**הענישה הפלילית במשפט העברי- ד"ר שובל שפט**

תוכן עניינים

[הבדלים מהותיים בין חוקי המזרח הקדום לחוק המקראי 3](#_Toc106717403)

[ענישה פלילית במקרא 5](#_Toc106717404)

[תכליות ענישה במקרא 5](#_Toc106717405)

[תכליות דתיות 6](#_Toc106717406)

[מאפיינים ייחודיים של הענישה המקראית 7](#_Toc106717407)

[כרת: 9](#_Toc106717408)

[על איזה עבירות נותנים כרת? 9](#_Toc106717409)

[עונש שני- מיתה בידי שמיים: 9](#_Toc106717410)

[עקרונות ענישה 11](#_Toc106717411)

[עונשים במקרא: 14](#_Toc106717412)

[סוגי מיתות הנזכרות בתורה 14](#_Toc106717413)

[א. תליה: 15](#_Toc106717414)

[ב. מידה כנגד מידה 15](#_Toc106717415)

[ג. גלות 16](#_Toc106717416)

[ד. מכות 16](#_Toc106717417)

[ה. קנס 17](#_Toc106717418)

[ראיות נחוצות לענישה פלילית 17](#_Toc106717419)

[א. עדים 17](#_Toc106717420)

[ב. ראיות פיסיות 18](#_Toc106717421)

[ג. הודאה 18](#_Toc106717422)

[ד. ראיות נסיבתיות ליסוד הנפשי 18](#_Toc106717423)

[ענישה פלילית בספרות חז"ל 19](#_Toc106717424)

[ביטולו של עונש המוות 21](#_Toc106717425)

[נדירותו של עונש המוות 22](#_Toc106717426)

[הטלת עונש המוות- מגבלות מבחינת הראיות 23](#_Toc106717427)

[עוד היבטים ראייתיים שמקשים על ענישה והרשעה: 24](#_Toc106717428)

[עכשיו אנו מגיעים לדרישות דיוניות: 25](#_Toc106717429)

[עכשיו נעבור לעוד פן לסדר דיון: 27](#_Toc106717430)

[דרישת ההתראה 28](#_Toc106717431)

[עין תחת עין- ממון 30](#_Toc106717432)

[אופן הענישה: הקפדה על כבוד האדם בהליך הענישה 33](#_Toc106717433)

[נמשיך את עניין כבוד האדם בענישה: 35](#_Toc106717434)

[עונש המלקות 35](#_Toc106717435)

[נעבור כעת לחז"ל: 35](#_Toc106717436)

[דין שמיים אצל חז"ל 36](#_Toc106717437)

[הסתייגות מהמעבר לדין שמיים 37](#_Toc106717438)

[התרומה של המשפט העברי לעיצוב הדוקטרינה של זכויות אסירים במשפט הישראלי. 39](#_Toc106717439)

[נוסחת האיזון של זכויות האסיר מול האינטרסים של מערכת הכליאה 40](#_Toc106717440)

[מה התחדש בעידן החוקתי בתחום של זכויות אסירים? 41](#_Toc106717441)

[המשך זכויות אסירים במשפט העברי לפי השופט אלון 42](#_Toc106717442)

[חוק יסודות המשפט תש"ם 43](#_Toc106717443)

[נוסחת האיזון 44](#_Toc106717444)

[לגביי היישום של הזכויות 45](#_Toc106717445)

**שיעור ראשון 8/3/2022**

חובות הקורס ודרישות מנהליות:

* מבחן 85% כרגע סגור אך יכול להשתנות.
* תרגיל- עבודה של 15% (לא ארוכה מאוד).

זהו קורס ראשון שאף פעם לא הועבר בבר-אילן. המרצה לא מעוניין להיות קשה. פרטים על הדרישות ימסרו כמה שיותר מהר. אין דרישה לדעת משפט עברי ולא יהיו אנסינים. חומרי הקריאה נמצאים בסילבוס וצריך להסתכל עליו ולקרוא לשיעור. המצגת של השיעור תשלח. לשיעור הבא- המרצה הולך לשלוח מה צריך לקרוא לשיעור הבא.

**נתחיל בפרומו על החומר:**

תמונה במצגת- התמונה מציגה 3 דיינים מהמאה ה19. תקופת המאה ה19 הייתה תקופת ההשכלה, ולכן הקהילה היהודית איבדה את האוטונומיה שלה ולפחות בתק הזו יש פחות היכר במשפט העברי.

נתחיל מהתנ"ך- בראשית המאה ה20 התגלו תגליות חשובות בהקשר של משפט הקדום. בשושן גילתה משלחת צרפתית אבן מאוד מעניינת שעליה כתב יתדות. האבן הזו החילה קודקס של לא מעט חוקים. ככה היו כותבים בעבר- על אבנים. לקודקס יש שם "חוקי חמורבי". התגלית והפיענוח של הכתב והחוקים. אחרי כן במאה ה20 גילו עוד קובצי חוקים שחלקם יותר מוקדמים מחוקי חמורבי. ואחרי הפיענוח זה גרם לסערה בעולם המחקר- למה? כיוון שגילו דמיון משמעותי מאוד בין החוקים הללו לחוקי המקרא (יש כאלה שמסתייגים וטוענים שזה לא דומה משמעותי), אם נעשה השוואה בין כל החוקים נראה שאולי אין כ"כ דמיון אך יש חוקים מסוימים שיש דמיון גדול. יש כאלה שאמרו שחוקי ספר שמות הם עיבוד של חמורבי- טענה זו מרחיקה לכת וכיום לא הרבה טוענים את זה. בכל זאת, הדמיון יצר שאלה גדולה – איך מסבירים אותו?

דמיון מהותי בין חוקי המקרא לחוקי המזרח הקדום

נראה דוגמות על הדמיון (במצגת):

1. "עין תחת עין"-מידה כנגד מידה בצורת ענישה. הדבר מופיע בתורה בכמה מקומות.

שמות כא, כב-כה – אנשים רבים ונגפו אישה הרה- אנשים רבו ובעטו באישה ההרה שעברה שם. בעקבות הבעיטה הייתה הפלה. אך רשום שלא היה אסון- למה? כי האישה לא מתה/נפגעה, וכי לפי המשפט העברי עובר לא נחשב אדם. מה קורה במקרה הזה? האדם צריך לשלם- פיצוי כספי על הפגיעה. "ואם אסון יהיה"= אם נפגעה האישה- כאן אומרים במפורש צריך לתת מידה כנגד מידה את העונש. נפש=נפש, אם נפגעה העין- פוגעים בעין של התוקף, שן תחת שן.

חוקי חמורבי- "אם השחית איש את עין רעהו- את עינו ישחיתו.. אם שבר את עצם רעהו, את עצמו ישברו, אם הכה איש את שן רעהו, את שנו יכו"-לא רק שהדין דומה, אלא אותם איברים שכתובים בשמות (מלבד העצם).

1. נזיקין ולא ענישה (לא קשור לקורס אך קשור לדמיון) "שור שנגח שור"

שמות כא, לה- התנגשות של שני שוורים, אחד מהם מת- מה עושים? משתווים חצי-חצי מהחי חצי-חצי מהמת.

חוקי אשנונה,53 (הרבה חוקים שהתגלו בעיראק)- "שור כי יגח אחר והמיתו שני בעלי השוורים יחצו את כסף השור החי וגם כסף השור המת"- זה ממש אותו דבר.

1. דמיון סטרוקטורלי- שור שנגח אדם:

שמות כא, כח-לב- שור תם (שלא נחשב מסוכן) שנגש אדם/אישה, והם מתו. השור צריך להיסקל (מת) ואסור להנות ממנו, ובעל השור נקי. מקרה חדש- שור שידוע שהוא מסוכן (נגחן) ובעליו ידעו על הדבר הזה ולא שמרו. אז מה קורה? השור יסקל ובעליו ימותו גם. אך פה יש אפשרות של כופר- אדם יכול לשלם ולהינצל מהמיתה. "אם בן יגח או בת יגח" גם ילדים שמתים הם כמו כולם ולכן הדין יחול גם במקרה של מוות ילדים. במקרה של עבד או אמה, יש פיצוי כספי לבעלי העבד/אמה והשור ייסקל.

חוקי חמורבי- אם פר רביעה חצה רחוב ונגח באיש והרגו- אין עונש. אם פר רביעה של איש שהראה נטייה לנגוח (שור מועד) ואמרו לבעליו את תכונות שור והוא לא כיסה את קרניו או קשר אותה והשור הרג בן של מישהו, בעלי השור משלם חצי מנה של כסף- העונש הוא תשלום. אם השור הרג עבד של איש הוא ישלם שליש מנה של כסף.

שוני- השור נסקל בשמות בכל מקרה, בחוקי חמורבי השור לא נסקל בכלל. במקרא בעל השור יכול לשלם כופר ולהינצל בחוקי חמורבי לא. השומה שונה- פדיון קבוע מול שליש/חצי מנה של כסף.

דומה- דמיון ספרותי שהכי חזק- חלוקה למקרים (ילד/עבד ואיש/ אישה), חלוקה לשור מועד או שור תם או שור שנוגח עבד. הסדר של המקרים זהה לחלוטין= דמיון סטרוקטורלי. הפרטים לא דומים אך המבנה דומה.

* עד כאן הדמיון. דנו בכך רק כדי להראות שיש דמיון בין חוקי חמורבי למקרא.

# הבדלים מהותיים בין חוקי המזרח הקדום לחוק המקראי

יש דמיון, אך אח"כ גילו שיש הבדלים מאוד גדולים בין המקרא לבין קבצי חוקי המזרח הקדום.

1. במקרא יש מידה כנגד מידה אך זה תמיד כלפי מה שעשה את העבירה- "לא יומתו אבות על בנים, ובנים לא יומתו על אבות איש בחטאו יומתו". זה דבר מאוד הגיוני. יש הפרדה בין דין אדם לדין שמים, דין שמים, שהקב"ה מעניש הוא יכול להעניש את הבנים על חטאי האבות אך אף פעם לא בבית דין- "אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהנה" יקרו רק בדין שמיים.

חוקי חמורבי 229,230-

* 229 "אם בנאי בנה בית לאיש ולא עשה את הבית חזק ויציב, והבית התמוטט וגרם למותו של בעל הבית, הבנאי הזה יומת"
* 230 "אם זה גרם למותו של בן בעל הבית, בנו של הבנאי יומת". חוקי חמורבי לוקחים את מידה כנגד מידה עד הסוף. הבן של הבנאי לא קשור אך יש פה תפיסה פטריארכלית מאוד שהבנים שייכים לאבא. לעומתו, המקרא מדגיש לנו שבנים לא ימותו על אבות.

עניין נוסף, אין בתורה אפשרות לתת כופר על עבירות חמורות (מלבד בדוגמה הקודמת), ואין אפשרות למחול על העבירה של אדם.

1. עריות במשפט הישראלי- יחסים בתוך המשפחה. עריות בתנ"ך- כל מה שרשום בתוך פרשת העריות שאחרי מות קדושים, אך במשפט העברי זה כל הביאות האסורות (ניאוף, משכב זכר לדוגמה).

ויקרא כ,י- איש אשר ינאף את אשת איש אשר ינאף את אשת רעהו מות יומת הנואף והנואפת

במדבר לה, לא-לג: לא לקחת כופר לנפש רוצח כי חובה עליו למות. למה בכלל להגיד לא לקחת כופר, זה בעצם מרמז שניתן לקחת כופר בכללי? אולי כדאי לקחת כסף מהרוצח ואז משפחתו תהיה מפורנסת אחר מות האדם. התורה אומרת לא- על רצח לא לוקחים כופר, לא פודים את עונש המוות בכופר. "ולא תיקחו כופר לנוס אל עיר מקלטו" – יש עונש בתורה של אדם שרצח בשגגה של גלות בערי מקלט, אך אם אדם הרג במזיד- עונשו מיתה ולא גלות, וגם אם ישלם כסף כדי לברוח לעיר מקלט- אסור. צריך מידה כנגד מידה- המקרא לא מקבל כופר ושום דברים אחרים.

חוקי חמורבי- אם אשת איש נמצאת שוכבת עם איש אחר, יקשרו את שניהם יחד ויזרקו אותם למים. בניגוד למקרא –"הבעל רשאי לחון את אשתו והמלך את משרתו" הבעל יכול לסלוח לה- זה מעין סכסוך בין איש לאשתו. מה בדבר הנואף? "והמלך את משרתו", כל הנתינים משרתים את המלך ולא מדובר במקרה פרטני.

בחוק האשורי- נאמר שרוצח יכול להינצל ממות על ידי מסירת בני אדם אחרים. הכוונה היא מסירתם לעבדות. הוא גם יכול לשלם כסף- באופן כללי יש עונש מוות אך יש הרבה דרכים להינצל מזה. וזה כמובן בניגוד למקרא שבו נאמר ש"אין משחקים"- אין כופר או בריחה מעונש על מעשה שעשית במזיד.

1. הבדל נוסף- אין עונש מוות בתורה על עבירות רכוש/ממון. אם מישהו הזיק לך ממונית הוא לא ימות. יש מוות רק על דברים אחרים.

חוקי חמורבי- אם איש שדד ונתפס הוא יומת.

1. במקרא מוטלים עונשים על חיות, לעומת המזרח הקודם, שבו אין עונשים על מעשי חיות.

דוגמה שדיברנו עליה- שור תם ושור מועד. במקרא השור נסקל אם הרג אדם. בחוקי חמורבי- אין התעסקות עם השור, הבעלים אולי משלם אך השור לא נושא בתוצאות.

ההבדלים ההלו מעוררים שאלות. האם יש איזה עיקרון יסוד שניתן להכליל ולהסביר למה המקרא שונה מחוקי המזרח הקדום.

במאמר של משה גרינברג נאמרים 2 דברים:

1. השאלה מי המחוקק? בחוקי המזרח הקדום המחוקק הוא בן אדם. לעומת זאת המחוקק בתורה הוא האל- וזה בניגוד לכל חוקי המזרח הקדום. לכן ממילא, כל החטאים גם בין אדם לחברו הם חטאים כלפיי ה', וממילא אי אפשר למחול עליהם, אי אפשר לשחק איתם. כשהמלך מחוקק הוא יכול למחול. עולם שיש בו כופר על רצח וניאוף, זה בעצם מהווה משפט פרטי. אך ברגע שמבינים שהפשע הוא כלפיי אלוקים אז הפרספקטיבה היא שונה לחלוטין ולא ניתן לכפר על זה.
2. "בצלם אלוקים ברא את האדם"- הערך של חיי אדם הוא ערך שאין למעלה ממנו. להרוג את האדם זה כמו פגיעה בצלם ה'. לתפיסה זו יש השלכות משפטיות. לדוגמה, עבירות רכוש. עונשי מיתה מוקדשות לעבירות דתיות חמורות מאוד , עריות או רצח. העונשי מוות לא חלים בצורה רחבה. עניין נוסף- ענישה מידה כנגד מידה רק כנגד העבריין גם נובע רק מערך חיי אדם. במקרא הבן לא שייך לאביו ולכן לא ישלם על חטאי האב. לבסוף הנושא של החיות, גם זה מוסבר על ידי הנושא של חיי אדם- כי אם החיה הרגה אדם, צריך לעשות עם זה משהו. רשום אחרי המבול בבראשית שה' ידרוש את התשלום על פגיעה בחיי אדם גם מחיה. במקרה של שור מועד לא מדובר על עבירה חמורה ולכן יש אפשרות לכופר.

אפשר לומר כי פגיעה של מידה כנגד מידה יכולה להיתפס גם כפגיעה בערך חיי אדם- אך עצם זה שממיתים את הרוצח רק מראה את החומרה של המעשה.

למה יש תועלת ללמוד משפט עברי או בכלל משפט עתיק שכבר לו חל? בעצם זה שנתקלים בעולם אחר שיש לו הנחות יסוד אחרות, זה גורם לנו להבין את הנחות היסוד שלנו ולהעמיק בהם יותר- הוא מעניק עומ ופרספקטיבה למשפט המודרני. יש פה משהו ש"פותח" את הראש ומעורר סוג של מחשבות על נתיבים אחרים מבדרך כלל. זה לא חייב להיות משפט עברי אלא יכול להיות חוקי חמורבי או דין רומי. אך משפט עברי הוא שלנו והושאלו ממנו עקרונות למשפט הישראלי.

המשפט העברי הוא חלק ממקורות המשפט הישראלי- כך מופיע בחוק יסודות המשפט לפי תיקון 2018- המשפט העברי הוא סוג של משאב שניתן לעשות בו שימוש גם היום. לדוגמה- במשפט הפלילי וזכויות אסירים. ולכן יש לזה חשיבות גדולה שאינה חובה אך מהווה כלי.

נושאי הקורס:

הקורס הוא היסטורי- משפטי. בדר"כ קורסי משפט הם אינם היסטוריים באופן כללי, אלא בעיקר נושאי- בקטנה על שינויים בתיקונים אך לא ממש הרבה. הקורס הזה הוא היסטורי וזה מכיוון שהמשפט העברי עבר שינויים דרמטיים במהלך התקופות ולא לא ניתן לדבר עליו באופן כללי- נתייחס למקרא, לחז"ל, למשפט קהילתי של ימי הביניים ומשפט עברי- בנפרד! יש חוקים שקושרים בין התקופות ונראה את זה. אך בסופו של דבר זה עניין לעצמו. מצד שני זה יהיה משפטי ונדבר על מושגים משפטיים באופן תדיר.

הנושאים שנדבר עליהם:

1. ענישה פלילית במקרא
2. שינויים שחלו בענישה הפלילית הספרות חז"ל
3. ענישה פלילית שלא על פי דין תורה בימי ביניים: מקור סמכותה ואופייה
4. השפעת המשפט העברי על ענישה פלילית במדינת ישראל: הפיתוח של דוק' זכויות אסירים (שאילת עקרונות מהמשפט העברי).

**שיעור שני 15/3/2022:**

# ענישה פלילית במקרא

שיעור שעבר היה סוג של פרומו. מה שנעשה היום זה להתחיל את החומר מההתחלה לפי ענישה פלילית במקרא. ההבחנה בין המקרא הוא שבמקרא האל מדבר את דבריו, והנביא כותב את הדברים מפיו, ואילו חוקי חמורבי לא מדברים ישירות מהאל.

כל החרסים מדברים על חוקי המזרח הקדום. לעומת זאת, חוקי המקרא עוברים אלינו בגלגולי היסטוריה, אך אין משהו פיזי- יש רק את מגילות מדבר יהודי שזה הממצא הארכיאולוגי מימי הבית השני, הכי קדום שיש.

כעת נעשה סדר- מקורות המשפטיים של התקופה, כל החוקים הם באזורים המסופוטמים. אין חוקים מהמרחב של ארץ ישראל, מצרים. יש שירה, פקודות צבאיות אך אין חוקים. יש חוק מתורכיה שנקרא חוק החתים. כמעט כל הכתבים כתובים באכדית, חלק בשומרית. נסתכל על התאריכים שלהם- כמעט כל החוקים הם מתקופות קדומים. בין המקרא לחוקי חמורבי יש לנו 600 שנה. יש פה סוג של פער זמנים בין קבצי חוקים מוקדמים לחוקי המקרא. יש פער זמנים ופער של מקום. רוב החוקים הרבה יותר קדומים, למעט אולי האשורית (למרות שיש פרשנים שטוענים שזה מוקדם יותר).

* **חוקי החתים, התגלו בטורקיה של היום. מאה 13-14 לפני הספירה.**
* **חוקי אור נאמו- מאה 21 לפני הספירה. בעיר אור (עירק של היום) כתובים בכתב יתדות בשפה האכדית.**
* **חוקי ליפית אישתר מאה 20 לפני הספירה. מהעיר איסין (עירק של היום). כתב יתדות, שומרית.**
* **חוקי אשנונה- ממלכת אשנונה (עירק של היום) מתוארכים למאות ה19-20 לפני הספירה. כתובים בכתב יתדות בשפה האכדית.**
* **חוקי חמורבי- בבל. מתוארכים למאה ה18 לפני הספירה. כתובים בכתב יתדות בשפה האכדית.**
* **חוקי אשור, מאה 12 לפנה"ס, נכתב בכתב יתדות באכדית**
* **חוקי המקרא: לכל המוקדם מאה 12 לפנה"ס, חלק פרשנים אומרים אחרי ה8 לפני הספירה.**

מה החידה המעניינת פה? החידה היא איך אנו מוצאים דמיון בין החוקים הללו לחוקי המקרא על אף שוני בזמן ובמקום?

מצד אחד יש פער זמנים מאוד גדול ופערי מקום ומצד שני- דמיון. הבינו החוקרים אחרי התרגשות מגילויי החוקים כי על אף הדמיון בין החוקים יש גם שוני. המקרא מאוד שונה מהחוקים הללו, ולכן אי אפשר לומר שזה אותו דבר. אז איך מסבירים את הדמיון על אף הכל?

יש כאלה שאומרים שהם לא באמת דומים יש מושגים משפטיים שמסתובבים בין החוקים, אך זה לא באמת דומה, זה סוג של התפתחות משפטית. אבל, יש לדעה סוג של קושי. מאחר ויש דמיון ספרותי ולא רק של מושגים. כך שלהגיד את זה בפירוש שזה שונה- זה לא ממש אמת מאחר ויש דמיון שצריך לדבר עליו. ניקח לדוגמה את אריסטו שכתב את כתביו במאה ה5 והיה רלוונטי עד המאה ה15, אך ההתפתחות של הפילוסופיה אחריו הייתה יותר רלוונטית. לכן אולי זה מסביר את הדמיון בין החוקים, בעבר הייתה התפתחות יותר איטית והתבססו רבות אחד על השני ללא פיתוח מהדורות אחריו. קשה מאוד להסביר את הדמיון מאחר וחסרות המון חוליות של התפשטות המשפט בעבר. אנחנו יודעים כי יש בהחלט סוג של דמיון בין הדברים- האם זה דמיון שמצדיק את הטענה שהיה קשר? זה עניין של הערכה והחוקרים מתלבטים. ניתן אולי לומר כי אברהם אבינו שבא מבבל היה מושפע מהמוסר והחוקים שלהם ולכן אולי המקרא התעצב בצורה שבה הוא התעצב.

# תכליות ענישה במקרא

במשפט הכללי המודרני אנחנו מכירים ארבע תכליות ענישה: גמול, הרתעה, שיקום והגנה על החברה.

מה לא יופיע במקרא? שיקום. אבל כבר בספרות חז"ל ניתן למצוא רמזים לשיקום, ולכן זה לא רעיון מודרני.

במקרא אנו מוצאים חלק מתכליות הענישה הללו:

**א. גמול**

 **ויקרא כד, יז**

 **יז" וְאִישׁ, כִּי יַכֶּה כָּל-נֶפֶשׁ אָדָם--מוֹת, יוּמָת. יח וּמַכֵּה נֶפֶשׁ-בְּהֵמָה, יְשַׁלְּמֶנָּה--נֶפֶשׁ, תַּחַת נָפֶשׁ. יט וְאִישׁ, כִּי-יִתֵּן מוּם בַּעֲמִיתוֹ--כַּאֲשֶׁר עָשָׂה, כֵּן יֵעָשֶׂה לּוֹ. כ שֶׁבֶר, תַּחַת שֶׁבֶר, עַיִן תַּחַת עַיִן, שֵׁן תַּחַת שֵׁן--כַּאֲשֶׁר יִתֵּן מוּם בָּאָדָם, כֵּן יִנָּתֶן בּוֹ".**

מה שמעניין במקור הזה הוא שפה אומרים את זה בתור עיקרון. העיקרון מופיע בצורה מפורשת. מיתה כנגד רצח בעל עיקרון של מידה כנגד מידה- גמול. מפסוק יט- יש פה הגדרה מופשטת של מידה כנגד מידה, מי שנותן מום באדם זה המום שיינתן בו.

**ב. הרתעה**

**דברים יז, יב-יג**

 **וְהָאִישׁ אֲשֶׁר-יַעֲשֶׂה בְזָדוֹן, לְבִלְתִּי שְׁמֹעַ אֶל-הַכֹּהֵן הָעֹמֵד לְשָׁרֶת שָׁם אֶת ה' א-לֹהֶיךָ, אוֹ, אֶל-הַשֹּׁפֵט--וּמֵת הָאִישׁ הַהוּא, וּבִעַרְתָּ הָרָע מִיִּשְׂרָאֵל. יג וְכָל-הָעָם, יִשְׁמְעוּ וְיִרָאוּ; וְלֹא יְזִידוּן, עוֹד. {ס}**

פה מדובר על זקן ממרא. זקן שמבין בתורה אך נותן לעצמו את האפשרות להכתיב את דעותיו כנגד דעות שאר החכמים. יש פה עניין של הרתעה- אל תעשו כמו הזקן! למה? אנשים שלא נשמעים למרות החוק, ונותנים לעצמם לחוקק, פוגעים בחברה והיא יכולה להתפורר.

**ג. הגנה על החברה**

**דברים יז,ב-ז**

**"ב כִּי-יִמָּצֵא בְקִרְבְּךָ בְּאַחַד שְׁעָרֶיךָ, אֲשֶׁר ה' א-להיך נותן לך אִישׁ אוֹ-אִשָּׁה, אֲשֶׁר יַעֲשֶׂה אֶת-הָרַע בְּעֵינֵי ה' א-להיך לעבור בריתו ג וַיֵּלֶךְ, וַיַּעֲבֹד אֱלֹהִים אֲחֵרִים , וַיִּשְׁתַּחוּ, לָהֶם וְלַשֶּׁמֶשׁ אוֹ לַיָּרֵחַ, אוֹ לְכָל-צְבָא הַשָּׁמַיִם--אֲשֶׁר לֹא-צִוִּיתִי. ד וְהֻגַּד-לְךָ, וְשָׁמָעְתָּ; וְדָרַשְׁתָּ הֵיטֵב--וְהִנֵּה אֱמֶת נָכוֹן הַדָּבָר, נֶעֶשְׂתָה הַתּוֹעֵבָה הַזֹּאת בְּיִשְׂרָאֵל. ה וְהוֹצֵאתָ אֶת-הָאִישׁ הַהוּא אוֹ אֶת-הָאִשָּׁה הַהִוא אֲשֶׁר עָשׂוּ אֶת-הַדָּבָר הָרָע הַזֶּה, אֶל-שְׁעָרֶיךָ--אֶת-הָאִישׁ, אוֹ אֶת-הָאִשָּׁה; וּסְקַלְתָּם בָּאֲבָנִים, וָמֵתוּ. ו עַל-פִּי שְׁנַיִם עֵדִים, אוֹ שְׁלֹשָׁה עֵדִים--יוּמַת הַמֵּת: לֹא יוּמַת, עַל-פִּי עֵד אֶחָד. ז יַד הָעֵדִים תִּהְיֶה-בּוֹ בָרִאשֹׁנָה, לַהֲמִיתוֹ, וְיַד כָּל-הָעָם, בָּאַחֲרֹנָה; וּבִעַרְתָּ הָרָע, מִקִּרְבֶּךָ. {פ}** "

החשש המקראי הגדול הוא ע"ז. לא רוצים שגורמים שעובדים ע"ז ישחיתו את החברה ויסיטו את החברה מהדרך הנכונה לדעת המקרא. במקור הזה יש מקרה קלאסי של עבודה זרה. ההריגה של האנשים האלה, לפי המקרא היא ביעור הרע. הגורמים הללו יכולים להשחית את החברה ולהרוס אותה ולכן באמצעות עונש מוות נמנע את זה. בעידן המודרני- שמים גורמים שמסכנים את החברה בכלא אך בחוק המקרא אין עונש כליאה.

## תכליות דתיות

חטאים מסוימים גורמים לטומאה ולהרס של הארץ. בעוון הזה גולים מהארץ. יש התייחסות ספציפית לישראל, אך מדובר גם בעולם, מוצאים את זה גם בסדום. אבל בחוק המקר יש התייחסות ספציפית לארץ ישראל. מה זה קשור לענישה? לענישה יש אפקט מכפר, בכך שמענישים את האחראים לחטא אנו מתקנים ומנקים את החטא.

**א. כפרת הארץ**

**במדבר לה,לא-לד**

**לא וְלֹא-תִקְחוּ כֹפֶר לְנֶפֶשׁ רֹצֵחַ, אֲשֶׁר-הוּא רָשָׁע לָמוּת: כִּי-מוֹת, יוּמָת. לב וְלֹא-תִקְחוּ כֹפֶר, לָנוּס אֶל-עִיר מִקְלָטוֹ, לָשׁוּב לָשֶׁבֶת בָּאָרֶץ, עַד-מוֹת הַכֹּהֵן. לג וְלֹא-תַחֲנִיפוּ אֶת-הָאָרֶץ, אֲשֶׁר אַתֶּם בָּהּ, כִּי הַדָּם, הוּא יַחֲנִיף אֶת-הָאָרֶץ; וְלָאָרֶץ לֹא-יְכֻפַּר, לַדָּם אֲשֶׁר שֻׁפַּךְ-בָּהּ, כִּי-אִם, בְּדַם שֹׁפְכוֹ. לד וְלֹא תְטַמֵּא אֶת-הָאָרֶץ, אֲשֶׁר אַתֶּם יֹשְׁבִים בָּהּ--אֲשֶׁר אֲנִי, שֹׁכֵן בְּתוֹכָהּ: לה כי אני ה' שוכן בתוך בני ישראל"**

התייחסות לרצח. יש להרוג את הרוצח ולא לעשות עמו עסקאות (לא כופר ולא שוחד). לא להתייחס לרוצח כרוצח בשגגה ולתת לו את האפשרות ללכת לערי מקלט בתמורה לכסף שהוא יתן. אם הוא רוצח במזיד עליו למות, בשונה מרוצח בשגגה. בפסוק האחרון יש תיאור של שכינה שנמצאת בתוך בני ישראל.

**וכך גם בהקשר של עריות:**

עריות זה כל הביאות האסורות שכתובות בפרשת קדושים (ניאוף, משכב זכר וכולי, לא רק בתוך המשפחה).

**ויקרא יח, כד-כה**

**כד אַל-תִּטַּמְּאוּ, בְּכָל-אֵלֶּה: כִּי בְכָל-אֵלֶּה נִטְמְאוּ הַגּוֹיִם, אֲשֶׁר-אֲנִי מְשַׁלֵּחַ מִפְּנֵיכֶם. כה וַתִּטְמָא הָאָרֶץ, וָאֶפְקֹד עֲו‍ֹנָהּ עָלֶיהָ; וַתָּקִא הָאָרֶץ, אֶת-יֹשְׁבֶיהָ. כו וּשְׁמַרְתֶּם אַתֶּם, אֶת-חֻקֹּתַי וְאֶת-מִשְׁפָּטַי, וְלֹא תַעֲשׂוּ, מִכֹּל הַתּוֹעֵבֹת הָאֵלֶּה: הָאֶזְרָח, וְהַגֵּר הַגָּר בְּתוֹכְכֶם"**

מה נאמר פה? אל תעשו את הדברים הללו, למה? זה כל מה שהגויים שהיו בארץ עשו ובתוצאה מכך "ותקיא הארץ" הארץ הגלתה את כל העמים שנהגו כך. לא רק לבני ישראל- כל אדם שחי בארץ צריך להישמר מלקיים את הדברים הללו. מה זה קשור לענישה?

**בויקרא כ,כב מופיעה טומאת הארץ שגורמים איסורי עריות בהקשר של ענישה:**

 **כב וּשְׁמַרְתֶּם אֶת-כָּל-חֻקֹּתַי וְאֶת-כָּל-מִשְׁפָּטַי, וַעֲשִׂיתֶם אֹתָם; וְלֹא-תָקִיא אֶתְכֶם, הָאָרֶץ, אֲשֶׁר אֲנִי מֵבִיא אֶתְכֶם שָׁמָּה, לָשֶׁבֶת בָּהּ.**

פרשת העריות מחולקת ל2 בתורה, איסורים ועונשים (בדר"כ עונשי מיתה). אחרי העונשים נאמר "ושמרתם את כל חוקותי וכל משפטי ולא תקיא אתכם הארץ..".

