

## הסוגיא השנייה – מכירין אתם אותו (מ ע"ב-מא ע"א)

### משנה

מכירין אתם אותו? התרתם בו? <sup>1</sup> העובד עבודה זרה: <sup>2</sup> את מה <sup>3</sup> עבד ובמה עבד.

### גמרא

(א)

[1] מכירים אתם אותו;

[2] תנו רבנן: מכירים אתם אותו? נכרי הרג? ישראל הרג? <sup>4</sup>

[3] התריתם בו? קיבל עליו התראה? התיר עצמו למיתה? המית בתוך כדי דיבור?

[4] העובד עבודה זרה – את מי עבד? לפעור עבד? למרקוליס עבד?

[5] ובמה עבד? בזיבוח? בקיטור? בניסוך? בהשתחואה?

(ב)

[6] אמר עולא: מניין להתראה מן התורה?

[7] שנאמר: ואיש אשר יקח את אחותו בת אביו או בת אמו וראה את ערותה.

[8] אטו בראיה תליא מילתא?

[9] אלא עד שיראוהו טעמו של דבר.

[10] אם אינו ענין לכרת

(מא ע"א)

תנהו ענין למלקות.

[11] דבי חזקיה תנא: וכי יזיד איש על רעהו להרגו בערמה – שהתרו בו ועדיין הוא מזיד.

[12] דבי רבי ישמעאל תנא: המוצאים אותו מקושש עצים – שהתרו בו ועדיין הוא מקושש.

[13] דבי רבי תנא: על דבר אשר ענה – על עסקי דיבור.

[14] וצריכא.

[15] דאי כתב רחמנא: אחותו, הוה אמינא: חייבי מלקות – אין; חייבי מיתות – לא.

כתב רחמנא: כי יזיד.

[16] ואי כתב רחמנא: וכי יזיד, הוה אמינא: הני מילי סייף, דקיל, אבל סקילה, דחמורה,

אימא: לא. צריכא.

[17] ותרתי בנסקלין למה לי?

[18] לרבי שמעון: לאתויי נשרפין.

1 בכ"י מינכן: "התרתם אותו". בדפוס נאפולי נוסף כאן: "קיבל עליו התראה".

2 בכ"י קיימברידג' ליתא "את מי עבד".

3 בכל כתבי היד: מי.

4 בכ"י יד הרב הרצוג נוסף כאן: "טריפה הרג שלם הרג".

[19] לרבנן: מילתא דאתיא בקל וחומר, טרח וכתב לה קרא.

[20] ולכתוב רחמנא בנסקלין וליתו הנך וליגמרו מיניה!

[21] הכא נמי, מילתא דאתיא בקל וחומר, טרח וכתב לה קרא.

(ג)

[22] התיר עצמו למיתה מנא לן?

[23] אמר רבא ואיתימא חזקיה, אמר קרא: *יומת המת – עד שיתיר עצמו למיתה.*

## מסורת התלמוד

[7] ואיש אשר יקח וכו' ויקרא כ יז. [11] וכי יזיד איש וכו' שמות כא יד. [12] המוצאים אתו וכו' במדבר טו לג. [13] על דבר אשר ענה דברים כב כד. [20] מילתא דאתיא בקל וחומר טרח וכתב לה קרא לעיל מ ע"ב (סוגיא א, 'היו בודקין', מ ע"א-מ ע"ב); פסחים יח ע"ב, עז ע"ב; יומא מג ע"א; יבמות כב ע"ב; קידושין ד ע"א-ד ע"ב; סוטה כט ע"א; בבא מציעא צד ע"ב; זבחים פב ע"ב, קג ע"ב; חולין קיח ע"ב. [24] יומת המת דברים יז ו; מכילתא דרבי ישמעאל משפטים מסכתא דנזיקין ד (עמ' 261);<sup>5</sup> מכילתא דרשב"י משפטים כא יד (עמ' 170);<sup>6</sup> ספרא קדושים פרשה י (עמ' שפג);<sup>7</sup> ספרי במדבר קיג;<sup>8</sup> ספרי זוטא טו;<sup>9</sup> ספרי דברים רמב; מדרש תנאים לדברים יז;<sup>10</sup> מדרש תנאים לדברים כב; תוספתא סנהדרין ט א; תוספתא סנהדרין יא; ירושלמי סנהדרין כב ג-ד, ה א.

## רש"י

קיבל עליו התראה יודע אני, שכן אני מוזהר שלא לעשות. התיר עצמו למיתה שכשהתריתם בו: אל תעבור שאתה מתחייב מיתה פלונית, הוא אומר: על מנת כן אני עושה, דאם לא הפקיר עצמו אינו נהרג, כדלקמן (מא ע"א). המית בתוך כדי דיבור כדי שאילת שלום, שאם שהה לאחר התראה יותר מכדי דיבור איכא למימר שכבר שכח התראה. אטו בראיה תליא משום דראה אותה, מחייב? אלא רואה טעמו של דבר שהיא ערוה לו, והאי קרא גבי כרת כתיב, ואם אינו ענין לחיוב כרת דהא דין שמים הוא ולא בעי התראה, דקמי שמיא גליא אם שוגג הוא או מזיד, תניהו ענין להתראת מלקות דשייך באחותו. וכי יזיד מנא ידעינן? אלא שהתרו בו ועדיין הוא מזיד. לישנא אחרינא: ואם הזיד לא נאמר אלא וכי יזיד, משמע תמיד הוא בודונו. זה עיקר. המוצאים אותו מקושש שקישש עצים לא נאמר אלא מקושש, לאחר שראוהו ומצאוהו היה מקושש, ומה טעם תלוי בכך? אלא שהתרו בו ועדיין היה מקושש. על עסקי דיבור התראה. הוה אמינא אחותו, דאינה מיתה אלא מלקות, הוא דבעינן התראה, אבל חייבי מיתות, דחמירי, אימא לא ליבעי. ותרתו בנסקלין למה לי מקושש ונערה המאורסה בסקילה. לר' שמעון דאמר: שריפה חמורה, ולא אתו נשרפין מנסקלין בהתראה, משום דאי אמר בנסקלין, שהן קלין, כתב קרא אחרינא לאתויי נשרפין באם אינו ענין. וליתו הנך מלקות וסייף. המת משמע כבר הוא כמת קודם שבא לבית דין, שחייב עצמו מיתה בפיו.

5 מהדורת הורוביץ-רבין.

6 מהדורת אפשטיין-מלמד.

7 הוא החלק המכונה גם "מכילתא דעריית". מהדורת א"א פינקלשטיין (צילום של כ"י אסמני 66).

8 מהדורת הורוביץ.

9 מהדורת הורוביץ.

10 מהדורת הופמן.

## מבנה הסוגיא

[2-5] ברייתא המוסיפה שאלות המפרטות ומרחיבות את הדרישות הנזכרות במשנה ואשר אינן קשורות לזמן ולמקום אלא לאופן ביצוע העברה. [6-7] עולא מתייחס לחובת ההתראה המוזכרת בברייתא ומוצא לה סמך מן המקרא. [8-10] הרחבה וביאור סתמאיים לדברי עולא. [11-13] אסמכתות נוספות מן המקרא לחובת ההתראה. [14-22] הסתמא התלמודית מתייחסת לאסמכתות כאל דרשות גמורות ולכן מחפשת להן 'צריכותא'. [23] הקדמה סתמאית למימרא שבפיסקא [24].

## פירוש הסוגיא

### מכירין אתם אותו התרתם בו

מעמדן של שאלות אלו תלוי במחלוקת רש"י ורי"ד שהזכרנו בסוגיא הקודמת (לעיל עמ' 24). לדעת רש"י:<sup>11</sup>

... זו אינה מן החקירות של הזמה אלא כל<sup>12</sup> שאר בדיקות אינו אלא להכחיש שמא לא יאמר כדברי חבירו ותבטל עדותם והוא והם פטורין, אבל מן החקירות של הזמה אי אתה מוצא יותר משבעה ...

וכן כתבו הר"י מלוניל,<sup>13</sup> הראב"ד בעל ההשגות ובעל הנימוקי יוסף. משמע מדבריהם שיש לשאלות 'מכירין אתם אותו, התריתם בו' וכו' מעמד של בדיקות רגילות, ואם העדים יענו בתשובה לשאלות אלו: "אין אנו יודעים", עדותם תקבל. גם מפשטות הסוגיא בדף מא ע"ב<sup>14</sup> משמע שרק בחקירות של ההזמה אם אמר אחד: "איני יודע" – עדותם בטלה. וקשה: כיצד יכול בית דין לחייב אדם בדיני נפשות כשהעדים אינם יודעים פרטים יסודיים במהות העברה?<sup>15</sup>

על שאלה זו מנסה הר"ן לענות בשם ר' דוד: אמנם, אם שאל בית הדין: "מכירים אתם אותו" וכו', והעדים אמרו: "אין אנו יודעים", עדותם בטלה. אלא שלא הזכרה הלכה זו בתלמוד משום שלא ייתכן שיאמרו העדים "אין אנו יודעים" שהרי הם אומרים שהנידון חייב מיתה. ואם לא שאל בית הדין "מכירים אתם אותו" וכו', בדיעבד, עדותם עדות. שכן העדים, כך הם מעידים: "מעידים אנו באיש פלוני שחייב מיתה שהרג את הנפש", ובכלל דבריהם שהם ידעו שישראל הרג ושהתרו בו וכו'. אלא שלכתחילה על הדיינים לשאול את העדים על כל דבר ודבר ולא לסמוך עליהם מן הסתם. עד כאן תורף דבריו, וזהו דוחק גדול.

הרמב"ם<sup>16</sup> מחלק את השאלות לארבעה סוגים:

א. השאלות 'מכירים אתם אותו, התריתם בו' הן שאלות שנשאלות בשלב הדיון המוקדם כדי לקבוע אם יש עילה לפתיחת הדיון המשפטי. לכן קבען הרמב"ם בהלכות סנהדרין ולא בהלכות עדות. רק לאחר מכן מאיימים על העדים ומתחיל הליך גביית העדות המתואר בהלכות עדות.

ב. חקירות – אלו השבע הנזכרות במשנה והן שוות בכל העברות.

ג. דרישות – דברים שהם עיקר העדות, ובהם יתחייב או ייפטר, יתר על שבע השאלות השוות בכל. בדרישות נכללות גם השאלות 'את מה עבד ובמה עבד'.

11 מ ע"א ד"ה מכירים אתם אותו.

12 בר"י מלוניל ובר"י אלמדארי הנוסח הוא: "...כשאר בדיקות ואינה...", והבי"ח כיוון לדעת גדולים כשהגיה: "...ככל שאר בדיקות שאינן...".

13 סנהדרי גדולה למסכת סנהדרין, כרך ב, ירושלים, תשכ"ט, עמ' פו.

14 רב כהנא ורב ספרא תנו ... בדיקות, אמר אחד מהן: איני יודע, עדותן קיימת; עדות שאתה יכול להזימה היא."

15 כבר כתב ווייס בסדר הדיון, עמ' 208, הע' 9, על קושיא זו דלית נגר ובר נגר דיפקינה.

16 פירוש המשניות א. ה. וראו שם במהדורת הרב קאפח, הערה 1. וכן בהלכות סנהדרין יב א ובהלכות עדות א ד-ו.

ד. בדיקות – דברים שאינם עיקר העדות והיא אינה תלויה בהם.

לפי דברי הרמב"ם, רק בנוגע לחקירות ולבדיקות מציינת המשנה בפירוש מה יהיה הדין במקרה שבו אין העדים יודעים להשיב. בחקירות – עדותם בטלה; בבדיקות – עדותם קיימת. אולם מה יהיה הדין במקרה שבו אין הם יודעים להשיב על השאלות המוקדמות או על הדרישות? על כך לא מופיעה במשנה תשובה מפורשת. סביר להניח שבמקרים מעין אלו העדות בטלה, שהרי לא ניתן להרשיע אדם במקרה שבו העדים אינם מכירים אותו או אינם יודעים איזו עברה עבר; המשנה לא ציינה זאת משום שדבר זה מובן מאליו ומתחייב בכל מערכת משפט הגונה. רק בנוגע לחקירות, הנובעות מדרישה ייחודית של המשפט העברי שהעדות חייבת להיות ניתנת להזמה, צריכה המשנה לומר במפורש שהעדות בטלה.

החיסרון בפירושו של הרמב"ם הוא שלפי דבריו סדר הדברים במשנה אינו כסדר הדיון בבית הדין שהרי צריך היה להקדים את השאלות "מכירין אתם אותו, התריתם בו" לשאלות האחרות.

הרמ"ה, הרי"ד,<sup>17</sup> הרי"ז והמאירי<sup>18</sup> מזכירים רק שלושה סוגים:

א. שבע החקירות של ההזמה.

ב. הדרישות, שאף על פי שאין ההזמה תלויה בהן מכל מקום הן עיקר העדות. בסוג זה כלולות גם השאלות 'מכירים אתם אותו, התריתם בו', וגם השאלות 'את מה עבד ובמה עבד' ומקבילותיהן בשאר עבירות.

