* **לחשוב איך אפשר להשוות בין הנושאים שלמדנו למשפט הפלילי הישראלי**
* **לחשוב על השווה בין דיני ממונות לדיני נפשות**
* **במבחן לעבוד בצמוד למחברת הארוכה וסיכום חומרי הקריאה. חשוב לאזכר מקורות ולצטט משפטי מפתח.**

# המקרא וחוקי המזרח הקדום

**חוקי המזרח הקודם –** כל החוקים שמקורם במאות ה19-21 לפנה"ס מאזור מסופוטמיה (עיראק בימינו). החוקים כתובים בכתב יתדות ורובם בשפה האכדית (חריג הוא חוקי החיתים מתורכיה).

**חוקי המקרא** – חוקי העם היהודי. התפיסה היא כי החוקים קיימים כבר מעל ל4,000 שנה, אך העדות הכתובה הכי מוקדמת לחוקי המקרא ניתן למצוא מהמאה ה-12 לפנה"ס מאזור ישראל ומצרים.

ולמרות הפער ההיסטורי והגיאוגרפי, ניתן להסביר את הדמיון ע"י העובדה שהעבריים הגעו לארץ מבבל, וחיו בה בתקופה שבבל ואשור היו אימפריות. יכוך להיות שהעבריים הביאו איתם את המסורות האלה והמקרא התעצב לפיהן.

**דמיון בין חוקי המזרח הקודם לחוק המקראי**

* **מידה כנגד מידה –** מדובר בעיקרון חשוב ביהדות. בפגיעות גוף, התורה נוקטת בעונש של מידה כנגד מידה (מלבד במקרה בו פגעו באישה הרה ומת התינוק, אז ישולם פיצוי). גם חוקי חמורבי נוקטים באותו עיקרון. יתרה מזו, המקורות שנלמדו בכיתה נוקטים בלשון זהה.
* **שור נגח שור** – בתורה, מקום שבו שור שנגח בשור והרגו, יש למכור את 2 השוורים ולחלק את הכסף בין הבעלים. חוקי אשנונה נקטו באותו עיקרון והשתמשו באותו לשון.
* **שור נגח אדם** – התורה יוצרת הבחנה: שור תם – הריגת השור ואיסור הנאה; שור מועד – השור ייסקל ובעליו יומת, אך ניתן לשלם כופר נפש; אם שור מועד הרג עבד – השור ייסקל ובעליו יפצה את אדוני העבד ב30 שקלים.

חוקי חמורבי משתמשים באותה דוגמהאך ההבחנות שונות: שור תם – אין עונש; שור מועד נגח בבן – פיצוי בגובה חצי מנה של כסף; שור מועד נגח בעבד – שליש מנה של כסף. 🡨 דמיון סטרוקטורלי.

**הבדלים בין חוקי המזרח הקדום לחוק המקראי**

* **גבול לגמולנות: מידה כנגד מידה רק כלפי העבריין** – עפ"י התורה, "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומתו". עונשים לדורות בדיני שמיים וענישה קיבוצית בעבירות אזרחיות (גרינברג). לעומת חוקי חמורבי, אם בנאי התרשל והבן של בעל הבית מת, יש להרוג את בן הבנאי. ביטוי לתפיסה פטריארכלית לפיה גם הצאצאים, האישה והעבד שייכים לראש המשפחה.
* **אין אפשרות למחול על העונש או לתת כופר על עבירות חמורות** – התורה קובעת הבורה חדמ"ש כי לא ניתן לקחת כופר בעד עבירות שדינן מיתת בי"ד/הריגה בשוגג, על אף שמבחינה רציונלית אולי פיצוי משפחת הקורבן היה תורם להם יותר.החריג היחיד הוא תשלום כופר במקרה של שור מועד.לא ניתן למחול כי אלו עבירות נגד אלוקים והן רע מוחלט. לעומת חוקי חמורבי, בעל יכול לסלוח לאשתו הנואפת (ואפילו אין צורך בפיצוי-גרינברג) והמלך יכול לסלוח למרשתו (הנואף) ובכך להצילם מעונש מוות בזריקה למים. בחוק האשורי, ניתן להינצל ממוות ע"י מסירת בני אדם אחרים תחת הדם שנרצח ובכך "לרחוץ את הדם".
* **עונש מוות על עבירות רכוש** – התורה לא מטילה עונשי מוות על עבירות רכוש, לעומת חוקי חמורבי שמטילים עונש מוות על שודד/גנב שנתפס.
* **ענישת חיות** – התורה מענישה גם חיות (שור מעוד/משכב בהמה), לעומת חוקי חמורבי שלא.

**ההסברים של גרינברג להבדלים:**

* **זהות המחוקק** – בתורה, ד' הוא המחוקק והחוקים הם דברי אלוהים. לכן, הפשעים הם לא רק עוולות ארציות, אלא הם חטא כלפי האלוהים, אשר אין בידי האדם ובסמכותו לכפר עליו ולמחוק אותו (דברי יוסף לאשת פוטיפר). לעומת זאת, בחוקי המזרח המחוקק הוא המלך שהאל חנן אותו ב"דברי אמת". לדוג' חמורבי מכנה את חוקיו כ"דברי שחוקקתי על מצבתי" ומקלל את מי שיזיד למחוק את שמו. כך גם ליפית אישתר (גרינברג).
* **קדושת האדם שנברא בצלם** – ביהדות, הריגת האדם היא פגיעה בצלם אלוהים, לכן כל מי שיפגע בחיי האדם ייענש, אף אם מדובר בחיה. ובהתאמה, כאשר העבירה אינה פגעת בחיי האדם (עבירת רכוש) לא יוטל עונש מוות. השוני משקף הבדל ערכי. חוקי המזרח לא מבטאים את הקדושה של חיי האדם, אלא דואגים לשמירת זכויות ולמתן פיצויים. לכן, יש אפשרות להמיר את עונש המוות בעונש כספי.

# ענישה פלילית במקרא

**תכליות הענישה**

1. **גמול** – עיקרון "עין תחת עין" הוא עיקרון חשוב בתורה והרבה מהענישה הפלילית עוסקת בגמול.
2. **הרתעה** – לא מופיעה בצורה עקבית. לדעת אנקר, נשתמש בהרתעה במקרים בהם יש סכנה לשלמות החברה ולמן יראו וייראו (דוגמת זקן ממרא – אדם שיודע את התורה ולא מקשיב למנהיגי הציבור).
3. **הגנה על החברה** – מופיעה במס' מצומצם של חוקים, ובעיקר בהקשר של ע"ז**.** עובדי ע"ז יכולים להביא להשחתה והסטה של החברה. ולכן ענישתם נועדה להגן עליהם מפני החברה, פן יתרבו.
4. **שיקום** – תכלית מודרנית שמופיעה בדברי חז"ל ופחות במקרא. לדוג' כאשר עבד נמכר בגניבתו – אומנם הדגש הוא על השעבוד כגמול על מעשיו, אך זה יכול להתכתב עם תכלית השיקום – הזדמנות להתחיל מחדש.
5. **תכלית דתית: כפרת הארץ** – שפיכות דמים (קשור לכל העולם) ועריות (קשור לכל מי שיושב בארץ) הן עבירות שהארץ לא יכולה לשאת. הן מטמאות את הארץ, עד שהיא מקיאה את יושביה ובכך מתכפרים החטאים (דוגמת המבול, סדום, גלות בבל).
6. **תכלית דתית: מניעת חרון אף ד' בישראל** – באמצעות הענישה בידי אדם, נמנעים מהעבריינים ענישהבידי שמיים / פורענות. לדוג' בעקבות ענישת משה את בנ"י על חטא בעל פעור, "ויישב חרון אף ד' מישראל".

**מאפיינים ייחודיים של הענישה הפלילית המקראית:**

1. **ענישת חיות ולא רק בני אדם** – בניגוד לחוקי המזרח, במקרים שבהם חיות פגעו בחיי אדם ובמקרים של משכב בהמה, התורה מענישה גם את החיות. הדבר מוזר, לאור העובדה שלחיות אין תבונה אנושית והן לא רצו את זה (השווה לפרשת נערה מאורסה).

