגינן דיבורא

1. מקורות עיקריים 307
2. 'פלגינן דיבורא' ו'פלגינן נאמנות' 307
3. 'פלגינן דיבורא' ו'עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה' 322
נספח: מעמד השטר על פי השיטות השונות 324
4. הפלג המרשיע בעדות 325
5. היחס בין 'פלגינן דיבורא' לבין 'אין אדם משים עצמו רשע' 326
6. מחלוקת רב יוסף ורבא 328
7. 'פלגינן נאמנות' ועדות פורמלית: קושיית רבי עקיבא איגר 332
8. ההלכה של 'פלגינן דיבורא' 334
- א. ההיגיון מאחורי ההלכה 334
- ב. ההלכה הפסוקה 335
- ג. השלכות משפטיות של 'פלגינן דיבורא' 337

340

פרק יט: שלילת אמינות או אי-קבילות?

1. הרקע ההלכתי 341
2. מחלוקות לדוגמה 344
- א. הצטרפות עד אחד 344
- ב. מסיח לפי תומו 347
- ג. מודה בשבועת שקר 348
- ד. חלות הכלל על אישים שונים 349
- ה. דין חתן האומר 'פתח פתוח מצאתי' 349
- ו. הודאות בעקיפין 350
- ז. 'בזמן הזה' 350
- ח. חלות הכלל כאשר נפגמה חזקת כשרותו של המודה 351
3. פד"ר ערעור תשכ"ח-42 352
נספח: פסילה לעדות של מחלל שבת 356
4. גישה תוצאתית רבנית 357

359

פרק כ: פרשת עגלה ערופה

364

פרק כא: מודה בקנס

1. דיני ממונות ודיני נפשות 364
2. טיבם של דיני קנסות 367
3. הודאה בקנס: ההלכה והסברה מאחוריה 370
4. קנסות דרבנן 373

- 378 פרק כב: הכלל 'אין אדם משים עצמו רשע' בהודאות ובטענות ממוניות
 1. הקדמה 378
 2. הודאת בעל דין המשים עצמו רשע 379
 3. תביעת ממון או כפירה בחיוב ממוני המלווה בשימת עצמו רשע 382
 3.א. טענות להחזיק 382
 3.ב. טענות להוציא 384
 4. ראייה כוללת 385
 4.א. סיכום הדעות העיקריות 385
 4.ב. הלכה למעשה 386
 4.ג. השלכות עיוניות 387
- נספח: הכלל nemo turpitudinem suam allegans auditur**
 מחקר השוואתי
- 389 1. הקדמה: הגדרת השאלה הנדונה 389
 2. כוחו של הכלל turpitudinem allegans suam בדיני הראיות של המשפט האנגלו-אמריקני 392
 3. סיכום ומסקנות 397
- 399 פרק כג: היקף החיסיון מפני הפללה עצמית: בדיקות זיהוי
 1. רקע ישראלי כללי 399
 2. הערות הנוגעות למשפט העברי 404
- 408 פרק כד: מורשת ישראל במשפט הישראלי: ההזדקקות למשפט העברי
 1. הקדמה 408
 2. הזדקקות למשפט העברי הפלילי 409
 2.א. התייחסויות שונות 409
 2.ב. משפט נגר 410
 2.ג. משפט אל-עביד 412
 3. המשפט האזרחי 414
- חלק חמישי: השלכות ומסקנות
- 419 פרק כה: ההשקפה הפְּנוֹלוֹגִית של חז"ל ושל הראשונים
 1. הקדמה 419
 2. בעיית מקומה של הענישה במשפט העברי הקלסי 420
 3. מערכת משפטית אידאלית 423
 3.א. דגם חברתי בעייתי 423
 3.ב. דין תורה כאמצעי לדבקות אומה באלוהיה 424
 3.ג. 'המשפט האמתי הצודק בעצמו' 427
 3.ד. המשפט העברי הקלסי כמכשיר חינוכי 428
 4. שיטות משפט בעלות שני מישורים 433

