**ענישה פלילית במשפט העברי – ד"ר שובל שפט**

**מבוא**

**מדוע טוב למשפטנים ישראליים ללמוד משפט עברי?**

**א.** לימוד משפט עתיק מעניק עומק ופרספקטיבה ללימוד של המשפט המודרני. דרך הלימוד מבינים כיצד התפתחו מושגי היסוד של המשפט בימינו ועד כמה הם לא מובנים מאליהם.

**ב.** המשפט העברי הוא חלק ממקורות היצירה של המשפט הישראלי:

כך מופיע בחוק יסודות המשפט לפי התיקון של 2018:

"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 המשפט העברי ומורשת ישראל."

**נושאי הקורס:**

**הרציונל של הקורס: קורס בעל אופי היסטורי ומשפטי**

א. ענישה פלילית במקרא.

ב. השינויים שחלו בענישה הפלילית בספרות חז"ל

ג. השפעת המשפט העברי על ענישה פלילית במדינת ישראל: הפיתוח של הדוקטרינה של זכויות אסירים.

**מרכיבי הציון הסופי בקורס:**

85% - מבחן

15% - תרגיל

**נושא ראשון: הענישה הפלילית במקרא**

**הדמיון בין חוקי המזרח הקדום לחוק המקראי**

1. **"עין תחת עין"** – ענישה לפי הכלל של "מידה כנגד מידה".

* **שמות כא, כב -כה:** מדובר על מקרה של מריבה בין כמה אנשים. תוך כדי הריב עברה באזור אישה בהריון והם פגעו בה. במידה והפגיעה גרמה לאישה להפלה של העובר "ולא יהיה אסון" – אין אסון מכיוון שהאישה בסדר, העונש במקרה הזה הוא פיצוי כספי. במידה והאישה מתה "אם אסון יהיה, יהיה נפש תחת נפש, עין תחת עין, יד תחת יד, רגל תחת רגל" – תיאור מפורש שלפיו צריך להעניש את מי שפגע באישה עפ"י העיקרון של מידה כנגד מידה.

**שמות כא, כב-כה**

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

* **חוקי חמורבי 196-197, 200:** משתמשים באותם איברים על מנת לבצע את הענישה.

**חוקי חמורבי, 196-197 ו200:**

אם השחית איש את עין רעהו – את עינו ישחיתו (חוק 196).

אם שיבר את עצם רעהו, את עצמו ישברו (חוק 197).

אם הכה איש את שן רעהו, את שִׁנּוֹ יכו (חוק 200).

1. **"שור נגח שור"**

* **שמות כא, לה:** מדובר על שור אחד שנגח בשור אחר, ודווקא השור שנגח – מת. את השור החי מכרו, וחצו את כספו וגם את המת יחצון. איך משתווים? חצי חצי מהחי וחצי חצי מהמת.

**שמות כא, לה**

”וְכִי-יִגֹּף שׁוֹר-אִישׁ אֶת-שׁוֹר רֵעֵהוּ וָמֵת, וּמָכְרוּ אֶת-הַשּׁוֹר הַחַי וְחָצוּ אֶת-כַּסְפּוֹ וְגַם אֶת-הַמֵּת יֶחֱצוּן“

* **חוקי אשנונה, 53**: יש דמיון רב, ברור שהרעיון מאחורי החוק זהה.

**חוקי אשנונה, 53:**

שור כי יגח שור אחר והמיתו, שני בעלי השוורים יחצו את כסף השור החי וגם את כסף השור המת

**הבדלים מהותיים בין חוקי המזרח הקדום לחוק המקראי**

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

* **דברים, כד טז:** המקרא מציב גבול לענישה – מידה כנגד מידה שמכוונת רק כלפי העבריין עצמו.

**דברים כד,טז**

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

* **חוקי חמורבי, 229-230**: אם אדם בנה בית לא יציב וגרם למותו של בעל הבית – הבנאי עצמו ימות. אם הוא גרם למותו של הבן של בעל הבית – בנו של הבנאי יומת. התפיסה היא פטריארכלית, הבנים שייכים וקשורים לאבא, הם ממש חלק ממנו.

**חוקי חמורבי, 229-230**

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

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

1. **אין אפשרות למחול או לתת כופר על עבירות חמורות:**

* **ויקרא כ, י:** העונש על ניאוף הוא עונש מוות.

**ויקרא כ, י:**

ואיש אשר ינאף את אשת איש אשר ינאף את אשת רעהו מות יומת הנאף והנאפת

* **במדבר לה, לא-לג :** העונש של אדם שרצח – מוות. 1) אסור לקחת ממנו כופר – שולל את הרציונל שכופר יכול לעזור לעומת עונש מוות שלא בהכרח יועיל. לדוג': אם אב המשפחה מת, תשלום של כופר יכול לעזור למשפחה מבחינה כלכלית. לעומת עונש מוות לאב המשפחה שלא יועיל למשפחה הנפגעת. 2) אסור שאדם שהרג יצא לגלות אלא לעיר מקלט, על מנת להגן עליו מגאולת דם. אדם שהרג במזיד- לא יכול ללכת לעיר מקלט.

**במדבר לה, לא-לג:**

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

* **חוקי חמורבי, 129:** אם אשת איש נמצאה שוכבת עם איש אחר – יקשרו את שיניהם יחד ויזרקו אותם למים (צורת מיתה פופולרית בחוקי חמורבי). הבעל רשאי לחון (למחול) את אשתו והמלך רשאי לחון את משרתו. משרת כלומר כל אחד מנתיניו של המלך. דהיינו, אם הבעל סלח לאישה, אזי המלך רשאי לסלוח לנואף. **כאן מתירים לאדם לסלוח לה**. מתייחסים למקרה כמו סכסוך פרטי- בין האיש לאשתו. בניגוד לתורה, שמתייחסים למעשה כפלילי, והעונש הוא מוות על עבירות חמורות (מעשה במזיד, כמו רצח, עריות, עבירות דתיות כמו עבודה זרה). כופר יש רק על רשלנות (שור המועד).

**חוקי חמורבי, 129**

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

* החוק האשורי: בחוק האשורי נאמר שהרוצח יכול להינצל ממוות אם ימסור בני אדם אחרים.

ה**חוק האשורי:**

"עבדו, בנו, אשתו, או אחיו תחת הדם, או "לרחוץ את הדם" או "לפצות את הנהרג".

1. **אין עונש מוות על עבירות רכוש:**

**במקרא** אין עונש מוות על עבירות רכוש.

לעומת זאת **בחוקי חמורבי (22):** אם שדד איש ונתפס – הוא יומת.

1. **עונשים על חיות:**

במקרא- מוטלים עונשים על חיות, שור שנגח.

חוקי חמורבי: שור תם- אין התעסקות, שור מועד- משלמים ומניחים לשור.

**תפישות היסוד של החוק המקראי שגרמו להבדלים הללו**

משה גרינברג במאמר "הנחות היסוד של החוק הפלילי במקרא" טוען שיש שני עקרונות בסיסיים לחוק המקראי שגרמו להבדלים הללו:

א. בניגוד לחוקי המזרח הקדום אשר בהם המחוקק הוא המלך, במקרא א-להים הוא המחוקק. על כן כל החטאים הם גם חטאים כלפי א-להים ובמידה והם נעשים במזיד, הם מרידה כלפי א-להים, על כן בלתי אפשרי שהמלך או הקרבן ימחלו על החטאים הללו או ימירו את הענישה בכופר.

ב. האדם נברא בצלם א-להים. על כן לחיי אדם ערך גבוה ובלתי ניתן להשוואה לשום דבר אחר. על כן לא פוגעים בחפים מפשע במסגרת ענישה גמולנית ולא מטילים עונשי מוות על עבירות רכוש אלא רק על רצח של אדם אחר או עבירות חמורת של בין אדם למקום.

**המקרא וקבצי החוק במזרח הקדום**

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

**זמן** – יש פערים בין המזרח הקדום למקרא – פער זמן של 300 שנה במקסימום בין המקרא לבין חוקי חמורבי.

**מקום** – רובם מספוטמיה, במקרא רובם ממצרים.

**שפה** – כמעט כל החוקים כתובי באכדית.

**מוצאים דמיון בין המקרא לבין החוקים**, למרות שיש פערי זמן משמעותיים ופערי מקום. יש אפילו מקרים של חוקים ממש זהים. אין הרבה כאלה. למשל, חוקי אשנונה הופיע בדיוק כמו במקרא.

איך ניתן להסביר זאת? כשהתגלו הממצאים הייתה התלהבות. חשבו שהבינו שהחוקים של המקרא זה עיבוד של החוקים הקדומים. לאחר מכן, הבינו שזה לא נכון. החוקים של המקרא שונים (אמנם יש דמיון אבל יש המון שוני). לא יכול להיות עיבוד שונה כ"כ. כי עיבוד משמעותו שהחוקים הקודמים היו הבסיס. אבל המקרא שונה מאוד, לכן הטענה לא יכולה להתקבל. אבל יש גם דמיון. איך מסבירים?

יש מי שיטענו שאין כ"כ הרבה דמיון, זה נדמה לנו שזה דומה אבל זה לא באמת דומה. זה סוג של התפתחות משפטית, יש דברים שנשארו.

המרצה: טענה זו מעלה קושי. אנו מגלים דמיון ספרותי, אנו רואים ממצאים של טקסטורה דומה. אמנם יש המון שוני אבל יש גם דמיון שצריך להביא בחשבון. כנראה מדובר במסורות שונות שהסתובבו והיו נהוגות ולכן השפיעו מאות שנים לאחר מכן.

הצעה נוספת: אברהם אבינו הגיע מבבל, יכול להיות שלקח את מסורות החוק וכנגדם המקרא התעצב. זו הטענה. אין הרבה גיבוי מעבר להשערה הזו ולממצאים, אבל אפשרות מסויימת להסביר את הפער.

**תכליות הענישה במקרא**

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

במקרא אנחנו מוצאים חלק מתכליות הענישה הללו: גמול, הרתעה והגנה על החברה.

1. **גמול** – גמול זוהי מידת הצדק הטבעית, חל בעיקר על עונשי רצח או במקרה של הוצאת איבר – נוציא את האיבר של החוטא. מידה כנגד מידה – כאשר גרמת למום אצל העמית שלך, תקבל את אותו הדבר חזרה.

**ויקרא כד, יז**

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

1. **הרתעה** – חלק מהענישה הוא הרתעה, המטרה היא לגרום לאנשים לא לבצע עבירות מסוג זה. לדוג': **זקן ממרא** – מורה כנגד ביה"ד ופוסק לפי דעתו, קודם מזהירים אותו על התנהגותו ואם הוא לא מתחשב בכך – מקבל עונש מוות (למען יראו וייראו). לכאורה, לא מדובר במעשה כה חמור, אך העבירה הזו מסוכנת מאוד ויכולה לפלג את עמ"י וליצור כמה וכמה תורות. לכן, מגיע לזקן ממרא עונש חמור שכזה. אנשים שלא הולכים לפי חוקי החברה, מסכנים את לכידות החברה וחשוב להענישם כדי לשמור על לכידות החברה.

**דברים יז, יב-יג**

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

1. **הגנה על החברה** - ענישה חמורה מונעת מנגע להתפשט (בימינו, הגנה על החברה היא כליאה של הפושע, כולאים אותו בבית הסוהר ומרחיקים אותו מהחברה וכך הוא לא יכול לבצע שוב את העבירה). במקרא, מונעים מעבירה מסוימת להתפשט, **לדוג':** עבודה זרה, שהייתה נפוצה באותה התקופה והיה קל ליפול אליה. יש צורך למגר את התופעה לפני שהיא תתפשט, יש לבער את העבירה לאפשר לחברה להשתחרר ממנה.

**דברים יז,ב-ז**

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

**תכליות דתיות**

במקרא אנו מוצאים גם תכליות דתיות לענישה: כפרת הארץ, למנוע חרון אף ה' על ישראל.

1. **כפרת הארץ** - חטאים מסוימים מטמאים את הארץ ויוצרים נזק (בעיקר שפיכות דמים). הדרך לכפר על כך היא הענישה, באמצעות הענישה מתקנים את העבירה ומחזירים את המצב לתקנו. זו תכלית דומה לגמול אך יותר ספציפית. לדוג': עריות – גורם לטומאה ולגלות והענישה היא זו שמכפרת על כך. ברוב המקרים העונש הוא בידי בני אדם ולעיתים מסוימות העונש בידי שמיים. לסיכום, הענישה מכפרת על הטומאה על הארץ ועל העבירות. יש חטאים מסוימים שהארץ לא יכולה לשאת ולכן צריך לנקות את הלכלוך ולכפר על החטאים.

שפיכות דמים: (1) אסור לקחת כסף מהרוצחים (2) אסור לקחת כופר מרוצח בשגגה (3) אסור לרצוח ולטמא את הארץ (4) ה' שוכן בתוך א"י.

**במדבר לה,לא-לד**

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

וכך גם בהקשר של עריות: כל הביאות האסורות הרשומות בפרשת קדושים (ניאוף, משכב זכר, כל מה שאסור בחומרה). נאמר אל תעשו את כל הדברים האלה, כי כך עשו כל הגויים שהיו בארץ וכתוצאה מכך הארץ נטמאה. ואז היא הוקיעה את העמים האלה מתוכה. לא קשור רק לבני ישראל, אלא לכל אדם שחי בארץ.

**ויקרא יח, כד-כה**

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

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

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

כלומר הפסוק אומר לא רק לשמור שלא יעשו, אלא גם להעניש עליהם. ואז לא יגלו. אם תסלחו על זה ותתנו לזה לקרות ולא תענישו אז אתם תגלו. בהקשר של עריות גם מובא העונש של טומאת הארץ, גלות.

1. **למנוע חרון אף ה' על ישראל** - נובע מהמצב שבו לפעמים יש עונש בידי שמיים, הדרך להימלט מעונש זה – עונש בידי אדם. ביה"ד יעניש את החוטאים בעצמו, זה יסיר את חרון אף ה' מישראל וימנע מהם את העונש. **לדוג':** עם ישראל חוטא עם בנות מואב, עובד עבודה זרה ובעקבות כך מתחילה מגיפה. ה' אומר למשה כיצד למנוע את חרון אף ה' מישראל – להעניש את כל מי שחטא עם בנות מואב ועבד עבודה זרה.

**במדבר כה,א-ה**

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

**מאפיינים ייחודיים של הענישה המקראית**

לענישה המקראית ישנם כמה מאפיינים ייחודיים: לא רק בני אדם נענשים אלא גם חיות, לא רק בני האדם מענישים אלא גם האל (עונש כרת בידי שמיים, על עבירות מסוימות ועונש מיתה בידי שמיים). בנוסף, מעברים

**מי נענש? לא רק בני האדם אלא גם חיות**

* **שמות כא, כח-כט:** שור שהרג אדם, בין אם בד"כ הוא נגחן ובין אם לא, דינו להיסקל. "סקול יסקל" – השור בעל עונש סקילה, עונש בית דין. בימינו, כאשר ממיתים כלב חולה כלבת, עושים זאת על מנת למנוע סכנה מהציבור ולא כדי להעניש את הכלב. לעומת זאת במקרא, השימוש במונח "סקול יסקל" מרמז על עונש מיתת בית דין לשור, על מנת לתת איתו דין וחשבון. שור תם (לא מסוכן) לא ניתן היה לצפות את השיגעון שנכנס בו ויהרוג אדם. עליו נאמר שהכל יסקל השור ובעל השור נקי (אין אחריות פלילית ולא נזיקית); ומקרה נוסף כאשר השור מועד (ידוע שהוא נגחן) והבעלים ידעו שצריך לשמור עליו ולא שמרו, והוא המית איש או אישה, אז השור יסקל וגם בעליו יומת. בשני המקרים, דינו של השור – להיסקל.

**שמות כא, כח-כט**

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

* **בחוקי חמורבי,** מדובר בחוק דומה אך מאוד שונה באופן העונש לשור. כאשר מדובר על שור נגחן – הוא לא צריך למות. 250 מדבר על שור תם – אין עונש כלל (כאשר נהרג איש); 251- שור מועד- נגח באיש שמת. העונש- הבעלים של השור ישלם פיצוי למי שהרג, ולא עושים כלום לשור. מסתכלים על המקרה הראשון כמו תאונה.

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

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

* **בראשית ט, ה-ו:** ה' מעניש את החיה, כשהיא ממיתה אדם מגיע לה עונש. **הרעיון של גרינברג – ערך חיי אדם.** האסמכתא לעניין היא בראשית ט, ה-ו, "כי בצלם אלוהים עשה את האדם". אחרי המבול , ה' דורש מנוח ובניו עונש מהחיה. הסיבה – כי בצלם אלוהים עשה את האדם. בן אדם הוא משהו מיוחד, נחשב יותר מחיה, מדרגת בריאה שונה. מדובר על חיה רעבה, שהורגת את הבנאדם ואוכלת אותו. התפיסה היא שערך חיי האדם הוא חשוב מאוד ולכן החיה שפגעה באדם צריכה להיענש.

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

* **ויקרא כ, טו-טז:** **משכב בהמה** – עבירה של עריות עם חיות, מענישים את הבהמה במקרה הזה. העונש – הורגים את האדם ואת הבהמה אך הטעם לא מפורש במקרא. עולה השאלה: האדם חטא ולכן מגיע לו עונש, אבל במה חטאה הבהמה? תשובות אפשריות לכך: (1) הבהמה הורגלה למעשים הנוראיים האלו ולכן היא תחפש לעשות זאת שוב (2) מדובר בגנאי גדול, לא רוצים שהבהמה הזו תמשיך לחיות ומעדיפים לקבור את העניין.

הבעיה: מצאנו 2 דברים שמטמאים את הארץ. **שפיכות דמים** (שור נסקל) וההסבר של גרינברג ממצה, כי מדובר בחיי אדם. אך לגבי **עריות** – עונש על משכב בהמה, גרינברג לא יכול להסביר. לכן, חז"ל שואלים – במה חטאה הבהמה בהקשר של עריות?

יש 3 הצעות, לכל אחת מהן יש בעיה מסויימת:

1. **טומאת הארץ**- חשוב שהגורמים המעורבים בחטא, בין אם חיות או בני אדם, ישלמו את המחיר של המעשה שנעשה – סוג של "כפרה". מחיקת החטא. בעיה- הבהמה לא חטאה, זה האדם.
2. **נטייה של החיה** (חז"ל)- האדם קילקל את הבהמה. כתוצאה מהמעשה, היא נוטה לדבר לא טוב, זה יהפוך להרגל שלה אם היא תישאר בחיים. בעיה- האדם לא נענש, ויכול לעשות זאת שוב.
3. **כבוד האדם** (חז"ל)- הורגים את הבהמה שלא יהיה לו גנאי כל הזמן אם היא תישאר בחיים. בעיה- האם זה כ"כ גובר על החיים של הבהמה?

וי**קרא כ, טו-טז**

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

* עפ"י חוקי החיתים, מענישים את האדם ולא את הבהמה.

**חוקי החיתים, 187**

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

pairing: he will be put to death.

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

קבצי החוק שבתורה הם היחידים במזרח הקדום בהם מופיע עונשים בידי שמים.

אין מדובר בסיפורים, בהם הא-ל מעניש אלא על עונשים המנויים במסגרת קבצי החוק. בדומה לעונשים בידי אדם התורה מציינת את העבירה ולאחריה את העונש הספציפי.

שני העונשים בידי שמים הנזכרים הם כרת ומיתה.

**כיצד יודעים שעונש הכרת הוא בידי שמיים?**

המונח "כרת" לא בהכרח רומז לעונש בידי שמים. הוא יכול להורות על עונש מיתה בידי אדם (אם כי אז צריך להסביר מה ההבדל בינו לבין מות יומת). ידוע, למשל, הפירוש של כת מדבר יהודה לעונש הכרת- נידוי וגירוש מהכת. עם זאת, ברור ממקום אחד במקרא ברור שעונש הכרת הוא עונש בידי שמים.

**ויקרא כ,א-ה**

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

בעניין המולך: ישנם 2 עונשים (1) בידי אדם, צריך להרוג אותו (2) בידי שמיים – "הכרתי".

**על איזה עבירות נענשים בכרת?** עבירות של בין אדם למקום: עבודה זרה, עריות, חילול שבת.

**עונש מוות בידי שמיים**

יש על מס' עבירות בתורה עונש המוטל בידי שמיים ואיננו נקרא כרת. כך למשל לגבי עונשו של מי שלא שומע לדברי הנביא: עונשו של מי שלא שומע לדברי הנביא, או על נביא שקר (השם לא ציווה אותו ואומר דברי שקר), או על אדם שעובד בעבודה זרה. חז"ל מפרשים בידי אדם, אבל יש מי שמפרש בידי שמיים.

**דברים יח,יט-כ**

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

לעיתים מופיעה בתורה מיתה סתם בהקשרים ריטואליים שמסתבר לפרשה כעונש בידי שמיים. למשל, במקרה של מי שנכנס לעבוד במשכן ולא רחץ ידיו ורגליו ומי שלא עושה כך מחלל את הקודש ודינו מיתה. נאמר:

**עונש מיתה בידי שמיים**

**שמות ל, יז-כא**

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

**האם יש הבחנה בין מיתה בידי שמים לכרת?**

כנראה שכן. נראה, שכרת חמור יותר קודם כל מכיוון שהוא מתייחס לעבירות חמורות כמו חילול שבת ועבודה זרה שיש עליהם גם מיתות בית דין. כמו כן, מבחינה מילולית נראה שכרת פירושו שהאדם נכרת לחלוטין מהעם ואילו מיתה רק מצביעה על מיתה לפני זמנו. בויקרא כ,כ עונש הכרת מופיע ליד העונש של העריריות - אבל לא ברור אם זה קשור לעונש כרת.

**ויקרא כ,כ**

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

**מעברים בין דין אדם לדין שמיים ולהפך**

ראשית, צריך להצביע על תופעה מעניינת של כפל עונשים. בהרבה עבירות חמורות מצאנו שנענשים גם מיתת בית דין וגם כרת (עריות, עבודה זרה). הסיבה לכפל העונשים הזה מוסברת במעבר מענישה של מיתת בית דין לכרת. ישנם מקרים בהם הענישה בידי שמיים משלימה האת הענישה בידי אדם. בעניין מולך, נשאלה השאלה: מדוע יש צורך בשני עונשים? התשובה שהעונש בידי שמיים מגיע כדי לוודא שהנאשמים מקבלים את העונש המגיע להם, במידה והשופטים לא ימלאו את תפקידם כראוי ויעלימו את עיניהם – אז יהיה עונש בידי שמיים.

**ויקרא כ, א-ה**

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

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

**במדבר כה,א-יב**

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

**מה מרוויחים ממעבר מדין אדם לדין ענישה בדין שמיים?** אין צורך בראיות, לא תלוי ברצונם הטוב (או הרע) של בני אדם.

**מה מרוויחים מענישה בדין אדם ממעבר מענישה מדין שמים לדין אדם?** הענישה בדין אדם פוגענית פחות. היא ספציפית לעבריין ולא למשל למשפחתו או לסביבה כולה. חרון אף ה' יכול להיעצר גם בענישה חלקית. כמו כן, בענישה בידי אדם יש שליטה על הליך הענישה. אפשר לשפוט ולהעניש במהירות כדי להגן על החברה.

בספר במדבר, אנו רואים ענישה בידי שמיים שמומרת בענישה בידי אדם. מדובר במצבים שבהם מגיעה ענישה חמורה מה' ו"מחליפים" אותה בענישה בידי אדם. לפעמים זוהי לא ענישה פלילית רגילה אלא רק ענישה של החוטאים ובכך מסתיים העניין. מה משמעות המעברים? אין כאן צורך בראיות, לא תלוי ברצון השופטים. לכן ענישה בידי שמיים חשובה כדי שגם אם השופטים לא פועלים כראוי – ה' ייתן את העונש. מה נרוויח מכך? ענישה בידי שמיים פוגענית פחות, היא ספציפית לחוטא ולא למשפחתו.