גרינברג מביא 3 נימוקים שהמרצה לא אוהב – ערך חיי האדם (לא מסביר על ענישה במשכב בהמה); נטיית החיה קולקלה לאחר המעשה; מעורבות החיה ב2 העבירות שמביאות לטומאת הארץ מחייבת את ענישתה לצורכי כפרה.

1. **ענישה בידי האל ולא רק בידי אדם** –ענישה בידי האל אינה רק סיפורית, אלא מופיעה גם בקבצי החוק – כרת ומיתה בידי שמיים.
* **עונש הכרת** הוא עונש מוות (כריתה לחלוטים מהעם) המוטל על עבירות חמורות (ע"ז, עריות, חילול שבת וכו'), ומופעל במקומות שבהם לא הייתה ענישה בידי אדם (דוגמת המולך). כת מדבר יהודה פירשה זאת כגירוש ונידוי, אך זהו לא הפירוש הרווח.
* **מיתה בידי שמיים** הוא עונש מוות של מיתה טרם הזמן וקיצור חיים, שניתן בכל פעם שהתורה נקטה בלשון מת בצורה סתמית. לדוג' עונשו של מי שלא שומע לדברי הנביא או מי שמחלל את הקודש (נכנס למקדש בלי לרחוץ ידיים ורגליים).
* **עונשי כרת חמורים יותר עקב פרשנות מילולית** – עצם השימוש בשני מושגים מעיד על כך שיש הבדלים; **צמידות עונש הכרת לחטאים שיש עליהם מיתת בית דין**; **ועניין העריריות** (מוות בלי המשך, אך מופיע בתורה רק על איסור עריות – על איש ששכב עם דודתו).
* **קיומם של 2 מערכות הענישה מאפשר מעבר מדיני אדם לדיני שמיים** (דוגמת המולך – התערבות ד' כי העם לא שפטו את עובדי ע"ז) **ומדיני שמיים לדיני אדם** (המגיפה שפרצה בבנ"י בעקבות חטא בעל פעור עד שהייתה התערבות משפטית של משה והשופטים והתערבות חוץ משפטית של פנחס בן אליעזר שהרג את זמרי בן סלוא)**.**
* **יתרונות דיני שמיים** – אין צורך בראיות; לא תלוי ברצונם הטוב (או הרע) של בנ"א; לא צריך שיתוף פעולה עם גורמים שיכולים להטות את ליבם.
* **יתרונות דיני אדם** – ענישה בדין אדם פוגענית פחות; ספציפית לעבריין ולא מוטלת על משפחתו/הסביבה (דוגמת המגיפה בעקבות חטא בעל פעור); ענישה חלקית בדיני אדם יכולה לעצור את חרון אף ד' ומונעת עונש חמור יותר.

**עקרונות הענישה**

1. **עבירות חמורות דורשות עונש. אין אפשר להמירן בכופר או למחול עליהן** – כיוון שהעבירות החמורות נתפסות כמרד/חטא לד', לא ניתן להמירן בכופר לנפגע/משפחתו או לוותר על העונש אם נפגע העבירה סולח. הדבר אפשרי רק כאשר אדם מת ע"י שור מועד (גרינברג). בע"ז לא ניתן להציע כופר/מחילה; ברצח – עיקרון מידה כנגד מידה גובר על אפשרות המחילה או הכופר (בניגוד לחוק האשורי לעיל); בניאוף – חומרת המעשה גוברת גם אם הבעל סולח (זה לא סכסוך פרטי כמו בחוקי חמורבי).
2. **ענישת מידה כנגד מידה רק כנגד העבריין** – ראינו בחוקי חמורבי אפשרות הענשת בני משפחתו של מבצע העבירה שנובעת מתפיסה פטריארכלית ואונס אשת האנס כנגד אונס בת בחוק האשורי. בחוקי המקרא, זהו הגבול לגמולנות – לא נעשים אחד על חטאיו של אחר.
3. **הטלת עונש מוות רק על עבירות דתיות חמורות ולא על עבירות רכוש** – ככלל, על עבירות רכוש יוטלו עונשי ממון. החריג הוא אם הגיע שודד בלילה (במחתרת) ונתפס, אפשר להורגו כל עוד לא זרחה השמש, ומי שיהרוג לאחר מכן- "דמים לו". הריגת השודד בלילה אינה הוצאה להורג בעקבות הליך משפטי בו מעורב בי"ד, אלא אפשרית כמענה מהיר נגד סכנת הגניבה, בבחינת "הבא להורגך השכם להורגו".

**סוגי העונשים במקרא הניתנים ע"י אדם**

1. **עונש מוות** – ניתן על עבירות דתיות חמורות: סקילה, שריפה, חרב (לפי פירוש חז"ל לפרשת העיר הנידחת)**.**
2. **תלייה** – לא כאמצע המתה, אלא סוג של השלמת העונש. תליית הגוף למען יראו ויירא, אך אין להלין את המת - בסוף היום יש להוריד את הגופה ולקבור אותה "כי קללת אלוהים תלוי".
3. **מידה כנגד מידה** – ענישה בצורה הדומה לביצוע העבירה. שלושה סוגים של מידה כנגד מידה:
* **איבר כנגד איבר** – עין תחת עין וכו'.
* **באביר שעשה את העבירה** – דוגמת האישה שתיענש בידה, שבה ניסתה להציל את בעלה. **לא מיושם כמעט**
* **"כאשר זמם"** – אדם שבא להעיד עדות שקר, ייענש בעונש שבו מי שהעיד כנגדו היה צריך היענש אם עדותו הייתה מתקבלת.
1. **גלות** – רוצח בשגגה גולה לעיר מקלט כדי להינצל מגואל הדם. חריג לכלל במקרא שלא מעניש על עונשים בשגגה. יש הרואים אותה כהגנה, אך המקרא מתייחס לזה כאל עונש, וכך גם אנחנו.
2. **מכות** – כעונש על ביצוע עבירות דתיות (חז"ל) או כתגובה לסכסוך בין הנאשם לעד (הרד"צ הופמן). המקסימום הוא 40 מכות משום שחריגה מהן מבזה את האדם "ונקלה אחיך לעינייך".
3. **קנס** – תשלום לנפגע החורג מפיצוי על הנזק (ולכן זו סנקציה פלילית). לדוג' מי שגנב צאן וטבחו/מכרו, יחזיר פי 5 (בקר) או פי 4 (שה) ממה שגנב. חז"ל מתייחסים לזה כאל כפל פיצוי.

**דיני ראיות במקרא** – דיני הראיות מקשים על הענישה ולכם הם משמעותיים, משום שהם יכולים להכריע את הדין.

* **עדים** – הראיה המרכזית במשפט.הדרישה ל2 עדים יוצרת וודאות והיא גוברת וחזקה יותר מהכחשה של עבריין. מדובר בנטל קשה וכבד. לכן, בשיטה הישראלית אין דרישה כזו, אלא הוכחה מעבר לכל ספק סביר (ברק ארז).
* **עבירת רצח** – 2 עדים. לא מספיק עד אחד, כי תהיה לנו סיטואציה של מילת כנגד מילה (ההנחה שהנאשם יכחיש). כמו כן, לא רוצים שעד אחד יישא על כתפיו את העונש החמור של הרוצח.
* **עבירות שעונשן מיתת בי"ד** – "על פי שניים עדים או שלושה עדים יומת המת ולא יומת על פי עד אחד".
* **עבירות אחרות** – "על פי שני עדים או על פי שלושה עדים יקום דבר".
* **ראיות פיזיות** – אין כללים לגבי ראיות פיזיות, אבל יש מקרים בהם התורה מתייחסת אליהן –
* מציאת רכוש גנוב אצל אחר מקימה חזקה כי הוא הגנב, ומחייבת אותו בהשבת פי 2 ממה שנגנב.
* הבאת סדין בפני הדיינים כדרך להוכיח את בתוליה של האישה שבעלה הוציא עליה שם רע.
* ברק ארז מביאה מספר מקרים מהחלק הסיפורי של התנ"ך, בהם עושים שימוש בראיות פיזיות – הצגת חפציו של יהודה ע"י תמר ליהודה כהוכחה שלא קיימים יחסים עם גבר מחוץ למשפחה, הצגת כתונת הפסים ליעקב כראיה לעובדה ש"טרוף טורף יוסף"; הפירות שהביאו המרגלים מא"י כחיזוק לטובת הארץ ועוד.
* **הודאה** – חשין רואה הודאה כאם הראיות, אך המשפט העברי מסתייג ממנה משלושה טעמים:
1. מעמד ההודאה – "אין אדם משים עצמו רשע". אדם לא יכול להודות שעשה מעשה רע.
2. חוק הראיה – יכול להיות שמניעיו של המתוודה אינם נקיים (דוגמת הבחור שסיפר לדוד על מות שאול).
3. תמריץ לשקר – יש בעיה של מהימנות לאור ההנחה שאנשים לא יגידו את כל האמת, כדי לקבל עונש קל יותר.
* **ראיות נסיבתיות המעידות על היסוד הנפשי** – יש מעט מאוד חוקים שדורשים יסוד נפשי, מאחר ולא ניתן לדעת מה היה היסוד הנפשי של העבריין**. לכן,** ניתן להוכיח את היסוד הנפשי על סמך ראיות נסיבתיות. לדוג' בחינת הנסיבות שהובילו לרצח והשאלה האם מתוך הנסיבות (מארב, תכנון מוקדם, יחסי הצדדים עובר לרצח וכו') ניתן להבין שהרצח היה במזיד (עונש מוות) או שוגג (עיר מקלט). חז"ל לא מחייבים במיתת בי"ד ע"ס ראיות אלו בלבד.

