

יסודות במשפט הפלילי העברי

מאת

אהרן אנקר*

בשיטת המשפט הפלילי העברי קשה מאוד, עד בלתי אפשרי, להרשיע עבריין ולהעניש אותו, עקב קיומם של תנאים מוקדמים מיוחדים וקפדניים, כגון דרישות ההתראה והוכחת מעשה העבירה באמצעות שני עדי ראיה כשרים. עליכן, קיימת סכנה גדולה שהסדר החברתי יצא ניזוק. חסרון זה בא על תיקונו במשפט העברי באמצעות שתי מערכות ענישה משלימות – של בית הדין ושל המלך – שניתנה להם הרשות להעניש עבריינים, באמצעות מערכת גמישה יותר המאופיינת בשיקול-דעת. המחבר קושר את הדרישות הפורמליות והנוקשות של דין התורה עם העובדה שעונשי התורה הם עונשי חובה, שלבית הדין הדין נאשם במערכת זו אין רשות לסטות מהם ולהטיל עליו עונש אחר. עונשי התורה לא באו כדי לאכוף נורמות של מותר ואסור על החברה בכוח הענישה. תפקידם הוא דתי – לחנך את החברה לגבי נורמות ההתנהגות של התורה ולהעניש רק אותם העבריינים העוברים עבירה מתוך מרד והתרסה באלוקים, שיש במעשיהם חילול שם שמים. דרישת ההתראה באה, למשל, כדי להבחין בין מקרים של עבריינות "כלפי שמים" ובין המקרים של עבריינות רגילה, שבהם עובר העבריין את העבירה ממניעים רגילים יותר, כגון חמדת ממון, נקמה, כעס וכדומה. במקרים האחרונים משמשות שתי המערכות של רשות כדי להגן על החברה מפני נוקם של עבריינים. המאפיין מערכות אלו הוא הרשות ושיקול-הדעת בקביעת העבירות ועונשיהן וכן בסדרי הדין ובדיני הראיות. אלו הן המערכות של המשפט העברי המקבילות לדיני העונשין של ימינו.

א. הבעיה. ב. המערכת הפלילית הכפולה בהלכה. ג. התפקיד השונה והמיוחד של כל אחד משני המסלולים. ד. עונשי התורה מכוונים כנגד המרד הדתי בעשיית העבירה. ה. מקורות בספרות הרכנית המודרנית התומכים בשיטתנו. ו. החריגים בתורה – "למען ישמעו ויראו". ז. תמיכה לשיטתנו בדברי התורה שבכתב. ח. ההשלכות.

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן.
חודתי לד"ר רות קנא, שהעזרתה על הטיוטה של המאמר תרמו רבות לגיבוש הרעיונות המובעים כאן.

א. הבעיה

המשפט הפלילי העברי, כפי שהוא נמסר לנו בתלמוד ובספרות ההלכה, מעורר קשיים רבים – עיוניים ומעשיים. בחלקן גדונו בעיות אלו בספרות, אולם לא תמיד התשובות והפתרונות שהועלו ליישוב הקושיות היו מספקים. לעתים הם אף החריפו את הפרובלמטיקה במקום לסייע בהבנת הנושא. יש להניח שלמצב זה תרמה העובדה שקהילות ישראל לא קיימו לרוב מערכת של אכיפת החוק באמצעות דיני-עונשין, הלכה למעשה. במשך תקופת הגלות לא אצל השלטון לרוב קהילות ישראל סמכות להנהיג דיני-עונשין בחייהן הפנימיים. אמנם, אחדות נהנו מאוטונומיה מסוימת בעניינים פליליים, אך צורכי השעה הדוחקים והצורך להצדיק את מעשיהן בעיני השלטון מנעו מהן לפתח מערכת עצמאית ושיטתית של משפט פלילי, לדעתנו, אף בטרם יצא עם ישראל לגלות לא תמיד זכה העם לקיים את סדרי-חייו, הלכה למעשה, על יסוד משפט פלילי אוטונומי. על שהתרחש בדרורות קדומים אין לנו עדות ממשית.¹

על-כן, טרם הובהרו עקרונות-היסוד של המשפט הפלילי העברי ואין אנו מבינים את פשרם ותפקידם של מוסדותיו הראשיים. בשל מצב זה הוצעו הסברים להלכות מסוימות, שאינם תמיד משכנעים בצדקתם ובחדירתם לאמת הפנימית של דין-התורה. במחקר זה ננסה לעמוד על דברים אלו ולהאירם ככל האפשר.

נפתח את דיוננו תוך עיון בקושי הראשי שמציב המשפט הפלילי העברי, כפי שהוא נראה בעיני משפטן מודרני: היעדר היכולת להגן על החברה מפני עבריינים באמצעות אכיפת החוק בבתי-המשפט.² דרישותיהם הקיצוניות של דיני-התורה במישור סדרי-הדין ודיני-הראיות, ולעתים אף במישור הדין המהותי, אינן מותירות מקום של ממש ליישום המעשי של הדין בבתי-המשפט. נפרט מקצת דרישות אלו. התראה. על-פי דין-תורה, אין מענישים אדם בבית-דין של מטה אלא אם התרו בו, עובר לעשיית העבירה, שמעשהו אסור ושהוא ייענש בעונש מסוים אם יעשנו;³ ואין די בכך שתושמע ההתראה באוזניו של העבריין כדי שהוא ידע את הדין ויבין את הצפוי לו אם יעבור עליו. אין הוא נענש אלא אם "קיבל" את ההתראה ואף "התיר את עצמו למיתה", היינו: שהוא השיב למתרים כי הוא יודע שאסור לו לעשות את המעשה ושעונשו יהיה כך וכך ושהוא עושה את העבירה ככל-זאת ו"על מנת כן". סיכום ההלכה בא לידי ביטוי בדברי הרמב"ם, כדלקמן:⁴

1 ראה ש' אסף, העונשין אחרי חתימת התלמוד (תרפ"ב); ד' פלק, מבוא לדיני ישראל בימי הבית השני, (תשל"א-1971) חלק ב' 159-174.

2 עיון קודם בנושא זה ימצא הקורא במאמרו היפה של א' קירשנבאום, "מקומה של הענישה במשפט הפלילי העברי – פרק בהשקפה הפינולוגית של חז"ל ושל הראשונים" עיוני משפט יב (תשמ"ז-1987) 253. ראה גם A. Enker, "Aspects of Interaction Between the Torah Law, the King's Law, and the Noahide Law in Jewish Criminal Law" 12 Cardozo L. Rev. (1991) 1137.

3 ראה י"ד גילת, "לתוקפה של חובת ההתראה במשפט העונשין העברי" מחקרי משפט ו (תשמ"ח) 217, 235-238.

4 הלכות סנהדרין יב, א-ב.

כיצד דנין דיני נפשות? כשיבואו עדים לבית דין ואומרים ראינו פלוני זה שעבר עבירה פלונית, אומרים להן ... התריתם בו? אם אמר [אחד העדים – א'א'] שלא התרו בו, הרי זה פטור. אחד תלמיד חכם ואחד עם הארץ צריך התראה, שלא ניתנה התראה אלא להבחין בין שוגג למזיד, שמא שוגג היה. וכיצד מתרין בו? אומרים לו, פרוש או אל תעשה שזו עבירה היא וחייב אתה עליה מיתת בית דין או מלקות. אם פירש, פטור. וכן אם שתק או הרכין ראשו, פטור. ואפילו אמר יודע אני, פטור, עד שיתיר עצמו למיתה ויאמר, על מנת כן אני עושה. ואחר כך יהרג. וצריך שיעבור ויעשה תיכף להתראה בתוך כדי דיבור. אבל אחר כדי דבור, צריך התראה אחרת.

פירוט הלכות אלו מעורר את השאלה מהי מטרתן ומה ההיגיון העומד מאחוריהן, אפילו על-פי ראיית עולמו של המשפט העברי ובאספקלריה הפנימית שלו-עצמו. אמנם, הרמב"ם אומר שמטרתה של דרישת ההתראה היא "להבחין בין שוגג למזיד", אך דבריו אלה מעוררים כמה קשיים: ראשית, למה דורשת ההלכה שיוודעו לעברייני את האיסור ועונשו כתנאי להרשעתו? וכי יש בדרך-כלל ספק שהוא יודע אותן? שנית, הרי ברור שפרטיה של דרישת ההתראה, כגון הדרישה שהנאשם יקבל את ההתראה ואף יתיר את עצמו למיתה באמירת "על מנת כן אני עושה", חורגים מן הנחוץ כדי לאפשר לבית-המשפט להבחין בין מי שיוודע שמעשהו אסור למי שאינו יודע. לכאורה די בכך שהעדים ישמיעו את ההתראה לפני העברייני. וכן הדבר לעניין התנאי הנוסף שלפיו התהליך של ההתראה יתרחש "בתוך כדי דיבור" לפני ביצוע העבירה; שהרי קשה להאמין שהוא עלול לשכוח את ההתראה כל-כך מהר. קיים קושי נוסף בדבריהם אלה של הרמב"ם. ההסבר שלפיו המטרה של דרישת ההתראה היא לאפשר לבית-הדין להבחין בין שוגג למזיד נאמר בתלמוד על-ידי רבי יוסי בן רבי יהודה⁵. לכן – לדעת רבי יוסי – תלמיד-חכם, "חבר" בלשון התלמוד, אינו צריך התראה, כי חזקה עליו שהוא יודע את הדין האוסר את המעשה שהוא עומד לעשות והעונש על העבירה⁶. אולם אין ההלכה נפסקת כדעתו של רבי יוסי ולכן גם חבר צריך התראה. הדבר משמש סימן נוסף לכך שדרישת ההתראה נועדה למטרה אחרת, מעבר לאזהרת העברייני שמעשהו אסור. והנה, מפתיע אותנו הרמב"ם בנמקו את ההלכה, שלפיה גם חבר צריך התראה, באותו נימוק ("שלא ניתנה התראה אלא להבחין בין שוגג למזיד") שנתן רבי יוסי לביטול דעתו כי חבר אינו צריך התראה. נראה שביטוי זה – "להבחין בין שוגג למזיד" – משמש אצל הרמב"ם במשמעות שונה או נוספת על זו שנתן לו רבי יוסי, ולא רק כדי להבחין בין מי שיוודע את הדין, שהמעשה אסור, למי שאינו יודע שהמעשה אסור. נראה כי דרישת ההתראה באה להבחין בין דרגות שונות של מחשבה פלילית ולא בין מי שיש לו mens rea ומי שאין לו⁷.

בהמשך דברינו נדון בתפקיד שממלאת דרישת ההתראה במשפט הפלילי העברי,

5 הלכות סנהדרין ת, ב.

6 (שם, בד"ה "אלא להבחין") רש"י מסביר את דעת רבי יוסי, לפיה חבר אינו צריך התראה, "שלא יכול לומר סבור הייתי שמוותר".

7 נושאי-הכלים של הרמב"ם מסבירים, שגם תלמיד-חכם צריך התראה כדי לוודא שהוא אכן יודע את

אולם בשלב זה של הדיון נסתפק בציון העובדה, הבולטת לעיני כול, כי דרישה זו של ההתראה על פרטיה מונעת כמעט כל אפשרות מעשית של העמדת עבריו לדין והרשעתו. הרי ברוב המקרים אין בנמצא מי שיתרה בעבריו "תוך כדי דיבור" לפני ביצוע העבירה. ואם כבר נמצאים כאלה שיתרו בעבריו כנדרש, בכל זאת לא יורשע אדם כי אם באותם מקרים מעטים וקיצוניים, שבהם אכן עובר העבריו את העבירה "לשמה", מתוך מרד בתורה ובמי שנתנה ומתוך נכונות לשלם את מלוא המחיר על כך. כי — זאת יש לדעת — לרוב רק עבריו כזה נכון יהיה להשיב למתרים, "על מנת כן אני עושה" ולהתיר את עצמו למיתה, כדרישת ההלכה.

אלא מובן, שעבריו זה אינו אותו העבריו השכיח, אשר מפניו זקוקה החברה להגנה. העבריו המצוי, העובר עבירות לתיאבון, מחמדת ממון או מרדיפה אחרי כוח, מרוח נקמה או ממניעים שפלים אחרים, לא יענה למתרים בו בהתאם לדרישות אלו של ההלכה, ועל-כן אחת דינו לפטור. ברור אפוא, כי דרישת ההתראה די בה כשלעצמה לסכל כל אפשרות מעשית של אכיפת החוק הפלילי העברי.

דיני ראיות. לא נפרט כאן את דיני הראיות הרבים של המשפט העברי, השוללים גם הם מבית הדין — כמו דרישת ההתראה — כמעט כל אפשרות מעשית של הרשעת העבריו וענישתו על-פי דין-תורה. ידוע, כי בשיטת ההלכה על-פי דין-תורה, בדרך-כלל אין הדיינים חופשיים לקבל את רוב הראיות ולשקול את מהימנותן ומשקלן המצטברים כדי לברר את האמת לאמיתה. קרובים, עבריינים (הנקראים "רשעים" בשפת ההלכה), נוגעים בדבר, נשים וכן סוגים נוספים של עדים, פסולים לעדות⁸. הודאת פיו של הנאשם נפסלת אף היא, ללא קשר לשאלה אם היא מהימנה או ניתנה מרצונו החופשי⁹.

גם ראיות נסיבתיות פסולות¹⁰. הרשעת הנאשם טעונה הוכחת אשמתו באמצעות העדות הישירה של שני עדים כשרים שראו אותו עובר את העבירה במו-עיניהם ושתוכן עדותם תואמת זו את זו אף בפרטים. עדים נחקרים בחקירה נגדית,

העובדות הרלבנטיות. ראה, למשל, הכסף משנה וכן הלחם משנה, שם, הלכה ב, ב"ה "אחד תלמיד חכם". הקושי בהסבר זה הוא שיוצא לפיו כי גם לדעת הרמב"ם, אין צורך להתרות בתלמיד-חכם לגבי הדין הנוגע למעשיו, וניתן להסתפק בהתראתו לגבי העובדות כלכד. אין רמז בדברי הרמב"ם לצמצום כזה בהיקף ההתראה הנדרשת. בכל מקרה, גם אם החבר יודע את הדין, עליו לקבל את ההתראה ולהתיר את עצמו למיתה באמירת "על מנת כן אני עושה". נראה כי הרמב"ם משתמש כאן בביטוי "להבחין בין שוגג למזיד" במשמעות מיוחדת, שלא כשימוש של רבי יוסי בר יהודה. כוונתו לדרוש משהו מעבר לידעת הדין והעובדות ולהבטיח שמדובר בעבריו שעובר את העבירה בדרגת מנס ריאה גבוהה. ראה להלן, פרק ד. וראה גם רב"י רש"י הרמב"ם להלן, הערה 50.