4.א. מבוא 433

4.ב. הערות השוואתיות 434

4.ג. שיטה משפטית דרמישורית: הערכה 439

442

פרק כו: הלכת ההרשעה העצמית בשלמותה

1. הקדמה 442

2. ההודאה במשפט העברי באספקלריה מאירה 444

2.א. סיכום הדברים עד כה 444

2.ב. האופי היישומי של החוק הקלסי 446

2.ג. השפעת החוק הקלסי על החוק המעשי 447

3. ההודאה הפלילית במשפט העברי באספקלריה היסטורית 451

4. ההודאה הפלילית במשפט העברי באספקלריה השוואתית 452

4.א. שיטת מחקר השוואתית 452

4.ב. פירוט הבעיה של 'פנים חדשות' 454

4.ג. קווי התמודדות 455

4.ד. עסקת טיעון 457

5. המתח בין האידאל ליישומו 458

461

פרק כז: היבט פסיכולוגי

1. הודאות, וידויים והשתפכיות נפש: דברים כלליים 463

2. מרכיבים חיצוניים המביאים אדם לכלל הודאה 465

2.א. מבוא 465

2.ב. האשמה על ידי סמכות או נציגיה 466

2.ג. ראיות 467

2.ד. כוחות ידידותיים 467

2.ה. תחושת אשם 468

2.ו. השביל אל החופש 468

3. המצפון 469

3.א. הסתמי, האני, האני העליון 469

3.ב. התפתחותו של האני העליון 471

4. הודאה רצונית 472

5. התפתחות מופרעת של האני העליון 475

5.א. סיבות להתפתחות מופרעת 475

5.ב. פסיכופתולוגיה 476

5.ב.1. פסיכוזה 476

5.ב.2. דיכאון 477

5.ב.3. הפרעה אובססיבית-קומפולסיבית 478

5.ב.4. מזוכיזם 478

6. הודאה כוזבת רצונית 479

6.א. סקירת סיבות וגישת הרמב"ם 479

- 480 ב.ב. הודאה כוזבת 'טהורה' מרצון
- 482 7. הודאה מתוך אונס
- 482 א.א. הודאת אמת
- 482 1.א.7. הקושי להבחין בין אונס לרצון
- 484 2.א.7. מן ההוויי האמריקני
- 486 ב.ב. הודאה כוזבת
- 486 1.ב.7. הודאה הנכפית מתוך כניעה
- 486 2.ב.7. הודאה הנכפית מתוך הפנמה
- 488 8. מהימנותה של הודאה פלילית: מסקנות
- 489 9. החוקר
- 491 נספח: הודאות לאור ממצאי הפסיכולוגיה החברתית
- 491 1. השפעת ההודאה על השופט או על המושבעים
- 491 2. הודאה כוזבת
- 493 פרק כח: התנגשות ערכים
- 493 1. ערכה החברתי של ההודאה הפלילית
- 494 2. הנימוקים הערכיים השוללים את היותה של ההודאה 'מלכת הראיות'
- 498 3. ביקורת עמדות: סיכום
- 500 4. הערת סיום
- 502 פרק כט: בין אדם למקום
- 502 1. הקדמה
- 503 2. וידוי דתי והודאה פלילית
- 509 3. וידוי, הודאה, עונשי בית דין וכפרה
- 515 4. התנצלות (בקשת מחילה)
- 517 פרק ל: סיכום ואחרית דבר
- 517 1. סיכום
- 521 2. המלצות הלכה למעשה
- 521 א.א. כללי
- 522 ב.ב. חקיקה
- 523 ג.ג. משטרה
- 524 ד.ד. פרקליטות
- 525 ה.ה. בתי המשפט
- 526 ו.ו. סנגוריה
- 527 ז.ז. במישור החברתי
- 527 נספח: המלצה הלכה למעשה בדבר אדוורסריות צודקת ומאוזנת יותר
- 528 3. 'אין אדם משים עצמו רשע': סיומת מוסרנית
- 530 רשימת הקיצורים

556	מפתח המקורות
560	מפתח פסקי דין
562	מפתח שמות האישים
564	מפתח ביטויים, ניבים ופתגמים לטיניים
565	מפתח העניינים

דברי פתיחה

ספר זה מציב לעצמו שתי מטרות, האחת פנים-אקדמית והשנייה חברתית-משפטית. במסגרת האקדמית אנו מנסים להראות את יתרונותיה של שיטת מחקר רב תחומית בחקירתן של תופעות משפטיות. המחקר הבין-תחומי הולך וקונה לו מקום בתחומי ידע שונים, אך ממעט להגיע למחזורתו. המחקר המשפטי נוטה להתמקד בתוכו פנימה, ומסתפק בהעשרת עצמו מתחום מחקרי יחיד שמחוץ לעולם המשפט: משפט והיסטוריה, משפט וספרות, משפט ופסיכולוגיה וכד'.

בספר זה ניסינו להרחיב את הנושא המשפטי לכמה כיוונים – הן באמצעות דיון בכמה כיוונים במקביל הן באמצעות דיון בנפרד בכל תחום, ולהראות את העושר הגלום בשיטה הלכה למעשה. המטרה השנייה של הספר היא כלפי חוץ, כלפי 'העולם האמתי'. מאז המקרים המפורסמים של הודאות השווא של ה-Gilford Four וה-Birmingham Six באנגליה,¹ גברה המודעות בעולם לבעייתיות שיש ב'מלכת הראיות'.

בארץ עלה הנושא בשנות השמונים, ואף הוקמה ועדת השופט גולדברג לבידור הנושא. לאור פרשיות נאפסו,² אל-עביד,³ 'חבורת מע"צ',⁴ ברנס⁵ ואחרות, הנושא עלה שוב לכותרות. כל עוד מדובר היה בפרשיות ביטחוניות, נדמה היה כי ניתן להתעלם מן הבעיה העקרונית, ולטעון כי הודאות כפויות כוזבות, אשר יסודן בעינינו 'מותרים' (לכאורה, לפחות לפי הדיון שנהג בארץ עד 1999) או 'אסורים', הן ה'מחיר' של המצב הביטחוני. נדמה כי לאחר הפרשיות האחרונות, ישנה אי-נחת רבה, בציבור ובאקדמיה החודרת אף לתוך מערכת המשפט.⁶ הדיון הציבורי מתמקד סביב המאבק להגנת זכויות הפרט מפני השלטון ובדיון תועלתני המציב את המחיר האישי (הנדיר?) של האשמת שווא מול התועלת החברתית (הרווחת?).

לדיון זה הצטרף מרכיב נוסף בשנות התשעים של המאה העשרים, בעקבות חידושים מדעיים שאפשרו לבדוק מחדש הרשעות קודמות על פי ממצאי די-אנ-איי.⁷ בעקבות בדיקות אלו התגלה

¹ השפעת המקרים הייתה בדרכים רבות, בין השאר על ידי הסרט 'בשם האב' (*In the Name of the Father*, by Daniel Day-Lewis, Released June/1994); על מקרים אלה ואחרים ועל השפעתם וכן על התפתחות המשפט באנגליה ראה גודיונסון, 2003.

² ע"פ 124/87, נאפסו נ' **התובע הצבאי הראשי**, פד"י מא(2) 631.

³ ד"נ 4342/97, **מדינת ישראל נ' אל-עביד**, פד"י נא(1) 736.

