**הענישה הפלילית במשפט עברי- מבואות**

**הדמיון בין חוקי המזרח הקדום לחוק המקראי**

בראשית המאה ה20 התגלו תגליות חשובות בהקשר למשפט במזרח הקדום, גילתה משלחת צרפתית אבן מעניינית שעליה נכתבו וזכה לשמו חוקי חמורבי. התגלית והפענוח של כתב היתדות והחוקים, זה הסעיר את עולם המחקר, וזאת מפני שגילו דמיון משמעותי בין החוקים האלה לבין החוקים של המקרא, מה שמעורר את השאלה מה סוג הקשר שיש בין חוקי המזרח הקדום למקרא. יש אפילו טענו שחוקי ספר שמות הם עיבוד של חוקי חמורבי, אך היום זה נחשב לטענה כוללנית מידי.

נדגים שלוש דוגמאות לדמיון הגדול אך אחר כך נתייחס גם לשוני- שהשוני יעניין אותנו יותר.

1. התפיסה של עין תחת עין- מידה כנגד מידה, הדוגמא מתייחסת לדוגמא בספר שמות. במקרה מדובר על אנשים רבים, ותוך כדי המריבה הם פגעו באישה הרה, דבר שהוביל להפלת התינוק במקרה כזה הפוגע צריך לשלם פיצוי כספי. אך אם האישה הייתה מתה- צריך לתת מידה כנגד מידה את העונש- על נפש צריך לתת נפש, עין עין, ושן שן. בדומה לכך, בחוקי חמורבי נכתב- לא רק שהדין דומה, אלא גם מדובר באותם האיברים- עין, שן. בחוקים אחרים של המזרח הקודם לא מדובר על עין, שן ולא מדברים על מידה כנגד מידה, אך דווקא בחמורבי כן.
2. שור נגח שור- שור שנגח שור והשור ננגח מת, המידה כנגד מידה- נמכור את השור השלם- אך חצי חצי- מהחי ומהמת. בחוקי חמורבי נכתב בדיוק אותו החוק- לא רק העיקרון אלא בלשון עצמה- שור נגח שור.
3. דימיון סטרוקטורלי- שור שנגח אדם- במקרא נכתב כי כאשר מדובר בשור שנגח אדם, שהאדם עצמו נפטר. העונש הוא הריגת השור ואסור להנות מבשר השור, בקשר לבעל השור שלא השגיח על השור, הוא נקי מעונש (שכן השור תם ולכן לא ניתן לייחס את העבירה לבעל השור). אך אם מדובר במקרה של שור שידוע כמסוכן, ובעליו ידעו אך יחד עם זאת הם לא שמרו עליו הוא צריך למות, אלא שכאן מופיעה האפשרות של כופר- לשלם והינצל מהמיתה.

בחוקי חמורבי נכתב כי במקרה הראשון אין עונש, במקרה השני יש תשלום כספי, האם הדין של חוקי חמורבי דומה? לכאורה לא, משום שבמקרא השור נסקל בכל מקרה, ובחמורבי לא נעשה לשור כלום, בנוסף לכך- במקרא נקבע כופר- מוות אם אין תשלום, והשומה עצמה שונה- תשלום שונה. אך מה כן דומה? הקטגוריה של מועד, הדמיון הספרותי הוא הזועק- הסדר של המקרים- שלושה מקרים, תם, מועד ועבד וכך בדיוק מופיע בחוקי חמורבי ובמקרא- אך הדין שונה.

**ההבדלים המהותיים בין חוקי המזרח הקדום לחוק המקראי**

1. ענישה מידה כנגד מידה רק כנגד העבריין- במקרא העקרון של מידה כנגד מידה זה תמיד כלפי מי שעשה את מעשה העבירה, לא יוטל עונש אבות על בנים ולהיפך. בעוד שחוקי חמורבי קובעים בדיוק את העקרון ההפוך- חף מפשע ישלם על מעשיו של העבריין, ששכן בנו של הבנאי הרשלן הוא זה שיושת עליו את העונש. בחוקי חמורבי הגמולנות היא עד הסוף- יש פה תפיסה פטריארכלית שהבנים קשורים לאבא כחלקו, אך בדיוק במקרה שנרצה ללכת עם הגמולנות עד הסוף, המקרא שם מעצור.
2. אין אפשרות למחול או לתת כופר על עבירות חמורות- אין בתורה אפשרות לתת כופר על עבירות חמורות (המקרה של השור הוא המקרה היחידי). אין לאפשר תשלום כספי או לוותר על העונש. במקרה של ניאוף- שני הנואפים ימותו, במקרה של רצח- רוצח צריך למות ואסור לקחת ממנו כופר, לא פודים את עונש המוות בכופר. צריך מידה כנגד מידה, המקרא לא מקבל כופר ולא שום עקרונות אחרים.   
   לעומת זאת בחוקי חמורבי- נקבע כי יש להרוג את הנואפים בזריקה למים. אבל, בניגוד לחוקי התורה, הגבר רשאי לחון את אשתו- מדובר על סכסוך בין האיש לבין אשתו, זה לא משפט פלילי שכן אם הוא רוצה הוא רשאי לסלוח לה. לגבי הנואף- לפי תרגומים של החוק שבהם ברור שאם האיש חן את האישה אז המלך יכול לחון את הנואף- זה תלוי אחד בשני, אם הגבר לא רוצה לחון אז הגבר ימות בכל מקרה. זה מעיד על כך שיש המון דרכים להמיר את עונש המוות, בניגוד לתורה שקבע כי בעבירות חמורות אין אלטרנטיבות.
3. אין עונש מוות על עבירות רכוש- אם אדם הזיק בממון לא ניתן לפסוק עונש מוות על כך. לעומת זאת בחוקי חמורבי, אם איש שדד ונתפס הוא יומת. בתורה יש הפרדה- עבירות ממון העונש יהיה בממון, עבירות שאינן ממון- רצח, עריות, עבירות דתיות חמורות העונש יהיה מיתה.
4. במקרא מוטלים עונשים על חיות, במזרח הקדום רק על בני אדם- בחוק הישראלי, שכל הענישה מבוססת על בחירה חופשית ואחריות מסורית יש הנחות יסוד אחרות. כך בדוגמא של שור תם ושור מועד, בשניהם יסכל השור. בעוד שבחמורבי לא נגזר עונש על השור.

מה בעצם הבסיס להבדל? האם יש בכל זאת עקרון יסוד שנוכל להכליל ולקבוע מדוע המקרא שונה מחוקי המזרח הקדום? במאמרו של משה גרינברג הוא אומר שני הבדלים גדולים:

1. זהות המחוקק- בחוקי המזרח הקדום, המחוקק הוא אדם (נכון שהוא מקבל מהאל סוג של השראה(, לעומת זאת המחוקק בתורה הוא האל, כל החוקים בתורה נאמרים בשמו של האל, ולכן ממילא, כל החטאים (אפילו שבין אדם לחברו) הם חטאים כלפי האל, ולכן ממילא לא ניתן למחול עליהם, לא ניתן לשחק איתם. עולם שיש כופר בניאוף, רצח, זהו עולם של משפט פרטי, אך ניתן להבין את הסיפור של הפשע כחטא כלפי אלוהים.
2. בצלם אלוהים ברא את האדם- הערך של חיי האדם הוא ערך שאין למעלה ממנו, לתפיסה הזו יש השלכות משפטיות כלל התחומים- כך למשל עבירות רכוש, עונשי מיתה לא מטילים סתם על דברים פסולים, אף לא מוקדשים רק על עבירות חמורות. יש ריסון מסוים בעונשי המיתה.   
   כך למשל ענישת מידה כנגד מידה כנגד העבריין נובע מהרעיון של ערך חיי האדם, ערך חיי האדם הם ערך אינדיבידואלי ואינו שייך לאף אחד אחר, חיי האדם לא יכול להיחשב כרכוש. ובסופו של דבר, הנושא של חיות גם הוא מוסבר דרך חיי האדם- אם החיה הרגה אדם, ופגעה בקדושת החיים לא ניתן לעבור לסלוח על זה. מי שפגע בערך חיי האדם צריך להענישו, גם אם מדובר בחיה.

**הענישה הפלילית במקרא**

**הקדמה והערת אגב**

בחוקי חמורבי וכל קבצי החוקים האחרים, מי שאמון על כתיבת החוקים הוא המלך, ולא כותב אותם מפי האל- אלא שהאל נותן את ההשראה כתוב חוקים שיהיו צודקים. לעומת זאת, המקרא זה ממש האל המדבר ואומר את דבריו- משה או הנביא כותב את הדברים ממש בפיו של האל. יש פה סוג של הבחנה שבמאמרו של גרינברג רואה אתה כהבחנה חשובה שמסבירה את המהות של החוק.

**המקרא וקבצי החוק במזרח הקדום**

ניתן להסתכל על החוקים הצורפים בשלוש נקודות:

1. אזור- מבחינת אזור, כמעט כל החוקים שאנו מדברות עליהם זה מאזור מסופוטמיה- עיראק, סוריה וכדומה, בעוד שלא נמצאו חוקים מאזור ארץ ישראל- מצרים (שם נמצאו שירה, פקודות צבאיות אך אין חוקים של ממש). יש קובץ חוקים אחד שזה חוקי החתים שהוא מתורכיה, אך הוא רלוונטי משום שבתנ"ך נכתב שאחד מהעמים שישבו בארץ היה העם החתי- החיתים.
2. שפה- כמעט כל התכבים כתובים באכדית- כתב יתדות על האבנים האלה.
3. תקופת זמן- אם נסתכל על הזמנים, החוקים הקדומים ביותר מתוארכים לשנת 21 לפנה"ס. ואחרים 20 לפנה"ס- אלו תקופות קדומות יחסית. המקרא לכל המוקדם מתוארך ל12 לפנה"ס. כלומר בין המקרא לחוקי חמורבי, יש שש מאות שנה, לכל היותר.

יש סוג של פער זמנים- בין קבצי החוקים הקדומים לבין המקרא. גם פער של מקום- מסופוטמיה, ואנו ארץ ישראל מצרים, ופער של זמן- במובן הזה שרוב החוקים הרבה יותר קדומים מהמקרא, למעט אולי האשורי שזה המאה ה12 לפנה"ס.   
משום שאנחנו מוצאות פער, החידה המאוד מעניינת של הסיפור היא שאנחנו מוצאות דמיון בין המקרא לבין החוקים האלה. כך שלמרות שהחוקים לא נכתבו באותו אזור, ולא בדיוק באותו הזמן, שכן יש פערי זמן משמעותיים, אנחנו מזהות דמיון

כשהתגלו הממצאים האלו, הייתה התלהבות מאוד גדולה במחקר, חשבו שפתרו את הסיפור של מאיפה חוקי המקרא הגיעו- הם חשבו שאולי חוקי המקרא הם איגוד של חוקי חמורבי, אחר כך הגיעו למסקנה שהחוקים שונים מאוד ולכן זה לא יכול להיות איגוד של חוקי חמורבי.   
יש כאלה שאומרים כי באמת אין הרבה דמיון, וזה רק נדמה לנו שזה דומה- כל מיני מושגים משפטיים דומים שמשתמשים בהם אך זה לא באמת דומה. זה סוג של התפתחות משפטית, יש כל מיני מושגים משפטיים שנשארים וזהו. בדעה הזו יש קושי כי אנחנו כן מגלות סוג של דמיון מעבר לדמיון במושגים משפטיים, יש דמיון ספרותי. יש קשר היסטורי שיוכל להסביר את ההדהוד של המסורות המשפטיות בתוך המקרא.   
הסבר שניתן להציע הוא שלפי המקרא, העבריים הגיעו מבבל. יכול להיות שהעבריים הביאו איתם את מסורות החוק האלה, ולכן המקרא מתמודד איתם.

**תכליות הענישה במקרא**

במשפט הכללי המודרני, אנחנו מכירות ארבע תכליות ענישה:גמול, הרתעה, שיקום והגנה על החברה. במקרא אנחנו מוצאות חלק מתכליות הענישה הללו, אך לא את כולן. הרעיון של השיקום, אינו מודרני בכללותו, אלא נוכל למצוא בהתפתחות המשפט העברי, אך לא במקרא.

1. גמול- הענישה במקרא, במקרה של נזקי גוף, הענישה היא של איבר תמורת איבר- עין תחת עין, שן תחת שן. גם במזרח הקדום, כמו קבצי חמורבי יש את הרעיון הזה. הרעיון במקרא, מה שמעניין בו, שניתן להגיד את זה בתור עיקרון, ולא כחוק. העיקרון מופיע בצורה מפורשת- "איש שיכה כל נפש אדם, מות יומת". הפסוק הבא מחליש את העיקרון- יש פה הגדרה משפטית של מידה כנגד מידה, כל מום שניתן לעמית שלך, אתה תקבל את אותו הגמול, וניתנות דוגמאות, זהו ביטוי לגמול בצורה ברורה.
2. הרתעה- בהקשר של תכלית ההרתעה, התכלית מופיעה בכמה מקומות אך לא בצורה עקבית בתורה, אכן יש דברים שכן התכלית הבסיסית היא הרתעה- היה ניסיון של אנקר, להסביר דווקא המקרא שנוקט את הדברים האלה ולא אחרים גלבי הרתעה. זוהי שאלה למה דווקא בחוקים הספציפיים האלה יינתן הרתעה, ולא באחרים. למשל זקן ממרא- אדם שיודע בתורה, אך הוא לא מקשיב למנהיגי הציבור, המנהיגים הרוחניים והדתיים של הציבור, לא הולך על פיהם ומרשה לעצמו לפסוק הלכה לעצמו שמנוגדת להלכה הקיימת. מדובר על ישמעו ויראהו- יש ענין של הרתעה- שאל תעשו כמוהו. במקרה הזה, ברור למה כתוב, כי סה מקרה שמערער על יסודות החברה- אנשים שלא נשמעים לרמות החוק ומחוקקים לעצמם, מרגישים חכמים שיכולים לחוקק לעצם את החוקים לסביבתם, מאיימים על לכידותה של החברה, וכלן חשוב להעניש אדם כזה בצרה של יראו ויראהו כי החברה עלולה להתפורר.
3. הגנה על החברה- תכלית הענישה של הגנה על החברה לא נמצאת באופן מוחלט ובכלל החוקים, אלא במס' מהם. התכלית מופיעה בהקשר אחד ודומיננטי במיוחד, במקרה של עבודה זרה. לתכלית של הגנה על החברה יש חשיבות גדולה בביעור העבודה הזרה ובהובלה למצב בו עובדי העבודה הזרה לא יהיו חלק מהחברה, שלא ישחיתו אותה. שכן, עובדי העבודה הזרה מהווה גורם זמין שבקלות יכול לגרום לשחתה ולהסתה של החברה מהמקום הנמוך שלך.   
   ההגנה על החברה היא באמצעות עונש מוות. אם בעידן המודרני, הגנה על החברה משתקפת בהשתת עונש של מאסר, סגירה והרחקה מהחברה, המקרא משקפת את ההגנה באמצעות מיתה ולא עונש של כליאה.
4. שיקום?- באופן עקרוני, במקרא שיקום לא מופיע כתכלית ענישה. אך העלו נקודה מהבית- מקרה של עבד עברי- מדובר במקרה של עבד שנמכר בגניבתו- מדובר על אדם שגנב, אך אין לו כסף להחזיר את הגניבה שהוא לקח, וכהחזר לגניבה הוא משועבד כעבד לכמה שנים, וכך הוא מחזיר את חובו. הקשר של שיקום, לא מתואר כי משקמים את אותו עבד, אלא הדגש הוא על האפשרות להחזיר\ להשיב על מעשיו (גמול). נכון, שזה יכול להתכתב עם העניין של שיקום, בכך שמדובר על אדם שנמצא במקום בעייתי, ונותנים לו פתח להתחיל התחלה חדשה.

**תכליות דתיות בענישה**

1. כפרת הארץ- התפיסה היא שחטאים חמורים מסוימים, גורמים לתוצאה טומאת של הארץ. הארץ נטמאת ונהרסת בגללם- כשבעוון הזה גולים. כלומר, יש חטאים שהארץ לא מסוגלת לסבול. ולכן חברה שפושעת והפשעים שנעשים בעולם גורמים למצב שהתרבות שחיה על פיהם לא תוכל להתקיים ולהמשיך להיות בארץ. יש התייחסות ספציפית לגבולות ארץ ישראל, אך תכלית הענישה לא נוגעת רק לארץ אלא גם לכל העולם- כפי שניתן לראות בסיפור המבול.

איך זה קשור לענישה? לענישה יש אפקט מכפר. בזה שלא נעניש את הפושעים, לא נוכל לנקות את הלכלוך שנוצר מחטאיהם.

* הקשר 1- רצח: החטא הראשון מתייחס לרצח. שפיכות דמים זה החטא שהמקרא מדגיש בטומאת הארץ. המקרא מאוד מזהיר- מפני כופר על מי שרצח. גם אם רוצח רצח אדם, אל תיקחו כסף במקום החיים של האדם שרצח. צריך להרוג אותו ולא לעשות עסקאות איתו שמאפשרות לו "להיפטר" ממעשיו., אפילו שזה יותר הגיוני- כי אדם שאיבד את המפרנס העיקר, מה אכפת לה להרוג את הרוצח? העיקר לקבל כסף להמשיך לחיות. אין לעשות אף עסקה עם רוצחים- לא עסקה שמאפשרת למחול לו על הרצח, ולא עסקה שמאפשרת להתייחס אליו כרוצח בשגגה ולתת לו אפשרות לברוח לעיר מקלט. רוצח במזיד צריך למות. וזאת משום שהדם של הרצח, שפיכות הדמים היא המטמאת את הארץ. ורק הכפרה תוכל לנקות ולטהר את הטומאה. הכפרה מושגת רק על ידי ענישה מידה כנגד מידה, ענישה גמולנית. הדם של הרוצח זה כנגד הדם של הנרצח וזה מה שיכפר על הפשע. זהו פסוק ספציפי שמדבר על ארץ ישראל- כך שניתן ללמוד מזה שהרגישות של הטומאה של הארץ והכפרה שלה היא בגלל ארץ ישראל, זו לא רגישות רגילה אלא שנוגעת לארץ הספציפית הזאת. הרגישות של הארץ נובעת מהשראת השכינה המיוחדת בה.
* הקשר נוסף: עריות- כל הביאות האסורות מפרשת קדושים. זה כולל ניאוף, משכב זכר, כל היחסים האסורים בחומרה. אחרי הפרשה שנכתבים כל האיסורים נאמר: אל תעשו את החטאים האלה, כי ככה עשו הגויים שגרו פה בארץ, ובעקבות זאת הארץ נטמאה. הארץ כאילו הקיאה ולא יכלה לשאת את החטאים האלה. מכאן שלארץ ישראל תכונה מיוחדת ורגישות לחטאים כאלו. חשוב לציין כי האיסור הזה לא נוגע רק לבני ישראל אלא לכל אדם שחי בגבולות ארץ ישראל.

מה הקשר של ענישה? ראינו עבירות אך לא ענישה- פרשת העריות מחלוקת לשני חלקים: כאיסורים, ואחר כך מופיעים על אותם איסורים פירוט של עונשים- אחרי העונשים אפשר להבין שמדובר לא רק על זה שצריך לשמור ולא לעבור על אותם האיסורים, אלא גם הצורך להעניש עליהם- כלומר, רק אם נשמור על הטלת עונשים בגין עבירה על אותם האיסורים, רק אז היושבים על הארץ לא יגלו ממנה- שכן, אם יזניחו ולא יענישו על החטאים האלה, אז היושבים על הארץ יגלו.

1. למנוע חרון אף על ישראל- זה קשור לנושא של היחס בין דין שמיים לדין אדם. זוהי לא ענישה שמוטלת על בני האדם אלא ענישה מן השמיים. התפיסה היא שבכך שאנחנו מענישות פה, אנחנו מונעות דין שמיים שהוא גרוע יותר, אנחנו מונעות פורענות. ראינו את בקשר של הארץ- שתטמאה, אבל עכשיו זה לא קורה בגבולות הארץ. זה כבר לא רק על מי שבארץ, זה בכל העולם. בדרך כלל התכלית של למנוע חרון אף מופיעה לרוב בהקשרים סיפוריים, אבל יש גם נוכחות בקבצי החוק. סיפור ידוע בו מופיע החטא של בעל פעור- ישבו בני ישראל בגבול מואב, והחל העם לקיים יחסי מין שלא במסגרת נישואין עם בנות מואב (בתורה יש איסור מפורש רק על נישואין עם בנות מואב אך לא על יחסי אישות באופן כללי- כך שאת האסור בקיום יחסי אישות, חז"ל לומדים ממקורות שמפגינים יחס שלילי למעשה הזה, וכך קבעו אותו כאיסור מפורש). במקור הנ"ל, הזנות מוזכרת בהקשר שלילי בעיקר כיוון שמעורבת בזה עבודה זרה- הם עובדים לבעל הפעור. ה' אומר למשה להעניש את מי שעובד ע"ז לבעל פעור ואם תהיה ענישה שלהם, לא תהיה ענישה בידי שמיים, אך במידה ותעשו דין אנושי, אלוהים לא יעניש. אנחנו רואות את התפקיד של הענישה כבא למנוע ענישה בידי שמיים.

**המאפיינים הייחודיים של הענישה המקראית**

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

אחד הדברים המיוחדים במשפט המקראי זה שגם חיות נענשות. נתנו את הדוגמא של השור שבה הדין קובע כי בשני המקרים המתוארים השור (בין אם הוא מועד ובין אם הוא תם- דינו להיסקל. בעוד שבחוקי חמורבי דיברנו על דין אחר- במקרה כזה אין שום עונש לשור. אלא מדובר על כך שהבעלים של השור משלם פיצוי למי למשפחת הקורבן, אך לא עושים דבר לשור.

הרעיון של גרינברג הוא שהטלת עונש מוות על בעלי חיים היא מכובד ערך חיי האדם- מה שנאמר בחוקי חמורבי זה מקרה הזה הוא בלי עונש, לא יכול להתקיים לפי השקפה מקראית- כי בסופו של יום, נהרג אדם בגלל השור. נכון שבעלי השור לא אחראים אך אל ניתן להכשיר את המקרה ולעבור הלאה מבלי עונש. לכן, לוקחים את האחראי למעשה- השור ומטילים עליו עונש. גרינברג מביא אסמכתא לכך שזה שגם בדין שמיים פועלים באותה השיטה- במקרה המבול, דורשים מידי חיה- אם חיה תהרוג אתכם אז נדרוש מהחיה את דמכם, ושם נקבעה גם הסיבה- האדם הוא לא כמו כל חיות, החיות הורגות אחת את השנייה כל הזמן, הפסוק מסביר את הסיבה לשוני בין האדם לחיות, האדם הוא נברא בצלם אלוהים, זו מדרגת בריאה שונה- ולכן כל חיה שהורגת אדם, אלוהים ידרוש ממנה. ולכן, אלוהים יתבע מהחיה אחריות על המעשה ויעניש אותה. לכן כשהמשפט המקראי מתייחס גם לחיות, לפי גרינברג זה נובע מהערכה מאוד גדולה של חיי האדם, ושבעוד שהתפיסה במזרח הקדום, המקרה של שור שהורג אדם דומה למקרה של עץ שנופל על אדם.