**עקרונות ענישה**

במקרא ישנם כמה עקרונות ענישה: 1) עבירות חמורות **מחייבות עונש** – אי אפשר להמירן בכופר או למחול עליהן 2) ענישת מידה כנגד מידה **רק** נגד העבריין 3) במקרא מוטלים עונשי מוות על רצח, עריות עבירות דתיות חמורות – אך לא על **עבירות רכוש.**

**עבירות חמורות מחייבות עונש, אי אפשר להמירן בכופר או למחול עליהן –** מדובר בעבירות חמורות שלא ניתן לטייח אותן, ניאוף – עונש מיתה.

ויקרא – על ניאוף יש עונש מיתה.

**ויקרא כ,י**

ואיש אשר ינאף את אשת איש אשר ינאף את אשת רעהו מות יומת הנאף והנאפת

חוקי חמורבי – על ניאוף יש עונש מיתה אבל אם הבעל אוהב את אשתו הוא רשאי לחון אותה, והמלך יכול לחון את הנואף. במקרא, המצב שונה מכיוון שהעבירה היא לא רק בין עוברי העבירה והבעל, זהו חטא דתי חמור מאוד ומדובר בחטא גם כלפי ה'.

**חוקי חמורבי, 129**

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

בראשית – יוסף אינו מוכן לחטוא כלפי האל, בלי קשר לפוטיפר ולאשתו.

**בראשית לט, ז-ט**

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

מספר במדבר, לומדים כי לא ניתן כופר על רצח במקום עונש של מיתה. מעלים את הרעיון של להעניש את החוטא כמו רוצח בשגגה, שישלם כסף – התורה לא מסכימה לכך כי מדובר בטימוי הארץ.

**במדבר לה, לא-לג**

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

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". עקרון ענישה זה נובע, לפי גרינברג, מכך שהאל הוא המחוקק והמצווה, דבר שהופך כל עבירה למרד בזדון נגד האל שאי אפשר למחול עליה.

**ענישת מידה כנגד מידה רק כנגד העבריין**

**דברים**: כל איש נושא בחטאו שלו עצמו.

**דברים כד,טז**

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

**שמות**: מי שאחראי על השור הוא זה שייהרג, לא ילדיו, זה לא משנה אם השור הרג ילדים או מבוגרים.

**שמות כא, כח-ל**

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

**חוקי חמורבי:** ישנו עונש חמור על רשלנות, אם בעל הבית מת – הבנאי ימות. אם בנו של בעל הבית מת – בנו של הבנאי יומת. הענישה מערבת גורם לא מעורב והסיבה היא גמולנית – מה שאתה עוללת ייעשה לך בחזרה. מה מאפשר את הגמולנות? התפיסה שהבן הוא חלק מהאבא. לכן התפיסה היא שזה בסדר – אתה הרגת חלק ממנו ולכן חלק ממך ייהרג. לעומת זאת, המקרא מבין שאין לעשות כך, יש להפריד בין בנים ואבות והם אינם יישות משפטית אחת, יש גבול לעקרון הגמולנות.

**חוקי חמורבי, 229-230**

229. אם בנאי בנה בית לאיש ולא עשה את הבית חזק ויציב, והבית שהוא בנה התמוטט וגרם למותו של בעל הבית - הבנאי הזה יומת. 230. אם זה גרם למותו של בן בעל הבית - בנו של הבנאי יומת

**דברים**: התורה נותנת אפשרות להתגרש בד"כ וכאן מדובר במקרה מיוחד, במעשה שנעשה בכפייה ולא במסגרת הנישואים. המשמעות היא שהאישה לא תוכל להתחתן יותר כיוון שהיא "הוכתמה" בשל היותה עם גבר, הפיתרון לכך הוא שהאנס יתחתן איתה ולא יוכל לגרש אותה. מה קורה אם האישה/האבא מתנגדים לכך? לא כתוב במקרא מה עושים במקרה כזה, חז"ל אומרים שזו רק אופציה בשביל האישה ושהיא אינה מחויבת לעשות כך.

**דברים כב,כח-כט**

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

**חוקי אשור:** עפ"י חוקים אלו, צריך לקחת את האישה של האנס ולאנוס אותה ואז לא להחזיר אותה לבעלה. עונש של מידה כנגד מידה שמערב בלתי מעורבים (האישה חייבת להיאנס, הבת שייכת לאבא, הוא פגע במישהי ששייכת לאבא אז פוגעים במישהי ששייכת לו) אם אין לו אישה - הוא ייתן כסף ויתחתן איתה, אם האבא לא רוצה – הוא ישלם את הסכום אך הוא לא חייב להשיא אותה אליו.

**חוקי אשור, 55**

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

**במקרא מוטלים עונשי מוות על רצח, עריות ועבירות דתיות חמורות, אך לא על עבירות רכוש-**

עליהם משלמים. במקרא מוטלים עונשי מות על רצח, עריות דתיות חמורות, אך לא על עבירות רוכש. מה שאתה מפסיד תמורתו ממון, אתה משלם עבורו.

**שמות**: כאשר אדם גנב בהמה ולא ניתן להחזירה, העונש על כך הוא קנס. הוא לא מחזיר מה שלקח אלא משלם יותר.

**שמות כא, לז**

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

**חוקי חמורבי:** איש ששדד – יומת.

**חוקי חמורבי, 22**

אם איש שדד ונתפס - הוא יומת.

**מקרה מורכב יותר – בא במחתרת.** אדם שניסה לחפור ולפרוץ לבית אחר – אם בעל הבית מצא אותו תוך כדי הפריצה והרג אותו הוא לא נחשב רוצח (הגנה עצמית).

**שמות כב,א-ג:** אם גנב בא במחתרת- כלומר בלילה, כדי שלא יראו אותו ומוצאים אותו, אפשר יהיה להרוג אותו וזה לא נחשב שפיכת דם. הדם של הגנב לא נחשב. אבל אם זרחה השמש (כלומר מוצאים אותו ביום), אז אסור יהיה להרוג אותו, ואם יעשו כן- יחשב שפיכת דם. אז איך כן להעניש אותו? יטילו עליו קנס גדול יותר. למשל אם גנב חיה אחת הוא יצטרך לשלם על שתיים. 🡨 כאן יש דוג' לעבירת רכוש שהמקרא מאפשר להרוג אותו. אבל צריך לשים לב: 1)זה לא הדין- לא כתוב שבי"ד מאפשר זאת. 2)מענה מהיר- הגנב יכול היה לסכן את בעל הבית, אם היה מוכן לגנוב בלילה כנראה מוכן גם להרוג. לכן הופכים את הדין ל: "הבא להורגך השכם להורגו".

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

**עונשים במקרא**

**עונשים במקרא: מיתה** (סקילה, שריפה, חרב, תליה)**, מידה כנגד מידה** (האיבר של הפוגע כנגד האיבר של הנפגע, העונש צריך להיות באיבר שעשה את העבירה, כאשר זמם)**, גלות, מכות, קנס.**

**מיתה –** על עבירות דתיות חמורות (כמו עריות או עבודה זרה) או רצח. עונש מוות במקרא הוא חשוב ומופיע המון פעמים.

**סוגי מיתות הנזכרות בתורה –** **סקילה,** במקרים נדירים יותר **שריפה**. **חרב** מופיעה לגבי עיר הנידחת, אבל זה ביטוי שגור להמתה תוך כדי מלחמה וייתכן שלא מדובר דווקא בענישה כחלק מהליך פלילי. עיר נידחת – מדובר במקרה שבו הורגים עיר שלמה שעובדת עבודה זרה, סוג של מלחמה בין תושבי העיר לעם ישראל.

**דברים יג, יג-טז**

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

**תליה** – אמצעי המתה שעושים לגופה למען יראו וייראו. מהפסוקים נראה שהתליה איננה אמצעי המתה אלא דבר שעושים אחרי ההמתה למען יראו וייראו. לכן מדובר על תליית גופות, וזו לא צורת המתה, אלא סוג של השלמת העונש. אבל דואגים להוריד את הגופה מהתלייה כדי לקבור אותה בסוף היום. למה? **"קללת אלוקים תלוי"-** ה' לא אוהב את זה, זה מעשה מכוער. אך עדיין מופיעה תליית גופות במקרא למרות הביקורת על המעשה שהוא מכוער, מאחר שקוברים אותו! כדי לשמור על כבוד האדם. ולכן יש איזון בין ערכים: מחד, המטרה היא הרתעה ("יראו וייראו"), ומאידך מכבדים את המת.

חלק גדול מהמיתות בתורה סתמיות בנוסח, למשל: נוסח של "מות יומת" בלי פירוט על צורת ההמתה.

**דברים כא,כב-כג**

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

**מידה כנגד מידה:** שלושה אופנים של מידה כנגד מידה: (1) האיבר של הפוגע כנגד האיבר של הנפגע (2) העונש צריך להיות באיבר שעשה את העבירה (3) כאשר זמם.

**האיבר של הפוגע כנגד האיבר של הנפגע:** האיבר שנפצע ייפצע אצל הפוצע.

**שמות כא, כב-כה**

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

**העונש צריך להיות באיבר שעשה את העבירה:** צריך לכרות את אותה יד שתפשה את הרכוש. המשפט העברי לא מממש את הדין הזה. יש את חז"ל חיוב "בושת"- מי שמבייש את חברו חייב לשלם- פיצוי. אתה משלם באותו איבר איתו פגעת/ איתו עשית את העבירה.

**דברים כה,יא-יב**

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

**כאשר זמם:** דין עדים זוממים. אם יש שני עדים שהעידו על אדם כלשהו שעשה עבירה והם משקרים ומעלילים עליו עלילות שווא כדי שיקבל עונש. עושים להם את אותו הדבר שהם רצו לעשות לאותו בן אדם.

דפנה ברק ארז -ראיה מרכזית במשפט היא העדות, לכן אם עד ישקר – הוא ייענש. מידה כנגד מידה: אם רצה שימות- הוא ימות, אם רצה שישלם – הוא ישלם.

**דברים יט,טז-יט**

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

**גלות** – רוצח בשגגה גולה לעיר מקלט עד מות הכהן הגדול. יתכן, שאין מדובר בענישה אלא בהגנה מפני גואל הדם. יש כאן גם היבט של כפרה, מגלים את אותו אדם שביצע את העבירה ולא מנרמלים את הרצח. מונעים גאולת דם (נקמה) ומצילים את האנשים שהרגו לא בכוונה.

**מכות** – לכאורה מדובר כאן על עונש לגבי סכסוך בין אנשים, אבל זה קצת מוזר משום שהעונש על סכסוך והכאה הוא או מוות או גלות (במקרה שהרג אותו) או מידה כנגד מידה במידה והוציא לו איבר או תשלומים. יתכן, שמדובר בריב בין העד לבין הנאשם ואז הפרשה הזאת יכולה להתייחס לעבירות של בין אדם למקום כמו שפירשו חז"ל.

אם אדם רצח מישהו – העונש הוא מידה כנגד מידה והוא צריך למות. אם פגע באיבר – מידה כנגד מידה. אם פגע ברכוש – ישלם כסף. לכאורה נראה שאין מקום לעונש המכות. מדוע מספר המכות מוגבל? כדי לא להשפיל את האדם יותר מידי. נקלה – מלשון קלון.

**דברים כה,א-ג**

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

**קנס** – תשלום ספציפי שניתן כעונש, החורג מפיצוי על נזק. אם גנב לחברו שור, והוא אכל אותו או מכר אותו כך שלא יכול להחזירו, אזי הוא צריך להחזיר 5 בקר; אם גנב שה- עליו להחזיר לו 4 צאן.

כלומר, הוא צריך לתת יותר ממה שהוא גנב (מהערך הכספי שהזיק לחברו). אצל חז"ל זה נקרא "כפל". למה? כי התשלום הספציפי ניתן כעונש, החורג מפיצוי על נזק רגיל במסגרת דיני הנזיקין. אם אדם גנב – הוא ישלם יותר.

**שמות כא,לז**

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

**ראיות הנחוצות לענישה פלילית**

1. **עדים** – יש צורך בעדים מכיוון שרוצים שהמידע יהיה מבוסס, ישנה דרישה ל-2 עדים כדי שלא תהיה מילה של עד אחד מול הנאשם, רוצים החלטה של רוב, לכן התורה דורשת שני עדים.

**לגבי עונש מיתה לרוצח** – רוצים שהמידע יהיה אמין ומבוסס ככל שאפשר, לכן עדיף להצליב 2 גרסאות של 2 עדים על מנת להגיע לתוצאה המדויקת ביותר.(פילון האלכסנדרוני – עדות כפולה גוברת וחזקה יותר מההכחשה של העבריין).

**במדבר לה,ל**

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

**לגבי כל חייבי מיתה**

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

**לגבי כל בירור משפטי**

**דברים פרק יט,טו**

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

**יש פה הכללה יותר גדולה מאשר עונשי מיתה או רצח- 2 עדים חיוניים לכל מתן עונש.**

1. **ראיות פיזיות** - אדם שמעליל על אשתו שהיא לא בתולה (רוצה להיפרד ממנה ולא רוצה לשלם). ההורים מפריכים את הטענה באמצעות הצגת סדין ליל הכלולות שיש בו דם, שמראה שהבחורה הייתה בתולה.

*דפנה ברק ארז* מביאה את הסיפור של יוסף המקראי. לדעת המרצה, הדוגמא לא טובה. דוגמא טובה יותר היא לפי ***דברים כב, יג-יט***: מדובר על אדם שהתחתן עם אישה, "ובא אליה ושנאה"- אחרי שנישאו, הוא התחיל לשנוא אותה והעליל עליה עלילות- הוא טען שהוא התחתן עם אישה שאינה בתולה, הוציא לה שם רע. "ולקח אבי הנערה ואימה.." – הם מביאים ראיה פיזית - הסדין שעליהם קיימו יחסי מין לראשונה (היה עליו דם מה שאומר שנקרע קרום הבתולין). כדי להראות שהיא הייתה בתולה. [בזמנו היה מקובל שאישה תשמור את הסדין לתמיד למנוע עלילות שווא]. העונש על מעשה כזה הוא קנס של הבעל, ונשללת ממנו הזכות לגירושין.

**דברים כב,יג-יט**

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

1. **הודאה** – הנער העמלקי אומר לדוד ששאול המלך נהרג במלחמה ושהוא הרג אותו, הוא עמד למות ולא היה מסוגל להרוג את עצמו לפני שהפלישתים מגיעים, לכן שאול מבקש מהנער להרוג אותו. חז"ל מפרשים זאת בהמתה שהיא לא בדיוק מהדין. (כנראה שהנער לא הרג את שאול, הוא מת על חרבו והנער סיפר זאת לדוד כי חשב שזה ימצא חן בעיניו).

דוד הורג את הנער בגלל שהודה, למדנו שאדם לא יכול להעיד על עצמו בדיני נפשות אבל כאן מדובר במקרה חריג. דוד הורג את הנער מפאת סמכותו כמלך שלא חייב להישמע לחוקים המשפטיים, והורג נער שהרג מלך ישראל.

**שמואל ב,א**

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

1. **ראיות נסיבתיות ליסוד הנפשי** – אדם שספק ראוי ללכת לעיר מקלט וספק שלא (רק אדם שרצח בשגגה ראוי לעיר מקלט) צריך ראיות כדי להכריע בעניין ולא מדובר בעניין פשוט. אם הוא לא יילך לעיר מקלט, כנראה שגואל הדם יטפל בו. הראיות הנסיבתיות – יש רקע של שנאה ביניהם, הוא ארב לו, והייתה פגיעה מכוונה – אלו ראיות לכך שהוא רוצה לפגוע בו בכוונה ולא מדובר בשגגה. במקרה של רוצח בשגגה – אין היכרות או איבה מוקדמת בין הצדדים. לא יכול לארוב לו – צריך לקרות תוך תנועה בשטח, והפגיעה לא הייתה מכוונת.

**במדבר לה**

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

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

**לסיכום** – הפרמטרים להבחנה בין שוגג למזיד:

1. ההקשר של המעשה- אם היה במסגרת שנאה או ריב או שקרה באופן פתאומי.
2. אם היה מארב או לא.
3. היחסים בין הנפגע להרוג- האם יש שנאה קיימת, או משהו שאפשר לייחס ליסוד הנפשי של הרוצח, מעבר לאירוע עצמו.

הראיות הנסיבתיות, עוזרות להבחין את היסוד הנפשי של ההריגה- אם האדם הרג בשוגג או בכוונה. הראיות משמשות כדי לחייב את ההורג במיתה ע"י גואל הדם (אם הרג **בכוונה**) או לפטרו ממיתה ולאפשר לו לגלות לעיר מקלט (אם הרג **בשוגג**), ואז לגואל הדם אסור יהיה להרוג אותו בעיר מקלט.

האם ניתן לחייב במיתת בית דין לפי ראיות נסיבתיות?

* חז"ל לא מקבלים ראיות נסיבתיות לגבי מיתת ביה"ד בשום פנים ואופן.
* *השופט חיים כהן* טוען במאמרו שיש בתורה ראיות נסיבתיות. למה שלא נקבל זאת? לטענתו, הטענה שלא מקבלים בגלל שזה לא נאמר על מיתת בית דין, לא רלוונטית.

בכל מקרה, לא מדובר על מיתת בית דין על סמך הראיות הנסיבתיות.

**נושא שני: ענישה פלילית בספרות חז"ל והתורה שבע"פ**

**ספרות חז"ל ותורה שבעל פה**

התקופה מתחלקת לשניים: עד חתימת המשנה (200 לספירה) ומ-200 לספירה. חז"ל – חכמים שחיו אחרי בית שני, חיברו את החיבורים היסודיים של התורה שבע"פ. שורש הספרות הקדומה הוא בימי בית שני אבל כלל החיבורים חוברו לאחר החורבן, באיזור המאה ה-2 לספירה. ספרות חז"ל הקדומה מתפרסת על פני תקופה ארוכה של כ-800 שנים והיצירה הגדולה ביותר הייתה בסוף תקופה זו: המשנה, ותלמוד – הפירוש למשנה. מדובר בספרים שהתגבשו למשהו שאפשר ללמוד אותו בצורה מסודרת.

ספרות חז"ל מתחלקת **לספרות תנאית** **וספרות אמוראית**.

* **תנאים** – חכמי התורה שחיו לפני החורבן ועד 200 לספירה (ימי חתימת המשנה).

משמעות המילה תנא = למד = שנה 1) אדם שונה, הוא מי שמשנן ולומד. 2) הידע עבר בע"פ עד שהגיעו להחלטה לעלות את התורה שבע"פ על הכתב, המידע חזר על עצמו עד שנכתב.

* **אמוראים** – חכמי התורה שחיו משנת 200 לספירה ועד 600 לספירה.

**תנאים**

לתנאים היו 2 יצירות מרכזיות: מדרשים על התורה והלכות.

**מדרשים על התורה** – פירושים על המקרא, מדובר בצורת פירוש של התורה שנעשית על ידי קישורים בין פסוקים שונים שלא מפרשים אותם כפשוטם אלא מחדשים חידושים.

האתגר של הדרישות ההלכתיות של התנאים היה לעגן מסורות עתיקות הלכתיות בכתוב ולא לסמוך על סיפור בעל פה.לחז"ל הייתה מערכת שלמה של מסורות הלכתיות שלא קשורות למקרא אך רצו לקשר אותן למקרא. הן עשו זאת ע"י מתודיקה של **מדרש** – המדרש נועד להוציא מהכתובים חידושים. במובן זה, הם עיגנו מסורות לא מקראיות בתוך המקרא, **כדי להראות שהמקרא רומז על אותן הלכות** (למרות שהן לא כתובות שם שחור על גבי לבן). אולי כנגד הכופרים בתורה שבע"פ או כנגד אישושה.

עיקר עניינם של המדרשים היה הלכה, הם מתמקדים באיזור ההלכתי. מדרש הוא אינו פרוש פשוט, תמיד יש בו משהו חדש. במדרש הלכה מנסים להסביר איך ניתן להוציא את ההלכה מהפסוקים. במדרש אגדה רוצים להבין רעיון חדש שלוקחים מהמקרא. עיקר עניינם של החכמים במדרשים היו החידושים, מדרשים נערכו ברובם בתקופת התנאים ונערכו רק אחר כך.

דוגמאות:

* מכילתה 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: מכילתה דר' שמעון בר יוחאי, מכילתא דעריות, ספרי זוטא במדבר ודברים ומכילתה דברים. השחזור היה ע"י חוקרים, הם התגלו בגניזה הקהירית. ליד קהיר גילו כתבי יד עבריים עתיקים, עם טקסטים שלא הכירו לפני כן. בין השאר חלק מהמדרשים האלו גילו וזיהו את הדרשות הללו בעוד קבצים אחרים שברשותנו וכך הוציאו מהדורות שונות.

**כל סיפורי האגדה ויציאת מצרים לא מופיעים במדרש. מדוע? התנאים התעניינו והתמקדו יותר בפירוש החלקים ההלכתיים של התורה.** לכן, התנאים כתבו מדרשים על 4 מתוך 5 החומשים. אין לנו מדרש על ספר בראשית כיוון שהוא יותר סיפורי, והמדרשים מתחילים מספר שמות. מרכז עיסוקם של החכמים היה ההלכה.

**ספרי הלכות**: משנה, תוספתא, בריתות בתלמודים. בספרי ההלכות, ההלכות היו מקובצות לפי נושאים. הייתה לכך משמעות רבה, ניתן היה למצוא את כל המסורות ההלכתיות הנוגעות לנושא מסוים – שבת, חגים, נזיקין וכו'. הדבר שייחד את קבצי ההלכות היה הסדר שלהם, כך ניתן היה לזכור וללמוד אותם בע"פ.

* המשנה – קובץ הלכות מסודר ונוח לזכירה בע"פ. ישנם 6 סדרי משנה, כל סדר מחולק ל7 מסכתות, בכל מסכת יש כמה פרקים שמסודרים לפי נושאים, בכל פרק כתובות כל ההלכות/משניות. ההלכות עצמאיות מהפסוקים, בדרך כלל לא כתוב מהו המקור והן מתארות מסורת הלכתית. המאפיין הבולט של המשנה/ההלכה – ניסוח באופן קצבי ותמציתי ע"מ שיהיה קל לשנן ולזכור, משרת את מטרת הספר – שכולו מיועד לזכירה בע"פ.

סדר --- מסכת --- פרק --- הלכה/משנה.

* תוספתא – סוג של הרחבה/חיבור מקביל למשנה, מסודרת לפי נושאים, כוללת הלכות ארוכות יותר ונדרש יותר כישרון כדי לזכור אותה. לעומת המשנה, שבכל בית מדרש היה מישהו ואפילו כמה שזכרו אותה בע"פ. בתוספתא יש את אותן הלכות והן בעלות ניסוח זהה, גם סדר החלוקה זהה, לא ברור מה נכתב קודם – המשנה או התוספתא.
* בריתות – חלקן ארוכות כמו התוספתא וחלקן קצרות כמו המשנה.

**אמוראים**

האמוראים יצרו את **התלמוד**. התלמוד הירושלמי (קצר) והתלמוד הבבלי (מפורט ומלא יותר). התלמוד הוא מקבץ ואנציקלופדיה של מסורות. כולל את המשנה ומפרש אותה, כולל את התוספתא ואת הבריתות שהתלמוד דן בהם. התלמוד הוא מפעל פרשני למסורות שכתבו התנאים.

**תלמוד ירושלמי** - נערך בארץ ישראל, אין באמת קשר לירושלים אלא נקרא כך בגלל ששבחה של ארץ ישראל היא ירושלים. בפועל נערך בטבריה.

**תלמוד בבלי** – נערך בבבל.

מטרת התלמוד: ליישב סתירות בין המסורות השונות, להכריע בין מחלוקות ולהציע פתרונות חדשים.