הביקורת של ברק ארז היא שמסיפור כותונת הפסים, ניתן להסיק כי ראיות נסיבתיות לא תמיד יוכיחו את האמת.

* ברק ארז מדברת גם על **חסרונן של ראיות מדעיות בתורה** – DNA, זיהוי שאינו חזותי, זיהוי קולי ועוד.

# ענישה פלילית בספרות חז"ל

**רקע על חז"ל וכתיבת התושב"ע**

**מקרא > סופרים > זוגות > תנאים > אמוראים > סבוראים > גאונים > ראשונים > אחרונים**

* ספרות חז"ל נמשכה כ-800 שנה, ותחילתה כ-200 שנה לפני החורבן. היצירה המשמעותית הייתה אחרי החורבן.
* הספרות מתחלקת ל2: ספרות **תנאים**: קצת לפני החורבן עד 200 לספירה; וספרות **אמוראים:** מ200-600 לספירה.
* **משמעות תנא: (1)** למד, משנן ולומד. **(2)** הידע עבר בע"פ עד שהחליטו לכתוב את המשנה. אז הם היו משננים.
* **חיבורי התנאים - 2 יצירות גדולות:**
* **מדרשים על התורה-** פירושים על התורה לעומק, לא פשט. חידוש על ידי קישור בין פסוקים שונים. האתגר של הדרישה ההלכתית שלהם היה לעגן מסורות עתיקות הלכתיות בכתוב ולא על סמך סיפורים בע"פ. זאת מכיוון שבעבר היה מסורות הלכתיות שלא היו קשורות למקרא ורצו לעגן אותו במקרא. לכן המדרש בעצם הוציא את החידוש מתוך הכתובים.

\***התנאים התעניינו רק בחלק ההלכתי,** לכן אין מדרשים על חופש בראשית. ראיה לכך- התחילו משמות רק בפרשת בוא שם מתחיל החלק ההלכתי של החומש.

* **הלכות -** ערכו קבצי הלכות שנקראו מסכתות. לדוג'- משנה, תוספתא, בריתות בתלמודים.
* משנה- קובץ הלכות מסודר לפי פסוקים, מחולק ל6 סדרים-> מחולק ל7 מסכתות-> פרקים לפי נושאים-> ההלכה.
* המשנה מנוסחת באופן קצר ותמציתי. שיהיה קל לשינון, בהלכה לא כתוב מקור.
* תוספתא- הרחבה של המשנה. אותה סדר וחלוקה כמו המשנה. רק שכולל גם מסורות תנאים.
* **חיבורי האמוראים - התלמודים:**

התלמוד הוא אנציקלופדיה של מסורות, כולל את המשנה, תוספתא, ברייתות. יש את **התלמוד הירושלמי** (קצר), **התלמוד הבבלי** (ארוך), ו**מדרשי אגדה ארץ ישראלית** (מדרש רבה, תנוחמא ועוד').

* **מטרת התלמוד-**  ליישב סתירות בין מסורות שונות ולהכריע במחלוקות תוך הצעת פתרונות חדשים
* **מקור המסורת-** תפיסתם הייתה שהמסורות ההלכתיות של קיום תורה הן יסודות שהתקבלו בסיני. ולא פירושים שהתפתחו. זו תורה שניתנה למשה - "התורה שבעל פה". לא כתבו אותם בעבר כי הדין הדתי קובע שמטרתה להיות תורה שנשמרת בעל פה, אך היום אין תנאים שמשננים וחששו שהמסורות ישכחו (התפתחות מאוחרת).
* יש גישות כמו כת מדבר יהודה שיש להקשיב רק לתורה שבכתב כי אי אפשר לסמוך על מהימנות התושב"ע.
* **"אלה החוקים המשפטים והתורות אשר נתן ד' .. בהר סיני" - למה נכתבה התורה בלשון רבים?** עפ"י הספרא בחוקתי מסביר שניתן לפרש את זה לפרשיות התורה – תורת הזבחים, תורת השלמים וכו'. אך ר"ע מסביר כי הכוונה ל2 תורות שניתנו למשה בסיני - התורה שבכתב והתורה שבע"פ. משה קיבל לא רק את התורה, אלא גם את הפירושים כולם בהר סיני.
* **ההבדל בין הלכה לדרשה**: כל פעם שנתקלים במקור קדום נבחן אם זה דרשה/הלכה!
* הלכה-חוק, ניתן להבין את הדברים מהפסוק מבלי לפנות למקורות אחרים.
* דרשה- פרשנות נרחבת לא לפי הפשט, אלא תוך חיבור מספר מקורות.

# עונש מוות

**ביטול עונש המוות**

* מאז חורבן המקדש אין מערכת משפט יהודית שדנה בדיני נפשות, ולכן אין בפועל עונש מוות. ירושלמי- כבר 40 שנה לפני החורבן לא דנו בדיני נפשות. בבלי- בזמן שאין כהן בבית מקדש אין חובה ללכת לשופטים.חורבן המקדש השפיעה גם מבחינה משפטית ולא רק פולחנית.
* **"ענישה לצורך שעה"-** יש מקרים בהם משתמשים בעונשי מיתה/קרובים לזה, כדי להתמודד עם פשיעה חמורה שקשה להתמודד איתה.
* **סיבת ההפסקה-** בבלי, היו הרבה רוצחים וזה גרם לחוסר יכולת לנהל דיונים ארוכים ואיכותיים כמו שצריך לדיני נפשות. היה עומס שיפוטי שגרם לסנהדרין לגלות ולא לשפוט. ההיגיון הטבעי שלו- הוא ההפך, אם יש הרבה רוצחים ברחובות אז אנחנו חייבים לטפל בהם. ביאור- הם עשו את זה מתוך אמונה כי מה שאנו לא מצליחים לפתור, דין שמיים ייתן את העונש המגיע להם.