⁴ במ"ח 1966/98, **הררי ואח' נ' מדינת ישראל**, דינים עליון כד 193.

⁵ מ"ח 3032/99, **ברנס נ' מדינת ישראל**, פד"י נו(3), 354; דינים עליון סא 230.

⁶ לביטויים האקדמיים והמשפטיים של דיון זה ראה להלן, פרק ג.4 ובהערות שם, בייחוד מפעלו של פרופ' מרדכי קרמניצר. סוגיית החיסיון עלתה לאחרונה ברע"פ 8600/03 **מדינת ישראל נ' גלעד שרון** (10.12.2003, טרם פורסם).

⁷ המקור המוביל <http://www.innocenceproject.org/causes/falseconfessions.php>. ראה גם www.truthinjustice.org. מקורות אלו מתעדים שהודאות כוזבות אחראיות ליותר מעשרים אחוז מכלל הרשעות השווא. על היקף התופעה וחומרתה ראה לאו ואופשה, 1998. לביקורת ראה קאסל, 1999. הוויכוח

מספר לא מבוטל של הודאות פליליות כוזבות שהביאו לזיכויים של נאשמים שהיו על סף הגרדום ואף של כאלה שכבר הומתו.⁸

לדיון ציבורי זה אנו מביאים נקודות מבט שונות, מתחומי ידע שונים ועולמות ערכיים שונים. עמדת המשפט העברי איננה מובאת כפתרון, ועל כן גם איננה מוצגת לבדה. החיבור כולו נועד להוות תמריץ לדיון אקדמי, משפטי וציבורי, שבו יהיו ברורים יותר המחירים והתועלות של כל דרך שתיבחר.⁹

כסיוע להבנת שיטת המשפט העברי בסוגיה ייחדנו מקום יחסי נכבד לשיטה האמריקנית ולשיטה האנגלית. נראה לנו שבמדינה יהודית-דמוקרטית הנסמכת על תרבות עברית מחד גיסא ותרבות מערבית מאידך גיסא, שלוש השיטות האלה יחדיו יכולות וצריכות לשמש בסיס לדיון ציבורי בסוגיה.

התורה אומרת: 'כי תצא למלחמה על איביך, ונתנו ה' אלהיך בידך ושבת שבינו. וראית בשביה אשת יפת תאר וחשקת בה, ולקחת לך לאשה' (דב' כא, י-יא).

הראשונים חלוקים בשאלה מה בדיוק הותר לחייל החושק באישה יפת תואר במלחמה. רבנו תם מפרש שהותרה לו ביאה ראשונה בלא גיור ובלא חופה וקידושין. רש"י בדעה שהותר לו לקחת אותה ולגיירה בעל כורחה. אף זה חידוש גדול, שהרי נדיר הוא ביהדות שיגוייר אדם שלא ברצונו. מכל מקום שניהם, גם רש"י וגם רבנו תם, מסכימים כי ויתור גדול ויתרה התורה לחייל בעיצומו של קרב. הפחדים והמתחים של הקרב גורמים למידה מסוימת של טירוף, בהלה, איבוד עשתונות, ואין לצפות מהחייל שיהיה מסוגל להתגבר על יצרו. וכן אמרו חז"ל: 'לא דיברה תורה אלא כנגד יצר הרע [דהיינו, כניעה לדרישתו]'. מוטב שיאכלו ישראל כשר תמותות שחוטות ואל

בין חוקרים אלה נמשך עד היום והוא מסוכם היטב בגודיונסון, 2003, 159-166. מושל מדינת אילינוי הקפיא את ההוצאות להורג במדינתו ומינה ועדה לחקור את מגבלות מערכת הצדק במדינתו (למצאים על אילינוי ראה דריון, 2002). 11 בינואר 2003 ביטל המושל את עונשי המוות של כל 167 הממתנים לביצוע גור דינם. במדינת ניו יורק סערו הרוחות בדצמבר 2002 סביב זיכוי של חמישה נערים מורשעים באונס לאור מציאת האנס והרוצח (בתמיכת ממצאי די-אן-אי). ראה בעיתונות הכתובה והאלקטרונית מ"ם 6 בדצמבר 2002.

⁸ ספרים מובילים הם ברוקס, 2000; וסטרפלד, 2001; שק ואח', 2000; הנ"ל 2001. במישור הציבורי ניתן להפנות למאמרים פובליציסטיים, למשל J. Dwyer, 'Cornered Minds, False Confessions', *New York Times*, 9.12.2001; P. Brooks, 'The Truth About Confessions', *ibid.* 9.1.2002; S. Saulny, 'Why Confess to What You Didn't Do?', *ibid.* 8.12.2002. השם 'הודאה קטלנית' כשבווע לאחר שפורסם בארצות הברית. המאמר של סולני פורסם בג'ורנל פוסט בשבוע בו פורסם בארצות הברית. הדיון בהרשעות שווא ותפקיד ההודאות בהרשעות אלו עלו לדיון ציבורי שוב בינואר 2003, ראה א' רום, 'משהו רקוב', מעריב, מוסף סופשבוע, 17.1.2003, 16-25 ושוב ביוני באותה שנה; ראה ע' רפפורט, 'האיש הלא נכון', מעריב, מוסף סופשבוע, 13.6.2003, 18-28. לסטיסטיקה סקירה היסטורית, ניתוחי מקרים, תאוריה ועוד ראה גודיונסון, 2003.

