**ענישה פלילית במשפט העברי/ ד"ר שובל שופט**

**ענישה פלילית במקרא**

למה שמשפטנים ילמדו משפט עברי?

1. מעניק עומק ופרספקטיבה ללימוד המשפט המודרני. דרך הלימוד אפשר להבין כיצד התפתחו מושגי יסוד.
2. המשפט העברי הוא חלק ממקורות היצירה של המשפט הישראלי, כפי שמופיע בחוק יסודות המשפט.

"חוקי חמורבי" הם קודקס חוקי מזרח קדום, וגילו דמיון משמעותי בינם לבין החוקים של המקרא. ניתן לראות מספר דוגמאות לדמיון בין החוקים:

* עין תחת עין- המקרא בספר שמות כ"א, מביא מקרה בו אנשים פגעו באישה הרה וגרמו להפלת העובר. במידה ולא קרה דבר לאישה ("ולא יהיה אסון"), יש לשלם לה פיצוי כספי. אולם אם האישה נהרגה או נפגעה באיבר, יש להעניש את מי שפגע בה לפי "עין תחת עין".

בחוקי חמורבי 196-197 נאמר שאם אדם השחית את עין רעהו, יש להשחית את עיניו, וכן אם אדם הכה את שיני רעהו יש להכות את שיניו.

* שור שנגח שור- לפי המקרא בספר שמות כ"א, אם שור נגח שור והשור מת, יש למכור את השור החי וגם את השור המת, ולחצות את הכסף.

בחוקי אשנונה 53 נאמר שאם שור נגח שור והמיתו, יש לחצות את שווי השור החי ושווי השור המת.

* שור שנגח אדם- בשמות כ"א מתוארים שלושה סוגים של מקרים:
1. שור תם- בעל השור לא ידע שהשור בעייתי. צריך להרוג את השור ואסור להנות ממנו, ובעל השור נקי.
2. שור מועד- שור שבעליו ידע שהוא בעייתי ומסוכן, ולכן יש עונש מוות לשור ולבעלים. אולם, יש אפשרות לבעל השור לשלם כופר ולהינצל ממיתה.
3. עבד- אם השור נגח עבד, יש להרוג את השור, ובעל השור צריך לשלם פיצוי לאדון העבד.

בחוקי חמורבי 250-252, אם שור תם נגח, אין עונש, אך אם השור מועד יש לשלם פיצוי של חצי מנה כסף, ואם השור נגח עבד יש לשלם שליש מנה כסף. אמנם העונש שונה מהמקרא, אך המקרים דומים.

לצד הדמיונות, יש הבדלים מהותיים בין החוק המקראי לחוקי המזרח הקדום:

* ענישה מידה כנגד מידה- בחוק המקראי, ענישת מידה כנגד מידה היא **רק** כנגד העבריין, ואין עונשי מיתה על רשלנות. לעומת זאת, בחוקי חמורבי אם אדם בנה בית וגרם למותו של בנו של בעל הבית, **בנו של הבנאי** יומת ולא הבנאי עצמו.
* ענישה בעבירות חמורות- בחוק המקראי בעבירות חמורות כמו גילוי עריות, העונש הוא מוות ואין פטור. אסור לקחת כופר או כל פתרון אחר מלבד עונש מוות. לעומת זאת, בחוקי חמורבי, אם אשת איש נמצאת שוכבת עם איש אחר, הבעל רשאי לסלוח לה.
* עבירות רכוש- בחוק המקראי אין עונש מוות על עבירות רכוש. לעומת זאת, לפי חוק חמורבי אם אדם שדד, הוא יומת.
* עבירות על חיות- בחוק המקראי העונש מוטל על החיות. לעומת זאת, בחוק חמורבי במקרה של שור מועד רק הבעל משלם ואין עונש שמוטל על השור.

משה גרינברג במאמרו מציין 2 הבדלים משמעותיים בין החוק המקראי לחוקי המזרח הקדום:

1. לא ניתן למחול על עבירות חמורות- בחוקי המזרח הקדום המחוקק הוא המלך. אמנם הוא קיבל הרשאה מהאל, אך הוא מדבר בשם עצמו. לעומת זאת, המחוקק בתורה הוא הקב"ה, וכל החוקים נאמרו בשמו. לכן, גם חטאים שהם בין אדם לחברו הם חטאים כלפי ה', ולכן בני אדם לא יכולים למחול עליהם או לשלם כופר.
2. ערך חיי אדם- הערך של חיי אדם במקרא הוא עליון, שכן האדם נברא בצלם אלוקים. משכך, להרוג אדם זה פגיעה בצלם אלוקים. לכן בחוק המקראי, אין עונש מיתה על עבירות שאינן מהותיות או חמורות.

המקרא וקבצי החוק במזרח הקדום:

* חוקי אור נאמו- מאה 21 לפנה"ס, בעיר אור. כתובים בכתב יתדות בשפה האכדית.
* חוקי ליפית אישתר- מאה 20 לפנה"ס, מהעיר איסין. כתב יתדות, שומרית.
* חוקי אשנונה- מאה ה19-20 לפנה"ס, בממלכת אשנונה. כתובים בכתב יתדות ובשפה האכדית.
* חוקי חמורבי- מאה 18 לפנה"ס, באזור בבל. כתובים בשפה האכדית.
* חוקי החתים- מאה 13-14 לפנה"ס, התגלו בטורקיה של היום.
* חוקי אשור- מאה ה-12 לפנה"ס, נכתב בכתב ידות באכדית.
* חוקי המקרא- לכל המוקדם במאה ה-12 לפנה"ס.

כאמור, ניתן למצוא דמיון בין חוקי המקרא לחוקי המזרח הקדום, למרות שיש פערי זמן משמעותיים ופערי מקום. בהתחלה כשגילו את הממצאים חשבו שחוקי המקרא הם עיבוד של החוקים הקדומים. רק אח"כ הבינו שלא כך, ושיש שוני גדול בין החוקים. אולם עדיין יש דמיון בין החוקים, כיצד ניתן להסביר זאת?

יש הטוענים שאין הרבה דמיון ורק נראה לנו שהחוקים דומים. לדעת ד"ר שופט טענה זו מעלה קושי, שכן רואים דמיון ספרותי ורואים בממצאים טקסטורה דומה. לכן לטענתו כנראה מדובר במסורות שונות שהסתובבו והיו נהוגות, ולכן השפיעו גם מאות שנים לאחר מכן. הצעה נוספת היא שאברהם אבינו הגיע מבבל, וייתכן ולקח את מסורות חוקי המזרח וכנגדם חוקי המקרא עוצבו.

**תכליות הענישה במקרא**

במשפט הפלילי המודרני ניתן למצוא ארבע תכליות ענישה: גמול, הרתעה, שיקום והגנה על החברה.

ניתן למצוא במקרא חלק מתכליות הענישה הללו:

* גמול- בספר ויקרא כ"ד כתוב "ואיש כי ייתן מום בעמיתו כאשר עשה, **כן יעשה לו**". ניתן לראות שיש תפיסה של מידה כנגד מידה. אדם שנתן מום בחברו יקבל את גמולו בחזרה.
* הרתעה- התורה בספר דברים י"ז מדברת על זקן ממקרא- אדם חכם שלא מקשיב לשאר המנהיגים, ומורה לציבור הלכה שמנוגדת להלכה הפסוקה על דעת עצמו. בתורה כתוב "ומת האיש ההוא... וכל העם **ישמעו ויראו**". יש כאן עניין של הרתעה לא לעשות כמוהו, שכן מצב כזה מערער את החברה ומאיים על לכידות החברה.
* הגנה על החברה- עבודה זרה גורמת להשחתת החברה מכיוון שזה מסית את החברה ממקומה הנכון, ולכן צריך לבער את הע"ז וכל מי שעושה זאת. המתת אנשים שעובדים ע"ז הכרחית, כי הם יכולים לקלקל את החברה ולהעניש אותה. בפסוקים כתוב "ובערת הרע מקרבך" (דברים י"ז), כלומר יש להגן על החברה באמצעות עונש מוות וביעור הרע.

לענישה במקרא יש גם תכליות דתיות:

* כפרת הארץ- התפיסה היא שהחטא גורם לטומאת הארץ, וחברה שעושה חטאים אלו אינה יכולה להתקיים. דוגמאות לכך הן דור המבול והפיכת סדום. רואים התייחסות לכך שהארץ לא מסוגלת לשאת חטאים מסוימים. באמצעות הענישה, מנקים את הלכלוך של החטא.
1. שפיכות דמים- בספר במדבר ל"ה כתוב "ולא תיקחו כופר לנפש רוצח... כי מות יומת". התורה מזהירה לא לקחת כסף מהרוצחים על אף שהדבר יותר תועלתני. כשאדם רוצח הוא מפר את האיזון, ולכן יש להרוג אותו כדי להחזיר את האיזון. אם אדם רצח בשוגג עליו לגלות לעיר מקלט, וגם ממנו אסור לקחת כופר. מעבר לכך, התורה כותבת "ולא תטמא את הארץ". יש דרישה לא לרצוח, כי ה' שוכן בארץ והרצח מטמאת את הארץ.
2. גילוי עריות- בתורה יש רשימה של ביאות האסורות, ודרישה לא לעשות מעשים אלו, מכיוון שכך הגויים עשו וכתוצאה מכך הארץ נטמאה והקיאה את העמים האלה מתוכה ("אל תטמאו בכל אלה, כי בכל אלה נטמאו הגויים"). פרשת העריות מחולקת לאיסורים ואח"כ לעונשים. לאחר פירוט העונשים, התורה כותבת "ושמרתם את כל חוקתי ואת כל משפטי... ולא תקיא אתכם הארץ" (ויקרא כ'). ניתן להבין שיש דרישה לשמור ולהעניש את מי שעובר על העבירות הללו, ולא רק לשמור ולא לעשות את העבירות. אם עמ"י לא יענישו כמו שצריך הם יצאו לגלות.
* מניעת חרון אף ה' על ישראל- התפיסה היא בכך שאנו מענישים בדין מטה, אנו מונעים פורענות ודין שמיים שהוא גרוע יותר. הפסוק על חרון אף ה' מוזכר בהקשר שעמ"י עבדו ע"ז והחלו לזנות אל בנות מואב ("ויחר אף ה' בישראל").

**מאפיינים ייחודיים של הענישה המקראית**

**הענשת חיות**

בספר שמות כ"א מדובר על שור תם (לא מסוכן) שבמידה והוא הורג אדם השור יסקל, אך לבעל השור אין אחריות פלילית או נזיקית, שכן לא היה ניתן לצפות את התנהגות השור. לעומת זאת, אם השור מועד (ידוע שהוא נגחן) והוא המית אדם, השור וגם בעליו יסקל, מכיוון שהבעלים ידעו על התנהגות השור והיו צריכים לשמור עליו (עם זאת, בעל השור יכול לשלם כופר וכך הוא לא ימות, אך השור עדיין יסקל). לעומת זאת, בחוקי חמורבי 250-251, אם מדובר בשור תם שהרג אדם, אין עונש כלל, ובשור מועד בעל השור צריך לשלם פיצוי, אך לא הורגים את השור. הם מסתכלים על הסיטואציה כתאונה ולא כמקרה פלילי.

ניתן לראות את הרעיון של גרינברג של ערך חיי האדם מיושם כאן. בספר בראשית ט', כתוב "שופך דם האדם באדם דמו ישפך, כי בצלם אלוקים עשה את האדם". חייבים להעניש את השור בכל מקרה שהוא הורג אדם, מכיוון שהאדם נברא בצלם אלוקים, ומדובר בדרגת בריאה שונה מחיות. זוהי אחת הראיות של גרינברג לכך שכשמדובר בחיי אדם, גם בבית דין של מטה החיה צריכה להיענש.