ג. הבדיקות, שאינן עיקר העדות.

וכן כתב הר"ן בשם רז"ה. אלא שהוא טוען ששתי השאלות האחרות: 'את מה עבד ובמה עבד', הן בדיקות.<sup>19</sup>

נראה שמחלוקת ראשונים זו תלויה בהבנת היחס בין הברייתא למשנה כפי שאפרט להלן.

## השאלה "מכירין אתם אותו" והיחס בין הברייתא למשנה בעניין זה

התלמוד מצטט ברייתא:

תנו רבנן: מכירים אתם אותו? נכרי הרג? ישראל הרג? התריתם בו? קיבל עליו התראה? התיר עצמו למיתה? המית בתוך כדי דיבור? העובד עבודה זרה – את מי עבד? לפעור עבד? למרקוליס עבד? ובמה עבד? בזיבוח? בקיטור? בניסוך? בהשתחואה?

והמקבילה בירושלמי:<sup>20</sup>

ל: את מה עבד לפעור או למרקוליס במה עבדה בעבודתה עבדה או בעבודת גבוה  
 ע: את מה עבד את פעור עבד את מרקוליס עבד במה עבדה בעב[ו]דתה עבדה בעבודת גבוה עבדה  
 לכאורה, הברייתא מפרשת ומרחיבה את המשנה. וכשם שסופה "את מי עבד ... לפעור עבד למרקוליס עבד, ובמה עבד – בזיבוח ..." הוא ללא ספק הרחבה של שתי השאלות 'את מה עבד ובמה עבד' שבמשנתנו, והברייתא מרחיבה אותן על ידי הצגת דוגמאות לתשובות המתבקשות: את מי – את פעור / מרקוליס; במה – בזיבוח / בקיטור / בניסוך / בהשתחואה.

17 אמנם, כפי שכתבנו בסוגיא הקודמת, לעיל, עמ' 25, הרי"ד סובר ששאלות אלו הן המשך דברי ר' יוסי ומשלימות לו את מספר החקירות לשבע, אולם הוא כותב שלעניין הלכה מודים חכמים לר' יוסי שאם אמרו העדים בשאלות אלו "אין אנו יודעים" עדותם בטלה. לא נחלקו אלא בשם. לפי ר' יוסי נקראות שאלות אלו חקירות, ולפי חכמים אין שמן חקירות. מהדורת א' סופר, עמ' 172.

18 גם ש' אלבק אינו מזכיר את הסוג הראשון בספרו, הראיות בדיני התלמוד, עמ' 40-43, 215-216. לעומת זאת הוא מוסיף סוג חדש לשטת בעלי התוספות בחולין יא ע"ב ד"ה וליחוש, ואין כאן מקום להאריך. וראו: א' ווייס, סדר הדין, עמ' 209-210.

20 סנהדרין ה, א, כב ע"ג-ע"ד.

לפי גישה זו, גם את 'נכרי הרג ישראל הרג' שבתחילת הברייתא, יש לראות כהצעות תשובה לשאלה 'מכירין אתם אותו', ואם כן 'אותו' מוסר על ההרוג, שעשוי להיות נכרי או ישראל. אמנם מקריאת השאלה "מכירין אתם אותו" בהקשרה שבמשנה נראה יותר ש'אותו' מוסב על הרוצח ולא על הנרצח, כשם שהשאלה הבאה במשנה 'התרתם בו', מוסבת כמובן על הרוצח. ואכן, כבר נחלקו הראשונים בפירושה של השאלה 'מכירין אתם אותו' שבמשנה. רש"י, רמ"ה, ר"י מלוניל, המאירי ועוד, סוברים שהשאלה היא על ההרוג. מסתבר שלדעתם הברייתא מפרשת את המשנה דיבור אחר דיבור, והשאלות 'גוי הרג, ישראל הרג' הן פירוט השאלה הראשונה.<sup>21</sup> ר"ח פירש את 'מכירין אתם אותו' שבברייתא לשני הצדדים: "מכירים אתם ההורג והנהרג? את מי הרג, נכרי הרג או ישראל הרג?". מסתבר שצירף את ההקשר שבמשנה, המתפרש על ההורג, עם ההקשר העולה מן הברייתא, שכאמור מתפרש על ההרוג.

אולם הרמב"ם כתב בהלכות סנהדרין יב א:

כיצד דנין דיני נפשות? כשיבואו עדים לבית דין ואומרים: ראינו פלוני זה שעבר עבירה פלונית, אומרים להן: מכירין אתם אותו? התרתם בו? אם אמר: אין אנו מכירין אותו או נסתפק לנו או שלא התרו בו – הרי זה פטור.

ובהלכות עדות א ד כתב:

... ומכלל החקירות יתר על השבע השוות בכל, שאם העידו עליו שעבר ע"ז שואלין להן: את מה עבר ובאי זו עבודה עבד. העידו שחילל את השבת, שואלין אותן: אי זו מלאכה עשה והיאך עשה. העידו שאכל ביום הכפורים, שואלין אותן: אי זה מאכל אכל וכמה אכל. העידו שהרג את הנפש, שואלין אותן: במה הרגו, וכן כל כיוצא בזה הרי הוא מכלל החקירות.

לפי דבריו, השאלה "מכירים אתם אותו" היא על ההורג.<sup>22</sup> את השאלות 'גוי הרג, ישראל הרג' הוא אינו מזכיר. בעל הלחם משנה כתב ששאלות אלו דינן כבדיקות. מכיוון שלבדיקות אין שיעור לא רצה הרמב"ם למנות את כולן כרוכל. במבט ראשון, הסבר זה קשה: הרי הידיעה אם הנהרג הוא גוי או ישראל היא מן הדברים שהם עיקר העדות ובה יתחייב או יפטור<sup>23</sup> ולפיכך היא מן הדרישות ולא מן הבדיקות. הרב קאפח<sup>24</sup> תירץ שהרמב"ם לא הזכיר את השאלות 'גוי הרג, ישראל הרג' משום שהוא לא דיבר על עברה מסוימת אלא על דיני נפשות באופן כללי. לכן לא נכנס לשאלות מפורטות. תירוץ זה מסביר אמנם מדוע לא הזכיר שאלות אלו בהלכות סנהדרין אך עדיין קשה מדוע לא הזכיר בהלכות עדות, שם הביא דוגמאות לחקירות ולדרישות בעברות שונות ובהן גם רצח. יתכן ונוכל יישב את הרמב"ם אם נניח שהתחשב במסקנה ההלכתית העולה מסוגיית הירושלמי.

## פירוש הירושלמי למשנה

גרסינן בירושלמי:<sup>25</sup>

מכירין אתם אותו? מה היה, גוי היה או ישראל היה? נישמענה מהדא דמר רבי יוחנן: נהרג מטיבריא לציפורי – הזק' שישראל היה.

21 ווייס, סדר הדין, עמ' 212.

22 במקצת עדי הנוסח של המשנה (כ"י לאו ופארמה וכ"י לידן של הירושלמי) כתוב: "מכירין אתם אותו והתרתם בו". תוספת ו"ו החיבור מעידה על כך שלשני חלקי המשפט ישנו מושא משותף. לכאורה יש כאן ראייה טקסטואלית לפירוש הרמב"ם, אולם מפירושו למשנה (מהדורת הרב קאפח) לא נראה שהוא גרס כאן ו"ו החיבור.

23 כלשון הרמב"ם בהלכות עדות א ה.

24 במהדורת הרמב"ם שלו, כרך כב, עמ' קכט.

25 סנהדרין כב ע"ב.

לדעת בעל קרבן העדה, הירושלמי – כמו הבבלי – מפרש את שאלת המשנה 'מכירין אתם אותו' על ההרוג. דברי הירושלמי בהמשך: 'נשמעינה מהדא ... נהרג מטיבריא לציפורי' וכו', הם תשובה לשאלה סמויה: מה הדין אם יאמרו העדים שאינם מכירים את ההרוג, ועונה שבמקום שבו יש רוב ישראל סומכים על החזקה.<sup>26</sup>

אולם לדעת בעל הפני משה יש לשאול האם צריך בית הדין לשאול את העדים אם ההרוג היה ישראל או גוי. לדבריו, תשובת הירושלמי לשאלה זו היא שאין כל צורך לשאול אם ההרוג היה גוי או ישראל משום שחזקה על עדים הבאים להעיד בבית דין שהם יודעים שההרוג הוא ישראל, שאם לא כן לא היו באים להעיד. דברי ר' יוחנן 'נהרג מטיבריא לציפורי' וכו' באים להוכיח שבדיני נפשות סומכים על חזקה.

קביעתו של בעל הפני משה שחזקה על העדים שהם יודעים שההרוג היה ישראל שרירותית וטעונה הוכחה. מה גם שפירושו של קרבן העדה קרוב יותר לפשוטו וללשונו של הירושלמי, שכן לפירושו של הפני משה לא ברור לשם מה הזכיר ר' יוחנן בדבריו את המיקום 'בין טיבריא לציפורי', הרי בכל מקום חזקה שישראל היה מעצם העובדה שהעדים באו להעיד.

בין כך ובין כך, מבחינה פרשנית, שיטת הירושלמי מחזקת את פירושה של רש"י וסיעתו ששאלת המשנה 'מכירין אתם אותו' היא על ההרוג ולא על ההורג. אולם מבחינת המסקנה ההלכתית, שיטת הירושלמי תואמת דווקא לדעת הרמב"ם שהשמיט את השאלות 'גוי הרג, ישראל הרג' משום שהן לא תמיד הכרחיות.

נראה שהרמב"ם הבין שהבבא במשנה 'מכירין אתם אותו התרתם בו' היא שאלה כללית הנוגעת לכל העברות. יש לכך שתי ראיות מאופן עריכת המשנה, ראיה לשוניית וראיה נוספת מן התוספתא: ראשית, אילו היה מדובר רק בעברת רצח היה על התנא לפתוח במילים 'ההורג את הנפש' כפי שפתח את הבבא השנייה במילים 'העובד עבודה זרה'. שנית, היה עליו להקדים את שאלת 'התרתם בו', הנוגעת לכל העברות, לשאלת 'מכירין אתם אותו', הנוגעת רק לעברת רצח. שלישיית, מסתבר שהשאלות 'מכירים אתם אותו, התרתם בו' מתייחסות שתיהן לאותו מושא, כלומר לעבריין, שאם לא כן היה על התנא לפרש דבריו. רביעית, השאלות 'גוי הרג, ישראל הרג' אינן מופיעות בתוספתא ט, א שצוטטה לעיל, עמ' 25.

נראה שהרמב"ם לא ראה את הברייתא שבבבלי כפירוש או כהערה למשנה אלא כמקור תנאי מקביל ועצמאי. לפיכך העדיף לנקוט את לשון המשנה כפשוטה ללא התוספות של הברייתא, תוספות שמן הירושלמי מתברר שאין חובה לבררן.<sup>27</sup>

### סיכום ומסקנות בעניין יחס המשנה והברייתא

רוב הפרשנים מבינים את הברייתא כפרשנות או כתוספת למשנה. ייתכן שעצם הבאת הברייתא על ידי התלמוד מעידה על כך שהתלמוד עצמו מתייחס אליה כאל פירוש למשנה. אני מציע לראות בברייתא מקור עצמאי, קדום למשנה.<sup>28</sup> בחינה מדוקדקת מוכיחה שיש בה ליקוי עריכה. היא פותחת בשאלה 'מכירים אתם אותו' ומפרשת שהכוונה היא להרוג, ומכאן שזו שאלה הנוגעת אך ורק למקרה של עברת רצח. אחר כך היא חוזרת לשאלה 'התרתם בו', הנוגעת לכל סוגי העברות, ולבסוף מביאה דוגמה מעבודה זרה. עורך המשנה נמנע מליקויים אלו או תיקנם

26 כאן מתעוררת שאלה נוספת שאינה מענייניו של ספר זה, והיא: האם גם הבבלי מסכים שבדיני נפשות הולכים אחר רוב וחזקה. עיינו שו"ת הרשב"א ח"ג סי' שעח. והשוו סנהדרין סט ע"א וחידושי הר"ן שם; תוספות סנהדרין ג ע"ב ד"ה דיני ממונות לא כל שכן. וראו רמב"ם איסורי ביאה טו כז; השגות הראב"ד שם; הרב המגיד שם. ועיינו עוד נעם ירושלמי כאן. עניין נוסף שיש לציין הוא שבבבלי, בבא מציעא כד ע"ב, מציין רבא שרוב האנשים בין טבריה לציפורי גויים. ז"ו רבינוביץ משער בספרו, שערי תורת ארץ ישראל, עמ' 518-519, שהמציאות תלויה בתקופה. ובעוד שבראשית תקופת האמוראים תופס רבי יוחנן מרחב זה כמיושב על ידי יהודים, הרי שבחלוף הדורות נתמעטו היהודים ונתרבו הנכרים.

27 וראו עוד: הרב ח"ד הלוי, דבר המשפט, כרך ג, עמ' 170-171, ובספרות הנוכרת שם.