⁹ איוון זה חונית במיוחד בתהליכי הכשרה של חוקרים ומשפטנים. למשל, ממציא שיטת ריד לחקר השוים, מפרסם באתר האינטרנט שלו ביקורת מאוונת המזהירה מהודאות כוזבות, בייחוד באוכלוסיות מיוחדות. ראה <http://www.reid.com/critic-FALSE.html>. לעומת זאת במאמר מתורגם ('ההודאה') שמקדם 'נוסחת קסם' שבאמצעותה ניתן להביא להודאת חשוד, שפורסם בכתב העת המשטרתי (מראות המשטרה) 171 [1999], 18-19), אין אזכור לתופעה. במאמר שפורסם בכתב העת 'משטרה והברה' מאזכר המחבר, תוך דיון כללי בהטיות שיפוט בחקירה הפלילית, את הסכנה של הודאות שווא (גלעד, 2001), אך ללא פירוט.

יאכלו בשר תמותות נבלות'. 'בשר תמותה' הוא ביטוי לדבר מאוס, בשר מבהמה על סף המוות. אם כבר מתירים לאדם שיאכל בשר פיגול כזה, מוטב שיהא לכל הפחות בשר של בהמה שחווטה ולא בשר נבלה.

מיוחדת פרשת יפת תואר. אין עוד פרשה אשר בה, לפי חז"ל, נכנעת התורה ליצר הרע. משמע שלפי תורת ישראל, בכל יתר פרשיותיה, יש לאדם כוח להתגבר על יצרים של שנאה וקנאה, נקימה ונטירה, לשון הרע ורכילות; תאוות ממון, תאוות זנות ותאוות מאכלות; עצלות במצוות, עצלות בתפילה ועצלות בלימוד. כך מציינת לנו התורה את דמותם של גבר ואישה: יש בכוחם להיות גיבורי כוח, שלמי נפש וענקי רוח. חזון ממש!

ואולם אין האנושות נאמנה לדמות זו, לחזון זה. ישראל, בהימצאו דורי דורות בין שבעים זאבים ובסבלו סבל אין חקר ועינויים אין ספור, חזה מבשרו את שפל מדרגתו של האדם במציאות: אלימות, אכזריות וברבריות. אף בחייו הפנימיים לא נשאר עם ישראל נקי משחיתות המידות, מניצול איש את רעהו, מחילול הקודש ומריחוק מבוראו.

אכן, שניים הם פרצופיו של האדם. חזותו בפועל – מעשיו, יצריו, הצלחותיו וכישלונותיו – מראה המוליד את התמיהה: 'מה אנוש כי תזכרנו וכן אדם כי תפקדנו'. ודמותו בכוח – צלם אלוהים שבו, גדולתו, ושיעור קומתו – דמות המצהירה: 'ותחסרהו מעט מאלהים'. דמות זו לא בשמים היא. עדים לנו כי קרובה דמות זו לאדם, בפיו ובלבבו להשיגה. ואלו הם הנביאים, התנאים והאמוראים, הראשונים והאחרונים – אנשים קרוצי חומר, בשר ודם, וילודי אישה – אשר נעשו רוממי רוח, שיכורי קדושה, נקיי מעש, עדיני מחשבה וטהורי דיבור. דמות בכוח זו היא חזונה של התורה, חזון האדם: לא האדם הנביא חוזה אותה, התורה חוזה אותה באדם. הרי זו דור פרצופיות: חזון וחזות.

דורפרצופיות זו משתקפת בדור המישוריות של המשפט הפלילי של ההלכה היהודית. המישור הראשון, המכונה אצלנו 'המשפט העברי הפלילי הקלסי', הוא ההלכה אשר נתגבשה בהגותם של חז"ל ועל פי קבלתם. מרכיביו הם התורה שבכתב והתורה שבעל פה: יסודות תורת משה ועקרונות מסורת חכמי ישראל העוברים מדור לדור. משפט זה נתפס כמשפט אידאלי וחינוכי. המישור השני, המכונה אצלנו 'המשפט העברי הפלילי המעשי (או היישומי)', מקביל לדין תורה הקלסי אבל שונה ממנו, יותר 'ראליסטי' ממנו. הוא פרי דין מלכות או פסקי דין רבניים הפועלים מכוח 'הוראת שעה', ותפקידו הוא השלטה יום-יומית של סדר בחברה. חזונה של התורה, חזון דמותו הנעלה של האדם בכוח, בא לידי ביטוי במשפט הקלסי, ואילו חזותו של האדם בפועל – המציאות כפי שהיא, ללא כחל וסרק אידאליים – היא נשוא המשפט המעשי.

ברם אין שני המישורים שווים זה לזה; אין האחד מקביל למשנהו. המשפט הקלסי הוא שיטה משפטית: מכלול של עקרונות וכללים, חוקים והוראות החוברים יחדיו לשיטה עקיבה וקוהרנטית. מה שאין כן 'המשפט' המעשי: לא לשיטה ייחשב. הוא אינו אלא איסוף של 'טלאים', שינויים מסוימים בחוק הקלסי, סטיות ממנו, הוספות עליו וגריעה ממנו; הכול לצורכי 'שעה'. בטל הצורך – בטל ה'טלאי'. לעובדה זו חשיבות מכרעת, שכן מסקנתה היא שאם אנו באים לתהות על קנקנו של המשפט העברי ולרדת לעומקו, שומה עלינו להתמקד בחוק הקלסי, בו טמון ייחודו.

אכן, יחיד ומיוחד הוא המשפט העברי. נפרש את הקביעה הזאת. למרות המשותף לבני אדם – באנטומיה, בביולוגיה ובפסיכולוגיה; בצרכים כלכליים, חברתיים וביטחוניים בסיסיים – כל יחיד הוא עולם בפני עצמו ('כל המקיים נפש אחת כאילו קיים כל העולם כולו'), על פנימיותו, רגישותו, מאווייו, פחדיו וחלומותיו. הוא הדין באומות. הסוציולוגיה מעמידה אותנו על מکنם

משותפים של לאומים שונים. אבל אין לך אומה שאין לה אופייה הייחודי – דרכים משלה, אידאליים משלה והשקפת עולם משלה – אופי המבדילה משאר העמים. בספרות ישראל (ספר דניאל, האגדה התלמודית ומפרשיה) בא רעיון זה לביטוי במונח 'שר' ('שר מלכות פרס', 'שרו של עשור'), מקופלת בו התגשמותו של אותו ייחוד לאומי של כל עם.