8 הרשימה נמצאת ברמב"ם, עדות ט, א, ואחריו פירוש הדינים. ראה גם שו"ע חו"מ, לג-לה.

9 רמב"ם סנהדרין יח, ו. לגבי שתי גישות שונות להסברתה של סוגיית ההפלה העצמית במשפט העברי ראה A. Kirschenbaum, *Self-Incrimination in Jewish Law* (1970); A. Enker, "Self Incrimination in Jewish Law — A Review-Essay", 4 *Dine Israel* (1973) cvii.

10 הלכות סנהדרין יב, ג. וכן ראה ספר המצוות, מצוה לא תעשה רצ: "הזהיר הדין שלא לתתן הגדרים באומדן הדעת החזק ואפילו היה קרוב לאמת". על הגבולות של השימוש הכשר בראיות נסיבתיות במשפט הפלילי העברי, ראה ח"ש חפץ, "גדרי אומדנה וחזקה בדיני נפשות במשפט העברי", דיני ישראל ח (תשל"ז-1977) מה.

המרבח לבחון פרטים אלה, לפעמים עד כדי "עוקצי תאנים"¹¹. כאשר עדותם של עדי-התביעה מוכחשת על-ידי עדי-הסניגוריה – אשר צריכים גם הם לעמוד בדרישות שהזכרנו – נשלל מן הדיינים הכוח להשתמש בשיקול-דעתם כדי לקבוע מי מתוך עדים סותרים אלה מהימן עליהם¹². במצב זה יצא הנאשם זכאי בדין, גם אם הדיינים מאמינים בלבם ומשוכנעים שהאמת נמצאת בפי עדי-התביעה.

לפי דינים אלה, נדיר שעברייין יעבור עבירה בנוכחות שני עדים כשרים. בתיקים של עבריינות חמורה שכיח למדי שהתביעה נאלצת להסתפק בעדותם של עבריינים אחרים ואף בזו של שותפים לעבירה הזוכים לעתים קרובות למעמד של עד-מדינה. אלא שבכרוב המקרים עדים אלה פסולים לפי הדין העברי, כי הם רשעים ואף נוגעים בדבר עדותם¹³. ואם נמצאים סוף-סוף כמה מקרים ספורים שבהם יש שני עדים כשרים היכולים להעיד נגד הנאשם, קרובה הסכנה שדרישות החקירה הנגדית יכשילו את עדותם. זאת משום שבדרך-כלל בדין-תורה אין הדין רשאי לשקול בדעתו אם הסתירות בין דברי שני העדים בנוגע לפרטי האירוע הן כה מהותיות עד שהן פוגעות במהימנותם, או שהן נוגעות לעניינים צדדיים, אשר לגביהם בני-אדם רגילים לטעות ואף לסתור זה את זה, בלי שהדבר יפגע פגיעה מהותית במהימנותם. כל סתירה בין דברי העדים, שאיננה ניתנת ליישוב לוגי, פוסלת את עדותם¹⁴.

הנה שוב מערים המשפט הפלילי העברי מכשולים של ממש בפני אכיפת החוק הפלילי, השוללים ממנו את כושרו להתמודד עם העבריינות באופן אפקטיבי. ההסבר המוצע לעתים, שלפיו דינים קשים אלה נועדו להגן על הנאשם ולהבטיח שלא יורשע אדם חף מפשע, אינו תמיד משכנע; שהרי דינים אלה פוסלים עדי-סניגוריה לא פחות משהם פוסלים עדי-תביעה. בכל מקרה המשפטן המודרני יתרשם כי יותר משהם מונעים הרשעת חפים הם מונעים הרשעה בכלל, בלי להבחין בין אשם לזכאי.

הדין המהותי. הבעייתיות של קיום חברה מודרנית על יסוד המשפט הפלילי העברי אינה מצטמצמת למישור הפרוצדורלי והראייתי בלבד. היא קיימת גם לגבי הדין הפלילי המהותי. רשימת העבירות המודרניות הנענשות לפי דין-התורה מצומצמת למדי ואינה מתאימה לצורכי חברה בת-זמננו. רובם המכריע של איסורי התורה עניינם עבירות בין אדם למקום – עבירות "ריטואליות" ו"דתיות". עשיית מלאכה בשבת ובחגים, איסורי אכילה, פגיעות בקודש, חלק של איסורי העריות ועוד ועוד, המרכיבים את רוב-רובן של מצוות התורה שדינן עונש, אין להן אה ורע בקודקס פלילי מודרני.

כאשר אנו פונים אל רשימת העבירות ה"חילוניות" כביכול, שבדין-תורה,

11 סנהדרין ה, ב; רמב"ם עדות ב, א-ה. הכוונה לחקירת העדים בשאלה אם עוקצי התאנים במקום האירוע היו גסים או דקים, והוכחה במשנה כדוגמא לחקירה נגדית קיצונית, אך הראויה לחיקוי במקרים מסוימים.

12 רמב"ם עדות יח, ב. והשווה גם שם הלכה ג, לענין הדין ששני עדים יכולים להזים מאת.

13 דיון מקיף בנושא נמצא אצל א' שוחטמן, "עדותו של 'ער מדינה' לאור המשפט העברי", משפטים יא (תשמ"א-1981) 139.

14 המאמץ ליישוב הסתירות אינו נעשה על-ידי הדין, על-פי הבנתו והתרשמותו במקרה המיוחד שלפניו. המאמץ נעשה על-ידי הדין, בדרך של חשיבה לוגית. אם הסתירה ניתנת ליישוב באמצעות הסבר מסוים, הדין תולה את הסתירה באותו הסבר ומכשיר את העדות, בלי לבדוק אם אכן זה ההסבר הנכון לסתירה במקרה המסוים. ראה פירוט הדוגמאות במקורות המוזכרים לעיל, הערה 11.

המקבילות לעבירות הכלולות בקודקסים של ימינו, אנו מוצאים שקצרה הרשימה. אמנם, עבירות נגד גוף-האדם – רצח וחבלה, גניבה, חטיפה, וכדומה – נמצאות ברשימת העבירות של התורה, אך אין בה הרבה עבירות שחברה מודרנית נזקקת להן להגנתה. בולטת במיוחד בהיעדרה עבירת אינוס אשה בניגוד לרצונה¹⁵. כן חסרות, למשל, רוב העבירות נגד שלום הציבור. גם העבירות המוזכרות בתורה לא תמיד מכסות את כל הצורות של אותו סוג מסוים של עבריינות כפי שהיא קיימת בפועל בימינו¹⁶.

בולטת גם אי-ההתאמה של עונשי התורה לצורכי האכיפה. עונשי המיתה והמלקות עומדים בדרך-כלל דווקא לצדם של העבירות ה"דתיות". עונשן של עבירות נגד הרכוש, למשל, קלים ביותר. גניבה נענשת בקנס השווה לערכו של החפץ הנגנב¹⁷. גזילה – הכוללת את השוד המודרני – אינה נענשת כלל¹⁸. הגזלן חייב להחזיר את הגזילה או לשלם לקורבן את ערכו כאשר לא ניתן עוד להחזירו בעין, אך אין בית-דין מטיל עונש על הגזלן. במקרים רבים נענש העבריין בדין-שמים בלבד, ומדין-תורה אין עליו עונש של בית-דין של מטה¹⁹.

גם עבירת רצח, החמורה מכולן, מעוררת קשיים. אמנם, דין הרוצח הוא עונש-מוות, אלא שעונש זה מוגבל לפי דין-תורה למי שרוצח את קורבנו "בידיים", היינו: במישרין. השוכר אחר להרוג וכן ההורג בעקיפין אינם נידונים למיתה על-פי דין-תורה, אלא עונשם נגזר עליהם מן השמים בלבד²⁰.

סקירה זו, שעדיין רחוקה מלמצות את הנושא, מחזקת שוב את הטענה שאין בכוחו של הדין הפלילי של התורה לאכוף על הציבור אותן נורמות של התנהגות מינימלית שתביא להגנת החברה מפני עבריינים ושתאפשר חיי חברה תקינים. דומני שאין המדובר בחברה המודרנית שלנו בלבד, אשר לגביה עשויה להישמע הטענה שבעיית האכיפה נובעת מרוב חילונה. קשה להעלות על הדעת חברה כלשהי שבה היו דינים אלה אפקטיביים דיים כדי לאכוף את שמירת החוק.

15 האנוס אשה פנויה משלם לאביה "חמישים כסף" ונושא אותה לאשה. (דברים כב, כח-כט). ספק אם תוצאות אלו הן בגדר "עונש". כוודאי אין בהן עונש וההולם את חומרת המעשה על-פי ההבנה המוסרית של ימינו. מעשה האינוס אינו עבירה דתית כלפי שמים, בניגוד לאיסור בתורה. אינוס של אשה נשואה הוא עבירה בגלל מעשה העריות שבו, ולא בגלל כפיית הבעילה עליה בניגוד לרצונה. השווה שם, כב-כו. אמנם, אסור לבעל לכפות את אשתו להתרצות לו, אך זה שייך בעיקר לתחום יחסי-האישות ביניהם. הסנקציות על הפרת איסור זה נמצאות גם הן בתחום דיני-האישות. אין עונש פלילי בתורה על אינוס אשה. ראה חיבורו של נ' רקובר, יחסי אישות בכפייה בין בעל ואשתו, (משרד המשפטים, סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, תש"ם) חוברת נה.

16 למשל: עבירת שוחד טעונה השלמה רבה (דברים טז, יט).

17 שמות כב, ג. ואם גנב שור או שה ושחט אותו או מכרו, "חמישה בקר ישלם תחת השור וארבע צאן תחת השם" (שם, כא, לו). ואם הודה הגנב מעצמו, הוא משלם את קרן הגניבה בלבד, ולא הקנס (הרמב"ם גניבה א, ה).

18 ראה סיכום הלכות גזילה באנציקלופדיה תלמודית, ערך "גזל", כרך ה, עמ' תנד.

19 הרבה מצוות לא תעשה אינן נענשות בבית-דין של מטה, אם מפני שאין בהן מעשה ואם מסיבות אחרות. ראה פירוש המשניות של הרמב"ם למכות ג, א; וכן רמב"ם סנהדרין יח, ב.

20 רמב"ם, רוצח ב, א-ג.

ב. המערכת הפלילית הכפולה בהלכה

הניסיון להשיב תשובה על שאלות אלו מתחיל תוך ציון העובדה, כי אותה מערכת של המשפט הפלילי העברי שתיארנו לעיל אינה המערכת הפלילית היחידה הקיימת בו. בצדה של מערכת זו עומדות שתי מערכות נוספות, אשר הגמישות ושיקול-הדעת של השופט עומדים במרכזן. שתי מערכות נוספות אלו הן סמכותו של בית-הדין הדתי להכנות ולהעניש עבריינים שלא לפי דין-התורה, כאשר השעה צריכה לכך; וכן סמכות המלך להעניש עבריינים שלא על-פי הכללים והפרוצדורות הנהוגים בדין-תורה, כדי להבטיח את הסדר החברתי ותיקון העולם.²¹ עד שנדון בכעיות המתעוררות עקב קיומן של שתי מערכות משלימות אלו, נתאר את מאפייניהן העיקריים.

כלל גדול אמרו בתלמוד, כי ההוראה שלפיה "בית דין מכין ועונשין שלא כדין, ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לקיים אותם", היא בגדר הוראת-שעה. מטרת החריגה מדיני-העונשים של התורה היא "למיגדר מילתא" היינו: למנוע פרצה ברמה המוסרית והדתית של החברה. סמכות זו של בית-הדין לסטות מדין-תורה קיימת גם לגבי סדרי-הדין והראיות וגם לעניין הדין המהותי.²²

בית-הדין מוסמך להעניש אנשים שעשו מעשים הפוגעים במוסר החברתי גם כאשר מעשיהם אינם עבירה על-פי דין-תורה. באחד המקרים המוזכרים בטקסט התלמודי הקלסי, המעמיד סמכות אקסטר-תורנית זו, הענישו בתי-הדין אדם שרכב על סוס בשבת, שאינו אסור אלא מדברי חכמים. כמורכב נענש אחד "שהטיח את אשתו תחת [עץ] התאנה" בצד הדרך — מעשה שהוא פגיעה חמורה וגסה במוסר ובצניעות, אך אינו בגדר עבירה על-פי דין-התורה. כוחו של בית-הדין לסטות מדין-תורה קיים גם בתחום דיני הראיות והפרוצדורה. בית-הדין רשאי להעניש אדם ללא התראה ואף בהיעדר אותן הוכחות הנדרשות על-פי דין-תורה. וכך מנסח הרמב"ם הלכה זו²³:

יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה, ולא לעבור על דברי תורה, אלא לעשות סייג לתורה. וכיון שרואים בית דין שפרצו העם בדבר, יש להן לגדור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם, הכל הוראת שעה, לא שיקבע הלכה לדורות...

21 עוד מערכת עונשית של שיקול-דעת היא דיני בן נח. בן נח חייב בשבע מצוות, ואם עבר על אחת ממצוותיו — נהרג. גם כאן דינים בתי-המשפט כלי רוכב ההגבלות הפורמליות שמנינו למעלה (רמב"ם, מלכים ט, יד). לא נעסוק כאן במערכת זו ובאינטראקציה המשפטית בינה ובין משפט המלך והמערכת של שיקול-הדעת של בית-הדין. על זה ראה נ' רקובר, המשפט כערך אוניברסלי, "דינים" ב"בני נח" (משרד המשפטים, סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, תשמ"ח) חוברת נח; וכן Enker (לעיל, הערה 2).

22 סנהדרין מו, ע"א; רמב"ם סנהדרין כד, ד-י. דיון מקיף ומסכם בנושא נמצא בספרו של הרב י' מ' גינצבורג, "כח בית דין", משפטים לישראל (תשט"ז) חוברת ראשונה, עמ' א-ע. באנגלית ראה Quint and Hecht, "Exigency Jurisdiction Under Jewish Law", 9 Dine Israel (1980) 27; also in E. Quint and N. Hecht, Jewish Jurisprudence (1980) 139-213.