חריג להסבר של גרינברג

הבעיה היא שההסבר של גרינברג לא מכסה ולא נותן פתרון שלם לכלל במקרים שבהם מושת עונש גם על בעלי חיים. וזאת משום שהדין של עונש מוות לחיות מופיע לא רק במקרה של שור שיסקל, אלא גם בעריות- במשכב בהמה. במקרים כאלו לא רק שהאדם עצמו ייהרג, כך גם הבהמה. אנחנו פוגשות עונש מוות לחיה לא רק בהקשר של הריגת אדם אלא גם בהקשר ש  
 משכב בהמה. וזאת בשונה מחוק החיתים, לפיו במקרה של משכב בהמה- בעוד שהאדם ייהרג, החיה לא תישא בעונש.   
העונש בחוקי המקרא שמושת על הבמה מעורר קושי רב בשאלת האשמה- ואכן גם חז"ל שואלים, במה הבהמה חטאה? קשה להבין למה במקרה בו המעשה נעשה על ידי האדם, הבהמה צריכה להיענש. שהקושי הזה מתעצם על רקע הפער השונה בתוצאה המשפטית במקרה של נערה מאורסה. בפרשה מתואר אישה נשואה שנאנסת. באופן כללי, כאשר איש מקיים יחסי אישות עם אישה נשואה הדין בתורה הוא מוות- לאישה וגבר. אך מה קורה במצב בו האישה נאנסה? אז התורה אומרת כי אסור להעניש את האישה. מכאן, ניתן לומר את אותו הדבר על החיה- למה היא חטאה? החוק המקראי לא מתייחס רק למעשים אסורים במנותק מהאשמה, שכן אם ההסתכלות הייתה על מעשה בלבד (על יסוד עובדתי ללא יסוד נפשי), במקרה של נערה מאורסה העונש היה צריך להיות מוות, ולא אי הטלת אחריות פלילית.

ניתן לגשר על הקושי דרך שלושה פתרונות:

* פתרון 1: טומאת הארץ היא משמעותית מאוד והיא מעבר לשאלת אשמת הבהמה- לכאורה ניתן להגיד שמצאנו שני דברים שמטמאים את הארץ- שפיכות דמים ועריות. ולכן, מאוד חשוב שהגורמים המעורבים בפרשיות האלה, בין אם אלו חיות ובין אם בני אדם, ישלמו את המחיר על המעשה שנעשה. וזה סוג של כפרה- של מחיקת החטא.
* פתרון 2: נטיית החיה- חז"ל טוענים כי במעשה של האדם, מבחינה מסוימת הוא קלקל את הבהמה- זאת הסברה שהחיה עברה סוג של קלקול והיא כבר נהפכה לדבר לא טוב, זה ההרגל שלה ולכן בעייתי להשאיר אותה בחיים.
* פתרון 3: כבוד האדם- כבוד האדם כל כך חזק שהוא גובר על שיקול אשמת הבהמה. כבוד האדם לא יתגנה בהשארת החיה בחיים.

יש פה שאלה לא פתורה, שהתזה של גרינברג לא מכסה אותה ולא נופלת תחת הקטגוריה של גרינברג של ערך חיי האדם.

1. **מי** **מעניש? לא רק בני אדם אלא גם האל**

ייחוד נוסף של החוק המקראי שלא מופיע במזרח הקדום בכלל, זה הנושא שהחוק מכיל עונשים בידי שמיים- החוק הוא לא רק חוק ארצי שדן בשאלת סמכות הרשויות, אלא הוא דן בענישה בידי שמיים. כלומר, בחוק המקראי יש שני גורמים מענישים- בני אדם והאל. בקבצי החוק יש הפניה לענישה בידי שמיים- על העבירה הזאת, נענשים בעונש בידי שמיים. לא מדובר בסיפור או מקרה שקרה וממנו ניתן להסיק דברים, אלא הוא החוק.

באופן בסיסי ישנם שני סוגים של ענישה בידי שמיים:

1. כרת (על שלל הטיותיה)- איך נדע האם כרת זה ענישה בידי שמיים? צריך להבחין מה ההבדל בין כרת לבין מות יומת או לכל ענישה של מיתה בידי האדם בתורה. מהמילה עצמה זה לא ברור באופן החלטי. ואף היו שפירשו את העונש כרת כעונש שלא מוטל מידי שמיים- למשל כת מדבר יהודה. אחת ההלכות של הכת היא שלגבי העבירות שעליהן נכתב כרת בתורה, היא שצריך לגרש ולנדות את האדם שביצע את העבירות האלה מהכת. כלומר, האדם הזה, דינו גירוש ואינו מותנה בזמן- גירוש לצמיתות. נראה כי כרת הוא סוג של סנקציה בידי אדם.   
   המקרא כנראה מדבר על עונש בידי שמיים. ניתן ללמוד את זה מפרשת מולך. מולך זה סוג של עבודה זרה שהייתה נעשית ליד ירושלים שהייתה קשורה בהקרבת ילדים. מתואר בתורה כי אותם אנשים המבצעים את המולך דינם להיסקל, כלומר עד כה זה עונש מקובל בתורה, עונש בידי אדם. אך כשממשיכה הפרשה- הדובר הופך להיות ה' ו"ַאֲנִי אֶתֵּן אֶת-פָּנַי, בָּאִישׁ הַהוּא, וְהִכְרַתִּי אֹתוֹ, מִקֶּרֶב עַמּוֹ: כִּי מִזַּרְעוֹ, נָתַן לַמֹּלֶךְ--לְמַעַן טַמֵּא אֶת-מִקְדָּשִׁי, וּלְחַלֵּל אֶת-שֵׁם קָדְשִׁי." פס' ד-ה מופיע מה קורה אם לו הורגים את אותו אדם, ששם נאמר כי האל יהרוג אותו במקומם. מכאן ניתן להבין כי למולך יש שני עונשים- עונש אחד שהוא בידי האדם (להרוג אותו), והעונש השני הוא בשם שמיים וזה ידוע מפני שהאל הוא הדובר- ובדבריו הוא משתמש בשורש כרת.   
   הסיבה לשני העונשים היא שלפעמים יש את מה שבי האדם צריכים לעשות, ואז זה מייתר את הצורך בעונש בידי שמיים, אך במקרה שבני האדם לא עושים מה שהם מצופים ועוצמים עיניים, אז העונש הכבד יופעל.  
   מה שחשוב לענייננו יותר מהעונש הספציפי של המולך, זה שרואים כי הפועל כרת מתייחס לעונש בידי שמיים, ומההקשר בתורה אין סיבה לחשוב שבמקומות אחרים זה לא מתייחס לעונש בידי שמיים. לכן דרך המלך היא לפרש שבכל פעם שמופיע כרת זה מתייחס לענישה על ידי האל.

על איזה עבירות נענשים בכרת? אם ניקח את כל חיובי הכרת שמופיעים בתורה, בדרך כלל מדובר על עבירות שבין אדם למקום. כלומר, עונשים בידי שמיים הם עונשים על עבירות שעניינן בין אדם לאל. עבירות כמו עריות, עבודה זרה, חילול שבת, כל מיני מצוות פרטיות בין אדם למקום שהאל ציווה- אך הן לא עבירות כלפי אדם אחר.

1. מיתה בידי שמיים- בהערת אגב לא נכתב בתורה באופן מפורש מיתה בידי שמיים, אלא רק היה שימוש בפועל מת. יש עבירות שנזכרות בתורה שהעונש עליהן כתוב מת מכל מיני סוגים, או פעלים אחרים בהקשר של מוות, ולא מופיע השורש כרת. לכן צריך להניח שמדובר על עונש נפרד של מיתה. נראה כמה דוגמאות של עונשים שאין עליהם את השורש כרת: כך למשל לגבי עונשו של מי שלא שומע לדברי הנביא- מדובר באדם שהוא נביא האל אך יש אנשים שלא שומעים לדבריו. הפועל ידרוש מתייחס למיתה. מדובר במקרה של נביא שאומר דברי שקר, אדם שמתנבא בשם עבודה זרה- **ומת** הנביא ההוא. על רקע זה מתעוררת השאלה האם זה עונש בידי שמיים או אדם? חז"ל ענו כי בדוגמא הזאת הנביא מת בידי אדם, ואכן יש מקרים במהלך ספר דברים בהם מופיעה המילה מת אך ברור שמדובר בעונש בידי אדם.   
   ענישה בידי שמיים מופיעה הרבה פעמים על עניינים ריטואליים, עניינים הקשורים לבית המקדש. חילול הקודש מופיע כמה מקומות בתורה הפועל מת. לא מסופר על שומרי המקדש שהורגים, כמו שבחוקי החיתים נאמר שבעבירות בית המקדש יש שומרי המקדש שהורגים את האנשים שמחללים את הקודש, בעוד שבתורה מופיע רק מת. ואין סיבה להניח שמדובר בשומרי מקדש שלא מופיעים. במקרה הזה מסופר על כיור נחושת שאם המתפללים לא נזהרים ולא רוחצים בו את ידיהם ורגליהם לפני הכניסה למקדש, הם ימותו. ומהצד השני מסופר שאם המתפללים כן נזהרו, הם לא ימותו. לכן ניתן ללמוד מזה שיש פה עניין של היטהרות של רחיצת ידיים ורגליים לפני עבודת המקדש, ומי שאינו עושה זאת הוא מחלל את הקודש- ודינו מיתה. כמו כן, יש סיפורים נוספים על חילול הקודש שבסופם נגזר מיתה על האדם. למשל פרשת שמינית- על נדב ואביהוא שהקריבו אש זרה לפני האל שלא ציווה אותם, מתו. אז זה לא עונש חריג, אלא עונש שגם מופיע בחלק הסיפורי של התורה.

האם יש הבחנה בין מיתה בידי שמיים לכרת?

מהו ההבדל בעונש? הנחת המוצא היא שעצם העובדה שיש שימוש במושג אחר, מעיד על כך שמתקיים הבדל בין המונחים. ככל הנראה ההבדל המהותי הוא שכרת הוא חמור יותר, קודם כל מפני שהוא מתייחס לעבירות חמורות כמו חילול שבת ועבודה זרה. אנחנו יודעות על החומרה שבעבירות אלו משום שאלו עבירות שבנוסף לכרת יש עליהן עונש מיתת בית דין. כך למשל עבודה זרה, עבירות עריות שיש עליהן גם מוות בסקילה. מיתת בית דין היא עבירה שסקאלת העונשים עליה היא החמורה ביותר שיכולה להיות. ההבדל בין מיתת בין דין לשמיים- שעל ידי שמיים זה יכול לקרות בזמן לא ידוע, בעוד שמיתת בית דין זה כשהקהילה לא יכולה לסבול את הנוכחות של הגורם הזה, וצריך לסלק אותו מיד. העבירות מהסוג הזה מופיעות לנו רק בעבירות של כרת ולא מופיעות בעבירות רגילות של מיתה בידי שמיים- כך למשל עבירה של אי רחיצת ידיים ורגליים איננה עבירה של מיתת בית דין וכו. בעוד שעל עבירות של כרת, לרוב יש מיתות בית דין- לכן מדובר בעבירות חמורות.

כמו כן, מבחינה מילולית נראה שכרת יש לה משמעות קשה- של כריתה. פירושו שהאדם נכרת לחלוטין מהעם ואילו מיתה רק מצביע על מיתה לפני זמנו וקיצור חיים. המילה מת יכולה לסבול פרשנויות נוספות ולא בהכרח פרשנות נחרצת כמו המילה כרת.

בהקשרים של כרת, מופיעים לפעמים לגבי חלק מהאיסורים מופיע עניין של עריריות- כלומר האדם יישאר ערירי. זה מופיע למשל בפרשה של אדם ששכב עם דודתו, פרשת העריות- שם נאמר כי "ערירים ימותו". ההקשר של עריריות מופיע רק בכרת ולא מופיע בשאר המקרים של מיתה בידי שמיים. עם כי צריך להגיד שזה מתייחס רק פה ולא לכל איסורי הכרת. ולכן זה לא ברור אם זה קשור לעונש מוות.

בשורה התחתונה- יש הבדל בין שמיים לכרת, וכנראה שכרת חמור יותר. מה ההבדל והאם זה חמור יותר או קשור לעריריות- אין תשובה חד משמעית ואנחנו לא בדיוק יודעות.

1. **מעברים בין דין אדם לדין שמיים ולהיפך**

צריך להצביע על תופעה מאוד רחבה בתורה של כפל עונשים. הרבה מהעונשים ראינו שהאדם נענש בעונש בידי אדם ועונש בידי שמיים יחד- או זה מופיע באותה הפרשה וזה עונש כפול, או בנפרד- ובסוף במצטבר מדובר על ענישה כפולה.

למשל: בעריות לדוגמא- בויקרא י"ח כתוב רק חיוב כרת (עונש בידי שמיים) ובפרק כ' כתוב את העונשים בידי אדם (מיתת בי"ד). רק לאחר הקריאה המצטברת אנו מבינות שזה שני עונשים לאותו מעשה. לעומת זאת, במקרים אחרים הענישות באות בסמוך (למשל במולך או בהלכות שבת). יש לנו גם מקרה הפוך- בו היה דין שמיים🡨 והיה מעבר לדין אדם.

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

\*לא ברור מה זה "ויחר אף ה'", יכול להיות שזה כעס ויכול להיות שזה כבר הוביל לעונש- מגיפה.   
משה אומר לשופטי ישראל שיהרגו את אנשיהם- ראשי העם הנצמדים לבעל פעור (לפי איזור סמכותם). נראה כי משה אומר שאם הם יעשו זאת חרון אף ' יסור (מעשה שנועד למעט את העונש ולחסוך את הענישה השמיימית).  
ובדיוק כשהם מתחילים, יש קריאת תיגר של זמרי בן סלוא ראש שבט שמעון- הוא עושה מעשה מתריס (לא בדיוק כתוב מהו אך יש פרשנויות של חז"ל) ופנחס בא ודוקר אותו ואת האישה.   
אנחנו רואים פה שהמגיפה נעצרת (בקריאה אחורה מבינים שהייתה מגיפה בעצם). לא הייתה ברירה אלא לעשות אקט חוץ משפטי ולהרוג את קורא התיגר. זה הצריך התערבות קיצונית.   
כך הפסיק חרון האף, כשבני האדם הענישו את החוטאים הפסיקה המגיפה. זהו מעבר מדין שמיים לדין אדם. מעשה בידי בני אדם ביטל את הענישה השמיימית.

רואים מכאן כמה דברים:

* יש בכוחו של דין האדם להחזיר את הסדר על כנו
* דין האם יכול להוות תחליף ולייתר דין שמיים
* יש בדין אדם מעין משהו משפטי
* במקרה שדין משפטי בידי אדם לא מתקיים, גם מעשה חוץ משפטי של קנאים (כמו פנחס שפשוט לקח יוזמה והרג את מפר הסדר באופן עצמאי) יכולים להוות אפשרות אלטרנטיבית לענישה.

מה מרוויחים מהמעבר מענישה מדין אדם לענישה בדין שמים? אין צורך בראיות. לא תלוי ברצונם הטוב (או הרע) של בני אדם. לא צריך שת"פ עם כל מיני גורמים שיכולים להטות את הדין, זה יותר פשוט מדין אדם כי לא צריך ראיות

מה מרוויחים מענישה בדין אדם או ממעבר מענישה מדין שמים לדין אדם? . דין שמיים הרבה יותר רחב, הוא חל גם על המשפחה... יש לו אפקט כללי. הענישה בדין אדם פוגענית פחות. היא ספציפית לעבריין ולא למשל למשפחתו או לסביבה כולה. חרון אף ה' יכול להיעצר גם בענישה חלקית

למה דין אדם יכול להיות עדיף? (ה' בעצמו רוצה את זה)

1. מניעת העונש הקשה
2. העם אקטיבי בסיפור, יש לענישה ערך מכפר לא כי באים בחשבון עם הגורמים העבריינים אלא כי השותפות במיגור הפשע מכפרת על הפשע הכללי של העם.
3. יותר ספציפי

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

יש עבירות **חמורות** בתורה שאי אפשר להמיר אותן (שור מועד שהרג אדם אפשר להמיר בכופר אבל עבירות חמורות לא). לא ניתן להגיע להסדר בין העבריין לבין הגורם שהוא הרע לו. כך למשל הבעל לא יכול להגיע להסדר עם הנואף. הרוצח לא יכול להגיע להסדר עם המשפחה של הנרצח. אין הסדרים בעבירות חמורות אלא רק עונש חמור.

**עקרונות ענישה**

דיברנו על מאפיינים מיוחדים של ענישה במקרא, ועכשיו נדבר על עקרונות ענישה לאו דווקא מיוחדים למשפט העברי והפך לנחלת כל המשפט המודרני, אל המקרא הביא את זה לעולם.

1. **עבירות חמורות המחייבות עונש אי אפשר להעבירם לכופר או למחול עליהם**

יש עבירות חמורות בתורה, עונשי מיתה למשל על עבודה זרה, עריות, רצח וכו שלא ניתנים להמרה בכופר או בכל צורה שהיא. בעבירה מאוד חמורה כמו עבודה זרה, זה ברור כי עבירה נגד האל ממש למה שיהיה ניתן להמיר אותה? אך העבירות שהיש בהן צד של אדם וחברו, לשל רצח, ניתן להגיד שבמקום להרוג את הרוצח נעשה דבר יותר יעיל- בפיצוי משפיחת הקורבן ואז כך יהיה אפר לפרנס את המשפחה. כך חשבו קבצי חוק במזרח הקדום, אך המקרא עונה בתשובה שלילית קטגורית.

עבירת ניאוף

החוק בויקרא נותן דוגמא טובה להתחשבן עם מישהו- בניאוף פגעת במישהו, אדם וחברו ולכן אולי יש אפשרות לחלופה אחרת. הבעל לא יוכל למחול לנואף או לאשתו- אשתו היא המעניינת אותו ולא הנואף, לפי המקרא אין דבר כזה למחול עליה.

בעוד שבחמורבי קבעו כי זוג נואף העונש הוא זריקה למים- עונש מיתה. אבל כתוב שהבעל רשאי למחול את אשתו והמלך את הנואף. הפירוש המוסר לחוק זה שאם הבעל מחליט לחון את אשתו אז המלך יכול לחון את הנואף- אך יש פה אפשרות לבעל לוותר לאשתו. יש עונש מיתה א6ך ניתן לעשות חנינה על הדבר הזה. במקרא לא ניתן לעשות זאת- בספר משלי ניתנת אפשרות של מחילה של הבעל, אך זה לא מתואר כחוק אלא כאשפרות שדוחים אותה.

למה החומרה הגדולה הזאת? גרינברג ניסה לתת הסבר בכל הקמרים של עונשי מיתה- מדובר בחטא שהוא לא רק כלפי אדם, אלא החטא הוא בראש ובראשונה כלפי אלוהים, ומי שעושה זאת פוגע במזיד בחוק של אלוהים (לא מ דובר על טעות- אלא אנשים שעושים בכוונה מתוך מודעות לחוק ומחליטים ללכת אחר רצונם). האנשים האלו פוגעים בריבונות של אלוהים בעולם ומתריסים כנגדו ולכן אין מחחילה על כך. גירנברג מביא דוגמא מהסיפור של יוסף ושאת פוטיפר- אשת פוטיפר מנסה לפתות את יוסף לשכב עימה, בעוד שיוסף מסרב לכך. יוסף בהתחלה מדבר איתה כאל אדם וחברו- איך הוא יכול למעול באמון של פוטיפר? אחר כך, הוא אומר כי הוא חטא לאלוהים- העניין הזה של ניאוף זה לא רק בין אדם לחברו- מעילה באמון של הבעל, אלא זה חטא כלפי אלוהים וזה לא דבר שאפשר לתקן אותו בהסכמים בין הבעל לנואף או לאשתו.

זה חל על כל העריות, רק שלא על כולן יש דוגמא שניתן להגיע להסדר כמו במזרח הקדום, אלא שבניאוף ניתן למצוא דוגמא להמרת עונש המיתה לעונש אחר.

עבירת רצח

יש איסור מפורש בתורה על כופר בעבירת רצח- יש איסור מפורש כי יודעים שהפיתוי הוא גדול עדיף שהוא ישלם מאשר ימות. אסור להתייחס אל הרוצח במזיד כרוצח בשגגה- לגבי אדם שרוצח בטעות הדין הוא שהעונש הוא גלות- בעיר מקלט מיוחדת, אך באשר לרצח ממש, רוצח במזיד לא ניתן לתת לו עונש של גלות. בקטע מדובר ממש על טומאה- תמורת דם צריך שהדם של הרוצח ישפך, זאת מידה כנגד מידה- גמול.

בחוק האשורי נאמר שהרוצח יכול להינצל ממוות אם ימסור בני אדם אחרים: עבדו, בנו, אשתו, או אחיו תחת הדם, או "לרחוץ את הדם" או "לפצות את הנהרג"- כפרה על הדם שנשפך. כלומר, בחוק האשורי ניתן לתת כל מיני צורות פיצוי תמורת זה שלא יהרגו את הרוצח. החוק הזה יוצר אפליה ופערים בין אנשים- אדם עמיד מול אדם עני.

1. **ענישה מידה כנגד מידה רק כנגד העבריין**

ראינו שמידה כנגד מידה נחשבת הענישה הצודקת גםבמקרא וגם במזרח הקדום. אב עכשיו השאלה היא עד לאן לוקחים את זה? במקרא יש תשובה ברורה לגבול- כל עוד זה קשור במי שעשה את העבירה, אם זה מתחיל לשהםיע על אנשים אחרין כאן לא יחול הנושא של מידה כנגד מידה. לא יומתו אבות על בנים- איש בחטאו יומת.

דוגמא 1: מוות ברשלנות- ספר שמות- מקרה השור- שור שנגח אדם, מדובר על שור לא נגחן רק השור יומת ולא הבעלים, אך כשמדובר בשור מועד השור יסקל וגם בעליו יומת. אך זה המקום היחידי שיש אפשרות לכופר- לא מדובר ברוצח במזיד אלא אדם שהתרשל בשמירה על השור. בפס' האחרון כתוב כי אם השור הזה נוגח ילדים, גם כן צריך לעשות אותו הדבר. השאלה שמתעוררת היא למה צריך לציין את המקרה של הילדים?   
אם נקרא את החוק הבא נוכל לחלץ תשובה- בחוקי חמורבי נכתב כי אם הבנאי ברשלנותו גרם למוות של אחר הבנאי יומת, אך על זה מוסיפים שאם רשלנותו גרם למותו של בן בעל הבית- אז בנו של הבנאי יומת. לפי חוק זה מידה כנגד מידה מורחב למשפחות- העונש תלוי במי נהרג. הבנאי הרג את הבן של בעל הבית, המשפחה אל איבדה מפרנס (אלא נהרג ילד)- אז לחמה שהבנאי ימות? הבנאי הוא המפרנס, אז זה לא הוגן. לכן מיש צריך למות זה הבן שלו. כלומר לפי החוק במזרח הקדום המידה כנגד מידה תבוא בנוגע לתוצאות העבירה או לרמת הסבל. המקרא מנגד משיב בשלילה משום שזאת לא אותה אישות משפטית, את העונש נטיל רק על האישיות המשפטית המעורבת.

דוגמא 2: אונס בתולה- אדם אנס אישה בתולה (ולא נשואה שם העונש הוא מיתה)- בתפיסה המודרנית הבעיה במקרה הוא האונס, אך בתפיסה של המקרא יש הבדל בין החוק לבין התודעה. החוק לא מתייחס לאונס כתור עבירה פלילית, החוק מתייחס לזה בהקשרים של נעשה לנערה ולאביה עוול כי תהיה בתולה לחתן אותה בהמשך- זאת בעיה של המשפט הפרטי, סוג של נזק. האנס יצטרך לשלם את מה שהוא פגע ויהיה חייב להתחתן איתה. לפעמים יש דברים שלא נרצה לעגן אותם כעבירה פלילית המטילה עונש, למרות שחברתית נראה את זה כמעשה נוראי- מבלי לערב את המשפט כך ניתן להסביר את הפער בין החוק לחומרת המעשה.   
החוק האשורי קובע כי באותה מקרה של אונס בתולה- צריך לקחת את אשתו של האנס ולאנוס אותה ולא להחזיר אותה בחזרה לאנס. פתאום אשתו של האנס הופכת להיות חלק מהעונש. בעוד שבמקרא לאחר האונס האישה ניתנת לאנס כברירת מחדל פה זה ברשות. אך במקרה שאם אין לאנס אישה- לא יכול להתקיים מידה כנגד מידה (מול בת שבחזקת האב נמיר לאישה שהיא בחזקת האנס (אשתו), אך אם לאנס אין אישה חוזרים לדין של החוק המקראי- אם אישה נהפוך את זה למחיר- המחיר של הבתולין וגם נתינת הבת לאנס לאישה.

רואים פה שהחוק מאוד דומה- מה ששונה ולא נמצא במקרא ההמרות והטלה של העונש על גורם אחר- התמורה של מידה כנגד מידה של בני המשפחה לא נמצא במקרא. זאת דוגמא טובה משום שהחוק דומה מאוד חוץ מרכיב אחד שחסר, משום שהוא לא מתאים להשקפה המקראית.

