המשפט המותנֶה

מדור דרישה בתורה: מדרשים ופרשנים לפי נושאים – שאול ברוכי ויואל בן־נון

פשט ומדרש הלכה – ניגוד מובנה או מפגש הרמוני 143
גישור בין פשט למדרש: דוגמאות 144 / 'עין תחת עין' – במתכוון, או שלא במתכוון? 147
האם יש איסור לחבול או להזיק? 150
"ושמתי לך מקום אשר ינוס שמה" – היחס בין "מקום", עיר מקלט ומזבח 154
"מֵעִם מזבחי" – יעקב מדן 158
אחוות הרֵע או קידוש השם? 162
עַיִן תַּחַת עַיִן – פשוטו ומדרשו 169
פרשיות הנזיקין בתורה ואבות נזיקין במשנה 174
בור מים שנפתח, ובור ריק שנכרה – יעקב מדן 180
משפטי בור ומכשולי דרכים 183
"וּמָכְרוּ אֶת הַשּׁוֹר הַחַי וְחָצוּ אֶת כַּסְפּוֹ" – למה משלם שור תם חצי נזק מגופו? 188
משפט חצי נזק בשור תם 191
תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמישה 196
הבא במחתרת 202
משפט נזק מתפשט וגרימת נזק 206
פרשיות השומרים – כמה שומרים ואלו שומרים נזכרים בתורה? 210
"עירוב פרשיות כתוב כאן"? 212

מדור לשון התורה – יואל בן־נון

וְנָגַפוּ / יִגֹּף 217
יָשִׁית / יוּשַׁת 217
כֹּפֶר נפש 218
"ונתן בִּפְלִלִים" / תפילה 218
אסון 221
יַבְעֶר – בְּעִירֹה – וּבִעֵר: "המַבעִר את הבְּעֵרה" 222
יַבְעֶר – בְּעִירֹה – וּבִעֵר: אש, רגל ושן – יעקב מדן 225
אבות נזיקין: המַבעֶה וההבער 227
דין המבעה: המסורה מול כתבי בית שני 228
הכפילות בפסוק לפי מדרש ההלכה 228

"מיטב שדהו ומיטב כרמו" – של מי? 230
"ולקח בעליו, ולא ישלם" – את מה ייקח? 230

מדור מדע בתורה: ריאליה ומדעים – יואל בן־נון

משפט מותנֶה (=קזואיסטי) מול משפט מוחלט, בעולם ובתורה 232
המשפט המותנה בקובצי דינים קדומים 233 / 'דינים' של בני נֹח, ו"חֹק ומשפט" שקדמו לתורה 234 / המותנה והמוחלט בקובצי משפט חדשים 235 / דוגמאות בחוקי מדינת ישראל 236 / היחס בתורה בין המותנה והמוחלט 236 / המותנה והמוחלט – המבחן המוסרי 237 / בין המותנה למוחלט – המבחן של מקור הסמכות 241
משפטי התורה מול דיני המזרח הקדום 242
הקבלות למשפטי התורה 243 / הבדלים בין משפטי התורה לבין דיני המזרח הקדום 249 / דיני המזרח הקדום וספר בראשית 251
ויכוח על עונשי מיתה בימי בית שני – 'צדוקים' מול 'פרושים' 261
דיני מיתה נוספים במגילות מקומראן 261 / הויכוח לפי מגילת תענית – ספר הגזרות 263 / עדותו של יוסף בן מתתיהו 264
דיני מיתה – ויכוח (גם) בין החכמים 266
עמדת רבי עקיבא ורבי טרפון, ופירוש פסוקי התורה 268

מדור בינה בתורה: פרשנות חדשה – יואל בן־נון

משפטי מיתה, מכות נזיקין ושמירה – סדרם בהדרגה יורדת 270
מבנה פרשיות חוזר לראש (כיאסטי) 272
גנבה – במחתרת – גנבה 272 / שמירה וגנבה 274
צמצום משפטי "לא תנאף" בפרשת משפטים 276
משפט הטובח ו'כבשת הרש' 280 / ספר נתן הנביא 283

יואל בן־נון

משפט מוּתְנֶה מול משפט מוחלט בעולם ובתורה[1]

ביאור מושגים

משפט מוּתְנֶה מורכב תמיד משני חלקים:

1. המקרה, המופיע בעזרת משפט תנאי (=קאזוס[2] – 'כי/אם יקרה כך וכך').
2. הדין שצריך לחול במקרה המתואר.

במשפט מותנה אין אזהרה (=לא תעשה כך וכך), המאפיינת משפט מוחלט (=אַפּוֹדיקטי[3]).

משפט מוחלט הוא צו קטגורי, ויש בו שני סוגים – מצוות 'עשה' ומצוות 'לא תעשה'. גם עונש במקרה מוגדר מופיע לעִתים בסגנון אַפּוֹדיקטי, בלי משפט תנאי וברוח של צו מוחלט, כמו – "מַכֵּה איש וָמֵת – מוֹת יוּמָת".[4] סגנון אפודיקטי מצוי מאוד במשלי החכמה ("שמע בני מוסר אביך, ואַל תִּטֹּשׁ תורת אמך"; משלי א', ח), וזה היה מקובל בכל העולם העתיק, כשהמטרה הייתה חינוך. אולם בתחום המשפט שלט הסגנון הקזואיסטי, ורק בתורה שולט הציווי המוחלט בתחום החוק והמשפט.

עשרת הדיברות הן דוגמה מושלמת למשפט מוחלט.

לעומת זאת, בתחילת פרשת משפטים (כ"א, א - כ"ב, יח) יש קובץ שלם של משפטים מותנים, תחת הכותרת – "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם[5]". רוב ההקבלות בין משפטי התורה לבין דיני המזרח הקדום מצויות בתחום המשפט המותנה, ולכן דווקא בחלק הראשון של פרשת משפטים אנו מוצאים ריבוי של הקבלות (והבדלים), והדבר מחייב עיון מעמיק.

1. המונחים המקובלים בעולם הם משפט קזואיסטי (=מוּתְנֶה) ומשפט אַפּוֹדיקטי (=מוחלט).
2. CASUS = מקרה; קזואיסטיקה עוסקת בקשר שבין עקרונות כלליים לבין מקרים פרטיים; משפט קזואיסטי הוא משפט מותנה, והוא מתאר מקרים פרטיים ודיניהם.
3. APODDEIKTIKOS = מוכיח (ביוונית); אַפּודיקטי הוא הכרח הגיוני שאינו ניתן להפרכה; משפט אַפּודיקטי הוא משפט מוחלט.
4. א' אלט ראה בפסוק זה פסוק אַפּודיקטי בגלל הסגנון. אבל במהות יש כאן מקרה ודין, וכך גם בדיני עונש דומים. זוהי אפוא צורה המשלבת מהות קַזואיסטית בסגנון אַפּוֹדיקטי.
5. ראו לעיל עמ' 33 ואילך ב'מקראות' לתחילת משפטים, 'לפניהם – לפני מי?', על האפשרות לפרש שהכינוי הרומז במילה "לפניהם" נוגע לשופטים שנזכרו בעצת יתרו.

המשפט המותנה בקובצי דינים קדומים

בקובצי דינים שנחשפו[6] בערים קדומות בארצות הפרת, החידקל (=מסופוטמיה)[7] ובארץ החתים (=רמת אנטוליה) שולט לרוב הסגנון השיטתי של המשפט המותנה. בדרך כלל כל סעיף במשפטים אלו פותח במשפט תנאי המתאר את המקרה, למשל, בניסוח בשפה האכדית[8] 'שֻׁמַ אַוִלֻם...' (=שמא/אם אדם/אזרח[9]...), או 'אַוִלֻם שַ-' (אדם/אזרח אשר...). בקובצי המשפט השומֶריים (=אור־נַמֶ; ליפית־אישתַר),[10] הבבליים (= אֶשְׁנוּנה; עַמוּרַבּי/חַ'מוּרַבּי[11]), האשוריים והחתיים, כמעט שאין ניסוחים משפטיים אפודיקטיים בסגנון המקראי (='עשה/לא תעשה').[12] ניסוחים אפודיקטיים היו מקובלים בקביעות תשלום ושכר עבור מידות קבועות של נפח ומשקל או של עבודה,[13] וגם בהן יש למעשה צירוף של מקרה ודין (כלומר: עבור יחידת נפח/משקל או עבודה ישולם סכום נקוב).

מקור הסמכות – מטרות, עקרונות ודינים

הנחת היסוד של המשפט המותנה היא שיש סמכות להעניש על פי המשפטים המפורטים,

6. ראו סקירה ומקורות אצל מאיר מלול, קובצי הדינים ואוספים משפטיים אחרים מן המזרח הקדום, חיפה תש"ע 2010.
7. תרבויות הקדם התפתחו לראשונה בעמקיהם של הנהרות הגדולים, שהובילו אנשים ומסחר והניעו ציוויליזציה. בתרבות המצרית הקדומה לא נמצאו קובצי חוק ומשפט, ואילו בעמקי הפרת והחידקל וברמת אנטוליה החתית נמצאו קובצי משפט, חוזים ומסמכים לרוב.
8. אכדית היא שפה שמית־מזרחית שהפכה לשפה בינלאומית בעולם העתיק מאז האימפריה האכדית (2350-2200 לפנה"ס). משפות רבות היו מתרגמים אליה וממנה, ונמצאו תעודות רבות, דו־לשוניות ותלת־לשוניות, שבהן האכדית בתווך. הארמית החליפה אותה לבסוף כשפה בינלאומית, בימי דריוש מלך פרס ומדי (522 לפנה"ס).
9. הביטוי הפותח 'שֻׁמַ' = שמא דומה מאוד ל– 'כי' / 'אם' בעברית המקראית; 'אַוִלֻם' משמעו אזרח, אדם בן חורין, בשונה מ'מֶשְׁכֶּנֻם' (='מִסכֵּן'), שנחשב נחות ותלוי באחרים. עבדים היו נחותים עוד יותר. בתורה אין הבדל בין אַוִלֻם למֶשְׁכֵּנֻם ("כֵּגֵר כָּאזרח"/ "כֶּכֶם כֵּגֵר"), וכל מי שאינו עבד הוא בן חורין.
10. ראו סקירות מקיפות באנציקלופדיה מקראית (ירושלים תשכ"ח/תשל"ח), י"י פינקלשטיין, 'משפט במזרח הקדמון'; ש"א לוינשטם, 'משפט המקרא', עמ' 588-637; וכן אצל מ' מלול, קובצי הדינים (לעיל הערה 6), חיפה תש"ע, בפרט במבוא הכללי ובמבואות לקבצים השונים.
11. מלך בבל בן המאה ה־18 לפנה"ס (זמנו של אברהם) שהפך את בבל לאימפריה כחמש מאות שנה אחרי אכד. אף כי שפתו ותרבותו אכדית־בבלית, מעיד שמו על מוצא שמי־מערבי (=ארם נהריים), ומשמעו כמו בעברית מקראית: 'עמורבי' = 'עמירב' = משפחה חשובה. ככל הנראה נדדו משפחות שמיות מארם נהריים גם לבבל, ועלו שם לגדולה. על ההקבלות בין המשפט הנוהג בחיי האבות לבין משפטי 'עמורבי/ח'מורבי', ראו: י"מ גרינץ, ייחודו וקדמותו של ספר בראשית, ירושלים תשמ"ג, עמ' 52-64.
12. על חריגים מעטים - למשל בחוק השומרי - האוסרים על בני מעמדות נמוכים לפעול פעולות כלכליות בלי רשות, ראו פינקלשטיין, אנציקלופדיה מקראית (הערה 10 לעיל), עמ' 592. חריגים כאלה רק מבליטים את ההבדל העקרוני בינם לבין משפט התורה.
13. קביעות כאלה שכיחות מאוד למשל בקובץ הדינים הבבלי הקדום מ'אֶשנונה', שקדם לזה של 'עמורבי/ח'מורבי', והן אולי היסוד הקדום ביותר של מערכת הדינים המסופוטמית, עוד לפני השימוש במשפט הקזואיסטי; וראו באנציקלופדיה מקראית (הערה 10 לעיל), עמ' 594-596.

והסמכות הזאת נתונה בדרך כלל למלך[14] ולשופטים מטעמו, או לראשי שבטים[15] ושופטים מכוח השבטים עצמם. מקור הסמכות במשפט הוא באנשים שנבחרו לכך, אלא שהמלכים ראו את עצמם כנבחרים מלמעלה להשכין בעולם 'צדק ומשפט', 'כִּתֻּם ומֵשָׁרֶם',[16] כדי שישררו 'שלום ושלווה וביטחון' בין בני האדם (כך במיוחד בהצהרות הפותחות את קובצי המשפט השומֶריים (=אור־נַמֶּ)[17] והבבליים (=חַ'מוּרַבִּי).

לפיכך למשפט המותנה יש יסוד אוניברסאלי, והוא דומה בכל העמים והתרבויות, הקדומות והחדשות. תפקיד המחוקק האנושי הוא לקבוע בכל מקום ובכל חברה דינים מפורטים ועונשים, כדי לתת ביטוי משפטי־מעשי לעקרונות הצדק, האמת (=**כִּתֻּם**) והיושר (='**מֵשָׁרֶם**'), ולהבטיח את קיום הסדר החברתי, הביטחון והשלום.

'דינים' של בני נֹח, ו"חֹק ומשפט" שקדמו לתורה

בפירושו לבראשית ל"ד, יג[18] הגדיר רמב"ן את מצוות 'דינים' מתוך 'שבע מצוות בני נֹח' כך:

> ...ציוה אותם בדיני גניבה ואונאה ועושק ושכר שכיר, ודיני השומרים, ואונס ומפתה, ואבות נזיקין, וחובל בחברו, ודיני מלוה ולוה ודיני מקח וממכר וכיוצא בהן, כעניין הדינים (=המשפטים) שנצטוו ישראל.

כוונת רמב"ן היא שאלוהים ציווה את בני נח לקבוע דינים מפורטים בתחומי המשפט, אבל את פרטי הדינים והמשפטים יקבעו העמים והממלכות בעצמם. ברור מלשון רמב"ן

14. הכתרתו של מלך והטקסים שליוו אותה היו מעין ערובה לבחירתו לא רק לשלטון, אלא במיוחד להשכנת צדק ומשפט ויושר. הקדמתו של 'עמורבי/ח'מורבי' לקובץ הדינים שלו היא דוגמה קלסית לתפיסת עולם זו.
15. בחברה לא מונרכית, כשבטי ישראל ודומיהם, הגוף הקובע היה ראשי השבטים, אשר מקור כוחם וסמכותם היה השבטים עצמם.
16. 'כִּתֻּם' (כנראה קיצור של כִּנְתוּם; קרוב ל'כִּנוּת' בעברית) הוא עקרון העל של האמת והצדק, בבחינת "וצדק משמים נשקף" (תהילים פ"ה, יב); 'מֵשָׁרֶם', לדעתנו, הוא בדיוק "מֵישָׁרִים" שבמקרא (ואין זו צורת רבים של מישר, אלא צורה עברית של המושג המופשט) – "יִשְׁפֹּט תבל בצדק, ועמים במֵישָׁרִים" (תהילים צ"ח, ט). מושגים אלה נחשבו לעקרונות עליונים במשמעות קוסמית.
17. אור-נַמֶּ היה מלך שומֶרי שמלך באור, עיר המלוכה החשובה היותר בסוף ימיה של שומֶר (="ארץ שִׁנְעָר" שבבראשית י', י וי"א, ב כללה את שומֶר וגם את אַכַּד היא בבל), בסוף האלף השלישי לפנה"ס. 'אור' השומֶרית איננה "אור כַּשְׂדִּים" של אברהם, מפני ש'כַּשְׂדִּים' לא היו בה אז. בימי אברהם ישבו כשדים בארם נהריים (בדרום־מזרח טורקיה). וראו: רמב"ן לבראשית י"א, לא; י"מ גרינץ, ייחודו וקדמותו של ספר בראשית (לעיל הערה 11), עמ' 67-68.
18. הרמב"ם כתב (הלכות מלכים פרק ט'-י"ד) שמצוות 'דינים' לבני נח היא החובה להושיב בתי דין ולדון את העוברים על שש המצוות האחרות. לדבריו, אנשי שכם נתחייבו מיתה מפני שלא מנעו את גזל דינה בת יעקב. הרמב"ן בפירושו למעשה שכם (בראשית ל"ד, יג) חלק על פירוש הרמב"ם מכול וכול, והגדיר את מִצוַת 'דינים' בתור סדר כללי של משפט על פי המתווה של פרשת 'משפטים'.

שדינים אלה של בני נח יהיו דומים למשפטים שבתורת ישראל, גם אם יהיו שונים בפרטים.[19]

עוד כתב רמב"ן (ב'דרך הפשט')[20] על "חֹק ומשפט", שקדמו למתן תורה במחנה ישראל (שמות ט"ו, כה), שאין הכוונה למשפטי התורה, אלא ל'מנהגים' המתאימים לתנאי המדבר:

> ...עד בואם אל ארץ נושבת... ומשפטים שיחיו בהם לאהוב איש את רעהו, ולהתנהג בעצת הזקנים, והצנע לכת באהליהם בעניין הנשים והילדים, ושינהגו שלום עם [גויים] הבאים במחנה למכור להם דבר,[21] ותוכחות מוסר שלא יהיו כמחנות השוללים (=כנופיות בוזזים) אשר יעשו כל רע ולא יתבוששו... הנהגות ויישוב המדינות[22]...

מקור הסמכות לקביעות המפורטות של דינים ומשפטים אלו הוא בסמכות ההנהגה[23] שבכל חברה וממלכה.

המותנה והמוחלט בקובצי משפט חדשים

גם בקובצי משפט חדשים שולט לרוב המשפט המותנה (מקרה > דין), אבל יש גם חוקים בניסוח מוחלט (במיוחד בשנים האחרונות). בדרך כלל לא כתוב בחוק מה אסור לעשות, אלא

19. ראו בהרחבה בתוך: בעיני אלוהים ואדם, יושי פרג'ון, אסופת מקורות מוּעֶרֶת (ירושלים תשע"ה), עמ' 117-153; באסופה מובאים גם דברי הרב קוק בתגובתו על ממצאי האשורולוגיה ועל ההקבלה בין דיני התורה לבין קובצי הדינים שנמצאו בחפירות: "וכי אין זה דבר מפורסם שהיו בין הראשונים יודעי דעת אלהים, נביאים וגדולי הרוח, מתושלח, חנוך, שם ועבר וכיו"ב... ואיך אפשר שלא יהיה שום רושם כלל בדורותם מהשפעותיהם, והלא הם מוכרחים להיות דומים לעניני תורה..." (אדר היקר, יפו תרס"ו/ירושלים תשכ"ז, עמ' מג). רעיון זה מעוגן בבירור בדברי הרמב"ן על ההקבלה העקרונית בין 'דינים' של בני נח לבין פרשת 'ואלה המשפטים' בתורה; ואולם כפיפותם של המשפטים בתורה לעשרת הדיברות (כפי שיוכח להלן) היא שיצרה את ההבדל הגדול בין ה'דינים' של בני נח לבין משפטי התורה (כדלהלן).
20. בכמה מקומות כתב רמב"ן 'על דרך הפשט' שתורת האבות לא הייתה זהה לתורת משה; למשל, הוא מפרש את מה שנאמר ליצחק על אברהם (בראשית כ"ו, ה) – "... וישמֹר מִשמַרתי, מִצוֹתַי, חֻקוֹתַי ותוֹרֹתָי" – על מצוות בני נח, יחד עם המצוות המיוחדות לאבות: אמונת הייחוד, מצוות "לך־לך", צדקה ומשפט וברית המילה. באותה הדרך פירש הרמב"ן 'על דרך הפשט' את "שָׂם שָׂם לו חֹק ומשפט...", שנאמר במרה (שמות ט"ו, כה).
21. הרמב"ן בנטייתו הריאליסטית הוא הפרשן היחיד שלוקח בחשבון את סוחרי המדבר, שבוודאי הגיעו גם למחנה ישראל למכור את סחורתם, ושחשוב להורות לבני ישראל לנהוג בהם בדרך של מוסר וכבוד.
22. על פי הרמב"ן, הנהגות המדינות – כמו התנאים שהתנה יהושע בנחלת הארץ, על פי קביעת הסוגיה בתלמוד (בבא־קמא פ-פב) – הם חלק ממכלול של כללי מוסר וצדק שאי אפשר לפרט את כולם; יסוד המוסר שבהם קדם למתן תורה, והתורה מתכוונת לכלול אותם בתוך הציווי הכולל – "ועשית הישר והטוב בעיני ה' " (דברים ו', יח); וראו פירוש רמב"ן שם.
23. מעין מה שנאמר באברהם, שה' בחר בו כדי שיצווה לשמור ולעשות צדקה ומשפט: "כי ידעתיו, למען אשר יצוה את בניו ואת ביתו אחריו, ושמרו דרך ה' לעשות צדקה ומשפט..." (בראשית י"ח, יט). לא ה' יצווה (כמו בתורת משה), אלא ה' יבחר באדם, והאדם הוא שיצווה. כך הם פני הדברים גם בכל התחומים שנמסרו להכרעות החכמים בישראל בכל הדורות.

