



**הכנסת**

**הלשכה המשפטית  
תחום חקיקה ומחקר משפטי**

**חילוט תקבולי עבירה ועידוד חזרת העברייני בתשובה  
עמדת המשפט העברי**

ט"ז באייר התש"פ

10 במאי 2020

**כתיבה:** עו"ד ד"ר ירון אונגר, ממונה

**אישור:** עו"ד ד"ר ליאור בן דוד, ממונה בכיר

## מבוא

מסמך זה נכתב כרקע לדיון בהצעת חוק סדר הדין הפלילי (חילוט תקבולי עבירה), התשע"ח-2018 (להלן: הצעת החוק). הצעת החוק נועדה "ליצור הסדר אחיד ועדכני בכל הנוגע לחילוט של רכוש שהתקבל כשכר עבירה או שהושג כתוצאה מביצוע עבירה, וכן גלגולו של רכוש כאמור".<sup>1</sup>

מסמך זה עוסק בשאלה, האם לעניין חילוט תקבולי העבירה, יש לאפשר הסדר מקל יותר עם עברייני ששב בתשובה מיוזמתו ומבקש לתקן את דרכיו? כדי להשיב על שאלה זו יש לבחון תחילה את העיקרון שאותו מבקשת הצעת החוק לקדם, מנקודת המבט של המשפט העברי, ולאחר מכן, לבחון האם מנקודת מבט זו, מן הראוי ליתן הקלות לעבריינים שהודו מיוזמתם בביצוע העבירה או שהוכח לגביהם שהם שבו מדרכם ומבקשים לשוב לדרך הישר.

בהצעת החוק מוצע לקבוע שבית המשפט יהיה רשאי, לבקשת תובע, לחלט "תקבולי עבירה" של מי שהורשע<sup>2</sup> בביצוע עבירה.

ככלל, מוצע לקבוע שרכוש שחולט יועבר לאוצר המדינה,<sup>3</sup> אך מוצע גם להסמיך את בית המשפט להעביר את הרכוש שחולט לנפגע העבירה, אם ניתן פסק דין חלוט נגד מבצע העבירה המעיד על זכותו של נפגע העבירה ברכוש או הפוסק לו פיצויים בשל הנזק שנגרם מביצוע העבירה.<sup>4</sup>

על פי הצעת החוק, "תקבולי עבירה" הם כל אחד משלוש החלופות הבאות:

1. רכוש שהושג כשכר או כתגמול בעד ביצוע עבירה;
2. רכוש שהושג כתוצאה מביצוע העבירה;
3. רכוש שצמח או בא מרכוש כאמור בסעיפים הקודמים.

### 1. עידוד חזרת העברייני בתשובה

מן המפורסמות הוא, שעידוד חזרת העברייני בתשובה הוא מן הערכים הבולטים במשפט העברי. לשם עידוד חזרת העברייני בתשובה קבעו חכמים תקנה המאפשרת למי שגזל קורה ושיקעה בביתו, להשיב את ערכה הכספי של הקורה ולא את הקורה עצמה, כמתחייב מעיקר הדין (תקנת מריש).<sup>5</sup>

<sup>1</sup> מדברי ההסבר להצעת החוק עולה ש"ההצדקה הרעיונית העומדת בבסיס החוק המוצע... היא, כי לא ניתן לקנות זכות ברכוש שהושג בעבירה, ועל כן יש "להוציא את בלעו של הגזלן מפיו" (הצעות חוק, הממשלה, 1245, כ"ח בתמוז התשע"ח, 11.2.2018). בניב זה עשו בתי המשפט בישראל שימוש כדי להסביר את ההצדקה לחילוט תקבולי עבירה (ראו למשל, ע"פ 7475/95 מדינת ישראל נ' צירלי בן שטרית פ"ד נב(2) 385 ("חילוט אינו עונש... ותכליתו אינה "עונשית", אלא "הוצאת בלעו של גזלן מפיו"). בספרות הפסיקה, הניב משמש בעיקר כדי לתאר את חובת בית הדין לעשות כל אשר לאל ידו כדי למנוע מגזלנים או רמאים לשטות במערכת המשפט (ראו למשל: שו"ת דרכי נועם חלק אבן העזר סימן טז ("איך יחזיק בממון חברו שלא כדין? והדין נותן להוציא בלעו מפיו"); שו"ת מהרש"ך חלק ג סימן קה ("ואם יסרב שמעון להחזיר מה שגזל מראובן, חייבים ב"ד לכופו להוציא בלעו מפיו")).

<sup>2</sup> לא הוצע לחלט שכר שניתן עבור ביצוע העבירה אם העבירה לא בוצעה בסופו של דבר (בין אם משום שמקבל השכר לא הצליח לבצע את העבירה ובין אם משום שהחליט לא לבצעה). לדיון בעמדת המשפט העברי בעניין זה, ראו אצל נחום רקובר, ענישה במעשה עבירה, סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוברת ב', דצמבר 1969, עמ' 5-8 (להלן: רקובר, ענישה במעשה עבירה).

<sup>3</sup> סעיף 33(ג) להצעת החוק.

<sup>4</sup> סעיף 34(ב) להצעת החוק.

<sup>5</sup> לעניין זה ראו: משנה גיטין ה, ה; תלמוד בבלי גיטין נה, א; משנה תורה כולה ואבדה א, ה; שולחן ערוך חו"מ שס, א ובהרחבה אצל רקובר, תקנת השבים עמ' 112-120.

