

ההענשה לפי דיני התורה – חידה והצעת פְּשָׁרָה

מאת

ישראל צבי גילת*

א. שאלת קיומה של הענישה הפלילית לפי דיני התורה

1. הענישה הפלילית במקרא – הוריה ברורה והססנות בביצועה

התורה מצווה את בני ישראל לקיים את ציווי אלוהים לעשות מעשים [מצוות עשה] ולהימנע ממעשים אסורים [מצוות לא-תעשה].¹ התורה כמעט אינה מפרטת מה עונשו של מי שנמנע ממצוות עשה שאלוהים ציווה לעשות, אך בניגוד למצוות העשה, ברבות ממצוות לא-תעשה העונש מפורט בתורה: אם עונש מוות ואם עונש מלקות בידי ה"שופטים", "זקני העדה", היינו באמצעות טריבונל שיפוטי שהרכבו וסדרי דיוניו אינם מפורטים כלל.³ יתרה מכך, כמה מהעונשים "מות יומת"⁴ "מות יומתו"⁵ מנומקים בתכליתו של קיום מצוות עשה נוספת: "ובערת הרע מישראל",⁶ "ובערת הרע מקרבך"⁷ או בשל הרעיון הקמאי של הסרת

* פרופ' חבר, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.

1 זו היא הבחנה בסיסית מאוד בין מצוות עשה, שלפי המסורת התלמודית מספרן 248 [רמ"ח] לבין מצוות לא-תעשה שמניינן 365 [שס"ה]. נציין שכבר בימי חכמי ימי הביניים התגלעו חילוקי דעות בשאלת זיהוי המצוות בשלמותן והתפתחה ספרות שלמה של מחברים, המכונים "מוני המצוות". מעבר למצוות התורה קיימות מצוות שמקורן בתקנות או בגזרות חכמים, שבהן לא נעסוק במאמר זה.

2 יוצאים מן הכלל הן ביטול מצוות העשה של מילה והקרבת קרבן הפסח, שמביא את מבטלן לעונש כרת, שהוא עונש בידי שמים.

3 "שופט" "שופטים": דברים טז 18; שם יז 8, 12; שם יט 18; שם כא 2; שם, כה 2. "זקנים": דברים כב 16.

4 שמות כא 12, 15, 16, 17; שם, כב 18; שם, לא 14, 15; ויקרא כ 2, 9, 10, 15; שם, כד 9, 17; שם, כז 29; במדבר טו 35; שם, לה 16-18, 21, 31.

5 ויקרא כ 10-16.

6 דברים יז 12; שם, כב 22.

7 דברים יג 6; שם, יז 7; שם, יט 19; שם, כא 21; שם, כב 21, 24; שם, כד 7.

הטומאה, ככתוב: "ולארץ לא יכפר לדם אשר שפך בה כי אם בדם שפכו ולא תטמא את הארץ אשר אתם יושבים בה"⁸. והנה הדבר המעניין, למרות הציוויים המוחלטים בתורה להשמיד את עושי העבירה, למרות הנימוקים המדגישים את גודל החטא הזוקק עונש מוות או מלקות ככפרה, אין בכל התנ"ך כל תיאור של הענשה על חטא הפרתם של חוקי התורה באמצעות טריבונול שיפוטי. יתר על כן, מתוך סיפורי המקרא ניכר שהוצאה לפועל של עונש על עבירה כמעט אינה נוהגת. "בן האישה הישראלית", שעליו מסופר בספר ויקרא,⁹ שקילל את אלוהים ועבר על האיסור "אלהים לא תקלל"¹⁰, אין ענישתו ודאית בעיני משה ו"העדה", ולפיכך "ויניחוהו במשמר לפרוש להם על פי ה'", ורק הוריה מפורשת של אלוהים למשה, "הוצא את המקלל אל מחוץ למחנה [...] ורגמו אותו כל העדה", חרצה את דינו. כך גם "איש מקשש-עצים ביום השבת"¹¹ לא דנו אותו ככתוב בתורה "מחלליה מות יומת"¹², אלא כפי המסופר: "ויניחו אותו במשמר כי לא פרש מה יעשה לו". רק ציווי אלוהים לרוגמו באבנים חרץ את דינו. גם יהושע, לאחר מפלת ישראל בכיבוש העי, מצווה על ידי אלוהים ללכוד בחרם [על ידי האורים ותמים] את העברייין,¹³ "והיה הנלכד בחרם ישרף באש אתו ואת כל אשר לו". יהושע מבצע את ציווי אלוהים ולוכד את עכן, אך לאחר מכן פונה יהושע אל עכן: "בני שים נא כבוד לה' אלוהי ישראל ותן לו תודה והגד נא לי מה עשית אל תכחד ממני"; רק כאשר עכן מודה שמעל ולקח מן החרם, הוא נלקח לעמק עכור "וירגמו אותו כל ישראל אבן וישרפו אותם באש ויסקלו אותם באבנים". והנה, יש לתמוה: אם אלוהים מצווה לסקול את מי שמחלל שבת או את מי שמקלל, אזי מדוע מדגישה התורה את ההסנות בקיום מצוות ההענשה? וכן, אם אלוהים מודיע ליהושע כי "חטא ישראל וגם עברו את בריתי [...] וגם לקחו מן החרם [...] ועל כן יש ללכוד אותו בגורל, ואם עכן אכן נלכד בחרם בדרך שאלוהים ציווה, לשם מה חשוב היה אפוא ליהושע לפנות לעכן ולבקש את הודאתו?

מעבר לכך, המקרא נעדר כל סיפור על משפט פלילי שנערך כדת וכדין, כהליך מסודר. אין כל עדות במקרא לכך ששפטו וענשו את מי שעבר על דיני התורה, חילל שבת, רצח או נאף עם איסור ערווה. אין כל פירוט של הרכב "העדה" השופטת וסדרי הדין שלה. הענישה בידי אדם המוזכרת בסיפורי המקרא היא דרך כלל בשל מרידה במלכות, פועל יוצא של דיני הממלכות יהודה וישראל. המלכים והשופטים הרגו את מי שמרד בהם, ועל פי רוב עשו כן

- 8 במדבר לה 33–34.
 9 ויקרא כד 10–15.
 10 שמות כב 27.
 11 במדבר טו 32–36.
 12 שמות לה 2.
 13 יהושע ז, כולו.

ללא "הליך שיפוטי" אלא כביצוע של הוראה "מנהלית".¹⁴ כך, דויד לפני מותו מצווה את שלמה בנו להרוג את יואב שר הצבא על "אשר עשה לשני שרי צבאות ישראל לאבנר בן נר ולעמשא בן יתר ויהרגם וישם דמי מלחמה בשלום [...]".¹⁵ מבלי שדויד ערך משפט ליואב על האשמה זו. לאחר מותו של דויד, שלמה מורה לבניהו בן יהוידע להרוג את יואב, אשר נס "אל אהל ה' ויחזק בקרנות המזבח", וזאת בהליך מהיר של פגיעה בו במקום המקודש וקבורתו ללא עשיית משפט; לאחר שבניהו מבצע את מצוותו של שלמה, הוא מתמנה לשר הצבא.¹⁶

2. העלמתה של הענישה לפי דיני התורה בספרות התלמודית

(א) סדרי הדין העונשיים אצל חז"ל – הלכות ללא ריאליה

גם בספרות התלמודית, שיש בה דיון תאורטי נרחב בסדרי הדין הפלילי הראויים, בטיב הראיות הנדרשות להוכחת העובדות והכוונה ובהרכב הטריבונול השיפוטי וכן דקדוק רב בפרטי העבירות שעונשן המתה בידי אדם או מלקות, אין תיאור אחד ריאלי וברור של הליך פלילי מסודר בנוגע לאנשים שחטאו בעברם על מצוות התורה. אין תיאור ריאלי של הענישה של מי שחילל שבת, של מי שרצח, שאכל חזיר או שטימא את המקדש; ואולם, מסכתות שלמות עוסקות בטיב הכוונה ה"פלילית" הנדרשת לעשיית מלאכה בשבת, במחשבת פיגול בעת הקרבת הקרבן, ונוסף על כך, פרקים שלמים במסכת סנהדרין עוסקים בסדרי הדין הפליליים וכן בביאור "ארבע מיתות בית דין". התיאורים הריאליים המופיעים בתלמוד נוגעים להליכי ענישה היוצאים מן הכלל, כפי שמעיד חכם אחד בברייתא: "שמעתי שבית-דין מכין ועונשין שלא מן התורה [...] כדי לעשות סייג לתורה",¹⁷ כמו "מעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יוונים והביאוהו לבית דין וסקלוהו, לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך. שוב מעשה באדם אחד שהטיח את אשתו [פירוש רש"י: בא עליה] תחת התאנה [רש"י: מקום גלוי] והביאוהו לבית-דין והלקוהו, לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך".¹⁸ גם מעשהו של שמעון בן שטח, מגדולי חכמי בית שני, שעל פי המסופר במשנה

14 הרבה מקרי המתה היו פשוט פעולות נקמה, כמו אבימלך בן ירובעל בשבעים אחיו, שהרגם, שופטים ט, ה; יפתח ששחט את פליטי אפרים, שם, יב, ו; נקמת המלך שאול בכהני נוב, שמואל א, כב 9–23; נקמת דויד בבני רימון הבארותי, שמואל ב, ד 4–12; חלק מפעולות הנקמה היו מלחמות של ממש, שבאו במקום עשיית צדק, כגון מלחמות בנימין וישראל על אודות פילגש בגבעה, שופטים כ.

15 מלכים א, ב 5.

16 מלכים א, ג 28–35.

17 יבמות צ ע"ב; סנהדרין מו ע"א; ירושלמי חגיגה פ"ב ה"ב, עח ע"א

18 שם. על הסיבה לאיסור חכמים לרכוב על בהמה בשבת, ראו ר"ש ליברמן, תוספתא כפשוטה, חלק ה, מועד עמ' 1364 המחלק בין הטעם המוזכר בבבלי (ביצה לו ע"ב) "גזרה שמא יצא חוץ

תלה שמונים נשים באשקלון ביום אחד (על עבירות כישוף למיניהן), לא נעשה לפי הליך תקין אלא כ"הוראת שעה"¹⁹, שהרי על אף האמור בתורה "מכשפה לא תחיה"²⁰ לא ניתן לתלות אלא רק אדם אחד ביום ולא יותר.²¹

כמה מקומות בספרות התלמודית מעידים על "מעשים" שנהגו בהם עונשי המתה מהתורה. עם אלה נמנית עדותו של ר' יהודה בן טבאי, "אראה בנחמה אם לא הרגתי עד זומם"²², אך גם מדבריו נראה שעשה זאת כהוראת שעה "לעקור מליבן של בייתוסין", כלומר לשרש הלכה צדוקית בעניין עד זומם.²³ בהמשך הדברים מוכיחו ר' שמעון בן-שטח שנהג שלא לפי ההלכה, שהרי העונש הוא כלפי כת עדים שזממה להפליל חף מפשע ולא כלפי עד אחד שאין לעדותו יכולת להפליל אדם. כל כך הייתה תוכחתו של שמעון בן-שטח חריפה עד ש"קיבל עליו ר' יהודה בן טבאי שלא יהא מורה הלכה אלא על פי שמעון בן שטח". לא זו בלבד, אלא "כל ימיו של יהודה בן טבאי היה משתטח על קברו של אותו

לתחום", "גזרה שמא יחתוך זמורה" לבין הטעם בירושלמי (ביצה פ"ה ה"ב, סג ע"א) "שנייא היא שהוא מצווה על שבייתת בהמתו כמוהו, 'למען ינוח שורך ומורך' כמורך" שהוא נראה כמו איסור תורה וראו בהמשך שמביא מקורות שמהם "מפורש שברכיבה לא גזרו על שבייתת בהמתו". וראו גם אמור"ר, י"ד גילת, פרקים בהשתלשלות ההלכה (התשנ"ב), 90 הערה 13, שהביא מקורות שמהם עולה שרכיבה בשבת היא אקט של המרדה ונטישת הדת בפומבי, וכן מסורת קראית הרואה ברכיבה איסור דאורייתא.

19 משנה סנהדרין ו, ד; פירוש מעשה זה כהוראת שעה עולה מתוך מסקנת הבבלי סנהדרין, מו ע"א.

20 שמות כב 17.

21 אציין כי תיאור המשפט שערך שמעון בן שטח לינאי המלך, בסנהדרין יט ע"א-ע"ב; תנחומא (מהד' בובר) ו, עמ' 30, אף הוא אינו הליך ריאלי. ראו התערבותו של גבריאל המלאך, שחבט בקרקע את חברי הסנהדרין והמיתם, והמסקנה, שם: "באותה שעה אמרו מלך לא דן ולא דנים אותו". נוסף על כך, ההליך לא היה ממש דיני נפשות, שכן האשמה שהוטחה בינאי המלך הייתה שעברו של ינאי הרג ולא ינאי עצמו. האשמתו של ינאי הייתה בשל אחריות האדם למעשה המתה שעשה קניינו של אדם, המשועבד לו. על תוקפה הלא-ריאלי עמדו המלומדים יהושע אפרון חקרי התקופה החשמונאית 158-162 (התש"ם); צביה כפיר "ינאי המלך ושמעון בן-שטח: אגדה אמוראית בתפישת היסטורית" טורא ג 85 (התשנ"ד). כנגד דעות אלו ראו מנחם י' כהנא ספרי זוטא דברים – מובאות ממדרש תנאי חדש 283-285 וה"ש 11 שם (התשס"ג), הטוען כי אין לשלול את היסוד הריאלי של הסיפור.

22 תוספתא סנהדרין ו, ו (מהד' צוקרמנדל, 424); בבלי חגיגה טז ע"ב; מכות ה ע"ב; ירושלמי סנהדרין ו, ג כג ע"ב.

23 על מחלוקת אחרת בין צדוקים לפרושים בעניין עדים זוממים נמסר במשנה מכות א, ו. ועיינו השערתו של ר' חנוך אלבק בעניין השתלשלותה של המחלוקת, ששה סדרי משנה, נזיקין בהשלמותו 463-464 (התשי"ט). על הסברים אחרים ראו ברכיהו ליפשיץ "על כמה לשונות משותפים ופירושים" תרביץ נא 399, 413-418 (התשמ"ב); דוד הנשקה "עדים זוממים: לפתרונה של חידה עתיקה (בעקבות ספרי זוטא דברים)" תרביץ עב 345, 372-382 (התשס"ג).

הרוג, והיה קולו נשמע. כסבורין העם לומר שקולו של הרוג הוא, אמר להם: קולי הוא".²⁴ גם העדות של ר' אליעזר בן צדוק ש"תינוק הייתי והייתי רכוב על כתיפו של אבא וראיתי בת כהן שזינתה והקיפיה חבילי זמורות ושרפיה"²⁵ נדחתה בשני אופנים: "אמרו לו תינוק היית ואין עדות לתינוק"²⁶ או "מפני שלא היה בית דין שבאותה שעה בקי"²⁷, או כפי שאמר רב יוסף, "בית דין של צדוקים הוה"²⁸. גם המעשה שאירע לבנו של ר' שמעון בן שטח, ש"סיעת ליצנין" יזמה עדי שקר שיעידו על שהרגו ו"אסהידו עלוי ונגמר דינו ליהרג"²⁹, נגמר באופן לא ברור, שהרי העדים העידו על עצמם שהם עדי שקר, ויש אפוא לשמוע את המשפט מחדש.³⁰ אף על פי כן מסרב הבן להיות ניצול בשל שיקול חיצוני כלשהו: "אבא אם בקשתה לבוא תשועה על ירך עשה אותי כאסקופא". המעשה הזה פורש בכמה פנים על ידי מפרשי הירושלמי, אך דומה שבסכוליון של מגילת תענית מתברר פשרה של התמונה. בימיו של ר' שמעון בן-שטח התחולל מאבק על צביונה של הסנהדרין בזו הלשון:

בעשרין ותמניא לטבת יתיבת כנשתא על דינא. מפני שהיו הצדוקין יושבין בסנהדרין ינאי המלך ושלמינון /ושלמציון/ המלכה יושבת אצלו ולא אחד מישראל יושב עמהם חוץ משמעון בן שטח [...] עד שנסתלקו כלם וישבה סנהדרין של ישראל. יום שנסתלקה סנהדרין של צדוקים וישבה סנהדרין של ישראל עשאוהו יום טוב.³¹

בבבלי סנהדרין מובאת עדות "וכן עשו לבן סטרא בלוד, ותלאוהו בערב הפסח"³². פסקה זו, שהושמטה בדפוסים רבים בגלל רמיזתה למשפטו של ישו,³³ אינה עוקבת במדויק אחר הלכות המפורטות שבתלמוד, לא מבחינת הענישה ולא באשר לזמן ביצועה.

- 24 בבלי, שם.
 25 בתוספתא סנהדרין ט, יא (מהד' צוקרמנדל, 429–430); בבלי סנהדרין נב ע"ב; ירושלמי סנהדרין ז, ב, כד ע"ב.
 26 בבבלי ובירושלמי, שם.
 27 במשנה סנהדרין ז, ב ובתוספתא בהערה 30.
 28 בבבלי ובירושלמי שם.
 29 ירושלמי סנהדרין ו, ג, כג ע"ב.
 30 שהרי במשנה סנהדרין ו, א מפורש ההפך: "נגמר הדין, מוציאין אותו לסקלו. בית הסקילה היה חוץ לבית הדין [...] אחד עומד פתח בית הדין 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 וחמישה פעמים, ובלבד שיש ממש בדבריו [...]".
 31 זהו "הנוסח הרחב". על הנוסחים השונים וההבדלים, ראו ורד נעם מגילת תענית – הנוסחים, פשרם, תולדותיהם 107–108 (התשס"ג), וביאורה שם, בעמ' 278–279 וה"ש 19.
 32 סז ע"א.

מקרים אחרים המובאים בירושלמי סנהדרין, שם³⁴ – כמו "מעשה באחד שהיה יוצא ליהרג" ו"מעשה בחסיד אחד שהיה מהלך בדרך וראה שני בני אדם נזקקין לכלבה" ו"ר' יודה בן פזי סלק לעילית דבי מדרשא וראה שני בני אדם נזקקין זה לזה [...] – נראים כמעשיות מתודיות של "מוסר השכל". אין בהן משום תיאור של הליך פלילי אמתי שאירע, כפי שמפורטים הליכים דינניים בענייני ממונות ובענייני איסור והיתר – שקלא וטריא בין בעלי הדין ובין הדיינים למתדיינים. בהקשר זה ניתן להביא גם את המעשה שהובא בשם בר-קפרא (תלמיד חבר של רבי יהודה הנשיא), "באשה שבאת לירושלים ותינוק מורכב לה על כתיפה, והגדילתו ובא עליה, והביאום לבית דין וסקלום, לא מפני שבנה ודאי, אלא מפני שכרוך אחריה"³⁵, או את המעשה שסיפר אחד מחבורת האמוראים של ארץ ישראל לחבריו על "כפר סכניא של מצרים", "באדם אחד שנתן עיניו באשתו לגרשה, והיתה כתובתה מרובה. מה עשה? הלך וזימן את שושבינו והאכילן והשקן, שיכרן והשכיבן על מיטה אחת, והביא לובן ביצה והטיל ביניהן, והעמיד להן עדים ובא לבית דין. היה שם זקן אחד מתלמידי שמאי הזקן ובבא בן בוטא שמו, אמר להן, כך מקובלני משמאי הזקן: לובן ביצה סולד מן האור, ושכבת זרע דוחה מן האור. בדקו ומצאו כדבריו, והביאוהו לב"ד והלקוהו והגבוהו כתובתה ממנו"³⁶. המעשים הללו אינם אלא שמועות רחוקות, שמטרתן רחוקה מתיאור ההליך הפלילי הרשמי לפי דיני התורה.