28 ושלא כמו וייס, סדר הדיון, עמ' 212, שאמנם טען שהברייתא אינה מפרשת את שאלת 'מכירין אתם אותו' שבמשנה, אך בכל זאת ראה בברייתא מקור המאוחר למשנה ומוסב עליה, שעניינו להעיר שברוצח יש עוד בעיית 'הכרה' אחת: נכרי הרג או ישראל הרג.

על ידי השמטת השאלות 'גוי הרג, ישראל הרג'. בכך פתח פתח לפרש את השאלה 'מכירים אתם אותו' על העבריין והפך גם אותה לשאלה כללית. עקב כך הופכות השאלות 'מכירים ... התריתם' לחטיבה אחידה של שאלות כלליות. רק אחר כך באה דוגמה של עברה פרטית: 'העובד עבודה זרה'. מכאן שהחומר שבמשנה ערוך ומסודר לעומת החומר שבברייתא, שאפשר שהוא חומר הגלם ממנו נוצרה המשנה.

#### [4] לפעור עבד למרקוליס עבד

##### פעור

האל פעור נזכר הרבה במקרא.<sup>29</sup> הוא היה אחד מאלי הבעל ("בעל פעור") שנעבדו בכנען ובסביבותיה, ובו נכשלו בני ישראל במדבר קודם כניסתם לארץ. במקרא לא מתוארת דרך עבודתו אולם הוא נזכר כאחד מאלי מואב ומדין, ופולחנו נקשר עם זנות. יש לזכור שהקשר בין עבודה זרה לזנות היה נפוץ בכל העולם האלילי הקדום ואינו מאפיין מיוחד של אל זה.<sup>30</sup>

בספרות חז"ל נזכר פעור כאל שטיקף פולחנו היה בכך שאנשים היו פוערים עצמם ועושים צרכיהם לפניו. וכך שנינו בספרי:<sup>31</sup>

... והיא מוציאה דפוס של פעור מתחת פסיקא שלה ואומרת לו: רבי, רצונך שאשמע לך? השתחוה לזה. והוא אומר לה: וכי לעבודה זרה אני משתחוה? אמרה לו: וכי מה איכפת לך? אינו אלא שתגלה עצמך לו. והוא מתגלה לו. מיכן אמרו: המפער עצמו לבעל פעור, זו היא עבודתו ...

מהתיאורים ומהמעשים המובאים בהמשך הברייתא ניתן להסיק שנהגו לעבוד לפעור גם בימי התנאים ושהם הכירו היטב את התופעה.<sup>32</sup> היו שאף ייחסו לפעור כוחות דמוניים של ממש:

מעשה במנחם בן גובתא דאריח שהיה מעגיל בחביות ובא עליו שרו של פעור. שמט עליו את השפוד וברח והלך לו ובא עליו בלילה שני. אמר לו: מנחם, אף אתה מקללני? נתיירא ממנו ואמר לו: שוב איני מקללך מעתה ...<sup>33</sup>

אנו רואים שתיאורי הפעור בספרות חז"ל מעניקים לו אישיות ממשית כמקובל בתרבות הרומית. לפיכך נראה שחז"ל מתארים מציאות הדומה לזו שהתקיימה בזמנם ולא את עבודת הפעור בתקופת המקרא. סביר להניח שהם כינו בשם 'פעור' את אחת מצורות הפולחן שהיו נפוצות בימיהם אלא שנמנעו מלהזכירה בשמה עקב האיסור "ושם אלהים אחרים לא תזכירו לא ישמע על פיך".<sup>34</sup> נראה שחכמים הקצינו את תיאורי פולחן הפעור כדי לשים את עובדיו ללעג ולקלס.<sup>35</sup>

היחיד שמצאתי המנסה לקשור את פעור לאחד האלים מן התקופה הרומאית הוא הרב חנניה אלחנן חי הכהן.<sup>36</sup> הוא מציע מספר זיהויים: אל השמש, פלוטו ואדוניס. אולם הזיהוי הקרוב ביותר לתיאורים בספרות חז"ל הוא:

29 העיקריים שבהם: במדבר כג כח; כה ג, ה; לא טז; דברים ד ג; יהושע כב יז; הושע ט י; תהלים קו כח.  
 30 ראו: י' קוטשר, מילים ותולדותיהן, עמ' 4-5.  
 31 ספרי במדבר קלא (מהדורת הורוביץ, עמ' 171). מקבילות: ירושלמי סנהדרין כח ע"ד, י ב; בבלי סנהדרין סד ע"א. ראו עוד: ש' ליברמן, יונית ויונות, עמ' 247.  
 32 כפי שהעיר ש' ליברמן ביונית ויונות, עמ' 236, 252, ובעקבותיו: ע' פרידהיים, "התגר ומנהגים פגניים סורים-עריביים", עמ' 167.  
 33 ספרי שם וירושלמי שם. בבבלי לא הובא מעשה זה.  
 34 שמות כג יג, סנהדרין סג ע"ב.  
 35 השו: "כל ליצנותא אסירא בר מליצנותא דעבודה זרה דשריא" (מגילה כה ע"ב; סנהדרין סג ע"ב).  
 36 במות בעל, עמ' לד-לה. הספר נדפס בתקסט (1809), ובשער נכתב "אשר לקט ואסף וחקר בימי הבחרות".



... יש אומרים<sup>37</sup> שהוא האליל של גנים הנקרא פריא"פו (Priapo) והוא האליל המטונף ... והוא אליל הזומה הנקרא פריא"פו ושהמפלצת אשר עשתה מעכה היתה דמות בעל פעור והוא כמעט מה שאמרו חז"ל במד' מלכים<sup>38</sup> על המפלצת דהוה מפליא ליצנותא ...

פריאפוס<sup>39</sup> היה אל הפריון של הצמחים ובעלי החיים. פסליו הוצגו בעיקר בגנים. עובדה זו תואמת את קביעת התלמוד: "א"ר יוסי בר חנינא: נקטינן, אין קלקלין (רש"י: מחיצות סביב) לא לפעור ולא למרקוליס".

פסלו של פריאפוס עוצב כאיש מעוות ומגוחך, חסר פרופורציה באיבריו, בעל איבר מין בולט צבוע באדום. מלבד ביכורי פרות הגן שבו הוצב היו מקריבים לפניו גם חמורים, שבארצות המזרח נחשבו כסמל הזימה.<sup>41</sup> פולחנו של פריאפוס הגיע לרומא מהמזרח התיכון. עבודתו היתה מלווה בשעשועים גסים וחוברו שירי הוללות לכבודו.<sup>42</sup> פולחן זה היה מתועב ומוזר אפילו בעיני הרומאים עובדי האלילים, והם לא התייחסו לפריאפוס כאל אל רציני. גם לכך יש הד בדברי הספרי בהמשך:

שוב מעשה בשלטון אחד שבא ממדינת הים להשתחוות לפעור. אמר להם לעבדיו של פעור: הביאו לי פר אחד שאנו מקריבים לו או איל אחד שאנו מקריבים לו. אמרו לו: אין אנו נזקקים לו בכך אלא שתגלה עצמך לו. גירה בהם סנגודים<sup>43</sup> והיו מפצעים את ראשיהם. אמר להם: אוי לכם ולטעותכם ...<sup>44</sup>

תיאורי פולחן פריאפוס כמעשי הוללות, זימה וליצנות מכוערים במיוחד מתאימים לתיאור הבא הלקוח מן הספרי הנ"ל:

שוב מעשה בסבטיא מאולם ... נכנס וקינח עצמו בחוטמו של פעור והיו כל הגוים משחקים לו ואומרים: מעולם לא עשה אדם אחד כיוצא בזה.<sup>45</sup>

ייתכן גם שחז"ל כינוהו 'פעור' בשל צליל השמות הדומה פריאפוס – פעור.<sup>46</sup> סמכנו על המחקר של הרב חנניה אלחנן חי הכהן, אבל יש להדגיש שאין בידנו שום תיעוד היסטורי על עבודת פריאפוס בארץ ישראל בתקופת הבית השני. יתכן שבדיקה יסודית בתרגומים ובפירושים חיצוניים מהתקופה (שלא במסגרת הפירוש כאן) תגלה עוד אלים אחרים הקרובים לתיאור של חז"ל ל'בעל פעור'.

## מרקוליס

לדעת כל החוקרים, מרקוליס הוא מרקוריוס (Mercurius, *Μερκούριος*)<sup>47</sup> – אל המסחר

37 במבוא (עמ' ב) כתב המחבר שבשם יש אומרים הוא מביא את דברי "חכמי וסופרי סיפור המשל הנקרא בלשונם מיטולוגי"א"ה (Mitologia).

38 כוונתו היא למובא בילקוט שמעוני מלכים א רמז רז, שמקורו בעבודה זרה מד ע"א.

39 על פי אנציקלופדיה בריטניקה ערך Priapus, וכן: Coffey M., *Roman Satire*, pp. 78, 182, 185, 267; William S. A., *Essays on Roman Satire*, pp. 76-83. וראו עוד: Richlin A., *The Garden of Priapus*, pp. 116-127.

40 עבודה זרה נא ע"ב.

41 גם בתנ"ך: יחזקאל כג כ.

42 הרומאים קראו לקובץ שירים זה: Priapea.

43 בילקוט שמעוני פרשת בלק רמז תשנא הנוסח הוא: "הסנגלרין"; בירושלמי סנהדרין י ב, כח ע"ד: "סניגורים". פירוש המילה: אנשי השלטון הסרים למשמעתו. ראו עוד אצל ח' קוהוט, ערוך השלם, כרך ג, עמ' פב, ערך סניגורים. בין ההצעות על פי singulers, אנשי צבא.

44 בבבלי הביאו מעשה אחר להמחשת התיעוב שבעבודת הפעור: "... מעשה בנכרית אחת שהיתה חולה ביותר. אמרה: אם תעמוד ההיא אשה מחוליה, תלך ותעבוד לכל עבודה זרה שבעולם ... כיון שהגיע לפעור שאלה לכוזרים: במה עובדין לזו? ... אמרה: מוטב שתחזור ההוא אשה לחוליה ולא תעבוד עבודה זרה בכך".

45 הסאטירה של הוראס המתוארת אצל וויליאמס (לעיל, הע' 39) בעמ' 76 על פריאפוס המפחיד את אויביו בנפיהותיו מזכירה מאוד את תיאוריהם הלעגניים של חז"ל על פולחן הפעור.

46 במסכת עבודה זרה (משנה ג א, בבלי מ ע"ב) שנינו: "כל הצלמים אסורין מפני שהן נעבדין פעם אחת בשנה, דברי רבי מאיר. וחכמים אומרים: אינו אסור אלא כל שיש בידו מקל או צפור או כדור". ושאלו על כך בתלמוד (בבלי שם, מא ע"א): "בעי רב אשי: תפש בידו צואה, מהו?". שאלתו של רב אשי נראית תלושה מן המציאות ומשום כך לא הביאו הרמב"ם והשו"ע הלכה זו בפסקיהם. אולם לאור מה שכתבנו כאן ייתכן ששאלת רב אשי משקפת מציאות שהתקיימה בזמנו.

47 ולא כרבינו תם בתוספות ד"ה כאבני בית קוליס, בבא מציעא כה ע"ב. וראו עוד מה שכתב בזה הגאון ר' ישעיהו ברלין, הפלאה שבערבין, ערך 'מרקוליס', כרך ב, עמ' טז.

והרווחים הרומי המזוהה עם האל היווני הרמס (Ερμής).<sup>48</sup> שמו נגזר מהמילה mercor שמשמעה 'לסחור', 'מסחר'.<sup>49</sup> הוא נחשב גם כאל ההצלחה של הגנבים. כפי המסופר בספרי המיתולוגיה, כבר ביום לידתו גנב הרמס את עדר הצאן של אפולו, שיחד את העד שראהו בשעת מעשה והקריב שתיים מהבהמות הגנובות כקרבן לאלים. בנוסף, נחשב גם כמגנם של הולכי הדרכים. משום כך הועמד פסלו על פרשות הדרכים ועוברי האורח היו מקימים ערמות אבנים לכבודו. היוונים סימלו את הרמס באמצעות ערמת אבנים או בולי עץ שעליהם היתה מגולפת צורת איבר המין הזכרי. בתקופה הרומית היה מרקוליס מסומל, כפי שמתואר על ידי חז"ל במקומות רבים, באמצעות אבן מכאן ואבן מכאן ואבן על גביהן,<sup>50</sup> שזהו כנראה תיאור סכמטי של הפאלוס.<sup>51</sup> חז"ל כינהו תמיד 'מרקוליס' או 'מרקילוס'. אמנם חילוף לר שכיח למדי, אולם לא מצאתי שום מקור קדום המזכיר את השם המקורי בצורה 'מרקוריוס', דבר המעלה את האפשרות ששיבוש השם מכון עקב האיסור "ושם אלהים אחרים לא תזכירו, לא ישמע על פיך".<sup>52</sup> אולם אין לכך ראיה מוצקה והיא נשארת השערה רחוקה.