23 סנהדרין כד, ד-ה, י.

וכן יש לבית-דין בכל מקום ובכל זמן להלקות אדם ששמועתו רעה והעם מרגנים עליו שהוא עובר על העריות, והוא שיהיה קול שאינו פוסק כמו שביארנו ולא יהיו אלו אויבים ידועים שמוציאין עליו שמועה רעה. כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה...

בתיאור זה של כוח בית-הדין כולט שיקול-דעתו של הדיין לקבוע את העובדות והעונשים לפי מכלול הנתונים המיוחדים של המקרה שלפניו, ללא כל הגבלה פורמלית של פרוצדורה, של דיני-ראיות או של משפט פלילי מהותי. לדעת חכמים, סמכות-חירום אקסטר-תורנית זו נחוצה כדי להבטיח חיי חברה תקינים. הרשב"א הסביר את הדבר באמצעות משחק-מלים. חז"ל אמרו: "לא חרבה ירושלים אלא מפני שהעמידו את עצמם על דיני תורה", היינו: שכנראה פעלו על-פי שורת הדין היבש בלבד ולא נהגו בחיי יומיום לפי רוח התורה ולפנים משורת הדין. הרשב"א סבור, שאין קיום לחברה אם מבססים את אכיפת הדין רק על דיני-התורה הקפדניים אשר — כפי שראינו — קשה להרשיע ולהעניש עבריינים על-פיהם²⁴. השמירה על חיי חברה תקינים מחייבת סטייה מדיני-התורה ושימוש בסמכות בית-הדין להעניש עבריינים שלא לפי דין-התורה. במסגרת סמכות ענישה אקסטר-תורנית זו מוסמך בית-הדין להטיל על הנאשם כל עונש הנראה לו "ראוי"²⁵ במקרה המסוים, ואף עונש-מיתה בכלל זה²⁶.

בצד שתי הסמכויות האלו של בתי-הדין — לדון על-פי דין-תורה וכן לדון על-פי שיקול-הדעת לפי צורכי הזמן והמקום — עומדת סמכות ענישה נוספת: משפט המלך. הביטוי הקלסי לצורך במערכת מלכותית זו ובתפקידה החברתי ניתן במאה הי"ד, על-ידי רבנו נסים מגירונה, מתלמידי הרמב"ן, בספרו דרשות הר"ן²⁷. רבנו נסים פירט את המגבלות של דיני-התורה להשלטת הסדר החברתי, שהזכרונם. גם לדעתו, קיימת סכנה ממשיכה ש"הסדר המדיני" יצא נפסד לפי דיני-תורה אלה, אלא, שהתורה פתרה את הבעיה של אכיפת החוק ושמירה על הסדר החברתי באמצעות משפט המלך. התורה מצווה על עם ישראל למנות מלך, הוא השלטון האזרחי²⁸, אשר תפקידו העיקרי לדאוג להשלטת החוק למען תיקון הסדר המדיני ושמירה על הסדר החברתי.

דברי רבנו נסים נאמרו בדרשה האחת-עשרה שבספרו, שם הוא דן בפרשת

24 שו"ת הרשב"א, חלק ג, תשובה שצג: "ורואה אני שאם העדים נאמנים אצל הכוררים רשאים הם לקנוס קנס ממון או עונש הגוף, הכל לפי מה שיראה להם וזה מקיים העולם, שאם אחם מעמידים הכל על הדין הקצובים בתורה ושלא לענוש אלא כמו שעשה התורה בחבלות וכיוצא בזה, נמצא העולם חרב, שהיו צריכים עדים והתראה, וכמו שאמרו ז"ל: 'לא חרבה ירושלים אלא על שהעמידו דבריהם על דין תורה...'". הדברים הובאו גם בבית יוסף על טור חו"מ.

25 לשון הרמב"ם, בסכמו את נושא סמכות בית-הדין להעניש עבריינים בשיקול-דעתו, היא: "כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה..." (סנהדרין כד, י).

26 יש דיון בספרות ההלכתית לגבי השאלה אם הכוח להטיל עונש-מיתה ניתן לכל בית-דין או מוגבל לבתי-דין מסוימים ולדיינים מיוחדים. ראה גינצבורג, משפטים לישראל טו-כב; וכן Quint and Hecht (לעיל, הערה 22).

27 דרשות הר"ן, דרשה יא (מהדורת פלדמן, תשל"ד) קפט-קצג.

28 ראה, למשל, ש' ישראל, עמוד הימיני (תשכ"ז) נב-סג, ע-פא.

שופטים שבספר דברים, שבה מוזכרות שתי המצוות: מינוי השופטים ומינוי המלך²⁹. רבנו נסים מבחין בקיומן של שתי סיבות אשר בגללן יש צורך בשופטים שישפטו בין פרטים. האחת:

שאם לא כן, איש את רעהו חיים בלעו, ויהיה כללו נשחת. וכל אומה צריכה לזה ישוב מדיני ... וישראל צריכה זה כיתר האומות.

והאחרת:

ומלבד זה צריכה אליהם עוד לסבה אחרת, והוא להעמיד חוקי התורה על תלם, ולהעניש חייבי מלקיות וחייבי מיתות בית דין העוברים על חוקי התורה, עם היות שאין באותה עבירה הפסד ישוב מדיני כלל.

במלים אחרות: אמנם התורה דואגת להבטחת הסדר החברתי, אך לאיסורי התורה והעונשים העומדים בצדם יש מעמד נוסף, מעבר למישור של דאגה לקיום הסדר החברתי היומיומי. מעמד נוסף זה נמצא כנראה בתחום של חיי הרוח והקדושה. ורבנו נסים ממשיך:

האחד יחייב להעניש איזה איש כפי משפט אמיתי, והשני, שאין ראוי להענישו כפי משפט צודק אמיתי, אבל יחוייב להענישו כפי תקון סדר מדיני וכפי צורך השעה.

התורה ייחדה לכל אחד מהעניינים הללו "כת מיוחדת". השופטים מתמנים כדי "לשפוט המשפט הצודק האמיתי", כמו שכתוב בתורה: "ושפטו את העם משפט צדק". אך הואיל ו"בזה לבדו" יצא הסדר המדיני נפגע, "השלים האל תיקונו, במצות המלך".

לדעת רבנו נסים, תנאיה של התורה לענישת העבריינים, כגון דרישת ההתראה על פרטיה, ראויים ללא ספק – "מצד משפט הצדק". אבל, אם אין סמכות להעניש עבריינים אלא בדרך זו, תוך שמירה קפדנית על תנאים אלה,

יפסד הסדור המדיני לגמרי, שיתרבו שופכי דמים ולא יגורו מן העונש, ולכן צוה השם יתברך לצורך "יישובו של עולם" במינוי המלכות... והמלך הוא יכול לדון שלא בהתראה כפי מה שיראה שהוא צריך לקיבוץ המדיני.

נמצא שמצוות מינוי המלך ומטרת מינויו שוות בעם ישראל וביתר אומות העולם. הן בזה הן במלא המלך תפקיד של דאגה לתיקון הסדר המדיני. ההבדל בין עם ישראל ובין יתר העמים הוא בזה שהאלוים נתן לעם ישראל את התורה, בכתב ובעל-פה, אשר בה דין הצדק האמיתי, ואת האפשרות לחיות על-פי דין צודק זה. מטרת דין-התורה איננה הבטחת אכיפת הסדר החברתי. התורה ניתנה כדי שיחול בעם "השפע האלוהי" וידבק בו. במלים אחרות: הדינים המפורטים של

29 דברים טז, יח; שם יז, יד-טו.

התורה עוסקים ברוממות העם להיות "ממלכת כהנים וגוי קדוש"³⁰, ולא באכיפת סדרי-חיים חברתיים תקינים.

מהסברו זה מסיק רבנו נסים מסקנה רדיקלית, שלפיה "אפשר שימצא בקצת משפטי דיני האומות מה שהוא יותר קרוב לתקון הסדר המדיני, ממה שימצא בקצת משפטי התורה". הסיבה לכך היא, כי דיני-התורה "פונים יותר אל הענין אשר הוא יותר נשגב במעלה, ממה שהם היו פונים לתקון קבוצתנו". אולם "אין אנו חסידים בזה דבר, כי כל מה שיחסר מהתקון הנזכר [תיקון קבוצתנו – א"א] היה משלימו המלך". ולעם ישראל היתרון, מה שחסר אצל שאר העמים, כי מכיוון שדיני-התורה "צודקים בעצמם, ימשך שידבק ויחול השפע האלהי בנו".

אכן, לפי הסברו של רבנו נסים, מכירה ההלכה שתי מערכות משפטיות שונות ונפרדות, הפועלות בתחום דיני-העונשין, כאשר לכל אחת מהן תפקיד שונה ומיוחד לה: האחת, דין-תורה, לדבות התלמוד והפוסקים, מכילה הוראות נוקשות של סדרי-הדין, של דיני-ראיות ואף של דין מהותי, אשר על-פיהן אכן יהיה קשה ביותר להרשיע נאשם ולהענישו, אם לא בלתי-אפשרי. אלא שבצדה של מערכת נוקשה זו עומדת סמכות המלך להעניש עבריינים על-פי החוקים שלו, שלא לפי דין-תורה, כדי להגן על החברה מפניהם. מערכת זו של דין-המלך, כפי שקובעת אותה התורה, אינה מכילה בתוכה הוראות חוק ספציפיות, אלו או אחרות. אדרבא: ייחודה בכך שהתורה מסמיכה את המלך לחוקק את החוקים הנראים לו חיוניים כדי להגן על החברה, בהתאם לשינוי הצרכים מעת לעת וממקום למקום. וכן מוסמך המלך לדון עבריינים שלא על-פי חוק מסודר וחקוק מראש, כדי להגן על הסדר המדיני. מצוות המלך שבפרשת שופטים היא חוק-מסגרת בלבד. היא מאצילה למלך את הסמכות לצקת תוכן למשפט הפלילי שהוא יפעיל, כפי הנראה לו.

מן הדברים דלעיל משתמע הבדל בין דברי הרמב"ם ובין דברי רבנו נסים. הרמב"ם שם דגש מיוחד על הסמכות של בית-הדין להעניש כל מי שעובר עבירה, על-פי שיקול דעתו, אך אין בדבריו סמכות מלכותית של שיקול-דעת כה רחב. למעשה העבירה היחידה על דין-תורה, אשר לגביה מזכיר הרמב"ם במפורש סמכות ענישה על-פי שיקול-הדעת של המלך, היא עבירת רצח³¹. מדברי רבנו נסים משתמע, שלדעתו אין גבול לכוחו של המלך להעניש עבריינים על-פי הנראה לו למען תיקון החברה. סוגייה זו של ההבדלים שבין גישת הרמב"ם ובין גישת רבנו נסים בתארם את סמכויות המלך היא רבת-חשיבות. ההבדל בין הרמב"ם לרבנו נסים לגבי היקפה של סמכות המלך היא רק פרט אחד בסוגייה הקשה של יחסי-הגומלין

30 שמות יט, ו.

31 רמב"ם, רוצח ב, ד; רמב"ם, מלכים ג, י.

בין שתי מערכות אלו, מצד אחד, וכיניהן לבין דין-התורה, מצד אחר³². הפעם לא נדון בשאלות אלו, ונשאיר אותן להזדמנות אחרת. פה נדון דווקא בצד השווה לדין המלך וסמכות בית-הדין להעניש עבריינים תוך חריגה מדין-תורה, שאת שתיהן מאפיינים רשות ושיקול-הדעת, לעומת דין-התורה על כללי המשפט הנוקשים שלו. בשלב זה מספיק לענייננו המסקנה שהמערכת התורנית הפלילית הנוקשה, שאין בה כדי להתמודד בהצלחה עם העבריינות בתנאים הרגילים של חיי חברה המוכרים לנו, מוצאת את השלמתה באמצעות שתי מערכות-דיון נוספות: כוחו של בית-הדין להכות ולהעניש שלא מדין-תורה, כהוראת שעה; ודין המלך. המאפיין את שתיהן הוא השחרור מן הכללים הנוקשים של התורה בענייני מהות, בדיני-ראיות ובסדר-הדין, והחלפתם בשיקול-דעת רחב כדי לדאוג לצרכים היומיומיים של החברה.

ג. התפקיד השונה והמיוחד של כל אחד משני המסלולים

מצב משפטי זה של מערכת המורכבת מכמה מערכות-משפט מקבילות נראה מוזר במבט ראשון, והוא טעון הסבר מפורט ומעמיק יותר. למעשה המשפט הפלילי העברי מתפקד על בסיס של שני מסלולים³³, המזכיר במידת-מה את השיטות במשפט הקונטיננטלי הפועלות אף הן בשני מסלולים³⁴. שם, במסלול האחד חלים מושגים של אחריות אינדיבידואלית, והאשם הפלילי ממלא בו מקום מרכזי. העונש

32 יש לשאול, למשל, מה היא חלוקת הסמכויות בין בית-הדין לבית-הדין של המלך? ואם מדובר בסמכויות מקבילות, מהן הפרוצדורות לתיאום ביניהן? איך עומדים בדרישות של עקרון החוקיות בשתי מערכות אלו, לאור שיקול-הדעת הרחב ביותר שניתן לשופטים בשתייהן? היש בכל-זאת גדרים כלשהם להפעלת שיקול-הדעת? כאשר המלך ובית-דין עושים שימוש ברשות שניתן להם לסטות מדין-תורה, האם עליהם למעט בסטייה עד למינימום האפשרי או שמא "נתפרקה החבילה" והם יכולים לעשות ככל הנראה להם? היש הברל בין בית-הדין למלך לעניין שאלות אלו? מה היחס, אם בכלל, בין דיני בן נוח ובין שתי הסמכויות שאנו דנים בהן? מי הוא "מלך" לענייננו? האם גם כל שלטון אזרחי ככלל זה? כל שלטון יהודי? אציין את התרשמותי מתוך עיון במקורות שהתפתח אצל בית-הדין היהודיים במשך הדורות, מעין משפט מקובל שהנחה את פסיקתם, כך שלא היה מדובר בשיקול-דעת חופשי לגמרי, היכול להידרדר לכלל שרירות. עיקר משמעותו של הביטוי "שיקול-דעת" בהקשר זה היא סמכות של רשות, בניגוד לדין-תורה שבית-הדין חייב לפעול בו על-פי כללים צרים ופורמליים.