תקנה זו סויגה בדרכים רבות. כך למשל נקבע, שאין התקנה חלה על חיוב הנובע מגזלת קרקע (רמ"א, חו"מ שס,

עוד קבעו חכמים, ש"הגזלנין ומלוה בריבית שהחזירו אין מקבלין מהן, כדי לפתוח להן דרך לתשובה. וכל המקבל מהן אין רוח חכמים נוחה הימנו" (תקנת השבים).<sup>6</sup> תקנות אלו היו כר נרחב לדיונים הלכתיים בדבר הדרך הראויה ליישם את הערך של עידוד חזרת העבריין בתשובה.<sup>7</sup>

## 2. לא יהא חוטא נשכר

העיקרון של עידוד חזרת העבריין בתשובה מצוי במתח מתמיד עם עיקרון אחר, העיקרון של "לא יהא חוטא נשכר",<sup>8</sup> המשמיע, שעל המשפט לדאוג לכך שהחוטא לא ייהנה מפירות העבירה, משום שלא אחת, חובת העבריין להשיב תקבולים שהפיק כתוצאה מביצוע העבירה עלולה להרתיע אותו מלחזור בתשובה.

אולם, ההלכה מלמדת שככלל, העיקרון של תקנת השבים גובר על עיקרון 'לא יהא חוטא נשכר'. כך למשל, בנוגע לשבח שהשיב רכוש גנוב לאחר ייאוש בעלים נפסק ש"קנה הגזלן כל השבח" ... מפני תקנת השבים.<sup>10</sup> ההלכה זו מאפשרת לגזלן ליהנות מפירות העבירה בשם הערך של עידוד חזרת העבריין בתשובה.

---

א. לדיון בהצדקות לסייג זה ראו למשל: **לבוש עיר שושן**, חו"מ שם; **סמ"ע** חושן משפט שם, ס"ק ו'; **ט"ז** חו"מ, שם). לדעת הרמב"ם ופוסקים נוספים, התקנה תופעל רק לטובת עבריין המבקש מיוזמתו לשוב בתשובה וכוונתו זו ניכרת ממעשיו. (ראו: **משנה תורה** גזלה ואבדה א, יג ("רצה הגזלן לעשות תשובה, ובא מאליו והחזיר דמי הגזלה, תקנת חכמים היא שאין מקבלין ממנו אלא עוזרין אותו ומוחלין לו כדי לקרב הדרך הישרה על השבים, וכל המקבל ממנו דמי הגזלה אין רוח חכמים נוחה הימנו"). (ההדגשות אינן במקור); שם מלווה ולווה ד, ה ("הגזלנין ומלוה בריבית שהחזירו אין מקבלין מהן, כדי לפתוח להן דרך לתשובה. וכל המקבל מהן אין רוח חכמים נוחה הימנו"); **שיטה מקובצת** בבא קמא שם בשם ר"י מלוניל ("שהחזירו מאליהם בלא עונש ועישוי בית דין... שלא תקנו זאת התקנה אלא לשבים ברצונם"); שם, בשם הרמ"ה ("דוקא כשהחזירו מעצמן, וכמעשה שהיה. אבל היכא דלא אהדר ליה עד דתבע ליה בדינא [=אבל במקום שלא החזיר לו עד שתבעו בדין] מקבלין מהן, דכי עביד רבנן תקנתא לבעלי תשובה לגזלנין העומדין במרדן לא עבידו רבנן תקנתא [=שעשו חכמים תקנה לבעלי תשובה, לגזלנים העומדים במרדם לא עשו חכמים תקנה]). אך השוו לדעת **תוספות** בבא קמא צד ע"ב, ד"ה בימי רבי. וראו בהרחבה אצל **רקובר**, **תקנת השבים** עמ' 123-124).

<sup>6</sup> **תוספתא** שביעית ח, יב ב.

יש להדגיש, שהתקנה **אינה פוטרת** את העבריין מחיוב המוטל עליו על פי הדין, אלא רק **ממליצה** לנגזל שלא לעמוד על זכויותיו. כמו כן, התקנה אינה חלה אלא כאשר העבריין מבקש **מיוזמתו** לתקן את מעשה העבירה, ולא על עבריין שנתפס כבר (ראו: **תלמוד בבלי** בבא קמא, צד, ב; **משנה תורה** גזלה ואבדה א, יג; מלווה ולווה ד, ה; **שולחן ערוך** חו"מ שם, א. ובהרחבה אצל נחום רקובר, **תקנת השבים – מעמדו של עבריין שריצה עונשו מורשת המשפט בישראל**, ירושלים תשס"ז, עמ' 120-131 (להלן: **רקובר**, תקנת השבים)).

רבי יצחק בן שמואל, מבעלי התוספות, מסייג את התקנה וקובע שאין היא חלה אלא על "אותן בני אדם שרוב עסקם ומחיתם בכך והיו ניזונים בגזל ורביית ומתפרנסים בכך כל ימיהם" (**תוספות** בבא קמא צד, ב ד"ה בימי רבי), וכן הלכה (**שולחן ערוך** חו"מ שם, א) ("גזלן מפורסם (שעסקו בכך, ותשובתו קשה) הבא לעשות תשובה מעצמו... אם אין הגזילה קיימת - אין מקבלין ממנו, כדי שלא ימנע מלעשות תשובה"). הרשב"א תמה על סייג זה בטענה, ש"אדרבה, גזלן עתיקא בעי למקנסיה [=דוקא] גזלן ותיק ראוי לקנוס אותו" (**חידושי הרשב"א** בבא קמא, שם).