מה יהיה דינו של מי שיעבור על החוק. הרעיון המוסרי, בהנחה שהוא קיים ברקע לחוק, מובלע בתוך הדין והעונש. אולם יש גם חוקים שהאיסור נקבע בהם בלשון 'לא...', ורק אחר כך מופיע העונש, בדומה למשפט התורה.

דוגמאות בחוקי מדינת ישראל

בחוק 'איסור הכחשת השואה' (תשמ"ו – 1986, סעיפים 2-3), נקבע כי "המפרסם... דברים המכחישים את המעשים שבוצעו... או ממעיטים את ממדיהם... דינו – מאסר חמש שנים".

בחוק איסור לשון הרע (תשכ"ה – 1965, סעיף 6), נקבע כי "המפרסם לשון הרע במגמה לפגוע... דינו – מאסר שנה אחת".

אלה הם ייצוגים מובהקים של הרוח הכללית במשפט הנוהג, שנוקט רק לשון קזואיסטית: דין של עונש, אך בלי איסור בעל אופי מוסרי מובהק.

בשנים האחרונות גוברת המגמה הרעיונית־חינוכית בחקיקה בישראל, ואנו מוצאים ניסוחי חוק בלשון המשפט המוחלט. למשל, בחוק איסור הפליה (התשס"א – 2000, סעיפים 3-4), נקבע כי "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי, או בהפעלת מקום ציבורי, לא יַפְלֶה... מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי או הורות; (וכן)... לא יפרסם מודעה שיש בה משום הפליה אסורה"; רק בסעיף 5 נקבע פיצוי.

גם בחוק איסור נהיגה ברכב בחוף הים (התשנ"ז – 1997, סעיף 2) נקבע כי "לא ינהג אדם ברכב בחוף הים". בסעיף 3 נקבעו חריגים של רכבי שיטור והצלה ורכבים מורשים על פי היתר מיוחד, ורק בסעיף 7 נקבע כי "הנוהג ברכב בחוף הים בניגוד להוראות... דינו – קנס...".

בחוקים אלה ודומיהם אנו מוצאים דוגמה לאיסור של 'לא תעשה' לפני הדין (=העונש), וזה דומה מאוד לניסוח במשפטי התורה.

היחס בתורה בין המותנה והמוחלט

החידוש הגדול בתורה הוא המשפט המוחלט, שעיקרו האזהרה המוסרית. דין ועונש בלשון של משפט מותנה לרוצחים, נואפים וגנבים יש בכל העמים ובכל התרבויות; אזהרה מוסרית מוחלטת וכוללת – "לא תרצח! לא תנאף! לא תגנב!" יש רק בתורה ובמקומות שהושפעו ממנה.[24]

מכיוון שקובץ המשפט המותנה מופיע בתורה אחרי עשרת הדיברות ולא בצמוד למינוי השופטים (ראו לעיל),[25] יש לומר שדיני העונש והמשפט המותנה בתחילת פרשת משפטים

24. העולם הנוצרי העמיד בראש את עשרת הדיברות, וההלכה המוסלמית עוצבה לפי העיקרון של המשפט המוחלט; וראו ש"א לוינשטם, אנציקלופדיה מקראית, ערך 'משפט המקרא' (ירושלים תשכ"ח/תשל"ח), עמ' 620. כמובן, לא משפט התורה 'דומה הוא למשפט המוסלמי', כפי שנכתב שם, אלא להפך.
25. בזה מוסבר המבנה של פרשיות יתרו־משפטים שנזכר ב'מקראות' ליתרו. התורה שמרה על זיקה בין

כפופים למשפט המוחלט ומשלימים אותו. הצו המוחלט הוא יסוד המשפט בתורה. המשפט המותנה מקבל בתורה משמעות ייחודית; שלא כמשפט הנוהג בעמים, אשר עומד על רגלי עצמו וקובע נורמות גם בלי אזהרות מוסריות, דיני העונש והמשפט המותנה בתורה הם המשך ופירוט של האזהרות הגדולות, הכלולות בעשרת הדיברות:

"לא תרצח" > "מַכֵּה אִישׁ וָמֵת – מוֹת יוּמָת...

וְכִי יָזִד אִישׁ עַל רֵעֵהוּ לְהָרְגוֹ בְּעָרְמָה – מֵעִם מִזְבְּחִי תִּקָּחֶנּוּ לָמוּת..."

"לא תגנֹב" > "וְגֹנֵב אִישׁ וּמְכָרוֹ וְנִמְצָא בְיָדוֹ – מוֹת יוּמָת..."

"לא תגנֹבו ..."[26] (ויקרא י"ט, יא) > "כִּי יִגְנֹב אִישׁ שׁוֹר אוֹ שֶׂה וּטְבָחוֹ אוֹ מְכָרוֹ –

חֲמִשָּׁה בָקָר יְשַׁלֵּם תַּחַת הַשּׁוֹר וְאַרְבַּע־צֹאן תַּחַת הַשֶּׂה..."

"לא תנאף" > "כָּל שֹׁכֵב עִם בְּהֵמָה – מוֹת יוּמָת..."[27]

"וְאִישׁ אֲשֶׁר יִנְאַף אֶת אֵשֶׁת אִישׁ אֲשֶׁר יִנְאַף אֶת אֵשֶׁת רֵעֵהוּ – מוֹת יוּמַת הַנֹּאֵף וְהַנֹּאָפֶת..." (ויקרא כ', י).

"כִּי יִמָּצֵא אִישׁ שֹׁכֵב עִם אִשָּׁה בְּעֻלַת בַּעַל – וּמֵתוּ גַּם שְׁנֵיהֶם..." (דברים כ"ב, כב).

"וְכִי יְפַתֶּה אִישׁ בְּתוּלָה אֲשֶׁר לֹא אֹרָשָׂה וְשָׁכַב עִמָּהּ – מָהֹר יִמְהָרֶנָּה לּוֹ לְאִשָּׁה..." (שמות כ"ב, טו).

המותנה והמוחלט – המבחן המוסרי

דיני העונש והמשפט המותנה מפרטים ומשלימים את המשפט המוחלט, ואין לקרוא את קובץ המשפטים בתור קובץ העומד לעצמו.[28] נוסף על כך, אין להבין שהאיסור המוסרי משתמע מתוך המשפט המותנה, שהרי התורה העמידה בראש – בעשרת הדיברות

השופטים שבעצת יתרו לבין "... המשפטים אשר תשים לפניהם" (=לפני השופטים ההם); אולם המשפטים אינם מופיעים לפני מעמד הר סיני בצמוד למינוי השופטים, כדי שלא יהיו חלק מ'דינים' של בני נח אלא יהיו כלולים בתורת משה לישראל וכפופים לעשרת הדיברות.

26. מדרש ההלכה (מכילתא יתרו, 'בחֹדש' פרשה ח) דורש את האיסור 'לא תגנֹב' בעשרת הדיברות נגד גונב נפש – שעונשו מיתה כמו רצח וניאוף; ואילו גנבת ממון וגנבה במשפט שקר כלולות באיסור "לא תגנֹבו", שבפרשת 'קדושים תהיו' בספר ויקרא.

27. רוב הדינים שהם תולדות ל"לא תנאף" אינם נזכרים כלל בספר שמות. כנראה רצתה התורה לפרטם דווקא בספר ויקרא בפרשיות הקדושה (פרק י"ח מול פרק כ'), כדי להמחיש את ההבדלה בין תועבות מצרים וכנען לבין קדושת ישראל. הצד המשפטי־חברתי שכרוך גם במעמד המשפחה ובית האב מופיע בספר דברים (כ"א–כ"ד). לכן נותרו בפרשתנו רק משפטים בודדים הקשורים בניאוף, והם מייצגים את שני הקצוות: משפט פיתוי לבתולה שנמצאת עדיין ברשות אביה – מחד, ומשפט מכשפה ומשכב בהמה החמורים שעונשם מיתה – מאידך; וראו להלן, עמ' 276-280.

28. שלא כחלוקת הפרקים וכחלוקת פרשיות השבוע, המעמידות את המשפטים בפרשה נפרדת.

(ובציוויים דומים) – את הלאו המוסרי התקיף והמוחלט, וזהו עיקר החידוש בתורה לעומת המקובל ברוב שיטות המשפט, קדומות כחדשות.

דווקא האיסור המוסרי התקיף והמוחלט עומד לעצמו. גם במקום שאי אפשר לעשות משפט, כגון כשאין עדים ואין הוכחות מספיקות – גם אז **אזהרות "לא תרצח" ו"לא תנאף"** יהדהדו ויחלחלו בתודעה האנושית בתור ציוויים מוסריים מוחלטים, וכולם יבינו שעונשם של החוטאים מסור לשמים.[29]

דוגמה נוספת לכך היא האיסור הנזכר אצל הרמב"ם בראש הלכות גניבה: 'אסור לגנוב אפילו פחות משוה פרוטה'.[30] כיוון שלא יהיה דיון משפטי על פחות משוה פרוטה, נותר רק האיסור המוסרי.

הלכת חז"ל מרחיבה מאוד את כפיפות העונש לאזהרה המוסרית, והיא קובעת[31] שאין עונש בלי אזהרה[32] (בניגוד לשיטות משפט נהוגות, שבהן 'אי-ידיעת החוק אינה פוטרת מעונש').[33] יש לכלל הזה שתי משמעויות בשני הקשרים:

29. מקובל לומר שהלוח השני בעשרת הדיברות (ראו ב'מקראות' לפרשת יתרו) מיוחד ללאווים ש'בין אדם לחברו'; אולם האזהרה המוסרית במקום שאין משפט אנושי מעמידה אותם שוב בתוך ההקשר ש'בין אדם למקום'. וראו דברי רש"י על הפסוק "... ונקי וצדיק אל תהרֹג, כי לא אַצדיק רָשָׁע" (כ"ג, ז), שאין להחזיר למשפט מי שיצא זכאי אף אם נתגלו ראיות חדשות, "כי אני (=ה') לא אצדיקנו; אם יצא מידך זכאי, יש לי שלוחים הרבה להמיתו במיתה שנתחייב בה". וראו לעיל על האיסור להזיק עמ' 150 ואילך, ולהלן על המעבר מהמשפט המותנה למשפט המוחלט, עמ' 239 ואילך.

30. לשון הרמב"ם (הלכות גנבה, פרק א'-ב'): "אסור לגנוב כל שהוא, דין תורה, ואסור לגנוב דרך שחוק או לגנוב על מנת להחזיר או לגנוב על מנת לשלם, הכל אסור, שלא ירגיל עצמו בכך". וראו שולחן ערוך חושן משפט, סימן שמ"ח, א.

31. בשונה מהתפיסה הצדוקית מימי בית שני, וגם מתפיסתם של חלק מהתנאים (=הפרושים) הקדומים, אשר דגלו בהפעלת עונשי התורה למעשה, כפשט לשון התורה. ראו מחקרה של ורד נעם, מגילת תענית – הנוסחים, פשרם, תולדותיהם, ירושלים תשס"ד, עמ' 206-216.

32. ראו אנציקלופדיה תלמודית כרך א' (ירושלים תש"ז/תשל"ג), ערך 'אזהרה'. וראו להלן עמ' 261 ואילך, 'ויכוח על עונשי מיתה בימי בית שני'.

33. ראו דברי אריסטו, אתיקה (מהדורת ניקומאכוס, כרך 3 פרק 5) – "וגם על עצם אי-הידיעה מענישים הם, אם נראה שהאדם אשם באי-ידיעתו", תרגם י"ג ליבס, תל־אביב 1985.
בחוק הרומי ידוע הביטוי: Ignorantia juris non excusat (= אי ידיעת החוק איננה נסלחת).
כך הדבר כיום בחוק האמריקני: Section United States Model Penal Code 2.02 (9);
ובדומה לכך גם בחוקי מדינת ישראל, חוק העונשין, סעיף 34 י"ט – "לעניין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור, זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר".

- חייבת להימצא בתורה עצמה גם אזהרת 'לא תעשה' (או לשון אחרת של אזהרה[34]) וגם משפט עונש (בלשון חז"ל: "עונש שמענו, אזהרה מנין?!"[35]).
- אין מפעילים עונש חמור של תורה בלי עדים והתראה.[36] העדים צריכים להתרות בנאשם ולהזהירו שהוא עומד לעבור על 'לאו' שבתורה, ורק אם הנאשם מקבל עליו את הדברים ואומר 'אף על פי כן אני עושה!',[37] הוא מתחייב בעונש על פי דיני תורה. מכאן נובע שקשה עד מאוד להפעיל עונש במשפט התורה, כי מי העבריין שיקבל עליו התראה בעדים?![38] ולכן "סנהדרין שהורגת אחת לשבע שנים או לשבעים שנה – נקראת חובלנית".[39] זאת אחת הסיבות העיקריות שמשפטי התורה ועונשי מלקות ומוות המרובים בה הפכו בשיטת חז"ל לאיום בלבד, איום שבא גם הוא לחזק את האזהרה המוסרית.

המבחן הפרשני – במבנה

האם אפשר להראות בתורה עצמה את הכפיפות ואת התלות של דיני העונש ושל המשפט המותנה בתחילת "ואלה המשפטים", למשפט המוחלט הנובע מעשרת הדיברות?

המבנה של פרשת משפטים מראה פרשנות זו בבהירות רבה. קוב'ץ המשפט המותנה נתון בה אחרי עשרת הדיברות וחוקי גוי קדוש הנובעים מהם;[40] הוא פותח במשפטי חופש של עבד ואָמָה – שגם הם נובעים מן הדיברות,[41] נמשך בדיני מיתה ומכות, חבלות, נזיקין ושומרים, ומיד אחריו אנו מוצאים חזרה אל חוקי המשפט המוחלט, המנוסחים בלשון דומה לעשרת הדיברות:

זֹבֵחַ לָאֱלֹהִים יָחֳרָם – בִּלְתִּי לַה' לְבַדּוֹ!
וְגֵר לֹא תוֹנֶה וְלֹא תִלְחָצֶנּוּ, כִּי גֵרִים הֱיִיתֶם בְּאֶרֶץ מִצְרָיִם!
כָּל אַלְמָנָה וְיָתוֹם לֹא תְעַנּוּן! (שמות כ"ב, יט-כא).

34. סנהדרין נד ע"א (ועוד); וראו מה שכתב בספר החינוך בפרשת משפטים (מצווה ע"ה – שלא לקלל דיין), שאם לא תהיה אזהרה קודמת לעונש, יכול הדבר להתפרש כאילו אין איסור כלל, ומי שמוכן לספוג את העונש רשאי לעשות כרצונו. דבר זה היה הופך את המשפט לכעין "מקח וממכר".
35. מכילתא יתרו (בחֹדש, פרשה ח') על "לא תרצח – לא תנאף – לא תגנֹב", ושם "אזהרה לגונב ממון" מ"לא תגנֹבו" (ויקרא י"ט, יא).
36. ראו אנציקלופדיה תלמודית כרך י"א (ירושלים תשכ"ה/תשל"ד), ערך 'התראה'.
37. ראו רמב"ם הלכות סנהדרין פרק י"ב הלכות א-ב.
38. ולכן מעבירה ההלכה את משפטם ועונשיהם של רוב הפושעים לדיני שמים או למשפטי המלוכה, לפי צורך השעה. ראו רמב"ם הלכות רוצח ושמירת נפש, ב', א-ה.
39. מכות ז ע"א. רבי טרפון ורבי עקיבא הרחיקו שם עוד יותר, באמרם: "אילו היינו בסנהדרין, לא נהרג אדם מעולם". אולם רשב"ג טוען נגדם שדרך כזאת מחזקת את הפשיעה הרצחנית: "אף הם מרבים שופכי דמים בישראל".
40. ראו 'מקראות' לסוף פרשת יתרו, עמ' 261 ואילך, 'חוקי גוי קדוש'.
41. על הקשר בין משפטי עבד ואמה לדיבור הראשון, ראו 'מקראות' משפטים פרק א', לעיל עמ' 37 ואילך.

בהמשך מופיעים דברי ה׳ בעצמו, השומע צעקתם של אלמנה ויתום ושופט בחרון אפו את מי שעינה אותם; אחרי עוד כמה מחוקי גוי קדוש[42] באים במרוכז ציוויי המשפט המוחלט, ובהם אזהרות תקיפות לשופטים.[43] בקובץ המשפט המותנה לא נזכר שום ציווי לשופטים, ובקובצי הדינים מן המזרח הקדום אין שום ציוויים לשופטים. לשון האזהרות לשופטים חוזרת גם היא אל עשרת הדיברות:

לֹא תִשָּׂא אֶת שֵׁם ה׳ אֱלֹהֶיךָ לַשָּׁוְא > לֹא תִשָּׂא שֵׁמַע שָׁוְא

לֹא תַעֲנֶה בְרֵעֲךָ עֵד שָׁקֶר > אַל תָּשֶׁת יָדְךָ עִם רָשָׁע לִהְיֹת עֵד חָמָס...

וְדָל לֹא תֶהְדַּר בְּרִיבוֹ... לֹא תַטֶּה מִשְׁפַּט אֶבְיֹנְךָ בְּרִיבוֹ.

מִדְּבַר שֶׁקֶר תִּרְחָק... וְשֹׁחַד לֹא תִקָּח...

וְגֵר לֹא תִלְחָץ,

וְאַתֶּם יְדַעְתֶּם אֶת נֶפֶשׁ הַגֵּר כִּי גֵרִים הֱיִיתֶם בְּאֶרֶץ מִצְרָיִם. (שמות כ״ג, א-ט)

קובץ המשפט המוחלט מכוון במיוחד כנגד שני הדיבורים שהבאנו בצירוף: ״לא תחמֹד...״ – אך הוא פותח באזהרה על אונאת הגר ומסיים באזהרה על לחץ הגר. הנימוק אחד הוא, ואף הוא מנוסח בלשון הדיבור הראשון בעשרת הדיברות:

אָנֹכִי ה׳ אֱלֹהֶיךָ, אֲשֶׁר הוֹצֵאתִיךָ מֵאֶרֶץ מִצְרַיִם מִבֵּית עֲבָדִים –
... כִּי גֵרִים הֱיִיתֶם בְּאֶרֶץ מִצְרָיִם.
... וְאַתֶּם יְדַעְתֶּם אֶת נֶפֶשׁ הַגֵּר כִּי גֵרִים הֱיִיתֶם בְּאֶרֶץ מִצְרָיִם.