מה שהיה מיוחד בתלמודים אלו הוא שתפקידם היה לנסות לפרש את המסורות התנאיות, הם עימתו את המשנה עם מסורות תנאיות שונות. המפעל הפרשני של התלמוד היה השוואת מסורות שונות זו לזו מכיוון שלכל משנה יש הרבה דינים והתלמוד הוא משהו חדש.

בנוסף, בתקופה זו **יש מדרשי האגדה ארץ ישראלית**: מדרש רבה, פסיקתא דרב כהנא, מדרש תנחומא. [חלקם ארוכים יותר מהמדרש התנאי]. **מדרשי אגדה** – סוג של פירושים לתורה, רחבים יותר ולא צמודים לפסוקים.

הספרות המשפטית מרוכזת בכל החיבורים של הספרות התנאית: משנה, תוספתא, מדרשים ובתלמודים.

**מקור המסורות:**  התפיסה של חכמים הייתה, שהמסורות ההלכתיות של קיום התורה, בעלות מקור אלוהי (של התגלות), והן לא פירושים שהתפתחו בדורות מאוחרים. היסודות של כל ההלכות ניתנו בסיני. ולכן כינו אותן "התורה שבעל פה" = פירושים על התורה שלא נכתבו ועברו בע"פ. חז"ל לא ראו בספרים יצירה עצמאית שלהם, אלא ספרים המבוססים על מסורות שעברו מדור לדור מאז מעמד הר סיני. יסודי ההלכות נמצאים בכוונה שהגיעה מהר סיני, יש שורש ובסיס לדבר הזה ולא מדובר בהמצאה של אותם חכמים.

ו**יקרא פרשת בהר – בחקותי פרק כו**

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

פסוק שמסכם את חלקי החוק של ספר ויקרא. בספרא, חז"ל מציינים את המילה "תורות" ברבים – מרמזים על התורה שבכתב ועל התורה שבע"פ שהיא הפירוש של התורה שבכתב. ר' עקיבא טוען שהמילה תורה משתמשת במקרא לצורך ציון של קבצי חוקים, לכן הכוונה היא לא ל-2 התורות אלא לקבצי החוקים. המילה "תורות" באה למנות את קבצי החוקים ולא את התורה שבכתב והתורה שבע"פ. "הר סיני" – לא רק תורה שבע"פ, אלא הבנה שכל הפירושים והדקדוקים ניתנו למשה בהר סיני. כל מה שתלמיד יוכל לחדש – ניתן למשה בהר סיני, כל החידושים כבר גלומים בתורה שניתנה בהר סיני.

בעבר הייתה התפיסה שאסור לומר בעל פה את התורה שבכתב אלא רק לקרוא אותה מתוך ספר כדי שלא תשתבש. ולהפך, אסור לכתוב את התורה שבעל פה. הפירוש המסתבר ביותר לכך – כדי למנוע מצב שבו התורה תהיה נחלת הכלל, המטרה היא למנוע מעם ישראל לאבד את הבעלות על התורה. לכן נוצרה שאיפה גדולה להגן על התורה שבע"פ שתיהיה משהו שעובר מדור לדור, מסורת אינטימית שעוברת מדור לדור בעמ"י ולא תצא החוצה ותשתבש. בעקבות כך, זה נתפס כאיסור חמור שאין לעבור עליו ושהקפידו עליו מאוד, רק בתקופת חתימת התלמוד החלו להעלות על הכתב את התורה שבע"פ (מאה 607) מתוך חשש שתיעלם.

**ספרא בחוקתי פרשה ב תחילת פרק ח**

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

**ביטולו של עונש המוות**

עונש המוות היה דבר מרכזי וניתן על עבירות חמורות, היו לא מעט עונשי מיתה. בספרות חז"ל חל שינוי בנושא הזה. יש עדויות של חז"ל שעונש המוות בוטל כנראה סמוך לחורבן, בתי הדין הפסיקו להטיל עונש מוות.

אחרי חורבן בית המקדש, או בסמוך לכך, הכלל היה שדיני נפשות לא מיושמים הלכה למעשה. בפועל, אין מערכת משפט עצמאית שדנה בעבירות, שמטילה עונשי מוות על העבירות הללו או שמקיימת הליכים משפטיים שעוסקים בהם. סייג: ישנם מצבים, בהם השתמשו בעונשי מיתה או קרובים אליהם, לצורך השעה. כאשר יש התמודדות עם גורמי פשיעה שקשה לרסן אותם, נקרא "ענישה לצורך השעה". אולם, אנו כרגע נדבר על החוק כפי שהוא.

**מקורות חז"ל:**

**ירושלמי סנהדרין א,א:** "תני" – מקור תנאי קדום מתקופת בית שני למשנה שמופיע רק בתלמוד.

יש תהליך רציף שבו בתי דין מפסיקים לדון לפי דין תורה. בדיני ממונות – משמעון בן שטח, ובדיני נפשות – 40 שנה קודם חורבן הבית. דיני ממונות - בתי הדין החליטו שעדיף לא לדון דין תורה אלא לעשות פשרה בין בעלי הדין, זאת מכיוון שבדיני ממונות אפשר לעשות פשרה בין הצדדים. הרשב"י טוען שזה דבר טוב שלא דנים יותר בדיני ממונות כיוון שלא קיימים חכמים שמספיק בקיאים בנושא ויכולים לדון בו, לכן יש עדיפות לפשרה בין בעלי הדין. דיני נפשות – לאט לאט מפסיקים לדון עפ"י דין תורה ולא ברור לנו למה, זה קורה 40 שנה סמוך לחורבן הבית.

**ירושלמי סנהדרין א,א**

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

**בבלי, נב ע"ב:** "דתניא" – מקור תנאי מתקופה קדומה יותר.

מדובר על בית הדין הגדול שדן בשאלות קשות, חז"ל דורשים את הכוהנים. השאלה שעולה היא: מדוע מוזכרים הכוהנים? האם אין צורך רק בשופטים? התשובה היא שבזמן שכהן עובד בבית המקדש ניתן ללכת גם לשופט שעובד שם, ובזמן שהכהן לא עובד – אין חובה ללכת לבית הדין הזה, דהיינו אל השופט שנמצא בו. בזמן שיש כהן – יש בימ"ש, בזמן שאין כהן – אין בימ"ש. הפעולה של בית הדין הגדולה תלויה בפעילות של בית המקדש. לכן, אם אין בית מקדש אין אפשרות לבית הדין הגדול לשבת במקומו ולדון. התוצאה – עם החורבן – אין בית מקדש – אין בית דין.

**בבלי, נב ע"ב**

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

**תלמוד בבלי, עבדה זרה ח ע"ב:** בגלל שיש איסור לכתוב את התורה שבע"פ, כאשר חכם נפטר מן העולם חוששים לגבי המסורות שלו. לכן כאשר חכם היה חולה וחששו שיקרה לו משהו, הלכו אליו ע"מ שיספר להם את המסורות שלו. "אמר להם – 180 שנה לפני החורבן הסנהדרין הגדולה חרבה" היינו מצפים שברגע שיש יותר רוצחים, יהיו יותר משפטים אך כאן זה הפוך – יש הרבה מקרי רצח ודווקא מפסיקים לדון. יש לכך אפשרויות שונות:

1. דיני נפשות בתורה דורשים תשומת לב גדולה לכל מקרה, מדובר בהליך לא פשוט שדורש השקעה רבה. לכן, נוצר מצב בו היו כ"כ הרבה מקרי רצח שלא היה אפשר להתעסק כראוי בכל מקרה – והחכמים ויתרו על כך מראש.
2. הסבר היסטורי – הרומאים הגבילו את האוטונומיה של החכמים לדון בנושאים מסוימים ונוצר מצב שבו לא היה אפשר לדון את כולם. אלו שהיו מקורבים לשלטון – לא ניתן לדון אותם. לכן החכמים וויתרו מראש כיוון שאי אפשר לנהוג בצורה שוויונית ובחרו להעביר את האחריות לשלטון הזר.

יש לנו שורה של מקורות שמספרים שהפסיקו לתת עונש מוות, שמצביעים על כך שעונש המוות בוטל. "המקור גורם" - הסנהדרין לא היו יכולים להורות הוראה מבלי בית מקדש, כשאין סנהדרין אין דיני נפשות. המקורות האלו מעידים על התנוונות של המערכת הפלילית.

**תלמוד בבלי, עבודה זרה ח ע"ב**

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

**נדירותו של עונש המוות**

מדובר על מצב שבו היה סנהדרין, נבדוק כמה פעמים באמת ניתן עונש מוות.

**משנה מכות א,':** הבהרה חשובה: כאשר כתוב "שבוע" – לא מדובר ב7 ימים (שבת), הכוונה היא "שבוע" – שמיטה, מחזור של 7 שנים.

**חלוקה לעמדות שונות:**

* עמדה אנונימית - סנהדרין שהייתה נותנת עונש מוות אחת ל-7 שנים נקראת אלימה, זה הופך את עונש המוות לדבר מוגזם ומוזר.
* ר' אלעזר - הרגו באופן נדיר, אחת ל70 שנה.
* ר' טרפון ור' עקיבא – טוענים שאם היו יכולים לעשות זאת, הם היו דואגים שלא היה נהרג אף אדם. לדעתם, עדיף לא להרוג אפילו אדם אחד, כך שעונש המוות יישאר דבר תיאורטי.
* רבן שמעון גמליאל (היה נשיא עם אחריות ציבורית) – טוען שהמדיניות הזו הייתה מובילה לשפיכות דמים כיוון שהרוצחים היו נשארי בלי עונש. הוא טוען שהם כביכול מקדשים את חיי האדם אבל בפועל מרבים שפיכות דמים. לכן חייב להשתמש בעונש מוות, כדי לקיים חברה תקינה – חייבת להיות הרתעה.

**משנה, מכות א,י**

סנהדרין ההורגת אחד בשבוע נקראת חובלנית.

רבי אלעזר בן עזריה אומר, אחד לשבעים שנה.

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

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

**הטלת עונש המוות: מגבלות מבחינת הראיות**

עונש המוות עובר דילול רציני ולמעשה נהפך לבלתי אפשרי. אולם הוא מופיע המון! מה הרציונל להגביל את השימוש בו? קדושת החיים. **לשם כך ספרות חז"ל מטילה מגבלות על העדות.**

עצם הדינים שמיוחסים לדיני נפשות יוצרים קושי להטיל את העונש. ההגבלות מעידות על האחריות הכבדה והחרדה מהטלת עונש מוות. יש לנו מערכת משפט שיש לה סמכות להטיל עונש מוות אך היא מטילה המון הגבלות על כך.

**מגבלות מבחינת הראיות:**

1. אין להעיד מאומד, משמועה, עד מפי עד או מאדם מהימן.
2. אין אדם משים עצמו רשע – אדם שמעיד על עצמו שעשה עבירה לא נאמן ועדותו לא מתקבלת.
3. כשעדים סותרים את עצמם אפילו בפרטים קטנים, עדותם לא מתקבלת.

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

מאיימים על עד נפשות לפני גביית העדות, שהדרישה היא לעדות ראשונה, שאינה לפי אומדן והסקה, או משמועה שעוברת מפה לאוזן. אלא רק מאדם שראה מה שקרה. כך שאם לא העדו כפי שנדרשו, מדובר בעבירה (בין אם עדות שקר או בין אם נמנע מלהעיד כלל). למה האיום? כי אם אדם מעיד עדותו, ובגללו אדם אחר יוצא להורג, המשמעות כבדה מבחינתו: הוא הורג אותו, את ילדיו ואת הילדים שלהם. מצידם- אם בוחרים לא להעיד, זה כי מרגישים רע להיות חלק מעונש כזה. ההתמודדות: אם אדם באמת רצח, הוא איש רע, לא צריך להרגיש רע. צריך להיזהר אם יש אדם שנענש על לא עוול בחפו.

**משנה, סנהדרין ד,ה**

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

**"אומד"** – ראיות נסיבתיות חזקות. **"שמועה"** – העדים לא ראו. **"עד מפי עד"** – שמעו מפי עד שכן ראה. **"אדם מהימן"** – לא ראה אבל מעיד שזה קרה. כל הדברים הללו לא נחשבים.

**בבלי סנהדרין לז, ע"ב:** ת"ר – תנו רבנן. כיצד מאיימים על דיני נפשות? ככלל, צריך להזהיר כל עד שיאמר את האמת ולא ישקר. קל וחומר שבדיני נפשות להזהיר את העד אפילו עוד יותר. מזהירים את העדים ואומרים להם שהולכים לחקור אותם ולבדוק בדיוק מה הם ראו ושמעו, מזהירים אותם שאם הם ישקרו הם יושפלו מאוד.

יש כאן אזהרה ספציפית על עונש מוות מפאת חשיבות הדבר. אם מתגלה שקר בדיני ממונות – אפשר לפתור את העניין, נחזיר את הממון בחזרה לבעליו והעניין ייסגר. לעומת זאת אם מתגלה שקר בדיני נפשות – העניין יותר קריטי, אי אפשר להחזיר אדם שנהרג בבית הדין. אין לנו אופציה להחזיר את הגלגל אחורה, אין אופציה לכמת את האובדן והפספוס של כל מה שהיה יכול לצאת ממנו. "דמי אחיך" – מדוע נאמר "**דמי**" אחיך ולא "**דם**" אחיך? מדוע יש שימוש ברבים ולא ביחיד? כי כאשר הורגים אדם הורגים גם את זרעו ואת ההמשכיות שלו. העולם הוקם כולו מאדם אחד, מהאדם הראשון – זאת כדי ללמד אותנו שכל המאבד נפש אחת מאבד עולם מלא. המסקנה: העולם כולו נוצר מאדם אחד, לכן נלמד מכך שכאשר מאבדים אדם אחד – מאבדים עולם שלם. ולהפך, כאשר מקיימים ומצילים אדם אחד – מקיימים עולם שלם. (הגרסה הנכונה למשפט הידוע – כל המאבד נפש אחת – כאילו איבד עולם מלא).

מדובר על מצב בו אדם ראה איש רודף אחרי חברו, הנרדף נכנס לחורבה והרודף אחריו כשמחזיק בחרב בידיו, והוא רואה את החרב עם הדם ואת הנרדף מפרכס, גוסס. נאמר שבמקרה כזה העדות לא מספיקה, כי לא ראו את מעשה העבירה - הרצח עצמו. אי אפשר למצות את הענישה הפלילית לאור 2 בעיות: 1) האדם לא ראה את המעשה; 2) אין 2 עדים. לכן לא ניתן להשתמש בעדות שלו. והציפייה היא שהקב"ה יפרע מאותו אדם שהרג את חברו. לבסוף, נחש הרג את הרודף (עונש מדין שמיים).

**בבלי, סנהדרין לז ע"ב**

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

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

במשפט העברי: קשה להגיע להרשעה ולענישה.

במשפט הישראלי: באופן כללי, עדות נסיבתית (שלא רואים את האירוע), יכולה להיות קבילה, רק אם היא עומדת בפני עצמה ולא ניתן לפרש אותה באופן אחר (כי סף ההרשעה היא מעל כל ספק סביר). כך שאם ניתן להציע פרשנות אחרת, העדות הנסיבתית לא תהיה כבילה.

**דרישה 2: אין אדם משים עצמו רשע – אדם שמעיד על עצמו שעשה עבירה, לא נאמן ועדותו לא מתקבלת.**

בדיני ממונות – אם אדם מעיד על עצמו שהוא חייב כסף – זה קביל ונחשב כאילו אחרים העידו על כך. בדיני נפשות (ובשאר העבירות) – העניין הפוך, אם אדם מעיד על עצמו שעשה העבירה העדות לא נחשבת. זה בניגוד למשפט הישראלי ולמעמד הגבוה של ההודאה כיום. במשפט העברי, הודאה לא נחשבת דבר מתוך הנחה שהאדם לא יסגיר את עצמו. יש לכך 2 סיבות:

* **חוסר מהימנות** – הנחת היסוד היא שאדם לא יעיד על עצמו דבר רע, אם הוא יעשה דבר כזה התחושה היא שהוא לא נאמן לעצמו ולכן העדות לא מהימנה.
* **קדושת החיים -** אין אפשרות לייחס מהימנות לעדות של אדם על עצמו, כי החיים שלו על כף המאזניים. לא ניתן לידון אותו על עדות שלו בעבירה שיכולה להביא לעונש מיתה. אולם בדיני ממונות יש ציפייה כזאת – תהיה מהימנות לעדות. כי הוא יכול לתת את הכסף במתנה לחבר, לא צריך משפט. זה בידיו.

**דרישה 3: כשעדים סותרים את עצמם אפילו בפרטים הקטנים, עדותם לא מתקבלת.**

סתירות גדולות- למשל, סתירה בנוגע למיקום, למועד, טווח זמנים של הנעשה וכו'.

סתירות קטנות- משנה סנהדרין ה, ב: יש לבדוק את הגרסאות של העדים טוב מאוד, ככל שהדיינים ירבו לבדוק את העדים יהיה טוב יותר, לדקדק בפרטים הקטנים והשוליים (עוקץ התאנה), שאין סיכוי לזכור.

**ישנו הבדל בין חקירות לבדיקות:**

* **חקירות –** שאלות יסודיות לגבי העבירה,דברים שהעד צריך לדעת ואם העד לא יודע - הוא לא מבין על מה הוא מעיד. למשל: מתי? יום? שעה? מקום? במי מדובר? האם הוא מכיר את האדם? מה הוא עשה?אם העד לא יוכל לתת תשובות לשאלות הנשאלת בחקירות – העד נפסל, כיוון שהוא לא יודע על מה מדובר עדותו נופלת (אם אחד לא יודע – העדות של שני העדים בטלה).
* **בדיקות –** דברים קטנים יותר, ירידה לפרטים מדויקים יותר. למשל: מה הוא לבש? עוד פרטים ספציפיים על המקרה, דברים שלאוו דווקא העד צריך לזכור – פרטים שלא כל אדם יבדוק. אם העדים לא נותנים תשובות לשאלות שנשאלות בבדיקות עדותם עדיין קיימת.

**סתירה בין עדים –** אם שני העדים לא מסונכרנים וסותרים אחד את השני, יש כאן בעיה ועדותם בטלה. לדוגמא: אם שאלנו את העדים: מה צבע החולצה שהרוצח לבש? אחד ענה צהוב והשני לא יודע – זה בסדר. אבל אם אחד ענה צהוב והשני ענה חום (בהנחה שהוא לא עיוור צבעים) – יש כאן בעיה וזה מפיל את העדות. זהו האמצעי שבבסיסו ניתן להפיל את העדות. העדות של שניהם נפסלת כיוון שלא ניתן לדעת מי צודק.

**משנה –** בדיני נפשות צריך לבדוק הרבה, עוקצי תאנים – בדיקה האם התאנה צומחת למעלה או למטה (פשע שנעשה מתחת לעץ התאנה וזו השאלה ששאלו).

**משנה, סנהדרין ה,ב**

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

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

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

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

**הטלת עונש המוות: דרישות דיוניות**

בניגוד לסדר הדין שלנו כיום בו מדברים על חקירות העדים, מעצרים, הגשות כתבי אישום וכו',. כאשר מגיעים אל ההכרעה השיפוטית – מדובר בקופסא שחורה שאין לגעת בה. במקרא, דווקא בהכרעה השיפוטית יש עיסוק נרחב בדיון ובתהליך, יש ניסיון להתערב ולמשטר את התהליך (בשונה למה שנהוג כיום).

ישנן כמה דרישות לגבי ההליך של ההרשעה. דרישות דיוניות – כיום, במשפט הישראלי, בד"כ הפרוצדורה הפלילית (סד"פ) נעצרת עד פסק הדין. כאשר השופטים ראו את הראיות ושמעו הכול, החוק נשאר בחוץ ולא עוסק בשלב זה. במשפט העברי, מנסים לעצב את הדיון לאחר שהוא נגמר, תוך כדי הדיון של השופטים ניתן לעשות דברים מסוימים.

"משפט אחד יהיה לכם" – יש נהלים מסוימים שמאחדים את כל תחומי המשפט, גם דיני ממונות וגם דיני נפשות. בדרישה וחקירה – צריך לחקור את העדים היטב, אין לנו רשות להקל למשל בדיני ממונות בגלל שזה רק כסף, גם שם יש צורך לדון כראוי. **מהו בכל זאת ההבדל בין דיני ממונות לדיני נפשות?**

*משנה, סנהדרין ד, א-ב*:

1. **דמיון**- חקירת עדים היא עניין שרלוונטי לכל הדינים באשר הם (ממונות, נפשות וכו'). צריך לדרוש מעדים "חקירה", ולבדוק כל מה שטעות בדיקה.
2. **שוני**- מבחינים בין דיני ממונות- סעד כספי (פיצוי) לבין דיני נפשות- עונש מוות.

* הרכב השופטים: **דיני ממונות**- נדרשים ל-3 דיינים (כספים, נזיקין); **דיני נפשות**- 23 דיינים.
* פתיחת הטיעונים משפטיים (לאחר הראיות): **דיני נפשות**- פותחים את הדיון לזכות = טיעונים לטובת הנאשם (זיכוי). **דיני ממונות**- פותחים לזכות או לחובה, גם וגם. אפשר לפתוח את הדיון בטענות התביעה או ההגנה. בד"כ, מתחילים מן הגדול בחוכמה כדי לגרום ליעילות שיפוטית, מביאים את השאלה לאדם החכם ביותר והוא קובע את מסגרת הדין. בדיני נפשות – יש עניין לא לפטור אף צד מהדיון, חוששים שהקטנים יהיו מושפעים מדעתם של הגדולים ולא יביעו את עמדתם האמיתית. כדי למנוע מצב כזה, בדיני נפשות דווקא הקטנים מדברים קודם, נותנים פתחון פה לכל אחד מההרכב.
* הכרעת הדין: **דיני ממונות**- מספיק פער של 1 (2 מול 1) בשביל לזכות או לחייב; **בדיני נפשות**- פער של 1 כדי לזכות, אבל בשביל להרשיע צריך פער של 2.
* גילוי ראיה חדשה: במקרה והתגלתה לפני הביצוע של פסק הדין, ראיה חדשה. **בדיני נפשות**- אם יצא אשם והראיה מזכה אותו, יש להחזיר אותו לבית הדין לדיון נוסף בהתחשב בראיה; אם יצא זכאי והראיה היא לחובתו (מרשיעה)- הוא נשאר זכאי, לא פותחים את הדיון מחדש.
* התערבות בדיון: תלמידי הדיינים שנוכחים במשפט ושומעים את כל העדויות. כל אדם שיש לו ידע בתיק, יכול ללמד זכות על הנאשם או על הנתבע. **דיני ממונות**- יכולים העלות טיעונים לחובה או לזכות. כמו כן, יכולים להתהפך כמה שרוצים. **דיני נפשות**- יכולים להעלות טיעון רק לזכות הנאשם. אם התלמיד אמר "זכאי" הוא לא יכול להתהפך ולהעלות טענות של "אשם".
* שינוי דעה לגבי זכות/חובת הנאשם – **בדיני נפשות**, כאשר הדיינים מביעים את עמדתם, מי שלימד זכות על הנאשם לא יכול לשנות את דעתו וללמד עליו חובה (להפך כן). מדוע? כאשר מדובר בשינוי דעה תוך כדי הדיון – אין אפשרות, שינוי דעה בהכרעת הדין – יש אפשרות. בהכרעה הסופית יש לכל דיין את הזכות לגבש את דעתו ואכן יכול להיות שדעתו תשתנה, אך תוך כדי הדיון אין אפשרות לשנות את הדעות – זאת על מנת להגן על הנאשם.
* אם אחד התלמידים בבית הדין רוצה ללמד חובה על הנאשם – משתיקים אותו ולא נותנים לו את הזכות לכך. אם אחד התלמידים רוצה לדבר לזכות הנאשם – מכבדים אותו, מצרפים אותו אליהם ונותנים לו לדבר. ז"א, אם התלמידים רוצים ללמד חובה – לא מאפשרים להם, אם רוצים ללמד זכות – מאפשרים להם. מדוע? לאחר הצגת הראיות, הנטייה הטבעית היא ללמד חובה על הנאשם ולהתמקד בבעיות. כאשר באים ומלמדים זכות לאחר הצגת הראיות – מדובר במעלה מיוחדת.
* גם לנאשם עצמו מקשיבים כשרוצה ללמד עליו זכות – זה מקום שאין לעו"ד מעמד כה חשוב, מי שחשוב הוא הנאשם. לכן הוא יוכל לדבר כל עוד באמת יש לו מה לומר והוא מגיע עם טענות מוצקות ולא רק מנסה להשתחרר מהאשמה.
* סיום ההליך: **בדיני ממונות**- יכולים לסיים באותו היום, ולהכריע בלילה. **בדיני נפשות**- לא לענות דין, לפסוק כמה שיותר מהר. לא דנים לחובה באותו יום; לא יגזרו את דינו של הנאשם באותו יום שהחליטו שאשם, אלא ימשיכו לחשוב ולערער בעניין וההכרעה הסופית תהיה רק יום למחרת.
* הכרעת הדין: **בדיני ממונות**- הדיין הגדול ביותר פותח את הכרעת הדין. לעומת זאת, **בדיני נפשות**- מתחילים עם הדיינים הקטנים. למה? כדי שאם יטענו לזכות זה יכול להתפתח (אולי יטענו בהמשך לחובה), ואם טוענים לחובה, אפשר יהיה 'לנפנף' אותם. הכל כדי שהדיין הגדול לא ישפיע על כל השאר.

