

על הנאשמים הראשונים בהיסטוריה – אדם, חוה והנחש: ניתוח סיפור גן-עדן בראי המשפט הפלילי הישראלי

יובל ליבדרו*

תקציר

סיפור גן-עדן מוכר וידוע לכל בר-בי-רב. לסיפור ניתנו במשך השנים הקשרים ופירושים רבים. מאמר זה מציע קריאה חדשה של הסיפור, במשקפי המשפט הפלילי הישראלי העכשווי.

במאמר זה אני מבקש לבחון את סיפור גן-עדן – על גיבוריו אדם, חוה והנחש – בשדה המגרש הפלילי המהותי. במסגרת בחינה זו אתמקד בכמה סוגיות-יסוד של המשפט הפלילי המהותי, דוגמת עקרון החוקיות, עקרון האשם, שאלת הצדדים לעברה וסוגיות נוספות מתחום דיני הענישה.

במאמר מושם דגש בבחינת היחסים בין הפרט לשלטון בהקשרים הפליליים של יחסים אלה. כך, לא אבחן את שאלת ביצוען של עבירות הרכוש ככל שהתגבשו בסיפור, כי אם דווקא עבירות הקשורות כאמור ליחסים שבין הפרט לשלטון, דוגמת עבירות ההמרדה והפרת הוראה חוקית. אף בחינת תחולתו של עקרון החוקיות – עיקרון שנטוע כולו במערכת יחסים זו – תיעשה בהקשר זה.

התמקדותי במערכת יחסים זו ובסוג העבירות שהוזכרו נובעת מהכרה כי לסיפור המסופר יש רובד עמוק, נסתר-לא-נסתר, הקשור למערכת היחסים שבין הברואים לבורא ובינם לבין מי שקורא תיגר על מערכת יחסים זו. אראה כי אף הענישה שהוטלה על כל אחד מהנאשמים – שהם כזכור הנאשמים הראשונים בהיסטוריה – קשורה למערכות

* שופט בית-משפט השלום בבאר-שבע ומרצה מן החוג בבית-הספר למשפטים במכללה האקדמית ספיר. ברצוני להודות לשופט יעקב דנינו, לשופט אור אדם, לעורכי-הדין תומר אורינוב, יוחאי הזו, חיים כהן ולימור ליבדרו, וכן לאברהם שלם, על הערותיהם והארותיהם המועילות.

היחסים שבין כל אחד מהנאשמים לבין עצמם ובין לבין בורא עולם, תוך שהיא קושרת בין העבר לעתיד ובין המעשה לתוצאות המעשה. בסופו של המאמר אתייחס לעקרון הבחירה החופשית. עיקרון זה, המשמש בסיס להטלת האחריות בסיפור, משמש גם כיום, במשפט הפלילי הישראלי, בסיס להטלת אחריות פלילית.

מבוא

א. עקרון החוקיות

ב. העברה והצדדים לה

1. עברת הפרת הוראה חוקית

2. הצדדים לעברה

(א) הנאשמים כמבצעים בצוואת

(ב) הנחש כמבצע באמצעות אחר

(ג) הנחש כמשדל

3. עברות המרידה וההמרדה

ג. שאלת האשם – המודעות והכשרות לעמוד לדין

1. היסוד ההכרתי – מודעות

2. סייג הקטינות

3. סייג הליקוי בכושר השכלי

ד. העונש

1. עקרון ההלימה, עקרון הגמול ורעיון ה"מידה כנגד מידה"

(א) עונשיו של הנחש

(ב) עונשיה של חוה

(ג) עונשיו של אדם

(ד) חומרת עונשיהם של המבצעים וחומרת עונשו של המשדל

2. עקרון הענישה האינדיווידואלית

3. יישום של עקרונות ענישה ושיקולי ענישה נוספים בסיפור המקראי

(א) מיידיות העונש

(ב) עונש מוות ועונש מרבי

(ג) נטילת אחריות על-ידי נאשם

במקום סיכום – על עקרון הבחירה החופשית

מבוא

סיפור גן-עדן העסיק חוקרים ופרשנים רבים במהלך ההיסטוריה במישורים תיאולוגיים, ספרותיים, אומנותיים, חברתיים ועוד.¹ סיפור זה היווה את הבסיס הראשוני, את המקור העיוני הראשוני, למושגייסוד בתפיסת האמונה והתרבות היהודית כמורגם בדתות ובתרבויות אחרות.² שאלות של חטא, ציווי, פיתוי, דעת, טוב ורע, תבונה ועונש – מקורן כולן בסיפור זה. מושגייסוד דוגמת החטא הקדמון, גן-עדן כמושג, חיי נצח ועוד – אף הם מקורם בסיפור זה. יש המפרשים את הסיפור כולו כסיפור על כוחות הנפש והשכל הנמצאים באדם עצמו.³ יש הרואים אותו כמבטא מאבק בין כוחות ואמונות, בין האדם לבורא עולם, בין הנחש לבורא עולם או בין השטן לבורא עולם.

במאמר זה אבקש לבחון את סיפור גן-עדן מזווית שונה ובהקשר אחר. אבקש לבחון סיפור זה במישור המשפטי-פלילי, ולא אתייחס כמעט למישורים ולהיבטים אחרים של הסיפור. אבקש לבחון קיומה של זיקה בין שיטת המשפט הפלילי הישראלית לבין זו שעל-פיה התקיים ההליך בעניינם של שלושת הנאשמים

- 1 ראו, למשל, יחזקאל קויפמן תולדות האמונה הישראלית כרך א 436, 448 (הוצאת מוסד ביאליק, התשכ"ד); יונתן גרוסמן "עוד על המבנה הספרותי של סיפור גן עדן (ב 4 – ג 24) בית מקרא נו 5 (2011); שושנה שפירא "יצר ויצירה בגן עדן" החינוך וסביבו: שנתון סמינר הקיבוצים כח 241 (2006) (ניתוח ספרותי בהקשרה של חוה); אירית רושין נחש קדמון (הוצאת א' רושין, 1999) (מבט אחר על תפקידו ושליחותו של הנחש בהקשר הפסיכולוגי-החברתי); גבי ברזלי "המופע של אדם וחוה" / cafe.themarker.com/post/234123/ (פרשנות לסרט "המופע של טרומן" לפי סיפור גן-עדן); ג'והן מילטון גן-העדן האבוד (הוצאת מסדה ועם הספר, 1982) (יצירתו הנודעת של מילטון על-אודות נפילת האדם). בתולדות האומנות ידועות יצירות רבות שתיארו את אדם וחוה ואת סיפור גן-עדן. נדמה כי המפורסמת מביניהן היא ציורו של מיכאלנג'לו בתקרת הקפלה הסיסטינית שבוותיקן. כן ראו adam-and-eve.org/02-adam-and-eve.htm, שם מובאים 98 ציורים של אדם, חוה והנחש.
- 2 בנצרות ראו, למשל, הברית החדשה, אגרת פאולוס אל הרומים ה 12: "לפיכך, כשם שעל-ידי אדם אחד בא החטא לעולם, ועקב החטא בא המות, כך עבר המות לכל בני אדם משום שכלם חטאו." סיפור גן-עדן מגלם אם כן בדת הנוצרית את מושג-היסוד של החטא הקדמון. באסלאם ראו, למשל, קוראן, סורת הפרה 2, 35–39: "אמרנו הוי אדם, שכון אתה ואשתך בגן, ואכלו שניכם פריו בשפע מכל אשר תרצו, אך אל לכם לקרב אל העץ הזה פן תהיו בבני העוולה. ואולם השטן הסיט את שניהם מעליו והוציאם מכל אשר היו שרויים בו. אמרנו, רדו והיו אויבים זה לזה... אדם קיבל מילים מעם ריבונו, והוא שב מכעסו עליו, כי רוצה הוא בתשובת עבדיו ורחום..."
- 3 שרה קליין-ברסלבי פירוש הרמב"ם לסיפורים על אדם כפרשת בראשית (הוצאת ראובן מס בע"מ, 1986).

הראשונים בהיסטוריה – אדם, חוה⁴ והנחש. הזיקה שאבחן תהא בהקשר של דיני העונשין המהותיים המקובלים בישראל בעת הזו, ופחות בהקשר של סדרי הדין ודיני הראיות, אף שגם בהקשרם ניתן למצוא בסיס משותף בין הדין הישראלי לסיפור המקראי.⁵

אקדים אחרית לראשית, ואציין כי מצאתי שליסודות רבים המוכרים בשיטת המשפט הפלילי הישראלית יש בסיס והכרה עוד בסיפור גן-עדן, ולטעמי אף נעשה בהם שימוש על-ידי מי ש"מגלם" את שלוש הרשויות בסיפור – בורא עולם – הגם שלא נעשה שימוש מילולי ממשי במונחים המשפטיים המוכרים בימינו. לא זו אף זו, נדמה כי אם אדם, חוה והנחש היו מובאים לפני בית-משפט ישראלי בימינו-אנו, ייתכן שעניינם היה מוכרע באופן דומה, בהקבלות המתאימות, והכל כפי שיפורט להלן.

בפרק הראשון של המאמר אני מבקש לבחון את תחולתו של עקרון החוקיות בסיפור. במסגרת זו אתייחס לשאלת האיסור והעונש שנקבע לצידו, לרבות לשאלה אם איסור זה כלל גם את האיסור לשדל לעבור על האיסור. כן נשאלת שאלת פומביותו של האיסור, דהיינו, מי ידע על האיסור ומה ידע.

בפרק השני של המאמר אדון בשאלת זיהוי העברה והצדדים לה. כבר עתה אציין כי במסגרת פרק זה אתייחס פחות לעברות הרכוש שהיה אפשר אולי לייחס לכל אחד מהנאשמים, דוגמת העברה של הסגת גבול (עברה לפי סעיף 447 לחוק העונשין,

4 למען הנוחות אשתמש בשם חוה, אף שלאורך הסיפור כולו טרם ניתן לאישה שמה. שם זה ניתן לה על-ידי אדם רק בהמשך הסיפור – בפרק ג, פסוק 20. לעניין הפירושים לשמה של חוה והנפקויות לעצם מתן השם ראו, בין היתר, "חוה" דעת – אנציקלופדיה יהודית www.daat.ac.il/encyclopedia/value.asp?id1=3435.

5 ראו, למשל, את זכות השימוע בס' 60א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, והשוו לשימוע שבורא עולם עורך לאדם ולחוה (בראשית ג 9-13). ראו גם בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב(2) 1493 (1958), אשר מפנה לפסיקה אנגלית המתייחסת לסיפור אדם וחווה: "Even God himself did not pass sentence upon Adam before he was called upon to make his defence". בעניין זה ראו גם את ספרו של דניאל פרידמן הרצחת וגם ירשת – משפט, מוסר וחברה בסיפורי המקרא (2000). יושם אל לב כי בעניינו של הנחש לא מוזכר בכתובים כי נערך לו שימוע. חז"ל למדו מכאן ש"אין טוענין למסית" – בבלי, סנהדרין כט, ע"א. לעניין דיני הראיות, מעניין שלרציונל האוסר ככלל העדת בן-זוג נגד בן-זוג במשפט הפלילי – מן החשש של כניסה אל תוככי התא המשפחתי ופגיעה במרקם העדין של מערכת היחסים שבין בני הזוג (ס' 3 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 – יש בסיס בסיפורנו. כאשר אדם נשאל במהלך השימוע לפשר מעשיו, הוא מגיב מייד בהפניית האשמה לאישה, ובעקיפין מביע בכך ביקורת כלפי בורא עולם על האישה אשר נתן לו (בראשית ג 12).

התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)) או עֲבֵרַת הַגְּנֵבָה (עֲבֵרָה לפי סעיפים 383–384 לחוק העונשין) או אף עֲבֵרָה של גְּנֵבָה בִּידֵי עוֹבֵד (עֲבֵרָה לפי סעיף 391 לחוק העונשין) או בִּידֵי מוֹרְשָׁה (עֲבֵרָה לפי סעיף 393 לחוק העונשין). סבורני כי דיון בעֲבֵרוֹת הַרְכוּשׁ יחטיא את כוונת המחבר המקראי לדון ב"מערכת היחסים" שבין הפרט לריבון, שבין הברואים לבורא. על-כן מצאתי עניין להרחיב דווקא על עֲבֵרוֹת הַקְּשׁוּרוֹת לִיחִסִּים שבין הפרט לשלטון, וכן על כאלה הקשורות לסדרי המשטר והחברה ולסדרי השלטון והמשפט, דוגמת עֲבֵרוֹת הַמְרִידָה (עֲבֵרָה לפי סעיף 106 לחוק העונשין), הַהִמְרָדָה (עֲבֵרָה לפי סעיף 133 לחוק העונשין) והפרת ההוראה החוקית (עֲבֵרָה לפי סעיף 287 לחוק העונשין). במסגרת פרק זה אתייחס גם לסוגיות הקשורות לצדדים לעֲבֵרָה, דוגמת מְבַצְעִים בצוותא, מְבַצְע באמצעות אחר ומשדל.

בפרק השלישי של המאמר אדון בעקרון ה"אשם". לעקרון האשם יש שני פנים: פן חיובי ופן שלילי. במסגרת הפן החיובי נבדק קיומם של יסודות-המשנה של היסוד הנפשי, לרבות היסוד ההכרתי, הוא יסוד ה"מודעות", שאותו אבחן בהרחבה בפרק זה. הפן השלילי של עקרון האשם מתייחס לתחולתם של סייגים לאחריות הפלילית אשר ייתכן שיהיה בהם כדי לשלול קיומו של אשם, ולו ברמה הבסיסית הנדרשת. בפרק זה אתייחס לתחולתם של שני סייגים – סייג הקטינות (לפי סעיף 134 לחוק העונשין) וסייג הליקוי בכושר השכלי (לפי סעיף 134 לחוק העונשין).

הפרק הרביעי של המאמר דן בשאלת העונש. במסגרת הדיון בשאלת העונש אתייחס לעקרונות ענישה כלליים, דוגמת עקרון ההלימה, עקרון ה"מידה כנגד מידה" ועקרון הענישה האינדיווידואלית. אעסוק בשאלת יחסי-הגומלין שבין עקרונות אלה וביישומם בעניינם של שלושת הנאשמים, לרבות בשאלת העונש ההולם למשדל. הדיון בעניין העונש יעסוק ב"כללי ענישה" נוספים, דוגמת שאלת תחולתו של העונש המרבי ושאלת קבלת האחריות על-ידי הנאשם כנימוק להקלה בעונש.

בפרק האחרון של המאמר אתייחס למסקנות השונות שעלו מהניתוח המשפטי והעובדתי שנעשה בכל פרק ופרק, ואציג עמדה שלפיה עקרון הבחירה החופשית מהווה חוט משפטי מקשר בין משפטם של שלושת הנאשמים הראשונים בהיסטוריה לבין משפטם של נאשמים בשיטה הפלילית הישראלית העכשווית.

כל אחת מהסוגיות הנבחנות במסגרת המאמר – עקרון החוקיות, זיהוי העֲבֵרוֹת השונות, הסוגיות השונות הקשורות לצדדים לעֲבֵרָה (המבצעים בצוותא), המבצע באמצעות אחר, המשדל, עקרון האשם, לרבות הסייגים שהוזכרו, וכן הסוגיות השונות בדיני הענישה – מהווה סוגיה "כבדת-משקל" מבחינה משפטית, הראויה

למאמר שייוחד רק לה. אכן, ברוב הסוגיות הללו קיימת כתיבה ענפה במחקר ובפסיקה. מאמר זה אינו בא להציע תזה חדשה אף לא באחת מן הסוגיות הללו, ומסיבה זו, ובשל קוצר היריעה, הסקירה המשפטית שנעשית, לרבות זו הנשענת על המשפט העברי, היא בסיסית בלבד, ונועדה רק לצורך הבנת ההקשר והיישום של סיפור גן-עדן. החידוש שמאמר זה מציע טמון בקריאת "סיפור גן-עדן" מבעד למשקפי המשפט הפלילי המהותי הישראלי, תוך התייחסות לאותן סוגיות המעסיקות באופן תדיר את העוסקים במשפט הפלילי הישראלי.