**ב. למנוע חרון אף ה' על ישראל**

**במדבר כה,א-ה**

**א וַיֵּשֶׁב יִשְׂרָאֵל, בַּשִּׁטִּים; וַיָּחֶל הָעָם, לִזְנוֹת אֶל-בְּנוֹת מוֹאָב. ב וַתִּקְרֶאןָ לָעָם, לְזִבְחֵי אֱלֹהֵיהֶן; וַיֹּאכַל הָעָם, וַיִּשְׁתַּחֲווּ לֵאלֹהֵיהֶן. ג וַיִּצָּמֶד יִשְׂרָאֵל, לְבַעַל פְּעוֹר; וייחר אף ה' בישראל. ד. ויאמר ה' אל משה קח את כל ראשי העם והוקע אותם לה' נגד השמש וישב חרון אף ה' מישראל. ה וַיֹּאמֶר מֹשֶׁה, אֶל-שֹׁפְטֵי יִשְׂרָאֵל: הִרְגוּ אִישׁ אֲנָשָׁיו, הַנִּצְמָדִים לְבַעַל פְּעוֹר.**

זה קשור לתכלית ענישה דתית מסוימת. זה שאנו מענישים, אנו מונעים פורענות ודין שמיים שיכול להיות יותר גרוע מהענישה של בני אדם. בדר"כ מופיע יותר בקשרים סיפוריים, זה המקור הזה. המנוח "זנות" הוא מונח שונה מהמונח של ימינו. בימינו זה יחסי מין תמורת כסף, אך במקרא "זנות" זה כל יחסים שאינם במסגרת של מחויבות ונישואים. מדובר על זה שישראל היו עם בנות מואב (יש איסור על להתחתן עם גויים, אך אין איסור מפורש על יחסי מין עם גויים- אך זהו אולי מקור שניתן להסיק שזה אסור). כאן זה מוזכר בהקשר שלילי מכיוון שמעורבת בזה עבודה זרה. המקרה פה הו שבעקבות הזנות ישראל עובדים ע"ז לפעור (פעור- עבודה של עשיית צרכים, הוא היה סוג של אל של כוחות הגוף על ידי עשיית צרכים). ה' אומר לקחת את כל האנשים הללו ולהעניש אותם ובכך להימנע מענישה בידי שמיים. כאן תפקיד הענישה הוא למנוע ענישת שמיים.

להשלים את העניין של העבד בנושא שיקום.

## מאפיינים ייחודיים של הענישה המקראית

1. **מי נענש? לא רק בני אדם אלא גם חיות**

אין כעיקרון עוד צורת משפט שמענישים גם בעלי חיות.

1. **שמות כא, כח-כט**

**כח וְכִי-יִגַּח שׁוֹר אֶת-אִישׁ אוֹ אֶת-אִשָּׁה, וָמֵת--סָקוֹל יִסָּקֵל הַשּׁוֹר, וְלֹא יֵאָכֵל אֶת-בְּשָׂרוֹ, וּבַעַל הַשּׁוֹר, נָקִי. כט וְאִם שׁוֹר נַגָּח הוּא מִתְּמֹל שִׁלְשֹׁם, וְהוּעַד בִּבְעָלָיו וְלֹא יִשְׁמְרֶנּוּ, וְהֵמִית אִישׁ, אוֹ אִשָּׁה--הַשּׁוֹר, יִסָּקֵל, וְגַם-בְּעָלָיו, יוּמָת. ל אִם-כֹּפֶר, יוּשַׁת עָלָיו--וְנָתַן פִּדְיֹן נַפְשׁוֹ, כְּכֹל אֲשֶׁר-יוּשַׁת עָלָיו".**

כזכור מדובר על הריגת שור שהוא מועד (ניתן לצפות שישתגע) והרג בן אדם. במקרה של שור שאינו מועד השור ייסקל ובעל השור נקי, מאחר והוא לא מועד לא מחייבים אותו על כלום. אם ידוע ששור נגחן, ובעליו לא שמר עליו כמו שצריך, השור ייסקל וגם בעליו יומת. מענישים את השור.

2.  **חוקי חמורבי, 250-251**

**250. אם פר רביעה, חצה רחוב, ונגח איש, דבר שגרם למות האיש - למקרה הזה אין עונש.**

**251. אם פר רביעה של איש הראה נטיה לנגוח, והם אמרו לבעליו את תכונתו של השור, והוא לא כיסה את קרניו או קשר אותו, והשור הזה נגח בן של איש וגרם למות הבן - הוא ישלם חצי מנה של כסף.**

בחוקי חמורבי החוק אחר. אם פר רביעה הרג אדם אין עונש. ב251 מדובר על שור מועד שבעליו לא כיסה את קרניו או קשר אותו והרג בן של אדם. במקרה הזה צריך בעלי השור לשלם והשור לא משלם על ההריגה.

הנושא הזה מדובר על ערך החיים- גרינברג. אי אפשר לשמוע את זה מתוך השקפה מקראית. בעלי השור לא אחראים אך איך ניתן להכשיר את זה שהבעלים יהיה ללא עונש? אז לוקחים את האחראי (השור) והורגים אותו. גרינברג אומר שגם בדין שמיים זה כך. תובעים את השור שהוא אחראי.

3**. בראשית ט, ה-ו**

**ה וְאַךְ אֶת-דִּמְכֶם לְנַפְשֹׁתֵיכֶם אֶדְרֹשׁ, מִיַּד כָּל-חַיָּה אֶדְרְשֶׁנּוּ; וּמִיַּד הָאָדָם, מִיַּד אִישׁ אָחִיו--אֶדְרֹשׁ, אֶת-נֶפֶשׁ הָאָדָם. ו שֹׁפֵךְ דַּם הָאָדָם, בָּאָדָם דָּמוֹ יִשָּׁפֵךְ: כִּי בְּצֶלֶם אֱלֹהִים, עָשָׂה אֶת-הָאָדָם.**

פה ניתן לראות שאפשר לדרוש מהחיה את הדם של האדם שהרגה. למה? כיוון שבני אדם הם בעלי צלם אלוקים, בשונה מחיות. בן אדם זה משהו מיוחד, דרגת בריאה גבוהה יותר מחיה. זה נתפס כמעשה פלילי ולכן יש להעניש את החיה שהרגה. זה הרעיון של גרינברג שמדובר בחיי אדם- בגלל זה שיש חשיבות לחיי אדם יש להעניש את החיה בדין אדם ולא רק בדין שמיים. הוא לומד את העונש של החיה ואחריותה לחיי אדם מהפסוק במקור הזה. חיה פועלת לפי טבעה, היא טורפת ובמקרה טרפה בן אדם- מה הבעיה? ערך חיי אדם הוא כ"כ גדול ויש פגיעה חמודה בערך הזה ולכן הקב"ה יעניש את החיה. בחוקי חמורבי הם מתייחסים לזה כתאונה- אם עץ יהרוג אדם נהרוג את העץ? אז לדעתם זו תאונה ותו לא ולכן החיה לא צריכה להיענש.

דרישות נוספות: יהיה נוכחות תובענית בקורס (דף נוכחות). מבחינת המבחן- המבחן הוא סגור, אך אם הוא ירגיש שאנו לא אתו והחומר קשה ורב מידי הוא אולי ייתן אפשרות לחומר פתוח. השאלות יהיו פתוחות ויכול להיות חלק אמריקאי עם נימוק. כנראה לא יהיו שאלות שדורשות מגילות אבל עוד לא סגור כלום.

**שיעור שלישי- 22/03/2022**

התחלנו לדבר על המאפיינים המיוחדים של העונשים במקרא. הבאנו את ההסבר של גרינברג על כך שהחיות נענשות בגלל ההערכה הגדולה של חיים אדם. גרינברג הביא תוכחה יפה מדין שמיים.

בנוסף יש עוד עונש מוות גם בהקשר של משכב בהמה (עריות, כאמור יחסי מין אסורים):

4**. ויקרא כ, טו-טז**

**טו וְאִישׁ, אֲשֶׁר יִתֵּן שְׁכָבְתּוֹ (=שכבת הזרע שלו) בִּבְהֵמָה--מוֹת יוּמָת; וְאֶת-הַבְּהֵמָה, תַּהֲרֹגוּ. טז וְאִשָּׁה, אֲשֶׁר תִּקְרַב אֶל-כָּל-בְּהֵמָה לְרִבְעָה אֹתָהּ--וְהָרַגְתָּ אֶת-הָאִשָּׁה, וְאֶת-הַבְּהֵמָה; מוֹת יוּמָתוּ, דְּמֵיהֶם בָּם**

**5**. **חוקי החיתים, 187**

**If a man has sexual relation... with a cow. it is an unpermitted sexual**

**pairing: he will be put to death.**

בחוקי החיתים לא מוצאים השלכות על החיה. ובכלל בכל חוקי המזרח הקודם לא נמצא השלכה על החיה, אלא רק במקרא.

* אם כן, מצאנו שני דברים שמטמאים את הארץ- שפיכות דמים ועריות. ולכן חשוב שהגורמים המעורבים (בין אם חיות או בני אדם) ישלמו את המחיר על החטא. הם צריכים למחוק את החטא ולכפר עליו באמצעות מיתה.

יש פה משהו קשה להבנה- מה הבהמה חטאה? נניח שיש מקרה של דין תורה של נערה מאורסה (אישה נשואה), שהיא נאנסת. באופן כללי כאשר איש מקיים יחסי מין עם אישה נשואה הדין בתורה הוא מוות לאיש ולאישה. אך מה קורה אם אונס? הנערה לא עשתה שום דבר ולכן אסור לעשות לה שום דבר. ולכן השאלה פה על הבהמה שנענשת למרות שלא עשתה דבר. אם אין אשמה לבהמה אז למה הורגים אותה?

חז"ל אומרים שהבהמה הזו במובן מסוים היא מקולקלת בגלל היחסים. הסברה היא שהבהמה עברה סוג של קלקול והיא יכולה לחזור לעניין שוב ולכן צריך להיפטר ממנה.

מאפיין נוסף של ענישה מקראית:

החוק מכיל עונשים בידי שמיים, החוק לא רק ארצי שדן בשאלה מה בתי דין עושים אלא גם בענישה מידי שמיים. יש שני גורמים מענישים בחוק המקראי- האדם והאל.

בקבצי החוק יש הפניה לענישה בידי שמיים, וזה לא מצוי בקבצי החקיקה של המזרח הקדום. באופן בסיסי יש שני סוגי עונשים מידי שמיים שמוזכרים: כרת (על שלל הטיותיה- נכרתה וכו) ועונש מיתה בידי שמיים (חז"ל קוראים לזה כך ובתורה כתוב "מת/מתו").

# כרת:

איך יודעים שכרת זה עונש בידי שמים? מהמילה עצמה לא ברור שזה מידי שמיים. יכול להיות שמכריתים את האדם על ידי אדם אחר ולא משמיים. אבל בכל מקרה מהמילה עצמה זה לא ברור. יש כאלה שפירשו שזה לא מדין תורה לדוגמה כת מדבר יהודה (מגילות מתקופת החשמונאים שהתגלו בים המלח, שכללו ספרי מקרא ותיאור הלכות וחיי הכת)- הם פירשו את המונח כרת כגירוש ונידוי של האדם שעשה את העבירות שדורשות כרת מהכת= כאן כרת זה סנקציה בידי אדם. אך בניגוד להם המקרא כנראה מדבר על עונש בידי שמיים:

**ויקרא כ,א-ה**

**א וידבר ה' אל משה לאמר ב וְאֶל-בְּנֵי יִשְׂרָאֵל, תֹּאמַר, אִישׁ אִישׁ מִבְּנֵי יִשְׂרָאֵל וּמִן-הַגֵּר הַגָּר בְּיִשְׂרָאֵל אֲשֶׁר יִתֵּן מִזַּרְעוֹ לַמֹּלֶךְ, מוֹת יוּמָת; עַם הָאָרֶץ, יִרְגְּמֻהוּ בָאָבֶן. ג וַאֲנִי אֶתֵּן אֶת-פָּנַי, בָּאִישׁ הַהוּא, וְהִכְרַתִּי אֹתוֹ, מִקֶּרֶב עַמּוֹ: כִּי מִזַּרְעוֹ, נָתַן לַמֹּלֶךְ--לְמַעַן טַמֵּא אֶת-מִקְדָּשִׁי, וּלְחַלֵּל אֶת-שֵׁם קָדְשִׁי. ד וְאִם הַעְלֵם יַעְלִימוּ עַם הָאָרֶץ אֶת-עֵינֵיהֶם, מִן-הָאִישׁ הַהוּא, בְּתִתּוֹ מִזַּרְעוֹ, לַמֹּלֶךְ--לְבִלְתִּי, הָמִית אֹתוֹ. ה וְשַׂמְתִּי אֲנִי אֶת-פָּנַי בָּאִישׁ הַהוּא, וּבְמִשְׁפַּחְתּוֹ; וְהִכְרַתִּי אֹתוֹ וְאֵת כָּל-הַזֹּנִים אַחֲרָיו, לִזְנוֹת אַחֲרֵי הַמֹּלֶךְ--מִקֶּרֶב עַמָּם.**

מולך- מה זה מולך? עבודה זרה שכנראה קשורה להקרבת ילדים (יש סוברים שזה הריגה של ילדים ממש- בעיקר בכורים, ויש סוברים שזה מבחן של הישרדות). ומתואר פה דין שקשור לע"ז הזו. במקור נאמר שרוגמים את האיש. אך פסוק ד נאמר מה קורה אם לא הורגים אותו בידי אדם. בעצם מתוארים 2 עונשים- עונש בידי אדם. ועונש שני של ה'- הוא המדבר פה. מה קורה? לפעמים בני אדם עושים מה שצריכים ואז לא צריך עונש בידי שמיים. אך מה קורה אם בני אדם לא עושים מה שצריך? עונש הכרת מופעל- ה' מתערב ונותן עונש במקומם. מכאן רואים שהפועל של כ.ר.ת מתייחס לעונש מידי שמיים, וכאן למדים שהפועל הזה עולה מדובר בעונש שמיים. דרך המלך לפרש את הכרת כעונש שמיים בכל שאר המקומות בתורה בצורה של קל וחומר, אך במקור הזה זה ברור שזה עונש שמיים.

למה יש שוני בין דין אדם ודין שמיים שמכליל את המשפחה של האדם? נדבר עוד מעט.

## על איזה עבירות נותנים כרת?

עבירות של בין אדם למקום: עבודה זרה, עריות, חילול שבת. כרת מטפל ברובד הזה בין בן אדם לאל. העבירה נחשבת עבירה כלפי ה'.

רצח- העבירה הכי חמורה של אדם לחברו היא לא כרת. הקטגוריה באמת כנראה נוגעת לבן אדם למקום.

# עונש שני- מיתה בידי שמיים:

יש עבירות שנזכרות בתורה שבהן נכתב "מת" או כל מיני פועלים דומים אך לא מופיע כרת. לכן צריך להניח שמדובר על עונש נפרד של מיתה.

**דברים יח,יט-כ**

**יט וְהָיָה, הָאִישׁ אֲשֶׁר לֹא-יִשְׁמַע אֶל-דְּבָרַי, אֲשֶׁר יְדַבֵּר, בִּשְׁמִי--אָנֹכִי, אֶדְרֹשׁ מֵעִמּוֹ. כ אַךְ הַנָּבִיא אֲשֶׁר יָזִיד לְדַבֵּר דָּבָר בִּשְׁמִי, אֵת אֲשֶׁר לֹא-צִוִּיתִיו לְדַבֵּר, וַאֲשֶׁר יְדַבֵּר, בְּשֵׁם אֱלֹהִים אֲחֵרִים--וּמֵת, הַנָּבִיא הַהוּא**

מדובר על נביא שלא מקשיב לדברי האל והוא נביא שקר. הנביא אמור למות- להשלים?

ענישה בידי שמיים מופיעה בדר"כ על עניינים ריטואליים- עניינים שקשורים לבית המקדש, חילול הקודש.

**שמות ל, יז-כא**

**יז וידבר ה' אל משה לאמר יח וְעָשִׂיתָ כִּיּוֹר נְחֹשֶׁת, וְכַנּוֹ נְחֹשֶׁת--לְרָחְצָה; וְנָתַתָּ אֹתוֹ, בֵּין-אֹהֶל מוֹעֵד וּבֵין הַמִּזְבֵּחַ, וְנָתַתָּ שָׁמָּה, מָיִם. יט וְרָחֲצוּ אַהֲרֹן וּבָנָיו, מִמֶּנּוּ, אֶת-יְדֵיהֶם, וְאֶת-רַגְלֵיהֶם. כ בְּבֹאָם אֶל-אֹהֶל מוֹעֵד, יִרְחֲצוּ-מַיִם--וְלֹא יָמֻתוּ; אוֹ בְגִשְׁתָּם אֶל-הַמִּזְבֵּחַ לְשָׁרֵת, לְהַקְטִיר אִשֶּׁה לַה' כא וְרָחֲצוּ יְדֵיהֶם וְרַגְלֵיהֶם, וְלֹא יָמֻתוּ; וְהָיְתָה לָהֶם חָק-עוֹלָם לוֹ וּלְזַרְעוֹ, לְדֹרֹתָם. {פ]**

אם הכוהנים לא נזהרים ולא רוחצים כשנכנסים למקדש או שנכנסים לזבוח ולעבוד- הם כן מתים. הרי רשום בפסוק שאם יעשו כך הם לא ימותו- אז נבין שאם לא יעשו כך, הם ימותו. מי שלא רוחץ הוא כאילו מחלל את הקודש ודינו מיתה. על עניין חילול הקודש יש תקדים על מיתה- נדב ואביהו מתו כי הקריבו אש זרה לפני ה'.

מה ההבדל בעונשים- **האם יש הבחנה בין מיתה בידי שמים לכרת?**

 כנראה שכן. קודם כל, ברגע שנתון מונח אחר נניח שיש הבדל- ברור שהכוונה להגיד שיש משהו אחר. נראה, שכרת חמור יותר קודם כל מכיוון שהוא מתייחס לעבירות חמורות כמו חילול שבת ועבודה זרה שיש עליהם גם מיתות בית דין (מות יומת/יסקלוהו). כמו כן, עניין נוסף הוא מבחינה מילולית נראה שכרת פירושו שהאדם נכרת לחלוטין מהעם ואילו מיתה רק מצביע על מיתה לפני זמנו. בהקשרים של כרת מופיעים בחלק מהאיסורים עניין של עריריות:

**בויקרא כ,כ עונש הכרת מופיע ליד העונש של עריריות.**

**אִישׁ, אֲשֶׁר יִשְׁכַּב אֶת-דֹּדָתוֹ--עֶרְוַת דֹּדוֹ, גִּלָּה; חֶטְאָם יִשָּׂאוּ, עֲרִירִים יָמֻתוּ.**

 מדובר על גילוי ערווה של יחסי מין אסורים. מופיע פה עריריות אך לא בהקשר של מיתה בידי שמיים, אם כי צריך לומר שזה לא מופיע תמיד- האם זה רלוונטי רק לפה? לא ברור אם זה קשור לעונש כרת.

יצא מכל זה- כנראה שכרת חמור יותר ויש הבדל בין העונשים. האם זה קשור לעריריות? לא בטוח. המקרא הוא לא מפורט מאוד, הוא מתאר קבצי חוק קצרים- אנו צריכים ללקט כל מיני דברים לגבי החוקים.

**עניין נוסף בהבדלים - מעברים בין דין אדם לדין שמים ולהיפך**

ראינו כבר קודם בדיני המולך. ראשית, צריך להצביע על תופעה מעניינת של כפל עונשים- עונש אדם ועונש שמיים ביחד, או שזה מופיע באותה פרשה או בנפרד(שקוראים אחרי זה אחד אחרי השני מבינים שיש כפל עונשים). בהרבה עבירות חמורות מצאנו שנענשים גם מיתת בית דין וגם כרת (עריות, עבודה זרה). הסיבה לכפל העונשים הזה מוסברת במעבר מענישה של מיתת בית דין לכרת.

**ויקרא כ,א-ה**

**א וידבר ה' אל משה לאמר ב וְאֶל-בְּנֵי יִשְׂרָאֵל, תֹּאמַר, אִישׁ אִישׁ מִבְּנֵי יִשְׂרָאֵל וּמִן-הַגֵּר הַגָּר בְּיִשְׂרָאֵל אֲשֶׁר יִתֵּן מִזַּרְעוֹ לַמֹּלֶךְ, מוֹת יוּמָת; עַם הָאָרֶץ, יִרְגְּמֻהוּ בָאָבֶן. ג וַאֲנִי אֶתֵּן אֶת-פָּנַי, בָּאִישׁ הַהוּא, וְהִכְרַתִּי אֹתוֹ, מִקֶּרֶב עַמּוֹ: כִּי מִזַּרְעוֹ, נָתַן לַמֹּלֶךְ--לְמַעַן טַמֵּא אֶת-מִקְדָּשִׁי, וּלְחַלֵּל אֶת-שֵׁם קָדְשִׁי. ד וְאִם הַעְלֵם יַעְלִימוּ עַם הָאָרֶץ אֶת-עֵינֵיהֶם, מִן-הָאִישׁ הַהוּא, בְּתִתּוֹ מִזַּרְעוֹ, לַמֹּלֶךְ--לְבִלְתִּי, הָמִית אֹתוֹ. ה וְשַׂמְתִּי אֲנִי אֶת-פָּנַי בָּאִישׁ הַהוּא, וּבְמִשְׁפַּחְתּוֹ; וְהִכְרַתִּי אֹתוֹ וְאֵת כָּל-הַזֹּנִים אַחֲרָיו, לִזְנוֹת אַחֲרֵי הַמֹּלֶךְ--מִקֶּרֶב עַמָּם.**

עד כאן ראינו מעבר מדין אדם לדין שמים, עתה נראה מעבר הפוך מדין שמים לדין אדם

**במדבר כה,א-יב**

**א וַיֵּשֶׁב יִשְׂרָאֵל, בַּשִּׁטִּים; וַיָּחֶל הָעָם, לִזְנוֹת אֶל-בְּנוֹת מוֹאָב. ב וַתִּקְרֶאןָ לָעָם, לְזִבְחֵי אֱלֹהֵיהֶן; וַיֹּאכַל הָעָם, וַיִּשְׁתַּחֲווּ לֵאלֹהֵיהֶן. ג וַיִּצָּמֶד יִשְׂרָאֵל, לְבַעַל פְּעוֹר; וייחר אף ה' בישראל. ד. ויאמר ה' אל משה קח את כל ראשי העם והוקע אותם לה' נגד השמש וישב חרון אף ה' מישראל. ה וַיֹּאמֶר מֹשֶׁה, אֶל-שֹׁפְטֵי יִשְׂרָאֵל: הִרְגוּ אִישׁ אֲנָשָׁיו, הַנִּצְמָדִים לְבַעַל פְּעוֹר. ו וְהִנֵּה אִישׁ מִבְּנֵי יִשְׂרָאֵל בָּא, וַיַּקְרֵב אֶל-אֶחָיו אֶת-הַמִּדְיָנִית, לְעֵינֵי מֹשֶׁה, וּלְעֵינֵי כָּל-עֲדַת בְּנֵי-יִשְׂרָאֵל; וְהֵמָּה בֹכִים, פֶּתַח אֹהֶל מוֹעֵד. ז וַיַּרְא, פִּינְחָס בֶּן-אֶלְעָזָר, בֶּן-אַהֲרֹן, הַכֹּהֵן; וַיָּקָם מִתּוֹךְ הָעֵדָה, וַיִּקַּח רֹמַח בְּיָדוֹ. ח וַיָּבֹא אַחַר אִישׁ-יִשְׂרָאֵל אֶל-הַקֻּבָּה, וַיִּדְקֹר אֶת-שְׁנֵיהֶם--אֵת אִישׁ יִשְׂרָאֵל, וְאֶת-הָאִשָּׁה אֶל-קֳבָתָהּ; וַתֵּעָצַר, הַמַּגֵּפָה, מֵעַל, בְּנֵי יִשְׂרָאֵל. ט וַיִּהְיוּ, הַמֵּתִים בַּמַּגֵּפָה--אַרְבָּעָה וְעֶשְׂרִים, אָלֶף. {פ} י וַיְדַבֵּר ה' אֶל-מֹשֶׁה לֵּאמֹר. יא פִּינְחָס בֶּן-אֶלְעָזָר בֶּן-אַהֲרֹן הַכֹּהֵן, הֵשִׁיב אֶת-חֲמָתִי מֵעַל בְּנֵי-יִשְׂרָאֵל, בְּקַנְאוֹ אֶת-קִנְאָתִי, בְּתוֹכָם; וְלֹא-כִלִּיתִי אֶת-בְּנֵי-יִשְׂרָאֵל, בְּקִנְאָתִי. יב לָכֵן, אֱמֹר: הִנְנִי נֹתֵן לוֹ אֶת-בְּרִיתִי, שָׁלוֹם.**

עצירת המגיפה תעשה על ידי הריגה של אדם אחד ואשתו. זה שני אדם מענישים מייתרים את העונש של ידי שמיים- המגיפה.

בעצם ראינו פה שני סוגים של תהליכים. תהליך אחד- הדין עובר מדין שמיים לאדם ותהליך הפוך שעובר מדין אדם לשמיים.

* אם כן, מה מרוויחים ממעבר מענישה מדין אדם לענישה בדין שמים?

אין צורך בראיות. לא תלוי ברצונם הטוב (או הרע) של בני אדם.

* מה מרוויחים מענישה בדין אדם או ממעבר מענישה מדין שמים לדין אדם? ולמה זה מוצג כעדיף?

הענישה בדין אדם פוגענית פחות- פחות כוללני. היא ספציפית לעבריין ולא למשל למשפחתו או לסביבה כולה- בכל הגורמים שהיו חלק מהסיפור, דין אדם לא כללי אלא תלוי ראיות ואנשים ספציפיים. חרון אף ה' יכול להיעצר גם בענישה חלקית. השותפות בעונש מכפרת על השותפות של הפשע של העם.

זה אחד הדברים היותר מיוחדים שיש במשפט המקראי.

# עקרונות ענישה

איזה עקרונות ענישה מיוחדים למשפט המקראי שלא מוצאים במשפט המזרח הקדום?

1. **עבירות חמורות מחייבות עונש. אי אפשר להמירן בכופר או למחול עליהן**

יש פשרות למחול על העבירות או להמירן בסוג של כופר. עבירות חמורות לא ניתן לשלם עליהן כופר (רצח, עריות)- אי אפשר להגיע להסדר בין העבריין לגורם שהרע לו. לדוגמה הבעל לא יכול להגיע להסדר עם הנואף והרוצח לא יכול להגיע להסדר עם משפחת הנרצח.

**שיעור רביעי- 29/3/2022:**

התחלנו בסוף שיעור שעבר לדבר על העקרון הראשון. דיברנו על ענישה בידי שמיים, על ענישה של חיות ועכשיו מדברים על עקרונות ענישה שלאו בהכרח מדברים על ענישה במקרא. המקרא הביא אותן לעולם בגדול. זהו הייחוד של המקרא לעומת קבצי החוק במזרח הקדום. דבר ראשון:

1. עבירות חמורות שמחייבות עונש אי אפשר להמירן בכופר או למחול עליהן. יש עונשי מיתה בתורה כמו על רצח, ע"ז או עריות. העונשים הללו לא ניתנים להמרה בכופר או בכל צורה שהיא. בעבירה מאוד חמורה כמו ע"ז מדובר בעבירה מול האל, ואין הרבה סיבה לזה. אבל בעבירות שהן בן אדם לחברו, ניתן לומר שאפשר לשלם כסף למשפחת הנרצח ויהיה אפשר לפרנס את המשפחה המסכנה, וכך יהיה יותר יעיל למשפחה. המקרא לא מסכים עם זה- אי אפשר לעשות כזה דבר, עבירות חמורות לא ניתן להמירם. אותו הדבר בענייני ניאוף- אדם שהיה עם אשת איש, ניתן לכאורה לומר שאפשר להסתדר עם הבעל של האישה, למה להרוג את הנואף? המקרא לא מסכים עם זה ולא נותן אפשרות לעשות כאלה דברים.

**א. ויקרא כ,י**

**"ואיש אשר ינאף את אשת איש אשר ינאף את אשת רעהו מות יומת הנאף והנאפת".**

זו אחת הצורות של עריות. הבעל לא יכול לסלוח ולמחול על המעשה ולהימנע מעונש.

**ב. חוקי חמורבי, 129**

12. **אם אשת איש נמצאה שוכבת עם איש אחר - יקשרו את שניהם יחד ויזרקו אותם למים. הבעל רשאי לחון את אשתו, והמלך רשאי לחון את משרתו.**

כתוב שהבעל רשאי לחון את אשתו והמלך את משרתו. הפירוש המסתבר לחוק זה שאם הבעל חן את אשתו אז המלך גם יחון את הנואף. לבעל יש אפשרות לוותר לאשתו. יש עונש מיתה אך ניתן לתת חנינה על הדבר הזה. במקרא אין את זה, לא נמצא שום דבר כזה במקרא. בספר משלי שלא הובא פה, אומר שאולי יש אפשרות לחון. למה החומרה הגדולה הזו? לפי גרינברג במאמרו, הסיבה היא שמדובר על חטא שאינו רק כלפי בני אדם אלא בראשיתם, כלפי אלוקים. מדובר על אנשים שעושים בכוונה מתוך מודעות לחוק והולכים אחרי רצונם. אנשים אלה פוגעים בריבונות של האל ומתריסים נגדו ולכן אין אפשרות להימנע מעונש. דוגמה יפה לעניין הוא הסיפור של יוסף ואשת פוטיפר:

**ג. בראשית לט, ז-ט**

**ז "וַיְהִי, אַחַר הַדְּבָרִים הָאֵלֶּה, וַתִּשָּׂא אֵשֶׁת-אֲדֹנָיו אֶת-עֵינֶיהָ, אֶל-יוֹסֵף; וַתֹּאמֶר, שִׁכְבָה עִמִּי. ח וַיְמָאֵן--וַיֹּאמֶר אֶל-אֵשֶׁת אֲדֹנָיו, הֵן אֲדֹנִי לֹא-יָדַע אִתִּי מַה-בַּבָּיִת; וְכֹל אֲשֶׁר-יֶשׁ-לוֹ, נָתַן בְּיָדִי. ט אֵינֶנּוּ גָדוֹל בַּבַּיִת הַזֶּה, מִמֶּנִּי, וְלֹא-חָשַׂךְ מִמֶּנִּי מְאוּמָה, כִּי אִם-אוֹתָךְ בַּאֲשֶׁר אַתְּ-אִשְׁתּוֹ; וְאֵיךְ אֶעֱשֶׂה הָרָעָה הַגְּדֹלָה, הַזֹּאת, וְחָטָאתִי, לֵאלֹהִים."**

יוסף היה גדול בבית פוטיפר. אשתו של פוטיפר רוצה את יוסף ומשדלת אותו לשכב עימה. יוסף מסרב ונותן טענות של אדם לחברו- בעלך נותן לי יד חופשית בבית ואני הכי חשוב מהמשרתים ונתן לו הכל בבית מלבד אשתו, איך אוכל למעול באמונו? בסוף הטיעון יוסף אומר "וחטאתי לאלוקים"- ניאוף זה חטא כלפי אלוקים ולא רק כלפי בעל האישה. ואי אפשר לתקן את זה בהסכמים בין בני אדם.