**משנה, סנהדרין ד, א-ב**

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

מה בין דיני ממונות לדיני נפשות?

דיני ממונות בשלשה, ודיני נפשות בעשרים ושלשה.

דיני ממונות פותחין בין לזכות בין לחובה, ודיני נפשות פותחין לזכות ואין פותחין לחובה.

דיני ממונות מטין על פי אחד בין לזכות בין לחובה, ודיני נפשות מטין על פי אחד לזכות ועל פי שנים לחובה.

דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה, דיני נפשות מחזירין לזכות ואין מחזירין לחובה.

**משנה ב'**

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

הרחבה על הדרישות הדיוניות:

1. **משנה, סנהדרין ה,ד:****"דיני נפשות פותחין לזכות ואין פותחין לחובה"**- אם אין סתירות, מתחילים את הדיון באור של זכות. ישתיקו אותו עד אם רוצה ללמד חובה (בנפשות ניתן לטעון רק לזכות). כמו כן, עד לא יכול לשנות את דעתו – משתיקים את העד (או התלמיד) שרוצה להעיד טיעון נגדי לטיעון הראשון שהעלה. את הנאשם לא מעלים לביה"ד, אבל כן שומעים לו – יכול ללמד על עצמו זכות. *נותנים לו לייצג את עצמו, ואם אומר דברים של טעם שיכול להתמודד עם הדברים של העדים, יש לזה חשיבות וביה"ד ישמע לו.*

**משנה, סנהדרין ה,ד**

אחר כך מכניסין את השני ובודקין אותו. אם נמצאו דבריהם מכוונין, פותחין בזכות.

אמר אחד מן העדים יש לי ללמד עליו זכות, או אחד מן התלמידים יש לי ללמד עליו חובה, משתקין אותו. אמר אחד מן התלמידים יש לי ללמד [ עליו ] זכות, מעלין אותו ומושיבין אותו ביניהן ולא היה יורד משם כל היום כולו. אם יש ממש בדבריו, שומעין לו. ואפילו הוא אומר יש לי ללמד על עצמי זכות, שומעין לו, ובלבד שיש ממש בדבריו.

1. **"דיני נפשות מחזירין לזכות ואין מחזירין לחובה"**- מה עושים כשבא טיעון חדש לטובת הנאשם (מלמד לזכות) לאחר גזר הדין? בדיני נפשות- כדי לזכות מותר להחזיר את הדיון לביה"ד. אבל אם מגיע טיעון שמלמד חובה, אסור להחזיר.
2. הרציונל:"ונקי וצדיק אל תהרוג"- המשמעות הפשוטה, צריך להיזהר להרוג אנשים חפים מפשע.
3. הרחבה: חז"ל לומדים ממנו יותר: 1) אם אדם יצא **חייב**, והגיע אדם אחר ללמד עליו זכות (לטעון לטובתו) אז יש להמשיך את הדיון. הסבר: אם יש אפשרות שהוא "נקי", לא נהרוג אותו. נדון בדבר, נברר אותו. 2) אם אדם יצא **זכאי** והגיע עד שטוען להרשעתו (מלמד חובה), לא מעוררים את העניין מחדש. הסבר: יש סיבה למה הדיינים החליטו שהוא לא צריך למות. המשמעות של "נקי" = חף מפשע, וצדיק = זכאי.
4. *משנה, סנהדרין ו,א*: אם נגמר הדין והאדם הורשע, רוצים לסקול אותו. בית הסקילה היה ליד ביה"ד, כדי שאם רגע לפני הסקילה הוא יטען לזכות עבורו, יחזירו את הדיון לביה"ד. אם רוצים ללמד זכות יש לשאול "על מה?" אם שווה להתייחס לשאלה זו. יתייחסו לנסיבות מקלות, טענות לגבי העדים, הפרשנות. אם הדיון חוזר לביה"ד, מוציאים כרוז שמזמין את הציבור ללמד זכות על הנאשם. ממצים את הדיון עד כמה שניתן, כל עוד יש טענות עם מידה של סבירות.

\*משקף את השאיפה ליישום העונש במידה הפחותה ביותר, להאריך את הדיונים.

**משנה, סנהדרין ו, א**

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

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

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

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

1. **"דיני נפשות גומרין בו ביום לזכות וביום שלאחריו לחובה.."***-* לא מוציאים להורג באותו יום.

**משנה, סנהדרין ה,ה***:* לפי חז"ל, ברגע שברור שהאדם זכאי אסור לענות את הדין, אלא לסיים את הדיון בצורה מהירה כמה שניתן. אולם אם קובעים שהוא "חייב", דהיינו אשם ולכן צריך לגזור עליו עונש מוות, הם יעבירו את הכרעת הדין לעונש המוות למחרת. יחכו לילה. במהלך הליל, הדיינים היו ממעטים להתעסק בהנאות אלא הירבו בדיונים בעניין וחשבו איך אפשר למנוע את עונש המוות של הנאשם.

הדרישות הדיוניות הנזכרות במשנה לגבי דיני נפשות הן משני סוגים: מה מוביל את הסיפור?

1. **דיון מעמיק ויסודי**- דרישות הבאות להעניק כובד ראש מיוחד לדיון הנוגע בחיי העבריין (למשל הרכב השופטים, הדיין הגדול פותח את הדיון, להתערב בדיון וכו').
2. **רצון להמעיט בעונש עצמו**- להציל את הנאשם. דרישות הבאות לצמצם את האפשרות של עונש המוות (לחכות עם גזר הדין למחרת).

*\*ישנן דרישות מסוימות המשרתות את שתי התכליות הללו (למשל, פתיחת הטיעונים משפטיים).*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | הענקת כובד ראש לדיון | צמצום עונש המוות |
| הרכב של 3 מול 23 | ✔ |  |
| פותחים בזכות ולא בחובה |  | ✔ |
| מטים לפי 2 לזכות | ✔ | ✔ |
| החזרה |  | ✔ |
| מתחילים מהקטן | ✔ | ✔ |
| הכל מלמדים זכות |  | ✔ |
| מעבר מזכות לחובה |  | ✔ |
| דנים ביום וגומרים ביום | ✔ |  |
| ביום לזכות ביום שלאחריו לחובה | ✔ |  |

**הטלת עונש המוות: דרישת ההתראה**

**מהי התראה?**

על מנת להרשיע את הנאשם בעבירה יש צורך ב2 עדים. עד יהיה כשיר להתקיים כאשר עומד ב-2 דרישות: 1) ראה את המעשה 2) התריע את העבריין בטרם עשה את העבירה.

**התוספתא** מונה כמה סיטואציות: כאשר מזהירים אדם והוא שותק ולא מגיב, אפילו אם אמרו לו שהוא ימות וכן הזהירו אותו, או שהזהירו אותו על מיתה ספציפית והוא שתק – פטור, לא נקרא התראה. גם אם נראה שמשפת הגוף של האדם הוא מבין – עדיין פטור. אם הוא אומר – אני יודע הכל ועדיין עושה, צריך שיאמר "אני יודע ועל מנת כן אני עושה", שיודיע שהוא מוכן למות. אדם שמחלל שבת למרות שהזהירו אותו, הוא פטור עד שיאמר "יודע אני ועל מנת כן אני עושה".

לדרישה זו שני רכיבים:

1. **העד אומר לנאשם**: "דע לך שהמעשה שאתה עושה מחייב אותך במיתת בית דין בגלל שזו עבירה". אחרת, העד לא יהיה כשיר ולא יהיה ניתן להרשיע את הנאשם. ר' יוסי בר' יהודה: **מחמיר-** "עד שיודיעוהו באיזו מיתה הוא מת". כלומר יש לידע את הנאשם גם באיזו עונש יהיה חייב. יש 4 סוגים: סקילה, שריפה, הרג (חרב), חנק.
2. **אם מתרים בעבריין**, והוא מרכין את ראשו ואומר "יודע אני" – הוא פטור. ניתן יהיה להרשיע אותו רק אם יאמר: "יודע אני ועל מנת כן (=אף על פי כן), אני עושה". כלומר למרות שיודע, הוא עושה בכל זאת. מראה כוונה ידועה ומופרשת.

**תוצאה**: דרישת ההתראה הופכת את עונש המוות לבלתי ישים. ולמעשה, עונש המוות מבוטל באופן טוטאלי.

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

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

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

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

**מה משמעות הדרישה?**

בבלי סנהדרין, ח ע"ב: דרישת ההתראה נועדה כדי להבחין בין שוגג למזיד. "חבר" – תלמיד חכם שבקיא בהלכות טומאה וטהרה, חבר לא צריך התראה. התראה היא הדרך לוודא את היסוד הנפשי. להתראה יש עוד רכיבים ור' יוסי לא ממצה את כל תוכן ההתראה, ההתראה כוללת גם אמירה של הנאשם "יודע וע"מ כן אני עושה".

הסברים לרכיבים שונים של עניין ה'התראה':

1. **למה צריך התראה בכלל? התראה בפני העבריין בעת ביצוע העבירה***.*

**בבלי, סנהדרין ח ע"ב:** "חבר אינו צריך התראה". חבר הוא תלמיד חכם שמכיר היטב את כל הדינים בכל תחומי התורה. ואם הוא עושה עבירה, תמיד נניח שפעל במזיד, גם אם לא ניתנה התראה. ואם מדובר באדם הדיוט, נניח שפעל בשוגג אם לא ניתנה התראה. כך שאם ההתראה מבחינה בין שוגג למזיד, מטרתה- לעמוד על היסוד הנפשי של העבריין, להוכיח מעבר לכל ספק. עבור רכיב זה, מספיק שיגיד שהוא יודע.

ביקורת: חיים כהן מציע במאמרו שמטרת הדרישה היא למנוע את עונש המוות. טוען שלא סביר שהמטרה היא הבחנה בין מזיד לשוגג, שכן המקרא עצמו יודע לעשות זאת למשל בעונש גלות.

**בבלי, סנהדרין ח ע"ב**

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

העבריין צריך לומר שהוא מוכן למות על העבירה שהוא מבצע. "יומת המת" – כשהאדם עשה את העבירה, הוא כבר התיר עצמו למיתה.

1. **למה צריך שהעבריין יגיד "אף על פי כן"? מתיר עצמו למיתה**.

**בבלי, סנהדרין מא ע"א:** *על פי שניים או שלושה עדים יומת המת* – אין בי"ד ממית אדם שאינו כבר מת, לפחות במחשבתו שלו, בכך שהתיר לעצמו למיתה. מרגע זה – מותר להמיתו. לא התיר לעצמו למות, אלא בחר החיים (במפורש או במשתמע) – אסור להמיתו. אולם מי שחייב מיתה, לא יהנה מן ההפקר – אם ביה"ד לא ימית אותו אם לא התיר עצמו למות, אין זה אומר שיימלט מדין שמיים (חיים כהן, עמ' 49-50). כאשר אומר שאף על פי שהתרו בפניו הוא עדיין עושה את העבירה- בכך הוא מוכן למות, מקבל על עצמו את המיתה.

**בבלי, סנהדרין מא ע"א**

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

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

הדרישה יכולה להכשיל כל ניסיון להעניש עבריינים, זו דרישה מאוד ספציפית שכל עבריין יאמר ע"מ. אז מדוע בכל זאת קיימת דרישת ההתראה? מה הטעם לכך?

**2 הסברים לכך:**

**חיים כהן** – הסיבה היא שהחכמים רצו לצמצם את עונש המוות עד אפס, הם לא רצו את עונש המוות ולכן הטילו דרישה מרחיקת לכת.

**ואנקר** – משתמש בהסבר יותר מעמיק. במערכת משפט מודרנית הענישה היא על פי שיקול דעת של השופט, אין עונש קבוע, יש מתחם ענישה שהשופט יכול אפילו לחרוג ממנו. לשופט יש יכולת משחק לפי שיקול דעתו לפי הנסיבות, יש מתחם הלימה והשופט מתמרן בתוכו ומתאים כל עונש למקרה הספציפי. לעומת זאת, העונשים שבתורה הם עונשי חובה – כל מי שעובר עבירה מסוימת מקבל על כך עונש מסוים. עולה השאלה, מתי ענישה כזו תיהיה הגיונית? כאשר יש לנו מקרים מאוד ספציפיים, שעליהם נטיל את העונש. לעומת זאת, כשיש מקרים רבים – צריך מקום לשיקול דעת ולעונשים שונים. זה ההיגיון של חז"ל שעומד מאחורי הגדרת עונש המוות למקרים ספציפיים. הנסיבות – אדם שלא עושה את העבירה מתוך תאווה, הוא פועל נגד משהו מסוים ומורד בו, מתריס נגד ערכי החברה במודע. מדובר על פושע עקרוני מאוד, ועליו מטילים את הענישה החמורה ואת עונש החובה. רק כלפי אדם כזה העונש יהיה צודק, כלפיו התורה כתבה "מות יומת". לכן, במקרה כזה עונשי החובה יהיו מוצדקים, כי הם נוגעים למקרים ספציפיים.

**עין תחת עין – ממון (בספרות ימי בית שני)**

עונשי התורה עובדים לפי הכלל של "מידה כנגד מידה", העונש הוא מדויק ביחס לעבירה. אצל חז"ל, העונש הפך להיות בממון, ניתן פיצוי על האיבר שנפגע או ניזוק.

**פרשנות הכלל בתורה "עין תחת עין" היתה שנויה במחלוקת עוד מימי הבית השני. כך מפרשים בסכוליון (הפירוש) של מגילת תענית על יום טוב שתוקן בד' בתמוז:**

פרשנות הכלל "עין תחת עין":

בתוך ספרות חז"ל אין מחלוקת שפרשנות הכלל "עין תחת עין" מתייחס לממון, כלומר פיצוי כספי. אם הוציאו לאדם את העין, לא יוציאו את העין לאחראי לכך, אלא במקום זה, הוא ידרש לשלם פיצוי עד כמה שניתן להחזיר את המצב לקדמותו. כי את העין לא ניתן להחזיר. **אולם** פרשנותו הייתה שנויה במחלוקת בימי הבית השני בין הכתות השונות (פרושים, צדוקים, איסיים).

המחלוקת לעניין הפרשות של "עין תחת עין" מוצגת במגילת תענית:

* **הצדוקים והאיסיים** ביקשו לקיים את הכלל כפשוטו- אדם שפגע בעין של אדם אחר יפגעו בעינו; כתות אלו רוצות לעשות לפי מה שכתוב במקרא.
* **הפרושים** (חז"ל) דוחים את הפרשנות המילולית, ומבקשים לפרש את הכלל כממון; חז"ל לא מסכימים להבנה הפרשנית של התורה, שמה שכתוב - עושים. לפי חז"ל, הדברים מיושמים אחרת ממה שהם כתובים.
* **יוסף בן מתתיהו** מציע אופציית ביניים: אכן "עין תחת עין" כפשוטו, אבל אם הקורבן מסכים, אז אפשר שהעונש של המזיק יומר לפיצוי כספי.

שהיו ביתוסין אומרים עין תחת עין שן תחת שן הפיל אדם שן חברו יפיל את שנו סמא עין חברו יסמא את עינו יהיו שווים כאחד. ופרשו השמלה לפני זקני העיר דברים ככתבן...אמרו להם חכמים והלא כתוב התורה והמצוה אשר כתבתי להורותם. התורה אשר כתבתי והמצוה להורותם. וכתיב ועתה כתבו לכם את השירה הזאת ולמדה את בני ישראל שימה בפיהם. ולמדה את בני ישראל זה מקרא. שימה בפיהם אלו הלכות. יום שבטלוהו עשאוהו יום טוב.

איך ממירים את הנזק הפיזי לפיצוי כספי?

לפי חז"ל, בודקים כמה עולה עבד בלי האיבר הניזוק ועבד עם האיבר הניזוק, ובודקים מהו **ההפרש** ביניהם. זהו הפיצוי – לפי ההפרש.

עין תחת עין (ממון) זו אחת המהפכות הגדולות של חז"ל, לא הרבה דברים השתנו כמו התחום הזה (השינוי הדרסטי ביותר חל בביטולו של עונש המוות ולאחר מכן בעין תחת עין בממון). ראינו שבמקרא יש באופן עקבי עונש של מידה כנגד מידה על כריתת איבר, בספרות חז"ל רואים הליכה באופן עקבי לפיצוי ממוני.ראינו את הכתות שחלקו על חז"ל ובשבילם עין תחת עין היה עונש ממשי ולא כספי. ראינו את הביתוסין, שסברו שעין תחת עין זה פשוטו כמשמעו. **פילון האלכסנדרוני** – איש מהקהילה היהודית במצרים, עשה שילוב בין יהדות להיסטוריה. פילון מתייחס לעין תחת עין ורואה בזה את הענישה הצודקת, אין הסתייגות בנוגע לכך. הוא מדבר בעניין העקרוני, הספר שלו הוא לא ספר הלכות אלא ספר מחשבתי עם פירושים לתורה (קשה להסיק ממנו מסקנות מדויקות ומהי באמת ההלכה).

**הדגשת הצדק של "מידה כנגד מידה" גם בולטת בדברי פילון האלכסנדרוני, ממנהיגי הקהילה היהודית הגדולה במצריים בתקופת ימי הבית השני:**

בדין יהיה לגנות את הקובעים לעבריינים עונשים שלא כנגד מעשיהם- קנס על פגיעה, שלילת זכויות על פציעה וקיטוע, גירוש מן הגבולות וגלות עולם על רצח במזיד או מאסר על גנבה- שכן חוסר האיזון וחוסר השוויון עוינים למדינה הדבקה באמת. אך מורה לשוויון היא תורתנו הגוזרת כי הפושעים ייטלו את דינם כנגד מעשיהם: ברכושם, אם יזיקו לרכוש הזולת, בגופם אם יפשעו בגופו לפי החלק האיבר או החוש הפגוע; אם ישפכו את דמו היא גוזרת שיושב דמו על ראשם. שכן להטיל על הפשע עונש אחר, בלי שום קשר עמו אלא נבדל ממנו בסוגו, הרי זה שייך למבטלי החוקים ולא למקימיהם. אנו אומרים זאת מתוך הנחה שגם הנסיבות דומות. הרי אין זה היינו הך להרביץ מכות על אדם זר או על אב, לגדף נשיא או הדיוט, לעבור על איסור במקום חולין או במקום קודש בחג, בעצרת, בעת קרבן ציבורי..את כל הנסיבות כעין אלו צריך לחקור להחמרת העונש או להקלתו. **(פילון האלכסנדרוני, על החוקים לפרטיהם 181-183)**

אמנם, פילון מוכיח את הצדק הרב שיש בפשוטו של מקרא. אך מצד שני, מדגיש שהכל תלוי בנסיבות ספציפיות,כך שקשה לדעת מה עמדתו הלכה למעשה.

עמדה ברורה הרבה יותר אנו מוצאים אצל **יוסף בן מתיתיהו**, ב"קדמוניות היהודים", אשר מציע סוג של פשרה בין **"עין תחת עין"** לפי פשוטו לבין העמדה שאנו מוצאים בחז"ל, אשר מצדדת בפיצוי כספי. העונש על המטיל מום בחבירו הוא עין תחת עין, כלשון הכתוב, ורק לניזוק ישנה הזכות להחליפו בקבלת פיצוי כספי מן המזיק, ולמנוע מצב שגם חבירו ילקה בגופו. עמדתו של יוסף בן מתיתיהו היא במקרה או שלא במקרה עמדתו של החוק הרומי.

**יוסף בן מתיתיהו** – היסטוריון מתקופת חורבן הבית, בהתחלה היה גר בירושלים והיה מפקד המרד בגילה. לאחר מכן עבר לרומא וקראו לו יוספיוס בפלאביוס. כתב ספרים על סיכום מצבם של יהודים ברומא ובהם פירש את מצוות התורה. יוסף כותב שהעונש הוא עין תחת עין פשוטו כמשמעו אמנם יש לניזוק אופציה לפשרה. הניזוק יכול להחליט אם ירצה לקבל פיצוי ממוני במקום להשחית את גופו של העבריין בחזרה, יש אופציה כזו אבל היא תלויה בהחלטת הנפגע. הוא סבור שקיימת האפשרות לפצות את האיבר בכופר כספי ומי שמחליט על כך הוא הניזוק. זוהי גם עמדתו של החוק הרומי ובעקבות כך העלו כלפי יוסף טענות שהוא העתיק את החוק הרומי (מתוך חנופה). המרצה סבור שהייתה פרשנות תוך יהודית והלכה לכיוון הזה היא אינה התקבלה להלכה אבל עדיין יש רמז אליה.

בספרות ימי הבית השני אין הסכמה רחבה על עין תחת עין, חז"ל ראו בה את האופציה היחידה והאמינו שהיא מהתורה שבע"פ. האמינו שזו קבלה ולא תקלה, הלכה קדומה שיש לכבד ולקבל.

**עין תחת עין – ממון: נימוקים**

**משנה ב"ק, ח, א':** את הדין חז"ל אומרים לנו במשנה. לחז"ל הייתה דרך להעריך שווי של איבר בשוק העבדים. העריכו את שווי האדם עם האיבר ואת שווי האדם ללא האיבר, ואת ההפרש היו משלמים. אז זה היה יחסית פשוט.

**משנה, ב"ק ח,א**

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

**הנימוקים לפרשנות חז"ל**: למה עדיף "עין תחת עין – ממון" מאשר ללא 'ממון'?

חז"ל מספקים לנו סברות ודרשות.

**דרשות**:

**בבלי, ב"ק פג ע"ב:**

בספר ויקרא, כ"ד מופיע הפסוק **"מכה בהמה ישלמנה ומכה אדם יומת"** ברור שהדרשה בנושא דנן לא מתייחסת לפסוק כפשוטו. הפסוק לכשעצמו, עושה הבדלה פשוט : אדם שמכה אדם למוות – **מת**, אדם שמכה בהמה – **משלם**, יש כאן הבדל ולא דמיון. זהו לימוד שנקרא **היקש**, העובדה שנזכרו בסמיכות הכאה של האדם והבהמה מעידה על כך שהם קשורים אחד לשני. נראה שכן יש דמיון בין שני הדברים: נזק שנעשה לבהמה – משלמים עליו, וגם אדם שמכה אדם אחר משלם על כך (תשלומין). רוב ההיקשים לא ברורים/קשורים אחד לשני במפורש. חז"ל מקישים מהפסוק ששני הדברים צריכים להיות שווים מבחינת אופן הפיצוי, כלומר שנזק בהמה צריך להיות שווה לנזק האדם.