(ב) פרשנות התקדימים העונשיים במקרא שלא לפי פשוטם

לא רק מעשי הענשה שהיו בזמן התלמודים תוארו כ"הוראת שעה" ולא כהוראה לדורות, אלא חז"ל הפקיעו את התיאור המקראי בפרשיות המקלל והמגדף מפשוטו ופירשו את ההענשה באור אחר של "הוראת שעה". וכך נאמר בברייתא:³⁷

33 בדקדוקי סופרים השלם מובא הנוסח המושמט כך: "והתניא: בערב הפסח תלאוהו לישו הנוצרי, והכרוז יוצא לפניו ארבעים יום: ישו הנוצרי יוצא ליסקל על שכישיף והסית והדיח את ישראל, כל מי שיודע לו זכות יבוא וילמד עליו. ולא מצאו לו זכות ותלאוהו בערב הפסח. – אמר עולא: ותסברא, ישו הנוצרי בר הפוכי זכות הוא? מסית הוא, ורחמנא אמר לא תחמל ולא תכסה עליו! אלא שאני ישו דקרוב למלכות הוה". וראו חיים כהן משפטו ומותו של ישו הנוצרי 39–41 (מהד' 4, 1985), המפקפק באותנטיות של הסיפור כמתאר הליך פלילי לפי ההלכה שרווחה אצל התנאים. אמנם בירושלמי יבמות טז, ו, טו ע"ד מובא הנוסח "[...] שכן עשו לבן סטודא בלוד שהכמינו לו שני תלמידי חכמים והביאוהו לבית דין וסקלוהו", המצביע על הליך סדור, אך ייתכן שהיה פה יוצא מן הכלל בגלל עבירת ההסתה, וראו דברינו להלן.

34 ירושלמי סנהדרין ו, ג, טו ע"ד.

35 קידושין פ ע"א.

36 גיטין נו ע"א.

37 סנהדרין עח ע"ב.

יודע היה משה רבינו שהמקושש במיתה שנאמר: "מחלליה מות יומת", אלא לא היה יודע באיזו מיתה נהרג שנאמר "כי לא פרש" וגו'. אבל מגדף לא נאמר בו אלא "לפרש להם על פי ה'" שלא היה משה יודע אם הוא בן מיתה כל עיקר אם לאו.

במילים אחרות, חטאו של המגדף לא היה ברור למשה, ועל כן כשאלוהים פירש את מיתתו לא היה זה הליך שיפוטי, שהרי "לא ענש הכתוב אלא אם כן הזהיר" אלא "הוראת שעה הייתה ולא עשו אלא מפני כבודו של שם";³⁸ לעומת זאת, על מקושש עצים, אף שחטאו מפורש עונשו היה מסופק, וכפי שמביא המדרש "מיד עמד משה בתפילה ואמר רבונו-של-עולם אם יחטא אדם מישראל כך הוא נסקל הרי הם מתכלים, עשה להם תקנה [...]"³⁹. כלומר ספקו של משה, לפי חז"ל, היה כמו זה של פרקליט המנסה למצוא פתח מילוט ללקוחו, ועל כן לא מיהר להוציאו בסקילה אלא חבשו, מתוך תקווה שתימנע הריגתו. גם הליך ענישתו של עכן היה מסופק בשל כללי ראיות לא מקובלים של הטלת הגורל, וכפי שמובא בירושלמי:⁴⁰

"[...] וילכד עכן בן כרמי בן זרח למטה יהודה". א"ל עכן מה בגורל אתה חופשיני לית בכל ההן דרא כשר אלא את ופינחס. אסקין ניבזין ביניכון

38 יד רמ"ה שם: "ועדיין לא היו יודעין אם היה חייב מיתה כלל ואם לאו ורבנן דלא ילפי מיניה אמרי לך תדע שהרי עדיין לא היה עליו חיוב מיתה ולא התרו בו למיתה והרגוהו ומדהא לא ילפינן מינה הא נמי לא ילפינן מינה כדתניא יודע היה כו' משום סופא דברייתא נקטה דקתני אבל מגדף לא היה יודע אם בן מיתה כל עיקר הוא ואם לאו דאלמא אכתי לא הוה ידעי דבר מיתה הוא וקטלינן בלא התראה הדין הוא פירושא ופירושא מעליא הוא ועיין בהאי פירושא דידן ובפירושא דפריש בה מאן דוון מינן והי מינייהו דחזית דעדיף סמוך עליה. הא דתניא יודע היה משה רבינו שהמקושש במיתה שהרי כבר נאמר במחלליה מות יומת אבל לא היה יודע באיזו מיתה הוא נהרג שנאמר כי לא פורש מה יעשה לו כלומר יודעין היו שראוי לעשות לו אלא שלא היו יודעין מה יעשה לו אבל מגדף לא נאמר בו מה יעשה אלא לפרוש להם כלומר לפרוש להן כל דינו".

39 נציין כי גם הראשונים הלכו בדרך זו של תיאור מאורעות ההענשה כ"הוראת שעה". הנה הוראתו של משה לבני לוי – "שימו איש חרבו על ירכו [...] והרגו איש את אחיו ואיש את רעהו ואיש את קרובו" (שמות לב 27) – מתפרשת אצל הרמב"ן בפירושו לתורה (מהד' שעוועל, עמ' תקיג): "היו עובדי העגל רבים ולא יוכלו להביאם לב"ד, על כן צוה לכל בני לוי לחגור חרבים [...] והנה זה הוראת שעה לקדש השם שלא יתרה בהם התראה, כי מי התרה בהם? אבל היו בני לוי מכירים באלו הנהרגים שהם היו עובדיו". הרמב"ן מצייין כי פירושו מנוגד לדברי רבי אליעזר בבבלי סנהדרין סו ע"ב בתשובה לאישה החכמה (לפי אחת הגרסאות), "עדים והתראה – בסייף, עדים בלא התראה – במיתה, לא עדים ולא התראה – בהדרוקן".

40 סנהדרין ו, ג, כג ע"ב.

פנטוס דמיתפיס חד מינכון. ולא עוד אלא למשה רבך לית מידמוך אלא תלתין או מ' יומין לא כן אלפן משה רבך [דברים יז, ו] על פי שנים עדים שריתה טעי. באותה שעה צפה יהושע ברוח הקודש שהוא מחלק לישראל את הארץ בגורל הדא הוא דכתיב [יהושע יח י] וישלך להם יהושע גורל. אמור מעתה אנו מוציאין שם רע על הגורלות. ולא עוד אלא שאם נתקיימו עכשיו יהו כל ישראל אומרים בדיני נפשות נתקיימו כל שכן בדיני ממונות ואם בטלו עכשיו יהו כל ישראל אומרים בדיני נפשות בטלו כל שכן בדיני ממונות. באותה שעה התחיל יהושע מפיס לעכך. ומשבע ליה באלהי ישראל ואומר לו בני שים נא כבוד לה' אלהי ישראל ויען עכך את יהושע ויאמר אמנה מהו אמנה קושטא אנכי חטאתי לה' אלהי ישראל. א"ל מה אנא בעי מינך חדא ואת אמרת לי תרתי. א"ל אני הוא שמעלתי בחרם מדין ובחרם יריחו.

הווי אומר, הימנעותו של יהושע מלהסתמך על הגורל כדי להעניש את עכך נבעה, לדעת חכמי התלמוד, משום היות הגורל "אלוהי", שלא כדרך הטבע. תהליך כזה, שאינו מבוסס על היגיון אנושי, הוא "נסתר", "חד-פעמי", ולכן לא ניתן לחזור על ראייה כזו במשפט אחר באירוע זהה. לפי דיני התורה, לדעתם של חכמי התלמוד ההכרעה באשר לקיום ענישה פלילית צריכה להתבסס על ניסיון אנושי מתמשך, ואילו ה"גורל" הוא תקדים מסוכן. על כן בחר יהושע למצוא מסילות ללבו של עכך שיודה באשמתו וימנע את הוצאתו להורג על פי הגורל.

יתר על כן, גם עונשו של יואב בידי שלמה, שתואר במקרא כהליך "מנהלי", הפך אצל חז"ל להליך שיפוטי לעילא ולעילא. אמנם, אומרים חז"ל, יואב ידע שהוא חייב מיתה בדיני המלכות ללא משפט, אך "היה יואב מבקש שידונו דינו בסנהדרין".⁴¹ שלמה, אף שהיה בטוח שיואב חייב מיתה, "הסכימה דעתו עם דעתו של יואב והעמידו בדין". וכך מתואר הדיון המשפטי:⁴²

41 סנהדרין מח ע"ב. סיבת הימנעותו של יואב לאהל ה' והחזקתו בקרנות המזבח אף היא נדרשה שם, שכן בשמות כא 14 נכתב: "וכי יזד איש על רעהו להורגו בערמה מעם מזבחי תקחנו למות". הכיצד לא ידע יואב פסוק מפורש בתורה? אלא שיואב ידע שהחזקתו בקרנות המזבח לא תצילהו מהענשתו ב"דיני התורה", אבל היא תצילהו מהריגתו ב"דיני המלכות". מאחר ששיער שלמה רוצה להורגו ב"דיני המלכות", אחז בקרנות המזבח. התלמוד משער כי יואב רצה להתדיין בדיני התורה ולא בדיני המלכות כיוון שהנהרג בדיני המלכות נכסיו שייכים למלך, ואילו הנידון למוות בדיני התורה נכסיו ליורשיו.

42 סנהדרין מט ע"א. עיבוד של לוי גינצבורג (תרגום מרדכי הכהן) אגדות היהודים כרך ה 81 (מהד' 2, התשס"ט).

וכשעמד בדין טען כנגדו שלמה ואמר לו ליואב: מפני מה הרגת לאבנר?
 אמר לו אבנר: גואל הדם של עשהאל אחי הייתי. אמר לו שלמה: עשהאל
 רודף היה לאבנר ובדין הרגו. אמר לו: היה לו לאבנר להציל עצמו באחד
 מאבריו של עשהאל ולא להרגו. אמר שלמה: לא היה אבנר יכול לעשות כן.
 אמר יואב: בדופן חמישית, מקום שמרה וכבד תלויים בו היה יכול לכוון,
 באחד מאיבריו לא היה יכול לכוון לו? אמר שלמה: אם כן תינח לאבנר,
 אבל מפני מה הרגת את עמשא? אמר לו: עמשא מורד במלכות אביך דויד
 היה, שאמר לו המלך להזעיק את איש יהודה לשלשת ימים ולא הזעיקם
 ונתחייב מיתה. אמר לו שלמה: עמשא באותה שעה בדין עשה, שהרי אם בא
 המלך לבטל דברי תורה אין שומעין לו, דברי המלך ודברי מלכו של עולם,
 דברי מי שומעין?

היריבות בין שלמה ליואב לפי ביאור חז"ל אינה בשל מזימות "חצרוניות" כפשוטו של
 מקרא, אלא בשל התדיינות הלכתית. שלמה ויואב מתפלפלים כתלמידי חכמים בבית
 המדרש בדקדוקי ההלכות של "גואל הדם", "רודף" ו"מצות המלך". משפטו של יואב
 הסתיים בהמתתו בשל נטייתו של יואב אחר אדוניהו בן חגית (שהמליך את עצמו כיוורשו
 של דויד עוד בחייו) וכן בשל ניסיונו לחבור לאבשלום, שמרד בדויד אביו, ניסיון שסוכל
 "מפני אימת בעלי אגרופין של מלכות" שהילכה על יואב. שני הנימוקים הללו, ולא
 הנימוקים ששם המקרא בפי דויד לפני מותו, הן הן העילות המשפטיות, לדעת חכמי
 התלמוד, להמתתו של יואב.

ואולם, מעבר לפרטים, דומה כי חז"ל הביעו את עמדתם כלפי הדין הפלילי התורתי,
 כהליך שאינו ראוי. כך נאמר במשנה מכות שעוסקת בדיני ההענשה על עבירת המתת
 אדם:⁴³

סנהדרין ההורגת אחד בשבוע, נקראת חבלנית. 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.

הכיצד מתיישבות אפוא דעות התנאים הללו עם הציוויים המנדטוריים בתורה, של ביעור
 הרע מישראל, של כפרת הדם הנשפך? הרי אף לדעת רבן שמעון בן גמליאל העונש על
 עבירה של המתת אדם אינו צריך לבוא בתכיפות ובסדירות.

43 משנה מכות א, י.

זאת ועוד, עבירות מפורשות בתורה שעונשן מיתה עברו בתלמודם של התנאים סובלימציה, אם לא העלמה. כך מצוות גואל הדם, שעליה נאמר בתורה: 44

וְאִם בְּכָלִי בְּרָזַל הִכְהוּ נִימְוֹת רִצְחָהּ הוּא מוֹת יוֹמֵת הָרִצְחָהּ : וְאִם בְּאֶבֶן יָד אֲשֶׁר יָמוּת בָּהּ הִכְהוּ נִימְוֹת רִצְחָהּ הוּא מוֹת יוֹמֵת הָרִצְחָהּ : אוּ בְּכָלִי עֵץ יָד אֲשֶׁר יָמוּת בּוֹ הִכְהוּ נִימְוֹת רִצְחָהּ הוּא מוֹת יוֹמֵת הָרִצְחָהּ : גְּאֵל הַדָּם הוּא יָמִית אֶת הָרִצְחָהּ בְּפָגְעוֹ בּוֹ הוּא יִמְחָנוּ : [...]

וְאִם בְּפִתְעָה בְּלֹא אֵיבָה הִדְפוּ אוּ הִשְׁלִיךְ עָלָיו כָּל פְּלִי בְּלֹא צְדִיקָה : אוּ כָּכָל אֶבֶן אֲשֶׁר יָמוּת בָּהּ בְּלֹא רְאוּת וַיִּפֹּל עָלָיו נִימְוֹת וְהוּא לֹא אוֹיֵב לוֹ וְלֹא מִבְּקָשׁ רָעָתוֹ : וְשִׁפְטוֹ הָעֵדָה בֵּין הַמִּכָּה וּבֵין גְּאֵל הַדָּם עַל הַמְּשֻׁפְּטִים הָאֵלֶּה : וְהִצִּילוּ הָעֵדָה אֶת הָרִצְחָהּ מִיַּד גְּאֵל הַדָּם וְהִשִּׁיבוּ אֹתוֹ הָעֵדָה אֶל עִיר מְקֻלָּטוֹ אֲשֶׁר נָס שָׁמָּה וַיֵּשֶׁב בָּהּ עַד מוֹת הַכֹּהֵן הַגָּדֹל אֲשֶׁר מָשַׁח אֹתוֹ בְּשֶׁמֶן הַקֹּדֶשׁ :

והנה, מתוך התלמודים משתמע שיש תנאים הסבורים שמצוות "גואל אדם" אינה מטילה חובה מוחלטת, אלא היא רק מתן רשות לנקום את דמו של הנרצח. יתר על כן, לפי הראשונים בפרשנותם לתלמוד, חיובו של גואל הדם אינו להמית את הרוצח בעצמו, אלא רק לדאוג להבאתו לדין ולהעמידו לפני בית הדין, אלא שאם הרג הוא פטור ממיתה.⁴⁵ אם עבר גואל הדם סובלימציה, אזי המצוות "בן סורר ומורה" ו"עיר הנדחת" עברו נולפימציה. מצוות בן סורר ומורה, שעליו כתוב: 46

כִּי יִהְיֶה לְאִישׁ בֶּן סוֹרֵר וּמוֹרֵה אֵינְנוּ שׁוֹמְעֵי בְּקוֹל אָבִיו וּבְקוֹל אִמּוֹ וַיִּסְרוּ אֹתוֹ וְלֹא יִשְׁמַע אֲלֵיהֶם : וְתִפְּשׂוּ בּוֹ אָבִיו וְאִמּוֹ וְהוֹצִיאוּ אֹתוֹ אֶל זְקֵנֵי עִירוֹ וְאָל שַׁעַר מִקְּמוֹ : וְאָמְרוּ אֶל זְקֵנֵי עִירוֹ בְּגִנּוֹ זֶה סוֹרֵר וּמוֹרֵה אֵינְנוּ שׁוֹמְעֵי בְּקוֹלָנוּ זֹלָל וְסָבָא :

44 במדבר לה 16–19.
 45 כפי שכותב המאירי בית הבחירה על סנהדרין מה ע"ב (מהד' סופר, 193): "ר"ל שמצוה עליו להשתדל במיתתו ואם אין שם גואל או שאינו רוצה או שאינו יכול ביי"ד מעמידין מי שישתדל על כך עד שיביאווהו לידם וידינוהו. ויש שפירשו שמועה זו בהורג בשוגג שיצא מעיר מקלטו וזה אינו שזה אין בו אלא שרשות ביד גואל הדם ואף שאר כל אדם אין נהרגין עליו כמו שיתבאר במקומו אבל בית דין אין נזקקין בזה כלל וכן אין לפרשה במקומו בלא התראה או בעד אחד שאף זה אין מצוה ביד גואל הדם אלא שהוא פטור אם הרגו וכן אין בית דין נזקקין לכך [...] בית דין מעמידין מי שישתדל על כך עד שיביאווהו לידם וידינוהו".
 46 דברים כא 18–20.

מצווה זו נדרשת בתלמודים על ידי ר' יהודה בדווקנות רבה ביותר עד כדי העמדת מצווה זו אד-אבסורדום. "אביו ואמו" המוזכרים לא פורשו כשותפים ל"הליך חינוכי", כפי שמנסים כמה פרשנים אפולוגטיים לאלפנו בינה, אלא – "אביו ואמו" – אם לא הייתה אימו שווה לאביו בקול ובמראה ובקומה אינו נעשה בן סורר ומורה".⁴⁷ נקל אפוא לנבון לדעת כי לא ימצאו באמת הורים שכאלו. ואילו מהשמועה שבן סורר ומורה אינו סתם "זולל וסבא" אלא רק "משיאכל תרטימר של בשר וישתה חצי לוג יין האיטלקי" מסיק התנא ר' שמעון "אלא לא היה ולא היה עתיד להיות. ולמה נכתב? דרוש וקבל שכר".

על מצוות עיר הנדחת מעיד המקרא שבשל חומרת מעשה ההדחה עונשם חמור, ככתוב:⁴⁸

הַכָּה תִּפְּהוּ אֶת יִשְׂרָאֵל הָעִיר הַהִיא לְפִי חֶרֶב הַחֶרֶם אֲתָהּ וְאֵת כָּל אֲשֶׁר בָּהּ וְאֵת
בְּהֵמָתָהּ לְפִי חֶרֶב: וְאֵת כָּל שְׁלָלָהּ תִּקְבֹּץ אֶל תוֹךְ רְחוֹבָהּ וְשִׂרְפָתָהּ כְּאֵשׁ אֵת
הָעִיר וְאֵת כָּל שְׁלָלָהּ כְּלִיל לֵה' אֶל הַיַּיִן וְהַיְתָה תֵּל עוֹלָם לֹא תִּבְנֶה עוֹד:

קובעים חכמים כי "עיר הנדחת לא היתה ולא עתידה להיות. ולמה נכתבה? דרוש וקבל שכר".⁴⁹ וכל זאת למה? בשל הפרשנות הדווקנית בדרישה לשריפת "העיר ואת כל שלללה כליל", ומאחר שבעיר יש לפחות מזוזה אחת, הרי לא ניתן לשורפה ולא ניתן אפוא לקיים בה מצוות עיר הנדחת.⁵⁰

3. אי-היכולת המובנית בקיום מצוות "ובערת הרע מישראל"

לא זו בלבד שחז"ל נמנעו מלקיים ענישה לפי דיני התורה בפועל ופירשו את העונשים שניתנו במקרא כיוצאים מן הכלל וכ"הוראת שעה", אלא הם קבעו באופן קטגורי שמצוות ענישה לפי דיני התורה מצריכה שלושה "תנאי סף" בסדרי הדין והראיות כדי שיהא ניתן להעניש את העבריינים בעונש מוות או מלקות. וכך אמרו: "אין ממיתין אותם אלא בעדה ועדים והתראה", כלומר רק בהתקיימם של שלושת הרכיבים באופן מושלם ניתן להעניש. נסביר את כוונת הרכיבים:

(א) "עדה"

משמעו של רכיב זה שאין להעניש עבריינין, על פי דין תורה, אלא על יסוד פסק דין שניתן בעדה, בבית דין סמוך. בתורה אין רמז למספר הדיינים הנדרש, אך חכמים קבעו על סמך

47 סנהדרין עא ע"א.