בעניין של רצח:

**ג. במדבר לה, לא-לג**

**לא "וְלֹא-תִקְחוּ כֹפֶר לְנֶפֶשׁ רֹצֵחַ, אֲשֶׁר-הוּא רָשָׁע לָמוּת: כִּי-מוֹת, יוּמָת. לב וְלֹא-תִקְחוּ כֹפֶר, לָנוּס אֶל-עִיר מִקְלָטוֹ, לָשׁוּב לָשֶׁבֶת בָּאָרֶץ, עַד-מוֹת הַכֹּהֵן. לג וְלֹא-תַחֲנִיפוּ אֶת-הָאָרֶץ, אֲשֶׁר אַתֶּם בָּהּ, כִּי הַדָּם, הוּא יַחֲנִיף אֶת-הָאָרֶץ; וְלָאָרֶץ לֹא-יְכֻפַּר, לַדָּם אֲשֶׁר שֻׁפַּךְ-בָּהּ, כִּי-אִם, בְּדַם שֹׁפְכוֹ"**

יש איסור ספציפי על לקיחת כופר במקרא של רצח. לפי המקרא אסור להתייחס לרוצח כרוצח בשגגה. חייב מידה כנגד מידה בצורה של גמול על הרצח שנעשה.

בחוק האשורי לעומת זאת, מצאנו שרוצח יכול לתת את בני משפחתו לעבודה למשפחת הנרצח, לתת כסף- כל מיני סוגי פיצוי תמורת המוות שלו.

**ד. בחוק האשורי נאמר שהרוצח יכול להינצל ממוות אם ימסור בני אדם אחרים: עבדו, בנו, אשתו, או אחיו תחת הדם, או "לרחוץ את הדם" (=הכוונה לכפר על הרצח, על הדם שנשפך) או "לפצות את הנהרג".**

בכל מקרה במצב כזה יש יותר אפשרויות לבעלי רכוש. למי שיש יותר לתת הוא בעדיפות- האפשרות של פיצוי תאפשר חוסר שוויון בין אנשים בחברה.

1. **ענישת מידה כנגד מידה רק כנגד העבריין**

**מידה כנגד מידה נחשבת כענישה הצודקת.** ראינו שזה מופיע כמה פעמים במקרא. עכשיו השאלה היא: עד לאן לוקחים את זה? במקרא יש תשובה מאוד ברורה- לוקחים את זה כל עוד זה קשור לעבריין. אם זה חל כבר על אחרים זה לא יחול. העיקרון נמצא ב:

**א. דברים כד,טז**

**"לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות איש בחטאו יומתו"**

אין אפשרות לגלגל את הענישה על הילדים/האישה/העבד. מידה כנגד מידה זה טוב רק נגד העבריין. אבל לגלגל את זה לאחרים- אסור. רואים את זה גם בחוק עצמו:

**ב. שמות כא, כח-ל**

**כח "וְכִי-יִגַּח שׁוֹר אֶת-אִישׁ אוֹ אֶת-אִשָּׁה, וָמֵת--סָקוֹל יִסָּקֵל הַשּׁוֹר, וְלֹא יֵאָכֵל אֶת-בְּשָׂרוֹ, וּבַעַל הַשּׁוֹר, נָקִי. כט וְאִם שׁוֹר נַגָּח הוּא מִתְּמֹל שִׁלְשֹׁם, וְהוּעַד בִּבְעָלָיו וְלֹא יִשְׁמְרֶנּוּ, וְהֵמִית אִישׁ, אוֹ אִשָּׁה--הַשּׁוֹר, יִסָּקֵל, וְגַם-בְּעָלָיו, יוּמָת. ל אִם-כֹּפֶר, יוּשַׁת עָלָיו--וְנָתַן פִּדְיֹן נַפְשׁוֹ, כְּכֹל אֲשֶׁר-יוּשַׁת עָלָיו. לא אוֹ-בֵן יִגָּח, אוֹ-בַת יִגָּח--כַּמִּשְׁפָּט הַזֶּה, יֵעָשֶׂה לּוֹ. "**

כמו שכבר דיברנו כמה וכמה פעמים- במקרה ששור נוגח אדם אנו הורגים אותו. אם זה שור מועד, השור ייסקל וגם בעליו יומת, אלא שכאן יש אפשרות של כופר. בפסוק האחרון נאמר אם השור נוגע ילדים, גם צריך לעשות אותו הדבר (אם תם או מועד הורגים את השור, אם מועד- גם את הבעלים).

**ג. חוקי חמורבי, 229-230**

**229. אם בנאי בנה בית לאיש ולא עשה את הבית חזק ויציב, והבית שהוא בנה התמוטט וגרם למותו של בעל הבית - הבנאי הזה יומת.**

**230. אם זה גרם למותו של בן בעל הבית - בנו של הבנאי יומת.**

לפי החוק הזה מידה כנגד מידה מורחב למשפחות. אם הרגת את בעל הבית- אתה תמות. אם הרגת את בנו של בעל הבית- בנך ימות. מה ההיגיון פה?

אם הרגת את בן בעל הבית, המשפחה לא איבדה מפרנס, אלא נהרג ילד- אז למה שהבנאי שהוא מפרנס ימות? זה כביכול לא הוגן. לכן ההיגיון אומר שהבן צריך למות. המקרא משיב לדבר הזה בשלילה מכיוון שזו לא אותה אישיות משפטית- אז למה שנכליל אותו פה? לפי המרצה הנושא העיקרי פה הוא הפרנסה (ולאו בהכרח לגרום אותה רמת סבל בהריגת הבן של המעוול).

כעת נדבר על מקרה אחר- אונס:

**ד. דברים כב,כח-כט**

”**כִּי יִמְצָא אִישׁ נַעֲרָה בְתוּלָה אֲשֶׁר לֹא אֹרָשָׂה וּתְפָשָׂהּ וְשָׁכַב עִמָּהּ וְנִמְצָאוּ. וְנָתַן הָאִישׁ הַשֹּׁכֵב עִמָּהּ לַאֲבִי הַנַּעֲרָה חֲמִשִּׁים כָּסֶף וְלוֹ תִהְיֶה לְאִשָּׁה תַּחַת אֲשֶׁר עִנָּהּ לֹא יוּכַל שַׁלְּחָהּ כָּל יָמָיו"**

אם אדם שכב עם נערה בתולה שלא מאורסת, בתפיסה של המקרא יש הבדל בין החוק לבין התודעה. החוק לא מתייחס לזה בתור עבירה פלילית, החוק מתייחס לזה בהקשרים שנעשה לנערה עוול, כי תהיה בעיה לחתן אותה מאחר והאנס פגע בה. הנזק הוא גם כלפי האב שלא יצליח לחתן אותה. החוק אומר שהאנס יצטרך לשלם על מה שהוא פגע בו- הנערה- והוא יהיה חייב להתחתן איתה. כעיקרון לא חייבים לחתן אותה אתו, אבל אם רוצים לחתן אותה האנס לא יכול לסרב. למעשה בתודעה הדין של אונס הוא חמור מאוד- לדוגמה מעשה דינה והנקמה על ידי שמעון ולוי, זה פגיעה חמורה כלפי המשפחה והנערה. ברמה התודעתית זה מעשה שלא יעשה, ברמה התודעתית הוא מאוד חמור. אך ככה הוא מוגדר ברמה החוקית.

מה קורה בחוק האשורי?:

**חוקי אשור, 55**

**A55 If a man has taken and raped another man’s virgin daughter, [46] the father is to take the rapist’s wife and allow her to be raped, and keep her, not returning her to her husband. ..The father may give his raped daughter to her rapist. [47] If the rapist has no wife, his to give ‘the third’ in silver (the virgin-price) to her father. [48] Then her rapist is to marry her, and will not be allowed to divorce her. [49] If the father does not approve <of the marriage> he is to be given ‘the third’ in silver for her virginity, and give her to whomever he wants.**

* לפעמים יש דברים שלא רוצים להגדיר אותם כנורמה חזקה על ידי מתן עונש קשה- אך הדברים הללו עדיין מכוערים ולכן נרצה למנוע אותם בלי לערב את המשפט. זה עולה בתרבותיות מסוימות וככה אולי ניתן להצדיק את הפער בין המקרא לתרבויות במזרח הקדום. מדובר במעשים שלא יעשו ולא מקלים בהם ראש.

בחוקי אשור מתואר אותו המקרה של אונס בחורה פנויה. אך ההבדל הוא שהאב יכול לקחת את אשתו של האנס ולאנוס אותה ולא להחזיר אותה לרשות בעלה. האב יכול לתת את בתו האנוסה לאנס- לעומת המקרא לא מדובר בברירת מחדל. פה מדובר אם אין לאנס אישה- לא תהיה מידה כנגד מידה- למה זה טוב לתת מידה כנגד מידה? זה כביכול בר המרה- הבת היא בחזקת האב, ואישה אחרת שהיא בחזקת האנס וניתן להמיר אותן אחת בשנייה. איך אם לאנס אין אישה- חוזרים להיגיון של החוק מקראי- בעצם לא ניתן לעשות מידה כנגד מידה, ולכן צריך לפצות, לשלם את בתוליה לאב, והאנס יהיה חייב להתחתן איתה ולא יכול יהיה להתגרש ממנה. אם האב לא מסכים לחתן אותם- האנס יצטרך לשלם והאב יכול לחתן את בתו עם מי שרוצה. מה רואים פה?

רואים שהחוק מאוד דומה ברמה מסוימת, החוק דומה אך לא כולו. אם כן מה שונה- ההמרות של אונס אשתו של האנס- מידה כנגד מידה. הרכיב הזה לא מתאים להשקפת העולם המקראית.

מה שחשוב מהדוגמה הוא העיקרון שרק העבריין אמור לשלם על המעשה שלו ולא אף אחד אחר כפי שהעיקרון מוצג במקרא.

* בימי הביניים היו יותר טיפול פלילי על אונס. מאחר ובתקופה הזו זה היה יותר נפוץ והיה חשש חזרתיות של האנס על המעשה המתועב (תשובה של המרצה לשאלה).
1. **במקרא מוטלים עונשי מות על רצח, עריות ועבירות דתיות חמורות, אך לא על עבירות רכוש**

על עבירות רכוש משלמים. עבירות שקשורות לעבירות דתיות חמורות לא ניתן לשלם עליהם ועליהם מוטלים עונשי מיתה או עונשי בידי שמיים אך לא כסף.

**א. שמות כא, לז**

 **כִּי יִגְנֹב-אִישׁ שׁוֹר אוֹ-שֶׂה, וּטְבָחוֹ אוֹ מְכָרוֹ--חֲמִשָּׁה בָקָר, יְשַׁלֵּם תַּחַת הַשּׁוֹר, וְאַרְבַּע-צֹאן, תַּחַת הַשֶּׂה.**

אדם שטבח או מכר צאן שלא שלו צריך לשלם קנס של יותר ממה שלקח.

**ב. חוקי חמורבי, 22**

**אם איש שדד ונתפס - הוא יומת.**

בחוקי חמורבי רואים שיש עונש מיתה על גניבה- בשונה מהמקרא. במקרא זה תמיד עקבי מלבד מקרה חריג:

**ג. מקרה מורכב יותר בא במחתרת**

**שמות כב,א-ג**

**א אִם-בַּמַּחְתֶּרֶת יִמָּצֵא הַגַּנָּב, וְהֻכָּה וָמֵת--אֵין לוֹ, דָּמִים. ב אִם-זָרְחָה הַשֶּׁמֶשׁ עָלָיו, דָּמִים לוֹ: שַׁלֵּם יְשַׁלֵּם--אִם-אֵין לוֹ, וְנִמְכַּר בִּגְנֵבָתוֹ. ג אִם-הִמָּצֵא תִמָּצֵא בְיָדוֹ הַגְּנֵבָה, מִשּׁוֹר עַד-חֲמוֹר עַד-שֶׂה--חַיִּים: שְׁנַיִם, יְשַׁלֵּם. {ס}**

אדם אשר בא בלילה וגנב "במחתרת"- מה זה במחתרת? כנראה חפר מתחת לבית כדי לפרוץ הביתה ולגנוב. למה בלילה? כי יש יותר סיכוי להצליח. איך יודעים בלילה? כי רשום שתופסים אותו ולכן זה חייב להיות בלילה. "אין לא דמים"- אם הורגים אותו זה לא נחשב כאילו נשפך דם. אך אם זה קרה ביום- "דמים לו"= אם יהרגו אותו זה ייחשב שפיכת דם-> זה ייחשב רצח של הגנב. ובמקרה הזה משלמים על מותו.

העיקר פה הוא שני הפסוקים הראשונים. לפי הפסוק הראשן הריגה בלילה של הגנב-> לא נחשב רצח שדורש כפרה. לפי הפסוק השני הריגה בזמן היום-> רצח הגנב היא לא התגובה הנכונה ויש לכפר על דמו. מה רואים כאן?

יש עבירת רכוש אשר מאפשרת להרוג את המעוול. לא כתוב אבל שבית דין עושה את זה, רשום אם מישהו הורג- לא מישהו ספציפי כנראה בעל הבית. זה לא בהכרח שדין זה הוא דין מיתה לפי עבירת רכוש. המוות של הגנב הוא רק תוך כדי אירוע ולא נכון להגדיר את העונש על הגניבה כמוות. זה מקרה מיוחד של חתירה בלילה שחז"ל מגדירים שהגנב מסכן את בני הבית, ומי שמוכן לעשות כזה דבר הוא יהיה מוכן גם להרוג ולכן "הבא להורגך השכם להורגו" לפי פרשנות חז"ל לדין הזה. פה זה לא דין משפטי רגיל- זו לא עבירת רכוש שעליה מתחייבים מיתה אלא סיטואציה חוץ משפטית.

# עונשים במקרא:

1. **מיתה**

על עבירות דתיות חמורות (כמו עריות עבודה זרה) או רצח.

## סוגי מיתות הנזכרות בתורה

סקילה- נפוץ. במקרים נדירים יותר שריפה (נדירים יותר ומופיעים בעיקר בעריות).

חרב מופיעה לגבי עיר הנדחת (עיר שעובדת עבודה זרה ע"י אנשיה), אבל זה ביטוי שגור להמתה תוך כדי מלחמה ויתכן שלא מדובר דווקא בענישה כחלק מהליך פלילי:

**דברים יג, יג-טז**

**כִּי-תִשְׁמַע בְּאַחַת עָרֶיךָ, אֲשֶׁר ה' אֱ-לֹהֶיךָ נֹתֵן לְךָ לָשֶׁבֶת שָׁם--לֵאמֹר. יד יָצְאוּ אֲנָשִׁים בְּנֵי-בְלִיַּעַל, מִקִּרְבֶּךָ, וַיַּדִּיחוּ אֶת-יֹשְׁבֵי עִירָם, לֵאמֹר: נֵלְכָה, וְנַעַבְדָה אֱלֹהִים אֲחֵרִים--אֲשֶׁר לֹא-יְדַעְתֶּם. טו וְדָרַשְׁתָּ וְחָקַרְתָּ וְשָׁאַלְתָּ, הֵיטֵב; וְהִנֵּה אֱמֶת נָכוֹן הַדָּבָר, נֶעֶשְׂתָה הַתּוֹעֵבָה הַזֹּאת בְּקִרְבֶּךָ. טז הַכֵּה תַכֶּה, אֶת-יֹשְׁבֵי הָעִיר הַהִוא--לְפִי-חָרֶב: הַחֲרֵם אֹתָהּ וְאֶת-כָּל-אֲשֶׁר-בָּהּ וְאֶת-בְּהֶמְתָּהּ, לְפִי-חָרֶב.**

הלשון הזו מדברת בעיקר בהקשרי מלחמות. זה לא אומר בהכרח שיש הליך פלילי שעונשו הוא מיתת חרב. חז"ל כך הבינו, אך לפי פשט המקרא הנושא מדבר על מלחמה. חז"ל מבינים מהעיר הנידחת שיש מיתה שנקראת חרב (וגם לגבי רצח, אך זה לא במקרא), לפי פשט המקרא אין עונש כזה אלא זה רק במהלך מלחמה, ולא כחלק מהליך פלילי.

### תליה:

 **דברים כא,כב-כג**

**כב וכי יהיה באיש חטא משפט מות והומת ותלית אתו על עץ כג לא תלין נבלתו על העץ כי קבור תקברנו ביום ההוא כי קללת אלהים תלוי ולא תטמא את אדמתך אשר ה' א-להיך נתן לך נחלה"**

מהפסוקים נראה שהתליה איננה אמצעי המתה אלא דבר שעושים אחרי ההמתה למען יראו וייראו. אסור לתלות את האדם על העץ ולהשאיר אותו שם- למה? "קללת אלוקים תלוי"- התלייה זה דבר שה' לא אוהב אולי בגלל כבוד האדם. זה מכוער שאדם לא יהיה קבור. יש פה איזון בין ערכים- יראה על ידי צפייה ומצד שני- להתייחס בצורה מכובדת למת. ככלל תלייה של גופות במקרא זה משהו שעושים ועדיין יש ביקורת על המעשה מאחר והוא מכוער. זה כנראה לא צורת המתה אלא כנראה חלק מהשלמת העונש- תולים אך מורידים כדי לאפשר לקבור באותו היום.

חלק גדול מהמיתות בתורה סתמיות בנוסח, למשל, של "מות יומת" בלי פירוט על צורת ההמתה. זה מה שמופיע במקרא לגבי מיתה.

### מידה כנגד מידה

כבר דיברנו על העניין באותה המידה שפגעת-> אתה תיענש.

שלושה אופנים של מידה כנגד מידה:

1. **האיבר של הפוגע כנגד האיבר של הנפגע:**

**שמות כא, כב-כה**

(**כב) וְכִי יִנָּצוּ אֲנָשִׁים וְנָגְפוּ אִשָּׁה הָרָה וְיָצְאוּ יְלָדֶיהָ וְלֹא יִהְיֶה אָסוֹן עָנוֹשׁ יֵעָנֵשׁ כַּאֲשֶׁר יָשִׁית עָלָיו בַּעַל הָאִשָּׁה וְנָתַן בִּפְלִלִים:  (כג) וְאִם אָסוֹן יִהְיֶה וְנָתַתָּה נֶפֶשׁ תַּחַת נָפֶשׁ:  (כד) עַיִן תַּחַת עַיִן שֵׁן תַּחַת שֵׁן יָד תַּחַת יָד רֶגֶל תַּחַת רָגֶל:  (כה) כְּוִיָּה תַּחַת כְּוִיָּה פֶּצַע תַּחַת פָּצַע חַבּוּרָה תַּחַת חַבּוּרָה**:

כבר דיברנו על העניין. האיבר שנפצע ייפצע אצל הפוצע. הנחת היסוד פה היא שאיבר הפוגע הוא כנגד איבר הנפגע וזה הכי פשוט לעניין מידה כנגד מידה.

1. **העונש צריך להיות באיבר שעשה את העבירה**

**דברים כה,יא-יב**

**יא כִּי-יִנָּצוּ אֲנָשִׁים יַחְדָּו, אִישׁ וְאָחִיו, וְקָרְבָה אֵשֶׁת הָאֶחָד, לְהַצִּיל אֶת-אִישָּׁהּ מִיַּד מַכֵּהוּ; וְשָׁלְחָה יָדָהּ, וְהֶחֱזִיקָה בִּמְבֻשָׁיו. יב וְקַצֹּתָה, אֶת-כַּפָּהּ: לֹא תָחוֹס, עֵינֶךָ. {ס}**

המשפט העברי לא מממש את הדין הזה. מדובר פה במריבה וקרבה אישה להציל את בעלה מיד מכהו והחזיקה את איבריו של המכה, צריך לכרות את היד שאחזה בהם. יש אצל חז"ל חיוב בושת- מי שמבייש את חברו חייב לשלם- פיצוי. מה שרואים פה זה שאתה משלם באותו איבר בו פגעת. באותו דבר שבו נעשתה העבירה אתה תשלם.

1. **"כאשר זמם"**

**דברים יט,טז-יט**

**טז כִּי-יָקוּם עֵד-חָמָס, בְּאִישׁ, לַעֲנוֹת בּוֹ, סָרָה. יז וְעָמְדוּ שְׁנֵי-הָאֲנָשִׁים אֲשֶׁר-לָהֶם הָרִיב, לִפְנֵי יְהוָה, לִפְנֵי הַכֹּהֲנִים וְהַשֹּׁפְטִים, אֲשֶׁר יִהְיוּ בַּיָּמִים הָהֵם. יח וְדָרְשׁוּ הַשֹּׁפְטִים, הֵיטֵב; וְהִנֵּה עֵד-שֶׁקֶר הָעֵד, שֶׁקֶר עָנָה בְאָחִיו. יט וַעֲשִׂיתֶם לוֹ, כַּאֲשֶׁר זָמַם לַעֲשׂוֹת לְאָחִיו; וּבִעַרְתָּ הָרָע, מִקִּרְבֶּךָ.**

מצב שאדם מעיד נגד חברו, אך הוא משקר. לפי הספר של דפנה ברק ארז הדבר המרכזי לראיה הוא עדות. מה קורה כשהעד משקר? לכאורה שקר זה דבר לא נחמד אך לא עבירה. אך לאמירות של עד יש משמעות כבירה כיוון שיכול להרוג אדם בעדותו, ולכן זה הופך להיות עבירה. כאן זה לא רק עבירה אלא יש כנגדו עונש. מענישים על אמירת השקר. מה העונש? מידה כנגד מידה. זה לא בדיוק מידה כנגד מידה מאחר והוא רק דיבר, אז אם התכוון לגרום לך לשלם כסף- הוא ישלם כסף. אם התכוון להרוג אותך- הוא ייהרג. זה מתבקש. צריך פה להחמיר בעונש של עד כזה- זה לא רק דיבורים של העד זה גרוע יותר מאחר ויכול להביא לעונש נורא בעדות שנותן. באופן בסיסי אם מדובר בעד שקרן- לא עושים כלום למי שעומד לדין.

**שיעור 5 5/4/2022:**

שיעור שעבר דיברנו על סקירת העונשים במקרא. דיברנו שיעור שעבר על מידה כנגד מידה, עונש מיתה ושלל מופעיו. וכעת נדבר על עונש גלות:

### גלות

**רוצח בשגגה גולה לעיר מקלט עד מות הכהן הגדול. יתכן, שאין מדובר בענישה אלא בהגנה מפני גואל הדם.**

יש שאלה אם העונש הזה מהווה עונש. אין במקרא עונשים על שגגה. דברים שנעשים בטעות ואף רשלנות לא יהיו בעלי עונש אלא בדר"כ פיצוי. לכן עונש על רצח שנעשית בשגגה, הוא דבר חריג. מצד שני, בהקשר של עונש גלות מדובר על גואל הדם. קיים עניין של גאולת דם, זה בעצם אומר שאם הורגים בן אדם המשפחה שלו תובעת את דמו. מה ז"א? המשפחה הורגים את הרוצח ובכך גואלים את דם בן משפחתם. עיר מקלט מופיעה במקרא לצד הגנה מגואל הדם. אם אדם נרצח לא בכוונה, מה קורה? יש סכנה שגואל הדם יבוא והמשפחה תרצה להרוג את הרוצח, אך הרוצח הרג בטעות. לכן הפתרון הוא עיר מקלט- מקום יהודי שאדם יכול לברוח אליו וכחוק שם גואל הדם לא יכול לפגוע בו. ולכן יש שאלה אם זה באמת עונש או הגנה מפני גואל הדם. אנו נכליל את זה פה כעונש. בנוסף לזה שזה כפרה והגנה. \*זה עונש קצת משונה ביחס לעונשים האחרים.

עיר מקלט היא עיר שבה אדם חי חיים רגילים. מצד שני, זה לנתק אדם ממקומו. הנחת היסוד היא שיש כללים וגם גואל הדם מציית לכללים. כל מטרת המקרא פה היא בעצם "לתקן" את העניין של גאולת הדם. להכניס לתוך מסגרת ולמנוע התפרעות. לא עוקרים את זה אלא מנסים להסדיר את זה. זה לא בא על חשבון של הליך פלילי (לפי חז"ל). זה הופך להיות חלק מאוד מוגבל מהמערכת.

כעת נדבר על עונש מוזר בתורה:

### מכות

עונש שלא משתלב עם הדברים האחרים. הוא מוזכר פעם אחת ולא ברור כל כך.

**דברים כה,א-ג**

**א כִּי-יִהְיֶה רִיב בֵּין אֲנָשִׁים, וְנִגְּשׁוּ אֶל-הַמִּשְׁפָּט וּשְׁפָטוּם; וְהִצְדִּיקוּ, אֶת-הַצַּדִּיק, וְהִרְשִׁיעוּ, אֶת-הָרָשָׁע. ב וְהָיָה אִם-בִּן הַכּוֹת, הָרָשָׁע--וְהִפִּילוֹ הַשֹּׁפֵט וְהִכָּהוּ לְפָנָיו, כְּדֵי רִשְׁעָתוֹ בְּמִסְפָּר. ג אַרְבָּעִים יַכֶּנּוּ, לֹא יֹסִיף: פֶּן-יֹסִיף לְהַכֹּתוֹ עַל-אֵלֶּה מַכָּה רַבָּה, וְנִקְלָה אָחִיךָ לְעֵינֶיךָ**.

מדובר על סכסוך בין אנשים. כנראה לא סכסוך כספי כי אחרת היה צריך פיצוי. כנראה שמדובר על סכסוך לא כספי, יכול להיות הכאה. גילו מי אשם- מי חטא. ואז, היכו אותו. יש מספר קבוע של הכאות ואסור להכות יותר פן המכות יובילו לביזוי. בדומה לסיפור של התלייה יש עניין של כבוד האדם בענישה. שמים לזה גבול, ומזהירים לא לבזות. יש קושי להגיד שמדובר בהכאות, בגלל שכל קבצי החוקים האחרים אמרנו שיש מידה כנד מידה אם יש איבר שנפגע, ואם הרג עונש הוא רצח ואם רצח בשגגה זה גלות.

**לכאורה, מדובר כאן על עונש לגבי סכסוך בין אנשים, אבל זה קצת מוזר משום שהעונש על סכסוך והכאה הוא או מוות או גלות (במקרה שהרג אותו) או מידה כנגד מיתה במקרה והוציא לו איבר או תשלומים.** אז מה זה העונש הזה?

לא ברור, לכן חז"ל פירשו את זה כעונש על עבירות דתיות.

**יתכן, שמדובר בריב בין העד לבין הנאשם ואז הפרשה הזאת יכולה להתייחס לעבירות של בין אדם למקום כמו שפירשו חז"ל.**

הופמן הציע פירוש לתורה שבאמת מדובר על עדים. הייתה עבירה דתית כלשהי וזה לא בהכרח מתייחס לסכסוך בין אנשים- אלא סכסוך בין אדם שעבר עבירה לבין אדם שמעיד אליו. זוהי בעצם פרשה לא פשוטה לפירוש בייחוד בהקבלה לקבצי חוק אחרים.

### קנס

מה זה? קנס זה סוג של עונש שלא מהווה פיצוי על נזק/גניבה. זה דבר שחורג מהפסד ממוני שאדם גורם לחברו. בדר"כ זה ניתן בהקשרים ממוניים, אך לא באותו שיעור על הנזק.

**תשלום ספציפי שניתן כעונש, החורג מפיצוי על נזק**

**דוגמא:**

**שמות כא,לז**

**לז "כי יגנב איש שור או שה וטבחו או מכרו חמשה בקר ישלם תחת השור וארבע צאן תחת השה"**

אדם גונב לחברו שור, שאוכל אותו או מוכר אותו. בעצם לא יכול להחזירו. אז מה שהוא עושה זה לשלם 4 או 5. זה לא נזיקיו- זה לא להחזיר שור או ערכו הכספי. זה סוג של סנקציה על הגניבה. הא צריך לתת יותר ממה שהוא מכר או גנב או הערך הכספי שהזיק לחברו.

יש עניינים של קנס בכל מיני מקומות- זוהי רק דוגמה.

נעבור לענייני ראיות.

# ראיות נחוצות לענישה פלילית

לכאורה לא היינו צריכים ללמוד את זה. אך לראיות יש חשיבות עולה מאחר והן מכריעות את מעמד העונשים. חוסר ראיות או פגיעה בהן זה דבר הפוגם באפשרות להעניש, יוצר שינוי בפועל בענישה. לכן דיני הראיות דורשים התייחסות.

קודם כל- עדים. עדים מהווים את הראיה המרכזית. העניין לא מפורט במקרא. מה שכן, מדגישים בכמה מקומות לגבי רצח, מיתה ואחרי כן לגבי כל עונש.

### עדים

**1. לגבי עונש מיתה לרוצח**

**במדבר לה,ל**

**(ל) כָּל מַכֵּה נֶפֶשׁ לְפִי עֵדִים יִרְצַח אֶת הָרֹצֵחַ וְעֵד אֶחָד לֹא יַעֲנֶה בְנֶפֶשׁ לָמוּת:**

זה אומר שאם מישהו רצח, כדי להרשיעו צריך שני עדים. למה שניים? לגבי עונש מיתה, שהוא דבר מאוד חמור, צריך חיזוק נוסף לעד הראשון. אם נחיה מפה של אחד, מה שהוא אומר יקבע. עוד הסבר יפה אצל פילון האלכסדרוני. פילון היה יהודי במצרים בתקופת בית שני. ספריו התגלגלו בעיקר בכנסיות ואל על ידי הקהילה היהודית. פילון אומר שנאשם בדר"כ יכחיש. ולכן נוצר מצב של אחד מול אחד, ויש בעיה- למי להכריע? לכן חשוב הדרישה המינימלית של שני עדים כדי לאפשר מילה של שניים מול מילה של אחד.

**2. לגבי כל חייבי מיתה**

**ה) וְהוֹצֵאתָ אֶת הָאִישׁ הַהוּא אוֹ אֶת הָאִשָּׁה הַהִוא אֲשֶׁר עָשׂוּ אֶת הַדָּבָר הָרָע הַזֶּה אֶל שְׁעָרֶיךָ אֶת הָאִישׁ אוֹ אֶת הָאִשָּׁה וּסְקַלְתָּם בָּאֲבָנִים וָמֵתוּ:  (ו) עַל פִּי שְׁנַיִם עֵדִים אוֹ שְׁלֹשָׁה עֵדִים יוּמַת הַמֵּת לֹא יוּמַת עַל פִּי עֵד אֶחָד:  (ז) יַד הָעֵדִים תִּהְיֶה בּוֹ בָרִאשֹׁנָה לַהֲמִיתוֹ וְיַד כָּל הָעָם בָּאַחֲרֹנָה וּבִעַרְתָּ הָרָע מִקִּרְבֶּךָ: פ**

כאן לא מדובר על רצח אלא חיוב מיתה. רואים פה עניין של עדות כלפי כל עונשי מיתה.

**3. לגבי כל בירור משפטי**

**דברים פרק יט,טו**

**(טו) לֹא יָקוּם עֵד אֶחָד בְּאִישׁ לְכָל עָוֹן וּלְכָל חַטָּאת בְּכָל חֵטְא אֲשֶׁר יֶחֱטָא עַל פִּי שְׁנֵי עֵדִים אוֹ עַל פִּי שְׁלֹשָׁה עֵדִים יָקוּם דָּבָר:**

יש פה הכללה יותר גדולה מאשר עונשי מיתה או רצח. מצד אחד, סוג של השוואה של הכל- 2 עדים חיוניים לכל מתן עונש.