לפיכך, המעבר מן המשפט המותנה אל המשפט המוחלט בתוך פרשת ״ואלה המשפטים...״ והמבנה הכולל של הפרשה[44] מצביעים על החידוש העיקרי בתורה:

קובץ דיני העונש והמשפט המותנה תלוי במשפט המוחלט, נובע ממנו, וחוזר אליו: מעשרת הדיברות עוברת התורה אל דיני העונש ואל המשפטים המותנים; בהמשך פרשת משפטים אנו מוצאים חזרה אל המשפט המוחלט; ולבסוף יש גם חזרה אל הדיברות ואל

42. השוו את הפסוקים כז-ל בסוף פרק כ״ב לסוף פרשת יתרו, וראו ׳מקראות׳ פרק ג׳, להלן עמ׳ 416 ואילך, ׳משפטים וחוקי גוי קדוש׳.

43. הנחת היסוד היא, ככל הנראה, שיתמנו רק ״אנשי חיל, יראי אלהים, אנשי אמת, שׂנֵאי בצע״ (שמות י״ח, כא), וממילא לא יהיה צורך להזהירם; זו היתה באמת עצת יתרו למשה. אך המשפט המוחלט בתורה בא מכוחם של עשרת הדיברות, והוא יכול וחייב להתרות גם בשופטים ולהזהירם.
במקראות יתרו (עמ׳ 80 ואילך) הסברנו בדרך זו מדוע משה לא הזכיר בספר דברים את עצת יתרו בהעמדת השופטים. הסיבה היא שהוא הצמיד למינוי השופטים אזהרה מרוכזת ותקיפה: ״ואצוה את שֹׁפטיכם בעת ההִוא לאמֹר, שמֹע בין אחיכם ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו ובין גֵּרו. לא תכירו פנים במשפט, כַּקטֹן כַּגדֹל תשמעוּן, לא תָגוּרוּ מפני איש, כי המשפט לאלהים הוא...״ (דברים א׳, טז-יז).

44. ראו ׳מקראות׳ יתרו לעיל עמ׳ 71 ואילך, על המבנה הכללי של יתרו־משפטים; וראו להלן עמ׳ 416 ואילך ׳משפטים וחוקי גוי קדוש׳.

מעמד הר סיני. כך נוצר מבנה שלם שפותח וחותם במשפט המוחלט, והמשפט המותנה כרוך בתוכו, תלוי בו ונובע ממנו; כל זה בניגוד עמוק למקומו ולמעמדו של המשפט המותנה במשפט העולמי, כמו גם בשבע מצוות בני נח שבתורה ובהלכה.

בין המותנה למוחלט – המבחן של מקור הסמכות

מעתה עלינו לשאול – מדוע באמת אין אזהרה ציווי כוללת ("לא תרצח! לא תנאף! לא תגנֹב!") בשיטות המשפט הקדומות והחדשות, כי אם משפט מותנה המטיל עונש על רוצחים וגנבים מבלי להגדיר איסור בעל אופי מוסרי?

רוב האנשים חושבים שהאיסור המוסרי מוטמע בתוך העונש, והוא ברור בתודעה האנושית, אולם ריבוי הפושעים מציב סימן שאלה על התודעה האנושית. יש סבורים שהאיסור המוסרי נמצא בתחום המוסר והדת ולא בתחום המשפט.

לדעתי התשובה ברורה מאוד: רק במעמד הר סיני הופיע מקור הסמכות בכבודו ובעצמו, וציווה "לא תרצח! לא תנאף! לא תגנֹב!". שיטות המשפט שקדמו לכך (כמו אלה ששוררות כיום) מבוססות אמנם על הכוח שנתן בורא עולם באדם, ובמיוחד על החכמה ועל המוסר שנטע הבורא באדם ובחברה האנושית "לעשות צדקה ומשפט" (בראשית י"ח, יט), אבל מעולם לא נשמע ציווי מפורש ממקור הסמכות, חוץ מבמעמד הר סיני.

גם בתורה ובהלכה מתאימה תפיסה זו של משפט אנושי מחוקק ומעניש למצוות 'דינים' בשבע מצוות בני נֹח (כדלעיל) ולמשפטי המלוכה והמדינות.[45] מעמד הר סיני הוא שהביא לעולם את הציווי המוחלט של המשפט המוסרי, ולכן רק בתורה (ובשיטות המשפט שינקו ממנה) יש תלות מובהקת של המשפט המותנה במשפט המוסרי המוחלט.

45. ראו לעיל, הערה 38; וראו להלן עמ' 185: 'מכשולי דרכים וחוקי המדינה'; עמ' 191-195: 'דיני יחלוקו - האם ממשפטי המלוכה?'.

משפטי התורה מול דיני המזרח הקדום

מבוא

גילויים של קובצי דינים עתיקים ממסופוטמיה (שוּמֶר, בבל ואשור)[46] ומארץ החִתים חולל בתחילת המאה העשרים סערה גדולה בקרב לומדי התנ"ך, המאמינים יותר והמאמינים פחות; מצד אחד התלהבות עצומה ומצד שני זעזוע וחרדה, וכמובן – גלים של פרשנות ומחלוקות שנמשכות עד היום.[47] מחד, התעוררה שמחה גדולה על גילוי הממצאים, שחשפו קובצי דינים קדומים מימי האבות, וערערו במידה ניכרת את הטענות לאיחור ספרי התורה; מאידך, התברר שבמזרח הקדום היו מקבילות למשפטי התורה, והן אף קדמו לה, והאמונה במקוריותה וייחודה של התורה, הנתונה מן השמים יש מאין, נראתה באור שונה.

היו גם כאלה שלא התרגשו. הרב קוק כתב: "וכי אין זה דבר מפורסם שהיו בין הראשונים יודעי דעת אלוהים, נביאים וגדולי הרוח, מתושלח, חנוך, שם ועבר וכיוצא באלה?! ... ואיך אפשר שלא יהיה שום רושם כלל בדורותם מהשפעותיהם?! והלוא הם מוכרחים להיות דומים לענייני תורה!" (אדר היקר, עמ' מב).

בתוך כל אלה בולטת שאלה מרכזית: האם יש קשר בין סיפורי האבות ומשפטי התורה לבין דיני המזרח הקדום, ובפרט דיני עַמוּרַבִּי/חַ'מוּרַבִּי מלך בבל[48] (כנראה בן זמנו של אברהם)? ואם יש קשר כזה – מה יכולה להיות משמעותו?

שתי סוגיות מרכזיות שנידונו במאמר הקודם נזכיר כאן בקיצור לפני שנרחיב בפרטיהן:

46. 'מסופוטמיה' היא ארץ הנהרות חידקל ופרת, ערש הציביליזציה המוכרת לנו. הממצאים הכתובים מובאים בהוצאה חדשה בעברית, בספרו של מאיר מלול, קובצי הדינים ואוספים משפטיים אחרים מן המזרח הקדום, חיפה תש"ע (להלן: קובצי הדינים); להשוואה דומה בין דיני מסופוטמיה לבין משפטי התורה, ראו מ"ד קאסוטו, פירוש על ספר שמות (ירושלים תשי"ב), עמ' 178-184 (הקדמה לפרשת משפטים).

47. ראו ספרם של יעקב שביט ומרדכי ערן, מלחמת הלוחות – פולמוס בבל והתנ"ך, תל־אביב תשס"ד. לעניין הוויכוח על הדינים הקדומים, ראו שם עמ' 175-179; וראו מאמרו העקרוני של פרופ' מ' גרינברג, הנחות יסוד של החוק הפלילי במקרא, תורה נדרשת, ירושלים תשמ"ד, עמ' 13-37.

48. ראו י"מ גרינץ, ייחודו וקדמותו של ספר בראשית (ירושלים תשמ"ג), עמ' 36-37 והערה 124. חַ'מוּרַבִּי, שהפך את בבל לאימפריה במאה ה־18 לפנה"ס, שפתו ותרבותו אכדית (שֵמית־מזרחית), אך מוצאו שֵמי־מערבי (כלומר: מצפון מסופוטמיה - מארם־נהריים וסביבותיה, דרום־מזרח טורקיה וצפון סוריה של היום). דבר זה ברור משמות המלכים בשושלת בבל 1: שֶׁמְאַבֶּם (שֶׁמאָב); שֶׁלֶמְאֶל (=שלומיאל); עַמְצַדֶּק (=עמיצדק); אלה הם שמות מוכרים בעברית מקראית ובשפות השמיות הצפון־מערביות; השם 'חַ'מוּרַבִּי' במקורו נהגה 'עַמְרַבִּי' (=עמירב), שפירושו – משפחה חשובה; באכדית לא הגו ע', וכך הפך 'עַמוּרַבִּי' ל'חַ'מוּרַבִּי'; השמיים הצפון־מערביים הגיעו דרומה לבבל, כשם שקרוביהם, אמורים ועברים, וגם אבותינו, הגיעו לארץ כנען.

א. הבאנו את דברי רמב"ן (בפירושו למעשה שמעון ולוי בשכם, בראשית ל"ד) על הדמיון העקרוני בין דיניהם של בני נח לבין דיני פרשת משפטים.[49] דברי הרמב"ן מציבים בסיס מוצק לכל ההקבלות בין דיני המזרח הקדום לבין משפטי התורה, שהרי לדבריו תוכנם העיקרי של דיני בני נח מוכרח להיות דומה לתחילת משפטים, בדיני העונש ובמשפט המותנה.

אפשר לחתום סוגיה זו בלשון הרמב"ם (הל' מלכים פרק ט', א): "על ששה דברים נצטוה אדם הראשון [שלא לעשות], על עבודת אלילים, ועל ברכת השם, ועל שפיכות דמים, ועל גילוי עריות, ועל הגזל, ועל הדינים [שיש לעשות]... הוסיף לנח [איסור] אבר מן החי, שנאמר (בראשית ט', ד), "אך בשר בנפשו דמו לא תאכלו", נמצאו שבע מצוות, וכן היה הדבר בכל העולם עד אברהם; בא אברהם ונצטוה יתר על אלו במילה... עד שבא משה רבינו ונשלמה תורה על ידו".

ב. המשפט המוּתְנֶה (הקזואיסטי) הוא השולט ברוב דיני המזרח הקדום, לעומת הכפיפות של המשפט המוּתְנֶה לציווי המוחלט (לא תרצח! לא תנאף! לא תגנֹב!) במשפטי התורה.[50]

להלן נעסוק תחילה בהקבלות בולטות גם בניסוחים משפטיים וגם בדין ובמשפט, בייחוד בנוגע לפרשת משפטים. לאחר מכן נעסוק בהבדלים, שהם חשובים לא פחות ולפעמים אף יותר; נציג הבדלים בולטים בין המשפטים בתורת משה לבין דיני המזרח הקדום, הן בדינים הן בניסוחים.[51] לבסוף נצביע על כמה מדיני המזרח הקדום שמקבילים ומבארים פרשיות שלמות דווקא מספר בראשית, פרשיות הנוגעות לחיי האבות, כפי שכבר כתבו חוקרים חשובים.[52]

הקבלות למשפטי התורה

1. דיני אוּר־נַמֶּ[53] השוּמֶריים פותחים במשפט איש שהכה איש אחר ומת ("איש זה יומת"),[54]

49. ראו לעיל עמ' 234 ואילך, בפרק 'משפט מותנֶה מול משפט מוחלט, בעולם ובתורה'.
50. ראו לעיל עמ' 232 ואילך, בפרק 'משפט מותנֶה מול משפט מוחלט, בעולם ובתורה'.
51. מאיר מלול מדגיש מאוד את ההקבלות, וסבור שעותק אכדי של דיני ח'מורבי היה בידי מי שכתב את פרשת משפטים, והוא השתמש בו ואף תרגם ממנו, ראו קובצי הדינים, עמ' 25-27. לעומתו, משה גרינברג (לעיל הערה 46) סבור שהפערים גדולים כל כך, עד שאי אפשר כלל לדבר על הקבלות בעלות משמעות; בתווך יש דעות רבות; אנו בחרנו את דרך האמצע. השתדלנו להתרחק מתרגום הדינים לעברית מקראית, כפי שתרגם מלול, ולהיצמד דווקא לתחביר האכדי, הדוחה פעלים לסוף ('כי יכה איש את רעהו' הוא תחביר מקראי – 'אם איש את רעהו יכה', הוא תחביר אכדי); כמו כן השתדלנו לתרגם את הפועל האכדי 'אידַק' בפועל העברי 'יומת', ואת הפועל האכדי 'אירַיַב', בפועל העברי 'ישלם', ולא להכניס לתרגום את הביטויים המקראיים המובהקים: 'מוֹת יומת'/'שַׁלֵּם ישלם'.
52. ראו י"מ גרינץ, ייחודו וקדמותו של ספר בראשית, ירושלים תשמ"ג, עמ' 51-64.
53. אוּר־נַמֶּ היה מלך שוּמֶרי, מתחילת השושלת ה־3 של העיר אוּר, שנמצאת בדרום מסופוטמיה מדרום לאכד ולבבל; קובץ דיניו קדם בכ־350 שנה לזה של חמורבי. ליפית־אישתַר מלך בעיר השוּמֶרית איסין, אחרי שושלת אוּר ה־3, כ־175 שנה לפני חמורבי מלך בבל.
54. קובצי הדינים, עמ' 47.

בדומה למשפט התורה (בתחילת משפטים, אחרי עבד ואמה). לעומת זאת, דיני חַ'מוּרַבּי פותחים בעדים מאשימים (=זוממים) שלא הוכיחו את אשמתם, וייענשו במיתה בדיני נפשות, ובאותו עונש (שזממו) בדיני ממונות (סעיפים 1-4).[55] כך הדבר גם בדינים שוּמָריים (אור־נַמָּ 28-29; ליפית־אישתַר 17).[56]

הביטוי האכדי בדין 'עדות סרה' (אֲנַ דִינִם אַנַ שיבּוּת סַרָתִם אָצַיַמָּ = 'בדין, בעדות סרה, יצא [להעיד]')[57] דומה ללשון התורה: "כי יקום עד חמס באיש לענות בו סרה" (דברים י"ט, טז); ואף הביטוי השוּמָרי לאיש שגנב ולעד שקר ('לוּ ני־זוּ') דומה בהקשרו בדיני העדים לביטוי המקראי "עד חמס" (שמות כ"ג, א; דברים י"ט, טז) ולמקבילו "עד שקר" (דברים י"ט, יח).

החומרה שמייחסת התורה לשמועות שוא ולעדות חמס במשפט מובלטת בציוויים לשופטים בפרשת משפטים (שמות כ"ג, א): "לא תִשָּׂא שֵׁמַע שָׁוא, אַל תָּשֶׁת יָדְךָ עִם רָשָׁע, לִהְיֹת עֵד חָמָס"; החומרה מובלטת גם באיסור לכל אדם מישראל: "... בצדק תשפט עמיתך; לא תלך רכיל בעמך, לא תעמד על דם רעך, אני ה' " (ויקרא י"ט, טו-טז); והדבר נכון במיוחד בפרשת עדים זוממים (דברים י"ט, יח-כא) הדומה כאמור לדינים המסופוטמיים.

אולם בדינים המסופוטמיים חלה חובת הוכחה על העדים, ודי היה בתוצאה שהעדים לא הוכיחו את ההאשמה שטענו, כדי להענישם במה שזממו; משפט התורה, לעומת זאת, קובע שהשופטים יחקרו "היטב", ורק אם יוכח להם שהעדים הם עדי שקר – אזי ייענשו כ'עדים זוממים'. הלכת חז"ל (רמב"ם הל' עדות פרק י"ח, ב) מגבילה את הדין אף יותר, ומצריכה עדות מפורשת של עדים, שהעדים הזוממים היו איתם במקום אחר בשעת המעשה שהעידו עליו. הכחשת תוכן העדות - אין בה כדי להוציא להורג 'עדים זוממים'.

2. השם האכדי לשור הוא 'אַלְפֶּמ',[58] ושם הפועל האכדי לנגיחת שור הינו 'נַקָפֶּמ', המקביל ל'נגף' בעברית; "שור נַגָּח" (כלומר מוּעָד) נקרא באכדית 'אַלַפּ נַקַפּימַ' (דיני חַ'מוּרַבּי 250-252), המקביל ל'נגף' בעברית.[59]

המתת שור בידי שור מנוסחת בתורה בלשון 'נגף': "וכי יִגֹּף שור איש את שור רעהו, ומת" (שמות כ"א, לה). אולם השימוש ב'נגף' בתורה שונה במעט מן המובן האכדי.[60] באכדית 'נַקָפֶּמ' הוא בדיוק 'נגח', ואילו בלשון התורה – ובייחוד בפרשת משפטים – מדובר במאבק בין שוורים, שיש בו גם נגיחות, דחיפות ומכות, ובדיוק כך נאמר באנשים: "וכי יִנָּצוּ אנשים,

55. קובצי הדינים, עמ' 109-111.
56. קובצי הדינים, עמ' 54 ועמ' 68.
57. דיני ח'מורבי סעיף 3; קובצי הדינים, עמ' 110.
58. בלשון התורה (בברכות ובקללות) נזכר השם 'אלף' לשור (אך לא במשפטים) בביטוי "שגר אלפיך" (דברים ז', יג; כ"ח, ד, יח, נא), שפירושו ולדות השוורים.
59. קובצי הדינים, עמ' 164; וראו במבוא של מלול, קובצי הדינים, עמ' 26.
60. מ' מלול (קובצי הדינים, עמ' 26-27) הרחיק לכת וסבר שהפועל 'נגף' השתרבב לפסוק בתורה מן האכדית, ולא היא; הפועל המקראי, מופיע דווקא בשור תם, והוא מבטא מאבק שוורים, כמו באנשים שרבו "ונגפו אשה הרה".

ונָגפוּ אשה הרה ויצאו ילדיה" (שמות כ"א, כב). נגיפת האישה ההרה בוודאי איננה נגיחה, אלא מכה או דחיפה בזמן מאבק, וכך גם במאבק בין השוורים.

3. בדיני אֶשנונה (הכתובים אכדית; סעיפים 53-54):[61] 'אם שור את שור ייגוף וימית – את מחיר השור החי ואת בשר השור המת בעל(י) השור יחד יחצו; אם שור מוּעַד (נַקְפִּימַ) הוא, ושער המקום[62] (=השופט) לבעליו (של השור) הודיע, אך הוא את שורו לא שמר, ו(השור) איש נגף והמיתו – בעל השור שני שליש מנה כסף ישקול (=ישלם)'.

החלק הראשון זהה למשפט התורה (שמות כ"א, לה-לו) גם בלשון וגם בדין: "וכי יִגֹּף שור איש את שור רעהו ומת – ומכרו את השור החי וחצו את כספו, וגם את המת יֶחצוּן". החלק השני גם הוא דומה מאוד בהגדרות המשפטיות: "ואם שור נגח הוא מִתְּמֹל שִׁלְשֹׁם והועד בבעליו ולא ישמרנו, והמית איש או אשה" (שמות כ"א, כט). אלא שבדין התורה יש חיוב חזק יותר לשמור על שור שהועד בבעליו, וגם אם ימית שור יתחייב לשלם נזק שלם. נוסף על כך, התורה קובעת דין שור "נוֹדָע" (=מוּעַד) גם בשור שנגח שור, ומרחיבה בזה את חובת השמירה; וכרגיל, בדין התורה אין קנס קבוע כי אם "שַׁלֵּם ישלם **שור תחת השור**, והמת יהיה לו", על פי העיקרון של תשלום נזק מלא (עיקרון שנזכר פעמים רבות בדיני מסופוטמיה: ליפית אישתַר 12; חַ'מוּרַבי 235-240, 245-246, 263).[63]

4. בדיני חַ'מוּרַבי (263): 'אם [איש], שור או כבש שניתן לו [כרועה], יְאַבֵּד – **שור תחת** [שור], כבש תחת [כבש] לבעליו ישיב'; זה דומה ללשון התורה (שמות כ"א, לז) בשור נַגָּח (=מועד): "שלם ישלם **שור תחת השור**". לשון הסיום בתורה:"והמת יהיה לו", נזכרת בדיני חמורבי (266)[64] במקרה של טרפה.