**נדירות עונש המוות**

* לטענת אנקר, אין כל פגם בכך שמעט עבריינים נענשים בדין תורה, שכן מטרת הענישה של התורה אינה להשיג מטרות חברתיות של הרתעה ומניעה. אלא הם מוטלים כנגד הפגיעה באלוהים. לא כל עבירה כלפי ד' דורשת התערבות אנושית, ניתן לסמוך על הקב"ה שייפרע מהחוטא. המחיר של הגישה הזו הוא שהסדר החברתי לוקה בחסר.
* במשנה,מכות- דיון כמה עונשי מוות צריך להטיל בית הדיין כדי שלא תיחשב **חובלנית,** יש 4 עמדות: אנונימי- אחת ל7 שנים | אלעזר בן עזריה- אחת ל70 שנה | ר' טרפון ור' עקיבא- בכלל לא, עונש תאורטי. | רבן שמעון בן גמליאל- חייב ליישם עבור ההרתעה, אם לא "אף הן מרבין שופכי דמים בישראל". הרשב"ג מסביר כי לא ניתן לקיים את המצווה של "וביערת הרע מקרבך, אם לא נקיים תחיל את המצווה של "ומת האיש ההוא" (**חיים כהן**).הרמבם: יש להרוג אפילו אם יוצא 1000 איש ביום, ראוי שבי"ד יחקור טוב לפני ההכרעה, ויחליט אם האדם צריך עונש בפני עצמו ולא ביחס לאחרים. מאידך- הוא אומר שסנהדרין שממית הרבה הוא חובלנית. זאת מכיוון שאנו מצפים מביה"ד לרחם, ולא יושפעו מביקורת.
* **אנקר** –רשימת הפסולים לעדות מפורטת – קרובי משפחה, צדדים לעבירה, נוגעים בדבר, נשים, ילדים ועוד.
* **אנקר** –רשימת העבירות בתורה שהעונש עליהן הוא מיתת בי"ד מצומצמת ומוגבלת ל36 עבירות, שרובן דתיות.
* **אנקר** – עונש המוות על רצח מוגבל למי שהרג "בידיים" – במישרין. מה שהרג בעקיפין יתחייב בדיני שמיים.
* **אנו רוצים להגביל אותו מתוך רציונל של קדושה החיים!**
* ספרות חז"ל מטילה מגבלות על העדות:
* **רק עדות ראיה** - אין עדות שמועה.
* **דרישה לעדות מהימנה** - מאיימים על עדי נפשות טרם גביית העדות כדי שיעידו רק אמת. משנה סנהדרין. יש חשש שעדים יפחדו להעיד, כי המשמעות של זה כבדה, הם הורגים אותו את זרעו. אך מעודדים את העד שאם האדם באמת עשה את המעשה הוא רע. ולכן אתה לא צריך להרגיש רע.
* **ראיה נסיבתית: אומד-** ראית אדם מפרפר ואדם עם סכין מגואלת בדם. לא מתקבלת! אפילו שהיא ראיה חזקה וברורה. מכיוון שלא ראו בבירור את מעשה ההריגה, ויש שם רק את הרוצח והעד שיכולים להעיד שקר אחד נגד השני, לא מקבלים את העדות. ומצפים שהעונש יהיה נ שמים.
* **הודאת אדם-** "אין אדם משים עצמו רשע", עדותו של אדם לגבי עצמו לא מתקבלת מכיוון שאין לו נאמנות.
* חריג- אדם שהעיד שהרג את שאול, לא ברור אם נענש על סמך ההודאה ואם הוא באמת הרג. ייתכן ומדובר בהוראת שעה כי זה היה המלך, וזה לא חלק מהמ"ע המקובל.
* הרציונל: (1) אם נעניש רוצח לא אמיתי לא תהיה כפרה אמיתית, כפרת הארץ. (2) הנחת היסוד שאדם לא יעיד על עצמו רע. אם עשה זאת אנחנו סקפטיים וחשדנים כלפי זה. (3)אדם לא יכול להחליט מה קורה עם החיים שלו ולגזור דינו למוות.
* בדיני ממונות - כן מתקבלת עדות זו. כי הוא יכול להעביר כסף לחבר ללא צורך במשפט.
* **סתירה בעדות פוסלת אותה -** משנה, סנהדרין: בוחנים את הסתירות בין עדויות שני העדים. יש סתירות גדולות כמו מיקום, שעה, זמן וכו'. שמפריכות את העדות. (נעשה חקירה לגביהן). ויש סתירות קטנות שמצריכות בירור טוב של העדים, כמו סוג הקוץ, צבע, כיוון (נעשה בדיקה לגביהן)- זה דברים שהאדם לא אמור לזכור, לכן אם יש סתירה זו נותן תחושה שהם מנסים להמציא זה פוגע במהימנות העדות שלהם- ולכן היא נהית בטלה! אם שני העדים לא יודעים לענות על שאלות מעין אלו/אחד יודע ואחד לא- זה לא מעלה ולא מוריד מהימנות.

**אנקר:** **דרישה זו מציבה את המ"ע כשיטה המקדשת קבילות ראיות על פני מהימנות ומשקל** – גם אם הדיין התרשם מעדותו של העד כמהימנה ואמיתית, לאור סתירת העדות ע"י העד השני – העדות אינה קבילה.

* **אנקר**: התורה לא מענישה על מקרי הביניים שבהם האדם לא הרג בשוגג אבל גם לא מורשע ברצח.

**סדרי דין - דרישות דיוניות להטלת עונש מוות:** (דיני נפשות- עונש מוות | ממונות- סעד כספי של פיצוי). מההבדלים בין הדינים, ניתן ללמוד על חשיבות החיים ושיש לשקול ברצינות לפני שגוזרים עונש מוות.

1. חקירת עדים ובדיקת העדות שלהם: רלוונטי לכל סוגי העבירות, יש לברר כל עדות לעומקה.
2. הרכב השופטים: דיני נפשות- 23 דיינים | דיני ממונות - 3 דיינים.
3. טיעונים משפטיים: נפשות- פותחים בזכות, בהגנה. סנהדרין - אם אין סתירות בין העדים מתחילים בזכות.| ממונות- לא משנה. \*יש משמעות למסגור הדיון בהתחלה. **עדות הנאשם** - יעיד על עצמו רק לזכות.
4. הכרעת דין: נפשות- כדי לזכות, צריך רוב של 1 יותר, להרשיע- רוב של 2 יותר. | ממונות- מספיק רוב של 1.
5. ראיה חדשה התגלתה לפני ביצוע פסק הדין: נפשות- אם הורשע והראיה מזכה מחזירים - "נקי אל תהרוג", אם זוכה והראיה מרשיעה לא מחזירים "צדיק אל תהרוג", כבר קיבלת חותמת זכאי (שמות) [צדיק=ביה"ד קבע שהוא זכאי, נקי=חף מפשע]. ממונות- מחזירים תמיד. כי המשמעות היא כסף ולא חיים.
6. התערבות בדיון של תלמידי דיינים ('מתמחים')/אדם בעל ידע בדיון: נפשות-יכולים להעלות טיעון לזכות בלבד! ואם אמר זכאי, לא יוכל לשנות דעתו בהמשך. | ממונות- יכול לעלות זכות/חובה ויכול להתהפך בדעתו.
7. סיום ההליך-סנהדרין ה: אנו רוצים למנוע עינוי דין. אם דנו לזכות- יודיעו לו באותו יום. נפשות- דיון לחובה ידחו ויחשבו על זה שוב בלילה, ולא יתעסקו בדברים אחרים, יהיו פנויים לחשוב. בנוסף- אם בדרך לסקילה יטען לזכותו יש לברר את העניין על סמך נסיבות מקלות, מוציאים כרוז להזמין את הציבור ללמד זכות על הנאשם (סנהדרין ו,א). | ממונות- גם חובה יכריעו באותו יום.
8. הכרעת הדין- נפשות- מתחילים עם הדיינים הצעירים, כדי שאם הגדולים יתחילו בחובה הצעירים לא ירצו לסתור אותם.| ממונות- הדיין הגדול פותח.