1. **במקרא מוטלים עושני מוות רק על רצח, עריות ועבירות דתיות חמורות אך לא על עבירות רכוש**

עבירות רכוש משלמים עליהם- מה שמפסיד תמורתו ממון אתה משלם עבורו. עבירות שקשורות לעבירות דתיות וחמורות, אלו עבירות שעליהן מוטלים עונשי מיתה אך לא כסף. יש חלוקה מאוד ברורה בין כסף לבין עונש מיתה.

דוגמא לכך שמי שגנב רכוש יצטרך לשלם קנס- לא רק השבה של מה שלקח אלא קנס. לעומת זאת חמורבי יש מקרים שיענשו במיתה על רכוש- כך למשל אם אדם נתפס גונב הוא יומת.

במקרא יש מקרה מורכב יותר שהוא של בא במחתרת: יש מקרה של אדם שגנב אבל לא סתם גנב הוא חפר מנהרה מתחת לבית וכך ניסה לפרוץ. הוא עשה את זה בלילה משום שכך לא יראו אותו והוא יצליח לגנוב. אם מוצאים אותו והורגים אותו בתוך הסיטואציה הזאת בלילה- ההרג לא יחשב כרצח שעליו מתחייבים (על דם הנרצח לא יידרש עונש). אך אם הרגו את הגנב ביום, זה יחשב כרצח. כאן רואים דוגמא לעבירת רכוש, ומאפשרים להרוג אותו. אך יש לשים לב לכמה דברים:

1. לא רשום שבית הדין קבע עונש מוות, אלא אם בעל הבית הרג את הגנב אז ההרג לא יחשב רצח. זה לא באמת דין מיתה על עבירת רכוש, אלא מוות שקרה תוך כדי אירוע.
2. זה באמת מקרה מיוחד של חתירה בלילה שחז"ל מסבירים את זה שאדם שככה חותר לבית בלילה, זה היה מסכן את בעל הבית. כלומר אם גנב אכן חותר בלילה ההנחה היא שיש לו גם כוונה להרוג את היושבים בבית, ובכך הופכים את הדין מרצח להגנה עצמית- הקם להורגך השכם להורגו.

זה לא דין משפטי רגיל, אלא זה תרחיש חוץ משפטי שבמקרה ומדובר באירוע כזה יש פטור לעונש.

**עונשים במקרא (**הניתנים על ידי אדם**)**

**(1) עונש מיתה**

עונש מיתה= עונש מוות העונש הזה במרוצת השנים הפך להיות בלתי ישים, במיוחד בתקופת הסנהדרין. במקרא מופיעים כמה סוגי מיתות:

* סקילה- מופיע במפורש, הרג באמצעות אבנים.
* שריפה- בהקשרים של עריות מסוימות, אך זה עונש נדיר.
* חרב- לכאורה מופיעה, אבל רק לכאורה. חרב מופיעה בהקשר של עיר נידחת- עיר שאנשיה עובדים עבודה זרה. הלשון הזאת מתייחסת תמיד למלחמות- גם כאן יש סוג של מלחמה, ואין זה אומר שיש הליך פלילי שבסופו של דבר יש מיתת חרב. לא מדובר דווקא בענישה כחלק מהליך פלילי.
* תליה- ממנה צריך להסתייג ולהגיד שתליה לא הייתה צורת המתה, אלא מה שעשו למי שהומת. במקרא נכתב שהאיש הומת בצורה אחרת, ורק לאחר מותו נתלה על העץ ונדרש להוריד את הגופה ולקבור אותה עד שיורד הלילה. זה דבר שעושים אחרי ההמתה למכן יראו וייראו. התליה זה דבר שהאל שונא, אולי מתוך כבוד האדם- שהוא לא יקבר. יש איזון בין ערכים כמו הרתעה מול כבוד האדם והמת.
* יש הרבה מיתות בתורה שהן סתמיות- כתוב מות יומת בלי לציין ולפרט על צורת ההמתה.

**(2) מידה כנגד מידה**

עונש מידה כנגד מידה בא לידי ביטוי בכך שבאותו הדבר שפגעת, אתה תשלם מהגוף שלך, אך הייחודיות היא שבמקרא העונש מושת רק על האדם עצמו ולא על אחרים. שלושה אופנים של מידה כנגד מידה:

1. האיבר של הפוגע כנגד האיבר של הנפגע- כך צוין כי יד תחת יד, שן תחת שן, רגל תחת רגל וכן הלאה. הנחת היסוד היא שהאביר של הפוגע הוא כנגד האיבר של הנפגע. זאת המידה כנגד מידה בתורה הכי פשוטה שלה.
2. העונש צריך להיות באיבר שעשה את העבירה- אנחנו מוצאות במקרא דין אחר שבו המידה כנגד מידה מוגדר בצורה שונה- את אותה היד שתפסה את הלבושים צריך להעניש- לכרות. אצל חז"ל יש חיוב בושת- של מי שבייש את החבר שלו צריך לשלם, אז חוב בושת הוא של כסף. אך לעניין מידה כנגד מידה מופיע כי האדם ישלם לא יד תמורת יד- אלא באותה איבר שאתה פגעת בו אתה משלם. זה לא שזה תמורת זה בצורה מדויקת, אלא באותו דבר שבו נעשתה העבירה אתה תשלם.
3. כאשר זמם- דוגמא ייחודית ומעניינת- בעדים זוממים- מצב של אדם שמעיד נגד החבר שלו והעד משקר. הדבר המרכזי הוא עדות, הבעיה המרכזית היא עדות של עדים. מה קורה כשהעד משקר? לכאורה שקר היא לא עבירה אלא עבירה מוסרית אבל לא עבירה פלילית. אך מכיוון שהאמירות של העד יש להן משקל ומשמעות משפטית מאוד כבדה- יש משקל מאוד גדול לעדות ולכן זה הופך להיות עבירה. כאן זה לא רק עבירה אלא עבירה שמכילה תוכה עונש- מענישים על עדות שקר. העונש הוא מידה כנגד מידה אך איך ניתן להעניש? מה שהוא התכוון לעשות הוא יקבל, כלומר הוא התכוון להרוג הוא ייהרג, הוא התכוון לגרום לך לשלם כסף הוא ישלם כסף. זה קצת שובר את המסגרת הרגילה של מידה כנגד מידה אך זה מתבקש- צריך להחמיר בעונש של שקר כשמדובר בעדות. האבסורד הוא שהשקרן ייענש במוות בעוד שהשני בכלל לא נהרג. הוא כאילו הולך במידה כנגד מידה אך יש בו אנומליה.

**(3) גלות**

רוצח בשגגה גולה לעיר מקלט עד מות הכהן הגדול, יתכן שאין מדובר בענישה אלא בהגנה מפני גואל הדם. אומנם במשפט העברי המאוחר יותר זה נחשב לעונש בנוסף לזה שזה נחשב כפרה וגם הגנה מגואל הדם. הנחת היסוד היא שיש כללים וגם גואל הדם מציית לכללים- כפי שעל הרוצח בשגגה לגלות לעיר מקלט, על גואל הדם מוטל האיסור להרוג את הרוצח.   
כל המטרה של המקרא זה לתקן את גאולת הדם- להכניס את זה לתוך מסגרת ולמנוע התפרעות ופגיעה בחפים מפשע. המקר מצמצמת את גאולת הדם, שלא תבוא על חשבון ההליך הפלילי במקרה רצח של ממש- היא הופכת להיות חלק מהמערכת אך חלק שמאוד מגבילים אותו. לכן, המקרא בעצם לא עוקרת את גאולת הדם מהשורש אלא מנסה להסדיר אותה על ידי קביעת כללים מסודרים- לדוגמא, איסור פגיעה באנשים שהרגו בשגגה.   
עיר המקלט זה סוג של מקום שאדם חי בחיים רגילים, זה לא דומה לעונש הכליאה שאנחנו מכירות היום אך זה כן מזכיר אותו במובן שבגלות לעיר מקלט יש גם ניתוק של האדם מהמקור שלו, וגם מוטל איסור יציאה מהעיר.

**(4) עונש המכות**

העונש כשלעצמו לא מוזר, אלא ההופעה החד פעמית של עונש המכות במקרא היא שמעלה תמיהה. כמו כן, לא ברור באיזה מקרים בדיוק ועל מה הוא חל- הוא לא משתלב עם העונשים האחרים.

לכאורה המקרה הוא סכסוך בין אנשים- כנראה שלא מדובר בסכסוך כספי, כי אז היינו מצפות שהעונש יהיה עונש של פיצוי\ תשלומים- לא מצאנו במקרא אף פעם עונש אחר חוץ מכסף על עניינים של כסף. העונש על הסכסוך הוא הכאה (שמודגש כי אין מדובר על הכאה שמובילה לביזוי- המקרא שמה גבול בשל תפיסת כבוד האדם בענישה), בשאלה על איזה מקרה מדבר הפסוק- יש קושי להגיד שמדובר בהכאות, כי בכל קבצי החוקים האחרים ראינו שהכאה יכולה לבוא בשני מובנים: אם נעקר איבר במהלך ההכאה זה מבטא עונש של מידה כנגד מידה, ואם האדם נהרג אז זה עונש מיתה (שתמיד בא על רצח) אך אם זה רוצח בשוגג אז העונש הוא גלות- לכן יש קושי להבין על איזה עונש מדובר ומה המקרה שעליו הושת העונש.

לא פלא שחז"ל פירשו את הפרשה כעונש על עבירות דתיות- אך אם זאת עבירה דתית, איך זה מתיישב עם סכסוך בין אנשים? העניין של ריב מופיע בהקשר נוסף בספר דברים- בפרשה עם העדים. הנחת היסוד שהריב הוא בין הנאשם לבין מי שמעיד נגדו. לכן יתכן, שמדובר בריב בין העד לבין הנאשם ואז הפרשה הזאת יכולה להתייחס לעבירות של בין אדם למקום כמו שפירשו חז"ל. כלומר המהלך של חז"ל: ריב מופיע שוב בהקשר של עדים, ואם מדובר בעדים אז זה ריב של נאשם עם העד ולכן מכאן ניתן להסיק שהביטוי ריב בין אנשים אל בהכרח מתייחס לסכסוך בין שני אנשים אלא לעבירה- שהריב בין האנשים זה בין האדם לבין מי שמעיד עליו.

שאלה מהכיתה- אך האם על עבירות דתיות נענשים רק בידי שמיים? באופן בסיסי יש עבירות דתיות שנענשים עליהם על ידי אדם- כך למשל מיתה על עבודה זרה, קללת השם וכו. אך לגבי דין שמיים, עונשים בידי שמיים מוטלים רק על עבירות דתיות. עונשים בידי שמיים הם תמיד על עבירות דתיות ולא על עבירות שבין אדם לחברו, כך למשל אין עונש בידי שמיים על רצח, גניבה. אך הפוך לא- על עונשים בידי שמיים גם נענשים בידי אדם.

**(5) קנס**

קנס זה סוג של עונש במובן הזה שזהו לא פיצוי על נזק- כלומר תשלום ספציפי שניתן כעונש, החורג מפיצוי על נזק. זה דבר שחורג מההפסד הממוני שאדם גרם לחברו. בדרך כלל זה ניתן בהקשרים ממונים, אך הקנס שיושת מבטא עונש ולא השבת המצב לקדמותו ופיצוי על הנזק.

לדוגמא: אדם גנב לחברו שור שבסופו של דבר מכר או בישל את השור- כלומר לא ניתן להשיב את השור לבעליו החוקיים. הגנב יצטרך להחזיר לא שור אחד אלא חמישה\ארבעה. יש פה מצב לא נזיקי- כי בנזיקין היה צריך להשיב את הערך הכספי המדויק של השור, אך במקרה הזה יש אלמנט של סנקציה עונשית- הגניבה דורשת השבה עם כפל תשלומים. גנבת ומכרת, אתה תשלם מעבר לערך הכספי שגנבת. זה נקרא קנס מכיוון שהוא צריך לתת יותר מהערך הכספי שהוא הזיק לחברו.

**דיני ראיות- ראיות הנחוצות לענישה פלילית**

משום שהראיות הן המכריעות את מעמד העונשים, מתעורר צורך מהותי לדון בדיני ראיות. דיני הראיות הופכים להיות מחמירים מאוד בספרות חז"ל, מה שיוצר קושי במשפט הפלילי ויכולתו להעניש עבריינים. ולכן, דיני הראיות יוצרים שינוי בפועל בענישה.

**(1) עדות**

עדות מהווה הראיה המרכזית כדי להרשיע עבריין במשפט הפלילי. דיני הראיות דורשים מינימום של לפחות שני עדים, על מנת שנוכל להשית עונש על עבריין:

1. לגבי עונש מיתה לרוצח- בעונש מיתה לרוצח, דיני הראיות דורשים מינימום של שני עדים לרצח.
2. לגבי כל חייבי מיתה- לא מדובר על רצח אלא חיוב מיתה, שבדוגמא הזאת מתייחסים לעבודה זרה. רואים כאן עניין של עדות לגבי כל חייבי מיתה.
3. לגבי כל בירור משפטי- לא מדובר רק ברצח, ולא בחיוב מיתה אלא על כלל העבירות הפליליות, עומדת הדרישה של שני עדים.

מדוע נדרש יותר מעד אחד?

* עדות שקר- סיבה ראשונה שתקפה לעונשי מיתה היא שמאחר ועונש מיתה מהווה עונש כבד משקל, יש צורך בחיזוק נוסף לעד אחד שדיבר. החשש המרכזי הוא מעדות שקר והרצון לא להשתית ולבסס את עונש המיתה על אדם אחד בלבד. ברגע שיש שני עדים שראו את המעשה, אז ניתן להתחיל לברר את המקרה ולגלות את האמת.
* מילה נגד מילה*-* נהגתה מפי פילון האלכסנדרוני, לפיה: בדרך כלל הנאשם יכחיש את מעשיו, שהכחשתו מובילה למצב של מילה מול מילה- אחד מול אחד- אחד מכחיש והשני מאשים. כך שבשביל להכריע, יש צורך בעד נוסף שיעמוד נגד הכחשת הנאשם ויגבור עליו.

**(2) עדויות פיזיות**

סוג נוסף של ראיות שהופיע במקרא שאליהן התייחסה דפנה ברק ארז- אלו עדויות פיסיות. ברק ארז מתייחסת ומביאה כדוגמא את "שניים חייבים לשלם"- בהקשר שאם מוצאים גנבה אצל אדם, למשל שור של אדם אחר, אז הוא צריך לשלם שניים- דין כפל התשלומים. ברק ארז אומרת כי ברגע שמוצאים את הגנבה, אז קמה החובה לשלם- כלומר, גם ובמקרה שהנאשם יטען ויכפר באשמה, ברגע שנמצאה הגנבה מוטל העונש.

דוגמא נוספת: אדם מתחתן עם אישה, ואחר שהוא התחתן איתה התחיל לשנוא אותה. כתוצאה מכך, הוא הוציא עליה שם רע- הפיץ כי האישה שהתחתן לא בתולה. יש לכך שתי נפקויות: 1. עילת גירושין 2. אם זה נעשה אחרי האירוסין, מדובר בעבירה פלילית. כנגד הטענות של האיש, המשפחה מביאה הוכחות פיזיות לאיבוד הבתולין- כמו סדין מוכתם מדם. בסופו של דבר העונש שהוטל על האיש בגין לשון הרע הוא קנס.

הדוגמא הזאת מיוחדת כי אין הרבה ראיות פיזיות בחוק המקראי וזו הראייה הטובה ביותר שיש. נראה כי חז"ל לא אוהבים ומסתייגים בראיות פיזיות.

**(3) הודאה**

בניגוד להודאה כפי שאמר חשין היא מלכת הראיות, במשפט העברי מעמדה של ההודאה אינו גבוה (שכן אצל חז"ל הודאה לא מקובלת כאפשרות שעל פיה מענישים ענישה פלילית). במקרא יש כמה מקורות שמתייחסים להודאה.

המקור לא מופיע בקבצי החוק אלא מופיע בסיפור בספר שמואל על דוד המלך. בסיפור, הגיע אליו נער שסיפר שהוא זה שהרג את שאול המלך. דוד שואל את הנער איך הוא יודע ששאול ויונתן מתו? הנער מספר שבזמן שהפלשתים מתקרבים יותר ויותר, שאול מבקש ממנו שיהרוג אותו מתוך הפחד. הוא מודה כי הרג את שאול כי ידע שימות בכל מקרה על ידי פלשתים. בנוסף הנער מביא גם סימנים המוכיחים שמדובר בשאול ולא אדם אחר. דוד בתגובה הורג אותו. אתה הודית שהרגת ולכן נגזר דינך למיתה.

כאן אנחנו רואות הודאה כדבר שעשוי להוביל למיתה, אך יש מספר הסתייגויות. כך למשל עונש המיתה שהושת על הנער הוא לא כחלק מהליך שיפוטי מסודר. זה לא ברור שהוא נכנס כחלק ממשפט רגיל, אלא שזה חלק מסיפור, ואכן חז"ל התייחסו לכך בצורה הזאת- לא כמשהו שמעיד על מעמד המשפטי של הודאה. שפט טוען שבפועל, לא הנער הוא שהרג את שאול, אלא שאול עצמו, כאשר אותו הנער רק רצה להיות המודיע וזה שיביא את הבשורה לדוד על זה העברת המלוכה לדוד. מכך ניתן להסיק כי עונש המיתה שהוטל על הנער לא היה בשל ההודאה שלו להריגת שאול.

הנחת היסוד של המשפט העברי ש"אין אדם משים עצמו רשע" נובעת מכך שמבחינת ההיגיון אין זה טבעי ואף משונה שאדם מודה בעשיית פשע- אף אדם לא ירצה להפליל את עצמו. לכן יש להסתמך על עדים שלא מעורבים באופן אינטימי, אלא ראו את ביצוע העבירה ויכולים להעיד על כך.

**(4) ראיות נסיבתיות ליסוד הנפשי**

ראיה זו מופיעה רק במקום אחד במקרא. במדבר לה יש קבוצה של חוקים שעוסקת בענייני היסוד הנפשי- איך יודעים שאדם ביצע את הרצח במזיד (בכוונה) או שבשוגג? מאחר ולא ניתן לבחון מה עבר בראשו של הרוצח בביצוע העבירה, נוכל להבין את היסוד הנפשי מפעולת ההמתה עצמה.

במקרה רואים שהרוצח עמד במקום אסטרטגי שממנו ניתן לארוב, כשבסופו של דבר הוא הצליח לרצוח את הקורבן. מתואר כי הרוצח הכה את הקורבן באיבה. העונש שהוטל עליו הוא עונש מוות, אך לא בידי בית דין אלא בידי גאולת דם. מדברים פה בהקשרים של גואל דם ולא מיתת בית דין רגילה, עובדה שחשובה לחז"ל בהמשך.   
ארב מהווה ראיה טובה ליסוד הנפשי שלו- אדם מתכנן ומחפש מקום אסטרטגי להוציא לפועל את מזימתו, לכן זה לא אדם שנפל עליו והוא פעל בשוגג. זאת ראיה טובה לזה שהרוצח באמת התכוון להרוג אותו.

בהמשך מתואר מקרה אחר בו הרצח לא נעשה מתוך איזושהי מריבה, ההקשר הוא הקשר פתאומי- לא נעשה מארב לקורבן, אלא זרק אבן שבטעות פוגעת באדם אחר והורגת אותו. כאן מתייחסים לנקודה נוספת שהיא היחסים ביניהם, כשאנחנו יודעות שאדם מסוכסך עם אדם אחר יש לזה משקל אחר מאדם זר לחלוטין, שהרי איזה מניע יש לרוצח להרוג אותו? לפעמים מערכת היחסים וסכסוך קודם יכולים ללמד אותנו על יסוד נפשי של כוונה.

במקרה של הריגה בשוגג, נאמר כי יש צורך לפנות לבית דין, והוא יכריע בין גואל הדם לרוצח. כאן אנחנו רואות מצב שבו ראיות נסיבתיות עוזרות לקבוע האם האדם רצח במזיד או בשגגה. 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. ההבחנה הזאת בין מיתת בית דין לגאולת דם חשובה להמשך בשל קביעת חז"ל שראיות נסיבתיות לא יתקבלו לגבי מיתת בית דין.   
חיים כהן שואל במאמרו למה חז"ל מתנגדים למיתת בית דין באמצעות ראיות נסיבתיות כשהדבר כתוב במפורש בתורה? התשובה היא שזה לא נאמר על מיתת בית דין אלא על גאולת הדם, ולכן חז"ל פירשו מכך שלגבי מיתת בית דין ראיות נסיבתיות לא מספיקות.

הפסוקים מספקים מס' תבחינים להבחנה בין שוגג למזיד:

* ההקשר שבו נעשה המעשה- האם מתוך שנאה, ריב וכו.
* מארב- או לא מארב, כלומר האם יש תכנון מקדים.
* היחסים בין הצדדים- האם ניתן לייחס את המקרה לדבר יותר רחב מאשר אירוע העבירה.

**ענישה פלילית בספרות חז"ל**

לקורס משפטי במשפט העברי, התקופה הקנונית היא החשובה ביותר, מה שאיתו הלך המשפט העברי הלאה- ולכן התנ"ך, ספרות חז"ל הם עמודי התווך של המשפט העברי.

**ספרות חז"ל ותורה שבעל פה- סקירה**

באופן בסיסי ספרות חז"ל נחלקת לשניים:

1. **הספרות התנאית**

תנאים אלו אותם חכמים שחיו לפני חורבן בית המקדש ועד מאתיים לספירה, עד לחתימת המשנה. פירוש המילה תנא היא שונה- כלומר גם חוזר על הלימוד וגם משנן. הם חוזרים ומשננים על עניינים של ידע שמועבר בעל פה. התנאים עשו שני דברים מרכזיים:

1. מדרשים על התורה- לא מפרשת את התורה כפשוטה, היא לא באה להגיד מה הפסוק אומר אלא באה לקשר את הפסוקים לפסוקים אחרים וללמוד מכך דברים חדשים מהכתוב. בזה, הם הביאו חידושים רבים.

* 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.
* יש מדרשים על ארבעה מתוך חמשת החומשים: ספר שמות, ויקרא, במדבר ודברים (בראשית שאופיו הוא סיפורי). העובדה שבראשית הוא החומש החסר שאותו התנאים לא דרשו, מעידה על כך שהתנאים התעניינו בפירוש החלקים ההלכתיים של התורה.
* האתגר שדרשות ההלכתיות הוא לעגן סוג של מסורות הלכתיות בכתוב. לחז"ל הייתה מערכת שלמה של מסורות חוץ-מקראיות-הלכתיות שלא קשורות למקרא בכלל. הדרך שלהם לקשר את אותן מסורות למקרא הייתה באמצעות טכניקה והמתודה הפרשנית של מדרש- שנועד לחדש ולהכניס שינויים לכתוב. במובן הזה לעגן מסורות לא מקראיות בתוך המקרא עצמו ולהראות שהמקרא רומז עליהם.
* במהלך השנים התגלו גם מדרשים אבודים (במדבר יהודה) ששוחזרו על ידי חוקרים, שהחשוב ביניהם הוא הגניזה הקהירית.

1. הלכות- עניין אחר שקשור לתנא זה השינון, וזה עריכת המשנה והתוספתא:

* המשנה- המשנה היא קובץ של הלכות המסודרות לפני נושאים מוגדרים. בניגוד למדרש הכתוב לפי סדר ספרי התורה, המשנה היא קובץ שמאורגן לפי מסכתות- חגים- סדר מועד, נשים, נזיקין וכדומה. סדר המשנה נע מסכתות, פרקים ובסוף היחידה הכי קטנה שהיא הלכות\משניות. המשניות בנויות ומנוסחות באופן קצבי וקצר שאפשר לשנן ולזכור בעל פה, משום שהמשנה במהותה היא ספר שנלמד לזכירה בעל פה.
* תוספתא- התוספתא היא הרחבה למשנה- יכול להיות שהמשנה קדמה לתוספתא ולכן התוספתא מרחיבה עליה. התוספתא היא חיבור מקביל למשנה, מהבחינה שמודבר באותן מסכתות, חלוקה לפי נושאים וכו.
* ברייתות בתלמודים- מסורות תנאיות המצויות בתלמוד ומנוסחות באותה הצורה- קצרה וקצבית.