33 וכאמור, המסלול השני של שיקול-הדעת מתפצל אף הוא לשניים: דין-המלך וסמכותו של בית-הדין לדרן שלא לפי דין-תורה.

34 ראה M. Ancel, *Social Defense — The Future of Penal Reform* (1987) 199–257; H. Silving, *Criminal Justice* (1971) I 32–48; H. Silving, *Constituent Elements of Criminal Law* (1967) 23–33; Silving, "Rule of Law" in Criminal Justice" in: G. Mueller (ed.), *Essays in Criminal Science* (1961) 77. גם המשפט האנגלו-אמריקני, ובעקבותיו המשפט הישראלי, מכיר בשני מסלולים, אם כי בצורה מצומצמת יותר. המדובר בטיפול בעברייני הטוען להגנת אי-שפיות. השאלה אם הוא אחראי למעשיו ונושא באחריות פלילית לגביהם נדונה במסגרת של דיני-העונשין. אם הוא נמצא שפוי, הוא מורשע ונענש; ואם הוא נמצא בלתי-שפוי, אין הוא בר-עונשין. אך הוא אינו יוצא חופשי. החברה זקוקה להגנה מפניו, כל עוד נמשכת הסכנה שהוא יחזור על העבירה או יבצע עבירות אחרות. לכן, חלות עליו הוראות חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, סעיף 15(ב). אם יקבע בית-המשפט שהנאשם עשה את מעשה העבירה, אך הוא אינו בר-עונשין מחמת מחלת-הנפש שפגעה בו בשעת מעשה, והוא עדיין חולה — עליו לצוות שהוא יאושפו בבית-חולים או יקבל טיפול מרפאת.

במסלול זה הוא גמולי ביסודו. במסלול השני משמשים "measures" הצופים אל פני העתיד והמשמשים למטרות חברתיות של הגנת הציבור.

אין אנו משווים את שיטת העונשים של המשפט הפלילי העברי לשיטות דר-מסלוליות אלו כדי ללמוד על תוכנם של שני המסלולים בשיטת המשפט העברי ועל רעיונות היסוד העומדים מאחוריהם. ברור שיש הבדלים יסודיים בין שיטות אלו מן הקונטיננט ובין המשפט העברי. בראשונות מופעלים שני המסלולים במסגרת אותה מערכת שיפוטית, המבטיחה את האחידות וההרמוניה ביניהם. העלינו את ההשוואה רק כדי להציג שיטה נוספת הפועלת באמצעות מסלולים שונים, אך מקבילים, כאשר כל מסלול נועד להשגת מטרה נפרדת ושונה. משהצגנו את המשפט הפלילי העברי כבנוי על שתי מערכות מקבילות, עלינו להסביר את מהותן של מערכות אלו על-פי תפישתה העצמית והייחודית של המשפט העברי. יש להניח שדבר זה יהיה קשור באופיו הדתי של המשפט העברי.

נראה לי שאחד המפתחות להבנת שני המסלולים של המשפט הפלילי העברי הוא העובדה כי עונשי התורה שונים מן העונשים של החוק הפלילי המודרני, בעיקר בכך שהם עונשי חובה, בשעה שעונשי החוק הפלילי המודרני הם בדרך-כלל עונשים מרביים בלבד. במשפט המודרני קובע החוק מסגרת לענישת העבריין שהורשע בדינו. השופט רשאי להטיל עליו כל עונש שהוא יראה לנכון, שאינו עולה על העונש הקבוע בחוק³⁵.

שיקול-הרעת של השופט המודרני בעניין קביעת העונש שיוטל על הנאשם, הלכה למעשה, אינו מוגבל לחומרת העונש בלבד, קרי: לתקופת-המאסר או לשיעור הקנס. השופט רשאי לבחור גם את סוג העונש הנראה לו מתאים והולם ביותר את המקרה המסוים שנדון בפניו, מתוך מגוון רחב של עונשים. רוצה השופט, הוא גוזר על הנאשם עונש-מאסר בפועל; ואם נראה לו, הוא רשאי להתנות את העונש, כולו או מקצתו³⁶. הוא מוסמך להטיל על הנאשם עונש-קנס, נוסף על עונש-המאסר או במקומו³⁷. הוא רשאי לקבוע, שעונש-מאסר שאינו עולה על שישה חודשים יבוצע, כולו או בחלקו, בעבודת-שירות³⁸. אפשרות נוספת היא לגזור על הנאשם עונש של שירות לתועלת הציבור, עם הרשעה או בלעדית³⁹. השופט אף מוסמך שלא להטיל על הנאשם עונש כלשהו, ובמקום זה להעמידו במבחן⁴⁰.

בית-הדין הדן נאשם על-פי דיני-התורה אינו רשאי לבחור את העונש הנראה לו ראוי והולם לנאשם ולעבירה שעשה. הרשיע בית-הדין את הנאשם לפי דרישות דין-התורה, אחת דינו להיענש כמצוות התורה – אם בעונש-מוות, כפי שקבעה התורה לשלושים-רשע עבירות; ואם בעונש-מלקות, כפי שקבעה למאתיים ושבע עבירות אחרות. אין לבית-הדין שיקול-דעת כלשהו בעניין זה. אדרבא: משהורשע הנאשם בדין-תורה, מצווה היא על בית-הדין להענישו בעונש הכתוב בתורה וחובה

35 חוק העונשין, תשל"ז-1977, סעיף 35.

36 חוק העונשין, תשל"ז-1977, סעיף 52(א).

37 חוק העונשין, תשל"ז-1977, סעיף 61.

38 חוק העונשין, תשל"ז-1977, סעיף 51ב.

39 חוק העונשין, תשל"ז-1977, סעיף 71א.

40 פקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, סעיף 1.

על בית-הדין לבצע את הדין. בית-דין שהרשיע נאשם ולא ביצע את עונשו עובר עבירה מן התורה.

הרמב"ם מסכם עניין זה כדלקמן⁴¹:

ארבע מיתות נמסרו לבית דין, סקילה ושריפה והריגה בסייף וחנק... כל מיתה מהם מצות עשה היא לבית דין להרוג בה מי שנתחייב בה... כל מחוייב מיתת בית דין שלא המיתו אותו בית דין, ביטלו מצות עשה...

וכן לעניין עונש-מלקות⁴²:

כשם שמצוה להמית את המחוייב מיתה, כך מצות עשה להלקות את המחוייב מלקות...

שוני יסודי זה בין משפט התורה ובין המשפט הפלילי הנוהג כיום מספק לנו מפתח אשר באמצעותו ניתן יהיה להבין יותר טוב את הדינים הנוקשים של משפט התורה. יש קשר קרוב בין היקף שיקול-הדעת של השופט בקביעת העונש לעבירה מסוימת ובין היקפה של אותה עבירה מבחינת מגוון האפשרויות של ביצועה. כאשר המחוקק מעניק לשופט שיקול-דעת רחב בקביעת העונש לעבירה מסוימת, כפי שאכן עושה המשפט המודרני, מן הראוי שהשופט יסיק את המסקנה כי המחוקק הניח מראש שניתן יהיה לבצע את העבירה הנדונה בתנאים ובנסיבות משתנים, שישקפו דרגות חומרה שונות. לכן העניק לו המחוקק שיקול-דעת בקביעת העונש, כרי שהוא יתאים את העונש בכל מקרה ומקרה לחומרת העבירה ולצורכי החברה המשתנים. היקפה של הגדרת העבירה והאפשרויות השונות לביצועה, בדרגות חומרה שונות, משמשים אחד היסודות למדיניות של האינדיבידואליזציה של הענישה כפי שהיא מופעלת היום. מגוון העונשים העומדים לרשותו של השופט המודרני משקף גם הוא את המטרות החברתיות השונות של הענישה הפלילית שהוא מצווה לשרת ולקדם⁴³.

וכן החיפך: ככל שתחום שיקול-הדעת של השופט בקביעת העונש מצומצם יותר, יהיה זה מן הראוי להסיק את המסקנה שהעבירה מכילה היקף מצומצם-יחסית של אפשרויות ביצוע. וכן, כאשר נקבע לעבירה עונש חובה חמור, יהיה זה סביר להניח שהמחוקק התכוון שיוורשע בה וייענש בגינה רק מי שראוי לאותו עונש

41 רמב"ם, סנהדרין יד, א-ג.

42 שם טז, א. אמנם, "מלקין את המחוייב מלקות כפי כחו" (רמב"ם, סנהדרין יז, א), אך אין בין הלכה זו לשיקול-הדעת הפנולוגי של השופט המודרני ולא כלום. ההסבר לדין זה — בניסוחו של הרמב"ם שם — הוא: "פוחתין [במספר המכות — א"א] לחלש, שאם יכה לחלש מכה רבה, כודאי הוא מת". והרי דינה של העבירה שלו היא מכות ולא מיתה. הלכה זו אינה מעניקה סמכות לבית-הדין לשקול את חומרת העבירה במקרה המסוים ולברור מדרכי ענישה וממטרות ענישה מגוונות. אומדן רק את כוח הסיכול של הנאשם לשאת בעונש.

43 כידוע היטב, דווקא מגוון רחב זה של עונשים אפשריים ושל שיקולי ענישה הוא מקור לתוסר-אחידות בענישה אשר מנסים לפתור היום באמצעים שונים של הכונת שיקול-הדעת של השופט. על נושא זה ראה ר' קנאי, "הנחיות לשופט בהפעלת שיקול דעתו בקביעת העונש" מחקרי משפט ה (תשמ"ז) 234; ר' קנאי, קביעת מסגרות משפטיות להדרכת שיקול הדעת של השופט בענישה, חיבור לשם תואר דוקטור, אוניברסיטת בראיילן (תשנ"א).

ולוקה, ולפיכך אמר, "וחללת את שם אלקיך" נויקרא יט, יב – א'א', כי זה מכויץ להכעיס בזה הענין ואין הנאה גשמית בזה.

ושים לב לקשר המיוחד המוזכר בדברים אלה של הרמב"ם בין עבירת חילול-השם ובין העונש: "הנה זה מחלל גם כן ולוקה". מקור שני ברמב"ם, כאמור, הוא ביד החזקה⁴⁸:

כל העובר מדעתו בלא אונס על אחת מכל מצות האמורות בתורה בשאט נפש להכעיס, הרי זה מחלל את השם, ולפיכך נאמר בשבועת שקר, "וחללת את שם אלקיך, אני ה'". ואם עבר בעשרה משרא, הרי זה חילל את השם כרבים. וכן כל הפורש מעבירה או עשה מצוה לא מפני דבר בעולם, לא פחד, ולא יראה, ולא לבקש כבוד, אלא מפני הבורא ברוך הוא, כמניעת יוסף הצדיק עצמו מאשת רבו, הרי זה מקדש את השם.

ובספרו מורה נבוכים אומר הרמב"ם⁴⁹:

אבל עושה ביד רמה, הוא המזיד המתחצף ומתפרץ ועובר בפרהסיה, וכאלו אינו עובר לעצם התאוותנות או להשגת מה שמנעה אותו התורה מלהשיגו מחמת רוע מידותיו בלבד, אלא מפני שהוא מתנגד לתורה ומתקומם נגדה, ולפיכך אמר עליו "את ה' הוא מגדף" (במדבר טו, ל – א'א') והוא נהרג בלי ספק.

גם כאן מדגיש הרמב"ם את הקשר בין עשיית עבירה תוך חילול השם ובין העונש שנקבע לה בדין-התורה: "הוא המזיד המתחצף ומתפרץ ועובר בפרהסיה, וכאלו אינו עובר... אלא מפני שהוא מתנגד לתורה ומתקומם נגדה... והוא נהרג בלי ספק".

על רקע דברים אלה ניתן להבין את דרישת ההלכה, שלפיה תנאי לענישת העבריין הוא שיתרו בו, עובר לביצוע העבירה, כי מעשהו הוא עבירה נגד התורה, תוך פירוט העונש שיוטל עליו בגינה, שהוא אף יקבל את ההתראה "ויתיר את עצמו למיתה" באמירת "יודע אני" שהמעשה אותו הוא עומד לעשות אסור על-פי התורה שעונשו כך וכך ושהוא עומד לעשותו "על מנת כן". עברייך זה, העושה עבירה ביודעו שהיא נאסרה על-ידי בורא-העולם, שהוא מודה בקיומו ושהוא נותן התורה, אלא שהוא עושה אותה דווקא "על מנת כן", כדי לעבור על מצוות ולעשות בניגוד לרצונו – עושה כן "בשאט נפש להכעיס" את בוראו ומתוך מרד באלוקים ופריקת עולו. הוא העובר על מצוות השם תוך חילול שמו, הראוי לעונש מן התורה. הוא המורד באלוקים הנענש.

דרישת ההתראה כתנאי לעונש מדין-תורה אינה באה אפוא רק כדי להבטיח שהעבריין ידע שאסור לו לעשות את המעשה. מטרתה היא מעבר לכך: כדי לברר אם העבריין עובר את העבירה מתוך "מרד ופריקת עול מלכות שמים", שרק אז

48 רמב"ם, יסודי התורה ה, י (ההרגשה משלי – א'א').

49 חלק ג, פרק מא, בעמ' תרטז, בתרגום של הרב קאפח (תשל"כ).

הוא ראוי לעונש שנקבע בתורה⁵⁰. אך אם הוא עובר את העבירה מתוך מניעים "אנושיים", מתוך "תאוה והנאה" – כדברי הרמב"ם בספר המצוות, ולא מתוך מרד והתרסה כלפי שמים – אין חלים עליו עונשי-החובה של התורה. ביטוי נוסף לכך שדרישת ההתראה באה כדי להבחין בין מי שעובר עבירה מתוך חילול-השם, כדי להכעיס, ובין מי שעובר לתיאבון, נמצא בדברי הרב מאיר מרוטנבורג, שהובאו על-ידי תלמידו, רבנו אשר (הרא"ש)⁵¹:

והרוגי בית דין הוו נמי כמו להכעיס, כיון שמוסרים עצמם למיתה כשמתדין בהם ואומר, "על מנת כן אני עושה". דאי לאו עבדין אלא לתיאבון, מה להו למימר על מנת כן אני עושה.