הדיון המקראי של עונש מוות לחיות מופיע גם בהקשר של משכב בהמה. בספר ויקרא כ', כתוב שבמידה ואדם מקיים יחסים עם בהמה, יש להרוג את השור ואת האיש. בחוקי החיתים 187, אם אדם מקיים יחסים עם בהמה, יש להרוג את האדם אך לא את הבהמה.

יש שני דברים שמטמאים את הארץ- שור שהרג ומשכב בהמה. בהקשר של שור שהרג ההסבר של גרינברג ממצה, כי מדובר בחיי אדם. אך מדוע הורגים את הבמה בהקשר של עריות? במה היא חטאה? לכך יש 3 הסברים:

1. טומאת הארץ- יש חשיבות לכך שהגורמים המעורבים בחטא ישלמו את המחיר, בין אם מדובר בחיה או באדם. כך יש סוג של כפרה ומחיקת החטא. הבעיה היא שהבהמה לא חטאה, אלא האדם.
2. נטייה של החיה- האדם קלקל את הבהמה כתוצאה מהמעשה. זה עלול להפוך להרגל של החיה אם היא תישאר בחיים וכך היא תהפוך למושחתת. הבעיה היא שהאדם לא נענש והוא יכול לעשות זאת שוב.
3. כבוד האדם- הורגים את הבהמה כדי שלא יהיה לאדם גנאי כל הזמן אם היא תישאר בחיים.

**מיתה בידי הא-ל**

יש שני סוגים של ענישה בידי הא-ל:

1. כרת
2. מיתה בידי שמים

נראה שיש הבדל ביניהם מכיוון שהמקרא מבדיל ביניהם. ההבדל לא ברור, אך ניתן להניח שעונש כרת יותר חמור גם לפי הלשון שהמקרא משתמש "והכרתי אותו מקרב עמו" (ויקרא כ', א'-ה'), וגם מכיוון שעונש כרת ניתן על עבירות יותר חמורות. אמנם עבירה שיש עליה עונש מיתה מכל סוג היא עבירה חמורה, אך אם מצטרף לעונש גם עונש כרת, ניתן להבין שמדובר בעבירה חמורה. כשיש עונש כרת המיתה היא כפולה, ולכן העבירה יותר חמורה, לעומת עבירות שיש עליהן מיתה בידי שמיים. בנוסף, כרת מבחינה מילולית פירושו שהאדם נכרת מהעם.

כת מדבר יהודה לא פרשו את כרת כעונש בידי שמים, אלא כעונש של גירוש ונידוי. עם זאת, המקרא אומר בבירור שעונש כרת הוא עונש בידי שמיים.

**מעברים בין דין אדם לדין שמים**

לפעמים ניתן לראות מעברים בין דין אדם לדין שמים ולהיפך. בעבירות בין אדם למקום העבירה היא כלפי שמים, ולכן גם העונש הוא בידי שמים. עם זאת, יש עבירות שניתן למצוא עונש בידי אדם למרות שהעבירה היא כנגד ה', למשל ע"ז. אך אם יש עבירה שהיא בין אדם לחברו, לרוב העונש יהיה רק בידי אדם. למשל, בעבירות רצח העונש הוא מוות בידי אדם.

דוגמה למעבר מדין אדם לדין שמים: עבירת ה"מולך" היא דרך מסוימת של ע"ז, ע"י הקרבת ילדים בין שתי מדורות של אש. בספר ויקרא כ', מתואר שהעונש הוא בידי אדם, ויש להרוג את מי שמעביר למולך. אולם, במידה והאדם לא מעניש את החוטאים, יש ענישה בידי שמים. אם הענישה היא בידי אדם, העונש הוא רק למי שעבר את העבירה. אך אם הענישה היא בידי שמים, מענישים את עובר העבירה וגם את משפחתו. חז"ל אמרו שיש הנחת יסוד שהמשפחה אחראית, מעורבת בחטא בצורה מסוימת ומנסה לכפר עליו, ולכן יש להרוג גם אותם.

דוגמה למעבר מדין שמים לדין אדם: בספר במדבר כ"ה, מסופר על בלעם שרצה לקלל את עמ"י ובסוף יצא שהוא בירך אותם. מיד לאחר מכן מסופר על נפילה קשה של עמ"י- עמ"י זונים אל בנות מואב, מתערבבים בגויים ועוסקים בע"ז (זו גם הסיבה לאיסור של נישואי תערובת). ה' אומר למשה לקחת את ראשי העם ולהוקיע את החוטאים כנגד השמש (כנראה לתלות אותם). ה' אומר למשה שאם יעשו את הדין עם החוטאים יסור חרון אף ה'. אחד מהעם פונה למשה ושואל אותו אם יש איסור על נישואי תערובת, כיצד הוא התחתן עם מדיינית, והעם נבוך מהשאלה. לאחר מכן מספור שפנחס בן אהרון הורג את זמרי (ראש שבט שמעון) מכיוון שהיה עם אישה מואבית, וכך נעצרת המגפה שהרגה 24 אלף איש.

ניתן לראות שיש תבנית של ענישה בידי שמים שמענישה את העם באופן כללי, אך כדי למתן את העונש אפשר לעשות משפט אנושי. הדין האנושי יכול להיות משפט פלילי וגם מעשה של קנאות. פנחס לא עשה משפט מסודר, אלא קם והרג.

כשיש מעבר לדין שמים אין צורך בראיות, וכן הענישה לא תלויה ברצונם הטוב (או רע) של בני אדם. מנגד, כשיש מעבר לענישה בידי אדם הענישה פחות פוגענית, היא ספציפית ומידתית (רק לאדם שעבר את העבירה, ולא למשפחה), וחרון אף ה' יכול להיעצר גם בענישה חלקית. יש צורך בענישה כפולה כי לענישה בידי שמים יש את הקצב שלה, ולא ניתן לדעת בדיוק מתי היא תקרה. ענישה בידי שמים מראה לנו שלא הכל תלוי באדם, אך מצד שני יש חשיבות למערכת החוק.

**עקרונות הענישה במקרא**

1. **עבירות חמורות מחייבות עונש**

לא ניתן להמיר את העונש בעבירות חמורות בכופר או למחול עליהן. בספר ויקרא כ' כתוב שאם איש נואף אשת איש, לשניהם יש עונש מוות. לעומת זאת, בחוקי חמורבי 129, אם אשת איש נמצאת שוכבת עם איש אחר, יש להוציא אותם להורג, אולם הבעל רשאי למחול לאשתו וכן מלך רשאי למחול למשרתו. מדוע במקרא יש גישה כ"כ מחמירה?

בראשית ל"ט: יוסף נמכר לפוטיפר, ואשת פוטיפר ניסתה לשכנע את יוסף להיות איתה. יוסף אומר לה שפוטיפר סומך עליו, אך כשהוא מתאר את החטא הוא לא מתאר אותו כלפי פוטיפר, אלא "וחטאתי לאלוקים". המקרא מגלה דרך הסיפור של יוסף, שניאוף הוא חטא כלפי אלוקים ולא כלפי הבעל, ולכן אין אופציה שהבעל ימחל על החטא.

במדבר ל"ה: מתואר בפסוקים שאסור לקחת כופר מאדם שרצח, וכן אסור לקחת כופר מרוצח בשגגה והוא חייב לגלות לעיר מקלט. ההנמקה היא שרצח גורם לטומאת הארץ, ולכן אין אפשרות לכפר על הרצח אלא במעשה שמחזיר את האיזון. רצח נתפס כדבר שמערער את החיים ולכן אין אפשרות לעשות "עסקה" לכפר על הרצח.

לעומת זאת, בחוק האשורי נאמר שרוצח יכול להינצל ממות אם ימסור בני אדם אחרים כמו עבדו, בנו, אשתו או אחיו תחת הדם, או "לרחוץ את הדם" או "לפצות את הנהרג".

לפי גרינברג, ה' הוא המחוקק ולכן כל דבר הופך להיות חטא כלפיו שלא ניתן למחול עליו. זהו עקרון כללי.

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

דברים כ"ד: "לא ימותו אבות על בנים ובנים לא ימותו על אבות, איש בחטאו יומת". ניתן לראות יישום של כלל זה בסיפור של יואש שלא הרג את כל משפחת רוצחי אביו, ומשבחים אותו על כך.

בתרבות של המזרח הקדום יש תופעה הפוכה. בחוקי חמורבי כתוב שאם בנאי בנה בית לא יציב, והבית התמוטט והרג את בעל הבית- הבנאי יומת. אך אם הבית התמוטט וגרם למותו של בנו של בעל הבית, בנו של הבנאי יומת. יש כאן עקרון של מידה כנגד מידה, והוא גובר על עקרון האשמה.

שמות כ"א: במידה ושור תם נגח אדם וגרם למותו, צריך להרוג את השור. אך אם השור מועד, וגרם למותו של אדם, השור יסקל ויש להרוג גם את האיש. בעל השור התנהג ברשלנות ולא שמר עליו מספיק טוב ולכן יש לו עונש מוות. עם זאת, מכיוון שמדובר ברשלנות ולא ברצח בכוונה, הבעלים יכולים לשלם כופר במקום עונש מוות. מעבר לכך, המקרא מדגיש "כמשפט הזה יעשה לו"- בעל השור הוא זה שיקבל את העונש, ולא ילדיו.

במשפט העברי, אונס נחשב כעבירה חמורה. עם זאת, יש הפרדה ברמה הערכית-מוסרית, לבין הרמה של המשפט הפלילי. קשה לדעת כיצד להעניש, כי לא כ"כ ברור מה המצב. ההלכה מתקשה להתעסק בנזק נפשי, וייתכן שיש נזק גופני (ובמידה ובעקבות האונס האישה לא בתולה יש השלכה ממונית). אם מדובר באונס של אישה נשואה או מאורסת אפשר להעביר את העבירה למישור של גילוי עריות, אך קשה להתמודד עם אונס כשלעצמו.

דברים כ"ב: אם אדם אנס אישה בתולה, האנס צריך להביא לאבי הנערה 50 כסף ולקחת את הנערה לאישה. כנראה שיש כאן פיצוי לאב על בתולי בתו. האישה לא חייבת להתחתן אתו אם היא לא רוצה, אך היא עכשיו נחשבת ברמה נמוכה יותר, שכן ייתכן ואף אחד אחר לא ירצה להתחתן איתה. זה עלול להרוס לה את החיים, ולכן האנס צריך לקחת אחריות על המעשים שלו ולקחת אותה לאישה ולפרנס אותה, והוא לא יכול להתחמק מאחריות.

בחוקי אשור 53 נאמר שאם אדם אנס את בתו הבתולה של אדם אחר, אבי הנערה צריך לקחת את אשת האנס ולגרום לה להיאנס, והיא לא תחזור לבעלה. מעבר לכך, האב רשאי לתת את בתו האנוסה לאנס. אם לאנס אין אישה, עליו לשלם פיצוי כספי, לשאת את הנערה שאנס ואסור לו לגרש אותה. אם האב אינו רוצה בנישואין, האנס צריך לתת לאב שווי כספי.

ניתן לראות כיצד בחוקי אשור לוקחים את עקרון האשמה ומידה כנגד מידה עד הקצה, לעומת המקרא שדוחה גישה זו. לפי המקרא, כשאין עקרון של אשמה, ענישת מידה כנגד מידה נתפסת כעוול.

1. **עונש מוות מוטל רק על עבירות חמורות**

במקרא מטילים עונש מוות על רצח, גילוי עריות ועבירות חמורות, אך לא על עבירות רכוש שבהן העונש הוא פיצוי כספי.

שמות כ"א: "כי יגנוב איש שור או שה... חמישה בקר ישלם תחת השור, וארבע צאן תחת השה"- לא צריך לשלם את שווי הבהמה, אלא יש מחיר קבוע.

בחוקי חמורבי, אם אדם שדד והוא נתפס, מוטל עליו עונש מוות.