1. **הספרות האמוראית**

האמוראים אלו החכמים שחיו מ200-600 לספירה. הספרות האמוראית שנחשבת לספרות המאוחרת יותר, הספרים החשובים ביותר זה התלמוד- תלמוד ירושלמי והתלמוד הבבלי, הנחשב לתלמוד מפורט ומלא יותר מאשר הירושלמי.

התלמוד הוא סוג של אנציקלופדיה של מסורות- התלמוד מבוסס על המשניות אותן הוא מפרש, הוא כולל את התוספתא- שמביא אותה לעתים קרובות, והוא כולל ברייתות- מקורות תנאים חיצוניים שאינם נמצאים במשנה. התלמוד לא מסתפק בהבאת המסורות האלה, והוא גם מקשה מסורת על מסורת, מנסה לעשות ביניהן סוג של סינתזות- להבין מה נכון ולא נכון, להכריע בין סתירות וליישב אותן, להציע פתרונות חדשים.

הספרות המעניינת אותנו כמשפטנים זו הספרות המוקדמת התנאית (המשניות, התוספתא וחלק מהמדרשים) והתלמודים.

**מעמד התורה שבעל פה**

אחד הדברים שחשוב לזכור זה את התודעה של אותם האנשים שבעצם כתבו את המסורות האלה, התפיסה הייתה שהמסורות האלה, המסורות ההלכתיות של קיום התורה- אלה מסורות שיש להן מקור של התגלות אלוהית, ולא התפתחות מאורחת יותר. כלומר התפישה הייתה שהמסורות שלהם אינן פירושים שהתפתחו בדורות מאוחרים, אלא הפירוש הנאמן למקרא שניתן אף הוא לעם ישראל בסיני. זה לא אומר שכל הכתוב ניתן על ידי התגלות והאל, אלא היסודות ניתנו למשה בסיני, ולכן הם קראו למסורות האלה תורה שבעל פה. יש לא מעט מקורות על התורה שבעל פה, אך נדון במדרש אחד:

ספרא בחוקותי פרשה ב תחילת פרק ח

המקור הנדון זהו מדרש שמנסה לחבר את המסורת לכתוב- מנסה לעגן את מעמדה המחייב ומעמד של תורה של התורה שבעל פה. ויקרא פרשת בהר - בחקותי פרק כו: (מו) אֵלֶּה הַחֻקִּים וְהַמִּשְׁפָּטִים וְהַתּוֹרֹת אֲשֶׁר נָתַן ה' בֵּינוֹ וּבֵין בְּנֵי יִשְׂרָאֵל בְּהַר סִינַי בְּיַד מֹשֶׁה:   
המילה תורות היא המילה הנדרשת במדרש. תורות- מה אלו תורות? לכאורה היינו צריכות להגיד תורה, בלשון יחיד. אך אומרת הדרשה כי שתי תורות ניתנו לישראל- אחת בכתב והשנייה בעל פה.   
רבי עקיבא בא לפרש את המילה תורות בפסוק- המושג תורה מופיע בתורה עצמה, תורה זה קובץ חוקים או סיכום של קובץ חוקים שנוגע לנשוא מסוים. אז למשל תורת העולה- אלו דינים של העולה, תורת המנחה- אלו דינים של קורבן מנחה וכו. אז כשנפרש את הלשון "תורות" בפסוק אין צורך להגיד תורה שבכתב ותורה שבעל פה, אלא ההתייחסות היא לכל התורות שהתורה מזכירה.   
הדרשה ממשיכה בפירוש הפסוק- הכל התקבל על ידי משה, הכל לא רק התורה עצמה אלא גם פירושים שלה- למשל איך נדע איזה צמחים צריכים ליטול בסוכות- התקבלה מסורת שקבעה מהם הצמחים שאותם צריך ליטול. המשמעות בסופו של דבר היא שכך הפירושים וכל יישום התורה- איך לעשות אותה זה כבר התקבל. זאת הייתה התפיסה של חז"ל לאורך כל הדרך.

**ביטולו של עונש מוות**

נדבר על אחד המאפיינים והמפנים החשובים בספרות חז"ל שהוא ביטולו של עונש המוות. עונש מוות שנחשב לגיבור הגדול של הענישה המקראית- מות יומת, בעצם הופך להיות מציאות בלתי קיימת- אפשרות תיאורטית בלבד, ואף גם היא איננה. ביטולו של עונש המוות זהו לא רק עניין מעשי, אלא שגם במקורות המשפטיים של המשפט העברי יש ראיות ברורות על נדירותו של עונש המוות- מטילים אותו מעט מאוד פעמים, והשאלה הייתה איך ייתכן שבתרבות המבוססת על המקרא ובה עונש המוות חשוב מאוד, מופיע לגבי הרבה עבירות, בעצם מגיע למצב שמבחינה משפטית העונש הופך להיות נדיר ולא ישים.

חשוב להבהיר כי ביטולו של עונש המוות התרחש אחרי חורבן בית המקדש. הכוונה בביטול עונש המוות זה לא שלא נגזר על יהודים עונש מוות, אלא המשמעות היא כי אין מערכת משפט יהודית עצמאית המוציאה להורג ודנה בדיני נפשות (=העבירות שבהם ניתן להטיל עונש מוות), שמקיימת הליכים משפטיים שבסופם יתכן שיוטל עונש מוות.

**על ביטולו של עונש המוות**

מקורות שמדברים על הפסקה וביטולו של עונש המוות:

* 1. ירושלמי סנהדרין: המקור מספר כי כבר 40 שנה לפני חורבן בית המקדש ניטלו דיני נפשות- משמע שלקחו אותם. שמעון בר-יוחאי אומר כי ברוך השם שכבר לא דנים דיני נפשות כי אין חכם שידון אותם, מאחר וזהו תחום מורכב אז טוב שלקחו את הסמכות לדון בהם. בפשטות רואים כי לפחות לגבי דיני נפשות (עונשי מוות) לא דנו אותם לפחות ארבעים שנה מלפני החורבן, ולא כתוב את הסיבה.
  2. בבלי, נב ע"ב: זה פסוק בתורה שאומר כי צריך לפנות לשופט או לדיין שיפסוק בכל מיני עניינים הלכתיים. השאלה העולה וחזל מתעניינים בה היא למה מוזכרים הכהנים- הרי כוהנים הם לא בהכרח השופטים, שכו יש לפנות אל השופט אז למה להזכיר את הכהנים ואיך הם נוגעים לענייננו. התשובה של הדרשה היא כי בזמן שהכהן עובד אז ניתן ללכת אל השופט, ובזמן שהכהן לא עובד בבית המקדש אין חובה לפנות לבית הדין הזה- כלומר בזמן שיש כהן, יש משפט ובזמן שאין כהן אין משפט. בזמן שאין כהן שעובד בבית המקדש, אין חובה לפנות אל בית הדין והוא לא פועל עוד. מדובר על בית הדין היושב בבית המקדש- הסנהדרין הגדולה. מהמקור הזה ניתן לראות שיש איזושהי תלות בין התפקוד של בתי הדין לבין בית המקדש, למרות שלכאורה אין קשר. מקדש הוא מקום של הקרבת קורבנות, פולחן ועבודת האל ולא עבודה של בית משפט. ברגע שנחרב בית המקדש כך גם נחרב בית הדין- מערכת בתי הדין הפסיקה לתפקד. יש תלות וקשר של חרובן בית המקדש- כך שהחורבן לא השפיע מבחינה פולחנית, רוחנית ולאומית אלא גם מבחינה משפטית.

בעוד שהמקור הראשון בא לתת תיאור היסטורי של הפסקת עונש המוות, המקור השני מנסה לתת סיבה משפטית לביטולו, שהסיבה היא חורבן בית המקדש, שהשפיע על המערכת המשפטית ולכן בתי דין מסוימים מפסיקים לתפקד.

* 1. תלמוד בבלי, עבודה זרה ח ע"ב: אמר להם הרב כי 180 שנה לפני שחורבן בית המקדש, התחיל השלטון של רומא על ארץ ישראל. בתקופה הזאת היה סנהדרין בירושלים, והרב מדבר על מקום נוסף שנקרא "חנות" מלשון חניה. שואלים מה המשמעות ההלכתית של החנות, הרב נחמן מפרש את המסורת ואומר כי אין להגיד שלא דנו דיני קנסות, עניינים של כסף- עונש כספי שמטילים אותו, אז אל תגידו שהשינוי הוא בכך שלא דנו בעונשים כספיים אלא שלא דנו בדיני נפשות- הפסיקו לדון דיני נפשות. הטעם לכך הוא, כיוון שראו כי רבו הרוצחים לא יכולים היו לדון, ולכן מוטב שיגלו ממקום למקום כדי שלא יתחייבו. מאוד ממוזר, משום שאם היה בישראל פרץ אלימות, מערכת המשפט הישראלית אל הייתה מפסיקה לדון אלא ההפך.

יכול להיות שהיה מצב של ריבוי מקרי פשיעה וכבר לא היה ניתן ואפשר היה להשתלט על הכמות הזאת ולדון בהם בעומק הנדרש בדיני נפשות. לא היה זמן לדון בהם בתשומת לב יתרה, היו הרבה מקרים ועומס שיפוטי, ולא היה מספיק זמן להקדיש לכל מקרה ומקרה. החשיבות הגדולה לדון בכל קמרה לעומק נובעת מחיי האדם, שהרי העונש הנגזר בעבירות כאלה הוא עונש מיתה. לכן אמרו כי עדיף לגלות מהמקום שלהם ואז הם ימשכו את ידם מהנושא של הרוצחים. השופט צריך להורות מהמקום ההוא- של בית המשפט. הם היו גולים והולכים לחנות, שאז הם כבר לא יוכלו לדון. בעצם השופטים הכניסו את עצמם לסיטואציה שבה לפי דיני התורה הם לא יוכלו לדון, כדי להיפטר מהתפקיד הזה של לדון בדינים היכולים להוביל לעונש מוות.   
עניין נוסף שצריך להזכיר זהו דין שמיים- התפיסה שמי שרוצח, בסופו של דבר יקבל את גמולו, שזה מותו. זוהי לא תשובה מספקת מבחינה משפטית אך העובדה שחז"ל מעלים את האפשרות הזאת, מעידה שזהו פתרון שהיה נוכח בעולמם.

**נדירותו של עונש המוות**

אלה מקורות שמתארים מה קרה כשהופעל עונש המוות: מוצאים במשנה שהמילה שבוע משמת אחת לשבע שנים, מחזור של שבע שנים. המילה שבוע קשורה ל7- זה יכול להיות 7 ימים\שנים. המקור מעלה כמה דעות ביישום עונש המוות בסנהדרין:

* הסנהדרין הורגת חד בשבע שנים נקראת חובלנית- אכזרית, כזו שלא מהוססת.
* רבי אליעזר בן עזריה אומר כי נגזר עונש מוות אחד לשבעים שנה.
* רבי טרפון ועקיבא טוענים כי אם הוא היה בסנהדרין לא היה נהרג אף אחד- הם תמיד היו מוצאים דרך לא להרוג אף אדם.
* רבן גמליאל מגבי לדברי טרפון ועקיבא- שאם המדיניות של לא להרוג אף אדם היו מגיעים לשפיכות דמים- הרבה פושעים ברחובות שהיו גורמים לקורבנות רבים.

מצד אחד יש עמדה מאוד קיצונית, של עקיבא וטרפון, שעדיף שלא להרוג אפילו אדם אחד מעולם, והפיכת עונש המוות לדבר תיאורטי בלבד. אל מול, עומדת הגישה של נשיא ישראל לפיה תפיסה כזאת תוביל לשפיכות דמים, משום שאין ניקיון של הרוצחים.   
לומדים מפה על נדירות עונש המוות. המקור מביא תיאור עובדתי של פעולת הסנהדרין והיחס שלה לעונש המוות, ולכן ניתן להסיק כי עונש המוות עובר תהליך של דילול רציני שהופך אותו למעשה לבלתי אפשרי.

**הטלת עונש המוות: מגבלות מבחינת הראיות**

היבטים ראייתיים המקשים על ענישה:

1. **אין להעיד מאומד, משמועה, עד מפי עד או מאדם מהימן**

הראיה המרכזית במקרא להטלת עונש מוות זה עדות. בספרות חז"ל מצאנו הגבלות גדולות: אין להעיד מאומד (אומדן), משמועה, עד מפי עד או מאדם מהימן. עדות יכולה לקרות רק מעדות ראיה- כשראינו את המעשה.

המשנה מדברת על איום מדיני נפשות, האיום, הכוונה שלפני שהעדים נכנסים להעיד על מה שהם ראו אז באין הדיינים ואומרים דברים שאולי ישכנעו את העדים להתחרט ולא להעיד. הם מסבירים להם את משקל העדות שלהם והמשמעות שלה- זה המעמד של איום בדיני נפשות. ככל הנראה המקור הזה שמופיע במשנה, הוא הטקסט עצמו שהיו מקריאים ואומרים אותו לעדים ובירור גם המגבלות מבחינת דיני הראיות.

אולי העדות מבוססת על אומדן ובעצם העדים לא ראו את המעשה- אולי לא באמת ראיתם אלא ששמעתם שמועות, או שאתם מאמינים שאתם תוכלו לספר סיפורים והדיינים יאמינו להם. חשוב לזכור כי בדיני ממונות אדם נותן ממון ומתכפר לו- נגיד שאדם מעיד נגד החבר שלו עדות שקר בממון וכתוצאה מזה האדם הזה נאלץ לשלם כסף שלא היה צריך לשלם, אם בית הדין תופס אותו הוא יהיה עד זומם, אך אם לא תופס אותו והעד נגיד עוד כמה שנים רוצה לחזור בתשובה, בשביל זה הוא יצטרך לבקש סליחה ולשלם בחזרה את הכסף, אם הוא יעשה את זה החשבון נגמר. כל זאת בשונה מדיני נפשות- בדיני נפשות הרגת אדם, א לא רק אותו גם כל מה שהיה יכול לצאת ממנו-כמו ילדיו. כפי שמתואר בפסוק המדבר על פרשת קין והבל- "בני אחיך זועקים" (צאצאיו הפוטנציאלים של הבל).   
"לפיכך נברא האדם יחידי" היה אפשר שה' יברא כמה בני אדם ולא אדם אחד, למה התיאור של ספר בראשית זה שמאדם ואישה אחת יצאה כל האנושות? זה מבהיר את הערך של אדם יחיד- אדם יחיד מעמיד וממנו יוצא עולם שלם, וזו הסיבה שנברא יחידי, להבהיר את הערך של חיי האדם.   
הדיינים כל כך הפחידו את העדים עד שרוצים להימנע מעדות- אך תגובת הדיינים היא לכך היא שיש עבירה בהיעדר עדות- אם היית עד לעבירה ואתה לא מעיד עליה, אתה עובר עבירה. זהירות לא צריכה לפגוע בעדות, הזהירות הזאת צריכה להיות אמצעי להסיט אתכם למלקחת את העדות למקום לא נכון.

מהו אומד?

אנחנו מבינות מהי שמועה, עד מפי עד, כשהדבר היחידי שלא ידוע או שלא מבינות זה מהו אומד. אומד זה סוג של הסקת מסקנה, במצב בו לא רואים את מעשה העבירה אלא מסיקים בשל ראיות נסיבות כי הנאשם הוא מבצע העבירה.

בבלי, סנהדרין לז ע"ב

כאן חז"ל מגדירים מה זה אומד. המקור מדבר על מצב בו אדם ראה איש רודף אחרי החבר שלו, שניהם נכנסים תוך כדי הריצה לחורבה, העדים רצו אחריהם ומיד כשנכנסו גם הם לחורבה הם מצאנו אותו עם חרב ביד ודם על החרב שמטפטף, בעוד שהאדם הנרדף בשלבים האחרונים של הגסיסה. זאת אומרת לא ראו את מעשה הדקירה עצמו. במקרה כזה, על פי המשפט העברי אין זה עדות וזה לא יכול להיות עדות, משום שהעדות עצמה לא מספיקה- כי לא ראו את מעשה העבירה.

בהמשך, הרב בן שטח, מדבר על אירוע דומה שראה מול עינו: אם המקרה שפורט לעיל תואר כסוג של כלל- שבמקרה כזה הצופים לא יוכלו להיחשב כעדים ולתת עדות, הפעם, המקור הזה מתואר כסיפור כמקרה שקרה לבן שטח. יש פה שתי בעיות: בן שטח לא ראה את מעשה הרצח עצמו, והבעיה השנייה היא שאין שני עדים, אלא רק עד אחד, שהוא בן שטח. כתוצאה מכך, במקרה הזה לא ניתן לעשות שום דבר משום שיש כמה ליקויים בעדות.   
אז אם כך, אין ברירה אלא להתפלל שהאל יפרע מהרוצח- ואומרים שהכל באמת קרה, וניתן עונש מידי שמיים. הציפייה היא שבמקרים שלא ניתן למצות את הדין הפלילי עם אותו רוצח, אין יכולת למצות ענישה אז הציפייה היא שיהיה עונש בידי שמיים וזה יתקן את הליקוי הזה.

זאת הדוגמא לאומד- אנחנו רואות שאפילו שאומד שהוא מאוד חזק, לא יהיה ניתן להשתמש בו בכדי להרשיע את הנאשם. יש לציין כי בניגוד למשפט העברי, בחוק הישראלי, באמצעות עדות נסיבתית כזאת ניתן להרשיע. כמו כן יש לזכור כי כדי שעדות נסיבתית תתקבל במשפט הישראלי, הדרישה היא שלא יהיה אפשר לפרש את העדות הנסיבתית באופן אחר- משום שצריך להרשיע מעל לכל ספק סביר. לכן במקרה שניתן להציע פירוש נוסף לעדות נסיבתית, אזי שהיא לא תקפה, לכן במקרה של עדות נסיבתית שלא ניתן לסתור ולהציע פירוש אחר- הצטברות של נסיבות שמשכנעת שהעבירה קרתה, זוהי עדות שניתן להרשיע באמצעותה. על פי התפיסה הזאת שום דבר שהוא לא ראיה הוא לא מספק להרשעה- זאת דרישה מאוד מחמירה, ולכן ניתן להבין למה במערכת כזאת קשה להגיע להרשעה ולענישה של עונש מוות.

1. **אין אדם משים עצמו רשע**

הכלל של אין אדם שמים על עצמו רשע, זהו כלל המופיע לאורך כל ספרות חז"ל והוא כלל המקובל בלי סייג- אדם שמעיד על עצמו שעשה עבירה לא נאמן ועדותו לא מתקבלת, שהרי אדם לא יכול ואין נאמנות לאדם שאומר על עצמו שביצע עבירה, וזאת בניגוד גמור לדין הישראלי. הודאה, או כפי שחשין כינה אותה כ"מלכת הראיות", שהרי מה טוב יותר מאשר אדם המעיד על עצמו? הנחת היסוד היא שאדם לא יעיד על עצמו רע, וברגע שאדם שובר את ההנחה הזאת ומשים על עצמו רע, יש תחושה שיש פה משהו משונה- משום שאין ציפייה שאדם יעיד על עצמו את זה, ואם הוא כן עושה זה, הרי שנוצר מצב משונה של חוסר נאמנות לעצמו ולאינטרסים שלו.

יש לצין כי בניגוד לדיני ממונות יש מצב שבו עדות כזאת היא תקפה- למשל אם אדם אומר שהוא חייב לחברו כסף, כן נותנים נאמנות לעדותו, משום שהוא יכול ממילא לתת את הכסף במתנה לחברו, ולא צריך את בית המשפט. ובנוסף על זה, שהוא יכול לעשות בכספו מה שהוא רוצה, ומכאן שהוא יכול להעיד על כך שהוא חייב.

בהערת אגב הסיבה שהרבה שיטות משפט מאמצות הדואה כראיה היא מתוך סיבה פרקטית\מעשית. זה מאוד מועיל מבחינת מאמץ והשקעת משאבים להוכיח את אשמתו של הנאשם. גם המשפט העברי בימי הביניים הרבה פעמים כן הסתמך על הודאה, אך זה לא מתוך כך שהם חשבו שזה דין תורה אלא מצד הפרקטיקה בפועל.

1. **סתירה בעדות**

כשעדים סותרים עצמם אפילו בפרטים קטנים עדותם לא מתקבלת.

משנה סנהדרין: מכיוון שיש שני עדים אנחנו נכנסות לעניינים של סתירה בעדות, אך כאן זה קריטי כי צריך עדות נמנה של שתיים- והדרך להפריך את העדות זה לגלות בתוך העדות סתירות. אלו יכולות להיות סתירות מאוד גדולות- למשל סתירה בתאריך, דיבור על ימים שונים, סתירה במיקום וכו. אלו סתירות שגורמות לאי הרשעה. אך מה קורה כשאר הסתירות הן קטנות? סתירות קטנות למשל משנה במסכת סנהדרין אומרת כי:

כל המרבה בבדיקות- צריך לבדוק את העדים טוב מאוד, את הסיפור והדעות שלהם. כמה שדיינים ממשיכים לבדוק אותם זה יותר טוב. בן זכאי מניחי היסוד לספרות זחל (אותו חכם שיצא מירושלים הנצורה, נפגש עם הקיסר וביקש ממנו את יבנה וחכמיה). כתוב עליו שהוא בדק בעוקצי תאנה- למשל אם הרצח היה תחת עץ תאנה, הוא שואל את העדים מה היו העוקצים, איזה פירות, אלו פרטים מאוד קטנים-= אז מביאים את בן זכאי שדקדק בדברים הקטנים שאדם אין לו הרבה סיכוי לזכור אותם. כששואלים מה בין חקירות לבדיקות- חקירות מדובר על שאלות מאוד יסודיות לגבי העבירה, זמנים, מה סוג העבירה, מיקום, האם זאת עבודה זרה אז על איזו עבודה מדובר וכו. שאלות הסודיות ביורת הנוגעות לעבירה. אז שואלים מה בין הפרטים המהותיים לפרטים הקטנים? חקירות עדותן בטלה, אם יש סתירות מהותיות בין שתי העדויות, סתירה על שאלה בסיסית אומר שהוא בכלל לא עד- הוא לא מעיד על עבירה, הוא אל יודע מה קרה ואיזו עבירה- העדות שלו לא יכולה לספק שום דבר שיכולה לעשות עם זה משהו, אז העדות של שתיהן בטלה- כי אם אחד לא יודע אז אין תוקף לעדות של השני. בדיקות- אם זה פרט קטן, אז אם נשאל על עוקצי התאנים למשל, אחד יודע והשני לא עדותם עדיין קיימת. אם אחד יודע והשני לא- זה לא מעלה ולא מוריד, משום שמניחים שהפרטים הקטנים יכולים לא לזכור אותם.

אבל מה קורה אם הם מכחישים זה את זה, בפרטים הקטנים? אחד אומר כי העוקץ היה כלפי מעלה והשני כלפי מטה, הם מכחישים זה את זה- אז העדות תהיה בטלה. הנחת היסוד היא שאם הם עידו ככה אז ההנחה היא שהם בטוחים זבה, ואם הם בטוחים אז יש פה סתירה ואין פה אמינות. יש גם ניסיון לדבר שמקשה, העדים האלה צריכים להיות מוכנים לגמרי למה שהם ראו ועשו, ולהתחיל להגיד שהם עשו דברים ושני מכחשי אותם אז אחד מהם לא מספיק נאמן למשפט של עונש מיתה. אפילו פרטים קטנים העדות לא מתקבלת במקרה של סתירה. חוסר ידיעה אל בטלת כי העד אומר אמת, אך בזה שכל עד בטוח בעצמו זה מערער את האמינות של אחד מהעדים ולכן שניהם נפסלים.

אנחנו רואות הגבלות ראייתיות המקשות על ענשיה והרשעה בנוסף לדרישה של שני עדים מהתורה שהיא קשה כשלעצמה. בצירוף עם כל המגבלות של חז"ל, זה הופך את זה למאוד קשה.