עונשי התורה מכוונים אפוא אל הבחינה האנטי-דתית של מעשה העבירה, המופנית על-ידי העבריין כלפי שמים, ולא אל ההיבט האנטי-חברתי שלו. ענישת התורה אינה באה כדי להשיג מטרות חברתיות מיידיות של שמירה על סדרי-חברה תקינים והגנת החברה מנזקם של עבריינים. מטרתה לעקור את חילול-השם שהיה בביצוע העבירה ולקדש שם שמים. בהטילו עונש על עבריין מפני שחילל שם שמים, אין בית-הדין פועל כדי להגן על החברה מפני נזקם של העבריינים. בית-הדין פועל כדי לטהר את החברה מאותו חילול-השם.

כאשר בית-דין של מטה אוכף את דיני-התורה, הוא ממלא פונקציה דתית על-אדמות. אין הוא פועל במקרים אלה על דעת עצמו, אלא פועל כביכול כנציגו של האלוקים. הוא מכריז ברבים על העונש שנגזר בשמים על עבריין זה שמרד באלוקים וחילל את שמו והוא המוציא עונש זה אל הפועל. במקרים אלה אין הוא מפעיל שיקול-דעת עצמי. לכן, גם – כך נראה לי – כל אותן הלכות, הזרות לרוחו של המשפט הנוהג בחברה המודרנית, השוללות מן הדיינים את שיקול-הדעת. תפקיד כזה של מימוש והוצאה לפועל של גזירה משמים מוענק

50 על הפסוק בויקרא כב, לב: "ולא תחללו את שם קדשי ונקדשתי בתוך בני ישראל, אני ה' מקדשכם", אומר רש"י בפירושו: "ולא תחללו – לעבור על דברי מידין". השווה דברינו לעיל, בסוף הערה 7, שיש להבחין את הביטוי "להבחין בין שוגג למזיד" אצל הרמב"ם כמבחין בין דרגות של מנס ריאה, ולא כמבחין בין מי שיש לו מנס ריאה ומי שאין לו. וראה גם דברי הרמב"ם בהלכות סנהדרין יח, ה: "וכל אלו שלא קבלו עליהן ההתראה מכין אותן מכות מדרות הואיל וחסאו מכל מקום..."

מכות מדרות הן עונש מדרבנן הניתן בשיקול-הדעת של בית-הדין. ציטוט זה מוכיח שוב, שדרישת ההתראה באה כדי לבחון אם עבר הנאשם את העבירה כדרגה גבוהה של מנס ריאה ולא כדי להבטיח את קיומה של דרגת מנס ריאה מינימלית. רעיון דומה לזה המוצע על-ידנו ביטא השופט חיים כהן, בהקשר קצת שונה, במאמרו, 2, "On the Dichotomy of Divinity and Humanity in Jewish Law", Euthenasia, Medicolegal Library (A. Carmi ed., 1984) 59

"We may venture to assume the *ratio legis* to be that in systems of divine law the gravamen of every criminal offence is the affront to God involved in the defiance of His will".

See also Cohn, "The 'Defense of Legality' in Talmudic Law" 8 *Hebrew Union College Annual* (1987) 251, 255.

51 פסקי הרא"ש למועד קטן, סי נט. תורתו לידידי, פרופסור יעקב בלידשטיין, על שהפנה את תשומת-לבי למקור זה.

לביית-דין של בשר-ודם רק במקרים הקיצוניים ביותר, שבהם גזר-הדין נכפה על הדיינים מכוח עליון, ולא כאשר ההכרעה נעשית על-ידם לפי שיקול-דעתם.

כפי שכבר הסברנו, דרישת ההתראה מבחינה בין סתם עברייין ובין העברייין שמטרתו למרוד ולהתריס כלפי שמים. לפי דברינו האחרונים, אפשר להבין גם את מקומם של דיני-הראיות הנוקשים של המשפט הפלילי העברי. דינים אלה נועדו — כך נראה לי — למנוע את השימוש בשיקול-הדעת של הדיין בקביעת העובדות ובכירור המהימנות של העדים. מטרתם להבטיח הליך שיפוטי שבו נקבעות העובדות על הבסיס האובייקטיבי ביותר.

נראה לי, למשל, שזה יסביר את הדרישה שבית-הדין יפסוק רק על-פי עדותם של שני עדים או יותר. אין כאן הנחה כאילו המשקל הפרובטיבי של שני עדים גדול משל עד אחד בגלל ריבוי העדים, ובוודאי שאין כאן דין הדומה, אף במקצת, לדרישות הסיוע או הדבר לחיזוק המהימנות של הראיה, הנמצאות בחוק שלנו היום. לו התבססה מהימנותם של שני העדים על משקלם המצטבר, על היותם שניים במקום אחד, היה מקום לטעון ששלושה עדים מהימנים יותר משניים וכן הלאה. אך אין זה הדין. אדרבא: דין שני עדים כדין שלושה, ואפילו כדין מאה עדים⁵².

ייחודם של שני עדים הוא בכך שניתן לבחון את מהימנותם באופן אובייקטיבי, באמצעות דרישה וחקירה המעמתת את פרטי העדויות אלה עם אלה, עד כדי "עוקצי תאנים" אם צריך. הליך זה של בדיקת העדות אינו אפשרי כאשר מעיד עד אחד בלבד. לכן, אין הבדל עקרוני בין שני עדים ובין שלושה, או אפילו מאה. הליך אובייקטיבי של דרישה וחקירה, המעמתת את דברי העדים זה עם זה, אפשרי בשניים כמו במאה⁵³.

הדרישה של המשפט התורני, שלפיה ההליך השיפוטי יהיה אובייקטיבי ולא יתבסס על שיקול-דעתו של השופט, אינה נובעת מחשש ששופט המפעיל את שיקול-דעתו עלול לטעות בקביעותיו. גם שופט המנוע מלהפעיל שיקול-דעת עלול לטעות. אלא, כאמור, אין מקום לשיקול-דעת אנושי כאשר פסק-הדין נתפש כנגזר בשמים, ובית-הדין אינו אלא המכריז עליו והמוציא אותו אל הפועל. כאשר בית-הדין מפעיל את שיקול-דעתו, פסק-הדין, וכן האחריות עבור פסק-הדין, הם של בית-הדין עצמו ולא של שמים.

אם התוצאה של שיטה זו היא שמעט מאוד עבריינים נענשים מדין תורה, אין בכך כל פגם; שהרי כבר אמרנו כי מטרת הענישה בתורה אינה להשיג תוצאות חברתיות של הרתעת עבריינים ומניעת ביצוע עבירות נוספות על-ידם. ואם — כפי שהסברנו — עונשי התורה באים רק כנגד הפגיעה בשמים כביכול שיש במעשי העבירה החמורים, אין לנו סיבה להניח שבית-הדין של מטה התמנה כדי למלא שליחות כזאת של ביצוע יומיומי של עונשי שמים. אדרבא: כבר לימדו אותנו חז"ל שסנהדרין ההורגת אחת לשבע שנים, ויש אומרים אחת לשבעים שנה,

52 רמב"ם, עדות יח, ב-ג; וכן שם כ, ה.

53 ניתן להציע הסבר דומה גם לכללי הכשרות של עדים במשפט העברי. תנאי הכשרות פוסלים עדים שמהימנותם בספק. אילו נתקבלה עדותם, היה בית-הדין חייב לקבוע את מהימנותם על-פי שיקול-דעתו; אולם אין זו הסיבה היחידה לפסילת עדים אלה. למשל: נראה שרשעים מסוימים נפסלים לעדות גם מפני שאינם ראויים להשתתף בתפקיד דתי זה של ביצוע המשפט האלוקי.

"נקראת חובלנית"⁵⁴. ומשרבו הרצחנים, גלתה הסנהדרין מלשכת-הגזית ומנעה מעצמה ומשאר בתי-הדין שבארץ-ישראל את הסמכות לדון אותם למיתה על-פי דין-תורה⁵⁵. יבוא בעל-הכרם ויכלה את קוציו⁵⁶. תהיה זו יוהרה אם בית-הדין יראה את עצמו ראוי למלא שליחות כזאת באופן קבוע ותמידי.

דברים אלה נאמרים לא רק לגבי העבירות ה"דתיות", כגון עבודה זרה וחילול-שבת, אלא גם כלפי העבירות ה"חילוניות" כביכול, שבהן בולט הנזק החברתי, כגון רצח. גם עבירת רצח דורשת, כתנאי לענישת העבריין בעונש מיתת בית-דין מן התורה, שיתרו ברצח עובר לעשייתה ושהוא יקבל את ההתראה ויתיר את עצמו למיתה, כמו בשאר העבירות. כמורכב, דיני הראיות הקפדניות, המונעות מן הדיינים לקבוע את העובדות ואת המהימנות של העדים על-פי שיקול-דעתם, חלות בעבירת-רצח לא פחות מאשר בעבירות ה"דתיות". עונש מיתה-חובה בדין-תורה בגין עבירת-רצח בא נגד המרד בשמים שבעבירה זו, לא פחות מאשר בעבירות אחרות⁵⁷.

אלא שהמחיר של גישה זו הוא שעניין הסדר החברתי יוצא נפגע. לשם כך, כאמור, קיימים במשפט העברי שני המסלולים הנוספים, אשר תפקידם לדאוג לתיקון הסדר החברתי. קיומם זה בצד זה של המסלול התורני הנוקשה של המשפט העברי ושני המסלולים הנוספים של רשות ושיקול-הדעת – אשר תפקידם של שני האחרונים הוא להגן על החברה – ניכר היטב בעבירת-רצח, כי עבירה זו כורכת בתוכה הן את הפן של עבירה כלפי שמים הן את הפן של עבירה הפוגעת בסדרי-חברה תקינים. כאמור, אין הרוצח נענש מדין-תורה אלא אם התקיימו לגביו אותה דרישת ההתראה כבכל שאר העבירות של התורה, ואשמתו הוכחה על-פי שני עדים כשרים שעמדו בכל תנאי הדרישה והחקירה. כן ראינו, שתנאי נוסף לענישת הרוצח מדין-תורה הוא שיהרוג את קורבנו בעצמו ובמישרין. נביא שוב מדברי הרמב"ם⁵⁸:

כל ההורג חבירו בידו, כגון שהכהו בסייף או באבן הממיתה, או שחנקו עד שמת, או שרפו באש, הואיל והרגו מכל מקום הוא בעצמו, הרי זה נהרג בבית דין. אבל השוכר הורג להורג את חבירו, או ששלח עבדיו והרגוהו, או שכפת חבירו והניחו לפני הארי וכיוצא בו והרגתו החיה... כל אחד מאלו שופך דמים הוא ועון הריגה בידו וחייב מיתה לשמים, ואין בהן מיתת בית דין.

פשעם הדתי של שופכי-דמים אלה חמור, שהרי חייבים הם "מיתה לשמים". אבל "אין בהן מיתת בית-דין". הם לא ביצעו עבירת-רצח בצורה החמורה ביותר, במישרין, בידיהם, בעצמם, שיש בה כדי להצביע על הדריגה הגבוהה ביותר של רשעות ועל המידה המרבית של נכונות להרוג ושל הזדהות עם מעשה הרציחה. לכן,

54 משנה, מכות א, י.

55 עבודה זרה ת, ע"ב.

56 בבא מציעא פג, ע"ב.

57 ש' פישר, בית ישי (תשמ"ו) כרך ב, עמ' שפא-שפכ. ראה להלן, ליד הערה 62.

58 הלכות רצח ב, א-ב.

אין בית-הדין מבצע את עונש-החובה שנקבע בתורה, במסלול הראשון, בגין עבירה שאדם מבצע נגד השמים. אך אין זאת אומרת שעבריינים אלה יצאו זכאים, ללא עונש כלל. חטאם גדול, והם גם מסכנים את החברה. אם הם לא ייענשו, ילמדו מהם אחרים שניתן לרצוח בעקיפין ולא להיענש. על-כן, כפי שראינו למעלה, מוסמכות רשויות המסלול השני – היינו: בית-הדין והמלך – להעניש שופכי-דמים אלה ואף להורגם, כדי להגן על החברה מפניהם⁵⁹. סמכויות משלימות אלו של בית-הדין ושל המלך הן, כאמור, סמכויות של שיקול-דעת, המופעלות בהתאם לצורכי השעה ובאמצעות ההסדרים הדרושים לתיקון הסדר החברתי⁶⁰. לסיכום דברינו עד כה, עונשי התורה הם קבועים ואין לבית-הדין שיקול-דעת

59 שם, הלכות ד-ה:

"וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן, שאינן מחוייבין מיתת בית דין, אם רצה מלך ישראל להרגם בדין המלכות והקנת העולם, הרשות בידו. וכן אם ראו בית דין להרגם בהוראת שעה, אם היתה השעה צריכה לכך, יש להם רשות כפי מה שיראו. הרי שלא הרגם המלך, ולא היתה השעה צריכה לכך לחזק הדבר, הרי בית דין חייבין מכל מקום להכותם מכה רבה הקרובה למיתה, לאסרם במצור ובמצוק שנים רבות ולצערן בכל מיני צער, כדי להפחיד ולאיים על שאר הרשעים, שלא יהיה הדבר להם לפוקה ולמכשול ויאמר, 'הריני מסבב להרוג אויבי כדרך שעשה פלוני ואפטור'".

60 קיימת אפשרות ענישה נוספת לעבירת רצח, היא עונש כיפה. הרמב"ם מסכם דין זה כדלקמן (הלכות רצח ד, ח-ט):

"ההורג נפשות ולא היו שם עדים רואים אותו כאחת, אלא ראווה האחד אחר האחד, או שהרג בפני עדים בלא התראה או שהוכחשו העדים בבדיקות ולא הוכחשו בחקירות, כל אלו הרצחנים כונסין אותן לכיפה ומאכילין אותן לחם צר ומים לחץ עד שיצרו מיעיהן, ואחר כך מאכילין אותן שעורים עד שתבקע כריסם מכובד החולי".

דין זה מיוחד לעבירת רצח.

"ואין עושין דבר זה לשאר מתווייבין מיתת בית דין, אבל אם נתחייב מיתה ממיתין אותו ואם אינו חייב מיתה פוטרין אותו, שאף על פי שיש עונות תמורין משפיות דמים, אין בהן השתתת יישובו של עולם כשפיות דמים, אפילו עבודה זרה, ואין צורך לומר עריות או חילול שבת אינן כשפיות דמים, שאלו עונות הן מעבירות שבין אדם למקום, אבל שפיות דמים מעבירות שבינו לבין חבירו. וכל מי שיש בידו עון זה הרי הוא רשע גמור..."