לא פודים בכופר אדם שרצח אבל כן יכולים לפדות בכופר איברים שנכרתו. מי שרצח – לא ניקח ממנו כסף ונפטור אותו מעונש, מי שכרת איבר – כן. לומדים מהפסוק שהוא מתייחס רק לרוצח בלבד. עצם העובדה שהדרשה קוראת לכך כופר, מעלה את הדרישה לעובדה שאולי זו הדרשה המתאימה ליוסף מתיתיהו.

הטענה של חז"ל – עין תחת עין בממון, תמיד יש תשלום כעונש. הדרשה אומרת: לנפש רוצח לא ניקח כסף ולראשי איברים כן. יכול להיות שהמשמעות היא שעל איבר נשלם כסף אבל המונח "**כופר**" מופיע בספרות חז"ל ומתייחס לאפשרות שיש בה **בחירה.** לדוג': בשור המועד גם מופיע המושג הזה בנוגע לשור נגחן שפגע במישהו ובעליו ימות מיתה בידי שמיים. אבל, "אם כופר יושת עליו" יש לו אפשרות לשלם ולהיפטר מהעונש. בד"כ כופר היא אפשרות, ייתכן שזו הייתה מסורת הלכתית שבה הכופר בראשי איברים הייתה בחירה של הניזוק. (מתקשר לטענה של יוסף בן מתיתיהו). התלמוד כותב שאסור לקחת כופר על רצח, לעומת על נזק גוף שמותר לקחת כופר. למרות שההלכה בתורה היא שאסור לקחת כופר כלל. הוא מתיר. (יכול להיות עיגון לגישת יוסף בן מתתיהו).

**בבלי, ב"ק פג ע"ב**

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

**סברות:**

**בבלי, בבא קמא פג ע"א (ר' דוסתאי)**: סגנון של מדרש שבא להקשות על פירוש כלשהוא. יותר קל לומר שתמיד מדובר בעין תחת עין של ממש, אבל במציאות הדברים שונים. ישנם מצבים שבהם האדם שנפגע והעבריין הם לא שווים מבחינה גופנית. כלומר, אי אפשר להעניש בצורה של עין תחת עין ולתת עונש שווה על העבירה אם עוקרים למישהו עין לא רואה בגלל שהוא כרת למישהו אחר עין כן רואה (או אוזן לא שומעת לעומת אוזן שומעת). התלמוד מעלה אופציה לפיה בד"כ יהיה עונש עין תחת עין של ממש, וכשאי אפשר למדוד – ניקח ממון. ז"א, לא ניתן להשוות בין איבר של אדם אחד לאותו איבר אצל אדם אחר. התורה אמרה: "משפט אחד יהיה לכם" ולכן לא נוכל לנהוג כך ולעקור איברים לפי עין תחת עין כי אז ייווצר מצב שבו על אותה עבירה יינתנו עונשים שונים מאוד. זה יוצר מצב שאין בו שוויון בתוך החברה לגבי ענישה.

**בבלי, בבא קמא פג ע"א**

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

**בבלי, בבא קמא פד ע"א (אביי):** מייצג את הרפואה באותם ימים, מראה לנו שעקירת איבר מובילה לעוד בעיות. ה"ניתוח" של עקירת איברים יכול היה ליצור עוד בעיות רפואיות לאותו אדם ולא רצו להתעסק עם זה. זה דבר שיכול להוביל לבעיות רפואיות נוספות ואפילו למיתה, לכן מעדיפים להפוך את העונש לפיצוי כספי. התורה רוצה שיהיה עונש ושיהיה עין תחת עין, במידה ונפגע יותר מידי באדם והוא ימות יהיה עונש של עין תחת נפש. זוהי לא מטרתה של התורה ולכן זה מתקשר יותר לעניין של ממון. הפתרון של פיצוי כספי הוא יותר יעיל לנפגע וכך הוא לא ימות מזיהום/מחלה נוספת בעקבות העקירה.

**בבלי, בבא קמא פד ע"א**

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

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

**רמב"ם, מורים נבוכים ח"ג, מא:**

מדברי הרמב"ם עולה שיש הבדל בין התורה שבכתב (התאוריה) לבין התורה שבע"פ (הפרקטיקה):

התורה שבכתב בעלת היגיון מאוד ברור 🡨 צדק לפי מידה כנגד מידה, שמשקף גמולנות במובן הטהור ביותר. העיקרון "עין תחת עין" כדי להדגיש שהענישה הגמולנית היא הענישה הצודקת; כמה שתהיה יותר הלימה בין העונש לעבירה כך יהיה יותר טוב.

התורה שבע"פ (המסורת, ההלכה) שבה יש שיקולים נוספים שמביאים לסטייה מהעקרון ולכן היישום בפועל של העונש על פגיעה באיבר הוא פיצוי ממוני.

העניין של עין תחת עין חשוב כדי שנבין את התפיסה הכוללת של התורה, באה להדגיש שהענישה הצודקת ביותר היא הענישה הגמולנית. היה צורך שהכתובים ידגישו זאת כדי שנבין שזוהי התפיסה הכוללנית שהתורה תומכת בה. מזכיר את פילון הפילוסוף, השוני הוא שהרמב"ם חי בתודעה שיש פיצוי לעומת פילון שלא היה ברור לגמרי מה הוא העונש. אך העיקרון הענישתי משותף לרמב"ם ולפילון.

**רמב"ם, מורה נבוכים ח"ג, מא**

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

**מדברי הרמב"ם ברור שעל אף שנקבע באופן מעשי שהעונש על פגיעה באיבר הוא פיצוי ממוני, הרי שהכתוב השמיע לנו "עין תחת עין" כדי להדגיש שהענישה הגמולנית היא הענישה הצודקת.**

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

**האם נסקלים בעירום או לבושים?**

**משנה, סנהדרין ו, ג:** משנה שמתארת את הליך הסקילה, 4 אמות – 2 מטר.

**ר' יהודה -** מפשיטים את הנידון למוות, מכסים אותו בכיסוי קטן ואז סוקלים אותו (סקילה – דחיפה מבניין גבוה).

**חכמים** – האיש נסקל עירום והאישה לא, פוסקים אחרת ואומרים שלא מכסים את שניהם באותה צורה. את האיש יש לסקול עירום ואת האישה יש לסקול לבושה.

בפרשנות התלמוד יש לכך 2 שיקולים שמתנגשים אחד עם השני:

1. לקרב את המיתה – לא רוצים שאדם יסבול וייפצע, לכן דוחפים אותו עירום כדי שהלבוש לא יחצוץ ויהווה מגן כלשהו.
2. כבוד האדם – אם אדם נסקל עירום זה מבייש אותו עוד יותר, הלבוש שיהיה עליו יכבד אותו.

**נקבע:**

**ר' יהודה** – עושה מן פשרה, כדי לקרב את המיתה נפשיט אותם אך עדיין נכסה את האיברים המוצנעים כדי לשמור על כבודם. לאישה נביא כיסוי קצת יותר גדול מכיוון שבושתה גדולה יותר ולאיש קצת פחות, אך עדיין מדובר במשהו מינימלי.

**חכמים** – לגבי האיש - נעדיף את השיקול של מיתה מהירה וקירוב המוות, מכיוון שבושתו לא גדולה. לגבי אישה – נעדיף את השיקול של כבוד האדם וכבודה, היא נסקלת לבושה.

עולה השאלה, איך בא לידי ביטוי כבוד האדם בקטע זה? הרי לכאורה מדובר בגופה, האדם כבר מת לאחר הסקילה אז אולי יש לעסוק בכבוד המת ולא בכבודו של אדם חי. עדיין שומרים על כבודו של האדם כי האדם עדיין אדם, מדובר על מצב שמאוד קרוב למוות ועדיין לא סופי.

**משנה סנהדרין ו, ג**

היה רחוק מבית הסקילה ארבע אמות, מפשיטין אותו את בגדיו.

האיש, מכסין אותו מלפניו.

והאשה, מלפניה ומאחריה, דברי רבי יהודה.

וחכמים אומרים, האיש נסקל ערום ואין האשה נסקלת ערומה.

**התלמוד הבבלי מסביר שיש כאן שני שיקולים מתנגשים. מצד אחד, הסקילה נעשית בעירום כדי שהנידון למוות ימות מהר ולא יסבול. מצד שני, יש מקום לומר שלא יסקלו בערום מפני כבוד האדם. רבי יהודה סבור שיש לעשות כיסוי מינימלי, אך לדאוג יותר שימותו מהר. ואילו חכמים תולים זאת בשאלה האם מדובר באיש או באשה. במקרה של אשה יש להקפיד על כבודה. במקרה של איש להעדיף שימות מהר.**

**עיצוב מיתות בית דין**

**דברים יז:** נראה לנו כמו סקילה המונית, העדים מתחילים לזרוק אבנים על הנאדם ואז שאר העם מצטרף.

**דברים יז**

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

**משנה, סנהדרין ו,ד:** חז"ל מתארים את הליך הסקילה באופן אחר, הם סוברים שמדובר בדחיפה מבניין גבוה. כאשר דוחפים את האדם, דוחפים אותו על מותניו כי זו התנוחה הכי מכוסה, אם הוא נופל על הגב יש להפוך אותו כדי לשמור על כבודו. אם הוא מת – מת, אם לא מת – יש לזרוק עליו אבן על מנת שימות. רקב בסוף התהליך מגיעים לפעולה עם האבנים, מה שהיה בעבר ברירת המחדל של המוות הפך לשימוש רק במקרים חריגים. במקום זה, יש סוג של דחיפה שממנה רוב האנשים כבר מתים. יש ניסיון לשמר את כבוד העבריין בהקשר של מנח הגוף שלו ועיקרון זה אנו מוצאים גם במיתת השריפה. חז"ל לא מציגים את עונש השריפה פשוטו כמשמעו, מדובר בשריפה פנימית, משליכים משהו אל תוך האדם שנשרף בפנים.

**משנה סנהדרין ו,ד**

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

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

**רואים כאן תהליך של עידון וריסון הענישה המקראית. הסקילה הופכת ממעמד של לינץ' מאורגן לתהליך מסודר שמפחית עד למינימום את הסבל של מי שמוצא להורג.**

וכך גם במיתות בית דין האחרות. לגבי מיתת שריפה, נאמר במשנה שלא היו שורפים את הנידון למוות חי, אלא משליכים לתוך פיו פתילה בוערת והוא היה נשרף מבפנים (הימנעות מהשחתה של הגוף). לגבי מיתת החנק, לא היו תולים, אלא כורכים סודר סביב צווארו של הנידון למוות ומושכים לכיוונים מנוגדים עד שיוצאת נפשו (הימנעות מהשחתת הגוף).

לגבי מיתת החנק, חז"ל אומרים ש ביטוי **"מות יומת"** הסתמי, כוונתו היא חנק. ניתן היה לחשוב שחנק הוא תלייה, אך חז"ל שוללים אופציה זו. מה ההיגיון בכך? מדוע מות יומת הוא חנק?

**ספרא:** ר' יהודה הנשיא אומר שהפועל "מת" משמש ל2 דברים בתורה. 1) **מיתה בידי שמיים** – "יומת האיש ההוא" 2) **מיתה בידי אדם** - מיתה סתמית "מות יומת". מיתות אחרות בתורה לא מופיעות עם "מת" אלא עם השורש ס.ק.ל או ש.ר.פ, רשום יסקלו/ישרפו/הרגו לפי חרב. **רק בחנק כתוב "מת", מדוע?**

ר' יהודה טוען שיש משהו משותף בין חנק לבין מיתה בידי שמיים, בשתיהן יש מיתה יפה ששומרת על הגוף שלם. הנחת היסוד היא שמיתת שמיים היא כאילו אדם מת שלו במיטתו. \*מיתה אחרת שבה חכמים מוותרים על שלמות הגוף היא מתת חרב, כי שם אין אפשרות להרוג ולשמור על הגוף שלם. אבל את שאר המיתות מעצבים כך שתיהיה מקסימום שמירה על הגוף.

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

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

**הביטוי "מיתה שאין בה רושם" מבטא ככל הנראה אידיאל של המתה, מיתה שלא משאירה רושם בגוף ממש כמו מיתה בידי שמים שאדם מת במיטתו.**

**המיתה היחידה שחכמים מוותרים על האידיאל הזה של שלמות הגוף היא מיתת החרב משום שלא ניתן לעשות זאת.**

**איך יודעים שזה קשור לכבוד האדם?**

**מכילתא דרבי שמעון בר יוחאי פרק כא:** מדרש אבוד שהתגלה בגניזה. הדרשה היא על הביטוי "מות יומת", מיתה סתומה שלא מצוין בדיוק מה היא ולא יודעים באיזו מיתה מדובר. לומדים זאת מהפסוק "ואהבת לרעך כמוך" ואומרים "בחר לו מיתה יפה שהיא חנק". זו מיתה שאין בה רושם והיא נחשבת "יפה". הביטוי "ואהבת לרעך כמוך" מתבטא באופן שמייחסים לעבריין ובדרך שהורגים אותו, צריך לתת לו מיתה יפה ומכובדת.

בעיקרון אין קשר בין "ואהבת לרעך כמוך" לבין "מות יומת", זה נראה לנו כמו 2 פסוקים שונים ולא קשורים אחד לשני. כאשר כתוב "מות יומת", אנחנו לא יודעים על איזו מיתה מדובר וחז"ל אומרים שיש לפרש זאת בצורה ערכית. ניקח את המיתה הכי "יפה" שאנחנו מכירים וניתן אותה לעבריין. העיקרון הוא שכאשר יש לנו פסוק שאנחנו לא יודעים מה הפירוש שלו, ננסה לפרש אותו בצורה הערכית ביותר. דומה למשפט חוקתי – שבו מעצימים את הזכות כמה שאפשר, כך גם כאן ניקח את הפירוש הטוב ביותר שנוכל למצוא. כעת מובן למה חנק זו האופציה הכי "יפה" וניתן אותה במקומות שהפסוקים אומרים "מות יומת".

**מכילתא דרבי שמעון בר יוחאי פרק כא**

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

**כאן רואים ששיקול פרשני הוא "ברור לו מיתה יפה" לבחור לעבריינים את המיתה היפה ביותר שאפשר. מהפסוק "ואהבת לרעך כמוך" ברור שהדבר נוגע לכבוד האדם.**

**תליה**

**דברים כא :** במקרא – לא מלינים את הגופה על העץ אלא קוברים את הגופה. כנראה שמדובר על מה שעושים לאחר שהאדם מת, לא תולים את הגופה ולא מלינים את המת. מדוע? מכיוון שמת גורם לטומאה, וברגע שיתלו מתים בכל מקום זה יטמא את האנשים. זהו מעשה מגונה שגורם לטומאה.

**דברים כא**

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

**תוספתא ט,ו:** התליה הופכת למשהו פורמלי, אחד תולה על העץ והשני מיד מתיר.

**תוספתא ט,ו**

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

**כיצד למדו חז"ל את הפסוקים?**

**מדרש תנאים:** גם מדבר אבוד, שוחזר לפי מדרש הגדול בתימן. "לא תלין" – לא רק שלא ילין, אלא לא יהיה על העץ הרבה זמן, **לא ישהה.**

נשאלת שאלה: אולי הכוונה היא פשוט לא להלין? שלא יישן ולא יהיה כל הלילה על העץ? כתוב: "כי קבור יקברנו" – ישנם 2 ביטויים, לכאורה מספיק לומר כי קבור תקברנו ביום ההוא, מדוע הכתוב מדגיש "לא תלין נבלתו על העץ"?

כדי שלא ישהה, זה בא להוסיף לנו ולומר שלא תהיה שהות רבה על העץ. בגלל שאסור לשהות, המנהג המהודר ביותר שהיו יכולים למצוא היה לעכב את הדין של העבריין שאמור למות. גומרים את דינו סמוך לשקיעת החמה, ממיתים אותו ואז תולים אותו. ככה נוצר מצב שחייב לקבור אותו באותו הזמן. לכן מופיע גם "ביום ההוא" – כי לא ישהה מתאר מצב שבו אין הגדרה, מושג עמום.

התליה הייתה נורא קצרה, מישהו אחד היה תולה ומיד לאחר מכן מישהו אחר היה מוריד. מדוע זה נעשה בכל זאת? כי זה כתוב בתורה. משהו מאוד אופייני לחז"ל, לנסות למזג דברים סותרים ולקיים הכל מבחינה ערכית. לקיים את התליה למען "יראו וייראו" וגם לשמור על כבוד המת.

**מדרש תנאים לדברים כא,כג**

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

הפירוש של חז"ל לאפשוט וגם כאן יש אלטרנטיבה של יוסף בן מתיתיהו. הוא מפרש בצורה יותר פשוטה, אסור להלין אותו בלילה, משאירים אתו ביום שלם למען יראו וייראו.

**תרגיל אמצע סמסטר**

1. כתבו טור עמדה קצר על הנושא כיצד יכולה הענישה הפלילית במשפט העברי לשמש השראה למשפט המודרני. התייחסו בדבריכם למקרא ולספרות חז"ל. כמו כן, הבחינו בין עקרונות מהמשפט העברי שכבר השפיעו על המשפט המודרני לעקרונות שיש לדעתכם לשלב בתוכו. זכרו, ככל שתזכירו נקודות רלוונטיות רבות יותר, כך המאמר שלכם יהיה עשיר ומשכנע יותר (עד שני עמודים)
2. כתבו מאמר קצר על מעמדו של עונש המוות במשפטי העברי, תוך שאתם משווים בין המקרא לספרות חז"ל. במסגרת המאמר התייחסו למעמדה של ענישה חמורה במשפט העברי בהשוואה לענישה מקבילה בקבצי החוק של המזרח הקדום ולשוני בעקרונות המשפטיים. כמו כן, התייחסו למעמדו של עונש המוות בספרות חז"ל וההשפעה של דיני הראיות, סדר הדין ודרישת ההתראה על הענישה הפלילית.(עד 2 עמודים)

תרגיל בחירה בין 2 שאלות, מכל שאלה מצופה אחרת:

שאלה 1 – טור עמדה: לכתוב משהו מנומק על נושא אקטואלי, לשלב בו את החומר הנלמד.

שאלה 2 – מאמר: יותר לסכם את החומר, משימה יותר אקדמית. המשימה היא להשוות בין 2 קבוצות, יש במטלה שאלות רומזות אבל זה לא ממצה את הכל. חובה להתייחס אל השאלות האלו. יש ללכוד את הנקודות המרכזיות וההבדלים בין המקרא לספרות חז"ל.

* התרגיל הוא עד נושא ההתראה, אין צורך/מקום להזכיר דברים שנלמדו בשיעורים האחרונים שלא קשורים לנושא.
* העבודה בציון עובר/לא עובר, מי שעובר יקבל 100.
* הציון בעבודה על בסיס של עובר/לא עובר. מי שמקבל עובר ציונו הוא 100.
* חיילי מילואים ובני משפחותיהם מדרגה ראשונה ששירתו במהלך הסמסטר או מפונים יכולים שלא להגיש את העבודה. במקרה זה ציונם יחושב לפי ציון המבחן בלבד. על הסטודנטים הללו להודיע לי על החלטתם בהקדם. במידה ומחליטים לא לגשת, יש לצרף אישורים.

**כבוד האדם בענישה - המשך**

מדובר בנושא מאוד חשוב, יש בו תרומה רבה של המשפט העברי למשפט הישראלי. תליה – חז"ל מצמצמים את התליה והופכים אותה למשהו פורמלי, זה לא עולה מהפסוקים. התליה קיימת בפסוקים ואין את העניין של "קושר ומתיר", גם חז"ל מודעים לכך שאין את זה.

**לא כך מפרש את מצוות תליה יוסף בן מתיתיהו –** הוא נותן הסבר אחר ללא העניין של קושר ומתיר. אם כך, מה היה הבסיס לדברי חז"ל? צריך לזכור את ההקשר ההיסטורי, בתקופות שהדרשות נערכו הייתה תליה בעולם של חז"ל והתליה לכשעצמה הייתה נפוצה. התליה של חז"ל הייתה כאשר האדם כבר מת ולעומת זאת התלייה של המלכות הייתה כאשר האדם חי (תליה על צלב – צליבה). במדרש אחר, חז"ל מנגידים את התליה המקראית לתלייה שהמלכות עושה, חשוב להם להנגיד בין שתי התליות מכיוון שיש כאן הסתייגות מהאופן שבו המלכות ממיתה.

**קדמוניות היהודים ד, 265**

וירגמוהו באבנים וישאר לראווה לעיני כל למשך יום שלם ובלילה ייקבר

**דרשה נוספת על הביטוי "כי קללת א-להים תלוי" מעניקה רקע נוסף וטעם לכך שברגע שתולים את ההרוג מיד מורידים אותו:** "צלם אלוקים תלוי" – כאילו האל תלוי, התאומים הם כמו האדם שנברא בצלם האל והוא תלוי בפני כולם ויש כאן ביזיון לצלם שבו הוא נוצר (צלם אלוהים). התליה היא ביזוי עמוק של האדם וזהו בעצם ביזוי של אלוהים שהאדם נוצר בצלמו – לכן היא פסולה וצריך לעשותה אותה רק בצורה פורמלית. התליה הפכה למשהו פורמלי בלבד, רוצים לעשות את המעט שצריך כדי לקיים את המצווה ולצאת ידי חובה.

**תוספתא, סנהדרין ט, ז**

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

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

**מלקות**

חובת ההתייחסות לכבוד האדם בענישה במסגרת עונש המלקות מופיעה במפורש בתורה. גם בעונש המכות בא לידי ביטוי כבוד האדם. רואים זאת כבר במקרא – יש להגביל את עונש המלקות ל40 מלקות בלבד. ההגבלה חשובה כי אחרת יש קלון, יש ביזוי גדול לאדם ואנו לא רוצים שהוא יתבזה ויתבייש יתר על המידה. יש צורך לשים גבול לעונש הזה מטעמי כבוד האדם.

**דברים כה,א-ג**

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

**בספרות חז"ל יש הרחבה של ההתחשבות בכבוד האדם כחלק מהענישה. אין מדובר רק במס' המלקות אלא גם בהשלכות הפיסיות של המכות כמו עשיית צרכים: אדם מתוך פחד מאבד את יכולת השליטה על הצרכים שלו.**

**משנה מכות ג, יד:** מדובר על מקרה שבו מתוך הפחד מהמלקות אדם מאבד שליטה על סוגריו ועל צרכיו (רעי – גדולים, מים – שתן). ברגע שדבר כזה קורה – האד נפטר מהעונש. "נקלה אחיך לעינך" – נקלה מלשון קלון, נפסיק את תהליך ההכאה אם כבר יש לנאשם קלון מהתהליך – לכן תיפסק הענישה. ר' יהודה עושה הבחנה מגדרית – האיש ברעי והאישה במים. האיש נפטר מהמכות רק אם יש לו צואה והאישה נפטרת מהמכות כבר אם יש לה רק שתן. (הוא מחמיר). מדובר כאן בפטור משמעותי, לא רק בהפחתה מהמכות אלא הפסקת העונש בכללותו.

**משנה, מכות ג, יד**

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

**בבלי מכות כג ע"ג:** מדובר על סיטואציה שבה נהיה לאדם קלון אפילו לפני המכה הראשונה והוא כבר מאבד שליטה, במצב כזה – עדיין פטור מהעונש. "הפסקת הרצועה" – נוגע למצב שבו רצועת השוט נקרעה, אם האדם כבר נענש אז אין צורך להביא רצועה חדשה, אם האדם לא נענש אז יש צורך להביא רצועה חדשה ולהעניש אותו. (אם קיבל אחת – מספיק, קיבל את העונש שלו. אם לא קיבל אחת – יש להעניש אותו).