בדיני חֵת (105-107)[65] מופיעים תשלומי נזק באש שהתפשטה משדה המבעיר ואכלה עצי פרי או שדה, ומיד אחריהם תשלומי נזק על מי ששילח עדר שאכל כרם פורה ושיחת אותו; הצמדת המַבְעֶה והמבעיר דומה מאוד למשפט התורה, אלא שהיא בסדר הפוך.

אולם גם כאן יש הבדל: תשלומי הנזק מוגדרים בסכומים קבועים, כמו בכל הדינים המסופוטמיים, ואילו בתורה נקבע הנזק לפי מה שהוא, על פי החלטת השופטים. יש אמנם לציין כי במקרה של שרפת שדה שלם קובע הדין החִתי (106) שהמבעיר יקח את [יבול] השדה השרוף, ויתן לניזק שדה טוב משלו לקצור אותו; זה דומה ללשון משפט התורה במי ששילח "את בעירה ובִער בשדה אחר – מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם" (שמות כ"ב, ד).

61. קובצי הדינים, עמ' 98; אֶשנונה נמצאת ממזרח לנהר חידקל, וקובץ הדינים שלה קדם במעט לדיני ח'מורבי.
62. בשער העיר ישבו תמיד השופטים, וכך גם מופיע בתורה (דברים ט"ז, יח). הביטוי "שער מקֹמו" מפורש בתורה (דברים כ"א, יט) ובמגילת רות (ד', י).
63. קובצי הדינים, עמ' 67 ועמ' 161-163, 165.
64. קובצי הדינים, עמ' 165-166.
65. קובצי הדינים, עמ' 246. על הקשר בין המַבְעֶה והמבעיר ראו לעיל, עמ' 222-230. על דין זהה לדין החִתי בהבנת התורה לפי נוסחי בית שני, ראו עמ' 228.

5. על פי דיני אוּר־נַמָּ השוּמָריים (הקדומים יותר, סעיפים 18-24), אם איש יקטע רגל, יכרות אף או ישבור עצם של איש במעמדו, ישלם קנס קבוע;[66] אין במקרים אלו עונשי גוף כלל, אלא רק ממון (בדומה להלכת חז"ל). סעיף 23 שם קובע: 'אם איש את בת איש (במעמדו) במרפק יכה, וילדיה יצאו – חצי מנה כסף ישקול (=ישלם), אבל אם (האישה) תמות – האיש ההוא יומת'; ההבחנה הזאת שבין הפלת ולדות לבין "אסון" לאישה כתובה בתורה במפורש (שמות כ"א, כב-כג), אלא שלרוב אין במשפט התורה קנס קבוע, והתשלום "עָנוֹש יֵעָנֵש כאשר יָשית עליו בעל האשה" תלוי בשיקול דעתם של השופטים: "ונתן בפלִלים".

גם בדיני חַ'מוּרַבּי (209-214) נמצאת ההבחנה בין הפלת ולדות לבין מות האישה בדומה לכך,[67] אך בנוגע למכות שפגעו באיברי גוף, דיני חַ'מוּרַבּי קשוחים הרבה יותר, ולשונם דומה ללשון התורה שבכתב:

אם איש את עין איש (במעמדו) ישחית – את עינו ישחיתו' (196); 'אם עצם איש (במעמדו) ישבור – את עצמו ישברו' (197); 'אם שן איש (במעמדו) יפיל – את שינו יפילו' (200).

אולם בדיני חַ'מוּרַבּי (192-195) יש עוד שורה של עונשי גוף: בן מאומץ שיפגע בהורים שאימצו אותו – את לשונו יקצצו או את עינו יעקרו; ומינקת שתינוק מת אצלה, ותקבל תינוק אחר בלי להודיע להורים על האסון, את השד שלה יכרתו; ילד שאת אביו יכה, את ידו יקצצו; עבד שלאדונו יאמר: 'לא אדוני אתה', את אוזנו יקצצו (282);[68] כל אלה (ועוד) אין להם זכר במשפטי התורה.

6. הביטוי "בבלי דעת" מפורש בתורה במשפט רוצח בשגגה (דברים י"ט, ד), אולם אין בתורה חיוב שבועה על המכה שהכה "בבלי דעת", כדי להינצל מעונש, וצריך להוכיח את האשמה בעדים.[69]

בדיני חַ'מוּרַבּי (206):[70] 'אם איש את איש (במעמדו) בעת מריבה יַכֶּה, וחבורה ייתן בו – האיש ההוא [יטען] – 'בבלי דעת הכיתיו' – יישבע, ואת הרופא ישלם'. בדיני החתים (10)[71] יש חובה גם למצוא מחליף שיעבוד במקום הנפגע, או בלשון התורה לשלם "שִבתו". ועוד בדין החיתי:

66. קובצי הדינים, עמ' 51-53; בחברה המסופוטמית היו מעמדות, והדין והקנס היו שונים אם הנפגע היה אזרח (=אַוִלֻמ) כמו הפוגע או לא; התורה שוללת כל הבדל במשפט בין אזרח לבין גר, וראו סעיף 9 בהבדלים, להלן.
67. קובצי הדינים, עמ' 158; הדינים הבאים בעמ' 155-156.
68. קובצי הדינים, עמ' 168. רציעת אוזנו של עבד שחפץ להישאר בעבדותו אינה דומה כלל לקיצוץ אוזנו של עבד שמרד באדונו.
69. הרב יעקב מדן (מקראות יתרו, עמ' 264 ואילך) פירש את פשטי המקראות כך: הרוצח נאחז בקרנות המזבח ונשבע לפני הזקנים בפתח עיר המקלט שהרצח התרחש בשגגה או בבלי דעת. ואם יימצא שקרן בשבועתו, "מעם מזבחי תקחנו למות". לפי זה יש בתורה שבועה להינצל אבל רק ברוצח.
70. קובצי הדינים, עמ' 157.
71. קובצי הדינים, עמ' 231; ארץ החִתים שכנה במרכז טורקיה ובדרום-מזרחה; חַתוּשה בירת החִתים שכנה ברמת אנטוליה סמוך לאנקרה. קובצי הדינים החִתיים מאוחרים לח'מורבי במאה עד מאתיים שנה.

'אם מישהו באדם (=בן חורין) יפגע וישביתו [ממלאכתו] – עליו להבריאו; איש במקומו ייתן לעבוד בביתו עד הירפאו (= שבתו); בהירפאו, 6 שקלים כסף ייתן לו (= נזק), וגם את דמי הרופא – ישלם.'

תשלום הריפוי מפורש בשמות (כ"א, יח-יט) בנוגע למַכֶּה "באבן או באֶגרֹף" במריבה, והוא מתחייב לשלם גם "שִבתו" וגם "רַפֵּא יְרַפֵּא"; וכך בהלכת חז"ל, בתור מסורת תורה שבעל פה, הוסיפו תשלום הנזק ותשלומי צער ובושת (משנה בבא־קמא, פרק ח', א): "החובל בחברו, חייב עליו משום חמישה דברים: בנזק, בצער, בריפוי, בשבת ובבושת".

7. במשפט התורה יש הבחנה ידועה בדיני גנב: "אם במחתרת יִמָּצֵא הגנב והֻכֶּה ומת – אין לו דמים; אם זרחה השמש עליו – דמים לו, שַלֵּם ישלם..." (שמות כ"ב, א-ב). דין המחתרת עצמו נזכר בדיני חמורבי (21)[72] בלשון 'פלישה': 'אם איש לבית [איש אחר] יפלוש – אל פני הפלישה ההיא ימיתוהו ויתלוהו', אבל שלא כמשפט התורה, גנב וגזלן בכלל דינם מוות (אור־נַמָּ 2; חַ'מוּרַבּי 6-10, 22); רק בדיני אֶשנונה (12-13) מופיעה הבחנתה של התורה במלואה ובמדויק: 'איש אשר בשדה ... בין האלומות [וכן, 'בתוך הבית'], **בצהרים** ייתפס – עשרה שקלים כסף ישקול (=ישלם); איש אשר **בלילה**, בין האלומות [וכן, 'בתוך הבית'] ייתפס – **יומת, לא יחיה**!'. ככל הנראה הכוונה שבעל הבית או השדה או מי שיתפוס אותו, רשאי להרוג אותו במקום בלי משפט; ובלשון משפט התורה: "אין לו דמים".

8. במקרים רבים בדיני המזרח הקדום יצא אדם נקי בדין אם 'בשם האל' יישבע (ניש אילים איזַכַּר). לדוגמה:

א. 'אם עבד מיד תופסו נמלט, האיש ההוא לבעל העבד יישבע [שהוא לא מסתיר אותו] – וניקה' (ח'מורבי 20).[73]

ב. 'אם איש מאיש (במעמדו) תביעת חוב לא תבע, (ואף על פי כן) את אמתו תפס, בעל האמה יישבע שאין עליו דבר (=חוב), ואת מלוא המחיר של האמה (התופס) ישקול' (=ישלם); (אשנונה 22).

ג. במקרה של שוד בבית שומר, שבו גם רכוש השומר נשדד (אֶשנונה 37), וכן במקרה של אויב שהתנפל על שיירה של סוחר (חמורבי 103), במקרה של שור שנשכר ומת או של רועה בשכר שבדירו פרצה מגפה או אריה טרף ממנו – הסוחר, השוכר או הרועה יישבעו ויצאו נקיים (חַ'מוּרַבּי 249 ו-266).

ד. אפילו אשת איש, שבעלה בניאוף ללא הוכחה האשים אותה, והיא עם גבר אחר 'לא נתפסה' ('לָ אִצַבַּט') – האישה תישבע ולביתה תשוב (חַ'מוּרַבּי 131).

שבועת השומרים בתורה דומה מאוד לדיני המזרח הקדום, חוץ מזה שהיא (כמובן) שבועה לאלוהים אחד (שמות כ"ב, ז-ח, י); אמנם שבועת התורה נקבעה דווקא כדי להסיר חשד גנבה

72. קובצי הדינים, עמ' 114; דיני גנב בלילה וביום באֶשנונה: קובצי הדינים, עמ' 84-85.

73. דינים ובהם שבועה בדיני חמורבי: קובצי הדינים, עמ' 114, 130, 138, 164-166; בדיני אֶשנונה: קובצי הדינים, עמ' 88, 93; ויש עוד.

(במסווה של אונס) מהשומר בעצמו: "ונקרב בעל הבית אל האלהים..." / "שבֶעַת ה' תהיה בין שניהם, אם לא שלח ידו במלאכת רעהו"; אבל אין במשפט התורה חובת שבועה כדי להינקות מחשד במקרים של אונס.

בדיני ח'מורבי, במקרה של אשת איש שבעלה חושד בה בניאוף, יכולה האישה להינקות בשבועה; אולם שם מדובר בחשד בלבד ללא ראיות. במקרים שיש ראיות חלקיות שאינן מספיקות להרשעה בדיני מסופוטמיה, היו זורקים את האישה לנהר 'למען בעלה' (=להרגיע את חשדו), ורק אם תצליח לשרוד ולצאת מן הנהר – סימן ברור הוא לניקיונה (דיני ח'מורבי 132; דיני אוּר־נַמֶּ 14).[74]

לעומת זאת, בפרשת הקנאות בתורה (במדבר ה', יא-לא) מעמידים את האישה "לפני ה'" להוכחת אשמתה או ניקיונה, ורק אם תפיל את העובר, תוכח אשמתה; מדרשי ההלכה (ספרי שם) מפרשים, על פי הפסוק "ועֵד אין בהּ, והִוא לא נתפשׂה" (שם, יג), שמדובר רק במקרה שיש ראיות לא מלאות ו"רגלים לדבר" (סוטה ב ע"א וע"ב).

9. בדומה למשפטי התורה (ולדיני בני נח על פי התורה),[75] בכל דיני המזרח הקדום הוציאו להורג נואפים[76] ושופכי דמים (אבל שלא כמשפט התורה, המיתו גם את מי שגרמו למוות ברשלנות). נוסף על אלה, ובשונה ממשפטי התורה, המיתו גם גזלנים וגנבים, אנסים ומעלילי עלילות שווא, חיילים ומפקדים שלא מילאו את חובתם למלך, ועוד רבים (דיני אוּר־נַמֶּ 1-2 – מכת מוות וגזל; 6-7 – אונס ופיתוי;[77] דיני חַ'מוּרַבִּי 1-3, 6-8, 10-11, 14-16, 19, 21-22, 25-26; 108-110, 129-130, 132-133, 143, 153, 155, 157; 210, 227, 229-230) – במקרה האחרון, אם בנאי התרשל והבית שבנה התמוטט וגרם למותו של בעל הבית – את הבנאי ימיתו, ואם **בן** של בעל הבית ימות – את **הבן** של הבנאי ימיתו! כך גם במכה בתו של איש והיא מתה – את **בתו** ימיתו (210)!

דינים אלו עומדים בניגוד חריף למשפט התורה: "לא יומתו אבות על בנים, ובנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומתו", (דברים כ"ד, טז).

10. בכל דיני המזרח הקדום יש פירוט של דיני נזיקין ודיני שומרים המתוארים כאירועים בניסוח קזואיסטי (בדומה לחלק הראשון של פרשת משפטים), בצד סעיפים רבים שלא נזכרו בתורה שבכתב, כמו דיני מכירה ושכירות, הלוואות וריבית; זכויות וחובות של רופאים, של אישה נשואה, של אלמנה ושל אישה שבעלה עזב אותה; דיני ירושות ודיני עבדים ועוד, ובכל אלה יש דמיון להלכות רבות במשנה ובתלמוד (ובהקבלות לא מעטות, כמו תשלום מנה כסף לאשת נעורים אם בעלה עזב, ומחצית המנה לאלמנה; דיני אוּר־נַמֶּ 9-10[78]).

74. קובצי הדינים, עמ' 50-51; 138.

75. גם ברמזי התורה ובמסורת חז"ל בנוגע לדיניהם של בני נח, כמו בכל 'שבע המצוות' שנצטוו בני נח – יש דין מוות: גם בשפיכות דמים, גם בניאוף וגם בגזל (ראו רמב"ם הל' מלכים, ט', ד-יד); מסורת זו דומה מאוד לחלק מדיני המיתה הרבים במזרח הקדום.

76. ונואפות בשרפה! כנזכר במעשה יהודה ותמר (הוציאוּהָ ותִשָּׂרֵף; בראשית ל"ח, כד).

77. עונשי מוות: קובצי הדינים, עמ' 47-49; עמ' 109-115, 131-139, 142, 144-145, 158, 160.

78. קובצי הדינים, עמ' 49-50.

הבדלים בין משפטי התורה לבין דיני המזרח הקדום

1. כבר דובר בהרחבה (בנושא הקודם, 'משפט מותנֶה מול משפט מוחלט, בעולם ובתורה') על ההבדל המכריע בין דיני המזרח הקדום לדיני התורה. דיני המזרח הקדום הם קזואיסטיים בעיקרם; אין בהם בסיס מוסרי מוחלט של מותר ואסור, של 'עשה' ו'לא תעשה', אלא רק דיני עונשין, שמהם אפשר לגזור בעקיפין גם 'צדק ומשפט ומֵישרוּם', סדר חברתי ומשפטי מלכים. בתורה, לעומת זאת, המשפט המותנֶה ("ואלה המשפטים") הוא המשך ותולדה של המשפט המוחלט (עשרת הדיברות), והוא כפוף אליו ותלוי בו; העונש והדין נובעים מ"לא תרצח – לא תנאף – לא תגנֹב...".

2. על ההבדלים העמוקים בנושא העבדות הרחבנו את הדיבור (לעיל בפרק 'התורה והעבדות'), ובייחוד עמדנו על האיסור החמור בתורה להסגיר עבד בורח, בהיפוך המגמה של דיני מסופוטמיה (שהיתה קיימת עוד דורות רבים אחר כך) להסגיר עבדים בורחים ולהעניש אף בעונשי מוות את מי שנתן להם מקלט. כמו כן, משפט התורה עוצר את האדון מלהכות את עבדו באכזריות, כי אם ימות "תחת ידו – נָקֹם יִנָּקֵם", ואם יפגע פגיעה בלתי חוזרת בשן או בעין (או בראשי איברים) – "לַחפשי ישלחנו תחת עֵינוֹ / שִׁנּוֹ" (שמות כ"א, כו-כז).

3. גם בהקבלות שהובאו לעיל הראינו הבדלים רבים ומשמעותיים כמעט בכל דין ומשפט. בדיני המזרח הקדום, למשל, יש חייבי מיתה רבים מאוד, ואילו במשפט התורה אין דין מוות לגנבים, מלבד גונב "איש ומכרו ונמצא בידו" (שמות כ"א, טז). נוסף על כך, יש בדיני המזרח הקדום (בשונה ממשפטי התורה) ריבוי בולט של עונשי גוף חמורים וקיצוץ איברים, ובייחוד בדיני חַ'מוּרַבי; זאת לעומת הדינים השוּמָריים הקדומים שקבעו עונשי ממון.

4. במשפט התורה כמעט אין קנסות קבועים, והשופטים חופשיים בשיקול דעתם בכל מקרה לגופו, על פי העקרונות של תשלום נזק מלא ("X תחת X"), תשלום שֶׁבֶת וריפוי, 'הרגעת' הנפגעים ("כאשר ישית עליו בעל האשה", שמות כ"א, כב; והוא גם רמז אפשרי לתשלומי צער ובושת). הקנס הקבוע, האופייני כל כך לדיני המזרח הקדום, נמצא בתורה דווקא בשור שנגח עבד או אמה שאינם מבני ישראל, מקרה חריג שבו הותירה התורה את הדין הלא־ישראלי במקומו: "כסף שלשים שקלים יִתֵּן לאדֹניו" (שמות כ"א, לב).

5. משפט התורה בנוגע לשור שהמית הוא גזרה שאין כמוה בכל דיני מסופוטמיה: "והשור יִסָּקֵל". משפט ייחודי זה מבטא את החומרה היתרה בגישתה של התורה לכל סוג של שפיכות דמים, ובייחוד דם האדם, גם כאשר הוא נשפך בידי חיה: "וְאַךְ אֶת דִּמְכֶם לְנַפְשֹׁתֵיכֶם אֶדְרֹשׁ, **מִיַּד כָּל חַיָּה אֶדְרְשֶׁנּוּ** – וּמִיַּד הָאָדָם, מִיַּד אִישׁ אָחִיו, אֶדְרֹשׁ אֶת נֶפֶשׁ הָאָדָם – שֹׁפֵךְ דַּם הָאָדָם, בָּאָדָם דָּמוֹ יִשָּׁפֵךְ – כִּי בְּצֶלֶם אֱלֹהִים עָשָׂה אֶת הָאָדָם" (בראשית ט', ה-ו).[79]

6. עם כל החומרה שבתורה בנוגע לעלילות שווא של עדים (ראו מקבילות 1), עדיין לא

79. ראו מאמרו העקרוני של פרופ' מ' גרינברג, הנחות יסוד של החוק הפלילי במקרא, תורה נדרשת (תשמ"ד), עמ' 13-37.