בשמות כ"ב, יש מקרה מיוחד של "בא במחתרת". אם גנב נמצא חותר במחתרת (בלילה, כדי שלא יראו אותו), ובעל הבית מנסה להבריח אותו ותוך כדי הורג אותו, "אין לו דמים", כלומר הדבר לא נחשב כרצח. אך אם המעשה היה קורה באור יום, אסור להרוג את הגנב, ואם כן הדבר נחשב כשפיכת דמים. במצב של גניבה ביום, הגנב צריך לשלם קנס גדול עבור הגניבה. ניתן לראות כאן אפשרות שהגנב יומת, וההרג לגיטימי ולכן לא ממיתים את ההורג. הדבר מקביל לחוק דרומי הקיים בארץ. המצב דומה ל"הבא להורגך השקם להורגו". יש הנחה שאם גנב פועל בלילה, הוא יהיה מוכן להרוג.

**סוגי העונשים במקרא**

* מיתה- עונש מיתה בעבירות חמורות. סוגי המיתה כוללים סקילה, שריפה וחרב. חרב מופיע גם בהקשר של מוות בתוך מלחמה, וגם בהקשר של עיר נידחת- עיר שלמה שעובדת ע"ז, ולכן צריך להרוג את כל תושבי העיר בחרב.
* תליה- מעשה שעושים לאחר ההוצאה להורג "למען יראו וייראו".
* מידה כנגד מידה- יש שלושה אופנים למידה כנגד מידה:
1. האיבר של הפוגע כנגד האיבר של הנפגע (שמות כ"א).
2. האיבר שעשה את העבירה נענש. משלמים באותו איבר שפגע (דברים כ"ה).
3. "כאשר זמם"- עדים שמעידים עדות שקר, וכתוצאה מעדותם יש תוצאות של עונש כספי או עונש מוות. העונש של עדים זוממים הוא "ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו". אם רצו להטיל עונש מוות הורגים אותו, אם רצו להטיל מכות מכים אותו, וכו'. זהו עונש מידה כנגד מידה חריג (דברים י"ט).
* גלות- אדם שרצח בשגגה צריך לגלות לעיר מקלט עד למות הכהן גדול. ייתכן והגלות היא לא עונש, אלא הגנה מפני גואל הדם. לפי המקרא, אחד מבני משפחת הנרצח יכול לרדוף ולהרוג את הרוצח, ולכן הרוצח בשגגה צריך לברוח ולגלות לעיר מקלט, שם אסור להרוג אותו. עיר מקלט רלוונטית גם לגבי רוצחים שלא בטוחים מה דינם.
* מכות- עונש המכות מופיע לראשונה בספר דברים, ומתואר על ריב בין אנשים ומרשיעים את הרשע וצריך לתת לו עונש של 40 מכות. הבעיה בעונש המכות היא שלכאורה אין לו מקום מוגדר, כי סכסוך בין אנשים יכול להיות כמה מצבים- אם מדובר ברצח, העונש הוא מוות, אם מדובר בחיסרון איבר העונש הוא מידה כנגד מידה, ואם הסכסוך הוא ממוני גם העונש הוא ממוני. לכן חז"ל אמרו שמדובר על עבירות בין אדם למקום, אך פירוש זה קשה מאחר ובפס' כתוב "כי יהיה ריב בין אנשים". יש פירוש המשלב את דברי חז"ל ואומר שהפסוק מדבר על עדים זוממים, מכיוון שהמונח ריב לא מתייחס רק למריבה בין אנשים, אלא להליך משפטי.
* קנס- תשלום ספציפי שניתן כעונש, החורג מפיצוי על הנזק. בדר"כ בעבירות רכוש.

**ראיות הנחוצות לענישה הפלילית**

**עדים**

במדבר ל"ה: "כל מכה נפש לפי עדים ירצח את הרוצח ועד אחד לא יענה בנפש למות"- עד אחד אינו מספיק כדי להרשיע רוצח. גישה זו אינה מקובלת בגישות משפט אחרות.

דברים י"ז: "על פי שנים עדים או שלושה עדים יומת המת, לא יומת על פי עד אחד. יד העדים תהיה בו בראשונה להמיתו"- על כל סוגי העבירות שעונשם מוות יש צורך בשני עדים. מעבר לכך, העדים הם אלה שמוציאים לפועל את עונש המוות ולכן צריך לוודא שהם באמת צודקים לגבי העדות.

דברים י"ט: "לא יקום עד אחד באיש לכל עוון"- הרחבת הדרישה של שני עדים לכל סוגי העבירות, וגם בדיני ממונות. ברק ארז אומרת שדרישה זו נועדה לתת מענה לחשש מפני עדות שקר.

**ראיות פיסיות**

בספר דברים כ"ב, מתואר מצב של "מוציא שם רע"- אדם שהתחתן ואח"כ לא רוצה את אשתו. אמנם הוא יכול לגרש אותה אך זה מורכב, ולכן מעליל עלילת שווא. האדם אומר שהנערה לא הייתה בתולה כשהם התחתנו. במצב כזה, הורי הנערה "מוציאים את הבתולים" לזקני העיר כדי להוכיח שהנערה הייתה בתולה בשעת החתונה. האב מביא את הסדין מליל הכלולות כדי להוכיח זאת. העונש של האיש הוא ייסורים, פיצוי של מאה כסף לאבי הנערה, והוא לא יכול לגרשה.

**הודאה**

הודאה במשפט הישראלי נחשבת כראיה חזקה שניתן להרשיע על פיה. לעומת זאת, במשפט העברי הודאה לא מופיעה אך יש כמה סיפורים. בספר שמואל ב', שאול המלך ובנו יהונתן נלחמים נגד הפלישתים, ומתים במלחמה. נער עמלקי מגיע לדוד כדי להודיע לו על מותם ומביא את החפצים של שאול לדוד, והמשמעות היא שדוד הופך להיות המלך. דוד שואל את הנער כיצד הוא יודע שהם מתו, והנער אומר ששאול לא היה מסוגל להרוג את עצמו ולכן פנה לנער וביקש ממנו להרוג אותו. דוד שואל אותו כיצד הוא העז לעשות דבר כזה ולהרוג את משיח ה', ועל בסיס הודאתו של הנער הוא הורג אותו.

ייתכן והסיפור אינו אמיתי, והנער לקח את החפצים המלכותיים כי הוא חשב שדוד יפצה אותו כי מות שאול גרם לדוד להיות המלך. אך מיתתו הייתה ללא משפט של בי"ד, אלא דוד עשה בהתאם לסמכותו כמלך.

**ראיות נסיבתיות ליסוד הנפשי**

המקרא אינו מדבר על ראיות נסיבתיות כקבילות מלבד מקרה אחד. בספר במדבר מסופר על רוצח בשגגה. צריך לדעת כיצד עושים את ההבחנה בין רוצח במזיד לרוצח בשגגה, כי אם אדם רצח בשגגה הוא גולה ליר מקלט, אך אם אדם רצח במזיד יש לו עונש מוות (ובמידה ואין עדים יש את גואל הדם).

המקרא בספר במדבר ל"ה, מביא מספר קריטריונים להבחנה בין שוגג למזיד. אם אדם בא למישהו בשנאה או באיבה והורג אותו, צריך להרוג את הרוצח. אך אם הדבר קרה בפתאומיות ללא רקע של סכסוך ביניהם, כנראה שהרצח לא היה בכוונה. קריטריון שני הוא העניין של ההתכוננות, ולזה שני היבטים:

1. מארב- מראה שהאדם רוצה לפגוע ואף רוצה להרוג.
2. כוונה- האם האדם זרק דבר בכוונה או שההשלכה הייתה בטעות.

במצב של רצח בשגגה או כשאין עדים, עושים מעין משפט פרטי. גואל הדם רוצה להרוג את הרוצח, ולכן הרוצח צריך לגלות לעיר מקלט. התפקיד של הציבור הוא להביא את הרוצח בשגגה לעיר מקלט. ברירת המחדל היא שרוצח נכנס לעיר מקלט עד שיתברר משפטו. במידה ומסתבר שהוא רצח במזיד, מוציאים אותו והורגים אותו.

הראיות הנסיבתיות אינן משמשות להרשעה, אלא רק להכרעה האם מדובר ברוצח בשוגג או במזיד. הראיות הנסיבתיות יכולות לתת את הפריווילגיה של עיר מקלט, אך לא ניתן לחייב על פיהן מיתת בית דין.

**ענישה פלילית בספרות חז"ל**

המדרשים של חז"ל מנסים לחבר בין הטקסט הכתוב לחוק. התפישה של חכמים הייתה שהמסורות שבידם אינן פירושים שהתפתחו בדורות מאוחרים, אלא זהו הפירוש שניתן לעמ"י בהר סיני. קראו למסורות האלו "תורה שבע"פ"- פירושים ומסורות שלא נכתבו, אלא הועברו בע"פ מדור לדור. היה אסור לכתוב את המסורות, אולם עם השנים הותר לכתוב אותן.

**ביטול עונש המוות**

עונש המוות הוא ה"גיבור" של העונשים במקרא, והוא מוטל בעיקר על עבירות כמו גילוי עריות וגם עבודה זרה.

מוצאים לא מעט מקורות שבסביבות חורבן בית המקדש הפסיקו להטיל עונש מוות והוא מפסיק להיות עונש פיקטיבי.

ירושלמי סנהדרין א': 40 שנה לפני חורבן הבית הפסיקו להטיל דיני נפשות. בימי שמעון בן שטח הפסיקו להטיל עונש על דיני ממונות. ככל הנראה הכוונה היא שהפסיקו לדון דין תורה בדיני ממונות, והחלו באופן שיטתי לעשות פשרה. ר' שמעון בן יוחאי אומר שטוב שאין לנו חכם שידון בכך כיום.

בבלי סנהדרין נ"ב: בדברים י"ז כתוב "ובאת אל הכהנים הלווים ואל השופט אשר יהיה בימים ההם". לומדים שבזמן שיש כהן יש משפט, ובזמן שאין כהן אין משפט ולכן לא דנים דיני נפשות. אמנם הפשט של הפס' הוא שהכהנים הם אלה שישפטו את העם מכיוון שאין להם שדות שהם צריכים לטפל בהם, אך חז"ל דרשו את הפס' שפעילות הסנהדרין תלויה בביהמ"ק.

בבלי ע"ז, ח': 40 שנה לפני חורבן בית המקדש, הסנהדרין לא ישבה במקומה הרגיל בלשכת הגזית, אלא בחנות. המשמעות ההלכתית של המעבר היא שלא דנו יותר דיני נפשות. ראו שהרוצחים רבו ולא יכלו לדון אותם, ולכן אמרו שעדיף שיגלו למקום אחר כדי שלא יהיו חייבים לדון. יש כאן תפיסה מעניינת- דווקא בשל ריבוי הפשיעה העדיפו לא לדון. המקום הוא זה שנותן לסנהדרין את האפשרות לדון דיני נפשות, ולכן הגלות ממנו לא מאפשרת להם לדון.

המקור הזה מסביר למה הפסיקו לדון לפני חורבן המקדש, לעומת המקור לפניו האומר שהפסיקו לדון רק בחורבן.

משנה מכות א': עונש המוות כנראה היה העונש הנדיר ביותר. המשנה אומרת שסנהדרין שמוציאה להורג אחת בשבוע (7 שנים) נקראת חובלנית (=אלימה). ר' אלעזר בן עזריה אומר שגם אם היא הורגת אחת ל-70 שנה היא נקראת חובלנית. ר' טרפון ור' עקיבא אמרו שאילו הם היו בסנהדרין לא היה נהרג אדם מעולם. רשב"ג אומר שהעמדה הזו היא לא מידה טובה, כי יש הפרזה מוגזמת לכיוון של חוסר רצון להטיל עונש מוות, וכתוצאה מכך רוצחים יסתובבו חופשי.