האל הרומי מרקוריוס המכונה בספרות חז"ל מרקוליס, הוא האל היווני הרמס. כאן בציור על גבי כלי לשמן מחרס שנמצא ביוון, המאה החמישית לפנה"ס.

## הפעור והמרקוליס בסוגייתנו

התנאים בברייתות ובמשנה ביקשו להדגים כיצד חוקרים את העובד עבודה זרה. לשם כך היו צריכים לציין שני סוגי עבודה זרה שאופן עבודתם שונה זה מזה וגם מאופן העבודה לקב"ה.<sup>53</sup> בספרות חז"ל מוזכר מרקוליס כדוגמה לעבודה זרה<sup>54</sup> יותר מכל אליל אחר.<sup>55</sup> ייתכן שהוא באמת

48 ראו: Lieberman S., "Palestine in the Third and Fourth Centuries"; ערוך השלם, כרך ה, עמ' רסב, ערך 'מרקוליס'; שם, כרך א, עמ' יד, ערך 'אבני בית קוליס'; יוונית ויוונית, עמ' 248; ע' פרידהיים, פולחנים פאגאניים בא"י הרומית, עמ' 118-124. על פי Oxford Latin Dictionary, מהדורת 1982.

49 כגון בבא מציעא כה ע"ב.  
50 אולם אין כל קשר בין מרקוליס לבין הדולמנים שברמת הגולן. ראו ליברמן, ארץ ישראל (לעיל, הע' 48). שם. וראו גם: מ' הרטל, הדולמנים בארץ ישראל.

51 ראו לעיל, הע' 34. ובה יישבנו את קושיית ר"ת בתוספות ד"ה אבני בית קוליס, עבודה זרה נ ע"א, שהקשה היאך מזכירים שמה כיוון שאינה כתובה בתורה, והרי בסנהדרין סג ע"ב משמע שעובר על "ושם אלהים אחרים לא תזכירו"! והסיק מכך ש'קילוס' שמה, וחכמים כינו אותה 'קוליס' לשון לעג וקלס. והו מרקוליס חילוף קילוס. וכן כתבו בעלי התוספות בשמו בבבא מציעא כה ע"ב ד"ה כאבני בית קוליס. שם הביאו סמך לדברים מהברייתא המכנה עבודה זרה זו 'בית קוליס' ולא 'מרקוליס'. ולפי דברינו אין כאן קושיא כלל. ואין צריך לומר, אחרי בקשת המחילה, שמסקנתו אינה נכונה. וגם מן הברייתא אין ראיה משום שזהו המקור היחיד שבו מכוונה עבודה זרה זו 'בית קוליס', ויש לומר, אדרבה, ברייתא זו היא שנקטה לשון כינוי וגנאי מלשון לעג וקלס.  
52 שהרי הדין משתנה אם עבדה בדרך עבודתה הרגילה או בדרך אחרת וכן אם עבדה בעבודת גבוה. ראו משנה סנהדרין ז ו; סנהדרין ס ע"ב טא ע"א; רמב"ם הלכות עבודה זרה ג ב.

53 כך בברכות נו ע"ב: "הרואה מרקוליס, אומר: ברוך שנתן ארך אפים לעוברי רצונו" (ליתא בכ"י מינכן). אולם במקבילה בתוספתא ברכות (ליברמן) ו ב: "הרואה את ע"ז, או: ברוך ארך אפים". וכן בירושלמי יב ע"ד, ט א: "ראה מרקוליס, אומר: ברוך ארך אפים", אולם שם, יג ב: "נעקרה ממקום אחד, אומר: ברוך שעקר עבודה זרה מן המקום הזה. נעקרה ממקום אחד ונקבעה במקום אחר – מקום שניתנה בו, אומר: ברוך ארך אפים, ומקום שנעקרה ממנו, אומר: ברוך שעקר עבודה זרה מן המקום הזה". וראו שם את מחלוקת בעלי התוספות בעניין בשני הדיבורים המתחילים הרואה מרקוליס.  
54 אולם הרמס אינו נזכר כלל. ראו דיון ארוך על כך אצל ליברמן, שם.

היה האליל הנפוץ ביותר בארץ ישראל<sup>56</sup> וייתכן שחז"ל ראו בו את הסמל הבולט ביותר לכיעורו של העולם האלילי היווני-רומי, עולם שערכיו העיקריים לדעתם היו גבריות, כוח וכסף ללא מגבלות מוסריות. על כן, הפעור והמרקוליס בסוגייתנו, כמו גם בסוגיות רבות אחרות, אינם אלא דוגמה לשני סוגי עבודה זרה.

### מנין להתראה מן התורה – הדרשות ומקבילותיהן במדרשי התנאים

[6] אמר עולא מנין להתראה מן התורה? שנאמר ואיש אשר יקח את אחותו... וראה את ערוותה... עד שיראונו טעמו של דבר

דרשת עולא דומה לדרשת הספרא:<sup>57</sup> "וראה את ערוותה והיא תראה את ערוותו – עד שיהיו שניהן מזידין". שניהם דורשים את הפועל 'וראה' במובן של נתן עיניו ולבו על הדבר.<sup>58</sup> דרשה זו מובאת בקיצור גם בירושלמי: "מניין להתרייה? רבי שמואל בר נחמן בשם רבי יונתן: ואיש אשר יקח את אחותו". אולם בבבלי מופיעה תוספת ארוכה לדרשה:

אמר עולא: מנין להתראה מן התורה? שנאמר: ואיש אשר יקח את אחתו בת אביו או בת אמו וראה את ערוותה – אטו בראיה תליא מילתא? אלא עד שיראוהו טעמו של דבר. אם אינו עניין לכרת, תנהו ענין למלקות.

שתי השורות האחרונות כנראה אינן מדברי עולא אלא הן דברי בעלי הסתמא הבבלים. עולא בר ישמעאל, הנחותא בן הדור השלישי,<sup>59</sup> מביא את דרשת הספרא לבבל, ובעלי הסתמא הבבלים מעבדים ומרחיבים אותה.

דרשת הספרא מדברת על עברה שעונשה כרת, כלומר עונש מטעם בית דין של מעלה. משום כך אין הספרא מזכיר במפורש את הצורך בהתראה. בית דין של מעלה יכול להבחין בין שוגג למזיד גם ללא התראה. אבל הסתמא הבבלי רוצה לדרוש שגם בבית דין של מטה אין מענישים אלא אם כן נעשתה העברה במזיד. לשם כך יש צורך בהתראה. לכן אין הסתמא מסתפקת בפירוש הכללי: וראה=הבין, התבונן, והיא מטילה את חובת ההתראה על העדים. העדים, הם שעליהם 'להראות' לעבריין את טעמו של דבר, להפנות את תשומת לבו לכך שהוא עומד לעשות מעשה אסור.

אולם בכך לא נפתרה כל הבעיה. הפסוק מדבר על עברה שעונשה כרת. כיצד מעתיקים את הדין גם לעברות אחרות? לשם כך משתמשת הסתמא במידת 'אם אינו עניין'. מידה זו היתה מוכרת לבעל הספרא. הוא השתמש בה שלוש עשרה פעמים במקומות שונים.<sup>60</sup> אבל בדרשתנו לא השתמש בה משום שלא היה לו צורך בכך, כפי שכתבנו לעיל. הרי שהשימוש במידה זו בדרשה שבסוגייתנו הוא תוספת של בעלי הסתמא.

### [11] דבי חזקיה תנא

דרשת דבי חזקיה דומה לכאורה לדרשת המכילתא דרשב"י ולדרשת ר' יהודה ברבי אלעאי בירושלמי.

56 כדעת ליברמן, שם. ובפרט שנעבד בצידי דרכים וברשות הרבים. בעוד שאלילים אחרים נעבדו במתחמים סגורים, שהיהודים נמנעו מלהיכנס אליהם.

57 הוא החלק המכונה גם "מכילתא דעריית", קדושים י, עמ' שפג.

58 השו"ר ש"י שמות לג יב.

59 ראו א' הימן, תולדות תנאים ואמוראים, כרך ג, עמ' 970; ח' אלבק, מבוא לתלמודים, עמ' 302.

60 דבורא דנדבה יב; צו א, ז (פעמיים), ח; שמיני ב; קדושים א (פעמיים), י (פעמיים); אמור ח, י; בהר ג.

## בבלי

דבי חזקיה תנא: וכי יזד איש על רעהו להרגו בערמה – שהתרו בו ועדיין הוא מזיד.

מכילתא דרשב"י משפטים כא יד<sup>61</sup>

וכי יזיד איש על – [רעהו עד שיזיד עליו] אחרין בעת הריגתו;  
להורגו בערמה – [עד שיערימו עליו אחרים] בשעת הריגתו.  
אתה אומר בזה הדבר [מדבר או אינו מדבר אלא...  
ת"ל...]  
[הא מה ת"ל כי יזיד איש על רעהו עד שיזיד עליו אחרים] בשעת [הריגתו]  
להורגו בערמה...

## ירושלמי ה א, כב ע"ג

תני רבי יודה בי רבי אלעאי אומר: וכי יזיד איש על רעהו להורגו בערמה – שיערימוהו באי  
זו מיתה מת.

אולם יש הבדל גדול בדרכי הדרשות ובתכניהן.

ישנה מחלוקת ידועה בין החוקרים: לדעת ישראל לוי,<sup>62</sup> המכילתא דרשב"י היא חלק מספרי דבי רב. אולם לדעת הופמן,<sup>63</sup> המכילתא דרשב"י היא תנא דבי חזקיה. בא אפשטיין והכריע ביניהם.<sup>64</sup> אפשטיין הראה שישנן במכילתא דרשב"י כמה וכמה סתמות המתאימות עם 'תנא דבי חזקיה' אבל ישנם גם הרבה 'תנא דבי חזקיה' שאינם במכילתא דרשב"י ואף חלוקים עליה בפירוש. אפשטיין הסיק שאמנם המכילתא דרשב"י היא מספרי דבי רב, אבל גם בי חזקיה הכירו את הספרי דבי רב והשתמשו בו במקומות רבים ומכאן הדמיון בין מדרש דבי חזקיה למכילתא דרשב"י. סוגייתנו, לדעת אפשטיין, היא אחד המקומות שבהם דורשים בי חזקיה באופן שונה מהמכילתא. המכילתא דורשת את ההפעיל בעוד שדבי חזקיה דורשים את העתיד-הווה.<sup>65</sup>

אולם אפשטיין לא הסביר מדוע נטו כאן בי חזקיה מדרשת המכילתא. נראה לי שיש כאן הבדלי גישות בין דרשני ארץ ישראל לדרשני בבלי. במכילתא יש שתי דרשות: אחת הדורשת את המילים 'וכי יזיד', והשנייה – את 'להרגו בערמה'. אבל שתי הדרשות דורשות הלכה אחת! כפי הנראה, לדרשן הארץ ישראלי של המכילתא אין הדבר מפריע. אבל הנוסח הבבלי של דרשת בי חזקיה סובר כדברי אביי:<sup>66</sup> "מקרא אחד יוצא לכמה טעמים ואין טעם אחד יוצא מכמה מקראות". משום כך משנים בעלי הסוגיא ומעבדים את דרשת המכילתא כך שתתאים לדרכם.

לא כן בנוגע לדרשת הירושלמי. בי חזקיה דורשים את המילים 'כי יזיד'; הירושלמי דורש את המילה 'בערמה'. בי חזקיה דורשים מן הפסוק את הצורך בהתראה סתם; הירושלמי דורש מן הפסוק שאין להסתפק בסתם התראה ויש להודיע לעבריין גם איזה עונש צפוי לו. מדובר כאן אפוא בשתי דרשות שונות לחלוטין.

61 מהדורת אפשטיין-מלמד, עמ' 170.

62 מחבר אצל אפשטיין במבואות לספרות התנאים, עמ' 725, הע' 4. דברי לוי נכתבו בגרמנית. כיוון שאיני קורא גרמנית נאלצתי לסמוך על עדותו של אפשטיין.

63 מכילתא דרבי שמעון בר יוחאי במבוא, עמ' X-XIII.

64 "נא אפשטיין, מבוא למכילתא דרשב"י, עמ' כא; מבואות לספרות התנאים, עמ' 730, 734. וראה כעת כהנא, "Midreshei E. J.", 14, pp. 193-204.

65 רש"י בפירושו השני: "[ל]ישנא [אחרונא] וכי יזיד – משמע תמיד הוא בודונו, זה עיקר".

66 סנהדרין לד ע"א.

## [12] דבי ר' ישמעאל תנא

דרשה זו דומה לספרי במדבר קיג:<sup>67</sup>

ויקריבו אותו המוצאים אותו מקושש עצים —  
 עוד למה נאמר? והלא כבר נאמר: וימצאו איש, ומה ת"ל: ויקריבו אותו המוצאים אותו?  
 מגיד שהתרו בו מעין מלאכתו,  
 מיכן לכל אבות מלאכות שבתורה שמתרים בהם מעין מלאכתן.  
 ר' יצחק אומר: אינו צריך;<sup>68</sup>  
 מה ע"ז חמורה אינו חייב עד שיתרו בו, ק"ו לכל מצות שבתורה!  
 ומה ת"ל: ויקריבו אותו? מלמד שהתרו בו ואחר כך הביאוהו אצל משה.