48 דברים יג 16–17.

49 תוספתא סנהדרין יד, א (מהר"י צוקרמנדל, 436).

50 בבבלי שם.

דרשות הפסוקים, שלא כפשטם, שעונשי מיתה נידונים בסנהדרין קטנה, היינו בסנהדרין של עשרים ושלושה זקנים, ועונשי מלקות – בבית דין של שלושה. בעבירות חמורות וציבוריות רבות יש צורך בסנהדרין של שבעים ואחד זקנים.

יתרה מזאת, את הפסוק הפשוט "וכי יזד איש על רעהו להרגו בערמה מעם מזבחי תקחנו למות", המזהיר לפי פשוטו על עונשו של רוצח שלא ניתן לו לחמוק במנוסה למזבח, דרשו חכמים: "[...] נמצינו למדין שסנהדרין בצד המזבח", כלומר לא ניתן לערוך דין פלילי אלא רק כאשר בית המקדש קיים, ומזבח על מכונו וסנהדרין פועלת לידה. והנה, גם כשבית המקדש היה קיים, קודם לחורבן הבית, הפסיקו מלדון עונשי המוות מצד הסנהדרין.⁵¹ הפסקה זו נמקה בגלות מרצון שגלתה הסנהדרין לחנויות ממקום מושבה הקבוע בהר הבית, ארבעים שנה קודם החורבן: "מאי טעמא [מה הטעם]? כיוון דחזו דנפישו להו רוצחין ולא יכלי למידן [כיוון שראו שהתרבו הרוצחים ולא יכלו לדון]. אמרו, מוטב נגלי ממקום למקום כי היכי דלא ליחייבו [אמרו, מוטב שנגלה ממקום למקום כדי (הרוצחים) לא יתחייבו בדין]".⁵²

(ב) "עדים"

משמעות הדבר שאין להעניש אדם על פי הודאת עצמו, ורק על פי עדותם של שני עדים, הכשרים להעיד, "יקום דבר". עניין העדים נאמר בפירוש בתורה: "והגד לך ושמעת, ודרשת היטב והנה אמת ונכון הדבר נעשתה התועבה הזאת בישראל [...] על-פי שנים עדים או שלשה עדים יומת המת, לא יומת על-פי עד אחד", כלומר אין אפשרות להעניש אדם על פי עד אחד אלא על פי שני עדים או שלושה. ברם לפי חז"ל, "שניים או שלשה" עדים אינם אוסף של יחידים אלא "כת עדים". כל אדם הבא להעיד עם חברו מצטרף ל"כת עדים", ועל כן אם אחד מהם נפסל, בלית ברירה נפסל גם חברו. כך הוא כש"כת העדים" מכילה שני עדים, וכך גם כאשר "כת העדים" מכילה שלשה עדים או יותר, ואפילו מאה עדים – אם אחד מהם נפסל, אין מבחינים בין העד שנפסל לבין אלו שלא נפסלו. הכלל הוא: "עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה". אם כן, כדי לפסול מאה עדים אין צורך להתאמץ בפסילת כולם או רובם, אלא מספיק שעד אחד נפסל – נפסלה עדות כולם. כך קבעו חכמים את דרך בדיקתם הדווקנית של העדים שנועדה לקבוע אם פסולים הם או כשרים. במשנה בסנהדרין

51 עבודה זרה ח ע"ב; מדרש הגדול (מרגליות), תעב, על הפסוק: "מעם מזבחי תקחנו למות"; מכילתא דרבי ישמעאל, משפטים פרשה ד, (האראוויץ-רביין, 264), על הפסוק הנ"ל; ירושלמי מכות, ב, ו; סמ"ג, עשין, צט; רמב"ם, סנהדרין, ג, ב, שכולם ניסו למצוא קשר בין הסנהדרין ובין המזבח.

52 ראו דברי התוס' ע"ז, ח ע"ב, ד"ה "אלא", שהיו סנהדרין לפני חורבן הבית חוזרים לפעמים למקום מושבם בשעה שהרגישו שיש צורך בזה, ובכך הפעילו את מדיניות הענישה.

מובא סדר חקירות העדים, ובו רשימה של "שבע חקירות": "היו בודקין אותן בשבע חקירות: באיזה שבוע? [הכוונה באיזו שמיטה; כל שבע שנים היוותה יחידה של 'שבוע'] באיזו שנה? באיזה חודש? בכמה בחודש? באיזה יום? באיזו שעה? באיזה מקום? [...] העובד עבודה זרה: את מי עבד ובמה עבד?". חקירות העדים הן שלב הכרחי כאשר מדובר בשיטת משפט אינקוויזיטורית שאינה מנוהלת על ידי בעלי הדין עצמם. אין אפוא משמעות ל"חקירה שכנגד" אלא לשלב התשובות הזוהות. במילים אחרות, אם באה כת עדים – שניים, שלושה, מאה או יותר – חייבים כל עדי הכת להשיב תשובה פוזיטיבית אחידה. אם אחד מהם הכחיש את חבריו לכת, ואפילו טען "איני יודע" – נפסלו כל עדי הכת. ואולם, מלבד החקירות הקבועות היה ניתן לערוך לעדים "בדיקות", כלומר לשאול אותם שאלות בנוגע לאירוע העבירה. ה"בדיקות" בניגוד ל"חקירות" אינן שאלות חובה אלא פריווילגיה של בית הדין לשאול ולהרבות ולשאול, והמשנה אומרת ש"כל המרבה בבדיקות הרי זה משובח". ומדוע? המשנה ממשיכה ומביאה "מעשה וברק בן-עזאי בעוקצי תאנים [שאל את העדים אם עוקציהם של פירות התאנה שמתחיתה בוצעה העבירה] היו שחורים או לבנים. 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 זה את זה עדותן בטלה".

אם כן, הימשכות השאלות והדקדוק בפרטים שנראים "לא רלוונטיים" היו מתוך מטרה "למסמס" את הענישה החמורה על ידי פסילת העדים או למצער אחד מהם. עקב כך נוצר מצב שעליו מעידה המשנה שההליך הפלילי היה נדיר בו ביותר: "סנהדרין ההורגת אחד בשבוע, נקראת חבלנית, רבי אלעזר בן עזריה אומר: אחד לשבעים שנה. רבי טרפון ורבי עקיבא אומרים: אילו היינו בסנהדרין, לא נהרג אדם מעולם". והכבלי על המקום מבאר:

היכי הוו עבדי [האיך היו עושים]? [...] ראיתם טריפה הרג? שלם הרג? אם תמצא לומר שלם הוה, דילמא [אולי] במקום סייף נקב הוה? בבוכל את הערווה: [...] ראיתם מכחול בשפופרת? [...].

מובן מאליו שלא כולם הסכימו עם הדבר, ושנינו במשנה כי "רבן שמעון בן גמליאל אומר: אף הם מרבים שופכי דמים בישראל", היינו מרוב להיטות שלא להעניש יוכלו עבריינים מועדים להמשיך ולשפוך דם נקי.

חיוניותם של העדים במשפט העונשין העברי היא מעבר לנהוג במשפט בן-זמננו, שבו "הודאת" הנאשם בביצוע העבירה היא המעולה שבראיות; במשפט העברי היא, כלשון הרמב"ם, "גזירת הכתוב היא שאין ממתין בית-דין ולא מלקין את האדם אלא על-פי שנים עדים [...] שמא נטרפה דעתו בדבר זה, שמא מן העמלין מרי נפש הוא המחכים למות

שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמן מעל הגגות, שמא כך זה יבא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג. וכללו של דבר גזירת מלך היא"⁵³. אחד ממפרשי הרמב"ם מביא בלשונו נימוק רצינולי כלשהו: "ואפשר לתת קצת טעם לפי שאין נפשו של אדם קנינו אלא קנין הקב"ה, שנאמר 'הנפשות לי הנה' (יחזקאל, יח) הילכך לא תועיל הודאתו בדבר שאינו שלו ומלקות פלגו דמיתה הוא [חלק של מיתה הוא] אבל ממונו הוא שלו ומשום הכי אמרינן: 'הודאת בעל-דין כמאה עדים דמי'. וכי היכי דאין אדם רשאי להרוג את עצמו, כן אין רשאי להודות על עצמו שעשה עבירה שחייב עליה מיתה לפי שאין נפשו קניינו [...]"⁵⁴.

(ג) "התראה"

אך ה"מוסרה" הרצינית ביותר, שבשמה כמעט לא היה אפשר להעניש לפי דין תורה, הייתה דרישת ה"התראה", דהיינו אין להעניש אדם בגין עבירה מבלי שתוכח בצורה מוחלטת כוונתו הפלילית של העבריין. הכוונה הפלילית חייבת להיות מוכחת על פי עדים, המעידים שהעבריין הותרה בפניהם קודם לביצוע המעשה האסור.

חובת ההתראה בעיני חז"ל איננה רק אזהרה (warning) לעבריין הפוטנציאלי, כפי שמקובל הדבר בשיטות משפט מודרניות, אלא דרישה שהעבריין ידע את חומרתה של העבירה שהוא עומד לבצע ואת צורת ההענשה המדויקת שתבצע בגופו, ולא זו בלבד, אלא שיתיר את עצמו למיתה ("והוא שיאמר בפירוש יודע אני שכך הוא, ועל מנת כן אני עושה").⁵⁵ כן נדרש שהעבירה תיעשה בתכיפות, "תוך כדי דיבור" של התראה. נקל להבין שלנוכח תנאים המיוחדים של ההתראה, לא במהרה יימצא עבריין בר-עונשין שיתיר את עצמו למיתה ויעבור על הציווי בתכופות לקבלת האזהרה-ההתראה.

תנאים ואמוראים התאמצו למצוא סימוכין לחובת ההתראה בכתובים שבתורה. כך, למשל, נמסר בירושלמי:⁵⁶ "מניין להתרייה [...] תני ר' שמעון בן יוחאי 'על פי שני עדים או שלשה עדים יומת המת' (דב' יז 1), המת מת, אלא להודיעו באיזו מיתה מת" ("דיומת המת כתיב, וכי המת מת? אלא ללמדך שצריך להתרות בו ולהודיע באיזה מיתה הוא מת אם יעבור ויעשה זאת" – פירוש פני משה). בבבלי סנהדרין,⁵⁷ משיב רבא על שאלת התלמוד, מנין שאין העבריין חייב, אלא אם כן התיר את עצמו למיתה: "אמר קרא 'יומת המת' עד שיתיר עצמו למיתה" (ורש"י מבאר: "משמע כבר הוא כמת קודם שבא לבית דין, שחייב עצמו מיתה בפיו"). וראו בבבלי ובירושלמי שם דרשות נוספות מכתובים אחרים. המעיין

53 סנהדרין, יח 1.

54 הרדב"ז, שם, שם.

55 מאירי, בית הבחירה לסנהדרין ד"ה "חייבי מיתות ומלקות" (מהד' סופר, 175–176).

56 סנהדרין פ"ה ה"א, כב ע"ג.

57 מא ע"א.

יראה שאין דעה מוסכמת בין החכמים בדבר מקורה של חובת ההתראה במקרא, והמקראות שמהם לומדים חכמי התלמוד על חובת ההתראה אינם עוסקים כלל, לפי פשוטם, בחובה זו. עוד עולה מהספרות התלמודית שלא בכל העבירות נדרשת התראה כתנאי לענישתו של העבריין. עבירות מרכזיות במקרא, כגון זקן ממרא, גואל הדם ועדים זוממים, אינן זוקקות התראה בעבריינן כתנאי להענשתו. אין חז"ל מבארים את הנימוקים ל"פטור" של עבריינים אלו מחובת ההתראה. יוצאת מן הכלל היא עבירת עדים זוממים, שבה יש דיון נרחב בתלמוד, המביא נימוקים חלוקים על אודות ה"פטור" מההתראה.

דומה אפוא כי חובת ההתראה – זו החובה שאין לה זכר בתורה, ומעצם מהותה היא שייכת לדיני הראיות ושימשה כלי יעיל ונוח לאמוד את הכוונה הפלילית של הנידון – התגלגלה, בעקבות השקפתם של חז"ל על מדיניות הענישה ורצונם להגביל את סמכות הענישה בידי אדם, והייתה לדרישה מהותית ונוקשה בצורתה, שפסלה כמעט כל אפשרות ריאליית לענישה⁵⁸ (זאת נקל לנבון לדעת שלא במהרה יימצא עבריין שיתיר את עצמו למיתה כנדרש, כדת וכדין).⁵⁹

ב. פשר חידת הענשה הפלילית בדיני התורה

1. ההשערות של חוקרי ההלכה בדבר "ביטולה" של הענשה

הדיסוננס בין מוחלטות ההוריה בדבר הענשת העבריינים ובין ההסנות בנוגע להענשה לפי דיני התורה, עד כמעט ביטולה בפועל, היו כר נרחב להשערות עוד אצל חכמי הביניים וכמובן בקרב חוקרי ההלכה והמשפט העברי.

נפתח אפוא במוזרותה של דרישת ההתראה במארג "דיני הנפשות". רבנו הדעות בין חוקרי ההלכה בדבר תפקידה של ההתראה, שהרי היא מסכלת כמעט כל אפשרות העמדה לדין של העבריין. היו שראו את תפקידה של ההתראה "לאשש מעבר לכל ספק את כוונתו הפלילית של העבריין"⁶⁰, וכוונה זו נדרשת בדיני התורה מאחר ש"העבריין נענש על גודל

58 מדיניות הענישה גם גיבשה את צורת הענישה לעומת צורת הענישה העתיקה. עונש השרפה, למשל – במקום שרפה ממש, כאמור בתורה, התקבלה השרפה כמתואר. בסנהדרין, נב ע"א, והגמרא שם, מוסבר השינוי בצורת העונש כך: "ואהבת לרעך כמוך" ברור לו מיתה יפה".

59 על ניתוח המקורות מבפנים כדי לאשש את הנחתי זאת, עיינו במאמרי, ישראל צבי גילת "לתוקפה של חובת ההתראה במשפט העונשין העברי" מחקרי משפט ו 217, 219–222 (1988).

60 זה ניסוחו של אהרן שמש "עדות, תוכחה והתראה: עיון משווה בהלכת כת מדבר יהודה והלכת חז"ל" תרביץ סו 149, 161 (התשנ"ז). אמת שבמאמרו כיוון גם למאמרי הנ"ל, אך לא דק פורתא. בהרחבה כתב מו"ר שלום אלבק יסודות העבירה בדיני התלמוד 100–106 (1997)

החטא שבידו כלפי האלוהים ולא על הנזק החברתי שגרם [...] זה רק כאשר העבריין עבר את העבירה מתוך התרסה בקדוש-ברוך-הוא וחילול שם שמייים"⁶¹, או מפני ש"עיקרו של משפט התורה הוא חינוכי-מיסטי, עידונה של הנפש הישראלית לצרוף את הבריות"⁶². חוקר אחר העלה השערה, בהשוותו למשפט שנהג בכתות ים המלח בשלהי ימי בית שני, ש"כדי לקיים את חובת האזהרה המוטלת על העדים, ייסדו חז"ל את 'ההתראה'⁶³; היה גם מי שהעלה השערה בדבר מדיניות-על של חכמי התורה שתביא לזיכוי מרבי של הנידונים, ושתלה זאת בדרשת הפסוק המצוטטת במשנה "ושפטו העדה [...] והצילו העדה" – עדה שופטת ועדה מצלת", היינו "כי יותר משתפקידו של בית הדין ("העדה") לשפוט נאשם החשוד בדיני נפשות, הוא נועד להצילו (באמצעות פסיקה מזכה) מעונש המוות"⁶⁴. ואולם, כל ההסברים הכלליים הללו אינם מיישבים את הפרטים הידועים בספרות התלמודית והפרשנית-הרבנית, שלא בכל העבירות קיימת חובה להתרות בעבריין. יש בתורה עבירות מפורשות, כגון זקן ממרא, גואל הדם או עדים זוממים, שבהן, לדעת חכמים, אין כל צורך להתרות בעבריין כתנאי להענשו. יש מצבים שבהם אדם לא עבר עבירה של ממש אלא "נידון על שם סופר" – כמו בן סורר ומורה, הבא במחותרת ו"הרודף" – ואף על פי כן אין צורך להתרות בו כדי להענישו, כמו מי שביצע עבירה מושלמת של רצח. יש גם עונשים שאינם נחשבים, לפי חכמים, כעונשים מן התורה, והם באים על עבירות שאינן כתובות בתורה ואף אינן מנויות על ידי חכמים כדיני התורה ממש – כמו "הוראת שעה", "דיני

ומונה רעיון זה כטעם הראשון של חובת ההתראה. לא התעכבנו כאן על הדעות של חכמי התורה בחידושיהם באשר למוזרותה של ההתראה. בקצרה וכמאסף לכל המחנה עיינו: צפנת פענח, אסורי ביאה, פ"א ה"ג, שמחלק את ההתראה לשני חלקים: בעניין החלק העובדתי סובר הוא שההתראה היא ראייתית, ובעניין החלק של ידיעת האסור סובר הוא שזו גזרת הכתוב; עיינו גם ר"ב ז'ולטי, משנת יעבץ (ירושלים, התשכ"ג) חו"מ, טז, בעניין זה.

61 אהרן אנקר "יסודות במשפט הפלילי העברי" משפטים כד 177, 201 (1994). אלבק בספרו, לעיל ה"ש 60, בנימוק השלישי לחובת ההתראה אוהז במידה קיצונית יותר. לדעת ר"ש אלבק, כפי שמוכיח משלל המקורות, כל ענישה לפי דין תורה באה "לכפרה בלבד ולא לשם תכלית אחרת" (שם, בעמ' 125) ועל כן "אין להעניש עובר עבירה אלא אם כן גלוי וידוע שחטא וצריך כפרה, וכפרה באה על-ידי העונש. אמנם גם שוגג צריך כפרה, אבל אי-אפשר לכופו לכך לפי שיכול הוא לומר: מזיד הייתי, וכיוון שאין עדים שהיה מזיד ולא הייתה התראה, אין בית דין יכול להענישו" (שם, בעמ' 127-128).

62 אהרן קירשנבאום "מקומה של הענישה במשפט העברי הפלילי – פרק בהשקפה הפנולוגית של חז"ל ושל הראשונים" עיוני משפט יב 253, 256 (1987).

63 שמש, לעיל ה"ש 60, בעמ' 164.

64 יאיר לוברבוים "על רצח, עונש מוות והאדם כצלם אלוהים בספרות חז"ל" פלילים ז 223, 236 (1998); יאיר לוברבוים צלם אלוהים – הלכה ואגדה 348 (2004). בתחילת אותה פסקה כותב לוברבוים: "איני טוען כי זוהי תכליתה של כל אחת מן ההלכות שצוינו למעלה (ההתראה, למשל – יצ"ג); ייתכן שכמה מהן נועדו (מלכתחילה) להגן על חשודים תמימים, ואחרות מבוססות על שיקולים אחרים [...]". והשוו לדבריי בהמשך.