**מגבלות עונש המוות**

**מגבלות מבחינת הראיות**

במקרא הדרישה היא שיהיו שני עדים, גם במשפט פלילי אך גם בחיוב ממוני. חז"ל הרחיבו דרישה זו.

משנה סנהדרין ד': לפני שהעדים היו מעידים, היה טקס אזהרה שלם. היו מכניסים את העדים ומאיימים עליהם שמא הם אומרים את העדות מתוך הנחה שכך קרה (אומד), עדות מפי השמועה (שמיעת קול), עד מפי עד או עד מפי אדם נאמן, או שמא הם לא יודעים שיש דרישה וחקירה. בחקירת עדים שואלים אותם שאלות הכרחיות ובסיסיות על האירוע, למשל, זמן, מקום, סוג עבירה וכו'. אם העדים לא יודעים לענות על השאלות הללו או שיש סתירה, העדות נופלת. מעבר לכך, היו אומרים לעדים שדיני נפשות אינו דומה לדיני ממונות, כי אם אדם מעיד עדות שקר בדיני ממונות הוא יכול להחזיר כסף למי שהעיד עליו ומתכפר לו. אולם בדיני נפשות, אם הורגים אדם כתוצאה מעדות שקר, לא ניתן להחזיר אותו. זו הריגת הדם שלו, אך גם של הצאצאים שלו שלא נולדו, והם תלויים בעדות שקר עד סוף העולם. כשקין הרג את הבל נאמר "דמי אחיך צועקים"- בלשון רבים, לבטא את הרצח של צאצאיו. האדם נברא יחידי כדי ללמד שאם הורגים אדם אחד, הורגים עולם שלם. לאחר שהעדים שומעים את כל האזהרות ייתכן ולא ירצו להעיד, אך יש חיוב שאם אדם ראה מקרה שמחייב עדות, הוא מחויב להעיד.

בבלי סנהדרין ל"ז: הגמרא מסבירה מה זה "מאומד" ומביאה מצב שרואים אדם רץ אחרי אחר לחורבה, וכשהגיע הוא מצא את האדם עם חרב מלאת דם, והאדם השני גוסס. על מצב כזה אסור להעיד, כי האדם לא ראה את המעשה עצמו.

במשפט העברי יש את הכלל "אין אדם משים עצמו רשע", כלומר, כשאדם מעיד על עצמו שעשה מעשה רע המחייב עונש מוות, אין לו נאמנות ויש דרישה של שני עדים. לעומת זאת, בדיני ממונות כן מקבלים עדות של אדם על עצמו, מכיוון שהעונש הוא לתת את שווי הדבר, והדבר נחשב כמתנה. גישה זו שונה מהמשפט הישראלי, לפיו הודאת נאשם חשובה.

מגבלה נוספת היא שאם העדים סותרים את עצמם ואפילו בפרטים קטנים, העדות לא מתקבלת. כאמור, חקירות הן שאלות שבלעדיהן לא תתכן הרשעה, שכן ספק שעד יודע על מה הוא מדבר אם הוא לא יודע ענייני חקירה. בדיקות הן שאלות שנראות משמעותיות לבי"ד, אך זה תלוי במדיניות של השופט. השאלות של הבדיקות לא קבועות.

משנה סנהדרין ה': כל המרבה בבדיקות, הרי זה משובח. הדיינים צריכים לשאול הרבה שאלות כדי לבדוק את נאמנות העדים. מסופר שריב"ז בדק "בעוקצי תאנים", כלומר לאיזה כיוון מופנה התאנה. המשנה אומרת שההבדל בין חקירות לבדיקות הוא שאם אדם לא יודע לענות לגבי חקירה עדותו בטלה, אך אם הוא לא יודע לענות לגבי בדיקות עדותו קיימת. אולם גם בחקירות וגם בבדיקות, אם העדים מכחישים זה את זה עדותם בטלה.

לסיכום, ניתן לראות שלושה מגבלות ראייתיות בדיני נפשות:

1. רק עדות של המעשה עצמו קבילה.
2. הודאת נאשם אינה קבילה כי "אין אדם משים עצמו רשע".
3. העדות פסולה אם העדים סותרים זה את זה.

**הדרישות הדיוניות**

משנה סנהדרין ד': גם בדיני ממונות וגם בדיני נפשות יש דרישה של חקירות ובדיקות שכן כתוב "משפט אחד יהיה לכם". המשנה מונה רשימה של הבדלים בין דיני ממונות לדיני נפשות:

* בדיני ממונות צריך 3 דיינים, ואילו בדיני נפשות צריך 23 דיינים.
* בדיני ממונות ניתן לפתוח את הדיון המשפטי בין לזכות ובין לחובה. בדיני נפשות חייבים לפתוח בזכותו של הנאשם.
* בדיני ממונות מטים בין לזכות ובין לחובה ע"פ רוב של דיין אחד. לעומת זאת, בדיני נפשות מטים לזכות ע"פ דיין אחד, אך כדי להטות לחובה יש דרישת רוב של שני דיינים.
* אם מתחדשת ראייה, בדיני ממונות מחזירים בין לזכות ובין לחובה, אך בדיני נפשות מחזירים רק לזכות.
* בדיני ממונות כל תלמידי הדיינים יכולים להעלות טיעונים לחובה או לזכות. בדיני נפשות, כולם יכולים ללמד זכות, אך לא כולם יכולים ללמד חובה.
* בדיני ממונות אם אדם לימד זכות הוא יכול ללמד לחובה, ולהפך. בדיני נפשות מי שלימד חובה יכול להתהפך, אך מי שלימד זכות אינו יכול לחזור וללמד חובה.
* אפשר לסיים את הדיון בדיני ממונות באותו היום ולהכריע בלילה. דיני נפשות אסור לדון בלילה, ואם זיכו את הנאשם מסיימים את הדיון באותו היום, אך אם לחובה מחכים עד ליום שלמחרת להכרעה.
* בדיני ממונות הדיין הגדול ביותר פותח בהכרעת הדין. בדיני נפשות, מתחילים עם הדיינים הקטנים כדי שהדיין הגדול לא ישפיע על טענתם.

בספר שמות כ"ג כתוב "ונקי וצדיק אל תהרג". התלמוד הבבלי בסנהדרין ל"ג לומד מאותו פסוק שאם דינו של אדם יצא לחובה, אך יש לאדם ללמד עליו זכות מחזירים אותו, שכן כתוב "נקי אל תהרוג". מאותו הפסוק לומדים שאם אדם יצא זכאי, לא מחזירים אותו, שכן כתוב "צדיק אל תהרוג". ברגע שאדם יצא זכאי מביה"ד, יש הטלת זיכוי על האדם ולכן אין עניין להתחיל לעורר על זה. התפיסה היא שהמשפט הוא לא רק הליך ניטרלי, אלא יש השגחה על האדם.

משנה סנהדרין ו': בית הסקילה היה ליד ביה"ד, כך אם רגע לפני הסקילה אדם יבוא ללמד על העבריין זכות, יחזירו אותו לביה"ד. גם אם הנאשם אומר שיש לו ללמד על עצמו זכות, מחזירים אותו אפילו 4-5 פעמים, ובתנאי שיש בדבריו ממש. אם אדם יוצא חובה, מכריזים שהוא הולך להיסקל, כך כל מי שיודע ללמד עליו זכות יבוא להעיד עליו.

משנה סנהדרין ה': לאחר שהעד הראשון מעיד, מכניסים את השני ובודקים שעדותו תקינה ושהעדים לא סותרים זה את זה, ומתחילים בדיון. אם אחד העדים אומר שהוא רוצה ללמד זכות או אחד התלמידים אומר שהוא רוצה ללמד חובה, משתיקים את שניהם. העד הוא לא דיין ויש לו תפקיד אחר, ולכן הוא לא יכול לשחק בכובע של דיין. אך אם אחד התלמידים רוצה ללמד עליו זכות, מעלים אותו ומושיבים אותו בין הדיינים ולא מורידים אותו כל היום. זה נותן לתלמידים תמריץ ללמד זכות, כי זה כבוד לתלמיד לשבת בין הדיינים, וזה אף יכול להביא חשיבה רעננה לדיינים.

משנה סנהדרין ד': בדיני נפשות מסיימים את הדין באותו יום לזכות, אך לחובה הכרעת הדין תהיה רק יום אחרי כי הדיינים צריכים לישון על זה לילה שלם. יש כלל שלא לגרום לעינוי דין- ביה"ד צריך להכריע כמה שיותר מהר.

משנה סנהדרין ה': אם הנאשם נמצא חייב, היו מעבירים את הכרעת הדין ליום שאחרי. הדיינים היו יושבים בזוגות, ממעיטים במאכל וכל הלילה היו יושבים וחוקרים את העבירה כדי לנסות למצוא זכות על האדם.

סנהדרין ד', ב': שאלות שקשורות לדיני טומאה וטהרה מתחילים מהדיין שהכי בקיא. דינים אלו מסובכים והנחת היסוד היא שמי שלא מספיק בקיא לא ידע לענות. לעומת זאת, בדיני נפשות מתחילים מהצד- הדיינים הקטנים והחדשים. היו עושים זאת כדי שהדיינים הגדולים לא יהיו דומיננטיים ולא ייצרו השתקה של דעות הקטנים.

הדרישות הדיוניות הנזכרות במשנה לגבי דיני נפשות הן משני סוגים:

1. דרישות הבאות להעניק כובד ראש מיוחד לדיון הנוגע בחיי העבריין.
2. דרישות הבאות לצמצם את האפשרות של עונש מוות.

**דרישת ההתראה**

התראה היא דרישה שאדם יהיה מודע למה שהוא עושה, והוא יודע שהוא מתחייב בעונש מוות אם הוא מבצע את העבירה. העדים צריכים להזהיר את העבריין לפני עשיית העבירה שהעונש הוא מוות, והעבריין צריך לדעת שהוא ייענש ולהסכים. אם יש אזהרה בלי שהעבריין אומר שהוא מתכוון, או אם הייתה עבירה בלי התראה, לא ניתן להטיל עונש מוות.

תוספתא סנהדרין פרק י"א: העדים חייבים להזהיר את העבריין שהוא יקבל עונש מוות, ור' יוסי בר יהודה אומר שאף חייבים לדייק באיזה עונש מוות ייענש. אם העבריין שותק או אפילו אומר "יודע אני", הוא פטור מעונש מוות. הוא חייב בעונש מוות רק אם הוא אומר "יודע אני, ועל מנת כן אני עושה".

בבלי סנהדרין ח': ר' יוסי בר' יהודה אומר שחבר (אדם שמקפיד על טומאה וטהרה לאחר חורבן המקדש) אינו צריך התראה. ההסבר לכך הוא שהתראה נועדה להבחין בין שוגג מזיד, והנחת היסוד היא שחבר מכיר את ההלכות, שכן תלמיד חכם יודע מה מותר ומה אסור, ולכן אין חשש שהוא יעשה את המעשה ללא ידיעה.

בבלי סנהדרין מ"א: הגמרא שואלת מה פירוש הביטוי "יומת המת"? הרי העבריין עדיין חי? חז"ל אומרים שכשהעבריין אומר "על מנת כן אני עושה" הוא מתיר את עצמו למיתה, ונחשב כמת.

שני המקורות הללו מתייחסים לשני ההיבטים של דרישת ההתראה:

1. יש צורך שיתרו בפני העבריין לפני ביצוע העבירה כדי שיהיה מודע למעשיו.
2. העבריין צריך להתיר את עצמו למיתה.

חיים כהן במאמרו דוחה את הטענה שדרישת ההתראה נועדה להבחין בין שוגג למזיד, ואומר שהמטרה האמיתית היא לבטל את עונש המוות. כהן מביא את המשנה שאומרת שסנהדרין שהורגת אחת ל-70 שנה נקראת חובלנית. כל הדרישות של חז"ל הופכות את עונש המוות לכמעט ובלתי אפשרי, ובאות מהסתייגות חז"ל מעונש המוות. הבעיה בגישה הזו היא שלא ברור מה קורה מבחינה פרשנית- איך מבחינה פרשנית חז"ל צמצמו את עונש המוות?