הוא הדין לשיטות משפט. כבר לימד אותנו המלומד פרידריך קרל פון סוויניי (Savigny, 1779–1861), ממייסדי האסכולה ההיסטורית של תורת המשפט, כי לכל אומה יש שיטה משפטית שנוצרה מ'רוחה הלאומית', שיטה שעוצבה בידי רוח העם, והמביעה את ייחודה; הלוואי היא ה'Volksgeist'. אמנם אין תורת סוויניי אהודה במיוחד היום, מכל מקום מידה מסוימת של אמת יש בה.

הוא אשר אמרנו: המשפט העברי יחיד ומיוחד הוא. ואותו ייחוד יש למצוא דווקא במישור הקלסי שלו (אחד הביטויים המציינים את ייחודיותה של השיטה הוא 'אזרת הכתוב', ואנו נתייחס אליו מפעם לפעם).

במסגרת הדורמישוריות הזאת שבמשפט ההלכה אנו מתכוננים לחקור את סוגיית ההרשעה העצמית. סוגיה זו מורכבת משלוש הלכות עיקריות: (א) אין בתי דין ממיתים או מלקים אדם על יסוד הודאת פיו; (ב) אף על פי שעברייני פסול לעדות, אין אדם יכול לפסול את עצמו מלהיחשב עד כשר על ידי הודאה שעבר עברה; (ג) אדם שהודה שעבר עברה המחייבת בקנס, פטור מאותו קנס בזכות הודאתו. דהיינו במשפט העברי כל עונש, כל קנס וכל קלון של פסילה לעדות, אינם יכולים לנבוע מפיו של העברייני; דווקא על פי שניים עדים יקום הדבר.

הפקעת כוחה של ההודאה הפלילית היא עיקרון אשר כאידאה אין לו אה ורע בשום שיטה משפטית בעולם. האדם הוא ערך עליון בפני עצמו. כמו שקדושת חייו של 'צלם אלוהים' זה ופיקוח נפשו דוחים את המצוות, כן לא תרשה לו התורה, ל'צלם אלוהים' זה, להשפיל ולהשמיץ את עצמו. ומיהו 'צלם אלוהים' זה? לא בין נכבדי העם יימנה ולא בין צדיקי הדור ייספר. הלוואי פושע הוא, עברייני, פורק עול ומפר חוק, אדם נבזה אשר ביזה ולכלך את עצמו בהתנהגותו. ברם כמו שזהו'ל החילו את מצוות 'אהבת לרעך כמוך' על פושע מאוס וביקשו לברור לו מיתה יפה, כן משמרת ההלכה היהודית את חזון הדמות בכוח של אדם, אשר בפועל הוריד את עצמו לשפל המדרגה. אשמתו לא מפיו תיווכח. לא יינתן לו לשתף פעולה עם מקטרגיו. עד כאן ההרשעה העצמית בחזונה.

שונים הם פני ההלכה של ההרשעה העצמית של האדם בחזונו בפועל, במציאות – האדם על כל חולשותיו האנושיות. אילוץ הסדר בחברה והמלחמה בפשע הביאו למעשה לכרוסום, במידה מסוימת, בשלילה הטוטלית של ההרשעה העצמית. אמנם, בהלכה של 'אין אדם משים עצמו רשע' [פסול לעדות], וכן בהלכה 'מודה בקנס פטור', נשאר רשויות החוק דקות ונאמנות; ברם בתחום הפלילי המובהק נכנעו לצורכי השעה וכללו את ההודאה הפלילית כחלק קביל בהוכחת אשמה. הספר הזה מוקדש לסוגיה מופלאה וסבוכה זו.

הערה לשונית: בספר אנחנו משתמשים במושג 'הרשעה עצמית' כתרגום למושג האנגלי self-incrimination. ייתכן כי התרגום 'הרשעת עצמו' מדויק יותר, אך הוא מקשה מאוד מבחינה לשונית.

הספר מתייחס לשאלות משני סוגים: עם הסוג הראשון נמנות שאלות הנשאלות על ידי בני תורה הלומדים בישיבות ובכוללים של ישראל סבא. ואלו הן:

- א. שלוש ההלכות; 'אין אדם משים עצמו רשע', 'מודה בקנס פטור' ו'הודאת בעל דין כמאה עדים' מה משמעותן, מהם מקורותיהן, יסודותיהן והיחסים ביניהן?
- ב. 'אין אדם משים עצמו רשע': האם זו הלכה בפסילת עדות או בענישה?

ג. 'אין אדם משים עצמו רשע': האם היא הלכה של שלילת מהימנות או של אי-קבילות?
 ד. הרמב"ם מסביר את התנהגותם של יהושע בן נון (עכנ בן כרמי) ושל דוד המלך (הנער העמלקי) – הענשת אנשים על פי הודאת פיהם – כ'הוראת שעה' או כ'דין מלכות'. מה הן גודרי הוראת שעה ודין מלכות מול דין תורה?