למען הנוחות והבנת ההקשר יובא כבר בפתח הדברים סיפור גן-עדן כפי שהוא מופיע בספר בראשית (ב 8 – ג 24):⁶

"ח וַיִּטַע יְהוָה אֱלֹהִים גֵּן בְּעֵדֶן מִקְדָּם, וַיִּשֶׂם שָׁם אֶת הָאָדָם אֲשֶׁר יָצַר. ט וַיִּצְמַח יְהוָה אֱלֹהִים מִן הָאֲדָמָה כָּל עֵץ נְחֻמָּד לְמִרְאָה וְטוֹב לְמֵאֲכָל, וְעֵץ הַחַיִּים בְּתוֹךְ הָגֵן וְעֵץ הַדַּעַת טוֹב וְרָע. י וַנְּהַר יֵצֵא מֵעֵדֶן לְהַשְׁקוֹת אֶת הָגֵן, וּמִשָּׁם יִפְרָד וְהָיָה לְאַרְבַּעַת רְאשִׁים. יא שָׁם הָאָחָד פִּישׁוֹן, הוּא הַסֹּבֵב אֶת כָּל אֶרֶץ חֲתוּלָה, אֲשֶׁר שָׁם הַזֶּהָב. יב וְזֶהָב הָאֶרֶץ הַהוּא טוֹב; שָׁם הַבְּדִלָח וְאֶבֶן הַשֹּׁהַם. יג וְשָׁם הַנְּהַר הַשְּׁנַי גִּיחוֹן, הוּא הַסּוֹבֵב אֶת כָּל אֶרֶץ כּוּשׁ. יד וְשָׁם הַנְּהַר הַשְּׁלִישִׁי חַדְקֵל, הוּא הַהֹלֵךְ קְדָמַת אֲשׁוּר, וְהַנְּהַר הָרְבִיעִי הוּא פָּרַת. טו וַיִּקַּח יְהוָה אֱלֹהִים אֶת הָאָדָם וַיִּנְחָהוּ בְּגֵן-עֵדֶן לְעִבְדָּהּ וּלְשִׁמְרָהּ. טז וַיִּצַּו יְהוָה אֱלֹהִים עַל הָאָדָם לֵאמֹר: מִכָּל עֵץ הָגֵן אָכַל תֹּאכֵל. יז וּמֵעֵץ הַדַּעַת טוֹב וְרָע לֹא תֹאכַל מִמֶּנּוּ, כִּי בַיּוֹם אֲכַלְךָ מִמֶּנּוּ מוֹת תָּמוּת. יח וַיֹּאמֶר יְהוָה אֱלֹהִים, לֹא טוֹב הַיּוֹת הָאָדָם לְבֶדוּ; אֶעֱשֶׂה לוֹ עֵזָר כְּנֶגְדּוֹ. יט וַיִּצַּר יְהוָה אֱלֹהִים מִן הָאֲדָמָה כָּל חַיַּת הַשָּׂדֶה וְאֶת כָּל עוֹף הַשָּׁמַיִם, וַיָּבֵא אֶל הָאָדָם לְרִאוֹת מַה יִּקְרָא לוֹ; וְכָל אֲשֶׁר יִקְרָא לוֹ הָאָדָם נֶפֶשׁ חַיָּה, הוּא שְׁמוֹ. כ וַיִּקְרָא הָאָדָם שְׁמוֹת לְכָל הַבְּהֵמָה וּלְעוֹף הַשָּׁמַיִם, וּלְכָל חַיַּת הַשָּׂדֶה; וּלְאָדָם לֹא מָצָא עֵזָר כְּנֶגְדּוֹ. כא וַיִּפֹּל יְהוָה אֱלֹהִים תְּרִדְמָה עַל הָאָדָם, וַיִּישָׁן; וַיִּקַּח אֶחָת מִצִּלְעֹתָיו וַיִּסְגֹר בָּשָׂר תַּחְתָּנָהּ. כב וַיִּבֶן יְהוָה אֱלֹהִים אֶת הַצִּלְעֵ אֲשֶׁר לָקַח מִן הָאָדָם לְאִשָּׁה, וַיִּבְאֶהָ אֶל הָאָדָם. כג וַיֹּאמֶר הָאָדָם, זֹאת הַפֶּעַם עִצְמִי וּבָשָׂר מִבָּשָׂרִי; לְזֹאת יִקְרָא אִשָּׁה, כִּי מֵאִישׁ לָקַחָהּ זֹאת. כד עַל כֵּן יַעֲזֹב אִישׁ אֶת אָבִיו וְאֶת אִמּוֹ, וְדָבַק בְּאִשְׁתּוֹ וְהָיוּ לְבָשָׂר אֶחָד. כה וַיְהִיו שְׁנֵיהֶם עֶרוּמִים, הָאָדָם וְאִשְׁתּוֹ, וְלֹא יִתְבָּשְׂשׁוּ.

6 לפי הניתוח המקובל יש לראות את פרקים ב ו-ג כחידה אחת. ראו בעניין זה גרוסמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 7-8.

א והנחש היה ערום מכל חית השדה אשר עשה יהוה אלהים; ויאמר אל האשה: אף כי אמר אלהים, לא תאכלו מכל עץ הגן. ב ותאמר האשה אל הנחש: מפרי עץ הגן נאכל. ג ומפרי העץ אשר בתוך הגן אמר אלהים לא תאכלו ממנו ולא תגעו בו, פן תמתו. ד ויאמר הנחש אל האשה: לא מות תמתו. ה כי ידע אלהים כי ביום אכלכם ממנו ונפקחו עיניכם והייתם כאלהים, ידעי טוב ורע. ו ותרא האשה כי טוב העץ למאכל וכי תאונה הוא לעינים, ונחמד העץ להשפיל, ותקח מפריו ותאכל; ותתן גם לאישה עמה, ויאכל. ז ותפקחנה עיני שניהם, וידעו כי עירום הם; ויתפרו עלה תאונה, ויעשו להם חגרות. ח וישמעו את קול יהוה אלהים מתהלך בגן לרוח היום, ויתחבא האדם ואשתו מפני יהוה אלהים בתוך עץ הגן. ט ויקרא יהוה אלהים אל האדם, ויאמר לו: איפה? י ויאמר: את קלף שמעתי בגן, ואירא כי עירם אנכי, ואחבא. יא ויאמר: מי הגיד לך כי עירם אתה; המן העץ אשר צויתך לבלתי אכל ממנו אכלת? יב ויאמר האדם: האשה אשר נתתה עמדי היא נתנה לי מן העץ ואכל. יג ויאמר יהוה אלהים לאשה: מה זאת עשית? ותאמר האשה: הנחש השיאני, ואכל. יד ויאמר יהוה אלהים אל הנחש: כי עשית זאת, ארור אתה מכל הבהמה ומכל חית השדה; על גחונך תלך, ועפר תאכל כל ימי חייך. טו ואיבה אשית בינך ובין האשה ובין זרעך ובין זרעה – הוא ישופך ראש, ואתה תשופנו עקב. טז אל האשה אמר: הרבה ארבה עצבונך והרנך, בעצב תלדי בנים; ואל אישך תשוקתך, והוא ימשל בך. יז ולאדם אמר: כי שמעת לקול אשתך ותאכל מן העץ אשר צויתך לאמר לא תאכל ממנו, ארורה האדמה בעבורך, בעצבון תאכלנה כל ימי חייך. יח וקוץ ודרדר תצמיח לך, ואכלת את עשב השדה. יט בזעת אפיקך תאכל לחם עד שובך אל האדמה, כי ממנה לקחת – כי עפר אתה ואל עפר תשוב. כ ויקרא האדם שם אשתו חוה, כי הוא היתה אם כל חי. כא ויעש יהוה אלהים לאדם ולאשתו כתנות עור וילבשם. כב ויאמר יהוה אלהים, הן האדם היה כאחד ממנו לדעת טוב ורע; ועתה פן ישלח ידו ולקח גם מעץ החיים, ואכל וחי לעלם. כג וישלחהו יהוה אלהים מגן-עדן לעבד את האדמה אשר לקח משם. כד ויגרש את האדם; וישפן מקדם לגן-עדן את הכרבים ואת להט החרב המתהפכת, לשמר את דרך עץ החיים.

א. עקרון החוקיות

אחד מעקרונות היסוד של דיני העונשין המודרניים בכלל ושל השיטה הישראלית בפרט הוא עקרון החוקיות, שבבסיסו הכלל הקובע כי אין עברה ואין עונש אלא אם כן הם נקבעו בחוק שחוקק קודם למעשה שהוגדר כעברה. הפרק הפותח את חוק העונשין מעגן את עקרון החוקיות במשפט הפלילי הישראלי:

“אין ענישה אלא לפי חוק

1. אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו.

...

אין עונשין למפרע

3. (א) חיקוק היוצר עבירה לא יחול על מעשה שנעשה לפני יום פרסומו כדין או יום תחילתו, לפי המאוחר.

(ב) חיקוק הקובע לעבירה עונש חמור מזה שנקבע לה בשעת ביצוע העבירה, לא יחול על מעשה שנעשה לפני פרסומו כדין או לפני תחילתו, לפי המאוחר; אך אין רואים בעדכון שיעורו של קנס החמרה בעונש.

בעניין כהן התייחס השופט א' גרוניס לעיקרון זה:

“אין זה מקרה שהסעיף הראשון בחוק העונשין, תשל"ז-1977, משמיע לנו את העיקרון הגדול לפיו 'אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו'. סעיף זה, יחד עם סעיף 3 לחוק, האוסר ענישה למפרע, מבטאים את עיקרון החוקיות.”⁷

נדמה כי לעיקרון זה יש יסוד גם במשפט העברי, וזאת בהתבסס על הכלל שלפיו “אין עונשין אלא אם כן מזהירין”, אשר בסיסו בקביעה כי “אין עונשין מן הדין”.⁸ מקורו של הכלל מופיע באמרת חז"ל: “עונש שמענו, אזהרה מניין?”⁹, אשר שמה

7 דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד סג(1) 644, פס' 2 לפסק-דינו של השופט א' גרוניס (2009).

8 בבלי, סנהדרין נד, ע"א. לעניין עקרון החוקיות ובסיסו במשפט העברי ראו גם את ספרו של השופט חיים כהן המשפט 664–667 (1991) וכן את פסק-דינו של השופט א' רובינשטיין בע"פ 6420/10 סלסנר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.8.2011), שם ניתנת התייחסות מרחיבה לדרישה לאזהרה במשפט העברי קודם ענישה ולטעמים שבבסיס דרישה זו.

9 בבלי, סנהדרין נד, ע"א.

דגש ברכיב האזהרה, להבדיל מרכיב העונש, בהתייחס למעשה הנוגד את האזהרה, שהוא בעצם מעשה הנוגד את רצונו של בורא עולם.

אביעד הכהן מוצא ביטוי לעקרון החוקיות בפרשת קין והבל, כאשר נעשה ניסיון להתמודד עם העונש שהוטל על קין בגין רצח אחיו:

”מדרש אחר, תולה את סיבת ההקלה בעונשו של קין, בכך שלא קדמה לו אזהרה תחילה:

רבי נחמיה אמר: לא כדינן של רוצחנין [רוצחים], דין קין. קין הרג ולא היה לו ממי ללמוד. מיכן ואילך, כל הורג – ייהרג.

גישה זו עולה יפה בקנה אחד עם עקרון היסוד במשפט הפלילי, שיש בו קווי דמיון לעקרון החוקיות. כלל גדול זה נוסח במשפט העברי בכלל התלמודי 'אין עונשין אלא אם כן מזהירין' שבעולם המשפט הכללי נתנסח בכלל 'nullum crimen sine lege'.¹⁰

בסיפור גן-עדן יש ביטוי מובהק לכלל משפטי גדול זה:

”וַיֵּצֵא יְהוָה אֱלֹהִים עַל הָאָדָם לְאמֹר: מִכֹּל עֵץ הַגֵּן אָכַל תֹּאכֵל. וּמֵעֵץ הַדַּעַת טוֹב וְרָע לֹא תֹאכַל מִמֶּנּוּ, כִּי בְיוֹם אֲכָלְךָ מִמֶּנּוּ מוֹת תָּמוּת.”
(בראשית ב 16–17)

הנה כי כן, בורא עולם מודיע שני דברים אלה: ראשית, מהו האיסור – אכילה מעץ הדעת; שנית, מהו העונש – מוות.

שאלה נוספת שיש לתת לה את הדעת בהקשר של עקרון החוקיות בסיפורנו היא למי משלושת הנאשמים נמסר והודע על האיסור. לשון אחר: האם בעניינם של שלושת הנאשמים התקיים עקרון החוקיות? מן המצוטט לעיל ברי כי האיסור נמסר לאדם. אין פנייה ישירה של בורא עולם¹¹ לחוה או לנחש לעניין האיסור; פנייה כזו נעשתה אך לאדם. האם מכך יש להסיק כי ביחס לחוה ולנחש לא התקיים עיקרון זה? לטעמי, עיקרון זה התקיים גם ביחס לחוה ולנחש. אומנם, מן הפשט עולה כי חוה נוצרה מאדם רק לאחר שזה הוזהר בדבר האיסור והעונש (בראשית ב 17–23). אולם עיון מדוקדק באזהרה מלמד כי אדם צווה להעביר את האזהרה הלאה,

10 אביעד הכהן "עונשו של רוצח – קול דמי אחיך צועקים אלי מן האדמה" פרשת השבוע 228 (התשס"ו).

11 בסיפור גן-עדן בורא עולם מכונה "יהוה אלוהים". המלומדים נותנים בכתביהם הסברים שונים מדוע נבחר שם כפול זה דווקא בסיפור זה (ראו בין היתר הרש"ר הירש בפירושו לספר בראשית וכן "דעת מקרא" על חומש בראשית בהוצאת מוסד הרב קוק). למען האחידות והנוחות אשתמש בשם "בורא עולם".

שנאמר: "וַיֵּצֵא יְהוָה אֱלֹהִים עַל הָאָדָם לְאָמֹר: מִכָּל עֵץ הַגֵּן אָכַל תֹּאכְלֶה וְגו'. דהיינו, אדם נדרש להעביר הלאה את הצייווי בדבר האיסור ובדבר העונש בגין הפרתו. באותו פסוק ניתן למצוא רמז נוסף לכך שהצייווי והאזהרה ניתנו גם ביחס לחוה, שכן נאמר: "וַיֵּצֵא יְהוָה אֱלֹהִים עַל הָאָדָם לְאָמֹר". מן האמור ניתן ללמוד כי הצייווי הוא לא לאדם, כי אם על האדם, דהיינו, על כל בני-האדם. בעניין זה יצוין עוד כי קיימת תפיסה הגורסת כי בעת האזהרה והצייווי כבר הייתה חוה בין הבריות, ולמעשה נבראה יחד עם אדם.¹² האור חיים נותן בסיס נוסף לסברה כי חוה עצמה הוזהרה. בסיס זה מקורו בכפל הדיבור שבלשון האזהרה: "אָכַל תֹּאכְלֶה... מוֹת תָּמוּת":

"טעם אומר לאמר וכפל אכול תאכל וכפל מות וגו', יכוין על חוה שצוהו לאמר המצוה לחוה אכול אתה תאכל בת זוגך מות אתה תמות גם היא אם תעבור, ישנה באזהרה וישנה בעונש..."¹³

אם לא די בכל ההסברים הללו לעניין התקיימותו של עקרון החוקיות בעניינה של חוה, מהמשכו של הסיפור עולה כי חוה הייתה מודעת היטב לאיסור ולעונש. כאשר הנחש פונה לחוה בתחילתו של פרק ג לעניין עצי הגן, חוה מבהירה ומחדדת (הגם שאין היא מדייקת, אלא משנה את הנוסח ומרחיבה את האיסור) בהאי לישנא:

"וַתֹּאמֶר הָאִשָּׁה אֶל הַנָּחֶשׁ: מִפְּרֵי עֵץ הַגֵּן נֹאכַל. וּמִפְּרֵי הָעֵץ אֲשֶׁר בְּתוֹךְ הַגֵּן אָמַר אֱלֹהִים לֹא תֹאכְלוּ מִמֶּנּוּ וְלֹא תִגְעוּ בוֹ, פֶּן תָּמוּתוּן."¹⁴

שאלת התגבשותו של עקרון החוקיות בעניינה של הנחש מורכבת יותר, שכן אין מחלוקת שהוא לא הוזהר במישרין על-ידי בורא עולם. לא זו אף זו, הנחש אינו מגזע האדם. עם זאת, דומני כי אף בעניינה ניתן לומר שהעיקרון מתקיים. מן הכתובים אנו יודעים כי הנחש היה מודע לאיסור שהפנה בורא עולם אל אדם בהקשר של עץ שבגן: "...וַיֹּאמֶר אֶל הָאִשָּׁה: אֵף פִּי אָמַר אֱלֹהִים, לֹא תֹאכְלוּ מִכָּל עֵץ הַגֵּן" (בראשית ג 1). בפירושו לספר בראשית מציין הרד"ק כי –

12 ראו סיפור הבריאה בבראשית א 27: "וַיִּבְרָא אֱלֹהִים אֶת הָאָדָם בְּצַלְמוֹ, בְּצֶלֶם אֱלֹהִים בָּרָא אֹתוֹ: זָכָר וּנְקֵבָה בָּרָא אֹתָם." כן ראו בראשית ה 1–2: "זֶה סֵפֶר תּוֹלְדֹת אָדָם... זָכָר וּנְקֵבָה בָּרָאָם; וַיִּבְרַךְ אֹתָם, וַיִּקְרָא אֶת שְׁמֵם אָדָם בְּיוֹם הַבְּרָאָה." ראו לעניין זה גם רכי משה בן מימון (להלן: הרמב"ם), מורה נבוכים, כרך א, חלק ב, פרק ל; וכן בבלי, עירובין יח, ע"א. הרב חיים בן עטר, אור החיים על התורה – בראשית, חלק א, עמ' לה, ס' טז–יז (להלן: אור חיים).

14 בראשית ג 2–3. יוער כי בקשר לחוה קיימת דעה שזו נדחפה על-ידי הנחש אל העץ, ומשנגעה בעץ וראתה כי לא ניזוקה, סברה כי ניתן גם לאכול מן העץ.