### ראיות פיסיות

**דברים כב,יג-יט**

**יג "כִּי-יִקַּח אִישׁ, אִשָּׁה; וּבָא אֵלֶיהָ, וּשְׂנֵאָהּ. יד וְשָׂם לָהּ עֲלִילֹת דְּבָרִים, וְהוֹצִא עָלֶיהָ שֵׁם רָע; וְאָמַר, אֶת-הָאִשָּׁה הַזֹּאת לָקַחְתִּי, וָאֶקְרַב אֵלֶיהָ, וְלֹא-מָצָאתִי לָהּ בְּתוּלִים. טו וְלָקַח אֲבִי הַנַּעֲרָ, וְאִמָּהּ; וְהוֹצִיאוּ אֶת-בְּתוּלֵי הַנַּעֲרָ, אֶל-זִקְנֵי הָעִיר--הַשָּׁעְרָה. טז וְאָמַר אֲבִי הַנַּעֲרָ, אֶל-הַזְּקֵנִים: אֶת-בִּתִּי, נָתַתִּי לָאִישׁ הַזֶּה לְאִשָּׁה--וַיִּשְׂנָאֶהָ. יז וְהִנֵּה-הוּא שָׂם עֲלִילֹת דְּבָרִים לֵאמֹר, לֹא-מָצָאתִי לְבִתְּךָ בְּתוּלִים, וְאֵלֶּה, בְּתוּלֵי בִתִּי; וּפָרְשׂוּ, הַשִּׂמְלָה, לִפְנֵי, זִקְנֵי הָעִיר. יח וְלָקְחוּ זִקְנֵי הָעִיר-הַהִוא, אֶת-הָאִישׁ; וְיִסְּרוּ, אֹתוֹ. יט וְעָנְשׁוּ אֹתוֹ מֵאָה כֶסֶף, וְנָתְנוּ לַאֲבִי הַנַּעֲרָה--כִּי הוֹצִיא שֵׁם רָע, עַל בְּתוּלַת יִשְׂרָאֵל; וְלוֹ-תִהְיֶה לְאִשָּׁה, לֹא-יוּכַל לְשַׁלְּחָהּ כָּל-יָמָיו**".

דפנה ברק ארז נותן כדוגמה את יוסף לעניין הראיות הפיסיות. אם לדוגמה אדם לוקח כבש ואז אומר שזה היה שלו או שמצא אותו זה לא הכרחי להרשעה. אנו מדברים בדוגמה של דברים על חוק לא קל. אדם התחתן עם אישה, והוא שנא אותה. האיש הזה החליט להוציא עליה שם רע- אמר שהאישה לא הייתה בתולה. יש בזה שני עניינים- 1. במידה והבטיחו לו שהיא בתולה (וזה מה שמבטיחים). 2. אם זה נעשה אחרי האירוסין (איבדה את בתוליה אחרי אירוסין) זוהי עבירה חמורה מאוד. בגדול- האיש הזה מסבך אותה. הוריה לוקחים את הסדין עליו היו יחסי האישות של הבעל והאישה ומראים לבית הדין כדי להפריך את הטענה של האיש. {בהערה- היה נהוג שהאישה שומרת את הסדין מליל הכלולות}. על האיש מטילים קנס, ונשללת ממנו זכות הגירושים.

הערה נוספת- חז"ל לא אוהבים ראיות פיזיות.

### הודאה

**שמואל ב,א**

**ה וַיֹּאמֶר דָּוִד, אֶל-הַנַּעַר הַמַּגִּיד לוֹ: אֵיךְ יָדַעְתָּ, כִּי-מֵת שָׁאוּל וִיהוֹנָתָן בְּנוֹ. ו וַיֹּאמֶר הַנַּעַר הַמַּגִּיד לוֹ, נִקְרֹא נִקְרֵיתִי בְּהַר הַגִּלְבֹּעַ, וְהִנֵּה שָׁאוּל, נִשְׁעָן עַל-חֲנִיתוֹ; וְהִנֵּה הָרֶכֶב וּבַעֲלֵי הַפָּרָשִׁים, הִדְבִּקֻהוּ... ט וַיֹּאמֶר אֵלַי, עֲמָד-נָא עָלַי וּמֹתְתֵנִי--כִּי אֲחָזַנִי, הַשָּׁבָץ: כִּי-כָל-עוֹד נַפְשִׁי, בִּי. י וָאֶעֱמֹד עָלָיו, וַאֲמֹתְתֵהוּ--כִּי יָדַעְתִּי, כִּי לֹא יִחְיֶה אַחֲרֵי נִפְלוֹ; וָאֶקַּח הַנֵּזֶר אֲשֶׁר עַל-רֹאשׁוֹ, וְאֶצְעָדָה אֲשֶׁר עַל-זְרֹעוֹ, וָאֲבִיאֵם אֶל-אֲדֹנִי, הֵנָּה...** **יג וַיֹּאמֶר דָּוִד, אֶל-הַנַּעַר הַמַּגִּיד לוֹ, אֵי מִזֶּה, אָתָּה; וַיֹּאמֶר, בֶּן-אִישׁ גֵּר עֲמָלֵקִי אָנֹכִי. יד וַיֹּאמֶר אֵלָיו, דָּוִד: אֵיךְ, לֹא יָרֵאתָ, לִשְׁלֹחַ יָדְךָ, לְשַׁחֵת אֶת-מְשִׁיחַ יְהוָה. טו וַיִּקְרָא דָוִד, לְאַחַד מֵהַנְּעָרִים, וַיֹּאמֶר, גַּשׁ פְּגַע-בּוֹ; וַיַּכֵּהוּ, וַיָּמֹת. טז וַיֹּאמֶר אֵלָיו דָּוִד, דמיך (דָּמְךָ) עַל-רֹאשֶׁךָ: כִּי פִיךָ, עָנָה בְךָ לֵאמֹר, אָנֹכִי מֹתַתִּי, אֶת-מְשִׁיחַ יְהוָה. {פ}**

השופט חשין -"הודאה היא מלכת הראיות". הודאה פה לא מופיעה בקבצי החוק הרגילים אלא בסיפור בספר שמואל על דוד המלך. לדוד הגיע אדם שסיפר שהרג את שאול המלך. הגיע אדם שאמר ששאול ויהונתן מתו, שואל דויד-איך? האדם אומר שהוא הגיע להרי גלבוע, הוא רואה את שאול שמפחד מהפלישתים ושעון על חרבו. שאול מבקש מהאדם שיהרוג אותו לפני שהפלישתים יגיעו אליו. דוד שואל אותו מי הוא ואיך לא פחד להרוג את משיח ה' (משוח פיסי). האדם הוא גר. דוד מבקש מאחד מנעריו להרוג את האדם הזה. דוד אומר בעצם שהאדם הזה הודה שהוא הרג ולכן נגזר דינו למיתה. פה רואים שהודאה יכולה להוביל למיתה. מה בכל זאת ההסתייגויות?

לפי חז"ל הודאה בכלל לא מקובלת כראיה לענישה פלילית, אדם לא יכול להגיד שהוא עשה מעשה רשע ועל הודאתו להיענש. בדיני ממונות כן.

לפי המקרא רואים שדוד באמת אכן הורג. האם זה יכול לשמש בהרשעה? לפי ספר שמואל בפשט- הבן אדם הזה בדה את זה מכיוון שרצה להראות כמצטייר שמביא את המלוכה לדוד. לפי הפשט כנראה לקח מהגופה את הדברים ואז הוא נהרג על פשע שלא עשה. זה דבר לא טבעי שאדם מודה בעשיית פשע. אדם כזה יצא מהנורמות. וזוהי הנחה מאוד מעניינת. הנורמה היא שבן אדם לא הופך עצמו לעבריין ואם הוא מודה בעבירה זה דבר משונה ולכן צריך להסתמך על עדים.

בנוסף יש בעיה של מהימנות של אדם שמודה.

עוד טיעונים מהדיון: - לא יודעים אם יש לחץ על האדם להתוודות.

 -הוא יכול להתוודות ללא אשם אמיתי.

### ראיות נסיבתיות ליסוד הנפשי

זה נמצא במקום אחד במקרא- פרשת ערי מקלט וגלות. יש קבוצה של חוקים כדי לדעת אם אדם עשה עבירה בכוונה או לא בכוונה. לא ניתן להיכנס לראש שלו ולכן נסמכים על אופן הפעולה של ההמתה.

**במדבר לה**

**כ וְאִם-בְּשִׂנְאָה, יֶהְדֳּפֶנּוּ, אוֹ-הִשְׁלִיךְ עָלָיו בִּצְדִיָּה, וַיָּמֹת. כא אוֹ בְאֵיבָה הִכָּהוּ בְיָדוֹ, וַיָּמֹת--מוֹת-יוּמַת הַמַּכֶּה, רֹצֵחַ הוּא: גֹּאֵל הַדָּם, יָמִית אֶת-הָרֹצֵחַ--בְּפִגְעוֹ-בוֹ. כב וְאִם-בְּפֶתַע בְּלֹא-אֵיבָה, הֲדָפוֹ, אוֹ-הִשְׁלִיךְ עָלָיו כָּל-כְּלִי, בְּלֹא צְדִיָּה. כג אוֹ בְכָל-אֶבֶן אֲשֶׁר-יָמוּת בָּהּ, בְּלֹא רְאוֹת, וַיַּפֵּל עָלָיו, וַיָּמֹת--וְהוּא לֹא-אוֹיֵב לוֹ, וְלֹא מְבַקֵּשׁ רָעָתוֹ. כד וְשָׁפְטוּ, הָעֵדָה, בֵּין הַמַּכֶּה, וּבֵין גֹּאֵל הַדָּם--עַל הַמִּשְׁפָּטִים, הָאֵלֶּה. כה וְהִצִּילוּ הָעֵדָה אֶת-הָרֹצֵחַ, מִיַּד גֹּאֵל הַדָּם, וְהֵשִׁיבוּ אֹתוֹ הָעֵדָה, אֶל-עִיר מִקְלָטוֹ אֲשֶׁר-נָס שָׁמָּה; וְיָשַׁב בָּהּ, עַד-מוֹת הַכֹּהֵן הַגָּדֹל, אֲשֶׁר-מָשַׁח אֹתוֹ, בְּשֶׁמֶן הַקֹּדֶשׁ"**

אם דחף אותו בשנאה או ארב לו והרג אדם (מארב זה הראיה). או אם היכה אותו באיבה- ימות המכה כי הוא רוצח. מוות הרוצח יהיה על ידי גואל הדם. מנגד- אם אין מריבה בניהם ולא תוך כדי המריבה, אולי קורה בטעות הרצח, דוחף בטעות, זרק בטעות איזה משהו ופגע באדם (כמו אבן). יש פה התייחסות לנקודה נוספת- יחסי הצדדים. לפעמים זה משהו שמלמד שמשהו לא נעשה בכוונה. המקרא נותנת תבחינים בין שוגג למזיד:

1. ההקשר שבו נעשה הנעשה- במריבה או לא.
2. מארב או לא מארב.
3. יחסי הצדדים- האם הייתה שנאה בניהם? או איבה?

בית הדין יכריע אם הדבר נעשה בטעות או לא. ואז יינתן לגואל הדם את נקמתו או להפך יינתן לאדם אפשרות לברוח לערי מקלט. ההבחנה בדין – האם ייהרג על ידי גואל הדם או שיברח לערי מקלט. לא מדובר פה על מיתת בית דין אלא על גואל הדם. חיים כהן שואל את השאלה הזו במאמרו- למה חז"ל לא מקבלים את התבחינים של המקרא? כי נאמר פה על מיתה על ידי גואל ולא על ידי בית דין.

**מופיעות כאן ראיות נסיבתיות ליסוד הנפשי של ההריגה. הראיות משמשות כדי לחייב את ההורג במיתה ע"י גואל הדם או לפטרו ממיתה ולאפשר לו לגלות לעיר מקלט. בכל מקרה, אין מדובר שעל סמך הראיות הנסיבתיות מחייבים אותו במיתת בית דין.**

דילגנו על ימי הבית השני- ספרים חיצוניים, כת מדבר יהודה. אין זמן להתעסק בזה. ומה שרלוונטי למשפטנים זה הספרות של חז"ל והתנ"ך.

# ענישה פלילית בספרות חז"ל

ספרות חז"ל ממוקמת בערך 200 שנה לפני החורבן עד 600 שנה אחרי החורבן. תקופה של כ-800 שנה.

כאשר היצירה המשמעותית הגדולה היא אחרי חורבן הבית (הספרים שנערכו)- בעיקר המשנה והתלמוד.

באופן בסיסי ספרות חז"ל מתחלקת ל2- ספרות תנאית ואמוראית. תנאים הם חכמים שחיו קצת לפני החורבן עד 200 לספירה (חתימת המשנה). אמוראים חכמים שחיו מ200 לספירה עד 600 לספירה.

קצת על המונחים:

תנא- זה שנה. אז מה זה שנה/ שונה? =חוזר. משמעות נוספת זה משנן. זה כבר ידע שמועבר בעל פה שחוזרים ומשננים אותו. מה שהתנאים עשו הם 2 דברים גדולים:

1. **מדרשים על התורה:**
* **מכילתא דר' ישמעאל על ספר שמות**
* **ספרא (תורת כהנים) על ספר ויקרא**
* **ספרי במדבר וספרי דברים על ספרים במדבר ודברים**
* **התגלו גם מדרשים אבודים אשר שוחזרו: מכילתא דר' שמעון בר יוחאי, מכילתא דעריות, ספרי זוטא במדבר ודברים ומכילתא דברים**

מדרשים זה צורה של פרשנות תורה אחרת, לומדים ממנה דברים חדשים ומקשרים לדברים אחרים. לקשור דבר לעניין אחר. יש מדרשים על 4 מבין החומשים כיום- שמות, ויקרא, דברים ובמדבר. למה אין על בראשית? הם יותר סיפורים, תנאים התעניינו יותר בחלקים ההלכתיים של התורה. וראיה טובה לזה שהמכילתא מתחילה בפרשת בא. מה העניין של הדרשות ההלכתיות? היה חשוב לתנאים לעגן סוג של מסורות הלכתיות בכתוב. לחז"ל הייתה מערכת שלמה של מסורות חוץ מקראיות והם רצו לקשר אותם למקרא ועשו את זה באמצעות מדרשים- להוציא מהכתובים דברים חדשים. עיגון מסורות לא מקראיות במקרא. במהלך השנים התגלו מדרשים אבודים על ידי חוקרים, בעיקר בגניזה הקהירית. הגניזה הקהירית היא אחד הממצאים הכי חשובים- גילו בית בקהיר שבו גילו כתבים יהודיים עתיקים מאוד ובתוכם טקסטים שלא הכרנו במקום אחר. מצאנו שם הרבה דפים והוציאו כמה מהדורות, עסק בזה בעיקר הופמן (לעיל).

1. **הלכות: משנה, תוספתא, בריתות בתלמודים**

גולת הכותרת של כל התנאים- עריכת המשנה והתוספתא. מה זו משנה? משנה זו קובץ הלכות. ההלכות מסודרות לפי נושאים, לדוגמה סדר זרעים שמדבר על מצוות חקלאיות, סדר מועד- חגים, סדר נזיקין, סדר נשים- נשים ומשפחה. כל סדר מחולק למסכתות שזה החלקים. זה ספר יחסית מסודר. היחידה הכי קטנה- יש פרקים ואז הלכות/ משניות. המשניות הללו בנויות באופן קצבי וקצר שאפשר לשנן ולזכור את זה בע"פ. בגדול לא כתבו את הספרות הזו וזכרו אותה בע"פ. התוספתא זה הרחבות על המשנה (יכול להיות שהייתה קיימת לפני המשנה ויכול להיות להפך) התוספתא היא חיבור מקביל למשנה- אותן מסכתות, סדרים וחלוקה. בנוסף לזה יש דברים שנזכרים בתלמוד שהם גם מסורות שקל לזכור אותם.

**שיעור 6- 26/4/2022**

יהיה תרגיל עוד שבועיים, אפשר לעבוד עליו בהתייעצות אך העבודה היא אישית- היא מהווה 20% מהציון הסופי.

התחלנו לדבר בשיעור שעבר על ספרות חז"ל, ומה הוא מכיל (לעיל) במבוא הקצר של שיעור שעבר. ספרות חז"ל מתחלקת כאמור ל2, עד חתימת המשנה ואחריה. כל הספרות הקדומה שורשיה בבית 2 אך החיבורים שנמצאים בידינו כנראה חוברו אחרי החורבן. ספרות חז"ל הקדומה (התנאית- הם החליפו את הש' בת' ובעצם הם שנאים- חוזרים ומשננים). הספרות הזו מורכבת מ2: פירושים על התורה (מדרשים) וחלקה האחר הם קבצי הלכות. המדרשים מסודרים על בסיס פסוקי התורה. על ספר בראשית אין מדרשים מאחר וברובו הוא אגדה (מלבד ברית מילה, גיד הנשה) ואין בו הלכה ולכן אין עליו הרבה מדרשים. בעיקרון יש 4 מדרשים שנמצאים בידינו- מכילתא, ספרתא, ומדרשים על מדבר ודברים. היו עוד אך אבדו- איך יודעים שהיו? הם מוזכרים במדרשים אחרים. גילו בגניזה כל מיני מדרשים מוכרים מימי הביניים אך אין אותם בשלמותם. היו חוקרים בראשם הופמן, שבזכותם יש מדרשים נוספים של חז"ל. זוהי הספרות של המדרש. (מדרש- פירוש לא פשוט על המקרא, זה פירוש מתוחכם, עם חידוש שקושר פסוקים). לעניינים משפטיים-הלכתיים תפקיד המדרשים היה לעגן בכתוב מסורות לא כתובות והלכות לא כתובות ולקשור אותם לפסוקים- להוכיח שההלכות נרמזו במקרא.

עניין נוסף הוא הלכות. הלכות הן קבצים שמסודרים לפי נושאים שנקראים מסכתות. המסכתות מסודרות לפי סדרים (לפי חלוקה נושאית יותר רחבה- זרעים (מצוות חקלאות), מועד, נשים, נזיקין, קדושין וטהרות). כל סדר מסודר למסכתות- למשל בסדר מועד יש מסכת שבת, מסכת תענית, מסכת מגילה וכולי. המסכתות מחולקות לפרקים שגם בהם יש הגיון וחילוק נושאים. ויחידת הבסיס היא או משנה או הלכה. ליחידת היסוד הזו יש מאפיינים בולטים. המאפיין הכי חשוב הוא- משפטים קצרים, זכירה ומוזיקלית-> בעיקר במשניות, ופחות בתוספתא. ברבים מבתי המדרש של חז"ל לא היה ספר של תוספתא או משנה אלא היה אדם שזכר את זה בעל פה.

ההלכות הן עצמאיות מהפסוקים- לא הכרחי לכתוב מה המקור מהפסוקים. הן בדר"כ הלכתיות בלבד. עד כאן, הספרות המוקדמת.

התלמודים הם 2 ספרים- תלמוד ירושלמי (בפועל טבריאני) ותלמוד בבלי. הבבלי יותר מפורט יותר מהירושלמי. התלמוד כולל מגוון של מסורות, הוא מפרש משניות, כולל את התוספתא ואת הברייתות. ברייתות מקורות תנאיים חיצוניים שלא נמצאים במשנה והתלמוד הבבלי דן בהם. גם את הברייתות כנראה זכרו בע"פ. התלמוד מקשה בין מסורות ומכריע בין סתירות, הצעת פתרונות חדשים. התלמוד כולל הרבה דיונים.

בנוסף יש גם מדרשי אגדה ארץ ישראליים שעוסקים בדרשות על חלקים אגדיים של התורה. מפורט יותר. הספרות שמעניינת אותנו היא הספרות של הספרות המוקדמת, התנאית. וכמובן התלמודית.

אחד הדברים שחשוב שנזכור הוא התודעה של המחברים- התפיסה שלהם הייתה שהמסורות הללו יש מקור אלוהי ולא התפתחות מאוחרת יותר. הם לא חשבו שהכל בהכרח מה'. אלא חשבו שהיסודות של הכל ניתנו למשה בסיני, לכן קראו לזה תורה שבעל פה. כמו שיש תורה שהתקבלה בכתב, יש גם תורה שבע"פ- הם פירושים ומסורות על התורה שלא נכתבו. למה לא כתבו אותם? לא נכנס לזה, אבל יש דין שאסור לכתוב את זה. היום אנו כבר יודעים שכתבו את התורה שבעל פה, זהו כלי של התפתחות מאוחרת אבל היה פער מאוד גדול בין שני הדברים הללו. היה כתב-ספר, שקראו אותו בבית הכנסת ובית המקדש. והייתה תורה שבע"פ שלא הייתה מקובלת כנראה על כולם.

אנו נמצאים בדרשה:

**1. ויקרא פרשת בהר - בחקותי פרק כו**

**(מו) אֵלֶּה הַחֻקִּים וְהַמִּשְׁפָּטִים וְהַתּוֹרֹת אֲשֶׁר נָתַן ה' בֵּינוֹ וּבֵין בְּנֵי יִשְׂרָאֵל בְּהַר סִינַי בְּיַד מֹשֶׁה:**

אנו נדרשים למילה תורות- למה נרשם תורות ולא תורה? הספרא עונה:

**ספרא בחוקותי פרשה ב תחילת פרק ח**

**יג) אלה החוקים והמשפטים והתורות..."והתורות"- מלמד ששתי תורות ניתנו להם לישראל אחד בכתב ואחד בעל פה, אמר ר"ע וכי שתי תורות היו להם לישראל והלא תורות הרבה ניתנו להם לישראל, זאת תורת העולה, זאת תורת המנחה, זאת תורת האשם, זאת תורת זבח השלמים זאת התורה אדם כי ימות באהל, אשר נתן ה' בינו ובין בני ישראל זכה משה ליעשות שליח בין ישראל לאביהם שבשמים, בהר סיני ביד משה, מלמד שניתנה התורה הלכותיה ודקדוקיה ופירושיה ע"י משה מסיני.**

הדרשה דורשת "ביד משה" שהכל התקבל על ידי משה. לא רק התורה אלא גם פירושיה, הכל התקבל על ידיו. יוצא לנו מהדרשה- הרעיון שהתורה בעצם התקבלה וכללה את כל יישום ההלכה למעשה ואת כל הפירושים. זה עולה מהדרשה הראשונה של התורות וגם חלקה השני של ביד משה. המשמעות היא שכל יישום התורה התקבל וזוהי תפיסת חז"ל לאורך כל הדרך.

דרשה זה פירוש פסוק. הלכה לא קשורה בהכרח לפסוק, היא נועדה לתת הנחיה מעשית מה צריך לעשות- היא חוק. החוקים של חז"ל מתוארים בלשון צרה שניתן לזכור אותם בע"פ.

# ביטולו של עונש המוות

נגיד קודם- אחרי חורבן בית המקדש אין עונש מוות. זה לא אומר שיהודים לא מוצאים להורג על ידי אחר, אלא אין מערכת משפט יהודית שדנה בעבירות שבגינם ניתן להטיל עונשי מוות. כאשר מדברים על ספרות חז"ל מדברים על ספרות שהיא אחרי ביטול עונש המוות.

הסתייגות- יש מצבים שבהם לפעמים משתמשים בעונשי מיתה או עונשים קרובים לצורך התמודדות עם גורמי פשיעה. יש אפשרות לענישה לצורך הרתעה . דיני נפשות סמוך לחורבן המקדש או אחרי לא מיושמים הלכה למעשה. נראה את המקורות לכך:

**מקורות חז"ל**

1. **ירושלמי סנהדרין א,א**

**תני קודם לארבעים שנה עד שלא חרב הבית ניטלו דיני נפשות ובימי שמעון בן שטח ניטלו דיני ממונות. אמר ר"ש בן יוחי בריך רחמנא דלינא חכים מידון (ברוך ה', שאין לנו חכם לדון)|".**

ההלכות הן לפי סדר המשניות. נראה את א', א'. תני= מקור קדום תנאי. נאמר כי דיני נפשות ניטלו, בימי שמעון בן שטח (שהיה הרבה לפני) ניטלו דיני ממונות ורבי שמעון בן יוחי אומר שתודה לאל שאין חכם שידון אותם (זהו תחום מאוד קשה).

1. **בבלי, נב ע"ב**

**דתניא (דברים יז, ט) "ובאת אל הכהנים הלוים ואל השופט אשר יהיה בימים ההם" בזמן שיש כהן יש משפט בזמן שאין כהן אין משפט:**

זהו מקור של דרשה. היא דנה בפסוק- לפי הפסוק צריך ללכת לשופט/דיין שיפסוק בעניינים הלכתיים. למה מוזכרים הכוהנים? מתי הם שופטים? התשובה היא (של הדרשה)- בזמן שיש כהן יש משפט וכשאין אין משפט. כלומר, בזמן שכהן עובד בבית המקדש יש חובה ללכת להתדיין וכאשר הוא לא עובד בבית המקדש אין חובה או אין כלל מערכת משפט. יש תלות בין תפקוד בתי הדין לעבודת בית המקדש. לכאורה אין קשר, אך לפי המקור יש קשר הדוק, וכאשר נחרב בית המקדש, בתי הדין מפסיקים לתפקד באיזה מובן. יש תלות וקשר לחובת התדיינות. הפן הפולחני משפיע מבחינה משפטית.

1. **תלמוד בבלי, עבודה זרה ח ע"ב**

**דאמר רב כהנא כשחלה רבי ישמעאל בר יוסי שלחו ליה רבי אמור לנו שנים וג' דברים שאמרת לנו משום אביך אמר להו מאה ושמנים שנה קודם שנחרב הבית פשטה מלכות הרשעה על ישראל ...מ' שנה עד לא חרב הבית גלתה סנהדרין וישבה לה בחנות. למאי הלכתא? (מה המשמעות ההלכתית של גלתה לחנות?) .. מר רב נחמן בר יצחק לא תימא דיני קנסות אלא שלא דנו דיני נפשות מאי טעמא? כיון דחזו דנפישי להו רוצחין ולא יכלי למידן אמרו מוטב נגלי ממקום למקום כי היכי דלא ליחייבו (כיוון שראו שרבו הרוצחים ולא יכולים היו לדון. אמרו מוטב נגלה ממקום למקום כדי שלא יתחייבו) דכתיב (דברים יז, י) "ועשית על פי הדבר אשר יגידו לך מן המקום ההוא"- מלמד שהמקום גורם:**

כשרב נפטר יש חשש אמיתי שכל המסורות שלו ייעלמו. לכן, הולכים אליו מיד ומבקשים שיזכיר להם את המסורות העתיקות שלו (מאביך, בעיקר מאביו). רבי ישמעאל אומר כי מלכות רומא הרשעה מלכה בישראל, ולסנהדרין הייתה חנות- כנראה מקום שחונים בו. מה המשמעות של הדבר הזה מבחינה הלכתית? היה דיון ארוך בגמרא על מה דנו בחנות הזו. כיוון שראו שרבו הרוצחים לא היו יכולים לדון, הם אמרו שמוטב שיגלו ממקום למקום כדי לא לחייב במיתה. אם היה במדינה הרבה רוצחים, מה מערכת המשפט הייתה עושה? היא לא הייתה מפסיקה לדון אלא להגביר את האכיפה, יותר שוטרים יותר תיקים בבתי המשפט. פה התפיסה הייתה הפוכה. למשפט הזה יש הרבה פירושים, אחד מהם- לא יכלו לדון אותם, מה ז"א? למה לא? כנראה שהיו הרבה מאוד מקרים ולא היה ניתן להשתלט על הכמות, וכנראה לא היה ניתן לדון בהם בתשומת לב יתרה, לא היה מספיק זמן להקדיש לכל מקרה ומקרה- מדובר בחיי אדם שצריך להקדיש להם זמן ותשומת לב, ולכן העדיפו לגלות מהמקום שלהם ואז משכו את ידם מהסיפור הזה. מה זה עוזר? כשגולים מבית המקדש לאיזה חנות ה שקורה הוא שהם לא יכולים לדון לפי התורה כדי להפטר מהתפקיד של לדון כדי להימנע ממתן פס"ד מוות. אך מה יהיה עם כל הסבל וההרג של הרוצחים? אפשר לשער, כי לא הכל תלוי ביהודים. היו רומאים ששלטו פה ויכלו לטפל בעניין, ייתכן שגם הרומאים ששלטו מנעו מהיהודים להעמיד לדין. עניין נוסף שהתלמוד מזכיר הוא דין שמיים- מי שרוצח מקבל גמול על הרצח, זה לא תשובה מספקת מבחינה משפטית אך חז"ל מעלים את התשובה כי הייתה נוכחת בעולמם. העניין של המשפט הוא חשוב, ולכן גם אם יש משיכת יד מקיום המשפט, יש דין שמיים שהוא דבר חזק ויכול לפתור חלק מהבעיה הזו.

עד כאן ראינו לגבי ביטול עונש המוות, לפני החורבן או בחורבן.

## נדירותו של עונש המוות

**משנה, מכות א,י**

**"סנהדרין ההורגת אחד בשבוע נקראת חובלנית.**

**רבי אלעזר בן עזריה אומר, אחד לשבעים שנה.**

**רבי טרפון ורבי עקיבא אומרים, אילו היינו בסנהדרין לא נהרג אדם מעולם.**

**רבן שמעון בן גמליאל אומר, אף הן מרבין מו שופכי דמים בישראל."**

בית דין שהורג אדם בשבוע- כאן מפורש כ7 שנים. המונח במשנה שבוע הוא שיטתי, יש המון היכרויות שמוצאים בשמנה שהמילה שבוע משמשת כמחזור של 7 שנים. אנחנו מדברים על מונח שיטתי, המושג שבוע בספרות חז"ל הרבה פעמים הוא שבת. זה קשור ל7- זה יכול להיות כל מיני דברים שקשורים ל7. פה זה 7 שנים. סנהדרין שהורגת אחת לשבוע נקראת חובלנית- לא מהססת, אכזרית. דעה שנייה- רבי אלעזר אומר אחת ל70 שנה. רבי טרפון ועקיבא אומרים שאם הם היו בסנהדרין הם אף פעם לא היו הורגים אלא מוצאים דרך להימנע מרצח. רבן שמעון בן גמליאל (שהיה נשיא ישראל במאה ה2 לספירה-תקופה מאוחרת) אומר בתגובה לרבי טרפון ועקיבא שאם הם היו הולכים לפי הרצון שלהם לא להרוג אף אחד, חוסר הרג היו מביאים להרבה פורענויות ותוצאות הרסניות בישראל.

כל כך הרבה עונשי מיתה היו במקרא- אם כן, איך מגיעים לתוצאה כזו? היא לא קשורה לעניין החורבן באופן ישיר. היא שאלה פנימית של המערכת. צריך לעזוב את המקרא ומה שיודעים ממנו, ולעבור לספרות חז"ל אחרת לא נבין מה מתרחש פה. עונש המוות עובר דילול מאוד רציני שהופך אותו לעשה לבלתי אפשרי. עוד מעט נראה איך זה מתרחש.

# הטלת עונש המוות- מגבלות מבחינת הראיות

נתחיל להיכנס למערכת של דיני נפשות- לא נתעסק באופן שיטתי לסדרי ראיות וכדומה, הם חשובים משום שיכולים להסביר את הביטול של עונש המוות אך ידונו בצורה חלקית.

מה הראיה המרכזית במראה להטלת עונש מוות? עדות-לראות את העבירה ובספרות חז"ל מצאנו מגבלות גדולות לעדות:

1. **אין להעיד מאומד, משמועה, עד מפי עד או מאדם מהימן**- עדות חייבת להיות רק שראינו ובמקרים מסוימים גם שמענו את הדבר.