עונש כיפה אינו מוזכר בתורה. לכן הובעו דעות שונות לעניין השאלות מה מקורו של עונש זה והאם לסווג אותו כשייך לתחום של עונשי התורה או לתחום של סמכות בית-הדין להעניש עבריינים בשיקול-דעתו, שלא עלי-פי דין-תורה. המקור בתלמוד הוא סנהדרין פא, ע"ב, ו-פכ, ע"ב. בספרות של ימינו ראה מ' אלון, "המאסר במשפט העברי" ספר היובל לפנתוס רוזן (תשכ"ב) 177-178; רייך, "עונש כיפה" מעליות – בטאון ישיבת "ברכת משה", (מעלה אדומים, תשרי התשמ"ו) 31, 40-37; ותשובת פרופ' מ' אלון, "תגובה למאמר 'עונש כיפה' שם עמ' 42. אך שאלה עיונית זו אינה מעניינתנו כאן. בכל מקרה ברור שאין עונש כיפה נמנה עם ארבע מיתות בית-דין, הבאות, כאמור, בגין העבירה כלפי שמים. עונש כיפה הוא עונש נוסף בגין עבירות-רצח, בגלל אופיה המיוחד של עבירה זו, שהיא גם עבירה תמורה בין אדם לחברתו, נוסף על היותה עבירה כלפי שמים. כך מציג הרמב"ם את הנושא.

עונש הכיפה שונה גם מן העונשים שבית-הדין רשאי להטיל לפי שיקול-דעתו. האפשרות להטיל עונש כיפה על נאשם הלכה למעשה מצומצמת ביותר. מדובר במספר קטן של מקרים מוגדרים, שבהם ההוכחות של אשמת הנאשם עומדות כמעט בכל הדרישות הקפדניות של דין-תורה ומוכיחות את אשמת הרצח ללא ספק, אלא שחסר תנאי פורמלי זה או אחר להרשעתו בדין-תורה, במידה שתחייב עונש הריגה בסיף. וראה הסברו של הרשב"א, שלפיו גם בעונש כיפה צריכים הוכחות ברורות שהנאשם הרג, שהיו ממלאות אתרי דרישות ההוכחה של התורה בתחומים אחרים, אלא שחסר תנאי מן התנאים המיוחדים שהתורה קבעה לעונש מיתה מן התורה. תשובת הרשב"א שפרסם פרופ' א' אורבך כנספה למאמרו, "שאלות ותשובות הרא"ש בכתבי יד ובדפוסים" שנתון המשפט העברי כ (תשל"ה) 141-143. וכן ראה שו"ת הריב"ש, סי' רנא, המסביר שמכניסים רצח לכיפה כאשר יש עדות שהיא "כשרה בדיני ממונות".

אם להטילם אם לאו. יש בהם היבט חינוכי, ומהם אנו למדים על יחסה של התורה לחומרת ההתנהגות האסורה. הם מיושמים בבית-דין ארצי, הלכה למעשה, רק במקרים הקיצוניים ביותר, שבהם אין בית-הדין נדרש להפעיל את שיקול-דעתו, הן לעניין ההוכחות על ביצוע העבירה הן לגבי המניעים של העבריין; ובמקרה של עבירת-רצח לפחות — גם לעניין צורת הביצוע של העבירה. בעבירות התורה, אפילו ברצח, העונש בא בגין המרד נגד שמים ולא בגין הנזק החברתי הכרוך בביצוע. בית-דין של תורה מעניש עבריינים לפי העונשים האמורים בתורה רק כאשר הם עוברים עבירה "בשאת נפש להכעיס", בגין התקוממותם ומרדם בשמים וכאשר יש בעבירה חילול-השם. הגנת החברה, הרתעת עבריינים ומניעתם מלעבור על עבירות הפוגעות באינטרסים חברתיים הזקוקים להגנת החוק — כל אלה מקומם בסמכויות הענישה המקבילות של רשות ושיקול-הדעת.

ה. מקורות בספרות הרבנית המודרנית התומכים בשיטתנו

נראה לי, שניתן למצוא תמיכה רבה לרעיונות אלה גם בספרות הדתית של הזמן האחרון, אם כי כנראה טרם צירף מאן-דהוא את הדברים זה לזה והציג אותם בצורה שיטתית ומקיפה, כדרכנו כאן. על ייחודה של עבירת חילול-השם והקשר המיוחד שבינה ובין עונשי התורה ראינו את דברי הרמב"ם שהבאנו למעלה. הרב מאיר שמחה הכהן, רבה של קהילת המתנגדים בעיר דווינסק ברוסיה, שחי ופעל בתחילת המאה הזאת ונפטר ב-1926, הצביע על חשיבותה הרבה של העובדה שעונשי התורה עונשי-חובה הם, להבנת ההבדל בין דין-תורה ובין דין-המלך. בספרו מאיר-העיניים אור שמח, על היד החזקה של הרמב"ם, דן הרב מאיר שמחה בקביעת הרמב"ם שלפיה רשאי המלך להעניש עבריינים, ואף להורגם, ללא התראה, על-פי עד אחד וללא ראיות ברורות. ואלה דבריו⁶¹:

והנראה לי דרבינו סובר... דדוקא לדון דין הסנהדרין, בחוקים תורניים, שמצוה עליהם לדון, צוהה התורה דבעי שני עדים, אבל... במלך ישראל, דרשות ניתן להם, והוא לתיקון המדינה, דינם כמו שנתנה התורה הנימוסית לבני נח, וזה ענין מושכל. (ההדגשות שלי — א'א').

לדעת בעל האור שמח, ההבדל העיקרי בין דין-תורה ובין דין-המלך, והוא-הדין — לדעתו — גם לגבי שבע מצוות בני נוח, הוא שבדין-תורה אין לבית-הדין שיקול-דעת. הוא מצווה לדון ולהעניש את העבריין לפי מה שנקבע בתורה. לעומתו, דין-המלך נועד לשמור על "תיקון המדינה" ומאפיין אותו שיקול-הדעת. לא "מצוה עליהם לדון", כי אם "רשות ניתן להם".

אבל "בעדות אחד בלבד או בעדות" אחרת שאינה כשרה מן התורה אף בדיני ממונות, "אין כוננים אותו לכיפה".

61 אור שמח על הלכות מלכים ג, י.

דעה דומה לשלנו, שלפיה עונשי התורה נקבעו בגין העבירה כלפי שמים ולא בגין הנזקים החברתיים שבעבירה, הביע לאחרונה הרב שלמה פישר, אחד מראשי-השיבות החשובים של דורנו. ואלה דבריו⁶²:

כל חיובי מיתה ומלקות הם חיוב לשמים, שהם עונשים על החטא, ואינם דומים לדיני ממונות שהם דין בין אדם לחבירו. ואין הפרש בין מיתת מחלל שבת למיתת רוצח, דתרווייהו [שניהם – א'א'] חיובם לשמים והם עונש על הלאו.

פועלם החינוכי של עונשי התורה הודגש גם הוא על-ידי שניים מגדולי הפוסקים של דורנו. החזון איש והרב משה פיינשטיין ז"ל. החזון איש כתב בעניין עונשי התורה, בכלל, ובעניין עונש הגמול שנקבע בתורה, בפרט, שהם עונשי "עין תחת עין, נפש תחת נפש". הוא הרבה באפשרות להבין את הדברים ("אולי יש לומר") כדלקמן⁶³:

כאשר נתבונן במבט חיצוני על החיים על-פי התורה, מצינו אמצעי נקל להרגל מידות הטובות בכל העם על-פי שימת חוק ללמד את תורת משפטים והעונשים של כל עוול. בעסוק הנער בעונשי העוול, יוטע בלבו תועבת העוול והחוב להתרחק ממנו כאופן קל ובדרך-אגב בקנין חזק, מה גם בלמדו בספר שכולו חסד ... שמעורר גועל למאס ברע. ועל-פי זה, עיקר שימת העונשין יעשו את פרי פעולתם לנקיון המידות, כי שדרת העונש הגדול על העוול יכה שורש בכל לב העם לגעל את הדבר ההוא ולחשבו לזרא, מלבד יראת העונש. על-פי כל אלה, הדבר פשוט שחוק חריצת עונש נפש להורג נפש ממעט את הרציחה ומקיים הרבה נפשות, ולעומת זה, כשיהיה החוק קל לרוצח, יכה שורש להקל בלב העם וחניכיו את עוול רצח נפש בראותו שאין החוק מתעניין בזה כל-כך וימצאוהו בספר החוקים למקרה קל-הערך. ומצינו שיותר יעשה החוק את פעולתו המוסרית מאשר יעשה את פעולתו הממשית, ואמרו: "סנהדרין ההורגת אחת לשבעים שנה [נקראת קטלנית]". ומה נפלא הדבר להחמיר בעיקר המשפט ולגדור באופן הדרישה וחקירה והוצאת הדבר לפעולות, וגם זה פועל על מידת המוסרי שהריגת הנפש צריך כ"ג סנהדרין (עשרים ושלושה דיינים – א'א') וכל הפרטים הנפלאים הדרושים... והקיום הכללי של כל החוקים האלה יחדיו יהיו תמים שקול במאזני צדק אף לפי ראות האדם. ויתכן בזה ענין "עין תחת עין", כי הכוונה ללמד את העונש לטעת בלב העם [הרגש] העוול ולכוונה זאת נכון לומר בסגנון נמרץ – וכאשר יאמר ד' יתברך שראוי לכתוב בתורה על המשחית "עין תחת עין" – הפועל הרבה על רגש אנושי באמצעות רגשי קודש ורגשי האמונה.

62 ש' פישר, בית ישי (חשמ"ו) כרך ב, עמ' שפא-שפב.

63 א' סורסקי, פאר הדור (תש"ל) כרך ג, עמ' קלט, הערה 30.

גם הרב משה פיינשטיין דן בסוגייה שלנו באחת מתשובותיו. מושל מדינת ניו-יורק פנה אליו, יחד עם מנהיגיה אחרים, ושאל את דעתו לגבי הנהגת עונש-מיתה. הרב פיינשטיין השיב לו⁶⁴, כי אכן:

נאמרו בתורה עונשי מיתה לעבירות החמורות מאד... אבל לא היה זה מצד שנאה לעושי דבר הרע ומצד יראה לקיום העולם... אלא הוא שידעו האינשי [האנשים] — א'א' חומר האיסורים אלו ולא יעברו על זה.

יוצא אפוא, גם על-פי דברים אלה של גדולי רבני ישראל בזמננו, כי העונשים שנקבעו בתורה לא נועדו להגנת החברה מפני נזקם של עבריינים, על-ידי הרתעתם ומניעתם מלעבור עבירות, אלא מטרתם לחנך את הדור שיעריך נכונה את חשיבותן של המצוות ושיפנים את הערכים שהתורה מבקשת להשרישם בתודעת הציבור. הוא אשר אמר רבנו נסים בדרשותיו: מצוות התורה ועונשיהן באו כדי "שיחול השפע האלהי" בעם, ואין עניינן תיקון סדרי המדינה. אם בגלל חוסר-האפשרות לאכוף את חוקי התורה ייפסד התיקון החברתי, ידאגו בית-הדין והמלך לתקן מצב זה על-ידי מימוש הרשות שניתנה להם להעניש עבריינים, כדי להשיג מטרות של הגנת החברה כפי צרכיה, כאשר הם משוחררים מן ההגבלות המיוחדות של דין-תורה.

ו. החריגים בתורה: "למען ישמעו ויראו"

נגד הבנה זו של הדברים ניתן להקשות: הרי לא אחת הדגישה התורה שהמטרה של ענישת עבריינים היא "למען ישמעו ויראו"? מאזהרה זו משתמע בבירור, כי מטרת הענישה היא הרתעת אחרים מלבצע עבירות נוספות, כמו מטרות הענישה החברתיות של המשפט הנוהג בדרך-כלל בחברות חילוניות. נמצא אפוא שהתורה אינה מענישה רק על חילול שם שמים, ושהדאגה לתיקון סדרי המדינה אף היא חלק מ"מדיניות העונשין" של התורה.

נראה לי שלא כן הדבר. לשון זה של "למען ישמעו ויראו" נאמר בתורה לגבי ארבע עבירות בלבד, שהן מיוחדות-במינן ושונות מכלל העבירות האחרות. ארבע עבירות אלו הן: המסית את חברו לעבוד עבודה זרה⁶⁵, עד זומם⁶⁶, זקן ממרה⁶⁷ ובן

64 שו"ת אגרות משה, תושן משפט, חלק ב, סימן סח.

65 על המסית לעבודה זרה נאמר בתורה, בדברים יג, ט-יב: "לא תאבה לו ולא תשמע אליו, ולא תחוס עינך עליו ולא תחמול ולא תכסה עליו. כי הרג תהרגנו, ידך תהיה בו בראשונה להמיתו ויד כל העם באחרונה. וסקלתו כאבנים ומת, כי בקש להדיחך מעל ה' אלקיך, המוציאך מארץ מצרים מבית עבדים. וכל ישראל ישמעון ויראון ולא יוסיפו לעשות כדבר הרע הזה בקרבך".

66 דין עד זומם נאמר בתורה כדלקמן, בדברים יט, יט-כ: "ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו, ובערת הרע מקרבך. והנשארם ישמעו ויראו ולא יוסיפו לעשות עוד כדבר הרע הזה בקרבך".

67 בדברים יז, ת-יג קובעת התורה את הסמכות העליונה של בית-הדין היושב במקום הנבחר לדורות, הוא ירושלים, והעונש למי שפוגע בסמכות זו (דברים יב-יג): "והאיש אשר יעשה כזוהן לבלתי שמע אל הכהן העומד לשרת שם את ה' אלקיך או אל השופט, ומת האיש ההוא ובערת הרע מישראל. וכל העם ישמעו ויראו ולא יודון עוד".

סורר ומורה⁶⁸. אין ללמוד מארבע עבירות אלו על כלל העבירות של התורה. עובדה היא, שכל אחת מארבע עבירות אלו היא חריג מכלל דיני העונשין התורניים, גם מבחינת הדין המהותי וסדרי הדין הנוהגים בהם, ולא רק לענין הצהרת התורה באשר למטרת העונש המוטל על העבריין.