**בבלי מכות כג ע"א**

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

**כאן התלמוד עוסק בשאלה מתי צריך העבריין להתבזות כדי שיוכל להיפטר מעונש המלקות. לפי רש"י הפירוש של "קלה בראשונה" הוא שמי שאמור ללקות התבזה עוד לפני ההכאה רק משהונפה הרצועה. קלה בשניה הפירוש שהוא התבזה אחרי המכה הראשונה ולפני השניה. במקרים אלה פוטרים אותו משום שעל אף שבמקרה הראשון בכלל לא לקה, הרי עדין התבזה בשל מעמד ההכאה מפחד המכות. לעומת זאת, במקרה של הפסקת הרצועה אומרים שרק אם קיבל מכה אחת כבר פוטרים אותו שאז כבר התבייש מהמכה, אבל במקרה ועוד לא קיבל את המכות בכלל זה לא נקרא, שכבר התבזה.**

**בבלי כג, ע"א: אמנם, דעת האמורא שמואל באותה סוגייה, שאפילו עוד לא לקה, עצם העובדה שכבר כפתו אותו נחשב שהתבזה. ר' שמואל אומר שגם אם לא היכו אותו אפילו מכה אחת אלא רק כפתו אותו, אם הצליח להימלט – פטור. הרעיון מאחורי זה הוא שהעונש של האדם נמצא בביזוי, והאדם כבר התבזה כאשר כפתו אותו.**

**בבלי, כג ע"א**

אמר שמואל כפתוהו ורץ מבית דין פטור

**כלומר, לפי שמואל, מספיק אפילו שיכפתו אותו כדי ללקות כדי שאם מסיבה מסויימת יפסקו המלקות זה יחשב שכבר התבזה ופטור.**

**כאן רואים תופעה מעניינת, הביוש שהחל כפטור מעונש המלקות, הפך לתחליף לעונש המלקות. מספיק שהעבריין יתבייש כדי שעונש המלקות יתייתר.** עונש המכות הפך לעונש ביוש. במקרא הביוש היה פוטר מעונש המכות – לא היו נותנים יותר מידי מכות לאדם כדי שלא יתבייש יותר מידי וכדי שלא ימות. כאן מדובר על מצב שבו הביוש הופך להיות עונש – הצרכים פוטרים מעונש, הכפיתה היא הביוש והביוש הוא מספיק כעונש לאדם. העניין בעונש הוא עצם העמידה במקום של השפלה גדולה וזה מספיק. ביוש הוא דבר חמור מאוד וגם עונש המכות הוא חמור מאוד, עצם העובדה שהמכות מומרות בביוש מצביעות על חשיבות כבוד האדם. פגיעה בכבוד האדם היא חשובה ומשמעותית ויכולה אפילו להחליף עונש מכות.

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

נעבר לנושא חדש, ענייני פיצוי לעונש המוות. עונש המוות מפסיק להתקיים אצל חז"ל, והשאלה שעולה היא מה עולה בידי הפושעים? איזה פיצוי יש לנפגעים?

התשובה: **ענישה בידי שמיים**, זהו כלי שבו מפצים על ביטולו של עונש המוות. לכל אחד מהדברים שעונש המוות עבר בו פיחות – חז"ל מחזירים ענישה בידי שמיים.

הדין של 4 מיתות לא בטל:

* מי שהיה חייב **סקילה** – נופל מהגג או דורסת אותו חיה, יש עונש שדומה לסקילה החז"לית.
* מי שנתחייב **בשריפה** – נחש מכישו או נופל בדליקה, מזכיר את ארס הנחש עם הגחלת הדולקת שנזרקת אל תוך האדם לפי העונש החז"לי.
* מי שנתחייב **בהריגה** – נמסר למלכות והם הענישו אותו או ליסטים באו עליו.
* מי שנתחייב **בחנק** – טבע בנהר או מת בסרונכי (מחלת נשימה).

מי ש"בטלה" לו מיתת המוות – יש לו מיתה דומה שהוא מתחייב אליה. סדר העולם והענישה של התורה עדיין נשמרים גם אחרי החורבן. חז"ל אומרים שעדיין יש אפשרות להעניש את הפושעים וסדר העולם לא מתמוטט גם לאחר החורבן, כשאין אפשרות להעניש – המשפט חוזר לאלוהים.

**תלמוד בבלי, כתובות ל ע"א-ע"ב**

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

**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 שמיים אצל חז"ל: פתרון לקשיים ראייתיים ולאילוצים דיוניים**

אילוצים ראייתיים – חז"ל דרשו דרישות גבוהות מבחינת ראיות (מספר עדים, שלילה של עדויות מסוימות וכדומה).

**תלמוד בבלי, סנהדרין לז ע"א:** אראה בנחמה = לא אראה בנחמה. מדובר בסיפור שכבר למדנו בעבר, מישהו שרץ עם חרב נוטפת מדם ומתחתיו אדם מפרפר, נראה שאפשר להבין בקלות מה קרה כאן. כשנשאלת השאלה מי הרג אותו? התשובה היא אני או אתה, כלומר או האדם עם החרב או האדם שמצא אותו, זה מה שיחשבו אנשים מהצד מכיוון שהם לא באמת ראו מה קרה. יש צורך ב-2 עדים, והאדם שמצא אותו הוא רק אדם אחד. "היודע מחשבות יפרע מאותו האיש" – בבית הדין לא נצליח לפתור את הסיטואציה הזו, ולכן הוא ייענש על ידי דין שמיים. (בסיפור, באותה הנקודה הגיע נחש והכיש אותו – מה שמראה לנו שאכן יש עונש שמגיע משמיים).

**תלמוד בבלי, סנהדרין לז ע"א**

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

**כאן מיתה בידי שמים מוטלת כפתרון לפגם הראייתי שלא מאפשר הטלת עונש מוות.**

**מכילתא דר"י, כספא כ:** חז"ל מטילים אילוצים ראייתיים שמקשים על הטלת עונש המוות. לדוג': תהליך ההחזרה "נקי אל תהרוג" – אם מגיע לבית הדין ראיה שמחייבת את האדם לאחר שהוא כבר זוכה, אי אפשר לדון בעניין מחדש. לעומת זאת, אם מגיעה ראיה מזכה שבעקבותיה יש סיכוי לזכות את הנאשם – יש למצות את הסיכוי הזה ולדון אותו. בסופו של דבר, דין שמיים הוא לפי האמת. לכן, גם אם נחזור ונפטור את הנאשם – אם הוא באמת עשה את המעשה הוא ייענש מדין שמיים.

**מכילתא דר"י ,כספא כ**

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

**שמות כג, ז:** במקרה ומדובר בטעות שחלה בדין ובה מזכים את העבריין כאשר הוא אשם, האם גם בדין שמיים הוא יצא זכאי? התשובה היא לא. מדין שמיים הוא עדיין ייענש "כי לא אצדיק רשע", הפרוצדורות המשפטיות הן עניין שלא רלוונטי לדין שמיים.

**שמות כג, ז**

נָקִי וְצַדִּיק אַל-תַּהֲרֹג, כִּי לֹא-אַצְדִּיק רָשָׁע

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

**הסתייגות מהמעבר לדין שמיים**

מנקודת מבט כללית, היינו יכולים לחשוב שהמעבר לדין שמיים הוא דבר טוב. ענישה פלילית היא דבר קשה, במיוחד שמעורבת בה הטלת עונש מוות, לכן אולי עדיף לפטור את עצמינו מזה. יכול להיות שיראת ההוראה שמוטלת על הדיינים גורמת לכך שזה דבר טוב שלא נותנים יותר עונש מוות – זו תפיסה שלפיה המשפט הוא דבר קשה ומסוכן ובכל רגע אורבת לדיינים סכנת הטעות. אבל בחז"ל יש גם מקורות שמעלים דעה אחרת.

**תוסתפא סוטה טו, ז:** כשבטלה הסנהדרין – בטל השיר. נשאלת השאלה, מדוע יש כל כך להצטער מזה שאין בית דין? בית דין מטיל עונשים קשים, אולי זה דבר טוב שאין בית דין?

לעניין המולך, אנו יודעים שכל העובדי המולך חייבים מיתה. אם בתי הדין לא יעשו את עבודתם וימיתו אותם אז יגיע אליהם עונש בידי שמיים. "ושמתי אני את פני באיש ההוא ו**במשפחתו**" – הסיפא של התוספתא מדברת גם על משפחתו של החוטא. דין שמיים הוא חמור יותר, הוא לא דן רק את האדם החוטא בעצמו אלא גם את משפחתו והשותפים למעשה. מכיוון שדין שמיים הוא חמור יותר, לכן יש סיבה להצטער על כך שאין בית דין, כרגע נתונים לשפיטה יותר קשוחה וכוללנית. הענישה האנושית לעומת זאת, היא יותר מרוסנת. לא רוצים "שופט יודע כל" כי זהו דבר לא טוב ומעדיפים שזה לא יהיה כך, משפט בידי אדם הוא משפט שיש בו יותר חסד. (למרות שיש כאלו שיחשבו אחרת).

**תוספתא סוטה טו,ז**

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

**ויקרא כ, ד-ה:** כאן נראה תופעה הפוכה, שבה אצל חז"ל ענישה בידי אדם מחליפה ענישה בידי שמיים. תהליך הפוך כבר ראינו במקרא. בענישה המקראית, כאשר יש מגיפה על העם ויש חרון אף ה' בישראל, לא דנו רק את האנשים אלא פנחס היה צריך להרוג כמה אנשים כדי להסיר חרון אף ה'.

**ויקרא כ, ד-ה**

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

**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.**

אנו מכירים את התבנית של ענישה בידי אדם במקום ענישה בידי שמיים. כאן זה לא קשור לענישה סביבתית אלא לפטור מעונש חמור מאוד. על ידי עונש מלקות, פוטרים ענישה בידי שמיים.

**עסקנו עד עתה בעונש במעבר מדין אדם לדין שמים במקום שלא ניתן לבצע ענישה בבית דין, עתה נידרש לנושא אחר מעבר הפוך מדין שמים לדין אדם. לפני שניכנס לנושא, יש להידרש לעונש המלקות ולהרחבתו בספרות חז"ל. עונש המלקות כזכור בתורה עסק, לכאורה, בסכסוך בין שני אנשים:**

**דברים כה**

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

עונש המלקות ביסודו במקרא הוא עונש לא ברור, מתחיל עם ריב בין אנשים והעונש לכך הוא מכות. אנו יודעים שלעונש כזה אין מקום במקרא מכיוון שעקרון הענישה הוא מידה כנגד מידה. וכאן, ניתנות מכות על סכסוך עם אדם אחר. אז מה המכות באות להסביר? מה המקום של עונש המכות? חז"ל מפרשים שזהו עונש על **עבירות בן אדם למקום, על לאווים של התורה.** איך הגיעו לכך מהפסוקים? הצליבו 2 פסוקים מספר דברים והגיעו למסקנה שריב בין 2 אנשים לא חייב להיות סכסוך אזרחי בין בני אדם אלא יכול להיות בין מי שעושה את העבירה לבין העד שמעיד עליו, ואז זו כבר עבירה בין אדם למקום.

**פרשה זו קשה לאור פרשות אחרות בתורה המענישות מידה כנגד מידה על חבלות או ממון על נזק כספי. כבר הזכרנו את פירוש רד"צ הופמן שאמר שהביטוי " ריב בין אנשים" מתייחס במקום אחר בספר דברים לריב בין אדם לעד שלו. כלומר, יתכן, שהביטוי "ריב" נוגע להבדל בין גירסת הנאשם לגירסת העד, בה אמור להכריע השופט. אבל גם אם מדובר בעבירה פלילית שעליה מעיד העד, השאלה מה היא. חז"ל מפרשים שמדובר בעבירות על לאווים שבתורה.**

**ספרי דברים פרשת כי תצא פיסקא רפו**

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

**לפי דרשת הסמיכות הזאת בין פרשת המלקות ללאו של חסימה, רק חייבי לאווים שאין בהם קום עשה חייבים במלקות. אך מה לגבי לאווים שיש בהם כבר עונש אחר כמו מיתת בית דין וכרת. על כך נחלקו התנאים. הדעה שנפסקה: על לאווים שיש בהם מיתות בית דין לא לוקים. עונש המלקות מוטל רק על לאווים שאין בהם עונש אחר בידי אדם, כלומר על לאווים שיש בהם כרת או על לאווים ללא כל עונש.**

על איזה לאווין לוקים ועל איזה לא? ומי לוקה? הפס' בספר דברים אומר "והיה אם בן הכות" הכוונה היא אם הוא בר הכאה – מכאן מבינים שלא תמיד לוקים. יש מי שלוקה ויש מי שלא ולא על כל לאו שבתורה לוקים.

מי הלוקים? בסוף דברים כח' כתוב "לא תחסום שור בדישו" – השור היה טוחן את הזרעים של החיטה ואסור היה לחסום את פיו כדי שלא יאכל (צער בע"ח). בד"כ שיש הפרדה או הפסקה בין עניינים בנוסח, זה מעיד על כך שמדובר בעניין אחר ובשני נושאים שונים. בספרי התורה כתוב "לא תחסום" סמוך לפרשת המכות. חז"ל נדרשים לדבר הזה והם אומרים שהסמיכות נועדה ללמד אותנו על איזה סוג מצוות לוקים: על לאווים.

לאווים – "כך כל מצוות לא תעשה הרי הוא לוקה או כל מצוות לא תעשה הרי הוא לוקה". יש מצוות של **"קום ועשה",** לדוג' "לא תותירו ממנו עד בוקר" – קורבנות מסוימים שמהם אסור להותיר לבוקר. איך עוברים על עבירה זו? פשוט עושים, משאירים עד הבוקר. ויש מצוות של **"שב ואל תעשה"** – כדי לקיים אותן פשוט צריך לא לעשות אותם. כך גם חסימת שור, לא צריך לעשות משהו מיוחד כדי לקיים את המצווה, פשוט לא לעשות כלום (לא תעשה שאין בו עשה).

הלאווים של קום ועשה, כמו "לא תלין", הם לאווים שצריכים לעשות משהו כדי לעבור עליהן. סוג מסויים של לאווים, שרובם הם לאווים שכדי לקיימים מה שנדרש מהאדם הוא לא לעשות משהו מסוים, יש מעט מאוד כאלו. **על לאווים שבהם לא עושים כלום – לוקים.**

**המרת הכרת בעונש המלקות**

**משנה, מכות ג, טז:** שאלה שנשאלת אצל חז"ל – מה קורה אם יש אנשים שעשו עבירות ונענשו בידי שמיים והעבירות האלו הן לאו של חסימה? למשל חילול שבת, "לא תעשה כל מלאכה" – לאו חסימה – כדי לקיימו פשוט צריך לעשות שום דבר. לכאורה נראה שצריך לתת על זה מכות אבל יש על כך עונש מוות. מה קורה עם חייבי כריתות שלקו? הם לא חייבים כרת יותר אם הם לקו, אדם שחייב (אפילו כרת) ויוצא מכלל ישראל, ברגע שהוא לוקה – נחשב אחיך.

**משנה, מכות ג,טו**

כל חייבי כריתות שלקו, נפטרו ידי כריתתן, שנאמר (דברים כה, ג) ונקלה אחיך לעיניך, כשלקה הרי הוא כאחיך, דברי רבי חנניא בן גמליאל

ספרי דברים: "מי שלקה הרי הוא כאחיך", כל הזמן הרשע נקרא רשע וברגע שהוא לוקה הוא נהפך ל"אחיך". מה ההסבר לכך? עונש המכות משנה את הסטטוס שלו מרשע לאח, מרמז על כך שהוא נפטר מהכרת שלו.

**סיפרי דברים פי' רצו**

 דבר אחר "ונקלה אחיך לעיניך", משלקה הרי הוא אחיך. מיכן אמרו כל חייבי כריתות שלקו נפטרו מיד כריתם.  רבי חנניה בן גמליאל אומר: כל היום הכתוב קורא אותו רשע, שנאמר "והיה אם בן הכות הרשע" אבל משלקה הכתוב קורא אותו "אחיך" שנאמר "ונקלה אחיך"

**כאן רואים הלכה ודרשה המורות על מעבר מעניין הפוך מדין שמים לדין אדם. חייבי כריתות שלקו נפטרו מידי כריתן. רבי חנניה בן גמליאל מבסס זאת על דרשת פסוק, אולם עדיין לא ברור מה עומד מאחורי האפשרות הזאת.**

**ירושלמי, סוטה ב,א**: מקור בירושלמי שמדבר על קורבנות. יש בתורה קורבנות שבאים על חטאות ואשמות, נובעים מסיבות לא טובות (בניגוד לעולה, כאן מדובר על כפרה על חטאים). בחטאות ובאשם אין נסכים, אין יין שמנסכים על הקורבנות. מדוע? לא רוצים שקורבן של חוטא יהיה מהודר ויראה יפה, זהו קורבן של חטא ואין צורך להתהדר בו. צריך לזכור את ההקשר של הקורבן ומדוע הוא הוקרב.

מה בנוגע למצורע? בקורבן שלו יש נסכים, אולי נאמר שהוא לא חוטא אלא רק חולה? לצרעת יש הקשר של חטא, אז מדוע הוא כן מביא נכסים? מכיוון שהתייסר, מה שמאפשר את הבאת הנסכים הוא העובדה שהמצורע התייסר. צרעת מביאה איתה ייסורים רבים, כאב ובדידות והייסורים הללו מכפרים על החטא.

**ירושלמי, סוטה ב,א**

תני ר' שמעון בן יוחי מפני מה אמרו כל החטאות והאשמות שבתורה אין טעונין נסכים? שלא יהא קרבנו של חוטא נראה מהודר. התיבון (הקשו) הרי חטאתו ואשמו של מצורע. אין תימר (אם תאמר) שאינו חוטא האמר (הרי אמר) רבי יצחק (ויקרא יד) זאת תהיה תורת המצורע. זאת תורת המוציא שם רע. אמר ליה (לו) מכיון שנתייסר וכתיב (דברים כה) ונקלה אחיך לעיניך כמי שאינו חוטא.

**הדרשה הזאת לומדת מהפסוק של "ונקלה אחיך לעיניך" שיסורים מכפרים על עוון. דרשה זו איננה נובעת מפשט הפסוק משום שאין הוא עוסק בכך אלא היא נובעת מדרשת רבי חנינה בן גמליאל שראינו בשיקופית הקודמת. מה שמעניין מאד שדרשה זו לומדת שהנחת היסוד של רבי חנינה בן גמליאל היתה שייסורין מכפרים על עוון. כלומר, אין מדובר כאן רק על עניין דרשני של "רשע" מול "אחיך" אלא על תפישה עקרונית.**

תפישה זו של ייסורים מכפרים על עוון ופוטרים מעונש בידי שמים אנו מכירים ממקורות אחרים בספרות חז"ל. המיתה בידי שמיים יכולה להיות גם ייסורים קטנים, כאן יש תהליך שבו ייסורים בידי שמיים ממירים מיתה בידי שמיים. עונש המכות הוא סוג של ייסורים יזומים, בני האדם מייסרים את העבריין ומכפרים לו על העונש הגדול של כרת. נוצרה תפיסה שלפיה עונש יזום של מלקות בידי אדם יכול לפטור עונש מידי שמים. זהו מישור נוסף של ענישה בידי אדם שמחליפה ענישה בידי שמיים.

**ירושלמי, סוטה א,יז**

מניין לפרוטות קטנות שהן מצטרפות לחשבון מרובה תלמוד לומר "אחת לאחת למצוא

חשבון". בנוהג שבעולם אדם נכשל בעבירה שחייבין עליו מיתה בידי שמים מת שורו אבדה

תרנגולתו נשברה צלוחיתו נכשל באצבעו והחשבון מתמצה.

**החידוש של רבי חנינא בן גמליאל לפי פירוש זה הוא שיסורים מכפרים על עוון ופוטרים מעונש בידי שמים תקף גם במקרה של יסורים יזומים בידי אדם כמו עונש המלקות.**

**ענישה לצורך השעה ותיקון החברה**

אצל חז"ל יש ענישה לצורך השעה, לא מדובר בענישה מדין תורה אלא בענישה שמטרתה להתמודד עם הפשיעה ולתקן את החברה. ענישה בעלת מטרה פרגמטית שלא באה לממש דין תורה. ניתן לומר שכל המשפט שלנו הוא פרגמטי והענישה היא ענישה לצורך השעה אך כאן זה שונה מהעונש כיום, לא מדובר בענישה לפי כללים.

נדון באחד המקורות החשובים לגבי ענישה זו- **בבלי, סנהדרין מו ע"א:**

**בבלי, סנהדרין מו ע"א**

תניא ר"א בן יעקב אומר שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יונים והביאוהו לבית דין וסקלוהו לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך שוב מעשה באדם אחד שהטיח את אשתו תחת התאנה והביאוהו לבית דין והלקוהו לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך:

**מהמקור הזה עולה שיש מוסד שיפוטי לענישה לפי צורך השעה שנקרא "בית דין מכין ועונשין". שימו לב, מדובר כאן על ענישה שהיא בניגוד לדין תורה ושהיא לא לפי חוק אלא על פי שיקול דעת של בית הדין האומד את הצורך החברתי דתי הקונקרטי ומחליט כיצד להגיב עליו.**

מדובר במנגנון פיצוי על ביטול עונש המוות. יש מוסד שעוסק בענישה שנועדה לעשות סייג לתורה, לחזק את הבסיס הדתי והמשפטי של החברה. לכאורה ניתן לחשוב שמדובר בסטייה מהתורה אבל זו בעצם ענישה שבאה לעשות סייג וגדר לתורה. הענישה באה כדי לתקן את המצב החברתי והדתי כדי שלא יעברו על דין תורה. המטרה היא לתקן את המצב עוד לפני שהוא התקלקל.

**2 דוגמאות:**

1. אדם שרכב על סוס ביום שבת בתקופת היוונים, מדובר על חילול די פשוט ועל עבירה על איסור מדרבנן. ועדיין, האדם מוצא להורג בפרהסיה כיוון שזלזל בשמירת שבת וחילל שבת ברבים. יכול להיות שהייתה השפעה לתקופה, שבה היו מתייוונים שהמירו את דתם היהודית ועברו ליוונים. עשו זאת כדי לחזק את שמירת השבת שהייתה רעועה באותם ימים.
2. אדם שקיים יחסי מין עם אשתו בנקום ציבורי קיבל עונש של מלקות. זהו לא איסור מהתורה אבל זה דבר לא ראוי שלא עושים, למרות שזו לא עבירה מוגדרת.

הייתה כאן ענישה לצורך חברתי דתי ספציפי. לא מדובר בענישה לפי כללים – כי היא מנוגדת לדין תורה ואין כאן כלל או חוק מסוים. בימ"ש לקח לו סמכות שיפוטית לתקן את החברה עפ"י שיקול דעת ולא לפי חוק. כאן יש עמדה יחסית נדירה בעולם המשפט, שמוסד שיפוטי שלא מתפקד לפי חוק אלא רק לפי שיקול דעת.

* המרצה סבור שזה קשור לעונש המוות, הפיצוי הוא הגמישות ותיקון עולם ע"י העולם השיפוטי לפי כללים. זהו המחיר שמשלמים על ביטול עונש המוות. מוסד ייחודי מאוד שנקרא "בית דין מכין ועונשין" אחראי על מצב שבו ביה"ד לוקח על עצמו את המשימה של תיקון החברה, ועל סמך שיקול דעתם הם קובעים עונשים. אפילו עונשים שלא כתובים בתורה על עבירות שלא כתובות בתורה.
* בימי הביניים המוסד הזה הפך להיות בעל חשיבות מרובה. חלק המשיכו במתכונת של אותו המוסד וחלק המשיכו אותו בצורת מוסד של תקנות. לפי התקנות שפטו עבריינים, היו נורמות ברורות ועונשים על הנורמות האלו. זה הפך להיות "מוסד תחיקתי" – מוסד שמחוקק ולא מוסד ששופט לפי שיקול דעת (מנחם אלון).
* בספרות חז"ל, אי אפשר לומר שמדובר במוסד חקיקתי. מדובר במוסד שיפוטי שהתפקיד שלו הוא לשפוט לצורך השעה. לא מדובר בתקנות אלא בבעיות מקרים ספציפיים. מדובר במקרים שהם לא חוקיים, המוסד כביכול עובד לא עפ"י חוק ולפי שיקול הדעת של השופטים והדיינים. זהו משהו מרחיק לכת שלא נרצה בעתיד המודרני, מכיוון שיש מקום לשיקול דעת של שופטים אבל יש לתחום אותו. עקרון החוקיות – כך תוחמים את שיקול הדעת של בימ"ש בנוגע למשפט הפלילי.