"או נאמר כי הנחש לא היה מבין ידיעת טוב ורע מה היא, אלא ששמע זה הלשון מהאשה... שהיא אמרה לו דעת טוב ורע אלא מפרי העץ אשר בתוך הגן. אי אפשר שלא קדמום דברים אחרים שהיתה אומרת האשה לנחש והנחש לאשה, כי איך ידע הנחש שאסור להם האל דבר, אלא ששמע מהאשה."¹⁵

שאלה נפרדת היא אם הנחש טעה טעות כנה כאשר לטיבו של האיסור, כאשר האיסור החל כאמור בהתרה: "מִכֹּל עֵץ הַגֶּן אָכַל תֹּאכְלוּ" (בראשית ב 16). ספק אם טעות כזו הייתה יכולה להתקבל, לנוכח הכלל המשפטי שלפיו אי-ידיעת הדין אינה פוטרת מעונש,¹⁶ אלא שבעניין זה ממילא לא תוכל לעמוד לנחש טענת הטעות, שהרי חוה העמידה אותו על טעותו. מכל מקום, סבורני כי לנוכח האקספוזיציה בעניינו של הנחש ואופן הצגתו – "וְהַנֶּחֱשׁ הָיָה עָרוֹם מִכֹּל חַיַּת הַשָּׂדֶה אֲשֶׁר עָשָׂה יְהוָה אֱלֹהִים" (בראשית ג 1) – ניתן בהחלט לומר כי אין מדובר בטעות כנה של הנחש, כי אם בתרגיל הטעיה במסגרת הטקטיקה שנקט בהתנהלותו מול חוה.

שאלה קשה יותר בעניינו של הנחש קשורה לשאלה אם הנחש הוזהר לא לשדל את חוה לאכול מעץ הדעת. בכתובים אין לכך תימוכין. לכך מתייחסת בין היתר האמרה: "דברי הרב ודברי תלמיד דברי מי שומעין?"¹⁷ כלומר, הנחש אינו יכול להתגונן בטענה שהיה על חוה לשמוע לדברי הרב, ולא לדבריו, שכן הוא כיוון את חוה לעבור על דברי בורא עולם.

במנותק משאלת ההאנשה של בורא עולם ושאלת האפשרות של הגבלת כוחו, ניתן לומר כי סיפור גן-עדן מיישם אף את הפן ההפוך של עקרון החוקיות – זה הקשור להגבלת כוחו של הריבון ביחס לאזרח. אל עקרון החוקיות ניתן להתייחס משתי נקודות-מבט: מנקודת-מבטו של האזרח, אשר מצפה להכוונת התנהגות בעצם הגדרת האיסורים, ואשר מצפה גם לדעת מהו המחיר (העונש) בגין הפרת האיסור; ומנקודת-מבטו של הריבון, אשר מודע לכך שהוא מוגבל בכוחו לפגוע בפרט ולהצר את צעדיו, שכן הוא רשאי לעשות זאת רק בהתאם לסמכות שניתנה לו בחוק ומכוחו של חוק. הריבון אינו יכול להרשיע אזרח על עברה שאינה קיימת או שלא הייתה קיימת עובר למעשה המוגדר כעת כעברה, והעונש שבכוחו להטיל

15 רבי דוד קמחי, בראשית ג, ו ("תורת חיים", הוצאת מוסד הרב קוק).

16 ראו ס' 34 ל'חוק העונשין': "לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו של האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר."

17 בבלי, סנהדרין כט, ע"א.

מוגבל אף הוא למה שהוגדר בחוק. סיפור גן-עדן ממחיש את נקודת-המבט הזו של עקרון החוקיות. בורא עולם מגדיר תחילה את האיסור, נוקב את תג המחיר, מודיע זאת לאדם ומנחה אותו לפרסם את האיסור. מן האמור לעיל אנו למדים שכל הדמויות בסיפור אכן הכירו את האיסור. בורא עולם מרשיע בגין הפרת האיסור הספציפי, ומעניש בעונשים חמורים פחות מזה שקבע מראש.

ב. העברה והצדדים לה

1. עברת הפרת הוראה חוקית

אחת השאלות המעניינות בסיפורנו היא שאלת טיבה של העברה שעברו אדם, חוה והנחש. על פניו נדמה כי מדובר בעברה של הפרת הוראה חוקית. בחוק העונשין מצאה עברה זו ביטוי בסעיף 287(א), וזו לשונה: "המפר הוראה שניתנה כשורה מאת בית משפט או מאת פקיד או אדם הפועל בתפקיד רשמי ומוסמך לאותו ענין, דינו – מאסר שנתיים". בורא עולם נכנס בגדר "בית משפט" (שכן הוא כידוע גם זה שעורך בהמשך את הבירור העובדתי בעניינם של הנאשמים וגוזר את דינם) או לחלופין כבעל תפקיד רשמי ומוסמך, מעצם העובדה שהוא זה שברא את העולם, לרבות גן-עדן והנאשמים עצמם.

שאלה מעניינת היא אם ההוראה שניתנה – איסור האכילה מעץ הדעת – היא הוראה שניתנה "כשורה" מבחינת הלגיטימיות שלה. כאמור, מן הצד הדיוני נראה שאין כל בעייתיות בהוראה שניתנה.¹⁸ אולם השאלה היא אם ההוראה הזו ניתנה כשורה מן הפן המהותי. במילים אחרות, האם כל הוראה אשר ניתנת על-ידי גורם מוסמך ומופרת מגבשת התנהגות פלילית?

מדוע השאלה נשאלת בענייננו? שאלה זו נשאלת בשים לב ללשון ההוראה האוסרת ולתוצאה של הפרת האיסור. לשון ההוראה האוסרת היא:

"וַיִּצְוּ יְהוָה אֱלֹהִים עַל הָאָדָם לֵאמֹר: מִכָּל עֵץ הַגֵּן אָכַל תֹּאכַל. וּמֵעֵץ הַדַּעַת טוֹב וְרָע לֹא תֹאכַל מִמֶּנּוּ, כִּי בְיוֹם אֲכַלְךָ מִמֶּנּוּ מוֹת תָּמוּת." (בראשית ב 16–17)

על פניו יש לתמוה מדוע בורא עולם אוסר על אדם לבצע פעולה שתוביל אותו להשגת היכולת להבדיל בין טוב לרע. האם הוראה כזו, אשר שוללת למעשה את

18 לניתוח העברה בחוק הישראלי ולביקורת על אופן השימוש בה ראו משה סרוגוביץ "האם הפרת תנאי שחרור בערובה מהווה עבירה של הפרת הוראה חוקית? עיון חוזר ב'מוכן מאליו' משפטי" הסניגור 195, 4 (2013).

היכולת לרכוש יכולת בסיסית שחשובה הן לאדם כפרט והן לחברה כולה, היא הוראה "כשורה"? בעניין זה יש לדעת כי התוצאה של הפרת ההוראה האוסרת, פרט לעונשים שהוטלו על הנאשמים על-ידי בורא עולם, היא: "וַיֹּאמֶר יְהוָה אֱלֹהִים, הֲאֵדָם הָיָה כְּאֶחָד מִמֶּנּוּ לְדַעַת טוֹב וָרָע; וְעַתָּה פֶּן יִשְׁלַח יָדוֹ וְלָקַח גַּם מֵעֵץ הַחַיִּים, וְאָכַל וְחַי לְעֹלָם" (בראשית ג 22). דהיינו, האדם נהיה "כאחד ממנו" – כדומה לבורא עולם וכבעל יכולת לדעת מה טוב ומה רע. יושם אל לב כי הנחש צפה מראש עניין זה כאשר פנה אל חוה:

"וַיֹּאמֶר הַנָּחַשׁ אֶל הָאִשָּׁה: לֹא מוֹת תָּמוּתוֹן. כִּי יֵדַע אֱלֹהִים כִּי בְיָוֶם אֲכַלְכֶּם מִמֶּנּוּ וְנִפְקָחוּ עֵינֵיכֶם וְהִייתֶם כְּאֱלֹהִים, יֹדְעֵי טוֹב וָרָע." (בראשית ג 4-5)

שאלת טיבה של ההוראה ותוצאת ההפרה מובילות לשאלת ההטבה עם העבריינין – "רשע וטוב לו?", הווה אומר אם ההוראה שניתנה הייתה כשורה, מדוע אדם וחווה זוכים להיות "כאחד ממנו, לדעת טוב ורע"?

עם סוגיה זו, בהקשר של סיפורנו, התמודד הרמב"ם בספרו מורה נבוכים¹⁹ בהאי לישנא: "...אמר המקשה: מפשוטו של מקרא נראה שהכוונה הראשונה היתה שהאדם יהיה כשאר בעלי-החיים בלי שכל ובלי מחשבה ולא יבחין בין טוב לרע; וכאשר המרה (את פי האל) גרם לו מריו בהכרח את השלמות הגדולה ביותר לאדם, והיא שתהיה לו הבחנה זאת המצויה בנו... ומפליא הוא שעונשו על מריו הוא שניתנה לו שלמות שלא הייתה לו, והיא השכל". הרמב"ם משיב מייד כי שכל היה לאדם עוד לפני שביצע את העברה, שאלמלא כן לא היה בורא עולם מעביר את האזהרה דווקא לאדם מכל הבריות. בסיס להימצאות השכל קודם מעשה העברה ניתן למצוא גם בעובדה שהאדם נברא ב"צלם אלהים". מה אם כן השתנה בעקבות החטא אליבא דהרמב"ם? על כך משיב הרב חיים נבון:

"לדעת הרמב"ם, בעקבות החטא האדם לא זכה בשכל, אלא להפך: נשללה ממנו העוצמה השכלית שהייתה לו עד כה... לפני החטא האדם חי וחשב ברמה של ודאות שכלית, ברמה של ידיעת המושכלות, רמה של 'אמת ושקר'. החשיבה שלו הייתה חשיבה הגיונית נחרצת. לאחר החטא ירדה השגתו של האדם למדרגת המפורסמות, לרמה של 'טוב ורע'. שוב לא הצליח להגיע למדרגה של ודאות שכלית, ונאלץ להסתפק בלימוד מהניסיון המעשי."

19 הרמב"ם, מורה נבוכים, כרך א, חלק א, פרק ב.

כשנאמר שאחרי החטא הגיעו אדם וחווה לדרגה של 'ידיעת טוב ורע',
 אין זו עלייה, אלא ירידה; לפני החטא ידעו אמת ושקר, ואחריו –
 רק טוב ורע.²⁰

המחבר מוסיף כי העברת יכולותיו של אדם מן המושכלות למפורסמות, אליבא
 דהרמב"ם, מהווה לא רק משום עונש, כי אם גם צורך ויתרון בהתמודדות עם
 העולם שלאחר החטא. בהקשר זה המחבר מפנה לקביעת הרמב"ם – בחלק ב,
 פרק לג, למורה נבוכים – שלפיה שמונה מתוך עשרת הדברות הן מן המפורסמות
 (בשל הצורך ב"התמודדות הכרחית עם עולם פגום"). הסברו של הרמב"ם נותן
 למעשה את ה"הכשר" לטיבה של ההוראה האוסרת, נותן את הלגיטימיות להוראה.
 בהקשר זה של טיב ההוראה שניתנה, לא למותר לציין כי קיימות מצוות לא-
 מעטות שטעמיהן אינם ברורים דיים או שהן נעדרות הסבר רציונלי – אלה
 המכונות "מצוות שמעיות", שגם אותן המאמין צריך לקיים. שאלה לא-פשוטה
 היא אם הוראת חוק הנעדרת טעם שנראה מובן ורציונלי לאזרח תעמוד בפסקת
 ההגבלה, ולחלופין, אם מי שעובר על הוראת חוק הנעדרת טעם רציונלי או שאבד
 על טעמה כלח יוכל להתגונן בטענות הגנה הקשורות לעקרון החוקיות או
 לעקרונות ההגנה מן הצדק. מעיון בפסיקה עולה כי ניתוח היסוד העובדתי של
 עברת ההפרה החוקית, ובפרט של רכיב ה"נסיבה" של הוראה שניתנה כשורה,
 התייחס עד כה ככלל לשאלת הסמכות ליתן את ההוראה. דהיינו, אם בעל סמכות
 נתן את ההוראה, אזי נקבע כי ההוראה ניתנה כשורה; ואילו אם גוף נעדר סמכות
 נתן את ההוראה, אזי נפסק כי ההוראה ניתנה לא כשורה.²¹ לא מצאתי התייחסות
 בפסיקה לשאלה אם ההוראה ניתנה "כשורה" גם מבחינה מהותית, דהיינו, ביחס
 ישיר לתוכנה של ההוראה, להבדיל ממקור מתן ההוראה. לטעמי, יש מקום לבחון
 גם עניין זה כאשר בוחנים אם הוראה חוקית ניתנה כשורה.²²

20 חיים נבון "חטא עץ הדעת – מפורסמות ומושכלות" (שיעור שלישי בסדרה "מסע אל מורה
 נבוכים") 1-2 בית המדרש הוירטואלי (VBM) www.etzion.org.il/he/download/file/fid/6785.

21 ראו את סקירת הפסיקה בספרו של השופט יעקב קדמי על הדין בפלילים חלק רביעי 1717
 (מהדורה מעודכנת, 2006).

22 בעניין זה יש להזכיר את סייג הצידוק, בהתאם לס' 34 לחוק העונשין, אשר בס"ק (2) שלו
 נקבע כי אדם לא יישא באחריות פלילית למעשה שעשה אם "עשהו על-פי צו של רשות
 מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה, זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין". במקרה זה יש
 חובת ציות לצו גם אם הוא בלתי-חוקי, אולם אם הצו הוא בלתי-חוקי בעליל, אין חובת
 ציות. הווה אומר, במקרה דנן אכן יש התייחסות לצו מבחינה תוכנית-מהותית. מכל מקום,
 יש לטעמי הבדל בין הוראה שניתנה לא כשורה לבין צו בלתי-חוקי בעליל.

2. הצדדים לעברה

שיטת המשפט בישראל, כמו גם במדינות רבות אחרות, מטילה אחריות בפלילים לא רק על מי שמבצע בעצמו את העברה ("מבצע עיקרי"). בשיטתנו מקובלת הגישה המכירה בצדדים שונים לעברה.²³

(א) הנאשמים כמבצעים בצוותא

באשר ליסודות העברה של הפרת הוראה חוקית, נראה כי אלה מתקיימים באדם ובחיה – בכל אחד מהם כשלעצמו ובשניהם יחדיו. נראה כי יהיה נכון לייחס להם ביצוע בצוותא של העברה. באופן אירוני ניתן לומר כי אדם וחיה פעלו בענייננו במשותף כגוף אחד, בהתאם לאופן בריאתם.

בעניינו של הנחש לא התקיים לכאורה היסוד העובדתי של העברה, באשר הנחש, להבדיל מחיה ואדם, לא אכל מעץ הדעת, ועל-כן לא הפר את ההוראה. מדוע אם כן הוענש? לטעמי, ניתן לראות את הנחש כמי שביצע את עברת ההפרה, הגם שלא השלים בעצמו את היסוד העובדתי של העברה.

"מבצע בצוותא" מוגדר בחוק העונשין בהאי לישנא:

"המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר."²⁴

בפסיקת בית-המשפט העליון נוסחו במשך השנים כמה מבחני-עזר לסיווגו של נאשם כמבצע בצוותא. מבחן השליטה הפונקציונלית הוכר כאחד המבחנים להגדרתו של נאשם כמבצע בצוותא, להבדיל ממסייע. מבחן זה יושם בפרשת מרדכי על-ידי הנשיא א' ברק.²⁵ בהתאם למבחן זה, כמבצע יוגדר מי שיש לו שליטה – בפועל או למצער בכוח – בעשייה העבריינית ובהתפתחות האירועים. השופט מ' חשין הציע בפרשת מרדכי²⁶ מבחן חריג וייחודי להגדרת נאשם כמבצע בצוותא, הוא מבחן "האצילה לאחור" או מבחן העונש ההולם. ביסודו של מבחן זה הרעיון של הפיכת היוצרות, דהיינו, הגדרתו של נאשם כמבצע תהיה לפי העונש ההולם את מעשיו. הווה אומר: אם נחשוב שראוי להטיל עונש חמור על

23 סי' ב לפרק ה לחלק המקדמי של חוק העונשין.

24 ס' 29(ב) לחוק העונשין.

25 ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 239, 251 (1996).

26 שם, בעמ' 254–263.

פלוני, כשל מבצע עיקרי, הוא יוגדר כמבצע; ואם נחשוב כי ראוי להטיל על אלמוני עונש קל מהעונש ההולם למבצע, יוגדר אותו אלמוני כמסייע, ולא כמבצע. מבחן נוסף שהוצע בפסיקה הוא המבחן המשולב או מבחן המטוטלת. השופט א' גודלברג הציע מבחן זה בפרשת מרקדו.²⁷ במסגרת מבחן זה בוחנים את היסוד הנפשי והיסוד העובדתי של הנאשם ביחס לעברה. ככל שהיסוד העובדתי חלש (כלומר, הנאשם תרם תרומה פיזית מועטה בלבד בביצוע העברה) כן נזדקק ליסוד נפשי מוגבר ביחס לעברה כדי לסווג את הנאשם כמבצע בצוותא, ולהפך. בפסיקה ובכתובה הוצעו מבחנים נוספים, דוגמת מבחן התכנון המוקדם;²⁸ מבחן המעגל הפנימי;²⁹ והמבחן הקשור לרבעבריניים – ה"מוח" – אשר אינו מחייב נוכחות פיזית של הנאשם בזירת העברה.³⁰

יצוין כי התפיסה הנוהגת ככלל במשפט העברי היא של אחריות אישית, במובן של כל העושה מקצת עברה פטור, ומתחייב רק מי שעושה את העברה כולה.³¹ כמו־כן נאמר כי "מסייע אין בו ממש".³² מכאן שלכאורה, אם נייחס לנחש עברת סיוע או ביצוע בצוותא, אזי ספק אם הוא היה מחויב לפי המשפט העברי. עם זאת, התפיסה ביחס לשידול שונה במקצת, כפי שיפורט להלן, ונראה כי היה אפשר לחייב את הנחש בעברת השידול אף בהתאם למשפט העברי.