ה. מה הם גודרי הלכת 'הצילו', והיש קשר בינה לבין שלילת ההודאה הפלילית?
 ו. האם הכלל של 'אין אדם משים עצמו רשע' שולל אף השמצה עצמית שאין בה משום עונש, או דווקא משום פסילה לעדות? מדוע?
 ז. מה תוקפו של הכלל של 'אין אדם משים עצמו רשע' בשעה שיש בדבריו הודאה של חיוב ממון וחל הכלל של 'הודאת בעל דין כמאה עדים דמי'? מדוע?
 ח. האם חל הכלל של 'אין אדם משים עצמו רשע' כאשר יש בהודאתו משום חיזוק לטענותיו ולתביעותיו הממוניות? מדוע?

ט. מהו סלע המחלוקת בין רב יוסף ובין רבא?
 י. מה הם הגדרים של 'פליגין דיבורא' ו'פליגין נאמנות'?
 יא. היש מקום להבחין בין אמירה שיש בה שימת עצמו רשע לעניין מעמדה כ'הודאה' לבין התקבלותה כ'עדות'? למשל: כאשר אדם משים עצמו רשע, האם נשלל ממנו כוח של הודאה אבל נשאר לו כוח של עד אחד או האם אפילו עד אחד לא ייחשב?
 יב. אם 'אין אדם משים עצמו רשע' הוא הלכה גם בענישה, מה דינו של בן נח המודה בעברה אשר בידו?
 יג. מה הקשר בין ההלכות השונות של 'מודה' הנ"ל ובין הכלל 'שוויא אנפשיה חתיכא דאיסורא'?
 יד. האם שלילת ההודאה הפלילית כוללת שלילת הכוח הראייתי של הוכחות הנגבות מגופו של אדם, כגון טביעת אצבעות ודגימות דם? מדוע?
 טו. האם חל הכלל של 'מודה בקנס פטור' גם על קנסות דרבנן?

אמרו חז"ל: 'מיום שחרב בית המקדש אין לו להקב"ה בעולמו אלא ארבע אמות של הלכה בלבד' (ברכות ח ע"א). דומני שהשאלות ששאלנו ממלאות שלוש מארבע אמותיה של הלכת ההודאה הפלילית. האמה הרביעית מתמלאת מתוך העיסוק בשאלות מהסוג השני:
 טז. מה טיבו של סדר הדין הפלילי של תורת ישראל אשר במסגרתה נשללת ההודאה: אקווטורי? אדוורסרי? אינקוויזיטורי?
 יז. איך יש להבין את שלילת ההודאה הפלילית לאור הדוקטרינה שעל פיה נחשבת ההודאה כ'מלכת הראיות'?

יח. מה נוכל ללמוד מתוך השוואת משפטי אומות העולם באשר להודאה הפלילית עם ההלכה היהודית של דין תורה ועם ההלכה היהודית של הוראת שעה ודין מלכות?
 יט. הלכת שלילת ההודאה הפלילית היא דאורייתא (גזרת הכתוב). היש לעמוד על 'טעמא דקרא'? מהן השלכותיה המעשיות של הלכה כזאת?
 כ. מהן תולדות שלושת המרכיבים של שלילת ההודאה הפלילית (בדיני עונשין, בפסילה לעדות ובהודאה בקנס), וכן מהן תולדות ההלכה של 'פליגין דיבורא'? מתי מופיעות הלכות אלה במקורות ומהי משמעותן המקורית?
 כא. מהי מידת סטייתם של הפוסקים מדין התורה של ההודאה הפלילית, וכיצד יש להבין אותה?

כב. היש קשר בין מבנה סדר הדין של התורה מצד אחד לבין המבנה המדיני והפסיכולוגיה החברתית שהם פרי דין תורה מצד אחר?
 כג. התייחסות לשונית-סמנטית לביטויים: רשע, פלגין דיבורא, הוראת שעה, עד, תודה, הודאת 'בעל דין', 'כפתיה ואודי' וכן לביטויים לועזיים רלוונטיים.
 כד. הפסיכולוגיה של ההודאה: מדוע מודה אדם על עברה שבידו ועל עברה שלא עבר?
 כה. מה מקומם של עינויים במסגרת ההליך המשפטי על פי ההלכה?
 כו. מה טיבה של שיטה דרמישורית, דהיינו שיטה משפטית שבה יש דין תורה ויש משפט יישומי הסוטה ממנו.

לבסוף, מן הראוי למנות את מכלול הנקודות השונות בנושא זה של ההרשעה העצמית וההודאה הפלילית:

- א. ההודאה בפלילים בשלמותה ובחלקה וכן ההודאה באשמה כמקורות מידע וכיסודות להרשעה; ההבחנה בין הודאה באשמה לבין הודאה בעובדות.
- ב. פטור ממתן עדות לרעת המעיד; ההודאה בפלילים בשלמותה ובחלקה.
- ג. העמדת ייעוץ משפטי לשירותו של הנאשם.
- ד. חסינות מפני הפללת עצמו.
- ה. פטור ממתן מידע מרשיע, כגון: מסמכים, תצלומים או חפצים.
- ו. פטור מהמצאת מידע אישי גופני, כגון: טביעת אצבעות או התייצבות למסדר זיהוי, מתן דוגמה של כתב יד, מדגם של דם, זרע, שערות הראש.
- ז. זכות שתיקה בפני חוקרים משטריים או שיפוטניים עד כדי איסור על פרקליט או על שופט להביא את דבר השתיקה לתשומת לבו של חבר המושבעים.
- ח. העמדת ייעוץ משפטי לעזרת חשוד עוד בשעת חקירה משטרתית.
- ט. פסילת הודאה אשר הושגה בדרך אסורה.
- י. אייבקילותה של כל הוכחה אשר הושגה בעקבות כפיית חשוד להודות, הטעייתו או שידולו ('פרי העץ המורעל').