המלכות", "עונש הכיפה", "קנאין פוגעין בו", "מכת מרדות", "המוסר" – ואף על פי כן אין צורך, לדעת חכמים, להתרות בעוברי עבירות אלה כדי להענישם. כל ההשערות שמנינו אינן מבארות מדוע "יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא", היינו מדוע עבירות מפורשות וידועות, כמו רצח, עבודה זרה או גילוי עריות, שהן תיעוב ומיאוס של ממש, אין להעניש את החוטאים בהן אלא רק אם התרו בהם, באופן שכמעט מאיין כל אפשרות של הענשה. עבירות קלות, לעומתן, אם לא שהן "מדרבנן", אין צורך להתרות כלל?⁶⁵ בדרך כלל אין חז"ל מבארים את הנימוקים ל"פטור" של עבריינים אלה מחובת ההתראה. יוצאים מן הכלל עדים וזממים, שעל אודותיהם יש דיון נרחב בתלמוד, המשתדל לנמק את ה"פטור", אך גם בזה אין דעה אחת מוסכמת על הכול.⁶⁶

מעבר לשאלה ה"פרוצדורלית" של דרך ביטול ההענשה על ידי חכמים מרחפת לה שאלת ה"מטרה". לשם מה הוציאו חז"ל את פסוקי המקרא ממשוטים ודרשום באופן המרחיק הפעלה אפשרית של דיני הענישה כמעט בצורה מוחלטת? "מאסף לכל המחנות" נמצא במסתו של פרופ' אהרן אנקר; לאחר שסקר היטב את דבריהם של קודמיו, ראשונים ואחרונים רבני זמננו וחוקרי ההלכה הקדומה והמשפט העברי, הגיע אנקר למסקנות נועזות דוגמטיות, שאביאן בלשונו:⁶⁷

הניסיון להשיב תשובה לשאלות אלה מתחיל בציון העובדה שאותה מערכת של משפט פלילי עברי שתיארנו למעלה אינה המערכת הפלילית היחידה שבמשפט זה. הדינים שפירטנו נוהגים בסנהדרין כאשר היא פועלת על-פי דין התורה. אולם לצידה של מערכת תורנית זו עומדות שתי מערכות

65 אנקר "יסודות במשפט הפלילי העברי", לעיל ה"ש 61, בעמ' 199 ואילך, מסביר את ארבע העבירות היוצאות מן הכלל: מסית לעבוד עבודה זרה, עד זומם, זקן ממרא ובן סורר ומורה. ואולם, רשימת היוצאים מן הכלל רחבה יותר, וממילא יש למצוא מכנה משותף רחב יותר מאשר אותן עבירות שבהן נזכר "למען ישמעו ויראו". אלבק בספרו, לעיל ה"ש 60, בעמ' 106–140, מרחיב את הדיבור מאוד על מטרת הענישה התורתית ומנסה לאמוד דרכה מדוע מענישים "לצורך השעה" ו"למגדר מילתא", וזה לשונו: "נמצאנו למדים אפוא, שעונש מן התורה הוא לכפרתו של היחיד החוטא, למירוק חטאו ולטיהור הפגם המוסרי שבו, כדי שיוכל לחזור בתשובה ולתקן את הפגם בנפשו; ואילו העונש שלא מן הדין לא בא בשביל היחיד אלא לתיקון הציבור, למיגדר מילתא לפי מה שהשעה צריכה. וצורך הציבור לשמור עצמו מריבוי עוברי עבירה משתנה מדור לדור וממקום למקום [...]". לדבריו, מאחר שהעונש לצורך הציבור, אין צורך בהתראה. את סיבת הפטור מהחובה להתרות בעדים וזממים, בכך סורר ומורה, במסית, בגואל הדם או בסוטה, שהן עבירות מן הדין, לא ביאר בפרוטרוט לפי טעם זה.

66 מחלוקת אביי ורבא בכתובות, לג ע"א. הרמב"ם מביא נימוק אחר בהלכות עדות כ, ד, וכבר השיגו הראב"ד והרדב"ז בנימוקו ה"עצמאי" של הרמב"ם, ומדברי הרדב"ז עולה שהוא תירוץ לרווחא דמילתא.

67 אהרן אנקר עיקרים במשפט הפלילי העברי 31–44 (התשס"ז).

נוספות, שהגמישות ושיקול הדעת של השופט עומדים בהן במרכז. הן בית הדין הדתי והן המלך המנהיג את העם – ובימינו השלטון האזרחי הנבחר על ידי העם – מוסמכים להעניש עבריינים שלא בהתאם לדין התורה בעת הצורך. סמכות זו לחרוג מדין התורה כוללת גם חריגות מהותיות וגם חריגות בסדרי הדין והראיות [...] לדעת חכמים, סמכות חירום-אקסטרא-טורנית זו נחוצה כדי להבטיח חיי חברה תקינים [...].

[...] גם המלך – קרי השלטון האזרחי – דואג להשלמת דיני התורה במטרה לשמור על חיי חברה תקינים. תפקיד זה של המלך מצא את ביטויו התקיף והקיצוני בדברי הר"ן [...] רבנו נסים פירט את המגבלות של דיני התורה המונעות השלטת סדר חברתי [...] אלא שלדעתו התורה פותרת את הבעיה של אכיפת החוק ושמירה על הסדר החברתי באמצעות משפט המלך. התורה מצווה על עם ישראל למנות לו מלך, אשר תפקידו העיקרי הוא לדאוג להשלטת החוק למען תיקון "הסדר המדיני" ולשם שמירה על הסדר החברתי.

כאמור, עונשי התורה חמורים יחסית. מטרתם להעניק לחוטא כפרה על חטאו כלפי שמים ולא להרתיע אותו או אחרים מלעבור את העבירה או למנוע מלחזור עליה. הדיין מצווה להעניש את החוטא בעונש שנקבע בתורה לעבירה שבידו. הדיין חסר שיקול דעת בקביעת העונש. כל זה מלמד שנותן התורה התכוון שעונשים אלה יופעלו רק במקרים החמורים ביותר, דהיינו באותם מקרים שבהם עבר החוטא את העבירה בצורה ובדרגת הביצוע החמורות ביותר, ההומות את חומרת העונש שבית הדין חייב לגזור עליו.

אנקר מרחיב מאוד את הדיבור על התאמתה של השקפת הר"ן לדעותיהם של ראשונים ואחרונים אחרים, ולמרות כל ההסתייגויות הוא רואה את המשפט העברי הפלילי כמתנהל בדו-מסלוליות כעניין פוזיטיבי של "לכתחילה"⁶⁸ אלא שעל הסבר זה ניתן להקשות: כיצד לא נוצר במשך הזמן "קודקס" פלילי של המסלול החלופי של "הוראת שעה"? של "דיני המלך"? האם באמת "דיני המלך" התנהלו תמיד כחלק מהפררוגטיבה של מצוות מינוי המלך, או שמא הפעלת המשפט הפלילי בתפוצות ישראל היה פררוגטיבה של מלך נוכרי, של שלטון נוכרי שאינו כפוף לדיני התורה ואינו מחויב אליה, הנותן "הרמונא" לקהילה

68 ניתוח מפורט של הדעות השונות בעניין ראו עבודתו של יעקב חבה היסוד הנפשי בעבירת רצח במשפט העברי 55–93 (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור לפילוסופיה, הוגש לסנאט של אוניברסיטת בר-אילן, התש"ס).

היהודית להעניש את חבריה בעונשים גופניים חמורים, מבלי שיטרח לבדוק את "מתחם הסבירות"? הזוהי סיבת הצמתתם של העונשין של "דיני התורה"? אפשר שמשפטן בן-ימינו יתענג לדעת כי ההסתמכות על המשפט הזר, כמו המשפט הפלילי החילוני כיום, היא עניין של "לכתחילה", אך ספק אם חז"ל, שראו את עצמם "מעתיקי השמועה איש מפי איש מפי משה רבנו", באמת היו מעלים בדעתם את "דיני המלך" כחלופה עונשית. סביר יותר שהענשה מ"דיני המלך" ו"הוראת שעה" הופעלו רק מחוסר ברירה כעניין של דיעבד, למקומו ולשעתו, ללא כל משנה ותלמוד סדורים.

2. הצעת פשר צמצומה-איונה של ההענשה הפלילית בדיני התורה

לעניות דעתי, על אף הצוויים הדתיים בתורה לעשות דין בחוטאים כדי לבער את הרע מישראל, גילו חז"ל בדרשותיהם כמה טפחים מפקפוקיהם כלפי תהליך הענישה לפי דיני התורה ונימוקיהם עמם: האחד, השפיטה בידי חכמים אינה השראה ל"צדק" אלא טכניקה מוגבלת, בייחוד בשל חוסר היכולת האנושית להבדיל בין מניעיהם של המועמדים לדין. ואולם, עיקר העיקרים – ההענשה בידי בית דין באה בעיקר לכפר על הקהל שבקרב נעשה העוול. הכפרה באמצעות ההענשה מדירה את העבריין, אם לא מאיינת אותו, מן ה"עדה" ואינה נותנת אפשרות להשיבו ל"עדה" ולאחותו עמה. ההימנעות של חז"ל מההענשה באה להבטיח את היכולת לגרום לעבריין להימלט מהענישה לשם איחוי עם החברה.

(א) הייאוש מן השפיטה האנושית בתחום המשפט הפלילי

ראשית לכול ראו חז"ל בשפיטה בידי אדם, הבאה לחרוץ גורלות, כישלון ידוע מראש. "משפט שלמה" (שבמובנים מסוימים עוסק ב"דיני נפשות")⁶⁹ מובא בספר מלכים כהמחשה לחכמתו הרבה של שלמה, כפי שמקלסו המקרא: "וישמעו ישראל את המשפט אשר שפט המלך ויראו מפני המלך כי ראו כי חכמת אלוקים בקרבו לעשות משפט" (מלכים א, ג 16–28), ובהמשך הדברים מעיד הכתוב על שלמה "ויחכם מכל אדם" (מלכים א, ה 11) – מוצג בצורה שונה אצל חכמי התלמוד. "חכמת" שלמה לא עשתה רושם רב, וחכמי ההלכה ראו בה סטייה מן ההליך הראוי, אם לא עיוות הדין. באותו משפט הופיעו "שתיים נשים זונות" שכל אחת מהן ילדה בן, ואיתרע המזל ובן אחד מת. האחת טענה: "לא כי בני החי ובנך המת", והאחרת טענה: "לא כי בנך המת ובני החי". ואז המלך מצווה: "קחו לי חרב [...]".

69 שהרי "סוקלין ושורפין על החזקות" בבבלי קידושין פ ע"א. ועיינו בהמשך מימרת רבה בר רב הונא: "איש ואשה, תינוק ותינוקת, שהגדילו בתוך הבית – נסקלין זה על זה ונשרפין זה על זה. א"ר שמעון בן פזי אמר רבי יהושע בן לוי משום בר קפרא: מעשה באשה שבאת לירושלים ותינוק מורכב לה על כתיפה, והגדילתו ובא עליה, והביאום לבית דין וסקלום, לא מפני שבנה ודאי, אלא מפני שכרוך אחריה".

גזרו את הילד החי לשניים ותנו את החצי לאחת ואת החצי לאחת". אישה אחת מבין שתי הנשים צעקה: "בי אדוני, תנו לה הילוד החי והמת אל תמיתוהו", והאחרת אמרה: "גם לי גם לך לא יהיה. גזורו". שלמה המלך מכריע כי האם האמתית היא זו ש"ויתרה" על "גזירת" התינוק לשניים. במדרש קהלת רבה מובאת אמירה חריפה "ביקורתית" כנגד שלמה המלך וכנגד חכמתו: (קהלת רבה (וילנה), פרשה י):

א"ר יהודה אמר ר' אלעאי אילו הייתי שם פוקרין הייתי מניח על צוארו [הייתי חונק אותו למוות]. כשהוא אומר 'קחו לי חרב' אילולא שנתמלאת עליו רחמים כבר נהרג, ועל אותה שעה הוא אומר 'אי לך ארץ שמלכך נער'."

ומה "חטאו" של שלמה לפי ר' אלעאי? ניהול משפט פרימיטיבי, שהרי בעצם גם שלמה אינו יכול לחזור על "חכמתו" שלו. בפעם הבאה תדע האם ה"מזויפת" כיצד לחמוק מ"שנינותו" של שלמה. דומה שחכמי התלמוד התכוונו להוקיע את שלמה בגלל יומרנותו "לדון דינין שבלב שלא בעדים ושלא בהתראה", ועל כך מסופר: "יצתה בת-קול ואמרה לו 'וכתוב יושר דברי אמת' (קהלת י 12) – 'על-פי שנים עדים [...]'"⁷⁰. במילים אחרות, אם התורה מצווה שכל דיון יהיה בהוכחות של עדים ושיעידו על הכוונה "בהתראה", אסור היה לשלמה לפסוק ב"קיצור דרך" על פי אינטואיציה שיפוטית. ניתן אפוא לשער כי אילו דן שלמה לפי דיני התורה הראויים, לא הייתה מתקבלת כל הכרעה פוזיטיבית, ובליית ברירה היה הילד נמצא תחת שלטונן של שתי אמהות מסוכסכות. למצער היו משתמשים בהכרעת הספקות של "כאן נמצא כאן היה" אם לא "יד המוחזק על העליונה". אף על פי כן ראו חכמים במשפט המסתיים באי-הכרעה מידה אמתית יותר מאשר הכרעה על פי תחבולה שלא ניתן לשחזרה.

קביעת הממצאים העובדתיים העומדים בבסיס העבירה היא אכן קשה, אך קשה ממנה היא קביעת המניע, היינו ה"כוונה". המניע של העבריין חשוב מאוד לקביעת עונשו של האדם, ו"nullum crimen sine culpa" היה מושרש עמוק בעולמם של חכמים. עניין המניע מוזכר בתורה בפירוש בקשר להמתת אדם: "וכי יזד איש על רעהו להרגו בערמה מעם מזבחי תקחנו למות"⁷¹, ברם חז"ל הרחיבו בדרשותיהם את הצורך בו בנוגע לכלל העבירות שעונשן מוות או מלקות. לא ביצוע המעשה האסור או תוצאתו השלילית הם העיקר, אלא הכוונה. מכאן שרק אלוהים בלבד, ה"יודע מחשבות", הוא שיכול לשפוט ב"צדק", ואילו האדם יכול אולי להסיק רק ממעשיו החיצוניים של העבריין על כוונתו של הנידון לפניו ועל

70 ראש השנה כא ע"ב.

71 שמות כא 14.

מניעיו, אבל ידיעת המניע לאשורו אינה קיימת. אמונה זו מוצאת את ביטויה גם בדבריו של ר' שמעון בן שטח, שראה "אדם רץ אחר חברו לחורבה ורץ אחריו ורץ וסיף בידו ודם מטפטף והרוג מפרפר", ולא היה אפשר להביא את הרוצח לבית דין מאחר שלא הייתה עדות ישירה למעשה ההמתה או לכוונה הפלילית שלוותה למעשה ההמתה: "אבל מה אעשה שאין דמך מסור בידי, היודע מחשבות יפרע מאותו איש שהרג את חברו".⁷²

רעיון ההענשה לפי מניעיו של האדם, שאינה אלא בידי אלוהים, הביא רעיון משלים, שלפיו אלוהים אינו מסיר את השגחתו מברואיו, ועל כן כל אי-יכולת להעניש בבית דין שלמטה, בשל חיסרון אנושי בהבניית עונש בהליך שיפוטי, "מעבירה" את סמכות ההענשה לאלוהים. "מות יומת": "אם לא התרוהו ב"ד של מטה ממיתין אותו ב"ד של מעלה".⁷³ במילים אחרות, אם בני אנוש אינם מסוגלים לעמוד על טיב הכוונה הפלילית של עושה המעשה, כי אז המשפט יבוצע על ידי אלוהים. וכך נשנים הדברים במדרש אגדה: "בזמן שתהרגו הנפש באתר שלא ידע בו אדם כי אם הרוצח בלבד, אע"פ שלא ידעו בו ב"ד שיהרגו אותו, אני אדרוש דמו של נהרג".⁷⁴

אם אלוהים מתערב במשפט, אין באי-מיצוי ההליך הפלילי הימנעות מעשיית משפט ומקיום מצוות ביעור הרע מן העולם, שכן כל אימת שבית הדין לא יפעיל את סמכות ההענשה, תיעשה זו בידי שמים. ברוח הדברים האלה נאמר: "אע"פ שבטלה סנהדרין [מסיבות שיפורשו להלן, ושביגין נמנעו חז"ל הימנעות מפורשת מלדון בדיני נפשות – יצ"ג] דין ארבע מיתות לא בטלו",⁷⁵ ואכן במקומות אחדים ראו חז"ל בייסורים, במחלות ובאסונות טבע ענישה בידי שמים על עבירות מסוימות,⁷⁶ שבאה על בני אדם בבחינת תחליף לענישה מדין תורה, שלא בוצעה בידי בית דין.

כאן יש לציין את ההבחנה בין ענישה לפי דיני התורה החלה על בני ישראל, שקיבלו את התורה על תרי"ג מצוותיה, לבין זו שחלה על "בני נח", שצוו ב"שבע מצוות". בעבירת המתת אדם, בעוד בדיני התורה תנאי מוחלט להענשת העבריין הוא בירור כוונתו – "וכי

72 סנהדרין לו ע"ב.

73 מדרש על הפסוק מכ"י ילקוט אלביחאני ומענין גנים ראו: רמ"מ כשר, תורה שלמה, שמות, כא, יב, אות רמד. וראו אור החיים בפסוק הנ"ל: "דע כי משפטי ה' הוא השופט כל העולם להמית לעושי רשעה אלא שבחר לתת קצת מהם לשופטי ארץ להמית הרשומים בתורת ה' [...]. ולזה אמרו ז"ל הגם שבטלו הדינים דינם לא בטל וישפטהו השופט לעולם".

74 מדרש אגדה על הפסוק "ואך את דמכם לנפשתיכם אדרוש" (בראשית ט 5) מובא בתורה שלמה, אות לד, וכן ספרי במדבר, נשא, פסקה ב (מהד' האראוויץ, 6): "מנין אתה אומר המדליק גדישו של חברו ביום כפורים, שאע"פ שאין ב"ד נפרעים ממנו שהוא נידון בנפשו".

75 סנהדרין לו ע"ב; כתובות ל ע"א; סוטה ח ע"ב.

76 שבת לב ע"א; מדרש רבות, דברים, ב, (ליפציג, 1864, 512); אבות דרבי נתן נוסח א, פרק לח; נוסח ב, פרק מא (מהד' שכטר, 113–115).

יזד", הרי שהענישה בגין המתת אדם לפי "דיני בני נח" היא לקונית – "שפך דם האדם באדם דמו ישפך"⁷⁷ – ואינה דורשת כל מניע, עד כדי כך שניתן להמיתו גם אם ביצע המתת אדם בשגגה.⁷⁸ הבחנה זו הייתה מושא לתמיהתו של איסי בן עקיבא במכילתא דרבי ישמעאל: "קודם מתן תורה היינו מוזהרים על שפיכות דמים לאחר מתן תורה תחת שהוחמרו הוקלו"? תירוצם של חכמים לתמיהתו של המקשה – "באמת אמרו פטור מדיני בשר ודם ודינו מסור לשמים"⁷⁹ – אינו אלא מענה באשר לדינם של בני ישראל, אך מדוע לא יימסר דינם של "בני נח" הממיתים בשוגג לשמים? ניתן לומר כי לפי השקפתם של חכמים, דיני בני נח נידונים לפי סדרי דין שונים, הנהוגים בדין הלאומי שלהם.⁸⁰ ניתן אפוא להסיק שגם בהליך פלילי ממש קשה ההכרעה המוחלטת על ידי שופט בשר ודם. לפי השקפת חכמים, רק אלוהים, ה' צבאות, הוא "שפט צדק בחן כליות ולב" (ירמיהו יא 20). גם מלך המשיח לעתיד לבוא, שעליו התנבא ישעיהו הנביא "ונחה עליו רוח ה' [...]" והריחו ביראת ה', יכול לדון ללא עדים וללא התראה, וכפי שאומר רבא, "דמורח ודאין", היינו "שמריח באדם ושופט ויודע מי החייב, שנאמר 'לא למראה עיניו ישפוט ולא למשמע אזניו יוכיח', ואפילו הכי, 'ושפט בצדק דלים' כגון על ידי הרחה".⁸¹ ואולם, לשאר בני אדם אין השפיטה אידאל ותוצאותיה, המוסקות מראיות קבילות, עלולות להישאר ללא הכרעה או אף להיות מוטות לפי ראות עיניו של בית הדין. על כן יש להימנע ככל האפשר מלהעניש לפיה.