**הטלת עונש המוות: דרישות דיוניות**

דרישות דיוניות- פרוצדורה. ניכנס למקומות שבדרך כלל אנו כלומדי משפטים לא נכנסים לזה- כמו שאלות של איך השופטים דנים בתיק, מה סדר הדיון אחרי שהדיון נגמר, איך מתנהל הדיון הפנימי של השופטים.

1. דיני ממונות בשלשה, ודיני נפשות בעשרים ושלשה: חקירת עדים היא עניין הרלוונטי לכל הדינים באשר הם, גם אם זה עבירת ממונות, עבירה שחייבים עליה מיתה וכו. אך מה ההבדל? דיני ממונות בשלושה, ודיני נפשות בעשרים ושלושה. יש פה הבחנות על איזה סוג של עבירות צריך שלושה דינים, על איזה סוג של תיקים מספיק אחד. בעוד שבשיטה הישראלית ההבדלים והחלוקה היא לפי החומרה, החלוקה של המשפט העביר של לפי נשואים- דברים שנענשים עליו וכל העניין הוא כספי, או קנס או נזיקין- הלוואות וכו, אז מספיק שלושה דיינים. הנושא של דיני נפשות הוא עניין של 23- הרבה דיינים.
2. דיני ממונות פותחין בין לזכות בין לחובה, ודיני נפשות פותחין לזכות ואין פותחין לחובה: מדובר בשלב אחרי שמיעת העדויות, כעת השופטים דנים במה שלפניהם- במה פותחים את הדיון בין השופטים- האם בכף חובה של הנאשם, כלומר האם הוא אשם? מה נקודת המוצא של דיון השופטים? בדיני ממונות אפשר גם כך וגם כך, בעונש מוות- פותחים בזכות- פותחים בטיעונים לטובת הזיכוי. נקודת המוצא היא שהנקודה בה פותחים את הדיון משפיע על התוצאות שלו- איך שממסגרים את הדיון ואת תוצאה.
3. דיני ממונות מטין על פי אחד בין לזכות בין לחובה, ודיני נפשות מטין על פי אחד לזכות ועל פי שנים לחובה: מנגנון קביעת הרוב- מכריעים לפי רוב הדיינים, אבל איזה רוב? בדיני ממונות מספיק פה אחד- כלומר פער של אחד. בידני נפשות נדרש פער של אחד כדי לזכות, אך כדי להרשיע צריך פער של שניים, בשל הכובד של עונש המוות.
4. דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה, דיני נפשות מחזירין לזכות ואין מחזירין לחובה. במקרה ולפני ביצוע פסק הדין התגלתה ראיה חדשה- האם אפשר לחזיר על סמך הראיה החדשה אל בית הדין? כל עוד הדבר לא בוצע ניתן להחזיר. דיני נפשות מחזירים לזכות- גם אם החליטו להוציא אדם להורג, אך לפני שהורגים אותו יש ראיה חדשה לטובתו- צריך להחזיר אותו לבית הדין. עכשיו מקרה הפוך- האם יצא זכאי מדיני נפשות, פתאום יש ראיה חדשה לחובתו- לא מחזירים לבית הדין.   
   איך השופטים דנים ביניהם? במקרה של דיני ממונות כל אחד יכול להתערב בדיון (היה מצב בו דינים היו יושבים בגון ולפניהם היו יושבים תלמידיהם), התלמידים יכולים להתערב בדיני ממונות ואך בידני נפשות- כשהם רוצים לתת טיעונים לזכות, אך טיעונים לחובה הם לא יכולים להתערב. מדובר פה על דיין שכבר החליט ואמר את דעתו, הוא חשוב ההוא אשם או זכאי- אם הוא כבר אמר זכאי הוא לא יכול להתהפך לאשם, אל הפוך כן. יש מחלוקת בתלמוד מה הכוונה מתהפכים? לפני שמדובר על הכרעת הדין או אחרי שהם הכריעו? עמדת ביניים. כרגע מספיק לנו התיאור הזה.
5. דיני ממונות גומרין בו ביום בין לזכות בין לחובה, דיני נפשות גומרין בו ביום לזכות וביום שלאחריו לחובה:  
   דיני ממונות דנים ביום גומרים בלילה, דיני נפשות דנים ביום וגורמים ביום. התפיסה היא שצריך לא לענות דין- צריך כמה שיורת מהר לפסוק, אבל בדיני נפשות בגלל כובד האחריות בכל זאת אל דנים לובה באותו יום ומחכים ליום שאחרי. בלילה, דיינים צריכים לשבת ולחשוב הרבה.
6. דיני הטומאות והטהרות מתחילין מן הגדול, דיני נפשות מתחילין מן הצד: דיני נפשות מתחילים מהצד ודיני טהרות מתחילים מהגדול. בכל התחומים פונים מהחושב לדיינים, אך בדיני נפשות אל פונים לגדול אלא לקטן משום החשש הוא שהוא ישפיע על כל שאר הדיינים.

**פירושים**

"דיני נפשות פותחין לזכות ואין פותחין לחובה"

הדיינים צריכים להתחיל את הדיון בראיות לטובת הנאשם, אחר כך מכניסים את העד השני ובדקים האל הגרסאות של העדים מתאימות ואין סתירות, אז מתחילים לדון באור של זכות. אבל אם אחד מהעדים שהעיד קודם נגד הנאשם רוצה פתאום להעיד לטובתו, או אחד מהתלמידים רוצים לדון לחובה- משתיקים גם את העד (כי יש כלל בעדות שעדותה יא סופית ואל ניתן לשחק איתה), השני, כשאחד התלמידים לא כל אחד מלמד חובה- התלמידים אל יכולים ללמד חובה.

יש פה מעמד מיוחד- כשתלמיד שרוצה לומר זכות מעלים אותו לאזור הדיינים יושב ביניהם כשווה בין שווים ואומר את סברותיו, ולא רק זה אפילו שהוא מסיים לדבר הוא ממשיך לשבת עם הדיינים- וזאת כדי לנסות לעודד את התלמידים לחשוב על זכות ולתת להם כבוד על זה שהם חשבו על זכות, כשאל מול מי שחושב לחובה משתיקים אותו.

כאן מדובר על הנאשם ולא התלמיד- את הנאשם לא מעלים לבית הדין אבל כן שומעים לו והוא יכול ללמד על עצמו זכות. לנאשם יש תפקיד עצמו בעניין הייצוג העצמי, ואם הוא אומר דברים של טעם שיכולים להתמודד עם עדות העדיף אז על בית הדין להקשיב לו.

"דיני נפשות מחזירין לזכות ואין מחזירין לחובה"

מדובר במצב שבו נתבע אחרי שבית הדין מכריע ומקבל החלטה, באה עדות חדשה או טיעון חדש לטובת הנאשם, ואז מה עושים? בדיני נפשות לזכות מותר להחזיר אך לא לחובה. נדון במקורות המסבירים את הפסוק הזה:

א. שמות כג,ז: "*ונקי וצדיק אל תהרג"* -צריך להיזהר להרג אדם חף מפשע. אל תיצור מצב שאתה צריך להרוג חף מפשע- אתה מגיע למצב כזה בבירור ספקות. אם יש ספק צריך למצות את הדיון אפילו אם המשפט נגמר, חייב לעורר ולדון עוד פעם.

ב. תלמוד בבלי, סנהדרין לג ע"ב: מדברים על המקרה הטוב שאדם יצא חייב, וכעת רוצה לטעון לזכות. מי שיש אפשרות שהוא נקי, לא נהרוג אותו, נדון בדבר, נברר אותו ולא ניתן להרוג מישהו שהוא ספק נקי- צריך לברר את הניקיון הזה. אם הוא נקי מצוין, ואם לא יהיה ניתן לבצע את גזר הדין.   
כאן המקרה ההפוך- אדם יצא זכאי, פתאום בא אדם אחר ורוצים ללמד על האדם זכאי חובה, יש הבדל בין קני לצדיק- צדיק זה מי שיצא עליו חותמת של זכאי, בית הדין הוציא עליו חותמת של זכאי. אז אם בית הדין בהליך כבר הוציא חותמת של בזכאי, אפילו אם הגיע עד אחר לא נעורר את המשפט מחדש. אדם ניצל מעונש מוות, אך אם אדם יצא זכאי הסתיים העניין. הפוך לא- אם יצא חייב כל הזמן נדון ונעודד את הדברים כדי שלא נטיל עליו עונש מוות. זה לא סופיות הדיון אלא זה דיון נוסף שתמיד עומד לטובת הנאשם.   
בקריאה הפשוטה של הפסוק בשמות, צדיק ונקי נראה אותה הדבר, אך חז"ל מפצלים את זה ונחלקים לשני מקרים- מ'קרה א' הוא שמי שיצא חייב מבית הדין ופתאום התעורר משהו- פרשנות אחר, עד ראיה וכו. אז אומרים כי אסור להוציא אותו להורג ולמצות את הדיון. נקי לא יכול לצאת זכאי, כי הוא לא יצא זכאי אלא חייב, אך יכול להיות שלמרות שהוא חייב הוא חף מפשע. מקרה ב' זה כאשר יצא זכאי, שם אם מעוררת טענה או ספק לחובתו לא נעורר את הדיון מחדש.

משנה סנהדרין ו,א: פירוש על **"***דיני נפשות מחזירין לזכות ואין מחזירין לחובה"* המשנה הזאת רואים עד למה מגיע הסיפרו של לחזיר לדיון מחדש- בפתיחת הפרק מתארים סיטואציה מעניינת של עד כמה העניין של החזרה אדם שנידון למוות, עד לאן הדברים מגיעים?   
שומרים על זה שהמקום שמוציאים להורג לא יהיה רחוק מבית הדין כדי שיהיה קשר עין בין המקום שבו מוציאים להורג לבית הדין. אם לבית הדין מגיע מי שמלמד זכות, מחזיר את הנידון לבית הדין. כך פעם אם יש מי שמלמד לזכות,, בים אם זה הנאשם או אדן אם, אם יש בתשובה משהו, כלומר יש מידה של סבירות בטענה, על בית הדין להתייחס לטענה, מחזירים את הנידון ודנים שוב בעניין, גם אם זה יקרה 4-5 פעמים. מוציאים כרוז שבא ואומר כי מזמינים את הציבור ללמד זכות על הנאשם.

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

משנה סנהדרין ה,ה: פירוש על *"דיני נפשות גומרין בו ביום לזכות וביום שלאחריו לחובה.."*מה שחשוב זה העניין שברור שהאדם זכאי אז צריך לא לענות את הדין ולקבוע את זה בצורה מהירה עד כמה שניתן. לעומת זאת, לגבי עונש מוות מחכים לילה. בלילה הזה, החכמים היו מוצמדים לזוגות, ממעטים באכילה וכו. להוציא אדם להורג זה משהו שמצריך כובד ראש ולא מחכים לילה פורמאלית, אלא נותנים את כל המשקל על זה- לא להתעסק עם הנאות.

**סוגי הדרישות הדיוניות**

את הדרישות הדיוניות הנזכרות במשנה לגבי דיני נפשות, נוכל לחלק לשתי קבוצות:

* 1. דרישות הבאות להעניק כובד ראש מיוחד לדיון הנוגע בחיי העבריין- צריך להתייחס אל עונש המוות ככובד ראש
  2. דרישות הבאות לצמצם את האפשרות של עונש המוות. דרישות הבאות להקשות עד כמה שניתן על הטלת עונש המוות.

חלק מהמקרים ודרישות מסוימות משרתות את שתי התכליות הללו:

* נפשות ב23, דיני ממונות 3- דרישה באה להעניק כובד ראש
* דיני ממונות פותחים בזכות או בחובה, דיני נפשת מתחילים בזכות- לצמצם את האפשרות של עונש המוות ולא כדי להעניק כובד ראש, משום שזה מטה את דעת הדיינים מראש לכיוון הזכות ובכך מקשים על הטלת עונש המוות.
* דיני ממונות הרוב צריך להיות בהפרש של 1, דיני נפשות- 2 לזכות, 1 לחובה- כובד ראש ולהקשות- כדי שעונש מוות לא יוכרע על פי רוב רגיל.
* דיני נפשות מחזירים לזכות, ולא מחזירים לחובה- להקשות ולצמצם את עונש המוות, כי כובד ראש לא מחייב נוהל כל כך רחב.
* השופטים לא יכולים לחזור בהם, מי שמלמד זכות לא יכול ללמד חובה- על עונש המוות.
* דיני ממונות מתחילים וגומרים ביום, דיני נפשות מתחילים ביום מסיימים בלילה- כובד ראש.
* דיני טומאות מתחילים מהגדול, דיני נפשות מתחילים מהצד- דווקא המלומד פחות הוא הראשון שמכריע. כאן זה עניין של להקשות אך יותר של כובד ראש- יש חש בית הדין ילך אחרי הגדול ויהפוך להיות מונוליטי.

**הטלת עונש המוות: דרישת ההתראה**

עכשיו מגיעים לדרישה הכי קשה שהיא מעלה את הקושי הגדול ובעצם מעלה את הדרישה שמבטלת את עונש המוות ולבלתי ישים, ולא רק מקשה:

מהי דרישת התראה?

צריך עדים ויש גם דרישה שהעדים שרואים את המעשה יתרו, כלומר יתריעו. התוספתא אומרת כי התראה זה לא רק אזהרה, לא רק חייב להגיד שהוא עושה עבירה אלא גם את העונש- דע לך שאת המעשה שאתה עושה מחייב אותך במיתת בית דין. אתה תבצע עבירה שהעונש שלה הוא מוות. אך גם זה לא מספיק צריך גם להתריע איזה סוג של מיתה ניתנת על העבירה המבוצעת- סקילה, הרג=חרב, חנק. בזמן ביצוע העבירה העדים למעשה, צריכים להתריע לעבריין לפני ביצוע העבירה כי אם יעשה את העבירה, העונש שידון עליו הוא מוות.

במילים אחרות: מדובר פה במקרה לפני שהעדים מבצע עבירה, העדים פונים אליו ומתריעים כי הוא הולך לעשות עבירה שחייבים עליה בית דין- זה לפי הדעה הראשונה של יוסי בר' יהודה. אך לפי הדעה השנייה, לא רק שהעדים צריכים להזהיר מביצוע העבירה והעונש שיוטל על העבריין, אלא צריכים להזהיר אותו גם לבי הדרך המסוימת בה העונש יבוצע- האם עונש המוות יהיה בדרך של תליה, סקילה או חרב.

יש פה דרישה נוספת מהתראה: העדים עושים את מה שצריך, מתרים והנאשם מנגד שותק, עושה תנועת גוף של הרכנת ראש, ואפילו לא רק שהוא מרכין את הראש ושותק אלא אומר שהוא יודע שהוא מבצע עבירה, עבירה שחייבים מיתת בית דין, ואיזו מיתת בית דין, העבריין צריך להגיד שהוא יודע- אז הוא פטור מעונש מוות. רק במקרה בו העבריין אומר שהוא יודע ודווקא עושה את זה, רק אז נטיל עונש מוות. עונש המוות תלוי בתגובת העבריין- אם הוא לא אומר יודע ודווקא עושה את זה, הוא פטור מעונש המוות.

ההתראה לא תלויה בו, אך ב'- דרישה לתגובה מהעבריין זה תלוי בו ואף נחשב לסוג של מעשה התאבדות.

מה משמעות הדרישה?

עכשיו השאלה מה קורה בהתראה? מה היא באה לשרת חוץ מזה היא באה למנוע את עונש המוות?\בהרבה מאוד מקרים לא יראו את העבירה, העבריין עושה את זה בזמנים שלא יראו, וגם אם רואים- האפשרות שניתן להתרות בו לא תמיד ברורה, צריכים להיות עדים, במרחק קרוב ותוך שמיעה של העבריין, אז להגיד שזה יכול למנוע עבירות זה במקרים מאוד ספציפיים, ולכן ההתראה לא באה למנוע את הבעירה. אך חז"ל במקורות שלהם נותנים כמה אפשרויות ללמה התראה באה- המקורות האלה מדברים על שני היבטים בהתראה:

* לעמוד על היסוד הנפשי של העבריין ולהוכיח אותו מעבר לכל ספק- חבר שהוא תלמיד חכם שמכיר היטב את כל הדינים בכל תחומי התורה, חבר לא צריך שני עדים שיתרו בו לפני ביצוע העבירה. בחבר אנחנו מניחות שחבר יודע- יש חזקה שחבר יודע ואין צורך להתרות בו. כלומר אם אותו חכם רוצח, הוא לא צריך בהתראה כי אנחנו מניחות שהוא כבר יודע את הדין. שכן, התראה באה להבחין בין שוגג למזיד- באה להבחין את היסוד הנפשי שהעבריין מצוי בו. התראה באה להבחין בין שוגג למזיג, וחבר תמיד נניח שהוא במזיד- כי הוא תמיד יודע את הדינים. במשפט שלנו, הנחת היסוד היא שידיעת החוק איננה פוטרת מעונש, הנחת היסוד במשפט העברי היא שונה ולכן צריך התראה כדי להטיל עונש על העבריין.

חיים כהן במאמר שלו מנסה להסביר ולהבין מה תפקיד של ההתראה. הוא טוען כי תפקיד ההתראה הוא כדי למנוע את עונש המוות. יחד עם זאת, ניתן להציע פרשנות אחרת למטרת ההתראה: ניתן להבין מנסיבות האירוע שבן אדם פועל בשוגג או מזיד, שהרי למשל בעונש הגלות ניתנו מספר דרכים להבין ולהוכיח את היסוד הנפשי. כאן בכל זאת מדובר על הטלת עונש מוות- יש פה דרישה יתרה. יכול להיות שבעבירה שאין עליה עונש מוות לא צריך להיות בטוחים ביסוד הנפשי, פה מדובר על בטלת עונש מוות מדובר בעונש כבד ולכן צריך הוכחה של יסוד נפשי חזקה- אין אחידות בדרישות של הוכחת היסוד הנפשי. במקרה הזה יש דרישה יתרה בהבחנה ביסוד הנשפי.

* המקור השני קובע כי עד שהעבריין יהיה מוכן למות, האדם הזה נחשב למת כי הוא מוכן למות- ההסבר השני שראינו הוא הסבר שמדבר על התיר עצמו למיתה. הוא מודע לכל הסיטואציה והוא כבר מחשיב את עצמו בסיפור הזה למת, ואז צריך להמית אותו. במובן מסוים האדם הכניס את עצמו למקום של מיתה. ועל פי זה לומדים את הדרישה של "אף על פי כן אני מוכן". כאן רואים דרישה אחרת ולא מספיק שעבריין יבין, אלא דרישה נוספת של לא רק שהוא יבין והיה מודע לכך, אלא הצהרה לכך שהוא הולך למות מזה והוא מוכן לעמוד בכך. אדם לא רק צריך להיות מודע למעשיו ושהוא הולך לשלם מחיר גבוה על העבירה אלא צריך להגיד את האף על פי. המטרה של התלמוד זה לדבר על הפרט הזה- למה התראה לא יכולה להיות ללא התיר עצמו למיתה? יומת המוות הכוונה היא שעד שהוא יהפוך את עצמו למת. המקור בא ואומר את הדבר של אף על פי כן, והופך את עצמו לאדם שמקבל על עצמו מרצון חופשי את המוות, אז רק אדם כזה ניתן להמית, רק מי שקיבל על עצמו את המיתה, משום שמי שקיבל את עצמו את המיתה הפך את עצמו משפטית לבר מיתה.

זה קשור לרעיון נוסף שמעלה אנקר במאמרו, שבעצם הדרישה של להציג את זה כדרישה של עונש מוות, אומר שהאדם צריך להיות במצב שהוא מתריס כנגד ההלכה בצורה כזאת שהוא מכון לשלם את כל המחירים, ורק על אדם כזה מוחל עונש המוות.

כלומר, יש שני הסברים לשני רכיבים שונים של ההתראה: ההסבר הראשון הוא הסבר למה צריך התראה בכלל- שיבררו שהוא יודע על מה מדובר, אך יש לשים לב כי ברכיב הראשון מספיק שהעבריין היה מהנהנן בראשו ומגיב כי הוא יודע להשלכות של המעשה שלו. הרכיב השני מסביר את דרישת אף על פי כן, אך יש לשים לב כי ברכיב השני נדרשת לא רק מודעות אלא סוג של הסכמה- העבריין מקבל על עצמו את הדין ועושה את העבירה. המקור השני מבקש לומר מאיפה למדנו את דרישת ההתראה. הסיבה לשני מקורות ושני הסברים- רואים כי נדרש הסבר נפרד, כי בשביל להבחין בין שוגג למזיד לא צריך אף על פי כן, צריך רק מודעות. התוספת הזאת לכאורה לא ברורה ולכן צריך הסבר נוסף ללמה נדרש בנוסף אף על פי כן, ולא רק מודעות.

ההסבר האחד הוא תפקיד ההתראה הוא לעמוד ולהיות בטוח לגבי היסוד הנפשי של העבריין להיות בטוח שמדובר באדם שמודע היטב למעשיו ומבין את הסיטואציה בה הוא נמצא, הוא מבין שהוא יכול להתחייב למעשה שהוא עשה, הוא יודע את החוק ושהלכתיו. מוסד ההתראה נוצר משביל המוסד לוודא את הדבר שאינו ניתן לספק.

אנקר אומר כי רוב הפעמים בשיטות משפט מודרניות מכיוון שאין מצב של עונש חובה על משהו, בדרך כלל העונשים הם לא של חובה, אלא ענישה של שיוקל דעת. בדרך כלל החוק אומר מתווה מרחב ענישה, למשל עד 8 שנים, אבל אין חובה להטיל 8 שנים. החוק נותן מתחם ענישה ומספק לשופט שיקול דעת בקביעת העונש. יש פה שיקול דעת והבנייה שלו ומעט מאוד פעמים שי עונשי חובה, עונשים חובה להטיל על בעירה מסוימת. אנקר אומר כי הנחת היסוד שעונש חובה ניתן בנסיבות מאוד ספציפיות, רק אז נוכל להגיד כי סביר יהיה שמבחינה משפטית יכול עונש מסוים. ברגע שלא ברור, וכי הנסיבות יכולות מאוד מגוונות לא נרצה לקבוע עונש חובה, אלא ניתן לשופט שיקול דעת רחב (שכמובן עם הבניית ששיקול הדעת ואחידות- אל עדיין לא נרצה עונש שחובה להטיל), כי העונש מתאים רק לנסיבות מאוד ספציפיות. ברגע שיש מערכת שיש ענשי חובה, אנקר אומר כי נכון להניח ומסתדר לנסות למצוא נסיבות מאוד ספציפיות שהעונש הזה יחול. עכשיו אומר אנקר כי עונשי המוות חלים רק כאשר מדובר על סוג של עבריין שמעוניין להתריס כנגד התורה במזיד, ומוכן לקחת אפילו סיכון גדול על זה. מדובר על עבריין שמורד בערכי הבסיס והמוגנים של החברה, ורק על אדם כזה יש עונש חובה. כי אם הוא לא אומר אף על פי כן, או שהוא בסערת רגשות ולא מגיב לדברי העד, אז זה לא יעבוד, צריך סוג של אדם שמורד ולא אכפת לו מהערכים המוגנים ולא אכפת לו לשלם על הפגיעה בהם. לפי אנקר על פי המשפט העברי באמת רק על עבריין מסוג טיפוס כזה מגיע לו עונש מיתה, עונש החובה של מוות. והדרישה של אף על פי כן באה ומנסה למסגר את הנסיבות שעליהן מוטל עונש החובה הזה.

**הבעיה המעשית**

הבנו את הסיבה המשפטית לביטולו של עונש המוות ודרישת ההתראה, אך איך מתמודדים עם הבעיה המעשית? עם גישה כזאת איך תוכל להתמודד עם פושעים? זה מתקשר עם ביטולו של עונש המוות, עונשי המוות שגם ככה היו מאוד נדירים אך אחרי חורבן בית המקדש הם לא היו ובוטלו.