בארבע העבירות האלו נענש העבריין, למרות העובדה שהוא עצמו לא עשה ולא השלים לעשות עבירה מושלמת, ואף כאשר התנהגותו לא גרמה לעבירה בידי אדם אחר: האחת, המסית והמשדל אחר לעשות עבירה אינו נענש, בדרך כלל, בדין-תורה. התורה מענישה רק את עושה העבירה עצמו. למרות זאת, מי שמסית את חברו לעבור עבודה זרה נדון כחריג לכלל זה, והוא נענש אף כי אינו עובד עבודה זרה בעצמו. הוא אף נענש כאשר המוסת דוחה את הצעתו. השנייה, עד זומם נענש באותו עונש שהוא זמם לגרום לחברו, כאשר השקר בעדותו מתגלה בטרם בוצע פסק-הדין המוטעה, למרות המצב הרגיל בדין-התורה שאין עבירה ללא גרימת נזק⁶⁹. השלישית, זקן ממרה נהרג על פסיקתו בניגוד להלכה כפי שנפסקה בבית הדין הגדול, גם כאשר אף אחד לא נהג לפי פסיקתו וכאשר הפסק נוגע לעבירה שאינה נענשת בעונש-מיתה⁷⁰. והרביעית, בן סורר ומורה נענש "על שם סופר", על שהוא עלול ללסטם את הבריות ולהורגם בעתיד, ולא על המעשים הקלים שעשה עד כה⁷¹.

כאמור, בדרך-כלל אין בתורה עונש למסייעים ולמשדלים לעבירה, וכן אין בתורה עבירות-ניסיון הבאה להעניש אדם על כוונתו לעבור עבירה או לגרום נזק שלא התממשו. התורה מענישה על מעשה אסור שהעבריין עשה בניגוד למצוות השמים. רק בארבע עבירות אלו נענש האדם על הסכנה שמעשיו יגרמו לעבירה על-ידי אחרים ובגלל החשש שמא יביאו מעשיו לנזק. משתמע אפוא, כי בארבע עבירות אלו פועלים שיקולי ענישה מיוחדים, שאינם נחלת עונשי התורה הכלליים. והנה, ארבע עבירות אלו מיוחדות ביסוד הנוסף, שאין הן דורשות התראת הנאשם תוך כדי דיבור לפני מעשה העבירה. זהו הדין לגבי המסית⁷², העד זומם⁷³ והזקן ממרה⁷⁴. לדעת רוב המפרשים, זהו הדין גם במקרה של הבן הסורר והמורה⁷⁵. למה

68 דברים כא, יח-כא: "כי יהיה לאיש בן סורר ומורה, איננו שמע בקול אביו ובקול אסו, ויסרו אותו ולא ישמע אליהם. ותפשו בו אביו ואמו והוציאו אתו אל זקני עירו ואל שער מקומו. ואמרו אל זקני עירו, 'בנו זה איננו שמע בקולנו, זולל וסבא'. ורגמהו כל אנשי עירו באבנים ומת, ובערת הרע מקרבך, וכל ישראל ישמעו ויראו'".

69 ועוד: אם הרג בית-הדין את הנאשם אשר נגדו הם העידו שקר, אין העדים הזוממים נהרגים. יש מחלוקת בין הרמב"ם לאחרים אם עדים זוממים לוקים אחרי שבית-הדין הוציא לפועל עונש מכות שנגזר בטעות על סמך עדותם. (רמב"ם, עדות כ, ב). וראה המאירי, בית הבחירה, על מכות כ, ב, בד"ה "עדים הזוממים", עמ' ה; וכן בדברי המאירי על מכות ה, ב, שם בעמ' כה, בד"ה "המשנה התשיעית".

70 סנהדרין פח, ע"ב; הלכות ממרים ג, ה.

71 סנהדרין ח, ה; סנהדרין עא, ע"ב-עב, ע"א.

72 דמב"ם, סנהדרין יא, ה. וכן ראה רש"י על סנהדרין ח, ע"ב, בד"ה "ושאר כל חייבי מיתות", שהמסית "נהרג בלי התראה על ידי הכמנת עדים".

73 כתובות לג, ע"א; רמב"ם, עדות כ, ד.

74 רמב"ם, ממרים ג, ח.

75 רוב המפרשים מבינים את דברי המשנה ש"מתרים בו לפני שלשה" (סנהדרין ח, ד), כאזהרת הבן על-ידי הוריו לפני בית-הדין, כפי שאכן משתמע מפרשטו של התורה. ראה, למשל, רש"י על סנהדרין עא, ע"א, בד"ה "מתרים בו".

חרגה התורה דווקא בארבע עבירות אלו מן העקרונות המקובלים עליה בדרך-כלל – אינני יודע. אך עובדה היא שהן שונות משאר העבירות המיוחדות בטיבן, הן לעניין יסודות האקטוס ריאוס של העבירה, הן באשר לתנאים הכלליים להטלת עונש הן לעניין מטרת העונש.

אכן, ארבע עבירות אלו הן היוצאות-מן-הכלל. שיקולי הענישה של התורה בארבע עבירות אלו ומטרות הענישה לגביהן שונים מן השיקולים ומן המטרות הפועלים בשאר העבירות. בארבעה מקרים אלה מענישה התורה את העבריין לפני שהוא משלים את העבירה, כנראה כדי למנוע את הנזק שייגרם אם הוא יצליח לבצע את זממו. לשיקולי מנע מצרפת התורה גם שיקולי הרתעה, "למען ישמעו ויראו". לכן, שונים גם סדרי-הדין הנוהגים בעבירות אלו מן הכללים הנוהגים בשאר העבירות שמטרת הענישה בהן היא עקירת חילול שם שמים. בעיקר, כאמור, אין בהן ררישה של התראה⁷⁶.

בפירושו על פרשת בן סורר ומורה בספר דברים כבר הבחין הרמב"ן בכך, שמטרת הענישה בארבע עבירות אלו שונה מזו שבשאר העבירות בתורה⁷⁷:

זה הטעם "וכל ישראל ישמעו ויראו", כי לא הומת בגודל חטאו אלא ליסור בו את הרבים, ושלא יהיה תקלה לאחרים, וכן דרך הכתוב שיזהיר כן כאשר ימותו לגדר כדי שתהיה במיתתם תקנה לאחרים, כי הזכיר כן בזקן ממרא, לפי שאין בהוראתו חטא שיהיה ראוי למות בו רק הוא להסיר המחלוקת מן התורה... וכן בעדים זוממים שנהרגים ולא הרגו, וכן הזכיר [וכל ישראל ישמעו ויראו] – א'א' במסית לפי שהוא נהרג כדיבורו הרע בלבד אף על-פי שלא עבד הניסת עבודת גלילים ולא שמע אליו, אבל מיתתו ליסור הנשואים...

ומכאן אתה למד דווקא חיזוק לדברינו, כי הדרישות המיוחדות של המשפט הפלילי העברי, הנוהגות בשאר העבירות, ובמיוחד דרישת ההתראה – קשורות במעמדן המיוחד של עבירות התורה ועונשיהן, שהן עוסקות ביחסים ה"דתיים" בין

"לאו משום התראה גמורה כשאר עבירות, שאין לוקין אלא בהתראה, ...אלא מוכיחים אותו דבעינן ייסרו אותו, שלא ירגיל, ואם לא שמע, מלקין אותו בבית דין..."

אזהרת הילד שונה מן ההתראה הרגילה בכמה פרטים. היא נעשית על-ידי התורים "לפני שלשה", היינו: בבית-דין, במקום בעדים. היא אינה טעונה "קבלה" ושהבן "יתיר עצמו למיתה" והיא אינה מושמעת סמוך לפני ביצוע העבירה. האזהרה במקרה זה היא כנראה, יסוד מיסודות העבירה. דין בן סורר ומורה נאמר לגבי אחד שזכה לחינוך מטעם הוויני, אך סרר. הם ייסרו אותו והוא לא שמע. כדברי רש"י ראה גם דברי המאירי בסוגייה, בית הבחירה על סנהדרין עמ' 263-264, המכנה התראה זו "תוכחת". והשווה דברי המאירי המבחינים בין התראה ובין תוכחת, שם בעמ' 176. לא כן דעת הרמב"ם, הסובר כנראה שהתראה בן סורר ומורה היא ככל התראה אחרת (רמב"ם, ממרים ז, ז).

76 וכן ארבע עבירות אלו צריכות הכרזה. בית-הדין מכריז ברבים: "פלוני מת בבית דין על שעבר עבירה זו, כדי לרדות האחרים". (אנציקלופדיה תלמודית, ערך "הכרזה (ב)", כרך ט, עמ' קנו). גם מכמינים עדים כדי לתפוש את המסית, מה שאין כן בעבירות אחרות. ראה א' קירשנבאום, "המלכוד וההדחת לדבר עבירה בהלכה היהודית" דיני ישראל טו (תש"ן-1990) לט. ואף נוהגים במסית חומרות נוספות בתחום סדרי-הדין. (סנהדרין לו, ע"ב): "וחילופיהן במסית, דרחמנא אמר: לא תחמול ולא תכסה עליו". ראה סיכום ההלכות אצל הרמב"ם, סנהדרין יא, ה.

77 פירוש הרמב"ן על דברים כא, יח (מהדורת שעוועל, מוסד הרב קוק ע' תמה-תמו).

האדם ובין בוראו. העברייני נענש על גודל החטא שבידו כלפי האלוקים ולא על הנזק החברתי שגרם. בית-דין של מטה מעניש על כגון זה רק כאשר העברייני עבר את העבירה מתוך התרסה בקדוש-ברוך-הוא וחילול שם שמים.

ז. תמיכה לשיטתנו בדברי התורה שבכתב

גישתנו להבנת עונשי התורה מנתקת את ההיבט הדתי של שמירת המצוות ממערכת האכיפה והענישה. הפחד מעונשי התורה אינו יכול להיות המניע העיקרי לקיום המצוות ושמירתן, כי יהיה זה נדיר שעונשים אלה יופעלו, הלכה למעשה. את מצוות ה' יש לשמור ל"שם שמים". נדמה לי שיש לקשור מצב זה גם בתופעה נוספת המיוחדת לדיני-העונשין בהלכה. כלל גדול הוא במשפט הפלילי העברי, שאין עונשין אלא-אם-כן מזהירין⁷⁸. כדי לקבוע שאדם עבר עבירה וייענש עליה, אין זה מספיק שיימצא פסוק בתורה הקובע עונש עבור המעשה שעשה. נוסף על קביעת העונש, יש צורך בהוראה נורמטיבית עצמאית בתורה, האוסרת את המעשה⁷⁹. דרכו של עולם בדיני-העונשין, שהאיסור שבהתנהגות נבלע בהוראת החוק הקובעת את עונשה. לא כן במצוות התורה: האיסור נקבע באופן עצמאי, כמצווה שיצאה מפיו של ריבון-העולמים וללא קשר הכרחי עם ההוראה בעניין העונש שיוטל על העברייני שיעבור עליו. דוגמא לתופעה מיוחדת זו שבדין-התורה תשמש לנו שוב עבירת-רצח. בספר שמות נאמר "לא תרצח"⁸⁰. אין כאן פירוט של תנאי העבירה ולא נקבע כאן העונש שיוטל בגין הפרתה. התורה מסתפקת כאן במצוות האלוקים שלא לרצח. העונש עבור רצח נקבע במקום אחר, בנפרד מן ההכרזה על הוראת האיסור⁸¹. מתכונת זו היא הנוהגת ברובן המכריע של העבירות שבתורה. זה זמן רב עומד המחקר המודרני על תופעה מיוחדת זו, שצורתו של המשפט הפלילי בתורה היא בעיקרה "אפודיקטית". התורה מצווה על הבריות: עשה כך וכך, אל תעשה וכו'. אין היא קובעת את העבירות שבה באופן קזואליסטי: מי שעשה כך וכך, דינו... בכך שונה צורת החקיקה של התורה מן החוקים שבעולם העתיק וגם מאלה של ימינו. מאלפים דבריו של פרופ' שלום פאול בעניין זה⁸²:

בניגוד לחוק הקזואליסטי, החוק האפודיקטי הוא פריסקריפטיבי ולא

78 ראה פירוש המשניות של הרמב"ם על מכות ג, א; וכן ספר המצוות של הרמב"ם, שורש ה. ראה גם אנציקלופדיה תלמודית, ערך "אזהרה", כרך א, עמ' תט-תט. אין לערבב כלל זה עם הכלל "אין עונשין מן הדין", שהוא הביטוי במשפט העברי לעקרון החוקיות. בהסברו של השופט זילברג כ"פ 53/54, אש"ד, מרכז זמני לתחבורה ג' היועץ המשפטי, פ"ד ח 785, 819, מול האות ב. משמעותו של כלל אחרון זה הוא, כי "אין להשתמש בשיקולי הגיון, אף ב'קל וחומר', כדי לענוש מעשה אשר לא כתוב בתורה". ראה מכות ה, ע"ב; סנהדרין עג, ע"א, ד"ה "וכי עונשין מן הדין?" וכן שם, עד, ע"א.

79 "האזהרה היא אחד משני חלקי המצוות בתורה: הציור לעשות הוא מצוות עשה, והאזהרה שלא לעשות היא מצוות לא תעשה" (אנציקלופדיה תלמודית, ערך "אזהרה", כרך א, עמ' תטו). האזהרה היא תנאי מוקדם להטלת עונשי מיתה ומלקות, ולפי דעות מסוימות גם לחיוב קורבן-חטאת (שם, בעמ' תיח-תיט).

80 שמות כ, יג. וכן דברים ה, יז.

81 עונש-המוות לגבי רצח נקבע בספר-במדבר לה, טז-כא, ל-לא; ובדברים יט, יא-יג.

82 ש' פאול, "דגמי ניסוח של החוק בישראל ובמסופוטמיה" לשוננו לר (תשל"ד) 257, 266 וכן D. Patrick, *Old Testament Law* (1985) 21-24.

דסקריפטיבי, חיובי ולא תיאורי, פרוספקטיבי ולא רטרופקטיבי, החלטי ולא יחסי, ציורי ולא תנאי, אישי ולא אימפרסונלי, סובייקטיבי ולא סתמי: פקודת האל המעצבת את העתיד, ולא פסק דינו של אדם המבוסס על תקדים העבר. החלתו של הדגם האפודיקטי בתחום המשפט היא תרומתו החשובה של עם ישראל, והיא מתפרשת לאור התהוותו הסגולית של העם.