(ב) צמצום הענישה בידי בית דין בשל אי-הדירותה

הקשיים המובנים בהליכי השיפוט האנושיים לקביעת העובדות וגילוי הכוונה הפלילית שינו בעיני חכמים את תכליתה של הענישה על ידי בית דין והפכה לבלתי ראויה. בתורה נזכרת הכפרה כתכליתה של הענישה. הכפרה נתפסה כ"מאחה" את החברה ומחטאת את "מצפונה" באמצעות הענשת הרוצח במוות: "ולארץ לא יכפר לדם אשר שפך בה כי אם בדם שפכו" (במדבר לה 33), או כתחליף לעונש הרוצח שלא נודע מיהו, בהבאת עגלה ערופה, שבה אומרים הזקנים "כפר לעמך ישראל [...]" ואל תתן דם נקי בקרב עמך ישראל ונכפר להם הדם" (דברים כא 8). מכאן שאף מצוות "ובערת הרע מקרבך" ו"ובערת הרע מישראל" נועדה לכפרה קולקטיבית, בהעלימה את החוטא בעבירות רבות על ידי המתתו

77 בראשית ט 6.
 78 רש"י מכות ט ע"א, ד"ה 'לפיכך'; ספר החינוך, מצוה כו.
 79 מכילתא דרבי ישמעאל, משפטים פרשה ד, (מהד' האראוויץ-רבין, 263).
 80 ראו גילת, לעיל ה"ש 59, בעמ' 228–229, 250–251 והמקורות המשוקעים שם.
 81 לשון רש"י סנהדרין צג ע"ב, ד"ה 'רבא אמר'.

ובאחרות – על ידי הטלת קלון חריף בו.⁸² ואולם, חז"ל ראו את הכפרה האמתית בהסרת החטא מהחוטא על ידי חזרתו בתשובה כעיקר, ומכאן שהענישה כביכול סותרת את חזרתו בתשובה של הרוצח.

חילוק זה שבין כפרה לעונש מובא בבהירות במדרש הקובע:⁸³

שאלו לחכמה החוטא מהו עונשו, אמרה להם "וחטאים תרדף רעה" (משלי יג 21). שאלו לנבואה החוטא מהו עונשו, אמרה להם "הנפש החוטאת היא תמות" (יחזקאל יח 4). שאלו לתורה חוטא מהו עונשו, אמרה להם "יביא אשם ויתכפר לו". שאלו להקב"ה החוטא מהו עונשו, א' להם יעשה תשובה ויתכפר לו, הדא היא דכח' "טוב וישר י"י וגו'" (תהלים כה 8). א"ר פינחס למה הוא טוב שהוא ישר, למה הוא ישר שהוא טוב. על כן יורה חטאים בדרך (תהלים, שם), שהוא מורה לחטאים דרך שיעשו תשובה. לפיכך הושע מזהיר את ישראל ואומר להם "שובה ישראל" (הושע יד 2).

הכפרה לעבריין האינדיווידואלי באמצעות עשיית תשובה אין לה תימוכין בתורה, בנביאים ובכתבי החכמה, ובוודאי לא ניתן להימלט באמצעותה מעונש המוות והמלקות. ואולם, התשובה היא הדרך המועדפת, לפי השקפתם של חכמים, על ידי אלוהים בעצמו, והיא עומדת כביכול בסתירה לחוקי התורה שנתן הוא עצמו. יתר על כן, התשובה הקולקטיבית של "ישראל", של ציבור ה"חוטאים", שבה עוסקים הפסוקים המקראיים בתורה, בנביאים ובחלק מן הכתובים, הופכת במדרש התנאים והאמוראים לדרך האינדיווידואלית של כל חוטא, של כל עבריין באשר הוא. התשובה אינה מיסטיקה אלא דרך חינוכית של הכרה עצמית בחטא. נמצא שהענישה לפי דין תורה מדירה את החוטא מלשוב בתשובה ולכפר על מעשיו.

מהשקפה זו של "אי־ההדירות" בעונשי התורה הסיקו חכמים כי אל לו לבן תמותה לקבל עליו את תפקיד הבורא ולשלול בשם ההשגחה את חייו של זולתו, גם אם יש להתערבות כזו צידוק שבדין. כך שלח ר' יהושע בן קרח: "חומץ בן יין עד מתי אתה מוסר עמו של אלוהינו להריגה? שלח ליה (ר' אליעזר ב"ר שמעון): קוצים אני מכלה מן הכרם.

82 אף שהפסוק בדברים כה 3 קובע "ארבעים יכנו לא יסיף פן יסיף להכתו על אלה מכה רבה ונקלה אחיך לעיניך", היינו שרק ההוספה מביאה קלון, התוספות בסוטה ח ע"א, ד"ה והכהן אוחו מבין כי ההלכה המובאת במשנה מכות כב ע"ב "חזן הכנסת אוחו בבגדיו אם נקרעו נקרעו ואם נפרמו נפרמו עד שהוא מגלה את לבו": "[...] ונראה משום דכתיב בו ונקלה – מצוה לנוולו", היינו שהקלון קיים מעצם טקס ההלקאה. אלא שהאיסור להלקות הוא "מכה רבה", היינו הטלת קלון רב.

83 פסיקתא דרב כהנא פיסקא כד – שובה (מהד' מנדלבוים, 355).

שלח ליה: יבוא בעל הכרם ויכלה את קוציו".⁸⁴ ברוח דברים אלו מובא גם בגיטין: "שלח ליה מר עוקבא לר' אלעזר: בני אדם העומדים עלי ובידי למסרם למלכות מהו?"⁸⁵ תשובת ר' אלעזר היתה מהפסוק: "[...] 'דום לד' והוא יפילם לך חללים חללים".⁸⁶ חז"ל גם הפליגו בדרכי ההשגחה האלוהית. מה מטרתה? בעירובין דורש ר' יהושע בן לוי את הפסוק: "ומשלם לשנאיו אל פניו להאבידו",⁸⁷ "[...] אלמלא מקרא כתוב אי-אפשר לאמרו כביכול כאדם שנשא משאוי על פניו ומבקש להשליכו ממנו",⁸⁸ ובאופן ברור יותר בספרי במדבר: "יש שמחה לפני המקום כשיאבדו מכעיסיו מן העולם וכך הוא אומר: [...] 'ובאבד רשעים רנה'".^{90, 91} אליבא דגישה זו, מטרת הענישה לבער את עושי העבירה, לאבדם ולהחבלם ולהעבירם מן העולם.⁹² כנגדה קיימת גישה אחרת, שיש להבדיל בין החטא ובין החוטא הזקוק רק לצירוף וטיהור אבל לא לגמול ונקם. על הפסוק "יתמו חטאים מן הארץ"⁹³ אומרת ברוריה, אשתו של ר' מאיר: "מי כתיב חוטאים חטאים כתיב",⁹⁴ ועל המשך הפסוק, "ורשעים עוד אינם", דורש ר' נחמיה: "שאינם רשעים באותה שעה".⁹⁵ אם רואים בענישה אמצעי לביעור החטא ולא לביעור החוטא, ברור שאין טעם בענישה אם היא מאבדת את כוח הרתעתה, גם אם תביא לידי חיסולם של עושי העבירה גופם.

(ג) הבניית מדיניות של "התערבות" בתהליכי ההענשה לפי דיני התורה

- 84 בבא מציעא פג ע"ב.
 85 גיטין ז ע"א; רעיון של אי-התערבות בשפיטה נבע גם מהעונש החמור של רציחת האדם שאינו יכול להתמצות בהריגת הרוצח על ידי בית דין. וראו אבות דרבי נתן, לעיל ה"ש 76: "'קול דמי אחיך צועקים אלי', מלמד שדם בניו ובני בניו וכל תולדות עד סוף כל הדורות שעתידין לצאת ממנו כולם היו עומדים וצועקין לפני הקב"ה".
 86 תהלים לו 7: "דום לה' והתחולל לו [...]".
 87 דברים ז 10.
 88 עירובין כב ע"א.
 89 ספרי במדבר, פס' קיז (מהד' האראוויץ, 13); סנהדרין קיג ע"ב; תוספתא סוטה, י, ג (מהד' ליברמן, 214).
 90 משלי יא 10.
 91 גישה זו נמצאת גם בבבא מציעא, טז, ו-ז; לה, כב-כד; וכן בראשית רבה פרשה מט, א (מהד' תיאודור-אלבק, 496).
 92 ראו ברכות י ע"א, בביאור הפסוק בתהילים קד 35.
 93 ראו מדרש תהלים קד, כז (מהד' בובר, 448), וכן בבראשית רבה, פרשה צח (מהד' תיאודור-אלבק, 1257) "בא לקללן וקלל את אפם", וכן בחנוך פרק א, שם מתוארת הענישה כמרפא של האנושות מפני החטא.
 94 כדי ליישב בין שתי הגישות ניסו לתרץ שיש הבדל בין לפני גמר דין, שאז הגישה סלחנית ובין אחר גמר הדין. מדרש תנחומא פרשה צו, ה (מהד' אשכול); נדה ע ע"ב.
 95 מדרש תהילים, לעיל ה"ש 93.

אם מטרת הענישה אינה ביעור עושה הרע אלא רק ביעור חטאיו על ידי חזרתו בתשובה, כי אז ניתן לראות ב"עדה", "עדים" ו"התראה" לא רק "פתחי מילוט" מענישה בידי בשר ודם תוך תקווה לענישה אלוהית, אלא לאמתו של דבר עיצוב מחדש של "גמישות", שבה יכול בית הדין לשקול כל מקרה לגופו אם ניתן להעניש אם לא.

"עדה"

כאמור לעיל, הדרישה ל"עדה" אינה רק לקיומו של טריבוניל שיפוטי אלא להימצאותה של "סנהדרין אצל מזבח". ההגליה העצמית של הסנהדרין מלשכת הגזית ל"חנניות" לא נבעה מ"לחץ חיצוני" של אבדן ההגמוניה הריבונית-הלכתית, אלא מהפעלתה של "מדיניות ענישה" אוטונומית על ידי חברי הסנהדרין עצמם. מאחר שרבו הרוצחים, רצו להימנע מהפעלת דיני התורה, ועל ידי "גלותם" ל"חנניות" היו פטורים מלדון דיני התורה. עם זאת, כדרך "מדיניות" מובא על ידי בעלי התוספות "דמכל מקום כשהיו רואין צורך שעה היו חוזרין אל הלשכה ודנין שם", כלומר חברי הסנהדרין היו "מווסתים" את מידת הענישה התורתית לפי "צורך השעה". לא רק בהטלת עונש המוות על רציחה נהגו "לווסת", אלא פעולות ענישה נוספות, כמו עגלה ערופה והשקאת סוטה, התבטלו עקב חוסר הרצון להפלייל אנשים ולגרם למותם, וכפי שהעיד ר' יוחנן בן זכאי,⁹⁶ "משרבו הרצחנים בטלה עגלה ערופה [...] משרבו המנאפין פסקו מי מְרִים".⁹⁷

"עדים"

בסיסו הלגאלי של הצלת הנידון מידי סמכות הענישה של הסנהדרין מצוי בפסוק "ושפטו העדה [...] והצילו העדה".⁹⁸ פשוטו של מקרא הוא הטלת חובה על ה"עדה" להבדיל בין השוגג הגולה לעיר מקלט ובין הרוצח מדעת, שעונשו המתה. הוא נדרש אצל חז"ל לסעיף מכונן של "מדיניות ענישה" בעל משמעות אידאית בדבר תפקידה של הסנהדרין הן בתחום דיני הראיות והפרוצדורה הפלילית והן בדין המהותי הפלילי.⁹⁹

96 עגלה ערופה, דברים כא 1–10. על השקאת סוטה ראו תוספתא סוטה יד, א (מהר" לברמן, 235); סוטה מז ע"ב; מדרש רבות במדבר, נשא פרשה ט (לייפציג, 1864, ע' רה).

97 יש הסוברים כי מבחינה היסטורית לא יכלה הסנהדרין לקיים בפועל את הענישה, והפסקת הענישה הכללית באה אפוא בשל השלטון הרומאי, אבל מדי פעם היו דנים באופן יוצא מן הכלל. ראו גדליה אלון תולדות היהודים בא"י בתקופת המשנה והתלמוד 129–192 (התשכ"ז).

98 במדבר לה 24–25.

99 מסנהדרין סט ע"א למדים מפסוק זה שבדיני נפשות אין נוטים אחר הרוב. מראש השנה כה ע"ב–כו ע"א למדים ש"סנהדרין שראו באחד שהרג את הנפש: [...] ר' עקיבא אומר כולן נעשין עדים ואין עד נעשה דיין [...] עד כאן לא קאמר ר' עקיבא התם אלא בדיני נפשות דרחמנא

אף פה ניתן לפרש כי אין קבלת העדות או דחייתה עניין של מוחלטות אלא מרווח של שיקול הדעת. ברור ששבע החקירות נדרשות ביותר וכל ספק בגרסתם של העדים פוסל את העדות, אך מעבר לכך הדבר נתון לשיקול הדעת של הדיינים – אם להמשיך לחקור את העדים בפרטי פרטים כדי "לצוד" סתירות בפיהם, ובכך לבטלם עקב הכחשות הדדיות, או להסתפק בשמיעת עיקרי דבריהם כדי לקיים את עדותם.

"התראה"

לעניות דעתי, כינונה של "מדיניות ענישה" באמצעות "מדרש התורה" של הפסוקים "ושפטו העדה [...] והצילו העדה" הביאה להגבלתה של חובת ההתראה למקרים שבהם היה לדעת חכמים טעם והיגיון להציל את הנידון מעונשו. ההצלה היא אפוא שפת הקיצור למדיניות ענישה, כפי שהבינו אותה חז"ל, המתבטא בצמצום סמכותה של הסנהדרין להעניש את החוטאים, עוברי העבירה.¹⁰⁰ חובת ההצלה קיימת כל עוד ההליך הוא שיפוטי – נעשה בידי הסנהדרין והוא בבחינת חובה – כלומר אין כל אפשרות לשקול שיקולים אחרים פרט לשאלת הוכחתם של יסודות העבירה, והנידון בהליך זה ראוי הוא להצלה מידי הסנהדרין. מסיבה זו, בכל אותם מקרים שבהם אין הענישה הליך שיפוטי, "פטרור" חכמים מהחובה להתרות באדם העומד לבצע את העבירה.

כך, לדעת מקצת הראשונים, פטרו חכמים מלהתרות בכך סורר ומורה אף על פי ש"בן סורר ומורה" הוא הליך שיפוטי הנערך לפני העדה, הם "זקני עירו", ולכאורה ההצלה היא כורח חיוני בו, שכן אין הנאשם נידון לפי מעשיו אלא "על שם סופרו". וכל זאת מדוע? נראה

אמר 'ושפטו העדה והצילו העדה', וכיוון דחזויהו דקטל נפשא לא מצוי חזו ליה זכותא". תוס' בבא בתרא נ ע"ב, ד"ה "ספק נפשות להקל". "פירש בקונטרס משום דכתיב 'ושפטו העדה והצילו העדה'; ראו רשב"ם, שם, שם, ד"ה "שניהם ישנן". הריטב"א, מכות ו ע"א, מסביר את דברי ר' יוסי, שאמר שעדות ש"נפלה מקצתה נפלה כולה ובד"א בדיני נפשות אבל בדיני ממונות תתקיים העדות בשאר", לא משום שהפסוק "על פי שניים" וגו' מדבר רק על דיני נפשות ולא על דיני ממונות, אלא משום שבדיני נפשות שייך "והצילו העדה" וגו', משא"כ בממונות. וכן ראו כתובות, טו ע"א. ורש"י, שם, שם ד"ה "ספק נפשות"; והשטמ"ק, שם, שם ד"ה "פרט לזורק". בירושלמי, סנהדרין ג, ט, כא ע"ג למדים מפסוק זה: "שלא יהא העדה לא קרובי מכה ולא קרובי מוכה". על השימושים השונים בפסוק זה עמד אהרן קירשנבאום "והצילו העדה" – היבטים אחדים בסנגוריה הפלילית במשפט העברי" דיני ישראל כב 9 (התשס"ג).

100 אולי אפשר למצוא תימוכין לרעיון חדשני זה בדבריו של ר' יוסף ענגיל, גליוני הש"ס, סנהדרין ח ע"ב, ד"ה "תוסד"ה בעדה", "וצריך לומר דכל ענין ההתראה רק משום הצלה", ובהמשך הדברים: "דההתראה אינה נצרכת בעצם החיוב כי היכא דיוחשב דעשה דבר שאילו עשאו השתא לא היה מעשה של חיוב זה אינו דגם השתא הרי היה בו חיוב בעצם ומשום הצלה הוא שהיה נפטר".

שהתשובה טמונה בעדותו של רבי יאשיה בשם זעירא, שהעיד משום אנשי ירושלים: "בן סורר ומורה שרצו אביו ואמו למחול לו מוחלין לו",¹⁰¹ כלומר ההליך השיפוטי תלוי ברצונם של אביו ואמו. ירצו – ימשיכו בהליך, ירצו – יחזרו בהם כל אימת שיחפצו בכל שלב של דיון בהליך. מדיניות הענישה נשמרת אפוא באמצעות יכולתם לחזור בהם מהפלטת בנם.¹⁰² אף את הסוטה "פטרור" חכמים מאותו טעם, שכן "בעל שמחל על קניו קניו מחול", ומשום כך אין צורך להעלות את רמת ההתראה ממדרגת הראייתיות למדרגת המהותיות.¹⁰³

מאחר שחובת ההתראה באה בשל הצורך להציל את הנידון מהיעדר שיקול הדעת של הסנהדרין שלא להעמיד לדין ושלא להעניש, לא היה צורך בהטלתה מקום שבו ההליך העונשי אינו חלק מ"דיני נפשות" של התורה. כך בכל אותן ענישות בשל הוראת שעה, כמו "מעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יוונים והביאוהו לבית דין וסקלוהו, לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך"¹⁰⁴ – היינו יש לבית הדין שיקול הדעת שלא לסקול, ועל כן אין צורך בהתראה. שיקול הדעת מפורש יותר בדיני המלכות. בניסוח הרמב"ם, "יש למלך רשות להרגו ולתקן העולם כפי מה שהשעה צריכה",¹⁰⁵ ועל כן גם כאן לא הטילו חכמים כל חובה של התראה. גם "עונש הכיפה" – שהתפרש על ידי האמורא מר שמואל כבא במקרים שהייתה עדות על מעשה הרצח, אך לא על הכוונה הפלילית בדרך של התראה¹⁰⁶ – אף הוא אינו עונש מנדטורי אלא מופעל לפי שיקול דעת חכמים, ועל כן אין צורך לקיים כאן חובת התראה.

נוסף על כך, אין ההתראה באה אלא במקום שראוי להפעיל את "חובת הצלה", היינו הנידון ראוי לאמפתיה מידי בית הדין אף על פי שעבר על עבירה חמורה מן התורה. ואולם, כאשר יש חשש ש"הצלתו" של הנידון תביא לאבדן חיי הזולת, לא ראו חכמים כל צורך בהטלתה של חובת ההתראה הדרקונית. כך דינו של "הרודף אחר חברו להרגו, אחר הזכור ואחר הנערה המארסה"¹⁰⁷ – כל אלה הנרדפים עלולים להיפגע בשל מעשה הרדיפה,

101 סנהדרין פח ע"א, ע"ב; רמב"ם, ממרים ז, ח.

102 אכן, פסוקי התורה עצמם תומכים בפרפוזיציה של שותפות ההורים ביסודות העבירה, שכן התנאים להתהוותו של בן סורר ומורה, לפי פסוקי התורה, הם פעולות שיוחדו להוריו – לשניהם גם יחד: "ויסרו אותו", "ותפסו בו", "והוציאו אותו", "ואמרו אל זקני עירו", "איננו שומע בקולנו".

103 סנהדרין פח ע"א. אין בכך כדי לסתור נימוק אחר, שסוטה אינה הליך של שיפוט, אלא הליך של בדיקה בידי כהן עיינו יומא סו ע"א.

104 סנהדרין מו ע"א; יבמות צ ע"ב.

105 רמב"ם, מלכים ג, י.

106 סנהדרין פא ע"א.

107 משנה סנהדרין ח, ז.