**עין תחת עין- ממון**

בספרות חז"ל מתחוללת בו מהפכה לא רק לגבי עונש המוות, אלא גם בכלל עין תחת עין- מידה כנגד מידה. מידה כנגד מידה זה לא ממון, אלא אם מישהו עקר לך עין, אתה כורת לו את העין. זה מה שכתוב במפורש בתורה- עין תחת עין, שן תחת שן. חז"ל מעבירים אותנו לעולם של ממון, מעבר מנקמה (גמולנות קשוחה מאוד) לפיצוי. הדגש הוא זה שהאדם מקבל סוג של אפשרות להחזיר את המצב לקדמותו, וזה לא לגרום נזק לשני הצדדים. נקמה היא שאותו דבר שנעשה לי יעשה לפושע, איך במתן כסף במקום העין, זה לא תוצאה של איבוד עין.

**רקע**

אנחנו שומעות פעם ראשונה על שינוי הכלל של עין תחת עין, במחלוקות של בסכולייון. זאת עובדה מאוד מפתיעה, שכן יש פסוקים מפורשים בתורה. ההבנה של חז"ל לאורך כל הדרך שהדברים האלה מיושמים בצורה אחרת לחלוטין ממה שהם כתובים. הדבר המעניין הוא שבעולם ובספרות חז"ל לא מוצאים לזה מחלוקות, אין חכמים שבאים ואומרים כי תמורת עין צריך להוציא עין, לקרוא את התורה כפשוטה. על הדבר הזה היו מחלוקות בימי הבית השני לא בתוך חז"ל, אלא אביהם הקדומים של חז"ל לבין הכתות האחרות שבתקופת הבית השני.

כתות בימי הבית השני

בימי הבית השני היו כשלושה סוגים של כתות:

1. פרושים- האבות הקדומניים של חז"ל, הם נקראים בעיקר בשילוב של מסורות שבעל פה לבין הכתובים, ולא רק הולכים לפי מה שכתוב בתורה. הם הולכים לפי סמורות שמחזיקים אותן כנאמנות.
2. צדוקים- הצדוקים היו כהנים ולהם הייתה תפיסה שונה של ההלכה מזו של חז"ל, הצדוקים פקפקו במסורות בעל פה והרבה יותר דרשו לחזור לכתובים, לתורה עצמה.
3. איסיים- הרבה קבוצות שונות, הם מסיבות דתיות פרשו מהחיים הרגילים, מהחיים החברתיים הרגילים וחיו חיים קבוצתיים. ההתבדלות שלהם נבעה ממסורות שונות שלא אפשרו להם לחיות עם אנשים אחרין, כמו טומאה וטהרה, אופי אחר של שמירת שבת. גם האיסיים מאוד פקפקו בנושא של מסורות בעל פה, וטענו שיש לחזור לכתוב, ולא להסתמך על מסורות שמשבות בכתובים.

מגילת תענית

המגילה מדברת על ימים שבהם אסור להספיד ולהתאבל בהם, ימים טובים. אחד הימים שנזכר במגילה הוא ד' תמוז, שהיום הפך להיות יום רגיל. ליד התאריך של ד' תמוז כתבו פירוש, למה קרה בד' תמוז שנחשב ליום טוב: זהו יום טוב משום שביום הזה שביטלו את דברי האיסיים, הצליחו לנצח אותם מבחינה הלכתית ולכן עשו אותו כיום טוב שאסור לצום ולהספיד בו.  
האיסיים אומרים שיש להבין את הדברים בדיוק כפי שהם נכתבו בעוד שחז"ל מדברים עדים ולא צריך להביא את הסדין כשפשוטו- חז"ל הופכים את זה כסכסוך וכעניין משפטי רגיל. בעוד שהאיסיים לא מסכימים, צריך לפעול לפי מה שכתוב תורה. יש את התורה ויש את המצווה- מה שבפועל עושים. עושים את זה בעל פה ולא לפי מה שתורה כתבה. יש שני חלקים שונים של תורה- יש כתובה ויש הלכות שמישימים במציאות בפועל, ולפעמים הן מפורשות בצורה שונה.

בספר מתתיהו כתוב עין תחת עין ממון אם הקורבן מסכים אפשר פיצוי כספי, כלומר פירוש עין תחת עין תלוי ברצון של הקורבן. זה מקור חשוב משום שהוא אותנטי בבית השני והוא מביא לפירושים שונים מחז"ל. זאת דוגמא לביניים- ככל שזה אל עין תחת עין, אך מהצד שהני זה גם לא לעקרו את פשט הכתובים.

משנה, ב"ק

חז"ל מסבירים כי על נזק גוף חושבים על סיטואציה של שוק- שמים אותו שבוק וחושבים כמה הוא היה שווה עם היד לעומת כמה שווה בלי היד, והנזק הוא ההפרש. כאשר אדם הוציא עין, קטע ושבר את היד לאדם מסוים, במקרה של שוק בתקופת חז"ל היה פשוט לעשות זאת משום שהיה שוקי עבדים. היו בודקים בשוק כמה כל דבר שווה. חז"ל בעצם מסבירים איך מחשבים את הפיצוי על הנזק- חז"ל מסביר כי התמחור שבוק העבדים היא שומא ספציפית לשווי האיבר, כך שהיו מודדים את השווי הכספי של האיבר עצמו. במקור ניתן לראות כי הפיצוי הפך להיות כספי אך אין הסבר למה.

**עין תחת עין-ממון: נימוקים**

בספרות חז"ל מצאנו כמה נימוקים: נימוק אחד מופיע כדרשות בעוד שנימוק שני מופיע כסברות מחשבה למה עדיף עין תחת עין ממון ולא עין תחת עין ממש.

דרשות:

בבלי ב"ק פג ע ע"ב: היה ניסיון של חז"ל לעגן וללמוד מהפסוקים עצמם למרות שלכאורה זה סותר את הפסוקים שבתורה. המדרש היה אמצעי של חז"ל להגיד שלהלכות שלהם יש עיגון וביסוס בתורה.  
על הפסוק בספר ויקרא "מכה אדם מכה בהמה" חז"ל מעגנים את עין תחת עין-ממון. עצם זה שהתורה הקישה בין נזק אדם לנזק בהמה, זה בא להראות ולומר כי שני הדברים צריכים להיות שווים מבחינת האופן של הפיצוי. כמו שבהמה לא נאמר שמיש כרת איבר של בהמה ייכרת האיבר שלו, אלא תשלום שווי הנזק, כך לא נוכל שמי שהזיק לחברו צריך לפגוע לו באיבר, אלא נוצר הוא צריך לשלם תשלום.  
מהפסוק הזה למדנו שאסור לקבל תשלום מרוצח. על אף שאולי היה יותר טוב לקורבנות של הנרצח לקבל כסף מהרוצח, התורה אומרת במפורש שלא מקבלים כופר מרוצח, רוצח צריך למות על הרצח שלו ולא לקבל ממנו כסף. כעת אומרת הדרשה כי מ"לא תיקחו כופר לנפש רוצח אשר הוא רשע למות נפש" אם משיהו איבד יד, רגל, עין מזה כן לוקחים כסף. זאת דרשה מאוד מעניינת, אפילו יוסף מתתיהו מסתך על הדרשה ואומר כי זה אפשרי ולא חייבים פיצוי.

סברות:

הניסיון של חז"ל להסביר מה הטעם של עין תחת עין ממון ולא מה כתוב בתורה. חז"ל נותנים לזה דין וחשבון, הם מודעים למתח ולפער. הסוגיה בתלמוד הבבלי, מביאה הרבה סברות שחז"ל מעלים.

בבלי בבא קמא פג ע"א: איך אחנו בכלל עושים השוואה בין איברים של אדם אחד לאיברי של אדם אחר- הרי אלו איברים שונים בגודל ובתכונות מסוימות. נגיד שלאדם הייתה עין שרואה טוב מול עין שלא רואה טוב, אז האם לכרות את העין הזאת מול זאת היא אותו הדבר? הפירוש של עין תחת עין הוא פירוש פרשני שלא נותן מענה למה שצריך לתת. כשאין שוויון ויש בעיה שהאיברים לא דומים, אז במקרים האלה כן הקורבן יקח כסף. דוחים את האפשרות הזאת אומרים לו, במקרים של ענישה של אדם שהזיק לאחר, נדרוש כי תהיה סנקציה אחידה ולא שזה ישתנה. אם על עבירה אחת, רק בגלל נסיבות של לא אותו עין או רגל ניתן על אחד עונש של כריתת עין ולשני פיצוי כספי יש פה פגיעה של שוויון בפני החוק.

בבלי, בבא קמא פד ע"א: עין תחת עין ונפש תחת נפש, הכלל בתורה אומר כי כל דבר צריך להיות העניין שלו, ההכוונה שאם למישהו הוציאו עין נוציא עין, הרג אז נמית אותו, ולא שיקרה מצב שגם יוציאו לו עין וגם ימות. לעתים יוצא שיהיה נפש תחת עין כי יכולים להיות מקרים שביציאת העין האדם ימות. פרוצדורה כזאת שהיא יחסית מקומית יכלה להגיע למוות. הסברה השנייה הולכת באותה צורה שיש מצבים שבהם העין תחת עין הובילו לתוצאות לא רצויות ולכן עדיף לעשות את זה בצורה אחרת, בצורה של ממון ולא יצטרכו להגיע לתוצאות לא רצויות שיכולות להיות מוות, מחלה, כל מיני דברים שהם מעבר למידה כנגד מידה שהרי כל הרעיון שזה יהיה מדויק ולא פחות או יותר. לכן עדיף להסתפק בתשלום.

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

אם בכל זאת, ואם באמת המסורת ההלכתית היא שעל בעירות כאלה נענים בממון אז למה התורה מדגישה בכל מקום עין תחת עין? אין הרבה מקרים שבהם התורה עומדת הפוך ממה שהלכה אומרת, זה מקרה כזה ולכן יש קושי מהותי וצריך לפשר עליו. תשובה אפשרית היא:

רמב"ם, מורה נבוכים ח"ג מא

הרמב"ם מבאר את טעמי המצוות של התורה, והוא מגיע בפרק הזה לענייני העונשים שם הוא אומר בפשטות שמה שאומר בענישה ומה שהתורה מדגישה זה הנושא של מידה כנגד מידה, צדק וגמולנות במוסד הכי טהור של המוסד- כל דבר שנעשה יש לשלם בדיוק אותו המחיר. ואז התשובה שמנסה לפשר בין הגישה של חז"ל מול התורה- הרמב"ם קובע שהוא ייתן אותה בעל פה, למה רק בעל פה ולא בכתב? הרמב"ם מפריד בין מה שכותבת התורה שבכתב לבין מה שמבוא בהלכה- בתורה בכתב יש היגיון מאוד ברור, ואת ההיגיון הזה היא רוצה להשמיע- את עקרון הצדק של מידה כנגד מידה התורה להשמיע, את העיקרון שהגישה הצודקת היא הגישה הגמולנית והיא הענישה הטובה והצודקת- זה מה שהתורה בכתב באופן עקבי רוצה להשמיע. יחד עם זאת יש שיקולים המאפשרים לסטות מזה, ולכן התקבל באופן מעשי שעושים משהו אחר, אך התורה שבכתב רוצה להשמיע את העקרון של הגישה הצודקת.

**אופן הענישה: הקפדה על כבוד האדם בהליך ענישה**

ענישה גופנית היא מראש ענישה שיש בה סוג של בעיות עם כבוד האדם ולכן גם בעולם המודרני ענישה גופנית למעשה בוטלה. אצל חז"ל באופן מודגש הייתה מודעות רבה לנושא של אופן הענישה.

* + 1. **האם נסקלים בערום או לבושים?**

הדיון הוא דיון ברובו תיאורטי האשלה הראשונה היא שאלה טעונה מאוד לנושא של כבוד האדם, האם בעירום או בלבוש. נראה כי בתשובה לכך שי הבד בין איש לאישה- לפי הדעה הראשונה יוצא שהסקילה בעירום אך מכסים את האיברים המונעים- האיש רק מלפנים והאישה מלפניה ומאחוריה. החכמים מתנגדים לדעה הזאת, בניגוד לדעה הקודמת שנשיהם נסקלים עירומים, בדעה הזאת רק האיש נסקל עירום, אך האישה לא נסקלת עירומה בכלל. יש פה שני שיקולים מתנגשים:

1. מהירות ההמתה- רוצים לחסוך את זה שההמתה תהיה איטית ולכן עדיף שהגוף יהיה חשוף
2. כבוד האדם- מצד שני את בעיית כבוד האדם המשתקפת בצניעות, אך גם מעבר לכף, כמו השחטת הגוף עצמו

רבי יהודה אומר כי מה שחשוב זה מהירות הממתה וכבוד האדם נטפל בכיסוי האיברים מוצנעים. בעוד שהעמדה של החכמים היא שיש הבדל בין השניים- שכבוד האישה זה דבר שצריך להקפיד עליו יותר מכבוד האיש וזאת בשל הרגישות הגדולה יותר לנשואים של כבוד האישה מאשר האיש, חלק מזה נוגעים בנושאים של צניעות למי שמתסכל וחלק מהאופי של לא להיחשף במובן הפנימי.

* + 1. **עיצוב מיתות בית דין**

איך מבצעים את ההמתה עצמה.

* סקילה- דברים- התורה מתארת את הסקילה, התורה מתארת סקילה המונית שבהתחלה מתחילים העדים ואחר מכן כל הציבור. חז"ל מתארים את הסקילה באופן שונה. אצל חז"ל יש בית שסקילה מה שבתורה לא היה, אך חז"ל מוסיפים גם בנושא של העדים- לעדים יש חלק משמעותי בהמתה מתוך הרצון להפחיד את העדים שלא יתנו עדות שקר כי הם אלו שבסופו ש דבר מוציאים להורג. צורת ההמתה היא הפלת האדם ממקום גבוה וניסיון שיפול על הצד- מתוך רצון לשמור על שלמות הגוף וגם הצד שהו מקום שלא נוגע באיברים המוצנעים, מתוך הרצון שלא יתבזה ויחשוף את איברים המוצנעים. נעשה פה מאמץ להמעיט בפגיעה בכובד האדם. לצד העונש האכזרי יש פה דברים שבאים למתן את הביזוי ולהפוך את זה למרוסן יותר- לא ההמון הוא הסוכל אלא בצורה אינטימית.  
  אם האדם מת בנפילה הזאת לא עושים יותר שום דבר, אך אם לא- העד השני וזורק על לבו, ואם זה לא עובד העם יצטרך לרגום. הסיכוי שנגיע לרגימה על ידי כל אדם ישראל האו סיכון מאוד קטן ואפילו לא היה מעולם.
* מיתה בשריפה- מיתה בשריפה שהיא אחת המיתות המזעזעות, בספרות חז"ל מיתה מתוארת כזריקת בד בוער לתוך הגוף, גם פה יש הימנעות מהשחתה של הגוף.
* מיתת חנק- המיתה האידיאלית- אפשר חשוב שמדובר מוות בתלייה, אך לא זאת הכוונה. במיתת חנק היו מלפפים מין חבל סביב הצוואר ומושכים לכיוונים מנוגדים עד שיוצאת נפשו. גם זה נחשב לא דבר המשחית את הגוף.  
  רבי יהודה הנשיא מדמה את מיתה החנק למיתה בידי שמיים. הדימוי ושיתוף הפעולה בא להראות כי יש איזושהי תכונה משותפת בין המיתות. מיתה בידי שמיים מתאפיינת בכך שאדם סתם מת, כלומר בזה שאין לו שום סימן על גופו- למשל אדם מת במיטתו. אז גם המיתה בידי אדם, בערך הפלילי שלה צריכה להיות כמו מיתה בידי שמיים. כל שאר המיתות בתורה רשום שצריך לעשות אותן, אך רק מיתת החנק כתוב פשוט יומת, ולכן גם מיתת החנק הזאת צריכים להיעשות את זה בצורה שאין בה רושם. יש פה אידיאליזציה של ענישה שאין בה רושם= הופכים את זה לאב טיפוס שאמור להנחות את כל סוגי המיתה. כך למשל גם בשריפה יש מגמה לא להשחית את הגוף.
* מיתת חרב- המיתה היחידה שלא ניתן לא להשחית את הגוף היא מיתת חרב.

איך יודעים שזה קשור לכבוד האדם?

אולי יש פה תפיסה של שלמות הגוף (שהיא תפיסה רומאית- שרואה בגוף כדבר אסתטי ועליון), ולכן אולי זה בכלל לא קשור לכבוד האדם? נמצאה בכמה מקומות, הדרשה המסוימת הזאת- זה מדרש אבוד שנמצאו במאה ה20:

אם אנחנו לא יודעות מה תהיה תמיתות, אז איך נדע ממי הוא מת? המיתה שהגוף מושחת בה הכי פחות זה חנק, אך מה שחשוב יותר זה לא הגוף מושחת אלא אהבת לרעך כמוך, הפסוק הזה בא לומר שלבחור לאדם מיתה יפה היא אהבת לרעך כמוך, התייחסות מכבדת כלפיו כפי שהיינו רוצות שיתייחסו כלפינו. חשוב לשים על מי זה חל- זה לא חל על אנשים נורמטיביים, אלא האנשים הפושעים ביותר, ואף על פי כן צריך לבחור להם את המיתה היפה ביותר והכי פחות מבזה.

מכאן רואים שיש סוג של חיוב להתייחס למיתה של הפושע בהתייחס לעקרון כבוד האדם.

* תלייה- יש כנראה פרוצדורה של תליה שנועדה למען יראו וירעו, לא הורגים בתלייה אלא מדובר באיש שעשה עבירה קשה וזה מה שקרה לו. התורה אומרת ומזהירה לא להלין אותו על העץ, צריך לקבור אותו באותו היום שתולים וזאת משום שזה דבר מקולל על דבר על ידי אלוהים. טומאה בחז"ל קשורה למתים, מתים שלא קבורים זה דבר שקורה לטומאה.

תוספתא- עוד לפני שנדבר על פרשנות חז"ל נראה את הרקע לכך. המוות השכיח ביותר בתקופת האימפריה הרומית הוא צליבה- תליית האנשים על מקלות עץ והשארתם. חז"ל מתארים את התליה בצורה שונה לחלוטין לענישה הפלילית שהם רגילים אליה- כשתולים את האדם אחד קושר אותו לעץ והשני מתיר אותו מיד אחרי בשביל לקיים מצוות תליה. תליה בתורה היא לא צורת המתה אלא למען הרתעה, השאלה כמה זמן עושים את זה? לפי התורה זה לכל היום, אך חז"ל מקצרים את האורך לזמן מאוד קצר- לכמה שניות.

איך חזל למדו את הפסוקים? איך מבינים את הפסוק שלא ישהה בכלל על העץ? חז"ל ידעו שהפירוש שהציעו הוא לא הפירוש המדויק, ולכן נשאל איך הם מפרשים זאת? אם היינו רוצות לומר שלא תולים היה מפסיק להגיד שלא צריך להלין אותו, אין טעם להגיד זאת פעמיים ולכן למה הצורה מציינת במפורש ללון פעמיים על העץ? אם אמרנו שצריך לקבור אותו באותו היום למנה התורה אומרת עוד פעם לא ללון? כתוצאה מכך חז"ל לורדים שתולים את האדם ממש קורב לשקיעה כך שיצטרכו להתיר אותו אחרי כמה שניות. צריך להקפיד שזה יהיה מאוד מינימלי ולכן היו מחכים עד לשקיעת החמה, והתלייה הייתה מאוד מינימלית- רק לתלות ולהוריד, זה הו]פך להיות פרוצדורה בלבד ועם הזמן זה נעלם לחלוטין.

יוסף בן מתתיהו מפרש אחרת את התליה, הוא לא מפרש לפי פירושי חז"ל אלא לפי פשט המקרא- לתלות כל היום ובלילה לקבור אותו.

למה לחז"ל היה כל כך קשה עד שאפילו לא משהים?

בדרשה נאמר כי קללת אלוהים תלוי המשמעות היא שגם אם שני אנשים שונים לחלוטין- האחד שודד והשני מלך, הם זהים לחלוטין. ולכן ברגע שתולים את השודד זה נראה כאילו המלך הוא זה שנצלב, כלומר המשמעות העמוקה היא שהאדם נברא בצלם אלוהים, האדם הוא התאום של ה', ולכן ברגע שהפושע הזה שנברא בצלם אלוהים תלוי, אלוהים גם הוא מקולל על ידי התליה- הוא התאום. אז לכן יש פה התנגדות מאוד גדולה לתלייה.

כאן אנחנו רואות היבט רציני של כבוד האדם, הצורך לדאוג שהפושע המתבזה צלם אלוהים מתבזה.

הרבה מאוד מעונשי התורה בטלים והתחליפים נמצאו לדבר הזה.

דיברנו על עונש התליה, ועלתה שאלה מה זה הנושא של התליה שמורידים ומעלים? השאלה הזאת היא שאלה יותר שעוסקת בשאלה רחבה בסוג של פורמליזם שמוצאים בספרות חז"ל- משהו פורמאלי של עשיית המצוות, עושים מצוות בצורה פורמאלית. אפשר להגיד על עונש התלייה שלפי המדרש הזה, עונש התלייה לא יכול להתבצע- פגיעה בצלם אלוהים של האדם שהתלייה באה לעשות, לא יכולה להתממש. אז הפירוש של התורה שצריך לעשותו בצורה מינימלית. אך הדרישה המינימלית היא לא- לא שוות ערך. באת בעיה שהופכת את העונש לבלתי ישים למה שהיינו חשובות כמטרה המרכזית. במקרה הזה מכיוון שאפשר ליישם, אז עושים את זה בצורה הכי מינימלית שאפשר. זה מנוגד לעין תחת עין ממון- שם לא ניתן לבצע בתורה מינימלית, וחז"ל טענו שעין תחת עין מעולם לא היה, אין צורך לבצע את זה ממש כי אין לזה יישום מעשי- זה אל הפירוש המעשי, לעומת התליה שכן יש לה משמעות מעשית.

**עונש המלקות**

אחד הדברים שמצאנו בתורה התייחסות לכבוד האדם בענישה. לא מדברים על כך שחז"ל קוראים את התורה ומפרשים עליה כמו עונש התלייה, אלא פה רואים בתורה עצמה את זה, זאת דוגמא טובה שכבר במקרא עצמו יש התייחסות לכבוד האדם. הגרעין של זה טמון בפסוקים עצמם, ונראה איך חז"ל מרחיבים את זה.