להשלמת התמונה יצוין, שבדורות מאוחרים יותר הורחב היקפה של התקנה ונעשה בה שימוש גם כדי להצדיק הקלות שונות ביישום הדין גם שלא בהקשר של דיני הממונות. ראו למשל, **שו"ת הרמב"ם** סימן ריא (הקל ביישומה של גזירת חכמים האוסרת על מי שנחשד בקיום יחסים עם שפחה נכריה לשאת אותה, "מפני תקנת השבים"); **שו"ת אגרות משה** יורה דעה ב, מו (הקלה בהלכה האוסרת שימוש בכלים ששימשו לטובת אכילת מאכלות אסורות).

<sup>7</sup> לעניין זה ראו בהרחבה, אצל **רקובר**, **תקנת השבים**.

<sup>8</sup> **משנה** חלה ב, ז; **תלמוד בבלי** כתובות לו ע"ב. העיקרון אף שולב בפרק עקרונות היסוד של הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 (הקודקס האזרחי).

<sup>9</sup> **ערוך השולחן** חו"מ שם, יד מבחין בין שבח מחמת פיתום הבהמה, שזוכה בו הגזלן מכוח תקנת השבים, לשבח מחמת עליית ערך הנכס שנגזל (יוקרא), שזוכה בו הנגזל, אלא אם קנה הגזלן את הנכס הגזול מכוח שינוי בגוף הנכס. אולם, מדברי **ש"ך** חו"מ שם ס"ק ד ("נתפסמה מאליה דינה כהוקרה") משמע שאינו מקבל הבחנה זו, וראו גם **פתחי חושן** גניבה ה, סעיף ו, שמעיר ש"נראה משמעות הלשון יותר כסברת השי"ד".

<sup>10</sup> **משנה תורה**, גזילה ואבדה ב, א-ג (ע"פ **תלמוד בבלי** בבא קמא צד, א). וראו גם, **ערוך השולחן** חו"מ שם, ז ("ובשבב גופא סבירא ליה דיש חילוק בין לפני יאוש ובין לאחר יאוש, משום דמדינא היה [הגזלן] צריך להחזיר כל השבח להגזל, כיון דאין זה שינוי. רק מפני תקנת השבים, עשו כן שיהיה השבח להגזלן. ותקנת השבים אינה אלא לאחר יאוש, דקודם היאוש למה לנו לעשות תקנה בדבר שהבעלים לא נתייאשו; ורק כשה כבר נתייאש,

לפי ר' יהושע פלק כץ (פולין, המאה ה-16), תקנת השבים היא גם הסיבה לכך שגזלן פטור מלשלם דמי השימוש בנכס שגזל, אם השתמש בו.<sup>11</sup> אף מדברים אלו עולה, שתקנת השבים גוברת על הערך של "לא יהא חוטא נשכר".<sup>12</sup>

### 3. האם החזרה בתשובה היא עניין 'שפיט'?

קביעה שלפיה בית המשפט רשאי לשקול את חזרת העבריין בתשובה במסגרת שיקוליו בעניין חילוט רכושו, מחייבת את אימוצן של שלוש הנחות: הראשונה היא, שלבית המשפט יש את הכלים כדי לבחון את מהימנותה של החזרה בתשובה. השנייה היא, שחזרת העבריין בתשובה היא בגדרי הסמכות הכללית של בית המשפט, והאחרונה היא, שהאינטרס של עידוד חזרת העבריין בתשובה גובר על האינטרס של ההרתעה, הנלווה אל הסדר המאפשר חילוט של רכוש שהושג בעבירה.

אולם, נראה כי כל שלוש ההנחות אינן מוסכמות על חלק ניכר מן הפוסקים, כעולה מן הדיון בדבר הקלה בעונשו של עבריין בשל חזרתו בתשובה. בעניין זה, הכלל הרחב הוא, שחזרת העבריין בתשובה אינה יכולה לשמש כעילה להקלה בעונש.<sup>13</sup>

יש שטענו שביסודו של כלל זה מונחת ההנחה, שכדי לחקור את כנותה של החזרה בתשובה נדרש בית הדין להיות חוקר כליות ולב, דבר שהוא למעלה מכוחו של האדם.<sup>14</sup>

---

אין לנו לרפות ידיהם של בעלי תשובה וכשנאמר להם שיחזירו גם את השבח ימנעו מלעשות תשובה ולכן תקנו כן שיחזיר הגזלה כמו שהוא והנגזל מחזיר דמי השבח להגזלן".

לדעת הרמ"א "אפילו שבחה מאליה הוא של גנב, אפי' קודם יאוש" (רמ"א חושן משפט שנד, א ע"פ דברי הטור, הרא"ש והראב"ד (ראו טור, חושן משפט שם, ב)). מדבריו ניתן להבין שכל שבח הבא מאליו זוכה בו הגזלן, אפילו לפני יאוש. אלא שיש שהסבירו שכוונתו לשבח הבא מאליו היוצר שינוי בנכס הגזול, ולא לשבח שאינו משנה באופן מהותי את הנכס (ראו ש"ך חו"מ שם, ס"ק ד). לפי הסבר זה, חלוק הרמ"א על הרמב"ם בשאלה, האם שבח מחמת לידה או גיזות הוא שבח שיש לראות בו שינוי מהותי בגוף הבהמה או לא.