אם ניטול את מבחני-העזר שהוצגו במשפט הישראלי להגדרתו של עבריין כמבצע בצוותא וניישמם בעניינו של הנחש, נגיע למסקנה המשפטית כי יש לראות את הנחש כמבצע בצוותא. הנחש היה חלק מהמעגל הפלילי: הוא לא היה "מחויב לעניינים"; הוא לא אך הביא את חוה אל עבר עץ הדעת או מילט אותה לאחר האכילה; הוא היה בסוד העניינים ורקם איתה את התוכנית. הוא לא תרם אומנם פיזית לביצוע העברה, אולם היסוד הנפשי שלו בביצוע העברה הינו מוגבר, ובכך מחפה על היסוד העובדתי הנעדר. הנחש הוא מחולל האירוע, ומשכך בידי השליטה או למצער השליטה הפונקציונלית. במובנים מסוימים הנחש הינו רב-עבריניים השולח את חייליו – חוה ואדם – לבצע את העברה.



27 ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 549 (1997).

28 גבריאל הלוי השותפות לדבר עבירה פרק שלישי 217 (2008).

29 ע"פ 2796/95 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388 (1997).

30 דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1, 30 (1998).

31 בבלי, שבת עה, ע"ב.

32 בבלי, שבת צג, ע"א.

(ב) הנחש כמבצע באמצעות אחר

אף אם נסבור כי אי-אפשר לראות את הנחש כמבצע באמצעות דוקטרינת המבצע בצוותא, ייתכן שיהיה אפשר להגדירו כמבצע של עֲבֵרַת הפרת הוראה חוקית באמצעות הדוקטרינה של "מבצע באמצעות אחר"³³.

סעיף 29(ג) לחוק העונשין קובע כך:

"מבצע באמצעות אחר הוא אדם שתרם לעשיית המעשה על-ידי אדם אחר שעשאו ככלי בידיו, כשהאחר היה נתון במצב כגון אחד המצבים הבאים, כמשמעותם בחוק זה:

(1) קטינות או אי שפיות הדעת;

(2) ...

(3) ללא מחשבה פלילית..."

כפי שיפורט להלן, ייתכן שבעניינם של אדם וחיה לא התגבש עקרון האשם או למצער לא התגבש במלואו – בין בהקשר החיובי של עיקרון זה, דהיינו בשאלת קיומה של מחשבה פלילית, ובין בהקשרו השלילי, דהיינו בהתקיימותו של סייג לאחריותם הפלילית, דוגמת קטינות או ליקוי בכושר השכלי. בהנחה שעקרון האשם לא התגבש באדם ובחיה, אזי ניתן בהחלט לראות את הנחש כמי שתרם לעשיית המעשה (האכילה שמהווה את ההפרה) על-ידי אחר (חיה ואדם), לאחר שעשה אותם – ובעיקר את חיה – ככלי בידיו.

(ג) הנחש כמשדל

לחילופי-חילופין, סבורני כי אין מניעה לראות את הנחש כמשדל לביצוע עֲבֵרַה של הפרת הוראה חוקית.

סעיף 30 לחוק העונשין קובע:

"המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה."

כזכור, הנחש הביא את חיה – שבתורה הביאה את אדם – לידי עשיית העֲבֵרַה. הנחש עשה זאת במסכת שכנועים, אשר כללה, כמפורט לעיל, אף מעשי עורמה והשאה. בעניין זה ראו את דברי חיה כאשר עומתה על-ידי בורא עולם: "וַיֹּאמֶר יְהוָה אֱלֹהִים לְאִשָּׁה: מַה זֹאת עָשִׂיתָ? וַתֹּאמֶר הָאִשָּׁה: הִנָּחַשׁ הִשְׁיֵאֲנִי וְאָכַל" (בראשית ג 13).

33 ס' 29(א) לחוק העונשין.

נדמה כי הנחש הוא המשדל הקלסי. כיצור שתואר כערום מכל חיית השדה, הוא פועל בדרך ערמומית כדי להגשים את תוכניתו הפלילית. הנחש, אשר בשלב זה עוד לא זחל על גחונו ולכן היה יכול לאכול בעצמו מעץ הדעת, אינו מפר את הצו האלוהי בעצמו, אלא משדל את חוה לעבור את העברה. מחשבתו הפלילית המוגברת של הנחש מכפרת על העדרו של המימד הפיזי בעברה, ומכאן שתוטל עליו אחריות פלילית באמצעות דוקטרינת השידול.

מעניין שאף באמצעות יסודות המשפט העברי ניתן להגיע לתוצאות דומות של ייחוס אחריות לנחש. הכלל הגדול במשפט העברי הוא ש"שלוחו של אדם כמותו".³⁴ לצד כלל זה קיים כלל גדול נוסף, המהווה במידת-מה חריג לכלל הראשון, והוא ש"אין שליח לדבר עבירה".³⁵ לעניין כלל זה ראו את דברי הרמ"א: "בכל דבר שלוחו של אדם כמותו חוץ מלדבר עבירה. דקיימא לן אין שליח לדבר עבירה ודווקא שהשליח בר חיובא אבל אם אינו בר חיובא הוי שליח אפילו לדבר עבירה".³⁶ נראה כי סייג זה של הכלל שלפיו אין שליח לדבר עברה מתיישב עם הכלל הישראלי לעניין מבצע באמצעות אחר, אשר מאפשר, כמפורט לעיל, חיוב של ה"מבצע" שלא ביצע בעצמו את העברה רק אם האחר היה "כלי בידיו" של המשלח, דהיינו, נעדר אחריות פלילית מטעם זה או אחר. יצוין כי הכללים הנוהגים במשפט העברי לעניין שליח ושלוח נכונים הן לעניין המבצע באמצעות אחר והן לעניינו של המשדל.³⁷

3. עברות המרידה וההמרדה

לטעמי, יש לבחון אם שלושת הנאשמים לא ביצעו עברה חמורה יותר מהעברה של הפרת הוראה חקוקה. ייתכן שהעברה האמיתית שביצעו שלושת הנאשמים היא בכלל עברה של מרידה. עברה זו משקפת לכאורה את התנהגותם של הנאשמים ואת חומרת מעשם, ויש בה טעם ובסיס משפטי המצדיק את ההתייחסות העונשית המחמירה.

במובן הבסיסי מרדו שלושת הנאשמים בכורא עולם, אשר ציווה אותם מה מותר ומה אסור. המרידה היא בריבונותו של בורא עולם. אודות כך ציין צמח צמריון:

34 בבלי, קידושין מב, ע"ב.

35 שם.

36 הרמ"א, הגהתו לשולחן ערוך, חושן משפט, סימן קפב.

37 בעניין זה ראו אהרן קירשנבאום "המלכוד וההדחה לדבר עבירה בהלכה היהודית" דיני ישראל – שנתון למשפט עברי ולדיני משפחה בישראל טו, לט (התשמ"ט-התש"ן).

”כשאדם מסגל לעצמו קו מחשבה זה של נחש, אין הוא מסתפק עוד בקרבה אל אלוהים ובדמיון אליו – הוא רוצה בשוויון. וכאן חטא המרי של הייצור כלפי יוצרו, חטא שבכוונה, חטא שבמחשבת זדון על שוויון מופרז.”³⁸

ברובד העמוק של הסיפור המקראי ניתן אולי להתייחס למרידה כאל מרידה של הנאשמים ביצר הטוב ופנייה אל היצר הרע, התפתות אל היצר הרע. בהקשר זה ניתן להתייחס לדברים שונים שכתב הרמב”ם בפרקים שונים של מורה נבוכים. התייחסות ראשונה למה שכתב קשורה לקביעה כי למעשה לא הנחש הוא שפיתה את חוה, כי אם ”סמאל”, שרכב על הנחש. שרה קליין-ברסלבי מבהירה כי הרמב”ם, בהתבססו על מדרשים שונים, מצרף אל ארבע הדמויות של הסיפור המקראי (אדם, חוה, הנחש ובורא עולם) גם את ”סמאל” – הוא מתאר אותו, מזהה אותו, ורומז לקוראים שעליהם לראות באותו ”סמאל” את השטן.³⁹ בלשונה של קליין-ברסלבי:

”אין הרמב”ם מסביר כאן מיהו ה’שטן’ המזוהה עם ’סמאל’. אולם באמצעות הזיהוי שהוא טורח לערוך בין ’סמאל’ הנזכר במדרש אותו הוא מפרש כאן לבין ה’שטן’, הוא רומז לקורא שעליו לפרש את ’סמאל’ עפ”י הידוע לו ממו”נ [= ממורה נבוכים] על ה’שטן’... על-פי רמיזה זאת ’שטן’=’יצר הרע’=’מלאך המוות’.”⁴⁰

למעשה, ניתן לומר כי כאשר הקשיבו חוה ובעקיפין אדם לנחש, שהוא שליחו של השטן, הם נכנעו ליצר הרע, הם לא עמדו בפיתוי. גם תיאור העץ על-פי התרשמותה של חוה – ”וַיַּרְא הָאִשָּׁה כִּי טוֹב הָעֵץ לְמַאֲכָל וְכִי תֹאֲוָה הוּא לְעֵינַיִם, וְנִחְמָד הָעֵץ לְהַשְׁכִּיל...” (בראשית ג 6) – מרמז על כניעה ליצרים. בסוף הניתוח שהיא עורכת מזהה קליין-ברסלבי את הצימוד הזה של הנחש ה”נרכב על-ידי סמאל” עם ”[ה]כוח המתעורר הנשלט על-ידי הכוח המדמה”, דהיינו, עם ”[ה]תשוקה הבלתי-רציונלית.”⁴¹

38 צמח צמריון ”גירוש האדם מגן העדן” ספר זר-כבוד – קובץ מחקרים במקרא 333, 340 (חיים גבריהו ואחרים עורכים, 1968).

39 שרה קליין (ברסלבי) ”לזיהוי הדמויות ’נחש’ ו’סמאל’ בפירוש הרמב”ם לסיפור גן-העדן” דעת – כתב עת לפילוסופיה יהודית וקבלה 10, 9 (התשמ”ג).

40 שם, בעמ’ 11–12. ראו גם את פירושו של רבי עובדיה ספורנו על התורה, בראשית ג, א (”תורת חיים”, הוצאת מוסד הרב קוק): ”הוא השטן הוא יצר הרע”.

41 שם, בעמ’ 18.

התייחסות שנייה לדברי הרמב"ם במורה נבוכים בהקשרנו עניינה בעונש. כזכור, בורא עולם הצמיד למרידה זו תג מחיר גבוה – הן באזהרה (מוות) והן בעונשים שניתנו בסופו של יום לנאשמים השונים. את העובדה שהוצמד תג מחיר גבוה לעברה זו – אף שהיא אינה נראית על פניה מן העברות החמורות, דוגמת רצח או אינוס,⁴² המצדיקות תגובה עונשית מחמירה – ניתן להסביר ביסוד הפיתוי. בחלקו השלישי למורה נבוכים מתייחס הרמב"ם לשיקולי ענישה, ובין היתר מוצא כי יש להחמיר בענישה כאשר מדובר בעברה שהאדם מתקשה להימנע מביצועה או שהפיתוי לבצעה הוא גבוה. הרמב"ם סבור כי רק הרתעה באמצעות ענישה מחמירה יכולה לעמוד אל מול עוצמת הפיתוי, ונראה כי דבריו אלה של הרמב"ם משתלבים היטב בענייננו – החיבור בין המרידה ביצר הטוב והפנייה אל היצר הרע לבין הענישה המחמירה.

בחוק העונשין סעיף 106 הוא שמתמודד עם סוגיית המרידה: "המעורר מרידה או משתתף בה, דינו – מאסר חמש־עשרה שנים." בעניין זה נראה כי הנחש הוא ש"עורר מרידה", ואדם וחוה השתתפו בה. אולם ספק אם ראייה זו מתיישבת עם הגדרת המרידה המופיעה בסעיף 105 לחוק העונשין, שלשונו:

"(א) שלושה או יותר מחברי כוח מזויין העושים אחת מאלה, הרי זו מרידה לענין סימן זה:

- (1) בצוותא ותוך אי ציות לפקודה, הם תופסים בנשק...
- (2) מסרבים בצוותא למלא פקודה בשעת פעולה צבאית..."

הנה כי כן, הגדרת העברה והעונש שלצידה מלמדים כי מדובר בהתנהגות בעלת הקשר צבאי. הקשר זה מתאים פחות לענייננו, ולכן נראה כי עברה זו אינה משקפת נכונה את המסגרת העובדתית של הסיפור.

לעומת עברת המרידה, נדמה כי עברת ההמרדה הישראלית מתקיימת, למצער, בענייניו של הנחש. סעיף 133 לחוק העונשין, שכותרתו "מעשי המרדה", קובע כדלקמן:

"העושה מעשה לשם המרדה, או מנסה, מכין עצמו או קושר קשר עם חברו לעשות מעשה כאמור, דינו – מאסר חמש שנים."

סעיף 136 מגדיר מהי המרדה:

- "לענין סימן זה, 'להמריד' הוא אחת מאלה:
- (1) להביא לידי שנאה, בוז או אי־נאמנות למדינה או לרשויות השלטון או המשפט שלה שהוקמו כדין;

42 שניתן להגדירן כסוג של mala in se, להבדיל מעברת mala prohibita, שמתאימה יותר לעברה שבענייננו.

- (2) להסית או לגרות את יושבי הארץ שינסו להשיג, בדרכים לא כשורות, שינויו של דבר שיסודו בדין;
 (3) לעורר אי רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ;
 (4) לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין."

גבריאל הלוי מציין:



"עבירת ההמרדה הנה עבירה האוסרת על קיומה של כל התנהגות המכוונת למטרה של המרדה, היא אפיונה האובייקטיבי-חיצוני אשר יהא... ההמרדה עשויה לבוא לידי ביטוי בהבעת העדר סולידריות עם השלטון הלגיטימי (שנאה, בוז או אי-נאמנות), בגירויו לנקיטת פעולות בלתי-חוקיות לשינוי מצב לגיטימי במשטר הקיים, ביצירת אווירה עוינת למשטר הקיים (לרבות תסכול ומורת-רוח) וכן לעורר איבה בין קבוצות באוכלוסיה המקומית."⁴³

עבירת ההמרדה הישראלית היא עבירת כוונה מיוחדת. "נדרש קיומה של מחשבה פלילית מיוחדת אשר תוכנה הוא הרצון או השאיפה להשגת היעד."⁴⁴ אף בהתעלם מהקשיים המובנים באשר לשאלת קיומה של מחשבה פלילית בסיסית אצל אדם וחזה – קשיים שאתייחס אליהם בהמשך – נראה כי יש קושי ממשי לראות את מעשיו של אדם ככאלה שנועדו להשיג אחת מן התכליות האמורות. נראה כי בעניינו של אדם אף לא מתגבש היסוד העובדתי של העבירה, באשר אדם פעל אחרון, ולא ביקש להניע אחר לפעול, להבדיל מהנחש ומחזה. עניינה של חזה מורכב יותר. לטעמי, בעניינה מתגבש היסוד העובדתי של עבירת ההמרדה, וזאת בשים לב לכך שהיא פעלה יחד עם הנחש על-מנת להסית את אדם לגלות חוסר נאמנות ולהשיג שינוי של דבר שיסודו בדין. עם זאת, קיים לטעמי לפחות ספק סביר בשאלת התגבשותה של המחשבה הפלילית הנדרשת בעניינה של חזה. קיים ספק סביר אם חזה שוחחה עם הנחש, אכלה ושכנעה את אדם לאכול מתוך כוונה להגשים אחת מן המטרות האמורות. לטעמי, חזה פעלה מתוך חולשה והתגברות היצרים, ולא מתוך כוונה למרוד בבורא עולם.⁴⁵

43 גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך ד 201 (2010).

44 דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145, פס' 32 לפסק-דינו של השופט ת' אור (2000).

45 הגם שקיימות תפיסות שלפיהן גם חזה פעלה בעורמה מסוימת כאשר שכנעה את אדם לאכול, כדי שהיא לא תהיה היחידה שתיענש ואז אדם ייקח לו אישה אחרת, אולם אף אם ננקטה עורמה כזו, היא לא נועדה לשרת כוונה להמרוד.