* דברים כה, א-ג- מגבילים את מספר המכות כי אומרים שיהיה לו קלון, בושה. הכוונה שהוא יגיע למצב גופני נורא ואיום שלא אפשר יהיה להסתכל עליו, ולכן לא נרצה לפרק אותו לגמרי ולכן נגביל את הענישה הזאת. התורה מגבילה את מספר המכות מחשש לפגיעה בכבוד האדם.
* משנה מכות ג, יד- חז"ל מתייחסים במשנה לבעיה אחרת- בתורה דיברנו על מצב שהוא מתפרק מהמכות, הגוף מגיע למצב גופני מבזה וקשה עקב ההקאה, אך חז"ל מתייחסים לדבר עוד לפני שהוא מתפרק, הסיטואציה הזאת של המכות היא סיטואציה קשה והוא מגיע לאי שליטה על הצרכים מרוב פחד. זאת סיטואציה קשה שאדם רטוב פחד ואימה מאבד את השליטה על הצרכים שלו, ולזה חז"ל מתייחסים: בין שיוצא לו צואה ובין שיוצא לו שתן, פוטרים אותו לפי העמדה הראשונה, כלומר פוטרים המשמעות לא מכים אותו- ברגע שהוא מגיע למצב כזה של ביזוי כבוד האדם שלו מרוב פחד, פוטרים אותו מהעונש. העמדה השנייה, של רבי יהודה- הוא מבחין בין איש לאישה, האיש רק אם יש לו צואה והאישה אפילו אם רק בשתן. רבי יהודה יותר מחמיר, כי לפי הדעה הראשונה כולם פטורים בעוד שהוא ר4ק הופך לנשים. המשנה לומדת את זה מהפסוק במקרא, ברגע שיש לו קלון, אז מהחשש הזה היא לומדת גם למקרה הזה. מאחר והעניין הוא שלא יבוא לידי קלון, וכאן הוא לידי קלון אז אנחנו פוטרות אותו.
* בבלי מכות כג ע"א- קלה- הכוונה מקולון, הוא התבייש מעשיית הצרכים בין הראשונה ובין אם בשנייה. רשי מפרש כי ראשונה הכוונה היא שבאתי והרמתי את השוט, והאדם עשה צרכים- לא קיבל עוד מכה אחת, מרוב פחד פוטרים אותו- זו הראשונה, המכה הראשונה. השנייה הכוונה היא היכו אותו פעם אחת, ואחרי הפעם האחת ולפני שהנייה הוא עשה צרכים ואז פוטרים אותו. חז"ל ממצמצמים ממעטים את הענישה הגופנית, יש פה מהלך חתרני נגד ענישה פיזית.   
  אך אם יש בעיה באופן הביצוע של המכות- הרצועה למשל נקרעה, אז אומר המקור התנאי כי בשנייה- נקרעה פוטרים אותו, אך אם זה קרה בראשונה- הרימו את השוט ופתאום הרצועה נקרעה לא פוטרים. ברגע שהכו אותו פעם אחת, הוא בעצם התבזה, אולי זה לא בא לידי ביטוי בעשיית צרכים אך הוא התבזה- הנחת הסיוד של חז"ל שהבאת רצועה חדשה אלו מלקות חדשות, אך ברגע שהוא כבר קיבל מכה אחת הוא התבזה וזה מספיק. יש פה הרחבה של מושג הקלון- אם מושג הקלון בשמנה היה הוצאת צרכים וביזוי של כבוד האדם בצורה הכי פשוטה, פה זה מורחב לקבלת עונש המכות עצמו- ההכאה עצמה היא מבזה ולכן ברגע שהאדם קיבל מכה והרצועה נקרע, האדם קיבל את שלו אוין צורך בהקאה נוספת. אך בהכאה הראשונה הוא עוד לא קיבל כלום, ולכן מחייבים.

אנחנו מבינות עד כמה מרחיבים את זה- כי המהלך הבא, הרב שמואל קובע כי מספיק אפילו שיכפתו אולו כדי ללקות כדי שאם מסיבה מסוימת יפסקו המלקות זה חחשב שכבר התבזה כפטור. אם במקרה שכפתו את העבריין וברח, הרב שמואל אומר שלא צריך לרדוף אחריו כי כבר עצם הכפיתה והמעמד של לפני הלקאה זה ביזוי כבוד האדם- ראינו מביוש של עשיית צרכים, להלקאה עצמה ועכשיו עברנו למעמד של ההלקאה עצמה- בלי לתת מכה אחת. זה תהליך בו הביוש מתחיל כסוג של פטרו מהמכות, אך בנסיבות מסוימות הביוש הופך להיות העונש עצמו. זה לא לגמרי כי בכל זאת הוא צריך לברוח מבית הדין, אך בנסיבות מסוימות הביוש הוא הופך להיות העונש עצמו. ההבנה היא שעונש המלקות עובר מסוג של כאב פיזי, המהות של הענישה הגופנית- כאב, עוברים מהדבר הזה לבושה, ולכן מספיק לתת מלקה אחת, ולכן אפילו אם כופתים אותו זה יכול לחלץ אותו.

ובשורה התחתונה: כאן רואים תופעה מעניינת הביוש שהחל כפטור מעונש המלקות, הפך לתחליף לעונש המלקות. מספיק שהעבריין יתבייש כדי שעונש המלקות יתייתר.

עד עכשיו דיברנו על ענייני ענישה בספרות חז"ל- עונש מוות, עין תחת עין ממון, עונשי חז"ל, וכעת נדבר על תחליפי הענישה הגופנית.

**ענישה בידי שמיים**

**ענישה בידי שמים אצל חז"ל: פתרון לביטולו של עונש המוות**

חז"ל חיו בתודעה שלמשפטנים שלנו היום אין אותה, וזה שלא הכל מונח על כתפי בית הדין, משום שגם האל עושה משפט. נכון שיש מצווה לבית הדין לדון ולהתמודד עם הפושעים, אך סופו של דבר אם יש דברים שמונעים מבית דין להעניש- כמו פגיעה בצדק, הרשעה של חפים מפשע, סותר כללים דיוניים וראייתיים, לא בכוח צריך לעשות את הדברים ולהשאיר לדין שמיים.

תלמוד בבלי, כתובות

העונש בוטל אחרי חורבן בית המקדש ולא גוזרים אותו בכלל. זו מסורת שנשמעה בבית המדרש- שבוטל עונש המוות, צריך לגרוס ארבע מיתות בטלו, אך דין ארבע מיתות לא בטלו. אולי הוא לא מקבל עונש סקילה, הוא מקבל עונש דומה לסקילה- כמו נפילה מגג, או מת על ידי חיה דורסת, או למשל שריפה- נופל בדליקה או נחש (ארס שהורג בצורה פנימית בתוך הגוף ללא סימן), חנק- טביעה בנהר או מחלת נשימה וכו. יש פה תפיסה של מגמה לשמר על מיתות בית דין, למיתות בית דין יש מעמד חזק ולכן יש מגמה לשמר אותן בענישה שלא בידי שמיים. לכן דין שמיים הוא אלטרנטיבה בעצם לביטולו של עונש המוות. כל המקרים שקורים מותאמים למיתות, הם רוצים להגיד שאפילו המיתה שאדם מקבל בידי שמיים מדויקת למיתת בית דין שהיה אמור לקבל במקור. אז אם הוא היה אמור לקבל עונש בידי שריפה- אז הוא ימות על ידי נחש וכדומה.

כאן רואים שלא רק שענישה בידי שמיים מחליפה את דין אדם אלא היא מחליפה על פי אותו דפוס של מיתות בית דין שהיו מגיעות לעבריין.

**ענישה בידי שמים אצל חז"ל: פתרון לקשיים ראייתיים ולאילוצים דיוניים**

ראינו מקרה בו שני אנשים רדפו אחרי אדם שרוצח את חברו, אך לא ראו את מעשה העבירה, ורק ראו ראיות נסיבתיות. במקור הזה רואים דין שמיים כפתרון לבעיה הראייתית. דיני הראיות מאוד קשים ולכן כפתרון לכך שי את דין שמיים. כאן מיתה בידי שמים מוטלת כפתרון לפגם הראייתי שלא מאפשר הטלת עונש מוות.

מכילתא דרי

דיברנו על החזרה לבית דין- אם האדם יוצא מבית הדין חייב ואז יש ראיה חדשה לטובתו אסור להרוג אותו כי יכול להיות שהוא נקי ולכן צריך לפתוח את המשפט מחדש. יכול להיות שהראיה החדשה לא נכונה, והיא תטעה את השופטים כי הם ילכו לפיה ויפטרו אותו מעונש. הפסוק אומר כי הקדוש ברוך הוא לא יצדיק רשע, יכול להיות שמבחינת הראיות כן יזכו את אותו נאשם, אך אלוהים לא בהכרח צריך להצדיק אותו ולכן הוא ידון אותו. הוא לא חייב ללכת לפי ראיות בני האדם, אלא רק הם. ולכן אם הוא רשע אז הוא ייענש. יש אד שיצא מבית הדין זכאי, ואחר כך יש ראיה לחובתו, במקרה כזה, ברגע שאדם יצא מבית הדין זכאי סיימנו- מחזירים לזכות ולא לחובה. אך אם הראיה באמת טובה? התשובה היא שבבית דין הוא נקי וזכאי, אך לפי דין שמיים הוא יצא רשע. המקור הזה מדגיש כי בדין שמיים הכל הולך לפי הצדק ולא לפי הראיות כוללים דיוניים.

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

**הסתייגות מהמעבר לדין שמיים**

אם חשבנו שחז"ל הסתכלו על דין שמיים כמצב נחמד כשופט כל הארת ושמחה גדולה, אז לא- מצאנו בכמה מקומות סוג של עצב וצער על זה שהמשפט האנושי בטל. הרבה הסתכלו על התהליך על זה כתהליך מעציב. ניתן נימוק מעניין:

עקב ביטולו עונש המוות ומוסדות התורה, בטל השיר שהיו שרים ואת השמחה- אולי דווקא ההפך, כי הרי אם אין משפט יותר נשמח, שהרי אנשים חופשיים ממשפט. שני הפסוקים האלה בעצם אומרים שאם בני האדם לא יעשו את מה שהם צריכים לעשות, במקרה הזה לשפוט עבודה זרה, אז מיש שיפוט זה האל. חז"ל עצובים משום שכל עוד היה דין אדם מי שהיה נענש זה רק מי שביצע את העבירה (בזכות הדרישות הדיוניות והראייתיות הקשות), אך המשדל, והמסייע לא היו דנים ולא היו נענשים. אך בדין שמיים מענישים גם את המשפחה משום שהיא מחפה על הפושע- עוזרת לו ומחפה עליו. בדין הרגיל של בית דין לא מענישים את המשפחה אלא רק את המבצע- ולא רק כל אדם אחר. לעומת זאת בדין שמיים מתעסקים עם כולם. ומכיוון שיש בדין חומרה מצטערים עליו. כלומר ההסתייגות מן המעבר לדין שמים איננה בשל חוסר היעילות שלו אלא בשל החומרה שלו. העובדה שמענישים בחומרה גם את המסייעים לעבירה ולא רק את העבריין עצמו.

המעבר לדין שמיים זה אל מעבר שחז"ל ראו אותו בצורה שמחה, יש משהו במשפט האנושי בחלקיות שלו ובבירור שלו הוא יותר נוח ופחות חמור, ובמעבר לשמיים העונשים הופכים להיות קשים וחמורים יותר.

**מאמר מוסגר: עונש המלקות בספרות חז"ל**

עונש המלקות כזכור בתורה עסק, לכאורה, בסכסוך בין שני אנשים:

דברים כה- עונש המלקות בענישה המקראית האו סוג של גוף זר ומשונה, יש לכאורה דיון על כסכסוך בין אנשים ופתאום מלקות. בדרך כלל בסכסוך בין אנשים אין לנו עונש מלקות- אלא ם זה איבר, יש עין תחת עין, אם זאת בעיה של כסף אז פיצוי. זה או כסף, איבר, רצח, אז מה הקשר למלקות ואיך הן משתלבות?

העניין של המלקות לא נוגע לאדם לחברו, למריבה בין אנשים אז איך מסבירים את הרחיב בין אנשים? מיש נתן את ההסבר הסביר ביותר הוא הרד"צ הופמן- והוא אמר שניתן הבין את הביטוי המופיע בפרשת עדים זוממים כהתייחסות לריב בין העד למי שהוא מעיד עליו ונגדו- והעבריין והעד. כלומר מדובר בעבירה ולא בסכסוך בין אנשים.

שואלת הדרשה האם עונש המלקות האו עונש כללי- על כל עבירה צריך לקבל מלקות, התשובה היא לא, משום שדין מלקות הרשע, הכוונה היא שהתורה אומרת שאם הוא חייב מלקות אז צריך להלקות אותו ואם לא אז לא, משמע שיש עבירות שלא מלקים, ולכן לא הייתה את הקטגוריה של בין-מלקות. אך מי זה שמקבל מלקות ומי לא? נאמר לא תחסום שור בדישו- זה פסוק הסמוך לפרשת המלקות וזה כאילו דין אחר לגמרי- זה לא דין שקשור למלקות אלא צער בבעלי חיים, היו מוצאים את הקליפות בתבואה על ידי שור שדורך על התבואה ומפריד את הגרעינים מהקליפות שלהם. היו אנשים שבזמן שהשור דש את התבואה יחסמו את הפה כדי שלא יאכל את הגרעינים. התורה אוסרת על כך משום שזה צער בעלי חיים- השור עושה את העבודה ודש בשבילך, ולכן יש לתת לו לאכול. זה מעניין שזה נכנס לפרשה של הסכסוך ואין הפרדה לפרשת המלקות.

**התרומה של המשפט העברי לעיצוב דוקטרינת זכויות האסירים במשפט הישראלי**

אם עונש המאסר שיחק תפקיד שולי בענישה הפלילית של המשפט העברי, כיצד הפך המשפט העברי כל כך מרכזי בהתפתחות הדוקטרינה של זכויות אסירים במשפט הישראלי?   
עונש המאסר הוא לא עונש מקובל במשפט העברי, שהרי רק במקרים ספורים גזרו אותו, וזאת בעיקר בצורתו כמעצר ולא כעונש. זה לא העונש הטבעי, בעוד שהעונשים המקובלים יותר הם- קנסות, עונשי גוף, עונשים חברתיים, עונשי ביוש.

**הדוקטרינה של זכויות אסירים**

באופן עקרוני, יש שלושה שלבים בעיצוב דוקטרינה של זכויות אסירים:

1. השלב הטרום-דוקטרינרי (עד 1970)- בשלב הזה זכויות אסירים נידונו באמצעות ביקורת מנהלית על פעולות רשויות הכליאה. בתקופה הזאת, מבחינה טרמינולוגית, בכל פס"ד לא מופיע המונח זכות בכלל, לא מדברים על זכויות אלא במקרה ספציפי של עילות התערבות מנהליות מכל מיני בחינות.
2. השלב הדוקטרינרי הטרום חוקתי (מ1970-1992)- השלב הטרום-חוקתי, זהו השלב שבו התגבשה הדוקטרינה של זכויות האסירים במלואה, לא היה שום צורך בשלב החוקתי, וזאת משום שהכל כבר גובש עוד לפני השלב החוקתי.
3. השלב החוקתי- בשלב הזה חלק מהזכויות של האסירים זכו לחיזוק והפכו לחוקתיות.
4. **השלב הראשון- עד 1970**

בגצ מנקס נ' נציג בתי הסוהר

חשין מציין את כל התורה בקצרה שהייתה באותו הזמן- מה היחס של בית המשפט כלפי זכויות אסירים:

1. כבר מההתחלה ניתן לראות ריסון של בית המשפט- אין התערבות. חשין מדבר על זכויות האזרח ולא האסירים, ויש לזה משמעות גדולה- האסיר=אזרח. זה מייצג את מושג של מוות אזרחי- בעבר, כלא הוא מוות אזרחי, כשאסיר נכנס לכלא הוא מאבד את המעמד האזרחי שלו- הוא מעמד זכות בחירה וכו. כאן יש פה תפיסה אחרת, האסיר הוא אזרח ולכן הוא נהנה מאת כלל הזכויות שנהנים מהן האזרחים.
2. היבט נוסף שחשוב להתייחס בדבריו של חשין, זה האזכור של כמה עילות מנהליות- עילות שמתפתחות במספר פסקי הדין באותה תקופה. חשין תיאר באמת את כל הסיפור במשפט אחד- רק העילות האלה ולא אחרות:

* ענייני סמכות- זה צריך להיות לפי חוק, כל פעולה של רשות מנהלית צריכה להיות לפי הדין ולפי חוק.
* סבירות- כאן אנחנו נכנסות לעילות של שיקול הדעת המנהלי, הסבירות. סבירות מתפרשת באותה תקופה, בדומה למשפט האנגלי- סבירות הייתה אי עשיית דברים שרירותיים ללא היגיון ובלי שום טעם- נוגע לדברים מאוד מופרכים. זה לא כמו היום בסבירות- של היעדר איזון נכון של שיקולים.
* אפליה- שיוויון- התפיסה היא שהרשות המנהלית צריכה לפעול באופן עקבי, שאם יש שני מקרים דומים התגובה תהיה אותו הדבר.

1. **השלב הדוקטרינרי הטרום חוקתי (שנות ה70-1992)**

התעסקות בזכויות אסירים נגזרות מהעילות המנהליות:

בג"ץ 144/74 רמי לבנה- דרך עילת הסבירות

האם ניתן להכניס הגות קומוניסטית לכלא? לא היה ויכוח שיש למנהל הכלא סמכות לאסור על הכנסת ספרים, אך הטענה של מנהל הכלא הייתה שהספרים האלה יכולים להתסיס את האווירה, הביטחון והסדר בכלא.

בית המשפט- השופט חיים כהו קבע כי שיקול הדעת של מנהל הכלא היה לא סביר, וזאת משום שהוא מניח המון הנחות- לא נכניס את הספרים, כי זה עלול ליצור ויכוחים, וויכוחים יכולים להוביל להפרת הסדר, והפרת הסדר יכולה להוביל לפגיעה בביטחון בכלא. יש פה זכות של אסיר שלא ניתן לפגוע בה בגלל שיקולים כל כך רחוקים.   
יש זכויות שניטלות מהאסיר מעצם הכליאה- כמו חופש העיסוק, חופש התנועה, אך יש זכויות אחרות שבהן נשארות לאסיר וצריך לשלול אותן מסיבה מוצדקת ומוצקה ולא מסביה לא סבירה. מה שעשה מנהל הכלא במקרה הזה, היה סוג של איזון לא ראוי בין זכות האסיר לבין חשש לפגיעה בביטחון הכלא. אם הכלא מודאג מענייני הביטחון שיתגבר את שהמירה.

אנחנו מתחילות לראות את מושג הסבירות כדומה למושג הסבירות של היום- של איזון ראוי בין שיקולים, וגם ניתן לראות שבעצם יש קשר בין הזכויות לבין העילה המנהלית של הסבירות. העילה המנהלת של הסבירות בעצם שוקלת זכויות. זכות מול אינטרס- והיא אמורה לאזן ביניהם.

בג"ץ 355/79 קטלן – דרך עילת הסמכות

רקע עובדתי- השאלה שעולה בקטלן זה הנושא של חוקן שלא בהסכמת האסיר- חדירה לגוף האסיר בשל סיבות שקשורות לאכיפת החוק, סדר וביטחון (הברחת סמים לכלא מערער את הביטחון והסדר בתוך הכלא). היה נוהל של ביצוע חוקן, גם ללא הסכמת האסיר. הייתה שאלה גלבי חוקיות הנוהל. הנוהל אל בא בהסמכה, לא הייתה הסמכה חוקית הנדרשת.

הנחת היסוד של הדיון בקטלן, מתוך פסק דינו של השופט ברק, היא בעצם בג"צ בז'רנו. הלכת בזרנו הייתה כי כל פגיעה בזכות חוקתית מחייבת הסמכה בחוק. הנחת היסוד היא שכל פגיעה בזכות יסוד צריכה להיות מעוגנת בחוק ותקנה, אך פה על איזה זכות יסוד מדובר? זה קרה לפני המהפכה החוקתית, ולפני עיגון הזכויות בחוק. ברק קורא להן זכויות שיפוטיות- זכויות שבית המשפט פיתח אותן ולא שהכנסת חוקקה, המבוססות על קונצנזוס חברתי, עקרונות השיטה וכו.   
השופט ברק מבחין בין זכויות המופרות מעצם העונש של הכליאה, שהן לא צריכות הסמכה מיוחדת, כי כשחוק העונשין קובע עונש מאסר- בעצם מתכוון לשלילת הזכויות בזה. הדבר השני- זכויות שהן לא בהכרח נגזרות מהכליאה, אז הן צריכות הסמכה. זה בדיוק ההבדל.

כאן בעצם רואים שדרך הדיון בסמכות עושים את ההבחנה שנראתה בפס"ד של חיים כהן בלבנה- ההבחנה בין זכויות שהשלילה שלהן הכרחית מעצם עונש הכליאה, לבין פגיעה בזכויות שלא גלומות בעונש הכליאה. או שהן לא נלקחות מהאסיר, או שעל ידי חקיקה יש הסמכה לפגוע בהן. ברק יוצר את לב הדוקטרינה של זכויות אסירים. הדוקטרינה מבחינה בין זכויות שבהכרח נשללות לבין כאלה שלא נשלול מהכליאה.

השופט ברק דיבר על שתי זכויות שנגעו למקרה החוקן: הזכות לשלמות גופנית, הזכות לכבוד האדם. בעוד שברק הוא לא הכליל את זה לכל הזכויות. בהמשך, השופט אלון בפס"ד הוקמה הכליל את זה בניגוד לברק לכל הזכויות כולן. מי שעיצב את הדוקטרינה של זכויות אסירים הוא אלון, וזה לא מקרי- שהשופט שדגל במשפט העברי, הוא שפיתח את הדוקטרינה.

הוקמה נ' שר הפנים

שתי אפשרויות לשלילת זכויות- או שזה נובע מעצם המאסר, מעצם שלילת חופש התנועה- כמו חופש העיסוק. כאשר מצויה הוראה מפורשת בדין, רק אז ניתן לפגוע בזכות הזו.

מדינת ישראל נ' תמיר

השלב השני בדוקטרינה זה נוסחת האיזון של זכויות האסיר מול האינטרסים של מערכת הכליאה. מתי הנוסחה הזאת מעניינת אותנו? בדיוק כאשר יש לנו זכויות שלא נשללות באופן הכרחי, אז נתחיל לשאול איך נאזן בין האינטרס של מערכת הכליאה לזכויות האסיר. עד כמה ניתן כלא להגביל את הזכות ועד כמה אנחנו מונעים פגיעה בזכות- בהנחה שיש הסמכה.

בית כלא זה דבר מורכב לנהל, השאלה היא תמיד לשלטונות בית הכלא יש סמכות שלמור על הסדר והבטיחות בבית הכלא- למנוע מעשי פשע, מריבות, מעשי אלימות וכו. וזה חלק מהסמכות שמוקנית להם מעצם הכליאה. איך זה עומד מול זכויות האסיר- אותן זכויות שלא נשללות מחמת הכליאה.

נוסחת האיזון:

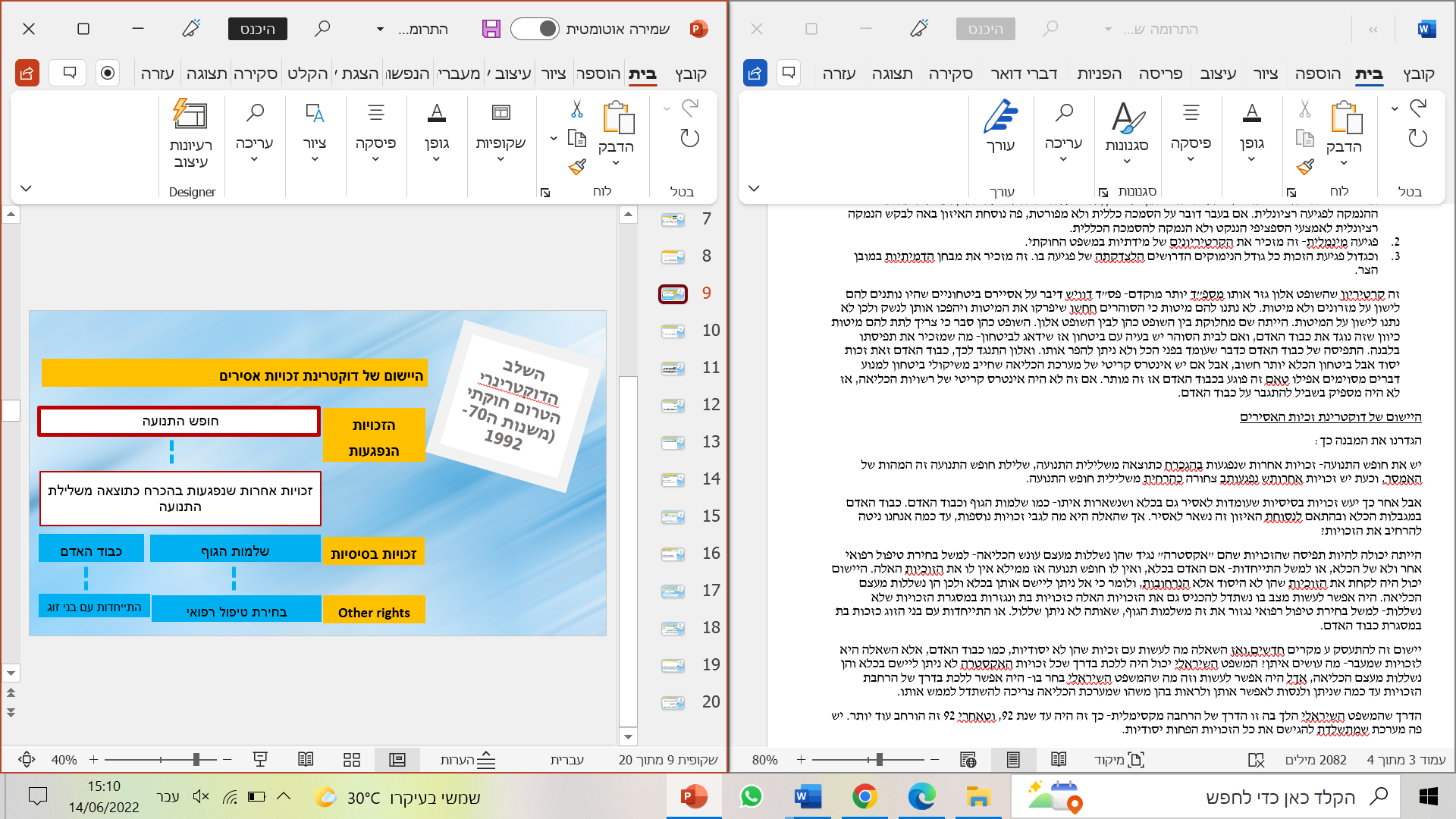
1. הדרישה של אלון זה הסבר והנמקה רציונלית, כדי שלול זכות מאסיר שלא נשללת מעצמם הכליאה, אלא משיקולי סדר ובטיון של הכלא, צריך לנמק את זה באופן הגיוני. לפני כן, דובר על הסמכה לפגיעה בחוק ולא לשאלה האם ההנמקה לפגיעה רציונלית. אם בעבר דובר על הסמכה כללית ולא מפורטת, פה נוסחת האיזון באה לבקש הנמקה רציונלית לאמצעי הספציפי הננקט ולא הנמקה להסמכה הכללית.
2. פגיעה מינימלית- זה מזכיר את הקריטריונים של מידתיות במשפט החוקתי.
3. כגודל פגיעת הזכות כך גודל הנימוקים הדרושים להצדקתה של פגיעה בו. זה מזכיר את מבחן המידתיות במובן הצר.