**בבלי, סנהדרין כז ע"ב**

דבר חמא קטל נפשא, אמר ליה ריש גלותא לרב אבא בר יעקב: פוק עיין בה, אי ודאי קטל - ליכהיוהו לעיניה [בר חמא הרג את הנפש. אמר ראש הגלות לרב אבא בר יעקב: צא עיין בדבר. אי ודאי הרג, הכהה את עיניו.

**תלמוד בבלי מסכת סנהדרין דף נח עמוד ב**

אמר ריש לקיש: המגביה ידו על חבירו, אף על פי שלא הכהו - נקרא רשע, שנאמר "ויאמר לרשע למה תכה רעך", למה הכית לא נאמר, אלא למה תכה, אף על פי שלא הכהו נקרא רשע... רב הונא אמר: תיקצץ ידו, שנאמר "וזרוע רמה תשבר". רב הונא קץ ידא.

**בשני המקורות הללו אנחנו פוגשים בעונש חדש שאיננו מופיע בתורה בהקשר של רצח או הכאה, כריתת אברים. חלק מהפרשנים בימי הביניים פירשו שמדובר בענישה מטעם בית דין מכין ועונשין, אבל אין בכך הכרח. יתכן, שמדובר בענישה מטעם ראש הגולה או בענישה הנלמדת מפסוק.**

מדובר על אדם שאיים על אדם אחר, הגביה את ידו. הוא רק הרים את ידו לכיוון חברו וכבר נקרא רשע. כתוב למה תכה? כי הוא עדיין לא היכה, אבל כבר נקרא רשע. רב הונא אמר על כך (על אדם שמרבה ורגיל להכות) "תיקצץ ידו" – צריך לכרות לו את היד, שנאמר זרוע רעה תישבר. רב הונא קץ ידא – הוא אכן קיים זאת.

רש"י: זהו עונש שאנו לא מכירים, פרשנים פירשו שמדובר בבית דין מכין ועונשין.

בעלי התוספות: לא מדובר על ענישה מטעם בי"ד מכין ועונשין אלא ענישה שחכמים למדו מהפסוק: "זרוע רמה תישבר". מתאים לעקרון הגמולני של מידה כנגד מידה. האיבר שבו אתה עושה עבירה הוא האיבר שיקוצץ. זה לא חייב להיות בי"ד מכין ועונשין, יכול להיות שמדובר במשהו עצמאי.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף פג עמוד ב**

רבי אלעזר ברבי שמעון אשכח לההוא פרהגונא דקא תפיס גנבי, אמר ליה: היכי יכלת להו, לאו כחיותא מתילי? דכתיב בו תרמש כל חיתו יער.., דלמא שקלת צדיקי ושבקת רשיעי? - אמר ליה: ומאי אעביד? הרמנא דמלכא הוא! - אמר: תא אגמרך היכי תעביד; עול בארבע שעי לחנותא, כי חזית איניש דקא שתי חמרא וקא נקיט כסא בידיה וקא מנמנם שאול עילויה, אי צורבא מרבנן הוא וניים - אקדומי קדים לגרסיה, אי פועל הוא - קדים קא עביד עבידתיה, ואי עבידתיה בליליא - רדודי רדיד. ואי לא - גנבא הוא, ותפסיה. אישתמע מילתא בי מלכא, אמרו: קריינא דאיגרתא איהו ליהוי פרונקא. אתיוה לרבי אלעזר ברבי שמעון, וקא תפיס גנבי ואזיל. שלח ליה רבי יהושע בן קרחה: חומץ בן יין, עד מתי אתה מוסר עמו של אלהינו להריגה! - שלח ליה: קוצים אני מכלה מן הכרם. - שלח ליה: יבא בעל הכרם ויכלה את קוציו. [רבי אלעזר בן רבי שמעון מצא פקיד אחד שתפקידו היה לתפוס גנבים. איך מצאת אותם? הרי נמשלו לחיות "בו תרמוש כל חיתו יער". שמא תפשת צדיקים והשארת רשעים. אמר לו: ומה אעשה? צו המלך הוא. אמר לו: בא אלמד אותך כיצד תעשה. לך אחר ארבע שעות לחנות (בערך בשעה 10:00 בבוקר) אם תראה אדם ששותה יין ומחזיק את הכוס בידו ומתנמנם שאל עליו. אם תלמיד חכם הוא הרי הקדים לקום וללמוד, אם פועל הוא הרי הקדים לעבוד. אם עובד בלילה, הרי מרדד חוטי נחושת. ואם לא- גנב הוא ותפוש אותו. נשמע הדבר בבית המלך אמרו: קריין האגרת יהיה השליח. הביאו את רבי אלעזר בן רבי שמעון (בפני המלך) והיה תופס גנבים (את ההמשך ראו במקור).]

**כאן ברור שהענישה החמורה של גנבים היא מטעם המלכות. רבי אלעזר ב"ר שמעון משתף פעולה עם המלכות הנוכרית כדי להוציא להורג את הגנבים. המחלוקת בינו לבין רבי יהושע בן קרחה היא בדיוק בלגיטימיות שיש בשיתוף הפעולה עם המלכות כאשר המסירה גורמת למיתת הגנבים בניגוד לדין תורה. מהסיפור של רבי אלעזר בן רבי שמעון רואים שאין הקפדה על דיני הראיות אלא מסתמכים על שיקול דעת מעשי פרגמטי**

מקור שמדבר על שת"פ של חכמים למערכת הענישה הנוכרית, יש כאן התערבות של חכם והוא אפילו מציע לנו דיני ראיות לצורך השעה. "בו תרמוש כל חייתו יער" – משפט מברכי נפשי, הלילה זה המן של החיות – הן עושות מה שהן רוצות ובני אדם לא מטפלים בהן. רבי אלעזר (בנו של הרשב"י) ממשיל אותן לגנבים.

הפקיד אומר שהוא חייב לעשות את זה כי המלך מצווה, והוא פשוט תופס אנשים אקראיים. הוא צריך למלא מכסה מסוימת ולכן תופס את מי שהוא תופס. ר' אלעזר אומר לו מה לעשות: תבוא ב4 שעות – בערך 10 בבוקר, לחנות (מקום שאפשר לקנות בו אוכל או שתייה). אם תראה שב10 בבוקר הוא בא לשתות יין (המשקה המקובל, מים היו מזוהמים) תבדוק האם הוא מאוד עייף ומנמנם תשאל ותדבר איתו.

אם מדובר בתלמיד חכם – הוא מן הסתם התעורר מוקדם כדי ללמוד ולכן הוא עייף. אם מדובר בפועל – כנראה שהתחיל לעבוד בזריחה והא גם כבר עייף. אם מדובר באדם שעבודתו בלילה – כנראה שיש לו עבודה מיוחדת של רידוד חוטי נחושת, הוא עבד בלילה ולכן הוא עייף. ואם לא מתקיימות כל האופציות – ניתן לחשוב שזה גנב ואתה יכול לתפוס אותו. עדיין מדובר בראיות נסיבתיות מכלילות, אך יש שיפור מההתנהלות של הפקיד הקודם.

בימי הביניים מערכות המשפט היו תלויות במה שהשלטונות התירו להם לדון בו. אשכנז – לא נתנו לדון בדיני נפשות, בפשיעה חמורה, רצח, הוצאה להורג – כל אלו היו מצריכות דיון אצל הגויים. בספרד – אוטונומיה רחבה מאוד.

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

השאלה המרכזית: **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?**

גם בספרות חז"ל בקושי מוצאים ענישה של מאסר, הדבר הקרוב ביותר לכך הוא עונש הכיפה. אנשים שרצחו ולא הייתה עדות לכך או אנשים שקיבלו מכות ועדיין חטאו – היו קונסים אותם בכיפה. מאכילים אותם אוכל קצוב, הם נמצאים שם עד שימותו. הגוף עובר תהליך של היחלשות אבל זהו לא עונש מאסר רגיל. הענישה מופיעה במשנה כענישה שאמורים לעשות אותה ולא מופיעה בקייס או במקרה מסויים. עונש הכיפה קרוב יותר לעונש מוות מאשר לעונש מאסר.

גם בימי הביניים מאסרים לא היו עונש פלילי, היו אוסרים בעלי חוב עד שהם ישלמו, אוסרים סרבני גט עד שיסכימו לתת גט. לא מצאנו מקום שבו המאסר שימש כענישה פלילית. עונש המוות לא היה נפוץ כי זה היה עונש יקר, וגם אחרי שהתפתחו בתי כלא בקהילות היהודיות עדיין לא הרבו להשתמש בעונש המאסר. עונש המאסר לא כל כך מקובל ולכן מפתיעה ההשפעה של המשפט העברי על תחום זה.

**זכויות אסירים במשפט הישראלי: שלבי התפתחות:**

1. **השלב הטרום דוקטרינרי (עד 1970):** זכויות אסירים נידונו באמצעות ביקורת מנהלית על פעולת רשויות הכליאה. עד שנות ה70 כל העניין של האסירים היה נידון תחת המשפט המנהלי. אסיר היה אדם שהרשויות החליטו שעבר עבירות, הוא היה עותר והיו מבררים את עתירתו. זה היה דרך העילות הקבועות המנהליות שבהן מבקרים את פעולות השלטון.
2. **השלב הדוקטרינרי הטרום חוקתי (משנות ה70 -1992):** בשלב זה גובשה הדוקטרינה של זכויות אסירים במלואה. בשנות ה70-80 התפתחה הדוקטרינה של זכויות אסירים ושימשה כלי להגדרת זכויותיהם והגבלת רשויות השלטון והכליאה שפוגעת בהם.
3. **השלב החוקתי (מ1992 ואילך):** בשלב הזה חלק מהזכויות של האסירים זכו לחיזוק והפכו לחוקתיות. חלק מהזכויות הפכו לחוקתיות, ועדיין לא התחוללו שינויים דרמטיים. העידן החוקתי חיזק את זכויות האסירים אך לא פיתח ושינה באופן משמעותי את דוקטרינת זכויות האסירים.

**השלב הטרום דוקטרינרי (מקום המדינה עד 1970):**

**עקרונות הביקורת המנהלית בנוגע לאסירים**:

**בג"ץ 95/59 מנקס נ' נציב בתי הסוהר**

השופט: ש"ז חשין:

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

השופט חשין מגדיר את תורת ההתערבות של בית המשפט. מה שהוא אומר בעצם: לא באנו לשנות את סדרי בית הסוהר. הוא מדבר על זכויות אזרח כי האסיר הוא בעצם אזרח (עמדה מהפכנית). באמריקה האסיר חדל מלהיות אזרח, ישנו מוות אזרחי. אנחנו לעומת זאת באים להגן על הזכויות של אסיר כאזרח.

**3 אמות המידה של הביקורת המנהלית:**

1. בסמכות ולפי חוק.
2. בסבירות – מידת שיקול דעת סבירה.
3. שוויון.

שלושת העילות מורכבות מהמשפט המנהלי ושלושתן נבדקות – האם השלטונות עבדו לפי חוק, האם שיקול הדעת היה סביר, ואם חלה מדיניות שוויונית. מי שבוחן את הפס"דים באותם השנים רואה את היישום של אמות מידה אלו.

**בג"ץ 95/59 מנקס נ' נציב בתי הסוהר:**

פס"ד שבו מנהל בית כלא לקח כסף פרטי של אסיר והחזיק אותו אצלו, בימ"ש אסר עליו לנהוג כך.

1. חוק – מדובר על משהו לא חוקי.
2. סבירות – מדובר במשהו שרירותי ולא רציונלי.
3. שוויון – קיימת כאן אפליה.

**השלב הדוקטרינרי הטרום חוקתי (משנות ה70 עד 1992):**

**גזירת ליבת הדוקטרינה מעילות ההתערבות המנהליות:**

בשנות ה-70 החלו לצוץ עניינים לגבי זכויות אסירים, זכויות האדם הפכו להיות חלק מדיוני בימ"ש. זה קרה גם בראשית המדינה (קול העם/בז'רנו) אבל בשנות ה-70 הזכויות הפכו לחלק חשוב מאוד. בשנות ה-80 יש כבר דוקטרינות של זכויות אדם. השאלה העיקרית היא: איך הגיעו מהעילות לדיון בזכויות?

**בג"ץ 144/77 רמי לבנה:**

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

**עובדות המקרה:** מדובר באדם שהיה חלק מהתארגנות קומוניסטית, היה איש "מצפן" – תנועה קומוניסטית בשנות ה60-70 שסחפה אליה בעיקר נוער שמנת. חלק מהם אפילו נחשבו בעשיית ריגול ואלו אנשים שעסקו בפעילות פוליטית חתרנית. רמי ליבנה נעצר ועתר לבימ"ש בגלל סירוב של מנהל בית הכלא להכניס ספרים קומוניסטים לבית הכלא.

**טענות הצדדים:** מנהל בית הכלא לא רצה לפתוח את האסירים לדיונים בעקבות הספרים וכך יתערער הסדר בכלא. לא מדובר בספרים טרוריסטיים אלא בספרי פילוסופיה והגות שקשורים לעולם הקומוניסטי. רמי ליבנה עתר לבג"ץ וטען שמדובר במשהו לא סביר.

**פסק הדין:** בפס"ד של שופט כהן יש הכרה בכך שאי אפשר להכניס לכלא ספרי אלימות, ספרים שמדברים באופן יותר קונקרטי על ישראל ועל ריגול – לפי הש' כהן זה מוצדק. הש' כהן טיפל בעניין דרך עילת הסבירות. הוא אומר בתחילת פסק הדין שההחלטה של מנהל הכלא היא לא סבירה כי לא מדובר על דברים שיגמרו באופן ודאי לאי סדר בכלא. הם אומנם יכולים לגרום וויכוחים אבל את הוויכוחים הללו לא ניתן למנוע מהאסירים, אי אפשר לשלוט להם על הנפש והרוח.

**בג"ץ 144/74 רמי לבנה:**

כליאתו של אדם בבית-סוהר אין בה כדי לשלול ממנו חופש תנועתו. רעות רבות, הכרוכות בהכרח בחיי הכלא, מתווספות עוד על שלילת החופש. אבל בל נוסיף על הרעות ההכרחיות שאין למנען מגבלות ופגיעות שאין בהן לא צורך ולא הצדקה**...** הכליאה בבתי-הסוהר שלנו, מה שלא תשלול ותגביל את חופש הגוף - את חופש הרוח משאירה היא בעינה, ואיש אינו רשאי לשללו ולהגבילו.

בנוסף להגבלת התנועה, יש עוד דברים שהמאסר כולל אך לא פגיעות מסוג זה, הכליאה לא שוללת את חופש הרוח. כאן נראה את ההנגדה בין הגוף שעליו מוטל עונש המאסר לבין הרוח שעליה עונש המאסר לא חל. כאן משתמשים בדוקטרינה של זכויות, כאשר שלטונות הכלא פוגעות בחופש התנועה זה סביר. אבל כאשר הן מנסות לפגוע בזכויות שאין הצדקה לפגוע בהן – זה בעייתי. יש הבחנה בין זכויות שהכליאה יכולה לפגוע בהן לבין זכויות שהכליאה אינה יכולה לפגוע בהן.

**בג"ץ 355/79 קטלן:**

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

**עובדות המקרה:** אנשים שהיו עוסקים בסמים, מוציאים אותם מהגוף בדרך הטבע ואחר כך סוחרים בהם. חששו לגבי אסיר מסוים שהבריח סמים לתוך הכלא בגופו ורצו לעשות לו חיפוש פנימי. הנוהל היה לבצע חוקן ללא הסכמת האסיר זאת על מנת להוציא את הסמים. כמובן שקודם ניסו לעשות זאת ברצון, אך אם האסיר לא הסכים היו עושים זאת בכפייה.

**טענות הצדדים:** האסיר טוען שהעניין לא חוקי ובית הכלא טוענים שהם עושים את זה כדי לשמור על הביטחון.

**פסק הדין:** השופט ברק אומר שיש כאן בעיה של סמכות. לאדם בישראל יש 2 זכויות: (1) הזכות לשלמות הגוף (2) כבוד האדם. הזכויות הללו שמורות גם לאסיר, אין הבדל בינו לבין אדם חופשי מבחינת זכויות אלו. הזכויות האלו אינן נשללות מעצם עונש המאסר, החופש נשלל מהאסיר אך לא כבוד האדם. זו זכות שיפוטית, כדי לפגוע בה צריך חוק מפורש ולא מספיק נוהל של בית הכלא. לכן, נפסל העניין של החוקן.

איך מופיעות כאן זכויות? יש לנו את המצב שבו אסיר נמצא במאסר – זה מתוקף החוק, מי שעובר עבירה מקבל עונש מאסר מתוקף חוק העונשין. השאלה היא: מה נכלל בתוך עונש המאסר? וכאן מתחיל הדיון בזכויות.

יש זכויות שנפגעות מעצם עונש המאסר: חופש התנועה – האסיר נמצא בתוך תחום בית הכלא ולא יכול לצאת ממנו, חופש העיסוק – אדם היה עובד לדוג' בבנק וכשהוא בכלא הוא אינו יכול לעבוד בעבודתו, הזכות לחיי משפחה.

ויש זכויות שלא נפגעו בהכרח אז הן אינן נכללות במאסר, יש צורך בהוראה ובחוק שמתיר לפגוע בהן, אחרת אין סמכות לכך. מתוך העילה המנהלית, הש' ברק הוליד את הזכויות.

**בג"ץ 355/79 קטלן**

כל אדם בישראל נהנה מזכות יסוד לשלמות גופנית ולשמירת כבודו כאדם. זכויות אלה כלולות "במגילת הזכויות השיפוטית" - כלשונו של חברי הנכבד, הנשיא לנדוי בבג"ץ 112/77 פ"ד ל"א(3), 657 - אשר הוכרה על ידי בית-משפט זה. הזכות לשלמות גופנית וכבוד האדם היא אף זכותו של העציר והאסיר. חומות הכלא אינן מפרידות בין העציר לבין כבוד האדם. משטר החיים בבית הסוהר מחייב, מעצם טבעו, פגיעה בחירויות רבות מהן נהנה האדם החופשי אך אין משטר החיים בבית הסוהר מחייב שלילת זכותו של העציר לשלמות גופו ולהגנה בפני פגיעה בכבודו כאדם.

**בג"ץ 355/79 קטלן**

החופש נשלל מהעציר. צלם האדם לא נלקח ממנו. ביצוע חוקן בעציר ללא הסכמתו ושלא מטעמים רפואיים, פוגע בשלמותו הגופנית, מחלל את צנעתו, ופוגע בכבודו כאדם... על כן, כדי ששלטונות בית הסוהר יוכלו לבצע חוקן ללא הסכמתו של העציר, ובכך להצדיק מעשה פלילי ועוולה אזרחית של תקיפה, עליהם להצביע על הוראה חקוקה המאפשרת להם לעשות כן

**ליבת הדוקטרינה:**

**בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים**

**השופט מנחם אלון:**

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

ההנחה היא שלאסיר יש את כלל הזכויות, חוץ מאלה שנגזרות בגלל הכליאה. יש משהו פשטני בהצגה זו, יש זכויות שאמורות להישמר כמו כבוד האדם. ועדיין, יש נסיבות שמחייבות את הכלא לפגוע בהן ולכן אין זכות שנשמרת לחלוטין. השאלה היא לא האם לפגוע אלא עד כמה לפגוע בהן.

לפני העידן החוקתי – במצב שבו הכל כפוף לדין. מי שניסח את זכויות האסיר כזכות שעומדת לפני עצמה זה השופט אלון. "כאשר מצויה... מפורשת בדין"- אם יש הוראה בחוק אז אפשר לעבור על הזכות. זכויות שלא נכללות בעונש המאסר – כדי לעבור עליהן, יש צורך בחקיקה. בעידן החוקתי – צריך לעבור את מבחני פסקת ההגבלה, אם כן אז העניין חוקתי ומאושר.

שתי אפשרויות לשלילת זכויות: 1) כל זכות שנמנעת כתוצאה משלילת חופש התנועה (למשל חופש העיסוק); 2) כאשר מצויה הוראה מפורשת בדין. 🡨 אלון הוסיף אפשרות נוספת שברק לא התייחס אליה.

**בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים**

**השופט מנחם אלון:**

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

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

הדוקטרינה לא נותנת לנו הדרכה, אנחנו צריכים למצוא נוסחת איזון בין האינטרסים של מערכת הכליאה לבין זכויות האסיר.

**עע"א 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר:**

**השופט מנחם אלון:**

1. כללו של דבר. משמבקשים שלטונות בית הסוהר לפגוע בזכות מזכויותיו של האסיר, מטעמים של איזון בין זכות פלונית הנתונה לאסיר לבין חובת השלטונות למנוע הימנו את חופש התנועה ולשמור על צורכי הביטחון ובית הסוהר, לא יבואו לכלל פגיעה זו, אלא אם יש בידם הסבר והצדקה סבירים לכך, מטעמים של ביטחון הציבור וסדרי בית הסוהר, שהם ממונים עליהם **(קשר רציונלי).**
2. ומידת הפגיעה ושיעורה לא יהיו גדולים מהדרוש וההכרחי מטעמים אלה. **(מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה)**
3. וכגודל הזכות הנפגעת כך גודל הנימוקים, הדרושים להצדקתה של פגיעה זו. **(ככל שמדובר על זכות יסודית כך צריך יותר סיבות טובות כדי לפגוע בה)**

**נוסחת האיזון:**

1. קשר רציונלי – הפגיעה צריכה להיות רציונלית והגיונית לצורכי ביטחון. צריך להיות קשר וזיקה בין ההגבלה לבין האינטרס המדינתי.
2. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – הדבר הכי פחות פוגע שניתן להציע.
3. מידתיות במובן הצר - ככל שמדובר על זכות יותר יסודית כך צריך יותר סיבות טובות כדי לפגוע בה.

**יישום של דוקטרינת זכויות אסירים:**

* הזכויות הנפגעות מעצם עונש הכלא- שלילת חופש התנועה.
* הזכויות הנפגעות כתוצאה משלילת חופש התנועה: חופש העיסוק.
* הזכויות שעומדות לאסיר: שלמות הגוף, כבוד האדם.
* זכויות נוספות שעומדות לאסיר: הזכות לבחירת טיפול רפואי, הזכות להתייחדות עם בני זוג.

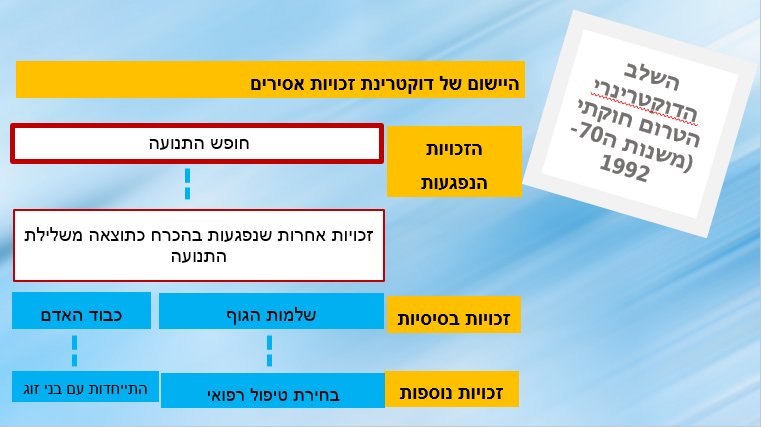
דוגמא: **פס"ד דרוויש:**

**עובדות המקרה:** מדובר באסירים ביטחוניים שלא רצו לתת להם מיתות מהחשש שיפרקו את המיטות ויהפכו אותם לכלי נשק, לכן רצו לתת להם רק מזרונים.