**משנה, סנהדרין ד,ה**

**כיצד מאיימין על עדי נפשות? היו מכניסין אותן ומאיימין עליהן. שמא תאמרו מאומד , ומשמועה, עד מפי עד ומפי אדם נאמן שמענו, או שמא אי אתם יודעין שסופינו לבדוק אתכם בדרישה ובחקירה. הוו יודעין שלא כדיני ממונות דיני נפשות. דיני ממונות, אדם נותן ממון ומתכפר לו. דיני נפשות, דמו ודם זרעיותיו תלויין בו עד סוף העולם, שכן מצינו בקין שהרג את אחיו, שנאמר (בראשית ד, י) "דמי אחיך צועקים", אינו אומר דם אחיך אלא דמי אחיך, דמו ודם זרעיותיו. לפיכך נברא אדם יחידי, ללמדך, שכל המאבד נפש אחת (מישראל), מעלה עליו הכתוב כאילו איבד עולם מלא וכל המקיים נפש אחת (מישראל), מעלה עליו הכתוב כאלו קיים עולם מלא. ושמא תאמרו מה לנו ולצרה הזאת, והלא כבר נאמר (ויקרא ה, א) והוא עד או ראה או ידע אם לוא יגיד ונשא עוונו ושמא תאמרו מה לנו לחוב בדמו של זה, והלא כבר נאמר (משלי יא, י) ובאבוד רשעים רנה.**

הם היו מאיימים בעצם על עדי נפשות- אתם חייבים לדעת לאן אתם הולכים עכשיו ומה אתם עושים. זה לא איום כמו שלנו היום אלא הבהרה ואזהרה על מתן העדות. הזהירו אותם לא לתת עדות מפי אחר, או שמועה או אדם מהימן או אומדן. הם מזהירים על הצלבת העדויות, חקירות שהם הולכים לעבור. הם מזהירים שדיני ממונות אינם דיני נפשות- נגיד בן אדם מעיד נגד חברו עדות שקר על ממון וכתוצאה מכך אדם נאלץ לשלם כסף שלא היה חייב. אותו עד רוצה לחזור בתשובה, מה צריך לעשות? סליחה ותשלום, ואם יעשה זאת החשבון נסגר. דיני נפשות- "דמו ודם זרעיותיו תלויים בו עד סוף העולם"= לא רק הרגת בן אדם אלא את כל הדורות שהיו באים ממנו. לצורך חיזוק מביאים את רצח הבל שנאמר ברבים דמי אחיך זועקים- כל צאצאיו הפוטנציאליים שהיו אמורים להיות לו. מה הכוונה באדם נברא אדם יחידי? ה' היו יכול לברוא כמה אנשים ראשונים. למה נברא אדם אחד ואישה אחת? זה מראה כי מהם יצא עולם מלא- מאדם וחווה- וזה יבהיר את החשיבות של אדם יחיד. זה הסיבה שנברא יחידי, כדי להסביר את הערך הבלתי רגיל של אדם אחד.

"כל המאבד נפש אחת (מישראל)"-עכשיו נדבר על ישראל- הנוסח בכתבי היד הטובים של המשנה לא מופיע ישראל. והוא הגיוני יותר-מדובר על האדם הראשון, כי ישראל עוד לא היו בפועל. הגרסה הזו פחות הגיונית מצד הדרשה. זה ככל הנראה ללא ישראל.

אחרי כל זה יש פחד לעדים לתת עדות (עם כל האזהרות הללו)- אך יש עבירה על חוסר מתן עדות שהוא עד למקרה. הם יכולים להרגיש רע על כך שבגין עדותם יהרגו אדם, אם מדובר על רשע שרצח- מגיע לו ולא צריך להרגיש רע. אך אם זה אדם שאתם לא בטוחים שזה הוא- תיזהרו מאוד! אמצעי הזהירות מסית את העדים למקום נכון וטוב ולא למקום רע יותר. מה שחשוב הוא עניין אומד – רק דבר שרואים ושומעים הוא דבר שמקובל ולא דבר אחר.

**שיעור 7- 3/5/2022**

אמרנו שהייתה בעיה תק' חז"ל ובית שני שעונש המוות למעשה בוטל. קצת לפני חורבן הבית בוטל. זה לא רק מעשי אלא גם מבחינת המקורות המשפטיים כבר יש ראיות ברורות על נדירותו של עונש המוות. השאלה הייתה היא איך ייתכן שבמצב שמבוסס על המקרא שמופיע על המון עבירות מגיע המצב שהעונש הופך להיות נדיר ולא יישם?

בשיעור היום נתאר את התהליך הזה. נתאר את התהליך שבו עונש המוות הופך להיות נדיר. התהליך הזה משקף מפנה גדול מבחינה משפטית ונתאר את חציו. אחרי כמה שיעורים נתחיל לדבר על תחליפים לעונש. נסתכל על הצד הראשון של המשוואה-

איך עונש מרכזי ויסודו במקרא הופך למשהו לא שכיח.

דיברנו על דיני הראיות בשיעור שעבר- כיצד מאיימים על עדי הנפשות. דיברנו על איזו עדות כבילה ואיזה עדות לא ניתן להשתמש בה. מה שעושים- מכניסים את העדים ומאיימים עליהם שייתנו עדות מהימנה, צריך לראות על מה מבוססת העדות שלהם- אומד, שמועה, עד מפי עד, מפי אדם נאמן? אם זה המצב- הם יכולים לצאת מבית הדין. הדרישה היא שיראו את העבירה ולא מספיק כל השאר. זה כבר ברור מטקסט שלמדנו שיעור שעבר- משנה, סנהדרין ד,ה. תוך כדי התיאור של הטקסט הזה לומדים דברים הרלוונטיים לדיני ראיות.

שמועה אנו מבינים, אדם מהימן ועד מפי עד זה ברור מה זה אומר. מהו אומד?

אומד זה סוג של הסקת מסקנה, לא ראית את העבירה אבל הסקת מה התרחש לפי המרצה אך נראה מה חז"ל אומרים:

 **בבלי, סנהדרין לז ע"ב**

**גמ' ת"ר כיצד מאומד אומר להן שמא כך ראיתם שרץ אחר חבירו לחורבה ורצתם אחריו ומצאתם סייף בידו ודמו מטפטף והרוג מפרפר אם כך ראיתם לא ראיתם כלום תניא א"ר שמעון בן שטח אראה בנחמה אם לא ראיתי אחד שרץ אחר חבירו לחורבה ורצתי אחריו וראיתי סייף בידו ודמו מטפטף והרוג מפרפר ואמרתי לו רשע מי הרגו לזה או אני או אתה אבל מה אעשה שאין דמך מסור בידי שהרי אמרה תורה (דברים יז, ו) על פי שנים עדים יומת המת היודע מחשבות יפרע מאותו האיש שהרג את חבירו אמרו לא זזו משם עד שבא נחש והכישו ומת**

**יש כאן דחיה של עדויות נסיבתיות אפילו החזקות ביותר כבסיס להרשעה וענישה**.

פה מדברים על מצב שבו אדם ראה איש רודף אחר חברו, הוא נכנס לאיזו חורבה ואתם רצתם אחריו מיד ומצאתם אותו עם חרב ביד. והדם מטפטף על החרב, ויש הרוג מפרפר (=מפרכס). בעצם- רואים פה מישהו שנהרג, חרב עם דם אך לא ראו את מעשה הדקירה עצמו. אז פה אומרים שבמקרה כזה זו לא עדות מספיקה כי לא ראו את מעשה העבירה. ר' שמעון בן שטח (היה ראש הסנהדרין בתק' הזוגות) אומר ש"לא אראה בנחמה" (לשון שבועה)- הוא אומר שאם לא רואה את המקרה הזה שרץ אחריו וראה חרב בידו ומישהו מפרפר וקורא לאדם עם החרב "רוצח". בעצם או הוא או האדם עם החרב הם הרוצחים, אך לא יכול להעיד עליו. יש פה שתי בעיות:

1. לא ראה את המעשה עצמו (=אומד).
2. גם אם היה רואה את המעשה יש בעיה- לא היה שני עדים.

מה עושים לדעתו אם כך? הוא מאחל/מתפלל שמי שיודע מחשבות ייפרע מהאדם הרוצח, כלומר שהקב"ה ייפרע ממנו. הוא לא יכול לעשות עם הרוצח כלום. בן בטח מתאר מקרה אמיתי שקרה לו ונחש אכן בא והכיש את הרוצח. הציפייה הוא שיהיה עונש בידי שמיים וככה יהיה תיקון של המצב- זוהי התפיסה הקיימת של חז"ל. היא מספקת מבחינה חלקית. זה בהחלט סוג של ציפייה/אמונה/תפיסה שמספקים פתרון מסוים לדבר הזה, זה אפשרי מבחינת חז"ל.

רואים פה משהו מעניין, אפילו אומד שהוא מאוד חזק. במשפט הישראלי שבעדות נסיבתית הדרישה היא שאי אפשר להרשיע בדרך אחרת. אם יש הצטברות של נסיבות שמשכנעת שהמעשה קרה. אם ניתן להציע פירוש אחר לעדות היא לא מספיקה. אם לא ניתן להציע לעדות פירוש אחר ניתן להרשיע מעבר לכל ספק סביר את הרוצח. במשפט הישראלי לא צריך 2 עדים.

זה מקרה לכאורה שאין לו פירוש אחר. צריך פירוש שיש לו עוגן עובדתי כלשהו. לפי התפיסה הזו שום דבר שהוא לא ראייה= לא מספק. זוהי תפיסה מאוד מחמירה. במערכת כזו מאוד קשה להגיע להרשעה וענישה. וזהו השלב הראשון.

## עוד היבטים ראייתיים שמקשים על ענישה והרשעה:

1. **אין אדם משים עצמו רשע- אדם שמעיד על עצמו שעשה עבירה לא נאמן ועדותו לא מתקבלת.**

אין נאמנות לאדם שאומר על עצמו שעשה עבירה. וזה בניגוד גמור לדין הישראלי שחשין כינה אותה "מלכת הראיות". במשפט הישראלי זה לא מצוי כלל. לענישה הרגילה במשפט עברי זה לא נחשב ראיה כלל. למה זה לא קיים במשפט עברי? יש הרגשה שיש משהו משונה בהרגשה. במצב שזה קורה יש מצב משונה- לא מצפים שאדם יעשה את זה. בדיני ממונות כן נותנים מהימנות עדות של אדם על עצמו, הרי הוא יכול לעשות מה שהוא רוצה בכסף- גם להעיד שהוא חייב. אבל לגבי החיים של העד עצמו- אין לו אפשרות לעשות עם חייו מה שהוא רוצה אז לא נותנים יחסות כלשהי לעדות. במשפט העברי כל עד שיש לו משהו להרוויח ממתן העדות- הוא לא עד מהימן כמו עד מדינה שמרוויח שישחררו אותו לדוגמה.

* בדיני נפשות המצב הוא לחומרה- אין אומד, אין עדות עצמית.
1. **כשעדים סותרים עצמם אפילו בפרטים קטנים עדותם לא מתקבלת**

עניין של סתירה בעדות. פה זה מאוד קריטית כי צריך שני עדים. הפרכת עדות ניתן לעשות על ידי סתירה בין העדים. יכולות להיות סתירות גדולות כמו לא אותו יום של הרצח או לא אותו מיקום של הרצח. מה קורה כאשר הסתירות הן קטנות?

**משנה, סנהדרין ה,ב**

**כל המרבה בבדיקות, הרי זה משובח. מעשה ובדק בן זכאי בעוקצי תאנים.**

**ומה בין חקירות לבדיקות? חקירות, אחד אומר איני יודע, עדותן בטלה.**

**בדיקות, אחד אומר איני יודע ואפילו שנים אומרים אין אנו יודעין, עדותן קיימת.**

**אחד חקירות ואחד בדיקות, בזמן שמכחישין יד זה את זה, עדותן בטלה.**

כלומר כל כמה שהדיינים בודקים יותר את העדים- יותר טוב. בן זכאי (ביקש מהקיסר את יבנה וחכמיה כדי לחדש את לימוד התורה, הוא היה המקים של הישיבה ביבנה שהפכה לישיבה הכי חשובה שממנה יצאו המון תלמידי חכמים). כתוב על בן זכאי שהוא בדק איזה סוג תאנים למקרה ששני העדים אומרים שזה קרה תחת עץ תאנה. מביאים את בן זכאי כדוגמה למצב בו יש דקדוק יתר על העדות. שואלים מהן חקירות? שאלות מאוד יסודיות לגבי העבירה- איזה סוג עבירה, איזה יום. למשל, מיקום אם זו ע"ז ואם כן איזו (איזה פולחן איזה אל). כלומר שאלות יסודיות ביותר שנוגעות לעבירה. ובדיקות זה יותר פרטים קטנים. מה ההבדל בין חקירות לבדיקות?

חקירות אם אחד מהעדים אומר שאינו יודע- העדות לא קבילה. העדות לא יכולה לספק שום דבר שניתן לעשות משהו איתו. כמו אם שואלים איזו עבודה זרה נעשתה והוא לא יודע.

בדיקות- אם זה פרט קטן, ואחד מהם נשאל על קצה התאנים והוא באמת לא יודע או זוכר, ואחרי כן העד השני גם לא יודע- זה לא מעלה ולא מוריד מהעדות. גם אם אחד היה יודע והשני לא- גם לא מעלה ולא מוריד, מתוך הנחה שאת הפרטים הקטנים לא זוכרים. אבל מה קורה שבפרטים הקטנים הם מכחישים זה את זה? אחד אומר שהעוקץ של העץ היה כלפי מעלה והשני אומר כלפי מטה- העדות תהיה בטלה. הנחת יסוד שהם בטוחים בעדותם וזה מהווה סתירה. למעשה יש פה גם ניסיון להקשות על מתן עדות מהימנה. העדים חייבים להיות מכוונים לגמרי למה שראו ועשו. אם הם סותרים זה את זה הם לא מספיק מהימנים למשהו שיכול להיגמר בעונש מיתה. מן הסתם אם יש סתירה בחקירות זה עוד יותר גרוע ומן הסתם מבטל את העדות, אך החידוש הוא שגם במקרים קטנים, סתירה תבטל את העדות.

בעצם רואים פה כל מיני קשיים לדרישת העדות. בצירוף עם כל מגבלות חז"ל העדות הופכת לדבר מאוד קשה.

## עכשיו אנו מגיעים לדרישות דיוניות:

כאן יש התייחסויות לשלב שבדר"כ לא מדברים עליו שזה איך שופטים דנים בתיק- מה סדרם בתיק אחרי שהעדויות נשמעות? איך מתנהל הדיון שלהם? אין את ההתייחסות לשלב הזה בדין הישראלי הרבה. יש רזולוציות מאוד מעניינות במשפט העברי לעומת דין ישראלי. יש משנה שלמה שמדברת על זה:

**א. המקורות המרכזיים: משנה, סנהדרין ד,א-ב (מה שבבולד היא המשנה, לידו- הפירוש לפי המרצה).**

**אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה ובחקירה, שנאמר (ויקרא כד, כב) משפט אחד יהיה לכם.**

בפשטות- חקירת עדים היא רלוונטית לכל הדינים באשר הם. אי אפשר לא להתעסק בזה הרבה גם אם זה ממון יש תורך לחקור ולבדוק.

**מה בין דיני ממונות לדיני נפשות**? – מה בכל זאת ההבדל?

**דיני ממונות בשלשה, ודיני נפשות בעשרים ושלשה. –** איזה סוג של תיקים מספיק שופט אחד או 2 או שלושה- מה הדרישה לנוכחות השופטים? דברים שנענשים עליו וכל העניין הוא כספי כמו קנס/ הלוואות- מספיק שלושה דיינים.וכל עניינים שקשורים לדיני נפשות חייבים 23 דיינים.

**דיני ממונות פותחין בין לזכות בין לחובה, ודיני נפשות פותחין לזכות ואין פותחין לחובה.** מה המשמעות של זה? נדבר עוד מעט. המרצה אומר בפשטות שזה שלב אחרי שמיעת העדויות, השופטים דנים במה שלפניהם ובמה פותחים את הדיון בין השופטים? האם הוא אשם כי א,ב,ג.. או שופטים אותו לכף זכות. בדיני ממונות אפשר להתחיל בזכות או חובה. בדיני נפשות צריך לפתוח את הדיון לזכות החשוד. זכות- מנסים למצוא טיעונים לזכות אותו. פותחים בטיעונים לטובת הזיכוי. זוהי נקודה שמאוד משפיעה על התוצאה של הדיון. זה מסגור של הדיון ודחיפתו למקום של זיכוי.

**דיני ממונות מטין על פי אחד בין לזכות בין לחובה, ודיני נפשות מטין על פי אחד לזכות ועל פי שנים לחובה.** מנגנון קביעת הרוב. במשפט העברי מכריעים לפי רוב. אך איזה רוב? בדיני ממונות מספיק שיהיה פער של אחד – 2 דיינים מול אחד לחובה. בדיני נפשות כדי להרשיע לא מספיק 12 דיינים מול 11 דיינים לחובה. כלומר בדיני נפשות לא מספיק פער של אחד כדי להרשיע אלא, צריך פער של שניים. כדי לזכות מספיק פער של אחד, כדי להרשיע חייב לפחות 2 דיינים.

**דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה, דיני נפשות מחזירין לזכות ואין מחזירין לחובה.** הסיפור של מחזירין. במקרה והתגלתה לפני ביצוע פס"ד ראיה חדשה. האם אפשר להחזיר לדיון בבית הדין? נגיד בן אדם שהוחלט שיצא להורג. לפני המוות גילו ראיה חדשה- צריך להחזירו לבית הדין. מקרה הפוך- האדם יצא זכאי מבית הדין, והתגלתה ראיה חדשה שמרשיעה אותו- לא מחזירים אותו לבית הדין.

**דיני ממונות הכל מלמדין זכות וחובה, ודיני נפשות הכל מלמדין זכות ואין הכל מלמדין חובה.** מדברים שוב על השלב שבחוק הישראלי אין הנחיות. איך השופטים דנים בניהם? כאן מדובר שבדיני ממונות כל אחד יכול להתערב בדיון -היה נהוג שתלמידי הדיינים היו יושבים בדיון. הם יכולים להתערב בדיני ממונות וגם בדיני נפשות יכולים רק לטובת החשוד.

**דיני ממונות המלמד חובה מלמד זכות והמלמד זכות מלמד חובה, דיני נפשות המלמד חובה מלמד זכות, אבל המלמד זכות אינו יכול לחזור וללמד חובה.** פה מדובר על דיין שכבר אמר דעתו,אם אמר שהוא זכאי הוא לא יכול לשנות את דעתו לאשם. אך אם דן ואמר שהוא אשם יכול להתהפך ולומר שהוא זכאי. יש מחלוקת בתלמוד מה הכוונה מתהפכים? האם מדובר על לפני הכרעה? עמדת ביניים? לא נכנס לזה.כל אדם שיש לו ידע בתיק יכול ללמוד זכות על הנאשם. בדיני הממונות מותר גם לחובה.

**דיני ממונות דנין ביום וגומרין בלילה, דיני נפשות דנין ביום וגומרין ביום. דיני ממונות גומרין בו ביום בין לזכות בין לחובה, דיני נפשות גומרין בו ביום לזכות וביום שלאחריו לחובה..** באופן בסיסי ההנחה היא שלא צריך למרוח את הדין. הייתה תפיסה שצריך לפסוק מהר. בלילה דנים בעניין הזה וצריך לשבת על זה הרבה. אסור בלילה להכריע לעניין דיני נפשות.

**משנה ב'**

**דיני הטומאות והטהרות מתחילין מן הגדול, דיני נפשות מתחילין מן הצד.**

בחלק הראשון מתחילים ופונים לגדול כלומר החשוב שבדיינים. בדיני נפשות לא מתחילים ממנו מתוך החשש שאחריו לא יהיו יכולים לקבוע זכאי, אחרי שהוא דיבר וקבע נגיד אשם- קשה יהיה לאחרים שיותר נמוכים ממנו וקטנים ממנו בדיינות לסתור אותו.

**נתחיל לפרט בקצרה:**

**פירושים**

**1. "דיני נפשות פותחין לזכות ואין פותחין לחובה"**

**משנה, סנהדרין ה,ד**

**אחר כך מכניסין את השני ובודקין אותו. אם נמצאו דבריהם מכוונין, פותחין בזכות.-**אם העדים מתאימים ואין סתירה בניהם- פותחים בזכות, מתחילים לדון את הדיון על הנאשם באור של זכות

**אמר אחד מן העדים יש לי ללמד עליו זכות, או אחד מן התלמידים יש לי ללמד עליו חובה, משתקין אותו. אמר אחד מן התלמידים יש לי ללמד [ עליו ] זכות, מעלין אותו ומושיבין אותו ביניהן ולא היה יורד משם כל היום כולו. אם יש ממש בדבריו, שומעין לו. ואפילו הוא אומר יש לי ללמד על עצמי זכות, שומעין לו, ובלבד שיש ממש בדבריו.-** אם היה עד שהעיד נגדו ורוצה להעיד לטובתו או אחד התלמידים אומר שיש ללמד על הנאשם חובה. משתקים אותם, גם את העד משום שיש כלל בעדות שהיא סופית, אי אפשר לשחק בה. דבר שני, אחד התלמידים שרוצה לתת חובה- אמרנו שלא כל אחד יכול ללמד חובה, אלא רק הדיינים יכולים לעשות זאת. אם אחד התלמידים רוצים ללמד זכות לטובת הנאשם- מעלים אותו לאזור הדיינים והוא יכול לשבת כשווה בין שווים וגם אחרי שמסיים לדבר נותנים לו לשבת איתם, כדי לעודד אנשים לחשוב על זכות ולתת כבוד על החשיבה על זכות, ורואים פה לאן המגמה נוטה. אם מדובר על הנאשם שרוצה ללמד על עצמו זכות – מקשיבים לו ויכול ללמד על עצמו זכות.

חשוב לדעת כי בתרבות חז"ל אין עורכי דין ואין להם מעמד ויש להם אפילו דימוי שלילי. יש עליהם דעות שליליות שמייעצים איך לשקר. לנאשם יש תפקיד חשוב, הוא מייצג את עצמו ולומר את האמת שלו ואם יכול לומר דברי טעם שיכולים להתמודד עם דברי העדים, בית הדין שומע לו.

**שיעור 8- 10/5/2022**

היום נשתדל להספיק את החומר לתרגיל.

שיעור שעבר דיברנו על ביטולו של עונש המוות, אך לא רק ביטולו אלא גם שמערכת המשפט העברי הראתה לנו שקשה מאוד להטיל את עונש המוות, דיברנו על היבטים ראייתיים וכן היבטים דיוניים. בהקשר של המשפט העברי יש מעבר למה שאנו רגילים למצוא בסדר דין ישראלי- לא רק איך נחקרים העדים, אלא גם עניינים שקשורים למתן ההחלטה של השופטים. המשפט העברי זוכה להתייחסות רחבה בהשוואה למשפט הישראלי בעניין קבלת ההחלטות.

ראינו כמה דברים שקשורים לאיזה אילוצים קשורים לעניינים של דיני נפשות (שמטילים עונש מוות), שמובחנים מדיני ממונות. ראינו כמה דברים שהיו פחות ברורים בקריאה של המשנה עצמה. אנחנו דיברנו על פתיחה לחובה ולזכות בין ממונות לנפשות- כאשר הדיינים באים לדון הם מתחילים לזכות בדיני נפשות.

דיברנו על עוד כלל שמדבר על מתן אפשרות לתלמיד החכמים כדי ללמד רק זכות ולא חובה- זה בא לעודד אנשים לתת זכות ולקדם זכות על פני חובה.

## עכשיו נעבור לעוד פן לסדר דיון:

1. **"דיני נפשות מחזירין לזכות ואין מחזירין לחובה"**

אחרי שבית הדין נתן את החלטתו, בא טיעון חדש/ראיה חדשה לפס"ד. בדיני נפשות אומרים שלזכות מותר להחזיר את פס"ד להחלטה נוספת אך לא לחובה.

**א. שמות כג,ז**

**"ונקי וצדיק אל תהרג"-** צריך להיזהר להרוג אנשים חפים מפשע, זוהי האזהרה שמהווה מקור למשנה.

**ב. תלמוד בבלי, סנהדרין לג ע"ב**

**תנו רבנן: מניין ליוצא מבית דין חייב ואמר אחד יש לי ללמד עליו זכות מניין שמחזירין אותו? תלמוד לומר (שמות כג, ז) "נקי אל תהרג". ומניין ליוצא מבית דין זכאי ואמר אחד יש לי ללמד עליו חובה מניין שאין מחזירין אותו? תלמוד לומר (שמות כג, ז) "צדיק אל תהרג". –**מצב ראשון הוא אדם שיצא חייב.לכן אם יש אפשרות להוכיח שהוא נקי (לא חייב), לא נהרוג אותו, לא ניתן להרוג מישהו שהוא ספק נקי- כלומר אם נקי, מצוין ואם לא ניתן יהיה לבצע את גזר הדין. אחרי כן המקרה הפוך- אדם יצא זכאי, ובא אדם שרוצה ללמד על אותו אדם חובה, יש הבדל בין צדיק לנקי. צדיק זה אדם שקיבל חותמת של זכאי. אז אם בית הדין בהליך נתן את החותמת של זכאי, לא ניתן לעורר את המקרה מחדש. לא רוצים להגיע למצב שהורגים חף מפשע- אם יש ספק חייבים למצות את הדיון באותו אדם, ולא להרוג אותו אם יש ספק שהוא חייב. {נקי=חף מפשע}. מקרה א' הוא מי שיצא חייב מבית הדין, ומשהו חדש התעורר, אז אומרים שאסור להוציא אותו להורג ללא דיון מלא ונוסף בעניינו של אותו אדם. למרות שהוא חייב, ייתכן שהוא חף מפשע.

במשנה הזו רואים עד לאן מגיעה ההחזרה למשפט. מתארים סיטואציה מעניינת של לאן הדברים מגיעים:

**ג. משנה, סנהדרין ו, א**

**נגמר הדין, מוציאין אותו לסקלו. בית הסקילה היה חוץ לבית דין, שנאמר (ויקרא כד) הוצא את המקלל.**

**אחד עומד על פתח בית דין והסודרין בידו [ ואדם אחד רוכב ], הסוס רחוק ממנו כדי שיהא רואהו.**

**אומר אחד יש לי ללמד עליו זכות, הלה מניף בסודרין והסוס רץ ומעמידו. ואפילו הוא אומר יש לי ללמד על עצמי זכות, מחזירין אותו אפילו ארבעה וחמשה פעמים, ובלבד שיש ממש בדבריו.**

**מצאו לו זכות, פטרוהו, ואם לאו, יוצא ליסקל. וכרוז יוצא לפניו, איש פלוני בן פלוני יוצא ליסקל על שעבר עברה פלונית ופלוני ופלוני עדיו, כל מי שיודע לו זכות יבוא וילמד עליו.**

אם נגמר הדין מוציאים אותו לסקילה, ולא סמוך לבית הדין, אחד עומד ומניף בדים, ואדם אחר רוכב על סוס. אם מגיע לבית הדין אדם כדי לתת זכות, אז מניפים את הבדים, ואותו רוכב על הסוס ממהר ומחזיר את הנידון לבית הדין. אפילו ניתן להחזיר את אותו חייב לכאורה 4-5 פעמים, כל עוד יש לאותו חייב ממש בדבריו ללמד זכות על עצמו.

אם מצאו לו זכות- הוא פטור מעונש המוות, ואם לא- הורגים אותו. מוציאים כרוז שבא ומזמין את הציבור ללמד זכות על אותו נאשם.

זה משהו מאוד ציורי שמראה כמה לא רוצים להגיע למצב של עונש ומניעתו. כל האמצעים הנתונים פה הם בשביל שכמה שפחות ייושם עונש המוות.

**3."דיני נפשות גומרין בו ביום לזכות וביום שלאחריו לחובה.."**

המיתה צריכה להיות ביום. ברגע שברור שהאדם זכאי אז צריך לא לענות את הדין אלא בצורה מהירה כמה שניתן. לעומת זאת בעונש מוות מחכים לילה, למה?

**משנה, סנהדרין ה, ה**

**אם מצאו לו זכות, פטרוהו. ואם לאו, מעבירין דינו למחר. היו מזדווגין זוגות זוגות, וממעטין במאכל, ולא היו שותין יין כל היום, ונושאין ונותנין כל הלילה, ולמחרת משכימין ובאין לבית דין.**

באותו לילה היו מתחלקים לזוגות וממעטים במאכל ובשתייה ולנהל משא ומתו בניהם. להוציא אדם להורג לא לוקחים בקלות ראש. נותנים את כובד הראש לסיפור הזה, הפואנטה היא להיכנס לסיפור, לדון בעניין ולחשוב איך להימנע ממתן העונש. היה סיפור שהחכמים היו דנים ובודקים את הפרשה של העבירה כדי למנוע את מתן העונש. זה העניין הדיוני הזה, במשפט הישראלי אין תפיסת מקום כלל על הדרישות הדיוניות.

**הדרישות הדיוניות הנזכרות במשנה לגבי דיני נפשות הן ניתנות לחלוקה לשני סוגים: א. דרישות הבאות להעניק כובד ראש מיוחד לדיון הנוגע בחיי העבריין- עונש מוות זה דבר כבד משקל. ב. דרישות הבאות לצמצם את האפשרות של עונש המוות. דרישות מסיימות משרתות את שתי התכליות הללו- אנחנו מעוניינים עד כמה שניתן להקשות ולמנוע עונשי מוות במשפט.**

בחלק מהמקרים ניתן לומר את 2 הסוגים. נעבור עליהם במהירות:

* דיני ממונות ב3, דיני ממונות ב23- דרישה של כובד ראש.
* דיני ממונות פותחים בזכות/חובה, דיני ממונות בזכות- דרישה של מתן קושי על הדיין לדון לחובה. המטרה היא כאן לזכות את הנאשם. להגיד בצורה קטגורית שלהתחיל בזכות זה מהווה הטיה של הדין.
* דיני ממנו.... שני הסוגים יחד.
* דיני ממונות מחזירים בין זכות לחובה ודיני נפשות מחזירים רק לזכות- דרישה של מתן קושי ביישום, זה תמיד תלוי ועומד ולא מזרזים את הקביעה.
* דיני ממונות גומרים בלילה או ביום ודיני נפשות דנים ביום וגומרים ביום- דרישה של כובד ראש.
* דיני טהרות מתחילים מהגדול, ודיני נפשות מתחילים מהקטן- מתן כובד ראש, יש חשש שבית הדין ילך אחרי הגדול, ולכן כאן זה כובד ראש.

עכשיו אנו מגיעים לדרישה הכי קשה והיא מעלה את השאלה הגדולה- האם עונש המוות מבוטל באופן טוטלי. זה לא בא להציל את הנאשם אלא דרישה שהופכת את עונש המוות לבלתי ישים ולכן היא מרכז הדיון שלנו.

# דרישת ההתראה

1. **מהי התראה?**

**תוספתא מסכת סנהדרין (צוקרמאנדל) פרק יא, א-ג**

(**א) ושאר חייבי מיתות בית דין (למעט מסית ש.ש) אין מחייבין אותן אלא על פי עדים והתראה ועד שיודיעוהו שחייב מיתה בבית דין ר' יוסי בר' יהודה אומ' עד שיודיעוהו באיזו מיתה הוא מת..**

**(ב) מתרין בו ושותק מתרין בו ומרכין את ראשו, אף על פי שאמר יודע אני, פטור עד שיאמר יודע אני ועל מנת כן אני עושה:**

**(ג) ..ראוהו שמחלל את השבת אמרו לו הוי יודע שהוא שבת ונאמר מחלליה מות יומת אף על פי שאמ' יודע אני פטור עד שיאמר יודע אני ועל מנת כן אני עושה:**

בא'- לגבי רוב העבירות צריך בית הדין שהעדים שראו את המעשה יתרו לפני מי שבא לעשות את העבירה. מה הכוונה בהתראה? לא סתם יזהירו את החייב או בעל העבירה אלא שיגידו לו שהמעשה שהוא עושה מחייב במיתת בית דין. ר' יוסי אומר שצריך שיגיד למי שבא לעשות את העבירה איזה מיתה הוא עלול לקבל (הרג/חנק/חרב/סקילה), להיות ספציפיים. מדובר פה לפני עשיית העבירה. העדים צריכים לבוא ולהגיד לו להפסיק – צריך להזהיר אותו שהעבירה היא מועדת למיתת בית דין. דעה מחמירה יותר היא של ר' יוסי שאומר שחייב להגיד לאותו עבריין מה העונש המצופה לו באופן ספציפי. הדרישה פה היא להתרות לפני העבריין, וכשחוקרים את העדים הם חייבים להעיד כי הם התרו את העבריין טרום המעשה, ולא לא ניתן לתת לו עונש מוות.