לדעת הופמן ואפשטיין,<sup>69</sup> דרשת הבבלי יוצאת מספרי במדבר שכן ספרי במדבר הוא מבית  
 מדרשו של ר' ישמעאל. עם זאת, שתי הדרשות שונות מאוד בדרכן ובתוכנן.

גם כאן אפשר לומר שהדרשה בבבלי היא עיבוד לדרשה בספרי. הבבלי דורש כר' יצחק רק את  
 הצורך בהתראה בכלל, ולא כתנא קמא את הצורך להתרות באדם מעין מלאכתו. לעומת זאת,  
 בעת העיסוק בהלכות שבת נוקט הבבלי דווקא כדעת תנא קמא.<sup>70</sup>

כמו כן, הבבלי מנסה לקרב את ההלכה לפשט הכתוב בכך שהוא מפרש את לשון ההווה בסיפור  
 כבא לבטא את הזדתו ואת מרדנותו של המקושש.

## [13] דבי רבי תנא

בחיבורו 'למדרשי התנאים'<sup>71</sup> משער רד"צ הופמן שהדרשה המובאת בסוגייתנו בשם 'תנא דבי  
 רבי' מקורה בקובץ המדרשים הנקרא בדרך כלל בתלמוד הבבלי 'תנא דבי רבי'. קובץ זה הוא  
 מבית מדרשו של ר' עקיבא. עיקר הוכחתו של הופמן היא מכך שדרשה זו דומה לדרשה שבשיטת  
 ר' עקיבא המובאת בספרי דברים רמב:<sup>72</sup>

את הנערה על דבר אשר לא צעקה;  
 כשהוא אומר: על דבר — על פי התריה, להביא את המזידה בהתרית עדים.  
 ואת האיש על דבר אשר ענה את אשת רעהו;  
 כשהוא אומר: על דבר — על פי התריה.

אבל גם כאן, הדרשות אמנם יוצאות שתייהן מאותו פסוק, אך הן דורשות אותו בצורה שונה.  
 שוב ניכרת מלאכת העיבוד של הבבלי. לשון הספרי רחוק מפשט הכתוב ולא ברור ממנו הקשר  
 בין לשון המקרא, 'על דבר', להלכה הדורשת התראה. הבבלי ניסח את הדרשה מחדש כך  
 שהקשר בין המקרא להלכה יהיה ניכר יותר.

## [23] עד שיתיר עצמו למיתה

לדרשה זו יש מקבילות במדרש תנאים לספר דברים ובירושלמי.

מדרש תנאים לספר דברים יז<sup>73</sup>

יומת המת — עד שיתיר עצמו למיתה.

ד"א: יומת המת — וכי המת מת? אלא הרשעים שנקראו בחייהם מתים.

67 מהדורת הורוביץ, עמ' 122.

68 על דבריו התמוהים של ר' יצחק ראו בפירושו לספרי, חסדי דוד, כרך ב, עמ' ע-עב.

69 רד"צ הופמן, "למדרשי התנאים", בתוך: מסילות לתורת התנאים, עמ' 54-55; י"נ אפשטיין, מבואות לספרות התנאים, עמ' 558, 593.

70 בבלי שבת קלח ע"א, "משום מאי מתרינן ביה".

71 עמ' 16.

72 מהדורת פינקלשטיין, עמ' 68. וכן כתב י"נ אפשטיין (מבוא לנוסח המשנה, עמ' 49; מבואות לספרות התנאים, עמ' 663, 708).

73 מהדורת הופמן, עמ' 101.

## ירושלמי סנהדרין ה א, כב ע"ג

תני, רבי שמעון בן יוחי אומר: על פי שנים עדים יומת המת – המת מת? אלא להודיעו באי זו מיתה מת.

לדעת ע"צ מלמד,<sup>74</sup> בעל הדרשה שהביא הופמן במדרש התנאים לספר דברים לקח מסוגייתנו את הדרשה על 'יומת המת'. דרשת הירושלמי מובאת בבבלי<sup>75</sup> כדעת יחיד – ר' יהודה. נראה שעורך סוגייתנו אינו סובר שהלכה כר' יהודה. וכן פסק הרמב"ם.<sup>76</sup>

## סיכום

אנו רואים שלכל דרשות הבבלי בעניין התראה יש מקורות קדומים. המקבילות במדרשי ההלכה לדרשות שבסוגייתנו רחוקות בדרך כלל מפשט הכתוב. הבבלי מעבד אותן ומנסה לקרבן ללשון המקרא אך עדיין הדוחק נשאר. גם ריבוי הדרשות מעיד על כך שאף אחת מהן אינה מקור ברור וחד משמעי מן המקרא לחובת ההתראה. אמנם הסתמא מנסה למצוא צריכותא לכל הדרשות, אך לבסוף היא מודה שהצריכותא אינה צריכותא אמיתית שכן די היה שתכתוב התורה בנסקלין, "וליתו הנך וליגמרו מיניה". כל זה מעיד על כך שלפנינו 'מדרש מקיים' הבא למצוא אסמכתא בכתוב להלכה קדומה הידועה זה מכבר במסורת התורה שבעל פה.<sup>77</sup>

## התרייתם בו – חובת ההתראה במשפט העברי, תולדותיה וגלגוליה

על נושא זה נשברו קולמוסים רבים.<sup>78</sup> הדיון רחב והוא חובק הן את הפן התלמודי, הן את הפן ההיסטורי הן את הפן המשפטי. בפרק זה אנסה לסכם את אשר נכתב עד כה ולהסיק מסקנות לגבי פרשנות סוגייתנו.

כבר בראשית התפתחותה של חכמת ישראל טענו חוקרים שדיני ההתראה התפתחו עם שינוי הגישה לעונש מוות. עיקר טענתם של חוקרים אלו היא, כדברי מ' איש שלום:

שהרי מידת הדין לוקה על ידי כך ואתה מרבה שופכי דמים בישראל ואי אפשר שתהיה כוונתה של התורה לכך. ומתוך תמיהתם זו חשבו שכל ענין ההתראה אינה אלא מדרשת חכמים אחר שכבר בטלה תורת דיני נפשות מישראל וכל דבריהם בה אינם אלא להלכה ולא למעשה.

אולם דברי החוקרים אינם אלא השערות. כדי לקבוע עמדה בעניין זה עלינו לבחון בצורה מקיפה את מקורות חז"ל העוסקים בהתראה.

74 מדרשי הלכה של התנאים בתלמוד הבבלי, עמ' 428.

75 סנהדרין ח ע"ב.

76 סנהדרין יב ב.

77 ראו מ' אלון, המשפט העברי, כרך א, עמ' 260-262. לעניין דרשת תנא דבי חזקיה כבר עמד על כך לפניו י"א הלוי, דורות הראשונים, כרך ה, עמ' 293.

78 הכותבים העיקריים בתחום זה הם: מ' איש שלום, "מאמר בענין עדים זוממים וענין התראה", עמ' 259-261; פ"י הכהן, "לחקר המשפט העברי [בענין התראה ובענין הרגו אין נהרגין]", עמ' 32-39, 150-153; צ' קארל, "ההתראה במשפט העברי", עמ' 119-110; פ' דייקן (דיקשטיין), "ההתראה במשפט העברי", עמ' נא-סב. (הופיע אחר כך גם בתוך: פ' דייקן, מבחר מונוגרפיות, מחקרים ומאמרים, עמ' 361-371); הנ"ל, "ענישה אוהרה, התראה", עמ' 195-196; ע' בולץ, "ההתראה במשפט העברי", עמ' 41-47; ז' ורהפטיג, מחקרים במשפט העברי, עמ' 229-232; י"צ גילת, "לתוקפה של חובת ההתראה", עמ' 217-238; א' קירשנבאום, "מקומה של הענישה במשפט העברי הפלילי", עמ' 253-273; הנ"ל, "המבנה הקונסטרוקציוני של הרשות השופטת על פי ההלכה היהודית", עמ' 31-33; א' אנקר, "יסודות במשפט הפלילי העברי", עמ' 177-206, ובעיקר עמ' 192-193; י' חבה, היסוד הנפשי בעבירות רצח במשפט העברי. (להלן אתייחס למקורות אלו על פי שמות המחברים בלבד).

## הנתונים הטקסטואליים

### תוספתא סנהדרין ט א

מכירין אתם אתו? התריתם בו? במה הרגו? בסייף הרגו? במקל הרגו? על שוקו הכהו או על ציפר נפשו?<sup>79</sup> הכהו? להיכן היה פניו הפוכות בשעה שהרגו?

### תוספתא סנהדרין יא<sup>80</sup>

ושאר הייבי מיתות בית דין אין ממיתין אותן אלא על פי עדים והתראה עד שיודיעוהו שחייב מיתה בבית דין. ר' יוסי בי ר' יהודה אומ': עד שיודיעוהו באי זו מיתה הוא מת...

מתרין בו ושותקין,<sup>81</sup> מתרין ומרכין בראשו, אע"פ שאמ': יודע אני — פטור עד שיאמר: יודע אני ועל מנת כן אני עושה.

כיצד? ראוהו שמחלל את השבת ואומ': לו: הוי יודע שהיא שבת ואמר מחלליה מות יומת, אע"פ שאמ': יודע אני — פטור עד שיאמר: יודע אני ועל מנת כן אני עושה.

כיצד? ראוהו שהורג את הנפש ואומרין לו: הוי יודע שהיא בן ברית ונאמ' שופך דם האדם באדם דמו ישפך (בראשית ט ו), אע"פ שאמ': יודע אני — פטור עד שיאמר: יודע אני ועל מנת כן אני עושה.

בפרק ט בתוספתא, כמו במשנתנו, נאמר רק "התריתם בו", ללא הפירוט. אולם בפרק יא נאמר גם שיש להודיעו שהוא חייב מיתה, ולפי ר' יוסי בר' יהודה צריך שיודיעוהו גם באיזו מיתה הוא עתיד להיות מומת. כן מוסיפה התוספתא את הצורך בקבלת ההתראה בלשון "יודע אני ועל מנת כן אני עושה". התוספתא מובאת בירושלמי כאן ובבבלי ח ע"ב, פ ע"ב, אלא שדברי ר' יוסי בר' יהודה מיוחסים בתלמודים לאביו, ר' יהודה בר' אילעי. במדרשי התנאים אין אחידות. בספרא, ההתראה אמנם אינה מוזכרת, אך נאמר בה שאין עונשים את העבריין עד שיהא מזיד. במכילתא דר"י, בספרי זוטא ובספרי דברים מוזכרת רק התראה. בספרי במדבר: "צריך שיתרו בו מעין מלאכתו", וכן הוא בשבת קלח ע"א ובמועד קטן ב ע"ב. במכילתא דרשב"י מודגש שעל העדים להתרות באדם בשעת ההריגה. בדומה לכך נאמר בבבלי ששואלים את העדים אם "המית תוך כדי דיבור".

אנו רואים שהצורך בהתראה מוסכם על כל המקורות התנאיים. חובת ההתראה מופיעה גם בכתבי כת מדבר יהודה.<sup>82</sup> לפיכך אין בסיס להשערה שבימי קדם לא היתה חובת התראה. יתר על כן, כפי שכבר הראיתי בעמודים הקודמים, מדרשי ההלכה רחוקים ביותר מפשט הכתוב, ודרשות האמוראים בסוגייתנו מנסות לתקן זאת. מכאן שאלו 'מדרשים מקיימים' הבאים למצוא אסמכתא בכתוב להלכה קדומה הידועה זה מכבר.

### למה נועדה ההתראה?

בעניין זה נכתבו כמה הסברים. אסתפק בסקירה כללית של הסברים אלו.<sup>83</sup>

#### א. ההתראה נועדה להוכיח את הזרתו של העבריין

מהדרשות שבמדרשי ההלכה ובתלמודים נראה לכאורה שזו עיקר מטרתה של ההתראה. עיקר כוונתם של התנאים היה ללמוד מהפסוקים שאין מענישים אדם שעבר עברה בשוגג וכן ללמוד

79 לביאור המושג ציפר הנפש ראו: J. Preuss, *Biblical and Talmudic Medicine*, pp. 106-107, וכן בערוך, ערך 'ציפור', ובמילון בן יהודה, ערך 'ציפור', עמ' 5591.

80 על פי כ"י וינה. מובא בבבלי סנהדרין ח ע"ב, פ ע"ב. שם, במקום 'ר' יוסי בר' יהודה': "ר' יהודה".

81 בכ"י ערפורט: "ושותק".

82 י' שיפמן, הלכה הליכה ומשיחיות בכת מדבר יהודה, עמ' 185-203; א' שמש, "עדות, תוכחה והתראה: עיון משווה בהלכת כת מדבר יהודה והלכת חז"ל", עמ' 161-163.

83 לספרות נוספת ראו י' חבה, עמ' 55-93.