<sup>11</sup> סמ"ע חו"מ שסג, יג. היו שתמהו על הסבר זה, משום שהרמב"ם קבע שתקנת השבים תחול רק לאחר יאוש בעלים (ראו י' בלס, עשיית עושר ולא במשפט, מורשת המשפט בישראל, ירושלים תשנ"ד, עמ' 29, הערה 138). בלס מציע שדברי הסמ"ע נאמרו בהתאם לשיטת הרמ"א, להלן הערה שגיאה! **הסימניה אינה מוגדרת**, הסבור שתקנת השבים חלה גם לפני יאוש בעלים (אלא שכאמור בהערה זו, לדעת הש"ך, אף הרמ"א מודה שאם הנכס הגזול לא השתנה בשום צורה, לא חלה תקנת השבים לפני יאוש). ר"י בלס אף כותב ש"ר"י קארו משווה את דינו של גזלן שהשכיר נכס גזול לדינו של גזלן שהשתמש בעצמו בנכס" (שם, עמ' 29), אלא שהוא מעיר ש"מתוך דבריו נראה שר' יוסף קארו אינו פוטר את הגזלן במקרה זה מכוח תקנת השבים" (שם, הערה 143).

<sup>12</sup> וראו גם **משפטי עוזיאל** אה"ע, כ (משפט זה, 'לא יהא חוטא נשכר' – לא נאמר במקום שיש בו משום תקנת השבים).

<sup>13</sup> "חייבי מיתות בית דין... אם עשו תשובה - אין בית דין של מטה מוחלין להן" (**תלמוד בבלי** מכות יג, א – יג, ב). וראו גם: **תשובות הגאונים** שערי תשובה, רלא ("לא יאמרו בית דין: כיון שהתנחם אין לדון עליו את הדין"); **ביאור הגר"א** חו"מ כז, ס"ק יד ("מה שתלוי בבית דין - אין מחילה"); **שו"ת חתם סופר** קובץ תשובות, כא ("פשוט שאפילו הקריב כל אילי נביות שבעולם וסיגף נפשו בסיגופים קשים ומרים השקולים ממאה מיתות, מכל מקום בזמן הסנהדרין לא נמחל עונו עד שיומת בבית דין").

חריג לכלל זה הוא, הענישה שלא בהתאם לדין התורה, כמוח תקנות חכמים. לעניין זה ראו: **שו"ת הרשב"א ה, רלט** (בעניין בחור כהן שנחשד בניאוף ובשל כך ענשוהו בשלילת מתנות כהונה מן הקהילה ("אם רואה אתה שחזר בו, נס נא אותו ותן דעתך עליו אם יתחרט וישוב מדרכו הרעה יסרהו קצת על הקודם ופשוט ידך אליו לקבלו בתשובה. שהרבה דחיות הרשעים בשתי ידים עושה... ואם הנער הזה רואה אתה שהוא מתחרט וחוזר מדרכו הרעה הניחהו, ויתן לו מי שיתן. ואע"פ שיש לחוש שמא מחמת יראת המתנות חוזר, אין אני רואה כ"כ עיכובי"); **חשוקי חמד** (זילברשטיין) מכות יג ע"ב ("החייב מיתת בית דין בגלל שהדור פרוץ ובית דין בא לגדור פירצות מסתבר שתשובה תועיל"); **ברכת שלמה** (טנא) חו"מ סי' ה ("בכל איסור דרבנן ושלוקין עליו מכת מרדות, אם חזר בתשובה בכל פרטי התשובה, יתכן שבית הדין יכול למחול לו").

<sup>14</sup> ראו למשל: **בית אלוקים** למבי"ט, שער התשובה ב ("וגם מצד כי אין ב"ד יכולין לחקור את לבו אם גמר תשובה בלבו אם לאו"); **חיד"א**, **הגדת שמחת הרגל** ראש החיבור, לימוד ג, רמז שני ("דאף שאנו רואים שמקבל עליו סיגופים קשים... כיון שעיקר התשובה הוא בלב, דאפשר שהאדם יראה לעיניו פרישותו וקדושתו וסיגופיו, וזמנין דלבו לא נכון עמו, לכן מלקין וממיתין אותו. כי בוחן לבות אלקים, ומי עלה שמים לדעת אם תשובתו אמיתית?"); **ישמח משה** (די בושל) פרשת משפטים ("כי אין לך דבר שעומד בפני התשובה. אך זהו לגבי דיני שמים אבל למי שנתחייב בדיני אדם אף אם עיני הבית דין רואות שהוא חוזר בתשובה לא מהני לגביהו לפוטרו מדין מיתה או

רבי משה מטראני (צפת, המאה ה-16) סבר שבית הדין אינו רשאי להתחשב בחזרת העבריין בתשובה, משום שהנכונות לקבל את העונש היא חלק בלתי נפרד מן החזרה בתשובה, ובשל כך, ההתחשבות בחזרת העבריין בתשובה חותרת למעשה תחת רעיון התשובה.<sup>15</sup>

ר' יחזקאל סגל לנד"א הסביר, שחזרת העבריין בתשובה אינה יכולה להצדיק הקלה בעונשו, משום שהקלה שכזו עלולה לחבל באפקט ההרתעתי של העונש.<sup>16</sup>

ויש אף שהעלו טענו כללית יותר, שהחזרה בתשובה היא מחוץ לגדרי הסמכות של בית דין של מטה, המוסמך לדון אך ורק בעניינים שבין אדם לחברו, ולא בעניינים שבין אדם למקום או בין אדם לעצמו.<sup>17</sup>

#### 4. מעילה בת עוולה לא תצמח תרופה?

במשפט הרומי היה מקובל עיקרון ידוע - *Ex turpi causa non oritur action* - 'מעילה בת עוולה לא תצמח תרופה'. עיקרון זה משקף תפיסה כללית שלפיה, המשפט לא נועד לסייע ביד עוברי עבירה להגן על זכויות שקנו מכוחה של העבירה.<sup>18</sup>