אנקר במאמרו נותן יותר מקום לקשר הפרשני, ואומר שבענישה פלילית במשפט המודרני לשופט יש שק"ד איזה עונש לתת. לעומת זאת, בתורה העונש הוא קבוע וחובה, ולשופט אין שק"ד האם להטיל עונש ואיזה עונש להטיל. הנחת היסוד במשפט המודרני היא שכל מקרה הוא אינדיבידואלי מבחינת היסוד העובדתי והיסוד הנפשי, ולכן השופט צריך לשקול את כל המשתנים ולהגיע לעונש המתאים במקרה הספציפי. הנחת היסוד במשפט העברי היא שאין אינדיווידואליזציה, ויש עונש קבוע וחובה לעבירות. לפי אנקר, חז"ל צמצמו את עונש המוות למקרה ספציפי בו העבריין פועל מתוך התרסה ומרידה בערכי התורה והחברה. רק במקרה הקיצוני שבו העבריין פועל במזיד ומתוך מרד באלוקים, יש להטיל עונש מוות.

**עין תחת עין**

במקרא, המשמעות של עין תחת עין היא איבר תמורת איבר. אולם אצל חז"ל התפיסה היא פיצוי כספי. יש מעבר מתפיסה של גמול לתפיסה של פיצוי. הנושא של עין תחת עין היה מחלוקת גדולה בין חז"ל לבין הכתות. הכתות ובעיקר הצדוקים, נבדלו מחז"ל בשאלה עד כמה הולכים אחרי המקרא. הכתות הלכו אחרי לשון המקרא, וחז"ל אחרי המסורת.

במגילת תענית כתוב שהביתוסים היו הולכים לפי לשון המקרא- עין תחת עין. גם בעניין של נערה שבעלה הוציא עליה שם רע, הביתוסים פירשו את "פרשו השמלה" כפשוטו. לעומת זאת, חז"ל פירשו את זה כפרישת ראיות- שהדברים יהיו פרושים **כ**שמלה. הורי הנערה היו צריכים להביא ראיות לכך שהיא הייתה בתולה. חז"ל אמרו לביתוסים שיש את התורה בכתב, אך גם יש מצווה להורות- וזו התורה שבע"פ. מביאים שני מקורות לכך שהתורה כפולה. חז"ל אמרו לביתוסים שהם מתעלמים מהמסורת, כי יש מסורת שאומרת שעין תחת עין זה ממון.

משנה ב"ק ח': המשנה שואלת כיצד משלמים נזק. היו הולכים לשוק ושואלים כמה האדם שווה כשהוא בריא וכמה הוא שווה במצבו הנוכחי, ומשלמים את ההפרש.

בבלי ב"ק פ"ג: לא ייתכן שאם אדם שבר לאחר יד צריך לשבור לו יד. כתוב "מכה אדם ומכה בהמה"- כמו שבבהמה הפיצוי הוא כספי, כך גם במכה אדם. אולם אם מסתכלים על הפסוק המלא לכאורה הדבר הוא הפוך, כי אם אדם הורג בהמה הוא צריך לשלם פיצוי כספי, אך אם אדם הורג אדם הוא חייב מיתה. אלא שחז"ל עושים היקש- כשיש מילה הכתובה אחת ליד השנייה, יש נקודת דמיון בין העניינים, ואפשר ללמוד מעניין אחד על השני. חז"ל עושים היקש למילה "מכה". כמו שבבהמה הפיצוי הוא כספי, כך גם אם מכים אדם הפיצוי הוא כספי. והרי אסור לקחת כופר?! אלא שאסור לקחת כופר על רצח, אולם על נזקי גוף מותר לקחת כופר.

פירוש זה הוא דרשה של חז"ל, כלומר לקחו את הפסוק ולמדו ממנו ש"עין תחת עין" זה בממון ולא איבר תמורת איבר.

בבלי ב"ק, פ"ג: ר' דוסתאי אומר שעין תחת עין זה בממון, כי יש הבדל באיברים של אנשים ולא כולם שווים. ייתכן ולאחד יש עין לא טובה ולשני יש עין טובה. אמנם ניתן להגיד שבמקרים כאלה יתנו פיצוי כספי, אך במקרים רגילים נעשה עין תחת עין. אך בתורה כתוב "משפט אחד יהיה לכם". צריך אחידות במשפט ובענישה. אם אין אחידות, זה הופך להיות עניין של מזל עם מי אתה מתעסק, שכן במקרה מסוים אתה מאבד איבר, ובמקרה אחר אתה משלם כסף.

בבלי ב"ק, פ"ד: כתוב בתורה "עין תחת עין" ו-"נפש תחת נפש", אך לא כתוב "עין ונפש תחת עין". כלומר, לפעמים עין תחת עין יכול גם לגרום לסיבוך בריאותי שמוביל למוות. כדי להימנע ממצבים כאלו, קבעו שהעונש הוא כספי.

שני פירושים אלה הם סברות של חז"ל, כלומר פירושים לפי הגיון רציונלי. רואים שחז"ל מנסים כמה שיותר להסביר את העניין של עין תחת עין במובנים של גמול כי כך התורה אומרת. אולם הם כן רוצים לפרש את זה כפיצוי כספי, ולכן מסבירים שגמול בצורת כסף נקי יותר כי זה מאפשר התייחסות שווה במצב שאין שוויון בין האיברים.

מדוע התורה כותבת עין תחת עין ממש ולא עין תחת עין ממון, למרות שברור שמדובר בפיצוי כספי?

רמב"ם מורה נבוכים ח"ג: עין תחת עין זה חלק מההיגיון של כל מערכת הענישה המקראית. המערכת בנויה בצורה שהעונש ניתן כנגד העבירה, ולכן אין במקרא עונשי גוף על עבירות ממון. כך העבירה על רצח היא עונש מוות. זהו אחד ההבדלים בין הענישה המקראית לענישה במזרח הקדום. אמנם בפועל הדבר לא כ"כ ישים, אך צריך את המערכת הזאת בשביל העקרון. ענישה צודקת היא ענישה שהיא מידה כנגד מידה, והתורה נוקטת שזה הדין כדי להגיד שזאת הענישה הצודקת.

**כבוד האדם בענישה**

מושג כבוד האדם התפתח רבות בימנו. ברירת המחדל במשפט הישראלי היא לא לתת עונש בגוף אלא להכניס לכלא. גם חז"ל התייחסו לכבוד האדם כאשר הטילו עונש.

משנה סנהדרין, ו': כשהנאשם היה רחוק מבית הסקילה 4 אמות, היו מפשיטים אותו מבגדיו. לפי ר' יהודה היו מכסים את האיש מלפנים ואת האישה מלפניה ומאחוריה, אך לפי חכמים האיש נסקל ערום והאישה לא. בתלמוד מסבירים שיש כאן שני שיקולים שמתנגשים. מצד אחד, הסקילה נעשית בעירום כדי שהנידון למוות ימות מהר ולא יסבול, שכן בגדים מגנים על האדם והעירום מקרב את המוות. מצד שני, יש מקום לא לסקול בערום מפני כבוד האדם. ר' יהודה נוקט בגישה שיש לעשות כיסוי מינימלי כדי לדאוג למותו של הנאשם כמה שיותר מהר. חכמים אומרים שלא מפשיטים את האישה מכיוון שכבודה חשוב מאוד, אפילו במחיר שהמוות יגיע פחות מהר. אך במקרה של איש, עדיף שהמוות יגיע מהר.

**עיצוב מיתות בי"ד**

דברים י"ז: העדים הם הראשונים שסוקלים את העבריין, וכל העם משתתפים בסקילה.

משנה סנהדרין, ו': סקילה היא סוג של דחיפה, והעדים הם אלה שמבצעים את הסקילה. אחד העדים דוחף אותו על הצד, ואם הוא נהפך על ליבו הופכים אותו בחזרה על צדו. אם הוא עדיין חי, העד השני זורק אבן על לבו. אם הוא עדיין חי, כל ישראל יזרקו עליו אבנים.

בתורה מתואר טקס שכולם זורקים על הנאשם אבנים, אך לפי המשנה יש טקס אחר- יש דחיפה, והעדים מאוד פעילים. רק במקרה והנאשם לא מת מהנפילה או מהאבן על הלב, שאר האנשים יזרקו אבנים. יש כאן תהליך של ריסון שהסקילה הופכת ממעמד של לינץ' מאורגן, לתהליך מסודר עם מינימום סבל לנאשם.

מיתת שריפה בתורה הפכה משריפת הנידון למוות חי, להשלכת פתילה בוערת לפיו של האדם והוא נשרף מבפנים, וכך הגוף נשאר שלם. מיתת חנק הפכה מחנק ע"י תליה, לכריכת סודר על צווארו של הנאשם ומשיכה לכיוונים מנוגדים עד שהוא מת. בהרג לא היה שינוי, והמיתה היא בחרב.

ספרא, קודשים י': ר' יהודה הנשיא מדמה את מיתת החנק למיתה בידי שמים. לפעמים בתורה כתוב "ומת האיש ההוא", ולרוב בעבירות אלו העונש הוא בידי שמים. יש עבירות בתורה שכתוב שהמיתה היא בידי אדם, אך אין שום הנחיה, אלא כתוב "מות יומת". מכאן לומדים שמיתת החנק צריכה להיות דומה למיתה בידי שמים- כמו שמיתה בידי שמים לא משחיתה את הגוף, כך גם במיתת החנק. יש עניין שהאדם נברא בצלם אלוקים, והשחתת הגוף היא פגיעה בצלם אלוקים.

המיתה היחידה שחז"ל מוותרים על האידיאל של שלמות הגוף היא חרב, משום שאין דרך אחרת לבצע את המיתה.

מכילתא דרשב"י כ"א: לא יודעים איזו סוג מיתה לתת כשכתוב "מות יומת". אך מזה שכתוב "ואהבת לרעך כמוך" לומדים שצריך לתת את המיתה היפה ביותר שאפשר, וזוהי מיתת חנק. חז"ל מפרשים את זה לפי שיקולים ערכיים של כבוד האדם.

בספרא הלימוד הוא מאוד טכני- יש היקש של הפסוקים. לעומת זאת, במכילתא הדרשה היא ערכית במהותה.

**תליה**

כבוד האדם בתלייה בא לידי ביטוי במקרא. התליה איננה אמצעי המתה, אלא דבר שעושים לאחר ההוצאה להורג "למען יראו וייראו". היו תולים את האדם רק אם העונש היה סקילה. בספר דברים כ"א, נאמר שצריך לקבור את האדם באותו היום "כי קללת אלוקים תלוי, ולא תטמא את אדמתך אשר ה' אלוקיך נתן לך". לאיסור השהייה יש עניין נוסף והוא טומאה. ברגע שהמת תלוי, הוא משרה טומאה על כל סביבתו. הטומאה מונעת כניסה למקדש ולאכול קודשים. בנוסף, נראה שלפי פשט המקרא יש עבירה להיטמא (בניגוד לחז"ל, שזו לא עבירה אך זה בעייתי).

התליה היא דבר שעושים בצורה מאוד מזערית- מיד לאחר התליה מורידים את הגופה.

תוספתא ט': התלייה הופכת לדבר מאוד טכני. אחד קושר והשני מתיר כדי לקיים את מצוות התלייה.

מדרש תנאים לדברים כ"א: כתוב "לא תלין נבלתו על העץ". מכאן לומדים שאסור שהגופה תשהה אפילו לזמן קצר. אך בפס' אחר כתוב "קבור תקרבנו ביום ההוא", ומכאן לומדים שאסור שהגופה תשהה, וכביכול לא צריך את הפס' של "לא תלין". מכאן שהפסוק של "לא תלין את נבלתו" מלמד שצריך לתלות את הגופה סמוך לשקיעה, וכשאחד קושר השני מתיר.