באשר לנחש, סבורני כי ניתן בהחלט לומר כי מעשיו ואופן התנהלותו, כולל דברי הרמייה שאמר לחוה, מלמדים באופן ברור על התגבשות הכוונה המיוחדת. נראה כי גם היסוד העובדתי של שתיים לפחות מחלופות העברה הישראלית מתקיים בעניינו של הנחש, שכן הנחש הביא את האזרחים (אדם וחווה) לידי אי-נאמנות למדינה ולרשויותיה (בורא עולם), והסית את יושבי הארץ (אדם וחווה) בדרכים לא-כשרות (פיתוי והשאה) לשנות דבר שיסודו בדין (איסור האכילה מעץ הדעת). הנחש עורר אי-סולידריות עם השלטון באמצעות בוז וחוסר נאמנות, ו"גירה" את אדם וחווה לבצע פעולות בלתי-חוקיות לשינוי המצב הקיים. נדמה כי הנחש לא יוכל להיעזר בטענת הגנה של "אמת דיברתי" (אף שטענה זו נכונה בעניינו, שהרי גזר-הדין לא היה עונש מוות והם זכו בידיעת טוב ורע כמו בורא עולם), שכן בהתאם לסעיף 137 לחוק העונשין:

"באישום לפי סעיפים 133 או 134 לא תהא הגנה שהפרסום שיש בו לפי הטענה כדי להמריד הוא אמת."

שאלה קשה יותר היא אם הנחש היה יכול להיעזר בטענת הגנה שלפיה הוא ביקש להוקיע טעויות או פגמים בדיני המדינה, כדי להביא לידי תיקון הטעויות, כאמור בסעיף 138 לחוק העונשין, שלשונו:

אין רואים מעשה, נאום או פרסום כהמרדה, אם מגמתם אינה אלא אחת מאלה:

- (1) ...
- (2) להוקיע טעויות או פגמים בדיני המדינה או בסדרה, או במוסד ממוסדותיהם שהוקמו כדין, או בסדרי השלטון והמשפט, והכל כדי להביא לידי תיקון הטעויות או הפגמים..."

לדידי, יהיה קשה לייחס לנחש כוונה טהורה כזו, וזאת בעיקר בשים לב לכך שהוא פעל בעורמה ותוך הטעיה של חוה, מה שמחליש את האפשרות שהוא פעל לשם השגת תכלית לגיטימית. לא זו אף זו, הנחש יצטרך להוכיח כי האיסור של האל לאכול מפרי עץ הדעת הוא בגדר פגם או טעות המצדיקים תיקון, דבר שאינו מובן מאליו כלל.⁴⁶ מכל מקום, נראה כי על פניו הגנה זו מתייתרת בשים לב לעובדה שעניינו בעברת "כוונה מיוחדת" – מעשה לשם המרדה – ואילו נוצר ספק לשם איזו מטרה פעל הנחש, אם לשם המרדה או לשם הוקעת טעויות, אזי היה מקום לזכותו מעברה זו.⁴⁷ לטעמי, לא נוצר ספק באשר לכוונת ההמרדה של הנחש.

46 בעניין זה ראו את הסברי הרמב"ם כמפורט לעיל ליד ה"ש 20.

47 ראו הלוי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 202.

לסיכום פרק העברה שנעברה, סבורני כי ניתוח היסוד העובדתי והיסוד הנפשי, על רקע מעשייהם של שלושת הנאשמים וכוונותיהם, מלמד כי היה אפשר להרשיע את שלושת הנאשמים בעברה הישראלית של הפרת הוראה חוקית – או למצער, בעניינו של הנחש, בשידול לביצוע עברה זו – ונוסף על כך היה אפשר להרשיע את הנחש גם בעברה של המרדה.

ג. שאלת האשם – המודעות והכשרות לעמוד לדין

1. היסוד ההכרתי – המודעות

בסיפור המקראי יש כמה אמירות המתייחסות ליכולותיהם ולכישוריהם של אדם וחווה – בין כישורי חיים או כושר חיים בהקשר של עץ החיים, ובין יכולות אחרות של מודעות לטוב ולרע. שאלת המודעות עצמה היא שאלת-מפתח בסיפור כולו, ביחס לכלל הדמויות ובכמה הקשרים ("דעת" מלשון הבחנה או הבנה; "דעת" מלשון משגל ועוד).

המושג "מודעות" הוא מושג-מפתח גם בשיטת המשפט הפלילי בישראל. סעיפים 19–20 לחוק העונשין קובעים כי תנאי להתגבשות עברה פלילית הוא שהנאשם צריך להיות מודע לטיב המעשה, להתקיימות הנסיבה ולאפשרות גרימת התוצאה, אם מדובר בעברה "תוצאתית"⁴⁸. זהו היסוד ההכרתי של המחשבה הפלילית. מכאן שיש לשאול, בראש ובראשונה, אם היסוד ההכרתי היה יכול בכלל להתגבש אצל הנאשמים בהינתן שאת כושר הידיעה, ההבחנה, רכשו אדם וחווה לכאורה רק אחרי עשיית המעשה האסור.

דומני כי לנוכח תיאור השיחה שבין הנחש לחווה, לא תיתכן לגבי שני אלה מחלוקת בשאלת המודעות. דומני כי שני אלה היו מודעים למעשה ולנסיבות. כזכור, חווה תיקנה את הנחש באשר לאופיו של האיסור; הנחש שכנע כי אין ממש באיום, וכי יש ממש ותוחלת דווקא באכילה; וחווה אף הסבירה את טעמיה לאכילה.

48 ס' 19 לחוק העונשין:

"אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם –
(1) נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה; או

(2) העבירה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה."

ס' 20 לחוק:

"מחשבה פלילית – מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה..."

בכל אלה יש כדי ללמד כי השניים היו מודעים למעשה ולנסיבות, ודי בכך להגשים אצלם את היסוד ההכרתי, בשים לב לכך שעסקינן בעברות התנהגותיות שאינן דורשות התגבשות תוצאה מסוימת לצורך השתכללותן.

נדמה כי דווקא בעניינו של אדם שאלת היסוד ההכרתי מורכבת יותר, שכן מן הכתובים לא עולה במפורש שאדם היה מודע לכך שהוא אוכל מפרי עץ הדעת:

”וַתֵּרָא הָאִשָּׁה כִּי טוֹב הָעֵץ לְמַאֲכָל וְכִי תֵאָנֶה הוּא לְעֵינַיִם, וַנִּחְמָד הָעֵץ לְהִשְׁפִּיל, וַתִּקַּח מִפְּרִיו וַתֹּאכַל; וַתֵּתֶן גַּם לְאִישָׁה עֵמָּה, וַיֹּאכְלוּ.”
(בראשית ג 6)

אולם יישום שאלת הספק העובדתי לעניין מודעותו של אדם לקיומן של הנסיבות בהתאם לשיטת המשפט הישראלית לא היה מסייע לאדם. סעיף 20(ג) לחוק העונשין קובע כי –

”לענין סעיף זה –

(1) רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם...”

סעיף זה מעגן את דוקטרינת “עצימת העיניים” או בשמה האחר – “עיוורון מכוון”. יישום דוקטרינה זו בעניינו של אדם מוביל למסקנה כי היה עליו לברר את טיבו של החשד, ואם לא עשה כן בכוונת מכוון, אזי הוא נתפס כמודע לנסיבות, דהיינו, לטיבו ולמקורו של הפרי שאכל. לכאורה, אדם יכול לטעון כי לא חשד כלל באשר למקורו של הפרי, ומכאן שלא היה עליו לברר. אולם לטעמי, יש לדחות טענה אפשרית זו. כאמור, לשון המקרא בנקודת הזמן של שיחת חוה ואדם ואכילת הפרי על-ידיהם היא מצומצמת מאוד, וזאת להבדיל מההרחבה המאפיינת את השיחות שבין חוה לנחש וכן בין בורא עולם לבין אדם וחוה בהמשך. לנוכח הצמצום יש לתת משקל מוגבר לכל מילה רלוונטית בקטע. המפגש בין אדם לחוה, בקטע האכילה, מתואר באופן זה: “וַתִּקַּח מִפְּרִיו וַתֹּאכַל; וַתֵּתֶן גַּם לְאִישָׁה עֵמָּה, וַיֹּאכְלוּ” (בראשית ג 6). נשאלת השאלה מדוע המחבר, אשר צמצם בתיאור המפגש, בחר בכל-זאת להוסיף את המילה “עֵמָּה”, שהרי ידוע לכל שחוה לא הייתה לבד בגן-עדן, אלא יחד עם אדם. ניתן להבין את התוספת כמעידה שאדם היה יחד עם חוה כאשר זו אכלה, ומכאן שהיה מודע בהכרח לזהות העץ שממנו אכלה חוה. יתר על כן, ניתן גם לומר שהתיבה “עֵמָּה” משמשת מילת קוד, דהיינו, שאדם היה עם חוה בסוד העניינים כאשר זו נתנה לו את הפרי.⁴⁹ בהקשר זה מציין הראב”ע כי האדם

49 הגר”א, בספרו “קול אליהו”, עורך בעניין פרשת בלק הבחנה בין הביטוי “ללכת איתם”,



"טעם עמה – שיחד אכלוהו וגילתה לו סוד הנחש. והנה לא היה אדם שוגג, על כן נענש".⁵⁰ וראו גם דברי חזקוני: "כי שמעת לקול אשתך, ולא לקולי, והיא גילתה סוד הנחש, ולפיכך לא היית שוגג, ועל כן נענשת".⁵¹

יש לתת את הדעת גם לכך שאדם וחיה נחפזו להיחבא לאחר ששמעו את קולו של בורא עולם בגן: "וַיִּשְׁמְעוּ אֶת קוֹל יְהוָה אֱלֹהִים, מִתְהַלֵּךְ בְּגַן לְרוּחַ הַיּוֹם, וַיִּתְחַבְּא הָאָדָם וְאִשְׁתּוֹ מִפְּנֵי יְהוָה אֱלֹהִים בְּתוֹךְ עֵץ הַגֶּן" (בראשית ג 8). הימלטות זו של אדם וחיה אופיינית לנאשמים הבורחים לאחר ביצוע העברה, ומלמדת על תחושת אשם, אשר מלמדת כשלעצמה כי שניהם היו מודעים לטיבו של הפרי שממנו אכלו.

לבסוף, ניתן לראות כי בשיחתו עם בורא עולם בשלב התוכחה, אדם, אשר ניסה בהחלט להסיר את האחריות ממנו, לא העלה כלל את הטענה שהוא לא היה מודע לטיבו של הפרי, כי אם נהפוך הוא:

"וַיֹּאמֶר: מִי הִגִּיד לְךָ כִּי עִירַם אֶתָּה; הֲמֵן הָעֵץ אֲשֶׁר צִוִּיתִיךָ לִבְלֹתִי אֶכֶל מִמֶּנּוּ אֶכְלָתָּ? וַיֹּאמֶר הָאָדָם: הָאִשָּׁה אֲשֶׁר נָתַתָּה עִמָּדִי הוּא נָתַתָּה לִּי מִן הָעֵץ וָאֶכְלָתִּי." (בראשית ג 11–12)

עקרון האשם, המגלם למעשה את קיומו של היסוד הנפשי של העברה, מורכב לא רק מהפן החיובי – שאלת קיומו של היסוד הנפשי על תת-יסודותיו – אלא גם מהפן השלילי: שאלת קיומם של סייגים השוללים התגבשות של היסוד הנפשי ברמה המינימלית הנדרשת.⁵²

בענייננו יש לבחון את התקיימותם של שני סייגים הקשורים ליכולות המינימליות של אדם וחיה. תחת הכותרת סייג לאחריות פלילית יש שתי תת-קבוצות – קבוצת ה"פטורים" וקבוצת ה"הצדקים". בענייננו אבקש לבחון את קיומם של שני פטורים – קטינות וליקוי בכושר השכלי. שני אלה קשורים ליכולתם של אדם וחיה לגבש את האשם הנדרש. בעניין זה ראו את דבריו הבאים של גבריא אל הלוי:

"הפטורים מתייחסים להיותו של הפרט נכפה לביצועה של העבירה ולשלילת הבחירה החופשית הימנו באשר לביצוע העבירה או להימנעות

שמשמעותו הליכה פיזית ללא כוונה, לבין הביטוי "ללכת עימם", שמשמעותו ללכת מתוך הזדהות מוחלטת ונכונות.

50 פירוש הראב"ע, בראשית ג, ו ("תורת חיים", הוצאת מוסד הרב קוק).

51 שם, בעמ' סג.

52 גבריא אל הלוי תורת דיני העונשין כרך ג 46 (2010).

מביצועה, וזאת בשל טעמים פנימיים הקשורים בו באופן אישי... טעמים פנימיים אלה נתפשים כמונעים את יכולתו הנפשית של הפרט לגבש בחירה חופשית באשר לביצועה של העבירה...⁵³

2. סייג הקטינות

אדם וחווה הסתובבו בגן כמו ילדים קטנים, עירומים מבלי שהתביישו בכך. כזכור, רק אחרי החטא גילו אדם וחווה כי הם עירומים והבינו את הצורך בלבוש:

”וַתֵּרָא הָאִשָּׁה כִּי טוֹב הָעֵץ לְמַאֲכָל וְכִי תֵאָוָה הוּא לְעֵינַיִם, וַנִּחְמָד הָעֵץ לְהַשְׁפִּיל, וַתִּקַּח מִפְּרִיו וַתֹּאכַל; וַתֵּתֶן גַּם לְאִשְׁתָּה עִמָּהּ, וַיֹּאכַל. וַתִּפְקְחָנָה עֵינֵי שְׁנֵיהֶם, וַיֵּדְעוּ כִּי עִרְמָם הֵם; וַיִּתְּפוּ עָלֶיהָ תֵּאָנָה, וַיַּעֲשׂוּ לָהֶם חַגְרוֹת.” (בראשית ג 6–7)

בהקשר זה ראו את דבריו של יונתן גרוסמן:

”קריאה זו תומכת בטוענים שלפנינו 'סיפור התבגרות'... הנחש מביא אותם למרוד ולהתבגר. בהתבגרותם המלווה במרידה קונים האיש ואשתו השכלה מוסרית ומודעות מינית...⁵⁴”

אף יהודית אנגרס מוצאת תימוכין לכך שאדם וחווה היו ילדים:

”סברה אחרת [לשאלה מהי אותה דעת הקשורה לעץ הדעת – 'י' ל'], הנאחזת בנאמר על תוצאות האכילה... אומרת כי אותה 'דעת' היא היציאה מן הנאיביות הילדותית. על סמך אכילה זו הגיע האדם לידי התבגרות, והחמימות הילדותית נשרה ממנו. גם חוסר הבושה במצב העירום אופייני לימי הילדות, שעה שהבושה מתעוררת עם ההתבגרות.⁵⁵”

אנגרס אף מפנה לאמור בספר דברים א 39 – ”וּבְנֵיכֶם אֲשֶׁר לֹא יָדְעוּ הַיּוֹם טוֹב וְרָע” וכן לדברי מ”ד קאסוטו בפירושו לסיפור עץ הדעת:

”האדם בשעת בריאתו היה תמים כילד בן יומו, וכילד בן יומו, המקבל את מאכלו בלי כל יגיעה, היה מאושר בתוך הגן שהכין אלוהיו בשבילו... מתוך אהבתו האבהית אסר עליו ה' אלהים את אכילת

53 שם, בעמ' 70.

54 גרוסמן, לעיל ה”ש 1, בעמ' 25.

55 יהודית אנגרס ”עץ החיים ועץ הדעת – משמעותם בספר בראשית וזיקתם למקורות חוץ-מקראיים” החינוך וסביבו 1-312, 323 (התשמ”ג-התשמ”ד).

הפרי, שהייתה פותחת לפניו את שער ידיעת העולם, מקור הדאגות והמכאובים, והייתה שמה קץ לתמימותו ולאושרו כאחת..."

אם אדם וחוה אכן היו בגדר קטינים, אזי ספק אם ניתן להטיל עליהם אחריות פלילית למעשיהם, שכן אצל קטינים לא קיימת בשלות ערכית, התפתחותית וחברתית ברמה המינימלית הנדרשת לצורך גיבוש אשם. בהקשר זה יש להבחין בין קטין הנעדר אחריות בפלילים לבין צעיר בעל אחריות בפלילים. במשפט הפלילי הישראלי נקבע, בסעיף 134 לחוק העונשין, כי "לא יישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה שעשה בטרם מלאו לו שתים עשרה שנים." צעיר מעל לגיל שתים-עשרה ומתחת לגיל שמונה-עשרה מוגדר כקטין אך בעל אחריות. הוא יישפט בבית-משפט מיוחד ובהתאם לעקרונות ייחודיים, אך הוא נתפס כבעל יכולת מינימלית לגיבוש אשם פלילי.

מכל מקום, ספק בעיניי אם אדם וחוה אכן היו קטינים.⁵⁶ אכן, ניתן אולי לומר כי במובנים מסוימים הם התנהגו כקטינים – למשל, כאשר הסתובבו עירומים – אך אין בזה בהכרח כדי ללמד על היותם קטינים. ייתכן שהם הסתובבו עירומים מכיוון שכך הם נולדו, לא היו אנשים נוספים סביבם ולא הייתה נורמה חברתית אחרת. יש לזכור גם כי אדם נדרש לשמור על הגן ולעבדו, וכי הוא נתן שמות לבעלי החיים. ספק אם מטלות אלה מתאימות לקטין. לא זו אף זו, ספק בעיניי אם בורא עולם היה מזהיר את אדם, מעמידו למשפט ומטיל עליו אחריות אילו נעדר כל בשלות לכך. גם אנגרס אינה מקבלת הסבר ופירוש זה למושג "דעת", בין היתר משום הציפייה לאחריות ביחס למעשיו, אשר אינה מתיישבת עם תמימות ילדותית.⁵⁷

3. סייג הליקוי בכושר השכלי

האם ניתן לומר כי אדם וחוה היו נעדרי דעת במובן השכלי לפני שאכלו מעץ הדעת? יש לזכור כי אדם וחוה היו האנשים הראשונים על פני כדור-הארץ, ולכאורה לא היו להם כישורים חברתיים והתפתחותם הסביבתית הייתה מוגבלת. אם כך הם פני הדברים, עולה שוב השאלה אם הם יכלו בכלל לגבש את האשם הנדרש לצורך האחריות הפלילית.