בב'- אחרי כן מתואר מצב שהעדים מתרים בו והוא שותק, או מצב שהעבריין מרכין ראשו אחרי האזהרה או מצב שאומר "אני יודע"- הוא פטור מעונש עד שיאמר "אני יודע ודווקא אני עושה את זה/ או אני יודע ולמרות זאת אני בוחר לעשות את המעשה". בעצם העבריין יכול להחליט בעצמו האם הוא יוצא להורג או לא. בעצם פה לעבריין יש את הכוח לקבוע האם יוצא להורג.

בג'- ראינו את העניין של הדרישה של ההתראה, ומה העבריין מחויב לומר כדי להיות חייב.

1. **מה משמעות הדרישה?** מה הרציונל של הדרישה?

ישנם שני מקורות שמדברים על שני היבטים בהתראה.

**1. בבלי, סנהדרין ח ע"ב**

**דתניא ר' יוסי בר יהודה אומר חבר אין צריך התראה, לפי שלא ניתנה התראה אלא להבחין בין שוגג למזיד**

אדם שהוא תלמיד חכם ומכיר את כל הדינים בכל תחומי התורה- לא צריך 2 עדים שיגידו לו מה העבירה ומה דינה. מניחים שחבר יודע (זוהי החזקה), ולכן לא תהיה לא הגנה של חוסר ידיעה, ההנחה היא שהחבר יודע ולכן תמיד אצלו זה יהיה במזיד. החשוב במשנה- למה מוסד ההתראה קיים? מכיוון שההתראה חשובה רק על מנת להבחין בין שוגג למזיד. חיים כהן במאמרו אומר שזה לא לעניין לבחון אם זה שוגג או מזיד אלא הרציונל הוא להעלים את אפשרות מתן עונש המוות, הוא אומר שבתורה עצמה כתוב שיש שיקולים מאוד פשוטים להבחין שוגג או מזיד ולכן הדרישה פה לא באמת בשביל ההבחנה הזו. יש פה דרישה יתרה- לגבי שאר העבירות ניתן להסתפק במה הכתוב מציב ביחס לעונש. פה, המשפט העברי אומר צריך שלא תהיה אחידות בהוכחות היסוד הנפשי בין דיני נפשות לשאר הדינים במשפט, כי העונש עבור דיני נפשות הוא יותר כבד.

**2. בבלי, סנהדרין מא ע"א**

**התיר עצמו למיתה, מנא לן (מניין לנו?) אמר רבא ואיתימא (ואם תאמר) חזקיה אמר קרא (דברים יז, ו) "יומת המת", עד שיתיר עצמו למיתה.**

יש פה שאלה למה שאדם יגיד שהוא מוכן לעשות את העבירה למרות שמזהירים אותו? אדם נחשב למת אם הוא עושה דווקא ובוחר לבצע את העבירה ואז עדיין צריך להמית אותו- אבל במובן מסוים הוא הכניס עצמו למיתה, הוא מראה מוכנות למות. זוהי מעין הצהרה של "אני הולך למות מהעבירה ואני מוכן לעמוד בעונש לכך". זה קשור לרעיון נוסף של אנקר שהוא עצם הדרישה של הצגת עונש מוות- האדם חייב להיות מתריס כנגד ההלכה, ורק על אדם כזה יחול עונש המוות **בלבד.**

**שני המקורות מתייחסים לשני היבטים של ההתראה: הראשון לעצם הדרישה שיתרו בפני העבריין בעת ביצוע העבירה. השני לדרישה שיתיר עצמו למיתה.**

**עבודה:**

על סמך סיכומי השיעורים, המצגות (כל הפריטים של מה יצטרך לעבודה) ורק על פיהם צריך לעשות את העבודה. כדאי להיזהר ולא להכניס מקורות זרים (מותר אך עלול לבלבל).

יש שתי שאלות, שתיהן עד 4 עמודים, כאשר להערכתו ניתן ב2 וחצי עמודים. כתבו טור עמדה קצר לכיצד הענישה הפלילית יכול לשמש השראה למשפט המודרני (הישראלי), התייחסו ליתרונות ולחסרונות (לא חייב חסרונות) של המשפט הפלילי למול קבצי חוק של המשפט הקדום. ההשוואה צריכה להיות חלק מהמאמר בצורה מוצלחת. לטפל בשאלה של התרומה למשפט המודרני תוך עבירה על המשפט הקדום והמשפט המקראי.

השאלה השנייה היא- לכתוב מאמר קצר (מאמר- לסקור נושא, לכתוב מידע, פחות עמדה) של סיכום עניין על נושא של יחסם של חז"ל על עונש המוות, ביקורת וכולי (יש סעיף עמדה קטן).

השאלה הראשונה היא שאלה של הבעת עמדה וקשורה לפירוק של מידע וזה דוחף להבעת עמדה והשאלה השנייה יותר מסכמת נושא (למרות שיש סעיף של עמדה קטן).

* התרגיל הוא אישי לגמרי, וצריך לכתוב כל אחת לעצמה ולכן העניין של התיבה הוא קריטי. אפשר לשתף פעולה בענייני מידע על החומר.

**שיעור 9- 17/5/2022**

העבודה לא צריכה להיות מהאינטרנט אלא המאמר שהיה לקרוא ומה שנאמר בשיעור. מי שיתעלם מזה ויעשה על פי דעתו האישית, יקבל ציון יותר נמוך. לכן עדיף לא לחפש קיצורי דרך אלא לעשות לפי הדרישות. יש לכתוב את המאמרים בצורה של הערות שוליים. מה שחשוב הוא שיהיה ציטוט ויהיה מסקנה על סמך משהו ויהיה הערות שוליים (לא חייב לפי כללי הציטוט האחיד) שמפנה לספרות המשנית. המקורות ניתן לכתוב בסוגריים. העבודה מנורמלת.

נסיים כעת את דרישת ההתראה שרלוונטית לתרגיל.

דרישת ההתראה היא חריגה ומשונה. כשאנחנו מסתכלים בתלמוד על הסבר של נושא ההתראה, אנחנו יכולים לציין שני הסברים לשני פרטים שונים של ההתראה- כלומר אינם הסברים על אותו הדבר אלא פרטים שונים לעניין ההתראה.

1. חבר אינו צריך התראה- חבר כאמור הוא מי שיודע את החוק וההלכה. לגביו יש את הדעה שאינו צריך התראה. ותפקיד ההתראה היא לעמוד ולהיות בטוח לגבי היסוד הנפשי של העבירה. על אדם להבין את הסיטואציה שבה נמצא ולדעת את השלכות מעשיו. מוסד ההתראה נוצר בשביל לוודא את הדבר של היסוד הנפשי בצורה לא מעורערת.
2. הסבר נוסף שראינו בשיעור שעבר הוא הסבר של "התיר עצמו למיתה". אדם לא רק צריך להיות מודע למעשיו ושהולך לשלם מחיר גבוה מאוד על העבירה, אלא צרי **שאע"פ** שאמרו לו את כל הסיכונים הוא רוצה לעשות את העבירה. למה ההתראה לא יכולה להיות ללא הדבר הזה?

**בבלי, סנהדרין מא ע"א**

**התיר עצמו למיתה, מנא לן (מניין לנו?) אמר רבא ואיתימא (ואם תאמר) חזקיה אמר קרא (דברים יז, ו) "יומת המת", עד שיתיר עצמו למיתה.**

מבחינה של הסתכלות על המילים בצורה מילולית- עד שאותו אדם יהפוך עצמו למת. הוא בעצם בא ואומר אע"פ הוא מקבל על עצמו את המיתה ברצון חופשי. ורק אדם כזה צריך להמית- רק אדם שהפך עצמו לבר מיתה צריך למות.

אז מה בעצם קורה פה? יש שני הסברים לשני רכיבים שונים של ההתראה. הראשון הוא למה צריך התראה בכלל (העדים ידאו שהעבריין יודע על מה מדובר). הרכיב השני דורש סוג של הסכמה למות- שאף על פי הדין אני מקבל על עצמי את הדין בעושי את העבירה, ובהסבר השני ראינו גם מאיפה למדנו את העניין. הדרישה השנייה של "אע"פ כן" כוללת כבר את הדרישה הראשונה ולכן יש צורך רק בדרישה השנייה.

רלוונטי לשאלה השנייה בתרגיל: המרצה מציע את ההסבר של אנקר במאמרו- הוא אומר שבמשפט המודרני כמעט אין מצב שיש לנו עונש חובה על משהו, אלא יש ענישה שיש לה שק"ד. הכוונה שהחוק מתרה ואומר שהעונש הוא בטווח מסוים- תיקון 113 של הבניית הענישה דורשים שהשופט יקבע מתחם של ענישה ואח"כ יכול לסטות משיקולים אחרים- כלומר יש המון שיקול דעת, הבניית שק"ד. ומעט מאוד פעמים יש עונשי חובה- על מעשה מסוים יש ענישה מסוימת. עונש חובה יוטל בנסיבות מאוד ספציפיות ונוכל להגיד שאם אנו מדברים על נסיבות מאוד מסוימות יחול עונש א. אך ברגע שלא ברור לנו או שיש נסיבות מגוונות לא נרצה שיהיה עונש ספציפי אלא לתת לשופט שק"ד. לא נרצה לתת עונש X משום שהוא מתאים רק לנסיבות מאוד ספציפיות, ולכן אנו נהסס. הוא אומר שברגע שיש מערכת שיש לה עונשי חובה כאלה, נרצה למצוא נסיבות מאוד ספציפיות שהעונש יחול בה. מתי חלים עונשי המוות אם כך? רק שמדובר על סוג של עבריין שמעוניין להתריס נגד התורה במזיד ולוקח סיכון. מדובר על עבריין שמורד בערכים המוגנים של החברה, ורק על אדם כזה יש עונש חובה- ולכן רלוונטי פה העבריין של "ואף על פי כן". הוא מוכן לשלם את המחיר בצורה מלאה, הוא מתריס בצורה מלאה נגד ערכי החברה. אומר אנקר שבמשפט העברי עבריין כזה מוטל עליו עונש חובה. הדרישה של "אע"פ" באה למסגר את הנסיבות שבגינן מוטל עונש המוות הזה. במילים אחרות (תרגיל שאלה 2) מה שאומר אנקר הוא שמבחינה משפטית הטלת עונש חובה היא כאשר הנסיבות הן מאוד ספציפיות, אך כאשר יש גיוון בנסיבות (שזה המקרה הנפוץ) או שזה לא אותו המקרה המתואר, על השופט להכריע איזה עונש מתאים. אך כשמוטלים עונשי חובה זה בדר"כ כשאין גיוון בנסיבות. במשפט העברי אנו מוצאים עונשי חובה- מה זה אומר לנו? אומר אנקר שמה שעומד מאחורי העניין הוא שלעונש המיתה הוטל בנסיבות מאוד ספציפיות, הוא לא הוטל על עבריין רגיל אלא עבריין שפועל בצורה שמתריסה נגד הערכים של החברה. רק הוא חייב מיתה ולא השאר. עצם ההעמדה של עונש המוות כעונש חובה בנסיבות מאוד צרות, יש לזה הגיון משפטי עמוק. זה בדיוק התפקיד של עונשי חובה= להיות בנסיבות מאוד ספציפיות, אחרת יש שק"ד.

נשארנו עם בעיה מעשית מאוד קשה- עם דרישה כזו שהעונש יוטל בנסיבות קיצוניות, כיצד נוכל להתמודד עם פשיעה?

עונשי מיתה כזכור מאוד נדירים, ואחרי בית המקדש כלל לא היו. איך החברה מתמודדת עם פשיעה שהנסיבות לא מתקיימות?

נגיע לעניין מאוד חשוב שגורם למהפכה:

# עין תחת עין- ממון

כתוב בתורה שאם הוצאת למישהו עין- צריך להוציא לך גם. בעולם של חז"ל מעבירים אותנו למצב של ממון- מנקמה לפיצוי. נקמה היא גמולנות קשוחה מאוד וממנה עוברים לפיצוי. אדם מקבל אפשרות עד כמה שניתן להחזיר את המצב לקדמותו. להפסיד כסף הוא לא כמו לאבד עין, אך הוא מנסה כמה שניתן לתקן את הנזק. נחזור לעין תחת עין- ממון, ומה שנעשה כאן הוא נתאר מתי אנו שומעים פעם ראשונה על הדבר, מחלוקות ומה עמדת חז"ל. יש לכאורה פסוקים מפורשים במקרא ואנו רואים שההבנה של חז"ל היא שהדברים האלה מיושמים בצורה שונה ממה שכתובים. זה דבר שבעצמו דורש הסבר וטעם אך לא בהכרח נכנס לעובי הקורה.

נקמה זה אומר שאותו דבר שנעשה לי ייעשה לפושע, אך למרות שהבחור השני איבד עין, אני אאבד כסף וזה לא נקמה מאחר והפיצוי אינו אותו הדבר. בוודאי שזה לא נקמה- מה זה כן? פיצוי. אני מעוניינת עד כמה שניתן להחזיר את המצב לקדמותו ולפצות את זה שאיבד את העין= להחזיר את המצב לאיזון. הנזק כולל דמי ריפוי, הפסד עבודה וכולי.

אחד הדברים המדהימים בעניין הוא שאין מחלוקות- אין חכמים שאומרים שצריך לקרוא את התורה כפשוטה ואכן צריך להוציא עין על הוצאת עין לאחר. פה אין את המחלוקות. ועל הדבר הזה היו מחלוקות בימי בית שני בין אבותיהם הקדומים של חז"ל- הפרושים לבין הכתות האחרות כמו הצדוקים. בתוך העולם של חז"ל איננו שנוי במחלוקת.

הכתות בימי בית שני התחלקו ל3 אבי טיפוס:

* **פרושים-** אותם אנשים שהיו אבותיהם הקדמונים של חז"ל. הם ניכרים בעיקר בשילוב של מסורות בע"פ לבין הכתובים. הם לא רק הולכים לפי הכתוב אלא גם תושב"ע.
* **צדוקים-** כנגד הפרושים הייתה כת שנקרא צדוקים. הם ייחסו עצמם כצאצאי הכהן צדוק. הצאצאים הללו היו כהנים והייתה להם תפיסה שונה מחז"ל- הם הרבה פקפקו במסורות בע"פ ויותר דרשו לחזור לכתובים.
* **איסיים** או אנשים שמסיבות דתיות פרשו מהחיים החברתיים הרגילים וחיו חיים קבוצתיים- כנראה הלכות אחרות לגבי טומאה וטהרה, שמירת שבת בצורה שונה, לא יכלו לאכול עם אחרים וכולי. אלו היו כתות סגורות שחיו חיים מבודדים- כמו כת מדבר יהודה אך היו עוד כמה כתות. יוסף בן מתתיהו מתאר אותם כאיסיים. לא כרגע חשוב הפרטים- אלא מה שחשוב שהאיסיים מאוד פקפקו בנושא של המסורות בע"פ. כתוב בכת מדבר יהודה שצריך לחזור למקרא. רואים בכתות האלה רצון לחזור למקור. ובעצם רצון לעזוב את כל המסורות שבע"פ.

זה היה הפער הגדול בין חז"ל לקבוצות הללו. כתוצאה מהאבי טיפוס נוצרו המון הבדלים- אחד מהם העניין של "עין תחת עין". כתות שרוצות לחזור לכתובים כמו צדוקים ואיסיים הם יבדילו עצמם מחז"ל. במגילת תענית יש התייחסות לעניין הזה. המגילה היא מימי בית שני, נכתבה בארמית ומדברת על ימים טובים שאסור להספיד או להתאבל בהם. היה במגילת תענית המון ימים טובים שבהם לא היו מתאבלים או מספידים, ואחד הימים הוא ד' תמוז שאצלנו הוא יום רגיל. בסמוך למגילה יש פירוש שנכתב אחרי החורבן והוא מסביר מה היו הימים האלה, וכתוב בעברית. וליד התאריך של ד' תמוז נכתב פירוש:

**כך מפרשים בסכוליון (הפירוש) של מגילת תענית על יום טוב שתוקן בד' בתמוז:**

**שהיו ביתוסין** (=כת דומה לצדוקים שלא הסכימה למסורות בע"פ) **אומרים עין תחת עין שן תחת שן הפיל אדם שן חברו יפיל את שנו סמא עין חברו יסמא את עינו יהו שוים כאחד. ופרשו השמלה לפני זקני העיר דברים ככתבן**- מהי השמלה? מי שמוציא שם רע על אשתו ואומר שהיא לא בתולה, ההורים של אותה אישה מוציאים את סדין הכלולות, מה חז"ל אומרים? צריך להביא עדים ולא סדין, כלומר צריך להביא עדות שתהיה ברורה כמו שמלה ולא ממש שמלה. חז"ל הופכים את זה לעניין משפטי רגיל, לזה הביתוסין לא מסכימים- מה שכתוב בתורה זה מה שצריך לקרות**. וירקה בפניו שתהא רוקקת בפניו. אמרו להם חכמים והלא כתוב התורה והמצוה אשר כתבתי להורות-** יש שני דברים, המצווה והתורה**. התורה אשר כתבתי והמצוה להורותם. וכתיב ועתה כתבו לכם את השירה הזאת ולמדה את בני ישראל שימה בפיהם. ולמדה את בני ישראל זה מקרא. שימה בפיהם אלו הלכות-** שוב מזכירים הלכות שאי אפשר ליישם בפועל**. יום שבטלוהו עשאוהו יום טוב.**

ביום שהכריעו את העמדה של הפרושים על הביתוסין הוא יום טוב וכנגדו תיקנו יום טוב שאין להספיד/להתאבל בו. בהקשר של עין תחת עין, הביתוסין רוצים לקיים את מה שכתוב בתורה. חז"ל והפרושים לא מסכימים מאחר וההלכה המקובלת עליהם היא ממון ולא עין תחת עין. הם לא מסכימים להבנה הפשטנית של התורה. יוסף בן מתתיהו הוציא אופציית ביניים- הוא אומר שעין תחת עין- כפשוטו, אבל אם הקורבן /הניזוק מסכים אפשר פיצוי כספי. יוסף היה היסטוריון יהודי בימי הבית השני, בהתחלה היה מורד ברומאים, ואחרי קרב יודפת הוא הפך להיות יועץ של הצבא הרומי, ואחרי כן חזר לרומא וכתב ספרים על יהודים. לא ברור מה הוא כותב- דברים שלמד? דעתו? אך בכל מקרה זה מקור אותנטי מבית שני ומעניין.

כעת נעבור לדעת חז"ל- נימוקים לעין תחת עין ממון

 **במשנה, ב"ק ח,א**

**בנזק כיצד סימא את עינו קטע את ידו שיבר את רגלו רואין אותו כאילו הוא עבד נמכר בשוק ושמין כמה היה יפה וכמה הוא יפה:**

בתקופה של חז"ל אומרים שמסתכלים על הנפגע כאילו הוא עבד למכירה ואז רואים את הפער בין מכירה של עבד רגיל לעבד עם פגם, ולפי זה נותנים פיצוי. כך הם היו שמים (מלשון שמאות) את האיבר הניזוק. כאן ניתן לראות שהנזק הגופני הזה יכול להיפתר בממון.

לגבי הנימוקים- נמצא בחז"ל כמה נימוקים: 1. מופיע כדרשות = לימוד מפסוקים 2. סברות- איזה סיבות רציונליות למה עדיף ממון במצב של עין תחת עין. היה גם ניסיון של חז"ל לעגן בתוך הפסוקים עצמם. נתחיל בדרשות:

**בבלי, ב"ק פג ע"ב**

**דרשות: דתניא יכול סימא את עינו מסמא את עינו קטע את ידו מקטע את ידו שיבר את רגלו משבר את רגלו ת"ל =**תלמוד לומר **(ויקרא כד, כא) מכה אדם ומכה בהמה מה מכה בהמה לתשלומין אף מכה אדם לתשלומין ואם נפשך לומר הרי הוא אומר (במדבר לה, לא) לא תקחו כופר לנפש רוצח אשר הוא רשע למות לנפש רוצח אי אתה לוקח כופר אבל אתה לוקח כופר לראשי אברים שאין חוזרין**

עצם זה שהתורה עשתה היקש בין נזק אדם לבהמה, זה בא לומר ששני הדברים חייבים להיות שווים מבחינת אופי הפיצוי. כמו שאנו לא כורתים את איבר של הפוגע באיבר הבהמה, כך מי שפגע באיבר של אחר יפגעו באיברו. זוהי אחת הדעות המקובלות. הרבה פעמים חז"ל אומרים שלהלכות יש עוגן בתורה. אסור לקבל תשלום מרוצח- על אף שאולי היה יותר טוב לילדי הנרצח לקבל כסף, התורה אומרת שלא מקבלים כופר על מעשיו אלא הוא חייב למות. חז"ל אומרת שאם איבדת איבר- אתה לוקח כסף אך במקרה שמישהו לוקח פיצוי- אין כופר. זה לא דברים מופרשים בכתוב אלא דברים שמסבירים את התורה שבעל פה על ידי עיגונו בכתוב.

למה לא עושים את מה שכתוב בתורה אלא פועלים בצורה של פיצוי?

חז"ל מודעים לפער, ומנסים למצוא לו טעם. הסוגייה בתלמוד הבבלי בבא קמא מביאה הרבה מקורות שמסבירים את העניין, פה יש לנו 2 **סברות:**

**1. בבלי, בבא קמא פג ע"א**

**תניא ר' דוסתאי בן יהודה אומר עין תחת עין ממון אתה אומר ממון או אינו אלא עין ממש אמרת הרי שהיתה עינו של זה גדולה ועינו של זה קטנה היאך אני קורא ביה עין תחת עין וכי תימא כל כי האי שקיל מיניה ממונא [וכי תאמר במקרים אלה תיקח ממון] התורה אמרה (ויקרא כד, כב) משפט אחד יהיה לכם משפט השוה לכולכם**

איך ניתן לעשות השוואה בין איברים של אחד לאחר? זה בכלל דברים שונים. איך נעשה את זה? יש סברה אחרת שמופיעה ליד הסיפור הזה- נגיד שיש לאדם עין שרואה טוב ועין שאינה טובה כל כך. אז לא ניתן להגיד שלכרות את העין שווה לכריתה של עין שנייה- זה לא תמיד יוצא אותו הדבר בצורה של מידה כנגד מידה. בעניינים של ענישה לא ניתן להפלות- או שעושים מידה כנגד מידה ואם לא עדיף לקבוע לאורך כל הדרך- עין תחת עין ממון. חז"ל מעוניינים במשפט שווה לכולם. יש פה את עיקרון השוויון בענישה, מושגי החוק וכולי.

**2. בבלי, בבא קמא פד ע"א**

**אביי אומר אתיא מדתני דבי חזקיה [אביי אומר: זה בא ממה ששנו בבית המדרש של חזקיה] דתנא דבי חזקיה (שמות כא, כד): "עין תחת עין נפש תחת נפש"- ולא נפש ועין תחת עין. ואי סלקא דעתך ממש זימנין דמשכחת לה עין ונפש תחת עין דבהדי דעויר ליה נפקא ליה נשמתיה [ואם היה עולה בדעתך עין תחת עין ממש, לפעמים קורה שעין ונפש תחת עין, שבמידה ומתעוור יוצאת נשמתו]**

אביי= אמורא בבלי. כל בתי המדרש היו מלאים באנשים עם מסורות בעל פה. ובבית המדרש של חזקיה שהיה אמורא ארץ ישראלי היו משננים מסורות קדומות: הכלל בתורה אומר שלכל דבר צריך להיות העניין שלו- אם מישהו הוציא למישהו עין צריך להוציא לו עין, ואם הרג- הורגים אותו. אך לא ניתן להרוג וגם להוציא עין- מה ז"א? לעיתים יוצא שיהיה עין ונפש תחת עין- שבזמן שמעוורים אותו, יוצאת נשמתו. בתקופת חז"ל- יכול להיות שניתוח מקומי ופשוט יתגלגל למצב מאוד חמור, יש גם הבדלים גופניים בבני אדם ולא כולם עוברים את זה אותו הדבר.

מה שרואים פה הוא שהסברה השנייה הולכת באותה צורה- עין תחת עין מובילה לתוצאות לא רצויות ולכן עדיף לעשות את זה בצורה אחרת של ממון ולא יצטרכו להגיע לתוצאות לא רצויות כמו מוות או מחלה. זה כל העיקרון של מידה כנגד מידה- כל המטרה היא שיהיה שווה ולכן עדיף להסתפק בתשלום.

**שיעור 10- 24/5/2022- השלמה משקד**

אם פגיעה באיבר מחייבת פיצוי מממוני, אז למה מדגיש הכתוב "עין תחת עין"?

1. **רמב"ם מורה נבוכים ח"ג, מא**

*בדרך - כלל נקבע עונשו של כל התוקף את זולתו שייעשה לו כאשר עשה בשווה . אם הזיק לגוף יינזק בגופו , ואם הזיק לממון יינזק בממונו...מי שחיסר איבר יחוסר איבר כמותו : כאשר יתן מום באדם כן ינתן בו ( ויקרא כ"ד , 20 ) . אל תעסיק מחשבתך בזה שאנו עונשים כאן בתשלומין , כי מטרתי עכשיו לתת טעמים לכתובים ולא לתת טעמים להלכה, אף שגם על הלכה זאת יש לי דעה שאותה אשמיע בעל - פה.*

**הסבר:** רמב"ם במורה נבוכים, אומר שהתורה מדגישה בענישה את העקרון של מידה כנגד מידה- גמולנות.

יש להבחין בין התורה שבע"פ לתורה שבכתב:

* **התורה שבכתב**- מדגישה לנו את העקרון של צדק- הלימה בין העונש לעבירה. היא לא מתיימרת להגיד לנו מה לעשות בפועל אלא להכתיב עקרון כללי.
* **התורה שבע"פ**- יוצרת חוקים קונקרטיים המבוססים על העקרונות של התורה שבכתב אך לא מיישמת באופן דווקני, בשל מגוון סיבות אפשריות (חסו יישומיות וכדומה).

כך ניתן ליישב את הפער בין הכתוב "עין תחת עין" (שנקבע במקרא) לפיצוי הממוני (שנקבעה בתורה שבע"פ). מדברי הרמב"ם ברור שעל אף שנקבע באופן מעשי שהעונש על פגיעה באיבר הוא פיצוי ממוני, הרי שהכתוב השמיע לנו "עין תחת עין" כדי להדגיש שהענישה הגמולנית היא הענישה הצודקת.

# אופן הענישה: הקפדה על כבוד האדם בהליך הענישה

במשפט העברי (חז"ל בעיקר) הייתה מודעות רבה לאופן הענישה, לא כל צורת ענישה היא כמו השנייה ויש צורך להסדיר זאת.

נדון בכמה סוגיות.

1. אופן הסקילה

האם נסקלים בעירום או לבושים?

**משנה מסכת סנהדרין ו, ג**

*היה רחוק מבית הסקילה ארבע אמות, מפשיטין אותו את בגדיו. האיש, מכסין אותו מלפניו. והאשה, מלפניה ומאחריה, דברי רבי יהודה.*

*וחכמים אומרים, האיש נסקל ערום ואין האשה נסקלת ערומה.*

האם נסקלים בערום או לבושים? יש 2 דעות במשנה:

1. **רבי יהודה**- הסקילה היא בעירום, אך מכסים את האיש מלפנים ואת האישה מלפנים ומאחור.
2. **חכמים** - האיש נסקל ערום והאישה נסקלת לבושה.

התלמוד הבבלי מסביר שיש כאן שני שיקולים מתנגשים: **(1)** מצד אחד, הסקילה נעשית בעירום כדי שהנידון למוות ימות מהר ולא יסבול; **(2)** מצד שני, יש מקום לומר שלא יסקלו בערום מפני כבוד האדם. **רבי יהודה** סבור שיש לעשות כיסוי מינימלי, אך לדאוג יותר שימותו מהר 🡨 מעדיף את השיקול הראשון. ואילו **חכמים** תולים זאת בשאלה האם מדובר באיש או באשה. במקרה של אישה יש להקפיד על כבודה. במקרה של איש להעדיף שימות מהר 🡨 מפרידים בין איש ואישה לעניין השיקולים, אצל הגבר מעדיפים את השיקול הראשון ואצל האישה את השני; כבוד האישה.

סוגיה שנייה:

2) עיצוב מיתות בית דין:

* **סקילה:**

1. **דברים י"ז**

***וְהוֹצֵאתָ אֶת-הָאִישׁ הַהוּא אוֹ אֶת-הָאִשָּׁה הַהִוא אֲשֶׁר עָשׂוּ אֶת-הַדָּבָר הָרָע הַזֶּה, אֶל-שְׁעָרֶיךָ--אֶת-הָאִישׁ, אוֹ אֶת-הָאִשָּׁה; וּסְקַלְתָּם בָּאֲבָנִים, וָמֵתוּ... ז יַד הָעֵדִים תִּהְיֶה-בּוֹ בָרִאשֹׁנָה, לַהֲמִיתוֹ, וְיַד כָּל-הָעָם, בָּאַחֲרֹנָה; וּבִעַרְתָּ הָרָע, מִקִּרְבֶּךָ.***

הסבר: במקרא מתוארת הסקילה כאקט ציבורי – המוני, העדים מתחילים בזריקת אבנים ולאחריהם כל הציבור.

1. **משנה סנהדרין ו, ד**

*בית הסקילה היה גבוה שתי קומות. אחד מן העדים דוחפו על מתניו. נהפך על לבו, הופכו על מתניו. אם מת בה, יצא. ואם לאו, השני נוטל את האבן ונותנה על לבו.*

***אם מת בה, יצא. ואם לאו, רגימתו בכל ישראל, שנאמר (דברים יז) יד העדים תהיה בו בראשונה להמיתו ויד כל העם באחרונה****.*

* הסבר: במשנה מתוארת סקילה מכבדת באופן יחסי; יש בית סקילה, אחד מהעדים דוחף את הנאשם בצורה ייחודית- מהמותניים. אם לא דיי בכל, אם הנאשם לא נופל על מתניו, הופכים אותו על מותניו. המטרה היא לשמור על שלמות הגוף והסתרה של האיברים המוצנעים. אם הנאשם מת לאחר הדחיפה, עוזבים אותו. אם לא מת, העד השני נוטל אבן ומשליך על ליבו. אם עדיין לא מת, כל הציבור רוגם אותו. הסיכוי שיתרחש רגימה המונית הוא כמעט בלתי קיים, אולם המשנה מזכירה אותו בכל מקרה כי זה מה שכתוב בתורה.

רואים כאן תהליך של עידון וריסון הענישה המקראית. הסקילה הופכת ממעמד של לינץ' מאורגן לתהליך מסודר שמפחית עד למינימום את הסבל של מי שמוצא להורג. כך גם במיתות בית דין אחרות.

* **שריפה:** נאמר במשנה שלא היו שורפים את הנידון למוות חי, אלא משליכים לתוך פיו פתילה בוערת ונשרף מבפנים**.**
* **חניקה:** לא תולים את הנאשם, אלאקושרים סדין סביב צווארו ומושכים בשני הצדדים, "עד יוצאת נפשו".