יוסף בן מתתיהו, היסטוריון יהודי בתקופת המרד הגדול, מפרש בספרו "קדמוניות היהודים" את מצוות התליה בצורה אחרת. לטענתו, יש לתלות את האדם בבוקר ולהשאיר אותו תלוי במשך יום שלם, ורק בלילה הוא נקבר.

יש כמה דרכים להבין את ההסתייגות של חז"ל מהתליה. ניתן להגיד שחז"ל חיו בתרבות שבה התליה הייתה פרקטיקה נוהגת, שכן כך הרומאים היו מוציאים להורג. צורה זו הייתה אכזרית ביותר, ולכן ההסתייגות מהתליה מובנת. בתוספתא סנהדרין ט', יש הסבר אחר להסתייגות מהתלייה. ר' מאיר מסביר את כוונת "כי קללת אלוקים תלוי". הדבר דומה למלך ושודד שהיו תאומים, השודד נתפס, ותלו אותו, אך כל העם חשבו שתלו את המלך. האדם נברא בצלם אלוקים. כשהאדם תלוי, במובן מסוים אלוקים תלוי, ולכן התליה מגונה וצריכה להיות מינימלית. הרעיון של הידמות האדם לא-ל מביא לשיא תפיסת כבוד האדם אצל חז"ל.

**מלקות**

בתורה יש התייחסות לכבוד האדם בעונש מלקות, אך אצל חז"ל זה עובר העצמה.

דברים כ"ה: "כי יהיה ריב בין אנשים"- לא מדובר על סכסוך בין אנשים, אלא על עבירות. אם אדם עובר עבירה מסוימת (לרוב עבירה בין אדם למקום), הוא לוקה 40 מכות ואסור להוסיף, שכן אם מכים יותר מ-40 יכול להיות ביזוי וקלון לאדם המוכה. בתחילת הפסוק כתוב "והרשיעו את הרשע" ואילו בסוף כתוב "ונקלה **אחיך** לעינך".

בספרות חז"ל יש הרחבה של ההתחשבות בכבוד האדם כחלק מהענישה, לא רק במספר המכות, אלא גם בהשלכות הפיזיות של המכות. רואים מהפסוקים שצריך לנסות למנוע ביזוי כמה שיותר, וחז"ל למדו שהביזוי פוטר מהמשך המכות.

משנה מכות ג': קלון בעיני חז"ל זה עשיית צרכים מרוב פחד. ר' יהודה אומר שבאיש רק בצואה ובאישה גם בשתן, ואילו חכמים אומרים בין צואה ובין בשתן באיש ובאישה.

בבלי מכות כ"ג: אם לאדם נהיה קלון כבר בהכאה הראשונה או השנייה, זה פוטר אותו מהמשך המלקות. גם אם לפני שהלקו אותו האדם עשה צרכים מרוב פחד, הוא פטור מהמשך המלקות. אך אם "נפסקה הרצועה", כלומר הרצועה נקרעה- לפני המכה השנייה פוטרים אותו, אך לפני הראשונה לא. רואים שהקלון כמעט ומחליף את עונש המלקות.

התלמוד עוסק בשאלה מתי העבריין צריך להתבזות כדי להיפטר מהמשך העונש. לפי רש"י, הפירוש של "קלה בראשונה" הוא שהנאשם התבזה כשהרצועה הונפה, עוד לפני ההכאה. למרות שהאדם לא לקה, הוא התבזה ממעמד ההכאה ולכן הוא פטור. לעומת זאת, במקרה שהרצועה נקרעה, אם הוא לא קיבל מכה אחת הוא לא התבזה, ולכן אין פטור. האמורא שמואל חולק על הדעה הזאת ואומר שאם כפתו אותו והוא בורח, הוא פטור משאר המלקות. לפי שמואל, עצם הקשירה מול כל הציבור כבר מספיק מבזה, כך שאם הוא בורח הוא פטור משאר המלקות, וקל וחומר אם נפסקה הרצועה.

המחלוקת בין האמוראים היא מתי היה ביוש שמאפשר לפטור את העבריין מהמכות, כי הביוש נחשב כעונש בפני עצמו. לפי הדעה הראשונה הביוש בעל מאפיינים פיזיים- לקבל מכה או לעשות צרכים. לפי שמואל, מספיק שיכפתו אותו.

**ענישה בידי שמיים**

במקרא יש חלוקה בין עבירות שהעונש הוא בידי אדם לעבירות שהעונש הוא בידי שמים. לפעמים בעבירות בין אדם למקום, העונש עדיין בידי בית דין, למשל עבודה זרה.

לענישה בידי שמים שני היבטים:

1. אנשים שחיים בתודעה של ענישה בידי שמיים נרתעים במקרים שענישה בידי אדם לא מתבצעת.
2. לענישה בידי שמיים יש קשר לכבוד האדם בענישה.

ענישה בידי שמיים מוזכרת אצל חז"ל באופן עקבי בכל המקומות שבעייתי להעניש בידי אדם. כך רואים שזה סוג של פתרון לביטול הענישה בידי האדם.

בבלי כתובות ל': בחורבן המקדש הפסיקו להטיל עונש מוות. ר' יוסף אומר שמהיום שחרב המקדש, אע"פ שסנהדרין בטלה, עדיין אפשר להטיל 4 מיתות בי"ד. כיצד הדבר יתכן? הרי ידוע שמיתות בי"ד התבטלו. אלא **שדין** 4 מיתות בי"ד לא בטלו. מי שהתחייב בסקילה, או שהיה נופל מהגג או שחיה הייתה דורסת אותו (מקביל לדרישה לשים אבן על הלב). מי שנתחייב בשריפה, או שהיה נופל בדליקה או שנחש היה מכישו (ארס הוא כמו רעל פנימי). מי שנתחייב בהריגה, או שנמסר למלכות או ליסטים (שודדים) באים עליו. מי שנתחייב בחנק, או שהיה טובע בנהר או מת בסרונכי (מחלת נשימה).

רואים שיש עוצמה גדולה ל-4 מיתות בי"ד. לא מדובר רק במנגנון משפטי, אלא הדבר הופך להיות חלק מהטבע.

**פתרון לקשיים ראייתיים ולאילוצים דיוניים**

בבלי סנהדרין ל"ז: ר' שמעון בן שטח אמר שהוא ראה אדם רץ אחרי חברו לחורבה, ומצא חרב מטפטפת דם בידו של האדם, והאדם השני גוסס. אמנם הוא ידע שהאדם ביצע את המוות, אך הוא לא ראה את הפעולה ולכן לא היה יכול לעשות דבר, ומעבר לכך יש צורך בשני עדים. אבל ה' יודע מחשבות, והרוצח לא זז משם והגיע נחש והכישו והוא מת. המיתה בידי שמיים כאן הייתה פתרון לפגם הראייתי שלא מאפשר הטלת עונש מוות.

מכילתא דר"י, כספא כ': במידה והתגלתה ראיה חדשה לאחר הרשעת האדם והיא לזכותו, מחזירים את הדיון לבי"ד. אמנם ייתכן והראיה החדשה לא נכונה והיא הטעתה את השופטים, אך בפסוק כתוב "כי לא אצדיק רשע"- ברגע שהאדם יצא זכאי מביה"ד לא מחזירים אותו, אך אם הוא רשע ה' ידון אותו בדין אמת. בבי"ד של מטה יש כללים ראייתיים ודיוניים שהם כפופים להם, אך בבי"ד של מעלה לא כפופים לכללים אלא רק לאמת. יש כאן פתרון לדרישות הדיוניות.

בסיפור תנורו של עכנאי, כביכול ביה"ד הארצי "ניצח" את דין שמים למרות שהיה שם טעות. מדוע כאן אנו גם כן לא אומרים שבי"ד זיכה את הנאשם ועל השמיים לקבל את הדין שנקבע?

ניתן לומר שהתורה ניתנה לעמ"י כמתנה מה', ועמ"י יכול לעשות בה כחפצו. אולם המשפט אינו כך, שכן אף פעם לא נקבע שלחז"ל יש מונופול, ואף לבני נוח יש ציווי על המשפט. דין שמיים משלים ומתקן את העיוותים שנוצרו בביה"ד הארצי. תחום המשפט הוא חלק משותפות של בני האדם עם ה'. לכן, במקום בו אין ידיעה או אפשרות לדעת, דין שמיים מתערב.

**הסתייגות מהמעבר לדין שמיים**

יש הסתייגות מסוימת למעבר לדין שמיים. הקשר של האדם למשפט האלוקי אינו פשוט, ולכן אין אפשרות להחליף את המערכת של דיני אדם במערכת האלוקית.

תוספתא סוטה ט"ו: משבטלה סנהדרין בטל שיר מבית המשתאות, כלומר השמחה התמעטה. שואלים וכי מה הייתה מועילה סנהדרין שבגללה הצטערו? אלא שכתוב בספר ויקרא כ', "ואם העלם יעלימו עם הארץ מן האיש ההוא". פסוק זה נלקח מפרשת המולך, שם נאמר שאם עושים לעבריין דין אדם הוא היחיד שייענש, אך אם הוא מת בדין שמיים, גם משפחת העבריין יענשו. כלומר, כשהייתה סנהדרין היה אפשר לעשות דין רק עם העבריין.

ההסתייגות מהמעבר לדין שמיים איננה בשל חוסר היעילות שלו, אלא בשל החומרה שלו, שכן מענישים בחומרה גם את המסייעים לעבירה ולא רק את העבריין עצמו.

**המרת עונש כרת במלקות**

עסקנו במעבר מדין אדם לדין שמיים, אך לעיתים יש מעבר מדין שמיים לדין אדם.

דברים כ"ה: "כי יהיה ריב בין אנשים... והיה אם בן הכות הרשע והפילו השופט והכהו לפניו כדי רשעתו במספר".

פרשה זו קשה לאור הפרשות האחרות בתורה המענישות מידה כנגד מידה על חבלות, או ממון על נזק כספי. בעבירות של סכסוך בין אדם לחברו העונש הוא מיתה, וקנס כספי אם נגרם נזק. עונש המלקות לכאורה לא קשור לעבירות בין אדם לחברו, אלא לרוב ניתן על עבירות בין אדם למקום. השאלה היא מה זה עושה כאן.

רד"צ הופמן אומר שיתכן והביטוי "ריב בין אנשים" נוגע להבדל בין גרסת הנאשם לגרסת העד, והשופט צריך להכריע (ואז יש יותר קשר לעבירות בין אדם למקום). אך גם אם מדובר בעבירה פלילית שעליה מעיד העד, השאלה היא מה היא. חז"ל מפרשים שמדובר על לאווים שבתורה.

ספרי דברים פרשת כי-תצא: לא כל רשע לוקה, שכן כתוב "והיה אם בן הכות רשע". רק מי שבר מכות לוקה. אך כיצד יודעים מי בר מכות ומי לא? דורשים מהסמיכות לפס' "לא תחסום שור בדישו", שעונש המכות חל רק על מצוות לא תעשה. אולם יש עוד צמצום- יש מצוות לא תעשה שישר אחריהן כתוב מצוות עשה, למשל גזל שמיד אח"כ כתוב שיש להחזיר את הגזלה. מצוות מסוג זה נקראות "לאו הניתק לעשה", כלומר מצוות לא תעשה שבעשיית מעשה מתקנים את העבירה. הדרשה של "לא תחסום" מלמדת שכמו שבחסימת שור אין קום עשה אחריה, כך לוקים על מצוות לא תעשה שאין מצוות עשה אחריהן.

התנאים נחלקו לגבי לאווים שיש בהם עונש אחר, כמו מיתת בי"ד וכרת. הדעה שנפסקה היא שעל לאווים שיש בהם מיתת בי"ד לא לוקים. עונש המלקות מוטל רק על לאווים שאין בהם עונש אחר בידי אדם, כלומר לאווים שיש בהם כרת או לאווים ללא כל עונש אחר.