סעיף 34 לחוק העונשין קובע:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה אם, בשעת המעשה,

56 ראו, למשל, מדרש בראשית רבה (וילנא), פרשה יד: "אמר רבי יוחנן: אדם וחוה כבני עשרים שנה נבראו."

57 אנגרס, לעיל ה"ש 55, בעמ' 323.

בשל מחלה שפגעה ברוחו או בשל ליקוי בכושרו השכלי, היה חסר יכולת של ממש –

- (1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; או
- (2) להימנע מעשיית המעשה.

האם אדם וחיה לקן בכושרם השכלי? אנגרס התייחסה לשאלת הכושר השכלי בהאי לישנא:

”גם כאן שם העץ כפשוטו המילולי טומן בחובו בעיות אמוניות קשות, והעיקרית היא שרק לאחר שעברו על מצות היוצר נהיו לכאורה, לבעלי שכל ובינה 'לדעת טוב ורע'. והרי מקבלנו, שאין מצוה אלא לבעלי שכל ולבעלי בחירה כאחת... ואכן מצאנו שהאדם היה בעל שכל עוד לפני ש'נתערטל' – כלשונם הציורי של חז"ל – מן המצוה שהיתה בידו, שהרי קרא שמות לכל החי, ואין קריאה בשם בלא עמידה מתוך בינה על יחודו של הנקרא. גם ענין המות כבר היה בתודעת האדם, שהרי אין להזהיר אדם ולאיים עליו בעונש, שאינו נמצא בתודעתו. כיוצא בזה אינך יכול לומר שעד שחטא האדם, לא ידע, מה טוב ומה רע לו מבחינת קיומו הגופני, שהרי זאת יודעת גם החיה...”

על כרחך יש לתת את הלשונות 'טוב' ו'רע' בפרשה לדברים שבמוסר ובמשפט... העולה מן הדברים שאין האדם כשלעצמו יכול לשמש כסמכות עצמאית... בלעדית לקביעת ענייני הטוב והרע בתחום המוסר והמשפט, לא מבחינת אחריותו האישית הקיומית לעצמו ולא מבחינת אחריותו לקיומה של החברה בה הוא חי... ומכלל הן אתה שומע לאו, שעזיבת דבר ה' וההתעלמות ממנו היא רע שאין רע ממנו...”⁵⁸

שרה קליין-ברסלבי מסבירה בהקשר זה את ההבדל שבין המושכלות (השכל העיוני שהיה לאדם לפני החטא) לבין המפורסמות (השכל המעשי),⁵⁹ ומוסיפה:

”הפירוש הסביר ביותר שניתן לתת לרמזיו שם הוא ש'עץ הדעת' הוא ה'מפורסמות', חוקי המוסר שנקבעו על-ידי הסכמה הדדית בין החברים בחברה אנושית מסוימת, ואשר תכליתם שמירת הקיום

58 שם, בעמ' 323.

59 קליין-ברסלבי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 61–79, המתייחסת לדברי הרמב"ם במורה נבוכים.

הפיסי של החברה הזאת, והקניית הצלחות דמיוניות לחברים בה...
הרי ש'עץ הדעת' הוא ה'עצה' או ה'חכמה' המדינית, החוקים
והמנהגים המכונים 'מפורסמות'.⁶⁰

ייתכן שלנוכח טיבה של עֲבֵרַת האכילה מהעץ – עֲבֵרַת שאין בה יסוד של רוע
אוניוורסלי-חברתי – ולנוכח העובדה שבאותה עת לא התקיימה עדיין חברה
המצריכה חוקי מוסר שישמרו על קיומה הפיזי, אין בעובדה שקודם לביצוע העֲבֵרַת
חֶסֶר האדם את המודעות הנדרשת לעֲבֵרַת הפוגעות בחברה כדי לשלול את היכולת
להענישו בגין ביצוע העֲבֵרַת הבסיסית של הפרת הצו האלוהי, אשר אינה מצריכה
יכולת של מפורסמות, כי אם יכולת של מושכלות, שכבר הייתה לאדם קודם לביצוע
העֲבֵרַת.

אם נחזור לשיטת המשפט הישראלית, נוכל לתת את דעתנו לכך שקיימים שני
מסלולים לסייג הליקוי השכלי. המסלול הראשון הוא המסלול הקוגניטיבי-
ההכרתי. כלומר, בחינת יכולתו השכלית של הנאשם להבין את אשר הוא עושה או
את הפסול שבמעשהו. לטעמי, לנוכח התנהלותם של הנאשמים כולם לפני
האכילה, הייתה גם הייתה הבנה של המעשה ושל הפסול. כזכור, אדם קיבל את
האזהרה מבורא עולם, העבירה הלאה (כך למדנו מעצם טיבה של ההנחיה שקיבל
ומעצם העובדה שחווה והנחש ידעו כי קיימת הנחיה כזו), הנחש וחווה ניהלו שיג
ושיח על-אודות טיבם ותקפותם של האזהרה והעונש, וכולי וכולי. לנוכח זאת אי-
אפשר לקבל טענה שאדם וחווה היו נעדרי יכולת של ממש להבין את מעשיהם או
את הפסול שבמעשיהם.

אף המסלול השני של הסייג, הרצוני, הבוחן את יכולתו של הנאשם להימנע
מעשיית המעשה, מוביל למסקנה זהה. במסלול זה בודקים למעשה אם לנאשם
היה "דחף לאו בר-כיבוש" שלא אפשר לו להימנע מעשיית המעשה.⁶¹ בעניינו של
אדם לא עולה כלל שאלת הדחף. בעניינו של הנחש ניתן לשאול אם לנוכח אופיו
וטבעו – "עָרוֹם מִפְּלִי תַּיִת הַשָּׂדֶה" – הוא היה יכול להימנע מעשיית המעשה,
קרי, מהטעיית חווה ומשידולה. אולם לטעמי דווקא בעניינה של חווה שאלת
השליטה בדחף מצריכה בירור. כזכור, לאחר שהנחש פיתה את חווה לאכול מהעץ,
חווה מתארת את העץ:

60 שם, בעמ' 248–249.

61 מסלול זה הוכר לראשונה בפסיקה הישראלית על-ידי השופט ש' אגרנט, תחילה כדעת
מיעוט ובהמשך כהלכה שאף עוגנה בחוק – ראו ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועץ המשפטי
לממשלה, פ"ד י 281 (1956).

”וַתֵּרָא הָאִשָּׁה כִּי טוֹב הָעֵץ לְמַאֲכָל וְכִי תֵאָוֶה הוּא לְעֵינַיִם, וַנִּחְמַד הָעֵץ לְהִשְׁכִּיל, וַתִּקַּח מִפְּרִי וַתֹּאכַל.” (בראשית ג 6)

פסוק זה – המתאר את פעולותיה של חוה במהירות, בשטף: ”וּתְרָא... כִּי טוֹב... וכי תֵאָוֶה... ונחמד... ותקח... ותאכל” – יכול לרמוז על היסחפות רגשית. על כך יש להוסיף את הבחירה המודעת של הביטוי ”תֵאָוֶה הוא לעינים” כרמז נוסף לכניעה ליצרים. היסחפות זו וכניעה זו ליצרים יכולות להתקשר לאובדן שליטה, הוא-הוא ה”דחף לאו ברכיבוש” המשפטי. אם נוסיף על כניעה זו של חוה ליצריה את השידול ששודלה על-ידי הנחש, אשר החליש את יכולתה להימנע מעשיית המעשה, אזי שאלת השליטה עולה בהחלט בעניינה של חוה.

אולם למרות כל האמור איני סבור כי חולשה רגעית זו של חוה יכולה להכניסה בגדריו של סייג הליקוי בכושר השכלי, באשר תנאי לסייג זה הוא קיומו של ליקוי כזה, אשר נראה שלא באמת התקיים אצל חוה. לא זו אף זו, תנאי נוסף לתחולתו של הסייג הוא הוכחת פגיעה קשה ביכולת להימנע מעשיית המעשה. הדרישה היא שהנאשם ”היה חסר יכולת של ממש”. זוהי דרישה מכבידה, אשר ספק אם מתקיימת בעניינה של חוה, וזאת גם בשים לב לפיתוי שניצב לנגד עיניה ולשידול שעברה.

סבורני כי יש לדחות את התגבשות הסייג בעניינה של חוה גם בשל העדר קשר סיבתי. סעיף 34 האמור דורש קיומו של קשר סיבתי בין הליקוי לבין המעשה. זאת יש ללמוד מהמילה ”בשל” המופיעה בסעיף. לטעמי, חוה התקשתה להימנע מעשיית המעשה בשל השילוב שבין שידולו של הנחש והפיתוי שאליו נחשפה לאכול מהפרי בעל התכונות יוצאות-הדופן. מכאן שחוה לא התקשתה להימנע מעשיית המעשה בשל ליקוי בכושרה השכלי.

62 חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 102.

ד. העונש

סיפור גן-עדן ממחיש ומיישם כמה עקרונות מובילים בשיטת הענישה הישראלית. כך, ניתן לזהות מאפיינים של עקרון ההלימה, שבבסיסו עקרון הגמול ההולם את המעשה ותוצאותיו. בסיפור המקראי ניתן לראות גם יישום מובהק של עקרון הענישה האינדיווידואלית: כל נאשם מוענש בהתאם למעשה ולעושה.

1. עקרון ההלימה, עקרון הגמול ורעיון ה"מידה כנגד מידה"

תיקון 113 לחוק העונשין⁶² חולל מהפכה בשיטת הענישה הישראלית. תיקון זה ביקש להבנות את שיקול-הדעת השיפוטי בשלב גזירת הדין, דהיינו, ליצור מסגרת אחידה של שלבי גזירת הדין – תחילה קביעת מתחם ענישה ולאחריה קביעת העונש בתוכו – ושל שיקולי הענישה הנדרשים בכל שלב.

סעיף 40ב לחוק העונשין קובע כי העיקרון המנחה בענישה הוא עקרון ההלימה:

"העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו..."

השופט א' רובינשטיין, בפסק-הדין בעניין פלונית,⁶³ קבע כי המוטיב המרכזי של עקרון ההלימה הוא עקרון הגמול. בעניין סעד⁶⁴ התייחס השופט א' רובינשטיין לשאלת תכליתו של תיקון 113 לחוק העונשין ולשאלת האיזונים בין תכליות הענישה השונות, דוגמת ההלימה (שהוכר כעקרון-העל), הגמול והשיקום. במסגרת זו הרחיב השופט על-אודות הזיקה שבין עקרון ההלימה לעקרון הגמול, ולאחר שסקר את הליכי החקיקה שקדמו לתיקון, כמו-גם את הכתיבה שהתייחסה לתיקון זה, הוא ציין כך:

"הרושם המצטבר הוא שהכוונה מתחילה בתיקון 113 היתה במהותה הכללית לגישה מחמירה יותר לענישה... עם שלא נזנחו הרכיבים האחרים, ובהם השיקום. נזכור כי הגמול אינו מלה ריקה; הוא מסמל במשפט העברי – למשל – את התפיסה של 'מידה כנגד מידה'... בסופו של יום, עקרון ההלימה בסעיף 40ב לחוק, שתורגם בבירור כגמול, אינו יכול להתפרש כשלעצמו כ'שגריר בית הלל'..."⁶⁵

63 ע"פ 1523/10 פלונית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.4.2012).

64 ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.8.2013).

65 שם, פס' יג-יד לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין.

לעניין הזיקה שבין עקרון ההלימה לעקרון הגמול ראו גם את דבריהם הבאים של יניב ואקי ויורם רבין:

”מתוך עקרון הגמול נגזר גם עקרון ההלימה שמשמעותו דרישת יחס הולם בין מידת הרע שעשה העבריין לבין העונש שיושג עליו. מידת העונש צריכה אפוא להלום את מידת הרע שעשה הנאשם ואת מידת אשמתו – לא פחות ולא יותר... עקרון ההלימה מציב מודל ענישה ברור – ‘מידה כנגד מידה’.”⁶⁶

הנה כי כן, עונש הולם הוא עונש המשיב לנאשם כגמולו. מידת העונש צריכה להיות כמידת הפגיעה בערכים החברתיים.

אף בסיפור המקראי נראה כי עקרון העונש ההולם הוא העיקרון המוביל בענישה של כל אחד משלושת הנאשמים. עיקרון זה לובש את לבוש ה”מידה כנגד מידה”, שמצא ביטוי מפורש בתורה:

”וְאִישׁ כִּי יִכֶּה כָּל נֶפֶשׁ אָדָם מוֹת יוּמָת. וּמִכָּה נֶפֶשׁ בְּהֵמָה יִשְׁלַמְנָהּ, נֶפֶשׁ תַּחַת נֶפֶשׁ. וְאִישׁ כִּי יִתֵּן מוֹם בְּעַמִּיתוֹ כַּאֲשֶׁר עָשָׂה כֵּן יַעֲשֶׂה לוֹ. שֹׁבֵר תַּחַת שֹׁבֵר, עֵינַי תַּחַת עֵינַי, שֵׁן תַּחַת שֵׁן, כַּאֲשֶׁר יִתֵּן מוֹם בְּאָדָם, כֵּן יִתֵּן בוֹ.”⁶⁷

למעשה, יישומו הראשוני של עקרון ה”מידה כנגד מידה” נמצא בסיפור גן-עדן. יעל שמש מציינת כי –

”עקרון המידה כנגד מידה, לפי המקרא, מלווה את המין האנושי מראשיתה של ההיסטוריה האנושית לכל אורך התקופות שעליהן מסופר בו. כבר החטא האנושי הראשון, האכילה מעץ הדעת, גרר אחריו עונש על דרך מידה כנגד מידה, לנחש ולאדם.”⁶⁸

66 יניב ואקי ויורם רבין “הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא” הפרקליט נב 413, 421 (2013).

67 ויקרא כד 17–20. בפרשנויות מאוחרות הוסבר עם זאת כי אין הכוונה לענישה גופנית ממש התואמת את הנזק שנגרם. אביעד הכהן סבור כי רמז לעקרון הענישה של “מידה כנגד מידה” ניתן למצוא כבר בספר בראשית, בפסוק “שֹׁפֵף דָם הָאָדָם בְּאָדָם דָּמוֹ יִשְׁפָּף (בראשית ט 6). ראו הכהן, לעיל ה”ש 10. על עקרון הגמול ורעיון ה”מידה כנגד מידה” במשפט העברי ראו עניין סעד, לעיל ה”ש 64, פס’ טז לחוות-דעתו של השופט א’ רובינשטיין.

68 יעל שמש “מידה כנגד מידה בסיפורת המקראית” בית מקרא מד 261, 262 (1999). ראו גם בספרה של קליין-ברסלבי, לעיל ה”ש 3, בעמ’ 107, לעניין פירוש הרמב”ם לסיפור גן-עדן, הרואה בסיפור כולו יישום של רעיון ה”מידה כנגד מידה”.

עיקרון זה מיושם בסיפור לא רק בהקבלה שבין החלק העובדתי שבמעשה העברייני של כל אחד מהנאשמים לבין עונשו, כפי שיפורט להלן, אלא גם ברעיון-המסגרת: תחילה נתינת הגן לאדם כדי שיוכל לאכול מפירותיו, תוך שהוא נדרש לשומר ולעבדו, ולאחר שעבר את העברה – גירושו מהגן.

(א) עונשיו של הנחש

"וַיֹּאמֶר יְהוָה אֱלֹהִים אֶל הַנָּחָשׁ: פִּי עָשִׂיתָ זֹאת, אָרוּר אַתָּה מִכָּל הַבְּהֵמָה וּמִכָּל חַיַּת הַשָּׂדֶה; עַל גָּחֹנֶךָ תֵּלֵךְ, וְעַפָּר תֹּאכַל כָּל יְמֵי חַיֶּיךָ. וְאֵיכָּה אֲשִׁית בֵּינְךָ וּבֵין הָאִשָּׁה וּבֵין זְרַעֲךָ וּבֵין זְרַעָהּ – הוּא יְשׁוּפֶךָ רֹאשׁ, וְאַתָּה תְּשׁוּפֶנּוּ עֵקֶב." (בראשית ג 14–15)

עונשו של הנחש כולל כמה יישומים של עקרון ה"מידה כנגד מידה". יישום עיקרון זה מתחיל בתיאורו של הנחש. עובר לחטא תואר הנחש כ"ערום מכל חַיַּת הַשָּׂדֶה", ואילו כעת הוא נהפך ל"ארוור... מפל". לא רק דמיון של לשון וצליל יש כאן ("ערום" "ארוור"), אלא גם יישום של העיקרון. אתה הנחש, שהיית ערום מכל החיות, נהפכת לארוור שבחיות.⁶⁹

יישום נוסף מתקשר לעונש הקשה "על גחונך תלך". עונש זה יש בו יסוד של השפלה, תרתי משמע. השפלתו של הנחש במובנה הפיזי – דהיינו, הורדתו אל השפל, הנמכת קומתו – נתפסת כיישום של עקרון ה"מידה כנגד מידה" משום שכאשר פיתה הנחש את חוה, הוא ביקש להגביה עוז ולהידמות ליושב במרומים. הנחש ביקש להתחרות בכורא עולם כאשר אמר לחוה מה בורא עולם יודע ומה באמת יקרה אם תאכל מעץ הדעת, ובשל כך הורד על גחונו. לצד ההשפלה הפיזית, העונש מבטא גם השפלה רוחנית ומעמדית.