את הדרך שבה מוכיחים שהעבריינין עבר את העברה במזיד. כך מפורש בספרא: <sup>84</sup> "עד שיהיו שניהן מזידין", וכן בספרי זוטא טו: <sup>85</sup>

המוצאים אותו מקושש עצים ביום השבת – והלא כבר נאמר להלן: מקושש עצים [מה אני מקיים כאן מקושש עצים]!  
אלא מאחר שאמרו לו: שבת בראשית היא, חזר להיות מקושש.

ובספרי דברים רמב: <sup>86</sup> "להביא את המזידה בהתרית עדים". זו גם דעתו המפורשת של התנא ר' יוסי בר יהודה: "חבר אין צריך התראה לפי שלא ניתנה התראה אלא להבחין בין שוגג למזיד". <sup>87</sup> כבר העירו הראשונים <sup>88</sup> שלפי רבי יוסי בן יהודה גם אין צורך בכך שיקבל עליו ההורג התראה או שיתיר עצמו למיתה. בכל המקומות האלו מניח הבבלי שחלוקין עליו חבריו על ר' יוסי בר' יהודה. האם יש להסיק מכאן שלדעת חכמים החולקים על ר' יוסי בר' יהודה מטרתה של ההתראה שונה ולא כדי להבחין בין שוגג למזיד? לדעתי, לא בהכרח. הרמב"ם כתב: <sup>89</sup> "אחד תלמיד חכם ואחד עם הארץ צריך התראה, שלא ניתנה התראה אלא להבחין בין שוגג למזיד שמא שוגג היה..."

כבר עמדו נושאי כליו של הרמב"ם על כך שהוא פוסק כחכמים אך משתמש בנימוקו של ר' יוסי בר' יהודה. ותימצו שגם לדעת חכמים, אף על פי שתלמיד חכם אינו יכול לטעון: שוגג הייתי בידיעת ההלכה, עדיין יכול הוא לטעון: שוגג הייתי בידיעת המציאות, כגון ששכח ששבת היום או שחשב שלמעשה לא יהיו תוצאות חמורות כל כך וכדומה. <sup>90</sup>

ניתן להציע הסבר נוסף: נראה שהרמב"ם סבור שחכמים מסכימים עם ר' יוסי בר' יהודה שמטרת ההתראה להבחין בין מזיד לשוגג, אלא שחכמים דורשים שההבחנה בין שוגג למזיד תתברר על פי שני עדים דווקא, ולא מסתפקים באומדנא סובייקטיבית כדוגמת היות הנאשם 'חבר'.

כך ניתן לפרש מחלוקת נוספת בין חכמים לר' יוסי במשנה. <sup>91</sup> לדעת ר' יוסי, שונא שהרג אינו צריך התראה משום שאומדנא דמוכח הוא שהרצח נעשה במזיד. אולם חכמים סוברים שאין להרשיע אדם ברצח על פי אומדנא סובייקטיבית.

עצם ההבדל בין שוגג למזיד לעניין חומרת העונש אינו חידוש של חז"ל, והוא מפורש בתורה שבכתב. <sup>92</sup>

מהי שגגה? סוג אחד של שגגה הוא היעדר כוונה לעשות את המעשה, כדוגמת מה שהרחיבה התורה בפרשת הרוצח בשגגה. <sup>93</sup>

סוג שני, מחודש יותר, של שגגה הוא אי ידיעת הדין. גם שגגה זו עולה מן הכתוב בתורה בדין 'פר העלם דבר'. <sup>94</sup>

84 לעיל, עמ' 41.

85 מהדורת הורוביץ, עמ' 288.

86 לעיל, עמ' 43.

87 סנהדרין ח ע"ב, מא ע"א, עב ע"ב; מכות ו ע"ב, ט ע"ב. במדרשי האגדה הבאים מובאת אמרה זו בשם רב: בראשית רבה (וילנא) יט א (אלבק) – יט: ג; קהלת רבה א א; מדרש שמואל ז ג; ילקוט שמעוני קהלת רמז תתקסו. במדרשים לא מוזכרת דעת החולקים, אולם מסתבר שכונת המדרשים היא לענישה בידי שמים בלבד משום שהם משתמשים באמרה זו כדי להסביר מדוע לא ניתנה לנחש האפשרות לסגור על עצמו או כפרשנות לפסוק "יוסיף דעת יוסיף מכאוב" (קהלת א יח) וכיוצא באלו.

88 רש"י עב ע"ב ד"ה ההוא ר' יוסי בר' יהודה היא; תוספות מא ע"א ד"ה באשה חברה.

89 הלכות סנהדרין יב ב.

90 על פי כסף משנה, רדב"ז ולחם משנה שם.

91 משנה מכות ב ג. בבבלי שם (ו ע"ב, ט ע"ב) קבעו שר' יוסי שבמשנה אוהו בשיטתו של ר' יוסי בר' יהודה. אפשטיין (מבוא לנוסח המשנה, עמ' 1188-1189) שיער שהנוסח הנכון במשנה עצמה הוא "ר' יוסי בר יהודה" (עיינו שם עוד על חילופי ר' יוסי/ר' יוסי בר יהודה).

92 במדבר טו, כב-כו. וראו: ח' צירנוביץ, תולדות ההלכה, כרך ראשון, חלק ב, עמ' 135-137.

93 במדבר לה כ-כה; דברים יט ד-ז.

94 ויקרא ד ב-לא.



נראה שמטרתם העיקרית של המדרשים שהובאו בסוגייתנו היא למצוא אסמכתא מן המקראות לכך שגם מי שנתכוון לעשות מעשה אלא שלא ידע את ההלכה וחשב שהמעשה מותר, נידון כשוגג. בניגוד למקובל במשפט העמים,<sup>95</sup> במשפט העברי, אי ידיעת החוק פוטרת מעונשו. כך גם יש להבין את דרשת הספרי במדבר קיג: "מיכן לכל אבות מלאכות שבתורה שמתרים בהם מעין מלאכתן". כפי שהראינו, הרעיון הבסיסי נמצא כבר במקרא עצמו ולכן אין מקום להשערות על התפתחות מאוחרת של ההתראה.

### ב. יודע ריבונו ומתכוון למרוד בו

אולם עדיין אין בטעם דלעיל להסביר את דברי התוספתא (סנהדרין יא ב) "אף על פי שאמר: יודע אני – פטור עד שיאמר: יודע אני ועל מנת כן אני עושה". הלוא ברגע שאמר "יודע אני" ברור שהוא מזיד. לשם מה צריך שיאמר גם "על מנת כן אני עושה"? אמרו רבותינו:<sup>96</sup>

אמר ליה רב אחא בריה דרבא לרב אשי:  
התרו בו וקבל עליו התראה, מאי?  
אמר ליה: התיר עצמו למיתה קאמרת? אין לך מומר גדול מזה!

וכן כתב המהר"ם מרוטנבורג:<sup>97</sup>

והרוגי בי"ד נמי הוו כמו להכעיס כיון דמתירין עצמן למיתה כשמתירין בהן ואומרים על מנת כן אנו עושים, דאי לא עבדי אלא לתיאבון, למה להו למימר על מנת כן אנו עושים? להכי אין מתאבלין עליהם, דעליהם ועל כיוצא בהן נאמר: ובאבוד רשעים רינה (משלי יא י).

מכאן למדנו, כפי שכותב פרופ' אהרון אנקר, שמטרת ההתראה היא לא רק לברר אם הנאשם ידע שהמעשה אסור אלא גם להוכיח שהוא עבר את העברה מתוך מרד ופריקת עול מלכות שמים.<sup>98</sup> מקור ושורש לתפיסה זו, לפיה החוטא ראוי לעונש רק כאשר נתברר שחטאו נעשה דרך מרידה, ניתן למצוא בפסוקים בבמדבר טו, כשהניגוד לשגגה המתכפרת הוא המורד פורק העול, ולא החוטא לתיאבון: "והנפש אשר תעשה ביד רמה ... ואת מצוותו הפר" (במדבר טו ל-לא).

### ג. ניסיון למנוע את ביצוע העברה

על היבט זה של ההתראה עמד כבר ר' מאיר איש שלום.<sup>99</sup> המילים 'עד' ו'עדים' הן משורש ע.ו.ד. ומשמעותם הנפוצה במקרא היא לא רק עד הרואה ושומע אלא גם אדם המתרה ומוזהיר, כמו: "העד העיד בנו האיש";<sup>100</sup> "רד העד בעם";<sup>101</sup> "העדותי בכם היום".<sup>102</sup> לדעת איש שלום, המשמעות השנייה היא העיקרית במקרא. מכאן שתפקידם של העדים הוא בעיקר להעיד בעבריו בעת ביצוע העברה, להוכיחו ולשכנעו שלא לעשות כן. רק משלא הצליחו בכך עליהם

95 סקירה מקיפה של המצב המשפטי בחוק הרומאי, במשפט האנגלי, במשפט הישראלי ובשאר מדינות ימצא הקורא אצל ז' ורהפטיג, מחקרים במשפט העברי, עמ' 229-232. על דבריו יש להוסיף שבחוקי חמורבי (סעיפים 206, 207 על פי אברהם לבנון, קבצי חוקים של העמים במזרח הקדמון, עמ' 98) יש אמנם הבחנה בין מי שהתכוון להרוג או להזיק למי שלא התכוון. כמו כן יש הבחנה בחוקי חמורבי בין מי שידע את המציאות לבין מי שלא ידעה (שם, סעי' 227, עמ' 99, וכן בדיני אשור, שם, עמ' 122-124, סעיפים A14, A22, A23), אולם אין הבחנה בין מי שידע את החוק למי שלא ידעו. ולא עוד אלא שבסעיף 229 של חוקי חמורבי נפסק דין מוות על מי שגרם מוות ברשלנות, כדוגמת בנאי שבנה בית רעוע והבית התמוטט וגרם למות בעל הבית.

96 חולין מא ע"א.

97 הלכות שמחות השלם, עמ' נו.

98 א' אנקר, עמ' 189-193.

99 לעיל, הערה 78, וכן ע' בולץ, שם.

100 בראשית מג ג. ועיינו רש"י שם.

101 שמות יט כא.

102 דברים ח יט.

להעיד בבית הדין. לשיטה זו, הצורך בהתראה נובע כבר מן המקרא עצמו. אולם יש חולשה מסוימת בדברי איש שלום שכן נראה שהבידול בין 'עדות' ל'העדה' מתחיל כבר במקרא עצמו. אמנם אין ביכולתנו להוכיח בוודאות שתפקיד זה של התראה היה ידוע כבר בימי המקרא, אבל מכל מקום תפקיד זה מפורש בכתבי כת מדבר יהודה. יתר על כן, נראה שזו היתה משמעותה העיקרית של ההתראה בכת זו.<sup>103</sup> זוהי העדות הקדומה ביותר לקיומו המעשי של נוהל ההתראה, והיא שוללת את ההשערות על התפתחות מאוחרת.

#### ד. אמצעי לבחינת מהימנות העדים

לדעת חבה,<sup>104</sup> ההתראה מסייעת לדיינים לוודא שהעדים מתארים בדיוק את שאירע ואינם מוסיפים עליו או גורעים ממנו. מעורבותם בהליך ההתראה מרחיקה את האפשרות שהתיאור אינו אובייקטיבי. הסברו מתיישב עם שיטת הראשונים<sup>105</sup> שלפיה ההתראה היא חלק מה'דרישות' שבית הדין חייב לדרוש מהעדים והן עיקר העדות. אמנם על כרחנו חובת ההתראה אינה מטעם זה גרידא, ואין תכלית זו מעכבת, שהרי אין הכרח שהעדים עצמם יתרו בו כדברי רבא בבבלי מכות ו' ע"ב "מותרה שאמרו אפילו מפי עצמו..." (ונפסקו דבריו להלכה, ראה רמב"ם, הלכות סנהדרין יב ב). אמנם כרגיל העדים הם שהתרו, ולכן הם נשאלים "התיתם בו".

אין בידינו להכריע איזה מן הטעמים הוא הנכון. מכל מקום יש לסכם ולומר שלפי שני הטעמים הראשונים יסודה של חובת ההתראה מקראי, אם כי לא בצורה הקיצונית המתוארת בתורה שבעל פה. אם נבחר בטעם השלישי הרי שחובת ההתראה מוכרת כבר בימי בית שני. בין כך ובין כך אין בסיס להשערה שההתראה היא הלכה תאורטית שנוצרה רק לאחר שבטלו דיני נפשות.

#### גישת המשפט העברי בעניין הענשת עבריינים

לכאורה, ההלכות בעניין דרישת העדים וחקירתם יחד עם חובת ההתראה מונעות כמעט לגמרי את האפשרות לחייב עבריינים מיתה. וכבר אמרו חכמים:<sup>106</sup>

סנהדרין ההורגת אחד בשבוע נקראת חובלנית. רבי אליעזר בן עזריה אומר: אחד לשבעים שנה. רבי טרפון ורבי עקיבא אומרים: אילו היינו בסנהדרין לא נהרג אדם מעולם. רבן שמעון בן גמליאל אומר: אף הן מרבין שופכי דמים בישראל.