משנה מכות ג': אדם שנתחייב עונש כרת ולקה במלקות, נפטר מהכרת.

ספרי דברים פי' רצ"ו: בפס' כתוב "ונקלה אחיך לעיניך". לפני שהעבריין מקבל את המכות הביטוי "רשע" חוזר על עצמו, אך אחרי שהוא קיבל את העונש הוא נקרא "אחיך". מכאן למדו שמי שנתחייב בכריתות ולקה, נפטר מהכרת. ר' חנניה בן גמליאל אומר שגם אם הוא חייב כרת, ברגע שלקה הוא כבר לא נקרא רשע. לכן, לעונש המכות יש כוח גדול לכפר, אפילו על עונש כרת.

רואים כאן הלכה ודרשה המורות על מעבר מדין שמיים לדין אדם. אולם, עדיין לא ברור מה עומד מאחורי אפשרות זו.

ירושלמי סוטה ב': רשב"י אומר שקורבנות חטאת ואשם אינן טעונות נסך (יין), כדי שקורבנו של חוטא לא יהיה מהודר. קורבן החטאת הוא תעודת עניות, ולא צריך לפאר אותו. והרי אנו רואים שקורבן של מצורע טעון ניסוך, ור' יצחק אף אומר שמצורע הוא גם חוטא (תורת מצורע דומה ל"מוציא רע"). אלא שמצורע עבר ייסורים ולכן החטא התכפר. פרשת המכות מלמדת שייסורים מכפרים על החטא.

הדרשה הזאת לומדת מהפסוק "ונקלה אחיך לעינך" שייסורים מכפרים על עוון. דרשה זו לא נובעת מפשט הפסוק, שכן הפסוק אינו עוסק בכך, אלא היא נובעת מדרשת ר' חנניה בן גמליאל. לא מדובר רק על עניין דרשני של "רשע" מול "אחיך", אלא על תפישה עקרונית שייסורים מכפרים על עוונות.

ירושלמי סוטה א': כתוב בפסוק "אחת לאחת למצוא חשבון", ומכאן לומדים שאם אדם חייב מיתה, אך הוא עובר ייסורים קטנים, למשל נאבד התרנגולת ונשברה לו הצלוחית, הם מצטרפים ומכפרים על העונש, ופוטרים מעונש בידי שמיים.

החידוש של ר' חנניה הוא שייסורים מכפרים על עוון, גם במקרה של ייסורים יזומים בידי אדם כמו עונש מלקות.

**ענישה לצורך השעה ותיקון החברה**

בבלי סנהדרין מ"ו: ר' אליעזר בן יעקב שמע על בי"ד שמענישים שלא מהתורה ועל עבירות שלא מהתורה, כדי לעשות סייג לתורה, כלומר כדי שלא יעברו על התורה. הוא מביא כדוגמה אדם שרכב על סוס בשבת וסקלו אותו, לא משום שזה הדין, אלא משום שהיה נצרך לצורך השעה. דוגמה נוספת היא אדם שקיים יחסי אישות בציבור, ובי"ד הלקה אותו.

בבלי סנהדרין כ"ז: בר חמא הרג אדם, וראש הגולה אמר לרב אבא בר יעקב לבדוק אם הוא באמת הרג אדם, ואם כן שינקרו את עיניו. עוורון יכול להוביל לבעיות קשות ואף למוות, ולכן יש המפרשים את זה כמיתה. יש כאן עונש חדש כתגובה לרצח. מדובר בתקופה שאין בימ"ק ולכן עונש המיתה אמור להתבטל. אין כאן את הדרישות הדיוניות או ראייתיות כדי לבצע את העונש, אלא רק לעיין האם הרג אדם. בנוסף, לא מדובר על סנהדרין, אלא על ראש הגולה.

ענישה לצורך השעה משונה משני היבטים:

1. עונש לא מידתי- העונש לא הולם את אמות המידה של הענישה הרגילה. לעיתים ענישה חמורה על עבירה קלה.
2. עונש חריג- עונשים שאינם מופיעים בתורה, ובחלק מהמקרים אף ללא הדרישות הדיוניות וראייתיות.

לא ברור מתי מענישים לצורך השעה. בימי הביניים השתמשו בענישה לצורך השעה רבות כדי להתמודד עם פשיעה במקומות שהייתה להם אוטונומיה. היהודים העדיפו לשמור את המערכת המשפטית שלהם, כי המערכת של השלטון הייתה חמורה יותר. היו שתי גישות באשר לענישה לצורך השעה:

1. נתינת חופש לביה"ד לעשות כפי שיקול דעתם.
2. קביעת אמות מידה שמרסנות את שק"ד של ביה"ד.

**השפעת המשפט העברי על המשפט הישראלי**

מקורות משפט העברי בתחום הענישה השפיעו מאוד על התפתחות דוקטרינת זכויות אסירים במשפט הישראלי. השאלה היא אם עונש המאסר שיחק תפקיד שולי במשפט העברי, כיצד המשפט העברי הפך למרכזי בהתפתחות הדוקטרינה?

ישנם שלושה שלבי התפתחות של זכויות אסירים במשפט הישראלי:

1. השלב הטרום דוקטרינרי (עד 1970)- זכויות אסירים נידונו באמצעות ביקורת מנהלית על פעולת רשויות הכליאה.
2. השלב הדוקטרינרי הטרום חוקתי (משנות ה-70 עד 1992)- גובשה הדוקטרינה של זכויות אסירים במלואה.
3. השלב החוקתי (משנת 1992)- חלק מזכויות אסירים זכו לחיזוק והפכו לחוקתיות.

**השלב הטרום דוקטרינרי (עד שנת 1970)**

**בג"ץ מנקס:** חשין אומר שאסירים הם אזרחים, וצריך לשמור על זכויות האזרח שלהם. המטרה היא למנוע שרירות של רשויות מנהליות. אלה עקרונות כלליים של המשפט המנהלי המחילים על בתי סוהר. זה בא לידי ביטוי ב-3 היבטים:

1. פגיעה ללא סמכות- לא ניתן לפגוע בזכויות ללא סמכות, אף אם הזכויות לא מעוגנות (כמו בפס"ד בז'רנו).
2. סבירות- יש להשתמש בשק"ד סביר. פעילות לא סבירה היא פעולה שאף רשות מנהלית לא תוכל להעלות על דעתה.
3. שוויון- אם לא מפעילים סמכות בצורה שוויונית, ייתכן ויש אפליה בין אסירים.

**השלב הדוקטרינרי הטרום חוקתי (משנות ה-70 עד 1992)**

**בג"ץ רמי לבנה:** לבנה היה חלק מארגון שמאל קיצוני, ריגל בשביל גורמים סורים והורשע. העתירה הייתה על בקשתו להכניס ספרי הגות לכלא. הנציב סרב לבקשתו משום שלבנה היה אדם ווכחן, ולכן זה יכול לפגוע בביטחון בית הכלא.

נקבע: מבחינת סמכות לא הייתה שאלה, כי הנציב מוסמך להגביל מה נכנס לכלא. אך השופט כהן אומר שמעשה זה לא סביר. המאסר מגביל באופן אנוש את חופש התנועה של האסיר בהרבה מישורים. הגבלת הרוח היא צעד אחד יותר מידי.

אמנם לפני כהן הייתה פסיקה של שופט שהגביל כניסה של ספרי תעמולה, אך השופט כהן אומר שיש הבדל בין ספרים שמתסיסים את האסירים, לעומת ספרי כלכלה ופילוסופיה. זה יצר הבחנה בין מגבלות הכרחיות בכליאה, לאלו שלא.

**בג"ץ קטלן:** הייתה מדיניות שכל אסיר עובר חוקן כדי לבדוק החדרת סמים לכלא. השאלה היא האם יש לכך סמכות?

נקבע: כדי להראות שיש הסמכה, צריך להראות שנפגעה זכות. ברק מבחין בין זכויות שמופרות מעונש הכליאה שאינן צריכות הסמכה, לזכויות אחרות. בחוקן יש פגיעה בזכות לשלמות הגוף ובכבוד האדם. ניתן לטעון שהאסיר כלוא לפי חוק, ומעצם זה ניתן לפגוע בזכויותיו. ברק מחדד ואומר שלא צריך הסמכה לזכויות שהכרחי שיפגעו בהן כשאדם נכלא, כמו חופש התנועה וחופש העיסוק. אולם זכויות אחרות, ביניהן שלמות הגוף וכבוד האדם לא בהכרח קשורות לכך שהאדם נמצא בכלא, ולכן כדי לפגוע בזכויות אלה צריך הסמכה. השופט כהן מביא את דברי חז"ל "גדול כבוד הבריות שדוחה לא תעשה שבתורה" (שצומצם למצוות דרבנן), וטוען שגם אם הייתה הוראות חוק המאפשרת חוקן בכפייה כדי לברר אם יש סמים בגוף האסיר, הוא היה מבטל אותה כי היא סותרת את ערך כבוד האדם.

**בג"ץ הוקמה:** אלון אומר שכל זכויות האדם שמורות לכל אדם, גם אם הוא במאסר. העובדה שאדם נמצא במאסר אינו אומר ששוללים ממנו זכויות, אלא אם כן זה מחייב, כמו חופש התנועה. יש צורך בהסמכה אם זה לא מחייב.

כיצד עושים את האיזון בין האינטרס לביטחון בכלא לבין שמירה על זכויות האסיר?

**פס"ד תמיר:** אלון מביא נוסחת איזון לפגיעה בזכויות האסיר, והוא מורכב משלושה:

1. יש צורך בהסבר והצדקה סבירים לפגיעה. קשר בין האמצעי למטרה.
2. הפגיעה צריכה להיות מינימלית.
3. כגודל הזכות הנפגעת, כך יהא גודל ההנמקה הדרושה להצדקת הפגיעה.

בפס"ד וייל נאמר שזכות בסיסית תלויה בחברה. למשל, עד שנות ה-80, לאסירים לא הייתה זכות בחירה, אך אח"כ ביהמ"ש התערב וקבע שזכות הבחירה היא דבר בסיסי, ויש ליצור פרוצדורה שתאפשר לאסירים לבחור.

אפשר ליישם את הדוקטרינה בכמה דרכים. רואים את היישום בפס"ד תמיר ובפס"ד וייל. בפס"ד תמיר האסיר עתר לביהמ"ש כי הוא רצה לקבל טיפול רפואי פרטי ולא בכלא. נציב הכלא לא רצה לאפשר זאת מחשש שיבריח סמים לכלא, אך ביהמ"ש קבע שהזכות לקבל טיפול רפואי נגזרת מהזכות לשלמות הגוף. בפס"ד וייל האסיר רצה לקיים יחסי אישות עם אשתו. מלכתחילה הוא נכלא כי לא היה יכול לשלם חוב. אמנם ניתן לטעון כי מדובר בזכות הנגזרת משלילת חופש התנועה, אך אלון אמר שזכות זו נגזרת מכבוד האדם. משכך, יש לאפשר לו לקיים יחסים עם אשתו.

**השלב החוקתי (משנת 1992 ואילך)**

בעידן החוקתי התחדשו שני דברים:

1. עד לחקיקת חו"י, היה אפשר לשלול את זכויות האסירים בהוראה מפורשת. לאחר חקיקתם, הוראת חוק הייתה צריכה לעבור בחינה חוקתית, ובדיקה אם היא עומדת במבחני פסקת ההגבלה.
2. הפיכת חלק מזכויות האסירים לחוקתיות שינתה את נוסחת האיזון בינן לבין האינטרסים הציבוריים של מערכת הכליאה. צריך לדקדק יותר בזכויות כדי שיהיה ניתן לשלול אותן (השופט מצא בפרשת גולן).