והנה, החוקר תרבות מסוימת נעמד בפני אתגר מחקרי פרדוקסלי. מצד אחד כמסתכל מבחוץ הסתכלותו לקויה כי אין בידו לתפוס אותה חברה תפיסה אינטואיטיבית-אינטימית כבן אותה תרבות עצמה. מצד אחר אדם המעורה כולו בתוך מסגרת החברה והמזדהה אתה, אף הסתכלותו לקויה כי חסרה לו הראייה האובייקטיבית הדרושה.

דומה כי שני סוגי השאלות הנ"ל מחייבים את החוקר לחדור פנימה אל נפשה של ההלכה, ובעת ובעונה אחת לשמור ממנה מרחק נחוץ שיאפשר לו ראייה כוללת. רק הצירוף של גישה 'סובייקטיבית' עם גישה 'אובייקטיבית' כאחד יש בו כדי להשיג את התמונה הנאותה, בחינת התיאור העבה (thick description) שדורש קליפורד גירץ (Geertz) מאנתרופולוגים חוקרי תרבויות.

כדי להגיע לתיאור המגיע לנשמתה של ההלכה היהודית, והמציג אותה נאמנה אף כלפי מי שעומד מחוצה לה, התמקדנו בסוגיה אחת, סוגיית ההרשעה העצמית, ואימצנו ארבע גישות לחקירתה: (א) דוגמטית; (ב) השוואתית; (ג) היסטורית; (ד) רעיונית-פילוסופית.

א. חלק נכבד של המחקר שלנו הוא פרי הגישה הדוגמטית המציגה את ההלכה המהותית בכל ענייני ההרשעה העצמית: ההודאה באשמה פלילית, ההודאה בקנס וההפללה העצמית.

בגישה זו אנו מתארים, במסגרת הכללית של השפיטה ההלכתית (פרק ד), את הדוקטרינה היסודית (פרק יא) על פרטיה השונים, תחילה בקיצור (פרק ט.5) ואחרי כן ביסודיות: חלות הכלל 'אין אדם משים עצמו רשע' ויישומו (פרק טז), הכלל מול גורמים אחרים (פרק יז) ובמסגרת של תביעות ממוניות (פרק כב), המנגנון של 'פלגינן דיבורא' (פרק יח), ותיאור הכלל 'מודה בקנס פטור' (פרק כא).

ב. הגישה ההשוואתית מתארת את היסודות הדומים ואת היסודות המבדילים בין שיטות משפט שונות ומתחקה אחר השפעות גומלין בין שיטה אחת לרעותה. הגישה הזאת עשויה ללמד את החוקר מה לשאול ומה לחפש. למשל הימצאותו של מוסד משפטי או חברתי מסוים בשיטה אחת והיעדרו בשיטה הנחקרת, מביאים את החוקר לבחון מהי התכלית החברתית של אותו מוסד משפטי וכיצד משיגה השיטה הנחקרת אותה תכלית בהיעדר אותו מוסד.

בספר הזה השווינו את האידאה העקרונית העברית על ההודאה הפלילית, עם שיטות משפט של תרבויות עתיקות (פרק א), של תרבויות מודרניות (פרקים ב-ג) ושל התארגנויות חברתיות שונות (פרק ה). הוספנו כמה הערות השוואתיות הנוגעות למשפט העברי המעשי בעניין ההרשעה העצמית (פרקים כג.2, כו.4-ב.ד).

ברם השוואה אידאית-רעיונית אינה מספיקה. יש צורך בהשוואת שיטות הלכה למעשה. לכן, ניסינו לתרום להבנת הבעיות הכרוכות ביישום עקרונות המשפט לחיי יום-יום, על ידי תיאורים של שיטות משפט של אומות העולם, ובפירוט יתר של השיטה האמריקנית (פרק ב.3.ב) ושל השיטה הישראלית (פרק ג). חשיבות יתרה יש לתיאורים אלה לאור האוריינטציה המיוחדת והחריגה של משפט התורה בתחום הפלילי ולאור הניסיון המוגבל של בתי הדין הרבניים בשיפוט בדיני נפשות. וכבר כתב הר"ן: 'אפשר שימצא בקצת משפטי ודיני האומות מה שהוא יותר קרוב לתיקון הסדור המדיני ממה שימצא בקצת משפטי התורה' (ראה להלן פרק כה.3.ב).

ג. החלק ההיסטורי מורכב משני מרכיבים עיקריים. האחד הוא מעקב אחרי הופעת העקרונות השונים של ההודאה בספרות ההלכה: מקרא (פרק ו), משנת התנאים (פרק ז), תלמודם של אמוראים (פרק ח), תורתם של ראשונים (פרק ט), הערות של אחרונים (פרק י). המרכיב השני הוא מעקב היסטורי אחרי החריגים מהדוקטרינה ההלכתית הלכה למעשה. ספרות ההלכה מכירה במציאותם של חריגים מסוג זה במקרא, במשנה, ובתלמוד. יחידה שלמה (החלק השלישי) הוקדשה לתפקודם של בתי הדין היהודיים לאחר חתימת התלמוד ולקבילות ההודאה הפלילית אצלם בתורת 'הוראת שעה'.

עיון ביקורתי בהלכה, בתולדותיה ובמקורותיה, מגלה שיטה משפטית דו-מישורית. כפי שכבר הזכרנו, המשפט העברי בשלמותו מורכב ממערכת קלסית אשר מגמתה העיקרית (לא הבלעדית) היא דתית, יראית וחינוכית (פרק כה) וממערכת שנייה אשר חייבת לפשר בין חזון המשפט הקלסי לבין צורכי הביטחון החינוכיים של החברה (פרק יב). לאחר ציור תמונה זו, אנו מתמקדים בהלכת ההרשעה העצמית בשלמותה (פרק כו).