יישום נוסף של עקרון ה"מידה כנגד מידה" בעונשו של הנחש קשור לאכילה: "וְעַפָּר תֹּאכַל כָּל יְמֵי חַיֶּיךָ". בעניין זה ציין הרד"ק כי "אתה קנאת באדם לפי שהיה אוכל מעצי גן עדן וחשבת ערמה כדי להחטיאו באכילה תלקה שתאכל הפחות מכל הדברים, והוא העפר".⁷⁰

אף הרכיב האחרון בעונשו של הנחש – "וְאֵיכָּה אֲשִׁית בֵּינְךָ וּבֵין הָאִשָּׁה וּבֵין זְרַעֲךָ וּבֵין זְרַעָהּ" – טבול כולו בעקרון ה"מידה כנגד מידה". נדמה כי עונש זה של יצירת איבה לדורי-דורות קשור לנשיאת החן המדומה של הנחש כלפי חוה.

69 בעניין זה ראו מנחם זהרי מקורות רש"י, מדרשי הלכה ואגדה בפירושו – תורת בראשית 20 (הוצאת דני ספרים, התשנ"ג).

70 פירושו לבראשית ג 14 (מקראות גדולות הכתר).

מכיוון שהתקרבותו התכססנית אל חוה נועדה כל-כולה להרחיקה מבוראה, העונש יהיה יצירת איבה תמידית. תמידית על-שום מה? על-שום שבמעשיו מנע הנחש מחוה ומזרעה חיי נצח.⁷¹

(ב) עונשיה של חוה

”אֵל הָאִשָּׁה אָמַר: הֲרַבָּה אֲרַבָּה עֲצָבוֹנָךְ וְהֲרַבָּה, בְּעֲצָב תִּלְדִּי בָנִים; וְאֵל אִישׁךָ תְּשׁוּקָתְךָ, וְהוּא, יִמְשָׁל בָּךְ.” (בראשית ג 16)

אף העונשים שהוטלו על חוה מיישמים את עקרון ה”מידה כנגד מידה”, אשר מיישם בתורו, כאמור, את עקרון ההלימה.

- ”הֲרַבָּה אֲרַבָּה עֲצָבוֹנָךְ וְהֲרַבָּה, בְּעֲצָב תִּלְדִּי בָנִים” – עונשה הראשון של חוה הוא העצב, הקושי והסבל שיהיו כרוכים בהיריון ובלידה. הכיצד עונש זה הולם את מעשיה של חוה? הכיצד עונש זה מגשים את עקרון ה”מידה כנגד מידה”? על כך משיב הרב חנניה מלכה:

”...מהות חטאה של חוה היה שהיא חיברה לאדם הראשון שהיה כולו טוב מאוד את הרע על ידי שנתנה לו מעץ הדעת טוב ורע. ולמעשה עיקר הפגם שנעשה על ידה בעולם הוא שמעתה כל דבר בעולם מעורבב מטוב ורע. ולכן יוצא כי גם עונשה צריך להיות שאת הדבר הכי טוב שהיא צריכה לעשות – הבאת חיים חדשים לעולם – יהיה מעורבב ברע... למעשה כול אישה צריכה לעבור בדרך להבאת הטוב מאוד... ימים קשים...”⁷²

- ”וְאֵל אִישׁךָ תְּשׁוּקָתְךָ” – כמפורט לעיל, בכל הקשור לאכילה עצמה נכשלה חוה בכך שלא עמדה בפיתוי, בתשוקה ובתאוה:

”וַתֵּרָא הָאִשָּׁה כִּי טוֹב הָעֵץ לְמַאֲכָל וְכִי תֹאמַר הוּא לְעֵינַיִם, וְנִחְמַד הָעֵץ לְהַשְׁכִּיל, וַתִּקַּח מִפְּרִי וַתֹּאכַל.” (בראשית ג 6)

בגין זה הוענשה חוה בכך שתשוקתה תהיה נתונה לאישה. עונש זה גם קשור לרכיב העונשי האחרון שלהלן.

71 בעניין עונשיו של הנחש ראו גם את ספרו של לוי גינצבורג אגדות היהודים כרך א 51–52 (הוצאת מסדה, התשכ”ו).

72 חנניה מלכה ”עונש האישה בחטא אדם הראשון” (כסלו התשס”ח) www.yeshiva.org.il/midrash/6618

- "והוא ימשל בך" – חוה, כזכור, הכשילה את אדם ושלטה בו. בגין זה היא הוענשה בכך שהשליטה והמרות יהיו של האיש כלפי האישה. את הדרחת אותו לבצע עברה, ולמעשה שלטת בכוח רצונו, ולכן מעתה הוא ימשול בך.⁷³

(ג) עונשיו של אדם

"ולאדם אמר: פי שמעת לקול אשתך ותאכל מן העץ אשר צויתך לאמר לא תאכל ממנו, ארוחה האדמה בעבורך, בעצבון תאכלנה כל ימי חיך. וקוץ ודרדר תצמיח לך, ואכלת את עשב השדה. בועת אפיך תאכל לחם עד שובך אל האדמה, פי ממנה לקחת – פי עפר אתה ואל עפר תשוב." (בראשית ג 17–19)

גזר-דינו של אדם הוא המפורט ביותר והמורכב ביותר, הגם שעונשיו קשורים לרעיון מרכזי אחד. גזר-הדין מנוסח למעשה בהתאם לעקרונות ההלימה, הגמול וה"מידה כנגד מידה". בורא עולם מפרט את המעשה ומייד לאחריו את הרכיב העונשי המתאים, וזאת באמצעות המילה "כי". "פי שמעת לקול אשתך ותאכל מן העץ אשר צויתך לאמר לא תאכל ממנו" מבטא את המעשה הפסול הראשון של אדם, ומייד בהמשך מופיע העונש המתאים לכך: "ארוחה האדמה בעבורך, בעצבון תאכלנה כל ימי חיך. וקוץ ודרדר תצמיח לך, ואכלת את עשב השדה". הרכיב העונשי הבא מגיע בסדר הפוך – תחילה העונש ומייד לאחריו המעשה שבגיננו ניתן אותו עונש: "בועת אפיך תאכל לחם עד שובך אל האדמה, פי ממנה לקחת".

עונשיו של אדם נראים קשורים כולם לאדמה ולפירותיה. לאדם ניתן הגן הנפלא – גן-עדן – במתנה. נדמה כי כל צורכי אדם היו זמינים בגן ובשפע. אדם היה צריך רק לעבד את הגן ולשומרו. תחת זאת הפר אדם את הציווי האלוהי, ואכל דווקא מהעץ האסור. בגין זה הוענש אדם בכך שהאדמה כבר לא תהיה טובה אליו, כי אם ארורה, והאוכל לא יושג בקלות, כי אם בקושי רב, בסבל. הרכיב האחרון – "פי עפר אתה ואל עפר תשוב" – סוגר מעגל עם העונש שהובטח מלכתחילה לעובר על האיסור – עונש המוות. רכיב עונשי זה מגיע

73 בעניין זה ראו את דברי הרמב"ן כפי שהם מובאים במאמרו של אברהם גרוסמן "והוא ימשל בך" – בין תאוריה למציאות" דעת – לימודי יהדות ורוח 93 (התשס"ג) www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/93-2.htm: "שהעניש אותה שתהיה נכספת מאד אל בעלה... והוא יחזיק בה כשפחה... והנה זו מדה כנגד מדה: כי היא נתנה גם לאישה, ויאכל במצותה, וענשה שלא תהיה היא מצוה עליו עוד, והוא יצוה עליה כל רצונו."

בתגובה גם על דברי הנחש שלפיהם "וְהֵייתֶם כְּאֱלֹהִים...". לא כאלוהים יהיה האדם; הוא לא יזכה בחיי נצח, כי אם יהיה כשהיה, יחזור בדיוק למקום שממנו נוצר – העפר.

(ד) חומרת עונשיהם של המבצעים וחומרת עונשו של המשדל

אין מחלוקת כי פרק הענישה בסיפור סוגר מעגל, ולו מבחינה ספרותית, צורנית, עם הפרקים הקודמים של הסיפור, שעסקו בהצגת הגן ובמעשיהם של הנאשמים. כך, סדר הענישה נעשה בהתאם לסדר שבו בוצעו העבירות – מהנחש, עובר לחוה, וכלה באדם. עם זאת, נדמה כי באשר לשאלה על מי מהנאשמים הוטל עונש חמור יותר יש תפיסות שונות.

כך, ביחס לאישה נאמר: "בחקירה הקדים את אדם לאשתו, שהרי הוא זה שנצווה במפורש על האיסור. ואלו בעונש הקדים אותה לאישה, שהרי היא זו שהחטיאה. והעונשים שהולך ומפרש הם מוספים על אלה שיוטלו לאחר מכן על אדם."⁷⁴ אך קיימת גם תפיסה הפוכה, הרואה את סדר הענישה כמתקדם מן הקל אל הכבד:

"בגדולה מתחילים מן הגדול, ובקלקלה מתחילים מן הקטן... שנאמר: ויאמר ה' אלהים אל הנחש, ואל האשה אמר הרבה ארבה עצבונך והרונך, ולאדם אמר כי שמעת לקול אשתך, מלמד שמתחלה נתקלל נחש, ואח"כ נתקללה חוה, ואח"כ נתקלל אדם..."⁷⁵

שאלת חומרת עונשו של הנחש מעלה כמה תהיות, שהרי לכאורה הנחש לא נגע או אכל מפרי עץ הדעת, ולכאורה גם לא קיבל במישרין את האזהרה, שהופנתה אל אדם. התשובה לשאלות אלה קשורה לטעמי לתפיסה הרואה את הנחש כמסית וכמשדל. אם נתייחס אל הנחש כאל מסית⁷⁶ ומדיח, ניתן לראותו לא אך כמי שהסית או שידל לביצוע העבירה הישירה של הפרת ההוראה החוקית, כי אם גם כמי שהסית והדיח לפגיעה בריבון, דהיינו, כאחראי לעבירת ההמרדה שהוזכרה לעיל. הסטה זו של עניינו של הנחש אל עבר הפגיעה בסדרי השלטון והחברה היא שהצדיקה את ענישתו המכאיבה על גווניה הייחודיים.

שאלת אופן ענישתו של הנחש עוררה תהיות אף היא, שכן באשר לנחש, להבדיל מאדם וחוה, לא נערך "שימוע" על-ידי בורא עולם לפני ענישתו. נראה כי

74 אור חיים, לעיל ה"ש 13, בעמ' פב.

75 בראשית רבה כ, ג.

76 על התפיסה הרואה בנחש מסית ראו בבלי, סנהדרין כט, ע"א.

שני הדברים – חומרת המעשה ואופן ההענשה – קשורים זה לזה. הרב יעקב מדן מציין:

“...עבירת האכילה מעץ הדעת גבלה בעבודה זרה, שכן אמר הנחש לחווה שאם יאכלו מן העץ – יהפכו להיות כא-לוהים, 'יודעי טוב ורע'. אפשר, שהעבודה הזרה הקשורה בהסתה לאכול מן העץ אינה נעוצה רק בהשוואת הצורה ליוצרה, אלא גם בלשון הרע שאמר הנחש על בוראו.”⁷⁷

המחבר מוסיף כי בעניינו של הנחש לא ערך בורא עולם בירור קודם לענישתו, ופונה בעניין זה לפירוש הביטוי: “אין מהפכין בזכותו של מסית”. אחד ההסברים שנתן המחבר לביטוי זה מקשר בין חומרת העברה לדרך הענישה:

“אפשר שאין מהפכין בזכותו של מסית דווקא בשל חומרת חטאו, שכן הוא נחשב ל'עושה להכעיס'. אין אנו מהפכין אלא בזכותו של מי שעבר עבירה לתאבון, לאחר שיצרו הרע תקפו, ולא בזכותו של מי שרצה להכעיס ולמרוד.”⁷⁸

שאלת מעמדו המשפטי של ה"שולח" במשפט העברי, בכל הקשור לסוגיית הענישה, פנים מספר לה. אהרן קירשנבאום חוזר על הכלל שלפיו “אין שליח לדבר עברה”, על מקורותיו של כלל זה ועל משמעויותיו, אולם בוחר להתייחס לגורלו של השולח: “אף אם נדבק בכלל 'אין שליח לדבר עברה', תהיה משמעותו של הכלל אשר תהיה, ולא נאפשר ל'שליח' העבריין להימלט ממלוא אחריותו האישית למעשיו, האם משמעות הדבר ששולחו יצא זכאי בדין?”⁷⁹ בשלב זה מציין המחבר:

“כדי להבין את השאלה די הצורך, יש לזכור שבדרך כלל המדיניות הענישתית במשפט העברי היא להטיל את האחריות הפלילית העיקרית על מבצע העברה, ולא לחייב אחרים – כגון עוזר, מייעץ, מסית, משדל, מעודד, משפיע, משכנע, מסייע, משתתף, מתכנן ומצווה – שהם בגדר 'שולח', כמבצע עצמו. מדיניות זו מנוגדת לזו

77 יעקב מדן “חטאו ועונשו של הנחש” 1 בית המדרש הוירטואלי (VBM) www.etzion.org.il/he/download/file/fid/12242

78 שם, בעמ' 2.

79 אהרן קירשנבאום “שליחות מניין? אין שליח לדבר עברה” דעת – לימודי יהדות ורוח 106 (התשס"ג) www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/106-2.htm

שנקט המשפט המודרני, כגון: חוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיפים 29–31...⁸⁰

לאחר שהמחבר סוקר את המקורות השונים, הוא מתייחס לאפשרות של חיוב השולח ב"דיני שמים" וב"דיני אדם", וכן לנפקות של חיוב ב"דיני שמים" בהקשר הפלילי:

"באומר לשלוחו לצאת ולהרוג את הנפש, השולח נחשב בדיני שמים לרוצח. במילים אחרות, לדעת שמאי הזקן, בדיני אדם אין שליח לדבר עברה, והשליח נושא לבדו באחריות הפלילית; ואילו בדיני שמים יש שליח לדבר עברה, והשולח הוא הוא העבריין. לא כן דעת החכמים: אמנם השולח הסית את השליח לדבר עברה, והכשיל אותו, אך אין דינו להיענש כהורג עצמו אפילו בדיני שמים... ונשאלת השאלה: מה משמעותו של החיוב בדיני שמים? האם אינו אלא חיוב מוסרי או שמא יש לו השפעה מעל ומעבר למשמעותו הדתית-מוסרית?... בתחום הפלילי (דיני נפשות ודיני מלקות) לכאורה אין החיוב בדיני שמים מביא בעקבותיו סנקציה כלשהי, שהרי דינו 'מסור לשמים', אלא שאין הדבר כן."⁸¹

בשלב זה המחבר מביא שני נימוקים – "שתי ראיות" כלשונו – לכך שהחיוב בדיני שמים מביא בעקבותיו סנקציה. אותנו מעניינת הראיה השנייה:

"אם השלוח הוא עבריין מועד שחזקה עליו שייאות לבצע את העברה עבור שולחו, הרי גם אז רבים הם הפוסקים הסוברים שהשולח אותו חייב בדיני אדם."⁸²

אני מוצא כי "ראיה" זו – נימוק זה – מתאימה להקשרנו, וזאת מתוך התפיסה הרוואה את חוה ואת אדם בעקבותיה כ"עבריינים מועדים" לא בשל היותם רצידיביסטים, כי אם בשל חוסר נסיונם ותמימותם. לעיל בחנו את האפשרות להחיל על השניים את סייג הקטינות. אכן, כשם שילד קטן העושה את צעדיו הראשונים מועד ליפול, כך חוה ואדם, שעשו את צעדיהם הראשונים בעולם ועמדו לפני הנחש הערום, היו מועדים ליפול, ומכאן שיש מקום להעניש גם את השולח.

80 שם, ה"ש 19.

81 שם, ליד ה"ש 22–25.

82 שם, ליד ה"ש 27.

המשפט הישראלי מתייחס בחומרה אל המשדל. סעיף 34 לחוק העונשין קובע כך:

"מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת, כל דין החל על הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת חל גם על נסיון, שידול, נסיון לשידול או סיוע, לאותה עבירה."