ככל הידוע, העדות היחידה לשימוש בעיקרון זה במשפט העברי מצויה בתשובה המיוחסת לרבנו חיים מאור הגולה, שפסק בעניינים של "שני אנשים התובעים זה לזה מגניבה או גזל של שניהם או מכל דבר הבא בעבירה", ש"אין לבית דין להיזקק להם... כי אין לנו להתעסק בדין אלא בכשרים".<sup>19</sup>

פסיקה זו, כפי שהעיר רקובר, אינה מתיישבת עם ההלכה הפסוקה, הקובעת שמי שנתן שוחד לדיין רשאי לתבוע את כספי השוחד מן הדיין שקיבל את השוחד,<sup>20</sup> אף ששני הצדדים הם עוברי עבירה.<sup>21</sup>

---

מלקות וכדומה, והטעם כי ה' יתברך הוא החוקר לב ובוחר כליות ולפניו נגלו תעלומות הלב, על כן הוא המקבל שבים. לא כן בני אדם אשר יראו לעיניים ולא ללבב ויוכל להיות שבפיו ובשפתיו ופושט טלפיו להראות שחוזר בתשובה ובקרביו ישים ארבו ועודנו עומד במרדו".<sup>15</sup> וראו גם, **מנחת חינוך** מצוה שסד, שדן בשאלה, מדוע אין קוברים הרוגי בית דין בקברי אבותיהם, חרף העובדה שהתוודו על חטאתם לפני שנהרגו, ומשיב ש"השי"ס מודיע לנו דתשובה מועלת, אבל אנחנו לא ידענו אם זה עשה תשובה גמורה... אף שאמרין לו שיתודה ויעשה תשובה אין אנחנו יודעים מה שבלבו, אולי אפשר פקר דאינו מתחרט באמת בלב... כי תשובה עם מיתה מכפרת אבל אנחנו לא ידענו".

<sup>15</sup> **בית אלוקים** למבי"ט, שער התשובה ב ('וכשהוא מהרהר תשובה בלבו הוא גומר בלבו להיותו משועבד למאמר האל יתברך ולקבל העונש על מה שעשה, ולכן משעה זו נקרא צדיק גמור, שרצה וגמר בדעתו לקבל עונש האל יתברך בסבר פנים יפות... אבל בשביל שלא קבל עדיין העונש לא יקרא חוטא, כי כיון שגמר בלבו לקבל לפני האל נקרא צדיק... וכן מי ששב בתשובה כיון שניחם על מה שעשה וחוזר לעתיד ומקבל עליו מה שיגיע לו מן העונש על מה שחטא הרי הוא בעל תשובה מעתה ונקרא צדיק... ולזה אינה מספקת התשובה לסלק מעליו עונש בית דין, מלקות או מיתת בית דין, כי גם שחזר בתשובה בוידוי ונחשב צדיק צריך הוא לקבל עונש").

<sup>16</sup> **שו"ת נודע ביהודה מהדורה קמא**, אורח חיים, לה ד"ה אלא שאומר אני ('גזירת הכתוב הוא, שאלמלא כן בטלו עונשי תורה בכללן, ואין אדם שיומת בבית דין, כי יאמר: 'חטאתי, והנני שבי. וכיון שהקב"ה רצה ליתן עונש מיתה על קצת עונות כדי שיתירא האדם מלעבור, לכן נחוץ הוא שלא תועיל התשובה להציל ממימתת בית דין'); **שפתיה מהר"ש** (ענגיל) פרשת בא, עמ' מז ('דכל עונש בא לענין שני דברים: אחד לענין כפרה על החטא, ב' לקיים הקרא דבערת הרע מקרבך, למען ישמעו וייראו... אף שעשה תשובה ונתכפר לו החטא בתשובה, מכל מקום כל זה לא יועיל כי אם לפני ה' יתברך, שיודע שזה החוטא עשה תשובה. אבל אכתי יש על הבית דין חיוב לעשות לו עונש כדי שיקויים וכל העם ישמעו וייראו, דהא העולם אינם יודעים מזה אי עשה תשובה בכלל ואם תשובתו נתקבלה, ואם כן יאמרו העולם הותרה הרצועה חס וחלילה").

<sup>17</sup> ראו למשל: **תקנת השבין** (מהדורת בית אל, תשמ"ח) ח, אות ד (וראו בהרחבה על דבריו אצל **רקובר**, **תקנת השבים** עמ' 73-75); הרב י"ד סולובייצ'יק, "בישורת התשובה לישראל", **שנה בשנה** תשמ"ה, 136.

<sup>18</sup> ראו לעניינו של עיקרון זה בע"א 360/64 פרלה **אבוטבול נ' אליהו קליגר** פ"ד יט (1) 461.

<sup>19</sup> עץ החיים, דף ק"ג.

<sup>20</sup> ראו להלן, ליד הציון להערה 27.

<sup>21</sup> את הכרעתו ביסס ר"ח מאור הגולה על שני מקורות. הראשון שבהם הוא זה הקובע שבשל הצורך ההלכתי להרחיק בין כהן לגרושתו, אם יש לגרושה תביעה נגד בעלה לשעבר, עליה להגיש תביעה זו באמצעות צד שלישי. בהקשר זה קבע רב ששת, ש"אי אתו לקמן לדינא - לא מזדקקין להו [=אם יבואו לפנינו לדין, לא נזדקק להם]" (**תלמוד בבלי** כתובות כח,א). מכאן מסיק ר"ח מאור הגולה, שכאשר שני הצדדים עברו עבירה, בית הדין לא ידון בתביעה שביניהם. אולם, כפי שהעיר רקובר (**רקובר**, **ענישה במעשה עבירה** הערה 9), זוהי ראייה בעייתית, משום ש"באותו

## 5. שכר הבא בעבירה

בכל הנוגע לשכר שהתקבל בעד ביצוע העבירה, יש להבחין בין שכר שקבלתו היא עבירה לשכר שניתן בעד ביצוע העבירה, אך עצם קבלת השכר איננה עבירה.