די שהם לא הוכיחו את אשמת הנאשם כדי לחייבם מיתה (כאשר זממו לעשות); יש צורך **להוכיח** שהם עדי שקר וחמס, והשופטים מחויבים לחקור בדבר "היטב" (דברים י"ט, יח).

7. התורה מחייבת את 'שבועת השומרים' כדי להסיר מהשומר חשד של 'שליחות יד' (גנבה), ולא כדי לפטור מאונס במקרים של מגפה, אריה, שודדים, וכדומה (ראו מקבילות 7). במצבי אונס קובעת התורה שדי בעדות על אשר אירע: "אם טָרֹף יִטָּרֵף יְבִאֵהוּ עֵד, הַטְּרֵפָה לֹא יִשַּׁלֵּם" (שמות כ"ב, יב).

8. אין בתורה זכר ל'משפט הנהר' האלילי, שבו השליכו נאשם או נאשמת אל זרם הנהר[80] (אור־נַמָּ 13; חַ'מורַבי 2, 108, 129, 132-133), לעתים קשורים ועקודים (חַ'מורַבי 155), ורק מי שהצליח לשרוד ולהינצל הוכיח את חפותו. פרשת סוטה בתורה איננה נורמה משפטית, שהרי אין בתורה סדר כזה בשום מקרה אחר; זה מקרה חריג ומיוחד להתמודדות עם חשד מבוסס של גבר ולמניעת רציחת האישה; וכמובן, צדקת האישה תלויה ביד ה', ולא בכושר גופני יוצא דופן – ב'משפט הנהר', אם לא יקרה נס, האישה תמות; במשפט התורה, אם ה' לא יפגע בה, האישה תחיה.

בדיני המזרח הקדום (חמורבי 129; דיני אשור התיכונה לוח 15, 24 A[81]) יכול איש לסלוח לאשתו אם נאפה, ולמנוע ממנה את 'משפט הנהר'; במקרה כזה גם הנואף ניצל מעונש. כך הדבר גם בדיני החתים (198), אלא שאין שם נהר, והדין היה לפני המלך – אם האיש יאמר 'אשתי לא תמות' – גם הנואף לא ימות, אבל אם האיש יאמר 'שניהם ימותו' – הם יכרעו לפני גלגלי מרכבתו של המלך, והמלך יחליט אם להרגם. לעומת זאת במשפט התורה אין לבעל דין שום מעמד המאפשר לו לסלוח ולפטור את כל האשמים מעונש.

9. אין במשפט התורה מעמדות אזרחיים שונים, פרט לעבד, אך בדיני המזרח הקדום יש הבחנה ברורה בין דינו של אזרח ('אַוִלֻם') שפגע באזרח במעמדו, לבין דינו אם פגע ב'מֶשְׁכֵּנֶם' (=חסר רכוש או נחלה, גר): אם הרג או גרם מוות לאזרח במעמדו – יומת; אבל אם הרג או גרם מוות ל'מֶשְׁכֵּנֶם' – קנס כספי ישלם, כי 'מֶשְׁכֵּנֶם' הוא נתין – הוא אינו עבד, אבל גם אינו אזרח (חַ'מורַבי 138-140, 196-222).[82]

לאור זאת כה מובנת ההדגשה החוזרת בתורה, מאז יציאת מצרים ומכוחה: "וכי יגור אתך גֵּר, ועשה פסח לה' – הִמּוֹל לו כל זכר ואז יִקְרַב לעשׂתו, והיה כאזרח הארץ... תורה אחת יהיה לאזרח, ולַגֵּר הגר בתוככם" (שמות י"ב, מח-מט); ובלשון דומה ומופלגת: "... הַקָּהָל (!) חֻקה אחת לכם ולגֵּר הגָּר, חֻקת עולם לדֹרֹתיכם, ככם כגֵּר יהיה לפני ה'; תורה אחת ומשפט אחד יהיה לכם, ולגֵּר הגָּר אִתכם" (במדבר ט"ו, יד-טז). לא יהיה בקהל ישראל משפט אחד ל'אַוִלֻם' ומשפט אחר ל'מֶשְׁכֵּנֶם', אלא חוקה אחת, תורה אחת, וגם משפט אחד!

10. לפרשת 'משפטים' בתורה יש פתיחה אמונית־מוסרית (=מעמד הר סיני ועשרת הדיברות)

80. קובצי הדינים, עמ' 50, 110, 131, 137-138, 145.

81. קובצי הדינים, ח'מורבי עמ' 137; אשור התיכונה עמ' 189, 192-193; בדיני החִתים עמ' 256.

82. קובצי הדינים, עמ' 140-141, 156-159.

וחתימה חגיגית (שמות כ"ד). גם ברוב קובצי הדינים ממסופוטמיה יש פתיחה בהצהרה וחתימה חגיגית, אולם תוכן הפתיחות והסיומים שם הוא תוכן אלילי מובהק. גם שאיפות הצדק והמשפט החשובות כל כך, עם ההצהרות על 'כִּתֶם' (=אמת) ו'מֵשַׁרֶם' (=מישרים, יושר),[83] מלאות דברי גאווה של המלכים שהצהירו על מפעלם הגדול בתחום זה.

אמונת ייחוד השם הופיעה בתורה עם הענווה העמוקה של האבות, שנבחרו על פי ה' למטרת השמירה על "צדקה ומשפט" (בראשית י"ח, יט); אין בפרשיות האבות גאוות שליטין 'נבחרים'! גם ההתגלות הכבירה בסיני, מטרתה המוצהרת לעתיד של עם ישראל היא הרחבת הופעתה של דרך ה' בעולם ועשיית צדקה ומשפט, ועמד במרכזה משה האיש שהיה "עָנָו מאד מכל האדם אשר על פני האדמה" (במדבר י"ב, ג).

אין בתורה דברי התפארות על הצלחות (נכונות או כוזבות) בתחום הזה, אלא דברי שבח ותפארת על החוקים ועל המצוות עצמם ועל השומרים אותם, ודברי תוכחה קשים על הצפוי לעם "אם לא תשמעו" (שמות כ"ג, לג; ויקרא כ"ו, יד-מא; דברים י"א, יג-יז; כ"ח, טו-סח; ועוד).

השוואה מלאה בין משפטי התורה לבין דיני המזרח הקדום דורשת כמובן יריעה רחבה בהרבה, וכבר דשו בה רבים, אבל כבר מתוך ההשוואה הבסיסית שהבאנו כאן עולה תמונה ברורה למדי: ההבדלים הם רבים מאוד, מקיפים ועמוקים, וגם בדינים המקבילים יש הבדלים גדולים וקטנים. רק בדינים מעטים אנו מוצאים הקבלה (כמעט) מלאה. מעניין לראות שדווקא בדיני אָשנונה, שלא נמצאו בהם פתיחה וסיום בסגנון ההתפארות של המלכים, יש שתי הקבלות חזקות למשפטי התורה, גם בדין וגם בנוסח (לעיל, הקבלות 3 ו-7). ההבדלים רבים יותר דווקא בדיני חַ'מוּרַבִּי המפורסמים, והם מצויים גם בפרטי ההקבלות וגם בהבדלים העקרוניים. נראים בבירור דבריהם של החוקרים שטענו כי לא ניתן בשום פנים לראות בחוקי ח'מורבי מקבילה ישירה למשפטי התורה או תשתית להם.[84]

ואולם, שורה של הקבלות משמעותיות בין דיני חַ'מוּרַבִּי ודינים מסופוטמיים אחרים לבין פרקי האבות בספר בראשית, פותחת כיוון בהבנת הנושא דרך מקומה של מסורת האבות.

דיני המזרח הקדום וספר בראשית[85]

חַ'מוּרַבִּי היה בן זמנו של אברהם (המאה ה-18 לפנה"ס).[86] זאת ניתן לדעת מרשימות המלכים שנמצאו בבבל ובארץ החִתים, מהפרשי השנים בין חַ'מוּרַבִּי לבין מלכי החתים בזמן המשוער של יציאת מצרים, ומן הקשר הברור בין רעמסס השני במצרים לבין חַתוּשילי

83. ראו לעיל עמ' 232 ואילך, בפרק 'משפט מותנֶה מול משפט מוחלט, בעולם ובתורה'.
84. כמו משה גרינברג, לעיל הערה 79.
85. ראו הסבר רחב יותר אצל י"מ גרינץ, ייחודו וקדמותו של ספר בראשית, ירושלים תשמ"ג, עמ' 51-64.
86. ראו לעיל הערה 11, וראו עוד K. A. Kitchen, *Ancient Orient and Old Testament*, London 1966; ובמאמרי, 'היסטוריה ומקרא – הילכו שניים יחדיו?', באתר שלי, ybn.co.il.

השלישי מלך חֵת, שחתמו על חוזה שלום אשר שני עותקיו נתגלו, האחד בחפירות במצרים והשני בחַתוּשה בירת החתים.[87]

לא זו בלבד, אלא שנמצאה זיקה בין שמות המלכים בשושלת חַ'מוּרַבִּי לבין שמות שמיים צפון־מערביים,[88] ומאזור זה הגיעה משפחת אברהם. הדבר מצביע על אפשרות של מקור תרבותי משותף בארץ מוצא האבות היא 'ארם נהרים' (=צפון־מערב מסופוטמיה), שממנה הגיעו שמיים־מערביים גם לבבל וגם לכנען. על רקע זה עלינו לעיין בהקבלות ספציפיות בין פרקים אחדים בסיפורי האבות לבין סעיפים בדיני חַ'מוּרַבִּי (ובקובצי דינים דומים):

1. הדין של אישה עקרה שנתנה את אמתהּ לאיש כדי שתלד לו בנים מסתעף לארבעה דינים (חַ'מוּרַבִּי 144-147), ומהם נביא כאן את ההקבלה העיקרית לספר בראשית:

'אם איש [כוהנת] נָדִיתֻם יקח לאישה ובנים לא נתנה לו, ו(היא) אָמָה לבעלה תתן (ותהפוך אותו לאב), ו(האָמָה) בנים תלד; (אם) אחר הדברים האלה, האָמָה ההיא עם גִבְרתהּ תשתווה כי בנים ילדה – גִבְרתהּ בכסף לא תתננה (=לא תמכרנה) – סימן עבדות תשים עליה, ועם האֲמָהות תִּמְנֶה אותה; אם (האָמָה) בנים לא ילדה – גִבְרתהּ בכסף תתננה' (= תמכרנה).[89]

מדינים אלה מתבאר היטב מדוע נתנה שרי את הגר שפחתה "לאברם אישהּ, לו לאשה" (בראשית ט"ז, א-ג). אם אברם יישאר בלא בנים ממנה, יהיה מותר לו לשאת אישה אחרת (שוּגיתֻם), נחותה ממנה, כדי להיות אב לבנים; שרי, שהייתה במעמד מכובד מאוד, חששה מאישה אחרת והעדיפה לתת לאברם את שפחתה הקרובה אליה; כך היא תיחשב אמו של הילד שיוולד (בדומה לרחל ולאה עם בִּלהה וזִלפה: "וְתֵלֵד על בִּרכַּי, ואִבָּנֶה גם אנכי ממנה", בראשית ל', ג; אכן רחל היא שקראה שמות לילדי בִּלהה – דן ונפתלי, כשם שלאה קראה שמות לילדי זִלפה – גד ואשר), או שה' יפקוד גם אותה מעוצר הלידה, ותלד גם היא; בכל מקרה "אולי אִבָּנֶה ממנה" (ט"ז, ב).

ואולם, ביתר חריפות מהמתואר בדיני חַ'מוּרַבִּי, הגר הרימה ראש, ועוד לפני שילדה כבר הייתה שרי קלה בעיניה (שהרי התברר מיד ששרי היא העקרה, ובגללה אין בנים לאברם). שרי כבר הבינה שהיא לא תיחשב אם הילד, ואברם הוא שיקרא לו שֵם, והנה קרה לה הדבר שחששה ממנו – אישה שנייה בבית, שאמנם נמצאת במעמד רשמי נחות, אבל היא תהיה האם לבנו של אברם. על פגיעת עוול זו אמרה שרי לאברם "חמסי עליך", כלומר "חמס העשוי לי, עליך... שאתה שומע ביזיוני ושותק" (רש"י שם, ה). ואברם השיב לה על פי הדין הנהוג: "הנה שפחתך בְיָדֵךְ, עשי להּ הטוב בעיניך"; כלומר תני בה סימן עבדות ונהגי בה כשאר השפחות.

87. ראו ח' תדמור, 'הכרונולוגיה של המזרח הקדמון באלף השני לפנה"ס', בתוך (ב' מזר עורך) ההיסטוריה של עם ישראל, כרך ב', האבות והשופטים, פרק ה' (ושם הערות מפורטות); על החוזה המצרי־חתי ראו: ANET, princeton 1955. pp 199-203; אין אנו יכולים להיכנס כאן לדיון יסודי על שיטות כרונולוגיות מהפכניות לפי הצעותיו של פרופ' ע' וליקובסקי (כגון, י' עציון, התנ"ך האבוד, ועוד) – הבאנו כאן את הכרונולוגיה המקובלת, שהחוזה המצרי־חיתי מחזק אותה, על שני עותקיו.

88. ראו לעיל הערה 11.

89. קובצי הדינים, עמ' 142-143.

מסתבר כעת שהעינוי הנזכר בפסוק הוא סימן התספורת (או סימן עבדות אחר) שהגר התנגדה לו. הגר נאבקה בכוח למנוע את הסימון עד שברחה, ומלאך ה' שאמר לה לשוב ולהתענות תחת ידי שרי התכוון גם הוא לאותו סימן עבדות על פי הדין הנוהג, שהגר ראתה בו השפלה. אולם מלאך ה' אמר לה עוד שהיא תהיה אֵם הילד, "וקָרָאת שמו ישמעאל, כי שמע ה' אל עָנְיֵךְ" (בראשית ט"ז, יא), ובזה קיבלה הגר מעמד ישיר מאת ה', עד שסימן העבדות שלה לשרי כאילו לא נחשב.[90]

כך מצאנו תשובה לטענת רמב"ן (בפירושו לבראשית ט"ז, ו, ובדומה לו רד"ק), שכתב: "חטאה אמנו בעינוי הזה, וגם אברהם בהניחו לעשות כן, ושמע ה' אל עניה, ונתן לה בן שיהא פרא אדם לענות זרע אברהם ושרה בכל מיני העינוי". לדברינו, שרי תבעה את משפטה על פי הדין הנוהג, והעינוי לא היה במכות, קללות ועבודת פרך (כדברי רד"ק), אלא בסימון המשפיל המוזכר בדין הנוהג. אברם, כמידתו, רצה לנהוג בחסידות ואף היה מוכן להכיר בהגר בתור אישה מלאה ובישמעאל בתור בן יורש (כדלהלן, וכפי שנהג יעקב בבני בלהה וזלפה). על פי זה נוכל לפרש ששרי תבעה מאברם לנהוג על פי הדין; ואברם לא יכול היה לנהוג חסידות בהגר ובבנה על חשבון שרי אשתו.

את הביטוי שמלאך ה' השתמש בו כדי לתאר את ישמעאל – "והוא יהיה פֶּרֶא אדם, ידו בכֹּל, ויד כֹּל בו" (שם, יב) – פירשו רוב המפרשים כך: הכוונה לשוכן מדבר הלוחם נגד כולם וכולם נלחמים בו ("פֶּרֶה לִמְד מדבר", ירמיהו ב', כד). אולם קשה לפרש שמלאך ה' יברך את הגר ברכה גדולה עם קללה בצדה. חשוב לציין את פירושם של ר' יוסף בכור־שור וחזקוני, שמדובר בסוחר שיירות שהולך במדבר, מקום חמורי הבר הפראים (כמו "אֹרחֹת ישמעאלים באה מגלעד", בראשית ל"ז, כה), ידו בכל סחורה (כולל עבדים) ויד כל בו, למכור ולקנות. על פי זה, הבחירה אם להיות סוחרי שיירות במדבר או לוחמי מדבר פראיים, נותרה בידי בני ישמעאל.

2. מעמדם של בני אָמָה לענין ירושה ונחלה תלוי באב (חמורבי 170-171):[91]

> 'אם האב בחייו, לבנים שהאָמָה ילדה לו – בָּנַי יקרא, ועם בני אשתו ימנה אותם – אחר שהאב לגורלו ילך, ברכוש בית האב, בני האישה ובני האָמָה בשווה יחלוקו, והבכור מן האישה חלקו (ראשון) יבחר ויקח. אבל אם האב בחייו, לבנים שהאמה ילדה לו, 'בָּנַי' לא יקרא – לאחר שהאב לגורלו ילך, ברכוש בית האב, בני האמה עם בני האישה לא יחלוקו; דרור לאמה ולבניה ייקרא...'.

מדינים אלה ברור ההבדל שבין ישמעאל ובני קטורה, ילדי אברהם, ובין דן ונפתלי, גד ואשר, ילדי יעקב: יעקב בחייו קרא לבני בִלהה וזִלפה 'בָּנַי', ומנה אותם עם בני רחל ולאה,

90. הרב יעקב מדן כתב שסימון עבד בתספורת מוכח היטב מסיפור דלילה שסיפרה את שמשון, וכתוב 'ותחל לענותו'. זה מבאר גם את פשר ה'עינוי' שעינתה דלילה את שמשון: היא גילחה את ראשו כדרך שגילחו ראשי עבדים, וכך הטביעה בו בשנתו חותם עבדות של טוחן בבית האסורים (שופטים ט"ז, יט-כא).

91. קובצי הדינים, עמ' 149.

ולכן הם הפכו לבנים יורשי נחלה, חלק בלתי נפרד בשנים־עשר בני יעקב, שבטי ישראל. כך אנו מוצאים ברשימות בני יעקב בספר בראשית (ל"ה, כג-כו; מ"ו, ה-כז), וכך מפורש בברכות יעקב לכל בניו (בראשית מ"ט).

יתר על כן, התורה גם מגדירה בפירוש את בלהה ואת זלפה נשים של יעקב,[92] בתיאור תפקידו הראשון של יוסף: "והוא נער את בני בלהה ואת בני זלפה **נשי** אביו" (בראשית ל"ז, ב). יוסף הופקד אפוא על בני בלהה וזלפה בשלב שהפכו לבנים מוּכָּרים יורשי נחלה. בני לאה היו בוודאי הנפגעים העיקריים מצעד זה, בעוד יוסף (ובנימין) עם בני בלהה וזלפה הפכו לשישה שבטים מקבילים לשבטי לאה. התגובה הקשה עד כדי שנאה ליוסף באה באמת מבני לאה, ומסתבר שתגובה זו מרומזת בתיאור הקצר שבאותו הפסוק: "וַיָּבֵא יוסף את דִּבתם רעה[93] אל אביהם".

מעתה מובן מאוד (עם כל הצער) מעשהו של ראובן, שניסה לחסום את הפיכת בלהה לאשת יעקב אחרי מות רחל, ומובן מאוד (ומצער) גם כעסם הראשון של בני לאה על יוסף; הרי הוא הופקד על הוספת ארבעה בנים יורשים, דבר שעתיד לפגוע בירושתם לנחלותיהם. סביר להניח שיעקב חשש מבני לאה הגדולים, הרבים והחזקים, וחרד לשלומם של יוסף ובנימין בני רחל; אך יחד עם דן ונפתלי, גד ואשר, יתקשו כבר בני לאה לפגוע בבני רחל ככל שיתחזקו. בני לאה הקדימו מאבק נגד דרכו של אביהם, וחלומות יוסף רק שפכו שמן על האש שכבר בערה.