זוהי תופעה ייחודית למשפט העברי. יש שכתבו שהדבר נובע מחשש שייענשו חפים מפשע.<sup>107</sup> חוקרים רבים<sup>108</sup> סבורים שהדבר נובע בעיקר מהשקפת חז"ל שלפיה כל המתת אדם, גם אם הוא רוצח, היא פגיעה בצלם אלוקים וממעטת את הדמות. ויש שכתבו שהדבר נובע מן האמונה שההענשה צריכה להיעשות בידי שמים כחלק מן ההשגחה הפרטית ואין זה ראוי שבני תמותה יתערבו במעשי הבורא.<sup>109</sup> מצד שני ישנן דוגמאות רבות לכך שבמשך כל הדורות דנו בפועל

103 שיפמן ושמש, לעיל, הע' 82.

104 לעיל, הערה 78.

105 לעיל, עמ' 35.

106 משנה מכות א י.

107 ב' רבינוביץ תאומים, "משפטי נפשות בדין הסנהדרין ובדין המלכות", ד, עמ' מט ואילך (להלן: רבינוביץ תאומים). עיינו שם ראיותיו נגד הגישה השנייה שנתאר להלן.

108 למקורות ראו לעיל, הע' 78. ובנוסף על אלו: י' לורברבוים, צלם אלקים: הלכה ואגדה, 385-345; הני"ל, "על רצח, עונש מוות והאדם כצלם אלוקים בספרות חז"ל", עמ' 272-223; הני"ל, "אדם, דם, דמות - על מיתת ההרג בספרות התנאים", עמ' 456-449.

109 י"צ גילת, עמ' 238-217.

בדיני נפשות ובעונשים גופניים אחרים גם ללא נקיטת כל ההליכים הדרושים על פי דין תורה. כבר במקרא מצאנו משפטים שנעשו שלא לפי כללי התורה כגון המתת עכן בידי יהושע, שנעשתה על פי הודאתו אחר שנפל עליו הגורל, ללא עדים והתראה;<sup>110</sup> המתת הנער העמלקי בידי דוד על פי הודאתו, ללא עדים והתראה;<sup>111</sup> המתת רכב ובענה;<sup>112</sup> המתת שבע בן בכרי;<sup>113</sup> המתת אדוניהו בידי שלמה.<sup>114</sup>

וכן בתקופת התנאים קודם החורבן ולאחריו: רבי שמעון בן שטח תלה שמונים נשים מכשפות באשקלון ביום אחד ללא עדים והתראה.<sup>115</sup> ר' אליעזר בן יעקב מעיד:<sup>116</sup>

... שמעתי שעונשין שלא כהלכה ועונשין שלא כתורה. עד איכן? רבי לעזר בי רבי יוסי אמר: עד כדי זימוזם. רבי יוסה אומר: בעדים, אבל לא בהתרייה. מעשה באחד שיצא לדרך רכוב על סוסו בשבת והביאוהו לבית דין וסקלוהו, והלא שבות היית! אלא שהיתה השעה צריכה להן. שוב מעשה באחד שיצא לדרך ואשתו עמו ופנה לאחורי הגדר ועשה צרכיו עמה והביאוהו לבית דין והלקוהו, והלא אשתו היית! אלא שנהג עצמו בביזיון.

ר' אליעזר בן יעקב חי כשהסנהדרין כבר לא ישבה בלשכת הגזית.<sup>117</sup> יתרה מזו, מצאנו במשנה ובתוספתא עונש שאינו מוזכר במקרא, והוא עונש הכיפה:<sup>118</sup>

מי שלקה ושנה — בית דין מכניסים אותו לכיפה ומאכילין אותו שעורין עד שכריסו מתבקעת. ההורג נפש שלא בעדים — מכניסין אותו לכיפה ומאכילין אותו לחם צר ומים לחץ.<sup>119</sup>

ולא עוד אלא שבבבלי סנהדרין<sup>120</sup> הוציאו משנה זו מפשטה לא על מנת להקל אלא דווקא על מנת להחמיר. מפשט המשנה משמע שרק "מי שלקה ושנה" מסבבין את מיתתו על ידי מכניסים אותו לכיפה "ומאכילין אותו שעוריים עד שכרסו מתבקעת", בעוד שבסיפא, "ההורג נפש שלא בעדים — מכניסים אותו לכיפה ומאכילין אותו לחם צר ומים לחץ" אך אין מסבבין את מיתתו. ואילו התלמוד מחבר את עונשן של הרישא והסיפא לאחד. ובשני המקרים מסבבין את מיתתו:

אמר רב ששת: אידי ואידי נותנין לו לחם צר ומים לחץ עד שיוקטן מעיינו, והדר מאכילין אותו שעורין עד שכרסו מתבקעת.

הרי לנו כאן התפתחות הפוכה: בהלכה המאוחרת, לא זו בלבד שאין חסים על חיי ההורג נפש שלא בעדים, כפי שניתן להבין מן המשנה, אלא אף מסבים לו מיתה קשה ומנוולת.<sup>121</sup> התלמוד מספר על ריש גלותא שהורה לנקר עיני רוצח — אירוע שהתרחש ככל הנראה בסוף תקופת

110 יהושע ז.

111 שמואל ב א.

112 שם, ד.

113 שם, כ.

114 מלכים א ב.

115 משנה סנהדרין ו ד; ירושלמי חגיגה עח א, ב ב.

116 ירושלמי שם, ומקבילתו בבבלי יבמות צ ע"ב; סנהדרין מו ע"א.

117 ראו א' הימן, תולדות תנאים ואמוראים, כרך א, עמ' 181. אמנם, לפי הבבלי, המעשה ברוכב על הסוס אירע בימי היוונים. זמנו של המעשה באדם שעשה צרכיו לא נזכר בבבלי, אולם במעשה זה לא נגזרה עליו מיתה.

118 כבר במקרא מצאנו ניסיון להמית באמצעות השלכה לבור: יוסף ואחיו (בראשית לו כב); ירמיהו (כ ב, לו טו, לח ו). אולם במקרים אלו לא נעשה הדבר על פי הוראת בית דין. עוד על עונש הכיפה ראו מ' אלון, המשפט העברי, עמ' 424; הנ"ל, "המאסר במשפט העברי"; א' רייך, "עונש הכיפה"; מ' אלון, "תגובה למאמר עונש הכיפה"; י"ל קמינר, "עונש המאסר בישראל", בפרט בעמ' 147-149; הרב א"י ולדינברג, "מאסר כאמצעי וכעונש", בעיקר בעמ' לה-לה.

119 משנה סנהדרין ט ה.

120 פא ע"ב.

121 לדעת הרב י"מ טיקוצ'ינסקי, "משפט המות על פי התורה בעבר ובהווה", עמ' לט, חכמים העדיפו את עונש הכיפה על פני המתה מהירה וקלה משום שעל פי התורה חיי שעה יקרים וחשובים כל כך עד שאין רשות להרוג בידיים אלא רק לקרב את המיתה. ובמחילה ממעלת כבוד תורתו, הוא תרתי דסתרי. אם חיי שעה יקרים, מניין לחכמים הרשות לקרב את המיתה? לעניות דעת, עונש הכיפה בא לא מחמת חמלה על הפושע אלא מהרצון להימנע מהריגה בידיים במקום שהתורה אינה מצווה זאת במפורש, בבחינת "אל תשפכו דם השליכו אתו אל הבור הזה אשר במדבר ויד אל תשלחו בו" (בראשית לו כב). ראו העמק דבר לדברים יג יח; הרב מ"צ נריה, מאורות הראי"ה לחנוכה, עמ' 49, ואין כאן מקום להאריך.

האמוראים.<sup>122</sup> גם בתקופת הראשונים מצאנו שהיו דנים דיני נפשות ושאר עונשי הגוף כשהיתה השעה צריכה לכך ואף חידשו עונשים חדשים אשר לא שערם אבותינו כגון קטיעת איברים וכיוצא בזה.<sup>123</sup> וכן פסק רבי יוסף קארו הלכה למעשה אף בזמן הזה.<sup>124</sup>

כיצד יתקיימו שתי גישות אלו?

על כורחנו נזקקים אנו לפירושם של ראשונים. הרמב"ם כותב:<sup>125</sup>

ד: וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן,<sup>126</sup> שאינן מהויבים מיתת בית דין, אם רצה מלך ישראל להרגם בדין המלכות ותקנת העולם – הרשות בידו. וכן אם ראו בית דין להרוג אותן בהוראת שעה – אם היתה השעה צריכה לכך הרי יש להם רשות כפי מה שיראו.

ה: הרי שלא הרגם המלך ולא היתה השעה צריכה לחזק הדבר הרי בית דין חייבין מכל מקום להכותם מכה רבה הקרובה למיתה ולאסור אותן במצור ובמצוק שנים רבות ולצערן בכל מיני צער כדי להפחיד ולאיים על שאר הרשעים שלא יהיה להם הדבר לפוקה ולמכשול לבב ויאמר הריני מסבב להרוג אויבי כדרך שעשה פלוני ואפטר.

כלומר, לדעת הרמב"ם ישנן בפועל<sup>127</sup> שתי מערכות משפט: אחת של בית הדין ואחת של המלך. ולא זו בלבד אלא שגם בית הדין מצווה לדון שלא על פי דין תורה כשהשעה צריכה לכך.

מעין דברים אלה כתב גם הר"ן בדרשותיו,<sup>128</sup> והוסיף טעם תאולוגי-מיסטי לכפילות זו:

... אבל השופטים והסנהדרין היה תכליתם לשפוט העם במשפט אמיתי צודק בעצמו, שימשך

ממנו הדבק הענין האלוהי בנו, ישלים ממנו לגמרי סידור עניני ההמוני או לא ישלים ...

לדעתו, המשפט המקראי מכוון בעיקר לצורך חינוכי-דתי-רוחני ולא לצורך השלטת הסדר החברתי. הר"ן משווה את תפקידו של המשפט הפלילי במקרא לתפקיד הקרבנות. תפקיד השופטים היה לשפוט על פי כללי הצדק המוחלט על מנת שתשרה שכינה בישראל. למרות ריבוי העברות במקרא שעונשן מיתה ראו חכמים בעונשים אלו עניין הצהרתי בלבד הבא להדגיש את חומרת העברה ולא הוראה משפטית מעשית.<sup>129</sup> לפיכך הם שפטו על פי נהלים דקדקניים ביותר ולא הענישו אלא אם כן היו הוכחות מוחלטות לאשמה. כל עוד מדובר במצוות שבין אדם למקום, אין בכך בעיה. אולם במצוות שבין אדם לחברו יש סכנה שייפגע הסדר החברתי ויברו שופכי דמים בישראל שלא יגורו מפני עונש. לשם כך נועדה המערכת המשפטית השנייה – משפט המלך. המלך יכול לדון שלא בהתראה כפי מה שיראה לו לצורך התיקון החברתי:

122 סנהדרין כז ע"א.

123 ראו בית יוסף חושן משפט ב ד"ה אף על פי שאין דנים; ש' אסף, העונשין אחר חתימת התלמוד, בעיקר עמ' 4-12; י"מ טיקוצ'ינסקי, "משפט המות על פי התורה בעבר ובהווה", עמ' לג ואילך; רבינוביץ תאומים, "משפטי נפשות בדין הסנהדרין ובדין המלכות".

124 שו"ע חו"מ ב א מהדורת מורשה להנחיל. בחלק מהדפוסים כתוב בלשון עבר: "היו דנים", והוא כנראה תיקון מחמת הצנוורה.

125 הלכות רוצח ושמירת הנפש ב ד. וראו גם הלכות סנהדרין יח ו הלכות מלכים ג י.

126 א' קירשנבאום, "המבנה הקונסטיטוציוני של הרשות השופטת על פי ההלכה היהודית", טוען שלדעת הרמב"ם, סמכותו של המלך מוגבלת לענייני רציחה בלבד. אולם קביעה זו אינה מתיישבת בלשון הרמב"ם, שכתב: "הרצחנים וכיוצא בהן". יותר נראה שכונתו לכל העניינים שיש בהם תיקון חברתי, להוציא עברות שבין אדם למקום – המסורות לשפוט בית הדין בלבד. וכן דעת הר"ן המובא לקמן, ואל לנו ליצור מחלוקת במקום שאינה.

127 קירשנבאום, שם, מונה ארבע סמכויות שיפוטיות, אולם בפועל אלו ארבע שהן שתיים.

128 דרשות הר"ן, עמ' קפט-ריא (הדרוש האחד עשר). וראו: י' אחיטוב, "הר"ן ומדינת התורה".