השופט אלון הסמיך את הכלל שהזכות של האדם שמורה לו במאסר ובמעצר על מורשת ישראל. בחוק יסודות המשפט, במקרה של לקונה, צריך להתבסס על מורשת ישראל. בפסוק על עונש המלקות כתוב "ונקלה אחיך לעינך", וחז"ל מפרשים במשנה שברגע שהאדם לקה ונענש הרי הוא כאחיך, וזכאי ליחס כמו כל אחד אחר. השופט אלון מרחיב ואומר שהכלל הוא לא רק אחרי ריצוי העונש, אלא אף **בעת ריצוי העונש** הוא כאחיך, ולכן זכויותיו שמורות לו.

לפי ד"ר שופט, אלון מקשר את דבריו לפשט המקרא, שכן רואים שיש דאגה לעבריין בעת הליך הענישה. מכאן, שיש עניין של כבוד האדם גם בעת ריצוי העונש. לא ניתן להבין זאת מהדרשה, אך אלון מביא זאת לאור השימוש בביטוי "אחיך".

המשפט העברי השפיע על הדוקטרינה בשלושה היבטים:

1. ליבת הדוקטרינה
2. נוסחת האיזון
3. יישום הדוקטרינה

**ליבת הדוקטרינה**

רמב"ם, הלכות סנהדרין כ"ד: הרמב"ם אומר שהדיין יכול לכפות את ידיו ורגליו של הנאשם, ואף לכלוא אותו. אך הוא מסייג ואומר שהענישה הזו צריכה להיות בשם המטרה של תיקון החברה ולצורך השעה. הענישה צריכה להיות מרוסנת, והדיין חייב להתייחס לכבוד האדם. כבוד האדם בא לידי ביטוי בשני הביטים:

1. כבוד הבריות, מכיוון שכבוד הבריות דוחה מצוות לא תעשה מדרבנן.
2. כבוד בני אברהם, יצחק ויעקב, כלומר כבוד עמ"י.

הדיין צריך לוודא ולהיות זהיר בכבוד האדם, והמקור מדבר על כבוד האדם של כולם, ללא קשר לדת.

אלון מצטט את רמב"ם זה בכמה פסקי דין, כדי ללמד על החשיבות של כבוד האדם בענישה.

ליבת הדוקטרינה לא מדברת רק על כבוד האדם, אלא על כל הזכויות. מהיכן למדו על כל הזכויות?

**R. v. Home Secretary:** זו אקסיומה של החוק, שאסיר שמורשע, על אף מאסרו, שומר על כל זכויות האזרח שלו, אלא אם כן הן נלקחות באופן מפורש או הכרחי מעצם המאסר.

**Coffin v. Reichard:** פס"ד אמריקאי משנת 1944, שגם הוא קובע שאסיר שומר על כל זכויות האזרח שלו, למעט הזכויות שהכרחיות או שנשללות באופן מפורש.

אלון לא התייחס לפסקי דין אלו, אלא בחר להסמיך את הדוקטרינה על המשפט העברי משום שאז חוקקו את חוק יסודות המשפט. שם נקבע שבמידה ויש שאלה משפטית שצריכה הכרעה, ולא ניתן למצוא את התשובה בחקיקה, או בהלכה פסוקה, ביהמ"ש יכריע לאור מורשת ישראל. אלון מפרש זאת כמשפט עברי מכיוון שצריך ללמוד ממקור משפטי.

**בג"ץ הוקמה:** אסירים הגישו עתירות לבימ"ש מכיוון שלא נתנו להם לבחור בבחירות. במשך שנים המדינה הייתה צריכה להסדיר את זכויות ההצבעה של אסירים, אך לא עשתה דבר.

עמדת המדינה: לאסירים אין זכות לבחור מכיוון שמדובר בהסדר שלילי. בחוק הבחירות כתוב שעל כל אזרח להצביע בקלפי שליד ביתו. בחוק מינו אוכלוסיית אזרחים שצריכים להצביע בריחוק מביתם, אך לא הייתה התייחסות לאסירים.

נקבע: אלון דוחה את טענת המדינה, ואומר שחוק יסוד הכנסת קובע זכות הצבעה כללית, ולא מחריג אסירים. לא מדובר בהסדר שלילי, אלא בלקונה- "אי-הסדרה". מדובר בעצלות של המדינה להסדיר את העניין, כי נדרש רוב של 61. יש למלא את הלקונה לפי המשפט העברי, ולהעניק לכל אסיר את הזכויות שאינן נשללות בהכרח מהמאסר.

השופט אלון עושה מהלך ומכניס את כל הזכויות תחת כבוד האדם (עמדת השופט ברק) על מנת לטעון שיש לתת את כל הזכויות לאסירים, מאחר ובמשפט העברי רק מתייחסים לכבוד האדם.

**נוסחת האיזון**

בפס"ד תמיר נקבעו 3 קריטריונים לאזן בין זכויות שלא נשללות באופן הכרחי מהמאסר (ובהנחה שיש סמכות), לבין האינטרסים של מערכת הכליאה:

1. קשר רציונלי בין שלילת הזכות לבין האינטרס הביטחוני.
2. אמצעי שפגיעתו פחותה.
3. כגודל הזכות הנפגעת, גודל הנימוקים הנדרשים לשלילתה.

בפסקי הדין לא נטען שנוסחת האיזון נובעת מהמשפט העברי, אלא נטען שקביעת מדרג הזכויות נובעת מהמשפט העברי- כבוד האדם היא זכות עליונה. הצורה של נוסחת האיזון לא נלקחה מהמשפט העברי אלא נלקחה מהמשפט המקובל, אך התוכן, למשל קביעת גודל הזכות, ניתן לעשות בהשפעת המשפט העברי. לדוגמה, כבוד האדם היא זכות יסודית שהמשפט העברי מכיר בה.

**James v. Wallace:** אלון מביא את פס"ד זה כראיה לנוסחת האיזון. בפס"ד דובר על אמצעים שיקומיים, והיה אסיר שלא השתתף בתוכנית שהכלא הציע. בפס"ד נקבע שכדי לשלול חרות מסוימת מאסיר, ביניהם קבלת תוכנית שיקום שהוא רוצה, חייבים הצדקה רציונלית לכך.

**Procunier v. Martinez:** פס"ד עסק בצנזורה של מכתבים ע"י שלטונות הכלא. ביהמ"ש אומר שכאשר פוגעים בזכויות, ביניהם חופש הביטוי, יש לבחור באמצעי שפגיעותו פחותה.

**The Sundays Times v. UK:** ככל שהזכות יסודית יותר, כך גודל הנימוקים הנדרשים על מנת לשלול אותה. יש צורך בהתאמת העוצמה בין שלילת הזכות, לבין התערבות מערכת הכליאה.

השופט אלון אומר שלא תמיד זכויות נשארות באותו מעמד, למשל זכות הבחירה (בג"ץ הקומה), פעם לא הייתה זכות בסיסית, וכיום היא הפכה לבסיסית. מצד שני, יש זכויות שקשורות לתרבויות. למשל, ארה"ב נוסדה על זכויות הפרט ולכן הזכות הבסיסית היא חופש הפרט. לעומת זאת, בישראל הזכות הבסיסית היא כבוד האדם, וזה לא נבע רק מהמשפט העברי, אלא גם מההיסטוריה של עמ"י. בפס"ד דרוויש נאמר שאפשר לגבור על כבוד האדם רק כשמדובר על אינטרסים ביטחוניים מהותיים (האסירים רצו מיטות, אך חששו שיהפכו אותם לנשק), אך בשאר המקרים כבוד האדם גובר.

אלון מביא כמה דוגמאות לכבוד האדם במשפט העברי. אחת הדוגמאות היא הדרשה של הפס' "ואהבת לרעך כמוך", כלומר יש לבחור את המיתה הכי יפה כשכתוב "מות יומת" ("ברור לו מיתה יפה"), ולכן ממיתים בחנק. מכאן לומדים לשמור על כבוד האדם בענישה.

**יישום הדוקטרינה**

הדוקטרינה אפשרה לתת לאסירים זכויות נרחבות הנגזרות מזכויות קיימות, למשל הזכות להתייחד עם האישה, הזכות לבחור את הטיפול הרפואי ועוד. בפס"ד וייל השופט אלון אומר שהזכות להתייחד נגזרת מכבוד האדם של האסירים.

נכונות זו לגזור זכות כזו אינה פשוטה- היא עולה הרבה כסף, וזו זכות שלא נראית לנו שמשתלבת עם חיי האסיר. יישום זה, שהולך לקראת זכויות האסיר בכל המובנים זה שינוי גדול ודבר שדורש הצדקה. לצורך כך, אלון פונה למשפט העברי בדין של ערי מקלט.

רוצח בשגגה גולה לעיר מקלט, ורעיון זה הוא הכי קרוב לכליאה במשפט העברי. שוללים לרוצח בשגגה את חופש התנועה שלו, אך חוץ מזה הוא חי חיים רגילים לגמרי. מעבר לכך, לפי חז"ל עיר מקלט אינה יכולה להיות רק של רוצחים, אלא גם אנשים רגילים צריכים לחיות שם וכן תלמידי חכמים.

רמב"ם הלכות רוצח ושמירת הנפש פרק ז': עיר מקלט שרובה רצחנים, אינה קולטת מכיוון שכתוב "ודיבר באזני זקני העיר ההיא את דבריו", ולא ששווים דבריהם לדבריו. וכן עיר שאין בה זקנים (תלמידי חכמים), אינה קולטת, מכיוון שכתוב "זקני העיר ההיא".

כלומר, יש דרישה שבעיר מקלט יהיו אנשים ראויים וחכמים, על מנת שיוכלו לשקם את העבריין, והעבריין יוכל ללמוד ממעשיהם. מכאן השופט אלון לומד שיש לשים את האסיר בסביבה שתשקם אותו.

**פס"ד וייל:** אלון אומר שעונש המאסר, כפי שהוא מבוצע כיום, אין בו משום שלילת החירות בלבד. מתלווה עמו רעות רבות שמבזות את האדם, רומסות את כבודו ומשחיתות את צלמו. יש לכך הצדקה מסוימת במקרה של אסיר המסכן את שלום הציבור, אך פרט למקרים אלו עונש המאסר הוא קשה. אלון משתמש במשפט העברי וברעיונות הגלומים בדין עיר מקלט. הוא אומר כי הם מהווים דוגמה של מאסר בתורת ענישה אידיאלית, שטוב לשאוף אליה, גם אם לא נראה באופק הסיכוי להגשמתה במציאות של החברה בימנו.

החוק הישראלי החליט שמטילים עונש מאסר, וזה נוגד את התפיסה של אלון שיש להטיל עונש מאסר רק במקרים שנשקפת סכנה ממשית. מה שאלון עשה זה יישום עקרון הנורמליזציה. עונש המאסר הוא נתון, ואין ערי מקלט לפושעים, אך אפשר לגזור מהמשפט העברי עקרונות וליישם אותם בעונש המאסר. יש לקחת את העקרון של נתינה לאסירים חיים כמה שיותר נורמליים, על מנת שהוא יוכל להשתקם ולהסתדר בחברה כשהאסיר יצא מהכלא.

עקרון הנורמליזציה שאלון ביקש לשאוב מהמשפט העברי מופיע במשפט הגרמני בשנת 1976, שם נאמר שחייו של אסיר צריכים כמה שיותר לשקף את החיים שמחוץ לכלא. אלון לא התייחס לחוק הגרמני, אלא בחר לבסס את עקרון הנורמליזציה על המשפט העברי בלבד. הסיבה לכך היא הסיבות ההיסטוריות של עמ"י עם גרמניה. מעבר לכך, החוק הגרמני מבסס את העקרון על תכלית המאסר, אך בישראל אין דבר כזה, ולכן לא ניתן להוציא את הנורמליזציה מעקרון אחר. משכך, הדרך של אלון הייתה לעשות זאת באמצעות המשפט העברי ולימוד מערי מקלט.