### 5.1. שכר שקבלתו אסורה

כידוע, ההלכה היהודית אוסרת הלוואה בריבית. בעניין חובת ההשבה של ריבית שנגבתה שלא כדין נקבע: "הגזלנים ומלוי בריבית, אף על פי שגבו – מחזירין".<sup>22</sup> מכאן, שבאופן עקרוני, **הדין העברי אינו מאפשר למלווה בריבית ליהנות מפירות העבירה.**

אמנם, בתלמוד<sup>23</sup> נחלקו אמוראים בשאלה, האם חובה זו היא בת אכיפה על ידי בית הדין. לדעת רבי יוחנן, בית הדין לא יכפה על מקבל הריבית להשיב את הריבית ("ריבית קצוצה אינה יוצאה בדיינים"), בעוד שלדעת רבי אלעזר, בית הדין אוכף על המלווה להשיב כספים שקיבל בריבית, וכן הלכה.<sup>24</sup>

לפי שוחטמן,<sup>25</sup> המחלוקת בעניין כוחו של בית הדין לאכוף את חובת ההשבה מלמדת שחובה זו אינה חובה **משפטית** אלא חובה **דתית** במהותה, והמחלוקת עוסקת בשאלה, האם בית הדין מוסמך לאכוף חובה זו או לאו.<sup>26</sup>

בנוגע לדין שנטל שוחד נקבע, ש"חייב להחזיר השוחד כשיתבענו הנותן".<sup>27</sup> וחיידוש יש בהלכה זו לעומת ההלכה בעניינו של המלווה בריבית, שהרי נותן השוחד ביקש להטות דין, והיה מקום לחשוב שאין ראוי לו לבית הדין להיזקק לתביעתו. אף על פי כן נפסק כאמור, שאם תבע נותן השוחד מן הדיין ששייב לו את כספי השוחד, על הדיין להשיב לו את כספו.

### 5.2. שכר שניתן בעד ביצוע עבירה

עמדתו העקרונית של המשפט העברי היא, שחיוב חוזי לביצוע מעשה עבירה בתמורה לשכר הוא חיוב תקף לכל דבר ועניין, ככל שתשלום השכר אינו מהוה עבירה.<sup>28</sup> בהתאם לכך נפסק, שאם

---

ענין העמידה לדין גופה היא עבירה, להבדיל מההתדיינות בדבר מעשה עבירה, שההתדיינות עצמה אין בה עבירה". המקור **השני** הוא דרשת רב יוסף – "בצדק תשפוט עמיתך - עם שאתך בתורה ובמצוות השתדל לדונו יפה" (**תלמוד בבלי** שבועות ל,א). ממקור זה מסיק ר"ח מאור הגולה, שאין להשתדל לדון יפה עבריין, שאינו 'אתך בתורה ובמצוות'. על ראייה זו העיר רקובר (שם): "ענין פירוש רש"י שם, המפרש לעניין תלמיד חכם". כלומר, שהמקור עוסק בהעדפת דינו של תלמיד חכם על דינו של אחר, ולא על נעילת דלתות בית הדין בפני מי שאינו בתורה ובמצוות. ויש להוסיף, שבתלמוד (שם) הוסברה דרשה זו בדרך שונה, ולפיה, אם בעל הדין הוא "אתך בתורה ובמצוות", ראוי הדיין **להקדים את הדין** בעניינו לדין בעניינו של בעל דין אחר, חרף חובתו העקרונית לנהוג בכל בעלי הדין בצורה שוויונית (וראו **רש"י** שבועות ל,א, ד"ה השתדל לדונו יפה). לכן, קשה להיתלות במקור זה כדי להצדיק את נעילת דלתות בית הדין בפני בעל דין שידיו אינן נקיות (למקורות נוספים בעניין זה ראו אצל רקובר, שם).

<sup>22</sup> **תלמוד בבלי** בבא קמא צד ע"ב.

<sup>23</sup> **תלמוד בבלי** בבא מציעא סא ע"ב.

<sup>24</sup> **משנה תורה**, מלווה ולווה ד, ג; **שולחן ערוך** יו"ד קסא, ה.

<sup>25</sup> אליאב שוחטמן, **מעשה הבא בעבירה**, מוסד הרב קוק, ירושלים תשמ"א, עמ' 228 (להלן: שוחטמן, מעשה הבא בעבירה).

<sup>26</sup> לדברי שוחטמן (שם), בשל האופי הדתי של חיוב ההשבה נפסק שבית הדין אינו ראוי לרדת לנכסי מקבל השוחד על מנת להוציא ממנו את כספי הריבית, בניגוד למקובל בנוגע לכל חיוב משפטי.

<sup>27</sup> **משנה תורה** סנהדרין כג, א (וראו אצל **שוחטמן**, **מעשה הבא בעבירה** עמ' 231-232, דיון בדבר מקור חיוב ההשבה). מנוסח ההלכה משתמע, שחיוב ההשבה אינו קיים אם נותן השוחד לא תבע מן הדיין שיחזיר לו כסף או כל דבר שווה ערך אחר שניתן לו כשוחד. לדיון בשאלה, האם תנאי זה קיים גם בנוגע להשבת כספי ריבית, ראו **פתחי תשובה**, חושן משפט, סימן ט, סעיף א.

<sup>28</sup> ראו **שוחטמן**, **מעשה הבא בעבירה**, עמ' 214 ("הכלל הוא שדין החיוב הכלול בחוזה הבלתי חוקי כדין חיוב רגיל, גם אם משדובר בחיוב שהוא תמורה לביצוע עבירה").