ולפיכך מותר לאדם להרוג את הרודף גם מבלי שיתרו בו מלכתחילה, שזהו "שמצילין אותן בנפשן". חריף ממנו הוא ההיתר הניתן לבעל הבית להרוג את ה"בא במחתרת" ללא כל התראה בפיקציה ש"מחתרתו זו היא התראתו".¹⁰⁸ סיבת ה"פטור" מן ההתראה היא החשש שבעל הבית עלול לאבד עקב התראה זו את יתרון ההפתעה, ועל כן אין טעם להציל את ה"בא במחתרת" על חשבוננו של בעל הבית.¹⁰⁹

הוא הדין במסית. בנוגע למסית, בניגוד לרודף, לא בהצלה גופנית של הנרדף מדובר אלא בהצלה רוחנית של המוסתים. יש חשש שאם נתרה במסית, הוא לא "יתיר עצמו למיתה" ויניצל מן העונש, ובפעם הבאה יצליח להסתיר את הסתתו ויביא אז את האחרים לעבוד עבודה זרה ולהתחייב מיתה. זהו העיקרון שעליו עומד ה"פטור" מלהתרות במסית, ובכך שונה המסית מהרוצח. ענישת הרוצח איננה מניעתית אלא באה לאחר עשיית העבירה, היא ההריגה, ולא לפני; לעומת זאת במסית מעשה העבירה הושלם בעצם ההסתה וקודם שנעבדה עבודה זרה, וגם אם לא הושפעו אנשים מדבריו כלל, מתחייב הוא נפשו.¹¹⁰ אמנם במשנה העוסקת בדינו של המסית מובאת מעין התראה – "האיך נניח את אלוהינו שבשמים ונלך ונעבוד עצים ואבנים?" – אך נקל לנבון לדעת כי האמירה הנזכרת במשנה אינה אלא תכסיס להזמנת עדים שיעידו על מעשה ההסתה,¹¹¹ או, כפי שמבאר בעל החזון אי"ש, כדי לכפר על ההדחה של ה"סוכן מדיח".¹¹²

ההבדל בין עונשו של המסית ובין עונשו של הרוצח מעוגן בפסוקי התורה, ונראה כי הוא שלימד את חז"ל על עניינו. באשר למסית נאמר: "לא תאבה לו ולא תשמע אליו ולא תחוס עיניך עליו ולא תחמל ולא תכסה עליו [...] וסקלתו באבנים ומת כי בקש להדיחך מעל ד' אלוהיך".¹¹³ סוג העונש מלמד על כך שאין הכוונה אלא להציל את העם מהתפשטות הכפירה על ידי הריגת המסית, ומכאן אכן למדו חז"ל שאין להשתדל להציל את המסית

108 סנהדרין עב ע"ב.
 109 על ההגנה העצמית ועל ההגנה של הנרדף עיינו גם אנקר עיקרים במשפט הפלילי העברי, לעיל ה"ש 67, בעמ' 311–388.
 110 סנהדרין סז ע"א. וזאת בניגוד לזקן ממרא, לפי אחת הגרסאות בסנהדרין פח ע"ב, שהמראתו היא "עד שיורה לאחרים ויעשו כמוהו".
 111 חלוקת בעניין בין הרמב"ם (סנהדרין, פי"א ה"ה) ורש"י (סנהדרין ח ע"ב, ד"ה "ושאר כל חייבי מיתות") הסוברים כי המסית אינו זקוק להתראה, היינו ניתן להענישו אף אם לא התרו בו, לבין ר' יונה בחידושו, על סנהדרין, ח ע"ב, הסבור שניתן ללמוד מן הביטוי "האיך נניח את אלוהינו שבשמים?" כי זו לשון ההתראה.
 112 חזון אי"ש, חושן משפט, סנהדרין, סימן כד(ט).
 113 דברים יג 9–10.

באמצעות דרישת ההתראה.¹¹⁴ שונה ממנו העונש המגיע לרוצח נפש במזיד, שהמתתו היא מטעם כפרה, כמו שכתוב בתורה: "ולא תחניפו את הארץ [...] ולא רץ לא יכפר לדם אשר שפך בה כי אם בדם שפכו". משום כך אין, לפי הבנתם של חז"ל, כל סתירה בין הענשת הרוצח ובין ההשתדלות בהצלתו, כשם שאין סתירה בין הפסוק הזה לפסוקים "ושפטו העדה" ו"והצילו העדה", שנכתבו בסמוך, באותה פרשה ממש, לאמור: כפרה והצלה אין הם דבר והיפוכו, אלא שני צדדיו של אותו המטבע.

ההידרשות לטעם העונש אינה בבחינת דרישת טעמא דקרא, דבר שאינו מקובל על חז"ל,¹¹⁵ אלא יש בה משהו המלמד את חז"ל מתי יש להחמיר בדרישות ההוכחה של העבירה הפלילית ומתי לא לעשות כן, מתי יש צורך להטיל את חובת ההתראה ומתי אין צורך בכך.

לפי דברנו ניתן להוסיף ולבאר את ההבדל בין שתי עבירות שעניינן סמוך זה לזה: "זקן ממרא" ו"נביא שקר". מדוע זקן ממרא, הממרה את פי בית דין הגדול שבירושלים ומורה לאחרים כדעתו, אין צורך להתרות בו כדי להענישו?¹¹⁶ ומדוע, לעומת זאת, נביא שקר המתנבא בשם עבודת כוכבים והאומר לפי לשונו של הרמב"ם: "אמרה לי עבודת כוכבים פלוני או כוכב פלוני שמצוה לעשות כן וכך או שלא לעשות", חייבים להתרות בו כדי להענישו?¹¹⁷ אם העונש בא על חומרת המעשה בגין ערעור הסמכות הרוחנית, מדוע "המתנבא מה שלא שמע ומה שלא נאמר לו",¹¹⁸ אין מענישים אותו ללא התראה כדת וכדין, ואילו הזקן הממרא שחולק בסברתו על הוראת בית הדין הגדול, יש חובה לרודפו ולהענישו אף ללא התראה? שהרי בסופו של דבר שניהם עבריינים חמורים, המסיתים ומדיחים את העם.

על כורחנו נמצאנו למדים כי לא על חומרת המעשה תקום או תיפול חובת ההתראה, אלא על מידת השפעתו. הזקן הממרא הוא המופלא שבבית דין שבעירו, שהוסמך להורות לעם הלכות ודינים ושהמרה את פי בית הדין הגדול בדבר שזדונו כרת ושגגתו חטאת, והוא חוזר לעירו וממרה את פי בית הדין הגדול, אם בהוראתו לאחרים שיעשו כדעתו ואם בשעה שהוא עושה כהמראתו. בשל מעמדו של אותו זקן יש סכנה בהצלתו, שכן אם יצילוהו על

114 לימוד זה של חז"ל אינו מפורש, שכן אין הוא נמנה בסנהדרין לו ע"ב במפורש בין הדברים שעליהם קבע רבי אבהו: "וחילופיהן במסית".

115 סנהדרין כא ע"ב; בבא מציעא קטו ע"א.

116 רמב"ם, ממרים ג, ח; המאירי, בית הבחירה, סנהדרין פח ע"ב, ד"ה "כל שחזר" (מהד' סופר, 318).

117 רמב"ם עבודה זרה ה, ו. הבאתי את המונח המקובל במסורת התלמוד והפסיקה. על משמעויות אחרות עיינו באהרן שמש עונשים וחטאים – מן המקרא לספרות חז"ל 150–165 (התשס"ג), שם גילה המחבר פנים חדשות למונח זה.

118 משנה סנהדרין, יא, ה.

ידי הטלת חובת ההתראה, יעשו אחרים כהמראתו ויתחייבו כרת, שהרי חכם מופלא הוא. וגם אם לא הורה לאחרים אלא "עשה כהמראתו", אפשר לומר שאין טעם להצילו ממיתת בית דין, מאחר שבין כך ובין כך הוא מחויב בעונש כרת, מה עוד שהעם יכול ללמוד ממעשיו. מסיבות אלה נמנעו חכמים מלהתנות את עונשו בהתראה על כל פרטיה ודקדוקיה כתנאי להרשעתו בדין. לעומת זאת, נביא המתנבא לשקר איננו בהכרח חכם היושב בדין, איננו משמש בהוראה ואין בסמכותו כנביא לחדש הלכה. מאחר שאין סכנתו מרובה כסכנת הזקן הממרא, הטילו עליו חז"ל חובת התראה, ככל עברייין, עד שיקבל עליו ויתיר עצמו למיתה.¹¹⁹

הוא הדין בעדים זוממין. נראה, לעניות דעתי, כי אם יחויבו העדים הזוממין בעונש רק כאשר הותרו לפני מתן עדותם, ברוב המקרים לא תהא עדותם מוזמת, מאחר שלא יתירו את עצמם למיתה ולא יקבלו כל עונש כמצוות הכתוב "ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו".¹²⁰ נוסף על כך, לא ידבק בהם כל שמץ של פסול, ועדותם על אנשים אחרים יכולה אפוא להיחשב עדות כשרה. יתר על כן, עדותם בפרשיות אחרות – אף על אותם אנשים שכבר העידו עליהם והוכחו – לא תיפגם כלל. נמצאנו למדים כי דינם של "עדים זוממין" בא בעקיפין להציל אנשים מעדויות שהן עלילות דברים, ועל כן לא רצו חכמים להכשיל כלי מגן משוכלל זה של "גילוי האמת" בשל חובת ההתראה.

נמצינו למדים כי חובת ההתראה אינה רק בשל השקפה מטה-הלכתית על אופיו של העונש התורני, היא אינה כלי גילוי האמת בלבד ואף לא נועדה מלכתחילה להגן על "חשודים תמימים", אלא הסתעפו הדברים והיא שינתה את עורה ובאה "למנוע הרשעתו של אדם". מדובר בחסימה דיונית כמעט לחלוטין, כפי שטוען יאיר לוברבוים,¹²¹ אלא שדרישת ההתראה, מראשית בריאתה באה לקיים מדיניות של הרשעה, לפי שיקול דעתו של בית הדין. משום כך, כאשר התעורר הצורך להפעיל שיקולים שלא להעניש עברייין, החמירו בהטלתה של חובת ההתראה, וכאשר לא היה צורך בה, פטרו חכמים מלהתרות בעברייין.

(ד) איון מצוות עונשיות בתורה מול קיום הענשה שלא מן התורה

דומה שאף העלמת העבירות של "בן סורר ומורה" ו"עיר הנידחת" עד הכרזתן כמי "שלא היה ולא נברא" באו בשל ההשקפה החז"לית שאין מקום להעניש בידי אדם על אותם

119 להרחבת הדברים ראו מהר"ץ חיות, תורת הנביאים מאמר דברי נביאים דברי קבלה, פרק ראשון, עמ' קלז-קלט; אהרן אנקר הכרח וצורך בדיני עונשין פרק שמיני (התשל"ז).

120 דברים יט 19.

121 לעיל ה"ש 64.

חטאים. "בן סורר ומורה" משום ש"נידון על שם סופו"¹²² ואין רגימתו באבנים באה בשל עבירה שנעברה; "אנשי עיר הנידחת", שכל אחד מהם עבד עבודה זרה וחייב מיתה בסקילה, בהצטברם יחד "רובם מתוך כולם" מחייבים מיתה את נשיהם וילדיהם הקטנים. משום כך העדיפו חכמים להימנע מהכרותם כ"אנשי עיר הנידחת" ולדונם כיחידים העובדים עבודה זרה. בדרך זו מילטו את נשותיהם של העבריינים ואת ילדיהם הקטנים.¹²³ באותה מידה גם עידונה של מצוות "גואל הדם" בהגדרת תפקידו של גואל הדם להגיש את הרוצח למשפט מעידה על הבנה הומניסטית השונה מהגישה המקראית.

כנגד ההקלה המרובה ביישומם של עונשי התורה העלו חז"ל חלופה מסוימת של הענשה שלא לפי דיני תורה, ולעתים אף הענשה על התנהגויות שלא נאסרו בתורה. אף שגם ההענשה החלופית הסתיימה לא פעם בהמתת העברייין או בהטלת מום בו, הייתה בה מעלה של "שיקול הדעת". לא עוד חובה מנדטורית, אלא כזו שניתן היה להפעילה רק במקום שבו הייתה נצרכת. לפי האמור בתלמודים נענשו בדרך זו עבריינים שמרדו ביהדות והיו סכנה לקהילה. כך הרגו את מי שרכב על סוס בשבת, אף שהרכיבה אינה "חילול שבת" לכשעצמה, שכן "בימי יוונים" הייתה זו התרסה כנגד הקהילה היהודית.¹²⁴ כך גם הלכו מי

122 משנה סנהדרין ח, ה. מהדיון בבבלי סנהדרין סח ע"ב נראה כי עונשו של בן סורר ומורה עורר בעיה אחרת: אם ב"בן" הכוונה גם לקטן, הרי קטן פטור ממצוות וגם לא נענש על עבירות שעבר, מהן חמורות ביותר, אזי מדוע נענש "בן סורר ומורה"? והתשובה הדחוקה שעונשו בא "על שם סופו" לא הייתה מספקת לחז"ל.

123 בתוספתא סנהדרין, י"ד, ג (צוקרמנדל, 436) נאמר: "קטני בני אנשי עיר הנדחת שהודחו עמה אין נהרגין. ר' אליעזר אומר נהרגין". אף בספרי דברים פס' צד (מהד' פינקלשטיין, 155) מובא רעיון דומה, הנסמך על הפסוק "הכה תכה את יושבי העיר ההיא" – "מיכן אמרו אין מקיימים את הטפלים. אבה חנן אומר 'לא יומתו אבות על בנים' בעיר הנדחת הכתוב מדבר". הרמב"ם, עבודה זרה ד, ו, מבחין בין אם נמצא שהמורחים הם מיעוט אנשי העיר שאז: "סוקלין אותן ושאר העיר ניצול", לבין אם נמצא שהמורחים הם רובם של אנשי העיר או כולם שאז: "[...] מעלין אותן לבית הדין הגדול וגומרים שם דינם והורגין כל אלו שעבדו בסיף. ומכין כל נפש אדם אשר בה לפי חרב טף ונשים אם הודחה כולה. ואם נמצאו העובדים רובה מכים את כל הטף והנשים של עובדים לפי חרב". הלכה זו של הרמב"ם הייתה תמוהה לר' מאיר הלוי מטולדו ששאל לחכמי לונל (הובאה במגדל עוז, שם, שם) "למה להעניש הנשים והקטנים שאינם בני חיוב?" ותירוצם היה: "[...] דגרס בספרי 'הכה תכה את יושבי העיר' מכאן אמרו חכמים אין מקיימין את הטפלים כלל שהורגין אותן דדריש 'את' ריבויא [...] ועוד דאיכא למילף מעדת קורח ואנשי יבש גלעד שהרגו הנשים והטף אע"פ שהן לא חטאו נענשו בעבור הגדולים משני טעמים, חדא שהם סיבה וגורמים לשיבת הגדולים. ועוד לרדות הגדולים בהריגתן שהם חביבין עליהן". תירוצם של חכמי לונל לא היה מקובל על ר' יוסף קארו, כפי שרמזו בביאורו כסף משנה, שם.

124 ראו אמו"ר ר"ד גילת, לעיל ה"ש 18, מה שהבאנו בשמו; מוטי ארד מחלל שבת בפרהסיא – מונח תלמודי ומשמעותו ההיסטורית 263–294 (התשס"ט).

שקיים יחסי מין בפומבי עם אשתו "תחת התאנה", כי הייתה בכך התרסה הדוניסטית. הענישה על עבירות אלו, לפי חז"ל עצמם, הייתה "הוראת שעה", ולא חזרו עליה בתקופות מאוחרות יותר. עדויות מסוימות של ענישה שלא לפי דיני התורה הונהגו אצל אמוראים מסוימים, מבלי שצוין אם הנהגתם ראויה להיקבע כהלכה לדורות.¹²⁵ המשנה גם קבעה שיש להעניש את "ההורג נפש שלא בעדים" או אדם שחזר על עבירות חמורות ושלא היה ניתן להענישו לפי דיני התורה:¹²⁶

מתרין בו ושותק, מתרין בו ומרכין בראשו [כלומר אינו מתיר עצמו למיתה – יצ"ג], מתרין בו פעם ראשונה ושנייה ובשלישית כונסין אותו לכיפה. אבא שאול אומר: אף בשלישית מתרין בו וברביעית כונסין אותו למיתה ומאכילין אותו לחם צר ומים לחץ.

הענישה החלופית באה כשאינן יכולת להמית בשל התחמקותו של העבריין מלהתיר את עצמו למיתה. דרך ההמתה לא הייתה אפוא כ"ארבע מיתות בית דין" אלא לפי נוהג יוני של "כיפה" – מאסר והסבת מוות בעקיפין (שהיא מיתה מייסרת הרבה יותר ממיתות בית דין), אולם חכמים העדיפוה בשל "שיקול הדעת" – רק כלפי אלו שסכנתם מרובה לחברה בשל מרידתם הגלויה.

מאוחר יותר, בימי הביניים ובתחילת העת החדשה, התפתחה מסורת של ענישה שלא לפי דיני התורה כלפי העבריינים שסיכנו את אורחותיה הדתיים של הקהילה בהשפעתם על חבריה.¹²⁷ כך קובע בעל ספר החינוך בפרפרזה מהבבלי וממקבילתה בתוספתא:¹²⁸

125 סנהדרין נח ע"ב; שם, כז ע"א; נדה יג ע"ב.
 126 תוספתא סנהדרין יב ז (מהד' צוקרמנדל, 433).
 127 על הצורך הדחוף להעניש בכל אלה שלא מן התורה עמדו בהרחבה שמחה אסף העונשין אחרי חתימת התלמוד (ידושלים: הספריה המשפטית של ד"ר יונוביץ, התרפ"ב); אהרן קירשנבאום "עונשי גוף שלאחר חתימת התלמוד" מאזני משפט ד 725 (התשס"ה); ובהרחבה יותר, אהרן קירשנבאום בית דין מכין ועונשין – הענישה הפלילית בעם ישראל 492–701 (התשע"ג) (להלן: קירשנבאום בית דין מכין ועונשין). אלבק, לעיל ה"ש 60, בעמ' 127–140, מבאר את התנאים העקרוניים הנדרשים להפעלת סמכות זו, לענוש לצורך השעה: "[...] שלא היו כאן תקנות שתיקנו חכמים או בית-דין קודם המעשה לצורך השעה ובהן אסרו מעשים אלה ופירשו את עונשיהם, אלא היו כאן עונשים שהענישו בית דין את עובר העבירה בלי שפירשו קודם המעשה שמעשים אלה יענישו בעונש זה. אבל לא היו אלה עונשים על עבירות חדשות שברו הדיינים מליבם והענישו בני אדם על מעשים שהעושים לא ידעו שהם אסורים ובשעת מעשה כלל לא עברו עבירות, אלא שהעבירות היו ידועות קודם המעשה משום שהיו אסורות לפי דין תורה או לפי גזירה שגזרו קודם לכן, או משום שהיה זה מעשה שרק אנשים שמסכנים את הציבור עושים אותו [...]"