הדרישות באות להגשים 2 מטרות: **[א] דיון בכובד ראש [ב] רצון להמעיט בעונש עצמו- צמצום עונש המוות**. הדרישות לעיל מגשימות כל אחד מן המטרות. מטרה א' באה לידי ביטוי ב: 2,4,7,8 מטרה ב' ב:3,4,5,6,

**דרישת ההתראה - סדר דין + מגבלה על קבלת עדות:**

* **הגדרה:** תוספתא מסכת סנהדרין,שאדם רואה אחר מבצע עבירה עליו להזהיר אותו שהוא עושה עבירה והוא יהיה חייב עליה מיתת בית דין. \*רב יוסי-חייב להגיד לו גם איזה מיתה ספציפית הוא ייענש (סקילה, שריפה, הרג, חנק).
* **קבילות:** כדי לקבל עדות ראיה יש לעמוד ב2 תנאים מצטברים: (1) ראית אותו (2) התרית אותו- יש להודיע לו ואז גם לראות שהוא התיר עצמו למיתה, שיגיד ש"**אף על פי"** הוא בחר לפעול למרות ההתראה. **תנאי נוסף** (חיים כהן): יש לברר שעדי ההתראה כשרים לעדות, ושידעו להסביר לנאשם את הוראות החוק והעונש כראוי, שהנאשם הבין כראוי והצהיר בדעה צלולה.
* **אנקר** מסביר כי חקירת העדים בביה"ד מתחילה עם בדיקת האם התרה בעבריין, ומה הייתה תגובת העבריין. שהרי, אם ההתראה לא הייתה שלמה, אז כל ההליך המשפטי מתייתר.
* **משמעות הדרישה:** הבניית שק"ד למתחם הענישה של הדיין

עצם ההתראה-

* בבלי סנהדרין ח, ר' יוסי- ניתנה כדי לברר את היסוד הנפשי, להבחין בין שוגג ומזיד. ולכן מספיקה התראה אחת. חזקה כי תלמיד חכם לא צריך התראה כי יודע מה ההשלכות.
* חיים כהן גורס כי זה לא קשור להוכחת היסוד הנפשי אלא לדרישה יתירה לגבי החלת עונש מוות. שכן יש אפשרויות אחרת להבחין בין שוגג למזיד. לכן תלמיד חכם צריך התראה!
* הרמב"ם- זה אמנם נועד כדי להבחין בין שודד למזיד, אך עדיין תמיד חכם צריך התראה.
* **מזיג יהנה מההפקר?** לא, כי מה שחייב מיתה יקבל אותה בביד/בידי שמים. ובידי אדם יקבל מאסר עולם.
* עצם הסירוב לקבלת ההתראה- יכול להיות עבירה בפני עצמה.
* **גואל דם-** שהרג אדם שלא הותרה, לא אחראי בפלילים. מנגד ראב"ד בטל דיני הנפשות בטל גואל הדם.
* **קושי!-** אנקר: עבריינים עושים עבירה בסתר, וכך לא יראו אותם אנשים שיוכלו להתריאם!

יתיר עצמו למיתה-

* בבלי סנהדרין מא, **"יומת המת"**- האדם הזה כבר מוכן למות, כי ידע שעובר עבירה ויקבל עונש. ובחר להמשיך בה, לכן נחשב שכבר הכניס עצמו למקום של מיתה.
* אנקר - אדם שמבצע עבירה לאחר שהותרה מתריס נגד ההלכה ומוכן לשלם את המחיר, לכן חל עליו עונש מוות. הטלת העונש היא בנסיבות ספציפיות וצרות- שהעבריין מורד בערכי החברה ופוגע בערכים המוגנים.
* אנקר - כאמור, העבירות עליהן מוטל עונש מוות נתפסות כחטאים לד'. כאשר העבריין, מקבל עליו את ההתראה, הוא לא רק מאמת שהוא מודע למעשיו, אלא גם מאמת את זה שהוא מורד בד'.
* חיים כהן- מי שענה: "אל תדברו שטויות", הוא לא קיבל את ההתראה, הוא חשב שהם טועים, לא יודעים את החוק, הגיב להם שמה שהוא עושה מותר.

ביטול עונש המוות הביא לצורך להתמודד עם הפשיעה בענישה אחרת, לכן ספרות חז"ל יצרה את העיקרון של עונש ממוני או שיש ענישה בידי שמיים.

# עין תחת עין - ממון

* עקרון עין תחת עין המקורי הוא - **גמולנות טהורה.** מהפכת העונשים של חז"ל, מתרחשת גם לגבי ענישת מידה כנגד מידה. חז"ל מעבירים אותנו מ**נקמה לפיצוי.** מתוך עיקרון של **"השבת המצב לקדמותו".**
* הגדרה: מועבר כסף כפיצוי על הפגיעה שגרמת. **צורת חישוב הנזק:** משנה ב"ק ח,א, לוקחים אותו לשוק עבדים ושמים את שווי כעבד בלי האיבר ועם האיבר. ההפרש הוא הנזק.
* חז"ל מגיעים לכך מתוך הבנה שאין ליישם את הדברים לפי פשט התורה.
* פרשנות הכלל המקראי הייתה שנויה במחלוקת עוד מימי בית שני. בעניין הזה היו 2 אסכולות:
1. **פרושים** – האבות הקדמוניים של חז"ל המשלבים בין התורה שבכתב לתורה שבע"פ. בנושא של עין תחת עין הם סטו ממה שכתוב בתורה בשם המוסרת בע"פ. בענייננו, סברו שניתן לעבור לשיטה של עין תחת עין ממון.
2. **צדוקים** – צאצאי בית צדוק הכהן. פקפקו במסורת בע"פ ודרשו לחזור לכתובים, לתורה עצמה.
3. **איסאיים** – קבוצות שונות שפרשו מחיי הקהילה וחיו בקבוצות מסוגרות (דוגמת כת מדבר יהודה). בדומה לצדוקים, גם הם פקפקו במסורות בע"פ וטענו שיש לחזור לכתב ולפעול רק לפי מה שכתוב.
* הסכוליון (הפירוש) על מגילת תענית מספר יום טוב שתוקן בד' בתמוז - היום בו בוטלה הענישה של מידה כנגד מידה לפי פירוש האיסאיים
* עפ"י יוסף בן מתתיהו – ניתן לעבור לעין תחת עין ממון רק אם הקורבן מסכים. אם לא, מחילים את העונש ככתבו.

**נימוקים לעין תחת עין ממון:**

נימוק בדרשות-

* עיגנו את ההלכה שלהם בפסוקים באמצעות מדרש. בתורה כתוב "מכה אדם, מכה בהמה", המזיק לבהמה שלך ישלם פיצוי נזיקי על זה. והם מקישים את אופן הפיצוי מבהמה לאדם.
* התורה לא מסכימה לקבל תשלום מרוצח, על הרוצח למות בחטאו. אבל הדרשה של חז"ל אומרת "לא תקחו כופר לנפש רוצח הוא הוא רשע למות נפש". אבל אם פגע עין, יד, רגל מותר לקחת כסף.

 נימוק בסברות: סיבה שכלתנית-

* בבלי, בבא קמא: ר' דוסתאי אומר שבמקרים שאין שווי בין אברי אדם אחד לאחר (עין עיוורת לעומת רגילה). אפשר להחליף לממון. חז"ל דוחים את הטענה- המשפט צריך להיות שווה לכולם, סנקציה אחידה. לכן בכל המקרים ניתן פיצוי בממון.
* בבא קמא, מסורת מבית מדרשו של חזקיה: לפעמים הוצאת איבר מסוים יכולה להוביל לתוצאה לא רצויה כמו מוות, ואז אין עין תחת עין מבחינת גמול. לכן עדיף מראש לתת ממון.
* **למה התורה הדגישה עין תחת עין אם זה פיצוי ממוני?**

רמב"ם, מורה נבוכים: התורה רוצה להדגיש את הגמלנות במובן הכי טהור של המושג. כל מה שהעבריין יעשה יחזור אליו. בתורה שבכתב מורה את זה, אך בפועל ההלכה היא תשלום בתשלומים. להלכה יש נטייה לסטות מהכלל הנ"ל. לכן נוצר פעם בין העיקרון למימושו.