התחייב אדם לשלם לאישה שכר עבור קיום יחסים אסורים, אם האישה מילאה חלקה בהסכם, אדם זה חייב לשלם לה את השכר שהובטח לה, ובית הדין אף יאכוף עליו לקיים חובה זו.<sup>29</sup>

לעניין זה, אחת היא אם מי שהתחייב לשלם שכר עבור ביצוע העבירה נהנה מביצוע העבירה או שלא נהנה מכך, שהרי חובתו לשלם את שכר העבירה אינה נובעת מן ההנאה שהפיק ממעשה העבירה, אלא מחובתו על פי ההסכם. לכן, גם כאשר שכר אדם עדי שקר והעדים מילאו חלקם בהסכם, עליו לשלם את שכרם, אף שהשקר התגלה והשוכר לא הפיק הנאה מביצוע העבירה, ובית הדין אף יכפה עליו לשלם לעדים את שכרם.<sup>30</sup>

ואולם, אין בעמדה העקרונית האמורה כדי לשלול את כוחם של חכמים לשלול מן העבריין את שכרו, כסנקציה שתכליתה להרחיק אדם מן העבירה. כך למשל, ר' שלמה קלוגר ביקש לחדש שבאופן קטגורי, אם שכר אדם שליח לשם ביצוע מעשה עבירה, "אין לו שכר, דקנסוהו רבנן שאין לו שכר בזה",<sup>31</sup> אלא שהוא מסיים, ש"זה חידוש דין, וצריך עיון עדיין בזה".

רבי יהודה ליב צירלסאהן<sup>32</sup> נשאל, בעניין "שליח שנשכר לחברו בשביל עניין העבירה שעשה השליח, האם יכול הוא לתבוע את שכירותו מהמשלח?"<sup>33</sup> והשיב: "ודאי שמוקצה הוא מן הדעת לומר דהאיסור שעשה השליח מתירו לקבל שכר בעד עבריינותו", משום ש"עלינו לגדור הדרך בעד העבריין, לבל יפיק שום תועלת מעבריינותו, כדי שלא יהא חוטא נשכר".<sup>34</sup> הכרעה זו, כפי שהעיר שוחטמן, איננה הכרעה קטגורית, שניתן ליישמה באופן עיוור בכל מקרה שבו נתבע שכר שהובטח בעד ביצוע עבירה, אלא זוהי הכרעה המבוססת על סמכות הענישה המסורה בידי בית הדין, שהשימוש בה "הוא ענין המסור לשיקול דעתו של בית הדין שיעשה בה שימוש לאור נסיבותיו של כל מקרה ומקרה על פי השיקולים הרגילים הקיימים בתורת הענישה כגון מידת חומרתה ושכיחותה של העבירה, כוונת הצדדים, שלא יהא חוטא בשכר וכיוצא בזה".<sup>35</sup>

<sup>29</sup> כך עולה, למשל, מדברי רבא בתלמוד בבלי בבא קמא ע"ב, שקבע שבאופן עקרוני, בן שהבטיח לאמו אתנן כדי שיקיים עמה יחסים, חייב לשלם לאם את שכרה, אם כי, בית הדין לא יאכוף עליו לשלם משום שחל כאן הכלל הקובע ש"אין אדם מת ומשלם". ויש אף שסברו שכלל זה אינו חל במקרה זה, משום שהכלל האמור חל רק כאשר הדין מחייב אדם במיתה וממוון, ולא כאשר החיוב הממוני נובע מהתחייבות חוזית (ראו **ספר ההשלמה**, בבא קמא ז, ב; בבא מציעא ז, ג; **בית הבחירה** בבא קמא ע"ב, ד"ה וחכמי הצרפתיים; שם, בבא מציעא צא ע"א, ד"ה מי ששכר; **שיטה מקובצת** בבא מציעא צא ע"א). בהתאם לעיקרון זה קבע ר' יצחק בר ששת, שאם תבעה זונה אתננה מאדם, והלה מכחיש את כל העניין, עליו להישבע כדי לדחות את טענתה (**שו"ת הריב"ש**, מא). גם מפסיקה זו עולה שבאופן עקרוני, תביעת הזונה ניתנת למימוש בבית הדין. וראו בהרחבה אצל **שוחטמן, מעשה הבא בעבירה**, עמ' 214-220.

<sup>30</sup> ראו **נתיבות המשפט**, חושן משפט ט, ביאורים, ס"ק א, ובהרחבה אצל **שוחטמן, מעשה הבא בעבירה**, עמ' 223-224.

<sup>31</sup> **חכמת שלמה** חו"מ קפב, ו.

<sup>32</sup> רוסיה ורומניה, המאה ה-19 עד המאה ה-20, כיהן כרב הראשי של חבל בסרביה ושל העיר קישינב, וכחבר מועצת גדולי התורה של אגודת ישראל.

<sup>33</sup> **מערכי לב**, התשובות, סימן קי"ג. על תשובה זו ראו גם אצל אליאב שוחטמן, "לשאלת הסיוע ביד עוברי עבירה" **המעין** כ (ג), תש"מ, 31, עמ' 32-34 (להלן: שוחטמן, לשאלת הסיוע).

<sup>34</sup> שם. לא למותר לציין, שרי"ל צירלסאהן אף קובע ש"לא רק שעלינו להפריש מזה את העבריין, אלא שגם עליו בעצמו מוטלת חובת הפרישה מקבלת תועלת ממונית בעד עבריינותו".