**בספרא (קדושים י) מדמה רבי יהודה הנשיא את מיתת החנק למיתה בידי שמים:**

***רבי אומר נאמרה מיתה בידי שמים ונאמרה מיתה בידי אדם מה מיתה האמורה בידי שמים שאין בה רושם אף מיתה האמורה בידי אדם מיתה שאין בה רושם, מכאן אמרו מצות הנחנקין היו משקעין אותו בזבל עד ארכובותיו ונותנין סודר קשה הרבה וכורך על צוארו זה מושך אצלו וזה מושך אצלו עד שנפשו יוצאת***

הסבר: השורש "מת" משמש גם למיתה בידי שמים וגם למיתה ע"י חניקה. השימוש המשותף בפועל מסמן לנו ששני צורות ההמתה שומרות על שלמות הגוף. הביטוי **"מיתה שאין בה רושם"** מבטא ככל הנראה אידיאל של המתה, מיתה שלא משאירה רושם בגוף ממש כמו מיתה בידי שמים שאדם מת במיטתו.

כל אלה מעידים על השאיפה לשמור על עקרון של שלמות הגוף**;** בחניקה זה בא ליידי ביטוי בצורה מפורשת, אך ניתן לראות עקרון זה בכל המיתות. המיתה היחידה שחכמים מוותרים על האידיאל הזה של שלמות הגוף היא **מיתת החרב** משום שלא ניתן לעשות זאת.

מה הקשר בין שלמות הגוף לכבוד האדם? איך יודעים שאופן הענישה קשור לכבוד האדם?

**מכילתא דרבי שמעון בר יוחאי פרק כא**

***מות יומת אין אנו יודעין במה תהא מיתתו שלזה ת"ל ואהבת לרעך כמוך (ויק' יט יח) ברור לו מיתה יפה והיזה זה? זה חנק.***

במשנה כתוב שבשל העקרון של 'ואהבת לרעך כמוך' ביצוע ההריגה של פושעים צריכה להיעשות בצורה של "מיתה יפה", דהיינו ע"י חניקה. המשמעות של "ואהבת לרעך כמוך" נוגע לכבוד האדם, מכאן שהשיקול של כבוד האדם הוא שיקול עיקרי, ולא רק שיקולים הנוגעים לצלם האדם.

* **תלייה:**
1. **עיצוב הלכת התליה**:
2. **דברים כ"א, כ"ב**

***וכי יהיה באיש חטא משפט מות והומת ותלית אתו על עץ (כג) לא תלין נבלתו על העץ כי קבור תקברנו ביום ההוא: (כג) כי קללת אלהים תלוי ולא תטמא את אדמתך אשר ה' א-להיך נתן לך נחלה***

**בתורה** מתואר מקרה של אדם שפשע ותולים אות גופו על העץ. כלומר, המטרה של התליה היא לא הריגה אלא אזהרה. יתרה מכך, התורה מזהירה מלהשאיר את גופו על העץ יותר מיום אחד שגופתו לא תטמא את הארץ, מאחר וזה לא רצוי בעייני אלוקים.

1. תוספתא ט, ו

***וכשתולין אותו אחד קושר ואחד מתיר כדי לקיים בו מצות תלייה:***

איך למדו חז"ל את הפסוקים?

1. **מדרש תנאים לדברים כ"א, כ"ג**

***(כג). "לא תלין נבלתו על העץ" שלא ישהה. אתה אומר שלא ישהה או לא תלין נבלתו על העץ כמשמעו? תלמוד לומר "כי קבור תקברנו ביום ההוא" הא (אם כך) מה תלמוד לומר "לא תלין נבלתו על העץ" שלא ישהה. מכאן אמרו: משהין אתו סמוך לשקיעת החמה וגומרין את דינו וממיתין אתו ואחר כך תולין אתו אחד קושר ואחד מתיר כדי לקיים בו מצות תלייה:***

המשנה מפרשת הלכה זו: המיתה הפופולרית ביותר באימפריה הרומית היא צליבה (סוג של תליה), כלומר ממסמרים את האדם לעץ בעודו מחיים ונותנים לו לדמם למוות. לעומת זאת, במשנה משתמשים בתלייה בצורה מצומצמת מאוד- נאמר שאדם אחד תולה את הגופה של הנאשם והשני מתיר אותה ישר לאחר מכן. מדוע? המשנה מפרשת את הפסוק "לא תלין נבלתו על העץ" – לא רק שאסור להשאיר את הגופה על העץ בלילה, אלא שאסור להשאירה על העץ בכלל. ולכן הם תולים את הגופה קרוב לשקיעה וישר מורידים אותה.

1. יוסף בן מתתיהו בקדמוניות היהודים ד, 265

*וירמוהו באבנים וישאר לראווה לעיני כל למשם יום שלם ובלילה ייקבר*

הסבר: יוסף בן ממתתיהו מפרש הלכה זו כפשוטה- לא להלין כל הלילה. **כלומר הוא מפרש את מצוות התליה אחרת.**

מה התכלית של התליה לפי פרשנות המשנה? דרשה נוספת על הביטוי "כי קללת א-להים תלוי" מעניקה רקע נוסף וטעם לכך שברגע שתולים את ההרוג מיד מורידים אותו;

1. תוספתא, סנהדרין, ט , ז

*היה ר' מאיר אומר: מה תלמוד לומר "כי קללת אלהים תלוי" לשני אחים תאומים דומין זה לזה אחד מלך על כל העולם כולו ואחד יצא לליסטייא (שוד) לאחר זמן נתפס זה שיצא לליסטיא והיו צולבין אותו על הצלב והיה כל עובר ושב אומר דומה שהמלך צלוב לכך נאמר "כי קללת אלהים תלוי":*

הסבר: מאחר והאדם נברא בצלם א-להים, הרי תלייתו היא כאילו תליית הא-ל. רעיון זה שהאדם של הידמות האדם לא-ל מביא לשיא את תפישת כבוד האדם אצל חז"ל.

**שיעור 11- 31/5/2022**

המבחן עבר להיות פתוח. שבוע הבא אין שיעור כנראה- יש יריד תעסוקתי (יישלח מייל). מלבד השיעור הזה יהיו עוד 3- נקדיש לספרות חז"ל ואז נדבר על השפעת המשפט העברי על משפט ישראלי (ימי הביניים לא הצלחנו להגיע במסגרת הקורס הזה).

## נמשיך את עניין כבוד **האדם** בענישה:

דיברנו בשיעור שעבר על עונש התלייה ועלתה שאלה: מה הסיפור של תלייה שמורידים ומעלים? זוהי שאלה יותר רחבה שעוסקת בסוג של פורמליזם של ספרות חז"ל- צריך לעשות את המצוות אפילו בצורה פורמלית. לא זה המקום להתייחס אליה פירוט- אבל ניתן להגיד שלפי המדרש הזה עונש התלייה לא יכול להתבצע- המצב הזה שיש פגיעה בצלם אלוקים של האדם שהתלייה פוגעת בו- לא יכולה להתממש. אז מה עושים בתורה? מענישים בתורה מינימלית שאינה לגמרי חסרת ערך- הדרישה המרכזית של התלייה היא למען יראו וייראו לפחות לאנשים שתולים, אבל כן יש משהו שהופך זאת למינימלי בגלל בעיית צלם האלוקים. במקרה הזה מכיוון שאפשר ליישם את זה- עושים את זה בצורה הכי מינימלית שאפשר. זה מנוגד לעין תחת עין ממון- ששם כן מבצעים. לתלייה יש משמעות מעשית כלשהי בניגוד לעין תחת עין (הוצאת איבר).

# עונש המלקות

נעבור כעת לעונש המלקות שמייחסים לכבוד האדם בענישה. כבר במקרא עצמו יש התייחסות לכבוד האדם בענישה, חז"ל מפתחים את זה אך הגרעין טמון בפסוקים עצמם:

**דברים כה,א-ג**

**א כִּי-יִהְיֶה רִיב בֵּין אֲנָשִׁים, וְנִגְּשׁוּ אֶל-הַמִּשְׁפָּט וּשְׁפָטוּם; וְהִצְדִּיקוּ, אֶת-הַצַּדִּיק, וְהִרְשִׁיעוּ, אֶת-הָרָשָׁע. ב וְהָיָה אִם-בִּן הַכּוֹת, הָרָשָׁע--וְהִפִּילוֹ הַשֹּׁפֵט וְהִכָּהוּ לְפָנָיו, כְּדֵי רִשְׁעָתוֹ בְּמִסְפָּר. ג אַרְבָּעִים יַכֶּנּוּ, לֹא יֹסִיף: פֶּן-יֹסִיף לְהַכֹּתוֹ עַל-אֵלֶּה מַכָּה רַבָּה, וְנִקְלָה אָחִיךָ לְעֵינֶיךָ. ד לֹא-תַחְסֹם שׁוֹר, בְּדִישׁוֹ. {ס}**

פה מגבילים את מספר המכות שמא יהיה קלון/בושה למוכה- המספר הוא 40 מלקות, ואסור אחד יותר מזה. יש חשש שהוא יגיע למצב גופני נורא ואיום שיכול לבייש ולכן יש להגביל את הענישה הזו. כאן אנו כבר רואים איזה ביטוי של כבוד אדם בענישה בהגבלה של הענישה על ידי התורה- היא מזהירה מהוספת מכות. "לא תחסום שור בדישו"- נחזור לזה אח"כ.

## נעבור כעת לחז"ל:

דיברנו על מצב שמישהו מתפרק מהמכות ומגיע למצב גופני מבזה. חז"ל מתייחסים לטרם ההתפרקות של המוכה. הסיטואציה של המכות היא קשה, והוא מגיע לעשיית צרכים -לא שולט על צרכיו מרוב פחד, ולהיבט הזה חז"ל מתייחסים.

**משנה, מכות ג, יד**

**נתקלקל בין ברעי בין במים, פטור. רבי יהודה אומר, האיש ברעי והאשה במים.**

רעי- צואה, מים- שתן. הכוונה היא שבין אם יוצא צואה/שתן- פוטרים אותו לפי דעה ראשונה- כלומר לא מכים אותו בגלל הביזוי שלו. רבי יהודה אומר- פוטרים את האיש בצואה, והאישה בשתן. הוא מבחין בין איש לאישה. רבי יהודה יותר מחמיר- משום שיש פטור בדעה הראשונה בין אם זה שתן ובין צואה. ממה המשנה לומדת? "ונקלה אחיך לעיניך"- אסור להביא לקלון אחיך ולכן פוטרים מעונש המלקות.

**בבלי מכות כג ע"א**

**"קלה בין בראשונה בין בשניה פוטרין אותו. נפסקה רצועה בשניה פוטרין אותו בראשונה אין פוטרין אותו "**

קלה- מקלון, הוא התבייש והכוונה להוצאת צרכיו. מה הכוונה ראשונה ושנייה? רש"י מפרש שראשונה- אם אני הרמתי את השוט והאדם עשה צרכיו לפני קבלת המכות הראשונות. מה זה שנייה? הכוונה היא שאחרי הכאה ראשונה ולפני הפעם השנייה הוא עשה צרכים ואז פוטרים אותו.

בשלב השני- נניח שהרצועה שבה מכים נקרעה, אז אומר המקור התנאי (הברייתה) בראשונה פוטרים ובשנייה לא. כלומר אם לפני ההכאה הראשונה לא פוטרים, ואם אחרי ההכאה הראשונה נקרעה הרצועה- פוטרים. למה? ברגע שהוכה פעם אחת הוא בעצם התבזה כבר, לאו בהכרח בצרכים. ההנחה של חז"ל זה שעשיית רצועה חדשה זה מכות חדשות. הוא כבר התבזה ולכן אין צורך לחכות שוב. יש פה הרחבה יש מושג הקלון- במשנה הביזוי היה עשיית צרכים, אך כאן זה מורחב להכאה עצמה שהיא מבזה, ולכן אין צורך בהלקאה נוספת. לעומת זאת אם עוד לא קיבלת מכה אחת, ולכן לא פטור.

**בבלי, כג ע"א**

**אמר שמואל כפתוהו ורץ מבית דין פטור**

הסיטואציה פה היא שקושרים אותו כדי להכותו, והוא מצליח להימלט. אז צריך לרדוף אחריו? אומר שמואל-לא. עצם ההעמדה בבית הדין הוא הביזוי וזה פוטר אותו. הנושא של הביוש מתרחב אף יותר- עצם העמדה והכפיתה מבזה. יש פה מהלך אחר מעניין- הביוש התחיל כסוג של פטור מהמכות, אך בנסיבות מסוימות הופך להיות עונש עצמאי משל עצמו- עונש הביוש. זה תהליך מעניין שההבנה היא שעונש המלקות עובר מפן פיזי שזה מהות הענישה הגופנית (=כאב) לבושה. ולכן מספיק לתת מכה אחת , או הטלת צרכים או כפיתה.

כל העניין הזה הוא משאב משפטי, על מנת לתת פטור לענישה גופנית.

# דין שמיים אצל חז"ל

חז"ל חיו בתודעה שלא הכל מונח על כתפיי בית הדין. כלומר, גם האל עושה משפט. זה נכון שיש מצווה לצגר פשיעה מהחברה, אך אם יש אילוצים או חשש שייפגע הצדק (הרשעת חפים מפשע), סותר כללים (התראה ודיני הראיות) אז זה יכול להיות נתון בידי האל. זוהי תפיסה שמצויה כבר במקרא, ואצל חז"ל היא רחבה יותר. דין שמיים נותן מענה מסוים לבעיות שנוצרו.

**תלמוד בבלי, כתובות ל ע"א-ע"ב**

**האמר רב יוסף, וכן תני רבי חייא: מיום שחרב בית המקדש, אף על פי שבטלו סנהדרין, ארבע מיתות לא בטלו; לא בטלו? הא בטלו להו! (הרי בטלו אותן) דין ארבע מיתות לא בטלו, מי שנתחייב סקילה - או נופל מן הגג או חיה דורסתו, ומי שנתחייב שריפה - או נופל בדליקה או נחש מכישו, ומי שנתחייב הריגה - או נמסר למלכות או ליסטים באין עליו, ומי שנתחייב חנק - או טובע בנהר או מת בסרונכי!**

מקור זה מדבר עלי ביטולו של עונש המוות, וכנגד זה אומרים חז"ל מה זאת אומר לא בטל? הכוונה שאין בית הדין שופט זאת אבל יש תוצאה למעשים של האדם- עונש מדין שמיים מדויק לעונש שהיה אמור לקבל מבית הדין. אומרים שדין 4 מיתות לא בטלו- אם מישהו חייב סקילה הוא ייפול מהגג או שחיה תדרוס אותו, כלומר עונש דומה לסקילה (=לפי פירוש חז"ל זה דחיפה מבניין גבוה, ואם עוד לא מת אחרי הדחיפה מפילים עליו אבן). אומרים פה שלמישהו אמור להיות דין שריפה- או שנשרף או נחש מכיש אותו, כלומר יש דמיון לצד של השריפה. ומי שהתחייב הריגה או שנמסר למלכות (כלומר המלכות שמולכת כרגע תהרוג אותו), או ששודדים הורגים אותו, ומי שהתחייב בחנק טובע או מת מבעיה בנשימה. דין שמיים הוא אלטרנטיבה יחסית מדויקת לביטולו של עונש המוות.

נלך לדיני ראיות ונתמקד בדין שמיים- ראינו מקרה שאדם ראה שני אנשים, שאחד רודף אחרי השני, נכנס לחורבה, ראה הרוג מפרפר ורוצח עם סכין מטפטפת דם. אין שני עדים או אפילו אחד למעשה- הכל נסיבתי. אז אומר רבי שמעון בן שטח שהסיטואציה מחייבת שהרודף הרג אותו, אך לא ניתן לעשות כלום, וכאן אנו רואים פתרון לבעיה ראייתית- דין שמיים. המקור הרלוונטי:

**תלמוד בבלי, סנהדרין לז ע"א**

**א"ר שמעון בן שטח אראה בנחמה אם לא ראיתי אחד שרץ אחר חבירו לחורבה ורצתי אחריו וראיתי סייף בידו ודמו מטפטף והרוג מפרפר ואמרתי לו רשע מי הרגו לזה או אני או אתה אבל מה אעשה שאין דמך מסור בידי שהרי אמרה תורה (דברים יז, ו) על פי שנים עדים יומת המת היודע מחשבות יפרע מאותו האיש שהרג את חבירו אמרו לא זזו משם עד שבא נחש והכישו ומת"**

**מכילתא דר"י ,כספא כ**

**ונקי אל תהרוג. הרי שיצא מבית דין חייב, ומצאו לו זכות לאחר מכאן, שומע אני יהא חייב?, תלמוד לומר ונקי אל תהרוג. - יכול כשם שיצא מבית דינך זכאי, כך יצא מבית דיני? תלמוד לומר" כי לא אצדיק רשע." – "וצדיק אל תהרוג." הרי שיצא מבית דין זכאי ואחר כך מצאו לו חובה, שומע אני יהא חייב? תלמוד לומר, "וצדיק אל תהרוג." - יכול כשם שיצא מבית דינך זכאי כך יצא מבית דיני? תלמוד לומר "כי לא אצדיק רשע;"**

הסבר: כאן אומרים – אם אדם יוצא מביה"ד חייב ואז יש ראיה חדשה לטובתו – אסור להרוג אותו, כי יכול להיות שהוא "נקי, חף מפשע. ולכן צריך לפתוח את הדין מחדש.

"יכול כשם שיצא..." – זה חלק חדש. ייתכן שהראיה החדשה לא נכונה והיא עלולה להטעות את השופטים. לכן התפיסה היא – "לא אצדיק רשע" – הקב"ה אומר, גם אם מבחינת הראיות הוא יזוכה בביה"ד, ה' לא בהכרח נצדיק אותו, ה' יוכל להרשיע אותו. ה' לא מחויב לראיות של ביה"ד. אם הוא רשע – הוא ייענש על ידי הקב"ה.

המשך ...

***מבית דין זכאי ואחר כך מצאו לו חובה, שומע אני יהא חייב? תלמוד לומר, "וצדיק אל תהרוג." - יכול כשם שיצא מבית דינך זכאי כך יצא מבית דיני? תלמוד לומר "כי לא אצדיק רשע;"***

הסבר: אדם יצא זכאי מביה"ד. אבל אח"כ יש ראיה לרעתו. האם נחזיר אותו? אם אדם יצא מביה"ד זכאי – לא מחזירים. קרי, מחזירים לזכות, ולא מחזירים לחובה. למה? כי מבחינת החברה הוא זכאי. זה עיקרון שכבר דיברנו עליו קודם במשנה.

* ההתייחסות החדשה פה היא דין שמיים. המקור מדגיש שבדין שמיים הכל הולך לפי הצדק. לא מעניינות הראיות ולא הכללים הדיוניים. זה עומד כנגד האילוצים הדיוניים.

**שמות כג, ז**

***נָקִי וְצַדִּיק אַל-תַּהֲרֹג, כִּי לֹא-אַצְדִּיק רָשָׁע***

הסבר: ה' אומר – אני לא אצדיק אדם רשע. גם אם אדם יצא זכאי אבל הוא רשע – ה' לא יצדיק אותו.

**במקרה זה, נאמר שהקב"ה ידון את העבריין לפי מעשיו ולא על פי הפרוצדורות שבהן מחויב בית הדין.**

\*המשפט לא נמסר לעם ישראל בלבד. יש מערכת משפט כפולה – דין אדם ודין שמיים. המערכות משלימות אחת את השנייה. לכן, לא רק שה' לא סומך על האילוצים הדיוניים והראיות (שגורמות לא פעם לעיוותים) – לכן הוא אומר: את העיוותים יתקן דין שמיים. המשפט הוא שותפות לדין שמיים ולא ניתנה במתנה. יש בעולם דיין שעושה דין.

**כלומר,** המקור הזה מדגיש שהכל הולך לפי הצדק בבית דין שמיים- לא מעניין הראיות או הכללים הדיוניים. אם רשע אז הוא רשע וזה יבוא בחשבון. בתחום של התורה – התורה ניתנה כמתנה לעם ישראל, והוא יכול לפעול בה כחפצו לפי כל כללי ההפעלה. לקב"ה אין מה לומר על התורה- היא מסורה ולא ניתן לבקש אותה שוב (תושב"ע). יש מצווה לשפוט אבל זה לא אומר שאין מערכת משפט אחרת- יש דין אדם ודין שמיים והם משלימים אחד את השני. האילוצים הדיוניים האלה במשפט העברי של אנשים גורמים לעיוותים שדין שמיים יתקן. השפיטה לא ניתנה כמתנה בניגוד לתורה.

## הסתייגות מהמעבר לדין שמיים

יש כמה מקורות שמצוי בהם עצב וצער שהמשפט האנושי בטל. חז"ל התייחסו לזה כדין מעציב:

**תוספתא סוטה טו,ז**

**משבטלה סנדרי בטל שיר מבית המשתאות וכי מה היתה סנהדרין מועלת להן לישראל אלא לענין שנ' ואם העלם יעלימו עם הארץ וגו' בראשונה כשהיה אדם חוטא כשהיה סנדרי קיימת נפרעין ממנו עכשיו ממנו ומקרוביו שנ' ושמתי אני את פני באיש ההוא ובמשפחתו וגו'**

הביטול של עונשי המוות ועונשי התורה, ושאין בית משפט לכאורה יש בעיה. לא הייתה שמחה יותר. מה הועילה הסנהדרין לישראל?

**ויקרא כ, ד-ה**

**ד וְאִם הַעְלֵם יַעְלִימוּ עַם הָאָרֶץ אֶת-עֵינֵיהֶם, מִן-הָאִישׁ הַהוּא, בְּתִתּוֹ מִזַּרְעוֹ, לַמֹּלֶךְ--לְבִלְתִּי, הָמִית אֹתוֹ. ה וְשַׂמְתִּי אֲנִי אֶת-פָּנַי בָּאִישׁ הַהוּא, וּבְמִשְׁפַּחְתּוֹ; וְהִכְרַתִּי אֹתוֹ וְאֵת כָּל-הַזֹּנִים אַחֲרָיו, לִזְנוֹת אַחֲרֵי הַמֹּלֶךְ--מִקֶּרֶב עַמָּם**

אם בני אדם לא ישפטו עובדי עבודה זרה במקרה הזה, ה' ישפוט. חז"ל אומרים שזה קשור- כשאדם חוטא, נפרעים ממנו. אך מאחר ואין סנהדרין נפרעים בדין שמיים לא רק מהחוטא אלא גם מקורביו. כל עוד היה דין אדם- הנענש היה רק החוטא בלבד, עם כל הכללים של הדיון. מה דינו של המשדל? לא נענש, אלא רק המבצע. לעומת זאת בדין שמיים- נפרעים מהחוטא ומשפחתו. למה משפחתו? לפי רבי שמעון בר יוחאי, זה בגלל שמשפחה מכפה על הפושע. הכתוב דיבר בהווה- כלומר ברוב המקרים. בדין אנושי לא מתעסקים כלל עם המשפחה, המשדל, המסייע וכולי. מתעסקים מספיק קשה עם המבצע. ולעומת זאת בדין שמיים מתעסקים עם כולם- הוא יותר חמור ולכן מצטערים על זה חז"ל.

נתייחס לעונש המלקות במאמר מוסגר תחת דין שמיים לצורך המשך הדיון:

עונש המלקות בענישה המקראית הוא גוף זר ומשונה. אנשים רבים בניהם ופתאום מכות, בדר"כ בסכסוכים בין אנשים אנחנו (בתורה) אין עונש על מכות. אם זה בעיה של כסף- פגיעה בבהמה- צריך לשלם. זה לא כסף או איבר או רצח. מה מכות עושות פה? איך הן משתלבות?

**דברים כה**

**א כִּי-יִהְיֶה רִיב בֵּין אֲנָשִׁים, וְנִגְּשׁוּ אֶל-הַמִּשְׁפָּט וּשְׁפָטוּם; וְהִצְדִּיקוּ, אֶת-הַצַּדִּיק, וְהִרְשִׁיעוּ, אֶת-הָרָשָׁע. ב וְהָיָה אִם-בִּן הַכּוֹת, הָרָשָׁע--וְהִפִּילוֹ הַשֹּׁפֵט וְהִכָּהוּ לְפָנָיו, כְּדֵי רִשְׁעָתוֹ בְּמִסְפָּר. ג אַרְבָּעִים יַכֶּנּוּ, לֹא יֹסִיף: פֶּן-יֹסִיף לְהַכֹּתוֹ עַל-אֵלֶּה מַכָּה רַבָּה, וְנִקְלָה אָחִיךָ לְעֵינֶיךָ. ד לֹא-תַחְסֹם שׁוֹר, בְּדִישׁוֹ. {ס}**

חז"ל הבינו באופן ברור שעניין המכות לא נוגע לבן אדם לחברו- למריבה בין אנשים. רדץ צבי הופמן- יש התייחסות לשני אנשים בריב, אחד מהם הוא העד ומישהו מעיד נגדו- העבריין והעד, אלו שני הרבים. כלומר מדובר בעבירה ולא בסכסוך בין אנשים. יש פה עבירה ואז ביהמ"ש מחליט.

**ספרי דברים פרשת כי תצא פיסקא רפו**

**יכול כל המורשעים לוקים? תלמוד לומר "והיה אם בן הכות הרשע" פעמים לוקה פעמים אינו לוקה. ועדין איני יודע אלו הם הלוקים. תלמוד לומר, "לא תחסום שור בדישו", מה חסימת שור מיוחדת מצות לא תעשה והרי הוא לוקה, כך כל מצות לא תעשה הרי הוא לוקה. או כל מצות לא תעשה, שיש בה קום עשה יהא לוקה? תלמוד לומר "לא תחסום שור". מה חסימת שור מיוחדת, שאין בה קום עשה והרי הוא לוקה, כך כל מצות לא תעשה שאין בה קום עשה הרי הוא לוקה.**

שואלת הדרשה- אולי עונש המלקות הוא עונש כללי על כל התורה? לא. למה? אם הוא חייב מכות מכים ואם לא אז לא, זאת אומרת שיש עבירות שלא מכים עליהן. מי בסוף מקבל מכות ומי לא? "לא תחסום שור בדישו"- פסוק שסמוך לפרשת המכות. כלומר יש פה מעין דין אחר לגמרי- דין שקשור לצער בעלי חיים. היו דשים את התבואה (מוציאים קליפות מהתבואה) על ידי שהשור דורך על התבואה ובכך מפריד את הגרעינים מהקליפות. הוא היה עושה את תהליך ההפרדה והיו אנשים שאמרו שנחסום לשור את הפה כדי שלא יאכל את הגרעינים. אומרים לנו בתורה שאסור לעשות את זה בגלל שזה צער בעלי חיים- הוא עובד בשבילך ולכן תן לו לאכול.

שיעור הבא נסביר איך זה קשור לעונש המלקות.

**שיעור 12- 14/6/2022**

נחתוך מהעניין של עונשים מחז"ל מפאת קוצר הזמן ונעבור ל:

# התרומה של המשפט העברי לעיצוב הדוקטרינה של זכויות אסירים במשפט הישראלי.

מאמר בעברית בעקבות תלונות על מאמר באנגלית- אינו יהיה למבחן אבל מאוד מאוד חשוב. למבחן עצמו יהיו חשובים הפס"דים והמצגות שהיו בשיעורים.

משפט מנהלי- מומלץ. העניין של זכויות אסירים: מי שמתמצא במשפט העברי יודע שיש לפן המשפט העברי חשיבות לזכויות אסירים. זה תמוה מאחר ואין עונש מאסר כעונש מקובל במשפט העברי, בקושי נותנים אותו, בדומה לענישה פרה-מודרני אחרת המשפט העברי לא שש לתת מאסר. זה לא עונש טבעי, יש עונשים כמו קנסות, ביוש וכולי שהם יותר קורים. ולכן יש שאלה:

איך המשפט העברי הופך להיות חשוב בהתפתחות זכויות מאסר- בתחום שלכאורה לא עוסק בו?

הדוקטרינה של זכויות אסירים- באופן עקרוני וחופף להרבה תחומים יש שלושה שלבים:

**.1** השלב הטרום דוקטרינרי (עד 1970): זכויות אסירים נידונו באמצעות ביקורת מנהלית על פעולת רשויות הכליאה. לעניינו בית סוהר כמוסד של מדינת ישראל כפוף לביקורת מנהלית של המדינה. כמעט שלא היה דיבור על נושא זכויות האסירים.

2. השלב הדוקטרינרי הטרום חוקתי (משנות ה70 -1992): בשלב זה גובשה הדוקטרינה של זכויות אסירים במלואה. לא היה שום צורך בשלב החוקתי, היה גיבוש לפניו. בגדול, לא היו זקוקים לפן החוקתי, עשו את כל העבודה ללא הפן החוקתי.

3. השלב החוקתי (מ1992 ואילך): בשלב הזה חלק מהזכויות של האסירים זכו לחיזוק והפכו לחוקתיות.

נחזור לשלב הראשון- עד 1970:

**בג"ץ 95/59 מנקס נ' נציב בתי הסוהר**

**השופט: ש"ז חשין:**

**"אין אנו קובעים את סדרי בית הסוהר. ולא לנו להתוות את הדרך כיצד ימלאו המשיבים (נציב בתי הסוהר) את תפקידם. בית משפט זה מצווה לעמוד על משמר זכויותיו של האזרח לבל יקופחו באורח שרירותי ע"י השלטונות המנהליים. כל עוד ממלאים אלה את הוראות החוק הכתוב, משתמשים כהלכה ובאורח סביר בשיקול הדעת הניתן להם ואינם מפלים בין אזרח לאזרח לא יראה בית משפט זה צורך לתת סעד למען הצדק.**"

כבר יש ריסון בחוסר ההתערבות. נשים לב שהוא מדבר על זכויות האזרח- ויש לזה משמעות גדולה: האסיר הוא אזרח. במאה ה-19 היה מושג של כלא ששווה מוות אזרחי באירופה, כשאסיר נכנס לכלא הוא מאבד את מעמדו האזרחי וזה בעצם "עונש מוות אזרחי", זוהי תפיסה אחרת מחשין. לפי חשין יש לאסיר את כל זכויות האזרח.

דבר שני, יש אזכור של עילות מנהליות. חשין תיאר את כל הסיפור במשפט אחד- רק העילות ולא אחרות- מהן?

1.דיני סמכות חייב להיות לפי חוק= כל פעולה של שלילת זכויות חייבת להיות על פי חוק.

2. סבירות- לפי המשפט האנגלי שהיה באותה התקופה, היה נוהג בישראל. חוסר סבירות היה לעשות דברים ללא טעם ובצורה מופרכת.

3.אפליה. הייתה תפיסה שהרשות המנהלית חייבת להיות עקבית ולהוביל לתוצאה דומה במקרים דומים.

עכשיו, מתי התחלנו לראות זכויות? מה קרה לגבי נושא הזכויות?

יש שני פס"דים חשובים שבהם אנו מתחילים לראות התעסקות בזכויות אסירים ותביעות מנהליות. העילות המנהליות מתחילות לחלץ את הזכויות:

1. **בג"ץ 144/74 רמי לבנה:**

**כאן גזרו את הזכויות דרך עילת הסבירות. יש זכויות שניטלות מן האסיר מעצם מאסרו. השמירה על זכויות אחרות מחייבת איזון עם האינטרסים של מערכת הכליאה. כל זכות שאיננה מביאה בהכרח להידרדרות במצב הבטחוני בכלא או להפרת הסדר, צריך לאפשר אותה.**

רמי לבנה היה איש תנועת מצפן, שהיא הייתה תנועה שמאלנית קיצונית בשנות ה-70. הנקודה שנשאלה בפס"ד היא האם ניתן להכניס ספרים הגות קומוניסטיים לכלא? ברור שלמנהל בית הכלא יש סמכות. מנהל הכלא אמר שהספרים יתסיסו את המצב בכלא, ויגרמו לאסון בין האסירים. השופט חיים כהן אמר שמה שאמר מנהל הכלא הוא לא סביר מבחינת שק"ד. למה? מכיוון שיש סוג של הנחת הנחות-> בלגן בכלא היא מתוך כמה הנחות, בפועל יש שיקולים של אסירים שהם יותר רלוונטיים ופחות מתוך הנחה. אדם בכלא יש זכויות אחרות ששונות מתנועה, חופש, ויש לשלול אותן מסיבה מוצדקת וסבירה. מה שעשה מנהל הכלא הוא חוסר איזון בין זכות האסיר לבין מצב תיאורטי בכלא. ולכן זה לא מוביל לאפשרות שלילה מראש.