לעומת יעקב, אברהם אמנם רצה להפוך את ישמעאל בנו לבן יורש (ואולי גם את זרעו), והתורה אף מזכירה את "יצחק וישמעאל בניו" בקבורת אברהם (כ"ה, ט); אלא ששרה התנגדה בכל תוקף לכל יורש נוסף, וריבון העולמים תמך בהתנגדותה: "כי ביצחק יִקָּרֵא לך זרע" (כ"א, יב).

על פי הדין שנהג בארץ מוצא האבות (ח'מורבי 170; החוזים מנוּזי),[94] היה יצחק בן שרה אמור להיחשב בכור אף שנולד כאשר ישמעאל כבר היה בן ארבע־עשרה, אולם היה מקום לחשוש מאח גדול שהופך שני לאחיו, כמו שקרה באמת בין בני לאה לבין יוסף. כה חָזְקה על אברהם התנגדותה של שרה, שגם בששת בני קטורה (שאותה לקח לאישה **אחרי** מות שרה) נהג אברהם עוד בחייו על פי הדין הנוהג – לשלחם לחופשי לארץ קדם עם מתנות "מעל יצחק בנו בעודנו חי" (כ"ה, א-ו), כדי לחסוך מיצחק כל מאבק על ירושה ונחלה אחרי מותו של אביו.

92. רמב"ן כתב בפירושו לפסוק שבחיי רחל ולאה נקראו בלהה וזלפה 'שפחות', כמו למשל במפגש עם עשו (בראשית ל"ג, א-ב, ו), ורק אחרי מות רחל ולאה לקח יעקב את בלהה ואת זלפה לנשים.

93. מכוון אל הפשט פירושו של רבי יהודה: "מזלזלין הם בבני השפחות וקוראים להם עבדים" (בראשית רבה פרשה פ"ד, ז), וכך כתב רשב"ם; הדיבה הרעה לא הייתה התנהגותם של בני בלהה וזלפה, אלא העלבונות שהטיחו בהם בני לאה, שלא הסכימו לקבל את השינוי במעמדם.

94. נוּזי נמצאת מצפון־מזרח לחידקל. על החוזים מנוּזי ראו *ANET* Princeton 1955. pp. 219-220; R. H. Pfeiffer and E.A. Speiser, *Nuzi Texts,* New Haven 1936, pp.

3. הרחקת בן בכור מבכורתו נאסרה בפירוש בתורת משה (דברים כ"א, טו-יז), ברמזים ברורים ליעקב ונשותיו "האהובה והשנואה" ("ויאהב יעקב את רחל", בראשית כ"ט, יח; "וירא ה' כי שנואה לאה, ויפתח את רַחמהּ", שם, לא). משפט התורה – "לא יוכל לבַכֵּר את בן האהובה על פני בן השנואה, הבכֹר; כי את הבכֹר בן השנואה יכיר לתת לו פי שנים בכל אשר ימצא לו, כי הוא **ראשית אֹנוֹ**, לו משפט הבכֹרה" – רומז כמעט במפורש נגד מעשהו של יעקב אבינו (בראשית מ"ט, ג: "ראובן בכֹרי אתה, כֹּחי **וראשית אוני**... פַּחַז כמים אל תוֹתַר..."). איך אפשר להבין את הכרעתו של יעקב, שמשפט הבכורה בתורה נראה סותר אותה?

גם כאן נמצאת התשובה בדיני ח'מורבי (168-169), שנהגו בארץ מוצא האבות:

'אם איש בבנו, לעקור אותו (ממעמדו כיורש) יתן פניו... הדיינים את עניינו יחקרו... אם הבן חֵטְא כבד שעוקר ירושה נגד אביו נשא – בפעם הראשונה את פניו ישאו (לסלוח לו); אם חֵטְא כבד בפעם השניה ישא – האב את בנו ממעמד היורש יעקור'.[95]

יעקב נהג על פי דיני בני נח שנהגו בימיו, גם בנוגע לראובן וגם בנוגע לשמעון ולוי, שלקח מהם נחלה. ראובן אמנם התאמץ מאוד למנוע את הריגת יוסף ("אַל תֶּחֶטאוּ בילד", בראשית מ"ב, כב) כדי להצילו ו"להשיבו אל אביו" (בראשית ל"ז, כב), אולם הוא זה שאמר להשליך אותו אל הבור. כשם שיהודה שילם מחיר כבד על הצעת המכירה, כך ראובן שילם את מחיר הבור, וכך אמר בפירוש עם קריעת בגדיו – "הילד איננו, ואני – אָנָה אני בא" (שם, ל). ראובן התכוון, אמנם, לטובה; ולפיכך גם בעיני התורה וגם בעיני יעקב היה חטאו הכבד יותר של ראובן, 'עוקר הירושה', זה שנעשה בכוונה נגד יעקב: "...כי עלית משכבי אביך, אז חִלַלְתָּ יְצוּעי עָלָה" (בראשית מ"ט, ד); כישלונו של ראובן ביוסף בהשלכתו אל הבור רק נרמז במילים "פַּחַז כמים".

משפט הבכורה בתורת משה לא נועד לבקר את יעקב אבינו, אלא למנוע סכסוכי ירושה עתידיים בגלל חקירות של פשעים בעבר. התורה קובעת שאין לסמוך עוד על תקדים ראובן, כי הדין (של בני נח) שנהג בארצות האבות – השתנה בתורת משה.

4-5. נוהג רווח במסופוטמיה היה אימוץ ילדים עזובים – ילד שניצל (ליפית־אישתר 20) או ילד שנעזב בלידה ועדיין מי־הלידה עליו.[96] המְאַמצים נחשבו להוריהם של המאומצים. (ח'מורבי 185-193).[97] המאמֵץ היה אחראי ללמד את הילד המאומץ מקצוע כדי שיוכל להתפרנס, והילד היה חייב לכבד את מאמציו כאב ואם; אך במקרים רבים האימוץ נכשל, והילד חיפש את הוריו הטבעיים, והייתה זו זכותו לשוב אליהם.

95. קובצי הדינים, עמ' 148-149.

96. ח'מורבי 185, קובצי הדינים, עמ' 153-154; מלול מביא שם (הערה 293) את הפסוק ביחזקאל (ט"ז, ד-ו) – "... וּתְשלכי אל פני השדה... ביום הֻלדת אֹתך; ואעבֹר עליך וארא מתבוססת בדמיך, וָאֹמר לך: בדמיך חֲיִי..."). ויש להוסיף: במשל של יחזקאל אסף ה' את ירושלים כתינוקת שנעזבה בלידתה, וגידל אותה בנאמנות; ואילו היא, כאשר גדלה, שכחה את חסד נעוריה וכפרה באב שגידל אותה (בדיני ח'מורבי 192-193 הוטל עונש חמור בגופו של בן מאומץ אם כפר בהורים המאמצים).

97. קובצי הדינים, עמ' 68 ועמ' 153-155.

בחוזים שנמצאו בנוּזי (בצפון־מזרח נהר חידקל) מוזכר אימוץ באין ילד טבעי, וחוזה האימוץ קובע שהבן המאומץ – יורש יהיה; אם לִמְאַמֵּץ, בן טבעי ייוולד, הבן הטבעי כבכור ייחשב ('פי־שנים יקח'), והבן המאומץ (הגדול ממנו) כבן שני ייחשב. חוזה אחר מנוּזי קובע שהבן המאומץ והבן הטבעי – שניהם את הירושה בשווה יחלקו, אבל את 'האֵלים של הבית הבן הטבעי יקח'. בכך יקבעו 'אלי הבית' מיהו אדון הבית והרכוש.

מתוך כל אלה מובן היטב מדוע 'בן ביתו' של "אברם" היה אמור לרשת אותו כשהוא היה "ערירי", ומובן דברו של אברם לפני ה' (בראשית ט"ו, ב-ג):

"מַה תִּתֶּן לִי וְאָנֹכִי הוֹלֵךְ עֲרִירִי,
וּבֶן מֶשֶׁק בֵּיתִי הוּא דַּמֶּשֶׂק אֱלִיעֶזֶר...
הֵן לִי לֹא נָתַתָּה זָרַע, וְהִנֵּה בֶן בֵּיתִי יוֹרֵשׁ אֹתִי;
וְהִנֵּה דְבַר ה' אֵלָיו לֵאמֹר לֹא יִירָשְׁךָ זֶה,
כִּי אִם אֲשֶׁר יֵצֵא מִמֵּעֶיךָ, הוּא יִירָשֶׁךָ;"

המפנה בחיי 'אברם > אברהם' היה ביציאה "מאוּר כשׂדים" (שם, ז) ומנהגיה, אל משפחה וארץ שתהיה ירושה רק "לזרעך" (שם, יח).

מתוך החוזה השני מנוּזי שהזכרנו (כמו גם מדיני אשור התיכונה A 25),[98] ניתן לשפוך אור גם על סיפור התרפים, ועל הסיבה שבגללה רחל גנבה אותם מבית אביה,[99] ועל מאמציו של לָבָן למצאם עד כניעתו (בראשית ל"א, יט, ל-מה). בכל הפרשה הזאת יש לתרפים תפקיד משפטי מובהק: להוכיח למי שייך כל הרכוש הגדול. כך אמר יעקב בפירוש בריבו עם לָבָן: "... מה מצאת מכל כלי ביתך, שים כֹּה נגד אַחַי ואחיך, ויוכיחו בין שנינו... לוּלי אלהי אבי אלהי אברהם ופחד יצחק היה לי, כי עתה ריקם שלחתני" (שם, לו-מב).

לָבָן היה זקוק נואשות לתרפים כדי 'להוכיח' לשופטים (בגלעד למשל, ועל פי נוהלי ההוכחה הנהוגים שם) שיעקב גנב את רכושו, וכך לקחת את הכול בחזרה אליו, כולל את בנותיו ובניהן. את השקפתו השמיע לבן בפירוש לפני הוויתור ובקשת הברית: "הבנות בנֹתי,

98. על החוזה מנוּזי, ראו לעיל הערה 95; קובצי הדינים, דיני אשור התיכונה, עמ' 193.

99. רש"י ניסה לפתור את הקושי בפרשו (בראשית ל"א, יט): "להפריש את אביה מעבודת אלילים נתכוונה", אבל זה קשה, כי מן הסתם רחל הבינה שאביה יעשה לו חדשים. רבנו חננאל הסביר שאם אפשר לגנוב אותם, תרד מעלתם בעיני לבן; אבל החיפוש הנואש של לבן מעיד את ההפך. רמב"ן סבר שהם רק קסמים, ולא כולם היו נעבדים, כי איך יימצאו תרפים "בבית אדונינו דוד".
ראו מאמרו של מ' גרינברג (*JBL* 86 (1962), pp. 239-248), שעל פי דרכו הרחיק כל קשר בין הסיפור במקרא לבין החוזים והדינים ממסופוטמיה.
אך בשונה מטענותיהם, הקשרו של הפרק מראה בבירור את המשמעות המשפטית המובהקת של התרפים, כי כולו עוסק בשאלת מעמדו של יעקב ולמי שייך כל רכושו. צדקו אפוא חוקרי 'אסכולת נוּזי' בהסבירם את התרפים לאור החוזה מנוּזי; כך גם הִתאמתו דברי רמב"ן בתחילת פירושו, שלא כל התרפים היו נעבדים.

והבנים בָּנַי, והצאן צאני, וכל אשר אתה רֹאה לי הוא" (שם, מג). רצונו היה לשלוח את יעקב "ריקם", כפי שהגיע אליו, ממש כדינו של עבד שאדוניו נתן לו אישה, ובצאתו לחופשי, היא וילדיה יישארו לאדון והעבד "יֵצֵא בגפו" (שמות כ"א, ד).

רחל, שהכירה היטב את מחשבתו של אביה ואת נוהלי הדין בארץ מוצא האבות, גנבה את התרפים כדי למנוע מאביה כל אפשרות משפטית 'להוכיח' שהכל שייך לו; הלוא כך אמרו רחל ולאה ליעקב בשדה: "העוד לנו חלק ונחלה בבית אבינו? הלוא נכריות נחשבנו לו כי מכרנו, ויאכל גם אָכוֹל את כספנו! כי כל העֹשר אשר הציל אלהים מאבינו, לנו הוא ולבנינו..." (בראשית ל"א, יד-טז). המשמעות היחידה של התרפים בסיפור היא מעמדו של המחזיק בהם בתור אדון המשפחה, ומשקלם בדיני ה'הוכחה'; רחל לא התכוונה להשתמש בהם, אלא למנוע מאביה לעשות כן בתור הוכחה משפטית נגדם.

לדעתי, גם בבית דוד ומיכל (שמואל-א י"ט, יג-טז) היו תרפים כאלה כחותמות בעלוּת משפטית, ומיכל השתמשה בהם להצלת דוד בשעת צרה; ומי שסוגד לצלמים כאלה, לא יעז להשתמש בהם דרך ביזיון.

6. שני סעיפים מדיני אשור התיכונה (לוח A 40-41)[100] שופכים אור על כיסוי פני אישה כדי להעיד על מעמדה בתור אשת איש או בתור 'בעולת בעל':

> 'נשים נשואות... אשר לרחוב תצאנה, ראשיהן [גלויים לא יהיו]... בצ[עיף תתכסינה]; פילגש אשר ברחוב עם גִבְרתהּ תלך – כסויה בצעיף תהיה; קֵדֵשה בעולת בעל, ברחוב – כסויה בצעיף תהיה; ואשר אינה בעולת בעל, ברחוב – ראשה גלוי יהיה, בצעיף לא תתכסה! זונה – בצעיף לא תתכסה! ראשה גלוי יהיה!... שפחות – בצעיף לא תתכסינה!'.[101]

בסעיף הבא (41) מתוארת פילגש שהפכה לאשת איש: 'אם איש את פילגשו ירצה לכסות – 5-6 מרעיו יושיב, ובצעיף לפניהם יכסנה, (ו)כה יאמר: 'אשתי היא' – אשתו היא'.

גם בדיני החתים בדין ניאוף (198), כשנתפס אדם עם אישה נשואה, אזי 'אם האיש (=הבעל) יאמר 'אשתי לא תמות' – בצעיף את ראשה יכסה'; כלומר, הוא חייב לחדש את מעמדה בתור אישה נשואה.

והנה, בספר בראשית (כ', טז) אנו מוצאים טקס כזה בדיוק שערך אבימלך לשרה אחרי חלום הלילה, חלום שנאמר לו בו מפי אלוהים "הנך מת על האשה אשר לקחת, והִוא בעֻלַת בעל... הָשֵב אשת האיש כי נביא הוא, ויתפלל בעדך וָחְיֵה..." (שם, ג-ז). כאשר אבימלך השיב את שרה לאברהם, הוא אמר לה: "הנה נתתי אלף כסף לאחיך – הנה הוא לָך כְּסוּת עֵינַיִם לכל אשר אִתָּך, ואת כֹּל, וְנֹכָחַת" (שם, טז).[102]

100. קובצי הדינים, עמ' 199-200; כיסוי הצעיף בדיני החִתים, עמ' 256.

101. בהמשך מפורטים עונשים כבדים לזונה ולשפחה אם כיסו את ראשן ברחוב, וגם למי שידע זאת ולא מנע את ההתחזות.

102. את פירוש הפסוק הזה למדתי מאמי, ד"ר שושנה בן־נון ז"ל, כשהתחלתי לקרוא בעזרתה תעודות מן המזרח הקדום.

הפסוק מובן בהחלט לאור הנוהג המכבד אישה נשואה בכיסוי ראש ואף ב"כְּסוּת עֵינַיִם"; אבימלך ביקש להגדיר מחדש את שרה בתור אשת איש מכובדת לעיני כל הנוכחים, וערך טקס לחידוש נישואיהם של שרה ואברהם. בטקס יכסה אברהם את שרה בפומבי, והיא תהיה 'נוֹכָחַת' לעיני 'כֹּל' – כלומר, כל העדים לטקס יוכיחו את נישואיה המחודשים ויפרסמו אותם. כך לא יעז עוד איש לפגוע בשרה בארץ גרר.

גם רבקה, כאשר פגשה את יצחק והבינה שהיא מיועדת לו לאישה – "וַתִּקַּח הַצָּעִיף, וַתִּתְכָּס" (בראשית כ"ד, סה).[103] רק סיפורה של תמר האלמנה לא מתאים לעניין זה, שהרי היא התחפשה לקדֵשה "בפתח עינים על דרך תמנתה", ויהודה חשב אותה לזונה דווקא "כי כִסְּתה פניה" (בראשית ל"ח, יד-טו). אפשר שבין הכנענים נהגו שונה מבארצות מוצא האבות ובארץ גרר; לחלופין ייתכן שפירוש הפסוק הוא "ויחשבה לזונה, [אף] כי כסתה פניה", ותמר עשתה זאת כמובן כדי שלא יכיר אותה.

7. קשר בולט ביותר בין דיני המזרח הקדום לבין ספר בראשית נמצא בדין מוות לגנב, במיוחד במי שגנב ממקדש או מבית מלך, דין שאין כמותו בתורת משה. יעקב אמר ללָבָן: "עם אשר תִּמצא את אלֹהיך – לא יִחְיֶה" (בראשית ל"א, לב); בני יעקב אמרו לאיש "אשר על בית יוסף", שרדף אחריהם כדי למצוא את הגביע: "אשר יִמָּצֵא אִתּוֹ מֵעבדיך – וָמת" (בראשית מ"ד, ט). אכן, בדיני ח'מוּרַבִּי (6) כתוב: 'אם איש [את] רכוש האלים או הארמון יגנוב – האיש ההוא יומת'. מכאן ברור שדיני המזרח הקדום (='דיני בני נח', בלשון חז"ל) נהגו בעולמם ובחייהם של האבות.

סיכום ומסקנות

דיני מסופוטמיה נהגו בארץ מוצא האבות, והאבות קיבלו מסורת זו כדינים של בני נח ונהגו לפיה בארץ כנען.[104] על גבי מסורת זו נוספו חוקים רבים התלויים בברית האבות (ברית מילה, בראשית י"ז; ל"ד, יד; גיד הנשה, ל"ב, לג), ובשמירה על "דרך ה' לעשות צדקה ומשפט" (בראשית י"ח, יט).

מעשים רבים המתוארים בהרחבה בספר בראשית ניתנים להבנה רק על פי דיני המזרח הקדום. ההתאמה בין סיפורי האבות לבין דיני המזרח הקדום היא חזקה ומדויקת, ולעומתה ההקבלות בין דיני המזרח הקדום ובין משפטי התורה (בפרשת משפטים ובכלל) הן חלקיות, וההבדלים ביניהם רבים ועמוקים.

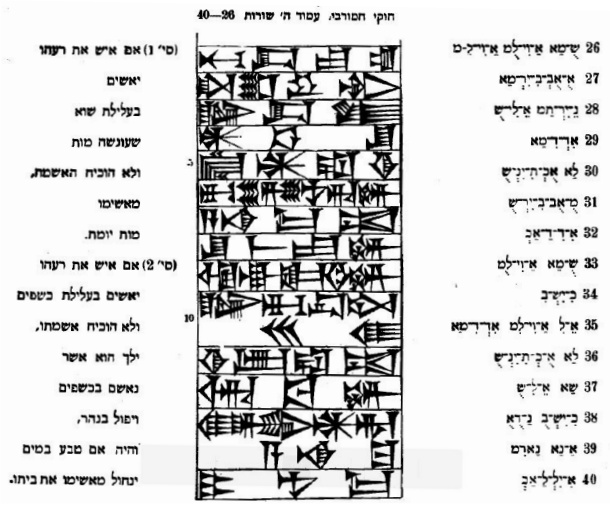
מכאן עולה כי דיני המזרח הקדום עברו אל בני ישראל במסורת האבות, והם היו מצע

103. אי אפשר שלא להתרגש כאשר אנו באים לחתונה יהודית, ובפתיחת המעמד מובילים את החתן לכסות את פני כלתו המיועדת לעיני כל הנוכחים, העדים לשינוי מעמדה, ממש כמו שרה אמנו בארץ גרר, וכמנהג האבות!