משמע, ככלל, עונשו של המשדל זהה לעונשו של המבצע. בעניין מסראווה התמודד בית-המשפט העליון עם שאלת העונש הראוי למי שמבצע עברת שידול לרצח, דהיינו, אם עונשו צריך להיות זהה לזה של רוצח. וכה אמר בית-המשפט העליון:

"אקדים ואומר, כי דעתי כדעת המיעוט בבית המשפט קמא, לפיה עונשו של המשדל לרצח הינו מאסר עולם – ועונש זה בלבד... כמצוין לעיל, סעיף 34 לחוק העונשין משווה את הדין החל על הצורות הנגזרות של העבירה לדין החל על הביצוע העיקרי שלה... המילים 'כל דין' שבסעיף זה כוללות גם את העונש המוטל בגין הביצוע העיקרי... הסדר זה שנקבע ביחס למשדל, כפי שהוא נלמד מלשון החוק, תואם אף את תכלית החקיקה... המשדל הוא שותף ראשי, בשל תרומתו המהותית והמכריעה להתרחשות העבירה, שהרי הוא 'האב הרוחני' של העבירה, וללא תרומתו – לא היה המבצע העיקרי ניגש לביצוע... זו ההשקפה המקובלת, והיא גם באה לידי ביטוי בכינויו של המשדל כ'מבצע האינטלקטואלי' של העבירה... 'בלעדי השידול, לא היה ביצוע... והשידול הוליד לא רק עבירה אלא גם עברייני'... ועוד זאת: לשידול אף נודעת חומרה יתירה לעומת הביצוע העיקרי, משום שהמשדל פוגע לא רק בערך המוגן של העבירה נושא השידול, אלא גם ב'אינטרס הציבור שכל פרט יימנע מביצוע עבירות, ויהיה מוגן מפני השפעות שעלולות להביאו לעולם הפשע'..."⁸³

לטעמי, התייחסותו של המשפט הישראלי אל המשדל תואמת את התייחסות שיש ליתן לנחש ולעונש הראוי לו. הנחש הוא "האב הרוחני" של העבירה. הוא

83 ע"פ 7894/03 מסראווה נגד מדינת ישראל, פס' 45 ו-47 לפסק-דינו של השופט ד' חשין (פורסם בנבו, 18.2.2008). ראו גם דנ"פ 2033/08 מסראווה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.8.2008), שבמסגרתו נדחתה הבקשה לקיים דיון נוסף ביחס להלכה שקבעה כי דינו של מי שביצע עברת שידול לרצח הוא עונש מאסר-עולם-חובה (אם עברת הרצח הושלמה).

"המבצע האינטלקטואלי" (הנחש ה"ערום"), ושידולו הוביל לא רק לעברה, כי אם גם להפיכת אדם וחיה לעבריינים. לנוכח האמור נראה כי העונש שהוטל על הנחש, אף אם נגדירו כמשדל, הוא עונש הולם וראוי.

2. עקרון הענישה האינדיווידואלית

עקרון הענישה האינדיווידואלית היה – ונותר אף לאחר תיקון 113 לחוק העונשין – אחד מעקרונות היסוד בשיטת הענישה הישראלית. בעניין אטיאס התייחס השופט מ' אלון לעיקרון זה בהאי ליסנא:

"ענישתנו היא ענישה אינדיווידואלית של כל עבריינין באשר הוא שם... זאת תורת הגישה האינדיווידואלית בתורת הענישה, המקובלת עלינו כקו מנחה בסוגיה קשה וסבוכה זו של הענישה ומטרותיה, ואין אנו רשאים להקל על עצמנו ולהחמיר עם הנאשם, מתוך הסתמכות על הנימוק והחשש שמא הקלה במקרה מסוים הראוי לכך תשמש תקדים למקרים אחרים שאינם ראויים לכך".⁸⁴

נדמה כי גם בעניינם של שלושת הנאשמים הראשונים בהיסטוריה נשמר עיקרון זה. בורא עולם אינו מטיל עונש אחיד על שלושת הנאשמים, הגם שהם קשורים כולם לאותו אירוע עברייני. העונש שהוטל על כל נאשם מתייחס למאפיינים הייחודיים שלו ושל מעשיו. דהיינו, בורא עולם גוזר את הדין בהתאם ל"עושה" ול"מעשה".⁸⁵ התייחסות לעקרון הענישה האינדיווידואלית בסיפור גן-עדן ניתן למצוא בדבריו הבאים של צמח צמריון:

"הנחש והאשה מצאו בעל-ברית שלישי – את האדם... אולם עוד מעט יופרד בין הדבקים. 'החוט המשולש' הזה יינתק וכל אחד מן השלישיה ענשו יקבל. לא עונש קולקטיבי על אותו מעשה, כי אם עונש אינדיבידואלי למען הפרד ביניהם ולמען יתהלך כל אחד מהם בודד עם בעייתו...".⁸⁶

84 ע"פ 433/89 אטיאס נגד מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 170, 174-175 (1989).

85 שאלת ה"מעשה" שבגינה הנחש נותן את הדין היא שאלה מעניינת, שנמצא לה ביטוי גם במשפט העברי. אם האחריות המיוחסת לנחש מתמצית בעברה של ביצוע באמצעות אחר או שידול לעבור את העברה של הפרת ההוראה החוקית, אזי העונש שלו צריך להיות "בידי שמים", ולא בידי אדם, וזאת גם בתנאי שהשלוח "לאו בר-חיובא". הענישה היא בידי שמים במקרה זה מכיוון שבמבצע באמצעות אחר או במשדל לא מתקיים היסוד העובדתי של העברה שביצע השלוח. בעניין זה ראו קירשנבאום, לעיל ה"ש 37, בעמ' סג-סז. לעומת זאת, אם נייחס לנחש אחריות לעברת המרדה, אזי העונש הוא בידי אדם.

86 צמריון, לעיל ה"ש 38, בעמ' 346.

אכן, עונשיו של הנחש נגזרים מאופיו של הנחש, שנהפך מערום לארוור. כך, מי שנתפס כמבקש להגביה עוז הושפל אל עפר, ובמקום ברית בינו לבין בני-האדם הושתה איבה אישית בין צאצאי האדם לצאצאי הנחש. עונשיו של הנחש אינם קשורים לעבודה או לילודה, כי אם בעיקר למעמדו האישי והחברתי בממלכת החי ובני-האדם.

עונשיה של חוה מתאפיינים אף הם בזיקה למעשיה ולתכונותיה הייחודיות: יש להם זיקה למעשיה בכך שאותה שליטה שהשיגה באדם כאשר נתנה לו את הפרי האסור ניטלה כעת ממנה והועתקה אל אדם אישה, אשר ימשול בה מעתה והלאה; ויש להם זיקה ברורה לתכונותיה ולסגולותיה הייחודיות הקשורות להתעברות וללידה.

אף עונשיו של אדם קשורים למעשהו – כשלונו האישי לשמור על הגן כשם שקיבלו – וכן למאפייניו הייחודיים, כפי שהם משתקפים בתפקידיו החברתיים והמשפחתיים.

3. יישום של עקרונות ענישה ושיקולי ענישה נוספים בסיפור המקראי בחינת שלב הטיעונים לעונש וגזר-הדין בסיפור גן-עדן מציג עקרונות ענישה נוספים כמו-גם שיקולי ענישה המקובלים בשיטה הישראלית.

(א) מיידיות העונש

ניתן לזהות בסיפור המקראי את הקרבה במישור הזמן שבין המעשה העברייני לבין העונש המוטל על שלושת הנאשמים:

”וַיִּתְּרָא הָאִשָּׁה כִּי טוֹב הָעֵץ לְמֵאֲכָל... וַתֹּאכַל; וַתִּתֵּן גַּם לְאִישָׁהּ עִמָּהּ, וַיֹּאכַל. וַתִּפְקְחֶנָּה עֵינֶיהָ... וַיִּשְׁמְעוּ אֶת קוֹל יְהוָה אֱלֹהִים מְתַהַלְּלִים בְּגֵן לְרוּחַ הַיּוֹם; וַיִּתְּחַבֵּא הָאָדָם וְאִשְׁתּוֹ... וַיִּקְרָא יְהוָה אֱלֹהִים אֶל הָאָדָם... וַיֹּאמֶר יְהוָה אֱלֹהִים לְאִשָּׁה: מַה זֹּאת עָשִׂית? וַתֹּאמֶר הָאִשָּׁה: הִנֵּחַשׁ הַשִּׂיאָנִי, וַאֲכַל. וַיֹּאמֶר יְהוָה אֱלֹהִים אֶל הַנָּחָשׁ: כִּי עָשִׂית זֹאת, אָרוּר אַתָּה...” (בראשית ג 6–14)

הנה כי כן, המספר המקראי מציג לנו את הסיפור באופן המלמד על סמיכות זמנים בין המעשה העברייני, עריכת ה"חקירה" או השימוע, והעונש המוטל סמוך לכך. אף הרחקת אדם וחווה מהגן נעשית סמוך לחילול הגן. ענישה מיידית, כפי שנעשתה בעניינם של שלושת הנאשמים בסיפורנו, היא יעילה יותר, מרתיעה יותר ומחזקת את אמון הציבור. אף במשפט הישראלי קיימת שאיפה לקיצור פרקי-הזמן שבין העברה לעונש. ביטוי לכך ניתן למצוא בסעיף 40יא(10) לחוק העונשין, אשר

מאפשר לבית-המשפט לשקול בתוך מתחם העונש שקבע את "חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה".

(ב) עונש מוות ועונש מרבי

כאשר אנו דנים בשאלת עונשם של הנאשמים, אין מנוס מלבחון את שאלת עונש המוות. כזכור, בורא עולם קבע כי מי שיאכל מעץ הדעת מות יומת. בחינת העונשים שהוטלו על הנאשמים מגלה כי על פניו לא הוטל במישורין – ובוודאי לא באופן מידי – עונש מוות. אולם אנו יודעים כי הובטח לאדם שלעפר ישוב, וכי אדם וחיה הורחקו מהגן שמא יספיקו לאכול מעץ החיים, מה שמנע מהם חיי נצח, כך שבעקיפין אכן נגזר דינם למוות.⁸⁷ עם זאת, לשיטתי, ניתן לראות את עונש המוות שהוצמד למעשה העבירה כעונש המרבי שיהיה אפשר לגזור בגינה, ולא כעונש-חובה. הדבר מתיישב במידת-מה גם עם עקרון החוקיות, שכן העונשים שהוטלו בסופו של יום לא "פורסמו" אומנם עובר לביצוע העבירה, אך הם קלים מהעונש ש"פורסם" – עונש המוות – ולכן לגיטימיים. אף בשיטה הישראלית הכלל הוא שהעונש המוצמד לעבירה הוא עונש מרבי, ולא עונש-חובה. בעניין זה ראו סעיף 35(א) לחוק העונשין, שכותרתו "העונשים ענשי מקסימום":

"בית המשפט שהרשיע אדם בשל עבירה, רשאי להטיל עליו כל עונש אשר אינו עולה על העונש שנקבע בדין לאותה עבירה."

(ג) נטילת אחריות על-ידי נאשם

אחד משיקולי הענישה שהוכרו על-ידי המחוקק הישראלי קשור לשאלת נטילת האחריות על-ידי הנאשם. ביטוי לשיקול זה נמצא בסעיף 40א(4) לחוק העונשין, הקובע כי יש מקום להתחשב גם ב"נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו, וחזרתו למוטב או מאמציו לחזור למוטב", וכן בסעיף 40א(6), הקובע כי יש מקום להתחשב גם ב"שיתוף הפעולה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק; ואולם כפירה באשמה וניהול משפט על ידי הנאשם לא ייזקפו לחובתו".

בסיפור המקראי בולטת בהקשר זה התנהגותם של אדם וחיה לרעה. שניהם ניסו לברוח ולהתחבא, שניהם היתממו, וכל אחד מהם ניסה לגלגל את האחריות אל אחר – אדם אל חיה וחיה אל הנחש. כזכור, בורא עולם פונה בתחילת

87 קיימת תפיסה, למשל אצל הרמב"ן, שלפיה הקביעה לא הייתה שהאכילה עצמה תוביל לעונש מידי של מוות, אלא שהיא תהפוך את האוכל לבן-מוות. בעניין זה ראו גם את רשימתו של השופט מ' דרורי "התוקף הנורמטיבי של האיסור הראשון בתורה והפרתו" עלון השופטים 60, 38–40 (2016).

השיחה עם אדם בשאלה: "וַיִּקְרָא יְהוָה אֱלֹהִים אֶל הָאָדָם, וַיֹּאמֶר לוֹ: אַיֶּכָּה?" (בראשית ג 9). משפט זה עלול לעורר קושי תאולוגי, אך זאת לכאורה בלבד. המספר והקורא אינם חושבים באמת שבורא עולם מחפש את אדם במובן הפיזי. החיפוש הוא אחר נטילת האחריות למעשה, שכאמור מגיעה בהמשך באופן מוגבל בלבד. לוי גינצבורג אומר בעניין זה כך:

"לא הודה אדם בחטאו ולא התודה, אלא כך אמר אדם... האשה שהבאת לי היא הדיחה אותי מדבריך והטעתיני... כשם שרצה אדם לגלגל עונו מעל עצמו, כך גלגלה חוה אף היא את העוון, מעצמה. אף היא, אילו היתה מודה ומתודה היה נמחל לה, אלא שאמרה: לא חטאתי. אמר לה הקדוש-ברוך-הוא לחוה: לא דרך שחטאת, אלא שהחטאת את אדם! אמרה... הנחש השיאני ופתני ואכל... ופתח לה פתח לעשות תשובה, ולא עשתה."⁸⁸

אף צמריון מתייחס להתנהלותו של אדם לאחר הגילוי כאל מעין הוספת חטא על פשע:

"לחטא הראשון על האספקטים השונים שלו... נתווספה עתה ההתחמקות שבתירוץ, הגובל עם השקר."⁸⁹

במקום סיכום – על עקרון הבחירה החופשית

במאמר זה ביקשתי לבחון את סיפור גן-עדן על רקע הדין הפלילי הישראלי של ימינו. בחינה זו נעשתה באמצעות יישום הסיפור המקראי על המבנה המשפטי הישראלי. כך, למשל, נבחנה האפשרות לראות את הנחש כמבצע בצוותא או כמשדל, ונבחנה גם שאלת טיבה של העברה שעברו כל אחד מן הנאשמים. במסגרת זו התייחסתי גם להתנהלותו של בורא עולם בתפקידיו השונים – כמחוקק, כחוקר (מנהל השימוע) וכשופט. בד בבד ביקשתי לבדוק אם עקרונות המשפט הפלילי הישראלי המוכרים לנו כיום, דוגמת עקרון החוקיות או עקרון האשם, התקיימו גם בסיפור המקראי אף אם לא הוזכרו במפורש בשמם. הבחינה המקבילה, של שיטת המשפט שנהגה בסיפור המקראי ושל שיטת המשפט הישראלית, נעשתה גם בהקשר של דיני הענישה.

88 ראו גינצבורג, לעיל ה"ש 71, בעמ' 51–52.

89 צמריון, לעיל ה"ש 38, בעמ' 345.

מסקנתי בסופו של יום היא כי אילו עמדו שלושת הנאשמים הראשונים בהיסטוריה לדין לפני בית־משפט פלילי ישראלי של ימינו, סביר להניח שהם היו מורשעים בעבירות של המרדה (הנחש) והפרת הוראה חוקית (אדם וחווה), ונענשים בהתאם. מסקנה נוספת היא שעקרונות רבים המוכרים בשיטת המשפט הפלילי הישראלית יושמו כבר במשפטם של אדם, חווה והנחש.

שאלה מעניינת היא אם הניתוח המשפטי שנערך במסגרת מאמר זה בעניינם של שלושת הנאשמים אינו לוקה בעיוות בסיסי מעצם הגדרתם כ"ראשונים". היותם ראשונים בהיסטוריה, ולא רק כנאשמים, היא־היא שמעוררת את שאלת תקפותם של עקרון החוקיות, המודעות, ההגנה מן הצדק והסייגים השונים.

חרף שאלה זו, ככל שהלכתי והעמקתי בבחינת הסיפור המקראי בשילוב עם הדין הפלילי הישראלי, התבססה אצלי המסקנה כי היסוד המרכזי של הסיפור המקראי, שהוא גם היסוד המרכזי בדין הפלילי הישראלי, הוא עקרון הבחירה החופשית.⁹⁰ עיקרון זה הוא־הוא שיוצר את הזיקה החזקה והייחודית שבין שני אלה. ביסוד הסיפור המקראי עומדת בחירתם החופשית של אדם, חווה והנחש. הם ידעו על האיסור, הם ידעו מהו העונש, והם בחרו – הם בחרו להפר את האיסור והמיטו על עצמם את קלונם. אף ביסוד המשפט הפלילי הישראלי עומדות בחירותיו של הנאשם: נאשם שבוחר לבצע עבירה, וזו אינה נכפית עליו בצורה כזו או אחרת,⁹¹ יורשע; לעומת זאת, נאשם שבוחר לא לבצע עבירה אף שחשב לבצעה, או נאשם שהחל בכיצועה של עבירה אך התחרט ונמנע מלהמשיך בכיצועה,⁹² לא יורשע בפלילים.

לעקרון הבחירה החופשית יש תהודה במישור הערכי ובמישור החינוכי גם־יחד. עיקרון זה עובר כחוט־השני בין הסיפור האנושי הראשון בהיסטוריה לבין סיפור חיינו אנו. שאלת הבחירה החופשית היא שאלתם של הנאשמים הראשונים בהיסטוריה בדיוק כשם שהיא שאלתם של אלה העומדים לדין כיום.

90 ראו, למשל, גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין כרך א 54–56 (2009).

91 למשל, בהעדר שליטה במעשיו, בהתאם לסייג שבס' 134 לחוק העונשין.

92 בהתאם לס' 28 לחוק העונשין, הדין בעניין פטור עקב חרטה.