**טענות הצדדים:** האסירים עתרו לבימ"ש וטענו שיש כאן פגיעה בכבוד האדם. בית הכלא טען שיש חשש אמיתי לביטחון.

**פסק הדין:** הייתה מחלוקת בין השופטים:

* השופט חיים כהן – קיבל את העתירה.
* שופטי הרוב – דחו את העתירה. הסיבה הייתה העניין הבטחוני, כבוד האדם הוא חשוב אך כאשר יש חשש מבוסס לביטחון – הוא גובר על כבוד האדם. פסקו לתת להם מזרונים עבים כדי שעדיין יוכלו לישון בנוח ולא תהיה פגיעה משמעותית בכבודם, ועדיין הביטחון בכלא יישמר. זו דוגמא לנוסחת האיזון.



**מה קורה עם זכויות חדשות?**

גישה 1 (מצמצמת): זכויות חדשות הן אינן בסיסיות אז האסיר לא חייב לקבל אותן, ניתן לומר שכל זכות שהיא לא בסיסית נשללת מעצם המאסר. אפשר לראות את הזכויות הנוספות, שנגזרות מחופש התנועה. ואז לא ניתן להגן עליהם.

גישה 2 (מרחיבה): נבחן כל מקרה לגופו ונשתדל להעניק לאסיר כמה שיותר זכויות, מדיניות שבאה לקראת הזכויות של האסיר. האפשרות היא לגזור את הזכויות החדשות מהזכויות הבסיסיות וכך ניתן להצדיק את הגנתן. זה מה שהש' אלון עשה בפס"ד תמיר (זכויות הטיפול של האסיר) ובפס"ד וייל (התייחדות עם בן/ת הזוג). הזכויות הנוספות נגזרות מהזכויות שעומדות לאסיר בעת שהותו בכלא: משלמות הגוף נגזרת הזכות לבחירת טיפול רפואי; מכבוד האדם נגזרת הזכות להתייחדות. ואז צריך להגן עליהן.

\*עד 92 ישראל הלכה בגישה המרחיבה, באופן מקסימאלי.

עקרון הנורמליזציה- השופט אלון הכניס את התפיסה שיש לתת לאסיר כמה שיותר זכויות.

**השלב החוקתי (משנת 1992 ואילך):**

**מה התחדש בעידן החוקתי בתחום של זכויות אסירים?**

כלל הדברים שתיארנו עד עכשיו התפתחו לפני העידן החוקתי, לאחר חקיקת חוקי היסוד לא השתנה המון.

א. קביעת פסקת ההגבלה - עד לחקיקת חוקי היסוד אפשר היה לשלול את זכויות האסירים בהוראה מפורשת בדין. לאחר חקיקתם הוראת חוק חדשה הייתה צריכה לעבור בחינה חוקתית, האם פוגעת בזכויות הנזכרות בחוקי היסוד ובמידה וכן האם עומדת במבחני פסקת ההגבלה.

ב. מעמד חוקתי לזכויות האסיר - הפיכת חלק מזכויות האסירים לחוקתיות שינתה את נוסחת האיזון בינן לבין האינטרסים הציבוריים של מערכת הכליאה :

"ואולם ככל שהזכות הנפגעת היא חשובה ומרכזית יותר, אף המשקל שיינתן לה במסגרת האיזון בינה לבין האינטרסים המנוגדים של הרשות, יהיה רב יותר. תפיסה זו הנחתה את פסיקתנו מאז ומעולם. בזמננו, לאחר שזכויות האדם במדינתנו עוגנו בחוקי יסוד בעלי מעמד חוקתי על-חוקי, חלה עלינו חובה מוגברת לדקדק, אף יותר מבעבר, בכיבוד זכויות האדם של אסירים..." **(השופט מצא, פרשת גולן)**

עד העידן החוקתי, היה ניתן להחליט שהכנסת יכולה לחוקק חוק ששולל זכות של האסירים. ברגע שהכנסת חוקקה, הזכויות שיפוטיות כפופות לכנסת, אין אפשרות להתגבר על כך. (תקנה זה כבר יותר מסובך, יש עניין של סבירות). כיום יש לנו את מבחני פסקת ההגבלה, אם החוק לא עובר את המבחנים הוא לא חוקתי. לאחר העידן החוקתי, יש שינוי של נוסחת האיזון – זכויות חוקתיות נחשבות ליסודיות ונדרשת סיבה טובה מאוד על מנת לפגוע בהן.

**עע"א 4463/94**  **חנניה גולן** **נ' שירות בתי הסוהר**

**עובדות המקרה:** מטרת העתירה הייתה להכיר בזכותו של אסיר לפרסם טור אישי או סדרת כתבות במקומון על חיי בית הסוהר שבו הוא כלוא.

**טענות הצדדים:** האסיר טען שיש פגיעה בחופש העיסוק ומטעם בית הכלא נטען שהדבר יכול להפר את כללי המשמעת בכלא.

**פסק הדין:** בפסק דין זה קבע בית המשפט העליון כי אין להגביל את זכויות האדם של אסירים, ובהן את חופש הביטוי, אלא אם נשקפת סכנה בדרגה של ודאות קרובה לביטחון בית הסוהר או לניהול התקין שלו. חופש העיסוק הוא זכות חוקתית ולכן יש לאפשר את חופש העיסוק, נוסחת האיזון השתנה לטובת הזכויות.

**ליבת הדוקטרינה**

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

לשופט מנחם אלון היה חשוב לייחס בפסקי הדין את דוקטרינה זו למשפט העברי. נושא זה מעורר תמיהה כי כמעט שאין עונש כליאה במשפט העברי.

**אז מדוע היה חשוב לש' מנחם אלון לייחד נושא זה למשפט העברי?**

1. כי הנושא עולה מהמשפט העברי (המרצה טוען שלא).
2. מכיוון שהש' מנחם אלון היה איש משפט עברי ובכל דבר מצא את המשפט העברי (המרצה טוען שלא נכון).

**בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים**

**השופט מנחם אלון:**

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

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

דיברנו על הפסוק "ונקלה אחיך לעינך" – למרות הענישה, העבריין נחשב אח. מנחם אלון אומר שהעבריין נחשב אח כבר בעת העונש, ואילו המקור מדבר רק על לאחר ריצוי העונש. טענתו של הש' אלון: כבר במקרא קיים כבוד האדם – הפרשה מדברת על כך שצריך לא להכות את העבריין יותר מידי כדי שלא יתבזה, גם בעת העונש יש לדאוג לא לבייש אותו. הוא מחבר בין הפשט אל הדרש בפרשת המכות, וכך הוא מוציא את עקרון כבוד האדם בעת הענישה.

**משנה, מכות ג,טו**

כל חייבי כריתות שלקו, נפטרו ידי כריתתן, שנאמר (דברים כה) ונקלה אחיך לעיניך, כשלקה הרי הוא כאחיך, דברי רבי חנניא בן גמליאל .

**דברים כה**

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

הרמב"ם מדבר על ענישה שלא מן הדין, ענישה שנועדה לבער את העבירות. מקור שמדבר על עת הענישה, צריך להיזהר שלא יהיה כבוד הבריות קל בעיניו. כבוד הבריות דוחה לא תעשה של דבריהם (דרבנן). גם כשהדיין מעניש, יש צורך במידתיות ובפרופורציות. מנחם אלון אהב את המקור הזה מכיוון שהוא לא מתייחס רק ליחידים. כתוב "כבוד הבריות" – מדובר על כבוד הבריות ללא יהודים וקל וחומר ליהודים. זה קשור למשפט הישראלי שחל בשווה ליהודים וללא יהודים.

**רמב"ם, הלכות סנהדרין כד,ט-י**

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

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

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

מה הבעיה לייחס את ליבת הדוקטרינה למשפט העברי? יש כאן משהו לא לגמרי תפור. מה שנובע מהמקורות הוא שצריך לשמור על כבוד האדם של העבריין בעת הענישה. מה לא עולה? שיש לשמור על כלל הזכויות שלו, שזו מה שאומרת הדוקטרינה. יש הרבה זכויות שלא קשורות לכבוד האדם ובמשפט העברי יש התייחסות רק לכבוד האדם. את ליבת הדוקטרינה נמצא במשפט האנגלו אמריקאי, המקור הטבעי לליבת הדוקטרינה של זכויות אסירים הוא המשפט האנגלי אמריקאי. (הפס"ד הראשון- פס"ד אמריקאי שאומר את אותו המשפט מהדוקטרינה של אלון, הפס"ד השני- מתייחס לנושא שהמאסר הוא לא על הרוח של האסיר).

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

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

**אקסיומה של החוק שלנו היא שאסיר מורשע למרות מאסרו שומר על כל זכויות האזרח שאינן נלקחות מפורשות או בהשלכה הכרחית.**

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

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

**אסיר שומר על כל זכויותיו של אזרח רגיל למעט אלו שנלקחו ממנו במפורש, או בהשתמעות הכרחית, על פי חוק.**

**ליבת הדוקטרינה: תפקידו של המשפט העברי**

אז למה בכל זאת הש' אלון מנסה לייחס את הדוקטרינה למשפט העברי?

**פס"ד הוקמה:**

**עובדות המקרה:** פס"ד שעוסק בעניין זכות ההצבעה לאסירים, פסק הדין האחרון בשורת פס"דים שעסקו בנושא זה.

**טענות הצדדים:** האסירים טוענים שצריך לתת גם להם זכות הצבעה והמדינה תמיד טוענת שהיא לא ערוכה לכך. בפס"ד זה, המדינה אומרת בפעם הראשונה שלאסירים לא מגיעה זכות הצבעה ולא מתרצת תירוצים אדמיניסטרטיביים. בחוק לא הוסדר העניין בנוגע לאסירים, המדינה טוענת שיש הסדר שלילי ולכן אין להם זכות להצביע.

**פסק הדין:** בימ"ש טוען שזו בעיה לאפשר דבר כזה, המדינה לא נערכה לכך. בכל זאת מטיף למדינה ואומר לה שזה לא בסדר אך בכל פעם לא נעשה עם זה דבר. בפס"ד הוקמה, בימ"ש אומר למדינה שהיא חייבת לאפשר לאסירים להצביע.

**בג"ץ הוקמה נ' שר הפנים (337/84)**

* **עמדת המדינה:** בחוק הבחירות נאמר שכל אזרח צריך להצביע בקלפי הסמוכה למקום מגוריו. בחוק הוסדרה הצבעתם הייחודית של חיילים, שוטרים, ימאים וסוחרים, אך לא של אסירים. מכאן צריך להסיק, שיש הסדר שלילי לגבי הצבעתם של אסירים, שאותה ביקש המחוקק שלא להסדיר.
* השופט אלון מדגיש שזכות ההצבעה הכללית נקבעה בחוק יסוד הכנסת ואם היה רוצה המחוקק לשלול זאת מאסירים היה צריך לתקן את החוק ברוב של 61 כנדרש. מי שלא נעשה כן, אין כאן הסדר שלילי לגבי הצבעת אסירים אלא חוסר הסדר.
* **לקונה זאת, יש למלא על פי חוק יסודות המשפט מהמשפט העברי ולהעניק לכל אסיר את הזכויות שאינן נשללות ממנו בהכרח באמצעות עונש המאסר.**

מה קרה לפני פס"ד הוקמה? מה דחף את הש' אלון לעמדה זו? חוק יסוד הכנסת.

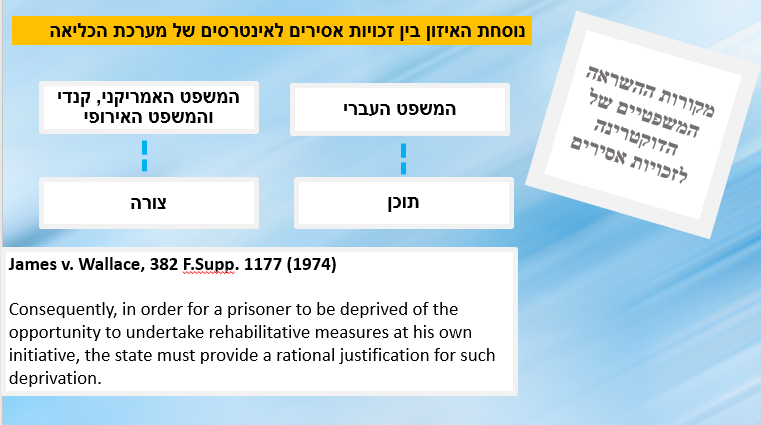
חוק יסוד הכנסת מדבר על הבחירות הכלליות ומצריך תיקון, ברוב של 61 כי זה חוק משוריין. אם החוק לא יתוקן – אין הסדר שלילי אלא יש אי הסדר, לא הוסדר עניין האסירים. את הלקונה בחוק יש למלא לפי עקרונות היסוד של מורשת ישראל. הוא טוען שהצבעה היא אינה זכות שצריכה להישלל, ומנמק זאת בעזרת המשפט העברי. הש' אלון היה חייב להשתמש במשפט העברי עקב חוק יסודות המשפט. השופטים האחרים פסקו בצורה אחרת, לו היה חשוב לתת פס"ד חזק גם בהיעדר תיקון לחקיקה של הכנסת.

**חוק יסודות המשפט תש"ם**

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

ביקורת של המרצה: לפי הש' ברק קיימים 3 היבטים של כבוד האדם – כבוד האדם במובן הצר, כבוד האדם במובן הרחב, וכבוד האדם הוא אביהן של הזכויות כולן. אם מביאים את זכויות האדם בתפוצה רחבה – לדבריו של הש' אלון יש היגיון. הוא טוען שכבוד האדם חולש על כל הזכויות אך לא אומר זאת במפורש.

**נוסחת האיזון בין זכויות אסירים לאינטרסים של מערכת הכליאה**



* צורה – כללים של נוסחת האיזון
* תוכן – איזה זכויות נכנסות

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

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

**לפיכך, על מנת שלאסיר לא תישלל האפשרות לבצע צעדים שיקומיים מיוזמתו, על המדינה לספק הצדקה רציונלית לקיפוח כזה**.

מנחם אלון לא מתיימר לומר שהצורה לקוחה מהמשפט העברי, היא לקוחה מהמשפט האמריקאי אירופאי. **פס"ד ג'יימס** – פס"ד שאלון מצטט בעצמו, שם מוצג הקשר הרציונלי בין ההגבלה לאינטרס המדינתי.

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

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

**פס"ד מרטינז** – עוסק בחופש הביטוי, האם לצנזר מכתבים של אסירים בכלא. דן בשאלה החוקתית של מה הגבולות של פעולה זו, מדובר בפגיעה הכי פחותה שיכולה להיות.

**בהחלת תורתו של ההחלטות הקודמות שלנו על ההקשר המיידי, אנו קובעים כי צנזורה על דואר אסירים מוצדקת אם מתקיימים הקריטריונים הבאים... שנית, ההגבלה של חירויות התיקון הראשון לא צריכה להיות גדולה יותר ממה שנחוץ או חיוני להגנה על אינטרס ממשלתי מיוחד מעורב..**

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

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

**בית המשפט כאן קבע כי צריכה להיות התאמה בין האינטרס הציבורי (הצורך החברתי הדוחק) לבין התערבות הרשויות בהגשמת הזכות הבסיסית לחופש הביטוי וכי התכתבות זו חייבת לבוא לידי ביטוי בנימוקים שניתנו לרשויות. להפרעה הזו**

**פס"ד סנדיי טיימס** – דן בחופש הביטוי, בנימוקים שיתאימו לעוצמת הפגיעה. כל הנימוקים של המידתיות לקוחים מהספרות בת הזמן.

כבוד האדם – אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה אמר קרא (ויקרא, יח, יט) ואהבת לרעך כמוך ברור לו מיתה יפה.

**היישום של הדוקטרינה של זכויות אסירים**

**איך נגדיר מהי זכות בסיסית?**

היום יותר קל להגדיר מהי זכות בסיסית, בעזרת פירמידת הנורמות. בעידן הטרום חוקתי הייתה בעיה להגדיר מה נחשב בסיסי ומה לא. מנחם אלון אומר שנגדיר לפי מה נתפס בחברה כבסיסי ומה לא. במקרה הזה, כבוד האדם נמצא במדרגה גבוהה, בפס"ד דרוויש כבוד האדם מקבל חשיבות כה גדולה שרק אינטרסים ביטחוניים יכולים לפגוע בו. עוד לפני העידן החוקתי, כבוד האדם היה הזכות המרכזית שעמדה בראש פירמידת הזכויות (וזה לקוח מהמשפט העברי).

יישום הדוקטרינה, משמע ללכת לזכויות חדשות. ההקשר של המשפט העברי ליישום בא לידי ביטוי בפס"ד וייל.

**בג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל**

**עובדות המקרה:** פרשת וייל מדובר באסיר שהורשע בפלילים , והושתו עליו מאסר בפועל לתקופה של שלושים ושישה חודשים וקנס בסכום של עשרים מיליון שקלים ישנים או חמש מאות ימי מאסר תמורתם. האסיר עתר לבית המשפט הגבוה לצדק שיורה לאפשר לו לקיים חיי מין עם בת זוגו לפחות אחת לחודש .

**טענות הצדדים:** האסיר טוען לזכות לחיי משפחה והשאלה היא האם לאפשר זאת בכלל.

**פסק הדין:**

**בג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל**

**השופט מנחם אלון:**

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

השופט מנחם אלון מדבר על הנושא של ערי מקלט ורואה בכך סוג של אנלוגיה שיכולה להאיר לנו דברים.

**ערי מקלט – הגבלת חופש התנועה של העבריין לאזור ספציפי.**

**העבריין חי חיים מלאים בסביבה שיכולה לשקמו.**

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

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

**איך ערי מקלט דומים למאסר?**

ערי מקלט הם סוג של כלא, הרוצח בשגגה מוגבל לאזור מאוד ספציפי ולא יכול לצאת ממנו. בנוסף, הוא מדבר על לחיות חיים מלאים בסביבה שיכולה לשקם את העבריין. ערי מקלט היו מקומות שבהן העבריין חי חיים מלאים (חוץ מהגבלת התנועה), זו הייתה עיר מיטיבה שיכולה לשקם אותו. עיר שרוב האוכלוסייה שלה הם רוצחים (בשגגה)- לא יכולה לקלוט את העבריין. לומדים מיהושע, רוצח בא לעיר ומספר את המקרה לזקנים והם אלו שקולטים אותו. הדגש הוא על דבריו ולא דבריהם, הוא רוצח ומספר להם על רצח אך הם אינם רוצחים.

מכאן רואים שהממסד הקולט צריך להיות נורמטיבי ולא עוסק בדברים רעים, שזה ההפך מהכלא ששם הסביבה היא לא טובה. עיר שאין בה זקנים (חכמים) – גם היא לא קולטת.

אם כך ישנם 2 תנאים לקליטת העבריין: (אלו המאפיינים של עיר מקלט).

(1) לא יכולה להיות עיר שרובה רוצחים.

(2) עיר שיש בה תכונות מוסריות נעלות, שיש בה תלמידי חכמים שיכולים לשקם את העבריין.

**איך כל זה קשור לעונש מאסר?**

מנחם אלון אומר: המציאות של הכלא שהיא קשה ועגומה, לאסיר אין בה הרבה זכויות ורובן נפגעות. המציאות של הכלא היא מציאות מאוד קשה, יכול להיות שכלא הוא עונש טוב אם מדובר בפושע מסוכן מאוד שמאיים על החברה. אבל, יש אנשים שלא מאיימים על החברה והעונש שלהם הוא עדיין כלא, יש בכך פגיעה בהם. השופט מנחם אלון בעצם מביע ביקורת על המחוקק, על חוק העונשין. הוא טוען שכשופטים, ידם קצרה מלהושיע, אין להם באמת יכולת לשנות את המציאות מהיסוד, הבעיה היא שעונש המאסר מספח לתוכו כל כך הרבה סוגים של עבריינים.

המרצה טוען שיש כאן משהו מוזר, **מה הקשר בין עיר המקלט לעונש המאסר של המשפט הישראלי?** בעיר מקלט יש סביבה משקמת ויש חיים מלאים, אין כאן קשר לעונש המאסר של היום שאין בו סביבה משקמת ואין חיים מלאים לעבריין. לכאורה, לפי דבריו של אלון, הוא תומך בצמצום וביטול עונש המאסר. עיר מקלט ומאסר הם עונשים שונים, אז על מה הש' אלון מדבר?

תשובה: עונש המאסר הוא עונש עובדתי על ידי המחוקק, כשופט – מנחם אלון לא יכול לעשות דבר בנוגע לכך. אין אפשרות להחליף את העונש בערי מקלט אז כשופט אין לו באמת מה לעשות. התפקיד של ערי המקלט בסיפור -סוג של עקרון ענישה שמשפיעה על אופי הכליאה. עקרון שמלמד אותנו איך ליישם את אופן הכליאה, כלא זה עונש בעייתי ושלילי ואנחנו ננסה למזער כמה שאפשר את ההשלכות הלא טובות.

**איך נעשה זאת? לפי האופק האידילי של הערי המקלט**. נעמיד את ערי המקלט כאידיאל וננסה להשוות את הכלא אליהן ולהגיע לענישה אידיאלית כמה שאפשר. צריך להרחיב את הזכויות, לנרמל את החיים בכלא עד כמה שאפשר כדי שהאסירים יוכלו לצאת משוקמים. לאפשר למידה בכלא, חופש התייחדות וכד', הדברים הללו הם עוגנים שיכולים לעזור. עיר המקלט לא הופכת לעונש אלטרנטיבי אלא לעקרון יישום של עונש המאסר.

**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:**

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

**החיים בכלא צריכים, ככל האפשר, לשקף את היחסים הכלליים של העולם החיצון**

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

במשפט הגרמני, המטרה של הכליאה הייתה ניסיון לתקן ולשקם את העבריין. הקווים המנחים בחוק: החיים בכלא צריכים לשקף עד כמה שניתן את החיים מחוץ לכלא.

**מנחם אלון לא התייחס למשפט הגרמני מכמה סיבות:**

1. למשפט הגרמני והאירופאי אין מעמד במשפט הישראלי, לעומת המשפט העברי שיש לו מעמד במשפט הישראלי. מנחם אלון טוען שגם בפרשנות החוק, צריך להיות תפקיד למשפט העברי, ניתן להחיל אותו על פרשנות של חוקים. למשפט העברי יש תפקיד חשוב וכדאי לפנות אליו.
2. משקעים היסטוריים עם גרמניה (השואה). למרות שחל שינוי בחוקה שלהם, עדיין יש משקעים היסטוריים עם הגרמנים ושופטים מיעטו להפנות למשפט הגרמני למרות שדיברו את השפה והיו בקיאים בו.
3. מנחם אלון הוא יותר רדיקלי מהחוק הגרמני. החוק הגרמני מניח שיש אופציה לעשות מאסר טוב בעזרת נורמליזציה, לעומת השופט אלון שטוען שאין אופציה כזו ועונש המאסר הוא רע כולו. לכן הוא מנסה ליישם את הענישה באופן מתאים ולהתגבר על הבעיות שבמאסר, הוא יודע שזה בלתי אפשרי כי העונש האידיאלי הוא עיר מקלט. המשפט העברי מאפשר דיאלקטיקה זו של איך לתפקד בצורה אידיאלית עם עונש לא אידיאלי, זה יותר מתאים לתפיסה של מנחם אלון.