עוד מעיר שם רי"ל צירלסאהן, ש"אין לטעון כלפי זה: הרי לאידך גיסא יהיה החוטא הזה, שהוא המשלח, נשכר במה שיפטר לשלם להשליח ... דיש לומר דבכהאי גוונא ... מוכרחים לתפוס בזה את הרע במיעוטו" (שהרי אם ישלם לשליח - השליח יהא נשכר, והמשלח יעבור על "לפני עוור לא תתן מכשול"). קושי זה עשוי לבוא על פתרונו באופן מוצלח יותר, אם ייקבע שהשכר ישולם, אך לא לשליח אלא לעניים או לקופת המדינה. ואמנם, היו אחרונים שצידדו בפתרון מסוג זה. כך למשל, ר' צבי הירש ב"ר עזריאל קובע בעניינו של עד שנשכר כדי להעיד עדות שקר וקיבל תמורה בעד הדבר, אך בסופו של דבר לא העיד עדות שקר, שאין להשיב את השכר לשוכר העד, אלא יש לחלקו לעניים (**שו"ת עטרת צבי** חושן משפט, לב, ס"ק א) וראו עוד בעניין זה אצל **רקובר, ענישה במעשה עבירה** עמ' 7-8; שוחטמן, **מעשה הבא בעבירה**, עמ' 254).

<sup>35</sup> **שוחטמן, לשאלת הסיוע** עמ' 34.

## 6. רווח שהופק בעקיפין מן העבירה

עד כה דנו בתקבולי עבירה שמקורם בשכר שניתן בעד ביצוע העבירה. כאמור לעיל, תקבולי עבירה הם גם רכוש שהושג "כתוצאה מביצוע העבירה" או רכוש "שצמח או בא מרכוש כאמור" או שצמח או בא משכר העבירה.

לעניין סמכות בית הדין לשלול מן העבריין תקבולי עבירה מסוג זה יש להקדים ולהזכיר את דברי הרמב"ם, שקבע את העיקרון שלפיו "יש לדיין להפקיר ממון שיש לו בעלים, ומאבד ונותן לפי מה שיראה, לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק, או לקנוס אלם זה".<sup>36</sup> מהלכה זו עולה שבאופן עקרוני, בית הדין מוסמך לשלול מכל עבריין את תקבולי העבירה, אם יראה שיש בכך כדי להרתיע עבריינים ולהגביר את הציות לחוק.

הדוגמה הקלאסית לתקבולי עבירה שקיימת הצדקה לשלול אותם היא זו של יורש שרצח את מורישו כדי לזכות בעיזבונו.<sup>37</sup> בעניין זה, אף שמעיקר הדין זוכה היורש בכספי הירושה,<sup>38</sup> היו שציטטו בשלילת זכותו בעיזבונו, על יסוד העיקרון של "לא יהא חוטא נשכר".<sup>39</sup>

דוגמה נוספת היא, רווחים שהושגו במשחקי מזל האסורים על פי ההלכה. גם כאן, אף שמעיקר הדין זכה העבריין ברווחים, מסורה ביד בית הדין הסמכות לקנוס את העבריין ולשלול ממנו את הרווחים, "כפי הוראת השעה להעמיד המשפט על היושר... שכשידעו שמחזירין מה שהרוויחו, לא יתעסקו וימשכו כל כך אחר השחוק אשר הולך יועצים שוללי".<sup>40</sup>

## 7. מסקנות

מן הדיון עולות המסקנות הבאות:

- המשפט העברי מצדד בהתחשבות בהסדרים שנועדו לעודד את חזרת העבריין בתשובה, ועידוד חזרת העבריין בתשובה גובר אף על העיקרון של "לא יהא חוטא נשכר".
- יש בכוחו של בית המשפט לחלט את שכר העבירה או את תקבולי העבירה, אם ראה שיש בכך כדי להרתיע מפני ביצוע מעשי עבירה או לקדם את המאבק בעוברי עבירה.
- ככלל, בית הדין לא מוסמך להכניס במכלול שיקוליו את חזרת העבריין בתשובה, אם משום הקושי הכרוך בהוכחת מהימנותה של החזרה בתשובה, אם משום התפיסה שהענישה היא חלק מן החזרה בתשובה ואם משום החשש מפני פגיעה באפקט ההרתעתי של הסדר שנועד להפוך את ביצוע העבירה לעניין שאינו משתלם.
- יחד עם זאת, המחוקק רשאי להקל ביישומו של הסדר שהוא מכביד על העבריין, ככל שמצא שאין בדבר כדי לעודד ביצוע של מעשי עבירה או לפגוע באפקט ההרתעתי של ההסדר.

<sup>36</sup> משנה תורה סנהדרין כד, ו.

<sup>37</sup> לעניין זה ראו בהרחבה: אליאב שוחטמן, "הרצחת וגם ירשת?" פרשת השבוע (הוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט), גיליון מס' 302 (תשס"ח); יעקב שפירא, "יושב על הרצחת וגם ירשת?!", פרשת השבוע (הוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט), גיליון מס' 374 (תש"ע).

<sup>38</sup> ראו אצל שוחטמן, שם.

<sup>39</sup> האסמכתאות שמביא שפירא (שם) לעניין זה הן: עלי תמר, ירושלמי סדר נזיקין, גבעתיים תשמ"ג, מכות, פרק ב, הלכה ו, עמ' רח; שו"ת דבר יהושע, חלק א, סימן ק; משנת אברהם (פרייס), סימן תתקכט צפנת פענח (ירושלים תשל"ט), הלכות מתנות עניים, פרק ד, הלכה י, עמ' 108.

<sup>40</sup> שו"ת הדב"ז א, תקי"ז.