**אופן הענישה בספרות חז"ל - הקפדה על כבוד האדם בהליך הענישה**

1. האם נסקלים בערום / לבושים?
* ענישה גופנית היא ענישה קשה. לכן יש משמעות לדרך ביצועה, שכן היא פוגעת בכבוד האדם. בעולם המודרני היא בוטלה.
* משנה, סנהדרין: ר' יהודה- מפשיטים את האדם 2 מטר לפני הסקילה, אך את האיש מכסים מלפנים ואת האישה מלפנים ומאחור (אברים מוצנעים). כיסוי מינמלי כדי שימותו מהר חכמים- איש ערום לגמרי, אישה לבושה.
* תלמוד בבלי, יש שני שיקולים מנוגדים- מחד עדיף עירום מכיוון שרוצים לחסוך המתה איטית. מאידך- יש פגישה בכבוד האדם, שהגוף לא יושחת. מנגד, חכמים יש להכביד יותר על כבוד האישה מאשר האיש. לגן על אף יתרונות הסקילה בעירום, כבוד האישה - צניעותה, גובר. איש אין בעיה שיהיה ערופ.
1. עיצוב מיתת בית דין
* דברים יז: בעונש של עבודה זרה, הסקילה מתוארת שמוציאים את האיש/האישה אל שער העיר וסוקלים אותם ובכך מבערים את הרע מהעם. העדים מתחילים לסקול ואז כל העם.
* משנה, סנהדרין ו': בית סקילה שגובהו 2 קומות, העדים "דוחפו על מותניו" דוחפים אותו מגבוה בשאיפה שיפול על מותניו. מותנים כדי לשמור על שלמות גופו וצנעת איבריו. ואם נהפך על לבו הופכים אותו. אנו למדים מכך על רגישות גבוה מאוד אף לאנשים שהחברה רוצה להוקיע מתוכה. שיטה פחות אכזרית.
* אנו למדים מכך על עידון וריסון הענישה המקראית, הפחתה עד למינימום הסבל של המוצא להורג.
* זו מגמה שאנו רואים גם ב: שריפה- הימנעות מהשחתה של הגוף, חנק- לא תולים אלא כורכים סודר.
* ספרא: **הבדלים בן מיתה בידי אדם למיתה ביד שמיים:**
* "מות יומת" - בידי אדם | "מת" או "ימות"- בידי שמיים.
* "מיתה שאין בה רושם"- **אידיאל של המתה**, שלא משאירה רושם בגוף מהמוות.
* מיתה בידי שמיים - מתאפיינת בחוסר סימן לכך. ואנו שואפים להמית ככה גם. בחנק הכי מצליחים לעשות זאת, בחרב לא ניתן.
* **כבוד האדם או כבוד הגוף?**
* תפיסה רומאית- כבוד הגוף, אפילו ברית מילה נחשב בענייהם כסירוס.
* מכילתא דרבי שמעון- "מות ימות" כתוב בכמה עבירות, איך נדע כיצד יומת? ניתן לו את המיתה הכי "יפה" מתוך "ואהבת לרעך כמוך". וזה ביטוי של התייחסות מכבדת לאדם.
1. תלייה
* דברים כא: לא הורגים בתלייה, אלא זו למען "יראו וייראו", הרתעה!
* אין להלין אדם על העץ, **יש לקבור אותו ביום שתולים אותו**, "כי קללת אלוקים תלוי", גם מתים מביאים טומאה, וגם התלייה היא מעשה לא רצוי ע"י אלוקים.
* תוספתא ט: הממתה הכי נפוצה היא צליבה עם מסמרים בה אנשים מדממים למוות. חז"ל אומרים שאחד קושר ואחד מיתר, ז"א **שקושרים אותו רק עד שמת, אחרי שצלבו אותו.**
* מדרש תנאים: הכוונה של "לא תלין אותו" היא לא להשאיר אותו תלוי בלילה. יש להרוג אותו קרוב לשקיעה, ואז בצורה מהירה קושרים ומתירים, **לא משאירים אותו תלוי**- זה רק הרתעה.
* יוסף בן ממתיהו: פשט המקרא, תולים כל היום ובלילה קוברים.
* **למה לחז"ל קשה עם התלייה?** תוספתא: "כי קללת אלוקים תלוי", האדם נברא בצלם אלוקים, הוא התאום של הקב"ה, למעשה אלוקים מקולל על ידי התלייה. בגלל שהתורה ציוותה על כך- נעשה את זה בצורה מינימלית. - חז"ל דוגלים בגישה פורמליסטית.
1. עונש המלקות
* דברים כה: מגבילים את מספר המלקות, לא רוצים שהאדם יהיה מפורק לגמרי זה ביטוי לכבוד האדם.
* משנה, מכות ג: חז"ל מתייחסים גם להשלכות הפיזיות של המכות, אם אדם מגיע למצב שהוא לא שולט בסוגריים שלו- פוטרים אותו מעונש מלקות.
* ר' יהודה מחמיר- מבחין בין אשה/איש: אם גבר עושה רעי (צואה) ואישה עושה מים (שתן).
* בבלי, מכות: אדם שעשה צרכים לפני שקיבל מכה ראשונה לא פטור, רק אחרי שקיבל מכה ראשונה. למה? כי הוא כזה התבזה והוטל עליו קלון. מנגד- האמורא שמואל "קלה בראשונה", כבר לפני המכה הראשונה, עוד שרק הונפה הרצועה, שכפתו אותו כבר נחשב שהתבזה.
* בבלי כג: **אדם שברח אחרי שכפתו אותו:** ר' שמואל- אין להביא אותו, אם הוא רץ הוא פטור כי עצם הכפיתה ביזתה אותו והטילה עליו קלון ובושה. הביוש נהיה העונש עצמו.

# תחליף לעונש מוות – מיתה בידי שמיים

כאמור, גם האל עושה משפט ולא הכל מונח על כתפי בי"ד. אם עקב אילוצים משפטיים, אין ענישה בידי אדם (לדוג' האדם יצא זכאי והרי שאין מחזירין לחובה / אין ראיות וכו'), אז האדם ייענש בידי שמיים. זהו לא הפתרון האולטימטיבי.

* התלמוד הבבלי: אומנם מיום שחרב ביהמ"ק, בוטלו סנהדרין. אבל 4 מיתות בי"ד לא בוטלו, אלא מתבצעות בידי ד'.
* כמענה לבעיה לפיה לא ניתן להרשיע אם אין שני עדים, התלמוד הבבלי אומר כי "היודע מחשבות ייפרע מאותו האיש"
* אומנם בספר שמות נכתב "נקי וצדיק אל תהרוג" ולכן "דיני נפשות אין מחזירין לחובה". עדיין יכול להיות מצב שמי שיצא צדיק, הוא חייב אבל ביה"ד לא פותח מחדש את הדין. לכן המכילתא אומרת שלפי המשך הפסוק ד' אמר "כי לא אצדיק רשע" – ייפרע ממנו בעצמו.
* המיתה בידי שמיים נועדה לשמור על הסדר החברתי ולהעמיד את חוקי התורה על תילם (אנקר).

**הסתייגויות מהמעבר לדיני שמיים**

* ההסתייגות מן המעבר לדין שמים איננה בשל חוסר היעילות שלו אלא בשל החומרה שלו - העובדה שמענישים בחומרה גם את המסייעים לעבירה ולא רק את העבריין עצמו.
* התוספתא מתארת כי הייתה שמחה עם ביטול הסנהדרין, עקב הביטול של עונשי המוות. אבל למעשה, זה עצוב. זאת, משום שמי שישפוט את עובדי הע"ז הוא ד' בעצמו. ובדיני שמיים לא רק המבצע נענש, אלא גם משפחתו וקרובי שנא' "ושמתי אני את פני באיש ההוא, ובמשפחתו, והכרתי אותו ואת כל הזונים אחריו".

# עונש המלקות בספרות חז"ל

עונש המלקות המקראי הוא עונש זר ומשונה. לפי הפסוקים בתורה לא ברור על אלו חטאים הוא ניתן "כי יהיה ריב בין אנשים". שהרי אם כתוצאה מהריב, אחד הצדדים ניזוק – המכה יהיה חייב עין תחת עין; אם אחד מהם מת – עונש מוות; ואם לא קרה כלום – אז הם פטורים.

חז"ל הבינו מסמיכות פרשת המלקות בתורה למצוות לא תעשה של לא תחסום שור בדישו", שרק חייבי לאווים שאין בהם קום עשה ואין עליהם עונש אחר כמו מיתת בית דין או כרת - **חייבים במלקות**. התנאים הרחיבו וקבעו כי **עונש המלקות מוטל על לאווים שאין בהם עונש אחר בידי אדם, כלומר על לאווים שיש בהם כרת או על לאווים ללא כל עונש**. כאמור, על פי **הרד"צ הופמן**, עונש המלקות מוטל על ריב שבין אדם לעד במשפט שלו הנוגע לגרסת העד.