[...] אבל ישראל עובד עבודה זרה, כגון המינין והמשומדין והאפיקורסין, מצוה עלינו להרגם, לפי שהם מצירים לישראל, ומוטב יאבדו אלף כיוצא בהם ולא ישראל אחד כשר.¹²⁹

בתשובותיהם של חכמי הראשונים מובאות עדויות על פרקטיקה של הענשת עבריינים לפי שיקול בתי הדין המקומיים שבכל קהילה וקהילה. הצד השווה, המודגש בכל התשובות, הוא שאין לבצע עונשי גוף אלא "בהרמנותא דמלכא", היינו היתר מלכותי של השלטון הלא-יהודי להעניש את פורקי העול, וגם אז יש חובה להשתמש בסמכות זו, בכל קהילה וקהילה, תוך שיקול דעת מרבי באשר להחלטה מהן העבירות הדתיות שבגינן ראוי להעניש. גם עבירות שעונשן בתלמוד היה קנס, העונש בגינן הוחמר והפך לעונש מלקות ולעתים לעונש של כריתת איבר. עם אלו נמנות משחק בקובייה ומלווה בריבית, עבירות שאין בתורה כל עונש על מבצעה¹³⁰. יתר על כן, בגין עבירות שנקבע למבצעה עונש בתורה, לא הטילו את העונש בכתוב בתורה בפרוצדורה של דיני התורה, אלא נקטו עונש שלא לפי דיני התורה, כמו הגליה או הטלת אות קלון. בייחוד הטרידה את הקהילה היהודית מכת ההלשנות, היינו מי שהלשין על חברו בן הקהילה או על כלל בני הקהילה בפני המלך ופקידיו על העלמת הון שניתן היה למסותו. ה"מוסרים" סווגו כ"רודף אחר חברו להרגו" ודמם הותר, בשל העובדה שחקירותיהם של מעלימי המס היו אכזריות מאוד ולעתים סיכנו

128 ספר החינוך מצוה צג. בבבלי עבודה זרה כו ע"ב, הנוסח: "[...] אבל המינין והמסורות והמומרים – היו מורדין ולא מעלין". בתוספתא בבא מציעא ב, לג (מהד' ליברמן, 72) נאמר כי "[...] המינין והמשומדין והמסורות מורדין ולא מעלין".

129 בעל פנים יפות (לר' פינחס ב"ר צבי הירש הלוי איש הורוויץ) לדברים פרק יג מבחין בין החובה להעמיד לדין את המסית לעבודה זרה לבין האפיקורס, שניתן להמיתו גם ללא הליך דיוני, בזה הלשון: "בסנהדרין דף ס"ז [ע"א] אמר לאחד הוא אומר יש לי חבירים רוצים בכך וכו' מכמינים לו עדים אחורי הגדר והוא אומר לו אמור מה שאמרת לי בייחוד והוא אומר, והלה אומר לו איך נעזב לאלהים שבשמים ונעבוד עצים ואבנים וכו', ואם אמר כך הוא חובותינו וכך יפה לנו וכו', ונראה פירושו דודאי מ"ש נעבוד אין הכוונה שמכחיש ח"ו אמיתות הבורא, כמו האפיקורסים שאמרו שהעולם קדמון דבאלו אמרו מורדין ולא מעלין וא"צ לדונם בב"ד, אלא שהכוונה שהוא מודה באלהותו יתברך אלא שמשתף ש"ש בדבר אחר שמכחיש יחוד האמיתי, והיינו דאמר אמור לי מה שאמרת בייחוד דהיינו ייחוד האמיתי, וע"ז אמר איך נעזב וכו' והוא משיב באמת כך הוא חובותינו, פירוש החוב לעבוד לה' אלא שיפה הוא השיתוף שהוא מטיבה ומריעה לפי דבריו".

130 על כל התנאים עיינו למשל, בתשובות הרשב"א, חלק ג, שצג: "[...] שאין קציצת אבר בדיני התורה, אלא הכל לגדר ולצורך שעה. ולפיכך, ברורים אלו שעשו זה, אם ראו צורך השעה לענוש ולקנוס ממון או גוף לתיקון המדינה ולצורך השעה, כדין עשו; וכ"ש בדאיכא הורמנא דמלכא". כן ראו הנ"ל, חלק ה, רלח.

לא רק את מעלים המס אלא את כל חברי הקהילה. בלשון זו קבע ר' יוסף קארו בשולחן ערוך: 131

מותר להרוג המוסר בכל מקום אפילו בזמן הזה ומותר להרגו קודם שימסור, אלא כשאמר הריני מוסר פלוני בגופו או בממונו אפילו ממון קל התיר עצמו למיתה, ומתריץ בו ואומרים לו אל תמסור. אם העז פניו ואמר לא כי, אלא אמסרנו מצוה להרגו, וכל הקודם להרגו זכה. ואם אין פנאי להתרות בו אין צריך התראה.

העבריינים שנענשו שלא לפי דיני התורה נשפטו בפרוצדורה ובסדרי דין השונים מדיני התורה ואפילו מנוגדים להם. כך למשל, פסולי עדות בדיני התורה הפכו להיות חיוניים בענישה שלא לפי דיני התורה, וגם נשים, קרובי משפחה ואפילו "מלווי ריבית" ו"מחללי שבת" יכלו להעיד בעבירות שביצע עבריין כנגד בני קהילתו ושבגללו ניזוקו מאוד מהסביבה הנכרית.

נוסף על כך הורו חכמי ישראל להשתמש בכוחו של המלך להטיל עונשי מוות על נתניו העוברים על רצונו, ועל כן התירו למסור יהודי "שפושע ומורד במלכות שלו [...] כיוון שהוא כמו רודף לשאר ישראל [...]]" – הנה לנו פן נוסף של הפעלת שיקול דעת בשאלה מתי יש למסור ומתי לא.¹³²

עונשים הוטלו גם על פורצי גדר בתחום האישות, כפי שנאמר: "מלקין על לא טובה השמועה".¹³³ ואולם, באופן פרדוקסלי הענישו עבריין שבא על אישה פנויה, אך לא אם קיים יחסי אישות עם אישה נשואה, כדי "שלא להוציא לעז על בניה", היינו בשל החשש שבניה של אישה הנואפת ייחשבו לממזרים נמנעו מלהעניש אותה ואת בועלה.¹³³

ג. מה בין השקפת חז"ל לבין אסכולת "הצדק המאחה" ?

על מטרות הענישה בעולם המשפט המודרני עמדו מלומדים רבים במאמריהם. היו שאמרו כי תכלית הענישה היא גמול על מעשה הפשע, היו שסברו שמטרתה היא הרתעת הציבור מעשיית עבירות, אחרים ביארו כי הענישה נועדה להטביע אות קלון על העבריין כדי

131 שולחן ערוך חושן משפט, סימן שפח, סעיף י. ועיינו שפתי כהן, שם, שהביא מקורות שהכוונה להריגה בידים ממש, וכן בביאור הגר"א, שם, אות סו. עייין גם רמב"ם, חובל ומזיק ח, י.

132 בעניין זה הרחיב קירשנבאום בית דין מכין ועונשין, לעיל ה"ש 127, בעמ' 309–313

133 קידושין פא ע"א; תשובות הגאונים שערי תשובה, סימן קמט. ועיינו גם: ים של שלמה למהרש"ל, קידושין, פרק ד, סימן כב, ד"ה יתו מסיק'.

להרחיקו מהחברה, והיו שדגלו במטרת השיקום.¹³⁴ הצד השווה שביניהם הוא תפיסת הענישה כ"צדק עונשי", היינו הדיכוטומיה הברורה בין אינטרס ההענשה של העבריין לבין שאלת איחוי-צירופו מחדש לחברה. לפי גישה זו, קרבן העבירה אינו צד בשאלת הענישה של העבריין, מעבר להוכחת יסודותיה העבירה, ואם כבר ניתנה לקרבן "זכות עמידה" להביע את דעתו בשאלת העונשתו של העבריין, אין זאת אלא כדי לקטרג על העבריין המורשע שלא יקלו בעונשו בשל שיקולים תועלתניים. והנה, בשלושת העשורים האחרונים נשמעים קולות רבים הגורסים כי תכליתו של המשפט הפלילי אינה ל"צדק העונשי" אלא לאינטרס התועלתני של החברה באיחוי הקרעים בין חבריה – העבריין וקרבתו – שבו יינתן משקל ל"תיווך" שבין מבצע העבירה לבין מי שנפגע ממנה. תכליתו של ה"תיווך" היא להביא את העבריין להכיר במעשהו הרע שגרם לפגיעה בקרבן. בעלי אסכולה זו דוגלים בפיתוח כלים חלופיים, רכים יותר, כלפי העבריין המוכן להכיר בחטאו ובעוול שגרם לקרבנו. בעקיפין הם טוענים כי הפחתת הענישה הדקדקנית לפי סעיפי חוק העונשין ותקדימי הפסיקה, והמרתה ב"תיווך" בין מבצע העבירה לקרבנה, תביא תועלת רבה יותר לחברה.¹³⁵

עוד יצוין כי בין המלומדים אין תמימות דעים באשר ליחס שבין ה"צדק המאחה" לבין ה"צדק העונשי". יש הרואים בצדק המאחה "פרדיגמה חלופית" לצדק העונשי, אך יש הקוראים ל"סינרגיה בין שתי הפילוסופיות" היינו "הקמתה של מערכת רחבה, גמישה

134 על המטרות המגוונות שבענישה ראו Ledger Wood, *Responsibility and Punishment*, 28 AM. INS. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 630 (1937–1938); Douglas N. Husak, *Retribution in Criminal Theory*, 37 SAN DIEGO L. REV. 959 (2000); Kyron Huigens, *On Commonplace Punishment Theory*, 2005 THE UNIVERSITY OF CHICAGO LEGAL FORUM 437; Carol Steiker, *The Death Penalty and Deontology*, in THE OXFORD HANDBOOK OF PHILOSOPHY OF CRIMINAL LAW 441 (John Deigh & David Dolinko eds., 2011).

135 על ביטוי של ה"צדק המאחה" בספרות עיינו למשל HEATHER STRANG, REPAIR OR REVENGE – VICTIMS AND RESTORATIVE JUSTICE (2002) Ezzat A. Fattah, *From Philosophical Abstraction to Restorative Action, from Senseless Retribution to Meaningful Restitution; Just Deserts and Restorative Justice Revisited*, in RESTORATIVE JUSTICE: THEORETICAL FOUNDATIONS 308 (E.G.M Whitekamp & Hans-Jürgen Kerner eds., 2002). מוסדות התיווך שפעלו לפי תאוריה זו כונו בארצות הברית – victim offender reconciliation program, בניו זילנד – family group conference, ובקנדה – sentencing circle. Brian A. Kritz, *Palestinian Şulha and the Rule of Law*, 27 ARAB L.Q. 151 (2013).

ודינמית של מטרות ופרוצדורות, שמתוכה אפשר לבחור תגובות "ה'תפורות על פי מידה' לפשעים שונים בהקשרים שונים".¹³⁶ ומכאן לשאלתנו: האם צמצום הענישה הפלילית לפי דיני התורה, עד כדי איונה, הנו גרסה אחת של "צדק מאחה"? האם היא דומה ל"פרדיגמה חלופית" ל"צדק העונשי"? או שמא דוגלת ההלכה ב"סינרגיה בין שתי הפילוסופיות"? לעניות דעתי, חז"ל לא כיוונו כלל ל"צדק מאחה" בנוסח כלשהו של האסכולה המודרנית, מהסיבות הבאות:

1. הענישה לדעת חז"ל אינה תלויה בהכרת העבריין בחטאו

ניתן לומר כי לפי דרכם של חז"ל אין "הצדק המאחה" בא בסתירה ל"צדק העונשי", ואף לא בסינרגיה בין שניהם, שהרי כולם "מרועה אחד ניתנו". על כן, בדרשותיהם בהלכותיהם קבעו באופן מושכל כי כשם שקיימת חובה דתית של "ושפטו העדה", כך קיימת מצווה, שאינה פחותה מקודמתה, של "והצילו העדה". כביכול, אלוהים עצמו מצווה את הדיינים להציל את הנידונים על חטאים שעשו מדין התורה, שהוא עצמו ייעד להם להענישם. אין חז"ל מבארים הכיצד בתורה קיימות מצוות אימפרטיביות שיש לבער את הרע ולשלם גמול לחוטאים, ובה בעת מצווה ה"עדה" למלט את החוטאים מעונשם, והם גם אינם מתווים דרך ברורה כיצד מאחים בין ההפכים הללו. ואולם, הייתה בהם הצניעות להודות בחוסר האנושיות שבמעשה ההענשה הגופנית, ועל כן גרסו כי יש להימנע מעשיית צדק עונשי על ידי בני אנוש, אלא "יבוא בעל הכרם ויכלה את קוציו". "והצילו העדה" אינה באה בסינרגיה עם "ושפטו העדה", והיא אינה תועלתנית, אינה דורשת את הכרת העבריין במעלליו כתנאי לקיומו, ובוודאי ההענשה, לפי חז"ל, אינה "תפורה לפי המידה", כפי שעולה בין הדוגלים ב"צדק המאחה" של ימינו. "והצילו העדה" היא הדרך הראויה שבשמה יש למלט את הדיינים עצמם מחובת "ושפטו העדה" כמעט כליל. את הפתרון המעשי בהימנעות מעשיית דין בעבריינים שעברו על דיני התורה פתרו בהעלאת הרף של דרישות הסף של "עדה", "עדים" ו"התראה", שכל אחת מהן ובהצטברן יחד מאיינות את הענישה בפועל לפי דיני התורה.

136 טלי גל והדר דנציג-רוזנברג "צדק מאחה וצדק עונשי: שני פנים למשפט הפלילי" משפטים מג 779, 829 (2013). עוד צוין שם כי "הצדק המאחה מציע תמהיל שונה של מטרות המשפט הפלילי לעומת זה שמציע הצדק העונשי. המטרות התוצאתניות, ובכלל זה התועלתניות, מקבלות מקום מרכזי בתפיסת הצדק המאחה". ועיינו גם Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth & Clifford Shearing, *Restorative Justice: A 'Making Amends' Model?*, in *PROPORTIONATE SENTENCING* 109 (Andrew von Hirsch & Andrew Ashworth eds., 2005).

2. רעיון ה"תשובה" החז"לי אינו סממן ל"תיווך" שבין העברייני לקרבנו

בתורה באה התשובה כנורמה בצורת וידוי, שבו החוטא מכיר בחטאו ומבקש מחילה מאלוהים. אין הווידי עומד בפני עצמו אלא כסניף להבאת קרבנות כפרה על חטאים מסוימים.¹³⁷ ביום הכיפורים היה הכוהן הגדול מתוודה שלוש פעמים: על חטאיו, על חטאי אחיו הכהנים ועל חטאיו של כל עם ישראל; הווידיים הללו של הכוהן הגדול נערכו בסמוך להבאת הקרבנות, בסמוך לשילוח השעיר לעזאזל. הווידיים, עשיית הקרבנות ויום הכיפורים היו מכפרים על עם ישראל "מפשעיהם ומחטאתם".¹³⁸ מעבר לעבודת הכהן הגדול, הוטלה חובת וידוי באופן אינדיווידואלי על אדם הנזקק להביא קרבן חטאת בגין עבירות מסוימות: הכחשת אדם בשבועה שקרית כי לא "ראה או ידע" עדות לחברו, חילול המקדש בשל טומאה עלומה ממנו או בשל חילול השבועה שביטא בפיו.¹³⁹ גם בנוגע לעבירות של מעילה בקודשים והכחשת ממון בשבועה הזוקקות קרבן אשם חייב המקריב, כדרישה מקדמית, להתוודות.¹⁴⁰ פרט לעבירות המסוימות הללו אין במקרא כל דרישה מהעברייני להתוודות כתנאי להקרבת קרבן הכפרה, ובוודאי אין זכר לווידי לפני הקרבת קרבן עולה או שלמים.¹⁴¹ אין צריך לומר שהווידי במקרא שלא לשם הבאת קרבן אינו נדרש בפני עצמו.

חז"ל הרחיבו במדרשי ההלכה את חיוב הווידי האינדיווידואלי לכל סוגי הקרבנות שהביא אדם מישראל או לפני הבאת מתנות כהונה.¹⁴² כך מתואר בבבלי יומא כשבשל הקרבן סומך הוא באותה עת [...] מתודה; על חטאת – עון חטאת, ועל אשם – עון אשם, ועל עולה – עון לקט שכחה ופאה ומעשר עני – דברי רבי יוסי הגלילי. רבי עקיבא אומר:

- 137 במדבר ה 6–7; ויקרא ה 5.
 138 ויקרא טז 21. אף שהווידי נאמר בפירוש רק בעת ש"סמך אהרן את ידו על ראש השעיר החי" למדו חז"ל בדרשנות הפסוקים שכפרת שאר הקרבנות באה לאחר וידויו של הכהן הגדול.
 139 ויקרא ה 5 נאמר: "והיה כי יאשם לאחת מאלה והתודה אשר חטא עליה".
 140 במדבר ה 7 נאמר: "והתודו את חטאתם אשר עשו" העבירות שעליהן נאמר כי הן העבירות המוזכרות בספר ויקרא, המסוגלות כקרבן אשם (ראו רש"י, שם).
 141 שאר ענייניו של האשם כקרבן מכפר – כמו חילול שמו של אלוהים בשבועת שקר שמלווה בכפירה ממונית או מעילה בקודש – תנאי הוא כי יש להשיב את המעילה לפני הקרבה של קרבן האשם. כאשר אדם הכחיש כי גזל את חברו או שלח ידו, תנאי הוא כי יש להשיב את הגזילה לפני הקרבת הקרבן. השבת המעילה עצמה להקדש (בתוספת חומש) כמוה כדרישת השבת הרכוש הגזול לנגזל, לא באה כפעולה של "איחוי" בין העברייני לנגזע, אלא היא עיקרו של הדין.
 142 ספרי זוטא על ספר במדבר, נשא ה, ה (מהד' האראוויטין, 229–230). דומה שבפירוש הרמב"ן על התורה, במדבר, ה: ה (מהד' שעוועל, עמ' כד) עומד על הסתירה בין "על דרך הפשט" לבין "דעת רבותינו", יעוין בדבריו.

אין עולה באה אלא על עשה, ועל לא תעשה שניתק לעשה".¹⁴³ ואולם, בשום מקום לא נאמר על ידי חז"ל כי הווידוי עצמו מכפר ומרצה את אלוהים ללא הבאת הקרבן.¹⁴⁴ לא רק על קרבנות עולה, חטאת ואשם חייב המקריב להתוודות, אלא אפילו חייבי מיתות בית דין טעונים וידוי לפני הוצאתם להורג כתנאי לכפרתם.¹⁴⁵ ואולם, בשום מקום לא הכריזו חז"ל שהתשובה, שבה אדם מכיר בחטאו, היא דרך למלטו מענישה על עבירות שזונשן מוות או מלקות לפי דיני התורה. לאחר חורבן בית המקדש השני, כשלא ניתן להקריב קרבנות כפרה וגם לא להעניש עבריינין על חטאים שעשה, עוצבה דרישה אוטונומית מהעבריינין להכיר בחטאו כתנאי לחזרתו בתשובה. תחת עונשים המוצאים אל הפועל במקום

143 יומא לו ע"א. המחלוקת בין רבי יוסי הגלילי לרבי עקיבא על מה מתוודה בקרבן עולה מוסברת שם, שם בע"ב. וראו תימוכין, תוספתא מנחות י, יב (מהד' צוקרמנדל, 527–528). וראו רמב"ם, מעשה הקרבנות ג, יד שלדעתו הווידוי במשמעות חרטה אינו אלא בחטאת ועולה, אך בנוגע לשלמים הווידוי הוא באופן הבא: "כיצד מתודה אומר חטאתי עויתי פשעתי ועשיתי כך וכך וחזרתי בתשובה לפניך וזו כפרתי, היה הקרבן שלמים סומך בכל מקום שירצה מן העזרה במקום שחיטה, ויראה לי שאינו מתודה על השלמים אבל אומר דברי שבח". עוד יש לציין כי דרישת הווידוי האינדיווידואלית בקרבנות החטאת והאשם השפיעה בעקיפין על הווידוי ביום הכיפורים. בעוד הווידוי הכתוב בתורה אינו מתנה את כפרת יום הכיפורים בתשובתו של היחיד, הרי שמבבלי שבועות יג ע"א עולה ש"מה חטאת ואשם אין מכפרין אלא על השבים אף יום הכיפורים אין מכפר אלא על השבין". זו היא דעתו של ר' יהודה שם, אולם רבי, שם, ש"על כל עבירות שבתורה בין עשה תשובה בין לא עשה תשובה יום הכיפורים מכפר חוץ מפורק עול ומגלה פנים בתורה ומפר ברית בבשר [...]". עוד יעוין ברמב"ן שם, ויקרא א, ד (מהד' שעוועל, ח) שהעלה אפשרות שהעולה מכפרת גם "על חייבי מיתה שוגגין, ועל חייבי מלקות שוגגין, ועל חייבי מיתות ב"ד שוגגין שאין חייבין עליהם חטאת", אך ראו דחייתו להשערה זו בהמשך.