ד. הגישה הפילוסופית לובשת שלוש צורות:

1. ניתוח רעיוני מביא אותנו למסקנה שמה שנתפס במקורות כמקרים חריגים פרי פעילות בתי הדין מכוח 'הוראת שעה' או 'דין מלכות' ובניגוד ל'דין תורה', הרי הם מהווים מעין שיטה משפטית שנייה. במקביל למשפט העברי הפלילי 'הקלסי' הפורמלי, הנמצא מפורט במקורות הקלסיים, הנלמד, הנחקר והנתפס כמשפט העברי בה"א הידוע, אנו מוצאים מעין מערכת שיפוטית שנייה, מה שכינינו 'המשפט העברי המעשי' או 'המשפט היישומי'. במקרים, במקומות ובזמנים שדין תורה 'הקלסי' אינו תואם את המצב החברתי המצריך התגברות על פשע

ועבריינות, מצווים שלטונות החוק היהודיים להזדקק לצעדים, לאמצעים ולכללים אשר עיקר תכליתם היא מעשית ולא תאורטית; תכליתם להתמודד עם המציאות כפי שהיא נראית ולא להישאר כבולים בתפיסת הדמות האידיאלית שהתורה מתייחסת אליה.

2. נוסף על הניתוח הרעיוני של הדורמישוריות הזאת, מלוות את הרצאת הדברים במקומות רבים הערות עיוניות הנוגעות ברצינול העומד מאחורי האידאה של שלילת ההרשעה העצמית כאידאה (פרקים ד, 3, ה-5, ז. 1. ט-י, ח. ט, 4-5, י. 1, 4, יא. 3, כו-כח). במילים אחרות, אנו עוסקים ב'טעמא דקרא': בחשיפת הנימוקים אשר הניעו את המחוקק בחקיקתו, בניסיון לחקור את תכליתו של החוק ובשאיפה לגלות את העקרונות אשר ביסוד פסקי הדין.

3. אנו עוסקים אף בהיבטים של תורת המשפט המהותית.

פרופ' מאיר דן כהן במאמרו 'Substantive Legal Theory and Its Audience' מציין שהכרה מלאה – ואולי אף קיצונית – בפער בין התאורטיקה של החוק ומחקרו המדעי לבין הבעיות היישומיות שלו, נשמעת בבחירות יתרה מפי חוקרים העוסקים במה שהם מכנים 'substantive legal theory' (תורת המשפט המהותית).

חסידי האסכולה הזאת מבדילים בין שלושה סוגים של מחקרי משפט:

(א) תורת המשפט: עיסוק בעיקר בשאלות פילוסופיות יסודיות, כגון: הגדרות ('משפט', 'ריבונות', 'לגיטימיות'), הבחנות ('צדק ומשפט', 'משפט ומוסר', 'צדק וישר'), ועקרונות ('מקור סמכות', 'היקף חיוב הציות', 'נורמה בסיסית', 'כלליות'). בהיבטים כאלה אין אנו דנים בספר הזה.

(ב) עיוני משפט: בדיקת חוקים, פסקי דין ופירושיהם המוסמכים לאור עקרונות ההרמוניה, האחידות המחשבתית, השכל הישר והחשיבה המשפטית המקובלת. בדיקה כזאת מקבילה למה שנקרא בפי לומדי תורה 'לומדוס' (בביטוי עברי-יידישאי), ואנו מקדישים בספר זה לסוג זה של בדיקה הרבה זמן ומקום.

(ג) תורת המשפט המהותית: ניסיון לנתח ולהבין בעיות משפטיות לאור אורחות חשיבה שאינן דווקא משפטיות, כגון: מדעי החברה והמדע (פרק ה), פסיכולוגיה (פרק ז) וכמובן אמונה ויראת שמים (בהרבה מקומות).

'תורת המשפט' היא בעיקר עניינם של פילוסופים, וייחודה ידוע היטב, 'עיוני משפט' הם נחלתם של משפטנים ו'תורת המשפט המהותית' היא תחומם של הוגים-חוקרים משפטיים.

במה שונה 'תורת המשפט המהותית' מ'עיוני המשפט'? אמנם העוסקים בשני התחומים שואלים את אותן שאלות. אבל שיטתם בדרכם למציאת פתרונות שונה. המשפטן, גם אם הוא עוסק ביסודות ובעקרונות משפטיים-רעיוניים נמצא מעיקרו בעולם העשייה, בהלכה למעשה. לעומתו, החוקר המשפטי שומר במכוון על מרחק מסוים מעולם העשייה ומגייס מדעים 'היצוניים' להבנת פנימיותו של עולם המשפט. היעדר אחריות מעשית מהחשיבה המחקרית מאפשרת לו גישושים, מסקנות ארעיות, הצעות 'הווה אמינא' נועזות, ושעשועים תאורטיים.

קהל היעד של 'עיוני משפט' הוא עולם השופטים, הדיינים, עורכי הדין והתלמידים המתכוננים לעסוק במקצוע המשפטי. ציבור היעד של 'תורת המשפט המהותית' הוא חוקרים וראשי ישיבות – איש איש לפי דרכו – העוסקים בהגות משפטית טהורה, לשמה. משל למה הדבר דומה? לקהל שומעי הרצאה לעומת קהל של צופים במחזה. מרצה מדבר **אל** ציבור שומעיו ישירות; שומע השואל שאלה באמצע ההרצאה או בסופה הריהו משתתף במפעל ההרצאתי. לא כן קהל של צופים במחזה: השחקנים אינם מדברים עמו אלא זה עם זה; צופה המתערב בעלילה למפריע ייחשב. הצופים מפקינים את התועלת המבוקשת דרך האזנה מרחוק.