הרעיון הדתי הבסיסי, שלפיו דיני-התורה הם מצוות האלוקים, הוא העומד מאחורי צורה זו של ניסוח החוקים. מדובר ב"מצוות" ולא בסתם חוקים; והמצוות הן מצוותיו של ריבון-העולמים, ולא של מלך בשר-ודם. מקור החובה לקיים מצוות אלו הוא ברצונו של האלוקים שציווה עליהן, ולא בעונשים שהוא יטיל על מי שיפר את מצוותיו. די במקור האלוקי של המצווה ובציוויו – לפחות מן הראוי שיהיה די בהם – כדי להביא את האדם לקיימה. לכן, מנוסחת העבירה בצורה אפודיקטית, כציווי. תוקפה של הנורמה האוסרת אינה כרוכה בעונש שיוטל על מי שיפר אותה, כי אם בעובדה שמדובר במצוות האלוקים. הנורמה האוסרת את המעשה מחייבת בין אם הפרתה נענשת במקרה המסוים בין אם לא⁸³.

על-פי גישה זו, אין בכל אותן הדרישות הפרוצדורליות והראייתיות שהזכרנו למעלה, ושכללן אין אפשרות מעשית להעניש את העברייין, כדי להפחית בכהוא-זה, מחומרת המצווה האלוקית ומתקפותה. האדם התורני מקיים את מצוות בוראו מתוך אהבת השם ויראת כבודו, ולא מתוך פחד מפני עונשו. אם בגלל הגבלות אלו או אחרות על ביצוע העונשים יתרבו העוברים על מצוות השם, אין בכך כדי להשפיע על אדם ירא-שמים ולגרוע מן האידאל והשאיפה הרוחנית לקיים את המצוות מאהבה. אכן, הניסיון להגשים אידאל זה בחיי החברה היהודית כרוך בסכנה שהוא עלול להביא לידי ריבוי העבריינות ולהרס החברה – מבחינה רוחנית וחומרית כאחד. לכן, משלימה התורה את שיטתה האידאלית, אך המוגבלת, במתן סמכות לבתי-הדין הדתיים ולמלך להעניש עבריינים שלא על-פי דין-תורה, כפי צורכי הזמן והחברה.

יצא שהבנה זו של המערכת העונשית של התורה שהצגנו כאן, ואשר לפיה יש להבחין בין שני המסלולים – אחד הדן בהיבט הדתי של העבירה, מה שכינינו למעלה "כלפי שמים"; והאחר אשר עניינו הפגיעה בסדר החברתי המתוקן – מעוגנת במבנה של המצוות והעונשים כפי שהם באים לידי ביטוי בתורה שבכתב. נראה לי, שחלוקה זו מוצאת את ביטוייה גם בשני סיפורי התורה על-אודות העבירות שעברו אבות-האנושות ובתגובה האלוקית עליהן. המדובר בסיפורי בראשית על העבירות שעברו אדם הראשון וקין. שניהם עברו עבירות חמורות ושניהם נענשו על מעשיהם, ובכל-זאת רבים ההבדלים בין שני המקרים.

האלוקים הזהיר את האדם שלא יאכל מעץ-הדעת ושם יעשה כן – דינו מיתה⁸⁴. כאשר עבר האדם על מצווה זו, הוא נענש. לעומת זאת, אין זכר בתורה

83 השווה השפעת מצב זה על החוק המהותי בנוגע לתחולה הגנת כורח בעבירת רצח. א' אגור, הכרח וצורך בדיני העונשין (1977) 60-61.

84 בראשית ב, יז.

לאזהרה דומה לקין שלא יהרוג את אחיו, ולמרות זאת הוא נענש כאשר הרג את הבל⁸⁵. העבירה שעבר אדם, אכילת הפרי מעץ-הדעת, אינה מזיקה לחברה ואינה פוגעת בסדרי-החברה התקינים. אין לה משמעות פלילית כשלעצמה. עיקרה ומהותה הם בהפרת מצוות האלוקים. חטאו של אדם הוא מרד במצוות מי שאמר והיה העולם. לכן, לא היה מקום להעניש את האדם אלמלא ציווה עליו האלוקים מראש והודיע לו שמעשה זה אסור. אבל העבירה שעשה קין, רצח, היא העבירה החברתית החמורה מכולן. כלשונו של הרמב"ם, יש בו "השתתת יישובו של העולם" אף יותר מכל העבירות האחרות. "אפילו עבודה זרה ואין צריך לומר עריות או חילול שבת אינן כשפיכות דמים"⁸⁶. קין נטל מאחיו את חייו ולכן נענש גם ללא אזהרה מראש. אף כי קין לא מרד באלוקים, מעשהו ראוי לעונש בגלל נכונותו לפגוע באחיו – ליטול ממנו את חייו – היקרים לו מכול.

לדעתי, כיצירה ספרותית יש מקום לראות בשני סיפורים אלה על חטאי קדמון, סיפור אחד נמשך, הבא להציג בפני הקורא את שני הפנים של העבירה והעבריינות בתפישת התורה⁸⁷. הפן האחד הוא המרד באלוקים. הפן השני הוא הגזק החברתי. דואליות זו בולטת בעבירת-רצח. אין כמוה כמרד בכוחו ובסמכותו של הקדוש-ברוך-הוא, שבריאת האדם היא פעולתו הייחודית, האפשרית רק לו. עם זאת, אין השחתת העולם גדולה מעבירת-רצח. אמונתנו היא שדואליות זו קיימת גם בכל שאר המצוות. כולן גזירת הכתוב הן, ובשמירתן אנו עובדים את האלוקים. אף-על-פי-כן, אנו בטוחים שהמצוות ניתנו כדי לרומם אותנו ושהן תורמות לאיכות חיינו הרוחניים והחברתיים⁸⁸. בחלק מן המצוות בולט סיווגן כמצוות "בין אדם למקום". באחרות בולט הפן החברתי – אותו היבט של המצווה המכונה "בין אדם לחברו". אך כולן רועה אחד ציווה אותן.

המשפט הפלילי שבתורה עוסק בעיקרו בפן הראשון, הוא ענישת עבריינים על מרדם נגד בורא-העולם, אשר לו אנו חייבים את כל היותנו. מערכות הרשות ושיקול-הדעת של בית-הדין ומשפט המלך עוסקים בפן השני – הגנת החברה ממזיקים והשמירה על חייה התקינים. דין-התורה מבטא את האידיאל. זכה עם ישראל להיות "ממלכת כהנים וגוי קדוש", די לו לחיות על-פי דין-תורה, על דיני-העונשין שבה, שאין בהם לאכוף את המצוות בכוח. לא זכה העם להגיע למדרגה רוחנית גבוהה זו של קדושה ואין מנוס מלהעניש עבריינים כדי לאכוף

85 בראשית ד, יא-יב.

86 רמב"ם, רוצח ד, ט.

87 העונשים המוטלים על אדם ועל קין דומים. אדם נענש בקללת האדמה: שלא תוסיף לתת לו את פירותיה. "ארורה האדמה בעבורך, בעצבון תאכלינה כל ימי חיך. וקץ ודורו תצמיח לך, ואכלת את עשב השדה" (בראשית ג, יז-יח). וגם קין נענש בקללת האדמה. "וצאתה, ארור אתה מן האדמה אשר פצתה את פיה לקחת את דמי אחיך מידך. כי תעבד את האדמה, לא תוסף תת כחה לך..." (שם ד, יא-יב). אדם גלה מגן עדן, (שם ג, כג-כד). "ויגרש את האדם..." גם קין גלה: "נע ונד תהיה בארץ. ויאמר קין...: 'הן גרשת אותי מעל פני האדמה...' (שם ד, יב-יד). לאדם פותח האלוקים בשיחה "איכה". (שם ג, ט). ולקין הוא פותח "אי הבל אחיך". (שם ד, ט). וראה בובר, דרכי של מקרא (תשל"ח) 60.

88 על שתי הגישות לסוגייה זו של טעמי המצוות ראה מורה נבוכים, חלק ג, פרק כו; פירוש הרמב"ן לדברים כב, ו (מצוות שילוח הקן).

עליהם ועל אחרים התנהגות חברתית נאותה. על ההנהגה הדתית והאזרחית להשלים אפוא את המשפט הפלילי של התורה לפי מצב החברה וצרכיה.

ח. השלכות

לגישתנו המוצעת כאן יש כמה השלכות חשובות לגבי חקר המשפט הפלילי העברי ויישומו הלכה למעשה – בראש-ובראשונה לעניין מחקר משווה בין המשפט הפלילי העברי ובין המשפט הפלילי המודרני. מקובל להשוות את המשפט הפלילי הנוהג בחברה של היום עם המשפט הפלילי העברי המוכר לנו מן התורה ומן המשנה והגמרא. לפי דברינו במאמר זה, ערכה של השוואה זו מוגבלת, כי מטרות הענישה של שתי השיטות שונות במהותן תכלית השינוי.

מי שעושה השוואה כזו, צריך לקחת הבדלים אלה בחשבון. אין להסיק מסקנות מן המשפט הפלילי העברי לעניין דיני-העונשין הראויים בימינו בלי להתחשב בעובדה שהמשפט הפלילי המודרני מבקש להגן על החברה מפני נזקם של עבריינים בשעה שהמשפט הפלילי העברי התורני לא פעל במטרה זאת, אלא מטרתו היתה לקבוע מי ראוי לעונש עבור ההתרסה שלו כלפי שמיא. אם להשוות בין השיטות, יש להשוות את המשפט הפלילי המודרני עם משפט המלך של המשפט הפלילי העברי. התוצאות שתתקבלנה מהשוואה כזו תהיינה שונות לחלוטין מאלו של השוואת המשפט הפלילי המודרני עם דין-התורה. דוגמא פשוטה לכך תשמש סוגיית ההפללה העצמית, אשר אינה נוהגת בדין-תורה אך כשרה בדין-המלך. השוואה לא נכונה בסוגייה זו בין המשפט המודרני לדין-התורה עשויה להביאה לטעויות גדולות.⁸⁹

אין זאת אומרת שלא ניתן להסיק מסקנות מסוימות מן המשפט הפלילי העברי התורני שתהיינה ישימות למשפט הפלילי המודרני. אולם הדבר טעון זהירות רבה. למשל: אם נכונים דברינו שלפיהם מטרת ההתראה היא לקבוע אם העבירה נעברה מתוך מרד באלוקים וחילול שם שמים, אז אין קשר בין דרישת ההתראה לסוגיית אי-דיעת הדין. דרישת ההתראה קיימת במשפט הפלילי העברי, מפני ששיטה זו מענישה עבריינים בעונשי מיתה ומלקות של התורה רק כאשר ה-*mens rea* שלהם עומד בדרגה גבוהה זו של חילול-השם. לדרגה מיוחדת זו של *mens rea* אין מקביל במשפט הפלילי המודרני, ועל-כן אין מקום להציב תנאי של התראה, ובדרך-כלל גם תנאי של ידיעת הדין, לענישת עבריינים במשפט המודרני. את עמדת המשפט הפלילי העברי בסוגיית אי-דיעת הדין יש לברר מתוך עיון מעמיק בדרישות שהמשפט העברי מציב לגבי הדרגות הנמוכות יותר של אחריות.⁹⁰

כל המבקש להסיק מסקנות מעשיות מן המשפט הפלילי העברי אל משפט

89 ראה Enker, "Self Incrimination in Jewish Law — A Review-Essay" 4 Dine Israel (1973) cvii; Enker, "Self Incrimination" *Jewish Law and Current Legal Problems* (Rakover ed., 1983) 169.

90 בנושא זה ראה מאמרי "טענת אי-ידיעת הדין במשפט הפלילי העברי", שיתפרסם בחוברת הבאה של משפטים.

המדינה חייב לתת את דעתו גם להבחנה הקיימת במשפט העברי בין שתי המערכות המשלימות: סמכות בית-הדין להעניש עבריינים שלא בהתאם לדין התורה וסמכות המלך. לכאורה יש הבדלים חשובים ביניהן. בין השאר, בית-הדין עוסק בעיקר בהפרות של המצוות ה"דתיות", בשעה שהמלך דואג להגנת החברה מפני נזקים מוחשיים ומידיים יותר. נזכיר כאן שוב את ההבדלים בהדגשים של הרמב"ם ושל הר"ן בעניין זה⁹¹. גם המפרשים את דברי הרמב"ם בדרך המרחיבה את סמכות המלך נוטים לכלול בסמכותו רק מצוות שבין אדם לחבירו⁹² או אותן שבע המצוות שבני נח חייבים כשמירתן – מצוות שהן המשפט הפלילי העברי האוניברסלי, אך לא איסורים אחרים שהם ייחודיים לעם ישראל⁹³. לכאורה המעמד ההלכתי של המשפט הפלילי של המדינה קרוב יותר לזה של דין-המלך מאשר לזה של בית-הדין. על-כן יש לתת את הדעת להגבלות שההלכה מציבה על סמכותו של המלך לחוקק עבירות ולהעניש עבריינים בכל הנוגע לעבירות ה"דתיות" שבידם. הסוגייה מורכבת וקשה.

באותה מידה נראה לי, שיש בדברינו כדי לשחרר אחרים מחששם ומפחדם שמא ההסתמכות על המשפט הפלילי העברי תביא לידי הטלת איסורים ועונשים שהחברה המודרנית לא תסבול אותם⁹⁴. כאמור, עונשי המיתה והמלקות של התורה בגין עבירות מסוימות, שאינן כלולות בקודקסים פליליים של היום, באים כנגד ההתנהגות המרדנית כלפי שמים, ואין ביניהם לבין המשפט הפלילי של המלך ולא כלום. על-כן יש להניח, שגם המשפט העברי אינו דורש כי עבירות אלו יכללו בחוק העונשין הנאכף על-ידי רשויות-המדינה וייענשו בעונשי התורה.

91 ראה לעיל, ליד הערות 30-32.

92 למשל: אור שמח על הלכות מלכים ג, י.

93 מ"ד פלוצקי, חמדת ישראל, קונטרס נר מצוה, בע' עה-עו, ק.

94 ראה הוריוכות בע"פ 89/78, אפגנ"ד נ' מדינת ישראל, פ"ד לג (3) 141.