144 מירושלמי שבועות א, ג, לג ע"א, עולה שאין השעיר המשתלח ביום הכיפורים פוטר את המחויב בקרבן חטאת מלהביא את קרבנו, בעוד זדונות שאין בהן חיוב קרבן מתכפר לגמרי (עיינו רדב"ז, שם). יצוין כי רוב רובם של הקרבנות באים לכפר על "שגגה", מצב של "ונעלם ממנו". כך שבועת הביטוי הנדרש בשבועות כז ע"ב "ונעלם ממנו" – פרט למזיד". בטומאת המקדש יש דיון רחב בבבלי שבועות ד ע"ב באיזו העלמה מדובר, וגם חטא המעילה מזקיק קרבן אשם רק אם נעשה בשגגה (ויקרא ה 15). רק הכחשת העדות בשבועה והכחשת הגזל מחייבות קרבן אשם גם אם ההכחשה נעשתה במזיד (בבלי כריתות ט ע"א). על קרבנות החטאת נאמר בפירוש בבבלי הוריות ח ע"א, שהם באים על עבירות בשגגה, וכי העושה אותן במזיד מחויב בכרת. עולה אפוא כי קרבנות הכפרה אינם באים על חרטה עבריינית, וכי אין אדם שביצע חטאו במזיד יכול להתכפר בקרבן. על משמעות השגגה במקורות התלמודיים והבתר-תלמודיים עמד אריה אדרעי במאמרו, "ונפש כי תחטא בשגגה" – אחריות בלא אשמה? – על אחריותו של החוטא בשגגה במקרא ובספרות חז"ל" שנתון המשפט העברי כג 1 (התשס"ו–התשס"ז).

145 משנה סנהדרין ו, ב. ועיינו ספרי נשא פס' ב (מהד' האראוויטץ, 6); ספרי זוטא, לעיל הערה 142. כמו כן עיינו ספרא, פרשת ויקרא, פרק ד (ח) (מהד' וויס, ה ע"ב).

הבאת קרבנות עיצבו חכמי האמוראים "חילוקי כפרה", והוודוי הפך למכשיר עצמאי לשם קבלת מחילה מאלוהים.¹⁴⁶ אלא שלא כמו "צדק מאחה", הדורש את הכרת העברייין במעשי החטא כתנאי לאי-הענשתו, כאן ההכרה בחטא מצדו של העברייין אינה תנאי לאי-הענשתו, אלא היא נדרשת לכפרת אלוהים.¹⁴⁷ כאמור לעיל, בימי הביניים, עם התפתחותה של ענישה חלופית ל"דיני התורה" והטלת העונשים לפי שיקול דעתם של הדיינים, היה מקום להתחשב בכנותו של העברייין ובמידת מסוכנותו לחברה, ועל כן התחשבו בחרטתו של העברייין ובמידת כנותו. בכמה קהילות נעשו "הסדרי חרטה" גמישים, שבהם נבחן טיב ההכרה של העברייין בסבלו של הקרבן, אך לכלל משנה סדורה לא הגיעו חכמי ההלכה בהנהגותיהם.¹⁴⁸ נציין אפוא כי בעבירות שבין אדם לחברו שבהן נשלל קניינו של הקרבן, נפגעו גופו או כבודו, ההשבה אינה "תשובה" אלא היא עיצומו של העונש: בגזילה – "והשיב את הגזלה אשר גזל" (ויקרא ה' 23), בנזיקין – תשלום נזקיו של אדם במקרה שנפגע בגופו, ברכושו או בכבודו. במקרים אלו ההשבה אינה רק הענישה אלא גם הכפרה, ואין דבר זולתה. ההשבה היא "ריצוי חבירו", תנאי בל-יעבור לכפרה, ואינה "איחוי" שמחוץ למשפט. באשר לגזל, דרישת התורה היא להשיב את החפץ הגזול עצמו, ואינו יכול להציע תשלום שוויו של החפץ הגזול בתמורה.¹⁴⁹ אף במקרים שבהם השבת החפץ עצמו נעשתה כמעט בלתי אפשרית, כמו הדוגמה המפורסמת ש"גזל מריש ובנאו בבירה",¹⁵⁰ נחלקו בית שמאי ובית הלל ביניהם. לדעת בית שמאי, יש להשיב את הגזילה בדקדקנות – "מקעקע כל הבירה כולה ומחזיר מריש לבעליו", ועל כן ראוי היה שהעברייין יבקש מהגזול כי יוותר על ההשבה,

146 יומא פו ע"א; פסיקתא דרב כהנא, קנח ע"ב. עיינו רמב"ם ספר המצוות, מצות עשה עג שביאר השתלשלות זו וגם במשנה תורה, תשובה א ג.

147 על אי-זהותה של ה"חזרה בתשובה" ל"צדק מאחה" כתנאי לאי-הענשתו עמדו כמה מחברים "תופסי תורה". כולם מדגישים את אי-היכולת לערב בין "מצוות התשובה" לבין אי-ההענשה. ראו למשל Cheryl G. Bader, "Forgive Me Victim for I Have Sinned" Why Repentance and the Criminal Justice System Do Not Mix – A Lesson from Jewish Law, 30 FORDHAM URBAN L.J. 69 (2003–2004).

148 עיינו גם קירשנבאום בית דין מכין ועונשין, לעיל ה"ש 127, בעמ' 808–900, שם בפרק שכותרתו "ויקטימולוגיה והמשפט העברי: התמקדות בקרבן ובנפגע העבירה" הגיע למסקנות דומות, ועל כן אין מקום להרחיב בנידון.

149 מרש"י סנהדרין עב ע"א עולה שתשלום שוויו של החפץ הגזול אינו ממש קיום השבת הגזילה, אלא נובע מהאחריות שלו כלפי בעל החפץ הגזול, ממש כשם שהשואל מתחייב בהשבת שוויו של החפץ ששאל לבעליו, ובלשונו: "אבל לענין מקנא לא קני – אם קיימין הן אצלו והוא היה בא לעכבו ולומר דמים אני מחזיר לך – לא קני ומהדר להו בעינייהו, דכתיב 'והשיב את הגזילה', והאי דכי נאנסו מחזיר דמים ולא מצי אמר ליה נאנסו ומיפטר – משום דלא גרע גזולן משואל, דמשום דכל הנאה שלו אוקמינהו רחמנא ברשותו לשלומי אם נאנס, דכל כמה דקיימא הדרא בעינא, הא נמי כל הנאה שלו ומיחייב לשלומי".

150 בבלי גיטין נה ע"א.

וייתכן שיצטרך הגזלן בשל כך לפצותו מעבר לשוויו הריאלי של המריש הגזול כדי שלא יצטרך לקצקע את כל הבירה. בית הלל, לעומת זאת, סברו כי תשלום דמי המריש בשוויו הריאלי מספיק כהשבה "מפני תקנת השבין", היינו מהחשש שעמידה דקדקנית בדרישה להשבת המריש עצמו תייאש את הגזלן מלחזור בתשובה.¹⁵¹ מעבר להשבת הגזולה אין הגזלן נענש.¹⁵² גם אדם שהזיק מחויב להשיב את המצב לקדמותו, ואין הוא זקוק לכפרה ומחילה מעבר לכך. כאשר אדם חבל בחברו הוא חייב "בחמישה דברים" – "נזק צער ריפוי שבת ובושת" – בהנחה שהנזק הגופני גרם ל"גזילת" אישיותו של הניזוק. אלא שחכמים נתנו מתווה לאופן הערכתו של הנזק שיש להשיב. את הנזק משערים "כאילו הוא עבד נמכר בשוק"; הצער משוער באופן סובייקטיבי – "הכל לפי הניזק", ואם מדובר בקטיעת איבר – "כמה אדם רוצה ליתן בין לקטוע אבר זה בסיף או לקטוע אותו בסם אם גזר עליו המלך לקטוע".¹⁵³ שומת השבת "כל יום ויום כפועל בטל של אותה מלאכה שבטל ממנו ואם חסרו אבר [...] רואין אותו כאילו הוא שומר קישואין" (שהרי על חסרון האיבר יפוצה בדמי הנזק – יצ"ג). דמי הבושת הם הקשים ביותר להערכה, שהרי הבושה היא סובייקטיבית לחלוטין – "לפי המבייש והמתבייש", ומאחר שקשה לאמוד כל מקרה לגופו, קצצו חכמים תשלומים קבועים, לפי מה ששיערו שתהא זאת השבה.¹⁵⁴ עם זאת, על אף כל השיעורים והמידות קבעה המשנה שהחובל בחברו "אע"פ שהוא נותן לו – אין נמחל לו עד שיבקש ממנו", שכן מעבר לתשלומי הנזק יש עניינים שאינם ניתנים להשבה, כפי שמוכר בשם אחד מהגאונים ש"צערן אף על פי שמשלם לו את הצער אפילו יהא נותן לו כל ממון שבעולם,

151 צריך להזכיר כי ההשבה הדקדקנית מחויבת לפי דיני התורה רק כאשר החפץ הוא בעינו אך "מפי השמועה למדו אם היא כשגולה – משלם אותה, ואם נשתנית בידו משלם דמיה" (רמב"ם, גזילה ואבדה ב, ב). ההשבה הדקדקנית מחייבת את הגזלן להשיב לנגזל גם של פירותיה של הגזולה, היינו השבח הממוני הצומח מהחפץ הגזול, אך ההלכה הזו רוככה, כפי שניסח הרמב"ם בהמשך הדברים: "נתייאשו הבעלים ממנה ולא נשתנית, קנה הגזלן כל השבח שהשביחה אחר יאוש ואינו משלם אלא כשעת הגזילה. ודבר זה מדבריהם מפני תקנת השבים [...] (שם, שם).

152 במקרה ש"גזל אחד מחמישה ואינו יודע איזה מהן וכל אחד אומר אותי גזל" המוכר בבבלי יבמות קטז ע"ב; בבא קמא קג ע"ב נחלקו רבי טרפון הסבור ש"מניח גזילה ביניהם ומסתלק" ורבי עקיבא הקובע "לא זו דרך מוציא את מידי עבירה – עד שישלם גזלה לכל אחד ואחד" וראו האוקימתות השונות בבבא קמא, שם, במה הם חלוקים. גישת הרמב"ם, גזלה ואבדה ד, ט שדעת רבי עקיבא אינה ממש דיני התורה אלא "קנס הוא שקנסוהו חכמים מפני שעבר עברה וגזל. אבל דין תורה אינו חייב לשלם מספק".

153 הציטוטים מרמב"ם חובל ומזיק ב, י. וראו דעות שונות בבבלי בבא קמא פה ע"ב.

154 ועיינו השיעורים השונים בסוגיות בבא קמא, צ ע"א–צא ע"ב, שם, כז ע"ב; רמב"ם חובל ומזיק ג, ח–ט, יא. ראו גם ים של שלמה למהרש"ל, בבא קמא, פרק ח, סימנים לג–לו.

אינו נמחל לו עד שיבקש ממנו דצערא דגופא לא קא מחיל משום אגר ממונא".¹⁵⁵ גם עונשו של הלוקח ריבית אינו קצוב לפי מידת ההכרה בחטאו. עונש המלקות נחסך ממי שמשיב את הריבית, מבלי כל צורך בהכרה בפגיעתו בלווה. יתר על כן, עבירת הריבית חלה בשווה גם על הנותן ריבית כמו על מקבל הריבית, ועל כן הסכמה הדדית לתת ולקבל ריבית היא עבירה דתית לעילא ולעילא – על שניהם.¹⁵⁶ "תשלומי כפל" שהוטלו על הגנב שנמצאת הגנבה בידו נראים כ"קנס", מעין תשלומים עונשיים, ברם הגנב יכול להיפטר מתשלום הקנס אם הודה בגנבה, אף באופן טקטי, רגע לפני שבאו עדים, ולו רק בכדי להיפטר מתשלום הכפל, ולא משום "הרהורי תשובה".¹⁵⁷

בעבירות ממוניות של גזל ונזק יכול הנפגע, קרבן העבירה, לוותר על תביעתו ובכך לנקות את העבריין מחטאו, אך לא כל עבירות שאדם מבצע בזולת ניתנות למחילה; המתת אדם באופן אקטיבי ב"הזמנה" מפורשת שלו, כמו "המתת חסד", קיום יחסי עריות ב"הסכמה" – עבירות אלו אינן פוטרות מעונשי התורה.¹⁵⁸ באשר לעבירת הרצח נאמר בהקשר אחר "שאינן נפשו של אדם קניינו",¹⁵⁹ ואילו ההסכמה, של שני בני אדם, לעבור איסור עריות מעצימה את החטא ומחילה אותו על השניים – השוכב והנשכב.¹⁶⁰

ד. עיקרי הדברים

פתחנו את מאמרנו בהצבעה על השניות בביצוע הענשה פלילית בעבריינים במקרא. מצד אחד הוריה של מצווה לבער את הרע מישראל, ומצד אחר היסוס מצד משה ויהושע שלא להעניש על אף ציווי אלוהים. בתקופת חז"ל אנו מוצאים הלכות סדרות ומפורטות של סדרי

155 שיטה מקובצת בבא קמא, צב ע"א, ד"ה וגאון ז"ל פירש. לעניות דעתי, מהשקפה זו פיתחו חכמי הראשונים והאחרונים הלכות-תקנות שונות בנוגע לתשלומי פיצויים קבועים למי שבייש בדיבורו את הזולת, הוציא עליו שם רע, קילל אנשים חיים ומתים וכינה אותם בשמות גנאי, אף שלא פגע בגופו של המבויש. עיינו למשל בים של שלמה, בהערה קודמת, פרק ח, סימנים מג-נח.

156 משנה בבא מציעא, ו, יא.

157 דעה זו של "מודה בקנס וא"כ באו עדים" אם פטור מתשלום הקנס, שנויה במחלוקת אמוראים המובאת בבבלי וגם מיוחסת למחלוקת בין התנאים עצמם: בבא קמא יד ע"ב; שם סד ע"ב; עה ע"א ושבועות לג ע"ב וראו ים של שלמה בבא קמא פרק ז, סימן ב שצידד כדעת רב הפוסט מתשלום.

158 J. DAVID BLEICH, BIOETHICAL DILEMMAS – A JEWISH PERSPECTIVE 113–130 (1998)

159 עיינו לעיל בטקסט ליד ה"ש 54.

160 דברים ה 23–24. ועיינו במאמרי Israel Zvi Gilat, *Exegetical Creativity in Interpreting the Biblical Laws on Capital Offenses*, 20 JEWISH LAW ANNUAL 41, 76–77 (2013).

הדין ושל דיני הראיות בנוגע לכל עבירה ועבירה שעונשה מוות או מלקות וכן פירוט מדוקדק של צורת ההמתה בידי בית דין, אך אין אנו מוצאים כל תיאור ריאלי של ענישה לפי דיני התורה. כל המאורעות שבהם המיתו אנשים היו שלא לפי דין תורה סדור כ"הוראת שעה", כמעשה שלא ניתן ללמוד ממנו מאחר שהוא מנוגד לסדר הרגיל. יתר על כן, גם סיפורי המקרא שבהם סוקלים וממיתים פורשו אצל חז"ל כ"הוראת שעה". אפשר לומר באופן כללי שמקרי ההמתה המרובים במקרא הם מטעם המלך או השופט, וגם משפטו של ישו לא בוצע על פי ההלכות הסדורות.

בפרק השני תיארו את ה"טכניקה", היינו כיצד מילטו חכמים את עצמם מלדון דיני נפשות ולהעניש את העבריינים, וכאן ביארנו את המשמעויות הבלתי-אפשריות כמעט של שלושת המוסרות: (א) "עדה" – היינו רק כאשר הסנהדרין מצויה בעזרה (רק כאשר בית המקדש בנוי); (ב) "עדים" – רק כאשר כל העדים שראו את המעשה אינם סותרים את עצמם בכל פרט שהוא, אפילו בשאלת צבעם של "עוקצי תאנים", שאם לא כן, "עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה" באופן מוחלט, ולא ניתן לשער על פיהם דבר; (ג) "התראה", שאינה רק אזהרה אלא יש בה דרישה שהעד יבצע את העבירה ב"תוך כדי דיבור" כשהוא מפטיר לעברם "אף על פי כן" ולמרות הכול אני מעוניין בעשיית העבירה.

בפרק השלישי דנו בסיבתן של המוסרות המוזרות המונעות בפועל את ההענשה לפי דיני התורה ולעומתן דעותיהם של חוקרי התלמוד והמשפט העברי, שהצביעו על תאוריות שונות, כמו זו הגורסת שהמשפט העברי הפלילי מתנהג בדר-קוטביות: דין תורה סדור מול דין "הוראת שעה"/"דין המלך". שיערנו שחז"ל לא נמנעו בשל קיומן מלכתחילה של מערכות חלופיות, אלא בשל הייאוש הגדול מלהעניש אדם בהליך שיפוטי סדיר. מקוטן אמונתם בתהליך של בירור עובדות, ובעיקר בירור הכוונה הפלילית בסדרי דין תורתיים, הייתה אמונתם שאין העולם עומד ללא משפט, אלא "יש דין למעלה" ועל כן "יבוא בעל הכרם ויכלה את קוציו". רק כאשר היה חשש שאי-פגיעה בעברייני תביא להיזק גדול לאחרים בעתיד, כמו מסית, זקן ממרא, עדים זוממין, ורודף ובא במחתרת, התירו חכמים להעניש ללא התראה בעברייני. כמו כן פטרו מהתראה את ההליכים ה"וולונטריים", היינו כאשר אין חיוב דתי לממש את העונש לאחר פתיחת ההליך השיפוטי, וההורים של "בן סורר ומורה" כמו גם הבעל של האישה הסוטה יכולים לחזור בהם מהאשמתם ולבטל את הדיון הפלילי.

עם זאת, אין מקום לתאר את חכמים כנמנעים מהענשה בכלל. במקום העונשים הכתובים בתורה התקבלו עונשים אחרים, של "כיפה", "מכת מרדות ללא אומדן וללא מספר", ועונשים אלו היו לאמתו של דבר חריפים יותר וכואבים יותר מאשר ההמתות שלפי דיני התורה בפרשנות החז"לית. ואולם, אלו הופעלו בליית ברירה ללא כל קודקס פלילי מובנה, הקובע מתי ובאיזו מידה יש להפעיל ענישה פלילית, אלא הופעלו בשום שכל רק לפי שיקול דעת חכמים, בהתאם לצורכי השעה. בתי הדין בימי הביניים נהגו להעניש את

העבריינים כאשר חשו שהם גורמים במעשיהם נזק לזולתם, ולפיכך גם מעשים שעושיהם אינם מחויבים בעונש מוות או מלקות מן התורה, הומתו או הולקו על ידיהם. הסתמכותם הייתה על האוטונומיה השיפוטית שנתן המלך הימי-ביניימי לקהילה היהודית להחיל על בניה.

לבסוף הבענו את דעתנו כי למרות רתיעתם של חכמים מלבצע עונשי התורה בעבריינים מחשש להדרתם ולמניעת איחויים בחברה, אין לדמות את השקפתם לאסכולות "צדק מאחה" בגרסה זו או אחרת. מגמתו של ה"צדק המאחה" היא תועלתנית, ואילו להשקפתם של חז"ל הצדק הוא אלוהי "ולו בלבד נתכנו דרכי עלילה". בעוד ב"צדק מאחה" יש התחשבות בכל עברייין ועברייין לפי חרטתו, אצל חז"ל ההקלות בענישה נובעת מסוגי העבירות, מן השאלה אם יש חשש שאי-ההענשה תביא נזק לצדדים שלישיים אם לאו. תהליך ה"חזרה בתשובה" כתנאי לכפרה התפתח יפה לאחר חורבן בית המקדש, ושם הייתה התחשבות בחרטתו של העברייין.