**מעבר מדיני שמיים לדיני אדם בחז"ל**

* עפ"י המשנה וסיפרי דברים מי שחייב כרת וקיבל מלקות – פטור מעונש הכרת. רבי חנניה בן גמליאל מבסס זאת על דרשת פסוק, אולם עדיין לא ברור מה עומד מאחורי האפשרות הזאת.
* זאת בין היתר משום שייסורים מכפרים על עוון ופוטרים מעונש בידי שמיים, גם כמדובר בייסורים יזומים בידי אדם כמו עונש המלקות (התלמוד הירושלמי).

# התרומה של המשפט העברי לעיצוב דוקטרינת זכויות האסירים במשפט הישראלי

על אף שבמשפט העברי המקובל כמעט ולא הוטלו עונש המאסר אלא עונשי גוף ועונשי ביוש, למשפט העברי יש חלק חשוב ומרכזי בפיתוח דוקטרינת זכויות האסירים הישראלית. הדוקטרינה התפתחה בשלושה שלבים:

1. **המצב טרם ההתפתחות** – זכויות האדם מגיעות לו מהיותו אזרח. כיוון שאסיר מאבד את המעמד האזרחי שלו, אז כלא הוא בעצם עונש מוות אזרחי. האסיר מאבד את זכויות האזרח שלו – זכויות פוליטיות וחברתיות. לכן, עד שנות ה-70 הטיפול בעתירות אסירים, לא כלל שיח של זכויות (שפט).
2. **עד 1970: השלב הטרום דוקטרינרי – זכויות האסירים נידונו באמצעות ביקורת מנהלית על רשויות הכליאה.**

**חשין בבג"ץ מנקס (59')**:

* "בית משפט זה מצווה לעמוד על משמר זכויותיו של האזרח לבל יקופחו באורח שרירותי ע"י השלטונות המנהליים" = **האסיר הוא אזרח**.
* "כל עוד (1) ממלאים אלה את הוראות החוק, (2) משתמשים כהלכה ובאורח סביר בשק"ד הניתן להם (3) ואינם מפלים, (🡨) לא יראה בימ"ש זה צורך לתת סעד מן הצדק" – חשין מאזכר מספר עילות מנהליות שעל רשויות הכליאה למלא כדי שפעולתן תיחשב תקינה:
1. **הסמכה** – כל פעולה של רשות מנהלית צריכה להיות לפי חוק.
2. **סבירות ושק"ד מנהלי** – לא לפעול בשרירות, ותוך שקילת כל השיקולים הרלוונטיים.
3. **שוויון** – על הרשות המנהלית חל איסור חמור של אפליה. עליה לפעול בצורה עקבית וללא הבחנה.

במידה וגורמי הכליאה פעלו בניגוד לעילות אלו, ורק אלו, עומדת לאסיר עילת תביעה כנגד בית הסוהר.

1. **משנות ה-70 ועד 1992: השלב הדוקטרינרי הטרום חוקתי – גיבוש הדוקטרינה המלאה של זכויות אסירים.**

בשלב הראשון, ביהמ"ש גזר את ליבת הדוקטרינה מעילות ההתערבות המנהליות:

**חיים כהן בבג"ץ רמי לבנה (74')**: מכח סמכות מנהל הכלא, נאסרו הכנסת ספרי הגות קומוניסטיים לכלא בטענה שהדבר יביא להפרות סדר ויערער את בטחון הכלא. כהן מבצע הבחנה בין זכויות הניטלות מן האסיר מעצם מאסרו כמו חופש העיסוק וחופש התנועה לבין זכויות שהאסיר עדיין זכאי להן. לדבריו, זכויות מהסוג האחרון יישללו מהאסיר רק במקום בו הענקתן תפגע באינטרסים של מערכת הכליאה (המצב הבטחוני בכלא ושמירה על הסדר). בענייננו, שיקול הדעת של מנהל הכלא לא סביר, משום שהתבסס על הנחות לא מוצקות. האיזון לא סביר ולכן העתירה מתקבלת. 🡨 **דרך עילת הסבירות ניתן לשמור על זכויות האסיר שלא ייפגעו יתר על המידה**.

**ברק בבג"ץ קטלן (79')**: עתירה כנגד נוהל ביצוע חוקן באסירים (שתוקן למען שמירת ביטחון הכלא), בטענה כי אין סמכות לתיקונו וכי ביצועו פוגע בזכות לשלמות גופנית והזכות לכבוד. ברק משתמש **בהלכת בז'רנו** הקובעת כי כל הפרה של זכות יסוד חייבת להיות מעוגנת בחוק או בתקנה.

גם כאן ברק מבחין בין זכויות המופרות מעצם הכליאה (חירות התנועה וחופש העיסוק), שהפגיעה בהן היא מעצם הוראת המאסר בחוק העונשין והיא הכרחית כדי לקיים את תכלית הענישה הפלילית, ולכן איןנן צריכות הסמכה מפורשת. לבין זכויות יסוד אחרות, שפותחו דרך חקיקה שיפוטית (מדובר בתקופה שלפני חו"י), ושהפגיעה בהן אינה הכרחית מעצם עונש הכליאה. ולכן, הפגיעה בהן צריכה לעשות בחוק או מכח הסמכה מפורשת. זוהי ליבת הדוקטרינה **🡨 בחינת ההסמכה והסבירות מלמדות שיש הכרה בזכויות האסירים ובצורך בשמירה עליהן**.

ליבת הדוקטרינה לפי **אלון בבג"ץ הוקמה (84')**: עתירה כנגד שלילת זכות הבחירה לכנסת מאסירים בניגוד לס' 7 הבחירות. מנגד, המדינה טענה שמכיוון והחוק מסדיר זכויות הצבעה לאוכלוסיות מיוחדות (חיילים, חולים, שוטרים וכו'), ואין בחוק אזכור לאסירים ועצירים, אזי מדובר בהסדר שלילי.

אלון חוזר על הלכות ליבנה וקטלן ומדגיש כי "כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר". עם זאת, אין המדובר בזכויות מוחלט ולכן ניתן לשלול אותן ב2 דרכים:

1. כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה (אינטרס מערכת הכליאה) (חזרה על פס"ד ליבנה).
2. כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין (חזרה על קטלן).

**החריג - פרשת דרוויש (80')**: עתירה כנגד הנחיית בית הכלא לשלילת מיטות מאסירים ביטחוניים, מחשש שיפרקו את המיטות ויכינו מהם כלי נשק. ביהמ"ש בדעת הרוב מפי הנשיא אלון קבעה כי אומנם זכויות האדם יסודיות, אך יש לאזנן עם שיקולי ביטחון הכלא תוך הפעלת שק"ד סביר. בעניינו שיקולי הבטחון גוברים (לדעת שפט – פסיקה קיצונית).

השופט חיים כהן בדעת מיעוט סבר שצריך לתת להם מיטות כיוון שזה נוגד את כבוד האדם (מזכיר את פסיקתו בלבנה).

בשלב השני, לאחר עיצוב ליבת הדוקטרינה, ביהמ"ש יצר נוסחת איזון בין זכויות האסיר לאינטרסים של מערת הכליאה:

**אלון בפרשת תמיר (82')**: בהמשך לכלל לפיו פגיעה בזכויות האסיר תיעשה למען שמירה על האינטרסים של מערכת הכליאה, אלון אומר כי הפגיעה תיעשה:

* "אם יש בידי שלטונות הכליאה הסבר והצדקה סבירים לכך, מטעמים של ביטחון הציבור וסדרי בית הסוהר" -מזכיר את דרישת התכלית הראויה.
* "מידת הפגיעה ושיעורה לא יהיו גדולים מהדרוש וההכרחי מטעמים אלה... כגודל הזכות הנפגעת, כך גדול הנימוקים הדרושים להצדקתה של פגיעה זו" – מבחני מידתיות.

**בפרשת וויל**, אלון אומר שההבחנה בין זכות יסוד/לאו נגזרת מהערכים של החברה, ואלו יכולים להשתנות עם הזמן. כמו כן, זכויות היסוד אינן רק הזכויות שקשורות ישירות למעשה הכליאה, אלא גם זכויות שלא רלוונטיות למאסר אך קשה לממשן במסגרת שלילת החירות, כמו הזכות להתייחדות. השופט אלון גוזר את הזכויות המשניות מזכויות היסוד.