129 כדברי הר"ם פיינשטיין, שו"ת אגרות משה, חו"מ ב, סי' סח: "... בעצם נאמרו בתורה עונשי מיתה לעבירות החמורות מאד כרציחת נפש אדם, ומיני עריות, ועל אחד שעובד עבודה זרה ... אבל לא היה זה מצד שנאה לעושי דבר הרע ומצד יראה לקיום העולם ... אלא הוא שידעו האינשי חומר האיסורים אלו ולא יעברו על זה ... אבל מי שהורג נפשות מחמת שהופקר אצלו איסור הרציחה והוא אכזרי ביותר, וכן כשנתרבו רוצחים ועושי רשעה היו דנין למיגדר מלתא למנוע מעשה רציחה שהוא הצלת המדינה ...". דבר זה אינו כדעת י' קויפמן, תולדות האמונה הישראלית, כרך א, עמ' 67: "אין המסורת הישראלית יודעת שלטון חילוני מחוקק חוקים ... הזקנים והמלכים היו שופטים אבל לא מחוקקים ... מחוקק היה רק ה' ושליחו הנביא ... אמונה זו שמשם יסוד לאותה ההתמזגות של היסוד המשפטי ביסוד הדתי והמוסרי המיוחדת לישראל". כמוהו סובר גם י' ליבוויץ במאמרו "ענישה על פי ההלכה – כנגד החטא ולא כנגד הפשע", עמ' 141-142. אבל לפי דברי הראשונים, אמנם הענישה שבתורה שכתב היא על החטא, אבל בהלכה שבע"פ ישנה גם ענישה על הפשע. וראו עוד: R. I. Herzog, *The Main Institution of Jewish Law*; M. Greenberg, "Some Postulates of Biblical Criminal Law"

... ומפני זה אפשר שימצא בקצת משפטי ודיני האומות מה שהוא יותר קרוב לתיקון הסדר המדיני ממה שימצא בקצת משפטי התורה. ואין אנו חסרים בזה דבר. כי כל מה שיחסר מהתיקון הנוכח היה משלימו המלך<sup>130</sup> ... ונמצא שמינוי השופטים היה לשפוט משפטי התורה בלבד, שהם צודקים בעצמם, כמו שאמר: ושפטו את העם משפט צדק (דברים טז יח),<sup>131</sup> ומינוי המלך היה להשלים תיקון סדר המדיני וכל מה שהיה מצטרך לצורך השעה ...

הן לפי הרמב"ם הן לפי הר"ן אין כאן תהליך התפתחותי אלא שתי מערכות מקבילות שהתקיימו תמיד זו לצד זו. לא נכון לומר שחז"ל ביטלו את עונש המוות או שהיתה להם מגמה לבטלו וכן לא נכון לומר שמהמשנה במכות רואים שההתנגדות לעונש המוות "הולכת וגוברת",<sup>132</sup> שכן לא מצינו אצל חז"ל בשום מקום הסתייגות מסמכותו של המלך או של בית דין בהוראת שעה לביצוע עונש מוות.

כך גם תובן המחלוקת שבין ר' טרפון ור' עקיבא לרשב"ג במשנת מכות דלעיל (א ו). לו היה הוויכוח רק על התועלת החברתית של עונש המוות מה לו לרשב"ג להלין על ר' טרפון ור' עקיבא? הרי לא רק ר' עקיבא ור' טרפון מרבים שופכי דמים – כל ההלכה הפלילית העברית מרבה שופכי דמים. לכן נראה שהמחלוקת היא בשאלה מהו הערך המוסרי שאותו יש להדגיש בשעת לימוד דיני נפשות מן המקרא. ר' עקיבא ור' טרפון מבליטים את הערך החינוכי של הזהירות מפגיעה בחפים מפשע ואילו רשב"ג מבליט את הערך החינוכי של איסור רציחה. לדעתו, דרישת המקראות באופן שיהפוך את עונש המיתה לבלתי אפשרי לחלוטין תובן כסלחנות יתרה כלפי רוצחים וממילא תגרום לפיחות ביחס לחיי אדם.<sup>133</sup> מכל מקום, שלושה תנאים אלו מתייחסים לדרשות המקרא ולא לדין שנהג למעשה, שהרי מעולם לא שמענו את ר' עקיבא אומר: לו הייתי מלך לא הייתי הורג אדם מעולם.

### סיכום ומסקנות

את חובת ההתראה בה עסקנו, ושלדעתנו אינה התפתחות מאוחרת אלא יסוד מקורי במערכת המשפט התורתית, יש לראות כחלק מתמונה רחבה יותר.

עיון במקורות מתקופת התנאים המאוחרת ואילך מראה שבאופן מעשי, השימוש בראיות נסיבתיות ובאומדנות, תוך ויתור על יסודות פורמליים כדוגמת ההתראה, דווקא הולך וגובר עם הדורות.<sup>134</sup> טעותם של החוקרים נובעת מכך שלא הבחינו בין דרשות הכתובים התאורטיות לבין הפרקטיקה המשפטית שנהגה בפועל. נראה שהתהליך הפוך מכפי שסברו. כל עוד היה מלך בישראל שדאג לתיקון המדיני הגבילו חכמים את עצמם לדון רק בעניינים דתיים ומוסריים שהמלך לא דן בהם. אולם משבטלה המלוכה הפכו הדיינים להיות גם המנהיגים המדיניים והחלו לדון מפאת צורך השעה גם לפי כללי המשפט הפרקטי. וכן כתב הר"ן שם: "... אבל

130 וכן כתב בשמו ר' יצחק אברבנאל בפירושו לתורה, עמ' 256-257 (לדברים יז ד"ה וביאר כאן מה יהיה), עמ' 263 (ד"ה ההודעה הרביעית). אמנם, לדעת האברבנאל – הרואה במלוכה תופעה שלילית – גם התפקיד השני מסור לבית הדין הגדול שבירושלים.

131 נראה שיש ראייה לדברי הר"ן משיטת הירושלמי. את הצורך להסתלק באופן מוחלט מן הספק בדיני נפשות למדו בבבלי (פסחים יב ע"א) מן הפסוק "ושפטו העדה והצילו העדה" (דברים לה כה). דרשה זו מתפרשת בבבלי כציווי על בית הדין ללמד זכות על הנאשם (ראש השנה כו ע"א; סנהדרין סט ע"א ורש"י שם). אולם בירושלמי (סנהדרין כב ע"ד, ה ב) למדו הלכה זו מן הפסוק "צדק צדק תרדף" (דברים טז כ). הדרשה מפסוק זה דווקא מלמדת על כך ששורש הלכה זו הוא השאיפה לצדק מוחלט.

132 י' לורברבוים, "על רצח, עונש מוות והאדם כצלם אלוקים בספרות חז"ל".

133 השוו מה שנכתב בשם החזון איש, פאר הדור, כרך ג, עמ' קלט, הע' 30: "... מצינו אמצעי נקל להרגל המידות הטובות בכל העם על פי שימת חוק ללמד לכל את תורת המשפטים והעונשים של כל עוול. בעסק הנער בעונשי העוול יוטע בליבו תועבת העוול והחוב להתרחק ממנו, באופן קל ובדרך אגב בקנין חזק ... ועל פי זה, שימת העונשין יעשו את פרי פעולתם לנקיון המידות. כי שררת העונש הגדול על העוול יכה שורש בלב כל העם לגעל את הדבר ההוא ולחושבו זרא, מלבד יראת העונש. על פי כל אלה, פשוט שחוק חריצת עונש נפש להורג נפש ממעט את הרציחה ומקיים הרבה נפשות. ולעומת זה, כשיהיה החוק קל לרצח, יכה שורש להקל בלב העם את עוול רצח נפש ... ומצינו שיותר יעשה החוק את פעולתו המוסרית מאשר יעשה את פעולתו הממשית ...".

134 ח"ש חפץ, ראיות נסיבתיות במשפט העברי, בעיקר עמ' 5-32, 265-270; הנ"ל, "על פי שנים עדים יקום דבר" – האמנם? ראיות נסיבתיות בבית הדין להלכה ולמעשה", עמ' 59-84.

כאשר לא יהיה מלך בישראל, השופט יכלול שני הכוחות, כוח השופט וכח המלך ...”.

לסיום אצטט מספר קטעים מדברי ח"ש חפץ, שכתב:<sup>135</sup>

המסקנה המפתיעה במקצת, אליה הגענו לאחר גמר הבירור, כי בתחילת ההכנות לעבודה לא ציפינו כלל למסקנה זו, בהיותנו תחת הרושם החזק של הדעה המקובלת, גם בחוגי המשפטנים וגם בחוגי הישיבות, היא: כשרות הראיה הנסיבתית והדיון המשפטי והמעשי בה לא פסקו מעולם משיטת המשפט העברי ...

חפץ עוסק במחקרו בעיקר בדיני ממונות, אולם מהראיות שהבאנו לעיל מוכח בבירור שחכמים לא היססו להשתמש בראיות נסיבתיות ובהליכים שאינם תואמים לגמרי את הכללים של המשפט המקראי גם בדיני נפשות ובעונשין.

חפץ שואל:<sup>136</sup>

לאור המסקנות אליהן הגענו ואותן הוכחנו בעבודה זו, נשאלת השאלה, איך נשתרשה בקרב רוב המשפטנים המודרנים ובקרב חלק מחוגי הישיבות, הדעה המוסכמת המוטעית, שראיות נסיבתיות הן כמעט בבל יראה ובל ימצא בשיטת המשפט היהודי?

ועונה:

נראה לי, שהטעות נובעת מכמה סיבות היצוניות המשקפות סיבה פנימית מהותית אחת. סיבה אחת היא, שימת דגש יתר במשפט הפלילי ... בשיטת המשפט העברי נשללה בבירור אפשרות כזאת,<sup>137</sup> נוצר הרושם של שלילה עקרונית של המושג ראייה נסיבתית ... וגם במשפט הפלילי של המשפט העברי, כפי שצינו בעבודה, ישנם חריגים רבים לכלל היסודי.

סיבה שניה היא, הצמידות היתרה למקורות ההלכה הכתובים בפסקי הדין הרבניים ובספרות השאלות והתשובות. הפוסקים והדיינים מרבים בראיות מתוך הספרים, וריבוי הקושיות והתירושים וההידושים והאבחנות ואמרות האגב, יוצר רושם היצוני של עיסוק פורמלי בחוקים כתובים הכובל את שיקול הדעת החופשי והיוצר של הדיין ...

ואוסיף על דבריו שהוא הדין לעוסקים במחקר התלמוד. העיסוק הרב בדרשות הכתובים יוצר רושם מוטעה כאילו מדובר בנהלים המכוונים לכך שינהגו על פיהם בפועל ממש, דבר הגורם להדחקת כל אותם מקורות רבים שבהם רואים כיצד, באופן מעשי, חכמים פעלו בניגוד לנהלים אלו.

והוא ממשיך ואומר:

אך כל הסיבות היצוניות הנזכרות ... משקפות סיבה פנימית מהותית אחת והיא ... נטיה מוגזמת להפשטה ולתאוריה לשמה והתרחקות נפשית ממהשבת פסיקת ההלכה למעשה במשפט ודרכיה.

לפיכך יש לומר שהברייטא בפרקנו: 'תנו רבנן מכירים אתם אותי', על כל פרטי הלכותיה – "קיבל עליו התראה", "התיר עצמו למיתה", "המית בתוך כדי דיבור" – אינה משקפת התפתחות מאוחרת של הלכות התראה אלא דווקא את הלכות התראה הקדומות כפי שהן נדרשות מן המקרא על פי עקרונות הצדק הטהור. ההתפתחות שישנה הרי היא דווקא בכיוון ההפוך. במהלך

135 ח"ש חפץ, ראיות נסיבתיות במשפט העברי, עמ' 265.

136 עמ' 269.

137 של הרשעה פלילית על פי ראיות נסיבתיות – ש"ב.

הדורות הולכת ההקפדה על חובת ההתראה ופוחתת. לא ניתן כלל וכלל להסיק מסוגייתנו ומן הדומות לה שום מסקנה הלכתית או היסטורית לגבי הנהלים המעשיים של המשפט העברי בימי בית שני, המשנה והתלמוד.<sup>138</sup> הראייה הנכונה של סוגייתנו בפרט ושל פרקנו בכלל לא תהא כעדות היסטורית על הנהלים שנהגו בפועל בבתי הדין בתקופה הקדומה אלא כעוסקת בצד העקרוני, הדתי-מוסרי של המשפט הפלילי המקראי.<sup>139</sup>

138 השוו: ב' דה פריס, תולדות ההלכה התלמודית, עמ' 19: "... ובכלל יש להזהר בתיאורים של הדיון במשפט הפלילי של זמן הבית שקבלו במקורות המאוחרים אופי של דיון בכתובים יותר מאשר דיון במעשים ובעדות". וראו גם: י' אפרון, "הסנהדרין בחזון ובמציאות של ימי בית שני", וראו לעיל במבוא, עמ' יח.

139 אגב כך יש להעיר שבאמצעות דברינו ניתן להסביר את האפליה בין בני ישראל לבני נח. כידוע, בן נח נהרג על פי עד אחד וללא התראה. אם נזכור שבלמוד דיני נפשות יש שני מישורים: המוסרי-תאורטי והחברתי-מעשי, הרי שלמעשה אין אפליה. אמנם הצד המוסרי-תאורטי עוסק רק בישראל, אולם כללי הסדר החברתי חלים על בני נח ועל בני ישראל בשווה.