זה קריטריון שהשופט אלון גזר אותו מפס"ד יותר מוקדם- פס"ד דוויש דיבר על אסיירם ביטחוניים שהיו נותנים להם לישון על מזרונים ולא מיטות. לא נתנו להם מיטות כי הסוהרים חששו שיפרקו את המיטות ויהפכו אותן לנשק ולכן לא נתנו לישון על המיטות. הייתה שם מחלוקת בין השופט כהן לבין השופט אלון. השופט כהן סבר כי צריך לתת להם מיטות כיוון שזה נוגד את כבוד האדם, ואם לבית הסוהר יש בעיה עם ביטחון אז שידאג לביטחון- מה שמזכיר את תפיסתו בלבנה. התפיסה של כבוד האדם כדבר שעומד בפני הכל ולא ניתן להפר אותו. ואלון התנגד לכך, כבוד האדם זאת זכות יסוד אבל ביטחון הכלא יותר חשוב, אבל אם יש אינטרס קריטי של מערכת הכליאה שחייב משיקולי ביטחון למנוע דברים מסוימים אפילו טאם זה פוגע בכבוד האדם אז זה מותר.

היישום של דוקטרינת זכיות האסירים

הגדרנו את המבנה כך:

1. הזכויות הנפגעות, חופש התנועה- זכויות אחרות שנפגעות בהכרח כתוצאה משלילת התנועה,
2. זכויות בסיסיות (שלמות הגוף וכבוד האדם)- אבל אחר כך יעש זכויות בסיסיות שעומדות לאסיר גם בכלא ושנשארות איתו- כמו שלמות הגוף וכבוד האדם. אך השאלה היא מה לגבי זכויות נוספות, עד כמה אנחנו ניטה להרחיב את הזכויות?



1. זכויות אחרות (בחירת טיפול רפואי, התייחדות עם בני זוג)- הייתה יכולה להיות תפיסה שהזכויות שהם "אקסטרה" נגיד שהן נשללות מעצם עונש הכליאה- למשל בחירת טיפול רפואי אחר ולא של הכלא, או למשל התייחדות- אם האדם בכלא, ואין לו חופש תנועה אז ממילא אין לו את הזכויות האלה. מנגד אפשר לעשות מצב בו נשתדל להכניס גם את הזכויות האלה כזכויות בת ונגזרות במסגרת הזכויות שלא נשללות.

המשפט הישראלי יכול היה ללכת בדרך שכל זכויות האקסטרה לא ניתן ליישם בכלא והן נשללות מעצם הכליאה, אבל היה אפשר לעשות וזה מה שהמשפט הישראלי בחר בו- היה אפשר ללכת בדרך של הרחבת הזכויות עד כמה שניתן ולנסות לאפשר אותן ולראות בהן משהו שמערכת הכליאה צריכה להשתדל לממש אותו.

הדרך שהמשפט הישראלי הלך בה זו הדרך של הרחבה מקסימלית- כך זה היה עד שנת 92, ואחרי 92 זה הורחב עוד יותר. יש פה מערכת המשתדלת להגשים את כל הזכויות הפחות יסודיות. בעצם ניתן לראות מעבר ויישום של עקרון הנורמליזציה. עקרון הנורמליזציה- הכוונה היא לשאוף עד כמה שניתן במגבלות הכליאה, חיים נורמליים ככל האפשר.

**(3) השלב החוקתי- מ1992 ואילך**

מה התחדש בעידן החוקתי התחום זכויות אסירים? לשלב החוקתי הייתה השפעה מועטה, אך היו שתי השלכות:

1. עד לחקיקת חוקי היסוד אפשר היה לשלול את זכויות האסירים בהוראה מפורשת בדין. לאחר חקיקתם הוראת חוק חדשה היתה צריכה לעבור בחינה חוקתית, האם פוגעת בזכויות הנזכרות בחוקי היסוד ובמידה וכן האם עומדת במבחני פסקת ההגבלה. אך כעת חקיקת החוק כבר לא מספיקה והיא צריכה לעבור ביקורת חוקתית.
2. הפיכת חלק מזכויות האסירים לחוקתיות שינתה את נוסחת האיזון בינן לבין האינטרסים הציבוריים של מערכת הכליאה – אם קודם זכות לא הייתה הופכת לזכות יסודית ולא היה צריך טעמים רציניים לשלילתה. לא כל דבר זה כבוד האדם, אחרי שהזכות הזאת הפכה להיות חוקתית זה הפך להיות בעל משקל גבוה וצריך באמת הנמקה טובה מאוד ועוצמה של טיעונים מאוד חזקים לשלילת הזכות.

פסיקת מצא בפרשת גולן- יש פה שתי השלכות שונות בעידן החוקתי. מכולן נובע כי צריך לאפשר ככל שניתן, חופש עיתונאות וזאת בלי שזה יוביל לפגיעה ביטחונית חמורה. כל עוד זה לא מובילן לפגיעה ביטחונית, צריך לאפשר את זה.

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

ראינו שלושה היבטים של הדוקטרינה, וכעת נדבר על המשפט העביר על ליבת הדוקטרינה. ליבת הדוקטרינה- כל הזכויות נשמרות לאסיר, חוץ מאלה הנשללות מעצם הכליאה.

בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים

בהוקמה השופט אלון משתמש במונח מורשת ישראל ולא במשפט עברי וזאת משום שכך נכתב בחוק יסודות המשפט.

אלון מציין מקור מפרשת המלקות- הפשט של הפרשה בתורה הוא שלא ילקה אותו יותר מידי שמא יהיה לו קלון, זה הפשט כדי להגביל את מספר המלקות. חז"ל דורשים כי "נקלה אחיך לעיניך"- קודם דיברנו עליו כרשע, אבל אחרי שהוא נענש הוא הופך להיות אחיך. זאת אומרת, שהעונש מכפר על העבירה. השופט אלון יודע שהמקור הזה לא מתייחס (לפחות לפי הדרשה) לשמירת כבוד האדם של העבריין תוך כדי הענישה, אלא אחרי הענישה- אחרי הענישה הוא אומר שהוא יתכפר. אך הוא אומר כי גם אסיר שמרצה את עונשו תוך כדי ריצוי העונש צריך לשמור על כבוד האדם שלו. אפשר לומר שהשופט אלון בעצם משלב בין המובן הפשוט של הפרשה בתורה- שכן מדברת על שמירת הכבוד של העבריין תוך כדי הענישה, לבין הדרשה. אז נגיע לשני המובנים- של אחרי ענישה ובזמן הענישה.

מקור נוסף הוא של הרמב"ם:

הרמב"ם מדבר על הסמכות של בית הדין לגזור עונשי מאסר, עונשים פיזיים, ואומר הרמב"ם בהמשך כי כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך והשעה צריכה. יש סמכות לענישה גם ללא לפי עונשי התורה לצורך השעה. מדובר פה על גורם קרימינלי ובו אפשר לטפל. כאן הרמב"ם מתייחס להלכה בספרות חז"ל שכבוד הבריות דוחה כל מעשה של תורה. הוא לאו דווקא מדבר על ענישה, אלא כל מיני איסורים שהתגובה הראויה, למשל לבישת שעטנז אז התשובה ההולמת היא להוריד אותו, אך מתוך כבוד הבריות אין לעשות את זה. זהו כלל שנוגע לכבוד האדם באופן כללי. אך הרמב"ם מייבא את זה לתחום הענישה- גם בענישה צריך להיזהר מלפגוע בכבוד האדם, כבוד הבריות, ובוודאי על כבודם של עם ישראל, אפילו צריך להקפיד על כבוד האדם יותר. הוא מאיץ בשופטים לגלות מידתיות בענישה ולדלות רגישות לכבוד של האנשים ולעשות באמת לפי הצורך. זה מקור יפה שמראה את כבוד האדם בענישה.

התפיסה היא שכבוד הבריות דוחה מצוות דרבנן, אך יש גם קביעה שזה דוחה דאורייתא. זה כלל במצוות ולא קשור בהכרח לענישה. הרמב"ם מביא את זה לענישה- אפילו כבוד הבריות דוחה עבירות של חכמים, ולכן זה דוחה גם ענישה- יש לעשות לפי הצורך וברמת מה שצריך, באופן מידתי. מנחם אלון מביא את המקור הזה בפס"ד תמיר כדי להראות שלאסיר שמורות כל הזכויות, האסיר בתהליך הענישה שמורות לו כלל הזכויות בשל כבוד האדם, כבוד הבריות.

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

השופט אלון מביא כל מיני מקורות, אך האמת היא שנכון שהמקורות של שופט אלון מדברים על הצורך להתחשב בכבוד האדם בענישה, אך הדוקטרינה לא מדברת על כבוד האדם, אלא על כלל הזכויות. כבוד האדם זה רק היבט אחד, והדוקטרינה משמרת את כל הזכויות, מלבד אלה שנלקחות באופן הכרחי. הדבר הזה לא נמצא במשפט העברי, המקורות מתייחסים באופן מפורש לכבוד האדם.   
יש מקורות הרבה יותר פשוטים במשפט המקובל"

* משפט אנגלי: *אקסיומה של החוק שלנו היא שאסיר מורשע למרות מאסרו שומר על כל זכויות האזרח שאינן נלקחות במפורש או בהשתמעות הכרחית*.
* משפט אמריקאי: *אסיר שומר על כל זכויותיו של אזרח רגיל למעט אלו שנלקחו ממנו במפורש, או בהשתמעות הכרחית, בחוק.*

רואים מקורות מהמשפט האנגלי והאמריקאי, אז למה אלון כל כך נזקק למשפט העברי ומזכיר את המקום של המשפט העברי?

**ליבת הדוקטרינה: תפקידו של המשפט העברי**

הדוקטרינה התפתחה בשנות ה80, שקרה דבר חשוב בדבר הישראלי וזה חקיקת חוק יסודות המשפט. חוק יסודות המשפט נאמר כי: "*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."*

השופט אלון באופן עקבי פירש את החוק כמדבר על משפט עברי- לא מדברים פה על פילוסופיה, מחשבת ישראל אלא על המשפט. השופט אלון ראה בדבר הזה כלי שבאמצעותו אפשר והשופטים יכולים לפתור בעיות שהן לא פתירות במסגרת המשפט הישראלי, יש חסר ולקונה בחוק להשלים את המשפט.

בגץ הוקמה נ' שר הפנים

הדוגמא הכי טובה לשימוש של השופט אלון היה בג"ץ של הוקמה- שמדבר על זכות בחירה לאסירים.

עמדת המדינה: ב1984 כשהאסירים עתרו, המדינה כבר העיזה לטעון יותר מזה. עד עכשיו המדינה תמיד טענה כי עדיין אין הסדר, בית המשפט נוזף בה, ועכשיו המדינה העיזה לטעון כי יש פה הסדר שלילי. בחוק הוסדר במהלך השנים הצבעה שלכל מיני אנשים שלא יכולים להיות סמוכים למקום מגוריהם- שוטרים, חיילים ואפילו סוחרים, אך לא הוסדר אסירים. המדינה טענה כי מעצם זה שהחוק לא הסדיר אסירים, המשמעות היא שלא רוצים להסדיר את האסירים.

הטענה נדחתה, על ידי השופט אלון. מכיוון שחוק יסוד הכנסת קובע את זכות ההצבעה ככלית, ולא מחריג אסירים. אם היו רוצים להחריג אסירים צריך היה לתקן אותו. אם היו רוצים להחריג היו צריכים להעביר ברוב של 61 את חוק יסוד הכנסת.   
אלון אומר שלא צריך לחכות שהכנסת תחוקק ותשלים את ההסדר החסר, אלא מכיוון שמדובר בהסדר חסר, בלקונה הוא יכול להשלים אותו מכוח חוק יסודות המשפט. הוא משתמש בחוק יסודות המשפט להגדיר כי לאסירים יש זכויות, מכלל המקורות של כבוד האדם, ולכן כך הוא עושה את ההשלמה הנחוצה. כלומר, הסיבה שהוא ראה חשיבות בעצם לעבוד עם המשפט העברי הייתה בדיוק חוק יסודות המשפט. נכון שהמשפט העברי הוא לא מקור מדויק לדוקטרינה, אך ממנו ניתן לשאוב את העיקרון שלאיסור יש זכויות, תוך כדי הליך הענישה לאדם נשמרות זכויות האדם שלו.

זה מראה על המוטיבציה למה זה להביא מהמשפט העברי ולא להשתמש במקורות אחרים של המשפט מקובל. זה לא שירת את אלון להשתמש במשפט המשווה, מאחר והוא רצה לקבע את מעמדו של חוק יסודות המשפט.

**נוסחת האיזון**

יש מקרים של זכויות שכן אמורים לתת לאסירים אך זה עלול להתנגש עם האינטרסים של מערכת הכליאה למלא את חובותיה, בעיקר אינטרסים ביטחוניים.

1. רציונליות- השלילה של זכות האסיר צריכה להיות מסיבה הגיונית שקשורה לאינטרסים של הכלא (מתכתב עם עקרונות המידתיות שבפסקה ההגבלה).
2. האמצעי הפחות ביותר- לשמר במקסימום את הזכות ולתת את האמצעי הכי פחות פוגעני בזכות.
3. ככל שהזכות יותר יסודית כך צריך להראות אינטרס יותר קריטי ומהותי כדי לפגוע. צריך פרופורציונאלית בין האינטרס לבין משקל הזכות.

בנוסחת האיזון אלון מודה שהצורה שלה לא נובעת מהמשפט העברי. הצורה- משפט משווה, תוכן- משפט עברי. אבל טענתו היא שמבחינת התוכן זה כן מבוסס על המשפט העברי. התוכן הוא- למשל ככל שהזכות יותר יסודית כך שהיא צורכת הנמקה יותר כבדה מבחינת האינטרסים של הכלא לפגוע בה.   
אך מתעוררת השאלה מה היא זכות יסודית? איזו זכות יסודית ואיזו לא? דוגמא לכך היא זכויות שבחוק היסוד, אך בשלב הזה לא היה חוק יסוד, ולכן אלון אומר שזכות יסודית זה מה שהמשפט העברי וגם ההקשר החברתי הכריע לגביו. הפיכת הזכות הזאת לדבר היסודי ביותר את זה ניתן לשאוב מהמשפט העברי. תוכן- הצורה שאותה ממלאים בתוכן, כלומר אם הצורה קובעת שצריך זכויות יסודיות, השאלה מהן הזכויות היסודיות? את זה נביא מהמשפט העברי.

אלון הראשון דיבר בזכויות אסירים על נוסחת האיזון, ולכן הוא חייב היה להביא מפסקי דין מהמשפט המשווה את נוסחת האיזון.

James v. Wallace- תנאי הרציונליות

מדובר על נטילת חלק בפעילו שיקומית בכלא, שם נתנו סנקציה לא להשתתף בפעילות השיקומית. שם השופטים אמרו כי צריך בשביל לשלול מהאסיר את הזכות ולקחת חלק מהפעילויות השיקומיות, צריך הצדקה לזה. זה לא יכול להיות סתם עונש, אלא סוג של הצדקה עניינית איך זה באמת יתרום לביטחון הכלא, מאחר וזאת פעילות מאוד חשובה שתורמת לחברה. זה מסביר את מבחן הרציונליות בנוסחת האיזון.

פס"ד מרטינז- תנאי האמצעי שפגיעתו פחותה

הוא קשור למבחן השני של האמצעי שפגיעתו הכי פחותה. כאן מדובר על צנזור הדואר של האסירים, הפגיעה בזכות לפרטיות. המציעים קריטריונים שבזכותן אפשר לקיים את הצנזורה. במקור הזה נראה משהו במפורש שרואים דבר מינימלי שמנסה לפגוע כמה שפחות בחירויות, במקרה הזה של חופש הביטוי- אפשרות שליחת מכתבים לקרובים שלהם.

פס"ד סנדיי טיימס- תנאי אינטרס מהותי יותר

כלל שהזכות יסודית יותר אז כך צריך אינטרס קריטי יותר בשביל להפר זכות יסוד. למשל כבוד האדם חובה אינטרס ביטחוני כבד- זה צריך להיות ברור, קונקרטי, קרו דברים בעבר וכו. זה פס"ד אירופי. צריכה להיות התאמה בין האינטרס הציבורי לבין ההתערבות של רשויות בהגשמה של חופש הביטוי. צריכה להיות התאמה מסוימת בין מה שהם באים להשיג בין מה שהם רוצים שלול מבחינת העוצמה. אם מדובר באינטרס קריטי ניתן לשלול זכות יסוד, אך אם מדובר באינטרס לא קריטי אי אפשר לפגוע בזכות יסוד, אלא קטנה יותר.

**כבוד האדם כזכות יסוד בנוסחת האיזון**

הזכות לכבוד האדם היא הזכות היסודית ביותר של האסיר שאמורה להישמר לו בכל מצב, וזה קשור לכבוד האדם בענישה. ובעצם אלון מציב אותה הכי גבוה ושואב מהמשפט העברי. השופט אלון וודאי ידע שיש מקורות נוספים- הנושא של כבוד האדם מופיע באמנה לזכויות פוליטיות ואזרחיות שבסעיפיה מדברת גם על אסירים, אך האמנה בשלב הזה לא אומצה בישראל בשנות ה 80, אלא רק בשנות ה90. ולכן אלון לא יכל היה להבין ממהה כמקור ואסמכתא מלאה.   
גם בפס"ד הקנדיים שדיברו על כבוד האדם, בכל ארצות המשפט המקובל כבוד האדם הוא לא זכות, אלא ערך שלאורו מפרשים את הזכויות. השופט אלון רצה להעניק לכבוד האדם מעמד יותר חזק כזכות, ואת זה באמת אפשר להביא מהמשפט העברי כמקור השלמה למשפט הישראלי. שבהקשר של המשפט הישראלי המשפט העברי מהווה מקור השלמה טבעי. הקמור של רבי נחמן הוא אחד מהמקורות לשאיבת כבוד האדם כזכות יסוד המשפט העברי.

**היישום של הדוקטרינה של זכויות אסירים**

דיברנו שאחד הדברים המעניינים שעשתה הדוקטרינה, לגבי היישום של זכויות אסירים היא אפשרה לתת לאסירים זכויות חדשות, שאותן גזרה מהזכויות הקומות. מתעוררת השאלה מאיפה זה בא?

ערי מקלט- הגבלת חופש התנועה של העבריין לאזור ספציפי

השופט אלון מסמיך את זה בפסד וייל בהקשר של ערי מקלט.

ערי מקלט זה עונש לרוצח בשגגה, שמדובר על אדם שגולה לעיר מקלט, וכשהוא גולה הוא חי חיים רגילים אך אסור לו לצאת מהעיר- יש פה הגבלה של חופש התנועה. אבל, הוא חי חיים רגילים. בנוסף לזה, הוא חי גם בסביבה שיכולה לשקמו. השופט

אלון מביא את זה מהרמב"ם שמסכם אותם: מה קורה אם יש בעיר רוב רוצחים? אי אפשר לקלוט בה רוצח נוסף, השופט אלון לומד מהפסוק עיקרון- שזה צריך להיות סביבה שיכולה לשקם את האדם, אם הכל מלא בפושעים זו לא סיבה שיכולה להיות משקמת. אם זאת עיר שאין בה חכמים ויודעי תורה, לא ניתן ליישב שם אסירים.

*בג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל*

מה רוצה השופט אלון ללמוד מהדוקטרינה של זכויות יסוד?

צריך להבין מה עושה השופט אלון עם ערי מקלט. לכאורה הרעיון של ערי מקלט זה עונש שיקומי, אדם היה מעורב בסוג של פשע, מכניסים אותה מהסביבה הטובה והמנותקת מסביבה הרעה שהיה בה ומאפשר לשקם אותו. עם כל הכבוד לתפיסה השיקומית של המשפט, התפיסה הזאת אומרת כי לא נרצה ענישה פלילית מובן הרגיל של עונש, אלא שיקום. התפיסה הזאת לא מקובלת במדינת ישראל, אומנם שיקום מהווה אחת מתכליות של הענישה בכלא, אך הענישה עצמה לא נובעת כולה ולא באה למלא תכלית רק של שיקום. אז איך השופט אלון רוצה ליישם ולייבא את הנשוא של ערי מקלט?

השופט אלון עושה פה זה לוקח את ערי המקלט כסוג של עקרון משפטי, שמננו אפשר ללמוד עקרון שניתן ליישם בכלא. זה לא שהוא הופך את ערי המקלט לענישה בישראל, אלא הם מביאים סוג של עקרון משפטי, שעד כמה שאפשר צריך לנסות לשמור על חיים נורמליים של האסיר. לתת לו את כל הזכויות ולתת לו יכולת לחזור לסביבה להיות אזרח מועיל. הוא נותן עיקרון משפטי שבזכותו ניתן לראות איך אנחנו רוצים לראות את עונש המאסר, מה העקרונות שמנחים את העונש הזה.

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

העיקרון הזה של הנורמליזציה, הוא עקרון שמוכר בעיקר במשפט הגרמני. הוא נחקק ב1966 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. מציג החוק קווים מנחים להתייחסות של רשויות הכליאה לאסירים. הראשון שבהם קובע:ניסיון להחזיר ולעשות חברות מחדש.

הבעיה הגדולה שאלון לא יכול לקחת מהמשפט הגמרני:

1. הבעיה לקחת מהמשפט הגרמני מהסיבות ההיסטוריות הברורות-אבל לשאוב מהמשפט הגרמני אפילו במקומות שראוי לשאוב ממנו, זה לא דבר פשוט ונדיר שבישראל עושים את זה.
2. האם אחת הזכויות שצריך לשמור הוא שיקום- ההשאלה הראם עקרון הנורמליזציה, היה קשור לחברות ולמטרה של עונש המאסר. דבר כזה אין בחוק הישראלי, אז לא ניתן להוציא את הנורמליזציה בתור גזירה מעקרון אחר. הדרך של אלון להטמיע את זה לפחות כעקרון יישום של זכויות אסירים, היה באמצעות המשפט העברי, באמצעות הדוקטרינה של עקרי המקלט. זה הפך להיות דבר מאוד רווח בעידן החוקתי עד כדי לאפשר ליגאל עמיר להביא צאצאים בהפריה מלאכותית. הוא לא יכל להביא את זה רק מהתיאוריה אלא היה צריך מקור משפטי להשראה.