104. חרס שנמצא לאחרונה בחפירות תל חצור מוכיח שדינים דומים לדיני מסופוטמיה נהגו במקביל בארץ כנען, ראו תמונה להלן עמ' 260.

משפטי קדום וידוע. עליהם נוספו בשלב מוקדם חוקי האבות המיוחדים ומצוות שהם ציוו לבניהם. בכל מקום שאנו מוצאים הקבלה בין דינים מן המזרח הקדום למשפטי התורה (כמו בשור שהמית שור ובגנב שבא במחתרת), אנו יכולים להניח שהם היו כלולים במסורת האבות, וכך הדבר גם בדיני שומרים וטרפה, שאנו מוצאים אצל יעקב.[105] לעומת זאת, ההבדלים הגדולים (כמו כפיפותו של המשפט המותנה אל המשפט המוחלט, או השוויון בין האזרח והגֵר) הם עיקריה של תורת משה. יש להניח, אמנם, שכבר אצל האבות חלו שינויים אחדים בעקרונות החוקים; אך ההבדלים העמוקים ביותר בין התורה ובין הדינים הקדומים באים לידי ביטוי בייחודם של המשפטים שניתנו למשה לשים לפני השופטים ולפני בני ישראל. המשפטים 'הושמו' לפניהם כדי שיסכימו לקבל אותם כחלק בלתי נפרד מהברית, אחרי שכבר יצאו מכלל בני נח והפכו "ממלכת כהנים וגוי קדוש" (שמות י"ט, ו) לפני ה'.

105. על קשרים בין פרשת משפטים לבין משפטי האבות, ראו לעיל עמ' 33 ואילך בתחילת משפטים, בפרק 'לפניהם – לפני מי?'.



פתיחת דיני ח׳מורבי בכתב יתדות, בתעתיק אכדי ובתרגום לעברית, מתוך: י״ל לנדא, "חמורבי", אנציקלופדית אוצר ישראל (עורך: י״ד אייזנשטיין), ד, ניו־יורק 1910, עמ׳ 294.

מצבת ח׳מורבי, הדינים חקוקים מתחת להדום הרגליים של כיסא המלכות.
התמונה לקוחה מתוך ויקיפדיה תחת רישיון לשימוש חופשי.

אם...
12 שקלי כסף ל...
אם האף
10 שקלי כסף לבעל העבד...
אם השן
3 שקלי כסף לבעל העבד
אם על לחי [העבד סטר]
את העבד לבעליו...
אם אדם את האוזן
והעבד
...
לבעל העבד

קטע מקובץ דינים מהתקופה הכנענית התיכונה 2ב׳, שנמצא בתל חצור, עדות על דיני המזרח הקדום שהיו ידועים ונהוגים בארץ כנען בתקופת האבות.
התמונה והתעתיק לקוחים מתוך ספרו של פרופ׳ אמנון בן תור: חצור - מטרופולין כנענית ועיר ישראלית, ירושלים 2015, עמ׳ 64.
את שבר החוק צילם גבי לרון מהמכון לארכיאולוגיה של האוניברסיטה העברית. החפץ נמצא בחפירות קרן זלץ בחצור לזכר יגאל ידין.
תודה לפרופ׳ אמנון בן תור ולחברה לחקירת ארץ־ישראל ועתיקותיה על הרשות להשתמש בתמונה ובתעתיק.

ויכוח על עונשי מיתה בימי בית שני
'צדוקים' מול 'פרושים'

עדות המשנה

"ארבע מיתות נמסרו לבית דין: סקילה, שרפה, הרג וחנק...
אלו הן הנסקלין... (המשנה מונה 18);
אלו הן הנשרפין... (המשנה מונה 10);
אלו הן הנהרגין... (המשנה מונה 2);
אלו הן הנחנקין... (המשנה מונה 7)"[106]

(משנה סנהדרין פרק ז'; פרק ט'; פרק י"א)

רשימות אלה כוללות בדיוק את כל מי שנתחייב מיתה בתורה במפורש, בלשון של מיתת בית דין (בעיקר "מות יומת" ומה שנוסף לו בחלק מהמקרים, כגון "דמיו בו" ועוד). אין כלול בהן מי ששורו המית, שעליו נכתב רק "יומת" (שמות כ"א, כט-ל), שהרי נתבאר בו בסמוך: "אם כֹּפֶר יושת עליו, ונתן פדיֹן נפשו...".[107]

חייבי כרת וערירי (למשל: ויקרא כ', יז-כא) אינם כלולים ברשימות אלה. מסיבה זו לא מופיע גם מקרהו של זר שנכנס למקדש, שנאמר עליו "והזר הקרב יומת" (במדבר א', נא; ג', י, לח; י"ח, ז), ונקבעה ההלכה שמדובר שם במיתה בידי שמים (כמו מותם של נדב ואביהוא)[108] ולא בידי אדם.

ד"ר אהרן שמש[109] הוסיף הדגשה חשובה במיוחד: אין ברשימות המשנה שום הוספה של עבריינים שלא נתפרשה הוצאתם להורג בתורה. חכמי המשנה נמנעו במכוון מלהוסיף חייבי מיתות בית דין, גם לא אחד. ייתכן שזהו חידושה העיקרי של המשנה בסנהדרין, מלבד דיני העדים והחקירה.

דיני מיתה נוספים במגילות מקומראן

לעומת זאת, בחיבורים שנמצאו בקומראן – אשר נטו מדרך ההלכה של חכמי ירושלים בתקופה החשמונאית – נמצאו הוספות רבות לרשימות חייבי המיתות, על פי מדרשים

106. ולפי ספירת הרמב"ם נידונין בחנק 6, וביחד 36 הרוגי בית דין (כי הזוממים כלולים בדין שזממו). ראו רמב"ם הל' סנהדרין, ט"ו, י-יג.

107. ראו רמב"ן בפירושו לפסוק, שמות כ"א, כט; ראו ביאור לשיטתו בעמ' 146-149.

108. תוספתא סנהדרין, י"ד, טז (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 437); וראו ספרֵי במדבר קכה (מהדורת הורוויץ עמ' 161), וראו א' שמש (להלן הערה 108), תרביץ ע, עמ' 25.

109. במאמרו "'אלו הן הנדונים למיתה': משנת סנהדרין וספר גזרות של הצדוקים", תרביץ ע (תשס"א), עמ' 17-33; ובספרו (עם כנה ורמן) לגלות נסתרות, ירושלים תשע"א.

מרחיבים. במגילת המקדש[110] הוסיפו בוגדים ומלשינים לגויים,[111] שופט שלקח שוחד והטה משפט צדק,[112] וכנראה גם את מחללי המקדש – מי שאינו כוהן ונכנס אל הקודש, וכן כוהן שנכנס אל הקודש בלי בגדי כהונה או שנכנס שלא כדין (דוגמת נדב ואביהוא); כלומר כל מי שנאמר עליו בתורה "והזר הקרב יומת" (במדבר א', נא; ג', י, לח; י"ח, ז), וכל מקרה שנאמר בו שהכוהנים ייזהרו בבואם אל הקודש "ולא ימֻתו / ולא ימות" (שמות ל', כא; ויקרא י', ו, ט; ט"ז, ב; במדבר ד', טו, כ; י"ח, ג). על פי מגילת המקדש, כל אלה אין מיתתם בידי שמים (כמו בהלכת חז"ל) אלא בידי אדם; כלומר – בבית דין.[113]

ספר היובלים[114] הוסיף לרשימה את המשיא את בתו או אחותו לגויים:

> "לכל איש אשר מזרע הגויים, מות ימות ובאבן ירגמֻהו, כי עשה חטא ונבלה בישראל, ואת האישה ישרפו באש כי טִמאה את שם בית אביה ונכרתה מישראל... ואין לחֹק הזה קֵץ הימים, ואין סליחה ואין כל כפרה... כי מזרעו נתן למֹלֶך...".[115]

זהו מדרש מרחיב לפרשת דינה בשכם, שמוסיף חיובי מיתה לדורות, וזאת לשם מאבק חריף בהתבוללות. כדי לתת לכך בסיס מן התורה, הוא מוסיף הסבר מרחיב גם לאיסור החמור 'לתת מזרעו למולך' (ויקרא כ', א-ה) – שבהלכת חז"ל נוגע רק לתועבת הפולחן

110. מגילה שנמצאה בקומראן מן התקופה החשמונאית, ובה סיכום כתוב של פרשיות מן התורה עם הוספות ושינויים רבים, כולן כתובות מפי ה', כולל פרשיות רבות מספר דברים שהותאמו ללשון צו ה' (במקום דברי משה). המגילה מרחיבה בתיאור המקדש וכליו, מחמירה מאוד בטהרת 'עיר המקדש', מוסיפה על ספירת העומר גם ספירת תירוש וספירת יצהר, מאחדת הלכות מספר דברים עם הלכות מספר ויקרא, ומחמירה בהלכות רבות הרבה יותר מהלכת חז"ל; וכל זאת מלבד עצם הרעיון לכתוב מעין 'ספר תורה שני', רעיון שחז"ל התנגדו לו בחריפות.
המגילה פורסמה במהדורת י' ידין (3 כרכים), היכל הספר, ירושלים תשל"ז; ובמהדורת א' קימרון, מגילות מדבר יהודה – החיבורים העבריים, כרך א', עמ' 137-207.

111. מגילת המקדש, עמוד סד, שורות 7-13 (מהדורת ידין, כרך ב', עמ' 203-204; מהדורת קימרון, עמ' 203). זאת פרשנות ייחודית לאיסור הלנת תלוי (דברים כ"א, כב-כג), שהוצא להורג ונתלה. על פי פרשנות זו, אין מדובר בחייבי מיתה הידועים בתורה, אלא ב'איש רכיל' (=מרגל) שבגד בעמו ומסר את בני עמו 'לגוי נכר', או שברח 'אל תוך הגואים' ומשם קילל את עמו.

112. מגילת המקדש, עמוד נא, שורות 16-18 (מהדורת ידין, כרך ב', עמ' 161-162; מהדורת קימרון, עמ' 190). זאת הוספה על פרשיית "שֹפטים ושֹטרים" (דברים ט"ז, יח-כ), שבה נזכרו איסורי שוחד והטיית משפט.

113. "גם המה יומתו", מגילת המקדש, עמוד לה (מהדורת ידין, כרך ב', עמ' 105; מהדורת קימרון, עמ' 174). וראו גם ברית דמשק קטע 26ב (מהדורת קימרון, החיבורים העבריים, כרך א' עמ' 30) על יולדת, שלא תבוא אל המקדש "עד מלאת ימי טהרה" (ויקרא י"ב, ד), והמגילה מוסיפה: "[כי מ]שפט מות הו[א]".

114. מדרש כיתתי רדיקלי מהתקופה הקרובה לימי החשמונאים, אשר בנוי כמדרש מרחיב לספר בראשית, וקובע תאריכי שמיטות ויובלות מבראשית; הוא מכניס את חוקי התורה לפרשיות אדם, נח והאבות; הוא דוחה כליל את לוח החודשים הירחי שבתורה ובהלכות חז"ל; והוא קובע את כל המועדים לפי לוח 'אידיאלי' בן 364 יום בשנה. יש לציין שהספר המלא לא שרד בעברית ורק קטעים אחדים ממנו נמצאו בקומראן. והנוסח המצוטט הוא שיחזור מתורגם (על פי הגעז). לפיכך לא ברור אם ההרחבה לביטוי "כי נבלה עשה בישראל" (בנוגע לדינה), היא מקורית או הרחבה של המתרגם.

115. היובלים פרק ל, ז-יא (מהדורת כהנא, הספרים החיצונים כרך א', עמ' רפ).

האלילי[116] – והוא החומרה שבנישואי התערובת.[117] הכיתות בימי בית שני הדגישו מאוד את האיסור הזה.

גם כאשר אפשר היה לבסס על הכתוב בתורה מדרש מתקבל על הדעת ועל הלב (מניעת חילול הקודש; טהרת האומה) ולהוסיף על חייבי מיתות בית דין, סירבו לכך חכמי ירושלים בתקופה החשמונאית (המכונים 'פרושים'); בכך צמצמו הם מאוד את היקף חייבי המיתה, מה גם שחלק מן העבֵרות (כמו פולחן המולך) כבר לא היו שכיחות אז.

מכאן תובן היטב גם המחלוקת בין 'פרושים' ל'צדוקים', על פי הביאור למגילת תענית.

הויכוח לפי מגילת תענית[118] – ספר הגזרות

"בארבעה בתמוז עדא ספר גזרתא"[119] (=הוסר ספר הגזרות).

הביאור (=הסְכוֹליוֹן) למועד זה (על פי כתב יד פארמה) פירש כך:

"מפני שכך כתו(ב) ומונח להם לצדוקים[120] ספר גזירות: אלו שהן נשרפין, אלו שהן נהרגין, אלו שהן נחנקין, ומי שהוא אומר להם: 'מנין שזה חייב סקילה, וזה חייב שרפה?' אין יודעין להביא ראיה מן התורה, אלא שכתו(ב) ומונח להם ספר גזירות. יום שבטלוהו – עשאוהו יום טוב".

החוקר היחיד שהצליח להסביר עדות זו בלי שתישארנה שאלות ותהיות הוא אהרן שמש, שדבריו כבר הוזכרו לעיל: הצדוקים הוסיפו עבריינים רבים לרשימות חייבי המיתה, על

116. המשנה (מגילה פרק ד', ט) קובעת שהאומר (בתרגום התורה) "ומזרעך לא תתן להעביר למֹלך" (ויקרא י"ח, כא) – 'לא תתן לאעברה בארמיותא' (=באישה נכרית), "משתקין אותו בנזיפה"; אמנם הגמרא (מגילה כה ע"א) מביאה 'תנא דבי ישמעאל' שקרוב לפירוש הדחוי הזה, וראו א' שמש (לעיל הערה 108), תרביץ ע, עמ' 27-28.

117. אווירת המאבק של עזרא ונחמיה נגד נישואי התערובת יכולה להסביר מהיכן צמחה פרשנות היובלים; ראו עזרא ט'-י'; נחמיה ט', א-ב; י', לא; י"ג, א-ח, כג-ל.

118. מגילת תענית נכתבה בחוגי החכמים ('הפרושים') ככל הנראה בשלהי תקופת בית שני, והיא סיכמה את כל הימים **האסורים** בהספד ובתענית על פי חודשי השנה (מניסן עד אדר). המועדים נוסחו בארמית, ואילו הביאור (=הסְכוֹליוֹן) נכתב בעברית של ימי המשנה. לביאור יש בידינו שתי מסורות שונות, והן נשמרו בשני כתבי יד (פארמה, ואוקספורד, **פ וא**); הנוסח המצוי בתלמוד צירף את שתי המסורות לנוסח אחד (שיש בתוכו סתירות רבות). מגילת תענית פורסמה מחדש במהדורה מפוארת (ירושלים תשס"ד) בידי פרופ' ורד נֹעם, בסדרת הספרים 'בין מקרא למשנה' בהוצאת יד בן צבי.

119. מגילת תענית, מהדורת נֹעם, עמ' 45, 77-79, והסבר נרחב בעמ' 206-216. בנוסח הסכוליון חסר פירוט: "הנסקלין".

120. 'את 'הצדוקים' תיאר יוסף בן מתתיהו (קדמוניות היהודים ספר יח, מהדורת שליט עמ' 282) בתור קבוצה מובהקת של אצולת כוהנים ושופטים בירושלים החשמונאית. קל להבין את השפעת הצדוקים על המלכים החשמונאים (ראו ברכות כט ע"א; קידושין סו ע"א) דווקא בנושא זה – הם ראו בעונשי מיתה שבתורה ובהרחבות הכיתתיות בתחום זה כלים חזקים וטובים לשליטה אפקטיבית של בית המלוכה החשמונאי בממלכה ובארץ.

פי דרכי המדרש **שלהם** ועל פי הגיון החומרה של המעשים (בגידה בעם ומלשינות לגויים, חתונות עם גויים, קבלת שוחד והטיית משפט, חילול המקדש). אך הם לא יכלו להביא ראיה מן התורה, על פי כללי הראיות המחמירים והמצמצמים **של החכמים 'הפרושים'** שכל אלה חייבים מיתה בבית דין; לחכמים היה די בספק גרידא כדי לפרש, למשל, שלשון "יומת" בזר הקרב אל הקודש – כוונתה למיתה בידי שמים, ולמנוע בכך הוספה על רשימת חייבי המיתה בבית הדין.

מתברר שרשימות הנסקלין והנשרפין, הנהרגין והנחנקין במשנה הן מצומצמות ככל האפשר, ובאו למנוע את כל ההוספות שהיו ברשימות 'הצדוקים' באותן הכותרות. מגמה זו משתלבת היטב עם מגמת המשנה בפרקים ד' וה' בסנהדרין, להחמיר ולהקפיד מאוד בחקירות העדים ובבדיקות ("ודרשת וחקרת ושאלת היטב", דברים י"ג, טו; "ודרשת היטב", י"ז, ד), כפי שיוסבר להלן.

בהקבלה לכך, עדות הביאור למגילת תענית (כ"י פ) משתלבת במלואה עם זו של יוסף בן מתתיהו.

עדותו של יוסף בן מתתיהו[121]

"אולם הצלחתו של הורקנוס (=יוחנן, בנו של שמעון החשמונאי) עוררה עליו קנאת היהודים, ובעיקר רגזו עליו הפרושים, כת אחת של היהודים... וכל כך גדול כוחם של אלה (=הפרושים) אצל ההמון, שאפילו אומרים דבר נגד המלך וגם נגד הכוהן הגדול – מיד מאמינים להם. גם הורקנוס היה תלמידם (=של הפרושים) והיה אהוב עליהם מאד, [ופעם אחת] קרא אותם למשתה וקיבלם בסבר פנים יפות, וכשראה אותם בשמחתם הרבה פתח ואמר להם שיודעים הם שהוא רוצה להיות צדיק ולעשות כל מה שעלול לתת חינו בעיני א־לוהים ובעיניהם, שכן הפרושים הוגים דעות [אלה]; והוא ביקש מהם שאם הם רואים אותו שוגה וסר מדרך הישר, ישיבוהו אליו ויחזירוהו למוטב; והם (=חכמי הפרושים) העידו עליו שיש בו כל המידות הטובות, והורקנוס שמח על תשבחותיהם.

והנה נענה אחד מן המסובים, אלעזר שמו, איש רע מטבעו ושמח לריב: 'כיוון שביקשת לדעת את האמת ורצונך להיות צדיק, הנח את הכהונה הגדולה, והסתפק בכך שאתה מושל העם'; וכששאל הורקנוס לטעם שבעטיו יניח את הכהונה הגדולה, אמר לו: 'מפני ששמענו מפי הזקנים, שאמך היתה שבויה בימי מלכותו של אנטיוכוס [שגזר נגד היהודים, וחילל את המקדש]...'; שקר היה הדבר, והורקנוס כעס, וגם כל הפרושים התרעמו מאד.

121. ההיסטוריון היהודי (השנוי במחלוקת) של מרד החורבן (תולדות מלחמת היהודים נגד הרומאים) ושל ימי בית שני (קדמוניות היהודים) מעיד על עצמו (בחיבורו חיי יוסף, פרק ב') שאחרי היכרות נעורים עם האיסיים חזר לירושלים, והתקרב אל החכמים הקרויים 'פרושים'.