יישום הדוקטרינה לפי הזכויות שנפגעות:

1. חופש התנועה – זוהי מהות המאסר. שלילת חופש התנועה פוגעת בהכרח בזכויות אחרות כחופש העיסוק.
2. זכויות בסיסיות ככבוד האדם ושלמות הגוף – מגיעות לאסיר מעצם היותו אדם. הגבלה לפי נוסחת האיזון.
3. זכויות אחרות הנגזרות מהזכויות לעיל דוגמת הזכות לבחור טיפול רפואי או הזכות להתייחדות – הן אומנם נשללות מעצם שלילת חופש התנועה, אך ניתן לראותן כזכויות הבת של שלמות הגוף וכבוד האדם, ולכן המשפט בוחר לנקוט בגישה מרחיבה הדורשת ליישם את נוסחת האיזון גם על הזכויות הנגזרות.
4. **מ1992 ואילך: השלב החוקתי – בשלב זה חלק מהזכויות של האסירים זכו לחיזוק והפכו לחוקתיות.**

חוקי היסוד השפיעו על דוקטרינת זכויות האסירים ב2 נקודות – (1) הפיכתן לזכויות חוקתיות על-חוקיות הנגזרות מהזכות לכבוד האדם. ולכן צריך הנמקה בעלת משקל יותר גבוה כדי לשלול את הזכות (מצא בפרשת גולן). (2) עקב שדרוג המעמד, לא מספיקה רק הסמכה לצורך פגיעה בזכות, אלא יש להוכיח עמידה בכל תנאיה של פסקת ההגבלה.

**התרומה של המשפט העברי לעיצוב הדוקטרינה של זכויות אסירים**

אלון בפרשת הוקמה מזכיר את הכלל מפרשת המכות לפיו יש לשמור על כבודו של הנאשם פן "ונקלה אחיך לעינייך". המשפט העברי אומר כי לאחר שנענש, הנאשם הופך להיות 'אחיך' ולכן צריך לשמור על כבודו לאחר שריצה את עונשו (משנה, מכות). אלא שאלון מגדיל ואומר כי יש לשמור על הכבוד גם בעת ריצוי העונש, מפני "שאחיך ורעך הוא, וזכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו ועומדים לו".

השופט אלון מזכיר מקורות נוספים שמוזכרים במאמרו של **ד"ר שפט**:

* הרמב"ם בהלכות סנהדרין כותב לגבי אמצעי הענישה "כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך... ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו שהרי הוא דוחה את לא תעשה של דבריהם... שיהיה זהיר שלא יהרס כבודם אלא להוסיף בכבוד המקום בלבד" – הרמב"ם מדבר על **ענישה לצורכי שעה** וקובע כי גם לצורכי השעה אין להעניש את החוטא בצורה שתבזה אותו יתר על המידה, אלא רק כדי מה שצריך.
* הרמב"ם לומד מהכלל לפיו כבוד הבריות דוחה מצוות דרבנן (לדוג' לא נפשיט אדם שעבר על איסור לא ללבוש שעטנז) (ויש הסוברים אף מצוות מדאורייתא), שכבוד הבריות דוחה ענישה שאינה מידתית. מנחם אלון משתמש בציטוט הזה בפרשת תמיר, כדי להראות שלאסיר שמורות כל הזכויות.
* "אמר רב נחמן.. ואהבת לרעך כמוך ברור לו מיתה יפה" – יש לבחור את העונש הכי מכבד שאפשר. כמו במ"ע, כך אצלנו.

**מקורות השראה משפטיים נוספים לדוקטרינה של זכויות אסירים**

* **R. v. Home Secretary (1994)**: אסיר לא מאבד את זכויות האזרח שלו, אלא אם נשללו במפורש או שהדבר הכרחי.
* **Coffin v. Reichard (1944)**: כל זכויות האזרח נשמרות לאסיר, מלבד אלו שנשללו במפורש או בחוק עקב צורך הכרחי.
* **בג"ץ הוקמה**: השופט אלון הדגיש שזכות ההצבעה נקבעה בחו"י הכנסת ואם המחוקק קצה לשלול אותה מאסירים, היה צריך לתקן את חו"י ברוב של 61 כנדרש. משלא עשה כן, אי אפשר לאמר שהיה פה הסדר שלילי, אלא המדובר בלקונה, אשר לפי **חוק יסודות המשפט**, ניתן להשלימה "לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר, והשלום של מורשת ישראל". חוק יסודות המשפט משמש את אלון לייבא את מקורות המשפט העברי שדיברנו עליהם לעיל.
* **James v. Wallace (1974)**: כדי לשלול מהאסיר את זכותו לשיקום, המדינה צריכה לספק הסברים הרציונליים.
* **PROCUNIER v. MARTINEZ**: הגבלת זכויות האסיר לא צריכה להיות גדולה יותר ממה שנחוץ או חיוני להגנה על אינטרס ממשלתי מיוחד מעורב. **מבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי** (שלילת זכות השיקום) **למטרה** (שמירת על הבטחון).
* **The Sunday Times v UK**: צריכה להיות התאמה בין האינטרס הציבורי (הצורך החברתי הדוחק) לבין התערבות הרשויות בהגשמת זכות היסוד של האסיר וכי התערבות זו חייבת להיות מנומקת על ידי הרשויות. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה** – הטלת צנזורה על דואר פרטי של אסירים, פוגעת בפרטיות ובחופש הביטוי יתר על המידה.

🡸 מציטוטי הפסיקה המשווה לעיל ניתן להסיק כי בעוד המשפט העברי השפיע על תוכן הדוקטרינה (הפיכת כבוד האדם לזכות יסודית לפי הציטוטים מהמשנה, והמשפט המשווה השפיע על הצורה (נוסחת האיזון).

**עיקרון הנורמליזציה של הכליאה**

כפי שראינו, המשפט הישראלי הרחיב את הזכויות המגיעות לאסירים (זכות ההתייחדות והטיפול הרפואי). השופט אלון הסמיך את זה **בפרשת וויל** על הנושא של ערי מקלט.

* **ערי מקלט** – כאמור, הגנה לרוצח בשגגה מגואל הדם שיש שרואים בה עונש כליאה. ערי המקלט מגבילות את חופש התנועה של העבריין לאזור ספציפי. בערי המקלט, השוהים מנהלים חיים רגילים ונמצאים בסביבה שיכול לשקם אותם. הרמב"ם מתייחס לשאלה מה קורה ב"עיר מקלט שרובה רצחנים" – עיר מקלט שמלאה ברוצחים? הרמב"ם משיב כי עיר כזו אינו יכולה לקלוט עוד רוצחים, משום שהיא לא יכולה לשקם את השוהים בה. **מעיקרון זה לומד השופט אלון כי הכלא צריך להעניק סביבה שיכולה לשקם את האדם** ולהעניק לו חיים נורמאליים עד כמה שאפשר, בלי לדכא את רוחו וכבודו.
* **אלון בפרשת וויל** – "הרעיון והדיונים הגלומים בעונש שלילת החירות של האסיר-הגולה ב**עיר המקלט מהווים דוגמה של מאסר בתורת ענישה אידילית**, שטוב לשאוף אליה, גם אם לא נראה באופק הסיכוי להגשמתה במציאותה של החברה בימינו".
* באמצעות המשפט העברי, השופט אלון מכניס א **עיקרון הנורמליזציה בבית הכלא**, אשר הוא עיקרון שיקומי בעיקרו. מטרות הענישה של המשפט הישראלי הן בעיקרן גמולניות והרתעתיות, יש מעט ענישה שיקומית. בעזרת המשפט העברי, אלון מצליח לייבא את רעיון הענישה השיקומית אל המשפט הישראלי.
* העיקרון אומנם קיים בחקיקה הגרמנית מ1976, אך אלון בחרר לבסס זאת על המשפט העברי ולא הגרמני משום ש:
1. המשפט הגרמני בקושי עושה בזה שימוש.
2. החוק הגרמני רואה את זה כחלק מתכלית השיקום של עונש המאסר וכאמור, שיקום אינה אחת מתכליות עונש המאסר במשפט הישראלי. ולכן, אלון ביקש לכל הפחות להטמיע את זה כעיקרון יישומי של דוקטרינת זכויות האסירים והדרך לעשות זאת הייתה באמצעות המשפט העברי.