* אנו רואים שיש קשר בין העילות המנהליות לסבירות. העילה מנהלית של סבירות שוקלת זכויות. זכויות מול אינטרס- הסבירות אמורה לאזן בניהם.
1. **בג"ץ 355/79 קטלן**

**כאן גזרו את הזכויות מעילת הסמכות. הנחת היסוד של הדיון כאן הוא בג"ץ בז'ראנו מראשית המדינה, הקובע שכל הפרה של זכות יסוד חייבת להיות מעוגנת בחוק או בתקנה. השופט ברק מבחין בין זכויות המופרות מעצם העונש של הכליאה שאינן צריכות הסמכה מיוחדת לשלילתן מעבר לקביעה בחוק העונשין שעבירה מסויימת דינה מאסר לבין זכויות שאינן מופרות מעצם המאסר שטעונות הסמכה בחוק או בתקנה.**

השאלה שעולה פה היא חוקן האסיר למען סיבות שקשורות לעניינים של אכיפת החוק, שמירת הסדר בכלא. ואז היה נוהל של ביצוע חוקן גם ללא רשות האסיר. הנוהל הזה לא היה בהסמכה, לא הייתה תקנה או חוק שאפשר אותו, אלא נוהל של שב"ס עשה כמאבק בהברחה של סמים לכלא. הנחת היסוד של הדיון בקטלן לפי ברק בפס"ד היא בג"ץ בז'רנו (פס"ד על חופש העיסוק, רישיונות נהיגה- כל פגיעה בזכות היא בעצם מחייבת הסמכה בחוק) אך מכיוון שאין הסמכה אין אפשרות לנהל את הנוהל הזה. על איזו זכויות מדובר פה? יש זכויות יסוד שחייבות להיות בחוק על מנת לפגוע בהם- לפני המהפכה החוקתית, כלומר ברק קורא להן זכויות שיפוטיות מאחר והן חלות גם כאשר המחוקק לא חוקק אותם. אלו זכויות שביהמ"ש עיגן אותן לפני שהמחוקק עיגן אותן. חקיקה של הכנסת יכולה לבטל במקרה מסוימת את הזכות השיפוטית.

ברק הבחין בין זכויות המופרות בגין כליאה שאינן צריכות הסמכה לבין זכויות שאינן מופרות מעצם המאסר וטעונות הסמכה בחוק/תקנה. כלומר, דרך הדיון בסמכות עושים את ההבחנה בין סוגי הזכויות. הזכויות הללו או שמוקנות לאסיר או שלפי חוק כנסת או תקנה ניתן לשלול אותן. הדוקטרינה מחלקת בין זכויות שהכרח נשללות לבין אלו שלא בכליאה. לגבי הזכויות האחרות שלא נשללות בהכרח עומדות לאסיר אלא אם כן בחוק/תקנה שוללים אותן.

ברק דיבר על 2 זכויות בפגיעה באסיר: שלמות גופנית וכבוד האדם. הוא לא הכליל אותן לכל הזכויות. השופט אלון הכליל את זה לכל הזכויות לפי פס"ד אחר- הוקמה: פגיעה בזכויות האסיר מדובר על כל הזכויות:

**בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים**

**השופט מנחם אלון:**

**כלל גדול בידינו, כי כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין.**

הרכיב השני של הדוקטרינה:

## נוסחת האיזון של זכויות האסיר מול האינטרסים של מערכת הכליאה

נגיד שיש אינטרס של מערכת הכליאה להגביל את הזכויות של האסירים- עד כמה ניתן להגביל את הזכויות? צריך לבנות איך הרשויות צריכות לאזן נכון בין שני הדברים.

**עע"א 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר**

**השופט מנחם אלון:**

**כללו של דבר. משמבקשים שלטונות בית הסוהר לפגוע בזכות מזכויותיו של האסיר, מטעמים של איזון בין זכות פלונית הנתונה לאסיר לבין חובת השלטונות למנוע הימנו את חופש התנועה ולשמור על צורכי הביטחון ובית הסוהר, לא יבואו לכלל פגיעה זו, אלא אם יש בידם הסבר והצדקה סבירים לכך, מטעמים של ביטחון הציבור וסדרי בית הסוהר, שהם ממונים עליהם ומידת הפגיעה ושיעורה לא יהיו גדולים מהדרוש וההכרחי מטעמים אלה.** **וכגודל הזכות הנפגעת כך גודל הנימוקים, הדרושים להצדקתה של פגיעה זו.**

מנהלי הכלא חייבים להגן על האסירים שיושבים בכלא וגם אלה שמחוץ לכלא- איפה זה עומד מול זכויות אסירים שאינן נשללו מעצם הכליאה?

זו השאלה המשפטית שעומדת פה. אלון אומר פה שהפגיעה תעשה רק בהסדר ובהצדקה שביטחון הציבור וסדר הכלא. חייב לנמק את השלילה באופן הגיוני. חייב להיות קשר בין האמצעי שננקט לתכלית. שלילת זכות מחייבת טעם רציונלי גם אם באה להגן על אינטרסים כמו ביטחון הציבור והמשך הסדר בכלא.

**בפס"ד דרוויש כהאן ואלון חושבים שכבוד האדם הוא מאוד חשוב, ובשביל להתגבר על כבוד האדם חייב להיות אינטרס קריטי שמחייב משיקולי ביטחון למנוע דברים מסוימים לאסירים אז זה מותר.** זה מה שפסק גם אלון בתמיר, וזוהי נוסחת האיזון.

****

**שלילת חופש התנועה היא מהות המאסר, אך ישנן עוד זכויות שנשללות עקב חופש התנועה כמו חופש העיסוק.**

עד כמה אנו נוטים להרחיב את הזכויות האחרות שנשללות עקב הכליאה. אדם רוצה טיפול רפואי אחר מרופא הכלא- נגיד לו שהוא בכלא ואין מה לעשות. היישום היה יכול להיות לקיחת הזכויות המורחבות ולהגיד שלא ניתן ליישם אותן בכלא ולכן נשללות מעצם הכליאה. אפשרות אחרת היא מצב שבו יש להכליל גם את הזכויות האלה במסגרת הזכויות שלא נשללות- כלומר זכות בת שנגזרת מכבוד האדם או שלמות הגוף. כמו זכות ההתייחדות בכלא שנגזרת מזכות בסיס של כבוד האדם ומהווה זכות בת.

יישום זה התעסקות עם מקרים חדשים ואז מה עושים עם זכויות שאינן יסודיות/בסיס? השאלה היא על זכויות שמעבר. ביהמ"ש יכול להגיד שכל הזכויות הללו לא מיושמות בכלא, וללכת בגישה מצמצמת. אבל אפשר ללכת בדרך של הרחבה לפי גישת אלון ולראות בזכויות משהו שהמערכת של הכליאה צריכה להשתדל לממש ולאפשר אותן.

הדרך של מדינת ישראל היא הרחבה מקסימלית- כך היה עד 1992 ואחרי המהפכה החוקתית עוד יותר. כל זכויות היסוד הן מהיבטים שעצם הכליאה פוגעת בזכויות היסוד, יש שלילה דרך נוסחת האיזון במקרה של אינטרסים מאוד חיוניים לשמירת ביטחון. מסגרת של כלא היא מסגרת של פגיעה בזכויות. אך יש דרישה למערכת הכליאה ליישם את הפגיעה המצומצמת כמה שניתן, גם תוך כדי השקעת כסף- דהיינו כסף הוא לא יהווה שיקול לפגיעה בזכויות.

העיקרון של אלון הוא עיקרון היסוד של הנורמליזציה, והיא נתינת חיים נורמליים ככל האפשר לאסיר. מודל ההשראה הוא המשפט הגרמני אך בהקשר ישראלי המשפט העברי חשוב גם הוא.

## מה התחדש בעידן החוקתי בתחום של זכויות אסירים?

לעניין החוקתי יש שתי השלכות בסיסיות:

**א. עד לחקיקת חוקי היסוד אפשר היה לשלול את זכויות האסירים בהוראה מפורשת בדין. לאחר חקיקתם הוראת חוק חדשה הייתה צריכה לעבור בחינה חוקתית, האם פוגעת בזכויות הנזכרות בחוקי היסוד ובמידה וכן האם עומדת במבחני פסקת ההגבלה.** אם קודם היה אפשר לפגוע בזכויות בחוק/תקנה, אחרי העניין החוקתי, כל חוק/תקנה חייבת לעבור ביקורת שיפוטית בשביל מתן אפשרות לפגיעה בזכות.

**ב. הפיכת חלק מזכויות האסירים לחוקתיות שינתה את נוסחת האיזון בינן לבין האינטרסים הציבוריים של מערכת הכליאה.** אם זכות לא הייתה יסודית והייתה כנגזרת מכבוד האדם, הזכות תהפוך למשקל גבוה וצריך טיעונים מאוד חזקים לשלילת הזכות:

"ואולם ככל שהזכות הנפגעת היא חשובה ומרכזית יותר, אף המשקל שיינתן לה במסגרת האיזון בינה לבין האינטרסים המנוגדים של הרשות, יהיה רב יותר. תפיסה זו הנחתה את פסיקתנו מאז ומעולם. בזמננו, לאחר שזכויות האדם במדינתנו עוגנו בחוקי יסוד בעלי מעמד חוקתי על-חוקי, חלה עלינו חובה מוגברת לדקדק, אף יותר מבעבר, בכיבוד זכויות האדם של אסירים..." **(השופט מצא, פרשת גולן: גולן היה אסיר שרצה לכתוב סיפורים מהכלא בעיתון, הכלא לא אהב את זה מאחר והוא יתחיל לראיין אסירים, פגיעה במידע של הכלא, ומצא אמר שזה אפשרי מבחינת הכלא ולכן הכלא צריך לאפשר לו את זה- מגולן נובע שככל שאתה יכול לתת זכות ללא פגיעה ביטחונית חמורה-> חייב לאפשר).**

נעבור לבחינת משפט עברי לגבי ליבת הדוקטרינה:

כל זכויות האדם נשמרות לאסיר מלבד הנשללות עקב פגיעה בחופש התנועה.

**בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים**

**השופט מנחם אלון:**

**"כלל גדול בידינו, כי כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין. שורשיו של כלל זה במורשת ישראל מקדמת דנא:**

**"על-פי האמור בדברים, כה ג: ,ונקלה אחיך לעיניך', קבעו חכמים כלל גדול בתורת הענישה העברית: ,משלקה - הרי הוא כאחיך' (משנה, מכות, ג, טו). וכלל גדול זה יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש, שאחיך ורעך הוא, וזכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו ועומדים לו"**

מורשת ישראל= משפט עברי. למה לא אומר ? במקרה שחסר פונים לעקרונות היושר והצדק של מורשת ישראל לפי חוק יסודות המשפט. הוא מתכוון משפט עברי גם במאמריו. המשנה המצויה כן היא המלקות שדיברנו עליהן בשיעור הקודם. הפרשה בתורה אומרת שלא להכות יותר מידי שמא יהיה לו קלון ולכן יש הגבלה של מספר המכות. חז"ל דורשים "ונקלה אחיך לעיניך"- המונח אחיך. מכנים אותו כל הזמן "רשע", אך אחרי הענישה הוא הופך להיות אחיך- כלומר העונש מכפר. אלון יודע שהמקור לא מתייחס לפחות לפי הדרשה לשמירת כבוד האדם של העבריין, אלא אחרי הענישה. אבל בא ואומר שהכלל הוא לא רק אחרי ריצוי העונש אלא גם בריצוי העונש עצמו- כלומר תוך כדי מתן העונש צריך לשמור על כבוד האדם. זה לא מאוד נובע מהמקור או מהדרשה אך ניתן לומר שאלון משלב בין הדרשה למקום בתורה. **אם נשלב פשט ודרש יחד יש את שני המובנים האלה של שמירה על זכויות ומניעת קלון אחרי ובזמן הענישה.**

**שיעור 13- 21/6/2022**

# המשך זכויות אסירים במשפט העברי לפי השופט אלון

דיברנו בשיעור הקודם על דוקטרינה של זכויות אסירים בצורה מלאה, והתחלנו לדבר על משפט עברי. אלון ייחס את הדוקטרינה והזכויות בתקופת המאסר (מלבד אלה שנשללות כמו חופש התנועה) מבוססות על המשפט העברי. ראינו מקור אחד של המכות. אלון מביא 5 מקורות שמהם הכלל נגזר, מקור נוסף הוא מהרמב"ם. במאמרו של המרצה יש פירוט לכל המקורות ומצויה ביקורת על הראיות מהם.

**רמב"ם, הלכות סנהדרין כד,ט-י**

**וכן יש לו לכפות ידים ורגלים ולאסור בבית האסורים ולדחוף ולסחוב על הארץ..**

 **כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו שהרי הוא דוחה את לא תעשה של דבריהם וכל שכן כבוד בני אברהם יצחק ויעקב המחזיקין בתורת האמת שיהיה זהיר שלא יהרס כבודם אלא להוסיף בכבוד המקום בלבד**

הוא מדבר על סמכות ביה"ד לתת עונשים- פיזיים, מאסר. אומר הרמב"ם שבאופן עקרוני יש סמכות להעניש גם ללא סמכות של עונשי התורה למען צורך השעה. הוא מסייג את זה- הוא מתייחס להלכה בספרות חז"ל שכבוד הבריות חשוב- יש איסור ללבישת שעטנז, ואם אדם לובש שעטנז הוא חייב לפשוט אותו אך **מכבוד הבריות** לא חייב- זה לא קשור לענישה אלא כבוד הבריאות באופן כללי. רמב"ם מביא את זה לתחום הענישה= חייב להיזהר בכבוד האדם והבריות ובייחוד בני ישראל, שאז צריך יותר להקפיד בכבודם. הוא מראה שבענישה על השופטים לגלות אנושיות וגמישות לפי הצורך ולא סתם. מה כבוד הבריות דוחה? מצוות דרבנן, ש גם דעה שזה דוחה דאורייתא, אך נפסק שזה דוחה דרבנן- זה כלל במצוות שלא קשור לענישה, הרמב"ם פשוט מייבא את זה לצורך מתן הענישה. זהו מקור יפה שמבטא כבוד אסירים בענישה שמביא השופט אלון בפס"ד תמיר.

השופט אלון מביא כל מיני מקורות, אך הסתכלות על הדוקטרינה מובילה למסקנה שיש יותר לדוקטרינה- היא לא מדברת על כבוד האדם בלבד אלא כל הזכויות. כל הזכויות שמורות לאסיר מלבד אלו שנלקחות עקב מאסר. ולכן המקורות שמדברים רק על כבוד האדם לא מגנות על כל הזכויות. מוצאים גם במדינות המשפט המקובל- ניסוחים של עקרונות שמופיעים בפס"דים שמדברים על שמירת זכויות של האסיר, ולכן ייחוס הדוקטרינה למשפט העברי הוא לא בלעדי.

המשפט האנגלי:

**R. v. Home Secretary (1994)**

**It is an axiom of our law that a convicted prisoner in spite of his imprisonment retains all civil rights which are not taken away expressly or by necessary implication.**

מדובר פה על אקסיומה ישנה של זכות אסירים שמוזכרת באנגליה.

המשפט האמריקאי:

**Coffin v. Reichard, 143 F.2d (1944)**

**A prisoner retains all the rights of an ordinary citizen except those expressly, or by necessary implication,
taken from him by law.**

אנו מדברים על גרעין הדוקטרינה ואנו רואים מקורות ממשפט אנגלי ואמריקאי. אז למה אלון נזקק כל כך למשפט העברי? אם הוא רוצה לדבר על כבוד האדם- בסדר, אז למה הוא מדבר על משפט עברי? יש משהו מעבר לדרך הרגילה של אלון והתבססותו על המשפט העברי. ב-1980 התקבל חוק יסודות המשפט.

## חוק יסודות המשפט תש"ם

**ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.**

מורשת ישראל היא ביטוי סתום במתכוון. הייתה מחלוקת על מהי המורשת. השופט אלון כמובן תמך בזה- ואמר שמדברים רק על חוק ולא פילוסופיה או יצירות ספרותיות. השופט אלון במובן הזה ראה במשפט העברי כלי שבאמצעותו השופטים יכולים לפתור בעיות שאינן פתירות- כמו שיש לאקונה. מדובר על מקרים שבאמצעות המשפט העברי נמצא פתרונות גם בהיעדר חקיקה מפורשת. דוגמה לשימוש בחוק היה בבג"ץ הוקמה שמדבר על זכות בחירה לאסירים. הנושא הזה היה נושא שנידון בביהמ"ש הרבה מאוד שנים, וביהמ"ש היה שוב ושוב מפנה את הנושא לחקיקת הכנסת. המדינה תמיד הייתה אומרת שאין הסדר, ואז המדינה העיזה לטעון יותר ואמרה שיש הסדר שלילי. בחוק הבחירות נאמר שכל אדם צריך לקבל אפשרות הצבעה ליד ביתו. כלא זה לא מקום מגורים. בחוק הוסדרה במהלך השנים, הצבעה של אנשים שלא יכולים להיות ליד מקום מגוריהם כמו חיילים. אך לא הוסדר אסירים, ואז המדינה טענה שמעצם זה שהחוק לא הסדיר אסירים, אז בעצם לא רוצים לתת להם אפשרות להצביע.

**בג"ץ הוקמה נ' שר הפנים (337/84)**

**עמדת המדינה: בחוק הבחירות נאמר שכל אזרח צריך להצביע בקלפי הסמוכה למקום מגוריו. בחוק הוסדרה הצבעתם הייחודית של חיילים, שוטרים, ימאים וסוחרים, אך לא של אסירים. מכאן צריך להסיק, שיש הסדר שלילי לגבי הצבעתם של אסירים, שאותה ביקש המחוקק שלא להסדיר.**

**השופט אלון מדגיש שזכות ההצבעה הכללית נקבעה בחוק יסוד הכנסת ואם היה רוצה המחוקק לשלול זאת מאסירים היה צריך לתקן את החוק ברוב של 61 כנדרש. מי שלא נעשה כן, אין כאן הסדר שלילי לגבי הצבעת אסירים אלא חוסר** **הסדר.**

**לקונה זאת, יש למלא על פי חוק יסודות המשפט מהמשפט העברי ולהעניק לכל אסיר את הזכויות שאינן נשללות ממנו בהכרח באמצעות עונש המאסר.**

הטענה נדחתה על ידי השופט אלון, מאחר שחוק יסוד הכנסת. זה חסר בחוק שאליו מופנה חוק היסודות, זכות הבחירה שהיא כללית לא מחריגה אסירים, ואם רוצים להחריג זה צריך להיעשות בחוק על ידי רוב של 61. אלון מביא את המשפט העברי ואומר שלכל האסירים הזכויות נשארות (מלבד חירות התנועה והזכויות שנפגעות מעם הכליאה)- ולכן יש לתת להם בחירה. זה נכון שהמשפט העברי אינו מקום מדויק לדוקטרינה אך ממנו אפשר להשלים את החסר, ובעצם לאדם נשמרות זכויות. זה נכון שנשללת התנועה והבחירה לא – אך לפי אלון זו לא זכות שנשללת מתוקף המאסר, ולכן אפשר להסיק שלאסיר זה משתמע שהבחירה גם תישלל.

# נוסחת האיזון

נוסחת האיזון מדברת על מקרים של זכויות שכן אמורות להיות נתונות לאסירים, אך יש מקרים שהזכויות יכולות להתנגש עם אינטרסים של מערכת הכליאה והציבור- בעיקר אינטרס הביטחון. ואז צריך להתמודד עם ההתנגשות- איך נאזן בין הזכויות של האסירים לאינטרסים האחרים?

נוסחת איזון של 3 חלקים: 1. רציונליות- השלילה של זכות האסירה צריכה להיות רציונלית ומתכתב מאוד עם העקרונות בעידן החוקתי. 2. לשמר מקסימום את הזכות ולתת אמצעי הכי פחות פוגעני בזכות. 3. ככל שהזכות יותר יסודית כך צריך בעצם אינטרס יותר קריטי כדי לפגוע בה- חייב פרופורציונליות בין האינטרס שבא להשיג לבין הפגיעה.

אלון מודה שכל הנוסחה הזו לא נובעת מהמשפט העברי. אבל טענתו היא שמבחינת התוכן זה כן מבוסס על המשפט העברי. לדוגמה ככל שהזכות היא יותר יסודית היא דורשת יותר הנמקה לפגיעה- מהי זכות יסודית? בעידן החוקתי ניתן לומר שמה שקיים בחוקי היסוד אך אז לא היו חוקי יסוד. אלון אומר שמה שהחברה והמשפט העברי הכיר כזכויות יסודיות, לדוגמה כבוד האדם כערך יסוד שנובע מהמשפט העברי. זוהי הזכות שבה אפשר לפגוע בנימוקים מאוד כבדים. ברור שזה גם מסתמך על ההקשר החברתי.

הפיכת הזכות הזו לדבר יסודי ביותר נשאב מהמשפט העברי לפי אלון, וזה הסיפור של תוכן: יש צורה ואנו ממלאים אותה עם התוכן שנובע מהמשפט העברי.

**המשפט העברי**

**המשפט האמריקני, קנדי והמשפט האירופי**

**תוכן**

**צורה**

**James v. Wallace, 382 F.Supp. 1177 (1974)**

**Consequently, in order for a prisoner to be deprived of the opportunity to undertake rehabilitative measures at his own initiative, the state must provide a rational justification for such deprivation.**

מדובר פה על נטילת חלק בפעילות שיקומית. השופטים אומרים שצריך הצדקה עבור נטילה של פעילות שיקומית, חייבת להיות הצדקה עניינית משום שמדובר על זכות שמאפשרת לאסיר בסופו של דבר לחזור לחברה.

נמשיך עם פס"ד אחר מפורסם אחר.

**PROCUNIER v. MARTINEZ, 416 U.S. 396**

**Applying the teachings of our prior decisions to the instant context, we hold that censorship of prisoner mail is justified if the following criteria are met… Second, the limitation of First Amendment freedoms must be no greater than is necessary or essential to the protection of the particular governmental interest involved..**

פה מדובר על צנזורה של דואר אסירים והפגיעה בזכותם לפרטיות. חופש הביטוי חייב להיות מוגבל בצורה הכי מינימלית של האסירים. ככל שהזכות יסודית יותר חייב להיות אינטרס קריטי יותר למען פגיעה בה. כבוד האדם במשפט הישראלי חייב להיפגע מתוך אינטרס ביטחוני.

פס"ד אירופי:

**The Sunday Times v UK, App no 6538/74, ECHR**

**The court here determined that there should be correspondence between the public interest (the pressing social need) and the interference of the authorities in the fulfilment of the basic right of freedom of expression and that this correspondence must be reflected in the reasons the authorities are given to this interference**

חייב להיות התאמה בין מה שבאים להשיג לבין מה שרוצים לשלול מבחינת העוצמה. אם מדובר באינטרס קריטי הוא יכול לשלול זכות יסוד. אם האינטרס פחות קריטי יכולה להיות פגיעה בזכות פחות יסודית.

**כבוד האדם-** השופט אלון מציב אותה הכי גבוה כזכות יסוד: **אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה אמר קרא (**[**ויקרא יט, יח**](https://he.wikisource.org/wiki/%D7%A7%D7%98%D7%92%D7%95%D7%A8%D7%99%D7%94%3A%D7%95%D7%99%D7%A7%D7%A8%D7%90_%D7%99%D7%98_%D7%99%D7%97)**) ואהבת לרעך כמוך ברור לו מיתה יפה (דיברנו עליו בשיעורים הקודמים, וזה כאן רק דוגמה).** ישנה אמנה שמדברת על אסירים- האמנה אושרה בשנות ה-90, ולכן ב-80 ולכן אלון לא השתמש בה כאסמכתא. גם פס"דים קנדיים שדיברו על כבוד האדם- לא מדובר על זכות אלא ערך שלאורו מפרשים את הזכויות. אלון רצה לתת לו ערך יותר חזק כזכות, ולכן השתמש במשפט העברי מתוך כוונה להשלמה על הזכות של כבוד האדם. בהקשר של המשפט הישראלי מקור ההשלמה הטבעי הוא המשפט העברי.

## לגביי היישום של הזכויות

דיברנו שאחד הדברים המעניינים של הדוק' הישראלית היא שיישום של זכויות אסירים אפשרה לתת לאסירים זכויות חדשות שנגזרות מהקודמות, והרחיבה מאוד את האפשרויות. היו יכולים להגיד שהרבה זכויות נשללות עקב הכליאה, אך המשפט הישראלי ניסה לתת לאסירים כמה שיותר זכויות- הרחבה של הזכויות. מאיפה זה בא?

בג"ץ 114/86 **וייל נ' מדינת ישראל** שהיה לקריאה, ואלון הסמיך את זה על ערי המקלט.

ערי המקלט כאמור הם עונש לרוצח בשגגה, שמדובר על אדם שגולה לעיר מקלט שהיא עיר נורמלית לכל דבר שגרים שם גם אנשים נורמליים ולא רק רוצחים, ושם חי חיים רגילים אך אסור לו לצאת מהמקלט. בעצם הגבלה על התנועה. הוא לא רק חי בחיים רגילים אלא גם חי בסביבה שיכולה לשקמו, אלון מביא את זה מרמב"ם:

**משנה תורה לרמב"ם, הל' רוצח ושמירת הנפש פ"ז,ז**

**עיר מקלט שרובה רצחנים - אינה קולטת, שנאמר: "ודיבר באזני זקני העיר ההיא את דבריו" (יהושע כ, ד), ולא ששוין דבריהם לדבריו. וכן עיר שאין בה זקנים - אינה קולטת, שנאמר: "זקני העיר ההיא**".

אם יש בתוך העיר הרבה רוצחים, לא ניתן לקלוט אליה עוד רוצח בשגגה. אלון לומד מזה עיקרון- חייבת להיות סביבה משקמת. וכן עיר ללא זקנים- ללא חכמים בתורה, זק"ן- זה קנה חוכמה כראשי תיבות לפי חז"ל.

**יישום הדוקטרינה של זכויות אסירים- בג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל**

**השופט מנחם אלון:**

**"עונש המאסר, כפי שהוא קבוע ומבוצע כיום, אין בו משום שלילת החירות בלבד; באות עמו ומתלוות אליו רעות רבות, מדכאות וחולות, שיש בהן משום ביזוי האדם, רמיסת כבודו והשחתת צלמו. ייתכן שיש לכך הצדקה מסוימת במקרה של אסיר המסכן באופן חמור את שלום הציבור אם יתהלך חופשי בתוכו, אך פרט למקרים כגון אלה עונש המאסר, כפי שהוא מבוצע למעשה, גם אם לפי החוק והנהלים, יש בו כדי לעורר דאגה קשה וחמורה, מבחינה חברתית ומצפונית, ואין בהצהרות הפסיקתיות בדבר זכויות יסוד השמורות בידי האסיר כדי להועיל ולשנות ממציאות עגומה זו. הרעיון והדיונים הגלומים בעונש שלילת החירות של האסיר-הגולה בעיר המקלט מהווים דוגמה של מאסר בתורת ענישה אידילית (=מופתית), שטוב לשאוף אליה, גם אם לא נראה באופק הסיכוי להגשמתה במציאותה של החברה בימינו."**

צריך להבין מה עושה השופט אלון. לכאורה ערי מקלט זהו עונש שיקומי- לקחת אדם למציאות חדשה ומנותקת מהסביבה הישנה שלו. יש תפיסה אבולוניסטית שאומרת שאנחנו בעצם לא רוצים ענישה פלילית כעונש אלא כשיקום. התפיסה הזו לא מקובלת בישראל- כמובן שזה אחד מהשיקולים של הכלא, אך לא שיקול גובר וחשוב. התפיסה של המחוקק הישראלי שונה, הגנה על החברה, הרתעה. הנושא של ענישה שהיא שיקום לא כל-כך נמצא במשפט הישראל. אז איך השופט אלון רוצה לייבא את הרעיון השיקומי של ערי משקלט במשפט הישראלי?

השופט אלון בעצם לוקח את ערי מקלט כעיקרון משפטי שניתן ליישם בכלא. המשפט הישראלי אין לו ערי מקלט והעונש השגרתי זה כלא, אז מה ערי מקלט עוזרים? **הם מביאים עיקרון משפטי- עד כמה שאפשר צריך לנסות לשמור על חייו הנורמליים של האסיר-** לתת לו את כל הזכויות ואת האפשרות להשתלב בחברה. ברור שיש היבטים של הזכויות נשללות, ואין מה לעשות. המחוקק קבע את העונש והשופטים כפופים להחלטותיו, אך מה שנון הקונספט של ערי מקלט הוא עיקרון משפטי ברמה של "איך ניראה את עונש המאסר? מה העקרונות שינחו את עונש הכליאה?" אלון אומר שהאידיאל שבעזרתו נעצב את חיי הכלא הוא עיקרון של שמירה על מהלך חיים נורמלי: לאפשר לו לקיים פעילות שתעזור לו לחזור לחברה, לא לדכא אותו אלא כמה שיותר להצמיח בכלא. זהו עיקרון שעוזר ליישם את הקביעה של המחוקק.

**עקרון הנורמליזציה שמנחם אלון ביקש לשאוב מהמשפט העברי מופיע כבר בחוק המאסר במשפט הגרמני ב1976. לאחר שנאמר שם שמטרת הכליאה היא חברות מחדש של האסיר שמזה נגזר עיקרון הנורמליזציה. מציג החוק קווים מנחים להתייחסות של רשויות הכליאה לאסירים. הראשון שבהם קובע:**

 **Life in prison should, as far as possible, reflect the general relationships of the outside world**

למה אילון לא יכול היה לקחת מהחוק הגרמני ישירות? נסיבות היסטוריות ידועות (שואה), נדיר שבתי משפט בישראל גוזרים ממשפט גרמני, עניין נוסף הוא שעיקרון הנורמליזציה הייתה מטרה של עונש המאסר שלא קיים במשפט הישראלי, הדרך של אילון ליישם את השיקום היא דרך המשפט הישראלי בהטמעה, וזה הפך לדבר רווח בעידן החוקתי

**מנחם אלון לא התייחס כאמור לחוק הגרמני אלא בחר לבסס את עקרון הנורמליזציה על המשפט העברי בלבד.**

**המבחן:**

המבחן יהיה די דומה לעבודה- כלומר יהיה לכתוב על 3 נושאים מתוכם 2. תהיה הגבלת כתיבה- צריך להבין מה העיקר. יהיו שאלות יותר חופשיות. יהיה מקרה של עתירת אסיר על סמך פס"דים, יהיה צורך להתייחס הרבה למקורות משפט עברי. המבחן יהיה לפי מה שלמדנו בכיתה- כל פסדים שדיברנו עליהם בכיתה.

עניין 1- חשוב ללמוד את כל הנושאים ולא לדלג. השאלות כוללות את כל הנושאים ברובן- אלו שאלות רוחביות.

עניין 2- המבחן בתומקס. המבחן הוא שעתיים וצריך להדפיס את החומרים. המבחן לא ארוך ומלחיץ. צריך לעבוד חכם ואם משהו לא קופץ לראש יש לכתוב את התשובה בלעדיי הדבר הזה ואחרי כך אם יש זמן לחזור.

עניין 3- מבחינת החומרים לקריאה: הוא יעדכן מה נכלל ומה לא.

עניין 4- הוא ישתדל להעלות שאלות לדוגמה.