ואחד מכת הצדוקים – שדרכם היא כנגד דרך הפרושים – ושמו יונתן, מידידיו המקורבים ביותר של הורקנוס, אמר [לו] שאלעזר חירף אותו על דעתם המוסכמת של כל הפרושים, ודבר זה יתברר לו אם ישאל אותם לאיזה עונש ראוי אלעזר על דבריו... אמרו הפרושים שהוא ראוי למלקות ולמאסר, שכן לא נראה להם שיש לענוש עונש מוות על חירוף (=של שליט בשר ודם), ובפרט **שהפרושים מטבעם מקילים בעונשים**; קצף הורקנוס מאד על כך... ויונתן בייחוד הפיח את רוגזו... עד... שהתחבר עם כת הצדוקים ועזב את כת הפרושים, וביטל את ההלכות שהללו קבעו לעם, וענש את אלה שקיימו אותן; מכאן נולדה שנאה בקרב העם לו ולבניו... והיו הצדוקים נאמנים רק על העשירים, ואילו לפרושים היה העם לבעל ברית..." (קדמוניות היהודים ספר יג 288-296).

סיפור זה תואם בדיוק את הסיפור בתלמוד (בבלי קידושין סו ע"א), פרט לעובדה שהבבלי מייחס את הסיפור לינאי,[122] בנו של יוחנן:

"מעשה בינאי המלך שהלך לכוחלית שבמדבר וכיבש שם ששים כרכים, ובחזרתו היה שמח שמחה גדולה, וקרא לכל חכמי ישראל. אמר להם: אבותינו היו אוכלים מלוחים בזמן שהיו עסוקים בבנין בית המקדש, אף אנו נאכל מלוחים, זכר לאבותינו. והעלו מלוחים על שולחנות של זהב ואכלו. והיה שם אחד איש לץ לב רע ובליעל ואלעזר בן פוירה שמו. ויאמר אלעזר בן פוירה לינאי המלך: ינאי המלך, לבם של פרושים עליך. ומה אעשה? הקם להם בציץ שבין עיניך. הקים להם בציץ שבין עיניו. היה שם זקן אחד ויהודה בן גדידיה שמו. ויאמר יהודה בן גדידיה לינאי המלך ינאי: המלך רב לך כתר מלכות הנח כתר כהונה לזרעו של אהרן. שהיו אומרים אמו נשבית במודיעים. ויבוקש הדבר ולא נמצא. ויבדלו חכמי ישראל בזעם. ויאמר אלעזר בן פוירה לינאי המלך: ינאי המלך, הדיוט שבישראל כך הוא דינו, ואתה מלך וכהן גדול כך הוא דינך. ומה אעשה? אם אתה שומע לעצתי רומסם. ותורה מה תהא עליה? הרי כרוכה ומונחת בקרן זוית כל הרוצה ללמוד יבוא וילמוד. אמר רב נחמן בר יצחק: מיד נזרקה בו אפיקורסות, דהוה ליה למימר תינח תורה שבכתב, תורה שבעל פה מאי? מיד, ותוצץ הרעה על ידי אלעזר בן פוירה, ויהרגו כל חכמי ישראל, והיה העולם משתומם, עד שבא שמעון בן שטח והחזיר את התורה ליושנה".

הסיפור מתאים לחלוטין לעדות המשנה והתלמוד שחז"ל היו מקלים מאוד בעונשים, והסתייגו מעונש מוות עד כדי התנגשות חמורה עם מלכי בית חשמונאי, שרצו ככל הנראה להיתלות בחוקי התורה לשם הטלת מורא שלטונם.

122. הגמרא מביאה מחלוקת בין אביי לרבא על אודות יוחנן וינאי: "יוחנן כהן גדול שימש בכהונה גדולה שמונים שנה, ולבסוף נעשה צדוקי. אמר אביי: הוא ינאי הוא יוחנן. רבא אמר: ינאי לחוד, ויוחנן לחוד; ינאי רשע מעיקרו, ויוחנן צדיק מעיקרו" (ברכות כט ע"א); והנה הסיפור בקידושין (סו ע"א) על ינאי מובא מפי אביי, ויש מקום להשערה שרבא קיבל את הסיפור בנוסח של יוסף בן מתתיהו, כלומר על יוחנן כוהן גדול.

דיני מיתה - ויכוח (גם) בין החכמים

עדות המשנה והתלמוד

"סנהדרין ההורגת אחד בשבוע (=שבע שנים) נקראת חובלנית; רבי אלעזר בן עזריה אומר: אחד לשבעים שנה.

רבי טרפון ורבי עקיבא אומרים: אילו היינו בסנהדרין, לא נהרג אדם מעולם; רבן שמעון בן גמליאל אומר: אף הם מרבים שופכי דמים בישראל" (משנה מכות סוף פרק א').

סוגיית הגמרא שואלת אם לדעת ר"א בן עזריה גם סנהדרין המוציאה להורג אחד לשבעים שנה נקראת חובלנית, או שזו 'דרך העולם', ונשארת ב'תיקו'.

ועוד שאלה שואלת הסוגיה: איך היו רבי טרפון ורבי עקיבא מונעים כל הוצאה להורג על רצח או על ניאוף? והתשובה היא שהיו שואלים את העדים האם הם יכולים להעיד שלנרצח לא היה נקב במקום הדקירה עוד לפני כן; ובמקרה של ניאוף – האם הם יכולים להעיד שהם ראו "כמכחול בשפופרת"; ברור בסוגיה שעדות ישירה כזאת איננה אפשרית כלל. פירוש הדבר הוא ביטול למעשה של עונש המוות שנזכר כל כך הרבה בתורה שבכתב, או לפחות הפיכתו לנדיר מאוד. אולם לדעת רבן שמעון בן גמליאל, הפחד מעונש מוות על **רצח** חייב להישאר בתודעת הפושעים, אחרת ירבו מאוד שופכי הדמים, חס ושלום. מתוך נקודת המוצא הזו נעיין בדברי חכמים שבמסכת סנהדרין:

"דיני ממונות בשלושה [דיינים]... דיני נפשות בעשרים ושלושה... הטייתך לטובה על פי [רוב של] אחד; הטייתך לרעה (=לחיוב מיתה רק) על פי [רוב של] שנים..." (משנה סנהדרין פרקים א' וד').

"דיני ממונות – פותחים בין לזכות בין לחובה; דיני נפשות – פותחים לזכות, ואין פותחים לחובה...

דיני ממונות – מחזירים [לדין, אם נמצאו ראיות חדשות] בין לזכות בין לחובה; דיני נפשות – מחזירים לזכות, ואין מחזירים לחובה.

דיני ממונות – הכול [אפילו תלמידים שעוד לא הוסמכו] מלמדים זכות וחובה; דיני נפשות – הכל מלמדים זכות, ואין הכל מלמדים חובה [רק המוסמכים].

דיני ממונות – המלמד חובה, מלמד זכות (=יכול לשנות את דעתו על הנאשם לטובה), והמלמד זכות [חוזר ו]מלמד חובה; דיני נפשות – המלמד חובה [חוזר ו]מלמד זכות; אבל המלמד זכות אינו יכול לחזור וללמד חובה" (משנה סנהדרין פרק ד', ובגמרא דף לב ע"א).

"כיצד מאיימים את העדים על עדי נפשות? היו מכניסים אותם ומאיימים עליהם: שמא תאמרו [עדות נפשות] מאומד ומשמועה, עד מפי עד ומפי אדם נאמן? שמא אי(ן) אתם יודעים שסופנו לבדוק אתכם בדרישה ובחקירה? הוו יודעים שלא כדיני ממונות דיני נפשות; דיני ממונות אדם נותן ממון ומתכפר לו, [ואילו] דיני נפשות

דמו ודם זַרעוֹתיו תלויים בו עד סוף העולם..." (משנה סנהדרין פרק ד', ובגמרא דף לז ע"א).

"היו בודקים אותם [את העדים] בשבע חקירות [על זמן הפשע ועל המקום]... כל המרבה בבדיקות הרי זה משובח; מעשה ובדק [רבי יוחנן] בן זכאי בעוקצי תאנים [האם היו דקים או עבים בעץ שתחתיו – על פי העדים – התרחש הפשע]. ומה בין חקירות לבדיקות? חקירות – אחד אומר איני יודע, עדותם בטלה; בדיקות – אחד אומר איני יודע, ואפילו שנים אומרים אין אנו יודעים, עדותם קיימת; [אבל] אחד חקירות ואחד בדיקות, בזמן שמכחישים זה את זה, עדותם בטלה...

אם נמצאו דבריהם מכוונים (=תואמים), פותחים בזכות; אמר... אחד מן התלמידים: 'יש לי ללמד עליו חובה', משתקים אותו; אמר אחד מן התלמידים: 'יש לי ללמד עליו זכות', מעלים אותו ומושיבים אותו ביניהם (=בין הדיינים), ולא היה יורד משם כל היום כולו, [ו]אם יש ממש בדבריו שומעים לו; ואפילו הוא (=הנאשם) אומר: 'יש לי ללמד על עצמי זכות', שומעים לו, ובלבד שיהא ממש בדבריו" (משנה סנהדרין פרק ה', ובגמרא דף מ ע"א).

"נגמר הדין, מוציאים אותו לסקלו... אחד עומד על פתח בית דין והסודרין בידו, ו[אדם אחד רוכב] הסוס רחוק ממנו כדי שיהא [עדיין] רואהו. אמר אחד: 'יש לי ללמד עליו זכות', הלה מניף בסודרין והסוס רץ ומעמידו; ואפילו הוא (=הנאשם שהורשע) אומר: 'יש לי ללמד על עצמי זכות', מחזירים אותו – אפילו ארבע וחמש פעמים – ובלבד שיהא ממש בדבריו" (משנה סנהדרין פרק ו', ובגמרא דף מב ע"ב).

"מצאו לו זכות – פטרוהו [ואין מחזירים לחובה]; ואם לאו – יוצא ליסקל, וכרוז יוצא לפניו: 'איש פלוני יוצא ליסקל על שעבר עבירה פלונית, ופלוני ופלוני עדיו [שהרשיעו אותו] – כל מי שיודע לו זכות, יבוא וילמד עליו'" (משנה סנהדרין פרק ו', ובגמרא דף מג ע"א).

מסקנה אחת ברורה עולה מעדות המשנה והתלמוד: בהיפוך המשמעות הנראית לכאורה מפשט התורה, חז"ל התאמצו מאוד לזַכות ולפטור בדיני נפשות, והפכו את עונש המוות לעונש נדיר עד מאוד. חלק מן החכמים אף שאף בגלוי לביטול גמור למעשה של עונש המוות. בכל שלב ושלב בתהליך המשפט יש במשנה עדיפות מוחלטת לטיעונים של זכות, ואין גבול למספר המשפטים החוזרים שראוי לערוך אם מצאו טענת זכות שיש בה ממש.

במצב כזה, מה עשו חכמינו ברוצחים ובעבריינים שלא נמצאו עדים מספיקים כדי לחייבם מיתה? על כך משיבה המשנה: "ההורג נפש שלא בעדים, מכניסין אותו לכיפה (=צינוק) ומאכילין אותו לחם צר ומים לחץ" (סנהדרין ט', ה). החכמים, שצמצמו כל כך את ההוצאות להורג, לא שלחו את הנידונים לחופשי, שהרי הם עלולים לסכן אחרים בפשעים נוספים, אלא הטילו עליהם מאסר עולם בתנאים חמורים. מאסר עולם שכזה לא נזכר כלל בתורה בתור עונש על חטא כלשהו, ויש לראות בו הגנה על החברה, כפי המקובל מאז ועד היום

במשפטי המלוכה.[123] אם כן, מהו ההבדל העקרוני בין חיובי מיתה (ומלקות) המפורשים בתורה לבין עונשי מאסר קלים וחמורים, שנהגו בפועל אך לא נזכרו בתורה כלל?

התשובה נתונה גם היא במשנה: "דרך כל המומתין מִתוַדין, שכל המִתוַדה יש לו חלק לעולם הבא... ואם אינו יודע להתוַדות, אומרים לו, אמור: 'תהא מיתתי כפרה על כל עונותי'"[124] (סנהדרין פרק ו', ב). מקורם של עונשי המוות בתורה הוא במשפט ה', שהוא משפט מוחלט, והם מהווים כפרה; לכן נדרשת ודאות מוחלטת של אשמת זדון כדי לבצע עונש מוות שהוא גם כפרת פשע, על פי ה'. בעונשי מלקות על עברות שיש בהן חיוב כרת (ביד ה') אף נאמר במשנה: "כל חייבי כריתות שלקו, נפטרו ידי כריתתם..." (מכות פרק ג', טו); כלומר עונש המלקות מכפר עליהם לחלוטין.

אבל אם אי אפשר – ובדרך כלל אי אפשר – להעניש עונשי מוות (ומלקות) כאלה, חוזרת ההלכה אל משפטי המלוכה, שמייצגים את החובה להגן על הציבור, ובפועל נקבעים עונשי מאסר – מהם חמורים ביותר, אלא שאין בהם כפרה ולכן גם אינם כתובים בתורה.

עמדת רבי עקיבא ורבי טרפון, ופירוש פסוקי התורה

לכאורה עמדתם של רבי עקיבא ורבי טרפון, שלא ייהרג שום אדם בבית דין, אינה אלא הפלגה וחומרה יתרה בדרישה וחקירה של העדים ("היטב"). יש בה רצון להביא את המגמה של לימוד זכות על כל נאשם שעלול להתחייב מיתה בדין עד לקצה, ובכך לבטל למעשה את עונש המוות. עם זה, עלינו לזכור שהוויכוח הזה התנהל בזמן שכבר בטלו דיני נפשות בישראל.[125]

בעיון מעמיק יותר נמצא שגדולי התנאים ירדו לעומק כוונת התורה בשאלה מכרעת עוד יותר משאלת חקירות העדים. בצד הדרישה לשני עדים (לפחות) שעדותם נחקרה בבית הדין ונמצאה "מכוונת", כלומר העדויות תואמות בדיוק זו את זו, ישנה גם חובת ההתראה:

> "חייבי מיתות בית דין (חוץ ממסית לעבודת אלילים) אין מחייבין אלא על פי עדים והתראה, ועד שיודיעוהו שחייב מיתה בבית דין... מתרין בו ושותק, מתרין בו ומרכין את ראשו, אע"פ שאמר 'יודע אני' – פטור, עד שיאמר 'יודע אני, ועל מנת כן אני עושה'... ראוהו שמחלל את השבת, אמרו לו 'הוי יודע שהוא שבת, ונאמר "מחלליה מות יומת"', אע"פ שאמר 'יודע אני' – פטור, עד שיאמר 'יודע אני, ועל מנת כן אני עושה'..." (תוספתא סנהדרין, י"א, א-ד; מובא בגמרא, סנהדרין ח ע"ב; פ ע"ב).

123. ראו ספרו של פרופ' אהרן אנקר, עיקרים במשפט הפלילי העברי, בר־אילן תשס"ז, פרקים 1 ו-3; וראו ספרי, המקור הכפול: סמכות והשראה במשנת הרב קוק (הקיבוץ המאוחד ובית מורשה), פרק י"ב.

124. חז"ל למדו את עקרון הווידוי מפרשת עכן בספר יהושע ז', יט-כ.

125. דיני נפשות בטלו ארבעים שנה לפני החורבן, כשני דורות לפני רבי עקיבא ורבי טרפון (סנהדרין מא ע"א; רמב"ם הל' סנהדרין, י"ד, יג).

"אנשי עיר הנידחת... שהודח מיעוטה (של העיר), או שהיו מדיחיה (מ)חוצה לה, הרי אלו כיחידים, וצריכין שני עדים והתראה לכל אחד ואחד" (משנה סנהדרין, י"א, ד).

כך קבועה ההלכה גם בחייבי מלקות: "שאין מלקין וממיתין אלא לעובר ברצונו, ובעדים והתראה" (רמב"ם הל' יסודי התורה, ה', ד); ואף שנחלקו חכמים (סנהדרין ח ע"ב) אם 'חבר' (המקפיד מאוד במצוות) צריך התראה, שהרי בוודאי הוא יודע את האיסור, נפסקה ההלכה שתמיד דרושה התראה מפני שאולי הוא שוגג: "ואפילו היה העובר תלמיד חכם, אין ממיתין ולא מלקין עד שתהיה שם התראה, שלא ניתנה התראה בכל מקום אלא להבחין בין שוגג למזיד" (רמב"ם הל' איסורי ביאה, א', ג).

שתי הדרישות האלה – עדות מכוונת והתראה – הפכו את ההוצאות להורג לבלתי אפשריות כמעט, כי מי העדים שיחרפו נפשם מול הלחץ הכבד של חקירות ודרישות כאלה, ומי העבריין שיקבל התראה בפה מלא לפני שני עדים (למעט מי שמתריס בזדון נגד התורה והמצוות)?! אך לעומת הדרישה לעדות תואמת של שני עדים לשם חיוב מיתה ("לא יומת על פי עד אחד"), הכתובה בתורה במפורש עם הציווי "ודרשת היטב, והנה אמת נכון הדבר" (דברים י"ז, ד, ו), לכאורה קשה לקבוע מהיכן למדו חכמים את חובת ההתראה, עד שפסקו שאין מיתה ומלקות ללא עדים והתראה, והעבריין צריך לקבל התראה בפירוש ולומר "על מנת כן אני עושה".

בסוגיות התלמודים (סנהדרין, בבלי מ ע"ב - מא ע"א; ירושלמי פרק ה', א) יש דרכי לימוד מסובכות למדי בשאלת מקור ההתראה; ואולם מאחורי תפיסה עקרונית זו ניצבת השראת רוח התורה בכל ייחודה ועוצמתה: ככלל, אין בתורה עונש בלי אזהרה[126] – אין די במשפט המוּתנֶה (הקזואיסטי),[127] הנוהג בכל העולם, אלא הוא כפוף למשפט המוחלט, שמקורו הוא הסמכות העליונה של נותן התורה ("לא תרצח", ורק מתוך כך – "מכה איש ומת, מות יומת"; "לא תגנֹב", ורק מתוך כך – "וגֹנב איש ומכרו ונמצא בידו, מות יומת"; שמות כ"א, יב, טז). כשם שנותן התורה לא הותיר מקום לספק, ונתן לנו צו מוסרי כולל ורק בעקבותיו גם עונש, כך למדו חכמים בנוגע לכל מקרה פרטי של חיוב מיתה או מלקות: אין עונשים אלא אם כן מזהירים תחילה, והאזהרה חייבת להיות ודאית ומוחלטת בכל מקרה לגופו.

העיקרון הכולל – שאזהרת 'לא תעשה' חייבת להיות מפורשת בתורה, ורק מכוחה בא העונש – הועבר גם לכל מקרה פרטי של חטא ועונש. והוא שהפך את משפטי התורה מסֵפֶר גזירות של עונשי מיתה ומלקות על כל צעד ושעל (כתפיסה הצדוקית) – לספר מוסרי וחינוכי (כתפיסת החכמים 'הפרושים'). לפיכך העונשים הכתובים בתורה מבטאים את חומרת החטא דרך חומרת עונשו, כדי להרחיק את עם ישראל מדרכי רשעים ולקרבו להיות ראוי לעמוד לפני ה'.

126. ראו אנציקלופדיה תלמודית, כרך א', ערך 'אזהרה' (מהדורת ירושלים תשל"ג, עמ' תטו-תיט).

127. ראו לעיל עמ' 239 ואילך, 'משפט מוּתנֶה מול משפט מוחלט, בעולם ובתורה'.